

ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออก : ศึกษารณีกการใช้ประทุษวาจา (Hate Speech)



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2563
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

The scope of exercising freedom of expression : Case study on the use of Hate
Speech



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws
Common Course
FACULTY OF LAW
Chulalongkorn University
Academic Year 2020
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออก : ศึกษากรณีการใช้
ประทุษวาจา (Hate Speech)

โดย

นายदनัยภัทร โภควณิช

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

รองศาสตราจารย์ ดร.คณิงจ ศรีบัวเอี่ยม

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

..... ประธานกรรมการ
(ดร.ชาญชัย ชัยสุขโกศล)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(รองศาสตราจารย์ ดร.คณิงจ ศรีบัวเอี่ยม)

..... กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต)

CHULALONGKORN UNIVERSITY

दनัยภัทร โภควณิช : ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออก : ศึกษากกรณีการใช้
 ประทุษวจา (Hate Speech) . (The scope of exercising freedom of
 expression : Case study on the use of Hate Speech) อ.ที่ปริกาหลัก : รศ. ดร.
 คณิงนิจ ศรีบัวเอียม

วิทยานิพนธ์นี้มุ่งศึกษาถึงองค์ความรู้เกี่ยวกับขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกใน
 กรณีของการใช้ประทุษวจาภายใต้ระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตยเป็นสำคัญ ทั้งในระดับ
 ของปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐาน ระดับของกฎหมายระหว่างประเทศ และระดับของ
 กฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศแคนาดา รวมถึงประเทศไทย เพื่อ
 วิเคราะห์ความเป็นไปได้ในการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวจาตามกฎหมายที่เหมาะสมและ
 สอดคล้องกับสภาพบริบทของประเทศไทย โดยเฉพาะการใช้มาตรการทางกฎหมายอาญา

จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษ
 วจาตามกฎหมาย โดยอาศัยจากการพิจารณาสถานการณ์การใช้ประทุษวจา และจากพันธกรณี
 ตามตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี อย่างไรก็ตาม มาตรการทาง
 กฎหมายของประเทศไทย ทั้งรัฐธรรมนูญ และประมวลกฎหมายอาญา ยังคงไม่เพียงพอที่จะจำกัด
 การใช้ประทุษวจาได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงต้องวิเคราะห์ความเหมาะสมในการกำหนดขอบเขต
 การใช้ประทุษวจาตามกฎหมาย ซึ่งต้องพิจารณาถึงฐานคิดทางปรัชญา ทฤษฎีและหลักการ
 พื้นฐาน นิยามของประทุษวจาตามกฎหมาย และการสร้างดุลยภาพระหว่างการปกป้องเสรีภาพใน
 การแสดงออกกับการจำกัดการใช้ประทุษวจาตามกฎหมาย อันมีข้อสรุปสำคัญว่าการใช้ประทุษ
 วจาสามารถแบ่งออกเป็นการใช้ประทุษวจาที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้น รัฐจึงควรกำหนดกระบวนทัศน์ มาตรการทางนโยบาย และมาตรการทางกฎหมาย
 ทั้งในระยะสั้นและระยะยาว ที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย โดยอาศัยฐานคิดทางปรัชญา ทฤษฎี
 และหลักการพื้นฐานภายใต้ระบอบเสรีประชาธิปไตยเป็นหลักตามที่ได้ศึกษามาข้างต้น

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ลายมือชื่อนิสิต

ปีการศึกษา 2563

ลายมือชื่อ อ.ที่ปริกาหลัก

5985973934 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Liberal Democracy/ Freedom of Expression/ Hate Speech

Danaipant Bhogavanija : The scope of exercising freedom of expression :
Case study on the use of Hate Speech. Advisor: Assoc. Prof. KANONGNIJ
SRIBUAIAM, Ph.D.

This thesis is to study the explicit knowledge in regards to the scope of exercising freedom of expression particularly in case of the use of hate speech under the liberal democratic regime. The explicit knowledge includes philosophies, theories and basic principles, international laws and domestic laws in the USA and Canada including Thailand in order to analyze the possibility to set the scope of the use of hate speech to be in accordance with Thai social context particularly in criminal law measures. According to the study, it is found that Thailand needs to set the scope of the use of hate speech by considering relevant precedent situations and certain instruments of international human rights law which Thailand is a state party. However, Thai legal measures both the Constitution and criminal code are not adequate to limit the use of hate speech efficiently. Therefore, it is required to analyze the appropriateness to set such scope based on the philosophies, theories and basic principles, the term hate speech defined by law, and the balance between the protection of freedom of expression and the limitation of the use of hate speech. In a research summary, hate speech can be divided into lawful and unlawful hate speech. Accordingly, the government should set the paradigms, policy measures and legal measures which deem appropriate to Thailand based on the aforementioned philosophies, theories and basic principles under the liberal democratic regime.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2020

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร.คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม ที่จุดประกายความคิดเกี่ยวกับหัวข้อวิทยานิพนธ์ให้กับผู้เขียน และกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาจนกระทั่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วง ตลอดจนเป็นผู้มีพระคุณที่ให้โอกาสผู้เขียนในการเป็นผู้ช่วยวิจัย และเป็นหนึ่งในคณะผู้ยกร่างร่างพระราชบัญญัติกำกับดูแลการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพแบบบูรณาการ พ.ศ. ...

ผู้เขียนขอขอบพระคุณอาจารย์ ดร.ชาญชัย ชัยสุขโกศล ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ แม้ว่าอาจารย์จะมีภารกิจมากอยู่แล้วก็ตาม แต่ก็ยินดีที่จะให้คำปรึกษาที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งและให้กำลังใจผู้เขียนในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วยดีเสมอมา

ผู้เขียนขอขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ทั้งยังคอยให้คำปรึกษาและคำแนะนำทางวิชาการที่เป็นประโยชน์อย่างสูง นอกจากนี้วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาเอกของอาจารย์ยังเป็นกรอบคิดสำคัญในการจัดทำวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนจนเสร็จสมบูรณ์ด้วย

ผู้เขียนขอขอบคุณอาจารย์ภูมิรพี บรรณการ รุ่นน้องของผู้เขียนที่คอยช่วยเหลือในทุก ๆ ด้านอย่างเต็มที่ และขอขอบคุณนายวัชร กิ่งสุวรรณ นายโสภณ ปทุมรัตน์วรกุล นายสุกฤษฎ์ ตั้งวรรณวิบูลย์ นางสาวประภาศิริ ไสระพันธ์ รวมถึงเพื่อน ๆ กลุ่มเจ๊ียบ และกลุ่มจีตีบี ตลอดจนพี่ ๆ ในเครือข่ายอากาศสะอาด ประเทศไทย ที่ช่วยเหลือและให้กำลังใจผู้เขียนตลอดมา

ผู้เขียนขอขอบคุณครอบครัวของผู้เขียนอันมีคุณยายและคุณแม่เป็นสำคัญ ที่คอยห่วงใย ใต้ถามและให้กำลังใจผู้เขียนตลอดการจัดทำวิทยานิพนธ์ซึ่งมีหลายครั้งที่ผู้เขียนรู้สึกเหนื่อยล้าและท้อใจ

ผู้เขียนหวังใจเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเกิดคุณูปการต่อวงวิชาการนิเวศศาสตร์ไทยแม้เพียงเล็กน้อยก็ตาม ท่ามกลางสถานะของสังคมไทยในปัจจุบันที่เต็มไปด้วยความขัดแย้งร้ายลึกและความเกลียดชัง และมุ่งหมายให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นพื้นฐานองค์ความรู้สำหรับผู้สนใจที่จะนำไปศึกษา ค้นคว้าให้ลุ่มลึกยิ่งขึ้น ทั้งนี้ หากปรากฏข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

दनัยภัทร โภควณิช

สารบัญ

| | หน้า |
|--|------|
| | ค |
| บทคัดย่อภาษาไทย..... | ค |
| | ง |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ..... | ง |
| กิตติกรรมประกาศ..... | จ |
| สารบัญ..... | ฉ |
| สารบัญตาราง..... | ช |
| สารบัญรูปภาพ..... | ฌ |
| บทที่ 1 บทนำ | 1 |
| 1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา | 1 |
| 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา | 11 |
| 1.3 สมมติฐานของการศึกษา | 12 |
| 1.4 ขอบเขตของการศึกษา | 12 |
| 1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา | 13 |
| 1.6 บทนิยามศัพท์เฉพาะในการศึกษา | 13 |
| 1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ..... | 14 |
| บทที่ 2 ปรัชญา ทฤษฎีและหลักการเกี่ยวกับขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการ ใช้ประทุษวาจาภายใต้ระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย | 1 |
| 2.1 ปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานของระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย | 1 |
| 2.1.1 ปรัชญาการเมืองพื้นฐานของระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย | 2 |
| 2.1.1.1 ปรัชญาเสรีนิยมทางการเมือง (Political Liberalism)..... | 3 |

| | | |
|-----------|---|----|
| 2.1.1.1.1 | ปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิก (Classical Liberalism)..... | 4 |
| 2.1.1.1.2 | ปรัชญาเสรีนิยมสมัยใหม่ (Modern Liberalism)..... | 6 |
| 2.1.1.1.3 | ความสัมพันธ์ระหว่างปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิกกับปรัชญาเสรีนิยมสมัยใหม่ | 7 |
| 2.1.1.2 | ปรัชญาประชาธิปไตย (Democracy)..... | 10 |
| 2.1.1.2.1 | หลักความเสมอภาคทางการเมือง (Political Equality)..... | 11 |
| 2.1.1.2.2 | หลักการตัดสินใจโดยเสียงข้างมาก (Majority Decisions)..... | 12 |
| 2.1.2 | ปรัชญา ทฤษฎีและหลักการทางกฎหมายมหาชนที่สนับสนุนระบอบเสรีนิยมประชาธิปไตย..... | 13 |
| 2.1.2.1 | ทฤษฎีกฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Rights Law) | 13 |
| 2.1.2.2 | หลักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism)..... | 15 |
| 2.1.2.3 | หลักนิติรัฐ (Legal State) | 17 |
| 2.2 | ปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมาย..... | 22 |
| 2.2.1 | นิยามและลักษณะของเสรีภาพในการแสดงออก | 22 |
| 2.2.2 | ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมายระหว่างประเทศ..... | 27 |
| 2.2.2.1 | ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration on Human Rights 1948 (UDHR)) | 28 |
| 2.2.2.2 | กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)) | 29 |
| 2.2.2.4 | อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา (The American Convention on Human Rights (AHCR)) | 32 |
| 2.2.2.5 | กฎบัตรว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกา (African Charter on Human and Peoples' Rights) | 33 |
| 2.2.3 | ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมายภายใน | 36 |
| 2.3 | ปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย | 41 |

| | | |
|-----------|---|----|
| 2.3.1 | นิยามของประทุษวาจา | 41 |
| 2.3.1.1 | นิยามของประทุษวาจาภายใต้มนทัศน์สากล | 41 |
| 2.3.1.1.1 | นิยามของประทุษวาจาภายใต้มนทัศน์ทางกฎหมาย (Legal Concept) | 42 |
| 2.3.1.1.2 | นิยามของประทุษวาจาภายใต้มนทัศน์โดยทั่วไป (Ordinary Concept) | 52 |
| 2.3.1.2 | นิยามของประทุษวาจาภายใต้มนทัศน์ของประเทศไทย | 60 |
| 2.3.2 | องค์ประกอบของประทุษวาจา | 62 |
| 2.3.2.1 | ผู้ใช้ประทุษวาจา (Hate Speaker) | 62 |
| 2.3.2.2 | ผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้ประทุษวาจา (Audience) | 64 |
| 2.3.2.3 | รูปแบบของการใช้ประทุษวาจา | 68 |
| 2.3.2.4 | สถานที่และสถานการณ์ของการใช้ประทุษวาจา | 69 |
| 2.3.3 | พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย | 71 |
| 2.3.3.1 | การจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในยุคคลาสสิก | 71 |
| 2.3.3.2 | การจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในยุคสมัยใหม่ | 73 |
| 2.3.4 | ประเด็นอภิปรายเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายภายใต้ปรัชญาเสรีนิยมและปรัชญาประชาธิปไตย | 79 |
| 2.3.4.1 | ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีของจอห์น สจิวต มิลล์ (The Millian Theory). 79 | |
| 2.3.4.1.1 | ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีการแสวงหาความจริง (The discovery of truth) และตลาดเสรีทางความคิด (The marketplace of ideas) | 79 |
| 2.3.4.1.2 | ประเด็นอภิปรายตามหลักการความเป็นภัยอันตราย (The Harm Principle) | 84 |
| 2.3.4.2 | ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีอัตตานิติของปัจเจกชน (Individual Autonomy) | 88 |
| 2.3.4.3 | ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) | 90 |

| | |
|--|-----|
| 2.2.5.3.1 ทฤษฎีว่าด้วยศักดิ์ศรีในฐานะของคุณค่าภายในมนุษย์แต่ละคน (Dignity as Intrinsic Human Worth) | 91 |
| 2.2.5.3.2 ทฤษฎีว่าด้วยศักดิ์ศรีในฐานะของการยอมรับรู้ (Dignity as recognition) | 91 |
| 2.3.4.4 ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีความเสมอภาค (Equality)..... | 94 |
| 2.3.4.5 ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีชาติพันธุ์วิพากษ์ (Critical Race Theory)..... | 95 |
| 2.3.4.6 ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีว่าด้วยการระแวงสงสัยรัฐ (The Suspicion of Government) | 98 |
| 2.3.4.7 ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีการสร้างมติมหาชน (Public Opinion) ในพื้นที่ แห่งวาทกรรมสาธารณะ (Public Discourse) | 99 |
| 2.3.4.8 ประเด็นอภิปรายตามข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติ | 106 |
| 2.3.5 ขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายระหว่างประเทศ | 108 |
| 2.3.5.1 ประเภทของการใช้ประทุษวาจาที่ถูกจำกัดตามกฎหมายระหว่างประเทศ... | 108 |
| 2.3.5.2 คดีสำคัญเกี่ยวกับขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายระหว่างประเทศ | 117 |
| 2.3.5 ขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายภายใน | 119 |
| 2.3.5.1 ขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามรัฐธรรมนูญ | 119 |
| 2.3.5.2 ขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายอาญา | 120 |
| 2.3.5.3 ความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มกฎหมายอาญาที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจา กับกลุ่มกฎหมายอาญาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง..... | 126 |
| 2.3.5.4 แนวคิดเกี่ยวกับการแบ่งระดับความรุนแรงของการใช้ประทุษวาจา กับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย | 130 |
| 2.3.5.4.1 แนวคิดของแอนโทนี คอติส (Anthony Cortese) | 130 |
| 2.3.5.4.2 แนวคิดขององค์กร ARTICLE 19 | 132 |
| 2.3.5.4.3 แนวคิดของซูซาน เบนเนสซ์ (Susan Benesch) | 140 |

| | |
|--|-----|
| บทที่ 3 ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในต่างประเทศ..... | 145 |
| 3.1 ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา..... | 145 |
| 3.1.2 ขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา..... | 147 |
| 3.1.2.1 ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการรับรองเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง..... | 147 |
| 3.1.2.2 ประเภทของประทุษวาจาที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง | 156 |
| 3.1.2.2.1 การยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรงหรือการกระทำที่ผิดกฎหมาย (Incitement to Violence or Lawlessness)..... | 156 |
| 3.1.2.2.2 การแสดงออกที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาท (Fighting Words) . | 164 |
| 3.1.2.2.3 การแสดงออกที่คุกคามอย่างแท้จริง (True Threat)..... | 168 |
| 3.1.2.2.4 การหมิ่นประมาทกลุ่ม (Group Defamation) | 170 |
| 3.2 ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศแคนาดา | 172 |
| 3.2.1 ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมายในประเทศแคนาดา | 172 |
| 3.2.2 ขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศแคนาดา | 175 |
| 3.2.2.1 ความผิดเกี่ยวกับการใช้ประทุษวาจาตามประมวลกฎหมายอาญาแห่งประเทศแคนาดา..... | 175 |
| 3.2.2.1.1 การโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Propaganda)..... | 175 |
| 3.2.2.1.2 การเชิดชูการก่อการร้าย (The Glorification of Terrorism) ... | 181 |
| 3.2.2.2 แนวทางการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายอาญาโดยศาลฎีกาแห่งประเทศแคนาดา | 182 |

| | |
|---|-----|
| บทที่ 4 ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศไทย | 191 |
| 4.1 สถานการณ์การใช้ประทุษวาจาในประเทศไทย | 191 |
| 4.1.1 การใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับชาติพันธุ์ เชื้อชาติ ชนชาติ และสีผิว | 191 |
| 4.1.2 การใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับศาสนา | 192 |
| 4.1.3 การใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับเพศ เพศสภาพ อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ และ รสนิยมทางเพศ | 194 |
| 4.1.4 การใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับระดับสถานะทางสังคมและเศรษฐกิจ ซึ่งเชื่อมโยงกับความ แตกต่างทางภูมิภาค | 196 |
| 4.1.5 การใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับรูปลักษณ์ทางกายภาพ และความพิการ | 197 |
| 4.1.6 การใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับอุดมการณ์และความคิดเห็นทางการเมือง | 198 |
| 4.2 ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งเข้าลักษณะการใช้ประทุษวาจาตามตราสารสิทธิ มนุษยชนระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันประเทศไทย | 202 |
| 4.2.1 ข้อ 20 (2) แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิพลเมือง (ICCP)..... | 203 |
| 4.2.2 ข้อ 4 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (CERD) | 204 |
| 4.3 ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งเข้าลักษณะประทุษวาจาตามกฎหมายภายใน .. | 205 |
| 4.3.1 พัฒนาการทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายใน ประเทศไทย | 205 |
| 4.3.1.1 ช่วงก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 | 205 |
| 4.3.1.2 ช่วงหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 | 208 |
| 4.3.2 ขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.. | 212 |
| 4.3.2.1 เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่ เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาในภาพรวม | 212 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| 4.3.2.1.1 | กรอบการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 | 213 |
| 4.3.2.1.2 | คำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 | 214 |
| 4.3.2.1.3 | บันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ..... | 216 |
| 4.3.2.2 | เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่ เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประมุขวาจายาตรา..... | 218 |
| 4.3.2.2.1 | หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย..... | 218 |
| 4.3.2.2.2 | หมวด 4 หน้าที่ของปวงชนชาวไทย..... | 229 |
| 4.3.2.2.3 | หมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ..... | 232 |
| 4.3.2.2.4 | หมวด 16 การปฏิรูปประเทศ..... | 234 |
| 4.3.2.3 | มาตรการทางนโยบายที่เกี่ยวกับการจำกัดการใช้ประมุขวาจาตามกฎหมาย ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560..... | 236 |
| 4.3.2.3.1 | ยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี..... | 236 |
| 4.3.2.3.2 | แผนการปฏิรูปประเทศ..... | 239 |
| 4.3.3 | ขอบเขตการใช้ประมุขวาจาตามประมวลกฎหมายอาญา..... | 243 |
| 4.3.3.1 | ความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้าย พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ | 243 |
| 4.3.3.2 | ความผิดฐานยุยงปลุกปั่นให้ประชาชนกระด้างกระเดื่องต่อกฎหมายหรือรัฐบาล | 245 |
| 4.3.3.3 | ความผิดฐานดูหมิ่นเหยียดหยามศาสนา..... | 247 |
| 4.3.3.4 | ความผิดฐานหมิ่นประมาท..... | 249 |
| 4.3.3.5 | ความผิดฐานแกล้งบอกเล่าความเท็จให้เลื่องลือจนเป็นเหตุให้ประชาชน ตื่นตกใจ..... | 252 |
| 4.3.3.6 | ความผิดฐานทำให้เกิดความกลัว หรือความตกใจ..... | 253 |

| | |
|---|-----|
| 4.3.3.6 ความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณา..... | 253 |
| 4.3.3.8 ความผิดในฐานะเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด | 254 |
| บทที่ 5 บทวิเคราะห์ | 258 |
| 5.1 วิเคราะห์ความจำเป็นในการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศไทย | 258 |
| 5.1.1 ความจำเป็นจากสถานการณ์ปัญหาของการใช้ประทุษวาจาในประเทศไทย..... | 260 |
| 5.1.2 ความจำเป็นจากพันธกรณีตามตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี..... | 262 |
| 5.2 วิเคราะห์ความเพียงพอของการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศไทย | 263 |
| 5.2.1 วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจา | 264 |
| 5.2.2 วิเคราะห์มาตรการทางนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจา | 284 |
| 5.3 วิเคราะห์ความเหมาะสมในการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย | 288 |
| 5.3.1 การกำหนดฐานคิดทางปรัชญา ทฤษฎีและหลักการที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย | 288 |
| 5.3.2 การกำหนดนิยามของประทุษวาจาตามกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย | 291 |
| 5.3.3 การกำหนดการสร้างดุลยภาพระหว่างการปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย | 296 |
| บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ..... | 300 |
| 6.1 บทสรุป | 300 |
| 6.2 ข้อเสนอแนะ | 308 |
| บรรณานุกรม..... | 315 |
| ประวัติผู้เขียน..... | 327 |

สารบัญตาราง

| | หน้า |
|---|------|
| ตารางที่ 1 : การปรับใช้ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาในการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษ วาจาตามกฎหมาย..... | 284 |
| ตารางที่ 2 : การเปรียบเทียบมาตรการทางนโยบายของรัฐในการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจา ตามกฎหมาย..... | 286 |



สารบัญรูปภาพ

หน้า

| | |
|---|-----|
| รูปที่ 1 : ภูเขาน้ำแข็งแสดงความทับซ้อนระหว่างการใช้ประทุษวาจาภายใต้มนทัศน์โดยทั่วไปและ การใช้ประทุษวาจาภายใต้มนทัศน์ทางกฎหมาย..... | 54 |
| รูปที่ 2 : ลักษณะของการส่งเสริมความเกลียดชังที่ยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิบัติ หรือ การใช้ความรุนแรง | 137 |
| รูปที่ 3 : ลักษณะของการใช้ประทุษวาจาที่มุ่งกระทำต่อเหยื่อเป็นการเฉพาะราย | 138 |
| รูปที่ 4 : พิระมิดแสดงการแบ่งแยกระหว่างการใช้ประทุษวาจาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและการใช้ ประทุษวาจาที่ชอบด้วยกฎหมาย..... | 140 |
| รูปที่ 5 : การกำหนดนิยามของประทุษวาจาตามกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย..... | 294 |

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

“ประทุษวาจา” เป็นคำศัพท์ที่ราชบัณฑิตยสถานได้บัญญัติขึ้นจากคำว่า “Hate Speech” ซึ่งในเบื้องต้น ราชบัณฑิตยสถานได้ให้นิยามว่าหมายถึง “คำพูดที่เป็นการข่มขู่ คุกคาม สบประมาท ยั่วแหย่ให้เกิดความเกลียดชัง การเลือกปฏิบัติ และความรุนแรง” โดยให้คำอธิบายเพิ่มเติมว่า “...hate speech ใช้ในสหรัฐอเมริกา แต่ไม่ค่อยใช้ในสหราชอาณาจักร ในทศวรรษ ๑๙๘๐ วิทยาลัยอเมริกันหลายแห่งนำกฎของการพูด (speech codes) มาใช้เพื่อเตือนให้รู้ว่าการใช้ภาษาที่มีอคติทางเพศและการกล่าวคำดูถูกเหยียดหยันกลุ่มชาติพันธุ์หรือชนกลุ่มน้อยเป็นสิ่งผิดกฎหมาย...”¹

ปัญหาการใช้ประทุษวาจาเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นทั่วโลกมาอย่างยาวนาน โดยเฉพาะการใช้ประทุษวาจาที่อยู่ต้งบนพื้นฐานของการ “เหยียดเชื้อชาติ” (Racism) ดังปรากฏการปลุกระดมให้เกิดความเกลียดชังชาวยิวซึ่งนำไปสู่การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์อันทารุณโหดร้ายในประเทศเยอรมนีสมัยนาซี (Nazi)² และการยั่วแหย่ให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวทุตซี (Tutsi) ในประเทศรวันดา³ ทั้งนี้ หลังเกิดเหตุการณ์วินาศกรรม 9/11 ได้ปรากฏการใช้ประทุษวาจาอย่างแพร่หลายและรุนแรงมากขึ้น ทั้งการใช้ประทุษวาจาโจมตีตัวบุคคลซึ่งหน้า หรือการใช้ประทุษวาจาช่วยและปลุกระดมให้เกิดความเกลียดชังในสังคมทั้งในสังคมออฟไลน์และออนไลน์ซึ่งส่วนใหญ่มักเป็นเนื้อหาที่มุ่งแบ่งแยกและโจมตีศาสนาอิสลามหรือชาวมุสลิม (Islamophobia)⁴ นอกจากนี้ในปัจจุบันกระแสของการเกลียดกลัวผู้ก่อการร้ายและผู้อพยพจากสงคราม ประกอบกับลัทธิสุดโต่งทางศาสนาและการเมือง

¹ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, "hate speech ประทุษวาจา" [ออนไลน์], แหล่งที่มา

<https://www.facebook.com/RatchabanditThai/photos/hate-speech-%E0%B8%9B> . อย่างไรก็ตาม นิยามนี้ยังไม่เป็นที่สิ้นสุด

² อันโตนิโอ โอมซา, "นาซีศึกษา : อ่านอดีต เพื่อเข้าใจปัจจุบัน กับ ตูลย์ อิศรางกูร ณ อยุธยา" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.the101.world/tul-interview-nazi-study/>.

³ บีบีซีไทย, "ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์รวันดา: ครบรอบ 25 ปี เหตุสังหาร 8 แสนชีวิตภายใน 100 วัน" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.bbc.com/thai/international-47855860>.

⁴ พิรงรอง รามสูต, ประทุษวาจา กับ โลกออนไลน์ (กรุงเทพฯ: พิรงรอง รามสูต, ประทุษวาจา กับ โลกออนไลน์ (กรุงเทพฯ: มูลนิธิเพื่อการศึกษาประชาธิปไตยและการพัฒนา (โครงการจัดพิมพ์คบไฟ), 2558), หน้า 10-11.

(Fundamentalism) ลัทธิคลั่งชาติ (Patriotism) ตลอดจนลัทธิยกย่องคนผิวขาว (White Supremacist) ซึ่งอาจเรียกโดยรวมๆ ว่า “กลุ่มขวาจัดสุดโต่ง” (Far-Right Extremism) ได้ก่อตัวขึ้นอย่างหนาแน่นและแพร่ขยายไปทั่วโลก โดยเฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกาและในประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป ซึ่งทำให้เกิดกระแสของการใช้ประทุษวาจาอย่างเข้มข้น และหลายกรณีนำไปสู่การใช้ความรุนแรงต่อกลุ่มที่ตกเป็นเหยื่อของประทุษวาจา รวมถึงเกิดกรณีที่เหยื่อและบุคคลทั่วไปซึ่งต่อต้านการใช้ประทุษวาจาได้ใช้ความรุนแรงตอบโต้กลับผู้ใช้ประทุษวาจาจนกลายเป็นสงครามกลางเมืองขนาดย่อม ๆ อันก่อความสูญเสียชีวิตและบาดเจ็บของกลุ่มคนจำนวนมาก โดยพฤติการณ์ของการใช้ความรุนแรงทางกายภาพที่มีมูลเหตุจูงใจจากความเกลียดชังข้างต้นนั้น ในทางวิชาการและกฎหมายต่างรู้จักโดยทั่วไปว่า “อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง” (Hate Crime)⁵ และถึงแม้ว่าบรรดาประเทศต่าง ๆ จะมีการกำหนด**มาตรการทางกฎหมายอาญา**และ**มาตรการทางกฎหมายอื่น**เพื่อใช้รับมือกับประทุษวาจา (รวมถึงอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง) อยู่แล้วก็ตาม ก็ยังไม่มีแนวโน้มที่ความรุนแรงของการใช้ประทุษวาจาจะบรรเทาลงเลยแม้แต่น้อย

เมื่อพิจารณาสภาพบริบทในประเทศไทย จะพบการใช้ประทุษวาจาอยู่หลากหลายประเด็น และหลากหลายกลุ่มคนที่เกี่ยวข้อง เช่น ประเด็นเกี่ยวกับศาสนา⁶ ประเด็นเกี่ยวกับเพศ เพศสภาพ เพศวิถีและรสนิยมทางเพศ⁷ ประเด็นเกี่ยวกับชนชั้นทางเศรษฐกิจและสังคม⁸ ประเด็นเกี่ยวกับภูมิภาค⁹

⁵ Meghan Keneally, "What to Know About the Violent Charlottesville Protests and Anniversary Rallies," [Online]. Available from: <https://abcnews.go.com/US/happen-charlottesville-protest-anniversary-weekend/story?id=57107500>.; Omer Karasapan, "Refugees, Migrants, and the Politics of Fear," [Online]. Available from: <https://www.brookings.edu/blog/future-development/2017/04/12/refugees-migrants-and-the-politics-of-fear/>.; Tom Jacobs, "Trump's Election Made Bigotry More Acceptable," [Online]. Available from: <https://psmag.com/social-justice/trumps-election-made-bigotry-more-acceptable>.

