

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการเลือกตั้ง การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ และการใช้สิทธิทางศาล

การศึกษาในบทนี้ เป็นการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมาย เกี่ยวกับการเลือกตั้ง ความเป็นมาของการจัดการเลือกตั้งท้องถิ่น หลักสิทธิและเสรีภาพ สิทธิเลือกตั้ง หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพและการตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตย ตลอดจนหลักทฤษฎีเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาล การแบ่งแยกระบบศาล ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเข้าใจเบื้องต้นก่อนที่จะศึกษาวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลและเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีในคดีการเลือกตั้งท้องถิ่นต่อไป

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการเลือกตั้ง

การเลือกตั้งเป็นกลไกของการใช้อำนาจอธิปไตยหรือการมีส่วนร่วมในทางการเมืองของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย โดยวิธีการไปใช้สิทธิเลือกตั้ง เลือกผู้แทนที่มีนโยบายตรงกับความต้องการของตนเองให้ไปใช้อำนาจอธิปไตยแทนตนด้วยความชอบธรรม เพื่อลดภาวะความตึงเครียด ขจัดความขัดแย้งหรือการสืบทอดอำนาจ และเป็นกลไกที่จะควบคุมให้ผู้แทนที่ดำรงตำแหน่งจากการเลือกตั้งตระหนักอยู่เสมอว่า ต้องมีความรับผิดชอบต่อประชาชน เพราะประชาชนเป็นผู้กำหนดอนาคตทางการเมืองของตนด้วยการเลือกหรือไม่เลือกตนกลับมาทำหน้าที่อีก²¹ ดังนั้น การเลือกตั้งจึงเป็นกระบวนการในการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย และเป็นหลักการพื้นฐานของประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

2.1.1 ความหมายของการเลือกตั้ง

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้ความหมายคำว่า “เลือกตั้ง” หมายถึง เลือกสรรบุคคลให้เป็นผู้แทนหรือให้ดำรงตำแหน่ง ด้วยการออกเสียงลงคะแนน เช่น เลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เลือกตั้งกรรมการ เป็นต้น

²¹จาก ระบบการเลือกตั้งกับการเมืองไทย (น.11), โดย วัชรวิทย์ ไชยสาร, 2544, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

การเลือกตั้งทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่นต่างเป็นกระบวนการทางการเมืองที่แสดงออกถึงการมีส่วนร่วมของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยด้วยวิธีการไปออกเสียงเลือกตั้ง เลือกผู้แทนของตนเพื่อเข้าไปทำหน้าที่ในรัฐสภา รัฐบาล หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นกลไกในการแสดงออกถึงเจตจำนงของประชาชนที่จะให้มีการกระทำหรือละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งในทางการเมือง รวมถึงการตัดสินใจในนโยบายสาธารณะซึ่งจะมีผลกระทบต่อประชาชน²²

จากความหมายของการเลือกตั้ง จึงทำให้เกิดสภาพการกระทำแทน โดยศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายไว้เป็น 3 นัย คือ²³

1) ผู้แทนต้องแสดงเจตจำนงของประชาชนผู้เลือกตั้งตนขึ้นมา หรือเรียกว่า อยู่ในระบบอาณัติมอบหมาย และไม่สามารถแสดงความเห็นของตนในทำนองขัดหรือแย้งกับเจตจำนงของประชาชนผู้เลือกตั้งตนขึ้นมา ความสัมพันธ์ระหว่างผู้แทนกับราษฎรจึงมีลักษณะเป็นตัวแทน

2) ผู้กระทำการแทนสามารถแสดงเจตจำนงของตนเองโดยอิสระ ไม่อยู่ในพันธะแห่งอาณัติมอบหมายใด ๆ ของผู้เลือกตั้งตนขึ้นมา ผู้แทนสามารถใช้ดุลยพินิจตามความเห็นชอบของตนได้

3) ผู้กระทำการแทนสามารถแสดงเจตจำนงของชาติ โดยให้แสดงความคิดเห็นของตนอย่างบริสุทธิ์ใจ แต่ในขณะเดียวกันต้องคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมของชาติเป็นสำคัญและถือว่าเจตจำนงและผลประโยชน์ส่วนรวมของชาติอยู่เหนือกว่าท้องถิ่น

จากที่กล่าวมา “การเลือกตั้ง” (Election) จึงเป็นกิจกรรมทางการเมืองที่ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยได้มีส่วนร่วมในทางการเมือง (Political Participation) อันเป็นกลไกที่แสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชนที่เรียกร้องหรือสนับสนุนให้มีการกระทำหรือละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งในทางการเมือง หรือการตัดสินใจในนโยบายสาธารณะที่จะมีผลกระทบต่อประชาชน โดยประชาชนทั่วไปจะเลือกผู้แทนหรือพรรคการเมืองที่มีอุดมการณ์ นโยบาย และวิสัยทัศน์ที่สอดคล้องกับตน ด้วยความคาดหวังว่าผู้แทนหรือพรรคการเมืองเหล่านั้นจะนำอุดมการณ์และนโยบายไปเป็นแนวนโยบายในการบริหารประเทศและทำหน้าที่พิทักษ์รักษา

²² จาก การศึกษาค้นคว้าการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น (น.5-7), โดย ปพนธีร์ ชีระพันธ์, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

²³ จาก คำอธิบายหลักเกณฑ์ทั่วไปของการเลือกตั้งและพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2511 (น.128-129), โดย หยุด แสงอุทัย ก, 2512, พระนคร: โอเดียนสโตร์.

ผลประโยชน์ของตนเอง การเลือกตั้งจึงเป็นกระบวนการแสวงหาทางเลือกในทางการเมือง การปกครองประชาชนนั่นเอง²⁴

2.1.2 ความสำคัญของการเลือกตั้ง

จากการศึกษาความหมายของการเลือกตั้ง ทำให้เห็นว่า การเลือกตั้งเป็นกระบวนการทางการเมืองที่สำคัญอย่างยิ่งต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เนื่องจากมีผลกระทบต่อการพัฒนาการเมือง การปกครองประเทศ และสิทธิของประชาชนโดยตรง เพราะเป็นการใช้อำนาจในการตัดสินใจต่าง ๆ แทนประชาชนโดยบุคคลซึ่งประชาชนเลือกขึ้นมาให้อำนาจในการบริหารประเทศรูปแบบต่าง ๆ ทั้งในด้านวิธีการดำเนินการปกครอง การกำหนดนโยบายสาธารณะ รวมทั้งปัจจัยอื่น ๆ ที่มีผลกระทบต่อการปกครองประเทศ

รัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยซึ่งประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยนั้น ในระดับชาติ การดำเนินการปกครองซึ่งเป็นการใช้อำนาจอธิปไตย จะมีสถาบันทางการเมืองเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองแทน โดยการปกครองในระบอบประชาธิปไตยระบบประธานาธิบดี สถาบันทางการเมืองที่ใช้อำนาจปกครองแทน ได้แก่ ประธานาธิบดี ซึ่งทำหน้าที่ใช้อำนาจในทางบริหาร และรัฐสภาจะทำหน้าที่ใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย ทั้งสองสถาบันในระบบประธานาธิบดีนี้ค่อนข้างจะเป็นอิสระต่อกันมาก เพราะถือว่าทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติต่างได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน

สำหรับรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยระบบรัฐสภา ประชาชนจะมอบอำนาจการปกครองให้แก่ผู้แทนปวงชนซึ่งจะทำหน้าที่ในทางนิติบัญญัติ ตามวิธีปฏิบัติโดยทั่วไป ประชาชนจะเป็นผู้เลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะเป็นผู้ให้ความเห็นชอบในการเลือกตัวบุคคลผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นนายกรัฐมนตรี และนายกรัฐมนตรีจะให้ความเห็นชอบในการเลือกคณะรัฐมนตรีอีกชั้นหนึ่ง โดยที่คณะรัฐมนตรีจะเป็นผู้ใช้อำนาจในทางบริหาร ในประเทศที่มีระบบพรรคการเมืองเข้มแข็งนั้น พรรคการเมืองที่ชนะการเลือกตั้งและมีเสียงข้างมากเกินกึ่งหนึ่งของสภาผู้แทนราษฎร จะได้รับมอบหมายให้จัดตั้งรัฐบาล และหากไม่มีพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งได้เสียงข้างมาก พรรคการเมืองที่ได้รับเสียงมากกว่าพรรคการเมืองอื่น ๆ จะได้รับมอบหมายให้เป็นแกนกลางในการจัดตั้งรัฐบาลแทน

การปกครองในระดับท้องถิ่นนั้น เป็นไปตามหลักการกระจายอำนาจการปกครอง และเป็นหลักการพื้นฐานของการปกครองในระดับชาติ โดยผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นต่างมาจากการเลือกตั้งเช่นเดียวกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่า การปกครองในระบอบประชาธิปไตยไม่ว่าจะเป็นการปกครองในระดับชาติหรือระดับท้องถิ่น ต่างมีสิ่งสำคัญและมี

²⁴ระบบการเลือกตั้งกับการเมืองไทย (น.10-11). เล่มเดิม.

กระบวนการที่คล้ายคลึงกัน นั่นก็คือ การเลือกตั้ง ซึ่งเป็นการแสดงออกถึงเจตจำนงของประชาชนผ่านทางผู้แทนที่ตนเลือก เพื่อใช้อำนาจแทนตน อีกทั้งยังเป็นวิธีการที่ยุติธรรมที่สุดในการคัดกรองบุคคล และเป็นกิจกรรมทางการเมืองที่ส่งเสริมให้ประชาชนมีส่วนร่วมและเรียนรู้การปกครองภายในรัฐอีกด้วย²⁵ จึงนับว่า การเลือกตั้งมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการเมืองการปกครองของประเทศที่เป็นประชาธิปไตย ไม่ว่าจะเป็นระบบประธานาธิบดีหรือระบบรัฐสภา

2.1.3 หลักเกณฑ์ในการเลือกตั้ง

การเลือกตั้งจะมีความหมายและถือว่าชอบธรรมได้นั้น การได้มาซึ่งอำนาจของรัฐบาลหรือผู้ปกครองซึ่งเป็นผู้รับเลือกให้เป็นผู้แทนของปวงชน จะต้องเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญอันเป็นที่ยอมรับได้ในระดับสากล ดังนี้²⁶

1) หลักความอิสระแห่งการเลือกตั้ง (Freedom of election) กล่าวคือ การออกเสียงเลือกตั้งจะต้องเป็นไปโดยอิสระ ปราศจากการบังคับหรือการกระทำใด ๆ ที่เป็นเหตุให้การเลือกตั้งถูกบิดเบือนไปจากเจตจำนงที่แท้จริงของผู้ออกเสียงเลือกตั้ง

2) หลักการเลือกตั้งตามกำหนดระยะเวลา (Periodic election) โดยจะต้องมีกำหนดเวลาการเลือกตั้งที่แน่นอน เช่น กำหนดให้มีการเลือกตั้งโดยปกติทุก 4 ปี หรือ 5 ปี เป็นต้น

3) หลักการเลือกตั้งอย่างแท้จริงหรือการเลือกตั้งที่ยุติธรรม (Genuine election) กล่าวคือ รัฐบาลมีหน้าที่สำคัญที่จะต้องดำเนินการให้การเลือกตั้งเป็นไปโดยบริสุทธิ์ยุติธรรมตามตัวบทกฎหมาย และจัดให้ราษฎรมีส่วนร่วมในการดำเนินการเลือกตั้งให้ได้มากที่สุด รวมทั้งเปิดโอกาสให้มีการคัดค้านการเลือกตั้งได้ หากการเลือกตั้งนั้นมิได้เป็นไปโดยบริสุทธิ์ยุติธรรม

4) หลักการออกเสียงทั่วไป (Universal suffrage) เป็นการเปิดโอกาสให้มีการออกเสียงเลือกตั้งอย่างทั่วถึง เว้นแต่ที่มีข้อจำกัดอันเป็นที่ยอมรับทั่วไป เช่น ไม่ให้สิทธิเลือกตั้งแก่เด็กและบุคคลที่มีจิตบกพร่อง เป็นต้น

5) หลักการเลือกตั้งอย่างเสมอภาค (Equal suffrage) หมายความว่า บุคคลที่มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง มีสิทธิคนหนึ่งเสียง และคะแนนเสียงทุกคะแนนมีน้ำหนักเท่ากัน

2.1.4 วิธีการเลือกตั้ง

การกำหนดวิธีการเลือกตั้งหรือการออกเสียงเลือกตั้งนั้น ในแต่ละประเทศจะมีวิธีการที่แตกต่างกันออกไป ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเหมาะสมและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการจัดการเลือกตั้งครั้งนั้น และสอดคล้องกับนโยบาย รูปแบบการปกครองภายในประเทศ ปัจจุบันวิธีการเลือกตั้งแบ่งออกเป็น 2 วิธี ได้แก่

²⁵การคัดค้านการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น (น. 6-7). เล่มเดิม.

²⁶ระบบการเลือกตั้งกับการเมืองไทย (น. 12-13). เล่มเดิม.

1) การเลือกตั้งโดยตรง หมายถึง การเลือกตั้งที่ประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง ได้ใช้ วิจารณญาณของตนเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งในแต่ละตำแหน่งโดยตรง คะแนนเสียงที่ได้รับจากการ เลือกตั้ง จะเป็นเครื่องวัดว่าผู้สมัครรับเลือกตั้งคนใดจะชนะการเลือกตั้งในครั้งนั้น เช่น การเลือกตั้ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของประเทศไทยเป็นการเลือกตั้งโดยตรง

2) การเลือกตั้งโดยอ้อม หมายถึง การที่ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งเลือกคณะบุคคล คณะหนึ่งเข้ามาทำหน้าที่เลือกตั้งแทนตน (Election College) เป็นการมอบหมายสิทธิในการเลือกตั้ง ให้แก่คณะบุคคลดังกล่าวทำการเลือกตั้งแทนตนโดยเด็ดขาด การเลือกตั้งวิธีนี้ ใช้ในกรณีที่เห็นว่า คณะบุคคลที่เข้าไปทำการเลือกตั้งนั้น จะมีสติปัญญา ความรู้ความสามารถในการใช้วิจารณญาณ ทำหน้าที่เลือกตั้งได้ดีกว่าตน

2.1.5 ประเภทของการเลือกตั้ง

การแบ่งประเภทของการเลือกตั้งขึ้นอยู่กับข้อกำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการแบ่ง ประเภท หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ใช้ในการแบ่งประเภทของการเลือกตั้ง ได้แก่ หลักเกณฑ์ลักษณะที่มา ของการจัดการเลือกตั้ง หลักเกณฑ์การกำหนดเขตเลือกตั้ง หรือหลักเกณฑ์วิธีการคิดคะแนน เป็นต้น แต่ในที่นี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะการแบ่งประเภทของการเลือกตั้งซึ่งถือหลักเกณฑ์ตามลักษณะที่มา ของการจัดการเลือกตั้ง โดยแบ่งประเภทของการเลือกตั้ง ออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

1) การเลือกตั้งทั่วไป (General - Election) หมายถึง การเลือกตั้งที่มีสิทธิออกเสียง เลือกตั้งทั่วประเทศมาลงคะแนนเสียงพร้อม ๆ กัน การเลือกตั้งทั่วไป มี 2 กรณี คือ ครบวาระที่ จะต้องมีการเลือกตั้ง และยุบสภาผู้แทนราษฎร การเลือกตั้งทั่วไปนี้จะเป็นเครื่องชี้วัดกระแส ความคิดทางการเมืองของประชาชนได้เป็นอย่างดี แต่จะชี้วัดได้มากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับระบบ พรรคการเมืองของประเทศนั้น ๆ อาทิเช่น ประเทศในระบบสองพรรคการเมือง การเลือกตั้งทั่วไป จะเป็นกิจกรรมทางการเมืองที่เป็นเครื่องชี้วัดว่าประชาชนยังคงสนับสนุนรัฐบาลเดิมอีกหรือไม่ สำหรับประเทศที่เป็นระบบหลายพรรคการเมือง ลักษณะการจัดตั้งรัฐบาลจะเป็นรัฐบาลแบบผสม ผลการเลือกตั้งทั่วไปจึงไม่อาจชี้วัดได้ชัดเจนว่าประชาชนต้องการรัฐบาลเดิมหรือรัฐบาลใหม่ เพราะการจัดตั้งรัฐบาลขึ้นอยู่กับกรรวบรวมเสียงข้างมากของพรรคการเมืองต่าง ๆ เข้าด้วยกัน ภายหลังจากการประกาศผลการเลือกตั้ง แต่อย่างไรก็ตาม การเลือกตั้งทั่วไปก็ยังเป็นภาพสะท้อน ความคิดเห็นในวัฒนธรรมทางการเมือง และแนวโน้มของกระแสความคิดทางการเมืองของ ประชาชนในประเทศหรือในเขตเลือกตั้งนั้น ๆ ได้เป็นอย่างดี เช่น ความแตกต่างของจำนวนผู้ไปใช้ สิทธิเลือกตั้งในเขตเมืองกับเขตชนบท ปริมาณและลักษณะการซื้อสิทธิขายเสียงในเขตเลือกตั้ง ต่าง ๆ หรือความนิยมของพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งในเขตเมืองและเขตชนบท เป็นต้น

2) การเลือกตั้งซ่อม (By - election) หมายถึง การเลือกตั้งที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้สิ้นสุดลงก่อนครบวาระ หรือขาดจากการเป็นสมาชิกภาพเพราะเหตุใดเหตุหนึ่ง เช่น ตาย ลาออก หรือเพราะเหตุอื่น ๆ เช่น กรณีมีคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลว่าการเลือกตั้งที่ผ่านมาเป็นการไม่ชอบ จึงต้องจัดให้มีการเลือกตั้งใหม่เป็นการเลือกตั้งซ่อม เพื่อให้ได้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรคนใหม่มาแทนที่ผู้ที่พ้นจากการเป็นสมาชิกภาพนั่นเอง การเลือกตั้งซ่อมอาจมีความสำคัญไม่เท่ากับการเลือกตั้งทั่วไป อย่างไรก็ตาม การเลือกตั้งซ่อมในเขตเลือกตั้งที่ประชาชนมีความสนใจในทางการเมืองอยู่แล้ว จะเป็นเครื่องมือในการวัดความนิยมในพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งหรือรัฐบาลในขณะนั้นก็ได้²⁷

2.2 หลักและความเป็นมาของการจัดการเลือกตั้งท้องถิ่น

หลักการสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยประการหนึ่ง ได้แก่ หลักการที่รัฐจะต้องส่งเสริมให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการปกครองตนเอง (Self-Government) โดยทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislative Power) และฝ่ายบริหาร (Government Power) ต่างมาจากการเลือกตั้งของประชาชน ไม่ว่าจะเป็นการเลือกตั้งทางตรงหรือทางอ้อม

โดยทั่วไปฝ่ายนิติบัญญัติจะมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน หลักการดังกล่าวนี้มีการปฏิบัติกันในทุกประเทศ แต่ฝ่ายบริหารนั้น โดยส่วนใหญ่จะมีที่มาใน 2 ลักษณะ คือ ถ้าเป็นการปกครองในระบบประธานาธิบดี ประชาชนจะเลือกตั้งประธานาธิบดีเป็นประมุขของประเทศเพื่อทำหน้าที่ในการปกครองและบริหารประเทศโดยตรง แต่ถ้าเป็นการปกครองในระบบรัฐสภา รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้ผู้แทนราษฎรซึ่งมาจากการเลือกตั้งของประชาชนเป็นผู้ทำหน้าที่เลือกตั้งคณะรัฐบาล ซึ่งประกอบด้วย นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี ให้เข้ามาทำหน้าที่ในการบริหารประเทศซึ่งเป็นการเลือกตั้งทางอ้อม

ประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยระบบรัฐสภา แบ่งการเลือกตั้งออกเป็น 2 ระดับ ได้แก่ การเลือกตั้งในระดับชาติ และการเลือกตั้งในระดับท้องถิ่น

การเลือกตั้งในระดับชาติ รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้มีรัฐสภา ประกอบด้วย สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยทั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาต่างมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะเป็นผู้แต่งตั้งนายกรัฐมนตรีซึ่งมาจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือผู้ที่เคยเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

การเลือกตั้งในระดับท้องถิ่น มาจากหลักการที่รัฐต้องการให้ความเป็นอิสระแก่ท้องถิ่นในการปกครองตนเอง (Self-government) ตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นนั้น ซึ่งท้องถิ่นใด

²⁷แหล่งเดิม. (น.13-15).

