

บทที่ 2

ข้อความคิดพื้นฐานเรื่องการเลือกตั้งในระบบประชาธิปไตย และอำนาจการตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ

หลักการปกครองในระบบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน (Representative democracy) และหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of power) เป็นหลักการพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตยระบบประชาธิปไตยเป็นรูปแบบการปกครองที่อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) เป็นอำนาจสูงสุดของประชาชน (Popular Sovereignty) ที่มอบให้รัฐใช้อำนาจนั้นปกครองประเทศ ประกอบด้วยอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการโดยแต่ละอำนาจแยกองค์กร ผู้ใช้อำนาจออกจากกันและเป็นอิสระซึ่งกันและกัน องค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่มีอำนาจออกกฎหมายที่ใช้ปกครองบ้านเมืองให้มีความสงบสุข แต่อาจมีกฎหมายบางฉบับที่บังคับใช้แล้วทำให้เกิดการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญของประเทศ องค์กรฝ่ายบริหารเป็นองค์กรที่มีอำนาจปฏิบัติการบริหารบ้านเมืองตามกฎหมายที่บัญญัติไว้ให้บ้านเมืองสงบสุข การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในบางครั้งอาจทำให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เช่นกัน องค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพื่อตรวจสอบเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิขั้นมูลฐานของประชาชนเป็นไปตามหลักการคุ้มครองสิทธิประชาชนโดยองค์กรตุลาการ¹ อำนาจตุลาการเป็นอำนาจที่สำคัญในการตรวจสอบการเลือกตั้งในระบบประชาธิปไตย แนวคิดและทฤษฎีพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาเรื่องการตรวจสอบการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรโดยฝ่ายตุลาการแบ่งออกเป็น 3 หัวข้อ ดังนี้

- 2.1 ระบบประชาธิปไตยกับนิติรัฐและการแบ่งแยกอำนาจ
- 2.2 การเลือกตั้งในระบบประชาธิปไตย
- 2.3 อำนาจการตรวจสอบการเลือกตั้ง

¹ กษิตรีเดช สุทธิวานิช, "อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของคณะกรรมการการเลือกตั้งกับการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ", (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546), น.35

2.1 ระบอบประชาธิปไตยกับนิติรัฐและการแบ่งแยกอำนาจ

การปกครองระบอบประชาธิปไตยเป็นการปกครองที่ประชาชนยินยอมให้ตนเองอยู่ภายใต้การปกครองของผู้ปกครองที่ประชาชนเป็นผู้เลือกและการปกครองนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ทั้งหลายทั้งปวงของประชาชน คำว่า “ประชาธิปไตย” คือ “การปกครองของประชาชนโดยประชาชนและเพื่อประชาชน”² (Government of the people, by the people, for the people) เป็นความหมายทางการเมืองและการปกครองที่ได้รับความยอมรับและนำไปอ้างอิงกันมากกว่า คำนิยาม “ประชาธิปไตย” เป็นคำสมาสจากคำสองคำคือ “ประชา” กับ “ธิปไตย” ธิปไตยแปลว่า “อำนาจสูงสุดของรัฐ” ประชาธิปไตยจึงแปลได้ความว่าการปกครองที่อำนาจสูงสุดเป็นของประชาชน³

สมัยโบราณการปกครองแบบประชาธิปไตยเริ่มจากการใช้ประชาธิปไตยทางตรง (Direct democracy) กล่าวคือทำให้ประชาชนทุกคนมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศโดยประชาชนทั้งหมดสามารถประชุมร่วมกัน เพื่อพิจารณาตัดสินปัญหาทางการเมืองและตัดสินใจแก้ไขปัญหาทางการเมืองได้โดยตนเอง แต่ด้วยเหตุที่ประชาชนของประเทศมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น การที่จะให้ประชาชนทุกคนร่วมกันแก้ไขปัญหาทางการเมืองของประเทศโดยการประชุมร่วมกันจึงเป็นเรื่องยุ่งยาก ทำให้มีการพัฒนารูปแบบของประชาธิปไตยใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ของบ้านเมืองโดยทำให้ประชาชนส่งตัวแทนหรือผู้แทนของประชาชนมาตัดสินปัญหาทางการเมืองการปกครองแทน ระบอบประชาธิปไตยจึงได้มีพัฒนาการในอีกรูปแบบหนึ่งเรียกว่า ประชาธิปไตยทางอ้อมหรือประชาธิปไตยแบบผู้แทน (Representative democracy) และการเลือกตั้งเป็นวิธีการสำคัญประการหนึ่งในการใช้ประชาธิปไตยแบบผู้แทน

² คำกล่าวของประธานาธิบดีลินคอล์น (Abraham Lincoln) ณ เมือง Gettysburg สหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ. 1863 (พ.ศ. 2406)

³ ปริญญา เทวานฤมิตรกุล “การมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่กับความเป็นประชาธิปไตยทางตรง,” วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 17 ตอนที่ 2 (สิงหาคม 2541), น. 57

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานได้ให้ความหมายของคำว่า “ประชาธิปไตย” ไว้ว่า “แบบการปกครองที่ถือมติปวงชนเป็นใหญ่”

ระบอบประชาธิปไตย (democracy) เป็นการปกครองที่มีรูปแบบจำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ให้ลงมาอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ระบอบประชาธิปไตยเป็นการปกครองประเทศที่มอบความเสมอภาคความเป็นอิสระและสิทธิเสรีภาพให้กับประชาชน โดยอำนาจสูงสุดอันได้แก่อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน การปกครองระบอบประชาธิปไตยเป็นการปกครองตามเจตนารมณ์ของประชาชน⁴ กล่าวคือประชาชนจะแสดงออกซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศที่จะกำหนดตัวผู้ปกครองและตัวผู้แทนของตนโดยผ่านการเลือกตั้งที่เป็นธรรมเพื่อการใช้อำนาจของประชาชนอย่างแท้จริง ระบอบประชาธิปไตยมีวิวัฒนาการมาจากการปกครองของประเทศอังกฤษเกิดขึ้นเนื่องจากความขัดแย้งของกษัตริย์กับขุนนางส่งผลผลักดันให้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง โดยเปลี่ยนแปลงการปกครองจากการปกครองของกษัตริย์ที่มีอำนาจสูงสุดของประเทศมาเป็นการปกครองที่มีการจำกัดอำนาจของกษัตริย์ด้วยวิธีการจำกัดอำนาจกษัตริย์ไว้ในเอกสารที่เรียกว่าบทบัญญัติแมกนาคาร์ตา⁵ หรือ กฎบัตรใหญ่หรือมหาบัตร (Magna Carta ค.ศ. 1215)

นอกจากนี้บทบัญญัติแมกนาคาร์ตาก็เป็นรากเหง้าของการปกครองระบอบประชาธิปไตยเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญประเทศอังกฤษ และเป็นเอกสารสำคัญทางประวัติศาสตร์การปกครองของอังกฤษ รวมทั้งวางหลักวิธีพิจารณาความของประเทศอังกฤษด้วย

ต่อมาปีประกาศคำขอสิทธิ (Bill of Right)⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิ(Petition of Right)⁷ และกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบสันตติวงศ์ (The Act of Settlement)⁸ ตามลำดับ

⁴ สมยศ เชื้อไทย, “คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ”(คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2547), น. 91 (คัดสำเนา)

⁵ บทบัญญัติแมกนาคาร์ตานับได้ว่ากฎบัตรเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของการปกครองประชาธิปไตยยุคใหม่

⁶ คำขอสิทธิ (Petition of Right, 1628) เป็นเอกสารที่วางพื้นฐานให้ประชาชนสามารถประท้วงพระมหากษัตริย์ในเรื่องของการเก็บภาษี โดยไม่ได้รับความยินยอมจากรัฐสภา การจับกุมคุมขังตามอำเภอใจ และการกระทำอื่นๆ ที่ส่งผลกระทบต่อเสรีภาพของประชาชน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงจำยอมต่อข้อเรียกร้องเหล่านี้ทุกข้อ

⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิ (Bill of Rights, 1689) เป็นการยุติพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่ละเว้น และเพิกเฉยต่อการออกกฎหมายโดยไม่ได้รับความยินยอมจากรัฐสภา

และแม้จะถือว่าเอกสารดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษซึ่งอยู่ในรูปกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่พลเมืองของอังกฤษส่วนใหญ่ยอมรับนับถือหลักจารีตประเพณีในการปกครองบ้านเมืองมาช้านาน⁹ จึงถือว่าประเทศอังกฤษมีรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี หรือที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญที่ไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution) และต่อมาได้มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Written Constitution) ฉบับแรกของโลกเกิดขึ้นจากการที่สหรัฐอเมริกาได้แยกตัวเป็นอิสระจากการปกครองของประเทศอังกฤษ นับได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกของโลกที่มีการวางระเบียบการปกครองไว้ในรูปของรัฐธรรมนูญแบบลายลักษณ์อักษร รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกนี้มีแบบอย่างตามแนวทางการปกครองของประเทศอังกฤษที่ผู้ปกครองจะต้องได้รับความยินยอมจากประชาชนในเรื่องสำคัญ เช่น การเก็บภาษีอากร แต่การที่จะให้ประชาชนยินยอมโดยตรงนั้นเป็นเรื่องยุ่งยากจึงต้องเลือกตั้งผู้แทนขึ้นเพื่อเป็นผู้แทนในการให้ความยินยอมแทนประชาชน จุดเริ่มต้นของประชาธิปไตยยุคใหม่เกิดจากการปกครองของประเทศอังกฤษ โดยที่ระบอบประชาธิปไตยของประเทศอังกฤษเกิดขึ้นเนื่องจากความขัดแย้งของกษัตริย์กับขุนนางด้วยเหตุปัจจัยของสังคม เศรษฐกิจ และการเมือง จนเกิดถ้อยคำที่แสดงออกซึ่งหลักความยินยอมของประชาชนที่กล่าวว่า “No taxation without representation” แปลว่า “ไม่มีกรเก็บภาษีหากไม่มีผู้แทนราษฎร”¹⁰

ในรัฐเสรีประชาธิปไตยหากจะพิจารณาถึงหลักการพื้นฐานของบรรดารัฐเสรีประชาธิปไตยพบว่าประกอบด้วยหลักการพื้นฐานที่สำคัญ 2 ประการ คือ หลักประชาธิปไตย และหลักนิติรัฐ หลักทั้งสองประการนี้เป็นหลักที่มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันมีส่วนสนับสนุน

ถือเป็นชัยชนะครั้งสำคัญของสภาสามัญ ในการต่อสู้ กับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์มาเป็นเวลายาวนาน

⁹ ฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ (The Act of Settlement, 1701) ไม่เพียงแต่บัญญัติเรื่องของการสืบสันตติวงศ์เท่านั้น แต่ยังได้วางหลักความเป็นอิสระในการพิพากษาคดีของศาล และวางเงื่อนไขหลักการปกครองแบบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญเอาไว้อีก

⁹ คันถ์ซิด อินทชาติ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร:คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2515): น.74

¹⁰ ปุณณะ สุทธิประภา, หลักเกณฑ์ทั่วไปในการเลือกตั้ง, (กรุงเทพมหานคร:ศูนย์การพิมพ์, 2520) น.78

ซึ่งกันและกัน กล่าวคือหลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่เอื้อให้เกิดหลักนิติรัฐ และหลักนิติรัฐเป็นหลักที่ส่งเสริมและสนับสนุนต่อหลักประชาธิปไตย¹¹ ระบบประชาธิปไตยจะต้องประกอบไปด้วยหลักการสำคัญ 2 ประการ ดังกล่าวคู่ขนานกันไปจะขาดหลักใดหลักหนึ่งไปเสียมิได้ การที่รัฐใดจะเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตย รัฐนั้นจะต้องมีผู้ปกครองที่ใช้หลักการของประชาธิปไตย และหลักการของนิติรัฐเป็นหลักการอันสำคัญในการปกครองประเทศ

2.1.1 หลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย

หลักประชาธิปไตยเป็นหลักการพื้นฐานในการปกครองประเทศโดยประกอบด้วยหลักการสำคัญสามประการ ดังต่อไปนี้¹²

1 หลักอำนาจอธิปไตยคืออำนาจสูงสุดของปวงชน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน (Popular Sovereignty) เป็นการปกครองตามเจตนารมณ์ของประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครอง¹³ กล่าวคือประชาชนจะเป็นผู้ใช้อำนาจในการออกกฎหมาย อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ ทั้งนี้ ในการใช้อำนาจนั้นอาจกระทำโดยตรงโดยการออกเสียงของประชาชนในการออกกฎหมายปกครองบ้านเมืองและตัดสินข้อพิพาทหรือโดยวิธีอ้อมที่ประชาชนใช้อำนาจในการออกกฎหมายผ่านทางสภาผู้แทนราษฎร ใช้อำนาจบริหารผ่านทางฝ่ายบริหาร และใช้อำนาจตุลาการผ่านทางศาล การใช้อำนาจของประชาชนโดยวิธีอ้อม หรือทางผู้แทนซึ่งประเทศต่าง ๆ เกือบทั้งหมดในปัจจุบันใช้อำนาจอธิปไตยโดยทางอ้อมนี้ อาจกล่าวได้ว่าหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยเป็นหลักการที่ฝ่ายปกครองจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ใต้การปกครองหรือประชาชน (government by consent) ระบอบการปกครองที่อำนาจสูงสุด

¹¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547) น.19

¹² ปริญญา เทวานฤมิตรกุล และคณะ, "สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและพรรคการเมือง: การแก้จุดอ่อนของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540" บทความประกอบการประชุมกลุ่มย่อยในการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 6 ประจำปี 2549 เรื่อง "ทิศทางของรัฐธรรมนูญฉบับใหม่" ในวันที่ 28-29 มีนาคม 2550 ณ ศูนย์ประชุม อิมแพ็คเมืองทองธานี, น.1 (อัดสำเนา)

¹³ สมยศ เชื้อไทย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4 น.91

เป็นของประชาชนระบอบการปกครองนั้นต้องเป็นระบอบการปกครองที่ประชาชนปกครองตนเอง หรือการปกครองโดยประชาชน¹⁴

