



รายงานการวิจัย

เรื่อง

ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตาม
บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พุทธศักราช 2550

The Extent of the Application of Freedom of Expression
According to the Constitution of the Kingdom of
Thailand, B.E. 2550

ผู้ช่วยศาสตราจารย์วนิดา แสงสารพันธ์

ทุนอุดหนุนการวิจัยมหาวิทยาลัยกรุงเทพ
พ.ศ. 2555

ชื่อโครงการ

ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตาม
บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550
The Extent of the Application of Freedom of Expression
According to the Constitution of the Kingdom of Thailand,
B.E. 2550

ชื่อผู้วิจัย

วนิดา แสงสารพันธ์

ระยะเวลาในการทำวิจัย

กันยายน 2554 – กันยายน 2555

ผู้สนับสนุนการวิจัย

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

บทคัดย่อ

ภายใต้รูปแบบการปกครองของรัฐเสรีประชาธิปไตย เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนถือได้ว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการเข้าไปมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศ อย่างไรก็ตาม การใช้เสรีภาพใดก็ตามจำเป็นต้องมีขอบเขตทางกฎหมายกำกับอยู่เสมอ เนื่องจากการใช้เสรีภาพอย่างหนึ่งอย่างใดโดยปราศจากขอบเขต ย่อมอาจก้าวล่วงไปกระทบต่อเสรีภาพอีกอย่างหนึ่งได้เสมออันอาจนำไปสู่เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติหรือประชาชนได้ ซึ่งรัฐในฐานะที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองย่อมมีอำนาจในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อจำกัดหรือควบคุมการใช้เสรีภาพนั้นได้เช่นกันดังปรากฏในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมืองที่กำหนดให้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอาจถูกจำกัดได้หากเป็นไปโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเท่านั้น การศึกษาวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และกฎหมายระดับอื่นที่มีผลเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบัน โดยใช้เงื่อนไขการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่กำหนดไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมืองเป็นเกณฑ์ ซึ่งผลการศึกษาพบว่าแม้กฎหมายหลายฉบับที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะถูกตราขึ้นภายใต้วัตถุประสงค์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดก็ตาม หากแต่กลับมีเนื้อหาที่ให้อำนาจแก่รัฐในสามารถดำเนินการอันเป็นการลบล้างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้จนเกินสมควรอันขัดต่อหลักความได้สัดส่วน อีกทั้งยังกำหนดกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีผลเป็นลบล้างเสรีภาพของประชาชนต่างจากที่รัฐธรรมนูญกำหนด อันขัดแย้งกับหลักของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนสากลที่ปรากฏในเอกสารระหว่างประเทศตลอดจนตลอดจนหลักการพื้นฐานที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอีกด้วย

Abstract

Under the rule of the Liberal Democratic State, freedom of expression is regarded as the extremely important fundamental rights for someone to participate in governing the country. However, exercising a kind of freedom must always be within the scope of the law because exercising any kind of freedom without boundaries might cause violation of another kind of freedom, which may harm the country or its citizens. Therefore, the state as the governing authority shall have the authority to impose legal measures to restrict or control the use of such freedom as determined in the International Covenant on Civil and Political Rights, which requires that freedom of expression may be limited if it is provided by law under Legitimate Aim, and shall be made as necessary. This study aims to investigate the exercise of freedom of expression as defined in the Constitution of the Kingdom of Thailand BE 2550 and other levels of present laws that result in restricting people's freedom to express opinion. The researcher used conditions restricting the freedom of expression set forth in the International Covenant on Civil and Political Rights as a means to synthesize the scope of the freedom of expression. The results of this study show that, although many laws which consequentially restrict people's freedom to express opinion are enacted under the Constitution, the contents of such laws give authority to the state to excessively violate the people's freedom of expression, which contradicts to the proportional principle. Moreover, these laws also specify the process of checking the legality of the government officials' actions which have intruded the people's freedom of expression. These specifications are different from those written in the Constitution and conflict with the principle of international freedom of expression as seen in the international documents as well as in the basic principles prescribed in the Constitution of the Kingdom of Thailand.

กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตลอดจนที่กำหนดไว้ในกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบัน ตลอดจนการศึกษาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน ตลอดจนและบทลงโทษต่อการกระทำที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ดังกล่าว เพื่อนำผลที่ได้จากการศึกษานำมาอธิบายขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามบทบัญญัติของกฎหมาย ตลอดจนอธิบายถึงข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด อันจะส่งผลให้ประชาชนสามารถแสดงความคิดเห็นได้อย่างเสรี และสามารถมีส่วนร่วมทางการเมืองได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญโดยไม่ขัดต่อกฎหมายหรือละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น รายงานการวิจัยฉบับนี้มีอาจสำเร็จบรรลุจุดมุ่งหมายได้หากปราศจากทุนอุดหนุนการวิจัยจากวิทยาลัยกรุงเทพ ตลอดจนผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้เสียสละเวลาการตรวจสอบความถูกต้องของเนื้อหาและเสนอแนะความคิดเห็นประกอบในการจัดทำวิจัยเพื่อให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น และหากมีข้อบกพร่องประการใด ผู้วิจัยขอน้อมมา ณ โอกาสนี้เพื่อนำความคิดเห็นและข้อเสนอแนะต่าง ๆ มาปรับปรุงให้ถูกต้องต่อไป

ผู้ช่วยศาสตราจารย์วนิดา แสงสารพันธ์

9 พฤษภาคม 2556

สารบัญ

หน้า

| | |
|---|----|
| บทที่ 1 บทนำ | 1 |
| 1.1 วัตถุประสงค์ของการวิจัย | 1 |
| 1.2 ความเป็นมาและความสำคัญของการวิจัย | 4 |
| 1.3 ขอบเขตของการวิจัย | 4 |
| 1.4 ข้อสันนิษฐานการวิจัย | 4 |
| 1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย | 5 |
| 1.6 ระเบียบวิธีวิจัย | 5 |
| 1.7 บทนิยามศัพท์ | 5 |
| บทที่ 2 ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น | 7 |
| 2.1 ความหมายของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น | 7 |
| 2.2 หลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น | 9 |
| 2.3 ขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น | 12 |
| 1. การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน จะกระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย (Provided by Law) | 18 |
| 2. การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องเป็นไป ภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Aim) | 19 |
| 2.1 หลักการคุ้มครองสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น | 19 |
| 2.2 หลักความมั่นคงของรัฐ | 20 |
| 2.3 หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน | 21 |
| 2.4 หลักการคุ้มครองสุขภาพอนามัยของประชาชน | 21 |
| 3. การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องกระทำ เท่าที่จำเป็น (Necessary) | 22 |
| บทที่ 3 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 | 24 |
| 3.1 พัฒนาการของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตาม บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ | 24 |
| 3.2 หลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน | 29 |

| | |
|--|----|
| 3.3 ขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน | 31 |
| 1. หลักเกณฑ์การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน | 31 |
| 1.1 การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องกระทำโดยมีกฎหมายให้อำนาจ | 32 |
| 1.2 การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่รัฐธรรมนุญมุ่งที่จะคุ้มครอง | 33 |
| 1.3 การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น | 33 |
| 2. ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน | 34 |
| 2.1 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ | 34 |
| 2.2 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนบุคคล | 34 |
| 2.3 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน | 36 |
| 2.4 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน | 37 |
| 3.4 ผลทางกฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน | 37 |
| บทที่ 4 ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามกฎหมายอื่น | 40 |
| 4.1 กฎหมายที่มีผลเป็นการรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน | 40 |
| 1. พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 | 40 |
| 4.2 กฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน | 44 |
| 1. พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 | 44 |
| 2. พระราชบัญญัติการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 | 47 |
| 3. พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ. 2475 | 53 |
| 4. พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 | 55 |
| 5. พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 | 57 |
| 6. ประมวลกฎหมายอาญา | 61 |
| 7. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ | 65 |

| | หน้า |
|--|------|
| บทที่ 5 บทวิเคราะห์เกี่ยวกับขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน | 69 |
| 5.1 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนกับสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร | 74 |
| 5.2 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนกับความรับผิดชอบตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ | 77 |
| 5.3 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนภายใต้กฎอัยการศึก | 81 |
| 5.4 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนภายใต้กฎหมายว่าด้วยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร | 86 |
| 5.5 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนภายใต้กฎหมายบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน | 92 |
| 5.6 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนกับความรับผิดชอบประมวลกฎหมายอาญา | 102 |
| 5.7 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนกับความรับผิดชอบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ | 108 |
| บทที่ 6 สรุปและข้อเสนอแนะ | 113 |
| บรรณานุกรม | 117 |

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของการวิจัย

ภายใต้การเปลี่ยนแปลงของสังคมไทยในปัจจุบันที่อยู่ในระหว่างช่วงรอยต่อที่สำคัญของความเปลี่ยนแปลงทั้งทางด้านสังคมและความเปลี่ยนแปลงด้านกฎหมายอื่นๆ ซึ่งล้วนแล้วเป็นไปเพื่อที่จะแก้ไข ปัญหาและวิกฤตการณ์ที่ประเทศไทยกำลังเผชิญอยู่ รวมทั้งมุ่งที่จะสร้างรากฐานในอนาคตให้แก่สังคมไทย เมื่อพิจารณาจากสภาพของความเปลี่ยนแปลงที่ผ่านมาจะพบว่า ความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญและส่งผลกระทบต่อโครงสร้างการบริหารราชการแผ่นดินและกระทบต่อโครงสร้างอำนาจของรัฐที่สำคัญคือ การใช้บังคับ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเกิดขึ้นภายใต้เจตนารมณ์ของการปฏิรูปการเมืองซึ่ง ถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับประชาชนและเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่เปิดโอกาสให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในหลาย ๆ ด้านต่อประเทศไทย ทั้งการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน ด้านรูปแบบการบริหารการจัดการการ ปกครอง รวมถึงตลอดถึงการจัดตั้งหน่วยงานต่าง ๆ ขึ้นมาดำเนินการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ ซึ่งสิ่ง เหล่านี้ล้วนแล้วแต่ก่อให้เกิดความตื่นตัวในการเรียกร้องและการพิทักษ์สิทธิของตนเองและเกิดความตื่นตัวทาง การเมืองในหมู่ประชาชนมากยิ่งขึ้น โดยจะเห็นได้จากบทบัญญัติต่าง ๆ ที่กำหนดในรัฐธรรมนูญล้วนแล้วแต่ เป็นไปภายใต้ความมุ่งหมายสามประการ คือ เพื่อปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองให้มีเสถียรภาพ เพื่อให้ ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิและ เสรีภาพของประชาชนซึ่งจัดว่าเป็นหลักการที่สำคัญและเป็นหัวใจของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว โดยจะเห็นได้ ว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักการเพื่อรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้กว่าสามสิบบมาตราในหมวดที่ว่า ด้วยสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ทั้งยังกำหนดให้สิทธิเสรีภาพนั้นมีผลใช้บังคับได้จริงและให้มีผลผูกพัน องค์การของรัฐทุกองค์กรให้ต้องปฏิบัติตามอีกด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรับรองและให้ความคุ้มครองแก่ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Expression) ของประชาชนเอาไว้ว่าเป็นรูปธรรม ซึ่ง ภายใต้รูปแบบการปกครองของรัฐเสรีประชาธิปไตยซึ่งเป็นการปกครองโดยประชาชนนั้น เสรีภาพในการแสดง ความคิดเห็นโดยเสรีของประชาชนถือได้ว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) ที่มีความสำคัญอย่าง ยิ่งต่อการเข้าไปมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศ¹ ภายใต้หลักเสรีนิยมที่ถือว่ามนุษย์ทุกคนเท่าเทียมกันและ มนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติ (Natural Rights) ที่จะแสดงออกซึ่งความคิดเห็นโดยเสรี ซึ่งเป็น หลักการที่มีนักปรัชญาเมธีให้การสนับสนุนหลายท่าน อาทิ จอห์น ลอค ฌอง ฌัก รูโซ และจอห์น มิลตัน เป็นต้น โดยหลักเกณฑ์ที่รองรับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นได้มีการกำหนดรองรับเอาไว้อย่างชัดเจนใน เอกสารรับรองสิทธิระหว่างประเทศที่สำคัญสองฉบับ กล่าวคือ

¹นับแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ภายใต้รัฐธรรมนูญเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน พบว่ากฎหมายได้ให้ความสำคัญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของ ประชาชนเพิ่มมากขึ้นโดยสังเกตได้จากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหารับรองและให้ความคุ้มครอง รวมทั้งกำหนด หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนเอาไว้ในรัฐธรรมนูญหลายๆ ฉบับ อาทิ รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทยปี พ.ศ. 2492 2517 2521 และ 2534

1. ปฏิญญาแห่งสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของประเทศฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ซึ่งบัญญัติว่า

“การติดต่อสื่อสารเกี่ยวกับแนวความคิดหรือความคิดเห็นโดยไม่มีขอบเขตจำกัดไว้ นั้น เป็นสิทธิแห่งมนุษยชนอันล้ำค่าอย่างหนึ่ง พลเมืองทุกคนอาจพูด เขียน พิมพ์ และโฆษณาได้โดยเสรี แต่ต้องรับผิดชอบการใช้เสรีภาพโดยมิชอบตามกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้” และ

2. ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 ข้อ 19 ซึ่งบัญญัติว่า

“ทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งความคิดเห็นและการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงอิสรภาพในการที่จะถือเอาความเห็นโดยปราศจากการแทรกสอดและที่จะแสวงหา รับ และแจกจ่ายข่าวสาร และความคิดเห็นไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ และโดยไม่คำนึงถึงเขตแดน”²

อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากเหตุการณ์รัฐประหารในเดือนกันยายน พ.ศ. 2549 ประเทศไทยก็เข้าสู่ช่วงของความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญอีกครั้งโดยผลของการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ระยะเวลาสิบปีของการใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้น จะพบว่าแม้บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างอำนาจทางการเมืองขององค์กรตามรัฐธรรมนูญจะมีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก หากแต่บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกลับไม่ได้มีความเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมเท่าใดนักโดยเฉพาะกรณีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในมาตรา 45 ความว่า

“มาตรา 45 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีการอื่น

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะพบว่าบทบัญญัติตามมาตรา 45 ได้กำหนดรองรับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเอาไว้ในหลายรูปแบบ ซึ่งสอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองแห่งสหประชาชาติและการปกครองในระบอบประชาธิปไตยดังกล่าวข้างต้น และโดยที่เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งของประชาชนที่รัฐต้องรับรองและให้ความคุ้มครอง โดยถือว่าเป็นการให้หลักประกันแก่ประชาชนที่จะเข้ามีส่วนร่วมทางการเมืองได้อย่างถูกต้อง เพราะฉะนั้น เพื่อประโยชน์ดังกล่าวรัฐเสรีประชาธิปไตยหลาย ๆ ประเทศจึงได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการรับรองเสรีภาพดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุด ทั้งนี้ เนื่องจากกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาที่กำหนดในรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องเป็นไปการดำเนินการแก้ไขตามกระบวนการพิเศษที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้นจึงส่งผลให้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของบทบัญญัติต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญไม่สามารถกระทำได้อย่างง่าย ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการกำหนดให้เป็น “หลักประกัน” แก่ประชาชนในการใช้เสรีภาพในการพูด เขียน พิมพ์ โฆษณา หรือ

² Universal Declaration of Human Rights 1948 ; “Everyone has the right to freedom of opinion and expression ; this right includes freedom to hold opinion without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.”

สามารถแสดงความคิดเห็นไม่ว่าด้วยวิธีการใด ๆ เพื่อให้บุคคลอื่นสามารถรับและรู้และเข้าใจได้ อย่างไรก็ตาม การใช้เสรีภาพได้ก็ตามจำต้องมีขอบเขตทางกฎหมายกำกับอยู่เสมอ ทั้งนี้เนื่องจากการใช้เสรีภาพอย่างหนึ่งอย่างใดโดยปราศจากขอบเขต ย่อมอาจก้าวล่วงไปกระทบต่อเสรีภาพอีกอย่างหนึ่งได้เสมอ ดังนั้น แม้ว่าสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจะได้ถูกรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติและได้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศเพื่อเป็นการกำหนดหลักประกันการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้เป็นกรณีเฉพาะก็ตาม หากแต่สิทธิดังกล่าวมิได้เป็นสิทธิเสรีภาพที่บริบูรณ์ (Absolute Rights) ที่มีอาจถูกจำกัดได้แต่ประการใด ในทางตรงกันข้ามหากการใช้สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติหรือประชาชน รัฐในฐานะที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองก็ย่อมมีสิทธิในการที่จะกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อจำกัดหรือควบคุมการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เช่นกัน โดยจะพบว่ากฎหมายได้กำหนดข้อยกเว้นอันเป็นการจำกัดขอบเขตการใช้สิทธิดังกล่าวไว้ในวรรค 2 ของมาตรา 45 กล่าวคือ การใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนในการแสดงความคิดเห็นนั้นอาจถูกจำกัดได้ โดยจะต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดเป็นการเฉพาะว่าสามารถจำกัดได้ อย่างไรก็ตาม การตรากฎหมายมาเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะสามารถกระทำได้หากเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้สี่ประการเท่านั้น กล่าวคือ

1. การจำกัดเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้หากเป็นไปเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ
2. การจำกัดเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้หากเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนบุคคล
3. การจำกัดเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้หากเป็นไปเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
4. การจำกัดเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้หากเป็นไปเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

ภายใต้หลักการดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายได้กำหนดรองรับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเอาไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุด พร้อม ๆ กับได้กำหนดเงื่อนไขและข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวไปพร้อม ๆ กัน ซึ่งย่อมหมายความว่า การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญที่เป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ขอบด้วยกฎหมายนั้นจะต้องเป็นไปภายใต้ข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญกำหนดด้วยเช่นกัน ซึ่งที่ผ่านมาจะพบว่าประชาชนส่วนใหญ่ยังขาดความเข้าใจเกี่ยวกับขอบเขตความคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ขอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้จากเหตุการณ์ความวุ่นวายทางการเมืองของไทยในช่วงต้นปีที่ผ่านมาและต่อเนื่องเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ที่ยังมีการวิพากษ์วิจารณ์กันไปมาระหว่างการแสดงความคิดเห็นของกลุ่มการเมืองต่างๆ ว่าเป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในขณะที่ผู้ที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์ต่างก็กล่าวอ้างว่าเป็นการแสดงความคิดเห็นตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดและยกกฎหมายขึ้นกล่าวอ้างเพื่อปกป้องให้ตนเองพ้นผิด จนกระทั่งนำไปสู่การฟ้องร้องเป็นคดีความกันไปมาระหว่างกลุ่มการเมืองต่าง ๆ ซึ่งนำไปสู่ความวุ่นวายสับสนในสังคมไทยปัจจุบันและก่อให้เกิดความสับสนแก่ประชาชนทั่วไปอย่างมากมาย

การศึกษาวิจัยนี้ จะได้ทำการศึกษาขอบเขตของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ตลอดจนศึกษาหลักเกณฑ์และกลไกต่าง ๆ ของกฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติอื่น ๆ ที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบันเพื่อแสวงหาขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อเป็นแนวทางสำหรับประชาชนในการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่ละเมิดบุคคลอื่นด้วย

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตลอดจนที่กำหนดไว้ในกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบัน
2. เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตลอดจนและบทลงโทษต่อการกระทำที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ดังกล่าว
3. เพื่อนำผลที่ได้จากการศึกษาในข้อ 1 และ 2 มาอธิบายขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามบทบัญญัติของกฎหมาย ตลอดจนอธิบายถึงข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด อันจะส่งผลให้ประชาชนสามารถแสดงความคิดเห็นได้อย่างเสรีและสามารถมีส่วนร่วมทางการเมืองได้สมตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญโดยไม่ขัดต่อกฎหมายหรือละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

การศึกษาวิจัยในครั้งนี้ จะทำการศึกษาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เฉพาะในส่วนของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามที่กำหนดไว้ในหมวดที่ 3 ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย โดยศึกษาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีต และศึกษาหลักเกณฑ์การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนที่มีอยู่ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติอื่นที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องที่มีผลเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน

1.4 ข้อสันนิษฐานการวิจัย

การบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยเฉพาะเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด จะส่งผลให้ประชาชนสามารถแสดงความคิดเห็นได้อย่างเสรี โดยไม่ขัดต่อกฎหมายหรือละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. ผลการสังเคราะห์แนวคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตลอดจน Basic Concept ของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนที่ชัดเจนมากขึ้น
2. ผลการสังเคราะห์หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนที่ชัดเจนมากขึ้นตลอดจนบทลงโทษที่มีผลต่อการกระทำที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ดังกล่าว

3. สร้างความรู้ความเข้าใจในแนวคิดพื้นฐานทางกฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน ตลอดจนข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญและตามที่กำหนดในกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันกำหนด

1.6 ระเบียบวิธีวิจัย

ในการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในครั้งนี้ เป็นการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยมีขั้นตอนดังนี้

1. การศึกษาวิจัยเอกสาร โดยเป็นการศึกษาวิเคราะห์ถึงแนวความคิด ปรัชญา ตลอดจนหลักเกณฑ์ที่กำหนดของกฎหมายรัฐธรรมนูญ
2. การสำรวจกรอบแนวความคิดของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน โดยรวบรวมจากเอกสารวิชาการ ตำรา งานวิจัย และบทความต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อทำความเข้าใจและกำหนดกรอบเบื้องต้นในการศึกษา และนำข้อมูลจากเหตุการณ์ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นจากการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนมาประกอบการศึกษา เพื่อกำหนดกรอบแนวคิดในการศึกษา
3. ดำเนินการเก็บรวบรวมข้อมูลเพื่อประกอบการศึกษาวิจัย
4. ดำเนินการศึกษาวิจัย และวิเคราะห์ข้อมูลจากการศึกษาตามกรอบความคิด
5. สรุปผลการวิจัยที่ได้จากการวิเคราะห์ข้อมูลดังกล่าว
6. จัดทำรายงานฉบับสมบูรณ์

1.7 นิยามศัพท์

การศึกษาวินิจฉัยเกี่ยวกับขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นี้มีคำสำคัญอันเป็นนิยามซึ่งได้มีการกำหนดไว้ในกฎหมายที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบัน ดังต่อไปนี้

1. “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น” หมายความว่า เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเท่านั้น โดยมุ่งเน้นศึกษาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการใช้สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน และจำกัดผลการศึกษาเฉพาะกรณีตามความในหมวดที่ 3 ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยใน ส่วนที่ 1 ว่าด้วยบททั่วไป และส่วนที่ 7 เฉพาะบทบัญญัติที่ว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน

2. “ขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน” ในงานวิจัยนี้มุ่งหมายที่จะศึกษาขอบเขตในลักษณะของ “ข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน” ตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และกฎหมายระดับพระราชบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้อง

3. กฎหมายระดับพระราชบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบันที่นำมาศึกษาวิจัยครั้งนี้จำกัดผลการศึกษาภายใต้กรอบของกฎหมาย 7 ฉบับคือ

- 3.1 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540
- 3.2 พระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550
- 3.3 พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ.2475
- 3.4 พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ.2551
- 3.5 พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548

- 3.6 ประมวลกฎหมายอาญาเฉพาะกรณีความรับผิดที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น
- 4.7 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เฉพาะกรณีความรับผิดทางละเมิด

ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

โดยที่เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Expression) เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานชนิดหนึ่งที่ได้รับ การรับรองไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของนานาประเทศ ภายใต้แนวคิดที่ว่าเป็นสิทธิที่มีตามอยู่แล้วโดยธรรมชาติของการเป็นมนุษย์ โดยได้รับการรับรองไว้ว่าเป็น “สิทธิมนุษยชนพื้นฐาน” ที่มีความสำคัญที่สุดในบรรดาสหสิทธิทั้งปวงในฐานะที่เป็นสิทธิพื้นฐานของการปกครองระบอบประชาธิปไตย และเป็นเงื่อนไขสำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนด้านอื่นๆ¹ และภายใต้ลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ซึ่งถือว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรีเท่าเทียมกันหรือที่เรียกว่า “ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์” (Human Dignity) โดยจะปรากฏออกมาให้เห็นอย่างเป็นรูปธรรมในลักษณะของความสามารถของมนุษย์ในอันที่จะกำหนดชะตากรรมของตนเอง (Self-Determination) ซึ่งมนุษย์แต่ละคนจะมีความสามารถเช่นว่านี้ได้ก็ต่อเมื่อมนุษย์แต่ละคนมี “แดนแห่งเสรีภาพ” (Sphere of Individual Liberty) และภายใต้ขอบเขตแดนแห่งเสรีภาพของต้นนี้มนุษย์แต่ละคนจึงสามารถที่จะคิดหรือกระทำการใดๆ ได้อย่างอิสระปลอดจากการแทรกแซงจากบุคคลอื่นโดยเฉพาะอย่างยิ่งจากใช้อำนาจรัฐ ดังนั้น รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐจึงได้บัญญัติและให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคลไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายพร้อมทั้งยังรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในด้านต่างๆ ของบุคคลไว้ สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองและให้ความคุ้มครองแก่ราษฎรเหล่านี้เรียกว่า “สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน” (Fundamental Rights and Liberties) หรือ “สิทธิขั้นพื้นฐาน” (Fundamental Rights) นั่นเอง

2.1 ความหมายของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

โดยที่ “สิทธิ” (Rights) นั้นหมายความถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น² และถูกกำหนดรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงถือว่าเป็น “สิทธิตามกฎหมายมหาชน” ซึ่งหมายถึงอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดที่ได้ให้การรับรองคุ้มครองปกป้องบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดและก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นสิทธิที่จะเรียกร้องต่อรัฐหรือองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตแห่งสิทธิของตนได้³ ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลต่อรัฐและผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหมดให้ต้องเคารพ ปกป้องและคุ้มครองสิทธิดังกล่าวเพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ ส่วน “เสรีภาพ” (Liberty) นั้นหมายความถึง อำนาจของมนุษย์ในอันที่จะกำหนดตนเอง (Self-Determination) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเสรีภาพนั้นก็คือสภาพการณ์ที่บุคคลมี

¹Toby Mendel. Restriction Freedom of Expression: Standard and Principles Background Paper for Meetings. UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expressions.

<http://www.law-democracy.org/wp-content/uploads/2010/07/10.03.Paper-on-Restrictions-on-FOE.pdf> (Accessed 15/12/2011)

²วราพจน์ วิศวพิชญ์. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. สำนักพิมพ์วิญญูชน 2543. หน้า 21

³บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ. สำนักพิมพ์วิญญูชน 2543. หน้า 47

อิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ตามความประสงค์ของตนเอง ดังนั้น บุคคลจึงย่อมมีเสรีภาพอยู่ตราบเท่าที่ไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่ไม่ประสงค์จะกระทำและไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางมิให้กระทำในสิ่งที่ไม่ประสงค์จะกระทำ ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดรับรองเสรีภาพอย่างหนึ่งอย่างใดให้แก่บุคคลเสรีภาพนั้นเองก็ย่อมมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นด้วยเช่นกัน เพียงแต่หน้าที่ที่เกิดขึ้นแก่ผู้อื่นนั้นเนื่องมาจากการรับรองเสรีภาพแก่บุคคลนี้เป็นแต่เพียงหน้าที่ที่บุคคลอื่นนั้นจะต้องเคารพเสรีภาพดังกล่าวเท่านั้น โดยผู้ทรงเสรีภาพสามารถที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นละเว้นจากการรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพของตน แต่ผู้ทรงเสรีภาพมิได้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตนให้สะดวกขึ้นแต่อย่างใด

เพราะฉะนั้น เมื่อพิจารณาจากความหมายของ “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ดังกล่าวแล้วจะพบว่าทั้งสิทธิและเสรีภาพจะมีความคล้ายคลึงกันในประเด็นที่ว่าต่างก็เป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลเช่นเดียวกัน แต่สิทธิและเสรีภาพก็ยังคงแตกต่างกันในสาระสำคัญ กล่าวคือ “สิทธิ” เป็นอำนาจที่บุคคลสามารถเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตน ในขณะที่ “เสรีภาพ” นั้นเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะกระทำการในสิ่งที่ตนประสงค์และไม่กระทำในสิ่งที่ไม่พึงประสงค์นั่นเอง ส่วนกรณีของ “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น” (Freedom of Expression) นั้นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ซึ่งจัดได้ว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือจะไม่มีประชาธิปไตยหากปราศจากเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น⁴ ซึ่งได้รับการรับรองไว้ในเอกสารความคุ้มครองระหว่างประเทศคือ “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ.1948” ที่กำหนดให้ “บุคคลทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งความคิดเห็นและการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงอิสรภาพในการที่จะถือเอาความเห็นโดยปราศจากการแทรกสอดและที่จะแสวงหา รับ และแจกจ่ายข่าวสารและความคิดเห็นไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ และโดยไม่คำนึงถึงเขตแดน”⁵ เพราะฉะนั้น เมื่อพิจารณาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ.1948 จึงอาจกล่าวได้ว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้น หมายความว่าเสรีภาพของบุคคลในการแสดงความคิดเห็นของตนอย่างเสรีไม่ว่าจะแสดงออกในรูปแบบใดก็ตาม ซึ่งความหมายนี้สอดคล้องกับปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ค.ศ.1789 ที่กำหนดให้ “การติดต่อสื่อสารเกี่ยวกับแนวความคิดหรือความคิดเห็นโดยไม่มีขอบเขตจำกัดไว้ นั้น เป็นสิทธิแห่งมนุษยชนอันล้ำค่าอย่างยิ่ง พลเมืองทุกคนอาจพูด เขียน พิมพ์ และโฆษณาได้โดยเสรีแต่ต้องรับผิดชอบต่อการใช้เสรีภาพโดยมิชอบตามกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้” เพราะฉะนั้น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจึงเป็นสิทธิมนุษยชนอันล้ำค่าซึ่งให้ความคุ้มครองกับมนุษย์ทุกคนให้สามารถที่จะแสดงความคิดเห็นของตนได้โดยเสรีและไม่ขอบเขตจำกัด อย่างไรก็ตาม การใช้เสรีภาพนั้นจะต้องอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบที่กฎหมายกำหนดไว้อีกด้วยและภายใต้หลักการดังกล่าวประกอบกับแนวความคิดของ John Lock ที่เห็นว่ามนุษย์ได้เข้าร่วมกันทำสัญญาประชาคมจัดตั้งสังคมการเมืองและรัฐบาลขึ้นก็ด้วยความมุ่งหมายเพื่อให้คุ้มครองชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ

⁴ Hon Terry Davis. “Freedom of Expression in Time of Crisis.” Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe. P.5 <http://www.un.org/en/sc/ctc/specialmeetings/2011/docs/coe/coe-guidelines-crisis-en.pdf> (Accessed 20/12/2010)

⁵ Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.

ทรัพย์สินของตนอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ในสภาวะธรรมดา สิ่งที่มีมนุษย์ตกลงที่จะสละให้แก่สังคมการเมืองและรัฐบาลได้แก่อำนาจในอันที่จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายธรรมดาเท่านั้น ส่วนสิทธิในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินนั้นมนุษย์ยังคงสงวนไว้แก่ตนและหาได้ยอมสละไปด้วยไม่ โดยนัยนี้รัฐและรัฐบาลจึงมีอำนาจอย่างจำกัด ในกรณีที่รัฐบาลกล้ำกลายสิทธิเหล่านี้ของราษฎรตามอำเภอใจ จึงมีผลเท่ากับว่ารัฐบาลได้ดำเนินการเกินขอบเขตอำนาจของตน และภายใต้หลักการของสิทธิมนุษยชนจึงย่อมหมายความว่า สิทธิเสรีภาพทั้งหลายของบุคคลย่อมมีอยู่อย่างบริบูรณ์ในฐานะที่เกิดมาเป็นบุคคลโดยทั่วไป โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรระบุซ้ำอีก เว้นแต่เป็นกรณีเคลือบแคลงสงสัยหรือมีความจำเป็นต้องบัญญัติให้ชัดแจ้ง ด้วยเหตุนี้ สิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยต่างๆ ได้บัญญัติรับรองไว้ให้แก่ราษฎรนั้นจึงเป็นสิทธิเสรีภาพที่ถือกันว่ามนุษย์แต่ละคนต้องใช้เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตนทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจ และเป็นคุณค่าสูงสุดซึ่งองค์กรของรัฐต่างๆ ทุกองค์กรจะต้องเคารพและให้ความคุ้มครอง⁶

2.2 หลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

โดยที่เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้นเป็นเสรีภาพที่จัดได้ว่าเป็นสิทธิมนุษยชนพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตย และก่อนองค์การสหประชาชาติจะได้มีการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาตินั้น ที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติรับรองเสรีภาพในข้อมูลข่าวสาร (Freedom of Information)⁷ โดยให้การรับรองว่าเสรีภาพในข้อมูลข่าวสารนั้นเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานและเป็นสิทธิอันเป็นมาตรฐานของเสรีภาพทั้งปวงที่องค์การสหประชาชาติรับรอง ซึ่งเสรีภาพในข้อมูลข่าวสารนี้หมายความรวมถึงสิทธิในการได้รับ การถ่ายทอดและการตีพิมพ์ในที่ใด ๆ โดยเสรีโดยไม่ต้องได้รับการตรวจสอบก่อน⁸ และโดยที่เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นเสรีภาพที่จะช่วยส่งเสริมให้ประชาชนสามารถเข้ามีส่วนร่วมในการตัดสินใจทางการเมืองได้ ดังนั้น การตัดสินใจใด ๆ ทางการเมืองจะไม่สามารถกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพหากประชาชนไม่มีเสรีภาพในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารและย่อมไม่สามารถนำเสนอความคิดเห็นของตนได้อย่างเสรีนั่นเอง ซึ่งในปี 1948 องค์การสหประชาชาติจึงได้รับรองเสรีภาพดังกล่าวโดยกำหนดหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองไว้ในเอกสารรับรองสิทธิระหว่างประเทศที่เรียกว่า “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ” ใน ข้อที่ 19 ดังนี้

Universal Declarations on Human Rights (UDHR)⁹

Article 19

Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.

⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. สำนักพิมพ์วิญญูชน 2543. หน้า 21

⁷ UN General Assembly Resolution 59(1) Adopted 14 December 1946. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/10/IMG/NR003310.pdf?OpenElement> (Accessed 2/12/2010)

⁸ Freedom of Information is fundamental Human rights and is the touchstone of all freedom to which the United Nations is consecrated.

⁹ United Nations General Assembly Resolution 217A (III), 10 December 1948

ข้อ 19¹⁰ ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ หมายความว่า
ทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งความเห็นและการแสดงออก ทั้งนี้ สิทธินี้รวมถึงอิสรภาพที่จะถือเอา
ความเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง และที่จะแสวงหา รับและส่งข้อมูลข่าวสารและข้อคิดผ่านสื่อใด และโดย
ไม่คำนึงถึงพรมแดน

จาก ข้อ 19 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้กำหนดหลักเกณฑ์การให้
ความคุ้มครองแก่เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเอาไว้ โดยกำหนดให้บุคคลทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งความ
คิดเห็นและการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงอิสรภาพในการที่จะถือเอาความเห็นโดยปราศจากการแทรกสอดและที่
จะแสวงหา รับ และแจกจ่ายข่าวสาร และความคิดเห็นไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ และโดยไม่คำนึงถึงเขตแดน และโดย
ที่การปกครองระบอบการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่กำหนดให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสิ่งสำคัญ
ยิ่ง และเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าประชาชนมีสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นซึ่งถือเป็นพฤติกรรมขั้น
มูลฐานของบุคคลที่ประเทศซึ่งพัฒนาแล้วต่างรับรองและคุ้มครองให้ ไม่ว่าจะเป็นพฤติกรรมของการแสดงความ
คิดเห็นที่ปรากฏออกมาในรูปของเสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา หรืออื่น ๆ และจาก
ข้อกำหนดนี้เองจึงได้นำไปสู่การที่รัฐบาลของแต่ละประเทศจำต้องตระหนักและให้ความสำคัญต่อสิทธิและ
เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นแก่ประชาชนมากขึ้น ซึ่งหลักการเกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพใน
การแสดงความคิดเห็นดังกล่าวนี้ต่อมาได้รับยืนยันและการรับรองคุ้มครองในเอกสารรับรองสิทธิระหว่าง
ประเทศหลายฉบับ ดังนี้

1. International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)¹¹

Article 19

1. Everyone shall have the right to hold opinions without interference.
2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.

.....

ข้อ 19 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและทางการเมือง หมายความว่า

1. บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะมีความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง
2. บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับและ
เผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดทุกประเภท โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ทั้งนี้ ไม่ว่าจะด้วยวาจาเป็นลายลักษณ์
อักษรหรือการตีพิมพ์ ในรูปของศิลปะ หรือโดยอาศัยสื่อประการอื่นตามที่ตนเลือก

....

¹⁰ กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน .กรกฎาคม 2551 .
หน้า 25.

¹¹ United Nations General Assembly Resolution 2200A (XXI), 16 December 1966, entered into
force 23 March 1976

2. European Convention on Human Rights (ECHR)¹²

Article 10

Freedom of expression

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

....

ข้อ 10 ของอนุสัญญาว่าด้วยการปกป้องสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป หมายความว่า

1. บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะยึดความคิดเห็นและการรับและแจกจ่ายข่าวสารและความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซงจากอำนาจรัฐและไม่คำนึงถึงเขตแดน บทบัญญัตินี้มีผลเป็นการห้ามรัฐในการออกใบอนุญาตประกอบกิจการแก่กิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ หรือภาพยนตร์

....

3. The American Convention on Human Rights (ACHR)¹³

Article 13

Freedom of Thought and Expression

1. Everyone has the right to freedom of thought and expression. This right includes freedom to seek, receive, and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing, in print, in the form of art, or through any other medium of one's choice.

....

ข้อ 13 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา หมายความว่า

1. บุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพในการแสวงหา รับและแจกจ่ายข่าวสารและความคิดเห็นทุกชนิด โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ไม่ว่าจะปรากฏโดยวาจา ลายลักษณ์อักษร การพิมพ์ หรือในรูปแบบของงานศิลปะ หรือรูปแบบอื่นใด

....

เมื่อพิจารณาจากเอกสารรับรองสิทธิทั้งสามฉบับข้างต้นพบว่า เอกสารเหล่านั้นต่างให้ความสำคัญรับรองและคุ้มครองแก่เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนภายใต้ “หลักการพื้นฐาน” เดียวกันกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองแห่งสหประชาชาติ กล่าวคือ เป็นการให้ความสำคัญคุ้มครองแก่บุคคลทุกคนให้สามารถแสดงความคิดเห็นและการแสดงออกได้อย่างเสรี โดยสิทธินี้รวมถึงอิสรภาพในการที่จะ

¹² Adopted 4 November 1950, entered into force 3 September 1953

¹³ Adopted 22 November 1969, entered into force 18 July 1978

ถือเอาความเห็นโดยปราศจากการสอดแทรก และรวมไปถึงสิทธิในการที่จะแสวงหา รับ และแจกจ่ายข่าวสาร และความคิดเห็นไม่ว่าโดยวิธีใดๆ โดยไม่คำนึงถึงเขตแดน โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาจาก European Convention on Human Rights (ECHR) และ The American Convention on Human rights (ACHR) แล้วพบว่าต่างให้ความคุ้มครองและคุ้มครองแก่เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยกำหนดหลักประกันแก่เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไว้ในลักษณะเดียวกับ International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) ซึ่งเป็น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและทางการเมืองและสอดคล้องกับข้อ 19 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติเช่นเดียวกัน ซึ่งความคุ้มครองตามเอกสารรับรองสิทธิเหล่านี้แสดงให้เห็นได้ว่า เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีความสำคัญโดยเป็นเสรีภาพที่พื้นฐานในการส่งเสริมให้ประชาชนสามารถเข้ามีส่วนร่วมในการตัดสินใจทางการเมืองได้ ดังนั้น การตัดสินใจใด ๆ ทางการเมืองจะไม่สามารถกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพหากประชาชนไม่มีเสรีภาพในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารและย่อมไม่สามารถนำเสนอความคิดเห็นของตนได้อย่างเสรีนั่นเอง ดังที่ที่ประชุมสมัชชาแห่งสหประชาชาติได้ประกาศให้ความสำคัญกับเสรีภาพในข้อมูลข่าวสารในฐานะสิทธิมนุษยชนพื้นฐาน ซึ่งคำว่าเสรีภาพในข้อมูลข่าวสารนี้ความหมายอย่างกว้างนั้น หมายความว่าเสรีภาพของการไหลเวียนซึ่งข้อมูลข่าวสารหรือความคิดเห็นใด ๆ หรือเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั่นเอง¹⁴ และหลักการพื้นฐานดังกล่าวได้รับการรับรองอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมดังปรากฏในคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป (The European Court of Human Rights) ที่ได้เน้นย้ำถึงความสำคัญของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นต่อสังคมประชาธิปไตย โดยเห็นว่า “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นถือเป็นรากฐานที่สำคัญของสังคม และเป็นเงื่อนไขพื้นฐานของสังคมในการพัฒนามนุษย์ทุกคน”¹⁵ นอกจากนี้ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นยังเปิดโอกาสให้พลเมืองมีส่วนร่วมในการปกครอง และหากปราศจากเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นแล้วการเลือกตั้งก็ย่อมไร้ความหมาย¹⁶

2.3 ขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

เมื่อพิจารณาจากเอกสารรับรองสิทธิข้างต้นพบว่าเอกสารเหล่านี้ต่างให้ความคุ้มครองและรับรองถึงเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นให้แก่บุคคลทุกคน อย่างไรก็ตาม สิทธิอื่น ๆ ก็ยังคงได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกัน เพราะฉะนั้น สิ่งสำคัญคือจำเป็นต้องมีการพิจารณาถึงขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่จะได้รับความคุ้มครอง ตลอดจนวิธีการในการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ไม่กระทบสิทธิอื่นที่ได้รับการคุ้มครองไปพร้อม ๆ กัน ซึ่งแนวทางการค้นหาขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนี้ เมื่อพิจารณาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติจะพบว่า นอกเหนือจากการให้ความคุ้มครองแก่เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นแล้วยังกำหนดให้บุคคลทุกคนสามารถใช้สิทธิของตนได้ แต่การใช้สิทธิดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตหรือข้อจำกัดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ทั้งนี้ เป็นไปเพื่อเคารพในสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนและสวัสดิการทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย นอกจากนี้ ยังกำหนดให้สิทธิเสรีภาพตามที่รับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิ

¹⁴ Toby Mendel. Ibid. P. 2

¹⁵ Handyside v. United Kingdom, (App5493/72) ECHR 7 December 1976

¹⁶ Nurullah Yamali, Judge. The Important of Freedom of Speech. Ministry of Justice. Turkey.

มนุษยชนแห่งสหประชาชาตินั้นไม่อาจใช้ได้โดยขัดต่อวัตถุประสงค์และหลักการของสหประชาชาติอีกด้วย¹⁷
ดังนี้

(1) Everyone has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible.

(2) In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.

(3) These rights and freedoms may in no case be exercised contrary to the purposes and principles of the United Nations.

ข้อ 29¹⁸

(1) ทุกคนมีหน้าที่ต่อชุมชน ซึ่งการพัฒนาบุคลิกภาพของตนโดยอิสระและเต็มที่ ซึ่งจะกระทำได้ดีแต่ในชุมชนเท่านั้น

(2) ในการใช้สิทธิและอิสรภาพของตน ทุกคนจะต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัด เพียงเท่าที่มีกำหนดไว้ตามกฎหมายเท่านั้น เพื่อวัตถุประสงค์ของการได้มาซึ่งการยอมรับและการเคารพสิทธิและอิสรภาพอันควรของผู้อื่น และเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการอันสมควรทางด้านศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน และสวัสดิการทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย

(3) สิทธิและอิสรภาพเหล่านี้ไม่อาจใช้ขัดต่อวัตถุประสงค์ และหลักการของสหประชาชาติไม่ว่าในกรณีใด

เมื่อพิจารณาจากหลักการของข้อ 29 ข้างต้นประกอบกับปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 19 ที่กำหนดรับรองให้บุคคลทุกคนมีสิทธิเสรีภาพแห่งการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออกโดยเสรี ซึ่งสิทธินี้รวมถึงเสรีภาพในการที่จะถือเอาความเห็นโดยปราศจากการสอดแทรกและที่จะแสวงหา รับและแจกจ่าย ข่าวสารและความคิดเห็นไม่ว่าด้วยวิธีการใด ๆ และโดยไม่คำนึงถึงเขตแดนนั้นพบว่าบทบัญญัติในข้อความข้างต้นยังมิได้กำหนดความชัดเจนและข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพเอาไว้โดยตรงแต่ประการใด ประกอบกับโดยที่ปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนมิได้มีฐานะเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับภายในรัฐแต่อย่างใด ดังนั้น ย่อมหมายความว่าหากรัฐใดรับรู้และรับรองสิทธิมนุษยชนข้อใดก็จะนำไปบัญญัติซ้ำในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายภายในของตน เพราะฉะนั้น ที่ประชุมสมัชชาแห่งสหประชาชาติจึงได้ตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Right Commission) ขึ้นเพื่อยกร่างกติกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและแสวงหามาตรการเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสิทธินั้น ๆ ด้วย โดยได้ร่างกติกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนออกมาสามฉบับ ซึ่งหนึ่งในสามฉบับนั้นคือ “**กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมือง**” (International Convenant on Civil and Political Right) โดยมีผลเริ่มใช้บังคับในกฎหมายระหว่างประเทศและผูกพันบรรดาประเทศที่ได้ให้สัตยาบัน

¹⁷ Article 29

¹⁸ กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. อ้างแล้ว. หน้า 30-31

นับแต่ พ.ศ. 2519 เป็นต้นมา¹⁹ โดยได้มีการกำหนดเนื้อหาเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพเพิ่มเติมเอาไว้ในข้อ 19 เพื่อให้มีความชัดเจนเกี่ยวกับเสรีภาพดังกล่าวมากขึ้น โดยมีข้อความดังนี้

International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)²⁰

Article 19

1. Everyone shall have the right to hold opinions without interference.
2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.
3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:
 - (a) For respect of the rights or reputations of others;
 - (b) For the protection of national security or of public order (order public), or of public health or morals.

ข้อ 19²¹

1. บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะมีความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง
2. บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดทุกประเภท โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ทั้งนี้ ไม่ว่าด้วยวาจาเป็นลายลักษณ์อักษรหรือการตีพิมพ์ ในรูปของศิลปะ หรือโดยอาศัยสื่อประการอื่นตามที่ตนเลือก
3. การใช้สิทธิตามที่บัญญัติในวรรค 2 ของข้อนี้ ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบคู่ไปด้วย การใช้สิทธิดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดในบางเรื่อง แต่ทั้งนี้ข้อจำกัดนั้นต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายและจำเป็นต่อ
 - (ก) การเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น
 - (ข) การรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือการสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและทางการเมือง ข้อ 19 ได้กำหนดให้การรับรองแก่บุคคลทุกคนในการแสดงความคิดเห็นได้อย่างเสรี ซึ่งเสรีภาพในการแสดงออกนี้หมายความรวมถึงเสรีภาพในการที่จะแสวงหา การรับ และการแจกจ่ายข่าวสารและความคิดเห็นทุกชนิด โดยไม่คำนึงถึงเขตแดนและการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวสามารถแสดงออกได้โดยเสรีไม่ว่าจะเป็นไปในรูปการพูด การเขียน หรือการพิมพ์ ศิลปะ หรือการสื่อสารอย่างอื่น อย่างไรก็ตาม การแสดงความคิดเห็นดังกล่าว จะต้องกระทำด้วยหน้าที่และมีความ

¹⁹ วรวิทย์ ฤทธิพิศ. “ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของสื่อมวลชน.” ดุลพาท (มกราคม-กุมภาพันธ์. 2537) หน้า 82-85

²⁰ <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm> (accessed 1/03/2012)

Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966: entry into force 23 March 1976, in accordance with Article 49

²¹ <http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/iccprt.pdf> (Accessed 17/02/2013) หน้า 8

รับผิดชอบ อีกทั้ง การจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวนี้สามารถกระทำได้ก็แต่เฉพาะอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายและเหตุผลความจำเป็นเพื่อเป็นการเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น หรือเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือสุขภาพของประชาชนหรือศีลธรรมอันดีเท่านั้น จึงจะกระทำได้ ซึ่งจากข้อ 19 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมืองสามารถพิจารณาได้ว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้นมิได้รับรองโดยปราศจากเงื่อนไขแต่ประการใด หากแต่ได้กำหนดขอบเขตอันเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพของไว้ภายใต้เหตุผลความจำเป็นหลายประการ ส่งผลให้การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายมิได้เป็นเสรีภาพที่สมบูรณ์ (Absolute Rights) แต่ประการใด หากแต่ขอบเขตของเสรีภาพของประชาชนในแต่ละประเทศจะมีมากน้อยเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับเหตุผลความจำเป็นและเงื่อนไขของแต่ละประเทศที่ได้กำหนด อย่างไรก็ตาม แม้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมืองจะกำหนดข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไว้อย่างชัดเจนก็ตาม หากแต่ยังได้กำหนดเงื่อนไขของจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเอาไว้ โดยการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นสามารถกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจให้กระทำเช่นนั้น เพราะฉะนั้น การพิจารณาว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการแสดงความคิดเห็นว่าจะมีผลสมบูรณ์เพียงใดนั้น ต้องพิจารณาควบคู่กันกับกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราออกมาว่ามีขอบเขตและเนื้อหาสาระที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวหรือไม่ เพราะหากกฎหมายที่ออกมาโดยรัฐสภามีขอบเขตและเนื้อหาสาระที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในแสดงความคิดเห็นมากน้อยเพียงใด ก็ย่อมต้องถือว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนมีขอบเขตและเนื้อหาสาระเพียงเท่านั้น ซึ่งเท่ากับว่าสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนมีอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายนั่นเอง²² และเมื่อพิจารณาการกำหนดเงื่อนไขขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจากกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมือง ข้อ 19 พบว่าเงื่อนไขเกี่ยวกับขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้นได้รับการรับรองและในบัญญัติไว้ในเอกสารรับรองสิทธิระหว่างประเทศฉบับอื่น ๆ ด้วยในหลักการที่ไม่แตกต่างกัน ดังนี้

European Convention on Human Rights (ECHR)

Article 10

Freedom of expression

.....

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

²² วรวิทย์ ฤทธิพิศ. เรื่องเดิม. หน้า 96

ข้อ 10 ของอนุสัญญาว่าด้วยการปกป้องสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป
หมายความว่า

.....

2. การใช้สิทธิดังกล่าวภายใต้หน้าที่และความรับผิดชอบจะตกอยู่ภายใต้ขั้นตอน เงื่อนไข ข้อจำกัด หรือบทกำหนดโทษโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมาย และเหตุผลความจำเป็นเพื่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หรือประโยชน์สาธารณะด้านความมั่นคงของชาติหรือบูรณภาพแห่งดินแดนหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชนหรืออาชญากรรม หรือเพื่อคุ้มครองสุขภาพอนามัยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อเป็นการปกป้องชื่อเสียงหรือสิทธิของผู้อื่น หรือเพื่อป้องกันการเปิดเผยข้อมูลที่ปกปิดเป็นความลับ หรือเพื่อทรงไว้ซึ่งความเป็นกลางของตุลาการ

The American Convention on Human Rights (ACHR)

Article 13

Freedom of Thought and Expression

.....

2. The exercise of the right provided for in the foregoing paragraph shall not be subject to prior censorship but shall be subject to subsequent imposition of liability, which shall be expressly established by law to the extent necessary to ensure:

1. Respect for the rights or reputations of others; or
2. The protection of national security, public order, or public health or morals.

3. The right of expression may not be restricted by indirect methods or means, such as the abuse of government or private controls over newsprint, radio broadcasting frequencies, or equipment used in the dissemination of information, or by any other means tending to impede the communication and circulation of ideas and opinions.

4. Notwithstanding the provisions of paragraph 2 above, public entertainments may be subject by law to prior censorship for the sole purpose of regulating access to them for the moral protection of childhood and adolescence.

5. Any propaganda for war and any advocacy of national, racial, or religious hatred that constitute incitements to lawless violence or to any other similar action against any person or group of persons on any grounds including those of race, color, religion, language, or national origin shall be considered as offenses punishable by law.

ข้อ 13 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา หมายความว่า

.....

