

# กฎหมายเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี\*

ปุนเทพ ศิรินพงค์\*\*

## บทคัดย่อ

มาตรา 38 วรรคที่หนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี บัญญัติว่า “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) มาจากการเลือกตั้งโดยทั่วไป โดยตรง โดยเสรี โดยเสมอภาค และโดยลับ” นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยังได้พัฒนา หลักการเลือกตั้ง “โดยโปร่งใส” ขึ้นมาด้วยอีกประการหนึ่ง อันเป็นการรับรองหลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งในระดับรัฐธรรมนูญเอาไว้ สำหรับระบบเลือกตั้งเยอรมันหรือ “ระบบการเลือกตั้งแบบ สัดส่วนที่รวมถึงการกำหนดตัวบุคคล” นั้น ผู้มีสิทธิเลือกตั้งมีสิทธิลงคะแนนได้ในสองลักษณะคือ คะแนนเสียงที่หนึ่งเลือกตัวบุคคลผู้สมัครในเขตเลือกตั้ง และคะแนนเสียงที่สองเลือกพรรคการเมือง โดยการคำนวณจำนวนที่นั่งซึ่งพรรคการเมืองจะได้รับนั้นพิจารณาบนฐานของระบบสัดส่วนตาม จำนวนคะแนนเสียงที่สอง ประกอบไปกับการประกันความเป็นผู้แทนให้กับผู้ชนะการเลือกตั้งตาม ผลของคะแนนเสียงที่หนึ่งในเขตเลือกตั้งด้วย

**คำสำคัญ:** หลักการพื้นฐานของการเลือกตั้ง ระบบการเลือกตั้งแบบสัดส่วนที่รวมถึงการกำหนดตัวบุคคล

\* German Federal Electoral Law

สรุปจากรายงานการวิจัยเรื่อง “กฎหมายเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี” เสนอต่อ คณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และได้รับอนุมัติในเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2559

\*\* Poonthep Sirinupong

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



## Abstract

Article 38 (1) of the Basic Law guarantees the fundamental principles of election by providing that “Members of the German Bundestag shall be elected in general, direct, free, equal and secret elections.” Additionally, the Federal Constitutional Court recognized the “principles of transparency” as another constitutional principle.

Under the German election system or the so-called “personalised proportional system”, each elector has two votes, one for a local candidate, and the other for a political party. The seats are distributed among the parties in proportion to the total number of second votes. However, the system contains elements of first-past-the-post by guaranteeing that every candidate who wins the most first votes in each constituencies automatically gets a seat in parliament.

**Keywords:** the fundamental principles of election, the personalised proportional system

## 1. บทนำ

“การเลือกตั้งเยอรมัน” หรือการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีถูกกล่าวถึงและถกเถียงในประเทศไทยทั้งภายใต้บริบททางวิชาการและในชั้นการยกวางหรือออกแบบรัฐธรรมนูญมาเป็นเวลานาน อย่างไรก็ตามเมื่อสำรวจบรรดาองค์ความรู้เกี่ยวกับการเลือกตั้งเยอรมันทั้งในส่วนของความหมายอย่างแคบที่มุ่งจำกัดความหมายเฉพาะระบบเลือกตั้ง หรือในความหมายอย่างกว้างอันหมายรวมถึงประเด็นเรื่องสิทธิเลือกตั้งและการจัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ทั้งกระบวนการด้วยนั้นกลับพบว่าไม่ปรากฏข้อมูลเชิงนิติศาสตร์ในภาคภาษาไทยที่เป็นปัจจุบันมากนัก ด้วยเหตุดังที่กล่าวมานี้ การทบทวนองค์ความรู้เกี่ยวกับการเลือกตั้งเยอรมันจึงมีความจำเป็นเพื่อสร้างความเข้าใจที่ถูกต้อง หรือหากในอนาคตจะมีการนำระบบเลือกตั้งแบบเยอรมันหรือแม้กระทั่งกระบวนการอื่น ๆ ในการเลือกตั้งแบบเยอรมันมาปรับใช้ในบริบทของประเทศไทยนั้นจะได้พัฒนาหรือต่อยอดไปจากฐานความคิดที่ถูกต้องบนพื้นฐานข้อมูลที่เพียงพอต่อไป

## 2. หลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งตามกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในมาตรา 38 วรรคที่หนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) ได้บัญญัติไว้ว่า “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เยอรมนี (Bundestag) มาจากการเลือกตั้งโดยทั่วไป โดยตรง โดยเสรี โดยเสมอภาค และโดยลับ” และกำหนดต่อไปใน Art. 38 Abs. 3 ให้ “การกำหนดรายละเอียดเป็นไปตามกฎหมายแห่งสหพันธ์”

นอกจากหลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งที่กฎหมายพื้นฐานบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ยืนยันหลักการอีกหนึ่งประการของการเลือกตั้งคือ “โดยโปร่งใส” ผ่านการสังเคราะห์หลักการพื้นฐานทั้งห้าประการประกอบกับหลักประชาธิปไตยหลักนิติรัฐ และหลักสาธารณรัฐ<sup>1</sup>

การบัญญัติรับรองหลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งทุกประการที่กล่าวมานี้ไว้ในรัฐธรรมนูญเท่ากับเป็นการรับรอง “สิทธิเลือกตั้ง” ว่าภายใต้ระบอบเสรีประชาธิปไตยนั้น ประชาชนย่อมมีสิทธิเลือกตั้งภายใต้การเลือกตั้งที่มีลักษณะเป็นไปตามหลักการพื้นฐานดังกล่าวกรณีหากมีการจำกัดหรือกระทบหลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งอย่างใดอย่างหนึ่ง ย่อมเท่ากับเป็นการกระทบสิทธิเลือกตั้งของประชาชน อันอาจเป็นเหตุให้มีการเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้เข้ามาตรวจสอบผ่านช่องทางต่าง ๆ ที่กฎหมายพื้นฐานได้บัญญัติไว้ เช่น โดยกระบวนการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญหรือโดยกระบวนการร้องทุกข์เพื่อตรวจสอบการเลือกตั้ง

<sup>1</sup> Andreas Voßkuhle and Ann-Katrin Kaufhold, “Grundwissen – Öffentliches Recht: Die Wahlrechtsgrundsätze,” *JuS*, p. 1078, 1080 (2013).



แม้จะมีการประกันหลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งไว้ในระดับรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ได้หมายความว่าหลักการพื้นฐานเหล่านี้จะไม่อาจถูกจำกัดหรือกระทบได้โดยเด็ดขาด ทั้งนี้การกำหนดจำกัดสิทธิเลือกตั้งนั้นอาจปรากฏอยู่ในกฎหมายพื้นฐานโดยตรงเอง เช่น กรณีการกำหนดอายุของผู้มีสิทธิเลือกตั้งหรือผู้สมัครรับเลือกตั้ง กรณีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของเจ้าหน้าที่รัฐ<sup>2</sup> หรือบางครั้ง แม้จะไม่ได้มีการกำหนดจำกัดไว้ แต่ฝ่ายนิติบัญญัติก็อาจตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบกับหลักการพื้นฐานในบางกรณีได้ หากปรากฏว่ามี “เหตุผลที่จำเป็น” ในระดับรัฐธรรมนูญ อันมีน้ำหนักเพียงพอ และการจำกัดที่กระทบต่อสิทธิเลือกตั้งนั้นเหมาะสมและจำเป็นตามหลักความพอสมควรแก่เหตุเพื่อคุ้มครองหลักการอื่นในระดับรัฐธรรมนูญหรือเพื่อส่งเสริมหลักการพื้นฐานประการอื่นของการเลือกตั้ง ทั้งนี้ในการชั่งน้ำหนักระหว่างหลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งที่อาจขัดหรือแย้งกันมากกว่าหนึ่งประการนั้น ต้องตระหนักไว้ว่าหลักการพื้นฐานแต่ละประการนั้นมีสถานะในทางรัฐธรรมนูญอย่างเท่าเทียมกัน ไม่อาจให้คุณค่าของหลักการใดอยู่เหนือกว่าเป็นพิเศษอันจะนำไปสู่การยกเว้นหลักการอื่นโดยสิ้นเชิงได้<sup>3</sup>

หลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งนี้มีความหมายครอบคลุมถึงการจัดการเลือกตั้งทั้งกระบวนการ ตั้งแต่ในขั้นการเสนอชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้ง ขั้นตอนการลงคะแนนใช้สิทธิเลือกตั้ง การคำนวณคะแนน กระบวนการประกาศผลการเลือกตั้ง รวมไปถึงการตรวจสอบการเลือกตั้งด้วย<sup>4</sup>

## 2.1 หลักความทั่วไปของการเลือกตั้ง

ภายใต้หลักการเลือกตั้งโดยทั่วไปนั้น กฎหมายเลือกตั้งจะต้องประกันสิทธิเลือกตั้งทั้งในแง่ของการสมัครรับเลือกตั้ง (สิทธิเลือกตั้งในเชิงรับ) และการเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้ง (สิทธิเลือกตั้งในเชิงรุก) ให้เป็นของประชาชนทุกคน โดยไม่ถูกจำกัดเพราะเหตุทางการเมือง ทางเศรษฐกิจ ทางสังคม หรือเหตุอื่น ๆ<sup>5</sup> ดังนั้นโดยหลักแล้วประชาชน “ทุกคน” ย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิเลือกตั้ง การจะจำกัดให้เฉพาะแต่ผู้ชายมีสิทธิเลือกตั้ง หรือการจะจำกัดสิทธิเลือกตั้งให้เฉพาะแก่กลุ่มคนบางจำพวกเพราะเหตุแห่งฐานะ รายได้ หรือเพราะเหตุจากการอบรมศึกษา ย่อมเป็นการละเมิดหลักการเลือกตั้งโดยทั่วไป<sup>6</sup>

ทั้งนี้ ผู้ทรงสิทธิเลือกตั้งทั้งในเชิงรับและเชิงรุกหมายถึงเฉพาะแต่คนเยอรมันเท่านั้น นั่นคือบุคคลที่มีสัญชาติเยอรมัน หรือกรณีของผู้ลี้ภัยในกรณีตามความหมายของ Art. 116 Abs. 1 GG

<sup>2</sup> Martin Morlok and Lothar Michael, *Staatsorganisationsrecht*, (Baden-Baden: Nomos, 2013), ch. 5 at para. 195.

<sup>3</sup> Annette Guckelberger, “Wahlssystem und Wahlrechtsgrundsätze Teil I – Allgemeinheit, Unmittelbarkeit, Freiheit und Geheimheit der Wahl,” *JA*, pp.561, 563 (2012).

<sup>4</sup> Annette Guckelberger, *supra* note 3, p.563.

<sup>5</sup> Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE] vol. 36, p. 139 at 141.

<sup>6</sup> Hans-Uwe Erichsen, “Die Wahlrechtsgrundsätze des Grundgesetzes,” *Jura*, pp.635, 637 (1983); Annette Guckelberger, *supra* note 3, p. 563.

ใน Art. 38 Abs. 2 GG เอง ได้จำกัดหลักการเลือกตั้งโดยทั่วไปไว้ กล่าวคือ บัญญัติให้เฉพาะแต่บุคคลที่มีอายุครบสิบแปดปีจึงจะมีสิทธิลงคะแนนเสียง และกรณีผู้สมัครรับเลือกตั้งต้องเป็นกรณีบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ซึ่งตามกฎหมายเยอรมันนั้นกรณีที่ถือว่าบุคคลบรรลุนิติภาวะก็คือเมื่อมีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์

นอกจากนี้ ในกรณีที่ถือว่ามี “เหตุผลที่จำเป็น” อาจนำไปสู่การจำกัดหลักการเลือกตั้งโดยทั่วไปในเชิงรุกได้ เช่น การจำกัดสิทธิเลือกตั้งของบุคคลไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถตามคำสั่งศาล เนื่องจาก เหตุดังกล่าวทำให้บุคคลเหล่านี้อาจไม่อยู่ในสถานะที่สามารถตัดสินใจเลือกตั้งได้บนฐานความรับผิดชอบ<sup>7</sup> การจำกัดสิทธิเลือกตั้งในฐานะ “มาตรการข้างเคียง” ของการลงโทษทางอาญาในฐานะความผิดบางประการกรณีที่มีการลงโทษจำคุกอย่างน้อยหกเดือน เช่น ความผิดฐานก่อให้เกิดความไม่สงบ ก่อกบฏ หรือก่ออันตรายต่อนิติรัฐประชาธิปไตย ความผิดที่กระทำต่อความมั่นคงภายนอกของรัฐ ฐานความผิดต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกรเลือกตั้ง ได้แก่ การขัดขวางการเลือกตั้ง การให้หรือสัญญาว่าจะให้ประโยชน์เป็นการแลกเปลี่ยน เป็นต้น<sup>8</sup> นอกจากนี้การจำกัดสิทธิเลือกตั้งอาจเกิดขึ้นโดยผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ในกรณีที่มีการวินิจฉัยว่ามีการใช้สิทธิไปในทางที่ผิดเพื่อลบล้างระบอบพื้นฐานเสรีประชาธิปไตย อันนำไปสู่คำวินิจฉัยให้สูญเสียสิทธิตาม Art. 18 GG

ในขณะที่การจำกัดสิทธิการเลือกตั้งในเชิงรุกของบุคคลด้วยเหตุผลมูลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ นั้นมีเหตุผลสนับสนุนที่ว่าผู้มีสิทธิเลือกตั้งควรจะเป็นบุคคลซึ่งมีความผูกพันกับประเทศเยอรมันทั้งในแง่การเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เพื่อประกอบการตัดสินใจในการลงคะแนนเสียง โดยบุคคลที่อาศัยอยู่ในต่างประเทศอาจมีปัญหาในข้อจำกัดดังกล่าว<sup>9</sup> อย่างไรก็ตามเหตุผลเช่นนี้มีน้ำหนักน้อยลงเมื่อพิจารณาจากเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารที่พัฒนาขึ้นในปัจจุบัน อันนำไปสู่การผ่อนคลายการจำกัดสิทธิเลือกตั้งของบุคคลที่อาศัยอยู่ในต่างประเทศมากขึ้น<sup>10</sup>

กรณีที่เป็นกรจำกัดสิทธิในการสมัครรับเลือกตั้งหรือสิทธิเลือกตั้งในเชิงรับนั้น ตาม Art. 137 Abs. 1 GG อนุญาตให้ตรากฎหมายจำกัดสิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้งของเจ้าหน้าที่รัฐ พนักงานในหน่วยงานของรัฐ ทหารอาชีพ ทหารอาสาสมัครและผู้พิพากษาได้

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 45 (§ 45 StGB) กำหนดให้ในกรณีที่บุคคลได้ถูกตัดสินให้มีความผิดลงโทษจำคุกอย่างน้อยหนึ่งปีขึ้นไป จะต้องเสียสิทธิสมัครรับเลือกตั้งห้าปีโดยอัตโนมัติ หรือให้เป็นดุลพินิจของศาลในการกำหนดระยะเวลาเสียสิทธิสมัครรับเลือกตั้งระหว่างสองถึงห้าปี หากมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

<sup>7</sup> Bernd Grzeszick, “Verfassungsrechtliche Grundsätze des Wahlrechts,” *JA*, pp.1110, 1112 (2014).

<sup>8</sup> Hans Meyer, “Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung,” in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland III*, Josef Isensee and Paul Kirchhof (eds) (Heidelberg: C.F. Müller, 3rd edn, 2005), ch. 46 at para. 4.

<sup>9</sup> Annette Guckelberger, *supra* note 3, p. 563; Andreas Voßkuhle and Ann-Katrin Kaufhold, *supra* note 1, p. 1079.