2. หลักเสรีภาพ และเสมอภาค เมื่ออำนาจสูงสุดเป็นของปวงชน ประชาชนทุกคนจึงเป็นเจ้าของอำนาจร่วมกันและ เมื่อเป็นเจ้าของอำนาจร่วมกันประชาชนทุกคนจึงมีความเสมอภาคกันและมีสิทธิเสรีภาพในการใช้อำนาจที่ตนเป็นเจ้าของอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจโดยตรงหรือการใช้อำนาจโดยผ่านการเลือกผู้แทนจึงทำให้เกิดหลักประการที่สอง คือ หลักเสรีภาพ (Liberty) และเสมอภาค (Equality) ระบอบประชาธิปไตยเป็นการปกครองโดยเสรีจึงต้องมีการรับรองสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายทั้งปวงของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ อาทิ เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง เสรีภาพในการชุมนุม เสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคม กลุ่มบุคคล เสรีภาพในทางการเมืองหรือเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องรับรองสิทธิเสรีภาพในการรวมตัวเป็นพรรคการเมืองเพื่อแสดงออกซึ่งเจตจำนงทางการเมืองของประชาชน สังคมประชาธิปไตยแบบเสรีเป็นสังคมที่ยอมรับความแตกต่าง ยอมรับความขัดแย้งการโต้แย้งบนพื้นฐานของสันติวิธี¹⁵ ในระบอบประชาธิปไตยเชื่อว่า หากมนุษย์มีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน มนุษย์จะสามารถดำรงชีวิตร่วมกันอย่างมีความสุข ดังนั้น เสรีภาพและความเสมอภาคจะทำให้มนุษย์ในสังคมสามารถกระทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดตามที่ตนต้องการภายใต้กฎหมายและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนความเสมอภาคเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายเดียวกันอีกประการหนึ่ง จึงเป็นสิ่งที่มนุษย์ทั้งหลายปรารถนาและต้องการ หลักความเสมอภาคของประชาชน ถือว่าประชาชนพลเมืองทุกคนมีฐานะทางสังคมเท่าเทียมกัน ทุกคนจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะฐานะ ชาติวุฒิ หรือคุณวุฒิของบุคคลนั้น ๆ จะเป็นอย่างไร โดยเฉพาะความเสมอภาคเท่าเทียมกันทางการเมืองซึ่งหมายความว่า ประชาชนพลเมืองทุกคนมีโอกาสเท่าเทียมกันในกระบวนการตัดสินใจในนโยบายการปกครองประเทศ และโอกาสเท่าเทียมกันเช่นว่านี้ จะต้องประกอบด้วยเสรีภาพที่จะไม่ถูกบังคับหรือกำหนดให้เลือกและการมีสิทธิตามกฎหมายที่เท่าเทียมกันของประชาชนพลเมือง

3. หลักการปกครองโดยเสียงข้างมาก จากหลักประการที่หนึ่งและหลักประการที่สองที่อำนาจสูงสุดเป็นของปวงชนเป็นการปกครองตนเองโดยประชาชนทุกคนมีสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคเท่าเทียมกัน เพื่อการตัดสินใจปัญหาที่ประชาชนไม่เห็นพ้องต้องกันทั้งหมด

¹⁴ ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น.3-4

¹⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11* น.21

เสียงทุกเสียงของประชาชนย่อมมีความหมายที่จะต้องใช้ในการปกครองจึงต้องใช้การปกครองโดยเสียงส่วนใหญ่หรือหลักการปกครองโดยเสียงข้างมาก (majority rule) แต่การปกครองโดยเสียงข้างมากแต่เพียงอย่างเดียวอาจเป็นเผด็จการเสียงข้างมาก (dictatorship of majority) หากไม่รับฟังเสียงข้างน้อย หรืออาจกลายเป็นทรราชเสียงข้างมาก (tyranny of majority) ได้ หากไปกดขี่เสียงข้างน้อย ดังนั้น เพื่อเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพและและความสะดวกของประชาชนเสียงข้างน้อย หลักประชาธิปไตยประการที่สามนี้คือ หลักการปกครองโดยเสียงข้างมากที่มีหลักการคุ้มครองเสียงข้างน้อยด้วย การปกครองโดยเสียงข้างมากและการคุ้มครองและเคารพในสิทธิของเสียงข้างน้อยเป็นหลักการสำคัญ เนื่องจากในสังคมหนึ่ง ๆ นั้น มีสมาชิกเป็นจำนวนมาก ย่อมเป็นธรรมดาที่ทุกคนจะมีความเห็นพ้องต้องกันหรือมีเจตนารมณ์อย่างเดียวกันไม่ได้ทั้งหมด การใช้อำนาจปกครองของประชาชนทั้งหมดก็จะเป็นไปไม่ได้ จึงจำเป็นต้องใช้หลักการของเสียงข้างมาก การเลือกตั้ง และการออกเสียงประชามติเป็นวิธีปฏิบัติของหลักเกณฑ์นี้เพราะไม่อาจที่จะแน่ใจได้ว่าคนกลุ่มใหญ่จะใช้วิจารณญาณของเขาไปในทางที่ถูกที่ควรได้ทุก ๆ ครั้ง บางครั้งคนกลุ่มใหญ่ก็อาจถูกชักจูงด้วยอิทธิพลต่างๆได้ในบางโอกาส หรืออาจเกิดความลุ่มหลงในอำนาจ และค่อนข้างเป็นไปได้อย่างมากซึ่งก็เคยปรากฏมาแล้วในหลายครั้ง จึงมีความจำเป็นที่ต้องมีมาตรการป้องกันเพื่อมิให้เกิดระบบเผด็จการของคนส่วนใหญ่ที่มีการกดขี่ข่มเหงคนกลุ่มน้อยได้

สิทธิเลือกตั้งเป็นสิทธิทางการเมืองขั้นพื้นฐานของประชาชนตามระบอบประชาธิปไตยที่ให้สิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนให้มีส่วนร่วมในการปกครอง การปกครองโดยผู้แทนที่ได้รับการเลือกตั้งให้เป็นผู้แทนปวงชนจะต้องมาจากการเลือกตั้งที่สุจริตและเที่ยงธรรมจึงจะได้รับการเชื่อถือและไว้วางใจจากประชาชนที่จะมอบอำนาจอันสูงสุดของตนให้ผู้แทนเพื่อใช้อำนาจสูงสุดนั้นปกครองบ้านเมืองให้สงบสุข ดังนั้น การเลือกตั้งจึงเป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการอันสำคัญองระบอบประชาธิปไตย การจัดการเลือกตั้งให้เป็นไปอย่างสุจริตและเที่ยงธรรมจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรที่ได้รับความเชื่อถือและการยอมรับจากประชาชนผู้ออกเสียงเลือกตั้ง การเลือกตั้งจึงเป็นเงื่อนไขพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยที่มีการเลือกผู้แทนเข้ามาทำหน้าที่ปกครองรัฐและการเลือกตั้งมีผลทำให้อำนาจรัฐมีความชอบธรรม¹⁶

¹⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การเลือกตั้งของรัฐเสรีประชาธิปไตย”, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, 1,3 (กันยายน-ธันวาคม 2542) น.95

การเข้ามาใช้อำนาจแทนรัฐ ผู้แทนปวงชนที่เข้ามาใช้อำนาจแทนรัฐจะต้องผ่านกระบวนการเลือกตั้งเพื่อเข้ามาเป็นผู้แทนของปวงชนและเป็นผู้แทนของรัฐในขณะเดียวกัน ผู้แทนปวงชนหรือผู้แทนรัฐจะเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐอันเป็นอำนาจยิ่งใหญ่ปกครองบ้านเมือง อำนาจอันยิ่งใหญ่เป็นอำนาจที่หลายคนปรารถนาที่จะใช้อำนาจนั้น รวมทั้งผู้ที่ต้องการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบจากการใช้อำนาจรัฐเลือกที่จะใช้ช่องทางทางการเมืองเลือกตั้งที่ทุจริตเพื่อที่ตนจะได้เข้ามาเป็นผู้แทนปวงชนเพื่อมาใช้อำนาจรัฐแสวงหาประโยชน์ส่วนตนโดยมิชอบ การเข้ามาเป็นผู้แทนปวงชนเพื่อต้องการใช้อำนาจรัฐหาผลประโยชน์โดยมิชอบทั้งหลายจึงเป็นเดิมพันที่มีค่าเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากผลประโยชน์ที่จะได้มีมูลค่ามากกว่าเงินเดิมพันที่ได้ลงทุนไป ทำให้มีความกล้าที่จะลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจรัฐนั้น ไม่ว่าจะเป็นการทุจริตเลือกตั้งรูปแบบใดก็ตามและนับวันการทุจริตเลือกตั้งจะทวีความรุนแรงมากขึ้นตามลำดับ

อำนาจตุลาการเป็นอำนาจหนึ่งในสามของอำนาจอธิปไตยอันเป็นอำนาจอธิปไตยที่ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยจะต้องบัญญัติระเบียบการใช้อำนาจอธิปไตยให้เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจและให้องค์กรของรัฐต่างเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจแยกจากกัน องค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระอย่างแท้จริงในการทำงานมีอำนาจการพิจารณาพิพากษาตัดสินคดีโดยปราศจากอคติใดๆทั้งปวง¹⁷ ได้รับความเชื่อถือยอมรับและศรัทธาจากประชาชนมากกว่าองค์กรอื่น

ในระบบประชาธิปไตยสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องได้รับความคุ้มครอง และความคุ้มครองนี้ควรมีขั้นต่ำตามที่องค์การสหประชาชาติได้ประกาศไว้ว่าเป็นสิทธิมนุษยชนและให้ประชาชนใช้สิทธิเสรีภาพนี้เพื่อทำให้ตนได้มีส่วนร่วมในการปกครองประเทศ ทั้งด้านนิติบัญญัติและในด้านบริหารโดยที่อำนาจอธิปไตยนั้นเป็นของปวงชน การใช้อำนาจในการให้ความยุติธรรมในทางศาลต้องเป็นอิสระจากการบริหารราชการแผ่นดิน และความเสมอภาคเท่าเทียมจะต้องมีทั้งในด้านการเมือง ด้านเศรษฐกิจและระบบสังคม รวมทั้งในการใช้สิทธิเสรีภาพของเอกชนจะต้องใช้สิทธิเสรีภาพโดยที่ไม่เป็นปรปักษ์ซึ่งกันและกัน

¹⁷ อคติ คือความลำเอียง 4 อย่างได้แก่ ฉันทาคติ ลำเอียงเพราะรัก โทสาคติ ลำเอียงเพราะโกรธ ภยาคติ ลำเอียงเพราะความกลัว และโมหาคติ ลำเอียงเพราะหลง

ในทางทฤษฎีการใช้อำนาจในการปกครองระบอบประชาธิปไตยมีสองรูปแบบ กล่าวคือรูปแบบที่หนึ่งได้แก่ประชาธิปไตยโดยตรง (Direct democracy) และรูปแบบที่สองได้แก่ประชาธิปไตยทางผู้แทน (Representative democracy)

1.ประชาธิปไตยโดยตรง (Direct democracy) เป็นการปกครองที่ประชาชนทุกคนสามารถใช้อำนาจปกครองประเทศได้โดยตรง กล่าวคือประชาชนมีอำนาจร่วมกันในการปกครองบ้านเมืองและออกกฎหมายและพิจารณาดัดสนปัญหาการปกครองประเทศโดยใช้วิธีการออกเสียงของประชาชนโดยตรง ผู้ที่ดัดสนปัญหาก็คือเสียงข้างมากของประชาชนทั้งหมด การปกครองนี้ถือว่าเป็นการปกครองที่ตรงกับความหมายของการปกครองระบอบประชาธิปไตยมากที่สุด¹⁸ แต่การปกครองรูปแบบนี้เหมาะสำหรับประเทศที่มีพลเมืองไม่มากนัก ประชาธิปไตยแบบนี้ เรียกว่าประชาธิปไตยโดยตรงในสังคมปัจจุบันพลเมืองของแต่ละประเทศมีจำนวนมากจึงเป็นไปได้ที่จะใช้ประชาธิปไตยในรูปแบบประชาธิปไตยโดยตรงทั้งหมด จะมีก็เพียงแต่บางเรื่องที่สำคัญ เช่น การออกเสียงเพื่อลงประชามติ การเสนอร่างกฎหมายโดยประชาชน การลงคะแนนถอดถอนผู้แทน โดยจะใช้ประชาธิปไตยโดยตรงควบคู่การไปกับประชาธิปไตยแบบผู้แทน

2.ประชาธิปไตยแบบผู้แทน (Representative democracy) เป็นการปกครองที่ประชาชนเป็นผู้เลือกบุคคลจำนวนหนึ่งเป็นผู้แทนให้เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนประชาชนโดยเจตนารมณ์ของประชาชนถูกแสดงออกโดยผ่านทางผู้แทนของประชาชนที่เลือกตั้งเข้าไประบบผู้แทนเป็นแนวคิดของทฤษฎีว่าด้วยรัฐ การปกครองรูปแบบนี้มีพื้นฐานทางความคิดว่าอำนาจทางการเมืองหรืออำนาจปกครองนั้นมาจากประชาชน¹⁹ ประชาธิปไตยแบบผู้แทนองค์การรัฐซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองแทนประชาชนต้องมาจากการเลือกตั้ง มิใช่มาจากการแต่งตั้ง²⁰ วิธีการเลือกตั้งเป็นวิธีการปกครองระบอบประชาธิปไตยซึ่งประชาชนใช้อำนาจอธิปไตยทางผู้แทน และเรียกประชาธิปไตยแบบนี้ว่า ประชาธิปไตยแบบผู้แทน

¹⁸ฐิติพร ขำน้ำคู้, "หลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนกับระบบพรรคการเมืองไทย", (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540) น.1

¹⁹สมยศ เชื้อไทย, วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย" วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 14 ฉบับที่ 3 , น.48