มีลักษณะที่สามารถปกครองตนเองได้ ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการจัดตั้งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนี้เอง ประกอบด้วย สมาชิกท้องถิ่น และผู้บริหารท้องถิ่น ซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน²⁸

ก่อนที่จะศึกษาเกี่ยวกับการจัดการเลือกตั้งท้องถิ่น จำเป็นต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับหลักและความเป็นมาของการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อันเป็นที่มาของการจัดให้มีการเลือกตั้งท้องถิ่น หรือการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นนั่นเอง

ดังที่กล่าวแล้วว่า การปกครองในระบอบประชาธิปไตย หลักการที่สำคัญประการหนึ่งคือ รัฐจะต้องส่งเสริมให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองตนเอง โดยให้ความเป็นอิสระแก่ท้องถิ่นในการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นนั้น หลักการดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นการกระจายอำนาจการปกครองให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และเป็นทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักการกระจายอำนาจที่ใช้กันอยู่ทั่วไปในประเทศต่าง ๆ

แนวคิดการกระจายอำนาจการปกครอง เป็นแนวคิดเกี่ยวกับการปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบหนึ่ง เพื่อเปิดโอกาสให้ประชาชนในพื้นที่ได้ปกครองกันเอง รวมทั้งสามารถทำกิจกรรมต่าง ๆ ได้อย่างอิสระ ปลอดจากการชี้นำของรัฐบาล นอกจากแนวคิดนี้ บางประเทศยังใช้วิธีการอื่นในการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ได้แก่ หลักการรวมอำนาจปกครอง

2.2.1 หลักการรวมอำนาจปกครอง²⁹

การรวมอำนาจปกครองเป็นการจัดระเบียบการปกครองประเทศที่มีการรวมอำนาจการปกครองทั้งหมดไว้ที่ “ส่วนกลาง” ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรมของรัฐ และมีเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางซึ่งขึ้นตรงต่อกันตามลำดับชั้นการบังคับบัญชา เป็นผู้ดำเนินการปกครองตลอดอาณาเขตของประเทศ

การรวมอำนาจปกครอง สามารถจำแนกได้ 2 ลักษณะ คือ การรวมศูนย์อำนาจการปกครอง และการกระจายการรวมศูนย์อำนาจการปกครอง

1) การรวมศูนย์อำนาจการปกครอง เป็นการปกครองภายในประเทศรูปแบบหนึ่งที่กำหนดให้อำนาจในการตัดสินใจทั้งหลายที่เกี่ยวกับการปกครองประเทศ หรือเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะเป็นของส่วนกลาง โดยไม่มีการมอบอำนาจในการตัดสินใจในบางเรื่องไปให้แก่เจ้าหน้าที่ของส่วนกลางที่ถูกไปประจำในภูมิภาค การปกครองประเทศด้วยวิธีการรวมศูนย์อำนาจการปกครองนี้ เป็นการปกครองประเทศที่ “สร้างภาระ” ให้กับส่วนกลางเป็นอันมาก เพราะ

²⁸จาก คู่มือใบเหลืองใบแดง (น.9-17), โดย เสรี สุวรรณภานนท์, 2548, กรุงเทพฯ: สามเจริญพาณิชย์.

²⁹จาก การปกครองส่วนท้องถิ่น (น.21-22), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ส่วนกลางจะต้องเป็นผู้ดำเนินการด้วยตนเองในทุกเรื่องเกี่ยวกับการปกครองและการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมาก

2) การกระจายการรวมศูนย์อำนาจการปกครอง หรือที่เรียกชื่ออย่างอื่นว่า การแบ่งอำนาจปกครอง หรือการแบ่งอำนาจให้แก่ส่วนภูมิภาค เป็นรูปแบบการปกครองที่ส่วนกลางได้มอบอำนาจในการตัดสินใจบางเรื่องบางระดับให้แก่ตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางที่ถูกส่งไปประจำยังส่วนภูมิภาคของประเทศ โดยตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่เหล่านั้น สามารถดำเนินการวินิจฉัยและสั่งการบางอย่างได้ตามแนวทางที่ส่วนกลางกำหนด

หลักการกระจายการรวมศูนย์อำนาจการปกครองนี้ นับเป็นก้าวแรกที่จะนำไปสู่หลักการกระจายอำนาจการปกครอง เพราะเมื่อมีการมอบอำนาจในการตัดสินใจบางเรื่องบางระดับให้แก่ตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางที่ถูกส่งไปประจำยังส่วนภูมิภาคแล้ว ก็เท่ากับเป็นการมอบกิจการให้ตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่นั้นจัดทำได้เองบางส่วน นอกจากนี้ การกระจายการรวมศูนย์อำนาจการปกครองยังทำให้กิจการต่าง ๆ ดำเนินไปรวดเร็วขึ้นโดยไม่ต้องส่งเรื่องไปให้ส่วนกลางตัดสินใจในทุก ๆ เรื่อง

2.2.2 หลักการกระจายอำนาจปกครอง

การกระจายอำนาจปกครองเป็นอีกวิธีการหนึ่งในการจัดการปกครองประเทศที่รัฐมอบอำนาจการปกครองบางส่วนให้กับองค์กรอื่นนอกจากองค์กรของส่วนกลาง เพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางอย่าง โดยให้มีความเป็นอิสระในการดำเนินการและไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของส่วนกลาง แต่จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของส่วนกลางแทน³⁰

หลักการกระจายอำนาจปกครอง สามารถแยกพิจารณาได้เป็น 3 ลักษณะ คือ³¹

1) การกระจายอำนาจทางเขตแดน เป็นการกระจายอำนาจที่มีจุดเริ่มต้นมาจากแนวความคิดทางการเมืองซึ่งเน้นถึงความสำคัญของการเลือกตั้ง และมีความเห็นเกี่ยวกับการกระจายอำนาจว่าเป็นการใช้อำนาจโดยตรงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยในการปกครอง หากเจ้าหน้าที่ของท้องถิ่นยังคงได้รับการแต่งตั้งจากส่วนกลางอยู่อีก ก็จะเป็นการรวมอำนาจปกครองไม่ใช่การกระจายอำนาจปกครอง ดังนั้น การกระจายอำนาจในความหมายนี้ จึงต้องมียोगค์กรปกครองทางเขตแดนเกิดขึ้น เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งมีการเลือกตั้งผู้บริหารท้องถิ่น มีเจ้าหน้าที่ของท้องถิ่นเป็นอิสระจากส่วนกลาง และไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของส่วนกลาง แต่จะอยู่ภายใต้การควบคุม กำกับดูแล ของส่วนกลางเท่านั้น ความหมายของการกระจายอำนาจในแง่นี้ก็ คือ การยอมรับของรัฐว่าสามารถมีกิจการของท้องถิ่นที่มีระบบบริหารของตนเองได้

³⁰แหล่งเดิม. (น.23-24).

³¹จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น.122-124), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ภายใต้การควบคุมกำกับดูแลของรัฐ รัฐจึงสร้างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นขึ้นมาเพื่ดำเนินการ และให้มีสภาพเป็นนิติบุคคล

2) การกระจายอำนาจทางบริการ ในรัฐสมัยใหม่กิจการที่รัฐจะต้องทำมีเพิ่มมากขึ้น และกลับซับซ้อนมากกว่าเดิม ทำให้รัฐต้องเข้าไปจัดทำกิจการดังกล่าวในรูปแบบขององค์กรซึ่งได้รับการกระจายอำนาจทางบริการ ไม่ว่าจะเป็นในด้านเศรษฐกิจ สังคม กีฬา และวัฒนธรรม เป็นต้น โดยให้กิจการนั้น ๆ เป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากรัฐ มีทรัพย์สินของตนเอง มีผู้บริหารของตนเอง การจัดทำบริการสาธารณะไม่ได้ถูกจำกัดหรือกำหนดขอบเขตของกิจกรรมโดยพื้นที่หรือเขตแดน แต่เป็นเรื่องของทางเทคนิค เช่น เรื่องของการไฟฟ้า การประปา การโทรศัพท์ เป็นต้น แต่นิติบุคคลที่ได้รับการกระจายอำนาจทางบริการยังต้องอยู่ภายใต้การควบคุม กำกับดูแลของรัฐด้วยเช่นกัน

3) ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับองค์กรซึ่งได้รับการกระจายอำนาจ

ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับองค์กรซึ่งได้รับการกระจายอำนาจไม่ใช่เป็นความสัมพันธ์ในแง่ของการควบคุมบังคับบัญชา แต่เป็นความสัมพันธ์ในแง่ของการกำกับดูแล ซึ่งการควบคุมทั้งสองประเภทนี้มีความแตกต่างกัน ดังนี้

(1) อำนาจบังคับบัญชา คือ อำนาจที่หัวหน้าหน่วยงานใช้ปกครองผู้ใต้บังคับบัญชา เช่น การที่รัฐมนตรีใช้อำนาจบังคับบัญชาเหนือเจ้าหน้าที่ทั้งหลายภายในกระทรวง อำนาจบังคับบัญชาจึงเป็นอำนาจที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งการใด ๆ ก็ได้ ตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสม สามารถกลับ แก้ ยกเลิก เพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำใด ๆ ของผู้ใต้บังคับบัญชาได้เสมอ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้เป็นประการอื่น

(2) อำนาจกำกับดูแล อำนาจกำกับดูแลนั้นไม่ใช่เรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา แต่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรหรือบุคคลที่มีอำนาจกำกับองค์กรที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล โดยองค์กรหรือบุคคลที่มีอำนาจกำกับดูแล มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล ด้วยการให้ความเห็นชอบ ยับยั้ง หรือเพิกถอนการกระทำขององค์กรที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล หรือเข้าดำเนินการแทนในกรณีที่ต้องกระทำที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลไม่ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ ตลอดจนถอดถอนเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบขององค์กรที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล ดังนั้น อำนาจการกำกับดูแลจึงเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไข คือ จะใช้ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและต้องเป็นไปตามกฎหมายกำหนดเท่านั้น

2.2.3 ความเป็นมาของการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

จุดเริ่มต้นของการปกครองส่วนท้องถิ่น มาจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 โดยคณะราษฎรยึดอำนาจและเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์

มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบมีพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ ภายหลังจากแต่นั้นมา ประเทศไทยจึงได้มีการจัดระเบียบการปกครองและการบริหารราชการแผ่นดินใหม่ โดยในปี พ.ศ. 2476 ได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยระเบียบราชการบริหารแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2476 ขึ้น กำหนดให้มีการจัดตั้งระเบียบราชการบริหารออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ ราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค และราชการบริหารส่วนท้องถิ่น การจัดระเบียบราชการบริหารเช่นนี้ เป็นการนำหลักการกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่นมาใช้อย่างเป็นทางการ และเป็นครั้งแรก โดยจะเห็นได้จาก มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งเทศบาล พ.ศ. 2476 ขึ้นใช้บังคับ มีการยกฐานะสุขาภิบาลที่มีอยู่ในขณะนั้นเป็นเทศบาลหลายแห่ง ต่อมา พระราชบัญญัตินี้ได้ถูกยกเลิกและมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2481 ขึ้นใช้แทน จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2486 ได้มีการยกเลิกพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2481 โดยพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2486

หลังจากนั้นในปี พ.ศ. 2496 มีการยกเลิกพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2486 และประกาศใช้พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ขึ้นบังคับแทน ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ยังคงใช้บังคับอยู่ต่อมาจนถึงปัจจุบัน³² จึงอาจกล่าวได้ว่า เทศบาลเป็นรูปแบบการปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบแรกตามหลักการกระจายอำนาจปกครองของประเทศไทย

ปัจจุบันการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินของประเทศไทยเป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2553 โดยมาตรา 4 กำหนดให้การจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน แบ่งออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ ระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง ระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค และระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น³³

การจัดระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 70 กำหนดว่า ให้จัดระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น โดยแบ่งออกเป็น 4 รูปแบบ ได้แก่

- (1) องค์การบริหารส่วนจังหวัด
- (2) เทศบาล
- (3) สุขาภิบาล
- (4) ราชการส่วนท้องถิ่นตามกฎหมายกำหนด (ปัจจุบันได้แก่ องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา)

³²การปกครองส่วนท้องถิ่น (น.31-32). เล่มเดิม.

³³พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534, มาตรา 4, 70.

ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกล่าวถึงเฉพาะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ใน 3 รูปแบบ ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล และองค์การบริหารส่วนตำบล ซึ่งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีประเด็นปัญหาข้อโต้แย้งจากการจัดการเลือกตั้ง อันนำมาสู่การฟ้องคดีต่อศาลเป็นคดีการเลือกตั้งท้องถิ่นมากกว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในรูปแบบอื่น ดังนี้

1) องค์การบริหารส่วนจังหวัด

การจัดระเบียบราชการบริหารส่วนท้องถิ่นในรูปขององค์การบริหารส่วนจังหวัด เป็นไปตามพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540³⁴ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2552 ซึ่งมาตรา 7 กำหนดว่า “ในจังหวัดหนึ่งให้มีองค์การบริหารส่วนจังหวัด ประกอบด้วย สภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด และนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด และมีอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือตามกฎหมายอื่น” และมาตรา 8 กำหนดว่า “ให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดเป็นนิติบุคคลและเป็นราชการส่วนท้องถิ่น เขตขององค์การบริหารส่วนจังหวัดได้แก่เขตจังหวัด” จึงเห็นได้ว่า ในจังหวัดหนึ่ง ๆ นั้น จะมีรูปแบบการปกครองส่วนท้องถิ่นในรูปขององค์การบริหารส่วนจังหวัดเพียงจังหวัดละหนึ่งแห่งเท่านั้น

สำหรับโครงสร้างขององค์การบริหารส่วนจังหวัด ประกอบด้วย สภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดและนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด โดยมาตรา 9 กำหนดว่า “สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดต้องมาจากการเลือกตั้งของประชาชนตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น” ในส่วนของผู้บริหารท้องถิ่น ซึ่งก็คือ นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด มาตรา 35 กำหนดว่า “ให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดมีนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดคนหนึ่ง ซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น” ดังนั้น ทั้งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดและนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดต่างมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนในเขตจังหวัดนั้นตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น

2) เทศบาล

ดังที่กล่าวในเบื้องต้นแล้วว่า เทศบาลเป็นรูปแบบการปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบแรก ที่จัดตั้งขึ้นตามหลักการกระจายอำนาจปกครอง เริ่มแต่การตราพระราชบัญญัติจัดระเบียบเทศบาล พ.ศ. 2479 จนกระทั่งมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน³⁵ มีการแก้ไขเพิ่มเติมรวมทั้งสิ้น 13 ครั้ง แก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 13) พ.ศ. 2552 มาตรา 7 กำหนดว่า “เมื่อท้องถิ่นใดมีสภาพอันสมควรยกฐานะเป็นเทศบาล ให้จัดตั้ง

³⁴ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540, มาตรา 7, 8, 9, 35

³⁵ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496, มาตรา 7, 14, 15, 48 ทวิ.

ท้องถิ่นนั้น ๆ เป็นเทศบาลตำบล เทศบาลเมือง หรือเทศบาลนคร ตามพระราชบัญญัตินี้” วรรคสอง กำหนดว่า “ให้เทศบาลเป็นทบวงการเมือง มีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้และกฎหมายอื่น” ดังนั้น เทศบาลจึงมีสถานะเป็นนิติบุคคล

สำหรับโครงสร้างของเทศบาล ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 14 กำหนดว่า “องค์การเทศบาลประกอบด้วย สภาเทศบาลและนายกเทศมนตรี” มาตรา 15 กำหนดว่า “สภาเทศบาลประกอบด้วยสมาชิกสภาเทศบาลซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น” มาตรา 48 ทวิ กำหนดว่า “ให้เทศบาลมีนายกเทศมนตรีคนหนึ่งซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น” ดังนั้น ทั้งสมาชิกสภาเทศบาลและนายกเทศมนตรีต่างมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นเช่นเดียวกับสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดและนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด

(3) องค์การบริหารส่วนตำบล

ในปี พ.ศ. 2495 มีการตราพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2495 ขึ้นใช้แทนพระราชบัญญัติระเบียบราชการบริหารแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2476 ต่อมาในปี พ.ศ. 2499 มีการตราพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2499 ขึ้นใช้บังคับ กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดเพิ่มการปกครองส่วนท้องถิ่นในรูปแบบองค์การบริหารส่วนตำบลขึ้นอีกรูปแบบหนึ่ง ในครั้งนั้นจึงเกิดมีการปกครองในรูปแบบ “สภาตำบล” ขึ้น โดยมีแนวคิดมาจากการที่การปกครองท้องที่ตำบล หมู่บ้าน ยังไม่มีลักษณะเป็นชุมชนที่มีความเจริญพอจะยกระดับขึ้นเป็นการปกครองส่วนท้องถิ่นในรูปแบบเทศบาลหรือสุขาภิบาลได้ ดังนั้น การจะพัฒนาระบบประชาธิปไตยให้เกิดขึ้น จึงจำเป็นต้องฝึกสอนและให้ประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศได้มีโอกาสร่วมฝึกปฏิบัติด้วย กระทรวงมหาดไทยจึงมีคำสั่งที่ 222/2499 ให้จัดตั้งสภาตำบลขึ้น

ต่อมาในปี พ.ศ. 2499 มีการตราพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการส่วนตำบล พ.ศ. 2499 จัดตั้งหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ซึ่งเรียกว่า “องค์การบริหารส่วนตำบล” มีฐานะเป็นนิติบุคคลและอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของนายอำเภอและผู้ว่าราชการจังหวัด

ในปี พ.ศ. 2515 มีการออกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 326 ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2515 ยกเลิกหน่วยการปกครองแบบองค์การบริหารส่วนตำบลและสภาตำบลรูปแบบเดิม และเปลี่ยนเป็น “สภาตำบล” ที่มีคณะกรรมการสภาตำบลโดยมีกำนันเป็นประธาน มีผู้ใหญ่บ้าน แพทย์ประจำตำบล และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่มาจากการเลือกตั้งของราษฎรหมู่บ้านละ 1 คน เป็นกรรมการ

จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2537 ได้มีการยกเลิกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 326 ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2515 และตราพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ขึ้นใช้บังคับแทน โดยเหตุผลหลักในการตราพระราชบัญญัติฉบับนี้ เนื่องจากสภาตำบลตามประกาศคณะปฏิวัติดังกล่าวไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล จึงไม่สามารถบริหารและดำเนินกิจการได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ยังคงใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน³⁶

สำหรับโครงสร้างขององค์การบริหารส่วนตำบล เป็นไปตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537³⁷ แก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดโดยพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2552 มาตรา 40 กำหนดว่า “สภาตำบลที่มีรายได้โดยไม่รวมเงินอุดหนุนในปีงบประมาณที่ล่วงมาติดต่อกันสามปีเฉลี่ยไม่ต่ำกว่าปีละหนึ่งแสนห้าหมื่นบาทหรือตามเกณฑ์รายได้เฉลี่ยในวรรคสอง อาจจัดตั้งเป็นองค์การบริหารส่วนตำบลได้ โดยทำเป็นประกาศของกระทรวงมหาดไทยและให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ในประกาศนั้นให้ระบุชื่อและเขตขององค์การบริหารส่วนตำบลไว้ด้วย” มาตรา 44 กำหนดว่า “องค์การบริหารส่วนตำบลประกอบด้วยสภาองค์การบริหารส่วนตำบลและนายกองค์การบริหารส่วนตำบล” มาตรา 45 กำหนดว่า “สภาองค์การบริหารส่วนตำบลประกอบด้วยสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลจำนวนหมู่บ้านละสองคน ซึ่งเลือกตั้งขึ้นโดยราษฎรผู้มีสิทธิเลือกตั้งในแต่ละหมู่บ้านในเขตองค์การบริหารส่วนตำบลนั้น” มาตรา 58 กำหนดว่า “ให้องค์การบริหารส่วนตำบลมีนายกองค์การบริหารส่วนตำบลคนหนึ่งซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น” ดังนั้น ทั้งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลและนายกองค์การบริหารส่วนตำบลต่างมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นเช่นเดียวกัน

จึงสรุปได้ว่า ความเป็นมาของการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีรูปแบบมาจากการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน โดยแบ่งส่วนราชการออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ ระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง ระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค และระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น โดยเฉพาะหลักการที่ใช้ในการจัดระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่นซึ่งมีการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ ขึ้นมานั้น ไม่ว่าจะเป็น องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล หรือองค์การบริหารส่วนตำบล ต่างมีโครงสร้างและรูปแบบการปกครองที่มีความคล้ายคลึงกัน และมาจากหลักการกระจายอำนาจปกครองเช่นเดียวกัน โดยมีโครงสร้างการบริหารประกอบด้วย สภาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น ซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนในเขตท้องถิ่นนั้น

³⁶การปกครองส่วนท้องถิ่น (น.56-57). เล่มเดิม.

³⁷พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537, มาตรา 40, 44, 45, 58.

ตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น ปัจจุบันได้แก่พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 อันเป็นกฎหมายที่กำหนดวิธีการและการได้มาซึ่งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น และยังมีบทกำหนดโทษในทางอาญาสำหรับผู้ฝ่าฝืนหรือกระทำความผิดต่อกฎหมายดังกล่าวอีกด้วย

2.2.4 การเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น

เดิมการได้มาซึ่งสมาชิกสภาท้องถิ่นมีที่มา 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทที่มาจากการแต่งตั้ง และประเภทที่มาจากการเลือกตั้ง โดยสมาชิกสภาท้องถิ่นที่มาจากการเลือกตั้งจะมีจำนวนมากกว่าสมาชิกสภาท้องถิ่นที่มาจากการแต่งตั้ง³⁸

ภายหลังจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีผลบังคับใช้ ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการได้มาซึ่งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นใหม่ โดยกำหนดให้สมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นต่างต้องมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน ดังจะเห็นได้จาก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 285³⁹ ซึ่งบัญญัติว่า

“องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีสภาท้องถิ่นและคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น

สมาชิกสภาท้องถิ่นต้องมาจากการเลือกตั้ง

คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นให้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน หรือมาจากความเห็นชอบของสภาท้องถิ่น

การเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน ให้ใช้วิธีออกเสียงลงคะแนนโดยตรงและลับ

สมาชิกสภาท้องถิ่นและคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละสี่ปี

คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นจะเป็นข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ พนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือของราชการส่วนท้องถิ่น มิได้

คุณสมบัติของผู้มีสิทธิเลือกตั้งและผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง หลักเกณฑ์และวิธีการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่น คณะผู้บริหารท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

³⁸จาก ปัญหาเกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นในระบบกฎหมายปกครองส่วนท้องถิ่นของไทย (น.37), โดย มานะ อ่อนท้วม, 2551, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 285.

จะเห็นว่า การเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นนั้น เริ่มมีความชัดเจน และเป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น ตั้งแต่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้กำหนดโครงสร้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ประกอบด้วย สภาท้องถิ่นและคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น โดยสภาท้องถิ่นต้องมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน ส่วนคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นมีที่มา 2 รูปแบบ คือ มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน และมาจากความเห็นชอบของสมาชิกสภาท้องถิ่น โดยหลักเกณฑ์และวิธีการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นนั้น ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ปัจจุบันกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการในการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น ได้แก่ พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ.2545 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกตามความในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

หลังจากมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แทนนั้น หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นยังคงนำไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่นเดิม ดังจะเห็นได้จาก มาตรา 284⁴⁰ ซึ่งบัญญัติว่า

“องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีสภาท้องถิ่นและคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น สมาชิกสภาท้องถิ่นต้องมาจากการเลือกตั้ง

คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นให้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน หรือมาจากความเห็นชอบของสภาท้องถิ่น

การเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน ให้ใช้วิธีออกเสียงลงคะแนนโดยตรงและลับ

สมาชิกสภาท้องถิ่น คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น มีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละสี่ปี

คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นจะเป็นข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ พนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือของราชการส่วนท้องถิ่น และจะมีผลประโยชน์ขัดกันกับการดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายบัญญัติได้

คุณสมบัติของผู้มีสิทธิเลือกตั้งและผู้มีสิทธิรับเลือกตั้ง หลักเกณฑ์และวิธีการเลือกตั้งสมาชิกท้องถิ่น คณะผู้บริหารท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

⁴⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 284.

ในกรณีที่คณะผู้บริหารท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่งทั้งคณะหรือผู้บริหารท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่งและจำเป็นต้องมีการแต่งตั้งคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นเป็นการชั่วคราว มิให้นำบทบัญญัติวรรคสามและวรรคหกมาใช้บังคับ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษที่มีโครงสร้างการบริหารที่แตกต่างจากที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ ให้กระทำได้ตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นต้องมาจากการเลือกตั้ง”

ต่อมาในปี พ.ศ. 2557 หลังจากมีการเข้าควบคุมอำนาจการปกครองประเทศโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ได้ออกประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 11/2557 ซึ่งกำหนดให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สิ้นสุดลง จึงมีผลกระทบต่อการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว และหากตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นว่างลง อาจส่งผลกระทบต่อการบริหารงานภายในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นได้ ดังนั้น เพื่อให้การดำเนินงานและจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนภายในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในช่วงเวลาซึ่งเป็นสถานการณ์ที่ยังไม่อาจจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นได้โดยเรียบร้อย คณะรักษาความสงบแห่งชาติจึงได้ออกประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 85/2557 เรื่อง การได้มาซึ่งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นเป็นการชั่วคราว⁴¹ ซึ่งผู้เขียนจะขอเสนอเฉพาะข้อที่เป็นสาระสำคัญเกี่ยวกับการได้มาและการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นตามประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติฉบับดังกล่าว ดังนี้

“ข้อ 1. ในกรณีที่สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นดำรงตำแหน่งครบวาระหรือพ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุอื่นใดนอกจากครบวาระ ให้แจ้งการจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นไปก่อนจนกว่าจะมีประกาศเปลี่ยนแปลง โดยในระหว่างนี้ให้ดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นตามที่กำหนดไว้ในประกาศนี้

สภาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดที่มีสมาชิกสภาเหลืออยู่ไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาทั้งหมด ให้ถือว่าสมาชิกสภาของสมาชิกสภาที่เหลืออยู่นั้นเป็นอันสิ้นสุดลงนับแต่วันที่จำนวนสมาชิกสภาเหลือไม่ถึงกึ่งหนึ่ง

ข้อ 2. เพื่อให้ได้มาซึ่งสมาชิกสภาท้องถิ่นในระหว่างที่ยังไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่น ตามข้อ 1 ให้ใช้วิธีการคัดเลือกบุคคลที่มีความรู้และความสามารถด้านการบริหารงาน

⁴¹ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 85/2557 เรื่อง การได้มาซึ่งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นเป็นการชั่วคราว.

ท้องถิ่น การคลังท้องถิ่น การศึกษาท้องถิ่น การอนามัยและสาธารณสุข กฎหมาย ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม วัฒนธรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่น โยธาธิการ ผังเมือง หรือโครงสร้างพื้นฐาน หรือด้านอื่นตามที่คณะกรรมการสรรหาเห็นสมควร โดยอย่างน้อยสองในสามของจำนวนสมาชิกสภาท้องถิ่นทั้งหมดต้องเป็นข้าราชการหรือเคยเป็นข้าราชการตั้งแต่ระดับชำนาญการพิเศษหรือระดับ 8 หรือเทียบเท่าขึ้นไป ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงพฤติกรรม คุณธรรม ความซื่อสัตย์สุจริต และความเป็นกลางทางการเมืองเป็นที่ประจักษ์ของผู้ที่จะได้รับการคัดเลือกด้วย

ข้อ 8. ให้สมาชิกสภาท้องถิ่นที่ได้รับแต่งตั้งตามประกาศนี้ดำรงตำแหน่งจนกว่าจะมีการจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และสมาชิกสภาท้องถิ่นที่ได้รับเลือกตั้งเข้าไปรับหน้าที่ในระหว่างนี้มีให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการดำรงตำแหน่งของสมาชิกสภาท้องถิ่นตามกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับ

ข้อ 11. ในกรณีที่ผู้บริหารท้องถิ่นครบวาระหรือว่างลง ให้ปลัดองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นปฏิบัติหน้าที่นายกองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การบริหารงานบุคคลเรื่องใดเป็นอำนาจหน้าที่ของผู้บริหารท้องถิ่น ปลัดองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะทำหน้าที่ตามวรรคหนึ่งได้ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัด คณะกรรมการพนักงานเทศบาลหรือคณะกรรมการพนักงานส่วนตำบล แล้วแต่กรณีก่อน”

จะเห็นว่า ตามประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 85/2557 เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการชั่วคราวในการได้มาซึ่งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น ซึ่งไม่ใช่การได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน โดยกำหนดให้สมาชิกสภาท้องถิ่นมาจากการการคัดเลือกโดยคณะกรรมการสรรหา ส่วนผู้บริหารท้องถิ่นกำหนดให้ปลัดองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นปฏิบัติหน้าที่แทนเป็นการชั่วคราวในระหว่างสถานการณ์ที่ประเทศไทยยังไม่มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ใช้แทนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

2.2.5 องค์การในการควบคุมและดำเนินการจัดการเลือกตั้ง

การจัดการเลือกตั้งนับตั้งแต่อดีตจนถึงช่วงเวลาก่อนมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อยู่ในความดูแลของกระทรวงมหาดไทยและศาลยุติธรรม แม้จะมีการจัดตั้งองค์กรที่เรียกว่า “คณะกรรมการองค์การกลางการเลือกตั้ง” ขึ้นในยุคหลัง ๆ แต่คณะกรรมการดังกล่าวก็มิได้มีบทบาทสำคัญเพียงพอที่จะทำให้การเลือกตั้งนั้นเป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ยุติธรรม แม้จะมีข้อเสนอให้กระทรวงมหาดไทยดูแลการเลือกตั้งต่อไป แต่ก็อาจทำให้สาธารณชนมีความกังวลใจเกี่ยวกับความเป็นกลางของเจ้าพนักงาน ซึ่งบางครั้งถึงกับมีข้อครหาว่ามีความเอนเอียงไปตามผู้มีอำนาจทางการเมืองซึ่งบริหารกระทรวงมหาดไทย ดังนั้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญ

จึงได้ตระหนักถึงความสำคัญของการมีองค์กรอิสระที่จะมาทำหน้าที่ดังกล่าวแทน จึงได้บัญญัติให้มีคณะกรรมการการเลือกตั้งไว้ในหมวดที่ 6 ส่วนที่ 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ตั้งแต่มาตรา 136-148⁴² โดยได้ต้นแบบมาจากคณะกรรมการการเลือกตั้งของหลายประเทศ เช่น อินเดีย ฟิลิปปินส์ เป็นต้น⁴³

ต่อมาเมื่อมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แทน เรื่องคณะกรรมการการเลือกตั้งได้บัญญัติไว้ในหมวดที่ 11 ส่วนที่ 1 ตั้งแต่มาตรา 229-241⁴⁴ โดยกำหนดให้เป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

การจัดตั้งองค์กรภายในของคณะกรรมการการเลือกตั้ง แบ่งพิจารณาออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัด และสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง ดังนี้

(1) คณะกรรมการการเลือกตั้ง

โครงสร้างหรือองค์ประกอบของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 229 กำหนดให้ประกอบด้วย ประธานกรรมการหนึ่งคน และกรรมการอื่นอีกสี่คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาจากผู้ซึ่งมีความเป็นกลางทางการเมืองและมีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์ โดยให้ประธานวุฒิสภาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งประธานกรรมการและกรรมการ ดังนั้น ในส่วนของคณะกรรมการการเลือกตั้ง จึงเป็นส่วนที่กำหนดไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญ

(2) คณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัด

โครงสร้างของคณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัด ไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญ แต่บัญญัติไว้ในมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติว่า

“ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัด ผู้อำนวยการการเลือกตั้งประจำจังหวัด คณะอนุกรรมการ บุคคล คณะบุคคล หรือผู้แทนองค์การเอกชน เพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามที่คณะกรรมการการเลือกตั้งมอบหมายได้

⁴²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 136-148.

⁴³จาก กฎหมายเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (น.79-80), โดย สมคิด เลิศไพฑูรย์, 2542, กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

⁴⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 229-241.

หลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้ง การพ้นจากตำแหน่ง ค่าตอบแทน และการสงเคราะห์อื่น รวมทั้งวิธีปฏิบัติงานและการประเมินผลการปฏิบัติงานของบุคคลตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามระเบียบที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด”

(3) สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง

โครงสร้างของสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 235 วรรคสาม บัญญัติว่า “ให้มีสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นหน่วยงานที่เป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” เหตุผลที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญกำหนดให้สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นหน่วยงานอิสระเนื่องจากไม่ประสงค์ให้หน่วยงานที่ทำหน้าที่ดูแลการเลือกตั้งต้องตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ จึงบัญญัติให้สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นหน่วยงานของรัฐ มีฐานะเป็นนิติบุคคลและอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการการเลือกตั้งเอง โดยมีประธานกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุด และกิจการของสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน กฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์ กฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม และกฎหมายว่าด้วยเงินทดแทน⁴⁵

สำหรับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งนั้น หากพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตั้งแต่ มาตรา 235 – 236 กำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งไว้ในกรณี ดังนี้

มาตรา 235 บัญญัติว่า “คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้ควบคุมและดำเนินการจัดหรือจัดให้มีการเลือกตั้งหรือการสรรหาสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาท้องถิ่น และผู้บริหารท้องถิ่น แล้วแต่กรณี รวมทั้งการออกเสียงประชามติให้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม

ประธานกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าคณะกรรมการการเลือกตั้ง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการออกเสียงประชามติ และกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น และเป็นนายทะเบียนพรรคการเมือง”

มาตรา 236 บัญญัติว่า “คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) ออกประกาศหรือวางระเบียบกำหนดการทั้งหลายอันจำเป็นแก่การปฏิบัติตามกฎหมายตามมาตรา 235 วรรคสอง รวมทั้งวางระเบียบเกี่ยวกับการหาเสียงเลือกตั้งและการดำเนินการใด ๆ ของพรรคการเมือง ผู้สมัครรับเลือกตั้งและผู้มีสิทธิเลือกตั้ง เพื่อให้เป็นไปโดยสุจริต

⁴⁵กฎหมายเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (น.85). เล่มเดิม.

และเที่ยงธรรม และกำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินการของรัฐในการสนับสนุนให้การเลือกตั้งมีความเสมอภาค และมีโอกาสทัดเทียมกันในการหาเสียงเลือกตั้ง

(2) วางระเบียบเกี่ยวกับข้อห้ามในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีขณะอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 181 โดยคำนึงถึงการรักษาประโยชน์ของรัฐ และคำนึงถึงความสุจริต เที่ยงธรรม ความเสมอภาค และโอกาสทัดเทียมกันในการเลือกตั้ง

(3) กำหนดมาตรการและการควบคุมการบริจาคเงินให้แก่พรรคการเมือง การสนับสนุนทางการเงินโดยรัฐ การใช้จ่ายเงินของพรรคการเมืองและผู้สมัครรับเลือกตั้ง รวมทั้งตรวจสอบบัญชีทางการเงินของพรรคการเมืองโดยเปิดเผย และการควบคุมการจ่ายเงินหรือรับเงินเพื่อประโยชน์ในการลงคะแนนเลือกตั้ง

(4) มีคำสั่งให้ข้าราชการ พนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ ปฏิบัติการทั้งหลายอันจำเป็นตามกฎหมาย ตามมาตรา 235 วรรคสอง

(5) สืบสวนสอบสวนเพื่อหาข้อเท็จจริงและวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาหรือข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นตามกฎหมาย ตามมาตรา 235

(6) สั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือออกเสียงประชามติใหม่ในหน่วยเลือกตั้งใดหน่วยเลือกตั้งหนึ่งหรือทุกหน่วยเลือกตั้ง เมื่อมีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าการเลือกตั้งหรือการออกเสียงประชามติในหน่วยเลือกตั้งนั้น ๆ มิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม

(7) ประกาศผลการเลือกตั้ง ผลการสรรหา และผลการออกเสียงประชามติ

(8) ส่งเสริมและสนับสนุนหรือประสานงานกับหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือสนับสนุนองค์การเอกชน ในการให้การศึกษาแก่ประชาชนเกี่ยวกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และส่งเสริมการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน

(9) ดำเนินการอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

ในการปฏิบัติหน้าที่ คณะกรรมการการเลือกตั้งอาจเรียกเอกสารหรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องจากบุคคลใด หรือเรียกบุคคลใดมาให้ถ้อยคำ ตลอดจนขอให้พนักงานอัยการ พนักงานสอบสวน หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ดำเนินการเพื่อประโยชน์แห่งการปฏิบัติหน้าที่ การสืบสวน สอบสวน หรือวินิจฉัยชี้ขาด

คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจแต่งตั้งบุคคล คณะบุคคล หรือผู้แทนองค์การเอกชน เพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามที่มอบหมาย”

2.3 แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ และสิทธิเลือกตั้ง

สิทธิเลือกตั้งเป็นสิทธิพื้นฐานตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และเป็นสิทธิประเภทที่เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมในทางการเมืองหรือการสร้างเจตนารมณ์กับรัฐในทางการเมือง จึงจัดอยู่ในกลุ่มสิทธิและเสรีภาพประเภทสิทธิพลเมืองตามหลักการแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพ โดยพิจารณาในแง่ของผู้ทรงสิทธิ ดังนั้น ก่อนจะทำความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิเลือกตั้ง จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพ และความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิเลือกตั้งกับอำนาจอธิปไตย อันจะทำให้ทราบถึงความสำคัญของสิทธิเลือกตั้ง เพื่อนำไปสู่การพิจารณาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ โดยเฉพาะสิทธิเลือกตั้งต่อไป

2.3.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิและเสรีภาพเป็นข้อความคิดที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้ จะเห็นได้จาก รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศที่เป็นประชาธิปไตยทั้งหลาย จะต้องมิบัพัญญติในรัฐธรรมนูญรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ทั้งสิ้น เพราะการที่ราษฎรต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งรัฐธรรมนูญนั้น ก็เพราะประสงค์จะให้ตนมีสิทธิและเสรีภาพนั่นเอง ตัวอย่างเช่น กฎหมายพื้นฐานของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้บัญญัติให้หมวดที่ 1 เป็นหมวดว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือกรณีคำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ที่ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติในมาตรา 16 ว่า “สังคมใดไม่มีหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ หรือไม่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย จะถือว่ามิรัฐธรรมนูญไม่ได้” ทั้งนี้ เพราะรัฐประชาธิปไตยนั้น ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ดังนั้น จึงต้องบัญญัติรับรองให้ประชาชนเป็นผู้ทรงสิทธิต่าง ๆ และสิทธิเหล่านั้นเปรียบเสมือนเกราะคุ้มกันจากการใช้อำนาจรัฐด้วยเช่นกัน⁴⁶

เนื่องจากมักจะมีการใช้คำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ควบคู่กันไป ทั้งนี้ เพราะสิทธิและเสรีภาพนั้น มีความเกี่ยวข้องกันอย่างยิ่ง แต่ทั้งสองอย่างก็มีความหมายที่แตกต่างกัน จึงจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายของคำว่า สิทธิและเสรีภาพ ควบคู่กันไปเสมอ

ความหมายของ “สิทธิ” ในทางวิชาการ มีผู้ให้ความหมายไว้ ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ให้ความหมายของสิทธิเอาไว้ว่า “สิทธิ” คือ ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ เป็นประโยชน์ที่กฎหมาย “รับรอง” ว่ามีอยู่ และเป็นประโยชน์ที่

⁴⁶จาก ปัญหาการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง (น.7-9), โดย พรชัยวัฒน์ พูนทองพันธ์, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

กฎหมาย “คุ้มครอง” คือ คุ้มครองมิให้มีการละเมิดสิทธิ รวมทั้งบังคับให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย⁴⁷

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.วราพงษ์ วิสสุตพิชญ์ ให้ความหมายของสิทธิ เอาไว้ว่า “สิทธิ” (Right) คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น (เช่น สิทธิทวงหนี้ กรรมสิทธิ์ ฯลฯ) เป็นต้นว่า อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลหนึ่งในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นอีกคนหนึ่งหรือหลายคนกระทำการบางอย่างบางประการให้เกิดประโยชน์แก่ตน หรือให้ละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นต้น⁴⁸

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ให้ความหมายของสิทธิเอาไว้ว่า “สิทธิ” ในความหมายทั่วไป หมายถึง “อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย ส่วน “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” นั้น ถือเป็น “สิทธิตามกฎหมายมหาชน” หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดบัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกชนดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงการใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงขอบเขตแห่งสิทธิของตน ในบางกรณีการรับรองดังกล่าว ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งด้วย สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญยังเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพปกป้องและคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ⁴⁹

ดังนั้น สิทธิ (Rights) จึงเป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ซึ่งหมายความว่า เป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองว่ามีอยู่และเป็นประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง คือ คุ้มครองมิให้มีการละเมิดด้วย โดยมีลักษณะดังนี้⁵⁰

1) ต้องมีกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ซึ่งอาจรับรองไว้ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และสิทธิบางอย่างกฎหมายแพ่งไม่ได้ให้การรับรองไว้โดยตรง แต่รับรองทางอ้อมในกฎหมายอื่น

⁴⁷จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (น.168), โดย หยุต แสงอุทัย ข, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁴⁸จาก สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (น.21-22), โดย วราพงษ์ วิสสุตพิชญ์, 2538, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁴⁹จาก หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น.48-49), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ ก, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁵⁰หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น.204-205). เล่มเดิม.

เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 คຸ້ມครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล เพื่อไม่ให้บุคคลอื่นลักเอาไป

2) สิทธิต้องมีผู้ทรงสิทธิ ตามกฎหมาย ผู้ทรงสิทธิมี 2 ประเภท ได้แก่ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล แต่ปัจจุบันได้ขยายความรวมถึงกลุ่มบุคคลหรือคณะบุคคลที่ไม่ใช่นิติบุคคลก็ถือว่าเป็นผู้ทรงสิทธิได้เช่นกัน เช่น ห้างหุ้นส่วนสามัญ เป็นต้น เมื่อผู้ทรงสิทธิถูกบุคคลอื่นมาละเมิดสิทธิ ผู้ทรงสิทธิก็สามารถที่จะดำเนินกระบวนการคุ้มครองสิทธิของตน โดยการฟ้องคดีต่อศาลได้ เพื่อให้มีการเยียวยากรณีที่ถูกละเมิดสิทธิดังกล่าว

3) สิทธิต้องมีวัตถุแห่งสิทธิ คือ สิทธิมีเนื้อหาว่าสิทธิของผู้ทรงสิทธิจะมีลักษณะรายละเอียดและขอบเขตเพียงใด วัตถุแห่งสิทธิอาจเกิดจากเจตนาของคู่กรณีเอง และบางครั้งถูกกำหนดโดยกฎหมายแต่โดยแท้จริงแล้ว วัตถุแห่งสิทธิมี 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก การให้กระทำการ ประการที่สอง การให้งดเว้นกระทำการ และประการที่สาม การให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือชำระราคา

4) สิทธิต้องมีหน้าที่ควบคู่กันไปเสมอ หน้าที่ในที่นี้คือ หน้าที่ที่จะนำไปสู่ทางเยียวยาเมื่อมีการละเมิดสิทธิ หรือเมื่อมีการไม่ปฏิบัติตามสิทธิ เช่น สัญญากู้ยืมเงิน ผู้ให้กู้เป็นผู้ทรงสิทธิ ส่วนวัตถุแห่งสิทธิคือเงินต้นและดอกเบี้ยอันจะก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้ยืมที่จะต้องชำระเงินคืนให้แก่ผู้ให้กู้พร้อมดอกเบี้ย หน้าที่นั้นจะเป็นไปตามเนื้อหาของสิทธิ เช่น ประชาชนมีหน้าที่ต้องเสียภาษี โดยกรมสรรพากรคือผู้ทรงสิทธิชอบที่จะเรียกให้ประชาชนเสียภาษีและเงินค่าภาษีอากรนี้เองเป็นเนื้อหาของสิทธิ

จึงสรุปได้ว่า สิทธิเป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ดังนั้น ถ้าบุคคลใดเป็นผู้ทรงสิทธิ บุคคลอื่น ๆ ก็มีหน้าที่ที่จะต้องเคารพต่อการใช้สิทธิของเขา กล่าวคือ ต้องอำนวยความสะดวกให้การใช้สิทธิของผู้ทรงสิทธิสามารถบรรลุตามความต้องการในการใช้สิทธิดังกล่าวได้

ความหมายของ “เสรีภาพ” ในทางวิชาการ มีผู้ให้ความหมายไว้ ดังนี้

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.วราภรณ์ วิสฤตพิชญ์ กล่าวว่า เสรีภาพ (Liberty) ได้แก่ ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น ภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยว ขัดขวาง บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่ตราบนานเท่าที่เขาไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่เขาไม่ประสงค์จะกระทำ หรือไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งที่เขาประสงค์จะกระทำ กล่าวโดยสรุป เสรีภาพคือ อำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง (Self determination) โดยอำนาจนี้ บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนเองได้ด้วยตนเอง เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง ดังนั้น เสรีภาพจึงแตกต่างกับสิทธิซึ่งเป็นอำนาจที่บุคคลใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้อื่น⁵¹

⁵¹สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (น.22-23). เล่มเดิม.

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้ให้ความหมายของเสรีภาพไว้ว่า เสรีภาพหมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน เสรีภาพจึงหมายถึง อำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคลที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดอันเป็นอำนาจที่มีอยู่เหนือตน⁵²

เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง อำนาจที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดบัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองแก่บุคคลในการกำหนดตนเองโดยอิสระที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยตนเองโดยไม่ต้องให้รัฐหรือบุคคลอื่นดำเนินการเพื่อส่งเสริมหรือเอื้ออำนวยให้การใช้เสรีภาพของตนบรรลุผลหรือสะดวกขึ้น รัฐหรือบุคคลอื่นมีหน้าที่เพียงว่าต้องไม่เข้าไปรบกวนการใช้เสรีภาพของบุคคลเท่านั้น ตัวอย่างเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในทางวิชาการ เสรีภาพในการประกอบอาชีพ และเสรีภาพในการชุมนุม เป็นต้น

สิทธิและเสรีภาพนั้นมักจะเป็นไปในทางเดียวกันเสมอ และบางทีอาจแตกต่างกัน สิทธิเสรีภาพถือว่าจัดอยู่ในขอบข่ายของคำว่า “สิทธิมนุษยชน” (Human Rights) ซึ่งถือเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ที่บุคคลอื่นต้องคุ้มครองและไม่ละเมิดในศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ เพราะมนุษย์ทุกคนมีอิสระในการกระทำการ การแสดงความคิดเห็น การชุมนุมโดยสงบปราศจากอาวุธ トラบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย⁵³

2.3.2 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ

การแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพ อาจแบ่งได้หลายลักษณะ แต่ในที่นี้จะกล่าวถึงเฉพาะการแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิ ซึ่งได้รับสิทธิตามรัฐธรรมนูญ หรือบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองเป็นสำคัญ โดยแบ่งสิทธิและเสรีภาพ ได้ดังนี้

2.3.2.1 สิทธิมนุษยชน

สิทธิประเภทนี้ ได้แก่ สิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่ทุก ๆ คน โดยมิได้แบ่งแยกว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนของชาติใด เชื้อชาติใด หรือศาสนาใด หากบุคคลนั้นเข้ามาอยู่ในขอบเขตอำนาจรัฐที่ใช้รัฐธรรมนูญของประเทศนั้น บุคคลนั้นย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญนั้น ๆ ด้วย สิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคน เป็นสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ และด้วยเหตุผลเพียงอย่างเดียวว่า เพราะเขา

⁵²หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น.51). เล่มเดิม.

⁵³หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น.205-206). เล่มเดิม.

เกิดเป็นมนุษย์ และมนุษย์ทุกคนล้วนมีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้อยู่แล้วตั้งแต่ก่อนที่จะมีรัฐเกิดขึ้น สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ ได้แก่ สิทธิในชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพในทางศาสนา เป็นต้น⁵⁴

ดังนั้น สิทธิมนุษยชน จึงหมายถึง สิทธิทั้งหลายซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในประเทศที่มีอารยธรรม ว่าเป็นสิทธิพื้นฐานที่จำเป็นในการดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีของมนุษย์และในการพัฒนาบุคลิกภาพของมนุษย์ เป็นสิทธิที่มีการคุ้มครองป้องกันในทางกฎหมายเป็นพิเศษ สมกับความสำคัญของสิทธิดังกล่าว⁵⁵

สิทธิซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในประเทศที่มีอารยธรรมนั้น จะเห็นได้จาก สิทธิที่ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งองค์การสหประชาชาติได้ประกาศเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 เป็นตัวอย่างในเบื้องต้นที่ดีที่สุดถึงสิทธิซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในประเทศที่มีอารยธรรม⁵⁶ เช่น

สิทธิเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย และความมั่นคงปลอดภัยในร่างกาย (มาตรา 3, 4, 5, 10, 11, 12, 13, และ 14)

สิทธิที่จะมีเสรีภาพในความคิดและการแสดงออกซึ่งความเห็น (มาตรา 18 และ 19)

สิทธิในทรัพย์สิน (มาตรา 17)

สิทธิเสรีภาพในการร่วมประชุมและก่อตั้งสมาคม (มาตรา 20)

สิทธิเสรีภาพในทางการเมือง (มาตรา 21)

สิทธิที่จะได้รับการศึกษา (มาตรา 26)

สิทธิในการทำงาน (มาตรา 23)

2.3.2.2 สิทธิพลเมือง

สิทธิพลเมือง หมายถึง สิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐเท่านั้น มักจะเป็นสิทธิเสรีภาพในการเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ สิทธิและเสรีภาพในทางการเมืองนั่นเอง

ตัวอย่างสิทธิพลเมือง เช่น เสรีภาพในการรวมตัวกันจัดตั้งพรรคการเมืองเพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชนและเพื่อดำเนินกิจกรรมในทางการเมืองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์นั้น สิทธิเลือกตั้ง สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ สิทธิในการเข้ารับราชการ เป็นต้น⁵⁷

⁵⁴ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น.53). เล่มเดิม.

⁵⁵ จาก กฎหมายสิทธิมนุษยชน (น.54-55), โดย วีระ โลจายะ, 2532, กรุงเทพฯ: ชวนพิมพ์.

⁵⁶ แหล่งเดิม. (น.55).

⁵⁷ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (น.31). เล่มเดิม.

2.3.2.3 บทบาทของสิทธิพลเมือง

จากความหมายของสิทธิพลเมืองดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า สิทธิพลเมืองเป็นสิทธิและเสรีภาพในการเมือง โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเลือกตั้ง สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง ดังนั้น สิทธิพลเมืองจึงเป็นสิ่งที่มีความเกี่ยวข้องเป็นอย่างดีต่อกระบวนการในการเมือง

ในระบอบประชาธิปไตยระบบผู้แทนซึ่งประชาชนไม่สามารถปกครองตนเองได้โดยตรง เนื่องจากเหตุผลบางประการ เช่น ประชาชนต่างมีภารกิจอื่น ๆ มากมาย จนไม่สามารถเข้าร่วมการตัดสินใจในระดับชาติได้ตลอดเวลา หรือประเทศมีอาณาเขตกว้างขวางและมีประชาชนจำนวนมาก เกินกว่าที่จะให้ประชาชนทุกคนจะร่วมปกครองกันเองได้ ประชาชนเหล่านั้นจึงจำเป็นต้องมอบหมายให้บุคคลอื่นเข้าไปทำหน้าที่ปกครองและตัดสินใจแทนตนเอง โดยการเลือกผู้แทนเข้าไปทำหน้าที่นิติบัญญัติ และภายหลังจากนั้น ผู้แทนเหล่านั้นก็จะเลือกผู้แทนด้วยกันให้ทำหน้าที่ฝ่ายบริหารเป็นคณะรัฐบาล จึงเห็นได้ว่า การใช้อำนาจรัฐทั้งทางนิติบัญญัติและบริหารล้วนแต่ได้มาจากประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย กรณีเช่นนี้ การเลือกตั้งจึงมีบทบาทและเป็นกลไกที่จะนำมาซึ่งการชี้ขาดว่า ประชาชนต้องการให้ใครเข้าไปทำหน้าที่แทนตน สิทธิเลือกตั้งของประชาชนจึงเป็นสิทธิทางการเมืองประการหนึ่งในบรรดาสิทธิทางการเมืองทั้งหลายที่ได้รับการยอมรับกันมานานอารยประเทศว่า เป็นพื้นฐานสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย⁵⁸

บทบาทหนึ่งของสิทธิพลเมือง คือ การสร้างความชอบธรรมของอำนาจรัฐโดยการเข้าไปมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การที่ประชาชนร่วมเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐนั่นเอง ดังนั้น สิทธิพลเมืองจึงมีบทบาทในการเป็นหลักประกันให้กับสิทธิมนุษยชน เพราะเหตุผลที่ว่า สิทธิพลเมืองนั้นมีวัตถุประสงค์ในการสร้างสรรค์ระบบการปกครองแบบประชาธิปไตย โดยให้ประชาชนมีส่วนร่วมในเรื่องต่าง ๆ ของบ้านเมือง มิเช่นนั้นแล้ว บทบัญญัติของรัฐที่รับรองสิทธิและเสรีภาพก็จะเป็นเพียงกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือทฤษฎีเท่านั้น⁵⁹

ดังนั้น สิทธิพลเมืองจึงมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งที่จะนำไปสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการเลือกตั้ง สิทธิเลือกตั้ง และสิทธิในการสมัครรับเลือกตั้ง จึงเป็นกลไกสำคัญในเรื่องดังกล่าว

2.3.3 สิทธิเลือกตั้ง

ก่อนที่จะเข้าใจความหมายของคำว่า “สิทธิเลือกตั้ง” จำเป็นจะต้องทำความเข้าใจก่อนว่า “การเลือกตั้ง” หมายความว่าอย่างไร ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายความหมายของการเลือกตั้งเอาไว้ว่า “เมื่อใดเราสามารถที่จะเอาของสิ่งหนึ่งและไม่เอาของอีกสิ่งหนึ่ง เช่น ในกรณี

⁵⁸จาก กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น.325), โดย บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁵⁹ปัญหาการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง (น.21-22). เล่มเดิม.

ที่เราเข้าไปซื้อหมวกในร้าน เราอาจซื้อหมวกสีดำและไม่ซื้อหมวกสีน้ำตาลตามความชอบใจของเรา เมื่อนั้นเราได้ชื่อว่าเรา “เลือก” สิ่งของแล้ว และเราคงใส่หมวกสีน้ำตาลต่อไปจนกว่าหมวกนั้นจะไม่มีประโยชน์แก่เราอีก ข้อที่ควรระลึกมีว่า ถ้าเราตัดสินใจ “เลือก” แล้ว ภายหลังเราจะกลับคืนการเลือกของเราได้อีกไม่ได้ การเลือกตั้งก็เช่นเดียวกัน จะต้องมิบุคคลหลาย ๆ คน ให้เรามีโอกาสเลือกเอาบุคคลหนึ่งจากบุคคลหลาย ๆ คน หรือบัญชีรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งบัญชีหนึ่งจากบัญชีรายชื่อหลายบัญชี เพื่อให้ไปกระทำการอันใดอันหนึ่ง”

เมื่อพิจารณาความหมายดังกล่าวประกอบกับลักษณะสำคัญประการหนึ่งของ “สิทธิ” ซึ่งได้อธิบายมาแล้วนั้น สิทธิเป็นสิ่งที่ผู้ทรงสิทธิจะเลือกใช้หรือไม่ก็ได้ อาจจะทำให้ความหมายของสิทธิเลือกตั้งได้ว่า เป็นสิทธิที่ผู้ทรงสิทธิจะเลือกบุคคลเข้าไปทำหน้าที่แทนตนเพื่อให้ไปทำการอันใดอันหนึ่งโดยอิสระ ผู้ทรงสิทธิจะใช้สิทธิหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามเจตจำนงของผู้ทรงสิทธิ ดังนั้น การใช้สิทธิเลือกตั้งจึงเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของพลเมืองผู้มีสิทธิเลือกตั้งทั้งหมดอย่างมีเอกภาพในฐานะที่เป็นผู้ถืออำนาจอธิปไตย

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยซึ่งอาจแบ่งออกเป็นประชาธิปไตยโดยตรงและประชาธิปไตยโดยผ่านทางผู้แทน สิทธิเลือกตั้งจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งในระบอบประชาธิปไตยโดยผ่านทางผู้แทน ทั้งนี้ เพราะระบอบประชาธิปไตยโดยผ่านทางผู้แทนราษฎรจะเป็นผู้เลือกบุคคลจำนวนหนึ่งให้เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนตน ผู้ที่ถูกเลือกจึงเป็นผู้แทนของราษฎรและไปใช้อำนาจอธิปไตยแทนราษฎร ดังนั้น สิทธิเลือกตั้งจึงเป็นสิทธิที่จะทำให้ราษฎรเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยได้โดยวิธีเลือกผู้แทนของตน ส่วนระบอบประชาธิปไตยโดยตรงนั้น การเลือกตั้งไม่ได้มีความสำคัญเท่าใดนัก เพราะประชาชนแต่ละคนสามารถไปใช้สิทธิได้ด้วยตนเอง จึงทำให้ไม่จำเป็นต้องเลือกตั้งผู้แทนแต่อย่างใด ทำให้ไม่จำเป็นต้องมีสิทธิเลือกตั้งในการปกครองรูปแบบนี้

สิทธิเลือกตั้งในการเมือง เริ่มมีขึ้นเมื่อปลายศตวรรษที่ 18 เป็นสิทธิที่ได้มาโดยการต่อสู้และเป็นชัยชนะของระบอบประชาธิปไตยเหนือระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ การได้มาซึ่งสิทธิเลือกตั้งนี้ จึงถือเป็นสัญลักษณ์ของเสรีภาพและเป็นองค์ประกอบสำคัญของความชอบธรรมตามระบอบประชาธิปไตย⁶⁰

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 72 บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเลือกตั้งโดยกำหนดให้การเลือกตั้งเป็นหน้าที่ของชนชาวไทย ซึ่งหลักเกณฑ์นี้นำมาใช้ครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในมาตรา 68 โดยกำหนดว่าผู้ที่ไม่ไปทำหน้าที่ในการเลือกตั้ง จะต้องเสียสิทธิบางประการ เหตุที่ต้องให้มีการบัญญัติเช่นนี้ เพราะมีผู้ไปใช้สิทธิในการเลือกตั้งน้อย จึงอาจเป็นช่องทางให้มีการซื้อสิทธิขายเสียงกันได้ง่าย อย่างไรก็ตาม

⁶⁰ ปัญหาการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง (น.32-33). เล่มเดิม.

การกำหนดหลักเกณฑ์ในมาตรา 72 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อาจเกิดความลักลั่นกันขึ้น เพราะจากการที่ใช้คำว่า “บุคคลมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง” ซึ่งจะเห็นว่า มีทั้งคำว่า “สิทธิ” และ “หน้าที่” อยู่ในประโยคเดียวกัน จึงต้องอธิบายความหมายต่อไปด้วยว่า บุคคลมีหน้าที่ไปปรากฏตัวที่หาเลือกตั้ง ส่วนการจะเลือกหรือไม่เลือกใครย่อมเป็นสิทธิของผู้นั้น มาตรา 72 วรรคแรก จึงกำหนดให้เป็นหน้าที่ของประชาชนที่จะต้องไปใช้สิทธิเลือกตั้ง แต่มีการบัญญัติผลที่แตกต่างกันในมาตรา 72 วรรคสอง คือ “บุคคลซึ่งไปใช้สิทธิเลือกตั้ง หรือไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งโดยไม่แจ้งเหตุผลอันสมควรที่ทำให้ไม่อาจไปใช้สิทธิได้ ย่อมได้สิทธิหรือเสียสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติ” บทบัญญัติเช่นนี้จึงเปิดช่องให้มีการให้สิทธิแก่ประชาชนในเชิงบวกสำหรับผู้ที่ไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง แต่ปัญหามีอยู่ว่า จะทำอะไรถึงจะทำให้ประชาชนรู้สึกว่ เมื่อเขาไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งเขาอาจต้องสูญเสียสิทธิได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ประสงค์จะให้ประชาชนออกไปใช้สิทธิเลือกตั้ง มิเช่นนั้นแล้ว บทบัญญัติในมาตรา 72 ก็จะไม่มีความหมายในทางปฏิบัติ ดังนั้น จึงมีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการเสียสิทธิในมาตรา 26 และการได้มาซึ่งสิทธิในมาตรา 28 โดยสิทธิที่เสียไปตามมาตรา 26 ได้แก่ สิทธิยื่นคำร้องคัดค้านการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา สิทธิสมัครรับเลือกตั้งและสิทธิได้รับการเสนอชื่อเข้ารับการสรรหาเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น สิทธิสมัครรับเลือกเป็นกำนันหรือผู้ใหญ่บ้านตามกฎหมายว่าด้วยลักษณะปกครองท้องที่ สำหรับการได้มาซึ่งสิทธิตามมาตรา 28 ได้แก่ สิทธิในการได้รับการสนับสนุนจากกองทุนพัฒนาการเมืองภาคพลเมือง⁶¹

2.3.4 ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิเลือกตั้งกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตย⁶²

การปกครองในระบอบประชาธิปไตย คือการปกครองที่อำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศหรือที่มักเรียกกันว่า “อำนาจอธิปไตย” มาจากราษฎรทุกคนเป็นผู้ใช้อำนาจ อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจอธิปไตยของราษฎรตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น แบ่งออกเป็น 3 แบบด้วยกัน คือ ราษฎรใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรง ราษฎรใช้อำนาจอธิปไตยโดยทางผู้แทน และราษฎรใช้อำนาจอธิปไตยทั้งโดยตรง

การใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรง เป็นกรณีที่ราษฎรร่วมกันจัดการปกครองบ้านเมืองและออกกฎหมายเอง จะตั้งผู้แทนขึ้นก็แต่สำหรับงานด้านธุรการ งานด้านตุลาการ ส่วนงานในด้านจัดทำกฎหมาย ราษฎรจะทำเองโดยตรง ในทางปฏิบัติจะใช้วิธีการจัดให้มีการประชุมกันออกกฎหมาย

⁶¹กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น.345-346). เล่มเดิม.

⁶²กฎหมายเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (น.11-15). เล่มเดิม.