2. การใช้สิทธิที่บัญญัติไว้ในวรรคก่อนจะไม่ตกอยู่ภายใต้การจำกัดก่อนการตีพิมพ์ แต่จะอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบที่กำหนดขึ้นภายหลังโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ภายใต้ความจำเป็นเพื่อ

- (1) การเคารพต่อสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่นหรือ
- (2) การคุ้มครองความมั่นคงของชาติ เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสุขภาพอนามัยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

3. เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไม่อาจถูกจำกัดได้ไม่ว่าโดยวิธีการใด ๆ ไม่ว่าจะโดยรัฐหรือเอกชน ในการควบคุมสื่อสิ่งพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง คลื่นความถี่ในการส่งสัญญาณ หรือเครื่องมืออื่นใดที่ใช้ในการแพร่กระจายข้อมูลข่าวสาร หรือวิธีการอื่นใดอันมีผลเป็นการขัดขวางการไหลเวียนของข้อมูลข่าวสารหรือความคิดเห็นของประชาชน

4. ภายใต้บทบัญญัติของวรรคสอง ความบันเทิงสาธารณะอื่นใดอาจได้รับการตรวจพิจารณาก่อนเผยแพร่ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ ต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมดูแลการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีแก่เด็กและเยาวชน

5. การโฆษณาชวนเชื่อใด ๆ เพื่อก่อให้เกิดสงครามหรือเพื่อการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังเกี่ยวกับชาติ เชื้อชาติ หรือศาสนาอันนำไปสู่การยั่วยุให้เกิดการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือการกระทำอื่นใดอันเป็นการต่อต้านบุคคลหรือลุ่มบุคคลใด ๆ หรือเหตุอื่นใดอันเกี่ยวกับชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา ภาษา หรือ หรือถิ่นกำเนิด เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและจะต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนด

เมื่อพิจารณาจากหลักการสำคัญที่ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและทางการเมือง และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา พบว่า ล้วนแล้วแต่ให้ความสำคัญแก่เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน ทั้งยังกำหนดให้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเป็นเสรีภาพพื้นฐานที่สำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ด้วย อย่างไรก็ตาม แม้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของจะมีความสำคัญมากเพียงใดก็ตาม หากแต่การให้ความสำคัญกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนไม่อาจกระทำได้โดยละเลยความสำคัญของสิทธิเสรีภาพพื้นฐานด้านอื่นของประชาชนที่มีอยู่ประกอบกัน เพราะฉะนั้น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและทางการเมือง และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกาต่างกำหนดเงื่อนไขสำคัญอันเป็น “ข้อจำกัด” การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเอาไว้ โดยกำหนดให้บุคคลทุกคนสามารถใช้สิทธิของตนได้ แต่การใช้สิทธิดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตหรือข้อจำกัดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เพียงเพื่อรักษาไว้ซึ่งการเคารพต่อสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น การคุ้มครองความมั่นคงของชาติ การคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชน อันเป็นพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันในสังคมประชาธิปไตยนั่นเอง

เมื่อพิจารณาจากหลักการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามที่กำหนดในเอกสารต่าง ๆ ข้างต้นพบว่าเอกสารเหล่านี้ต่างได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเอาไว้ซึ่ง แม้จะมีรายละเอียดของข้อจำกัดที่แตกต่างกัน หากแต่หลักการที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดเงื่อนไขเพื่อที่จะจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนนั้นจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขและองค์ประกอบของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในลักษณะเดียวกัน ซึ่งเป็นที่ยอมรับร่วมกันว่าหลักการของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่เรียกว่า Three-Part Test²³ ดังต่อไปนี้ ดังนี้

²³ Toby Mendel. Ibid. P.3

1. การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย (Provided by Law)

เงื่อนไขแรกของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานนั้นจะกระทำได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามที่ “กฎหมาย” กำหนดเท่านั้นซึ่งคำว่า “กฎหมาย” นี้ครอบคลุมกฎหมายทุกประเภทหรือไม่นั้นในประเด็นนี้ The Inter-American Court of Human Rights (IACHR) ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “กฎหมาย”²⁴ เอาไว้โดยพิจารณาจากคำว่า “กฎหมาย” ที่ปรากฏใน The American Convention on Human rights (ACHR) ข้อ 30 ที่กำหนดว่า

“Article 30 Scope of Restrictions

The restrictions that, pursuant to this Convention, may be placed on the enjoyment or exercise of the rights or freedoms recognized herein may not be applied except in accordance with laws enacted for reasons of general interest and in accordance with the purpose for which such restrictions have been established.”

โดยได้ให้ความเห็นว่าคำว่า “กฎหมาย” นั้นไม่หมายความรวมถึงกฎหมายของฝ่ายบริหารที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เนื่องจากการจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไม่อาจกระทำได้โดยอำนาจของรัฐบาลหรืออยู่ภายใต้ดุลพินิจของรัฐบาล ดังนั้น “กฎหมาย” ในที่นี้จึงหมายความว่ากฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติและได้ประกาศใช้ตามกระบวนการภายในของแต่ละรัฐนั่นเอง²⁵ อย่างไรก็ตาม The Inter-American Court of Human Rights (IACHR) เห็นว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติอาจกำหนดให้มีการมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองในการตรากฎเกณฑ์ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายอันมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้ภายใต้กรอบดุลพินิจที่เหมาะสมอีกด้วย²⁶ นอกจากนี้ “กฎหมาย” ที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้นจะต้องมีชัดเจนเพียงพอถึงสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมาย อันส่งผลให้กฎหมายใดที่บทบัญญัติที่คลุมเครือไม่ชัดเจนเพียงพอไม่อาจใช้บังคับได้ ซึ่งศาลสูงสหรัฐ²⁷ และศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป²⁸ ได้ตัดสินรับรองหลักการนี้ไว้ในลักษณะเดียวกัน

²⁴ The Word " Laws " in Article 30 of the American Convention on Human Rights, Advisory Opinion OC-6/86, May 9, 1986, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 6 (1986). http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/b_11_4f.htm (Accessed 1/12/2010)

²⁵ Ibid. Paragraph 27

The Court concludes that the word "laws," used in Article 30, can have no other meaning than that of formal law, that is, a legal norm passed by the legislature and promulgated by the Executive Branch, pursuant to the procedure set out in the domestic law of each State.

²⁶ Ibid. Paragraph 36

The above does not necessarily negate the possibility of delegations of authority in this area, provided that such delegations are authorized by the Constitution, are exercised within the limits imposed by the Constitution and the delegating law, and that the exercise of the power delegated is subject to effective controls....

²⁷ Gooding v. Wilson. 405 U.S. 518 (1972). P.522

²⁸ Feldek v. Slovakia. 12 July 2001. Application No. 29032/95. Paragraph 56

2. การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Aim)

เงื่อนไขประการที่สองของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนนั้น กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองความชอบด้วยกฎหมายและประโยชน์สาธารณะอื่นที่สำคัญกว่า²⁹ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายที่ปรากฏในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมือง หรือ International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) ในข้อ 19 (3) พบว่าได้กำหนดชอบด้วยวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไว้โดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายอย่างกว้าง ในประเด็นดังต่อไปนี้ กล่าวคือ การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนสามารถกระทำได้หากเป็นไปเพื่อเป็นการเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น หรือเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือสุขภาพของประชาชนหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังรายละเอียดต่อไปนี้

2.1 หลักการคุ้มครองสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น

โดยที่การให้ความคุ้มครองและรับรองแก่เสรีภาพต่าง ๆ ที่ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองแห่งสหประชาชาตินั้น ล้วนเป็นไปเพื่อปกป้องและคุ้มครองปัจเจกบุคคลแต่ละคนด้วยเหตุนี้ เสรีภาพต่าง ๆ จึงย่อมอยู่ภายใต้จุดมุ่งหมายที่จะปกป้องและคุ้มครองปัจเจกบุคคลนั่นเอง ซึ่งหลักเกณฑ์ในการควบคุมการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยสิทธิของผู้อื่นนี้เป็นข้อจำกัดที่ได้วิวัฒนาการมานับศตวรรษแล้ว ดังสุภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า “Neminem Laedere” คือ ไม่พึงกระทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่า การใช้สิทธิเสรีภาพนั้นจะต้องไม่เป็นอันตรายหรือเป็นการทำลายล้างหรือขัดขวางการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น แม้สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะได้รับการส่งเสริมหรือสนับสนุนมากเพียงใดก็ตาม หากแต่สิทธิเสรีภาพดังกล่าวนี้ก็ไม่อาจกระทำการโดยละเมิดหรือทำลายล้างสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นที่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยเช่นกัน สอดคล้องกับแนวคิดของ John Lock ที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกัน และไม่อาจให้บุคคลใดก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่นได้ และเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอันเท่าเทียมกัน จึงจำเป็นที่จะต้องจำกัดเสรีภาพของตนเพื่อให้ผู้อื่นและตนเองมีเสรีภาพที่แท้จริง³⁰ อีกด้วย การให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่นจึงเป็นความพยายามที่จะก่อให้เกิดความสมดุลของคุณค่าทางสังคมโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการเคารพความเป็นมนุษย์ ซึ่ง “สิทธิส่วนบุคคล” นั้นเป็นสิทธิของบุคคลที่จะอยู่โดยลำพัง (Right to be let alone) โดยปราศจากการรบกวนและมีขอบเขตกว้างขวาง เป็นสิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคลที่คาดหมายได้ว่าข้อมูลส่วนบุคคลจะไม่ถูกเปิดเผยต่อบุคคลที่สามหรือต่อสาธารณะชนโดยปราศจากความยินยอม ซึ่งการเปิดเผยนั้นอาจส่งผลให้บุคคลดังกล่าวได้รับความเดือดร้อน อับอายหรือได้รับความทุกข์ทรมานใจ³¹ อีกด้วย

²⁹ Toby Mendel. Ibid. P. 13

³⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. สำนักพิมพ์วิญญูชน 2552. หน้า 205

³¹ Ronald B. Standler. Privacy Law in USA <http://www.rbs2.com/privacy.html> (Accessed 2/12/2010)

2.2 หลักความมั่นคงของรัฐ

เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนโดยทั่วไปจะถูกจำกัดอยู่ภายใต้หลักการสำคัญประการหนึ่งคือเป็นการจำกัดเพื่อความมั่นคงของรัฐ (National Security) ซึ่งเมื่อพิจารณาจากสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนต่าง ๆ พบว่า ล้วนแล้วแต่กำหนดให้ “ความมั่นคงของรัฐ” เป็นเหตุผลอันหนึ่งที่สามารถจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้³² ทั้งนี้เนื่องจากอำนาจอธิปไตยของรัฐจะสามารถถูกใช้หรือแสดงออกได้ก็แต่โดยอาศัยความมีอยู่ของรัฐ ความมั่นคงของรัฐ และหากรัฐปราศจากซึ่งความมั่นคงแล้วการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ย่อมมีอาจที่จะมีขึ้นได้ ดังนั้นเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐไว้ ในบางกรณีจึงจำต้องยอมให้มีการลิดรอนหรือจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพื่อให้รัฐดำรงอยู่ได้อย่างปลอดภัย ซึ่งการจำกัดสิทธิเสรีภาพสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นภายใต้หลักความมั่นคงของรัฐนั้น ย่อมหมายความถึงความมั่นคงเป็นเอกภาพและบูรณาภาพของรัฐหรือความมั่นคงในองค์ประกอบแห่งรัฐ อันได้แก่ ความมั่นคงในบูรณาภาพแห่งดินแดน ความมั่นคงในอำนาจอธิปไตยของรัฐ เช่น ความมั่นคงในระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญ อำนาจการปกครอง ระบบกฎหมาย และการบังคับการตามกฎหมาย ซึ่งความมั่นคงของรัฐดังกล่าวนี้มีได้หมายความถึงความมั่นคงทางการทหารหรือการป้องกันเขตแดนของรัฐเท่านั้น หากแต่ยังหมายความรวมถึงความมั่นคงภายในรัฐ ความมั่นคงในฐานะทางเศรษฐกิจหรือฐานะทางการเงินที่อาจกระทบต่ออำนาจต่อรองของรัฐกับต่างประเทศหรือความมีประสิทธิภาพในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอีกด้วย ดังปรากฏในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่กำหนดให้ในภาวะฉุกเฉินซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติ และได้มีการประกาศภาวะนั้นอย่างเป็นทางการแล้ว รัฐอาจใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงกติกานี้ได้ตามความฉุกเฉินของสถานการณ์ แต่ทั้งนี้ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับพันธกรณีอื่น ๆ และต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนาหรือเผ่าพันธุ์ทางสังคมและข้อ 19 ที่กำหนดรองรับให้บุคคลทุกคนมีสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น แต่อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบควบคู่กันไปภายใต้ข้อจำกัดบางประการซึ่งได้บัญญัติไว้ในกฎหมายและจำเป็นต่อความมั่นคงของรัฐอีกด้วย อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการกำหนดความมั่นคงของรัฐเป็นเงื่อนไขหนึ่งที่จะจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้ก็ตาม หากแต่จำต้องมีความสมดุลระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและความมั่นคงของรัฐด้วยเช่นกัน ดังนั้น ต่อมาภายหลังจึงได้มีการเสนอเงื่อนไขของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นภายใต้เหตุผลเรื่องความมั่นคงของรัฐ (Johannesburg Principles: Principle 6)³³ โดยกำหนดให้รัฐไม่อาจใช้เหตุผลเพื่อความมั่นคงของรัฐในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้ เว้นแต่รัฐจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าครบเงื่อนไขสามข้อ³⁴ กล่าวคือการแสดงความคิดเห็นนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งให้

³² S. Coliver. The Article 19 Freedom of Expression Manual. The Bath Press: Avon. August 1993.

อ้างใน Nurullah Yamali, Judge. The Important of Freedom of Speech. Ministry of Justice. Turkey. P.7
<http://www.justice.gov.tr/e-journal/pdf/LW7078.pdf> (Accessed 21/12/2010)

³³ Dr. A.Callamard. Article 19. “Key Note Speech: Osce Supplementary Meeting Freedom of Media: Protection of Journalists and Access to Information”. 13-14 July 2006.
<http://www.article19.org/pdfs/conferences/human-security-speech.pdf> (Accessed 15/12/2010)

³⁴ Principle 6: Expression That May Threaten National Security

Subject to Principles 15 and 16, expression may be punished as a threat to national security only if a government can demonstrate that:

- (a) the expression is intended to incite imminent violence;
- (b) it is likely to incite such violence; and

เกิดความรุนแรง มีโอกาสที่จะเกิดความรุนแรงจากการแสดงความคิดเห็นนั้น และมีความเชื่อมโยงกันโดยตรง และทันทีระหว่างการแสดงความคิดเห็นนั้นและโอกาสที่จะเกิดความรุนแรงนั้น

2.3 หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

โดยที่การใช้อำนาจของรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพใดก็ตามจะต้องคำนึงถึงหลักแห่งความเสมอภาค (Principle of Equality Before the Law) อันเป็นหลักการทั่วไปของกฎหมายไปพร้อม ๆ กันด้วย หลักแห่งความเสมอภาคนี้หมายความว่าประชาชนจะต้องได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน โดยองค์กรของรัฐจะต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเป็นอย่างเดียวกันและปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญที่ต่างต่างตามลักษณะเฉพาะของบุคคล ด้วยเหตุนี้เมื่อรัฐประสงค์ที่จะตรากฎหมายใดออกมาใช้บังคับกับประชาชน การใช้บังคับกฎหมายดังกล่าวจึงต้องเป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายโดยไม่แบ่งแยกประเภทของบุคคลหรือเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วย หลักการดังกล่าวปรากฏในข้อ 1 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองแห่งสหประชาชาติที่กำหนดให้ “มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ ต่างมีเหตุผลและมโนธรรมและควรปฏิบัติต่อกันด้วยจิตวิญญานแห่งภราดรภาพ”³⁵ อีกทั้งยังปรากฏในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อ 20 ที่กำหนดให้การโฆษณาชวนเชื่อใด ๆ เพื่อการสงคราม (War Propaganda) การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติพันธุ์ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ซึ่งยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรงเป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมาย (Hate Speech) เพราะฉะนั้น แม้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจะเป็นสิ่งที่มีความสำคัญต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย แต่หากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนก็เป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ ทั้งนี้ เพื่ออารังไว้ซึ่งผลประโยชน์ของส่วนรวมที่เหนือกว่า และสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกาที่กำหนดให้การโฆษณาชวนเชื่อใด ๆ เพื่อก่อให้เกิดสงครามหรือเพื่อการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังเกี่ยวกับชาติ เชื้อชาติ หรือศาสนาอันนำไปสู่การยั่วยุให้เกิดการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือการกระทำอื่นใดอันเป็นการต่อต้านบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใด ๆ หรือเหตุอื่นใดอันเกี่ยวกับชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา ภาษา หรือ หรือถิ่นกำเนิด เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและจะต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนด และโดยที่หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นสิ่งที่อยู่เหนือสิทธิหรือประโยชน์ส่วนบุคคลเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของส่วนรวม และหลักการดังกล่าวจะถูกใช้ในคดีความทุกคดีและหากกฎหมายปราศจากศีลธรรมอันดีแล้วจะทำให้ประชาชนขาดหลักประกันในการดำรงชีวิต

2.4 หลักการคุ้มครองสุขภาพอนามัยของประชาชน

โดยที่การกำหนดให้ความคุ้มครองแก่สุขภาพอนามัยของประชาชนนั้น เป็นการกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันมิให้การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลภายใต้เสรีภาพดังกล่าวไปกระทบกระเทือนหรือก่อให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจแก่บุคคลอื่น และโดยที่ความเสื่อมทรามทางจิตใจ³⁶ นั้นหมายความถึงการ

(c) there is a direct and immediate connection between the expression and the likelihood or occurrence of such violence.

³⁵ Article 1

All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.

³⁶ บุญเลิศ คชายุทธเดช. รวมสารรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน. สำนักพิมพ์มติชน 2541. หน้า 192-193

ทำให้ความรู้สึกหรือมโนธรรมตกต่ำ เช่น การตีพิมพ์ภาพลามกอนาจาร การเขียนข้อความที่มีลักษณะยั่วยุกรมรมย์ ส่วนคำว่า “สุขภาพ” นั้นหมายถึงความถึงความสุขที่ปราศจากโรค ความสบาย การเสนอข่าวหรือคำแนะนำให้ประชาชนบริโภคยา หรืออาหาร หรือสมุนไพร หรือสารอื่นใดก็ตาม ซึ่งไม่มีการรับรองจากส่วนราชการที่รับผิดชอบโดยตรง ไม่มีหลักประกันความปลอดภัยอย่างแท้จริง เพราะฉะนั้น การจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนอื่นนั้น จึงเป็นการจำกัดในเชิงของการป้องปรามหรือป้องกันมิให้เกิดผลร้ายจากการใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าว ทั้งนี้เนื่องจากความเสื่อมทรามทางจิตใจเป็นสิ่งที่เปื้อนนามธรรมอันเกิดขึ้นจากภายในจิตใจอันอาจส่งผลให้มาตรฐานในทางศีลธรรมของประชาชนเสื่อมลงอันอาจนำมาซึ่งผลร้ายที่เป็นรูปธรรมที่กระทบต่อสังคมได้ ดังนั้น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไม่ว่าในรูปแบบใดอันอาจก่อให้เกิดผลกระทบหรือผลเสียหายดังกล่าวย่อมถูกจำกัดได้ตามรัฐธรรมนูญโดยต้องคำนึงถึงคุณค่าและผลประโยชน์ในสังคมซึ่งอาจแตกต่างกันไปในแต่ละสังคมวัฒนธรรมและกาลเทศะประกอบด้วย

3. การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น (Necessary)

เงื่อนไขประการสุดท้ายของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนคือการกำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะต้องทำเท่าที่จำเป็นที่กำหนดขึ้นเพื่อเป็นการปกป้องวัตถุประสงค์ตามที่ระบุไว้ในข้อสองนั่นเองอันเป็นการสร้างมาตรฐานที่สูงขึ้นแก่รัฐในกรณีของการกำหนดมาตรการใด ๆ อันมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ซึ่งคำว่า “จำเป็น” นั้นศาลระหว่างประเทศจะประเมินหรือให้คุณค่ากับคำว่าจำเป็นเป็นเงื่อนไขสองประการ กล่าวคือ ข้อจำกัดนั้นเป็นเรื่องเร่งด่วน (Pressing) หรือไม่หรือเป็นความจำเป็นอย่างแท้จริง (Substantial Need) ในการกำหนดข้อจำกัดนั้น ๆ หรือไม่³⁷ ประการที่สองมาตรการที่กำหนดขึ้นเพื่อเป็นข้อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้นจำเป็นที่จะต้องมีความเชื่อมโยงอย่างมีเหตุผลกับประโยชน์สาธารณะที่มุ่งคุ้มครอง ซึ่งในกรณีนี้รัฐจำเป็นที่จะต้องออกแบบข้อจำกัดนั้นอย่างระมัดระวังเพื่อมิให้มาตรการนั้น ๆ ลุกล้ำเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจนเกินสมควร ดังที่ The Inter-American Court of Human Rights (IACHR) ได้ให้ความเห็นว่าการณที่รัฐมีหลายทางเลือกในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ รัฐจำต้องเลือกใช้ข้อจำกัดขั้นต่ำที่สุด ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองเสรีภาพของประชาชนที่อยู่เหนือกว่านั่นเอง ซึ่งสอดคล้องกับศาลสูงแคนาดาที่ตัดสินยืนยันว่า มาตรการที่กำหนดขึ้นเพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้นจำต้องถูกออกแบบอย่างระมัดระวังเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้น ๆ เท่านั้น อย่างไรก็ตาม มาตรการดังกล่าวจะต้องมิใช่มาตรการที่กำหนดขึ้นตามอำเภอใจ หรือเป็นมาตรการที่ไม่เป็นธรรม หรือเป็นการพิจารณาที่ปราศจากเหตุผลรองรับแต่อย่างใด³⁸ และมาตรการดังกล่าวจะต้องสิ้นสุดลงโดยไม่มีผลเป็นการระงับเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลเมื่อได้ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดจนบรรลุวัตถุประสงค์ในการจำกัดเสรีภาพนั้น ๆ แล้ว นอกจากนี้ การกระทำภายใต้เหตุผลเพื่อความจำเป็นดังกล่าวนี้ จะต้องอยู่ภายใต้ “หลักความได้สัดส่วน” (Proportional Principle) ซึ่งประโยชน์สาธารณะจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองเหนือกว่าประโยชน์ส่วนตัวของบุคคลหนึ่งบุคคลใด อย่างไรก็ตาม จำต้องคำนึงถึงแก่นหรือสาระสำคัญของข้อจำกัดนั้น ประกอบกับการกำหนดบทลงโทษใด ๆ สำหรับการฝ่าฝืนข้อจำกัดนั้น ๆ ด้วย ซึ่งกรณีนี้เมื่อศาลระหว่างประเทศต้องพิจารณาบทพื้นฐานของข้อเรียกร้องเกี่ยวกับประโยชน์ของเอกชน ศาลจะพิจารณาบนพื้นฐานของความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงโดยผลของข้อจำกัดนั้น ๆ

³⁷ Lingens v. Austria, 1986 : European Court of Human Rights

³⁸ R. v. Oakes, 1986 : The Inter-American Court of Human Rights

(Actual Damage Caused by the Statements) เป็นเกณฑ์ และหากจะต้องพิจารณาบนพื้นฐานข้อเรียกร้องที่อยู่บนพื้นฐานของประโยชน์สาธารณะ เช่น ความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประชาชนหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลจะพิจารณาบนพื้นฐานของความเสี่ยงของการเกิดอันตราย (The Risk of Harm) เป็นเกณฑ์ในการตัดสินคดีนั้นเอง³⁹

³⁹ Toby Mendel. Ibit. P.19-20

บทที่ 3

ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามบทบัญญัติของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ภายใต้หลักความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายที่เป็นรากฐานของกฎหมายทั้งระบบ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่กำหนดจัดตั้งองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยตลอดจนกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรดังกล่าว การกำหนดรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งยังกำหนดเงื่อนไขของการแก้ไขหรือเพิ่มเติมไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ ส่งผลให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่สามารถใช้กระบวนการตรากฎหมายปกติที่เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติได้ ประกอบกับภายใต้ความสำคัญของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 จึงได้มีการบัญญัติรับรองเสรีภาพดังกล่าวในฐานะที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้อย่างชัดเจนไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เรื่อยมา ดังนี้

3.1 พัฒนาการของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามบทบัญญัติของ รัฐธรรมนูญ

สำหรับประเทศไทยได้ร่วมลงมติรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในฐานะประเทศภาคีสมาชิกของสหประชาชาติ และตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาเมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีตพบว่าได้กำหนดรับรองสิทธิดังกล่าวเอาไว้โดยมีรายละเอียดการรับรองที่แตกต่างกัน ซึ่งนับแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา ประเทศไทยได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญทั้งฉบับชั่วคราวและฉบับถาวรมาแล้วรวมทั้งสิ้นจำนวน 18 ฉบับ ดังนี้

1. พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475
2. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475
3. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489
4. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490
5. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492
6. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม 2495
7. ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502
8. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511
9. ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515
10. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517
11. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519
12. ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520
13. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521
14. ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534
15. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534
16. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 พุทธศักราช 2538

17. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540
18. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

ภายใต้กรอบการศึกษาวิจัยที่ศึกษาเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตอมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้น พบว่ารัฐธรรมนูญของไทยในอดีตทั้ง 18 ฉบับนั้นมีเพียง 6 ฉบับเท่านั้นที่ไม่มีบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเอาไว้ อันได้แก่

1. พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475
2. ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502
3. ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515
4. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519
5. ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520
6. ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534

ส่วนรัฐธรรมนูญของไทยในอดีตอีกจำนวน 12 ฉบับนั้น ล้วนแล้วแต่มีการบัญญัติรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนไว้ทั้งสิ้นโดยมีรายละเอียดแตกต่างกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับบริบททางการเมืองของไทยในแต่ละยุคสมัยนั่นเอง โดยสามารถพิจารณาหลักเกณฑ์การรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ ซึ่งสามารถสะท้อนพัฒนาการของการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้เป็นอย่างดี ดังนี้

1. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475

“มาตรา 14 ภายในบังคับแห่งบทกฎหมาย บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุมโดยเปิดเผย การตั้งสมาคม การอาชีพ”

2. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

“มาตรา 14 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา การศึกษาอบรม การชุมนุมสาธารณะ การตั้งสมาคม การตั้งคณะพรรคการเมือง การอาชีพ ทั้งนี้ ภายใต้บังคับแห่งบทกฎหมาย”

3. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490

“มาตรา 23 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา การศึกษาอบรม การชุมนุมสาธารณะ การตั้งสมาคม การอาชีพ ทั้งนี้ ภายใต้บังคับแห่งบทกฎหมาย”

4. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492

“มาตรา 35 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการพูด การเขียน การพิมพ์ และการโฆษณา การจำกัดสิทธิเสรีภาพเช่นว่านี้ จะกระทำได้อีกแต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อหลีกเลี่ยงภาวะคับขัน หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อป้องกันความเสื่อมทรามทางจิตใจของยุวชน

.....”

5. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม 2495

“มาตรา 26 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในทรัพย์สิน การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา การศึกษาอบรม การชุมนุมสาธารณะ การตั้งสมาคม การตั้งพรรคการเมือง ทั้งนี้ภายใต้บังคับแห่งบทกฎหมาย”

6. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511

“มาตรา 33 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการพูด การเขียน การพิมพ์และการโฆษณา การจำกัดเสรีภาพเช่นว่านี้ จะกระทำได้ก็แต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลอื่น หรือเพื่อหลีกเลี่ยงภาวะคับขัน หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันความเสื่อมทรามทางจิตใจของยุวชน
การให้เงินหรือทรัพย์สินอย่างอื่นอุดหนุนหนังสือพิมพ์ของเอกชน รัฐจะกระทำมิได้”

7. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517

“มาตรา 40 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ และการโฆษณา การจำกัดเสรีภาพเช่นว่านี้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงแห่งรัฐ หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ หรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

.....”

8. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521

“มาตรา 34 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ และการโฆษณา การจำกัดเสรีภาพเช่นว่านี้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงแห่งรัฐ หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียงของบุคคลอื่น หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

.....”

9. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534

“มาตรา 37 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

การจำกัดเสรีภาพเช่นว่านี้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงแห่งรัฐ หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียงของบุคคลอื่น หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

.....”

10. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 พุทธศักราช 2538

“มาตรา 39 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงแห่งรัฐ หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

.....”

11. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

“มาตรา 39 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีการอื่น

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

.....”

12. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

“มาตรา 3 ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ คักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคบรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้”

จากบทบัญญัติดังกล่าวพบว่า เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญมาเป็นระยะเวลายาวนาน หากแต่รายละเอียดของการรับรองและเงื่อนไขหรือระดับของความคุ้มครองต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนนั้นจะมีมากขึ้นน้อยแตกต่างกันขึ้นอยู่กับบริบททางการเมืองของสังคมไทยในช่วงเวลานั้น ๆ ซึ่งเมื่อพิจารณาขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนในรัฐธรรมนูญของไทยในอดีตทั้ง 12 ฉบับแล้วพบว่าขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนอาจแบ่งได้เป็นสองลักษณะคือ

1. การกำหนดขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนภายใต้กฎหมาย กล่าวคือ เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐสภาในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้ โดยมิได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนโดยกฎหมายเอาไว้แต่อย่างใด ดังปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม 2495 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากหลักการของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญข้างต้นพบว่า แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนโดยกฎหมายเอาไว้ก็ตาม หากแต่การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนนั้นจะสามารถกระทำต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนดเท่านั้น โดยจะเห็นได้จากถ้อยคำในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวข้างต้นที่กำหนดว่า “ภายใต้บังคับแห่งบทกฎหมาย” ซึ่งสอดคล้องกับขอบเขตการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ปรากฏในเอกสารรับรองสิทธิหลายฉบับที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่สอง ที่กำหนดให้ “การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำโดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย (Provided by Law) นั้นเอง” ซึ่งคำว่า “กฎหมาย” นั้นไม่หมายความรวมถึงกฎหมายของฝ่ายบริหารที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เนื่องจากการจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไม่อาจกระทำโดยอำนาจของรัฐบาลหรืออยู่ภายใต้ดุลพินิจของรัฐบาล ดังนั้น “กฎหมาย” ในที่นี้จึงหมายความถึงกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และได้ประกาศใช้ตามกระบวนการภายในของแต่ละรัฐนั่นเอง¹ และย่อมหมายความว่ารัฐธรรมนูญได้มอบให้เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการกำหนด “วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย” (Legitimate Aim) ในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเอาไว้ และศาลจะเป็นผู้มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวว่าเป็นการกระทำที่จำเป็น (Necessary) มากน้อยเพียงใดนั่นเอง

2. การกำหนดขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนภายใต้กฎหมายโดยเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสภาสามารถตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น ดังปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 พุทธศักราช 2538 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ ดังกล่าวพบว่า รัฐธรรมนูญได้รับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนไว้ทั้งเสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ และการโฆษณา อย่างไรก็ตาม เสรีภาพดังกล่าวยังสามารถถูกจำกัดได้ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น โดยการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้ คือ

2.1 “เพื่อหลีกเลี่ยงภาวะคับขัน”

วัตถุประสงค์นี้ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 และ 2511 ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาได้เปลี่ยนแปลงถ้อยคำเป็น “เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ” แทนดังปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 2521 2534 และ 2540

2.2 “เพื่อคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลอื่น”

วัตถุประสงค์นี้ไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 หากแต่เพิ่งกำหนดให้รัฐสามารถจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้หากเป็นไปเพื่อคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลอื่นโดยเริ่มกำหนดให้ความคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 เป็นครั้งแรก อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากได้มีการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำเป็น “เพื่อคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลอื่น” ดังปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 โดยมีการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำอีกครั้งเป็น

¹ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 2 หัวข้อย่อย 2.3 เรื่อง ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

“เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ หรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น” ดังปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2571 2521 และ 2534 และแก้ไขเปลี่ยนแปลงถ้อยคำเป็น “เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น” ดังปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 พุทธศักราช 2538 และได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงถ้อยคำอีกครั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็น “เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น”

2.3 “เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน”

วัตถุประสงค์นี้เป็นวัตถุประสงค์เดียวที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับ โดยไม่เคยมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการและรายละเอียดเกี่ยวกับถ้อยคำนี้แต่อย่างใด ตรงกันข้ามรัฐธรรมนูญทุกฉบับต่างรับเอาหลักการคุ้มครองความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีเป็นหลักการสำคัญที่รัฐจะสามารถจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้ และใช้หลักการนี้ต่อเนื่องเรื่อยมาจนปัจจุบัน

2.4 “เพื่อป้องกันความเสื่อมทรามทางจิตใจของยุวชน”

วัตถุประสงค์นี้ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 และ 2511 ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาได้เปลี่ยนแปลงถ้อยคำเป็น “เพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน” แทน ดังปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 2521 2534 และ 2540

เมื่อพิจารณาจากขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญหลาย ๆ ฉบับข้างต้นพบว่า เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสามารถตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น ซึ่งสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามที่ปรากฏในเอกสารรับรองสิทธิหลายฉบับดังที่ได้กล่าวในบทที่สองแล้ว กล่าวคือ เป็นการกำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจะต้องมีกฎหมายกำหนด (Provided by Law) การตรากฎหมายอันมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนแม้จะเป็นอำนาจของรัฐสภาหากแต่รัฐสภาจะต้องตรากฎหมายภายใต้กรอบวัตถุประสงค์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น (Legitimate Aim) ซึ่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเหล่านี้ได้กำหนดวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายไว้แตกต่างกันในแต่ละยุคสมัยดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น และประการสุดท้ายกฎหมายเหล่านี้จำเป็นต้องมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเท่าที่จำเป็น (Necessary) เท่านั้นซึ่งเป็นอำนาจของศาลเป็นผู้พิจารณานั้นเอง

3.2 หลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน

ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังที่กล่าวข้างต้น พบว่าแม้รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดจะได้กำหนดรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนไว้ก็ตาม หากแต่บทบัญญัติดังกล่าวเองได้กำหนดให้รัฐสภาสามารถตรากฎหมายในลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้ ทั้งนี้ภายใต้วัตถุประสงค์ที่รัฐธรรมนูญกำหนด อันจัดเป็น “เงื่อนไข” ที่สำคัญของการควบคุมการใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวนั่นเอง ซึ่งในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับจะกำหนดรายละเอียดมากขึ้นน้อยแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับภาวะการณ์ทางการเมืองและความเหมาะสมในแต่ละยุคสมัยนั่นเอง สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช

2550 ซึ่งเป็นฉบับที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองและรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนไว้ในมาตรา 45 ดังนี้

“มาตรา 45 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีการอื่น

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

.....”

จากบทบัญญัติดังกล่าวพบว่ารัฐธรรมนูญได้รับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นเสรีภาพในการพูด เสรีภาพในการเขียน เสรีภาพในการพิมพ์ เสรีภาพในการโฆษณาหรือเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันด้วยวิธีการอื่นใด ซึ่งสอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองแห่งสหประชาชาติ และการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และด้วยเหตุที่ประชาชนจะสามารถแสดงความคิดเห็นเพื่อที่จะมีส่วนร่วมในการปกครองได้นั้น ประชาชนจำเป็นต้องได้รับทราบข้อมูลข่าวสารอย่างเพียงพอ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นฉบับที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน จึงได้กำหนดคุ้มครองเสรีภาพในข้อมูลข่าวสารไปพร้อม ๆ กัน เนื่องจากเสรีภาพในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารนั้นเป็นเสรีภาพพื้นฐานที่ประชาชนจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองเพื่อให้สามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารต่าง ๆ โดยเฉพาะข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองของรัฐ² ทั้งนี้ เนื่องจากหากประชาชนไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารได้ก็ย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิในการรับรู้ของประชาชนไปพร้อม ๆ กันและย่อมไม่สามารถแสดงความคิดเห็นเพื่อเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมืองอันเป็นรากฐานที่สำคัญของการปกครองระบอบประชาธิปไตยได้ อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวมิใช่เสรีภาพที่รับรองโดยสมบูรณ์แต่ประการใด เนื่องจากแม้รัฐธรรมนูญจะได้กำหนดรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไว้ดังกล่าวข้างต้นก็ตาม หากแต่ยังได้กำหนดให้รัฐมีอำนาจในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้ หากเป็นกรณีที่กระทำไปภายใต้วัตถุประสงค์เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียงหรือสิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน ซึ่งการกระทำภายใต้วัตถุประสงค์ดังกล่าวจะต้องมี “กฎหมาย” ให้อำนาจจึงจะสามารถกระทำได้ ซึ่งคำว่ากฎหมายในที่นี้ย่อมหมายถึงกฎหมายที่ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายดังกล่าวขึ้น และยิ่งหมายความว่าความรวมถึงกฎหมายองค์กรฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติให้ตราขึ้นใช้บังคับประชาชนเป็นการทั่วไปด้วย³ เช่น กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เป็นต้น ซึ่งกฎหมายเหล่านี้

² มาตรา 56 บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในความครอบครองของทางราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่การเปิดเผยข้อมูลหรือข่าวสารนั้นจะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประชาชน หรือส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น หรือเป็นข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “เงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน; “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย,” วารสารนิติศาสตร์. มิถุนายน 2543. หน้า 190-191

เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง และโดยที่กฎหมายเหล่านี้เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้⁴ นอกจากนี้ กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนยังต้องมีความแน่นอนชัดเจนเพื่อให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิเสรีภาพได้ตามศักยภาพโดยไม่ต้องเกรงว่าจะกระทำการผิดกฎหมายอีกด้วย

3.3 ขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน

โดยที่สิทธิและเสรีภาพนับว่าเป็นค่าที่มีความหมายในเชิงนามธรรมอันเป็นที่กล่าวขวัญกันมากทั้งในเชิงการเมืองและในหมู่ประชาชนทั่วไปซึ่งล้วนมีมุมมองที่แตกต่างกันไป ซึ่งความแตกต่างดังกล่าวนี้เป็นผลมาจากค่านิยมของขอบเขตความหมายของสิทธิและเสรีภาพที่ต่างกันไป ส่งผลให้การใช้สิทธิและเสรีภาพของคน ๆ หนึ่งอาจจะเมิดสิทธิและเสรีภาพของคนอีกคนหนึ่งได้ อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลทุกคนล้วนย่อมมีขอบเขตเสมอเพื่อมิให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนจากการใช้สิทธิและเสรีภาพของตน และแม้ว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะจัดได้ว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยก็ตาม หากแต่การใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการแสดงความคิดเห็นในเรื่องใดจึงจำต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดเช่นกัน ซึ่งหลักการนี้สอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมือง ที่แม้ยังคงให้การรับรองแก่บุคคลทุกคนในการแสดงความคิดเห็นได้อย่างเสรี ซึ่งเสรีภาพในการแสดงออกนี้หมายรวมถึงเสรีภาพในการที่จะแสวงหา การรับ และการแจกจ่ายข่าวสารและความคิดเห็นทุกชนิด โดยไม่คำนึงถึงเขตแดน และการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวสามารถแสดงออกได้โดยเสรีไม่ว่าจะเป็นไปในรูปการพูด การเขียน หรือการพิมพ์ ศิลปะ หรือการสื่อสารอย่างอื่น อย่างไรก็ตาม การแสดงความคิดเห็นดังกล่าว จะต้องกระทำด้วยหน้าที่และมีความรับผิดชอบ อีกทั้ง การจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวนี้สามารถกระทำได้ก็แต่เฉพาะอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายและเหตุผลความจำเป็นเพื่อเป็นการเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น หรือเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือสุขภาพของประชาชนหรือศีลธรรมอันดีเท่านั้นจึงจะกระทำได้ ซึ่งย่อมหมายความว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้นมิได้รับรองโดยปราศจากเงื่อนไขแต่ประการใด หากแต่ได้กำหนดขอบเขตอันเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพของไว้ภายใต้เหตุผลความจำเป็นหลายประการ ส่งผลให้การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายมิได้เป็นเสรีภาพที่สมบูรณ์แต่ประการใด หากแต่ขอบเขตของเสรีภาพของประชาชนในแต่ละประเทศจะมีมากน้อยเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับเหตุผลความจำเป็นและเงื่อนไขของแต่ละประเทศที่ได้กำหนดนั่นเอง

1. หลักเกณฑ์การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมิได้เป็นเสรีภาพที่สมบูรณ์ (Absolute Rights) หากแต่เป็นเสรีภาพที่ต้องใช้ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ประกอบกับการรับรองเสรีภาพของประชาชนได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุด เพราะฉะนั้น การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นหลัก ซึ่ง

⁴ มาตรา 6 รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญพบว่า กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพของประชาชนไว้ในมาตรา 29 ดังนี้

“มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

บทบัญญัติดังกล่าวมาตรา 29 ได้กำหนดหลักการพื้นฐานอันเป็นการกำหนดให้หลักประกันแก่การใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนที่สำคัญเอาไว้เพื่อป้องกันมิให้รัฐดำเนินการใด ๆ อันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจนเกินสมควรและกระทบกับสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ⁵ โดย “ห้าม” มิให้มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อย่างไรก็ตาม ภายใต้หลักการของการปกครองภายใต้กฎหมายนั้นไม่มีเสรีภาพใดที่จะได้รับความคุ้มครองโดยปราศจากขอบเขต เพราะฉะนั้น รัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดเงื่อนไขอันเป็นการยกเว้นให้รัฐสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญได้หากเป็นไปภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

1.1 การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องกระทำโดยมีกฎหมายให้อำนาจ

การจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้สามารถกระทำได้ หากมีกฎหมายกำหนดให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างชัดเจน กล่าวคือ ภายใต้การปกครองโดยกฎหมายหรือที่เรียกว่า “หลักนิติรัฐ” ซึ่งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการใด ๆ ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและต้องกระทำภายในขอบเขตที่กฎหมายได้กำหนดไว้เท่านั้น ดังนั้น เมื่อจะต้องมีการตรากฎหมายไปจำกัดสิทธิเสรีภาพของเอกชนคนหนึ่งคนใด องค์การของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐเหล่านั้นจะต้องพิจารณาก่อนว่ามีกฎหมายใด ๆ ให้อำนาจในการกระทำนั้นหรือไม่ และหากไม่มีกฎหมายที่ให้อำนาจดังกล่าว องค์การของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเหล่านั้นก็จะต้องละเว้นไม่กระทำการนั้น ๆ อีกด้วย ซึ่งย่อมาหมายความว่าหากจะต้องมีการตรากฎหมายอันมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองกรณีนี้จึงจำต้องกระทำโดยองค์การผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจกระทำได้เท่านั้น หลักการดังกล่าวนี้ปรากฏในรายงานผลการดำเนินงานคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ให้เหตุผลว่า “เงื่อนไขของการจำกัดสิทธิเสรีภาพนี้ให้มีผลใช้บังคับกับการออกกฎหมายหรือระเบียบที่อาศัยอำนาจตามบทกฎหมายทั้งปวง ซึ่งคำว่า “กฎหมายหรือระเบียบ” นี้หมายความรวมถึงกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหารซึ่งอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติทุกประเภท เช่น พระราชกฤษฎีกาที่ฝ่ายบริหารออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ กฎกระทรวง ระเบียบหรือข้อบังคับต่าง ๆ” นั่นเอง

⁵ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. รายงานผลการดำเนินงานคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ. หน้า 21.

1.2 การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะคุ้มครอง

การจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้สามารถกระทำได้หากเป็นไปเพื่อ “การที่รัฐธรรมนูญกำหนด” ซึ่งคำว่า “การ” หมายความว่าถึง “ประโยชน์สาธารณะ” (Public Interest) อันเป็นความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคม⁶ เพื่อคุ้มครองและรักษาไว้เฉพาะเพื่อประโยชน์สาธารณะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น ดังนั้น หากองค์กรของรัฐองค์กรหนึ่งองค์กรใดใช้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไปเพื่อประโยชน์อย่างอื่น ไม่ว่าจะประโยชน์ส่วนตนหรือประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นนอกเหนือไปจากประโยชน์สาธารณะตามความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐดังกล่าวก็ย่อมถือว่าเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Abuse of Power) และหากรัฐสภาได้ตรากฎหมายใด ๆ เพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยมิได้เป็นไปเพื่อการคุ้มครองและรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวย่อมเป็นอันขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและส่งผลให้ไม่สามารถใช้บังคับได้⁷

1.3 การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น

การจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้สามารถกระทำได้ หากกระทำเท่าที่จำเป็น คำว่า “เท่าที่จำเป็น” แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญได้นำ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” หรือ “หลักความได้สัดส่วน” (Principle of Proportionality) มาใช้เพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐมิให้เป็นไปโดยอำเภอใจ แม้ว่าโดยสภาพฝ่ายนิติบัญญัติจะไม่ใช่องค์กรที่ใช้อำนาจในการปกครองประชาชนโดยตรง แต่ฝ่ายนิติบัญญัติก็อาจใช้อำนาจรัฐในการตรากฎหมายซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เช่นกัน ดังนั้น เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน กฎหมายนั้นจึงต้องสอดคล้องกับหลักแห่งความได้สัดส่วนด้วย โดยมาตรการที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายจะต้องมีความเหมาะสม ซึ่งเรียกร้องความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่รัฐใช้บังคับกับผลที่จะได้รับจากการใช้มาตรการนั้นซึ่งจะต้องสมดุลกัน นอกจากนี้ มาตรการที่รัฐตราขึ้นใช้บังคับจะต้องเป็นมาตรการที่ “จำเป็น” แก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์และเป็น “มาตรการที่พอสมควรแก่เหตุ” อีกด้วย ซึ่งเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์มหาชนที่จะได้รับกับประโยชน์ที่เอกชนจะต้องเสียไปหรืออาจสูญเสียไปอันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามมาตรการแห่งกฎหมายที่เหมาะสมและจำเป็นนั้นด้วย ทั้งนี้ การดำเนินการเท่าที่จำเป็นดังกล่าวจะต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ กล่าวคือ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ฝ่ายฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจตรากฎหมายให้มีผลเป็นการกระทบกระเทือน “แก่น” หรือ “สารัตถะ” ของสิทธิและเสรีภาพได้ ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นรายสิทธิและเสรีภาพไป โดยไม่อาจกำหนดนิยามเพื่อใช้ทั่วไปกับสิทธิและเสรีภาพได้ทุกประเภท ทั้งนี้ ต้องพิจารณาระดับความรุนแรงและ ความเข้มข้นของกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพกับลักษณะของสิทธิและเสรีภาพนั้นประกอบกัน⁸

⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชนเล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี. สำนักพิมพ์นิติธรรม 2538. หน้า 333

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 6 รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว. หน้า 190-191

2. ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน

โดยที่เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเป็นเสรีภาพที่สามารถถูกจำกัดได้ภายใต้วัตถุประสงค์ที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งภายใต้วัตถุประสงค์ดังกล่าวเท่านั้นที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสามารถตรากฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้นั้นปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 45 วรรคสองที่กำหนดว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน” และเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัตินี้พบว่า การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

2.1 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ

แม้กฎหมายจะให้การคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนก็ตาม หากแต่การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะถูกจำกัดอยู่ภายใต้หลักการสำคัญประการหนึ่ง คือ การจำกัดเสรีภาพของประชาชนภายใต้เหตุผลเพื่อความมั่นคงของรัฐ ทั้งนี้ เนื่องจากอำนาจอธิปไตยของรัฐจะสามารถถูกใช้หรือแสดงออกได้ก็แต่โดยอาศัยความมีอยู่ของรัฐ ความมั่นคงของรัฐ ซึ่งหากรัฐปราศจากความมั่นคงแล้วการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ย่อมมีอาจที่จะมีขึ้นได้ ดังนี้ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐไว้ในบางกรณีจึงจำต้องยอมให้มีการลิดรอนหรือจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพื่อให้รัฐดำรงอยู่ได้อย่างปลอดภัย หลักความมั่นคงของรัฐนั้นหมายความถึงความมั่นคงเป็นเอกภาพและบูรณภาพของรัฐหรือความมั่นคงในองค์ประกอบแห่งรัฐ อันได้แก่ ความมั่นคงในบูรณภาพแห่งดินแดน ความมั่นคงในอำนาจอธิปไตยของรัฐ เช่น ความมั่นคงในระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญ อำนาจการปกครอง ระบบกฎหมายและการบังคับการตามกฎหมาย ซึ่งความมั่นคงของรัฐดังกล่าวนี้มีได้หมายความถึงความมั่นคงทางการทหารหรือการป้องกันเขตแดนของรัฐเท่านั้น หากแต่ยังหมายความรวมถึงความมั่นคงภายในรัฐ ความมั่นคงในฐานะทางเศรษฐกิจหรือฐานะทางการเงินที่อาจจะกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐกับต่างประเทศหรือความมีประสิทธิภาพในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอีกด้วย อย่างไรก็ตาม ภายใต้เหตุผลเพื่อความดำรงอยู่ของรัฐนี้เอง รัฐจึงมีความชอบธรรมในการจำกัดเสรีภาพของประชาชนได้ โดยหากเป็นกรณีการภายในประเทศแล้ว การจำกัดเสรีภาพของประชาชนจำสามารถดำเนินการได้เฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งเท่านั้น ซึ่งต่างกับกรณีการป้องกันภัยจากภายนอกประเทศที่รัฐย่อมมีความชอบธรรมในการจำกัดเสรีภาพของประชาชนเพื่อให้ประเทศดำรงอยู่ต่อไปได้⁹

2.2 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนบุคคล

โดยที่สิทธิเสรีภาพในลักษณะต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้นั้นล้วนแต่เป็นไปเพื่อปกป้องและคุ้มครองปัจเจกบุคคลแต่ละคน ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าการใช้สิทธิเสรีภาพนั้นจะต้องไม่เป็นอันตรายหรือเป็นการทำลายล้างหรือขัดขวางการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น แม้สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะได้รับการส่งเสริมหรือสนับสนุนมากเพียงใดก็ตาม หากแต่สิทธิเสรีภาพดังกล่าวนี้ก็ไม้อาจกระทำการโดยละเมิดหรือทำลายล้างสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นที่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยเช่นกัน การให้

⁹บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. หน้า 207

ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่นจึงเป็นความพยายามที่จะก่อให้เกิดความสมดุลของคุณค่าทางสังคมโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการเคารพความเป็นมนุษย์ และโดยที่สิทธิส่วนบุคคลนั้นเป็นสิทธิของบุคคลที่จะอยู่โดยลำพัง (Right to be let alone) โดยปราศจากการรบกวนและมีขอบเขตกว้างขวางเป็นสิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคลที่คาดหมายได้ว่าข้อมูลส่วนบุคคลจะไม่ถูกเปิดเผยต่อบุคคลที่สามหรือต่อสาธารณะชนโดยปราศจากความยินยอม ซึ่งการเปิดเผยนั้นอาจส่งผลให้บุคคลดังกล่าวได้รับความเดือดร้อน อับอายหรือได้รับความทุกข์ทรมานใจ¹⁰ ซึ่งข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลนี้หมายความรวมถึงข้อเท็จจริง รูปภาพไม่ว่าจะเป็นภาพถ่ายหรือในลักษณะของวิดีโอเทปหรือความคิดเห็นในลักษณะอื่นๆ และเมื่อพิจารณาจากขอบเขตของสิทธิดังกล่าวจะพบว่ามีขอบเขตกว้างขวางมาก ดังนั้น การแสดงความคิดเห็นของประชาชนในบางกรณีจึงอาจกระทบกับสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่นและก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิได้ อีกทั้งสิทธิส่วนบุคคลเป็นเรื่องที่ต้องให้ความสำคัญและคุ้มครอง หากแต่สิทธิดังกล่าวก็ยังมีข้อจำกัดบางประการ กล่าวคือ การอ้างสิทธิในชีวิตส่วนตัวนั้นย่อมไม่ขัดขวางต่อการเผยแพร่เรื่องราวอันเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ไม่คุ้มครองบุคคลซึ่งได้แสดงเจตนาละเมิดสิทธิที่จะมีความเป็นอยู่โดยรอดพ้นจากการรับรู้ของสาธารณะ ไม่ขัดขวางต่อการสื่อสารเรื่องราวใด ๆ ซึ่งได้รับเอกสิทธิภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับการหมั้นประมาทแม้จะเป็นเรื่องส่วนตัวก็ตาม และสิทธิในชีวิตส่วนตัวย่อมระงับไปเมื่อมีการเผยแพร่ข้อเท็จจริงโดยตัวบุคคลนั่นเองหรือโดยได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้นด้วย อย่างไรก็ตามสิทธิในชีวิตส่วนตัวย่อมจะไม่กระทบกระเทือนโดยอ้างเหตุผลว่าข้อความที่เผยแพร่ นั้นเป็นความจริงเนื่องจากสิทธินี้มิใช่เพื่อเรียกร้องให้ชดใช้ค่าเสียหายแก่คุณลักษณะของบุคคล หากแต่เพื่อให้ชดใช้ค่าเสียหายแก่สิทธิในชีวิตส่วนตัว ซึ่งสิทธินี้มิใช่เพื่อป้องกันการบิดเบือนชีวิตส่วนตัวของบุคคลอื่นเท่านั้น แต่เพื่อป้องกันมิให้มีการนำไปเผยแพร่โดยเด็ดขาด¹¹ ภายใต้หลักการดังกล่าวประเทศไทยได้ให้ความสำคัญกับสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวบุคคลโดยได้มีการบัญญัติรองรับและคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นการเฉพาะในมาตรา 35 อีกด้วย ดังนี้

“มาตรา 35 สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครอง

การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชนอันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวจะกระทำมิได้ เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากการแสวงประโยชน์โดยมิชอบจากข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

เมื่อพิจารณาจากขอบเขตของสิทธิดังกล่าวจะพบว่ามีขอบเขตกว้างขวางมาก ซึ่งเกณฑ์ที่จะใช้ในการพิจารณาการล่วงละเมิดความเป็นอยู่ส่วนตัวบุคคลหรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาขอบเขตของสิทธิส่วนบุคคลโดยคำนึงถึง **“ประโยชน์สาธารณะของประชาชน”** (Public Interest) เป็นหลัก ซึ่งการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลดังกล่าวจำเป็นต้องคำนึงถึงมาตรฐานทางกฎหมาย จารีตประเพณี และมาตรฐานความรู้สึกรู้สึกนึกคิดของวิญญูชนตามสมควรแก่ฐานะและพฤติการณ์ของบุคคลแต่ละบุคคลเป็นเกณฑ์

¹⁰ Ronald B. Standler. Privacy Law in USA <http://www.rbs2.com/privacy.html> (Accessed 2/12/2010)

¹¹ Samuel D. Warren, Louis D. Brandeis. “The Right to Privacy” 4 Harvard L.R. 193, 1890 http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/privacy.pdf (Accessed 15/12/2010)

2.3 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นสิ่งที่อยู่เหนือสิทธิหรือประโยชน์ส่วนบุคคลเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของส่วนรวม และหลักการดังกล่าวจะถูกใช้ในคดีความทุกคดีและหากกฎหมายปราศจากศีลธรรมอันดีแล้วจะทำให้ประชาชนขาดหลักประกันในการดำรงชีวิต¹² ดังนั้น ภายใต้หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจึงย่อมสามารถที่จะถูกจำกัดได้หากเป็นไปได้เพื่อคุ้มครองสังคมส่วนรวมอันเป็นสิ่งที่อยู่เหนือสิทธิหรือผลประโยชน์ส่วนบุคคล ซึ่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น เป็นเรื่องของความสงบสุขของประชาชนซึ่งรวมกันอยู่ในประเทศชาติเป็นส่วนรวม ดังนั้น การใดที่มีลักษณะขัดต่อประโยชน์สุขของประชาชนหรือประเทศชาติเป็นส่วนรวมแล้ว การนั้นย่อมขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย โดยที่ “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” นั้นหมายความถึงประโยชน์ทั่วไปของประเทศชาติและสังคม¹³ อันเป็นภารกิจของรัฐ (Function of State) ที่จำต้องดำเนินการ ดังนั้น ความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์โดยทั่วไปของชาติและประชาชนโดยรวม¹⁴ อย่างไรก็ตาม ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีจะมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ ภายใต้เหตุผลและคุณค่าทางสังคมที่มีความแตกต่างกัน ซึ่งในทางปฏิบัติการพิจารณาว่าสิ่งใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมักจะพิจารณาภายใต้ “ดุลยพินิจ” ของผู้มีอำนาจปกครองในสังคมนั้น ๆ ประกอบกับความรู้สึกรู้สึกนึกคิดของสังคมส่วนรวมในสังคมนั้นขณะนั้นประกอบด้วย¹⁵ ส่วน “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” นั้นหมายความถึงธรรมเนียมประเพณีที่ดีงามของสังคมที่ประชาชนยึดถือปฏิบัติเพื่อให้เกิดความสงบสุขแก่สังคม และเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพราะฉะนั้น การใดที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงย่อมขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนไปพร้อม ๆ กัน หลักการดังกล่าวปรากฏในกฎหมายรัฐธรรมนูญของหลายประเทศและสอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อ 20 ที่กำหนดให้การโฆษณาชวนเชื่อใด ๆ เพื่อการสงคราม การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติพันธ์ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ซึ่งยั่วให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรงเป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมาย¹⁶ ดังนั้น แม้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจะเป็นสิ่งที่มีความสำคัญต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย แต่หากการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจึงเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ ทั้งนี้ เพื่อธำรงไว้ซึ่งผลประโยชน์ของส่วนรวมที่เหนือกว่านั่นเอง

¹² Stephen Guest, and Alan Milne., Equality and Discrimination: Essays in Freedom and Justice. Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wies Baden GMBH. 1985. P.54.