²⁰เพ็งอึ้ง, น.49

ในบางตำรากล่าวไว้ว่าการใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนตามระบอบประชาธิปไตย นั้นแบ่งแยกออกเป็นสามรูปแบบด้วยกัน คือ²¹ รูปแบบที่หนึ่งได้แก่ประชาธิปไตยโดยตรง (Direct democracy) รูปแบบที่สองได้แก่ประชาธิปไตยแบบผู้แทน (Representative democracy) ดังที่ได้กล่าวมาแล้วและรูปแบบที่สาม คือประชาธิปไตยกึ่งทางตรงหรือประชาธิปไตยแบบผสม (Semidirect democracy)²² กล่าวคือ รูปแบบที่สามนี้เป็นการใช้ประชาธิปไตยทางตรงควบคู่กับ ประชาธิปไตยทางผู้แทน ทั้งนี้ การปกครองของประเทศสมัยได้เป็นประชาธิปไตยแบบผู้แทนเพียง อย่างเดียว แต่มีบางเรื่องมีการเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามีส่วนร่วมในการแสดงเจตนาารมณืทาง การเมืองโดยตรง และมีบางเรื่องเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายซึ่งมีบางกรณีให้เสนอร่างกฎหมาย ไปขอความเห็นประชาชนทั้งหมด (referendum) หรือประชาชนเสนอร่างกฎหมายไปยังรัฐสภา ก็ ได้ (Initiative) วิธีนี้ใช้ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์แต่ใช้เฉพาะกิจการบางเรื่องเท่านั้นมิได้ใช้ โดยทั่วไป²³ การแสดงเจตนาารมณืถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง (recall) ในปัจจุบัน ประเทศส่วนใหญ่จะใช้ประชาธิปไตยในวิถีทางประชาธิปไตยแบบผสม โดยการใช้ประชาธิปไตย โดยตรงที่ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการแสดงเจตนาารมณืทางการเมืองโดยตรงในการตัดสินใจปัญหา ในเรื่องที่สำคัญๆ และใช้ควบคู่ไปกับประชาธิปไตยทางผู้แทน เนื่องจากประชาชนทั้งหมดไม่ สามารถที่จะตัดสินใจเรื่องการปกครองประเทศได้ทุกปัญหาหรือทุกๆภารกิจของการปกครอง จึงจำเป็นที่จะต้องใช้ประชาธิปไตยทางผู้แทนควบคู่ไปกับทางตรง อาจกล่าวได้ว่า วิวัฒนาการของ ประชาธิปไตยนั้น การใช้ประชาธิปไตยแบบผสมเป็นที่นิยมใช้มากที่สุดเพราะเป็นวิถีทางการเป็น ประชาธิปไตยใกล้เคียงกับประชาธิปไตยในอุดมคติ²⁴ ได้มากที่สุด

²¹ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญหลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548) ,น.154-155 และหยุด แสงอุทัย, คำบรรยาย รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย และรัฐธรรมนูญทั่วไป, (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2500) น. 9

²² เชื้อ คงคากุล, เรียกการใช้ประชาธิปไตยรูปแบบนี้ว่าประชาธิปไตยวาระการใช้ อำนาจอธิปไตยเกือบโดยตรง คือเป็นวิธีผสมระหว่างแบบที่หนึ่งและแบบที่สอง (Semidirect Government) อ้างใน กฎหมายเลือกตั้ง, (พระนคร:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495) น.5

²³ เพ็งอ้วน, น. 6

²⁴ รัฐธรรมนูญในอุดมคติตามความหมายนี้ ศาสตราจารย์ หยุด แสงอุทัย, กล่าวไว้ใน คำบรรยาย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และรัฐธรรมนูญทั่วไป, (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ในความสัมพันธ์ระหว่างประชาธิปไตยกับรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญเป็นสิ่งสำคัญของการปกครองระบอบประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญ หมายถึง บรรดา กฎเกณฑ์ แบบแผน ซึ่งจัดระเบียบทางการเมืองการปกครองภายในรัฐ²⁵ รัฐธรรมนูญในความหมายของระบอบประชาธิปไตย เป็นกฎหมายที่มุ่งประสงค์ที่จะควบคุมจำกัดอำนาจรัฐหรือผู้ปกครองรัฐที่เป็นผู้แทนรัฐ และมุ่งประสงค์ที่จะผดุงไว้ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ การวิวัฒนาการของระบบการควบคุมการใช้อำนาจเป็นความเจริญก้าวหน้าของระบบรัฐธรรมนูญ แนวความคิดนี้เป็นแนวความคิดที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) โดยลำดับของกฎหมายนี้รัฐธรรมนูญจะเป็นกฎหมายสูงสุด กล่าวคือกฎหมายฉบับอื่นจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ตามหลักความสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แม้ว่ารัฐทุกรัฐย่อมจะมีรัฐธรรมนูญและรัฐส่วนใหญ่จะมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่ก็จะมีเฉพาะแต่บางรัฐเท่านั้นที่จะมีรัฐธรรมนูญแห่งระบอบประชาธิปไตยตามความหมายของลัทธิรัฐธรรมนูญนิยมซึ่งเริ่มเกิดขึ้นในศตวรรษที่ 18 โดยมีรากฐานทางความคิดของประชาชนผู้ฝักใฝ่ในลัทธิปัจเจกนิยม (Individualism) และตามแนวความคิดนี้รัฐธรรมนูญตามความหมายนี้จึงต้องมีหลักการของระบบนิติรัฐ คือ หลักการที่รัฐต้องเคารพต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของพลเมือง

ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยแบ่งได้เป็น 2 ระบบใหญ่ ได้แก่ ระบบรัฐสภา และ ระบบประธานาธิบดี

1.ระบบรัฐสภาโดยมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ประเทศในระบบนี้ได้แก่ประเทศอังกฤษและในเครือจักรภพ ประเทศญี่ปุ่น โดยหลักการให้ประชาชนของประเทศเลือกตัวแทนเรียกว่า สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเข้ามาทำหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติและร่วมตกลงจัดตั้งฝ่ายบริหาร และมีการคานและดุลกันระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร คือ ฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่ออกกฎหมายพิจารณางบประมาณ และจัดสรรงบประมาณให้ฝ่ายบริหารนำไปใช้ รวมทั้งการอภิปราย

,2500) น. 211.หมายถึงรัฐธรรมนูญในแง่ทัศนะของประชาธิปไตยตะวันตกเท่านั้น และในทัศนะดังกล่าว รัฐธรรมนูญนี้จะเป็นรัฐธรรมนูญแท้จริงเมื่อ

- 1.รัฐธรรมนูญนั้นจะต้องวางระเบียบประกันสิทธิเสรีภาพประชาชน
- 2.รัฐธรรมนูญนั้นจะต้องมีหลักการแบ่งแยกอำนาจและร่วมมือในการบัญญัติกฎหมาย

- 3.รัฐธรรมนูญนั้นต้องเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร

²⁵ สมยศ เชื้อไทย, วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ่างแล้ว เชิงอรุณที่ 19 น.43

ไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหารเมื่อมีกรณีสงสัยว่าฝ่ายบริหารทำหน้าที่ไม่ถูกต้อง ฝ่ายบริหาร มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินโดยมีเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งได้แก่ ข้าราชการประจำที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่ตามกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ เป็นผู้ปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายที่ออกจากฝ่ายนิติบัญญัติและปฏิบัติตามนโยบายที่แถลงต่อสภา ฝ่ายตุลาการ ได้แก่ องค์กรศาลซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่ออกจากฝ่ายนิติบัญญัติและใช้งบประมาณในการดำเนินการที่ได้รับการจัดสรรจากฝ่ายนิติบัญญัติ ประมุขของประเทศ คือ พระมหากษัตริย์ซึ่งสืบทอดกันมาแต่โบราณตามราชประเพณี

2.ระบบประธานาธิบดี เป็นระบบแบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหารออกจากกันอย่างเด็ดขาด โดยฝ่ายนิติบัญญัติ คือสภาผู้แทนราษฎร ในบางประเทศอาจมีวุฒิสภามาจากตัวแทนของมลรัฐในสัดส่วนแต่ละมลรัฐมีวุฒิสมาชิกเท่ากันซึ่งมาจากการเลือกตั้งของประชาชนในมลรัฐนั้น ฝ่ายบริหาร ได้แก่ ประธานาธิบดีเป็นประมุขมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนไม่ได้มาจากการตกลงจัดตั้งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และนอกจากประธานาธิบดีจะทำหน้าที่เป็นหัวหน้าฝ่ายบริหารแล้วยังดำรงตำแหน่งเป็นประมุขของประเทศด้วย และต้องเป็นที่ยอมรับจากประชาชนด้วย ดังนั้น จึงต้องให้ประชาชนเลือกตั้งกล่าวคือการได้รับความเห็นชอบจากเสียงส่วนใหญ่ของประชาชนในประเทศ ประเทศที่ใช้ระบบนี้ได้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกา ฝ่ายตุลาการมีการแต่งตั้งผู้พิพากษา ในระบบประธานาธิบดีนั้น ประธานาธิบดีสามารถแต่งตั้งผู้พิพากษาได้ เพราะถือว่าประธานาธิบดีคือประมุขของประเทศ และโดยทั่วไป ผู้พิพากษาในระบบประธานาธิบดีล้วนมาจากระบบแต่งตั้งทั้งสิ้นโดยบุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้ง จะต้องพิสูจน์ตนเองว่ามีความสามารถ มีความซื่อสัตย์สุจริตมีความเป็นอิสระและเป็นกลาง สมกับที่จะทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษา

2.1.2 นิติรัฐและการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักนิติรัฐไม่สามารถจะเกิดขึ้นได้ในระบบการปกครองที่รวมอำนาจไว้ในองค์กรเดียวกัน ไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกัน อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบซึ่งกันและกันได้ เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน (check and balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้จึงต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ

การตรวจสอบอำนาจและการถ่วงดุลอำนาจ ความสมดุลระหว่างอำนาจไม่ทำให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจโดยเบ็ดเสร็จ ในขณะที่เดียวกันก็จะไม่ทำให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอื่นโดยสิ้นเชิง ด้วยสภาพการณ์เช่นนี้จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองอันเป็นความมุ่งหมายประการสำคัญของหลักนิติรัฐ²⁶

นิติรัฐ (The Rule of Law)²⁷ คำว่า “นิติรัฐ” มีความหมายว่าการบริหารจัดการประเทศโดยถือหลักกฎหมายเป็นใหญ่เป็นการปกครองของกฎหมายไม่ใช่การปกครองของมนุษย์ (Government of law not of men)²⁸ นิติรัฐจึงหมายถึงรัฐที่ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้น²⁹ และรัฐนั้นให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อที่ประชาชนจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพ พัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่ประชาชนแต่ละคนจะเห็นสมควร³⁰ ดังนั้น รัฐประเภทนี้เป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัดโดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนเองอย่างเคร่งครัด³¹ และรัฐที่เป็นนิติรัฐนั้นจะต้องมีหลักการแยกอำนาจ ที่ทุกองค์กรของรัฐจะต้องมีการถ่วงดุลและตรวจสอบการใช้อำนาจ

หลักนิติรัฐ (The rule of law) หรือที่เรียกอีกคำหนึ่งว่าหลักนิติธรรม³² เป็นหลักใหญ่ในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย แปลได้ว่า “หลักกฎหมายเป็นใหญ่”³³ (Primacy of law)

²⁶บรรเจิด สิงคะเนติ, “การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ,” ใน หนังสือรวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net, จัดพิมพ์โดยสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร, 2545): 341-378

²⁷ ภาษาเยอรมัน ได้แก่ Rechtsstaat

²⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “นิติรัฐ: หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย”, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน, ในหนังสือรวมบทความบางเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ, มกราคม 2540, น.13

²⁹ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: เรือนแก้วการพิมพ์, 2526) น. 123

³⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 28, น.1

³¹ สมยศ เชื้อไทย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.127

³² ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ แปลเป็นภาษาไทยว่า “หลักนิติธรรม” อ้างใน บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ, “กฎหมายรัฐธรรมนูญ”, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน (คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549) น.327

กล่าวคือ กฎหมายเป็นหลักใหญ่ในการปกครองประเทศ ได้แก่ การใช้กฎหมายของบ้านเมืองเป็น กฎเกณฑ์หรือเครื่องมือในการตัดสินชี้ขาดปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในบ้านเมืองไม่ว่าจะเป็น ความขัดแย้งระหว่างประชาชนด้วยกันเอง หรือความขัดแย้งระหว่างประชาชนกับผู้ปกครองรัฐก็ตาม รัฐที่มีการปกครองตามหลักนิติรัฐจะมีกฎหมายเป็นเครื่องมือแห่งการกำหนดกฎเกณฑ์ ความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับองค์กรรัฐ สามประการ คือ ความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับ องค์กรรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับประชาชน และ ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรรัฐ ภายในรัฐนั่นเอง

สาระสำคัญของนิติรัฐอยู่ที่การประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (Arbitrariness)³⁴ ของผู้ปกครอง มีดังนี้

1. การกระทำทั้งหลายทั้งปวงขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายซึ่งตราขึ้น โดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ (Principle of legality of administrative action) หมายความว่า องค์กรฝ่ายบริหารมีอำนาจสั่งการให้ประชาชนกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ได้นั้นต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนและใช้อำนาจภายใต้กรอบที่ กฎหมายกำหนด ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

2. กฎหมายทั้งหลายที่ตราขึ้นโดยผู้แทนของประชาชนฝ่ายนิติบัญญัติ หรือที่เรียก โดยรวมว่าองค์กรฝ่ายนิติบัญญัตินั้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Principle of constitutionality of legislation) โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อให้อำนาจฝ่ายบริหารจะต้องไม่ กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติ รับรองไว้ตาม”หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ”(The supremacy of constitution) หากมีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อให้อำนาจฝ่ายบริหารใช้อำนาจนั้นเกิด กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นไปตามหลักความจำเป็นเพื่อประโยชน์ สาธารณะตามหลักสัดส่วนของการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยเมื่อ เปรียบเทียบประโยชน์สาธารณะกับการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น ประโยชน์สาธารณะโดยรวมจะต้องมีมากกว่าและต้องมีกระบวนการเยียวยาความเสียหายที่อาจ เกิดขึ้นด้วย

³³ปรีดี เกษมทรัพย์, ประชาธิปไตยกับชนชั้นกลาง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2536) น.46

³⁴วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ่างแล้ว เริงอรรถที่ 28 ,น. 5

3. การควบคุมการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารไม่ให้ขัดต่อกฎหมายและการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาหรือตุลาการที่เป็นผู้ใช้ อำนาจตุลาการตามหลักการควบคุมตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการที่เป็นอิสระอย่างแท้จริงปราศจากการครอบงำของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการหมายความว่า การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการต้องไม่อยู่ภายใต้อำนาจการให้คุณให้โทษหรือเงื่อนไขใดๆขององค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติโดยตุลาการมีความผูกพันเฉพาะกฎหมายและทำการพิจารณาพิพากษาภายใต้ความคิดเห็นของตนเองเท่านั้น ความเป็นอิสระนั้นต้องมีความอิสระในจัดองค์กรซึ่งมีผลมาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจและไม่อยู่ในลักษณะความสัมพันธ์ที่อยู่ภายใต้ อำนาจองค์กรอื่นไม่ว่าจะเป็นทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย รวมทั้งความอิสระในทางส่วนบุคคลที่มุ่งหมายเพื่อให้เกิดความมั่นคงในการปฏิบัติหน้าที่ในทางตุลาการ

การประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติรัฐจะปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรโดยการตรากฎหมายซึ่งบัญญัติโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อควบคุมบรรดาการกระทำของฝ่ายบริหารที่จะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารที่จะมีอำนาจสั่งให้ประชาชนกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง กฎหมายทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นนั้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องระบุบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนว่าในกรณีใดบ้างที่จำเป็นต้องจำกัดสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะไว้ หลักนิติรัฐจึงเป็นผลพวงของความปรารถนาพื้นฐานของมนุษย์³⁵ วิชาการ และ แนวคิดเรื่องหลักการแยกอำนาจ มีนักปราชญ์ในสมัยโบราณหลายคน

อาทิ เช่น จอห์น ล็อค นักปราชญ์ชาวอังกฤษ เป็นคนแรกที่เขียนคำอธิบายถึงความจำเป็นของการแยกอำนาจอธิปไตยและต้องแยกผู้ใช้อำนาจออกจากกันโดยไว้กล่าวในหนังสือ Treaties on Government และ Essay on Government อธิปไตยแบ่งออกเป็น 3 อำนาจได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจทำสงครามทำสันติภาพหรือสนธิสัญญา ล็อคบอกว่า จะต้องแยกอำนาจนิติบัญญัติออกจากอำนาจบริหาร เพราะเป็นสิ่งไม่ดีที่บุคคลคนเดียวออกกฎหมายด้วยและใช้กฎหมายด้วย เพราะการทำเช่นนั้นจะทำให้กฎหมายขาดลักษณะที่จะเป็นกฎหมายไป ในเมื่อผู้บัญญัติกฎหมายอาจใช้วิธีบัญญัติกฎหมายนั่นเองเพื่อออกคำสั่งหรือ

³⁵ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, "กฎหมายรัฐธรรมนูญ", โครงการตำราและเอกสารประกอบการศึกษา, (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549) น.327

มาตรการเป็นรายๆไปตามชอบใจและผู้นั้นก็ใช้กฎหมายเพื่อประโยชน์ของตนโดยเฉพาะ ล็อคไม่ได้กล่าวถึงอำนาจตุลาการไว้โดยเฉพาะ แต่จากข้อความบางตอนในหนังสือ ล็อค จะถือว่าอำนาจตุลาการนี้ขึ้นอยู่กับอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหารไม่มีอิสระอย่างเต็มที่แต่จะต้องรับผิดชอบต่อการที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายและอำนาจนิติบัญญัติอาจเพิกถอนผู้ใช้อำนาจบริหารได้ ล็อค เห็นว่าอำนาจนิติบัญญัติมีความสำคัญที่สุด เพราะเป็นอำนาจที่กำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตของสิทธิพื้นฐานตามธรรมชาติ ซึ่งได้แก่ ชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สิน³⁶

มองเตสกีเออ นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศสมีชื่อเต็มว่า ชาร์ลส์ เดอ เซองกาดาร์ บารอง เดอ มองเตสกีเออ (Charles DE SECONDAT, Baron DE MONTESQUIEU) มองเตสกีเออ ได้ออกเดินทางไปทั่วยุโรปและใช้เวลาศึกษาอยู่ที่ประเทศอังกฤษนานถึงปีครึ่ง จนเกิดแรงบันดาลใจให้เรียบเรียงวรรณกรรมสำคัญเล่มหนึ่งคือ “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” โดยอธิบายไว้ในบทที่ 6 ของหมวดที่ 11 ใช้ชื่อว่า “กฎหมายซึ่งก่อให้เกิดเสรีภาพในทางการเมืองในส่วนที่เกี่ยวกับโครงสร้างการปกครอง” โดยกล่าวว่า มองเตสกีเออ มีความเห็นว่าในทุกประเทศมีอำนาจอยู่ 3 อย่าง คือ³⁷

1. อำนาจในการออกกฎหมาย คือ อำนาจเกี่ยวกับการวางระเบียบบังคับทั่วไปในรัฐ กล่าวคืออำนาจในการตรากฎหมาย

2. อำนาจปฏิบัติกิจการซึ่งอยู่กับกฎหมายมหาชน คือ อำนาจในการใช้หรือบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายกล่าวคืออำนาจบริหาร

3. อำนาจปฏิบัติกิจการต่างๆซึ่งอยู่กับกฎหมายแพ่งคืออำนาจในการวินิจฉัยคดี กล่าวคืออำนาจตุลาการ

ความมุ่งหมายในการแยกอำนาจของ มองเตสกีเออ ก็เพื่อเป็นการประกันความคุ้มครองให้กับประชาชน มองเตสกีเออ เกรงว่าหากมีการใช้อำนาจเบ็ดเสร็จร่วมกัน อาจนำไปสู่อำนาจเผด็จการได้โดยง่าย การแยกอำนาจกันเป็นการถ่วงดุลและคานอำนาจกัน กล่าวคือ เป็นการตรวจสอบอำนาจซึ่งกันและกันดังที่ได้กล่าวไว้ว่า

³⁶อมร จันทรสมบุญ, กฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2523) น.59

³⁷วิชญ์ เครื่องงาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2530) น 227

“ถ้าอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารรวมอยู่ที่คนคนเดียว องค์กรเดียวหรือเจ้าหน้าที่เดียว เสรีภาพจะไม่อาจมีได้เลย เพราะกษัตริย์หรือรัฐสภาเดียวกันอาจสร้างกฎหมายขึ้นและใช้กฎหมายกดขี่ข่มเหงประชาชน

ในทำนองเดียวกัน เสรีภาพจะไม่หลงเหลืออยู่เช่นกัน ถ้าอำนาจตุลาการไม่แยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร ถ้าหากใช้อำนาจตุลาการอยู่กับอำนาจนิติบัญญัติ ชีวิตและเสรีภาพของคนในบังคับก็จะถูกควบคุมตามอำเภอใจ เพราะฝ่ายตุลาการเป็นผู้บัญญัติกฎหมายเองและตัดสินคดีตามกฎหมายเอง ถ้าใช้อำนาจรวมกับฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการก็จะกดขี่บังคับพลเมืองได้อย่างเต็มที่

ทุกสิ่งทุกอย่างจะถึงซึ่งกาลอวสาน ถ้าหากคนหรือองค์กรเดียวกันไม่ว่าจะเป็นชนชั้นสูงหรือราษฎรสามัญใช้อำนาจทั้งสามนี้ กล่าวคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจปฏิบัติตามกฎหมายและอำนาจตัดสินคดีที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชน”

มองเตสกีเออ ได้ให้เหตุผลในการที่กล่าวเช่นนี้ว่า³⁸“เป็นที่รู้อยู่ทั่วไปแล้วว่าคนเราทุกคนที่มีอำนาจย่อมหลงระเริงชอบใช้อำนาจเกินกว่าที่ควร ต่อเมื่อใดพบอุปสรรคขัดขวางเมื่อนั้นจึงจะหยุดยั้ง อย่ว่าแต่อะไรเลยแม้แต่คุณธรรมยังต้องมีขอบเขตจำกัด

เมื่อคนเราอาจใช้อำนาจเกินควรได้เช่นนี้ จึงจำต้องหาวิธีให้อำนาจคอยเหนี่ยวรั้งไว้”

อาจกล่าวได้ว่า มองเตสกีเออ แยกอำนาจออกไป 3 อำนาจก็เพื่อจะให้อำนาจหนึ่งยับยั้งอีกอำนาจหนึ่งบุคคลจึงจะมีสิทธิเสรีภาพ ทั้งนี้ เพราะถ้าอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารอยู่ในบุคคลคนเดียวหรือคณะเดียวกันประชาชนจะไม่มีเสรีภาพเพราะเป็นที่น่าห่วงเกรงว่าบุคคลคนเดียวหรือคณะเดียวกันคือสภานิติบัญญัตินั้นจะออกกฎหมายกดขี่และใช้กฎหมายบีบบังคับอย่างกดขี่ และถ้าอำนาจตุลาการจะไม่แยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติ ชีวิตเสรีภาพของประชาชนจะอยู่ภายใต้ผู้ใช้อำนาจทั้งสองนี้ เพราะผู้พิพากษาเป็นผู้ออกกฎหมายด้วย ถ้าอำนาจตุลาการรวมอยู่กับอำนาจบริหาร ผู้พิพากษาจะมีอำนาจบังคับประชาชนได้เต็มที่ มองเตสกีเออจึงเห็นว่า จะต้องไม่ให้อำนาจต่างๆมีขึ้นอยู่ต่อกันคือ ให้ผู้ใช้อำนาจทั้งสามเป็นอิสระจากกันและโดยการที่แยกอำนาจจะทำให้อำนาจทั้งสามมีน้ำหนักเท่าๆกันและทำให้บรรลู่ถึงซึ่งสมดุลแห่งอำนาจจึงทำให้ประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพ

³⁸ เฟิงอั่ง, น 228

ข้อแตกต่างระหว่างความคิดเห็นของ ล็อค กับของ มองเตสกีเออ คือ ล็อค ไม่ได้แยกอำนาจตุลาการออก แต่ มองเตสกีเออ แยกอำนาจตุลาการออกเป็นอิสระจากอำนาจอื่น

จ็อง โบ แดง (Jean Bodin) นักเศรษฐศาสตร์ชาวฝรั่งเศส กล่าวในหนังสือ Six Livres de la Republique โบแดง สร้างทฤษฎีอำนาจอธิปไตยขึ้นพร้อมกับแนะแนวทางในการพัฒนาการปกครองประเทศฝรั่งเศส โบแดง ได้กล่าวถึงอำนาจอธิปไตยไว้ว่า “สาธารณรัฐ” (res publica) คือสิทธิในการปกครองกลุ่มบุคคลหลายกลุ่มและมีส่วนร่วมของกลุ่มเหล่านี้ คือ อำนาจอธิปไตย โบแดงบอกว่า อำนาจอธิปไตยสูงสุดล้นพ้น (Absolute) ปรากฏจากขอบเขตถาวรและอำนาจอธิปไตยแสดงออกโดยการบัญญัติหรือยกเลิกกฎหมาย³⁹ โดยที่อำนาจอธิปไตยแบ่งแยกออกเป็นหลายแขนง

ปูเฟนดอร์ฟ⁴⁰ (puffendorf) นักนิติศาสตร์และประวัติศาสตร์ชาวเยอรมัน กล่าวในหนังสือ De Jure naturae et gentium ได้แจกแจงอำนาจอธิปไตยไว้เจ็ดอย่างคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจที่จะวางโทษในกรณีฝ่าฝืนกฎหมาย อำนาจตุลาการ อำนาจที่จะทำสงครามหรือสงบศึก หรือสนธิสัญญา อำนาจที่จะแต่งตั้งรัฐมนตรีและข้าราชการ อำนาจที่เก็บภาษี อำนาจที่จะจัดการศึกษา

จ็อง แจคส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) นักปรัชญาการเมืองฝรั่งเศส เห็นว่าอำนาจนิติบัญญัตินั้นคืออำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจอสูงสุด และการใช้อำนาจนั้นเป็นการใช้ในการวางหลักใหญ่ๆ ส่วนอำนาจบริหารหรือรัฐบาลนั้นเป็นการจัดให้มีการปฏิบัติตามหลักใหญ่ที่ฝ่ายนิติบัญญัติวางไว้โดยฝ่ายบริหารวางระเบียบปฏิบัติย่อยออกไปอีก และเห็นว่าอำนาจนิติบัญญัติไม่ควรเกี่ยวข้องกับอำนาจบริหาร มิฉะนั้นประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจมีหน้าที่วางหลักใหญ่จะเข้าใจผิดเข้ามาบริหารจัดการโดยการวางหลักย่อยๆ ในรายละเอียดของอำนาจบริหารจะทำให้เกิดการสับสนวุ่นวายในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายได้ การวางหลักย่อยจะต้องมอบหมายให้เจ้าหน้าที่คณะใดคณะหนึ่งซึ่งเป็นผู้ทราบรายละเอียดและข้อเท็จจริงเป็นผู้พิจารณาวางหลักเท่านั้น เนื่องจากต้องใช้เวลาในการพิจารณาและรู้ข้อเท็จจริงจำนวนมาก อำนาจบริหารแม้จะแยก

³⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538) น.32

⁴⁰ วิษณุ วัลบุญ, “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการนำเอาทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักในการจำแนกรูปแบบการปกครองชนิดต่างๆ”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 19 ฉบับที่ 3, น.161

นอกจากอำนาจนิติบัญญัติแต่ก็ต้องขึ้นอยู่กับอำนาจนิติบัญญัติกล่าวคืออำนาจนิติบัญญัติเป็นผู้ควบคุมแต่งตั้งถอดถอนฝ่ายบริหาร ส่วนอำนาจตุลาการ รุสโซ เห็นว่าจะต้องแยกเป็นอิสระออกจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร

ความเห็นของ รุสโซ ที่เห็นแตกต่างจาก มองเตสกีเออ คือ รุสโซ เห็นว่าอำนาจบริหารนั้นต้องขึ้นและอยู่ในความควบคุมของอำนาจนิติบัญญัติ และเมื่ออำนาจนิติบัญญัติจะต้องประชุมกันเป็นสมัยๆ รุสโซ เกรงว่าอำนาจบริหารจะมีมากเกินไป จึงสนับสนุนให้มีการแยกอำนาจบริหารออกเป็นอำนาจย่อยๆ และให้มีผู้ใช้ต่างกัน เพื่อไม่ให้อำนาจบริหารมีกำลัง (Power) และไม่ให้ได้แย่งอำนาจนิติบัญญัติซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดนั้นได้ รุสโซ ให้ความสำคัญกับเจตนาร่วมกันของประชาชน ที่แสดงออกโดยประชาชนโดยตรงนี้เอง ทำให้ รุสโซ ปฏิเสธการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย

นอกเหนือจากที่กล่าวข้างต้น ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ข้อ 16 ได้บัญญัติถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้ว่า “สังคมใดไม่มีหลักประชาธิปไตยโดยแท้จริงและไม่มีการแบ่งแยกอำนาจโดยชัดแจ้ง สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ” เป็นการรับรองและสนับสนุนถึงหลักการแยกอำนาจว่าเป็นหลักการสำคัญของหลักประชาธิปไตยอย่างแท้จริง การปฏิวัติในประเทศสหรัฐอเมริกาถือหลักการแยกอำนาจเป็นหลักการที่สำคัญและยึดถือเป็นหลักการปกครองประเทศมาจนถึงปัจจุบัน

