

หลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยและการเลือกตั้ง

ในรัฐเสรีประชาธิปไตย หลักการพื้นฐานที่สำคัญในการจัดการปกครองของรัฐประกอบด้วย หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ ซึ่งหลักประชาธิปไตย หมายถึง หลักการปกครองโดยประชาชน ส่วนหลักนิติรัฐ หมายถึง หลักการปกครองโดยกฎหมาย

หลักการพื้นฐานทั้งสองประการดังกล่าวมีความสัมพันธ์กัน กล่าวคือ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับกับประชาชนนั้นเป็นกฎหมายซึ่งมีที่มาจากเจตนารมณ์ของประชาชน อันแสดงให้เห็นว่ากฎหมายก็คือประชาชน ดังนั้น รัฐที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยจึงไม่อาจเป็นประชาธิปไตยโดยแท้จริงได้หากขาดหลักการพื้นฐานหลักการใดหลักการหนึ่งไป

1. ความหมายของระบอบประชาธิปไตย

คำว่า “ประชาธิปไตย” (Democracy) มาจากภาษากรีกว่า “Demokratia”¹ ซึ่งเป็นการผสมคำระหว่างคำว่า “Demos” ที่แปลว่า ประชาชน กับคำว่า “Kratien” ที่แปลว่า การปกครอง เมื่อรวมเป็นคำ Demokratia หมายถึง การปกครองโดยผู้ถูกปกครองหรือการปกครองโดยประชาชน² สำหรับในภาษาไทยนั้น คำว่า “ประชาธิปไตย” มาจากคำว่า “ประชา” หมายถึง ประชาชนพลเมือง กับคำว่า “ธิปไตย” หมายถึง อำนาจอสูงสุดในการปกครองประเทศ เมื่อรวมคำกันแล้ว ประชาธิปไตย ก็จะหมายถึง ระบอบการปกครองที่อำนาจอสูงสุดเป็นของประชาชน

อับราฮัม ลินคอล์น ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา ได้ให้คำนิยามของประชาธิปไตยซึ่งเป็นคำนิยามที่ได้รับการอ้างถึงมากที่สุดว่าประชาธิปไตยคือ “การปกครองของประชาชน โดยประชาชน

¹ <<http://dictionary.reference.com/search?q=democracy>>.

² <<http://www.websters-online-dictionary.org/definition/democracy>>.

และเพื่อประชาชน”³

เมื่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้นอำนาจสูงสุดเป็นของประชาชน ประชาชนทุกคนจึงมีสิทธิและเสรีภาพซึ่งเป็นสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติและอยู่เหนืออำนาจรัฐ รัฐจะก้าวล่วงเข้ามาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพก็อาจใช้สิทธิและเสรีภาพของตนจนกระทบกระทั่งกับสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น เพราะฉะนั้นจึงจำเป็นต้องมีการควบคุมการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้ หากรัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องดำเนินการโดยกฎหมาย ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ตราขึ้นจากตัวแทนของประชาชน อันแสดงให้เห็นได้ว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็คือการที่ประชาชนเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเอง ดังนั้น การปกครองระบอบประชาธิปไตยจึงเป็นการปกครองระบอบเดียวที่ประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพ และเป็นการปกครองระบอบเดียวที่มีการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

³ “Government of the people, by the people, for the people”, Abraham Lincoln, 1863. ปริญญา เทวานฤมิตรกุล เห็นว่า คำว่า “ของประชาชน” และ “เพื่อประชาชน” มิได้เป็นนิยามที่ถูกต้องของประชาธิปไตย แต่ประชาธิปไตย หมายถึง ระบอบการปกครองที่อำนาจสูงสุดเป็นของประชาชน และเป็นการปกครองโดยประชาชน (โปรดดู ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, “การคุ้มครองส.ส. ในฐานะผู้แทนปวงชนไม่ให้ตกอยู่ภายใต้อาณัติของพรรคการเมือง,” เอกสารการประชุมวิชาการประจำปี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 9 ธันวาคม 2548, น. 3.(อัคราณา)); วิสุทธิโพธิ์แท่น เห็นว่า ความหมายของประชาธิปไตยเน้นประเด็นที่ว่าเป็นการปกครองโดยประชาชน แทนที่จะเน้นที่ว่าเป็นการปกครองของประชาชน หรือเพื่อประชาชน (โปรดดู วิสุทธิโพธิ์แท่น, ประชาธิปไตย : แนวความคิดและตัวแบบประเทศประชาธิปไตยในอุดมคติ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), น. 18-19 และพระธรรมปิฎก (ปัจจุบันคือ พระพรหมคุณาภรณ์) ป.อ.ปยุตฺโต มีความเห็นเพิ่มเติมว่าวาทะของลินคอล์นดังกล่าวเป็นการเตือนว่า *คุณภาพของประชาธิปไตยอยู่ที่คุณภาพของประชาชน* เพราะว่าคุณภาพของการปกครองย่อมขึ้นอยู่กับผู้ปกครองเป็นสำคัญ ดังนั้น เมื่อประชาชนเป็นผู้ปกครอง บ้านเมืองจะเป็นอย่างไร ประชาธิปไตยจะมีคุณภาพแค่ไหน ก็อยู่ที่คุณภาพของประชาชน” (โปรดดู สุรพล สุยะพรหม, “ความคิดทางการเมือง : ประชาธิปไตยตามแนวคิดพระธรรมปิฎก (ป.อ.ปยุตฺโต),” <http://202.28.52.4/article/article_file/13dissertation47.html>.)

ในทางตรงกันข้าม การปกครองระบอบเผด็จการเป็นการปกครองที่อำนาจสูงสุดมิได้เป็นของประชาชนแต่เป็นของบุคคลคนเดียวหรือกลุ่มบุคคลเพียงกลุ่มเดียว หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการปกครองที่ปราศจากการแบ่งแยกอำนาจนั่นเอง ดังนั้น การประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในรัฐที่ปกครองโดยระบอบเผด็จการย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจากประชาชนจะมีสิทธิและเสรีภาพก็ต่อเมื่อรัฐกำหนดให้มีเท่านั้น และรัฐจะยกเลิกเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพเมื่อใดก็ได้โดยที่รัฐไม่ต้องรับผิดชอบการกระทำใด ๆ ของตนต่อประชาชน เพราะรัฐถือว่าสิทธิและเสรีภาพคือสิ่งที่รัฐเป็นผู้มอบให้กับประชาชน

สำหรับการพิจารณาคดีของศาลในรัฐที่ปกครองโดยระบอบเผด็จการนั้นถือหลักว่า “เมื่อมีการกระทำผิดต้องถูกลงโทษ” (*nullum crimen sine poena*) ผู้ต้องสงสัยจะถูกพิพากษาว่ามีความผิดและต้องรับโทษ แม้พยานหลักฐานจะไม่มีน้ำหนักเพียงพอก็ตาม อันเป็นการขัดกับหลักการยกประโยชน์ให้กับจำเลยเมื่อมีข้อสงสัย และหลักการสันนิษฐานว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาว่ากระทำความผิดจริง ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจน ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญาของโซเวียตเปิดโอกาสให้ศาลหาทางต่าง ๆ พร้อมทั้งนำหลักเกณฑ์ใด ๆ มาประยุกต์เพื่อให้สามารถตีความนำเอาผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะในคดีการเมืองมาลงโทษให้ได้ (มาตรา 14 และมาตรา 19) นอกจากนี้ ศาลโซเวียตยังไม่ยอมรับหลักที่ว่ากฎหมายย่อมไม่มีผลย้อนหลัง (*lex retro non agit*) แต่กลับยอมรับหลักการเทียบเคียงลักษณะการกระทำความผิด กล่าวคือ ในกรณีที่มีการกระทำที่เป็นภัยอันตรายต่อสังคมและไม่มีกฎหมายกำหนดโทษไว้โดยเฉพาะก็ให้นำกฎหมายอื่นที่ใกล้เคียงกันมาใช้ได้ (มาตรา 16) ซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักการดังกล่าวขัดกับหลักสากลที่ว่า การกระทำใด ๆ ที่ผิดกฎหมายนั้นจะต้องมีบทกฎหมายในขณะนั้นบัญญัติว่าเป็นการกระทำความผิด (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)⁴

2. องค์ประกอบของรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย

รัฐธรรมนูญ คือ กฎหมายที่วาดด้วยอำนาจและการจัดสรรการใช้อำนาจระหว่างองค์กรของรัฐใดรัฐหนึ่ง รัฐทุกรัฐไม่ว่าจะมีการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เผด็จการ หรือ

⁴ จรูญ สุภาพ, ระบบการเมืองเปรียบเทียบ (ประชาธิปไตย : เผด็จการ) และหลักวิเคราะห์การเมืองแผนใหม่ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2519), น. 73.

ประชาธิปไตย ย่อมมีรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น⁵ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงไม่จำเป็นต้องเป็นประชาธิปไตยเสมอไป หากแต่ขึ้นอยู่กับระบอบการปกครองของแต่ละรัฐ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย ต้องประกอบด้วยหลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ

2.1 หลักประชาธิปไตย

ประชาธิปไตย คือ การปกครองโดยประชาชน⁶ ซึ่งสาระสำคัญของหลักประชาธิปไตย ประกอบด้วยหลักการที่สำคัญ 3 หลักการ ได้แก่ หลักอำนาจสูงสุดเป็นของประชาชน หลักเสรีภาพ และความเสมอภาค และหลักการปกครองโดยเสียงข้างมากที่คุ้มครองเสียงข้างน้อย⁷ อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายบางท่าน⁸ เห็นว่า นอกจากหลักการทั้ง 3 หลักการแล้ว หลักประชาธิปไตยยังประกอบด้วย หลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน และหลักการมีพรรคการเมือง ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าระบอบประชาธิปไตยนั้นมี 2 รูปแบบ คือ ประชาธิปไตยโดยทางตรง และประชาธิปไตยโดยทางอ้อมหรือ ประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน แม้ว่าในปัจจุบันประชาธิปไตยโดยทางตรงล้วน ๆ ไม่สามารถใช้ได้ แต่ประเทศต่าง ๆ ในตะวันตก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุโรปและอเมริกาเหนือที่มีประชาธิปไตย โดยทางผู้แทน มีระบบการเลือกตั้งและระบบพรรคการเมืองที่ดีแล้วยังมีการใช้ประชาธิปไตย โดยทางตรงหรือที่เรียกว่าประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมผสมผสานควบคู่กับประชาธิปไตยโดยทาง ผู้แทน⁹ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก็ได้รับเอาแนวความคิดดังกล่าว

⁵ หยุด แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2538), น. 39.

⁶ ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3.

⁷ ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, คำบรรยายระดับปริญญาโทวิชา น.731 ปัญหากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2547.

⁸ โปรตดู บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างไว้ เชิงอรรถที่ 16, น. 22-23 และสมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), น. 94-100.

⁹ ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, "การมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่กับความเป็นประชาธิปไตยโดยทางตรง," วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 17 ตอน 2, น. 80 (สิงหาคม 2541).

มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการทำประชามติ การเสนอร่างกฎหมาย และการถอดถอนผู้แทนก็ตาม หากหลักประชาธิปไตยประกอบด้วยหลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน และหลักการมีพรรคการเมืองด้วยแล้ว ก็จะทำให้เกิดคำถามที่ว่าประชาธิปไตยโดยตรงมิใช่ประชาธิปไตยหรือ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าหลักการทั้งสองดังกล่าวใช้ได้เฉพาะกับประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนหรือประชาธิปไตยโดยทางอ้อมเท่านั้น ไม่สามารถใช้ได้กับประชาธิปไตยโดยตรง หลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนและหลักการมีพรรคการเมืองจึงไม่น่าจะเป็นหลักการพื้นฐานของหลักประชาธิปไตยที่เป็นหลักสากล

2.1.1 หลักอำนาจสูงสุดเป็นของประชาชน

ระบอบการปกครองใดที่อำนาจสูงสุดไม่ได้เป็นของประชาชน ระบอบการปกครองดังกล่าวย่อมไม่เป็นประชาธิปไตย¹⁰ ดังนั้น หลักอำนาจสูงสุดเป็นของประชาชนจึงเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้แยกการปกครองระบอบประชาธิปไตยออกจากการปกครองระบอบอื่น ๆ ตัวอย่างเช่น ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) อำนาจสูงสุดเป็นของพระมหากษัตริย์ ระบอบราชาธิปไตยแบบอำนาจจำกัด (Limited Monarchy) อำนาจอธิปไตยยังคงเป็นของกษัตริย์อยู่ แต่บางเรื่องที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่น การเก็บภาษีต้องให้ผู้แทนเห็นชอบก่อน ระบอบเผด็จการ (Dictatorship) อำนาจสูงสุดเป็นของบุคคลคนเดียวหรือกลุ่มบุคคลเพียงกลุ่มเดียว เป็นต้น

ก่อนการรัฐประหารโดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 จนกระทั่งถึงการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญรวมทั้งสิ้นจำนวน 16 ฉบับ ซึ่งมีรัฐธรรมนูญเพียง 3 ฉบับเท่านั้นที่บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย” กล่าวคือ (1) พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475

¹⁰ อย่างไรก็ตาม สิ่งที่สำคัญยิ่งไปกว่าการพิจารณาว่าอำนาจในการตัดสินใจเป็นของใคร คือ ผู้มีอำนาจใช้กฎเกณฑ์ใดในการตัดสินใจ เพราะไม่ว่าการปกครองระบอบใด หากเขาตัวเองเป็นเกณฑ์ในการตัดสินใจก็เป็นอัตตาธิปไตย หากตัดสินใจไปตามกระแสความนิยมก็เป็นโลกาธิปไตย แต่หากเขาเหตุผลเป็นเกณฑ์ตัดสินก็เป็นธรรมาธิปไตย (โปรดดู พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ.ปยุตฺโต), ธรรมาธิปไตยไม่มา จึงหาประชาธิปไตยไม่เจอ (จุดบรรจบ : รัฐศาสตร์ กับ นิติศาสตร์), พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ไฟร์ ฟรินดิง จำกัด, 2549), น. 70-72.)

