

สิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น: ความแตกต่างในการวิพากษ์วิจารณ์ ตามหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและประเทศไทย

พ.ต.อ. ศิริพล กุศลศิลป์วุฒิ

ผู้กำกับการฝ่ายอำนวยการ

สถาบันฝึกอบรมระหว่างประเทศเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย
(ILEA)

บทคัดย่อ

ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Expression) ไว้ในรัฐธรรมนูญ และศาลสูงสุดได้วางบรรทัดฐานไว้ว่าเสรีภาพดังกล่าวนี้เป็นกลไกสำคัญในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารในระบบตลาดเสรี (Free Market of Ideas) ซึ่งจะทำให้ประชาชนได้รับข้อมูลข่าวสารที่สมบูรณ์ สามารถวิเคราะห์ เข้าใจและตัดสินใจบนพื้นฐานของข้อมูลในสังคมอุดมปัญญานั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพและถูกต้อง การปิดกั้นการใช้เสรีภาพดังกล่าวจึงไม่อาจจะกระทำได้

สิทธิและเสรีภาพของประชาชนและสื่อมวลชน (Freedom of Press) ในการวิพากษ์วิจารณ์และเข้าถึงข้อมูลต่างๆ จึงเป็นสิทธิพื้นฐาน (Fundamental Rights) ที่แสดงถึงความเป็นมนุษย์ที่สมบูรณ์นี้ ในขณะเดียวกันสิทธิและเสรีภาพนี้ เป็นสิ่งบ่งชี้ว่าประเทศนั้นให้ความสำคัญในการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่จะต้องยอมรับฟังความเห็นที่แตกต่าง โดยเฉพาะในการบริหารรัฐกิจ และกรณีการเป็นบุคคลสาธารณะ (Public Figure) ซึ่งหมายถึงผู้รับเงินเดือนจากภาษีของประชาชนและทำกิจการเพื่อสาธารณะ (Public Service) จะต้องมีความอดทนต่อการถูกวิพากษ์วิจารณ์จากประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและสื่อมวลชนในการตรวจสอบบุคคลสาธารณะดังกล่าว โดยเฉพาะกรณีของผู้ที่ได้รับอำนาจจากประชาชนให้ใช้อำนาจบริหารรัฐกิจ ย่อมจะต้องมีความอดทนต่อการตั้งคำถามและการตรวจสอบอย่างเข้มข้น การตรากฎหมายในการปิดกั้นการใช้เสรีภาพดังกล่าวจึงสามารถกระทำได้อย่างจำกัดที่สุด รวมถึงการฟ้องร้องดำเนินคดีกับสื่อมวลชนและ

ประชาชนที่วิพากษ์วิจารณ์การทำงานของรัฐบาลจึงเป็นเรื่องที่ไม่เป็นที่ยอมรับจากสังคมประชาธิปไตยที่เคารพหลักนิติรัฐและนิติธรรม

อย่างไรก็ตาม การใช้เสรีภาพดังกล่าวย่อมมีขอบเขต เพราะสิทธิและเสรีภาพนี้เป็นสิทธิสัมพัทธ์ที่จะต้องเกี่ยวข้องกับปัจเจกชนอื่น รวมถึงความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม รัฐจึงอาจใช้อำนาจในการจัดระเบียบการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้ หากรัฐสามารถอธิบายให้เห็นถึงประโยชน์อันสำคัญยิ่งยวด จึงมีความจำเป็นอย่างที่สุดที่จะต้องใช้วิธีการในการจัดระเบียบหรือควบคุมการแสดงออกดังกล่าวได้ด้วยวิธีการที่รุนแรงน้อยที่สุด โดยเฉพาะในกรณีที่กฎหมายนั้นจะมีผลถึงขนาดที่จะทำให้การแสดงออกไม่สามารถกระทำได้เลยนั้น การแสดงออกนั้นจะต้องมีภัยอันตรายร้ายแรงต่อสังคมอย่างชัดเจนอย่างแท้จริงเท่านั้น การที่รัฐจะใช้อำนาจในการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจึงเป็นกรณีข้อยกเว้นและที่จำกัดอย่างมาก

หากเปรียบเทียบกับประเทศไทย จะพบว่ามีการใช้กฎหมายอาญาว่าด้วยหมิ่นประมาท รวมถึงการหมิ่นพระบรมเดชานุภาพตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 เป็นเครื่องมือในการจำกัดเสรีภาพของประชาชนในการแสดงความคิดเห็นและการเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นที่เกี่ยวข้องกับการบริหารราชการแผ่นดิน รวมถึงการวินิจฉัยคดีที่ยังไม่แน่นอนของศาลในการคุ้มครองบุคคลสาธารณะ และผู้พิพากษาในบางกรณีที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์หรือตั้งคำถามอันเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่หรือการพิพากษาอรรถคดี นอกจากนี้ยังมีกฎหมายพิเศษในการควบคุมการโฆษณาสินค้าประเภทต่างๆ โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการห้ามโฆษณาแอลกอฮอล์ ที่มีลักษณะเป็นการห้ามอย่างเด็ดขาดแล้ว หากพิจารณาว่าประเทศไทยยอมรับและเคารพหลักเสรีภาพดังกล่าว และเชื่อว่าประชาชนจะมีสติปัญญาเพียงพอแล้ว การปิดกั้นเสรีภาพและการจำกัดการโฆษณาแอลกอฮอล์โดยเด็ดขาดจึงไม่น่าสอดคล้องหลักรัฐธรรมนูญ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) ค.ศ.1966 ที่ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันและผูกพันมาตั้งแต่ปี พ.ศ.2539 อย่างชัดเจน

บทความนี้จึงพยายามศึกษาเปรียบเทียบหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเฉพาะในกรณีของประชาชนและสื่อมวลชนในการวิพากษ์วิจารณ์บุคคลอื่น โดยเฉพาะบุคคลที่ถือเป็นบุคคลสาธารณะ และหลักการห้ามโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของไทย ตลอดจนวิเคราะห์บางกรณีของคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการวิพากษ์วิจารณ์นักการเมือง ข้าราชการ ตลอดจนผู้พิพากษา ฯลฯ ที่ดูเหมือนจะห่างไกลจากหลักการให้ความเคารพเสรีภาพดังกล่าวในประเทศที่พัฒนาแล้วอย่างมากในอนาคตต่อไป

คำสำคัญ : กฎหมาย, สหรัฐอเมริกา, ประเทศไทย, เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

Abstract

In the United States, the Freedom of Expression or Free Speech has been strongly protect by the Constitution and the Supreme Court of the United States. Free Speech is deemed the important tools as the Free Market of Ideas to support the Democracy because this fundamental principles will allow the people to access all information and exchange their ideas and arguments and thus the people are intelligent to make their own decisions based on the complete information without any state's interference. As a result, the state cannot enact the law to limit Free Speech without the due process of law.

Freedom of Press is an example of Freedom of Expression protected by the Constitution. The Press might get the protection to criticize and distribute the different opinions to the society particularly against or toward to the people who obtain their positions as the "Public Figure," for instance, the public officials who earn their salaries form the taxation. The Public Figure, therefore, must be extremely tolerate to the criticism from the society and the press. The criminal and civil charge based on criticism is therefore is very limited and might be unacceptable in a rule-of-law democratic society.

However, the Free speech is relative rights and freedom. The state might exercise the right to regulate it base on the potential state interest with the narrow tailor means to accomplish the public interest. In any circumstance, the regulation which directly or indirectly limits the Free Speech will be unconstitutional except the state can

explain the most vital interest of state is extremely required.

When compared those principles to the situation in Thailand, it seems very different. Thailand will apply the defamation law and Lese Majeste law to control and prohibit the criticism in all form. In addition, the Court verdicts regarding about the defamation case against the public officials, politicians and Judges are somewhat inconsistent and even conflict with one another. Another issues regarding the Free Speech is the alcohols advertisement, according to the Thai law, the advertisement is very limited and almost impossible to do it. For this reason, it might not be congruent with the International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) of 1966 which Thailand has approved and ratified since 1996.

This article will narrate the legal concepts and its exception of Freedom of Expression protection between the United States and Thailand. In addition, the comparison and differentiation between the practices and court judgment of Public Figure criticism and public officials will be narrated in some details to illustrate how far the Thai legal concept needs to be improved in the future.

Keyword : law, United States, Thailand, Freedom of Expression

ส่วนที่ 1 หลักการและข้อยกเว้นเกี่ยวกับการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

1.1 หลักกติกาสากล International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR

กติกาสากล ICCPR ค.ศ.1966 ได้กำหนดหลักประกันเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of expression) ไว้ตามมาตรา 19 (2) กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิในการแสดงความคิดเห็น รวมถึงสิทธิในการแสวงหาและได้รับข้อมูลโดยปราศจากการปิดกั้น โดยอาจแสดงความคิดเห็นผ่านการเขียน ตีพิมพ์ หรือรูปแบบอื่นๆ ทางศิลปะซึ่งอาจกระทำผ่านวิธีการใดๆ หรือโดยผ่านสื่อสารมวลชนโดยเสรี อย่างไรก็ตาม การแสดงออกซึ่งความคิดเห็นดังกล่าว ตาม (2) จะต้องดำเนินการด้วยความรับผิดชอบและหน้าที่ในการเคารพในสิทธิของบุคคลอื่นๆ ตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 19 (3) ดังนั้น รัฐจึงอาจกำหนดข้อจำกัดในการแสดงความคิดเห็นได้โดยจะต้องบัญญัติเป็นกฎหมายเท่าที่จำเป็นโดยกฎหมายนั้น จะต้องตราขึ้นเพื่อรักษาชื่อเสียงของบุคคลอื่น หรือเพื่อปกป้องความมั่นคงปลอดภัยของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยหรือการสาธารณสุขหรือศีลธรรมอันดีเท่านั้น¹

สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจึงเป็นสิทธิที่ไม่สมบูรณ์และอาจถูกจำกัดได้ โดยองค์การสหประชาชาติ ได้อธิบายเพิ่มเติมไว้ใน Comment ที่ 34 ว่ารัฐที่เป็นภาคีสมาชิกของกติการะหว่างประเทศฉบับนี้ อาจจะตราข้อจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้ แต่จะต้องไม่มีผลร้ายถึงขนาดไม่ให้เกิดความคิดเห็นอันเป็นสิทธิพื้นฐานนั่นเอง โดยกฎหมายนั้นจะต้องเป็นสิ่งที่จำเป็นตามที่กำหนดในเงื่อนไขมาตรา 19 (3) เท่านั้น อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติที่ตราขึ้นจะต้องผ่านมาตรฐานที่เข้มข้นสูงสุด (strict tests) ตามหลักแห่งความจำเป็นและหลักสัดส่วน

1 United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner for Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights, <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

(necessity and proportionality) และจะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยตรงเท่านั้น ทั้งนี้ คำว่า “กฎหมาย” นั้น จะต้องสอดคล้องกับหลักการที่ว่า กฎหมายคือหลักประกันสิทธิและหลักการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐที่กำหนดไว้ในหลักนิติรัฐและนิติธรรม (rule of law) กล่าวคือ กฎหมายจะต้องใช้เพื่อควบคุมการกระทำของปัจเจกชนเป็นการทั่วไป ไม่ใช่การควบคุมความคิดหรือการห้ามอย่างใดเหตุผลตามอำเภอใจของผู้ตรากฎหมาย รวมถึงกฎหมายนั้นจะต้องกำหนดมาตรฐานในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น (sufficient guidance) มีความชัดเจนและสามารถเข้าใจโดยทั่วไปได้โดยง่ายว่าการฝ่าฝืนกรณีใดบ้างแล้วจะต้องถูกฟ้องร้องดำเนินคดี²

สำหรับเงื่อนไขที่รัฐภาคีอาจตรากฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพนั้น อาจะกำหนดให้ผู้ที่จะใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจะต้องเคารพสิทธิของผู้อื่น เช่น การไม่ถูกเลือกปฏิบัติ (freedom from discrimination) เสรีภาพจากการถูกกระทำการที่โหดร้ายทารุณ หรือการปฏิบัติที่ไร้มนุษยธรรม (freedom from cruel, inhuman or degrading treatment) สิทธิของเด็กที่ได้รับการปกป้อง รวมถึงเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงในสิทธิความเป็นส่วนตัว สิทธิในครอบครัว และสิทธิในชื่อเสียง ซึ่งการตรากฎหมายนั้น ก็จะต้องพิจารณาถึงบริบทเฉพาะเรื่อง เช่น สิทธิของเด็กที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดจากการใช้เสรีภาพของบุคคลอื่น จึงมีกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อมิให้มีการทำเกี่ยวกับการล่วงละเมิดเด็กด้วยวิธีการเผยแพร่ภาพหรือวัตถุลามกอนาจารซึ่งถือว่ามี การปกป้องมากกว่าผู้ใหญ่