⁶ บีบีซีไทย, “ฟังมุสลิมไทยคุยกระแสระแวงอิสลาม” [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.bbc.com/thai/thailand-41396198>.

⁷ ชัชฌพงษ์ศ์ นิธิวนา, “สังคมเปิดแต่ LGBT ยังถูก ‘เหยียด-ล้อเลียน’ หรือใครๆ ก็ทำกัน?” [ออนไลน์], แหล่งที่มา <http://www.tcijthai.com/news/2015/11/archived/5385>.

⁸ มูลนิธิชีวิตไท, “โง่_จน_เจ็บ ใครเป็นคนทำ” [ออนไลน์], แหล่งที่มา http://landactionthai.org/land/index.php?option=com_content&view=article&id.

⁹ เมเนเจอร์ออนไลน์, “สุดดี"เหล่าวีรชนคนกล้า" พันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตย” [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://mgronline.com/politics/detail/9510000143682>.

ประเด็นเกี่ยวกับสภาพรูปร่างหน้าตา¹⁰ เป็นต้น นอกจากนี้ ประทศวาจายังเป็นปรากฏการณ์ที่ไม่ได้เพิ่งเกิดขึ้นไม่นานนี้ ทว่าเป็นปรากฏการณ์ที่ดำรงอยู่มาโดยตลอดตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน และเคยนำไปสู่ศกนาฏกรรมการสังหารหมู่ฮอโรไรยาปาเถื่อน¹¹ เพียงแต่ว่าสังคมไทยอาจไม่เคยตระหนักถึงการดำรงอยู่ของประทศวาจาและไม่ได้รู้สึกว่าเป็นปัญหาสังคม กล่าวอีกนัยหนึ่ง สังคมไทยที่ผ่านมา ยังคงเพิกเฉยหรือไม่รับรู้ถึง “ภัยอันตราย” (Harm) ของประทศวาจาที่ส่งผลกระทบต่อประชาชนแต่ละคน รวมตลอดถึงสังคมโดยภาพรวม แม้ว่าในหลายสถานการณ์ ภัยอันตรายของประทศวาจาจะส่งผลเสียให้เห็นประจักษ์ชัดแล้วก็ตาม แต่หลายภาคส่วนของสังคม (โดยเฉพาะรัฐ) ก็เลือกที่จะมองข้าม ไม่ใส่ใจ จนกระทั่งกลายเป็นความชินชา และอาจแปรเปลี่ยนเป็นความเย็นชาต่อผู้ที่ตกเป็น “เหยื่อ” ของประทศวาจาได้ในท้ายที่สุด ด้วยเหตุนี้ จึงไม่เคยปรากฏว่ามีภาคส่วนใดกล่าวถึงปัญหาการใช้ประทศวาจามาก่อน จนกระทั่งไม่กี่ปีที่ผ่านมา ดังจะกล่าวต่อไปข้างหน้า

อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่การรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549 ประเทศไทยประสบปัญหาความขัดแย้งทางความคิดทั้งในด้านการเมือง เศรษฐกิจและสังคมอย่างถึงรากและรุนแรงที่สุดอย่างที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนในประวัติศาสตร์การเมืองไทยร่วมสมัย สาเหตุเพราะความขัดแย้งในห้วงเวลานี้ไม่ใช่ความขัดแย้งระหว่างประชาชนกับรัฐเหมือนในอดีตเท่านั้น ทว่าได้ยกระดับเป็นความขัดแย้งระหว่างประชาชนไทยด้วยกันเองที่แบ่งแยกฝักฝ่ายจนกลายเป็นขั้ว “สี” หรือขั้ว “ปฏิปักษ์” อย่างสุดโต่ง และไม่อาจประนีประนอมและปรองดองกันได้โดยสันติ จนกล่าวได้ว่าประเทศไทยกลายเป็น “สังคมที่มีการแบ่งขั้วอย่างร้ายลึก” ไปแล้วโดยสมบูรณ์แบบ (Deeply polarized society)

ผลจากความขัดแย้งข้างต้นได้สะสมและลูกกลมบานปลายจากความขัดแย้งขนาดเล็ก กลายเป็นความขัดแย้งขนาดใหญ่ที่บ่มเพาะความรู้สึกและอารมณ์ร่วมของความ “เกลียดชัง” ให้แพร่ขยายไปทั่วทุกอณูของสังคมทั้งในสังคมออฟไลน์ และสังคมออนไลน์ จนกระทั่งท้ายที่สุดความเกลียดชังนั้นได้นำพาสังคมไปสู่การใช้ความรุนแรงระหว่างประชาชนด้วยกันในรูปแบบต่าง ๆ หลาย

¹⁰ มติชนออนไลน์, "ตัดสินจากหน้าตา พิพากษาจากรูปลักษณ์ วัฒนธรรมการ 'เหยียด' ในสังคมไทย ตลกที่ไม่ซ้ำ ความเหลื่อมล้ำที่ต้องทบทวน" [ออนไลน์], แหล่งที่มา https://www.matichon.co.th/news-monitor/news_602911.

¹¹ สุรพศ ทวีศักดิ์, "6 ตุลา "ฆ่าคอมมิวนิสต์ไม่บาป" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://prachatai.com/journal/2013/10/49085>; ศิลปวัฒนธรรม, "ประวัติศาสตร์ : เมื่อ "หนักแผ่นดิน" เพลงผู้คอมมิวนิสต์ดังในทีวี-วิทยุ ช่วงบ่ายหลังปราบ 6 ตุลา" [ออนไลน์], แหล่งที่มา https://www.silpa-mag.com/history/article_27912.

ระลอกซึ่งจบลงด้วยโศกนาฏกรรมของการบาดเจ็บล้มตายของประชาชนจำนวนมาก โดยที่หลายคนตกเป็น “เหยื่อ” ของการยั่วยุและปลุกระดมเพื่อผลประโยชน์ในทางการเมืองและอีกหลายคนเป็นเพียง “ผู้บริสุทธิ์” ที่ต้องพลอยรับเคราะห์ของความเกลียดชังนี้ไปด้วยโดยไม่ได้คาดการณ์ไว้ก่อน รวมตลอดถึงความเสียหายของทรัพย์สินของทางราชการและทรัพย์สินของเอกชนซึ่งประเมินเป็นจำนวนเงินมูลค่ามหาศาล

อย่างไรก็ตาม แม้สถานการณ์ความขัดแย้งที่กำลังถึงขีดสุดจะถูกแทรกแซงด้วยการรัฐประหารของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ.2557 ก็ตาม แต่ก็เป็นการระงับสถานการณ์ได้เพียงชั่วคราวเท่านั้น เนื่องจากความขัดแย้งซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเกลียดชังอย่างเข้มข้นได้หยั่งรากลึกในสังคมไทยจนยากที่จะแก้ไขด้วยการกระทำเพียงฉาบฉวยโดยปราศจากการศึกษาและวิเคราะห์อย่างละเอียดถึงต้นรากของปัญหาความขัดแย้งและความเกลียดชังที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือ “ปัจจัย” ที่เป็น “ตัวการ” สำคัญซึ่งกระตุ้นและหนุนเสริมให้เกิดความเกลียดชังและความแตกแยกร้าวลึกในสังคม

จากสถานการณ์ปัญหาข้างต้น หลายภาคส่วนทั้งภาครัฐและภาคประชาสังคมได้พยายามร่วมกันค้นหาวิธีการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างเร่งด่วน โดยนักวิชาการในแขนงต่าง ๆ ได้ร่วมกันดำเนินการศึกษาและวิเคราะห์ถึงสาเหตุของความเกลียดชังและความแตกแยกในสังคม ตลอดจนเสนอแนะมาตรการในการแก้ปัญหามาตั้งแต่ก่อนหน้าการรัฐประหารครั้งล่าสุดแล้ว ทั้งนี้ นักวิชาการส่วนหนึ่งได้ค้นพบว่าปัจจัยสำคัญที่ทำให้ความเกลียดชังในสังคมทวีความรุนแรงยิ่งขึ้นนั้นมีที่มาจากการใช้ประทุษวาจาของผู้คนในสังคมเป็นหลัก แต่ยังเป็นการกล่าวถึงในลักษณะของพฤติกรรมที่ไม่สร้างสรรค์และสร้างความขัดแย้งโดยเฉพาะในมิติของความขัดแย้งทางการเมือง¹²

¹² ประชาไท, "กิตติวุฒ โฆภิกขุบนเส้นทางสู่ 6 ตุลาฯ" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://prachatai.com/journal/2018/10/79079>. ทั้งนี้ พล.อ.ประยุทธ์ จันทร์โอชา นายกรัฐมนตรี และหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) กล่าวในรายการคืนความสุขให้คนในชาติ ออกอากาศทางโทรทัศน์รวมการเฉพาะกิจแห่งประเทศไทย เมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน 2557 โดยระบุตอนหนึ่งว่า “โดยสรุปแล้วสิ่งที่อาจทำให้เกิดความขัดแย้งต่อไปในอนาคต ก็คือ ในเรื่องเรื่องตัดสินในคดีต่าง ๆ นั้น การใช้กระบวนการยุติธรรมหากไม่ได้รับการยอมรับ แล้วมีผู้เห็นต่าง แน่แน่นอนต้องมีการผิดถูกข้างใดข้างหนึ่ง เพราะฉะนั้นหากมีการปลุกระดมประชาชน โดยการใช้คำพูด โดยใช้สื่อ ที่อาจจะไม่มีความเป็นกลางทางการเมืองมาก นักเหล่านี้จะทำให้เหตุการณ์ลุกลามบานปลายไปได้อีก...ในเรื่องสื่อ โดยเฉพาะสื่อออนไลน์ ในเรื่องของโซเชียลมีเดียทั้งหมด ทั้งในและนอกประเทศ ก็ยังคงมีอยู่ใช้เป็นเครื่องมือสร้างความเกลียดชังกัน จึงซึ่ง ไปสู่ความขัดแย้ง แตกแยก โดยการเผยแพร่ข้อมูลในลักษณะที่ Hate Speech เป็นเรื่องจริงบ้าง ไม่จริงบ้าง ส่วนใหญ่ก็ไม่ค่อยจริง มีวัตถุประสงค์แอบแฝงบางอย่างอยู่”

เมื่อพิจารณาผลการศึกษาศาสนาการณการใช้ประทุษวาจาในประเทศไทยภายใต้ห้วงความขัดแย้งทางการเมืองที่ผ่านมา นักวิชาการส่วนใหญ่ต่างมุ่งเน้นไปที่บทบาทของสื่อกับการเผยแพร่การใช้ประทุษวาจาเป็นหลัก โดยเฉพาะในสังคมออนไลน์ที่บรรดาสื่อวิทยุ โทรทัศน์และสื่อสิ่งพิมพ์บางส่วนที่ปรากฏการใช้ประทุษวาจาเป็นเครื่องมือในการเผยแพร่อุดมการณ์ทางการเมืองและสร้างการมีส่วนร่วมทางการเมือง นอกจากนี้ ยังรวมถึงความรุนแรงของประทุษวาจาในสังคมออนไลน์ (Cyber Hate Speech) ด้วย ซึ่งถือเป็นสื่อใหม่ที่กลายเป็นช่องทางและพื้นที่สำคัญของบุคคลและกลุ่มที่นิยมสร้างความเกลียดชัง (Hate Groups) ในการสร้าง เผยแพร่และผลิตซ้ำการใช้ประทุษวาจาในทางการเมืองอย่างเข้มข้นผ่าน Facebook หรือ Twitter เช่น ในช่วงของเหตุการณ์ความไม่สงบทางการเมืองอย่างรุนแรงระหว่างเดือนมีนาคมถึงเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2553¹³ นอกจากนี้ ในปัจจุบันสถานการณ์การใช้ประทุษวาจาในมิติทางการเมืองยังคงปรากฏอย่างต่อเนื่องและรุนแรง โดยเฉพาะสถานการณ์ทั้งก่อนและหลังการเลือกตั้งวันที่ 24 มีนาคม พ.ศ. 2562 ซึ่งเป็นความขัดแย้งระหว่างฝ่ายสนับสนุนพรรคการเมืองที่ต่อต้านการสืบทอดอำนาจของรัฐบาล คสช. กับฝ่ายสนับสนุนพรรคการเมืองที่สนับสนุนการสืบทอดอำนาจของรัฐบาล คสช.

จากปัญหาการใช้ประทุษวาจาในประเทศไทยและต่างประเทศที่อธิบายมาข้างต้น เมื่อพิจารณาในประเด็นทางกฎหมายมหาชนเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพแล้วจะพบว่า “เสรีภาพในการแสดงออก” (Freedom of Expression) ของปัจเจกบุคคลนั้นเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่ได้รับการประกาศและรับรองตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ¹⁴ และตามกฎหมายภายในของ

¹³ ไปรอดู ศูนย์ศึกษานโยบายสื่อ คณะนิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, รายงานผลแผนงานวิจัย เรื่อง การกำกับดูแลสื่อที่เผยแพร่เนื้อหาที่สร้างความเกลียดชัง (กรุงเทพฯ: คณะนิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า 1-98.

¹⁴ International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) Article 19 :

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

3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:

(a) For respect of the rights or reputations of others;

รัฐที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย โดยเฉพาะการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญอันเป็นหมายสูงสุดของรัฐซึ่งสอดคล้องตาม “หลักนิติรัฐ” (Legal State) “หลักนิติธรรม” (Rule of Law) และ “หลักรัฐธรรมนูญนิยม” (Constitutionalism)¹⁵

อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการแสดงออกก็ไม่ได้มีลักษณะเป็น “สิทธิสัมบูรณ์” (Absolute Rights) ที่รัฐไม่มีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยเด็ดขาด ทว่ามีลักษณะเป็น “สิทธิสัมพัทธ์” (Relative Rights) ซึ่งรัฐแต่ละรัฐมีอำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลได้ภายใต้เงื่อนไขของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหาซึ่งได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้วในกฎหมาย โดยเฉพาะการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจตรากฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ภายใต้วัตถุประสงค์บางประการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ¹⁶ ด้วยเหตุนี้ กล่าวได้ว่ามิติของเสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมายจึงมีทั้งมิติของการ “ปกป้อง” และมิติของการ “จำกัด” เสรีภาพเป็นสำคัญ หรืออาจเรียกอีกอย่างว่า “ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออก” (The scope of exercising freedom of expression)

อนึ่ง โดยทั่วไปแล้วเป็นที่ยอมรับตรงกันโดยปราศจากข้อสงสัยในรัฐเสรีประชาธิปไตยส่วนใหญ่ว่าหากการการแสดงออกของบุคคลได้เข้าลักษณะของการ “ดูหมิ่น” (Insult) “หมิ่นประมาท” (Defamation) หรือการ “เปิดเผยความลับ” ของบุคคลอื่น (Disclosure of Secret) รัฐย่อมมีอำนาจในการตราหรือกำหนดมาตรการทางกฎหมายขึ้นมาเพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกได้ โดยเฉพาะการกำหนดให้เป็นฐานความผิดหนึ่งในกฎหมายอาญาของรัฐนั้นๆ อย่างไรก็ตามในกรณีของการแสดงออกซึ่งเข้าลักษณะของการใช้ประทุษวาจายังคงเป็นประเด็นที่ไม่มีข้อยุติและผ่านการถกเถียงอย่างต่อเนื่องเข้มข้นในระดับสากลทั้งในทางวิชาการ และในทางบทบัญญัติแห่งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐเสรีประชาธิปไตยว่าจะกำหนด “ขอบเขตการใช้ประทุษวาจา” อย่างไรจึงจะไม่กระทบต่อการใช้เสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ หรืออาจกล่าวได้ว่าแม้สถานการณ์การใช้ประทุษวาจาจะเกิดขึ้นมาอย่างต่อเนื่องยาวนานแล้วใน

(b) For the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals.

¹⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน 2561), หน้า 112-128, 142-152.

¹⁶ เพิ่งอ้าง, หน้า 267-273.

ประวัติศาสตร์โลก หากแต่การกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจา ยังคงมีพัฒนาการมาไม่มากนักและมีแนวโน้มที่จะเกิดการพัฒนาคำจำกัดความทางวิชาการอย่างต่อเนื่อง ภายใต้สภาพบริบทของการใช้ประทุษวาจาที่เพิ่มมากขึ้นอย่างมีนัยสำคัญในปัจจุบัน

เมื่อย้อนกลับมาพิจารณากรอบกฎหมายของประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการแสดงออกไว้ในหมวด 3 “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย” มาตรา 34¹⁷ โดยกำหนดเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิไว้ในมาตราเดียวกัน หรือกล่าวในอีกนัยหนึ่ง มาตรา 34 ได้บัญญัติ “ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออก” ไว้เป็นการเฉพาะ โดยรัฐสภามีอำนาจในการตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกได้ภายใต้วัตถุประสงค์บางประการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เช่น เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น หรือเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เป็นต้น

อนึ่ง ในกรณีของการแสดงออกที่เข้าลักษณะของการหมิ่นประมาท ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติ “ความผิดฐานหมิ่นประมาท” ไว้ในลักษณะ 11 หมวด 3 มาตรา 326 -333 หรือในกรณีของการแสดงออกที่เข้าลักษณะของการเปิดเผยความลับ ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติ “ความผิดฐานเปิดเผยความลับ” ไว้ในลักษณะ 11 หมวด 2 มาตรา 322-325 ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงโครงสร้างของระบบกฎหมายทั้งระบบที่รัฐธรรมนูญในสถานะของกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุดได้บัญญัติขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงออกไว้อย่างกว้างๆ ในขณะที่มาตรการทางกฎหมายในลำดับประมวลกฎหมายหรือพระราชบัญญัติย่อมมีบทบาทในการทำให้ขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงออกนั้นมีความเฉพาะเจาะจงมากขึ้นท่ามกลางข้อเท็จจริงในลักษณะต่าง ๆ ของการแสดงออกที่มีอยู่อย่างหลากหลาย อย่างไรก็ตาม ในกรณีของ “ขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย” นั้นกลับไม่มีความชัดเจน เนื่องจากไม่ปรากฏบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติถึงกรณีนี้ไว้โดยตรงแต่อย่างใด โดยเฉพาะในกฎหมายอาญา

¹⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 34 บัญญัติว่า

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน

เสรีภาพทางวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่การใช้เสรีภาพนั้นต้องไม่ขัดต่อหน้าที่ของ ปวงชนชาวไทยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องเคารพและไม่ปิดกั้นความเห็นต่างของบุคคลอื่น”

ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่าเคยปรากฏความพยายามในการผลักดันให้มีการบัญญัติขอบเขตของการใช้ประทุษวาจาไว้โดยเฉพาะในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับสภาปฏิรูปแห่งชาติลงมติ (ฉบับที่มีศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณเป็นประธานคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ)¹⁸ ตามข้อเสนอของคณะกรรมการปฏิรูปการสื่อสารมวลชนและเทคโนโลยีสารสนเทศสภาปฏิรูปแห่งชาติ¹⁹ โดยบัญญัติให้ “ความเกลียดชัง” เป็นเงื่อนไขหรือวัตถุประสงค์เชิงเนื้อหาประการหนึ่งที่รัฐสามารถยกขึ้นอ้างในการตรากฎหมายโดยเฉพาะมาตรการทางกฎหมายอาญาขึ้นมาจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลได้ ซึ่งย่อหมายถึงถึงกรณีของการใช้ประทุษวาจาด้วยทว่าท้ายที่สุดแล้วคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญก็ได้มีมติที่จะไม่บัญญัติบทบัญญัติเกี่ยวกับขอบเขตการใช้ประทุษวาจาดังกล่าวไว้ในร่างรัฐธรรมนูญ เนื่องจากไม่ต้องการให้เป็นอุปสรรคที่รุดล้าเสรีภาพในการแสดงออก²⁰ อย่างไรก็ดีแม้จะไม่บรรลุผลในการบัญญัติขอบเขตของการใช้ประทุษวาจาไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็ตาม²¹ แต่ก็สะท้อนว่าปัญหาการใช้ประทุษวาจาได้กลายเป็นหมุดหมายสำคัญที่ภาครัฐเริ่มให้ความสำคัญมากขึ้นและสมควรได้รับการพิจารณาอย่างเร่งด่วนในอันที่จะแสวงหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับการรับมือกับปัญหาข้างต้น

ด้วยเหตุที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะพบว่าปัญหาการใช้ประทุษวาจานั้นได้รับความสนใจและตระหนักมากขึ้นจากบางภาคส่วนในสังคม โดยเฉพาะในภาควิชาการ และเริ่มมีความพยายามที่จะ

¹⁸ ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้สิ้นผลไปเนื่องจากสภาปฏิรูปแห่งชาติได้มีมติเสียงข้างมากไม่เห็นชอบ เมื่อวันที่ 6 กันยายน พ.ศ.2558

¹⁹ ประชาไท, “ร่างแล้ว 45 มาตรา คำนวณเผยแพร่ ห้าม ‘Hate Speech’ และเพิ่มคำว่า ‘เพศสภาพ’ ลงใน รธน. เป็นครั้งแรก” [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://prachatai.com/journal/2015/01/57392>; พิงรอรอง รามสูต, “ประทุษวาจา (hate speech) เบื้องต้น สำหรับสังคมไทย” [ออนไลน์], แหล่งที่มา <http://www.tcijthai.com/news/2015/11/archived/5385>. โดยกำหนดว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเผยแพร่ความคิดเห็นของตนได้อย่างเสรี โดยไม่สามารถจำกัดเสรีภาพได้ เว้นแต่เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง ข้อมูลส่วนบุคคล รวมถึงสิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ป้องกันไม่ให้เกิดความเกลียดชังระหว่างคนในชาติหรือศาสนา หรือการใช้ความรุนแรงระหว่างกัน”

²⁰ พิงรอรอง รามสูต, “ประทุษวาจา (hate speech) เบื้องต้น สำหรับสังคมไทย” [ออนไลน์].

²¹ อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสนใจว่าในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 หมวด 4 หน้าที่ของปวงชนชาวไทย มาตรา 50 (6) ได้บัญญัติให้บุคคลมีหน้าที่ “...ไม่กระทำการใดที่อาจก่อให้เกิดความแตกแยกหรือเกลียดชังในสังคม” ซึ่งอาจรวมถึงกรณีการใช้ประทุษวาจาด้วยหรือไม่ และจะนับเป็นการกำหนดขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งเข้าลักษณะของการใช้ประทุษวาจาโดยอ้อมหรือไม่ ในประเด็นนี้จะได้นำวิเคราะห์โดยละเอียดต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

แปรรูปองค์ความรู้ทางวิชาการเกี่ยวกับประทุษวาจาให้กลายเป็นมาตรการทางกฎหมายของรัฐซึ่งนับเป็นนิมิตหมายที่ดี อย่างไรก็ตามจากการสำรวจตรวจสอบผลงานทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับประทุษวาจาในด้านต่างๆ ทั้งในระดับผลงานวิจัยระดับชาติและในระดับวิทยานิพนธ์ในประเทศไทย ในเบื้องต้นปรากฏองค์ความรู้ในทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับประทุษวาจาที่มีประโยชน์อย่างมากจำนวนหนึ่ง แต่ยังไม่เพียงพอต่อการใช้เป็นฐานความรู้ทางวิชาการสำหรับการกำหนดของเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายได้

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผลงานวิจัยนั้นส่วนใหญ่เป็นการศึกษาประทุษวาจาในแง่มุมของการสื่อสารมวลชนหรือนิติศาสตร์ รวมถึงในด้านสันติวิธี เป็นหลัก ซึ่งแม้ว่าในงานวิจัยเหล่านั้นจะมีการศึกษาประทุษวาจาในทางนิติศาสตร์อยู่บ้าง แต่ก็ยังเป็นเพียงการศึกษาเปรียบเทียบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประทุษวาจาในระดับระหว่างประเทศ หรือในประเทศที่สำคัญ ๆ ในลักษณะที่ว่ากฎหมายบัญญัติไว้อย่างไรเท่านั้น โดยยังขาดการศึกษาในเชิงปรัชญาเบื้องหลังของการกำหนดกฎหมายว่าเหตุใดจึงบัญญัติไว้เช่นนั้น รวมถึงยังขาดการประเมินผลทั้งข้อดีและข้อเสียของการตรากฎหมายเกี่ยวกับประทุษวาจาที่อาจเกิดขึ้นได้เมื่อนำมาปรับใช้กับสภาพบริบทของสังคมไทย

ในขณะที่ผลงานวิทยานิพนธ์ โดยเฉพาะวิทยานิพนธ์ทางนิติศาสตร์ ปรากฏว่ามีผู้ทำวิทยานิพนธ์ในประเด็นของประทุษวาจาอยู่เพียงจำนวนน้อยและเป็นการศึกษาประเด็นเฉพาะเท่านั้น เช่น การศึกษาประทุษวาจาในแง่มุมทางกฎหมายอาญา²² และในแง่มุมทางกฎหมายระหว่างประเทศ²³ หรือแม้จะพบว่ามีการศึกษาประทุษวาจาในแง่มุมทางกฎหมายมหาชนอยู่บ้างแต่ก็เป็นการศึกษาในประเด็นเฉพาะอีกเช่นกัน กล่าวคือมุ่งเน้นศึกษาคำพิพากษาของศาลเป็นหลัก โดยมีการศึกษาในเชิงแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้องกับประทุษวาจาเพียงเล็กน้อย²⁴

²² โปรตดู เกวรินทร์ นิธิประภาวัฒน์, "การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา : ศึกษากรณีการแสดงถ้อยคำที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 1-156.

²³ ปุณวิทย์ วามิชยเศรษฐกุล, "การจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง : ศึกษากรณีวินัยดีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 1-267.

²⁴ โปรตดู อัครวิน อุดทาคำ, "ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงออก : ศึกษากรณีคำพูดหรือการกระทำที่สร้างความเกลียดชังตามแนวคำวินิจฉัยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและศาลสหรัฐอเมริกา" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 1-137.