มาตรา 1 บัญญัติว่า “อำนาจสูงสุดของประเทศนั้นเป็นของราษฎรทั้งหลาย” (2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 3 บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้เป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นแต่โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” และ (3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติไว้ในมาตรา 3 ว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” ส่วนรัฐธรรมนูญฉบับอื่น ๆ จะบัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย” จากกรณีดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงแนวความคิดที่แตกต่างระหว่างแนวความคิดของซีเอแยส์ (Sieyès) ที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติกับแนวความคิดของรูสโซ (Rousseau) ที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน¹¹

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549¹² ซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่ในขณะจัดทำวิทยานิพนธ์นี้ เป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวฉบับแรกที่บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย” อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงวิวัฒนาการในการยอมรับแนวความคิดที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนมากขึ้น โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 2 ว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางสภานิติบัญญัติแห่งชาติ คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

¹¹ ผู้สนใจโปรดดู เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยในประเทศไทย”, <<http://www.pub-law.net/article/ac231044.htm>> (29 ตุลาคม 2544); ชรินทร์ ติชาวัน, “ข้อสังเกตเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยและการเลือกตั้ง”, <<http://www.pub-law.net/publaw/printPublaw.asp?Publawid=1028>> (4 กุมภาพันธ์ 2550); พายัพ วนาสวรรณ, “เป็นของ หรือ มาจาก” <<http://www.manager.co.th/Politics/PoliticsQAQuestion.asp?QAID=5099>> (4 สิงหาคม 2548); วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2530), น. 217-223; สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดียนตุลา, 2542), น. 12-14 และสรุปผลการประชุมยกย่องรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญ ณ โรงแรมรอยัล คลิฟ บีช พัทยา วันที่ 22 เมษายน 2540 <http://202.29.76.83/dar_cons/indexMatra.htm>.

¹² ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนที่ 102 ก., 1 ตุลาคม 2549, น. 1

2.1.2 หลักเสรีภาพและความเสมอภาค

โดยที่ประชาธิปไตยคือระบอบการปกครองที่อำนาจสูงสุดเป็นของประชาชน ประชาชนจึงมีเสรีภาพ เป็นเจ้าของอำนาจ และมีส่วนร่วมในอำนาจดังกล่าวอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน

หลักเสรีภาพและความเสมอภาคเป็นหลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยที่สัมพันธ์กัน กล่าวคือ ความเสมอภาคทำให้การใช้เสรีภาพเป็นไปอย่างเท่าเทียมกัน ถ้าเสรีภาพเป็นเสรีภาพที่คนบางกลุ่มบางคนเข้าถึงได้ในขณะที่คนบางกลุ่มบางคนเข้าถึงไม่ได้ ก็อาจจะเป็นเสรีภาพที่ปราศจากความเสมอภาค ในขณะเดียวกัน หากมีแต่ความเสมอภาคโดยไม่มีเสรีภาพ ก็ไม่เป็นประชาธิปไตย เช่น ในประเทศที่ปกครองระบอบเผด็จการ แม้ว่าประชาชนจะมีความเสมอภาคกันแต่ไม่มีเสรีภาพ เพราะผู้ปกครองมีอำนาจและเสรีภาพที่จะทำอะไรก็ได้ตามที่ตนต้องการแต่เพียงผู้เดียวในขณะที่ประชาชนไม่มี ดังนั้น กรณีเช่นนี้ย่อมถือว่าไม่มีเสรีภาพ

เสรีภาพ (Liberty) หมายถึง ความสามารถของบุคคลที่จะกระทำหรืองดเว้นกระทำการสิ่งหนึ่งสิ่งใดก็ได้ตามที่กฎหมายกำหนด และกฎหมายนั้นออกโดยได้รับความยินยอมเห็นชอบจากประชาชน (consent of the people) ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม¹³

เสรีภาพพื้นฐานที่อย่างน้อยประเทศประชาธิปไตยต้องให้หลักประกันแก่ประชาชน คือเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการพูดและการพิมพ์ เสรีภาพในการเลือกตั้ง เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ เสรีภาพในการชุมนุมและการรวมกันเป็นสมาคม และเสรีภาพส่วนบุคคล¹⁴

หลักความเสมอภาค คือ หลักที่ว่า “ในสถานการณ์ที่เหมือนกันจะต้องปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน”¹⁵ หากมีการเลือกปฏิบัติในสถานการณ์ที่เหมือนกันถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค ดังนั้น ความเสมอภาคจึงหมายถึงความเสมอภาคในกฎหมาย กล่าวคือ มีสิทธิหน้าที่ในทางกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลอื่น ไม่ใช่หมายความว่าต้องมีความเสมอภาคในการมีวัตถุสิ่งของ

¹³ วิสุทธิ์ โพธิ์แท่น, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 87.

¹⁴ เพิ่งอ้าง, น. 91-96.

¹⁵ René Chapus, Droit Administratif Général, T.1, 4e édition, (Paris: Montchrestien, 1988), p. 35, อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, "หลักความเสมอภาค," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 30 เล่มที่ 2, น. 165 (มิถุนายน 2543).

ความเสมอภาคแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ หลักความเสมอภาคทั่วไป กับ หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง¹⁶

(1) หลักความเสมอภาคทั่วไป หมายความว่า บุคคลไม่ว่าจะมีฐานะทางกฎหมายอย่างไร ก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน เช่น หากตำรวจกระทำผิดกฎหมายก็ต้องรับโทษเช่นเดียวกับคนธรรมดาทั่วไป การเป็นตำรวจไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ตำรวจที่ไม่ต้องรับโทษในทางอาญา เว้นแต่จะเข้าเหตุยกเว้นโทษ หรือเหตุยกเว้นความผิดตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา

(2) หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง หมายความว่า กฎหมายได้บัญญัติถึงหลักความเสมอภาคในขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ ซึ่งหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอาจแบ่งออกได้เป็นความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรม ความเสมอภาคในการเข้าทำงานในภาครัฐ ความเสมอภาคในการเลือกตั้ง ความเสมอภาคในการรับภาระของรัฐ และความเสมอภาคในการรับบริการสาธารณะ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติหลักเสรีภาพไว้ในมาตรา 4¹⁷ และในหมวด 3 (สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย) ส่วนหลักความเสมอภาคบัญญัติในมาตรา 5¹⁸ และมาตรา 30¹⁹ ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 30 นี้ นำมาจากมาตรา 3 ของ

¹⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 192-194.

¹⁷ มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง

¹⁸ มาตรา 5 ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน

¹⁹ มาตรา 30 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน²⁰ โดยวรรคแรกเป็นการรับรองความเสมอภาคเบื้องต้น ภายใต้วรรคสองรับรองความเสมอภาคระหว่างเพศ และวรรคสามกำหนดห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม มาตรา 30 วรรคท้าย ซึ่งบัญญัติรับรองให้รัฐสามารถเลือกปฏิบัติเพื่อลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่เป็นหลักการที่นำมาจากรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐอิตาลีและสาธารณรัฐออสเตรเลีย²¹

2.1.3 หลักการปกครองโดยเสียงข้างมากที่คุ้มครองเสียงข้างน้อย

หากมองกันโดยผิวเผินแล้วดูเหมือนว่าหลักเสียงข้างมากและหลักการคุ้มครองเสียงข้างน้อยจะขัดแย้งกัน แต่แท้ที่จริงแล้วหลักการทั้งสองนี้เป็นหลักการที่คู่กันอันถือได้ว่าเป็นรากฐานของรัฐประชาธิปไตย²² Henry M. Robert กล่าวว่า “บทเรียนอันยิ่งใหญ่สำหรับความเป็นประชาธิปไตยคือการเรียนรู้ว่าเสียงข้างมากต้องให้ออกเสียงข้างน้อยแสดงความคิดเห็นในอีกด้านหนึ่งอย่างอิสระและเต็มที่”²³

การปกครองระบอบประชาธิปไตยมิใช่เป็นการปกครองโดยเสียงข้างมากเท่านั้น แต่เป็นการปกครองโดยใช้เหตุผลและข้อเท็จจริง ดังนั้น การปกครองที่ถือหลักเสียงข้างมากที่คุ้มครอง

²⁰ มาตรา 3 ความเสมอภาค

(1) บุคคลย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย

(2) ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน ให้รัฐดำเนินการสนับสนุนเพื่อบรรลุเป้าหมายแห่งความมีสิทธิเท่าเทียมกันของหญิงและชาย และก่อให้เกิดผลในการขจัดความไม่เท่าเทียมกันที่มีอยู่

(3) บุคคลไม่อาจจะถูกเลือกปฏิบัติได้เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ เชื้อชาติ สัญชาติ ภาษา ถิ่นกำเนิด และเผ่าพันธุ์ ความเชื่อ ความคิดในทางศาสนาหรือการเมือง บุคคลไม่อาจได้รับการปฏิบัติอย่างเสียเปรียบเพราะเหตุแห่งความพิการของบุคคลนั้น

(แปลโดย บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น. 153-154.)

²¹ สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 15, น. 176.

²² "Majority Rule, Minority Rights," <<http://usinfo.state.gov/products/pubs/principles/majority.htm>>.

²³ Marijane Singer, RP, "The Rule of the Majority – The Right of the Minority," <<http://njsfwc.org/rule-of-the-majority.doc>>, 13 January 2004.

เสียงข้างน้อยจึงต้องรับฟังทุกฝ่าย ทั้งนี้ เนื่องจากหลักการปกครองโดยเสียงข้างมากนั้นอันที่จริงเป็นเพียงการสะท้อนระบบการนับหรือระบบจำนวนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่มีเสียงข้างมาก และการสะท้อนเสียงข้างมากเป็นการสะท้อนให้เห็นเพียงว่าฝ่ายใดมีอำนาจตัดสินใจดำเนินการในฐานะที่ตนมีเสียงข้างมาก แต่ไม่ได้หมายความว่าเสียงข้างมากถูก ส่วนเสียงข้างน้อยผิด ดังนั้น ในการดำรงเสียงข้างมากจึงต้องเป็นความชอบธรรมที่จะดำเนินการโดยมีขอบเขต การวินิจฉัยหรือตัดสินปัญหาต่าง ๆ จะต้องอยู่บนหลักของเหตุผลที่สาธารณชนหรือวิญญูชนยอมรับได้²⁴ มิใช่ลักษณะพวกมากลากไปจนกลายเป็นเผด็จการเสียงข้างมากอันเป็นการล่องละเมิดต่อหลักประชาธิปไตย

นอกจากนี้ หลักการปกครองโดยเสียงข้างมากที่คุ้มครองเสียงข้างน้อยยังเป็นการเปิดโอกาสให้เสียงข้างน้อยได้กลายเป็นเสียงข้างมากในอนาคตอีกด้วย กล่าวคือ ประชาชนสามารถเลือกผู้แทนของตนได้ตามความต้องการ ซึ่งความต้องการของประชาชนอาจเปลี่ยนแปลงได้ ดังนั้น ฝ่ายที่เป็นเสียงข้างมาก (รัฐบาล) จึงอาจกลายเป็นเสียงข้างน้อย (ฝ่ายค้าน) ก็ได้

2.2 หลักนิติรัฐ

นิติรัฐ คือ การปกครองโดยกฎหมาย (The Rule of Law) กล่าวคือ ทุกคนไม่ว่าจะเป็นรัฐ องค์การของรัฐ หรือประชาชนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายเดียวกันทั้งสิ้น รัฐจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและต้องกระทำการภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด และหลักนิติรัฐยังมีความสัมพันธ์กับหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยอย่างใกล้ชิดถึงขนาดกล่าวกันว่า “การปกครองระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริงจะมีขึ้นและดำรงอยู่ตลอดไปไม่ได้โดยปราศจากหลักนิติรัฐ และเฉพาะแต่รัฐที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยเท่านั้นจึงจะควรค่าแก่การเรียกว่านิติรัฐ”²⁵

²⁴ สมบัติ วอทอง, "หลักเสียงข้างมากข้างน้อย," <http://ubu.ac.th/~lawubu/aticle_sound.doc>.