นอกจากนี้ ICCPR ยังมีหลักการที่สำคัญในการอนุญาตให้จำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้โดยอาศัยเหตุผลแห่งความจำเป็นเพื่อการรักษาสีลธรรมอันดี ซึ่งองค์การสหประชาชาติได้ตระหนักถึงปัญหานี้ เพราะแต่ละสังคมจะมี

2 Australian Human Rights Commission, **Background paper: Human rights in cyberspace**, 4 permissible limitations of the ICCPR right to freedom of expression, <https://www.humanrights.gov.au/publications/background-paper-human-rights-cyberspace/4-permissible-limitations-iccpr-right-freedom>

มาตรฐานแห่งศีลธรรมที่แตกต่างกันไป Comment ที่ 34 จึงกำหนดว่า การอ้างหลักการนี้จะต้องเป็นหลักการแห่งศีลธรรมสากลที่มนุษยชาติยอมรับ (in the light of universality of human rights) และภายใต้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (principle of non-discrimination) ห้ามมิให้รัฐใดรัฐหนึ่งถือว่ามาตรฐานทางศีลธรรมของตนเองเป็นสำคัญเหนือกว่าในการตรากฎหมายนั้น สำหรับการอ้างเหตุผลว่า จะต้องรักษาความสงบเรียบร้อย หรือ public order นั้น จะต้องไม่ใช่เพียงการอ้างว่า “เพื่อความสงบเรียบร้อย” ตามอำเภอใจของผู้ปกครอง เนื่องจากอำนาจของรัฐ (police power) จะต้องใช้อย่างชอบธรรม เพื่อประโยชน์อันสำคัญอย่างยิ่งยวดต่อสาธารณะที่ชอบด้วยกฎหมายอย่างแท้จริง ไม่ใช่เพียงในความหมายของการควบคุมกิจกรรมทั่วไปของประชาชนเพื่อ “ความสงบสุข” ตามที่ผู้ปกครองปรารถนา ดังนั้นการตรากฎหมายในกรณีนี้จึงต้องถูกตรวจสอบอย่างเข้มข้นตามหลักเหตุผล ความจำเป็นอันยิ่งยวดและหลักสัดส่วนที่รุนแรงน้อยที่สุด และยังมีทางเลือกแก่สังคมในการแสดงความคิดเห็น โดยองค์การสหประชาชาติ ได้กำหนดแนวทางในการตรากฎหมายตามหลัก “จำเป็น (necessary) และหลักสัดส่วน (Principle of proportionality)” ไว้ว่า มาตรการที่ตราขึ้นเพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจะต้องสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐมุ่งปกป้องอย่างแท้จริง โดยจะต้องเป็นวิธีการที่รุนแรงน้อยที่สุดในบรรดาวิธีการหรือมาตรการที่มีอยู่ทั้งหมด โดยเมื่อเปรียบเทียบกับผลประโยชน์หรือวัตถุประสงค์ที่มุ่งคุ้มครองว่าได้สัดส่วนกันหรือไม่เพียงใด โดยเฉพาะในบริบทที่ประเทศนั้นยึดมั่นและเคารพในหลักประชาธิปไตย สาธารณชนจะต้องสามารถตั้งข้อสงสัยหรือวิพากษ์วิจารณ์บุคคลที่เป็นบุคคลสาธารณะ หรือนักการเมืองได้ เมื่อรัฐจะตรากฎหมายห้ามวิพากษ์วิจารณ์ รัฐจะต้องแสดงถึงหลักการพื้นฐานที่ชอบธรรม (legitimate ground) ว่าการกระทำของปัจเจกชนนั้นจะก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อรัฐที่ชัดเจนอย่างไร การตรากฎหมายนั้นมีความจำเป็นและบรรลุวัตถุประสงค์ที่มุ่งคุ้มครองหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำนั้นกับภัยอันตรายต่อรัฐนั้นจะเกิดขึ้นอย่างมีนัยยะสำคัญอันสืบเนื่องจากการแสดงความคิดเห็นได้อย่างไร เป็นต้น

หากพิจารณาถึงบทบัญญัติมาตรา 19 (1) แล้ว ยังมีความชัดเจนว่า กติกาสากลได้ให้ความสำคัญต่อการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก (Freedom of opinion and expression) โดยห้ามมิให้มีข้อจำกัดใดๆ เนื่องจาก ถือว่า หลักการนี้เป็นเงื่อนไขที่จำเป็นในการที่จะส่งเสริมให้เป็นมนุษย์โดยสมบูรณ์ (indispensable conditions for the full development of the person)³ และถือเป็นองค์ประกอบที่ขาดไม่ได้ในสังคม โดยประกอบกันเป็นหลักการพื้นฐาน ที่หนักแน่นสำหรับสังคมเสรีประชาธิปไตย โดยเสรีภาพดังกล่าวจะเป็นกลไกสำคัญ ในการแลกเปลี่ยนซึ่งความคิดเห็นอันนำไปสู่การพัฒนาทางสังคม โดยเฉพาะ การแสดงออกซึ่งความคิดเห็น (expression) นั้น ถือเป็นจักรสำคัญที่ส่งเสริมให้ หลักความโปร่งใสและความรับผิดชอบ (principles of transparency and accountability) เกิดขึ้นเป็นจริงได้ และท้ายที่สุด หลักการดังกล่าวจะนำมาซึ่งการ ปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและสังคมโดยส่วนร่วม คณะกรรมการสิทธิ มนุษยชนแห่งสหประชาชน จึงเห็นว่า หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในความคิดเห็นและการแสดงความคิดเห็นนี้ ไม่อาจถูกจำกัดโดยรัฐ จนถึงขนาดทำให้ไม่สามารถวิพากษ์วิจารณ์ใดๆ ได้ แม้ว่ารัฐจะอ้างว่า รัฐอยู่ช่วงสถานการณ์พิเศษหรือ สถานการณ์ฉุกเฉิน (state of emergency) ก็ตาม⁴ ตามหลักการนี้ ยังได้รับรอง สิทธินี้ให้รวมถึงสิทธิในการเข้าถึงข้อมูล รับรู้ข่าวสารต่างๆ ทั้งทางการเมืองและการ บริหารราชการ โดยเฉพาะการวิพากษ์วิจารณ์หรือแสดงความคิดเห็นต่อการบริหารรัฐ กิจหรือต่อการออกเสียงเลือกตั้ง (public affairs and the right to vote) ถือเป็น สาระสำคัญต่อหลักการคุ้มครองนี้ ดังนั้น รัฐภาคีจะต้องกำหนดกฎหมายภายใน ที่จะต้องส่งเสริมให้สิทธิและเสรีภาพในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารทางการเมือง ระหว่างประชาชน หรือผู้มีส่วนได้เสียต่างๆ ให้มีความสำคัญและเป็นจริง โดยเฉพาะ

3 Human Rights Committee, International Covenant on Civil and Political Rights, General Comment No.34, 12 September 2011, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>

4 *Id.* Comment No.34 para.5

สิทธิและเสรีภาพของสื่อสารมวลชนจะต้องสามารถเสนอความคิดเห็นต่อสาธารณะ โดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ และจะต้องไม่มีการตรวจสอบหรือปิดกั้น (censorship or restraint) อีกด้วย⁵

สำหรับการตรากฎหมาย และการใช้กฎหมายภายใต้หลัก มาตรา 19 (3) นั้น หากมีผลเป็นการห้ามเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ หรือมีการใช้กฎหมายว่าด้วยการทรยศต่อชาติ (treason law) หรือ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของชาติ (national security) หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบสิ่งพิมพ์ หรือการควบคุมความประพฤติของสมาชิกสังคมให้เชื่อและเชื่อฟัง (Sedation law) จะถือว่าขัดต่อหลักการตามมาตรา 19 (3) นี้ หากมีการปราบปราม หรือยับยั้งการนำเสนอข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ โดยชอบธรรม ซึ่งไม่มีข้อเท็จจริงใดๆ ที่จะแสดงอย่างชัดแจ้งว่าเป็นภัยต่อความมั่นคงแห่งชาติ หรือการจับกุม ฟ้องร้องสื่อสารมวลชน นักวิชาการ หรือนักกิจกรรม เพื่อสังคม รวมถึงนักสิทธิมนุษยชนอันเนื่องมาจากการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารดังกล่าว ดังนั้น การตรากฎหมายใดๆ จะต้องไม่อ้างความจำเป็นอย่างกว้างขวางของคลอบคลุมไปทุกๆ เรื่อง (necessity for a legitimate purpose must not over broad)⁶ หรืออ้างเหตุผลลอยๆ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีเท่านั้น หากรัฐอ้างดังกล่าว ก็ถือว่าละเมิดพันธะสัญญาต่อกติการะหว่างประเทศนี้ ดังเช่นกรณีของประเทศไทย ซึ่งเป็นภาคีสมาชิกและยอมรับความผูกพันตามกติกา ICCPR นับแต่ปี พ.ศ.2539 เป็นต้น ย่อมจะต้องให้การยอมรับและคุ้มครองเสรีภาพ

5 *Id.* Para.20 อย่างไรก็ตาม รัฐบาลไทยมีแนวคิดที่จะควบคุมการใช้อินเทอร์เน็ตด้วยการจัดตั้ง Single Gateway ซึ่งจะมีผลเป็นการควบคุมการแสดงความคิดเห็นของประชาชนโดยตรง โปรดดู Modern Radio – FM 100.5, “โฆษกรัฐบาลย้ำ Single Gateway เป็นแค่เพียงการศึกษาข้อมูลรอบทุกฝ่ายทำความเข้าใจถ่วงถ้อยอย่าหลงเชื่อผู้ไม่หวังดี รัฐบาลมุ่งผลักดันเศรษฐกิจชาติด้วยดิจิทัลเผยแพร่เมื่อ “วันที่ 2 ตุลาคม 2558” ออนไลน์, <http://mcot-web.mcot.net/fm/1005content.php?id=560e1e02be047005fe8b#4721.VharhfmqpbC>

6 *Id.* Para.33-34

ในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออกตามที่กำหนดไว้ด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ ประเทศไทยไม่ได้ตั้งข้อสงวนแต่ประการใดจึงถือว่าประเทศไทยยอมรับที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวโดยปราศจากเงื่อนไข⁷

1.2 หลักรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา: การคุ้มครอง กฎเกณฑ์ และข้อยกเว้น⁸

(1) หลักรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมตามมาตรา 1 (The First Amendment)

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Free speech) ตามหลักรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 1 (The First Amendment to the U.S. Constitution) ที่บัญญัติว่า รัฐสภาจะต้องไม่กำหนดกฎหมายใดๆ ในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการตีพิมพ์สื่อสิ่งพิมพ์ หรือสิทธิในการชุมนุม และ การเรียกร้องให้รัฐบาลในการแก้ไขความเดือดร้อนของประชาชน อย่างไรก็ตามเสรีภาพดังกล่าวแม้จะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแต่หาใช่จะไม่มีข้อจำกัดไม่ ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาได้พัฒนาหลักการพิจารณาว่าการตรากฎหมายของรัฐบาลนั้นจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายนั้นเองว่า เป็นการตรากฎหมายเพื่อจำกัดการแสดงความคิดเห็นโดยตรง (Content-based) หรือเป็นเพียงการจัดระเบียบการแสดงความคิดเห็นที่ไม่มีผล

7 กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ,สาระสำคัญกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) ว่าด้วยสาระสำคัญ และคำแปลถึงความ, ออนไลน์.

http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_1/International_HR/2557/tran_ICCPR-2.pdf

8 เนื้อหาส่วนใหญ่มาจากเอกสารประกอบการสอนวิชาหลักกฎหมายมหาชนและเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นของผู้เขียน ในหลักสูตรปริญญาเอก คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยปทุมธานี รวมถึงรายงานวิจัย เรื่อง ผลกระทบจากพ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และนโยบายของรัฐ กับสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น” ซึ่งนำเสนอต่อมูลนิธิไฮนริค เบิลล์ เอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยสาวตรี สุขศรี, พันตำรวจเอก ศิริพล กุศลศิลป์บุฒิ และอรพิน ยิ่งยงวัฒนา, 2550