<sup>10</sup> *ibid.*

สำหรับมาตรการต่าง ๆ เกี่ยวกับการสมัครรับเลือกตั้ง เช่น การให้สิทธิเฉพาะแต่พรรคการเมืองในการเสนอบัญชีรายชื่อผู้สมัครในระบบบัญชีรายชื่อ หรือการกำหนดว่าผู้สมัครแบบเขตเลือกตั้งจะต้องรวบรวมรายชื่อผู้สนับสนุนประกอบการสมัคร 200 รายชื่อ ก็ถือได้ว่าเป็นมาตรการที่กระทบต่อหลักความทั่วไปของสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง โดยในกรณีแรกนั้นอาจอธิบายได้ว่า สิทธิพิเศษของพรรคการเมืองนั้นสอดคล้องกับบทบาทของพรรคการเมืองในฐานะผู้มีบทบาทสำคัญในการหล่อหลอมเจตจำนงของผู้มีสิทธิเลือกตั้ง<sup>11</sup> ขณะที่การกำหนดเงื่อนไขการรวบรวมรายชื่อนั้นเพื่อสร้างหลักประกันว่า ผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งมีความประสงค์อย่างจริงจังในการสมัครรับเลือกตั้ง และเป็นการกรองผู้สมัครรับเลือกตั้งที่ไม่มีโอกาสประสบความสำเร็จออกเป็นเบื้องต้น โดยตราบทว่าการกำหนดจำนวนรายชื่อซึ่งต้องรวบรวมนั้นไม่สูงจนเกินไปนักถือว่าการจำกัดดังกล่าวยังอยู่ในขอบเขตของความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>12</sup>

## 2.2 หลักการเลือกตั้งโดยตรง

หลักการเลือกตั้งโดยตรงหมายความว่าคะแนนเสียงที่ผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งได้ลงคะแนนไปให้ผู้สมัครคนใดเท่ากับเป็นการเลือกตัวผู้สมัครรับเลือกตั้งคนดังกล่าวนั้น โดยการตัดสินใจของผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งถือเป็นเสียงตัดสินสุดท้ายที่ไม่มีการคั่นกลางระหว่างผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งกับผู้ถูกเลือกหรือมีบุคคลอื่นมารับมอบการใช้อำนาจดุลพินิจไปแทนไม่ว่าในรูปแบบใดอีก<sup>13</sup> กรณีการเลือกตั้งที่มีการเลือกตั้งคณะผู้แทนเพื่อไปเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งต่ออีกหนึ่งชั้นอย่างเช่นกรณีการเลือกตั้งประธานาธิบดีประเทศอเมริกา จึงไม่สามารถทำได้<sup>14</sup> ทั้งนี้หลักการเลือกตั้งโดยตรงเรียกร่องด้วยว่าผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งจะต้องรับรู้ได้ว่าการใช้สิทธิลงคะแนนของตนนั้นมีผลต่อบุคคลใดบ้างที่ลงสมัครรับเลือกตั้ง และการลงคะแนนเสียงนั้นจะมีผลต่อความสำเร็จของผู้สมัครอย่างไร ดังนั้นกระบวนการเลือกตั้งจึงต้องกำหนดให้กฎเกณฑ์การคำนวณคะแนนเสียงที่นั่นนั้นต้องเป็นที่สามารถรับรู้ได้<sup>15</sup>

ในกรณีที่มีการกำหนดให้มีการเลือกพรรคการเมือง แล้วมอบหมายให้เป็นดุลพินิจของพรรคการเมืองในการไปจัดสรรที่นั่งภายในสัดส่วนที่พึงมี หรือกรณีมีการจัดทำบัญชีรายชื่อในการสมัครรับเลือกตั้ง แต่พรรคการเมืองอาจสลับลำดับได้ภายหลังการเลือกตั้งสำเร็จแล้วนั้น ถือได้ว่าขัดกับหลักการเลือกตั้งโดยตรง เพราะเท่ากับว่าพรรคการเมืองจะเข้ามาคั่นกลางระหว่างผู้เลือกกับผู้ถูกเลือก<sup>16</sup> อย่างไรก็ตาม กรณีการสมัครเลือกตั้งแบบบัญชีรายชื่อที่ปรากฏรายชื่อผู้สมัครเป็นไปตามลำดับที่พรรคการเมืองจัดทำขึ้นมานั้น หากปรากฏว่าลำดับของผู้สมัครไม่สามารถแก้ไข

<sup>11</sup> Hans Meyer, *supra* note 8, § 46 para. 15.

<sup>12</sup> BVerfGE 3, 19 at 25-27; Bernd Grzeszick, *supra* note 7, p. 1112.

<sup>13</sup> BVerfGE 7, 77 at 85-86; Andreas Voßkuhle and Ann-Katrin Kaufhold, *supra* note 1, p. 1079; Hans-Uwe Erichsen, *supra* note 6, p.639.

<sup>14</sup> BVerfGE 7, 63 at 68; Hans-Uwe Erichsen, *ibid*, p. 639; Annette Guckelberger, *supra* note 3, p.564.

<sup>15</sup> Bernd Grzeszick, *supra* note 7, p.1113.

<sup>16</sup> Martin Morlok and Lothar Michael, *supra* note 2, ch. 5 at para. 200.

เปลี่ยนแปลงโดยบุคคลใด ๆ ภายหลังจากการเลือกตั้งได้ แม้จะเป็นกรณีของระบบบัญชีรายชื่อแบบปิดก็ยังถือได้ว่าสอดคล้องกับหลักการเลือกตั้งโดยตรง เพราะถือว่าผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งสามารถรู้ได้ล่วงหน้าว่าจะแนบเสียงที่ตนได้เลือกพรรคการเมืองจะส่งผลต่อการคำนวณที่นั่งให้กับผู้สมัครของพรรคการเมืองนั้นตามบัญชีรายชื่อที่ได้จัดทำมาไว้เป็นลำดับตายตัวแล้ว<sup>17</sup> รวมไปถึงหากต่อมาภายหลังมีการพ้นจากตำแหน่งของผู้ได้รับเลือกตั้งในบัญชีรายชื่อ เช่น กรณีการเสียชีวิต การเลื่อนลำดับก็จะต้องเป็นไปตามลำดับที่ได้จัดทำขึ้นในขณะเลือกตั้ง<sup>18</sup>

ในส่วนของการที่กฎหมายเลือกตั้งกำหนดว่า กรณีมีการพ้นจากตำแหน่งให้ตัดสิทธิของรายชื่อบุคคลในบัญชีที่พรรคการเมืองมีมติให้ขับพ้นจากพรรคการเมืองภายหลังการจัดทำบัญชีแล้ว ออกจากการพิจารณาการเลื่อนลำดับผู้แทนนั้น มีความเห็นที่แตกต่างกันว่าขัดกับหลักการเลือกตั้งโดยตรงหรือไม่ ฝ่ายที่เห็นว่าเป็นการขัดหลักการเลือกตั้งโดยตรงให้เหตุผลว่าการเสียสิทธิในบัญชีดังกล่าวไม่ได้เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจแต่เกิดขึ้นจากมติของพรรคการเมือง<sup>19</sup> เท่ากับมีเจตจำนงอื่นมาคั่นกลางระหว่างผู้เลือกกับผู้ถูกเลือก<sup>20</sup> อย่างไรก็ตามฝ่ายที่เห็นว่าแม้อาจจะทับหลักการเลือกตั้งโดยตรงแต่มีเหตุผลอธิบายความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งรวมถึงความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่ได้ให้เหตุผลเชื่อมโยงกับความสำคัญของพรรคการเมือง และอธิบายว่าการเลือกบัญชีรายชื่อนั้น เหตุผลแรกในการพิจารณาเลือกคือพรรคการเมือง โดยรายชื่อในบัญชีรายชื่อนั้นอาจถือเป็นเพียงส่วนประกอบ กรณีดังนี้ผลประโยชน์ของพรรคการเมืองจึงสมควรได้รับการคุ้มครอง อีกทั้งการจะขับบุคคลออกจากพรรคนั้นก็ไม่สามารถทำได้ตามอำเภอใจ แต่จะเป็นไปภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายจำกัดเอาไว้เท่านั้น<sup>21</sup>

## 2.3 หลักการเลือกตั้งโดยเสรี

เฉพาะแต่การเลือกตั้งที่เป็นไปโดยเสรีเท่านั้นจึงจะนับว่าเป็นบ่อเกิดของความชอบธรรมทางประชาธิปไตยได้ ทั้งนี้ หลักการเลือกตั้งโดยเสรีสร้างหลักประกันว่าการใช้สิทธิเลือกตั้งจะไม่ตกอยู่ภายใต้การกดดันหรืออิทธิพลอย่างอื่นใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยองค์กรของรัฐหรือเอกชน<sup>22</sup> และไม่ว่าจะเป็นก่อน ขณะ หรือหลังการใช้สิทธิแล้ว ดังนั้น ขั้นตอนการลงคะแนนเสียงจะต้องประกันได้ว่าทำให้การตัดสินใจในห้วงเวลาดังกล่าวเป็นไปอย่างเสรีโดยแท้จริง

<sup>17</sup> BVerfGE 3, 45 at 50-51; Bernd Grzeszick, *supra* note 7, p.1113; Andreas Engels, “Das Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland - Grundlagen, Gestaltungsformen, aktuelle Entwicklungen,” *AD LEGENDUM* 3, pp. 146, 149 (2009).

<sup>18</sup> Hans-Uwe Erichsen, *supra* note 6, p. 639; Annette Guckelberger, *supra* note 3, p.564.

<sup>19</sup> ดู Wolfgang Schreiber, *Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag I*, (Köln: Carl Heymanns, 2nd edn, 1980), ch. 48 at para. 5; Karl-Heinz Seifert, *Bundeswahlrecht*, (München: Vahlen, 3rd edn, 1976), ch. 48 at para. 7 อ้างใน Hans-Uwe Erichsen, *ibid*, p.640.

<sup>20</sup> Hans-Uwe Erichsen, *ibid*, p.640.

<sup>21</sup> BVerfGE 7, 63 at 71-73; *ibid*, p.640.

<sup>22</sup> Andreas Voßkuhle and Ann-Katrin Kaufhold, *supra* note 1, p.1079.



ซึ่งเงื่อนไขประกอบที่จะทำให้เกิดสภาพการณ์ดังกล่าวได้ก็คือการเคารพหลักการเลือกตั้งโดยลับ อันจะทำให้ผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งสามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระ ไม่ต้องเกรงหรือคำนึงถึงผลร้ายหรือผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นตามมาหากลงคะแนนไปอย่างใดอย่างหนึ่ง<sup>23</sup> นอกจากนี้ในวันเลือกตั้ง บริเวณหน่วยเลือกตั้งต้องห้ามไม่ให้มีคำพูด เสียง ข้อความ หรือรูปภาพใด ๆ ที่อาจมีอิทธิพลต่อผู้เลือกตั้งได้<sup>24</sup> รวมไปถึงการออกแบบบัตรเลือกตั้งก็ต้องไม่มีลักษณะที่ส่งอิทธิพลต่อผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งในลักษณะที่เป็นการเอื้อประโยชน์หรือทำให้เสียเปรียบอย่างใดอย่างหนึ่งระหว่างผู้สมัครรับเลือกตั้ง<sup>25</sup>

ไม่เฉพาะในขั้นตอนการลงคะแนน แต่หลักการเลือกตั้งโดยเสรียังหมายความรวมถึงขั้นตอนก่อนการเลือกตั้งด้วย ซึ่งหลักการนี้รวมถึงการที่ในการเลือกตั้งจะต้องมีผู้สมัครหลายคนหรือพรรคการเมืองหลายพรรคเป็นทางเลือกของการใช้สิทธิลงคะแนน<sup>26</sup> ดังนั้น หลักการเลือกตั้งโดยเสรีจึงประกันว่าผู้มีสิทธิเสนอผู้สมัครเลือกตั้งแบบเขตเลือกตั้งนั้นคือผู้มีสิทธิเลือกตั้งทุกคนไม่จำกัดเฉพาะบุคคลที่เป็นสมาชิกพรรคการเมืองเท่านั้น<sup>27</sup> นอกจากนี้การเสนอผู้สมัครของพรรคการเมืองที่มาจาก การตัดสินใจโดยลำพังของหัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารพรรคการเมืองที่สมาชิกพรรคการเมืองไม่ได้โอกาสมีส่วนร่วมในการกำหนดตัวบุคคลได้นั้นเป็นการขัดกับหลักการเลือกตั้งโดยเสรี<sup>28</sup> ในขณะที่การสมัครแบบบัญชีรายชื่อที่กฎหมายเลือกตั้งจำกัดไว้เฉพาะเป็นสิทธิของพรรคการเมืองนั้น แม้จะกระทบต่อหลักการเลือกตั้งโดยเสรี เช่นเดียวกันกับที่กระทบต่อหลักการเลือกตั้งโดยทั่วไปและโดยเสมอภาค แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาว่าการจำกัดไว้เฉพาะแต่สิทธิของพรรคการเมืองนี้สามารถทำได้ เพราะโดยธรรมชาติของเรื่องแล้วการเลือกตั้งแบบบัญชีรายชื่อนั้นเป็นการเลือกกลุ่มบุคคลที่มีแนวนโยบายทางการเมืองร่วมกัน ซึ่งในทางปฏิบัติก็คือพรรคการเมืองนั่นเอง<sup>29</sup>

ในขณะเดียวกัน บรรยากาศของการแข่งขันในสนามเลือกตั้งจะต้องสร้างกระบวนการที่เป็นไปอย่างเสรีและเปิดโอกาสให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งพิจารณาตัดสินใจได้โดยอิสระ การใช้อำนาจหน้าที่หรืออิทธิพลเข้าแทรกแซงโดยหน่วยงานของรัฐที่มีเนื้อหาเป็นการเอื้อประโยชน์แก่ผู้สมัครรายใดรายหนึ่งหรือพรรคการเมืองพรรคใดพรรคหนึ่งไม่สามารถทำได้<sup>30</sup> อย่างไรก็ตามบางกรณีที่ต้องวินิจฉัยระหว่างการเผยแพร่และอธิบายการทำงานของภาครัฐอันเป็นการกระทำภายใต้หลักความโปร่งใสของการทำงานกับการที่ถือว่าการใช้อำนาจหน้าที่หรืออิทธิพลเป็นการกระทบต่อการเลือกตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นอาจทำได้ไม่ยากนัก ทั้งนี้หลักเกณฑ์การพิจารณากรณีนี้ถือว่าเป็น

<sup>23</sup> Hans-Uwe Erichsen, *supra* note 6, p.640.

<sup>24</sup> Annette Guckelberger, *supra* note 3, p.565.

<sup>25</sup> SaarlVerfGH NVwZ-RR, p. 169, 177 (2012) อ้างใน *ibid*.

<sup>26</sup> BVerfGE 47, 253 at 283-284.

<sup>27</sup> Christian Burkiczak, "Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wahl des Deutschen Bundestages," *JuS*, p.805, 808 (2009).

<sup>28</sup> BVerfGE 47, 253 at 282.

<sup>29</sup> BVerfGE 5, 77 at 82; Hans-Uwe Erichsen, *supra* note 6, p.641.

<sup>30</sup> Bernd Grzeszick, *supra* note 7, p.1114.