²⁵ Michel Fromont, Alfred Rieg, (Sous la direction de), Introduction au droit allemand, Tome II, Droit public-Droit privé (Paris: Cujas, 1984), p. 13, อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น. 65-66.

ความสำคัญของหลักนิติรัฐคือ เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยให้อำนาจแก่ประชาชนที่จะใช้สิทธิทางศาลได้หากมีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ต่างจากรัฐตำรวจที่ฝ่ายปกครองสามารถที่จะใช้อำนาจดุลพินิจอย่างเต็มที่ในการดำเนินมาตรการใด ๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการโดยไม่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจ หรือเกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายกำหนด และศาลก็ไม่มีอำนาจตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองได้²⁶ แม้ว่าการบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการคือความผาสุกของประชาชนเช่นเดียวกับนิติรัฐก็ตาม

2.2.1 หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ

โดยหลักแล้วผู้ปกครองจะไม่มีอำนาจ การที่ผู้ปกครองจะมีอำนาจได้นั้นเป็นข้อยกเว้นคือต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และเมื่อมีอำนาจแล้วก็ไม่สามารถใช้อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด กฎหมายจึงเป็นทั้งบ่อเกิดของอำนาจและเครื่องมือจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง ดังนั้นกฎหมายในนิติรัฐต้องให้อำนาจแก่ผู้ปกครองแบบมีขอบเขต ตัวอย่างเช่น ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 มาตรา 17²⁷ ให้อำนาจแก่นายกรัฐมนตรีแบบไม่จำกัด เช่นนี้เป็นรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยหลักนิติรัฐเพราะให้อำนาจแบบไม่มีขอบเขต หรือพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 11 (6)²⁸ ให้อำนาจนายกรัฐมนตรีสั่งการ

²⁶ "คำอธิบายกฎหมายปกครอง," <http://www.institute.go.th/text/text_29.doc>.

²⁷ มาตรา 17 ในระหว่างที่ใช้ธรรมนูญนี้ ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการระงับหรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรหรือราชบัลลังก์ หรือการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลาย ก่อวินหรือคุกคามความสงบที่เกิดขึ้นภายในหรือมาจากภายนอกราชอาณาจักร ให้นายกรัฐมนตรีโดยมติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการหรือกระทำการใด ๆ ได้ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำเช่นนั้นเป็นคำสั่งหรือการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อนายกรัฐมนตรีได้สั่งการหรือกระทำการใดไปตามความในวรรคก่อนแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีแจ้งให้สภาทราบ

²⁸ มาตรา 11 ในกรณีที่สถานการณ์ฉุกเฉินมีการก่อการร้าย การใช้กำลังประทุษร้ายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะมีการกระทำที่มีความรุนแรง กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยในชีวิตหรือทรัพย์สินของรัฐหรือบุคคล และมีความจำเป็นที่จะต้องเร่งแก้ไขปัญหายุ่งยากได้อย่างมีประสิทธิภาพและทันทั่วทั้งที่ ให้นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของ

ได้ในพื้นที่ที่มีสถานการณ์ฉุกเฉินโดยจะสั่งให้กระทำการใด ๆ หรือสั่งห้ามกระทำการใด ๆ ก็ได้ ซึ่ง “ใด ๆ” หมายถึง สั่งให้กระทำหรือสั่งห้ามกระทำได้ทุกเรื่อง การให้อำนาจแบบไม่มีขอบเขตเช่นนี้ ย่อมไม่ชอบด้วยหลักนิติรัฐเช่นกัน

หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ เป็นหลักเกณฑ์ที่คุ้มครองประชาชนจากการกระทำของ ฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้ว ฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถกระทำการใด ๆ ที่เป็นการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ แต่กรณีที่เป็นปัญหาคือ การกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการส่งเสริมหรือสนับสนุนให้ประชาชนใช้สิทธิของตนอย่างเต็มที่ที่จะต้องมีความหมายรองรับหรือไม่ ซึ่งปัญหาในเรื่องดังกล่าวยังมีความเคร่งครัดในหลักเกณฑ์แตกต่างกันออกไปในแต่ละประเทศ²⁹

สำหรับประเทศไทยนั้น มาตรการของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระหรือ ก้าวล่วงเข้าไปในแดนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีกฎหมายรองรับเสมอ เช่น การใช้กำลังเข้าสลายการชุมนุม การยกเลิกใบอนุญาตประกอบกิจการสถานบริการ การเรียกให้บุคคลเข้ารับราชการทหาร เป็นต้น แต่หากมาตรการของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ประชาชนโดยที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการได้ภายใต้รากฐานความชอบธรรมในทางกฎหมายอันเป็นผลเนื่องมาจากการกำหนดกฎเกณฑ์ของรัฐสภา เช่น การให้เงินอุดหนุนเกษตรกรจะต้องมีการกำหนดวงเงินไว้ในงบประมาณรายจ่ายประจำปี³⁰

คณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศให้สถานการณ์ฉุกเฉินนั้นเป็นสถานการณ์ที่มีความร้ายแรง และให้นำความในมาตรา 5 และมาตรา 6 วรรคสอง มาใช้บังคับโดยอนุโลม

เมื่อมีประกาศตามวรรคหนึ่งแล้ว นอกจากอำนาจตามมาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 9 และมาตรา 10 ให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจดังต่อไปนี้ด้วย

...

(6) ประกาศห้ามมิให้กระทำการใด ๆ หรือสั่งให้กระทำการใด ๆ เท่าที่จำเป็นแก่การรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประเทศ หรือความปลอดภัยของประชาชน

²⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 25.

³⁰ เพ็ญอ้าง, น. 26.

อย่างไรก็ตาม หากมาตรการของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แต่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชนรายอื่นแล้ว ย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญ³¹

ส่วนมาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้บังคับกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์พิเศษกับรัฐ เช่น ข้าราชการ นักโทษ ฯลฯ หากมาตรการนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลดังกล่าวจะต้องมีกฎหมายรองรับอย่างชัดแจ้ง แต่หากเป็นมาตรการที่กำหนดขึ้นใช้บังคับในฐานะที่บุคคลดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งขององค์กร ไม่กระทบสิทธิส่วนบุคคล ฝ่ายปกครองก็สามารถดำเนินการได้แม้ไม่มีกฎหมายกำหนดอย่างชัดแจ้ง ทั้งนี้ มาตรการใดเป็นมาตรการที่กระทบกับสิทธิส่วนบุคคล หรือเป็นมาตรการที่กำหนดขึ้นเพื่อให้วัตถุประสงค์ขององค์กรบรรลุผลโดยยังไม่เป็นการกระทบสิทธิส่วนบุคคลต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป³²

2.2.2 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หากปราศจากการแบ่งแยกอำนาจแล้ว เมื่อฝ่ายบริหารต้องการมีอำนาจก็สามารถออกกฎหมายให้อำนาจแก่ตนเองได้ตลอดเวลา หากไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจก็จะไม่มีความหมาย การแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักการพื้นฐานของการปกครองโดยกฎหมาย ซึ่งผู้คิดค้นหลักการนี้คือ มงเตสกีเยอ (Montesquieu) โดยได้อธิบายไว้ในหนังสือ “เจตนารมณ์ของกฎหมาย” (L'Esprit des lois) ว่าในทุกรัฐมีอำนาจอยู่ 3 อย่าง คือ อำนาจอธิปไตย อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ทั้งนี้ ความมุ่งหมายในการแยกอำนาจก็เพื่อจะคุ้มครองและให้หลักประกันแก่ราษฎร เพราะหากมีการก้าวท้าวอำนาจกันแล้วจะนำไปสู่เผด็จการได้โดยง่าย³³

³¹ มาตรา 50 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

³² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29, น. 27.

³³ วิษณุ เครืองาม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11, น. 227.

นอกจากการแบ่งแยกอำนาจออกจากกันแล้ว ต้องมีการแยกบุคคลผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจเป็นคนละคนให้เป็นอิสระจากกันอีกด้วย แต่อำนาจแต่ละอำนาจยังมีความเชื่อมโยงกันและควบคุมซึ่งกันและกัน การแยกฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารออกจากกันนั้นเพื่อให้มีผู้ใช้กฎหมายกับผู้ออกกฎหมายเป็นองค์กรเดียวกันเพราะอาจเกิดการบิดเบือนการใช้อำนาจได้ การแยกฝ่ายตุลาการกับฝ่ายบริหารออกจากกันก็เพื่อให้สามารถตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารได้ว่าอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ส่วนการตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติว่าการตรากฎหมายเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ก็จำเป็นต้องแยกฝ่ายตุลาการออกจากฝ่ายนิติบัญญัติ

ปัญหาในทางปฏิบัติของประเทศไทยเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจปรากฏในกรณีการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารตามมาตรา 218 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากตัวอย่างดังต่อไปนี้

(1) การตราพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 นั้น แม้ว่าในรัฐเสรีประชาธิปไตยจะยินยอมให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจเพิ่มขึ้นในสถานการณ์พิเศษ แต่ก็มิได้หมายความว่าฝ่ายบริหารจะไม่ต้องถูกตรวจสอบ การที่ฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนดดังกล่าวขึ้นโดยให้อำนาจรัฐในการกระทำการต่าง ๆ ที่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และการตราพระราชกำหนดดังกล่าวมิใช่กรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วน เนื่องจากมีพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495 ให้บังคับอยู่ ประกอบกับพระราชกำหนดดังกล่าวยังกำหนดให้การกระทำของตนไม่อยู่ในบังคับของการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการนั้น ย่อมเป็นกรณีที่ฝ่ายบริหารกระทำการอันขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ³⁴

³⁴ โปรดดู ปริญญญา เทวานฤมิตรกุล, “พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กับผลกระทบต่อระบอบประชาธิปไตยและสิทธิเสรีภาพของประชาชน,” เอกสารประกอบคำบรรยายระดับปริญญาโทวิชา น.731 ปัญหากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2547 (อัดสำเนา); ปิยบุตร แสงกนกกุล, “บทวิเคราะห์ พ.ร.ก. การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548,” <<http://www.pub-law.net/publaw/view.asp?PublawIDs=886>>, 5 มีนาคม 2549.; “นักวิชาการชี้ร่าง พ.ร.ก. ให้อำนาจตีความสถานการณ์ครอบจักรวาล” กรุงเทพธุรกิจ (17 กรกฎาคม 2548), น. 2. และ “อาจารย์นิติศาสตร์ 12 สถาบัน ยกหลักนิติธรรมสกัด พ.ร.ก. ฉุกเฉิน,” กรุงเทพธุรกิจ (23 สิงหาคม 2548), น. 2.

(2) กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ พิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546 และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 พ.ศ. 2546 หรือที่เราเรียกกันว่าพระราชกำหนดการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2546 จะเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนหรือไม่เป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถตรวจสอบได้ โดยให้เหตุผลว่ารัฐธรรมนูญมิได้มีเจตนารมณ์ที่จะให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการตราพระราชกำหนดอย่างกว้างขวางเช่นเดียวกับสภา โดยไม่อาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 218 วรรคสอง ที่ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหวั่นไหวได้ การตรวจสอบความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจของคณะรัฐมนตรีเป็นเรื่องที่คณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาในการพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดดังกล่าว (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 14/2546) นั้น ศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด โดยมีได้พิจารณาว่าระหว่างขอบเขตของ “กฎหมาย” กับ “การเมือง” ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีขอบเขตของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้³⁵ เพราะหากมีการใช้อำนาจตราพระราชกำหนดโดยบิดเบือนและศาลรัฐธรรมนูญจำกัดอำนาจของตนเองเช่นนี้ การตราพระราชกำหนดโดยฝ่ายบริหารก็จะไม่ได้รับการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการตามความมุ่งหมายของหลักการแบ่งแยกอำนาจ

จากตัวอย่างที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจสำหรับประเทศไทยยังไม่มีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง

2.2.3 หลักประกันสิทธิและเสรีภาพ

เพื่อเป็นการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ผู้ปกครองจะมีอำนาจเมื่อกฎหมายให้อำนาจและมีอำนาจเฉพาะที่กฎหมายกำหนดไว้ ที่เป็นเช่นนี้เพราะอำนาจกับเสรีภาพเป็นสิ่งที่ตรงข้ามกัน กล่าวคือ ผู้ปกครองมีอำนาจมากเท่าใดประชาชนก็จะมีเสรีภาพน้อยลงตามนั้น เมื่อหลักประชาธิปไตยให้ผู้แทนของประชาชนออกกฎหมายก็เท่ากับประชาชนยินยอมที่จะถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ต่างกับการปกครองแบบเผด็จการที่ประชาชนจะมีเสรีภาพเมื่อผู้ปกครองอนุญาตให้มี ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้กำหนดหลักประกันสิทธิและเสรีภาพ

³⁵ ผู้สนใจโปรดดู บรรเจิด สิงคะเนติ, รวมบทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำสั่งศาลปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 141-177.