เป็นครั้งคราว โดยมีเจ้าหน้าที่บริหารให้เป็นไปตามกฎหมายอีกส่วนหนึ่ง วิธีนี้เดิมใช้อยู่ในประเทศกรีซ แต่ปัจจุบันมีการใช้กันอยู่ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ในบางมลรัฐ

การใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรง เป็นการผสมผสานระหว่างการใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรงกับการใช้อำนาจอธิปไตยโดยทางผู้แทน วิธีนี้ราษฎรมิได้มอบอำนาจแก่ผู้แทนทั้งหมด มีการสงวนสิทธิบางเรื่องเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมาย ซึ่งบางกรณีให้เสนอร่างกฎหมายไปขอความเห็นราษฎรทั้งหมด (Referendum) หรือราษฎรเสนอร่างกฎหมายไปยังรัฐสภาก็ได้ (Initiative) วิธีนี้ใช้ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์แต่จะใช้เฉพาะกิจการบางเรื่องเท่านั้นมิได้ใช้โดยทั่วไป

การใช้อำนาจอธิปไตยโดยผ่านทางผู้แทน การปกครองในลักษณะนี้จะมีความสัมพันธ์กับสิทธิเลือกตั้งโดยตรง เนื่องจากราษฎรเป็นผู้เลือกบุคคลจำนวนหนึ่งให้เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนตน ผู้ที่ถูกเลือกจึงเป็นผู้แทนราษฎรและใช้อำนาจอธิปไตยแทนราษฎร การเลือกตั้งจึงเป็นลักษณะสำคัญของการปกครองในลักษณะนี้

หลักการเป็นผู้แทนราษฎรหรือผู้แทนปวงชน มีทฤษฎีเบื้องหลัง 2 ทฤษฎี ได้แก่ ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนและทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ

2.3.4.1 หลักทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน

เจ้าของทฤษฎีนี้คือ Jean-Jacques Rousseau ซึ่งได้เสนอในหนังสือชื่อ “สัญญาประชาคม (Social Contract)” โดยถือว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนทุกคนที่มารวมอยู่เป็นสังคม ทุกคนเป็นเจ้าของตามสัดส่วนของตน เช่น สังคมหนึ่งมีสมาชิก 10,000 คน สมาชิกแต่ละคนก็จะเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยคนละ $1/10,000$ ดังนั้น ราษฎรแต่ละคนจึงมีส่วนในการมอบอำนาจซึ่งราษฎรผู้มีสิทธิเลือกตั้งได้เลือกผู้แทนขึ้นมา ทฤษฎีของ Rousseau เป็นประชาธิปไตยมากและส่งผลสำคัญ คือ

1) ราษฎรแต่ละคนมีสิทธิที่จะเลือกผู้ปกครอง ทั้งนี้เพราะเป็นการแสดงออกซึ่งส่วนแห่งอำนาจอธิปไตยของตนอันนำมาซึ่งหลักที่รู้จักกันว่า “การเลือกตั้งอย่างทั่วถึง” เพราะถือว่าการเลือกตั้งเป็นสิทธิของทุกคนมิใช่เป็นหน้าที่ จึงไม่อาจมีการจำกัดสิทธิได้ ดังที่ Rousseau กล่าวว่า “สิทธิเลือกตั้งเป็นสิทธิที่ไม่มีอะไรจะมาพรากไปจากประชาชนได้”

2) การมอบอำนาจของราษฎรให้ผู้แทน เป็นการมอบอำนาจในลักษณะที่ผู้แทนต้องอยู่ภายใต้อาณัติของราษฎรผู้เลือกตั้ง ผู้แทนแต่ละคนไม่ถือว่าเป็นผู้แทนของราษฎรทั้งประเทศ แต่เป็นผู้แทนของราษฎรในเขตเลือกตั้งของตน และผู้แทนต้องอยู่ภายใต้คำสั่งและการควบคุมโดยผู้เลือกตั้ง

3) ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนเป็นทฤษฎีที่สนับสนุนอำนาจของประชาชน สนับสนุนให้ประชาชนใช้อำนาจได้ตลอดเวลา ทฤษฎีนี้จึงปฏิเสธระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์

2.3.4.2 หลักทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ

หลังจากมีการปฏิวัติครั้งใหญ่ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 สภาร่างรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสในขณะนั้น ได้เสนอทฤษฎีเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยเสียใหม่ โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “ชาติ” แทนที่จะเป็นของ “ปวงชน” หรือ “ราษฎร” โดยให้เหตุผลว่า ชาติเป็นสภาพความเป็นจริงที่อยู่เหนือราษฎรซึ่งมีชีวิตอยู่ในช่วงเวลาหนึ่ง ๆ เท่านั้น ชาติเป็นนิติบุคคลที่มีชีวิตจิตใจ ดำรงอยู่คงทนกว่าราษฎรในแต่ละยุคสมัย เป็นความต่อเนื่องของราษฎรในสังคมนั้น ๆ ผลของทฤษฎีนี้ คือ

1) ชาติเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยไม่ใช่ปวงชนหรือราษฎร อำนาจเลือกตั้งเป็นสิ่งที่ชาติมอบให้กับราษฎรในฐานะเป็นองค์กรที่มีหน้าที่เลือกผู้แทนของชาติ ดังนั้น การเลือกตั้งของราษฎรจึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่มิใช่เป็นการใช้สิทธิ ชาติจึงมีสิทธิที่จะมอบอำนาจเลือกตั้งให้แก่ราษฎรที่เห็นว่าเหมาะสมได้ การเลือกตั้งจึงไม่จำเป็นจะต้องเป็นแบบทั่วถึง จึงมีการจำกัดสิทธิในการเลือกตั้งได้

2) ผู้แทนแต่ละคนไม่ได้เป็นผู้แทนของราษฎรในแต่ละเขตเลือกตั้งที่เลือกตนเท่านั้น แต่ผู้แทนทั้งหมดถือเป็นผู้แทนของชาติและไม่อยู่ภายใต้อำนาจของราษฎรผู้เลือกตั้ง

3) ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติไม่ได้ปฏิเสธระบบการปกครองที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข อย่างไรก็ตามหากชาติประสงค์จะเปลี่ยนผู้ปกครองไปเป็นรูปแบบอื่นก็สามารถทำได้

ดังนั้น หากพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับที่ผ่าน ๆ มา จะพบว่าประเทศไทยใช้ทั้งทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติและทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนผสมกัน ทั้งนี้ พิจารณาได้จาก

1) การใช้ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน แสดงออกโดย รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การเลือกตั้งของประเทศไทยเป็นการเลือกตั้งอย่างทั่วถึง รับรองให้ประชาชนลงประชามติได้ ประชาชนมีสิทธิเสนอร่างกฎหมาย และมีสิทธิเข้าชื่อถอดถอนผู้แทนราษฎรของตนได้

2) การใช้ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ แสดงออกโดย รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การเลือกตั้งเป็นหน้าที่ และผู้แทนแต่ละคนไม่ได้เป็นผู้แทนของราษฎรในแต่ละเขตเลือกตั้งของตนเท่านั้น

2.4 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ และการตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตย

อำนาจอธิปไตยเป็นองค์ประกอบของรัฐประการหนึ่ง นอกเหนือจากดินแดนและราษฎร เป็นอำนาจมหาชนซึ่งอยู่เหนือเอกชนทุกคนที่เป็นสมาชิกของรัฐนั้น เป็นอำนาจที่จะออกกฎหมาย บังคับ หรือกฎหมาย ให้ราษฎรที่เป็นสมาชิกของรัฐนั้นประพฤติปฏิบัติตาม ขณะเดียวกันก็สามารถที่จะใช้กำลังบังคับให้ราษฎรปฏิบัติตามกฎหมาย บังคับ หรือกฎหมายดังกล่าวได้ เมื่ออำนาจอธิปไตยเป็นสิ่งที่

มีผลบังคับกับประชาชนภายในรัฐ ประกอบกับการที่รัฐเป็นนิติบุคคล จึงต้องมีการมอบหมายให้แก่บุคคลธรรมดาเป็นผู้ใช้อำนาจดำเนินการต่าง ๆ แทนรัฐ การควบคุมหรือการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยบุคคลดังกล่าว จึงเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพื่อป้องกันภัยอันเกิดจากการใช้อำนาจนั้น⁶³

ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจรัฐ และเพื่อป้องกันไม่ให้มีการใช้อำนาจรัฐได้ตามอำเภอใจ การใช้อำนาจรัฐจึงต้องอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ รวมทั้งหลักการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งได้แก่ หลักนิติรัฐ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง รวมถึงกฎหมายอื่น ๆ ได้แก่ สนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศทางด้านสิทธิมนุษยชนที่รัฐนั้นเป็นสมาชิก และได้ทำความตกลงไว้ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) ซึ่งในแต่ละหลักการดังที่กล่าวมา ต่างมีที่มาและความสำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนี้

2.4.1 หลักนิติรัฐ

คำว่า “นิติรัฐ” เป็นคำที่เกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมัน เป็นคำที่รู้จักกันในศตวรรษที่ 19 ช่วงก่อนปี ค.ศ. 1848 ซึ่งอาจให้ความหมายได้ว่า นิติรัฐ หมายถึง รัฐแห่งความมีเหตุผล เป็นรูปแบบที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุผล และมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคมเป็นการทั่วไป จากการให้ความหมายดังกล่าว จึงอาจสรุปได้ว่า นิติรัฐ คือ รัฐที่ปกครองตามหลักแห่งเหตุผล เพื่อการอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์ และเป็นไปด้วยความสุข⁶⁴

หลักนิติรัฐจึงเป็นหลักที่ควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง ประชาชนต้องมีสิทธิและหน้าที่ที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย รัฐและองค์กรของรัฐจะกระทำการใดต้องอาศัยอำนาจที่กฎหมายให้ไว้และต้องทำตามกฎหมาย

ประการที่สอง ต้องมีการเยียวยาแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการนอกขอบเขตแห่งกฎหมายและไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพและหน้าที่ของประชาชน โดยต้องจัดให้มีองค์กรหรือผู้วินิจฉัยในการทำหน้าที่ดังกล่าว

ดังนั้น รัฐที่เป็นนิติรัฐ (Legal State) จึงหมายถึง รัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย เป็นแนวคิดที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อควบคุมการกระทำของรัฐ มิให้ดำเนินการไปตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจในทางการเมือง การใช้อำนาจของรัฐจึงต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายที่ได้วางไว้ล่วงหน้า

⁶³จาก การตรวจสอบการกระทำของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้ง โดยองค์กรตุลาการ (น. 35), โดย กิตติพัฒน์ สุวรรณนิจศิริ, 2555, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.

⁶⁴หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น.21). เล่มเดิม.

บนพื้นฐานของความเชื่อว่า การกระทำในลักษณะดังกล่าวนี้จะช่วยปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้ดำรงอยู่อย่างมั่นคง การใช้อำนาจของผู้ปกครองรัฐในนิติรัฐต้องเป็นการใช้อำนาจที่สอดคล้องกับความเป็นธรรมตามกฎหมาย กล่าวคือ ต้องเป็นการใช้กฎหมายสร้างความเป็นธรรมให้แก่ทุก ๆ คนในรัฐ โดยไม่เลือกปฏิบัติ ไม่มีการเลือกชั้นวรรณะ ไม่มีการเลือกข้างเลือกกลุ่ม ไม่ละเมิดหรือขัดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้น ก็แสดงว่า มีการเคารพต่อหลักนิติรัฐอย่างแท้จริง ดังนั้น จึงต้องมีนิติธรรมในนิติรัฐด้วย

กฎหมายในความหมายของนิติรัฐต้องเป็นกฎหมายที่มาจากประชาชนหรือจากตัวแทนของประชาชน ประชาชนเป็นผู้สร้างความชอบธรรมให้กับกฎหมาย และทำให้เกิด “หลักแห่งความชอบด้วยกฎหมาย” ดังนั้น ทุก ๆ คนในรัฐ จึงต้องเคารพต่อกฎหมายที่ประชาชนสร้างขึ้นมา เพราะโดยสภาพของกฎหมายนั้นมีความชอบธรรม การเคารพต่อกฎหมายคือการกระทำของทุกคนในรัฐ ทุกองค์กรของรัฐ การบังคับใช้กฎหมายของศาลจะต้องไม่ละเมิดหรือฝ่าฝืนต่อกฎหมาย และต้องมีความเป็นธรรม ณ จุดดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า การกระทำต่าง ๆ หรือการบังคับใช้กฎหมายต่าง ๆ ต้องเคารพต่อ “หลักแห่งความชอบด้วยกฎหมาย” หลักแห่งความชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นหลักที่มาจากหรือต่อเนื่องมาจากหลักนิติรัฐนั่นเอง

องค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญ องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน รวมถึงองค์กรกึ่งตุลาการต่าง ๆ จึงมีขึ้นเพื่อควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐให้เคารพต่อหลักนิติรัฐ และเท่ากับเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน⁶⁵

หลักการพื้นฐานที่เป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ มีดังนี้

2.4.1.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักนิติรัฐไม่สามารถสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ ไม่มีการควบคุมการตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบ และยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้ เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน (Check and balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้ จึงต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่ง มีอำนาจเหนือกว่าอีกอำนาจหนึ่งโดยเด็ดขาด หรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐ

⁶⁵ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น.109-110). เล่มเดิม.

ทั้งหมดหรือดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจ จึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของอำนาจ การตรวจสอบอำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจ

หากพิจารณาหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเป็นระบบ อาจแยกพิจารณาหลักการ แบ่งแยกอำนาจในแง่ของความแตกต่างตามภาระหน้าที่ของรัฐ ซึ่งก่อให้เกิดการแบ่งแยกองค์กรตาม ขอบเขตภาระหน้าที่ที่แตกต่างกันหรือที่เรียกว่า “การแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ” และ “การแบ่งแยก อำนาจในแง่ของตัวบุคคล” ซึ่งเรียกร้องให้ภาระหน้าที่ของรัฐต้องมีเจ้าหน้าที่ของตนเองที่ไม่ใช่ เจ้าหน้าที่ของรัฐในองค์กรอื่น และกำหนดให้องค์กรอื่นเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้ง บุคคลเข้าสู่อำนาจหรือให้มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านอำนาจอื่น หรือสิทธิในการควบคุมตรวจสอบทั้งใน แ่งของการแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจและในแง่ของตัวบุคคล จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่าง อำนาจต่าง ๆ ในการยับยั้งซึ่งกันและกัน และทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจ ไม่ทำให้อำนาจ หนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอื่นโดยสิ้นเชิง ด้วยสภาพการณ์เช่นนี้จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน ได้รับความคุ้มครองอันเป็นความมุ่งหมายประการสำคัญของหลักนิติรัฐ⁶⁶

2.4.1.2 หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์แต่ละคน ไม่มีใครสามารถพรากจากมนุษย์ แต่ละคนได้ เป็นสิทธิของมนุษย์เองมิใช่สิทธิที่รัฐมอบให้ สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ สิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิในฐานะที่เป็นมนุษย์ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร สิทธิเสรีภาพ ในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ สิทธิเสรีภาพในครอบครัว สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีหรือใช้ทรัพย์สิน สิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา สิทธิเสรีภาพในอันที่จะแสดง ความคิดเห็น ส่วนสิทธิพลเมือง หมายถึง สิทธิในการเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้าง เจตนารมณ์ของรัฐในทางการเมือง อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นกลุ่ม เป็นสมาคม หรือเป็นพรรคการเมือง รวมถึงสิทธิเสรีภาพในอันที่จะลงคะแนนเสียงเลือกตั้งหรือลงสมัครรับเลือกตั้ง เป็นต้น⁶⁷

หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันกันอย่างยิ่งกับสิทธิเสรีภาพของบุคคล และสิทธิในความ เสมอภาค สิทธิทั้งสองประเภทดังกล่าว ถือเป็นพื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในรัฐเสรี ประชาธิปไตยทั้งหลายยอมรับหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพ ของตนเองให้เป็นไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น ๆ ดังนั้น เพื่อเห็นแก่ความเป็นอิสระของ ปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพของแต่ละบุคคล รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิ

⁶⁶หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น.22-23). เล่มเดิม.

⁶⁷จาก นิติรัฐ นิติธรรม (น. 326), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

และเสรีภาพของปัจเจกบุคคลดังกล่าว การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยอำนาจรัฐจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยแล้วเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลให้มีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง

กล่าวโดยสรุป หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพถือเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักการสูงสุดของรัฐธรรมาณูญ⁶⁸

2.4.1.3 หลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนทางศาล

หลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนทางศาล เป็นหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำอันมิชอบของฝ่ายอำนาจรัฐ โดยประชาชนมีสิทธิที่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐเพื่อเรียกร้องให้รับผิดชอบและชดเชยค่าเสียหายในทางละเมิด และครอบคลุมถึงสิทธิเรียกร้องของปัจเจกบุคคลตามกฎหมายมหาชน กล่าวคือ หากมีกฎหมายใดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชน และกำหนดให้เป็นหน้าที่ของหน่วยงานรัฐที่จะต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง หากหน่วยงานรัฐไม่ได้ดำเนินการหรือดำเนินการบกพร่องจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่ปัจเจกชนย่อมเป็นสิทธิของปัจเจกชนที่จะฟ้องให้หน่วยงานของรัฐนั้น ๆ ดำเนินการตามสิทธิเรียกร้องของตนได้ ดังนั้น สิทธิเรียกร้องของปัจเจกบุคคลตามกฎหมายมหาชน อาจเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองไว้ก็ได้ แต่กฎหมายนั้นต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนเท่านั้น⁶⁹

2.4.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

จากการศึกษารูปแบบการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินในหัวข้อที่ 2.2.1 และ 2.2.2 เกี่ยวกับหลักการรวมอำนาจปกครองและหลักการกระจายอำนาจปกครอง จะเห็นว่า หลักการทั้งสองดังกล่าว เป็นการกระทำของฝ่ายบริหารในการใช้อำนาจบริหารประเทศตามหลักการแบ่งแยกอำนาจธิปไตย ซึ่งแบ่งออกเป็น อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ สำหรับฝ่ายบริหารนั้นจะมีสองสถานะ คือ สถานะแรก เป็นฝ่ายบริหารที่มีหน้าที่ในการบริหารกิจการบ้านเมืองวางแนวนโยบายต่าง ๆ ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย สถานะที่สอง เป็นฝ่ายปกครอง ซึ่งการกระทำต่าง ๆ ในทางปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นการตรากฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย หรือการออกคำสั่งทางปกครอง

ฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร โดยที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้วางแนวนโยบาย ในขณะที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้รับนโยบายดังกล่าวมาปฏิบัติ การปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองส่วนใหญ่จึงเป็นการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นกับ

⁶⁸ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น. 23). เล่มเดิม.

⁶⁹ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น.111). เล่มเดิม.