¹³ อุกฤษ มงคลนาวิน. “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” บทบัญญัติ 2518. หน้า 13

¹⁴ จีต เศรษฐบุต. หลักกฎหมายแห่งลักษณะนิติกรรมและหนี้. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2524. หน้า 16

¹⁵ วรวิทย์ ฤทธิพิศ. อ้างแล้ว. หน้า 54

¹⁶ Article 20

1. Any propaganda for war shall be prohibited by law.
2. Any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law.

2.4 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนนั้น เป็นการจำกัดในเชิงของการป้องปรามหรือป้องกันมิให้เกิดผลร้ายจากการใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าว ทั้งนี้เนื่องจากความเสื่อมทรามทางจิตใจเป็นสิ่งที่เป็นามธรรมอันเกิดขึ้นจากภายในจิตใจอันอาจส่งผลให้มาตรฐานในทางศีลธรรมของประชาชนเสื่อมลงอันอาจนำมาซึ่งผลร้ายที่เป็นรูปธรรมที่กระทบต่อสังคมได้ อาทิเช่น การตีพิมพ์บทความหรือรูปลามกอาจก่อให้เกิดผลต่อพฤติกรรมทางเพศที่ไม่เหมาะสมในสังคมได้ ในทำนองเดียวกันการโฆษณาชวนเชื่อหรือการเผยแพร่ให้ประชาชนเห็นว่าการสูบบุหรี่เป็นสิ่งที่ทันสมัยทั้งที่ไม่เป็นผลดีต่อสุขภาพย่อมส่งผลให้ประชาชนได้รับผลร้ายด้านสุขภาพอนามัยได้เช่นกัน ดังนั้น เสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ และการโฆษณาอันอาจก่อให้เกิดผลกระทบหรือผลเสียหาดังกล่าวย่อมถูกจำกัดได้ตามรัฐธรรมนูญโดยต้องคำนึงถึงคุณค่าและผลประโยชน์มนสังคมซึ่งอาจแตกต่างกันไปในแต่ละสังคม วัฒนธรรมและกาลเทศะประกอบกัน

3.4 ผลทางกฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในส่วนที่ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพพบว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดให้การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลจะกระทำมิได้เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเป็นกรณีเฉพาะ ซึ่งหมายความถึงกฎหมายที่องค์กรของรัฐอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญตราขึ้นและกฎหมายที่องค์กรฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติให้ตราขึ้นใช้บังคับประชาชนเป็นการทั่วไปด้วย ซึ่งกฎหมายที่จะมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้จำเป็นต้องบัญญัติขึ้นภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายดังกล่าวเท่านั้น และโดยที่การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลทุกคนย่อมอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดเพื่อมิให้บุคคลอื่นได้รับความเดือดร้อนจากการใช้สิทธิและเสรีภาพของตน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดรับรองผลทางกฎหมายของสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ดังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 27 และมาตรา 28 ดังนี้

“มาตรา 27 สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลรวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง”

“มาตรา 28 บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรงหากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจากรัฐในการใช้สิทธิตามความในหมวดนี้”

บทบัญญัติดังกล่าวมีความหมายว่าสิทธิเสรีภาพใดที่รัฐธรรมนูญนี้ได้กำหนดรับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ล้วนแล้วแต่เป็นสิทธิเสรีภาพที่ย่อมได้รับความคุ้มครองและมีผลผูกพันองค์กรของรัฐต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลรวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตลอดจนหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง ทั้งยังกำหนดให้ประชาชนย่อมสามารถอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น นอกจากนี้ ยังกำหนดให้ผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ นั้น สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้อีกด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนได้รับการปกป้องและคุ้มครองตลอดจนแก้ไขเยียวยาด้วยกระบวนการทางศาลโดยตรง¹⁷ ดังปรากฏในมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยกำหนดให้การใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวจะถูกจำกัดขอบเขตการใช้ภายใต้เงื่อนไขสามประการคือ

1. การใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลจะต้องไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น กล่าวคือ จากหลักการที่ว่าสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ก่อให้เกิดผลผูกพันต่อปัจเจกบุคคล หากแต่ก่อให้เกิดผลผูกพันเฉพาะต่อรัฐเท่านั้น แต่โดยเหตุที่รัฐให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่สาม ดังนั้น รัฐจึงอาจกระทำการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ โดยรัฐมีสิทธิที่จะใช้มาตรการไม่ว่าโดยทางบริหาร ทางนิติบัญญัติ หรือทางตุลาการ เพื่อที่จะเยียวยาสิทธิของบุคคลที่สามที่ถูกละเมิดได้ นอกจากนี้ รัฐจะต้องปฏิเสธการกระทำของบุคคลใดก็ตามที่กระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น

2. การใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลจะต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ การกระทำอย่างไรจึงจะเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องพิจารณาเป็นรายๆ กรณีไป เช่น รัฐธรรมนูญมาตรา 2 กำหนดว่า “ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ซึ่งมาตรานี้มีสาระสำคัญสองประการคือ เป็นการปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยและต้องเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ดังนั้น การใช้สิทธิและเสรีภาพซึ่งกระทบสาระสำคัญดังกล่าวย่อมเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพื่อเปลี่ยนหลักการจากการปกครองระบอบประชาธิปไตยให้เป็นการปกครองแบบเผด็จการ หรือในมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติว่า “ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียวจะแบ่งแยกไม่ได้” การใช้สิทธิที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญในกรณีนี้จึงหมายความว่ามีความพยายามที่จะทำให้ลักษณะตามที่บัญญัติไว้เปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ อาจเปลี่ยนจากรูปของรัฐเดี่ยวไปเป็นรูปของสหพันธรัฐ หรือความพยายามที่จะแยกส่วนหนึ่งส่วนใดออกเป็นรัฐอิสระ เป็นต้น

3. การใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลจะต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน กล่าวคือ การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” เป็นขอบเขตของการใช้สิทธิและเสรีภาพประการหนึ่ง ย่อมหมายความว่า การใช้สิทธิและเสรีภาพจะต้องไม่ละเมิดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งโดยแท้จริงแล้ว “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” ถือเป็นตัวกำหนดขอบเขตโดยรวมของกฎหมาย เช่น นิติกรรมที่ละเมิดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมตกเป็นโมฆะ เป็นต้น โดยหลักทั่วไปแล้วคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” มิได้ขึ้นอยู่กับความรู้สึกส่วนตัวของผู้พิพากษาหรือความรู้สึกของผู้ใช้กฎหมาย อีกทั้งมิได้ขึ้นอยู่กับความรู้สึกของกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นเป็นพิเศษ ตัวอย่างเช่น เรื่องการรกร่วมเพศเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมหรือไม่ ย่อมมิได้ขึ้นอยู่กับความรู้สึกของบุคคลที่นิยมการรกร่วมเพศและตรงกันข้ามก็มิได้ขึ้นอยู่กับความรู้สึกของนักบวชผู้เคร่งศาสนาแต่อย่างใด ดังนั้น การใดจะขัดต่อ “ศีลธรรมอันดีของประชาชน”

¹⁷ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. อ้างแล้ว. หน้า 20

หรือไม่จึงขึ้นอยู่กับความสำนึกในทางศีลธรรมของประชาคมนั้นๆ อย่างไรก็ตาม ทักษะในทางศีลธรรม โดยทั่วไปของประชาชนก็ยังมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันได้ ในกรณีนี้จึงอาจเป็นไปได้ที่จะใช้ทักษะของคนส่วนใหญ่เพื่อพิจารณาว่าในกรณีของการใช้สิทธิและเสรีภาพกรณีใดเป็นการละเมิดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ นอกจากนี้ ขอบเขตข้อจำกัดที่ใช้พิจารณาประกอบกับเรื่อง “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” ก็คือการใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นหรือไม่ ซึ่งหมายความว่า การใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นไม่อาจจะใช้ได้หากการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นหรือส่วนรวมนั้นเอง

ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามกฎหมายอื่น

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 45 ที่ได้กำหนดรองรับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเอาไว้ในหลายรูปแบบ สอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองแห่งสหประชาชาติและการปกครองในระบอบประชาธิปไตยดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 และบทที่ 3 ข้างต้น ตลอดจนกลไกต่าง ๆ ตามกฎหมายที่เป็น “หลักประกัน” การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นแก่ประชาชนในที่จะสามารถใช้เสรีภาพในการพูด เขียน พิมพ์ โฆษณา หรือสามารถแสดงความคิดเห็นไม่ว่าด้วยวิธีการใด ๆ เพื่อให้บุคคลอื่นสามารถรับและรู้และเข้าใจได้ หากแต่สิทธิดังกล่าวมิได้เป็นสิทธิเสรีภาพที่บริบูรณ์ (Absolute Rights) ที่มีอาจถูกจำกัดได้แต่ประการใด ในทางตรงกันข้ามหากการใช้สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติหรือประชาชน รัฐในฐานะที่เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองก็ย่อมมีสิทธิในการที่จะกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อจำกัดหรือควบคุมการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เช่นกัน โดยจะพบว่ากฎหมายได้กำหนดข้อยกเว้นอันเป็นการจำกัดขอบเขตการใช้สิทธิดังกล่าวโดยกำหนดให้การใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนในการแสดงความคิดเห็นนั้นอาจถูกจำกัดได้ หากเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้สี่ประการเท่านั้น กล่าวคือ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนบุคคล เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบริบทของการเมืองไทยในช่วงหลายปีที่ผ่านมา พบว่าประชาชนส่วนใหญ่ยังขาดความเข้าใจในขอบเขตความคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ขอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้จากเหตุการณ์ความวุ่นวายทางการเมืองของไทยในช่วงที่ผ่านมาและต่อเนื่องเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ที่ยังมีการวิพากษ์วิจารณ์กันไปมาระหว่างการแสดงความคิดเห็นของกลุ่มการเมืองต่างๆ ว่าเป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในขณะที่ผู้ที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์ต่างก็กล่าวอ้างว่าเป็นการแสดงความคิดเห็นตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดและยกกฎหมายขึ้นกล่าวอ้างเพื่อปกป้องให้ตนเองพ้นผิด จนกระทั่งนำไปสู่การฟ้องร้องเป็นคดีความกันไปมาระหว่างกลุ่มการเมืองต่าง ๆ และนำไปสู่ความวุ่นวายสับสนในสังคมไทยปัจจุบันและก่อให้เกิดความสับสนแก่ประชาชนทั่วไปอย่างมากมาย การศึกษาวิจัยนี้จะได้ทำการศึกษาขอบเขตบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ตลอดจนศึกษาหลักเกณฑ์และกลไกต่าง ๆ ของกฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติอื่น ๆ ที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบันที่มีวัตถุประสงค์เพื่อรับรองและให้ความคุ้มครองตลอดจนมีผลเป็นการควบคุมการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นดังกล่าว เพื่อแสวงหาขอบเขตความคุ้มครองการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อเป็นแนวทางสำหรับประชาชนในการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่ละเมิดบุคคลอื่นด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคดีความที่มีการฟ้องร้องกล่าวหากันไปมาในสังคมไทยในช่วงหลายปีที่ผ่านมาที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน พบว่าเป็นการฟ้องร้องคดีภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายหลายฉบับ ผู้วิจัยจึงได้หยิบยกเอากฎหมายต่าง ๆ ที่ใช้ในการฟ้องร้องคดีที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนที่สำคัญ ๆ เพื่อศึกษาถึงกระบวนการคุ้มครองหรือข้อจำกัดที่ปรากฏในกฎหมายเหล่านั้นประกอบการศึกษาเพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตลอดจนและบทลงโทษต่อการกระทำที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ดังกล่าว ดังรายละเอียดต่อไปนี้ โดยกฎหมาย

ระดับพระราชบัญญัติอื่นที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบันที่นำมาศึกษาวิจัยครั้งนี้จำกัดผลการศึกษากายใต้กรอบของกฎหมาย 7 ฉบับคือ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540 พระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ.2475 พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ.2551 พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 ประมวลกฎหมายอาญาเฉพาะกรณีความรับผิดชอบที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เฉพาะกรณีความรับผิดชอบทางละเมิดเท่านั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายทั้ง 7 ฉบับข้างต้นพบว่า มีเนื้อหาที่กระทบกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนทั้งในด้านของการรับรองสิทธิเสรีภาพกับด้านการจำกัดเสรีภาพของประชาชน โดยกำหนดเงื่อนไขการใช้เสรีภาพตลอดจนบทลงโทษกรณีที่มีการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายเอาไว้ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

4.1 กฎหมายที่มีผลเป็นการรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน

เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของบทบัญญัติของกฎหมายทั้ง 7 ฉบับที่อยู่ในกรอบของงานวิจัยนี้ ผู้วิจัยพบว่ากฎหมายที่มีผลเป็นการรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้นมีปรากฏเพียงเฉพาะในพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540 เท่านั้น โดยมีรายละเอียดดังนี้

1. พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540

กล่าวคือ ด้วยเหตุที่ประชาชนจะสามารถแสดงความคิดเห็นเพื่อที่จะมีส่วนร่วมในการปกครองได้นั้น ประชาชนจำเป็นต้องได้รับทราบข้อมูลข่าวสารอย่างเพียงพอ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงได้กำหนดคุ้มครองเสรีภาพในข้อมูลข่าวสารไปพร้อม ๆ กัน เนื่องจากเสรีภาพในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารนั้นเป็นเสรีภาพพื้นฐานที่ประชาชนจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองเพื่อให้สามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารต่าง ๆ โดยเฉพาะข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองของรัฐ¹ ทั้งนี้ เนื่องจากหากประชาชนไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารได้ก็ย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิในการรับรู้ของประชาชนไปพร้อม ๆ กันและย่อมไม่สามารถแสดงความคิดเห็นเพื่อเข้าร่วมส่วนร่วมทางการเมืองอันเป็นรากฐานที่สำคัญของการปกครองระบอบประชาธิปไตยได้ เพราะฉะนั้น รัฐธรรมนูญจึงได้บัญญัติรับรองสิทธิในการรับรู้ไว้ในมาตรา 56 ความว่า

“มาตรา 56 บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในความครอบครองของทางราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่การเปิดเผยข้อมูลหรือข่าวสารนั้นจะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประชาชน หรือส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น หรือเป็นข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

บทบัญญัติในมาตรา 56 นับได้ว่าเป็นแม่บททางรัฐธรรมนูญของสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของประชาชน โดยได้กำหนดขอบเขตแห่งสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของทางราชการตลอดจนกำหนดหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐและของเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ต้องเปิดเผยข้อมูลตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดอีกด้วย ซึ่งรายละเอียดการเปิดเผยข้อมูลนั้นเป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 นั้นเองโดยอยู่ภายใต้หลักการสำคัญคือ **“เปิดเผยเป็นหลัก ปกปิดเป็นข้อยกเว้น”** หลักการดังกล่าวนี้มี

¹ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 ของงานวิจัยนี้

ความหมายอยู่ในตัวเองว่า “ข้อมูลข่าวสาร”² ของทางราชการจะต้องสามารถเปิดเผยให้ประชาชนรับรู้ได้ หากแต่สิทธิในการรับรู้นี้ก็ยังคงมีข้อจำกัดอยู่ที่ว่า หากกฎหมายกำหนดให้ข้อมูลใดเป็นข้อมูลที่ห้ามเปิดเผย ประชาชนก็ย่อมไม่สามารถใช้สิทธิในการรับรู้เพื่อขอดูข้อมูลดังกล่าวได้แต่อย่างใด และเนื่องจากสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารนี้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและเป็นสิทธิพลเมือง (Citizen Rights) อันเป็นสิทธิที่รับรองให้เฉพาะพลเมืองของรัฐนั้นเท่านั้น ซึ่งในกรณีนี้หมายความถึงบุคคลสัญชาติไทยหรือมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยเท่านั้น ส่วนคนต่างด้าวจะไม่ได้รับสิทธินี้ และหากจะมีสิทธิตรวจสอบหรือขอข้อมูลข่าวสารของทางราชการหรือขอสำเนาเอกสารได้ก็เพียงเฉพาะในกรณีของการปกป้องสิทธิเท่านั้น³ นอกจากนี้ ยังกำหนดให้สิทธิดังกล่าวนี้เป็นของสิทธิของบุคคลทั่วไปไม่ว่าจะมีส่วนได้เสียหรือมีความเกี่ยวข้องกับข้อมูลนั้นหรือไม่ก็ตาม ย่อมมีสิทธิเข้าตรวจสอบข้อมูลข่าวสารของทางราชการได้ ในกรณีที่ประชาชนเห็นว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการขอดูข้อมูล กฎหมายกำหนดให้ประชาชนมีสิทธิยื่นคำร้องเรียนต่อ “คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของทางราชการ” ให้พิจารณาได้ และกรณีที่หน่วยงานของรัฐมีคำสั่งไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามที่ได้ร้องขอหรือหน่วยงานของรัฐปฏิเสธไม่ฟังคำคัดค้านการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารซึ่งบุคคลผู้คัดค้านทราบดีว่ามีประโยชน์ได้เสียหรือกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ยินยอมแก้ไขข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลตามคำขอ ประชาชนย่อมมีสิทธิอื่นหนังสืออุทธรณ์ต่อคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของทางราชการเพื่อพิจารณาส่งคำอุทธรณ์ต่อไปยัง “คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร” ซึ่งเพื่อพิจารณาต่อไป ซึ่งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการจะมีผลเป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งประชาชนสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้นได้โดยยื่นต่อศาลปกครองเพื่อพิจารณาต่อไป และเมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 พบว่ากฎหมายได้แบ่งประเภทของข้อมูลข่าวสารไว้เป็นสามประเภทใหญ่ ๆ ดังนี้

1.1 ข้อมูลข่าวสารที่ต้องเปิดเผยเป็นการทั่วไป

พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการได้กำหนดแบ่งประเภทของข้อมูลข่าวสารที่ต้องเปิดเผยเป็นการทั่วไปออกเป็นสามประเภทตามวิธีการเปิดเผยข้อมูล โดยกำหนดเป็นหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เก็บรักษาหรือครอบครองข้อมูลเหล่านั้นให้นำมาเปิดเผยต่อประชาชนในรูปแบบวิธีการที่แตกต่างกัน ได้แก่ ข้อมูลข่าวสารที่หน่วยงานของรัฐต้องเปิดเผยเป็นการทั่วไปเพื่อให้แพร่หลายพอสมควรโดยการจำหน่ายจ่ายแจกหรือโดยการตีพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา⁴ ข้อมูลข่าวสารที่หน่วยงานของ

² มาตรา 4

....

“ข้อมูลข่าวสาร” หมายความว่า สิ่งซึ่งสื่อความหมายให้รู้เรื่องราวข้อเท็จจริง ข้อมูล หรือสิ่งใด ๆ ไม่ว่าการสื่อความหมายนั้นจะทำได้โดยสภาพของสิ่งนั้นเองหรือโดยผ่านวิธีการใด ๆ และไม่ว่าจะได้จัดทำไว้ในรูปของเอกสาร แฟ้ม รายงาน หนังสือ แผ่นผัง แผนที่ ภาพวาด ภาพถ่าย ฟิล์ม การบันทึกภาพหรือเสียง การบันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือวิธีอื่นใดที่ทำให้สิ่งซึ่งบันทึกปรากฏได้

....

³ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 4 ประกอบมาตรา 9 วรรค 4

⁴ มาตรา 7 หน่วยงานของรัฐต้องส่งข้อมูลข่าวสารของราชการอย่างน้อยดังต่อไปนี้ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา

(1) โครงสร้างและการจัดองค์กรในการดำเนินงาน

(2) สรุปร่างหน้าที่ที่สำคัญและวิธีการดำเนินงาน

(3) สถานที่ติดต่อเพื่อขอรับข้อมูลข่าวสารหรือคำแนะนำในการติดต่อกับหน่วยงานของรัฐ

(4) กฎ มติคณะรัฐมนตรี ข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน ระเบียบ แบบแผน นโยบายหรือการตีความ ทั้งนี้ เฉพาะที่จัดให้มีขึ้นโดยมีสภาพอย่างกฎ เพื่อให้มีผลเป็นการทั่วไปต่อเอกชนที่เกี่ยวข้อง

รัฐมีหน้าที่ต้องเปิดเผยเป็นการทั่วไปโดยการจัดเตรียมไว้ให้ประชาชนสามารถเข้าตรวจสอบ⁵ และข้อมูลข่าวสารที่เป็นเอกสารประวัติศาสตร์ของหน่วยงานของรัฐที่หน่วยงานของรัฐไม่ประสงค์จะเก็บรักษาหรือมีอายุครบกำหนดตามกฎหมาย หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบข้อมูลดังกล่าวให้แก่หอจดหมายเหตุกรมศิลปากรหรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้ประชาชนได้ศึกษาค้นคว้าเป็นการทั่วไป

1.2 ข้อมูลข่าวสารที่ไม่ต้องเปิดเผย

แม้ว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้จะมุ่งคุ้มครองสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของประชาชนเป็นหลักการใหญ่ กฎหมายยังได้กำหนดให้มีข้อมูลบางประเภทที่ต้องห้ามมิให้เปิดเผยสองประเภทคือข้อมูลข่าวสารของทางราชการที่หากมีการเปิดเผยอาจก่อความเสียหายแก่สถาบันพระมหากษัตริย์ซึ่งหมายความว่าแม้ข้อมูลดังกล่าวจะเป็นข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองของทางราชการหรือหน่วยงานของรัฐซึ่งกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่ครอบครองข้อมูลดังกล่าวมีหน้าที่จะต้องเปิดเผยก็ตาม แต่หากการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว “อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์” ข้อมูลดังกล่าวก็จะเป็นข้อมูลที่มีลักษณะต้องห้ามมิให้มีการเปิดเผย⁶ กับข้อมูลข่าวสารที่หน่วยงานของรัฐ “อาจมีคำสั่งมิให้เปิดเผยก็ได้”⁷ ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดอำนาจ “ดุลพินิจ” ให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐที่ครอบครองข้อมูลเหล่านั้นว่าจะมีคำสั่งไม่เปิดเผยข้อมูลเหล่านั้นหรือไม่ก็ได้ โดยการออกคำสั่งมิให้เปิดเผยดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าวด้วย โดยข้อมูลเหล่านั้นได้แก่ข้อมูลข่าวสารที่มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้ คือ ข้อมูลข่าวสารที่หากมีการเปิดเผยอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อความมั่นคง ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจหรือการคลังของประเทศ ข้อมูลข่าวสารที่การเปิดเผยจะส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายเสื่อมประสิทธิภาพหรือไม่อาจสำเร็จได้ตามวัตถุประสงค์ไม่ว่าข้อมูลดังกล่าวนั้นจะเกี่ยวกับการฟ้องร้องคดี การป้องกัน การปราบปราม การทดสอบ การตรวจสอบ หรือการรู้

(5) ข้อมูลข่าวสารอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนด

....

⁵ มาตรา 9 ภายใต้บังคับมาตรา 14 และมาตรา 15 หน่วยงานของรัฐต้องจัดให้มีข้อมูลข่าวสารของราชการอย่างน้อยดังต่อไปนี้ไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจสอบได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด

(1) ผลการพิจารณาหรือคำวินิจฉัยที่มีผลโดยตรงต่อเอกชน รวมทั้งความเห็นแย้งและคำสั่งที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาวินิจฉัยดังกล่าว

(2) นโยบายหรือการตีความที่ไม่เข้าข่ายต้องลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาตามมาตรา 7 (4)

(3) แผนงาน โครงการ และงบประมาณรายจ่ายประจำปีของปีที่กำลังดำเนินการ

(4) คู่มือหรือคำสั่งเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของเอกชน

(5) สิ่งพิมพ์ที่ได้มีการอ้างอิงถึงตามมาตรา 7 วรรคสอง

(6) สัญญาสัมปทาน สัญญาที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอนหรือสัญญาร่วมทุนกับเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ

(7) มติคณะรัฐมนตรี หรือมติคณะกรรมการที่แต่งตั้งโดยกฎหมาย หรือโดยมติคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ ให้ระบุรายชื่อรายงานทางวิชาการ รายงานข้อเท็จจริง หรือข้อมูลข่าวสารที่นำมาใช้ในการพิจารณาไว้ด้วย

(8) ข้อมูลข่าวสารอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนด

ข้อมูลข่าวสารที่จัดให้ประชาชนเข้าตรวจสอบได้ตามวรรคหนึ่ง ถ้ามีส่วนที่ต้องห้ามมิให้เปิดเผยตามมาตรา 14 หรือมาตรา 15 อยู่ด้วย ให้ลบหรือตัดทอนหรือทำโดยประการอื่นใดที่ไม่เป็นการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนนั้น

⁶ มาตรา 14 ข้อมูลข่าวสารของทางราชการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์จะเปิดเผยมิได้

⁷ มาตรา 15

แหล่งที่มาของข้อมูลข่าวสารนั้นหรือไม่ก็ตาม ข้อมูลข่าวสารที่เป็นความเห็นหรือคำแนะนำภายในหน่วยงานของรัฐในการดำเนินการเรื่องใดเรื่องหนึ่งแต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงรายงานทางวิชาการรายงานข้อเท็จจริงหรือข้อมูลข่าวสารที่นำมาใช้ในการทำความเข้าใจหรือคำแนะนำภายในหน่วยงานดังกล่าว ข้อมูลข่าวสารที่หากมีการเปิดเผยอาจจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตหรือความปลอดภัยของบุคคลหนึ่งบุคคลใด ข้อมูลข่าวสารที่เป็นรายงานการแพทย์หรือข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลซึ่งการเปิดเผยจะเป็นการลบล้างสิทธิส่วนบุคคลโดยไม่สมควร และข้อมูลข่าวสารของทางราชการที่มีกฎหมายคุ้มครองมิให้เปิดเผยหรือข้อมูลข่าวสารที่มีผู้ให้มาโดยไม่ประสงค์ให้ทางราชการนำไปเปิดเผยต่อผู้อื่น

1.3 ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล

“ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล” หมายถึง ข้อมูลข่าวสารที่เป็นข้อเท็จจริงเฉพาะตัวของบุคคล ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลตามนัยของกฎหมายนี้จะต้องเป็นข้อมูลของ “บุคคลธรรมดา”⁸ เท่านั้นไม่รวมถึงนิติบุคคลหรือบุคคลตามกฎหมายแต่อย่างใด โดยไม่จำกัดว่าบุคคลนั้นจะมีสัญชาติไทยหรือไม่ก็ตาม หากบุคคลดังกล่าวอาศัยอยู่ในประเทศไทยก็ย่อมได้รับความคุ้มครองตามนัยของกฎหมายนี้ด้วย นอกจากนี้ ข้อมูลของบุคคลดังกล่าวจะต้องเป็นข้อมูลที่สามารถบ่งชี้ถึงตัวบุคคลได้อย่างชัดเจนเท่านั้น เช่น ประวัติการศึกษา เอกสารการเงิน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรม หรือประวัติการทำงาน ชื่อ รหัสประจำตัว รูปถ่าย อายุ วัน/เดือน/ปี ที่เกิด สถานที่เกิด ชื่อบิดา ชื่อมารดา คู่สมรส บุตร สถานที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ เป็นต้น ซึ่งข้อมูลเหล่านี้เป็นข้อมูลที่สามารถบ่งชี้ตัวบุคคลได้⁹ ทั้งยังจัดเป็นข้อมูลส่วนตัวที่บุคคลอื่นพึงจะต้องให้ความเคารพ ไม่เข้ามารบกวนหรือลบล้างโดยไม่ได้รับความยินยอมเสียก่อน โดยกฎหมายกำหนดหลักในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐนั้นว่า หน่วยงานของรัฐจะนำข้อมูลดังกล่าวไปเปิดเผยโดยปราศจากความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลก่อนไม่ได้ ทั้งนี้ คำยินยอมดังกล่าวจะต้องทำเป็นหนังสือก่อนการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวหรืออย่างน้อยที่สุดต้องทำในขณะที่มีการเปิดเผยข้อมูลนั้น ๆ ด้วย¹⁰

4.2 กฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน

จากเนื้อหาของบทบัญญัติของกฎหมายทั้ง 7 ฉบับที่อยู่ในกรอบของงานวิจัยนี้ ผู้วิจัยพบว่าขอบเขตของ “การจำกัด” เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนโดยกำหนดเงื่อนไขการใช้เสรีภาพตลอดจนกำหนดบทลงโทษสำหรับการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวไว้นั้น ปรากฏในกฎหมายทั้ง 7 ฉบับ ดังนี้

1. พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540

โดยที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้กำหนดรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลไว้หลายประการ หนึ่งในสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่มีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนคือสิทธิในการ

⁸ มาตรา 21 เพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้ “บุคคล” หมายความว่า บุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติไทยและบุคคลที่ไม่มีสัญชาติไทยแต่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย

⁹ “ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล” หมายความว่า ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล เช่น การศึกษาฐานะการเงิน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรมหรือประวัติการทำงานบรรดาที่มีชื่อของผู้นั้นหรือมีเลขหมาย รหัส หรือสิ่งบอกลักษณะอื่นที่ทำให้รู้ตัวผู้หนึ่งได้ เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ แผ่นบันทึกลักษณะเสียงของคนหรือรูปถ่าย และให้หมายความรวมถึงข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของผู้ที่ถึงแก่กรรมแล้วด้วย

¹⁰ มาตรา 24 หน่วยงานของรัฐจะเปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่อยู่ในความควบคุมดูแลของตนต่อหน่วยงานของรัฐแห่งอื่นหรือผู้อื่น โดยปราศจากความยินยอมเป็นหนังสือของเจ้าของข้อมูลที่ไว้ล่วงหน้าหรือในขณะนั้นมิได้

รับรู้ (Right to Know) ของประชาชน ซึ่งเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอย่างแยกออกจากกันไม่ได้ เนื่องจากประชาชนย่อมไม่อาจแสดงความคิดเห็นได้อย่างเต็มที่หากปราศจากสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายนี้จะเป็กฎหมายที่กำหนดรองรับสิทธิของประชาชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารก็ตาม หากแต่ภายใต้เงื่อนไขของมาตรา 56 ของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดเงื่อนไขอันเป็นการยกเว้นสิทธิในการรับรู้เอาไว้ โดยกำหนดให้ในกรณีที่การเปิดเผยข้อมูลหรือข่าวสารนั้นจะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประชาชน หรือส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น หรือเป็นข้อมูลส่วนบุคคล รัฐหรือหน่วยงานของรัฐย่อมมีอำนาจในการที่จะไม่เปิดเผยข้อมูลดังกล่าวได้ ทั้งนี้ **หลักเกณฑ์และเงื่อนไขเพื่อการนี้ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ** ซึ่งเมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540 แล้วพบว่า เงื่อนไขการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายลำดับรองสองฉบับ ดังนี้

1.1 ระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ.2544¹¹

กฎหมายได้กำหนดให้รัฐมีอำนาจในการตราระเบียบปฏิบัติเพื่อให้เกิดความชัดเจนแก่ส่วนราชการที่เก็บรักษาข้อมูลเพื่อทราบว่ามีข้อมูลข่าวสารของราชการจะเปิดเผยต่อบุคคลใดได้หรือไม่ภายใต้เงื่อนไขเช่นใด ทั้งยังกำหนดวิธีการรักษามิให้ข้อมูลรั่วไหลเพื่อให้หน่วยงานของรัฐกำหนดวิธีการคุ้มครองข้อมูลข่าวสารนั้นอีกด้วย¹² ซึ่งปัจจุบันได้มีการตราระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ.2544 ขึ้นใช้บังคับ และเนื้อหาของระเบียบนี้มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของทางราชการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยให้อำนาจกับหัวหน้าหน่วยงานของรัฐมีอำนาจในการกำหนดชั้นความลับแก่ข้อมูลข่าวสารของทางราชการที่เป็นข้อมูลข่าวสารลับ¹³ โดยแบ่งชั้นความลับเป็นสามชั้น¹⁴ กล่าวคือ

(1) ลับที่สุด (Top Secret) หมายความว่า ข้อมูลข่าวสารลับซึ่งหากเปิดเผยทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์แห่งรัฐอย่างร้ายแรงที่สุด

(2) ลับมาก (Secret) หมายความว่า ข้อมูลข่าวสารลับซึ่งหากเปิดเผยทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์แห่งรัฐอย่างร้ายแรง

(3) ลับ (Confidential) ข้อมูลข่าวสารลับซึ่งหากเปิดเผยทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์แห่งรัฐ

เมื่อพิจารณาจากความหมายของข้อมูลทั้งสามประเภทแล้วพบว่า การพิจารณาจัดชั้นความลับของข้อมูลนั้นว่าเป็นลำดับใดนั้น ขึ้นอยู่กับความรุนแรงของความเสียหายต่อประโยชน์แห่งรัฐเป็นสำคัญ ซึ่งคำว่า **“ประโยชน์แห่งรัฐ”** ในที่นี้นั้นหมายความถึงการดำเนินงานของรัฐที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของเอกชน

¹¹ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2544

¹² มาตรา 16 เพื่อให้เกิดความชัดเจนในทางปฏิบัติว่าข้อมูลข่าวสารของราชการจะเปิดเผยต่อบุคคลใดได้หรือไม่ภายใต้เงื่อนไขเช่นใด และสมควรมีวิธีการรักษามิให้รั่วไหลให้หน่วยงานของรัฐกำหนดวิธีการคุ้มครองข้อมูลข่าวสารนั้น ทั้งนี้ ตามระเบียบที่คณะรัฐมนตรีกำหนดว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ

¹³ “ข้อมูลข่าวสารลับ” หมายความว่า ข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 14 หรือมาตรา 15 ที่มีคำสั่งไม่ให้เปิดเผยและอยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะเป็เรื่องที่เกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐหรือที่เกี่ยวกับเอกชน ซึ่งมีการกำหนดให้มีชั้นความลับเป็น ชั้นลับ ชั้นลับมาก หรือชั้นลับที่สุด ตามระเบียบนี้โดยคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐและประโยชน์แห่งรัฐประกอบกัน

¹⁴ ข้อ 12 - ข้อ 15

ประกอบกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความมั่นคงของรัฐที่เกี่ยวกับการเมืองภายในประเทศหรือระหว่างประเทศ การป้องกันประเทศ เศรษฐกิจ สังคม วิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี การพลังงานและสิ่งแวดล้อมเป็นเกณฑ์

1.2 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ พ.ศ.2552¹⁵

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ พ.ศ.2552 เป็นกฎหมายที่วางแนวทางปฏิบัติในการรักษาความปลอดภัยเกี่ยวกับบุคคล เอกสาร สถานที่ ซึ่งใช้ประกอบกับระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ.2544 ที่ใช้เป็นแนวทางปฏิบัติในการรักษาข้อมูลข่าวสารที่เป็นเอกสารมีให้รั่วไหล โดยกำหนดให้ “การรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ” หมายความว่า มาตรการและการดำเนินการที่กำหนดขึ้นเพื่อพิทักษ์รักษาและคุ้มครองป้องกันสิ่งที่เป็นความลับของทางราชการ ตลอดจนหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ และทรัพย์สินมีค่าของแผ่นดินให้พ้นจากการรั่วไหลการจารกรรม การก่อวินาศกรรมการบ่อนทำลาย การก่อการร้าย การกระทำที่เป็นภัยต่อความมั่นคงและผลประโยชน์แห่งรัฐและการกระทำอื่นใดที่เป็น การเปิดเผยสิ่งที่เป็นความลับของทางราชการโดยได้กำหนดคุ้มครองข้อมูลที่เป็นความลับของทางราชการตามลำดับชั้นความลับ¹⁶ ดังนี้

(1) ลับที่สุด (Top Secret) หมายความว่า ความลับที่มีความสำคัญที่สุดเกี่ยวกับบุคคลข้อมูลข่าวสาร วัตถุ สถานที่ และทรัพย์สินมีค่าของแผ่นดิน ซึ่งหากความลับดังกล่าวทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนรั่วไหลไปถึงบุคคลผู้ไม่มีหน้าที่ได้ทราบ จะทำให้เกิดความเสียหายต่อความมั่นคงและผลประโยชน์แห่งรัฐอย่างร้ายแรงที่สุด

(2) ลับมาก (Secret) หมายความว่า ความลับที่มีความสำคัญมากเกี่ยวกับบุคคลข้อมูลข่าวสารวัตถุ สถานที่ และทรัพย์สินมีค่าของแผ่นดิน ซึ่งหากความลับดังกล่าวทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนรั่วไหลไปถึงบุคคลผู้ไม่มีหน้าที่ได้ทราบ จะทำให้เกิดความเสียหายต่อความมั่นคงและผลประโยชน์แห่งรัฐอย่างร้ายแรง

(3) ลับ (Confidential) หมายความว่า ความลับที่มีความสำคัญเกี่ยวกับบุคคลข้อมูลข่าวสาร วัตถุ สถานที่ และทรัพย์สินมีค่าของแผ่นดิน ซึ่งหากความลับดังกล่าวทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนรั่วไหลไปถึงบุคคลผู้ไม่มีหน้าที่ได้ทราบ จะทำให้เกิดความเสียหายต่อความมั่นคงและผลประโยชน์แห่งรัฐ

ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายลำดับรองทั้งสองฉบับข้างต้นพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540 จึงได้กำหนดเงื่อนไขความรับผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ครอบครองข้อมูลที่เป็นความลับดังกล่าวไว้ กล่าวคือ ในกรณีที่การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารใดแม้จะเข้าข่ายต้องมีความรับผิดตามกฎหมายใด ให้ถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องรับผิดหากเป็นการกระทำโดยสุจริตและเป็นไปตามระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ.2544 และหากเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับตามที่กำหนดในกฎหมายได้มีคำสั่งให้เปิดเผยเป็นการทั่วไปหรือเฉพาะแก่บุคคลใดเพื่อประโยชน์อันสำคัญยิ่งกว่าที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะหรือชีวิต ร่างกาย สุขภาพหรือประโยชน์อื่นของบุคคลและคำสั่งนั้นได้กระทำโดยสมควรแก่เหตุ ในการนี้เจ้าหน้าที่จะมีการกำหนดข้อจำกัดหรือเงื่อนไขในการใช้ข้อมูลข่าวสารนั้นตามความเหมาะสมก็ได้¹⁷ ซึ่งหากมีบุคคลใดฝ่า

¹⁵ ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 13 มีนาคม 2552

¹⁶ ข้อ 15- ข้อ 17

¹⁷ มาตรา 20 การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารใดแม้จะเข้าข่ายต้องมีความรับผิดตามกฎหมายใดให้ถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องรับผิดหากเป็นการกระทำโดยสุจริตในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 15 ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ดำเนินการโดยถูกต้องตามระเบียบตามมาตรา 16

(2) ข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 15 ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับตามที่กำหนดในกฎกระทรวง มีคำสั่งให้เปิดเผยเป็นการทั่วไปหรือเฉพาะแก่บุคคลใดเพื่อประโยชน์อันสำคัญยิ่งกว่าที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ หรือชีวิต ร่างกาย สุขภาพ หรือ

ฝ่าฝืนเงื่อนไขที่เจ้าหน้าที่กำหนดขึ้นย่อมต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายกำหนด คือต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ¹⁸ อย่างไรก็ตาม แม้เจ้าหน้าที่จะได้ดำเนินการตามขั้นตอนของการเปิดเผยข้อมูลที่กำหนดในระเบียบดังกล่าวแล้ว หากเกิดความเสียหายจากการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวขึ้น กฎหมายว่าด้วยข้อมูลข่าวสารของทางราชการยังกำหนดให้การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารกรณีนี้ย่อมไม่เป็นเหตุให้หน่วยงานของรัฐพ้นจากความรับผิดตามกฎหมายหากจะพึงมีในกรณีดังกล่าวอีกด้วย

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540 ข้างต้น พบว่าเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 56 โดยมีผลเป็นการรับรองสิทธิและจำกัดสิทธิไปพร้อม ๆ กัน ซึ่งเมื่อพิจารณารายละเอียดของการจำกัดสิทธิดังกล่าวพบว่าเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสภาตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น ซึ่งในกรณีนี้ได้แก่ หลักความมั่นคงของรัฐ หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนและหลักการคุ้มครองสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น และสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามที่ปรากฏในเอกสารรับรองสิทธิหลายฉบับดังที่ได้กล่าวในบทที่สองแล้ว

2. พระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550

พระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นภายใต้เหตุผลเพื่อกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ เนื่องจากระบบคอมพิวเตอร์เป็นส่วนสำคัญของการประกอบกิจการและการดำรงชีวิตของมนุษย์ในปัจจุบันและหากมีผู้กระทำความผิดด้วยประการใดๆ ให้ระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานตามคำสั่งที่กำหนดไว้หรือทำให้การทำงานผิดพลาดไปจากคำสั่งที่กำหนดไว้ หรือใช้วิธีการใด ๆ เข้าล่วงรู้ข้อมูล แก่ไขหรือทำลายข้อมูลของบุคคลอื่นในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบหรือใช้ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จหรือมีลักษณะอันลามกอนาจารย่อมก่อให้เกิดความเสียหาย มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจ สังคมและความมั่นคงของรัฐรวมทั้งความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชนอีกด้วย และเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 พบว่าเป็นกฎหมายที่ได้กำหนดให้การกระทำที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เป็นความผิดพร้อมทั้งกำหนดบทลงโทษสำหรับการกระทำความผิดนั้น ๆ ไว้ อย่างชัดเจนในหลายฐานความผิด กล่าวคือ ความผิดฐานเปิดเผยมาตรการป้องกันการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ที่ผู้อื่นจัดทำขึ้นเป็นการเฉพาะโดยมิชอบ การดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ การทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ การกระทำเพื่อให้งานของระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นไม่สามารถทำงานตามปกติได้ การส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์รบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุข การจำหน่ายชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นเพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด ซึ่งแต่ละฐานความผิดได้กำหนดบทลงโทษทางอาญาไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม กรณีที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาวิจัยเรื่องขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนี้พบว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำ

ประโยชน์อื่นของบุคคล และคำสั่งนั้นได้กระทำโดยสมควรแก่เหตุ ในการนี้จะมีการกำหนดข้อจำกัดหรือเงื่อนไขในการใช้ข้อมูลข่าวสารนั้นตามความเหมาะสมก็ได้

การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามวรรคหนึ่งไม่เป็นเหตุให้หน่วยงานของรัฐพ้นจากความรับผิดตามกฎหมายหากจะพึงมีในกรณีดังกล่าว

¹⁸ มาตรา 41 ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อจำกัดหรือเงื่อนไขที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกำหนดตามมาตรา 20 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มีบทบัญญัติที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนพร้อมทั้งกำหนดบทลงโทษทางอาญาไว้สำหรับการกระทำความผิดนั้น ๆ ด้วย โดยมีฐานความผิดที่นำมาพิจารณาสองมาตรา ดังนี้

2.1 ความผิดสำหรับผู้นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ หรือผู้เผยแพร่หรือส่งต่อ

“มาตรา 14 ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(1) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน

(2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศหรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน

(3) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

(4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

(5) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ ตาม (1) (2) (3) หรือ (4)”

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เป็นกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เป็นความผิดพร้อมทั้งกำหนดบทลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดนั้น ๆ ไว้อย่างชัดเจน เพราะฉะนั้น การกระทำความผิดทางอาญาตามกฎหมายนี้ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษ กล่าวคือ เป็นการกระทำความผิดทางอาญาที่มีการใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือจึงต้องพิจารณาจากองค์ประกอบความผิดสำหรับความผิดนั้นๆ ตามที่กำหนดในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปประกอบกัน และเมื่อพิจารณาจากมาตรา 14 พบว่ากรณีที่เกี่ยวข้องกับปัญหาเรื่องขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนมีหลายฐานความผิด กล่าวคือ

(1) ความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่ง “ข้อมูลคอมพิวเตอร์”¹⁹ อันเป็นเท็จโดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ซึ่งความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่กำหนดบทลงโทษสำหรับ “ผู้ลงมือกระทำความผิด” โดยข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ต้องห้ามคือข้อมูล “เป็นเท็จ” ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนนั่นเอง หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ “ปลอม” ซึ่งหมายถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข ไม่ว่าจะการเปลี่ยนแปลงแก้ไขนั้นจะทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วนก็ตาม

(2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อ “ความมั่นคงของประเทศ” หรือ “ก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน” ซึ่งความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่กำหนดบทลงโทษสำหรับ “ผู้ลงมือกระทำความผิด” โดยข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ต้องห้ามคือข้อมูล “เป็นเท็จ” ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนนั่นเอง หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ “ปลอม” ซึ่งหมายถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์

¹⁹ “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” หมายความว่า ข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด บรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ และให้หมายความรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย

ที่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข ไม่ว่าจะการเปลี่ยนแปลงแก้ไขนั้นจะทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วนก็ตาม โดยเน้นที่ข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลที่กระทบต่อความมั่นคงของประเทศหรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน

(3) ความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่กำหนดบทลงโทษสำหรับ “ผู้ลงมือกระทำความผิด” โดยข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ต้องห้ามคือข้อมูลที่เกี่ยวกับ “ความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร” หรือ “ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา” ซึ่งเมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาแล้ว พบว่าความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรคือความผิดตามลักษณะ 1 ในหมวดที่ 1-4 ในมาตรา 107 ถึงมาตรา 135²⁰ ส่วนความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญาคือ ความผิดตาม ลักษณะ 1/1 โดยกำหนดไว้ในมาตรา 135/1 ถึงมาตรา 135/4 ซึ่งย่อหมายความว่า การกระทำความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามพระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นี้เป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายโดยใช้คอมพิวเตอร์ในการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ด้วยข้อมูลอันเป็นความผิดลักษณะดังกล่าว อันส่งผลให้ผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในฐานความผิดนี้มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาในฐานความผิดดังกล่าวด้วย

(4) ความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ซึ่งความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่กำหนดบทลงโทษสำหรับ “ผู้ลงมือกระทำความผิด” โดยข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ต้องห้ามคือข้อมูลที่ “มีลักษณะอันลามก” และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ซึ่งคำว่า “ลามก” นั้นมีสองลักษณะ²¹ คือ Pornography อันหมายถึงความถึง การแสดงพฤติกรรมทางเพศไม่ว่าจะเป็นการเขียนหรือภาพที่นำไปสู่การตื่นเต้นทางเพศหรือยั่วยุกรมรมณ์หรือทำให้เกิดกำหนด กับ Obscenity อันหมายถึงความถึงสิ่งทำให้เกิดความรู้สึกอันน่ารังเกียจ เช่น แสดงถ้อยคำหรือวัตถุสิ่งของทางเพศในลักษณะที่หยาบช้าน่าเกลียด²²

(5) ความผิดฐานเผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศหรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน ข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือเผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ซึ่งความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่กำหนดบทลงโทษสำหรับ “ผู้เผยแพร่” หรือ “ผู้ส่งต่อ” ข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นความผิด ซึ่งผู้ให้บริการที่จะได้รับโทษตามมาตรานี้จะต้องกระทำการอันเป็นการเผยแพร่หรือส่งต่อโดยรู้อยู่แล้วว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลที่ต้องห้ามตามกฎหมาย

²⁰ประมวลกฎหมายอาญา ภาคความผิด : ลักษณะ 1 ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร
หมวด 1 ความผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์
หมวด 2 ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร
หมวด 3 ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายนอกราชอาณาจักร
หมวด 4 ความผิดต่อสัมพันธ์ไมตรีกับต่างประเทศ

²¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. สำนักพิมพ์วิญญูชน 2547. หน้า 380

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2510/2531, 3213/2526, 2875/2531

2.2 ความผิดสำหรับ “ผู้ให้บริการ”²³

“มาตรา 15 ผู้ให้บริการผู้ใดจงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 14”

กรณีของตามมาตรา 15 เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ “ผู้ให้บริการ” แม้มิได้เป็นผู้ลงมือกระทำความผิด แต่หากผู้ให้บริการ ซึ่งหมายความถึงผู้ที่ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ตหรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่นโดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเองหรือในนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นและยังหมายความรวมถึงผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น จงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 อันได้แก่ การนำเข้าสู่ข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศหรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน ข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ กรณีนี้เมื่อผู้ให้บริการยังปล่อยให้มีการเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นความผิดในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ถือได้ว่าเป็นการจงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 นี้ได้

อย่างไรก็ตาม การกระทำความผิดข้างต้นจะเป็นการกระทำที่ต้องรับโทษทางอาญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่เพียงใดนั้น จำต้องพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดนั้นมี “เจตนา”²⁴ ในการกระทำความผิดหรือไม่ กล่าวคือ ผู้กระทำรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและต้องรู้ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดนั้นประกอบด้วย

2.3 อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมาย

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่รักษาการตามกฎหมายนี้ คือ พนักงานเจ้าหน้าที่ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารแต่งตั้ง โดยกรณีที่ที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะมีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ให้

²³ “ผู้ให้บริการ” หมายความว่า

(1) ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่น โดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเอง หรือในนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

(2) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลตามอื่น

²⁴ มาตรา 59 บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาทหรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา

กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้

พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจอย่างหนึ่งอย่างใดเฉพาะที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการใช้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดและหาตัวผู้กระทำความผิดดังต่อไปนี้²⁵

(1) มีหนังสือสอบถามหรือเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้มาเพื่อให้ถ้อยคำ ส่งคำชี้แจงเป็นหนังสือ หรือส่งเอกสาร ข้อมูล หรือหลักฐานอื่นใดที่อยู่ในรูปแบบที่สามารถเข้าใจได้

(2) เรียกข้อมูลจากรายการทางคอมพิวเตอร์จากผู้ให้บริการเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารผ่านระบบคอมพิวเตอร์หรือจากบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง

(3) สั่งให้ผู้ให้บริการส่งมอบข้อมูลเกี่ยวกับผู้ใช้บริการที่ต้องเก็บตามมาตรา 26 หรือที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมของผู้ให้บริการให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่

(4) ทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจากรายการทางคอมพิวเตอร์ จากระบบคอมพิวเตอร์ที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ในกรณีที่ระบบคอมพิวเตอร์นั้นยังมิได้อยู่ในความครอบครองของพนักงานเจ้าหน้าที่

(5) สั่งให้บุคคลซึ่งครอบครองหรือควบคุมข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์ที่ใช้เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ ส่งมอบข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์ดังกล่าวให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่

(6) ตรวจสอบหรือเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจากรายการทางคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์ที่ใช้เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลใด อันเป็นหลักฐานหรืออาจใช้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิด หรือเพื่อสืบสวนหาตัวผู้กระทำความผิดและสั่งให้บุคคลนั้นส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ข้อมูลจากรายการทางคอมพิวเตอร์ ที่เกี่ยวข้องเท่าที่จำเป็นให้ด้วยก็ได้

(7) ถอดรหัสลับของข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลใด หรือสั่งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการเข้ารหัสลับของข้อมูลคอมพิวเตอร์ ทำการถอดรหัสลับ หรือให้ความร่วมมือกับพนักงานเจ้าหน้าที่ในการถอดรหัสลับดังกล่าว

(8) ยึดหรืออายัดระบบคอมพิวเตอร์เท่าที่จำเป็นเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการทราบรายละเอียดแห่งความผิดและผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้

ในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่จะใช้อำนาจตามข้อ (4) (5) (6) (7) และ (8) นั้น กฎหมายกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่จะต้องดำเนินการยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการดังกล่าวได้²⁶ โดยคำร้องต้องระบุเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลใดกระทำหรือกำลังจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ เหตุที่ต้องใช้อำนาจ ลักษณะของการกระทำความผิด รายละเอียดเกี่ยวกับอุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำความผิดและผู้กระทำความผิดเท่าที่สามารถจะระบุได้ ประกอบคำร้องด้วยในการพิจารณาคำร้องให้ศาลพิจารณาคำร้องดังกล่าวโดยเร็ว และเมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตแล้ว ก่อนดำเนินการตามคำสั่งของศาล พนักงานเจ้าหน้าที่จะต้องส่งสำเนาบันทีกเหตุอันควรเชื่อที่จำเป็นต้องใช้อำนาจดังกล่าวในข้อ (4) (5) (6) (7) และ (8) มอบให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองระบบคอมพิวเตอร์นั้นไว้เป็นหลักฐาน แต่ถ้าไม่มีเจ้าของหรือผู้ครอบครองเครื่องคอมพิวเตอร์อยู่ ณ ที่นั้น กฎหมายกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่จะส่งมอบสำเนาบันทีกนั้นให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองดังกล่าวในทันทีที่กระทำได้นอกจากนี้ ในกรณีที่การกระทำความผิดนั้นเป็นการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรแห่งประมวลกฎหมายอาญาหรือที่มีลักษณะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎหมายกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่โดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีมีอำนาจในการยื่นคำ

²⁵ มาตรา 18

²⁶ มาตรา 19

ร้องพร้อมแสดงพยานหลักฐานต่อศาลที่มีเขตอำนาจขอให้มีคำสั่งระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นได้ และหากศาลมีคำสั่งให้ระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่จึงจะดำเนินการระงับการทำให้แพร่หลายนั้นเองหรืออาจสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นก็ได้²⁷ ภายใต้การอำนาจหน้าที่ดังกล่าวหากบุคคลใดฝ่าฝืนไม่ดำเนินการตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่หรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล กฎหมายกำหนดให้บุคคลดังกล่าวต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองแสนบาทและปรับรายวันอีกไม่เกินวันละห้าพันบาทจนกว่าจะปฏิบัติให้ถูกต้องต่อไป²⁸