ของประชาชนไว้ในมาตรา 29 ที่โดยหลักแล้วสิทธิและเสรีภาพย่อมไม่อาจถูกจำกัดได้ แต่มีข้อยกเว้นภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงโดยละเอียดต่อไปในบทที่ 2

2.2.4 หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

เมื่อพิจารณาหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว อำนาจตุลาการเป็นอำนาจที่เป็นกลางและอิสระในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายบริหาร ดังนั้น หากฝ่ายตุลาการไม่มีความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ตรวจสอบหรือชี้ขาดข้อพิพาทใด ๆ แล้ว ย่อมไม่อาจบรรลุความมุ่งหมายของการแบ่งแยกอำนาจโดยแท้จริงได้

องค์กรตุลาการเป็นองค์กรหนึ่งของรัฐ ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทและตัดสินอรรถคดีต่าง ๆ ให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งการใช้อำนาจตุลาการดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ผู้พิพากษาหรือศาลจึงต้องมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง ความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้นจะต้องอิสระจากคู่ความ อิสระจากรัฐ และอิสระจากสังคม โดยผู้พิพากษามีความผูกพันเฉพาะต่อกฎหมายและทำการพิจารณาพิพากษาภายใต้มนธรรมของตนเท่านั้น³⁶

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้นมีอยู่ในทุกยุคทุกสมัยไม่ว่าจะเป็นระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์หรือระบอบประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เห็นได้ชัดเจนนั่นคือ ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ แม้พระมหากษัตริย์จะทรงมีพระราชอำนาจมากมายเพียงใดแต่ก็มีอากัฏฐ์ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาได้ ตัวอย่างเช่น ประเทศอังกฤษในรัชสมัยของพระเจ้าเจมส์ที่ 1 ทรงโปรดให้ผู้พิพากษาเข้าเฝ้าและทรงรับสั่งแก่ผู้พิพากษาทั้งหลายว่าหากมีคดีใด ๆ ที่พระองค์ทรงโปรดและสนพระทัย ก็ให้ผู้พิพากษานำคดีนั้น ๆ มาให้พระองค์ทรงพิจารณาวินิจฉัยด้วยพระองค์เอง โดยอ้างว่าอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจของพระผู้เป็นเจ้าและพระผู้เป็นเจ้าทรงมอบอำนาจดังกล่าวแก่พระเจ้าแผ่นดินตามที่ปรากฏในพระคัมภีร์ แต่เซอร์ เอ็ดเวิร์ด ค็อก (Sir Edward Coke) ซึ่งเป็นประธานศาลสูง (Chief Justice of The King's Bench) ได้กล่าวว่าพระมหากษัตริย์ไม่มีอำนาจที่จะกระทำเช่นนั้นและคดีทุกคดีต้องถูกพิจารณาโดยศาลยุติธรรม³⁷

³⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 16*, น. 33.

³⁷ อภิสิทธิ์ พรหมสวัสดิ์, "ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา," *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 22 เล่มที่ 3, น. 355-356 (กันยายน 2535).

สำหรับความเป็นอิสระของผู้พิพากษาของประเทศไทยในยุคสมบูรณาญาสิทธิราชย์ แม้อำนาจตุลาการจะรวมอยู่ในองค์พระมหากษัตริย์ก็ตาม พระมหากษัตริย์ก็ไม่ทรงเข้ามาก้าวล่วงอำนาจของตุลาการเลย ครั้งหนึ่งเสด็จในกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ทรงลาออกเพราะไม่พอพระทัยบางอย่าง ผู้พิพากษาจำนวนมากได้ลาออกตาม พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเรียกผู้พิพากษาไปสอบถามและเกลี้ยกล่อมให้กลับเข้ารับราชการ ผู้พิพากษาท่านหนึ่งชื่อขุนหลวงพระยาไกรสิทธิ์ เมื่อในหลวงทรงสอบถามว่า “แกรู้ไหมว่าใครเป็นคนตั้งแก” ขุนหลวงพระยาไกรสิทธิ์ตอบว่า “ใครตั้งคนนั้นก็รู้เอง” นอกจากนี้ เมื่อพระองค์ทรงสอบถามผู้พิพากษาท่านอื่น ๆ แต่ละท่านก็ตอบด้วยความมคคยไม่หวั่นไหว นับเป็นประวัติศาสตร์ครั้งแรกของเมืองไทยที่มีข้าราชการกระทำการทำนองประทุ้ง เพราะถือว่าผู้พิพากษาเป็นอิสระอย่างเต็มทีนั่นเอง³⁸

หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้นแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ ความเป็นอิสระในส่วนบุคคลและความเป็นอิสระในการะหน้าที่ โดยความเป็นอิสระในส่วนบุคคล หมายถึง การคุ้มครองมิให้ผู้พิพากษาถูกพิจารณาถอดถอนออกจากตำแหน่งหรือถูกโยกย้าย ส่วนความเป็นอิสระในการะหน้าที่ หมายถึง ผู้พิพากษาจะต้องยึดถือกฎหมายและมโนธรรมสำนึกเป็นหลักในการพิจารณาพิพากษาคดี ห้ามองค์กรอื่น ๆ แทรกแซง เว้นแต่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งเท่านั้น³⁹ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้กำหนดหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาทั้งในส่วนบุคคลและในการะหน้าที่ไว้ในมาตรา 249 ว่า

“ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษารรคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

การพิจารณาพิพากษารรคดีของผู้พิพากษาและตุลาการไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาตามลำดับชั้น

การจ่ายสำนวนคดีให้ผู้พิพากษาและตุลาการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติ

การเรียกคืนสำนวนคดีหรือการโอนสำนวนคดีจะกระทำมิได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่จะกระทบกระเทือนต่อความยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษารรคดี

³⁸ เฟิงอ้าง, น. 357.

³⁹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, "หลักแห่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในเยอรมัน," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 22 เล่มที่ 3, น. 367 (กันยายน 2535).

การโยกย้ายผู้พิพากษาและตุลาการโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิพากษาและตุลาการนั้นจะกระทำมิได้ เว้นแต่เป็นการโยกย้ายตามวาระตามที่กฎหมายบัญญัติ เป็นการเลื่อนตำแหน่งให้สูงขึ้น เป็นกรณีที่อยู่ในระหว่างดำเนินการทางวินัยหรือตกเป็นจำเลยในคดีอาญา”

นอกจากหลักการพื้นฐานของหลักนิติรัฐ 4 ประการดังกล่าวข้างต้น ตำราบางเล่ม⁴⁰จะอธิบายถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญว่าเป็นหลักการพื้นฐานของหลักนิติรัฐด้วยเช่นกัน ผู้เขียนมีความเห็นว่าหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญยังคงมีปัญหายอยู่ในบางประเทศ ดังนี้

(1) ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีการปกครองแบบจารีตประเพณี ไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร อาจจะมีอยู่บ้างก็ในรูปของพระราชบัญญัติและไม่แตกต่างหรือมีลำดับที่สูงกว่าพระราชบัญญัติทั่วไป ประกอบกับประเทศอังกฤษใช้หลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า “lex posterior derogat legi priori” ดังนั้น พระราชบัญญัติจึงสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีได้ ซึ่งแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษไม่ได้มีลำดับศักดิ์สูงกว่าพระราชบัญญัติ ประเทศอังกฤษจึงไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

(2) ประเทศฝรั่งเศส

รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสเป็นกฎหมายสูงสุด แต่องค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันได้แก่ตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (le Conseil Constitutionnel) ซึ่งทำหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่ควบคุมกฎหมายที่ได้ประกาศใช้แล้ว โดยศาลรัฐธรรมนูญพิพากษาว่าปัญหาว่ากฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ไม่ใช่ปัญหาที่สามารถโต้แย้งในตุลาการรัฐธรรมนูญได้ (คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ลงวันที่ 15 มกราคม 1960) หรือไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้อำนาจตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาว่ากฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ (คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ลงวันที่ 5 พฤษภาคม 1969) และชัดเจนที่สุดในคำพิพากษาลงวันที่ 27 กรกฎาคม 1978 โดยตุลาการรัฐธรรมนูญได้ตัดสินว่าความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของกฎหมายเหล่านี้ไม่สามารถตั้งเป็นประเด็นต่อตุลาการรัฐธรรมนูญได้ ไม่ว่าจะด้วยวิธีการต่อสู้ป้องกันในศาลธรรมดา เพราะตุลาการรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจจำกัด

⁴⁰ ไพรตดู บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 16, น. 36-37.

เฉพาะในกรณีที่มาตรา 61⁴¹ ของรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ให้สามารถตรวจสอบกฎหมายได้ก็แต่เฉพาะกรณีก่อนที่กฎหมายฉบับนั้นจะประกาศใช้⁴² ดังนั้น ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังกล่าวยังไม่สมบูรณ์และสอดคล้องกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง

(3) ประเทศเนเธอร์แลนด์

รัฐธรรมนูญของประเทศเนเธอร์แลนด์เป็นกฎหมายสูงสุด แต่รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้มืองค์กรเพื่อควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และยังห้ามการใช้อำนาจเช่นนั้นด้วย ดังที่มาตรา 60 บัญญัติว่า “เมื่อมีข้อถกเถียงระหว่างประเทศซึ่งทำโดยพระมหากษัตริย์และได้รับสัตยาบันจากรัฐสภาแล้ว ศาลยุติธรรม

⁴¹ มาตรา 61 ก่อนที่จะมีการประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญ และก่อนที่จะมีการบังคับใช้ข้อบังคับการประชุมสภา ให้ส่งร่างรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญและร่างข้อบังคับการประชุมสภาไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญและร่างข้อบังคับการประชุมสภาก่อน

เพื่อความมุ่งหมายอย่างเดียวกัน ก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวนหกสิบคน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคน อาจร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญนั้นก่อนได้

ในกรณีตามที่บัญญัติไว้ในสองวรรคก่อน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยภายในกำหนดระยะเวลาหนึ่งเดือน แต่ถ้ารัฐบาลร้องขอในกรณีเร่งด่วน ให้ร่นระยะเวลาดังกล่าวลงเหลือแปดวัน

ในกรณีเดียวกันข้างต้น การร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยมีผลทำให้ระยะเวลาสำหรับการประกาศใช้กฎหมายสะดุดหยุดอยู่

(แปลโดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548) น. 51.)

⁴² สมคิด เลิศไพฑูรย์ และบรรเจิด สิงคะเนติ, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญไทยตามมาตรา 264 และมาตรา 266, เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, เมษายน 2543, อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น. 211.

ไม่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของข้อตกลงนั้น” และมาตรา 131 บัญญัติว่า “บรรดากฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาและพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายและพระมหากษัตริย์ทรงประกาศใช้กฎหมายดังกล่าว กฎหมายทั้งหลายเหล่านั้นจะถูกยกเลิกมิได้”⁴³ ดังนั้น หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในประเทศเนเธอร์แลนด์ยังคงมีปัญหาในทางปฏิบัติ

(4) ประเทศไทย

พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ก็มีปัญหามิทางวิชาการว่าเป็นกฎหมายสูงสุดหรือไม่ เพราะมีชื่อว่าเป็นพระราชบัญญัติทำให้สถานะทางกฎหมายอาจจะมีได้สูงกว่าพระราชบัญญัติทั่ว ๆ ไป แต่มาตรา 31 วรรคสอง บัญญัติว่า “สิ่งใดซึ่งเป็นการฝ่าฝืนต่อคำสั่งหรือระเบียบการของคณะกรรมการราษฎรหรือกระทำให้โดยธรรมนูญไม่อนุญาตให้ทำได้ ให้ถือว่ากระนั้นเป็นโมฆะ” จึงน่าจะเป็นกฎหมายสูงสุดได้⁴⁴

อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้การฝ่าฝืนคำสั่งหรือระเบียบการของคณะกรรมการราษฎรเป็นโมฆะนั้นเป็นการจำกัดสิทธิบุคคลอื่นและคุ้มครองคณะกรรมการราษฎร ส่วนคำว่า “กระทำให้โดยธรรมนูญไม่อนุญาต” ก็เป็นเพียงข้อจำกัดอำนาจของคณะกรรมการราษฎรเอง และคณะกรรมการราษฎรก็อยู่ภายใต้สภาผู้แทนราษฎรดังที่มาตรา 28 บัญญัติว่า “คณะกรรมการราษฎรมีอำนาจและหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสภา” และมาตรา 29 บัญญัติว่า “สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจดูแลควบคุมกิจการของประเทศและมีอำนาจประชุมกันถอดถอนกรรมการราษฎรหรือพนักงานรัฐบาลผู้หนึ่งผู้ใดก็ได้” ดังนั้น มาตรา 31 วรรคสอง จึงเพียงแต่จำกัดขอบเขตอำนาจของคณะกรรมการราษฎรอีกชั้นหนึ่งเท่านั้น ไม่ได้จำกัดอำนาจการออกกฎหมายของสภาผู้แทนราษฎร เมื่อไม่มีข้อจำกัดอำนาจของสภาในการออกกฎหมาย รูปแบบที่เป็นเพียงพระราชบัญญัติ รวมทั้งเจตนารมณ์ของผู้ร่างที่ต้องการให้เป็นรัฐธรรมนูญชั่วคราว จึงน่าจะสรุปได้ว่าพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราวฉบับนี้ไม่ได้เป็นกฎหมายสูงสุด⁴⁵

จากข้อสังเกตในเรื่องหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นแสดงให้เห็นได้ว่าแม้บางประเทศจะปกครองโดยหลักนิติรัฐก็ตาม ประเทศเหล่านั้นอาจไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หรือในทางปฏิบัติยังไม่สอดคล้องกับหลักความเป็น

⁴³ วิษณุ เครืองาม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11, น. 680-681.