ด้วยเหตุที่กล่าวมานี้ จึงนำไปสู่ปัญหาสำคัญประการหนึ่งคือองค์ความรู้ในทางนิติศาสตร์เกี่ยวกับ ประชญาจาในประเทศไทยยังไม่ครอบคลุมมากพอและยังมีลักษณะไม่ปะติดปะต่อ ประกอบกับองค์ความรู้ในทางวิชาการเกี่ยวกับประชญาจาในระดับสากลก็มีความซับซ้อนและย้อนแย้งกันไปมา โดยเฉพาะในด้านปรัชญา ทฤษฎีและหลักการทางกฎหมายก็ไม่ได้เป็นเอกภาพเดียวกันจนกลายเป็น มาตรฐานที่ประเทศใดก็สามารถนำมาปรับใช้ในประเทศตนได้ทันทีโดยปราศจากการศึกษาและ วิเคราะห์อย่างลุ่มลึกเสียก่อน ซึ่งนับเป็นความเสี่ยงอย่างยิ่งหากจะนำองค์ความรู้ที่มีอยู่ในประเทศไทย ในเวลานี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์ความรู้ทางนิติศาสตร์ไปปรับใช้ในทางกฎหมายของรัฐโดยทันทีเพราะ อาจจะนำมาซึ่งผลร้ายมากกว่าจะเป็นผลดีก็เป็นได้ โดยเฉพาะในประเทศไทยที่ระบอบการปกครอง เสรีประชาธิปไตยนั้นยังไม่มั่นคงและหยิ่งรักลึกเพียงพอ การกำหนดขอบเขตการใช้ประชญาจาตาม กฎหมายโดยปราศจากองค์ความรู้ที่แน่นชัดย่อมอาจกลายเป็นอาวุธที่ย้อนกลับมาลิดรอนเสรีภาพใน การแสดงออกของประชาชนจนเกินสมควรได้

อนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา 77²⁵ ได้กำหนดให้รัฐพึงจัดให้กฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น โดยก่อนการตรากฎหมายใหม่ทุก ฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ ส่งผลให้ในกรณีที่รัฐประสงค์จะตรากฎหมายที่มุ่งจำกัดการใช้ประชญาจา รัฐจำเป็นต้องวิเคราะห์ ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นทั้งคุณและโทษจากกฎหมายข้างต้นเสียก่อน ซึ่งการกำหนดกรอบของ

²⁵ มาตรา 77 รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่ สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมาย ได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจาก กฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมา ประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วยเพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้ สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่กำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของ เจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และ พึงกำหนดโทษอาญา เฉพาะความผิดร้ายแรง

“แนวทาง” (Approach) ในการจำกัดการใช้ประทุษวาจาที่เหมาะสมย่อมเป็นส่วนสำคัญอย่างยิ่งของการวิเคราะห์ผลกระทบจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ ทั้งยังเอื้ออำนวยให้รัฐมี “นโยบาย” (Legal Policy) ที่ชัดเจนในการตรากฎหมายดังกล่าวด้วย

ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นที่มาให้ผู้เขียนรู้สึกสนใจที่จะจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ขึ้น โดยตั้งชื่อหัวข้อวิทยานิพนธ์ว่า “ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออก : ศึกษากรณีการใช้ประทุษวาจา” โดยมุ่งศึกษาภาพรวมของปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานที่สำคัญในระดับสากลที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย รวมถึงสำรวจข้อถกเถียงต่าง ๆ ในทางวิชาการเพื่อนำมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตของการคุ้มครองและจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายให้ครอบคลุมทุกมิติที่สำคัญ นอกจากนี้ยังมุ่งศึกษาเปรียบเทียบการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศเสรีประชาธิปไตยบางประเทศที่เป็นต้นแบบสำคัญของการเผชิญหน้าและรับมือกับการใช้ประทุษวาจา ตลอดจนศึกษาการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมายในประเทศไทยที่ยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติถึงประทุษวาจาไว้โดยตรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือ มาตรการทางกฎหมายอาญา รวมถึงตลอดถึงการศึกษาศึกษาและวิเคราะห์สภาพบริบทของการใช้ประทุษวาจาในประเทศไทยด้วย เพื่อนำไปสู่ข้อสรุปในเบื้องต้นว่าประเทศไทยควรกำหนดขอบเขตของการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย โดยเฉพาะผ่านการกำหนดมาตรการทางกฎหมายอาญาหรือไม่ และหากจำเป็นต้องมีการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาเช่นว่านั้นขึ้น รัฐจะใช้แนวทางใดในการกำหนดกรอบในการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพการแสดงออกของบุคคลในกรณีของการใช้ประทุษวาจาได้โดยพอสมควรแก่เหตุ ทั้งนี้ การศึกษาที่กล่าวมาข้างต้นจะมุ่งเน้นการวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวข้องบนพื้นฐานของของการคำนึงถึงสภาพบริบทและสภาพภูมิสังคมประกอบด้วยเสมอ โดยเฉพาะในกรณีของประเทศไทย ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการศึกษาโดยยึดแนวทางของสังคมวิทยาทางกฎหมายเป็นสำคัญ (Sociological Jurisprudence)

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- (1) เพื่อศึกษาปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานของระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย
- (2) เพื่อศึกษาปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมาย
- (3) เพื่อศึกษาปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย

(4) เพื่อศึกษาเปรียบเทียบการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในต่างประเทศ

(5) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ความเป็นไปได้ในการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการในกรณีของการใช้ประทุษวาจาแสดงออกตามกฎหมายในประเทศไทย

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ขอบเขตการใช้ “เสรีภาพในการแสดงออก” (Freedom of Expression) ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกได้ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด อย่างไรก็ตาม ไม่ปรากฏว่ามีการตรากฎหมายจำกัดการใช้ “ประทุษวาจา” (Hate Speech) ประเภทต่าง ๆ ไว้โดยตรงแต่อย่างใด โดยเฉพาะตามกฎหมายอาญา รัฐจึงควรกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายให้ชัดเจน ด้วยการแบ่งแยกระหว่างการใช้ประทุษวาจาที่ถูกปกป้องตามกฎหมายในฐานะของเสรีภาพในการแสดงออก กับการใช้ประทุษวาจาที่ถูกจำกัดตามกฎหมาย

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

(1) มุ่งศึกษาภาพรวมของปรัชญาการเมืองพื้นฐานของระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย และปรัชญา ทฤษฎีและหลักการทางกฎหมายมหาชนที่สนับสนุนระบอบเสรีนิยมประชาธิปไตย

(2) มุ่งศึกษาภาพรวมของปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานทางการเมืองและกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมายในระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย

(3) มุ่งศึกษาภาพรวมของการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และศึกษาการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมายภายใน โดยเฉพาะในรัฐธรรมนูญและกฎหมายอาญา

(3) มุ่งศึกษาภาพรวมของปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานทางการเมืองและกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตยเฉพาะแต่ในบริบทของสังคมออฟไลน์ (Offline) เท่านั้น ไม่รวมถึงสังคมออนไลน์ (Online)

(4) มุ่งศึกษาเปรียบเทียบการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศไทยที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยที่สำคัญ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศแคนาดา โดยศึกษาจากรัฐธรรมนูญและมาตรการทางกฎหมายอาญา ตลอดจนคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้อง

(5) มุ่งศึกษาการกำหนดขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมายในประเทศไทย โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 และมาตรการทางกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องในประมวลกฎหมายอาญา ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงการวิเคราะห์สภาพบริบทของการใช้ประทุษวาจาในประเทศไทยประกอบ

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

วิธีการดำเนินการศึกษานี้ใช้วิธีการศึกษาแบบวิจัยเอกสารเป็นหลัก (Documentary Research) ซึ่งจะได้ศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากเอกสารที่เกี่ยวข้องทั้งในรูปแบบของหนังสือ ตำราทางวิชาการ บทความทางวิชาการ วารสาร วิทยานิพนธ์ รายงานการวิจัย คำพิพากษา บทบัญญัติแห่งกฎหมาย เอกสารอื่น ๆ รวมถึงเว็บไซต์ ทั้งของไทยและของต่างประเทศ ในสาขานิติศาสตร์และสาขาอื่นที่เกี่ยวข้อง

1.6 บทนิยามศัพท์เฉพาะในการศึกษา

เพื่อประโยชน์ในการศึกษา จึงได้กำหนดนิยามศัพท์เฉพาะในการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เท่านั้น ดังนี้

“ประทุษวาจา” หมายถึง การแสดงออกหรือการสื่อสารทุกรูปแบบที่เข้าลักษณะของการส่งเสริม การสนับสนุน หรือการช่วย ซึ่งก่อให้เกิดเกิดการใส่ร้ายป้ายสี ความเกลียดชัง การสบประมาท การเลือกปฏิบัติ หรือการใช้ความรุนแรง ต่อบุคคลหรือกลุ่มของบุคคล เช่นเดียวกันกับการคุกคาม การดูหมิ่น การเหมารวมเชิงลบ การแปะป้ายตีตรา หรือการข่มขู่ ต่อบุคคลหรือกลุ่มของบุคคลนั้น ตลอดจนการให้ความชอบธรรมกับการแสดงออกประเภทที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมด บน พื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เผ่าพันธุ์ แหล่งกำเนิดทางชนชาติหรือชาติพันธุ์ อายุ ความพิการ ภาษา ศาสนา หรือความเชื่อ เพศ เพศสภาพ อัตลักษณ์ทางเพศ รสนิยมทางเพศ และคุณลักษณะหรือสถานะส่วนบุคคลอื่น ๆ นอกจากนั้น ยังรวมถึงการปฏิเสธ การลดความสำคัญ การให้ความชอบธรรม หรือการให้อภัย ในทางสาธารณะต่ออาชญากรรมของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมที่กระทำมวลมนุษยชาติ หรือ

อาชญากรรมสงคราม ที่ศาลได้พิพากษาความผิดแล้ว และรวมถึงการการสดุดีสรรเสริญต่อบุคคลผู้ที่ถูกพิพากษาว่าเป็นผู้ก่ออาชญากรรมนั้น ๆ ด้วย

1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

(1) เพื่อให้ทราบถึงภาพรวมของปรัชญา ทฤษฎีและหลักการเกี่ยวกับขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายภายใต้ระบอบเสรีประชาธิปไตย

(2) เพื่อให้ทราบถึงความเป็นไปได้ในการกำหนดแนวทางการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาที่สอดคล้องกับสภาพบริบทของประเทศไทยในปัจจุบัน



บทที่ 2

ปรัชญา ทฤษฎีและหลักการเกี่ยวกับขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณี ของการใช้ประทุษวาจาภายใต้ระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย

ในการศึกษาปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาภายใต้ระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย ผู้เขียนได้แบ่งแยกการศึกษาออกเป็น 3 หัวข้อที่เกี่ยวข้องกัน ได้แก่ หัวข้อ 2.1 ปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานของระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย หัวข้อ 2.2 ปรัชญา ทฤษฎีและหลักการเกี่ยวกับขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงออกภายใต้ระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย และหัวข้อ 2.3 ปรัชญา ทฤษฎีและหลักการเกี่ยวกับขอบเขตการใช้ประทุษวาจาภายใต้ระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย ดังจะได้อธิบายต่อไปตามลำดับ

2.1 ปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานของระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย

หากพิจารณาสายธารประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของรัฐต่าง ๆ ทั่วโลก มวลมนุษยชาติต่างประสบกับ “รูปแบบการปกครอง” หรือ “ระบอบการปกครอง” ที่แตกต่างกันหลากหลาย ซึ่งสร้างประสบการณ์ทั้งดีและร้าย และนำไปสู่การอภิปรายถกเถียงทางความคิดอย่างเข้มข้น โดยมีเป้าหมายสำคัญคือการแสวงหารูปแบบและระบอบการปกครองรัฐที่เหมาะสมและดีที่สุดต่อการดำรงชีวิตของผู้คนที่มาอาศัยอยู่ร่วมกันภายในรัฐหรือชุมชนทางการเมืองเดียวกัน ทั้งนี้ นักปรัชญาเมธีทางการเมืองหลายท่านต่างนำเสนอแง่มุมความคิดเกี่ยวกับรูปแบบของรัฐที่ต่อเนื่องยาวนานผ่านยุคสมัยต่าง ๆ ภายใต้ความเป็นพลวัตของสังคมโลกที่เกิดขึ้นอย่างไม่ที่สิ้นสุด

อย่างไรก็ตามภายหลังจากเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่สอง (คริสต์ศักราช 1939-1945) หากกล่าวถึงระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย โดยส่วนใหญ่แล้วย่อมหมายถึง “ระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย” (Liberal Democracy) ซึ่งถือกำเนิดและพัฒนาขึ้นในสหรัฐอเมริกาและในยุโรปตะวันตกบางประเทศในช่วงศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา²⁶ กระนั้นก็ดี ถึงแม้จะมีความแตกต่างในพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของแต่ละประเทศจนเกิดการออกแบบระบบรัฐบาลหรือสถาบัน

²⁶ สมเกียรติ วันทะนะ, กำเนิดและความแปรปรวนของเสรีประชาธิปไตย (กรุงเทพฯ: ไครครีเอท, 2555), หน้า 96.

การเมืองที่ไม่เหมือนกัน เช่น ระบบรัฐสภา หรือระบบประธานาธิบดี แต่ก็ยังเรียกว่าระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตยอยู่นั่นเอง

ในลำดับต่อไป จะเป็นการศึกษาถึงปรัชญาการเมืองพื้นฐานที่ค้ำจุนการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย และปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานทางกฎหมายที่สนับสนุนการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยซึ่งจะเป็นพื้นฐานให้กับการศึกษาขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกต่อไป ดังจะได้ศึกษาในหัวข้อ 2.1.1 และหัวข้อ 2.1.2 ตามลำดับ

2.1.1 ปรัชญาการเมืองพื้นฐานของระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย

“รากฐานทางปรัชญาการเมือง” (The Politico-philosophical Foundation) ของรัฐเสรีประชาธิปไตย (liberal Democratic State) ตั้งอยู่บนพื้นฐานของปรัชญาการเมืองตะวันตกที่สำคัญสองประการ ได้แก่ “**ปรัชญาเสรีนิยม**” (Liberalism) และ “**ปรัชญาประชาธิปไตย**” (Democracy) ด้วยเหตุว่าลัทธิแต่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของปรัชญาประชาธิปไตยซึ่งคำนึงถึง การตัดสินใจรวมหมู่ (Collective decision-making) ที่ตอบสนองต่อความพึงพอใจหรือความต้องการของพลเมืองส่วนใหญ่” (A majority of citizens)²⁷ เป็นหลักแต่เพียงอย่างเดียวนั้น ในบางครั้งอาจกลายเป็นการปกครองที่แฝงไว้ซึ่งความเป็นเผด็จการหรืออาจกลายเป็นระบบทรราชย์ (Tyranny) ได้²⁸ จึงต้องนำปรัชญาการเมืองเสรีนิยมซึ่งเป็นแนวคิดที่คำนึงถึง “**อัตตานุติของปัจเจกบุคคล**” (Individual Autonomy) (หรืออาจเรียกว่า “อิสรภาพในการกำหนดตนเอง”)²⁹ หรือ “**เสรีภาพของปัจเจกบุคคล**” (Individual Freedom) เป็นสำคัญเข้ามาผสมผสานด้วยกับปรัชญาประชาธิปไตย

ด้วยเหตุนี้ ในลำดับถัดไปจึงจำเป็นต้องแยกอธิบายทฤษฎีและหลักการสำคัญของทั้งปรัชญาเสรีนิยม และปรัชญาประชาธิปไตยเป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจสาระสำคัญของระบอบการ

²⁷ Narongdech Srukhsot, "Freedom of Speech and Third Parties in Election Campaigns: A Comparative Analysis of Campaign Finance Regulations" Doctoral dissertation Faculty of Law, University of Edinburgh, 2016).p. 55.

²⁸ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557), หน้า 97.; Steven Wall, "Introduction," in *The Cambridge Companion to Liberalism*, ed. Steven Wall (Cambridge: Cambridge University Press, 2015). p. 3.

²⁹ Narongdech Srukhsot, "Freedom of Speech and Third Parties in Election Campaigns: A comparative Analysis of Campaign Finance Regulations," p. 55.

ปกครองเสรีประชาธิปไตยเสียก่อน โดยจะได้อธิบายปรัชญาเสรีนิยม ซึ่งในที่นี่จะมุ่งอธิบายเฉพาะ “ปรัชญาเสรีนิยมทางการเมือง” (Political Liberalism)³⁰ เท่านั้นเป็นลำดับแรก และปรัชญาการเมืองประชาธิปไตยเป็นลำดับต่อไป

2.1.1.1 ปรัชญาเสรีนิยมทางการเมือง (Political Liberalism)

ปรัชญา “เสรีนิยมทางการเมือง” เป็น “วาทกรรมทางการเมือง” (Political Discourse) กระแสหลักที่ถูกพัฒนาขึ้นในแถบประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยตะวันตก (The Western Democracies) ตั้งแต่ประมาณศตวรรษที่ 17 ถึงศตวรรษที่ 18³¹ โดยมีเป้าหมายเพื่อต่อต้านการใช้อำนาจเผด็จการอย่างสุดขั้วของกษัตริย์ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบร้ายแรงต่อสภาพการเมือง เศรษฐกิจและสังคมของประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือการจำกัดเสรีภาพของประชาชนทั่วไปไม่ให้มีส่วนร่วมในการแสดงเจตจำนงในทางการเมืองการปกครอง แต่กลับให้อภิสิทธิ์แก่ชนชั้นเจ้าและขุนนางมากกว่า จึงเป็นต้นกำเนิดของนักคิดหรือนักปรัชญาเมธีหลายคนที่เสนอแนวคิดทางปรัชญาเสรีนิยมทางการเมืองที่มุ่งจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครอง และให้ความสำคัญกับ “มนุษย์” (Human) แต่ละคนในฐานะของ “ปัจเจกบุคคล” (Individual) ซึ่งต่อมาได้กลายเป็นรากฐานทางความคิดสำคัญที่สร้างความชอบธรรมให้การจำกัดอำนาจกษัตริย์และรวมถึงการปฏิวัติล้มล้างระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ด้วย³²

อนึ่ง ในปัจจุบันอาจแบ่งแยกสกุลความคิดทางปรัชญาเสรีนิยมทางการเมืองออกเป็น 2 สกุลความคิด ได้แก่ สกุลความคิด “เสรีนิยมคลาสสิก” (Classical Liberalism) และสกุลความคิด

CHULALONGKORN UNIVERSITY

³⁰ ภายใต้ปรัชญาการเมืองเสรีนิยม สามารถแบ่งแยกแนวคิดย่อยได้เป็น “เสรีนิยมทางการเมือง” (Political Liberalism) และ “เสรีนิยมทางเศรษฐกิจ” (Economic Liberalism) อย่างไรก็ตามในความเป็นจริงแล้วมิติทาง “การเมือง” และมิติทาง “เศรษฐกิจ” ต่างเชื่อมโยงกัน ไม่สามารถแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด รายละเอียดเกี่ยวกับแนวคิด “เสรีนิยมทางเศรษฐกิจ” เป็นภาษาไทย โปรดดู ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า .

³¹ George Klosko, *History of Political Theory: An Introduction*, 2 ed. (Oxford: Oxford University Press, 2013). p. 159.

³² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 47-50. ; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, หน้า 21-23.

“เสรีนิยมสมัยใหม่” (Modern Liberalism)³³ ดังจะได้แยกอธิบายลักษณะทางทฤษฎีและหลักการพื้นฐานของทั้งสองสกุลความคิดตามลำดับ

2.1.1.1.1 ปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิก (Classical Liberalism)

อาจกล่าวได้ว่ารากฐานหรือร่องรอยทางความคิดทางปรัชญาที่สำคัญที่สุดของปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิก มีจุดกำเนิดจากผลงานเขียนอันเลื่องชื่อ *“Two Treatises of Government”* ของ *จอห์น ล็อก (John Locke)* นักปรัชญาเมธีชาวอังกฤษ ซึ่งอยู่ในช่วงสุดท้ายของการต่อสู้ทางการเมืองระหว่างกษัตริย์กับขุนนางและประชาชนในประเทศอังกฤษอันเป็นการปูทางไปสู่การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์³⁴ จนกระทั่งในปัจจุบัน ล็อกได้รับการยกย่องว่าเป็น “บิดาแห่งเสรีนิยม” (The Father of Liberalism)

ตามแนวทางของล็อก มนุษย์ใน “สภาวะตามธรรมชาติ” (State of Nature) ก่อนการรวมตัวกันเป็นสังคมรัฐนั้นมีความเป็นอิสระ และเสมอภาคเท่าเทียมกัน³⁵ โดยปัจเจกบุคคลทั้งหลายต่างมี “สิทธิตามธรรมชาติ” (Natural Rights) อันได้แก่สิทธิในชีวิต อิสราภาพ และทรัพย์สินที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด³⁶ อย่างไรก็ตามสิทธิตามธรรมชาติดังกล่าวก็ไม่ใช่อำนาจที่จะใช้ได้ตามอำเภอใจหากแต่เป็นสิทธิที่มีข้อจำกัดที่มีต่อตนเองและต่อผู้อื่นภายใต้ “กฎแห่งธรรมชาติ” (Law of Nature) ซึ่งขึ้นอยู่กับพระเจ้าในฐานะที่พระองค์เป็นผู้เขียนกฎและเป็นพระเจ้าผู้สร้างมนุษย์ให้เป็น “สิ่งมีชีวิตที่มีเหตุผล” (Reasoning Creature) หรือกล่าวได้ว่ามนุษย์หรือปัจเจกชนไม่ได้ดำเนินชีวิตโดยขึ้นอยู่กับตัวของพวกเขาเองโดยสมบูรณ์แต่ขึ้นอยู่กับพระเจ้า³⁷ อย่างไรก็ตามมนุษย์ก็ไม่ได้รู้สึกถูกบังคับให้ต้องกระทำแต่อย่างใดเพราะพวกเขาล้วนกระทำหรือตัดสินใจได้อย่างถูกต้องโดยใช้

³³ N. Scott Arnold, *Imposing Values: An Essay on Liberalism and Regulation* (Oxford: Oxford University Press, 2009). p. 22. อย่างไรก็ตามในทางวิชาการ การแบ่งสกุลความคิดทางปรัชญาเสรีนิยมทางการเมืองยังสามารถแบ่งแยกย่อยได้อีกหลากหลายชื่อ เช่น “เสรีนิยมเก่า” (Old Liberalism) กับ “เสรีนิยมใหม่” (New Liberalism) เป็นต้น รายละเอียดเพิ่มเติม โปรดดู Narongdech Srukhsot, “Freedom of Speech and Third Parties in Election Campaigns: A comparative Analysis of Campaign Finance Regulations,” p.55.

³⁴ George Klosko, *History of Political Theory: An Introduction*, pp. 113-114.; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ*, หน้า 51-52.

³⁵ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, *ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง*, หน้า 23.

³⁶ จรัญ โฆษณานันท์, *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน: ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2559), หน้า 112.

³⁷ George Klosko, *History of Political Theory: An Introduction*, p. 121.

“เหตุผล” ที่ได้รับประทานมาจากพระเจ้านั่นเอง ซึ่งสะท้อนถึงสภาวะตามธรรมชาติที่มนุษย์ต่างอยู่ร่วมกันโดยสงบสุข กล่าวโดยเฉพาะเจาะจง สิทธิตามธรรมชาติที่ถูกจำกัดโดยกฎหมายแห่งธรรมชาตินอกจาก “สิทธิ” จะเป็นข้อเรียกร้องทางศีลธรรม (Moral Claims) ที่ติดตัวปัจเจกชนทุกคนเพื่อเอื้ออำนวยให้มีการคุ้มครองคุณค่าบางประการของพวกเขา เช่น ความเสมอภาค หรืออัตตาณัติแล้ว สิทธิยังเป็นข้อเรียกร้องทางศีลธรรมที่ก่อให้เกิด “หน้าที่” แก่ปัจเจกบุคคลคนอื่นที่จะไม่แทรกแซงหรือละเมิดการใช้สิทธิด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง สิทธิจึงเป็นพรหมแดนของปัจเจกบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองให้เขาสามารถดำเนินตามเป้าหมายของตนเองได้อย่างมั่นคงปลอดภัย³⁸

อย่างไรก็ตาม ลำพังแต่การอยู่ภายใต้กฎหมายแห่งธรรมชาตินั้นในสภาวะตามธรรมชาติที่เรียกร้องให้ปัจเจกบุคคลทุกคนมีหน้าที่ทางศีลธรรม (Moral Obligation) ที่จะไม่ละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคลคนอื่นอาจไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนแต่ละคน³⁹ เนื่องจากข้อบกพร่องหลายประการ บรรดาปัจเจกบุคคลจึงสละสภาวะตามธรรมชาติและตกลงยินยอมเข้าทำสัญญาประชาคม (Social Contract) ระหว่างกัน เพื่อก่อตั้งสังคมทางการเมืองขึ้น โดยสละอำนาจในการบังคับตามกฎหมายธรรมชาติที่กระจายอยู่กับปัจเจกบุคคลแต่ละคนให้กับสังคมการเมืองนั้น⁴⁰ แล้วจึงทำสัญญาจัดตั้งรัฐบาล (Government) ขึ้นมา และมอบอำนาจทางการเมือง (Political Power) ให้แก่รัฐบาลในลักษณะของการจัดตั้งทรัสต์ที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary Trust) โดยรัฐบาลจะต้องใช้อำนาจทางการเมืองเพื่อผลประโยชน์ของประชาชนที่จัดตั้งรัฐบาลขึ้นมาเท่านั้นในฐานะที่เป็นผู้แทน (Agent) ของสมาชิกหรือประชาชนทุกคนในชุมชน⁴¹

ทั้งนี้ ภารกิจสำคัญของรัฐบาล ได้แก่ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนไม่ให้ถูกรุกล้ำหรือละเมิดจากปัจเจกชนอื่น รัฐบาลจึงมีอำนาจเชิงบังคับโทษ (Coercive Power) ประชาชนอยู่ด้วย⁴² แต่รัฐบาลยอมใช้อำนาจดังกล่าวได้เท่าที่จำเป็นในการคุ้มครองประชาชนทุกคนไม่ให้ถูกละเมิดโดยประชาชนคนอื่น เช่นเดียวกับการรักษาไว้ซึ่งความดำรงอยู่และความต่อเนื่องของ

³⁸ Ibid. pp.123-124.

³⁹ Narongdech Sruckhosit, “Freedom of Speech and Third Parties in Election Campaigns: A comparative Analysis of Campaign Finance Regulations,” p.58.

⁴⁰ ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, *ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง*, หน้า 27.

⁴¹ Samuel Freeman, "Illiberal Libertarians: Why Libertarianism Is Not a Liberal View," *Philosophy & Public Affairs* 30(2002). : 121.

⁴² George Klosko, *History of Political Theory: An Introduction*, p. 160.

รัฐบาล⁴³ ด้วยเหตุนี้ รัฐบาลในทัศนะของล๊อค และนักคิดหรือนักปรัชญาคนอื่นในสกุลความคิดเสรีนิยมคลาสสิกจึงเป็น “รัฐบาลที่มีอำนาจจำกัด” (Limited Government)⁴⁴

อย่างไรก็ตามในเวลาต่อมา ปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิกซึ่งอยู่บนพื้นฐานแนวคิดของล๊อค ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างรุนแรงจากนักปรัชญาเสรีนิยมด้วยตนเองและจากนักปรัชญาการเมืองลัทธิอื่น ด้วยเหตุผลหลายประการที่ท้ายที่สุดแล้วได้นำไปสู่จุดเปลี่ยนครั้งสำคัญของข้อความคิดของปรัชญาเสรีนิยมทั้งระบบ ดังจะได้อธิบายในหัวข้อถัดไป

2.1.1.1.2 ปรัชญาเสรีนิยมสมัยใหม่ (Modern Liberalism)

ภายหลังจากการปฏิวัติอุตสาหกรรม และการขยายตัวของการค้า ปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิกกลับถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างเข้มข้นถึงหลักการที่ไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของสังคมที่เกิดความไม่เสมอภาคและความไม่ยุติธรรมในทางปฏิบัติระหว่างประชาชนด้วยกันอย่างร้ายแรง⁴⁵ รวมถึงไม่ให้ความสำคัญกับประโยชน์สาธารณะและยอมเสียสละประโยชน์ของส่วนรวมให้แก่ประโยชน์ของเอกชน ถึงขนาดว่าสกุลความคิดดังกล่าวยอมรับความไม่เสมอภาคทางสังคม (Social Inequality) ด้วย⁴⁶ จึงทำให้เริ่มเกิดแนวคิดที่ต่อต้านปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิกขึ้นมาหลายกระแส โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือ ปรัชญาเสรีนิยมสมัยใหม่ (Modern Liberalism)

นักปรัชญาในสกุลความคิดนี้เริ่มตีความสิทธิเสรีภาพแบบใหม่ซึ่งแตกต่างจากการตีความแบบดั้งเดิมของนักปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิก โดยเฉพาะกลุ่มนักปรัชญารุ่นใหม่ที่ได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของนักปรัชญาการเมืองนามอุโฆษอย่าง *จอห์น สจิวต์ มิลล์ (John Stuart Mill)* ซึ่งสะท้อนผ่านผลงานเขียนสำคัญอย่าง “*On Liberty*” หรือ “*ความเรียงว่าด้วยเสรีภาพ*” ทั้งนี้แนวคิดเกี่ยวกับ “**ประโยชน์สาธารณะ**” (Public Good; Public Interest) ได้กลับมาเป็นเป้าหมายที่ขอบธรรมของรัฐในการแทรกแซงการใช้สิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลเพื่อจัด

⁴³ Narongdech Sruekhsit, “Freedom of Speech and Third Parties in Election Campaigns: A comparative Analysis of Campaign Finance Regulations,” pp. 58-59.