2.4 โทษ

เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดในมาตรา 14 15 และมาตรา 16 พบว่าเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดลักษณะการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ให้มีโทษทางอาญา ซึ่งการกระทำความผิดตามมาตรา 14 นั้น กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษสำหรับการกระทำความผิดนั้นโดยต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ส่วนกรณีการกระทำความผิดโดยผู้ให้บริการตามมาตรา 15 นั้นกฎหมายกำหนดให้รับโทษเท่ากันกับผู้กระทำความผิดในมาตรา 14 คือต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ส่วนกรณีความผิดตามมาตรา 16 กฎหมายกำหนดให้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ อย่างไรก็ตาม โดยที่การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นี้จึงมีสถานะเป็นกฎหมายพิเศษที่กำหนดเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่มีโทษทางอาญาโดยยึดโยงกับฐานความผิดตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาที่เป็นกฎหมายทั่วไป เพราะฉะนั้น การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายนี้จึงมีผลเป็นการกระทำความผิด “กรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท”²⁹ ซึ่งย่อมาหมายความว่าผู้กระทำความผิดนั้นได้กระทำความผิดทุกบททั้งบทเบาบทหนัก หากแต่โทษที่ลงนั้นใช้โทษขอบหนักที่สุด เพราะโทษตามบทเบานั้นย่อมซ้อนไปกับบทหนักแล้ว มิได้หมายความว่าผู้กระทำไม่ได้กระทำความผิดบทเบา³⁰ และกรณีเช่นนี้มีใช่เป็นกรณีที่เป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายเฉพาะซึ่งมีผลยกเว้นกฎหมายทั่วไป ซึ่งหมายความว่าหากการกระทำความผิดนั้นผิดกฎหมายเฉพาะก็ต้องลงโทษตามกฎหมายเฉพาะไม่ว่าบทเฉพาะจะมีโทษเบาหรือหนักกว่าบททั่วไปหรือไม่³¹ ซึ่งย่อมาหมายความว่าหากการกระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ตรงกับฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งกำหนดโทษไว้สูงกว่า ผู้กระทำความผิดย่อมต้องได้รับโทษตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นบทหนักตามหลักการข้างต้น

²⁷ มาตรา 20

²⁸ มาตรา 27

²⁹ ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 90 เมื่อการกระทำใดอันเป็นกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท ให้ใช้กฎหมายบทที่มีโทษหนักที่สุดลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด

³⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. เรื่องเดิม. หน้า 202

³¹ จิตติ ดิงศรัทีย. “การกระทำที่เป็นความผิดตามบทเฉพาะที่ไม่ผิดบทหนักด้วยนั้น หมายความว่าถึงบทเฉพาะที่มีโทษเบาว่าบททั่วไป จึงจะมีผลยกเว้นมาตรา 90 ไม่ต้องลงโทษตามบทหนัก มิฉะนั้นก็เป็นแต่ไม่ต้องปรับด้วยโทษเบา” หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 50/2518. อ้างในทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. เรื่องเดิม. หน้า 205-206

3. พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ.2475

พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ. 2475 เป็นกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนฉบับหนึ่งที่มีผลใช้บังคับมาเป็นเวลายาวนาน หากแต่เป็นกฎหมายพิเศษที่จะมีการใช้บังคับเฉพาะกรณีในประเทศตกอยู่ในภาวะไม่ปกติเท่านั้น โดยการประกาศใช้กฏอัยการศึกนั้นเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ

“มาตรา 188 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการประกาศใช้และเลิกใช้กฏอัยการศึกตามลักษณะและวิธีการตามกฎหมายว่าด้วยกฏอัยการศึก

ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องประกาศใช้กฏอัยการศึกเฉพาะแห่งเป็นการรีบด่วนเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารย่อมกระทำได้ตามกฎหมายว่าด้วยกฏอัยการศึก”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 188 ประกอบกับพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ.2475 พบว่ากฎหมายกำหนดเงื่อนไขของการประกาศใช้กฏอัยการศึกไว้สองกรณี กล่าวคือ

(1) กรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อรักษาความเรียบร้อยปราศจากภัยซึ่งจะมาจากภายนอกหรือภายในราชอาณาจักร³² อันเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยการมีพระบรมราชโองการประกาศให้ใช้กฏอัยการศึกโดยอาจประกาศให้ใช้กฏอัยการศึกษาทุกมาตราหรือเพียงบางมาตราก็ได้ และมีอำนาจในการประกาศใช้กฏอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของราชอาณาจักรก็ได้เช่นกัน และเมื่อมีการประกาศกฏอัยการศึกแล้ว บรรดาข้อความหรือตัวบทกฎหมายใด ๆ ที่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฏอัยการศึกกฎหมายกำหนดให้ใช้บังคับใช้กฏอัยการศึกแทน

(2) กรณีมีเหตุสงครามหรือจลาจลขึ้น ณ ที่แห่งใด³³ กรณีนี้เป็นอำนาจของผู้บัญชาการทหาร ณ ที่แห่งนั้นซึ่งมีกำลังอยู่ไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพันหรือเป็นผู้บังคับบัญชาในป้อมหรือที่มั่นอย่างใด ๆ ของทหารเป็นผู้มีอำนาจประกาศ โดยให้มีผลเฉพาะในเขตอำนาจหน้าที่ของกองทหารนั้นเท่านั้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดให้เมื่อประกาศแล้วจะต้องรีบรายงานให้รัฐบาลทราบโดยเร็วที่สุด

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะการประกาศใช้กฏอัยการศึกษาจะเป็นการประกาศตามข้อหนึ่งหรือข้อสองข้างต้นก็ตาม หากแต่กฎหมายกำหนดให้การประกาศยกเลิกกฏอัยการศึกนั้นต้องดำเนินการภายใต้พระบรมราชโองการเสมอ³⁴ และเมื่อมีการประกาศใช้กฏอัยการศึกในท้องที่ใดหรือทั่วราชอาณาจักรแล้ว ส่งผลให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจเหนือกว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนในการใช้กำลังทหารเพื่อการระงับปราบปราม หรือการรักษาความสงบเรียบร้อย โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามความต้องการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร³⁵ โดยมีอำนาจเต็มในการการตรวจค้น การเกณฑ์ การห้าม การยึด การเข้าอาศัย การทำลายหรือเปลี่ยนแปลงสถานที่ ตลอดจนอำนาจในการจับไล่ได้ โดยกรณีที่เจ้าหน้าที่ทหารมีอำนาจจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนนั้นจะเป็นกรณีของอำนาจดังต่อไปนี้

(1) อำนาจในการตรวจค้น³⁶ กล่าวคือ กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจในการตรวจค้นในเรื่องดังนี้ คือ การตรวจค้นบรรดาสิ่งซึ่งจะเกณฑ์ หรือต้องห้าม หรือต้องยึด หรือจะต้องเข้าอาศัย หรือมีไว้ในครอบครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งมีอำนาจที่จะตรวจค้นได้ไม่ว่าที่ตัวบุคคล ในยานพาหนะ เคหะสถาน

³² มาตรา 2

³³ มาตรา 4

³⁴ มาตรา 5

³⁵ มาตรา 6

³⁶ มาตรา 9

สิ่งปลูกสร้าง หรือที่ใด ๆ และไม่ว่าเวลาใด ๆ ทั้งสิ้น การตรวจข่าวสาร จดหมาย โทรเลข หีบ ห่อ หรือสิ่งอื่นใดที่ส่งหรือมีไปมาถึงกันในเขตที่ประกาศใช้กฎอัยการศึก และการตรวจหนังสือ สิ่งพิมพ์ หนังสือพิมพ์ ภาพโฆษณา บทหรือคำประพันธ์

(2) อำนาจในการห้าม³⁷ กล่าวคือ กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจในการห้ามในเรื่องดังนี้ ห้ามมั่วสุมประชุมกัน ห้ามออก จำหน่าย จ่ายหรือแจก ซึ่งหนังสือ สิ่งพิมพ์ หนังสือพิมพ์ ภาพบทหรือคำประพันธ์ ห้ามโฆษณา แสดงมหรสพ รับหรือส่งซึ่งวิทยุ วิทยุกระจายเสียง หรือวิทยุโทรทัศน์ ห้ามใช้ทางสาธารณะเพื่อการจราจรไม่ว่าจะเป็นทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศ รวมถึงทางรถไฟและทางรถรางที่มีรถเดินด้วย ห้ามมีหรือใช้เครื่องมือสื่อสารหรืออาวุธ เครื่องอุปกรณ์ของอาวุธ และเคมีภัณฑ์หรือสิ่งอื่นใดที่มีคุณสมบัติทำให้เกิดอันตรายแก่บุคคล สัตว์ พืช หรือทรัพย์สิน หรือที่อาจนำไปใช้ทำเป็นเคมีภัณฑ์ หรือสิ่งอื่นใดที่มีคุณสมบัติดังกล่าวได้ ห้ามบุคคลออกนอกเคหะสถานภายในระหว่างระยะเวลาที่กำหนด ห้ามบุคคลเข้าไปหรืออาศัยอยู่ในเขตท้องที่ใดซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเห็นว่าเป็นการจำเป็นเพื่อการยุทธ การระงับปราบปราม หรือการรักษาความสงบเรียบร้อยและเมื่อได้ประกาศห้ามเมื่อใดแล้ว ให้ผู้ซึ่งอาศัยอยู่ในเขตนั้นออกไปจากเขตนั้นภายในกำหนดเวลาที่ได้ประกาศกำหนด และการห้ามบุคคลกระทำหรือมีซึ่งกิจการหรือสิ่งอื่นใดได้ตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมได้กำหนดไว้ว่าควรต้องห้ามในเวลาที่ได้มีการประกาศใช้กฎอัยการศึก

ภายใต้อำนาจในการตรวจค้นและการห้ามนั้น หากเจ้าหน้าที่ทหารเห็นว่าเป็นการจำเป็น กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ทหารมีอำนาจในการยึดบรรดาทรัพย์สินดังกล่าวไว้เป็นการชั่วคราวเพื่อมิให้เป็นประโยชน์แก่ราชศัตรูหรือเพื่อประโยชน์แก่ราชการทหารก็ได้³⁸ นอกจากนี้ หากเกิดความเสียหายขึ้นจากการใช้อำนาจดังกล่าว ผู้เสียหายไม่อาจเรียกค่าเสียหายหรือค่าปรับจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารได้ ทั้งนี้เนื่องจากการดังกล่าวเป็นการดำเนินการเพื่อป้องกันพระมหากษัตริย์ ชาติ ศาสนา ด้วยกำลังทหารให้ดำรงคงอยู่ในความเจริญรุ่งเรืองเป็นอิสราภาพและสงบเรียบร้อยปราศจากราชศัตรูภายนอกและภายใน³⁹ ตามกฎหมายนั่นเอง นอกจากนี้ ในเขตท้องที่ที่มีการประกาศกฎอัยการศึก กฎหมายกำหนดให้ศาลพลเรือนยังคงมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ตามปกติ เว้นแต่คดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาศึก ทั้งยังกำหนดให้ผู้มีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึกมีอำนาจประกาศให้ “ศาลทหาร”⁴⁰ มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาซึ่งการกระทำผิดเกิดขึ้นในเขตที่ประกาศใช้กฎอัยการศึกและในระหว่างที่ใช้กฎอัยการศึกตามที่ระบุไว้ในบัญชีต่อท้ายพระราชบัญญัตินี้ทุกข้อหรือแต่บางข้อก็ได้ โดยให้มีผลแต่เฉพาะคดีที่การกระทำความผิดเกิดขึ้นตั้งแต่วันเวลาที่ระบุไว้ในประกาศซึ่งต้องมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาด้วย อย่างไรก็ตาม หากคดีอาญาใดที่เกิดขึ้นในเขตที่ประกาศใช้กฎอัยการศึกเป็นคดีที่เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน กฎหมายกำหนดให้ผู้บัญชาการทหารสูงสุดมีอำนาจในการสั่งให้พิจารณาพิพากษาคดีอาญานั้นในศาลทหารได้ และเมื่อได้มีการประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึกแล้ว กฎหมายกำหนดให้ศาลทหารคงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่ยังคงค้างอยู่ในศาลนั้นและให้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่ยังมิได้ฟ้องร้องในระหว่างเวลาที่ใช้กฎอัยการศึกนั้นต่อไปด้วย⁴¹

³⁷ มาตรา 11

³⁸ มาตรา 12

³⁹ มาตรา 16

⁴⁰ มาตรา 7

⁴¹ มาตรา 7 ตรี

4. พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ.2551

เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ.2551 พบว่าตราขึ้นภายใต้ความมุ่งหมายเพื่อที่จะให้อำนาจแก่รัฐบาลในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อป้องกันอันตรายที่เกิดขึ้นตั้งแต่ในยามปกติและในยามที่เกิดสถานการณ์อันเป็นภัยต่อความมั่นคงในพื้นที่หนึ่งพื้นที่ใด ตลอดจนให้รัฐสามารถกำหนดให้มีมาตรการและกลไกควบคุมการใช้อำนาจเป็นการเฉพาะตามระดับความรุนแรงของสถานการณ์ เพื่อแก้ไขสถานการณ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นเอกภาพ ในกรณีรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าเกิดปัญหาเกี่ยวกับความมั่นคงจากบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่หลากหลาย เหตุการณ์นั้นมีความรุนแรง รวดเร็ว และสามารถขยายตัวจนส่งผลกระทบเป็นวงกว้าง และมีความสลับซับซ้อนจนอาจกระทบต่อเอกราชและบูรณภาพแห่งอาณาเขต อันจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในประเทศและเป็นภัยอันตรายต่อความสงบสุขของประชาชน ซึ่งรัฐบาลสามารถที่จะดำเนินการได้อันเป็นการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรได้ โดยพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ.2551 เป็นกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนโดยมีสาระสำคัญในการกำหนดอำนาจให้แก่รัฐบาลในการบังคับใช้กฎหมายได้หากเป็นไปได้เพื่อรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร โดยคำว่า “การรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรนั้น กฎหมายได้กำหนดนิยาม⁴² ไว้ หมายถึง

“การรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร” หมายความว่า การดำเนินการเพื่อป้องกัน ควบคุม แก้ไข และฟื้นฟูสถานการณ์ใดที่เป็นภัยหรืออาจเป็นภัยอันเกิดจากบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ก่อให้เกิดความไม่สงบสุข ทำลาย หรือทำความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินของประชาชนหรือของรัฐให้กลับสู่สภาวะปกติ เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือความมั่นคงของรัฐ

หลักการและเหตุผลดังกล่าวกำหนดขึ้นเพื่อให้การดำเนินการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรสัมฤทธิ์ผลตามเป้าประสงค์ของกฎหมาย กฎหมายจึงได้กำหนดให้รัฐบาลมีอำนาจในการจัดตั้งหน่วยปฏิบัติงานหลักเรียกว่า “กองอำนาจการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร” หรือ “กอ.รมน.”⁴³ เป็นหน่วยงานในสำนักนายกรัฐมนตรีให้มีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบในการดำเนินการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรโดยบูรณาการและประสานการปฏิบัติร่วมกับทุกส่วนราชการรวมทั้งส่งเสริมให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการป้องกันและรักษาความมั่นคง โดยมีฐานะเป็นส่วนราชการรูปแบบเฉพาะอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาและขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีในฐานะผู้อำนวยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร หรือ “ผอ.รมน.” และหากมีกรณีจำเป็นในอันที่จะรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรในพื้นที่ของกองทัพภาคใด กฎหมายกำหนดให้สามารถจัดให้มีกองอำนาจการรักษาความมั่นคงภายในภาค หรือ “กอ.รมน.ภาค” ขึ้นได้ โดยให้เป็นหน่วยงานขึ้นตรงต่อแม่ทัพภาคในฐานะผู้อำนวยการรักษาความมั่นคงภายในภาค หรือ “ผอ.รมน.ภาค” นอกจากนี้เพื่อประโยชน์ในการสนับสนุน ช่วยเหลือและปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ของ กอ.รมน.ภาค กฎหมายกำหนดให้ผู้อำนวยการรักษาความมั่นคงภายในภาคโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยและผู้อำนวยการ อาจตั้งกองอำนาจการรักษาความมั่นคงภายในจังหวัด หรือ “กอ.รมน.จังหวัด” ขึ้นในจังหวัดที่อยู่ในเขตของกองทัพภาคเป็นหน่วยงานขึ้นตรงต่อ กอ.รมน.ภาค ได้ โดยให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้อำนวยการรักษาความมั่นคงภายในจังหวัด หรือ “ผอ.รมน.จังหวัด” โดยมีหน้าที่รับผิดชอบและสนับสนุนการรักษาความมั่นคงภายในเขตพื้นที่รับผิดชอบของจังหวัดนั้นตามที่ผู้อำนวยการมอบหมาย จากโครงสร้างดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นโครงสร้างที่กำหนดให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการสั่งการเพื่อดำเนินการรักษาความมั่นคงภายใน

⁴² มาตรา 3

⁴³ มาตรา 5

ราชอาณาจักรทั้งจากฝ่ายความมั่นคงและจากทุกส่วนราชการ ให้เข้าร่วมในการดำเนินการดังกล่าวได้ตามที่ นายกรัฐมนตรีในฐานะผู้อำนวยการกองอำนวยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรกำหนด และกรณีที่ ปรากฏเหตุการณ์อันกระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร แต่กรณีดังกล่าวนี้ยังไม่จำเป็นต้องมีการ ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน และเหตุการณ์นั้นมี แนวโน้มที่จะมีอยู่ต่อไปเป็นเวลานานและเหตุการณ์นั้นเป็นเหตุการณ์ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่หรือความรับผิดชอบ ในการแก้ไขปัญหาของหน่วยงานของรัฐหลายหน่วยงาน คณะรัฐมนตรีจะมีมติมอบหมายให้ กอ.รมน. เป็น ผู้รับผิดชอบในการป้องกัน ปราบปราม ระงับ ยับยั้ง และแก้ไข หรือบรรเทาเหตุการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคง ภายในราชอาณาจักรนั้นภายในพื้นที่และระยะเวลาที่กำหนดได้⁴⁴ และเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการดังกล่าว นายกรัฐมนตรีในฐานะผู้อำนวยการโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการออกข้อกำหนดในเรื่อง ดังต่อไปนี้⁴⁵ คือ

- (1) กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติการหรือให้งดเว้นการปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใด
- (2) กำหนดห้ามเข้าหรือกำหนดให้ออกจากบริเวณพื้นที่ อาคาร หรือสถานที่ที่หนึ่งใดที่กำหนด ใน ระยะเวลาที่ปฏิบัติการ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับการยกเว้น
- (3) กำหนดห้ามออกนอกเคสสถานในเวลาที่กำหนด
- (4) กำหนดห้ามนำอาวุธออกนอกเคสสถาน
- (5) กำหนดห้ามการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้ยานพาหนะ หรือกำหนดเงื่อนไขการใช้เส้นทาง คมนาคมหรือการใช้ยานพาหนะ
- (6) กำหนดให้บุคคลปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดอันเกี่ยวกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์ อิเลคทรอนิกส์ เพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของประชาชน

ซึ่งการออกข้อกำหนดในกรณีดังกล่าวข้างต้น กฎหมายกำหนดให้สามารถกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไข เวลาใด ๆ ไว้ด้วยก็ได้ แต่ทั้งนี้เงื่อนไขดังกล่าวจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนเกินสมควรแก่ เหตุ⁴⁶ และหากมีการฝ่าฝืนข้อกำหนดที่ 2 - 6 ผู้ฝ่าฝืนจะต้องรับโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสอง หมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ⁴⁷ อย่างไรก็ตาม ภายในเขตพื้นที่ที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้ กอ.รมน. ดำเนินการ ดังกล่าว หากปรากฏว่าผู้ใดต้องหาว่าได้กระทำความผิดอันมีผลกระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร แต่ กลับใจเข้ามามอบตัวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นกรณีที่พนักงานสอบสวนได้ดำเนินการสอบสวนแล้วปรากฏ ว่าผู้นั้นได้กระทำไปเพราะหลงผิดหรือรู้เท่าไม่ถึงการณ์และการเปิดโอกาสให้ผู้นั้นกลับตัวจะเป็นประโยชน์ต่อ การรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พนักงานสอบสวนสามารถส่งความเห็นดังกล่าวไปยังผู้อำนวยการ

⁴⁴ มาตรา 15 ในกรณีที่ปรากฏเหตุการณ์อันกระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักรแต่ยังไม่มีความจำเป็นต้อง ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน และเหตุการณ์นั้นมีแนวโน้มที่จะมี อยู่ต่อไปเป็นเวลานานทั้งอยู่ในอำนาจหน้าที่หรือความรับผิดชอบในการแก้ไขปัญหาของหน่วยงานของรัฐหลายหน่วย คณะรัฐมนตรีจะมีมติมอบหมายให้ กอ.รมน. เป็นผู้รับผิดชอบในการป้องกัน ปราบปราม ระงับ ยับยั้ง และแก้ไขหรือบรรเทา เหตุการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักรนั้นภายในพื้นที่และระยะเวลาที่กำหนดได้ ทั้งนี้ ให้ประกาศให้ทราบ โดยทั่วไป

ในกรณีที่เหตุการณ์ตามวรรคหนึ่งสิ้นสุดลงหรือสามารถดำเนินการแก้ไขได้ตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่ รับผิดชอบตามปกติ ให้นายกรัฐมนตรีประกาศให้อำนาจหน้าที่ของ กอ.รมน. ที่ได้รับมอบหมายตามวรรคหนึ่งสิ้นสุดลง และให้ นายกรัฐมนตรีรายงานผลต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาทราบโดยเร็ว

⁴⁵ มาตรา 18

⁴⁶ มาตรา 18 วรรคสอง

⁴⁷ มาตรา 24

หากผู้อำนวยการเห็นด้วยกฎหมายกำหนดให้ผู้อำนวยการส่งสำนวนพร้อมความเห็นไปยังพนักงานอัยการเพื่อยื่นคำร้องต่อศาล และหากศาลเห็นสมควรกฎหมายกำหนดให้ศาลส่งผู้ต้องหาให้ผู้อำนวยการเพื่อเข้ารับการอบรมโดยผู้ต้องหาดังกล่าวได้ให้ความยินยอมในการเข้ารับการอบรมดังกล่าว ณ สถานที่ที่กำหนดเป็นเวลาไม่เกินหกเดือนหรืออาจกำหนดเงื่อนไขอื่นเพิ่มก็ได้ เมื่อผู้ต้องหาได้เข้ารับการอบรมแล้วสิทธิในการนำคดีอาญามาฟ้องร้องผู้ต้องหานั้นเป็นอันระงับไป⁴⁸ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายทั้งฉบับ พบว่ากฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่รัฐอย่างกว้างขวางในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้เพื่อป้องกันปราบปราม ระงับ ยับยั้ง และแก้ไข หรือบรรเทาเหตุการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร นอกจากนี้ ยังได้กำหนดยกเว้นให้ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำใดๆ ตามกฎหมายนี้ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองรวมทั้งไม่อยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองอีกด้วย⁴⁹

5. พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548

ภายหลังจากการมีผลใช้บังคับของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันจะพบว่าพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ พ.ศ. 2495 ได้ถูกยกเลิกและส่งผลให้หลักการต่าง ๆ ในกฎหมายเป็นอันสิ้นผลไม่สามารถใช้บังคับได้อีกต่อไป หากแต่ยังมีกฎหมายที่สำคัญที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนที่สำคัญอีกหนึ่งฉบับ คือ พระราชบัญญัติการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 อันเป็นกฎหมายที่ตราออกมาโดยกำหนดให้มีผลเป็นการยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2495⁵⁰ เดิมและใช้บังคับกฎหมายใหม่คือ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 ใช้บังคับแทนโดยเป็นกฎหมายที่ถูกตราขึ้นภายใต้เหตุผลความจำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ อันเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในหลายมาตรา ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินตามตามที่กฎหมายกำหนด รัฐบาลสามารถใช้กำลังเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือตำรวจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเข้าร่วมกันกระทำการใด ๆ อันได้แก่ การป้องกัน การแก้ไข การปราบปราม การระงับยับยั้ง การฟื้นฟูหรือการช่วยเหลือประชาชนก็ได้ ซึ่งเมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด จะส่งผลให้รัฐมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในการดำเนินการอย่างใด ๆ อันมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพของประชาชนได้ โดยกฎหมายกำหนดให้อำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นเป็นของ “นายกรัฐมนตรี” โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี และแม้ในกรณีที่ไม้อาจขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีได้ทันทั่วทั้งที่ กฎหมายกำหนดให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไปก่อนแล้วจึงดำเนินการขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีภายในสามวันนับแต่วันที่มีการประกาศ การประกาศ

⁴⁸ มาตรา 21

⁴⁹ มาตรา 23 บรรดาข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามหมวดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

การดำเนินคดีใด ๆ อันเนื่องมาจากข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามหมวดนี้ให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ทั้งนี้ ในกรณีที่ศาลจะต้องพิจารณาเพื่อใช้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แล้วแต่กรณี ให้ศาลเรียกเจ้าพนักงานหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งออกข้อกำหนด ประกาศหรือคำสั่ง หรือการกระทำนั้น มาเพื่อชี้แจงข้อเท็จจริง รายงาน หรือแสดงผลเพื่อประกอบการพิจารณาสั่งใช้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าวด้วย

⁵⁰ มาตรา 3 ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495

สถานการณ์ฉุกเฉินแต่ละครั้งนั้นจะมีกำหนดระยะเวลาเท่าใดก็ได้แต่ต้องไม่เกินสามเดือนนับแต่วันประกาศ และอาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อใช้บังคับได้ทั่วราชอาณาจักรหรือในบางเขตท้องที่ได้ก็ตามความจำเป็นของสถานการณ์ ซึ่งเมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้วกฎหมายกำหนดให้อำนาจรัฐไม่ว่าจะมีอยู่ตามกฎหมายใดก็ตามโอนมาเป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีเป็นการชั่วคราว ทั้งนี้ เพื่อให้การสั่งการ การแก้ไขสถานการณ์เป็นไปอย่างมีเอกภาพและมีความรวดเร็ว⁵¹ และเมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้วหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการใด ๆ ในช่วงสถานการณ์ฉุกเฉินคือ “คณะกรรมการบริหารสถานการณ์ฉุกเฉิน” อันประกอบด้วย ประกอบด้วยรองนายกรัฐมนตรีซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมายเป็นประธานกรรมการ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นรองประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงกลาโหม ปลัดกระทรวงการต่างประเทศ ปลัดกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ปลัดกระทรวงมหาดไทย ปลัดกระทรวงยุติธรรมผู้อำนวยการสำนักข่าวกรองแห่งชาติ อัยการสูงสุด ผู้บัญชาการทหารสูงสุด ผู้บัญชาการทหารบกผู้บัญชาการทหารเรือ ผู้บัญชาการทหารอากาศ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ อธิบดีกรมการปกครอง และอธิบดีกรมป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยเป็นกรรมการ และเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติเป็นกรรมการและเลขานุการ โดยกฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ติดตามและตรวจสอบเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นทั้งภายในและภายนอกประเทศที่อาจเกิดสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อเสนอแนะต่อนายกรัฐมนตรีในกรณีที่มีความจำเป็นต้องประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือสถานการณ์ที่มีความร้ายแรง และในการใช้มาตรการที่เหมาะสมตามพระราชกำหนดนี้ เพื่อดำเนินการใด ๆ อันเป็นการป้องกัน แก้ไขหรือระงับสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นได้⁵² นอกจากนี้กฎหมายกำหนดให้ในเขตท้องที่ที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น บรรดาอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงใดกระทรวงหนึ่งหรือหลายกระทรวง หรือที่เป็นผู้รักษาการตามกฎหมายหรือที่มีอยู่ตามกฎหมายใดก็ตาม เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาตอนุมัติ สั่งการ บังคับ บัญชาหรือช่วยในการป้องกัน แก้ไขปราบปราม ระงับยับยั้งในสถานการณ์ฉุกเฉินหรือฟื้นฟูหรือช่วยเหลือประชาชนให้ออนมาเป็นอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีเป็นการชั่วคราว เพื่อให้การสั่งการและการแก้ไขสถานการณ์เป็นไปโดยมีเอกภาพ รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ⁵³ อีกทั้งนายกรัฐมนตรีจะมีอำนาจแต่งตั้งบุคคลเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้ และเพื่อปฏิบัติงานตามกฎหมายที่ได้รับโอนมาเป็นอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีตามวรรคหนึ่ง โดยให้ถือว่าบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายนั้นได้ ซึ่งนายกรัฐมนตรีอาจมอบหมายให้ส่วนราชการหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายนั้นยังคงใช้อำนาจหน้าที่เช่นเดิมต่อไปก็ได้ แต่ต้องปฏิบัติงานตามหลักเกณฑ์ที่นายกรัฐมนตรีกำหนด โดยมีผลเป็นกฎหมายที่จำกัดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนอีกฉบับหนึ่ง และมีสาระสำคัญในการกำหนดอำนาจให้แก่รัฐบาลในการบังคับใช้กฎหมายได้ภายใต้ “สถานการณ์ฉุกเฉิน” โดยได้กำหนดนิยาม⁵⁴ ไว้ ดังนี้

“สถานการณ์ฉุกเฉิน” หมายความว่า สถานการณ์อันกระทบหรืออาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐหรืออาจทำให้ประเทศหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของประเทศตกอยู่ในภาวะคับขันหรือมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา การรบหรือการสงครามซึ่งจำเป็นต้องมีมาตรการเร่งด่วนเพื่อรักษาไว้ซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เอกราชและบูรณภาพแห่งอาณาเขต

⁵¹ มาตรา 5

⁵² มาตรา 6

⁵³ มาตรา 7

⁵⁴ มาตรา 4

ผลประโยชน์ของชาติ การปฏิบัติตามกฎหมาย ความปลอดภัยของประชาชน การดำรงชีวิตโดยปกติสุขของประชาชน การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์ส่วนรวม หรือการป้องกันหรือแก้ไขภัยความเสียหายจากภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาอย่างฉุกเฉินและร้ายแรง

เมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว ผลทางกฎหมายที่สำคัญและมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพของประชาชน คือ กฎหมายกำหนดให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการออก “ข้อกำหนด” บางประการเพื่อแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินให้ยุติโดยเร็วหรือเพื่อป้องกันมิให้เหตุการณ์ร้ายแรงมากขึ้น⁵⁵ ดังนี้

(1) ห้ามมิให้บุคคลใดออกนอกเคหสถานภายในระยะเวลาที่กำหนด เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นบุคคลที่ได้รับการยกเว้น

(2) ห้ามมิให้มีการชุมนุมหรือมั่วสุมกัน ณ ที่ใด ๆ หรือกระทำการอันเป็นการยุยงให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย

(3) ห้ามการนำเสนอข่าว การจำหน่าย หรือทำให้แพร่หลายซึ่งหนังสือ สิ่งพิมพ์ หรือสื่ออื่นใดที่มีข้อความอันอาจทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัวหรือเจตนาบิดเบือนข้อมูลข่าวสารทำให้เกิดความเข้าใจผิดในสถานการณ์ฉุกเฉิน จนกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งในเขตพื้นที่ที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือทั่วราชอาณาจักร

(4) ห้ามการใช้เส้นทางคมนาคมหรือใช้ยานพาหนะ หรือกำหนดเงื่อนไขการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้ยานพาหนะ

(5) ห้ามการใช้อาคารหรือเข้าไป หรืออยู่ในสถานที่ใด ๆ

(6) ให้อพยพประชาชนออกจากพื้นที่ที่กำหนดเพื่อความปลอดภัยของประชาชน หรือห้ามผู้ใดเข้าไปในพื้นที่ที่กำหนด

เมื่อพิจารณาจากข้อกำหนดที่นายกรัฐมนตรีมีอำนาจออกดังกล่าวจะพบว่าเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดอำนาจโดยสมบูรณ์ให้แก่รัฐในการที่จะดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้ภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉิน ภายใต้ดุลพินิจของรัฐว่าการดำเนินการดังกล่าวตามข้อกำหนดจะส่งผลเป็นให้การแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินให้ยุติโดยเร็วหรือเพื่อป้องกันมิให้เหตุการณ์ร้ายแรงมากขึ้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเห็นว่าสถานการณ์ฉุกเฉินมีการก่อการร้าย มีการใช้กำลังประทุษร้ายต่อชีวิตร่างกายหรือทรัพย์สินหรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะมีการกระทำที่มีความรุนแรงและกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยในชีวิตหรือทรัพย์สินของรัฐหรือบุคคลและมีความจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขปัญหาให้ยุติได้อย่างมีประสิทธิภาพและทันทั่วทั้งที่ กฎหมายกำหนดให้นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศให้สถานการณ์ฉุกเฉินนั้นเป็น “สถานการณ์ที่มีความร้ายแรง”⁵⁶ ซึ่งส่งผลให้รัฐมีอำนาจดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหาเพิ่มขึ้นจากกรณีของสถานการณ์ฉุกเฉินทั่วไปเพิ่มขึ้นอีกหลายประการ ดังนี้

(1) อำนาจในการประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจจับกุม และควบคุมตัวบุคคลที่สงสัยว่าจะเป็นผู้ร่วมกระทำการให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือที่เป็นผู้ใช้ ผู้โฆษณา ผู้สนับสนุนการกระทำเช่นนั้น หรือที่ปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำการหรือร่วมมือกระทำการใด ๆ อันจะทำให้เกิดสถานการณ์ร้ายแรง หรือเพื่อให้เกิดความร่วมมือในการระงับเหตุการณ์ร้ายแรง อย่างไรก็ตาม กรณีที่จะมีการจับกุมและควบคุมตัวบุคคลผู้ต้องสงสัยนั้น กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่จะต้องร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ หรือศาลอาญาก่อนเพื่อ

⁵⁵ มาตรา 9

⁵⁶ มาตรา 11

ขออนุญาตดำเนินการดังกล่าว หากได้รับอนุญาตจากศาลแล้วเจ้าหน้าที่จะมีอำนาจจับกุมและควบคุมตัวบุคคลได้ไม่เกินเจ็ดวันในสถานที่ที่กำหนดซึ่งไม่ใช่สถานีตำรวจ ที่คุมขัง ทัณฑสถานหรือเรือนจำและจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นในลักษณะเป็นผู้กระทำความผิดไม่ได้ ในการนี้กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่มีสิทธิร้องขอต่อศาลเพื่อขยายระยะเวลาการควบคุมตัวต่อได้อีกคราวละเจ็ดวัน แต่ทั้งนี้รวมระยะเวลาการควบคุมตัวทั้งหมดต้องไม่เกินสามสิบวัน ซึ่งหากครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าวเจ้าหน้าที่เห็นว่ายังมีความจำเป็นที่จะต้องควบคุมตัวต่อไปก็ต้องดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนด⁵⁷

(2) อำนาจในการประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้บุคคลใดมารายงานตัวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือมาให้ถ้อยคำหรือส่งมอบเอกสารหรือหลักฐานใดที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ฉุกเฉิน

(3) อำนาจประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจในการออกคำสั่งยึดหรืออายัดอาวุธ สินค้า เครื่องอุปโภคบริโภค เคมีภัณฑ์ หรือวัตถุอื่นใด ในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าได้ใช้หรือจะใช้สิ่งนั้นเพื่อการกระทำการหรือสนับสนุนการกระทำให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน

(4) อำนาจในการประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งตรวจค้น รื้อ ถอน หรือทำลายซึ่งอาคาร สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งกีดขวาง ตามความจำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อระงับเหตุการณ์ร้ายแรงให้ยุติโดยเร็ว และหากปล่อยเนิ่นช้าจะทำให้ไม่อาจระงับเหตุการณ์ได้ทันทั่วถึง

(5) อำนาจในการประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งตรวจสอบจดหมาย หนังสือ สิ่งพิมพ์ โทรเลข โทรศัพท์ หรือการสื่อสารด้วยวิธีการอื่นใด ตลอดจนการส่งรับหรือยังยั้งการติดต่อหรือการสื่อสารใด ๆ เพื่อป้องกันหรือระงับเหตุการณ์ร้ายแรง โดยต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษโดยอนุโลม

(6) อำนาจในการประกาศมิให้กระทำการใด ๆ หรือสั่งให้กระทำการใด ๆ เท่าที่จำเป็นแก่การรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประเทศหรือความปลอดภัยของประชาชน

(7) อำนาจในการประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจในการออกคำสั่งห้ามมิให้บุคคลใดออกไปนอกราชอาณาจักรเมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการออกไปนอกราชอาณาจักรจะเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ

(8) อำนาจในการประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งการให้คนต่างด้าวออกไปนอกราชอาณาจักร ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเป็นผู้สนับสนุนการกระทำให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน ทั้งนี้ โดยให้นำกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองมาใช้บังคับโดยอนุโลม

(9) อำนาจในการประกาศให้การซื้อ ขาย ใช้ หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งอาวุธ สินค้า เวชภัณฑ์ เครื่องอุปโภคบริโภค เคมีภัณฑ์ หรือวัสดุอุปกรณ์อย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งอาจใช้ในการก่อความไม่สงบ หรือก่อการร้าย จะต้องรายงานหรือได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่หรือปฏิบัติตามเงื่อนไขที่นายกรัฐมนตรีกำหนด อย่างไรก็ตาม หากสิ่งของหรือวัสดุอุปกรณ์ดังกล่าวหากเป็นเครื่องมือหรือส่วนหนึ่งของเครื่องมือที่ใช้ในการสื่อสาร นายกรัฐมนตรีก็มีอำนาจที่จะประกาศให้ใช้มาตรการดังกล่าวได้ทั้งราชอาณาจักรหรือในพื้นที่อื่นซึ่งมิได้มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินด้วยก็ได้

(10) มีอำนาจในการออกคำสั่งให้ใช้กำลังทหารเพื่อช่วยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือตำรวจระงับเหตุการณ์ร้ายแรง หรือควบคุมสถานการณ์ให้เกิดความสงบโดยด่วน ทั้งนี้ ในการปฏิบัติหน้าที่ของทหารให้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายนี้ โดยการใช้อำนาจหน้าที่ของฝ่าย

⁵⁷ มาตรา 12 วรรคหนึ่ง

ทหารจะทำได้ในกรณีใดเพียงใดนั้น ให้เป็นไปตามเงื่อนไขและเงื่อนไขที่นายกรัฐมนตรีกำหนด แต่ต้องไม่เกินกว่ากรณีที่มีการใช้กฎอัยการศึก

จากอำนาจหน้าที่ดังกล่าว เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาอื่น ๆ ของกฎหมายฉบับนี้ประกอบกันพบว่าเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่รัฐอย่างกว้างขวางในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้เพื่อแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินให้ยุติโดยเร็วหรือเพื่อป้องกันมิให้เหตุการณ์ร้ายแรงมากขึ้น โดยกำหนดโทษสำหรับการฝ่าฝืนข้อกำหนดหรือประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวให้มีโทษจำคุกไม่เกินสองปีและปรับไม่เกินสี่หมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับอีกด้วย นอกจากนี้ ยังได้กำหนดยกเว้นให้ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำใดๆ ตามกฎหมายนี้ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองรวมทั้งไม่อยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองอีกด้วย⁵⁸ ทั้งยังกำหนดให้ควบคุมแรงงานเจ้าหน้าที่และผู้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายนี้ที่จะไม่ต้องมีความรับผิดชอบทั้งทางแพ่ง ทางอาญาหรือทางวินัยใด ๆ อันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายนี้ในกรณีที่การกระทำดังกล่าวเป็นไปโดยสุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เกินสมควรแก่เหตุหรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็นอีกด้วย⁵⁹

6. ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายทั่วไป ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นการกำหนดให้การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นความผิดและกำหนดบทลงโทษสำหรับการกระทำความผิดนั้น ๆ ด้วย ซึ่งกรณีที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามกรอบของงานวิจัยนี้ ผู้วิจัยจะได้นำฐานความผิดที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นมาพิจารณาในสองฐานความผิดคือ ความผิดฐานหมิ่นประมาทละความผิดฐานดูหมิ่น ดังนี้

6.1 ความผิดฐานหมิ่นประมาท

ความผิดฐานหมิ่นประมาทเป็นความผิดอันเกิดต่อความเสียหายต่อชื่อเสียงและเป็นความผิดที่มีการกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดเอาไว้สูง โดยกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 326 ดังนี้

“มาตรา 326 ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จากบทบัญญัติมาตรา 326 การที่บุคคลใดจะต้องรับผิดชอบฐานหมิ่นประมาทนั้นจะต้องมีการกระทำที่เป็นการ “ใส่ความ” ตามกฎหมาย ซึ่งเมื่อพิจารณาจากลักษณะความผิดแล้วจะพบว่า หมิ่นประมาทนั้นเป็นการกระทำที่ส่งผลให้บุคคลอื่นน่าจะเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง ดังนั้น หมิ่นประมาทจึงเป็นการแสดงความหมายออกมาให้ปรากฏแก่บุคคลอื่น ซึ่งกฎหมายมิได้กำหนดว่าการแสดงความหมายนั้นจะต้องใช้วิธีการอย่างไร เพราะฉะนั้น การแสดงออกซึ่งความหมายนั้นจึงสามารถที่จะแสดงออกให้ปรากฏได้หลายรูปแบบไม่ว่าจะเป็นการพูด การเขียน การพิมพ์ หรือการโฆษณา หรือวิธีการอื่นใดก็ตาม อันสามารถที่จะสื่อความหมายให้บุคคลอื่นรับรู้และเข้าใจได้ก็เพียงพอแล้ว นอกจากนี้ การแสดงออกซึ่งความหมายที่จะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นถ้อยคำที่ส่งผลให้ผู้ที่ถูกกล่าวถึงนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือเกลียดชังเท่านั้น แม้ถ้อยคำนั้น “น่าจะ” ทำให้ผู้ที่ถูกกล่าวถึงเสื่อมเสียต่อชื่อเสียงหรือ “น่าจะ” ถูกดูหมิ่นเกลียดชัง ผู้กล่าวหรือผู้

⁵⁸ มาตรา 16

⁵⁹ มาตรา 17

แสดงออกนั้นก็ย่อมต้องรับผิดชอบตามกฎหมายแล้ว และแม้ว่าในความเป็นจริงแล้วผู้ฟังอาจจะไม่รู้สึถูกดูหมิ่นเกลียดชังผู้ที่ถูกกล่าวถึงเลยก็ถือเป็นหมิ่นประมาทตามกฎหมายโดยไม่คำนึงว่าผู้กล่าวหรือผู้แสดงออกนั้นจะกล่าวอ้างเอาเองหรือกล่าวตามผู้อื่นก็ตามก็เป็นการกระทำที่หมิ่นประมาทเนื่องจากการกล่าวข้อความหมิ่นประมาทออกไปนั่นเอง และโดยที่การใส่ความที่จะเป็นความผิดนั้นจะต้องเป็นการใส่ความผู้อื่น คำว่า “ผู้อื่น” นั้นหมายความถึง “ผู้ถูกกระทำ” หรือ “ผู้เสียหาย” หรือผู้ที่ถูกกล่าวถึงนั่นเอง ซึ่งผู้ที่ถูกกล่าวถึงนี้อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรืออาจเป็นนิติบุคคลก็ได้ โดยผู้เสียหายที่จะเป็นผู้อื่นตามกฎหมายนั้นจะต้องสามารถระบุตัวได้ชัดเจนว่ากล่าวถึงผู้ใดจึงจะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท หากใส่ความโดยการกล่าวรวม ๆ โดยไม่สามารถระบุตัวผู้ถูกกล่าวถึงได้ว่าเป็นใคร หรือผู้ฟังไม่สามารถเข้าใจได้ว่าข้อความที่กล่าวนั้นหมายถึงผู้ใดก็ไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทเช่นกัน และได้กระทำต่อบุคคลที่สาม คำว่า “บุคคลที่สาม” นั้นย่อมหมายความถึงบุคคลอื่นใดที่มีใช้ตัวผู้กล่าวข้อความ และในขณะเดียวกันจะต้องมิใช่ตัวผู้เสียหายหรือตัวบุคคลที่ถูกพาดพิงถึงด้วย หากแต่ “บุคคลที่สาม” ต้องเป็นบุคคลที่รับทราบข้อความที่หมิ่นประมาทนั้นด้วย โดยการใส่ความต่อบุคคลที่สามอันจะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้นผู้กล่าวหรือใส่ความไม่จำเป็นต้องระบุชื่อของผู้ถูกกล่าวถึงให้ชัดเจนแต่อย่างใด เพียงแต่บุคคลที่สามสามารถทราบได้ว่าเป็นใครผู้กล่าวหรือผู้ใส่ความก็มีความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายแล้ว⁶⁰ อย่างไรก็ตาม กรณีนี้มีได้หมายความรวมถึงบุคคลที่ทราบข้อความนั้นโดยบังเอิญหรือแอบทราบเองโดยผู้ใส่ความมิได้มีเจตนาให้ทราบแต่อย่างใด โดยส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นให้เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง กล่าวคือ การยืนยันข้อเท็จจริงหรือใส่ความอันจะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้นน่าจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง หรืออาจทำให้บุคคลนั้นถูกดูหมิ่น หรืออาจจะถูกเกลียดชังเท่านั้น ซึ่งหมายความว่า การใส่ความที่จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายนั้นไม่จำเป็นต้องให้เกิดผลขึ้นจริง ๆ คือผู้เสียหายเสื่อมเสียชื่อเสียงแล้วหรือถูกดูหมิ่นเกลียดชังจริง ๆ แล้วเท่านั้นผู้กระทำจึงจะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “น่าจะ” เกิดผล ดังนั้น หากการใส่ความเพียงแค่ “น่าจะ” เกิดผลดังกล่าวขึ้น ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายแล้ว ซึ่งความรับผิดชอบหมิ่นประมาทนี้ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาในการกระทำด้วย ซึ่งในความรับผิดเรื่องหมิ่นประมาทนั้น เจตนาตามมาตรา 326 นี้หมายถึงเจตนาในการที่จะใส่ความเท่านั้น มิใช่เจตนาที่จะหมิ่นประมาท กล่าวคือ ผู้กระทำมีเจตนาที่จะยืนยันข้อเท็จจริงต่อบุคคลที่สาม⁶¹ ดังนั้น ผู้กระทำจึงจำต้องรู้ว่ามิบุคคลที่สามอยู่ ณ ที่นั้น หรือรู้ว่าบุคคลที่สามจะได้ทราบข้อความนั้น ๆ เท่านั้น แต่หากผู้กระทำไม่รู้ว่ามิบุคคลที่สามอยู่หรือบุคคลที่สามได้แอบฟังข้อความนั้นเอง กรณีนี้ผู้กล่าวหรือผู้ใส่ความก็ย่อมจะไม่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากขาดเจตนาตนเอง นอกจากนี้ ความรับผิดชอบหมิ่นประมาทนั้นยังครอบคลุมไปถึงการหมิ่นประมาทผู้ตายหรือผู้ที่เป็นบุคคลสาบสูญตามกฎหมายอีกด้วย อย่างไรก็ตาม หากเป็นการหมิ่นประมาทโดยการทำให้แพร่หลายไม่ว่าจะเป็นการแพร่หลายไปถึงบุคคลคนเดียวหรือหลายคนก็ได้โดยใช้วิธีการโฆษณาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ว่าจะเป็นการโฆษณาด้วยเอกสาร เช่น เขียนเป็นตัวอักษร ภาพวาด ภาพเขียน ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏด้วยวิธีการใดหรือการทำให้ปรากฏโดยแผ่นเสียงหรือสิ่งบันทึกเสียงอย่างอื่น หรืออาจโฆษณาด้วยการกระจายเสียง หรือการป่าวประกาศด้วยวิธีการอื่นใด ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบต่อโทษหนักขึ้นด้วย⁶² อย่างไรก็ตาม การกระทำที่จะเป็นหมิ่นประมาทแล้วจะต้องรับโทษตามที่

⁶⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 894-897/2506

⁶¹ ปริญญา จิตรการณทกิจ. ความผิดฐานหมิ่นประมาท-ดูหมิ่นซึ่งหน้า. สำนักพิมพ์นิติธรรม 2534. หน้า 9

⁶² มาตรา 328 ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษรกระทำโดยการกระจายเสียงหรือกระจายภาพหรือโดยกระทำการป่าวร้องด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท

กฎหมายกำหนดนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ไม่เข้าเหตุยกเว้นความผิดตามที่กฎหมายกำหนดเอาไว้อีกด้วย กล่าวคือ การพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับโทษตามที่กำหนดในประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่นั้น นอกจากจะต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้น ๆ ว่าครบองค์ประกอบของความผิดตามที่กำหนดไว้ในแต่ละฐานความผิดหรือไม่แล้วนั้น ยังจะต้องพิจารณาอีกว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบดังกล่าวนี้มีกฎหมายกำหนดเหตุยกเว้นความผิดไว้หรือไม่ หากมีกฎหมายกำหนดเหตุยกเว้นความผิดไว้ แม้ผู้กระทำจะได้กระทำการอันครบองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ตามหากเข้าเหตุยกเว้นความผิด ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดแต่อย่างใดหากได้แสดงความคิดเห็นโดยสุจริตภายใต้เงื่อนไข 4 กรณี⁶³ กล่าวคือ หากกระทำเพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามธรรมเนียมคลองธรรม หรือกระทำในฐานะเป็นเจ้านักงาน ปฏิบัติการตามหน้าที่ หรือกระทำการโดยการดิ้นรนด้วยความเป็นธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งอื่นใดอันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ หรือเป็นการการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรมเพื่อการดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือในการประชุม บุคคลดังกล่าวย่อมไม่ต้องรับผิด

นอกจากนี้ กรณีที่การกระทำดังกล่าวไม่ตรงกับเหตุยกเว้นความผิด ผู้กระทำจะต้องรับโทษหรือไม่ จำต้องพิจารณาเหตุยกเว้นโทษที่กฎหมายกำหนดเอาไว้อีกด้วย กล่าวคือ เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำสามารถที่จะพิสูจน์ความรับผิดได้ โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำสามารถพิสูจน์ได้ว่าการใส่ความนั้นเป็นการใส่ความในเรื่องที่เป็นความจริงเพื่อให้ได้รับยกเว้นโทษ ซึ่งการกำหนดให้ผู้กระทำพิสูจน์ความจริงนั้น มิได้เปิดโอกาสให้ผู้กระทำสามารถพิสูจน์ความจริงเพื่อให้ไม่ต้องรับโทษได้ทุกกรณีเสมอไป โดยได้กำหนดเงื่อนไขในการขอพิสูจน์ความจริงเพื่อไม่ต้องรับผิดไว้ให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า “ห้าม” มิให้มีการพิสูจน์ความจริงหากว่าเป็นการใส่ความในเรื่องส่วนตัวและการพิสูจน์มิได้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณชน กล่าวคือ การห้ามในการห้ามมิให้พิสูจน์ความจริงนั้น กฎหมายใช้คำว่า “และ” กล่าวคือจะต้องเข้าองค์ประกอบทั้งสองข้อจึงจะต้องห้ามตามกฎหมายมิให้มีการพิสูจน์ความจริง ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าแม้ว่าเรื่องที่ใส่ความนั้นจะเป็นเรื่องส่วนตัวก็ตาม แต่หากการพิสูจน์นั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อประชาชนแล้ว ก็สามารถที่จะพิสูจน์ความจริงเพื่อที่จะไม่ต้องรับโทษตามกฎหมายได้⁶⁴

นอกจากนี้ นอกเหนือจากความรับผิดฐานหมิ่นประมาทในมาตรา 326 ที่เป็นกรณีของการหมิ่นประมาทบุคคลทั่วไปอันเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองกับความเสียหายต่อชื่อเสียงของบุคคลทั่วไปแล้ว กฎหมายยังได้ให้ความคุ้มครองเป็นกรณีพิเศษโดยกำหนดให้ความรับผิดฐานหมิ่นประมาทนั้นมีโทษหนักขึ้นในกรณีต่อไปนี้ คือ

⁶³ มาตรา 329 ผู้ใดแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริต

(1) เพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามธรรมเนียมคลองธรรม

(2) ในฐานะเป็นเจ้านักงานปฏิบัติการตามหน้าที่

(3) ดิ้นรนด้วยความเป็นธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งอื่นใดอันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ หรือ

(4) ในการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรมเพื่อการดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือในการประชุม

ผู้นั้นไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท

⁶⁴ มาตรา 330 ในกรณีหมิ่นประมาท ถ้าผู้กล่าวหาว่ากระทำความผิด พิสูจน์ได้ว่าข้อที่หาว่าเป็นหมิ่นประมาทนั้นเป็นความจริง ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

แต่ห้ามมิให้พิสูจน์ ถ้าข้อที่หาว่าเป็นหมิ่นประมาทนั้นเป็นการใส่ความในเรื่องส่วนตัวและการพิสูจน์จะไม่ใช่ประโยชน์แก่ประชาชน

(1) ความรับผิดชอบหมิ่นประมาท ดูหมิ่นพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ โดยกำหนดไว้ในมาตรา 112 ในลักษณะที่ 1 อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ในหมวดที่ 1 ว่าด้วยความผิดต่อพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ความว่า

“มาตรา 112 ผู้ใดหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี

(2) ความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่นราชาธิบดี ราชาินี ราชาสามี รัชทายาทหรือประมุขแห่งรัฐต่างประเทศ โดยกำหนดไว้ในมาตรา 133 ในลักษณะที่ 1 อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ในหมวดที่ 4 ว่าด้วยความผิดต่อสัมพันธ์ไมตรีกับต่างประเทศ ความว่า

“มาตรา 133 ผู้ใดหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายราชาธิบดี ราชาินี ราชาสามี รัชทายาทหรือประมุขแห่งรัฐต่างประเทศ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

(3) ความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่นผู้แทนรัฐต่างประเทศซึ่งได้รับแต่งตั้งให้มาสู่พระราชสำนัก โดยกำหนดไว้ในมาตรา 134 ในลักษณะที่ 1 อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ในหมวดที่ 4 ว่าด้วยความผิดต่อสัมพันธ์ไมตรีกับต่างประเทศ ความว่า

“มาตรา 134 ผู้ใดหมิ่นประมาท ดูหมิ่นหรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายผู้แทนรัฐต่างประเทศซึ่งได้รับแต่งตั้งให้มาสู่พระราชสำนัก ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงห้าปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

6.2 ความผิดฐานดูหมิ่น

ความผิดเกี่ยวกับชื่อเสียงนอกเหนือจากความรับผิดชอบหมิ่นประมาทที่ได้กล่าวในเบื้องต้นแล้ว ยังมีความรับผิดที่เกี่ยวกับชื่อเสียงอีกชนิดหนึ่งซึ่งเรียกว่า “ความรับผิดชอบดูหมิ่น” (Insult) และเมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาพบว่าได้จำแนกความรับผิดชอบดูหมิ่นออกเป็นหลายกรณีขึ้นอยู่กับประเภทของผู้เสียหายจากการดูหมิ่นนั้น ได้แก่

