

นิติสังคมศาสตร์

วารสารวิชาการทางกฎหมาย
คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
ปีที่ 8 ฉบับที่ 2/2558
กรกฎาคม - ธันวาคม



นิติจุฬาลงกรณ์

วารสารวิชาการทางกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ปีที่ 8 ฉบับที่ 2/2558 กรกฎาคม - ธันวาคม



ราคา ๑๑๒ บาท

ศูนย์วิจัยและพัฒนากฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
239 ถนนห้วยแก้ว ตำบลสุเทพ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่
โทร. 0 5394 2921 โทรสาร. 0 5394 2914

วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

CMU Journal of Law and Social Sciences

ISSN: 1685-9723

ปีที่ 8, ฉบับที่ 2 (2558): กรกฎาคม – ธันวาคม 2558

Vol 8, No 2 (2015): July - December 2015

(กฎหมายกับสื่อ)

บทความ

บทความพิเศษ

INTERNET COPYRIGHTS IN THAI CONTEXT

Alexander Shytov

บทความวิชาการ

ไม่มีแดนเถื่อนในโลกไซเบอร์?: การศึกษาตัวแบบในการกำกับดูแล
โลกไซเบอร์

ทศพล วรรณกุลพันธ์

สิทธิในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์โดยนิรนามของสื่อพลเมือง

คณาธิป ทองรวีวงศ์

คดีมาตรา 112 ในโลกที่สื่อสารผ่านเทคโนโลยี

ศูนย์ข้อมูลกฎหมาย
และคดีเสรีภาพ

สิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น : ความแตกต่างในการ
วิพากษ์วิจารณ์ตามหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและประเทศไทย

ศิริพล กุศลศิลป์บุจฺฉิ

บทความวิจัย

พลวัตนอกกรอบกฎหมายที่หยุดนิ่ง: กรณีพื้นที่โดยรอบ
มหาวิทยาลัยพะเยา

นฤพงศ์ สันทราย

วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

CMU Journal of Law and Social Sciences

ISSN: 1685-9723

วัตถุประสงค์

- เพื่อให้เป็นวารสารวิชาการโดยเปิดโอกาสให้นักวิชาการ นักวิจัย นักนิติศาสตร์ และผู้สนใจทั่วไปทั้งภายในและภายนอกคณะนิติศาสตร์และมหาวิทยาลัย มีโอกาสได้เผยแพร่ผลงานวิชาการในรูปแบบของบทความวิชาการและบทความวิจัย
- เพื่อเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนให้เกิดการเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการในสาขานิติศาสตร์ที่สัมพันธ์กับความรู้ทางสังคมศาสตร์ให้กว้างขวางมากยิ่งขึ้น ด้วยการจัดพิมพ์เผยแพร่สู่สาธารณชนผู้สนใจทั่วไป
- เพื่อยกระดับวารสารนิติสังคมศาสตร์ให้เป็นวารสารระดับชาติ

ขอบเขต

วารสารนิติสังคมศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ รับพิจารณาบทความวิชาการ บทความวิจัย และบทปริทัศน์ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยขอบเขตเนื้อหาทางวิชาการของวารสารนิติสังคมศาสตร์ จะครอบคลุมเนื้อหา เกี่ยวกับกฎหมายทุกสาขา เช่น กฎหมายมหาชน กฎหมายเอกชน กฎหมายอาญา กฎหมายระหว่างประเทศ เป็นต้น ซึ่งสัมพันธ์กับความรู้ทางด้านสังคมศาสตร์ในสาขาต่างๆ

กำหนดออกตีพิมพ์เผยแพร่

วารสารนิติสังคมศาสตร์ เป็นวารสารวิชาการซึ่งตีพิมพ์บทความวิชาการและบทความวิจัยจากบุคคลทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย จัดพิมพ์รายปี ปีละ 2 ฉบับ

ฉบับที่ 1 เดือน มกราคม – มิถุนายน

ฉบับที่ 2 เดือน กรกฎาคม – ธันวาคม

เจ้าของ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

สำนักงานกองบรรณาธิการ

กองบรรณาธิการวารสารนิติสังคมศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

239 ถนนห้วยแก้ว ตำบลสุเทพ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่ 50200

โทร. 053-942921 โทรสาร. 053-942914

E-mail: lawcmu.research@hotmail.com

Website: www.law.cmu.ac.th/ojs/index.php/cmujlss

การพิจารณาบทความ

กองบรรณาธิการจะทำหน้าที่พิจารณาก่อนการลงบทความและจะแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ส่งบทความทราบภายใน 1 เดือน นับตั้งแต่วันที่ได้รับบทความ ทั้งนี้กองบรรณาธิการจะทำหน้าที่ประสานงานกับผู้ส่งบทความในทุกขั้นตอน

กองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดรูปแบบของบทความให้เป็นระบบเดียวกันทุกบทความ ก่อนนำเสนอให้ผู้ทรงคุณวุฒิ (peer review) พิจารณา จากนั้น จึงส่งบทความที่ได้รับการพิจารณาในเบื้องต้นให้กับผู้ทรงคุณวุฒิ (peer review) จำนวน 2 ท่าน เป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบในการตีพิมพ์เผยแพร่บทความ โดยใช้เวลาพิจารณาแต่ละบทความไม่เกิน 1 เดือน ผลการพิจารณาของผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวถือเป็นสิ้นสุด จากนั้น จึงส่งผลการพิจารณาของผู้ทรงคุณวุฒิให้ผู้ส่งบทความ หากมีการแก้ไขหรือปรับปรุงให้ผู้ส่งบทความแก้ไขและนำส่งกองบรรณาธิการภายในระยะเวลา 15 วันนับตั้งแต่วันที่ได้รับผลการพิจารณา

กองบรรณาธิการนำบทความที่ผ่านการพิจารณาและแก้ไขแล้ว เข้าสู่กระบวนการเรียบเรียงพิมพ์และการตีพิมพ์ โดยใช้ระยะเวลาดำเนินการประมาณ 1-2 เดือน

ผู้ส่งบทความจะได้รับ “วารสารนิติสังคมศาสตร์” จำนวน 2 เล่มเป็นการตอบแทน ภายใน 1 เดือนนับตั้งแต่วารสารนิติสังคมศาสตร์ได้รับการเผยแพร่ และผู้ส่งบทความจะได้รับค่าตอบแทนตามความเหมาะสม

พิมพ์ที่

คือ แอนท์ พรินต์ติ้ง

เลขที่ 126 ม.14 ต.สันป่าเลา

อ.ดอยสะเก็ด จ.เชียงใหม่

โทรศัพท์ 053-306508

กองบรรณาธิการ

ที่ปรึกษา

ผศ. ชาทรี เรืองเดชณรงค์ คณะบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

บรรณาธิการ

รศ. สมชาย ปรีชาศิลปกุล คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

กองบรรณาธิการผู้ทรงคุณวุฒิ

รศ. ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

รศ. ดิเรก ควรสมาคม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพายัพ

ดร. มณฑิชา ภักดีคง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ศ. ดร. อรรถจักร์ สัตยานุรักษ์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

รศ. ดร. ประภาส ปิ่นตบแต่ง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

นายชำนาญ จันทร์เรือง แอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนล ประเทศไทย

นายวรคุณ ฤกษ์กุล นักวิจัยด้านแรงงาน

กองบรรณาธิการ

ดร. นันทน คงเจริญ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ดร. อุษณีย์ เอ็มศิรินันท์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

อาจารย์บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ฝ่ายจัดการ

นายทินกฤต นุตวงษ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

นางสาววรลักษณ์ นาคเสน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

- บทความทุกเรื่องได้รับการตรวจทางวิชาการโดยผู้ทรงคุณวุฒิจากภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย จำนวน 2 ท่าน ต่อ 1 บทความ
- ความคิดเห็นใดๆ ที่ลงตีพิมพ์ในวารสารนิติสังคมศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ เป็นของผู้เขียน (ความคิดเห็นใดๆ ของผู้เขียนกองบรรณาธิการวารสารนิติสังคมศาสตร์ ไม่จำเป็นต้องเห็นด้วย)
- กองบรรณาธิการวารสารนิติสังคมศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ไม่สงวนสิทธิ์ในการคัดลอกแต่ให้อ้างอิงแหล่งที่มาด้วย

ผู้ทรงคุณวุฒิประเมินบทความ (Peer Review)

รศ. ดิเรก ควรสมาคม	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพายัพ
รศ. ดร. ประภาส ปิ่นตบแต่ง	คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
รศ. ดร.สรารัฐ ปิตียาศักดิ์	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
รศ. สมชาย ปรีชาศิลปกุล	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
ผศ. ดร. Alexander Shytov	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
ดร. นัทธน คงเจริญ	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
ดร. พรชัย วิสุทธิศักดิ์	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
ดร. อุษณีย์ เอมศิรินันท์	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
อาจารย์ไพสิฐ พาณิชย์กุล	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
อาจารย์บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

บรรณาธิการ



(ที่มาภาพ: เดลินิวส์ออนไลน์ <http://www.dailynews.co.th/politics/357941>)

“ในยุคที่สื่อหลากหลายและแผ่กว้าง
แต่เสรีภาพการแสดงออกกลับตีบตันและหดแคบ”

บรรณาธิการ

สารบัญ

INTERNET COPYRIGHTS IN THAI CONTEXT	8
Alexander Shytov	
ไม่มีแดนเถื่อนในโลกไซเบอร์?: การศึกษาตัวแบบในการกำกับดูแลโลกไซเบอร์	42
ทศพล ทรรศนกุลพันธ์	
สิทธิในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์โดยนิรนามของสื่อพลเมือง	72
คณาธิป ทองรวีวงศ์	
คดีมาตรา 112 ในโลกที่สื่อสารผ่านเทคโนโลยี	130
ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ	
สิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น : ความแตกต่างในการวิพากษ์วิจารณ์ตามหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและประเทศไทย	152
ศิริพล กุศลศิลป์วุฒิ	
พลวัตนอกกรอบกฎหมายที่หยุคนี้: กรณีพื้นที่โดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยา	190
นฤพงศ์ สันทราย	
คำแนะนำการจัดทำต้นฉบับบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารนิติสังคมศาสตร์	220

INTERNET COPYRIGHTS IN THAI CONTEXT

Alexander Shytov

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

Abstract

The present state of Internet copyright law, as it is reflected in Internet treaties, favours the commercial interests of the enterprises who derive their profits from intellectual property. The prevailing concern of developing countries like Thailand should be providing a fair and equitable access to the information on the Internet for all its citizens. When comparing Thai Internet copyright law to American law, one can see significant similarities. Following American principles in Thai context, however, leave many problems of copyright protection unresolved. It is argued, that Thailand should be more creative in forming its copyright law provisions to meet its national priorities.

Introduction

The Internet offers a fundamental challenge for the law of copyright. At the moment there is a fierce struggle for the degree of the enforcement of copyright law on the Internet between two powers. One power is represented by big entertainment companies which make every effort to ensure that the copyrights are observed by the users of the Internet. Another power is the users themselves. The Internet technology is used both for copying and for preventing copying. Yet, in its origin the nature of the Internet favours free exchange of information much more than a strict copyright control. Even though this struggle is mainly about entertainment materials, the results will be felt by every user of the Internet. Copyright, as it has been expressed in the writings of Lawrence Lessig,¹ one of the leading proponents of a limited application of copyright laws to the Internet, has become the means of controlling the content of the Internet. It can be not only used to protect the creativity, it can also be used to stifle further creativity. The final answer to the question how far to go to enforce copyrights on the Internet will be different from country to country. This paper deals with the following question: what will be the future development of the Internet in Thai law?

1 Lawrence Lessig, **The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World** (Random House, 2001).

Thailand became a contracting party to Berne Convention in 1931, and also adopted in 1995 its revised version made in Paris in 1971.² Thus, Thailand undertook an international obligation to enforce the main principles of copyright law as reflected in this seminal international agreement. According to the Berne Convention, Thailand must grant copyright protection for all “literary and artistic works.” This term encompasses diverse forms of creativity, such as writings, both fiction and non-fiction, musical works; audiovisual works; works of fine art, including drawings and paintings; and photographs. Related rights protect the contributions of others who add value in the presentation of literary and artistic works to the public: performing artists, such as actors, dancers, singers and musicians; the producers of phonograms; and broadcasting organizations. Copyrights include rights of reproduction and of certain acts of communication to the public, such as distribution, public performance and broadcasting.

Even though the Berne Convention brings some uniformity to the copyright laws across the world, it leaves a significant freedom for the countries to define the scope of the works which fall outside copyright protection, for example because of the subject matter of the work, its author, or the expiration of its copyright term. Thailand as any other party to the Convention can give a different interpretation of the particular right by applying an exception or

2 On the current list of contracting parties to Berne Convention see: <http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/berne.pdf>

limitation to copyright protection.³

The problem, however, is not only that different countries can regulate copyrights differently to a certain extent. The development of the Internet has also raised questions about how copyrights apply in the new environment. In particular, when multiple copies are made as works traverse the networks, is the reproduction right implicated by each copy? Is there a communication to the public when a work is not broadcasted, but simply made available to individual members of the public if they wish to see or hear it? Does a public performance take place when a work is viewed at different times by different individuals on the monitors of their personal computers or other digital devices? Does reproduction take place when the user scans printed materials or rips audio files on the Internet? Can a simple act of downloading violate someone's reproduction right? Does electronic transfer of files reproducing copyright works require permission or not? Does uploading of a copyright work to a server constitute distribution if there is an intention to distribute? Or should distribution take place only when the users get access to the material? Does MIDI which allows adding creative and expressive content to the work, trigger derivative works right? If a person sends an e-mail with an attachment containing infringing material, will it be reproduction or distribution? The answer is important since it determines who has the right to claim a copyright violation and the available remedy. Some companies have exclusive

3 Marketa Trimble, "The Multiplicity of Copyright Laws on the Internet" (2015) 25 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 339, 356.

distribution rights. If sending an e-mail is distribution then they have the right to sue.

These questions may appear very technical at first glance, but their solution may be different depending on country's cultural background. The old legal concepts of copyright have to be applied to the new environment. The main issue is whether the Internet signals the end of the multiplicity of copyright laws and the beginning of its unification, or countries like Thailand will be able to preserve some of its independence in forming the content of copyright provisions applied to the Internet.

Internet Treaties and Thailand

The importance of adjusting copyright law to the age of the Internet has been reflected in two treaties which were adopted in 1996 by more than 100 countries at the WIPO (World Intellectual Property Organization): the WIPO Copyright Treaty (WCT)⁴ and the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)⁵ (commonly referred to as the “Internet Treaties”). The both treaties, each having reached their 30th ratification or accession, have entered into force in 2002. Many countries did not sign or ratify those treaties so far, although many countries made their accession afterwards. Thailand at the time of writing this paper is not a party to the treaties.

4 For the text of the treaty see: <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/>

5 For the text of the treaty see: <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/>

The most important provision, surprisingly, is contained not in the main text of the treaties but in accompanying agreed statement concerning Article 1(4) of the WCT and in the agreed statement concerning Articles 7, 11 and 16 of the WPPT. It is affirmed in those statements that the storage of a protected work in digital form in an electronic medium constitutes a reproduction. In other words, uploading into a computer memory without authorisation can be considered as a violation of the copyright. Reproduction is, perhaps, the most important right of the copyright holder. It is defined as “the production of even a single additional copy of the work.” The importance of those statements is difficult to overestimate. They involve the claim that making any copy in a digital form falls under the scope of the traditional copyright law.

The treaties contain “anti-circumvention” provision such as: “Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law.”⁶ Such provisions ensure that technological devices to protect digital works against copyright infringement are not circumvented by other technological devices. Technological systems of protecting against unauthorized copying may include: anti-copy devices, access control,

6 WIPO Copyright Treaty. Article 11.

electronic envelopes, proprietary viewer software, encryption, passwords, watermarking, fingerprinting (user authentication), metering and monitoring of usage, and remuneration systems. The music industry, for example, has developed copyproof compact disc (CD) technology that prevents CDs being played on computer disc drives.

Further, the treaties protect the “rights management information.”⁷ It can contain electronic information which identifies the work, the author of the work, the owner of any right in the work, and any numbers or codes that represent such information, when any of these items of information is attached to a copy of a work or appears in connection with the communication of a work to the public.

It is noteworthy that most support to the Internet treaties comes from the rich countries. The fact that not many developing countries have ratified the treaties so far, reflects a fundamental conflict among different cultural perceptions of the intellectual property. It is likely, however, that most of the countries will yield to the pressures to adopt the provisions of the treaties in their domestic law. Their efficient enforcement will be more doubtful. The composers of the treaties put their trust in technological means to enforce copyrights on the Internet. Their approach to solve the problem is called “digital lock.” After many years of the experience of using those technological means, there is an acknowledgment by their supporters that “the legislative initiatives to support the digital

7 WIPO Copyright Treaty. Article 12.

lock approach have failed.”⁸ The Internet treaties are not welcomed by everybody even in the rich countries. Consumers are not willing to accept the restrictions on their freedom to use digital materials. Electronics manufacturers are increasingly constrained in what they can produce and what they cannot.

What should concern countries like Thailand the most is the issue of providing fair and equitable access to the information on the Internet for all citizens of the world is left without serious attention in those treaties. It appears that the Internet treaties favour the commercial interests of the enterprises who derive their profits from intellectual property.

American and Thai Internet Copyright Law: Comparison

The U.S. was one of the first to implement the provisions of the Internet Treaties by enacting Digital Millennium Copyright Act (DMCA) in 1998.⁹ It follows the Internet Treaties in making it illegal to circumvent digital copyright protection measures. In many respects, the scope of American law is much larger than the one of the Internet treaties.

8 Michael Geist, “ISPs new role in network control”, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/7215235.stm>, 29.01.2008

9 U.S. Copyright Office, “The Digital Millennium Copyright Act of 1998: Summary”, (1998) <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

Internet treaties do not address the issue of liability of internet service providers. The problem with the ISPs is that they serve as conduits of communication between different Internet users who can send illegally the copies of protected literary and artistic works. The Internet transmission of the files involves their temporary copying by the ISPs. Further, ISPs mirror certain popular websites on their servers in order to reduce the time it takes for users to download their sites. The issue arises whether ISPs violate copyright law by linking the Internet users to another website containing copyright infringing materials. The same applies to any website which contains links to the copyright infringing materials situated somewhere else on the Internet.

Because of the failure of digital locks approach to secure the interests of copyright owners, there is a growing pressure on the legislators in the Western countries to impose on the ISPs filtering and content monitoring obligations within their networks. “ISPs would then become private network police, actively monitoring for content that might infringe copyright and stopping it from reaching subscribers’ computers.”¹⁰ Imposition of such duty faces a strong opposition on the same ground as in cases of pornography and defamation: consumer rights, free speech, and personal privacy.

The US law makes it clear that an ISP will be liable for copyright violation only if it was aware that the material on the connected

10 Michael Geist, “ISPs new role in network control”, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/7215235.stm>, 29.01.2008

website was infringing someone’s copyright.¹¹ Further, ISPs can create intermediate and temporary copies as part of an “automatic technical process” when routing or transmitting communications among Internet users. DMCA expressly exempts from infringement liability temporary copies created in connection with the maintenance and repair of computer systems, but only if these copies are destroyed after the maintenance and repair completed.

In 2015, Thai law has addressed Internet issues in its copyright legislation. Even though Thailand has not yet ratified Internet treaties, it has recently enacted amendments to copyright law which are remarkably similar to the U.S. copyright law. New Thai legislation contains identical to U.S. law provisions related to creating intermediate or temporal copies by ISP in the process of transmitting digital materials. Such copies are deemed as not violating copyrights.¹² Further, the ISP is not liable for the copyright infringements if it does not control, initiate, or order the material to be carried out in the computer system. The owners of copyright have a right to request courts to issue injunctions against the ISP to prevent the distribution of copyright-infringing material. By obeying the court’s injunction, it is also exempt from any liability for any possible damage resulted from such compliance.¹³

11 17 U.S.C. 512.

12 Copyright Act (No. 2) B.E. 2558 (2015), Section 4.

13 Copyright Act (No. 2) B.E. 2558 (2015), Section 4.

In new legislation, Thailand adopted “first sale doctrine” as it had been developed by American courts and subsequently incorporated into American legislation.¹⁴ This doctrine has been mentioned in the Internet treaties.¹⁵ It is acknowledged in the treaties as a limitation of the distribution rights of the copyright owner. Previous Thai copyright law did not distinguish distribution rights of copyright owner among other exclusive rights such as reproduction or communication to the public.¹⁶ New Thai legislation explicitly states that “distribution of the original of a copyrighted work or its copy by a person who legally owns it, does not constitute violation of copyright.”¹⁷

The first sale doctrine is a distinct US legal principle. It is different from fair use. It limits the rights of copyright owner to control a copy of the work after it is sold for the first time. Lawful ownership of the copy of a copyrighted work is not the same as owning the copyright of the work itself. The owner of the copy may lend, resell, give away and or/destroy the copyrighted item but is not granted any of the exclusive copyrights. Originally (back in 1908),¹⁸ the principle applied to copies that were sold, but later it was applied to any “owner” of a lawfully made copy regardless whether it was first sold

14 17 U.S.C. 109.

15 WIPO Copyright Treaty, Article 6. WIPO Performances and Phonograms Treaty, Article 12.

16 Copyright Act B.E. 2537 (1994), Section 15.

17 Copyright Act (No. 2) B.E. 2558 (2015), Section 4.

18 **Bobbs-Merrill Co. v. Straus**, 210 U.S. 339 (1908)

or given away.

The Internet presents a challenge for the application of the first sale doctrine. If the copyright owner allows someone to make a copy of his work (such as by downloading), then that copy may lawfully be sold, lent, traded or given away. The digital form of the copy makes it easy to duplicate. In order to prevent it, the copyright owners forbid any duplication of the copyrighted item according to the license agreement. The issue which was raised is whether consumers can make copies of computer programs or music contrary to a license or not.

In *Novell v. Network Trade Center*, the defendant obtained software from the plaintiff under a licence agreement.¹⁹ Later, it distributed this software to others in contrary to the explicit provision of the terms of an End User License Agreement (EULA). The court decided that the defendant was an "owner" by way of sale and was entitled to the use and enjoyment of the software with the same rights as exist in the purchase of any other good. Transfer of a copyrighted work that is subject to the first sale doctrine extinguishes all distribution rights of the copyright holder upon transfer of title. The court did not agree with the argument that the first-sale doctrine does not apply because software is licensed, not sold. US courts ruled that a sale of software is a sale of goods.

19 **Novell, Inc. v. Network Trade Center, Inc.**, 25 F. Supp. 2d 1233 (D. Utah 1998)
Available at: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/25/1233/2326092/>

Other US courts issued similar decisions applying the doctrine of first sale for bundled computer software even if the software contained a EULA prohibiting resale. Bundled computer software is a package containing many programs that are also available individually. In the *Softman v. Adobe* case,²⁰ after purchasing bundled software from Adobe System, Softman unbundled it and then resold the component programs. The California District Court ruled that Softman could resell the bundled software, no matter what the EULA stipulates, because Softman did not read the EULA.

The incorporation of the first sale doctrine in Thai law is a positive step to protect Thai consumers from over-demanding EULA terms, providing that Thai courts will interpret licence agreements in the same way as the American courts did. The danger, however, is that Thai courts will be more cautious, and will look at those agreements as rental rather than sale.

The most significant part of the Internet treaties deals with “anti-circumvention” (referred to as Technological Protection Measures TPM) and “rights management information”. It requires that the states “should provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures” such as digital locks.²¹ It also requires the states to “provide adequate legal protection and effective legal remedies against any

20 **SoftMan Products Co. v. Adobe Systems, Inc.**, 171 F. Supp. 2d 1075 (C.D. Cal. 2001)

21 WIPO Copyright Treaty, Article 11.

person knowingly performing any of the following acts knowing, or with respect to civil remedies having reasonable grounds to know, that it will induce, enable, facilitate or conceal an infringement of any right covered by this Treaty or the Berne Convention: (i) to remove or alter any electronic rights management information without authority; (ii) to distribute, import for distribution, broadcast or communicate to the public, without authority, works or copies of works knowing that electronic rights management information has been removed or altered without authority.”²²

American law enforced those provisions in its Digital Millennium Copyright Act.²³ Thai law follows in its main provisions the American law, even though Thailand has not been a party to the Internet treaties at the time of enacting its new copyright legislation. Like American law, Thai law imposes both civil and criminal law penalties for modification of RMI and removal of TPM.²⁴ The civil liability for these new offences is determined according to the old copyright law: “the court may order the infringer to compensate the owner of copyright or performers' rights for damages the amount of which shall be determined by the court taking into account the seriousness of the injury, including the loss of profits and the expenses necessary for the enforcement of the right of the owner of copyright or performers' rights.”²⁵ However, new Copyright Act allows

22 WIPO Copyright Treaty, Article 12.

23 17 U.S.C. 1201.

24 Copyright Act (No. 2) B.E. 2558 (2015), Section 10 and Section 11.

25 Copyright Act B.E. 2537 (1994), Section 64.

Thai courts to impose American idea of punitive damages on a copyright infringer by increasing the compensation up to two times of what would be imposed according to the old law.²⁶

There is, however, a significant difference between American and Thai laws in the way of criminalizing modification of RMI and removal of TPM. American law imposes criminal law penalties only in cases when the acts were committed “willfully and for purposes of commercial advantage or private financial gain.”²⁷ In contrast, Thai copyright law imposes criminal law penalties for modification of RMI and removal of TPM even when it was done without any commercial purposes. It follows a similar practice of old Thai copyright law which imposes fines from 10,000 to 100,000 baht on “non-commercial” offenders.²⁸ If the offense is committed for commercial purpose, the offender can be subject to imprisonment of between three months and two years or/and a fine of between 50,000 baht and 400,000 baht.²⁹

When comparing Thai Internet copyright law to American law, one can see significant similarities. However, Thai law stretches beyond commercial offences in criminalizing circumvention of technological protection and removal of rights control mechanisms. This latter fact make Thai law appear at first as more authoritarian and oppressive,

26 Copyright Act (No. 2) B.E. 2558 (2015), Section 9.

27 17 U.S.C. 1204.

28 Copyright Act (No. 2) B.E. 2558 (2015), Section 11. Copyright Act B.E. 2537 (1994), Section 70.

29 Ibid.

relying more on the police power to protect the profits of copyright owners. However, a more extensive application of fair use and not rigid enforcement of criminal law in copyright cases make this first impression inadequate.

Internet Challenges For Copyright Law

Copyright laws which govern the Internet IP aspects are different from country to country. The Internet is, at the same time, international. It is true that there are several international conventions which impose a minimum standard of copyright protection. However, national law of a particular country which has adopted those conventions can still enforce a higher level of protection. The U.S. copyright law as well as copyright laws of many rich countries recently extended the term of copyright protection of literary works up to seventy years from the death of the author.³⁰ In contrast, Thai law enforces a general and minimum period according to the Berne Convention that lasts the life of the author and fifty years after his or her death.³¹ Fifty years of protection are granted to cinematographic works since their creation, and twenty five years to photographic works. Thai law provisions related to the works which fall outside copyright protection because of the subject matter or its author may also differ from other countries.³² Therefore, what is protected in the U.S., can

30 17 U.S.C. 302.

31 Copyright Act B.E. 2537 (1994), Section 70.

32 Marketa Trimble, “The Multiplicity of Copyright Laws on the Internet” (2015)

be in public domain in Thailand. The Internet allows viewing the same materials regardless the differences in copyright protection.

The disadvantage of different regulation of the life of the copyright is felt not only in the countries with the longer term of copyright protection, but also in the countries with a shorter term of protection. A person, who does what is legal in his country by posing some materials on the Internet, violates the law of another country whose sanction may include such measures as imprisonment for copyright offences. There is a famous case involving International Music Score Library Project (IMSLP) which was an online library of public domain musical scores based in Canada where the term of copyright protection was fifty years after the death of the author. Universal Edition, an Austrian Music Publisher challenged the right of IMSLP to offer access to some works still under copyright protection in Europe.³³ In order to avoid any legal dispute, the library was removed from the Internet even though it was lawful in Canada, and according to a legal opinion, “if Universal Edition were to file a lawsuit in Austria, it is entirely possible that the Austrian court would dismiss it on the grounds that it cannot assert jurisdiction over the Canadian-based site.”³⁴ As long as the Canadian student who started the project does not go to Austria or is not known there to be a copyright violator, there is little problem to worry about a possible

25 **Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.** 339, 356.

33 Michael Geist, “ISPs new role in network control”, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/7074786.stm>, 02.11.2007

34 Ibid.

prosecution. However, there is a higher risk for a big company or publisher who may be sufficiently known in the second country or has some financial interest there. This company or the publisher may be forced to comply with the law of the second country, and disregard the public policy to provide a quicker free access to the artistic and literary work in its own country.

Further, the interpretation of international accepted rules on copyright and its protection can and does significantly differ from country to country. In Thailand, copying is generally allowed if it is done for research or education, or even for personal use without pursuing commercial goals.³⁵ Such freedom would not be allowed in the developed countries even though research and education can, to a limited degree, justify unauthorized copying of protected materials. That creates an enormous difficulty to enforce any single policy of copyright protection on the Internet.

Another difficult issue relates to the beginning of Internet copyrights, and its proof in cases of dispute. The establishment of the date of creation is important not only for proving who is the author, but in some cases (cinematographic and photographic works) also for the validity of the copyright itself. According to IP law, those copyrights begin from the moment of creation of the materials that is even before those materials are displayed on the Internet. There can be a problem of identifying the exact date of creation of the materials at

35 Copyright Act B.E. 2537 (1994), Section 32. There, however, limits. For Thai Supreme Court policies see: Supreme Court Decision (No. 5843/2543 [2000]) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5843/2543

issue. When one accesses, for example, any literary work posted on the Internet, there is often no way and even time for a modern user to check the age of the literary piece. Materials posted on the Internet can be copied by millions of their users.

If the owner of the copyright tries to sue those users, he must prove that he is the creator of the material. That presents certain difficulties. For example, two users of the Internet argue who created the material. The only way is to check the date when the users were found in the possession of the material. The author of the disputed copyright may present the computer records showing the date when the author has saved his digital art or graphic to his hard disk. Property icon attached to the file tells the date of its creation indeed. But how reliable is this record? A sophisticated user can change the date. Further, the author could slightly modify the file later after the copyright violation took place. By making such modifications, the computer record concerning the date of creation would help little to provide reliable evidence. It is true that a careful author can assert one's rights on the Internet materials through saving the product to a disk and then mailing it to himself via certified mail. He can keep the envelope sealed in a safe place, which he then can present as an evidence of the date of creation when he asserts his copyright. In some countries, the author can register his copyright with the copyright registration office. However, there are many inconveniences in doing all these things. The authors are often too busy to go to the post office or to contact the copyright registration office each time they

have created something new. It does not solve the problem for those authors who did not follow those precautions.

Above all, the nature of the Internet is based on copying. It is driven by the culture of free unlimited access to the information disregarding the fact whether the material is protected by the copyright or not. This anti-copyright nature of the Internet is seen, for example, in the open source software movement. Open source refers to the development of software which is publicly available in source code form. Source code is written in a recognized programming language which other programmers can use. Open source software is publicly available on the Internet. Its quality is certified by so called the Open Source Initiative (OSI), a non-profit corporation.³⁶ The software is distributed free of licensing restrictions. This encourages users to run, modify, copy and distribute the software freely, so long as certain conditions are met, including that the program's source code remains publicly available and the holder of the source code license does not collect royalties. It is argued that open source helps to develop software better and faster than the one protected by the copyright, and therefore everyone and the community benefit more than from the regime imposed by copyright laws. Thus, the Internet challenges the fact of the existence of copyright law itself.

New changes in copyright law of Thailand hardly address these complicated issues. Indeed, there is no country in this world which can alone copy with the complicated problems of Internet copyright.

36 For more information see: www.opensource.org/

One solution would be to have an international agreement which would apply unified copyright standards to the Internet taking into account its specificity and the philosophy of freedom of exchange. That, however, would involve an increased governmental control of the Internet to which many are opposed.³⁷ Another suggested solution is to apply conflict of laws mechanisms. This, however, is considered as ineffective means to enforce copyrights on the Internet.³⁸

Enforcing Copyright of the Internet

It is a common truth that copyright owners face significant difficulties in protecting their exclusive rights on the Internet. One organization which represents their interests worldwide is International Intellectual Property Alliance. Every year, it publishes its reports on almost every country in the world, including Thailand, complaining about poor enforcement of the rights of intellectual property owners.³⁹ These reports are of great interest, despite being biased, because they try to be as factual as possible. Each year they come to the same conclusion. Thailand has a poor enforcement of its copyright laws in general and on the Internet in particular.⁴⁰

37 Kristen E. Eichensehr, “The Cyber-Law of Nations” (2015) 103 *Geo. L.J.* 317.

38 Marketa Trimble, “The Multiplicity of Copyright Laws on the Internet” (2015) 25 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 339, 356.

39 International Intellectual Property Alliance, “2015 Special 301 Report on Copyright Protection and Enforcement” <http://www.iipa.com/rbc/2015/2015SPEC301THAILAND.pdf>

40 International Intellectual Property Alliance, “2014 Special 301 Report on

After reading all these repetitive complaints against Thailand, it is natural to ask the question: whether the problem is not that those people who do not follow the law are bad, but the law demanding from people impossible is bad. To be more specific, the question is: to what extent should the Internet be subject to copyright protection laws? The fundamental principle of intellectual property law is that a copyright protection covers literary, scientific, and artistic works, whatever the form of expression, provided that such works are fixed in a tangible or material form. This is called the condition of tangibility. Therefore, as long as the materials on the Internet have got this tangible form, the copyright law claims its jurisdiction. Any written material, any play, movie or song transmitted through the Internet, a photograph, and even HTML coding and a computer graphic are theoretically covered by the copyright law, since they are recorded and kept on a disk or a computer hard drive. Since Thailand has not yet become a party to the Internet treaties, it has more space for maneuver by excluding even partly Internet materials from the full application of copyright law provisions.

The copyright protection according to the general principles of intellectual property law means that the owners of the literary and artistic works have exclusive rights to reproduce, prepare derivative works, distribute, perform and display the work publicly. Exclusive

Copyright Protection and Enforcement” <http://www.iipa.com/rbc/2014/2014SPEC301THAILAND.PDF>. International Intellectual Property Alliance, “2012 Special 301 Report on Copyright Protection and Enforcement” <http://www.iipa.com/rbc/2012/2012SPEC301THAILAND.PDF>.

right means that no one else can do it unless authorized by the owner of the right. If applied fully to the Internet, it means that nobody may access a web site and copy its layout, text or graphic until the owner of the layout, text or graphic gives permission to do so. That, however, runs against the whole usage of the Internet, where people access web pages and copy everything they want without asking any permission. According to a non-Internet use of copyrights, such permission is necessary and is often issued in a written form.⁴¹ The Internet poses significant problems for this rule.

Apart from determining whether or not the material is copyrighted, there can be enormous inconvenience to obtain copyright license. For example, I found on the Internet a good piece of poetry written recently with the name of the author and the copyright statement that all rights are reserved. I want to copy this poem and post it on my website. An easy way to get the license would be writing to the owner of the web site where I saw the poem making necessary enquiries. However, not everything posted on the other web site can be asserted by their owners as their intellectual property. The owner of web site may not be necessarily the owner of the copyright. Even though, the owner of the web site might have permission to post copyrighted materials, this permission does not mean intellectual ownership of that material. In other words, it does not entitle the owner of the web site to allow other people freely to copy it. Only the owner of copyright can do that. In relation to some

41 See for example: Copyright Act B.E. 2537 (1994), Section 15. Section 16. Section 27.

songs and films, it is easy to obtain permission because there is a developed system of organs which are authorized to grant copyright licenses. But it is not as easy in relation to many literary, scientific, and artistic works which are not distributed on a big commercial scale.

Thai legislators should be creative in finding a Thai solution to the conflict between the reality of the Internet and the old principle of requesting an authorization from the copyright owner. The American copyright legislators cannot accept the reality: the underlying principle and practice of the Internet is that the user accesses the web pages often solely for copying the Internet materials. At the same time, the owner of the copyright materials, who consents to posting them on the Internet, knows it. If only the legislators were brave and would acknowledge that by the very fact of posting his material on the Internet, the owner has abandoned his exclusive copyright (without abandoning moral rights), then many difficulties and uncertainties of the applicability of the copyright law to the Internet would be solved. It is true, that such decision would not solve all problems. One problem would be that there is often no way to check whether the material is posted with consent of the owner or not. Another problem would be that by making the owners abandon their exclusive rights (but not moral rights) by the mere fact of voluntary publicizing the material on the Internet can discourage them for making the material available on the Internet for a limited use. Thus, the legislators must find a way to protect the legitimate

interests of the copyright owners who did not consent to the circulation of their works on the Internet or would like to reserve certain exclusive rights. One way to achieve it is to create a fund which would grant some limited compensation to copyright owners for letting their materials freely circulate on the Internet. The amount of compensation, the type of materials, as well as the contributions to the fund have to be carefully thought through.

The law has also to address the issue of the increased burden of policing and enforcing copyrights as well the social costs of litigation based on the claims of copyright violation on the Internet.⁴² This high cost of policing and enforcement of copyright is the reality in the Western countries, and Thailand will do better by channeling its resources to combat more socially dangerous types of offences. The current Thai law may potentially criminalize the majority of the Internet users. For example, one provision criminalizes reproduction of a copyrighted work without the owner's consent:⁴³ The Internet provides plenty of materials including texts, music, video, software, web graphics, photographs and etc. Downloading them is considered by the Internet treaties as an act of reproduction. The law should protect people, who while downloading them, believe that the materials belong to public domain and they can do whatever they

42 For the general overview of the complexity of maintaining copyright enforcement mechanism see: UK Government, *IP Crime Annual Report 2012-2013*. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/307829/ipcreport12.pdf

43 Copyright Act B.E. 2537 (1994), Section 69. Section 29.

want with the copied files. Most of the Internet users would not read any copyright conditions when downloading those files.

Practically, it is hardly possible to sue the person who simply downloaded a song, even though such downloading constitutes a willful violation of someone's copyright. It is much easier to do with an infringer who makes the song available for the other Internet users either by copying it on his own web site or by means of different file sharing networks. The problem, however, will appear in cases of an infringer who believes that the song is in public domain. He could upload it without any knowledge that the song is protected by copyright. If the owner of the copyright has a single remedy to demand from such person the removal of the song from being available to the other users, there would be little effectiveness for protecting copyrights.

There must be something more effective to deter willful offenders who can always claim that they were ignorant of existing copyrights. Giving the copyright owner compensation in every case of infringement would be unjust if non-willful infringement is treated as willful. Making a clear distinction between them creates an enormous difficulty in proving presence of the intent particularly when taking into account the nature of the Internet communications. Thai law has to develop the working model which would exclude an uneven and arbitrary application of penalties. Following the Western practice of selective punishment of individual copyright infringers on the Internet, while letting others to keep on copying, will do little justice.

Fair Use

The doctrine of "fair use" exempts certain unauthorized uses of copyrighted material from infringement liability. The doctrine is accepted internationally. Thai law contains this concept in Section 32 of Copyright Act.⁴⁴ It reflects the fundamental principle of copyright

44 Copyright Act B.E. 2537 (1994), Section 32: An act against a copyright work under this Act of another person which does not conflict with normal exploitation of the copyright work by the owner of copyright and does not unreasonably prejudice the legitimate rights of the owner of copyright shall not be deemed an infringement of copyright.

Subject to the provision in the first paragraph, the following acts in relation to a copyright work shall not be deemed an infringement of copyright:

- (1) research or study of the work which is not for profit;
- (2) use for personal benefit or for the benefit of the user and his family members or close relatives;
- (3) comment, criticism or introduction of the work with an acknowledgment of the ownership of copyright in such work;
- (4) reporting of news through mass media with an acknowledgment of the ownership of copyright in such work;
- (5) reproduction, adaptation, exhibition or display for the benefit of judicial proceedings or administrative proceedings by authorized officials or for reporting the result of such proceedings;
- (6) reproduction, adaptation, exhibition or display by a teacher for the benefit of his teaching provided that the act is not for profit;
- (7) reproduction, adaptation in part of a work or abridgment or making a summary by a teacher or an educational institution so as to distribute or sell to students in a class or in an educational institution provided that the act is not for profit;
- (8) use of the work as part of questions and answers in an examination.

law which aims at striking a balance between the interests of the copyright owner on the one hand and the interests of the society to have an easy access to information on the other. In relation to the Internet, it means that copying is normally allowed if it is done for educational purposes, when quoting from copyrighted sources in reporting, reviews, and scholarly research, and some other uses depending on the law of each country and its interpretation. Whether the use is fair or not, depends much on the ability of the user to obtain a license from the copyright owner, and also on the scope of the use.

The commercial use of the protected work is normally outside the scope of fair use. However, if the commercial use is "transformative" then there is no copyright violation. Transformative use imparts some new expressive meaning by using the copyrighted material. Copyright law does not bar other authors to make a creative use of existing works. The fair use doctrine "permits courts to avoid rigid application of the copyright statute when, on occasion, it would stifle the very creativity which that law is designed to foster."⁴⁵

In determining whether unauthorized copying is a fair use, it is important to look at the impact of the use on the interests of the copyright owner. If there is a significant impact on the existing market for the copyrighted material, there is no fair use. If the original work is not readily available, copying may be allowed. Copying may also

45 Christopher Wolf, **The Digital Millennium Copyright Act: Text, History, and Caselaw** (Pike & Fischer - A BNA Company, 2003) p. 1094.

be allowed if it is done sparingly. In any case, the existing accepted practices of the users will be taken into account when deciding whether there is a fair use or not.

The concept of fair use varies from country to country. American law provides much narrower concept of fair use than Thai law. Section 107 of the US Copyright Act offers a nonexclusive list of fair uses: for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research.⁴⁶ American courts also allowed copying with the purpose of parody. These purposes do not generally involve infringement of copyright. However, in many cases, the uses for such purposes were considered by American courts as copyright infringing. In *Los Angeles Times v. Free Republic*,⁴⁷ the court rejected a fair use defense. The defendant was a website operator who allowed subscribers to post stories from various newspapers and then encouraged discussion of the supposed biases of the articles' authors. The court agreed with the defendant that the news reports had factual nature and, in principle, were outside copyright protection. However, the court found that the use was commercial and that it would impair the plaintiff's ability to license its works. In deciding so, the court applied the requirement of section 107 of the US Copyright Act to consider "the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes."

46 17 U.S.C. 107.

47 *Los Angeles Times v. Free Republic*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 5669, 54 U.S.P.Q.2d (BNA) 1453 (C.D. Cal. 2000).

Although the commercial nature of a use is not determinative, American courts, as it happened in *Los Angeles Times v. Free Republic* case, deny fairness of the use when it is commercial and profit-seeking in nature.

Moreover, according to American law, a use need not involve direct financial gain or payment to be held "commercial." For example, in famous *Napster* case,⁴⁸ the court held that individual users of the file sharing system engaged in a commercial use. There was no payment to the individual users. But "repeated and exploitative unauthorized copies of copyrighted works were made to save the expense of purchasing authorized copies." The most important factor for the US courts is whether the act of copying would damage financial interests of the copyright owner. These financial interests are understood very broadly. In the *Napster* case, the American Court considered file sharing as a copyright infringement also because it reduced CD sales among the Internet users and made it difficult for the plaintiff to enter the market for the digital downloading of music.

American courts place great emphasis on whether copying is "transformative." The use is transformative when it adds something new altering the original copy with new expression, meaning, or message. Such copying is considered fair since it is consistent with the constitutional purpose of the copyright law: the encouragement of creativity. A simple technical (digital) transforming in an online

48 *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (2001)

medium was not sufficient for American courts to constitute fair use. Further, unauthorized use of all, or a significant portion, of a work will not be considered by the US courts as fair use.

The doctrine of fair use will be naturally used in much broader meaning in Thailand as in other developing countries with the different cultural heritage and the concepts of copyright. Everything what is copied for personal non-commercial use on the Internet should be permitted unless the copyright owner offers to an infringer an easy and affordable access to the work. Some commercial uses should also be allowed particularly when no financial damage is caused to copyright holders. The concept of transformative use should be incorporated in Thai law to encourage individuality and creativity.

Conclusion

Thus, Thai lawmakers have to address the issue of fundamental difficulty to enforce copyrights in the world of the Internet. Big companies may still afford suing many of those who violate their rights by copying music on the Internet. But most of the copyright owners would have little possibility even to monitor what happens on the Internet, not talking about successful litigation. If law can be easily broken, the whole integrity of law suffers. The Internet users must have a clear conscience that what they do is legal. If they act with the doubt that their act might be illegal, the damage to their

overall culture of law abiding would be difficult to estimate. The copyright law must be realistic and demand only what it can effectively enforce.

The solution to the problem of copyright enforcement would be to acknowledge a limited scope of applicability of copyright law on the Internet. People should be allowed to copy freely if they do it for their personal use only. If there is a commercial aim in copying, then the copyrights must be strictly enforced. This solution cannot solve all problems for those who upload materials on their web sites. Whether copyright protection is applied fully or within some limits, the difficulty of identification which materials are subject to copyright and which are not, remains. Large proportion of the Internet materials has become a public domain. Therefore, there can be ambiguity whether posting the material requires a licence from the copyright owner, and often the difficulty to identify the owner himself. Therefore, for the web sites which do not pursue commercial goals, it is possible to apply a more relaxed standard of identifications which materials are likely to have copyright claims. The commercial entities have more financial, organizational, and skills potential to inquire whether the material in issue is protected by copyright law or not.

Since the Internet has become the major largely uncontrolled channel of access to literary, scientific and artistic works for many people around the world, it is doubtful whether the copyright law in its present form can last any longer in its old form. The Internet poses a significant challenge to the fact of the existence of copyright

itself. It is clear that the institution of copyright can survive in the environment of the Internet only if certain important changes, like those suggested above, are made. The concept of fair use must take the central place in reforming the old copyright law in the new digital environment. Thai law makers should keep the broad idea of fair use to meet educational goals of their national policies.

ไม่มีแดนเถื่อนในโลกไซเบอร์?: การศึกษาตัวแบบในการกำกับดูแลโลกไซเบอร์

กศพล นรสนกุลพันธ์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

บทคัดย่อ

ลักษณะของโลกไซเบอร์เปลี่ยนอำนาจกำกับออกจากศูนย์กลางเดิมที่รัฐเป็นผู้ผูกขาดอำนาจควบคุมไปยังผู้เล่นอื่นๆ รูปแบบการกำกับโลกไซเบอร์ที่เปลี่ยนไปจะกระทบต่อการใช้สิทธิของพลเมืองเน็ต การควบคุมอาชญากรรมในโลกไซเบอร์ และการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางของอินเทอร์เน็ตก็เป็นสิ่งที่ต้องคำนึง การกำกับที่หลายฝ่ายเข้ามามีส่วนร่วมในการกำกับควบคุม จะต้องเปิดให้ผู้มีส่วนได้เสียทั้งหลายในระบอบการจัดการพื้นที่ร่วมในโลกไซเบอร์ อาทิ รัฐ ภาคเอกชน และประชาสังคม เพื่อบรรลุเป้าหมายในการ “ถ่วงดุลอำนาจ” การประกอบสร้างกฎหมายอาจเลือกจากตัวแบบในการปกครองโลกไซเบอร์ 6 แบบ ได้แก่ เทคโนโลยีเป็นตัวกำหนด ตลาดเป็นตัวขับเคลื่อน การกำกับตนเอง การกำกับโดยรัฐ การกำกับร่วมกัน การกำกับในโลกไซเบอร์แบบพื้นที่ร่วม ความร่วมมือในการกำกับทั้งหลายอาจนำ “หลักศูนย์อำนาจหลายจุด” มาปรับใช้กำกับโลกไซเบอร์ในทุกระดับเพื่อให้เกิดการมีส่วนร่วมของทุกฝ่ายเพื่อป้องกันการใช้อำนาจเกินสัดส่วน และส่งเสริมความเป็นกลางของอินเทอร์เน็ต

คำสำคัญ: โลกไซเบอร์, การกำกับ, กฎหมายไซเบอร์, อินเทอร์เน็ต

Abstract

The decentralization of regulation on cyberspace from the state to other players is the core impact of Internet. The Changing regulating forms on cyberspace affect the exercise of Netizen rights, while inquiring the control of the cyberspace and its neutrality. Nevertheless, the achievement of any decentralization toward multilateralism is modified on the embeddedness of the participation among the various stakeholders, namely among common-regimes, the state, private sector, and civil society, to the aim of “balancing controls”. The constructs of regulation could be selected from 6 cyber governance models; Technology Determinism, Market Driven, Self-Regulation, State-Regulation, Co-Regulation and Cyber Commons. While any Regulatory cooperation could search to apply “polycentric principle” among all levels of stakeholders in order to maintain off-balancing of controls at shore and consequently fostering net neutrality.

Keywords; Cyberspace, Regulation, Cyber Law, Internet

บทนำ

ชื่อเรื่องสะท้อนให้เห็นถึงความกระตือรือร้นต่อการกำเนิดขึ้นของโลกไซเบอร์¹ ซึ่งเป็นพื้นที่ใหม่ที่มนุษย์สร้างด้วยเทคโนโลยีอินเทอร์เน็ต และยังตั้งข้อคำนึงถึงความจำเป็นในการกำกับควบคุมโลกไซเบอร์ด้วย ด้วยเหตุที่อินเทอร์เน็ตได้สร้างผลกระทบต่อบริณทลอย่างกว้างขวางและสร้างข้อท้าทายในการบังคับใช้กฎหมายทั่วไปในโลกไซเบอร์ วิธีการกำกับควบคุมอินเทอร์เน็ตจึงต้องคำนึงถึงความจำเพาะเจาะจงของการออกแบบกฎหมายและกลไกในการกำกับโลกไซเบอร์ที่พิเศษแตกต่างไปด้วย เนื่องจากระบบกฎหมายของรัฐสมัยใหม่ให้อำนาจอรรถผูกขาดการควบคุมและลงทัณฑ์ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายเป็นพื้นฐาน แต่ในโลกไซเบอร์ที่ตัวตนของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตมีการอำพรางไว้ ความพรั่เลือนในการแบ่งพื้นที่ส่วนตัวกับพื้นที่สาธารณะ การเกิดทรัพย์สินใหม่ที่ไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายทรัพย์สินเดิม และเอื้อให้การสื่อสารที่ฉับพลันทันใดต่อเนื่องตลอดเวลา จนแทบไม่มีพรมแดนให้รัฐใช้อำนาจเด็ดขาดเหนือดินแดนอย่างสมบูรณ์ ศักยภาพของรัฐในการบังคับใช้กฎหมายทั่วไปด้วยกลไกเดิมๆ ในโลกไซเบอร์จึงเป็นไปได้

การแสวงหาตัวแบบในการกำกับโลกไซเบอร์และควบคุมกิจกรรมในอินเทอร์เน็ตมิให้เกิดการละเมิดสิทธิทั้งหลายของพลเมือง จึงต้องเริ่มจากการมองหาโครงสร้างหลากหลายรูปแบบเสียก่อน แล้วค่อยมาแปลงตัวแบบเหล่านั้นให้กลายเป็นกฎหมาย และสร้างกลไกบังคับกฎหมายให้ตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ต่อไป การปล่อยปละละเลยให้โลกไซเบอร์เป็นแดนเถื่อนไร้กฎระเบียบอาจกระทบกระเทือนความมั่นใจของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตและทำให้อาชญากรรมเป็นที่แพร่หลายจนรัฐหรือผู้มีอำนาจหยิบมาเป็นข้ออ้างในการสร้างระบบสอดส่องควบคุมการใช้อินเทอร์เน็ตอย่างเข้มงวดทะลุทะลวงไปถึงกิจกรรมส่วนตัวของผู้ใช้มากเกินไป อันเป็นเหตุให้เกิดความขบเซาในโลกไซเบอร์เนื่องจากผู้ใช้ควบคุมตนเองจนไม่อาจ

1 เนื่องจากยังไม่มีศัพท์บัญญัติที่แน่นอนของคำว่า “Cyberspace” ผู้เขียนจึงเลือกใช้คำว่า “โลกไซเบอร์” ล้อจาก “โลกออนไลน์”

แสดงออกได้อย่างเชื่อมั่นอีกต่อไป ดังนั้นการสำรวจตัวแบบต่างๆ เพื่อมองหารูปแบบที่เหมาะสมในการกำกับโลกไซเบอร์จึงต้องคำนึงถึงการควบคุมอาชญากรรมบนโลกไซเบอร์และการปกป้องสิทธิของพลเมืองเน็ตโดยตั้งอยู่บนความสมดุลโดยตัวแบบทั้ง 6 ที่จะนำมาวิเคราะห์นั้นจะมีกรณีศึกษาประกอบเพื่อให้เห็นข้อเท็จจริงว่าเมื่อใช้ตัวแบบเหล่านั้นจะเกิดผลอย่างไร เพื่อสร้างหลักฐานในการพิสูจน์ความเป็นไปได้ในการนำตัวแบบเหล่านั้นมาใช้กับกฎหมายอินเทอร์เน็ตหรือการกำกับโลกไซเบอร์

1. ตัวแบบในการกำกับ (Regulation Models)

การสร้างระบบกำกับโลกไซเบอร์นั้นเชื่อมโยงกับการสร้างสมดุลระหว่างการให้อำนาจรัฐหรือกลไกบังคับใช้กฎหมายแทรกแซงเข้าไปควบคุมกิจกรรมของประชาชน กับ การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของพลเมืองเน็ตในการทำกิจกรรมในโลกไซเบอร์บนพื้นฐานของเสรีภาพ ดุลยภาพนี้ขึ้นอยู่กับกรอบระบบในการกำกับโลกไซเบอร์โดยคำนึงถึงสภาพของโลกไซเบอร์ที่อำนาจในการบังคับควบคุมมิได้ถูกผูกขาดโดยรัฐ แต่กลับอยู่ในมือของผู้เล่นอื่นๆ โดยในแต่ละประเด็นเฉพาะก็จะมีผู้เล่นที่มีอิทธิพลต่อการสร้างกฎและคัมภีร์ต่างกันออกไปในแต่ละพื้นที่ของประเด็นนั้น ซึ่งเป็นการกระจายอำนาจไปอยู่ในศูนย์อำนาจอื่นในแนวระนาบ (Horizontal Poly-Centric) นอกจากนี้ในประเด็นเดียวกันก็อาจมีลำดับศักดิ์ของกฎหมายและกลไกที่ใช้บังคับอยู่กับเรื่องนั้นซ้อนกันอยู่ โดยในพื้นที่นั้นมีกฎและกลไกซ้อนกันอยู่เป็นลำดับชั้นลงไปในแนวดิ่ง (Vertical Multi-Layer) เพราะฉะนั้นการจัดวางตำแหน่งของผู้เล่นและองค์กรต่างๆ ให้มีความสัมพันธ์กันแต่คงไว้ซึ่งเสรีภาพในการรังสรรค์โลกไซเบอร์จึงมีความสำคัญมาก

แม้จะมีคำประกาศอิสรภาพในโลกไซเบอร์นักคิดด้านไซเบอร์ชื่อดังที่ต้องการแยกให้โลกไซเบอร์เป็นอิสระปลอดจากการบังคับและแทรกแซง

จากรัฐและหลักกฎหมายของรัฐ² ซึ่งรัฐบาลและบริษัททั้งหลายพยายามขับเคลื่อนนโยบายมากำกับโลกไซเบอร์และควบคุมกิจกรรมออนไลน์อยู่ตลอดเวลา อย่างไรก็ตาม ใดที่หาใครซึ่งซื้อแปะและกลไกกำกับดูแลโลกไซเบอร์อย่างสิ้นเชิงก็ย่อมทำลายโอกาสในการสร้างความเชื่อมั่นให้คนอีกจำนวนมากเข้ามาใช้อินเตอร์เน็ตจนทำให้เป้าหมายในการส่งเสริมเศรษฐกิจดิจิทัลหรือการขับเคลื่อนความคิดนโยบายต่างๆ โดยใช้อินเตอร์เน็ตเป็นสื่อในการสื่อสารชะงักงันไปด้วย ดังนั้นการสร้างกฎหมายและกลไกในการกำกับดูแลโลกไซเบอร์โดยอาศัยความชอบธรรมทางกฎหมายและอำนาจอธิปไตยที่รัฐได้มาผ่านกระบวนการเลือกตั้งจึงเป็นหลักประกันว่า การสร้างนโยบายทั้งหลายขึ้นมากำกับดูแลโลกไซเบอร์เกิดจากการมีส่วนร่วมของประชาชนมิใช่ปล่อยให้บริษัทเจ้าของเทคโนโลยีหรือหน่วยงานรัฐใช้อำนาจควบคุมตามอำเภอใจ

การกำกับดูแลโลกไซเบอร์ อาจนำตัวแบบที่ชุมชนกฎหมายเคยนำไปปรับใช้กับการกำกับพื้นที่อื่นๆ มาช่วยสร้างทางเลือกในการแสวงหาตัวแบบที่เหมาะสม โดยในบทความนี้จะหยิบเอาตัวแบบมาวิเคราะห์ทั้งหมด 6 แบบ อันได้แก่

1) “เทคโนโลยีเป็นตัวกำหนด” (Technology Determinism) ใครทำเป็น คนนั้นคุม?

