

การกำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติ:
ศึกษากรณีการผู้ถูกคุมขังกับการออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ
(Constitutional Referendum)

Disqualifications of Eligible Referendum Voters: A Case Study on
Prisoners and the Constitutional Referendum

ชมนพุต ตั้งถาวร
Chompunoot Tangthavorn

นักวิชาการผู้ชำนาญการ
สำนักวิจัยและพัฒนา สถาบันพระปกเกล้า
Senior Research Fellow

The Office of Research and Development, King Prajadhipok's Institute

Corresponding author Email: chompunoot@kpi.ac.th

(Received: September 17, 2025; Revised: September 18, 2025; Accepted: September 18, 2025)

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดให้ผู้ถูกคุมขังอยู่โดยหมายของศาลหรือโดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายต้องเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามในการออกเสียงประชามติ โดยมุ่งเน้นที่การออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ (Constitutional Referendum) ซึ่งถือเป็นหนึ่งในประเด็นการออกเสียงที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากในประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยย่อมถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมและกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ รวมถึงการออกเสียงประชามติไม่ว่าจะเป็นการออกเสียงประชามติที่ก่อให้เกิดการริเริ่มจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือการออกเสียงประชามติที่มีผลเป็นการรับรองรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ก็ล้วนแล้วแต่ต้องการการมีส่วนร่วมของพลเมืองทุกภาคส่วนให้มากที่สุดทั้งสิ้น ในบทความนี้ ผู้เขียนได้เทียบมาตรการการจำกัดสิทธิของผู้ต้องขังในการออกเสียงประชามติในกรณีดังกล่าว กับผลข้างเคียงที่เกิดขึ้น (Side Effect) ว่าสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดรับรองเรื่องสิทธิทางการเมือง และหลักการกำหนดข้อจำกัดสิทธิทางการเมือง ตลอดจนเทียบมาตรการดังกล่าวว่าสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ โดยใช้วิธีพิจารณาความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบที่นำเสนอโดย Martin Luteran ซึ่งทำให้การพิจารณามีความเป็นทวิภาคีมากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: ผู้ต้องคุมขัง, ประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ, หลักความได้สัดส่วน, สัญญาประชาคม

Abstract

This article aims to examine the issue of designating prisoners detained under a court warrant or a lawful order as persons disqualified from voting in referendums, with a particular focus on constitutional referendums. In democratic states, constitutional referendums are regarded as highly significant since it is considered a social contract. The process of constitution-making, including referendums—whether to initiate the drafting of a new constitution, to amend an existing one, or to approve and ratify a new or amended constitution—necessarily requires the broadest possible participation of all citizens. In this article, the author assesses the measures restricting prisoners' right to vote in such referendums with the side effects arising therefrom, in order to assess whether they conform to international legal principles that guarantee political rights and the principles governing the restriction of such rights. The article also evaluates whether these measures are consistent with the principle of proportionality, applying the narrow conception of proportionality advanced by Martin Luteràn, which allows for a more objective analysis.

Keywords: Prisoner, Constitutional Referendum, Proportionality, Social Contract

บทนำ

การออกเสียงประชามติถือเป็นหนึ่งในกลไกประชาธิปไตยทางตรง (Direct Democracy) ที่หลายประเทศที่เป็นประชาธิปไตยได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญอาจกำหนดบังคับให้บางเรื่องจะต้องมีการออกเสียงประชามติ (Mandatory Referendum) อย่างเช่น กรณีที่รัฐธรรมนูญประเทศออสเตรีย มาตรา 44 (3) กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) จะต้องผ่านการออกเสียงประชามติ แต่บางเรื่องรัฐธรรมนูญก็อาจกำหนดให้จะขอให้มีการออกเสียงประชามติหรือไม่ก็ได้ (Optional Referendum) ซึ่งมักเป็นการบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งซึ่งอาจจะเป็นรัฐบาล สมาชิกสภา หรือประชาชน สามารถร้องขอให้มีการออกเสียงประชามติได้ เช่น รัฐธรรมนูญประเทศโคลอมเบียกำหนดให้ประธานาธิบดีสามารถขอให้มีการออกเสียงประชามติในประเด็นที่มีความสำคัญในระดับชาติ ระดับภาค และระดับท้องถิ่นได้¹ นอกจากนี้ ถ้าหากพิจารณาเรื่องผลของการออกเสียงประชามติแล้ว ก็จะได้เห็นได้อีกว่า การกำหนดให้มีการออกเสียงประชามติอาจมีทั้งการกำหนดให้ผลการออกเสียงประชามตินั้นมีผลผูกพันให้ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติ หรือองค์กรอื่นจะต้องดำเนินการตาม เช่น การออกเสียงประชามติคัดค้านร่างกฎหมายที่จะมีผลทำให้ร่างกฎหมายนั้นไม่สามารถบังคับใช้ได้ตามที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญประเทศเดนมาร์ก มาตรา 42 หรือบางกรณีก็อาจเป็นการออกเสียงประชามติที่ไม่มีผลผูกพัน

¹ International IDEA, *Direct Democracy : The International IDEA Handbook* (Stockholm: International IDEA, 2012) 13.

หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นการออกเสียงประชามติที่มีผลเหมือนเป็นการขอให้ประชาชนแสดงความคิดเห็นว่าเห็นชอบด้วยหรือไม่ แต่ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือองค์กรใด ๆ ไม่ผูกพันที่จะต้องดำเนินการตามผลการออกเสียงประชามติ อย่างเช่นการออกเสียงประชามติต่อร่างรัฐธรรมนูญที่คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญของประเทศไอซ์แลนด์ในวันที่ 20 ตุลาคม ค.ศ. 2012² เป็นต้น

ส่วนกรณีของประเทศไทยนั้น รัฐธรรมนูญฉบับแรกที่กำหนดเรื่องการออกเสียงประชามติคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ซึ่งเป็นการกำหนดเรื่องการออกเสียงประชามติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้ในกรณีที่มีการนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าฯ ให้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว ถ้าหากทรงเห็นว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นสมควรจะให้ประชาชนเป็นผู้ตัดสินใจ ก็ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการขอให้มีการนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นไปขอให้มีการออกเสียงประชามติได้³ และกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติเพียงสั้น ๆ ว่า ให้ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เป็นผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติ⁴

จนเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แม้ว่ารัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับดังกล่าวจะไม่ได้กำหนดให้มีการออกเสียงประชามติในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม แต่ก็ได้กำหนดให้มีการออกเสียงประชามติในขอบเขตที่ค่อนข้างกว้าง โดยบัญญัติให้คณะรัฐมนตรีสามารถขอให้มีการออกเสียงประชามติได้ถ้าหากเห็นว่ากิจการเรื่องใดกระทบถึงผลประโยชน์ได้เสียของประเทศชาติหรือประชาชน นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบคณะรัฐมนตรีสามารถปรึกษาประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาเพื่อขอให้มีการออกเสียงประชามติในประเด็นนั้น ๆ ได้ ซึ่งจะเป็นการขอให้ออกเสียงประชามติแบบมีผลผูกพัน หรือเป็นการออกเสียงประชามติแบบปรึกษาหารือก็ได้⁵ และมีการกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามเกี่ยวกับผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติ แม้เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวถูกยกเลิกไปรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2560) ก็ได้กำหนดให้มีการออกเสียงประชามติเช่นกัน โดยกำหนดทั้งกรณีการออกเสียงประชามติเรื่องที่ไม่เจาะจงที่ฝ่ายบริหารสามารถริเริ่มได้⁶ และการออกเสียงประชามติที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ⁷ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ รัฐธรรมนูญกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตรา จะต้องผ่านการออกเสียงประชามติ และกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการออกเสียงประชามติที่กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิออกเสียง ซึ่งเมื่อพิจารณาจากลักษณะต้องห้ามแล้วจะเห็นว่าทั้งลักษณะต้องห้ามที่เกิดจากสถานะของตัวบุคคลนั่นเอง ได้แก่ การเป็นภิกษุ สามเณร นักพรต หรือนักบวช และ

² Statistic Iceland, 'Referendum 20 October 2012' (*Statistics Iceland*, 2013) <<https://statice.is/publications/news-archive/elections/referendum-20-october-2012/>> accessed 15 August 2025.

³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 174.

⁴ มาตรา 176.

⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 214 และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 165.

⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 166.

⁷ มาตรา 256.

ลักษณะต้องห้ามที่เกิดจากการกระทำความผิด ได้แก่ ผู้ถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง และผู้ถูกคุมขังโดยหมายของศาลหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย⁸

อย่างไรก็ตาม สิทธิในการออกเสียงประชามติถือเป็นสิทธิทางการเมือง (Political Rights) และการกำหนดให้บุคคลที่มีลักษณะบางประการจะต้องเสียสิทธิในการออกเสียงประชามติย่อมถือว่าเป็นการทำให้บุคคลนั้นต้องถูกพรากไปซึ่งสิทธิทางการเมือง โดยกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ซึ่งประเทศไทยได้ร่วมเป็นภาคีด้วยนั้น ได้รับรองให้พลเมืองทุกคนต้องมีสิทธิในการเลือกตั้ง (ซึ่งเป็นสิทธิทางการเมือง) และการถูกจำกัดสิทธิการเลือกตั้งจะต้องมีเหตุผลอันสมควร (Reasonable Restriction)⁹ และหลักการดังกล่าวยังมีการตีความเพื่อกำหนดกรอบการเพิกถอนสิทธิทางการเมืองเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตย หากแต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่กำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติแล้ว จึงเกิดข้อสังเกตว่า การกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวจะสอดคล้องกับหลักสากลและหลักการประชาธิปไตยหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการออกเสียงประชามตินั้นเป็นการออกเสียงประชามติที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดและกำหนดกติกาสำคัญในการปกครองประเทศ ที่สำคัญ เมื่อพิจารณาจากการกำหนดให้บุคคลที่ต้องถูกคุมขังโดยชอบด้วยกฎหมายทั้งที่ยังไม่มีคำพิพากษาถึงที่สุดว่ามีความผิด จะต้องเสียสิทธิในการออกเสียงประชามติ อีกทั้งเมื่อพิจารณาจากบริบททางการเมืองแล้ว จะเห็นได้ว่าที่ผ่านมา มีผู้ชุมนุมที่แสดงความคิดเห็นไม่สอดคล้องกับแนวทางของรัฐบาลถูกสั่งให้คุมขัง¹⁰ อีกทั้งเหตุแห่งการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งตามกฎหมายก็มีแนวโน้มที่จะทำได้ง่ายขึ้นกว่าที่เคยกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ แล้ว สิ่งเหล่านี้ยิ่งทำให้เกิดคำถามสำคัญว่า การกำหนดให้ผู้ถูกคุมขังโดยหมายของศาลหรือโดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย (ซึ่งอาจจะยังไม่มีคำพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิด) ต้องเสียสิทธิในการออกเสียงประชามติไปซึ่งรวมถึงสิทธิในการออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญที่ถือเป็นกฎหมายสูงสุดและเป็นสัญญาประชาคมนั้นชอบด้วยหลักการตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

ในบทความนี้ ผู้เขียนจึงมุ่งทบทวนความเหมาะสมดังกล่าว โดยจะขอเริ่มจากการกล่าวถึงแนวคิดและหลักการที่สำคัญเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญในการปกครองระบอบประชาธิปไตยเพื่อชี้ให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญในประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยนั้นถือว่าเป็นสัญญาประชาคม และเป็นกฎหมายสูงสุดที่กำหนดคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ กำหนดโครงสร้างทางการเมืองการปกครอง ตลอดจนเรื่องสำคัญอื่น ๆ และหลักการเกี่ยวกับการออกเสียงประชามติซึ่งถือว่าเป็นสิทธิมนุษยชนและเป็นสิทธิทางการเมืองที่มีข้อตกลงระหว่างประเทศคุ้มครองตลอดจนข้อยกเว้นของหลักดังกล่าว และกล่าวถึงหลักความได้สัดส่วน ซึ่งเป็น

⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พุทธศักราช 2564 มาตรา 21.