การละเมิดต่อหลักการเลือกตั้งโดยเสรีอาจพิจารณาจากเงื่อนไขเชิงเนื้อหา เช่น ข้อมูลที่จัดทำขึ้นมาเป็นการกล่าวหาผู้สมัครหรือสมาชิกพรรคการเมืองฝ่ายตรงข้าม อาจพิจารณาจากเงื่อนไขเชิงรูปแบบ เช่น การประชาสัมพันธ์มุ่งเน้นการโฆษณามากกว่าข้อมูลเชิงเนื้อหา รายละเอียด หรืออาจพิจารณาจากเงื่อนไขของระยะเวลา เช่น ในช่วงระยะเวลาก่อนการเลือกตั้งสามเดือน รัฐบาลจะต้องไม่ดำเนินการแสดงออกอย่างใด ๆ ที่อาจมีอิทธิพลต่อคะแนนเสียงพรรคการเมืองในการเลือกตั้ง<sup>31</sup>

หลักการเลือกตั้งโดยเสรียังผูกพันต่อเอกชน “โดยอ้อม” ด้วย<sup>32</sup> อย่างไรก็ตามการพิจารณาบทบาทของเอกชนในสนามเลือกตั้งนั้นในอีกด้านหนึ่งก็ต้องพิจารณาคู่ครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ได้รับการรับรองไว้ตาม Art. 5 Abs. 1 GG ซึ่งรับรองรวมถึงการกระทำที่มีลักษณะเป็นการโน้มน้าวชักจูงอันอาจมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของบุคคลอื่นด้วย<sup>33</sup> ดังนั้น หากโบสถ์ สหภาพแรงงาน หรือบริษัทจะสนับสนุนหรือไม่สนับสนุนพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือจะมีจุดยืนทางการเมืองอย่างไรอย่างหนึ่งย่อมสามารถกระทำได้ เช่น การที่โบสถ์อ่านจดหมายซึ่งมีเนื้อหาเป็นการสนับสนุนพรรคการเมืองก่อนที่จะถึงวันเลือกตั้ง โดยกล่าวว่าเฉพาะแต่การเลือกพรรคการเมืองพรรคใดพรรคหนึ่งเท่านั้นจึงจะถือว่าเป็นการปฏิบัติโดยสอดคล้องกับคำสอนหรือความเชื่อในทางศาสนา ในแง่การพิจารณาบทบาทของเอกชนกับการคุ้มครองหลักการเลือกตั้งโดยเสรีจึงต้องชั่งน้ำหนักการกระทำบนฐานของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ครอบคลุมถึงบทบาทของเอกชนนั้นยังอยู่บนฐานของความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยไม่ได้เป็นการกระทำซึ่งกฎหมายอาญากำหนดเอาไว้ให้เป็นความผิด<sup>34</sup> ทั้งนี้ ขอบเขตทางกฎหมายที่อาจถือได้ว่าเป็นการพ้นไปจากการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและกลายเป็นการกระทำซึ่งกระทบต่อหลักการเลือกตั้งโดยเสรีอาจพิจารณาได้จากองค์ประกอบของความผิดฐานบังคับผู้เลือกตั้ง (Wählernötigung) ตาม § 108 StGB ซึ่งบัญญัติองค์ประกอบความผิดไว้ว่า “ผู้ใดกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยการใช้อำนาจ โดยการข่มขู่ว่าจะประทุษร้ายอย่างร้ายแรง โดยการใช้ความสัมพันธ์ทางอาชีพหรือทางเศรษฐกิจโดยมิชอบ หรือโดยการกีดตันทางเศรษฐกิจอย่างอื่น บังคับหรือขัดขวางบุคคลอื่นเพื่อให้เลือกหรือเพื่อให้ใช้สิทธิเลือกตั้งของเขาไปในลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง”<sup>35</sup>

สำหรับบทบาทของสื่อมวลชนภายใต้บริบทหลักการเลือกตั้งโดยเสรีอาจต้องแยกพิจารณาระหว่างสื่อมวลชนของรัฐและสื่อมวลชนเอกชน โดยการทำงานของสื่อมวลชนเอกชนนั้นได้รับการคุ้มครองภายใต้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเช่นกัน ดังนั้นการเลือกที่จะนำเสนอหรือสนับสนุนพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งจึงสามารถทำได้ รวมไปถึงการปฏิเสธการให้ใช้พื้นที่โฆษณาในสื่อหรือปฏิเสธจดหมายจากผู้อ่านที่สนับสนุนพรรคการเมืองอื่นอันไม่ตรงกับที่เอกชนนั้นสนับสนุน

<sup>31</sup> Annette Guckelberger, *supra* note 3, p.565.

<sup>32</sup> *ibid.*

<sup>33</sup> Bernd Grzeszick, *supra* note 7, p.1114.

<sup>34</sup> Hans-Uwe Erichsen, *supra* note 6, pp.640-641.

<sup>35</sup> Annette Guckelberger, *supra* note 3, p.565; Bernd Grzeszick, *supra* note 7, p.1114.



ก็ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดหลักการเลือกตั้งโดยเสรี เว้นเสียแต่ว่าเป็นกรณีที่สื่อมวลชนดังกล่าวจะอยู่ในฐานะที่เป็นผู้ผูกขาดเพียงผู้เดียวในตลาด<sup>36</sup> ขณะที่สื่อมวลชนของรัฐนั้นจะต้องผูกพันกับหลักการเลือกตั้งโดยเสรีในระดับที่เข้มข้นกว่า โดยการรายงานและนำเสนอข่าวนั้นจะต้องวางบทบาทที่เป็นกลาง ต้องมีการให้เนื้อหาที่สมดุล เป็นการรายงานบนพื้นฐานของข้อเท็จจริง และนำเสนออย่างรอบด้าน<sup>37</sup>

ปัญหาที่เป็นข้อถกเถียงในทางทฤษฎีก็คือกรณีของ “หน้าที่เลือกตั้ง” กล่าวคือ การกำหนดให้ การไปเลือกตั้งเป็นหน้าที่โดยที่การไม่ปฏิบัติตามอาจนำมาสู่บทลงโทษทางกฎหมายบางประการนั้น เป็นการขัดกับหลักการเลือกตั้งโดยเสรีหรือไม่ กรณีนี้จะต้องพิจารณาขอบเขตความหมายของ หลักการเลือกตั้งโดยเสรีว่ามีความหมายกว้างหรือแคบเพียงใด ในความหมายอย่างแคบนั้น การเลือกตั้งโดยเสรีหมายถึงเฉพาะแต่การตัดสินใจลงคะแนนเลือกตั้งโดยเสรี ดังนั้นในแง่นี้ トラบเทาท์ ที่ การกำหนดการเลือกตั้งเป็นหน้าที่นั้นยังอนุญาตให้ผู้ไปใช้สิทธิเลือกตั้งสามารถเลือกช่องไม่ประสงค์ ลงคะแนนหรือเลือกที่จะทำบัตรเลือกตั้งให้เป็นบัตรเสีย ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทบกับหลักการเลือกตั้งโดยเสรี<sup>38</sup> แต่หากพิจารณาในความหมายอย่างกว้าง การเลือกตั้งโดยเสรีย่อมหมายความถึง เสรีภาพในการตัดสินใจเข้าร่วมการเลือกตั้งหรือไม่ด้วย โดยที่การตัดสินใจไม่ไปเลือกตั้งก็ถือได้ว่าเป็นการแสดงออกซึ่งจุดยืนทางการเมืองอย่างหนึ่งเช่นเดียวกัน<sup>39</sup> ในแง่นี้สิทธิเลือกตั้งจึงย่อมหมาย รวมถึงสิทธิไม่ไปเลือกตั้งด้วย โดยความเห็นทางตำราเสียงข้างมากนั้นเห็นว่าหลักการเลือกตั้งโดยเสรี จะต้องพิจารณาในความหมายอย่างกว้าง ด้วยเหตุนี้การจะกำหนดหน้าที่เลือกตั้งจึงไม่สามารถทำได้ โดยการบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ แต่จะต้องกระทำโดยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย พื้นฐาน<sup>40</sup> ถ้าพึงการยกเหตุผลที่สนับสนุนเรื่องความต้องการเพิ่มจำนวนของผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้ง ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นเหตุผลที่จำเป็นอันจะทำให้การจำกัดสิทธิเลือกตั้งโดยเสรีในกรณีนี้เป็นไปตาม หลักความพอสมควรแก่เหตุ เพราะในทางการเมืองนั้น การเพิ่มจำนวนผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งไม่ได้เป็น หลักประกันว่าจะทำให้ความยึดโยงระหว่างผู้ไปใช้สิทธิเลือกตั้งกับผู้สมัครรับเลือกตั้งและพรรค การเมืองเข้มแข็งขึ้น<sup>41</sup>

## 2.4 หลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาค

ในขณะที่หลักการเลือกตั้งโดยทั่วไปประกันให้ทุกคนมีสิทธิเลือกตั้ง หลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาคประกันว่าผู้มีสิทธิเลือกตั้งทุกคนจะมีอิทธิพลในการเลือกตั้งอย่างเท่าเทียมกัน<sup>42</sup> ทั้งสอง หลักการนี้ถือว่าเป็นบทเฉพาะ (lex specialis) ของหลักความเสมอภาคที่บัญญัติรับรองไว้เป็นบท

<sup>36</sup> Bernd Grzeszick, *ibid*; Hans Meyer, *supra note* 8, ch. 46 para. 27.

<sup>37</sup> BVerfGE 48, 271 at 277-278.

<sup>38</sup> Christian Burkiczak, *supra note* 27, pp.807-808.

<sup>39</sup> Annette Guckelberger, *supra note* 3, p.565.

<sup>40</sup> *ibid*.

<sup>41</sup> Andreas Engels, *supra note* 17, p.150.

<sup>42</sup> Hans-Uwe Erichsen, *supra note* 6, p.642.

ทั่วไปใน Art. 3 Abs. 1 GG<sup>43</sup> โดยเป็นการส่งเสริมหลักความเท่าเทียมกันของประชาชนตามหลักการประชาธิปไตย ทั้งนี้ หลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาครับรองทั้งสิทธิเลือกตั้งเชิงรับและเชิงรุกที่จะต้องมีความใกล้เคียงกันในการใช้สิทธิให้มากที่สุด<sup>44</sup>

หลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาคห้ามมิให้มีการให้ค่าของคะแนนเสียงที่แตกต่างกันไม่ว่าจะเป็นเพราะคุณสมบัติของผู้เลือกตั้ง ฐานะทางชนชั้น ฐานะรายได้ การศึกษา ศาสนา หรือเพศ ดังนั้นเมื่อพิจารณาระบบกฎหมายเลือกตั้งในสมัยจักรวรรดิปรัสเซียที่กำหนดให้การเลือกตั้งสภาที่สองเป็นการเลือกตั้งแบบสามชนชั้น (Dreiklassenwahlrecht) โดยมีการแบ่งผู้มีสิทธิเลือกตั้งออกเป็นสามกลุ่มตามสัดส่วนฐานะรายได้และการเสียภาษี อันนำไปสู่การที่ค่าคะแนนเสียงของผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งมีความหมายมากน้อยแตกต่างกันในการคำนวณเพื่อให้ได้มาซึ่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รูปแบบเช่นนี้ย่อมขัดกับหลักความเสมอภาคในสิทธิเลือกตั้งและเป็นระบบที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ<sup>45</sup>

เมื่อหลักความเสมอภาคในสิทธิเลือกตั้งประกันว่าการใช้สิทธิเลือกตั้งจะต้องเป็นไปอย่างมีความเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยแตกต่างกันจึงไม่สามารถทำได้ เว้นแต่จะมีเหตุผลที่จำเป็นเพื่อความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ เพื่อส่งเสริมหลักการอื่นของรัฐธรรมนูญหรือส่งเสริมจุดมุ่งหมายทางการเมืองที่รัฐธรรมนูญวางเอาไว้และเพื่อให้กระบวนการจัดการเลือกตั้งนั้นเป็นไปได้อย่างเรียบร้อย<sup>46</sup>

ทั้งนี้อาจแยกพิจารณาหลักความเสมอภาคของสิทธิเลือกตั้งออกได้เป็นสองลักษณะ กล่าวคือ “ความเสมอภาคในค่าการนับคะแนน” (Zählwertgleichheit) ซึ่งเรียกร้องว่าผู้มีสิทธิเลือกตั้งทุกคนจะต้องมีจำนวนสิทธิในการลงคะแนนเสียงที่เท่ากัน (one man, one vote) โดยคะแนนเสียงแต่ละคะแนนที่ได้ลงไปนั้นก็จะถูกนับโดยมีน้ำหนักของคะแนนเท่ากันทั้งหมด<sup>47</sup> และ “ความเสมอภาคในค่าความสำเร็จของคะแนน” (Erfolgswertgleichheit) ที่เรียกร้องว่าทุก ๆ คะแนนที่ได้ลงไปโดยชอบนั้นจะมีอิทธิพลต่อผลการเลือกตั้งที่เท่าเทียมกันและจะมีผลต่อการแบ่งสัดส่วนที่นั่งในสภาอย่างเท่าเทียมกัน<sup>48</sup>

ปัญหาต่อไปที่ต้องพิจารณาคือ “ความเสมอภาคในค่าการนับคะแนน” และ “ความเสมอภาคในค่าความสำเร็จของคะแนน” นั้นจะถูกพิจารณาอย่างไรภายใต้ระบบการเลือกตั้งที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในการเลือกตั้งระบบสัดส่วน (Das Verhältniswahlssystem) ซึ่งคำนวณสัดส่วนที่นั่งในสภาผู้แทนราษฎรให้กับแต่ละพรรคการเมืองตามสัดส่วนคะแนนเสียงที่แต่ละพรรคการเมืองได้รับ

<sup>43</sup> BVerfGE 99, 1 at 10; Steffen Lampert, “Die wahlrechtlichen Gleichheitssätze,” *JuS*, pp.884, 886 (2011).

<sup>44</sup> Andreas Voßkuhle and Ann-Katrin Kaufhold, *supra* note 1, p.1079; Bernd Grzeszick, *supra* note 7, p.1115.

<sup>45</sup> Annette Guckelberger, “Wahlssystem und Wahlrechtsgrundsätze Teil II – Gleichheit und Öffentlichkeit der Wahl,” *JA*, pp.641, 641 (2012).

<sup>46</sup> Hans-Uwe Erichsen, *supra* note 6, p.642.

<sup>47</sup> Annette Guckelberger, *supra* note 45, p.641.

<sup>48</sup> Steffen Lampert, *supra* note 43, p.887.



ตามความเป็นจริงนั้น ถือว่าเป็นระบบที่สอดคล้องและทำให้คะแนนทุกคะแนนมีความเสมอภาคในค่าความสำเร็จของคะแนนอย่างแท้จริงมากที่สุด<sup>49</sup> แต่ในขณะที่ระบบการเลือกตั้งแบบเสียงข้างมาก (Das Mehrheitswahlsystem) มีกลไกและกติกาของระบบอันส่งผลให้คะแนนเสียงที่เลือกผู้ที่ไม่ได้ชนะการเลือกตั้งจะตกหายไป จึงมีเฉพาะแต่คะแนนของผู้ซึ่งเลือกผู้สมัครที่ได้รับคะแนนสูงสุดเท่านั้น อันจะถือได้ว่าเป็นคะแนนซึ่งมีค่าความสำเร็จ<sup>50</sup> ด้วยเหตุผลดังที่กล่าวมานี้จึงมีนักวิชาการบางท่านกล่าวว่าเฉพาะแต่การเลือกตั้งระบบสัดส่วนเท่านั้นที่สอดคล้องกับหลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาค ขณะที่ระบบการเลือกตั้งแบบเสียงข้างมากถือว่าการกระทบต่อหลักความเสมอภาคในค่าความสำเร็จของคะแนนอย่างมากโดยไม่มีเหตุผลที่จำเป็นบนฐานของคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญรับรองอย่างเพียงพอ<sup>51</sup>

อย่างไรก็ตาม ความเห็นข้างมากในทางวิชาการและแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐยอมรับว่าการเลือกตั้งแบบเสียงข้างมากสามารถนำมาใช้ได้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ จากการที่กฎหมายพื้นฐานไม่ได้กำหนดระบบการเลือกตั้งไว้โดยเจาะจง แต่ได้มอบให้เป็นดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะไปออกแบบเลือกระบบการเลือกตั้ง ซึ่งอาจเป็นแบบเสียงข้างมาก หรือแบบสัดส่วนก็ได้ หากฝ่ายนิติบัญญัติเลือกที่จะใช้ระบบการเลือกตั้งแบบเสียงข้างมาก ก็ถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจในขอบเขตที่กฎหมายพื้นฐานรับรอง แม้ทำให้มีเฉพาะแต่คะแนนซึ่งเลือกผู้ได้รับคะแนนสูงสุดเท่านั้นที่จะถือได้ว่ามีค่าความสำเร็จ โดยที่คะแนนอื่น ๆ จะไม่ได้มีผลต่อการกำหนดที่นั่งในสภาผู้แทนราษฎรแต่อย่างใด แต่เมื่อเป็นผลที่เกิดขึ้นโดยสภาพเหตุผลของระบบการเลือกตั้ง จึงทำให้ไม่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>52</sup> ดังนั้นภายใต้บริบทดังกล่าวมานี้ หลักความเสมอภาคในค่าความสำเร็จของคะแนนจึงเรียกร้องแต่เพียงว่าทุก ๆ คะแนนที่ได้ลงไปได้โดยชอบนั้นจะต้องมีอิทธิพลต่อโอกาสประสบความสำเร็จของผู้ถูกเลือกอย่างเท่าเทียมกัน โดยที่ “ความเสมอภาคในค่าความสำเร็จของคะแนน” จะถูกจำกัดลงเป็นเพียง “ความเสมอภาคในโอกาสประสบความสำเร็จ” (gleiche Erfolgchance) เท่านั้น<sup>53</sup>

ขณะเดียวกันกฎหมายพื้นฐานก็เปิดดุลพินิจให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถนำระบบการเลือกตั้งทั้งสองรูปแบบมาผสมกันได้<sup>54</sup> อย่างไรก็ตามการออกแบบระบบการเลือกตั้งแบบผสมนั้นจะต้องไม่กระทบกับสาระสำคัญของหลักความเสมอภาคในสิทธิเลือกตั้งที่รับรองไว้ใน การเลือกตั้งแต่ละระบบ การอนุญาตให้มีการเลือกผู้แทนแบบแบ่งเขตและเลือกพรรคการเมืองภายใต้ระบบการเลือกตั้งแบบสัดส่วนที่รวมถึงการกำหนดตัวบุคคล (personalisierte Verhältniswahl) จึงต้องไม่เปิดโอกาสให้การเลือกสมาชิกแบบแบ่งเขตทำให้ผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งคนใดคนหนึ่งสามารถลงคะแนนในลักษณะที่ผล

<sup>49</sup> Hans-Uwe Erichsen, *supra* note 6, p.642.