ตัวแบบที่ให้ผู้เขียนรหัสและโปรแกรม (Code Writer/Programmer) ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญสามารถสร้างกฎและกลไกในการกำกับโลกไซเบอร์ได้เอง เพราะผู้เชี่ยวชาญกลุ่มนี้เป็นผู้สร้างมันขึ้นมา และมีความสามารถในการปรับเปลี่ยนมันด้วยฝีมือตัวเองอยู่แล้ว โดยไม่ต้องอาศัยกฎหมายหรือกลไกบังคับของรัฐ

เมื่อมองในลักษณะพื้นฐานของโลกไซเบอร์ซึ่งเป็นพื้นที่ใหม่อันเกิดจากการสร้างของมนุษย์ ผู้เชี่ยวชาญและเจ้าของเทคโนโลยีจึงกำหนดความเป็นไปในโลก

2 J P Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, 1996, Accessed on 14/10/2015, <<http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>>

ไซเบอร์ (Technology Determinism)³ จึงมีการพูดอย่างแพร่หลายว่า เหล่าโปรแกรมเมอร์และผู้ประกอบการด้านอินเทอร์เน็ตทั้งหลายเป็นผู้ทรงอำนาจแห่งการปฏิวัติคลื่นลูกที่สาม เนื่องจากโครงสร้างและสิ่งแวดล้อมทั้งหลายในโลก ไซเบอร์เกิดจากการเขียนรหัสและสูตรที่ควบคุมการไหลเวียนข้อมูลและระบบปฏิบัติการเสมือน การเขียนกฎหมายและบังคับตามกฎหมายที่เขียนขึ้น หากจะเทียบกัน รหัส/สูตร/กำแพง ที่สร้างขึ้น ก็เหมือน ภาษา ประมวลกฎหมาย และกลไกบังคับใช้กฎหมาย นั่นเอง ด้วยเหตุที่การติดตามผู้ก่ออาชญากรรมคอมพิวเตอร์หรือผู้บุกรุกระบบปฏิบัติการทั้งหลายเป็นไปได้ยากเมื่อเหตุการณ์เกิดขึ้นข้ามพรมแดน ต่างเขตอำนาจศาล เพราะฉะนั้นผู้ที่วางระบบเหล่านี้จึงได้สร้างระบบกลั่นกรองและติดป้ายไว้กับการเคลื่อนไหวไหลเวียนผ่านระบบของตนตลอดเวลาทำให้ผู้ใช้บริการของผู้ประกอบการอินเทอร์เน็ตไม่รู้ด้วยซ้ำว่าการทำงานของตนนั้นถูกติดตามและสอดส่องอยู่ตลอดเวลา⁴ ผู้ควบคุมระบบหรือผู้เขียนรหัสวางระบบจึงเปรียบเหมือนพระเจ้าที่มองเห็นและบังคับการเคลื่อนไหวของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตด้วยความเชี่ยวชาญด้านการเขียนรหัส สร้างโปรแกรม

ในยุคที่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตเชื่อมต่อกับข้อมูลข่าวสารผ่านบริการของ Google อย่างล้นหลามเสมือนว่าอินเทอร์เน็ตก็คือการใช้บริการกูเกิ้ลไปแล้วสำหรับหลายๆ คน โดยปัจจุบันกิจกรรมการค้นหาข้อมูลผ่าน Google Search Engine มีปริมาณเป็น 2 ใน 3 ของการค้นหาทั้งหมดในอินเทอร์เน็ตทั่วโลก และผู้เป็นเจ้าของเว็บไซต์ทั้งหลายก็พึ่งพาการชักนำผู้ใช้บริการมาที่หน้าเว็บไซต์ของตนผ่านบริการค้นหาของกูเกิ้ล ดังนั้นเมื่อวิศวกรของกูเกิ้ลปรับเปลี่ยนสูตร (Algorithm) ในการประมวลผลการค้นหาเว็บไซต์จากคำสำคัญไปเป็นอีกแบบจึงทำให้ผลที่ออกมากระทบกระเทือนเจ้าของเว็บไซต์กลุ่มหนึ่งในทางบวกและกระทบอีกกลุ่มในทางลบ

3 L Lessig, **Free Culture: How big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity**, Penguin: New York, 2004, p.139.

4 L Lessig, 'What Things Regulate Speech: CDA 2.0 vs. Filtering', **Jurimetrics Journal**, 38, 1998, p. 640.

ผลการค้นหาที่เปลี่ยนไปทำให้อันดับของเว็บไซต์ตกลงหรือเพิ่มขึ้น ทำให้ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตเห็นเว็บไซต์ของตนก่อนหรือหลังเว็บไซต์คู่แข่งอันมีผลต่อการตัดสินใจเข้าดูข้อมูลของผู้ใช้บริการ หากไม่มีรัฐแทรกแซงการตั้งสูตร ตัวแบบที่ให้ผู้เป็นเจ้าของเทคโนโลยีกำหนดก็จะลดอำนาจของรัฐเหนือการไหลเวียนข้อมูลในโลกไซเบอร์ แต่หน่วยงานของรัฐย่อมรู้ลักษณะความเป็นไปของเทคโนโลยีและเห็นช่องทางการจัดวางอำนาจรัฐลงไปแฝงฝังในสถาปัตยกรรมด้านเทคโนโลยีนี้ ด้วยเหตุที่ตัวมันเกิดจากการรังสรรค์โดยน้ำมือมนุษย์นั่นเอง⁵ ดังนั้นหากรัฐต้องการจะสร้างเขตควบคุม (Zone) ขึ้นมาก็อาจจะทำได้ ดังที่จะได้กล่าวถึงในตัวอย่างต่อไป

การมอบอำนาจให้ผู้เชี่ยวชาญด้านอินเทอร์เน็ตและบริษัทผู้เป็นเจ้าของเทคโนโลยี สูตร รหัส ให้ครองอำนาจควบคุมเหนือการจราจรของข้อมูลสารสนเทศและการสื่อสารระหว่างประชาชน ย่อมไม่อาจทำให้ประชาชนนิ่งนอนใจได้เลยว่า การไหลเวียนของข้อมูลและการสื่อสารนั้นเป็นไปโดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐ หรือมีการแบ่งปันข้อมูลระหว่างบริษัทกับรัฐหรือไม่ ดังนั้นตัวแบบนี้ที่มีข้อดีให้ผู้คิดค้นเทคโนโลยีพัฒนาสินค้าและบริการของตัวเองไปได้เรื่อยๆ แต่มีข้อเสียที่ขาด “ความโปร่งใส” และขาดกลไกในการตรวจสอบการกำกับควบคุมระบบ อันเป็นหลักประกันสิทธิของประชาชนในการสื่อสารโดยปราศจากการแทรกแซง

2) “ตลาดเป็นตัวขับเคลื่อน” (Market Driven) มีใครยาวสาวได้สาวเอา?

ตัวแบบที่ปล่อยให้ความสัมพันธ์ระหว่างลูกค้าและผู้ให้บริการในตลาดอินเทอร์เน็ต เป็นตัวสร้างกฎและกลไกในการกำกับโลกไซเบอร์ กฎและกลไกทั้งหลายเกิดขึ้นและปรับเปลี่ยนด้วยการต่อรองระหว่างผู้ให้บริการและผู้ใช้ โดยปราศจากการแทรกแซงของรัฐหรือมีการแทรกแซงน้อย

5 J Boyle, ‘Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors’, *University of Cincinnati Law Review*, 66, 1997, extracts from pp. 177–205.

ตัวอย่างที่ชัดเจนที่สุด คือ ประเทศต้นทางของอุตสาหกรรมอินเทอร์เน็ต ในเชิงพาณิชย์อย่างสหรัฐอเมริกา นั่นเอง โดยรัฐบาลสหรัฐปล่อยให้ นักบุกเบิก รุ่นแรกๆ และต่อๆ มาสามารถคิดค้นบริการต่างๆ แล้วนำเข้าสู่อินเทอร์เน็ต เพื่อดึงดูดผู้ใช้ได้อย่างเสรี อย่างไรก็ตามเมื่อบริษัทผู้ให้บริการเป็นเจ้าของเทคโนโลยี จึงมีความเป็นไปได้ที่จะมีการใส่ตัวคัดกรองข้อมูล (filter) ลงในระบบเพื่อตรวจสอบการส่งข้อมูลและบทสนทนาของผู้ใช้ จนทำให้ชวนสงสัยว่าใครมีสิทธิอำนาจ ในการออกกฎและกำกับอินเทอร์เน็ตกันแน่ระหว่างรัฐหรือบริษัทผู้เป็นเจ้าของ เทคโนโลยีและให้บริการ⁶ ปัจจุบันภัยคุกคามต่อเสรีภาพในการแสดงออก การเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร และการรักษาความเป็นส่วนตัว เกิดจากตัวตนที่มีใช้รัฐ อย่างผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตและบริษัทที่สร้างเหมืองข้อมูลซึ่งอาจค้นข้อมูล ย้อนกลับได้ตลอดเวลา⁷ ยิ่งไปกว่านั้นบริษัทยังอาศัยข้อมูลทั้งหลายแปลงให้ กลายเป็นฐานการวิจัยพัฒนาบริการและสร้างสินค้าใหม่ๆ มาตอบสนองความต้องการของผู้ใช้ โดยอ้างว่าผู้บริโภคได้ยินยอมมอบข้อมูลให้เพื่อแลกกับการ ใช้บริการฟรีอยู่แล้ว ถือเป็นการแลกเปลี่ยนกันด้วยกลไกตลาด เช่น กรณีของ Facebook ที่มีแรงจูงใจในทางเศรษฐกิจให้ปรับปรุงสูตร (Algorithm) ระบบ ประมวลผลของตัวเองให้นำเสนอโฆษณาได้ตรงกับความต้องการของผู้ใช้บริการ แต่ละคนโดยอาศัยตัวคัดกรองข้อมูลอย่างละเอียด⁸ แต่มีใครบ้างว่าสูตรคืออะไร ข้อมูลใดบ้างที่บริษัทเอาไปใช้ หรือแม้กระทั่งบริษัทเอาข้อมูลไปแบ่งปันให้กับ บริษัทการตลาดอื่นใดหรือไม่

6 L Lessig, 'What Things Regulate Speech: CDA 2.0 vs. Filtering', *Jurimetrics Journal*, 38, 1998, pp. 629–70.

7 J E Cohen, 'Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object', *Stanford Law Review*, 52, 2000, pp. 1373–438.

8 J Edwards, Facebook Accused Of Changing A Key Algorithm To Hurt Advertisers , *businessinsider*, 3/10/2012, Accessed on 14/10/2015, <<http://www.businessinsider.com/facebook-changed-edgerank-algorithm-to-hurt-advertisers-2012-10#ixzz2CmzRLVnU>>.

การแก้ปัญหาอำนาจที่มากเกินไปจนควบคุมของบริษัทเอกชนนั้นไม่อาจนำข้อสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้กันอยู่มาหนุนเสริมเพื่อบรรเทาปัญหาได้สักเท่าไร เนื่องจากข้อสัญญาที่กล่าวถึงข้อตกลงและเงื่อนไขการใช้บริการมักอยู่ในรูปแบบสัญญาสำเร็จรูป บังคับให้ผู้ใช้บริการยินยอมรับไปโดยสภาพ เนื่องจากเมื่อจะเข้าใช้บริการก็ต้อง กดเครื่องหมายยินยอมรับเงื่อนไข หรือไม่ก็ไม่ต้องใช้บริการเลย ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิในการเข้าใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีสื่อสารอันกลายเป็นปัจจัยพื้นฐานในการมีชีวิตทางเศรษฐกิจและสังคมไปแล้ว ซึ่งเรื่องจริยธรรมของบริษัท ต้องมีกฎหมายนิติบุคคล (Firm Law) มาช่วยเสริมบังคับให้บริษัทปรับข้อสัญญาทั้งหลาย หากขาดบทบาทของภาครัฐอย่างสิ้นเชิงทั้งบริษัทและผู้บริโภคก็ไม่อาจบังคับให้ผู้สัญญาทำตามข้อตกลงเหล่านั้นได้ รวมไปถึงการรับรองระบอบกรรมสิทธิ์ และการแบ่งขอบเขตของพื้นที่ “สาธารณะ” กับ พื้นที่ “ส่วนตัว” ด้วย⁹ การปล่อยให้บริษัทกำหนดทิศทางของตลาดด้วยอำนาจที่มีเหนือผู้บริโภคตามธรรมชาติของบริการด้านเทคโนโลยี จึงเป็นการละเลยข้อเท็จจริงที่อำนาจต่อรองระหว่างสองฝ่ายเหลื่อมล้ำหากไร้ซึ่งการกำกับของรัฐโดยสิ้นเชิง

3) “การกำกับตนเอง” (Self-Regulation) ถิ่นใครถิ่นมัน?

ตัวแบบที่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตรวมกลุ่มกันกำหนดกฎและสร้างกลไกภายในกลุ่มผู้ให้บริการในประเภทเดียวกัน โดยอาศัยความสามารถในการบริหารจัดการตามความเชี่ยวชาญของผู้ให้บริการในเรื่องนั้นเป็นหลัก อาจเปิดให้ผู้ให้บริการมีส่วนร่วมในการต่อรองและตกลงเพื่อกำหนดกฎและสร้างกลไกหรืออาจมีลักษณะการสร้างกลุ่ม/ชุมชนเฉพาะของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในการสร้างกฎและกลไกบังคับตามในหมู่สมาชิกกลุ่ม/ชุมชนนั้น แต่ไม่มีการแทรกแซงจากอำนาจรัฐ

การกำกับตัวเองมีความคลุมเครืออยู่มากเนื่องจากมีข้อสงสัยว่ามีพื้นที่ใดซึ่งปราศจากการเข้าถึงของรัฐโดยสิ้นเชิงหรือไม่ เพราะหากไร้ซึ่งการกำกับโดยรัฐ

9 M J Radin, ‘Regulation by Contract, Regulation by Machine’, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 160, 2004, pp. 142–56.

อย่างสิ้นเชิงแล้วจะเป็นไปได้ไหมที่จะมีการสร้างระบบกำกับดูแลกันตัวเองโดยชุมชนที่ไม่มีตัวตนในโลกจริงๆ¹⁰ และหากมีชุมชนที่อยู่นอกการควบคุมของรัฐแล้วชุมชนนั้นจะมีอิสรภาพหรือมีความคิด/กิจกรรมสุดโต่งนอกเหนือบรรทัดฐาน กฎเกณฑ์ทั้งมวลหรือไม่

ลักษณะของชุมชนออนไลน์มีลักษณะที่สำคัญ 3 อย่าง คือ กลุ่มคนซึ่งสามารถเข้าถึงคอมพิวเตอร์และเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้พอสมควร และใช้ภาษาร่วมกัน โดยมีองค์ประกอบหนุนเสริมให้มารวมกลุ่มกันได้ 4 ปัจจัย คือ วัตถุประสงค์ พันธะสัญญา บริบทแวดล้อม และโครงสร้างพื้นฐาน¹¹ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงรายละเอียดจะพบว่าการสื่อสารระหว่างคนที่ห่างไกลกันและอำพรางตัวตนในลักษณะนิรนามก็เป็นการยากที่จะสร้างพันธะสัญญาร่วมกัน เช่น ไม่อาจสร้างมาตรฐานศีลธรรมที่ยอมรับร่วมกัน ดังปรากฏในหมู่ผู้มีสถานะต้อยต่ำต้องหลบซ่อนในสังคมหรือกลุ่มผู้แบ่งปันวัตถุลามกอนาจารจึงทำให้เกิดการแตกตัวเป็นวงเล็วงน้อยย่อยลงไปอีก จนทำให้สมาชิกวงย่อยไม่สนใจกิจกรรมหรือพันธะสัญญามาตรฐานทางศีลธรรมอันใดในวงใหญ่อีกต่อไป หากไม่ได้มีกิจกรรมร่วมกับกลุ่มย่อยของตน¹² จนชวนฉงนว่ายังมีการกำกับดูแลกันจริงหรือไม่หากคนทั้งกลุ่มเห็นร่วมกันไปก่ออาชญากรรมหรือละเมิดสิทธิผู้อื่นด้วยกิจกรรมสุดโต่งใช้ความรุนแรงทั้งหลาย

ในเดือนมกราคม ปี 2009 สมาคมผู้ประกอบการด้านข้อมูลการตลาดของสหรัฐอเมริกา (Direct Marketing Association - DMA) เรียกร้องให้ชุมชนทาง

10 C Marsden, *Internet Co-Regulation: Internet co-regulation: European law, regulatory governance and legitimacy in cyberspace*, Cambridge University Press: Cambridge, 2011, p. 71-72.

11 R McArthur, Peter Bruza, 'The ABC's of Online Community' in *Proceedings of First Asia Pacific Conference on Web Intelligence*, Springer-Verlag: London, 2001, p.143.

12 A Murray, *The Regulation of Cyberspace: Control in the Online Environment*, Routledge-Cavendish: Oxon, 2007, p.164.

ธุรกิจพัฒนาตัวแบบการกำกับตัวเองในระบบปฏิบัติการโฆษณา เพื่อส่งเสริมความโปร่งใส การให้ความรู้และทางเลือกแก่ผู้บริโภคในการมีกิจกรรมปฏิสัมพันธ์กันในตลาดออนไลน์¹³ เช่นเดียวกับการสร้างระบบกำกับตัวเองของเหล่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่จะร่วมกันวางระบบกำกับตนเองในหมู่ผู้ประกอบการ เนื่องจากตนมีหน้าที่เป็นผู้เฝ้าประตูไหลเวียนข้อมูลข่าวสารระหว่างกันอันเป็นสาระสำคัญในการกำกับควบคุมตนเอง¹⁴ ในสองกรณีนี้เป็นการวางระบบกำกับตนเองของผู้ประกอบการในธุรกิจเดียวกันเพื่อสร้างความมั่นใจให้ผู้บริโภค และอีกเหตุผล คือ เหล่าผู้ให้บริการเป็นผู้เชี่ยวชาญและมีความสามารถเชิงเทคนิคในการกำกับดูแลด้วย

กล่าวโดยสรุปจากตัวอย่างข้างต้น ล้วนสะท้อนให้เห็นว่าชุมชนออนไลน์ล้วนต้องนำกฎหรือบรรทัดฐานทางกฎหมายบางอย่างมาปรับใช้เพื่อสถาปนาอำนาจปกครองและคุมกฎในชุมชน ซึ่งกฎและกลไกจะต้องสามารถนำไปบังคับใช้ในระดับชุมชนขนาดเล็กของสังคมได้หากรัฐต้องการจะควบคุมพฤติกรรมของคนในชุมชนเหล่านั้นแต่ปัจเจกชนมีทางเลือกเพียงยอมรับกฎแล้วเข้าไปมีส่วนร่วมทำกิจกรรมกับกลุ่มหรือไม่ก็ตัดสินใจไม่เข้าร่วมตั้งแต่ต้นหรือเลือกที่จะออกจากกลุ่มหากไม่ยินดีจะปฏิบัติตามกฎอีกต่อไป

4) “การกำกับโดยรัฐ” (State-Regulation) รัฐปิดประเทศได้ไหม?

ตัวแบบซึ่งรัฐเข้ามามีบทบาทในการสร้างกฎและกลไกในการกำกับควบคุมโลกไซเบอร์ โดยรัฐมักมีบทบาทนำและบทบาทหลักในการให้บริการ สร้างโครงข่ายพื้นที่ และกำกับการไหลเวียนข้อมูลสารสนเทศในพื้นที่หนึ่งของโลกไซเบอร์หรืออาจมีการควบคุมระบบเชื่อมต่อและรักษาพรมแดนมิให้มีการเชื่อมต่อกับโลก

13 DMAAction Legislative Center, **Self Regulation: Online Behavioral Advertising**, DMAAction, Accessed on 14/10/2015, <<http://dmaaction.org/issues/self-regulation-online-behavioral-advertising>>.

14 A Murray, **Information Technology Law**, Oxford University Press: Oxford, 2010, p.73.

ภายนอกประเทศ อำนาจเด็ดขาดอยู่ที่รัฐเสมือนการบังคับใช้กฎหมายเหนือดินแดนตามหลักอธิปไตยสมบูรณ์แบบรัฐสมัยใหม่ที่รัฐควบคุมกิจกรรมข้ามพรมแดนอย่างเคร่งครัด ทั้งนี้รัฐอาจเลือกกำกับโลกไซเบอร์ทั้งหมดหรือ อาจเลือกกำกับเฉพาะประเด็นเฉพาะกลุ่มก็ได้โดยในบางครั้งอาจเรียกว่าระบบการใช้อำนาจกำกับโดยรัฐผูกขาดการออกกฎหมายและบังคับควบคุมเหนือผู้เล่นอื่นๆ (Statutory Regulation)

ความสำคัญจำเป็นในการแสวงหาระบบกำกับควบคุมโลกไซเบอร์ถูกเน้นย้ำมากในตัวแบบการกำกับโดยรัฐ¹⁵ แต่ก็มีคำถามเกิดขึ้นว่าหากปล่อยให้รัฐมีอำนาจเต็มในการกำกับควบคุมโลกไซเบอร์แล้วจะมีวิธีการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐได้อย่างไรบ้าง

ลาร์รี เลสสิก (Larry Lessig) นักกฎหมายไซเบอร์นามกระฉ่อนได้ตั้งข้อถกเถียงสำคัญไว้ว่า ในระบอบที่รัฐกำกับโลกไซเบอร์นี้ เมื่อใดที่รัฐต้องการจะสร้างเขต ‘zoning’ ขึ้นเพื่อควบคุมการแสดงความคิดเห็น รัฐย่อมปรารถนา ระบบปฏิบัติการอินเทอร์เน็ตที่มีการแฝงฝังตัวคัดกรองการแสดงความคิดเห็นของประชาชนไว้ในโลกไซเบอร์จำนวนมาก¹⁶ และผู้ที่แฝงฝังตัวคัดกรองข้อมูลอาจจะเป็นหน่วยงานรัฐหรือผู้ประกอบการเอกชนก็ได้ ยิ่งไปกว่านั้นรัฐและบริษัทผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจร่วมมือกันสร้างเขตควบคุมที่ทรงประสิทธิภาพบนโลกไซเบอร์ขึ้นมาได้¹⁷ เมื่อพิจารณาถึงแนวโน้มของรัฐหลังสมัยใหม่ที่กิจกรรมของพลเมืองย้ายไปอยู่บนโลกไซเบอร์มากขึ้น การสร้างรัฐบาลอิเล็กทรอนิกส์ขึ้นมา

15 L E Bygrave, J Bing, **Internet Governance: Infrastructure and Institutions**, Oxford University Press: Oxford, 2011, p. 70-71.

16 L Lessig, ‘What Things Regulate Speech: CDA 2.0 vs. Filtering’, **Jurimetrics Journal**, 38, 1998, extracts from pp. 629–70.

17 P S Berman, ‘Law and Society Approaches to Cyberspace’, in P S Berman (eds.), **Law and Society Approaches to Cyberspace**, Ashgate Publishing: Hampshire, 2007, p.xvi.

ควบคู่กันก็อาจเปลี่ยนโฉมหน้าของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามหลักรัฐธรรมนูญนิยมให้กลายมาอยู่ในเงื้อมมือของรัฐที่คอยติดตามสอดส่องเซ็นเซอร์ความคิดเห็นต่างก็เป็นได้

ตัวอย่างการสร้างอภิมหากำแพงเมืองจีนล้อมโลกไซเบอร์ไว้ในประเทศจีน (The Great Firewall) อันระบือลือลั่นเหมาะแก่การแสดงตัวอย่างระบบที่รัฐกำกับโลกไซเบอร์อย่างเข้มงวด รัฐบาลจีนมีมาตรการไม่เป็นมิตรต่อเว็บไซต์และบริการบนโลกไซเบอร์ที่มาจากตะวันตกเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะสื่อเครือข่ายทางสังคม (Social Media Networks) และเว็บไซต์แบ่งปันคลิปวิดีโอ (video sharing site) ซึ่งได้สร้างผลกระทบอย่างไพศาลต่อการสร้างชุมชนสมมติบนโลกไซเบอร์ในสังคมจีน รัฐบาลจีนได้คิดค้นและพัฒนามาตรการควบคุมและตรวจตราสอดส่องกิจกรรมออนไลน์ โดยได้สร้างบริการค้นหาข้อมูลของจีนนาม “Baidu” เพื่อทดแทนระบบค้นหาข้อมูลอื่นของตะวันตก เช่น Google Bing MSN เป็นต้น และยังสร้างเครือข่ายสังคมชื่อ “Sina Weibo” ขึ้นมาเปรียบได้กับการนำเครือข่าย Twitter มาผสมกับ Facebook ให้ใช้แทนโดยปัจจุบันมีผู้ใช้แล้วมากกว่า 300 ล้านคน¹⁸ โดยเป็นที่ทราบกันดีในหมู่ผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ใช้อินเทอร์เน็ตที่มีความรู้เกี่ยวกับเทคโนโลยีสายลับบนโลกไซเบอร์ว่า โปรแกรมเหล่านี้มีตัวหนอน (worm) หรือแมลง (bug) ที่ระบบส่งมาติดตามสอดส่องพฤติกรรมของผู้ใช้และเก็บเป็นฐานข้อมูลของรัฐและบรรษัทรัฐวิสาหกิจเจ้าของบริการทั้งสองด้วย

นักกฎหมายไซเบอร์นาม เจมส์ บอยล์ (James Boyle) ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับการย้ายอำนาจรัฐแบบดั้งเดิมที่มีอยู่ในโลกความจริงแต่มีข้อจำกัดในการใช้บังคับหลายประการ ว่าเมื่ออำนาจรัฐได้ผสานเข้ากับศักยภาพที่ปรากฏอยู่ในเทคโนโลยีอินเทอร์เน็ต ตัวแบบการใช้อำนาจรัฐในการสอดส่องพฤติกรรมของประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครองให้ควบคุมตนเองมิให้มีการแสดงออกใดๆ ที่ไปกระตุ้นให้

18 K Moskvitch, Cracks in the wall: Will China's Great Firewall backfire?, BBC News Technology, 2/5/2012, Accessed on 14/10/2015, <<http://www.bbc.co.uk/news/technology-17910953>>.

รัฐจับจ้องหรือประลองกำลังกับอำนาจรัฐดังที่ปรากฏในงานของนักวิชาการ ผู้ทรงอิทธิพลนาม มิแชล ฟูร์โกต์ ได้เคยกล่าวไว้¹⁹ ในกรณีของ Sina Weibo รัฐได้ ใช้กลวิธีที่แนบเนียนขึ้นกว่าการเซ็นเซอร์โดยตรง ด้วยการสร้างเครื่องมือ/พื้นที่ ให้ประชาชนเข้าใช้ประโยชน์หรือสนุกสนานไปกับมันจนเกิดกิจกรรมจำนวนมาก ที่รัฐสามารถจัดเก็บข้อมูลเข้าเหมืองไว้เป็นฐานในการสืบค้นข้อมูลย้อนหลังได้ ตลอดเวลา

ในทางเลือกแบบตัวแบบรัฐกำกับโลกไซเบอร์จึงสร้างอำนาจในการควบคุม กิจกรรมออนไลน์ไว้ในมือรัฐอย่างมหาศาล โดยรัฐอาจใช้งานบริษัทหรือผู้ประกอบการให้ร่วมมือกับรัฐได้โดยอาศัยกฎหมายของรัฐแต่สิ่งที่เกิดขึ้นตามมาคือ ข้อกังวล เกี่ยวกับความโปร่งใสในการใช้อำนาจว่าเป็นไปด้วยระบบการตรวจสอบถ่วงดุล มิให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือไม่ ยิ่งเป็นรัฐที่ประชาชนสามัญมิอาจ ต่อรองสอดส่องการใช้อำนาจรัฐได้ด้วยแล้ว การถ่วงดุลอำนาจรัฐในการแทรกแซง กิจกรรมในโลกไซเบอร์จึงเป็นไปได้ยากยิ่ง

5) “การกำกับร่วม” (Co-Regulation): นำหลักศูนย์กลางหลายจุด (Polycentric) มาช่วย?

ตัวแบบที่รัฐและผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีความสัมพันธ์กันเพื่อสร้างระบบ กำกับโลกไซเบอร์ อาจอยู่ในลักษณะรัฐออกกฎหมายหลักแล้วเปิดช่องให้ผู้ให้บริการ ไปออกกฎเพิ่มเติมในรายละเอียด หรือรัฐสร้างกฎแล้วให้กลุ่มผู้ให้บริการไปสร้าง กลไกบังคับตามกฎหมาย หรือมีการผสมผสานวิธีการออกกฎและกลไกบังคับใช้ให้อยู่ใน การตกลงร่วมกันระหว่างทั้งสองฝ่าย ทั้งนี้อาจเปิดให้ผู้ใช้บริการมีส่วนร่วมแสดง ความคิดเห็นและตรวจตราบ้าง หรืออาจสร้างองค์กรอิสระในการกำกับกิจกรรม บางอย่างตามที่กฎหมายกำหนด โดยองค์กรอิสระอาจมีอำนาจในการออกกฎ

19 J Boyle, ‘Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors’, *University of Cincinnati Law Review*, 66, 1997, extracts from pp. 177–205.

คำสั่งภายใต้กฎหมายหลักและเป็นผู้บังคับตามกฎหมายเพื่อควบคุมกิจกรรมเหล่านั้นด้วย อย่างไรก็ตามนี้ยังเน้นความสัมพันธ์ในแนวคิด มีรัฐอยู่บนสุดแล้วมีผู้บริการกลุ่มต่างๆ อยู่ในระดับต่ำกว่า โดยอาจมีองค์กรอิสระอยู่ตรงกลาง และผู้ใช้บริการอยู่ในชั้นล่างสุด

ตัวแบบการกำกับร่วมมีข้อถกเถียงหลักอยู่ที่ “สมดุล” ในการสร้างกฎหมายหรือข้อตกลงการจัดแบ่งสรรอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการร่วม²⁰ระหว่างหน่วยงานรัฐและองค์กรภาคเอกชนที่เกี่ยวข้อง ภายใต้ร่มใหญ่ของนโยบายรัฐในการจัดการโลกไซเบอร์ นั่นคือ การกำหนดองค์กรนำในการเป็นกลไกกำกับดูแลโลกไซเบอร์ และการประสานงานระหว่างรัฐและเอกชนนั่นเอง โดยตัวแบบการกำกับร่วมนี้เห็นได้ในการกำกับกิจการภาคบริการหลายกลุ่ม เนื่องจากรัฐมีความชอบธรรมในฐานะตัวแทนของประชาชนสามารถออกกฎหมายลำดับต่างๆ มากำหนดนโยบายในเรื่องนั้นๆ แต่ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ และการควบคุมมักอยู่ในระบบการทำงานของภาคเอกชนที่ดำเนินกิจการเหล่านั้นอยู่เป็นประจำต่อเนื่อง รัฐจึงทำหน้าที่กำกับให้องค์กรเอกชนทำตามนโยบายแต่ไม่ลงไปควบคุมการกระทำทุกขั้นตอนในรายละเอียด

ในคดีเว็บไซต์ประชาไทที่รัฐไม่เคยแสดงอำนาจกำกับควบคุมการแสดงความคิดเห็นของผู้ใช้บริการในเว็บไซต์มาก่อน ต่อเมื่อรัฐมีนโยบายเข้มงวดกับการแสดงความคิดเห็นบางเรื่องในบางประเด็นรัฐจึงใช้กฎหมายเป็นมาตรการบีบบังคับให้ผู้ควบคุมการไหลเวียนข้อมูลในเว็บไซต์นี้ทำการเสาะหาผู้แสดงความคิดเห็นในกระดานข้อความ หรือส่งข้อมูลที่รัฐต้องการมาให้ดำเนินคดี ซึ่งก็มีการต่อสู้ทางนโยบายและคดีความอยู่ในศาลอาญา คดีที่สำคัญ คือ คดีผู้แสดงความคิดเห็นที่มีลักษณะต้องห้ามตามประมวลกฎหมายอาญา ม.112 และเจ้าพนักงานอ้างว่าผู้ดูแลเว็บไซต์ต้องรับผิดชอบ พระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์²¹

20 C Marsden, *Internet Co-Regulation: Internet co-regulation: European law, regulatory governance and legitimacy in cyberspace*, Cambridge University Press: Cambridge, 2011, p. 46-51.

พ.ศ. 2550 โดยกล่าวว่าผู้ดูแลระบบไม่ลบข้อความทิ้งอย่างทันท่วงทีหลังจากมีข้อความหมิ่นประมาทฯ ปรากฏอยู่ในกระดานข้อความ 10 กระทั่งในช่วงปี พ.ศ.2551 และมีการเข้าจับกุมดำเนินคดีในปี พ.ศ.2552²¹ จนทำให้เว็บไซต์ประชาไทตัดสินใจปิดกระดานข้อความลงชั่วคราวเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้ กรณีนี้แสดงให้เห็นอำนาจของรัฐในการกำกับผู้ดูแลระบบซึ่งเป็นผู้ให้บริการภาคเอกชน เมื่อรัฐต้องการจะใช้อำนาจควบคุมการไหลเวียนข้อมูล และการแสดงออกในโลกไซเบอร์ โดยที่รัฐมีอำนาจตามกฎหมายหลักแต่ไม่ได้ลงมาควบคุมกิจกรรมในกระดานข่าวตลอดเวลาจนเมื่อรัฐเห็นว่ามีผลกระทบฝ่าฝืนกฎหมายของรัฐจึงใช้อำนาจบีบบังคับผู้ดูแลเว็บไซต์ และกล่าวหาให้รับผิดชอบตามกฎหมาย แม้ผู้ดูแลมิได้เป็นผู้แสดงความคิดเห็นฝ่าฝืนกฎหมายด้วยตัวเอง

ในทางตรงกันข้ามกรณีของผู้ให้บริการเว็บไซต์ค้นหาข้อมูลบนอินเทอร์เน็ต (Search Engine) และสื่อเครือข่ายสังคม (Social Network) ที่ผู้ควบคุมระบบมีข้อมูลจำนวนมากมหาศาลจากการใช้งานของผู้บริโภค และอาจส่งต่อข้อมูลไปแบ่งปันกับผู้ประมวลผลเพื่อการวิจัยและการตลาด ในสหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น สิงคโปร์ รัฐได้ใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกำกับให้ผู้ให้บริการรักษาสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล โดยรัฐและประชาชนอาจขอเข้าถึง ตรวจสอบ แก้ไขข้อมูลได้ แต่ในประเทศไทยยังมิได้มีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและการกำกับกิจการของธุรกิจข้ามชาติเหล่านี้จึงไม่มีลักษณะแบบการกำกับร่วมนั่นเอง เพราะรัฐไทยไม่มีอำนาจในการบีบบังคับกิจกรรมเหล่านี้ด้วยข้อจำกัดของเขตอำนาจศาลและไม่มีกฎหมายที่ได้มาตรฐานสากลรองรับ จึงต้องกระทำในลักษณะขอความร่วมมือที่ไม่ได้ความร่วมมือเพราะฝ่าฝืนต่อนโยบายของผู้ให้บริการที่วางอยู่บนมาตรฐานสากลหรือกฎหมายของประเทศสัญชาติของบริษัท

21 ILaw, 2555, Accessed on 14/10/2015, <<http://freedom.ilaw.or.th/th/case/#112detail>>.

หากมองในภาพรวมของการแสวงหาความก้าวหน้าในการพัฒนาตัวแบบการกำกับร่วมด้วยการนำแนวคิดการกระจายอำนาจกำกับหลายจุด (Polycentric Regulation) มาส่งเสริมการมีส่วนร่วมจากผู้มีส่วนได้เสียหลายฝ่ายมากขึ้น โดยแต่เดิมการกำกับร่วมมักจะสนใจเพียงความสัมพันธ์ของรัฐกับกลุ่มผู้ให้บริการเป็นหลัก โดยในการออกกฎแต่ละประเด็นจะต้องแสวงหาความร่วมมือระหว่างผู้กำกับดูแลกิจการเหล่านั้น ซึ่งอาจมีมากกว่าหนึ่งราย รวมทั้งเชิญผู้ที่มีความขัดแย้งเข้ามาร่วมออกกฎและวางระบบขององค์กรกำกับดูแลตั้งแต่นั้น²² นอกจากนี้ องค์กรกำกับดูแลในแต่ละเรื่องก็ควรใช้ประโยชน์จากผู้ประกอบการทั้งหลายที่มีส่วนในการผลักดันกิจกรรมในอินเทอร์เน็ตให้เข้ามามีส่วนร่วมบริหารจัดการผลกระทบทั้งหลายที่อาจจะมาจากทิศทางต่างๆ ด้วย ไม่ว่าจะเป็นความขัดแย้งนั้นจะเกิดขึ้นด้วยความจงใจ หรือไม่จงใจก็แล้วแต่²³ แนวคิดนี้สร้างขึ้นเพื่อกระจายความรับผิดชอบและดึงผู้มีส่วนเกี่ยวข้องที่กระจายไปในแต่ละประเด็นแต่ละกิจการให้เข้ามาร่วมแบกรับความเสี่ยงในการจัดการความขัดแย้ง มิใช่ตัวแบบการกำกับร่วมเดิมที่บทบาทเหล่านี้กระจุกตัวอยู่ที่หน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบเรื่องนี้โดยตรงกับผู้ให้บริการเฉพาะรายที่ดูแลในกิจการนั้นซึ่งมีความเสี่ยง และภาระงานตกหนักมากไปจนไร้ประสิทธิภาพในการกำกับดูแล

ในขณะที่กิจกรรมออนไลน์ได้เปิดเสรีภาพให้กับผู้ใช้อินเทอร์เน็ตอย่างมาก แต่ก็สร้างความเสี่ยงให้กับผู้ใช้แต่ละรายมากขึ้นเช่นกัน แนวทางบริหารจัดการและกระจายความเสี่ยงจะสร้างเกราะป้องกันให้กับผู้ใช้อินเทอร์เน็ตก็ต่อเมื่อ มีการสถาปนาวิธีคิดเกี่ยวกับการกำกับร่วมที่มีการกระจายอำนาจบริหารจัดการไปยังผู้มีส่วนร่วมรายอื่นๆ ที่มีส่วนได้เสียร่วมกัน²⁴ โดยรัฐอาจมีบทบาทนำในการประสาน

22 A Murray, *The Regulation of Cyberspace: Control in the Online Environment*, Routledge-Cavendish: Oxon, 2007, p.47.

23 Ibid.

24 J Black, Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes, in *Regulation and Governance*, 2, 2, 2008,

เครือข่ายเชื่อมโยงการกำกับระหว่างหน่วยงานกำกับดูแลภาครัฐที่กำหนดนโยบายและออกกฎหมายหลักๆ เข้ากับเครือข่ายของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในแต่ละพื้นที่แต่ละประเด็น รวมไปถึงการสร้างระบบเชื่อมโยงกับผู้ประกอบการทางธุรกิจ รัฐจำเป็นต้องสร้างเครือข่ายกับภาคประชาชนและองค์กรภาคประชาสังคมที่ส่งเสริมสิทธิเสรีภาพของพลเมืองเน็ต เพื่อเปิดพื้นที่ให้มีการส่งเรื่องราวร้องเรียน การเจรจาเมื่อมีความขัดแย้งเกิดขึ้น อันจะนำไปสู่การสร้างการหาข้อยุติร่วมในท้ายที่สุด²⁵ เพราะประสบการณ์ในการสร้างระบบการกำกับธุรกิจภาคบริการอื่นๆ ที่ปราศจากความร่วมมือจากภาคเอกชน และภาคประชาชนได้สะท้อนให้เห็นภาวะต่างคนต่างทำ และรัฐขาดความสามารถในการบังคับใช้นโยบาย เพราะในภาคบริการนั้นรายละเอียดและความเชี่ยวชาญในเชิงเทคนิคต้องอาศัยศักยภาพของบุคลากรภาคเอกชน หรือประชาสังคมเป็นอย่างมาก

6) การจัดการโลกไซเบอร์แบบพื้นที่ร่วม (Cyber Commons Regime): ให้ทุกฝ่ายร่วมกำกับ (Embeddedness)?

ตัวแบบที่แสวงหาความร่วมมือระหว่างรัฐ บริษัทผู้ให้บริการ ประชาชน ผู้ใช้อินเทอร์เน็ต กับภาคประชาสังคมพลเมืองเน็ต ในการสร้างกฎและกลไกกำกับโลกไซเบอร์โดยมิได้มอบอำนาจนำไปให้ฝ่ายใดเหนือกว่าฝ่ายอื่นอย่างเด็ดขาด การสร้างกฎและกลไกจึงต้องเกิดจากการสานเสวนาและสร้างข้อตกลงร่วมจากหลายฝ่ายและเปิดให้ภาคพลเมืองสามารถตรวจสอบถ่วงดุลได้ เป็นตัวแบบที่ผสมผสานอำนาจในการกำกับโลกไซเบอร์โดยรัฐตามทฤษฎีกฎหมายแบบดั้งเดิมเข้ากับการยอมรับลักษณะของโลกไซเบอร์ที่มีอำนาจกระจายและไม่อยู่ในลำดับศักดิ์สูงต่ำ

pp.137-164.

25 C Marsden, *Internet Co-Regulation: Internet co-regulation: European law, regulatory governance and legitimacy in cyberspace*, Cambridge University Press: Cambridge, 2011, p. 221.

เนื่องจากลักษณะสำคัญประการหนึ่งของอินเทอร์เน็ต คือ การทะลุทะลวง (Transcendental) ข้ามพรมแดนของสถานที่และย่นระยะเวลาในการสื่อสาร ดังนั้นตัวแบบที่เหมาะสมในการกำกับโลกไซเบอร์จึงต้องลดอิทธิพลของหลักกฎหมายที่อิงรัฐชาติสมัยใหม่เป็นพื้นฐานเนื่องจากจะเกิดข้อจำกัดของเขตอำนาจศาล การนำหลักกฎหมายที่สะท้อนสถานะการเคลื่อนไหวไร้พรมแดน (Cosmopolitan Approach) ที่ขยายเขตอำนาจศาลของกฎหมายไซเบอร์ที่เดิมจำกัดอยู่ในดินแดนไปสู่ระดับโลก เพื่อเชื่อมต่อหลักการทางกฎหมายแบบอาณาเขตนิยม (Territorialism) เข้ากับสากลนิยม (Universalism) รองรับประชาชนในชุมชนออนไลน์ที่พลเมืองเน็ตมีความหลากหลายมากขึ้นและมีกิจกรรมเชื่อมโยงเข้าหากันมากขึ้น ตั้งแต่ ชุมชนท้องถิ่น ชุมชนโลก ไร้ข้อจำกัดทางพรมแดน และก้าวข้ามอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมายข้ามพรมแดน²⁶ นั่นคือเมื่อโลกไซเบอร์เชื่อมต่อกันเสมือนไร้พรมแดนกันอาณาเขตรัฐตัวแบบที่จะนำมากำกับโลกไซเบอร์ก็ควรสอดคล้องกับลักษณะดังกล่าวด้วย

แนวคิดในการบริหารทรัพยากรร่วม (Governing the Commons) ของ เอลินอร์ ออสโตรม (Elinor Ostrom) เจ้าของรางวัลโนเบลสาขาสหศาสตร์ปี ค.ศ.2009 เป็นการค้นคว้าหาแนวทางที่เหมาะสมในการจัดการทรัพยากรบนพื้นที่ร่วมซึ่งผ่านการศึกษาวิจัยมาอย่างยาวนานจนได้แนวคิดนี้ออกมา แนวคิดนี้ใช้ความรู้แบบสหวิทยาการ การมองระบอบบริหารพื้นที่เชิงซ้อน และการมีส่วนร่วมจากหลายฝ่าย จนได้สูตรการบริหารจัดการนี้ขึ้นมา โดย โรเบิร์ต อาเซลรอด (Robert Axelrod) ได้นำเสนอแนวทางการจัดการโลกไซเบอร์แบบพื้นที่ร่วม ‘Governing the Cyber Commons’ ขึ้นมา โดยมีข้อเสนอแนะ 6 ประการเพื่อนำมาปรับใช้กับโลกไซเบอร์ อันได้แก่²⁷

26 P S Berman, ‘Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era’, **University of Pennsylvania Law Review**, 153, 2005, extracts from pp. 1819–82.

27 R Axelrod, ‘Governing the Cyber Commons’, in **Perspectives on Politics**, June,

1. การบริหารจัดการโดยผู้มีส่วนร่วมนั้นจะง่ายขึ้นหากมีการระบุอย่างชัดเจนว่าอะไรอนุญาตให้กระทำได้ อะไรต้องห้ามกระทำการ²⁸

2. เมื่อออกแบบระบบตรวจตราเฝ้าระวังที่มีค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนต้องมีการจัดสรรผลประโยชน์สำหรับการทำหน้าที่เฝ้าระวังให้กับตัวผู้ทำหน้าที่ และจัดสรรผลประโยชน์ร่วมของผู้อื่นในชุมชน²⁹

3. ในระบบที่ใหญ่โตและมีความซับซ้อนควรมีลำดับการบริหารจัดการมากกว่าหนึ่งชั้น อย่างไรก็ตามแต่ละชั้นอาจจะช่วยชั้นอื่นในการร่วมบริหารจัดการได้เช่นกัน³⁰

4. หาแรงจูงใจเป็นรางวัลหรือโทษทัณฑ์ในการส่งเสริมการปฏิบัติตามกฎ การสร้างระบบลงทัณฑ์ต่อผู้ฝ่าฝืนกฎอย่างรอบคอบและเป็นภววิสัย ย่อมดีกว่าการไร้ซึ่งมาตรการลงโทษใดๆ หรือมีแต่การลงโทษ³¹ที่ไร้เหตุผลหรือกฎรองรับสิ่งที่ต้องนำมาช่วยหนุนเสริมเพื่อความอยู่รอดของชุมชนก็คือการประสานความร่วมมือระหว่างสมาชิกในชุมชนอย่างเป็นระบบ³²

5. กลไกเชิงสถาบันที่จะประสบความสำเร็จในการสถาปนาระบบบริหารจัดการพื้นที่ซึ่งมีฐานทรัพยากรร่วม ก็คือ ชุมชนที่ได้ลองผิดลองถูกร่วมกันมาหลายทศวรรษเพื่อพัฒนาระบบของชุมชน

2010.

28 E Ostrom, **Governing the Commons**, Cambridge University Press: Cambridge, 1990, p.51.

29 Ibid., p.59, 97.

30 Ibid., p.101f.

31 Ibid., p.94-100.

32 Ibid., p.99.

ตนขึ้นมาเรื่อยๆ สถาบันที่สร้างขึ้นมากำกับพื้นที่ร่วมกันนั้นจะต้องจัดการปัญหาได้ทั้งแบบที่เกิดขึ้นปัจจุบันทันด่วน และสามารถปรับตัวรองรับสถานการณ์ใหม่ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตด้วย³³

6. สิ่งที่สำคัญที่สุดในวิธีการออกแบบสถาบันของออสโตรมคือ หลักการออกแบบว่าด้วย ระบบการบริหารจัดการที่ผู้ใช้ทรัพยากรร่วมเป็นผู้ร่วมกำหนดอนาคตว่าจะบรรลุผลเมื่อไหร่และอย่างไร³⁴

ยิ่งไปกว่านั้น การสร้างระบบกำกับแบบหลายชั้นซ้อนกันภายใต้ระบอบการจัดการโลกไซเบอร์แบบพื้นที่ร่วม ควรจะนำเอาควรสลับซับซ้อนของบรรทัดฐานทางสังคมของชุมชนย่อยที่มีความแตกต่างหลากหลายเข้ามาพิจารณาร่วมด้วย

ผู้เขียนพบว่า โรเจอร์ ฮูร์วิทซ์ (Roger Hurwitz) ได้พยายามนำแนวคิดการจัดการโลกไซเบอร์แบบพื้นที่ร่วมมาปรับใช้กับประเด็นการรักษาความมั่นคงในโลกไซเบอร์ระหว่างประเทศ โดยเขาก็ได้ยอมรับในเบื้องต้นว่าหากจะนำหลักการนี้มาใช้จะต้องยอมรับเงื่อนไขเบื้องต้นดังที่ได้กล่าวมา 6 ข้อก่อนหน้านี้ และข้อจำกัดที่จะกล่าวในย่อหน้าถัดไป

ในประเด็นข้อจำกัดนั้น การบริหารจัดการพื้นที่ร่วมที่มีลักษณะเป็นทรัพยากรที่ใดๆ ก็อาจเข้าใช้ประโยชน์ได้ในฐานะทรัพยากรร่วมนั้น ถือเป็นปัญหาร่วมกันของเหล่าสมาชิกที่เข้าใช้ทรัพยากรในพื้นที่ร่วมกัน การกำหนดข้อจำกัดในการใช้ทรัพยากร/พื้นที่โดยระบุเป็นปริมาณหรือประเภทการใช้งานถือว่ามีความจำเป็น รวมไปถึงการกำหนดข้อจำกัดที่มีลักษณะเป็นความสามารถรวมของพื้นที่ในการแบกรับปัญหา (Carrying Capacity) ไว้ด้วย เพื่อป้องกันการใช้

33 Ibid., p.137-42 and 207-16.

34 R Axelrod, 'Governing the Cyber Commons', in *Perspectives on Politics*, June, 2010, p.4.

ทรัพยากรเกินกว่าความสามารถของพื้นที่ในการรองรับปริมาณการใช้งานรวมของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตทั้งหมดไว้ การกำหนดขอบเขตมิให้ผู้ใช้งานละเมิดทรัพยากรในพื้นที่ร่วมจัดการอาจนำมาใช้กับพื้นที่ตามธรรมชาติหรือสิ่งที่สร้างขึ้นโดยเทคโนโลยีอย่างโลกไซเบอร์ก็ได้ อย่างไรก็ตามการกำกับการใช้บริการจำเป็นต้องมีระบบบังคับใช้อำนาจของรัฐหรือหน่วยงานบังคับตามกฎหมายอยู่ด้วย เพื่อเสริมพลังอำนาจในการกีดขวางการใช้ทรัพยากรที่เสี่ยงภัยต่อพื้นที่ โดยมีเป้าหมายอยู่ที่การสร้างคามยั่งยืนในการใช้พื้นที่ร่วมกัน³⁵ ปฏิบัติการของระบอบการจัดการพื้นที่ร่วมนี้มีผลต่อการตัดสินใจของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตว่าจะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใดในโลกไซเบอร์ รวมถึงความเป็นไปได้ในการสร้างระบบการกำกับร่วมกันเพื่อรักษาความมั่นคงในโลกไซเบอร์

2. เงื่อนไขและข้อจำกัดในการพัฒนาตัวแบบ

การนำเสนอเรื่องระบอบบริหารจัดการโลกไซเบอร์แบบพื้นที่ร่วมกันมีลักษณะคล้ายคลึงกับระบบจัดการทรัพยากรร่วมในอินเทอร์เน็ตแบบชุดสัญญาพร้อมหลายแบบที่ ลาร์รี เลสลิก เคยนำเสนอว่าบุคคลทั้งหลายมีสิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรร่วมที่อยู่ในโลกไซเบอร์ เช่นเดียวกันก็สามารถอุทิศทรัพยากรที่ตนมีแบ่งปันให้ผู้อื่นในโลกไซเบอร์เช่นกัน สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลและแสดงออกซึ่งความคิดเห็นเพื่อรังสรรค์เสรีภาพในการขับเคลื่อนโลกและพัฒนาวัฒนธรรม จึงถือเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่ง³⁶ ในสถานะที่มีความเปิดกว้างทางความคิดและเปิดพื้นที่ให้กับความคิดสร้างสรรค์ การบริหารจัดการทรัพยากรร่วมในโลกไซเบอร์จึงสนับสนุนการกำเนิดของนวัตกรรม เช่น วิกีพีเดีย

35 R Hurwitz, 'Depleted Trust in the Cyber Commons', in **Strategy Studies Quarterly**, Fall, 2012, Accessed on 14/10/2015, <www.au.af.mil/au/ssq/2012/fall/hurwitz.pdf>, p.22.