⁴⁴ George Klosko, *History of Political Theory: An Introduction*, p. 120.

⁴⁵ George H. Smith, *The System of Liberty: Themes in the History of Classical Liberalism*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), pp. 10-11. Cited in Narongdech Sruekhsit, “Freedom of Speech and Third Parties in Election Campaigns: A comparative Analysis of Campaign Finance Regulations,” p. 83.

⁴⁶ Jeremy Jennings, “Early Nineteenth-Century Liberalism,” in *The Oxford Handbook of the History of Political Philosophy*, ed. George Klosko (Oxford: Oxford University Press, 2013). p. 331.

ความไม่ยุติธรรมทางเศรษฐกิจและสังคม (Social and Economic Injustice) ที่เกิดขึ้น จึงกล่าวได้ว่า เส้นแบ่งแยกระหว่างปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิกกับปรัชญาเสรีนิยมสมัยใหม่เริ่มต้นที่มิลล์ ในช่วงกลางศตวรรษที่ 19 และเฟื่องฟูในช่วงศตวรรษที่ 20 โดยนักปรัชญาสายเสรีนิยมสมัยใหม่รุ่นหลังต่อมา เช่น *โทมัส ฮิลล์ กรีน (Thomas Hill Green)* และ *ลีโอนาร์ด ที ฮอบเฮาส์ (Leonard T. Hobhouse)* เป็นต้น

2.1.1.1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิกกับปรัชญาเสรีนิยมสมัยใหม่

ณรงค์เดช สรุโฆษิต ได้อธิบายการผันแปรของข้อความคิดภายในปรัชญาเสรีนิยมทางการเมืองว่าส่งผลกระทบต่อหลักการสำคัญของปรัชญาเสรีนิยมในมิติใดบ้าง⁴⁷ ดังนี้

(1) การวิเคราะห์สิทธิและเสรีภาพในมุมมองของ “ปัจเจกชนนิยม” กับ “ส่วนรวมนิยม” (Individualist vs Collective Analyses of Rights and Freedoms)

มุมมองต่อสิทธิและเสรีภาพของปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิกอยู่บนพื้นฐานของสิทธิตามธรรมชาติของลัทธิ ซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่ทางศีลธรรม (Moral Obligation) แก่บุคคลอื่น หรือสะท้อนถึงความเป็นเอกเทศของสิทธิที่ไม่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นมุมมองจากคุณค่าภายในของตัวสิทธิและเสรีภาพนั่นเอง (Deontology) ในขณะที่ปรัชญาเสรีนิยมสมัยใหม่กลับมีมุมมองต่อสิทธิและเสรีภาพในเชิงเป้าหมาย (Teleology) หรือเชิงอุปกรณ์ (Instrument) มากกว่า กล่าวคือ สิทธิและเสรีภาพเป็น “วิธีการ” (Means) ที่นำไปสู่เป้าหมายเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ ด้วยเหตุนี้ สิทธิและเสรีภาพในมุมมองของปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิกจึงมีรากฐานจากแนวคิดปัจเจกชนนิยมที่ถือว่าบุคคลแต่ละคนย่อมมีวิถีในการใช้ชีวิตเป็นของตนเอง มีสิทธิที่จะเลือกเชื่อหรือยึดถือว่าจะไรดีหรือไม่ดี โดยไม่ต้องคำนึงผลประโยชน์ของส่วนรวม ในทางกลับกัน ปรัชญาเสรีนิยมสมัยใหม่นั้นยอมรับว่าการใช้สิทธิและเสรีภาพต้องคำนึงถึง “ประโยชน์สูงสุดของคนหมู่มากที่สุด” หรือ “ประโยชน์สาธารณะ” ด้วย ซึ่งเป็นรากฐานจากแนวคิดส่วนรวมนิยมที่ผสมผสานและพัฒนามาจากแนวคิดของลัทธิอรรถประโยชน์นิยม นอกจากนี้ ในแง่มุมมองของการจำกัดสิทธิและ

⁴⁷ สรุปลงมาจาก ณรงค์เดช สรุโฆษิต, "สิทธิเสรีภาพในมุมมองของเสรีนิยมดั้งเดิมและเสรีนิยมสมัยใหม่ (Rights and Freedoms in the Views of Classical and Modern Liberalism)," ใน *กฎหมายกับเศรษฐกิจ : รวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นเกียรติแด่ ศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ ธานีกุล ครุของ พ ศักดา 60 ปี, วรพล มาลสุขุม และพีรพงศ์ จงไพศาลสกุล อาร์ม ตั้งนิรันดร, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2561), หน้า 524-541.*

เสรีภาพภายใต้ปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิก สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนอาจถูกจำกัดได้โดยชอบธรรม เฉพาะเพื่อ “ปกป้อง” (Protect) การใช้สิทธิเสรีภาพของผู้อื่นไม่ให้ถูกละเมิดเท่านั้น ทว่าปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิกยอมให้มีการจำกัดเสรีภาพได้กว้างขวางมากขึ้นหากเป็นไปได้เพื่อ “เพิ่มพูน” (Enhance) การใช้สิทธิเสรีภาพของผู้อื่นให้มีความเสมอภาคเท่าเทียมกันให้มากที่สุด

(2) สิทธิเสรีภาพในเชิงปฏิเสธ (Negative Rights) กับ สิทธิเสรีภาพในเชิงบวก (Positive Rights)

“สิทธิเสรีภาพในเชิงปฏิเสธ” ซึ่งมีรากฐานจากปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิก คือสถานะที่ปัจเจกชนใช้สิทธิเสรีภาพโดยปลอดจากการแทรกแซงเชิงบังคับจากผู้อื่น หรือจากข้อจำกัดภายนอก (External constraints) ในขณะที่ “สิทธิเสรีภาพในเชิงบวก” ซึ่งเป็นแนวคิดภายใต้ปรัชญาเสรีนิยมสมัยใหม่ ให้ความสำคัญกับสถานะที่ปัจเจกชนใช้สิทธิเสรีภาพโดยปลอดจากข้อจำกัดของตนเองด้วย ซึ่งประกอบทั้งข้อจำกัดภายใน (Inner Realm) เช่น สถานะทางร่างกาย และจิตใจ โดยเฉพาะข้อจำกัดภายนอก (Outer Realm) เช่น ความแตกต่างและความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจและสังคม กล่าวอีกนัยหนึ่งคือรูปแบบของการ “เพิ่มอำนาจ” (Empowerment) ให้ปัจเจกชนมีเครื่องมือหรือวิธีการที่จำเป็นในการบรรลุเป้าหมายที่แต่ละคนปรารถนา ด้วยเหตุนี้ ในมิติของรัฐ ปรัชญาเสรีนิยมสมัยใหม่จึงเสนอให้รัฐมีหน้าที่จัดให้มีเครื่องมือหรือวิธีการอันจำเป็นเพียงพอเพื่อช่วยเหลือให้ปัจเจกชนทั้งหลายมีโอกาสใช้สิทธิเสรีภาพของตนเองได้อย่างเสรีเท่าเทียมกับผู้อื่นด้วย ซึ่งแตกต่างจากปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิกที่กำหนดให้รัฐมีหน้าที่เพียงไม่เข้ามาแทรกแซงการใช้สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนเท่านั้น

(3) ข้อความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพที่มีเสรีภาพเป็นแกนกลาง กับ สิทธิเสรีภาพที่มีความเสมอภาคเป็นแกนกลาง (Liberty-centred vs Equality-centred Conception of Rights)

ปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิกและปรัชญาเสรีนิยมสมัยใหม่ต่างให้ความสำคัญกับความเสมอภาคในฐานะที่เป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน แต่อยู่ในระดับของการส่งเสริมและสนับสนุนที่ต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ ปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิกเชื่อว่าตราบเท่าที่ไม่ได้มีการละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น ปัจเจกชนย่อมไม่อาจถูกบีบบังคับให้ต้องเชื่อฟังหรือปฏิบัติตามคำสั่ง คำบัญชาหรือความประสงค์ของผู้อื่น เว้นเสียแต่ว่าปัจเจกชนผู้นั้นจะยินยอมพร้อมใจด้วยเจตจำนงเสรี

(ยินยอมด้วยใจสมัคร) ที่จะปฏิบัติตามความประสงค์ของผู้อื่นเอง โดยรัฐมีหน้าที่ต้องไม่ออกข้อจำกัดทางกฎหมายใด ๆ มาห้ามปัจเจกชนจากการมีโอกาสที่จะใช้สิทธิเสรีภาพได้เสมอภาคเท่าเทียม เช่นเดียวกับปัจเจกชนอื่น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือทำให้ปัจเจกชนทุกคนมีโอกาสที่เสมอภาคกันในการใช้สิทธิและเสรีภาพ แนวคิดเรื่องความเสมอภาคภายใต้ปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิกจึงเกี่ยวพันและเชื่อมโยงกับแนวคิดเรื่องสิทธิเสรีภาพในเชิงปฏิเสธรอย่างชัดเจน ในทางตรงกันข้าม ปรัชญาเสรีนิยมสมัยใหม่เรียกร้องและโต้แย้งว่าล้าพั้งแต่การมีโอกาสที่เสมอภาคกันอาจไม่เพียงพอ ทว่าต้องมี **“ความเสมอภาคในการมีโอกาสที่เสมอภาค”** (The equal in equal opportunity) อันเนื่องมาจากปัจจัยภายนอกทั้งปัญหาทางเศรษฐกิจและสังคม รัฐจึงสามารถเข้ามาแทรกแซงการใช้สิทธิเสรีภาพได้ในบางลักษณะเพื่อให้ปัจเจกชนทุกคนสามารถใช้สิทธิเสรีภาพได้อย่างเสรีและเสมอภาคกันโดยแท้จริง โดยรัฐสามารถเข้ามาแทรกแซงได้ 2 วิธี ได้แก่

วิธีแรก รัฐเข้ามาแทรกแซงโดยการจัดหาหรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ให้ปัจเจกชนที่ด้อยความเสมอภาคกว่าปัจเจกชนอื่นมีเครื่องมือหรือวิธีการที่จำเป็นเพียงพอต่อการใช้สิทธิเสรีภาพได้เสมอภาคเท่าเทียมกับผู้อื่น ตัวอย่างที่พบได้บ่อยคือ “การอำนวยความสะดวก” (Facilitation) และ “การอุดหนุน/สนับสนุน” (Subsidy)

วิธีที่สอง รัฐเข้ามาแทรกแซงโดยการจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนบางคนหรือบางกลุ่มที่มีโอกาสและความพร้อมในการใช้สิทธิและเสรีภาพมากกว่าคนอื่นหรือกลุ่มอื่นลง (Restriction) เพื่อหนุนเสริมให้ปัจเจกชนอื่นที่ด้อยโอกาสกว่าสามารถเข้าถึงการใช้สิทธิเสรีภาพได้เสมอภาคกันมากขึ้น ตัวอย่างเช่น การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญา และสิทธิในทรัพย์สินในกรณีของการกำหนดค่าจ้างแรงงานขั้นต่ำ หรือการกำหนดเพดานขั้นสูงของชั่วโมงการทำงานต่อวันของแรงงาน เป็นต้น⁴⁸

⁴⁸ ประเด็นของความเสมอภาคนั้นยังสามารถอธิบายความแตกต่างออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ **“ความเสมอภาคเชิงรูปแบบ”** (Formal equality) และ **“ความเสมอภาคเชิงเนื้อหา”** (Substantive equality) ทั้งนี้ ความเสมอภาคเชิงรูปแบบนั้นมุ่งหมายให้รัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย (Equality before the law) ในขณะที่ความเสมอภาคเชิงเนื้อหามุ่งหมายให้รัฐต้องมีหน้าที่หรือภารกิจที่เข้มข้นมากขึ้นในการที่จะประกันการรับรองสิทธิที่เสมอภาคของบุคคลทุกคนอย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวโดยเฉพาะเจาะจง แนวคิดความเสมอภาคประการหลังนี้เรียกร้องให้รัฐต้องเข้าไปมีบทบาทในความสัมพันธ์ทางสังคมระหว่างปัจเจกชนเพื่อบรรเทาหรือหยุดยั้ง “ความไม่เสมอภาคในความเป็นจริง” (de facto inequality) ด้วยการโอบรับคุ้มครอง ส่งเสริมหรือยกระดับความเสมอภาคในการใช้สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนบางกลุ่มเป็นพิเศษ อย่างไรก็ตามเป็นไปได้ยากที่จะยึดถือแนวคิดความเสมอภาครูปแบบใดรูปแบบหนึ่งโดยสมบูรณ์ สาเหตุเพราะรัฐไม่อาจประกันหรือคุ้มครอง

(4) การแทรกแซงของรัฐอย่างต่ำ กับ การแทรกแซงของรัฐอย่างกว้างขวาง
(Minimal vs Extensive Government Intervention)

ในเบื้องต้น ปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิกยึดมั่นกับหลักการสำคัญของรัฐบาลที่มีอำนาจจำกัดอย่างค่อนข้างเด็ดขาดและหนักแน่น กล่าวคือ รัฐมีอำนาจหน้าที่อย่างจำกัดและอย่างต่ำเพียงพอที่จำเป็นต่อการปกป้องและคุ้มครองปัจเจกชนทุกคนจากการถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพจากปัจเจกชนด้วยกัน เช่นเดียวกันกับการปกป้องการดำรงอยู่และความต่อเนื่องของรัฐ ดังนั้น รัฐจึงไม่อาจละเมิดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้ตราบดีที่ไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้น รัฐบาลในมุมมองของปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิกจึงมีลักษณะเป็นเพียง “สิ่งชั่วร้ายที่จำเป็น” (Necessary Evil) เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ในมุมมองของปรัชญาเสรีนิยมสมัยใหม่ การใช้อำนาจของรัฐอย่างกว้างขวางมากขึ้นถือว่าเป็นสิ่งจำเป็นต่อการปลดปล่อยประชาชนทุกคนจากข้อจำกัดต่าง ๆ ที่เหนียวรั้งเจตจำนงในการใช้สิทธิเสรีภาพไว้ ซึ่งสามารถใช้อำนาจได้ในสองลักษณะ ได้แก่ การใช้อำนาจในเชิงบวก เช่น การยกระดับและพัฒนาสถานะทางสังคมของกลุ่มผู้เสียเปรียบ (The disadvantaged) หรืออาจกระทำได้ในเชิงปฏิเสธด้วยการจำกัดสิทธิเสรีภาพบางประการที่ล้นเกิน และไม่เป็นธรรมของกลุ่มผู้ได้เปรียบ (The advantaged) ลง ด้วยเหตุนี้ กล่าวได้ว่าการใช้อำนาจของรัฐภายใต้ปรัชญาเสรีนิยมสมัยใหม่สนับสนุนการใช้อำนาจของรัฐที่เพิ่มมากขึ้นตามลำดับเพื่อเป้าหมายสำคัญคือการปฏิรูปสังคมให้มีความเสมอภาคกันอย่างแท้จริง ทั้งในด้านความยุติธรรมทางเศรษฐกิจและความยุติธรรมทางสังคม

2.1.1.2 ปรัชญาประชาธิปไตย (Democracy)

ในเบื้องต้น เมื่อพิจารณาความหมายของประชาธิปไตย หรือ Democracy ในเชิงที่มาของคำศัพท์แล้วจะพบว่า “democracy” มีที่มาจากภาษากรีกว่า “demokratia” ซึ่งประกอบขึ้นจากรากศัพท์ของคำว่า “demos” ที่แปลว่า “ประชาชน” และ “kratos” ที่แปลว่า “การ

ความเสมอภาคของบุคคลต่อหน้ากฎหมายได้อย่างถ้วนทั่วทุกคนไปได้ในทางปฏิบัติ ในทางกลับกันการที่รัฐปฏิบัติต่อกับบุคคลบางกลุ่มเป็นพิเศษเหนือกว่ากลุ่มบุคคลอื่นต่อหน้ากฎหมายซึ่งมักอยู่บนพื้นฐานของ “คุณลักษณะของความเป็นกลุ่ม” บางประการ (Group characteristics) ก็ย่อมไม่อาจกระทำได้โดยตลอดโดยไม่ต้องคำนึงถึงความพยายามที่จะไม่แบ่งแยกความแตกต่างระหว่างกลุ่มไปเลยได้ (Generalization) โปรดดู Stanford Encyclopedia of Philosophy, "Equality of Opportunity," [Online]. Available from: <https://plato.stanford.edu/entries/equal-opportunity/>.

ปกครอง”⁴⁹ ทั้งนี้ ความหมายของประชาธิปไตยที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางมากที่สุดในระดับสากลได้แก่สุนทรพจน์อันโด่งดังที่เมือง Gettysburg (Gettysburg Address) ของ Abraham Lincoln อดีตประธานาธิบดีของประเทศสหรัฐอเมริกาที่กล่าวว่าประชาธิปไตยคือ **“การปกครองของประชาชน โดยประชาชน เพื่อประชาชน” (government of the people, by the people, for the people.)** ซึ่งนอกจากจะสะท้อนให้เห็นถึงความหมายโดยทั่วไปของประชาธิปไตยว่าหมายถึง **“การปกครองของประชาชน”**แล้ว ในขณะเดียวกันก็ยังสะท้อนให้เห็นถึงกลไกการบริหารจัดการและเป้าหมายของระบอบประชาธิปไตยที่เป็น **“การปกครองโดยประชาชน”** และ **“การปกครองเพื่อประชาชน”** ตามลำดับด้วย⁵⁰

ปรัชญาประชาธิปไตยประกอบด้วยหลักการพื้นฐานที่สำคัญสองประการ ได้แก่ **“หลักความเสมอภาคทางการเมือง” (Political Equality)** และ **“หลักการตัดสินใจโดยเสียงข้างมาก” (Majority Decision)**⁵¹ ซึ่งสามารถแยกอธิบายได้ดังนี้

2.1.1.2.1 หลักความเสมอภาคทางการเมือง (Political Equality)

หลักความเสมอภาคทางการเมืองได้รับการยอมรับในระดับสากลว่าเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของปรัชญาและระบอบการปกครองประชาธิปไตย ซึ่งหลักการดังกล่าวประกอบด้วยมิติและขอบเขตที่หลากหลายขึ้นอยู่กับทฤษฎีในทางประชาธิปไตยที่มีอยู่หลายทฤษฎี อย่างไรก็ตามสาระสำคัญของหลักความเสมอภาคทางการเมือง คือ ความเสมอภาคในกระบวนการตัดสินใจรวมหมู่ (The Equality in Collective Decision-Making Process) ซึ่งพลเมืองแต่ละคนต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน (Equal Treatment) โดยอยู่บนเงื่อนไขว่าพลเมืองแต่ละคนต้องมีโอกาสที่จะมีส่วนร่วมและอิทธิพลต่อการตัดสินใจร่วมในกระบวนการแต่ละกระบวนการนั้น⁵² ทั้งนี้ กระบวนการตัดสินใจรวมหมู่ของพลเมือง ประกอบด้วยหลายกระบวนการ เช่น กระบวนการ

⁴⁹ Raymond Williams, *Keywords: A Vocabulary of Culture and Society*, (Glasgow: Fontana, 1976), pp. 93-94. อ้างใน สมเกียรติ วันทะนะ, *อุดมการณ์ทางการเมืองร่วมสมัย*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: อักษรข้าวสวย, 2551), หน้า 246.

⁵⁰ Narongdech Srukhsit, “Freedom of Speech and Third Parties in Election Campaigns: A comparative Analysis of Campaign Finance Regulations,” pp. 62-63.

⁵¹ Jeremy Waldron, “Democracy,” in *The Oxford Handbook of Political Philosophy*, ed. David Estlund (Oxford: Oxford University Press, 2012). p. 187.

⁵² Narongdech Srukhsit, “Freedom of Speech and Third Parties in Election Campaigns: A comparative Analysis of Campaign Finance Regulations,” p. 110.

ออกเสียงเลือกตั้ง หรือกระบวนการออกเสียงประชามติ เป็นต้น โดยกระบวนการเลือกตั้งถือเป็นกลไกทางประชาธิปไตยที่สะท้อนถึงหลักความเสมอภาคทางการเมืองได้อย่างเป็นรูปธรรมที่สุด หรืออาจเรียกโดยเฉพาะเจาะจงว่า “หลักผู้ที่มีสิทธิเลือกตั้งต้องมีโดยทั่วไป” (Universal Suffrage) กล่าวคือในกระบวนการเลือกตั้ง พลเมืองที่เป็นผู้ใหญ่ทุกคนต้องมีโอกาสที่เท่าเทียมกันในการมีส่วนร่วมในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ เพศ สถานะทางเศรษฐกิจและสังคม หรือระดับของการศึกษา แต่อาจมีข้อจำกัดได้บ้างแต่ต้องเป็นข้อจำกัดที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย หรือในอีกนัยหนึ่งยังเกี่ยวข้องกับหลัก “หนึ่งคน หนึ่งเสียง” (One Person One-Vote) ด้วย ซึ่งเน้นย้ำหลักการสำคัญว่าในระบบการเลือกตั้ง (Electoral System) คะแนนเสียงเลือกตั้งของพลเมืองที่มีสิทธิเลือกตั้งแต่ละคนต้องนำมาหนักหรือมีอิทธิพลอย่างเท่าเทียมกันต่อการตัดสินใจในการกำหนดผลลัพธ์ของกระบวนการตัดสินใจรวมหมู่

2.1.1.2.2 หลักการตัดสินใจโดยเสียงข้างมาก (Majority Decisions)

เนื่องจาก “ประชาธิปไตย” คือการปกครองของประชาชน หรือในอีกนัยหนึ่งคือการปกครองที่ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย หรืออำนาจอธิปไตย (Popular Sovereignty) ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานว่าประชาชนคือหน่วยทางการเมืองเดียวกันที่มีเจตจำนงทางการเมืองที่เป็นเอกภาพ ทว่าในความเป็นจริงแล้วประชาชนคือการรวมตัวของ “ปัจเจกบุคคล” ซึ่งต่างมีความคิดเห็นที่หลากหลายและมีผลประโยชน์เป็นของตนเอง โดยเฉพาะความคิดเห็นต่อการออกแบบสังคมรัฐที่ตนดำรงอยู่ ตลอดจนวิธีแก้ปัญหาคือต่าง ๆ ที่ปรากฏขึ้นในสังคม ด้วยเหตุนี้ “หลักการตัดสินใจโดยเสียงข้างมาก” จึงเป็นมาตรการที่ดีที่สุด (แต่ยังไม่แน่ว่าเพียงพอ) ในการจัดการปัญหาของความไม่เป็นเอกภาพโดยแท้จริงของประชาชนข้างต้น

สืบเนื่องจากประเด็นข้างต้น รัฐประชาธิปไตยจำเป็นต้องสร้างมาตรการและกลไกทางการเมืองที่เปิดโอกาสให้ความคิดเห็นและผลประโยชน์ของประชาชนแต่ละคนถูกนำไปพิจารณาอย่างจริงจังโดยเท่าเทียมกัน ผ่านการออกเสียงเลือกตั้ง “ผู้แทน” หรือการออกเสียงลงประชามติโดยตรง รวมถึงผ่านการให้ผู้แทนเข้าไปทำหน้าที่ออกกฎหมายมาบังคับใช้กับประชาชนโดยทางอ้อม นอกจากนี้ยังรวมไปถึงการจัดทำนโยบายสาธารณะต่าง ๆ ของรัฐซึ่งจำเป็นต้องจัดทำขึ้นโดยมีที่มาการระดมและรับฟังความคิดเห็นของประชาชนส่วนใหญ่ในลักษณะของ “มติมหาชน” (Public Opinion)

2.1.2 ประชาธิปไตย ทฤษฎีและหลักการทางกฎหมายมหาชนที่สนับสนุนระบอบเสรีนิยมประชาธิปไตย

ประชาธิปไตยและประชาธิปไตยเป็นเหมือนรากฐานทางความคิดของการกำหนดขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพ แต่ประชาธิปไตย ทฤษฎีและหลักการทางกฎหมายทำให้รากฐานทางความคิดนี้เป็นรูปธรรมผ่านการตราเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งประกอบด้วย หัวข้อ 2.1.2.1 ทฤษฎีกฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Rights Law) หัวข้อ 2.1.2.2 หลักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) และหัวข้อ 2.1.2.3 หลักนิติรัฐ (Legal State) ดังจะได้อธิบายต่อไปตามลำดับ

2.1.2.1 ทฤษฎีกฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Rights Law)

คำว่า “สิทธิมนุษยชน” นั้น ตามแนวคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติมองว่าสิทธิมนุษยชนเป็น “สิทธิเชิงศีลธรรม” (Moral Rights) ตามธรรมชาติ หรือสิทธิที่ติดตัวมาแต่กำเนิด เมื่อบุคคลถือกำเนิดมา รัฐต่าง ๆ ต้องให้ความคุ้มครองสิทธิทางศีลธรรมหรือทางธรรมชาติอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน ไม่มีกฎหมายใด ๆ ที่มนุษย์สร้างขึ้นมาที่จะสามารถลบล้างสิทธิมนุษยชนได้

อย่างไรก็ตาม กลุ่มนักปรัชญากฎหมายฝ่ายบ้านเมืองได้วิพากษ์แนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติว่าเป็นอภิปรัชญา (Metaphysical) จนเกินไป โดยได้เสนอแนวคิดที่ว่าสิทธิมนุษยชนที่รัฐพึงคุ้มครองจะต้องได้รับการบัญญัติออกมาเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจนเท่านั้น นอกจากนี้ แม้คำว่าสิทธิทางศีลธรรม (Moral Rights) เองก็ยังมีผู้ให้ความเห็นว่ามี ความแตกต่างจากสิทธิทางกฎหมาย (Legal Rights) อยู่บ้าง จึงไม่อาจนำสิทธิทางศีลธรรมมาใส่ไว้ในกฎหมายได้ทั้งหมด เนื่องจากสิทธิทางกฎหมายยังคงต้องอาศัยความชอบด้วยกฎหมาย (Lawful) อยู่ด้วย แต่สิทธิทางศีลธรรมเน้นในทางปฏิบัติ (Conductive) ที่ชอบด้วยศีลธรรมมากกว่าความชอบด้วยกฎหมาย เพราะสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายแต่อาจฝ่าฝืนต่อศีลธรรมก็เป็นไปได้⁵³ สิทธิมนุษยชนจึงควรเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นสิทธิทางศีลธรรมไม่ใช่สิทธิทางกฎหมายที่มีความหมายแคบกว่าสิทธิมนุษยชน จึงยากที่จะนำสิทธิมนุษยชนมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรให้ครอบคลุมได้ทั้งหมด ทั้งนี้ แนวคิดการรับรองสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายภายใต้สำนักคิดกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองได้ทำให้เกิด “กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ” (International Human Rights Law) ออกมาหลายฉบับ โดยเฉพาะตราสาร

⁵³ Maurice Cranston, *What Are Human Rights?* (London: The Bodley Head, 1973). p. 19.

ระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ รวมถึงกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เป็นลายลักษณ์อักษรด้านสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นมาในระยะหลัง ๆ

อนึ่ง *ปฏิญญากรุงเวียนนาและโครงการปฏิบัติการ (Vienna Declaration and Programme of Action)* ได้ระบุเกี่ยวกับลักษณะของสิทธิมนุษยชนซึ่งสามารถสรุปได้ ดังนี้⁵⁴

ประการแรก มีความเป็นสากล (Universal) กล่าวคือ บุคคลทุกคนได้รับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายใต้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกันไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นสมาชิกของกลุ่มทางการเมือง เชื้อชาติ สังคม หรือวัฒนธรรมใด การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่ยอมรับไม่ได้ ประชาชนก็พึงมีสิทธิมนุษยชนอย่างเท่าเทียมกันภายใต้ระบบกฎหมายของประเทศนั้น ๆ กฎหมายภายในไม่ควรยกเว้นหรือทำลายความเป็นสากลของสิทธิมนุษยชนให้ด้อยลง พันธกรณีของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนควรได้รับการบังคับใช้โดยระบบกฎหมายภายใน รวมทั้งมีมาตรการมารองรับเพื่อบูรณาการสิทธิมนุษยชนด้วย

ประการที่สอง สิทธิมนุษยชนทุกสิทธินั้นไม่สามารถแบ่งแยกได้ (Indivisible) ว่าจะจะเป็นสิทธิพลเมืองหรือ สิทธิทางการเมือง เช่น สิทธิในการดำรงชีวิต ความเท่าเทียมกันตามกฎหมายและเสรีภาพในการแสดงออก สิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม เช่น สิทธิในการทำงาน สิทธิที่จะได้รับสวัสดิการสังคม และสิทธิทางการศึกษา สิทธิเหล่านี้ไม่สามารถแบ่งแยกได้ เนื่องจากมีความสำคัญเท่าเทียมกัน การปฏิเสธว่าสิทธิมนุษยชนใดสำคัญน้อยกว่าสิทธิมนุษยชนใดก็จะกระทบกับสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ ไปด้วย การจะเจาะจงว่าคุ้มครองสิทธิหนึ่ง อีกสิทธิหนึ่งจะไม่คุ้มครองก็ทำไม่ได้

ประการที่สาม สิทธิมนุษยชนมีความเชื่อมโยงและสัมพันธ์กัน (Interdependent and Interrelated) สิทธิมนุษยชนไม่ว่าจะเป็นสิทธิใด ๆ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิทางเศรษฐกิจ สิทธิทางสังคม สิทธิทางวัฒนธรรม เสรีภาพในการรวมกลุ่ม เสรีภาพในการแสดงออก สิทธิเหล่านี้จะต้องมีความเชื่อมโยงและสัมพันธ์กันพึ่งพาอาศัยกัน พัฒนาและส่งเสริมกัน หากสิทธิใดถูกลิดรอนก็จะกระทบกับสิทธิอื่น ๆ ด้วย⁵⁵

⁵⁴ OHCHR, "Vienna Declaration and Programme of Action," [Online]. Available from: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx>.

⁵⁵ OHCHR, "What Are Human Rights?," [Online]. Available from: <https://www.ohchr.org/en/issues/pages/whatarehumanrights.aspx>.

ทั้งนี้ ตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ รัฐทั้งหลายที่เป็นภาคีย่อมมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติดังต่อไปนี้ คือ **เคารพ (Respect)** หมายถึง รัฐต้องหลีกเลี่ยงที่จะเข้าไปแทรกแซงหรือละเมิดการใช้สิทธิมนุษยชนของบุคคล **ปกป้อง (Protect)** หมายถึง รัฐต้องปกป้องปัจเจกชนหรือกลุ่มต่าง ๆ จากการละเมิดสิทธิมนุษยชน และ**ทำให้บรรลุผล (Fulfill)** หมายถึง รัฐต้องกำหนดมาตรการเชิงบวกเพื่ออำนวยความสะดวกให้การใช้สิทธิมนุษยชนบรรลุผลสูงสุดด้วย⁵⁶

2.1.2.2 หลักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism)

หลักรัฐธรรมนูญนิยมเป็นทฤษฎีและหลักการทางกฎหมายที่สนับสนุนและเกื้อหนุนการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย โดยมุ่งให้รัฐเสรีประชาธิปไตยใช้ “รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร” (Written Constitution) เป็นเครื่องมือในการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองหรือใช้อำนาจรัฐเพื่อมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อยู่ภายใต้อำนาจอรันั้นเป็นสำคัญ⁵⁷ ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวถือกำเนิดขึ้นหลังจากการปฏิวัติครั้งยิ่งใหญ่สองครั้ง ได้แก่ การปฏิวัติอเมริกา ค.ศ.1776 และการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ.1789 ซึ่งนำไปสู่การบังเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรแบบสมัยใหม่ (The modern constitution) สองฉบับสำคัญของโลก ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 และรัฐธรรมนูญแห่งประเทศฝรั่งเศส ค.ศ.1791 ตามลำดับ นับเป็นการตัดสินใจทางการเมือง (Political decision) ของประชาชนหรือสามัญชนในขณะนั้นที่พยายามปลดแอกตนเองออกจากการกดขี่ของระบอบอาณานิคมของอังกฤษและระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในฝรั่งเศส โดยได้แสดงเจตจำนงในการสถาปนาภวเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งมีสถานะพิเศษที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญขึ้น พร้อมกับนำหลักการทางปรัชญาทั้งปรัชญาเสรีนิยมและปรัชญาประชาธิปไตยที่เหล่าปรัชญาเมธีได้รังสรรค์ขึ้นก่อนหน้านั้นมาแปรรูปให้เป็นกฎหมาย ซึ่งต่อมากระแสของรัฐธรรมนูญนิยมที่มีสหรัฐอเมริกาและ

⁵⁶ United Nations, "The Foundation of International Human Rights Law," [Online]. Available from: <https://www.un.org/en/sections/universal-declaration/foundation-international-human-rights-law/index.html>.

⁵⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานทางกฎหมายมหาชน, หน้า 151-162.

ประเทศฝรั่งเศสเป็นต้นแบบได้แพร่ขยายไปทั่วยุโรป และส่วนต่าง ๆ ของโลกในราวศตวรรษที่ 19 และได้รับการยอมรับโดยทั่วไปในช่วงปลายศตวรรษที่ 20⁵⁸

ดีเทอร์ กริมม์ (Dieter Grimm) ศาสตราจารย์ทางกฎหมายรัฐธรรมนูญและอดีตคณบดีของมหาวิทยาลัยเวียนนา ได้อธิบายถึงองค์ประกอบสำคัญของรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ที่สุดคือหลักรัฐธรรมนูญนิยมไว้ ดังนี้⁵⁹

องค์ประกอบแรก รัฐธรรมนูญต้องมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Legal norm) ไม่ใช่โครงสร้างทางปรัชญา (Philosophical construct) โดยถือกำเนิดจากการตัดสินใจทางการเมืองของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมากกว่าเกิดจากระบบใด ๆ ที่ดำรงอยู่ก่อนหน้านั้น

องค์ประกอบที่สอง รัฐธรรมนูญเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีเป้าหมายในการก่อตั้งบรรดาสถาบันทางการเมือง และกำหนดวิธีการใช้อำนาจมหาชนของสถาบันทางการเมือง รวมตลอดถึงจำกัดการใช้อำนาจมหาชนของสถาบันทางการเมืองด้วย ซึ่งไม่เหมือนกับการแก้ไขเพิ่มเติมวิธีการใช้อำนาจมหาชนของบรรดาสถาบันทางการเมืองในระบบใด ๆ ที่ดำรงอยู่ก่อนหน้านั้น ในแง่นี้ รัฐธรรมนูญจึงเป็นทั้ง “ที่มา” (Source) และ “ข้อจำกัด” (Limitation) ของการใช้อำนาจรัฐทั้งปวง

องค์ประกอบที่สาม รัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการใช้อำนาจมหาชนของสถาบันทางการเมืองไว้อย่างครอบคลุม (Comprehensive) จึงไม่อาจมีสถาบันทางการเมืองใดอ้างหรือใช้อำนาจมหาชนนอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการไว้แล้วได้

องค์ประกอบที่สี่ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุด ดังนั้น บรรดากฎหมายและการกระทำในทางกฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจบังคับใช้ได้

องค์ประกอบที่ห้า ประชาชนเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่มีความชอบธรรมที่สุด กล่าวอีกนัยหนึ่งคืออำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน (Popular Sovereignty) โดยต้องมีการแบ่งแยกระหว่าง “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” (pouvoir constituant) กับ “อำนาจที่ได้รับมอบหมายจากรัฐธรรมนูญ” (pouvoir constitué) ให้ชัดเจน

⁵⁸ Dieter Grimm, "The Achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changed World," in *The Twilight of Constitutionalism?*, ed. Petra Dobner and Martin Loughlin (Oxford: Oxford University Press, 2010). pp. 3-22.

⁵⁹ Ibid. p.9.

Grimm อธิบายเพิ่มเติมว่ารัฐธรรมนูญที่ทำให้หลักรัฐธรรมนูญนิยมประสบความสำเร็จจำเป็นต้องมีองค์ประกอบครบทั้งห้าข้อ และต้องเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยและปกครองโดยหลักนิติรัฐหรือนิติธรรมเท่านั้น รวมทั้งต้องเป็นรัฐที่แยกศาสนาออกจากกิจการทางการเมืองของรัฐหรือ “รัฐโลกวิสัย” (Secular state) และมีการแยกปริมณฑลส่วนบุคคลกับปริมณฑลสาธารณะออกจากกันด้วย ซึ่งส่งผลให้รัฐธรรมนูญสามารถจำกัดการใช้อำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดหรือการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครอง ทั้งยังทำให้การใช้อำนาจรัฐย่อมคาดหมายได้ และผู้อยู่ใต้การปกครองสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้โดยปราศจากความกลัว นอกจากนี้รัฐธรรมนูญดังกล่าวยังเปิดพื้นที่ให้เกิดฉันทามติร่วมกันของประชาชนที่ต่างความคิดเห็น และผลประโยชน์ในอันที่จะสามารถแก้ปัญหาข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นได้อย่างมีอารยะ และก่อให้เกิดการเปลี่ยนผ่านการใช้อำนาจโดยสันติ ตลอดจนสามารถสร้างความเป็นปึกแผ่นของผู้คนในสังคม (The integration of society)⁶⁰

2.1.2.3 หลักนิติรัฐ (Legal State)

“หลักนิติรัฐ”⁶¹ เป็นหลักที่มีพัฒนาการมาจากประเทศเยอรมนี โดยคำว่า “นิติรัฐ” เป็นคำที่แปลมาจากภาษาเยอรมันว่า “Rechtsstaat” ซึ่งเป็นแนวคิดที่เริ่มต้นขึ้นในฐานะของปฏิกิริยาที่มีต่อการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในช่วงศตวรรษที่ 17⁶² ทั้งนี้ นักวิชาการเยอรมันหลายท่าน เช่น โรแบร์ต ฟอน โมห์ล (Robert von Mohl) Carl Wlckler, Jonathan

⁶⁰ Ibid. pp.9-10. อย่างไรก็ตาม *อมร จันทรสมบูรณ์* ได้นำหลักรัฐธรรมนูญนิยมมาอธิบายขยายความเพิ่มเติมในทางวิชาการเพื่อใช้เป็นเครื่องมือและกลไกในการปฏิรูปการเมืองผ่านการยกย่องรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 ซึ่งมีสาระสำคัญสามประการ ได้แก่ (1) การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน (2) การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และ (3) การเสริมสร้างเสถียรภาพให้แก่รัฐบาล รายละเอียดโปรดดู อมร จันทรสมบูรณ์, *คอนสติติวชันแนลลิสม์ทางออกของประเทศไทย* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นโยบายศึกษา, 2539), หน้า 126.

⁶¹ คำว่า “หลักนิติรัฐ” มีความใกล้เคียงกับคำว่า “หลักนิติธรรม” (Rule of Law) อย่างยิ่ง และหลายๆ ครั้งมีการใช้ทั้งสองคำปะปนกันและใช้ในลักษณะแทนกันได้ อย่างไรก็ตาม โนทัศน์ของหลักการทั้งสองประการข้างต้น มีความแตกต่างกันอยู่ในเชิงรายละเอียดโดยเฉพาะที่มาและพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ ทว่าหากกล่าวถึงที่สุดแล้วสารัตถะอันเป็นแก่นแท้ของทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมต่างมุ่งไปในทิศทางเดียวกันคือการมุ่งจำกัดการใช้อำนาจมหาชนหรืออำนาจรัฐขององค์กรของรัฐทั้งปวงให้อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย โดยมีเป้าหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลเป็นสำคัญ ทั้งนี้ *บรรเจิด ลิงคะเนติ* อธิบายว่าระบบกฎหมายไทย โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญไทยเป็นระบบที่วางพื้นฐานแนวความคิดแบบ “หลักนิติรัฐ” ตามระบบซีวิลลอว์ในประเทศภาคพื้นยุโรป ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาหลักนิติรัฐเป็นหลัก

⁶² บรรเจิด ลิงคะเนติ, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, หน้า 160-161.

Christopher และ Frisher Julius Stahl เป็นต้น ได้ให้ความหมายของนิติรัฐไว้ในทำนองเดียวกันว่า “รัฐแห่งความมีเหตุผล อันเป็นรูปที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวม และมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคมเป็นการทั่วไป”⁶³ หรือกล่าวอีกนัยคือ “รัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย ไม่ใช่โดยมนุษย์” (Government of law and not of men) ทั้งนี้ เพื่อกำกั้อำนาจของรัฐให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย⁶⁴ ในขณะที่ภายใต้ระบบกฎหมายฝรั่งเศส นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสอย่าง *คาเร เดอ มัลแบก* (Carre de Malberg) ได้อธิบายว่า นิติรัฐ (Etat de droit) คือ รัฐที่ยอมตนอยู่ใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อเอกชนในสองมิติ คือ การกำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และการกำหนดวิธีการตลอดจนมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานของรัฐสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด โดยเมื่อกฎเกณฑ์เช่นนั้นเกิดขึ้น ย่อมเป็นการจำกัดอำนาจของรัฐโดยการกำหนดให้รัฐใช้อำนาจนอกรอบที่กฎหมายวางไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา⁶⁵

หลักนิติรัฐคือหลักการใหญ่ที่ครอบคลุมหลักการย่อยจำนวนมาก ทั้งนี้ สามารถแบ่งสาระสำคัญของหลักนิติรัฐได้สองส่วน ได้แก่ หลักนิติรัฐในทางรูปแบบ และหลักนิติรัฐในทางเนื้อหา ซึ่งมีรายละเอียดโดยสังเขป ดังนี้

หลักนิติรัฐในทางรูปแบบ หมายถึง สภาวะที่รัฐผูกพันตนไว้กับกฎหมายที่รัฐตราขึ้น ตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือมอบอำนาจไว้ให้ ซึ่งเป็นการจำกัดอำนาจของรัฐให้อยู่ในกรอบของกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ล่วงหน้า หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการมุ่งประกันความมั่นคงแห่งนิติฐานะของปัจเจกชน ซึ่งประกอบไปด้วยหลักการย่อย ๆ หลายประการ ได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี และหลักการประกันสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ซึ่งผู้เขียนจะมุ่งอธิบายหลักหลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐเป็นสำคัญ ดังนี้

(1) **หลักการแบ่งแยกอำนาจ** เป็นหลักการที่มุ่งให้อำนาจของรัฐหรืออำนาจอธิปไตย ไม่ถูกรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรของรัฐองค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่ให้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจหรือกระจาย

⁶³ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 25-26.

⁶⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, หน้า 160-161.

⁶⁵ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานทางกฎหมายมหาชน*, หน้า 115.

การใช้อำนาจของรัฐให้องค์กรต่างองค์กรกันเป็นผู้ใช้ เพื่อการคานและดุลอำนาจซึ่งกันและกัน ทั้งนี้ ในรัฐธรรมนูญของประเทศที่ปกครองโดยหลักนิติรัฐจะมีการแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐออกเป็น องค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร และองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ⁶⁶

(2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ เป็นหลักการที่มุ่งให้การกระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติต้องอยู่ภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในการตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้ในบ้านเมื่อนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาไม่อาจตรากฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งหลักการดังกล่าวส่งผลให้องค์กรอื่นของรัฐ ทั้งองค์กรฝ่ายบริหาร (รวมถึงองค์กรฝ่ายปกครอง) และองค์กรฝ่ายตุลาการจำต้องผูกพันตนต่อกฎหมายทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นบนพื้นฐานของความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁶⁷ ทั้งนี้ ในกรณีของฝ่ายตุลาการซึ่งการกระทำของฝ่ายตุลาการนั้นเป็นการกระทำเพื่อลงโทษบุคคลที่ละเมิดต่อกฎหมาย และเยียวยาบุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำที่ละเมิดกฎหมายนั้น ด้วยเหตุนี้ การใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการจึงคือการปรับใช้ตัวบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงในคดีโดยตรง ซึ่งส่งผลให้การกระทำทางตุลาการต้องชอบด้วยกฎหมายเสมอ กล่าวคือ ไม่สามารถปรับหลักการในบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้ขัดแย้งกับตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั่นเองได้⁶⁸

หลักนิติรัฐในทางเนื้อหา หมายถึง การกำหนดรายละเอียดในด้านเนื้อหาว่า กฎหมายอันเป็นเครื่องมือสำคัญในการปกครองรัฐควรมีการระบุเนื้อหาประการใดไว้บ้าง ซึ่งประกอบด้วยหลักการย่อยสองประการ ได้แก่ หลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน และหลักความได้สัดส่วน ดังนี้

(1) หลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน เป็นหลักการที่มุ่งเน้นว่าการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นหลักการที่ไม่อาจขาดได้ในรัฐที่ปกครองโดยหลักนิติรัฐ กล่าวโดยเฉพาะเจาะจง สิทธิขั้นพื้นฐานถือเป็นกฎเกณฑ์สำคัญที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน โดยอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของระบบกฎหมายภายในรัฐนั้น ๆ ที่ได้บัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ ดังนั้น ประชาชนจึงอยู่ในสถานะของประธานแห่งสิทธิซึ่งรัฐต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและไม่แทรกแซงการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนตามอำเภอใจ หากรัฐ

⁶⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, หน้า 167-171.

⁶⁷ เฟ็งอ่าง, หน้า 171-176.

⁶⁸ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, หลักพื้นฐานทางกฎหมายมหาชน, หน้า 131.

แทรกแซงสิทธิของประชาชนเกินสมควร ประชาชนย่อมสามารถเรียกร้องให้รัฐหยุดการกระทำดังกล่าวได้ ในทางกลับกัน หากประชาชนไม่สามารถใช้สิทธิของตนเองได้อย่างบริบูรณ์ ประชาชนย่อมสามารถเรียกร้องให้รัฐเข้ามาส่งเสริมให้เกิดความเสมอภาคที่เท่าเทียมกันมากขึ้นได้เช่นกัน

ทั้งนี้ การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ (สิทธิและเสรีภาพ) มีทั้งหมด 3 ประเภท ดังนี้ ประเภทแรก รัฐสามารถตรากฎหมายมาจำกัดได้โดยไม่มีเงื่อนไขพิเศษสำหรับการตรากฎหมายฉบับนั้น กล่าวคือ แม้รัฐธรรมนูญจะมุ่งรับรองสิทธิและเสรีภาพเป็นหลัก ทว่าองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติอาจตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ตามที่เห็นสมควร แต่ยังคงตรากฎหมายให้สอดคล้องกับเงื่อนไขต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญด้วย ประเภทที่สอง รัฐอาจตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ก็แต่โดยการปฏิบัติตามเงื่อนไขพิเศษที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เงื่อนไขนั้นอาจเป็นสถานการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง หรือวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง และประเภทที่สาม รัฐไม่อาจตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้เลย ทำได้แต่เพียงการกำหนดกรอบหรือเขตแดนแห่งสิทธิที่รัฐจะคุ้มครองให้เท่านั้น อนึ่ง เมื่อรัฐจำเป็นต้องเข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน รัฐต้องคำนึงถึงและปฏิบัติตามหลักการย่อยดังต่อไปนี้

(1.1) หลักการคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ กล่าวคือ เป็นหลักการในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในกรณีที่รัฐจำเป็นต้องตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลบางประการ ทว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นต้องไม่กระทบกระเทือนต่อแก่นสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว กล่าวโดยเฉพาะเจาะจง รัฐสามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ แต่สิทธิและเสรีภาพประการนั้น ๆ *ยังคงต้องดำรงอยู่และไม่อาจถูกยกเลิกได้*

(1.2) หลักการมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของกฎหมาย กล่าวคือ ห้ามรัฐตรากฎหมายใช้บังคับเฉพาะกรณีและเฉพาะบุคคล เป็นหลักการที่มุ่งคุ้มครองประชาชนโดยเป็นการแบ่งแยกอำนาจไม่ให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายมาใช้บังคับแก่ประชาชนคนใดคนหนึ่งโดยตรง และป้องกันการเลือกปฏิบัติอันจะขัดต่อหลักความเสมอภาคของบุคคล

(1.3) หลักการอับทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย กล่าวคือ เป็นหลักการที่มุ่งให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตรากฎหมายซึ่งมีบทบัญญัติที่ลดทอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จำเป็นต้องอ้างหรือระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายไว้ด้วยเสมอ เพื่อเป็นการย้ำเตือนให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตระหนักว่าตนกำลัง

ลวงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอยู่ จะได้ตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องที่จำเป็นอย่างยิ่งเท่านั้น และเพื่อเป็นเครื่องช่วยในการใช้และการตีความกฎหมายด้วย⁶⁹

(2) หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) กล่าวคือ โดยทั่วไป การตรากฎหมายที่มุ่งจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนนั้น รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ “กระทำได้เท่าที่จำเป็น” เท่านั้น หมายถึง การตรากฎหมายให้พอเหมาะพอควรหรือได้สัดส่วน ทั้งนี้ เพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐไม่ให้ถูกใช้อย่างไร้เหตุผลและความชอบธรรมรองรับ ซึ่งถือว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีค่าบังคับเท่ากันกับบทบัญญัติอื่นแห่งรัฐธรรมนูญแม้จะไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม ดังนั้น เมื่อองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กฎหมายดังกล่าวต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน ซึ่งประกอบด้วยหลักการย่อย 3 หลักการ ดังนี้

(2.1) หลักความเหมาะสม เป็นหลักการที่มุ่งให้มาตรการที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายนั้นจะต้องสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมที่รัฐต้องการได้ กล่าวโดยเฉพาะเจาะจง หลักการนี้เป็นการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่รัฐใช้จำกัดหรือลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับผลที่จะได้รับจากการใช้มาตรการนั้นว่าอยู่ในวิสัยที่จะทำให้ผลที่รัฐต้องการบรรลุได้หรือไม่ ถ้ากฎหมายใดก็ตามกำหนดมาตรการที่ประจักษ์แจ้งว่าไม่สามารถบรรลุผลหรือวัตถุประสงค์ที่ต้องการไว้ได้เลยอย่างแน่แท้ หรือผิดพลาดอย่างชัดเจน กฎหมายนั้นย่อมขัดต่อหลักความเหมาะสมอันส่งผลให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

(2.2) หลักความจำเป็น เป็นหลักการที่มุ่งให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติต้องเปรียบเทียบมาตรการต่าง ๆ ที่จะบัญญัติในกฎหมายซึ่งเป็นมาตรการที่เหมาะสมที่จะดำเนินการให้บังเกิดผลได้ตามที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติต้องการ ทั้งนี้ ในกรณีที่มีมาตรการที่เหมาะสมหลายมาตรการ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติต้องเลือกมาตรการที่ส่งผลกระทบเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนน้อยที่สุดเท่านั้นมาบัญญัติเป็นกฎหมาย ถ้าองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติเลือกมาตรการที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพอย่างร้ายแรงมาบัญญัติเป็นกฎหมายแม้จะปรากฏว่ามีมาตรการอื่นที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพน้อยกว่า ย่อมถือว่ากฎหมายนั้นขัดต่อหลักความจำเป็นอันส่งผลให้ขัดรัฐธรรมนูญ

(2.3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หลักการนี้เป็นหลักการตอนท้ายหลังจากที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดมาตรการเหมาะสมและจำเป็นแล้ว โดยมุ่งให้องค์กร

⁶⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, หน้า 179-189.

ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งน้ำหนัก (Balancing) ประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับกับประโยชน์ของปัจเจกชนที่จะต้องสูญเสียไปอันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามมาตรการนั้น ๆ ว่าได้สัดส่วนหรือคุ้มค่าต่อกันหรือไม่ โดยเริ่มพิจารณาจากสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์จะคุ้มครองก่อน แล้วจึงพิจารณาระดับความเข้มข้นหรือความรุนแรงของมาตรการตามกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองว่าได้สัดส่วนหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ประโยชน์สาธารณะที่ได้รับต้องสูงกว่าผลกระทบอันเกิดจากการละเมิดและจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน และต้องไม่ทำให้ปัจเจกชนได้รับผลกระทบอย่างร้ายแรงจากการถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพจนเกินไปด้วย⁷⁰

โดยสรุป หัวข้อนี้ มุ่งทำความเข้าใจว่ารัฐที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่อย่างแท้จริงต่างตั้งอยู่บนรากฐานทางปรัชญาเสรีนิยมทางการเมืองซึ่งแบ่งแยกได้เป็น เสรีนิยมคลาสสิกและเสรีนิยมสมัยใหม่ และปรัชญาประชาธิปไตย นอกจากนี้ ยังต้องยึดมั่นกับ ปรัชญา ทฤษฎีและหลักการทางกฎหมายมหาชนที่สนับสนุนระบอบเสรีนิยมประชาธิปไตยอีกหลายประการด้วย ได้แก่ ทฤษฎีกฎหมายสิทธิมนุษยชน หลักรัฐธรรมนูญนิยม และหลักนิติรัฐ โดยบรรดารากฐานทางปรัชญา ทฤษฎีและหลักการที่กล่าวมาข้างต้นล้วนแต่เป็นพื้นฐานในการศึกษาปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมายโดยเฉพาะต่อไป ดังจะได้ศึกษาในหัวข้อ 2.2

2.2 ปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมาย

เมื่อได้ศึกษาปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานของระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตยมาแล้วในหัวข้อ 2.1 ในลำดับต่อไป จึงควรศึกษาปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมาย ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

2.2.1 นิยามและลักษณะของเสรีภาพในการแสดงออก

ในเบื้องต้น *โทมัส สแกนลอน (Thomas Scanlon)* อธิบายว่า “เสรีภาพในการแสดงออก” (Freedom of Expression; Free Expression) คือ สิทธิในทางศีลธรรม (Moral Right) ประเภทหนึ่ง โดยเป็นความต้องการทางศีลธรรมขั้นพื้นฐานที่บรรดาปัจเจกชนสามารถแสดงออกความต้องการ

⁷⁰ เพิ่งอ้าง, หน้า 183-185. อนึ่ง หลักความได้สัดส่วนนี้มีได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่การกระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น แต่ให้ใช้บังคับการกระทำขององค์กรของรัฐอื่น ๆ ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง

ของตนเองและสื่อสารกับบุคคลอื่น ๆ ได้โดยเสรี สิทธินี้ก่อให้เกิดหน้าที่เชิงปฏิเสธ (Negative Duties) แก่บุคคลอื่นที่จะไม่แทรกแซงการใช้สิทธิดังกล่าว และก่อให้เกิดสิทธิเชิงบวก (Positive Duties) แก่รัฐที่จะต้องคุ้มครองการใช้สิทธินั้น เช่น การให้ความคุ้มครองโดยตำรวจแก่ผู้แสดงออกที่ถูกคุกคามการใช้สิทธิในเสรีภาพในการแสดงออก เป็นต้น⁷¹

กล่าวโดยเฉพาะเจาะจง “การแสดงออก” หรือ “Expression” สัมพันธ์โดยตรงกับการสื่อสาร (Communication) ซึ่งความคิดเห็น (Opinion) และ ข้อเท็จจริง (Fact) ะหว่างกันของปัจเจกชนที่มาอยู่ร่วมกันเป็นสังคม ซึ่งตามรูปศัพท์แล้วเป็นคำที่มีความหมายกว้างที่ประกอบด้วยการแสดงออกแบบดั้งเดิม (Traditional Expression) ได้แก่ การสื่อสารทางการพูด (Verbal communication; Spoken Words) และการสื่อสารทางการเขียน และการพิมพ์ (Written communication) และยังรวมถึงการสื่อสารในรูปแบบที่ปราศจากการพูด (Non-verbal) และปราศจากการเขียน (Non-written) ซึ่งในบางลักษณะเข้าข่ายเป็นการกระทำ (Conduct) มากกว่าเพียงถ้อยคำด้วย เช่น การแสดงละคร ภาพยนตร์ ภาพวาดหรือภาพจิตรกรรม ประติมากรรม วีดีโอ ภาพถ่าย การ์ตูน การเผาทำลายธง และการเผาหมายเรียกเกณฑ์ทหาร การโบกธง การเต้น การสวมใส่หรือประดับสัญลักษณ์บนเสื้อผ้า การยืนจุดเทียนนั่งสงบเพื่อประท้วงทางการเมือง เป็นต้น⁷² นอกจากนี้ การจะทำความเข้าใจความหมายของการแสดงออกที่กล่าวมาข้างต้นต้องอาศัยการพิจารณาจากบริบทแวดล้อม (Context) การแสดงออกนั้นเสมอ อย่างน้อยที่สุดต้องพิจารณาว่าการแสดงออกหรือการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวเกิดขึ้นเมื่อใด เสนอต่อใคร ด้วยความตั้งใจหรือด้วยความคาดหมายว่าจะให้บังเกิดผลอะไร⁷³

ทั้งนี้ ในวงการวิชาการนิติศาสตร์และระบบกฎหมายของประเทศเสรีประชาธิปไตยทั่วโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกา จะพบการใช้คำอื่นนอกจากการแสดงออกคือคำว่า “วาจา” หรือ “Speech” ซึ่งรวมเรียกว่า “เสรีภาพในการใช้วาจา” หรือ “Freedom of Speech” หรือ “Free Speech” ในภาษาอังกฤษ โดย เอริค บาเร็นดท์ (Eric Barendt) อธิบายว่ามักพบการใช้ศัพท์

⁷¹ Jeffrey W. Howard, "Free Speech and Hate Speech," *Annual Review of Political Science* 22(2019): 95.