- (1) ความผิดฐานดูหมิ่นเจ้าพนักงาน⁶⁵
- (2) ความผิดฐานดูหมิ่นศาลหรือผู้พิพากษา⁶⁶
- (3) ความผิดฐานดูหมิ่นบุคคลธรรมดา⁶⁷

จากลักษณะความรับผิดในลักษณะต่าง ๆ พบว่าผู้ที่จะต้องรับโทษสำหรับความผิดฐานดูหมิ่นนั้นจะต้องมีการกระทำที่เข้าองค์ประกอบความผิดของกฎหมายในลักษณะเดียวกัน แต่ผู้เสียหายจากการกระทำนั้น ๆ มีฐานะแตกต่างกันส่งผลให้ต้องรับโทษแตกต่างกันด้วย อย่างไรก็ตาม การศึกษาความรับผิดฐานดูหมิ่นนั้นสามารถที่จะศึกษาลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดฐานดูหมิ่นได้จากหลักเกณฑ์ของมาตรา 393 ซึ่งเป็นความผิดฐานดูหมิ่นบุคคลธรรมดาได้ดังนี้

⁶⁵ มาตรา 136 ผู้ใดดูหมิ่นเจ้าพนักงานซึ่งกระทำการตามหน้าที่ หรือเพราะได้กระทำการตามหน้าที่ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁶⁶ มาตรา 198 ผู้ใดดูหมิ่นศาลหรือผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีหรือกระทำการขัดขวางการพิจารณาพิพากษาของศาล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁶⁷ มาตรา 393 ผู้ใดดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

“มาตรา 393 ผู้ใดดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 393 เป็นความผิดฐานดูหมิ่นบุคคลทั่วไปซึ่งกฎหมายกำหนดโทษของการกระทำความผิดดังกล่าวไว้เพียง “จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่งเมื่อพิจารณาจากโทษที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วจะพบว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดที่มีโทษเบาซึ่งในทางนิติศาสตร์เรียกความรับผิดที่กำหนดโทษในลักษณะดังกล่าวว่าเป็น “ความผิดลหุโทษ” ซึ่งหมายความถึงความผิดเล็กน้อยที่อาจกระทำต่อร่างกายหรือทรัพย์สินของบุคคลหรือเจ้าพนักงาน การทำให้เสียความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสาธารณะซึ่งไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงแต่อย่างใด⁶⁸ ซึ่งลักษณะพิเศษของความผิดลหุโทษคือแม้ไม่มีเจตนาในการกระทำก็ถือเป็นความผิดแล้ว เว้นแต่บทบัญญัติความผิดนั้นจะกำหนดเป็นอย่างอื่น เช่น การแกล้งบอกชื่อที่อยู่อันเป็นที่จแสดงว่าผู้กระทำความผิดมีเจตนาแล้ว โดยการกระทำความผิดตามมาตรา 393 จะต้องมีการกระทำที่เรียกว่า “ดูหมิ่น” ซึ่งหมายความถึงการแสดงการเหยียดหยาม สบประมาทหรือดูถูกไม่ว่าจะในลักษณะใดไม่ว่าจะเป็นการแสดงทางวาจาหรือกิริยาท่าทาง เช่น การด่าด้วยคำหยาบ ด่าบิดามารดา ด่าว่าเป็นสัตว์เดรัจฉานหรือแม้กระทั่งการถ่มน้ำลายรด การให้ของลับ เป็นต้น และการดูหมิ่นนั้นจะต้องเป็นการกระทำต่อผู้เสียหาย “ซึ่งหน้า” หรือ “ด้วยการโฆษณา” โดยคำว่า “ซึ่งหน้า” นั้นหมายความว่ากระทำที่เป็นการเหยียดหยามนั้นจะต้องเป็นการกระทำต่อหน้าผู้ถูกดูหมิ่นเท่านั้น ซึ่งในกรณีนี้มีปัญหาว่าการกระทำที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดตามกฎหมายนั้นจำเป็นที่จะต้องกระทำต่อหน้าผู้เสียหายเท่านั้นหรือไม่ หรือเพียงแค่ว่าผู้ถูกกระทำทราบหรือได้ยินก็ถือเป็นความผิดแล้วโดยไม่จำเป็นต้องกระทำต่อหน้าผู้เสียหาย ซึ่งในกรณีนี้ศาลฎีกาได้เคยตัดสินเป็นบรรทัดฐานว่าความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้านั้นหมายความถึงเป็นการกระทำในลักษณะดูหมิ่นโดยที่ผู้เสียหายจะต้องอยู่ในที่เกิดเหตุ ซึ่งอาจเป็นการอยู่ต่อหน้าหรือแม้ไม่ต่อหน้าก็ต้องเป็นกรณีที่ผู้เสียหายอยู่ในบริเวณนั้นและผู้กระทำก็ต้องรู้ว่าผู้เสียหายอยู่ในบริเวณนั้นด้วย⁶⁹ ส่วนคำว่า “ดูหมิ่นด้วยการโฆษณา” นั้นหมายความว่าต้องมีการกระทำที่มีลักษณะเหยียดหยามโดยทำให้แพร่หลายออกไปหรือมีผู้รับรู้หลาย ๆ คน เช่น การปิดใบปลิวหรือการลงข้อความในหนังสือพิมพ์หรือกระทำการต่อหน้าบุคคลหลาย ๆ คน เช่น ด่าว่าผู้อื่นต่อหน้าคนอื่นที่มุ่งดูเหตุการณ์อยู่หรือผ่านทางหนังสือพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์ เป็นต้น

7. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนปรากฏในมาตรา 420 และมาตรา 423 อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดเรื่องละเมิดในทางแพ่ง โดยแบ่งประเภทความรับผิดเป็นสองประเภทคือหลักเกณฑ์ทั่วไปของการกระทำอันเป็นละเมิดซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 420 และการละเมิดต่อชื่อเสียงในมาตรา 423 ดังนี้

“มาตรา 420 ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อผู้อื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

“มาตรา 423 ผู้ใดกล่าวหรือโฆษณาแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริง เป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของบุคคลอื่นก็ดี หรือเป็นที่เสียหายแก่ทางทำมาหาได้หรือทางเจริญของเขาโดย

⁶⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. เรื่องเดิม. หน้า 313

⁶⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 856-857/2502

ประการอื่นก็ดี ท่านว่าผู้หนึ่งจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เขาเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแก่การนั้น แม้ทั้งเมื่อตนมิได้รู้ว่าข้อความนั้นไม่จริง แต่หากควรจะได้รู้

ผู้ใดส่งข่าวสารอันตนมิได้รู้ว่าเป็นความไม่จริง หากว่าตนเองหรือผู้รับข่าวสารนั้นมีทางได้เสียโดยชอบด้วยการนั้นด้วยแล้ว ท่านว่าเพียงที่ส่งข่าวสารเช่นนั้นหาทำให้ผู้หนึ่งต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่”

ความรับผิดในเรื่องละเมิดจะต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นจริงตามที่กฎหมายกำหนด หากไม่มีความเสียหายการกระทำนั้นย่อมไม่เป็นละเมิด เนื่องจากหลักในเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดนั้นแตกต่างจากหลักความรับผิดในทางอาญา กล่าวคือ กฎหมายอาญานั้นเป็นกฎหมายมหาชนที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองและป้องกันความปลอดภัยของประชาชน ส่วนกฎหมายแพ่งนั้นเป็นกฎหมายเอกชนที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองป้องกันสิทธิของเอกชนที่มีต่อกัน ซึ่งการกระทำใดที่มีความรับผิดทางอาญาหรือไม่นั้นย่อมจะขึ้นอยู่กับกฎหมายอาญาที่จะได้บัญญัติความรับผิดในเรื่องนั้น ๆ ไว้อย่างชัดเจนสำหรับความรับผิดในทางละเมิดนั้นมีวัตถุประสงค์ที่จะบังคับให้มีการชดเชยความเสียหายโดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนมิใช่การลงโทษอาญาแก่ผู้กระทำละเมิด เพราะฉะนั้น เมื่อไม่มีความเสียหายเพื่อบังคับให้ชดใช้ค่าทดแทนกันแล้วย่อมไม่เป็นละเมิดโดยไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยหลักเกณฑ์ในข้ออื่น ๆ อีกต่อไป⁷⁰ ซึ่งความเสียหายที่เป็นมูลเหตุของการฟ้องร้องคดีนั้น ต้องเป็นความเสียหายที่เกิดแก่โจทก์หรือผู้ฟ้องร้องคดีเท่านั้นมิใช่ความเสียหายที่เกิดแก่บุคคลอื่น ดังนั้น หากคดีที่ฟ้องร้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่นอันมิใช่ผู้ฟ้องร้องคดีแล้วศาลจะยกฟ้องเนื่องจากหากศาลพิพากษาให้ชดใช้ความเสียหายแล้วต่อมาผู้เสียหายที่แท้จริงมาฟ้องร้องคดีและศาลพิพากษาให้ชดใช้ความเสียหายแล้ว ก็เท่ากับว่าความเสียหายเพียงครั้งเดียวแต่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบถึงสองครั้ง ซึ่งย่อมไม่เป็นธรรมต่อผู้กระทำละเมิดอย่างแน่นอน สำหรับประเด็นในการพิจารณาว่าอย่างไรจึงจะเรียกว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นอันจะส่งผลให้ผู้กระทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบนั้นพบว่ามาตรา 420 กำหนดว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่น ๆ เท่านั้น ดังนั้น การพิจารณาความเสียหายในมูลละเมิดจำต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์สามประการ กล่าวคือ ต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน (Certain) ต้องเป็นความเสียหายโดยเฉพาะ (Personal) และต้องเป็นความเสียหายโดยตรง (Direct) และจากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าความเสียหายนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นความเสียหายในกองทรัพย์สินเพียงอย่างเดียว หากแต่ความเสียหายต่อสิทธิอื่น ๆ อันได้แก่ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพซึ่งเป็นสิทธินอกกองทรัพย์สินย่อมได้รับการคุ้มครอง ซึ่งผู้เสียหายมักได้รับสิ่งตอบแทนความเสียหายนั้น (โดยมากจะเป็นเงิน) ซึ่งหมายความว่าความเสียหายให้สิ่งตอบแทนให้สมกับความเสียหายที่ได้รับ (Compensation) กล่าวคือ การทำให้ผู้เสียหายได้รับความพอใจในสิ่งอื่นแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือเป็นการทดแทนความเสียหายนั่นเอง⁷¹ อย่างไรก็ตาม กรณีนี้ศาลไทยมักจะมีแนวโน้มไปในทางที่ว่าหากเป็นความเสียหายต่อจิตใจนั้นย่อมจะไม่สามารถที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้⁷² และเมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 แล้วพบว่าหลักเกณฑ์ที่จะส่งผลให้การกระทำใด ๆ เป็นความผิดทางละเมิดหรือไม่นั้นกฎหมายใช้คำว่า “การกระทำที่ผิดกฎหมาย” ซึ่งอาจเกิดขึ้นโดย “จงใจ” หรือ “ประมาทเลินเล่อ” ก็ได้ ซึ่งทั้งสองกรณีผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนทั้ง

⁷⁰ จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. มิถุนายน 2539. หน้า 71

⁷¹ เรื่องเดิม. หน้า 83

⁷² คำพิพากษาฎีกาที่ 289/2502 ค่าเสียอกเสียใจ ศาลไม่ถือว่าเป็นความเสียหาย หรือคำพิพากษาฎีกาที่ 387/2483 ความอับอายเนื่องจากจำเลยทำลายความบริสุทธิ์ของบุตรโจทก์นั้น ไม่เป็นความเสียหายที่จะเรียกร้องทางละเมิดได้

สองกรณี อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างระหว่างการกระทำโดย “จงใจ” หรือ “ประมาทเลินเล่อ” ที่สำคัญคือ โดยพฤติการณ์แล้วหากศาลพิจารณาได้ว่าการกระทำนั้นผู้กระทำได้กระทำโดย “จงใจ” ศาลก็มักจะกำหนดจำนวนค่าสินไหมทดแทนไว้สูงกว่าการกระทำโดย “ประมาทเลินเล่อ” ซึ่งการกระทำโดย “จงใจ” หมายถึงการกระทำที่มีใจเจตนาแต่การกระทำโดยจงใจนั้นมีความหมายกว้างกว่าการกระทำโดยเจตนาในทางอาญา เนื่องจากเจตนาในทางอาญานั้นผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดนั้นและผู้กระทำจะต้องประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นได้ แต่การกระทำโดย “จงใจ” ให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 นั้นมีความหมายเพียงผู้กระทำได้กระทำโดยรู้สำนึกหรือรู้ตัวในการกระทำนั้น ๆ เท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องมีความประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นถึงผลของการกระทำนั้นแต่อย่างใด เป็นแต่เพียงรู้ตัวว่ากำลังทำอะไรอยู่เท่านั้น และหากเกิดความเสียหายขึ้นก็ต้องรับผิดชอบทางละเมิดแล้ว ส่วนคำว่า “ประมาทเลินเล่อ” นั้น หมายความว่า การกระทำที่มีความผิดที่มีใจเจตนาแต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ ผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้แต่หาใช้ให้เพียงพอไม่ ซึ่งหมายถึงการกระทำที่มีความผิดซึ่งผู้กระทำมิได้มีเจตนาให้เกิดผลใด ๆ ขึ้นเลย หากแต่ผู้กระทำได้กระทำการบางอย่างโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งควรจะต้องมีในภาวะเช่นนั้นหรือในพฤติการณ์นั้น ๆ ซึ่งระดับของความระมัดระวังนั้นไม่ได้คงที่แน่นอนตายตัว หากแต่ขึ้นลงตามภาวะวิสัยและพฤติการณ์ นอกจากนี้ การที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดจะต้องรับผิดชอบทางละเมิดตามกฎหมายนั้นจะต้องปรากฏว่ามีการกระทำ และการกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่ผิด ซึ่งกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขของความรับผิดชอบทางละเมิดเอาไว้ว่าการกระทำที่ผิดนั้นจะต้องสัมพันธ์กับความเสียหายที่เกิดขึ้น กล่าวคือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่นนั้นต้องเป็นความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำที่ผิดนั้นด้วย หรือการกระทำนั้นเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นผู้กระทำจึงจะมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย ซึ่งความเสียหายที่จะต้องรับผิดชอบทางละเมิดนั้นก็ต้องเป็นความเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้ ได้แก่ ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่น ๆ

สำหรับความเสียหายต่อชื่อเสียงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 423 นั้น เป็นกรณีที่กฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองความเสียหายต่อชื่อเสียงเอาไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งหมายความว่าในกรณีที่เป็นการกระทำละเมิดแล้วความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความเสียหายต่อชื่อเสียง ผู้กระทำก็จะต้องมีความรับผิดชอบทางละเมิดตามมาตรา 423 มิใช่มาตรา 420 แต่หากการกระทำที่เป็นละเมิดนั้นก่อให้เกิดความเสียหายอื่น ๆ ที่มีใจความเสียหายต่อชื่อเสียงแล้วผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบทางละเมิดตามมาตรา 420 ซึ่งเป็นบททั่วไปแทน โดยความรับผิดชอบทางละเมิดต่อชื่อเสียงนั้นจะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ต่อไปนี้ กล่าวคือ จะต้องเป็นการกระทำ ความผิดโดย “การกล่าว” หรือ “การไขข่าว” เท่านั้น ซึ่งหมายความว่าเป็นการสื่อสารด้วยวิธีการใด ๆ ก็ตามที่สามารถทำให้บุคคลอื่นสามารถรู้และเข้าใจความหมายที่ต้องการสื่อสารนั้นซึ่งหมายความรวมถึงการพูด การเขียน การพิมพ์และการโฆษณา หรือแม้กระทั่งการสื่อสารด้วยสัญลักษณ์ รูปภาพ รูปการ์ตูน เป็นต้น แต่ข้อที่แตกต่างระหว่างการกล่าวหรือการไขข่าวนั้นก็คือ การกล่าวย่อมหมายความว่าผู้กระทำเป็นผู้กล่าวหรือกระทำการบางอย่างซึ่งเป็นการสื่อความหมายด้วยตนเอง ส่วนการไขข่าวนั้นเป็นการพูดตามหรือกระทำการบางอย่างที่เป็นการสื่อความหมายตามที่ตนเองได้ยินได้ฟังมาอีกต่อหนึ่ง โดยการกล่าวหรือการไขข่าวที่จะเป็นความรับผิดชอบตามมาตรา 423 นี้ต้องเป็นการกล่าวหรือไขข่าวต่อบุคคลที่สามหรือต่อบุคคลภายนอกให้ได้รับทราบข้อความนั้นเท่านั้นจึงจะเป็นความผิด ซึ่งจำต้องมีบุคคลอื่นซึ่งมิใช่ผู้กล่าวและมิใช่ผู้ที่ถูกกล่าวถึงเป็นผู้รับรู้หรือรับทราบข้อความนั้น ๆ เท่านั้นผู้กระทำจึงจะต้องรับผิดชอบ และเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 423 พบว่าการกระทำความผิดฐานละเมิดต่อชื่อเสียงนั้นกฎหมายมิได้กำหนดว่าจะต้องเป็นการกระทำโดยจงใจหรือการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่ ดังนั้น เพียงแต่ผู้กระทำได้กระทำการโดย “รู้สำนึก” ในการกระทำนั้นก็ถือ

ว่ามีการกระทำซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดตามกฎหมายแล้ว ประกอบกับการกล่าวหรือการโฆษณาที่จะก่อให้เกิดความรับผิดฐานละเมิดต่อชื่อเสียงนั้นต้องเป็นการกล่าวหรือการโฆษณา “ข้อความที่ฝ่าฝืนต่อความจริง” เท่านั้น หากการกล่าวหรือโฆษณานั้นเป็นข้อความที่เป็นเรื่องจริงผู้กล่าวหรือผู้โฆษณาย่อมไม่ต้องรับผิดฐานละเมิดต่อชื่อเสียงตามมาตรา 423 หากแต่ผู้กระทำดังกล่าวยังคงต้องรับผิดต่อบุคคลอื่นฐานละเมิดทั่วไปตามมาตรา 420 แทน ดังนั้น หากความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหายต่อชื่อเสียง เกณฑ์การพิจารณาว่าผู้กระทำจะต้องรับผิดฐานละเมิดทั่วไปตามมาตรา 420 หรือละเมิดต่อชื่อเสียงตามมาตรา 423 จึงขึ้นอยู่กับองค์ประกอบในข้อที่สองนี้ว่า ข้อความที่กล่าวนั้นเป็นข้อความที่จริงหรือเป็นข้อความที่ฝ่าฝืนต่อความจริงหรือไม่ ส่วน “ข้อความที่ฝ่าฝืนความจริง” นั้นหมายความถึงข้อความที่ไม่จริงหรือข้อความที่เป็นเรื่องโกหกหรือข้อความที่ไม่มีมูลความจริงนั่นเอง ซึ่งการกล่าวหรือการโฆษณาข้อความที่ฝ่าฝืนความจริงนี้จะต้องเป็นการกล่าวหรือโฆษณาในลักษณะของการยืนยันข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใดให้ผู้รับข่าวได้ทราบเท่านั้น ผู้กระทำจึงจะต้องรับผิดตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ผู้กล่าวหรือโฆษณาที่จะต้องรับผิดตามกฎหมายนี้จะต้องรู้ได้ว่าข้อความนั้นไม่เป็นความจริงแต่ยังคงฝ่าฝืนกล่าวหรือโฆษณาไปและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น และเพื่อป้องกันมิให้มีการกล่าวอ้างหรือปฏิเสธว่าไม่รู้จนส่งผลให้การกระทำดังกล่าวซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายนั้นไม่มีผู้รับผิดชอบกฎหมายจึงกำหนดเงื่อนไขไว้ว่าหากแม้ผู้กระทำไม่รู้ว่าเป็นเรื่องที่กล่าวหรือโฆษณานั้นเป็นเรื่องไม่จริง แต่หากผู้กระทำควรจะได้รู้ ดังนี้ ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับผิดฐานละเมิดต่อชื่อเสียงตามกฎหมาย โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นอันส่งผลให้ผู้กระทำต้องรับผิดฐานละเมิดนั้นต้องเป็นความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติคุณของบุคคลอื่น หรือเป็นความเสียหายแก่ทางทำมาหาได้หรือทางเจริญของผู้อื่นเท่านั้น ซึ่งเป็นกรณีความเสียหายที่กฎหมายกำหนดความรับผิดเอาไว้เป็นกรณีเฉพาะแยกต่างหากจากความเสียหายที่ต้องรับผิดตามหลักเกณฑ์ของละเมิดทั่วไป อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีการกระทำที่แม้จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของบุคคล บางครั้งผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดทางกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดข้อยกเว้นการกระทำที่ไม่เป็นความผิดฐานละเมิดต่อชื่อเสียงไว้ในตอนท้ายของมาตรา 423 ที่ว่า “ผู้ใดส่งข่าวสารอันตนมิได้รู้ว่าเป็นความไม่จริง หากว่าตนเองหรือผู้รับข่าวสารนั้นมีทางได้เสียโดยชอบด้วยการนั้นแล้ว ท่านว่าเพียงที่ส่งข่าวสารเช่นนั้นหาทำให้ผู้นั้นต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่” ซึ่งต้องครบองค์ประกอบสองประการจึงจะไม่ต้องรับผิด กล่าวคือ ต้องเป็นการกล่าวหรือโฆษณาโดยไม่รู้ว่าเป็นเท็จและผู้กล่าวหรือผู้รับข่าวสารนั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยชอบในการกล่าวหรือรับข่าวสารนั้นเท่านั้น

บทวิเคราะห์เกี่ยวกับขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ของประชาชนตามกฎหมาย

ภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ได้กำหนดรองรับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเอาไว้พบว่าการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นแก่ประชาชนในการพูด เขียน พิมพ์ โฆษณา หรือสามารถแสดงความคิดเห็นไม่ว่าด้วยวิธีการใด ๆ เพื่อให้บุคคลอื่นสามารถรับและรู้และเข้าใจได้นั้น เป็นเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดได้หากเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ เป็นไปเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนบุคคล เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน นอกจากนี้ ยังได้กำหนดให้สิทธิเสรีภาพใดที่รัฐธรรมนูญนี้ได้กำหนดรับรองไว้โดยชัดแจ้งโดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญล้วนแล้วแต่เป็นสิทธิเสรีภาพที่ย่อมได้รับความคุ้มครองและมีผลผูกพันองค์กรของรัฐต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตลอดจนหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง¹ ซึ่งโดยผลของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว ศาลปกครองได้พิพากษาวางหลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนและการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเอาไว้ โดยเห็นว่า “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณาและการสื่อความหมายโดยวิธีการอื่นที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยคุ้มครองนี้จะจำกัดไม่ได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียงสิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน ซึ่งกรณีจะเป็นเช่นที่ว่ามีผลให้ต้องจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อได้มีคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อการดังกล่าวโดยเฉพาะเท่านั้น” ดังปรากฏในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในคำสั่งคำร้องที่ 147/2549² ซึ่งศาลได้พิจารณาคดีโดยยึดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นมาใช้ในการตัดสินคดีโดยตรงในคดีระหว่างบริษัทไทยเดย์ ด็อทคอม จำกัด โดยนายสนธิ ลิ้มทองกุล และพวกได้ยื่นฟ้องกรมประชาสัมพันธ์และบุคคลที่เกี่ยวข้องต่อศาลปกครองในคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือคำสั่ง ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่าบริษัทไทยเดย์ ด็อทคอม จำกัดเป็นผู้ประกอบกิจการให้บริการผลิตและกระทำด้วยประการอื่นซึ่งรายการทางโทรทัศน์ วิทยุ เคเบิลทีวี ผลิตเว็บไซต์ผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตทั้งในและต่างประเทศ โดยนายสนธิ ลิ้มทองกุล เป็นผู้ดำเนินรายการเมืองไทยรายสัปดาห์สัญจรทางสถานีวิทยุโทรทัศน์เอเอสทีวี (ASTV)

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 27 สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลรวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง

² ศาลปกครองสูงสุด. คำสั่งคำร้องที่ 147/2549 เป็นคดีที่เกิดขึ้นและศาลมีคำสั่งตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

ต่อมากรมประชาสัมพันธ์ได้มีหนังสือเมื่อวันที่ 20 มกราคม 2549 แจ้งให้ระงับการส่งสัญญาณผ่านเคเบิลใยแก้ว โดยอ้างว่าไม่ปรากฏว่าสถานีวิทยุโทรทัศน์ ASTV ได้รับอนุญาตให้จัดตั้งสถานีเพื่อแพร่ภาพออกอากาศอันเป็นการดำเนินการส่งวิทยุโทรทัศน์เพื่อให้บริการแก่สาธารณะหรือแก่ชุมชนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาต หลังจากนั้นยังได้มีหนังสือลงวันที่ 26 มกราคม 2549 แจ้งให้บริษัท อินเทอร์เน็ตเซอร์วิส โพรไวเดอร์ จำกัด ตรวจสอบและพิจารณาระงับการให้บริการทางเครือข่ายระบบอินเทอร์เน็ตที่เป็นการส่งข้อมูลของสถานีวิทยุโทรทัศน์ ASTV เพื่อเผยแพร่ภาพไว้เป็นการชั่วคราว โดยอ้างเหตุผลตามหนังสือดังกล่าวที่ระบุว่า

“บริษัทไทยเดย์ ด็อทคอม จำกัดได้ตั้งสถานีวิทยุโทรทัศน์ ASTV และดำเนินการส่งวิทยุโทรทัศน์ทำการแพร่ภาพออกอากาศรายการเมืองไทยรายสัปดาห์และรายการอื่นๆ เพื่อให้บริการแก่สาธารณะและชุมชนด้วยวิธีการส่งสัญญาณจากห้องส่งที่ทำพระอาทิตย์ กรุงเทพมหานครผ่านเคเบิลใยแก้วนำแสงและระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตของบริษัทผู้ให้บริการไปยังสถานีถ่ายทอดสัญญาณขึ้นสู่อวกาศที่ฮ่องกงและส่งสัญญาณดาวเทียมลงสู่พื้นดินมาออกอากาศเผยแพร่ภาพและเสียงในประเทศไทยโดยให้ถ้อยคำอันเป็นเท็จและเป็นการระคายเคืองต่อสถาบันพระมหากษัตริย์และจงใจให้เกิดการดูหมิ่นเหยียดหยามรัฐบาลและเจ้าหน้าที่ของรัฐเกือบทุกวันศุกร์เป็นที่ทราบกันทั่วไปทั้งประชาชนและสื่อมวลชน อันเป็นการละเมิดและกระทบถึงสิทธิของบุคคลทั้งเกียรติยศ ชื่อเสียงและความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลในครอบครัวและบุคคลทั่วไป โดยมีได้มีข้อความที่เผยแพร่ตอนใดที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะอันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 34 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มีผลเป็นการยั่วยุ ปลุกกระดมมวลชน ทำให้ฝูงประชาชนที่ไม่เข้าใจข้อเท็จจริงรวมตัวกันก่อม็อบเป็นจำนวนมากนับพันหมื่นบุกเข้าทำลายประตูทำเนียบรัฐบาลทรัพย์สินของรัฐหลายอย่างเสียหาย เป็นเหตุให้เศรษฐกิจและความมั่นคงปลอดภัยของประเทศและประชาชนเสียหาย กรมประชาสัมพันธ์ในฐานะสำนักงานกลางเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตได้ตรวจสอบแล้วไม่ปรากฏว่าสถานีวิทยุโทรทัศน์ดังกล่าวได้รับอนุญาตให้เผยแพร่ภาพออกอากาศแต่อย่างใด และการกระทำดังกล่าวฝ่าฝืนต่อข้อ 16 แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 14 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. 2548 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2530 ที่กำหนดให้รายการที่จะออกอากาศวิทยุโทรทัศน์ได้จะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้คือ (2) ไม่เป็นการแสดงออกโดยจงใจให้เกิดการดูหมิ่นเหยียดหยามรัฐบาล เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือกลุ่มชนใด (4) ไม่เป็นการแสดงออกที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือก่อให้เกิดการแตกความสามัคคีระหว่างคนในชาติ (6) ไม่เป็นการแสดงออกทางการเมืองซึ่งเป็นการบ่อนทำลายหรือกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ และขัดต่อมาตรา 5 และมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. 2498 ซึ่งเป็นการกระทำความผิดทางอาญาซึ่งต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากสิทธิตามสัญญาใช้บริการ (Globe Sat) ส่งสัญญาณวิทยุโทรทัศน์ผ่านเครือข่ายซึ่งกำหนดไว้ชัดเจนว่า ผู้เช่าต้องไม่ใช้บริการโกลบแซทไป ในทางที่ผิดกฎหมาย หรือขัดต่อระเบียบของผู้ให้เช่า และหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีงามของประชาชน และตามสัญญาเช่าข้อ 18 ซึ่งกำหนดว่า ผู้ให้เช่ามีสิทธิจะหยุดหรือระงับการใช้บริการได้ ถ้าปรากฏว่าผู้เช่ามิได้ปฏิบัติตามระเบียบ คำสั่งหรือสัญญา และเมื่อปรากฏว่าบริษัทไทยเดย์ ด็อทคอม จำกัดส่งสัญญาณผ่านเครือข่ายอันเป็นความผิดอาญา ผู้ให้เช่าสัญญาจึงมีสิทธิตามสัญญาเช่าที่จะสั่ง ระงับการส่งสัญญาณผ่านเครือข่ายโกลบแซทได้โดยชอบ”

คดีนี้ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า “แม้ขณะฟ้องกรมประชาสัมพันธ์และบริษัท กสท. โทรคมนาคม จำกัด ได้ก่อความเดือดร้อนให้แก่ผู้ฟ้องคดีแล้วโดยการระงับการให้บริการตามสัญญาเข้าใช้ บริการโกลบแซ็ตเป็นการชั่วคราวและผู้ฟ้องคดีก็อาจจะเดือดร้อนจากการระงับการให้บริการเครือข่าย อินเทอร์เน็ตได้เช่นกันตามหนังสือแจ้งบริษัทอินเทอร์เน็ต เซอร์วิส โพรไวเดอร์ จำกัด ให้ระงับการให้บริการ ทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตแก่ผู้ฟ้องคดี ซึ่งมีผลทำให้หรืออาจทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่อาจถ่ายทอดสตราการเมืองไทย รายสัปดาห์สัญจรนอกสถานที่และรายการอื่นได้ อันเป็นการกระทบเสรีภาพที่จะสื่อสารและสื่อความคิดเห็น ตามเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยรับรองไว้ตามมาตรา 37 และมาตรา 39 และย่อมมีผลกระทบ ต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การสื่อความหมายของผู้ฟ้องคดีที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทยรับรองไว้ตามมาตรา 39 ทั้งนี้ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีการอื่นที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยคุ้มครองนี้จะไม่จำกัดไม่ได้ เว้นแต่อาศัย อำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียงสิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอัน ดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน ซึ่งกรณีจะ เป็นเช่นที่ว่าและมีผลให้ต้องจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อได้มีคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมายเพื่อการดังกล่าวโดยเฉพาะเท่านั้น ซึ่งในคดีนี้เมื่อได้มีการระงับการให้บริการแก่ผู้ฟ้องคดีตาม คำสั่งของกรมประชาสัมพันธ์ผู้ถูกฟ้องคดีอื่นก่อนมีคำพิพากษาของศาลก็ย่อมส่งผลกระทบต่อเสรีภาพของผู้ ฟ้องคดีทั้งหมดที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยคุ้มครองตามมาตรา 37 และมาตรา 39 อันยากแก่การ เยียวยาได้ในภายหลัง อีกทั้งเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทยให้การคุ้มครองนี้เป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรที่อารยประเทศเห็นว่าเป็นเรื่อง สำคัญที่ควรจะต้องรักษาคุ้มครองให้ราษฎรมีอิสระในการใช้ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่นหรือโดยความ เกรงกลัว แม้ราษฎรจะไม่มีอำนาจตามกฎหมายเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นการ ส่งเสริมการใช้เสรีภาพขั้นพื้นฐานของตนได้ แต่ราษฎรในฐานะผู้ทรงเสรีภาพขั้นพื้นฐานดังกล่าวก็มีอำนาจตาม กฎหมายที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นละเว้นจากการรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพของตนในเรื่องเหล่านี้ได้ ดังนั้น เมื่อยังมีได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลเป็นที่สุด สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรที่รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทยคุ้มครองจึงควรมีหลักประกันว่าจะไม่ถูกละเมิดได้โดยง่าย และหากศาลมีคำพิพากษาว่า การระงับการให้บริการตามสัญญาเข้าใช้บริการโกลบแซ็ตและการให้บริการทางเครือข่ายระบบ อินเทอร์เน็ตตามคำสั่งดังกล่าวแล้ว ก็เป็นการยากที่จะเยียวยาแก้ไขความเสียหายของผู้ฟ้องคดีทั้งหมดที่ เสรีภาพดังกล่าวต้องถูกระงับไปก่อนแล้วได้ “เมื่อชั่งน้ำหนักแล้วจึงควรให้คุ้มครองเสรีภาพในการแสดง ความคิดเห็นการพูด การสื่อความหมายและการสื่อสารของผู้ฟ้องคดีทั้งหมดไว้ก่อน” คำสั่งของศาล ปกครองชั้นต้นดังกล่าวหาได้เป็นการสั่งห้ามมิให้ผู้ถูกฟ้องคดีหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีหน้าที่ในการกำกับดูแล ไม่ให้ปฏิบัติหน้าที่และไม่ให้ดำเนินการต่อการจัดรายการที่ใช้เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารหรือเสรีภาพในการ แสดงความคิดเห็นที่อาจกระทบต่อสิทธิของผู้อื่น ทั้งนี้ หากผู้ฟ้องคดีทั้งหมดกระทำการที่เป็นความผิดอาญา และผู้ถูกฟ้องคดีหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการตามกฎหมายแต่ไม่ดำเนินการ การกระทำ ของผู้ถูกฟ้องคดีหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั่นเองกลับเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ อันเป็นความผิดฐานเจ้าพนักงานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ คำสั่งของศาลปกครองในการคุ้มครองชั่วคราวให้ ดำเนินกิจการต่อไปได้นั้นหาได้ก่อให้เกิดอุปสรรคในการดำเนินคดีอาญาต่อบริษัทไทยเดย์ ดีทคอม จำกัด อย่างไรไม่”

จากคำสั่งคำร้องของศาลปกครองสูงสุดข้างต้นพบว่า ศาลได้พิจารณาตัดสินบนเงื่อนไขของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ได้รับรองไว้ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยนำบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 34 (มาตรา 45 ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน) มาใช้บังคับกับการพิจารณาคดีนี้โดยตรง ซึ่งการพิพากษาให้คุ้มครองชั่วคราวโดยส่งผลให้สถานีโทรทัศน์ ASTV ดำเนินการออกอากาศต่อไปได้นั้น เป็นกรณีที่ศาลได้พิจารณาหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองแก่เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยเน้นย้ำว่า “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณาและการสื่อความหมายโดยวิธีการอื่นที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยคุ้มครองนี้จะจำกัดไม่ได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียงสิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน ซึ่งกรณีจะเป็นเช่นที่ว่าและมีผลให้ต้องจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อ ได้มีคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อการดังกล่าว โดยเฉพาะเท่านั้นจึงจะสามารถจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้ อันเป็นกรณีที่ศาลปกครองได้รับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลภายใต้รัฐธรรมนูญนี้ให้ขยายความไปถึงกรณีที่หากจะมีการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนนอกจากจะต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ยังจะต้องเป็นกรณีที่มีคำพิพากษาของศาลถึงที่สุดในกรณีดังกล่าวแล้วเท่านั้น รัฐจึงจะสามารถจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้ อันเป็นการวางหลักการในการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนไว้อย่างชัดเจนโดยผลของคำสั่งของศาลนั่นเอง ซึ่งภายใต้คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 147/2549 นี้ จึงสามารถสรุปกรอบการพิจารณาให้ความคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามรัฐธรรมนูญได้ว่า เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนสามารถถูกจำกัดได้หากเข้าเงื่อนไขต่อไปนี้

1. เป็นกรณีที่มี “กฎหมาย” กำหนดให้รัฐสามารถจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้
2. กฎหมายที่กำหนดให้รัฐสามารถจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้นั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียงสิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนเท่านั้น และการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนภายใต้กฎหมายในข้อที่สองจะต้องกระทำโดยมีคำพิพากษาของศาลถึงที่สุดตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อการดังกล่าวโดยเฉพาะเท่านั้นจึงจะกระทำได้
3. การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนภายใต้กฎหมายจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเท่านั้น

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยังได้กำหนดให้การใช้สิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองอันส่งผลให้เป็นการใช้สิทธิเสรีภาพที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพที่ “**ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิกิริยาต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน**” อีกด้วย โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าวขึ้นเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ อีกทั้งยังสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดที่ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยของรัฐธรรมนูญนี้ได้โดยตรง และหากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมี

กฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ดังปรากฏในมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ดังนี้

“มาตรา 28 บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรงหากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุนและช่วยเหลือจากรัฐในการใช้สิทธิตามความในหมวดนี้”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติข้างต้นพบว่า การพิจารณาว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะมีผลสมบูรณ์เพียงใดนั้น ต้องพิจารณาควบคู่กันกับกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราออกมาว่ามีขอบเขตและเนื้อหาสาระที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวหรือไม่ เพราะหากกฎหมายที่ออกมาโดยรัฐสภามีขอบเขตและเนื้อหาสาระที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในแสดงความคิดเห็นมากน้อยเพียงใด ก็ย่อมต้องถือว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนมีขอบเขตและเนื้อหาสาระเพียงเท่านั้น ซึ่งเท่ากับว่าสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนมีอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายนั่นเอง³ นอกจากนี้ แม้รัฐจะมีอำนาจในการตรากฎหมายอันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็ตาม หากแต่การตรากฎหมายดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดที่ว่าโดยการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้สามารถกระทำได้ต้องเป็นไปเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งหมายความถึง **“ประโยชน์สาธารณะ”** (Public Interest) อันเป็นความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคม อีกทั้งการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำได้เพียง **“เท่าที่จำเป็น”** อันแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือ **“หลักความได้สัดส่วน”** (Principle of Proportionality) มาใช้เพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐมิให้เป็นไปโดยอำเภอใจ ซึ่งมาตรการที่รัฐตราขึ้นใช้บังคับจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์และเป็นมาตรการที่พอสมควรแก่เหตุอีกด้วย ซึ่งเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์มหาชนที่จะได้รับกับประโยชน์ที่เอกชนจะต้องเสียไปหรืออาจสูญเสียไปอันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามมาตรการแห่งกฎหมายที่เหมาะสมและจำเป็นนั้นด้วย และสอดคล้องกับหลักการเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามที่กำหนดในเอกสารระหว่างประเทศต่าง ๆ ซึ่งได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับขอบเขตหรือข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเอาไว้ และแม้จะมีรายละเอียดของข้อจำกัดที่แตกต่างกัน หากแต่หลักการที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดเงื่อนไขเพื่อที่จะจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนนั้นจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขและองค์ประกอบของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในลักษณะเดียวกัน ซึ่งย่อมาหมายความว่า การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนที่ชอบด้วยกฎหมายจะตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขของ Three-Part Test⁴ อันได้แก่ **“การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้อย่างชอบด้วยบทบัญญัติของกฎหมาย (Provided by Law) การจำกัด**

³ วรวิทย์ ฤทธิพิศ. เรื่องเดิม. หน้า 96

⁴ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 2 เกี่ยวกับ Three-Part Test

เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Aim) และการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น (Necessary)” ประกอบกัน ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน ดังนี้

“มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรา กฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม

บทวิเคราะห์ต่อไปนี้จะได้นำเสนอในการวิเคราะห์ความชอบด้วยกฎหมายของขอบเขตหรือข้อจำกัด การใช้สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ปรากฏในกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นดังปรากฏในบทที่ 4 ทั้งเจ็ด ฉบับว่าเป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังที่ปรากฏในมาตรา 28 และมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ที่กำหนดรับรองกำหนดให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญ รับรองไว้ อันจะสามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าวขึ้นเพื่อใช้สิทธิ ทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ จะต้องกระทำโดยมีกฎหมายให้อำนาจ เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดและเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และหาก ประชาชนใช้สิทธิเสรีภาพภายใต้กลไกดังกล่าวจะส่งผลให้ประชาชนสามารถแสดงความคิดเห็นได้อย่างเสรีและ สามารถมีส่วนร่วมทางการเมืองได้สมตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญโดยไม่ขัดต่อกฎหมายหรือละเมิดสิทธิของ บุคคลอื่น อีกทั้งการแสดงความคิดเห็นของประชาชนภายใต้หลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง กำหนดย่อมไม่ส่งผลให้ประชาชนได้รับโทษหรือถูกดำเนินคดีใด ๆ ในภายหลัง ดังนี้

5.1 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนกับสิทธิในการเข้าถึงข้อมูล

ข่าวสารของทางราชการ

พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 เป็นกฎหมายที่มีหลักการสำคัญในการ รับรองสิทธิของประชาชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารซึ่งเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอย่างแยกออกจากกันไม่ได้ เนื่องจากประชาชนย่อมไม่อาจแสดงความคิดเห็นได้อย่างเต็มที่หากปราศจากสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารที่จำเป็นและถูกต้องเพียงพอเพื่อเข้ามีส่วนร่วมทางการเมือง และเมื่อพิจารณาจากกฎหมายนี้พบว่าแม้จะรองรับสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของทางราชการก็ตาม หากแต่กฎหมายยังได้กำหนดให้ข้อมูลข่าวสารบางประเภทเป็นข้อมูลที่ต้องห้ามมิให้เปิดเผยอันเป็นข้อยกเว้นเสรีภาพในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารและมีผลต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเช่นกัน หลักการนี้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้การใช้สิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองอันเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพที่ ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพที่ *“ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน”* อีกด้วย

เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 พบว่าในประเด็นเกี่ยวกับการเคารพต่อสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่นนั้น กฎหมายว่าด้วยข้อมูลข่าวสารของทางราชการกำหนด ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเว้นแต่เจ้าของข้อมูลยินยอม หรือกรณีของข้อมูลที่อาจกระทบต่อสถาบันพระมหากษัตริย์กฎหมายกำหนดให้ห้ามเปิดเผย และข้อมูลบางประเภทที่เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจในการพิจารณาว่าจะเปิดเผยหรือไม่ก็ได้ อันเป็นการกำหนดข้อจำกัดการใช้สิทธิของประชาชน ซึ่งสอดคล้องกับหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญที่ว่า “การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้หากเป็นไปเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน” อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ครอบครองข้อมูลสามารถใช้ดุลพินิจในการที่จะเปิดเผยข้อมูลหรือไม่ก็ได้โดยคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกัน⁵ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่คณะรัฐมนตรีกำหนดว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ⁶ ซึ่งการเปิดเผยข้อมูลหรือไม่อย่างนั้น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวได้กำหนดให้พิจารณาจากความรุนแรงของความเสียหายต่อประโยชน์แห่งรัฐเป็นสำคัญ โดยให้ความหมายของคำว่า “ประโยชน์แห่งรัฐ” ว่าเป็นการดำเนินงานของรัฐที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของเอกชนประกอบกันไม่ว่าจะเป็นเรื่องความมั่นคงของรัฐที่เกี่ยวกับการเมืองภายในประเทศหรือระหว่างประเทศ การป้องกันประเทศ เศรษฐกิจ สังคม วิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี การพลังงานและสิ่งแวดล้อมเป็นเกณฑ์ โดยกรณีที่เจ้าหน้าที่ตามที่กำหนดในกฎหมายได้มีคำสั่งให้เปิดเผยเป็นการทั่วไปหรือเฉพาะแก่บุคคลใดเพื่อประโยชน์อันสำคัญยิ่งกว่าที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ หรือชีวิต ร่างกาย สุขภาพ หรือประโยชน์อื่นของบุคคล และคำสั่งนั้นได้กระทำโดยสมควรแก่เหตุแล้ว กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่ได้ดำเนินการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารใดโดยสุจริตแม้จะเข้าข่ายต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายใดกฎหมายกำหนดให้ถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวไม่ต้องรับผิดชอบ ในการนี้เจ้าหน้าที่มีอำนาจในการกำหนดข้อจำกัดหรือเงื่อนไขในการใช้ข้อมูลข่าวสารนั้นตามความเหมาะสม และหากมีบุคคลใดฝ่าฝืนเงื่อนไขที่เจ้าหน้าที่กำหนดขึ้นย่อมต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายกำหนด⁷ ซึ่งย่อมหมายความว่าแม้เจ้าหน้าที่จะเปิดเผยข้อมูลตามความต้องการของประชาชนอันเป็นไปตามสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้แล้วก็ตาม หากแต่การใช้ประโยชน์ในข้อมูลนั้นยังอาจตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่เจ้าหน้าที่จะได้อำนาจขึ้น ซึ่งหากประชาชนใช้ข้อมูลฝ่าฝืนเงื่อนไขที่เจ้าหน้าที่กำหนด ย่อมนำไปสู่ความรับผิดชอบตามกฎหมายกำหนดเช่นกัน คือต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ภายใต้เงื่อนไขทางกฎหมายดังกล่าวหมายความว่าสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของทางราชการของประชาชนจึงมีขอบเขตเพียงเท่าที่กำหนดไว้ในกฎหมายเท่านั้น สอดคล้องกับมาตรา 28 วรรคสามของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้ “การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” นั้น

อย่างไรก็ตาม จากหลักการเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามที่กำหนดในเอกสารระหว่างประเทศ เอกสารเหล่านี้ต่างได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับขอบเขตหรือข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเอาไว้ ซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของ Three-Part Test อันได้แก่ “การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย

⁵ มาตรา 15

⁶ มาตรา 16

⁷ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 4 ข้อ 4.2 หัวข้อย่อยที่ 1

(Provided by Law) การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Aim) และการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น (Necessary)” ประกอบกัน ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 พบว่าเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ตราโดยรัฐสภาอันเป็นองค์กรที่มีอำนาจนิติบัญญัติอันเป็นบทบัญญัติที่มีผลเป็นการทั่วไปและไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่ง กฎหมายนี้จึงมีสถานะเป็น “กฎหมาย” ที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลตั้งเงื่อนไขข้อที่หนึ่งที่ว่า การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย (Provided by Law) แล้ว ส่วนเงื่อนไขที่สองที่ว่า การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Aim) นั้น เมื่อพิจารณาจากเหตุผลในการตรากฎหมายนี้แนบท้ายพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 ที่ว่า “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ ในระบอบประชาธิปไตยการให้ประชาชนมีโอกาสกว้างขวางในการได้รับข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อที่ประชาชนจะสามารถแสดงความคิดเห็นและใช้สิทธิทางการเมืองได้โดยถูกต้องกับความเป็นจริงอันเป็นการส่งเสริมให้มีความเป็นรัฐบาลโดยประชาชนมากยิ่งขึ้น สมควรกำหนดให้ประชาชนมีสิทธิได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการ โดยมีข้อยกเว้นอันไม่ต้องเปิดเผยที่แจ้งชัดและจำกัดเฉพาะข้อมูลข่าวสารที่หากเปิดเผยแล้วจะเกิดความเสียหายต่อประเทศชาติหรือต่อประโยชน์ที่สำคัญของเอกชน ทั้งนี้ เพื่อพัฒนาระบอบประชาธิปไตยให้มั่นคงและจะยังผลให้ประชาชนมีโอกาสเข้าถึงสิทธิหน้าที่ของตนอย่างเต็มที่ เพื่อที่จะปกป้องรักษาประโยชน์ของตนได้อีกประการหนึ่งด้วยประกอบกับสมควรคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลข่าวสารของราชการไปพร้อมกัน จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้” นั้นพบว่าเป็นการกำหนดข้อยกเว้นเพื่อคุ้มครองมิให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติหรือต่อประโยชน์ที่สำคัญของเอกชน และคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลข่าวสารของราชการ อันจัดได้ว่าเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์เรื่อง “ความมั่นคงของรัฐ” และ “การคุ้มครองสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น” ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁸ และสอดคล้องกับเงื่อนไขข้อที่สองของ Three Part Test ที่กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Aim) แล้ว⁹ ส่วนเงื่อนไขที่สามที่ว่า การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น (Necessary) นั้น การพิจารณาว่ามาตรการในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจำเป็นต้องพิจารณาประกอบกับ “หลักความได้สัดส่วน” (Proportional Principle) ซึ่งประโยชน์สาธารณะจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองเหนือกว่าประโยชน์ส่วนตัวของบุคคลหนึ่งบุคคลใด อย่างไรก็ตาม จำต้องคำนึงถึง “แก่นหรือสาระสำคัญ” ของสิทธินั้นกับการกำหนดบทลงโทษใด ๆ สำหรับการฝ่าฝืนข้อจำกัดนั้น ๆ ประกอบด้วย โดยที่การจำกัดเสรีภาพในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของทางราชการนี้เป็นการจำกัดที่ส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน ดังนั้น การจำกัดสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารบางประเภท หรือการกำหนดอำนาจให้เจ้าหน้าที่อาจใช้ดุลพินิจที่จะเปิดเผยหรือไม่ก็ได้กับข้อมูลบางประเภท ซึ่งหากใช้ดุลพินิจเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวเจ้าหน้าที่มีอำนาจในการกำหนดเงื่อนไขการใช้ประโยชน์จากข้อมูลซึ่งหากฝ่าฝืนเงื่อนไขดังกล่าวจะได้รับโทษตามที่กฎหมายกำหนด โดยในกรณีของข้อมูลส่วนบุคคลที่การเปิดเผยจะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลก่อนนั้น ผู้วิจัยเห็นว่ามาตรการนี้เป็นเรื่องจำเป็นภายใต้ความคุ้มครองต่อสิทธิส่วนบุคคลตามกฎหมายที่

⁸ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 ข้อ 3.3 หัวข้อย่อยที่ 2

⁹ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 2 ข้อ 2.3 หัวข้อย่อยที่ 2

บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะไม่ให้เรื่องราวของตนแม้อยู่ในความครอบครองของรัฐถูกเปิดเผยสู่สาธารณะ โดยที่ไม่ยินยอม อีกทั้งการใช้สิทธิของบุคคลย่อมจะต้องไม่กระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่นด้วย ดังนั้น การกำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลก่อนจึงเป็นการเคารพต่อสิทธิส่วนบุคคลของบุคคลอื่นที่พึงกระทำ ส่วนกรณีของข้อมูลที่อาจกระทบต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ที่ต้องมีให้ห้ามเปิดเผยและข้อมูลตามมาตรา 15 ที่เจ้าหน้าที่อาจใช้ดุลพินิจเปิดเผยหรือไม่ก็ได้ นั้น เป็นข้อมูลที่อาจกระทบต่อความมั่นคงของรัฐซึ่งกฎหมายกำหนดให้เปิดเผยได้หรือไม่จำเป็นต้องคำนึงถึง “ประโยชน์แห่งรัฐ” เป็นเกณฑ์โดยจะต้องพิจารณาจากระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ. 2544 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ พ.ศ. 2552 ประกอบกันนั้น ผู้วิจัยเห็นว่ามาตรการดังกล่าวนี้เป็นมาตรการที่พอสมควรแก่เหตุและเป็นมาตรการที่กำหนดขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็น เนื่องจากแม้จะมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารโดยเจ้าหน้าที่จะต้องตั้งข้อสงสัยระหว่างเสรีภาพของบุคคลกับประโยชน์ของรัฐที่มุ่งคุ้มครองก็ตาม หากแต่มาตรการดังกล่าวมิได้มีผลเป็นการลบล้างสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของประชาชนอันมีผลกระทบต่อ “แก่นของสิทธิ” แต่อย่างใด อีกทั้งสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของประชาชนยังคงมีอยู่หากแต่ถูกจำกัดขอบเขตของการใช้ประโยชน์จากข้อมูลข่าวสารภายใต้เงื่อนไขที่เจ้าหน้าที่กำหนดขึ้นเท่านั้น ซึ่งประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการใช้สิทธิยังคงมีสิทธิในการอุทธรณ์และร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารตามกฎหมายเพื่อให้พิจารณาคำสั่งของเจ้าหน้าที่ที่ครอบครองข้อมูลได้และสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองเพื่อให้พิจารณาใหม่ได้ ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันมาตรา 28 วรรคสองที่กำหนดให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้นั้นเอง อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายจะกำหนดให้ “เจ้าหน้าที่” ที่ได้ดำเนินการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารใดโดยสุจริตแม้จะเข้าข่ายต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายใดไม่ต้องรับผิด หากการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายใด ๆ ขึ้น กฎหมายกำหนดให้ “หน่วยงานของรัฐ” ที่ครอบครองข้อมูลนั้นไม่อาจพ้นจากความรับผิดชอบตามกฎหมายได้ซึ่งอาจส่งผลให้หน่วยงานของรัฐเลือกที่จะไม่เปิดเผยข้อมูลโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 15 นั้นเอง ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของประชาชนตามกฎหมายได้เช่นเดียวกัน

5.2 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนกับความรับผิดชอบตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

การพิจารณาขอบเขตหรือข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนว่ามีมากน้อยหรือไม่เพียงใดนั้น จำต้องพิจารณาจากบทบัญญัติทั่วไปที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งมาตรา 28 กำหนดให้ **“การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้วให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”** เพราะฉะนั้น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะมีมากน้อยเพียงใดย่อมต้องพิจารณาจากกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดในเรื่องนั้น ๆ สำหรับกรณีของพระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นั้นเป็นกฎหมายที่ได้กำหนดให้การกระทำที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เป็นความผิดพร้อมทั้งกำหนดบทลงโทษสำหรับการกระทำความผิดไว้อย่างชัดเจน โดยกรณีฐานความผิดที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาวิจัยเรื่องขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนี้ พบว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มีบทบัญญัติที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนพร้อมทั้งกำหนดบทลงโทษทางอาญาไว้สำหรับการกระทำความผิดนั้นด้วย โดยมีฐานความผิดที่