2.2 การเลือกตั้งในระบบประชาธิปไตย

การเลือกตั้ง (Election) เป็นกระบวนการซึ่งมีความสำคัญประการหนึ่งเป็นระบบของการปกครองที่ถือเอามติของเสียงข้างมาก (Majority Rule) เป็นเครื่องมือในการตัดสินใจในขณะเดียวกันเพื่อมิให้ระบบประชาธิปไตยกลายเป็นระบบเผด็จการโดยเสียงข้างมากที่ไม่ยอมรับฟังเสียงข้างน้อย ระบบประชาธิปไตยจึงมีการตกลงของฝ่ายเสียงข้างมากให้มีหลักการคุ้มครองเสียงข้างน้อย เพื่อคุ้มครองป้องกันมิให้มีการกดขี่ข่มเหงบรรดาเสียงน้อยอย่างไม่เป็นธรรม เพื่อให้ประชาชนฝ่ายเสียงข้างมากและฝ่ายเสียงข้างน้อยจะได้อยู่ร่วมกันอย่างสันติสุข ประชาธิปไตยจึงมีความสัมพันธ์กับการเลือกตั้งอย่างแน่นแฟ้น⁴¹ การเลือกตั้งเป็นเครื่องมือที่แสดงออกซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างหลักเสียงข้างมากกับหลักคุ้มครองเสียงข้างน้อย

⁴¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 16* น.95

ซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญของระบอบประชาธิปไตยแบบผู้แทน ดังนั้น การเลือกตั้งในระบอบประชาธิปไตยแบบผู้แทนจึงมีความหมายและมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ที่ต้องคำนึงถึง

การปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนนั้น ต้องมีการเลือกตั้งผู้แทน การเลือกตั้งผู้แทนเป็นกระบวนการที่สำคัญประการหนึ่ง โดยที่การเลือกตั้งนั้นเป็นกระบวนการสรรหาผู้ซึ่งจะเข้าไปดำรงตำแหน่งทางการเมืองเพื่อใช้อำนาจอธิปไตยแทนประชาชน ประชาธิปไตยแบบผู้แทนนี้จะต้องมีระบบผู้แทนที่มีความรับผิดชอบต่อประชาชนด้วย การเลือกตั้งในระบอบประชาธิปไตยจึงเป็นทั้งการมอบอำนาจแก่ผู้แทนและสร้างความรับผิดชอบต่อผู้แทนไปในตัวด้วย⁴² ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า การใช้ประชาธิปไตยโดยทางตรงมักจะใช้ควบคู่ไปกับการใช้ประชาธิปไตยแบบผู้แทน เนื่องจากในระบบผู้แทนนั้นประชาชนมีส่วนร่วมโดยตรงเฉพาะในการเลือกตั้งเท่านั้น และเพื่อให้ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจสูงสุดอันแท้จริงจึงต้องมีช่องทางให้ประชาชนสามารถเป็นผู้ตัดสินใจในเรื่องที่สำคัญๆ ด้วยตนเอง

2.2.1 หลักประชาธิปไตยโดยผู้แทน

การปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยผู้แทนเป็นที่ยอมรับทั่วไปในสากลว่าเป็นการปกครองที่ดีที่สุด กล่าวคือเป็นการปกครองที่ให้ประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอำนาจอันสูงสุดด้วยตนเอง ระบบผู้แทนเป็นการแสดงเจตนารมณ์ของประชาชนโดยทางอ้อม กล่าวคือประชาชนจะแสดงเจตนารมณ์ทางการเมืองโดยผ่านผู้แทนของตน ในรูปแบบทางความคิดของระบบผู้แทนนั้น ความคิดเห็นของผู้แทนย่อมเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและเป็นไปในทางเดียวกันกับความคิดของประชาชน แต่ในความเป็นจริงทางเนื้อหาผู้แทนที่มีอำนาจปกครองคือรัฐบาลโดยประชาชนผู้เลือกตั้งมีบทบาทค่อนข้างจำกัด ประชาชนผู้เลือกตั้งมีโอกาสแต่เพียงการพิจารณาข้อเสนอของผู้สมัครเป็นผู้แทน การเลือกจึงจำกัดเฉพาะข้อที่เสนอให้เลือกเท่านั้น การแสดงความคิดเห็นของประชาชนทางการเมืองโดยการเสนอตรงต่อรัฐสภาไม่สามารถทำได้ ความคิดเห็นทางการเมืองที่มีผลต่อรัฐสภาจึงเป็นความคิดเห็นของผู้แทนเท่านั้น ซึ่งอาจจะไม่ตรงกับความคิดเห็นของประชาชนก็ได้ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าในทางเนื้อหาแล้วประชาชนจะใช้อำนาจการปกครองได้เฉพาะแค่การเลือกตั้งเท่านั้น หลังจากการเลือกตั้งแล้วการใช้อำนาจการปกครองจึง

⁴² สมยศ เชื้อไทย, "คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป", โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535) น. 96

ย้ายไปที่ผู้แทนของประชาชน ดังนั้น จึงต้องมีกระบวนการที่ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการแสดงเจตนารมณ์ทางการเมืองในเรื่องสำคัญๆ เช่น การลงคะแนนเสียงประชามติ หรือการควบคุมตรวจสอบโดยการถอดถอนผู้แทนได้

หลักประชาธิปไตยโดยผู้แทน หมายถึง การปกครองโดยประชาชนที่ประชาชนทั้งหมดไม่ได้มาร่วมประชุมปรึกษาหารือกันหรือตัดสินใจทางการเมืองด้วยตนเองแต่ประชาชนมอบให้ผู้แทนทำการแทนโดยการเลือกตั้งบุคคลที่ตนเห็นว่ามีความรู้ ความสามารถตลอดจนมีคุณธรรมจริยธรรมให้มาทำหน้าที่บริหารบ้านเมืองปกครองประเทศ แทนตน วิธีการเลือกตั้งเป็นวิธีการของระบอบประชาธิปไตยซึ่งประชาชนใช้อำนาจอธิปไตย โดยทางผู้แทนและเรียกระบอบนี้ว่า "ระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน" กล่าวคือประชาชนจะไม่ใช้อำนาจของตนเองโดยตรงแต่จะใช้อำนาจนี้ผ่านผู้แทน ดังนั้น วิธีการที่จะควบคุมผู้แทนที่ประชาชนเลือกตั้งได้ ก็คือ หากประชาชนเห็นว่าผู้แทนกระทำหน้าที่ไม่ดีก็จะไม่ให้ความไว้วางใจเลือกตั้งให้เป็นผู้แทนอีกในคราวต่อไป ทั้งนี้ ในบางครั้งประชาชนอาจได้สิทธิและอำนาจในการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้แทนบางอย่างไว้จึงมีการแบ่งแยกการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยผู้แทนออกเป็น 2 ประเภท คือ⁴³

1. การปกครองซึ่งประชาชนใช้อำนาจอธิปไตยทางผู้แทนโดยแท้หรืออย่างบริสุทธิ์ (Government representative pure) กล่าวคือการที่ประชาชนเลือกบุคคลบางคนให้เข้ามาใช้อำนาจอธิปไตย ในบางประเทศให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งเลือกผู้แทนราษฎรใช้อำนาจนิติบัญญัติเท่านั้น ส่วนอำนาจอื่นๆ คือ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ ไม่มีการเลือกผู้แทนเข้ามาใช้อำนาจนี้ ในบางประเทศใช้อำนาจนิติบัญญัติยังแบ่งออกเป็นสองสภาอันได้แก่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา โดยให้ประชาชนเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น สำหรับสมาชิกวุฒิสภานั้นให้ถือว่าเป็นผู้แทนราษฎรโดยราษฎรไม่ได้เลือกตั้งเลย การปกครองซึ่งประชาชนใช้อำนาจอธิปไตยทางผู้แทนโดยแท้หรืออย่างบริสุทธิ์มีลักษณะที่สำคัญคือการห้ามทำสัญญาตัวแทนระหว่างประชาชนผู้เลือกตั้งกับผู้แทนอย่างเด็ดขาด ผู้แทนจะอยู่ในฐานะที่ไม่ต้องรับคำสั่ง คำบังคับใดๆ จากประชาชนผู้เลือกตั้ง

2. การปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางกึ่งผู้แทน (Government semi representative) เป็นการปกครองที่ให้อำนาจวินิจฉัยเด็ดขาดอยู่กับผู้แทน การแสดงเจตนาของประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจะมีอิทธิพลอยู่เหนือการตัดสินใจของผู้แทนเป็นอย่างยิ่ง เดิมการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนทำให้สภามีอำนาจวินิจฉัยเรื่องใดๆ ได้โดยอิสระไม่

⁴³ รุติพร ขำน้ำคู้, อ่างแล้ว เขิงอรรถที่ 18, น.6-8

ต้องอยู่ในความผูกมัดใดๆของประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจะหมดอำนาจไปเมื่อได้เลือกผู้แทนแล้ว ต่อจากนั้นประชาชนต้องรับเอาเจตนาของผู้แทนเป็นเจตนาของตนโดยจะได้แย้งไม่ได้ว่าสิ่งที่ผู้แทนกระทำนั้นมิใช่เจตนาของตน จนกว่าจะมีกำหนดการเลือกตั้งขึ้นใหม่ในปัจจุบันการเลือกตั้งผู้แทนจะพิจารณาจากนโยบายที่ผู้แทนประกาศว่าจะทำเมื่อได้รับเลือกเป็นผู้แทน เมื่อได้รับเลือกเป็นผู้แทนแล้วก็จะนำนโยบายนั้นมาใช้ทันที การปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบผู้แทนจึงปรับเปลี่ยนไปจากเดิม แม้ประชาชนจะมีบทบาทสำคัญเฉพาะในการเลือกตั้งผู้แทนให้เข้าไปทำหน้าที่แทนตน แต่ก็มีกรรับรู้การแสดงออกของประชาชนที่สามารถแสดงเจตนาให้ผู้แทนรับรู้ว่าคุณต้องการที่จะให้นำพาประเทศชาติไปทางใด ผู้แทนก็ต้องไม่ฝ่าฝืนความต้องการของประชาชน ดังนั้น จึงเรียกว่าการปกครองประเภทดังกล่าวนี้ว่า"การปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางกึ่งผู้แทน"

หลักประชาธิปไตยโดยผู้แทนก็คือ ระบอบประชาธิปไตยที่การใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ โดยประชาชนใช้อำนาจผ่านทางผู้แทน และการเลือกตั้งถือเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งของการปกครองระบอบประชาธิปไตยทางผู้แทน ทั้งนี้ ย่อมเป็นที่เข้าใจกันว่ายังมีปัจจัยอื่นๆอีกที่มีความสำคัญต่อระบอบประชาธิปไตย

2.2.2 หลักการเลือกตั้งที่เป็นประชาธิปไตย

หลักเกณฑ์พื้นฐานของการเลือกตั้งเป็นสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายมหาชนของผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งและผู้สมัครรับเลือกตั้ง โดยที่สิทธิเรียกร้องนี้มีฐานะเท่ากับสิทธิตามรัฐธรรมนูญ การกระทำที่ขัดต่อหลักเกณฑ์พื้นฐานของการเลือกตั้ง เป็นเหตุให้เกิดการฟ้องให้การเลือกตั้งเป็นโมฆะได้ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลจะสั่งให้การเลือกตั้งเป็นโมฆะก็ต่อเมื่อ การกระทำดังกล่าวถึงขนาดทำให้ผลการเลือกตั้งเปลี่ยนแปลงได้ หลักพื้นฐานของการเลือกตั้งของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ต่างๆ ดังนี้⁴⁴

1. หลักการเลือกตั้งโดยตรง (Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl) การเลือกตั้งที่จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์การเลือกตั้งข้อนี้ คือการลงคะแนนของผู้มีสิทธิเลือกตั้งเท่านั้นที่เป็นตัวกำหนดว่าผู้ใดจะได้เข้าไปนั่งในสภาผู้แทนราษฎรและโดยวิธีนี้เท่านั้นที่จะกล่าวได้ว่าการ

⁴⁴ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, การเลือกตั้งและพรรคการเมือง: บทเรียนจากเยอรมัน (กรุงเทพมหานคร : สถาบันนโยบายศึกษา, 2542) น.22-29

เลือกตั้งเป็นไปตามเจตจำนงของประชาชน ในการเลือกตั้งแต่ละครั้งแต่ละคะแนนเสียงทุกคะแนนเสียงที่ลงไปจะต้องกำหนดได้แน่นอนว่าจะไม่ตกแก่ผู้สมัครคนใด และเมื่อลงคะแนนไปแล้วก็ไม่มีผู้ใดอีกที่จะมามีอิทธิพลต่อผลของการเลือกตั้งได้อีก สำหรับการเลือกตามบัญชีเลือกตั้งที่ผู้ลงคะแนนเสียงไม่มีอิทธิพลต่อการกำหนดตัวบุคคลในบัญชีผู้ลงคะแนนเสียงอาจประสงค์เลือกเพียงบุคคลเดียวแต่ก็ต้องเลือกบุคคลอื่นในบัญชีด้วย ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันตัดสินว่าการเลือกตั้งตามบัญชีนี้ไม่ขัดต่อหลักการเลือกตั้งโดยตรงราบเท่าที่บัญชีนั้นมีรายชื่อต่างๆแน่นอน กล่าวคือผู้เลือกทราบล่วงหน้าว่าหากลงคะแนนเสียงของตนแล้ว จะช่วยส่งบุคคลที่ตนทราบชื่อแล้วเข้าสู่สภาได้โดยที่ไม่มีองค์กรอื่นใดมาทำหน้าที่ตัดสินแทนอีกชั้นหนึ่ง

2. หลักความทั่วไปของการเลือกตั้ง (Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl) หลักเกณฑ์พื้นฐานของการเลือกตั้งข้อนี้หมายความว่า ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งทุกคนต้องสามารถใช้สิทธิของตนได้ หากมีความประสงค์จะใช้สิทธิเลือกตั้ง หลักการเลือกตั้งต้องเป็นไปโดยทั่วไปนี้เป็นหลักเกณฑ์ย่อยที่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ใหญ่หลักเกณฑ์หนึ่ง คือหลักความเสมอภาค โดยทุกคนต้องสามารถใช้สิทธิโดยเท่าเทียมกันตามรูปแบบเท่าที่จะเป็นไปได้ และการใดที่ขัดต่อหลักความทั่วไปของการเลือกตั้งแล้วย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาคด้วยเสมอ

