

ความเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตัว
ของ นายนครินทร์ เมฆไตรรัตน์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๔/๒๕๕๙

เรื่องพิจารณาที่ ๓/๒๕๕๙

วันที่ ๒๙ มิถุนายน พุทธศักราช ๒๕๕๙

ประเด็นวินิจฉัย

พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๙ มาตรา ๖๑
วรรคสอง ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗
มาตรา ๔ หรือไม่

ความเห็น

พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗
มาตรา ๔ ได้บัญญัติคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค
บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย
อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้วไว้
ซึ่งเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลเป็นเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ
แห่งราชอาณาจักรไทยมาโดยตลอด และสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยลงนามรับรอง
และเข้าร่วมเป็นภาคีในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)
และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant
on Civil and Political Rights) ดังนั้น จึงย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
(ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔ อย่างไรก็ดี เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้น
เป็นเสรีภาพแบบสัมพัทธ์ (relative liberty) อาจถูกจำกัดได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย
ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ผ่านมากำหนดไว้ให้กระทำได้เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ
เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น
เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทราม
ทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน และการจำกัดเช่นนั้นต้องกระทำเท่าที่จำเป็น จะกระทบกระเทือน
สาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับ
แก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

การออกเสียงประชามติ เป็นกระบวนการมีส่วนร่วมตัดสินใจทางการเมืองโดยตรงของประชาชน ด้วยการลงคะแนนออกเสียงแสดงความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบต่อข้อเสนอนี้ในเรื่องเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ อธิปไตยของรัฐ สนธิสัญญาระหว่างประเทศ มาตรการทางกฎหมายหรือนโยบายสาธารณะที่มีความสำคัญ และมีผลกระทบต่อประโยชน์ได้เสียของประเทศชาติ หรือกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน ก่อนที่จะนำมาตีหรือการตัดสินใจนั้นออกเป็นกฎหมายหรือนำไปปฏิบัติเพื่อบังคับใช้เป็นการทั่วไป โดยทั่วไปการออกเสียงประชามติต้องมีการเปิดให้ฝ่ายสนับสนุนและฝ่ายคัดค้านในประเด็นที่จะขอประชามติได้มีโอกาสถรณรงค์แข่งขันโน้มน้าวสาธารณชนได้อย่างเท่าเทียมกัน รวมทั้งเปิดพื้นที่ให้ทุกฝ่ายแสดงความคิดเห็นได้อย่างกว้างขวาง และการออกเสียงประชามติต้องเป็นการตัดสินใจโดยอิสระและโดยลับ แต่ปรากฏจากการปฏิบัติของนานาประเทศในเรื่องการจัดการออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ (constitutional referendum) ในปัจจุบันมี ๒ ลักษณะ คือ การออกเสียงประชามติเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ (constitution-changing) ลักษณะหนึ่ง และการออกเสียงประชามติเพื่อวางกรอบรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ (constitution-framing) อีกลักษณะหนึ่ง^๑

^๑ การออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ แบ่งออกเป็น “การออกเสียงประชามติเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ” (constitution-changing) ลักษณะหนึ่ง และ “การออกเสียงประชามติเพื่อวางกรอบรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่” (constitution-framing) อีกลักษณะหนึ่ง เรื่องนี้ขอให้อู Stephen Tierney, *Constitutional Referendums: Theory and Practice of Republican Deliberation* (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp. 11-15.