⁹ United Nations Human Rights Office of High Commissioner, 'International Covenant on Civil and Political Rights' (UN Human Rights Office of High Commissioner, 1996) <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>> accessed 15 August 2025.

¹⁰ ศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชน, 'เปิดสถิติ-แนวโน้มประกันตัวผู้ต้องขังทางการเมืองครึ่งปี 2568: ไม่มีผู้ได้สิทธิประกันตัว แกมมีคนเข้าเรือนจำเพิ่มเกือบทุกเดือน' (ศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชน, 2568) <<https://tlhr2014.com/archives/77363>> สืบค้นเมื่อ 16 สิงหาคม 2568.

หลักการสำคัญที่ใช้กำหนดความเหมาะสมในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน จากนั้น จะขอล่าวถึงกฎหมายเกี่ยวกับการออกเสียงประชามติในประเทศไทย โดยมุ่งชี้ให้เห็นว่า กฎหมายที่กำหนดเรื่องการออกเสียงประชามติในประเทศไทยนั้นมีการกำหนดลักษณะต้องห้ามเกี่ยวกับผู้ถูกคุมขังไว้อย่างไรบ้าง เพื่อนำไปสู่การกล่าวถึงปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการกำหนดให้ผู้ถูกคุมขังโดยหมายของศาลหรือโดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายต้องเสียสิทธิในการออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ ก่อนที่จะมาสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะ และความทิ้งท้ายที่จะชี้ให้เห็นประเด็นที่ควรศึกษาเพิ่มเติมต่อจากนี้

1. หลักการและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประชามติที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและสิทธิการออกเสียงประชามติ

ในส่วนนี้ ผู้เขียนขอล่าวถึง (1.1) แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับการจัดทำรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยเพื่อเชื่อมโยงให้เห็นถึงความสำคัญของการออกเสียงประชามติที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญที่อาจมีความแตกต่างจากการออกเสียงประชามติในเรื่องอื่น ๆ และจากนั้นจะขอล่าวถึง (1.2) หลักการเกี่ยวกับสิทธิในการออกเสียงประชามติซึ่งถือเป็นสิทธิทางการเมืองที่มีการรับรองโดยความตกลงระหว่างประเทศ ตลอดจนแนวคิดเกี่ยวกับการยกเว้นสิทธิทางการเมืองที่ส่งผลให้มีการกำหนดลักษณะต้องห้ามหรือข้อจำกัดในการใช้สิทธิทางการเมืองของพลเมือง แล้วจึงกล่าวถึง (1.3) แนวคิดเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วน (Proportionality) ซึ่งเป็นหลักที่ศาลในหลายประเทศ (รวมถึงประเทศไทย) ใช้เป็นมาตรวัดในการบ่งชี้ว่าการจำกัดสิทธิในลักษณะใดของรัฐเป็นการจำกัดที่เกินกว่าเหตุ (ซึ่งจะนำไปสู่การวินิจฉัยว่าการจำกัดสิทธินั้นไม่ชอบธรรม หรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ) อีกทั้งยังปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน การกล่าวถึงหลักความได้สัดส่วนในส่วนนี้ จะเป็นกรอบที่นำไปสู่การพิจารณาว่า การตัดสิทธิในการออกเสียงประชามติของผู้ถูกคุมขังโดยคำพิพากษาหรือโดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นการตัดสิทธิที่พอสมควรแก่เหตุ หรือทำให้เกิดผลข้างเคียง (Side Effect) ที่สามารถยอมรับได้ในหลักการประชาธิปไตยหรือไม่

1.1 แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับการจัดทำรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตย

การมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายสูงสุดที่กำหนดรูปแบบการปกครองและโครงสร้างใช้อำนาจอธิปไตยเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 18 เมื่อสหรัฐอเมริกาได้จัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลกในปี ค.ศ. 1787 และแนวคิดเรื่องการมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรก็ได้แพร่หลายมากยิ่งขึ้นหลังการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ซึ่งการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสหลังการปฏิวัติก็ได้รับอิทธิพลมาจากการจัดทำรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา¹¹ แม้ว่าการเกิดขึ้นและพัฒนาการของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจะเกิดขึ้นในประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย (และใช้รัฐธรรมนูญสถาปนาการปกครองระบอบประชาธิปไตย) แต่ไม่ได้หมายความว่าทุกประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์

¹¹ ชมพูนุท ตั้งถาวร, การออกแบบรัฐธรรมนูญ : กระบวนการยกร่างและแก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2565) 44-45.

อักษรจะปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรกำหนดให้ประเทศนั้น ๆ ปกครองด้วยระบอบใดก็ได้ และตั้งแต่กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ การบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพ ตลอดจนการวางโครงสร้างและองค์กรที่ใช้อำนาจทางการเมือง ก็จะขึ้นอยู่กับลักษณะของระบอบการปกครองในประเทศนั้น ๆ โดยประเทศที่ปกครองด้วยระบอบเผด็จการ ก็อาจมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นประชาธิปไตย หรือก็คือแทบไม่มีจุดยึดโยงกับประชาชนเลย¹² และการจัดวางโครงสร้างของสถาบันทางการเมือง ก็อาจขาดความยึดโยงกับประชาชนเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม ในประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยนั้น ย่อมถือว่ารัฐธรรมนูญเป็น “สัญญาประชาคม” (Social Contract) ตามแนวความคิดของรูสโซ (Jean Jacques Rousseau) ซึ่งเชื่อว่าโดยธรรมชาติแล้ว มนุษย์เกิดมาเป็นอิสระ มีสิทธิเสรีภาพ และมีความเท่าเทียมกัน แต่การมีกรรมสิทธิ์ทำให้มนุษย์ไม่เสมอภาคกันและเกิดความชั่วร้าย¹³ ซึ่งส่งผลให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในสังคม ด้วยเหตุนี้ มนุษย์จึงต้องอยู่รวมเป็นสังคมโดยที่มนุษย์ทุกคน (ในสังคม) ได้ยินยอมพร้อมใจสละอำนาจ หรือสิทธิเสรีภาพเพียงบางส่วนไปให้ผู้ปกครอง เพื่อให้ผู้ปกครองทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในสังคมและรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม¹⁴ โดยรูสโซเห็นว่าความยินยอมพร้อมใจนี้ เท่ากับว่าประชาชนทุกคนในสังคมได้ทำสัญญาร่วมกันที่เรียกว่า “สัญญาประชาคม” ซึ่งเป็นสัญญาที่สมาชิกในสังคมแต่ละคนทำกับสมาชิกคนอื่น ๆ ว่า “เราทุกคนจะยอมมอบร่างกายและอำนาจทุกอย่างที่มีอยู่ร่วมกันภายใต้อำนาจสูงสุดของเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคม และเราก็จะได้รับส่วนฐานะที่เป็นสมาชิกที่แยกจากกันมิได้ของส่วนรวม โดยนัยนี้เขาผู้นั้นไม่ต้องเชื่อฟังใครนอกจากตัวเอง และยังคงมีเสรีภาพเหมือนเมื่อก่อน”¹⁵ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ประชาชนทุกคนในสังคมไม่ได้โอนสิทธิเพียงบางส่วนนั้นให้แก่ผู้ปกครอง แต่โอนให้แก่เจตจำนงร่วมกันของประชาชน ซึ่งเท่ากับว่าเจตจำนงร่วมกันนั้นเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงความต้องการร่วมกันของสังคม¹⁶

จากที่กล่าวข้างต้น เมื่อเจตจำนงร่วมกันถือเป็นถือเป็นสิ่งสูงสุด ดังนั้น กฎหมายซึ่งเป็นสิ่งที่กำหนดกติกาของสังคมจึงต้องมาจากเจตจำนงร่วมกัน ด้วยเหตุนี้ ในประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย จึงมักถือว่ารัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐเป็นสัญญาประชาคมที่เกิดจากเจตจำนงร่วมกัน¹⁷ และเมื่อรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยจะต้องมาจากเจตจำนงร่วมกัน ดังนั้น กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญจึงต้องเปิดให้ประชาชนมีส่วนร่วมเพื่อให้รัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับใช้นั้นสะท้อนความต้องการ

¹² ฐาณูร ศิริยุทธวัฒนา, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ : หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563) 116.

¹³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 1 : วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2566) 53.

¹⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561) 191.

¹⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 1 : วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ* (เชิงอรรถ 13) 53.

¹⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (เชิงอรรถ 14) 191.

¹⁷ เพิ่งอ้าง.

ของสังคม โดยอาจกำหนดให้ผู้ที่ยกร่างรัฐธรรมนูญมีที่มาโดยตรงจากประชาชนหรือยึดโยงกับประชาชน¹⁸ ที่สำคัญ ฌูว์ตแนย นาจันท์ ได้สรุปข้อสังเกตต่อแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมของ Vivien Hart และได้นำเสนอว่า รัฐธรรมนูญมีอีกหน้าที่หนึ่งที่สำคัญ คือ การทำให้ความเห็นต่างหรือความขัดแย้งของกลุ่มต่าง ๆ ในสังคมกลายเป็นข้อตกลงร่วมกัน และทำให้ข้อตกลงร่วมกันนั้นมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย ด้วยเหตุนี้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่การริเริ่ม การยกร่าง ไปจนถึงการให้ความเห็นชอบ ควรจะต้องเป็นกระบวนการที่เปิดให้ฝ่ายการเมืองที่มีความเห็นต่าง ตลอดจนภาคส่วนต่าง ๆ ของสังคมที่เห็นต่างกันได้มีส่วนร่วมในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญอย่างเต็มที่¹⁹

นอกจากนี้ International Institution for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA) ยังได้กล่าวถึงรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยว่าต้องมีความเป็นประชาธิปไตยทั้งในเนื้อหาและกระบวนการยกร่าง และในส่วนของกระบวนการยกร่างนั้นจะต้องทำให้ประชาชนทุกภาคส่วนในสังคมสามารถมีส่วนร่วมในกระบวนการได้²⁰ โดยผู้ที่จะมีส่วนร่วมในการยกร่างจะต้องมีความหลากหลาย และกระบวนการมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อให้รัฐธรรมนูญสามารถสะท้อนเจตจำนงร่วมกันของสังคม ก็คือ การประชาชนมีส่วนร่วม เช่น การเปิดให้มีการรับฟังความคิดเห็น และการกำหนดให้ต้องมีการออกเสียงประชามติเพื่อผ่านร่างรัฐธรรมนูญให้ร่างรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ก็ถือว่าเป็นกระบวนการสำคัญที่สร้างความชอบธรรมให้แก่รัฐธรรมนูญ²¹ เพราะเป็นกระบวนการที่แสดงให้เห็นว่าประชาชนได้ให้ความเห็นชอบกับเนื้อหาในร่างรัฐธรรมนูญทำให้รัฐธรรมนูญมีความชอบธรรมตามหลักการประชาธิปไตยและมีลักษณะเป็นสัญญาประชาคม ที่สำคัญ แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ แต่ก็มีลักษณะเหมือนกฎหมายอื่น ๆ นั่นคือ รัฐธรรมนูญอาจจะล้าสมัยได้ในอนาคตหรือไม่สอดคล้องกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป อีกทั้งในความเป็นจริง ก็เป็นการกล่าวได้ยากกว่าประชาชนรุ่นหลังที่ไม่ได้มีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องผูกพันกับสัญญาประชาคมที่ตนไม่ได้ก่อขึ้น²² ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้แต่อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่สืบทอดมาจากอำนาจที่ก่อให้เกิดรัฐธรรมนูญ (หรือที่ตำราวิชาการมักจะเรียกว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” (Constituent Power)) ซึ่งเป็นอำนาจที่สูงกว่าอำนาจนิติบัญญัติที่เกิดจากรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องดำเนินการตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยเฉพาะ ซึ่งในประเทศที่เป็นประชาธิปไตยที่กำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ก็มักจะกำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย²³

¹⁸ ธาตุร ศิริฤทธิ์วัฒนา, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ : หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย* (เชิงอรรถ 12) 118.