⁷² Eric Barendt, "Freedom of Expression," in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. András Sajó (Oxford: Oxford University Press, 2012). p. 893

⁷³ Nigel Warburton, *Free Speech: A Very Short Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2009). p. 25.

ว่า “Freedom of Expression” ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law system) และพบการใช้ศัพท์ “Freedom of Speech” ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) เป็นส่วนใหญ่⁷⁴ แม้ว่าถ้าพิจารณาตามตัวอักษรแบบตรงไปตรงมา การแสดงออกย่อมกินความหมายกว้างกว่าการใช้วาจาเนื่องจากส่อนัยถึงทั้งวาจาโดยแท้ (Pure Speech) ข้อมูลข่าวสาร (Information) และการสื่อสาร⁷⁵ อย่างไรก็ตาม ศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มักจะวินิจฉัยในคดีต่าง ๆ ให้ขยายขอบเขตการใช้วาจาครอบคลุมถึงการสื่อสารทุกประเภทด้วย ยกตัวอย่างเช่น ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยขยายความหมายของการใช้วาจาให้กินความครอบคลุมมากกว่าเพียงแค่การสื่อสารผ่านการใช้ภาษาพูดแบบดั้งเดิม (Ordinary Verbal Communication) แต่ให้หมายความรวมถึงการสื่อสารที่ไม่ใช้ภาษาพูดด้วย ยิ่งกว่านั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาได้พัฒนาทฤษฎีเฉพาะขึ้นมาคือ “**ทฤษฎีการใช้วาจาส่วนเพิ่ม**” (Speech Plus Doctrine) ซึ่งหมายถึงการใช้วาจาที่มีองค์ประกอบของพฤติกรรมหรือการกระทำเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยการกระทำนั้นถือว่าเป็นส่วนที่เพิ่มเข้ามา⁷⁶ เช่น การเผาหมายเรียกเกณฑ์ทหารเพื่อประท้วงการทำสงคราม การเผาถือว่าเป็นการกระทำส่วนเพิ่มเข้ามาจากการใช้วาจาโดยแท้ซึ่งได้แก่การประท้วงการทำสงคราม เป็นต้น นอกจากนี้ พบว่านักวิชาการบางท่านกล่าวว่าเสรีภาพในการแสดงออกมีลักษณะค่อนข้างไปทางการแสดง “ความคิดเห็น” หรือ “Free expression of opinion or idea” ซึ่งแฝงความเป็นอัตวิสัยมากกว่าการแสดง “ข้อเท็จจริง” (Fact) แต่เพียงอย่างเดียว⁷⁷ ดังนั้น โดยสรุป เสรีภาพในการแสดงออกกับเสรีภาพในการใช้วาจาจึงไม่ได้มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ อย่างไรก็ตามในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเลือกใช้คำว่าเสรีภาพในการแสดงออกเป็นหลัก เนื่องจากสามารถสื่อความหมายได้ตรงมากกว่าโดยไม่ต้องตีความ

อนึ่ง ลักษณะสำคัญของเสรีภาพในการแสดงออกคือการสื่อสารความคิดเห็นหรือข้อเท็จจริงประเภทใดประเภทหนึ่งต่อสาธารณะผ่านช่องทางต่าง ๆ (Public expression)⁷⁸ หรือกล่าวอีกนัย

⁷⁴ Eric Barendt, “Freedom of expression” in Michel Rosenfeld and András Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, p. 893

⁷⁵ Uladzislau Belavusau, *Freedom of Speech: Importing European and Us Constitutional Models in Transitional Democracies* (New York: Routledge, 2015). pp. 10-11.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Nigel Warburton, *Free Speech: A Very Short Introduction*, p. 26.

⁷⁸ Ibid.

หนึ่ง เสรีภาพในการแสดงออกคุ้มครอง “เสรีภาพในการสื่อสารสาธารณะ” (Freedom to communicate in public) ของปัจเจกชน⁷⁹ ด้วยเหตุนี้ เสรีภาพในการแสดงออกจึงไม่ใช่บทสนทนาส่วนตัวที่ปราศจากคู่สนทนาแต่ต้องประกอบด้วย การสื่อสารระหว่างปัจเจกชนที่เป็น “ผู้สื่อสาร” (Communicator) ซึ่งประกอบด้วย “ผู้ส่งสาร” (Sender) และ “ผู้รับสาร” (Receiver) เสมอไม่ว่าจะเป็นการสื่อสารทางเดียวหรือสองทางก็ตาม โดย “สาร” (Message) ที่เป็นถ้อยความที่ถูกส่งหรือส่งออกไปนั้นอาจเข้าลักษณะได้ทั้ง “ข้อเท็จจริง” หรือ “ความคิดเห็น” โดยในถ้อยความหนึ่ง ๆ อาจประกอบด้วยทั้งข้อเท็จจริงและความคิดเห็นระคนกันอยู่ซึ่งในทางปฏิบัติไม่สามารถแยกความแตกต่างได้อย่างง่ายดาย ทั้งนี้ กล่าวได้ว่า “ความคิดเห็น” เป็นสาระสำคัญของการใช้เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเป็นพิเศษ

นอกจากนั้น ในรัฐเสรีประชาธิปไตย “เสรีภาพทางความคิดและมโนธรรม” (Freedom of Thought and Conscience) ถือเป็นเสรีภาพที่เป็นรากฐานสำคัญของบรรดาสีทธิและเสรีภาพทั้งปวง โดยเสรีภาพในการแสดงออกมีความสำคัญในฐานะที่เป็นเครื่องมือหรือพาหนะในการสื่อสารความคิดที่ไม่อาจแยกออกจากเสรีภาพในทางความคิดและมโนธรรมได้เพื่อให้บุคคลแต่ละคนสามารถบรรลุการใช้สิทธิและเสรีภาพทุกประเภทที่พึงมี⁸⁰ โดยความคิดหรือแนวคิดหลายประการอาจไม่กระจ่างชัดหรือแหลมคมจนกว่าจะได้มีปฏิสัมพันธ์และอภิปรายถกเถียงกับผู้อื่นอย่างเข้มข้นเสียก่อน ทั้งผู้คนที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วย⁸¹ ทั้งนี้ รัฐย่อมสามารถเข้ามาแทรกแซงและละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่ละคนได้อย่างสะดวกดายหากปราศจากการคุ้มครองและรับประกันเสรีภาพในการแสดงออกอย่างมั่นคงแน่นอนตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ ยิ่งกว่านั้น หากเป็นรัฐทรราชที่ใช้อำนาจกดขี่ประชาชนครั้งแล้วครั้งเล่าจนกลายเป็นความคับแค้นร่วมกันของสาธารณะ และไม่อาจกล้า

⁷⁹ Sarah Sorial, *Sedition and the Advocacy of Violence: Free Speech and Counter-Terrorism*, (New York: Routledge, 2012). p. 48.

⁸⁰ Narongdech Srukhsot, “Freedom of Speech and Third Parties in Election Campaigns: A comparative Analysis of Campaign Finance Regulations,” p. 59-60. ทั้งนี้ จอห์น สจิวท มิลล์ ได้อธิบายว่ามนุษย์ควรมีเสรีภาพทางมโนธรรม ซึ่งครอบคลุมถึงเสรีภาพทางความคิด (Liberty of thought) ความรู้สึก (ส่วนบุคคล) เสรีภาพสูงสุดทางความคิดเห็นและความรู้สึกเกี่ยวกับเรื่องต่าง ๆ ในทางปฏิบัติ หรือความเชี่ยวชาญทางวิทยาศาสตร์ ศีลธรรม หรือทฤษฎีต่าง ๆ รวมทั้งเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกัน คือเสรีภาพในการแสดงออกและการตีพิมพ์เผยแพร่ที่คนต่าง ๆ อันเป็นเรื่องความประพฤติของปัจเจกบุคคลที่เกี่ยวข้องกับคนอื่น ๆ โปรตดู สุรพศ ทวีศักดิ์, มนุษย์กับเสรีภาพ: มุมมองทางปรัชญา คานท์, มิลล, รอสส์ (กรุงเทพฯ: สยามปริทัศน์, 2562), หน้า 115.

⁸¹ Nigel Warburton, *Free Speech: A Very Short Introduction*, p. 29.

กลืนฝืนทนได้อีกต่อไป ย่อมส่งผลให้เกิดการรวมตัวเพื่อต่อต้านรัฐในทางสาธารณะ (Public Resistance) ซึ่งในบางสถานการณ์อาจนำไปสู่การใช้ความรุนแรงที่อาจกลายเป็นจุดเริ่มต้นของการล้มล้างรัฐบาลได้ในท้ายที่สุด เสรีภาพในการแสดงออกจึงเป็นเงื่อนไขสำคัญต่อการใช้สิทธิของประชาชนที่จะต่อต้านรัฐบาลที่ไม่ชอบธรรมด้วยอีกประการหนึ่ง⁸²

อย่างไรก็ตาม การมีเสรีภาพในการแสดงออกไม่ได้หมายความว่าเราทุกคนได้รับ “ใบอนุญาต” (License) ให้สามารถพูดหรือแสดงความคิดเห็นอย่างไรก็ได้ในทุกสถานที่หรือทุกเวลาที่สะดวกใจ หรือกล่าวถึงบุคคลอื่นอย่างไรก็ได้เท่าที่ประสงค์ เช่น การใส่ร้ายป้ายสี การโฆษณาอันเป็นเท็จหรือทำให้เกิดความเข้าใจผิด การเผยแพร่เนื้อหาทางเพศเกี่ยวกับเด็ก การเปิดเผยความลับของรัฐ เป็นต้น⁸³ การใช้เสรีภาพในการแสดงออกจึงมิใช่สิทธิสัมบูรณ์ (Absolute Rights) ที่ไร้ขีดจำกัด ทว่าเป็นสิทธิสัมพัทธ์ (Relative Rights) ที่รัฐสามารถเข้าไปแทรกแซงหรือจำกัดได้ตามสมควร

เนื่องจากเสรีภาพในการแสดงออกเป็นเสรีภาพที่มีนิยามและลักษณะที่ค่อนข้างกว้าง และครอบคลุมกิจกรรมของมนุษยชาติทุกรูปแบบที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสาร โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสื่อสารความคิดเห็นของปัจเจกชนต่อสาธารณะ ด้วยเหตุนี้ เสรีภาพในการแสดงออกจึงมีความเกี่ยวเนื่องกับสิทธิและเสรีภาพประเภทอื่น ๆ อีกหลายประเภท เช่น เสรีภาพในการปฏิบัติพิธีกรรมและแสดงออกซึ่งความเชื่อทางศาสนา เสรีภาพในทางวิชาการ เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ เสรีภาพของสื่อมวลชน เป็นต้น ผู้เขียนเสนอว่าเสรีภาพประเภทที่ยกตัวอย่างมาข้างต้นอาจจัดประเภทเป็น “เสรีภาพในการแสดงออกเฉพาะเรื่อง” ได้ กล่าวอย่างถึงที่สุด เสรีภาพเหล่านี้ย่อมเป็นส่วนหนึ่งของ “เสรีภาพในการแสดงออกทั่วไป” ทว่ามีความสำคัญและลักษณะโดดเด่นที่สมควรสถาปนาเป็นสิทธิเสรีภาพต่างหาก อย่างไรก็ตาม วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งศึกษาเสรีภาพในการแสดงออกทั่วไปเป็นสำคัญ นอกจากนี้ เสรีภาพในการแสดงออกทั่วไปยังเกี่ยวข้องกับ “สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร” (Right to Information) อย่างมีนัยสำคัญด้วย จนกล่าวได้ว่าสิทธิดังกล่าวเป็นองค์ประกอบหนึ่งของเสรีภาพในการแสดงออกที่จะขาดเสียไม่ได้ เพราะเป็น “เครื่องมือ” หรือ

⁸² Narongdech Srukhsosit, “Freedom of Speech and Third Parties in Election Campaigns: A comparative Analysis of Campaign Finance Regulations,” p. 59-60.

⁸³ Nigel Warburton, *Free Speech: A Very Short Introduction*, p. 29.

“พาหนะ” ที่ส่งเสริมให้ปัจเจกชนโดยเฉพาะผู้รับสารสามารถใช้เสรีภาพในการแสดงออกได้บริบูรณ์ และมีประสิทธิภาพมากขึ้น⁸⁴

อนึ่ง เสรีภาพในการแสดงออกเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทั้งในทางศีลธรรมและกฎหมาย ซึ่งตั้งอยู่บนรากฐานทางปรัชญาเสรีนิยมและปรัชญาประชาธิปไตย อันประกอบด้วยประเด็นอภิปราย และเหตุผลในการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกทั้งการปกป้อง คัดกรองและจำกัด ผ่านทฤษฎีและหลักการย่อยมากมาย เช่น ทฤษฎีอัตตาคติของปัจเจกชน (Individual Autonomy) ทฤษฎีการแสวงหาความจริง (Discovery of truth) ทฤษฎีการประกอบสร้างมติมหาชน (Public Opinion) หลักการว่าด้วยภัยอันตราย (Harm Principle) เป็นต้น ซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งในการทำ ความเข้าใจพื้นฐานทางปรัชญา ทฤษฎีและหลักการในการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาใน สังคมเสรีประชาธิปไตย ซึ่งผู้เขียนจะได้นำไปอธิบายอย่างละเอียดต่อไปข้างหน้า

2.2.2 ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมายระหว่างประเทศ

กล่าวได้ว่า “เสรีภาพในการแสดงออก” ทุกวันนี้มีสถานะเป็น “สิทธิมนุษยชน” ตาม **กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (International Human Rights Law)** ผ่านการถูกรับรองและคุ้มครองในตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศทั้งในระดับสากลและในระดับภูมิภาคที่สำคัญหลายฉบับ ซึ่งกลายเป็นมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศ (International Minimum Standard) ให้กับรัฐภาคีของตราสารระหว่างประเทศเหล่านั้นจำเป็นต้องนำไปเป็นบรรทัดฐานในการตรากฎหมายภายในของรัฐตนให้สอดคล้องกับมาตรฐานเพื่อป้องกันการใช้สิทธิมนุษยชนของบุคคล โดยเฉพาะการใช้เสรีภาพในการแสดงออก อย่างไรก็ตาม กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศทั้งในตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศระดับสากลและระดับภูมิภาคต่างมิได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการแสดงออกในลักษณะของ “สิทธิสัมบูรณ์” (Absolute Rights) แต่บัญญัติรับรองในลักษณะของ “สิทธิสัมพัทธ์” (Relative Rights) ที่รัฐภาคีแต่ละรัฐสามารถตรากฎหมายภายในจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้ภายใต้เงื่อนไขที่ตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับนั้น ๆ กำหนด ดังจะได้อธิบายต่อไปตามลำดับ

⁸⁴ Roy Peled and Yoram Rabin, "The Constitutional Right to Information," Columbia Human Rights Law Review 42(2011). : 357-401.

2.2.2.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration on Human Rights 1948 (UDHR))

สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขึ้นเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 ซึ่งเป็นเอกสารทางประวัติศาสตร์ที่วางรากฐานด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับแรกของโลก กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศทุกฉบับในปัจจุบันล้วนมีพื้นฐาน และได้รับการพัฒนาและมาจากปฏิญญาสากลฉบับนี้ทั้งสิ้น และกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเหล่านี้ก็ได้กลายเป็นพื้นฐานสำหรับการพัฒนากฎหมายภายในประเทศของประเทศต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนในประเทศของตน ทั้งนี้ โดยที่ประชาคมโลกตระหนักถึงความสำคัญของปฏิญญาสากลฯ ในฐานะแม่บทของสิทธิมนุษยชน โดยปฏิญญาฯ ได้บัญญัติรับรองการใช้เสรีภาพในการแสดงออกไว้ใน ข้อ 19 ความว่า

“บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะมีความคิดเห็นใด ๆ โดยปราศจากการแทรกแซง และที่จะแสวงหา รับและส่งข้อมูลข่าวสารและแนวคิดต่าง ๆ ผ่านสื่อใดก็ตามและไม่คำนึงถึงพรมแดน”⁸⁵

บทบัญญัติข้างต้น ได้รับรองและประกันความมีอยู่ของเสรีภาพในการแสดงออกในฐานะที่เป็นสิทธิมนุษยชนของบรรดาปัจเจกชนโดยเสมอหน้ากัน ทั้งยังเชื่อมโยงเสรีภาพในการแสดงออกเข้ากับ “เสรีภาพในทางความคิด” ที่ปราศจากการแทรกแซงและลิดรอนสิทธิจากทั้งรัฐและบุคคลอื่นใดด้วย ยิ่งกว่านั้น บทบัญญัติในข้อนี้ยังได้สะท้อนถึงลักษณะสำคัญของเสรีภาพในการแสดงออกคือมิติของการสื่อสารระหว่าง “ผู้ส่งสาร” และ “ผู้รับสาร” ระหว่างกันผ่านสื่อต่าง ๆ อย่างไร้พรมแดน ด้วยเหตุนี้ เสรีภาพในการแสดงออกในข้อ 19 จึงครอบคลุมถึง “สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร” ของปัจเจกชนอย่างมีนัยสำคัญ

อย่างไรก็ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้บัญญัติหลักการหรือเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยทั่วไปไว้ด้วยเช่นกันในข้อ 29 ซึ่งกำหนดให้ (1) ทุกคนมีหน้าที่ต่อชุมชน

⁸⁵ UDHR , Article 19

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

ซึ่งการพัฒนาบุคลิกภาพของตนโดยอิสระและเต็มที่จะกระทำได้ก็แต่ในชุมชนเท่านั้น และ (2) ในการใช้สิทธิและเสรีภาพของตน ทุกคนจะต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดเพียงเท่าที่มีกำหนดไว้ตามกฎหมายเท่านั้น เพื่อวัตถุประสงค์ของการได้มาซึ่งการยอมรับและการเคารพสิทธิและเสรีภาพอันควรของผู้อื่น และเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการอันสมควรทางด้านศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน และสวัสดิการ ทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย⁸⁶

2.2.2.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR))

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองได้รับการรับรองจากสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 1966 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1976 โดยได้บัญญัติถึงขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกไว้ในข้อ 19 ความว่า

- “1. บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะมีความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง
2. บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดทุกประเภท โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ทั้งนี้ไม่ว่าด้วยวาจาเป็นลายลักษณ์อักษรหรือการตีพิมพ์ ในรูปของศิลปะ หรือโดยอาศัยสื่อประการอื่นตามที่ตนเลือก
3. การใช้สิทธิตามที่บัญญัติในวรรคสองของข้อนี้ ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษควบคู่ไปด้วย การใช้สิทธิดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดในบางเรื่อง แต่ทั้งนี้ข้อจำกัดนั้นต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายและจำเป็นต่อ
 - (a) การเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น

⁸⁶ UDHR , Article 29

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

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

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

(b) การรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือการสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน”⁸⁷

บทบัญญัติในข้อ 19 วรรคแรก มุ่งคุ้มครอง “สิทธิที่จะมีความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง” ซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิสัมบูรณ์ที่กติการะหว่างประเทศไม่อนุญาตให้มีข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดโดยเด็ดขาด ทั้งนี้ ตามความเห็นทั่วไปใหม่ที่ 34 เกี่ยวกับประเด็นข้อ 19 (New General Comment no.34 on Article 19) ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ซึ่งนำเสนอในปีค.ศ. 2011⁸⁸ ได้ชี้ประเด็นสำคัญว่า สิทธิที่จะมีความคิดเห็นตามข้อ 19 วรรคแรกยังรวมถึง “สิทธิที่จะเปลี่ยนความคิดเห็น” (The Right to Change One’s Opinion) ที่จะต้องเป็นอิสระจากการถูกบังคับให้ยึดถือหรือไม่ยึดถือความคิดเห็นใด ๆ ก็ตาม และจากการถูกละเมิดบรรดาสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กติการะหว่างประเทศนี้ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของการที่บุคคลแต่ละคนมีความคิดเห็นอย่างหนึ่งอย่างใดไม่ว่าจะโดยแท้จริง โดยรับรู้ได้หรือโดยสันนิษฐานเอาก็ตาม ยิ่งกว่านั้น ข้อ 19 วรรคแรกยังมุ่งคุ้มครองความคิดเห็นทุกประเภท ซึ่งรวมถึงความคิดเห็นเกี่ยวกับศาสนาหรือศีลธรรม การเมือง วิทยาศาสตร์ ประวัติศาสตร์ ดังนั้น การกำหนดความผิดอาญาสำหรับการมีความคิดเห็นเหล่านี้ย่อมเป็นการละเมิดข้อ 19 วรรคแรก

บทบัญญัติข้อ 19 วรรคสอง มุ่งคุ้มครองสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก ซึ่งรวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับและเผยแพร่ข้อมูล ข่าวสารและความคิดทุกประเภท โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ไม่ว่าด้วยวาจาเป็นลายลักษณ์อักษรหรือการตีพิมพ์ ในรูปของศิลปะหรือโดยอาศัยสื่อ

⁸⁷ ICCPR, Article 19

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

⁸⁸ Human Right Committee, General Comment No. 34, หน้า .

ประการอื่นตามที่ตนเลือก ซึ่งสะท้อนว่าข้อ 19 วรรคสอง นับรวมการแสดงออกและการได้รับการสื่อสารของทุกความคิดเห็นและแนวคิดทุกรูปแบบที่สามารถเผยแพร่หรือส่งต่อไปยังผู้อื่นได้ ยกตัวอย่างเช่น ความคิดเห็นทางการเมือง คำวิพากษ์วิจารณ์กิจการสาธารณะ การอภิปรายถกเถียงเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน สื่อสารมวลชน การแสดงออกทางวัฒนธรรมและศิลปะ ความคิดเห็นทางศาสนา และการโฆษณาเชิงพาณิชย์ เป็นต้น ซึ่งรวมถึงการแสดงออกที่เข้าลักษณะก้าวร้าวอย่างรุนแรง (Deeply offensive) ด้วย⁸⁹ นอกจากนี้ ยังคุ้มครองการแสดงออกทุกรูปแบบและวิธีการในการเผยแพร่ ซึ่งรวมถึงการพูด การเขียน ภาษาสัญญาณ และการแสดงออกที่ไม่ใช่การพูดและการเขียน เช่น รูปภาพและวัตถุทางศิลปะ หนังสือ หนังสือพิมพ์ โปสเตอร์ แผ่นป้าย ใบปลิว เสื้อผ้า และการแสดงออกผ่านช่องทางอินเทอร์เน็ต อิเล็กทรอนิกส์ ภาพและเสียง เป็นต้น⁹⁰

อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการแสดงออกตามข้อ 19 วรรคสอง ไม่ได้เป็นสิทธิสมบูรณ์ แต่เป็นสิทธิสัมพัทธ์ซึ่งสามารถถูกจำกัดการใช้ได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดในข้อ 19 วรรคสาม กล่าวคือ การใช้เสรีภาพในการแสดงออกย่อมมาพร้อมกับหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษควบคู่ไปด้วยเสมอ โดยจะจำกัดสิทธิได้ก็ต่อเมื่อ (1) บัญญัติไว้ในกฎหมาย (2) มีความจำเป็นต่อการแทรกแซงและจำกัด (3) ภายใต้วัตถุประสงค์ที่กำหนดขึ้นเพื่อ (3.1) การเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น (3.2) การรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือการสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน

2.2.2.3 อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950 (European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms 1950 (ECHR))

อนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ.1950 กำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกไว้ในข้อ 10 โดยในวรรคแรก ได้บัญญัติคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออก ซึ่งรวมทั้งเสรีภาพที่จะมีความคิดเห็นและที่จะได้รับและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดเห็นต่าง ๆ โดยปราศจากการแทรกแซงของรัฐ

อย่างไรก็ตามในข้อ 10 วรรคสอง เสรีภาพดังกล่าวนี้อยู่ภายใต้หน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษ กล่าวคือ รัฐอาจจำกัดเสรีภาพนี้โดยตรากฎหมายและมีความจำเป็นในระบอบประชาธิปไตย เพื่อผลประโยชน์ด้านความมั่นคงของรัฐ บูรณภาพแห่งดินแดนและความปลอดภัยของ

⁸⁹ Ibid. para. 11

⁹⁰ Ibid. para. 12

สาธารณสุข การป้องกันความไม่สงบหรืออาชญากรรม การป้องกันสุขภาพหรือศีลธรรม การปกป้องชื่อเสียงหรือสิทธิของผู้อื่น การป้องกันการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่เป็นความลับ หรืออ้างไว้ซึ่งความเป็นกลางและอำนาจของศาล⁹¹

2.2.2.4 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา (The American Convention on Human Rights (AHCN))

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกาได้กำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกไว้ในข้อ 13 โดยกำหนดว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพทางความคิดและการแสดงออก สิทธินี้รวมไปถึงเสรีภาพในการแสวงหา รับ และเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดเห็นใด ๆ โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ไม่ว่าจะปรากฏโดยวาจา ลายลักษณ์อักษร การพิมพ์ หรือในรูปแบบของงานศิลปะหรือรูปแบบอื่นใด

อย่างไรก็ตาม รัฐอาจมีข้อจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้ในกรณีของการลงโทษภายหลังจากที่ได้แสดงออกแล้วเกิดความรับผิดชอบตามมา โดยการตราเป็นกฎหมายภายใต้ขอบเขตเท่าที่จำเป็นต่อการประกัน (1) การเคารพสิทธิและชื่อเสียงของผู้อื่น หรือ (2) คุ่มครองความมั่นคงของชาติ ความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ หรือศีลธรรมและสุขภาพของสาธารณะ ทั้งนี้ ไม่อนุญาตให้มีการห้ามการแสดงออกล่วงหน้าโดยเด็ดขาด (Prior Censorship) เว้นแต่การตรากฎหมายจำกัดการเข้าถึงสื่อบันเทิงสาธารณะของเด็กและเยาวชน นอกจากนี้ รัฐยังอาจตรากฎหมายกำหนดความผิดสำหรับการโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดการทำสงคราม การสนับสนุนใด ๆ ให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เชื้อชาติ

CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁹¹ ECHR, Article 10 – Freedom of expression

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

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

ศาสนา ซึ่งมีส่วนช่วยทำให้เกิดความรุนแรงอันฝ่าฝืนกฎหมายหรือการกระทำใด ๆ ในลักษณะดังกล่าวต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลด้วยเหตุเกี่ยวกับเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ภาษา ชาติกำเนิดด้วย⁹²

2.2.2.5 กฎบัตรว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกา (African Charter on Human and Peoples' Rights)

กฎบัตรว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกากำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกไว้ใน ข้อ 9 โดยรับรองสิทธิของปัจเจกชนในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร แสดงออกและเผยแพร่ความคิดเห็นของตน อย่างไรก็ตาม การใช้เสรีภาพดังกล่าวย่อมถูกจำกัดได้ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่ตราขึ้น⁹³

⁹² AHCR, Article 13 Freedom of Thought and Expression

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

2. The exercise of the right provided for in the foregoing paragraph shall not be subject to prior censorship but shall be subject to subsequent imposition of liability, which shall be expressly established by law to the extent necessary to ensure: a. respect for the rights or reputations of others; or b. the protection of national security, public order, or public health or morals.