การออกเสียงประชามติลักษณะที่สองนี้ เป็นการออกเสียงประชามติที่จัดขึ้นโดยอยู่ภายใต้การควบคุมตัดสินใจของรัฐบาล (controlled) ซึ่งจะแตกต่างจากการออกเสียงประชามติที่จัดขึ้นโดยการกำหนดประเด็นข้อเสนอโดยภาคประชาชน (uncontrolled) เรื่องนี้ ขอให้อู Arend Lijphart, *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries* (New Haven: Yale University Press, 1984), pp. 203-204. ซึ่งคล้ายคลึงกับการออกเสียงประชามติที่องค์กรทางการเมืองควบคุมตัดสินใจกำหนดประเด็น (plebiscitary referendum) ซึ่งต้องดู Nevil Johnson, “Types of Referendum,” in *The Referendum Device*, edited by Austin Ranney (Washington, D.C.: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1981), pp. 19-21. รวมทั้งคล้ายคลึงกับการออกเสียงประชามติที่องค์กรทางการเมืองควบคุมในทุกกระบวนการ (authority-controlled popular vote/plebiscite) ซึ่งปรากฏในงานของ Bruno Kaufmann, “Superdemocracy: People Power Updated - More Direct and Transnational,” in Jung-Ok Lee and Bruno Kaufmann (Eds.), *Global Citizens in Charge: How Modern Direct Democracy Can Make Our Representative Democracies Truly Representative* (Seoul: Korea Democracy Foundation, 2009), pp. 13-20.

กล่าวได้ว่า การออกเสียงประชามติลักษณะที่สอง เป็นการออกเสียงประชามติที่จัดขึ้นแบบชั่วคราวเพื่อหาข้อยุติทางการเมือง มิใช่การออกเสียงประชามติที่มีบทบาทหน้าที่ในกระบวนการทางการเมืองในสภาวะปกติ (one-time phenomenon/ad hoc referendum) โปรดดู Markku Suski, *Bringing in the People: A Comparison of Constitutional Forms and Practices of the Referendum* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), p. 29. หรืออาจเรียกได้ว่าเป็นการออกเสียงประชามติแบบชั่วคราวชั่วคราวในเรื่องที่องค์กรของรัฐเห็นว่าสำคัญ (ad hoc referendum) ซึ่งขอให้อูเพิ่มเติมจากการศึกษาของ Maija Stälä, *Referendums and Democratic Government: Normative Theory and the Analysis of Institutions* (London: Macmillan Press LTD, 1999), pp. 70-78.

การออกเสียงประชามติเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ เป็นการจัดการออกเสียงประชามติที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งในเรื่องการริเริ่มกระบวนการจัดการลงคะแนนเสียง การตัดสินผลคะแนนเสียง ผลผูกพัน รวมถึงการตัดสินความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการออกเสียง การออกเสียงประชามติในลักษณะนี้จึงดำเนินไปภายใต้ระเบียบทางกฎหมายภายใต้รัฐธรรมนูญที่บังคับใช้อยู่ในขณะนั้น โดยการออกเสียงประชามติถือเป็นขั้นตอนหนึ่งของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายใต้กลไกในระบบรัฐสภา ไม่ว่าจะกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมเพียงบางส่วนหรือการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ โดยการริเริ่มเสนอร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญมาจากสถาบันทางการเมืองในระบบตัวแทน อาทิ สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา คณะรัฐมนตรี ประธานาธิบดี หรือมาจากการใช้สิทธิเข้าชื่อร่วมกันเสนอร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนด

ด้วยเหตุที่การริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่นั้นเป็นเจตนาของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีจุดยืนเฉพาะในฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในสังคมการเมือง การออกเสียงประชามติในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นส่วนหนึ่งของระบบการเมืองแบบตัวแทน โดยมีบทบาทหน้าที่ในฐานะกลไกตามรัฐธรรมนูญสำหรับเปิดให้พลเมืองผู้มีสิทธิเลือกตั้งทั้งหมดของประเทศได้มีส่วนร่วมโดยตรงในการออกเสียงตัดสินใจให้ความเห็นชอบต่อทางเลือกในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับการเสนอเข้าสู่กระบวนการนิติบัญญัติตามช่องทางที่กำหนดไว้ โดยทางเลือกที่นำเข้าสู่การออกเสียงประชามติอาจไม่ได้มีเพียงข้อเสนอเดียว เช่น ร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญที่เสนอโดยการเข้าชื่อของประชาชนตามจำนวนที่กำหนด (popular initiative) กับร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรร่วมกันยื่นเสนอประกอบ (counter proposal) ในการจัดการออกเสียงประชามติครั้งเดียวกัน เป็นต้น