<sup>50</sup> *ibid*, pp.642-643.

<sup>51</sup> Martin Morlok and Lothar Michael, *supra* note 2, ch. 5 at para. 207.

<sup>52</sup> Andreas Voßkuhle and Ann-Katrin Kaufhold, *supra* note 1, p. 1079; Bernd Grzeszick, *supra* note 7, p.1115.

<sup>53</sup> Bernd Grzeszick, *ibid*.

<sup>54</sup> Hans-Uwe Erichsen, *supra* note 6, p.643.

สุดท้ายนำไปสู่การที่คะแนนของผู้หนึ่งสามารถกำหนดจำนวนที่นั่งของสมาชิกในสภาผู้แทนราษฎรได้ถึงสองครั้ง<sup>55</sup> ด้วยเหตุนี้ มาตรา 6 วรรค 1 ประโยคที่ 4 ของกฎหมายเลือกตั้งแห่งสหพันธ์ (§ 6 Abs. 1 S. 4 BWahlG) จึงกำหนดให้คะแนนเสียงที่สองของผู้เลือกตั้งซึ่งได้ใช้คะแนนเสียงที่หนึ่งเลือกผู้ชนะในแบบแบ่งเขตเลือกตั้งที่มีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้จะไม่ถูกนำมานับพิจารณาอีก กล่าวคือ ผู้สมัครซึ่งเป็นผู้สมัครอิสระ ผู้สมัครจากพรรคการเมืองที่ไม่เสนอบัญชีรายชื่อในมลรัฐนั้น หรือผู้สมัครจากพรรคการเมืองที่ไม่ผ่านเกณฑ์ขั้นต่ำร้อยละห้าในการคำนวณที่นั่ง

แม้ในระบบสัดส่วน ทุกคะแนนจะมีความเสมอภาคในค่าความสำเร็จของคะแนนอย่างแท้จริงที่จะถูกแปรผันมาเป็นสัดส่วนที่นั่งของผู้แทนในสภา อย่างไรก็ตามการจะกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขเพิ่มเติมประการใดที่อาจกระทบต่อหลักความเสมอภาคในค่าความสำเร็จนั้นก็สามารถทำได้ แต่ต้องเป็นไปบนเหตุผลที่จำเป็นอันมีฐานทางรัฐธรรมนูญรองรับและมีคุณค่าในระดับที่เท่าเทียมกับหลักความเสมอภาคของสิทธิเลือกตั้ง โดยที่การจำกัดหรือกระทบต่อหลักความเสมอภาคนั้นก็ต้องเป็นไปอย่างเหมาะสมและจำเป็นตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ<sup>56</sup> อนึ่ง เหตุผลอันชอบธรรมในการจำกัดหลักความเสมอภาคของสิทธิเลือกตั้งนั้นอาจเป็นไปเพื่อส่งเสริมประสิทธิผลของการเลือกตั้งในฐานะกลไกหลอมรวมเจตนาทางการเมืองของประชาชนตามระบอบประชาธิปไตย ได้แก่ การป้องกันอันตรายจากการมีพรรคการเมืองในสภาเป็นจำนวนมากเกินไปหรือการคุ้มครองความสามารถในการดำเนินงานและการตัดสินใจของรัฐสภา<sup>57</sup>

ภายใต้โครงสร้างของระบบสัดส่วนนั้น ระบบเลือกตั้งแบบเยอรมันได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการคำนวณการได้มาซึ่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มีผลเป็นการกระทบต่อความเสมอภาคในค่าความสำเร็จของคะแนนโดยการกำหนด “หลักเกณฑ์คะแนนขั้นต่ำ” (Sperrklauseln) ที่กำหนดเงื่อนไขว่าการกระจายที่นั่งตามสัดส่วนแก่บัญชีรายชื่อพรรคการเมืองนั้น พรรคการเมืองที่จะได้รับการจัดสรรที่นั่งจะต้องได้รับคะแนนถึงเกณฑ์ขั้นต่ำตามที่กำหนดไว้คือร้อยละห้าของจำนวนคะแนนเสียงที่สองทั้งหมดที่มีผลสมบูรณ์ โดยคะแนนเสียงที่ได้เลือกพรรคการเมืองอื่น ๆ ซึ่งคะแนนของพรรคการเมืองที่ไม่ถึงเกณฑ์คะแนนขั้นต่ำจะไม่ถูกนำมานับในการคำนวณจัดสรรที่นั่งสมาชิกในสภา คะแนนเหล่านี้จึงถูกพิจารณาได้ว่าไม่ได้มีผลต่อความสำเร็จในการกำหนดสัดส่วนที่นั่ง<sup>58</sup> อันเป็นการกระทบกับหลักความเสมอภาคของสิทธิเลือกตั้ง

อย่างไรก็ตาม ในทัศนะของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยอมรับว่าการกำหนดหลักเกณฑ์คะแนนขั้นต่ำอยู่ที่ร้อยละห้าเป็นการจำกัดสิทธิในขอบเขตที่ยังถือได้ว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>59</sup> โดยนำประสบการณ์จากความไม่มีเสถียรภาพของรัฐสภาเพราะเหตุที่มีพรรคการเมืองเข้าไปในสภาเป็น

<sup>55</sup> Annette Guckelberger, *supra* note 45, pp.641-642.

<sup>56</sup> Bernd Grzeszick, *supra* note 7, p.1116.

<sup>57</sup> *ibid.*

<sup>58</sup> Andreas Voßkuhle and Ann-Katrin Kaufhold, *supra* note 1, p.1079; Hans-Uwe Erichsen, *supra* note 6, p.643; Annette Guckelberger, *supra* note 45, p.642.

<sup>59</sup> BVerfGE 95, 408 at 422.



จำนวนมากสมัยยุคสาธารณรัฐไวมาร์ (Weimarer Republik) ใช้เป็นเหตุผลรับรองการจำกัดสิทธิดังกล่าว การกำหนดหลักเกณฑ์คะแนนขั้นต่ำจึงเป็นมาตรการที่ป้องกันไม่ให้พรรคการเมืองในสภามากเกินไปเพื่อสร้างหลักประกันให้แก่ความสามารถทำงานและตัดสินใจได้อย่างมีประสิทธิภาพของรัฐสภาในการรวบรวมเสียงข้างมาก รวมไปถึงเพื่อสร้างเสถียรภาพให้กับการทำงานของรัฐบาลในระบบรัฐสภา<sup>60</sup> แต่ทั้งนี้การกำหนดหลักเกณฑ์คะแนนขั้นต่ำนั้นจะต้องไม่เป็นไปเพื่อจูงใจกัดกันหรือขัดขวางพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งหรือกลุ่มการเมืองใดกลุ่มการเมืองหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง<sup>61</sup>

แม้จะมีความเห็นทางวิชาการบางส่วนที่อธิบายว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นต่ำเป็นไปโดยขัดหลักความพอสมควรแก่เหตุ กล่าวคือ เมื่อพิจารณามาตรการต่าง ๆ ที่อาจนำมาใช้ได้จะยังมีมาตรการอื่นที่อาจกระทบต่อความเสมอภาคในค่าความสำเร็จของคะแนนน้อยกว่า เช่น การนำกลไก “คะแนนเสียงทางเลือกหรือคะแนนเสียงสำรอง” (Alternativ-oder Hilfsstimme) มาปรับใช้กับการกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นต่ำ โดยให้ผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งเลือกบัญชีรายชื่อของพรรคการเมืองที่สองเป็นทางเลือกเอาไว้ และหากบัญชีรายชื่อของพรรคการเมืองที่เลือกเป็นลำดับแรกไม่ผ่านหลักเกณฑ์คะแนนขั้นต่ำ ก็ให้พิจารณานำเอาคะแนนที่เลือกพรรคการเมืองที่สองเข้ามาคำนวณในการจัดสรรที่นั่งในสภาต่อไป รูปแบบดังนี้จะทำให้คะแนนเสียงที่สองของผู้ใช้สิทธิซึ่งเลือกพรรคการเมืองที่ได้คะแนนไม่ผ่านหลักเกณฑ์คะแนนขั้นต่ำยังคงมีความเสมอภาคในค่าความสำเร็จของคะแนนจากการเลือกพรรคการเมืองที่เป็นทางเลือกสำรองเอาไว้<sup>62</sup> อย่างไรก็ตามข้อเสนอให้มีการนำคะแนนเสียงทางเลือกมาปรับใช้กับการกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นต่ำนั้นก็มิใช่อคติค้านและเหตุผลโต้แย้งจำนวนมาก เช่น การนำมาใช้อาจเพิ่มโอกาสในความผิดพลาดและความเป็นไปได้ในการบิดเบือนการนับคะแนน อาจทำให้โอกาสที่ผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งจะลงคะแนนโดยผิดพลาดมีเพิ่มขึ้น รวมไปถึงการที่คะแนนเสียงของผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งบางคนจะถูกนับถึงสองครั้ง ซึ่งอาจมีปัญหาในเชิงหลักการเลือกตั้งโดยตรงและโดยโปร่งใส ดังนั้นการนำกลไกคะแนนเสียงทางเลือกหรือคะแนนเสียงสำรองมาปรับใช้กับการกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นต่ำจึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นมาตรการที่กระทบต่อความเสมอภาคในค่าความสำเร็จของคะแนนน้อยกว่าแต่สามารถบรรลุเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ได้เหมือนกันกับกรณีที่มีเฉพาะการกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นต่ำโดยไม่มีกลไกคะแนนเสียงทางเลือก<sup>63</sup>

แม้จะมีการกำหนดหลักเกณฑ์คะแนนขั้นต่ำเอาไว้ อย่างไรก็ตามกฎหมายเลือกตั้งก็กำหนดข้อยกเว้นของการบังคับใช้หลักเกณฑ์คะแนนขั้นต่ำไว้สองกรณี<sup>64</sup> คือ กรณีที่พรรคการเมืองมีผู้สมัครได้รับเลือกตั้งในแบบแบ่งเขตอย่างน้อยสามคน (Grundmandatsklausel) หรือกรณีที่เป็นพรรค

<sup>60</sup> Annette Guckelberger, *supra* note 45, p.642.

<sup>61</sup> BVerfGE 120, 82 at 109; Christian Burkiczak, *supra* note 27, p.808.

<sup>62</sup> ดู Bernd Grzeszick, *supra* note 7, p.1116.

<sup>63</sup> *ibid*, pp.1116-1117.

<sup>64</sup> § 6 Abs. 6 BWahlG.

การเมืองของชนชาติกลุ่มน้อย อันจะทำให้พรรคการเมืองเหล่านั้นได้รับการคำนวณสัดส่วนที่นั่งในสภาจากคะแนนเสียงที่สองที่ได้รับแม้จะมีคะแนนไม่ถึงร้อยละห้าของคะแนนเสียงที่สองทั้งหมดก็ตาม

การยกเว้นหลักเกณฑ์คะแนนขั้นต่ำสำหรับพรรคการเมืองที่มีผู้สมัครได้รับเลือกตั้งในแบบแบ่งเขตอย่างน้อยสามคนนั้นมีประเด็นเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคที่ต้องพิจารณา เพราะถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันเมื่อเทียบกับพรรคการเมืองอื่นซึ่งได้รับคะแนนเสียงไม่ถึงร้อยละห้าเช่นเดียวกันแต่มีผู้สมัครได้รับเลือกตั้งในแบบแบ่งเขตไม่ถึงสามคน ต่อกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐวินิจฉัยว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันนี้อยู่ภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ โดยให้น้ำหนักกับวัตถุประสงค์ของการเลือกตั้งที่เป็นไปเพื่อหล่อหลอมเจตจำนงทางการเมืองของประชาชนและถือว่าพรรคการเมืองที่มีผู้สมัครได้รับเลือกตั้งในแบบแบ่งเขตอย่างน้อยสามคนนั้นมีความสำคัญทางการเมืองที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์นี้ได้มาเป็นช้อยกเว้นเหตุผลการมีอยู่ของหลักเกณฑ์คะแนนขั้นต่ำที่มีขึ้นเพื่อประกันความสามารถในการทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพของสภา<sup>65</sup> อย่างไรก็ตามบทบัญญัติที่ยกเว้นหลักเกณฑ์คะแนนขั้นต่ำบนฐานของการกำหนดจำนวนผู้สมัครที่ได้รับเลือกตั้งของพรรคการเมืองอย่างน้อยสามคนนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากในทางวิชาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐที่มุ่งส่งเสริมบทบาทของพรรคการเมืองในการหล่อหลอมเจตจำนงทางการเมืองของประชาชนนั้น ไม่สามารถอธิบายได้ว่าเหตุใดพรรคการเมืองที่ได้รับคะแนนเสียงที่สองมากกว่าเพียงแต่ไม่มีหรือมีผู้สมัครที่ได้รับเลือกตั้งในแบบแบ่งเขตไม่ถึงสามคนกลับไม่ได้รับสัดส่วนที่นั่งในสภาผู้แทนเลย ทั้งที่เมื่อพิจารณาคะแนนเสียงที่สองในระดับประเทศแล้วพรรคการเมืองดังกล่าวนี้ก็จะต้องถือว่ามีบทบาทในการหล่อหลอมเจตจำนงทางการเมืองได้เช่นเดียวกัน<sup>66</sup> อีกทั้งการกำหนดช้อยกเว้นดังนี้ยังอาจนำไปสู่การหาประโยชน์จากช่องว่างของระบบจากพรรคการเมืองด้วยการตกลงร่วมกันระหว่างพรรคการเมืองใหญ่และพรรคการเมืองขนาดเล็ก โดยพรรคการเมืองขนาดเล็กจะอาศัยการสนับสนุนของพรรคการเมืองใหญ่เพื่อให้ได้รับเลือกตั้งในระบบแบ่งเขตจนถึงจำนวนที่ยกเว้นหลักเกณฑ์คะแนนขั้นต่ำและทำให้คะแนนที่สองถูกนำไปพิจารณาสัดส่วน เพื่อประโยชน์ในการทำงานร่วมกันทางการเมืองต่อไป โดยมีคำเรียกข้อตกลงระหว่างกันแบบนี้ว่า “กลยุทธ์แบกขึ้นหลังกันไป” (Huckepackverfahren)<sup>67</sup>

ปัญหาต้องพิจารณาเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคของสิทธิเลือกตั้งอีกประการหนึ่งภายใต้การผสมระบบเลือกตั้งกลายเป็นระบบสัดส่วนที่รวมถึงการกำหนดตัวบุคคล ก็คือกรณีการเกิดขึ้นของ “สมาชิกเกินส่วน” (Überhangmandate) อันเป็นผลจากการที่กฎหมายเลือกตั้งประกันให้ผู้ใช้ได้รับเลือกตั้งจากเขตเลือกตั้งทั้งหมดได้เข้าไปปฏิบัติหน้าที่ในสภา แม้จำนวนผู้ใช้ได้รับเลือกตั้งในระบบแบ่งเขตจากพรรคการเมืองนั้นจะมีมากกว่าจำนวนผู้แทนในสภาที่พรรคการเมืองนั้นพึงจะมี

<sup>65</sup> BVerfGE 4, 31 at 40-41; 95, 408 at 420-423.

<sup>66</sup> Bernd Grzeszick, *supra* note 7, p.1117.

<sup>67</sup> Jörn Ipsen, *Staatsrecht I*, (München: Vahlen, 23rd edn, 2011), ch. 4 at para. 103; Annette Guckelberger, *supra* note 45, p.643.