¹⁹ ฌูว์ตแนย นาจันท์, *ข้อสังเกตต่อกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ภายใต้ทฤษฎีว่าด้วยรัฐธรรมนูญนิยมและความขัดแย้งทางการเมืองของ Vivien Hart* (เอกสารกำลังตีพิมพ์, 2568).

²⁰ Winluck Wahiu, *A Practical Guide to Constitutional Building: An Introduction* (Stockholm: IDEA, 2011) 3.

²¹ Ibid 17-18.

²² William Godwin, *An enquiry concerning political justice and its influence on general virtue of happiness* (London: G.G.J., 1793) 143-149.

²³ ชมพูนุท ตั้งถาวร, *กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ* (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2556) 54-56.

จากที่กล่าวมาข้างต้น ในเมื่อประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมที่มาจากเจตจำนงของประชาชนในสังคม ดังนั้น ประเทศเหล่านี้จึงมักกำหนดให้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ หรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (หรือการแก้ไขเพิ่มเติมบางมาตรา) จะต้องผ่านการออกเสียงประชามติ (ประกอบกับกระบวนการมีส่วนร่วมหรือยึดโยงกับประชาชนอย่างอื่น) ซึ่งเป็นกระบวนการที่ทำให้การประกาศใช้รัฐธรรมนูญมีความชอบธรรมมากยิ่งขึ้น²⁴ ด้วยเหตุนี้ การออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญจึงเป็นการออกเสียงประชามติที่สำคัญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประชาชนทุกคนในสังคม และดังที่ผู้เขียนได้กล่าวย้ามาตลอดว่ารัฐธรรมนูญจะต้องสะท้อนเจตจำนงร่วมกันของประชาชนในสังคม การออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ (และอาจรวมถึงการมีส่วนร่วมด้วยวิธีการอื่น ๆ) จึงจำเป็นจะต้องสะท้อนเสียงของพลเมืองของรัฐทั้งหมดให้มากที่สุด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ พลเมืองของรัฐทุกคนจึงควรมีสหิติตัดสินใจว่าจะให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบกับกฎหมายสูงสุดของประเทศซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดประเด็นหลายประเด็นที่สำคัญ และไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีสถานะเป็นอย่างไร ถ้าหากยังเป็นพลเมืองรัฐ ก็ถือว่าเป็นสมาชิกของสังคมและเป็นส่วนหนึ่งของผู้ก่อให้เกิดสัญญาประชาคม

1.2 แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับสิทธิในการออกเสียงประชามติและการจำกัดสิทธิ

สิทธิในการออกเสียงประชามติถือเป็นสิทธิทางการเมือง (Political Rights) ที่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนซึ่งมีการกำหนดรับรองไว้ในปฏิญญาสากล กติการะหว่างประเทศ ตลอดจนปรากฏเป็นหลักการของระบบกฎหมายในประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยยึดถือ นั่นคือ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ซึ่งประกาศโดยข้อมติสหประชาชาติ และได้รับการรับรองโดยหลายประเทศรวมถึงประเทศไทยในวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 ได้กำหนดในข้อ 21 ส่วนที่เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการปกครองของประชาชนว่าทุกคนมีสิทธิในการมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศของตนเองโดยผ่านการมีส่วนร่วมโดยตรง หรือโดยผ่านผู้แทนที่ได้รับเลือกตั้งจากประชาชนอย่างอิสระ และต้องถือว่าเจตจำนงร่วมกันของประชาชนเป็นพื้นฐานของอำนาจในการปกครองโดยเจตจำนงร่วมกันของประชาชนนี้ สามารถแสดงออกได้โดยผ่านการเลือกตั้งที่มีกำหนดเวลาที่ชัดเจน และเป็นการออกเสียงเลือกตั้งอย่างทั่วถึง เป็นการทั่วไป เสมอภาค และเป็นการลงคะแนนลับหรือลงคะแนนด้วยวิธีการอย่างอื่นที่มีความเป็นอิสระ²⁵

²⁴ ชมพูนุท ตั้งถาวร, ‘การออกเสียงประชามติที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitutional Referendum)’ ใน ณรงค์เดช สรุโฆษิต (บรรณาธิการ) รัฐ รัฐธรรมนูญ และสิทธิเสรีภาพ ทฤษฎีและปัญหาท้าทายในยุค 2021 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2564) 97.

²⁵ กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, ‘ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน – Universal Declaration of Human Rights’ (กระทรวงการต่างประเทศ, 2560) <<https://humanrights.mfa.go.th/human-rights/core-international-human-rights-instruments/declaration/>> สืบค้นเมื่อ 15 สิงหาคม 2568

นอกจากนี้ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR) ที่ประเทศไทยได้ให้การภาคยานุวัติในวันที่ 27 ตุลาคม พ.ศ. 2539 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 30 มกราคม พ.ศ. 2540²⁶ ก็ได้รับรองสิทธิทางการเมืองของ “พลเมือง” ในรัฐ โดยกำหนดในข้อที่ 25 ว่าพลเมืองในรัฐมีสิทธิและโอกาสในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการบริหารกิจการของรัฐได้โดยตรงหรือผ่านผู้แทนที่ได้รับการเลือกตั้งจากพลเมืองอย่างเสรี และพลเมืองย่อมมีสิทธิในการออกเสียงหรือได้รับเลือกตั้งตามวาระ โดยกำหนดให้การออกเสียงนั้น จะต้องเป็นการออกเสียงโดยทั่วไป (Universal Suffrage) เสมอภาค ผ่านการลงคะแนนโดยลับ (Secret Ballot) เพื่อประกันความเป็นอิสระในการแสดงเจตนาของพลเมือง และข้อจำกัดในการใช้สิทธิทางการเมืองดังกล่าวของพลเมือง จะต้องไม่เป็นการจำกัดเพราะเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ²⁷ ดังนั้น จะเห็นได้ว่า แม้สิทธิทางการเมืองจะเป็นสิทธิมนุษยชน และเป็นสิทธิที่มีการกำหนดรับรองในกติการะหว่างประเทศ แต่ไม่ใช่สิทธิเด็ดขาด (Absolute Rights) นั้นหมายความว่า สิทธิทางการเมืองอาจถูกจำกัดได้ภายใต้เงื่อนไขที่ชอบธรรมบางประการ

ทั้งนี้ เพื่อเป็นการขยายความและกำหนดแนวปฏิบัติให้ชัดเจนยิ่งขึ้น สำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Office of the High Commissioner for Human Rights) ได้มีข้อสังเกตที่ 25 เกี่ยวกับสิทธิทางการเมืองที่กล่าวข้างต้น โดยมีการกำหนดข้อสังเกตเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมืองที่ได้รับการคุ้มครองตามกติการะหว่างประเทศข้อที่ 25 ข้างต้นจะต้องไม่ถูกระงับ หรือถูกยกเว้น เว้นแต่การระงับหรือยกเว้นนั้นถูกกำหนดโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งจะต้องมีลักษณะเป็นภาวีสัย (Objective) และสมเหตุสมผล (Reasonable) โดยข้อสังเกตดังกล่าวได้ยกตัวอย่างว่า การกำหนดยกเว้นหรือระงับที่เป็นภาวีสัยและสมเหตุสมผล ได้แก่ การกำหนดโดยอาศัยเหตุแห่งการบกพร่องความสามารถทางจิตใจ (Mental Incapacity)²⁸

นอกจากนี้ ข้อสังเกตดังกล่าวยังได้กล่าวถึงการใช้สิทธิทางการเมืองโดยตรงของพลเมืองในการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญหรือตัดสินใจประเด็นสาธารณะผ่านการออกเสียงประชามติซึ่งต้องอยู่ภายใต้หลักการของกติการะหว่างประเทศข้อ 25 (b) คือ ต้องเป็นการลงคะแนนเสียงเป็นการทั่วไปและเสมอภาค และเป็นการลงคะแนนเสียงที่เป็นการลับ โดยที่ต้องมีการรับรองอิสระในการแสดงเจตนารมณ์ของผู้ใช้สิทธิ

²⁶ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, *หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง UN International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)* (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2008) 18.

²⁷ United Nations Human Rights Office of High Commissioner, ‘International Covenant on Civil and Political Rights’ (*UN Human Rights Office of High Commissioner*, 1996) <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>> accessed 15 August 2025.

²⁸ Office of the High Commissioner for Human Rights, ‘CCPR General Comment No. 25: Article 25 (Participation in Public Affairs and the Right to Vote) The Right to Participate in Public Affairs, Voting Rights and the Right of Equal Access to Public Service’ (*UNHCR*, 1996) <<https://www.refworld.org/legal/general/hrc/1996/en/28176>> accessed 20 August 2025.

ออกเสียง โดยต้องไม่เลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือความเห็นอย่างอื่น ทรัพย์สิน การเกิด หรือสถานะอย่างอื่น และได้กำหนดอย่างชัดเจนด้วยว่า สิทธิในการออกเสียงประชามตินั้น จะต้องกำหนดอย่างชัดเจนในกฎหมายและการกำหนดข้อจำกัดในการใช้สิทธิจะต้องมีความสมเหตุสมผล เช่น การจำกัดอายุขั้นต่ำสำหรับการออกเสียง ที่สำคัญ ข้อสังเกตดังกล่าวยังได้ยกตัวอย่างการจำกัดสิทธิที่ไม่สมเหตุสมผล ซึ่งได้แก่ การจำกัดสิทธิในการออกเสียงเพราะความบกพร่องทางร่างกาย หรือการกำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิออกเสียงโดยใช้ความสามารถในการอ่านออกเขียนได้ การศึกษา หรือทรัพย์สิน²⁹

นอกจากนี้ คณะกรรมาธิการเวนิส (Venice Commission หรือ European Commission for Democracy through Law) แห่งสภายุโรปได้กำหนดแนวปฏิบัติในการจัดให้มีการออกเสียงประชามติ ซึ่งแม้ว่าประเทศไทยจะไม่ได้เป็นภาคีหรือมีความตกลงร่วมกับสภายุโรป แต่เนื่องจากประเทศสมาชิกในสภายุโรปส่วนใหญ่เป็นประเทศที่เป็นประชาธิปไตยแม่แบบหรือเป็นประเทศที่มีการพัฒนาประชาธิปไตยจนค่อนข้างมีเสถียรภาพ ผู้เขียนจึงจะขอกล่าวถึงแนวปฏิบัติดังกล่าวซึ่งอาจพอจะยึดถือเป็นแบบอย่างของการจำกัดสิทธิในการออกเสียงประชามติที่มีความสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยได้ โดยแนวปฏิบัติดังกล่าวได้กำหนดให้ประชาชนทุกคนควรมีสิทธิที่จะออกเสียงประชามติ และถ้าหากจะมีการกำหนดเงื่อนไข การกำหนดเงื่อนไขนั้นจะต้องไม่เป็นการทำให้การใช้สิทธิออกเสียงประชามติต้องยุ่งยาก และยังมีกรกล่าวถึงรายละเอียดซึ่งเป็นหลักในการกำหนดข้อจำกัด ได้แก่³⁰