ในกรณีเช่นนี้ การรณรงค์ทางการเมืองในช่วงก่อนการออกเสียงประชามติ (referendum campaign) ถือเป็นหนึ่งในขั้นตอนสำคัญของกระบวนการจัดการออกเสียง โดยองค์กรของรัฐทำหน้าที่ตัวกลางอำนวยความสะดวกการแข่งขันระดมเสียงสนับสนุนของทุกฝ่ายดำเนินไปอย่างสุจริตและเที่ยงธรรม ภายใต้กฎเกณฑ์กติกาในเรื่องต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้ อาทิ การระดมทุนและวงเงินค่าใช้จ่ายในการจัดกิจกรรมรณรงค์ การใช้ช่องทางสื่อสารมวลชน กรอบระยะเวลาการรณรงค์ ฉะนั้น นักการเมือง บุคคลที่มีชื่อเสียง ผู้นำพรรคการเมือง กลุ่มผลประโยชน์ และนักเคลื่อนไหว

กิจกรรมทางการเมือง จึงมีบทบาทสำคัญในการนำเสนอข้อมูล ความคิดเห็นและเหตุผลข้อโต้แย้ง ต่อสาธารณชนอย่างกว้างขวาง เพื่อสร้างอิทธิพลโน้มน้าวให้ประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงตัดสินใจสนับสนุน ทางเลือกของฝ่ายตน หากพิจารณาตามนี้แล้ว การออกเสียงประชามติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๖๕ ย่อมมีกระบวนการรณรงค์ในช่วงก่อนการออกเสียงประชามติ ที่เทียบเคียงได้กับกรณีที่กำลังกล่าวมานี้ แม้ว่าจะเป็นการออกเสียงประชามติในประเด็นนโยบาย ที่คณะรัฐมนตรีเห็นว่าสำคัญก็ตาม

ส่วนการออกเสียงประชามติภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๒) พุทธศักราช ๒๕๕๙ นั้น มีลักษณะเป็นการออกเสียงประชามติ เพื่อวางกรอบรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ ซึ่งเป็นกลไกการออกเสียงประชามติที่ปรากฏในกระบวนการ สถาปนารัฐธรรมนูญใหม่ ภายหลังจากรัฐธรรมนูญเดิมที่บังคับใช้มาได้สิ้นสุดลง การจัดการออกเสียง ประชามติในรูปแบบนี้ปรากฏในกรณีในประเทศหนึ่ง ๆ ประสบวิกฤตการณ์ทางการเมืองภายใน อาทิ สงครามกลางเมือง การก่อจลาจลจลาจลรุนแรง การเผชิญหน้าต่อผู้ด้วยความรุนแรงในหมู่ประชาชน การปฏิวัติและการรัฐประหาร จนส่งผลให้ระบบการเมืองล้มเหลวและประเทศตกอยู่ภายใต้การควบคุมอำนาจ ทางการปกครองอย่างเป็นทางการโดยรัฐบาลเฉพาะกาล (interim government) การออกเสียงประชามติ เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ จัดขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวหรือกฎหมายที่เทียบเท่า โดยการออกเสียงประชามติถือเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ แทนรัฐธรรมนูญฉบับเดิมที่สิ้นสภาพบังคับลง หรือการสถาปนารัฐธรรมนูญสำหรับรัฐอธิปไตยที่เกิดขึ้นใหม่ การจัดการออกเสียงประชามติในลักษณะนี้ปรากฏให้เห็นในหลายประเทศ