ต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้น (Content-neutral) โดยหากรัฐทำการควบคุมเนื้อหาในลักษณะที่เป็น Content-based ศาลจะทำการตรวจสอบกฎหมายนั้นอย่างเข้มข้น ตามหลัก Strict scrutiny หรือ Strict test ในขณะที่การจำกัดเสรีภาพในลักษณะ Content-neutral ที่ไม่ได้มีลักษณะการจำกัดเสรีภาพในเนื้อหา หากเป็นเพียงการจัดระเบียบเรื่อง เวลา (Time) สถานที่ (Place) วิธีการในการแสดงความคิดเห็น (Manner) ศาลจะตรวจสอบโดยไม่พิจารณาในเนื้อหา และมักจะวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในสหรัฐอเมริกาผู้นั้นยอมรับว่า ถ้อยคำอันเกิดจากเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้น อาจจะก่อให้เกิดลักษณะที่เป็นผลร้ายต่อบุคคลอื่น แต่ถ้าหากผลร้ายดังกล่าวอาจคลี่คลายโดยการนำเสนอข้อมูลของอีกฝ่ายในการหักล้างข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้ว การที่รัฐสั่งห้ามการนำเสนอข้อมูลดังกล่าวโดยสิ้นเชิงจะถือว่าเป็นมาตรการที่เกิดความจำเป็น (Whenever the harm feared could be averted by a further exchange of ideas, governmental suppression is conclusively deemed unnecessary.) โดยศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา โดยท่านผู้พิพากษา Justice Holmes เคยวางหลักเกณฑ์สำคัญไว้ว่า ตามเจตนารมณ์ของการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้น ไม่ใช่หน้าที่ของรัฐโดยตรงในการห้ามหรือจำกัดข้อมูลที่ไม่ตรงกับความจริง แต่เป็นกรณีที่กลไกทางสังคมโดยกระบวนการแลกเปลี่ยนข้อมูลหรือเสรีภาพในการนำเสนอข้อมูลหักล้างกัน (Marketplace of ideas) ในสังคม จะทำหน้าที่ในการทำให้สังคมได้รับทราบข้อมูลใดเป็นจริงหรือเท็จ (*Abrams v. U.S.* 250 U.S. 616 (1919)) ดังนั้นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเท่านั้น ที่จะทำให้สังคมได้เข้าใจว่าสิ่งใดที่เป็นจริงเว้นแต่ โดยสภาวะแวดล้อมกรณีจำเป็นอย่างยิ่งยวดที่ไม่อาจจะหลีกเลี่ยงได้อย่างแท้จริงเท่านั้น รัฐจะต้องเข้ามาจัดการแก้ไขปัญหาดังกล่าว เนื่องจาก ถ้อยคำดังกล่าว ไม่อาจจะหักล้างหรือค้นหาความจริงได้โดยกระบวนการนำเสนอข้อมูลหักล้าง เช่น ถ้อยคำนั้น เป็นสิ่งที่ไม่ได้รับการปกป้องตามรัฐธรรมนูญ เป็นต้นว่า ถ้อยคำ

ประเภทยั่วให้ประชาชนมีพฤติกรรมละเมิดกฎหมายอย่างร้ายแรงและเป็นภัยต่อสังคมอย่างแท้จริง หรือ เป็นการหมิ่นประมาท หรือ ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาทระหว่างปัจเจกชน ได้แก่ ผู้กล่าวถ้อยคำ และ ผู้ได้รับความเสียหายจากการกล่าวถ้อยคำดังกล่าว รัฐจึงอาจจะมีมาตรฐานทางกฎหมายที่ถูกต้องและชอบธรรมในการจัดการหรือควบคุมการกระทำการดังกล่าว เช่น การดำเนินคดีโดยชอบด้วยหลักนิติธรรมและนิติรัฐ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ถ้อยคำที่ไม่ได้รับการปกป้องตามรัฐธรรมนูญ คือ ถ้อยคำที่ไม่อาจจะให้ข้อมูลอีกด้านหนึ่งหักล้างได้ (Free trade in ideas) เพื่อให้ประชาชนผู้รับฟังสามารถใช้วิจารณญาณพิจารณาว่าข้อมูลฝ่ายใดถูกต้องเป็นจริง หรือเป็นกรณีที่มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลนั้น ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์หรือมีคุณค่าแก่สังคมน้อย กรณีดังกล่าว รัฐก็อาจจะตรากฎหมายจำกัดหรือควบคุมหรือจัดระเบียบการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้

(2) ถ้อยคำที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ

สหรัฐอเมริกา ยอมรับว่ารัฐบาลสามารถห้ามมิให้มีการเผยแพร่ถ้อยคำใดๆ หรือจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอย่างเด็ดขาด เนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวไม่ถึงว่าได้รับคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ถ้อยคำที่มีลักษณะสื่อทางเพศลามกอนาจาร (Obscenity) ข้อความอันเป็นเท็จโดยการหลอกลวง (fraudulent misrepresentation) การใส่ความให้ร้าย (Defamation) การยุยงให้มีการกระทำความผิดกฎหมายอย่างร้ายแรง (Advocacy of imminent lawless) หรือยั่วให้มีการต่อสู้หรือทำร้ายกัน (Fighting words) ⁹ รวมถึงการห้ามนำภาพเด็กเยาวชนมาตีพิมพ์ หรือโพสต์ในอินเทอร์เน็ต เป็นต้น เนื่องจากการแสดงความคิดเห็น ซึ่งรวมถึงการเผยแพร่ภาพ และข้อความดังกล่าวไม่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งพอจะยกตัวอย่างได้ ดังนี้

9 Steven L. Emanuel, *Constitutional Law*, (Aspen Law & Business Publisher, 2003) p. 445

ถ้อยคำใดช่วยให้มีการกระทำผิด (Advocacy of illegal conduct)

นั้น รัฐจะต้องแสดงเหตุผลอย่างชัดแจ้งว่า การแสดงออกซึ่งถ้อยคำใดๆ มีเจตนารมณ์เพื่อการปลุกเร้า หรือก่อให้เกิดการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือทำให้ผู้อื่นในสภาวะไร้กฎหมายอันเป็นภัยอย่างร้ายแรง และถ้อยคำดังกล่าวนั้น จะต้องมีความโน้มหรือลักษณะที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายในทางข้อเท็จจริงได้ ดังกล่าวข้างต้นโดยแท้จริง ไม่ใช่เพียงกล่าวอ้างลอยๆ ว่าน่าจะเกิดเหตุ หรือคิดไปเองโดยไม่มีหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้แห่งเหตุร้ายนั้น

ถ้อยคำที่มีลักษณะเป็น Fighting words จะต้องมีความที่อาจก่อให้เกิดบุคคลอื่นซึ่งได้รับผลกระทบจากการกล่าวถ้อยคำดังกล่าวให้เกิดการกระทำที่รุนแรง (act of violence) เกิดขึ้นกับผู้กล่าวถ้อยคำดังกล่าว ส่วนวิธีการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจนั้นค่อนข้างจำกัดอย่างมาก โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการชุมนุมสาธารณะ เจ้าหน้าที่ตำรวจ อาจจะต้องใช้เทคนิควิธีการในการควบคุมหรือดูแลฝูงชน แทนการจับกุมผู้กล่าวถ้อยคำดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในสหรัฐอเมริกา นั้น จะมีการคุ้มครองที่กว้างขวางกว่าประเทศอื่นๆ เพราะถ้อยคำที่มีลักษณะรุนแรงหรือก้าวร้าว (Offensive language) เช่น การไม่นับถือพระเจ้า หรือสิ่งศักดิ์สิทธิ์ หรือความเชื่อทางศาสนา หรือที่เกี่ยวข้องกับเชื้อชาติ นั้น ไม่ถือเป็นสิ่งที่ต้องห้าม และถือว่าได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ รัฐไม่อาจออกกฎหมายจำกัดได้

สิ่งลามกอนาจาร (Obscenity) โดยปกติแล้ว การใช้เสรีภาพในการแสดงความเห็น หรือการแสดงออก โดยการเผยแพร่สิ่งลามกอนาจาร (Obscene) เป็นสิ่งที่ไม่ได้รับการปกป้องตามรัฐธรรมนูญ โดยงานใดจะถือเป็นสิ่งลามกอนาจารนั้น มีการวางหลักการไว้ว่าจะก่อให้เกิดความรู้สึกทางเพศ หรือ Prurient interest กล่าวคือ เป็นกรณีที่วิญญูชนทั่วไปในสังคมนั้นๆ เห็นว่าโดยรวมแล้วงานดังกล่าวมีลักษณะที่ก่อให้เกิดความใคร่ หรือความต้องการทางเพศ นอกจากนี้ยังพิจารณาถึง Sexual conduct กล่าวคือ งานดังกล่าวมีลักษณะบรรยายหรือแสดงให้เห็น

ภาพที่มีลักษณะหรือพฤติกรรมทางเพศที่ชัดแจ้ง (Patently offensive sexual conduct) และประการสุดท้าย คือ Lacks value กล่าวคืองานดังกล่าวเป็นงานที่ขาดคุณค่าไม่ว่าจะเป็นคุณค่าทางวรรณกรรม ศิลปกรรม หรือการเมือง หรือทางวิทยาศาสตร์

การควบคุมการโฆษณา หรือ Commercial speech หรือ เพื่อประโยชน์ทางการค้านั้น ปกติย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ แต่การคุ้มครองนี้จะน้อยกว่าการคุ้มครองสำหรับถ้อยคำที่ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ทางการค้า โดยรัฐจะทำการควบคุมการโฆษณาสินค้าในด้านเนื้อหาที่มีความถูกต้องน่าเชื่อถือหรือไม่ (Truthful speech) เป็นสำคัญ แต่จะไม่ห้ามโฆษณาสินค้านั้นๆ โดยมีวิธีการควบคุมการโฆษณาหลายประการ เช่น เวลา สถานที่ หรือวิธีการโฆษณา ภายใต้หลักการคุ้มครองประโยชน์อันสำคัญโดยตรงของรัฐ (directly advancing a substantial governmental interest) และวิธีการที่มีเหตุผลอันสมควร (reasonably tailored to achieve governmental interest) โดยเป็นวิธีการที่เบาที่สุด รัฐก็สามารถตรากฎหมายเกี่ยวกับการวิธีการโฆษณาได้ ดังนั้น การห้ามโฆษณาอย่างเด็ดขาดจึงกระทำไม่ได้ เว้นแต่เนื้อหาโฆษณานั้นไม่ถูกต้องไม่น่าเชื่อถือ (Truthful speech) เช่น มีลักษณะหลอกลวงทำให้ประชาชนหลงผิด หรือกระทำผิดกฎหมาย (False, Deception, or Illegal) รัฐอาจจะจำกัดหรือห้ามการเผยแพร่ได้อย่างเต็มที่¹⁰

(3) มาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับการแสดงออก¹¹

หากรัฐจำเป็นต้องตรากฎหมายที่มีผลเป็นการควบคุมการแสดงออกในเนื้อหา (Content-based) โดยตรงศาลสูงสุดจะสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นกฎหมาย

10 John E. Nowak, Ronald D. Rotunda, *Principle of Constitutional Law*, (Thomson & West, 2004) pp.582-597

11 ศิริพล กุศลศิลปภูมิ, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 9.