- การสร้างเงื่อนไขด้านอายุ : แนวปฏิบัติได้กำหนดให้การสร้างเงื่อนไขด้านอายุสามารถกระทำได้เฉพาะการกำหนดอายุขั้นต่ำ และการกำหนดอายุขั้นต่ำนี้จะต้องไม่มากไปกว่าอายุของการบรรลุนิติภาวะ

- การสร้างเงื่อนไขเรื่องสัญชาติ : โดยหลักแล้ว การกำหนดให้ผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติจะต้องเป็นผู้มีสัญชาติของประเทศนั้น ๆ เท่านั้นสามารถทำได้ แต่ในบางกรณี ก็อาจกำหนดให้คนต่างด้าวใช้สิทธิออกเสียงประชามติได้ถ้าหากได้พำนักในประเทศนั้น ๆ มาแล้วในระยะเวลาหนึ่ง

- การสร้างเงื่อนไขเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย : การกำหนดเงื่อนไขโดยใช้ที่อยู่อาศัยเป็นตัวกำหนดสิทธิในการออกเสียงประชามตินั้นอาจทำได้ โดยจะต้องเป็นที่อยู่ตามปกติของบุคคลนั้น (Habitual Residence) และการจำกัดสิทธิของพลเมืองในการออกเสียงประชามติโดยใช้ระยะเวลาในการอาศัยอยู่ในที่อยู่อาศัยนั้น ๆ เป็นเกณฑ์ จะทำได้เฉพาะการออกเสียงประชามติในท้องถิ่นหรือภูมิภาค และการกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมนั้น ไม่ควรเกิน 6 เดือน และควรมีการกำหนดให้พลเมืองที่อาศัยอยู่นอกประเทศสามารถใช้สิทธิออกเสียงประชามติได้

²⁹ Office of the High Commissioner for Human Rights, 'CCPR General Comment No. 25: Article 25 (Participation in Public Affairs and the Right to Vote) The Right to Participate in Public Affairs, Voting Rights and the Right of Equal Access to Public Service' (UNHCR, 1996) <<https://www.refworld.org/legal/general/hrc/1996/en/28176>> accessed 20 August 2025.

³⁰ European Commission for Democracy Through Law, 'Revised Guidelines on the Holding of Referendums' (Council of Europe, 2020) <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-AD\(2020\)031-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-AD(2020)031-e)> accessed 15 August 2025.

- การเพิกถอนสิทธิในการออกเสียงประชามติ : แนวปฏิบัติได้เปิดช่องให้รัฐสามารถเพิกถอนสิทธิในการออกเสียงประชามติได้ แต่ต้องทำภายใต้หลักการคือ การเพิกถอนนั้นจะต้องกำหนดโดยกฎหมาย ซึ่งต้องอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วน ที่สำคัญ เหตุแห่งการเพิกถอนสิทธิในการออกเสียงประชามตินั้น จะต้องเป็นเพราะความสามารถทางด้านจิตใจที่เกี่ยวกับการตัดสินใจ (Mental Capacity) และการกระทำความผิดทางอาญาที่ร้ายแรง และการเพิกถอนสิทธิการออกเสียงประชามติ จะต้องทำโดยคำสั่งศาล

ทั้งนี้ เนื่องจากประเด็นเกี่ยวกับการเสียสิทธิการออกเสียงประชามติเพราะการถูกคุมขังซึ่งเป็นประเด็นที่มุ่งศึกษาในบทความนี้มีที่มาและมีความเกี่ยวข้องกับการเพิกถอนสิทธิทางการเมืองอันเนื่องมาจากการกระทำความผิด การศึกษาที่มาของการกำหนดเหตุแห่งการเสียสิทธิดังกล่าวจึงเป็นประเด็นที่สามารถทำให้เข้าใจและนำไปสู่การพิจารณาได้ว่า การกำหนดให้ผู้ต้องขังต้องเสียสิทธิในการออกเสียงประชามติในกฎหมายไทยนั้น มีความเหมาะสมหรือไม่ โดยการเพิกถอนสิทธิทางการเมืองอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นตั้งแต่สมัยอารยธรรมกรีกและโรมันที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดอาญาร้ายแรงจะต้องถูกเพิกถอนสิทธิพื้นฐานในการเป็นพลเมือง (เช่น สิทธิเลือกตั้ง สิทธิในการปรากฏตัวในศาล) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นการกำหนดให้บุคคลนั้นตายจากการเป็นพลเมือง (Civil Death) และการกำหนดเพิกถอนสิทธิการเป็นพลเมืองด้วยเหตุแห่งการกระทำความผิดนี้ก็แพร่หลายไปสู่ประเทศต่าง ๆ ในทวีปยุโรปหลังจากที่กรีกตกเป็นส่วนหนึ่งของอาณาจักรโรมัน และหลังจากที่อาณาจักรโรมันล่มสลาย โดยธรรมเนียมของชาวเยอรมันและชาวอังกฤษได้กำหนดให้บุคคลที่กระทำความผิดร้ายแรงจะต้องถูกลงโทษทางอาญาในหลาย ๆ ด้าน และหนึ่งในนั้นคือการถูกเพิกถอนสิทธิจากการเป็นพลเมืองซึ่งส่งผลให้ไม่สามารถใช้สิทธิทางการเมืองในรัฐนั้น ๆ ได้ ซึ่งเป็นการทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกว่าเขาเองถูกเพิกเฉยจากสังคม³¹

นอกจากนี้ แนวคิดในการจำกัดสิทธิทางการเมืองอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดได้สืบเนื่องต่อมาจนถึงปัจจุบันและเหตุที่มีความเกี่ยวเนื่องกับการจำกัดสิทธิอันเนื่องมาจากบุคคลดังกล่าวถูกคุมขังนั้น ก็เป็นเพราะผู้ที่ถูกคุมขังโดยคำพิพากษาหรือโดยคำสั่งที่ขอด้วยกฎหมายนั้น เป็นผู้ที่ไม่สามารถได้พิพากษาแล้วว่ากระทำความผิด หรือถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดนั่นเอง ในประเด็นนี้ บุญส่ง น้อยโสภณ ซึ่งได้ศึกษาแนวคิดในการจำกัดสิทธิทางการเมืองของผู้ต้องขังผ่านการจำกัดสิทธิเลือกตั้ง ได้สรุปแนวคิดของการเพิกถอนสิทธิทางการเมืองเพราะเหตุแห่งการกระทำความผิดว่าเป็นเพราะสังคมต้องการให้การลงคะแนนเสียงเป็นไปอย่างบริสุทธิ์ ผู้ที่กระทำความผิดด้วยการก่ออาชญากรรมจึงไม่ควรจะมีสิทธิในการลงคะแนนเสียง อีกทั้งถ้าหากยึดถือตามแนวคิดสัญญาประชาคม ผู้ที่กระทำความผิดตามกฎหมาย (ซึ่งเป็นเจตจำนงร่วมกันของประชาชน) ย่อมถือว่าทำผิดสัญญาประชาคม บุคคลนั้นย่อมไม่สมควรจะมีสิทธิทางการเมืองในสังคมประชาธิปไตย³²

³¹ ธงทอง นิพัทธ์รุจิ, 'การลิดรอนสิทธิทางการเมืองและโทษทางอาญา : ศึกษากรณีการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2552) 52-53.

³² บุญส่ง น้อยโสภณ, 'สิทธิเลือกตั้งของผู้ต้องขังกับหลักสิทธิมนุษยชน' (2563) 22 วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 146, 154.

ที่สำคัญ บุญส่ง น้อยโสภณ ยังได้สรุปลักษณะของการจำกัดสิทธิของผู้ต้องขังในการใช้สิทธิเลือกตั้งว่ามีอยู่ 3 รูปแบบ โดยผู้เขียนของสรุปเป็น 2 รูปแบบ คือ

1) การจำกัดสิทธิการเลือกตั้งของผู้ต้องขังอันเนื่องมาจากการกระทำความผิด : ซึ่งอาจมีการจำกัดด้วยการยึดถือฐานความผิด เช่น อาจมีการกำหนดว่าผู้ต้องขังที่ได้รับโทษในฐานความผิดใดบ้างที่จะต้องเสียสิทธิในการเลือกตั้ง และโดยส่วนใหญ่แล้ว โทษที่จะทำให้ต้องเสียสิทธิเลือกตั้งด้วยมักจะเป็นโทษที่เกี่ยวข้องกับการทุจริต โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทุจริตในการใช้สิทธิทางการเมือง หรือเป็นความผิดทางการเมืองที่ร้ายแรง (ไม่ใช่แค่ความเห็นต่าง) เช่น ทำความผิดฐานกบฏ ทุจริตการเลือกตั้ง ปลอมแปลง หรือ ยักยอกเงิน เป็นต้น หรืออาจเป็นการจำกัดด้วยการยึดถือระยะเวลาของโทษที่ผู้กระทำความผิดได้รับ ซึ่งจะมีการกำหนดในกฎหมายว่าถ้าหากรับโทษจำคุกตั้งแต่กี่ปีขึ้นไป จึงจะต้องเสียสิทธิเลือกตั้ง เป็นต้น

2) การจำกัดสิทธิการเลือกตั้งโดยสิ้นเชิง : ซึ่งเป็นการกำหนดให้ผู้ต้องขังทุกคนไม่ว่าจะได้รับโทษจำคุกในข้อหาใด หรือระยะเวลาเท่าใดก็ตาม ก็จะต้องเสียสิทธิในการเลือกตั้ง³³ และการตัดสิทธิการออกเสียงเลือกตั้งของผู้ต้องขังทั้งหมดในลักษณะนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights – ECHR) ได้วินิจฉัยในปี ค.ศ. 2005 คดี Hirst v. United Kingdom ว่าเป็นการละเมิดอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights – ECHR) เพราะเป็นการบัญญัติตัดสิทธิในลักษณะที่ศาลเรียกว่าเป็น “Blanket Ban” โดยวางหลักว่าสิทธิในการเลือกตั้งถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในระบอบประชาธิปไตย การตัดสิทธิการเลือกตั้งของผู้ต้องขังจะต้องมีเหตุผลชัดเจนและไม่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วน³⁴

กล่าวโดยสรุป จะเห็นได้ว่าสิทธิในการออกเสียงประชามติถือเป็นสิทธิทางการเมืองของพลเมืองในรัฐ และในประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยย่อมให้ความสำคัญแก่การมีสิทธิดังกล่าวของพลเมือง อย่างไรก็ตาม สิทธิในการออกเสียงประชามติไม่ใช่สิทธิเด็ดขาด ดังนั้น รัฐย่อมสามารถตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิดังกล่าวได้ แต่การจำกัดสิทธินั้นจะต้องอยู่บนหลักความได้สัดส่วน

1.3 แนวคิดเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการสำคัญที่ช่วยบ่งชี้ได้ว่ามาตรการที่รัฐกำหนดและกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นมีความชอบธรรมตามหลักประชาธิปไตยหรือไม่ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็ได้ให้ความสำคัญกับหลักการนี้โดยกำหนดให้รัฐสามารถตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ และการบัญญัติกฎหมายลักษณะนี้จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระให้แก่ประชาชน ไม่เกินสมควรแก่เหตุ และไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์³⁵ ซึ่งความพอสมควรแก่เหตุในที่นี้ ก็คือ หลักความได้สัดส่วน (Proportionality)³⁶ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง

³³ เพิ่งอ้าง 154-155.