บนฐานการคำนวณสัดส่วนคะแนนเสียงที่สองก็ตาม<sup>68</sup> เท่ากับว่ายอดสุดท้ายของจำนวนผู้แทนที่พรรคการเมืองนั้นจะมีคือยอดของผู้สมัครที่ได้รับเลือกตั้งในแบบแบ่งเขต ผลดังกล่าวมานี้ก็จะทำให้ยอดรวมทั้งหมดของผู้แทนในสภาเพิ่มจำนวนขึ้น จึงกระทบต่อสัดส่วนที่ควรจะเป็นบนฐานของคะแนนเสียงที่สอง ทำให้พรรคการเมืองที่มีสมาชิกเกินส่วนได้จำนวนผู้แทนเข้าไปในสภามากกว่าสัดส่วนที่พึงจะมีและทำให้พรรคการเมืองอื่น ๆ ที่ไม่มีกรณีสมาชิกเกินส่วนเกิดขึ้นมีสัดส่วนที่นั่งในสภาน้อยลงไปกว่าสัดส่วนที่แท้จริงเนื่องมาจากผลลัพธ์ของจำนวนที่นั่งทั้งหมดในสภาที่เพิ่มขึ้น กรณีดังที่กล่าวมานี้ถือได้ว่ากระทบต่อความเสมอภาคในค่าความสำเร็จของคะแนน กล่าวคือ เมื่อพิจารณาคะแนนเสียงที่หนึ่งที่น่าไปสู่การเกิดสมาชิกเกินส่วนขึ้นมา เท่ากับว่าคะแนนเสียงเหล่านั้นมีค่าความสำเร็จในการกำหนดที่นั่งในสภาผู้แทนเป็นเอกเทศแยกออกมาจากการคำนวณคะแนนเสียงที่สองซึ่งควรจะเป็นตัวกำหนดค่าความสำเร็จการได้มาซึ่งที่นั่งในสภาของแต่ละพรรคการเมืองโดยลำพัง ทำให้ผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งที่ลงคะแนนให้พรรคการเมืองซึ่งได้รับการคำนวณสมาชิกเกินส่วนมีอิทธิพลทางการเมืองเหนือกว่าผู้ลงคะแนนให้พรรคการเมืองอื่น ๆ<sup>69</sup> โดยผลลัพธ์ของจำนวนคะแนนเสียงที่สองที่พรรคการเมืองได้รับต่อจำนวนผู้แทนในสภาของพรรคการเมืองที่มีสมาชิกเกินส่วนนั้นก็จะต่ำกว่าผลลัพธ์การคำนวณของพรรคการเมืองอื่น ๆ

ในทัศนะของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ แม้กรณีสมาชิกเกินส่วนจะกระทบต่อหลักความเสมอภาค แต่ก็มีเหตุผลจำเป็นที่ยอมรับได้ กล่าวคือ การเกิดสมาชิกเกินส่วนนั้นเป็นผลมาจากเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของระบบสัดส่วนที่รวมถึงการกำหนดตัวบุคคลเองโดยตรงที่จะให้มีการเลือกตั้งผู้แทนในระบบแบ่งเขตเพื่อให้มีการเชื่อมโยงตัวบุคคลของผู้แทนกับเขตพื้นที่เลือกตั้งและเพื่อถ่วงดุลบทบาทของพรรคการเมืองในการกำหนดตัวผู้สมัครรับเลือกตั้ง นอกจากนี้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งทุกคนก็มีความเสมอภาคในโอกาสที่จะใช้สิทธิเลือกตั้งของตนไปในทางที่ทำให้เกิดกรณีสมาชิกเกินส่วนได้อย่างเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตามภายใต้บริบทที่เลือกใช้ระบบการเลือกตั้งเป็นระบบสัดส่วนนั้น การเกิดขึ้นของสมาชิกเกินส่วนจะต้องไม่มากเกินไปจนเป็นการทำลายสาระสำคัญของระบบสัดส่วนซึ่งให้ความสำคัญกับความเสมอภาคในค่าความสำเร็จของคะแนน<sup>70</sup> ในคำวินิจฉัยปี 2012 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้นำเอาจำนวนขึ้นต่ำในการรวมตัวกันของผู้แทนในสภาเพื่อจัดตั้งกลุ่มการเมืองในสภาคือสามสิบคนมาเป็นฐาน แล้ววางหลักว่าการเกิดขึ้นของสมาชิกเกินส่วนในการเลือกตั้งนั้นจะยังยอมรับได้ ตราบเท่าที่มีจำนวนไม่มากไปกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนขึ้นต่ำดังกล่าวคือไม่เกินสิบห้าคน<sup>71</sup>

ภายใต้บริบทกฎหมายเลือกตั้งฉบับปัจจุบัน ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดเมื่อปี 2013 นั้น ได้มีการแก้ไขปัญหาเรื่องความเสมอภาคในค่าความสำเร็จของคะแนนจากกรณีการเกิดสมาชิกเกินส่วน

<sup>68</sup> Steffen Lampert, *supra note* 43, p.888.

<sup>69</sup> LVerfG Schleswig-Holstein, *SchlHA* 2010, 276 (287) อ้างใน Annette Guckelberger, *supra note* 45, p.643.

<sup>70</sup> BVerfGE 95, 335 at 353-355; Annette Guckelberger, *ibid*, pp.643-644.

<sup>71</sup> BVerfGE 131, 316 at 369-370.



ด้วยการเพิ่มจำนวนผู้แทนให้แก่พรรคการเมืองอื่น ๆ ที่ไม่มีสมาชิกเกินส่วนด้วย เพื่อให้ผลลัพธ์ในท้ายที่สุดแล้วทุกพรรคการเมืองมีสัดส่วนผู้แทนในสภาเท่ากับสัดส่วนของคะแนนเสียงที่สองซึ่งเลือกแต่ละพรรคการเมืองนั้น ๆ อย่างแท้จริง การเพิ่มหรือเปลี่ยนจำนวนสัดส่วนสมาชิกให้สมดุลนี้ถูกเรียกว่าเป็นกรณีการเกิดขึ้นของ “สมาชิกเฉลี่ยส่วน” (Ausgleichsmandate) อันจะทำให้จำนวนรวมของผู้แทนในสภาทั้งหมดอาจเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมากได้ ดังกรณีการเลือกตั้งล่าสุดในปี 2013 ที่การคำนวณที่นั่งแบบใหม่ทำให้มีจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์รวมทั้งสิ้น 631 คน

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยไว้ในปี 2008 ว่าระบบการคำนวณคะแนนเสียงและที่นั่งในสภาซึ่งทำให้เกิด “คะแนนเสียงที่มีค่าเป็นลบ” (negatives Stimmgewicht) นั้นขัดกับหลักความเสมอภาคในการเลือกตั้งและหลักการเลือกตั้งโดยตรง จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>72</sup>

คะแนนเสียงที่มีค่าเป็นลบ เกิดขึ้นมาจากระบบการคำนวณคะแนนเสียงตามกฎหมายเลือกตั้งเยอรมันที่บังคับใช้มาก่อนการแก้ไขปี 2013 อันมีความเกี่ยวพันกันที่ซับซ้อนระหว่างการมีสมาชิกเกินส่วนกับการแบ่งที่นั่งให้แก่พรรคการเมืองตามสัดส่วนอันพึงมีในระดับมลรัฐ ทำให้นำไปสู่ปรากฏการณ์ที่ว่าหากพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งได้รับคะแนนเสียงที่สองซึ่งเลือกพรรคการเมืองนั้นเพิ่มมากขึ้น กลับจะทำให้พรรคการเมืองนั้นอาจมีที่นั่งในสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ลดน้อยลงได้ คะแนนเสียงที่ได้รับเพิ่มขึ้นมาจึงกลับกลายเป็นผลร้ายหรือมีค่าเป็นลบต่อการคำนวณจำนวนผู้แทนที่จะได้มาของพรรคการเมืองนั่นเอง หรือในบางกรณีการได้รับคะแนนเสียงที่สองซึ่งเลือกพรรคการเมืองลดน้อยลงไป อาจจะทำให้พรรคการเมืองนั้นมีจำนวนที่นั่งในสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เพิ่มมากขึ้น ปรากฏการณ์เช่นนี้ทำให้ค่าความสำเร็จของคะแนนแปรผกผันกับคะแนนเสียงในลักษณะที่ผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้ จึงเป็นการขัดต่อความเสมอภาคในค่าความสำเร็จของคะแนนที่เรียกร้องด้วยว่าทุก ๆ คะแนนเสียงซึ่งเลือกพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งจะต้องส่งผลดีหรือผลที่เป็นบวกต่อพรรคการเมืองนั้น ๆ อีกทั้งยังขัดต่อเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของการเลือกตั้งในระบอบประชาธิปไตย โดยมีโอกาสระทบการรวบรวมเสียงข้างมากและการจัดตั้งรัฐบาลกรณีที่คะแนนเสียงข้างมากในสภาได้จำนวนเกินกว่ากึ่งหนึ่งไปไม่มากนัก การระทบสิทธิในความเสมอภาคดังเช่นกรณีนี้ไม่ปรากฏว่ามีเหตุผลที่จำเป็นเพียงพอ เพราะยังมีวิธีการคำนวณคะแนนเสียงในรูปแบบอื่นที่ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถออกแบบได้โดยไม่นำไปสู่การเกิดขึ้นของปรากฏการณ์คะแนนเสียงที่มีค่าเป็นลบเช่นนี้<sup>73</sup>

หลักความเสมอภาคในแง่ค่าความสำเร็จของคะแนนนั้นยังเรียกร้องไปถึงประเด็นการแบ่งเขตเลือกตั้งด้วยว่าจะต้องมีสัดส่วนระหว่างผู้แทนต่อผู้มีสิทธิเลือกตั้งหรือประชากรในแต่ละเขตเลือกตั้งให้ใกล้เคียงกันมากที่สุดหรือไม่แตกต่างกันมากจนเกินไป<sup>74</sup> ทั้งนี้แม้ในการแบ่งเขตเลือกตั้งอาจคำนึงถึงเหตุผลประการอื่นประกอบกันไป เช่น ความเป็นมลรัฐหรือความต่อเนื่องของเขตพื้นที่ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายเลือกตั้งฉบับปัจจุบันก็วางหลักเกณฑ์ไว้ว่าจำนวนในแต่ละเขตเลือกตั้งนั้น

<sup>72</sup> BVerfGE 121, 266 at 294-296.

<sup>73</sup> Annette Guckelberger, *supra* note 45, p.644.

<sup>74</sup> *ibid.*



ไม่ควรที่จะบวกลบมากน้อยเกินไปเกินกว่าร้อยละสิบห้าจากค่าเฉลี่ยของจำนวนประชากรในแต่ละเขตเลือกตั้งทั้งหมด โดยถ้าปรากฏว่ามีความแตกต่างไปเกินกว่าร้อยละสิบห้า กฎหมายเลือกตั้งบังคับว่าจะต้องมีการจัดแบ่งเขตเลือกตั้งเสียใหม่<sup>75</sup> ทั้งนี้มีประเด็นที่ต้องพิจารณาเรื่องฐานในการคำนวณด้วยการที่กฎหมายเลือกตั้งเยอรมันให้ใช้ฐานของจำนวนประชากรทั้งหมดซึ่งรวมถึงจำนวนของบุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีที่ยังไม่มีสิทธิเลือกตั้งด้วย แทนที่จะพิจารณาแบ่งเขตจากเฉพาะฐานของผู้มีสิทธิเลือกตั้งนั้นจะมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ กรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยวินิจฉัยไว้ว่าการแบ่งเขตเลือกตั้งโดยพิจารณาจากฐานประชกรนั้นสามารถทำได้ トラบเท่าที่ผลลัพธ์การแบ่งสัดส่วนระหว่างการรวมหรือไม่รวมยอดผู้ยังไม่บรรลุนิติภาวะนั้นไม่ได้แตกต่างกันมากนัก อย่างไรก็ตามหากต่อไปในอนาคตมีการเปลี่ยนแปลงสัดส่วนอายุของประชากรและปรากฏว่าการรวมยอดผู้ยังไม่บรรลุนิติภาวะในแต่ละเขตเลือกตั้งเข้าไปในการคำนวณด้วยนั้นทำให้การแบ่งเขตไม่เสมอภาคอย่างชัดเจน ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแบ่งเขตเลือกตั้งใหม่ให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคของสิทธิเลือกตั้งต่อไป<sup>76</sup>

อีกด้านหนึ่ง สิทธิเลือกตั้งโดยเสมอภาคก็ผูกพันบทบาทของภาครัฐในสนามเลือกตั้งอันจะต้องเคารพ โดยเป็นการประกัน “ความเสมอภาคในโอกาส” (Chancengleichheit) ที่ต้องเปิดให้มีความเท่าเทียมกันแก่ผู้สมัครรับเลือกตั้งทุกคนและพรรคการเมืองทุกพรรคในการจะเข้าสู่สนามเลือกตั้ง ในระหว่างกระบวนการเลือกตั้ง และในการแข่งขันเพื่อให้ได้มาซึ่งคะแนนเสียง<sup>77</sup>

กรณีมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการสมัครรับเลือกตั้งว่าพรรคการเมืองซึ่งไม่ได้มีที่นั่งในสภาจากการเลือกตั้งสมัยล่าสุดอย่างน้อยห้าคน จะส่งผู้สมัครรับเลือกตั้งแบบแบ่งเขตได้ต้องมีการรวบรวมลายมือชื่อผู้มีสิทธิเลือกตั้งรับรองการสมัครอย่างน้อยสองร้อยคน และกรณีการเสนอบัญชีรายชื่อจะต้องรวบรวมลายมือชื่อผู้มีสิทธิเลือกตั้งให้ได้อย่างน้อยจำนวนหนึ่งในพันจากจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในมลรัฐหรือสองพันคน ทำให้สิทธิในการสมัครและการเสนอตัวผู้สมัครรับเลือกตั้งของพรรคการเมืองเป็นไปอย่างไม่เท่าเทียม อย่างไรก็ตามศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ให้เหตุผลการปฏิบัติที่แตกต่างกันนี้ว่าเป็นการคัดกรองเฉพาะผู้สมัครที่มีความมุ่งมั่นจริงจังในการเข้าสู่สนามเลือกตั้ง อีกทั้งเป็นการป้องกันอันตรายจากการที่คะแนนเสียงจะกระจุกกระจายเป็นจำนวนมาก อันทำให้การรวบรวมเสียงข้างมากและการจัดตั้งรัฐบาลเป็นไปได้ยากหรือเป็นไปได้เลย<sup>78</sup>

หลักความเสมอภาคทางโอกาสในสนามการเลือกตั้ง ไม่ได้หมายความว่าพรรคการเมืองทุกพรรคการเมืองจะต้องได้รับการจัดสรรประโยชน์หรือทรัพยากรจากภาครัฐอย่างเท่าเทียมกัน แต่บนเหตุที่ทรัพยากรภาครัฐอาจมีอย่างจำกัดและต้องใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุด ทำให้การจัดสรรอาจแตกต่างกันไปได้บนฐานของจำนวนประชากรที่สนับสนุนพรรคการเมืองแต่ละพรรค โดยพิจารณาจากผลการเลือกตั้งรอบล่าสุด เช่น การให้สัดส่วนพื้นที่ในสื่อสารมวลชนที่เป็นองค์กร

<sup>75</sup> Bernd Grzeszick, *supra* note 7, p.1118

<sup>76</sup> Annette Guckelberger, *supra* note 45, p.644.

<sup>77</sup> BVerfGE 47, 198 at 226; Hans-Uwe Erichsen, *supra* note 6, p.643.

<sup>78</sup> BVerfGE 3, 383 at 393-394.