ในสภาพการณ์ที่สถาบันทางการเมืองในระบบการปกครองโดยผู้แทนได้หมดสภาพไปพร้อมกับ รัฐธรรมนูญฉบับเดิม การออกเสียงประชามติเพื่อสร้างกรอบรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ ถือเป็นกลไกรองรับ การทำหน้าที่ของประชาชนในกระบวนการสถาปนารัฐธรรมนูญ แม้ว่าการสร้างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ ในบริบทดังกล่าว จะดำเนินไปโดยองค์กรหรือคณะบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ยกร่างรัฐธรรมนูญ อาทิ สภาร่างรัฐธรรมนูญ หรือคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งทั้งประเทศ ในฐานะที่เป็นบ่อเกิดสูงสุดของกฎหมายรัฐธรรมนูญย่อมเป็นผู้ตัดสินใจให้ความเห็นชอบต่อการนำร่างรัฐธรรมนูญ ที่จัดทำขึ้นใหม่มาประกาศใช้ ในกรณีเช่นนี้การออกเสียงประชามติถูกใช้เป็นกลไกการมีส่วนร่วมของประชาชน

ในการใช้อำนาจสูงสุดในทางนิติบัญญัติ โดยการร่วมกันกำหนดกติกาสูงสุดของบ้านเมืองโดยตรงบนหลักการที่ว่า อำนาจในการกำหนดหรือตัดสินใจผูกพันตนเองอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญนั้น เป็นสิ่งที่สถิตอยู่กับตัวของปวงชนซึ่งไม่สามารถพรากไปได้ อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนจึงมีลักษณะเป็น “อำนาจที่อยู่เหนือกว่าอำนาจของตัวรัฐธรรมนูญ” (extra-constitutional power) หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่า “อำนาจที่มาก่อนรัฐธรรมนูญ” (pre-constitutional power)

ในกรณีนี้ การจัดการออกเสียงประชามติดำเนินไปโดยองค์กรของรัฐที่มีบทบาทกำกับควบคุม ตั้งแต่การกำหนดสาระสำคัญของประเด็นคำถาม การเผยแพร่ข้อมูล รวมถึงการกำหนดกติกาการจัดการออกเสียงประชามติ องค์กรของรัฐมีหน้าที่รับผิดชอบการรณรงค์ในช่วงก่อนการออกเสียงประชามติ โดยการเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญ การประชาสัมพันธ์ข้อมูลเกี่ยวกับสาระสำคัญของบทบัญญัติในมาตราต่าง ๆ การชี้แจงทำความเข้าใจหลักการและเหตุผลของการยกร่างรัฐธรรมนูญต่อผู้มีสิทธิออกเสียงทั่วประเทศ ตลอดจนเปิดรับฟังความคิดเห็น ข้อเสนอแนะและรวบรวมข้อเสนอแนะจากทุกฝ่าย ในขณะที่พรรคการเมือง กลุ่มการเมือง ผู้นำทางการเมือง และขบวนการเคลื่อนไหวกิจกรรมทางการเมืองไม่ว่าฝ่ายใด ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสถานการณ์ความขัดแย้งในสังคม อยู่ภายใต้เงื่อนไขจำกัดการแสดงบทบาทในการจัดกิจกรรมทางการเมืองเพื่อรณรงค์แข่งขันระดมเสียงสนับสนุนการตัดสินใจในทางหนึ่งทางใด

ข้อเท็จจริงตามคำร้องที่ระบุว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๙ มาตรา ๖๑ วรรคสอง เป็นกฎหมายที่ประกาศใช้ออกมาโดยเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินความจำเป็น เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพมากเกินไป ถึงขนาดที่ทำให้ผู้คนในสังคมไม่กล้าแสดงความคิดเห็นในเรื่องที่จำเป็น ซึ่งกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้น เห็นว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๙ มาตรา ๖๑ วรรคสอง เป็นการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญเฉพาะในเรื่องเกี่ยวข้องกับส่วนได้ส่วนเสียของประโยชน์มหาชน (public interest) ซึ่งเป็นบทจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น เพื่อรักษาความมั่นคงแห่งรัฐ ความสงบเรียบร้อยของประเทศ และเสถียรภาพทางสังคมในห้วงเวลานี้ เป็นการเฉพาะ ดังนั้น การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญในลักษณะรุนแรง ก้าวร้าว หยาบคาย ปลุกกระดม หรือข่มขู่ ผ่านช่องทางสื่อสารมวลชนและพื้นที่สาธารณะ ซึ่งอาจปลุกเร้าสถานการณ์ความขัดแย้งทางการเมืองโดยทำให้ผู้คนในสังคม