ประชาชนหรือปัจเจกชน ซึ่งเรียกว่า การกระทำทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งฝ่ายปกครองจะก่อให้เกิดการกระทำทางปกครองได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นกรอบในการใช้อำนาจและจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองในการกระทำทางปกครอง ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ การกระทำทางปกครองจึงต้องชอบด้วยกฎหมายหรือต้องไม่ขัดต่อกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ อาจกล่าวได้ว่า หลักแห่งความชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักที่ใช้ในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองนั่นเอง

ดังนั้น การบริหารประเทศของฝ่ายบริหารจึงต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย กล่าวคือ ต้องไม่ละเมิดต่อกฎหมาย ไม่ฝ่าฝืนต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย หากคำสั่งใดขัดกับหลักความชอบด้วยกฎหมายแล้ว ผลที่ตามมาคือ ต้องสามารถยกเลิกเพิกถอนคำสั่งนั้นได้โดยศาล⁷⁰

กฎหมายปกครองภายใต้หลักนิติรัฐ จึงต้องยึดหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองให้เป็นสาระสำคัญอย่างหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งนิติกรรมทางปกครองทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นนิติกรรมทางปกครองในรูปแบบของคำสั่ง ในรูปของการพิสูจน์และยืนยันในคุณสมบัติของบุคคลหรือสิทธิในทรัพย์สิน ในรูปของการรับรองเอกสารต่าง ๆ ของทางราชการ หรือในรูปของคำวินิจฉัยอุทธรณ์ต่าง ๆ โดยองค์กรวินิจฉัยอุทธรณ์ของฝ่ายปกครอง จะต้องออกโดยถูกต้องตามกระบวนการในการออกนิติกรรมทางปกครองและเป็นไปตามสารบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ตลอดจนต้องสอดคล้องกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญด้วย นิติกรรมทางปกครองใดที่มีข้อบกพร่องไม่ว่าจะเป็นข้อบกพร่องที่มีชอบด้วยกฎหมายวิธีสบัญญัติ หรือกฎหมายสารบัญญัติ จัดว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น หากความบกพร่องนั้นมีความร้ายแรงมาก กฎหมายปกครองเยอรมันถือว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นตกเป็นโมฆะทำนองเดียวกับโมฆะกรรมตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่แยกต่างหากจากการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีใช้นิติกรรมทางปกครอง แต่เป็นปฏิบัติการทางปกครองและความไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ ก็แตกต่างไปจากระดับความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย กล่าวคือ นิติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจถูกตรวจสอบได้ทั้งโดยองค์กรชั้นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง และโดยศาลปกครอง ส่วนนิติกรรมที่ไม่สอดคล้องกับระดับของวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ก็ยังอยู่ในขอบเขตของการใช้อำนาจดุลพินิจ อาจถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรชั้นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเท่านั้น แต่ไม่อาจถูกตรวจสอบได้โดยชั้นศาลปกครอง⁷¹

⁷⁰จาก หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น.465-466), โดย เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁷¹จาก หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น.155-166), โดย กมลชัย รัตนสากวาศ์ ก, 2544, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

2.4.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) เป็นสนธิสัญญาพหุภาคีระหว่างประเทศทางด้านสิทธิมนุษยชนที่สำคัญยิ่งฉบับหนึ่งภายใต้กรอบของสหประชาชาติ โดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้รับรองกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2509 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2519 ปัจจุบันมีประเทศที่ลงนามแล้วจำนวน 64 ประเทศ และมีประเทศที่เป็นภาคีแล้ว 167 ประเทศ (ข้อมูล ณ วันที่ 30 ตุลาคม 2556)

สำหรับประเทศไทย ได้ภาคยานุวัติ (Accession) เข้าเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2539 โดยไม่ได้ตั้งข้อสงวนไว้แต่อย่างใด และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย เมื่อวันที่ 29 มกราคม 2540 เป็นต้นมา⁷²

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเป็นสนธิสัญญาพหุภาคีที่ได้รับการพัฒนาตามแนวกฎบัตรสหประชาชาติและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนตามลำดับ เพียงแต่กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองได้รับการพัฒนาให้มีลักษณะที่เป็นรูปธรรมและมีผลบังคับในทางกฎหมายชัดเจนยิ่งขึ้น นอกจากกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองจะบัญญัติถึงหลักการรับรองคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่ทุกคนพึงมีแล้ว ยังได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์และรูปแบบของสิทธิเสรีภาพในแต่ละประเภทไว้อย่างละเอียด ตลอดจนได้มีการกำหนดถึงกลไกในการคุ้มครองเยียวยา (Remedies) โดยกำหนดให้รัฐภาคีต้องจัดทำรายงานประเทศ (National Report) เกี่ยวกับสถานการณ์ทางด้านสิทธิมนุษยชนเสนอต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee – CCPR) ซึ่งเป็นองค์กรระหว่างประเทศ เพื่อนำไปเป็นข้อมูลในการพัฒนาและปรับปรุงส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของปัจเจกชนในรัฐภาคี

แม้ว่ากติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองจะมีสาระสำคัญเช่นเดียวกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็ตาม แต่ในเนื้อหาของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเป็นการมุ่งเน้นถึงการคุ้มครองจำกัดเฉพาะในส่วนที่

⁷²จาก สาระสำคัญของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR), โดย กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม. สืบค้นจาก http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_1/International_hr/2557/tran_iccpr-2.pdf

เกี่ยวข้องกับสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเท่านั้น มิได้มีการกล่าวถึงการให้ความคุ้มครองของรัฐทางด้านสิทธิในทางเศรษฐกิจและวัฒนธรรม ดังเช่นปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน⁷³

สาระสำคัญของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ประกอบด้วย วรรคอารัมภบท และบทบัญญัติอีก 53 ข้อบท ซึ่งแบ่งออกเป็น 6 ส่วน ดังนี้⁷⁴

วรรคอารัมภบท จะกล่าวถึงพันธกรณีของรัฐทางด้านสิทธิมนุษยชนตามกฎหมาย สหประชาชาติ รวมทั้งหน้าที่ของรัฐที่จะส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และให้ได้รับสิทธิทั้งด้านพลเมือง การเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมอย่างเท่าเทียมกัน

ส่วนที่ 1 (ข้อบทที่ 1) กล่าวถึงสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง (right of self-determination)

ส่วนที่ 2 (ข้อบทที่ 2-5) กล่าวถึงพันธกรณีของรัฐภาคีที่รับรองว่าจะเคารพและประกันสิทธิของบุคคล รวมถึงการห้ามเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นด้วยเหตุผลทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง สัญชาติ สถานะทางเศรษฐกิจ สังคม ถิ่นกำเนิด หรือสภาพอื่นใด โดยจะดำเนินการให้เกิดผลในทางปฏิบัติภายในประเทศ ประกันว่าบุคคลที่ถูกละเมิดจะได้รับการเยียวยา ไม่ว่าบุรุษหรือสตรีจะได้รับสิทธิพลเมืองและการเมืองอย่างเท่าเทียมกัน การลิดรอนสิทธิในสถานการณ์ฉุกเฉิน และการห้ามการตีความกติกาในอันที่จะไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ ลง

ส่วนที่ 3 (ข้อบทที่ 6-27) กล่าวถึงสาระของสิทธิในส่วนที่เป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ได้แก่ สิทธิในการมีชีวิตอยู่ เสรีภาพจากการไม่ถูกทรมาน การห้ามบุคคลมิให้ตกอยู่ในภาวะเยี่ยงทาส การห้ามบุคคลมิให้ถูกจับกุมตามอำเภอใจ การปฏิบัติต่อผู้ถูกลิดรอนเสรีภาพอย่างมีมนุษยธรรม การห้ามบุคคลถูกจำคุกด้วยเหตุที่ไม่สามารถชำระหนี้ตามสัญญา เสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐาน ความเสมอภาคของบุคคลภายใต้กฎหมาย การห้ามมิให้มีการบังคับใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง สิทธิการได้รับรองเป็นบุคคลตามกฎหมาย การห้ามแทรกแซงความเป็นส่วนตัว การคุ้มครองเสรีภาพทางความคิด เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก การห้ามการโฆษณาชวนเชื่อเพื่อการสงครามหรือก่อให้เกิดความเกลียดชังทางเชื้อชาติ สิทธิที่จะชุมนุมอย่างสันติ การรวมกันเป็นสมาคม สิทธิของชายหญิงที่อยู่ในวัยที่เหมาะสมในการมีครอบครัว การคุ้มครองสิทธิเด็ก และการที่พลเมืองทุกคนมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมในกิจการสาธารณะ การรับรองว่าบุคคลทั้งปวง

⁷³จาก การจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกโดยรัฐภายใต้มาตรา 19 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966: ศึกษากรณีของประเทศไทย (น.47-49), โดย ภัชชนันท์ กลิ่นศรีสุข, 2553, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁷⁴กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม : สาระสำคัญของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง. สืบค้นจาก http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_1/International_hr/2557/tran_iccpr-2.pdf

ย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมายและได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน การรับรองสิทธิของชนกลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ ศาสนา และภาษาภายในรัฐ

ส่วนที่ 4 (ข้อบทที่ 28-45) กล่าวถึงการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee – HRC) ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบในการตรวจสอบการปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในกติกา ICCPR รวมถึงพันธกรณีในการเสนอรายงานของรัฐภาคี การยอมรับอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน และขั้นตอนการพิจารณาข้อร้องเรียน

ส่วนที่ 5 (ข้อบทที่ 46-47) กล่าวถึงการห้ามการตีความไปในทางขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ รวมทั้งการมิให้ตีความในการที่จะลดรอนสิทธิที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ส่วนที่ 6 (ข้อบทที่ 48-53) กล่าวถึงการเข้าเป็นภาคีและการแก้ไขเพิ่มเติมกติกา

เกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาล กำหนดไว้ในภาค 2 ข้อบทที่ 2 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งกำหนดว่า

1. รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้ รับที่จะเคารพและประกันแก่ปัจเจกบุคคลทั้งปวงภายในดินแดนของตนและภายใต้เขตอำนาจของตนในสิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในกติกานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกใด ๆ อาทิ เชื้อชาติ ศิพ เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ

2. ในกรณีที่ยังไม่มีมาตรการทางนิติบัญญัติหรือมาตรการอื่นใด รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้รับที่จะดำเนินการตามขั้นตอนที่จำเป็น ตามกระบวนการทางรัฐธรรมนูญของตนและบทบัญญัติแห่งกติกานี้ เพื่อให้มีมาตรการทางนิติบัญญัติหรือมาตรการอื่นใดที่อาจจำเป็นเพื่อให้สิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในกติกานี้เป็นผล

3. รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้ รับที่จะ

ก. ประกันว่าบุคคลใดที่สิทธิหรือเสรีภาพของตนซึ่งรับรองไว้ในกติกานี้ถูกละเมิดต้องได้รับการเยียวยาอย่างเป็นผลจริงจัง โดยไม่ต้องคำนึงว่าการละเมิดนั้นจะถูกกระทำโดยบุคคลผู้ปฏิบัติการตามหน้าที่

ข. ประกันว่าบุคคลใดที่เรียกร้องการเยียवादังกล่าวย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาจากฝ่ายตุลาการ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอำนาจ หรือจากหน่วยงานอื่นที่มีอำนาจตามที่กำหนดไว้โดยระบบกฎหมายของรัฐ และจะพัฒนาหนทางการเยียवाद้วยกระบวนการยุติธรรมทางศาล

ค. ประกันว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจต้องบังคับการให้การเยียวยานั้นเป็นผล

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นว่า กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองได้วางหลักเกณฑ์พื้นฐานของสิทธิมนุษยชนเอาไว้ โดยวางข้อผูกพันแก่บรรดารัฐภาคีต่าง ๆ จะต้องให้ความเคารพและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแก่บุคคลทั้งหลายที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐนั้น ๆ โดยระบบกฎหมายของรัฐและการเยียวยาด้วยกระบวนการยุติธรรมทางศาล ดังนั้น การเยียวยาด้วยกระบวนการยุติธรรมทางศาล จึงหมายความว่า บุคคลหรือประชาชนที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดสิทธิและเสรีภาพย่อมได้รับความคุ้มครองจากศาล เพราะศาลถือเป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นมาเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การกระทำหรือการละเว้นการกระทำใดก็ตามที่อาจเป็นการล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลหรือประชาชนคนใด แม้การกระทำหรือการละเว้นการกระทำนั้นจะเป็นการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐ ย่อมจะต้องได้รับอนุญาตหรือความเห็นชอบจากศาลเสียก่อน

การจำกัดตรอนสิทธิฟ้องร้องคดีต่อศาลของผู้เสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพโดยเจ้าหน้าที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ย่อมเท่ากับทำให้การกระทำหรือการละเว้นการกระทำ หรือการใช้อำนาจรัฐโดยบุคคลหรือคณะบุคคลนั้นกลายเป็นอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดและอำนาจเช่นนั้นย่อมกลายเป็นอำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลที่จะใช้อำนาจอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจ ซึ่งลักษณะดังกล่าวมิใช่ลักษณะของการใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชน⁷⁵

2.5 การใช้สิทธิทางศาลและเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี

ในหัวข้อนี้ เป็นการศึกษาถึงหลักการใช้สิทธิทางศาลและเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี โดยแบ่งหัวข้อย่อยของการศึกษาออกเป็น หลักการใช้สิทธิทางศาล หลักการดำเนินทางศาล การแบ่งแยกระบบศาล การจัดตั้งศาลและเขตอำนาจศาลในประเทศไทย ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

2.5.1 หลักการใช้สิทธิทางศาล

ในรัฐที่เป็นเสรีประชาธิปไตย โดยทั่วไปจะมีการใช้อำนาจผ่านองค์กร 3 องค์กร ได้แก่ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ การใช้อำนาจผ่านองค์กรตุลาการจะมีหน่วยงานหลักที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ซึ่งเรียกว่า “ศาล” เพื่อควบคุมการใช้ อำนาจและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยระบบศาลของแต่ละประเทศนั้น จะมีความแตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับเหตุผลทางประวัติศาสตร์และพัฒนาการทางด้านกระบวนการยุติธรรม

⁷⁵จาก สิทธิของปัจเจกบุคคลในการฟ้องคดีโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ (น.37), โดย สฤณีพร พรพาณิชย์พันธุ์, 2544, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ภายในประเทศ⁷⁶ รัฐที่เป็นเสรีประชาธิปไตยจึงต้องให้ความเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน การแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพจะกระทำได้นั้นต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้แทนปวงชนซึ่งมาจากการคัดเลือกตามครรลองการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และเป็นตัวแทนที่ชอบด้วยกฎหมาย หลักการแบ่งแยกอำนาจของประชาธิปไตยเป็นหลักการสำคัญที่จะนำมาใช้เพื่อถ่วงดุลและตรวจสอบการใช้ อำนาจซึ่งกันและกัน โดยมีให้อำนาจหนึ่งอำนาจใดละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หากมีการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้วก็จะได้รับการตรวจสอบถึงความชอบด้วย กฎหมายของการกระทำดังกล่าวโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางและมุ่งเน้นถึง การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ

การกำหนดหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ หรือการใช้สิทธิทางศาลนี้ จึงเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชนอย่างแท้จริง

การใช้สิทธิทางศาลต้องพิจารณาจากเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติการให้สิทธิ และเสรีภาพแก่ประชาชน แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติที่วางหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนไว้ แต่ในทางปฏิบัติ สิทธิและเสรีภาพของประชาชนอาจจะถูกกระทบกระเทือนได้โดย การดำเนินงานขององค์กรรัฐบาลองค์กร หรือจากการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงต้องสร้างกลไกเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนขึ้น โดยให้มี วัตถุประสงค์สำคัญ คือ เพื่อป้องกันมิให้มีการดำเนินงานของฝ่ายปกครองหรือองค์กรของรัฐไป กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน จึงได้แก่ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพผ่านกระบวนการทางยุติธรรมทางศาล หรือการใช้สิทธิทางศาล ไม่ว่าจะเป็น ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลรัฐธรรมนูญ รวมถึงองค์กรพิเศษอื่นที่รัฐธรรมนูญ กำหนดไว้⁷⁷

การใช้สิทธิทางศาลตามที่ผู้เขียนจะกล่าวต่อไป หมายถึง สิทธิในการยื่นฟ้องคดีต่อศาล หรืออำนาจในการฟ้องคดีต่อศาลนั่นเอง การจะพิจารณาว่ามีอำนาจฟ้องคดีเรื่องใดหรือไม่ นั้น จึงต้องพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดสิทธิหรืออำนาจในการฟ้องคดีไว้ ตลอดจนเขตอำนาจศาลที่จะรับคดีนั้นไว้พิจารณา

⁷⁶จาก การปฏิรูประบบศาลแรงงานของประเทศไทย (น.40), โดย สรรพ ธนโชติโกคิน, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

⁷⁷จาก การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 28 วรรค 2 และวรรค 3 (น. 86-87), โดย บุญชัย วสุนธรา, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

การใช้สิทธิทางศาลและเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีการเลือกตั้งท้องถิ่น หรือคดีที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งและการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งในการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น มีบัญญัติหลักเกณฑ์ที่สำคัญไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 219 และมาตรา 239 โดยมีมูลเหตุแห่งคดีมาจากการฝ่าฝืนหรือการกระทำความผิดต่อกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น ซึ่งกำหนดให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่จะใช้สิทธิทางศาล กล่าวคือ ยื่นคำร้องต่อศาลเป็นคดีการเลือกตั้งท้องถิ่นในบางกรณี กำหนดให้เป็นอำนาจเด็ดขาดของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่จะพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดได้เองโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการยุติธรรมทางศาล ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงโดยละเอียดต่อไป

การฝ่าฝืนหรือการกระทำความผิดต่อกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น มีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 ซึ่งนอกจากจะมีการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดโดยวิธีการให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งอันเป็นการตัดสิทธิในทางการเมืองแล้ว ยังมีบทกำหนดโทษในทางอาญาที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดอีกด้วย ดังนั้น การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลเข้าไปมีบทบาทในการตรวจสอบการเลือกตั้งท้องถิ่นด้วยนั้น จึงเป็นการกำหนดให้ศาลซึ่งเป็นองค์กรตุลาการเข้าไปใช้อำนาจในการตรวจสอบการเลือกตั้ง รวมถึงตรวจสอบการกระทำของคณะกรรมการการเลือกตั้งในบางกรณีที่เป็นการใช้อำนาจอันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติรัฐนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิทางศาลในคดีการเลือกตั้งท้องถิ่นนั้น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ชัดเจน ซึ่งรองรับหลักการให้สิทธิแก่ประชาชนในการที่จะใช้สิทธิทางศาลหรือมีอำนาจฟ้องคดีต่อศาล จึงอาจกล่าวได้ว่าแม้จะมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญวางหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ แต่ในทางปฏิบัติ สิทธิและเสรีภาพของประชาชนยังอาจถูกละเมิดโดยการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐในขั้นตอนหรือกระบวนการจัดการเลือกตั้ง โดยเฉพาะการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งหรือตัดสิทธิในการสมัครรับเลือกตั้ง ซึ่งไม่อาจได้รับการคุ้มครองหรือเยียวยาโดยกระบวนการยุติธรรมทางศาลได้อย่างแท้จริง

2.5.2 หลักการดำเนินคดีอาญา⁷⁸

แนวคิดเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญา แต่เดิมนั้นเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย ต่อมาเมื่อสังคมมีการพัฒนามากขึ้น จึงเกิดแนวคิดในการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน เพราะ

⁷⁸จาก สิทธิการฟ้องคดีอาญาโดยผู้เสียหายในศาลทหาร (น.43-44), โดย วรินทร์ แท้ประยูร, 2545, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ความผิดอาญาไม่เพียงแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายเฉพาะตัวผู้เสียหายเท่านั้น แต่ยังก่อให้เกิดผลกระทบต่อสมาชิกในสังคมด้วย เมื่อสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป จึงเกิดเป็นแนวคิดในการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ เพื่อป้องกันการแก้แค้น หรือข้อพิพาทที่อาจขยายขอบเขตจากการที่เอกชนระงับข้อพิพาทด้วยตนเอง เพราะมีแนวคิดว่า ความผิดอาญาเป็นความผิดต่อสังคมหรือมหาชนนั่นเอง รัฐจึงมีหน้าที่ควบคุมความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ดังนั้น หลักแนวคิดในการดำเนินคดีอาญา จึงแบ่งออกเป็น 3 ลักษณะ ได้แก่ หลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน และหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ

2.5.2.1 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย

ในสมัยโบราณเมื่อมีคดีอาญาเกิดขึ้น ล้วนแต่ให้เอกชนเป็นผู้มีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง และเป็นผู้ควบคุมอาชญากรรมในสังคม เอกชนซึ่งเป็นผู้เสียหายจึงเป็นผู้ทำหน้าที่ฟ้องร้องคดีกับผู้กระทำความผิดเอง ตลอดจนเสาะแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานต่าง ๆ เพื่อพิสูจน์ว่า ผู้ที่ตนฟ้องร้องนั้นเป็นผู้กระทำความผิดจริง แนวคิดนี้เป็นหลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหายซึ่งมีลักษณะตรงกับแนวความคิดของนักปราชญ์ทางกฎหมายแบบปัจเจกชนนิยม (Individualism) ที่มีความยึดมั่นในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนว่า รัฐจะทำการล่วงละเมิดมิได้ ดังนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติรับรองให้สิทธิแก่ประชาชนในการฟ้องร้องคดีอาญาเมื่อมีความผิดเกิดขึ้น

2.5.2.2 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน

หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน เป็นหลักที่เกิดขึ้นก่อนหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ใช้ในกฎหมายของประเทศอังกฤษ แนวคิดนี้ถือว่าประชาชนทุกคนมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองและผู้เสียหายโดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้นั้นจะเป็นบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งหรือไม่ เพราะคดีอาญาเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อส่วนรวม ประชาชนทุกคนจึงมีสิทธิฟ้องคดีอาญาแก่ผู้กระทำความผิดและเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญาได้เอง

2.5.2.3 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ

แนวคิดนี้ถือว่าความผิดอาญาเป็นความผิดต่อสังคมหรือมหาชน และทำลายความสุขของส่วนรวมซึ่งรัฐมีหน้าที่ดูแลรักษา ดังนั้น สังคมหรือมหาชนเท่านั้นจึงเป็นผู้เสียหาย รัฐจึงต้องเป็นผู้ดำเนินการในทางอาญาต่อผู้กระทำความผิดนั้นมาลงโทษ ส่วนเอกชนไม่ถือว่าเป็นผู้เสียหาย การควบคุมความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองจึงเป็นหน้าที่หลักของรัฐ โดยมีเจ้าพนักงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินคดีอาญาแทน อย่างไรก็ตาม แนวคิดนี้ไม่ผูกขาดการดำเนินคดีอาญาไว้โดยรัฐแต่เพียงผู้เดียว แต่มีการผ่อนคลายเป็นให้เอกชนซึ่งเป็นผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องคดีอาญาได้เองในบางกรณี แต่จะจำกัดประเภทคดีและฐานความผิดไว้ ประเทศที่ใช้ระบบนี้ ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ญี่ปุ่น สำหรับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น จะไม่เปิดโอกาสให้เอกชนฟ้องคดีอาญาได้เอง แต่ผู้เสียหายอาจฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาเพื่อบังคับให้พนักงานอัยการฟ้องคดีอาญาได้

2.5.3 แนวคิดการแบ่งแยกระบบศาล

การแบ่งแยกระบบศาล มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การนำคดีขึ้นสู่ศาลเป็นไปหลักนิติวิธีของกฎหมายในแต่ละประเภท กล่าวคือ ถ้าเป็นคดีในกฎหมายเอกชน เช่น คดีแพ่ง คดีอาญาธรรมดา องค์การที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี ได้แก่ ศาลยุติธรรม ส่วนคดีในกฎหมายมหาชน โดยทั่วไปจะไม่ขึ้นสู่ศาลยุติธรรม แต่จะขึ้นศาลพิเศษ เช่น ถ้าเป็นคดีที่กล่าวอ้างว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ก็จะทำให้ตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย (ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส) หรือต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย (ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) หรือคดีระหว่างเอกชนกับรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ก็ต้องนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง (ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เบลเยียม อิตาลี เป็นต้น) นอกจากนี้ วิธีพิจารณาคดีในศาลตามหลักกฎหมายมหาชนและหลักกฎหมายเอกชนยังมีความแตกต่างกัน เช่น ในกฎหมายเอกชนซึ่งขึ้นสู่ศาลยุติธรรมนั้น ส่วนใหญ่จะใช้ระบบกล่าวหาโดยให้ผู้กล่าวอ้างนำสืบ เช่น ในคดีแพ่งและคดีพาณิชย์ แต่ในศาลปกครองจะใช้ระบบไต่สวน โดยศาลสามารถลงไปสืบหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานได้เอง นอกจากที่คู่ความนำเสนอหรือได้กล่าวอ้างต่อศาล⁷⁹

การแบ่งแยกระบบศาลตามหลักสากล แบ่งออกเป็น 2 ระบบ ได้แก่ ระบบศาลเดี่ยว และระบบศาลคู่ ดังนี้

2.5.3.1 ระบบศาลเดี่ยว

ระบบศาลเดี่ยว เป็นระบบศาลที่ศาลยุติธรรมมีอำนาจตีความกฎหมายและตัดสินคดีทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นคดีอาญา คดีแพ่ง คดีปกครอง หรือไม่ว่าจะเป็นเรื่องอะไรก็ตาม ดังนั้นในเรื่องของกฎหมายมหาชน ศาลยุติธรรมก็มีอำนาจในการค้นหา ความ และให้ความหมายของกฎหมายมหาชนได้ ส่วนใหญ่ประเทศที่ใช้ระบบนี้จะเป็นประเทศในกลุ่มกฎหมายเอง โกลอเมริกัน เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และบางประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ เช่น ประเทศญี่ปุ่น ซึ่งได้รับอิทธิพลในการจัดระบบศาลจากประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ประเทศเหล่านี้ แม้จะมีการจัดตั้งองค์กรฝ่ายบริหารใช้อำนาจถึงตุลาการเพื่อพิจารณาคดีปกครองก็ตาม แต่ศาลยุติธรรมก็มีอำนาจที่จะพิจารณาคดีได้อีก⁸⁰

ระบบศาลเดี่ยวส่วนใหญ่ได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) ซึ่งมีต้นกำเนิดมาจากประเทศอังกฤษ โดยแนวคิดในการจัดตั้งระบบศาลเดี่ยวของ

⁷⁹จาก กฎหมายมหาชน เล่ม 2 (น.10-13), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2550, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁸⁰หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น.330-331). เล่มเดิม.