ของรัฐเพื่อใช้ประโยชน์ในการเลือกตั้ง หรือการให้ความสนับสนุนทางการเงินแก่พรรคการเมือง อย่างไรก็ตามก็ต้องมีกฎเกณฑ์พิเศษเฉพาะเพื่อประกันและส่งเสริมความเสมอภาคในการแข่งขันให้กับพรรคการเมืองขนาดเล็กหรือพรรคการเมืองใหม่ที่เพิ่งเข้าสู่สนามแข่งขันด้วย<sup>79</sup>

## 2.5 หลักการเลือกตั้งโดยลับ

หลักการเลือกตั้งโดยลับนั้นมีฐานะเป็นหลักประกันของหลักการเลือกตั้งโดยเสรี กล่าวคือ ไม่มีหนทางใดที่จะประกันให้แก่ผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งที่จะตัดสินใจลงคะแนนโดยเสรีได้มีประสิทธิภาพเท่ากับการจำกัดพื้นที่ความรู้เกี่ยวกับการลงคะแนนให้เป็นเรื่องส่วนตัวของผู้นั้นโดยลำพัง ดังนี้ หลักการเลือกตั้งโดยลับจึงคุ้มครองการลงคะแนนเลือกตั้งของผู้ใช้สิทธิว่าจะต้องไม่สามารถถูกล่วงรู้ได้โดยผู้ใด<sup>80</sup> โดยที่การจัดการเลือกตั้ง รวมไปถึงการจัดคูหาเลือกตั้ง กล่องลงคะแนน และบัตรเลือกตั้ง จะต้องส่งเสริมให้การเลือกตั้งโดยลับเกิดขึ้นได้จริง<sup>81</sup> การติดตั้งกล่องวงจรปิดที่บ้านพัก พฤติกรรมของผู้ไปใช้สิทธิในคูหาเลือกตั้งว่าได้ลงคะแนนอย่างไรจึงเป็นการละเมิดหลักการเลือกตั้งโดยลับ<sup>82</sup> นอกจากหลักการเลือกตั้งโดยลับจะเรียกร้องว่าในขั้นตอนลงคะแนนจะต้องเป็นความลับแล้ว ยังประกันต่อไปว่าในภายหลังจะต้องไม่สามารถเชื่อมโยงการใช้สิทธิเลือกตั้งที่ได้ลงคะแนนไปแล้วกลับไปหาผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งได้ไม่ว่าในทางใด ๆ ในแง่การบังคับให้ต้องมีการลงลายมือชื่อในบัตรลงคะแนนจึงไม่สามารถทำได้<sup>83</sup> อย่างไรก็ตามหลักการเลือกตั้งโดยลับนี้ไม่ได้ครอบคลุมถึงการแสดงออกโดยสมัครใจของผู้มีสิทธิเลือกตั้งก่อนและหลังการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งแต่อย่างใดที่จะประกาศว่าตนจะไปใช้หรือได้ใช้สิทธิอย่างไร<sup>84</sup> การประกาศดังกล่าวไม่ว่าจะตรงกับความเป็นจริงหรือไม่จึงถือเป็นสิทธิที่สามารถทำได้

หลักการเลือกตั้งโดยลับนั้น แม้นในแง่หนึ่งจะถือว่าเป็นสิทธิของผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งที่รัฐต้องคุ้มครอง แต่ในอีกด้านหนึ่ง หลักการเลือกตั้งโดยลับก็ถือว่าเป็นหน้าที่ของผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งเช่นเดียวกัน ดังนั้นการกระทำอย่างใด ๆ โดยสมัครใจของผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งที่มีผลเป็นการให้บุคคลอื่นล่วงรู้ว่าได้ใช้สิทธิเลือกตั้งไปในลักษณะใดจึงไม่สามารถกระทำได้เช่นกัน ซึ่งจะถูกกำหนดไว้เป็นความผิดตามกฎหมายด้วย<sup>85</sup>

การจะนำเอาเทคโนโลยีต่าง ๆ มาใช้ในการเลือกตั้ง เช่น การลงคะแนนโดยใช้เครื่องลงคะแนน หรือการลงคะแนนทางอินเทอร์เน็ต ก็ต้องเป็นไปโดยสอดคล้องกับหลักการเลือกตั้งโดยลับ

<sup>79</sup> Bernd Grzeszick, *supra* note 7, p.1119.

<sup>80</sup> BVerfGE 124, 1 at 25; Annette Guckelberger, *supra* note 45, p.565.

<sup>81</sup> Christian Burkiczak, *supra* note 27, p.809.

<sup>82</sup> Annette Guckelberger, *supra* note 45, p.565.

<sup>83</sup> Wolfgang Schreiber, *supra* note 19, § 1 Rn. 95.

<sup>84</sup> Christian Burkiczak, *supra* note 27, p.809.

<sup>85</sup> *ibid.*



การออกแบบกลไกต้องสร้างหลักประกันในทางเทคนิคว่าจะไม่มีใครล่วงรู้การลงคะแนนได้<sup>86</sup> และการจัดเก็บข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะต้องไม่สามารถเชื่อมโยงกลับไปยังผู้ลงคะแนนได้<sup>87</sup>

กรณีมีการนำมาตรการอย่างใด ๆ มาใช้ในการเลือกตั้งที่กระทบต่อหลักการเลือกตั้งโดยลับ จะกระทำได้อีกต่อไปเพื่อสนับสนุนหลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งประการอื่น ๆ ตัวอย่างเช่น การอนุญาตให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่เป็นผู้พิการสามารถมีบุคคลที่ไว้วางใจเข้าไปช่วยเหลือได้ หรือการอนุญาตให้มีการเลือกตั้งทางไปรษณีย์ได้ แม้หลักการเลือกตั้งโดยลับอาจถูกกระทบกระเทือน เพราะเปิดโอกาสให้มีบุคคลอื่นนอกเหนือไปจากผู้ลงคะแนนเสียงเองอาจรู้ถึงการลงคะแนนได้ก็ตาม แต่มาตรการดังกล่าวเป็นการส่งเสริมหลักการเลือกตั้งโดยทั่วไปที่เปิดโอกาสให้บุคคลสามารถใช้สิทธิเลือกตั้งได้อย่างทั่วถึงขึ้น<sup>88</sup>

เมื่อเปรียบเทียบกับ การเลือกตั้งที่ผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งใส่บัตรลงคะแนนไปในหีบเลือกตั้ง การเลือกตั้งทางไปรษณีย์ไม่อาจรับประกันได้ว่าผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งได้ใช้สิทธิไปโดยไม่อยู่ภายใต้การรับรู้ของบุคคลที่สาม หรือมีการบังคับอย่างใด ๆ ให้ผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งได้ลงคะแนนไปในลักษณะอย่างใด อย่างหนึ่ง การรักษาความลับของการลงคะแนนจึงกลายเป็นความรับผิดชอบโดยส่วนตัวและเป็นไปตามความประสงค์ของผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งเอง<sup>89</sup> แต่ในอีกแง่หนึ่งการอนุญาตให้มีการเลือกตั้งทางไปรษณีย์จะเป็นการเปิดโอกาสให้แก่บุคคลที่ไม่สามารถไปใช้สิทธิเลือกตั้งที่หน่วยเลือกตั้งเพราะเหตุผลทางสุขภาพหรือเหตุผลสำคัญอื่น ๆ สามารถเข้าถึงการเลือกตั้งได้<sup>90</sup> ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐจึงอนุญาตให้การจัดการเลือกตั้งทางไปรษณีย์สามารถทำได้ โดยถือว่าเป็นดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติในการชั่งน้ำหนักระหว่างหลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งหลายประการที่อาจขัดหรือแย้งกัน อย่างไรก็ตาม มาตรการที่นำมาใช้ซึ่งเป็นการสนับสนุนหลักการอย่างหนึ่งนั้นจะต้องไม่เป็นการทำลายหลักการอีกประการหนึ่งโดยสิ้นเชิง ด้วยเหตุนี้หากฝ่ายนิติบัญญัติจะอนุญาตให้มีการเลือกตั้งทางไปรษณีย์ได้ ก็จะต้องกำหนดรายละเอียดและมาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็นเพื่อสร้างหลักประกันส่งเสริมว่าการลงคะแนนของผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งจะยังคงเป็นความลับ<sup>91</sup>

## 2.6 หลักการเลือกตั้งโดยโปร่งใส

หลักการเลือกตั้งโดยโปร่งใสนั้นไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงในกฎหมายพื้นฐาน อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐได้สังเคราะห์หลักการดังกล่าวขึ้นจากหลักการพื้นฐานประการอื่น ๆ ของการเลือกตั้งตาม Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG ประกอบกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายพื้นฐาน

<sup>86</sup> Andreas Engels, *supra* note 17, p. 152; Annette Guckelberger, *supra* note 45, p.565.

<sup>87</sup> Hans Meyer, *supra* note 8, ch. 46 at para. 20.

<sup>88</sup> Andreas Voßkuhle and Ann-Katrin Kaufhold, *supra* note 1, p.1080.

<sup>89</sup> Hans-Uwe Erichsen, *supra* note 6, p.645.

<sup>90</sup> Annette Guckelberger, *supra* note 45, p.566.

<sup>91</sup> Bernd Grzeszick, *supra* note 7, pp.1120-1121.

ตามที่รับรองไว้ใน Art. 20 Abs. 1 u. Abs. 2 GG คือหลักประชาธิปไตย หลักสาธารณรัฐ และหลักนิติรัฐ<sup>92</sup>

ความโปร่งใสของการเลือกตั้งถือเป็นเงื่อนไขที่สำคัญของการสร้างเจตจำนงทางการเมืองประชาธิปไตย ทั้งนี้ ในระบอบประชาธิปไตยเชิงผู้แทนนั้นไม่เฉพาะแต่การใช้อำนาจรัฐที่ประชาชนจะต้องตรวจสอบได้ แต่รวมไปถึงการกระทำซึ่งเป็นการแต่งตั้งหรือสร้างความเป็นผู้แทนประชาชนก็ต้องตรวจสอบโดยประชาชนได้เช่นเดียวกัน<sup>93</sup> การตรวจสอบการเลือกตั้งโดยสาธารณะหรือประชาชนจึงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อเปิดโอกาสไม่ให้เกิดการบิดเบือนการเลือกตั้งและยังจะช่วยให้มีโอกาสที่จะแก้ไขหรือปรับปรุงข้อบกพร่องต่างๆ ให้ดีขึ้น<sup>94</sup> เป็นผลให้หลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งซึ่งถือเป็นกลไกสำคัญในการสร้างเจตจำนงของประชาชนเพื่อเชื่อมโยงกับองค์กรของรัฐและเป็นกลไกในการหล่อหลอมเจตจำนงทางการเมืองได้รับการเคารพ ส่งเสริมให้ระบอบประชาธิปไตยทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ในส่วนของหลักสาธารณรัฐนั้นมองว่าการเลือกตั้งเป็นเรื่องของประชาชนทั้งหมดและถือเป็นวาระทางสังคมของประชาชนทุกคน ดังนั้นประชาชนทุกคนจะต้องสามารถพิจารณาตรวจสอบกระบวนการเลือกตั้งได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีความรู้หรือความเข้าใจเป็นพิเศษในเชิงเทคนิคใดๆ ในขณะที่หลักนิติรัฐนั้นสนับสนุนให้บรรดาการใช้อำนาจรัฐทั้งหมดจะต้องโปร่งใสและสามารถตรวจสอบได้<sup>95</sup>

โดยสรุป สาระสำคัญของหลักการเลือกตั้งโดยโปร่งใสจึงเรียกร้องให้ทุกขั้นตอนที่สำคัญของกระบวนการเลือกตั้ง เช่น กระบวนการจัดการเลือกตั้ง กระบวนการเสนอชื่อเพื่อสมัครรับเลือกตั้ง รวมไปถึงการคำนวณคะแนนและประกาศผลการเลือกตั้ง จะต้องถูกควบคุมและตรวจสอบได้จากประชาชนทุกคน<sup>96</sup>

ท่ามกลางการพัฒนาและความก้าวหน้าด้านเทคโนโลยี นำไปสู่ข้อเสนอให้มีการนำระบบอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการเลือกตั้งด้วย โดยเหตุผลที่สนับสนุนเครื่องเลือกตั้งอิเล็กทรอนิกส์อยู่บนพื้นฐานของการเพิ่มความเร็วในการนับคะแนนและยังเป็นการลดจำนวนบุคลากรที่ต้องใช้ในการเลือกตั้ง อีกทั้งเป็นการส่งเสริมหลักความเสมอภาคในการเลือกตั้งในแง่ที่ว่า การใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ในการลงคะแนนและการนับคะแนนนั้นสามารถช่วยลดความผิดพลาดโดยไม่ตั้งใจในการลงคะแนนที่อาจทำให้บัตรเลือกตั้งกลายเป็นบัตรเสียซึ่งคะแนนจะสูญเปล่าไป รวมไปถึงลดความผิดพลาดในการนับคะแนนที่อาจเกิดขึ้นโดยไม่เจตนาด้วย<sup>97</sup>

<sup>92</sup> Annette Guckelberger, *supra* note 45, p. 645.

<sup>93</sup> Andreas Voßkuhle and Ann-Katrin Kaufhold, *supra* note 1, p.1080.

<sup>94</sup> BVerfGE 123, 39 at 69; Annette Guckelberger, *supra* note 45, p.645.

<sup>95</sup> BVerfGE 123, 39 at 68-70.

<sup>96</sup> Bernd Grzeszick, *supra* note 7, p. 1120; Annette Guckelberger, *supra* note 45, p.645.

<sup>97</sup> ดู Annette Guckelberger, *ibid*, p.645.



อย่างไรก็ตาม ภายใต้หลักการเลือกตั้งโดยโปร่งใส การจะนำอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการเลือกตั้งจะเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ก็แต่ภายใต้เงื่อนไขที่จำกัดเท่านั้น กล่าวคือ อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือการเลือกตั้งโดยคอมพิวเตอร์ที่จะนำมาใช้ในการลงคะแนนนั้น ประชาชนผู้ที่ได้ใช้สิทธิเลือกตั้งจะต้องสามารถตรวจสอบได้โดยไม่จำเป็นต้องมีความรู้ความเข้าใจเป็นพิเศษทางเทคนิคเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ว่าคะแนนเสียงจะถูกนำไปนับคะแนนจริงและโดยไม่มีคามผิดพลาด<sup>98</sup> ทั้งนี้ ในทัศนะของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เห็นว่าลำพังการบันทึกข้อมูลในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์บนพื้นฐานของความไว้วางใจระบบในทางเทคนิคนั้นยังถือว่าไม่เพียงพอตามหลักความโปร่งใส แต่จำเป็นที่จะต้องมีการจัดทำบัตรลงคะแนนเลือกตั้งหรือหลักฐานการลงคะแนนพิมพ์ออกมาจากเครื่องเลือกตั้ง เพื่อตรวจสอบได้ว่าการบันทึกของเครื่องนั้นเป็นไปตามที่ผู้ลงคะแนนได้ลงคะแนนจริง อีกทั้งยังสามารถที่จะทำการตรวจสอบในภายหลังจากหลักฐานการลงคะแนนที่จะถูกเก็บรวบรวมไว้ด้วยได้<sup>99</sup>

### 3. ระบบการเลือกตั้งแบบสัดส่วนที่รวมถึงการกำหนดตัวบุคคล

สาระสำคัญของระบบการเลือกตั้งแบบ “สัดส่วนที่รวมถึงการกำหนดตัวบุคคล” ที่ใช้ในปัจจุบันแบ่งจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ทั้งหมดจากที่กำหนดไว้ว่ามีอย่างน้อย 598 คนนั้นให้ครึ่งหนึ่งเป็นสมาชิกที่ได้มาจากการเลือกตั้งแบบเขตเลือกตั้งจำนวน 299 คนจาก 299 เขตซึ่งถูกแบ่งโดยมีค่าเฉลี่ยของจำนวนประชากรที่ใกล้เคียงกัน และสมาชิกในจำนวนที่เหลือจะได้อาจจากผู้สมัครในบัญชีรายชื่อของพรรคการเมืองแต่ละมลรัฐ<sup>100</sup>

ผู้มีสิทธิเลือกตั้งแต่ละคนจะมีสิทธิลงคะแนนในสองลักษณะ<sup>101</sup> คือ คะแนนเสียงที่หนึ่ง (Erststimme) เลือกผู้สมัครสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตจากบรรดาผู้สมัครในเขตนั้น ๆ ซึ่งอาจลงสมัครในนามของพรรคการเมืองหรือเป็นผู้สมัครอิสระก็ได้ โดยผู้ได้รับคะแนนเสียงที่หนึ่งมากที่สุดในแต่ละเขตคือผู้ได้รับเลือกตั้ง และคะแนนเสียงที่สอง (Zweitstimme) ซึ่งเลือกพรรคการเมืองที่ได้จัดทำบัญชีรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งในนามพรรคการเมือง โดยผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงลำดับผู้สมัครในบัญชีรายชื่อที่พรรคการเมืองได้จัดทำขึ้นนั้นได้แต่อย่างใด อนึ่ง การลงคะแนนเสียงทั้งสองลักษณะนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นไปในทิศทางเดียวกันก็ได้<sup>102</sup>

โดยการคิดคะแนนและจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของแต่ละพรรคการเมืองจะมีนั้นเริ่มต้นจากการคำนวณคะแนนเสียงที่สองว่าแต่ละพรรคการเมืองได้รับคะแนนเป็นสัดส่วนเท่าไรจากหนึ่งร้อยเปอร์เซ็นต์ของคะแนนทั้งหมด<sup>103</sup> โดยมีเงื่อนไขว่าพรรคการเมืองที่จะได้รับการแบ่งสรรที่นั่ง

<sup>98</sup> Bernd Grzeszick, *supra* note 7, p.1120; Christian Burkiczak, *supra* note 27, p.807.

<sup>99</sup> BVerfGE 123, 39 at 73; Annette Guckelberger, *supra* note 45, p.645.

<sup>100</sup> § 1 BWahlG.

<sup>101</sup> § 4 BWahlG.

<sup>102</sup> Hans-Uwe Erichsen, “Wahlssysteme,” *Jura*, pp. 22, 27 (1984).

<sup>103</sup> § 6 Abs. 2 BWahlG.