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

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

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

⁹³ ARTICLE 9

Every individual shall have the right to receive information.

Every individual shall have the right to express and disseminate his opinions within the law.

จากการศึกษาขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศจากทั้งจากในตราสารสิทธิมนุษยชนในระดับสากลและในระดับภูมิภาค พบว่า“เงื่อนไขในการจำกัดสิทธิในเสรีภาพในการแสดงออก” ของตราสารสิทธิมนุษยชนทุกฉบับต่างมีลักษณะคล้ายกันหรือสอดคล้องไปในทำนองเดียวกัน ดังนี้

ประการแรก เงื่อนไขในการจำกัดสิทธิต้องบัญญัติไว้ในกฎหมาย ซึ่งสะท้อนหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality) อันเป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐ ทั้งนี้ เสรีภาพในการแสดงออกย่อมถูกจำกัดได้ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute) อย่างไรก็ตาม ในกรณีของกฎหมายในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ซึ่งไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ยังคงนับรวมอยู่ในการบัญญัติไว้ในกฎหมายด้วยเช่นกัน⁹⁴ โดยกฎหมายนั้นต้องมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่ผู้ที่อยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายสามารถปฏิบัติตามได้ ในทางกลับกันกฎหมายต้องกำหนดให้ผู้บังคับใช้กฎหมายมีอำนาจดุลพินิจที่จำกัดและมีแนวทางปฏิบัติที่เพียงพอว่าการแสดงออกในลักษณะใดควรถูกคุ้มครองหรือควรถูกจำกัด⁹⁵

ประการที่สอง เงื่อนไขในการจำกัดสิทธิต้องมีความจำเป็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้อง “จำเป็นต่อสังคมในระบอบประชาธิปไตย” (necessary in a democratic society) และสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality)⁹⁶

ประการที่สาม เงื่อนไขในการจำกัดสิทธิต้องมีอยู่บนพื้นฐานของวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม (Legitimate Aim) ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกที่สอดคล้องกันในตราสารสิทธิมนุษยชนทุกฉบับ ได้แก่ ความมั่นคงของชาติ ความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ การสาธารณสุขและศีลธรรม และสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

(1) ความมั่นคงของชาติ (National Security)

การรักษาความมั่นคงของชาติถือเป็นวัตถุประสงค์ประการสำคัญที่ใช้ในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก โดย “ความมั่นคงของชาติ” หมายถึง การคุ้มครองการดำรงอยู่ของชาติหรือบูรณภาพ

⁹⁴ পুলวิทย์ วาณิชยเศรษฐกุล, “การจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง : ศึกษาการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค,” หน้า 37.

⁹⁵ Human Right Committee, “ General comment No. 34” [Online], paras 25-26.

⁹⁶ পুলวิทย์ วาณิชยเศรษฐกุล, “การจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง : ศึกษาการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค,” หน้า 38.

แห่งดินแดน (Territorial Integrity) และเอกราชทางการเมือง (Political Independence) จากการใช้กำลังรุกรานของต่างชาติและการคุกคามข่มขู่ว่าจะใช้กำลัง⁹⁷ ซึ่งรัฐไม่อาจอ้างวัตถุประสงค์ประการนี้ในการจำกัดสิทธิเพียงเพื่อจะป้องกันการคุกคามภายในประเทศหรือที่ค่อนข้างแปลกแยกจากกฎหมายหรือระเบียบของสังคม⁹⁸

(2) ความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ (Public Order; Ordre Public)

“ความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ” หมายถึง กฎเกณฑ์ที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อประกันประสิทธิภาพของกลไกในสังคมหรือสถาบันต่าง ๆ ของรัฐให้สามารถดำเนินหรือปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ตามปกติหรือเพื่อประกันหลักการพื้นฐานของสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง “หลักการเคารพสิทธิมนุษยชน” ซึ่งถือว่าเป็นองค์ประกอบประการหนึ่งของความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ ทั้งนี้ การรักษาความสงบเรียบร้อยของสาธารณะโดยรัฐบาลนั้น จำเป็นต้องถูกควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาล รัฐสภาและองค์กรอิสระอื่นด้วย⁹⁹

(3) สุขภาพและศีลธรรมของประชาชน (Public health or Morals)

ในส่วนของการคุ้มครอง “ศีลธรรมของประชาชน” คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติอธิบายว่า แนวคิดเกี่ยวกับศีลธรรมนั้นมีรากฐานมาจากขนบธรรมเนียมทางสังคม ศาสนาและปรัชญาที่หลากหลาย ด้วยเหตุนี้ เงื่อนไขในการจำกัดสิทธิจึงต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักศีลธรรมที่ไม่ใช่ของธรรมเนียมใดธรรมเนียมหนึ่งโดยเฉพาะ โดยเฉพาะเงื่อนไขการจำกัดสิทธิต้องอยู่ภายใต้ “หลักความเป็นสากลของสิทธิมนุษยชน” (Universality of Human Rights) และ “หลักการการไม่ถูกเลือกปฏิบัติ” (Principle of non-discrimination)¹⁰⁰ ยกตัวอย่างเช่น การจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกเพื่อประกันความดำรงอยู่ของพหุนิยมทางความคิด (Plurality of Opinion) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองความคิดเห็นของกลุ่มคนเสียงส่วนน้อยในสังคม

⁹⁷ เพิ่งอ้าง, หน้า 40.

⁹⁸ UN Commission on Human Rights, The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights (E/CN.4/1985/4), 28 September 1984, Annex, paras 29-30.

⁹⁹ পুলวิทย์ วาณิชเศรษฐกุล, “การจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง : ศึกษาการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค,” หน้า 41.

¹⁰⁰ Human Rights Committee, General Comment 34 (CCPR/C/GC/34), 12 September 2011, paras 32.

(4) สิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น (Rights or reputations of others)

“สิทธิ” (Rights) ตามวัตถุประสงค์ประการนี้ หมายความรวมถึงสิทธิมนุษยชนที่ถูกรับรองโดยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศโดยทั่วไป ในขณะที่คำว่า “บุคคลอื่น” (Others) หมายความถึงบุคคลอื่นทั้งในฐานะของปัจเจกชน และในฐานะที่เป็นสมาชิกในสังคมหนึ่ง ๆ¹⁰¹ ในขณะที่การคุ้มครองและเคารพต่อ “ชื่อเสียง” (Reputations) ของบุคคลอื่นนั้น หมายถึงการคุ้มครองบุคคลจากการใส่ร้ายหรือหมิ่นประมาท และภัยอันตรายอื่น ๆ ที่เกิดจากการใช้เสรีภาพในการแสดงออกของบุคคล¹⁰²

2.2.3 ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมายภายใน

“เสรีภาพในการแสดงออก” มีคุณูปการอย่างยิ่งต่อการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย โดยเฉพาะรัฐที่สถาปนารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุดของระบบกฎหมายทั้งระบบ เสรีภาพดังกล่าวย่อมมีสถานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งอำนวยให้เกิดการถกแถลงและขัดแย้งทางปัญญาอย่างต่อเนื่อง ทั้งนี้ การแข่งขันกันระหว่างความคิดเห็นต่าง ๆ ได้ก่อสายเลือดหลักของระบอบรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย และนับว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของสิทธิทุกประเภท กล่าวอีกนัยหนึ่ง เสรีภาพในการแสดงออกเป็นเงื่อนไขที่เป็นบ่อเกิด และไม่อาจแยกออกจากสิทธิเสรีภาพประเภทอื่น ๆ ได้ในระบอบรัฐธรรมนูญ¹⁰³ ยิ่งกว่านั้น การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญยังช่วยกระตุ้นให้รัฐต้องแสวงหาและอ้างความชอบธรรมที่เพียงพอในการตรากฎหมายมาจำกัดการใช้เสรีภาพนี้ของพลเมือง แม้กระทั่งในกรณีที่รัฐจะตรากฎหมายจำกัดการสิทธิเสรีภาพประเภทอื่น ๆ การสร้างความชอบธรรมย่อมมาจากการเปิดโอกาสให้พลเมืองสามารถใช้เสรีภาพในการแสดงออกความคิดเห็นคัดค้านหรือท้าทายบรรดากฎหมายเหล่านั้นได้อย่างเสรีเต็มที่¹⁰⁴

¹⁰¹ Human Rights Committee, General Comment 34 (CCPR/C/GC/34), 12 September 2011, paras 28.

¹⁰² পুলวิทย์ วาณิชเศรษฐกุล, “การจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง : ศึกษาการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค,” หน้า 43.

¹⁰³ Lüth case, BVerfGE 7, 198, 208.

¹⁰⁴ Eric Barendt, “Freedom of expression” in Michel Rosenfeld and András Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, p. 892.

ปรัชญาและทฤษฎีที่เป็นรากฐานของการรับรองเสรีภาพในการแสดงออกให้มีสถานะพิเศษในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยมีอยู่หลายทฤษฎีซึ่งจะได้อธิบายต่อไปข้างหน้า โดยทฤษฎีที่แพร่หลายอย่างมากคือทฤษฎีการส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าของสังคม และการพัฒนาทางศีลธรรม และภูมิปัญญาของปัจเจกชน รวมถึงการอำนวยความสะดวกให้เกิดการแสวงหาและค้นพบความจริงของจอห์น สจิวท มิลล์ ซึ่งต่อมาได้ถูกพัฒนาต่อยอดกลายเป็นหลักตลาดเสรีทางความคิดของผู้พิพากษาโฮล์มส์ แห่งศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา ซึ่งมุ่งหมายไม่ให้รัฐเข้ามาแทรกแซงและตัดสินใจแทนประชาชนว่าอะไรคือการแสดงออกที่เป็นจริงหรือเป็นเท็จ ประกอบกับภารกิจสำคัญของศาลรัฐธรรมนูญคือการปกป้องประชาชนจากการคุกคามสิทธิเสรีภาพของรัฐบาลที่เป็นทรราชเสียงข้างมาก ดังนั้น เสรีภาพในการแสดงออกจึงต้องถูกคุ้มครองอย่างเข้มข้น อย่างไรก็ตาม รัฐอาจกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิได้โดยการตรากฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน¹⁰⁵

ทั้งนี้ กล่าวได้ว่าเสรีภาพในการแสดงออกในฐานะที่เป็น “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” จำเป็นต้องแยกออกจากเสรีภาพในการแสดงออกในฐานะที่เป็น “สิทธิมนุษยชน” ที่ได้รับการรับรองจากราชาสารด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหลายฉบับดังที่ได้อธิบายแล้วในหัวข้อ 2.2.2 แม้กระนั้นปฏิเสธไม่ได้ว่าหลักการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในบรรดาตราสารด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเหล่านั้นมีอิทธิพลอย่างมากต่อการพัฒนาทฤษฎีและหลักการเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงออกของระบบกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม ศาลภายในประเทศมักจะไม่ตัดสินคดีโดยยึดถือตามบรรทัดฐานของคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศหรือศาลระดับภูมิภาคอย่างเคร่งครัดตายตัวนัก ส่วนใหญ่ศาลจะตีความและปรับใช้บทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกให้สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ รวมถึงหลักการตีความเฉพาะของประเทศนั้น ๆ และแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องในเขตอำนาจศาลของแต่ละประเทศ ประกอบกับแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคด้วย¹⁰⁶

ในประเด็นของลักษณะของบทบัญญัติที่รับรองขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญนั้นค่อนข้างหลากหลาย โดยที่โดดเด่นและมีชื่อเสียงที่สุด ได้แก่ บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่หนึ่ง (The First Amendment to The Constitution) ซึ่งคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออก (ในรัฐธรรมนูญฯ ใช้ว่า “Freedom of Speech”)

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid. pp. 892-893.

ในลักษณะที่ไม่มีการบัญญัติเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิประการใดไว้¹⁰⁷ ทว่าในความเป็นจริงแล้วศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาได้พัฒนาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกไว้หลายทฤษฎีและหลักการ เสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาจึงเป็นสิทธิสัมพัทธ์ไม่ใช้สิทธิสมบูรณ์แต่อย่างใด ในขณะที่บทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกในรัฐธรรมนูญของรัฐสมัยใหม่ในยุโรปหลังสงครามโลกครั้งที่สอง (Modern post-war constitution) เป็นต้นมามักบัญญัติรายละเอียดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกไว้มากกว่าของสหรัฐอเมริกา ซึ่งบางตำราอธิบายว่าเป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญแบบสมัยใหม่ (Modern free expression provisions)¹⁰⁸ กล่าวคือ มีการรับรอง “เสรีภาพในการได้รับและสื่อสารข้อมูล” (Freedom to receive and impart information) ของบุคคล เช่นเดียวกันกับการรับรอง “เสรีภาพในการแสดงออกโดยทั่วไป” ซึ่งมุ่งรับรองว่าทั้ง “ผู้รับสาร” (Audience) และ “ผู้ส่งสาร” (Speaker) ต่างสามารถอ้างบทบัญญัติของเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญได้ทั้งสิ้น¹⁰⁹ นอกจากนี้ บ่อยครั้งที่บทบัญญัติเสรีภาพในการแสดงออกจะรับรองรวมถึง “เสรีภาพของสื่อมวลชน” (Press freedom) รวมถึงเสรีภาพของสื่อประเภทอื่น ๆ¹¹⁰ ตลอดจน “เสรีภาพในการรวมกลุ่ม” (freedom of assembly) “เสรีภาพในทางวิชาการ (Academic freedom) และเสรีภาพในการสร้างสรรค์ผลงานทางวิทยาศาสตร์ ศิลปะ หรือวรรณกรรม (freedom of literary, artistic, or scientific creation)¹¹¹

นอกจากลักษณะที่กล่าวมาข้างต้น การกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงไว้ในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นเรื่องปกติในรัฐเสรีประชาธิปไตย กล่าวคือ เสรีภาพในการแสดงออกอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นหรือเพื่อ

¹⁰⁷ “Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech, or of the press, or of the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

¹⁰⁸ Ibid. p. 894. โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เยอรมนี (German Basic Law) มาตรา 5 (1)

¹⁰⁹ โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน มาตรา 20(1)(d); รัฐธรรมนูญแห่งอิตาลี มาตรา 61 วรรคแรก; รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ มาตรา 16 (1) (b)

¹¹⁰ The Canadian Charter of Rights and Freedoms (1982) and the SA Constitution refer to the freedom of ‘other media’ in addition to press freedom.

¹¹¹ โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน มาตรา 20(1)(b) และ (c); รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ มาตรา 16(1)(c) และ (d)

คุ้มครองประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญย่อมสามารถระบุขอบเขตของสถานการณ์ที่รัฐจะสามารถจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกได้ด้วยเช่นกัน เช่น การจำกัดสิทธิต้อง “มีความชอบธรรมที่พิสูจน์ได้ในสังคมที่เสรีและประชาธิปไตย” (demonstrably justified in a free and democratic society) เป็นต้น¹¹² ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงไม่อาจมีดุลพินิจจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงออกอย่างไร้ข้อจำกัดตามแต่ที่รัฐจะเห็นว่าเหมาะสมได้ กล่าวโดยสรุป สมมติฐานสำคัญของการบัญญัติขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญคือ การมุ่งคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกเป็นหลัก ในขณะที่การจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกเป็นเพียงข้อยกเว้น

สืบเนื่องจากประเด็นของการกำหนดเงื่อนไขการจำกัดสิทธิในเสรีภาพในการแสดงออก จึงนำมาสู่ประเด็นสำคัญที่สุดคือ “การสร้างสมดุลระหว่างการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะอื่น ๆ” (หรือการประนีประนอมสิทธิขั้นพื้นฐาน) ซึ่งมักเป็นภารกิจหลักของฝ่ายตุลาการ ทั้งนี้ โดยหลักแล้ววิธีการ (Approach) ที่ศาลต่าง ๆ ใช้มักขึ้นอยู่กับลักษณะของประโยชน์สาธารณะที่เกิดการปะทะสังสรรค์กับการใช้เสรีภาพในการแสดงออก (Competing interest) เป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นความมั่นคงของชาติ ความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ หรือประโยชน์สาธารณะอื่น ๆ โดยรัฐต้องแสดงให้เห็นต่อศาลว่าประโยชน์สาธารณะนั้นไม่อาจปกป้องหรือคุ้มครองได้เลยหากปราศจากการกำหนดมาตรการทางกฎหมายมาจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกและมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวต้องไม่จำกัดเสรีภาพในการแสดงออกในสถานการณ์หนึ่ง ๆ เกินกว่าเหตุหรือไม่ได้สัดส่วนตามหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งศาลก็ต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาให้ชัดเจน เช่น การพิสูจน์ความเชื่อมโยงระหว่างการเผยแพร่ความคิดเห็นทางการเมืองที่สุดโต่งกับสถานการณ์ความไม่สงบของสังคมหรือการจลาจลที่เกิดขึ้น เป็นต้น¹¹³ นอกจากนี้ ศาลยังอาจใช้วิธีการที่แตกต่างออกไปในกรณีของการสร้างสมดุลหรือการชั่งน้ำหนักระหว่างการปะทะขัดแย้งกันระหว่างเสรีภาพในการแสดงออกกับสิทธิเสรีภาพประเภทอื่น ๆ ทั้งนี้ ศาลจะตั้งข้อสันนิษฐานว่าจะคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกเป็นหลักไม่ได้ เนื่องจากสิทธิเสรีภาพ

¹¹² โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งประเทศแคนาดา มาตรา 1; รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ มาตรา 36

¹¹³ Eric Barendt, “Freedom of expression” in Michel Rosenfeld and András Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, p. 902.

ประเภทอื่นก็ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญโดยเสมอภาคเท่าเทียมกัน¹¹⁴ ดังนั้น ศาลจึงต้องมีการ ชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิเสรีภาพที่ขัดกันโดยพยายามประนีประนอมให้สามารถใช้สิทธิทั้งสองด้านให้ได้มากที่สุด¹¹⁵ โดยอาจพิจารณาจากคุณค่าของการแสดงออกหรือการสื่อสารหรือระดับของการละเมิดสิทธิ เสรีภาพของผู้อื่นในกรณีพิพาทเป็นสำคัญ

นอกจากนั้น ในระดับกฎหมายที่รองลงไปจากรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะมาตรการทางกฎหมาย อาญา ก็มีความสำคัญอย่างยิ่งในการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออก ซึ่งในเชิง สารัตถะแล้ว กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่กำหนดว่าการกระทำหรือไม่กระทำการใดเป็นความผิด หรือไม่ และเมื่อเป็นความผิดแล้วจะมีสภาพบังคับแก่ผู้กระทำหรือไม่ อย่างไร และมากน้อยเพียงใด¹¹⁶ โดยวัตถุประสงค์สำคัญของกฎหมายอาญานั้น ประกอบด้วย (1) วัตถุประสงค์ทั่วไปของกฎหมาย อาญา คือ การเป็นกลไกควบคุมสังคมให้เกิดความเป็นสงบเรียบร้อยด้วยการป้องกันหรือแก้ไขปัญหา อาชญากรรมตามอาญาทางนโยบาย โดยใช้มาตรการบังคับทางอาญา นอกจากนี้ยังเป็นกลไกเตือน โดยวิธีบัญญัติเป็นกฎหมายให้ประชาชนทราบว่าสิ่งใดกระทำได้ หรือกระทำไม่ได้ ถ้าฝ่าฝืนจะมีความ รับผิดชอบอย่างไร (เช่น ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติห้ามหมิ่นประมาทผู้อื่น ตามมาตรา 326 ถ้าฝ่าฝืน ต้องโทษจำคุกหรือปรับ เป็นต้น) เป็นเครื่องมือคุ้มครองสิทธิของประชาชน โดยเฉพาะสิทธิในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงและทรัพย์สิน ตลอดจนเป็นเครื่องมือให้รัฐสามารถบริหารรัฐกิจได้ราบรื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือการคุ้มครองประโยชน์ของรัฐ และ (2) วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาโดย เฉพาะจง คือ การมุ่งคุ้มครองประโยชน์ที่กฎหมายอาญาในแต่ละฐานความผิดกำหนดขึ้น ซึ่งมักเรียกกัน ว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” เช่น กฎหมายอาญาฐานความผิดหมิ่นประมาทมีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อ คุ้มครอง “ชื่อเสียง” ของบุคคล เป็นต้น¹¹⁷

ประเด็นสำคัญ คือ การกำหนดมาตรการทางกฎหมายอาญาต้องไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด กล่าวคือ การกำหนดมาตรการทางกฎหมายอาญาบังคับแก่บุคคลใด โดยเฉพาะ การมุ่งลงโทษการแสดงออกอย่างใดอย่างหนึ่ง ต้องมีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิด และต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนด้วย เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติจำกัดขอบเขตของการกระทำที่

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), หน้า 229-245.

¹¹⁶ คนพล จันทน์หอม, หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 23.

¹¹⁷ เพิ่งอ้าง, หน้า 26-27.

เป็นความผิดอาญาลง โดยคำนึงถึงระดับความร้ายแรงของความผิด กล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นการบังคับให้รัฐกำหนดมาตรการทางกฎหมายอาญาอย่างสมเหตุสมผล โดยมีเป้าหมายคือไม่ให้เกิดการกำหนดความผิดอาญา (Criminalization) ที่มากเกินไป มิฉะนั้นอาจเกิด “กฎหมายอาญาเพื่อ” (Overcriminalization) ซึ่งส่งผลต่อการลดทอนเสรีภาพของบุคคลจนเกินสมควร โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือการลดทอนเสรีภาพในการแสดงออก¹¹⁸

2.3 ปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย

2.3.1 นิยามของประทุษวาจา

“**ประทุษวาจา**” เป็นคำศัพท์ที่ราชบัณฑิตยสถานแปลมาจากคำศัพท์ภาษาอังกฤษว่า “**Hate Speech**” (ต่อไปนี้จะขอใช้คำว่า Hate Speech ตลอดหัวข้อ 2.3.1 นี้) ซึ่งเป็นประเภทหนึ่งของ “**การแสดงออกที่มีลักษณะสุดโต่ง**” (**Extreme Speech**) ทั้งนี้ การกำหนดหรือให้นิยามของ Hate Speech นับว่าเป็นภารกิจที่ค่อนข้างยุ่งยากและซับซ้อนอย่างยิ่ง ทั้งยังมีความไม่สอดคล้องและลงรอยในทางวิชาการอยู่พอสมควร จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาการกำหนดนิยามของประทุษวาจาอย่างลึกซึ้งในมิติด้านกฎหมาย โดยจะศึกษานิยามของประทุษวาจาภายใต้โมทัศน์สากลก่อนเป็นลำดับแรก และนิยามของประทุษวาจาภายใต้โมทัศน์ของประเทศไทยเป็นลำดับถัดไป

2.3.1.1 นิยามของประทุษวาจาภายใต้โมทัศน์สากล

กล่าวได้ว่า Hate Speech ยังไม่สามารถกำหนดนิยามที่ได้รับการยอมรับตรงกันในระดับสากลได้ (Universally Accepted Definition)¹¹⁹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งนิยามทางกฎหมาย และไม่ได้มีนิยามเพียงนิยามเดียว¹²⁰ รวมทั้งมีความผันผวนหรือเลื่อนไหลของการให้คำนิยามตลอดช่วง

¹¹⁸ เพิ่งอ้าง, หน้า 34-36.

¹¹⁹ พิรงรอง รามสูต, “ประทุษวาจา” กับโลกออนไลน์, หน้า 17.; Anne Weber, *Manual on Hate Speech* (France: Council of Europe Publishing, 2009). p. 3.; Samuel Walker, *Hate Speech: The History of an American Controversy* (London: University of Nebraska Press, 1994). p. 8.

¹²⁰ Nadine Strossen, *Hate: Why We Should Resist It with Free Speech, Not Censorship* (Oxford Oxford University Press, 2018). p. xxiii.

ระยะเวลาที่ผ่านมา¹²¹ ยิ่งกว่านั้น แม้ Hate Speech มักจะถูกใช้หรือถูกนิยามในบริบทของกฎหมาย เป็นส่วนใหญ่ โดยเฉพาะเมื่อกล่าวถึง “กฎหมายที่มุ่งจำกัดการใช้ Hate Speech” (Hate Speech Law) แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าในทุกวันนี้ Hate Speech กลายเป็นถ้อยคำที่ถูกนำไปใช้อย่างกว้างขวาง และแพร่หลายในหลากหลายบริบท ทั้งบริบททางสังคม การเมือง เศรษฐกิจ วัฒนธรรมและเทคโนโลยี โดยผู้คนจากหลากหลายสถานะ และอาชีพ ไม่ได้จำกัดเฉพาะเพียงเหล่านักกฎหมายเท่านั้น¹²² ซึ่งนั่น ยิ่งทำให้การกำหนดนิยามของ Hate Speech มีความทับซ้อน ย้อนแย้งและยุ่งยากมากขึ้นกว่าเดิม

เมื่อพิจารณาในทางประวัติศาสตร์ Hate Speech เป็นเพียงถ้อยคำล่าสุดที่ถูกใช้เมื่อ หมายถึงรูปแบบของการใช้วาจาหรือการแสดงออกที่มุ่งโจมตีเหล่าสมาชิกของบรรดากลุ่มต่าง ๆ ซึ่งถูก กำหนดโดยลักษณะของอัตลักษณ์ร่วมกันของกลุ่มนั้น ๆ โดยปรากฏคำที่ที่ถูกใช้ในความหมายทำนอง เดียวกันนี้มาก่อนหน้าคำว่า Hate Speech อยู่หลายคำ เช่น “Race Hate” (ความเกลียดชังทางเชื้อ ชาติ) “Group Libel” (การหมิ่นประมาทกลุ่ม) และ “Hate Propaganda” (การโฆษณาชวนเชื่อให้ เกิดความเกลียดชัง) เป็นต้น¹²³ และนับได้ว่า Hate Speech หยั่งรากลึกมาจากแนวคิดของการ เหยียดเชื้อชาติ (Racism) การเหยียดเพศ (Sexism) การไม่มีความอดทนอดกลั้นทางศาสนา (Religious Intolerance) การเหยียดกลุ่มคนต่างชาติ (Xenophobia) และการเหยียดกลุ่มคนรักเพศ เดียวกัน (Homophobia) เป็นหลัก¹²⁴

2.3.1.1.1 นิยามของประมุขวาจาภายใต้มนทัศน์ทางกฎหมาย (Legal Concept)

ในเบื้องต้น มีนักวิชาการทางกฎหมายต่างประเทศหลายท่านทั่วโลกได้ให้นิยามของ Hate Speech ไว้อย่างน่าสนใจ ดังจะพอยกตัวอย่างพอสังเขป ดังนี้

¹²¹ Claudia E. Haupt, "Regulating Hate Speech-Demand If You Do and Demand If You Don't: Lessons Learned from Comparative the German and U.S Approaches," *Boston University International Law Journal* 23(2005): 304.