36 Ibid., p.23.

(Wikipedia) หลักนิติศาสตร์ของสถาบันเทคโนโลยีแห่งแมสซาชูเซตส์ (MIT) และระบบสัญญาทรัพย์สินทางปัญญาทางเลือก (Creative Commons)

เมื่อพิจารณาถึงเงื่อนไขเบื้องต้นในการสร้างระบอบการจัดการโลกไซเบอร์แบบพื้นที่ร่วม สิ่งหนึ่งที่ต้องคำนึงถึงก็คือ การทำให้ประชาชนผู้ใช้เชื่อมั่นและให้ความไว้วางใจ กฎหมาย สถาบันที่ทำหน้าที่คุมกฎ รัฐบาล และโครงสร้างขั้นพื้นฐานของสังคมตนเองเป็นเบื้องต้น³⁷ อย่างไรก็ตามความไว้วางใจสาธารณะต่อระบอบการจัดการโลกไซเบอร์แบบพื้นที่ร่วมจะเกิดก็ต่อเมื่อประชาชนรู้ว่าข้อมูลส่วนบุคคลของตนถูกสอดส่อง แต่ก็ยังมั่นใจได้ว่าไม่มีการล่วงละเมิดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล นั่นคือมีระบบประกันความโปร่งใสและตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของสถาบันกำกับดูแลด้วย

ยิ่งไปกว่านั้นการวิเคราะห์โลกไซเบอร์ในมิติที่โดยสภาพเป็นเทคโนโลยีที่เกี่ยวพันกับวิทยาการด้านความมั่นคง การรักษาความไว้วางใจของผู้ใช้อินเทอร์เน็ตต่อโลกไซเบอร์จำเป็นต้องมี กฎระเบียบ การปฏิบัติการที่โปร่งใส มาตรฐานความรับผิดชอบ และวิธีการเรียกร้องสิทธิเพื่อเยียวยาความเสียหายอย่างได้ผลให้กับผู้ใช้อินเทอร์เน็ตด้วย³⁸ ด้วยเหตุนี้การเจรจาระดับประชาคมโลกเพื่อแสวงหาข้อตกลงร่วมระหว่างประเทศเพื่อกำหนดนโยบายมหภาคด้านการรักษาความมั่นคงปลอดภัยในโลกไซเบอร์

เพื่อบรรลุเป้าหมายในการสถาปนาระบอบการจัดการโลกไซเบอร์แบบพื้นที่ร่วม มีความจำเป็นในการได้รับความยินยอมจากรัฐบาลของรัฐบาลทั้งหลายในแง่ที่เป็นตัวแทนประชาชนในกระบวนการสร้างกฎหมายของสาธารณชน อันประกอบไปด้วยฝ่ายต่างๆ อีกมากมาย เช่น ภาคเอกชน ภาคประชาสังคม ภาควิชาการ และปัจเจกชนทั้งหลาย³⁹ อันเป็นภารกิจเบื้องต้นที่จะต้องผลักดันให้สำเร็จ

37 Ibid., p.24.

38 Ibid., p.26.

39 Ibid., p.40.

อย่างไรก็ดีพลเมืองเน็ตอาจลำบากใจอยู่บ้างที่จะต้องจำกัดตนเองอยู่ในขอบเขตของการลดผลประโยชน์ของตนเองให้หดแคบลง⁴⁰ เพื่ออ้างไว้ซึ่งผลประโยชน์ของตนในการได้ใช้ประโยชน์จากพื้นที่ร่วม(โลกไซเบอร์) ยิ่งไปกว่านั้นความร่วมมือระหว่างผู้มีส่วนได้เสียทั้งหลายก็ควรขยายไปควบคุมกิจกรรมที่สุ่มเสี่ยง อาทิ การจารกรรมทางอุตสาหกรรมและปกป้องโครงสร้างพื้นฐานด้านสารสนเทศที่สำคัญ⁴¹ หรือสร้างหลักประกันเสรีภาพในการแสดงออกและสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลของประชาชนผู้ใช้อินเทอร์เน็ตด้วยเช่นกัน

สิ่งที่ขาดเสียไม่ได้สำหรับการสถาปนาระบอบการจัดการโลกไซเบอร์ร่วมกันก็คือ เจตจำนงร่วมกันของประเทศมหาอำนาจ แม้มีความแตกต่างระหว่างรัฐที่ศรัทธาในระบอบประชาธิปไตยและมีที่มาของอำนาจอย่างชอบธรรม กับรัฐที่อยู่ในระบอบอื่นๆ แต่การผลักดันให้เกิดข้อตกลงระหว่างประเทศร่วมกันเพื่อพัฒนาระบอบการจัดการโลกไซเบอร์ ก็จะต้องดำเนินต่อไป แม้จะไม่สามารถบังคับใช้ได้ อย่างราบรื่นและเป็นไปตามหลักการอย่างสมบูรณ์แบบในทันทีทันใด แต่ก็ต้องพัฒนาให้ก้าวหน้าต่อไปอย่างต่อเนื่อง

ในขณะที่นักอุดมคตินิยมไซเบอร์ (Cyber-Utopianism) ได้กระตุ้นเตือนให้เห็นประเด็นต่างๆ ที่เป็นข้อจำกัดและเงื่อนไขต่างๆ ซึ่งต้องก้าวข้ามให้ได้ นักปฏิบัตินิยมที่หมกมุ่นในอินเทอร์เน็ต (Internet-Centrism) ก็ชี้ให้เห็นมรรควิธีในการก้าวไปสู่เป้าหมาย⁴² ในขณะที่นักกฎหมายก็จำเป็นต้องยอมรับเสียก่อนว่าตนมีข้อจำกัดทางความรู้ความเข้าใจในการคาดเดาว่าเทคโนโลยีจะพัฒนาไปในทิศทางใดและจะส่งผลสะท้อนต่อปริมณฑลทาง

40 Ibid., p.41.

41 Ibid., p.42.

42 E Morozov, *The Net Delusion: The dark side of internet freedom*, Public Affairs: New York, 2011, p. xvi.

กฎหมายอย่างไรบ้าง⁴³ เพื่อจะได้มอบน้อมยอมรับคำชี้แนะจากผู้เชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยีทั้งหลาย

อย่างไรก็ตามการบริหารเครือข่ายกระจายอำนาจจัดการอินเทอร์เน็ตต้องการโครงข่ายพื้นฐานที่เชื่อมโยงเทคโนโลยีทั้งหลายของหลายเครือข่ายเข้าด้วยกัน เช่นเดียวกับต้องมีสถาบันกำกับดูแลที่มีความเป็นประชาธิปไตยซึ่งมีอำนาจทางปกครองในการบังคับใช้มาตรการทั้งหลายภายใต้หลักการนิติธรรม⁴⁴ เนื่องจากโลกไซเบอร์มิได้เป็นเพียงสถานที่แห่งเสรีภาพแต่ยังเป็นพื้นที่ซึ่งถูกควบคุมมากขึ้นเรื่อยๆ ด้วยเช่นกัน โลกออนไลน์จึงเป็นดินแดนเสรีที่มีอำนาจติดสอยห้อยท้าย ด้วยเหตุที่โลกไซเบอร์เป็นพื้นที่ซึ่งประกอบขึ้นจากอุปกรณ์สื่อสารที่เชื่อมต่อกันหลายชุดโดยมีวัตถุประสงค์พิเศษในการลดข้อจำกัดในการปฏิบัติงานนั้นคือ เปรียบเสมือนพื้นที่ซึ่งผู้ใช้รู้สึกอุ่นใจเพราะไม่เห็นว่ใครจับจ้องอยู่แต่ที่จริงแล้วอยู่ในการสอดส่องของผู้เป็นเจ้าของหรือควบคุมเทคโนโลยีอยู่ตลอดเวลา

ข้อพึงระวังที่ควรตระหนัก ก็คือ การกำกับดูแลโลกไซเบอร์ควรบริหารจัดการบนพื้นฐานของระบบตลาดที่มีการปรับตัวเองให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ของสังคม เปิดกว้างให้ปัจเจกชนมีเสรีภาพในการรังสรรค์นวัตกรรม มีความโปร่งใสสามารถใช้ประโยชน์สูงสุดจากทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด และเป็นจักรกลที่มีความซับซ้อนตอบรับความละเอียดอ่อนได้ดี⁴⁵ เพื่อบรรลุเป้าหมายการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนในการใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีร่วมกันของมนุษยชาติ

43 D Svantesson, ‘A legal method for solving issues of Internet regulation’ in *International Journal of Law and Information Technology*, 19, 3, Oxford University Press: Oxford, 2011, p.262.

44 T Ogura, ‘Electronic government and surveillance-oriented society’, in *Theorizing Surveillance: The Panopticon and beyond*, David Lyon (eds), Willan Publishing: Devon, 2006, p.286.

45 L B Solum, ‘Models of Internet governance’, in *Internet Governance: Infrastructure and Institutions*, Lee A. Bygrave and Jon Bing (eds), Oxford University Press: Oxford, 2009, p. 86-87.

3. บทสรุป

สาระสำคัญของบทความนี้ได้สะท้อนให้เห็นถึงการกระจายอำนาจในการกำกับควบคุมโลกไซเบอร์จากรัฐไปสู่ผู้เล่นอื่นๆ แม้รัฐจะเป็นผู้เล่นบทบาทหลักแต่การดำเนินการโดยลำพังย่อมมีอาจยั่งยืนในระยะยาว วิธีการรวมศูนย์อำนาจจะส่งผลกระทบต่อสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร การแสดงออก และความเป็นส่วนตัวของปัจเจกชน อันเป็นรากฐานในการสร้างความชอบธรรมและความเป็นกลางของโลกไซเบอร์ภายใต้บริบทของสังคมประชาธิปไตย อย่างไรก็ตามการบรรลุเป้าหมายของการกระจายอำนาจกำกับดูแลไปยังฝ่ายต่างๆ ย่อมต้องปรับเปลี่ยนไปด้วยการกำกับควบคุมโดยสังคมและการมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย โดยเฉพาะในระบอบกรรมสิทธิ์ร่วมที่รัฐ เอกชน และประชาสังคมต้องมีบทบาทร่วมกัน เจื่อนไซที่จะกำหนดว่าเส้นทางสู่การสร้างระบบกำกับควบคุมโดยสังคมจะประสบผลสำเร็จหรือไม่ ขึ้นอยู่กับลักษณะของตัวแบบที่นำมาปรับใช้ปกครองโลกไซเบอร์ การกระจายอำนาจออกไปให้ผู้เล่นอื่นมีมากนักน้อยเพียงไร และการมีส่วนร่วมจากหลายฝ่ายเหล่านั้น ล้วนมีความสำคัญต่อการสร้างระบบ “ถ่วงดุล” การกำกับดูแลโลกไซเบอร์ทั้งสิ้น

จุดยืนทางวิชาการของผู้เขียนบทความนี้ คือ การแสวงหาตัวแบบที่ตั้งอยู่บน “กระบวนการมีส่วนร่วม” อันปรากฏในตัวแบบที่ 6 ซึ่งประยุกต์ใช้แนวความคิดของเอลินอร์ ออสโตรม (Elenor Ostrom) และบทวิเคราะห์ของโรเจอร์ ฮูร์วิทซ์ (Roger Hurwitz) ในเรื่องการกำกับโลกไซเบอร์แบบพื้นที่ร่วม (Cyber-Commons) ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับระบบการกำกับโลกไซเบอร์ที่กำลังจะเป็นประเด็นสำคัญในอนาคตอันใกล้ เนื่องจากตัวแบบการกำกับโลกไซเบอร์แบบพื้นที่ร่วมซึ่งตระหนักถึงบทบาทของผู้เล่นหลายฝ่ายที่เข้ามาควบคุมเกมส์ และสร้างรากฐานให้กับการกำกับดูแลโลกไซเบอร์เป็นลำดับขั้นซ้อนกันอยู่ ดังปรากฏในตัวแบบที่ 5 การกำกับร่วม (Co-regulation) ซึ่งมีการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายในการให้สถานะความชอบธรรมในการบังคับใช้กฎและกลไกในลำดับต่ำลงไปเป็นทอดๆ โดยตัวแบบการ

กำกับรวมนี้นี้เป็นรูปแบบที่เหมาะสมกับการกระจายอำนาจออกจากศูนย์กลางแต่ก็ยัง
มีอุปสรรคให้ฝ่ายอื่นอยู่อีกมากเช่นกัน โดยเฉพาะการแบ่งปันบทบาทและสัดส่วน
อำนาจหน้าที่ระหว่างหลายฝ่าย หากเหล่านักวางนโยบายสนใจนำแนวทางของ
Roger Hurwitz มาปรับใช้นั้นก็ต้องตั้งใจให้ประเทศมหาอำนาจและองค์กรของรัฐ
มีเจตจำนงร่วมในการปฏิบัติการตามแนวทางนี้เสียก่อน มิเช่นนั้นก็จะกลายเป็นการ
ฝืนเพื่อไปเท่านั้นเอง ในขณะที่ความร่วมมือด้านการกำกับดูแลโลกไซเบอร์ควรนำ
หลักการอำนาจกระจายหลายจุด (Polycentric Principle) ของแอนดริว เมอร์เรย์
(Andrew Murray) และคริสโตเฟอร์ มาร์สเดน (Christopher Marsden) มาปรับ
ใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างผู้เล่นหลายฝ่ายในโลกไซเบอร์ เพื่อควบคุมมิให้ฝ่ายใดใช้
อำนาจเกินขอบเขต อันจะเป็นมรรควิธีสู่การสร้างระบบอินเทอร์เน็ตที่เป็นกลางไว้
การแทรกแซงปิดเบือนนั่นเอง

บรรณานุกรม

หนังสือ

- Bygrave, L. E., Bing, J., **Internet Governance: Infrastructure and Institutions**, Oxford University Press: Oxford, 2011.
- Lessig, L., **Free Culture: How big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity**, Penguin: New York, 2004.
- Marsden, C., **Internet Co-Regulation: Internet co-regulation: European law, regulatory governance and legitimacy in cyberspace**, Cambridge University Press: Cambridge, 2011.
- Morozov, E., **The Net Delusion: The dark side of internet freedom**, Public Affairs: New York, 2011.
- Murray, A., **Information Technology Law**, *Oxford University Press*: Oxford, 2010.
- Murray, A., **The Regulation of Cyberspace: Control in the Online Environment**, Routledge-Cavendish: Oxon, 2007.

บทความ

- Axelrod, R., 'Governing the Cyber Commons' in **Perspectives on Politics**, June, 2010.
- Berman, P. S., 'Law and Society Approaches to Cyberspace' in P S Berman (eds.), **Law and Society Approaches to Cyberspace**, Ashgate Publishing: Hampshire, 2007.

- Berman, P. S., 'Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era' in **University of Pennsylvania Law Review**, 153, 2005.
- Black, J., 'Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes' in **Regulation and Governance**, 2, 2, 2008.
- Boyle, J., 'Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors' in **University of Cincinnati Law Review**, 66, 1997.
- Cohen, J. E., 'Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object' in **Stanford Law Review**, 52, 2000.
- Lessig, L., 'What Things Regulate Speech: CDA 2.0 vs. Filtering' in **Jurimetrics Journal**, 38, 1998.
- McArthur, R., Bruza, P., 'The ABC's of Online Community' in **Proceedings of First Asia Pacific Conference on Web Intelligence**, Springer-Verlag: London, 2001.
- Ogura, T., 'Electronic government and surveillance-oriented society' in **Theorizing Surveillance: The Panopticon and beyond**, David Lyon (eds), Willan Publishing: Devon, 2006.
- Radin, M. J., 'Regulation by Contract, Regulation by Machine' in **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, 160, 2004.
- Solum, L. B., 'Models of Internet governance' in **Internet Governance: Infrastructure and Institutions**, Lee A. Bygrave and Jon Bing (eds), Oxford University Press: Oxford, 2009.

Svantesson, D., ‘ A legal method for solving issues of Internet regulation’ in **International Journal of Law and Information Technology**, 19, 3, Oxford University Press: Oxford, 2011.

ฐานข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

Barlow, J. P., **A Declaration of the Independence of Cyberspace**, 1996, <<http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>>. Accessed on 14/10/2015.

DMAAction Legislative Center, **Self Regulation: Online Behavioral Advertising**, DMAAction, <<http://dmaaction.org/issues/self-regulation-online-behavioral-advertising>>, Accessed on 14/10/2015.

Edwards, J., **Facebook Accused of Changing a Key Algorithm to Hurt Advertisers**, businessinsider, 3/10/2012, <<http://www.businessinsider.com/facebook-changed-edgerank-algorithm-to-hurt-advertisers-2012-10#ixzz2CmzRLVnU>>. Accessed on 14/10/2015.

Hurwitz, R., ‘Depleted Trust in the Cyber Commons’, in **Strategy Studies Quarterly, Fall**, 2012, <www.au.af.mil/au/ssq/2012/fall/hurwitz.pdf>, Accessed on 14/10/2015.

ILaw, <<http://freedom.ilaw.or.th/th/case/112#detail>>, Accessed on 14/10/2015.

Moskvitch, K., **Cracks in the wall: Will China's Great Firewall backfire?**, BBC News Technology, 2/5/2012, <<http://www.bbc.co.uk/news/technology-17910953>>, Accessed on 14/10

สิทธิในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์โดยนิรนามของสื่อพลเมือง

กณาริป์ ทองรวีวงศ์

รองศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น

บทคัดย่อ

นอกจากสื่ออาชีพหรือสื่อกระแสหลักแล้ว บัณฑิตยุคนี้ยังสามารถมีบทบาทสำคัญในการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารต่อสาธารณะโดยอาศัยช่องทางการสื่อสารออนไลน์ในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ ผู้ใช้งานเครือข่ายสังคมออนไลน์ในบทบาทของ “สื่อพลเมือง” นำเสนอข้อมูลข่าวสารที่เกิดขึ้นหลายแง่มุมทั้งการเมือง เศรษฐกิจ สังคม ในการสื่อสารดังกล่าว โดยเฉพาะทางสื่อสังคมออนไลน์นั้น สื่อพลเมืองมักจะแสดงตัวตนโดยใช้ “นามแฝง” แทนที่จะใช้ชื่อจริงหรือชื่อตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามภาครัฐมีการตรากฎหมายบางฉบับที่มีผลกระทบต่อนิติสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนาม เช่นเดียวกับภาคเอกชนโดยเฉพาะผู้ให้บริการออนไลน์ได้ออกนโยบายกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตต้องใช้ชื่อจริงหรือชื่อตามกฎหมาย บทความนี้จะได้อธิบายการคุ้มครองสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามของสื่อพลเมือง ซึ่งพบว่าโดยหลักแล้วสิทธิดังกล่าวถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น นอกจากนี้ยังพบว่าสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามมีคุณค่าหลายประการต่อสื่อพลเมืองอันนำไปสู่ระบอบประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม รวมทั้งการสร้างตัวตนออนไลน์ แต่เนื่องจากสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามอาจถูกนำไปใช้โดยมิชอบ เช่น การประกอบอาชญากรรม การล່วงละเมิดและการหมิ่นประมาทออนไลน์ เป็นต้น บทความนี้จะนำเสนอแนวทางการสร้างสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามกับการคุ้มครองคุณค่าอื่นๆ เช่น ผู้ถูกกระทบสิทธิจากการสื่อสารโดยนิรนาม ความปลอดภัยของสังคมออนไลน์ เป็นต้น

คำสำคัญ : ความนิรนาม, สิทธิในการสื่อสารโดยนิรนาม, สื่อพลเมือง, สิทธิส่วนบุคคล

Abstract

Apart from professional media or mainstream media, an individual can also play a key role in disseminating information to public through online channels especially social media in the age of information technology. The users of social media play a role of civil journalism or citizen media by reporting an event and a fact occurred in the society. The topics of such report vary from political, economical to social issues, etc. Citizen media as users of social media and online communication have used “anonymity” by constructing “pseudonym” instead of their “legal name”. However, there are certain laws which prohibit the anonymous speech. In addition, private sector such as online service providers issued policy requiring users to use “real name”. Hence, this article explores the legal concept of right to anonymous communication and finds that such right has been recognized as main ingredients of “freedom of speech”. Moreover, there are several “values” associated with the right to anonymous communication of citizen media which contributes to participatory democracy, online identity building. However, the fact is that the right to anonymous communication could be misused such as when cybercrime is committed through anonymity, or cases of tortuous and defamatory online comments. This article then suggests to maintain a balance between the protection of right to anonymous online communication and the protection of other competing “values” such as right of those affected by anonymous communication, safety of online community.

Keywords: Anonymity, right to anonymous communication, citizen media, right to privacy

1. บทนำ

เทคโนโลยีสารสนเทศเอื้ออำนวยให้ปัจเจกชนสามารถเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารต่อสาธารณะได้ในลักษณะคล้ายคลึงกับสื่ออาชีพหรือสื่อกระแสหลัก (Mainstream media) บทบาทการสื่อสารของปัจเจกชนลักษณะนี้อาจเรียกว่า “สื่อพลเมือง” (Citizen Media) ซึ่งจัดเป็นองค์ประกอบสำคัญของการปกครองระบอบประชาธิปไตยสมัยใหม่ การนำเสนอข้อมูลของสื่อพลเมืองเกิดขึ้นแพร่หลายโดยอาศัยช่องทางอินเทอร์เน็ตโดยเฉพาะอย่างยิ่งเครือข่ายสังคมออนไลน์ หากพิจารณาในมุมมองเชิงสิทธิแล้วอาจกล่าวได้ว่า สื่อพลเมืองมีเสรีภาพในการสื่อสาร (Freedom of speech) เช่นเดียวกับสื่ออาชีพ อย่างไรก็ตามมีประเด็นว่า เสรีภาพในการสื่อสารของสื่อพลเมืองนั้น หมายรวมถึง สิทธิในการสื่อสารโดยนิรนาม (Right to anonymous communication) หรือไม่เพียงใด ทั้งนี้เนื่องจากภาครัฐและภาคเอกชนซึ่งเป็นผู้ให้บริการการสื่อสารออนไลน์กำหนดมาตรการซึ่งมุ่งระบุตัวบุคคลผู้สื่อสารข้อมูลออนไลน์ ด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น ความปลอดภัย การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม เป็นต้น บทความนี้จะได้ศึกษาประเด็นดังกล่าวโดยเริ่มจากการพิจารณาลักษณะและพฤติกรรมการสื่อสารข้อมูลออนไลน์ของสื่อพลเมือง แนวคิดของสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามอันมีความสัมพันธ์กับเสรีภาพในการสื่อสาร เหตุผลของฝ่ายที่สนับสนุนและฝ่ายที่โต้แย้งสิทธิในการสื่อสารข้อมูลโดยนิรนาม ตลอดจนการคุ้มครองและการจำกัดสิทธิดังกล่าวจากทั้งภาครัฐและเอกชน ซึ่งจะนำไปสู่การวิเคราะห์ประเด็นปัญหาทางกฎหมายต่างๆ ในการคุ้มครองสิทธินิรนามภายใต้บริบทการสื่อสารออนไลน์ของสื่อพลเมือง โดยมีการวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายและกรณีศึกษาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ อันจะนำไปสู่ข้อเสนอแนะแนวทางการสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามของสื่อพลเมืองและการคุ้มครองสิทธิและคุณค่าด้านอื่นด้วย

2. สื่อพลเมือง

โดยทั่วไปแล้ว สื่อพลเมือง (Citizen media) หรือวารสารศาสตร์พลเมือง (Citizen journalism) หมายถึงพลเมืองซึ่งเป็นปัจเจกชนทำการสื่อสารข้อมูลข่าวสารต่อสาธารณะโดยใช้ช่องทางและเครื่องมือสื่อสารต่างๆ หากพิจารณาลักษณะการทำหน้าที่หรือกระบวนการสื่อสารมวลชนที่ประกอบด้วย การเก็บรวบรวม วิเคราะห์ และเผยแพร่ข้อมูลต่อสาธารณะ¹ แล้วจะเห็นได้ว่าเดิมกระบวนการดังกล่าวจำกัดอยู่เฉพาะผู้ประกอบการวิชาชีพสื่อมวลชน (Professional media) เนื่องจากประชาชนทั่วไปมีข้อจำกัดหลายประการในการสื่อสารต่อสาธารณะ ข้อจำกัดทางกายภาพต่อพื้นที่และเวลา (physical limit to space and time)² ประชาชนไม่สามารถเข้าถึงช่องทางและไม่สามารถครอบครองเครื่องมือสื่อสารที่สามารถส่งข้อมูลต่อสาธารณะได้ แต่ในปัจจุบันเครือข่ายอินเทอร์เน็ตและเครื่องมืออุปกรณ์ด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ รวมทั้งการเกิดขึ้นของสื่อใหม่ เช่น เครือข่ายสังคมออนไลน์ ส่งผลให้ข้อจำกัดดังกล่าวลดลง ประชาชนทั่วไปจึงสามารถกระทำการสื่อสารมวลชนได้เช่นเดียวกับสื่อมวลชนอาชีพ³ ข้อมูลเนื้อหาในการนำเสนอของสื่อพลเมืองมีลักษณะกว้างครอบคลุมประเด็นสาธารณะต่างๆ ทั้งการเมือง เศรษฐกิจ สังคม

“สื่อพลเมือง” อาจมีคำเรียกหลายคำและความหมายในหลายมิติ หากพิจารณาในเชิงความสัมพันธ์กับสื่อกระแสหลักหรือสื่อดั้งเดิม (Mainstream or traditional media) เช่น โทรทัศน์ วิทยุ หนังสือพิมพ์ แล้วอาจเรียกว่า

-
- 1 Bowman, S. & Willis, C. **WeMedia: How Audiences are Shaping the Future of News and Information**, Washington, DC: The Media Centre, American Press Institute, 2003.
 - 2 Papandrea, M. R. “Citizen Journalism and the Reporter’s Privilege”. *Minnesota Law Review*, 2007. 91 : pp. 515- 523.
 - 3 คณาธิป ทองรวีวงศ์, **กฎหมายเกี่ยวกับการสื่อสารมวลชน**, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555, หน้า 15-16.

“สื่อทางเลือก” (Alternative media หรือ Alternative journalism) กล่าวคือ เพิ่มทางเลือกแก่ประชาชนในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารที่เคยจำกัดอยู่เฉพาะสื่อดั้งเดิม หรือสื่อกระแสหลัก ยิ่งไปกว่านั้น เนื่องจากความเป็นอิสระของสื่อพลเมืองซึ่งไม่ได้สังกัดอยู่ในองค์กรสื่อ จึงทำให้การนำเสนอข้อมูลเป็นไปโดยมีอคติน้อยกว่าสื่ออาชีพ ที่อยู่ภายใต้โครงสร้างสื่อที่เป็นองค์กรธุรกิจ⁴ นอกจากนี้ “สื่อทางเลือก” ยังอาจพิจารณาในแง่ของ “พื้นที่ทางเลือก” (Alternative space) สำหรับการพัฒนา อัตลักษณ์ ศักยภาพ และพัฒนาความสามารถของการร่วมมือกัน⁵ กล่าวคือ การเกิดขึ้นของสื่อพลเมืองเป็นการส่งเสริมให้ประชาชนมีบทบาทในฐานะผู้นำเสนอ ข้อมูลข่าวสารแทนที่จะมีบทบาทในฐานะผู้รับสารจากสื่อดั้งเดิมแต่เพียงอย่างเดียว อันแสดงถึงความเปลี่ยนแปลงในรากฐานต่อการดำเนินการในเชิงสถาบันและ วิชาชีพของสื่อกระแสหลัก⁶ สื่อพลเมืองยังอาจเรียกว่า “สื่อแบบมีส่วนร่วม” (Participatory journalism) กล่าวคือพลเมืองหรือกลุ่มของพลเมืองเข้ามามี บทบาทร่วมกับสื่ออาชีพในกระบวนการ “เก็บ รายงาน นำเสนอ เผยแพร่ข้อมูล ข่าวสาร”⁷ ในมิติการเมืองการปกครองนั้น บทบาทของสื่อพลเมืองเชื่อมโยงกับการ มีส่วนร่วมในทางการเมือง (Political participation) โดยเฉพาะในระบอบ ประชาธิปไตย เนื่องจากมีส่วนช่วยเพิ่มความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการเมืองการ ปกครองและด้านอื่นอันส่งผลให้พลเมืองมีส่วนร่วมในทางการเมืองมากขึ้น⁸

4 Ribstein, L. E. “Initial Reflections on the Law and Economics of Blogging”. *University of Illinois College of Law University of Illinois Law and Economics Working Papers*, 2005, Working Paper 25.

5 Goldfarb, J. C. *The politics of small things: The power of the powerless in dark times*, Chicago: University of Chicago Press, 2006.

6 Atton, C. “What is “alternative journalism”?”. *Journalism: Theory, Practice and Criticism*, 2003. 4(3), pp. 267-275.

7 Bowman, S. & Willis, C. Ibid.

8 Gil de Zúñiga, H. “Blogs, journalism and political participation”. in Papacharissi, Z. (Ed.), *Journalism and Citizenship: New Agendas*, New York: Lawrence

ในแง่ของกระบวนการสื่อสารมวลชนเองซึ่งพลเมืองเข้ามามีส่วนร่วมมากขึ้นนั้นอาจเรียกได้ว่า “ประชาธิปไตยใหม่ของการสื่อสาร” (New Democracy of communication)⁹

องค์ประกอบและปัจจัยสำคัญอันมีส่วนทำให้สื่อพลเมืองดำรงอยู่และขยายตัวเพิ่มขึ้นคือ เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารข้อมูลออนไลน์โดยเครือข่ายอินเทอร์เน็ต กล่าวคือการที่พลเมืองครอบครองเทคโนโลยีและเครื่องมือการสื่อสารที่สื่อสารต่อมวลชนได้ (Press tool) ทำให้พลเมืองธรรมดาที่เคยเป็นเพียงผู้รับสารกลายมาเป็นผู้นำเสนอข้อมูลข่าวสาร¹⁰ต่อสาธารณะ รวมทั้งเป็นการสร้างพื้นที่สำหรับอภิปรายโต้แย้งความคิดเห็นทางการเมือง ประเด็นสาธารณะต่างๆ¹¹ และเป็นพื้นที่ของนักกิจกรรม นักเคลื่อนไหว ให้ทำการสื่อสารได้อย่างเป็นอิสระจากสื่อกระแสหลัก¹² กิจกรรมของสื่อพลเมือง ยังอาจพิจารณาว่า ทำให้เกิดกระบวนการ “สร้างพลเมือง” (Citizenship building) ในระบอบประชาธิปไตยเนื่องจาก “ความเป็นพลเมือง” (Citizenship) จะเกิดขึ้นจากกิจกรรมและการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน¹³ การสร้างความเป็นพลเมืองยังมีความ

Erlbaum Associates. 2009. pp. 108-123.

9 Rigoni, I. & Saitta, E. (Eds). **Mediating Cultural Diversity in a Globalised Public Space**, Palgrave Macmillan: UK. 2012, p.40.

10 Rosen, J. **The people formerly known as the audience**, Retrieved from http://archive.pressthink.org//27/06/2006pppl_frmr.html.

11 Finneman, N. O. **The internet and the Public Space**, Göteborg: Göteborg University, Nordicom, 2006, pp. 28-11.

12 Bennett, W. L. “Changing Citizenship in the Digital Age”. in Bennett, W. L., The John D., & Catherine T. MacArthur Foundation Series on Digital Media and Learning (Eds.), **Civic Life Online: Learning How Digital Media Can Engage Youth**, Cambridge, MA: The MIT Press, 2008, pp. 1-24.

13 Rodríguez, C. **Fissures in the mediascape: An international study of citizens' media**, Cresskill, N.J.: The Hampton Press, 2001.

เชื่อมโยงกับแนวคิด “พื้นที่สาธารณะ” (Public sphere)¹⁴ ซึ่งเห็นว่าในสังคมควรมีพื้นที่ซึ่งเปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปเข้ามาแลกเปลี่ยนแสดงความคิดเห็นในทางสังคม การเมือง ซึ่งมีความเป็นอิสระ (Autonomous) เพราะเข้าร่วมโดยสมัครใจ และแสดงออกซึ่งความคิดอย่างเท่าเทียมกัน สำหรับสื่อมวลชนจัดเป็นสถาบันหนึ่งซึ่งก่อให้เกิด “พื้นที่สาธารณะ” ขึ้นในสังคมโดยชักนำให้เกิดความคิดเห็นต่างๆ ในพื้นที่นี้¹⁵ พลเมืองเองก็อาศัยพื้นที่สาธารณะนี้แสดงความคิดเห็นของตนซึ่งอาจโต้แย้งหรือคัดค้านสื่อมวลชนในความหมายของสื่อดั้งเดิมหรือสื่อกระแสหลักได้ เนื่องจากพื้นที่สาธารณะมีลักษณะเชิงปฏิสัมพันธ์ (Interaction dimension)¹⁶ อีกทั้งยังก่อให้เกิดการหมุนเวียนของข้อมูล แนวคิด การโต้แย้ง รวมถึงการสร้างเจตจำนงทางการเมือง (Political view) สำหรับในบริบทการสื่อสารออนไลน์นั้น อินเทอร์เน็ตมีบทบาทสำคัญของการเป็น “พื้นที่สาธารณะออนไลน์” (Online public sphere)¹⁷ อย่างไรก็ตามการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตโดยเฉพาะเครือข่ายสังคมออนไลน์นั้น “พื้นที่ส่วนตัว” และ “พื้นที่สาธารณะ” อาจทับซ้อนกัน¹⁸

14 Habermas, J. J. **The structural Transformation of the Public Sphere**, Cambridge: Polity Press, 1989, pp, 31-45.

15 Ibid.

16 Dahlgren, P. **Media and Political Engagement: Citizen, Communication and Democracy**, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 73.

17 Dahlgren, P. “The Internet, Public Spheres, and Political Communication: Dispersion and Deliberation”. **Political Communication**, 2005. 22 : pp. 147-162.

18 คณาธิป ทองรวีวงศ์. “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัว: ศึกษากรณีการรบกวนสิทธิในความเป็นส่วนตัวจากการใช้เว็บไซต์เครือข่ายสังคม”. **วารสารวิชาการสมาคมสถาบันอุดมศึกษาเอกชนแห่งประเทศไทย (สสอท.)**, ปีที่ 18 ฉบับที่ 2 พฤษภาคม 2555; คณาธิป ทองรวีวงศ์. “การนำหลักกฎหมายลักษณะละเมิดความเป็นส่วนตัว (Privacy Tort) กรณีการเปิดเผยเรื่องราวส่วนตัวต่อสาธารณะมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้ถูกเผยแพร่ข้อมูลทางเว็บไซต์เครือข่ายสังคม”. **บทบัณฑิตย**, เล่มที่ 69 ตอน 2 มิถุนายน 2556.

ในด้านหนึ่งผู้ใช้งานสื่อสารเรื่องราวส่วนบุคคล ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล แต่ในอีกสถานะหนึ่งอาจทำบทบาทสื่อพลเมืองในการนำเสนอข้อมูลข่าวสารต่อสังคมได้ ลักษณะเช่นนี้เป็นเหตุผลประการหนึ่งที่สื่อพลเมืองเลือกใช้ “นามแฝง” ที่แตกต่างกันไปในแต่ละ “พื้นที่”

สำหรับประเด็นที่ว่า สื่อพลเมืองจะมาแทนที่สื่อหลักนั้น นักวิชาการหลายท่านเห็นว่า สื่อพลเมืองไม่ได้เป็นอุปสรรคหรือแทนที่สื่อดั้งเดิม เพียงแต่มีลักษณะ “แก้ไขเพิ่มเติม” สื่อกระแสหลัก¹⁹ ดังนั้นสื่อพลเมืองกับสื่อดั้งเดิมจะดำรงอยู่ควบคู่กันไปรวมทั้งมีความสัมพันธ์และพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน ตัวอย่างเช่น สำนักข่าว “กระแสหลัก” หลายแห่งเปิดให้พลเมืองเข้ามามีส่วนร่วมในการนำเสนอข้อมูลข่าวสารในช่องทางต่างๆ โดยอาศัยเทคโนโลยีสารสนเทศ²⁰ นอกจากนี้สื่อกระแสหลักยังทำการแสวงหาข้อมูลจากแหล่งสื่อพลเมือง เช่น เครือข่ายสังคมออนไลน์ต่างๆ มาประกอบการนำเสนอข่าว เป็นต้น

3. การสื่อสารของสื่อพลเมืองทางเครือข่ายสังคมออนไลน์

สื่อพลเมืองเกิดขึ้นและขยายตัวอย่างแพร่หลายทางเครือข่ายสังคมออนไลน์หรือเว็บไซต์เครือข่ายสังคม (Social Networking Websites หรือ Online Social Network) ซึ่งโดยทั่วไปแล้วหมายถึง “ชุมชนออนไลน์อันประกอบด้วยเครือข่ายของบุคคลซึ่งเชื่อมต่อกันผ่านทางหน้าประวัติส่วนบุคคลของผู้ใช้งานแต่ละคน (Profiles)”²¹ หากพิจารณาเครือข่ายสังคมออนไลน์ในกรอบพัฒนาการของเว็บไซต์

19 Jenkins, H. **Covergence Culture: Where Old and New Media Collide**, New York: NYU Press, 2006.

20 ตัวอย่างเช่น CNN.com มีส่วนที่เรียกว่า “iReport” ซึ่งเปิดให้พลเมืองทั่วไปมีส่วนในการนำเสนอข้อมูลข่าวสาร, CNN iReport Retrieved from, <http://ireport.cnn.com>.

21 Wilson, J.S. “MySpace, Your Space, or Our space? New Frontiers in Electronic Evidence”. **Oregon Law Review**, 2007. 86: p. 1201.

ทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตจะเห็นได้ว่า เครือข่ายสังคมออนไลน์มีลักษณะที่เทียบได้กับ “Web 2.0” ซึ่งหมายถึงเว็บไซต์ที่ผู้ให้บริการมิได้เป็นผู้ให้บริการด้านเนื้อหา ข้อมูล เนื่องจากเนื้อหาข้อมูลที่เผยแพร่และแลกเปลี่ยนกันนั้นเกิดจากการสร้างและนำเข้าสู่ระบบโดยผู้ใช้งานแต่ละคน”²² (User generated content) ซึ่งแตกต่างจากยุค Web 1.0 อันเป็นช่วงเริ่มต้นของอินเทอร์เน็ตและเว็บไซต์มีลักษณะของการให้ข้อมูลทิศทางเดียว เช่น ข้อมูลถูกส่งผ่านจากเว็บไซต์หนึ่งไปสู่ผู้เข้าชมในยุค “Web 2.0” นั้นผู้ให้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์ เช่น เฟสบุ๊ค ยูทูบ มิได้เป็นผู้ดำเนินการหลักในการสร้างและเผยแพร่ข้อมูลเนื้อหาเนื่องจากเนื้อหาถูกนำเข้าสู่ระบบโดยผู้ใช้งานซึ่งรวมถึงสื่อพลเมืองทั้งหลาย หากพิจารณาตามแบบจำลองแนวคิดของข้อมูล (Data model) จะเห็นได้ว่าสื่อพลเมืองที่ใช้ช่องทางเครือข่ายสังคมออนไลน์ สามารถสื่อสารข้อมูลต่อสาธารณะ (One-to-many) ในวงกว้างได้เช่นเดียวกับสื่อดั้งเดิม อีกทั้งยังมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างผู้ใช้งานด้วยกันอันเป็นรูปแบบการสื่อสารข้อมูล “Many-to-Many”²³ สำหรับข้อมูลเนื้อหาที่สร้างขึ้นจากผู้ใช้งานนั้นยังมีลักษณะของการสื่อสารจากล่างขึ้นบน (the bottom-up energy of media)²⁴ ซึ่งแตกต่างจากสื่อดั้งเดิมที่เป็นผู้ส่งข้อมูลให้พลเมืองที่เป็นแต่เพียงผู้รับสาร อาจกล่าวได้ว่าในยุคสื่อหลอมรวม (“Convergence” media) ซึ่งรวมช่องทางการสื่อสารต่างๆ เข้าด้วยกันนั้นทำให้ผู้ให้บริการด้านเนื้อหา (Content provider) มิได้จำกัดอยู่เฉพาะสื่อซึ่งดำเนินการโดยกลุ่มองค์กรธุรกิจขนาดใหญ่หรือสื่อดั้งเดิม เช่น โทรทัศน์ วิทยุ หนังสือพิมพ์เท่านั้น เพราะพลเมืองเป็นผู้ให้บริการด้านเนื้อหาต่อสาธารณะได้ด้วยในบทบาททั้งผู้รับสารและผู้ส่งสาร²⁵

22 Anderson, P. 2007. “What is Web 2.0? Ideas, technologies and implications for education”. JISC technology and Standards, Retrieved from <http://www.academia.edu/11309392>.

23 คณาธิป ทองรวีวงศ์, กฎหมายเกี่ยวกับการสื่อสารมวลชน, หน้า 15-16.

24 Blau, A. 2005. “The Future of Independent Media,” *Deeper News*, 10(1). Retrieved from www.gbn.com/ArticleDisplayServlet.srv?aid=34045.

25 Jenkins, H. *Covergence Culture: Where Old and New Media Collide*.

โดยอาศัยช่องทางสื่อออนไลน์เป็นเครื่องมือ การเกิดขึ้นและแพร่ขยายของสื่อพลเมืองอันสืบเนื่องจากเทคโนโลยีและการหลอมรวมของสื่อยังส่งผลกระทบต่อ การเปลี่ยนแปลงเชิงสภาพแวดล้อมของสื่อหรือ “ระบบนิเวศของสื่อ” (Media ecology)²⁶

เมื่อพิจารณาสิทธิในการสื่อสารนิรนามโดยเปรียบเทียบเครือข่ายสังคมออนไลน์กับการสื่อสารในยุค “Web 1.0” จะพบสาเหตุของความแตกต่างกัน กล่าวคือกรณีการสื่อสารในยุค “Web 1.0” นั้นมุ่งเน้นที่ความสนใจร่วมกัน (Common interest) แต่ในยุคของ “Web 2.0” นั้นการสื่อสารมุ่งเน้น “ตัวตน” (Identity) และ “ความสัมพันธ์” (Relationship) เนื่องจากผู้ใช้ต่างมีหน้าประวัติหลักของตนเป็นพื้นฐานในการสื่อสารกับคนอื่นรวมทั้งจุดมุ่งหมายสำคัญประการหนึ่งของผู้ใช้งานเครือข่ายสังคมคือการค้นหาและเชื่อมความสัมพันธ์กับบุคคลที่เคยรู้จักกันมาก่อนในโลกทางกายภาพ เช่น เพื่อนสมัยเรียนที่ไม่พบกันมานาน²⁷ จากลักษณะของเครือข่ายสังคมออนไลน์เช่นนี้ส่งผลให้เกิดความพยายามที่จะระบุตัวตนทั้งจากภาครัฐและจากนโยบายการใช้งานของผู้ให้บริการบางรายดังจะได้กล่าวต่อไป ความพยายามเช่นนี้โดยหลักการแล้วขัดแย้งกับความนิรนามซึ่งเป็นสิ่งที่เกิดมาพร้อมๆ กับการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตตั้งแต่ยุคแรก นอกจากนี้เมื่อพิจารณาสื่อพลเมืองซึ่งมีหน้าประวัติส่วนตัวทางเครือข่ายสังคมออนไลน์ต่างๆ จะเห็นได้ว่าหลายกรณีมีลักษณะทับซ้อนระหว่างการสื่อสารข้อมูลข่าวสารและการติดต่อสัมพันธ์สื่อสารเรื่องราวส่วนตัวกับบุคคลในเครือข่ายของตนไปพร้อมกันโดยอาจใช้

pp.135-168.

26 ระบบนิเวศของสื่อ” (Media ecology) เป็นแนวคิดในการศึกษาสภาพแวดล้อมของสื่อ McLuhan อธิบายว่า สื่อในยุคต่างๆ มีส่วนในการกำหนดสาระสำคัญของสังคมในยุคนั้นๆ เช่น ยุคสื่อสิ่งพิมพ์ สะท้อนถึงลักษณะการสื่อสารหลักของสังคมยุคนั้น; McLuhan, M. & Lapham, L. H. 1994. **Understanding media: The Extension of Man**, Massachusetts: The MIT Press.

27 Gelman, L. “Privacy, Free Speech, and “Blurry-Edged” Social Networks”. **Boston College Law Review**, 2009. 50 (1315): pp. 1320–1325.

ชื่อจริงตามกฎหมายหรือใช้นามแฝง ดังนั้นจึงนำไปสู่การพิจารณาต่อไปว่าสิทธิของสื่อพลเมืองในการสื่อสารโดยไม่ระบุชื่อชื่อจริงตามกฎหมายหรือใช้นามแฝงใดๆ เพื่อระบุตัวตนนั้นได้รับความคุ้มครองหรือถูกจำกัดเพียงใด

4. สิทธิในการสื่อสารโดยนิรนาม (Right to anonymous communication)

ความนิรนาม (Anonymity) อาจแปลว่าไร้ชื่อ (Nameless) ซึ่งในความหมายอย่างแคบที่เกี่ยวกับ “ชื่อ” นั้นอาจกล่าวได้ว่า ความนิรนามเป็นสิทธิโดยพื้นฐานประการหนึ่งของบุคคลในอันที่จะควบคุมการใช้หรือไม่ใช้ชื่อของตนในการติดต่อสัมพันธ์หรือสื่อสารกับผู้อื่น (สำหรับประเด็นที่ว่าความนิรนามนั้นอาจพิจารณาในขอบเขตที่กว้างกว่า “ชื่อ” หรือไม่นั้นจะได้วิเคราะห์ต่อไป) ในเชิงสังคมและพฤติกรรมศาสตร์ นักวิชาการบางท่านจำแนกความนิรนามเป็น 3 ด้านได้แก่²⁸ ความนิรนามจากการบ่งระบุตัว (Identity protection) ความนิรนามจากการสังเกตเห็น (Visual anonymity) ความนิรนามจากพฤติกรรมที่ตนกระทำ (Action anonymity) ในทางกฎหมายความนิรนามมีสถานะเป็นสิทธิพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งของมนุษย์ โดยสิทธินิรนามมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์ในหลายมิติ หากพิจารณาในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา นักวิชาการได้แบ่งสิทธินิรนามออกเป็น 5 ด้านคือ ²⁹ (1) การคุ้มครองความนิรนามตามรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครอง การแสดงออกซึ่งความคิดเห็น (Speech) (2) การคุ้มครองความนิรนาม

28 Burkell, J. A. “Anonymity in Behavioral Research: Not Being Unnamed, but Being Unknown”. *University of Ottawa Law and Technology Journal*, 2006. 3 (1): pp.189-203.

29 Froomkin, M. “Anonymity and the Law in the United States”. in Kerr, I., Lucock, C., & Steeves, V. (Eds). *Lessons from the Identity Trail: Anonymity, Privacy, and Identity in a Networked Society*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 441-464.

ตามกฎหมายอาญา เช่น การคุ้มครองความนิรนามของพยานบุคคล (3) การคุ้มครองความนิรนามในการดำเนินคดีแพ่ง (4) ความนิรนามในความสัมพันธ์อื่นๆ ระหว่างรัฐและประชาชน (5) การเปิดเผยข้อมูลระบุตัวตน (Identity) ในชีวิตประจำวัน อย่างไรก็ตามการคุ้มครองสิทธินิรนามในส่วนที่เกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นมิติที่ได้รับการให้น้ำหนักมากกว่าด้านอื่นๆ³⁰ และเป็นประเด็นหลักของบทความนี้

หลักกฎหมายที่สำคัญของสหรัฐอเมริกาในการคุ้มครองความนิรนามมีรากฐานมาจากรัฐธรรมนูญบทแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 (The First Amendment to the United States Constitution) ซึ่งมีหลักสำคัญว่า “ห้ามมิให้รัฐสภาตรากฎหมาย...ที่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการสื่อสาร เสรีภาพของสื่อ สิทธิในการชุมนุมโดยสงบของประชาชน...”³¹ จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติรับรอง “สิทธินิรนาม” ไว้อย่างชัดเจน โดยระบุคุ้มครอง “เสรีภาพในการสื่อสาร” (Freedom of speech) แต่ในคดีที่มีการกล่าวอ้างว่ารัฐละเมิดเสรีภาพในการสื่อสาร ศาลได้ตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าวในประเด็นต่างๆ เช่น ศาลสูงสุดตัดสินว่าฝ่ายบริหารไม่อาจกำหนดกฎเกณฑ์จำกัดสิทธิของสื่อในการเผยแพร่ข้อมูลที่ฝ่ายบริหารพิจารณาว่าเป็นความลับ³² หรือในคดีที่ศาลวางหลักคุ้มครองสื่อมวลชนซึ่งได้นำเสนอข้อมูลข่าวสารที่เป็นเรื่องจริงและเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ³³ สำหรับการสื่อสารออนไลน์หรือทางอินเทอร์เน็ตนั้นได้รับ

30 Ibid.

31 “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”

32 New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971).

33 Smith v Daily Mail Publishing Co. 443 U.S. 97 (1979).

การคุ้มครองโดยศาลสหรัฐอเมริกาอย่างชัดเจนในการพิจารณาคดี *Reno v ACLU*³⁴ ซึ่งศาลสูงสุดอธิบายว่าการสื่อสารทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Email) ห้องสนทนา (Chat room) เวิลด์ไวด์เว็บ (World Wide Web) จัดเป็นการแสดงความคิดเห็น อันได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญด้วย เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสารและศาลได้พิจารณาแล้วว่าการสื่อสารออนไลน์จัดเป็นเสรีภาพในการสื่อสารแล้ว ประเด็นปัญหาต่อไปคือ “สิทธิในการสื่อสารโดยนิรนาม” ซึ่งไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญนั้นจะได้รับการคุ้มครองในบริบทของการสื่อสารออนไลน์หรือไม่ ในประเด็นนี้พบว่าศาลในคดี *McIntyre v. Ohio Elections Commission* ได้ตีความเสรีภาพในการสื่อสารตามรัฐธรรมนูญว่ารวมถึงเสรีภาพในการสื่อสารหรือแสดงความคิดเห็นโดยนิรนาม (right to speak anonymously or right to anonymous speech) ทั้งนี้ศาลได้อธิบายว่าสิทธินี้ให้การคุ้มครองทั้งข้อมูลระบุตัวตนของผู้แสดงความคิดเห็น นอกจากนี้ยังมีความหมายครอบคลุมกรณีผู้ให้บริการ ผู้พิมพ์เผยแพร่ข้อความ ในอันที่จะโต้แย้งคัดค้านการส่งมอบข้อมูลระบุตัวตนเกี่ยวกับผู้พูดเพื่อให้เป็นไปตามหมายศาลด้วย³⁵

ดังนั้น สิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามเกิดขึ้นจากการตีความของศาลเพื่อคุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสารและแสดงความคิดเห็น (Freedom of speech) ตามรัฐธรรมนูญนั่นเองแต่เสรีภาพดังกล่าวจะต้องชั่งน้ำหนักกับคุณค่าหรือประโยชน์อื่น เช่น ความมั่นคง ความสงบเรียบร้อย รวมทั้งสิทธิของผู้ได้รับความเสียหายจากเนื้อหาข้อมูลที่สื่อสารนั้น ดังเช่นคดีหมิ่นประมาท (Defamation) แต่ในกรณีการสื่อสารข้อมูลลักษณะหมิ่นประมาทนั้นศาลในสหรัฐอเมริกาก็ยังให้น้ำหนักไปในทางการคุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสาร โดยวางหลักจำกัดข้ออ้างในคดีหมิ่นประมาทสำหรับกรณีที่สื่อเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับ “บุคคลสาธารณะ” ว่าโจทก์

34 *Reno v ACLU*, 521 U.S. 844, 851 (1997).