³⁴ Hirst v United Kingdom (No 2) App no 74025/01 (ECHR, 6 October 2005).

³⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 26

³⁶ บรรเจิด สิงคนติ, หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564) 174.

ก็คือ แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดให้รัฐสามารถออกกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ แต่ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างไรก็ได้ หรือเพียงใดก็ได้ แต่การจำกัดสิทธิเสรีภาพของรัฐจะต้องอยู่บนหลักความได้สัดส่วน

ทั้งนี้ การพิจารณาว่าการจำกัดสิทธิของรัฐในกรณีหนึ่งว่ามีความได้สัดส่วนหรือไม่ จะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบ 4 ประการ³⁷ คือ

1) การจำกัดสิทธิเสรีภาพของรัฐนั้น มีวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม (Legitimacy) หรือไม่ : ซึ่งถ้าหากพบว่าเหตุผลที่รัฐมุ่งจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นเป็นสิ่งที่ไม่มีความชอบธรรมตั้งแต่แรก ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาองค์ประกอบอื่นต่อ

2) วิธีการหรือมาตรการที่รัฐเลือกที่จะใช้ดำเนินการนั้น มีความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์หรือไม่ : การพิจารณาในองค์ประกอบนี้ บางตำราเรียกว่าเป็นหลักความเหมาะสม หรือก็คือการตอบคำถามว่า มาตรการที่รัฐเลือกใช้นั้น จะทำให้รัฐสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายได้หรือไม่³⁸

3) วิธีการหรือมาตรการที่เลือกใช้นั้น ถือว่ากระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดแล้วหรือไม่ : หมายความว่า ในมาตรการอื่น ๆ ที่เป็นตัวเลือกนั้น วิธีการที่รัฐเลือกใช้ให้บรรลุวัตถุประสงค์จะต้องเป็นวิธีการที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดเมื่อเทียบกับตัวเลือกอื่น ๆ หรือที่บางตำราเรียกว่า “หลักความจำเป็น” นั่นคือ วิธีการหรือมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดเท่านั้น จึงจะถือว่าเป็นวิธีการที่จำเป็น³⁹

4) ผลดีที่เกิดขึ้นจากการจำกัดสิทธิเสรีภาพมีมากกว่าผลร้ายที่เกิดจากการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นหรือไม่ : หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ผลประโยชน์ที่สาธารณะจะได้จากการบังคับใช้มาตรการ (ที่มีการจำกัดสิทธิ) สมดุลกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ถูกจำกัดหรือไม่ หรือที่เรียกสั้น ๆ ในตำราภาษาอังกฤษบางเล่มว่า “Balancing”⁴⁰ ซึ่งตำราวิชาการบางเล่มเรียกว่า “หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ” ซึ่งถ้าหากว่ามาตรการที่รัฐเลือกใช้นั้น ก่อประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไม่คุ้มค่ากับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ถูกรีดลอนแล้ว ก็เท่ากับว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นไม่ได้สัดส่วน⁴¹

ส่วนใหญ่แล้ว หลักความได้สัดส่วนมักจะถูกปรับใช้โดยฝ่ายตุลาการ ดังนั้น คำพิพากษาของศาลจึงมีผลอย่างมากต่อการพัฒนาหลักของความได้สัดส่วน อย่างไรก็ตาม ถ้าหากพิจารณาองค์ประกอบทั้ง 4 ประการแล้ว จะเห็นว่าการพิจารณาหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบในหลายคดีนั้น มีลักษณะ

³⁷ Grant Huscroft, Bradley W. Milley and Grégoire Webber, ‘Introduction’ in Grant Huscroft, Bradley W. Milley and Grégoire Webber (eds) *Proportionality and the Rule of Law : Rights, Justification, Reasoning* (New York: Cambridge University Press, 2014) 2.

³⁸ บรรเจิด สิงคนติ, *หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ* (เจียงอรรถ 36) 181.

³⁹ เพิ่งอ้าง 183.

⁴⁰ Grant Huscroft, Bradley W. Milley and Grégoire Webber, ‘Introduction’ in Grant Huscroft, Bradley W. Milley and Grégoire Webber (eds) *Proportionality and the Rule of Law : Rights, Justification, Reasoning* (n 37) 2.

⁴¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (เจียงอรรถ 14) 295.

คลุมเครือและไม่แน่นอนเพราะขึ้นอยู่กับ การชั่งน้ำหนักของผู้พิพากษาซึ่งอาจส่งผลต่อความแน่นอนในการบังคับใช้กฎหมาย⁴² ที่สำคัญ Martin Luteràn ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับการปรับใช้หลักการดังกล่าวโดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป และเขาได้ให้ข้อสังเกตว่า ศาลมีแนวโน้มที่จะลดทอนประเด็นที่ถือว่าเป็นความขัดแย้งทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Conflict) ให้กลายเป็นความขัดแย้งกันของสิทธิสองประการหรือสิทธิระหว่างปัจเจกชนสองฝ่าย และการตัดสินโดยใช้หลักการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิเสรีภาพหรือผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายในหลายคดีก็ขึ้นอยู่กับทัศนคติของผู้พิพากษาจนทำให้เกิดความไม่แน่นอน⁴³

ด้วยเหตุนี้ ในงานเขียนของ Luteràn จึงได้เชิญชวนกลับไปพิจารณาหลักการพื้นฐานของหลักความได้สัดส่วนเพื่อสร้างเกณฑ์ในการพิจารณาความได้สัดส่วนตามองค์ประกอบข้อที่ 4 ใหม่ โดยแท้จริงแล้ว หลักความได้สัดส่วนพัฒนามาจาก “หลักการผลสองทาง” (Doctrine of Double Effect – DDE)⁴⁴ ซึ่งมีการแยกผลที่ต้องการให้เกิดกับผลที่ไม่ต้องการให้เกิดหรือที่เรียกว่า “ผลข้างเคียง” (Side Effect) อย่างชัดเจน และได้นำเสนอหลักการพิจารณาหลักความได้สัดส่วนเพื่อใช้แทนวิธีการที่ศาลชอบพิจารณาโดยใช้หลัก “สร้างความสมดุล” (Balancing) ในการตัดสินว่าการกระทำของรัฐหรือมาตรการของรัฐนั้นสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ เพื่อให้การปรับใช้หลักดังกล่าวมีความแน่นอน ชัดเจน และมีทางออกสำหรับวางหลักการกำหนดมาตรการของรัฐ โดยเสนอให้พิจารณาระดับความขัดแย้งทางรัฐธรรมนูญซึ่งมีอยู่ 3 รูปแบบ และแต่ละรูปแบบก็ต้องการหลักการพิจารณาที่แตกต่างกัน⁴⁵ คือ

1) การกำหนดมาตรการของรัฐนั้นมุ่งหมายให้เกิดผลร้ายที่ไม่ควรมุ่งหมายให้เกิดขึ้น (ในบางกรณีรวมถึงคาดหมายได้หรือเล็งเห็นได้ว่าจะเกิดขึ้นด้วย) ซึ่งถ้าหากเป็นกรณีนี้ ถือว่ามาตรการของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมายทันทีโดยไม่ต้องพิจารณาว่าได้สัดส่วนหรือไม่ เช่น ในคดี *Dudgeon v. United Kingdom* (1981) ที่มีการตรากฎหมายทำให้การทำกิจกรรมส่วนตัวของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศมีความผิดในทุกกรณีนั้น ศาลได้พิพากษาว่าการตรากฎหมายดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิส่วนตัวตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งการห้ามโดยลักษณะนี้ถือว่าเกินกว่าเหตุ⁴⁶ อย่างไรก็ตาม Luteràn เห็นว่าศาลไม่ควรตัดสินโดยใช้หลักความได้สัดส่วนแบบชั่งน้ำหนักเพื่อหาสมดุล เพราะถ้าหากผลร้ายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลที่รัฐจงใจให้เกิด (ในกรณีนี้ก็คือ จงใจออกกฎหมายส่งผลกระทบต่อสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศโดยตรง) และเห็นว่าผลลัพธ์ที่เป็นผลข้างเคียงนั้นเป็นสิ่งที่รัฐ (ประชาธิปไตย) ไม่สมควรจะมุ่งหมายให้เกิด ศาลต้องวินิจฉัยว่ามาตรการดังกล่าวของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมายทันทีไม่จำเป็นต้องยกเรื่องหลักความได้สัดส่วนซึ่งมีความแน่นอนน้อยในเรื่องการให้เหตุผล⁴⁷ ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า

⁴² Martin Luteràn, ‘The lost meaning of proportionality’ in Grant Huscroft, Bradley W. Milley and Grégoire Webber (eds) *Proportionality and the Rule of Law : Rights, Justification, Reasoning* (New York: Cambridge University Press, 2014) 36-37.

⁴³ Ibid 37.

⁴⁴ Ibid 30.

⁴⁵ Ibid 38-41.

⁴⁶ *Dudgeon v United Kingdom* (1981) 4 EHRR 149 (ECHR)

⁴⁷ Ibid 39.

คำพิพากษาศาลคดีนี้ไม่ได้ห้ามรัฐอย่างเด็ดขาดในการตรารบัพัญญัติที่กระทบสิทธิของผู้มีความหลากหลายทางเพศ หากแต่ผลข้างเคียงที่เกิดขึ้นทำให้เกิดการกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศในทุกกรณีอย่างไม่มีข้อยกเว้นนั้น เป็นผลข้างเคียงที่ยอมรับได้ยากถ้าหากรัฐนั้นปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย

2) การกำหนดมาตรการของรัฐมุ่งให้เกิดผลลัพธ์ที่ดีแต่วิธีการที่รัฐเลือกใช้นั้นอาจทำให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนบางกลุ่มต้องถูกริดรอน (โดยที่สิทธิเสรีภาพนั้นไม่ใช่สิทธิเด็ดขาด) ในกรณีนี้ Luteran เสนอให้พิจารณาว่า ผลลัพธ์ที่มุ่งจะให้เกิดนั้น ก่อประโยชน์จริงหรือไม่ และรัฐสามารถเลือกวิธีการอื่นที่ไม่กระทบหรือรีดลอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนกลุ่มนั้นได้หรือไม่ ซึ่งถ้าหากใช้วิธีการอื่นได้ หรือพบว่าผลลัพธ์ที่มุ่งนั้น ไม่ได้ก่อประโยชน์จริง ก็ต้องพิจารณาว่ามาตรการนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ Luteran เห็นว่า ถ้าหากใช้หลักความได้สัดส่วนอย่างแคบโดยพิจารณาถึง “การสร้างสมดุล” วินิจฉัยปัญหานี้ อาจจะได้คำตอบที่ขาดความเป็นภววิสัยได้