ประเทศอังกฤษนั้น ระบบการเมือง การปกครอง และการบริหาร มีส่วนสำคัญในการจัดตั้งอย่างน้อย 3 ประการ ดังนี้

1) ความไม่ไว้วางใจในอำนาจของกษัตริย์และฝ่ายปกครองที่มีมากจนเกินไป

2) อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา หมายความว่า รัฐสภาอังกฤษเป็นองค์กรเดียวที่เป็นผู้แทนปวงชน ย่อมมีอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมาย เมื่อตรากฎหมายได้แล้ว ศาลย่อมไม่อาจวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นเป็นโมฆะ แนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภาจึงได้ส่งผลให้การปฏิบัติหน้าที่ราชการของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นในระดับใด หากไม่มีคอมมอนลอว์รับรองให้อำนาจไว้ หรือไม่มีฐานอำนาจซึ่งมาจากพระราชอำนาจของกษัตริย์แล้ว ฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการหรือละเว้นกระทำการใด ๆ ที่จะไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ เว้นแต่จะมีพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาให้อำนาจไว้

3) การจำกัดและควบคุมอำนาจฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง รวมทั้งการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลยุติธรรม ประเทศอังกฤษเคยมีประสบการณ์ในแง่ลบจากการที่กษัตริย์พยายามสนับสนุนให้ศาลหลวงจากส่วนกลางมาลดอำนาจของศาลท้องถิ่น รวมทั้งการใช้อำนาจอย่างไม่เป็นธรรม ไม่ยุติธรรม ไม่เสมอภาค ทำให้ไม่อาจคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้

ระบบศาลเดี่ยว จึงเป็นระบบศาลที่ให้อำนาจศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทคดีทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง หรือคดีประเภทอื่น ๆ โดยไม่มีการแยกระบบศาลตามความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ดังนั้น คดีทุกประเภทที่มีการอุทธรณ์ไปยังศาลสูง ท้ายที่สุดศาลฎีกาหรือศาลสูงสุดจะเป็นผู้พิพากษาคดีทุกประเภท ซึ่งแตกต่างจากระบบศาลคู่ ที่มีการแบ่งแยกทั้งผู้พิพากษาและการจัดองค์กรของศาล⁸¹

2.5.3.2 ระบบศาลคู่

ระบบศาลคู่ เป็นระบบศาลที่ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีแพ่งและคดีอาญาเป็นหลักเท่านั้น ส่วนการพิจารณาวินิจฉัยคดีพิเศษให้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลชำนาญพิเศษซึ่งมีระบบศาลชั้นต้นและศาลสูงสุดเป็นของตนเอง มีระบบผู้พิพากษาและองค์กรบริหารงานบุคคลเป็นเอกเทศแยกต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม โดยผู้พิพากษาศาลชำนาญพิเศษจะมีคุณสมบัติเฉพาะและมีความเชี่ยวชาญทางกฎหมายพิเศษโดยเฉพาะ ระบบนี้ใช้อยู่ในประเทศที่

⁸¹จาก หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น.171-172), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ ข, 2548, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) เช่น ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส เบลเยียม อิตาลี สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ออสเตรีย สวีเดน และฟินแลนด์ เป็นต้น⁸²

เหตุผลที่ต้องมีการแยกออกเป็นศาลคู่ เพราะว่าประเทศที่ใช้ระบบศาลแบบนี้มักจะมีการแยกประเภทของกฎหมายออกเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน ซึ่งรากฐานแนวคิดในกฎหมายเอกชนจะแตกต่างจากกฎหมายมหาชน ดังนั้น จะให้ศาลยุติธรรมซึ่งมีหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีทั่วไปมาพิจารณาพิพากษาคดีปกครองไม่ได้ เพราะแนวคิดในทางกฎหมายเอกชนเป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชน แต่แนวคิดในทางกฎหมายมหาชนเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับเอกชน วัตถุประสงค์ก็แตกต่างกัน เพราะในกฎหมายเอกชนมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของกลุ่มซึ่งเป็นประโยชน์ส่วนบุคคล แต่วัตถุประสงค์ในกฎหมายมหาชนนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือของคนส่วนใหญ่ ดังนั้น องค์กรที่ทำหน้าที่จึงต้องแตกต่างกัน⁸³ ในประเทศที่เป็นระบบศาลคู่ จึงมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีซึ่งพิพาทกันระหว่างรัฐกับเอกชนตามหลักกฎหมายมหาชน

แนวคิดในการจัดตั้งศาลปกครองในระบบศาลคู่ ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งเป็นเหตุผลทางประวัติศาสตร์โดยเฉพาะของฝรั่งเศส ในช่วงการปฏิวัติใหญ่ ปี ค.ศ. 1789 ศาลที่มีชื่อว่า Le Parlement ประกอบด้วย ผู้พิพากษาที่เป็นพวกศักดินาและขุนนาง มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั่วไป ได้เข้ามาถ่วงถ่วงงานทางปกครองของกษัตริย์มาก ภายหลังการปฏิวัติเมื่อปี ค.ศ. 1789 ในปี ค.ศ. 1790 จึงได้ออกกฎหมายบัญญัติให้หน้าที่ทางยุติธรรมนั้นแตกต่างและแยกออกจากหน้าที่ในทางปกครอง ยกเว้นกรณีความผิดอาญาของข้าราชการ ผู้พิพากษาไม่อาจจะก่อให้เกิดความยุ่งยากไม่ว่าด้วยวิธีการใด ๆ แก่การดำเนินงานขององค์กรปกครองได้ ทั้งนี้อาจเรียกเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้มาปรากฏตัวต่อศาลด้วยเหตุผลแห่งการปฏิบัติหน้าที่ ทั้งนี้ให้เหตุผลว่า ฝ่ายตุลาการมาจากผู้แทนของชนชั้นสูงประชาชนไม่ไว้วางใจ ต่อมาในปี ค.ศ. 1800 มีการออกกฎหมายจัดตั้งองค์กรชี้ขาดข้อพิพาทในทางปกครอง เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในคดีปกครอง เพราะประชาชนจะฟ้องคดีปกครองต่อศาลยุติธรรมไม่ได้ โดยมีการจัดตั้งองค์กรคุ้มครองสิทธิดังกล่าวขึ้นภายในฝ่ายปกครอง คือ สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) และสภาแห่งจังหวัด (Conseil de Prefecture) กรณีของสภาแห่งรัฐนั้นให้ประมุขของรัฐเป็นประธานและแบ่งออกเป็น 5 แผนก ตามความเชี่ยวชาญในแต่ละสาขาของฝ่ายปกครอง สภาแห่งรัฐมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นกลไกสำหรับการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ภายในระบบราชการและให้คำปรึกษากฎหมายแก่

⁸²การปฏิรูประบบศาลแรงงานของประเทศไทย (น.41). เล่มเดิม.

⁸³หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น.332). เล่มเดิม.

รัฐบาลในการรับเรื่องร้องทุกข์ของประชาชนและพิจารณาข้อพิพาททางปกครอง ส่วนสภาแห่งจังหวัด มีผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นประธาน มีอำนาจหน้าที่หลักคือ ให้คำปรึกษาเรื่องการปกครองต่อผู้ว่าราชการจังหวัด รวมทั้งมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครองภายในเขตจังหวัดเฉพาะเรื่อง⁸⁴

ในช่วงเริ่มต้นนั้น สภาแห่งรัฐมีอำนาจเพียงพิจารณาข้อพิพาททางปกครอง เมื่อวินิจฉัยเสร็จแล้ว จึงเสนอแนะคำวินิจฉัยต่อประมุขของรัฐให้เป็นผู้พิจารณาและตัดสินใจว่าควรจะวินิจฉัยชี้ขาดตามที่สภาแห่งรัฐเสนอแนะหรือไม่ การมอบอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดโดยเด็ดขาดให้แก่สภาแห่งรัฐเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1872 โดยมอบให้สภาแห่งรัฐมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีปกครองได้ด้วยตนเอง โดยที่ฝ่ายบริหารไม่สงวนอำนาจในการตรวจสอบคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐอีกต่อไป ย่อมหมายความว่า สภาแห่งรัฐได้กลายเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองซึ่งเป็นลักษณะขององค์กรศาลโดยสมบูรณ์

จากแนวคิดนี้นำไปสู่การขยายแนวคิดในระบบศาลคู่ และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศหนึ่งที่ได้รับอิทธิพลแนวคิดดังกล่าวมาจากประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งกำหนดรูปแบบในการควบคุมฝ่ายปกครองโดยฝ่ายปกครองเอง ที่เรียกว่า Administrativjustiz ต่อมาในช่วงของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1849 มีข้อเรียกร้องให้มีการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรศาลที่เป็นอิสระและควรจะแยกระหว่างศาลกับฝ่ายปกครองออกจากกัน ในปี ค.ศ. 1863 จึงได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเป็นแห่งแรกในมลรัฐ Baden และมลรัฐอื่น ๆ ตามลำดับ ระบบดังกล่าวจึงได้พัฒนามาจนถึงปัจจุบัน⁸⁵

2.5.4 การจัดตั้งศาลและเขตอำนาจศาลในประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยนั้น ในระหว่างอยู่ในช่วงของการเตรียมการจัดตั้งศาลปกครอง จึงยังไม่มีศาลปกครองอย่างเต็มรูปแบบ แม้ว่าคดีปกครองต่าง ๆ จะให้คณะกรรมการกฤษฎีกาทำความเข้าใจให้แก่คณะรัฐมนตรีพิจารณาเพื่อเห็นชอบก็ตาม แต่คณะกรรมการกฤษฎีกาก็ยังไม่ใช่ศาลปกครอง ทั้งนี้ เพราะไม่สามารถสั่งการตามคำวินิจฉัยของตนได้ เพราะจะต้องเสนอคำวินิจฉัยให้แก่นายกรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาและสั่งการ แต่ก็พอถือได้ว่าเป็นรูปแบบของศาลปกครองแบบฝรั่งเศสในสมัยเริ่มแรก คือในช่วงที่คำวินิจฉัยยังต้องให้ประมุขแห่งรัฐเป็นผู้สั่งการ จึงกล่าวได้ว่าประเทศไทยขณะที่ยังอยู่ในช่วงของการเตรียมจัดตั้งศาลปกครองยังไม่ถือว่ามีศาลปกครอง ระบบศาลของประเทศไทยในขณะนั้น จึงเป็นระบบศาลเดี่ยว

ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้กำหนดให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น เพื่อทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง ระหว่าง

⁸⁴หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น.172-173). เล่มเดิม.

⁸⁵แหล่งเดิม. (น.173-174)

เจ้าหน้าที่รัฐกับประชาชน หรือระหว่างเจ้าหน้าที่รัฐด้วยกันเอง โดยมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเป็นครั้งแรก ในปี พ.ศ. 2542 นับแต่นั้นเป็นต้นมา จึงทำให้ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ เช่นเดียวกับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส คดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเอกชนจะอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม ส่วนคดีที่มีข้อพิพาทในทางปกครองจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง⁸⁶

ก่อนที่จะมีการควบคุมอำนาจการปกครองประเทศโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 สถาบันศาลได้ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวดที่ 10 ประกอบด้วย ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร แม้ต่อมาจะได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ถึงที่สุดแล้วแต่คณะรักษาความสงบแห่งชาติก็ได้ออกประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 11/2557 กำหนดให้ศาลทั้งหลายยังคงมีอำนาจดำเนินการพิจารณาและพิพากษาอรรถคดีตามกฎหมายและตามประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติต่อไป ซึ่งหมายความว่า เขตอำนาจศาลในประเทศไทยยังเป็นไปตามกฎหมายที่มีอยู่เดิมเกี่ยวกับการจัดตั้งและการกำหนดเขตอำนาจของศาลนั้น ๆ

2.5.4.1 ศาลรัฐธรรมนูญ

การก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญ มาจากความจำเป็น 2 ประการ คือ

ประการแรก ความจำเป็นในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไปประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะประกอบด้วยหลักการสำคัญ 2 ประการ ได้แก่ การกำหนดรูปแบบการปกครองของรัฐ และการวางระเบียบการดำเนินการปกครอง โดยกำหนดให้มีสถาบันทางการเมืองหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ พร้อมทั้งกำหนดอำนาจหน้าที่และความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจระหว่างองค์กรดังกล่าว การกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน โดยมีกำหนดหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้เพื่อป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจทางปกครองไปละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ประการที่สอง ความจำเป็นในการปกครองโดยนิติรัฐ กล่าวคือ การใช้อำนาจของรัฐในประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น จะต้องเป็นไปตามกฎหมาย อีกทั้งยังต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้⁸⁷

ประเทศไทยมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อปี พ.ศ. 2475 มีการจัดตั้งองค์กรทั้งในรูปของศาลสูงสุด (ศาลฎีกา) และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

⁸⁶ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น.334-335). เล่มเดิม.

⁸⁷ จาก “ศาลรัฐธรรมนูญไทยต่างจากศาลอื่นและศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศอย่างไร.” รวมบทความทางวิชาการ ชุดที่ 5 “ศาลรัฐธรรมนูญกับหลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน (น.241-242), โดย บุญเสริม นาคสาร. (2549). กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีรัฐธรรมนูญเรื่อยมา จนกระทั่งได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาจนถึงปัจจุบัน

โครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญและที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติไว้ในมาตรา 204 ถึงมาตรา 217 ประกอบด้วย ประธานศาลรัฐธรรมนูญ 1 คน และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีก 8 คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภา นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังมีหน่วยงานธุรการของศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นอิสระ โดยมีเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้บังคับบัญชาขึ้นตรงต่อประธานศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัย “คดีรัฐธรรมนูญ” ซึ่งเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายหรือกฎหมายหรือพระราชกำหนด วินิจฉัยสมาชิกภาพของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือการให้พ้นจากตำแหน่ง กรณีจึงใจไม่ยื่นหรือยื่นบัญชีทรัพย์สินอันเป็นเท็จ วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ การดำเนินงานของพรรคการเมือง เป็นต้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ ในขณะที่คำพิพากษาของศาลปกครองผูกพันเฉพาะคู่กรณี ยกเว้นกรณีการเพิกถอนกฎ และคำพิพากษาของศาลยุติธรรมผูกพันเฉพาะคู่ความเท่านั้น⁸⁸

2.5.4.2 ศาลยุติธรรม

ดังที่กล่าวในเบื้องต้นแล้วว่า ประเทศไทยจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ มีการจัดตั้งศาลปกครองและศาลพิเศษควบคู่ไปกับศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมจึงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดีทั่วไป ซึ่งได้แก่ คดีแพ่งและคดีอาญาทั่วไป รวมทั้งคดีที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น และใช้วิธีวิธีตามหลักกฎหมายเอกชนในการพิจารณาคดีเป็นส่วนใหญ่ กล่าวคือ วิธีพิจารณาคดีใช้ระบบกล่าวหา ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรตุลาการองค์กรหนึ่งที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะการขอให้ศาลรับรองหรือบังคับตามสิทธิเมื่อมีกรณีพิพาทเกี่ยวกับการได้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายแพ่ง และกำหนดให้ประชาชนที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดอาญา เป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีอาญาต่อศาลยุติธรรมได้เอง ทั้งยังกำหนดให้พนักงานอัยการมีสิทธิฟ้องคดีอาญาแทนผู้เสียหายได้ด้วย จึงนับว่าศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่มีความสำคัญอย่างยิ่งตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย และเป็นองค์กรลำดับแรก ๆ ที่ให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนมาช้านาน

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ตั้งสมมติฐานเกี่ยวกับบทบาทของศาลทั้งหลายในประเทศไทยและต่างประเทศเกี่ยวกับพัฒนาการทางด้านกฎหมายมหาชนในแนวทาง

⁸⁸แหล่งเดิม. (น.243-248).

การนำคดีขึ้นสู่ศาลว่า การเลือกให้คดีในกฎหมายมหาชนขึ้นสู่ศาลพิเศษและใช้กฎหมายพิเศษ เช่น คดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญอาจขึ้นศาลรัฐธรรมนูญหรือตุลาการรัฐธรรมนูญ คดีปกครองขึ้นศาลปกครอง คดีภาษีอากรอาจขึ้นศาลภาษีอากร ซึ่งแนวทางนี้ปรากฏในประเทศส่วนใหญ่ในยุโรป เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี อิตาลี เบลเยียม ฯลฯ ในประเทศเหล่านี้ ศาลยุติธรรมจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีในกฎหมายเอกชนเท่านั้น กล่าวคือ คดีแพ่งและคดีอาญา ส่วนคดีในกฎหมายมหาชนจะมีศาลพิเศษและมีวิธีพิจารณาความพิเศษโดยเฉพาะ ซึ่งต้องเน้นคุณสมบัติของผู้พิพากษาว่าไม่ใช่เพียงรู้กฎหมายเพราะเรียนมาอย่างเดียว แต่ต้องมีประสบการณ์ในกฎหมายสาขานั้น ๆ ด้วย นอกจากนี้ วิธีพิจารณาความก็แตกต่างไปจากวิธีพิจารณาความแพ่งและอาญาโดยสิ้นเชิง เช่น คดีในกฎหมายมหาชนศาลจะใช้ระบบไต่สวน กล่าวคือ ศาลสามารถลงไปหาข้อเท็จจริงได้เอง ผลของแนวทางนี้ปรากฏว่า ศาลพิเศษเหล่านั้นต่างมีบทบาทอย่างยิ่งในการพัฒนาหลักกฎหมายมหาชนให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยบทบาทพิเศษจะเห็นได้เด่นชัดขึ้นเมื่อกฎหมายมหาชนไม่มีประมวลกฎหมายที่วางหลักทั่วไปไว้ มีแต่พระราชบัญญัติหรือระเบียบเฉพาะเรื่องซึ่งศาลพิเศษเหล่านี้อาจสร้างหลักกฎหมายมหาชนขึ้นใช้เป็นบรรทัดฐานต่อไป⁸⁹

สำหรับโครงสร้างและเขตอำนาจของศาลยุติธรรมในประเทศไทยนั้น หากพิจารณาตามรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านมา รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 218 ถึงมาตรา 222 แบ่งออกเป็น 3 ชั้น ได้แก่ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา นอกจากนี้ ยังมีการจัดตั้งศาลชำนาญพิเศษขึ้นในศาลยุติธรรมได้แก่ ศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลายกลาง เป็นต้น โดยศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาและพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น

การกำหนดจำนวนและที่มาของตุลาการหรือผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม เป็นไปตามที่คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมกำหนด ปัจจุบันผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม มีที่มาจากการสอบเข้ารับราชการ โดยต้องสำเร็จการศึกษาทางด้านกฎหมายและสอบไล่ได้เป็นเนติบัณฑิต และต้องมีประสบการณ์ทางด้านกฎหมายตามที่คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมกำหนด

นอกจากนี้ ศาลยุติธรรมยังมีหน่วยงานธุรการของศาลยุติธรรมเองที่เป็นอิสระโดยมีเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมเป็นผู้บังคับบัญชา และขึ้นตรงต่อประธานศาลฎีกา

⁸⁹กฎหมายมหาชน เล่ม 2 (น.41-42). เล่มเดิม.