ที่มีความแตกแยกอยู่แล้วยิ่งร้ายลึกมากขึ้น และทำให้กระบวนการออกเสียงประชามติกลายเป็นเครื่องมือทางการเมืองในการโจมตีสร้างความเกลียดชังหรือสร้างความนิยมนแก่บุคคลหรือคณะบุคคลฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

การกำหนดเงื่อนไขของการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นต่อสาธารณะในระหว่างกระบวนการจัดการออกเสียงประชามติดำเนินไป เฉพาะในกรณีการแสดงความคิดเห็นที่มีลักษณะรุนแรง ก้าวร้าว หยาบคาย ปลุกกระดม หรือข่มขู่ อันจะนำไปสู่ผลในลักษณะดังกล่าวมานั้น ย่อมไม่ถือเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่นของประชาชน เนื่องจากเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยสุจริตของบุคคลทั้งต่อเรื่องทั่วไปและเรื่องเกี่ยวกับสาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญยังคงได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ แต่การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคล ซึ่งมีผลกระทบเป็นการทำลายหลักการและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเอง ย่อมไม่อาจนับได้ว่าเป็นเสรีภาพในประการที่ได้รับการประกันคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ

ทั้งนี้ ในการปกครองตามระบอบประชาธิปไตย การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมจำกัดอยู่ภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ การปกครองในระบอบรัฐธรรมนูญที่มีวิถีทางป้องกันตนเอง จึงมีบทบัญญัติจำกัดเงื่อนไขของการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักความจำเป็น กรณีพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๙ มาตรา ๖๑ วรรคสอง ระบุถึงการกระทำอันเป็นความผิดในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลด้วยถ้อยคำว่า “รุนแรง” “ก้าวร้าว” “หยาบคาย” “ปลุกกระดม” หรือ “ข่มขู่” นั้น เห็นว่า ถ้อยคำในลักษณะนี้ปรากฏให้เห็นทั่วไปในบทกฎหมายในบางประเทศ ซึ่งตราขึ้นเพื่อเป็นมาตรการจำกัดควบคุมการใช้เสรีภาพในการแสดงออก ซึ่งความคิดเห็นที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังต่อกลุ่มคนในสังคม (hate speech) หรือการพูดยั่วยุให้เกิดความรู้สึกโกรธแค้นเคืองกัน (provocative speech) หรือการแสดงความคิดเห็นด้วยถ้อยคำที่มีแนวโน้มกระตุ้นให้เกิดการทำร้ายร่างกายและจิตใจกันอันเป็นสาเหตุของการทำลายความสงบสุขของสังคม (fighting words) หรือคำพูดยั่วยุปลุกปั่นให้เกิดการกระทำที่เป็นการก่ออาชญากรรม หรือการพูดปลุกกระดมผู้คนให้ก่อความไม่สงบหรือก่อการกบฏต่อรัฐบาล (sedition) หรือการใช้คำพูดก้าวร้าวให้เกิดความบาดหมาง ขุ่นเคือง (offensive speech) หรือการใช้คำพูดหรือแสดงออกอย่างหยาบคายต่อสาธารณชน (obscenity)

