

ปัญหาการจำกัดการทำและเผยแพร่โพลเลือกตั้งโดยประกาศของ กกต.

การที่คณะกรรมการการเลือกตั้งออกประกาศคณะกรรมการการเลือกตั้ง เรื่อง การห้ามประกาศ โฆษณา หรือกระทำด้วยประการใด ๆ ให้เป็นที่เข้าใจว่าผู้สมัครหรือพรรคการเมืองใดได้รับคะแนนเท่าใด ในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2546 ประกอบกับมติคณะกรรมการการเลือกตั้ง ครั้งที่ 114/2547 เมื่อวันที่ 27 สิงหาคม 2547 ซึ่งมีผลเป็นการห้ามทำและเผยแพร่โพลเลือกตั้งนั้น เป็นกรณีที่มีประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหา ดังนี้

1. ปัญหาในทางรูปแบบ

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าในรัฐเสรีประชาธิปไตย ประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพ ตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายมาจำกัด กล่าวคือ โดยหลักแล้วรัฐไม่สามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ แต่มีข้อยกเว้นที่รัฐสามารถก้าวล่วงเข้ามาในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น การรักษาความมั่นคงของประเทศ และประโยชน์สาธารณะ ซึ่งการที่รัฐจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอิสระจะต้องเป็นไปตามหลักเงื่อนไขของรัฐสภา อันหมายความว่า การกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีความสำคัญจะต้องกระทำโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาเอง ไม่อาจมอบหมายให้องค์กรอื่นดำเนินการได้ เช่น องค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาจะต้องกำหนดหลักการสำคัญที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วยตนเอง ส่วนรายละเอียดต่าง ๆ อาจมอบให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนดได้ ซึ่งการทำและเผยแพร่โพลเลือกตั้งเป็นเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ที่มีข้อพิจารณาในเรื่องรูปแบบของการจำกัดการทำและการเผยแพร่โพลเลือกตั้งดังนี้

1.1 กรณีการทำโพลเลือกตั้ง

เมื่อได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3 ว่าการทำโพลเลือกตั้งเป็นเสรีภาพในทางวิชาการตามรัฐธรรมนูญ และหากพิจารณาจากลายลักษณ์อักษรในบทบัญญัติมาตรา 42 ที่ไม่ปรากฏคำว่า

“ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” หรือ “เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” การทำโพลเลือกตั้งจึงเป็นเสรีภาพโดยปราศจากเงื่อนไขของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม แม้เสรีภาพในทางวิชาการจะไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจอรัฐในการตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในทางวิชาการเอาไว้ เสรีภาพในทางวิชาการต้องอยู่ภายในขอบเขตของการใช้เสรีภาพ กล่าวคือ “เท่าที่ไม่ขัดต่อหน้าที่ของพลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) การใช้เสรีภาพในทางวิชาการต้องไม่ขัดต่อหน้าที่ของพลเมือง

คำว่า “หน้าที่ของพลเมือง” มีความหมายกว้างกว่า “หน้าที่ของชนชาวไทย” ซึ่งบัญญัติไว้ในหมวด 4 มาตรา 66 ถึงมาตรา 70 ของรัฐธรรมนูญ โดยหน้าที่ของพลเมืองนั้นนอกจากจะมีหน้าที่ตามมาตรา 66 ถึงมาตรา 70 ของรัฐธรรมนูญแล้ว ยังต้องปฏิบัติตามกฎหมายอื่น ๆ หรือกระทำการที่พึงามให้กับสังคมประเทศชาติ แม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้บัญญัติไว้ชัดแจ้งก็ตาม และไม่ว่าจะมีเชื้อชาติหรือสัญชาติไทยหรือไม่ก็ตาม เมื่อมาพำนักอาศัยในประเทศไทยในฐานะที่เป็นพลเมืองไทยก็ต้องงดเว้นการกระทำใด ๆ อันเป็นผลเสียหายแก่สังคมประเทศชาติส่วนรวมด้วยเช่นเดียวกัน¹

(2) การใช้เสรีภาพในทางวิชาการต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายฉบับใดให้คำจำกัดความหรือคำอธิบายโดยชัดแจ้งว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” หมายความว่าอย่างไร แต่ในทางวิชาการอาจให้คำจำกัดความได้ว่า หมายถึงทัศนคติทางจริยธรรมหรือธรรมเนียมประเพณีอันเป็นที่ยอมรับทั่วไปในสังคมนั้น ๆ ซึ่งเป็นสิ่งที่เป็คุณค่าและความดีงามของสังคมที่ทำให้คนมีจิตใจสูง ไม่ฝักใฝ่ไปในทางกิเลสตัณหา ไม่เห็นแก่ตัวและไม่เบียดเบียนซึ่งกันและกัน ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป ตามยุคสมัยของสภาพสังคมและในทางปฏิบัติเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องเป็นผู้วินิจฉัยโดยคำนึงถึงความรู้สึกของคนส่วนใหญ่ในสังคมนั้น ๆ เป็นหลัก² ตัวอย่างที่ค่อนข้างเด่นชัดในเรื่องที่เกี่ยวกับศีลธรรมจะพบได้ในการวิจัย

¹ กุลพล พลวัน, "เสรีภาพทางวิชาการ," (รายงานวิจัยประกอบร่างพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. . . . สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาแห่งชาติ สำนักงานรัฐมนตรี, 2541), น. 90-91.

² เพิ่งอ้าง, น. 104; ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) หมวดสิทธิเสรีภาพ เรื่อง 6. สิทธิเสรีภาพและการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน (กรุงเทพมหานคร: องค์การคำของคุรุสภา, 2544), น. 117-118; อุกฤษ มงคลนาวิน, "ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน," บทบัญญัติ เล่ม 32 ตอน 1, น. 13-25 (2518).