3) การกำหนดมาตรการของรัฐนั้นเป็นประโยชน์แก่สาธารณะ และวิธีการก็เป็นวิธีการที่ดี แต่ส่งผลข้างเคียงที่เป็นผลร้ายแก่ประชาชนบางกลุ่มอย่างไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ และแม้จะใช้วิธีการอื่นก็อาจจะส่งผลข้างเคียงที่เป็นผลร้ายแก่ประชาชนอีกกลุ่มหนึ่งแทน ที่สำคัญ ถ้าหากรัฐเลือกที่จะหลีกเลี่ยงโดยไม่ทำอะไรเลย ก็อาจเกิดผลร้ายต่อทุกฝ่าย ในกรณีนี้ การวินิจฉัยอาจจำเป็นต้องเลือกอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่ง Luteran เห็นว่าการวินิจฉัยในประเด็นนี้จำเป็นต้องอาศัยความระมัดระวังเป็นอย่างมาก เพราะผลของคำวินิจฉัยจะทำให้คุณค่าของสิทธิหนึ่งอยู่เหนืออีกสิทธิหนึ่ง และควรเป็นการวินิจฉัยเพื่อวางหลักว่าบทกฎหมายที่มีการยกขึ้นอ้างเพื่อบังคับแก่คดีนั้นห้ามรัฐดำเนินการที่ก่อให้เกิดผลข้างเคียงเช่นนั้นหรือไม่ ซึ่งผลการวินิจฉัยที่วางหลักในลักษณะนี้อาจนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมหรือปรับปรุงกฎหมายได้⁴⁸

ทั้งนี้ การปรับใช้หลักการของ Luteran เพื่อพิจารณาหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบแทนที่การพิจารณาโดยใช้หลัก “การสร้างสมดุล” ในหลาย ๆ คดี อาจให้ผลลัพธ์ไม่ต่างจากเดิม แต่การใช้หลักที่ Luteran เสนอ จะทำให้เกิดการใช้หลักพิจารณาที่มีความชัดเจนและแน่นอนมากยิ่งขึ้น⁴⁹

2. กฎหมายการออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงการกำหนดให้มีการออกเสียงประชามติเฉพาะการออกเสียงประชามติที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ โดยการกำหนดเรื่องการออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญปรากฏครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ซึ่งเป็นการออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้กำหนดให้ในกรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา และมีการนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว ถ้าหากพระมหากษัตริย์ทรงเห็นว่าประเด็นที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นเป็นประเด็นที่กระทบต่อประโยชน์ของประเทศชาติหรือ

⁴⁸ Ibid 40-41.

⁴⁹ Ibid 41.

ประชาชนและควรที่จะให้ประชาชนเป็นผู้วินิจฉัย ก็ให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไปผ่านการออกเสียงประชามติ ในกรณีนี้ จะถือว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้รับความเห็นชอบและสามารถประกาศใช้ได้เมื่อประชาชนได้ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้น⁵⁰ ส่วนเรื่องคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิออกเสียงประชามตินั้น มีการกำหนดเพียงว่าให้ผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติคือผู้มีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร⁵¹ โดยรัฐธรรมนูญฯ ได้กำหนดผู้มีลักษณะต้องห้ามในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไว้ 5 กลุ่ม ได้แก่⁵²

- 1) บุคคลวิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ
- 2) บุคคลที่หูหนวกและเป็นใบ้ที่ไม่สามารถอ่านและเขียนหนังสือได้
- 3) ภิกษุ สามเณร นักพรต หรือนักบวช
- 4) ผู้ต้องคุมขังอยู่โดยหมายของศาล
- 5) ผู้ที่อยู่ในระหว่างถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง

ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มาที่บัญญัติให้มีการออกเสียงประชามติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 โดยมีการกำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติในกรณีดังกล่าวไว้อย่างเดียวกัน⁵³ หลังจากนั้น การกำหนดเรื่องการออกเสียงประชามติก็ปรากฏอีกครั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา แม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะไม่มีการกำหนดให้ออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ แต่ก็กำหนดเรื่องการออกเสียงประชามติไว้อย่างกว้าง ๆ โดยกำหนดให้ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีเห็นว่ากิจการเรื่องใด อาจกระทบถึงประโยชน์ได้เสียของประเทศชาติและประชาชน นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี สามารถขอให้มีการออกเสียงประชามติได้ โดยจะต้องปรึกษาประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภาก่อน (ซึ่งอาจนำไปสู่การตั้งคำถามที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญก็ได้) ส่วนการกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิออกเสียงประชามตินั้น รัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับกำหนดไว้เหมือนกัน คือกำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติที่น้อยลงกว่ารัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้านั้นคือกำหนดลักษณะต้องห้ามตามสถานะและความสามารถของบุคคล ได้แก่ บุคคลวิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ และบุคคลที่เป็นพระภิกษุ สามเณร นักพรต หรือนักบวช และกำหนดลักษณะ

⁵⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 174

⁵¹ มาตรา 176

⁵² มาตรา 90

⁵³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 กำหนดเรื่องการออกเสียงประชามติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในมาตรา 170 และกำหนดให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติ (มาตรา 171) โดยกำหนดลักษณะต้องห้ามของการเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไว้ในมาตรา 86 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 กำหนดเรื่องการออกเสียงประชามติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เช่นเดียวกันในมาตรา 229 และกำหนดให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติ (มาตรา 230) ซึ่งลักษณะต้องห้ามของการเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไว้ในมาตรา 116

ต้องห้ามที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด คือ บุคคลที่ต้องคุมขังอยู่โดยหมายของศาล หรือคำสั่งที่ขอด้วยกฎหมาย และบุคคลที่อยู่ในระหว่างถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง⁵⁴

ส่วนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้น ได้กำหนดให้มีการออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญไว้โดยตรงโดยกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ เรื่องที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจตามอำนาจหน้าที่ได้ จะต้องนำไปผ่านการออกเสียงประชามติก่อน⁵⁵ ส่วนการกำหนดเรื่องคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามในการออกเสียงประชามตินั้นได้กำหนดรายละเอียดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2564 โดยมีการกำหนดลักษณะต้องห้ามเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ 2550⁵⁶

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติที่กำหนดเรื่องการออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญข้างต้นยังไม่เคยถูกบังคับใช้ในความเป็นจริง เนื่องจากตั้งแต่ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นต้นมา ก็ยังไม่เคยมีการออกเสียงประชามติเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากแต่เคยมีการออกเสียงประชามติเพื่อให้ความเห็นชอบแก้ร่างรัฐธรรมนูญที่ได้มีการจัดทำขึ้นใหม่ 2 ครั้ง คือ ในปี พ.ศ. 2550 (ซึ่งเป็นการให้ความเห็นชอบแก้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550) และในปี พ.ศ. 2559 (ซึ่งเป็นการให้ความเห็นชอบแก้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน) ส่วนรายละเอียดเกี่ยวกับการออกเสียงประชามตินั้น ในปี พ.ศ. 2550 เป็นการออกเสียงประชามติที่กำหนดไว้ในประกาศสภาร่างรัฐธรรมนูญ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญ และการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2550 ซึ่งมีการกำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติ โดยในส่วนของสถานะและความสามารถนั้น ยังคงกำหนดห้ามบุคคลวิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ และภิกษุ สามเณร นักพรต หรือนักบวช เช่นเดิม ส่วนลักษณะต้องห้ามที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้น ประกาศฉบับนี้กำหนดห้ามเฉพาะบุคคลที่ต้องคุมขังอยู่โดยหมายของศาลหรือโดยคำสั่งที่ขอด้วยกฎหมาย⁵⁷ ส่วนพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2559 ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการออกเสียงประชามติเพื่อให้ความเห็นชอบกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้น กำหนดลักษณะต้องห้ามเหมือนเงื่อนไขการออกเสียงประชามติภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ 2550⁵⁸

⁵⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้กำหนดเรื่องการออกเสียงประชามติไว้ในมาตรา 214 และกำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิเลือกตั้งในมาตรา 106 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดเรื่องการออกเสียงประชามติไว้ในมาตรา 165 และกำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิเลือกตั้งในมาตรา 100

⁵⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 256

⁵⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พุทธศักราช 2564 มาตรา 21

⁵⁷ ประกาศสภาร่างรัฐธรรมนูญ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญ และการออกเสียงประชามติ พุทธศักราช 2550 ข้อ 14

⁵⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2559 มาตรา 26

จึงกล่าวได้ว่า การกำหนดเงื่อนไขในการออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญในประเทศไทยที่ผ่านมา บุคคลที่ต้องคุมขังอยู่โดยหมายของศาล หรือโดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายจะกลายเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามและไม่มีสิทธิออกเสียงประชามติ ซึ่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดว่าผู้ต้องขังให้หมายความรวมถึงนักโทษเด็ดขาด คนต้องขัง และคนฝาก⁵⁹ ดังนั้น “บุคคลที่ต้องคุมขังอยู่โดยหมายของศาล” จึงหมายถึงบุคคลสามกลุ่ม ได้แก่ หนึ่ง ผู้ที่ศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกแล้ว (แม้ว่าคดีนั้นอาจจะยังไม่ถึงที่สุด) ซึ่งบุคคลกลุ่มนี้ คือกลุ่มที่ศาลได้พิพากษาว่ามีความผิดจริง สอง ผู้ต้องขังระหว่างพิจารณาในศาลชั้นต้น และสาม ผู้ต้องขังระหว่างการสอบสวนโดยที่ศาลใช้อำนาจขัง (เนื่องจากเกินเวลาที่พนักงานสอบสวนจะขังได้แล้ว) ซึ่งจะสังเกตเห็นว่าบุคคลสองกลุ่มหลังนั้น ยังไม่ถูกศาลพิพากษาว่ามีความผิด ส่วน “บุคคลที่ถูกคุมขังโดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น” ก็หมายความว่าผู้ที่ถูกคุมขังอยู่ภายใต้อำนาจของพนักงานสอบสวน ซึ่งก็ถือเป็นผู้ที่ยังไม่ถูกศาลพิพากษาว่ามีความผิดเช่นกัน⁶⁰ ดังนั้น จะเห็นได้ว่า บุคคลที่ถูกคุมขังโดยคำสั่งของศาล หรือโดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าจะไม่ใช่ผู้ที่ศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดก็จะเสียสิทธิในการออกเสียงประชามติที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญทั้งหมด

ทั้งนี้ เหตุผลในการกำหนดลักษณะต้องห้ามในการใช้สิทธิออกเสียงประชามติดังกล่าว ก็เป็นเพราะเห็นผลที่สำคัญสองประการ คือ หนึ่ง เรื่องความเป็นอิสระ กล่าวคือ ผู้ต้องขังจะอยู่ในความควบคุมของทางราชทัณฑ์ หรือของเจ้าพนักงานสอบสวน ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระในการออกเสียงประชามติได้ และสอง เหตุผลเกี่ยวกับการบริหารจัดการ นั่นคือ นักโทษเด็ดขาดมีจำนวนมาก และผู้ที่ถูกคุมขังระหว่างการพิจารณาคดีก็มีจำนวนมากเช่นกัน (และอาจมากกว่าจำนวนของนักโทษเด็ดขาดด้วย) ถ้าหากมีการกำหนดให้นักโทษและผู้ถูกคุมขังระหว่างการพิจารณาสามารถไปใช้สิทธิออกเสียงประชามติได้ ก็อาจทำให้ต้องใช้เจ้าพนักงานจำนวนมากเพื่อคุมผู้ต้องขังทั้งหมดไปลงคะแนนเสียง ซึ่งปัจจุบันยังมีจำนวนเจ้าพนักงานไม่เพียงพอต่อการดำเนินการดังกล่าว จึงส่งผลให้เกิดการบัญญัติห้ามผู้ต้องขังทั้งหมดใช้สิทธิเลือกตั้ง⁶¹

3. ปัญหาจากการกำหนดให้ผู้ถูกคุมขังโดยคำพิพากษาหรือคำสั่งโดยชอบด้วยกฎหมายต้องห้ามออกเสียงประชามติที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อที่ 2. ถ้าหากถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคม ดังนั้น ในการจัดทำรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นกฎหมายสูงสุดที่มีความสำคัญและมีผลกระทบต่อทุกภาคส่วนในสังคม ก็ควรเปิดให้พลเมืองในรัฐมีส่วนร่วมในกระบวนการจัดทำและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมให้มากที่สุด อย่างไรก็ตาม จากเหตุผลของการกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวทั้งเรื่องปัญหาการขาดบุคลากรภาครัฐในการควบคุมนักโทษและผู้ต้องขังไปยังคูหาการออกเสียงประชามติ และปัญหาเรื่องการขาดความเป็นอิสระในการออกเสียงประชามติของกลุ่มบุคคลดังกล่าวถ้าหากต้องมีการออกเสียงประชามติในระหว่างที่ถูกคุมขัง ส่งผลให้มีการบัญญัติให้การถูกคุมขังเป็นลักษณะต้องห้ามของการใช้สิทธิออกเสียงประชามติ (รวมถึงการใช้สิทธิ

⁵⁹ พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2560 มาตรา 4

⁶⁰ บุญส่ง น้อยโสภณ, ‘สิทธิเลือกตั้งของผู้ต้องขังกับหลักสิทธิมนุษยชน’ (เชิงอรรถ 32) 158.