ที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เว้นแต่รัฐจะพิสูจน์ตามมาตรฐานขั้นสูงสุด (Strict scrutiny) ได้ว่า กฎหมายนั้นเป็นมาตรการคุ้มครองผลประโยชน์อันจำเป็นอย่างยิ่งยวดของรัฐ (Compelling government objective) มาตรการนั้นจำเป็น (Necessary) ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และเป็นวิธีการที่รุนแรงน้อยที่สุด และแคบที่สุด (Narrowly as possible to achieve that objective) ในการคุ้มครองประโยชน์ของรัฐนั้น

ส่วนกฎหมายที่ไม่ได้จำกัดเนื้อหาในการแสดงความคิดเห็น ในลักษณะเป็น Content-neutral ศาลจะทำการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย มาตรการที่เข้มข้นน้อยกว่า โดยพิจารณาว่ากฎหมายนั้นต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์อันสำคัญของรัฐ (Significant governmental interest) วิธีการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้น ต้องเป็นวิธีการที่รุนแรงน้อยที่สุด (Narrowly tailored to serve that governmental interest) และการกำหนดทางเลือกในการแสดงความคิดเห็น (Alternative channels) ซึ่งรัฐจะต้องเปิดโอกาสหรือทางเลือกให้แก่ประชาชนในการเลือกสื่อสารเนื้อหาดังกล่าวได้ ศาลสูงสุดยังได้จำกัดขอบเขตของวัตถุประสงค์กฎหมายและวิธีการที่ใช้จะต้องไม่กว้างขวางเกินไปสมควร (Overbreadth) โดยกฎหมายดังกล่าว อาจจะมีบทบัญญัติที่คลุมเครือ ไม่ชัดเจน (Vagueness) ก็จะต้องว่าขัดหลักรัฐธรรมนูญนี้ ตัวอย่างเช่น ไม่มีนิยามที่ชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้วิญญูชนเข้าใจได้ ไม่ต้องใช้ดุลพินิจหรือคาดเดาความหมายที่แท้จริงของกฎหมายหรือข้อห้ามดังกล่าว

การจัดระเบียบวิธีการแสดงออกซึ่งความคิด อาจจำแนกเป็นการจำกัดเฉพาะเกี่ยวกับ Time, Place และ Manner หรือ TMP ซึ่งโดยทั่วไป การแสดงความคิดเห็น ไม่จะถูกจำกัดโดยการขออนุญาต (License or Permit) ก่อนแสดงออกซึ่งความคิดเห็นได้ เว้นแต่ จะจำเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งจะต้องเป็นกรณี ที่เฉพาะเจาะจงและใช้อย่างจำกัด (Specifically and narrowly) ซึ่งในกรณีดังกล่าวอาจจะต้องมีการใช้ดุลพินิจอย่างระมัดระวังอย่างยิ่งของเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบ

ในกรณีที่ใช้เสรีภาพแสดงออกซึ่งความคิดเห็นนั้น เป็นสิ่งที่ประชาชนทั่วไปอาจจะเข้าถึงได้ (Public Forum) หากรัฐประสงค์จะควบคุมการใช้เสรีภาพดังกล่าว จะต้องพิสูจน์ได้ว่า การควบคุมดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลประโยชน์อันสำคัญอย่างสูงสุดต่อประเทศ (Significant governmental interest) และวิธีการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว จะเป็นวิถีทางที่เบาและแคบที่สุดในการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว (Narrowly drawn to achieve a significant government interest) นอกจากนี้ กฎเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการจำกัดสิทธิโดยสิ้นเชิงในการแสดงความคิดเห็น แต่ยังคงให้ทางเลือกในการแสดงสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว (Alternative channels available) สำหรับสถานที่อื่นจะถือว่าเป็น Public Forum ได้แก่ สถานที่เปิดให้ประชาชนได้เข้าไปใช้ได้ หรือ สามารถเข้าถึงได้โดยไม่มีข้อหวงกั้น แต่สำหรับสถานที่ซึ่งไม่ถือเป็น Public Forum ได้แก่ สถานที่หรือ อาณาบริเวณซึ่งรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐมีอำนาจโดยชอบธรรมที่จะหวงกั้นได้ เป็นต้นว่า สนามบิน หรือ สถานที่ราชการ หลังเวลาทำการ ซึ่งกรณีนี้ รัฐมีอำนาจโดยชอบธรรมมากขึ้นที่จะจำกัดสิทธิในการแสดงความคิดเห็น โดยอาจจะกำหนดกฎเกณฑ์ซึ่งมีเหตุผลเพียงพอเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐ แต่รัฐจะต้องมีช่องทางให้ประชาชนได้แสดงความคิดเห็นของตนอยู่ด้วย จะเห็นได้ว่าสิทธิของประชาชนในการแสดงความคิดเห็นจะมีมากในพื้นที่สาธารณะและจะลดลงในพื้นที่ที่ไม่ใช่พื้นฐานที่สาธารณะ โดยเฉพาะในสถานที่หรืออาณาบริเวณที่ถือว่าเป็นสถานที่หรืออาณาบริเวณซึ่งผู้ที่มีสิทธิได้หวงกั้นเฉพาะ สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวก็จะถูกจำกัดลงไปจนกระทั่งไม่มีสิทธินั้นเลย

(4) การใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการวิพากษ์วิจารณ์การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่รัฐ

ในสหรัฐอเมริกา นั้น การให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน และสื่อมวลชนในการเข้าถึงการบริหารรัฐกิจ และการรับรู้ข่าวสารจากภาครัฐ ถือเป็นหลักการสำคัญที่จะต้องได้รับความคุ้มครอง ในกรณีที่ผู้มีความเสียหายเกิดขึ้น

จากการแสดงความคิดเห็น บุคคลทั่วไป อาจจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายนั้นได้ จากการกระทำละเมิดดังกล่าว แต่ถ้าโจทก์เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Public official) หรือเป็นบุคคลสาธารณะ (Public figure) ย่อมสามารถถูกวิพากษ์วิจารณ์ได้ การฟ้องร้องคดี และการที่โจทก์จะสามารถจะชนะคดีได้ จะต้องพิสูจน์ได้ว่าผู้แสดงความคิดเห็นนั้นทราบดีว่าถ้อยคำดังกล่าวเป็นเท็จ หรือ มีพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่ามีเจตนาที่ละเลยการค้นหาความจริง (Reckless disregard) ว่าเป็นเท็จหรือไม่ ทั้งๆ ที่สามารถดำเนินการได้ ทั้งนี้ ในการฟ้องคดี เจ้าหน้าที่รัฐอาจจะต้องพิสูจน์ว่า มีการแจ้งข้อเท็จจริงไปแล้วแก่สื่อมวลชน แต่ก็ยังมีการเสนอข้อความอันเป็นเท็จ จึงถือได้ว่ามีเจตนาทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเสียหาย จึงจะสามารถฟ้องร้องสื่อมวลชน หรือผู้วิพากษ์วิจารณ์ได้ การใช้สิทธิเจ้าหน้าที่ของรัฐในการฟ้องร้องสื่อมวลชนหรือประชาชน จึงจำกัดอย่างมาก กล่าวโดยสรุป แนวคิดทั่วไป สำหรับการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 1 แห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่แก้ไขเพิ่มเติมนั้น ห้ามมิให้รัฐกระทำการใดๆ ที่จะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น หรือเสรีภาพในการเสนอข่าวสารของสื่อสารมวลชน หรือสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการรวมกลุ่มเพื่อเดินขบวนหรือประท้วงโดยสันติ รวมถึงการยื่นคำร้องคัดค้านต่อรัฐบาลหรือเรียกร้องให้รัฐบาลแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนของตนเอง การฟ้องร้องสื่อมวลชนเพราะเสนอข่าว หรือตั้งคำถาม หรือวิพากษ์วิจารณ์การบริหารรัฐกิจทั้งหลายจึงไม่อาจกระทำได้ โดยมีคดีบรรทัดฐานสำคัญ ได้แก่ *New York Times Co. v. Sullivan* ในปี ค.ศ.1964 ซึ่งจะกล่าวในรายละเอียดต่อไป

(5) ตัวอย่างคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น

การศึกษาพบว่าการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหลายกรณี เช่น

กรณีแรก ข้อห้ามของรัฐในการโฆษณา เพราะเกรงว่า ผู้บริโภคซึ่ง

ได้รับฟังเนื้อหาการโฆษณาจะซื้อขายที่มีราคาถูก และ คุณภาพต่ำ ซึ่งท้ายที่สุดศาลได้ชี้แจงน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ที่รัฐอ้างถึงและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกับผลประโยชน์ของประชาชนที่จะได้รับข้อมูลข่าวสารทุกด้านอย่างครบถ้วนแล้ว เห็นว่าข้อจำกัดของรัฐนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นมาตรการที่กว้างขวางเกินกว่าหลักความจำเป็นและหลักสัดส่วน (*Virginia Pharmacy Board v. Virginia Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976)) จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 1 ที่แก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกา

กรณีที่สอง การที่รัฐห้ามบุคคลใดๆ ทำการเผยแพร่เอกสารใดๆ ซึ่งมีลักษณะจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย กรณีนี้ ย่อมถือว่าเป็นการจำกัดในเนื้อหาของถ้อยคำที่จะเผยแพร่ด้วย (*Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971)) หรือ ตามกฎหมาย Federal Espionage Act of 1917 ได้ห้ามมิให้บุคคลใดกระทำการขัดขวางการออกหมายเกณฑ์ทหาร หรือการกระทำการใดๆ ที่ก่อให้เกิดความไม่จงรักภักดีหรือเชื่อฟังกองทัพ การที่จำเลยพูดในลักษณะที่ทำให้ประชาชนเห็นว่า การออกหมายเกณฑ์เพื่อไปทำสงครามกับประเทศอื่นในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 นั้นไม่ถูกต้องเหมาะสมแล้วถูกจับกุมดำเนินคดี ย่อมถือว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพอันเนื่องมาจากเนื้อหาที่กล่าวไป (*Debs v. U.S.*, 249 U.S. 211 (1919)) ถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามมาตรฐาน Strict Scrutiny standard

กรณีที่สาม กรณีที่รัฐได้กำหนดข้อห้ามมิให้ถาวรทุกก่อให้เกิดเสียงดัง ในขณะที่ขับซัวร์ยนต์บนทางสาธารณะนั้น กรณีนี้ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยตรง มาตรฐานที่ศาลใช้ในการตรวจสอบย่อมจะแตกต่างจากกรณีที่เป็น Content-based ข้างต้น รัฐจึงอาจจัดระเบียบการใช้เสรีภาพดังกล่าวได้ (*Kovacs v. Cooper*, 336 U.S. 77 (1949))

กรณีที่สี่ กรณีที่รัฐห้ามแจกจ่ายใบปลิว โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะรักษาความสะอาดของบ้านเมืองโดยเด็ดขาดทุกกรณี ข้อห้ามดังกล่าว อาจจะต้องถือว่า

ขัดรัฐธรรมนูญ เพราะตามรัฐธรรมนูญ หากไม่มีทางเลือกให้ประชาชนได้ใช้เสรีภาพดังกล่าวเลย เป็นต้น (*Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939))

กรณีที่ห้า การวิพากษ์วิจารณ์เจ้าหน้าที่ของรัฐ อันรวมถึงผู้พิพากษาซึ่งได้รับเงินเดือนจากภาษีประชาชน ย่อมถือเป็นบุคคลสาธารณะ (public figure) รัฐจึงไม่อาจจะบัญญัติโทษทางอาญา เพียงเพราะถ้อยคำดังกล่าววิพากษ์วิจารณ์ อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีหน้าที่ปฏิบัติงานเพื่อสาธารณชน (*R.A.V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 84 S.Ct. 710, 11 L.Ed.2d 686 (1964))

กรณีที่หก กรณีการแสดงความเห็นกระดานข่าวหรือพื้นที่สาธารณะ ในคดี *Metromedia, Inc., v. San Diego*, 435 U.S. 490 (1981) ซึ่งห้ามมิให้มีการเผยแพร่หรือประกาศข้อมูลข่าวสารใดๆ บนพื้นที่หรือกระดานสาธารณะที่ไม่ใช่การโฆษณาทางการค้า เว้นแต่เป็นการประกาศเกี่ยวกับอุณหภูมิ หรือ สภาพอากาศ ฯลฯ หรือตามที่กฎหมายกำหนดอนุญาตไว้ ศาลพิพากษาว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐไม่มีอำนาจที่จะเลือกหรือกำหนดได้ว่าถ้อยคำใดควร จะประกาศบนพื้นที่สาธารณะหรือไม่ การเลือกปฏิบัติหรือสองมาตรฐานไม่อาจกระทำได้ รัฐจะต้องกำหนดข้อห้ามหรือให้ปฏิบัติโดยเสมอภาค

กรณีที่เจ็ด การห้ามถือป้ายประท้วงถือเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้น เป็นกรณีที่เกินจำเป็นจึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังเช่น คดีตัวอย่าง *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988) ซึ่ง District of Columbia ได้ตรากฎหมายห้ามมิให้มีการแสดงป้ายหรือสัญลักษณ์ใดๆ ในระยะ 500 หลา ของสถานทูตใดๆ เพื่ออารักขาไว้ซึ่งศักดิ์ศรีและบูรณาการของรัฐต่างชาติ เพราะการแสดงป้ายดังกล่าวอาจจะนำมาซึ่งความเกลียดชังของสาธารณะได้ ศาลสูงสุดได้ใช้มาตรฐาน Strict Scrutiny ในการตรวจสอบวิธีการควบคุมของรัฐ และเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ แม้ว่าผลประโยชน์ที่รัฐหมายมุ่งจะคุ้มครองนั้นจะสำคัญอย่างยิ่งยวดก็ตาม แต่วิธีการนั้น ไม่ใช่เป็นวิธีการที่เบาที่สุดในการบรรลุวัตถุประสงค์