และการทดลองทางการแพทย์ เช่น การนำมนุษย์มาเป็นหนูทดลองยา การขายอวัยวะของนักโทษ การปลูกถ่ายทางพันธุกรรมหรือการโคลนนิ่งมนุษย์ เป็นต้น³

จากขอบเขตของการใช้เสรีภาพในทางวิชาการ 2 ประการดังกล่าว ย่อมเป็นขอบเขตการใช้เสรีภาพในการทำโพลเลือกตั้งในฐานะที่เป็นเสรีภาพในทางวิชาการที่เกี่ยวกับการวิจัย ซึ่งมีลักษณะแตกต่างกับการจำกัดโดยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศเสรีภาพในทางวิชาการก็อาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมาย เช่น สหรัฐอเมริกาถือว่าการจำกัดเสรีภาพในทางวิชาการมีลักษณะเดียวกันกับการจำกัดเสรีภาพในการพูด กล่าวคือ ต้องเป็นการจำกัดภายใต้กฎหมาย⁴ ดังนั้น แม้ว่ารัฐธรรมนูญของไทยจะไม่ได้รับรองเสรีภาพในการทำโพลเลือกตั้งไว้โดยชัดแจ้ง แต่หากพิจารณาลักษณะของการทำโพลเลือกตั้งโดยเทียบเคียงกับเสรีภาพในทางวิชาการแล้ว การจำกัดการทำโพลเลือกตั้งย่อมเป็นกรณีการใช้เสรีภาพภายในขอบเขตของเสรีภาพในทางวิชาการตามมาตรา 42 หรืออาจจำกัดการทำโพลเลือกตั้งโดยกฎหมายดังเช่นกรณีของสหรัฐอเมริกา คณะกรรมการเลือกตั้งจึงไม่สามารถออกประกาศและมติเพื่อจำกัดการทำโพลเลือกตั้งได้เพราะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

1.2 กรณีการเผยแพร่โพลเลือกตั้ง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการเผยแพร่โพลเลือกตั้งเป็นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดหลักเกณฑ์ต่างจากการทำโพลเลือกตั้งที่เป็นเสรีภาพในทางวิชาการ กล่าวคือ การเผยแพร่โพลเลือกตั้งเป็นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ต้องจำกัดโดยกฎหมายภายใต้เงื่อนไขตามมาตรา 39 วรรคสอง⁵ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งกำหนดให้จำกัดได้ในกรณีดังต่อไปนี้

³ กุลพล พลวัน, *เพ็ญอ้าง*, น. 107-111.

⁴ Conrad Russell, *Academic Freedom* (London: Routledge, 1993), p. 44.

⁵ มาตรา 39 วรรคสอง การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

(1) เพื่อความมั่นคงของรัฐ

หากรัฐปราศจากความมั่นคงแล้ว การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ย่อมไม่อาจจะมีขึ้นได้ ดังนั้น เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐไว้ บางกรณีจึงต้องยอมให้มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการแสดงความคิดเห็น⁶ ซึ่งความมั่นคงของรัฐนั้น หมายถึง การธำรงและรักษาประเทศชาติให้ดำรงอยู่อย่างปลอดภัย มีเอกราชและอธิปไตย มีความมั่นคงทั้งทางการเมืองภายในประเทศและระหว่างประเทศ รวมทั้งความมั่นคงทางเศรษฐกิจและสังคม⁷ อย่างไรก็ตาม การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นต้องเป็นไปเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐอย่างแท้จริงเท่านั้น

(2) เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น

การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่นเป็นความพยายามที่จะก่อให้เกิดสมดุลของคุณค่าทางสังคมที่สำคัญคือ การคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการเคารพความเป็นมนุษย์⁸ ดังเช่นที่ได้มีการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 12 ว่า “บุคคลใด ๆ จะถูกแทรกสอดโดยพลการในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในครอบครัว ในเคหสถาน หรือในการสื่อสาร หรือจะถูกหลอกลวงในเกียรติยศและชื่อเสียงไม่ได้ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายต่อการแทรกสอดหรือการหลอกลวงดังกล่าวนี้ . . .”⁹

(3) เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

แต่ละประเทศมีมาตรฐานในการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องความสงบเรียบร้อยและคุณค่าทางศีลธรรมอันดีแตกต่างกันออกไป ในทางปฏิบัติการพิจารณามักเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะกำหนดเหตุแห่งการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นว่ากรณีใดเป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยต้องพิจารณาประกอบกับ

⁶ อนุพจน์ พนาพรศิริกุล, "เสรีภาพหนังสือพิมพ์และข้อจำกัดภายใต้ระบบกฎหมายไทย," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น. 42.

⁷ กุลพล พลวัน, "เสรีภาพของสื่อมวลชนในประเทศไทยในการแสวงหาข่าวสาร," วารสารอัยการ ปีที่ 9 ฉบับที่ 104, น. 43 (สิงหาคม 2529).

⁸ อนุพจน์ พนาพรศิริกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น. 47.

⁹ เพ็ญอ้าง, น. 49.

กระแสความคิดของสังคมในขณะนั้นด้วย เพราะความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในแต่ละยุคสมัยย่อมมีการเปลี่ยนแปลงและมีมาตรฐานที่แตกต่างกัน

(4) เพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

แม้ว่าความเสื่อมทรามทางจิตใจจะอยู่ในลักษณะที่เป็นนามธรรม แต่ก็ส่งผลร้ายต่อสังคมในทางรูปธรรม ซึ่งการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับวัฒนธรรมประเพณี ตลอดจนการดำรงชีวิตที่แตกต่างกันของแต่ละสังคม

การเผยแพร่โพลเลือกตั้งในฐานะที่เป็นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมาย แต่ไม่ว่าการเผยแพร่โพลเลือกตั้งจะปรากฏว่าเข้าลักษณะข้อใดข้อหนึ่งที่อาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ตามมาตรา 39 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญก็ตาม การจำกัดการเผยแพร่โพลเลือกตั้งก็ยังคงจำกัดโดยพระราชบัญญัติตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ การที่คณะกรรมการการเลือกตั้งจำกัดการเผยแพร่โพลเลือกตั้งโดยออกเป็นประกาศซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรองจึงไม่ขัดด้วยรัฐธรรมนูญ