นำมาพิจารณาดังต่อไปนี้ กล่าวคือ ความผิดสำหรับ “ผู้นำเข้า” ผู้ระบบคอมพิวเตอร์หรือ “ผู้เผยแพร่หรือส่งต่อ” ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จโดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา ข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ตามมาตรา 14 และความผิดสำหรับ “ผู้ให้บริการ” ซึ่งหมายความถึงผู้ที่ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ตหรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่นโดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเองหรือในนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นและยังหมายความรวมถึงผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น ที่แม้มิได้เป็นผู้ลงมือกระทำความผิดแต่หากผู้ให้บริการมีการกระทำที่เป็นการจงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิด กฎหมายกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องรับผิดชอบตามที่กำหนดในมาตรา 15¹⁰ เพราะฉะนั้น การแสดงความคิดเห็นของประชาชนในลักษณะดังกล่าวโดยใช้คอมพิวเตอร์จึงเป็นการแสดงความคิดเห็นที่ต้องห้ามตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากหลักการเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในมาตรา 45 พบว่ากฎหมายได้กำหนดให้การแสดงความคิดเห็นของประชาชนสามารถถูกจำกัดได้ภายใต้เหตุผลสี่ประการ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน¹¹ ซึ่งสอดคล้องกับเอกสารระหว่างประเทศที่ได้กำหนดให้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนสามารถถูกจำกัดได้หากเข้าเงื่อนไขของ Three Part Test กล่าวคือ “การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย (Provided by Law) การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Aim) และการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น (Necessary)”¹² ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากหลักการข้างต้นประกอบกับข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนที่ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในมาตรา 14 และ 15 ข้างต้น สามารถพิจารณาได้ดังนี้

กรณีหนึ่งที่กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย (Provided by Law) นั้น เมื่อพิจารณาจากสถานะของพระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แล้วพบว่ากฎหมายนี้เป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ตราโดยรัฐสภาอันเป็นองค์กรที่มีอำนาจนิติบัญญัติอันเป็นบทบัญญัติที่มีผลเป็นการทั่วไปและไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่ง กฎหมายนี้จึงมีสถานะเป็น “กฎหมาย” ที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคล ดังเงื่อนไขข้อที่หนึ่งที่ว่า การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว

กรณีที่สองที่กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Aim) นั้น เมื่อพิจารณาจากข้อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามที่ปรากฏในมาตรา 14 และมาตรา 15 พบว่าเป็นการกำหนดข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนโดยอาศัยเหตุผลที่เกี่ยวกับ “ความมั่นคงของรัฐ” ในความผิดตาม

¹⁰ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 4 ข้อ 4.2 หัวข้อย่อยที่ 2

¹¹ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 ข้อ 3.3 หัวข้อย่อยที่ 2

¹² โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 2 ข้อ 2.3 หัวข้อย่อยที่ 2

มาตรา 14(2) ได้แก่ การนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จโดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศหรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน ความผิดมาตรา 14(3) ได้แก่ การนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา และการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นภายใต้เหตุผล “เพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน” ตามมาตรา 14(4) อันได้แก่ การนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ นอกจากนี้ โดยที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เป็นกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เป็นความผิดพร้อมทั้งกำหนดบทลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดนั้นไว้อย่างชัดเจน เพราะฉะนั้นการกระทำความผิดทางอาญาตามกฎหมายนี้ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษ กล่าวคือ เป็นการกระทำความผิดทางอาญาที่มีการใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือจึงจำต้องพิจารณาจากองค์ประกอบความผิดสำหรับความผิดนั้นๆ ตามที่กำหนดในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปประกอบกัน เพราะฉะนั้น กรณีความผิดตามมาตรา 14(2)(3) อันเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นภายใต้หลักความมั่นคงของรัฐนั้นการพิจารณาฐานความผิดจำต้องพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในประมวลกฎหมายอาญาประกอบกัน อันได้แก่ ความผิดตามลักษณะ 1 หมวดที่ 1-4 ในมาตรา 107 ถึงมาตรา 135 อันได้แก่ ความผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายนอกราชอาณาจักร และความผิดต่อสัมพันธ์ไมตรีกับต่างประเทศ ส่วนความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญาคือ ความผิดตาม ลักษณะ 1/1 โดยกำหนดไว้ในมาตรา 135/1 ถึงมาตรา 135/4 อันส่งผลให้ผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในฐานความผิดนี้มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาในฐานความผิดดังกล่าวด้วย ส่วนกรณีการแสดงความคิดเห็นภายใต้เหตุผลเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนตามมาตรา 14(4) ในความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้นั้น โดยที่คำว่า “ลามก” เป็นคำสามัญที่ไม่มีการนิยามศัพท์ แต่เป็นคำที่ใช้เป็นองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 ซึ่งเป็นความผิดฐานเผยแพร่วัตถุอันลามก ดังนั้น ข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดจะเข้าองค์ประกอบความผิดหรือไม่ จึงใช้มาตรฐานเดียวกันกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 ดังกล่าวซึ่งศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาไว้เป็นบรรทัดฐานในหลายกรณี¹³

ส่วนกรณีที่สามที่กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น (Necessary) นั้น โดยที่เมื่อพิจารณาจากเหตุผลในการตรากฎหมายนี้ที่ว่า “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากในปัจจุบันระบบคอมพิวเตอร์ได้เป็นส่วนสำคัญของการประกอบกิจการและการดำรงชีวิตของมนุษย์ หากมีผู้กระทำความผิดด้วยประการใด ๆ ให้ระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานตามคำสั่งที่กำหนดไว้หรือทำให้การทำงานผิดพลาดไปจากคำสั่งที่กำหนดไว้ หรือใช้วิธีการใด ๆ เข้าล่วงรู้ข้อมูลแก้ไข หรือทำลายข้อมูลของบุคคลอื่นในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ หรือใช้ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จหรือมีลักษณะอันลามกอนาจาร ย่อมก่อให้เกิดความเสียหาย กระทบกระเทือนต่อเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของรัฐ รวมทั้งความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน สมควรกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าว จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้” พบว่า

¹³ พรเพชร วิชิตชลชัย. อ้างแล้ว. หน้า 23

เป็นกรณีที่รัฐได้ตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากมาตรการที่กำหนดไว้ในกฎหมายกรณีที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น กฎหมายได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีที่ “มีเหตุอันควรเชื่อ” ได้ว่ามีการกระทำความผิดตามกฎหมายนี้ ให้มีอำนาจอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นการลบล้างสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ถึงแปดประการ¹⁴ เพียงเพราะกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีเหตุอันควรเชื่อเท่านั้น ส่วนอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการมีหนังสือสอบถามหรือเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้มาเพื่อให้ถ้อยคำ ส่งคำชี้แจงเป็นหนังสือ หรือส่งเอกสาร ข้อมูล หรือหลักฐานอื่นใดที่อยู่ในรูปแบบที่สามารถเข้าใจได้ การออกคำสั่งเรียกข้อมูลจากรายการทางคอมพิวเตอร์จากผู้ให้บริการเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารผ่านระบบคอมพิวเตอร์หรือจากบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง หรือการสั่งให้ผู้ให้บริการส่งมอบข้อมูลเกี่ยวกับผู้ใช้บริการที่ต้องเก็บตามมาตรา 26 หรือที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมของผู้ให้บริการให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 19(1)(2) และ (3) นั้นสามารถกระทำได้ทันทีโดยไม่ต้องขออนุมัติจากศาล ซึ่งในประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นกรณีที่กฎหมายได้กำหนดมาตรการที่เกินจำเป็นสำหรับการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน ทั้งนี้เนื่องจากแม้ว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะสามารถกระทำได้ก็ตาม หากแต่รัฐจำเป็นต้องกำหนดมาตรการในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยพิจารณาคว่กันไปกับ “หลักความได้สัดส่วน” (Proportional Principle) ซึ่งประโยชน์สาธารณะจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองเหนือกว่าประโยชน์ส่วนตัวของบุคคลหนึ่งบุคคลใด ซึ่งย่อมาหมายความว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องไม่กระทบต่อ “แก่นหรือสาระสำคัญ” ของสิทธินั้นกับการกำหนดบทลงโทษใด ๆ สำหรับการฝ่าฝืนข้อจำกัดนั้น ๆ ประกอบกัน ซึ่งกรณีตามข้อเท็จจริงนี้ย่อมเป็นกรณีที่รัฐจำเป็นต้องแสวงหามาตรการที่ให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญสมดุลงกับประโยชน์สาธารณะที่มุ่งคุ้มครอง หากแต่การกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดำเนินการอันเป็นการลบล้างสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยอาศัยเหตุเพียงมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นนั้น จึงส่งผลให้เป็นมาตรการที่เกินจำเป็นอันก่อให้เกิดการปิดกั้นการแสดงความคิดเห็นของประชาชนอันมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการไหลเวียนของข้อมูลข่าวสาร (Free Flow of Information) และส่งผลต่อการแสดงความคิดเห็น การแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารระหว่างกัน และกระทบต่อการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของประชาชนที่จะเป็นพื้นฐานของการรับรู้และนำไปสู่การตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลได้อันเป็นรากฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั่นเอง และขัดแย้งกับแนวทางที่ศาลปกครองได้เคยพิจารณาในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 147/2549 ที่ว่า “เมื่อยังไม่ได้วินิจฉัยของศาลถึงที่สุด สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยคุ้มครองจึงควรจะมีหลักประกันว่าจะไม่ถูกละเมิดโดยง่าย”

นอกจากนี้ กฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ยังกำหนดความผิดสำหรับเผยแพร่หรือส่งต่อตามมาตรา 14(5) ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามที่ปรากฏในมาตรา 14(2) (3) และ (4) และความผิดสำหรับผู้ให้บริการแม้มิได้เป็นผู้ลงมือกระทำความผิดแต่ได้กระทำการโดยการจงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดดังกล่าวต้องรับผิดตามมาตรา 15 ในฐานะ “ผู้ให้บริการ” อีกด้วย ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ให้บริการ “จงใจหรือยินยอม” โดยที่คำว่า “จงใจ” นั้นหมายถึงการกระทำที่มีใจเจตนาแต่มีความหมายกว้างกว่าการกระทำโดย “เจตนา” เนื่องจากเจตนาในทางอาญานั้นผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดนั้นและผู้กระทำจะต้องประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นได้ แต่การกระทำโดย “จงใจ” นั้นมีความหมายเพียงผู้กระทำได้กระทำโดยรู้สำนึกหรือรู้ตัวในการกระทำนั้น ๆ เท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องมีความประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นถึงผลของการกระทำนั้นแต่อย่างใดเป็นแต่เพียง

¹⁴ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 4 ข้อ 4.2 หัวข้อย่อยที่ 2

รู้ตัวว่ากำลังทำอะไรอยู่เท่านั้นและหากเกิดความเสียหายขึ้นก็ต้องรับผิดชอบแล้ว¹⁵ เช่น มีการเตือนหรือแจ้งให้ทราบแล้วว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นเป็นความผิดต่อกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 14 เมื่อผู้ให้บริการยังปล่อยให้มีการเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นความผิดในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ก็จะต้องถือว่าเป็นการจงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 นี้เอง¹⁶ ดังปรากฏในคดีหมายเลขดำที่ อ.1167/2553 ที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องนางสาวจีรานุช เปรมชัยพร ในความผิดต่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ โดยฟ้องว่าจำเลยเป็นผู้ดูแลเว็บไซต์ (Web Master) ที่ชื่อว่าประชาไท (www.prachatai.com) จงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการดำเนินการนำข้อความอันเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีเนื้อหาเป็นการดูหมิ่นพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงในราชอาณาจักรจำนวน 10 กระทั่งเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งอยู่ในความควบคุมของจำเลย ซึ่งศาลอาญาได้พิพากษาให้จำเลยมีความผิดในฐานะผู้ให้บริการที่จงใจหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดดังกล่าวโดยเห็นว่า “สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองซึ่งให้การรับรองและคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับ เพราะเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นสะท้อนถึงธรรมาภิบาลและความเป็นประชาธิปไตยของประเทศหรือองค์กรนั้น ๆ การวิพากษ์วิจารณ์จากประชาชนทั้งด้านบวกและด้านลบแล้ว ย่อมเป็นโอกาสในการนำไปปรับปรุงประเทศ องค์กร และตนเองให้ดียิ่ง ๆ ขึ้น แต่เมื่อจำเลยเปิดช่องให้มีการแสดงความคิดเห็นในระบบคอมพิวเตอร์ที่จำเลยเป็นผู้ให้บริการและอยู่ในความดูแลของจำเลย จำเลยย่อมมีหน้าที่ในการตรวจสอบข้อคิดเห็นหรือข้อมูลที่อาจกระทบกระเทือนถึงความมั่นคงของประเทศรวมทั้งสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นที่ต้องเคารพเช่นกัน เมื่อปรากฏว่าจำเลยยินยอมให้มีการนำข้อคิดเห็นหรือข้อมูลตามที่ปรากฏในเอกสารหมายเลข จ.32 ลงในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของจำเลยดังที่วินิจฉัยมาข้างต้น จำเลยจึงไม่อาจอ้างถึงสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวเพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้”

5.3 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนภายใต้กฎอัยการศึก

โดยที่การประกาศกฎอัยการศึกนั้นเป็นกรณีที่เกิดตามกฎหมายพิเศษที่จะมีการใช้บังคับเฉพาะกรณีที่ประเทศตกอยู่ในภาวะไม่ปกติ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้การประกาศใช้กฎอัยการศึกเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และเมื่อมีการประกาศใช้กฎอัยการศึกในท้องที่ใดหรือทั่วราชอาณาจักรแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารจะมีอำนาจเหนือกว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนในการใช้กำลังทหารเพื่อการระงับปราบปรามหรือการรักษาความสงบเรียบร้อย โดยมีอำนาจเต็มในการการตรวจค้น การเกณฑ์ การห้าม การยึด การเข้าอาศัย การทำลายหรือเปลี่ยนแปลงสถานที่ตลอดจนอำนาจในการจับไล่ได้ นอกจากนี้ ในเขตท้องที่ที่มีการประกาศกฎอัยการศึก กฎหมายกำหนดให้ศาลพลเรือนยังคงมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ตามปกติ เว้นแต่คดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญาศึก ทั้งยังกำหนดให้ผู้มีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึกมีอำนาจประกาศให้ศาลทหารมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาซึ่งการกระทำผิดเกิดขึ้นในเขตที่ประกาศใช้กฎอัยการศึกและในระหว่างที่ใช้กฎอัยการศึกตามที่ระบุไว้ในบัญชีต่อท้ายพระราชบัญญัตินี้ทุกข้อหรือแต่บางข้อก็ได้ โดยให้มีผลแต่เฉพาะคดีที่การกระทำความผิดเกิดขึ้นตั้งแต่วันที่ระบุไว้ในประกาศซึ่งต้องมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาด้วย อย่างไรก็ตาม หากคดีอาญาใดที่เกิดขึ้นในเขตที่ประกาศใช้กฎอัยการศึกเป็นคดีที่เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน

¹⁵ จิต เศรษฐบุตร. อ้างแล้ว. หน้า 83-85

¹⁶ พรเพชร วิชิตชลชัย. อ้างแล้ว. หน้า 25

กฎหมายกำหนดให้ผู้บัญชาการทหารสูงสุดมีอำนาจในการสั่งให้พิจารณาพิพากษาคดีอาญานั้นในศาลทหารได้ และเมื่อได้มีการประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึกแล้ว กฎหมายกำหนดให้ศาลทหารคงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่ยังค้างอยู่ในศาลนั้นและให้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่ยังมิได้ฟ้องร้องในระหว่างเวลาที่ใช้กฎอัยการศึกนั้นต่อไปด้วย จากหลักการของกฎหมายข้างต้นพบว่า เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้รัฐสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ในกรณีที่ประเทศตกอยู่ในภาวะไม่ปกติ โดยกำหนดให้ภายหลังจากการประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึกแล้ว รัฐจะมีอำนาจหลายประการในการดำเนินการอันมีผลเป็นการลบล้างสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งรวมทั้งเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นด้วย ซึ่งโดยหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนย่อมสามารถถูกจำกัดได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 45 ที่ว่าเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน¹⁷ ซึ่งรัฐจำเป็นต้องคำนึงถึงหลักการที่รัฐธรรมนูญกำหนด อย่างไรก็ตาม แม้รัฐมีอำนาจในการตรากฎหมายอันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ หากแต่การตรากฎหมายอันมีผลเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพของประชาชนก็จำเป็นต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด กล่าวคือ ต้องเป็นไปเพื่อ “ประโยชน์สาธารณะ” (Public Interest) เพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคม อีกทั้งการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องกระทำเพียงเท่าที่จำเป็นภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือ “หลักความได้สัดส่วน” ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ เพราะฉะนั้น มาตรการที่รัฐใช้เพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นมาตรการเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์และพอสมควรแก่เหตุอีกด้วย ซึ่งเรียกร้องให้รัฐจะต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์มหาชนที่จะได้รับกับประโยชน์ที่เอกชนจะต้องเสียไปหรืออาจสูญเสียไปอันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามมาตรการแห่งกฎหมายที่เหมาะสมและจำเป็นนั้นด้วย ซึ่งสอดคล้องกับเอกสารระหว่างประเทศที่ได้กำหนดให้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนสามารถถูกจำกัดได้หากเข้าเงื่อนไขของ Three Part Test กล่าวคือ “การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย (Provided by Law) การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Aim) และการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น (Necessary)”¹⁸ ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากหลักการข้างต้นประกอบกับข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนที่ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกข้างต้น สามารถพิจารณาได้ดังนี้

กรณีที่หนึ่งที่กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย (Provided by Law) นั้น เมื่อพิจารณาจากสถานะของพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2550 แล้ว พบว่าเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ตราโดยรัฐสภาอันเป็นองค์กรที่มีอำนาจนิติบัญญัติอันเป็นบทบัญญัติที่มีผลเป็นการทั่วไปและไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่ง กฎหมายนี้จึงมีสถานะเป็น “กฎหมาย” ที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลตั้งเงื่อนไขข้อที่หนึ่งที่ว่า การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว อย่างไรก็ตาม การประกาศใช้กฎอัยการศึกภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกนั้นแม้เป็นการประกาศโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับ “พระราชบัญญัติ” ก็ตามหากแต่การตรวจสอบการใช้อำนาจตามกฎหมายโดยการประกาศกฎอัยการศึกกลับมิได้เป็นการตรวจสอบโดย “ศาลปกครอง” ที่มีเขตอำนาจในการตรวจสอบ

¹⁷ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 ข้อ 3.3 หัวข้อย่อยที่ 2

¹⁸ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 2 ข้อ 2.3 หัวข้อย่อยที่ 2

การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจตามกฎหมายแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากการประกาศกฎอัยการศึกนั้น เป็นการประกาศโดยกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกที่ออกตามความในมาตรา 188 ของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้เป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยพระบรมราชโองการ¹⁹ เพราะฉะนั้น จึงมิใช่การกระทำทางปกครองที่จะอยู่ในเขตอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง ดังที่ศาลปกครองได้พิพากษาคดีเกี่ยวกับการประกาศกฎอัยการศึกโดยพิพากษาว่า “การประกาศกฎอัยการศึกไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง” (Administrative Act) จึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองและมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาในคดีหมายเลขแดงที่ พ.42/2551 ความว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการประกาศใช้หรือเลิกใช้กฎอัยการศึกตามลักษณะและวิธีการตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกตามความในมาตรา 188 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2475 บัญญัติให้อำนาจไว้ว่า เมื่อเวลามีเหตุอันจำเป็นเพื่อรักษาความเรียบร้อยปราศจากภัยซึ่งจะมีมาจากภายนอกหรือภายในราชอาณาจักรแล้ว จะได้มีประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกทุกมาตราหรือแต่บางมาตราหรือข้อความส่วนใดส่วนหนึ่งของมาตรา ตลอดจนการกำหนดเงื่อนไขแห่งการใช้บทบัญญัตินั้นบังคับในส่วนหนึ่งส่วนใดของราชอาณาจักรหรือตลอดทั่วราชอาณาจักร และถ้าได้ประกาศใช้เมื่อใดหรือ ณ ที่ใดแล้ว บรรดาข้อความในพระราชบัญญัติหรือบทกฎหมายใดๆ ซึ่งขัดกับความของกฎอัยการศึกที่ใช้บังคับต้องระงับ และใช้บทบัญญัติของกฎอัยการศึกที่ใช้บังคับนั้นแทน และมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติว่า การที่จะเลิกใช้กฎอัยการศึกแห่งใดนั้นจะเป็นไปได้ต่อเมื่อมีประกาศกระแสพระบรมราชโองการเสมอ ดังนั้น การประกาศใช้กฎอัยการศึกและการประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึก เป็นการใช้อำนาจในการดำเนินงานเกี่ยวกับราชการทหารในการป้องกันและรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักรจากภัยคุกคามทั้งภายนอกและภายในประเทศ อันเป็นการใช้อำนาจที่มีลักษณะเฉพาะพิเศษในเรื่องของความมั่นคงของราชอาณาจักรตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2475 ได้กำหนดหลักเกณฑ์และการปฏิบัติไว้เป็นการเฉพาะ กรณีจึงมิใช่การกระทำทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ที่ศาลปกครองจะรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ”

กรณีที่สองที่กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Aim) นั้น เมื่อพิจารณาจากข้อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามที่ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก พบว่ากฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกนี้เป็นกฎหมายที่จะมีผลใช้บังคับก็ต่อเมื่อมีการประกาศใช้กฎอัยการศึก ซึ่งการประกาศกฎอัยการศึกหรือไม่นั้นเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ภายใต้เหตุที่เรียกว่า “เมื่อเวลามีเหตุอันจำเป็นเพื่อรักษาความเรียบร้อยปราศจากภัยซึ่งจะมาจากภายนอกหรือภายในราชอาณาจักร”²⁰ อันเป็นเหตุที่เกี่ยวกับ “ความมั่นคงของรัฐ” ซึ่งเป็นเหตุผลอันหนึ่งที่สามารถจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้²¹ ทั้งนี้เนื่องจากอำนาจอธิปไตยของรัฐจะสามารถถูกใช้หรือแสดงออกได้ก็แต่โดยอาศัยความมีอยู่ของรัฐและหากรัฐปราศจากซึ่งความมั่นคงของรัฐแล้วการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ย่อมมีอาจที่จะมีขึ้นได้ **ดังนั้น เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐไว้ในบางกรณีจึงจำต้องยอมให้มีการลิดรอนหรือจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพในการแสดง**

¹⁹ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 4 ข้อ 4.2 หัวข้อย่อยที่ 3

²⁰ พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2475 : มาตรา 2

²¹ S. Coliver. The Article 19 Freedom of Expression Manual. The Bath Press: Avon. August 1993.

ความคิดเห็นเพื่อให้รัฐดำรงอยู่ได้อย่างปลอดภัย ซึ่งการจำกัดสิทธิเสรีภาพสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นภายใต้หลักความมั่นคงของรัฐนั้นย่อมหมายความถึงความมั่นคงเป็นเอกภาพและบูรณาภาพของรัฐหรือความมั่นคงในองค์ประกอบแห่งรัฐ อันได้แก่ ความมั่นคงในบูรณาภาพแห่งดินแดน ความมั่นคงในอำนาจอธิปไตยของรัฐ เช่น ความมั่นคงในระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญ อำนาจการปกครอง ระบบกฎหมาย และการบังคับการตามกฎหมาย ซึ่งความมั่นคงของรัฐดังกล่าวนี้มีได้หมายความถึงความมั่นคงทางการทหารหรือการป้องกันเขตแดนของรัฐเท่านั้น หากแต่ยังหมายความรวมถึงความมั่นคงภายในรัฐ ความมั่นคงในฐานะทางเศรษฐกิจหรือฐานะทางการเงินที่อาจจะกระทบต่ออำนาจต่อรองของรัฐกับต่างประเทศหรือความมีประสิทธิภาพในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอีกด้วย อย่างไรก็ตาม การดำเนินการเพื่อความมั่นคงหรือการดำรงอยู่ของรัฐนี้หากเป็นกิจการภายในประเทศแล้วรัฐย่อมสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เฉพาะกรณีที่มีความรุนแรงจริง ๆ เท่านั้น ซึ่งต่างจากกรณีการดำเนินการเพื่อรักษาความมั่นคงเพื่อป้องกันภัยจากภายนอกประเทศที่รัฐย่อมมีความชอบธรรมอย่างยิ่งในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน²² ซึ่งเมื่อพิจารณาจากกฎหมายพบว่าอำนาจในการประกาศใช้กฎอัยการศึกตามกฎหมายนี้เป็น “อำนาจดุลพินิจ” ในการประกาศภายใต้ “เหตุอันจำเป็นเพื่อรักษาความเรียบร้อยปราศจากภัยซึ่งจะมาจากภายนอกหรือภายในราชอาณาจักร” ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 และไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่าการกำหนดให้อำนาจดุลพินิจในการประกาศกฎอัยการศึกนั้นเป็นกรณีที่เหมาะสมเนื่องจากรัฐในฐานะฝ่ายบริหารย่อมมีข้อมูลที่ครอบคลุมที่สุดว่าสถานการณ์ใดสมควรที่จะต้องใช้กฎหมายพิเศษในพื้นที่ใดหรือไม่ อย่างไรก็ตาม แม้การกระทำเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐจะเป็นเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะนำไปสู่การที่รัฐย่อมสามารถที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ดังปรากฏในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่กำหนดไว้ในภาวะฉุกเฉินซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติ และได้มีการประกาศภาวะนั้นอย่างเป็นทางการแล้ว รัฐอาจใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงกติกานี้ได้ตามความฉุกเฉินของสถานการณ์ แต่ทั้งนี้ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับพันธกรณีอื่น ๆ และต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีมืด เพศ ภาษา ศาสนาหรือเผ่าพันธุ์ทางสังคม หากแต่มาตรการที่จะมีผลจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้เหตุผลเพื่อความมั่นคงของรัฐย่อมจะต้องเป็นเพียงมาตรการชั่วคราวและควรจะสิ้นสุดลงเมื่อสถานการณ์อันมีความจำเป็นจะต้องประกาศใช้กฎอัยการศึกนั้นจบสิ้นไปเช่นกัน ซึ่งจากข้อเท็จจริงของประเทศไทยภายหลังจากมีการรัฐประหารในวันที่ 19 กันยายน 2549 ได้มีการประกาศใช้กฎอัยการศึกทันทีทั่วประเทศ และได้มีการทยอยประกาศยกเลิกพื้นที่ที่อยู่ภายใต้กฎอัยการศึกเป็นระยะ อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันพบว่าหลายจังหวัดของประเทศไทยยังคงอยู่ภายใต้กฎอัยการศึกซึ่งมีการประกาศใช้มาต่อเนื่องเป็นเวลานานซึ่งกรณีนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อเสรีภาพของประชาชนอย่างรุนแรง

กรณีที่สามที่กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น (Necessary) นั้น เงื่อนไขนี้เป็นการกำหนดขึ้นเพื่อเป็นการปกป้องวัตถุประสงค์ตามที่ระบุไว้ในข้อสองนั่นเองอันเป็นการสร้างมาตรฐานที่สูงขึ้นแก่รัฐในกรณีที่จะกำหนดมาตรการใด ๆ อันเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นประชาชน และโดยที่กฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึกกำหนดให้การประกาศกฎอัยการศึกเป็นอำนาจดุลพินิจโดยระบุเหตุแต่เพียง “เหตุอันจำเป็นเพื่อรักษาความเรียบร้อยปราศจากภัยซึ่งจะมาจากภายนอกหรือภายในราชอาณาจักร” ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 และ “เหตุสงครามหรือจลาจล” ตามมาตรา 4 เท่านั้นโดยมิได้มีการกำหนดความหมายที่ชัดเจนหรือกรอบของการพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจในการประกาศแต่อย่างใด นอกจากนี้ เมื่อมีการประกาศให้ท้องที่ใดอยู่ภายใต้กฎอัยการศึกแล้วกฎหมายยังกำหนดให้

²² บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. หน้า 207

อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐให้มีอำนาจเต็มในการการตรวจค้น การเกณฑ์ การห้าม การยึด การเข้าอาศัย การทำลายหรือเปลี่ยนแปลงสถานที่ตลอดจนอำนาจในการขังไล่ส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนอย่างรุนแรง²³ อีกทั้งกฎหมายยังกำหนดให้กรณีที่เจ้าหน้าที่ทหารเห็นว่าเป็น “การจำเป็น” เจ้าหน้าที่ทหารจะมีอำนาจในการยึดบรรดาทรัพย์สินดังกล่าวไว้เป็นการชั่วคราวเพื่อมิให้เป็นประโยชน์แก่ราชศัตรูหรือเพื่อประโยชน์แก่ราชการทหารก็ได้ซึ่งหากเกิดความเสียหายขึ้นจากการใช้อำนาจดังกล่าวกฎหมายยังกำหนดให้ผู้เสียหายก็ไม่อาจเรียกค่าเสียหายหรือค่าปรับจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารได้อีกด้วย²⁴ อันมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างรุนแรง ดังเช่นกรณีภายหลังการรัฐประหารในปี 2549 ที่ได้มีการประกาศกฎอัยการศึกในวันที่ 19 กันยายน 2549 ขึ้นหลังจากนั้นได้มีการประกาศห้ามมิให้มีมั่วสุมการชุมนุมทางการเมืองทางการเมือง ณ ที่ใด ๆ ที่มีจำนวนตั้งแต่ห้าคนขึ้นไปภายใต้เหตุผลเพื่อเพื่อมิให้เกิดปัญหาและอุปสรรคต่อการบริหารราชการแผ่นดินในระหว่างประกาศกฎอัยการศึกโดยกำหนดโทษสำหรับผู้ใดฝ่าฝืนที่จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ²⁵ หรือการประกาศให้กลุ่มองค์กรต่างๆ ยุติความเคลื่อนไหวและการรวมกลุ่มทางการเมืองไว้จนกว่าสถานการณ์ของประเทศจะเข้าสู่สภาวะปกติ โดยอ้างเหตุด้วยปัจจุบันปรากฏความเคลื่อนไหวของกลุ่มสมาชิกองค์การบริหารส่วนตำบล องค์การบริหารส่วนจังหวัด รวมทั้งกลุ่มองค์กรอื่นๆ ทั้งที่มีความมุ่งหมายเพื่อสนับสนุนหรือคัดค้านการดำเนินการของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขซึ่งการดำเนินการดังกล่าวอาจทำให้เกิดปัญหาและเป็นอุปสรรคต่อการบริหารราชการแผ่นดิน อันจะนำไปสู่ความแตกแยกในสังคมต่อไปและกำหนดให้ผู้ใดฝ่าฝืนจะได้รับโทษโดยเฉียบขาด²⁶ นอกจากนี้ ยังมีการประกาศให้กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารดำเนินการควบคุมยับยั้ง สกัดกั้น และทำลายการเผยแพร่ข้อมูลสารในระบบสารสนเทศผ่านระบบเครือข่ายการสื่อสารทั้งปวงที่มีบทความ ข้อความ คำพูด หรืออื่นใด อันอาจจะส่งผลกระทบต่อการปฏิรูปการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามที่คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขได้มีประกาศแล้ว²⁷ มาตรการเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นการกำหนดมาตรการอันมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างรุนแรงโดยผลของการประกาศใช้กฎอัยการศึก โดยมีข้อเท็จจริงของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนโดยผลของการประกาศดังกล่าว ในกรณีของการสั่งระงับ (Block) เว็บไซต์ของมหาวิทยาลัยเที่ยงคืน (www.midnightuniv.org) ในวันที่ 29 กันยายน 2549 โดยไม่มีการแจ้งเตือนก่อนภายใต้เหตุผลด้านความมั่นคงโดยกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร และเมื่อสถานการณ์ความมั่นคงคลี่คลายกระทรวงจึงได้มีการยกเลิกการระงับการเข้าถึงเว็บไซต์ดังกล่าวในวันที่ 30 กันยายน 2549 ซึ่งต่อมาได้มีการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการยื่นคำร้องต่อศาลปกครองนั้นเป็นการยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพื่อระงับการปิดกั้นหรือการกระทำใด ๆ อันเกี่ยวกับเว็บไซต์ดังกล่าวไว้

²³ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 4

²⁴ มาตรา 16

²⁵ ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 7 : เรื่องการห้ามชุมนุมทางการเมือง

²⁶ ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 22 : ขอให้ยุติความเคลื่อนไหวของกลุ่มการเมืองท้องถิ่น

²⁷ คำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ที่ 5/2549 เรื่อง ให้กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ควบคุมการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสาร ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ สั่ง ณ วันที่ 20 กันยายน พ.ศ. 2549

จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาและเรียกค่าเสียหายจำนวน 17,800 บาท ซึ่งศาลปกครองมิได้พิจารณาในเนื้อหาของคดี เนื่องจากศาลเห็นว่าการระงับการเข้าถึงเว็บไซต์ดังกล่าวได้สิ้นสุดลงแล้วและสามารถให้บริการได้ดังเดิมก่อนที่ศาลปกครองจะได้พิจารณา เพราะฉะนั้น เหตุแห่งการฟ้องคดีดังกล่าวจึงสิ้นสุดลงแล้วจึงไม่มีกรณีที่ศาลจะต้องออกคำสั่งหรือเยียวยาความเสียหายอีกต่อไป ศาลจึงพิพากษาให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ²⁸ จากข้อเท็จจริงข้างต้นผู้วิจัยเห็นว่าคำว่า “จำเป็น” นี้เป็นการให้อำนาจแก่รัฐในการกำหนดมาตรการเพื่อเป็นข้อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจำเป็นที่จะต้องมีความเชื่อมโยงอย่างมีเหตุผลกับประโยชน์สาธารณะที่มุ่งคุ้มครอง ซึ่งในกรณีนี้รัฐจำเป็นที่จะต้องออกแบบข้อจำกัดนั้นอย่างระมัดระวังเพื่อมิให้มาตรการนั้น ๆ ลุกล้ำเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจนเกินสมควร และกรณีที่รัฐมีหลายทางเลือกในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและรัฐจำต้องเลือกใช้ข้อจำกัดขั้นต่ำที่สุด ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองเสรีภาพของประชาชนที่อยู่เหนือกว่านั่นเอง ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 147/2549 ที่ศาลปกครองสูงสุดวางหลักว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนย่อมกระทำภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด แต่อย่างไรก็ตาม กรณีที่ยังไม่มีคำพิพากษาของศาลถึงที่สุดในคดีนั้น สิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎรที่รัฐธรรมนูญรับรองก็ไม่ควรที่จะถูกละเมิดได้ง่าย อีกทั้งการกระทำภายใต้เหตุผลเพื่อความจำเป็นดังกล่าว นั้น และมาตรการดังกล่าวจะต้องสิ้นสุดโดยไม่มีผลเป็นการระงับเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลเมื่อได้ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดจนบรรลุวัตถุประสงค์ในการจำกัดเสรีภาพนั้น ๆ แล้ว นอกจากนี้ การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นไปภายใต้ “หลักความได้สัดส่วน” ซึ่งประโยชน์สาธารณะจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองเหนือกว่าประโยชน์ส่วนตัวของบุคคลหนึ่งบุคคลใดประกอบกัน ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่ากำหนดอำนาจอย่างกว้างขวางในกรณีที่รัฐเห็นว่ามีความจำเป็นที่อาจกระทบต่อความมั่นคงของรัฐนั้นเป็นเหตุผลที่ยอมรับให้รัฐดำเนินการได้ หากแต่การใช้อำนาจของรัฐภายหลังจากการประกาศใช้กฎอัยการศึกโดยให้อำนาจดำเนินการอันเป็นการลุกล้ำสิทธิเสรีภาพของประชาชนตลอดจนการกำหนดรับรองให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐแม้อาจเกิดความเสียหายให้ไม่ต้องรับผิดชอบ ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นมาตรการที่เกินจำเป็นและกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิของประชาชนและไม่สัมพันธ์กับหลักความได้สัดส่วนแต่อย่างใด ทั้งนี้ แม้การใช้อำนาจในสถานการณ์ไม่ปกติของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะเป็นสิ่งที่ยอมรับได้หากแต่กระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจอ่อนเป็นสาระสำคัญของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อป้องกันมิให้นำไปสู่การใช้อำนาจตามอำเภอใจและเป็นหลักประกันมิให้เกิดอันตรายร้ายแรงที่กระทบต่อประชาชนในท้ายที่สุด อันขัดต่อหลักการพื้นฐานในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญที่ว่าบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ย่อมสามารถยกทบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

5.4 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนภายใต้กฎหมายว่าด้วยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร

พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นภายใต้ความมุ่งหมายเพื่อที่จะให้อำนาจแก่รัฐบาลในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อป้องกันอันตรายที่เกิดขึ้นตั้งแต่ “ในยามปกติ” และ “ในยามที่เกิดสถานการณ์อันเป็นภัยต่อความมั่นคง” ในพื้นที่หนึ่งพื้นที่ใด ตลอดจนให้รัฐสามารถกำหนดให้มีมาตรการและกลไกควบคุมการใช้อำนาจเป็นการเฉพาะตามระดับความรุนแรงของสถานการณ์ เพื่อแก้ไขสถานการณ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นเอกภาพ ในกรณีที่รัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าเกิดปัญหาเกี่ยวกับความมั่นคงจากบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่หลากหลาย โดยเหตุการณ์นั้นมีความรุนแรงรวดเร็ว

²⁸ คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 65/2550

และสามารถขยายตัวจนส่งผลกระทบต่อเป็นวงกว้าง และมีความสลับซับซ้อนจนอาจกระทบต่อเอกราชและบูรณภาพแห่งอาณาเขต อันจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในประเทศและเป็นอันตรายต่อความสงบสุขของประชาชน ซึ่งรัฐบาลสามารถที่จะดำเนินการใดอันเป็นการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรได้ โดยกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของ “คณะรัฐมนตรี” เป็นผู้มีอำนาจในการประกาศใช้บังคับกฎหมายว่าด้วยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรภายใต้เงื่อนไขที่ว่าเป็น “กรณีที่น่าจะปรากฏเหตุการณ์อันกระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักรแต่ยังไม่มีความจำเป็นต้องประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน และเหตุการณ์นั้นมีแนวโน้มที่จะมีอยู่ต่อไปเป็นเวลานานทั้งอยู่ในอำนาจหน้าที่หรือความรับผิดชอบในการแก้ไขปัญหาของหน่วยงานของรัฐหลายหน่วย” และเมื่อประกาศแล้ว คณะรัฐมนตรีจะมอบหมายให้ “กองอำนวยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร” หรือ “กอ.รมน.” เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบในการป้องกัน ปรามปราม ระงับ ยับยั้ง และแก้ไขหรือบรรเทาเหตุการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักรนั้นภายในพื้นที่และระยะเวลาที่กำหนดได้ โดยภายหลังจากการประกาศใช้บังคับกฎหมายว่าด้วยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรแล้ว นายกรัฐมนตรีในฐานะผู้อำนวยการโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการออกข้อกำหนดหลายประการอันมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพของประชาชนรวมทั้งเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนหลายประการ ซึ่งการออกข้อกำหนดดังกล่าวกฎหมายกำหนดให้รัฐสามารถกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาใด ๆ ไรด้วยก็ได้ แต่ทั้งนี้เงื่อนไขดังกล่าวจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนเกินสมควรแก่เหตุ และหากมีการฝ่าฝืนผู้ฝ่าฝืนเงื่อนไขที่รัฐกำหนดจะต้องรับโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ²⁹

เมื่อพิจารณาจากหลักการของกฎหมายข้างต้น พบว่าเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้รัฐสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ภายหลังจากมีการประกาศใช้บังคับกฎหมายแล้ว รัฐจะมีอำนาจหลายประการในการดำเนินการอันมีผลเป็นการลบล้างสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งรวมทั้งเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นด้วย ซึ่งโดยหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนย่อมสามารถถูกจำกัดได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 45 ที่ว่าเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน ซึ่งรัฐจำเป็นต้องคำนึงถึงหลักการที่รัฐธรรมนูญกำหนด³⁰ อย่างไรก็ตาม แม้รัฐจะมีอำนาจในการตรากฎหมายอันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ หากแต่การตรากฎหมายอันมีผลเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพของประชาชนก็จำเป็นต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด กล่าวคือ จะต้องเป็นไปเพื่อ “ประโยชน์สาธารณะ” และมาตรการดังกล่าวจะต้องกระทำเพียง “เท่าที่จำเป็น” ภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือ “หลักความได้สัดส่วน” อันส่งผลให้มาตรการที่รัฐตราขึ้นใช้บังคับจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เท่านั้น ซึ่งเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์มหาชนที่จะได้รับกับประโยชน์ที่เอกชนจะต้องเสียไปหรืออาจสูญเสียไปอันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามมาตรการแห่งกฎหมายที่เหมาะสมและจำเป็นนั้นด้วย หลักการดังกล่าวสอดคล้องกับเอกสารระหว่างประเทศที่ได้กำหนดให้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนสามารถถูกจำกัดได้หากเข้าเงื่อนไขของ Three Part Test กล่าวคือ “การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย (Provided by Law) การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย

²⁹ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 4 ข้อ 4.2 หัวข้อย่อยที่ 4

³⁰ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 ข้อ 3.3 หัวข้อย่อยที่ 2

(Legitimate Aim) และการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น (Necessary)”³¹ ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากหลักการข้างต้นประกอบกับข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนที่ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรข้างต้นสามารถพิจารณาได้ดังนี้

กรณีหนึ่งที่กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย (Provided by Law) นั้น เมื่อพิจารณาจากสถานะของพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 แล้วพบว่า เป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ตราโดยรัฐสภาอันเป็นองค์กรที่มีอำนาจนิติบัญญัติอันเป็นบทบัญญัติที่มีผลเป็นการทั่วไปและไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่ง กฎหมายนี้จึงมีสถานะเป็น “กฎหมาย” ที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลตั้งเงื่อนไขข้อที่หนึ่งที่ว่า การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว “กฎหมาย” ในที่นี้ย่อมหมายความถึงกฎหมายที่ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายดังกล่าวขึ้น และยังหมายความรวมถึงกฎหมายองค์กรฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติให้ตราขึ้นใช้บังคับประชาชนเป็นการทั่วไปด้วย เช่น กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เป็นต้น ซึ่งกฎหมายเหล่านี้เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง และโดยที่กฎหมายเหล่านี้เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้³² นอกจากนี้ กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนยังต้องมีความแน่นอนชัดเจนเพื่อให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิเสรีภาพได้ตามศักยภาพโดยไม่ต้องเกรงว่าจะกระทำการผิดกฎหมายอีกด้วย ทั้งนี้ เป็นไปเพื่อมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีหน้าที่ในการตรากฎหมายใช้อำนาจของตนในการตรากฎหมายเพื่อล่วงล้ำสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญนั่นเอง อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายทั้งฉบับพบว่ากฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่รัฐอย่างกว้างขวางในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้เพื่อป้องกัน ปราบปราม ระงับ ยับยั้ง และแก้ไข หรือบรรเทาเหตุการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร นอกจากนี้ ยังได้กำหนดยกเว้นให้ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำใดๆ ตามกฎหมายนี้ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองรวมทั้งไม่อยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาคดีของศาลปกครองอีกด้วย ทั้งนี้โดยหลักแล้วการดำเนินการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการออกข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำใดๆ ตามกฎหมายนี้ล้วนแล้วแต่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายซึ่งเป็น “การกระทำทางปกครอง”(Administrative Act) โดยแท้และต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง แต่จากข้อเท็จจริงพบว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวกลับกำหนดข้อยกเว้นมิศาลปกครองให้มีอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยแท้ อันส่งผลให้ศาลปกครองไม่มีอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นตามกฎหมายฉบับนี้³³ ซึ่งขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของ

³¹ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 2 ข้อ 2.3 หัวข้อย่อยที่ 2

³² มาตรา 6 รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

³³ มาตรา 223 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยราชการหน่วยงานของรัฐ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 223 ที่กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่ากรณีที่กฎหมายจะบัญญัติให้เรื่องหรือคดีใดไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง กรณีจะต้องเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรศาลและต้องเป็นกฎหมายกำหนดเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเท่านั้น และฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารไม่อาจตรากฎหมายอื่นโดยมีผลให้คดีอันมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองโดยแท้ของฝ่ายปกครองไม่อยู่ในเขตอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครองไว้ในกฎหมายอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายจัดตั้งศาลแต่อย่างใด มิฉะนั้น อาจนำไปสู่การบัญญัติกฎหมายอื่นเพื่อจำกัดอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเกิดขึ้นอีกได้ในภายหลังอันย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้ประชาชนได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างถูกต้องเป็นธรรมตามกระบวนการยุติธรรมทางปกครองและโดยศาลปกครองที่มีประสิทธิภาพและความเชี่ยวชาญในคดีปกครองดังกล่าวข้างต้น³⁴ ประกอบกับการยกเว้นเขตอำนาจของศาลปกครองดังกล่าวถือเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างแท้จริง เนื่องจากไม่สามารถตรวจสอบการกระทำใด ๆ ของรัฐได้เพราะโดยหลักการพื้นฐานของการใช้อำนาจทางปกครองซึ่งย่อมต้องสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองได้

กรณีที่สองที่กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Aim) นั้น เมื่อพิจารณาจากเหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรที่ว่า “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ปัจจุบันมีปัญหาเกี่ยวกับความมั่นคงจากบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีหลากหลาย มีความรุนแรง รวดเร็ว สามารถขยายตัวจนส่งผลกระทบเป็นวงกว้าง และมีความสลับซับซ้อน จนอาจกระทบต่อเอกราชและบูรณภาพแห่งอาณาเขต ก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในประเทศ และเป็นภัยอันตรายต่อความสงบสุขของประชาชน ดังนั้น เพื่อให้สามารถป้องกันและระงับภัยที่เกิดขึ้นได้อย่างทันท่วงที จึงสมควรกำหนดให้มีหน่วยปฏิบัติงานหลักเพื่อรับผิดชอบดำเนินการรักษาความมั่นคงในราชอาณาจักรตลอดจนบูรณาการและประสานการปฏิบัติร่วมกับทุกส่วนราชการ ส่งเสริมให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการป้องกันและรักษาความมั่นคงรวมทั้งเสริมสร้างความเข้มแข็งในท้องถิ่นของตนเพื่อป้องกันภัยอันตรายที่เกิดขึ้นตั้งแต่ในยามปกติ และในยามที่เกิดสถานการณ์อันเป็นภัยต่อความมั่นคงในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งและกำหนดให้มีมาตรการและกลไกควบคุมการใช้อำนาจเป็นการเฉพาะตามระดับความรุนแรงของสถานการณ์เพื่อให้สามารถแก้ไขสถานการณ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นเอกภาพจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้” พบว่าเป็นการตรากฎหมายภายใต้วัตถุประสงค์ “เพื่อความมั่นคงของรัฐ” ซึ่งเป็นเหตุผลอันหนึ่งที่จะสามารถจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้ ทั้งนี้เนื่องจากอำนาจอธิปไตยของรัฐจะสามารถถูกใช้หรือแสดงออกได้ก็แต่โดยอาศัยความมีอยู่ของรัฐและหากรัฐปราศจากซึ่งความมั่นคงของรัฐแล้วการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ย่อมมีอาจที่จะมีขึ้นได้ ดังนั้น เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐไว้ในบางกรณีจึงจำเป็นต้องยอมให้มีการลิดรอนหรือจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพื่อให้รัฐดำรงอยู่ได้อย่างปลอดภัย ซึ่งการจำกัดสิทธิเสรีภาพสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นภายใต้หลักความมั่นคงของรัฐนั้นย่อมหมายถึงความถึงความมั่นคงเป็นเอกภาพและบูรณภาพของรัฐหรือความมั่นคงในองค์ประกอบแห่งรัฐ อันได้แก่ ความมั่นคงในบูรณภาพแห่งดินแดน ความมั่นคง

รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

³⁴ โปรตดูคำวินิจฉัยส่วนตนของนายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี และนายจรูญ อินทจาร ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2553

ในอำนาจอธิปไตยของรัฐ เช่น ความมั่นคงในระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญ อำนาจการปกครอง ระบบกฎหมายและการบังคับการตามกฎหมาย ซึ่งความมั่นคงของรัฐดังกล่าวนี้มิได้หมายความถึงความมั่นคงทางการทหารหรือการป้องกันเขตแดนของรัฐเท่านั้น หากแต่ยังหมายความรวมถึงความมั่นคงภายในรัฐ ความมั่นคงในฐานะทางเศรษฐกิจหรือฐานะทางการเงินที่อาจจะกระทบต่ออำนาจต่อรองของรัฐกับต่างประเทศหรือความมีประสิทธิภาพในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอีกด้วย อย่างไรก็ตาม การดำเนินการเพื่อความมั่นคงหรือการดำรงอยู่ของรัฐนี้ หากเป็นกิจการภายในประเทศแล้วรัฐย่อมสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เฉพาะกรณีที่มีความรุนแรงจริง ๆ เท่านั้น ซึ่งต่างจากกรณีการดำเนินการเพื่อรักษาความมั่นคงเพื่อป้องกันภัยจากภายนอกประเทศที่รัฐย่อมมีความชอบธรรมอย่างยิ่งในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน และโดยที่กฎหมายได้กำหนดให้การประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรนั้นเป็น “อำนาจตุลพินิจ” ของรัฐบาลในการประกาศ ซึ่งจากข้อเท็จจริงของไทยในช่วงหลายปีที่ผ่านมาพบว่ามีหลายกรณีของรัฐได้มีการประกาศใช้บังคับกฎหมายนี้ภายใต้ข้อสงสัยว่าถึงความเหมาะสมของสถานการณ์ดังกล่าวว่ามีความรุนแรงถึงขั้นที่จะต้องมีการใช้กฎหมายพิเศษนี้หรือไม่เพียงใด ซึ่งประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่ากรณการกระทำเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐจะเป็นเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะนำไปสู่การที่รัฐย่อมสามารถที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ และการให้อำนาจตุลพินิจแก่ฝ่ายบริหารในการพิจารณาว่าจะมีการใช้บังคับกฎหมายพิเศษนี้หรือไม่นั้นเป็นมาตรการที่เหมาะสมและจำเป็นในภาวะที่ประเทศตกอยู่ในภาวะที่ไม่ปกติ เนื่องจากรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารย่อมรับรู้ถึงความรุนแรงของสถานการณ์ในแต่ละพื้นที่ที่ดีที่สุด ประกอบกับในฐานะของการเป็นรัฐบาลที่ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา การใช้อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินใด ๆ ของรัฐบาลยังคงอยู่ภายใต้การตรวจสอบของรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนดั้งเดิมภายใต้กลไกที่รัฐธรรมนูญกำหนด ดังปรากฏในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่กำหนดให้ในภาวะฉุกเฉินซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติ และได้มีการประกาศภาวะนั้นอย่างเป็นทางการแล้ว รัฐอาจใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงกติกานี้ได้ตามความฉุกเฉินของสถานการณ์ แต่ทั้งนี้ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับพันธกรณีอื่น ๆ และต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนาหรือเผ่าพันธุ์ทางสังคม

กรณีที่สามที่กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น (Necessary) นั้น เงื่อนไขนี้เป็นการกำหนดขึ้นเพื่อเป็นการปกป้องวัตถุประสงค์ตามที่ระบุไว้ในข้อสอง อันเป็นการสร้างมาตรฐานที่สูงขึ้นแก่รัฐในกรณีของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นใด ๆ ของประชาชน เมื่อพิจารณาจากกฎหมายว่าด้วยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พบว่าเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดอำนาจตุลพินิจโดยมอบให้แก่ “คณะรัฐมนตรี” เป็นผู้มีอำนาจประกาศใช้บังคับกฎหมายและดำเนินการตามกฎหมายได้ทันที และเมื่อเหตุการณ์ดังกล่าวสิ้นสุดลงหรือสามารถดำเนินการแก้ไขได้ตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบตามกฎหมาย นายกรัฐมนตรีมีหน้าที่เพียงรายงานผลต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาทราบโดยเร็ว ซึ่งเมื่อพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายภายหลังการใช้บังคับกฎหมายว่าด้วยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรแล้ว พบว่าจะมีอำนาจดำเนินการอันเป็นการลบล้างเสรีภาพของประชาชนอย่างร้ายแรงไม่ว่าจะเป็นการห้ามเข้าหรือกำหนดให้ออกจากบริเวณพื้นที่ อาคารหรือสถานที่ที่หนึ่งที่ใดที่กำหนดในห้วงเวลาที่ปฏิบัติการ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับการยกเว้น การกำหนดห้ามออกนอกเคสด่านในเวลาที่กำหนด การห้ามนำอาวุธออกนอกเคสด่าน การห้ามการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้นานพาหนะหรือกำหนดเงื่อนไขการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้นานพาหนะ และการกำหนดให้บุคคลปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดอันเกี่ยวกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์เพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่ชีวิต ร่างกาย