3. หลักการเลือกตั้งโดยเสรี (Grundsatz der Freiheit der Wahl) หลักการเลือกตั้งโดยเสรีนี้เป็นเงื่อนไขสำคัญของการเลือกตั้ง ซึ่งหากการเลือกตั้งไม่เป็นไปตามหลักการนี้แล้ว หลักเกณฑ์พื้นฐานการเลือกตั้งข้ออื่นๆก็จะหมดความหมายไปโดยปริยาย และการเลือกตั้งไม่อาจเรียกได้เลยว่าเป็นการเลือกตั้งในการปกครองตามระบอบประชาธิปไตย หลักการเลือกตั้งโดยเสรีหมายความว่าผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งทุกคนย่อมใช้สิทธิของตนได้โดยปราศจากการใช้กำลัง บังคับ หรือความกดดันทางจิตใจหรือการใช้อิทธิพลใดๆต่อการตัดสินใจ หลักเกณฑ์พื้นฐานของการเลือกตั้งข้อนี้ครอบคลุมถึงการเตรียมการเลือกตั้งโดยเฉพาะอย่างยิ่งถึงการหาเสียงเลือกตั้งด้วย สำหรับสิทธิในการสมัครรับเลือกตั้งได้มีคำตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ว่าการกำหนดให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งต้องสังกัดพรรคการเมืองนั้นขัดต่อหลักการเลือกตั้งโดยเสรี⁴⁵ และสิทธิในการรับสมัครเลือกตั้งนั้นจะมีลักษณะเสรีได้ก็ต่อเมื่อการคัดเลือกสมาชิกพรรคเข้ารับสมัครรับเลือกตั้ง การกระทำในที่ประชุมสมาชิกพรรคหรือที่ประชุมกลุ่มการเมืองเท่านั้นที่จะส่งตัวแทนเข้าแข่งขันในการสมัครรับเลือกตั้ง

⁴⁵BVerfGE 41,399(417);47,253 (282)

สำหรับการใช้สิทธิพลบังคับต่อการตัดสินใจโดยทั่วไป นั้น หมายถึงการกระทำต่างๆ หรือเป็นการใช้อำนาจทางเศรษฐกิจหรืออำนาจทางสังคมที่เหนือกว่า ทำให้ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งนั้นต้องลงคะแนนเสียงไปในทางใดทางหนึ่งตามความต้องการของผู้ใช้สิทธิพลนั้น การกระทำดังกล่าวนอกจากจะเป็นการกระทำที่เข้าองค์ประกอบของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน⁴⁶ แล้ว ยังเป็นเหตุฟ้องให้ศาลสั่งให้การเลือกตั้งนั้นๆ เป็นโมฆะได้อีกด้วย หากเป็นที่พิสูจน์ได้ว่าการกระทำนั้นมีอิทธิพลจนทำให้ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งไม่สามารถต้านทานความกดดันนั้นและไม่อาจตัดสินใจอย่างเสรีได้ และการกระทำที่ขัดต่อหลักการเลือกตั้งโดยเสรีนี้ย่อมขัดต่อหลักทั่วไปของความเสมอภาคเสมอ

4. หลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาค (Grundsatz der Gleichheit der Wahl) หลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาค เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานของการเลือกตั้งที่มีความสำคัญในทางปฏิบัติมากที่สุด กล่าวคือการฟ้องร้องหลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาคนี้มีวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับหลักทั่วไปของการเลือกตั้งและทำให้หลักการทั่วไปของการเลือกตั้งมีความสมบูรณ์ขึ้นในแง่ที่ทำให้คะแนนเสียงแต่ละคะแนนของผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งได้มีโอกาสส่งผลในการเลือกตั้งอย่างเต็มที่ นอกจากนั้นแล้วการเลือกตั้งโดยเสมอภาคนี้ยังเสริมหลักการเลือกตั้งโดยเสรีอีกด้วย หลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาคมิได้ใช้กับการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งเท่านั้น หากแต่ใช้กับการเลือกตั้งทุกชั้นตอน กล่าวคือ รวมทั้งการรับสมัคร การเตรียมการเลือกตั้งทั้งหมด การหาเสียง การนับคะแนน ตลอดจนการแบ่งจำนวนที่นั่งในรัฐสภาให้แก่พรรคต่างๆ

5. หลักการเลือกตั้งโดยลับ (Grundsatz der geheimen Wahl) หลักการเลือกตั้งโดยลับเป็นสาระสำคัญของการเลือกตั้งในระบบประชาธิปไตย และเป็นหลักคู่กันหลักการเลือกตั้งโดยเสรี เพราะหากการเลือกตั้งไม่เป็นไปโดยลับแล้ว การเลือกตั้งก็ไม่อาจเป็นการเลือกตั้งโดยเสรีได้ หลักการเลือกตั้งโดยลับนี้ให้ความคุ้มครองทั้งผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งแต่ละคนและผลประโยชน์ส่วนรวมด้วย ตามหลักการเลือกตั้งโดยลับแล้วจะต้องดำเนินการเลือกตั้งโดยไม่ให้ผู้ใดทราบเลยว่าผู้ลงคะแนนเสียงเลือกตั้งแต่ละคนตัดสินใจเลือกใคร ทั้งนี้เพื่อให้แน่ใจได้ว่าผู้เลือกตั้งปลอดภัยจากการถูกข่มขู่ ซึ่งอาจจะมีขึ้นภายหลังการเลือกตั้งได้

⁴⁶ มาตรา 108 ความผิดเกี่ยวกับการกรรโชกขู่เข็ญผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง
 มาตรา 108 a ความผิดเกี่ยวกับการหลอกลวงผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง
 มาตรา 108 b ความผิดเกี่ยวกับการให้สินบนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง

หลักการเลือกตั้งที่เป็นประชาธิปไตยจะต้องประกอบด้วย ระบบการเลือกตั้งที่เป็นประชาธิปไตยด้วย ระบบการเลือกตั้งที่เป็นประชาธิปไตยที่นิยมใช้ในประเทศโดยทั่วไปแยกออกเป็น 2 ระบบ คือ ระบบเสียงข้างมาก (Majority System) และระบบสัดส่วน (Proportional Electoral System)

1.ระบบเสียงข้างมาก (Majority Electoral System)

ระบบการเลือกตั้งแบบเสียงข้างมาก หมายถึงวิธีการเลือกตั้งที่แบ่งอาณาเขตของประเทศออกเป็นเขตการเลือกตั้ง โดยแต่ละเขตการเลือกตั้งจะต้องมีขนาดใกล้เคียงกัน ระบบการเลือกตั้งแบบเสียงข้างมากแบ่งออกเป็น 2 ประเภท

1.1 ระบบเสียงข้างมากเด็ดขาด (Absolute majority) ระบบนี้ถือเกณฑ์เสียงข้างมากอย่างเด็ดขาดกล่าวคือ ผู้สมัครรับเลือกตั้งจะต้องได้คะแนนมากกว่าครึ่งหนึ่งของคะแนนเสียงทั้งหมดจึงจะถือได้ว่าเป็นผู้ชนะการเลือกตั้ง

1.2 ระบบเสียงข้างมากสัมพัทธ์ (Relative majority) ระบบนี้ถือเกณฑ์เสียงข้างมากธรรมดา กล่าวคือ ผู้สมัครรับเลือกตั้งที่ได้คะแนนมากกว่าผู้สมัครรับเลือกตั้งรายอื่นก็ถือได้ว่าเป็นผู้ชนะการเลือกตั้งแล้ว โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะต้องได้รับคะแนนเกินครึ่งหรือไม่ เพียงคะแนนมากกว่าถือว่าชนะการเลือกตั้งแล้ว ประเทศไทยระบบเลือกตั้งนี้มาตั้งแต่ต้นจนถึงปัจจุบัน

2.ระบบสัดส่วน (Proportional Representative)

ระบบสัดส่วนโดยหลักการแล้วการเลือกตั้งในระบบสัดส่วนนี้พรรคการเมืองจะต้องทำบัญชีรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งเรียงลำดับเสนอต่อประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง เพื่อเลือกพรรคการเมืองนั้น เมื่อมีการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งแล้วจะนำคะแนนทั้งหมดมารวมกันแล้วคิดตามเกณฑ์สัดส่วนที่กำหนดไว้ ทั้งนี้จะคำนวณจำนวนที่นั่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามสัดส่วนคะแนนที่ได้รับเลือกจากประชาชนที่ออกเสียงลงคะแนนให้ ระบบสัดส่วนนี้จะใช้เขตเดียวโดยใช้เขตประเทศเป็นเขตเลือกตั้ง หรือ อาจกำหนดให้มีเขตเลือกตั้งหลายเขตและให้พรรคการเมืองทำบัญชีรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งตามจำนวนเขตเลือกตั้งที่กำหนดก็ได้

3.ระบบเลือกตั้งแบบผสม ระบบเลือกตั้งแบบผสมคือการนำระบบเลือกตั้งแบบเลือกตั้งแบบเสียงข้างมาก (Majority System) มาผสมกับระบบสัดส่วน (proportional Representation) ที่ใช้กันอยู่ในประเทศประชาธิปไตยแถบยุโรปเหนือ ซึ่งจะให้ผลดีต่อการพัฒนาประชาธิปไตย

กระบวนการเลือกตั้ง (Election Process) ในระบอบประชาธิปไตยเป็นกระบวนการที่ให้ผู้สมัครเข้ารับการเลือกตั้งเพื่อเป็นผู้แทนประชาชนในการปกครองประเทศได้รับความเสมอภาค

เท่าเทียม มีการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม มีอิสรภาพ มีเสรีภาพ มีการจัดการเลือกตั้งที่บริสุทธิ์ และมีความยุติธรรม กล่าวคือ กระบวนการเลือกตั้งต้องมีการกำหนดให้องค์กรที่ดำเนินการจัดการเลือกตั้งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางและเป็นอิสระปราศจากการครอบงำขององค์กรใด ๆ ทั้งปวง ทั้งจะต้องกำหนดให้อยู่ภายใต้การตรวจสอบของฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นองค์กรที่ตรวจสอบการใช้อำนาจขั้นสุดท้ายขององค์กรฝ่ายบริหารเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ที่เป็นหลักการพื้นฐานของหลักนิติรัฐ

หลักเกณฑ์การเลือกตั้งสากลที่ปฏิญญาสากลแห่งสิทธิมนุษยย์และพลเมืองของฝรั่งเศส ประกาศใช้ในปี ค.ศ.1789 กล่าวว่า “มนุษย์เกิดมาอย่างอิสระและเสมอภาค” และอีกตอนหนึ่งกล่าวว่า “บุคคลมีสิทธิที่จะร่วมมือในการออกกฎหมายอย่างน้อยก็โดยทางผู้แทน ต่อมาสมัชชาองค์การสหประชาชาติได้ประกาศใช้ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2491 ซึ่งประเทศไทยได้ลงนามรับรองปฏิญญาดังกล่าวด้วย

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Declaration of Human Right, 1948) มาตรา 21 ระบุว่า

(1) Everyone has the right to take part in the government of his country directly or through freely chosen representatives

“ทุกคนมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมในรัฐบาลของประเทศตน ไม่ว่าจะ เป็นโดยตรงหรือโดยผ่านทางผู้แทนซึ่งได้รับเลือกตั้งโดยอิสระ”

(2).....

(3) The will of people shall be the basic of the authority of government ; this will shall be expressed in periodic and genuine election which shall be equal suffrage and shall be held by secret vote or by equivalent free voting procedures.

“เจตจำนงของประชาชนจะต้องเป็นมูลฐานแห่งอำนาจของรัฐบาล เจตจำนงนี้ต้องแสดงออกทางการเลือกตั้ง ตามกำหนดเวลาและอย่างแท้จริงโดยอาศัยการออกเสียงทั่วไปและอย่างเสมอภาคและการลงคะแนนลับหรือวิธีการลงคะแนนโดยอิสระอย่างอื่นทำนองเดียวกัน”⁴⁷ กล่าวคือ ปฏิญญาสากลได้รับรองสิทธิของประชาชนที่จะมีส่วนร่วมในรัฐบาลของประเทศของตนซึ่งอาจจะเป็นโดยตรงหรือโดยทางผู้แทน เจตจำนงของประชาชนต้องเป็นมูลฐานของอำนาจรัฐบาล คือผู้ที่มาจะเป็นรัฐบาลจะต้องได้อำนาจจากประชาชนและเจตจำนงของประชาชนที่จะเป็นมูลฐาน

⁴⁷ ปุณณะ สุทธิประภา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น.83-84

ของอำนาจรัฐบาลนั้นจะต้องแสดงออกโดยทางการเลือกตั้ง โดยที่การเลือกตั้งเป็นเครื่องมือสำคัญ
ของหลักประชาธิปไตยโดยผู้แทน

การเลือกตั้งที่เป็นประชาธิปไตยคือการเลือกตั้งที่มีคุณภาพ คุณภาพของการเลือกตั้ง
ขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ⁴⁸ เช่น ความรู้ความเข้าใจของผู้มีสิทธิเลือกตั้ง คุณภาพของผู้สมัคร
รับเลือกตั้ง พรรคการเมือง และปัจจัยที่สำคัญคือประสิทธิภาพของการบริหารจัดการเลือกตั้ง
ในประเทศต่างๆการบริหารจัดการเลือกตั้งจะอยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรจัดการเลือกตั้ง
และเพื่อให้บรรลุถึงเป้าหมายประการสำคัญคือการเลือกตั้งที่มีการแข่งขันกันบริสุทธิ์และยุติธรรม
สิทธิเลือกตั้งเป็นสิ่งแรกเริ่มของบทบาททางการเมืองของประชาชนในระบอบเสรีประชาธิปไตย
แม้การที่ให้ประชาชนมีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งนั้นยังมีข้อเงื่อนไขที่เพียงพอสำหรับระบอบ
ประชาธิปไตยแต่ก็เป็นเงื่อนไขที่จำเป็นของประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน ซึ่งนับเป็นขั้นตอนสำคัญ
ขั้นตอนหลักของการปกครองโดยระบอบประชาธิปไตย การที่รัฐใดจะเป็นนิติรัฐหรือไม่ก็จะต้อง
พิจารณาว่ารัฐนั้นปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยหรือไม่ กล่าวคือรัฐนั้นจะต้องกำหนดอำนาจ
อธิปไตยให้เป็นของประชาชนและประชาชนต้องมีบทบาทในการแสดงเจตนารมณ์ทางการเมือง
ในการร่วมกันใช้อำนาจอธิปไตยได้อย่างมีประสิทธิภาพอีกทั้งจะต้องมีรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมาย
แม่บทในการกำหนดถึงลักษณะอำนาจที่แบ่งเป็น 3 ลักษณะใหญ่ คือ อำนาจนิติบัญญัติ
อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ และกำหนดแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจไว้อย่างชัดเจน และ
ที่สำคัญรัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้อย่างเป็นรูปธรรม
เพื่อให้มีการตรวจสอบการละเมิดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบใช้อำนาจได้
โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้อำนาจทางบริหารซึ่งเป็นอำนาจที่ก่อให้เกิดการกระทบการะเทือน
ต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ง่ายที่สุดเมื่อเทียบกับอำนาจอื่น รัฐธรรมนูญจะต้อง
กำหนดให้อำนาจตุลาการเป็นผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบอำนาจบริหาร โดยให้หลักประกันในความเป็น
อิสระของอำนาจตุลาการให้ปราศจากการครอบงำของฝ่ายบริหาร กล่าวคือ ในนิติรัฐผู้พิพากษา
จะต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี⁴⁹ การใช้อำนาจตุลาการเมื่อศาลมีคำพิพากษาคัดสิน