2. ปัญหาในทางเนื้อหา

2.1 การทำและเผยแพร่โพลเลือกตั้งกับหลักการพื้นฐานของการเลือกตั้ง

โดยที่หลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งประกอบด้วย 5 ประการ คือ หลักการเลือกตั้งโดยตรง หลักการเลือกตั้งโดยลับ หลักการเลือกตั้งโดยเสรี หลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาค และหลักการเลือกตั้งโดยทั่วไป ดังนั้น ในการที่จะกำหนดขอบเขตของการจำกัดการทำและเผยแพร่โพลเลือกตั้งต้องพิจารณาว่าการทำและเผยแพร่โพลเลือกตั้งมีผลกระทบต่อหลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งหรือไม่ และหากมีผลกระทบต่อหลักการพื้นฐานการเลือกตั้งแล้วจะมีผลกระทบต่อหลักการใดบ้าง สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

2.1.1 การทำโพลเลือกตั้ง

การพิจารณาประเด็นที่ว่า การทำโพลเลือกตั้งจะมีผลกระทบต่อหลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งหรือไม่ และถ้ามีผลกระทบแล้วจะมีผลกระทบต่อหลักการใดนั้น มติคณะกรรมการการเลือกตั้งในคราวประชุมครั้งที่ 114/2547 เมื่อวันที่ 27 สิงหาคม 2547 กำหนดห้ามทำเอ็กซิตโพล

โดยให้เหตุผลว่ามีผลกระทบต่อการลงคะแนนเสียงโดยตรงและลับ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหลักการเลือกตั้งโดยตรงมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การเลือกตั้งเป็นไปตามเจตจำนงของประชาชน โดยห้ามไม่ให้มีการตั้งตัวแทนให้ไปลงคะแนนเลือกผู้แทนอีกทอดหนึ่ง กล่าวคือ การออกเสียงลงคะแนนของผู้มีสิทธิเลือกตั้งต้องมีผลโดยตรงในการตัดสินใจผู้สมัครคนใดหรือพรรคการเมืองใดเป็นผู้ได้รับการเลือกตั้ง เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการทำโพลเลือกตั้งไม่ว่าจะเป็นการทำโพลก่อนการเลือกตั้งหรือเอ็กซิตโพล ผู้ทำโพลจะต้องสอบถามข้อมูลจากผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งว่าจะลงคะแนน (โพลก่อนการเลือกตั้ง) หรือได้ลงคะแนน (เอ็กซิตโพล) ให้ผู้สมัครคนใดหรือพรรคการเมืองใด เพื่อนำข้อมูลไปประมวลผลต่อไปแล้ว จะเห็นได้ว่าไม่ได้มีลักษณะที่จะเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อหลักการเลือกตั้งโดยตรงได้เลย กรณีจึงมีข้อพิจารณาแต่เพียงว่าการทำโพลเลือกตั้งจะมีผลกระทบต่อหลักการเลือกตั้งโดยลับหรือไม่ ซึ่งวัตถุประสงค์ของการลงคะแนนเสียงโดยลับก็เพื่อไม่ให้ผู้ใดทราบว่าผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งลงคะแนนให้ผู้สมัครคนใดหรือพรรคการเมืองใด อันเป็นการคุ้มครองให้การเลือกตั้งเป็นไปโดยเสรี ไม่มีการใช้กำลังบังคับหรือกระทำการใด ๆ ที่มีอิทธิพลต่อการลงคะแนนเสียงได้ เมื่อพิจารณาลักษณะของการทำโพลเลือกตั้งจะพบว่าผู้ทำโพลไม่ได้ใช้อิทธิพล บังคับ ช่มชู้ หรือให้สินจ้างรางวัล เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูล เพราะหากผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่ต้องการเปิดเผยว่าตนจะลงคะแนนให้ผู้สมัครคนใดหรือพรรคการเมืองใด (โพลก่อนการเลือกตั้ง) หรือได้ลงคะแนนเสียงเลือกผู้สมัครคนใดหรือพรรคการเมืองใด (เอ็กซิตโพล) ก็ย่อมกระทำได้นอกจากนี้ แม้ผู้มีสิทธิลงคะแนนเสียงจะเปิดเผยว่าตนจะเลือกหรือได้เลือกผู้สมัครคนใดหรือพรรคการเมืองใดซึ่งดูเหมือนว่าไม่เป็นความลับ แต่การทำโพลนั้นต้องการเพียงแต่ข้อมูลการลงคะแนนเสียงเท่านั้น ไม่ได้สอบถามประวัติส่วนตัวของผู้มีสิทธิเลือกตั้งเพื่อนำไปเผยแพร่ ประกอบกับต้องสอบถามจากผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนมาก ผู้ทำโพลจึงไม่อาจจดจำได้ว่าผู้มีสิทธิเลือกตั้งคนใดเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งคนใดหรือพรรคการเมืองใดได้ อีกทั้งผู้มีสิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้งอาจไม่เปิดเผยข้อมูลในการลงคะแนนเสียงที่แท้จริงของตนก็ได้จึงยังคงเป็นความลับอยู่เพียงแต่จะทำให้ผลโพลที่ได้ไม่ใกล้เคียงกับความเป็นจริง ดังนั้น การทำโพลเลือกตั้งจึงไม่น่าจะมีผลกระทบต่อหลักการเลือกตั้งโดยลับ และเมื่อการทำโพลเลือกตั้งไม่ว่าจะเป็นโพลก่อนการเลือกตั้งหรือเอ็กซิตโพลไม่มีผลกระทบต่อหลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งประการใดเลย คณะกรรมการเลือกตั้งจึงไม่อาจจำกัดการทำโพลเลือกตั้งได้

2.1.2 การเผยแพร่โพลเลือกตั้ง

ในทางวิชาการมีผู้ให้ความเห็นว่าการเผยแพร่โพลเลือกตั้งมีผลกระทบต่อหลักการเลือกตั้งโดยลับ และหลักความเสมอภาค¹⁰ ผู้เขียนเห็นว่าการเผยแพร่โพลเลือกตั้งเป็นเพียงการเปิดเผยข้อมูลตัวเลขที่ได้ทำการสำรวจมาโดยไม่ได้เปิดเผยว่าผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งคนใดจะลงคะแนนเสียงหรือได้ลงคะแนนเสียงเลือกผู้สมัครคนใดหรือพรรคการเมืองใด ดังนั้น จึงเป็นไปได้ที่ผู้ทำโพลหรือบุคคลอื่นจะทราบว่ามีสิทธิเลือกตั้งคนใดจะลงคะแนนเสียงหรือได้ลงคะแนนเสียงเลือกผู้สมัครคนใดหรือพรรคการเมืองใด การเผยแพร่โพลเลือกตั้งจึงไม่น่าจะกระทบต่อหลักการเลือกตั้งโดยลับ