หรือทรัพย์สินของประชาชน โดยข้อกำหนดต่าง ๆ ข้างต้น กฎหมายกำหนดให้สามารถกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาใด ๆ ไว้ด้วยก็ได้ และหากมีการฝ่าฝืนจะต้องรับโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ³⁵ อย่างไรก็ตาม ภายในเขตพื้นที่ที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้ กอ.รมน. ดำเนินการดังกล่าว หากปรากฏว่าผู้ใดต้องการหาว่าได้กระทำความผิดอันมีผลกระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักรแต่กลับใจเข้ามาขอรับตัวต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นกรณีที่พนักงานสอบสวนได้ดำเนินการสอบสวนแล้วปรากฏว่าผู้ใดนั้นได้กระทำไปเพราะหลงผิดหรือรู้เท่าไม่ถึงการณ์และการเปิดโอกาสให้ผู้ผู้นั้นกลับตัวจะเป็นประโยชน์ต่อการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พนักงานสอบสวนสามารถส่งความเห็นดังกล่าวไปยังผู้อำนวยการ หากผู้อำนวยการเห็นด้วยกฎหมายกำหนดให้ผู้อำนวยการส่งสำนวนพร้อมความเห็นไปยังพนักงานอัยการเพื่อยื่นคำร้องต่อศาล และหากศาลเห็นสมควรกฎหมายกำหนดให้ศาลส่งผู้ต้องหาขึ้นให้ผู้อำนวยการเพื่อเข้ารับการอบรม โดยผู้ต้องหาดังกล่าวได้ให้ความยินยอมในการเข้ารับการอบรมดังกล่าว ณ สถานที่ที่กำหนดเป็นเวลาไม่เกินหกเดือนหรืออาจกำหนดเงื่อนไขอื่นเพิ่มก็ได้ เมื่อผู้ต้องหาได้เข้ารับการอบรมแล้วสิทธิในการนำคดีอาญามาฟ้องร้องผู้ต้องหานั้นเป็นอันระงับไป ซึ่งกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่า การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนสามารถดำเนินการได้ในภาวะที่ประเทศตกอยู่ในภาวะที่ไม่ปกติ ซึ่งการกำหนดมาตรการเพื่อเป็นข้อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนในภาวะดังกล่าวจึงจำเป็นที่จะต้องมีความเชื่อมโยงอย่างมีเหตุผลกับประโยชน์สาธารณะที่มุ่งคุ้มครอง ซึ่งในกรณีนี้รัฐจำเป็นที่จะต้องออกแบบข้อจำกัดนั้นอย่างระมัดระวังเพื่อมิให้มาตรการนั้น ๆ ลุกล้ำเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจนเกินสมควรและเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ และกรณีที่รัฐมีหลายทางเลือกในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะรัฐจำเป็นต้องเลือกใช้ข้อจำกัดขั้นต่ำที่สุด ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองเสรีภาพของประชาชนที่อยู่เหนือกว่านั่นเอง อีกทั้งมาตรการที่กระทำภายใต้เหตุผลเพื่อความจำเป็นดังกล่าวนั้นจะต้องสิ้นสุดลงโดยไม่มีผลเป็นการระงับเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลเมื่อได้ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดจนบรรลุวัตถุประสงค์ในการจำกัดเสรีภาพนั้น ๆ แล้ว และต้องอยู่ภายใต้ “หลักความได้สัดส่วน” ซึ่งประโยชน์สาธารณะจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองเหนือกว่าประโยชน์ส่วนตัวของบุคคลหนึ่งบุคคลใดประกอบกัน ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า แม้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนสามารถดำเนินการได้ในภาวะที่ประเทศตกอยู่ในภาวะที่ไม่ปกติ แต่โดยที่การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายนี้เป็นกรกระทำทางปกครองโดยแท้ จึงควรที่จะกำหนดให้สามารถถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าวโดยศาลปกครองที่มีความเชี่ยวชาญในคดีปกครองเป็นการเฉพาะเพื่อให้ศาลปกครองสามารถตรวจสอบมาตรการของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองว่าได้กระทำลงไปพอสมควรแก่เหตุตามความจำเป็นแห่งสถานการณ์หรือไม่ แต่การที่กฎหมายนี้กำหนดให้ “การดำเนินคดีใด ๆ อันเนื่องมาจากข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามหมวดนี้ให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม” นั้นผู้วิจัยเห็นว่า เป็นมาตรการกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิของประชาชนและไม่สัมพันธ์กับหลักความได้สัดส่วนแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากสิทธิในการฟ้องคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะเกิดต่อเมื่อผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลผู้ถูกโต้แย้งสิทธิตามกฎหมายเท่านั้นซึ่งย่อมหมายความว่า จะต้องต้องมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าการกระทำของรัฐนั้นได้กระทบต่อสิทธิของประชาชนเกิดขึ้นเสียก่อน ซึ่งต่างจากการฟ้องคดีต่อศาลปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีเพียงเป็นผู้มีส่วนได้เสียก็สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้ตรวจสอบได้โดยที่ไม่ต้องรอให้สิทธิของตนถูกรบกวนหรือเกิดความเสียหายขึ้นก่อน ดังนั้น หากกฎหมายหรือคำสั่งหรือการกระทำใดที่ได้กระทำในขณะที่มีการใช้บังคับกฎหมายนี้ในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งที่ประชาชนไม่ได้ถูกโต้แย้งสิทธิของตนโดยตรงก็ย่อมไม่อาจฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมได้ อีกทั้งกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาล

³⁵ มาตรา 24

ยุติธรรมนั้น กฎหมายกำหนดให้ผลของคำพิพากษาของศาลยุติธรรมจะผูกพันแต่เฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากผลของคำพิพากษาของศาลปกครองที่ประชาชนสามารถนำผลของคดีไปกล่าวอ้างเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพกับประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากกฎหรือคำสั่งดังกล่าวได้อย่างกว้างขวางแม้ไม่ใช่คู่ความในคดีนั้นก็ตาม

5.5 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉิน

พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เป็นกฎหมายที่ถูกตราขึ้นภายใต้เหตุผลความจำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐในสถานการณ์ไม่ปกติ โดยกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของ “นายกรัฐมนตรี” โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี หรือแม้ในกรณีที่ไม้อาจขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีได้ทันทั่วก็ กฎหมายกำหนดให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไปก่อนแล้วจึงดำเนินการขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีภายในสามวันนับแต่วันที่มีการประกาศได้อีกด้วย โดยเป็นการออกประกาศภายใต้ “สถานการณ์ฉุกเฉิน” ที่หมายความถึง “สถานการณ์อันกระทบหรืออาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐหรืออาจทำให้ประเทศหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของประเทศตกอยู่ในภาวะคับขัน หรือมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา การรบหรือการสงครามซึ่งจำเป็นต้องมีมาตรการเร่งด่วนเพื่อรักษาไว้ซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เอกရာชและบูรณภาพแห่งอาณาเขต ผลประโยชน์ของชาติ การปฏิบัติตามกฎหมาย ความปลอดภัยของประชาชน การดำรงชีวิตโดยปกติสุขของประชาชน การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์ส่วนรวม หรือการป้องกันภัยหรือแก้ไขเยียวยาความเสียหายจากภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาอย่างฉุกเฉินและร้ายแรง” ซึ่งการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแต่ละครั้งนั้นจะมีกำหนดระยะเวลาเท่าใดก็ได้แต่ต้องไม่เกินสามเดือนนับแต่วันประกาศและอาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อใช้บังคับได้ทั่วราชอาณาจักรหรือในบางเขตท้องที่ก็ได้ตามความจำเป็นของสถานการณ์ ซึ่งเมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้วกฎหมายกำหนดให้อำนาจรัฐไม่ว่าจะมีอยู่ตามกฎหมายใดก็ตามโอนมาเป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีเป็นการชั่วคราว ทั้งนี้ เพื่อให้การสั่งการ การแก้ไขสถานการณ์เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและมีความรวดเร็ว และภายหลังจากการประกาศกฎหมายกำหนดให้รัฐบาลสามารถใช้กำลังเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือตำรวจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารเข้าร่วมกันกระทำการใด ๆ อันได้แก่ การป้องกัน การแก้ไข การปราบปราม การระงับยับยั้ง การฟื้นฟูหรือการช่วยเหลือประชาชนก็ได้ ซึ่งเมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการใด ๆ ในช่วงสถานการณ์ฉุกเฉินคือ “คณะกรรมการบริหารสถานการณ์ฉุกเฉิน” และมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในการดำเนินการอย่างใด ๆ อันมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพของประชาชนได้³⁶

หลักการของกฎหมายข้างต้นเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้รัฐสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ภายหลังจากมีการประกาศใช้บังคับกฎหมายแล้ว รัฐจะมีอำนาจหลายประการในการดำเนินการอันมีผลเป็นการลบล้างสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งรวมทั้งเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นด้วย ซึ่งโดยหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนย่อมสามารถถูกจำกัดได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 45 ที่ว่าเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อม

³⁶ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 4 ข้อ 4.2 หัวข้อย่อยที่ 5

ทรมานทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน ซึ่งรัฐจำเป็นต้องคำนึงถึงหลักการที่รัฐธรรมนูญกำหนด³⁷ อย่างไรก็ตาม แม้รัฐจะมีอำนาจในการตรากฎหมายอันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ หากแต่การตรากฎหมายอันมีผลเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพของประชาชนก็จำเป็นต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นไปเพื่อ “ประโยชน์สาธารณะ” อันเป็นความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของการดำเนินการของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคม อีกทั้งจะกระทำได้เพียงเท่าที่จำเป็นภายใต้ “หลักความได้สัดส่วน” ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้รัฐอำนาจตามอำเภอใจซึ่งเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์มหาชนที่จะได้รับกับประโยชน์ที่เอกชนจะต้องเสียไปหรืออาจสูญเสียไปอันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามมาตรการแห่งกฎหมายที่เหมาะสมและจำเป็นนั้นด้วย หลักการดังกล่าวสอดคล้องกับเอกสารระหว่างประเทศที่ได้กำหนดให้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนสามารถถูกจำกัดได้ หากเข้าเงื่อนไขของ Three Part Test กล่าวคือ “การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน จะกระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย (Provided by Law) การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Aim) และการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น (Necessary)”³⁸ ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากหลักการข้างต้นประกอบกับข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนที่ปรากฏในพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ข้างต้น สามารถพิจารณาได้ดังนี้

กรณีหนึ่งที่กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย (Provided by Law) นั้น เมื่อพิจารณาจากพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 พบว่าเป็นกฎหมายที่ตราโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายอันเป็นบทบัญญัติที่มีผลเป็นการทั่วไปและไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่ง กฎหมายนี้จึงมีสถานะเป็น “กฎหมาย” ที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลดังเงื่อนไขข้อที่หนึ่งที่ว่า การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว และโดยที่กฎหมายนี้เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้น เนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวจึงจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ เพราะฉะนั้น เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายพบว่าบทบัญญัติมาตรา 16 ของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มีเนื้อหาอันเป็นการกำหนดยกเว้นอำนาจของศาลปกครองมิให้มีอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองซึ่งขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 223 ที่กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอันส่งผลให้ศาลปกครองไม่มีอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นตามกฎหมายฉบับนี้ (ดังเช่นกรณีของพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น) ดังนี้

- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 223 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการ

³⁷ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 ข้อ 3.3 หัวข้อย่อยที่ 2

³⁸ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 2 ข้อ 2.3 หัวข้อย่อยที่ 2

ดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยราชการหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาพิพากษา เรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

....

- พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

มาตรา 16 **ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง**

ประเด็นนี้ได้มีการโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติมาตรา 16 ข้างต้นว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาและพิพากษาประเด็นดังกล่าวดังกล่าวไว้ในคดีที่ 9/2553 ในคดีที่ศาลปกครองส่งคำร้องเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเกี่ยวกับพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ว่า “พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 16 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 223 หรือไม่” ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า

“รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 223 วรรคหนึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง โดยให้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ส่วนพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ให้อำนาจฝ่ายบริหารในการบริหารสถานการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรืออาจทำให้ประเทศหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของประเทศตกอยู่ในภาวะคับขัน จนอาจกระทบต่อเอกภาพและบูรณภาพแห่งอาณาเขต รวมทั้งการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากภัยพิบัติสาธารณะ และการฟื้นฟูสภาพความเป็นอยู่ของประชาชนที่ได้รับความเสียหาย รัฐจึงมีความจำเป็นต้องให้อำนาจฝ่ายบริหารเพิ่มขึ้นบางประการ เพื่อให้เหมาะสมกับการแก้ไขปัญหาในแต่ละสถานการณ์ และมีความเป็นอิสระอันมีลักษณะแตกต่างไปจากการใช้อำนาจบริหารราชการในสถานการณ์ปกติ ทั้งนี้เพื่อให้การแก้ไขสถานการณ์ดังกล่าวยุติไปโดยเร็วและประชาชนได้ใช้ชีวิตอย่างเป็นปกติสุข การที่พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 16 บัญญัติให้ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้นเป็นการบัญญัติจำกัดอำนาจการตรวจสอบควบคุมการออกกฎ และการกระทำของฝ่ายบริหารของศาลปกครองโดยมีเจตนารมณ์ให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจพิเศษบางประการสำหรับบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินอันเป็นเครื่องมือในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประเทศและป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อสังคมส่วนรวมยิ่งกว่าประโยชน์ของปัจเจกชนแต่ละรายในสถานการณ์ฉุกเฉิน ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 223 วรรคหนึ่งบัญญัติจำกัดอำนาจพิจารณา

พิพากษาคดีของศาลปกครองไว้โดยมีข้อความว่า “...ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” อันเป็นการแสดงให้เห็นว่า คดีพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนหรือคดีอื่นเนื่องมาจากการใช้อำนาจปกครองของหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น มิได้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองทั้งหมด รัฐอาจตรากฎหมายยกเว้นมิให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองบางประเภทได้ เพื่อประโยชน์แก่การดำเนินภารกิจของรัฐให้ลุล่วงอย่างรวดเร็ว ซึ่งมีกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารในการดำเนินกิจการของรัฐ โดยมีได้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง อาทิเช่น พระราชกำหนดบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544 มาตรา 11 ที่บัญญัติมิให้นำกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้บังคับแก่การดำเนินการเกี่ยวกับการบริหารสินทรัพย์ด้วยคุณภาพของ บสท. และการออกระเบียบหรือข้อบังคับคำสั่ง คำวินิจฉัย การอนุญาต และการกระทำอื่นใดของคณะกรรมการและคณะกรรมการบริหารอันเกี่ยวกับการบริหารสินทรัพย์ด้วยคุณภาพตามพระราชกำหนดดังกล่าว หรือแม้แต่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคสอง บัญญัติให้คดีปกครองบางประเภทไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง เช่น การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหารการดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการ และคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัวศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลายหรือศาลชำนาญพิเศษอื่น เป็นต้น อนึ่ง การที่มาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดนี้บัญญัติมิให้ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองก็เพื่อให้รัฐสามารถดำเนินการแก้ไขปัญหาของบ้านเมืองให้บรรลุผลสำเร็จและเป็นไปตามความจำเป็นของสถานการณ์ของบ้านเมืองเท่านั้นซึ่งเป็นระยะเวลาชั่วคราวจนกว่าจะมีการประกาศยกเลิกสถานการณ์ฉุกเฉิน ทั้งนี้ได้หมายความว่า สิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบจากการดำเนินการตามพระราชกำหนดดังกล่าวจะมิได้รับความคุ้มครอง เพราะผู้ได้รับความเสียหายยังสามารถนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรมได้ ตามความในมาตรา 218 ของรัฐธรรมนูญ รวมทั้งมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 17 ของพระราชกำหนดฉบับเดียวกัน จึงมิได้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีลักษณะจำกัดสิทธิของบุคคลในการนำคดีเข้ามาสู่กระบวนการตรวจสอบขององค์กรตุลาการแต่ประการใด อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 16 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 223”

จากคำวินิจฉัยดังกล่าว พบว่าศาลได้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติมาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ที่กำหนดยกเว้นอำนาจของศาลปกครองมิให้มีอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามกฎหมายนี้ ว่าขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 223 ที่กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการบัญญัติจำกัดอำนาจการตรวจสอบควบคุมการออกกฎและการกระทำของฝ่ายบริหารของศาลปกครอง โดยมีเจตนารมณ์ให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจพิเศษบางประการสำหรับบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน อันเป็นเครื่องมือในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประเทศและป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อสังคมส่วนรวมยิ่งกว่าประโยชน์ของปัจเจกชนแต่ละรายในสถานการณ์ฉุกเฉิน ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 223 วรรคหนึ่งบัญญัติจำกัดอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองไว้โดยมีข้อความว่า “...ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” อันเป็นการแสดงให้เห็นว่า คดีพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนหรือคดีอื่นเนื่องมาจากการใช้อำนาจปกครองของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่

ของรัฐนั้นมิได้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองทั้งหมด รัฐอาจตรากฎหมายยกเว้นมิให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองบางประเภทได้ เพื่อประโยชน์แก่การดำเนินภารกิจของรัฐให้ลุล่วงอย่างรวดเร็ว ประกอบกับพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ให้อำนาจฝ่ายบริหารในการบริหารสถานการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรืออาจทำให้ประเทศหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของประเทศตกอยู่ในภาวะคับขันจนอาจกระทบต่อเอกภาพและบูรณภาพแห่งอาณาเขต รวมทั้งการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากภัยพิบัติสาธารณะและการฟื้นฟูสภาพความเป็นอยู่ของประชาชนที่ได้รับความเสียหาย รัฐจึงมีความจำเป็นต้องให้อำนาจฝ่ายบริหารเพิ่มขึ้นบางประการ เพื่อให้เหมาะสมกับการแก้ไขปัญหาในแต่ละสถานการณ์และมีความเป็นอิสระอันมีลักษณะแตกต่างไปจากการใช้อำนาจบริหารราชการในสถานการณ์ปกติ ทั้งนี้เพื่อให้การแก้ไขสถานการณ์ดังกล่าวยุติไปโดยเร็วและประชาชนได้ใช้ชีวิตอย่างเป็นปกติสุข จึงพิพากษาให้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 16 ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนั่นเอง³⁹ อย่างไรก็ตาม ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ ในประเด็นนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าบทบัญญัติของมาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 นั้นมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตามที่กำหนดในกฎหมายนี้ พบว่าล้วนแล้วแต่เป็นการใช้อำนาจอันมีลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง โดยแท้ซึ่งอยู่เขตอำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจนั้น และเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้ประชาชนได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างถูกต้องเป็นธรรม ตามกระบวนการยุติธรรมทางปกครองและโดยศาลปกครองที่มีประสิทธิภาพและความเชี่ยวชาญในคดีปกครอง เพื่อให้ศาลปกครองสามารถตรวจสอบมาตรการของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองว่าได้กระทำลงไปพอสมควรแก่เหตุตามความจำเป็นแห่งสถานการณ์หรือไม่ ประกอบกับเมื่อพิจารณาจากคำว่า “ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ตามบทบัญญัติมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญนั้น ผู้วิจัยเห็นว่ากรณีกฎหมายจะบัญญัติให้เรื่องหรือคดีใดไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง กรณีจะต้องเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรศาลและต้องเป็นกฎหมายกำหนดเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเท่านั้น และฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารไม่อาจตรากฎหมายอื่นโดยมีผลให้คดีอันมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองโดยแท้ของฝ่ายปกครองไม่อยู่ในเขตอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครองไว้ในกฎหมายอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายจัดตั้งศาลแต่อย่างใด มิฉะนั้น อาจนำไปสู่การบัญญัติกฎหมายอื่นเพื่อจำกัดอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเกิดขึ้นอีกได้ในภายหลังอันย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้ประชาชนได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างถูกต้องเป็นธรรมตามกระบวนการยุติธรรมทางปกครองและโดยศาลปกครองที่มีประสิทธิภาพและความเชี่ยวชาญในคดีปกครองดังกล่าวข้างต้น⁴⁰ ประกอบกับ**การยกเว้นเขตอำนาจของศาลปกครองดังกล่าวถือเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างแท้จริง** เนื่องจากไม่สามารถตรวจสอบการกระทำใด ๆ ของรัฐได้เพราะโดยหลักการพื้นฐานของการใช้อำนาจทางปกครองซึ่งย่อมต้องสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองได้โดยคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน หลักความเสมอภาค และหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ อันเป็นหลักสำคัญในการใช้อำนาจทางปกครองประกอบกัน⁴¹ อีกทั้งเหตุผลของศาลที่รัฐธรรมนูญที่เห็นว่า “กรณีที่มาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดนี้ได้บัญญัติมิให้ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ อยู่

³⁹ คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญโดยมติ 7 ต่อ 2 เสียง เห็นว่าไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

⁴⁰ โปรดดูคำวินิจฉัยส่วนตนของนายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี และนายจรูญ อินทจาร ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

⁴¹ คำวินิจฉัยส่วนตนของนายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ท้ายคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2553. หน้า 39

ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองก็เพื่อให้รัฐสามารถดำเนินการแก้ไขปัญหาของบ้านเมืองให้บรรลุผลสำเร็จและเป็นไปตามความจำเป็นของสถานการณ์ของบ้านเมืองเท่านั้นซึ่งเป็นระยะเวลาชั่วคราว จนกว่าจะมีการประกาศยกเลิกสถานการณ์ฉุกเฉิน ทั้งนี้ได้หมายความว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบจากการดำเนินการตามพระราชกำหนดดังกล่าวจะได้รับความคุ้มครอง เพราะผู้ได้รับความเสียหายยังสามารถนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรมได้ตามความในมาตรา 218 ของรัฐธรรมนูญรวมทั้งมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 17 ของพระราชกำหนดฉบับเดียวกัน จึงมิได้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีลักษณะจำกัดสิทธิของบุคคลในการนำคดีเข้ามาสู่กระบวนการตรวจสอบขององค์กรตุลาการแต่ประการใด” นั้น ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยและเห็นว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วน เนื่องจากแม้ประชาชนจะสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลยุติธรรมได้ก็ตาม⁴² หากแต่สิทธิในการฟ้องคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะเกิดต่อเมื่อผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลผู้ถูกโต้แย้งสิทธิตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งต่างจากการฟ้องคดีต่อศาลปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีเพียงเป็นผู้มีส่วนได้เสียก็สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ ดังนั้น หากกฎหมายหรือคำสั่งที่ออกในสถานการณ์ฉุกเฉินในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งที่ประชาชนไม่ได้ถูกโต้แย้งสิทธิของตนโดยตรงก็ย่อมไม่อาจฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมได้ อีกทั้งกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมนั้น กฎหมายกำหนดให้ผลของคำพิพากษาของศาลยุติธรรมจะผูกพันแต่เฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากผลของคำพิพากษาของศาลปกครองที่ประชาชนสามารถนำผลของคดีไปกล่าวอ้างเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพกับประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากกฎหมายหรือคำสั่งดังกล่าวได้อย่างกว้างขวางแม้ไม่ใช่คู่ความในคดีนั้นก็ตาม⁴³

กรณีที่สองที่กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Aim) นั้น เมื่อพิจารณาจากเหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินที่ว่า “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชกำหนดฉบับนี้ คือ โดยที่กฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติต่างๆ ไม่สามารถนำมาใช้แก้ไขสถานการณ์ที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐที่มีหลากหลายรูปแบบให้ยุติลงได้โดยเร็ว รวมทั้งไม่อาจนำมาใช้ในการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากภัยพิบัติสาธารณะและการฟื้นฟูสภาพความเป็นอยู่ของประชาชนที่ได้รับความเสียหาย และเนื่องจากในปัจจุบันมีปัญหาเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ซึ่งมีความร้ายแรงมากยิ่งขึ้นจนอาจกระทบต่อเอกราชและบูรณภาพแห่งอาณาเขตและก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในประเทศรวมทั้งทำให้ประชาชนได้รับอันตรายหรือเดือดร้อนจนไม่อาจใช้ชีวิตอย่างเป็นปกติสุขและไม่อาจแก้ไขปัญหาด้วยการบริหารราชการในรูปแบบปกติได้ สมควรต้องกำหนดมาตรการในการบริหาร

⁴² มาตรา 218 ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น

⁴³ โดยที่มาตรา 23 ของพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 มีเนื้อหาอันเป็นการกำหนดยกเว้นอำนาจของศาลปกครองมิให้มีอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองซึ่งต่างจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 223 ที่กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอันส่งผลให้ศาลปกครองไม่มีอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นตามกฎหมายฉบับนี้ในลักษณะเดียวกับพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ดังกล่าวข้างต้น เพราะฉะนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า การพิจารณาในประเด็นนี้สามารถนำมาใช้กับความชอบด้วยกฎหมายของมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ได้ในทำนองเดียวกัน

ราชการสำหรับสถานการณ์ฉุกเฉินไว้เป็นพิเศษ เพื่อให้รัฐสามารถรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัย และการรักษาสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทั้งปวงให้กลับสู่สภาพปกติได้โดยเร็วจึงเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะและป้องกันภัยพิบัติสาธารณะจึงจำเป็นต้องตราพระราชกำหนดนี้” พบว่าเป็นการตรากฎหมายภายใต้วัตถุประสงค์ “เพื่อความมั่นคงของรัฐ” ซึ่งเป็นเหตุผลอันหนึ่งที่จะสามารถจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้ ทั้งนี้เนื่องจากอำนาจอธิปไตยของรัฐจะสามารถถูกใช้หรือแสดงออกได้ก็แต่โดยอาศัยความมีอยู่ของรัฐและหากรัฐปราศจากซึ่งความมั่นคงของรัฐแล้วการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนย่อมมีอรรถประโยชน์ที่เพิ่มขึ้นได้ ดังนี้ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐไว้ในบางกรณีจึงจำเป็นต้องยอมให้มีการลิดรอนหรือจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพื่อให้รัฐดำรงอยู่ได้อย่างปลอดภัย ซึ่งความมั่นคงของรัฐนั้นย่อมหมายถึงความถึงความมั่นคงเป็นเอกภาพและบูรณภาพของรัฐหรือความมั่นคงในองค์ประกอบแห่งรัฐอันได้แก่ ความมั่นคงในบูรณภาพแห่งดินแดน ความมั่นคงในอำนาจอธิปไตยของรัฐ เช่น ความมั่นคงในระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญ อำนาจการปกครอง ระบบกฎหมาย และการบังคับการตามกฎหมาย ซึ่งความมั่นคงของรัฐดังกล่าวนี้มีได้หมายความถึงความมั่นคงทางการทหารหรือการป้องกันเขตแดนของรัฐเท่านั้น หากแต่ยังหมายความรวมถึงความมั่นคงภายในรัฐ ความมั่นคงในฐานะทางเศรษฐกิจหรือฐานะทางการเงินที่อาจจะกระทบต่ออำนาจอำนาจของรัฐกับต่างประเทศหรือความมีประสิทธิภาพในการบังคับการให้ปฏิบัติตามกฎหมายอีกด้วย อย่างไรก็ตาม การดำเนินการเพื่อความมั่นคงหรือการดำรงอยู่ของรัฐนี้ หากเป็นกิจการภายในประเทศแล้วรัฐย่อมสามารถกำหนดมาตรการอันมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ เฉพาะกรณีที่มีความรุนแรงจริง ๆ เท่านั้น ซึ่งต่างจากกรณีการดำเนินการเพื่อรักษาความมั่นคงเพื่อป้องกันภัยจากภายนอกประเทศที่รัฐย่อมมีความชอบธรรมอย่างยิ่งในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายพบว่า เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเป็น “อำนาจดุลพินิจ” ของนายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี และในกรณีที่นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเห็นว่าสถานการณ์ฉุกเฉินมีการก่อการร้าย มีการใช้กำลังประทุษร้ายต่อชีวิตร่างกายหรือทรัพย์สิน หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีการกระทำที่มีความรุนแรงและกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยในชีวิตหรือทรัพย์สินของรัฐหรือบุคคลและมีความจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขปัญหาให้ยุติได้อย่างมีประสิทธิภาพและทันทั่วถึงที่ กฎหมายกำหนดให้นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศให้สถานการณ์ฉุกเฉินนั้นเป็นสถานการณ์ที่มีความร้ายแรง ซึ่งส่งผลให้รัฐบาลมีอำนาจในการดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหาเพิ่มขึ้นจากกรณีของสถานการณ์ฉุกเฉินทั่วไปเพิ่มขึ้นอีกหลายประการอันกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งในประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่าอำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงนั้นเป็นอำนาจโดยแท้ของรัฐบาลในฐานะฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นองค์กรที่ยอมรับดีที่สุดและสามารถพิจารณาได้ว่าประเทศได้ตกอยู่ในภาวะฉุกเฉินหรือไม่ ซึ่งเมื่อมีการประกาศและได้ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้สถานการณ์สิ้นสุดลงแล้ว รัฐบาลหรือฝ่ายบริหารย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยกระบวนการทางการเมืองโดยสมาชิกรัฐสภาตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม โดยที่การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงนั้น จะส่งผลให้รัฐบาลมีอำนาจในการดำเนินการหลายประการที่มีผลเป็นการลบล้างหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้มากขึ้นภายใต้อำนาจที่กฎหมายกำหนดโดยการออกประกาศ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งใดเพื่อเป็นเครื่องมือในการดำเนินการดังกล่าว ดังปรากฏในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่กำหนดให้ในภาวะฉุกเฉินซึ่งคุกคามความปลอดภัยของชาติ และได้มีการประกาศภาวะนั้นอย่างเป็นทางการแล้ว รัฐอาจใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงกติกานี้ได้ตามความฉุกเฉินของสถานการณ์ แต่ทั้งนี้ต้อง

ไม่ขัดหรือแย้งกับพันธกรณีอื่น ๆ และต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนาหรือเผ่าพันธุ์ทางสังคม ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าแม้การออกประกาศ ระเบียบ ข้อบังคับหรือคำสั่งใด ๆ จะเป็นการดำเนินการเพื่อดำเนินการกับสถานการณ์ฉุกเฉินตามที่ได้ประกาศอันเป็นอำนาจโดยสมบูรณ์ของฝ่ายบริหารก็ตาม หากแต่ประกาศ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งที่ได้ออกมาภายใต้การประกาศดังกล่าวอันเป็นเครื่องมือให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจพิเศษในการดำเนินการ ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นย่อมสมควรที่จะต้องได้รับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลซึ่งกรณีนี้ย่อมหมายความว่าถึงศาลปกครอง ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วยว่าจะไม่ถูกลุกล้ำจนเกินสมควร และเมื่อพิจารณาจากกฎหมายพบว่าได้กำหนดให้ “ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง” ย่อมหมายความว่าศาลปกครองซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองไม่สามารถทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของข้อกำหนด ประกาศ คำสั่งดังกล่าวได้โดยผลของบทบัญญัตินี้ ซึ่งในอดีตที่ผ่านมาได้มีการพยายามใช้สิทธิทางศาลเพื่อขอให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและความชอบด้วยกฎหมายของข้อกำหนด ประกาศ คำสั่งที่ออกตามความในกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยในคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 14/2553 ซึ่งผู้ร้องได้ยื่นขอต่อศาลเพื่อให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ประกาศที่ออกตามความในมาตรา 11 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ตลอดจนคำสั่งศูนย์อำนวยการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาโดยเห็นว่า “ประกาศฉบับดังกล่าวมิได้มีลักษณะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับโดยองค์การนิติบัญญัติตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญมาตรา 212 วรรคหนึ่ง ส่วนกรณีคำสั่งศูนย์อำนวยการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินทั้งสองฉบับดังกล่าวเห็นว่าเป็นคำสั่งของฝ่ายบริหารโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 11 (6) แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 แม้จะเป็นคำสั่งที่มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายแต่คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองของฝ่ายบริหารเพื่อกระทำการตามที่พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 11(6) ได้ให้อำนาจไว้ มิได้เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์การนิติบัญญัติตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 วรรคหนึ่งเช่นเดียวกัน คำร้องของผู้ร้องในประเด็นนี้จึงไม่ต้องด้วยเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 212 ประกอบข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 21 วรรคหนึ่ง” ส่วนกรณีพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า “กรณีดังกล่าวแม้ผู้ร้องถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพอันเนื่องมาจากบทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 11 (6) ในเรื่องการห้ามทำธุรกรรมทางการเงินอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิในทรัพย์สินตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 หมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ 5 สิทธิในทรัพย์สิน อันต้องด้วยเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 212 วรรคหนึ่งก็ตาม แต่ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงในคำร้องว่าผู้ร้องได้ใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 211 มาตรา 245 (1) และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) อันเป็นการใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นก่อนยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ แม้ผู้ร้องจะกล่าวอ้างว่าไม่อาจดำเนินคดีทางศาลปกครอง

ได้เนื่องจากพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 16 ได้บัญญัติยกเว้นอำนาจศาลปกครองไว้ ส่วนการดำเนินคดีทางศาลยุติธรรมผู้ร้องก็ได้ประสงค์จะให้เจ้าพนักงานต้องรับผิดชอบแพ่ง อาญา หรือทางวินัยอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิด กฎหมายดังกล่าวมีความปรากฏในมาตรา 17 ของพระราชกำหนดดังกล่าวก็ตาม เมื่อผู้ร้องยังมีได้ใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นให้ครบถ้วนตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญมาตรา 245 (1) และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) คำร้องของผู้ร้องในประเด็นนี้จึงไม่ต้องด้วยเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย .. อาศัยเหตุผลดังกล่าวศาลจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา”

นอกจากนี้ โดยที่การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแต่ละครั้งนั้น กฎหมายมิได้กำหนดจำนวนวันที่ชัดเจนเป็นระยะเวลาเท่าใดหากแต่กำหนดไว้ครั้งละไม่เกินสามเดือนนับแต่วันประกาศ ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่ารัฐบาลได้มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในทุก ๆ ครั้งที่ครบกำหนดสามเดือนอันมีผลเป็นการต่ออายุของประกาศและส่งผลให้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินมีความต่อเนื่องยาวนานในบางพื้นที่ เช่น สามจังหวัดชายแดนภาคใต้ ซึ่งโดยหลักแล้วการดำเนินการเพื่อความมั่นคงหรือการดำรงอยู่ของรัฐนี้ หากเป็นกิจการภายในประเทศแล้วรัฐย่อมสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เฉพาะกรณีที่มีความรุนแรงจริง ๆ เท่านั้น ซึ่งต่างจากกรณีการดำเนินการเพื่อรักษาความมั่นคงเพื่อป้องกันภัยจากภายนอกประเทศที่รัฐย่อมมีความชอบธรรมอย่างยิ่งในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่าแม้การกระทำเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐจะเป็นเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะนำไปสู่การที่รัฐย่อมสามารถที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ หากแต่มาตรการที่จะมีผลจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้เหตุผลเพื่อความมั่นคงของรัฐย่อมจะต้องเป็นเพียงมาตรการชั่วคราวและควรจะสิ้นสุดลงเมื่อสถานการณ์อันมีความจำเป็นจะต้องประกาศใช้กฎอัยการศึกนั้นจบสิ้นไปเช่นกัน ในลักษณะเดียวกันกับกฎหมายว่าด้วยความมั่นคงภายในราชอาณาจักร ทั้งนี้เพื่อมิให้มาตรการดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร

กรณีที่สามที่กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น (Necessary) นั้น เงื่อนไขนี้เป็นการกำหนดขึ้นเพื่อเป็นการปกป้องวัตถุประสงค์ตามที่ระบุไว้ในข้อสองอันเป็นการสร้างมาตรฐานที่สูงขึ้นแก่รัฐในกรณีของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นใด ๆ ของประชาชน เมื่อพิจารณาจากกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินพบว่า เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดอำนาจโดยสมบูรณ์แก่ “นายกรัฐมนตรี” โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี หรือแม้ในกรณีที่ไม้อาจขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีได้ทันที กฎหมายกำหนดให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไปก่อน แล้วจึงดำเนินการขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีภายในสามวันนับแต่วันที่มีการประกาศได้เท่านั้น นอกจากนี้ ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเห็นว่าสถานการณ์ฉุกเฉินมีการก่อการร้ายมีการใช้กำลังประทุษร้ายต่อชีวิต ร่างกายหรือทรัพย์สิน หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะมีการกระทำที่มีความรุนแรงและกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยในชีวิตหรือทรัพย์สินของรัฐหรือบุคคลและมีความจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขปัญหาให้ยุติได้อย่างมีประสิทธิภาพและทันที่ที่ กฎหมายกำหนดให้นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศให้สถานการณ์ฉุกเฉินนั้นเป็น “สถานการณ์ที่มีความร้ายแรง” ได้อีกด้วย ซึ่งการประกาศทั้งสองกรณีดังกล่าวล้วนแล้วแต่ส่งผลให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจเพิ่มมากขึ้นในการดำเนินการใด ๆ อันมีผลเป็นการลบล้างสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนได้ กล่าวคือ ภายหลังจากใช้บังคับกฎหมายว่าภายใต้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น กฎหมายกำหนดให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการออกข้อกำหนดบางประการเพื่อแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินให้ยุติโดยเร็วหรือเพื่อป้องกันมิให้เหตุการณ์ร้ายแรงมากขึ้นโดยข้อกำหนดดังกล่าวมีเนื้อหาในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนหลายประการ เช่น ข้อกำหนดห้ามมิให้บุคคลใดออกนอกเคหสถาน

ภายในระยะเวลาที่กำหนด ข้อกำหนดห้ามมิให้มีการชุมนุมหรือมั่วสุมกัน ณ ที่ใด ๆ หรือกระทำการอันเป็นการยุยงให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย ข้อกำหนดห้ามการนำเสนอข่าว การจำหน่าย หรือทำให้แพร่หลายซึ่งหนังสือ สิ่งพิมพ์หรือสื่ออื่นใดที่มีข้อความอันอาจทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัวหรือเจตนาบิดเบือนข้อมูลข่าวสาร ทำให้เกิดความเข้าใจผิดในสถานการณ์ฉุกเฉินจนกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งในเขตพื้นที่ที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือทั่วราชอาณาจักร ข้อกำหนดห้ามการใช้เส้นทางคมนาคมหรือใช้ยานพาหนะหรือกำหนดเงื่อนไขการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้ยานพาหนะ ห้ามการใช้อาคารหรือเข้าไปหรืออยู่ในสถานที่ใด ๆ ตลอดจนให้อพยพประชาชนออกจากพื้นที่ที่กำหนดเพื่อความปลอดภัยของประชาชนหรือห้ามผู้ใดเข้าไปในพื้นที่ที่กำหนดอีกด้วย ส่วนกรณีที่สถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงนั้น กฎหมายกำหนดให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ให้มีอำนาจพิเศษเพิ่มเติมอีกหลายประการ โดยอำนาจที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนในกรณี ดังต่อไปนี้

....

(4) อำนาจในการประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งตรวจค้น รื้อ ถอน หรือทำลายซึ่งอาคาร สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งกีดขวาง ตามความจำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อระงับเหตุการณ์ร้ายแรงให้ยุติโดยเร็ว และหากปล่อยเนิ่นช้าจะทำให้ไม่อาจระงับเหตุการณ์ได้ทันท่วงที

(5) อำนาจในการประกาศให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งตรวจสอบจดหมาย หนังสือ สิ่งพิมพ์ โทรเลข โทรศัพท์ หรือการสื่อสารด้วยวิธีการอื่นใด ตลอดจนการสั่งระงับหรือยังงับการติดต่อหรือการสื่อสารใด ๆ เพื่อป้องกันหรือระงับเหตุการณ์ร้ายแรง โดยต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษ โดยอนุโลม

(6) อำนาจในการประกาศมิให้กระทำการใด ๆ หรือสั่งให้กระทำการใด ๆ เท่าที่จำเป็นแก่การรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประเทศหรือความปลอดภัยของประชาชน

....

เมื่อพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามที่กฎหมายกำหนดพบว่า กฎหมายได้ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ให้มีอำนาจดำเนินการต่าง ๆ เพื่อรับมือกับสถานการณ์ฉุกเฉินที่เกิดขึ้นเพื่อให้สถานการณ์นั้นยุติโดยเร็ว ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงจำเป็นต้องมีเครื่องมือบางอย่างเพื่อให้สามารถดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐไว้ อย่างไรก็ตาม อำนาจหลายประการนั้นเป็นอำนาจที่มีลักษณะลู่ล้าสิทธิเสรีภาพของประชาชนจนเกินสมควร ซึ่งกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่าการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนสามารถดำเนินการได้ในภาวะที่ประเทศตกอยู่ในภาวะที่ไม่ปกติ ซึ่งการกำหนดมาตรการเพื่อเป็นข้อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนในภาวะดังกล่าวจึงจำเป็นที่จะต้องมีความเชื่อมโยงอย่างมีเหตุผลกับประโยชน์สาธารณะที่มุ่งคุ้มครอง ซึ่งรัฐจำเป็นที่จะต้องออกแบบข้อจำกัดนั้นอย่างระมัดระวังเพื่อมิให้มาตรการนั้น ๆ ลู่ล้าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจนเกินสมควรและเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ และกรณีที่รัฐมีหลายทางเลือกในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ รัฐจำเป็นต้องเลือกใช้ข้อจำกัดขั้นต่ำที่สุด ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองเสรีภาพของประชาชนที่อยู่เหนือกว่านั่นเอง อีกทั้งมาตรการที่กระทำภายใต้เหตุผลเพื่อความจำเป็นดังกล่าวนั้นจะต้องสิ้นสุดลงโดยไม่มีผลเป็นการระงับเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลเมื่อได้ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดจนบรรลุวัตถุประสงค์ในการจำกัดเสรีภาพนั้น ๆ แล้ว และต้องอยู่ภายใต้ “หลักความได้สัดส่วน” ซึ่งประโยชน์สาธารณะจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองเหนือกว่าประโยชน์ส่วนตัวของบุคคลหนึ่งบุคคลใดประกอบกัน เพราะฉะนั้น โดยที่การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายนี้เป็นการกระทำทางปกครองโดยแท้ จึงควรที่จะกำหนดให้สามารถถูกตรวจสอบความชอบ

ด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าวโดยศาลปกครองที่มีความเชี่ยวชาญในคดีปกครองเป็นการเฉพาะ เพื่อให้ศาลปกครองสามารถตรวจสอบมาตรการของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองว่าได้กระทำลงไปพอสมควรแก่เหตุตามความจำเป็นแห่งสถานการณ์หรือไม่ แต่การที่กฎหมายนี้กำหนดให้ “ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่งหรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง” นั้นย่อมส่งผลให้ศาลปกครองซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองไม่สามารถทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของข้อกำหนด ประกาศ คำสั่งดังกล่าวได้ และแม้ศาลปกครองจะไม่สามารถพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของข้อกำหนด ประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวได้แต่ประชาชนยังสามารถนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญได้ก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นมาตรการกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิของประชาชนและไม่สัมพันธ์กับหลักความได้สัดส่วนแต่อย่างใดทั้งยังเป็นการสร้างภาระแก่ประชาชนจนเกินจำเป็น ทั้งนี้เนื่องจากสิทธิในการฟ้องคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะเกิดต่อเมื่อผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลผู้ถูกโต้แย้งสิทธิตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งย่อมหมายความว่าต้องมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าการกระทำของรัฐนั้นได้กระทบต่อสิทธิของประชาชนเกิดขึ้นเสียก่อน ซึ่งต่างจากการฟ้องคดีต่อศาลปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีเพียงเป็นผู้มีส่วนได้เสียก็สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้ตรวจสอบได้โดยไม่ต้องรอให้สิทธิของตนถูกรบกวนหรือเกิดความเสียหายขึ้นก่อน ดังนั้น หากกฎหมายหรือคำสั่งหรือการกระทำใดที่ได้กระทำในขณะที่มีการใช้บังคับกฎหมายนี้ในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งที่ประชาชนไม่ได้ถูกโต้แย้งสิทธิของตนโดยตรงก็ย่อมไม่อาจฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมได้ อีกทั้งกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมนั้น กฎหมายกำหนดให้ผลของคำพิพากษาของศาลยุติธรรมจะผูกพันแต่เฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากผลของคำพิพากษาของศาลปกครองที่ประชาชนสามารถนำผลของคดีไปกล่าวอ้างเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพกับประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากกฎหมายหรือคำสั่งดังกล่าวได้อย่างกว้างขวางแม้ไม่ใช่คู่ความในคดีนั้นก็ตาม

5.6 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนกับความรับผิดชอบตามประมวล

กฎหมายอาญา

กฎหมายอาญา (Criminal Law) เป็นกฎหมายทั่วไปที่มีเนื้อหาเป็นการกำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดพร้อมทั้งกำหนดบทลงโทษสำหรับการกระทำความผิดนั้น ๆ เอาไว้ ซึ่งในส่วนของความรับผิดชอบประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้นมีปรากฏในฐานความรับผิดชอบที่สำคัญสองประการ กล่าวคือ ความรับผิดชอบฐานหมิ่นประมาทและความรับผิดชอบฐานดูหมิ่น⁴⁴ อันเป็นกรณีที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแก่ชื่อเสียงของบุคคลไว้เป็นการเฉพาะ โดยกำหนดให้การแสดงความคิดเห็นของบุคคลแม้เป็นไปภายใต้เสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ แต่หากการกระทำนั้นส่งผลกระทบต่อชื่อเสียงเกียรติคุณของบุคคลอื่นก็ย่อมเป็นการกระทำที่เป็นความผิดและมีบทลงโทษตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหลักการนี้สอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองแห่งสหประชาชาติที่กำหนดให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ นั้นล้วนเป็นไปเพื่อปกป้องและคุ้มครองปัจเจกบุคคลแต่ละคน ด้วยเหตุนี้ เสรีภาพต่าง ๆ จึงย่อมอยู่ภายใต้จุดมุ่งหมายที่จะปกป้องและคุ้มครองปัจเจกบุคคลนั่นเองซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าการใช้สิทธิเสรีภาพนั้นจะต้องไม่เป็นอันตรายหรือเป็นการทำลายล้างหรือขัดขวางการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น แม้สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะได้รับการส่งเสริมหรือสนับสนุนมากเพียงใดก็ตาม

⁴⁴ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 4 ข้อ 4.2 หัวข้อย่อยที่ 6

หากแต่สิทธิเสรีภาพดังกล่าวนี้ก็ไม่อาจกระทำการโดยละเมิดหรือทำลายล้างสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นที่ได้รับ ความคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยเช่นกัน เพราะฉะนั้น การให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่นจึงเป็นความพยายามที่จะก่อให้เกิด ความสมดุลของคุณค่าทางสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการ เคารพความเป็นมนุษย์ ซึ่ง “สิทธิส่วนบุคคล” นั้นเป็นสิทธิของบุคคลที่จะอยู่โดยลำพังโดยปราศจากการ ครอบงวมและมีขอบเขตกว้างขวาง เป็นของบุคคลที่พึงคาดหมายได้ว่าข้อมูลส่วนบุคคลจะไม่ถูกเปิดเผยต่อบุคคล ที่สามหรือต่อสาธารณะชนโดยปราศจากความยินยอมซึ่งการเปิดเผยนั้นอาจส่งผลให้บุคคลดังกล่าวได้รับความ เดือดร้อนอับอายหรือได้รับความทุกข์ทรมานใจนั่นเอง ซึ่งสอดคล้องกับหลักการของการจำกัดเสรีภาพในการ แสดงความคิดเห็นของประชาชนที่ย่อมสามารถถูกจำกัดได้ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 45 กล่าวคือ เพื่อ รักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับ ความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน⁴⁵ ซึ่งแม้ว่ารัฐบาลจะมีอำนาจในการตรากฎหมายอันเป็น การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ หากแต่กฎหมายดังกล่าวนี้ย่อมจะต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ สาธารณะ และจะกระทำได้เพียงเท่าที่จำเป็นภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ ทั้งนี้ เพื่อจำกัดการใช้อำนาจ ของรัฐมิให้เป็นไปโดยอำเภอใจ ซึ่งสอดคล้องกับเอกสารระหว่างประเทศที่ได้กำหนดให้เสรีภาพในการแสดง ความคิดเห็นของประชาชนสามารถถูกจำกัดได้หากเข้าเงื่อนไขของ Three Part Test กล่าวคือ “การจำกัด เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย (Provided by Law) การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบ ด้วยกฎหมาย (Legitimate Aim) และการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้อง กระทำเท่าที่จำเป็น (Necessary)”⁴⁶ ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากหลักการข้างต้นประกอบกับข้อจำกัดการใช้ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญามีข้อควรพิจารณา ดังนี้

กรณีหนึ่งที่กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้โดย อาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย (Provided by Law) นั้น เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญา พบว่าเป็น กฎหมายที่ตราโดยองค์รฝ่ายนิติบัญญัติโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมาย อันเป็น บทบัญญัติที่มีผลเป็นการทั่วไปและไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่ง กฎหมายนี้จึงมีสถานะเป็น “กฎหมาย” ที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลตั้งเงื่อนไขข้อที่หนึ่งที่ว่า การจำกัดเสรีภาพในการแสดง ความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว และโดยที่กฎหมายนี้เป็น กฎหมายในลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้น เนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวจึงจะขัดหรือแย้งกับ รัฐธรรมนูญมิได้ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของมาตรา 2 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่กำหนดว่า “ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” หรือในมาตรา 8 ที่ กำหนดว่า “องค์พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้” และใน วรรคสองกำหนดว่า “ผู้ใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใด ๆ มิได้” นั้น พบว่าเป็นกรณีที่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดความคุ้มครองให้แก่พระมหากษัตริย์ในฐานะ “ประมุขของรัฐ” ไว้เป็นการเฉพาะซึ่งส่งผลให้เป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนไว้โดยรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า การแสดงความคิดเห็นที่มุ่งโดยตรงต่อการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบ

⁴⁵ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 ข้อ 3.3 หัวข้อย่อยที่ 2

⁴⁶ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 2 ข้อ 2.3 หัวข้อย่อยที่ 2

ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขไปเป็นระบอบอื่น หรือเป็นการแสดงความคิดเห็นอันเป็นการดูหมิ่น หมิ่นประมาทหรืออาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ ย่อมเป็นการแสดงความคิดเห็นที่ไม่อาจอ้างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามที่ได้รับรองไว้ในมาตรา 45 ของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้⁴⁷ ส่งผลให้ผู้กระทำย่อมจะต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายไว้ในประมวลกฎหมายอาญานั้นเอง⁴⁸

กรณีที่สองที่กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Aim) นั้น โดยที่ความรับผิดชอบหมิ่นประมาทและความรับผิดชอบดูหมิ่นนั้นได้กำหนดให้บุคคลในบางสถานะได้รับความคุ้มครองเป็นการเฉพาะนอกเหนือจากความคุ้มครองที่ให้แก่ประชาชนทั่วไป โดยจะเห็นได้จากกรณีความคุ้มครองต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ที่ได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในมาตรา 112 ในลักษณะที่ 1 หมวดที่ 1 ว่าด้วยความผิดต่อพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ หรือในกรณีของความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่นราชาธิบดี ราชาินี ราชสามี รัชทายาทหรือประมุขแห่งรัฐต่างประเทศในมาตรา 133 ลักษณะที่ 1 หมวดที่ 4 ว่าด้วยความผิดต่อสัมพันธ์ไมตรีกับต่างประเทศ และความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่นผู้แทนรัฐต่างประเทศซึ่งได้รับแต่งตั้งให้มาสู่พระราชสำนักในมาตรา 134 ลักษณะที่ 1 หมวดที่ 4 ว่าด้วยความผิดต่อสัมพันธ์ไมตรีกับต่างประเทศ ซึ่งความผิดเหล่านี้กฎหมายได้กำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิดเอาไว้สูงกว่ากรณีของการหมิ่นประมาทบุคคลธรรมดา ทั้งยังจัดให้ความรับผิดชอบเหล่านี้อยู่ในหมวดที่ว่าด้วย “ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ” อันเป็นหนึ่งในข้อยกเว้นต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนตามมาตรา 45 ของรัฐธรรมนูญนั่นเอง ซึ่งย่อมหมายความว่า การแสดงความคิดเห็นอันมีลักษณะเป็นการหมิ่นประมาทหรือดูหมิ่นบุคคลดังกล่าวข้างต้น จะมีผลเป็นการกระทำความผิดที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐด้วยนั่นเอง ทั้งนี้ เนื่องจากความมั่นคงของรัฐมิได้หมายถึงความถึงความมั่นคงทางการทหารหรือการป้องกันเขตแดนของรัฐเท่านั้น หากแต่ยังหมายความรวมถึงความมั่นคงภายในรัฐ ความมั่นคงในฐานะทางเศรษฐกิจหรือฐานะทางการเงินที่อาจจะกระทบต่ออำนาจต่อรองของรัฐกับต่างประเทศหรือความมีประสิทธิภาพในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอีกด้วย และความมั่นคงของรัฐนั้นยังหมายความรวมถึงความมั่นคงเป็นเอกภาพและบูรณภาพของรัฐหรือความมั่นคงในองค์ประกอบแห่งรัฐ อันได้แก่ ความมั่นคงในบูรณภาพแห่งดินแดน ความมั่นคงในอำนาจอธิปไตยของรัฐ เช่น ความมั่นคงในระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญ อำนาจการปกครอง ระบบกฎหมาย และการบังคับการตามกฎหมายอีกด้วย เพราะฉะนั้น ผู้วิจัยเห็นว่ากรณีที่กฎหมายกำหนดให้ความคุ้มครองแก่ประมุขของรัฐไว้เป็นการเฉพาะโดยกำหนดฐานความผิดและบทกำหนดโทษไว้เป็นการเฉพาะภายใต้เหตุผลเพื่อความมั่นคงของรัฐนั้นย่อมเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้และเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง

สำหรับกรณีการคุ้มครองความเสียหายต่อชื่อเสียงของบุคคลธรรมดา นั้น เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของการคุ้มครองชื่อเสียงเกียรติยศของบุคคลพบว่า เป็นความรับผิดชอบหมิ่นประมาทและความรับผิดชอบดูหมิ่นตามประมวลกฎหมายอาญานั้นเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ “เพื่อคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล” ของบุคคลอื่น อันเป็นเหตุผลอันหนึ่งที่จะสามารถจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้ ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าการใช้สิทธิเสรีภาพนั้นจะต้องไม่เป็นอันตรายหรือเป็นการทำลายล้างหรือขัดขวางการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น แม้สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะได้รับการส่งเสริมหรือสนับสนุนมากเพียงใดก็ตาม หากแต่สิทธิเสรีภาพดังกล่าวนี้ก็ไม่อาจกระทำการโดยละเมิดหรือทำลายล้างสิทธิเสรีภาพ

⁴⁷ คนโท ก้วนหิน. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลในระบบกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2554. หน้า 151-152

⁴⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2354/2531 พระมหากษัตริย์เป็นสถาบันที่พึงเคารพสักการะอยู่ในฐานะที่จะละเมิดไม่ได้ จึงอยู่เหนือการติชมทั้งปวง