35 *McIntyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334, 346–47 (1995).; *Watchtower Bible & Tract Soc’y v. Vill. of Stratton*, 536 U.S.150, 166–67 (2002).

จะต้องมีการะการพิสูจน์มากกว่าคดีหมิ่นประมาททั่วไป³⁶ สำหรับสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามนั้นก็มีข้อจำกัดเช่นเดียวกัน หากคดีนั้นผลประโยชน์อื่นมีน้ำหนักมากกว่าสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนาม เช่น ในคดี *Buckley v Valeo*³⁷ ศาลตัดสินว่ากฎหมายการณรงค์ทางการเมืองที่เปิดเผยชื่อและที่อยู่ของผู้บริจาคเงินสมทบการเมืองนั้นใช้บังคับได้เนื่องจากผลประโยชน์ของรัฐในการเลือกตั้งที่เป็นธรรมมีน้ำหนักมากกว่าสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนาม เช่นเดียวกับคดี *McConnell v Federal Election Commission*³⁸ ศาลตัดสินว่าบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการรณรงค์ทางการเมืองในการเลือกตั้ง (Bipartisan Campaign Reform Act of 2002 (BCRA) ในส่วนที่กำหนดหลักเกณฑ์การเปิดเผยชื่อผู้ให้การสนับสนุน “การสื่อสารเกี่ยวกับการเลือกตั้ง” (electioneering communication) นั้นไม่ขัดต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากศาลให้น้ำหนักกับผลประโยชน์ของรัฐในการป้องกันการทุจริตจากการให้เงินอุดหนุนมากกว่าความนิรนามของผู้ให้การสนับสนุน

นอกจากนี้ศาลในสหรัฐอเมริกายังได้ตีความเสรีภาพในการสื่อสารว่าหมายรวมถึง “เสรีภาพในการสมาคม” (Freedom of association)³⁹ เนื่องจากบุคคลอาจแสดงความคิดเห็นอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นเมื่อรวมตัว

36 หลักพิสูจน์ดังกล่าวเรียกว่า “Actual malice standard” ซึ่งเกิดจากคำพิพากษาคดีสำคัญคือ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).; คณาธิป ทองรวีวงศ์. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของบุคคลสาธารณะ: กรณีศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและกฎหมายไทย”. วารสารวิชาการนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, 2558. ปีที่ 7 ฉบับที่ 1 มิถุนายน 2558, หน้า 200-223.

37 *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976).

38 *McConnell v. Federal Election Commission* (02-1674) 540 U.S. 93 (2003).

39 ในการคุ้มครองเสรีภาพในการสมาคมนั้น ศาลยังได้พิจารณาว่าเป็นเสรีภาพที่ได้รับคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 14 อีกด้วย; *National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) v. Alabama ex rel Patterson*, 357 U.S. 449 (1958).

หรือแลกเปลี่ยนความคิดเห็น⁴⁰ โดยศาลยังได้นำเอาความนิรนามเข้ามาประกอบด้วย กล่าวคือ เสรีภาพในการสมาคมรวมถึงสิทธิในการสมาคมโดยนิรนาม (Right to anonymous association)⁴¹ คดีที่ศาลวางหลักคุ้มครองสิทธินิรนามในบริบทนี้ มักเกิดจากการที่กฎหมายกำหนดให้สมาคมหรือองค์กรเปิดเผยรายชื่อสมาชิก⁴² เช่นคดี *Shelton v Tucker*⁴³ ที่มีประเด็นว่ากฎหมายมลรัฐ (Arkansas statute) บังคับให้ครูต้องยื่นเอกสารรายงานประจำปีแสดงถึงการเข้าร่วมเป็นสมาชิกองค์กร หรือสมาคมใดๆ ศาลยอมรับว่ารัฐมีอำนาจในการตรวจสอบคุณสมบัติของครู แต่กฎหมายดังกล่าวกว้างเกินไปจนส่งผลกระทบต่อ การเข้าร่วมสมาคมหรือองค์กร ฝ่ายข้างน้อยหรือไม่เป็นที่นิยม (unpopular or minority organization) อย่างไรก็ตาม สิทธิในการสมาคมโดยนิรนามนั้นต้องชั่งน้ำหนักกับการคุ้มครองประโยชน์ หรือคุณค่าอื่น เช่น ความมั่นคงของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยด้วย เช่น คดี *New York ex rel Bryant v Zimmerman*⁴⁴ ศาลตัดสินว่าองค์กร Ku Klux Klan (KKK) ไม่อาจอ้างสิทธิในการสมาคมโดยนิรนาม เนื่องจากองค์กรดังกล่าวใช้ความนิรนาม ในทางที่เป็นอันตรายต่อสิทธิของประชาชนและประโยชน์สาธารณะ⁴⁵ อาจสรุปได้

40 Batchis, W. (2012). "Citizens United and the Paradox of "Corporate Speech": From Freedom of Association to Freedom of The Association". *New York University Review of Law and Social Change*, 36, p. 5.

41 คดีแรกที่ศาลรับรองสิทธินี้ไว้อย่างชัดเจนคือ *National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) v. Alabama ex rel Patterson*, 357 U.S. 449 (1958).

42 แม้แต่ในยุคที่สหรัฐอเมริกาเผชิญกับปัญหาของกลุ่มคอมมิวนิสต์ ในหลายคดีศาลก็ยัง ตัดสินว่าการบังคับให้บุคคลเปิดเผยความเป็นสมาชิกขององค์กรคอมมิวนิสต์ขัดต่อ รัฐธรรมนูญเนื่องจากกระทบสิทธิในการแสดงความคิดและความเชื่อ (Right to express their beliefs and ideas) *Watkins v. United States*, 354 US 178 (1957), *Sweezy v. New Hampshire*, 354 US 234, 250 (1957).

43 *Shelton v. Tucker*, 364 US 479 (1960).

44 *New York ex rel Bryant v. Zimmerman*, 278 US 63 (1928).

45 เช่นเดียวกับคดีที่ศาลตัดสินว่าพรรคคอมมิวนิสต์ไม่อาจอ้างสิทธิในการสมาคมโดย

ว่าความนิรนามในบริบทของเป็นสมาชิกองค์กรนั้นมีส่วนสำคัญต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น โดยเฉพาะสมาคมหรือองค์กรที่มีได้มีวัตถุประสงค์ผดกฏหมายเพียงแต่มีความคิดเห็นข้างน้อยหรือไม่ใช่กระแหลักซึ่งสมาชิกอาจเกิดความกังวลและเกรงกลัวในการแสดงความคิดเห็นหากไม่ได้รับการคุ้มครองความนิรนาม⁴⁶

นอกจากสหรัฐอเมริกาแล้ว รัฐธรรมนูญของหลายประเทศก็ให้การคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of speech) เช่น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ของไทย⁴⁷ ของไทยและรัฐธรรมนูญของหลายประเทศในเอเชีย เช่น มาเลเซีย⁴⁸ สิงคโปร์⁴⁹ เกาหลีใต้⁵⁰ หากเปรียบเทียบกับสหรัฐอเมริกาแล้วพบว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านี้ มีได้ระบุดึงสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามไว้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกับสหรัฐอเมริการวมทั้งเสรีภาพดังกล่าวก็อาจถูกจำกัดโดยกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองความมั่นคง (Security) ความสงบเรียบร้อย (Public order) อย่างไรก็ตาม ในขณะที่ศาลสหรัฐอเมริกาตีความเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นครอบคลุมถึงสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามแต่ในประเทศอื่นดังกล่าวยังไม่มิตติที่ปรากฏชัดถึงการตีความ

นิรนามเนื่องจากมิใช่เป็นพรรคการเมืองที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เป็นองค์กรที่มุ่งประสงค์ล้มรัฐบาลอย่างลับๆ ; Uphaus v. Wyman, 360 US 72 (1959) , Communist Party of the United States v Subversive Activities Control Board, 367 US 1 (1961).

46 นักวิชาการบางท่านเรียกความสามารถขององค์กรในการสนับสนุนการแสดงความคิดเห็นข้างน้อยนี้ว่า “Enclave deliberation” กล่าวคือการปรึกษาหารือที่เกิดขึ้นในกลุ่มที่ถูกเหี้ยมดหยาบหรือถูกจากกระแหลัก, Sunstein, C. **Republic.com 2.0**, New Jersey: Princeton University Press, 2007, p. 73.

47 มาตรา 45 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น”

48 “every citizen has the right to freedom of speech and expression” (Constitution of Malaysia , Part II Article 10).

49 Part IV, Fundamental Liberties, article 14.

50 “all citizens shall enjoy freedom of speech...” (Constitution of the Republic of Korea, Article 21).

เช่นนี้ ยกเว้นกรณีเกาหลีใต้ซึ่งจะได้พิจารณาต่อไปในหัวข้อที่ 6

ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่านอกจากความนิรนามในบริบทการสื่อสารแล้วยังมีความนิรนามในบริบทอื่นๆ อีก เช่น ความนิรนามในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีซึ่งในสหรัฐอเมริกาและแคนาดานั้น ความนิรนามปรากฏให้เห็นจากการใช้ชื่อคู่ความในคดีเป็น “นามแฝง” (Pseudonymous, เช่น “John Doe” ในกรณีชื่อจำเลยนิรนาม)⁵¹ ศาลในสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้คู่ความดำเนินคดีโดยใช้นามแฝงได้หากแสดงเหตุผลอย่างเพียงพอถึงการรักษาความลับ⁵² โดยนามแฝงดังกล่าวจะระบุไว้ในคดีอย่างเป็นทางการ การดำเนินคดีโดยใช้นามแฝงหรือนิรนามนี้สอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right to privacy)⁵³ สำหรับบทความนี้จะมีขอบเขตพิจารณาสิทธินิรนามเฉพาะในบริบทของการสื่อสาร (Right to anonymous communication) ในฐานะที่เป็นสิทธิทางกฎหมาย (Legal right) โดยพิจารณาว่าสิทธิดังกล่าวได้รับการคุ้มครองจากการล่วงละเมิดโดยภาครัฐและภาคเอกชนแค่ไหนเพียงไรและควรมีแนวทางพิจารณาสิทธิดังกล่าวอย่างไร

51 Rice, C. M. “Meet John Doe: It Is Time For Federal Civil Procedure to Recognize John Doe Parties”. *University of Pittsburgh Law Review*, 1996. 57(883) : p. 885.

52 Doe v. Advanced Textile Corp., 214 F.3d 1058, 1062 (9th Cir. 2000).

53 Conn. Dep’t of Pub. Safety v. Doe, 538 U.S. 1 (2003).

5. เหตุผลสนับสนุนและข้อโต้แย้งของสิทธินิรนามในการสื่อสารออนไลน์

สิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามนั้นมีทั้งเหตุผลสนับสนุนและเหตุผลโต้แย้ง
ดังจะพิจารณาต่อไปนี้

5.1 เหตุผลสนับสนุน

- การสื่อสารนิรนาม (Anonymous speech) เป็นปัจจัยที่สำคัญประการหนึ่งในการส่งเสริมให้เกิดการอภิปรายสาธารณะ (Public debate) อันเป็นส่วนหนึ่งของระบอบประชาธิปไตย⁵⁴ โดยที่บุคคลผู้มีความคิดเห็นแตกต่างกันสามารถแสดงความคิดเห็นของตนหรือของกลุ่มตนต่อสาธารณะได้ แม้ความเห็นนั้นอาจเป็นฝ่ายข้างน้อย (Minority) ไม่ได้ได้รับความนิยม (Unpopular) หรือแตกต่างจากความคิดเห็นส่วนใหญ่ ดังนั้นการสื่อสารข้อมูลความคิดเห็นได้โดยไม่ต้องระบุตัวตนจะช่วยลดทอนความกังวลว่าจะถูกตอบโต้ แก้แค้นทดแทน (Retaliation) ซึ่งความกังวลดังกล่าวอาจทำให้การแสดงออกซึ่งความคิดถูกกดดันให้จกัลดลง (Suppression of idea)⁵⁵

- ความนิรนามช่วยลดอคติจากผู้รับสารที่อาจตัดสินคุณค่าของงานจาก “ชื่อ” ผู้เขียนโดยเปิดโอกาสให้ผู้รับสารทำการเลือกพิจารณาเฉพาะ “เนื้อหา” ของการสื่อสารนั้น

- ความนิรนามส่งเสริมการสื่อสารโดยเสรีในตลาดความคิด (Market place of idea)⁵⁶ ซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับตลาดสินค้าหรือบริการ หากว่ามีสินค้าน้อยชนิดหรือมีเฉพาะสินค้าที่คนส่วนใหญ่นิยมเท่านั้นก็จะส่งผลเป็นการจำกัดทางเลือกของผู้บริโภค ดังนั้น “ตลาดความคิด” ก็ควรมีแนวคิดที่แตกต่างหลากหลาย

54 Tien, L. “Who’s afraid of Anonymous Speech? McIntyre and the internet”. *Oregon Law Review*, 1996. 75 : p.117.

55 McIntyre v. Ohio Elections Comm’n, 514 U.S. 334, 357 (1995).

56 Ibid.

ทั้งแนวคิดที่เป็นกระแสหลัก แนวคิดตามประเพณีนิยม แนวคิดนอกกระแส โดยความหลากหลายนี้จะเกิดขึ้นได้จากการแสดงซึ่งความคิดอย่างเสรีนั่นเอง นอกจากนี้ แนวคิดที่หลากหลาย มิใช่จำกัดเฉพาะแนวคิดหรือความเห็นทางการเมืองเท่านั้น แต่ยังรวมถึงแนวคิดด้านวิทยาศาสตร์ สังคมศาสตร์ ปรัชญาซึ่งในแต่ละด้าน จำเป็นที่จะต้องพิจารณาแนวคิดความเห็นทุกๆ ด้าน⁵⁷

- การสื่อสารโดยนิรนามมักจะเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการสื่อสารแนวคิดทางการเมืองและประเด็นถกเถียงสาธารณะ (Public controversy) ซึ่งเป็นที่สนใจของสาธารณชน โดยมีส่วนส่งเสริมให้บุคคลแสดงความคิดเห็น หากขาดเสียซึ่งสิทธินี้จะส่งผลให้เกิดการจำกัดเสรีภาพในการสื่อสารในเชิงเนื้อหา (content-based restriction of speech)⁵⁸ รวมทั้งอาจทำให้ผู้สื่อสาร “เซ็นเซอร์ตัวเอง” (Self-censorship) เนื่องจากความกังวลดังกล่าว ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามจะส่งผลเป็นการคุ้มครองเนื้อหาข้อมูลที่หลากหลายในสังคม โดยเฉพาะกรณีสื่อพลเมืองที่นำเสนอประเด็นสาธารณะในแง่ต่างๆ ทางสื่อสังคมออนไลน์ซึ่งอาจเป็นความเห็นที่แตกต่างจากกระแสหลัก

5.2 ข้อโต้แย้งและเหตุผลในการจำกัดสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนาม

แม้ว่าสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามอาจพิจารณาว่าเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ซึ่งเสรีภาพการแสดงความคิดเห็น (Freedom of speech) นั้นได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญของหลายประเทศดังกล่าวข้างต้น แต่ในอีกด้านหนึ่งฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยมีเหตุผลโต้แย้งหลายประการ เช่น

- สิทธินิรนามอาจนำไปสู่อาชญากรรมไซเบอร์ (Cybercrime) โดยอาชญากรอาศัยความนิรนามเป็นปัจจัยในการก่อเหตุ ทั้งกรณีอาชญากรรมที่มุ่ง

57 Russell, B. *Problems of Philosophy*. 1965, Retrieved from <https://www.andrew.cmu.edu>.

58 Browne, K. R. “Title VII as Censorship: Hostile Environment Harassment and the First Amendment”. *Ohio State Law Journal*, 1991. 52 : p. 481.

ประสงค์ผลประโยชน์ทางการเงิน เช่น การฉ้อโกงออนไลน์ และกรณีอาชญากรรมที่คุกคามต่อสิทธิส่วนบุคคลรวมทั้งความปลอดภัยทางกายภาพของบุคคล เช่น การเฝ้าติดตามคุกคามออนไลน์ (Cyber stalking)⁵⁹ การกลั่นแกล้งรังแกออนไลน์ (Cyber bullying) การกระทำเหล่านี้อาจนำไปสู่ผลกระทบทางกายภาพ เช่น การฆ่าตัวตายของเหยื่อ⁶⁰ รวมทั้งการสื่อสารอื่นที่เป็นความผิดตามกฎหมาย เช่น การหมิ่นประมาท (Defamation)

- สิทธินิรนามอาจนำไปสู่การสื่อสารที่ไม่เหมาะสมทางอินเทอร์เน็ต โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การโพสต์ข้อความรบกวน สร้างความวุ่นวายหรือปั่นป่วนแก่การสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต (Internet trolling) เช่น กรณีสมาชิกสุภาพสตรีของกลุ่มเครือข่ายชุมชนวิดีโอเกมส์ที่ถูกโจมตีด้วยข้อความจากผู้ใช้นามแฝงที่มีลักษณะของการปั่นป่วนออนไลน์ (Pseudonymous Trolls)⁶¹ นักวิชาการบางท่านเห็นว่าความนิรนามก่อให้เกิดการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตที่มีลักษณะ “หยาบคาย” และ “ขาดวุฒิภาวะ” (Vulgar and immature) อันเป็นสภาพการสื่อสารของกลุ่มบุคคลผู้ก่อความปั่นป่วนทางอินเทอร์เน็ต⁶² ศาลเคยอธิบายว่าความนิรนามในการสื่อสาร

59 คณาธิป ทองรวีวงศ์, “การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของผู้ถูกรบกวนจากการเฝ้าติดตามคุกคามทางเว็บไซต์เครือข่ายสังคม “. วารสารวิชาการเซนต์จอห์น, 2557. ปีที่ 17 ฉบับที่ 21 กรกฎาคม-ธันวาคม 2557, หน้า 83-99.

60 คณาธิป ทองรวีวงศ์, “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิบุคคลจากการกลั่นแกล้งรังแกออนไลน์ซึ่งนำไปสู่การฆ่าตัวตาย : ศึกษากรณีกฎหมายความปลอดภัยไซเบอร์ (Cyber-safety Act) ของรัฐ Nova Scotia” รายงานสืบเนื่องการประชุมวิชาการระดับชาติ “นวัตกรรมกับความท้าทายทางภาษาและการสื่อสาร”, คณะศิลปศาสตร์มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญและคณะภาษาและการสื่อสาร สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558. 3 กันยายน 2558.

61 Wagner, K. 2014. “The Future of the Culture Wars Is Here, and It's Gamergate”. DEADSPIN, Retrieved from <http://deadspin.com/the-future-of-the-culture-wars-is-here-and-its-gamerga-1646145844>.

62 Professor Brian Leiter เรียกพฤติกรรมลักษณะนี้ว่า “Cesspools” ; Leiter, B. “Cleaning Cyber-Cesspools: Google and Free Speech”, in Levmore, S. &

ออนไลน์ทำให้เกิดการสื่อสารที่มีลักษณะ “เกินจริง” (hyperbole and exaggeration)⁶³

- ความนิรนามในการสื่อสารข้อมูล (Anonymity) ไม่สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบ (Accountability)⁶⁴ มุมมองนี้อยู่บนสมมุติฐานสำคัญว่าผู้สื่อสารข้อมูลออนไลน์จะมีพฤติกรรมการสื่อสารโดยขาดความรับผิดชอบต่อหากทำการสื่อสารโดยนิรนาม

- การสื่อสารโดยนิรนามอาจกระทบต่อความเชื่อมั่น (Trust) ของผู้รับสาร⁶⁵ มุมมองนี้ยังเชื่อมโยงกับเหตุผลที่กล่าวข้างต้นว่าผู้ทำการสื่อสารข้อมูลโดยนิรนามจะขาดความรับผิดชอบในการสื่อสารซึ่งส่งผลกระทบต่อความถูกต้องน่าเชื่อถือของข้อมูลนั้น

ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ประเด็นความเห็นแย้งต่างๆ เหล่านี้ในหัวข้อที่ 8 ต่อไป

Nussbaum, M. C. (Eds.), **The Offensive Internet : Speech, Privacy, and Reputation**, Harvard University Press, 2011, pp.157-173.

63 Krinsky v. Doe 6, 72 Cal. Rptr. 3d 231, 238 (Cal. Ct. App. 2008).

64 Mossberg, W. “Personal Technology : Accoutability is key to democracy in the online world”. **Wall Street Journal**, 1995. 26 January, B1.

65 Davenport, D. “Anonymity on the Internet: Why the Price may be too High”, **Communications of the ACM**, 2002. 45 (4) : pp.33-35; April 2002.

6. การล่วงละเมิดสิทธินิรนามในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์

สิทธิในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์โดยนิรนามอาจถูกล่วงละเมิดจากทั้งภาครัฐและเอกชน ดังนี้

6.1 ภาครัฐกับการล่วงละเมิดสิทธินิรนามในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์

ภาครัฐอาจกำหนดกฎหมายที่อันมีผลจำกัดสิทธินิรนาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการตรากฎหมายกำหนดให้การเปิดเผยหรือระบุชื่อเป็นเงื่อนไขสำหรับการสื่อสารจึงมีประเด็นว่ากฎหมายดังกล่าวชอบหรือไม่ ในส่วนนี้ผู้เขียนจะยกตัวอย่างกรณีกฎหมายของสหรัฐอเมริกา เกาหลีใต้และไทยตามลำดับ ซึ่งจะนำไปสู่การวิเคราะห์ต่อไปในหัวข้อที่ 8

กรณีกฎหมายสหรัฐอเมริกา แม้รัฐธรรมนูญมิได้ระบุอย่างชัดเจนว่าเสรีภาพในการสื่อสาร (Freedom of speech) รวมถึงการสื่อสารโดยนิรนาม (Anonymous communication) แต่ในหลายคดีที่มีการกล่าวอ้างว่ากฎหมายนั้นขัดรัฐธรรมนูญ ศาลได้รับรองสิทธินี้ เช่น คดี *Talley v California*⁶⁶ ศาลตัดสินว่ากฎหมายที่กำหนดห้ามมิให้เผยแพร่ใบปลิวถ้าไม่พิมพ์ระบุชื่อและที่อยู่ของผู้เขียนหรือผู้เผยแพร่ลงบนใบปลิว⁶⁷ ขัดต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพของสื่อ (freedom of speech and of the press) ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่าศาลเน้นความสำคัญของสิทธินิรนามในฐานะเป็นส่วนส่งเสริมการเคลื่อนไหวอย่างเสรีของความคิดและการแสดงความคิดเห็น ศาลยังได้อ้างถึงเอกสารแสดงความคิดเห็นทางการเมืองที่เรียกว่า “Federalist Papers”⁶⁸

66 *Talley v California*, [1960] 362 US 60.

67 กฎหมายของ Los Angeles “The ordinance, 28.06 of the Municipal Code of the City of Los Angeles”.

68 เป็นเอกสารประวัติศาสตร์ที่สำคัญอันแสดงถึงเนื้อหาแนวคิดทางการเมืองในช่วงที่มีการถกเถียงประเด็นการรับร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ผู้เขียนเอกสารดังกล่าวใช้นามปากกาว่า “Publius”.

ซึ่งผู้เขียนไม่ได้ใช้ชื่อจริง นอกจากนี้ในคดี *McIntyre v Ohio Election Commission*⁶⁹ ศาลตัดสินว่ากฎหมาย⁷⁰ ที่ห้ามวรรณกรรมหรือการรณรงค์ทางการเมืองที่ไม่เปิดเผยชื่อนั้นเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of speech) และขัดต่อรัฐธรรมนูญ สำหรับคดีที่ศาลวางหลักคุ้มครองสิทธินิรนามในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์ปรากฏครั้งแรกในคดี *ACLU of Georgia v Miller*⁷¹ ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายระดับมลรัฐ (Georgia statute) ส่งผลเป็นการห้ามทำการสื่อสารนิรนามออนไลน์ทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ต โดยศาลตัดสินว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ

กรณีกฎหมายเกาหลีใต้ กฎหมายที่จำกัดสิทธินิรนามในการสื่อสารคือกฎหมายที่กำหนดให้ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตต้องใช้ชื่อจริง เพื่อควบคุมการสื่อสารข้อมูลที่ฝ่าฝืนกฎหมายเช่น การล่อลวงละเมิดทางเพศ โดยผู้ให้บริการเว็บไซต์ที่มีผู้ใช้งานมากกว่า 100,000 รายต่อวันจะต้องบันทึกข้อมูลระบุตัวตนผู้ใช้ (Resident registration number) ต่อมาในปี 2012⁷² ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ตัดสินว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากล่อลวงละเมิดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Free speech) ซึ่งรวมถึงสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามด้วย

กรณีประเทศไทย มีกฎหมายบางฉบับและแนวคิดหรือแนวนโยบายของภาครัฐที่ส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการสื่อสารโดยนิรนาม เช่น

- พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กำหนดหน้าที่แก่ผู้ให้บริการในการเก็บ “ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์” ไว้ไม่น้อยกว่าเก้าสิบวันนับแต่ข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์⁷³ ซึ่งข้อมูลจราจร

69 *McIntyre v. Ohio Elections Commission*, [1995] 514 US 334.

70 Ohio Code § 3599.09(A).

71 *ACLU of Georgia v Miller*, 977 F Supp 1228 (ND GA) (1997).

72 Constitutional Court Decision 2010 Hun-Ma47, 23 August 2012.

73 มาตรา 26, พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

คอมพิวเตอร์คือข้อมูลที่แสดงถึงแหล่งกำเนิดต้นทาง ปลายทาง เส้นทาง เวลา วันที่ ปริมาณ ระยะเวลา ชนิดของบริการ หรืออื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการติดต่อสื่อสารของระบบคอมพิวเตอร์⁷⁴ โดยเจ้าพนักงานอาจสั่งให้ผู้ให้บริการส่งมอบข้อมูลจากระบบคอมพิวเตอร์ดังกล่าวเพื่อประโยชน์ในการใช้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดและหาตัวผู้กระทำความผิด⁷⁵

- พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 11⁷⁶ กำหนดความผิดสำหรับการส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ “ปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มา” แม้ว่ากฎหมายนี้ไม่ได้เกี่ยวข้อง กับ “ชื่อ” โดยตรง แต่เกี่ยวข้องกับการระบุแหล่งที่มา (Source) ของข้อมูล

- กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม โดยเฉพาะกรณีที่ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม แห่งชาติ(กสทช.) ประกาศให้ลงทะเบียนโทรศัพท์ระบบเดิมเงิน⁷⁷ ซึ่งการลงทะเบียนดังกล่าวต้องใช้เลขหมายบัตรประชาชน

74 มาตรา 3, พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

75 มาตรา 18, พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

76 มาตรา 11 ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่นโดยปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลดังกล่าว อันเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุข ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท.

77 ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องหลักเกณฑ์การจัดสรรและบริหารเลขหมายโทรคมนาคม ลงวันที่ 18 เมษายน 2557, ข้อ 25 วางหลักว่า ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในลักษณะที่เรียกเก็บเงินล่วงหน้า มีหน้าที่จัดเก็บข้อมูลและรายละเอียดเกี่ยวกับผู้ใช้บริการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด ทั้งนี้ ข้อมูลและรายละเอียดเกี่ยวกับผู้ใช้บริการอย่างน้อยต้องประกอบด้วย ... ชื่อและที่อยู่ของผู้ใช้บริการ พร้อมสำเนาบัตรประจำตัวหรือเอกสารประจำตัวอื่นใดที่ใช้แทนได้ที่ออกโดยราชการ ... : ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า กฎหมายมิได้กำหนดหน้าที่หรือกำหนดโทษแก่ “ผู้ใช้งาน” โทรศัพท์โดยตรง แต่กำหนดหน้าที่ “ผู้ได้รับการจัดสรรเลขหมาย” หรือผู้ให้บริการ.

- นอกจากกฎหมายแล้วยังมีแนวคิดหรือข้อเสนอที่อาจพัฒนาไปสู่การกำหนดกฎหมายต่อไป เช่น แนวคิดการให้ลงทะเบียนไวไฟ (Wi-Fi)⁷⁸ แนวคิด “ซิงเกิลเกตเวย์”⁷⁹ และแนวคิดสืบเนื่องที่ตามมา เช่น การให้ใช้เลขหมายบัตรประชาชนเป็นเงื่อนไขในการใช้งานอินเทอร์เน็ต แนวคิดเหล่านี้ให้น้ำหนักกับความมั่นคงความปลอดภัยจากอาชญากรรม มากกว่า สิทธิส่วนบุคคลและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยนิรนาม

6.2 ผู้ให้บริการออนไลน์กับการสงวนละเมิดสิทธินิรนามในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์

นอกจากภาครัฐที่ตรากฎหมายอันมีบทบัญญัติเกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธินิรนามในการสื่อสารแล้ว ภาคเอกชนซึ่งเป็นผู้ให้บริการอาจมีมาตรการหรือนโยบายที่กระทบสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนาม เช่น นโยบายกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ใช้บริการสื่อสารสังคมออนไลน์ต้องใช้ชื่อจริงหรือชื่อทางกฎหมาย ตัวอย่างที่สำคัญ เช่น เมื่อถูกเกลี้ยให้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์ “Google+” ในปี 2011 ได้กำหนดนโยบายให้ผู้ใช้งานต้องใช้ชื่อจริง⁸⁰ ส่งผลให้ ผู้ใช้งานที่เคยใช้นามแฝง (pseudonym) จะต้องเปลี่ยนมาใช้ชื่อจริงหรือสามัญโดยผู้ฝ่าฝืนจะถูกระงับการใช้งาน เมื่อผู้ใช้งานใช้ชื่อจริงสำหรับใช้งาน Google+ แล้วจะส่งผลกระทบต่อให้ชื่อนั้นถูกใช้กับบริการออนไลน์อื่นๆ ที่เชื่อมโยงกับ Google+ ด้วย ประเด็นนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นการบูรณาการของชื่อ (Integrated name) เข้ากับบริการออนไลน์ต่างๆ

78 http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1424305774.

79 Single Gateway เป็นนโยบายกำหนดให้ทางเข้าออกทางออกเพื่อไปเชื่อมกับเครือข่ายอินเทอร์เน็ตในต่างประเทศเหลือเพียงจุดเดียว ซึ่งโดยตัวของนโยบายนี้ไม่ได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับสิทธิการสื่อสารโดยนิรนาม แต่อาจเป็นจุดเริ่มของมาตรการอื่นๆ เช่น การตรวจสอบระบุตัวตนผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ต.

80 การใช้ชื่อจริงยังสอดคล้องกับความพยายามของกูเกิลก่อนหน้านี้ ในการเพิ่มเติมคุณสมบัติการค้นหาข้อมูลของกูเกิล ที่เรียกว่า “Search, plus Your World” ; Google Official Blog. 2012. “Search, plus Your World” Retrieved from <http://googleblog.blogspot.com/2012/01/search-plus-your-world.html>.

นโยบายนี้ก่อให้เกิดกระแสความไม่เห็นด้วยและความขัดแย้งระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ใช้งานจนมีการเรียกประเด็นขัดแย้งนี้ว่า "สงครามชื่อ" (Nymwars)⁸¹ ต่อมาในปี 2014 กฎเหล็กเกิกลโยบายดังกล่าวส่งผลให้ผู้ใช้งานสามารถใช้นามแฝงหรือชื่อใดๆ ที่ตนกำหนดขึ้นสำหรับการใช้งานบริการของ Google+ ได้ ในแถลงการณ์ยกเลิกนโยบายการใช้ชื่อจริงดังกล่าว กฎเหล็กให้เหตุผลสรุปได้ว่านโยบายการใช้ชื่อจริงมีวัตถุประสงค์ให้ชุมชนออนไลน์ประกอบด้วย "บุคคลที่แท้จริง" (Real people) แต่ก็ส่งผลให้บุคคลที่อยากเข้าร่วมชุมชนนี้โดยไม่ประสงค์จะใช้ชื่อจริงไม่สามารถเข้าร่วมได้นอกจากนี้กฎเหล็กยอมรับว่านโยบายดังกล่าวมีความไม่ชัดเจน (Unclear)⁸² นอกจากกฎเหล็กแล้วผู้ให้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์อื่น เช่น เฟสบุ๊คก็มีนโยบายให้ใช้ชื่อจริง (Real name policy) ซึ่งนำไปสู่กระแสความไม่เห็นด้วยจากผู้ใช้งานเช่นกัน

7. รัฐกับการคุ้มครองสิทธินิรนาม: กรณีเยอรมันบังคับใช้กฎหมายกับผู้ให้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์เฟสบุ๊คในกรณีนโยบายให้ใช้ชื่อจริง (Real name policy)

โดยทั่วไปแล้วข้อตกลงการใช้งานเครือข่ายสังคมออนไลน์ (Term of use) รวมทั้งนโยบายที่ผู้ให้บริการกำหนดจะมีสถานะเป็นข้อสัญญาระหว่างผู้ใช้งานและผู้ให้บริการ สำหรับนโยบายให้ใช้ชื่อจริง (Real name policy) ของผู้ให้บริการเฟสบุ๊คก็เช่นกัน ดังนั้น ผู้ให้บริการมีสิทธิตามข้อสัญญา เช่น ระงับการใช้งานเมื่อพบว่าผู้ใช้นั้นใช้ชื่อที่ไม่ใช่ชื่อจริงหรือชื่อตามกฎหมาย แต่หากพิจารณาตามหลักการของสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามจะเห็นได้ว่า เงื่อนไขของผู้ให้บริการลักษณะนี้กระทบสิทธินิรนามและสิทธิส่วนบุคคลในการกำหนดตัดสินใจเลือกใช้ชื่อตาม

81 มาจากคำว่า "pseudonym" กับ "war" กระแสนี้แพร่หลายจากการใช้แฮชแท็ก "#nymwars" เพื่อแสดงความเห็นคัดค้านผู้ให้บริการซึ่งมีนโยบายกำหนดให้ใช้ชื่อจริง

82 <https://plus.google.com/+googleplus/posts/V5XkYQYYJqy>.

ความประสงค์ของตนในการสื่อสารข้อมูล อย่างไรก็ตามข้อตกลงดังกล่าวมีลักษณะแตกต่างจากคดีในสหรัฐอเมริกาเช่นคดี Talley v California⁸³ คดี McIntyre v Ohio Election Commission⁸⁴ ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐตรากฎหมายอันมีผลกระทบต่อสิทธิในการแสดงถึงความคิดเห็นของพลเมืองที่กำหนดเงื่อนไขทางสัญญาอันมีผลกีดขวางสิทธิในการแสดงถึงความคิดเห็นว่ารัฐควรเข้ามาแทรกแซงพฤติกรรมของผู้ให้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์เพื่อคุ้มครองสิทธิในการแสดงถึงความคิดเห็นของผู้ใช้งานหรือไม่และหากเข้ามาแทรกแซงจะอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายใด

กรณีที่แสดงให้เห็นถึงการบังคับใช้กฎหมายของภาครัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิในการแสดงถึงความคิดเห็นในเดือนกรกฎาคม 2015⁸⁵ เมื่อสุภาพสตรีคนหนึ่งซึ่งเป็นผู้ใช้งานเฟซบุ๊กในเยอรมันประสงค์จะใช้นามแฝง (Pseudonym) เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้บัญชีเฟซบุ๊กส่วนตัวของเธอไปเกี่ยวข้องกับเรื่องราวและการติดต่อทางธุรกิจ ต่อมาผู้ให้บริการเฟซบุ๊กจะบังคับให้บัญชีของเธอและแจ้งให้ใช้ชื่อจริง รวมทั้งยังแจ้งให้เธอยืนยันตัวตนโดยให้ส่งไฟล์บัตรประจำตัวประชาชนที่มีภาพถ่าย นอกจากนี้เฟซบุ๊กทำการเปลี่ยนชื่อผู้ใช้งานของเธอเป็นชื่อจริงทำให้ชื่อจริงถูกเปิดเผยและเผยแพร่ไปยังผู้ใช้งานในเครือข่าย ต่อมาเธอยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและเสรีภาพในข้อมูลของเยอรมัน (Hamburg Commissioner for Data Protection and Freedom of Information (HmbBfDI) ซึ่งพิจารณาแล้วมีคำสั่งให้เฟซบุ๊ก (Facebook Ireland Ltd) ยอมให้ผู้ใช้งานใช้นามแฝงได้ รวมทั้งต้อง

83 Talley v. California, [1960] 362 US 60.

84 McIntyre v. Ohio Elections Commission, [1995] 514 US 334.

85 The Hamburg Commissioner for Data Protection and Freedom of Information (HmbBfDI). 2015. Hamburg Data Protection Commissioner: Free choice of Facebook usernames (Press Release), Retrieved from https://www.datenschutz-hamburg.de/fileadmin/user_upload/documents/Press_Release_2015-07-28_Facebook-usernames.pdf.

ยกเลิกการระงับใช้บัญชีผู้ใช้งานซึ่งไม่ปฏิบัติตามนโยบายดังกล่าว นอกจากนี้ยังต้องยุติการกระทำโดยฝ่ายเดียวด้วยการแก้ไขเปลี่ยนแปลงชื่อผู้ใช้งานจากนามแฝงให้เป็นชื่อจริง⁸⁶ การออกคำสั่งดังกล่าวสืบเนื่องจากการที่คณะกรรมการพิจารณาการกระทำของเฟสบุ๊คแล้วพบว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายต่างๆ หลายฉบับ กล่าวคือ

(1) นโยบายให้ใช้ชื่อจริงหรือชื่อตามกฎหมาย (Real name policy) นั้นขัดต่อกฎหมายสื่อทางไกลระดับสหพันธรัฐ (Federal Telemedia Act) ซึ่งวางหลักกำหนดหน้าที่ผู้ให้บริการ (Obligation of service provider) ในเรื่องเกี่ยวกับสิทธินิรนามว่า “ผู้ให้บริการจะต้องจัดให้มีการใช้สื่อทางไกลและการชำระเงินเกิดขึ้นได้โดยนิรนามหรือโดยนามแฝงหากการกระทำเช่นนั้นสามารถเป็นไปได้ในเชิงเทคนิคและมีเหตุผลอันสมควร ผู้ใช้บริการนั้นมีสิทธิได้รับการแจ้งความเป็นไปได้นี้ให้ทราบด้วย”⁸⁷

(2) การกำหนดให้ผู้ใช้งานต้องยืนยันตัวตนโดยเก็บข้อมูลบัตรประชาชนหรือพาสปอร์ตนั้นฝ่าฝืนต่อกฎหมายเกี่ยวกับบัตรประจำตัวและการระบุตัวตนทางอิเล็กทรอนิกส์ (Act on Identity Cards and Electronic Identification (Personalausweisgesetz, PAuswG)⁸⁸

(3) การที่ผู้ให้บริการเปลี่ยนชื่อผู้ใช้งานจากนามแฝงเป็นชื่อจริงหรือชื่อตามกฎหมายนั้น เป็นการล่วงละเมิดสิทธิในการตัดสินใจกำหนดตัวตนด้านข้อมูล (informational self-determination) ซึ่งขัดต่อกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

กรณีนี้แสดงให้เห็นว่า ถึงแม้นโยบายของผู้ให้บริการจะถูกระบุไว้เป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงการใช้งานซึ่งมีผลเป็นสัญญาผูกพันผู้ให้บริการและผู้ใช้งาน

86 Ibid.

87 Telemedia Act of 26 February 2007 (Federal Gazette I, p. 179).

88 Act on Identity Cards of 18 June 2009 (Federal Law Gazette I, p. 1346), amended by Article 4 of the Act of 22 December 2011 (Federal Law Gazette I, p. 2959).

ก็ตามแต่นโยบายดังกล่าวก็ยังต้องอยู่ภายใต้และไม่อาจฝ่าฝืนกฎหมายของประเทศนั้นได้ ดังที่กรรมการคุ้มครองข้อมูลเยอรมันกล่าวว่า “.. ผู้ให้บริการบังคับใช้นโยบายให้ใช้ชื่อจริงอย่างเข้มงวด โดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติของกฎหมายแต่อย่างใด....” ⁸⁹

8. บทวิเคราะห์: ประเด็นพิจารณา “สิทธิในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์โดยนิรนาม”

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามของสื่อพลเมืองโดยแบ่งออกเป็น 5 ประเด็นดังนี้

8.1 กรอบการพิจารณา “สิทธิในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์โดยนิรนาม”

แม้ว่าความหมายตามลายลักษณ์อักษรของ “ความนิรนาม” (Anonymity) จะสัมพันธ์กับ “ชื่อ” แต่ในบริบทของสิทธิพื้นฐานและความเป็นส่วนตัวของมนุษย์นั้น ความนิรนามไม่จำกัดอยู่เฉพาะกรณีเกี่ยวกับ “ชื่อ” กล่าวคือ มีความหมายกว้างกว่าการ “ไม่ระบุหรือไม่เปิดเผยชื่อ” ซึ่งสามารถพิจารณาได้หลายแง่มุม แต่ในที่นี้ผู้เขียนจะพิจารณาความนิรนามในบริบทการสื่อสารข้อมูลออนไลน์โดยจำแนกองค์ประกอบสองประการ คือ “การติดตามได้” (Traceability) และ “การใช้นามแฝง” (Pseudonym)⁹⁰

8.1.1 สิทธิในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์โดยนิรนามกับการ “ติดตามได้” (Traceability) หากพิจารณาความนิรนามในแง่ของ “ความไม่สามารถเชื่อมโยง

89 Hamburg Data Protection Commissioner: Free choice of Facebook usernames (Press Release), Ibid.

90 Froomkin จำแนกพิจารณาความนิรนามไว้ 4 ลักษณะ โดยอาศัยองค์ประกอบหลักคือ การติดตามได้ และ นามแฝง; Froomkin, M. “Anonymity and its Enmities”. *Journal of Online Law*, 1995. 4. Retrieved from www.law.cornell.edu/jol/froomkin.htm.

คุณสมบัติ” (Non-coordinatability of traits)⁹¹ แล้วอาจกล่าวได้ว่าความนิรนาม คือ “ความสามารถระบุตัวตนได้” (Nonidentifiability) โดยมีความหมายกว้างกว่า “ชื่อ” เนื่องจากการระบุตัวตนของบุคคลนั้นไม่จำกัดเฉพาะการใช้ “ชื่อ” เท่านั้น โดยนัยนี้สามารถพิจารณาความนิรนามจากเทคนิคต่างๆ ที่มีการนำมาใช้เพื่อป้องกันการระบุตัวตนของบุคคล (*Techniques of nonidentifiability*) ดังนั้นความนิรนามจะมุ่งเน้นป้องกันการติดตาม หรือ ระบุตัว (Untraceable หรือ untrackable)⁹² ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาความนิรนามในบริบทของการติดตามระบุตัวตน (Traceability) เชื่อมโยงการใช้งานออนไลน์กับตัวตนในโลกทางกายภาพแล้ว อาจกล่าวได้ว่าความนิรนามโดยสมบูรณ์หรือโดยแท้จริงในการสื่อสารออนไลน์นั้นอาจไม่มีอยู่เลย เนื่องจากเทคโนโลยีสามารถระบุตัวและเชื่อมโยงผู้สื่อสารได้แม้ว่าจะใช้ชื่อที่แตกต่างจากชื่อจริง จะเห็นได้ว่าผู้ให้บริการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต (ISP) ผู้ให้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์ ต่างเก็บข้อมูลที่อาจจะระบุเชื่อมโยงตัวตนโลกความเป็นจริงกับตัวตนในโลกออนไลน์ได้ดังที่ศาลในสหรัฐอเมริกาอธิบายไว้ว่า “ไม่มีใครที่จะมีความนิรนามอย่างแท้จริงในอินเทอร์เน็ตแม้แต่การใช้นามแฝงก็ตาม”⁹³ ผู้ให้บริการ Yahoo! ก็ได้เคยแจ้งเตือนผู้ใช้งานว่า “ข้อมูลระบุตัวตนผู้ใช้งานอาจถูกเปิดเผยได้หากผู้ให้บริการมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องเปิดเผย”⁹⁴

8.1.2 สิทธิในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์โดยนิรนาม กับ สิทธิในการสื่อสารโดยใช้นามแฝง ดังกล่าวมาแล้วว่าความนิรนาม (Anonymity) ในความหมายถึงการไม่สามารถระบุตัวตนนั้นอาจเป็นไปได้ยาก ดังนั้นการพิจารณาสิทธิในการสื่อสารออนไลน์โดยนิรนามของสื่อพลเมืองโดยมุ่งเน้นไปที่ “สิทธิการใช้นามแฝง”

91 Wallace, K. “Anonymity”. *Ethics and Information Technology*, 1999. 1 (1) : pp. 21-31.

92 Matthews, S. “Anonymity and the social self”. *American Philosophical Quarterly*, 2010. 47 (4) : pp. 352-353.

93 *Krinsky v. Doe* 6, 72 Cal. Rptr. 3d 231, 238 (Cal. Ct. App. 2008).

94 *Highfields Capital Mgmt. v. Doe*, 385 F. Supp. 2d 969, 973 (N.D. Cal. 2005).

(Pseudonym) จึงสอดคล้องกับสภาพการสื่อสารมากกว่า ทั้งนี้นามแฝงซึ่งบุคคลใช้ในการสื่อสารออนไลน์นั้นอาจมีคุณค่าไม่น้อยไปกว่า นามจริงหรือนามตามกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากการที่บุคคลอาจใช้นามแฝงที่คิดขึ้นอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลานาน⁹⁵ จนถือได้ว่าบุคคลนั้น “ลงทุน” กับนามแฝงที่ตนใช้ในสื่อออนไลน์ เพื่อการสร้างทุนทางชื่อเสียง (Reputational capital)⁹⁶ ให้กับนามแฝงหรืออาจพิจารณาว่านามแฝงนั้นมีต้นทุนทางสังคม (Social capital)⁹⁷ กล่าวคือผู้ใช้นามแฝงได้พัฒนาอัตลักษณ์ให้กับนามแฝงนั้นอย่างต่อเนื่องจนเกิดการพัฒนาตัวตนโดยมีคุณค่าและบุคลิกลักษณะต่างๆ เชื่อมโยงกับนามแฝงนั้น อีกทั้งตัวตนนี้ได้กลายเป็นตัวตนที่สำคัญไม่น้อยไปกว่าตัวตนในโลกทางกายภาพ ลักษณะเช่นนี้แตกต่างจากการแสดงความเห็นโดยนิรนาม (Anonymous) ซึ่งผู้สื่อสารไม่ต้องการลงทุนกับนามแฝงนั้น หรือกรณีนามแฝงที่ผู้ใช้มิได้ให้ความสำคัญกับการพัฒนาตัวตนออนไลน์ เช่น ใช้นามแฝงที่เปลี่ยนไปเรื่อยๆ หรือใช้เพียงครั้งเดียว สื่อพลเมืองจำนวนมากที่สื่อสารทางเครือข่ายสังคมออนไลน์ตั้งข้อบัญญัติผู้ใช้งานโดยแยกจากชื่อตามกฎหมาย และใช้นามแฝงนั้นอย่างต่อเนื่องจนเป็นที่จดจำแก่ผู้รับข่าวสาร ด้วยเหตุนี้ การที่กฎหมายหรือนโยบายของรัฐกำหนดให้ระบุตัวตนในการสื่อสารโดยเชื่อมโยงการสื่อสารเข้ากับชื่อตามกฎหมายหรือกรณีผู้ให้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์กำหนดให้ใช้ชื่อจริงตามกฎหมายเท่านั้นย่อมจะเป็นการทำลายการใช้นามแฝงที่ประกอบด้วยต้นทุนทางสังคมและชื่อเสียงของผู้ใช้นามแฝงนั้น รวมทั้งกระทบสิทธิส่วนบุคคลในการเลือกใช้นามแฝงดังจะกล่าวต่อไป

95 Doe v. 2TheMart.com Inc., 140 F. Supp. 2d 1088, 1090 (W.D. Wash. 2001).

96 Post, D. G. “Pooling Intellectual Capital: Thoughts on Anonymity, Pseudonymity, and Limited Liability in Cyberspace”. **University of Chicago Legal Forum**, 1996. 139 : p160.

97 Boyd, D. 2011. ““Real Names” Policies Are an Abuse of Power”. **Apophenia**, Retrieved from <http://www.zephoria.org/thoughts/archives/2011/08/04/real-names.html>.

8.2 สิทธิในการสื่อสารโดยนิรนาม กับ “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว” (Right to privacy)

ในบริบทของการสื่อสารข้อมูลนั้น สิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวมิได้มีความหมายเฉพาะในแง่การหวงกันมิให้ผู้อื่นสอดแทรกการสื่อสารของตน แต่ผู้เขียนเห็นว่าสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวรวมถึงสิทธิในการ “ควบคุมข้อมูลเชิงเอกลักษณ์หรือข้อมูลระบุตัวตน” (Personal Identifiable Information) ซึ่งครอบคลุมการตัดสินใจเลือกช่องทางการสื่อสาร ตลอดจนเลือกที่จะใช้ชื่อในการสื่อสารตามความประสงค์ส่วนบุคคลโดยอาจไม่จำเป็นต้องเป็น ชื่อจริง หรือ ชื่อตามกฎหมาย เช่น การใช้นามแฝงในบทความของสื่อพลเมือง ดังนั้น ความเป็นอยู่ส่วนตัวกับความนิรนามมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด⁹⁸ นอกจากนี้สิทธิส่วนบุคคลยังหมายความว่า สิทธิของบุคคลในการตัดสินใจเลือกผู้รับสารซึ่งอาจแสดงออกได้หลายวิธีการ เช่น การกำหนดค่าความเป็นอยู่ส่วนตัวในสื่อสังคมออนไลน์เพื่อเลือกระบุการส่งและรับข้อมูลเฉพาะกับบางคนหรือบางกลุ่ม เพื่อควบคุมความสัมพันธ์ทางสังคมในมิติต่างๆ ของตน รวมทั้งสิทธิในการมีตัวตนหลายรูปแบบเพื่อติดต่อสัมพันธ์กับบุคคลแต่ละกลุ่มที่ตนเกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตามสิทธิส่วนบุคคลตามนัยนี้ถูกโต้แย้งด้วยนโยบายของผู้ให้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์ซึ่งจำแนกได้สองกรณีดังนี้

8.2.1 ผู้ให้บริการกำหนดให้ผู้ใช้งานใช้ชื่อจริงหรือชื่อตามกฎหมาย ซึ่งกระทบสิทธิส่วนบุคคลในแง่ที่จะควบคุมการแสดงออกซึ่งตัวตน รวมทั้งเป็นการขัดขวางสิทธิในการเลือกใช้ “นามแฝง” ซึ่งเป็นการ “ลงทุน” พัฒนาตัวตนทางออนไลน์ของผู้ใช้งาน โดยเฉพาะสื่อพลเมืองที่ลงทุนสร้างนามแฝงนั้นอย่างต่อเนื่อง

98 อย่างไรก็ตามนักวิชาการบางท่านชี้ให้เห็นว่า ความเป็นอยู่ส่วนตัวกับความนิรนาม อาจไม่ได้เกิดขึ้นพร้อมกันเสมอไป ตัวอย่างเช่น บุคคลอาจแยกตัวไปอยู่ในสถานที่ซึ่งไม่อนุญาตให้บุคคลอื่นไปรบกวนได้ แต่คนอื่นก็ยังรู้ว่าเขาเป็นใครและอยู่ที่ไหน)Matthews, S. “Anonymity and the social self”. *American Philosophical Quarterly*, 2010. 47 (4) : pp. 352-354.)

นอกจากนี้ยังส่งผลให้มิติการใช้ชีวิตหลายด้านของสื่อพลเมืองถูกหลอมรวมและทับซ้อนเข้าด้วยกันโดยที่ไม่สามารถเลือกกำหนดหรือแบ่งแยกตัวตนและการสื่อสารได้เลย นอกจากนี้หากผู้ให้บริการกำหนดให้ผู้ใช้งานต้องนำหลักฐานแสดงตัวตนในโลกทางกายภาพ เช่น บัตรประชาชนมายืนยัน⁹⁹ ก็เป็นการกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลที่จะสื่อสารโดยไม่ระบุตัวตนด้วย

8.2.2 ผู้ให้บริการมีนโยบายกำหนดให้ผู้ใช้งานมีเพียงตัวตนเดียวโดยมีเงื่อนไขให้ผู้ใช้งานใช้ชื่อได้เพียงชื่อเดียว¹⁰⁰ เมื่อนโยบายนี้นำมาใช้ประกอบกับนโยบายให้ใช้ชื่อจริงดังกล่าวข้างต้นแล้วจะส่งผลเป็นการควมรวมให้ ตัวตนออฟไลน์ กับ ตัวตนออนไลน์ ของบุคคลเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและจำกัดให้ทำการสื่อสารด้วยตัวตนนั้น นอกจากนี้ผู้ให้บริการยังพยายาม “เชื่อมโยง” ตัวตนดังกล่าวเข้ากับการใช้งานบริการออนไลน์ต่างๆ ของบุคคลนั้นด้วย¹⁰¹ อีกทั้งมีการเชื่อมโยงผู้ใช้งานอื่นที่มีความสัมพันธ์ในด้านต่างๆ เข้ามารวมกันเป็นเครือข่ายของผู้ใช้งาน

99 การกำหนดให้นำหลักฐานระบุตัวตนมาแสดงจึงสามารถใช้งานบริการออนไลน์ได้นั้น แตกต่างกับการระบุตัวตนผู้ใช้งานหลังจากมีการกระทำผิดเกิดขึ้นแล้ว.

100 Mark Zuckerberg กล่าวว่า “คุณมีเพียงตัวตนเดียว (one identity) การมีหลายตัวตนสำหรับเพื่อนร่วมงาน และบุคคลอื่นๆ นั้นจะจบลงไม่ช้า” [Online] available from <http://www.michaelzimmer.org/2010/05/14>.