จะต้องได้รับคะแนนเสียงที่สองอย่างน้อยห้าเปอร์เซ็นต์ เว้นแต่พรรคการเมืองนั้นมีสมาชิกได้รับเลือกตั้งในระบบแบ่งเขตอย่างน้อยสามเขตหรือเป็นพรรคการเมืองของชนชาติกลุ่มน้อย<sup>104</sup>

เมื่อได้จำนวนสัดส่วนในระดับสหพันธรัฐแล้ว จะกระจายสัดส่วนการคำนวณที่แต่ละพรรคพึงมีสมาชิกในแต่ละระดับมลรัฐตามสัดส่วนที่ผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งได้ลงคะแนนเลือก ก็จะได้จำนวนสมาชิกที่แต่ละพรรคการเมืองจะมีในแต่ละมลรัฐ โดยในการคำนวณนี้จะนำจำนวนผู้ได้รับเลือกตั้งในระบบแบ่งเขตเข้ามาพิจารณาด้วย<sup>105</sup> กล่าวคือ จำนวนสมาชิกจากสัดส่วนจะเป็นตัวกำหนดจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของพรรคการเมืองทั้งในระบบแบ่งเขตและจากบัญชีรายชื่อของมลรัฐ โดยในขั้นแรกจะประกันว่าบรรดาผู้ชนะการเลือกตั้งในแบบแบ่งเขตทุกคนจะมีที่นั่งในสภาผู้แทนราษฎร หากจำนวนสมาชิกที่พึงได้ในระบบสัดส่วนมีมากกว่าจำนวนสมาชิกแบ่งเขต ก็ให้จำนวนที่เหลือมาจากรายชื่อในบัญชีของพรรคการเมือง หากจำนวนเท่ากับ ก็หมายความว่าไม่มีสมาชิกจากบัญชีรายชื่อเพิ่มเติม มีเฉพาะแต่จากแบบแบ่งเขตเท่านั้น แต่หากสมาชิกที่พึงได้ในระบบสัดส่วนมีน้อยกว่าผู้แทนแบบแบ่งเขตของพรรคการเมืองที่ได้รับการเลือกตั้ง ก็เท่ากับว่าจำนวนสมาชิกที่ได้รับเลือกเป็นไปตามจำนวนสมาชิกแบบแบ่งเขตทั้งหมด โดยพรรคนั้นจะไม่มีสมาชิกจากบัญชีรายชื่อ เช่นนี้จะเกิดกรณี “สมาชิกเกินส่วน” (Überhangmandat) ขึ้น<sup>106</sup> อย่างไรก็ตาม เพื่อให้สัดส่วนของสมาชิกเป็นไปตามสัดส่วนของคะแนนเสียงที่สองที่เลือกพรรคการเมือง จึงมีสมาชิกลักษณะ “สมาชิกเกลี่ยส่วน” (Ausgleichsmandate; Ausgleichssitze) ที่จะกระจายเพิ่มไปให้พรรคการเมืองอื่นเพื่อให้สัดส่วนสะท้อนคะแนนเสียงตามจริง<sup>107</sup> ทำให้จำนวนสมาชิกรวมทั้งหมดอาจจะมากกว่า 598 คนก็ได้

ดังที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าแม้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 299 คนจะมาจากผู้ซึ่งได้รับคะแนนเสียงที่หนึ่งมากที่สุดในแต่ละเขตเลือกตั้ง ก็ไม่ได้หมายความว่า การลงคะแนนเลือกตั้งที่แยกเป็นคะแนนเสียงที่หนึ่งและคะแนนเสียงที่สองนั้นจะเท่ากับเป็นการเลือกผู้แทนราษฎรครึ่งหนึ่งจากระบบเสียงข้างมากและอีกครึ่งหนึ่งจากระบบสัดส่วน ทั้งนี้เพราะในการคำนวณสัดส่วนที่นั่งในสภาผู้แทนราษฎรจะพิจารณาจากคะแนนเสียงที่สองซึ่งเลือกพรรคการเมืองบนฐานของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมดไม่ใช่เฉพาะจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรครึ่งหนึ่งที่เหลือจากการหักจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ได้จากเขตเลือกตั้งแล้ว ระบบการเลือกตั้งแบบนี้จึงยังคงหลักการของระบบสัดส่วนไว้โดยสมบูรณ์และคะแนนเสียงที่สองจะเป็นคะแนนสำคัญในการพิจารณาว่าแต่ละพรรคการเมืองจะมีที่นั่งในสภาทั้งหมดเป็นสัดส่วนเท่าใด การนำระบบเลือกตั้งเสียงข้างมากมาปรับใช้ในระบบแบ่งเขตเป็นแต่เพียงการอนุญาตให้ผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งได้มีโอกาสในการกำหนดเลือกตัวบุคคลเข้าไปอยู่ในสัดส่วนของพรรคการเมืองที่จะได้รับจากการคำนวณในระบบ

<sup>104</sup> § 6 Abs. 3 BWahlG.

<sup>105</sup> § 6 Abs. 4 BWahlG.

<sup>106</sup> Hans-Uwe Erichsen, *supra* note 102, p.30.

<sup>107</sup> Wolfgang Schreiber, *BWahlG Kommentar*, (Köln: Carl Heymanns, 9th edn, 2013), ch. 6 at para.



สัดส่วนเท่านี้<sup>108</sup> โดยไม่กระทบหรือทำให้สัดส่วนของพรรคการเมืองที่ได้จากการคำนวณคะแนนเสียงที่สองนั้นเปลี่ยนแปลงไป

แม้หลักการและสาระสำคัญของการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์จะเป็นไปตาม “ระบบสัดส่วนที่รวมถึงการกำหนดตัวบุคคล” มาตั้งแต่ปี 1949 แต่รายละเอียดวิธีการคำนวณคะแนน การกระจายที่นั่งสมาชิก และการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างสัดส่วนสมาชิกที่พรรคการเมืองพึงมีกับจำนวนผู้สมัครซึ่งเป็นผู้ชนะในเขตเลือกตั้งโดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการเกิดสมาชิกเกินส่วนขึ้นมานั้นก็มีการเปลี่ยนแปลงและ “ปฏิรูป” ในหลายวาระ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วง ค.ศ. 2008 – 2012 ที่มีการแก้ไขหลักเกณฑ์การคำนวณคะแนนอันเป็นผลมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในปี 2008 ซึ่งได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายเลือกตั้งในส่วนการคำนวณคะแนนเสียงเพื่อให้ได้มาซึ่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากนำไปสู่ปรากฏการณ์คะแนนเสียงที่มีค่าเป็นลบ (negatives Stimmgewicht) อันเป็นการขัดกับหลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาคและโดยตรง<sup>109</sup>

คำวินิจฉัยในคดีนี้สืบเนื่องมาจากการเลือกตั้งทั่วไปใน ค.ศ. 2005 ซึ่งได้มีการยื่นคำคัดค้านการเลือกตั้งต่อสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ในปีเดียวกัน ต่อมาในวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 2006 สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ได้มีมติยกคำคัดค้าน จึงมีการยื่นคำร้องทุกข์เรื่องการตรวจสอบการเลือกตั้งต่อศาลรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 18 มกราคม ค.ศ. 2007 ในชั้นการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้น นอกจากจะพิจารณาว่ากฎหมายเลือกตั้งได้ถูกใช้ไปอย่างถูกต้องหรือไม่แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญยังสามารถพิจารณาได้ด้วยว่าตัวกฎหมายเลือกตั้งเองนั้นมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้พิจารณา §§ 6, 7 BWahlG ที่กำหนดขั้นตอนและวิธีการกระจายที่นั่งจากผลการเลือกตั้งอันมีขั้นตอนโดยสรุปเป็นลำดับคือ<sup>110</sup>

- ในเบื้องต้น จะมีการคำนวณสัดส่วนที่นั่งซึ่งทุกพรรคการเมืองแต่ละพรรคจะพึงได้ในระดับสหพันธ์รัฐ โดยคำนวณจากคะแนนเสียงที่สองของแต่ละพรรคการเมืองทั้งหมดในระดับสหพันธ์ ยกเว้นแต่พรรคการเมืองที่ได้รับคะแนนเสียงที่สองไม่ถึงร้อยละห้าของคะแนนเสียงที่สองโดยชอบทั้งหมดหากพรรคการเมืองนั้นไม่มีผู้ได้รับเลือกในแบบแบ่งเขตอย่างน้อยสามคน

- ขึ้นต่อมา แต่ละพรรคการเมืองจะไปกระจายสัดส่วนที่นั่งในแต่ละมลรัฐ โดยพิจารณาจากฐานคะแนนเสียงที่สองซึ่งพรรคการเมืองได้รับในแต่ละมลรัฐ

- จากนั้นจะพิจารณาว่าในแต่ละมลรัฐ พรรคการเมืองมีผู้ได้รับเลือกตั้งในเขตเลือกตั้งเป็นจำนวนเท่าใด โดยผู้ได้รับเลือกตั้งในเขตเลือกตั้งนี้จะถูกนับเข้าไปในจำนวนสัดส่วนที่พรรคการเมืองในมลรัฐจะมีจากคะแนนเสียงที่สอง

<sup>108</sup> Jörn Ipsen, *supra* note 67, ch. 4 at para. 115.

<sup>109</sup> Josef Isensee, “Funktionsstörung im Wahlsystem: das negative Stimmgewicht,” *DVBL*, pp. 269, 269 (2010).

<sup>110</sup> Horst Wüstenbecker, “Wahlrecht teilweise verfassungswidrig,” *RÜ*, pp. 521, 522-523 (2008).



- แล้วจึงจัดสรรที่นั่งเพิ่มเติมให้แก่บรรดาผู้สมัครในบัญชีรายชื่อตามลำดับเพื่อให้เป็นไปตามสัดส่วนคะแนนเสียงที่สอง โดยไม่กระทบกับผู้ได้รับเลือกแบบแบ่งเขตที่จะได้รับการประกันที่ไว้

- หากปรากฏว่าในมลรัฐนั้นพรรคการเมืองมีผู้ได้รับเลือกตั้งในแบบแบ่งเขตมากกว่าจำนวนตามสัดส่วนคะแนนเสียงที่สองที่พรรคนั้นพึงได้ ก็ให้ถือตามจำนวนผู้ได้รับเลือกตั้งในแบบแบ่งเขตทั้งหมด ในกรณีเช่นนี้ย่อมมีผลให้จำนวนรวมของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์จะเพิ่มขึ้น เพราะมีสมาชิกเกินส่วนเกิดขึ้น

จากวิธีการคำนวณที่ได้กล่าวมา สามารถนำไปสู่ปรากฏการณ์ที่เรียกว่า “คะแนนเสียงที่มีค่าเป็นลบ” ได้ โดยสามารถพิจารณาจากตัวอย่างสมมติดังต่อไปนี้<sup>111</sup>

พรรคการเมือง X ได้รับคะแนนเสียงที่สองในระดับสหพันธ์เท่ากับ 245,000 คะแนน โดยแบ่งเป็นคะแนนเสียงในมลรัฐ A 101,000 คะแนน และในมลรัฐ B 144,000 คะแนน จากการพิจารณาสัดส่วนที่นั่งในระดับสหพันธ์ พรรคการเมือง X จะมีทั้งหมด 49 ที่นั่ง โดยแบ่งเป็นมลรัฐ A 20 ที่นั่ง และมลรัฐ B 29 ที่นั่ง ทั้งนี้ในมลรัฐ A นั้นพรรคการเมือง X มีผู้ได้ชนะจากคะแนนเสียงที่หนึ่งในเขตเลือกตั้งทั้งหมด 21 คน จึงถือตามจำนวนดังกล่าว แม้จะมากกว่าจำนวน 20 คนที่พึงจะได้ตามสัดส่วนก็ตาม ส่วนในมลรัฐ B นั้น มีผู้ได้รับเลือกจากเขตเลือกตั้งจำนวน 12 คน ทำให้จำนวนที่เหลืออีก 17 คนเป็นผู้แทนจากบัญชีรายชื่อที่พรรคได้จัดทำขึ้น ดังนั้น พรรคการเมือง X จึงมีสมาชิกในสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมด 50 คน (รวมสมาชิกแบบเกินส่วนหนึ่งคนด้วย)

แต่หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนเป็นว่า พรรคการเมือง X ได้คะแนนเสียงที่สองในมลรัฐ A เพิ่มขึ้นอีก 5,000 คะแนน รวมเป็น 106,000 คะแนน และในมลรัฐ B ยังคงมี 144,000 คะแนนเท่าเดิม เช่นนี้จะทำให้คะแนนเสียงที่สองในระดับสหพันธ์กลายเป็น 250,000 คน ทั้งนี้คะแนนที่เพิ่มขึ้นมานั้นไม่ได้ทำให้พรรคการเมือง X ได้ที่นั่งเพิ่มในระดับสหพันธ์โดยยังคงมีที่นั่งทั้งหมด 49 ที่นั่ง แต่คะแนนที่เพิ่มขึ้นมาในมลรัฐ A นั้นจะส่งผลต่อการคำนวณสัดส่วนสมาชิกในมลรัฐ ทำให้ในมลรัฐ A พรรคการเมือง X มีที่นั่งได้ 21 ที่นั่ง ส่วนในมลรัฐ B นั้นลดลงเหลือ 28 ที่นั่ง เมื่อจำนวนสมาชิกที่ได้รับเลือกตั้งในเขตเลือกตั้งยังคงมีจำนวนเท่าเดิม เท่ากับว่าพรรคการเมือง X จะไม่มีสมาชิกเกินส่วนในมลรัฐ A เพราะมีจำนวนสมาชิกที่ได้รับเลือกในเขตเลือกตั้งเป็นจำนวนเท่ากับสัดส่วนสมาชิกที่พึงมีพอดี ส่วนในมลรัฐ B ก็จะมีจำนวนสมาชิกเพิ่มจากบัญชีรายชื่อที่พรรคได้จัดทำขึ้นอีก 16 คน เพื่อให้ได้ตามสัดส่วนที่พึงมี เช่นนี้ จะทำให้จำนวนรวมผู้แทนในสภาของพรรคการเมือง X เท่ากับเพียง 49 คน

โดยปรากฏการณ์เช่นนี้ได้เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมในการเลือกตั้งทั่วไปเมื่อปี 2005 กล่าวคือ ในการเลือกตั้งทั่วไปเดือนกันยายน มีเขตเลือกตั้งหนึ่งที่ต้องเลื่อนการจัดการเลือกตั้งออกไปเพราะมีผู้สมัครของพรรคการเมืองหนึ่งเสียชีวิต ปรากฏว่าเมื่อมีการคำนวณคะแนนเลือกตั้งจากเขตอื่น ๆ ทั่วประเทศ พรรค CDU จะมีที่นั่งในสภามากกว่าหากได้คะแนนเสียงที่สองในเขตนั้นไม่ถึง 41,226 คะแนน เพราะจะได้รับสมาชิกเกินส่วนในมลรัฐดังกล่าว แต่หากได้คะแนนเสียงที่สอง

<sup>111</sup> *Ibid.*, p.523.