⁴⁴ เพิ่งอ้าง, น. 682.

⁴⁵ เพิ่งอ้าง, น. 682-683.

กฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

3. หลักการพื้นฐานของการเลือกตั้ง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การปกครองระบอบประชาธิปไตย คือ การปกครองที่อำนาจสูงสุดเป็นของประชาชนและเป็นการปกครองโดยประชาชน ซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยมี 2 รูปแบบ คือ ประชาธิปไตยโดยตรง และประชาธิปไตยโดยทางอ้อมหรือทางผู้แทน แต่เนื่องจากในปัจจุบันการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางตรงล้วน ๆ ไม่สามารถใช้ได้เพราะมีข้อจำกัดหลายประการ กรณีดังกล่าวจึงต้องให้การปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน⁴⁶ ซึ่งกระบวนการในการเลือกบุคคลเพื่อทำหน้าที่แทนประชาชนก็คือการเลือกตั้ง และการเลือกตั้งเป็นกลไกหรือวิถีทางการใช้อำนาจอธิปไตยหรือการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอ้างกล่าว โดยการใช้สิทธิเลือกตั้งเลือกผู้แทนที่มีนโยบายตรงกับความต้องการของตนเองเพื่อให้ได้ผู้แทนเข้าไปใช้อำนาจอธิปไตยแทนตนด้วยความชอบธรรม การเลือกตั้งจึงเป็นกระบวนการทางการเมืองที่สำคัญยิ่งต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน อย่างไรก็ตาม ประเทศที่ปกครองระบอบคอมมิวนิสต์หรือเผด็จการก็อาจจัดให้มีการเลือกตั้งได้เช่นกัน แต่จะมีผู้สมัครเพียงพรรคเดียวคือพรรคคอมมิวนิสต์ ดังนั้น การเลือกตั้งจึงเป็นเพียงเครื่องมือหรือวิธีการเพื่อให้ได้มาซึ่งผู้แทนของประชาชนเท่านั้น ไม่ได้หมายความว่า การเลือกตั้งคือประชาธิปไตยเสมอไป

3.1 หลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งที่เป็นประชาธิปไตย

การเลือกตั้งที่เป็นประชาธิปไตยจะต้องประกอบด้วยหลักการพื้นฐาน 5 ประการ⁴⁷ ดังนี้

⁴⁶ ประเทศที่ปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนมักจะใช้ประชาธิปไตยโดยทางตรงหรือประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมควบคู่กันไปด้วย หรือที่เรียกกันว่า “ประชาธิปไตยแบบผสม” เพื่อเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจอธิปไตยมากขึ้น เช่น การเสนอร่างกฎหมาย การทำประชามติ การถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

⁴⁷ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, การเลือกตั้งและพรรคการเมือง : บทเรียนจากเยอรมัน (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สุซุมและบุตร จำกัด, 2542), น. 21-29 และสมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2549), น. 148-150.

3.1.1 หลักการเลือกตั้งโดยเสรี (Freedom of Election)

หลักการเลือกตั้งโดยเสรีเป็นเงื่อนไขประการสำคัญของการเลือกตั้ง เพราะหากการเลือกตั้งไม่เป็นไปตามหลักข้อนี้แล้ว หลักเกณฑ์พื้นฐานของการเลือกตั้งข้ออื่น ๆ ก็จะหมดความหมายไปโดยปริยาย และการเลือกตั้งนั้นก็อาจจะเรียกได้ว่าเป็นการเลือกตั้งในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งหลักการเลือกตั้งโดยเสรีนี้เป็นไปตามหลักเสรีภาพ อันเป็นหลักการพื้นฐานประการหนึ่งของหลักประชาธิปไตย

หลักการเลือกตั้งโดยเสรี หมายความว่า ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งทุกคนย่อมใช้สิทธิของตนได้โดยปราศจากการใช้กำลังบังคับ หรือความกดดันทางจิตใจ หรือการใช้อิทธิพลใด ๆ ต่อการตัดสินใจ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อิทธิพลเหล่านี้จะมาจากฝ่ายใด ๆ ทั้งสิ้น ซึ่งหลักความเป็นอิสระหรือเสรีในการเลือกตั้งดังกล่าวต้องมีอยู่ในระหว่างการเลือกตั้งและภายหลังการเลือกตั้ง ทั้งนี้ ขอบเขตของหลักการเลือกตั้งโดยเสรีครอบคลุมถึงการเตรียมการเลือกตั้ง การหาเสียงเลือกตั้ง และสิทธิในการสมัครรับเลือกตั้งด้วย ดังนั้น การกำหนดให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งต้องสังกัดพรรคการเมืองจึงขัดต่อหลักการเลือกตั้งโดยเสรี และการคัดเลือกสมาชิกพรรคเข้าสมัครรับเลือกตั้งโดยไม่ได้กระทำในที่ประชุมสมาชิกพรรคก็ขัดต่อหลักการเลือกตั้งโดยเสรีเช่นกัน

สำหรับการใช้อิทธิพลโดยการใช้กำลังบังคับ หรือทำให้เกิดความกดดันดังที่กล่าวมาข้างต้นนั้น โดยทั่วไปแล้วก็หมายถึงการกระทำต่าง ๆ หรือเป็นการใช้อำนาจทางเศรษฐกิจหรืออำนาจทางสังคมที่เหนือกว่า เช่น ขวยโอกาสจากการที่มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งอยู่ในสภาพที่ต้องพึ่งพาอาศัยตนอยู่ ทำให้ผู้มีสิทธิออกเสียงนั้นต้องลงคะแนนเสียงไปในทางใดทางหนึ่งตามความต้องการของผู้ที่ขวยโอกาสนั้น การกระทำดังกล่าวนอกจากจะเป็นการกระทำที่เข้าองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว การกระทำเหล่านี้ยังเป็นเหตุพ้องให้ศาลสั่งให้การเลือกตั้งนั้น ๆ เป็นโมฆะได้อีกด้วย หากพิสูจน์ได้ว่าการกระทำนั้นมีอิทธิพลจนทำให้ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งไม่สามารถต้านทานความกดดันนั้น และไม่อาจเลือกอย่างเสรีได้ และการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนต่อหลักการเลือกตั้งโดยเสรีนี้ ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญด้วย

3.1.2 หลักการเลือกตั้งโดยทั่วไป (Universal Suffrage)

โดยหลักแล้ว ผู้ที่ถือสัญชาติทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะออกเสียงเลือกตั้ง กฎหมายเลือกตั้งไม่อาจที่จะจำกัดสิทธิของคนเหล่านี้ โดยอ้างสาเหตุความเป็นพลเมืองกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือสังกัดกลุ่มภาษาใดภาษาหนึ่ง และไม่อาจจำกัดสิทธิโดยอาศัยข้อพิจารณาทางการเมือง เศรษฐกิจ หรือสังคม ไม่ว่าจะเป็นเพศ เผ่าพันธุ์ ชาติพันธุ์ ศาสนา สถานะทางเศรษฐกิจ รายได้ จำนวนภาษีที่จ่าย

การถือสิทธิ สถานะทางการศึกษาหรือทางอาชีพ ความคิดเห็นทางการเมือง หรือการเป็นสมาชิกพรรคการเมือง เพื่อนำมาเป็นเกณฑ์ตัดสินบุคคลใดบุคคลหนึ่งว่ามีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งหรือไม่ ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งทุกคนต้องสามารถใช้สิทธิของตนได้ หากมีความประสงค์จะใช้สิทธิเลือกตั้ง

หลักการเลือกตั้งต้องเป็นการทั่วไปนี้ เป็นหลักเกณฑ์ย่อยที่อยู่ภายใต้หลักความเสมอภาค ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักการดังกล่าวจะเน้นรูปแบบเป็นพิเศษว่าพลเมืองทุกคนต้องสามารถที่จะใช้สิทธิโดยเท่าเทียมกันตามรูปแบบเท่าที่จะเป็นไปได้ และการใดที่ขัดต่อหลักการเลือกตั้งโดยทั่วไปแล้วย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญด้วยเสมอ

อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่า จะไม่มีการจำกัดสิทธิใด ๆ เลย เพียงแต่ว่าการจำกัดสิทธิซึ่งเป็นการขัดต่อหลักการเลือกตั้งโดยทั่วไปนี้ จะทำได้โดยไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อมีความจำเป็นที่อธิบายได้ กล่าวคือ ตามเนื้อหาแล้วต้องทำเช่นนั้นและการกระทำนั้นมิให้เหตุผลที่ดีสนับสนุน เช่น การไม่ให้สิทธิเลือกตั้งแก่เด็ก บุคคลวิกลจริตหรือมีจิตบกพร่อง ผู้ที่ต้องโทษจำคุก บุคคลที่ถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง เป็นต้น

3.1.3 หลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาค (Equal Suffrage)

หลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาค เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานของการเลือกตั้งที่มีความสำคัญในทางปฏิบัติมากที่สุด กล่าวคือ หลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาคมีวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับหลักการเลือกตั้งโดยทั่วไป และทำให้หลักการเลือกตั้งโดยทั่วไปมีความสมบูรณ์ขึ้นในแง่ที่ทำให้คะแนนเสียงแต่ละคะแนนของผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งได้มีโอกาสส่งผลในการเลือกตั้งอย่างเต็มที่ นอกจากนั้นแล้ว หลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาคนี้ยังเสริมหลักการเลือกตั้งโดยเสรีอีกด้วย

โดยที่หลักความเสมอภาคของการเลือกตั้งมุ่งเน้นให้ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งทุกคนใช้สิทธิออกเสียงเลือกตั้งของตนเพื่อแสดงความคิดเห็นของตนเองในอำนาจรัฐได้ หรือความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยที่มีความเท่าเทียมกันตามรูปแบบมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ซึ่งความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย หมายถึง ความเท่าเทียมกันในแง่ของการมีสิทธิต่าง ๆ และการมีโอกาสที่จะใช้สิทธิต่าง ๆ เหล่านั้น สิทธิที่จะเรียกร้องความเสมอภาคตามกฎหมายนั้น หมายถึง สิทธิที่จะเรียกร้องความเท่าเทียมกันในการที่จะมีสิทธิต่าง ๆ ได้ ถึงแม้ว่าจะมีอำนาจไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งทั้งหมดนี้ก็มาจากความคิดง่าย ๆ ที่ว่า หลักความเสมอภาคในทางกฎหมายจะไร้ประโยชน์ในทันที หากว่าบุคคลทุกคนมีอำนาจทางเศรษฐกิจและสังคมเท่าเทียมกันทุกกรณี

สำหรับความเสมอภาคในการเลือกตั้งนั้น คะแนนเสียงแต่ละคะแนนของผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งแต่ละคนลงไป จะต้องมีความเท่าเทียมกับคะแนนของผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งคนอื่น ๆ เสมอ ทั้งนี้