⁶¹ หนังสือที่ ยธ 0702.1/1677 ลงวันที่ 17 มกราคม 2562 เรื่อง แนวทางการพิจารณากรณีผู้ต้องขังใช้สิทธิเลือกตั้ง

เลือกตั้งซึ่งจะส่งผลต่อสิทธิทางการเมืองอีกหลายประการ) หากแต่การกำหนดให้ผู้ที่ถูกคุมขังโดยหมายของศาลหรือโดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายในทุกกรณีจะต้องเสียสิทธิในการออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ จะทำให้เกิดผลข้างเคียงที่เป็นผลทางลบคือ ทำให้กลุ่มบุคคลบางกลุ่มต้องเสียสิทธิในการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจเรื่องที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญซึ่งถือว่าเป็นเรื่องสำคัญ โดยในประเด็นนี้ สามารถแยกพิจารณาตามกลุ่มของผู้ที่ถูกคุมขังได้สองกรณี คือ

กรณีที่หนึ่ง ผู้ต้องขังที่ถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่าแม้ในหลักกฎหมายระหว่างประเทศจะไม่ได้กำหนดให้สิทธิทางการเมืองมีลักษณะเป็นสิทธิเด็ดขาดที่ไม่สามารถถูกจำกัดได้ แต่การตัดสิทธิทางการเมืองก็ต้องกระทำอย่างเคร่งครัด และแม้ว่าประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย (และเป็นประชาธิปไตยที่พัฒนาแล้ว) หลายประเทศจะกำหนดตัดสิทธิเลือกตั้งของผู้ที่กระทำความผิด แต่ก็มักจะเป็นการตัดสิทธิเลือกตั้งของผู้ที่กระทำความผิดบางประเภทเท่านั้น และมักจะมีลักษณะเป็นความผิดที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศและการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอย่างร้ายแรง หรือเป็นความผิดในลักษณะที่เกี่ยวข้องกับการทุจริต ไม่ใช่ตัดสิทธิทางการเมืองแก่ผู้กระทำความผิดทุกประเภท ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดให้ตัดสิทธิในการออกเสียงประชามติแก่ผู้กระทำความผิดบางประเภทที่มีลักษณะกระทบต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอย่างร้ายแรงอาจเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้เพื่อคงไว้ซึ่งความบริสุทธิ์ของการใช้สิทธิทางการเมือง หากแต่ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการออกเสียงประชามติในแต่ละเรื่องนั้นมีน้ำหนักความสำคัญไม่เท่ากัน และการออกเสียงประชามติที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นการออกเสียงประชามติที่ส่งผลให้เกิดการเริ่มจัดทำ หรือให้ความเห็นชอบรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ หรือรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ก็อาจเรียกได้ว่าเป็นหนึ่งในประเด็นการออกเสียงประชามติที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง อีกทั้งบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญก็มีความเกี่ยวข้องกับผู้ประชาชนทุกคน รวมถึงพลเมืองของรัฐที่กระทำความผิดด้วย การกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องเสียสิทธิในการตัดสินใจในประเด็นที่อาจเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของพวกเขาอย่างสิ้นเชิงอาจส่งผลให้การจัดทำหรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขาดการมีส่วนร่วมอย่างสมบูรณ์ ที่สำคัญ เป็นที่น่าสังเกตว่าในกลุ่มผู้ที่ถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดนี้ มีผู้กระทำความผิดส่วนหนึ่งมีลักษณะเป็นนักโทษทางการเมืองหรือเป็นผู้กระทำความผิดเพราะมีเหตุจูงใจทางการเมือง โดยในช่วงที่มีการเปลี่ยนผ่านรัฐบาล พ.ศ. 2557 จนถึง พ.ศ. 2562 พบว่ามีผู้ถูกตั้งข้อหาทางการเมือง (ได้แก่ ข้อหาหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ฯ ข้อหาก่อความวุ่นวายเพื่อให้การออกเสียงประชามติไม่เป็นไปด้วยความเรียบร้อยตามกฎหมายประชามติ การชุมนุมทางการเมืองฝ่าฝืนคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ เป็นต้น) ประมาณ 692 คน โดยมีผู้ถูกยกฟ้องไม่ถึง 40 คน และบุคคลส่วนใหญ่ในกลุ่มนี้ถูกพิพากษาว่ามีความผิดและต้องโทษจำคุก⁶² ซึ่งเท่ากับว่าบุคคลที่ต้องจำคุกในกลุ่มนี้ (แม้คดียังไม่ถึงที่สุดเพราะยังไม่หมดกำหนดเวลาการอุทธรณ์) ที่อาจเป็นผู้มีความเห็นทางการเมืองที่แตกต่างจากคนบางกลุ่มอาจจะต้องเสียสิทธิในการออกเสียงประชามติเพื่อตัดสินใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญถ้าหากมีการจัดให้มีการออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าว ที่สำคัญ ในกลุ่มผู้ที่ถูกพิพากษาโดยศาลชั้นต้นว่ามีความผิดนี้ บางคนได้พยายามต่อสู้คดีต่อไป

⁶² Ilaw, 'รายงานการตั้งข้อหาทางการเมืองหลังรัฐประหาร 2557' (Ilaw, 2020) <<https://www.ilaw.or.th/articles/9667>> สืบค้นเมื่อ 15 สิงหาคม 2568.

ศาลชั้นอุทธรณ์และมีเพียงบางส่วนเท่านั้นที่ได้รับสิทธิประกันตัวเพื่อต่อสู้คดี⁶³ ส่งผลให้บุคคลกลุ่มนี้ แม้จะถูกพิพากษาในศาลชั้นต้นว่ามีความผิดเช่นเดียวกันแต่กลับมีสิทธิออกเสียงประชามติได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าว นอกจากจะทำให้บุคคลที่เป็นพลเมืองต้องเสียสิทธิในการออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญซึ่งต้องการการมีส่วนร่วมจากทุกฝ่ายแล้ว ยังส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในการใช้สิทธิด้วย

กรณีที่สอง ผู้ที่ถูกคุมขังโดยศาลยังไม่ได้พิพากษาว่ามีความผิด ในกรณีนี้จะเห็นว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามเช่นนี้มีความไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศอย่างชัดเจน และเป็นการเลือกใช้มาตรการที่ไม่สอดคล้องกับการกำหนดลักษณะต้องห้ามของประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยที่พัฒนาแล้ว เนื่องจากบุคคลเหล่านี้ยังไม่ถือว่าเป็นผู้กระทำความผิด ที่สำคัญ ถ้าหากพิจารณาจากสถานการณ์การเมืองไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งช่วงหลังปี พ.ศ. 2557 เป็นต้นมา พบว่ามีการจับกุมผู้ชุมนุมหรือผู้แสดงความคิดเห็นทางการเมืองที่แตกต่างจากกลุ่มผู้ใช้อำนาจอธิปไตยและได้ออกมาทำกิจกรรมทางการเมืองหลายครั้ง เช่น ในการชุมนุมที่เกิดขึ้น 9 ครั้งในปี พ.ศ. 2564 มีผู้ถูกจับกุมเพราะการชุมนุมรวมถึง 223 คน ซึ่งส่วนใหญ่จะถูกคุมขัง โดยมีบางส่วนเท่านั้นที่ได้รับการประกันตัวทันที แต่บางส่วนก็ต้องถูกคุมขังเป็นเวลานานหรือใช้เวลาสักกระยะหนึ่งกว่าจะได้รับอนุญาตให้ประกันตัว⁶⁴ เป็นที่น่าสังเกตว่า ถ้าหากมีการจัดออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญในช่วงดังกล่าว กลุ่มคนเหล่านี้ (บางส่วนมีการเสนอข้อเรียกร้องที่เกี่ยวกับการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในการชุมนุม) อาจถูกตัดสิทธิในการออกเสียงประชามติได้ หรือที่ชัดเจนที่สุด คือกรณีของการออกเสียงประชามติเพื่อให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบัน ซึ่งกำหนดให้มีการออกเสียงประชามติในวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 ปรากฏว่านายจตุภัทร์ได้ถูกจับกุมเนื่องจากแจกเอกสารวิจารณ์ร่างรัฐธรรมนูญในวันที่ 6 สิงหาคม พ.ศ. 2559 และได้รับการประกันตัวในวันที่ 8 สิงหาคม พ.ศ. 2559⁶⁵ ซึ่งส่งผลให้นายจตุภัทร์ไม่ได้ไปออกเสียงประชามติที่มีผลเป็นการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ

จะเห็นได้ว่า การกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวทั้งสองกรณีทำให้เกิดผลข้างเคียงคือทำให้บุคคลบางกลุ่มที่ยังมีสถานะเป็นพลเมืองอยู่ต้องเสียสิทธิในการออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นหนึ่งในประเด็นที่มีความสำคัญที่สุด อีกทั้งยังอาจก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันโดยเป็นการปฏิบัติต่อคนที่เหมือนกันด้วยวิธีการที่ต่างกัน และเป็นการปฏิบัติต่อคนที่ต่างกันด้วยวิธีการที่เหมือนกันด้วย กล่าวคือ ในมุมมองของผู้กระทำความผิดที่ถูกศาลพิพากษาว่ามีการกระทำความผิดแล้วเหมือนกัน แต่ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ประกันตัวเพื่อสู้คดีกับผู้ที่ไม่สามารถประกันตัวเพื่อสู้คดีได้ กลับมีสิทธิในการออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญที่ไม่เท่ากัน ส่วนในมุมมองของผู้ที่ถูกคุมขังโดยศาลยังไม่ได้พิพากษาว่ามีความผิดนั้น กลับต้องเสียสิทธิในการออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับผู้ที่ถูกคุมขังเพราะศาลพิพากษาว่า

⁶³ เพิ่งอ้าง

⁶⁴ The Matter, ‘9 การชุมนุมที่มีการจับกุมประชาชนในปี 64 : ใช้ปฏิบัติการอะไรมีคนถูกจับกี่คนบ้าง ?’ (The Matter, 2021) <<https://thematter.co/quick-bite/arrested-in-mob/139312>> สืบค้นเมื่อ 15 สิงหาคม 2568

⁶⁵ Ilaw, ‘ฐานข้อมูลคดีเสรีภาพ’ (Ilaw, 2561) <<https://www.ilaw.or.th/articles/case/23798>> สืบค้นเมื่อ 15 สิงหาคม 2568