สำหรับการเผยแพร่โพลเลือกตั้งจะมีผลกระทบต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากมองในด้านของผู้มีสิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้งแล้ว ความเสมอภาคของการเลือกตั้งคือการที่ผู้มีสิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้งมีคะแนนเสียงเท่ากัน ซึ่งการเผยแพร่โพลเลือกตั้งไม่มีผลทำให้คะแนนเสียงของผู้มีสิทธิเลือกตั้งแตกต่างกัน เมื่อมองในด้านของผู้สมัครรับเลือกตั้งหรือพรรคการเมือง โอกาสที่เท่าเทียมกันในการหาเสียงเป็นกรณีของรัฐต้องจัดสถานที่หาเสียง เวลาในการหาเสียงทางวิทยุและโทรทัศน์ และการปิดประกาศหาเสียงตามท้องถนน ให้แก่ผู้สมัครรับเลือกตั้งหรือพรรคการเมืองอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งถ้าหากรัฐกำหนดหลักเกณฑ์ในการหาเสียงดังกล่าวโดยเสมอภาคกันแล้วก็ย่อมเป็นไปตามหลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาค กรณีการเผยแพร่โพลเลือกตั้งจะเป็นการหาเสียงหรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าหากองค์กรที่ทำโพลเลือกตั้งและสื่อมวลชนมีความเป็นกลางในการเผยแพร่โพลเลือกตั้ง การเผยแพร่โพลเลือกตั้งก็ไม่น่าจะมีลักษณะเป็นการหาเสียงให้แก่ผู้สมัครคนใดหรือพรรคการเมืองใด ส่วนกรณีที่มีมองว่าโพลเลือกตั้งมักจะให้ความสำคัญเฉพาะผู้ที่มีคะแนนคู่ต่อสู้กันหรือมีคะแนนนำในโพลจึงไม่เป็นธรรมกับผู้ที่ไม่แพ้ในโพลนั้น การเผยแพร่โพลเลือกตั้งเป็นการเผยแพร่ผลการสำรวจผู้สมัครรับเลือกตั้งทุกคนและทุกพรรคการเมือง เพียงแต่ผลการสำรวจที่ออกมาทำให้เห็นได้ว่าผู้สมัครคนใดหรือพรรคการเมืองใดมีคะแนนนำ และในความเป็นจริงผู้ที่แพ้ในโพลเลือกตั้งอาจเป็นผู้ชนะการเลือกตั้งก็ได้ การเผยแพร่โพลเลือกตั้งจึงไม่น่ามีผลกระทบต่อหลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาค

¹⁰ ัญลักษณ์ เหลืองวิสุทธิ, วรรณกรรมโพล : วิทยาศาสตร์ ความจริง และโศกนาฏกรรมของการวิจัยเชิงสำรวจ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิภาษา, 2543) และอดิศร จันทรสวัสดิ์, “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการเผยแพร่ผลการสำรวจประชามติของการเลือกตั้ง.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2544).

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาหลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งประการอื่นแล้ว มีประเด็นปัญหาว่าการเผยแพร่โพลเลือกตั้งจะมีผลกระทบต่อหลักการเลือกตั้งโดยเสรีหรือไม่ ซึ่งหลักการเลือกตั้งโดยเสรี คือ การที่ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งสามารถตัดสินใจลงคะแนนเสียงได้อย่างอิสระโดยปราศจากการใช้กำลังบังคับ หรือความกดดันทางจิตใจ หรือการใช้อิทธิพลใด ๆ ที่มีผลต่อการตัดสินใจ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำดังกล่าวจะมาจากฝ่ายใดก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการเผยแพร่โพลเลือกตั้งก็ไม่แตกต่างจากการเผยแพร่ข่าวสารอื่น ๆ ของสื่อมวลชนที่อาจโน้มน้าวหรือมีอิทธิพลต่อความรู้สึกของประชาชนได้เท่า ๆ กัน แต่ผลกระทบต่อความรู้สึกดังกล่าวจะมากถึงขนาดทำให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งเปลี่ยนแปลงการตัดสินใจหรือไม่เป็นเรื่องที่ต้องศึกษาในเรื่องปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมมการเลือกตั้งของประชาชนทั้ง 3 ด้าน คือ ปัจจัยด้านเศรษฐกิจและสังคมของบุคคล ปัจจัยด้านจิตวิทยาส่วนบุคคล และปัจจัยด้านสิ่งแวดล้อมทางการเมือง ซึ่งในแต่ละประเทศก็มีระดับที่แตกต่างกันไป กรณีดังกล่าวจึงต้องมีการศึกษากันในเชิงลึกต่อไป อย่างไรก็ตาม จากการศึกษารายงานเรื่องเสรีภาพในการเผยแพร่ผลการสำรวจความคิดเห็นสาธารณะ (The Freedom to Publish Opinion Poll Results)¹¹ ที่จัดทำขึ้นโดยสมาคมโลกว่าด้วยการวิจัยความคิดเห็นสาธารณะ (the World Association for Public Opinion Research : WAPOR) ซึ่งทำการสำรวจหลักเกณฑ์การห้ามเผยแพร่โพลเลือกตั้งในปี ค.ศ. 2003 หรือ พ.ศ. 2546 พบว่าจากประเทศที่ทำการสำรวจจำนวน 56 ประเทศ มีประเทศที่ห้ามเผยแพร่โพลก่อนการเลือกตั้งจำนวน 29 ประเทศ ในขณะที่ประเทศที่ไม่ห้ามเผยแพร่โพลก่อนการเลือกตั้งมีจำนวน 27 ประเทศ¹² และเมื่อพิจารณาจากผลการสำรวจดังกล่าวซึ่งประเทศที่ห้ามเผยแพร่โพลก่อนการเลือกตั้งมีจำนวนมากกว่าประเทศที่ไม่ห้ามเผยแพร่โพลก่อนการเลือกตั้ง ผู้เขียนจึงเห็นว่าการที่ประเทศส่วนใหญ่มีข้อห้ามในการเผยแพร่โพลก่อนการเลือกตั้งน่าจะเป็นข้อสันนิษฐานได้ว่าการเผยแพร่โพลก่อนการเลือกตั้งมีผลกระทบต่อหลักการเลือกตั้งโดยเสรี