⁴⁸โคทม อาริยา, "คณะกรรมการการเลือกตั้ง", โครงการเฉลิมพระเกียรติ สารานุกรม
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540), พิมพ์ครั้งที่ 1 (สถาบันพระปกเกล้า, 2544) น.3

⁴⁹หยุด แสงอุทัย, อ่างแล้ว เริงอรรถที่ 21, น.254

คดีแล้ว คำพิพากษานั้นย่อมดำรงอยู่อย่างเป็นอิสระจากผู้พิพากษาผู้ทำคำพิพากษา⁵⁰ ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าการควบคุมโดยองค์กรฝ่ายตุลาการเป็นระบบการควบคุมที่ให้หลักประกันแก่ประชาชนที่ดีที่สุด⁵¹

2.3. อำนาจการตรวจสอบการเลือกตั้ง

อำนาจการตรวจสอบการเลือกตั้งโดยฝ่ายตุลาการ ฝ่ายตุลาการมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามหลักนิติรัฐและหลักการแยกอำนาจที่องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กรจะต้องมีการถ่วงดุลและคานอำนาจ การจัดการเลือกตั้งเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่จะต้องจัดการเลือกตั้งให้เป็นไปตามหลักสุจริตและเที่ยงธรรม การควบคุมตรวจสอบการจัดการเลือกตั้งให้เป็นไปตามหลักการเลือกตั้งที่เป็นประชาธิปไตยเป็นบทบาทอันสำคัญของฝ่ายตุลาการในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีที่มีความเป็นอิสระปราศจากการครอบงำขององค์กรอื่นที่มีส่วนได้ส่วนเสียจากการเลือกตั้ง

การแยกอำนาจเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของระบอบประชาธิปไตย หลักการแยกอำนาจ (separation of powers)⁵² คือ การจัดการแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจให้ใช้อำนาจต่างองค์กร

⁵⁰วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "นิติรัฐ", ไทยโพสต์, ,การทบทวนการใช้อำนาจมหาชนในกระบวนการนิติบัญญัติกับร่างพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยราชภัฏฯ วันที่ 27 ธันวาคม 2546 (อัตสำเนา)

⁵¹บรรเจ็ด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548) น.169

⁵²บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน, (คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549) น. 354 อธิบายไว้ในเชิงอรรถว่าการแปล separation of powers เป็นหลักการ “แบ่ง” แยกอำนาจอาจมีส่วนทำให้เกิดความเข้าใจว่าอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการเป็นเอกเทศไม่ขึ้นแก่กันกล่าวคือ เมื่อเห็นคำว่า “แบ่ง” ก็เกิดความรู้สึกที่เชื่อมโยงกับคำว่า “ส่วนแบ่ง” โดยอัตโนมัติ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงขอใช้คำว่า “หลักการแยกอำนาจ” ซึ่งน่าจะตรงกับรากศัพท์ของคำว่า separation มากกว่า ซึ่งผู้เขียนวิทยานิพนธ์มีความเห็นเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เตือน บุญนาค ได้เขียนเรื่อง การแยกอำนาจไว้ในวารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 4 ปีที่ 9 พ.ศ.2520 ว่า “ควรสังเกตว่ามองเตสกีเออไม่ได้ใช้คำว่า “แยก”(Separation) แต่

และเป็นอิสระต่อกันรวมทั้งให้อำนาจแต่ละอำนาจมีความสัมพันธ์และถ่วงดุลซึ่งกันและกันได้ ในทางทฤษฎีได้มีนักปรัชญาการเมืองได้พูดถึงการแยกอำนาจมานานแล้ว แต่เดิมนั้นอำนาจในการปกครองประเทศไม่มีการแบ่งแยก แต่ต่อมานักปรัชญาการเมืองได้เสนอแนะให้มีการแบ่งแยก และมีผู้เห็นด้วยจึงนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมาย⁵³ หลักการแยกอำนาจเป็นเงื่อนไขอันสำคัญของการปกครองโดยผู้แทน ถ้าหากไม่มีการแยกอำนาจผู้แทนจะมีอำนาจอธิปไตยแต่เพียงผู้เดียว โดยไม่มีการตรวจสอบถ่วงดุลจากองค์กรหรือบุคคลอื่น ทำให้ผู้แทนมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดและรัฐนั้นๆก็จะห่างไกลต่อนิติรัฐมากขึ้น หลักการสำคัญของนิติรัฐต้องแยกอำนาจแต่ละอำนาจออกจากบุคคลคนเดียวกัน ถึงแม้บุคคลนั้นจะได้รับการเลือกตั้งเข้าเป็นผู้แทนประชาชนเพื่อใช้อำนาจการปกครองประเทศโดยการเลือกตั้งโดยวิถีทางประชาธิปไตยก็ตาม หากแต่อำนาจรวมอยู่ในบุคคลคนเดียวก็อาจจะทำให้บุคคลนั้นมัวเมาในอำนาจและจะใช้อำนาจตามอำเภอใจจนเกินขอบเขตที่กฎหมายมอบอำนาจให้ได้ การใช้อำนาจแต่พอเหมาะพอควร(Moderate)จะเป็นไปได้ก็แต่โดยการจัดองค์กรของรัฐในลักษณะที่ให้อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่ง⁵⁴

2.3.1 ฝ่ายตุลาการกับการแบ่งแยกอำนาจ

การใช้อำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐแยกออกเป็น 3 ประเภท ด้วยกันคือ การนิติบัญญัติ (Legislative Function) ซึ่งได้แก่การตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ การบริหาร (Executive Function) ซึ่งได้แก่การบังคับให้การต่างๆเป็นไปตามกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ และการตุลาการ (Judicial Function) ซึ่งได้แก่การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รัฐอาจใช้อำนาจกระทำการต่างๆโดยผ่านองค์กรเพียงองค์กรเดียวก็ได้ เช่น การปกครองระบอบ

กล่าวว่าอำนาจชนิดนั้นไม่ควรขึ้นอยู่กับอำนาจชนิดนี้ และว่าผู้ใช้อำนาจชนิดนั้น ถ้าได้ใช้อำนาจชนิดนี้จะเกิดผลแก่ประชาชนขึ้นอย่างไร ก็เท่ากับว่ามองเตสกีเออเห็นว่าอำนาจต่างๆนี้ต้องแยกกันนั่นเอง

⁵³วิชณู เครืองาม,อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 37 น.226 กล่าวว่า การแบ่งแยกอำนาจมิใช่หลักกฎหมาย แต่เป็นหลักการจัดการปกครองที่เห็นว่าดีที่สุดหลักหนึ่งและนำมาใช้แพร่หลายหลังสมัยมองเตสกีเออ โดยสหรัฐอเมริการับมาใช้อย่างใกล้เคียงหลักเดิมที่สุด

⁵⁴วรวพจน์ วิศรุตพิชญ์,อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 28,น.5

สมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้ อำนาจทั้งสามอำนาจอันได้แก่อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ แต่ลำพังเพียงพระองค์เดียว

การเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยเพื่อมุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้ เนื่องจากเห็นว่า "อำนาจทำให้ผู้ถืออำนาจนั้นเสื่อมลง อำนาจยิ่งเด็ดขาดยิ่งทำให้ผู้ถืออำนาจนั้นเสื่อมลงอย่างถึงที่สุด"(Power corrupts, absolute power corrupts absolutely)⁵⁵ กล่าวคือ คนเราทุกคนเมื่อมีอำนาจแล้วจะมัวเมาในอำนาจและมักจะใช้อำนาจอย่างสุดโต่งเสมอ ดังนั้น จึงมีการแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจให้เป็นอิสระแยกต่างหากจากกันโดยให้แต่ละองค์กรต่างใช้อำนาจอธิปไตยกระทำตามรัฐธรรมนูญมอบหมายอย่างเป็นอิสระ ทั้งนี้ แต่ละองค์กรต้องมีการตรวจสอบการใช้อำนาจซึ่งกันและกันตามหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ

องค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทคือศาล ในบางประเทศได้แยกศาลปกครองซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีปกครองออกจากศาลยุติธรรม และมีศาลรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในการทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาด ข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ⁵⁶ อำนาจตุลาการหรืออำนาจศาล(judicial power) เป็นอำนาจพิพากษาอรรถคดีข้อพิพาทต่างๆ ไม่ว่าจะข้อพิพาทนั้นจะเป็นข้อพิพาทระหว่างประชาชนด้วยกันเอง หรือข้อพิพาทระหว่างองค์กรของรัฐกับประชาชน อำนาจตุลาการเป็นเงื่อนไขที่สำคัญประการหนึ่งที่จะทำให้องค์กรใดได้รับการพิจารณาว่าเป็นองค์กรตุลาการ⁵⁷ อำนาจตุลาการเป็นหนึ่งในอำนาจอธิปไตยที่เป็นของประชาชนโดยศาลเป็นผู้ใช้อำนาจนี้ กล่าวคืออำนาจตุลาการเป็นอำนาจที่คุ้มครองและประกันสิทธิเสรีภาพให้กับประชาชนตามระบอบประชาธิปไตยโดยรัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้อำนาจตุลาการนี้ครอบคลุมการวินิจฉัยชี้ขาดอย่างอื่นด้วยก็ได้ เช่น วินิจฉัยว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือวินิจฉัยการกระทำของฝ่ายปกครองหรือฝ่าย

⁵⁵ คำกล่าวของ Lord Action, อ้างโดย André MOOLITOR, ใน L'administration de la Belgique, Institu belge de la Science Politgue]CRISP, 1974, p.88 อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ "ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ"วารสารนิติศาสตร์,ปีที่ 24 ฉบับที่ 3, น.573

⁵⁶ สมยศ เชื้อไทย, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550) น.218

⁵⁷ สุเทพ พรหมวาศ, "การตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรอิสระโดยองค์กรตุลาการ: ศึกษากรณีคณะกรรมการเลือกตั้งและคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549) น.20

บริหารว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้ ย่อมขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศโดยรัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้ประมุขของรัฐเป็นผู้ใช้ในทางทฤษฎีและศาลเป็นผู้ใช้ในทางปฏิบัติก็ได้ หรืออาจกำหนดว่าศาลเป็นผู้ใช้โดยตรงก็ได้ เช่น รัฐธรรมนูญ สหรัฐอเมริกา รัฐธรรมนูญ ออสเตรเลีย รัฐธรรมนูญเบลเยียม⁵⁸ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับกำหนดให้ศาลทำการในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ หมายความว่า ผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามอำนาจหน้าที่ที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายแทนพระมหากษัตริย์ในการใช้อำนาจอธิปไตยอันเป็นอำนาจสูงสุดของประชาชน โดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้พระมหากษัตริย์เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยผ่านองค์กรทั้งสามองค์กร ซึ่งได้แก่ องค์กรฝ่ายบริหาร คือ คณะรัฐมนตรี องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ คือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และองค์กรฝ่ายตุลาการคือผู้พิพากษาหรือตุลาการ

อำนาจตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น การตัดสินคดีต่างๆ ศาลอาศัยหลักการพื้นฐานที่เรียกกันว่า “อำนาจยุติธรรม” กล่าวคือ การปกครองโดยหลักกฎหมาย ประชาชนเลือกผู้แทนของประชาชนเข้ามาทำหน้าที่ออกกฎหมาย ผู้แทนประชาชนเลือกรัฐบาล เข้ามาทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายเพื่อบริหารประเทศชาติ นอกจากนี้มีฝ่ายตุลาการตัดสินคดีความตามกฎหมาย อำนาจทุกๆอำนาจของอำนาจอธิปไตยตั้งอยู่บนพื้นฐานของอำนาจยุติธรรม

อำนาจของตุลาการเป็นอำนาจเกี่ยวกับการวินิจฉัยชี้ขาดอรรถคดีไม่ว่าจะเป็นอรรถคดีระหว่างเอกชนด้วยกันเองหรือระหว่างเอกชนกับรัฐบาล เนื่องจากรัฐอาจใช้อำนาจของรัฐในอันที่ก่อให้เกิดการกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ดังนั้น เพื่อให้ตุลาการหรือผู้พิพากษาสามารถปฏิบัติหน้าที่ในการตัดสินคดีได้อย่างดีที่สุด จึงจำเป็นต้องให้ตุลาการหรือผู้พิพากษามีความเป็นอิสระโดย ปราศจากการถูกแทรกแซงจากองค์กรฝ่ายอื่น ไม่ว่าจะเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหารหรือองค์กรฝ่ายตุลาการด้วยตนเอง

ดังนั้น จึงต้องมีหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ ตุลาการหรือศาลเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยพิจารณาพิพากษาอรรถคดีแต่เพียงผู้เดียว โดยมีได้ให้องค์กรอื่นใช้อำนาจนี้ร่วมกับศาล การแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยออกจากกันโดยการแยกการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำทางตุลาการออกจากองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำ การบริหารอย่างเคร่งครัดเช่นว่านี้ ย่อมเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของศาล ทำให้ศาล

⁵⁸วิชฌู เควื่องาม, อ่างแล้ว เจริญอรรถที่ 37 น.629

พิจารณาพิพากษาอรรถคดีได้โดยปราศจากความลำเอียงไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลทางการเมืองทั้งทางตรงและทางอ้อม ลักษณะสำคัญของผู้พิพากษาคือต้องมีความเป็นกลาง และเป็นอิสระ⁵⁹