2.5.4.3 ศาลปกครอง

ในปี พ.ศ. 2538 รัฐสภาได้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2538 ได้เพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยศาลปกครองในมาตรา 195 ถึงมาตรา 195 เบญจ ซึ่งกำหนดให้จัดตั้งศาลปกครองในระบบศาลคู่แยกออกจากศาลยุติธรรม

ต่อมา เมื่อมีการปฏิรูปทางการเมือง ประเทศไทยได้ใช้รัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมืองเมื่อปลายปี พ.ศ. 2540 รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ได้บัญญัติเรื่องศาลปกครองไว้ในมาตรา 276 ถึงมาตรา 280 โดยให้มีการจัดตั้งศาลปกครองในระบบศาลคู่แยกออกจากศาลยุติธรรม และได้มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หลังจากนั้นจึงได้จัดตั้งศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุดขึ้น โดยเปิดทำการเมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2544⁹⁰

การสร้างและการพัฒนาระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองในประเทศไทย มีเหตุผลสำคัญ 2 ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง คดีปกครองเป็นคดีข้อพิพาทระหว่างคู่ความที่มีฐานะไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งแตกต่างไปจากคดีแพ่งที่เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน คู่ความจึงอยู่ในฐานะเท่าเทียมกัน ดังนั้น วิธีพิจารณาคดีแพ่งจึงใช้ระบบกล่าวหา ซึ่งไม่สอดคล้องกับลักษณะข้อพิพาทในคดีปกครองที่คู่ความมีฐานะไม่เท่าเทียมกัน จึงเป็นอุปสรรคต่อการพิสูจน์ความจริงในคดี เพราะหน่วยงานของรัฐมักเป็นผู้ครอบครองพยานหลักฐานต่าง ๆ ด้วยเหตุนี้ วิธีพิจารณาคดีปกครองจึงต้องใช้หลักการไต่สวน ซึ่งถือเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องแสวงหาความจริงเพื่อจะนำไปสู่การวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ

ประการที่สอง ระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองมีจุดมุ่งหมายที่จะถ่วงดุลการใช้อำนาจดุลพินิจของผู้พิพากษา เนื่องจากคดีปกครองเป็นคดีที่เกี่ยวกับประโยชน์มหาชน ระบบการพิจารณาคดีของศาลปกครองจึงต้องเป็นระบบที่ตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน ยกตัวอย่างในคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งกำหนดให้มี “ตุลาการผู้แถลงคดี” ทำหน้าที่เป็นผู้ถ่วงดุลโดยตรวจสอบทั้งการสรุปสำนวนและเสนอความเห็นชี้ขาดเบื้องต้นก่อนลงมติวินิจฉัยโดยองค์คณะวินิจฉัยชี้ขาดเพื่อป้องกันไม่ให้มีการสรุปสำนวนโดยบิดเบือนหรือปกปิดข้อเท็จจริง และป้องกันมิให้มีการวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยให้เหตุผลเพียงด้านเดียว⁹¹

คดีปกครองจึงเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากคดีแพ่งและคดีอาญาทั่วไป เพราะเป็นคดีที่มีข้อขัดแย้งระหว่างประชาชนกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งข้อขัดแย้งดังกล่าวควรได้รับการวินิจฉัยชี้ขาดโดยผู้พิพากษาที่มีความรู้ในหลักกฎหมายมหาชน มีความเข้าใจ

⁹⁰หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น.191). เล่มเดิม.

⁹¹แหล่งเดิม. (น.192).

ในปัญหาการบริหารหรือการปกครอง เช่น มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือการบริหารราชการแผ่นดิน กับทั้งการดำเนินคดี ควรจะต้องเป็นไปด้วยความประหยัด สะดวก รวดเร็ว และเที่ยงธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวม และสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครอง⁹²

สำหรับโครงสร้างและเขตอำนาจของศาลปกครองในประเทศไทยนั้น หากพิจารณาตามรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านมา รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 223 ถึงมาตรา 227 แบ่งศาลปกครองออกเป็น 2 ชั้น ได้แก่ ศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองชั้นต้น โดยให้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเอง อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยงานหรือบุคคลดังกล่าว

นอกจากนี้ ศาลปกครองยังมีหน่วยงานธุรการของศาลปกครองที่เป็นอิสระโดยมีเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองเป็นผู้บังคับบัญชา และขึ้นตรงต่อประธานศาลปกครองสูงสุด

2.5.4.4 ศาลทหาร

ประวัติและความเป็นมาของการจัดตั้งศาลทหารในประเทศไทยนั้น เริ่มตั้งแต่ในสมัยสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถ ช่วงปี พ.ศ. 1991-2034 พระองค์ได้ทรงแก้ไขปรับปรุงการปกครองแผ่นดินโดยแยกหน่วยราชการออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือน มีกรมพระกลาโหมทำหน้าที่ดูแลและบังคับบัญชาฝ่ายทหาร ต่อมาในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้ทรงกำหนดให้สมุหกลาโหมเป็นหัวหน้ากรมพระกลาโหมบังคับบัญชาการฝ่ายทหารทั่วไป สำหรับกิจการทหารนั้น มีศาลทหาร คือ ศาลกลาโหม พิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่ทหารบกและทหารเรือกระทำผิดโดยเฉพาะ อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกรมพระกลาโหม และมีการตั้งกรมยุทธนาธิการขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2429 ให้รับผิดชอบดูแลทหารบกและทหารเรือ รวมทั้งด้านการทหารต่าง ๆ ตลอดจนกฎหมาย ระเบียบ และข้อบังคับของทหาร ต่อมาในปี พ.ศ. 2434 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้น โดยรวบรวมศาลที่กระจัดกระจายอยู่ในกระทรวง ทบวง กรม ต่าง ๆ เข้ามาสังกัดในกระทรวงยุติธรรม ยกเว้นศาลทหาร ที่ยังคงอยู่ในสังกัดกรมยุทธนาธิการตามเดิม ศาลในประเทศไทยจึงแบ่งเป็น “ศาลกระทรวงยุติธรรม” และ “ศาลทหาร” ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา ในปี พ.ศ. 2435 กรมพระกลาโหม

⁹²จาก กฎหมายปกครอง (น.201-202), โดย กมลชัย รัตนสกววงศ์ ข, 2543, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ได้ถูกยกฐานะขึ้นเป็น “กระทรวงกลาโหม” ส่วนกรมยุทธนาธิการได้ถูกย้ายไปขึ้นอยู่กับกระทรวงกลาโหม ต่อมาในสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้ทรงยุบกรมยุทธนาธิการและกำหนดให้ทหารบกไปขึ้นอยู่กับกระทรวงกลาโหม ส่วนทหารเรือไปขึ้นอยู่กรมทหารเรือ และยกฐานะเป็นกระทรวงทหารเรือ ซึ่งกฎหมายที่ใช้บังคับกับทหารบกและทหารเรือในขณะนั้นคือ พระธรรมนูญศาลทหารบก ร.ศ. 126 และพระธรรมนูญศาลทหารเรือ ร.ศ. 127

ต่อมาได้มีการปรับปรุงกิจการทหารไทยเมื่อปี พ.ศ. 2474 ในสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้รวมกระทรวงทหารเรือมาอยู่กับกระทรวงกลาโหม ซึ่งหมายถึง การรวมกรมพระธรรมนูญทหารบกและกรมพระธรรมนูญทหารเรือเป็นกรมเดียวกัน โดยใช้ชื่อว่า กรมพระธรรมนูญทหาร ต่อมาเปลี่ยนชื่อเป็น “กรมพระธรรมนูญ” โดยได้ออกกฎหมายใหม่คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2477 ใช้บังคับแทน ซึ่งให้ใช้บังคับกับกองทัพอากาศที่เกิดขึ้นในภายหลังด้วย จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2498 รัฐสภาได้ยกเลิกพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2477 และให้ใช้ฉบับใหม่แทน คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 โดยใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวบัญญัติถึงการจัดตั้ง การกำหนดชั้นและอำนาจของศาลทหารทั้งในเวลาปกติและในเวลาไม่ปกติ รวมทั้งบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลทหารตลอดจนการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีของทหารด้วย⁹³

สำหรับโครงสร้างและเขตอำนาจของศาลทหารในประเทศไทย หากพิจารณาตามรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านมา รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติไว้ในมาตรา 228 กำหนดให้ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาซึ่งผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร และคดีอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 โดยแบ่งศาลทหารออกเป็น 3 ชั้น ได้แก่ ศาลทหารชั้นต้น ศาลทหารกลาง (เทียบได้กับศาลอุทธรณ์ของพลเรือน) และศาลทหารสูงสุด (เทียบได้กับศาลฎีกาของพลเรือน)

มีข้อสังเกตว่า ศาลทหารไม่มีหน่วยงานธุรการที่เป็นอิสระดังเช่นศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม และศาลปกครอง ทั้งนี้เนื่องจาก ตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 กำหนดให้ศาลทหารทั้งหลายอยู่ในสังกัดกระทรวงกลาโหม โดยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองและบังคับบัญชากิจการของทหาร

⁹³สิทธิการฟ้องคดีอาญาโดยผู้เสียหายในศาลทหาร (น.10-11). เล่มเดิม.

2.6 หลักการทบทวนคำพิพากษาหรือคำสั่งศาล

การดำเนินคดีในศาล เริ่มตั้งแต่การยื่นฟ้องคดีไปจนถึงศาลได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดคดี โดยคำพิพากษาหรือคำสั่งศาล อาจเกิดความผิดพลาดในขั้นตอนหรือกระบวนการพิจารณาคดีของศาลได้เสมอ ทั้งนี้ เนื่องจากศาลหรือผู้พิพากษาเองก็เป็นเพียงบุคคลธรรมดาแต่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาและตัดสินคดีตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังนั้น ในการพิจารณาและวินิจฉัยคดีของศาล ไม่ว่าจะเป็นในแง่ของการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติ หรือการปฏิบัติตามกฎหมายวิธีสบัญญัติ อาจเกิดความผิดพลาดขึ้นได้เสมอ เมื่อเกิดกรณีดังกล่าว ย่อมทำให้คำพิพากษาหรือคำสั่งศาลขัดต่อกฎหมาย หรือไม่เป็นไปตามกฎหมาย อาจเกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่ความ รวมถึงบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องในคดีนั้น ที่ได้รับผลกระทบตามคำพิพากษาหรือคำสั่งศาล

การทบทวนคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและจำเป็น ทั้งนี้ เพื่อป้องกันความผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้น รวมทั้งยับยั้งและแก้ไขความผิดพลาดดังกล่าวก่อนที่จะ คำพิพากษาหรือคำสั่งศาลจะมีผลผูกพัน หลักการทบทวนคำพิพากษาหรือคำสั่งศาล จึงเป็นหลักการที่จะทำให้การทำการพิพากษาหรือคำสั่งศาลเป็นไปโดยถูกต้อง สร้างความเชื่อมั่นศรัทธาของประชาชนที่มีต่อองค์กรศาล และเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างแท้จริง หลักในการทบทวนคำพิพากษาหรือคำสั่งศาล มีหลักการที่สำคัญต่าง ๆ ดังนี้

2.6.1 หลักสิทธิของคู่ความที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยศาลสองชั้นศาล

หลักสิทธิของคู่ความที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยศาลสองชั้นศาล เป็นหลักการพิจารณาตรวจสอบคำพิพากษาของศาลล่างอย่างศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ (Inferior Court) โดยศาลสูงสุดหรือศาลฎีกา (Supreme Court) เพื่อตรวจสอบทบทวน (Examination) และแก้ไขในความผิดพลาดหรือข้อบกพร่องที่อาจปรากฏในคำพิพากษาของศาลล่าง ตามความมุ่งหมายที่ว่า คำพิพากษาของศาลจะต้องมีความถูกต้องสมบูรณ์ (Consideration for Purpose of Correction) ซึ่งการพิจารณาคดีในลักษณะนี้จะต้องตรวจสอบจากสำนวนคดีของศาลชั้นต้นเป็นหลัก โดยฟังข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสำนวนของศาลชั้นต้น ศาลสูงจะไม่รับฟังข้อเท็จจริงเพิ่มเติมอีก เป็นการจำกัดอำนาจหน้าที่ของศาลสูงที่จะไม่รับฟังข้อเท็จจริงนอกเหนือไปจากที่ปรากฏในสำนวนคดี แต่ศาลอาจออกนั่งพิจารณารับฟังคำแถลงการณ์ด้วยวาจา (Oral Agreement) ทั้งฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลยก็ได้ เพราะการแถลงการณ์ด้วยวาจาจะทำให้ศาลเข้าใจข้อเท็จจริงได้ชัดเจนยิ่งขึ้น และอาจช่วยให้ศาลได้แนวความคิดที่กว้างไกลสามารถนำมาประกอบการใช้ดุลพินิจได้ โดยเฉพาะคำพิพากษาในคดีอาญาซึ่งเป็นการชี้ขาดของศาลที่ผูกมัดด้วยรูปแบบและมีผลในทางกฎหมาย ทำให้คดีเสร็จไปจากศาล จึงมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลย เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาแล้ว คำพิพากษานั้นอาจเป็นการชี้ขาดในเนื้อหาคดี (Substantive

Adjudication) ซึ่งเป็นการพิพากษาว่า จำเลยเป็นผู้กระทำความผิดหรือไม่ หรือการกระทำของจำเลยเป็นความผิดหรือไม่ มีเหตุผลตามกฎหมายที่จำเลยไม่ควรถูกปรับโทษหรือไม่ หรือคำพิพากษาอาจเป็นการชี้ขาดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีที่ได้กระทำ (Procedural Adjudication) ซึ่งเป็นการพิพากษาเกี่ยวกับเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี เช่น โจทก์เป็นผู้เสียหายหรือไม่ คดีขาดอายุความหรือไม่ เป็นต้น⁹⁴

ในการขอให้ทบทวนคำพิพากษาตามหลักสิทธิของคู่ความที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยศาลสองชั้นศาล กระทำได้โดยการอุทธรณ์คำพิพากษาและการร้องคัดค้านคำพิพากษาทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา การยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลจะอุทธรณ์ไปยังศาลที่มีลำดับชั้นที่สูงกว่า ซึ่งจะพิจารณาพิพากษาคดีใหม่ทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย ผู้มีสิทธิที่จะยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลได้จะต้องเป็นคู่ความในคดีและมีส่วนได้เสียในคดี เว้นแต่ว่าคู่ความนั้นจะได้สละสิทธิในการอุทธรณ์ การยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลนี้เป็นไปตามหลักสิทธิของคู่ความที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยศาลสองชั้นศาล ซึ่งหมายความว่า คู่ความในคดีมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาพิพากษาจากศาลสองศาลที่ต่างกัน ซึ่งมีลำดับชั้นศาลที่ต่างกันภายใต้เงื่อนไขอย่างเดียวกัน โดยศาลชั้นต้นเป็นศาลในลำดับแรก ส่วนศาลอุทธรณ์เป็นศาลในลำดับที่สอง ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันความยุติธรรม เนื่องจากผู้พิพากษาในศาลชั้นต้นอาจพิจารณาพิพากษาคดีผิดพลาดได้ จึงจำเป็นต้องให้มีการทบทวนใหม่โดยผู้พิพากษาที่มีประสบการณ์สูงกว่า ส่วนการร้องคัดค้านคำพิพากษาเป็นหลักการทบทวนคำพิพากษาที่กระทำโดยคู่ความซึ่งศาลได้มีคำพิพากษาให้แพ้คดีโดยขาดนัด คู่ความที่ขาดนัดจะร้องคัดค้านคำพิพากษาของศาลต่อศาลเดิมเพื่อให้มีการพิจารณาคดีใหม่ทั้งปัญหาข้อกฎหมายและปัญหาข้อเท็จจริง⁹⁵

2.6.2 หลักการให้สิทธิอุทธรณ์ฎีกา

สิทธิในการอุทธรณ์ฎีกานั้น โดยหลักเป็นสิทธิของคู่ความที่สามารถโต้แย้งคำพิพากษาของศาลล่างได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของตนและแก้ไขข้อบกพร่องของศาลนั้น ๆ สิทธิในการอุทธรณ์ฎีกาจึงเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นใหม่ไม่ใช่สิทธิที่มีมาแต่ดั้งเดิม โดยเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นในภายหลังเนื่องจากความไม่ถูกต้องในการพิจารณาพิพากษาคดี สิทธิในการอุทธรณ์ฎีกาจึงไม่ใช่สิทธิขั้นมูลฐานและไม่ใช้ลักษณะการบังคับ ฉะนั้นคู่ความแห่งคดีจึงอาจไม่ใช่สิทธิหรือสละสิทธิในการอุทธรณ์ฎีกาก็ได้ อย่างไรก็ตาม การอุทธรณ์ฎีกาก็มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการแก้ไข

⁹⁴จาก อำนาจศาลยุติธรรมในการจำกัดสิทธิอุทธรณ์ฎีกา : ศึกษากรณีระเบียบที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาว่าด้วยการไม่รับคดีซึ่งข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่อุทธรณ์หรือฎีกาจะไม่เป็นสาระอันควรแก่การพิจารณาพิพากษา พ.ศ. 2551 (น.13-14), โดย วิฑูรย์ สุขล, 2553, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁹⁵ระบบศาลยุติธรรมและการขอให้มีการทบทวนคำพิพากษาของศาลในประเทศฝรั่งเศส (น. 59-60), เล่มเดิม.

ความไม่ถูกต้องในเนื้อหาของคำพิพากษา แต่ทว่าการกำหนดให้คดีทุกคดีมีการแก้ไขได้หมดย่อมกระทบถึงความเด็ดขาดของคำพิพากษา และความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษาย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งจะทำให้ประชาชนเลื่อมความเลื่อมใสในกระบวนการยุติธรรม แต่ในทางกลับกัน ถ้าความไม่ถูกต้องนั้น ไม่มีการแก้ไขเสียเลย ก็ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายได้เช่นเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ในแต่ละประเทศวางแนวทางและหลักการให้สิทธิในการอุทธรณ์ฎีกาของตนไว้ว่าจะทำได้มากน้อยเพียงใด โดยนำระบบการจำกัดสิทธิอุทธรณ์ฎีกามาใช้ให้เกิดความเหมาะสมกับสภาพสังคมและระบบศาลของประเทศนั้น ๆ ปัจจุบันระบบการจำกัดสิทธิอุทธรณ์ฎีกาของประเทศต่าง ๆ แบ่งพิจารณาได้เป็น 2 ระบบ คือ ระบบสิทธิ (Appeal as of Rights) และระบบอนุญาต (Discretionary Appeal) ดังนี้

1) ระบบสิทธิ หมายถึง ระบบการอุทธรณ์และฎีกาที่เปิดโอกาสให้คู่ความมีสิทธิอุทธรณ์ฎีกาได้อย่างกว้างขวาง โดยถือว่าการอุทธรณ์ฎีกาเป็นสิทธิของคู่ความ ส่วนการห้ามอุทธรณ์ฎีกาเป็นข้อยกเว้น โดยจะทำในรูปแบบของการจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์ฎีกา สำหรับประเทศไทยเลือกใช้ระบบนี้เป็นหลัก

2) ระบบอนุญาต หมายถึง ระบบการอุทธรณ์ฎีกาที่ถือว่าการอุทธรณ์ฎีกาเป็นสิ่งที่กฎหมายห้าม คู่ความสามารถอุทธรณ์ฎีกาได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายวางข้อยกเว้นเอาไว้ให้เป็นข้อยกเว้น โดยทั่วไปแล้ว แม้ว่าประเทศใดที่เลือกใช้ระบบอนุญาตเป็นหลักในการอุทธรณ์ฎีกา แต่การอุทธรณ์ในครั้งแรกกฎหมายมักจะอนุญาตให้ทำได้เสมอ ทั้งการอุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย ส่วนการอุทธรณ์ในครั้งที่สองหรือการฎีกานั้น ถือว่าเป็นสิ่งที่กฎหมายห้ามหรือต้องได้รับอนุญาตให้กระทำได้ในบางกรณีเท่านั้น ประเทศที่ใช้ระบบนี้เป็นหลัก ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น⁹⁶

⁹⁶จาก ผลกระทบของคำสั่งไม่รับคดีไว้พิจารณาพิพากษาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 219 วรรคสอง ต่อการใช้สิทธิอุทธรณ์ฎีกาในทางแพ่ง (น.12-14), โดย เพ็ญพร ประจุมาศ, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.