ส่วนการเผยแพร่เอ็กซิตโพลนั้น จากรายงานผลการสำรวจเดียวกันพบว่าในจำนวนประเทศที่อนุญาตให้มีการเผยแพร่เอ็กซิตโพล 59 ประเทศ มี 41 ประเทศที่สื่อมวลชนสามารถเผยแพร่เอ็กซิตโพลได้หลังจากสิ้นสุดการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง 12 ประเทศที่สื่อมวลชนสามารถเผยแพร่

¹¹ Frits Spangenberg, "The Freedom to Publish Opinion Poll Results," <http://www.unl.edu/wapor/Opinion%20polls%202003%20final%20version.pdf>, 2003.

¹² ข้อมูล 27 ประเทศที่ไม่ห้ามเผยแพร่โพลก่อนการเลือกตั้งดังกล่าวรวมถึงประเทศไทย ในขณะที่ยังไม่ห้ามเผยแพร่โพลก่อนการเลือกตั้งด้วย

เอ็กซิตโพลได้ก่อนสิ้นสุดการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง ส่วนอีก 6 ประเทศที่เหลือไม่ปรากฏข้อมูลในเรื่องดังกล่าว หากพิจารณาจากผลการสำรวจจะเห็นได้ว่าประเทศที่อนุญาตให้สื่อมวลชนเผยแพร่เอ็กซิตโพลได้หลังจากสิ้นสุดการเลือกตั้งมีจำนวนมากกว่าประเทศที่สื่อมวลชนสามารถเผยแพร่เอ็กซิตโพลได้ก่อนสิ้นสุดการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง ดังนั้น การเผยแพร่เอ็กซิตโพลจึงน่าจะเป็นการกระทำที่กระทบต่อหลักการเลือกตั้งโดยเสรีด้วยเช่นกัน และน่าจะมีผลกระทบมากกว่าการเผยแพร่โพลก่อนการเลือกตั้งด้วย เนื่องจากการสำรวจจากการลงคะแนนเสียงจริงในวันเลือกตั้งอาจทำให้มีการระดมคนมาลงเลือกตั้งหรือซื้อเสียงแบบเร่งรัด¹³ ถ้าเห็นว่าคะแนนของตนเป็นรองอยู่

2.2 ประกาศ กกต. จำกัดการเผยแพร่โพลเลือกตั้งเกินจำเป็น

เมื่อได้ทำการศึกษามาแล้วว่าการเผยแพร่โพลเลือกตั้งมีผลกระทบต่อหลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งโดยเสรี ประการต่อมาคือการนำผลจากการศึกษาดังกล่าวมากำหนดขอบเขตในการจำกัดการเผยแพร่โพลเลือกตั้งว่าควรจำกัดได้ในขอบเขตเพียงใด โดยอาศัยหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ กล่าวคือ ประการแรกพิจารณาว่ามาตรการที่กำหนดไว้ในประกาศห้ามทำและเผยแพร่โพลเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายตามหลักความสัมฤทธิ์ผลหรือหลักความเหมาะสมได้หรือไม่ ประการที่สอง มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดตามหลักความจำเป็นหรือไม่ และประการสุดท้าย มาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายกับประชาชนมากกว่าก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวม ตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาของประกาศคณะกรรมการการเลือกตั้งที่เกี่ยวกับโพลเลือกตั้ง เป็นการพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวกระทำเท่าที่จำเป็นตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือไม่ ดังนั้น ผู้เขียนจึงนำเสนอเฉพาะหลักการย่อยประการแรกและประการที่สองของหลักความได้สัดส่วนเท่านั้น โดยพิจารณาตามลำดับดังนี้

(1) ประกาศห้ามเผยแพร่โพลเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้งดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การเลือกตั้งเป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ยุติธรรม การที่คณะกรรมการการเลือกตั้งออก

¹³ กระเจกบานเล็กของแมงเมา, "ว่าด้วยโพลเลือกตั้ง (2)," เดลินิวส์ (30 ธันวาคม 2547), น. 4.

ประกาศห้ามเผยแพร่โพลเลือกตั้งเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ประชาชนบางกลุ่มที่คล้อยตามผลของโพลเลือกตั้งจนอาจเปลี่ยนแปลงการตัดสินใจในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งได้ ซึ่งเป็นการคุ้มครองหลักการเลือกตั้งโดยเสรีและทำให้เกิดความบริสุทธิ์ยุติธรรม ดังนั้น การห้ามเผยแพร่โพลเลือกตั้งจึงเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุมิติดังกล่าวได้