101 Eric Schmidt แห่ง Google กล่าวไว้ในประเด็นที่เกี่ยวกับการจัดการความท้าทายทางเทคโนโลยีว่า ความโปร่งใสมากขึ้นและปราศจากความนิรนาม) greater transparency and no anonymity) และ “ความนิรนามที่แท้จริงนั้นเป็นอันตรายเกินไป” (true anonymity is too dangerous) , Google’s Eric Schmidt: Society not ready for technology”. CNET. August 4, 2010] .Online] available from.<http://www.cnet.com/news/googles-schmidt-society-not-ready-for-technology>; Randi Zuckerberg กล่าวว่า ความนิรนามทางอินเทอร์เน็ตควรหมดไป ผู้ใช้งานออนไลน์จะมีความประพฤติดี ขึ้นเมื่อการกระทำทางออนไลน์ปรากฏชื่อจริงของตน บุคคลมักจะซ่อนตัวอยู่หลัง ความนิรนาม และรู้สึกเหมือนว่าจะพูดอะไรก็ได้หลังประตูที่ปิดอยู่, Facebook’s Randi Zuckerberg: Anonymity Online ‘Has To Go Away’ [Online] available from; http://www.huffingtonpost.com//27/07/2011randi-zuckerberg-anonymity-online_n_910892.html

นั้นให้มากที่สุด ผู้เขียนเห็นว่านโยบายดังกล่าวมีเหตุผลสำคัญทางด้านธุรกิจ การโฆษณา การตลาด รวมทั้งนำไปสู่การขยายตัวทางธุรกรรมทางการเงินออนไลน์ ซึ่งผู้ใช้งานบางรายอาจเห็นด้วยและชื่นชอบกับความสะดวกสบายของการเชื่อมโยงดังกล่าว แต่ในอีกแง่หนึ่ง ยังมีผู้ใช้งานที่ประสงค์จะรักษาสีทิวทัศน์ส่วนบุคคลซึ่งในบริบทนี้หมายถึงสิทธิควบคุมข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับตน การตัดสินใจเลือกและจำแนกกลุ่มผู้ที่ตนสื่อสารด้วยตามความสัมพันธ์ทางสังคมของตน ในกรณีการสื่อสารของสื่อพลเมืองทางเครือข่ายสังคมออนไลน์นั้น ปัจเจกชนคนหนึ่งอาจต้องการมีบทบาททางสังคมหลายบทบาท เช่น บทบาทของสื่อพลเมืองในการนำเสนอประเด็นสาธารณะต่างๆ แก่สังคม แต่ในอีกบทบาทหนึ่งบุคคลผู้นั้นต้องการสื่อสารเชิงความสัมพันธ์ส่วนบุคคลในเครือข่ายสังคมออนไลน์ โดยอาจใช้ตัวตนเดียวกันหรือหลายตัวตนสำหรับแต่ละบทบาทดังกล่าว การเลือกกำหนดตัวตนและแบ่งแยกบทบาทนี้เป็นปัจจัยส่งเสริมให้สื่อพลเมืองพัฒนาตัวตนออนไลน์และมีความมั่นใจในบทบาทสื่อพลเมือง ดังนั้นการที่ผู้ให้บริการมีมาตรการจำกัดให้ผู้ใช้งานมีตัวตนเดียวย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลที่จะกำหนดตัดสินใจจัดการความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มบุคคลต่างๆ ที่ตนติดต่อกับโดยใช้ “ตัวตน” อันแสดงออกผ่าน “นามแฝง” ที่แตกต่างกันไปหรือที่ผู้เขียนเรียกว่า “สิทธิในการดำรงตัวตนที่หลากหลายในพื้นที่ออนไลน์” ซึ่งจัดเป็นส่วนย่อยของสิทธิส่วนบุคคลในการเลือกตัดสินใจควบคุมการสื่อสารของตน

8.3 ขอบเขตการคุ้มครองสิทธินิรนามในแง่เนื้อหาข้อมูล

จากคำพิพากษาศาลในสหรัฐอเมริกาดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าสิทธินิรนามในการสื่อสารนั้นพัฒนาการมาจากคำพิพากษาศาลในคดีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเนื้อหาข้อมูลการสื่อสารเกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง (Anonymous political speech) ซึ่งแยกจากการสื่อสารอื่นๆ เช่น การสื่อสารเชิงพาณิชย์ (Commercial speech)¹⁰² อย่างไรก็ตาม ในการสื่อสารของสื่อ

102 *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978).

พลเมืองปัจจุบันประกอบด้วยเนื้อหาข้อมูลที่หลากหลาย ทั้งส่วนที่เป็นความคิดเห็น (Expression of idea or opinion) รวมทั้งข้อมูลที่มีลักษณะเป็นข้อเท็จจริง (Fact) ด้วย จึงมีประเด็นว่าขอบเขตการคุ้มครองสิทธินิรนามนั้นครอบคลุมเนื้อหาข้อมูลการสื่อสารใดบ้างซึ่งอาจพิจารณาที่สำคัญดังต่อไปนี้

- กรณีของสหรัฐอเมริกา คดี Talley v California¹⁰³ ศาลตัดสินว่ากฎหมายของ Los Angeles ที่กำหนดห้ามใบปลิว “นิรนาม” ทุกชนิดทั้งที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับความเห็นทางการเมือง การพาณิชย์ รวมทั้งเนื้อหาข้อมูลอื่นๆ นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในบริบทการสื่อสารออนไลน์นั้นกฎหมายมลรัฐ Georgia¹⁰⁴ ส่งผลกระทบต่อสิทธินิรนามในการสื่อสารออนไลน์อย่างกว้าง กล่าวคือห้ามผู้สื่อสารข้อมูลออนไลน์ “แสดงตนอย่างไม่ถูกต้อง” (Falsely identify) ซึ่งส่งผลกระทบต่อการสื่อสารโดยนิรนามทั้งหมดทางสื่อออนไลน์ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลความคิดเห็นในประเด็นต่างๆ และข้อเท็จจริง ดังนั้นศาลตัดสินว่ากฎหมายนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่าสิทธินิรนามได้รับการคุ้มครองโดยไม่จำกัดเฉพาะการสื่อสารที่เกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นด้านอื่นๆ เท่านั้น แต่ครอบคลุมการสื่อสารข้อมูลอื่นๆ ด้วย สำหรับคดี Yelp, Inc. v. Hadeed Carpet Cleaning, Inc.¹⁰⁵ ที่ศาลตัดสินว่าข้อความเชิงพาณิชย์ (Commercial speech) ได้รับการคุ้มครองในระดับต่ำ นั้นเป็นกรณีเนื้อหาข้อมูลที่มีพิพาทมีลักษณะหมิ่นประมาทจึงไม่ได้รับการคุ้มครอง อีกทั้งการให้เปิดเผยตัวตนนั้นเป็นกรณีภายหลังจากมีข้อพิพาทแล้ว จึงแตกต่างจากคดีทั้งสองข้างต้น ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ระบุตัวตนหรือจำกัดสิทธินิรนามตั้งแต่แรกก่อนทำการสื่อสาร

103 Talley v. California, [1960] 362 US 60.

104 ACLU of Georgia v Miller, 977 F Supp 1228 (ND GA) (1997).

105 Yelp, Inc. v. Hadeed Carpet Cleaning, Inc., No. 0116-13-4 (Va. Ct. App. Jan. 7, 2014).

- กฎหมายเกาหลีที่กำหนดให้ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตต้องซื้อจริง¹⁰⁶ ส่งผลกระทบต่อการสื่อสารโดยนิรนามทั้งหมดทางสื่อออนไลน์ ไม่ว่าจะเป็นการแสดงความคิดเห็นในประเด็นต่างๆ รวมทั้งการสื่อสารข้อเท็จจริงศาลตัดสินว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ

- กฎหมายโทรคมนาคมของเยอรมันกำหนดให้สิทธิการสื่อสารนิรนามโดยไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นการสื่อสารเพื่อแสดงความคิดเห็นทางการเมืองเท่านั้น ดังนั้นการที่ผู้ให้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์กำหนดนโยบายการใช้งานที่กระทบสิทธินิรนามจึงขัดต่อกฎหมายดังกล่าว¹⁰⁷

จากคดีดังกล่าวข้างต้นในสามประเทศ จะเห็นได้ว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยภาครัฐนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ สำหรับข้อตกลงการใช้งานที่กำหนดโดยภาคเอกชนก็ขัดต่อกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายและข้อตกลงดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามโดยสร้างเงื่อนไขให้ระบุตัวตนก่อนการสื่อสารข้อมูลออนไลน์ ซึ่งประเด็นของคดีเหล่านี้ไม่ได้จำกัดเฉพาะการแสดงความคิดเห็น (Expression of idea or opinion) ทางการเมืองหรือประเด็นทางสังคมอื่นเท่านั้น แต่ส่งผลถึงข้อมูลอื่นๆ เช่น ข้อเท็จจริง (Fact) ด้วย ซึ่งแนวทางการคุ้มครองสิทธินิรนามอย่างกว้างนี้สอดคล้องกับสภาพการสื่อสารข้อมูลออนไลน์ของสื่อพลเมืองซึ่งประกอบด้วยเนื้อหาข้อมูลหลากหลายและผสมผสานทั้งความคิดเห็นและข้อเท็จจริง

8.4 อภิปรายเหตุผลโต้แย้งสิทธินิรนาม

ดังกล่าวมาในหัวข้อที่ 5 ว่า สิทธินิรนามยังเป็นประเด็นที่มีความเห็นเป็นสองฝ่าย ในส่วนนี้จะได้อภิปรายเหตุผลหลัก 2 ประการของฝ่ายที่ได้แย้งสิทธินิรนามดังต่อไปนี้

106 Constitutional Court Decision 2010 Hun-Ma47, 23 August 2012.

Hamburg Commissioner for Data Protection and Freedom of Information (HmbBfDI), Ibid

8.4.1 ความเชื่อมโยงระหว่าง สิทธินิรนามในการสื่อสารกับ “อาชญากรรม”
ข้อโต้แย้งหลักของฝ่ายที่คัดค้านสิทธินิรนามซึ่งนำไปสู่ข้อเสนอในการวางเงื่อนไข
ให้ระบุตัวตนสำหรับการสื่อสารออนไลน์นั้น มาจากแนวคิดที่เชื่อมโยงความนิรนาม
กับ “อาชญากรรม” กล่าวคือความนิรนามจะนำไปสู่อาชญากรรมหรือความ
ประพฤติไม่เหมาะสมต่างๆ ในสังคมออนไลน์ ความเห็นนี้อยู่บนข้อสมมุติฐาน
ว่าหากมีการระบุตัวตนแล้วบุคคลจะทำการสื่อสารโดยมีความรับผิดชอบ
(Accountability) โดยไม่กล้าประกอบอาชญากรรมหรือกระทำการที่ไม่เหมาะสม
ทางสื่อออนไลน์ ความเห็นนี้มักจะมิมมองว่า “หากไม่ได้ทำผิด ก็ไม่จำเป็นต้องกลัว
การระบุตัวตน หรือไม่ต้องกลัวในการเปิดเผยชื่อจริง” เหตุผลนี้สะท้อนให้เห็นทั้ง
ในส่วนของภาครัฐที่ตรากฎหมายให้การระบุตัวตนเป็นเงื่อนไขของการสื่อสาร และ
ภาคเอกชน เช่น ผู้ให้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์ที่กำหนดนโยบายเกี่ยวกับการ
ระบุตัวตนผู้ใช้งาน ดังจะได้แยกวิเคราะห์ต่อไปนี้

- หากพิจารณากรณีที่เกิดในสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่าศาลเคยตัดสินว่า
กฎหมายที่มีเนื้อหาบังคับให้ผู้ใช้งานสื่อออนไลน์ระบุตัวตนนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญดัง
กล่าวมาแล้ว¹⁰⁸ เมื่อพิจารณากฎหมายไทยที่มีลักษณะการกำหนดเงื่อนไขการ
สื่อสารของประชาชนให้ต้องมีการระบุตัวตนจะเห็นได้จากตัวอย่างกฎหมายเกี่ยว
กับโทรคมนาคมซึ่งส่งผลให้ประชาชนผู้ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ในลักษณะเรียกเก็บเงิน
ล่วงหน้า (Prepaid, หรือ ระบบเติมเงิน) ต้องนำข้อมูลระบุตัวตนไปลงทะเบียน
มิฉะนั้นจะไม่สามารถใช้โทรศัพท์เลขหมายนั้นได้¹⁰⁹ จะเห็นได้ว่ากฎระเบียบนี้
สะท้อนถึงแนวคิดการให้น้ำหนักคุ้มครองความปลอดภัย (เช่น เพื่อป้องกัน
และปราบปรามการก่อการร้ายหรืออาชญากรรมที่ใช้โทรศัพท์ระบบเติมเงิน

108 ACLU of Georgia v. Miller, 977 F Supp 1228 (ND GA) (1997).

109 โปรดดูในหัวข้อที่ 6 ซึ่งอรรถ 78¹: ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า แม้ประกาศดังกล่าวมิได้
กำหนดโทษหรือบังคับผู้ใช้งานโดยตรงเนื่องจากการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ให้บริการ
แต่ผลที่เกิดขึ้นหากผู้ให้บริการไม่นำข้อมูลระบุตัวตนไปลงทะเบียนก็ส่งผลให้ไม่สามารถ
ใช้งานโทรศัพท์เลขหมายนั้นได้

เป็นเครื่องมือ)¹¹⁰ แต่กระทบทสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนาม กล่าวคือบุคคลต้องให้ข้อมูลระบุตัวตนในโลกทางกายภาพ (ข้อมูลบัตรประจำตัวประชาชน) เพื่อสามารถทำการสื่อสารโดยใช้หมายเลขโทรศัพท์นั้นได้

- ในกรณีการกระทำของเอกชนจะเห็นได้ว่านโยบาย “ชื่อจริง” (Real name) และมาตรการที่ผู้ให้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์นำมาบังคับใช้กับผู้ใช้งานนั้น สะท้อนถึงมุมมองที่เชื่อมโยงความนิรนามกับอันตรายหรือสิ่งผิดกฎหมายอื่นๆ ที่กระทำทางออนไลน์ เช่น การคุกคาม กลั่นแกล้งรังแกออนไลน์ การหลอกลวงผู้อื่น การโพสต์ข้อความที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียงของผู้อื่นโดยมีสมมุติฐานว่าความนิรนามเป็นเงื่อนไขหรือปัจจัยที่ทำให้เกิดพฤติกรรมอันตรายหรือผิดกฎหมายดังกล่าว มุมมองนี้สอดคล้องกับกฎหมายหรือนโยบายของรัฐที่มุ่งเน้นให้น้ำหนักกับ “ความปลอดภัย” มากกว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นดังเช่นคดีที่เกิดในสหรัฐอเมริกา

ผู้เขียนเห็นว่าความนิรนามมิได้เป็นอันตรายในตัวของมันเอง แต่มักจะถูกพิจารณาในเชิงความสัมพันธ์หรือเปรียบเทียบกับพฤติกรรมอันตรายอื่นๆ ซึ่งพฤติกรรมเหล่านั้นอาจเกิดขึ้นได้เช่นกันแม้ว่าปราศจากเสียซึ่งความนิรนาม ทั้งนี้บุคคลหรือสื่อพลเมืองอาจประสงค์เพียงแสดงความคิดเห็นในประเด็นที่ “แตกต่าง” จากความเห็นข้างมากในประเด็นสาธารณะเรื่องใดเรื่องหนึ่งซึ่งอาจไม่ได้เป็นความผิดตามกฎหมายใดๆ ที่มีผลบังคับอยู่ แต่หากใช้ชื่อจริงหรือชื่อทางกฎหมายก็จะเกิดความกังวลว่าจะถูกโจมตีหรือแกล้งแค้นดังกล่าวมาแล้ว จนส่งผลให้การแสดงความคิดเห็นลดน้อยลงและทำให้เกิดสภาพดังที่ศาลในสหรัฐเรียกว่า “เผด็จการของความเห็นส่วนใหญ่” (Tyranny of the majority)¹¹¹ สำหรับเหตุผลของฝ่ายโต้แย้งสิทธินิรนามที่ว่าหากใช้ชื่อจริงหรือชื่อตามกฎหมายแล้ว จะช่วยป้องกันและ

110 จะเห็นได้จากการที่ กสทช อธิบายไว้ในเว็บไซต์ถึงเหตุผลของการลงทะเบียนชื่อว่า “..เพื่อป้องกันการนำชื่อไปใช้ในการกระทำผิดกฎหมาย หรือความมั่นคง ในรูปแบบต่าง....” รวมทั้งตั้งข้อหาข้อนี้ว่า “สังคมปลอดภัยร่วมใจลงทะเบียน” <http://sim.nbct.go.th/>

111 McIntyre v. Ohio Elections Comm’n, 514 U.S. 334, 357 (1995).

ปราบปรามอาชญากรรมได้นั้นเป็นการพิจารณาเฉพาะในแง่การใช้สิทธินิรนามโดยมิชอบ (Abuse หรือ misuse) เท่านั้น ซึ่งในภาพรวมยังมีการใช้สิทธินิรนามที่ไม่เกี่ยวกับการกระทำความผิด นอกจากนี้แม้การใช้ชื่อจริงจะถูกกำหนดเป็นเงื่อนไขของการสื่อสารทางสื่อสังคมออนไลน์แล้ว ก็ยังมีการโจรกรรมข้อมูลเชิงเอกลักษณ์ (Identity theft) ซึ่งผู้กระทำความผิดใช้ข้อมูลระบุตัวตนของผู้อื่นในการแสดงตนเพื่อประกอบอาชญากรรมได้อยู่แน่นอน ยิ่งไปกว่านั้นการระบุตัวตนอาจนำไปสู่ปัญหาด้านความปลอดภัยของข้อมูล ระบุตัวตนของประชาชนที่นำมาลงทะเบียนการสื่อสารต่างๆ ซึ่งอาจมีการหลุดรั่วดังกล่าวในหัวข้อที่ 6.1

8.4.2 ความเชื่อมั่น (Trust) ของผู้รับสาร ฝายไม่เห็นด้วยกับสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามยังอ้าง “สิทธิที่จะรู้” (Right to know) ถึงแหล่งที่มาของข้อมูล (Source of information) ซึ่งจะเชื่อมโยงกับความเชื่อมั่น (Trust) ของผู้รับสารต่อเนื้อหาข้อมูลนั้น หรืออีกนัยหนึ่งก็คือความนิรนามก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อความน่าเชื่อถือในความถูกต้องของเนื้อหาข้อมูล” ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า

(1) จากคดีในสหรัฐอเมริกาและเกาหลีใต้จะเห็นได้ว่า กฎหมายที่จำกัดสิทธินิรนามซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานของมนุษย์ควรมีขอบเขตที่จำกัดและเป็นไปเท่าที่จำเป็น เมื่อพิจารณาระบบกฎหมายไทยปัจจุบันพบว่ามีความหมายอื่นที่กำหนดควบคุมการสื่อสารข้อมูลที่ไม่น่าเชื่อถือ เช่น ข้อมูลปลอมหรือข้อมูลที่เท็จอยู่แล้ว เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ มาตรา 14 ประมวลกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดมาตรา 423 ดังนั้นหากสื่อพลเมืองสื่อสารข้อมูลปลอมหรือเท็จหรือทำให้ผู้อื่นเสียหายก็อาจถูกดำเนินคดีตามกฎหมายดังกล่าว

(2) นอกจากการกำหนดกฎหมายที่จำกัดสิทธินิรนามโดยการให้ใช้ชื่อจริงหรือให้ระบุตัวตนก่อนการสื่อสารแล้วยังอาจมีมาตรการทางเลือกอื่นที่จำกัดสิทธิน้อยกว่า (Less restrictive alternative) เพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของ

การสร้างควมรับผิดชอบ(Accountability) และความเชื่อมั่น (Trust) ของการสื่อสาร เช่น การติดตามผู้กระทำผิดจากเลขหมายประจำเครื่องแทนที่จะกำหนดเงื่อนไขระบุตัวตนก่อนการสื่อสารตั้งแต่แรกโดยยังไม่ได้มีการกระทำผิดใดเลย

(3) การเปิดเผยแหล่งที่มาของข้อมูล (Source) ในแง่หนึ่งอาจมองว่าเป็นการสร้างควมเชื่อมั่นแก่ผู้รับสาร แต่ในอีกแง่หนึ่งอาจส่งผลทำให้ผู้รับสารขาดโอกาสได้รับรู้ข้อมูลบางเรื่องที่บุคคลผู้เป็นแหล่งข้อมูลไม่ประสงค์เปิดเผยตน ดังจะเห็นได้จากกรณีผู้สื่อข่าวอาชีพอาศัย “แหล่งข้อมูลนิรนาม” (Anonymous source) เพื่อเสนอข่าวเชิงสืบสวน (Investigative journalism)¹¹² ในทางกลับกัน หากสื่อพลเมืองนำเสนอเรื่องราวที่ตนเป็นแหล่งข้อมูลเองก็อาจประสงค์เป็นแหล่งข้อมูลนิรนามเช่นเดียวกับการที่สื่อพลเมืองไปหาข้อมูลจากบุคคลอื่นที่ไม่ประสงค์เปิดเผยตัวตน

(4) สำหรับประเด็นที่ว่าสื่อพลเมืองที่ทำการสื่อสารข้อมูลโดยนิรนามอาจขาดคุณภาพและความถูกต้องน่าเชื่อถือ เนื่องจากมิได้มีกระบวนการบรรณาธิการตรวจสอบ (Editorial procedure) ดังเช่นสื่ออาชีพนั้น จะเห็นได้ว่าโดยทั่วไปแล้วสื่อพลเมืองที่สื่อสารข้อมูลออนไลน์นั้นมีลักษณะเป็น “มือสมัครเล่น” (Amateur) ซึ่งไม่ได้รับการฝึกอบรมในลักษณะเป็นวิชาชีพเฉพาะดังเช่นผู้ประกอบวิชาชีพสื่อมวลชน¹¹³ และมีได้อยู่ภายใต้กระบวนการบรรณาธิการตรวจสอบอย่างเป็นทางการ (Formal editorial procedure) เหมือนผู้ประกอบวิชาชีพสื่อแต่มิใช่ว่าข้อมูลเนื้อหาของสื่อพลเมืองจะปราศจากการตรวจสอบ โดยเฉพาะกรณีสื่อพลเมืองที่นำเสนอข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตนั้น ในทางปฏิบัติแล้วผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตด้วยกันเองจะเป็นผู้ร่วมกันตรวจสอบเนื้อหาข้อมูล¹¹⁴ ซึ่งลักษณะเช่นนี้อาจถือได้ว่า

112 Kling, R., Lee, Y. C., Teich, A., & Frankel, M. S. “Assessing Anonymous Communication on the Internet: Policy Deliberations”. **The Information Society**. 1999. 15 (2) : pp.79-90; 1 April 1999.

113 Keen, A. **The Cult of Amateur**, New York: Doubleday/Currency, 2007, p. 4.

114 Shirky, C. **Broadcast Institutions, Community Values**, Clay Shirky's Writings

เป็นกระบวนการบรรณาธิการตรวจสอบเนื้อหาอีกลักษณะหนึ่งซึ่งแตกต่างจากสื่ออาชีพ ในทางกลับกัน สื่อกระแสหลักหรือสื่ออาชีพซึ่งมีการระบุตัวตนผู้นำเสนอที่ชัดเจน และมีกระบวนการบรรณาธิการอย่างเป็นทางการก็มีโอกาสในการนำเสนอข้อมูลที่ถูกต้องได้เช่นเดียวกัน¹¹⁵

ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าการสร้างความรับผิดชอบและความเชื่อมั่นในข้อมูลที่สื่อพลเมืองนำเสนอ นั้น อาจเกิดขึ้นได้โดยกระบวนการตรวจสอบควบคุมกันเองของผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตซึ่งจะร่วมกันตรวจสอบเนื้อหาข้อมูล¹¹⁶ (Self-regulation) มากกว่าตรากฎหมายกำหนดให้ระบุตัวตน ทั้งนี้เนื่องจากสื่อพลเมืองและผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในปัจจุบันมีจำนวนมากและต่างสามารถเข้าถึงข้อมูลในโลกออนไลน์ ดังนั้นหากสื่อพลเมืองรายใดสื่อสารข้อมูลไม่ถูกต้องก็จะถูกประชาคมผู้ใช้งานอื่นๆ ตรวจสอบกันเองได้

8.5 แนวทางสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิรณามในการสื่อสารและคุณค่าอื่นในโลกออนไลน์

เนื่องจากสิทธิรณามอาจถูกนำไปใช้ในทางมิชอบจนกลายเป็นเหตุผลหลักของฝ่ายที่ได้แย้งสิทธิรณามและนำไปสู่ข้อเสนอของฝ่ายที่ได้แย้งด้วยการเรียกร้องให้จัดสิทธิรณาม เช่น ข้อเสนอในการกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตต้องแสดงตัวตนโดยใช้ข้อมูลระบุตัวตนในโลกออฟไลน์¹¹⁷ ข้อเสนอให้มีกฎเกณฑ์ใน

about Internet. 2002, Retrieved from http://www.shirky.com/writings/broadcast_and_community.html.

115 Silverman, C. *The Year in Media Errors and Corrections Features Osama/Obama, Giffords*. 2011, Retrieved from <http://www.poynter.org/latest-news>.

116 Shirky, C. "Broadcast Institutions, Community Values, Clay Shirky's Writings about Internet". 2002, Retrieved from http://www.shirky.com/writings/broadcast_and_community.html.

117 Nussbaum, M. C. "Objectification and Internet Misogyny". in Levmore S., & Nussbaum, M. C. (Eds.), *The Offensive Internet: Speech, Privacy and*

การนำข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์ออกไปหากข้อมูลนั้นเกิดจากการสื่อสารโดยนิรนาม¹¹⁸ หรือข้อเสนอให้ใช้วิธีการอื่นแทนที่จะขจัดสิทธินิรนาม เช่น ข้อเสนอให้แก้ไขกฎหมายความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ กำหนดหน้าที่แก่ผู้ให้บริการ (ISP) เพื่อทำหน้าที่ในลักษณะของ “บรรณาธิการ” ในการตรวจสอบเนื้อหาที่ผู้ใช้งานนำเข้าสู่ระบบในความดูแลของตน¹¹⁹ ทั้งนี้เนื่องจากตามกฎหมายความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ของสหรัฐอเมริกาที่มีผลบังคับอยู่ในปัจจุบันได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับผู้ให้บริการในส่วนที่เกี่ยวกับเนื้อหาซึ่งผู้ให้บริการด้านเนื้อหาเป็นผู้นำเข้าสู่ระบบ¹²⁰ อย่างไรก็ตามนักวิชาการหลายท่านไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอนี้เนื่องจากเห็นว่าส่งผลกระทบต่อการขยายตัวของการใช้งานสื่อออนไลน์จึงเสนอให้ผู้ใช้งานแสดงตัวตนเพื่อให้ผู้เสียหายฟ้องร้องได้โดยตรงหากมีการกระทำความผิดขึ้น¹²¹ ผู้เขียนเห็นว่า แม้ความนิรนามในการสื่อสารออนไลน์จะมีคุณค่าแต่ก็ต้องการซึ่งน้ำหนักกับคุณค่าอื่นด้วย เช่น ความปลอดภัยของระบบคอมพิวเตอร์ สิทธิของผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำที่มิชอบทางอินเทอร์เน็ตโดยอาศัยความนิรนาม การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม เป็นต้น ประเด็นสำคัญจึงอยู่ที่การให้น้ำหนักของการคุ้มครองสิทธินิรนามและการหาจุดสมดุลระหว่างการคุ้มครองคุณค่าอื่น

การให้น้ำหนักกับคุณค่าหรือประโยชน์อื่นมากเกินไปเกินกว่าสิทธินิรนาม เห็นได้จากกฎหมายที่จำกัดสิทธินิรนาม ในคดี *ACLU of Georgia v Miller*

Reputation. Harvard University Press, 2011. p. 85.

118 Choi, B. H. “The Anonymous Internet”. *Maryland Law Review*. 2013. 72 (501) : pp. 503.

119 Solove, D. J. “Speech, Privacy, and Reputation on the Internet”, in Levmore, S., & Nussbaum, M. C. (Eds.). **The Offensive Internet: Speech, Privacy and Reputation**, Harvard University Press, 2011, pp. 28–23.

120 Computer Decency Act (CDA), section 230.

121 Choi, B. H. Ibid, pp 535-537.

ของสหรัฐอเมริกาและคดีในเกาหลีใต้ (ดังกล่าวในหัวข้อ 6.1) ซึ่งเป็นกรณีการจำกัดสิทธิในนามโดยภาครัฐด้วยการกำหนดกฎเกณฑ์อันมีผลให้บุคคลต้องระบุตัวตนในการสื่อสาร ประเด็นสำคัญคือ กฎหมายที่จำกัดสิทธิในนามดังกล่าวมีน้ำหนักเพียงพอหรือไม่ เมื่อเทียบกับประโยชน์อื่นที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง คดีของสหรัฐอเมริกาดังกล่าวศาลตัดสินว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญเพราะกฎหมายมีขอบเขตกว้างครอบคลุมการสื่อสารออนไลน์ทั้งหมดซึ่งนักวิชาการเห็นว่าหากกฎหมายดังกล่าวกำหนดขอบเขตให้แคบลงโดยห้ามเฉพาะการสื่อสารที่ใช้สิทธิในนามโดยมิชอบ เช่น ใช้ความนิรนามเพื่อฉ้อโกงหรือหลอกลวงผู้อื่น กฎหมายนั้นอาจไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ¹²² สำหรับกรณีกฎหมายเกาหลีใต้นั้น ชี้ให้เห็นการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิในนามในการสื่อสาร และการควบคุมข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตที่ฝ่าฝืนกฎหมาย โดยศาลให้น้ำหนักกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเนื่องจากกฎหมายดังกล่าวส่งผลกว้างเกินไป (Over-restrictive) ทั้งนี้ศาลวางหลักในการพิจารณาที่สำคัญ 2 ประการคือ¹²³ (1) มีวิธีการอื่นอันเป็นทางเลือกการจำกัดเสรีภาพในการสื่อสารและสิทธิในนามที่น้อยกว่ากฎหมายนั้นหรือไม่ (less restrictive alternative) ซึ่งศาลเห็นว่านอกจากการบังคับให้ระบุชื่อแล้วยังอาจใช้วิธีการอื่นในการดำเนินการกับผู้โพสต์ข้อมูลที่ผิดกฎหมาย เช่น การตรวจสอบหมายเลขประจำเครื่อง (IP-address) และ (2) กฎหมายที่จำกัดสิทธิในนามนั้นได้สัดส่วนกับสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองหรือไม่ ซึ่งคดีนี้ศาลเห็นว่าไม่มีหลักฐานที่ชัดเจนว่าการให้ใช้ชื่อจริงจะมีส่วนลดการกระทำความผิดเกี่ยวกับการสื่อสารข้อมูลออนไลน์ที่ฝ่าฝืนกฎหมาย หากนำกรณีของต่างประเทศดังกล่าวมาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยอาจพิจารณาได้ดังนี้

122 Karl, D. "State Regulation of Anonymous Internet Use after ACLU of Georgia v Miller". *Arizona State Law Journal*, 1998. 30 : pp .513-540.

123 Park, W., & Greenleaf, G. "Korea rolls back "real name" and ID Number Surveillance". *Privacy laws & Business International Report*. 2012. 119 : pp. 20-21, October 2012.

กรณีมาตรา 11 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นั้น แม้เป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธินิรนามแต่ก็มีขอบเขตจำกัดเฉพาะการสื่อสารข้อมูลที่มีลักษณะเป็น “Spam” ซึ่งส่งโดยปกปิดแหล่งที่มา และก่อความรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น¹²⁴ ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายลักษณะเช่นนี้อาจจัดเป็นตัวอย่างของการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามออนไลน์กับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่น กล่าวคือการจำกัดสิทธินิรนามนี้มีได้กว้างเกินไปจนครอบคลุมการสื่อสารออนไลน์ทุกประเภท เนื่องจากมีขอบเขตจำกัดเฉพาะการสื่อสารในลักษณะ “Spam” เท่านั้นซึ่งการสื่อสารเช่นนี้ไม่ควรที่จะอ้างเสรีภาพในการสื่อสารได้เนื่องจากก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิผู้อื่น

สำหรับหลักการของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในส่วนที่กำหนดหน้าที่ผู้ให้บริการให้เก็บข้อมูลจราจรคอมพิวเตอร์นั้น นำไปสู่ประเด็นปัญหาว่าจะส่งผลเป็นการเก็บข้อมูลระบุตัวผู้ใช้งานคอมพิวเตอร์เพียงใด จะเห็นได้ว่า ข้อมูลจราจรคอมพิวเตอร์หรือ “Log file” ที่ผู้ให้บริการต้องจัดเก็บนั้นเป็นข้อมูลที่แสดงว่าคอมพิวเตอร์เครื่องใดส่งข้อมูลไปยังเครื่องใดโดยระบุจากหมายเลขประจำเครื่อง (IP address) ซึ่งแม้ว่าข้อมูลเหล่านี้จะนำมาประกอบกันเพื่อบ่งชี้ตัวผู้ส่งข้อมูลได้ แต่กฎหมายมิได้กำหนดถึงขนาดให้ผู้ใช้งานแต่ละคนต้องระบุแสดงตัวตนด้วยข้อมูลแสดงตัวในโลกทางกายภาพเช่นเลขหมายบัตรประชาชน¹²⁵ ในขณะที่กฎหมายเกาหลีได้กำหนดให้ผู้ให้บริการบันทึกข้อมูลระบุตัวตนผู้ใช้ (Resident registration number) จึงเป็นการจำกัดสิทธินิรนามที่มากเกินไป สำหรับกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจโทรคมนาคมของไต้หวัน นอกจากไม่มีหลักการคุ้มครองสิทธินิรนามดังเช่นกฎหมายเยอรมันแล้ว ยัง

124 คณาธิป ทองรวีวงศ์, “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวจากการถูกรบกวนด้วยจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการพาณิชย์โดยผู้รับมิได้เรียกร้อง”. **บทบัญญัติ**, 2553. 66 (1) : หน้า 26-77, มีนาคม 2553

125 (แต่ผู้ให้บริการบางราย อาจกำหนดเงื่อนไขดังกล่าว)

กำหนดให้ผู้ให้บริการต้องเก็บข้อมูลผู้ใช้บริการเลขหมายโดยใช้เลขบัตรประชาชน นอกจากกฎหมายแล้วแนวคิดหรือข้อเสนอที่อาจพัฒนาไปสู่การกำหนดกฎหมายต่อไป เช่น แนวคิดการให้ใช้บัตรประชาชนลงทะเบียนไวไฟ (Wi-Fi)¹²⁶ หรือแนวคิดการให้ใช้เลขหมายบัตรประชาชนเป็นเงื่อนไขในการทำงานอินเทอร์เน็ตเหล่านี้ล้วนแต่ให้น้ำหนักกับความมั่นคง ความปลอดภัยจากอาชญากรรม มากกว่าสิทธิส่วนบุคคลและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยนิรนาม หากเปรียบเทียบกับหลัก “ทางเลือกอื่นที่จำกัดสิทธิน้อยกว่า” ดังที่ศาลเกาหลีได้นำมาพิจารณา แล้วอาจกล่าวได้ว่ายังมีทางเลือกอื่นนอกจากการให้ระบุชื่อหรือเลขหมายประจำตัวประชาชน เช่นการตรวจสอบจากข้อมูลจราจรคอมพิวเตอร์โดยใช้เลขหมายประจำเครื่อง นอกจากนี้ยังไม่มีหลักฐานที่ชัดเจนว่าการระบุตัวดังกล่าวจะส่งผลให้การกระทำผิดที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะป้องกันลดน้อยลงอย่างไรด้วย

กฎหมายที่จำกัดสิทธินิรนามในการสื่อสารโดยให้ผู้ใช้งานต้องให้ข้อมูลระบุตัวตนนั้น นอกจากอาจถูกศาลตัดสินว่าขัดต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญดังเช่นในกรณีสหรัฐอเมริกาและเกาหลีใต้แล้วยังอาจใช้ไม่ได้ผลในทางปฏิบัติอีกด้วย เนื่องจาก ผู้ใช้งานอาจใช้วิธีต่างๆ ในการหลบเลี่ยง เช่น กรณีกฎหมายเกาหลีใต้นั้นส่งผลให้ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตในเกาหลีใต้จำนวนมากเลี่ยงไปใช้เว็บไซต์ต่างประเทศ¹²⁷ นอกจากนี้ผู้ใช้งานยังอาจใช้วิธีการทางเทคนิคต่างๆ เพื่อหลบเลี่ยงการถูกระบุตัวตน¹²⁸ ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายที่กำหนดให้เก็บข้อมูลระบุตัวตนผู้ใช้งานยังอาจส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยของข้อมูล เช่น กรณีการหลุดรั่วของข้อมูล¹²⁹ ซึ่งในกรณีของไทยนั้นกฎหมายและแนวคิดที่ให้เก็บข้อมูลระบุ

126 http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1424305774.

127 Park, W., & Greenleaf, G. Ibid.

128 เช่น ซอฟต์แวร์ “Tor” <https://www.torproject.org/about/overview>.

129 กรณีข้อมูลส่วนบุคคลรั่วไหลในเกาหลีใต้ ปี 2014 ส่งผลกระทบต่อประชาชนประมาณ 27 ล้านคน ซึ่งข้อมูลเลขหมายบัตรประจำตัวมีความเสี่ยงถูกนำไปใช้โดยมิชอบ <http://koreajoongangdaily.joins.com/news/article/Article.aspx?aid=2993858>

ตัวตน เช่น บัตรประชาชนเพื่อเป็นเงื่อนไขของการสื่อสารออนไลน์นั้น ยังมีปัญหาในเชิงการคุ้มครองตามกฎหมายเนื่องจากปัจจุบันไทยยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นการเฉพาะ¹³⁰

อย่างไรก็ตามเพื่อสร้างความสมดุลกับการคุ้มครองประโยชน์อื่นๆ อาจพิจารณา “ความนิรนาม” ในความหมายของ “นามแฝงที่ติดตามได้” (Traceable pseudonymity) กล่าวคือ “ผู้ใช้งานสื่อออนไลน์ไม่จำเป็นต้องใช้ชื่อจริงหรือชื่อตามกฎหมาย โดยอาจใช้นามแฝงที่ตนคิดขึ้นแต่หากมีการกระทำที่ผิดกฎหมาย เช่น การประกอบอาชญากรรมโดยใช้นามแฝงนั้น ข้อมูลระบุตัวตนของผู้ใช้นั้นซึ่งถูกเก็บรักษาไว้โดยผู้ให้บริการออนไลน์ก็จะถูกเปิดเผยเพื่อการดำเนินคดีตามกฎหมาย”¹³¹ ตามแนวทางนี้ ผู้ให้บริการจะส่งข้อมูลระบุตัวตนผู้ใช้งานซึ่งทำการสื่อสารโดยนิรนามให้แก่ผู้ร้องขอซึ่งเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากการสื่อสารออนไลน์ที่ก่อให้เกิดความเสียหาย¹³² ตัวอย่างของคดีที่ศาลตัดสินในแนวทาง “นามแฝงที่ติดตามได้” เช่นคดีของศาลอุทธรณ์มลรัฐ Virginia ในปี 2014¹³³ ซึ่งเป็นกรณี

130 มีข้อสังเกตว่า แม้เกาหลีใต้ที่มีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นการเฉพาะ แต่ก็ยังมีปัญหาการหลุดรั่วของข้อมูลดังกล่าว แต่ในกรณีของไทยนั้นยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลเลย; คณาธิป ทองรวีวงศ์. 2558. “วิเคราะห์ร่าง พ.ร.บ. ข้อมูลส่วนบุคคลฉบับ มกราคม .“(2558รายงานสืบเนื่องการประชุมวิชาการ “The 1st national and international conference on Education Research and Social development”. Organized by The Political Science Association of Kasetsart University, 24 April 2015.

131 Zarsky, T. Z. “Thinking Outside the Box: Considering Transparency, Anonymity, and Pseudonymity as Overall Solutions to the Problems of Information Privacy in the Internet Society”. **University of Miami Law Review**, 2004. 58 (991) : pp. 1031-1040.

132 Levmore, S. **The Internet’s Anonymity Problem, in The Offensive Internet: Speech, Privacy and Reputation.** in Levmore S., & Nussbaum, M. C. (Eds.), Harvard University Press, 2011. p.57 .

133 *Yelp, Inc. v. Hadeed Carpet Cleaning, Inc.*, No. 0116-13-4 (Va. Ct. App. Jan. 7, 2014).

ที่บริษัทแห่งหนึ่งอ้างว่าผู้ใช้งานสื่อสังคมออนไลน์ “Yelp!” ใช้นามแฝงโพสต์ข้อความหมิ่นประมาททำให้ธุรกิจของตนเสียหาย จึงยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ผู้ให้บริการเปิดเผยรายละเอียดระบุตัวตนของผู้กระทำ ผู้ให้บริการ (Yelp!) โต้แย้งว่าข้อมูลระบุตัวตนของผู้ใช้งานดังกล่าวได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเนื่องจากเป็นสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามของผู้ใช้นามแฝง ศาลเห็นว่าข้อความเชิงพาณิชย์ (Commercial speech) ได้รับความคุ้มครองในระดับที่ต่ำ นอกจากนี้การโพสต์ข้อความที่เป็นหมิ่นประมาทนั้นไม่ใช่การแสดงความคิดเห็นที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ¹³⁴ ดังนั้นเมื่อพิจารณาประกอบกับกฎหมายของรัฐที่กำหนดกระบวนการสำหรับการขอหมายต่อศาลเพื่อเปิดเผยข้อมูลระบุตัวตนผู้กระทำผิดแล้ว ศาลจึงมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการเปิดเผยข้อมูลระบุตัวตนของผู้โพสต์ข้อความเพื่อให้บริษัทนั้นทำการฟ้องร้องคดีหมิ่นประมาทต่อไป คดีนี้อาจเปรียบเทียบกับกฎหมายเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ของไทยที่ให้เก็บข้อมูลจราจรคอมพิวเตอร์ซึ่งอาจตรวจสอบได้เพื่อดำเนินคดีตามกฎหมายแล้วซึ่งสะท้อนแนวทางของ “นามแฝงที่ติดตามได้” (Traceable pseudonymity)

ดังนั้นเพื่อหาแนวทางในการสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามกับการคุ้มครองผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดเงื่อนไขสำหรับการสื่อสารให้ต้องระบุตัวตนโดยเชื่อมโยงกับชื่อหรือข้อมูลแสดงตัวตนทางกฎหมาย เช่น เลขหมายบัตรประชาชน นั้นน่าจะเป็นการจำกัดสิทธิการสื่อสารโดยนิรนามที่กว้างเกินไปและไม่ได้สัดส่วนกับสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง เนื่องจากอาจมีวิธีทางเลือกอื่นที่จำกัดสิทธิน้อยกว่า เช่น การติดตามตัวผู้กระทำความผิดโดยตรวจสอบหมายเลขประจำเครื่อง แทนที่จะกำหนดเงื่อนไขให้ระบุตัวตนของผู้ทำการสื่อสารทุกคนตั้งแต่แรก หรืออีกนัยหนึ่งก็คือแนวทาง “นามแฝงที่ติดตามได้” อาจจัดอยู่ใน “ทางเลือกที่จำกัดสิทธิน้อยกว่า” นอกจากนี้ในมิติของภาคเอกชน เช่น ผู้ให้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์

134 อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาท่านหนึ่งเห็นแย้งเนื่องด้วยเห็นว่าสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามของผู้ใช้งานเครือข่ายสังคมมีน้ำหนักมากกว่าผลประโยชน์ทางธุรกิจของบริษัท

ที่กำหนดมาตรการให้ผู้ใช้งานต้องใช้ชื่อจริงหรือต้องให้ข้อมูลระบุตัวตน เช่น บัตรประชาชนก็เป็นการให้น้ำหนักกับความปลอดภัยจากอาชญากรรมมากกว่าสิทธิส่วนบุคคลและสิทธิในการสื่อสารออนไลน์โดยนิรนาม

9. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

สื่อพลเมืองซึ่งเป็นปัจเจกชนใช้ช่องทางและเครื่องมือในการส่งข้อมูลข่าวสารต่อสาธารณชนในวงกว้างโดยเฉพาะช่องทางสื่อสังคมออนไลน์ เนื้อหาของข้อมูลที่สื่อสารมีความหลากหลายทั้งการเมือง เศรษฐกิจ สังคม ฯลฯ การสื่อสารดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานของ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of speech) ซึ่งหมายความรวมถึง “สิทธิในการสื่อสารโดยนิรนาม” ด้วย สิทธิดังกล่าวมีคุณค่าหลายประการ เช่น ลดทอนความกังวลว่าจะถูกตอบโต้ แก้แค้นทดแทน ในกรณีการสื่อสารข้อมูลที่แตกต่างหรือเป็นความเห็นฝ่ายข้างน้อยสนับสนุนและส่งเสริมเสรีภาพในการสื่อสารอันนำไปสู่ระบอบประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม นอกจากนี้สิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามในความหมายของการใช้ชื่อแฝงยังเป็นการเปิดโอกาสให้สื่อพลเมืองสร้างตัวตนออนไลน์ในบริบทของการนำเสนอข้อมูลข่าวสารที่แตกต่างหากจากตัวตนในโลกกายภาพของตน ซึ่งเป็นการลงทุนทางชื่อเสียงหรือต้นทุนทางสังคม แต่สิทธิในการสื่อสารโดยนิรนามอาจนำไปสู่ปัญหา เช่น อาชญากรรมออนไลน์ที่ใช้ความนิรนามเป็นปัจจัยในการก่อเหตุ หรือการสื่อสารข้อมูลที่กระทบสิทธิผู้อื่นส่งผลให้ภาครัฐและภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องกำหนดเงื่อนไขหลายประการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในการสื่อสารโดยนิรนาม เช่น การให้ใช้ชื่อจริงหรือชื่อตามกฎหมาย ประเด็นสำคัญทางกฎหมายคือการชั่งน้ำหนักระหว่างการคุ้มครองสิทธินิรนามและคุณค่าหรือประโยชน์อื่นในสังคมออนไลน์ เช่น ความปลอดภัยและสิทธิของผู้ได้รับความเสียหายจากผู้ที่ใช้ความนิรนามโดยมิชอบ

ในการสร้างความสมดุลดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายที่กำหนดโดยรัฐหรือมาตรการของผู้ให้บริการที่ส่งผลเป็นการกำหนดให้ผู้ใช้งานสื่อออนไลน์ต้องใช้ชื่อตามกฎหมายในการสื่อสาร หรือการกำหนดให้ใช้ข้อมูลแสดงตัวตนในโลกกายภาพมาเป็นเงื่อนไขการใช้งานสื่อออนไลน์นั้นเป็นการกระทบสิทธิเสรีนามมากเกินไป จึงเห็นด้วยกับแนวทาง “นามแฝงที่ติดตามได้” และเสนอว่าควรใช้หลัก “ทางเลือกอื่นที่จำกัดสิทธิน้อยกว่า” และ “ความได้สัดส่วน” มาพิจารณากฎหมายหรือนโยบายที่จะกระทบสิทธิของสื่อพลเมืองในการสื่อสารโดยนิรนามด้วย นอกจากนี้ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะโดยแยกเป็นสองกรณีกล่าวคือ

1. กรณีการล่วงละเมิดสิทธิเสรีนามโดยรัฐนั้น การคุ้มครองสิทธิเสรีนามก็คือการเรียกร้องไม่ให้รัฐกำหนดกฎเกณฑ์ที่นำเอาการเปิดเผยหรือระบุชื่อตามกฎหมายหรือข้อมูลระบุตัวตนในโลกกายภาพมาเป็นเงื่อนไขในการสื่อสารข้อมูลออนไลน์ สำหรับการคุ้มครองคุณค่าอื่นหรือสิทธิของบุคคลอื่นนั้น ผู้เขียนเสนอแนวทางสนับสนุนให้ใช้นามแฝงแต่มีกระบวนการติดตามทางกฎหมายเมื่อเกิดการกระทำผิดขึ้น

2. ในมิติของการคุ้มครองสิทธิเสรีนามจากการถูกล่วงละเมิดโดยภาคเอกชน ดังเช่นกรณีผู้ให้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์นั้น ผู้เขียนเสนอให้รัฐเข้ามาควบคุมการกำหนดเงื่อนไขการใช้งานสื่อออนไลน์ของภาคเอกชน เช่น การบัญญัติกฎหมายที่มีหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีนามโดยเฉพาะ ดังเช่นกฎหมายโทรคมนาคมของเยอรมัน นอกจากนี้ควรมีกลไกตามกฎหมายฉบับอื่นๆ ที่อาจนำมาปรับใช้ได้กับพฤติกรรมของผู้ให้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์ดังเช่นกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลดังเช่นกรณีเยอรมัน

สำหรับปัญหาของการที่สื่อพลเมืองอาจใช้สิทธิเสรีนามทำการสื่อสารข้อมูลที่มีเนื้อหาไม่ถูกต้องนั้นผู้เขียนเห็นด้วยกับการใช้มาตรการควบคุมตนเอง (Self-regulation) ซึ่งเป็นกระบวนการตรวจสอบกันเองของสื่อพลเมืองด้วยกันและผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตมากกว่าการควบคุมโดยกฎหมาย

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- คณาธิป ทองรวิวงศ์. (2553) .มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความ
เป็นอยู่ส่วนตัวจากการถูกรบกวนด้วยจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อการ
พาณิชย์โดยผู้รับมิได้เรียกร้อง. **บทบัญญัติ**, 66 (1 มีนาคม 2553), 26-77.
- _____. (2555). มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่
ส่วนตัว: ศึกษากรณีการรบกวนสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจากการใช้
เว็บไซต์เครือข่ายสังคม. **วารสารวิชาการสมาคมสถาบันอุดมศึกษาเอกชน
แห่งประเทศไทย (สสอท.)**, 18 (2 พฤษภาคม).
- _____. (2555). **กฎหมายเกี่ยวกับการสื่อสารมวลชน**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์
นิติธรรม.
- _____. (2556). การนำหลักกฎหมายลักษณะละเมิดความเป็นอยู่ส่วนตัว
(Privacy Tort) กรณีการเปิดเผยเรื่องราวส่วนตัวต่อสาธารณะมาปรับใช้
เพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกเผยแพร่ข้อมูลทางเว็บไซต์
เครือข่ายสังคม. **บทบัญญัติ**, 2) 69 มิถุนายน).
- _____. (2557). การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของผู้ถูกรบกวนจากการเฝ้า
ติดตามคุกคามทางเว็บไซต์เครือข่ายสังคม. **วารสารวิชาการเซนต์จอนห์,**
17(21) กรกฎาคม-ธันวาคม.
- _____. (2558). ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของบุคคล
สาธารณะ: กรณีศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายสหรัฐอเมริกาและกฎหมายไทย,
วารสารวิชาการนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, 7 (1 มิถุนายน
2558).
- _____. (2558). มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิบุคคลจากการ
กลั่นแกล้งรังแกออนไลน์ซึ่งนำไปสู่การฆ่าตัวตาย: ศึกษากรณีกฎหมายความ

ปลอดภัยไซเบอร์ (Cyber-safety Act) ของรัฐ Nova Scotia. รายงานสืบเนื่องการประชุมวิชาการระดับชาติ “นวัตกรรมกับความท้าทายทางภาษาและการสื่อสาร”, คณะศิลปศาสตร์มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ และคณะภาษาและการสื่อสาร สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 3 กันยายน 2558.

_____. (2558). วิเคราะห์ร่าง พรบ ข้อมูลส่วนบุคคล (ฉบับ มกราคม 2558). รายงานสืบเนื่องการประชุมวิชาการ “The 1st national and international conference on Education Research and Social development”, organized by The Political Science Association of Kasetsart University, 24 April 2015.

ภาษาอังกฤษ

Anderson, P. (2007). What is Web 2.0? **Ideas, technologies and implications for education**. JISC technology and Standards. Retrieved from <http://www.academia.edu/11309392>.

Atton, C. (2003). What is "alternative journalism"? **Journalism: Theory, Practice and Criticism**, 4(3), 267-275.

Batchis, W. (2012). Citizens United and the Paradox of "Corporate Speech": From Freedom of Association to Freedom of The Association. **New York University Review of Law and Social Change**, 36.

Bennett, W. L. (2008). Changing Citizenship in the Digital Age. In Bennett, W. L., The John D., & Catherine T. MacArthur Foundation Series on Digital Media and Learning (Eds.), **Civic**

Life Online: Learning How Digital Media Can Engage Youth.
Cambridge, MA: The MIT Press.

Blau, A. (2005). The Future of Independent Media. **Deeper News**, 10 (1). Retrieved from www.gbn.com/ArticleDisplayServlet.srv?aid=34045.

Bowman, S., & Willis, C. (2003). **WeMedia: How Audiences are Shaping the Future of News and Information.** Washington, DC: The Media Centre, American Press Institute.

Boyd, D. (2011). “Real Names” Policies Are an Abuse of Power. **Apophenia**, Retrieved from <http://www.zephoria.org/thoughts/archives/2011/08/04/real-names.html>.

Browne, K. R. (1991). *Title VII as Censorship: Hostile Environment Harassment and the First Amendment.* **Ohio State Law Journal**, 52.

Burkell, J.A. (2006). Anonymity in Behavioral Research: Not Being Unnamed, but Being Unknown. **University of Ottawa Law and Technology Journal**, 3 (1), 189-203.