โดยคำนึงถึงกรอบของระบบการเลือกตั้งแต่ละระบบด้วย ซึ่งการพิจารณาค่าของคะแนนเสียงของแต่ละคนสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ คะแนนเสียงในแง่ของค่าการนับ และคะแนนเสียงในแง่ของค่าการส่งผลออกมาเป็นผู้แทน โดยระบบการเลือกตั้งแบบเสียงข้างมากรอบเดียว จะให้เฉพาะค่าการนับเท่านั้นที่เท่าเทียมกัน กล่าวคือ คะแนนของผู้ออกเสียงแต่ละคนจะถูกนับเป็นหนึ่งเท่ากัน แต่ระบบนี้จะให้ค่าการส่งผลของคะแนนแต่ละคะแนนออกมาเป็นผู้แทนในสภาที่ไม่เท่าเทียมกัน เพราะคะแนนที่ลงให้กับผู้สมัครรับเลือกตั้งที่ได้คะแนนรวมเป็นที่ 2 และถัด ๆ มาจะสูญเปล่า ขณะที่คะแนนที่ลงให้กับผู้สมัครรับเลือกตั้งที่ได้คะแนนรวมเป็นที่ 1 เท่านั้นที่จะส่งผลให้ผู้แทนผู้นี้เข้าสู่สภาได้ ในทางตรงกันข้ามกับระบบการเลือกตั้งตามสัดส่วนให้ได้ทั้งค่าการนับและค่าการส่งผลที่เท่าเทียมกัน กล่าวคือ คะแนนเสียงที่ลงไปแม้จะมีได้ลงให้กับพรรคที่ได้คะแนนรวมมากที่สุด ณ เวลานั้น ก็ยังช่วยผลักดันให้พรรคที่ได้รับคะแนนนั้นไปส่งผู้แทนเข้าสู่สภาได้ตามสัดส่วนของคะแนนที่พรรคได้รับ ดังนั้น หากการเลือกตั้งใช้ระบบการเลือกตั้งแบบใด ก็จะต้องดำเนินการเลือกตั้งให้สอดคล้องกับระบบที่ใช้นั้น จะนำมาตรฐานของระบบการเลือกตั้งแบบหนึ่งมาอ้างเพื่อลดมาตรฐานของระบบการเลือกตั้งอีกแบบหนึ่งไม่ได้

หลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาคมิได้ใช้กับการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งเท่านั้น หากแต่ใช้กับการเลือกตั้งทุกขั้นตอน กล่าวคือ การสมัครรับเลือกตั้ง การเตรียมการเลือกตั้ง การหาเสียง การนับคะแนน ตลอดจนการแบ่งจำนวนที่นั่งในรัฐสภาให้แก่พรรคต่าง ๆ

นอกจากนี้ หลักที่พัฒนาต่อมาจากหลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาคก็คือ หลักความเท่าเทียมกันในแง่ของโอกาส ซึ่งหลักนี้กำหนดให้พรรคการเมืองทุกพรรคและผู้สมัครอิสระทุกคนมีโอกาสเท่าเทียมกันในการหาเสียงและในทุกขั้นตอนของการเลือกตั้ง เพื่อให้มีโอกาสที่เท่าเทียมกันในการแข่งขันเพื่อรับคะแนนเสียงจากประชาชน และหลักนี้ยังมีบทบาทอย่างมากเพราะใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณากรณีการแบ่งเวลาให้หาเสียงทางวิทยุ โทรทัศน์ของรัฐ การอนุญาตให้ใช้ห้องประชุมหรือสถานที่สาธารณะในการหาเสียง การปิดโปสเตอร์หาเสียงตามท้องถนน ตลอดจนการชดเชยค่าใช้จ่ายในการหาเสียงที่รัฐจ่ายให้แก่พรรคการเมืองต่าง ๆ ด้วย

3.1.4 หลักการเลือกตั้งโดยลับ (Secret Vote)

หลักการเลือกตั้งโดยลับเป็นสาระสำคัญของการเลือกตั้งในระบบประชาธิปไตย และเป็นตัวคุ้มกันหลักการเลือกตั้งโดยเสรี เพราะหากการเลือกตั้งไม่เป็นไปโดยลับแล้ว การเลือกตั้งก็ไม่อาจที่จะเป็นการเลือกตั้งโดยเสรีได้ หลักการเลือกตั้งโดยลับนี้ให้ความคุ้มครองทั้งผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งแต่ละคนและผลประโยชน์ส่วนรวมด้วย

ตามหลักการเลือกตั้งโดยลับแล้ว จะต้องดำเนินการเลือกตั้งโดยไม่ให้ผู้ใดทราบได้เลยว่าผู้ลงคะแนนออกเสียงเลือกตั้งแต่ละคนตัดสินใจเลือกใคร แม้ว่าตัวผู้เลือกเองจะไม่ประสงค์ให้การเลือกของตนเป็นความลับ ก็ไม่อาจปฏิเสธหลักนี้ได้ และต้องดำเนินการเลือกตั้งของตนไปตามข้อบังคับทั้งหลายที่ออกมาเพื่อการรักษาความลับของการเลือกตั้งทุกประการ ทั้งนี้ เพื่อให้แน่ใจได้ว่าผู้เลือกตั้งปลอดภัยจากการถูกข่มขู่ ซึ่งอาจจะขึ้นภายหลังการเลือกตั้งได้

3.1.5 หลักการเลือกตั้งโดยตรง (Direct Vote)

โดยที่หลักอำนาจสูงสุดเป็นของประชาชนเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งของระบอบประชาธิปไตย ดังนั้น อำนาจอธิปไตยทั้งหลายจึงมีความเชื่อมโยงกับประชาชน โดยประชาชนจะเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรงในการเลือกตั้ง และการเลือกตั้งจะเป็นไปตามหลักการเลือกตั้งโดยตรงก็ต่อเมื่อการออกเสียงลงคะแนนของผู้มีสิทธิเลือกตั้งต้องส่งผลโดยตรงในการตัดสินว่าผู้สมัครคนใดเป็นผู้ได้รับการเลือกตั้ง ซึ่งแตกต่างจากการเลือกตั้งโดยทางอ้อมที่ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งเลือกบุคคลหรือคณะบุคคลเพื่อทำหน้าที่เลือกตั้งแทนตน (Election College)⁴⁸ ประเทศไทยเคยมีการเลือกตั้งผู้แทนราษฎรโดยอ้อมเพียงครั้งเดียวคือ การเลือกตั้งทั่วไปครั้งที่ 1 เมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน 2476 หลังจากนั้นเป็นต้นมาประเทศไทยใช้วิธีการเลือกตั้งโดยตรงมาตลอด

นอกจากหลักการพื้นฐานทั้ง 5 ประการแล้ว นักวิชาการบางท่าน⁴⁹ เห็นว่ายังมีหลักการอื่น ๆ อีก ซึ่งเป็นไปตามข้อ 21 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ

⁴⁸ การเลือกตั้งโดยทางอ้อมขัดกับหลักประชาธิปไตย เพราะผู้แทนราษฎรไม่ได้รับเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย แต่ได้รับเลือกมาจากกลุ่มบุคคลเพียงไม่กี่คน ดังนั้น เพื่อเป็นการตรวจสอบว่าตัวแทนที่ได้รับการคัดเลือกเข้าปะนั้น ได้ปฏิบัติหน้าที่ตรงตามเจตนารมณ์ที่ประชาชนมอบความไว้วางใจให้ไปหรือไม่ ประเทศที่ใช้วิธีการเลือกตั้งโดยอ้อมก็อาจจัดให้มีการเลือกตั้งโดยตรงไปด้วยในขณะเดียวกัน เช่น การเลือกตั้งประธานาธิบดีในประเทศสหรัฐอเมริกา

⁴⁹ คำรวิ บุญระนนท์, กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยกฎหมายเลือกตั้งและกฎหมายพรรคการเมือง (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด บี.เจ.เพลท โปรเซสเซอร์, 2539), น. 59-62; วิชา ไชยสาร ระบบการเลือกตั้งกับการเมืองไทยยุคใหม่ พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด บี.เจ.เพลท โปรเซสเซอร์, 2544), น. 12-13 และหยุด แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

ค.ศ. 1948 ได้แก่ หลักการเลือกตั้งตามกำหนดระยะเวลา (Periodic Election) หมายความว่า การเลือกตั้งจะต้องกระทำอยู่เสมอตามกำหนดระยะเวลา ซึ่งเรียกว่า “วาระของการดำรงตำแหน่ง” โดยจะต้องมีการกำหนดระยะเวลาของการดำรงตำแหน่งของผู้แทนว่าจะอยู่ในตำแหน่งกี่ปี และเมื่อครบวาระแล้วก็ต้องมีการจัดการเลือกตั้งใหม่ตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเลือกตั้งกำหนด และหลักการเลือกตั้งอย่างแท้จริง (Genuine Election) คือ การจัดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการเลือกตั้ง เช่น การเป็นกรรมการตรวจนับคะแนน หรือการคัดค้านเพื่อให้มีการเลือกตั้งใหม่ได้ โดยกำหนดให้องค์กรตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยว่าการเลือกตั้งเป็นไปโดยชอบหรือไม่

3.2 หลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งในรัฐธรรมนูญไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 104 วรรคสาม และ มาตรา 123 วรรคสอง กำหนดให้การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาใช้วิธีการลงคะแนนเสียงโดยตรงและลับ ซึ่งเป็นไปตามหลักการพื้นฐานของการเลือกตั้ง 2 ประการ คือ หลักการเลือกตั้งโดยตรง และหลักการเลือกตั้งโดยลับ กล่าวคือ การเลือกตั้งโดยตรงเป็นกรณีที่ผู้มีสิทธิเลือกตั้งเลือกผู้แทนของตนได้โดยตรง และผลของคะแนนเสียงเป็นตัวกำหนดว่าผู้สมัครรับเลือกตั้งคนใดหรือพรรคการเมืองใดได้รับการเลือกตั้ง ส่วนการเลือกตั้งโดยใช้วิธีการลงคะแนนเสียงแบบลับ เป็นการออกเสียงเลือกตั้งโดยไม่ให้ผู้ใดทราบได้เลยว่าผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งแต่ละคนตัดสินใจเลือกใคร ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการป้องกันการใช้อิทธิพลบังคับหรือกระทำการใด ๆ ให้ลงคะแนนเสียงตามที่ต้องการ อันเป็นวิธีการเพื่อให้การเลือกตั้งเป็นไปโดยเสรี ดังนั้น แม้ว่ารัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดโดยชัดแจ้งในเรื่องหลักการเลือกตั้งโดยเสรี แต่การกำหนดให้การเลือกตั้งเป็นการลงคะแนนเสียงโดยลับก็เท่ากับว่าเป็นการแสดงให้เห็นถึงการเลือกตั้งโดยเสรีด้วย

หลักการเลือกตั้งโดยทั่วไป ปรากฏในมาตรา 105 ที่กำหนดให้ผู้มีสัญชาติไทยทุกคนมีสิทธิเลือกตั้ง ซึ่งการกำหนดคุณสมบัติอื่น ๆ นอกจากการเป็นผู้มีสัญชาติไทย เช่น ต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ และต้องมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านในเขตเลือกตั้งมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 90 วัน นับถึงวันเลือกตั้ง ก็เป็นกรณีที่ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากเป็นการจำกัดสิทธิในการเลือกตั้งที่มีเหตุผลและสามารถอธิบายได้

ส่วนหลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาคบัญญัติอยู่ในมาตรา 104 วรรคหนึ่ง และมาตรา 123 วรรคหนึ่ง กล่าวคือ ในกรณีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รัฐธรรมนูญกำหนดให้ผู้มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนเลือกตั้งสามารถเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งแบบบัญชีรายชื่อได้บัญชีเดียวและแบบแบ่งเขตเลือกตั้งได้หนึ่งคน ส่วนการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา รัฐธรรมนูญกำหนดให้ผู้มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนเลือกตั้งสามารถเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งในเขตเลือกตั้งได้หนึ่งคน ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนเลือกตั้งมีคะแนนเสียงหนึ่งเสียงเท่ากัน อันเป็นไปตามหลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาค นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังได้บัญญัติหลักโอกาสที่เท่าเทียมกันของพรรคการเมืองหรือผู้สมัครรับเลือกตั้ง ซึ่งเป็นหลักการที่พัฒนามาจากหลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาค เช่น การจัดสถานที่หาเสียง การจัดสรรเวลาออกอากาศทางวิทยุและโทรทัศน์ การปิดประกาศเกี่ยวกับการเลือกตั้ง ไว้ในมาตรา 113 โดยบัญญัติให้การกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการดำเนินการเป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา

สำหรับหลักการพื้นฐานการเลือกตั้งอื่น ๆ เช่น หลักการเลือกตั้งตามกำหนดระยะเวลา เป็นไปตามมาตรา 114 และมาตรา 130 คือ สภาผู้แทนราษฎรมีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี ส่วนวุฒิสภามีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี ซึ่งเมื่อครบกำหนดวาระดังกล่าวก็ต้องจัดให้มีการเลือกตั้งใหม่ เว้นแต่จะมีการยุบสภา และหลักการเลือกตั้งอย่างแท้จริง ตัวอย่างเช่น การกำหนดให้มีการคัดค้านการเลือกตั้งตามมาตรา 94 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541