(2) แม้การออกประกาศห้ามเผยแพร่โพลเลือกตั้งจะเป็นวิธีการหนึ่งที่สามารถทำให้การเลือกตั้งเป็นไปโดยบริสุทธิ์ยุติธรรมได้ แต่การที่คณะกรรมการการเลือกตั้งห้ามเผยแพร่โพลเลือกตั้งนับแต่วันที่มีประกาศพระราชกฤษฎีกาให้มีการเลือกตั้ง (กรณีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา) หรือนับแต่วันที่มีประกาศให้มีการเลือกตั้งหรือภายใน 60 วันก่อนวันครบวาระการดำรงตำแหน่ง (กรณีการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น) จนถึงเวลา 15.00 น. ของวันเลือกตั้ง จะเป็นมาตรการมีผลกระทบต่องสิทธิเสรีภาพน้อยที่สุดตามหลักความจำเป็นหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าการศึกษาผลกระทบของการเผยแพร่โพลเลือกตั้งที่มีต่อการตัดสินใจลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง เพื่อนำมากำหนดระยะเวลาในการห้ามเผยแพร่โพลเลือกตั้งนั้นเป็นกรณีที่ต้องทำการศึกษาเพื่อหาหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมกับประเทศไทย ซึ่งหากพิจารณาจากข้อมูลที่ได้ค้นคว้าได้ในขณะนี้พบว่าแม้การเผยแพร่โพลเลือกตั้งจะมีผลกระทบในด้านลบโดยอาจมีอิทธิพลต่อการเปลี่ยนแปลงการตัดสินใจในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งของกลุ่มคนบางกลุ่มได้¹⁴ แต่ขณะเดียวกันก็ส่งผลกระทบในด้านบวกด้วย กล่าวคือ หากประชาชนได้รับรู้ข้อมูลจากการเผยแพร่โพลเลือกตั้งประชาชนมีแนวโน้มที่จะออกไปใช้สิทธิออกเสียงเลือกตั้งมากขึ้น อันเป็นการแสดงออกซึ่งการมีส่วนร่วมในทางการเมือง¹⁵ โดยที่ไม่ต้องกำหนดให้การเลือกตั้งเป็นหน้าที่ และการเผยแพร่โพลที่ทำโดยองค์กรที่เป็นกลางยังเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการบิดเบือนข้อมูลจากโพลที่ผู้สมัครรับเลือกตั้ง

¹⁴ ที่กล่าวว่าผลกระทบต่องกลุ่มคนบางกลุ่มเนื่องจากผลการวิจัยฉบับหนึ่งพบว่าประชาชนในกรุงเทพมหานครไม่เห็นด้วยว่าโพลจะสามารถชี้แนะให้บุคคลคล้อยตามผลการสำรวจได้ โดยมีทัศนคติว่าโพลเป็นแหล่งข่าวสารที่สำคัญ (โปรดดู ชนิษฐา ไชยสัจย์, "ทัศนคติของประชาชนในเขตกรุงเทพมหานครที่มีต่อการสำรวจประชามติ : ศึกษาเฉพาะกรณีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร วันที่ 17 พฤศจิกายน 2539," (วิทยานิพนธ์วารสารศาสตรมหาบัณฑิต (สื่อสารมวลชน) คณะวารสารศาสตร์และสื่อสารมวลชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), น. 75-76.

¹⁵ นฤพนธ์ เศรษฐสุวรรณ, "บทบาทการสำรวจประชามติในฐานะข่าวสารการเมือง : ศึกษาเฉพาะกรณีการเลือกตั้งผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร เมื่อวันที่ 7 มกราคม พ.ศ. 2533," (วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น. 191.

หรือพรรคการเมืองทำและเผยแพร่เองด้วย¹⁶ นอกจากนี้ จากรายงานเรื่องเสรีภาพในการเผยแพร่ผลการสำรวจความคิดเห็นสาธารณะ (The Freedom to Publish Opinion Poll Results)¹⁷ ที่จัดทำขึ้นโดยสมาคมโลกว่าด้วยการวิจัยความคิดเห็นสาธารณะ (the World Association for Public Opinion Research : WAPOR) ซึ่งทำการสำรวจหลักเกณฑ์การห้ามเผยแพร่ผลโพลก่อนการเลือกตั้งในปี ค.ศ. 1996 เปรียบเทียบกับปี ค.ศ. 2002 จาก 56 ประเทศ พบว่าประเทศที่ห้ามเผยแพร่โพลก่อนการเลือกตั้งโดยกำหนดจำนวนวันสูงสุด คือ ประเทศลักเซมเบิร์กซึ่งกำหนดไว้ 30 วัน ประกอบกับข้อมูลของอีก 4 ประเทศที่ผู้เขียนได้ศึกษาพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ห้ามการเผยแพร่โพลเลือกตั้งทั้งกรณีโพลก่อนการเลือกตั้งและเอ็กซีทีฟโพล ประเทศอังกฤษและประเทศเยอรมันห้ามเผยแพร่เฉพาะเอ็กซีทีฟโพลก่อนสิ้นสุดการลงคะแนนเสียงเท่านั้น และประเทศฝรั่งเศสห้ามเผยแพร่โพลก่อนการเลือกตั้ง 1 วันจนถึงเวลาสิ้นสุดการลงคะแนนเสียงในวันเลือกตั้ง ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าการควบคุมระยะเวลาการเผยแพร่โพลก่อนการเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ห้ามเผยแพร่โพลเลือกตั้งนับแต่วันที่มีประกาศพระราชกฤษฎีกาให้มีการเลือกตั้ง หรือนับแต่วันที่มีประกาศให้มีการเลือกตั้งหรือภายใน 60 วันก่อนวันครบวาระการดำรงตำแหน่งเป็นมาตรการที่รุนแรงเกินไปเมื่อเปรียบเทียบกับผลกระทบเชิงบวกและผลการศึกษาลักษณะของต่างประเทศ อันมีลักษณะที่ไม่เป็นการกระทำเท่าที่จำเป็นตามเงื่อนไขในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ ส่วนการห้ามเผยแพร่เอ็กซีทีฟโพลก่อนเวลา 15.00 น. ของวันเลือกตั้ง เป็นการกระทำเท่าที่จำเป็นตามบทบัญญัติเดียวกัน

2.3 การควบคุมวิธีการทำและเผยแพร่โพลเลือกตั้ง

ในความเป็นจริงของการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพในการเผยแพร่และรับรู้ข้อมูลข่าวสาร ประชาชนบางส่วนมีเหตุผลในการคิดและตัดสินใจทางการเมือง

¹⁶ จอห์น ซอกปี, "การทำโพลล์ นักวิจารณ์การเมือง และการเลือกตั้งปี 2547," ใน เอกสารประกอบโครงการอภิปรายทางวิชาการ เรื่อง เลือกตั้งสหรัฐอเมริกา 2004 : ประเด็นและนโยบายของผู้สมัครรับเลือกตั้งประธานาธิบดีสหรัฐ, รวบรวมโดย สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรและสถานทูตสหรัฐอเมริกาประจำประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2547),:68-69.