CNN iReport, Retrieved from <http://ireport.cnn.com>.

Choi, B. H. (2013). The Anonymous Internet. **Maryland Law Review**, 72(501).

Dahlgren, P. (2005). The Internet, Public Spheres, and Political Communication: Dispersion and Deliberation. **Political Communication**, 22, 147-162.

- Dahlgren, P. (2009). **Media and Political Engagement: Citizen, Communication and Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press.
- Davenport, D. (2002). Anonymity on the Internet: Why the Price may be too High. **Communications of the ACM**, 45(4), 33-35, April 2002.
- Finneman, N. O. (2006). **The internet and the Public Space**. Göteborg: Göteborg University, Nordicom.
- Froomkin, M. (1995). Anonymity and its Enmities. **Journal of Online Law**, 4. Retrieved from www.law.cornell.edu/jol/froomkin.htm.
- Froomkin, M. (2009). Anonymity and the Law in the United States. In Kerr, I., Lucock, C., & Steeves, V. **Lessons from the Identity Trail: Anonymity, Privacy, and Identity in a Networked Society**. Oxford: Oxford University Press.
- Gelman, L. (2009). Privacy, Free Speech, and “Blurry-Edged” Social Networks. **Boston College Law Review**, 50 (1315), 1320–1325.
- Gil de Zúñiga, H. (2009). Blogs, journalism and political participation. In Papacharissi, Z. (Ed.), **Journalism and Citizenship New Agendas**, New York: Lawrence Erlbaum Associates.
- Goldfarb, J. C. (2006). **The politics of small things: The power of the powerless in dark times**. Chicago: University of Chicago Press.
- Google Official Blog. (2012). **Search, plus Your World**. Retrieved from <http://googleblog.blogspot.com/2012/01/search-plus-your-world.html>.

- Habermas, J. J. (1989). **The structural Transformation of the Public Sphere**. Cambridge: Polity Press.
- Jenkins, H. (2006). **Covergence Culture: Where Old and New Media Collide**. New York: NYU Press.
- Karl, D. (1998). State Regulation of Anonymous Internet Use after ACLU of Georgia v Miller. **Arizona State Law Journal**, 30, 513-540.
- Keen, A. (2007). **The Cult of Amateur**. New York: Doubleday/Currency.
- Kling, R., Lee, Y. C., Teich, A., & Frankel, M. S. (1999). Assessing Anonymous Communication on the Internet: Policy Deliberations. **The Information Society**, 15 (2), 79-90.
- Leiter, B. (2011). Cleaning Cyber-Cesspools: Google and Free Speech. In Levmore, S. & Nussbaum, M. C. (Eds.), **The Offensive Internet : Speech, Privacy, and Reputation**. Harvard University Press.
- Levmore, S. (2011). The Internet's Anonymity Problem, in The Offensive Internet: Speech, Privacy and Reputation. In Levmore, S., & Nussbaum, M. C. (Eds.). Harvard University Press.
- Nussbaum, M. C. (2011). Objectification and Internet Misogyny. in Levmore S., & Nussbaum, M. C. (Eds.), **The Offensive Internet: Speech, Privacy and Reputation**. Harvard University Press.
- Matthews, S. (2010). Anonymity and the social self. **American Philosophical Quarterly**, 47(4), 352-353.
- McLuhan, M. & Lapham, L. H. (1994). **Understanding media: The Extension of Man**. Massachusetts: The MIT Press.

- Mossberg, W. (1995). Personal Technology : Accountability is key to democracy in the online world. **Wall Street Journal**, 26 (January, B1).
- Papandrea, M. (2007). Citizen Journalism and the Reporter's Privilege. **Minnesota Law Review**, 91, 515-523.
- Park, W., & Greenleaf, G. (2012). Korea rolls back "real name" and ID Number Surveillance. **Privacy laws & Business International Report**. 119, .21-20
- Post, D. G. (1996). Pooling Intellectual Capital: Thoughts on Anonymity, Pseudonymity, and Limited Liability in Cyberspace. **University of Chicago Legal Forum**, 139.
- Ribstein, L.E. (2005). Initial Reflections on the Law and Economics of Blogging. **University of Illinois College of Law Working Papers**, Working paper No. 25.
- Rice, C. M. (1996). Meet John Doe: It Is Time For Federal Civil Procedure to Recognize John Doe Parties, **University of Pittsburgh Law Review**, 57(883).
- Rigoni, I. & Saitta, E. (Eds). (2012). **Mediating Cultural Diversity in a Globalised Public Space**. Palgrave Macmillan: UK.
- Rodríguez, C. (2001). **Fissures in the mediascape: An international study of citizens' media**. Cresskill, N.J.: Hampton Press.
- Rosen, J. (2006). **The people formerly known as the audience**. Retrieved from http://archive.prssthink.org//27/06/2006ppl_frmr.html.

- Russell, B. (1965). **Problems of Philosophy**. Retrieved from <https://www.andrew.cmu.edu>.
- Shirky, C. (2002). **Broadcast Institutions, Community Values, Clay Shirky's Writings about Internet**. Retrieved from http://www.shirky.com/writings/broadcast_and_community.html.
- Silverman, C. (2011). **The Year in Media Errors and Corrections Features Osama/Obama, Giffords**. Retrieved from <http://www.poynter.org/latest-news>.
- Solove, D. J. (2011). Speech, Privacy, and Reputation on the Internet, In Levmore, S. & Nussbaum, M. C. (Eds.), **The Offensive Internet : Speech, Privacy, and Reputation**. Harvard University Press.
- Sunstein, C. (2007). **Republic.com 2.0**, New Jersey: Princeton University Press.
- The Hamburg Commissioner for Data Protection and Freedom of Information. (2015). **Hamburg Data Protection Commissioner: Free choice of Facebook usernames (Press Release)**. Retrieved from https://www.datenschutz-hamburg.de/fileadmin/user_upload/documents/Press_Release_2015-07-28_Facebook-usernames.pdf.
- Tien. L. (1996). Who's afraid of Anonymous Speech? McIntyre and the internet. **Oregon Law Review**, 75.
- Wagner, K. (2014). The Future of the Culture Wars Is Here, and It's Gamergate. **DEADSPIN**, Retrieved from <http://deadspin.com/the-future-of-the-culture-wars-is-here-and-its-gamerga-1646145844>.

- Wallace, K. (1999). Anonymity. **Ethics and Information Technology**, 1(1), 21-31.
- Wilson, J. S. (2007). MySpace, Your Space, or Our space? New Frontiers in Electronic Evidence, **Oregon Law Review**, 86, 1201.
- Zarsky, T. Z. (2004). Thinking Outside the Box: Considering Transparency, Anonymity, and Pseudonymity as Overall Solutions to the Problems of Information Privacy in the Internet Society. **University of Miami Law Review**, 58 (991), 1031-1032.

กติมาตรา 112 ในโลกที่สื่อสารผ่านเทคโนโลยี

ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ

บทคัดย่อ

ภายใต้รัฐบาลของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ การดำเนินคดีฐาน “หมิ่นพระบรมเดชานุภาพ” ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 112 ทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น จากเดิมที่เป็นประเด็นอ่อนไหวสำหรับสังคมไทยอยู่แล้วยิ่งเพิ่มระดับการบังคับใช้และการสร้างบรรยากาศความกลัวมากขึ้น และเมื่อพิจารณาจากสถิติแล้วพบว่าคดีส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารบนโลกออนไลน์

กติมาตรา 112 ที่มีโทษสูงสุดเท่าที่ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพเคยบันทึกข้อมูลไว้สามอันดับแรก เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารในโลกออนไลน์ทั้งหมด และเป็นเรื่องของการโพสต์เฟซบุ๊ก โดยคดีที่มีโทษสูงสุด ศาลทหารพิพากษาลงโทษจำคุก 60 ปี เมื่อการกระทำความผิดเกิดขึ้นบนโลกออนไลน์ และเนื้อหาต่างๆ ยังปรากฏอยู่บนโลกออนไลน์ หลายคดีที่การกระทำเกิดขึ้นก่อนการรัฐประหารจึงถูกตีความว่าเป็นความผิดต่อเนื่องไปเรื่อยๆ ทำให้คดีจำนวนหนึ่งถูกตีความให้พิจารณาคดีที่ศาลทหาร

ในยุคสมัยที่อินเทอร์เน็ตและสมาร์ทโฟน เป็นส่วนหนึ่งของชีวิตประจำวันของผู้คนจำนวนไม่น้อย และการสื่อสารผ่านเทคโนโลยีเช่นนี้ก็ไม่มีความเป็นส่วนตัว เมื่อพิจารณาจากแนวทางการดำเนินคดีที่ผ่านมา ก็อาจเห็นความเป็นไปได้ว่า จะมีผู้คนที่ต้องสูญเสียอิสรภาพภายใต้กฎหมายนี้เพิ่มมากขึ้น

คำสำคัญ : มาตรา 112, การสื่อสาร, เทคโนโลยี

Abstract

Under the regime of National Council for Peace and Order (NCPO) the prosecution under lese majeste law or Article 112 of the Criminal Code was increasing severely. As a very sensitive issue in Thai society, the lese majeste law was enforced more and create a worse atmosphere of fear. The statistic show that most of the cases related to online communication.

The first three highest penalty of lese majeste cases which has been recorded related to online communication and Facebook posting. The highest penalty was 60 years in prison, ruled by the military court. When the offenses were committed online and the content are still available online, many cases which occurred before the coup were interpreted as a continuous crime and taken to the military court.

In the era which internet and smart phone became a part of some people's daily life and the communication via technology has no privacy, after considered the former lese majeste prosecutions, there is a possibility that more people can lost their liberty under this law.

Keyword : article 112, communication, technology

1. บทนำ

ปฏิเสธไม่ได้ว่าเทคโนโลยีที่ก้าวหน้าช่วยเพิ่มอำนาจการสื่อสารหรือการแสดงความเห็นให้กับคนธรรมดาโดยไม่ต้องจ้อสื่อกระแสหลัก แต่ในขณะเดียวกัน การสื่อสารผ่านเทคโนโลยีสมัยใหม่โดยระบบแล้วย่อมมีการเก็บข้อมูลและการส่งข้อมูลผ่านตัวกลางต่างๆ ทำให้สังคมที่สื่อสารกันด้วยเทคโนโลยีสมัยใหม่จึงมีความเป็นส่วนตัวน้อยลง และการสื่อสารเนื้อหาที่ผิดกฎหมายก็มีความเสี่ยงในการถูกดำเนินคดีสูงขึ้นด้วย

ในยุคของรัฐบาลของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) การดำเนินคดีฐานหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ฯ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 112 ทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น จากเดิมที่เป็นประเด็นอ่อนไหวสำหรับสังคมไทยอยู่แล้วยิ่งเพิ่มระดับการบังคับใช้และการสร้างบรรยากาศความกลัวมากขึ้นไปอีก และเมื่อพิจารณาจากสถิติแล้วพบว่าคดีส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารบนโลกออนไลน์ และการพิสูจน์ตัวตนด้วยหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์

จากการเก็บข้อมูลคดีมาตรา 112 ของศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ โดยโครงการอินเทอร์เน็ตเพื่อกฎหมายประชาชน (หรือ iLaw) มาตั้งแต่ พ.ศ. 2553 พบว่านับตั้งแต่การรัฐประหาร พ.ศ. 2557 จนถึงสิ้นเดือนสิงหาคม 2558 มีผู้ถูกกล่าวหาหรือถูกดำเนินคดีด้วยมาตรา 112 อย่างน้อย 53 คน¹ (ไม่รวมคดีมาตรา 112 ที่เกิดจากการแอบอ้างสถาบันฯ) ในจำนวนนี้มีอย่างน้อย 42 คน ที่ถูกกล่าวหาหรือดำเนินคดีในความผิดที่เกิดขึ้นบนโลกออนไลน์ ด้วยลักษณะความผิดที่หลากหลาย เช่น การโพสต์ข้อความบนเฟซบุ๊ก การเผยแพร่บทความหรือบทวิบนเว็บไซต์ การทำคลิปเสียงเผยแพร่บนอินเทอร์เน็ต ส่งต่อหรือแชร์เนื้อหาขณะที่ยังก่อนการรัฐประหารใน พ.ศ. 2557 เคยมีช่วงเวลาที่มีการจับกุมดำเนินคดีกับผู้ต้องหา

1 ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, รายงานการตั้งข้อหาทางการเมืองหลังรัฐประหาร 2557, สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2558 ออนไลน์จาก <http://freedom.ilaw.or.th/politically-charged>

คดีมาตรา 112 หลายๆ กรณี คือ หลังการสลายการชุมนุมของกลุ่มคนเสื้อแดง ใน พ.ศ. 2553 ซึ่งช่วงเวลานั้นมีสถิติผู้ต้องขังตามมาตรา 112 อยู่ในเรือนจำ สูงที่สุดคือ 13 คน² ส่วนใหญ่เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเทคโนโลยี การสื่อสารเช่นกัน

สถิติคดีหลังการรัฐประหาร นอกจากคดีที่เป็นเรื่องการสื่อสารบน โลกออนไลน์โดยตรงแล้ว ยังมีผู้ต้องหาอย่างน้อย 3 คน คือ ทอม ดันดี³ ภรณ์ทิพย์ และปติวัฒน์⁴ ที่การกระทำตามข้อกล่าวหาเป็นการกระทำ ‘ออฟไลน์’ ไม่เกี่ยวข้องกับ อินเทอร์เน็ต แต่การกระทำถูกเผยแพร่ออกไปสู่วงกว้างโดยผ่านช่องทางออนไลน์ และข้อมูลบนโลกออนไลน์เป็นหลักฐานสำคัญในการดำเนินคดี และมีอีก 1 ราย คือ ยุทธศักดิ์⁵ ที่การกระทำตามข้อกล่าวหาเป็นการกระทำออฟไลน์แต่มีการใช้ เทคโนโลยี ได้แก่ ฟังก์ชันการอัดเสียงบนโทรศัพท์มือถือบันทึกหลักฐาน มีเพียง 7 ราย ที่การกระทำและการหาหลักฐานดำเนินคดีไม่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีหรือ อินเทอร์เน็ต

คดี 112 ที่เกิดขึ้นบนโลกออนไลน์ และคดี 112 ที่เกิดขึ้นในโลกออฟไลน์ แต่มีเทคโนโลยีมาเกี่ยวข้อง มีบางประเด็นที่น่าสนใจ และเป็นสิ่งที่ผู้ใช้เสรีภาพในการแสดงออกรวมทั้งผู้ใช้เทคโนโลยีต่างๆ ไปน่าจะได้รับรู้

-
- 2 ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, ฐานข้อมูล, สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2558 ออนไลน์จาก <http://freedom.ilaw.or.th/case>
 - 3 ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, "ทอม ดันดี": ปราศรัยหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ฯ คดีแรก, สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2558 ออนไลน์จาก <http://freedom.ilaw.or.th/case/585>
 - 4 ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, ละครเวทีเจ้าสาวหมาป่า, สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2558 ออนไลน์จาก <http://freedom.ilaw.or.th/case/558>
 - 5 ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, ยุทธศักดิ์: คนขับแท็กซี่, สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2558 ออนไลน์จาก <http://freedom.ilaw.or.th/case/575>

2. สถานการณ์ของคดี 112 ที่สื่อสารผ่านเทคโนโลยี

คดีมาตรา 112 ที่มีโทษสูงสุดเท่าที่ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพเคยบันทึกข้อมูลไว้สามอันดับแรก เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารในโลกออนไลน์ทั้งหมด และเป็นเรื่องของการโพสต์เฟซบุ๊กทั้งหมด เนื่องจากการโพสต์เฟซบุ๊กแต่ละครั้งในเวลาห่างกัน แม้เนื้อหาจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกันก็ถูกพิจารณาว่าเป็นความผิดต่างกรรมต่างวาระกัน ซึ่งต้องลงโทษแยกเป็นรายกรรม ทำให้เมื่อรวมจำนวนโทษแต่ละกรรมเข้าด้วยกันก็จะเป็นจำนวนโทษที่สูง

คดีมาตรา 112 ที่มีโทษสูงสุดเท่าที่ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพเคยบันทึกข้อมูลไว้สามอันดับแรก

อันดับหนึ่ง คดีพงษ์ศักดิ์⁶ ผู้ใช้เฟซบุ๊กชื่อ “Sam Parr” หรือชื่อจริง พงษ์ศักดิ์ ก่อนถูกจับอายุ 29 ปี มีอาชีพเป็นตัวแทนบริษัทนำเข้าเที่ยว ถูกจับเมื่อวันที่ 30 ธันวาคม 2557 เขาถูกดำเนินคดีต่อศาลทหารกรุงเทพ เป็นคดีหมายเลขดำที่ 99 ก./2558 จากการโพสต์เฟซบุ๊ก 6 ข้อความ เป็นการกระทำความผิด 6 กรรม ซึ่งเป็นทั้งการโพสต์ภาพประกอบข้อความและการโพสต์สถานะบนเฟซบุ๊ก จำเลยคดีนี้แถลงรับสารภาพต่อศาล ศาลทหารกรุงเทพ พิพากษาคดีนี้เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2558 ให้จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 112 และพ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ ให้ลงโทษจำคุกกรรมละ 10 ปี รวม 60 ปี เนื่องจากจำเลยรับสารภาพ จึงลดโทษให้เหลือจำคุก 30 ปี

อันดับสอง คดีศศิวิมล⁷ ผู้ใช้เฟซบุ๊กชื่อ “รุ่งนภา คำภีชัย” หรือชื่อจริง ศศิวิมล เป็นชาวเชียงใหม่ ก่อนถูกจับอายุ 29 ปี มีอาชีพเป็นพนักงานโรงแรม ถูกจับเมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2558 เธอถูกดำเนินคดีจากการโพสต์เฟซบุ๊ก 7 ข้อความ

6 ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, พงษ์ศักดิ์: โพสต์เฟซบุ๊กหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ฯ, สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2558 ออนไลน์จาก <http://freedom.ilaw.or.th/case/650>

7 ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, ศศิวิมล: โพสต์ข้อความบนเฟซบุ๊ก, สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2558 ออนไลน์จาก <http://freedom.ilaw.or.th/case/681>

เป็นการกระทำ 7 กรรม ซึ่งเฟซบุ๊กดังกล่าวเป็นชื่อ “รุ่งนภา คำภีชัย” ซึ่งเป็นชื่อของ “ภรรยาใหม่ของแฟนเก่า” ของเธอ โดยพฤติการณ์สันนิษฐานได้ว่าอาจเป็นการจงใจกลั่นแกล้งกัน หลังถูกจับศึควิลไม่ได้รับการประกันตัวและเธอแถลงรับสารภาพต่อศาล ศาลทหารในค่ายกาวิละ จังหวัดเชียงใหม่ พิพากษาคดีนี้เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2558 ให้จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 และ พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ ให้ลงโทษจำคุกกรรมละ 8 ปี รวม 56 ปี เนื่องจากจำเลยรับสารภาพ จึงลดโทษให้เหลือจำคุก 28 ปี

อันดับสาม คดีเอียร์สุธรรม⁸ ผู้ใช้เฟซบุ๊กคือ “ใหญ่ แดงเดือต” หรือชื่อจริงเอียร์สุธรรม ก่อนถูกจับอายุ 58 ปี อาชีพ ประกอบธุรกิจส่วนตัว ถูกจับเมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2557 เขาถูกดำเนินคดีต่อศาลทหารกรุงเทพ เป็นคดีหมายเลขดำที่ 88 ก./2558 จากการโพสต์ เฟซบุ๊ก 5 ข้อความ เป็นการกระทำ 5 กรรม ซึ่งเป็นการโพสต์ภาพและมีคำบรรยายประกอบเข้าข่ายหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ จำเลยไม่ได้ประกันตัวระหว่างการพิจารณาคดี และแถลงรับสารภาพเมื่อขึ้นสู่ชั้นศาล ศาลทหารกรุงเทพพิพากษาคดีนี้เมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2558 เป็นหมายเลขคดีแดงที่ 135ก./2558 ให้จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 และ พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ ให้ลงโทษจำคุกกรรมละ 10 ปี รวม 50 ปี เนื่องจากจำเลยรับสารภาพ จึงลดโทษให้เหลือจำคุก 25 ปี

3. คดีมาตรา 112 บนโลกออนไลน์ กับศาลทหาร

หลังการรัฐประหารได้ 3 วัน วันที่ 25 พฤษภาคม 2557 คสช. ออกประกาศฉบับที่ 37/2557 กำหนดให้การกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ในหมวดเกี่ยวกับพระมหากษัตริย์ มาตรา 107 – 112 หมวดเกี่ยวกับความมั่นคง

8 ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, เอียร์สุธรรม : โพสต์เฟซบุ๊ก “ใหญ่ แดงเดือต”, สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2558 ออนไลน์จาก <http://freedom.ilaw.or.th/case/649>

ภายในราชอาณาจักร มาตรา 113 – 118 และความผิดตามคำสั่งและประกาศของ คสช. ที่เกิดขึ้นในระหว่างที่ประกาศนี้ใช้บังคับ อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลทหาร

ในประกาศ คสช. ฉบับที่ 37/2557 กำหนดไว้ชัดเจนแล้วว่า ความผิดที่ต้องขึ้นศาลทหารนั้นต้องเกิดขึ้น “ในระหว่างที่ประกาศนี้ใช้บังคับ” คือหลังวันที่ 25 พฤษภาคม 2557 เป็นต้นไป จนกว่าประกาศนี้จะถูกยกเลิก ส่วนความผิดที่เกิดขึ้นและจบลงไปก่อนหน้าวันที่ 25 พฤษภาคม 2557 นั้น ไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานใดก็ให้พิจารณาที่ศาลพลเรือนไปตามปกติ ซึ่งประเด็นนี้สอดคล้องกับหลักของกฎหมายอาญาที่ต้องพิจารณาวันที่ลงมือกระทำความผิดเป็นหลัก หากมีกฎหมายที่ออกมาภายหลังการกระทำความผิดมีผลเป็นโทษกับจำเลย กฎหมายที่ออกมาภายหลังนี้ย่อมบังคับใช้กับจำเลยที่กระทำความผิดไปก่อนกฎหมายนั้นจะมีผลบังคับใช้ไม่ได้

คดีมาตรา 112 ที่ถูกจับกุมหลังการรัฐประหารใหม่ๆ ส่วนใหญ่พนักงานสอบสวนขออำนาจฝากขังกับศาลพลเรือน เพราะการกระทำให้เกิดขึ้นก่อนหน้านั้นนานแล้ว ยกเว้นคดีของนายธำมภ์ หรือ “ทอม ดันดี”⁹ ซึ่งถูกกล่าวหาว่าปราศรัยผิดมาตรา 112 การปราศรัยหรือการกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นในเดือนพฤศจิกายน 2556 แต่ในเดือนมิถุนายน 2557 มีคนนำคลิปการปราศรัยมาอัปโหลดขึ้นบนยูทูบ เจ้าหน้าที่จึงตีความว่าการกระทำของทอม ดันดี เกิดขึ้นหลังวันที่ 25 พฤษภาคม 2557 หรือหลังประกาศฉบับที่ 37/2557 ใช้บังคับ จึงนำตัวไปฝากขังกับศาลทหาร

ต่อมาคดีของชายที่ใช้นามแฝงว่า “สมศักดิ์ รักดีเดช”¹⁰ ซึ่งความผิดเกี่ยวข้องกับการโพสต์ข้อความลงบนอินเทอร์เน็ตและเป็นการโพสต์ก่อนการรัฐประหาร เขา

9 อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ (3)

10 ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, “สมศักดิ์ รักดีเดช”: เผยแพร่บทความ, สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2558 ออนไลน์จาก <http://freedom.ilaw.or.th/case/643>

ถูกจับเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2557 วันเดียวกับการออกประกาศฉบับที่ 37/2557 ดังนั้นเขาจึงไม่มีทางกระทำความผิดหลังการออกประกาศได้ ก่อนหน้านี้นี้เขาถูกฝากขังที่ศาลอาญามาตลอด และศาลอาญาก็รับรองว่าตัวเองมีอำนาจพิจารณาคดี โดยการอนุญาตให้ฝากขัง แต่เมื่อวันที่ 19 สิงหาคม 2557 ใกล้จะถึงกำหนดวันส่งฟ้อง เขากลับถูกพาตัวไปศาลทหารเพื่อขออำนาจศาลทหารฝากขังใหม่ ทราบภายหลังว่าอัยการพลเรือนเป็นคนสั่งไม่รับคดีนี้เพราะเห็นว่าไม่อยู่ในอำนาจของศาลพลเรือน พนักงานสอบสวนจึงต้องรีบเปลี่ยนทิศทางส่งตัวไปฝากขังกับศาลทหาร และทำสำนวนส่งให้อัยการทหารเป็นผู้สั่งฟ้องแทน

ต่อมาวันที่ 22 สิงหาคม 2557 คดีของคชาวุธ¹¹ ก็ถูกพาไปที่ศาลทหาร เป็นคดีต่อมา คดีนี้เกี่ยวข้องกับคดีปรายการวิทยุบนอินเทอร์เนตอีกเช่นกัน แต่คลิปทั้งหมดถูกทำขึ้นและเผยแพร่ก่อนวันที่ 25 พฤษภาคม 2557 ก่อนหน้านี้นี้เขาจึงถูกฝากขังที่ศาลอาญามาตลอด และศาลอาญาก็รับรองว่าตัวเองมีอำนาจพิจารณาคดี โดยการอนุญาตให้ฝากขัง จนเมื่อใกล้จะถึงกำหนดวันส่งฟ้องเขาถูกพาตัวไปศาลทหารเพื่อขออำนาจศาลทหารฝากขังเช่นเดียวกับกรณีของชายไม่เปิดเผยชื่อ โดยพนักงานสอบสวนแจ้งว่า อัยการพลเรือนไม่รับคดีนี้เพราะเห็นว่าไม่อยู่ในอำนาจของศาลพลเรือน จึงต้องย้ายเรื่องมาอาศัยอำนาจศาลทหารแทน

วันที่ 18 พฤศจิกายน 2557 ศาลทหารกรุงเทพพิพากษาเป็นคดีหมายเลขแดงที่ 84ก./2557 ลงโทษจำคุกคชาวุธ 10 ปี เนื่องจากจำเลยรับสารภาพลดโทษเหลือจำคุก 5 ปี เป็นคดีมาตรา 112 ของพลเรือนคดีแรกที่ศาลทหารมีคำพิพากษา ต่อมาวันที่ 24 พฤศจิกายน 2557 ศาลทหารกรุงเทพพิพากษาลงโทษ "สมศักดิ์ รักดีเดช" 9 ปี เนื่องจากจำเลยรับสารภาพลดโทษเหลือจำคุก 4 ปี 5 เดือน

คำร้องขอฝากขังที่ยื่นต่อศาลทหาร ในคดีของคชาวุธ พนักงานสอบสวนระบุว่า “พนักงานสอบสวนได้ควบคุมผู้ต้องหาไว้ทำการสอบสวนตลอดมา และ

11 ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, คชาวุธ, สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2558 ออนไลน์จาก <http://freedom.ilaw.or.th/case/581>

ได้นำตัวผู้ต้องหายื่นคำร้องขอฝากขังต่อศาลอาญามาแล้วรวม 7 ครั้ง คดีนี้พบการกระทำความผิดตั้งแต่วันที่ 28 มีนาคม 2557 ถึงวันที่ 27 พฤษภาคม 2557 ซึ่งเป็นความผิดที่ต้องปฏิบัติตามนัยของประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ 37/2557

จะเห็นได้ว่าการอ้างว่าพบการกระทำความผิดตั้งแต่วันที่ 28 มีนาคม 2557 ถึงวันที่ 27 พฤษภาคม 2557 ซึ่งเป็นการอ้างเพื่อให้วันกระทำความผิดยืดออกจนเลยวันที่ 25 พฤษภาคม 2557 เป็นวิธีหาเหตุให้คดีนี้อยู่ในอำนาจศาลทหาร ซึ่งการตีความเช่นนี้ เท่ากับว่าการโพสต์เนื้อหาบนอินเทอร์เน็ต้นั้น เป็นการกระทำต่อเนื่องกันไปเรื่อยๆ トラบเท่าที่เนื้อหาเหล่านั้นยังปรากฏอยู่ไม่มีวันสิ้นสุด ทั้งที่การโพสต์เนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตเป็นความผิดสำเร็จตั้งแต่วันที่แรกที่โพสต์สำเร็จแล้ว จึงควรนับวันที่โพสต์เนื้อหานั้นเป็นวันกระทำความผิดเพียงวันเดียวจึงจะถูกต้อง ส่วนเนื้อหาที่ยังปรากฏอยู่บนอินเทอร์เน็ต้นั้นไม่ว่าจะปรากฏอยู่นานเพียงใดก็เป็นเพียงผลของการกระทำความผิด การโพสต์ไม่มีลักษณะเป็นความผิดต่อเนื่องที่วันเวลาของการกระทำความผิดจะสามารถตีความให้ยืดออกไปหลายวันได้

นอกจากนี้คดีของคชาวุธ และ "สมศักดิ์ ภักดีเดช" ยังมีคดีของสิริภพ¹² ซึ่งเข้าข่ายลักษณะเดียวกัน คือ ข้อความที่ถูกฟ้องว่าโพสต์ลงในเว็บไซต์ทั้งสามข้อความถูกโพสต์ก่อนการรัฐประหาร แต่ก็ถูกตีความว่าเป็นความผิดต่อเนื่องและนำคดีมาพิจารณาที่ศาลทหารด้วย ซึ่งคดีนี้สิริภพให้การปฏิเสธ คดีจึงยังอยู่ระหว่างการพิจารณา และนอกจากนี้สิริภพยังยื่นคำร้องคัดค้านอำนาจของศาลทหารด้วย โดยอ้างถึงความไม่ชอบธรรมของการนำพลเรือนขึ้นพิจารณาในศาลทหาร ซึ่งศาลทหารกรุงเทพได้วินิจฉัยแล้วว่าตัวเองมีอำนาจพิจารณาคดีของพลเรือนตามประกาศ คสช. ฉบับที่ 37/2557 โดยไม่ต้องส่งเรื่องนี้ให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัย

12 ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, สิริภพ: หมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ฯ, สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2558 ออนไลน์จาก <http://freedom.ilaw.or.th/case/622>

หากบรรทัดฐานการตีความเรื่องวันที่กระทำความผิดและเขตอำนาจศาลทหารเช่นนี้ได้รับการยอมรับ คดีความมาตรา 112 หรือมาตราอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการโพสต์เนื้อหาลงในคอมพิวเตอร์ทั้งหมดที่เดิมอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลพลเรือนก็จะถูกย้ายมาอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลทหาร

แต่เท่าที่ทราบมีอีกอย่างน้อยสี่คดี คือ คดีของอภิชาติ¹³ คดีของเฉลียว¹⁴ คดีของ “ธเนศ”¹⁵ และคดีของอัครเดช¹⁶ ที่มีลักษณะเป็นการโพสต์เนื้อหาบนอินเทอร์เน็ต ซึ่งการกระทำเกิดขึ้นก่อนการรัฐประหาร จำเลยถูกจับกุมตัวหลังการรัฐประหาร แต่ทั้งหมดถูกดำเนินคดีที่ศาลพลเรือนและศาลพลเรือนมีคำพิพากษาไปเรียบร้อยแล้ว แสดงให้เห็นถึงความขัดแย้งในการตีความเรื่องความผิดต่อเนื่องและอำนาจของศาลทหารในประเด็นนี้

4. บทเรียนคดีมาตรา 112 ที่สื่อสารผ่านเทคโนโลยี

ท่ามกลางการดำเนินคดีมาตรา 112 กับการกระทำทางเทคโนโลยีจำนวนมาก ก็มีหลายคดีที่ผลของการดำเนินคดี และแนวทางที่ศาลพิพากษา พอจะเป็นบทเรียนให้เห็นถึงความไม่ปลอดภัยในการใช้เทคโนโลยีในการสื่อสารในชีวิตประจำวันได้ เนื่องจากการจับกุมผู้กระทำความผิดตัวจริงด้วยการอาศัยหลักฐานทางเทคโนโลยีนั้นไม่ใช่เรื่องง่าย การดำเนินคดีมาตรา 112 หลายกรณีจึงฝากคำถามไว้เพิ่มเติมให้กับกระบวนการยุติธรรมไทย

13 ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, อภิชาติ, สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2558 ออนไลน์จาก <http://freedom.ilaw.or.th/case/576>

14 ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, เฉลียว: อัปคลิปลงเว็บ, สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2558 ออนไลน์จาก <http://freedom.ilaw.or.th/case/636>

15 ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, “ธเนศ”, สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2558 ออนไลน์จาก <http://freedom.ilaw.or.th/case/614>

16 ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, อัครเดช: นักศึกษาเทคโนโลยีมหานคร, สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2558 ออนไลน์จาก <http://freedom.ilaw.or.th/case/577>

4.1 "อย่าวางมือถือไว้ใกล้ตัว" บทเรียนจากคดีอำพล: อากงเอสเอ็มเอส¹⁷

คดี 112 ของ อำพล หรือ “อากงเอสเอ็มเอส” เป็นคดีที่มีชื่อเสียงมากในช่วงปี 2553-2554 ส่วนหนึ่งเพราะเป็นคดีที่ลงโทษหนัก และจำเลยเป็นชายสูงอายุที่มีบุคลิกใสซื่อและเสียชีวิตระหว่างถูกคุมขังในเรือนจำ นอกจากนี้ คดีนี้ยังเป็นคดีแรกๆ ที่มีประเด็นการพิสูจน์ตัวตนด้วยหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์เข้ามาเกี่ยวข้อง

อำพลถูกกล่าวหาว่าใช้โทรศัพท์มือถือส่งข้อความสั้น 4 ข้อความไปยังโทรศัพท์ของสมเกียรติ ครองวัฒนสุข เลขานุการของอดีตนายกอภิสิทธิ์ จำเลยปฏิเสธว่าไม่ได้กระทำความผิดและส่งข้อความสั้นไม่เป็น วันที่ 23 พฤศจิกายน 2554 ศาลอาญา อ่านคำพิพากษาเป็นคดีแดงหมายเลข อ.4726/2554 ว่าจำเลยมีความผิดตามมาตรา 112 รวม 4 กรรม และถูกลงโทษจำคุกกรรมละ 5 ปี รวม 20 ปี หลังคำพิพากษาคดีนี้มีชื่อเสียงมากเพราะถือว่าเป็นคดีที่ลงโทษสูงที่สุดในยุคสมัยนั้น ระหว่างที่จำเลยยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาและไม่ได้รับอนุญาตให้ประกันตัว อำพลเสียชีวิตระหว่างอยู่ในเรือนจำด้วยโรคมะเร็ง

ศาลให้เหตุผลในคำพิพากษาคดีของอำพลตอนหนึ่งว่า แม้โจทก์จะไม่สามารถนำสืบได้ว่าจำเลยเป็นผู้ส่งข้อความจากโทรศัพท์ของตนไปยังหมายเลขของสมเกียรติ แต่ก็เป็นการยากที่โจทก์จะนำสืบได้เนื่องจากผู้กระทำความผิดย่อมต้องปกปิดการกระทำของตน จึงต้องอาศัยพยานแวดล้อมมาพิจารณาประกอบ ซึ่งในคดีนี้พยานแวดล้อมได้แก่ ข้อมูลการใช้โทรศัพท์ที่ระบุตำแหน่งว่าข้อความถูกส่งมาจากเสาสัญญาณใกล้บ้านจำเลย รวมทั้งหมายเลขอิมมีที่ตรงกับโทรศัพท์เครื่องที่จำเลยยอมรับว่าใช้อยู่คนเดียว ในคดีนี้ศาลเห็นว่าพยานแวดล้อมมีน้ำหนักพอรับฟังได้ว่าจำเลยทำผิดจริง

บทเรียนจากคดี 112 ของอำพล ศาลได้วางบรรทัดฐานไว้ว่า การกระทำผ่านเทคโนโลยีนั้นยากที่จะหาประจักษ์พยานมายืนยันตัวผู้กระทำผิดว่าเห็นจำเลย

17 ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, อำพล: อากงเอสเอ็มเอส, สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2558 ออนไลน์จาก <http://freedom.ilaw.or.th/case/21>

เป็นคนกดปุ่มส่งข้อความจริงๆ ดังนั้น พยานแวดล้อม เช่น เครื่องที่ใช้ส่งข้อความ บริเวณที่ใช้ส่งข้อความ ก็เพียงพอในการพิสูจน์ความผิดของจำเลย

ความน่ากังวลคือ หากมีคนอื่นที่อาจจะมีความขัดแย้งกันมาก่อนแอบใช้โทรศัพท์ของผู้ถูกกล่าวหาส่งข้อความ ก็เป็นไปได้ที่เขาอาจจะถูกพิพากษาว่ามีความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากผู้ถูกกล่าวหาคนนั้น มีประวัติการเคลื่อนไหวทางการเมืองหรือเคยแสดงแนวคิดทางการเมืองของตนต่อสาธารณะ

4.2 "มีภาพ/ข้อความหมิ่นฯ ในเครื่อง อาจผิดฐานพยายามหมิ่นฯ" บทเรียนจากคดีกิตติธนะ: เคนจิ¹⁸

กิตติธนะ ผู้ประกอบธุรกิจส่วนตัว หรือที่รู้จักกันบนโลกโซเชียลว่า "เคนจิ" ถูกจับกุมและดำเนินคดีมาตรา 112 จากการโพสต์ข้อความตอบกระทู้ในเว็บไซต์อินเทอร์เน็ตฟรیدอม (internet to freedom) เป็นคดีหมายเลขดำที่ อ. 4845/2556 กิตติธนะให้การรับสารภาพ ศาลพิพากษาว่า มีความผิดฐานหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ฯ ด้วยการโพสต์ข้อความ 2 กรรม ให้ลงโทษกรรมและ 5 ปี รวม 10 ปี

นอกจากนี้ ในคอมพิวเตอร์ของจำเลยยังตรวจพบภาพและข้อความ ซึ่งเกิดจากการติดต่อซึ่งมีเนื้อหาเข้าข่ายเป็นการหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ฯ อยู่ด้วย แต่ภาพเหล่านั้นยังไม่ได้ถูกเผยแพร่ออกไปเนื่องจากจำเลยถูกจับกุมและถูกยึดคอมพิวเตอร์ก่อนมีโอกาสดังกล่าว การกระทำของจำเลยเข้าข่ายเป็นการ "พยายามหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ฯ" ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 112 ประกอบมาตรา 80 ให้ลงโทษ 2 ใน 3 คือ จำคุก 3 ปี 4 เดือน รวมแล้วจำเลยต้องโทษจำคุก 13 ปี 4 เดือน เนื่องจากจำเลยรับสารภาพ จึงลดโทษเหลือจำคุก 5 ปี 20 เดือน

18 ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, กิตติธนะ: เคนจิ, สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2558 ออนไลน์จาก <http://freedom.ilaw.or.th/case/490>

เท่าที่ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพเก็บข้อมูลมา คดีของกิตติธิน เป็นคดีแรก ที่ศาลพิพากษาลงโทษบุคคล ตามมาตรา 112 ประกอบมาตรา 80 ด้วยความผิดฐาน “พยายามหมิ่นฯ” ซึ่งในทางกฎหมายการกระทำที่จะมีความผิดฐานพยายามได้จะต้องมีการกระทำไปจนถึงขึ้นลงมือกระทำความผิดแล้วหรือเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายแล้ว หากเป็นเพียงการเตรียมการแต่ยังไม่ได้ลงมือกระทำความผิดหรือกระทำไปจนถึงขั้นสุดท้ายแล้ว และกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่าการเตรียมการนั้นเป็นความผิดก็จะไม่สามารถลงโทษจำเลยได้

ในกรณีนี้ยังเป็นที่ถกเถียงได้ว่าด้วยหลักฐานเท่านี้ถือว่าเข้าข่าย “พยายาม” กระทำความผิดแล้วหรือยัง (ดูบทวิเคราะห์ อัยการ ศาล สร้างนิยามใหม่ ความผิดฐาน “พยายามหมิ่นกษัตริย์ฯ”) สำหรับบุคคลทั่วไป คำพิพากษาคดีของกิตติธิน อาจสร้างความน่ากังวลว่าหากผู้ใดมีข้อมูลใดๆ ที่ผิดกฎหมาย เช่น รูปภาพ หนังสือ หรือบทความ อยู่ในเครื่องคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะได้มาโดยเจตนาหรือไม่ (เช่นมีคนส่งต่อกันมาทางอีเมลหรือไลน์) ก็มีความเสี่ยงที่จะถูกดำเนินคดีและถูกลงโทษในฐานะ “พยายาม” ได้

4.3 เฟซบุ๊กเราแต่ใครไม่รู้เข้ามาพิมพ์: บทเรียนจากคดีจารูวรรณ¹⁹

พฤศจิกายน 2557 จารูวรรณ วัยรุ่นสาวโรงงานชาวจังหวัดเพชรบูรณ์ กลายเป็นคนดังในชั่วข้ามคืนเมื่อมีผู้ไปพบว่าเฟซบุ๊กที่ใช้ชื่อและรูปของเธอโพสต์ข้อความและภาพที่มีเนื้อหาเข้าข่ายเป็นการหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ฯ มีสื่อบางสำนักลงข่าวของเธอพร้อมทั้งเปิดเผยที่อยู่จนญาติของจารูวรรณรู้สึกไม่สบายใจ เมื่อเรื่องราวกลายเป็นข่าวใหญ่โต นายทหารพระธรรมนูญก็เข้าร้องทุกข์กล่าวโทษให้ตำรวจดำเนินคดีกับเธอ

19 ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, จารูวรรณ: โพสต์เฟซบุ๊ก, สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2558
ออนไลน์จาก <http://freedom.ilaw.or.th/case/641>

เมื่อทราบข่าว จารุวรรณก็รีบให้ญาติติดต่อพนักงานสอบสวนเพื่อแจ้งว่า เฟซบุ๊กของเธอถูกบุคคลอื่นเข้าถึง เพราะรหัสที่ใช้เป็นเบอร์โทรศัพท์ของเธอและเธอเองก็มีปัญหากับเพื่อนของแฟนที่ชื่อชาติชาย ซึ่งมาแอบชอบเธอแต่เธอไม่สนใจ จึงสงสัยอาจเป็นผู้เข้าไปใช้ เฟซบุ๊กของเธอโพสต์ข้อความเพื่อกลั่นแกล้ง จากการขัดทอด ชาติชายจึงถูกจับกุม ขณะที่อานนท์แฟนของจารุวรรณก็ถูกควบคุมตัวด้วยตามมาตรา 112 ในเวลาไล่เลี่ยกันจารุวรรณ

หลังถูกควบคุมตัวในเรือนจำได้ 85 วัน จารุวรรณ ชาติชาย และอานนท์ ได้รับการปล่อยตัว เนื่องจากเมื่อครบกำหนดการฝากขัง 84 วัน ซึ่งเป็นระยะเวลาสูงสุดที่มีอำนาจควบคุมตัวได้เพื่อการสอบสวนหาพยานหลักฐาน อัยการทหารยังไม่มีคำสั่งฟ้องคดี

คดีของจารุวรรณ อานนท์ และชาติชาย สร้างความน่ากังวลใจอย่างน้อย 2 ประการสำหรับผู้ใช้เฟซบุ๊ก ประการแรกเกี่ยวกับการตั้งรหัสผ่าน ผู้ใช้เฟซบุ๊กหรืออินเทอร์เน็ตหลายคนที่อาจจะไม่ให้ความสำคัญกับความปลอดภัยทางเทคโนโลยี และมักตั้งรหัสผ่านเฟซบุ๊กหรือบัญชีออนไลน์อื่นๆ อย่างง่ายๆ เพื่อให้สะดวกแก่การจำ เช่น ใช้วันเกิดหรือเบอร์โทรศัพท์ และประการที่ 2 ภายใต้อาณัติการที่ความผิดฐานหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ฯ เป็นประเด็นอ่อนไหวที่เจ้าหน้าที่มักจะ "จับก่อนถามทีหลัง" รวมทั้งศาลก็มีแนวโน้มที่จะอนุญาตให้ฝากขังและไม่ให้ปล่อยตัวชั่วคราว หากผู้ใช้เฟซบุ๊กคนใดถูกกลั่นแกล้งในทางส่วนตัว ก็มีความเสี่ยงสูงที่จะถูกจับและนำตัวไปฝากขังทั้งที่หลักฐานอาจจะอ่อน หากโชคดีก็อาจจะได้รับการปล่อยตัวเมื่อครบ 84 วัน เพราะอัยการสั่งไม่ฟ้องหรือไม่สั่งฟ้องภายในเวลาที่กำหนด แต่หากโชคร้าย อัยการสั่งฟ้อง ก็อาจจะถูกคุมขังจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษา

5. เทคโนโลยี: หลักฐานสำคัญในการดำเนินคดี 112

เทคโนโลยียุคใหม่ช่วยให้การสื่อสารสะดวกรวดเร็วขึ้น และช่วยให้การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารง่ายดายขึ้นเนื่องจากข้อมูลต่างๆ ถูกบันทึกไว้บนโลกออนไลน์ และสืบค้นได้ง่ายทางอินเทอร์เน็ต แต่การเทคโนโลยีเหล่านี้ก็เป็นเสมือนดาบสองคม เมื่อมีประโยชน์อย่างมหาศาลก็ย่อมมีโทษด้วย การสื่อสารผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่สะดวกรวดเร็วนั้น โดยธรรมชาติของการสื่อสารแล้วข้อมูลต้องวิ่งผ่านตัวกลางจำนวนมาก และมีผู้ให้บริการจำนวนมากเข้ามาดูแลจัดการการสื่อสารระบบแบบนี้ทำให้ “ความเป็นส่วนตัว” ในการสื่อสารไม่มีอยู่จริง นอกจากนี้เมื่ออุปกรณ์เทคโนโลยีพัฒนาไปมาก การบันทึกภาพ บันทึกเสียงการสนทนา หรือการบันทึกวิดีโอก็สามารถทำได้ง่ายได้ทุกที่ตลอดเวลาผ่านโทรศัพท์มือถือรุ่นใหม่ ทำให้การกระทำต่างๆ อาจถูกบันทึกไว้และนำมาใช้เป็นหลักฐานในการดำเนินคดีได้ไม่ยากเย็น

สาเหตุส่วนหนึ่งที่คดีมาตรา 112 เพิ่มสูงขึ้น ก็เป็นเพราะการบันทึกหลักฐานนั้นทำได้ง่ายดายมากขึ้น และหลักฐานในการดำเนินคดีก็สามารถถูกส่งผ่านเทคโนโลยีสมัยใหม่ และกระจายออกสู่วงกว้างได้ง่ายขึ้นเช่นกัน

5.1 ไม่มีความเป็นส่วนตัว ในการสื่อสารแบบ "ส่วนตัว" บนโลกออนไลน์

การซุบซิบนินทาหรือการวิพากษ์วิจารณ์บุคคลที่สาม น่าจะเป็นเรื่องปกติสำหรับสังคมมนุษย์ รวมทั้งในสังคมไทย หากไม่มีเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้อง การซุบซิบนินทาถึงบุคคลต่างๆ ก็จะเป็นเรื่องที่พูดแล้วผ่านเลยไป ยากที่จะรื้อฟื้นมาร้องทุกข์ดำเนินคดีกัน เพราะผู้ที่สนทนากันต้องสามารถไว้วางใจกันได้ในระดับหนึ่ง เว้นแต่มีบุคคลภายนอกมาแอบได้ยิน หรือผู้ร่วมสนทนาเกิดผิดใจกันแล้วนำไปร้องทุกข์ซึ่งคงจะไม่เกิดขึ้นบ่อยนัก

แต่เมื่อการซุบซิบนินทาเกิดขึ้นโดยอาศัยการสื่อสารผ่านเทคโนโลยี การสื่อสารของคนสองคนหรือคนในกลุ่ม ที่แม้จะทำการส่วนตัวและไม่มีเจตนาเผยแพร่

แพร่ต่อสาธารณะก็จะไม่มีความปลอดภัยและไม่เป็นส่วนตัวอีกต่อไป เพราะเมื่อใช้เทคโนโลยีในการส่งผ่านข้อมูล ข้อมูลเหล่านั้นจะต้องถูกบันทึกไว้ใน 1) อุปกรณ์ของผู้ส่ง 2) อุปกรณ์ของผู้รับ 3) ที่เก็บข้อมูลของผู้ให้บริการ และข้อมูลยังต้องเดินทางผ่านตัวกลางที่หลากหลาย ซึ่งรัฐและเจ้าหน้าที่ฝ่ายความมั่นคงมีโอกาสนับน้อยที่จะเข้าถึงข้อมูลการสื่อสารแบบส่วนตัวได้

ที่ผ่านมาคดีมาตรา 112 อย่างน้อย 2 คดี ได้แก่ คดีของ ณัฐ²⁰ และ "ธเนศ"²¹ ที่จำเลย ถูกกล่าวหาว่าทำความผิด ด้วยการส่งอีเมล ที่มีเนื้อหาเข้าข่าย ผิดมาตรา 112 ไปหา เอมิเลีย เอสเตบัน ที่เป็นผู้ดูแลบล็อก สต็อป เลสมาเจส (Stop Lese Majeste) กรณีของ "ธเนศ" การกระทำที่ทำให้เขาถูกดำเนินคดีด้วย มาตรา 112 คือการส่งลิงก์ของเว็บไซต์ที่มีเนื้อหาเข้าข่ายความผิดตามมาตรา 112 ไปหนึ่งลิงก์ แต่ไม่ได้เป็นผู้เขียนข้อความที่ผิดกฎหมายขึ้นด้วยตนเอง ขณะที่คดีของ อำพล หรือ อากง SMS ที่ได้กล่าวไปแล้ว ก็เป็นการส่งข้อมูลจากผู้ส่งหนึ่งคนไปยัง ผู้รับเพียงหนึ่งคนเช่นกัน

ในปี 2557 พบคดีมาตรา 112 จากข้อความในกล่องข้อความส่วนตัว (chat box หรือ messenger) ซึ่งเป็นอีกช่องทางสื่อสาร ที่ฝ่ายเจ้าหน้าที่ฝ่ายความมั่นคง ใช้เป็นแหล่งข้อมูลในการสืบหาตัวผู้กระทำความผิด และนำมาใช้เป็นหลักฐาน ดำเนินคดีบุคคล ที่ผ่านมามีคดี 112 ของ ชโย²² ที่เจ้าหน้าที่กล่าวหาว่า จำเลยส่ง ภาพและข้อความที่เข้าข่ายเป็นการหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ฯ ไปถึงบุคคลอื่น ผ่านระบบ chat box

20 ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, จารุวรรณ: โพสต์เฟซบุ๊ก, สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2558 ออนไลน์จาก <http://freedom.ilaw.or.th/case/641>

21 อ่างแก้ว, เชียงอรที่ (15)

22 ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ, ชโย, สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2558 ออนไลน์จาก <http://freedom.ilaw.or.th/case/652>

ชโย ถูกจับเมื่อวันที่ 6 มกราคม 2558 ก่อนถูกจับ อายุ 59 ปี เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง อำเภอเมือง จังหวัดสระแก้ว ถูกกล่าวหาว่าใช้เฟซบุ๊กชื่อ “Uncha Unyo” เผยแพร่รูปภาพและข้อความในกล่องสนทนาที่มีลักษณะหมิ่นพระมหากษัตริย์ฯ กับ พงษ์ศักดิ์ หรือผู้ใช้เฟซบุ๊ก “Sam Parr” ที่ถูกจับกุมไปก่อนหน้านี้ไม่กี่วัน ตำรวจกล่าวหาว่าชโย เป็นผู้รวบรวมข้อมูล แสดงความคิดเห็นส่งต่อให้พงษ์ศักดิ์ ดัดแปลงแก้ไข เพื่อเผยแพร่ ชโยถูกควบคุมตัวตามหมายฝากขังของศาลทหาร จังหวัดสระแก้ว ชโย ไม่ได้รับการประกันตัว ปัจจุบันคดียังไม่มีผลการพิจารณา

ขณะที่อีกคดีหนึ่ง ญัฐฤติดา หรือแหวน²³ พยาบาลอาสา ประจักษ์พยานคนสำคัญในคดีสลายการชุมนุมปี 2553 ถูกตั้งข้อหาตามมาตรา 112 หลังเจ้าหน้าที่ตรวจตรวจดูบทสนทนาในกลุ่มไลน์ของกลุ่มผู้ต้องสงสัยว่าก่อเหตุปะทะเปิดศาลอาญาซึ่งมีแหวนอยู่ในนั้นด้วย และพบว่ามีข้อความที่อาจเข้าข่ายความผิดด้านทนายจากกลุ่มนักกฎหมายอาสาเพื่อสิทธิมนุษยชน (กนส.) มีความเห็นว่าคุณค่าข้อมูลที่ถูกนำมากล่าวหาเขียนโดยบุคคลที่สาม ซึ่งแหวนจับภาพหน้าจอมาเพื่อตอบกลับผู้เขียนว่าทำไมจึงเขียนเช่นนั้น แต่เจ้าหน้าที่กลับนำภาพดังกล่าวมาใช้ดำเนินคดีแหวน

มีคดี 112 จำนวนหนึ่งที่ล่าช้าการกระทำตามข้อกล่าวหาไม่เกี่ยวข้องหรือไม่มีการใช้เทคโนโลยีเลย เช่น การพูด หรือ การแสดงละคร แต่มีการนำเทคโนโลยีมาใช้บันทึกหลักฐาน หรือใช้เป็นหลักฐานในการดำเนินคดี เช่น คดีของ ยุทธศักดิ์ คนขับแท็กซี่²⁴ คดีของปติวัฒน์และภรณ์ทิพย์²⁵ (คดีละครเวทีเจ้าสาวหมาป่า) และคดีของธำมภ์ หรือ “ทอม ดันดี”²⁶