เมื่อการกระทำในลักษณะเหล่านี้ไม่อาจถือได้ว่าอยู่ในข่ายของเสรีภาพในการแสดงออก ซึ่งความคิดเห็นโดยสุจริต อันเป็นเสรีภาพที่บุคคลได้รับการประกันคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญแล้ว การบัญญัติมาตรา ๖๑ วรรคสองด้วยถ้อยคำดังปรากฏ จึงไม่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากไม่ใช่การจำกัดเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตโดยไม่มีเหตุอันสมควรดังคำร้อง และไม่ขัดกับหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ได้บัญญัติรับรองไว้โดยพันธกรณีระหว่างประเทศดังคำร้อง เพราะแม้แต่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ก็ได้ระบุเงื่อนไขไว้ในข้อ ๒๙ (๒) และ (๓) ว่า ในการใช้สิทธิและอิสรภาพของตน ทุกคนจะต้อง อยู่ภายใต้ข้อจำกัด เพียงเท่าที่มีกำหนดไว้ตามกฎหมายเท่านั้น เพื่อวัตถุประสงค์ของการได้มาซึ่งการยอมรับ และการเคารพสิทธิและอิสรภาพอันควรของผู้อื่น และเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการอันสมควรทางด้านศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน และสวัสดิการทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย สิทธิและอิสรภาพเหล่านี้ ไม่อาจใช้ขัดต่อวัตถุประสงค์ และหลักการของสหประชาชาติไม่ว่าในกรณีใด

พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๙ เป็นกฎหมาย ที่ใช้บังคับเฉพาะเพื่อดำเนินการจัดให้มีการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๒) พุทธศักราช ๒๕๕๙ มาตรา ๓๙/๑ บัญญัติไว้ โดยมาตรา ๖๑ ได้บัญญัติถึงการกระทำอันเป็นความผิดและโทษทางอาญา เพื่อให้การออกเสียงประชามติเป็นไปโดยสุจริต เทียบธรรม และดำเนินไปด้วยความเรียบร้อยในช่วงที่ สถานการณ์ยังปรากฏความขัดแย้งของประชาชนอยู่ ซึ่งตามมาตรา ๖๑ วรรคสอง กำหนดให้บุคคล ที่ดำเนินการเผยแพร่ข้อความ ภาพ เสียง ในสื่อหนังสือพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์ สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือในช่องทางอื่นใด ที่ผิดไปจากข้อเท็จจริงหรือมีลักษณะรุนแรง ก้าวร้าว หยาบคาย ปลุกกระดม หรือข่มขู่ โดยมุ่งหวังเพื่อให้ผู้มีสิทธิออกเสียงไม่ไปใช้สิทธิออกเสียง หรือออกเสียงอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่ออกเสียง ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำการก่อความวุ่นวายเพื่อให้การออกเสียงไม่เป็นไปด้วยความเรียบร้อย ตามมาตรา ๖๑ วรรคหนึ่ง (๑) โดยมีโทษตามมาตรา ๖๑ วรรคสาม คือ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท ทั้งนี้ ศาลอาจสั่งให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งมีกำหนดไม่เกินห้าปีด้วยก็ได้ หรือมีโทษตามมาตรา ๖๑ วรรคสี่ ในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดของคณะบุคคลตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท และให้ศาลสั่งเพิกถอน สิทธิเลือกตั้งมีกำหนดสิบปี

พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๙ ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลไว้ในมาตรา ๗ ว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเผยแพร่ความคิดเห็นเกี่ยวกับการออกเสียงโดยสุจริตและไม่ขัดต่อกฎหมายและเพื่อให้การดำเนินการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญเป็นไปโดยความเรียบร้อย สุจริต และเที่ยงธรรม ภายใต้ข้อจำกัดของสถานการณ์บ้านเมืองในปัจจุบัน จึงกำหนดให้มีมาตรการควบคุมการออกเสียงประชามติไว้ในมาตรา ๖๑ วรรคสอง อันเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเท่าที่จำเป็นเฉพาะในช่วงเวลาการดำเนินการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้เท่านั้น เพื่อป้องกันการอาศัยช่องทางการแสดงความคิดเห็นต่อสาธารณะในช่วงจัดการออกเสียงประชามติในลักษณะที่อาจส่งผลให้ความขัดแย้งเผชิญหน้าในสังคมปะทุขึ้นอีก หรือชักนำให้เกิดความรู้สึกโกรธแค้นและเกลียดชังต่อบุคคลหรือคณะบุคคลหรือโน้มน้าวให้ผู้มีสิทธิออกเสียงสำคัญผิดได้ว่าการออกเสียงประชามติมีนัยเท่ากับการออกเสียงแสดงความนิยมต่อตัวบุคคลหรือคณะบุคคล หรือมีนัยเท่ากับการออกเสียงเพื่อสนับสนุนรับรองการกระทำของบุคคลหรือคณะบุคคลฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด อันเป็นการบิดเบือนสาระสำคัญของการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา ๖๑ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๙ แล้ว เห็นว่า บุคคลใดจะมีความผิดตามมาตรา ๖๑ วรรคหนึ่ง (๑) ประกอบมาตรา ๖๑ วรรคสอง และต้องรับโทษตามวรรคสามหรือวรรคสี่หรือไม่ จะต้องปรากฏว่า (๑) บุคคลนั้นมีกรกระทำ คือ การเผยแพร่ข้อความ ภาพ เสียง ในสื่อหนังสือพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์ สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือในช่องทางอื่นใด (๒) การเผยแพร่ดังกล่าวต้องผิดไปจากข้อเท็จจริงหรือมีลักษณะรุนแรง ก้าวร้าว หยาบคาย ปลุกเร้า หรือข่มขู่ (๓) บุคคลนั้นมีเจตนาในการกระทำตามข้อ (๑) และข้อ (๒) และ (๔) บุคคลนั้นมีเจตนาพิเศษโดยมุ่งหวังให้ผู้มีสิทธิออกเสียงไม่ไปใช้สิทธิออกเสียงหรือออกเสียงอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่ออกเสียง ดังนั้น การพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดและต้องรับโทษตามวรรคสามหรือวรรคสี่หรือไม่ จะต้องนำพฤติการณ์แห่งการกระทำของบุคคลนั้นมาพิจารณาประกอบเจตนาและเจตนาพิเศษด้วย ทั้งนี้ มาตรา ๖๑ วรรคสอง มีลักษณะเป็นการอธิบายความการกระทำที่เป็นการก่อความุ่นวายเพื่อให้การออกเสียงไม่เป็นไปด้วยความเรียบร้อย

ตามมาตรา ๖๑ วรรคหนึ่ง (๑) ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งถ้อยคำที่ว่า “รุนแรง” “ก้าวร้าว” “หยาบคาย” “ปลุกกระดม” หรือ “ข่มขู่” เป็นถ้อยคำทั่วไปที่ชัดเจน ประชาชนสามารถเข้าใจความหมายของการกระทำที่ต้องห้ามได้ จึงไม่ใช่กรณีที่กฎหมายบัญญัติความผิดและโทษทางอาญาโดยใช้ถ้อยคำที่เคลือบคลุมหรือไม่ชัดเจนแต่ประการใด หากจะเกิดปัญหาการตีความถ้อยคำดังกล่าวโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐจนเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบและไม่เป็นธรรมแก่ประชาชน บุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจโดยมิชอบดังกล่าว อาจฟ้องร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจได้

ดังนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๙ มาตรา ๖๑ วรรคสอง แม้จะเป็นบทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ แต่การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวก็เป็นไปเท่าที่จำเป็น เพื่อรักษาความมั่นคงแห่งรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ค้ำครองสิทธิและเสรีภาพของผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติ มิได้กระทบกระเทือนสาระสำคัญของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคล และเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป รวมทั้งมิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง โดยบุคคลยังใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้ หากเป็นการกระทำโดยสุจริต ภายใต้กรอบของกฎหมาย

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงเห็นว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๙ มาตรา ๖๑ วรรคสอง ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔ จึงไม่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗

นายนครินทร์ เมฆไตรรัตน์

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