ดังกล่าว หากรัฐประสงค์จะควบคุมการกระทำใดๆ ที่กระทบต่อเกียรติศักดิ์ของรัฐต่างประเทศ ก็จะต้องกำหนดลักษณะการกระทำที่ชัดเจน เช่น การกระทำที่เป็นการข่มขู่ บังคับ ก่อให้เกิดอันตราย หรือ การไล่ล่าติดตาม ซึ่งถือว่าไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นต้น

กรณีที่แปด ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดหลักเกณฑ์เป็นบรรทัดฐานสำคัญเอาไว้ว่า รัฐไม่อาจจะกำหนดหรือมีวิธีการปฏิบัติที่แตกต่างโดยให้เป็นประโยชน์กับอีกฝ่ายหนึ่ง เหนืออีกฝ่ายหนึ่ง ในกรณีที่มีความเห็นแตกต่างกัน ในประเด็นเดียวกัน และไม่อาจจะมีข้อกำหนดให้หรือห้ามอีกฝ่ายหนึ่งได้แสดงความคิดเห็นในประเด็นนั้น เช่น ในคดี *Consolidated Edison v. Public Serv. Commission*, 447 U.S. 530 (1980) ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลได้สั่งห้ามมิให้ New York Public Service Commission สั่งมิให้มีการถกเถียงในประเด็นเกี่ยวกับประโยชน์จากการมีโรงงานพลังงานนิวเคลียร์ เนื่องจากรัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองความคิดเห็นที่แตกต่างและประเด็นความคิดเห็นที่อาจจะได้รับการถกเถียงจากสังคมได้ทุกประเด็น

กรณีที่เก้า การจัดการเกี่ยวกับถ้อยคำที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech) หลักการทั่วไป คือรัฐไม่อาจจำกัดหรือห้ามแสดงความคิดเห็นใดๆ อันมีแนวโน้มที่อาจจะสร้างความรู้สึกไม่พึงพอใจทั่วไป อันเนื่องมาจากสิ่งที่กล่าวนั้นเกี่ยวพันกับความไม่พึงพอใจในเชื้อชาติ ศาสนา สีผิว เพศได้ แต่ศาลจะตรวจสอบตามมาตรฐาน strict scrutiny ดังนั้น หากมีเหตุผลที่จำเป็นยิ่งยวดในการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับการกระทำที่เข้าลักษณะ Hate speech และเป็นอคติเฉพาะกลุ่มอย่างร้ายแรง รัฐก็อาจจะกระทำได้ รวมถึงเพิ่มโทษทางอาญาเป็นพิเศษก็ได้ เนื่องจากการเพิ่มโทษทางอาญานั้นเป็นการเพิ่มโทษเพราะการกระทำ (conduct) ไม่ใช่เพราะการแสดงความคิดเห็น (speech) นั้น (*R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), *Wisconsin v. Mitchell*, 508 U.S. 476 (1993)) โดยเฉพาะเมื่อมีพยานหลักฐานยืนยันได้ว่าการกระทำดังกล่าว เช่น การเผาไม้

ทางชนมีวัตถุประสงค์เพื่อข่มขู่หรือทำให้กลุ่มอื่นหวาดกลัวรัฐย่อมห้ามการกระทำดังกล่าวได้ (Virginia v. Black, 123 S.Ct. 1536 (2003)) เว้นแต่ถ้อยคำนั้น เพียงแค่วิพากษ์วิจารณ์ หรือ อาจจะทำให้เกิดความไม่น่าพึงพอใจ (offensive words) เท่านั้น ไม่ได้ก่อให้เกิดการกระทำอันรุนแรงเกิดขึ้นจริง รัฐบาลไม่อาจจะจำกัดหรือห้ามการแสดงความเห็นดังกล่าวได้ เว้นแต่ การกล่าวถ้อยคำดังกล่าวจะล่วงล้ำเข้าไปในดินแดนแห่งเสรีภาพส่วนบุคคล (substantial privacy interest) จนเกิน

กรณีทีล็บ การควบคุมการเผยแพร่งานที่มีคุณค่าน้อยหรือมีอันตรายต่อสังคมหรือต่อเด็กหรือเยาวชน แม้จะถือเป็น speech หรือ expressive conduct รัฐบาลสามารถควบคุมได้เข้มงวดกว่า speech ทั่วไป เช่น กรณีสื่อหรืองานเผยแพร่ที่ไม่เหมาะสมทางสื่อสารมวลชน (indecenty in media) ศาลเห็นว่า รัฐมีอำนาจกว้างขวางในการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว มิให้มีการเผยแพร่ทางโทรทัศน์ วิทยุ หรือ ทางสื่อสารมวลชนอื่นๆ รวมถึง ระบบโทรศัพท์ ระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ และ อินเทอร์เน็ตด้วย ตัวอย่างเช่น ในคดี *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978) ซึ่งผู้ดำเนินรายการใช้ถ้อยคำหยาบคาย และมีความเกี่ยวข้องทางเพศ เป็นต้นว่า Fuck, cocksucker, cunt รัฐจึงอาจจะเข้าไปควบคุมและห้ามใช้คำพูดดังกล่าวได้ แต่ไม่ใช่การปิดสถานีวิทยดังกล่าว ซึ่งศาลจะใช้มาตรฐานในการตรวจสอบอย่างเข้มข้น (Strict Scrutiny) ว่าการกระทำของรัฐนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยเฉพาะในกรณีที่รัฐได้ใช้อำนาจในการจำกัด content-based ในเครือข่ายโทรศัพท์ คอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ต ตัวอย่างเช่น ในคดี *Sable Communications, Inc. v. FCC*, 492 U.S. 115 (1989) ซึ่งศาลสูงสุดได้พิพากษาว่ากฎหมายที่กำหนดโทษทางอาญาสำหรับการกระทำ “กรณีการสื่อสารที่เกี่ยวกับเพศหรือลามกอนาจาร หรือไม่เหมาะสมทางโทรศัพท์โดยมีวัตถุประสงค์ในทางการค้า” ว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ แม้รัฐจะอ้างว่ากฎหมายดังกล่าวเพื่อห้ามมิให้มีการบริการทางเพศผ่านทางโทรศัพท์ โดยเฉพาะการเข้าถึงบริการโดยเด็กและเยาวชน ซึ่งศาลก็เห็นพ้องว่าเป็นประโยชน์ที่สำคัญของรัฐแต่วิธีการดัง

กล่าวไม่เหมาะสมเพราะไม่ใช่วิถีทางที่น้อยที่สุดในการบรรลุเป้าหมายดังกล่าวซึ่งรัฐยังมีทางเลือกอื่นในการจำกัดการเข้าถึงบริการดังกล่าว โดยกระบวนการทางเทคโนโลยี และการชำระเงินผ่านบริการที่เด็กไม่สามารถเข้าถึงได้ เป็นต้น

สำหรับการเผยแพร่ภาพยนตร์หรือสื่อทางเพศในระบบ cable tv นั้น ศาลจะใช้ Strict scrutiny ในการตรวจสอบว่ากฎหมายที่ห้ามมิให้มีการเผยแพร่วัตถุที่มีลักษณะยั่วยวนทางเพศ (sexually-explicit material) ยกเว้นหลังเวลาตึกนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ (*U.S. v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803 (2000), *Denver Area Educational Telecommunications Consortium v. FCC*, 518 U.S. 727 (1996)) กรณีนี้ รัฐจะต้องใช้วิธีการที่เบาที่สุด และโดยปกติจะเบากว่าการเผยแพร่ทางวิทยุโทรทัศน์ปกติ เนื่องจากในระบบเคเบิลทีวีนั้น ผู้ประกอบกิจการมีเทคโนโลยีในการปิดกั้นมิให้ผู้รับบริการสามารถเข้ารับชมได้ หากผู้ใช้บริการประสงค์เช่นนั้น เช่น ผู้ใช้บริการอาจจะแจ้งให้ผู้ให้บริการปิดกั้นการเข้าถึง (Block) ได้ นอกจากนี้ รัฐยังสามารถควบคุมการเผยแพร่สิ่งไม่เหมาะสมในทางอินเทอร์เน็ต (Indecency on the Internet) ได้ด้วย

กรณีทีลิบเอ็ด การเผยแพร่ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตหรือโลกไซเบอร์ประชาชนและสื่อมวลชนย่อมมีเสรีภาพ และได้รับความคุ้มครองสูงสุดในลักษณะเช่นเดียวกับการเสนอข่าวสารทางหนังสือพิมพ์ กล่าวคือ ศาลจะตรวจสอบว่าการจำกัดเสรีภาพนั้น เป็นการจำกัดในด้านเนื้อหา (content-based) หรือไม่ หากเป็นการจำกัดเสรีภาพในด้านเนื้อหา จะต้องผ่านมาตรฐาน Strict scrutiny เว้นแต่ การเสนอข่าวสารนั้นเกี่ยวข้องกับวัตถุลามกอนาจาร ซึ่งรัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้ตรากฎหมายที่เรียกว่า Communication Decency Act (CDA) ขึ้นมาเพื่อควบคุมการเผยแพร่วัตถุที่ไม่เหมาะสมในระบบคอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ต และมีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับหลักคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกที่คุ้มครองสิทธิของผู้ใหญ่ในการเข้าวัตถุลามกอนาจารดังกล่าวได้มากกว่าเด็ก เป็นต้น

ในทางตรงกันข้าม หากสื่อสารมวลชนได้เผยแพร่ข้อความใด ๆ แล้วก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลใดๆ ศาลสูงสุดได้วินิจฉัยว่า สิทธิของผู้ฟังหรือผู้ชมย่อมได้รับการคุ้มครองเช่นกัน หากสื่อสารมวลชนกระทำการที่ผิดกฎหมายร้ายแรงถึงขนาดเป็นถ้อยคำที่ไม่ได้รับความคุ้มครองจากหลักรัฐธรรมนูญ First Amendment รัฐย่อมสามารถใช้หลัก Fair Doctrine ในการไม่ให้ใบอนุญาตแก่สื่อมวลชนในการประกอบกิจการได้ โดยหลักการ Fair Doctrine ได้กำหนดให้สื่อสารมวลชนจะต้องใช้ดุลพินิจในการเสนอข่าวสาร โดย Federal Communication Commission (FCC) สามารถควบคุมการใช้ภาษาผู้ใหญ่ (Adult language) แม้จะไม่ถึงขั้นลามกอนาจาร (obscene) แต่เป็นถ้อยคำหยาบคาย (indecent) และยังไม่ถึงขั้นถือเป็นถ้อยคำที่ก่อให้เกิดการยั่ว (Fighting words) เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเยาวชนได้ (*FCC v. Pacifica Foundation*, 1978)

กรณีทีลีสอง ถ้อยคำยั่วส่งเสริมให้เกิดความรุนแรง หรือกระทำผิดกฎหมาย ศาลสูงสุดได้วางหลักการสำคัญว่า จะต้องเป็นคำพูดที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายอย่างชัดเจน (Clear and present danger) ตามนัยคำพิพากษา *Abrams v. United States* (1919) ต่อมามีการขยายความหลักการดังกล่าวในคดี *Brandenburg v. Ohio* (1969) ให้อ่อนตัวลง โดยกำหนดว่ารัฐบาลไม่อาจจะห้ามมิให้มีการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นหรือเพียงคำพูดในการสนับสนุนให้มีการกระทำการที่ก่อความรุนแรงได้ในทุกกรณี เว้นแต่การพูดดังกล่าวจะมีผลโดยตรงที่ก่อให้เกิดเป็นการยั่วและส่งผลให้เกิดการกระทำเช่นนั้นได้อย่างแน่แท้

ส่วนที่ 2 กรณีตัวอย่างเกี่ยวกับการวิพากษ์วิจารณ์บุคคลสาธารณะ: สหรัฐอเมริกา กับประเทศไทย

2.1 การวิพากษ์วิจารณ์ บุคคลสาธารณะของประเทศสหรัฐอเมริกา

คดีบรรทัดฐานสำคัญ คือ *New York Times Co. v. Sullivan* ในปี ค.ศ.1964 กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการวิพากษ์วิจารณ์บุคคลสาธารณะ (public officials or public figure) ¹² โดยในคดีนี้ ผู้บริหารของ Montgomery Police Department ในรัฐ Alabama ได้ฟ้องหนังสือพิมพ์ New York Times ในความผิดฐานหมิ่นประมาทที่ถูกเสนอข่าวเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติต่อชนผิวสีของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ศาลสูงสุดได้พิจารณาว่า รัฐจำเป็นต้องให้ความคุ้มครองตามหลัก First Amendment การห้ามสื่อสารมวลชนวิพากษ์วิจารณ์เจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงกระทำไม่ได้ เพราะจะเหมือนกับกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งรัฐ (Sedition Act of 1798) ที่เคยห้ามวิจารณ์ประธานาธิบดี ซึ่งจะขัดต่อหลักรัฐธรรมนูญ ศาลสูงสุด จึงได้กำหนดหลักการสำคัญๆ ไว้ ดังนี้