23 ประชาไท, เปิดปมคดี ‘แหวน’ ปะทะเปิด 112+ คำถามถึงการทำลายพยานปากเอกคดี 6 ศพ วัดปทุม, สืบค้นวันที่ 30 กันยายน 2558 ออนไลน์จาก <http://www.prachatai.com/journal/59786/06/2015>

24 อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ (5)

25 อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ (4)

26 อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ (9)

5.2 เมื่อโทรศัพท์ทำได้มากกว่าโทรเข้าโทรออก - คลิปบทสนทนาที่อัดด้วยมือถือถูกใช้เป็นหลักฐานดำเนินคดีคนขับแท็กซี่²⁷

ยุทธศักดิ์เป็นคนขับแท็กซี่ซึ่งสนใจการเมืองอยู่บ้าง แต่ไม่เคยไปร่วมชุมนุมทางการเมืองเนื่องจากต้องประกอบอาชีพ ยุทธศักดิ์ก็เหมือนกับเพื่อนร่วมอาชีพของเขาที่มักจะสนทนากับผู้โดยสารที่ว่าจ้าง ในช่วงเวลาปกติ บทสนทนาย่อมไม่พันเรื่องดินฟ้าอากาศหรือสภาพการจราจร แต่ในช่วงเดือนมกราคม 2557 ที่สถานการณ์ทางการเมืองมีความตึงเครียด และมีการชุมนุมของกลุ่ม กปปส. บทสนทนาจึงอยู่ที่เรื่องของการเมือง

เมื่อวันหนึ่ง ยุทธศักดิ์เจอคู่สนทนาที่มีความเห็นทางการเมืองที่แตกต่างกัน ผู้โดยสารแอบใช้โทรศัพท์มือถือบันทึกเสียงสนทนาของตนเองกับยุทธศักดิ์ไว้ และนำไปใช้เป็นหลักฐานร้องทุกข์กล่าวโทษต่อพนักงานสอบสวน ยุทธศักดิ์ถูกจับกุมเมื่อวันที่ 2 มิถุนายน 2557 เขาถูกฝากขังโดยไม่ได้รับอนุญาตให้ประกันตัว เขาได้รับสารภาพตลอดข้อกล่าวหา และเมื่อวันที่ 8 สิงหาคม 2557 เขาถูกศาลอาญาพิพากษา เป็นคดีหมายเลขแดงที่ อ. 2660/2557 ให้จำคุก 2 ปี 6 เดือน คดีของยุทธศักดิ์น่าจะเป็นตัวอย่างที่ดีว่า ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ทำให้บทสนทาระหว่างคนสองคนในพื้นที่ส่วนตัวอย่างในรถ ไม่ใช่พื้นที่สนทนาส่วนตัวอีกต่อไป

5.3 คลิปบนอินเทอร์เน็ตกลายเป็นหลักฐานในการดำเนินคดี: คนดูยิ่งเยอะ ความเสี่ยงยิ่งมาก

ตั้งแต่ พ.ศ. 2548 สถานการณ์ทางการเมืองไทยเริ่มทวีความรุนแรง มีการจัดชุมนุมใหญ่ หรือจัดสัมมนาประเด็นทางการเมืองบ่อยครั้ง เทคโนโลยีที่พัฒนาทำให้ผู้จัดเริ่มถ่ายทอดสดกิจกรรมต่างๆ ผ่านทางเคเบิลทีวี ต่อมาก็มีการถ่ายทอดผ่านอินเทอร์เน็ต เพื่อให้ผู้ที่ไม่สามารถเดินทางมาที่จัดงานรับชมได้

27 อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ (5)

เมื่อเทคโนโลยีพัฒนามากขึ้นวิดีโอที่บันทึกจากงานกิจกรรมต่างๆ ก็อัพโหลดขึ้นบนเว็บไซต์ยูทูบหรือเว็บฝากไฟล์อื่นๆ ทำให้คนรับชมย้อนหลังได้ด้วย

การอัพโหลดคลิปการปราศรัยระหว่างการชุมนุมทางการเมือง หรือกิจกรรมเสวนาต่างๆ ลงบนอินเทอร์เน็ต ทางหนึ่งทำให้ผู้สนใจประเด็นเข้าถึงข้อมูลได้สะดวกขึ้น โดยไม่จำเป็นต้องเดินทางมาร่วมฟังในวันงานเสมอไป แต่ในขณะเดียวกันคลิปเหล่านี้ก็อาจถูกใช้เป็นหลักฐานในการดำเนินคดีต่อคนที่แสดงความคิดเห็นในงานกิจกรรมต่างๆ ด้วย

งานรำลึก 40 ปี 14 ตุลาซึ่งจัดที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ในเดือนตุลาคม พ.ศ. 2556 มีการถ่ายทอด และมีการอัพโหลดวิดีโอกิจกรรมต่างๆ ในงานขึ้นบนยูทูบด้วย ต่อมามีคนกลุ่มหนึ่งเห็นว่า เนื้อหา ละครเวที “เจ้าสาวหมาป่า” ซึ่งเป็นกิจกรรมหนึ่งในงาน เข้าข่ายเป็นการหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ฯ จึงมีการดาวน์โหลดคลิปละครเวทีดังกล่าวลงแผ่นซีดีและนัดหมายให้กลุ่มคนที่เห็นด้วยใช้แผ่นซีดีเป็นหลักฐานไปร้องทุกข์ที่สถานีตำรวจต่างๆ พร้อมกัน ซึ่งปรากฏว่ามีการไปร้องทุกข์ต่อ สถานีตำรวจ 13 แห่ง ภายหลังการรัฐประหารมีการจับกุมและดำเนินคดีกับผู้เกี่ยวข้องอย่างน้อย 2 คน คือ ภรณ์ทิพย์และปติวัฒน์

ภรณ์ทิพย์และปติวัฒน์ ไม่ได้รับอนุญาตให้ประกันตัว ก่อนถูกศาลอาญาพิพากษา เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2558 เป็นคดีหมายเลขแดงที่ อ. 506/2558 ให้มีความผิดตามมาตรา 112 มีโทษจำคุกคนละ 5 ปี เนื่องจากจำเลยรับสารภาพจึงลดโทษเหลือ 2 ปี 6 เดือน

นอกจากกรณีของกรณีของละครเวทีเจ้าสาวหมาป่า²⁸แล้ว คดีของธานัท หรือ ทอม ดันดี²⁹ ก็มีการใช้คลิปที่อยู่บนโลกออนไลน์มาเป็นหลักฐานในการดำเนินคดีด้วยเช่นกัน

28 อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ (4)

29 อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ (9)

6. บทสรุป: เทคโนโลยีและอินเทอร์เน็ต เป็นทั้งเครื่องขยายเสียงและเครื่องเก็บเสียง

ทุกวันนี้อินเทอร์เน็ต และ สมาร์ทโฟน กลายเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตคนจำนวนไม่น้อย จากการสำรวจ "การมีการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารในครัวเรือน พ.ศ. 2557" ของสำนักงานสถิติแห่งชาติ ในจำนวนประชากรที่มีอายุ 6 ปีขึ้นไปประมาณ 62.3 ล้านคน มีผู้ใช้คอมพิวเตอร์ 23.8 ล้านคน ใช้อินเทอร์เน็ต 21.7 ล้านคน และใช้โทรศัพท์มือถือ 48.1 ล้านคน ซึ่งในจำนวนนี้คงมีคนจำนวนไม่น้อยที่แสดงความคิดเห็นต่างๆ ผ่านอุปกรณ์สื่อสารหรืออินเทอร์เน็ต ในทางหนึ่ง อินเทอร์เน็ตและอุปกรณ์สื่อสารที่ทันสมัย เป็นเสมือนกระบอกเสียงที่ช่วยส่งความคิดของผู้ใช้ไปพื้นที่สาธารณะโดยไม่ต้องจ้อสื่อกระแสหลัก

ท่ามกลางบรรยากาศที่การดำเนินคดีมาตรา 112 เพิ่มสูงขึ้น การพิจารณาคดีของพลเรือนที่ศาลทหาร และแนวโน้มที่มีการลงโทษหนัก เมื่อประกอบกับกรณีศึกษาที่ศาลวางบรรทัดฐานเรื่องการให้น้ำหนักกับพยานหลักฐานทางเทคโนโลยีที่เชื่อถือหลักฐานของทางฝั่งเจ้าหน้าที่และให้จำเลยมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ความบริสุทธิ์ ทำให้จำเลยที่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมรู้สึกว่ายากที่จะต่อสู้คดีและได้รับความเป็นธรรม และจากกรณีตัวอย่างหลายกรณีที่จำเลยไม่ได้รับอนุญาตให้ประกันตัวระหว่างการต่อสู้คดี ก็อาจเพิ่มแรงจูงใจให้คนที่มีความกังวลกับมาตรา 112 มาใช้กลั่นแกล้งกันผ่านเทคโนโลยี เพราะผู้ถูกกล่าวหาจะพิสูจน์ตัวเองได้ยากหรือแม้จะทำได้แต่ก็ต้องสูญเสียอิสรภาพไปพักใหญ่ ซึ่งกลายเป็นช่องโหว่ของการนำกฎหมายมาใช้กลั่นแกล้งกันที่ต้องช่วยกันหาทางแก้ไขปัญหานี้ต่อไปได้ในอนาคต

ขณะเดียวกัน เมื่อการสื่อสารผ่านเทคโนโลยี อาจมี "แขกไม่ได้รับเชิญ" อยู่กลางทาง ก็อาจทำให้เรื่องที่เคยซุบซิบนินทาแล้วผ่านไป ถูกส่งต่อและบันทึกไว้อย่างเป็นระบบเพื่อเป็นหลักฐานในการดำเนินคดีได้ ในยุคสมัยที่เทคโนโลยีกำลังพัฒนาอย่างรวดเร็ว ผู้ใช้งานที่ไม่รู้เท่าทันก็อาจตกเป็นจำเลยในคดีความต่างๆ ได้ง่าย ขณะเดียวกันเจ้าหน้าที่รัฐและศาลก็พัฒนาทักษะ ความรู้ความสามารถ

และการใช้การตีความกฎหมายได้ซ้ำกว่าเทคโนโลยีเช่นกัน แนวทางการดำเนินคดี และการตีความของศาลที่ผ่านมาอาจสร้างผลกระทบให้เกิดบรรยากาศความหวาดกลัวหรือหวาดระแวงขึ้นในสังคมไทยไม่มากนักน้อย ขณะที่สังคมเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว หากวงการนิติศาสตร์พัฒนาตัวเองไม่ทันจนช้ากว่าความรู้สึคนึกคิดของคนในสังคม ก็อาจจะได้พบเห็นปริมาณคดีที่มีข้อกังขาเพิ่มขึ้นตามมาเรื่อยๆ

บรรณานุกรม

ฐานข้อมูล ศูนย์ข้อมูลกฎหมายและคดีเสรีภาพ freedom.ilaw.or.th
บทสรุปสำหรับผู้บริหาร การมี การใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารในครัว
เรือน พ.ศ. 2557/ สืบค้นวันที่ 1 กันยายน 2558/ จาก [http://service.
nso.go.th/nso/nsopublish/service/survey/ICT-HouseExc57.pdf](http://service.nso.go.th/nso/nsopublish/service/survey/ICT-HouseExc57.pdf)

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

สิทธิและเสรีภาพของประชาชนและสื่อสารมวลชน (Freedom of Press) ในการวิพากษ์วิจารณ์และเข้าถึงข้อมูลต่างๆ จึงเป็นสิทธิพื้นฐาน (Fundamental Rights) ที่แสดงถึงความเป็นมนุษย์ที่สมบูรณ์นี้ ในขณะเดียวกันสิทธิและเสรีภาพนี้ เป็นสิ่งบ่งชี้ว่าประเทศนั้นให้ความสำคัญในการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่จะต้องยอมรับฟังความเห็นที่แตกต่าง โดยเฉพาะในการบริหารรัฐกิจ และกรณีการเป็นบุคคลสาธารณะ (Public Figure) ซึ่งหมายถึงผู้รับเงินเดือนจากภาษีของประชาชนและทำกิจการเพื่อสาธารณะ (Public Service) จะต้องมีความอดทนต่อการถูกวิพากษ์วิจารณ์จากประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและสื่อสารมวลชนในการตรวจสอบบุคคลสาธารณะดังกล่าว โดยเฉพาะกรณีของผู้ที่ได้รับอำนาจจากประชาชนให้ใช้อำนาจบริหารรัฐกิจ ย่อมจะต้องมีความอดทนต่อการตั้งคำถามและการตรวจสอบอย่างเข้มข้น การตรากฎหมายในการปิดกั้นการใช้เสรีภาพดังกล่าวจึงสามารถกระทำได้อย่างจำกัดที่สุด รวมถึงการฟ้องร้องดำเนินคดีกับสื่อสารมวลชนและ

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 แต่จะต้องไม่มีผลร้ายถึงขนาดไม่ให้เห็นความคิดเห็นอันเป็นสิทธิพื้นฐานนั่นเอง 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 อย่างไรก็ตามเสรีภาพดังกล่าวแม้จะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแต่หาใช่ว่าจะไม่มีข้อจำกัดไม่ 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 เนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวไม่ถือว่าได้รับคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ 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) ซึ่งในกรณี ดังกล่าวอาจจะต้องมีการใช้ดุลพินิจอย่างระมัดระวังอย่างยิ่งของเจ้าหน้าที่ ผู้รับผิดชอบ

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 สามารถเข้าถึงได้โดยไม่มีข้อหวงกัน แต่สำหรับสถานที่ซึ่งไม่ถือเป็น Public Forum ได้แก่ สถานที่หรือ อาณาบริเวณซึ่งรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐมีอำนาจโดยชอบธรรมที่จะหวงกันได้ เป็นต้นว่า สนามบิน หรือ สถานที่ราชการ หลังเวลาทำการ ซึ่งกรณีนี้ รัฐมีอำนาจโดยชอบธรรมมากขึ้นที่จะจำกัดสิทธิในการแสดงความคิดเห็น โดยอาจจะกำหนดกฎเกณฑ์ซึ่งมีเหตุผลเพียงพอเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐ แต่รัฐจะต้องมีช่องทางให้ประชาชนได้แสดงความคิดเห็นของตนอยู่ด้วย จะเห็นได้ว่าสิทธิของประชาชนในการแสดงความคิดเห็นจะมีมากในพื้นที่สาธารณะและจะลดลงในพื้นที่ที่ไม่ใช่พื้นฐานที่สาธารณะ โดยเฉพาะในสถานที่หรืออาณาบริเวณที่ถือว่าเป็นสถานที่หรืออาณาบริเวณซึ่งผู้ที่มีสิทธิได้หวงกันเฉพาะ สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวก็จะถูกจำกัดลงจนกระทั่งไม่มีสิทธินั้นเลย

(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

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

กรณีที่สี่ กรณีที่รัฐห้ามแจกจ่ายใบปลิว โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะรักษาความสะอาดของบ้านเมืองโดยเด็ดขาดทุกกรณี ข้อห้ามดังกล่าว อาจจะถือว่า

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

กรณีที่ทำ 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 กรณีการแสดงความเห็นกระดานข่าวหรือพื้นที่สาธารณะในคดี *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 อาจจะก่อให้เกิดความไม่น่าพึงพอใจ (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 ในการตรวจสอบว่ากฎหมายที่ห้ามมิให้มีการเผยแพร่วัตถุที่มีลักษณะยั่ววนทางเพศ (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 และโดยปกติจะเบาว่าการเผยแพร่ทางวิทยุโทรทัศน์ปกติ เนื่องจากในระบบเคเบิลทีวีนั้น ผู้ประกอบกิจการมีเทคโนโลยีในการปิดกั้นมิให้ผู้รับบริการสามารถเข้ารับชมได้ หากผู้ใช้บริการประสงค์เช่นนั้น เช่น ผู้ใช้บริการอาจจะแจ้งให้ผู้ให้บริการปิดกั้นการเข้าถึง (Block) ได้ นอกจากนี้ รัฐยังสามารถควบคุมการเผยแพร่สิ่งไม่เหมาะสมในทางอินเทอร์เน็ต (Indecency on the Internet) ได้ด้วย

กรณีทีลิบเอด 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 ในความผิดฐานหมิ่นประมาทที่ถูกเสนอว่าเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติต่อชนผิวสีของเจ้าหน้าที่ตำรวจ 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 (คำพิพากษาฎีกาที่ 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 ต่อกรณีการประชุมกับนักธุรกิจสองต่อสองในโรงแรมโพธิ์ซันส์ ซึ่งสาธารณชนที่ได้รับทราบ อาจรับฟังได้ว่าเป็นการผิดจริยธรรมในเชิงซู้สาวแต่ศาลพิจารณาว่าเป็นการติชมในการบริหารรัฐกิจ จึงถือว่าเป็นการวิจารณ์ด้วยใจเป็นธรรม พิพากษายกฟ้อง¹⁵ รวมถึงกรณีที่ นาย ส.ขณะดำรงตำแหน่งรองนายกรัฐมนตรี ได้ให้สัมภาษณ์สื่อมวลชน ทำนองว่า พันตำรวจโท ท. จะกลับมาดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีของประเทศไทย ทำให้ นาย ส.ถูกฟ้องร้องในความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา แต่ศาลฎีกาพิพากษายกฟ้อง โดยให้เหตุผลว่าพันตำรวจโท ท. เป็นบุคคลสาธารณะที่สมควรใจเข้ามารับตำแหน่งทางการเมือง มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารประเทศ จึงจำเป็นต้องได้รับการตรวจสอบสูงกว่ามาตรฐานของบุคคลทั่วไป การกระทำของ นาย ส. เป็นการติชม และแสดงความคิดเห็นโดยสุจริต จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท¹⁶ ในขณะที่ ในหลายคดีการวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลหรือนายกรัฐมนตรี กลับมีการใช้หลักตรรกะที่แตกต่างกันและผลคดีก็แตกต่างกันไปจากกรณีแรกที่ยกตัวอย่างมาด้วย เช่น กรณีนาย จ. ได้ปราศรัยกล่าวหานายกรัฐมนตรี ว่านายกรัฐมนตรีได้ขัดขวางการถวายฎีกาขอพระราชทานอภัยโทษอดีตนายกรัฐมนตรี และสั่งฆ่าประชาชน¹⁷ คดีนี้ ศาลพิพากษาลงโทษนาย จ. โดยไม่รอลงอาญา ส่วนคดีที่

14 ทีมข่าวอาชญากรรม ผู้จัดการออนไลน์ 18 ตุลาคม (2547 ‘มติชน’ ควักกระเป๋า 25 ล้านจ่าย ‘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’ ‘ไม่รอ

นาย ท. ส.ส. พรรคประชาธิปัตย์ กล่าวหาอดีตนายกรัฐมนตรีนครินทร์ ในการฉ้อโกงการฉ้อโกง ให้คณะรัฐมนตรีสมัยอดีตนายกรัฐมนตรีนครินทร์ลาออกเพราะบริหารประเทศแบบชื้อฉ้อ และอดีตนายกรัฐมนตรีนครินทร์ดังกล่าวทำตัวเหมือนปอบกลับเข้าร่างไม่ได้¹⁸ หรือกรณี นาย ท. กล่าวหาว่า นาย ป. ว่าเป็นพวกคอมมิวนิสต์หรือคนในระบอบทักษิณ เป็น พวกล้มเจ้า 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 ในขณะดำรงตำแหน่งดังกล่าว 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 จึงไม่อาจจะถือได้ว่าเป็นการบรกรลั่วตฤประสงคของรัฐได้ 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 การควบคุมการโฆษณาสินค้าที่อาจจะได้รับ ความคุ้มครองน้อยกว่าถ้อยคำอื่นๆ 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>

ทีมข่าวอาชญกรรม 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

พลวัตนอกกรอบกฎหมายที่หยุดนิ่ง: กรณีพื้นที่โดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยา

นฤพจน์ สันทราย

เจ้าหน้าที่ปฏิบัติงาน มหาวิทยาลัยพะเยา

บทคัดย่อ

บทความวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงบทบาทของกฎหมายในการจัดการการใช้ประโยชน์ที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินบริเวณโดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยา เพื่ออธิบายถึงสาเหตุของการเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดิน และบทบาทของกฎหมายที่วางแนวทางในการใช้ประโยชน์อันเกิดขึ้นจากพัฒนาการเติบโตของมหาวิทยาลัยพะเยาส่งผลต่อพฤติกรรมการใช้ประโยชน์ที่ดินของคนในพื้นที่อย่างไร ทั้งนี้โดยใช้การศึกษาวิจัยเอกสาร และใช้การสัมภาษณ์เฉพาะผู้ใช้ประโยชน์ที่ดินในที่ดินซึ่งประกอบกิจการหอพักบริเวณโดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยา

ผลการวิจัยพบว่า แนวทางของกฎหมายยังคงมุ่งหวังให้พื้นที่ดังกล่าวมีสถานะเป็นที่ดินเขตปฏิรูปที่ดินคงเดิม โดยการกำหนดเขตพื้นที่เพื่อการอยู่อาศัย และเพื่อประกอบกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พฤติกรรมของผู้ให้สัมภาษณ์สามารถสะท้อนให้เห็นถึงมุมมองของผู้ให้สัมภาษณ์ที่มีต่อมาตรการแก้ไขปัญหาลงซึ่งส่งผลการตัดสินใจในการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่เปลี่ยนแปลงไปซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหาลงซึ่งมุ่งเน้นการส่งเสริมการพัฒนา มากกว่าการควบคุมการใช้ประโยชน์ที่ดินในพื้นที่

คำสำคัญ : กฎหมาย, มหาวิทยาลัยพะเยา, ที่ดิน

ABSTRACT

This research aimed to study the role of law that manages the problems on land use, specifically in land reform area around University of Phayao. To explain the reasons of the change of land use and the role of law which creates guideline concerning land use due to the growth of the University and explain the relationship between law and behavior patterns of people in this area. This study uses the data from interviews of households who manage the dormitory in the area and documents related research.

This research finds the solution still bases on the status of the reservation as land reform as the provision according to the law. The main solution is to strengthen the law enforcement of areas for residence and business to support the reform of agricultural land. The solution use to encourage and promote the direction of development rather than to strictly control the land use.

Keyword : law, University of Phayao, land

บทนำ

ปัญหาการใช้ประโยชน์ในที่ดินบริเวณโดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยาที่มีลักษณะเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วซึ่งเกิดขึ้นจากการพัฒนาและการเติบโตของมหาวิทยาลัยพะเยา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ในที่ดินเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมถือเป็นปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นในพื้นที่เทศบาลตำบลแม่กา ซึ่งผู้ถือครองที่ดินได้ดำเนินการปลูกสร้างหอพัก และอาคารพาณิชย์ ตลอดจนกิจการอื่นๆ เป็นกิจการที่มีลักษณะให้ผลตอบแทนมากกว่าการประกอบอาชีพเกษตรกรรม หรือการประกอบอาชีพเดิมที่เป็นอยู่ในอดีต



รูปที่ 1 : ภาพถ่ายการเปลี่ยนแปลงการใช้พื้นที่บริเวณหน้ามหาวิทยาลัยพะเยา พ.ศ. 2557¹

1 ไทยรัฐนิวส์โชว์, ตรวจสอบการใช้ที่ดิน สปก. พะเยา เผยแพร่เมื่อ 20 ต.ค. 2014 [ระบบออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://youtu.be/l8N8ZnHbdkm>

แม้ว่าในปัจจุบันทางสำนักงานปฏิรูปที่ดินจังหวัดพะเยา (ส.ป.ก.พะเยา) คณะกรรมการปฏิรูปที่ดินจังหวัด (ค.ป.จ.) และสำนักงานโยธาธิการและผังเมือง พะเยาจะมีข้อสรุปในการหามาตรการ และวางแนวทางในการแก้ไขปัญหาการใช้ประโยชน์ที่ดินในพื้นที่² ผ่านกลไกทางกฎหมายเพื่อสร้างความเป็นระเบียบเรียบร้อยเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ที่ดินในพื้นที่ควบคู่ไปกับการส่งเสริมการพัฒนาพื้นที่ โดยการใช้มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการปัญหาการใช้ที่ดินในเขตพื้นที่ปฏิรูปที่ดิน คือ พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2518 มาตรา 30 วรรคห้า³ ประกอบกับประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดิน ข้อ 1.5 และ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการอนุญาตใช้ที่ดินสำหรับกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดิน ตามระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดิน เพื่อแก้ไขปัญหาโดยการกำหนดเขตพื้นที่เพื่อการอยู่อาศัยและเพื่อประกอบกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม แต่แนวทางเหล่านี้ยังคงเป็นการแก้ไขปัญหาที่มุ่งเน้นการส่งเสริมการพัฒนามากกว่าการควบคุมการใช้ประโยชน์ที่ดินในพื้นที่

2 สำนักงานปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม : หนังสือที่ กษ 1206/ว 705 ลงวันที่ 16 กันยายน 2546 เรื่อง แจ้งขอหารือแนวทางการใช้ประโยชน์ที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดิน.

3 มาตรา 30 วรรคห้า “นอกจากการจัดที่ดินให้แก่บุคคลตาม (2) (1) และ(3) ให้ ส.ป.ก. มีอำนาจจัดที่ดินหรือ อสังหาริมทรัพย์ให้แก่บุคคลใดเข้าเช่าซื้อ ซื้อ หรือเข้าทำประโยชน์เพื่อใช้สำหรับกิจการอื่นที่เป็นกิจการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษาได้ ทั้งนี้ ตามขนาดของการถือครองในที่ดินที่คณะกรรมการเห็นสมควร ซึ่งต้องไม่เกินห้าสิบไร่ ส่วนหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการอนุญาตหรือการให้ผู้ได้รับอนุญาตถือปฏิบัติให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการกำหนด โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี”

1. พฤติกรรมการใช้ประโยชน์ที่ดิน

พื้นที่ในการศึกษาวิจัยครั้งนี้ คือ เทศบาลตำบลแม่กาอยู่ในเขตพื้นที่ของอำเภอเมืองพะเยา จังหวัดพะเยา ได้แก่ เขตพื้นที่ชุมชนเป็นพื้นที่รอบบริเวณมหาวิทยาลัยพะเยาโดยตั้งแต่ พื้นที่หมู่ที่ 1 บ้านหม้อแกทอง, หมู่ที่ 2 บ้านห้วยเคียน, หมู่ที่ 3 บ้านแม่กาหลวง และหมู่ที่ 4 บ้านโทกหาวก ตำบลแม่กาเดิมแล้ว พื้นที่ส่วนใหญ่เป็นป่ารกไม่มีผู้คนมาอาศัยอยู่อุดมไปด้วยป่าไม้และสัตว์ป่านานาพันธุ์ ภายหลังได้มีโครงการกระจายโอกาสทางการศึกษาสู่จังหวัดพะเยาขึ้น ซึ่งครั้งแรกได้มีการตั้งวิทยาเขตพะเยา ตั้งแต่ พ.ศ.2538 ภายใต้การดูแลของมหาวิทยาลัยนเรศวร ที่โรงเรียนพะเยาพิทยาคม อำเภอเมืองพะเยา ต่อมาได้มีมติคณะรัฐมนตรีให้ใช้ชื่อว่าวิทยาเขตสารสนเทศพะเยา ทางมหาวิทยาลัยนเรศวรได้ร่วมกับทางจังหวัดพะเยาจัดหาสถานที่ตั้ง ณ บริเวณ ตำบลแม่กา อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา กลายเป็นสถานที่ตั้งถาวรและเปิดการเรียนการสอนตั้งแต่ปี 2542 เป็นต้นมาซึ่งภายหลังได้แยกออกจากมหาวิทยาลัยนเรศวรเป็นมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐและใช้ชื่อเป็นมหาวิทยาลัยพะเยา โดยบริเวณรอบมหาวิทยาลัยพะเยานั้นมีพื้นที่เขตปฏิรูปที่ดินโครงการป่าแม่ตำอู้อยู่โดยรอบพื้นที่ และมีพื้นที่ที่ได้จัดสรรให้เกษตรกรเข้าใช้ประโยชน์จำนวนประมาณ 11,729 ไร่⁴ ภายหลังจากที่มีการก่อตั้งวิทยาเขตการศึกษา และเปลี่ยนแปลงจนกลายมาเป็นมหาวิทยาลัยขึ้นนั้น สถาบันและองค์กรต่าง ๆ ของภาครัฐได้เข้ามาตั้งอยู่ในพื้นที่ ขณะเดียวกันประชากรในเขตพื้นที่มีจำนวนเพิ่มมากขึ้น โดยเมื่อเทียบระหว่างจำนวนประชากรในปี 2542 มีจำนวน 11,797 คน⁵ และใน พ.ศ.2552 มีจำนวนประชากร 17,372 คน ใน พ.ศ.2553 มี

4 โครงการปฏิบัติงานเพื่อแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสิทธิ์และการใช้ประโยชน์ในที่ดิน ตามความเจริญของการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคมชุมชนท้องถิ่นในพื้นที่เขตปฏิรูปที่ดิน กรณีพื้นที่เขตปฏิรูปที่ดินโดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยา อำเภอเมืองพะเยา จังหวัดพะเยา ปีงบประมาณ 2556, หน้า 1

5 ระบบสถิติทางทะเบียน : จำนวนประชากรแยกรายอายุ ตำบลแม่กา อำเภอเมืองพะเยา จังหวัดพะเยาเดือน ธันวาคม พ.ศ. 2542 [ระบบออนไลน์], แหล่งที่มา: <http://www.stat.dopa.go.th/>

จำนวนประชากร 18,117 คน พ.ศ.2554 มีจำนวนประชากร 21,216 คน ใน พ.ศ. 2555 มีจำนวนประชากร 19,878 คน พ.ศ.2556 มีจำนวนประชากร 19,878 คน⁶ ประกอบกับจำนวนนักศึกษาที่ทางมหาวิทยาลัยรับเข้า โดยดูจากสถิติการลงทะเบียนเรียนของนักศึกษาตั้งแต่ปีการศึกษา 2542 ในช่วงระยะเวลา 5 ปี จำนวนนักศึกษาที่มีการลงทะเบียนมหาวิทยาลัยนเรศวรวิทยาเขตสารสนเทศพะเยาในรหัส นักศึกษา 42 (ปีการศึกษา 2542) มีจำนวนทั้งหมด 31 คน รหัส 43 มีจำนวน 183 คน รหัส 44 มีจำนวน 298 คน รหัส 45 มีจำนวน 1,681 คน และรหัส 46 มีจำนวน 2,583 คน⁷ รวมทั้งสิ้น 4,776 คน เมื่อเปรียบเทียบจำนวนนักศึกษาใน พ.ศ. 2555 มีจำนวนนักศึกษาที่ลงทะเบียนรวม 6,079 คน⁸ การเติบโตของมหาวิทยาลัย ทำให้พื้นที่บริเวณโดยรอบมีการเปลี่ยนแปลงอาคารพาณิชย์ กิจการร้านค้า หอพัก นักศึกษาเกิดขึ้นอย่างมากมายเพื่อรองรับจำนวนนักศึกษาที่มีมากขึ้น

6 สำนักทะเบียนท้องถิ่นเทศบาลตำบลแม่กา อำเภอเมืองพะเยา, แผนยุทธศาสตร์การพัฒนา เทศบาลตำบลแม่กา พ.ศ.2557-2553, พ.ศ.2558-2554 , พ.ศ.2559-2555, พ.ศ.2561-2557

7 กองบริการการศึกษา มหาวิทยาลัยนเรศวร, สถิติจำนวนนิสิตปีการศึกษา 2546 ข้อมูลสถิตินิสิตงานทะเบียนนิสิตและประมวลผลกองบริการการศึกษา มหาวิทยาลัยนเรศวร [ระบบออนไลน์], แหล่งที่มา :<http://www.reg.nu.ac.th/>

8 ศูนย์บริการเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารระบบรายงานจำนวนนักศึกษาภายในมหาวิทยาลัยพะเยา ปีการศึกษา 2555 [ระบบออนไลน์], แหล่งที่มา :http://intra.up.ac.th/up_dss/



รูปที่ 2 : ภาพถ่ายการเปลี่ยนแปลงการใช้พื้นที่บริเวณหน้ามหาวิทยาลัยพะเยา พ.ศ. 2554⁹



รูปที่ 3 : ภาพถ่ายการเปลี่ยนแปลงการใช้พื้นที่บริเวณหน้ามหาวิทยาลัยพะเยาปัจจุบัน พ.ศ.2558¹⁰

9 ภาพถ่ายการเปลี่ยนแปลงการใช้พื้นที่บริเวณหน้ามหาวิทยาลัยพะเยาปี พ.ศ.2554 [ระบบออนไลน์], แหล่งที่มา: <http://www.teedin108.com/public/>

10 ภาพถ่ายการเปลี่ยนแปลงการใช้พื้นที่บริเวณหน้ามหาวิทยาลัยพะเยา ปี พ.ศ. 2558 [ระบบออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.google.co.th/>

ปัญหาการดำเนินกิจการต่างๆ ในพื้นที่เขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมซึ่งอยู่โดยรอบบริเวณมหาวิทยาลัยได้เริ่มมีตั้งแต่เริ่มก่อตั้งมหาวิทยาลัยและเปิดการเรียนการสอนเป็นปัญหามาอย่างยาวนาน หน่วยงานที่รับผิดชอบในไม่สามารถเข้ามาควบคุมการดำเนินกิจการต่างๆ เหล่านี้ได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ เนื่องจากปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดแนวทางในการแก้ไขปัญหาในพื้นที่ อาทิเช่น การควบคุมการใช้ประโยชน์ที่ดินในการประกอบกิจการต่างๆ ในพื้นที่เขตปฏิรูปที่ดินยังไม่มีกรอบแนวทางปฏิบัติในการขอใช้ประโยชน์ในกิจการอื่นๆ ที่นอกเหนือจากการเกษตรกรรม รวมไปถึงการกำหนดเขตพื้นที่ในการดำเนินกิจการในพื้นที่ดังกล่าวนี้ยังไม่มี การกำหนดพื้นที่อย่างชัดเจน จากการสัมภาษณ์ผู้ใช้ประโยชน์ในที่ดินเขตปฏิรูปที่ดินถึงสิ่งจูงใจที่มีต่อการใช้ประโยชน์ในที่ดินประกอบกิจการหอพักเพื่อแสวงหาผลกำไรที่อยู่บริเวณโดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยา โดยการเลือกกลุ่มผู้ประกอบการในเขตปฏิรูปที่ดินก่อนที่จะมีการออกแนวทางในการใช้ประโยชน์ในที่ดินออกมาใช้บังคับ และหลังจากที่มีแนวทางปฏิบัติใช้บังคับ พฤติกรรมในการใช้ประโยชน์ที่ดินที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมมีลักษณะต่างๆ ซึ่งพบพฤติกรรมการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่เปลี่ยนแปลงไปดังนี้

1.1 พฤติกรรมการใช้ประโยชน์ในที่ดินเขตปฏิรูปที่ดินดำเนินการเพื่อหวังผลกำไร

จากข้อมูลให้สัมภาษณ์ผู้ประกอบการกิจการหอพักก่อนที่จะมีการออกแนวทางในการใช้ประโยชน์ในที่ดินออกมาใช้บังคับ นางสาวอี (นามสมมติ) ผู้ประกอบการบ้านพักที่อยู่อาศัยให้กับนักศึกษา ซึ่งผู้ให้สัมภาษณ์เป็นคนในพื้นที่ภูมิลำเนาเดิมซึ่งอยู่ในเขตพื้นที่ปฏิรูปที่ดินทางเข้าอ่างเก็บน้ำแม่ดำ อาศัยอยู่ร่วมกับบิดามารดาตั้งแต่เดิมก่อนที่มหาวิทยาลัยจะมีการก่อตั้งในพื้นที่ โดยที่อยู่อาศัยดังกล่าวนั้นทางบิดามารดาเป็นผู้เข้ามาจับจองทำประโยชน์ในที่ดินในการทำเกษตรกรรมปลูกพืชผักเพื่อใช้ในการบริโภคภายในครอบครัวและทำสวนทำไร่ขนาดเล็กเพื่อสร้างรายได้ ในแต่ละเดือนรายได้ไม่แน่นอนขึ้นอยู่กับการปลูกและ

เก็บเกี่ยวผลผลิตทางการเกษตรในแต่ละชนิด เมื่อทางมหาวิทยาลัยได้ย้ายมาสถานที่ตั้งถาวรและเปิดการเรียนการสอนทำให้สภาพพื้นที่ที่มีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม

ในช่วงแรกสภาพพื้นที่ยังไม่ค่อยมีการเปลี่ยนแปลงมากนักยังคงเป็นพื้นที่ที่ชาวบ้านทำการเกษตรกรรมอยู่มากจนกระทั่งมหาวิทยาลัยเริ่มขยายตัวและมีการรับนักศึกษาเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมาก การเปลี่ยนแปลงการใช้ที่ดินในบริเวณพื้นที่ใกล้เคียงที่อยู่อาศัยเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงก่อสร้างอาคารที่อยู่อาศัย อาคารพาณิชย์ ร้านค้า ร้านอาหาร เพื่อรองรับการเพิ่มจำนวนประชากร และส่งผลให้ราคาที่ดินในพื้นที่ปัจจุบันประมาณ 5-6 แสนบาทต่อไร่ ทางครอบครัวผู้ให้สัมภาษณ์ได้มีการกู้เงินมาก่อสร้างบ้านพักเพื่อที่จะให้นักศึกษาเช่าพักอาศัยเนื่องจากปัญหารายได้จากการเกษตรกรรมมีรายได้้น้อยมาก และการทำเกษตรจะต้องทำในระยะยาว ประกอบกับสมาชิกในครอบครัวต่างเข้ามาทำงานในมหาวิทยาลัยจึงไม่มีเวลาในการทำการเกษตร

นางสาวอิทธิราบายอยู่แล้วว่าพื้นที่ที่ได้ดำเนินการก่อสร้างมีข้อจำกัดในทางกฎหมาย และก็ทราบข่าวคราวการกำหนดพื้นที่เศรษฐกิจครอบคลุมในพื้นที่ที่อยู่ในเขตปฏิรูปที่ดินแต่ยังไม่มี ความชัดเจนว่าจะออกมากำหนดการใช้กับพื้นที่ในรูปแบบไหน บ้างก็ว่าเป็นโซนเศรษฐกิจ บ้างก็ว่าเป็นเขตกิจการพิเศษ ปัจจัยเหล่านี้จึงเป็นอีกสาเหตุหนึ่งในการตัดสินใจสร้างบ้านพัก

นางสาวอิทธิราบายให้ความเห็นเพิ่มเติมอีกว่าไม่ค่อยเป็นกังวลเกี่ยวกับการรื้อถอนจะเป็นกังวลเพียงแต่ในส่วนของการเก็บค่าเช่าพื้นที่มากกว่า เพราะว่าพื้นที่อื่นๆ ที่ใกล้เคียงเป็นพื้นที่ในเขตปฏิรูปที่ดินเหมือนกันก็มีการก่อสร้างหอพักกันมากจึงตัดสินใจที่จะทำบ้านพักในครั้งนี้ ประกอบกับการสร้างบ้านพักให้นักศึกษาไม่ได้สร้างมากมายหลายหลังเนื่องจากไม่มีทุนทรัพย์เพียงพอ การดำเนินการก่อสร้างได้มีการติดต่อกับทางเทศบาลตำบลแม่กา และนำแบบแปลนการก่อสร้างไปขออนุญาตทางเทศบาลพิจารณาและขอบ้านเลขที่ ณ อำเภอในศาลากลางจังหวัดพะเยาตามปกติ

เหมือนการก่อสร้างอาคารทั่วไปในพื้นที่ต่างๆ ขาดเพียงแค่การขออนุญาตจดทะเบียนหอพักไม่สามารถทำได้เนื่องจากเป็นที่ดินที่ไม่มีเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดิน แต่ก็ได้มีการเสียภาษีโรงเรือนให้กับทางเทศบาลตำบลแม่กา นางสาวอภิดา ความกังวลเกี่ยวกับการเสียภาษีการประกอบกิจการอย่างถูกต้องตามกฎหมาย และเมื่อสามารถจดทะเบียนได้จะมีการเก็บภาษีย้อนหลังหรือไม่

1.2 พฤติกรรมการการซื้อขายเปลี่ยนมือที่ดินเขตปฏิรูปที่ดิน

ในส่วนข้อมูลสัมภาษณ์ผู้ประกอบการกิจการหอพักภายหลังที่จะมีการออกแนวทางในการใช้ประโยชน์ในที่ดินออกมาใช้บังคับ นางสาวเอ (นามสมมติ) ปัจจุบันประกอบอาชีพเป็นพนักงานมหาวิทยาลัยพะเยา โดยเป็นคนที่มีภูมิลำเนาเดิมอยู่ในพื้นที่ตำบลแม่กาก่อนที่จะมีการก่อสร้างมหาวิทยาลัยพะเยา อาศัยอยู่ในหมู่ที่ 16 ตำบลแม่กา อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา โดยพื้นที่แถวนั้นเป็นหมู่บ้านที่มีคนอาศัยอยู่ตามแนวถนนสายหลักทั้งสองฝั่งถนน บริเวณดังกล่าวนั้นแต่เดิมจะเป็นตลาดขนาดเล็กซื้อขายสินค้าทั่วไปเป็นพื้นที่พบปะของคนในชุมชนโดยชุมชนในระแวกนั้นจะมีความหนาแน่นมากกว่าที่อื่น และฐานะของคนในชุมชนค่อนข้างมีฐานะปานกลางส่วนใหญ่จะทำงานในเมืองพะเยาและบางพื้นที่ประกอบอาชีพเกษตรกรรม เลี้ยงสัตว์และรับจ้าง

จนเมื่อมหาวิทยาลัยได้เข้ามาก่อตั้งและเริ่มเปิดการเรียนการสอน พื้นที่หน้ามหาวิทยาลัยพะเยาเริ่มมีการสร้างหอพักอย่างมากมายเพื่อรองรับจำนวนนักศึกษาที่มีจำนวนมากและเพิ่มมากขึ้นในทุกๆ ปี ส่งผลมายังพื้นที่ที่นางสาวเออาศัยอยู่เริ่มมีการเปลี่ยนแปลงการประกอบอาชีพโดยการลงทุนสร้างร้านค้า หอพัก บ้านพักสำหรับนักศึกษา นางสาวเอได้ดำเนินการสร้างหอพักในที่ดินของตนที่แยกออกจากที่อยู่อาศัยโดยที่ดินดังกล่าวเป็นที่ดินมีเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ดำเนินการสร้างบ้านพักจำนวน 6 หลังและเปิดให้นักศึกษาเข้ามาตลอดโดยขออนุญาตจากทางเทศบาลตำบลแม่กา จนใน พ.ศ.2557 ได้ตัดสินใจขายที่ดินดังกล่าวพร้อมสิ่งปลูกสร้างให้กับนายทุนที่เข้ามาซื้อไปในราคาประมาณ 10 ล้านบาท และได้นำเงิน

จากการขายกิจการดังกล่าวไปซื้อที่ดิน ส.ป.ก.ที่อยู่บริเวณใกล้เคียงในราคา 3.9 ล้านบาทพร้อมสิ่งปลูกสร้างคือ บ้านพักขนาดเล็ก 6 หลัง และขนาดใหญ่ 2 ชั้น 1 หลัง ในการซื้อขายมีการทำสัญญาซื้อขายกันโดยทั่วไปไม่ได้มีข้อตกลงหรือเงื่อนไขอื่นเพิ่มเติม พื้นที่ที่ทำการซื้อจะมีเนื้อที่ประมาณ 2 ไร่

การตัดสินใจขายกิจการในพื้นที่ที่มีเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินแล้วไปซื้อที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างที่อยู่ในเขตปฏิรูปที่ดินนั้น นางสาวเอให้ความเห็นว่าไม่ได้กังวลเกี่ยวกับปัญหาข้อกฎหมายของทาง ส.ป.ก. เนื่องมาจากการที่ตัดสินใจซื้อที่ดินบริเวณนั้นเป็นเพราะว่าซื้อจากญาติสนิทที่มีความใกล้ชิดกันที่เขาดำเนินการแบ่งขาย ประกอบกับเนื้อที่นั้นมีจำนวนมากและซื้อพร้อมสิ่งปลูกสร้างซึ่งเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับพื้นที่ที่ขายกิจการไปนั้นถือว่าคุ้มค่ามากกว่า ในส่วนทราบถึงข้อจำกัดทางกฎหมายในพื้นที่หรือไม่นั้นนางสาวเอได้กล่าวว่าเจ้าของรายเดิมได้ยื่นเรื่องเสนอต่อสำนักงานปฏิรูปที่ดินจังหวัดเพื่อขอประกอบกิจการอันเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินแล้ว ซึ่งที่ผ่านมาได้ดำเนินการจ่ายค่าเช่าที่ดินรายปี และมีการวางเงินมัดจำหรือเงินประกันไว้แล้ว ซึ่งท้ายปีตนเองจะได้เริ่มมีการจ่ายค่าเช่าครั้งแรกและจะดำเนินการยื่นหนังสือขอเปลี่ยนแปลงชื่อผู้เช่ากับทางสำนักงานปฏิรูปที่ดินจังหวัดเพื่อดำเนินการเปลี่ยนแปลงชื่อผู้เช่าเป็นของตน ส่วนการเสียภาษีก็ได้มีการเสียภาษีโรงเรือนให้แก่เทศบาลมาโดยตลอด

การตัดสินใจครั้งนี้ตนถือว่าเป็นการตัดสินใจที่ไม่ได้มีการปฏิบัติที่เป็นการฝ่าฝืนข้อบังคับ หรือกฎหมายใดๆ เนื่องจากแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการประกอบกิจการในพื้นที่ที่มีกำหนดแนวทางที่ชัดเจนแล้วว่าสามารถทำได้จึงไม่กังวลเกี่ยวกับปัญหาในทางกฎหมาย และนางสาวเอยังให้ความเห็นเพิ่มเติมว่าถ้าหากมีทุนทรัพย์มากพอก็ยังคงจะขยายกิจการเพิ่มเติม อาจซื้อที่ดินพร้อมกิจการหรือที่ดินเพื่อประกอบกิจการเช่นนี้อีกเพราะเป็นกิจการที่สามารถจะหาผลกำไรได้ในระยะยาวและเป็นกิจการที่จะให้ครอบครัวสานต่อในอนาคต

จากพฤติกรรมของผู้ให้สัมภาษณ์ทั้ง 2 ตัวอย่างที่ได้กล่าวมานั้นจะเห็นได้ว่าพฤติกรรมเหล่านั้นมีมุมมองต่อการใช้กฎหมายที่มีปัจจัยหลายด้านที่เข้ามามีอิทธิพลทำให้เกิดการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่เปลี่ยนแปลงไป ได้แก่ **ปัจจัยโดยตรง** คือ บทบาทของกฎหมายปฏิรูปที่ดินในการแก้ไขปัญหาในพื้นที่โดยการกำหนดให้สามารถใช้ประโยชน์ที่ดินในกิจการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการเกษตรกรรมมีลักษณะหยุดนิ่งไม่สามารถแก้ไขปัญหาด้อย่างแท้จริง ทำให้เกิดพฤติกรรมการซื้อขายที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินซึ่งเป็นข้อกำหนดของกฎหมายอยู่แล้วว่าห้ามมีการซื้อขายรวมไปถึงการใช้ที่ดินที่ผิดวัตถุประสงค์ของบทกฎหมาย และ **ปัจจัยที่เป็นตัวสนับสนุน** คือ 1) ทรัพยากรในพื้นที่และเหตุผลทางเศรษฐกิจ โดยการเลือกประกอบกิจการห่อหุ้มแสวงหาผลกำไร การเลือกใช้ประโยชน์ในที่ดินให้ผลกำไรหรือประโยชน์ที่จะได้รับที่มากกว่าการประกอบอาชีพเกษตรกรรมที่เป็นอยู่ และ 2) ตลาด หรือกลไกตลาด ความเชื่อมั่นในกลไกตลาดเป็นส่วนสำคัญในการขับเคลื่อนการใช้ประโยชน์ในที่ดินเหล่านี้และทำให้เกิดการลงทุนแลกเปลี่ยนทรัพยากร ส่งผลต่อความเชื่อมั่นของประชาชนในการเลือกที่จะดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ

2. มาตรการทางกฎหมาย

2.1 มาตรการทางกฎหมายปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม

การแก้ไขปัญหการใช้ประโยชน์ในที่ดินในพื้นที่เขตปฏิรูปที่ดินสำหรับกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมมีมาตรการทางกฎหมายในการดำเนินการต่างๆ ดังนี้

1) มีการกำหนดขอบเขตพื้นที่การจัดที่ดินเพื่ออยู่อาศัยและเพื่อประกอบกิจการที่เป็นการสนับสนุนการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมตามมาตรา 30 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2518 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2532 ฉบับที่

1 และฉบับที่ 2 ประกอบกับประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่องกำหนดกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดิน ข้อ 1.5¹¹ ทั้งนี้พื้นที่ที่จะดำเนินการให้มีการจัดที่ดินเพื่ออยู่อาศัยและประกอบกิจการที่เป็นการสนับสนุนการปฏิรูปที่ดิน คณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบกำหนดขอบเขต

2) มาตรการในการจัดที่ดินให้แก่บุคคลเช่า เช่าซื้อ ซื้อ หรือเข้าทำประโยชน์เพื่อใช้สำหรับกิจการอื่นที่เป็นกิจการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดิน โดยสำนักงานปฏิรูปที่ดินจังหวัดมีอำนาจในการจัดที่ดินหรือสงฆ์หรือมรดกทรัพย์ในการดำเนินกิจการเหล่านี้

3) มาตรการในการพิจารณาในการอนุญาตและการให้ผู้รับอนุญาตถือปฏิบัติในการใช้ประโยชน์ในที่ดินหรือสงฆ์หรือมรดกทรัพย์สำหรับกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม โดยคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินจังหวัดเป็นผู้พิจารณาอนุญาตคำขอรับอนุญาต

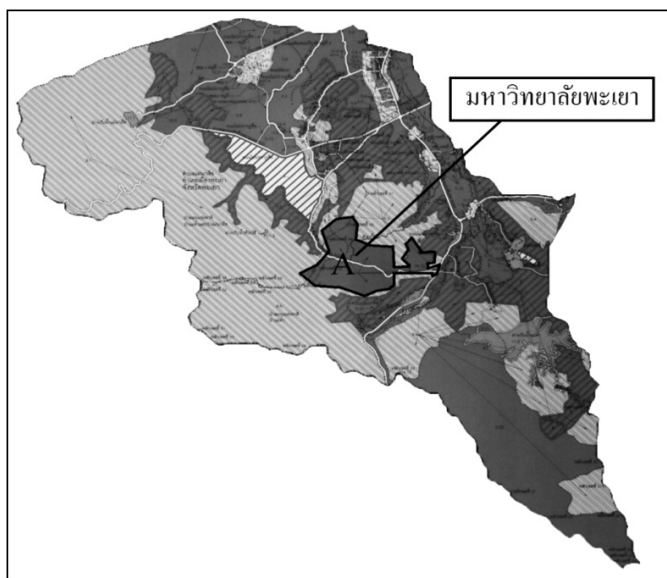
เมื่อพิจารณาถึงมาตรการทางกฎหมายและพฤติกรรมของผู้ให้สัมภาษณ์ ทั้ง 2 กรณีที่กล่าวมาข้างต้นแล้วนั้นจะเห็นได้การดำเนินกิจกรรมหอพักสำหรับนักศึกษาไม่ได้อยู่ในขอบข่ายของกิจการอื่นที่เป็นการสนับสนุนเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมตามมาตรา 30 วรรคห้าซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับความเป็นอยู่ของเกษตรกรแต่อย่างใด ซึ่งวัตถุประสงค์ของการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมโดยสรุปแล้วก็เพื่อปรับปรุงสิทธิและการถือครองที่ดินเพื่อเกษตรกรรมให้แก่เกษตรกรผู้ไร้ที่ดินทำกินและผู้ที่มีประสงค์จะเป็นเกษตรกรมีโอกาสเป็นเจ้าของที่ดินหรือมีที่ดินสำหรับทำการเกษตร และเพื่อพัฒนาอาชีพเกษตรกร การส่งเสริมให้เกษตรกรมีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น¹².

11 สำนักงานปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม : หนังสือที่ กษ/1206ว 705 ลงวันที่ 16 กันยายน 2546 เรื่อง แจงขอหารือแนวทางการใช้ประโยชน์ที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดิน.