ของบุคคลอื่นที่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยเช่นกัน และโดยที่สิทธิส่วนบุคคลนั้น เป็นสิทธิของบุคคลที่จะอยู่โดยลำพังโดยปราศจากการรบกวนและมีขอบเขตกว้างขวาง อันเป็นสิทธิในชีวิต ส่วนตัวของบุคคลที่คาดหมายได้ว่าข้อมูลส่วนบุคคลจะไม่ถูกเปิดเผยต่อบุคคลที่สามหรือต่อสาธารณะชนโดย ปราศจากความยินยอมซึ่งการเปิดเผยนั้นอาจส่งผลให้บุคคลดังกล่าวได้รับความเดือดร้อน อับอายหรือได้รับความทุกข์ทรมานใจนั่นเอง และเมื่อพิจารณาจากความรับผิดชอบที่ประมาทพบว่า กฎหมายกำหนดให้การ กระทำใดอันเป็นการกระหน่ำต่อชื่อเสียงเกียรติคุณของบุคคลอื่นอันส่งผลให้บุคคลนั้น “น่าจะเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง” เป็นการกระทำที่ต้องรับโทษ ซึ่งข้อความที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือ ถูกเกลียดชังนั้นมีใช่ผลของการกระทำ หากแต่เป็นพฤติกรรมแห่งการกระทำนั่นเอง ซึ่งในกรณีนี้ศาลจะเป็นผู้มี อำนาจในการวินิจฉัย ซึ่งจำต้องพิจารณาบนพื้นฐานความคิดเห็นของวิญญูชนทั่วไปมิใช่ความรู้สึกของบุคคล หนึ่งบุคคลใดเป็นผู้กำหนด⁴⁹ อย่างไรก็ตาม หากเป็นการแสดงความคิดเห็นโดยสุจริตภายใต้เงื่อนไข 4 กรณี⁵⁰ กล่าวคือ หากกระทำเพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามธรรมเนียมของคลอง ธรรม หรือกระทำในฐานะเป็นเจ้าของพนักงานปฏิบัติการตามหน้าที่ หรือกระทำการโดยการติชมด้วยความเป็น ธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งอื่นใดอันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ หรือเป็นการการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรม เพื่อการดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือในการประชุม กฎหมายกำหนดให้บุคคลดังกล่าวย่อมไม่ต้องรับผิด นอกจากนี้ โดยที่สิทธิส่วนบุคคลเป็นเรื่องที่ต้องให้ความสำคัญและคุ้มครอง หากแต่สิทธิดังกล่าวก็ยังมีข้อจำกัด บางประการ กล่าวคือ การอ้างสิทธิในชีวิตส่วนบุคคลนั้นย่อมไม่ขัดขวางต่อการเผยแพร่เรื่องราวอันเกี่ยวข้องกับ ประโยชน์สาธารณะ ไม่คุ้มครองบุคคลซึ่งได้แสดงเจตนาสละสิทธิที่จะมีความเป็นอยู่โดยรอดพ้นจากการรับรู้ ของสาธารณะ ไม่ขัดขวางต่อการสื่อสารเรื่องราวใด ๆ ซึ่งได้รับเอกสิทธิภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับการหมิ่น ประมาทแม้จะเป็นเรื่องส่วนตัวก็ตาม และสิทธิในชีวิตส่วนตัวย่อมระงับไปเมื่อมีการเผยแพร่ข้อเท็จจริงโดยตัว บุคคลนั้นเองหรือโดยได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้นด้วย นอกจากนี้สิทธิในชีวิตส่วนตัวย่อมจะไม่ กระทบกระเทือนโดยอ้างเหตุผลว่าข้อความที่เผยแพร่เป็นความจริงเนื่องจากสิทธินี้มีไว้เพื่อเรียกร้องให้ ชดใช้ค่าเสียหายแก่คุณลักษณะของบุคคล หากแต่เพื่อให้ชดใช้ค่าเสียหายแก่สิทธิในชีวิตส่วนตัว ซึ่งสิทธินี้มีไว้ เพื่อป้องกันการบิดเบือนชีวิตส่วนตัวของบุคคลอื่นเท่านั้น แต่เพื่อป้องกันมิให้มีการนำไปเผยแพร่โดยเด็ดขาด ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายไทยที่ได้ให้อำนาจในการแสดงความคิดเห็นที่แม้จะกระหน่ำต่อสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่น หากก็สามารถกระทำได้โดยไม่เป็นความผิด เช่น การวิพากษ์วิจารณ์บุคคลสาธารณะอันเกี่ยวเนื่องจากการกระทำ ของบุคคลสาธารณะนั้น เช่น กรณีการวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของรัฐบาลซึ่งย่อมได้รับความคุ้มครองแม้ข้อมูล นั้นจะเป็นเท็จหากผู้กระทำมิได้รู้ว่าเป็นเท็จ แต่เป็นการแสดงความคิดเห็นโดยสุจริต และการแสดงความคิดเห็น นั้นจะส่งผลให้มีกระบวนการตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพการแสดงความคิดเห็นนั้นก็ย่อมได้รับความคุ้มครอง เช่นเดียวกัน⁵¹ ดังตัวอย่างในคดีต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3553/2550⁵² ระหว่างนายถาวร เสนเนียมเป็นโจทก์ และบริษัทมติชน จำกัด (มหาชน) กับพวกเป็นจำเลยในคดีหมิ่นประมาท โดยมีข้อเท็จจริงว่า “ขณะเกิดเหตุโจทก์ดำรงตำแหน่งที่ ปรีกษากฎหมายรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยและ ผู้ช่วยเลขานุการรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งมีพลตรี ส. ดำรงตำแหน่งรองนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยและเป็นผู้ บังคับบัญชา ของโจทก์ ทั้งพลตรี ส. และโจทก์เป็นผู้บริหารกระทรวงมหาดไทย ซึ่งเป็นกระทรวงที่มีหน้าที่ดูแลชีวิตความ

⁴⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2371/2522 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 256/2509

⁵⁰ มาตรา 329

⁵¹ ตนไท ก้วนหิน. อ้างแล้ว. หน้า144-145

⁵² <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp> (Accessed 2/05/2555)

เป็นอยู่ของประชาชนโดยตรง โจทก์จึงเป็นบุคคลที่ประชาชนและสื่อมวลชนให้ความสนใจติดตามพฤติกรรมและย่อม วิพากษ์วิจารณ์ได้ เหตุคดีนี้เกิดจากการอภิปรายไม่ไว้วางใจพลตรี ส. โดยร้อยตำรวจเอก ฉ. เป็นผู้อภิปรายเสนอข้อมูลต่าง ๆ ว่ามีการวิ่งเต้นช่วยเหลือ อ. ดังนั้น การที่จำเลยทั้งสองในฐานะสื่อมวลชนมีหน้าที่เสนอข่าวสารที่เกิดขึ้นในบ้าน เมืองให้ประชาชนทราบโดยเสนอข้อมูลในการอภิปรายดังกล่าวและเสนอข่าวสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับกรณีนี้ เป็นการตั้งข้อสงสัยพฤติกรรมของโจทก์ว่าจะมีส่วนเกี่ยวข้องกับการวิ่งเต้น ช่วยเหลือ อ. หรือไม่เท่านั้น กรณีหาใช่เป็นเรื่องที่จำเลยทั้งสองสร้างขึ้นมาเองไม่ แม้ข้อความบางส่วนเป็นการหมิ่นประมาทโจทก์ดังที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยมาก็ตาม แต่ก็ก็เป็นเพียงการแสดงความคิดเห็นติชมและวิพากษ์วิจารณ์มิได้เป็นการยืนยันข้อเท็จจริงว่าโจทก์รับสินบนแต่อย่างใด ที่ศาลล่างทั้งสองวินิจฉัยว่าจำเลยทั้งสองแสดงความคิดเห็นโดยสุจริต ติชมด้วยความเป็นธรรม อันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ จำเลยทั้งสองจึงได้รับยกเว้นความผิดตาม ปอ. มาตรา 329 (3) นั้นชอบแล้ว แม้ในคดีที่ ว. เป็นโจทก์ฟ้องจำเลยทั้งสองกับพวกเป็นจำเลยต่อศาลจังหวัดสงขลา ต่อมา ว. กับจำเลยตกลงกันได้และ ว. ขอถอนฟ้องแล้วก็ตามก็เป็นเรื่องระหว่าง ว. กับจำเลยในคดีอาญาอื่น หาได้มีบทกฎหมายใดบัญญัติให้ศาลที่พิจารณาคดีจำต้องถือข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีอาญาอื่น แม้คดีทั้งสองนั้นจะมีมูลกรณีเดียวกันหรือเกี่ยวข้องกัน ดังนั้น คดีนี้จึงไม่จำต้องถือข้อเท็จจริงในคดีที่ ว. เป็นโจทก์ฟ้องจำเลยทั้งสองกับพวกในข้อหาความผิดฐานหมิ่นประมาทดังที่โจทก์เข้าใจ”

ส่วนกรณีที่สามที่กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น (Necessary) นั้น เงื่อนไขนี้เป็นการกำหนดขึ้นเพื่อเป็นการปกป้องวัตถุประสงค์ตามที่ระบุไว้ในข้อสอง อันเป็นการสร้างมาตรฐานที่สูงขึ้นแก่ให้แก่วิธีการในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นใด ๆ ของประชาชน ซึ่งเมื่อพิจารณาจากโทษของการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทและความรับผิดชอบหมิ่นพบว่ากฎหมายได้กำหนดให้ผู้กระทำต้องรับโทษในกรณีที่มีการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงของบุคคลอื่นไว้แตกต่างกันโดยขึ้นอยู่กับสถานะของบุคคลที่กฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครอง โดยในกรณีความรับผิดชอบหมิ่นประมาท ดูหมิ่นพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี ความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่นราชาธิบดี ราชาินี ราชสามี รัชทายาทหรือประมุขแห่งรัฐต่างประเทศ ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่นผู้แทนรัฐต่างประเทศซึ่งได้รับแต่งตั้งให้มาสู่พระราชสำนัก ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงห้าปีหรือปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ความผิดฐานหมิ่นประมาทบุคคลธรรมดาผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ส่วนกรณีความรับผิดชอบหมิ่นนั้น กรณีความผิดฐานดูหมิ่นเจ้าพนักงานซึ่งกระทำการตามหน้าที่ ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ความผิดฐานดูหมิ่นศาลหรือผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีหรือกระทำการขัดขวางการพิจารณาพิพากษาของศาล ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ หรือความผิดฐานดูหมิ่นบุคคลธรรมดาผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาหรือโทษทางอาญาดังกล่าวให้มีความรุนแรงหนักเบาต่างกัน โดยพิจารณาจากสถานะของบุคคลที่แตกต่างกันตามระดับความคุ้มครองนั้นเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้และสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่มุ่งที่จะคุ้มครอง (Legitimate Aim) ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากหลักทั่วไปของความผิดฐานหมิ่นประมาทพบว่า การที่จะพิจารณาว่าการกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของบุคคลอื่นเป็นความผิดที่จะต้องรับโทษตามกฎหมายอาญาหรือไม่นั้น กฎหมายกำหนดให้การแสดงความคิดเห็นดังต่อไปนี้

เป็นการกระทำความผิด กล่าวคือ จะต้องเป็นการแสดงความคิดเห็น “โดยสุจริต” ภายใต้เหตุผลเพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามธรรมเนียมของคลองธรรม หรือกระทำในฐานะเป็นเจ้าของงานปฏิบัติการตามหน้าที่ หรือกระทำการโดยการดิ้นรนด้วยความเป็นธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งอื่นใดอันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ หรือเป็นการการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรมเพื่อการดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือในการประชุม การแสดงความคิดเห็นดังกล่าวนี้ไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทและไม่ต้องรับโทษตามกฎหมาย อันเป็นเหตุยกเว้นโทษที่ผู้ถูกกล่าวหาว่าแสดงความคิดเห็นสามารถยกขึ้นต่อสู้เพื่อที่จะไม่ต้องรับผิดได้ อันเป็นการกำหนดข้อยกเว้นสำหรับการแสดงความคิดเห็นของบุคคลที่แม้เกิดความผิดพลาดหากแต่เชื่อว่าเป็นความจริง⁵³ หรือเป็นการแสดงความคิดเห็นที่ผู้กระทำมิได้มีเจตนามุ่งร้ายเป็นการเฉพาะตัว⁵⁴ ให้ไม่เป็นความผิดซึ่งสอดคล้องกับเหตุยกเว้นโทษที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 330 ที่กำหนดให้ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดหากสามารถพิสูจน์ได้ว่าเรื่องที่ตนได้แสดงความคิดเห็นไปนั้นเป็นเรื่องจริง ผู้นั้นย่อมไม่ต้องรับโทษ อย่างไรก็ตาม เรื่องที่สามารถพิสูจน์ความจริงได้นั้นต้องไม่ใช่การแสดงความคิดเห็นในเรื่องส่วนตัวและการพิสูจน์ไม่เป็นประโยชน์แก่ประชาชน ภายใต้หลักการดังกล่าวพบว่า ล้วนแล้วแต่ได้กำหนดขึ้นเพื่อกำหนดกรอบในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลมิให้การแสดงความคิดเห็นนั้นไปละเมิดต่อบุคคลอื่นทั้งสิ้น และหากการแสดงความคิดเห็นที่ละเมิดต่อบุคคลอื่นและเกิดความเสียหายขึ้นนั้น หากเป็นการแสดงความคิดเห็นโดยสุจริตผู้แสดงความคิดเห็นย่อมที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่บุคคลพึงมีตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ทั้งนี้เนื่องจากเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนย่อมจะเป็นสิ่งสะท้อนให้เห็นถึงธรรมาภิบาลและความเป็นประชาธิปไตยของประเทศหรือขององค์กรนั้น ๆ ซึ่งการวิพากษ์วิจารณ์จากประชาชนทั้งด้านบวกและด้านลบล้วนแล้วแต่เป็นการสะท้อนความคิดเห็นเพื่อนำไปสู่การปรับปรุงการบริหารราชการแผ่นดินหรือองค์กรให้ดียิ่งขึ้นไปอีกด้วย เพราะฉะนั้น ผู้วิจัยเห็นว่ากลไกที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวเป็นกลไกที่เหมาะสมได้สัดส่วนและไม่ขัดต่อหลักความจำเป็น ทั้งยังเป็นกลไกที่กำหนดจุดสมดุลระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนและสิทธิส่วนบุคคลให้การใช้เสรีภาพทั้งสองประการสามารถที่จะเกิดผลควบคู่กันไปได้เป็นอย่างดี โดยเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนแต่ยังคงให้สิทธิในการแสดงความคิดเห็นที่สุจริตและเป็นประโยชน์แก่ประชาชนส่วนรวมให้เป็นการแสดงความคิดเห็นที่ไม่เป็นความผิด อันเป็นข้อจำกัดที่ยังคงรักษาสารัตถะของสิทธิหรือแก่นของเสรีภาพไว้อย่างสมบูรณ์ พร้อมทั้งเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาสามารถพิสูจน์ความจริงได้ในกรณีที่การแสดงความคิดเห็นนั้นไม่ใช่การแสดงความคิดเห็นในเรื่องส่วนตัวและประชาชนได้ประโยชน์จากการแสดงความคิดเห็นนั้น อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงของสังคมไทยในปัจจุบันพบว่าได้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ประชาชนในความผิดฐานหมิ่นประมาทหมิ่นพระมหากษัตริย์พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ตามบทบัญญัติมาตรา 112 อันนำมาสู่การตั้งคำถามถึงความเหมาะสมของเนื้อหาของบทบัญญัตินี้ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่ากำหนดให้ความคุ้มครองแก่ประมุขของรัฐไว้เป็นการเฉพาะแตกต่างจากความคุ้มครองที่มีให้แก่ประชาชนทั่วไปทั้งยังกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดต่อความมั่นคงของรัฐเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ ทั้งนี้เนื่องจากความมั่นคงของรัฐมิได้หมายความถึงเฉพาะความมั่นคงด้านดินแดนเท่านั้นดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น หากแต่ความมั่นคงของรัฐยังหมายความรวมถึงความมั่นคงในระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญ อำนาจอการปกครอง ระบบกฎหมาย และการบังคับการตามกฎหมายอีกด้วย อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาคดีเหล่านี้ ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดก็ยังสามารถ

⁵³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 770/2526

⁵⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2541/2520

ที่จะพิสูจน์ถึงเจตนาได้ว่ามีเจตนากระทำความผิดหรือไม่ภายใต้หลักทั่วไปของประมวลกฎหมายอาญากล่าวคือ เป็นการกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำในขณะที่รู้สำนึกในการที่กระทำ⁵⁵ และในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น ซึ่งหากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีเจตนากระทำความผิดผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดก็ไม่ต้องรับผิดแต่อย่างใด⁵⁶ แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีการนำบทบัญญัติมาตรานี้มาใช้เป็นเครื่องมือในทางการเมืองโดยแจ้งความดำเนินคดีกับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีความเห็นทางการเมืองไม่ตรงกัน อันนำไปสู่ความสับสนและก่อให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนต่อประชาชน ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นนี้ผู้วิจัยเห็นว่ามิได้เกิดจากการมีอยู่ของบทบัญญัติมาตรา 112 หากแต่เป็นปัญหาที่เกิดจากกระบวนการในการใช้บังคับกฎหมาย ซึ่งเกี่ยวข้องกับตั้งแต่การแจ้งความ การสอบสวน รวมถึงตลอดจนถึงการทำสำนวนเพื่อส่งฟ้องต่อศาล ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการดังกล่าวจะต้องใช้ความกล้าหาญและยึดมั่นในบทบัญญัติของกฎหมายดำเนินการให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้เกิดความชัดเจนต่อไป

5.7 ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนกับความรับผิดชอบตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

โดยที่การให้ความคุ้มครองแก่สิทธิความเป็นอยู่ส่วนบุคคลของบุคคลอื่นนั้น เป็นหลักการอันเป็นสากล และได้รับการยอมรับร่วมกันว่าการใช้สิทธิเสรีภาพนั้นจะต้องไม่เป็นอันตรายหรือเป็นการทำลายล้างหรือขัดขวางการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น แม้สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะได้รับการส่งเสริมหรือสนับสนุนมากเพียงใดก็ตาม หากแต่สิทธิเสรีภาพดังกล่าวนี้ก็ไม่อาจกระทำการโดยละเมิดหรือทำลายล้างสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นที่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยซึ่งสอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองแห่งสหประชาชาติที่กำหนดให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ นั้นล้วนเป็นไปเพื่อปกป้องและคุ้มครองปัจเจกบุคคลแต่ละคน ด้วยเหตุนี้ เสรีภาพต่าง ๆ จึงย่อมอยู่ภายใต้จุดมุ่งหมายที่จะปกป้องและคุ้มครองปัจเจกบุคคลนั่นเอง เพราะฉะนั้น การให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่นจึงเป็นความพยายามที่จะก่อให้เกิดความสมดุลของคุณค่าทางสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการเคารพความเป็นมนุษย์ ซึ่งสิทธิส่วนบุคคลนั้นจึงเป็นสิทธิของบุคคลที่จะอยู่โดยลำพังโดยปราศจากการรบกวนและมีขอบเขตกว้างขวาง และเป็นสิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคลที่คาดหมายได้ว่าข้อมูลส่วนบุคคลจะไม่ถูกเปิดเผยต่อบุคคลที่สามหรือต่อสาธารณะชนโดยปราศจากความยินยอมซึ่งการเปิดเผยนั้นอาจส่งผลให้บุคคลดังกล่าวได้รับความเดือดร้อน อับอายหรือได้รับความทุกข์ทรมานใจนั่นเอง นอกจากความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวข้างต้นแล้ว ความรับผิดชอบที่เกี่ยวกับการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลยังปรากฏในความรับผิดชอบทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในความเสียหายต่อชื่อเสียงในคดีละเมิดอีกด้วย⁵⁷ อันเป็นกรณีที่กฎหมายให้ความคุ้มครองต่อชื่อเสียงของบุคคลไว้เป็นการเฉพาะ โดยกำหนดให้การแสดงความคิดเห็นของบุคคลแม้เป็นไปภายใต้เสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ แต่หากการกระทำ

⁵⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8743/2544 ถ้าไม่รู้สำนึกในการกระทำ ก็ไม่มีความผิดเลย

⁵⁶ ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 59 บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้ต้องรับผิดได้แม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา

....

⁵⁷ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 4 ข้อ 4.2 หัวข้อย่อยที่ 7

นั้นส่งผลกระทบต่อชื่อเสียงเกียรติคุณของบุคคลอื่นก็ย่อมเป็นการกระทำที่เป็นความผิดซึ่งกฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษ ซึ่งโทษในความเสียหายต่อชื่อเสียงในคดีละเมิดนั้นเป็นโทษในทางแพ่งซึ่งผู้กระทำความผิดมีหน้าที่ในการชดเชยความเสียหายโดยการจ่ายค่าสินไหมทดแทนต่อความเสียหายนั้นตามที่ศาลได้มีคำพิพากษา จากหลักการของกฎหมายข้างต้นพบว่า เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้รัฐสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 45 ของรัฐธรรมนูญที่ว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญกำหนดสามารถกระทำได้หากเป็นไปเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน⁵⁸ ซึ่งสอดคล้องกับเอกสารระหว่างประเทศที่ได้กำหนดให้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนสามารถถูกจำกัดได้หากเข้าเงื่อนไขของ Three Part Test กล่าวคือ “การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้อย่างชอบด้วยกฎหมาย (Provided by Law) การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Aim) และการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น (Necessary)”⁵⁹ ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากหลักการข้างต้นประกอบกับข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาข้างต้น สามารถพิจารณาได้ดังนี้

กรณีที่หนึ่งที่กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้อย่างชอบด้วยกฎหมาย (Provided by Law) นั้น เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พบว่าเป็นกฎหมายที่ตราโดยองค์การฝ่ายนิติบัญญัติโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมาย อันเป็นบทบัญญัติที่มีผลเป็นการทั่วไปและไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่ง กฎหมายนี้จึงมีสถานะเป็น “กฎหมาย” ที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลตั้งเงื่อนไขข้อที่หนึ่งที่ว่า การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้อย่างชอบด้วยกฎหมายแล้ว และโดยที่กฎหมายนี้เป็นกฎหมายในลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้น เนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวจึงจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ ดังปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 35 ที่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัว ทั้งยังกำหนดให้การกระทำที่เป็นการกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชนอันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมายอีกด้วย

กรณีที่สองที่กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Aim) นั้น เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีของความรับผิดทางละเมิด พบว่าเป็นกรณีที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองต่อความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือสิทธิส่วนบุคคลภายใต้วัตถุประสงค์ “เพื่อคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล” ของบุคคลอื่นอันเป็นเหตุผลอันหนึ่งที่จะสามารถจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้ อันเป็นที่ยอมรับกันว่าการใช้สิทธิเสรีภาพนั้นจะต้องไม่เป็นอันตรายหรือเป็นการทำลายล้างหรือขัดขวางการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น และโดยที่สิทธิส่วนบุคคลนั้นเป็นสิทธิของบุคคลที่จะอยู่โดยลำพังโดยปราศจากการรบกวนและมีขอบเขตกว้างขวาง อันเป็นสิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคลที่คาดหมายได้ว่า ข้อมูลส่วนบุคคลจะไม่ถูกเปิดเผยต่อบุคคลที่สามหรือต่อ

⁵⁸ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 ข้อ 3.3 หัวข้อย่อยที่ 2

⁵⁹ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 2 ข้อ 2.3 หัวข้อย่อยที่ 2

สาธารณชนโดยปราศจากความยินยอมซึ่งการเปิดเผยนั้นอาจส่งผลให้บุคคลดังกล่าวได้รับความเดือดร้อน อับอายหรือได้รับความทุกข์ทรมานใจนั่นเอง ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าแม้สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะได้รับการส่งเสริมหรือสนับสนุนมากเพียงใดก็ตาม หากแต่สิทธิเสรีภาพดังกล่าวนี้ก็ไมอาจกระทำการโดยละเมิดหรือทำลายล้างสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นที่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยเช่นกัน ซึ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญก็ได้รับรองหลักการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลเอาไว้โดยกำหนดให้รัฐสามารถจำกัด เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้หากเป็นไปเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการให้การคุ้มครองความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่นไว้ในสองกรณี กล่าวคือ กรณีตามมาตรา 423 นั้นเป็นกรณีที่กฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองความเสียหายต่อชื่อเสียงเอาไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งหมายความว่าในกรณีที่เป็นการกระทำละเมิดโดยการกล่าวหรือไขข่าวข้อความที่ฝ่าฝืนต่อความจริงอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของบุคคลอื่น ผู้กระทำก็จะมีผลตามละเมิดตามมาตรา 423 แต่หากข้อความที่กล่าวหรือไขข่าวข้อความที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของบุคคลอื่นนั้นเป็นความจริงหรือการกระทำที่เป็นละเมิดนั้นก่อให้เกิดความเสียหายอื่นๆ ที่มีชื่อเสียงเสียหายแล้วผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 420 ซึ่งเป็นบททั่วไปแทน⁶⁰

ส่วนกรณีที่สามที่กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น (Necessary) นั้น เงื่อนไขนี้เป็นการกำหนดขึ้นเพื่อเป็นการปกป้องวัตถุประสงค์ตามที่ระบุไว้ในข้อสอง อันเป็นการสร้างมาตรฐานที่สูงขึ้นแก่ให้แก่รัฐในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นใด ๆ ของประชาชนซึ่งรัฐสามารถกระทำได้ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด อย่างไรก็ตาม การจำกัดเสรีภาพของประชาชนโดยรัฐนั้นจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่ามาตรการในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนนั้นเป็นไปภายใต้ “หลักความได้สัดส่วน” (Proportional Principle) ระหว่างมาตรการที่รัฐใช้ในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนกับความคงอยู่ของแก่นหรือสาระสำคัญของเสรีภาพนั้น ๆ อีกทั้งการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำได้เพียง “เท่าที่จำเป็น” อันแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญได้นำหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือ “หลักความได้สัดส่วน” มาใช้เพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐมิให้เป็นไปโดยอำเภอใจ ซึ่งย่อมหมายความว่ามาตรการที่รัฐตราขึ้นใช้บังคับจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์และเป็นมาตรการที่พอสมควรแก่เหตุอีกด้วย ซึ่งเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์มหาชนที่จะได้รับกับประโยชน์ที่เอกชนจะต้องเสียไปหรืออาจสูญเสียไปอันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามมาตรการแห่งกฎหมายที่เหมาะสมและจำเป็นนั้นด้วย และโดยที่เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนย่อมจะเป็นสิ่งสะท้อนให้เห็นถึงธรรมาภิบาลและความเป็นประชาธิปไตยของประเทศหรือขององค์กรนั้น ๆ ซึ่งการวิพากษ์วิจารณ์จากประชาชนทั้งด้านบวกและด้านลบล้วนแล้วแต่เป็นการสะท้อนความคิดเห็นเพื่อนำไปสู่การประปรังการบริหารราชการแผ่นดินหรือองค์กรให้ดียิ่งขึ้นไปอีกด้วย เพราะฉะนั้น แม้รัฐมีจะอำนาจในการตรากฎหมายอันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ หากแต่การตรากฎหมายอันมีผลเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพของประชาชนก็จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดที่ว่าต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้เนื่องจากแม้สิทธิส่วนบุคคลเป็นเรื่องที่ต้องให้ความสำคัญและ

⁶⁰ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 4

คุ้มครอง หากแต่ การอ้างสิทธิในชีวิตส่วนบุคคลนั้นย่อมไม่ขัดขวางต่อการเผยแพร่เรื่องราวอันเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ไม่คุ้มครองบุคคลซึ่งได้แสดงเจตนาສະສິทธิที่จะมีความเป็นอยู่โดยรอดพ้นจากการรับรู้ของสาธารณะ ไม่ขัดขวางต่อการสื่อสารเรื่องราวใด ๆ ซึ่งได้รับเอกสิทธิภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทแม้จะเป็นเรื่องส่วนตัวก็ตาม และสิทธิในชีวิตส่วนตัวย่อมระงับไปเมื่อมีการเผยแพร่ข้อเท็จจริงโดยตัวบุคคลนั้นเองหรือโดยได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้นด้วย อย่างไรก็ตาม สิทธิในชีวิตส่วนตัวย่อมจะไม่กระทบกระเทือนโดยอ้างเหตุผลว่าข้อความที่เผยแพร่เป็นความจริงเนื่องจากสิทธินี้มีใช้เพื่อเรียกร้องให้ชดใช้ค่าเสียหายแก่คุณลักษณะของบุคคล หากแต่เพื่อให้ชดใช้ค่าเสียหายแก่สิทธิในชีวิตส่วนตัว ซึ่งสิทธินี้มีใช้เพื่อป้องกันการบิดเบือนชีวิตส่วนตัวของบุคคลอื่นเท่านั้น แต่เพื่อป้องกันมิให้มีการนำไปเผยแพร่โดยเด็ดขาด ดังปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 35 ที่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัว ทั้งยังกำหนดให้การกระทำที่เป็นการกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชนอันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมาย “เว้นแต่เป็นกรณีที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ” ซึ่งย่อหมายความว่า แม้กฎหมายจะคุ้มครองความเป็นอยู่ส่วนบุคคลหรือความเสียหายต่อชื่อเสียงไว้เป็นการเฉพาะอันส่งผลให้รัฐสามารถจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้ก็ตาม แต่หากการแสดงความคิดเห็นนั้นเป็นการแสดงความคิดเห็นในเรื่องส่วนตัวของบุคคลอื่นอันกระทบต่อชื่อเสียงเกียรติคุณหรือทางทำมาหาได้หรือทางเจริญก็ตาม แต่หากเป็นการแสดงความคิดเห็นที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนหรือประชาชนได้ประโยชน์ การแสดงความคิดเห็นนั้นก็ไม่ใช่ความผิด ซึ่งหลักการนี้สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 และหลักในการยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งย่อหมายความว่า การกระทำดังกล่าวไม่เป็นละเมิดและไม่ต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งข้อยกเว้นความผิดในกรณีประโยชน์สาธารณะตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวนั้น แม้ในปัจจุบันจะยังไม่มีมาตรการกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดรายละเอียดดังกล่าวก็ตาม หากแต่สิทธิที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น สามารถมีผลใช้บังคับได้ทันทีโดยไม่ต้องมีการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพื่อรองรับสิทธิดังกล่าวแต่อย่างใด⁶¹ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่ามาตรการในการกำหนดความรับผิดทางแพ่งกรณีความเสียหายต่อสิทธิส่วนบุคคลหรือความเสียหายต่อชื่อเสียงจากการแสดงความคิดเห็น ตลอดจนการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดกรณีการแสดงความคิดเห็นนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะข้างต้นเป็นมาตรการที่จำเป็นและพอสมควรแก่เหตุและไม่ได้กระทบแก่นหรือสาระสำคัญของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจนเกินสมควร นอกจากนี้ ในกรณีที่เป็นการแสดงความคิดเห็นที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวยังได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอีกด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงของไทยปัจจุบันพบว่า ภายใต้สถานการณ์ความรุนแรงตลอดหลายปีที่ผ่านมา ได้มีบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีความเห็นแตกต่างทางการเมืองได้จัดให้มีการชุมนุมทางการเมืองบ่อยครั้งในช่วงหลายปีที่ผ่านมา การชุมนุมเหล่านี้มีการจัดเวทีปราศรัย การแถลงข่าวต่อสื่อมวลชนเป็นระยะ ๆ โดยมีข้อความที่พาดพิงถึงบุคคลต่าง ๆ หรือเป็นการนำข้อมูลของบุคคลที่อยู่ฝ่ายตรงกันข้ามหรือบุคคลที่มีความเชื่อและรสนิยมทางการเมืองต่างจากกลุ่มตนมาเปิดเผยทั้งข้อมูลที่เป็นที่รับรู้กันทั่วไปและข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งการกระทำดังกล่าวล้วนแล้วแต่เป็นการแสดงความคิดเห็นที่กระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลของบุคคล

⁶¹ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2552 ที่ได้วางหลักไว้ว่า “สิทธิที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น ให้มีผลใช้บังคับได้ทันทีโดยไม่ต้องมีการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพื่อรองรับสิทธิดังกล่าวแต่อย่างใด”

อื่นอีกทั้งก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติคุณทางทำมาหาได้หรือทางเจริญซึ่งต่างฝ่ายต่างอ้างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นมาใช้เป็นข้อต่อสู้และนำไปสู่การฟ้องร้องคดีกันไปมา ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าการกระทำเหล่านี้เป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคล ละเมิดต่อชื่อเสียงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และยังเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทซึ่งมีโทษทางอาญาแม้เรื่องที่น่ามาเปิดเผยนั้นจะเป็นเรื่องจริงหรือไม่ก็ตาม และผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดจะพ้นความรับผิดได้ก็ต่อเมื่อเป็นการแสดงความคิดเห็นที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะเท่านั้น เนื่องจากแม้รัฐธรรมนูญของไทยจะได้รับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนก็ตาม หากแต่เสรีภาพดังกล่าวมิได้เป็นเสรีภาพที่ไร้ข้อจำกัดแต่อย่างใด แม้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอันเป็นสิทธิมนุษยชนพื้นฐาน หากแต่เสรีภาพของบุคคลย่อมต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นเนื่องจากการใช้เสรีภาพโดยปราศจากข้อจำกัดย่อมนำไปสู่การละเมิดเสรีภาพของบุคคลอื่นเนื่องจากกฎหมายของรัฐมีส่วนสำคัญในการสร้างระเบียบแบบแผนขึ้นเพื่อก่อให้เกิดระเบียบร่วมกันของสังคม ประกอบกับรัฐธรรมนูญยังได้กำหนดให้บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอีกด้วย⁶²

⁶² มาตรา 28

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

โดยที่มาตรา 45 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดรองรับให้ประชาชนมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไม่ว่าจะเป็นเสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา หรือการสื่อความหมายด้วยวิธีการอื่นใดอันจัดได้ว่าเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของประชาชน และเมื่อพิจารณาจากข้อสันนิษฐานของงานวิจัยที่สันนิษฐานเบื้องต้นว่า “การบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยเฉพาะเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด จะส่งผลให้ประชาชนสามารถแสดงความคิดเห็นได้อย่างเสรี โดยไม่ขัดต่อกฎหมายหรือละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น” นั้น จากการศึกษาขอบเขตเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนทั้งที่ปรากฏในเอกสารระหว่างประเทศและบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พบว่าต่างรองรับและให้ความสำคัญคุ้มครองแก่เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนภายใต้เงื่อนไขบางประการ กล่าวคือ กำหนดให้รัฐสามารถจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด อันได้แก่ การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนบุคคล เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน ซึ่งจากข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นดังกล่าว จึงกล่าวได้ว่า เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเสรีภาพที่ไม่ได้รับรองอย่างสมบูรณ์ (Absolute Right) หากแต่เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเป็นเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดได้ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดนั่นเอง ซึ่งย่อมาหมายความว่าแม้กฎหมายจะรองรับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนไว้ในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญก็ตาม หากแต่การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นภายใต้กฎหมายนั้นก็จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขหรือข้อจำกัดการใช้เสรีภาพที่รัฐธรรมนูญกำหนดเช่นกัน อีกทั้งหากประชาชนใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเกินกว่าขอบเขตหรือข้อจำกัดที่กฎหมายกำหนด การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวย่อมไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นการใช้เสรีภาพที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด นอกจากนี้ โดยภายใต้หลักความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่ส่งผลให้บทบัญญัติใด ๆ ของกฎหมายอื่นจะมีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ ประกอบกับหลักในการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน (Basic Concept) ที่ว่า “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลนั้นเป็นเสรีภาพที่ไม่ได้รับรองอย่างสมบูรณ์ หากแต่เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเป็นเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดได้ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด” เพราะฉะนั้น การพิจารณาขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจำต้องพิจารณาจาก “กฎหมายอื่น” ที่เกี่ยวข้องประกอบกันเพื่อค้นหาขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนว่าสอดคล้องกับหลักการของรัฐธรรมนูญหรือไม่อย่างไร ซึ่งจากการวิจัยพบว่ากฎหมายทั้งเจ็ดฉบับที่อยู่ในขอบเขตของการวิจัยนี้ ยังคงมีลักษณะของการให้อำนาจแก่รัฐในการลบล้างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเกินสมควร ทั้งยังมีการกำหนดกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันมีผลเป็นลบล้างเสรีภาพของประชาชนที่แตกต่างจากที่รัฐธรรมนูญกำหนด อันส่งผลให้ประชาชนขาดหลักประกันที่ชัดเจนในการใช้เสรีภาพดังกล่าวอย่างแท้จริง และขัดแย้งกับหลักการในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนทั้งที่ปรากฏในเอกสารระหว่างประเทศและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในประเด็นต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง แม้ว่ากฎหมายดังกล่าวแล้วแต่มีสถานะเป็นเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ตราโดยรัฐสภาอันเป็นองค์กรที่มีอำนาจนิติบัญญัติอันเป็นบทบัญญัติที่มีผลเป็นการทั่วไปและไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่ง เพราะฉะนั้น จึงมีสถานะเป็น “กฎหมาย” ที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลดังเงื่อนไขข้อที่หนึ่งที่ว่า การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะกระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย (Provided by Law) แล้วก็ตาม หากแต่กฎหมายเหล่านี้เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้น เนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวจึงจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ และโดยที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การใช้อำนาจของรัฐตามกฎหมายต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลที่มีเขตอำนาจในเรื่องนั้นเป็นการเฉพาะนั้น กรณีนี้ผลการวิจัยพบว่ากฎหมายบางฉบับ อันได้แก่ พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 และพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 กลับมีบทบัญญัติกำหนดยกเว้นเขตอำนาจของศาลปกครองไว้ในเนื้อหาของกฎหมายนั้น ๆ เองนั้น ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า การที่กฎหมายจะบัญญัติให้เรื่องหรือคดีใดไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง กรณีจะต้องเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรศาลและต้องเป็นกฎหมายกำหนดเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเท่านั้น และฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารไม่อาจตรากฎหมายอื่นโดยมีผลให้คดีอันมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองโดยแท้ของฝ่ายปกครองไม่อยู่ในเขตอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครองไว้ในกฎหมายอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายจัดตั้งศาลแต่อย่างใด มิฉะนั้น อาจนำไปสู่การบัญญัติกฎหมายอื่นเพื่อจำกัดอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเกิดขึ้นอีกได้ในภายหลังอันย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้ประชาชนได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างถูกต้องเป็นธรรมตามกระบวนการยุติธรรมทางปกครองและโดยศาลปกครองที่มีประสิทธิภาพและความเชี่ยวชาญในคดีปกครองดังกล่าวข้างต้น ประกอบกับการยกเว้นเขตอำนาจของศาลปกครองดังกล่าวถือเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างแท้จริง เนื่องด้วยไม่สามารถตรวจสอบการกระทำใด ๆ ของรัฐได้เพราะโดยหลักการพื้นฐานของการใช้อำนาจทางปกครองซึ่งย่อมต้องสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองได้ และมาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วน เนื่องจากแม้ประชาชนจะสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลยุติธรรมได้ก็ตามหากแต่สิทธิในการฟ้องคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะเกิดต่อเมื่อผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลผู้ถูกโต้แย้งสิทธิตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งต่างจากการฟ้องคดีต่อศาลปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีเพียงเป็นผู้มีส่วนได้เสียก็สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

ประการที่สอง โดยที่การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องเป็นไปภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อคุ้มครองความชอบด้วยกฎหมายและประโยชน์สาธารณะอื่นที่สำคัญกว่า ซึ่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายอันมีผลให้รัฐสามารถจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้สี่กรณีคือ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนบุคคล เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน ซึ่งจากการศึกษาพบว่ากฎหมายทั้งเจ็ดฉบับแล้วแต่ตราขึ้นภายใต้เงื่อนไขข้อหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดทั้งสิ้นอีกทั้งยังได้กำหนดโทษสำหรับการกระทำใด ๆ อันเป็นการฝ่าฝืนเงื่อนไขดังกล่าวประกอบด้วย ซึ่งย่อมหมายความว่าแม้สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจะได้รับการส่งเสริมหรือสนับสนุนมากเพียงใดก็ตามหากแต่สิทธิเสรีภาพดังกล่าวนี้ก็ไม่อาจกระทำการโดยละเมิดหรือทำลายล้างสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นที่ได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยเช่นกัน เพราะฉะนั้น มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้นจำต้องถูกออกแบบอย่างระมัดระวังเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้น ๆ

เท่านั้น และมาตรการจะต้องสิ้นสุดลงโดยไม่มีผลเป็นการระงับเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลเมื่อได้ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดจนบรรลุวัตถุประสงค์ในการจำกัดเสรีภาพนั้น ๆ แล้วอีกด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วยว่าจะไม่ถูกลูก้าจนเกินสมควร

ประการสุดท้าย โดยที่การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น ซึ่งในกรณีนี้รัฐจำเป็นที่จะต้องออกแบบข้อจำกัดนั้นอย่างระมัดระวังเพื่อมิให้มาตรการนั้น ๆ ลูก้าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจนเกินสมควร กรณีที่รัฐมีหลายทางเลือกในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะรัฐจำต้องเลือกใช้ข้อจำกัดขั้นต่ำที่สุด ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองเสรีภาพของประชาชนที่อยู่เหนือกว่านั่นเอง นอกจากนี้การกระทำภายใต้เหตุผลเพื่อความจำเป็นดังกล่าวนั้น จะต้องอยู่ภายใต้ “หลักความได้สัดส่วน” (Proportional Principle) ซึ่งประโยชน์สาธารณะจำต้องได้รับการคุ้มครองเหนือกว่าประโยชน์ส่วนตัวของบุคคลหนึ่งบุคคลใด อย่างไรก็ตาม จำต้องคำนึงถึงแก่นหรือสาระสำคัญของข้อจำกัดนั้นประกอบกับการกำหนดบทลงโทษใด ๆ สำหรับการฝ่าฝืนข้อจำกัดนั้น ๆ ด้วย ซึ่งจากการศึกษาวิจัยพบว่า กรณีของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการนั้น ได้กำหนดมาตรการในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่พอสมควรแก่เหตุและเป็นมาตรการที่กำหนดขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นแล้ว เนื่องจากแม้จะมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารโดยเจ้าหน้าที่ที่จะต้องต้งชั่งน้ำหนักระหว่างเสรีภาพของบุคคลกับประโยชน์ของรัฐที่มุ่งคุ้มครองก็ตาม หากแต่มาตรการดังกล่าวมิได้มีผลเป็นการลบล้างสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของประชาชนอันมีผลกระทบต่อ “แก่นของสิทธิ” แต่อย่างใด อีกทั้งสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของประชาชนยังคงมีอยู่หากแต่ถูกจำกัดขอบเขตของการใช้ประโยชน์จากข้อมูลข่าวสารภายใต้เงื่อนไขที่เจ้าหน้าที่กำหนดขึ้นเท่านั้น ซึ่งประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการใช้สิทธิยังคงมีสิทธิในการอุทธรณ์และร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารตามกฎหมายเพื่อให้พิจารณาคำสั่งของเจ้าหน้าที่ที่ครอบครองข้อมูลได้และสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองเพื่อให้พิจารณาใหม่ได้ ส่วนกรณีของกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้น ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นกรณีที่กฎหมายได้กำหนดมาตรการที่เกินจำเป็นสำหรับการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน ทั้งนี้เนื่องจากการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดำเนินการอันเป็นการลูก้าต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยอาศัยเหตุเพียงมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นนั้น จึงเป็นมาตรการที่เกินจำเป็นอันก่อให้เกิดการปิดกั้นการแสดงความคิดเห็นของประชาชนอันมีผลกระทบต่อการไหลเวียนของข้อมูลข่าวสาร (Free Flow of Information) และส่งผลต่อการแสดงความคิดเห็น การแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารระหว่างกัน และกระทบต่อการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของประชาชนที่จะเป็นพื้นฐานของการรับรู้และนำไปสู่การตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลได้อันเป็นรากฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั่นเอง ส่วนกรณีของความรับผิดชอบหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญานั้น ผู้วิจัยเห็นว่ากลไกที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวเป็นกลไกที่เหมาะสมได้สัดส่วนและไม่ขัดต่อหลักความจำเป็น ทั้งยังเป็นกลไกที่กำหนดจุดสมดุลระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนและสิทธิส่วนบุคคลให้การใช้เสรีภาพทั้งสองประการสามารถที่จะเกิดผลควบคู่กันไปได้เป็นอย่างดี หากแต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีการนำบทบัญญัติมาตรานี้มาใช้เป็นเครื่องมือในทางการเมืองโดยแจ้งความดำเนินคดีกับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีความเห็นทางการเมืองไม่ตรงกัน อันนำไปสู่ความสับสนและก่อให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนต่อประชาชน ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นนี้ผู้วิจัยเห็นว่ามีได้เกิดจากการมีอยู่ของบทบัญญัติมาตรา 112 หากแต่เป็นปัญหาที่เกิดจากกระบวนการในการใช้บังคับกฎหมาย และสำหรับความรับผิดชอบหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น เนื่องจากเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนย่อมจะเป็นสิ่งสะท้อนให้เห็นถึงธรรมาภิบาลและความเป็นประชาธิปไตยของประเทศหรือขององค์กรนั้น ๆ ซึ่งการวิพากษ์วิจารณ์จากประชาชนทั้งด้านบวกและด้านลบล้วนแล้วแต่เป็นการสะท้อนความคิดเห็นเพื่อนำไปสู่

การปรับปรุงการบริหารราชการแผ่นดินหรือองค์กรให้ดียิ่งขึ้นไปอีกด้วย ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่ามาตรการในการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งกรณีความเสียหายต่อสิทธิส่วนบุคคลหรือความเสียหายต่อชื่อเสียงจากการแสดงความคิดเห็น ตลอดจนการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบกรณีการแสดงความคิดเห็นนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะข้างต้นเป็นมาตรการที่จำเป็นและพอสมควรแก่เหตุและไม่ได้กระทบแก่นหรือสาระสำคัญของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจนเกินสมควร ซึ่งการแสดงความคิดเห็นที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นยังได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอีกด้วย สำหรับกรณีของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับในกรณีที่ประเทศตกอยู่ในภาวะไม่ปกตินั้น พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ. 2475 พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 และพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 นั้นผู้วิจัยเห็นว่าการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนสามารถดำเนินการได้ในภาวะที่ประเทศตกอยู่ในภาวะที่ไม่ปกติ ซึ่งการกำหนดมาตรการเพื่อเป็นข้อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนในภาวะดังกล่าวจึงจำเป็นที่จะต้องมีความเชื่อมโยงอย่างมีเหตุผลกับประโยชน์สาธารณะที่มุ่งคุ้มครอง แต่โดยที่การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายเหล่านี้เป็นการกระทำทางปกครองโดยแท้ จึงควรที่จะกำหนดให้สามารถถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าวโดยศาลปกครองที่มีความเชี่ยวชาญในคดีปกครองเป็นการเฉพาะเพื่อให้ศาลปกครองสามารถตรวจสอบมาตรการของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองว่าได้กระทำลงไปพอสมควรแก่เหตุตามความจำเป็นแห่งสถานการณ์หรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดยกเว้นเขตอำนาจของศาลปกครองจึงเป็นเป็นมาตรการที่เกินจำเป็นและกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิของประชาชนและไม่สัมพันธ์กับหลักความได้สัดส่วนแต่อย่างใด ทั้งนี้ แม้การใช้อำนาจในสถานการณ์ไม่ปกติของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะเป็นสิ่งที่ยอมรับได้หากแต่กระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจย่อมเป็นสาระสำคัญของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อป้องกันมิให้นำไปสู่การใช้อำนาจตามอำเภอใจและเป็นหลักประกันมิให้เกิดอันตรายร้ายแรงที่กระทบต่อประชาชนในท้ายที่สุด

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- กมลมาศ ฤกษ์ศักดิ์วรกุล. (2554). ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของนักวิชาการ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยศรีปทุม).
- คนโท ก้วนหัน. (2554). ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลในระบบกฎหมายไทย (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์).
- จักรกฤษณ์ กาญจนศุภย์. (2524). การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลโดยกฎหมาย (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย).
- จิต เศรษฐบุตร. (2539). หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- จิต เศรษฐบุตร. (2524). หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ชาญชัย อารีวิทยาเลิศ. (2554, ธันวาคม). เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและความมั่นคงของชาติ กรณีศึกษาเว็บไซต์วิกิลีก. บทบัณฑิตย, 67(4), 86-139.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2547). ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). กฎหมายมหาชนเล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- บุญเลิศ คชายุทธเดช. (2541). รวมสารรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน. กรุงเทพฯ: มติชน.
- ปริญญา จิตรการนทีกิจ. (2534). ความผิดฐานหมิ่นประมาท-คู่มือซึ่งหน้า. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- พรเพชร วิชิตชลชัย. (ม.ป.ป.). คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550. สืบค้นเมื่อ 15 พฤษภาคม 2550, จาก <http://www.chandra.ac.th/th/doc/ICT/ban.pdf>
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2543, มิถุนายน). เงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน; “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย. วารสารนิติศาสตร์, 30(2), 184-194.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

วรวิทย์ ฤทธิพิศ. (2537, มกราคม-กุมภาพันธ์). ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของสื่อมวลชน. *คูลพาท*, 41(1), 75-97.

สรวิศ ลิ้มปรีงศ์. (2549, พฤษภาคม-สิงหาคม). สัมผัสคดีที่แสดงความสัมพันธ์ระหว่างการฟ้องหมิ่นประมาทกับสิทธิแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญ. *คูลพาท*, 52(2), 234-248.

สรวิศ ลิ้มปรีงศ์. (2549, กันยายน-ธันวาคม). เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกับการเผาธงชาติสหรัฐอเมริกา. *คูลพาท*, 52(3), 211-224.

อุกฤษ มงคลนาวิน. (2518, มีนาคม). ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน. *บทบัญญัติ*, 32(1), 11-32.

ภาษาต่างประเทศ

Agnes Callamard. (2006). Freedom of Expression and Press Freedom: Protecting and Respecting Human Rights. สืบค้นเมื่อ 15 ธันวาคม 2553, จาก <http://www.article19.org/pdfs/conferences/human-security-speech.pdf>

Centre for Law And Democracy. (2010). Outline of Rules Affecting Freedom of Expression. สืบค้นเมื่อ 23 กันยายน 2554, จาก www.law-democracy.org

Commonwealth Secretariat: Human Rights Unit. (2002). Freedom of Expression, Associations and Assembly Best Practice. สืบค้นเมื่อ 28 กันยายน 2554, จาก http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A.HRC.20.27_En.pdf.PDF

Hon Terry Davis . (2008). *Freedom of Expression in times of Crisis*. สืบค้นเมื่อ 25 กันยายน 2554, จาก <http://www.un.org/en/sc/ctc/specialmeetings/2011/docs/coe/coe-guidelines-crisis-en.pdf>

David O. Brink. Million Principles. (2001). *Freedom of Expression, and Hate Speech*. สืบค้นเมื่อ 22 กันยายน 2554, จาก <http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/dbrink/pdf%20articles/Millian%20Principles,%20Freedom%20of%20Expression,%20and%20Hate%20Speech.pdf>

- Eugene Volokh. (1996). *Freedom of Speech and the Constitutional Tension Method*. สืบค้นเมื่อ 27 มิถุนายน 2554, จาก <http://www2law.ucla.edu/volokh/tension.htm>
- Henry Cohen. (2009). *Freedom of Speech and Press: Exceptions to the First Amendment*. สืบค้นเมื่อ 27 มิถุนายน 2554, จาก Congressional Research Service. www.fas.org/sgp/crs/misc/95-815.pdf
- Monica Macovei. (2004). *Freedom of Expression: A Guide to Implement of Article 10 of European Convention on Human Rights*. สืบค้นเมื่อ 25 กันยายน 2554, จาก <http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/DG2/HRHAND/DG2-EN-HRHAND-02%282004%29.pdf>
- Nurullah Yamali. (ม.ป.ป.). *The Important of Freedom of Speech*. สืบค้นเมื่อ 21 ธันวาคม 2553, จาก <http://www.justice.gov.tr/e-journal/pdf/LW7078.pdf>
- Ronald B. Standler. (1997). *Privacy Law in USA*. สืบค้นเมื่อ 2 ธันวาคม 2553, จาก <http://www.rbs2.com/privacy.html>
- Samuel D. Warren, Louis D. Brandeis. (ม.ป.ป.). *The Right to Privacy*. สืบค้นเมื่อ 15 ธันวาคม 2554, จาก http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/privacy.pdf
- Stephen Guest, and Alan Milne. (1984). *Equality and Discrimination: Essays in Freedom and Justice*. สืบค้นเมื่อ 22 กันยายน 2554, จาก [http://www.unhchr/Huridocda/Huridocda.nsf/\(Symbol\)/E.CN](http://www.unhchr/Huridocda/Huridocda.nsf/(Symbol)/E.CN)
- Toby Mendel. (2010). *Restriction Freedom of Expression: Standard and Principles Background Paper for Meetings*. สืบค้นเมื่อ 15 ธันวาคม 2554, จาก <http://www.law-democracy.org/wp-content/uploads/2010/07/10.03.Paper-on-Restrictions-on-FOE.pdf>
- United Nations. (1946). *UN General Assembly Resolution 59(1) Adopted 14 December 1946*. สืบค้นเมื่อ 2 ธันวาคม 2553, จาก <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/10/IMG/NR003310.pdf?OpenElement>

- United Nations. (1948). *United Nations General Assembly Resolution 217A (III)*, 10 December 1948. สืบค้นเมื่อ 2 ธันวาคม 2553, จาก www.un.org/cyberschoolbus/humanrights/resources/
- United Nations. (1966). *United Nations General Assembly Resolution 2200A (XXI)*, 16 December 1966, entered into force 23 March 1976. สืบค้นเมื่อ 2 ธันวาคม 2553, จาก <http://www.un-documents.net/a21r2200.htm>
- University of Minnesota. (1996). *The Johannesburg Principle on National Security, Freedom of Expression and Access to Information, Freedom of Expression and Access to Information*. สืบค้นเมื่อ 23 กันยายน 2554, จาก <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/johannesburh.html>
- U.S. Department of State. (ม.ป.ป.). *Freedom of Speech*. สืบค้นเมื่อ 27 กรกฎาคม 2554, จาก http://ruleoflawus.info/freedom_of_speech.htm

ประวัติย่อผู้วิจัย

ชื่อผู้วิจัย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ วนิดา แสงสารพันธ์

ประวัติการศึกษา

1. นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยกรุงเทพ พ.ศ. 2539
2. นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2543
3. ประกาศนียบัตรการอบรมหลักสูตรวิชาชีพทนายความ สภาทนายความ พ.ศ. 2540
4. ประกาศนียบัตรการอบรมหลักสูตรการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน สำนัก
ระงับข้อพิพาท สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม พ.ศ. 2545
5. ประกาศนียบัตรกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ (ภาคปฏิบัติ) สำนักอบรม
กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2547

ตำแหน่งปัจจุบัน

1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
2. คณะอนุกรรมการพิจารณาเรื่องราวร้องทุกข์ สภาการหนังสือพิมพ์แห่งชาติ สมัยที่ 7
3. คณะกรรมการร่วมกำกับดูแลจริยธรรมสื่อออนไลน์ สภาการหนังสือพิมพ์แห่งชาติ สมาคมนักข่าว
วิทยุโทรทัศน์แห่งประเทศไทย สมาคมสื่อออนไลน์

รางวัล

รางวัลผลงานวิจัยและรางวัลวิทยานิพนธ์ ประจำปี 2544 จาก สภาวิจัยแห่งชาติ สำนักงาน
คณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ (National Research Council of Thailand)