¹⁷ Frits Spangenberg, *supra* note 11.

ขณะที่ประชาชนบางส่วนตัดสินใจไปตามกระแสของข้อมูลข่าวสาร ดังนั้น หากโพลเลือกตั้งถูกนำไปใช้ขยายผลผ่านสื่อมวลชนจนเกินขอบเขตทำให้เกิดการซื้อสิทธิขายเสียงและทุจริตการเลือกตั้งย่อมเป็นอันตรายอย่างยิ่งต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตย

ประเทศไทยมีปัญหาในเรื่องของคุณภาพการทำโพลและการเผยแพร่โพลเช่นเดียวกับหลาย ๆ ประเทศทั่วโลก โดยมีสาเหตุหลักมาจากการที่สื่อมวลชนต้องการรายงานข่าวสารด้วยความรวดเร็วจึงอาจไม่คำนึงถึงความถูกต้องแม่นยำของโพลว่าทำตามหลักวิชาการมากน้อยเพียงใด อย่างไรก็ตาม การที่คณะกรรมการการเลือกตั้งห้ามทำและเผยแพร่โพลเลือกตั้งโดยไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ใช่ทางแก้ปัญหาและยังเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญด้วย ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะกำหนดมาตรฐานในการทำและเผยแพร่โพลเลือกตั้งโดยจัดตั้งองค์กรขึ้นมาควบคุมดูแลรวมทั้งให้ความรู้แก่ประชาชนเพื่อให้เข้าใจว่าการทำและเผยแพร่โพลเป็นเพียงการสะท้อนความคิดเห็นของประชาชนในช่วงเวลาหนึ่งเท่านั้น ไม่ใช่การนำเสนอความเป็นจริง ซึ่งคำแนะนำเบื้องต้นในการพิจารณาผลโพลเลือกตั้งก็คือ การคำนึงถึงขนาดของกลุ่มตัวอย่างและวิธีการจัดทำโพลด้วย เช่น ในสหรัฐอเมริกาการสำรวจความคิดเห็นระดับประเทศที่ดีจะต้องถามความเห็นจากคนที่อาจออกไปใช้สิทธิเลือกตั้งอย่างน้อย 1,000 คนขึ้นไป และต้องมีค่าความคลาดเคลื่อนไม่เกินร้อยละ 3¹⁸

3. การจำกัดการเผยแพร่โพลเลือกตั้งโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญทำได้หรือไม่

โดยหลักแล้วการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นสาระสำคัญที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องพิจารณากำหนดเอง จะมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรองมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยไว้ว่าระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนการประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ข้อ 3 เพิ่มความเป็นข้อ 6 ทวิ ความว่า “ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ประกาศผลการเลือกตั้งของผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้ใดเกินกว่าหนึ่งครั้ง คณะกรรมการการเลือกตั้งอาจวินิจฉัยโดยคะแนนเสียงเอกฉันท์ให้ถือว่าผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้นั้นมิได้เป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งในการเลือกตั้งใหม่อีก” ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

¹⁸ จอห์น ซอกบี, อ้างแล้ว เติงอรรถที่ 16, น. 70-71.

เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคหนึ่ง มาตรา 126¹⁹ และมาตรา 6²⁰ ของรัฐธรรมนูญ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543)

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังเคยวินิจฉัยว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่มีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเสียสิทธิการได้รับการช่วยเหลือจากรัฐ กรณีที่ผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง และมีได้แจ้งเหตุการไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 เพราะบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดการเสียสิทธิการได้รับการช่วยเหลือจากรัฐไว้ไม่สมบูรณ์และไม่ชัดเจน และยังให้อำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเสียสิทธิโดยไม่ผ่านกระบวนการตรากฎหมายของรัฐสภา จึงเป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และเป็นอันใช้บังคับมิได้ (คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2541)

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าในกรณีแรกที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนดให้ตนเองมีอำนาจวินิจฉัยว่าผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาคนใดได้รับการเลือกตั้งหรือไม่โดยออกเป็นระเบียบอันมีลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้สมัครรับเลือกตั้งย่อมกระทำไม่ได้ ส่วนกรณีที่สองที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 มาตรา 23 กำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเสียสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐโดยไม่ผ่านกระบวนการตรากฎหมายของรัฐสภาก็เป็นเรื่องที่กระทบต่อสิทธิของประชาชน

¹⁹ มาตรา 126 บุคคลผู้มีลักษณะดังต่อไปนี้เป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภา

- (1) เป็นสมาชิกหรือผู้ดำรงตำแหน่งอื่นของพรรคการเมือง
- (2) เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือเคยเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และพ้นจากการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมาแล้วยังไม่เกินหนึ่งปีนับถึงวันสมัครรับเลือกตั้ง
- (3) เป็นหรือเคยเป็นสมาชิกวุฒิสภาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ในอายุของวุฒิสภาคราวก่อนการสมัครรับเลือกตั้ง
- (4) เป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งตามมาตรา 109 (1) (2) (3) (4) (5) (6) (7) (8) (9) (11) (12) (13) หรือ (14)

²⁰ มาตรา 6 รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

ผู้มีสิทธิเลือกตั้งซึ่งกระทำมิได้เช่นเดียวกัน แต่ปัจจุบันบทบัญญัติมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 ได้มีการแก้ไขโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2542 โดยกำหนดหลักเกณฑ์การเสียสิทธิไว้ในบทบัญญัติดังกล่าว ดังต่อไปนี้

“มาตรา 23 ในกรณีที่ผู้มีสิทธิเลือกตั้งผู้ใดไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งและมีได้แจ้งเหตุการไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งตามมาตรา 21 หรือมาตรา 22 หรือแจ้งเหตุแล้วแต่เหตุนั้นมิใช่เหตุอันสมควรให้ถือว่าผู้นั้นเป็นบุคคลซึ่งไม่ไปเลือกตั้งโดยไม่แจ้งเหตุอันสมควรที่ทำให้ไม่อาจไปใช้สิทธิเลือกตั้งได้ตามมาตรา 68 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ ให้ผู้นั้นเสียสิทธิดังต่อไปนี้