12 สุทธิพร จิระพันธุ์, การปฏิรูปที่ดินในประเทศไทย, เอกสารปฏิรูปที่ดิน, ฉบับที่ 263, (กรุงเทพฯ

2.2 มาตรการทางผังเมือง

มีมาตรการร่างข้อกำหนดผังเมืองรวมชุมชนบริเวณโดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยาที่จะมาบังคับใช้ในอนาคต ซึ่งมาตรการดังกล่าวนี้จะเข้ามามีบทบาทในการควบคุมการใช้ประโยชน์ที่ดินให้เกิดความเข้มข้นขึ้นอีกระดับหนึ่งส่งผลให้การก่อสร้างต่างๆ ไม่ลุกล้ำเข้าไปยังพื้นที่ป่าไม้ พื้นที่เชิงอนุรักษ์ หรือพื้นที่อื่นๆ โดยมาตรการการกำหนดแนวทางปฏิบัติในการใช้ประโยชน์ในที่ดินตามข้อกำหนดผังเมืองกำหนดพื้นที่ในการใช้ประโยชน์ที่ดินแต่ละประเภทในบริเวณพื้นที่ต่างๆ ที่อยู่โดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยาอย่างชัดเจน เช่น พื้นที่ที่อยู่อาศัยหนาแน่นน้อย ปานกลาง หนาแน่นมาก พื้นที่อนุรักษ์และชนบท เป็นต้น



รูปที่ 4 : ผังเมืองรวมชุมชนบริเวณโดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยา ¹³

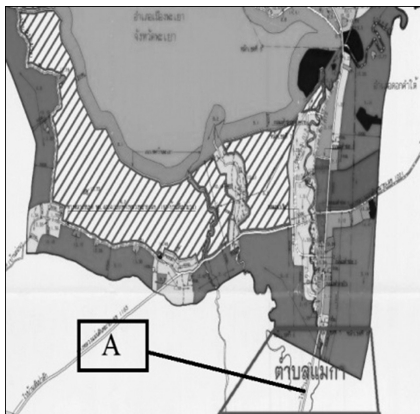
: สำนักงานปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม, 2540), หน้า. 26-25

- 13 สำนักงานโยธาธิการและผังเมืองพะเยา: ผังเมืองรวมชุมชนบริเวณโดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยา วันที่ 10 กรกฎาคม พ.ศ. 2558

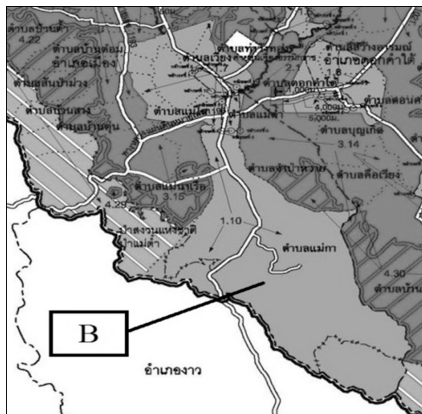
ก่อนที่จะมีการออกร่างข้อกำหนดผังเมืองรวมชุมชนบริเวณโดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยา หากพิจารณาถึงช่วงระยะเวลาที่มีการเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ในที่ดินพบว่าในระหว่างนั้นมีการบังคับใช้ผังรวมเมืองพะเยา พ.ศ.2548¹⁴ โดยพื้นที่ในตำบลแม่กาจะอยู่ในโซน A ดังรูปภาพที่ 5 ให้เป็นที่ดินประเภทชนบทและเกษตรกรรม ซึ่งสามารถใช้ประโยชน์ในที่ดินเกี่ยวกับการเกษตรกรรมหรือเกี่ยวข้องกับการเกษตรกรรม การอนุรักษ์และรักษาสภาพแวดล้อมของพื้นที่ชุ่มน้ำ สถาบันราชการ การสาธารณูปโภคและสาธารณูปการ ซึ่งเป็นสาเหตุประการหนึ่งที่ทำให้การใช้ประโยชน์ในที่ดินเพื่อก่อสร้างหอพัก หรือกิจการต่างๆ เป็นไปอย่างไม่มีระเบียบ ไม่มีความสวยงาม ประกอบกับในปีพ.ศ. 2556 มีการบังคับใช้ผังรวมเมืองพะเยา พ.ศ.2556¹⁵ โดยพื้นที่ในตำบลแม่กาจะอยู่ในโซน B ดังรูปภาพที่ 6 ให้เป็นที่ดินประเภทชุมชน ซึ่งสามารถใช้ประโยชน์ในที่ดินเพื่อการอยู่อาศัย การพาณิชยกรรม เกษตรกรรม สถาบันการศึกษา สถาบันศาสนา สถาบันราชการ การสาธารณูปโภคและสาธารณูปการ ยังคงมีสภาพที่เอื้อต่อการใช้ประโยชน์ในที่ดินไม่ว่าจะเป็นนักลงทุนหรือชาวบ้านในพื้นที่ก็ตามจึงทำให้เกิดปัญหาการใช้ประโยชน์ในที่ดินและปัญหาผังเมืองมาจนถึงปัจจุบันนี้

14 กฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังรวมเมืองพะเยา พ.ศ.2548, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 122 ตอนที่124 ก, วันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ.2548, หน้าที่ 7

15 กฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังรวมเมืองพะเยา พ.ศ.2556, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 130 ตอนที่ 109 ก, วันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ.2556, หน้าที่ 17กฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังรวมเมืองพะเยา พ.ศ.2556.



รูปที่ 5 : แผนผังกำหนดการใช้ประโยชน์
ที่ดินผังเมืองรวมเมืองพะเยา พ.ศ.2548



รูปที่ 6 : แผนผังกำหนดการใช้ประโยชน์
ที่ดินผังเมืองรวมเมืองพะเยา พ.ศ.2556

จากมาตรการทางกฎหมายทางด้านการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมที่ได้กล่าวมาข้างต้นซึ่งมีพฤติกรรมการใช้ประโยชน์ในที่ดินของผู้ให้สัมภาษณ์เป็นภาพสะท้อนเกี่ยวกับมุมมองต่อกฎหมายเมื่อนำมาพิจารณาควบคู่ไปกับมาตรการทางผังเมืองแล้วจะเห็นได้ว่ามาตรการทั้งสองมีการซ้อนกันอยู่ในพื้นที่เดียวกันโดยที่ไม่มีความสอดคล้องและไม่อาจใช้กับพฤติกรรมการใช้ประโยชน์ในที่ดินของคนในพื้นที่ได้เนื่องจากความหยุดหนึ่งของกฎหมายปฏิรูปที่ดินที่แก้ไขปัญหาในพื้นที่ไม่สามารถที่จะควบคุมการใช้ประโยชน์ในพื้นที่ได้อย่างแท้จริงซึ่งจะส่งผลต่อมาตรการทางผังเมืองชุมชนมหาวิทยาลัยพะเยาที่จะมีการบังคับใช้ในอนาคตในส่วนพื้นที่ที่อยู่ในความดูแลของปฏิรูปที่ดินไม่เป็นไปตามผังเมืองที่ได้วางเอาไว้ เช่น การกำหนดเขตพื้นที่ป่านุรักษ์ หรือ พื้นที่การเกษตรอื่นๆ อาจถูกลุกล้ำจากการใช้พื้นที่อย่างไม่มีแบบแผน

3. มาตรการทางกฎหมายที่ส่งต่อพฤติกรรม

พฤติกรรมการใช้ประโยชน์ในที่ดินของผู้ให้สัมภาษณ์ในการเชื้อฟัง กฎเกณฑ์ กฎหมาย พฤติกรรมของผู้ถูกสัมภาษณ์ในพื้นที่ส่วนใหญ่มีความพยายามที่จะดำเนินกิจการต่างๆ เหล่านี้ให้ดำเนินการให้ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดไม่ว่าจะเป็น การขออนุญาตในการก่อสร้างต่างๆ จากทางหน่วยงานภาครัฐ และมีการขออนุญาตจดทะเบียนผู้ประกอบการหอพัก แต่เนื่องด้วยพื้นที่ที่มีข้อจำกัดทางกฎหมายนั้นไม่มีแนวทางในการดำเนินงานที่ชัดเจน ยิ่งในส่วนของกระแสการพัฒนาที่ถาโถมเข้ามายังพื้นที่ทำให้พื้นที่นั้นต้องเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสถานการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคม การเปลี่ยนแปลงการใช้พื้นที่ยังมีความเปลี่ยนแปลงมากยิ่งขึ้น ระดับของการเชื้อฟังกฎหมายยังมีความลดน้อยลง ส่งผลให้พฤติกรรมการเปลี่ยนแปลงการใช้ที่ดินในบริเวณพื้นที่ที่มีข้อจำกัดทางด้านกฎหมายมีการเปลี่ยนแปลงไปที่ละเล็กละน้อย ท่าทีของคนในพื้นที่เริ่มเปลี่ยนไปทำให้มีการใช้ประโยชน์ในที่ดินโดยไม่เคารพต่อกฎหมาย จากพฤติกรรมการใช้ที่ดินหนึ่งส่งผลไปยังพื้นที่บริเวณใกล้เคียงอีกทั้งกลไกทางตลาดที่ดินที่พุ่งสูงขึ้นยังเป็นตัวกระตุ้นทำให้เกิดการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ขึ้น

แนวทางในการหาทางออกในการแก้ไขการเปลี่ยนแปลงการใช้ที่ดินที่มีความล่าช้าสะท้อนให้เห็นถึงสภาพของกฎหมายเริ่มมีสถานะว่างเปล่าในความรู้สึกของคนในพื้นที่ในช่วงเวลาหนึ่ง พฤติกรรมการเล่นแบบของคนในพื้นที่เริ่มเข้ามามีส่วนในการตัดสินใจใช้ประโยชน์ในที่ดิน โดยการเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ในที่ดินเหล่านี้ที่ไม่ได้สนใจถึงข้อจำกัดทางด้านกฎหมายเนื่องจากสภาพพื้นที่ในบริเวณรอบมหาวิทยาลัยพะเยานั้นมีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วและมีแนวโน้มว่าการพัฒนานั้นจะเป็นไปอย่างต่อเนื่องและขยายเป็นวงกว้างออกไป กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอต่อการบังคับใช้ ไม่มีความน่าเชื่อถือ

ผลกระทบของกฎหมายต่อพฤติกรรมโดยจากข้อมูลสัมภาษณ์สามารถสะท้อนให้เห็นถึงมุมมองของผู้ถูกสัมภาษณ์ที่มีต่อมาตรการทางกฎหมายที่ใช้ในการ

ควบคุมหรือจัดการการใช้ประโยชน์ในที่ดิน มาตรการดังกล่าวส่งผลโดยตรงต่อการตัดสินใจดำเนินกิจกรรมต่างๆ ในการใช้ประโยชน์ในที่ดินไม่ว่าจะเป็นการซื้อขายที่ดินก็ตาม หรือเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ในที่ดิน ในผู้สัมภาษณ์บางรายนั้นพบว่า มีพฤติกรรมการขายที่ดินมีเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินไปซื้อที่ดินในเขตพื้นที่ปฏิรูปที่ดิน พฤติกรรมนี้อาจสะท้อนภาพมุมหนึ่งเกี่ยวกับบทบาทของกฎหมายที่มีส่วนในการตัดสินใจหรือพฤติกรรมของประชาชนในพื้นที่ศึกษา

จากพฤติกรรมการเข้าใจ การบังคับใช้กฎหมายอาจจะสามารถอธิบายถึงแนวทางผลกระทบของกฎหมายต่อพฤติกรรมของคน องค์กร และสังคมในพื้นที่ได้ในภาพรวมว่าพฤติกรรมต่างๆ เหล่านี้สามารถกระทำได้เพราะมีกฎหมายรองรับการกระทำเหล่านั้นอยู่ เช่น การซื้อขายที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดิน การก่อสร้างสิ่งก่อสร้างต่างๆ แนวทางในการแก้ไขปัญหาและมาตรการทางกฎหมายที่ ส.ป.ก.พะเยา และการร่างข้อกำหนดผังเมืองชุมชนบริเวณโดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยาที่จะออกมาใช้บังคับอาจจะสร้างความชอบธรรมในการใช้ที่ดินให้แก่ประชาชนในพื้นที่ ทั้งพื้นที่ที่เป็นเขตปฏิรูปที่ดิน หรือพื้นที่อื่นๆ ก็ดี ยิ่งทำให้การเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ในพื้นที่มีแนวโน้มจะมีการเปลี่ยนแปลงมากยิ่งขึ้น ความชอบธรรมที่จะได้รับเนื่องจากสภาพพื้นที่ที่มีความพิเศษแตกต่างไปจากพื้นที่อื่นที่กฎหมายจะบังคับใช้เนื่องมาจากการก่อตั้งสถาบันศึกษา หรือมหาวิทยาลัยพะเยาที่ส่งผลในด้านที่ดีให้กับประชาชนที่อาศัยอยู่ในพื้นที่

ในส่วนปัจจัยที่มีผลทำให้การกำหนดแนวทางของกฎหมายในการจัดการปัญหาการใช้ประโยชน์ในที่ดินบริเวณโดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยานั้น การกำหนดแนวทางให้การจัดการพื้นที่ของหน่วยงานต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ส.ป.ก.พะเยา คปจ. สำนักงานโยธาธิการและผังเมือง และหน่วยงานของทั้งจังหวัด เทศบาลตำบลแม่กา มหาวิทยาลัยพะเยา หน่วยงานอื่นๆ ต่างมุ่งหาแนวทางในการถือปฏิบัติในการเข้าทำประโยชน์ในที่ดินที่ตนที่อยู่ในเขตปฏิรูป และการวางผังเมืองชุมชนในการกำหนดการใช้ประโยชน์ในพื้นที่ต่างๆ รวมไปถึงแนวทางในการแก้ไขปัญหาการใช้

ประโยชน์ที่ดิน ฝ่าฝืนระเบียบ หรือปัญหาการเปลี่ยนแปลงสิทธิเกษตรกรผู้ขายและผู้ซื้อที่ดินบางส่วน หรือทั้งหมด โดยมีแนวทางของกฎหมายในการแก้ไขปัญหาที่มีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาจากสภาพแวดล้อมในพื้นที่ที่ซึ่งไม่สามารถจะดำเนินกิจการทางการเกษตร หรือประกอบอาชีพดั้งเดิมได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ อีกทั้งการให้เหตุผลที่แย้งกับการบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัดหากมีการใช้บังคับแล้วจะส่งผลเสียมากกว่าประโยชน์ที่จะได้รับต่อทุกฝ่าย หลักเกณฑ์ต่างๆ เหล่านี้ที่ใช้เป็นเหตุผลสนับสนุนแนวทางการแก้ไขปัญหาสามารถสะท้อนให้เห็นถึงมุมมองของการใช้มาตรการทางกฎหมายในการส่งเสริมการพัฒนาในพื้นที่ โดยการใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่หาแนวทางในการแก้ไขซึ่งอาศัยการสะท้อนความต้องการของประชาชนในพื้นที่ เนื่องจากแนวทางในการพัฒนาในพื้นที่ที่มีแนวโน้มจะขยายตัวอย่างต่อเนื่องตามสภาพการขยายตัวของมหาวิทยาลัยพะเยา การบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัดอาจส่งผลต่อการพัฒนาทั้งในส่วนของพื้นที่รอบบริเวณมหาวิทยาลัยและในส่วนของมหาวิทยาลัยด้วย ประโยชน์ของชุมชนถือว่าเป็นสิ่งที่สำคัญ ส่งผลทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการบังคับใช้กฎหมายปรับเข้ากับสถานการณ์การเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคมภายในพื้นที่ ด้วยความมุ่งหวังที่จะแก้ปัญหาในพื้นที่อย่างแท้จริง

4. การดำเนินการบังคับใช้กฎหมาย

ในการจัดการการใช้ประโยชน์ที่ดินในพื้นที่ที่มีการบังคับใช้กฎหมายในการจัดการปัญหาการใช้ที่ดินในเขตพื้นที่ปฏิรูปที่ดิน คือ พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2518 มาตรา 30 วรรคห้า ประกอบกับประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่องกำหนดกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดิน ข้อ 1.5 และหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการอนุญาตใช้ที่ดินสำหรับกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดิน ตามระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดิน และมีการร่างข้อกำหนดผังเมืองรวมชุมชนบริเวณรอบ

มหาวิทยาลัยพะเยา ซึ่งกล่าวอาจได้ว่าการแบ่งระดับการแก้ไขปัญหออกเป็น 2 ระดับ คือ ระดับที่จะต้องได้รับการแก้ไข และระดับในการควบคุมและป้องกันการใช้ประโยชน์ที่ดิน ซึ่งสามารถอธิบายถึงกลไกของกฎหมายในการกำหนดแนวทางปฏิบัติในการใช้ประโยชน์ในที่ดินได้ดังนี้

4.1 ระดับที่จะต้องได้รับการแก้ไข

1) มาตรการทางกฎหมายปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมเข้ามาแก้ไขปัญหาและกำหนดแนวทางปฏิบัติในการใช้ประโยชน์ในที่ดินเพื่อกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมโดยการกำหนดเขตพื้นที่เพื่อการอยู่อาศัยและเพื่อประกอบกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมครอบคลุมพื้นที่ที่มีการใช้ประโยชน์ในที่ดินเขตปฏิรูปที่ดินในกิจการต่างๆ บริเวณโดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยา

2) กลไกของกฎหมายได้พิจารณาแนวทางปฏิบัติให้แก่ผู้ใช้ประโยชน์ในที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินที่มีการประกอบกิจการอันนอกเหนือจากการเกษตรกรรมไปแล้วโดยการให้ผู้ถือครองที่ดินดำเนินการยื่นคำร้องขอเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ในการใช้ประโยชน์ในที่ดินบางส่วน หรือทั้งแปลง และให้จัดทำสัญญาเช่าตามระเบียบของกฎหมาย

3) มาตรการทางกฎหมายได้ให้สิทธิแก่บุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลในการร้องขออนุญาตเข้าทำประโยชน์ในที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินสำหรับกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินซึ่งไม่ได้จำกัดเพียงแค่เกษตรกรรมเพียงอย่างเดียว

4.2 ระดับในการควบคุมและป้องกัน

1) การกำหนดเขตพื้นที่ในการประกอบกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมนอกจากจะมีความมุ่งหมายที่จะแก้ไขปัญหาการใช้ประโยชน์ในที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินในระดับเร่งด่วนแล้ว มาตรการ

กำหนดเขตพื้นที่ดังกล่าวยังส่งผลถึงแนวทางในการควบคุมอัตราการประกอบกิจการต่างๆ ในพื้นที่เขตปฏิรูปที่ดินได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากพื้นที่ที่อยู่ในขอบเขตที่มีการกำหนดครอบคลุมจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขในการใช้ประโยชน์ที่ดิน

2) ข้อจำกัดและเงื่อนไขในการขออนุญาตเข้าทำประโยชน์ที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินสำหรับกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเป็นกลไกในการเข้ามาควบคุมกิจการต่างๆ ไม่ให้เกิดขึ้นเกินความจำเป็นหรือไม่เหมาะสม ซึ่งจะส่งผลต่อการใช้ประโยชน์ที่ดินให้เกิดประโยชน์สูงสุดเหมาะสมกับสภาพแวดล้อมในพื้นที่

3) มาตรการทางผังเมืองโดยกำหนดขอบเขตบังคับใช้ข้อกำหนดผังเมืองรวมชุมชนบริเวณโดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยา ซึ่งมาตรการทางผังเมืองชุมชนดังกล่าวนี้จะเข้ามามีบทบาทในการควบคุมการใช้ประโยชน์ที่ดินให้เกิดความเข้มข้นขึ้นอีกระดับหนึ่งส่งผลให้การก่อสร้างต่างๆ ไม่ลุกล้ำเข้าไปยังพื้นที่ป่าไม้ พื้นที่เชิงอนุรักษ์ หรือพื้นที่อื่นๆ โดยมาตรการการกำหนดแนวทางปฏิบัติในการใช้ประโยชน์ที่ดินตามข้อกำหนดผังเมืองกำหนดพื้นที่ในการใช้ประโยชน์ที่ดินแต่ละประเภทในบริเวณพื้นที่ต่างๆ ชัดเจน เช่น พื้นที่ที่อยู่อาศัยหนาแน่นน้อย ปานกลาง หนาแน่นมาก พื้นที่อนุรักษ์และชนบท เป็นต้น

5. ปัญหาทางกฎหมายในการใช้ประโยชน์ที่ดิน

โดยสรุปแล้วจากแนวทางในการแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดินในพื้นที่บริเวณโดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยา ซึ่งโดยสภาพการเปลี่ยนแปลงการใช้ที่ดินมีองค์ประกอบที่เกิดจากการคิดและใช้เหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ของคนในพื้นที่ การเลือกประกอบกิจการหอพัก หรือกิจการอื่นๆ ที่แสวงหาผลกำไร ประกอบกับสภาพแวดล้อมสถาบันการศึกษาหรือมหาวิทยาลัย

พะเยามีการขยายตัวอย่างรวดเร็วส่งผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์ที่ดินในพื้นที่มีทรัพยากรที่ดินที่มีอยู่ซึ่งการเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดินในพื้นดินนี้รวมถึงนักลงทุนที่มาจากแหล่งอื่นเพื่อจะมาลงทุนในพื้นที่ที่มีการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจและสังคม

ระเบียบข้อบังคับกฎหมายที่เป็นแนวทางปฏิบัติในการแก้ไขปัญหาการใช้ประโยชน์ที่ดินและการควบคุมอัตราการประกอบกิจการทางเศรษฐกิจต่างๆ รวมทั้งมาตรการป้องกันการบุกรุกพื้นที่มาตรการทางกฎหมายเหล่านี้มีลักษณะที่ส่งเสริมต่อการพัฒนาพื้นที่มากกว่าการควบคุม ซึ่งส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมของคนในพื้นที่ให้เห็นในงานศึกษานี้เกี่ยวกับพฤติกรรมการใช้ประโยชน์ที่ดินในพื้นที่เขตปฏิรูปที่ดิน และก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายในการใช้ประโยชน์ที่ดินที่ตามมาดังต่อไปนี้

5.1 กฎหมายปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม

มาตรการการกำหนดเขตพื้นที่เพื่อการอยู่อาศัยและเพื่อประกอบกิจการที่เป็นประโยชน์หรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมครอบคลุมพื้นที่ที่มีการใช้ประโยชน์ที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินในกิจการต่างๆ บริเวณโดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยาส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมการใช้ประโยชน์ที่ดินอย่างชัดเจน เช่น การซื้อขายที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดิน สะท้อนให้เห็นภาพสถานะทางที่ดินตามกฎหมายที่ไม่ได้มีความแตกต่างกันและยังสามารถสะท้อนมุมมองต่อกฎหมายของคนในพื้นที่จากพฤติกรรมการใช้ประโยชน์ที่ดินบนกรอบกฎหมายปฏิรูปที่ดินที่วางหลักไว้ เช่น การห้ามซื้อขายที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดิน หรือแม้แต่การใช้ประโยชน์ที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม ซึ่งกรอบกฎหมายเกิดการหยุดนิ่งไม่สามารถที่จะนำมาปรับใช้กับพฤติกรรมของคนในพื้นที่ได้ อีกทั้งมาตรการทางกฎหมายที่ได้ให้สิทธิแก่บุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลในการร้องขออนุญาตเข้าทำประโยชน์ในที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินสำหรับกิจการที่เป็นประโยชน์หรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินโดยจัดทำสัญญาเช่า ซึ่งไม่ได้จำกัดเพียงแค่เกษตรกรรมเพียงอย่างเดียว การให้สิทธิ

แก่บุคคลหรือนิติบุคคลในการเข้าใช้ประโยชน์ในที่ดินนี้อาจจะส่งผลกระทบในด้านการเข้าถึงการใช้ประโยชน์ในที่ดินของกลุ่มคนที่ไม่มีทุนทรัพย์ในการเช่า อีกทั้งมาตรการดังกล่าวนี้อาจส่งผลทำให้เกิดกลไกทางการตลาดและสร้างความชอบธรรมในการซื้อขายสัญญาเช่าทำประโยชน์ในที่ดิน อาจด้วยวิธีการยื่นคำขอสิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินทำให้สิ้นสิทธิ และให้ผู้เช่ารายใหม่ยื่นคำขอเช่าใช้ประโยชน์ในที่ดินนั้นๆ มาตรการทางกฎหมายปิดหูปิดตาไม่ได้รับรู้ถึงพฤติกรรมอันเป็นพลวัตในการใช้ประโยชน์ในที่ดินหรือการดำเนินกิจกรรมต่างๆ เกี่ยวกับที่ดินของคนในพื้นที่

5.2 กฎหมายผังเมือง

มาตรการทางผังเมืองชุมชนบริเวณโดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยาที่จะออกมาใช้บังคับนั้นมีการซ้อนกันอยู่กับมาตรการทางกฎหมายปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมโดยถ้าหากมาตรการกฎหมายนี้ไม่สามารถที่จะใช้กับพฤติกรรมของคนในพื้นที่ได้จะทำให้ส่งผลต่อมาตรการทางผังเมืองซึ่งจะไม่สามารถที่จะควบคุมการใช้ประโยชน์ที่ดินให้เป็นไปตามผังเมืองได้เนื่องจากมีแนวโน้มหรือความเป็นไปได้ถึงพฤติกรรมการใช้ประโยชน์ในที่ดินในพื้นที่ที่จะเปลี่ยนแปลงไปเป็นพื้นที่เศรษฐกิจมากกว่าที่ผังเมืองชุมชนได้กำหนดแนวทางการใช้พื้นที่ต่างๆ ไว้ เช่น พื้นที่เพื่อการอนุรักษ์และส่งเสริมเอกลักษณ์ศิลปวัฒนธรรม หรือ พื้นที่โล่งเพื่อการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เป็นต้น เมื่อมาตรการทางผังเมืองที่น่าจะเป็นมาตรการในการควบคุมและป้องกันการใช้ประโยชน์ในที่ดินให้มีความเป็นระเบียบแบบแผนไม่สามารถที่จะใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพย่อมส่งผลต่อทิศทางในการใช้ประโยชน์ในที่ดินของคนในพื้นที่ดังเช่นมาตรการทางกฎหมายปฏิรูปที่ดินเป็นอยู่

5.3 กฎหมายท้องถิ่น

มาตรการทางกฎหมายปฏิรูปที่ดินที่ใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาการใช้ประโยชน์ในที่ดินในที่ไม่สามารถใช้กับพฤติกรรมของคนในพื้นที่ได้นั้นย่อม

สะท้อนให้เห็นถึงการขาดการมีส่วนร่วมของประชาชนในพื้นที่ในการเข้ามามีส่วนในการตัดสินใจ กำหนดทิศทาง นโยบายและการบริหารจัดการพื้นที่เพื่อการพัฒนาท้องถิ่นของตนเอง โดยร่วมหาทางออกหรือการกำหนดแนวทางในการแก้ไขปัญหาการใช้ประโยชน์ในที่ดินเพื่อให้ได้ข้อเสนอแนะ ข้อคิดเห็นจากภาคประชาชนโดยกระบวนการกฎหมายท้องถิ่น ซึ่งการแก้ไขปัญหาในพื้นที่ควรจะต้องมีการทบทวนถึงมาตรการในการแก้ไขปัญหาการใช้ประโยชน์ในที่ดินว่าจะมีแนวทางออกเช่นไร เพื่อให้เหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพของท้องถิ่นผ่านทางรูปแบบคณะกรรมการซึ่งอาจประกอบไปด้วยกรรมการซึ่งเป็นตัวแทนที่ได้รับการเลือกตั้ง หรือสรรหาจากภาคประชาชนในพื้นที่เพื่อเสนอความต้องการต่อผู้แทนของตน นำเข้าสู่การพิจารณากำหนดนโยบายหรือแนวทางต่างๆ และกรรมการที่เป็นตัวแทนจากภาคส่วนต่างๆ เช่น สำนักงานปฏิรูปที่ดิน มหาวิทยาลัยพะเยา ผังเมืองและโยธาธิการ เทศบาลตำบล เป็นต้น

6. บทสรุป และข้อเสนอแนะ

จากงานศึกษาสิ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงปัญหาที่อาจเกิดขึ้นภายหลังจากมีการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมาย พฤติกรรมการเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ในที่ดิน รวมถึงพฤติกรรมการเปลี่ยนแปลงสิทธิการใช้ประโยชน์ที่ดิน การซื้อขายที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดิน สะท้อนให้เห็นถึงมุมมองของคนในพื้นที่ที่มีต่อมาตรการทางกฎหมายในการแก้ไขปัญหาในพื้นที่ในทางที่มีลักษณะใช้มาตรการทางกฎหมายเสมือนกับว่ามาตรการทางกฎหมายสร้างความชอบธรรมในการดำเนินกิจการต่างๆ ที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย หรือในอีกแง่หนึ่งตัวกรอบของกฎหมายปฏิรูปที่ดินเองไม่สามารถใช้กับพฤติกรรมการใช้ประโยชน์ในที่ดินของคนในพื้นที่ได้ทั้งในเรื่องของเจตนารมณ์ของกฎหมายเอง หรือแม้แต่ในเรื่องข้อกำหนดหรือเงื่อนไขของกฎหมายในการใช้ประโยชน์ในที่ดิน เช่น การห้ามซื้อขายที่ดิน บนกรอบของกฎหมายที่มีอยู่นั้นเกิด

การหยุดนิ่ง พฤติกรรมการใช้ประโยชน์ที่ดินไม่สอดคล้องกับการใช้กฎหมาย ปฏิรูปที่ดินในการแก้ไขปัญหาซึ่งส่งผลต่อการมาตรการกฎหมายผังเมืองที่จะมีขึ้นในอนาคตทำให้ไม่สามารถใช้ได้อย่างเต็มประสิทธิภาพได้ อีกทั้งพฤติกรรมที่สะท้อนถึงกรอบกฎหมายที่หยุดนิ่งยังทำให้คุณค่าของกฎหมาย ความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายยิ่งลดน้อยลงไป

ในส่วนนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าเพื่อการแก้ไขปัญหาอย่างแท้จริงและสอดคล้องกับสภาพแวดล้อมของคนในพื้นที่ ควรมีมาตรการหยิบยกประเด็นการแก้ไขปัญหาโดยกระบวนการทางกฎหมายปฏิรูปที่ดินมาทบทวนถึงความเหมาะสมในการบังคับใช้กับพื้นที่ผ่านรูปแบบคณะกรรมการซึ่งประกอบไปด้วยผู้เกี่ยวข้องทุกภาคส่วนได้เข้ามามีส่วนในการตัดสินใจ กำหนดทิศทาง นโยบายและการบริหารจัดการพื้นที่ ซึ่งประกอบไปด้วยคณะกรรมการที่มีตัวแทนฝ่ายประชาชนอาจจะโดยการเลือกตั้ง เช่น ผู้ใหญ่บ้าน ผู้นำชุมชน หรือกรรมการจากชุมชนที่ได้จากการสรรหาเพื่อเป็นกรรมการในพื้นที่ร่วมเป็นกรรมการ ฝ่ายหน่วยงานภาครัฐ อาทิเช่น คณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเป็นประธานกรรมการ ร่วมกับสำนักงานปฏิรูปที่ดินจังหวัด รวมไปถึงนักวิชาการที่มีความเชี่ยวชาญด้านพื้นที่ ด้านการใช้ประโยชน์ที่ดิน ด้านผลกระทบสิ่งแวดล้อมร่วมเป็นกรรมการพิจารณา ทั้งนี้จะเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปฏิบัติงาน หรือร่วมเสนอแนะทางที่นำไปสู่การตัดสินใจ และมีการดำเนินกิจกรรมร่วมกันอย่างต่อเนื่อง เพื่อมาตรการในการควบคุมและป้องกันการใช้ประโยชน์ที่ดินให้มีประสิทธิภาพเหมาะสมกับการออกเป็นแนวทางในการแก้ไขมาจัดการกับปัญหาที่กำลังเกิดขึ้นในพื้นที่ รวมไปถึงปัญหาที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

ในส่วนของมาตรการทางกฎหมาย ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะข้อ 2 กรณี คือ

- 1) ในกรณีถ้าหากความมุ่งหมายที่ยังคงต้องการให้พื้นที่ดังกล่าวเป็นพื้นที่ในเขตปฏิรูปที่ดิน ควรจะมีการออกกฎหมาย หรือระเบียบในการบังคับใช้กับพื้นที่เป็นการเฉพาะเพื่อไม่ให้ประชาชนในพื้นที่อื่นๆ เกิดความสับสนเกี่ยวกับการตีความและ

การบังคับใช้กฎหมาย แม้ว่าโดยเจตนากรณีในการแก้ไขปัญหาในพื้นที่นั้นจะเป็นไปในการที่สุจริตเป็นไปเพื่อส่งเสริมการพัฒนาและไม่ขัดขวางความเจริญที่จะเข้ามาในพื้นที่ก็ตาม แต่การบังคับใช้กฎหมายปฎิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมในพื้นที่เช่นนี้อาจจะเป็นการบังคับใช้กฎหมายที่ขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้เกษตรกรผู้ยากไร้ไม่มีที่ทำกินได้ทำการเกษตรในพื้นที่นั้นๆ แม้ว่ากฎหมายปฎิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมยังคงมีเจตนารมณ์ที่จะกระจายการใช้ประโยชน์ที่ดินไม่ให้ที่ดินเกิดความรกร้างไม่มีการใช้ประโยชน์อยู่ด้วยก็ตาม และ 2) เมื่อพิจารณาจากสภาพปัญหาในพื้นที่กับการปรับใช้กฎหมายปฎิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมในการแก้ไขปัญหในพื้นที่ แนวทางของกฎหมายในการจัดการการใช้ประโยชน์ที่ดินมีลักษณะที่มุ่งส่งเสริมการใช้พื้นที่มากกว่าการควบคุมและป้องกันการใช้ประโยชน์ในที่ดินทำให้สะท้อนให้เห็นถึงพฤติกรรมการใช้ประโยชน์ในที่ดินของคนในพื้นที่ที่มีมุมมองต่อกฎหมาย กฎหมายปฎิรูปที่ดินไม่สามารถใช้ได้กับพฤติกรรมของคนในพื้นที่ได้ ซึ่งอาจจะต้องมีการทบทวนถึงมาตรการทางกฎหมายปฎิรูปที่ดินว่าเป็นการแก้ไขปัญหาก็ถูกทางหรือไม่ แนวทางในการเพิกถอนสถานะที่ดินในเขตปฎิรูปที่ดินและใช้แนวทางกฎหมายผังเมืองรวมชุมชนโดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยาอาจจะเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาก็ตรงจุดมากกว่า

บรรณานุกรม

หนังสือ

- ณตมณีย์ อุสุวรรณทิม. การเปลี่ยนแปลงการใช้ที่ดินของชุมชนรอบมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง จังหวัดเชียงราย ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาการจัดการมนุษย์กับสิ่งแวดล้อม มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2548.
- นิพนธ์ วิเชียรน้อย. การผังเมืองและการใช้ประโยชน์ที่ดินในประเทศไทย (Urban Land Use Planning in Thailand). วารสารกรมโยธาธิการและผังเมือง ฉบับที่ 29 (กันยายน 2552): 27-38.
- ปริญญญา จิตรการณ์ทิกิจ. ปัญหากฎหมายในการปฏิบัติให้เป็นไปตามผังเมืองรวมนิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2537.
- มณีรัฐ เขมวงค์. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับผังเมืองเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, 2555.
- รายงานการประชุมคณะกรรมการตรวจสอบพื้นที่เพื่อกันแนวเขตเศรษฐกิจบริเวณหน้า มหาวิทยาลัยนเรศวร วิทยาเขตสารสนเทศพะเยา ตำบลแม่กา อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา ครั้งที่ 1/2547 วันที่ 16 มีนาคม 2547 ณ ห้องประชุมเวียงลอ (ชั้น 5) ศาลากลางจังหวัดพะเยา.
- รายงานการประชุมคณะกรรมการตรวจสอบพื้นที่เพื่อกันแนวเขตเศรษฐกิจบริเวณหน้ามหาวิทยาลัยนเรศวร เพื่อจัดเป็นที่ดินชุมชนพื้นที่เขตปฏิรูป ครั้งที่ 2/2547 วันที่ 14 มิถุนายน 2547 ณ ห้องประชุมสำนักงานปฏิรูปที่ดินจังหวัดพะเยา.
- วิติยา ปิตตังนาโพธิ์. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการผลกระทบจากการขยายตัวของมหาวิทยาลัยต่อการเปลี่ยนแปลงพื้นที่ชุมชนโดยรอบ กรณีศึกษา มหาวิทยาลัยนเรศวร จังหวัดพิษณุโลก. สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย(สกว.), 2555.

ศรินภา อภิญญาวัชรกุล. นิตินานุกรณของเกษตรกรผู้ซื้อและขายที่ดิน ส.ป.ก.4-01
ในตำบลบ้านช้าง อำเภอ แม่แตง จังหวัดเชียงใหม่ วิทยานิพนธ์นิติศาสตร
มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2554.

สำนักงานปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมจังหวัดพะเยา. ข้อกฎหมายประกอบการ
พิจารณาการอนุญาตให้ใช้ที่ดินเพื่อกิจการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับ
การปฏิรูปที่ดิน ตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม
พ.ศ.2518 แก้ไขเพิ่มเติม(ฉบับที่ 2) พ.ศ.2519 และแก้ไขเพิ่มเติม
(ฉบับที่ 3) พ.ศ.2532, 2556.

สำนักงานปฏิรูปที่ดินจังหวัดพะเยา. โครงการปฏิบัติงานเพื่อแก้ไขปัญหาการ
เปลี่ยนแปลงสิทธิและการทำประโยชน์ในที่ดินตามความเจริญของการ
พัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคมแห่งชุมชนท้องถิ่นในเขตปฏิรูปที่ดิน
กรณี พื้นที่เขตปฏิรูปที่ดินโดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยา อำเภอเมือง
จังหวัดพะเยา ปีงบประมาณ 2556(15 พฤษภาคม 2556 – 14 สิงหาคม
2556).

สำนักงานโยธาธิการและผังเมืองจังหวัดพะเยา. เอกสารประกอบการประชุม
คณะกรรมการผังเมืองเพื่อพิจารณาผังเมือง เรื่อง ผังเมืองรวมชุมชน
บริเวณโดยรอบมหาวิทยาลัยพะเยา จังหวัดพะเยา.ในการประชุม
คณะกรรมการผังเมืองเพื่อพิจารณาผังเมืองครั้งที่ 3/2553 วันที่ 18
มีนาคม 2553 เวลา 13.30 น. ณ ห้องประชุมกรมโยธาธิการและผังเมือง
1201 อาคาร 1 ชั้น 2 ถนนพระราม 9.

สำนักงานเทศบาลตำบลแม่กา : ข้อมูลพื้นฐานเทศบาลตำบลแม่กา พ.ศ.2558
[ระบบออนไลน์], แหล่งที่มา: <http://www.maekalocal.com/>

การสัมภาษณ์

สัมภาษณ์ผู้ประกอบการหอพักเขตพื้นที่เป็นที่ดินที่มีเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดิน นางสาวเอ (นามสมมติ) สถานประกอบการตั้งอยู่ใน หมู่ที่ 16 ตำบลแม่กา อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา สัมภาษณ์เมื่อวันที่ 22 เมษายน พ.ศ. 2558 ณ มหาวิทยาลัยพะเยา ตำบลแม่กา อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา

สัมภาษณ์ผู้ประกอบการหอพักในพื้นที่เขตปฏิรูปที่ดินนางสาวอี (นามสมมติ) สถานประกอบการตั้งอยู่ทางเข้าอ่างเก็บน้ำแม่ต้า วันที่ 22 เมษายน พ.ศ.2558 ณ มหาวิทยาลัยพะเยา ตำบลแม่กา อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา

คำแนะนำการจัดทำต้นฉบับบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารนิติสังคมศาสตร์

วารสารนิติสังคมศาสตร์ มีกำหนดออกปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 มกราคม – มิถุนายน และฉบับที่ 2 กรกฎาคม – ธันวาคม

1. ประเภทของเรื่องที่จะตีพิมพ์

- 1) รายงานการวิจัยทางด้านนิติศาสตร์เป็นบทความวิจัย
- 2) บทความวิชาการทางด้านนิติศาสตร์เป็นบทความ
- 3) บทความวิจารณ์หนังสือหรือบทความปริทรรศน์

2. รูปแบบการเขียนบทความ

รายงานการวิจัย บทความวิชาการ ทางด้านนิติศาสตร์ ควรมีความยาวตั้งแต่ 5,000 คำ แต่ไม่ควรเกินกว่า 15,000 คำ (จำนวนคำถือตามการนับจำนวนคำใน Microsoft Word) หรือ จำนวนหน้า ตั้งแต่ 15 หน้า แต่ไม่ควรเกิน 30 หน้า (ไม่รวมบรรณานุกรม ภาพประกอบ และคำบรรยายภาพ) ลงในกระดาษ A4 ระยะห่างจากขอบกระดาษ ทั้งด้านบน ด้านล่าง ด้านซ้าย และด้านขวา 2.54 เซนติเมตร แบบอักษร Cordia New ขนาด 16 Point ภาพประกอบความละเอียดที่ 300 Pixel/High Resolution ขนาดไฟล์ไม่ต่ำกว่า 500 KB และมีข้อมูลตามลำดับต่อไปนี้

- 1) บทคัดย่อ ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 2) ชื่อ-นามสกุล ตำแหน่ง ตำแหน่งทางวิชาการ หน่วยงานที่สังกัด ทั้งภาษาไทย และภาษาอังกฤษ
- 3) หัวข้อเรื่อง
- 4) เนื้อหา
- 5) การจัดองค์ประกอบ สามารถจัดได้ตามความเหมาะสม
- 6) เชิงอรรถและบรรณานุกรม

3. การเตรียมต้นฉบับ

1) เอกสารบทความวิชาการ/วิจัย (ตามข้อ 2) จำนวน 2 ชุด พร้อมแบบนำส่งต้นฉบับ จำนวน 1 ชุด

2) ซีดี-รอม จำนวน 1 แผ่น ประกอบด้วย

ก. ไฟล์บทความ นามสกุล .doc หรือ .docx

ข. ไฟล์ภาพประกอบ นามสกุล .jpg, jpeg หรือ RAW หรือ TIFF
ความละเอียด 300 Pixel / High Resolution ขนาดไฟล์ไม่ต่ำกว่า 500KB

4. การจัดส่ง

ส่งที่: กองบรรณาธิการวารสารนิติสังคมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

239 ถนนห้วยแก้ว ตำบลสุเทพ

อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่ 50200

โทรศัพท์ 0-5394-2921 โทรสาร 0-5321-2914

หรือ e-mail : lawcmu.research@hotmail.com

ส่งบทความออนไลน์ : www.law.cmu.ac.th/ojs/index.php/CMUJLSS

5. การพิจารณาบทความ

กองบรรณาธิการจะทำหน้าที่พิจารณากลับกรองบทความและจะแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ส่งบทความทราบภายใน 1 เดือน นับตั้งแต่วันที่ได้รับบทความ ทั้งนี้ กองบรรณาธิการจะทำหน้าที่ประสานงานกับผู้ส่งบทความในทุกขั้นตอน

กองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดรูปแบบของบทความให้เป็นระบบเดียวกันทุกบทความก่อนนำเสนอให้ผู้ทรงคุณวุฒิ (peer review) พิจารณา จากนั้น จึงส่งบทความที่ได้รับการพิจารณาในเบื้องต้นให้กับผู้ทรงคุณวุฒิ (peer review) จำนวน 2 ท่าน เป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบในการตีพิมพ์เผยแพร่บทความ โดยใช้เวลาพิจารณาแต่ละบทความไม่เกิน 1 เดือน ผลการพิจารณาของผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวถือเป็นสิ้นสุด จากนั้น จึงส่งผลการพิจารณาของผู้ทรงคุณวุฒิให้ผู้ส่งบทความ หากมีการแก้ไขหรือปรับปรุงให้ผู้ส่งบทความแก้ไขและนำส่งกองบรรณาธิการภายในระยะเวลา 15 วันนับตั้งแต่วันที่ได้รับผลการพิจารณา

กองบรรณาธิการนำบทความที่ผ่านการพิจารณาและแก้ไขแล้ว เข้าสู่กระบวนการเรียบเรียงพิมพ์และการตีพิมพ์ โดยใช้ระยะเวลาดำเนินการประมาณ 1-2 เดือน

ผู้ส่งบทความจะได้รับ “วารสารนิติสังคมศาสตร์” จำนวน 2 เล่มเป็นการตอบแทนภายใน 1 เดือนนับตั้งแต่วารสารนิติสังคมศาสตร์ได้รับการเผยแพร่ และผู้ส่งบทความจะได้รับค่าตอบแทนตามความเหมาะสม

6. การอ้างอิงเอกสาร

การอ้างอิงเอกสารในเรื่องที่ใช้ระบบเชิงบรรณของวารสารนิติสังคมศาสตร์ มีหลักเกณฑ์ ดังนี้

การอ้างอิงแบบเชิงบรรณ (footnote citation) วิธีการอ้างอิงแบบนี้เป็นการอ้างอิงโดยแยกส่วนเนื้อหาจากการอ้างอิงออกจากกัน แต่อยู่ภายในหน้าเดียวกัน โดยให้การอ้างอิงอยู่ส่วนล่างของหน้ากระดาษ มีเส้นขีดคั่นขวางประมาณ 1/3 ของหน้ากระดาษ เนื้อหาส่วนที่ต้องการอ้างอิงให้ลงหมายเลขกำกับ เรียงลำดับตามลำดับการอ้างอิง

1) รูปแบบอ้างอิงแบบเชิงบรรณ

1.1 การอ้างอิงสำหรับเอกสาร สิ่งพิมพ์ หนังสือ ตำรา งานวิจัย

รูปแบบ

¹ ผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง,/สถานที่พิมพ์:/ สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์,/หน้า/เลขหน้า.

1.2 การอ้างอิงสำหรับบทความวารสารใช้รูปแบบเดียวกับบรรณานุกรม

รูปแบบ

¹ ผู้แต่ง,/“ชื่อบทความ”,/ชื่อวารสาร,/ปีที่ (ฉบับที่)/ :หน้า/วาระที่ออก.

1.3 การอ้างอิงสำหรับบทความหนังสือพิมพ์

รูปแบบ

¹ ผู้แต่ง,/ “ชื่อบทความ”/ชื่อหนังสือพิมพ์,/วันที่ เดือน ปีที่ออก./หน้าที่.

1.4 การอ้างอิงแบบเชิงบรรณจากการสัมภาษณ์

รูปแบบ

¹ ชื่อ นามสกุลผู้ที่ให้สัมภาษณ์,/ตำแหน่ง (ถ้ามี),/วันที่สัมภาษณ์.

2 ข้อกำหนดการอ้างอิงซ้ำ

การอ้างอิงแบบเชิงบรรณนี้มีรูปแบบสำหรับการอ้างอิงซ้ำในกรณีที่เคยอ้างมาแล้ว และเรียบเรียงไว้ในหน้าเดียวกัน มี 2 วิธี ดังนี้

วิธีที่ 1 เรื่องเดียวกัน = Ibid. (มาจากคำเต็มภาษาละตินว่า Ibidem) ใช้ในกรณีอ้างอิงซ้ำติดกัน ไม่มีเชิงบรรณอื่นคั่น

วิธีที่ 2 “ชื่อผู้แต่ง, ชื่อหนังสือ, เลขหน้า” ใช้ในกรณีที่อ้างอิงซ้ำไม่ติดกัน โดยมีเชิงบรรณอื่นคั่น และไม่ได้อ้างหน้าเดิม

7. การเขียนบรรณานุกรม

เอกสารอ้างอิงทุกเรื่องที่ปรากฏในรายการอ้างอิงให้นำมาเขียนเป็นบรรณานุกรมทุกรายการ มีหลักเกณฑ์ดังนี้

- 1) จัดทำรายการสิ่งพิมพ์ภาษาไทยก่อน ตามด้วยรายการสิ่งพิมพ์ภาษาต่างประเทศ
- 2) การอ้างอิงที่เป็นตัวเลขใช้เลขอารบิกทุกกรณี
- 3) เรียงลำดับตามตัวอักษรของผู้แต่ง

ก. เขียนชื่อทุกคนที่ร่วมเขียนเอกสารภาษาไทย ให้เขียนชื่อ ทุกคนเรียงกันไป คั่นด้วยจุลภาค (,)

ข. คนสุดท้ายให้เชื่อมด้วย “และ” เช่น วัลลภ สันติประชา, ขวัญจิตร สันติประชา, และชูศักดิ์ ณรงค์เดช.

ค. เอกสารที่มีผู้เขียนชุดเดียวกัน ให้เรียงลำดับตามปี จากปีที่พิมพ์ก่อน-ปีทีพิมพ์หลังต่อๆ มา แต่หากเป็นปีเดียวกันให้ใส่ ก ข ค กำกับไว้ที่พุทธศักราช หรือ A B C กำกับไว้ที่คริสต์ศักราชโดยเรียง ตามลำดับของเล่มที่พิมพ์ก่อน-หลังและตามลำดับตัวอักษรของชื่อเรื่องสำหรับชื่อเรื่องให้ใช้ตัวเอน

ง. ชื่อผู้แต่งในรายการถัดจากรายการแรกให้แทนชื่อผู้เขียนด้วยการขีดเส้นใต้ จำนวน 16 เคาะ (8 ตัวอักษร) ตามด้วยจุด (.)

จ. บรรณานุกรมที่มีความยาวเกิน 1 บรรทัด ในการพิมพ์/เขียนบรรทัดที่ 2 ให้เยื้องเข้าประมาณ 1/2 นิ้ว

4) ชื่อเรื่องหนังสือ ชื่อบทความ ชื่อวารสารภาษาต่างประเทศ ให้ขึ้นต้นด้วยอักษรตัวพิมพ์ใหญ่ทุกคำ ยกเว้นคำบุรพบทและสันธาน

5) หากไม่ปรากฏเมืองที่พิมพ์ สำนักพิมพ์ ให้ใช้คำว่า ม.ป.ท. หรือ n.p. หากไม่ปรากฏปีที่พิมพ์ให้ใช้คำว่า ม.ป.ป. หรือ N.d.

6) ในกรณีไม่มีชื่อผู้แต่ง ผู้รวบรวม ผู้แปล หรือบรรณาธิการ ให้ลงรายการชื่อเรื่องแทน

7) ลำดับการเขียนและเครื่องหมายวรรคตอนให้ใช้ดังนี้

หนังสือ

(1) ผู้แต่ง 1 คน

ไทย ชื่อ//สกุล/(ปีพิมพ์)/ชื่อเรื่อง/(พิมพ์ครั้งที่)/สถานที่พิมพ์/สำนักพิมพ์.

อังกฤษ สกุล,อักษรย่อชื่อ/(ปีพิมพ์)/ชื่อเรื่อง/(พิมพ์ครั้งที่)/สถานที่พิมพ์/สำนักพิมพ์.

(2) ผู้แต่ง 2 คน

ไทย ชื่อ//สกุล/และ/ชื่อ//สกุล/(ปีพิมพ์)/ชื่อเรื่อง/(พิมพ์ครั้งที่)/สถานที่พิมพ์:/
////////สำนักพิมพ์.

อังกฤษ สกุล,อักษรย่อชื่อ./&/สกุล,ชื่อ/(ปีพิมพ์)/ชื่อเรื่อง/(พิมพ์ครั้งที่)/สถานที่/
////////พิมพ์/สำนักพิมพ์.

ถ้าผู้แต่งมากกว่า 3 คน ให้มีเพียงชื่อผู้แต่งคนแรก เว้นวรรค แล้วตามด้วย “และอื่นๆ” หรือ et al

บทความบรรณาธิการ

ไทย ชื่อ//สกุล/(ปีพิมพ์)/ชื่อบทความ./ใน/ชื่อ//สกุลบรรณาธิการ/ (บ.ก.)/ชื่อหนังสือ/
////////(เลขหน้า)/สถานที่พิมพ์/สำนักพิมพ์.

อังกฤษ สกุล,อักษรย่อชื่อ/(ปีพิมพ์)/ชื่อบทความ./In/สกุล,ชื่อ/(Ed. หรือ Eds.)/
////////ชื่อหนังสือ(เลขหน้า)/สถานที่พิมพ์/สำนักพิมพ์.

วารสาร

ไทย ชื่อ//สกุล/(ปีพิมพ์)/ชื่อบทความ/ชื่อวารสาร./เลขของปีที่(เลขของฉบับที่)/เลขหน้า.

อังกฤษ สกุล,อักษรย่อชื่อ/(ปีพิมพ์)/ชื่อบทความ/ชื่อวารสาร./เลขของปีที่(เลขของฉบับที่)/
////////เลขหน้า.

หนังสือพิมพ์

ไทย ชื่อ//สกุล/(ปี./วัน/เดือน)/ชื่อคอลัมน์./ชื่อหนังสือพิมพ์./เลขหน้า.

อังกฤษ สกุล,อักษรย่อชื่อ/(ปี./เดือน/วัน)/ชื่อคอลัมน์./ชื่อหนังสือพิมพ์./เลขหน้า.

วิทยานิพนธ์

ไทย ชื่อ//สกุล/(ปีที่เผยแพร่)/ชื่อวิทยานิพนธ์./ระดับปริญญา./ชื่อสาขาวิชาหรือ
////////ภาควิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย.

อังกฤษ สกุล,อักษรย่อชื่อ./ชื่อวิทยานิพนธ์/(ระดับปริญญา)/ชื่อสาขาวิชาหรือภาควิชา/
////////คณะ/มหาวิทยาลัย.

เว็บไซต์

ไทย ชื่อ//สกุลผู้เขียน./(ปีที่เผยแพร่)/ชื่อบทความ./สืบค้นวันที่/xx/เดือน/ปี./จาก/URL
อังกฤษ สกุล,/อักษรย่อชื่อผู้เขียน./(ปีที่เผยแพร่)/ชื่อบทความ./Retrieved/เดือน/วัน/ปี,
/////////from/URL

การสัมภาษณ์

ไทย ชื่อ//สกุล./(ปี./วัน/เดือน)./สัมภาษณ์โดยชื่อ/สกุล./ตำแหน่ง (ถ้ามี)./สถานที่.
อังกฤษ สกุล,/อักษรย่อชื่อ./(ปี./วัน/เดือน)./Interviewed by/อักษรย่อชื่อ./สกุล/
/////////[วิธีการบันทึก]./ตำแหน่งของผู้ถูกสัมภาษณ์./เมือง