ประการที่ 1 เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องถูกวิพากษ์วิจารณ์ได้ และหากเจ้าหน้าที่ของรัฐจะฟ้องเรียกค่าเสียหาย จากการกระทำการหมิ่นประมาทนั้น จะต้องเป็นกรณีที่วิพากษ์วิจารณ์การปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งจะต้องไม่เกี่ยวเนื่องกับนโยบายทั่วไปในการบริหารรัฐกิจ

ประการที่ 2 โจทก์จะมีภาระการพิสูจน์ว่าข้อความที่สื่อมวลชนกล่าว จะต้องเป็นเท็จ

ประการที่ 3 โจทก์ต้องพิสูจน์ว่าสื่อมวลชนกระทำการด้วยเจตนาชั่วร้าย (malice) หมายความว่า มีเจตนาใส่ความให้เสียหาย ทั้งๆ ที่รู้ข้อเท็จจริงนั้น

12 *Id.* at 656

ประการที่ 4 การพิสูจน์ของโจทก์ตามองค์ประกอบ 1-3 จะต้องผ่านมาตรฐาน Clear and Convincing Test คือ สูงกว่ามาตรฐานในคดีแพ่งว่าด้วยการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานและการปลดปล่อยภาระการพิสูจน์ (preponderance test) แต่จะไม่ถึงขนาดปราศจากสงสัย (proof beyond reasonable doubt)

กรณีข้างต้น นอกจากจะหมายถึงข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Public officials) แล้ว ยังหมายถึง บุคคลธรรมดาที่ได้แสดงตนเป็นบุคคลสาธารณะ (Public figure) ซึ่งมีสถานะที่สำคัญ ไม่ว่าจะแสดงฐานะนั้นด้วยตนเอง หรือการมีบทบาทสำคัญในการแก้ไขปัญหาหรือเสนอทางออกยังสาธารณะ ซึ่งประชาชนทั่วไปเชื่อถือหรือได้รับอิทธิพลนั้นได้ (Persuasive power and influence) ซึ่งศาลได้ตัดสินไว้ในหลายคดี เช่น *Gertz v. Robert Welch, Inc.* (1974) และ *Hustler Magazine v. Falwell* (1988) เป็นต้น บุคคลเหล่านี้ หากประสงค์จะฟ้องคดีจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในคดี *New York Times v. Sullivan* ด้วยเช่นกัน

2.2 การวิพากษ์วิจารณ์ บุคคลสาธารณะของประเทศไทย: กรณีนักการเมืองและข้าราชการ

ในช่วงเวลาปกติที่มีการสถาปนาอำนาจพิเศษในการปกครองประเทศนั้น เช่นในสภาวะปัจจุบัน มีประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (คสช.) ได้มีประกาศหลายฉบับที่มีผลเป็นการห้ามสื่อสารมวลชนวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาล เช่น ประกาศตามกฎหมายอัยการศึก ฉบับที่ 97 และฉบับที่ 103/2557 ประกอบคำสั่ง คสช.ที่ 3/2558 เพื่อควบคุมการนำเสนอข่าวสารและการวิพากษ์วิจารณ์ของสาธารณชน ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะขัดหรือแย้งกับกติกาสากลระหว่างประเทศที่ได้กล่าวไปแล้วในส่วนแรก รวมถึงขัดและแย้งกับมาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ด้วย ซึ่งผู้เขียนจะไม่ขอนำมากล่าวในรายละเอียด

สำหรับในช่วงระยะเวลาปกตินั้น ประเทศไทย มีพระราชบัญญัติองค์กร
จัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์
และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2553 ในการพิจารณาออกใบอนุญาตประกอบการ
สื่อสารมวลชนและออกกระเปียบต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการ นอกจากนี้
นี่ยัง ใช้ประมวลกฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการควบคุมการแสดงออกซึ่งความ
คิดเห็น ซึ่งอาจจะถือเป็นการหมิ่นประมาทตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นมาตรา 112
มาตรา 326 และมาตรา 328 สำหรับในกรณีที่เป็นการหมิ่นประมาทบุคคลทั่วไป
ผู้ที่กระทำการหมิ่นประมาทอาจจะไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาและทางแพ่งหากสามารถ
พิสูจน์ได้ว่า เป็นการแสดงความคิดเห็นโดยสุจริต เพื่อป้องกันความชอบธรรม
ป้องกันหรือปกป้องส่วนได้เสีย หรือกระทำการในฐานะเจ้าพนักงานที่ปฏิบัติการ
ตามหน้าที่ และกระทำการติชมด้วยความเป็นธรรมหรือการดำเนินการแจ้งข่าวด้วย
ความเป็นธรรมเรื่องการดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือการประชุม ตามนัยมาตรา
329 แต่ศาลฎีกาได้วางหลักการไว้ว่า ห้ามมิให้อ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบตามมาตรา
329 ดังกล่าวกับการกระทำผิดเกี่ยวกับการหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ ตามนัย
ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 51/2503)

จากการศึกษาพบว่าคำพิพากษาของศาลยุติธรรมยังไม่มั่นคงในหลักการ
ว่าด้วยการวิพากษ์วิจารณ์บุคคลสาธารณะ ได้แก่ นักการเมือง และข้าราชการมาก
นัก ตัวอย่างเช่น ในกรณีของข้าราชการ พล.ต.อ.ส. พ้องร้องสื่อมวลชนที่กล่าวหา
ว่าเป็น บิ๊กซีหลี่ เนื่องจากเป็นการเสนอข่าวตามปกติเกี่ยวกับพฤติกรรมไม่เหมาะ
สมกับผู้สื่อข่าวหญิงและชี้แนะตักเตือนนักข่าวผู้หญิงให้ระมัดระวังต่อการปฏิบัติ
หน้าที่ กรณีนี้เป็นการรายงานตามข้อเท็จจริง อีกทั้ง พล.ต.อ. ส. เป็นข้าราชการที่มี
ตำแหน่งสูงอันประชาชนและสื่อมวลชนสามารถวิพากษ์วิจารณ์ได้จึงยกฟ้อง¹³
ส่วนอีกกรณีหนึ่งเป็นกรณีอดีต ผบ.ตร. ได้ฟ้องร้องสื่อมวลชนที่เผยแพร่ข่าวสารว่า
กระทำการหมิ่นประมาทกว่า 100 คดี แต่มีการตกลงยอมความกันก่อนจึงไม่มีคดี

13 เติลินิวส์ออนไลน์,(6) พฤษภาคม 2557), อุทธรณ์ยื่น ยกฟ้อง บก. ผู้จัดการ หมิ่นบิ๊กสันต์หลี่
นักข่าว. ออนไลน์. <http://www.dailynews.co.th/crime/235539>

บรรทัดฐานว่าศาลจะตัดสินคดีอย่างไร¹⁴

ในกรณีนี้การเมืองนั้น มีตัวอย่างบางกรณี เช่น นางสาว ม.นักการเมือง วิชากรวิชารณนายกรัฐมนตรีนายกรัฐมนตรีว่ามีพฤติกรรมเสื่อมเสียในทางจริยธรรม ต่อกรณีการ ประชุมกับนักธุรกิจสองต่อสองในโรงแรมโพธิ์ซันส์ ซึ่งสาธารณชนที่ได้รับทราบ อาจรับฟังได้ว่าเป็นการผิดจริยธรรมในเชิงซู้สาวแต่ศาลพิจารณาว่าเป็นการติชมใน การบริหารรัฐกิจ จึงถือว่าเป็นการวิจารณ์ด้วยใจเป็นธรรม พิพากษายกฟ้อง¹⁵ รวมถึงกรณีนี้ นาย ส.ขณะดำรงตำแหน่งรองนายกรัฐมนตรี ได้ให้สัมภาษณ์สื่อมวลชน ทำนองว่า พันตำรวจโท ท. จะกลับมาดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีของประเทศไทย ทำให้ นาย ส.ถูกฟ้องร้องในความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา แต่ศาลฎีกา พิพากษายกฟ้อง โดยให้เหตุผลว่าพันตำรวจโท ท. เป็นบุคคลสาธารณะที่สมควรใจ เข้ามารับตำแหน่งทางการเมือง มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารประเทศ จึงจำเป็นต้องได้รับการตรวจสอบสูงกว่ามาตรฐานของบุคคลทั่วไป การกระทำของ นาย ส. เป็นการติชม และแสดงความคิดเห็นโดยสุจริต จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานหมิ่น ประมาท¹⁶ ในขณะที่ ในหลายคดีการวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลหรือนายกรัฐมนตรี กลับมีการใช้หลักตรรกะที่แตกต่างกันและผลคดีก็แตกต่างกันไปจากกรณีแรกที่ยก ตัวอย่างมาด้วย เช่น กรณีนาย จ. ได้ปราศรัยกล่าวหานายกรัฐมนตรี ว่านายกรัฐมนตรี ได้ขัดขวางการถวายฎีกาขอพระราชทานอภัยโทษอดีตนายกรัฐมนตรีนายกรัฐมนตรี และ สังกาประชาชน¹⁷ คดีนี้ ศาลพิพากษาลงโทษนาย จ. โดยไม่รอลงอาญา ส่วนคดีที่

14 ทีมข่าวอาชญากรรม ผู้จัดการออนไลน์ 18 ตุลาคม (2547 ‘มติชน’ ควักกระเป๋า 25 ล้าน จ่าย ‘เสรีพิศุทธ์’ ,ออนไลน์ <http://www.manager.co.th/Crime/ViewNews.aspx?NewsID=9470000068799>

15 ไทยรัฐออนไลน์ (27 เมษายน 2558) การเมือง : ศาลยกฟ้อง ‘มัลลิกา’ หมิ่นประมาท ‘ยิ่งลักษณ์’ คดี ว.5 โพธิ์ซันส์, ออนไลน์ <http://www.thairath.co.th/content/495476>

16 มติชนออนไลน์, (8 ตุลาคม 2558), ศาลฎีกายกฟ้อง"สุเทพ"หมิ่น"แม้ว"อยากเป็นประธานาธิบดี ชี้ ติชมโดยสุจริต-อ้างคำ"มีชัย",ออนไลน์ http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1444293064

17 ไทยรัฐออนไลน์, (28 มกราคม 2558) ‘จตุพร’จุก ศาลจำคุก 2 ปี คดีหมิ่น‘อภิสิทธิ์’ ไม่รอลงอาญา

นาย ท. ส.ส. พรรคประชาธิปัตย์ กล่าวหาอดีตนายกรัฐมนตรีนครินทร์ ในการฉ้อโกงการให้คณะรัฐมนตรีสมัยอดีตนายกรัฐมนตรีนครินทร์ลาออกเพราะบริหารประเทศแบบชื้อโอและอดีตนายกรัฐมนตรีนครินทร์ดังกล่าวทำตัวเหมือนปอบกลับเข้าร่างไม่ได้¹⁸ หรือกรณี นาย ท. กล่าวหาว่า นาย ป. ว่าเป็นพวกคอมมิวนิสต์หรือคนในระบอบทักษิณ เป็นพวกล้มเจ้า ศาลพิเคราะห์เห็นว่า นาย ป. เป็นนักการเมือง และนาย ท. วิพากษ์วิจารณ์ในลักษณะตั้งคำถาม จึงเป็นการติชมด้วยความเป็นธรรมไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท¹⁹

2.3 การวิพากษ์วิจารณ์ บุคคลสาธารณะของประเทศไทย: กรณีผู้พิพากษา

หากจะเปรียบเทียบกับกรณวิพากษ์วิจารณ์ผู้พิพากษาอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ จะพบว่าผู้พิพากษาจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งปกติจะมีกฎหมายว่าด้วยการละเมิดอำนาจศาลให้ความคุ้มครองศาลอย่างมาก สามารถพิพากษาจำคุกได้โดยไม่ต้องร้องทุกข์ สอบสวน หรือฟ้องร้องแต่ประการใด ส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น เนื่องจากไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองตุลาการเป็นกรณีพิเศษ จึงนำประมวลกฎหมายอาญามาใช้ในการควบคุมการวิพากษ์วิจารณ์ด้วย ดังปรากฏในกรณีนาย พ. ได้กล่าวว่า นาย ส. ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ในขณะที่ดำรงตำแหน่งดังกล่าว ประพฤติตนไม่เหมาะสม ไม่น่าเชื่อถือ ขัดต่อจริยธรรมของตุลาการ ขาดความยุติธรรม ขาดความเป็นกลาง ฯลฯ ปรากฏว่าศาลยุติธรรมได้มีคำพิพากษาจำคุกนาย พ.เป็นเวลา 1 ปี โดยไม่รอลงอาญา (คดีหมายเลขดำ อ.1886/2553)²⁰