- (1) สิทธิยื่นคำร้องคัดค้านการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ผู้บริหารท้องถิ่น และสมาชิกสภาท้องถิ่น
 - (2) สิทธิร้องคัดค้านการเลือกกำนันและผู้ใหญ่บ้าน ตามกฎหมายว่าด้วยลักษณะปกครองท้องที่
 - (3) สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ผู้บริหารท้องถิ่น และสมาชิกสภาท้องถิ่น
 - (4) สิทธิสมัครรับเลือกเป็นกำนันและผู้ใหญ่บ้าน ตามกฎหมายว่าด้วยลักษณะปกครองท้องที่
 - (5) สิทธิเข้าชื่อร้องขอเพื่อให้รัฐสภาพิจารณากฎหมาย ตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย
 - (6) สิทธิเข้าชื่อร้องขอให้สภาท้องถิ่นพิจารณาออกข้อบัญญัติท้องถิ่น ตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอข้อบัญญัติท้องถิ่น
 - (7) สิทธิเข้าชื่อร้องขอเพื่อให้วุฒิสภามีมติถอดถอนบุคคล ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต
 - (8) สิทธิเข้าชื่อร้องขอให้ถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น ตามกฎหมายว่าด้วยการลงคะแนนเสียงเพื่อถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น
- การเสียสิทธิตามวรรคหนึ่ง ให้มีกำหนดเวลาตั้งแต่วันเลือกตั้งครั้งที่ผู้นั้นไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง จนถึงวันเลือกตั้งครั้งที่ผู้นั้นไปใช้สิทธิเลือกตั้ง”

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้งสองกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่อาจกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยออกเป็น

กฎหมายลำดับรองได้เพราะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น คณะกรรมการการเลือกตั้งควรยกเลิกประกาศและมติที่เกี่ยวกับการห้ามทำและเผยแพร่โพลเลือกตั้ง และกำหนดหลักเกณฑ์การจำกัดการเผยแพร่โพลเลือกตั้งไว้ในพระราชบัญญัติเท่านั้น จึงจะเป็นการกระทำโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

4. เสรีภาพในการเผยแพร่โพลเลือกตั้งจะจำกัดได้แค่ไหน เพียงไร

เมื่อการจำกัดเสรีภาพในการเผยแพร่โพลเลือกตั้งต้องกระทำโดยพระราชบัญญัติดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ปัญหาว่าพระราชบัญญัติจะจำกัดเสรีภาพในการเผยแพร่โพลเลือกตั้งได้แค่ไหนเพียงไร ผู้เขียนเห็นว่าการเผยแพร่โพลเลือกตั้งนั้นอาจกระทบต่อหลักการเลือกตั้งโดยเสรี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขณะที่กำลังมีการเลือกตั้งกันอยู่ จึงเป็นเหตุผลที่ต้องมีการห้ามเผยแพร่เอกสารโพลก่อนสิ้นสุดการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง ส่วนโพลก่อนการเลือกตั้งควรจะห้ามก็วันก่อนการเลือกตั้งนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อมิให้เป็นการจำกัดเสรีภาพที่เกินจำเป็นและไม่ได้สัดส่วน จึงควรห้ามเพียงเท่ากับระยะเวลาที่ห้ามหาเสียงตามกฎหมายเลือกตั้ง คือ 18.00 น. ก่อนวันลงคะแนนเสียงเลือกตั้งจนถึง 15.00 น. ของวันเลือกตั้ง ก็น่าจะเป็นการเพียงพอแล้ว

5. การเผยแพร่โพลการออกเสียงประชามติ

การออกเสียงประชามติ²¹ (referendum) คือ กระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนประเภทหนึ่งที่มีลักษณะคล้ายกับการเลือกตั้ง ซึ่งนับแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น 16 ฉบับ และมีรัฐธรรมนูญจำนวน 5 ฉบับ ที่กำหนดให้

²¹ กฤช เอื้อวงศ์, "อะไรคือประชามติและเขาทำประชามติกันอย่างไร," วารสารพรรคการเมืองสัมพันธ์ ปีที่ 11 ฉบับที่ 2, น. 29-32 (มกราคม - มีนาคม 2549); นันทวัฒน์ บรมานันท์, "ระบบการออกเสียงประชามติ (Referendum)." รายงานวิจัยเสนอคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538 และ "การออกเสียงประชามติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540)." <<http://www.pub-law.net/publaw/printPublaw.asp?Publawid=401,402>> 21 ตุลาคม 2545 และสถาบันพระปกเกล้า, ตัวอย่างเทคนิคการมีส่วนร่วมของประชาชนและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง, 2544.

ประชาชนมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจอธิปไตยด้วยวิธีการออกเสียงประชามติ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติการทำประชามติไม่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทยเลย เนื่องจากรัฐธรรมนูญถูกยกเลิกโดยการรัฐประหารทั้งสิ้น

ในขณะที่จัดทำวิทยานิพนธ์นี้เป็นช่วงที่อยู่ระหว่างการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 29 วรรคสอง ได้กำหนดให้มีการออกเสียงประชามติเมื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญใหม่เสร็จแล้ว การควบคุมการเผยแพร่โพลการออกเสียงประชามติจึงเป็นประเด็นที่น่าสนใจและควรนำเสนอไว้ในที่นี้ด้วย โดยผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจากการออกเสียงประชามติมีลักษณะคล้ายกับการเลือกตั้ง ดังนั้น การห้ามเผยแพร่โพลการออกเสียงประชามติจึงควรเป็นไปในทำนองเดียวกันกับการห้ามเผยแพร่โพลเลือกตั้ง คือ ควรห้ามการเผยแพร่โพลการออกเสียงประชามตินับตั้งแต่เวลา 18.00 น. ของวันก่อนวันลงคะแนนเสียงประชามติจนถึงเวลา 15.00 น. ของวันลงคะแนนเสียงประชามติ ซึ่งเป็นการเทียบเคียงมาจากหลักเกณฑ์การห้ามหาเสียงตามกฎหมายการเลือกตั้งของไทย