3.3 หลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งในทางปฏิบัติ

ในทางปฏิบัติ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองได้วินิจฉัยเกี่ยวกับหลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งไว้ดังนี้

(1) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549

กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 ว่าการดำเนินการของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไป ตั้งแต่วันที่ 2 เมษายน 2549 จนถึงปัจจุบัน มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ข้อเท็จจริง

เหตุแห่งคำร้องในคดีนี้มีจำนวน 4 ข้อ แต่เหตุที่เกี่ยวข้องกับหลักการพื้นฐานของการเลือกตั้ง คือ เหตุแห่งคำร้องข้อ 1 ที่ว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งให้ความเห็นในเรื่องการกำหนดระยะเวลาสำหรับการเตรียมการจัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร อันนำไปสู่การประกาศกำหนดวันเลือกตั้งในพระราชกฤษฎีกายกสภาผู้แทนราษฎรโดยไม่เหมาะสมและไม่เที่ยงธรรม ขัดกับหลักการเรื่องความเป็นกลางในการเมืองของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 136 และขัดกับหลักการเรื่องการควบคุมและดำเนินการจัดให้มีการเลือกตั้งให้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 144 และเหตุแห่งคำร้องข้อ 2 ที่ว่าการจัดคูหาเลือกตั้งที่ให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งหันหน้าเข้าคูหาลงคะแนนและหันหลังให้คณะกรรมการประจำหน่วยเลือกตั้งและประชาชนผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งกับบุคคลภายนอกที่มาสังเกตการณ์การเลือกตั้งหน้าหน่วย เป็นการละเมิดหลักการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง ซึ่งจะต้องดำเนินการโดยใช้วิธีการออกเสียงลงคะแนนโดยตรงและลับ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 104 วรรคสาม

คำวินิจฉัย

เหตุแห่งคำร้องข้อ 1 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า แม้ว่าการกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะเป็นการกำหนดโดยรัฐบาลเนื่องจากเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว แต่การกำหนดวันเลือกตั้งมีความสัมพันธ์กับการจัดการการเลือกตั้งซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจไว้ และมีกำหนดระยะเวลาที่คณะกรรมการการเลือกตั้งต้องดำเนินการในกระบวนการจัดการเลือกตั้งหลายประการ การกำหนดวันเลือกตั้งที่รัฐบาลจะต้องกำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกายกสภาผู้แทนราษฎรจึงจำเป็นต้องประสานงานกับคณะกรรมการการเลือกตั้งก่อน ทั้งนี้ เมื่อกำหนดวันเลือกตั้งแล้ว การดำเนินการเกี่ยวกับการควบคุมและดำเนินการจัดหรือจัดให้มีการเลือกตั้งก็จะเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ การมีส่วนเกี่ยวข้องในการกำหนดวันเลือกตั้ง รวมทั้งการที่ประธานกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้รักษาการตามพระราชกฤษฎีกายกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ร่วมกับนายกรัฐมนตรี คณะกรรมการการเลือกตั้งจึงเป็นองค์กรที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการตราพระราชกฤษฎีกาและต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามพระราชกฤษฎีกายกสภาผู้แทนราษฎรดังกล่าว ซึ่ง “พระราชกฤษฎีกา” ได้ตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 116 และมาตรา 221 อยู่ในความหมายของคำว่า “กฎ” ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 198 ดังนั้น เมื่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอคำร้อง โดยมีเหตุแห่งคำร้องข้อ 1 เกี่ยวกับคณะกรรมการการเลือกตั้งให้ความเห็นในเรื่องการกำหนดระยะเวลาสำหรับการเตรียมการจัดการเลือกตั้งอันนำไปสู่การประกาศกำหนด

วันเลือกตั้งในพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร จึงเป็นการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกา ซึ่งเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 ศาลรัฐธรรมนูญจึงรับพิจารณาวินิจฉัยเหตุแห่งคำร้องข้อนี้

พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ประกอบด้วยบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญสองส่วนคือ ส่วนที่หนึ่ง มาตรา 3 บัญญัติให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ และส่วนที่สอง มาตรา 4 กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปในวันที่ 2 เมษายน 2549 บทบัญญัติในส่วนหนึ่งที่ให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรนั้น ถือว่าเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ ส่วนบทบัญญัติในส่วนที่สองซึ่งเป็นการกำหนดวันเลือกตั้งนั้น เนื่องจากการจัดการเลือกตั้งเป็นการใช้อำนาจรัฐเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งผู้แทนของปวงชนเข้าไปปกครองประเทศตามการปกครองระบอบประชาธิปไตยในระบอบรัฐสภาตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้นหากมีปัญหาเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจในการดำเนินการเกี่ยวกับการเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ก็ย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรฝ่ายตุลาการ รวมทั้งกรณีที่มีการกล่าวอ้างว่าการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่ยุติ ซึ่งมีความหมายเพียงเป็นการยุติโดยองค์กรอื่นที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามที่คณะกรรมการการเลือกตั้งวินิจฉัยเท่านั้น ไม่ได้หมายความว่า เป็นที่ยุติโดยไม่ต้องถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ทั้งนี้ เพราะคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ได้เป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้ใช้อำนาจตุลาการตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้

การที่พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 เมษายน 2549 ซึ่งเป็นระยะเวลาหลังจากพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรฯ ใช้บังคับจำนวน 37 วัน นั้น การกำหนดวันเลือกตั้งดังกล่าว เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 116 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติให้กำหนดวันเลือกตั้งภายใน 60 วัน ดังนั้นรัฐบาลและคณะกรรมการการเลือกตั้งจึงได้ดำเนินการในส่วนของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 มาตรา 4 ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 116 วรรคสองแล้ว ส่วนผลที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการของคณะกรรมการการเลือกตั้งเพื่อให้การเลือกตั้งเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว มิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม โดยมีข้อพิจารณาดังนี้

เมื่อพิจารณาข้อมูลการใช้สิทธิเลือกตั้งที่ปรากฏจำนวนบัตรที่ไม่ประสงค์ลงคะแนน ประมาณครึ่งหนึ่งของจำนวนบัตรที่มีผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งที่เป็นบัตรดี และหากรวมจำนวนบัตรที่ไม่ประสงค์ลงคะแนนเข้ากับบัตรเสียแล้วก็จะเกินครึ่งหนึ่งของจำนวนบัตรที่มีผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งที่

เป็นบัตรดี รวมทั้งข้อมูลการดำเนินการเลือกตั้งในวันที่ 2 เมษายน 2549 ปรากฏชัดเจนว่ามีเขตเลือกตั้งหลายเขตที่มีผู้สมัครรับเลือกตั้งเพียงคนเดียวจากพรรคการเมืองเดียวซึ่งเป็นพรรคที่ส่งผู้สมัครรับเลือกตั้งทุกเขตเลือกตั้ง คือ พรรคไทยรักไทย และผู้สมัครรับเลือกตั้งนั้นไม่ได้คะแนนเสียงตามที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 มาตรา 74 บัญญัติไว้ ประกอบกับความผิดปกติของผลการเลือกตั้งส่งผลให้การปกครองในระบบประชาธิปไตยโดยประชาชนเลือกผู้แทนเข้าไปปกครองประเทศ นั้นไม่อาจเป็นไปดังเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ต้องการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบอำนาจรัฐเพิ่มขึ้น ตลอดจนปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองให้มีเสถียรภาพและประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยคำนึงถึงความคิดเห็นของประชาชนเป็นสำคัญ การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปที่ได้ดำเนินการตามพระราชกฤษฎีกายกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 เฉพาะในส่วนมาตรา 4 ที่กำหนดวันเลือกตั้งทั่วไป นี้ จึงเป็นการเลือกตั้งที่ไม่เที่ยงธรรมและไม่เป็นประชาธิปไตยอย่างแท้จริง เนื่องจากผู้สมัครรับเลือกตั้งไม่ได้รับเลือกตั้งจากประชาชนอย่างแท้จริงตามระบบประชาธิปไตย ดังนั้น แม้พระราชกฤษฎีกายกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 จะตราขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และคณะกรรมการการเลือกตั้งจะได้ดำเนินการเลือกตั้งไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง แต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตามพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวก็ทำให้เกิดผลการเลือกตั้งที่ไม่เที่ยงธรรม ไม่ได้ผู้แทนอย่างแท้จริงตามระบบประชาธิปไตย อันนำไปสู่การเลือกตั้งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 2 มาตรา 3 และมาตรา 144 วรรคหนึ่ง

เหตุแห่งคำร้องข้อ 2 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การจัดหาเลือกตั้งในลักษณะอย่างไวกก็ตาม จะต้องมีการพิจารณาเห็นชอบร่วมกันของคณะกรรมการการเลือกตั้ง การพิจารณาเห็นชอบย่อมต้องเป็น “มติ” ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง และการจัดหาเลือกตั้งตามมติดังกล่าวมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป อันมีลักษณะเป็นกฎที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ ซึ่งอยู่ในความหมายของคำว่า “กฎ” ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 198 จึงเป็นการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎตามรัฐธรรมนูญมาตรา 198 ศาลรัฐธรรมนูญจึงรับพิจารณาวินิจฉัยเหตุแห่งคำร้องข้อนี้

คณะกรรมการการเลือกตั้งได้มีมติให้จัดหารูปแบบใหม่โดยมีการศึกษาข้อดีข้อเสีย รวมทั้งข้อร้องเรียนต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการจัดรูปแบบเดิมจากการเลือกตั้งที่ผ่านมา และได้ศึกษาดูงานการเลือกตั้งของต่างประเทศด้วย แสดงถึงเจตนาของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการจัด

คูหารูปแบบใหม่โดยสุจริตและมุ่งหมายให้เกิดความเที่ยงธรรม แต่เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 มาตรา 14 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “คณะกรรมการประจำหน่วยเลือกตั้งตามมาตรา 13 (1) ให้ประกอบด้วยประธานกรรมการหนึ่งคน และกรรมการสองคนซึ่งคณะกรรมการการเลือกตั้งประจำเขตเลือกตั้งแต่งตั้ง และผู้แทนพรรคการเมืองที่ส่งผู้สมัครรับเลือกตั้งในเขตเลือกตั้งนั้น หรือที่ส่งสมัครแบบบัญชีรายชื่อเป็นกรรมการ” ประกอบกับข้อกำหนดคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการแต่งตั้งและวิธีปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการประจำหน่วยเลือกตั้งในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ข้อ 4 ซึ่งกำหนดว่า “คณะกรรมการประจำหน่วยเลือกตั้งต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าเจ็ดคน มีหน้าที่เกี่ยวกับการลงคะแนนเลือกตั้งในที่เลือกตั้งของหน่วยเลือกตั้งแต่ละแห่ง ประกอบด้วยประธานกรรมการหนึ่งคน และกรรมการสองคนซึ่งคณะกรรมการการเลือกตั้งประจำเขตเลือกตั้งแต่งตั้ง และผู้แทนพรรคการเมืองที่ส่งผู้สมัครรับเลือกตั้งในเขตเลือกตั้งนั้น หรือที่ส่งสมัครแบบบัญชีรายชื่อเป็นกรรมการประจำหน่วยเลือกตั้ง” ประกอบคำชี้แจงของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ว่า การจัดคูหารูปแบบใหม่นี้ ก็เพื่อให้คณะกรรมการประจำหน่วยเลือกตั้งสามารถสังเกตพฤติกรรมของผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งขณะลงคะแนนได้แล้ว เห็นว่า รูปแบบการจัดคูหาเลือกตั้งในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเมื่อวันที่ 2 เมษายน 2549 นั้น ทำให้การลงคะแนนของผู้มีสิทธิเลือกตั้งอยู่ในระยะห่างที่กรรมการการเลือกตั้งประจำเขตเลือกตั้ง อันมีผู้แทนพรรคการเมืองที่ส่งผู้สมัครรับเลือกตั้งในเขตเลือกตั้งนั้นหรือที่ส่งสมัครแบบบัญชีรายชื่อ ซึ่งถือว่าเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้งร่วมเป็นกรรมการอยู่ด้วย และอยู่ในวิสัยที่สามารถมองเห็นการลงคะแนนของผู้มีสิทธิเลือกตั้งได้ การจัดคูหารูปแบบใหม่นี้จึงมีผลทำให้การลงคะแนนเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรดังกล่าวไม่เป็นการลงคะแนนโดยลับ ตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 104 วรรคสาม บัญญัติไว้

(2) คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 607-608/2549

กรณีฟ้องว่าการจัดคูหาเลือกตั้งแบบใหม่ที่ทำให้ผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งหันหน้าไปทางผนังกันที่เลือกตั้ง ทำให้การใช้สิทธิเลือกตั้งไม่เป็นการลับตามมาตรา 104 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