2.3.2 ฝ่ายตุลาการกับการตรวจสอบการเลือกตั้ง

“รัฐใดรัฐหนึ่งไม่อาจถือได้ว่าเป็น นิติรัฐ หากรัฐนั้นปราศจากการควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ”⁶⁰ เป็นคำกล่าวที่สนับสนุนว่าการควบคุมและตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการเป็นการควบคุมและตรวจสอบที่สำคัญ เนื่องจากการควบคุมและตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการเป็นระบบการควบคุมและตรวจสอบที่ให้หลักประกันกับประชาชนมากที่สุด ความเป็นนิติรัฐของรัฐใดรัฐหนึ่งจะปรากฏก็ต่อเมื่อรัฐนั้นยอมอยู่ภายใต้กฎหมายและยอมอยู่ภายใต้การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ⁶¹

ลักษณะสำคัญขององค์กรตุลาการเป็นองค์กรของรัฐประเภทหนึ่งที่มีลักษณะสำคัญอันแตกต่างไปจากองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง โดยมีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้⁶²

1. เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปตามกฎหมาย การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทประกอบด้วย 4 ขั้นตอน คือ

1.1 รับฟังข้อเท็จจริงที่เป็นมูลเหตุให้เกิดข้อพิพาท การพิจารณาว่าข้อเท็จจริงตามที่โจทก์และจำเลยกล่าวอ้างในคำฟ้องหรือคำให้การเป็นจริงหรือไม่นั้นยอมเป็นไปตามพยานหลักฐานที่คู่ความนำมาสนับสนุนข้ออ้างของตนหรือหักล้างข้ออ้างของฝ่ายตรงข้าม

1.2 การตีความความหมายของบทบัญญัติที่จะมาใช้บังคับกับคดี

1.3 การนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาปรับข้อเท็จจริงแห่งคดีที่รับฟังเป็นที่ยุติ

⁵⁹ วิชาญ เกรืองาม, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 37*, น.631

⁶⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 26*, น.350

⁶¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 11*, น.329

⁶² กนิษฐา เขียววิทย์, “การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, 2533) น. 2-8 ; Maurice DUVERGER, *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, (Paris:P.U.F., 1980) Tome I, pp.195-208

1.4 การออกคำสั่งว่าตามกฎหมายคุ้มครองแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ต่อกัน
อย่างไร

2. คำสั่งขององค์กรนั้นที่ว่าตามกฎหมายคุ้มครองแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ต่อกัน
อย่างไรต้อง” เป็นยุติ” (res judicata) กล่าวคือเมื่อได้อ่านคำสั่งให้คู่ความฟังแล้วองค์กรนั้นจะ
ฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาเพื่อออกคำสั่งใหม่ให้แตกต่างไปจากคำสั่งเดิมไม่ได้ เว้นแต่ผิดพลาด
เล็กน้อย ๆ หากแต่คู่ความไม่พอใจคำสั่งนั้น คู่ความมีเพียงสิทธิอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งนั้นต่อ
องค์กรอื่นที่อยู่ในลำดับชั้นสูงกว่าองค์กรผู้ออกคำสั่งเดิม และถ้าองค์กรสูงสุดได้อ่านคำสั่งว่าตาม
กฎหมายแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันอย่างไรให้คู่ความฟังแล้ว คำสั่งดังกล่าว”ยอมเป็นที่สุด”
(finality) หรือเสร็จเด็ดขาด

3. กระบวนการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท องค์กรนั้นจะต้องเป็นกระบวนการที่
เปิดเผย (Publicity) กล่าวคือการเปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาคดีได้และต้องเป็น
กระบวนการที่เปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายได้ปกป้องสิทธิและประโยชน์อันชอบธรรมของตน
โดยให้แต่ละฝ่ายมีสิทธินำพยานหลักฐานของตนและหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของคู่ความฝ่ายตรงกัน
ข้ามได้อย่างเต็มที่ (audi alteram partem)

4. การออกคำสั่งองค์กรนั้นต้องให้เหตุผลประกอบคำสั่งเสมอ (Duty to give reasons)
การให้เหตุผลประกอบคำสั่งกล่าวคือการแสดงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เป็นมูลเหตุจูงใจให้
ต้องออกคำสั่งนั้นให้ปรากฏต่อคู่ความและสาธารณชน

5. องค์กรนั้นจะต้องมีความเป็นกลาง (Impartiality) หรืออีกนัยหนึ่งคือปราศจาก อคติ
ลำเอียง (Freedom From bias) หนึ่งองค์กรใดจะมีความเป็นกลางได้ก็ต่อเมื่อสมาชิกขององค์กร
นั้นมีความเป็นอิสระ (Independence) กล่าวคือไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลกดดันอย่างใดๆของ
องค์กรอื่น มีวิธีประกันความเป็นอิสระในการวินิจฉัยข้อพิพาท เช่นการห้ามมิให้ผู้ใดแสดงความ
ความเห็นวิพากษ์วิจารณ์ข้อพิพาทที่อยู่ระหว่างการพิจารณา เป็นต้น

องค์กรของรัฐองค์กรใดไม่มีลักษณะข้อใดข้อหนึ่งดังกล่าวข้างต้น ย่อมมิใช่องค์กร
ตุลาการหรือศาลอย่างแท้จริง แม้จะมีชื่อเรียกว่า”ศาล”ก็ตามในทางกลับกันหากองค์กรของรัฐ
องค์กรใดมีลักษณะดังกล่าวครบถ้วน แม้จะไม่มีชื่อเรียกว่าศาลแต่ก็เป็นศาลอย่างแท้จริง

ฝ่ายตุลาการหรือองค์กรศาลจะต้องประกอบด้วยคุณลักษณะสองประการ คือ
ลักษณะการใช้อำนาจและลักษณะการจัดการโครงสร้างหรือลักษณะการจัดโครงสร้างขององค์กร

1. ลักษณะการใช้อำนาจในทางเนื้อหาเป็นอำนาจตุลาการ คือ อำนาจบังคับการให้
เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายในกรณีที่บุคคลต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายหรือ

ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีเมื่อมีการโต้แย้งสิทธิ ผู้ใช้อำนาจตุลาการจะต้องเป็นผู้ประเมินข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายกล่าวอ้างมานั้น เพื่อมาสรุปว่ามีข้อเท็จจริงตามที่คู่กรณีกล่าวอ้างเกิดขึ้นจริงและต้องวินิจฉัยให้ได้ข้อยุติว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เป็นข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเช่นเดียวกันกับกลุ่มของข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นเงื่อนไขของการบังคับสิทธิและหน้าที่ตามที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายเรียกร้อง มาปรับข้อเท็จจริงเพื่อที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายกำหนดผลไว้เช่นใด คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิบัติไม่ถูกต้องตามกฎหมายที่กำหนดไว้ในเรื่องใด และมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อคู่ความฝ่ายอื่นอย่างไร นอกจากนี้ กฎหมายในบางกรณีได้กำหนดให้ฝ่ายตุลาการมีดุลพินิจที่จะเลือกบังคับตามข้อกำหนดของกฎหมายในแนวทางที่เห็นว่าเหมาะสมและเป็นธรรม

2. ลักษณะการจัดโครงสร้างหรือการจัดองค์กรที่แตกต่างจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรฝ่ายบริหาร โดยมุ่งหมายที่จะแยกฝ่ายตุลาการออกจากองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหาร โดยกำหนดให้ฝ่ายตุลาการมีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการกระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหารให้ดำเนินไปภายใต้หลักเกณฑ์และกรอบที่กฎหมายให้อำนาจได้กำหนดไว้ อย่างเคร่งครัด⁶³ กล่าวคือองค์กรฝ่ายตุลาการสามารถทำคำวินิจฉัยของตนได้โดยอิสระอย่างแท้จริง และลักษณะของคำวินิจฉัยที่เด็ดขาดเป็นที่สุดและไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาขององค์กรอื่นหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือหลักแห่งความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ

การควบคุมและตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ นั้น แยกออกได้ เป็น 2 ระบบ คือ ระบบศาลเดี่ยวและระบบศาลคู่ และในบางประเทศยังกำหนดให้มีศาลพิเศษ ซึ่งได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และนอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญอาจมีบทบาทสำคัญในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐขององค์กรต่างๆด้วย

1. ระบบศาลเดี่ยว (Single system of justice) เป็นระบบที่ใช้ศาลยุติธรรมตัดสินคดีทุกประเภทรวมทั้งคดีปกครองด้วย ต้นแบบของประเทศที่ใช้ระบบศาลเดี่ยว คือ ประเทศอังกฤษ กล่าวคือประเทศอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน⁶⁴

⁶³Hans Kelsen, General Theory of law and State.(Massachusetts:Harvard University Press,1945) p.282

⁶⁴โปรดดู อิสระ นิติทัศน์ประกาศ, "กฎหมายปกครองอังกฤษ", วารสารนิติศาสตร์, น.84 อ้างใน Sir Maurice Amos อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ "ความเป็นมาของระบบศาลเดี่ยวใน

แม้ในปัจจุบันจะมีการเรียนการสอน “Administrative law” ในประเทศอังกฤษอย่างกว้างขวางแต่ก็ไม่ได้แสดงให้เห็นว่าลักษณะพิเศษของกฎหมายปกครองว่าแตกต่างจากกฎหมายอื่นอย่างไร⁶⁵

2.ระบบศาลคู่ (Dual system of justice) เป็นระบบที่แยกประเภทกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนออกจากกัน ใช้ในประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากกฎหมายปกครองฝรั่งเศสถูกสร้างขึ้นจากศาลพิเศษที่แยกออกเป็นอิสระจากศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมไม่มีหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของฝ่ายปกครองและพัฒนากฎหมายของศาลปกครองเกิดขึ้นในฝ่ายบริหาร การที่มีศาลปกครองเป็นอิสระแยกจากศาลยุติธรรมจึงทำให้เกิดระบบศาลคู่ขึ้นเอง

อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเป็นอำนาจหน้าที่หลักของฝ่ายตุลาการหรือศาล โดยที่ตุลาการหรือศาลมีความผูกพันต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้นและตัดอำนาจการควบคุมตรวจสอบของอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารที่มีต่ออำนาจตุลาการเพื่อให้ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาอันเป็นสาระสำคัญในการปฏิบัติภารกิจของฝ่ายตุลาการและเฉพาะขอบเขตการทำหน้าที่ในทางตุลาการเท่านั้นที่องค์กรอื่นไม่สามารถเข้ามาตรวจสอบได้ ในบางประเทศกำหนดให้ตุลาการหรือศาลทำหน้าที่อื่นที่มีใช้การพิพากษารวดคดีด้วย เช่นการออกไปอนุญาตบางอย่าง การพิจารณาคดีปกครอง คดีเลือกตั้ง และปัญหาว่าการกระทำใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ อำนาจหน้าที่นี้อาจเป็นของศาลยุติธรรมทุกศาลและทุกลำดับชั้นของศาลหรือมอบอำนาจให้ศาลเฉพาะของศาลใดศาลหนึ่ง เช่น ศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลปกครอง⁶⁶

ฝ่ายตุลาการหรือศาลเป็นองค์กรที่มีการประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลาการ นอกจากนี้ฝ่ายตุลาการยังมีวิธีพิจารณาเพื่อเป็นการคุ้มครองความเป็นธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ วิธีพิจารณาคดีของศาลเป็นไปอย่างเปิดเผย บุคคลทั่วไปสามารถเข้ามารับฟังการพิจารณาคดีได้รวมทั้งเปิดโอกาสให้คู่กรณีแสดงพยานหลักฐานนำสืบสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตนได้อย่างเต็มที่และศาลหรือฝ่ายตุลาการต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาของตนอันเป็นการประกันว่าศาลจะไม่พิพากษาคดีตามอำเภอใจนอกเหนือไปจากขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน อำนาจของศาลในการที่จะพิจารณาบททวนกฎหมายหรือการกระทำของรัฐบาลหากศาล

ประเทศอังกฤษและระบบศาลคู่ในประเทศฝรั่งเศส” วารสารดุลพาน.(พฤษภาคม-มิถุนายน 2537), น.83

⁶⁵ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “การจัดการเรียนการสอนกฎหมายมหาชนในประเทศแองโกลอเมริกัน,” (2526) ,น.18-19 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ , เพิ่งอ้าง น.83

⁶⁶วิชญู เครืองาม,อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 37, น.634

พิพากษาว่ากฎหมายหรือการกระทำของรัฐบาลนั้นๆ ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือละเมิดพื้นฐานของกฎหมายทั่วไป ศาลสามารถยกเลิกกฎหมายหรือการกระทำนั้นๆรวมทั้งคำสั่งของรัฐบาลได้ อำนาจศาลเหล่านี้เรียกกันว่า Judicial Review โดยมีหลักว่าด้วยกระบวนการตรวจสอบและผลของคำวินิจฉัยอย่างเป็นระบบเรียกว่า “ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ”(control of constitutional validity of legislation)⁶⁷

การเลือกตั้งเป็นกระบวนการที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ดำเนินการจัดการให้ได้มาซึ่งผู้แทนราษฎรโดยมีกระบวนการที่เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม การควบคุมตรวจสอบกระบวนการดังกล่าวกฎหมายเลือกตั้งกำหนดให้มีการคัดค้านการเลือกตั้งได้ในกรณีที่เห็นว่าการเลือกตั้งนั้นมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรมกล่าวคือ มีการทุจริตในการเลือกตั้งโดยกลวิธีการต่างๆที่มีชอบด้วยกฎหมายโดยที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ฟ้องคดีต่อศาลและนำสืบโดยอ้างพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าผู้ที่ได้รับเลือกตั้งให้เป็นผู้แทนราษฎรนั้นชนะการเลือกตั้งโดยไม่สุจริตและขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนการได้รับการเลือกตั้งและลงโทษผู้กระทำผิดตามกฎหมาย บทบาทของศาลในการตรวจสอบกระบวนการเลือกตั้งจึงนับว่าเป็นบทบาทอันสำคัญยิ่งในกระบวนการเลือกตั้งในรัฐที่เป็นรัฐเสรีประชาธิปไตย โดยที่ประเทศต่างๆที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยต่างได้มอบอำนาจการตรวจสอบการเลือกตั้งไว้ในขั้นตอนสุดท้ายให้กับองค์กรฝ่ายตุลาการทั้งสิ้น ซึ่งผู้เชี่ยวชาญนิพนธ์จะได้กล่าวรายละเอียดต่อไปในบทที่ 4

⁶⁷ คุณวุฒิ ตันตระกุล, “บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ ต.1/2513” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532) น.58