การลงโทษ, ออนไลน์, <http://www.thairath.co.th/content/477628>

18 ข่าวสด (4 สิงหาคม 2558) ศาลยกฟ้องเทพไทหมิ่นประมาท คำ ‘ทักษิณ’ เป็นปอบ ไม่ผิด, ออนไลน์ http://www.khaosod.co.th/view_newsonline.php?newsid=1438673779

19 ทีมข่าวอาชญากรรม ผู้จัดการออนไลน์ (10 มิถุนายน 2558) ฎีกายกฟ้อง “เทพไท” ไม่หมิ่น “ปลดประเสริฐ” กล่าวหาเป็นคนระบอบทักษิณ, ออนไลน์ <http://www.manager.co.th/Crime/ViewNews.aspx?NewsID=9580000065596>

20 กรุงเทพธุรกิจออนไลน์ (24 กรกฎาคม 2558) ศาลฎีกายืนคุก 1 ปี ‘พร้อมพงศ์-เกียรติอุดม’

เมื่อได้ศึกษาหลักนิติศาสตร์ หลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกา และแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมไทยซึ่งถือเป็นแนวบรรทัดฐานในปัจจุบันนั้น จะพบว่าคำพิพากษาของศาลยุติธรรมของไทยมีความน่ากังวลเกี่ยวกับการให้เหตุผล และการนำหลักการว่าด้วยบุคคลสาธารณะมาประยุกต์ใช้กับกรณีของข้าราชการ นักการเมือง และตุลาการที่มีความแตกต่างกันมาก ทำให้ประชาชนไม่สามารถเข้าใจได้ว่า เหตุผลที่ทำให้คำพิพากษาแตกต่างกันนั้น คืออะไร ทั้งๆ กรณีที่ยกตัวอย่างมาข้างต้น ต่างถือว่าเกี่ยวข้องกับการวิพากษ์วิจารณ์บุคคลสาธารณะในลักษณะเดียวกัน คือ การตั้งคำถามต่อการปฏิบัติหน้าที่บริหารรัฐกิจหรือกรณีที่เป็นคำถามที่เป็นข้อสงสัยของประชาชนและสังคม แต่ผลคดีแตกต่างกันอย่างมาก โดยเฉพาะในคดีที่กล่าวหาว่า พันตำรวจโท ท. มุ่งหวังจะกลับมาเป็นประธานาธิบดีของประเทศไทย การกล่าวข้างต้น วิญญูชนย่อมทราบดีว่า เป็นการกล่าวหาว่าพันตำรวจโท ท. จะต้องกระทำการเพื่อล้มล้างสถาบันพระมหากษัตริย์ เพื่อเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองเป็นประธานาธิบดี ซึ่งไม่มีความเกี่ยวข้องกับการบริหารรัฐกิจหรืออำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินในปัจจุบัน ซึ่งพันตำรวจโท ท. ไม่มีอำนาจหน้าที่ใดๆ ในการบริหารราชการแผ่นดินของประเทศ แต่ศาลฎีกากลับให้เหตุผลว่า พันตำรวจโท ท. สมควรใจเข้ามาดำรงตำแหน่งทางการเมือง ซึ่งในขณะนั้นพันตำรวจโท ท. ไม่มีอำนาจหน้าที่หรือตำแหน่งใดๆ ในทางการเมือง การให้เหตุผลทางกฎหมายจึงถือเป็นความผิดพลาดร้ายแรง ไม่สอดคล้องกับหลักการวิพากษ์วิจารณ์หรือติชมด้วยใจเป็นธรรมแต่ประการใด ในทางตรงกันข้าม การตั้งคำถามต่อการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ที่มีข้อสงสัยว่าอาจจะมีผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of Interest) ในการปฏิบัติหน้าที่ ศาลฎีกากลับพิจารณาว่าเป็นการหมิ่นประมาท ทั้งๆ ที่ประชาชนทั่วไป ต่างมีความชอบธรรมในการตั้งคำถามที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวโดยตรง ซึ่งการพิพากษาคดีในลักษณะดังกล่าว จะมีผลเป็นการห้ามวิพากษ์วิจารณ์หรือตั้งคำถามต่อองค์กรตุลาการหรือผู้พิพากษาโดยสิ้นเชิง เพราะหากถือคดีดังกล่าวเป็นบรรทัดฐานแล้ว

ไม่รอลงอาญา, ออนไลน์ <http://www.bangkokbiznews.com/news/detail/657944>

ตุลาการซึ่งเป็นบุคคลที่ได้รับเงินเดือนจากประชาชน และถือเป็นบุคคลสาธารณะ เช่นเดียวกัน ก็จะไม่อาจถูกวิพากษ์วิจารณ์ได้เลย การให้ความคุ้มครองดังกล่าว ย่อมจะขัดต่อหลักกติกาสากลในการมีเข้าถึงและการมีส่วนร่วมและวิพากษ์วิจารณ์ ตลอดจนการแสดงความคิดเห็นของตนอย่างชัดแจ้งตามหลักการที่กล่าวมาแล้ว ซึ่งผู้เขียน เห็นว่าไม่ชอบธรรมอย่างยิ่งต่อประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและเป็นเจ้าของภาษีอากรที่ใช้จ่ายเป็นเงินเดือนตอบแทนแก่ตุลาการ

ส่วนที่ 3 หลักการควบคุมการใช้เสรีภาพในการโฆษณาสินค้าและการควบคุมการโฆษณาสินค้า

ในส่วนนี้ จะขอกล่าวเพียงเล็กน้อยเกี่ยวกับหลักรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในการคุ้มครองการโฆษณาสินค้า โดยเฉพาะสินค้าประเภท แอลกอฮอล์ (liquor Advertisement) ²¹ ในคดี *Rubin v. Coor Brewing Co*, 1995 นั้น ศาลสูงสุดได้พิพากษาว่ากฎหมายของรัฐบาลกลางที่ห้ามติดสลากเบียร์ ที่แสดงถึงเปอร์เซ็นต์แอลกอฮอล์เป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลเห็นว่า ถ้อยคำที่เป็นการโฆษณาสินค้า (commercial speech) หากไม่ใช่ถ้อยคำที่หลอกลวง การห้ามโฆษณาอย่างเด็ดขาดของรัฐที่อ้างว่าเพื่อคุ้มครองสุขภาพพลานามัย ความปลอดภัยและสวัสดิภาพของประชาชนล่อยๆ จึงไม่อาจจะถือได้ว่าเป็นการบรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐได้ ซึ่งจะเห็นได้จากคดี 44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island* (1996) ที่ศาลสูงสุดพิพากษาว่ากฎหมายที่ห้ามโฆษณาอย่างเด็ดขาด ไม่มีถ้อยคำที่เป็นเท็จ เป็นกฎหมายที่ไม่ก่อให้เกิดการคุ้มครองผู้บริโภคจากการหลอกลวงหรือก่อให้เกิดความสับสนใดๆ ได้

ในขณะที่ประเทศไทยมีการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อย่างเคร่งครัดตาม พ.ร.บ.ควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ.2551 มาตรา 32 ที่ห้ามมิให้โฆษณา

21 John E. Nowak, Ronald D. Rotunda, *Principle of Constitutional Law* , p. 645

หรือแสดงข้อความอันเป็นการอวดอ้างสรรพคุณหรือจงใจให้เต็มสุรา โดยกระทรวงสาธารณสุข ได้อ้างคำพิพากษาของศาลชั้นต้น รวมถึงศาลอุทธรณ์ ที่ได้พิพากษาในทำนองเดียวกัน คือ แม้กระทั่งโฆษณาโดยไม่ได้อวดอ้างสรรพคุณใดๆ ก็ถือเป็นความผิดตามกฎหมายนี้แล้ว นอกจากนี้กระทรวงสาธารณสุขยังได้อ้างว่าการห้ามโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตามนัยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้รับรองไว้แล้ว ตามคำวินิจฉัยที่ 2-4/2555 ลงวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2555 ว่ารัฐสามารถห้ามการโฆษณาได้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ตามคำวินิจฉัยดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า เนื่องจากมาตรา 32 แห่งกฎหมายนี้ ได้ให้อำนาจในการห้ามโฆษณาไว้แล้ว และการห้ามโฆษณานั้นเป็นการกระทำเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีและเพื่อให้สังคมและเยาวชนตระหนักถึงพิษภัยของแอลกอฮอล์ อีกทั้งไม่ได้ห้ามโฆษณาโดยเด็ดขาดแต่จะต้องเป็นการให้ความรู้ในเชิงสร้างสรรค์และไม่มีภาพสัญลักษณ์ของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้นด้วย กฎหมายนี้จึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญอย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติของกระทรวงสาธารณสุขที่ได้มีการร้องทุกข์กล่าวโทษดำเนินคดีกับผู้ประกอบการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์และร้านอาหารต่าง ๆ นั้น กระทรวงสาธารณสุขเห็นว่า การโฆษณาใดๆ ให้เห็นว่ามีสัญลักษณ์ของเครื่องดื่ม รวมถึงการแต่งกายของพนักงานบริการและอุปกรณ์จานรองแก้วน้ำ ฯลฯ แม้จะไม่ได้ชักชวนหรือจงใจให้เห็นสรรพคุณเพื่อให้เต็มสุราก็ถือเป็นความผิดตามมาตรา 32 แห่งกฎหมายนี้แล้ว²²

จากปัญหาการตีความกฎหมายดังกล่าวหากเปรียบเทียบกับหลักการคุ้มครอง Commercial Speech ในสหรัฐอเมริกาแล้วจะพบว่าแม้ Commercial Speech จะได้รับความคุ้มครองน้อยกว่า Speech ทั่วไป เนื่องจากรัฐสามารถอ้างเหตุผลในการควบคุมสินค้าได้มากกว่าการควบคุมถ้อยคำหรือการแสดงความคิดเห็นทั่วไป โดยควบคุมเพียงว่า ห้ามมิให้โฆษณาสินค้าอย่างไม่ถูกต้องหรือหลอกลวง

22 หนังสือกระทรวงสาธารณสุข ที่ สธ/0407.4ว 525 ลงวันที่ 16 กันยายน 2557 เรื่องชี้แจงข้อมูลการบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ.2551.

หรือเป็นการฉ้อโกงผู้บริโภคเท่านั้น แต่อาจจะกำหนดเวลาในการโฆษณา หรือวิธีการอื่นๆ ในการโฆษณาได้ แต่การห้ามโฆษณาอย่างเด็ดขาดเป็นสิ่งที่อาจจะกระทำได้ แต่สำหรับประเทศไทยนั้น มีการตรากฎหมายห้ามโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ตามมาตรา 32 แห่งพ.ร.บ.ควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ.2551 ดังกล่าว และศาลรัฐธรรมนูญ ได้วินิจฉัยว่ารัฐสามารถห้ามโฆษณาได้ เพราะมีกฎหมายให้อำนาจไว้และไม่ได้ห้ามโฆษณาอย่างเด็ดขาด ในขณะเดียวกันกระทรวงสาธารณสุข และศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ ได้ตีความว่า มาตรา 32 นั้น แค่เพียงโฆษณา ก็ถือว่าผิดกฎหมายทันที โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่า การโฆษณานั้น จะต้องมีการชักจูงใจให้เห็นสรรพคุณของการดื่มสุรากับแต่ประการใด โดยกระทรวงสาธารณสุขได้แจ้งความดำเนินคดีและบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวอย่างเคร่งครัด โดยการตีความกฎหมายในลักษณะดังกล่าวที่ผู้เขียนเห็นว่า ขัดต่อหลักการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของสาธารณชนตามหลักการคุ้มครอง Freedom of Expression อย่างชัดเจน