มีความผิด ในส่วนนี้ ผู้เขียนจะขอวิเคราะห์ผลข้างเคียงที่เกิดขึ้นว่าสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนตามแนวคิดของ Luteran โดยยึดถือตามเหตุผลที่ได้มีการกล่าวถึงข้างต้นซึ่งแสดงให้เห็นว่า การกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวเป็นเพราะกรมราชทัณฑ์มีบุคลากรเจ้าหน้าที่ที่ไม่เพียงพอต่อการควบคุมผู้ต้องขังที่จะไปใช้สิทธิที่คุหาซึ่งอาจทำให้เกิดความไม่ปลอดภัยต่อสาธารณชนได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวเป็นไปเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของรัฐ ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนที่กล่าวถึงในหัวข้อที่ 1 แล้ว สามารถสรุปได้ ดังนี้

1) การจำกัดสิทธิเสรีภาพของรัฐนั้น มีวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม (Legitimacy) หรือไม่ : ถ้าหากพิจารณาจากประเด็นนี้จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของรัฐที่ต้องการรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงนั้น ถือเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมเพราะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ อีกทั้งเรื่องความมั่นคงของรัฐยังเป็นอีกหนึ่งในเหตุผลที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสามารถยกขึ้นอ้างเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพได้⁶⁶

2) วิธีการหรือมาตรการที่รัฐเลือกที่จะใช้ดำเนินการนั้น มีความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์หรือไม่ : การกำหนดให้ผู้ต้องขังทุกกรณีรวมถึงผู้ที่ถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดด้วยไม่ต้องมาออกเสียงประชามตินั้น ย่อมทำให้รัฐบรรลุวัตถุประสงค์ในข้อ 1) เพราะทำให้เกิดความแน่นอนในการรักษาความปลอดภัยให้แก่สาธารณชน

3) วิธีการหรือมาตรการที่เลือกใช้นั้น ถือว่ากระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดแล้วหรือไม่ : การพิจารณาในประเด็นนี้สามารถพิจารณาได้สองทาง ทางที่หนึ่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2564 ถือเป็นพระราชบัญญัติที่กำหนดเรื่องการออกเสียงประชามติฉบับแรกที่เปิดช่องให้คณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่จัดให้มีการออกเสียงประชามติสามารถจัดให้มีการออกเสียงประชามติโดยใช้เครื่องลงคะแนนเสียงอิเล็กทรอนิกส์หรือทางระบบเทคโนโลยีสารสนเทศได้⁶⁷ ซึ่งถ้าหากพิจารณาเฉพาะบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพียงอย่างเดียว จะเห็นว่ากฎหมายได้กำหนดให้สามารถจัดให้มีการออกเสียงประชามติโดยที่ผู้มีสิทธิออกเสียงไม่จำเป็นต้องเดินทางมาที่คุหาเพื่อใช้สิทธิ จึงเท่ากับว่า รัฐมีทางเลือกอื่นที่สามารถดำเนินการจัดให้มีการออกเสียงประชามติโดยไม่ต้องมีการควบคุมผู้ต้องขังมายังคุหาได้ และยังเป็นวิธีการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่า ดังนั้น ถ้าหากพิจารณาตามแนวทางที่หนึ่ง จะต้องถือว่าการกำหนดให้ผู้ถูกคุมขังทุกกรณีต้องเสียสิทธิในการออกเสียงประชามติ ไม่ใช่มาตรการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด ซึ่งทำให้ไม่จำเป็นต้องพิจารณาตามเงื่อนไขของหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบอีก

อย่างไรก็ตาม ในทางที่สอง ถ้าหากพิจารณาตามหลักความเป็นจริง นั่นคือ แม้กฎหมายจะเปิดช่องให้สามารถออกเสียงประชามติด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์หรือระบบเทคโนโลยีสารสนเทศได้ แต่ปัจจุบันยังติดขัดเรื่องการจัดสร้างระบบที่ประกันความเป็นอิสระของการลงคะแนน และระบบความปลอดภัยที่สร้างความแน่นอนได้ว่าการลงคะแนนเสียงจะเป็นความลับ การให้ใช้สิทธิออกเสียงประชามติโดยให้ผู้มี

⁶⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 26

⁶⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พุทธศักราช 2564 มาตรา 49

สิทธิออกเสียงไปใช้สิทธิที่คูหา จึงอาจเป็นวิธีการที่ดีที่สุดในปัจจุบัน ดังนั้น ถ้าหากพิจารณาตามแนวทางนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า การห้ามผู้ต้องขังไปใช้สิทธิออกเสียงประชามติ อาจถือเป็นมาตรการเดียวที่รัฐสามารถดำเนินการได้ภายใต้สภาพบริบทที่รัฐเองก็มีบุคลากรที่ไม่เพียงพอในการควบคุมผู้ต้องขังทั้งหมดไปที่คูหาเพื่อใช้สิทธิ ซึ่งทำให้ต้องพิจารณาว่าผลข้างเคียงดังกล่าวสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหรือไม่ต่อไป

4) การพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ : ในส่วนนี้ ผู้เขียนขอพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบตามแนวทางของ Luteran โดยในประเด็นดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าผลข้างเคียงที่เกิดขึ้นมีลักษณะเป็นความขัดแย้งทางรัฐธรรมนูญในลักษณะแรกคือต้องพิจารณาว่า ผลข้างเคียงที่เกิดขึ้นนั้น เป็นสิ่งที่รัฐไม่ควรมุ่งหมายให้เกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ผลข้างเคียงที่เกิดขึ้น คือ การทำให้ผู้ต้องขังโดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายทุกกรณีไม่ว่าจะเป็นผู้ที่ศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดหรือไม่ก็ตาม ไม่มีสิทธิไปออกเสียงประชามติเป็นความมุ่งหมายของรัฐที่กำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าว และจากผลข้างเคียงนั้น ทำให้ผู้ต้องขังซึ่งยังมีสถานะเป็นพลเมืองของรัฐถูกตัดขาดออกจากการมีส่วนร่วมในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยสิ้นเชิง เนื่องจากในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคม อีกทั้งยังถือเป็นเครื่องมือสำคัญในการสร้างข้อตกลงร่วมกันของสังคมที่มีลักษณะเป็นพหุสังคมและมีความแตกต่างหลากหลาย อีกทั้งการกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวยังมีผลทำให้เกิดกีดกันผู้ที่มีความเห็นต่างในการเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ถ้าหากมองตามหลักการประชาธิปไตยแล้ว ย่อมต้องถือว่าผลข้างเคียงดังกล่าว ไม่ควรเป็นสิ่งที่รัฐมุ่งหมายให้เกิดขึ้นอย่างเด็ดขาด

ด้วยเหตุนี้ จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น จะเห็นได้ว่าการตัดสิทธิผู้ต้องขังโดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือโดยคำสั่งศาลทุกกรณีในการออกเสียงประชามติทุกประเภานั้น ถือว่าขัดต่อหลักความได้สัดส่วน เพราะมีผลทำให้กลุ่มคนบางกลุ่มโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผู้ที่มีความเห็นต่างทางการเมืองต้องเสียสิทธิในการออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญซึ่งควรจะเป็นการออกเสียงประชามติที่เปิดให้พลเมืองในรัฐมีส่วนร่วมให้มากที่สุด

4. ข้อเสนอแนะ

ในส่วนของบทความนี้ ผู้เขียนจึงขอเสนอในเบื้องต้นว่า ควรยกเลิกการกำหนดให้ผู้ถูกคุมขังโดยหมายของศาลหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายต้องเสียสิทธิในการออกเสียงประชามติที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ (ได้แก่ การออกเสียงประชามติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 256 หรือการออกเสียงประชามติที่ประเด็นคำถามมีผลทำให้เกิดหรือนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญ) เนื่องจากในการปกครองระบอบประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญถือเป็นสัญญาประชาคมที่พลเมืองทุกภาคส่วนควรมีส่วนร่วมให้มากที่สุด ที่สำคัญ การกำหนดลักษณะต้องห้ามอย่างกว้างขวางและครอบคลุมไปถึงผู้ที่ถูกคุมขังทุกประเภทยังขัดต่อหลักการรับรองสิทธิทางการเมืองในข้อตกลงระหว่างประเทศ และยังไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนด้วย โดยรัฐควรหาทางกำหนดกระบวนการ หรือเร่งพัฒนาระบบการออกเสียงโดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อเทคโนโลยีสารสนเทศ หรือวิธีการอื่น ให้บุคคลกลุ่มนี้สามารถใช้สิทธิออกเสียงประชามติที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญได้อย่างเหมาะสม

5. ความทิ้งท้าย

แม้ว่าในบทความนี้จะมุ่งนำเสนอประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดให้ผู้ถูกคุมขังโดยหมายของศาล หรือโดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นลักษณะต้องห้ามของการออกเสียงประชามติ โดยพิจารณาเฉพาะ ประเด็นประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นหนึ่งในประเด็นการออกเสียงประชามติที่มีความสำคัญมากที่สุด แต่จะเห็นได้ว่าการกำหนดลักษณะต้องห้ามแบบครอบคลุมถึงผู้ต้องขังทุกประเภทไม่ว่าจะเป็น ผู้ที่ถูกพิพากษาว่ามีความผิดหรือไม่ก็ตาม ถูกกำหนดเป็นลักษณะต้องห้ามของการเสียสิทธิเลือกตั้งด้วย และนำไปสู่การเสียสิทธิทางการเมืองอีกหลายประการที่อาศัยการมีสิทธิเลือกตั้งเป็นพื้นฐาน หากแต่ในทางปฏิบัติ การใช้สิทธิเลือกตั้งยังมีรายละเอียดในทางเทคนิคมากกว่าการออกเสียงประชามติที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ เนื่องจากในหลายกรณี ผู้ต้องขังไม่ได้ถูกต้องขังในเขตที่ตนเองมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้าน และการถูกต้องขังอาจเกิดขึ้นหลังวันที่ตนเองมีสิทธิแจ้งขอความจำนงค์ใช้สิทธิออกเสียงเลือกตั้งนอกเขตที่ตนเองมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านได้ อีกทั้งในการเลือกตั้งกรณีการเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้ง แต่ละเขตเลือกตั้งจะมีผู้สมัครรับเลือกตั้งที่แตกต่างกันส่งผลให้ยากต่อการจัดการ อันเป็นกรณีที่แตกต่างกันจากการออกเสียงประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญที่ทั่วประเทศจะใช้ประเด็นคำถามอย่างเดียวกัน (หรือแม้แต่การออกเสียงประชามติในเขตท้องถิ่นของตนเอง ก็อาจประสบปัญหาอย่างเดียวกันกับการกำหนดให้ใช้สิทธิออกเสียงเลือกตั้งได้) ดังนั้น การศึกษาผลกระทบด้านต่าง ๆ เพื่อนำไปสู่การพิจารณาขยายสิทธิทางการเมืองให้แก่ผู้ต้องขังโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ต้องขังที่ยังไม่ถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิด จึงถือเป็นประเด็นที่ควรศึกษาต่อไป ยิ่งกว่านั้น การมีส่วนร่วมทางการเมืองจำเป็นอย่างยิ่งที่ผู้มีส่วนร่วมจะต้องมีข้อมูลที่เพียงพอในการตัดสินใจ การหามาตรการและวิธีการที่สำคัญที่จะทำให้ผู้ต้องขังได้รับข้อมูลที่เพียงพอและเหมาะสมภายใต้เงื่อนไขที่ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพเนื่องจากการกระทำความผิด และเงื่อนไขที่รัฐจำเป็นต้องรักษาความสงบเรียบร้อย จึงถือเป็นอีกหนึ่งประเด็นที่ท้าทายและน่าศึกษาวิจัยต่อไป