ข้อเท็จจริง

ในการประชุมของคณะกรรมการการเลือกตั้ง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ครั้งที่ 75/2548 เมื่อวันที่ 13 มิถุนายน 2548 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีมติในการดำเนินการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นในวันที่ 31 กรกฎาคม 2548 ให้ปรับแผนผังที่เลือกตั้ง โดยการจัดเรียงคูหาเลือกตั้งให้ผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งหันหน้าไปทางผนังกันที่เลือกตั้งจากเดิมที่หันหลังให้ และปิดประกาศ

รายชื่อผู้สมัครสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นไว้ที่ผนังหรือวัสดุอย่างอื่นที่ใช้กับที่เลือกตั้ง เพื่อให้ผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งสามารถตรวจสอบหมายเลขประจำตัวของผู้สมัครสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นได้อย่างถูกต้อง ต่อมาได้มีพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งใหม่ โดยกำหนดให้มีการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 เมษายน 2549 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีการประชุมครั้งที่ 28/2549 และมีมติให้ปรับปรุงการจัดเรียงคูหาลงคะแนนในที่เลือกตั้ง โดยจัดเรียงคูหาลงคะแนนในลักษณะเดียวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และเลขาธิการคณะกรรมการการเลือกตั้ง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3) จัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 เมษายน 2549 ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบเอ็ดได้ไปใช้สิทธิเลือกตั้งแล้วเห็นว่าการจัดคูหาเลือกตั้งตามมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดังกล่าวไม่เป็นการลับ อันขัดต่อมาตรา 104 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่บัญญัติว่าการเลือกตั้งให้ใช้วิธีออกเสียงลงคะแนนโดยตรงและลับ เพราะการจัดคูหาดังกล่าวทำให้บุคคลอื่นมองเห็นและสามารถรู้หรือคาดหมายได้ว่าผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งลงคะแนนให้แก่ผู้สมัครรับเลือกตั้งรายใด หรือใช้สิทธิไปในทางใด ประกอบกับการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถึงที่ 3 นำภาพถ่ายและหมายเลขของผู้สมัครรับเลือกตั้งติดไว้ด้านในคูหาเลือกตั้งเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนการเลือกตั้งในวันที่ 2 เมษายน 2549 และมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เกี่ยวกับการจัดคูหาเลือกตั้งที่ให้ผู้สิทธิเลือกตั้งหันหน้าไปทางผนังหรือฉากกั้น

คำวินิจฉัย

การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถึงที่ 3 ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 ออกกฎและบังคับใช้กฎหมายและกฎ ย่อมเป็นการใช้อำนาจทางปกครองทำนองเดียวกันกับการที่คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี หน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลใช้อำนาจออกกฎและบังคับใช้กฎหมายและกฎในการดำเนินกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายต่าง ๆ กำหนด ทั้งนี้ ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2549 เมื่อคำนึงถึงลักษณะของการใช้อำนาจแล้ว จึงต้องถือว่าในการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถึงที่ 3 เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐและหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และคดีพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจดังกล่าว เป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่เป็นการเลือกตั้งอย่างแท้จริงหรือการเลือกตั้งที่มีผลเป็นการแสดงเจตจำนงทางการเมืองของราษฎรส่วนใหญ่ของประเทศอย่างแท้จริง เป็นสาระสำคัญของการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน ซึ่งการเลือกตั้งอย่างแท้จริง หมายถึง การเลือกตั้งที่ผู้มีสิทธิเลือกตั้งออกเสียงลงคะแนนเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งโดยอิสระ ไม่มีการบังคับ ชูเชื้อ จ้างวาน หรือตกอยู่ภายใต้อิทธิพลใด ๆ ไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม และก็เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า เงื่อนไขประการหนึ่งในหลาย ๆ ประการที่จะทำให้การเลือกตั้งเป็นไปโดยอิสระ คือ การให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งออกเสียงลงคะแนนลับ โดยการออกเสียงลงคะแนนลับ หมายถึง การออกเสียงลงคะแนนซึ่งผู้เลือกตั้งรู้สึกว่าจะไม่มีบุคคลหนึ่งบุคคลใดนอกจากตัวผู้เลือกตั้งเอง สามารถเห็นได้ว่าผู้เลือกตั้งออกเสียงลงคะแนนหรือไม่ และออกเสียงลงคะแนนเลือกบัญชีรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งบัญชีใด หรือผู้สมัครรับเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งคนใด การออกเสียงลงคะแนนที่ผู้เลือกตั้งรู้สึกว่าบุคคลภายนอกสามารถรู้เห็นได้ว่าผู้เลือกตั้งออกเสียงลงคะแนนเลือกบัญชีรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งบัญชีใด หรือผู้สมัครรับเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งคนใด ไม่ใช่การออกเสียงลงคะแนนลับ เนื่องจากผู้เลือกตั้งขาดอิสระที่จะออกเสียงลงคะแนนตามความรู้สึกผิดชอบของตนและเป็นการเลือกตั้งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาห์แผนผัง ภาพถ่ายในหนังสือพิมพ์ ภาพถ่ายจากแผ่นบันทึกภาพและเสียง (VCD) ประกอบกับบัตรเลือกตั้งที่มีช่องทำเครื่องหมายว่าไม่ประสงค์จะลงคะแนนอยู่ตรงมุมขวามือด้านล่างของบัตรเลือกตั้ง และมีผู้สมัครรับเลือกตั้งจำนวนน้อยหมายเลขแล้ว เชื่อได้โดยปราศจากข้อสงสัยว่าเจ้าหน้าที่ประจำหน่วยเลือกตั้งและผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งที่กำลังยื่นรอเข้าไปออกเสียงลงคะแนนในคูหาเลือกตั้ง ตลอดจนผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งที่ได้ออกเสียงลงคะแนนแล้วและยืนอยู่บริเวณนอกหน่วยเลือกตั้งสามารถสังเกตเห็นพฤติกรรมของผู้ที่กำลังออกเสียงลงคะแนนอยู่ในคูหาเลือกตั้ง และทราบหรือคาดเดาได้โดยง่ายว่าผู้นั้นได้ทำเครื่องหมายกากบาทลงในช่องใด อีกทั้งเมื่อพิจารณาผลการสำรวจความคิดเห็นของประชาชนและสื่อมวลชนของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ตามคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่แสดงว่าผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งส่วนมากต่างก็รู้สึกว่าการออกเสียงลงคะแนนของตนไม่เป็นความลับ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีมติกำหนดให้ดำเนินการปรับแผนผังที่เลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในวันที่ 2 เมษายน 2549 โดยจัดเรียงคูหาเลือกตั้งจากเดิมที่ให้ผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งหันหลังให้ผนังหรือจากกันที่เลือกตั้งมาเป็นให้ผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งหันหน้าไปทางผนังหรือจากกันที่เลือกตั้ง และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ดำเนินการให้เป็นไปตามมติดังกล่าวในทุกหน่วยเลือกตั้ง จึงเป็นการกระทำที่ทำให้การออกเสียงลงคะแนนไม่เป็นไปโดยลับทั้งในทางข้อเท็จจริงและในความรู้สึกของผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้ง อันเป็นการไม่ชอบด้วย

มาตรา 104 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และเป็นเหตุให้การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในวันที่ 2 เมษายน 2549 ไม่ชอบด้วยบทบัญญัติดังกล่าวเช่นกัน

จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาศาลปกครองกลางดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นที่จะต้องพิจารณาในเรื่องเขตอำนาจศาลประการหนึ่ง และในเรื่องการจัดดูหาเลือกตั้งอีกประการหนึ่ง ซึ่งมีข้อพิจารณาตามลำดับดังนี้

(1) กรณีเขตอำนาจศาล

การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 เป็น “พระราชกฤษฎีกา” ที่ตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 116 และมาตรา 221 อยู่ในความหมายของคำว่า “กฎ” ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 198 ดังนั้น เมื่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอคำร้องโดยมีเหตุแห่งคำร้องข้อ 1 เกี่ยวกับคณะกรรมการการเลือกตั้งให้ความเห็นในเรื่องการกำหนดระยะเวลาสำหรับการเตรียมการจัดการเลือกตั้งอันนำไปสู่การประกาศกำหนดวันเลือกตั้งในพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร จึงเป็นการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกา ซึ่งเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 ศาลรัฐธรรมนูญจึงรับพิจารณาวินิจฉัยเหตุแห่งคำร้องข้อนี้ ผู้เขียนเห็นว่าพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 เป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจการตรวจสอบขององค์กรตุลาการใดเลย ส่วนการกำหนดวันเลือกตั้งก็เป็นดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายบริหารที่ไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลเช่นเดียวกัน ซึ่งศาลปกครองสูงสุดก็ได้วินิจฉัยไว้ว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง หมายถึง คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติ แต่ในกรณีของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 นั้น เป็นกลไกอย่างหนึ่งในการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 116 ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ เพียงแต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การยุบสภาผู้แทนราษฎรกระทำในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา การยุบสภาผู้แทนราษฎรจึงมิใช่พระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี

ปกครอง พ.ศ. 2542 คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาพิพากษาได้⁵⁰

นอกจากนี้ แม้รัฐธรรมนูญมาตรา 198 ไม่ได้กำหนดโดยชัดแจ้งว่าให้ศาลใดมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎ แต่เป็นที่ทราบกันว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติ ส่วนศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎ อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของเขตอำนาจศาลกรณีดังกล่าวได้มีการแก้ไขเพื่อให้เกิดความชัดเจนขึ้นโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 238 ของร่างรัฐธรรมนูญที่อยู่ในระหว่างการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชน⁵¹

(2) กรณีการจัดคุหาเลือกตั้ง

โดยหลักแล้วการจัดให้มีคุหาสำหรับลงคะแนนเลือกตั้งถือเป็นการแสดงเจตนาเพียงพอที่จะให้การเลือกตั้งนั้นเป็นการเลือกตั้งโดยลับ⁵² และเมื่อพิจารณาจากข้อมูลในคำให้การของคณะกรรมการการเลือกตั้งแล้วจะพบว่าการจัดคุหาในลักษณะดังกล่าวได้ใช้ในการเลือกตั้งสมาชิกองค์การบริหารส่วนตำบลและนายกองค์การบริหารส่วนตำบลเมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม 2548 ซึ่งไม่

⁵⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.3/2549 ที่ พ.24/2549 ที่ พ.25/2549 ที่ พ.26/2549 ที่ พ.27/2549 ที่ พ.28/2549 ที่ พ.30/2549 ที่ พ.31/2549 ที่ พ.32/2549 ที่ พ.36/2549 ที่ พ.37/2549 และที่ พ.45/2549

⁵¹ มาตรา 238 ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้ เมื่อเห็นว่ามีกรณีดังนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

(2) กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลใดตามมาตรา 237 (1) (ก) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครอง และให้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

⁵² นันทวัฒน์ บรมานันท์, "จริงหรือที่ปัญหาทั้งหมดเกิดจากการเลือกตั้ง,"

<<http://www.pub-law.net/publaw/printPublaw.asp?Publawid=919>>, 14 พฤษภาคม 2549.

ปรากฏว่ามีบุคคลใดโต้แย้งหรือฟ้องร้องว่าการจัดคูหาดังกล่าวเป็นการจัดการเลือกตั้งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และจากการประเมินผลการเลือกตั้งจากผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งดังกล่าวก็พบว่าร้อยละ 71.5 เห็นว่าการจัดคูหาในลักษณะดังกล่าวไม่ทำให้มีปัญหาอุปสรรคในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งแต่อย่างใด ซึ่งในบางประเทศก็มีการจัดลักษณะคูหาเลือกตั้งแบบนี้เช่นกัน ประกอบกับภาพถ่ายจากหนังสือพิมพ์ทั้งสองฉบับก็เป็นภาพที่ถ่ายโดยถ่ายจากด้านข้างและถ่ายในลักษณะดึงภาพ (zoom) อีกทั้ง การจัดคูหาดังกล่าวเพื่อเป็นการป้องกันการทุจริตในการลงคะแนนเลือกตั้งกรณีที่มีข้อครหาว่ามีการแอบนำบัตรเลือกตั้งออกไปจากคูหาเพื่อใช้เวียนเทียนในการลงคะแนน และมีการลักลอบใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ถ่ายรูปบัตรเลือกตั้งเพื่อนำไปรับเงิน ดังนั้น ถึงแม้ว่าเมื่อเปรียบเทียบกับการจัดคูหาเลือกตั้งในการเลือกตั้งครั้งที่ผ่าน ๆ มา การจัดคูหาในครั้งนี้จะกระทบกับหลักการเลือกตั้งโดยลับบ้าง แต่ไม่น่าจะถึงขนาดทำให้หลักการเลือกตั้งโดยลับต้องเสียไปจนถึงกับทำให้การเลือกตั้งเป็นโมฆะ