ต่อมาศาลฎีกามีคำพิพากษาที่ 15453/2557 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2557 วินิจฉัยว่า การโฆษณาก็จะต้องมีการพรรณนาในลักษณะอวดอ้างสรรพคุณหรือจูงใจให้ดื่มแอลกอฮอล์ด้วย ไม่ใช่เพียงโฆษณาก็ผิดกฎหมายทันที ตามที่กระทรวงสาธารณสุขเข้าใจ ซึ่งผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับเหตุผลของศาลฎีกาในคดีดังกล่าว เพราะสังคมย่อมมีสิทธิที่จะเข้าถึงข้อมูลข่าวสารและมีสิทธิในการใช้วิจารณ์ได้เองว่าจะดื่มหรือไม่ดื่มสุรากับตนเอง การห้ามโฆษณาเด็ดขาดจึงเป็นการไม่สอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย รวมถึงหลักการคุ้มครอง Freedom of Expression หรือ Free Speech ตามที่ได้กล่าวในรายละเอียดไปแล้ว อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดหลักเกณฑ์การโฆษณาสินค้าประเภทนี้ อาจจะกำหนดเวลา หรือถ้อยคำที่จะนำมาใช้ในการโฆษณาให้ประชาชนสืบสวนหลงเชื่อในข้อมูลที่ไม่ถูกต้องเท่านั้น แต่จะห้ามโฆษณาหรือสื่อความข้อความใดๆ ตามแนวทางที่กระทรวงสาธารณสุขดำเนินการมานั้นไม่ได้โดยเด็ดขาด

ส่วนที่ 4 ข้อสรุป และข้อเสนอแนะ

จากที่ได้ศึกษาหลักกติกาสากล ICCPR และหลักรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ตามหลัก The First Amendment ที่ให้ความคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ซึ่งรัฐไม่สามารถจำกัดหรือปิดกั้นการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นนั้นได้ เว้นแต่จะมีประโยชน์สาธารณะที่สำคัญอย่างยิ่งยวด รัฐจึงอาจจะกำหนดระเบียบในการดูแลการแสดงความคิดเห็นนั้นได้ แต่จะต้องไม่กระทบต่อสาระสำคัญในการแสดงความคิดเห็นนั้น การอ้างเหตุผลของรัฐในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจะต้องสอดคล้องกับหลักความจำเป็น หลักสัมฤทธิ์ผลและหลักความรุนแรงน้อยที่สุด ในการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐที่สำคัญอย่างยิ่งยวดเท่านั้น เว้นแต่ในบางกรณี เช่น การควบคุมการโฆษณาสินค้าที่อาจจะได้รับความคุ้มครองน้อยกว่าถ้อยคำอื่นๆ ซึ่งจะควบคุมได้เฉพาะเนื้อหาว่าถูกต้องหรือหลอกลวงผู้บริโภคหรือไม่เป็นสำคัญ ดังนั้น การควบคุมหรือการปิดกั้นในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนโดยรัฐซึ่งมักจะอ้างว่าเหตุผลในการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนลอยๆ จะไม่สามารถกระทำได้ เว้นแต่ จะมีประจักษ์พยานหรือหลักฐานว่า ถ้าไม่ควบคุมการแสดงความคิดเห็นเช่นนั้นจะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐอย่างแท้จริงเพียงใด

ผู้เขียนมีความเชื่ออย่างหนักแน่นว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและความสามารถในการวิพากษ์วิจารณ์รวมถึงการเสนอความคิดเห็นต่อการบริหารรัฐกิจ การวิพากษ์วิจารณ์ คำพิพากษา หรือ การปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการทุกภาคส่วนนั้น คือรากฐานอันสำคัญที่จะแสดงให้เห็นว่า เรายังเป็นมนุษย์โดยสมบูรณ์หรือไม่ หากเราไม่สามารถแสดงความคิดเห็นใด ๆ ได้โดยเฉพาะต่อผู้มีอำนาจปกครองแล้ว เราก็ไม่ต่างจากสัตว์เลี้ยงของผู้ปกครองเท่านั้น เราเองก็ไม่อาจจะถือได้ว่าเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยหรือมีส่วนร่วมในการเป็นเจ้าของประเทศได้เลย

ผู้เขียนเห็นว่า นักการเมือง ข้าราชการ หรือบุคคลสาธารณะ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมถึงข้าราชการตุลาการที่รับเงินเดือนจากภาษีประชาชนหรือบุคคล

ธรรมดาที่มีบทบาทสำคัญในการเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาของสังคมย่อมจะต้องถูกวิพากษ์วิจารณ์ได้ แต่การวิพากษ์วิจารณ์นั้นจะต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ต่างๆ ตามนโยบายรัฐบาลและหลักธรรมาภิบาล ไม่รวมถึงเรื่องส่วนตัว ซึ่งบุคคลย่อมมีสิทธิในการหวงกันและได้รับความคุ้มครองในความเป็นส่วนตัวซึ่งจะถูกล่วงละเมิดไม่ได้ ด้วยเหตุนี้การใช้ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาอันจะมีผลทำให้ประชาชนไม่สามารถวิพากษ์วิจารณ์หรือตั้งคำถามในการบริหารรัฐกิจหรือการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการทั้งหลายได้ จึงจะต้องมีขอบเขตที่สำคัญ กล่าวคือ หากเป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการและประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสาธารณะแล้ว ข้าราชการ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลสาธารณะจะต้องมีความอดทนสูง หากจะฟ้องละเมิดหรือหมิ่นประมาทในทางอาญาก็จะต้องพิสูจน์ได้ว่าผู้ทำการเผยแพร่ข้อมูลนั้น มีจิตใจชั่วร้าย ใส่ความ ทำให้เสียหายต่อชื่อเสียงและเกียรติศักดิ์ โดยยึดคดี New York Times ข้างต้นมาใช้เป็นแนวทาง ทั้งนี้ จะต้องถือว่าการวิพากษ์วิจารณ์คือแนวทางที่ประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยจะต้องเคารพนับถือ แม้กระทั่งคำพิพากษาศาลทั้งหลายก็ต้องถูกวิจารณ์โดยประชาชนทั่วไป โดยไม่มีข้อจำกัดว่าจะต้องเป็นการวิพากษ์วิจารณ์ในเชิงวิชาการหรือโดยนักวิชาการเท่านั้น เพราะคำพิพากษาคือสมบัติของสังคม และการกระตุ้นให้วิพากษ์วิจารณ์มากขึ้นเท่าใด สังคมจะอุดมปัญญาและแสวงหาแนวทางออกในการแก้ไขปัญหาด้วยสันติวิธีอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุดได้เท่านั้น

ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงควรจะกำจัดการอุปสรรคในการวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของรัฐทั้งปวง โดยบัญญัติเพิ่มเติมเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดี กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลสาธารณะประสงค์จะฟ้องคดีอาญา หรือคดีแพ่งนั้น จะต้องเป็นกรณีที่ต้องห้าม เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ถึงเจตนาชั่วร้ายของผู้วิพากษ์วิจารณ์ ไม่ว่าจะเป็นสื่อมวลชนหรือประชาชนทั่วไป แต่ในประเด็นที่เป็นเรื่องส่วนตัว ให้คงหลักการเดิมที่สามารถฟ้องร้องเพื่อเรียกชดเชยค่าเสียหายกันได้ตามปกติต่อไป

ประการสุดท้าย ผู้เขียนเห็นว่า นักวิชาการ สังคม และองค์กรตุลาการอาจจะต้องความเข้าใจเกี่ยวกับหลักการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น หลักการโฆษณาสินค้า รวมถึงข้อจำกัดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญและศาลยุติธรรมควรจะแสดงบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งยวดในการทำให้หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเกิดขึ้นเป็นจริงให้ได้ในทุกๆ กรณี โดยจะต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยให้ถ่องแท้ เพื่อให้คำพิพากษามีเหตุผลสอดคล้องกับหลักกฎหมายและมีความมั่นคงเพียงพอในการให้กำเนิดความคุ้มครองหลักสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของสาธารณชนให้เกิดขึ้นอย่างแท้จริงได้ในแผ่นดินไทย ผู้เขียนเชื่ออย่างหนักแน่นว่า เมื่อใดที่สังคมไทยสามารถวิพากษ์วิจารณ์และถกเถียงในทุกเรื่องๆ อย่างสร้างสรรค์ได้ สังคมไทยก็จะกลายเป็นสังคมอุดมปัญญาที่พร้อมจะแลกเปลี่ยนข้อมูลและนำความเจริญในทุกด้านให้เกิดขึ้นในสังคมในที่สุด

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

สาวตรี สุขศรี, พันตำรวจเอก ศิริพล กุศลศิลป์ภูมิ และอรพิน ยิ่งยงวัฒนา, รายงานวิจัยเรื่อง ผลกระทบจากพ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และนโยบายของรัฐ กับสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น” ซึ่งนำเสนอต่อมูลนิธิไฮนริค เบิลล์ เอเชียตะวันออกเฉียงใต้, 2555.

ศิริพล กุศลศิลป์ภูมิ, เอกสารประกอบคำบรรยายวิชากฎหมายมหาชนชั้นสูง หลักสูตรนิติศาสตร์ดุสิตบัณฑิต มหาวิทยาลัยปทุมธานี, 2552.

ภาษาอังกฤษ

John E. Nowak, Ronald D. Rotunda, Principle of Constitutional Law, Thomson & West, 2004

Steven L. Emanuel, Constitutional Law, Aspen Law & Business Publisher, 2003

เอกสารอื่น ๆ และ เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, สารระสำคัญกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) ว่าด้วยสาระสำคัญและคำแถลงตีความ, ออนไลน์http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_1/International_HR/2557/tran_ICCPR-2.pdf

Australian Human Rights Commission, Background paper: Human rights in cyberspace, **4 permissible limitations of the ICCPR right to freedom of expression**, <https://www.humanrights.gov.au/publications/background-paper-human-rights-cyberspace/4-permissible-limitations-iccpr-right-freedom>

Human Rights Committee, **International Covenant on Civil and Political Rights, General Comment No.34**, 12 September 2011, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>

United Nations Human Rights, **Office of the High Commissioner for Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights**, <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

เดลินิวส์ออนไลน์ (6 พฤษภาคม 2557) อุทธรณ์ยื่นยกฟ้อง บก.ผู้จัดการ หมิ่นปู้ก สันต์หลีนักขาวสาว, ออนไลน์ <http://www.dailynews.co.th/crime/235539>

ทีมข่าวอาชญากรรม ผู้จัดการออนไลน์,(18 ตุลาคม 2547) ‘มตึชน’ ควักกระเป่า 25 ล้านจ่าย ‘เสรีพิศุทธิ์, ออนไลน์ <http://www.manager.co.th/Crime/ViewNews.aspx?NewsID=9470000068799>

ไทยรัฐออนไลน์ (27 เมษายน 2558) การเมือง : ศาลยกฟ้อง ‘มัลลิกา’ หมิ่นประมาท ‘ยิ่งลักษณ์’ คดี ว.5 โพรซีชั่นส์, ออนไลน์ <http://www.thairath.co.th/content/495476>

ไทยรัฐออนไลน์ (28 มกราคม 2558) ‘จตุพร’ จุก ศาลจำคุก 2 ปี คดีหมิ่น ‘อภิสิทธิ์’ ไม่รอกการลงโทษ, ออนไลน์ <http://www.thairath.co.th/content/477628>

ข่าวสด (4 สิงหาคม 2558) ศาลยกฟ้องเทพไทหมื่นประมาท คำ‘ทักษิณ’ เป็นปอบ
ไม่ผิด, ออนไลน์ [http://www.khaosod.co.th/view_newsonline.
php?newsid=1438673779](http://www.khaosod.co.th/view_newsonline.php?newsid=1438673779)

ทีมข่าวอาชญากรรม ผู้จัดการออนไลน์ (10 มิถุนายน 2558) ฎีกายกฟ้อง
“เทพไท” ไม่หมิ่น “ปลอดประสพ” กล่าวหาเป็นกระบอบทักษิณ, ออนไลน์
[http://www.manager.co.th/Crime/ViewNews.aspx? NewsID=
9580000065596](http://www.manager.co.th/Crime/ViewNews.aspx?NewsID=9580000065596)

กรุงเทพธุรกิจออนไลน์ (24 กรกฎาคม 2558) ศาลฎีกายืนคุก 1 ปี ‘พร้อมพงศ์-
เกียรติอุดม’ ไม่รอลงอาญา, ออนไลน์ [http://www.bangkokbiznews.
com/news/detail/657944](http://www.bangkokbiznews.com/news/detail/657944)

มติชนออนไลน์ (8 ตุลาคม 2558), การเมือง : ศาลฎีกายกฟ้อง “สุเทพ” หมิ่น
“แม่ว” อยากรับเป็นประธานาธิบดี ชี้ติชมโดยสุจริต อ้างคำ “มีชัย”, ออนไลน์
[http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=
1444293064](http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1444293064)

หนังสือกระทรวงสาธารณสุข ที่ สธ 0407.4/ ว 525 ลงวันที่ 16 กันยายน 2557
เรื่อง ชี้แจงข้อมูลการบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่อง
ดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ.2551