มากกว่าจำนวนดังกล่าวจะทำให้ไม่มีสมาชิกเกินส่วนและจำนวนที่นั่งรวมทั้งสหพันธ์ก็จะน้อยลง ดังนั้นในการเลือกตั้งเขตดังกล่าวพรรค CDU จึงได้ใช้ยุทธศาสตร์การเลือกตั้งแบบแยกเสียงลงคะแนน ทำให้ผู้สมัครแบบแบ่งเขตดังกล่าวซึ่งเป็นสมาชิกพรรค CDU ได้รับชัยชนะโดยได้รับคะแนนเสียง 57,931 คะแนน แต่ปรากฏว่าพรรค CDU ได้รับคะแนนเสียงที่สองเพียง 38,208 คะแนน ทั้ง ๆ ที่ในการเลือกตั้งเมื่อสมัยที่แล้วพรรค CDU ได้รับคะแนนเสียงที่สองในเขตเลือกตั้งนี้กว่า 50,000 คะแนน<sup>112</sup>

จากระบบการคำนวณคะแนนดังกล่าวมานี้ซึ่งนำไปสู่ปรากฏการณ์ที่ว่าหากพรรคการเมืองใด พรรคการเมืองหนึ่งได้รับคะแนนเสียงที่สองซึ่งเลือกพรรคการเมืองนั้นเพิ่มมากขึ้น กลับจะทำให้ พรรคการเมืองนั้นอาจมีที่นั่งในสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ลดน้อยลงได้ คะแนนเสียงที่ได้รับเพิ่มขึ้นมาจึงกลับกลายเป็นผลร้ายหรือมีค่าเป็นลบต่อการคำนวณจำนวนผู้แทนที่จะได้มาของพรรค การเมืองนั้นเอง หรือในบางกรณีการได้รับคะแนนเสียงที่สองซึ่งเลือกพรรคการเมืองลดน้อยลงไป อาจจะทำให้พรรคการเมืองนั้นมีจำนวนที่นั่งในสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เพิ่มมากขึ้น ทั้งนี้ความเป็นไปได้ที่ปรากฏการณ์คะแนนเสียงที่มีค่าเป็นลบจะเกิดขึ้นนั้นไม่ใช่เป็นเพียงกรณียกเว้นอย่างจำกัดแต่อาจเกิดขึ้นได้ทั่วไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มลรัฐมีผลการเลือกตั้งที่นำไปสู่การเกิดขึ้นของสมาชิกเกินส่วน ปรากฏการณ์ดังกล่าวนี้จะทำให้ค่าความสำเร็จของคะแนนแปรผกผันกับคะแนนเสียงในลักษณะที่ผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งไม่อาจคาดหมายล่วงหน้าได้ จึงเป็นการขัดต่อความเสมอภาค ในค่าความสำเร็จของคะแนนที่เรียกร้องด้วยว่าทุก ๆ คะแนนเสียงซึ่งเลือกพรรคการเมืองใดพรรค การเมืองหนึ่งจะต้องส่งผลดีหรือผลที่เป็นบวกต่อพรรคการเมืองนั้น ๆ อีกทั้งยังขัดต่อเจตนารมณ์ และวัตถุประสงค์ของการเลือกตั้งในระบบประชาธิปไตย โดยมีโอกาสกระทบการรวบรวมเสียงข้างมากและการจัดตั้งรัฐบาลกรณีที่คะแนนเสียงข้างมากในสภาได้จำนวนเกินกว่ากึ่งหนึ่งไปไม่มากนัก ซึ่งการกระทบสิทธิในความเสมอภาคกรณีเช่นนี้ไม่ปรากฏว่ามีเหตุผลที่จำเป็นเพียงพอ โดยยังมีวิธีการคำนวณคะแนนเสียงในรูปแบบอื่นที่ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถออกแบบได้ซึ่งไม่ได้นำไปสู่การเกิดขึ้นของปรากฏการณ์คะแนนเสียงที่มีค่าเป็นลบเช่นนี้<sup>113</sup>

ปลายปี 2011 กฎหมายเลือกตั้งฉบับแก้ไขเพิ่มเติมก็ได้ผ่านความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์และสภาผู้แทนมลรัฐ และถูกประกาศใช้ในรัฐกิจจานุเบกษา (Bundesgesetzblatt) โดยมีสาระสำคัญและลำดับขั้นตอนในเรื่องการคำนวณคะแนนเสียงที่เปลี่ยนแปลงไปดังต่อไปนี้<sup>114</sup>

- ขั้นตอนแรก จะพิจารณาจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนของแต่ละมลรัฐจะมี โดยตั้งฐานจากจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ทั้งหมด 598 คน นำไปคำนวณกับจำนวนรวมของคะแนนเสียงที่สองทั้งหมดในระดับสหพันธ์เพื่อให้ได้ค่าเฉลี่ยกลางออกมา แล้วจึงนำค่าเฉลี่ยกลางนั้น

<sup>112</sup> Christian Bumke and Andreas Voßkuhle, *Casebook Verfassungsrecht*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2013), para. 1951-1953.

<sup>113</sup> Annette Guckelberger, *supra* note 45, p.644.

<sup>114</sup> Ralf Altevers, "Das neue Wahlrecht zum Deutschen Bundestag," *RÜ*, pp.814, 815-816 (2011).

ไปหารจากจำนวนคะแนนเสียงที่สองในแต่ละมลรัฐ จะได้จำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของแต่ละมลรัฐดังนี้

- จากนั้นจะพิจารณาสัดส่วนของแต่ละพรรคการเมืองในแต่ละมลรัฐ โดยนำจำนวนสมาชิกที่มลรัฐนั้นมีมาพิจารณากับคะแนนเสียงที่สองทั้งหมดในมลรัฐเพื่อให้ได้ค่าเฉลี่ยกลางออกมา แล้วจึงนำค่าเฉลี่ยกลางนั้นไปหารจากจำนวนคะแนนเสียงของแต่ละพรรคการเมือง จะได้จำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของแต่ละพรรคการเมืองดังมีในแต่ละมลรัฐ

- แล้วจึงพิจารณาว่าพรรคการเมืองแต่ละพรรคมีผู้สมัครซึ่งได้รับคะแนนเสียงที่หนึ่งมากที่สุดในแต่ละเขตเป็นจำนวนเท่าใด หากยังมีจำนวนสมาชิกที่หนึ่งจะมีเหลืออยู่ก็ให้เติมจากลำดับในบัญชีรายชื่อของพรรคการเมืองนั้น กรณีที่มีผู้สมัครของพรรคการเมืองที่ได้รับเลือกจากเขตเลือกตั้งมากกว่าจำนวนที่พรรคการเมืองมีก็ให้ถือตามยอดจำนวนดังกล่าว เท่ากับว่าได้มีสมาชิกเกินส่วนเกิดขึ้น

- เพื่อเป็นการลดผลกระทบจากกรณีคะแนนเสียงที่มีค่าเป็นลบ จึงได้มีการกำหนดวิธีการคำนวณ “คะแนนเสียงส่วนเหลือ” (Reststimmen) ขึ้นมา โดยพิจารณาจากฐานที่ว่าสัดส่วนคะแนนที่ใช้ในแต่ละมลรัฐที่แตกต่างกันในการได้มาซึ่งผู้แทนหนึ่งที่นั่งอาจนำไปสู่ความแตกต่างในแง่ของค่าความสำเร็จได้ จึงมีการกำหนดให้นำบรรดาค่าเบี่ยงเบนของคะแนนเสียงที่สองในการเลือกตั้งของแต่ละพรรคการเมืองในแต่ละมลรัฐมารวมกัน หากพรรคการเมืองใดมีจำนวนคะแนนเสียงส่วนเหลือถึงจำนวนเท่ากับค่าเฉลี่ยในการได้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต่อหนึ่งคน ก็ให้พรรคการเมืองนั้นมีที่นั่งเพิ่มขึ้น โดยกระจายไปยังมลรัฐที่มีคะแนนเสียงส่วนเหลือหรือค่าเบี่ยงเบนมากที่สุดหรือในกรณีที่มีมลรัฐซึ่งมีสมาชิกเกินส่วนก็ให้ถือว่าจำนวนดังกล่าวถูกเติมไปในจำนวนสมาชิกที่หนึ่งของมลรัฐนั้น

อย่างไรก็ตาม ในคำวินิจฉัยปี 2012 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ก็มีคำวินิจฉัยอีกครั้งว่า กฎหมายเลือกตั้งที่แก้ไขใหม่นี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลว่าระบบการคำนวณที่คิดขึ้นมาใหม่นี้ไม่ได้ปิดโอกาสการเกิดขึ้นของปรากฏการณ์คะแนนเสียงที่มีค่าเป็นลบแต่อย่างใด เมื่อคะแนนเสียงที่มีค่าเป็นลบยังคงเกิดขึ้นได้ย่อมถือว่าเป็นระบบเลือกตั้งที่ขัดกับหลักความเสมอภาคและหลักการเลือกตั้งโดยตรงเช่นเดิม นอกจากนี้การเพิ่มวิธีการคำนวณคะแนนส่วนเหลืออันนำไปสู่การที่พรรคการเมืองอาจได้รับที่นั่งเพิ่มเติมขึ้นมานั้นทำให้คะแนนเสียงส่วนหนึ่งของผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งซึ่งมีผลต่อการคำนวณที่นั่งในรอบแรกไปแล้วจะมีโอกาสอีกครั้งในการถูกคำนวณอันมีผลต่อการได้มาซึ่งผู้แทนเพิ่มเติมขึ้นมาอีก เท่ากับเป็นการกระทบกับหลักความเสมอภาคในการเลือกตั้งที่คะแนนเสียงเหล่านี้มีโอกาสส่งผลต่อผู้แทนในสภามากกว่าคะแนนเสียงอื่นตามปกติโดยที่ไม่มีเหตุผลจำเป็นเพียงพอทางรัฐธรรมนูญในการกระทบสิทธิดังกล่าว<sup>115</sup>

ในคำวินิจฉัยเดียวกัน ศาลรัฐธรรมนูญยังได้วางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเกี่ยวกับกรณีสมาชิกเกินส่วนไว้ว่าแม้การดำรงอยู่ของสมาชิกเกินส่วนจะเป็นที่ยอมรับได้อันเป็นผลจากระบบการเลือกตั้ง

<sup>115</sup> BVerfG, Urt. V. 25.07.2012 – 2 BvF 3/11, 2 BvR 2670/11, 2 BvE 9/11.



แบบสัดส่วนที่รวมถึงการกำหนดตัวบุคคล แต่อย่างไรก็ตามการเกิดขึ้นของสมาชิกเกินส่วนที่กระทบต่อสัดส่วนของที่นั่งพรรคการเมืองนั้นจะต้องไม่ทำให้สาระสำคัญของสัดส่วนที่นั่งของการคำนวณตามระบบสัดส่วนต้องสูญเสียไป การมีอยู่ของสมาชิกเกินส่วนจึงเกิดขึ้นได้เฉพาะในจำนวนที่จำกัด โดยศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดกรอบไว้ที่จำนวนครึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกที่จำเป็นในการรวมตัวจัดตั้งกลุ่มการเมืองในสภา ซึ่งหมายความว่า จะมีสมาชิกเกินส่วนได้เพียงไม่เกินสิบห้าคนเท่านั้น<sup>116</sup>

ในปี 2013 จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเลือกตั้งใหม่อีกครั้ง โดยได้เปลี่ยนแปลงลำดับขั้นตอนการคำนวณคะแนนใหม่ และเพิ่มกลไกที่เป็นการชดเชยค่าของสัดส่วนที่เสียไปจากการเกิดขึ้นของสมาชิกเกินส่วนด้วยการกำหนดให้มี “สมาชิกเกลี่ยส่วน” (Ausgleichmandate) ขึ้นมา ซึ่งวิธีการคำนวณตามกฎหมายเลือกตั้งที่แก้ไขในปี 2013 นั้นอาจพิจารณาลำดับและสาระสำคัญได้ดังต่อไปนี้<sup>117</sup>

- เริ่มจากการคำนวณหาจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่พึงมีในแต่ละมลรัฐ โดยพิจารณาสัดส่วนจากฐานจำนวนประชากรทั้งหมดหารด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมด 598 คน จะได้ค่าเฉลี่ยประชากรต่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหนึ่งคน แล้วจึงนำค่าเฉลี่ยดังกล่าวไปหารจำนวนประชากรในแต่ละมลรัฐว่าพึงมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้กี่คน

- หลังจากนั้นจึงพิจารณาว่าในจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่แต่ละมลรัฐพึงมีนั้น เป็นสัดส่วนของแต่ละพรรคการเมืองเป็นจำนวนเท่าใด โดยพิจารณาจากค่าเฉลี่ยซึ่งได้มาจากการนำคะแนนเสียงที่สองทั้งหมดของมลรัฐหารด้วยจำนวนผู้แทนที่มลรัฐพึงมี แล้วจึงนำค่าเฉลี่ยนั้นมาคำนวณกับคะแนนเสียงที่สองของแต่ละพรรคการเมือง

- จากนั้นจึงพิจารณาว่าในแต่ละมลรัฐนั้น แต่ละพรรคการเมืองมีผู้ได้รับเลือกตั้งในระบบแบ่งเขตเป็นจำนวนเท่าใด ถ้ามีจำนวนมากกว่าจำนวนที่พึงมีในการคำนวณตามสัดส่วน ให้ถือว่ายอดจำนวนของสมาชิกแบบแบ่งเขตนั้นเป็นจำนวนผู้แทนที่พรรคการเมืองดังกล่าวพึงมีในมลรัฐนั้น

- แล้วจึงนำจำนวนผู้แทนที่พรรคการเมืองทั้งหมดพึงมีในแต่ละมลรัฐมารวมกัน จะได้จำนวนรวมของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในระดับประเทศเบื้องต้น ซึ่งในขั้นนี้หากมีสมาชิกเกินส่วนเกิดขึ้นก็อาจรวมกันได้มากกว่า 598 คน ทั้งนี้จำนวนรวมของแต่ละพรรคการเมืองนั้นถือว่าเป็นจำนวนขั้นต่ำที่ประกันว่าแต่ละพรรคการเมืองจะได้รับที่นั่งในสภาเป็นอย่างน้อย

- ต่อมาให้พิจารณากระจายที่นั่งเพิ่มเติมให้แก่บรรดาพรรคการเมืองที่ไม่มีสมาชิกเกินส่วนจนกระทั่งสัดส่วนที่นั่งในสภาทั้งหมดเป็นไปตรงตามสัดส่วนของคะแนนเสียงที่สองที่แต่ละพรรคการเมืองได้รับ ก็จะได้จำนวนยอดผู้แทนที่แต่ละพรรคการเมืองจะได้รับในระดับสหพันธรัฐขึ้นมาใหม่ โดยเป็นยอดที่จะรวมสมาชิกเกลี่ยส่วน (ถ้ามี) เข้าไปด้วยแล้ว

<sup>116</sup> BVerfG, Urt. V. 25.07.2012 – 2 BvF 3/11, 2 BvR 2670/11, 2 BvE 9/11, para. 143.

<sup>117</sup> Der Bundeswahlleiter, Erläuterung des neuen Verfahrens der Umrechnung von Wählerstimmen in Bundestagssitze เข้าถึงได้จาก [https://www.bundeswahlleiter.de/de/aktuelle\\_mitteilungen/downloads/20131009\\_Erl\\_Sitzzuteilung.pdf](https://www.bundeswahlleiter.de/de/aktuelle_mitteilungen/downloads/20131009_Erl_Sitzzuteilung.pdf)

- ขั้นตอนสุดท้าย จึงกระจายสัดส่วนจำนวนรวมของผู้แทนใหม่ของแต่ละพรรคการเมืองไปในระดับมลรัฐบนฐานของสัดส่วนคะแนนเสียงที่สองที่มีในแต่ละมลรัฐ ก็จะได้จำนวนสุดท้ายของผู้แทนพรรคการเมืองในแต่ละมลรัฐ

#### 4. บทสรุปและข้อสังเกต

จากการศึกษาการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยสังเขปทั้งระบบ นำไปสู่ข้อสังเกตที่ว่าบรรดากระบวนการต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นและเกี่ยวข้องกับการเลือกตั้ง ล้วนแล้วแต่อยู่บนฐานคิดของเรื่องสิทธิเลือกตั้งที่กฎหมายพื้นฐานได้รับรองเอาไว้ว่าจะต้องเป็นไปโดย “ทั่วไป เสรี โดยตรง เสมอภาค และลับ” ด้วยเหตุนี้การจะศึกษากฎหมายเลือกตั้งเยอรมันโดยปราศจากความพยายามที่จะทำความเข้าใจความสำคัญของ “สิทธิเลือกตั้ง” ในฐานะที่เป็นคุณค่าพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยย่อมไม่ต่างไปจากการศึกษาแบบฉาบฉวยที่อาจมองเห็นได้เพียงแต่เปลือกนอกของเรื่อง โดยไม่ได้เข้าไปถึง “แก่น” หรือ “หัวใจ” ที่เป็นสาระสำคัญ

ดังที่ได้กล่าวนี้ หากประเทศไทยจะนำความคิดเรื่องระบบการเลือกตั้งแบบเยอรมันมาทดลองใช้นั้นเห็นว่า หากจะเป็นการนำเข้ามาแต่เพียง “รูปแบบ” หรือ “เทคนิค” โดยยังคงละเอียดหรือไม่สนใจคุณค่าพื้นฐานของหลักการเกี่ยวกับสิทธิเลือกตั้งที่ต้องเคารพและยอมรับ ย่อมไม่อาจนำไปสู่แนวทางการแก้ไขปัญหาที่เรื้อรังในทางการเมืองไทยมาอย่างยาวนานได้ ในทางตรงข้าม หากยอมรับคุณค่าของสิทธิเลือกตั้งอย่างจริงจังและพัฒนากระบวนการเลือกตั้งตลอดจนบรรดาการจัดโครงสร้างสถาบันทางการเมืองต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับแนวความคิดที่ยอมรับว่าอำนาจสูงสุดในการปกครองนั้นเป็นของประชาชน ย่อมเป็นแนวทางที่เหมาะสมกว่าในการจะพัฒนาไปสู่สังคมที่มีลักษณะเป็นประชาธิปไตยอย่างแท้จริง