¹²² Alexander Brown, "What Is Hate Speech? Part 1: The Myth of Hate," *Law and Philosophy* 36(2017): 424.

¹²³ Samuel Walker, *Hate Speech: The History of an American Controversy*, p. 8.

¹²⁴ Ulabzislau Belavusau, *Freedom of Speech: Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, p. 41.

เควิน บอยล์ (Kevin Boyle) นิยาม Hate Speech ว่าหมายถึง ประเภทของการใช้วาจาที่เป็นปัญหา และมีความเกี่ยวข้องอย่างยิ่งกับเสรีภาพอื่น ๆ บางประเภท เช่น เสรีภาพในการรวมกลุ่ม เสรีภาพในการชุมนุม เป็นต้น ซึ่งเข้าลักษณะของการส่งเสริมความเกลียดชังและการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มต่าง ๆ บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว ชาติพันธุ์ ความเชื่อทางศาสนา รสนิยมทางเพศ และสถานะอื่น ๆ¹²⁵

เจมส์ ไวน์สไตน์ (James Weinstein) และ อีวาน แฮร์ (Ivan Hare) นิยาม Hate Speech ว่าหมายถึง การแสดงออกอย่างมีนัยสำคัญที่มุ่งสื่อสารความเกลียดชังต่อปัจเจกชนและกลุ่มใด ๆ ซึ่งโดยส่วนมากขึ้นอยู่กับคุณลักษณะ (เช่น เชื้อชาติ) ที่มีอยู่ร่วมกันระหว่างสมาชิกของกลุ่มเป้าหมายของการใช้ประทุษวาจานั้น¹²⁶

เอดัวร์โด โบตานี (Eduardo Botani) และ จูลิโอ ริเวอรา (Julio Rivera) นิยาม Hate Speech ว่าหมายถึง การใช้วาจาที่มุ่งข่มขู่ (Intimidation) กดขี่ (Oppression) หรือยุยง (Incitement) ให้เกิดความเกลียดชังและความรุนแรงบนพื้นฐานของคุณลักษณะบางประการ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ เพศ รสนิยมทางเพศ หรือความพิการ และเป็นการกระทำที่มุ่งกระทำต่อบุคคล หรือกลุ่มบุคคลบนพื้นฐานของคุณลักษณะนั้น ๆ นอกจากนั้น ยังถูกใช้ในการคุกคาม (Harassment) ข่มเหง (Persecution) และให้ความชอบธรรม (Justification) กับการพราศศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของสมาชิกของกลุ่มเป้าหมาย ในระดับที่รุนแรงที่สุด Hate Speech สามารถถูกใช้แม้กระทั่งเป็นการสร้างเหตุผลให้กับการฆาตกรรมสมาชิกของกลุ่มเป้าหมายด้วย¹²⁷

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹²⁵ Kevin Boyle, "Hate Speech – the United States Versus the Rest of the World?," *Marine Law Review* 53(2001): 489.

¹²⁶ James Weinstein and Ivan Hare, "General Introduction: Free Speech, Democracy, and the Suppression of Extreme Speech Past and Present," in *Extreme Speech and Democracy*, ed. Ivan Hare and James Weinstein (Oxford: Oxford University Press, 2009). p. 4.

¹²⁷ Eduardo Bertoni and Julio Rivera, "The American Convention on Human Rights: Regulations on Hate Speech and Other Similar Expressions," in *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, ed. M. Herz and P. Molnar (Cambridge: Cambridge University Press, 2012). p. 499.

ไมเคิล โรเซนเฟลด์ (Michel Rosenfeld) นิยาม Hate Speech ว่าหมายถึง การใช้วาจาที่มุ่งส่งเสริมหรือสนับสนุนความเกลียดชังบนพื้นฐานของเชื้อชาติ ศาสนา ชาติพันธุ์ หรือชาติกำเนิด¹²⁸

นาดีน สตรอสเซน (Nadine Strossen) นิยาม Hate Speech ว่าหมายถึง การใช้วาจาที่แสดงความคิดเห็นที่เต็มไปด้วยความเกลียดชังหรือมีลักษณะเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับกลุ่มบางกลุ่มที่ตกอยู่ในสถานะของการถูกเลือกปฏิบัติมาในทางประวัติศาสตร์ เช่น กลุ่มแอฟริกัน-อเมริกัน กลุ่มชาวยิว ผู้หญิง และกลุ่มคนรักเพศเดียวกัน หรือเกี่ยวกับคุณลักษณะเฉพาะตัวบางประการที่กลายเป็นพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติ (เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ และรสนิยมทางเพศ)¹²⁹

จากตัวอย่างคำนิยามของนักวิชาการทางกฎหมายของต่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้น จะพบว่ามียุทธศาสตร์ที่สอดคล้องกันบ้างและแตกต่างกันบ้างในรายละเอียด เนื่องจากการนิยาม Hate Speech ในทางกฎหมาย มีความเชื่อมโยงโดยตรงกับการรับรู้และการตีความ “มโนทัศน์ทางกฎหมาย” (Legal Concept) ของบรรดานักกฎหมายทั้งหลายอย่างมาก ซึ่งล้วนแต่ตีความได้กว้างแคบต่างกัน และมีพัฒนาการมาโดยตลอด ดังจะได้อธิบายต่อไป¹³⁰

กล่าวได้ว่า “Hate Speech” เป็นคำศัพท์ดั้งเดิมที่ใช้ในทฤษฎีเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงออกของประเทศสหรัฐอเมริกา (American Doctrinal Term) ซึ่งกลายเป็นที่รู้จักอย่างกว้างขวางในวงวิชาการนิติศาสตร์หลังจากกลางทศวรรษที่ 1980¹³¹ โดยกลุ่มนักวิชาการ

¹²⁸ Michel Rosenfeld, "Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis," *Cardozo Law Review* 1523(2003): 1523.

¹²⁹ Nadine Strossen, HATE: Why We Should Resist it With Free Speech, Not Censorship, p. xxiii.

¹³⁰ อย่างไรก็ตาม มีนักวิชาการในด้านอื่น ๆ ที่ให้นิยาม Hate Speech ไว้ด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งนักวิชาการทางรัฐศาสตร์และปรัชญาการเมืองซึ่งเป็นแขนงของศาสตร์ที่ใกล้ชิดอย่างยิ่งกับกฎหมายมหาชน เช่น *บิคุ ปาเรห์ (Bhikhu Parekh)* สมาชิกสภาขุนนางและนักวิชาการทางปรัชญาการเมืองของประเทศอังกฤษ ได้นิยาม Hate Speech ว่าหมายถึง “การแสดงออก สนับสนุน ส่งเสริม หรือปลุกเร้าความเกลียดชังของกลุ่มบุคคลซึ่งมีความแตกต่างจากคนอื่น โดยมีคุณลักษณะพิเศษร่วมกัน ทั้งนี้ ความเกลียดชังไม่ได้หมายถึงการขาดความเคารพ หรือการไม่ได้คิดจะเคารพ ไม่ชอบ ไม่ยอมรับ หรือมองผู้อื่นอย่างต่ำต้อย ทว่าสื่อถึงถึงความเป็นปฏิปักษ์ การปฏิเสธ ความต้องการจะทำอันตรายหรือทำลายความปรารถนาที่จะทำให้กลุ่มเป้าหมายของความเกลียดชังนั้นพ้นออกไปจากหนทาง การเจียดเสียงหรือการส่งเสียง ไม่ว่าในเชิงรุกหรือเชิงรับ ซึ่งถือว่าเป็นการประกาศสงครามต่อต้าน”

¹³¹ Ulabzislau Belavusau, *Freedom of Speech: Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, p. 40.

ทางกฎหมายด้านชาติพันธุ์วิพากษ์ (Critical Race Theorist) ของประเทศสหรัฐอเมริกา นำโดย *มาริ มัตสึดา (Mari Matsuda)* ซึ่งเป็นนักวิชาการทางกฎหมายคนแรกที่ใช้คำว่า Hate Speech ในบทความทางวิชาการของตนเอง¹³² เพื่อชี้ให้เห็นถึงความล้มเหลวของระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ไม่ตอบสนองต่อเหยื่อของ “การแสดงออกที่เหยียดเชื้อชาติ” (Racist Speech) ทั้งนี้ มัตสึดาได้เสนอวิธีการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการชดเชยค่าเสียหายแก่เหยื่อทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา ซึ่งเธอได้ยกตัวอย่างกรณีศึกษาทางกฎหมายจำนวนมากที่ไม่ได้เกี่ยวข้องและไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้ภายใต้ระบบกฎหมายในขณะนั้น ซึ่งสะท้อนข้อจำกัดของมโนทัศน์ทางกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวกับ Hate Speech ว่าคงยังอยู่ในรูปแบบของ “การแสดงออกที่ได้รับการคุ้มครอง” (Protected Speech) มัตสึดาจึงได้นำเสนอมโนทัศน์ทางกฎหมายของ Hate Speech รูปแบบใหม่ที่สมควรสำหรับสหรัฐอเมริกา ซึ่งคาดได้ว่านำแนวทางบางอย่างมาจากมโนทัศน์ทางกฎหมายของทวีปยุโรปด้วย¹³³

นับแต่นั้นมา Hate speech ได้กลายเป็นคำศัพท์ที่ถูกกล่าวถึงและยอมรับในระดับระหว่างประเทศทั่วโลกมากขึ้นจนทุกวันนี้ โดยเฉพาะในทวีปยุโรป ซึ่งถึงแม้ในระยะแรก คำศัพท์ดังกล่าวจะไม่ใช้ศัพท์เฉพาะทางกฎหมายที่ใช้โดยทั่วไปในภาคพื้นยุโรป แต่ต่อมาได้กลายเป็นคำศัพท์ที่ใช้บ่อยครั้งและกลายเป็นธรรมเนียมปกติ¹³⁴ ที่โดดเด่นคือปรากฏในคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ดังจะได้กล่าวต่อไปข้างหน้า

นับแต่นั้นมานิยามของ Hate speech จึงมักปรากฏอยู่ในรูปแบบของมโนทัศน์ทางกฎหมายเป็นส่วนใหญ่ (แต่ก็ปรากฏการนิยามในด้านอื่น ๆ ไปพร้อมกันด้วย) ซึ่งปรากฏความพยายามทั้งทางตรงและทางอ้อมในการนิยามความหมายภายใต้มโนทัศน์ที่มุ่งอ้างอิงถึงการแสดงออกที่จะถูกนิยามว่าเป็น Hate Speech เพื่อเป้าหมายในการจำกัดหรือควบคุมตามกฎหมาย (Legal Regulation) ในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งเป็นหลัก¹³⁵ ทั้งนี้ นักวิชาการทางกฎหมายบางท่านพยายาม

¹³² Mari J. Matsuda, "Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story," *Michigan Law Review* 87(1989): 2320-2381.

¹³³ Ibid

¹³⁴ Ulabzislau Belavusau, *Freedom of Speech: Importing European and US Constitutional Models in Transitional Democracies*, p. 40-41.

¹³⁵ Alexander Brown, "What is Hate Speech? Part 1: The Myth of Hate", *Law and Philosophy*, p. 421-422.

จำแนกนิยาม Hate Speech ภายใต้มีนทัศน์ทางกฎหมายอย่างเฉพาะเจาะจง โดยเชื่อมโยงกับระบบกฎหมาย (Legal Regime) และรูปแบบของกฎหมายเฉพาะของประเทศใดประเทศหนึ่ง (Body of Law) เช่น กฎหมายยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง (Incitement to Hatred Law) ในประเทศอังกฤษ ในขณะที่หลายคนจำแนกกลุ่มของนิยามภายใต้มีนทัศน์ทางกฎหมายของ Hate Speech โดยเชื่อมโยงกับกลุ่มของกฎหมายที่มุ่งจำกัด Hate Speech ในภาพรวม เช่น กลุ่มกฎหมายที่มีลักษณะยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง เป็นต้น¹³⁶ ตลอดจนมีนักวิชาการบางกลุ่มที่นิยามมีนทัศน์ทางกฎหมายของ Hate Speech ในลักษณะของร่มใหญ่ (Umbrella Legal Concept) ที่ครอบคลุมกลุ่มและประเภทของกฎหมายจำนวนมากที่ตีความได้ว่ามุ่งจำกัด Hate Speech อาทิ กลุ่มกฎหมายที่ห้ามการหมิ่นประมาทกลุ่ม (Group Libel) กลุ่มกฎหมายที่ห้ามการดูหมิ่นหรือใส่ร้ายป้ายสี (Insult and Denigration) กลุ่มกฎหมายที่ห้ามการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม พบว่ามีกลุ่มนักวิชาการทางกฎหมายจำนวนหนึ่ง (รวมถึงนักจัดทำพจนานุกรม (Lexicographer)) ได้ใช้ระเบียบวิธีนิติศาสตร์เชิงมีนทัศน์ (Conceptual Jurisprudence) ในการวิเคราะห์นิยามของ Hate Speech ภายใต้มีนทัศน์ทางกฎหมาย โดยเป็นระเบียบวิธีที่มุ่งพิจารณาการกำหนดนิยาม Hate Speech ที่ปรากฏในบรรดาตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคต่าง ๆ กฎหมายลายลักษณ์อักษรและคติความทางกฎหมายต่าง ๆ ทั้งที่นิยามไว้ในเชิงบวก (Hate Speech คือ...) และเชิงปฏิเสธ (Hate Speech ไม่ใช่...) รวมถึงพิจารณาการประกอบสร้างนิยามของ Hate Speech จากคำศัพท์ในกฎหมายและธรรมเนียมปฏิบัติทางกฎหมายอื่น ๆ ที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน เช่น group defamation (การหมิ่นประมาทเชิงกลุ่ม) incitement to hatred (การยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง) Holocaust denial (การปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิว) เป็นต้น¹³⁷ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นระเบียบวิธีที่ทำให้สามารถทำความเข้าใจโครงสร้างพื้นฐานในภาพรวมของนิยามของ Hate Speech ได้อย่างเป็นระบบ

จากระเบียบวิธีข้างต้น การกำหนดนิยามของ Hate Speech ปรากฏอย่างชัดเจนในคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศบางภูมิภาคและกฎหมายภายในของบางประเทศ ยกตัวอย่างที่น่าสนใจ ได้แก่ คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (The European

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid. pp. 433-441.

Court of Human Rights) ในคดี *Surek v. Turkey*¹³⁸ และ คดี *Gündüz v. Turkey*¹³⁹ ซึ่งได้กล่าวนิยามของ Hate Speech ไว้ โดยหยิบยกคำนิยามของ Hate Speech ที่อธิบายโดย “คณะกรรมการรัฐมนตรีแห่งสหภาพยุโรป” (The Committee of Ministers of the Council of Europe) ในปีค.ศ.1997 มาใช้โดยตรง ว่า Hate Speech หมายถึง “...การแสดงออกทุกรูปแบบที่เผยแพร่ ยั่วยุ ส่งเสริม หรือให้ความชอบธรรมกับความเกลียดชังทางเชื้อชาติ ความเกลียดกลัวคนต่างชาติ การต่อต้านชาวยิว หรือรูปแบบอื่น ๆ ของความเกลียดชังที่อยู่บนพื้นฐานของความไม่อดทนอดกลั้น...” อย่างไรก็ตาม ทั้งสองคดีนี้ได้อธิบายเพิ่มเติมด้วยว่า การใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะของการโจมตีก้าวร้าว (Offend) สร้างความตกใจ (Shock) หรือทำให้เกิดความรำคาญหรือรบกวน (Disturb) ยังไม่เพียงพอที่จะเข้าลักษณะเป็น Hate Speech แต่ควรเป็นถ้อยคำที่ต้องสามารถยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังและการใช้ความรุนแรงได้ด้วย

นอกจากนั้น ยังพบการกำหนดนิยามของ Hate Speech ในกฎหมายภายในของประเทศบางประเทศ โดยเฉพาะประเทศสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ซึ่งรัฐบัญญัติการส่งเสริมความเสมอภาคและการป้องกันการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 2000 (The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 2000) มาตรา 10 ได้กำหนดกลุ่มของความผิดที่อยู่ภายใต้ชื่อหัวหมวดว่า “การห้าม Hate Speech” (Prohibition of Hate Speech) ทั้งนี้ มาตรา 10(1)(c) ได้กำหนดห้ามผู้ใดตีพิมพ์ ปลุกเร้า สบสนุน หรือสื่อสารถ้อยคำที่เข้าลักษณะของการสบสนุน หรือปลุกเร้าความเกลียดชังต่อผู้อื่น โดยต้องสามารถตีความได้อย่างมีเหตุผลว่ามีเจตนาชัดแจ้งที่จะกระทำการเช่นนั้นด้วย ซึ่งกฎหมายมาตรานี้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ (The South African Constitution 1996) มาตรา 16(2) ที่บัญญัติให้สิทธิในเสรีภาพในการแสดงออกย่อมไม่ครอบคลุมถึง “การส่งเสริมความเกลียดชังซึ่งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ เพศหรือศาสนา และการกระทำนั้นได้ก่อให้เกิดการยั่วยุให้เกิดภัยอันตราย”

นอกจากนั้น ในเวลาต่อมา หน่วยประชาสัมพันธ์ของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (ECtHR Press Unit) ได้ออกเอกสารสำคัญชื่อว่า “Factsheet-Hate Speech” ในปี ค.ศ. 2016 ซึ่งเป็นความพยายามชี้ให้เห็นถึงกรณีศึกษาตัวอย่างจากคดีต่าง ๆ ในศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป หลายกรณี que เข้าลักษณะเป็น Hate Speech อันสะท้อนให้เห็นถึงความหลากหลายของการกำหนด

¹³⁸ Surek v. Turkey (1999)

¹³⁹ Gündüz v. Turkey (2004)

นิยามของ Hate Speech ภายใต้มนทัศน์ทางกฎหมาย¹⁴⁰ เช่น “Ethic hate” (ความเกลียดชังทางชาติพันธุ์) “Incitement to violence and support for terrorist activity” (การยั่วยุให้เกิดความรุนแรงและสนับสนุนกิจกรรมของผู้ก่อการร้าย) “Negationism and Revisionism” (ลัทธิการปฏิเสธและการทบทวนข้อมูลทางประวัติศาสตร์) “Racial hate” (ความเกลียดชังทางเชื้อชาติ) “Religious hate” (ความเกลียดชังทางศาสนา) “ความเป็นภัยต่อระบอบประชาธิปไตย” (Threat to the democratic order) “Apology of violence and incitement to hostility” (การให้อภัยการใช้ความรุนแรงและการยั่วยุให้เกิดการเป็นปฏิปักษ์) “condoning of terrorism” (การเห็นชอบกับการก่อการร้าย) เป็นต้น

อนึ่ง บรรานี้ได้ขยายความว่าเมื่อไปค้นหาถ้อยคำในกฎหมายและคดีความทางกฎหมายจำนวนมาก จะพบถ้อยคำที่สามารถบ่งชี้ โกลัซิด หรือสามารถถูกใช้เป็นคำแทนของ Hate Speech ได้อยู่หลายคำ¹⁴¹ อาทิ “hate” หรือ “hatred” (ความเกลียดชัง) “contempt” (การเหยียดหยาม) “hostility” (ความเป็นปฏิปักษ์) “enmity” (ความเป็นศัตรู) “inferiority” (ความเหนือกว่า) “racist propaganda” (การปลุกกระดมที่เหยียดเชื้อชาติ) “Xenophobia” (ความเกลียดกลัวคนต่างชาติ) “aggressive nationalism” (ชาตินิยมที่แข็งกร้าว) “Islamophobia” (ความเกลียดกลัวผู้นับถือศาสนาอิสลาม) “group defamation” (การหมิ่นประมาทกลุ่ม) “group vilification” (การใส่ร้ายเชิงกลุ่ม) “Insult” (การดูหมิ่น) “negative stereotyping” (การสร้างภาพจำ/การเหมารวมที่เป็นลบ) “stigmatization” (การตีตรา) “humiliation” (การทำให้อับอาย/อับยศอดสู) “degradation” (การทำให้เสื่อมเสีย) “violation of dignity” (การละเมิดศักดิ์ศรี) “discriminatory harassment” (การคุกคามที่เลือกปฏิบัติ) “intolerance” (ความไม่อดทนอดกลั้น) ฯลฯ

จากการทบทวนวรรณกรรมข้างต้นจะพบว่ามีเพียงประเด็นเดียวที่ค่อนข้างเห็นพ้องไปในแนวทางเดียวกันคือ Hate Speech เป็น “การแสดงออก” (Expression) หรือเป็นการใช้ “วาจา” (Speech) ในทุกรูปแบบ ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกันกับ Freedom of Expression

¹⁴⁰ ECtHR Press Unit, "Hate Speech," [Online]. Available from: https://www.echr.coe.int/documents/fs_hate_speech_eng.pdf.

¹⁴¹ Alexander Brown, “What is Hate Speech? Part 1: The Myth of Hate”, *Law and Philosophy*, pp. 435-436.

หรือ Free Expression และ Freedom of Speech หรือ Free Speech ดังที่ได้อธิบายมาแล้วในหัวข้อ 2.2.1 ดังนั้น Hate Speech จึงครอบคลุมทั้งการสื่อสารทางการพูด การเขียน และการพิมพ์ และยังรวมถึงการสื่อสารในรูปแบบที่ปราศจากการพูด และการเขียนด้วย ซึ่งในบางลักษณะเข้าข่ายเป็น “การกระทำ” (Conduct) มากกว่าเพียงถ้อย เช่น การเผาไม้กางเขน การแสดงสัญลักษณ์ หรือการสวมปลอกแขน เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การนิยามข้างต้นก็ประสบปัญหาความไม่ลงรอยทางความคิดอยู่หลายประการด้วยกัน ดังนี้

ประการแรก ในประเด็นของความสัมพันธ์ระหว่างการใช้ Hate Speech กับอารมณ์ “ความเกลียดชัง” (Hate/Hatred) สามารถจำแนกนิยามที่แตกต่างกันได้ 3 ลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะแรก Hate Speech เป็นการใช้อวาจาที่แสดงออกหรือสื่อสารอารมณ์ ความรู้สึก หรือทัศนคติของความเกลียดชัง ลักษณะที่สอง Hate Speech สะท้อนถึงการใช้วาจาหรือการแสดงออกที่มีแรงจูงใจจากความเกลียดชังเป็นสำคัญ และ ลักษณะที่สาม Hate Speech คือการใช้อวาจาที่สนับสนุน ยั่วยุ หรือปลุกปั่นให้เกิดความเกลียดชังในสังคม¹⁴²

ประการที่สอง ในประเด็นของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของ Hate Speech แม้จะมีความเห็นตรงกันว่า อาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือปัจเจกชน (Individual) หรือกลุ่มบุคคล (Group) ก็ได้ และจะต้องเป็นการกระทำที่มีสาเหตุมาจากหรืออยู่บนพื้นฐานของ “คุณลักษณะ” (Characteristic) หรือ “อัตลักษณ์” (Identity) ที่มีอยู่ร่วมกันบางประการของบุคคล หรือกลุ่มของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการใช้ Hate Speech นั้น อย่างไรก็ตาม ยังคงมีความแตกต่างกันอยู่ว่าคุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ร่วมที่แสดงความเป็นกลุ่มประเภทใดที่ควรกำหนดให้ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย (Protected Characteristic) บ้าง ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะระบุกลุ่มของคุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ให้ครอบคลุมหลายกรณี ได้แก่ เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ศาสนา สัญชาติ เพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศ รสนิยมทางเพศ ความพิการ รวมถึงกลุ่มในประเภทอื่น ๆ ทว่าก็พบการนิยามในลักษณะของการระบุเพียงกรณีเดียวไปเลยว่าการใช้ Hate Speech ต้องเป็นการกระทำต่อกลุ่มบุคคลที่ตกเป็นเหยื่อหรือเป็นผู้ถูกกดขี่ในทางประวัติศาสตร์ (Historically oppressed and victimized groups) เท่านั้น และมีอยู่จำนวนน้อยที่ไม่ได้ระบุหรือกำหนดลักษณะของคุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ที่แสดงความเป็นกลุ่มประการใดไว้

¹⁴² Ibid., pp. 436-441.

ประการที่สาม ในประเด็นของธรรมชาติของการใช้ Hate Speech สามารถจำแนกได้ 3 ลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะแรก Hate Speech เป็นลักษณะของการใช้วาจาหรือการแสดงออกที่ดูหมิ่น (Insulting Speech) หรือเป็นการใช้วาจาหรือการแสดงออกที่ก้าวร้าวรุนแรง (Offensive Speech) ลักษณะที่สอง Hate Speech มีลักษณะเป็น “การเหยียดหยามโดยใช้คำพูดที่เป็นปฏิปักษ์” (Hostile verbal abuse) “การใช้วาจาที่มุ่งประสงค์ร้าย” (Malicious speech) “การใช้วาจาที่ใส่ร้ายหรือทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสีย” (Speech that denigrates people) “การใช้วาจาที่กดผู้อื่นให้ต่ำลง” (Speech that puts people down) หรือ “การแสดงโวหารที่ต่อต้านสังคม” (Antisocial oratory) และลักษณะที่สาม Hate Speech มักก่อให้เกิดหรือมีแนวโน้มอย่างมีนัยสำคัญที่ก่อให้เกิด “ภัยอันตราย” (Harm) อย่างเป็นหนึ่ง¹⁴³

ประการที่สี่ ในประเด็นของความสัมพันธ์ระหว่าง Hate Speech กับการกระทำ (Action) โดยส่วนใหญ่เห็นตรงกันในระดับหนึ่งว่า Hate Speech มีลักษณะของการใช้วาจาเชิงการกระทำ (Performative) หรือเกี่ยวพันกับการใช้ “วจนกรรม” (Speech Act) หลายรูปแบบ แต่ก็ยังมีความแตกต่างกันอยู่บ้างในรายละเอียด กล่าวคือ บางกลุ่มอธิบาย Hate Speech ในนิยามที่กินความกว้างขวางซึ่งครอบคลุมถึงการใช้วจนกรรมจำนวนมากที่เกี่ยวข้อง เช่น “การโจมตีทางวาจา” (Speech Attacks) “การรุกรานทางคำพูด” (Verbal Aggression) ในขณะที่บางกลุ่มจำกัดความให้แคบลง เช่น “ดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาท” (Insulting or defaming) “สบประมาท” (Disparaging) “ทำให้เสื่อมเสีย” (Degrading) “ประทุษร้าย” (Ambushing) “ก่อการร้าย” (Terrorising) “ทำให้บาดเจ็บ” (Wounding) “ทำให้อับอาย” (Humiliation) “ก่อให้เกิดภัยอันตรายหรือช่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือความรุนแรง” (Harming and inciting discrimination or violence) หรือ ช่วยุให้เกิดการรังแกข่มเหง (Inciting persecution) เป็นต้น¹⁴⁴

จากที่กล่าวมาทั้งหมด บรรานี้ได้ตั้งข้อสังเกตและสรุปปัญหาสำคัญของการกำหนดนิยามของ Hate Speech ภายใต้มติคณะรัฐมนตรีทางกฎหมาย ดังนี้¹⁴⁵

ประการแรก การนิยาม Hate Speech ภายใต้มติคณะรัฐมนตรีทางกฎหมาย ถูกให้นิยามแตกต่างกันออกไปภายใต้การตีความผ่านระบบหรือโครงสร้างกฎหมาย และทฤษฎีทาง

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Ibid.

กฎหมายเฉพาะหนึ่ง ๆ เช่น การตีความผ่านทฤษฎีการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกอย่างสุดขีดของสหรัฐอเมริกาโดยบรรดานักวิชาการและบรรดาผู้พิพากษาศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา หรือผ่านการตีความจากทฤษฎีที่ผ่อนคลายนความเข้มงวดในการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกอย่างนักกฎหมายและศาลในกลุ่มประเทศยุโรป เป็นต้น ซึ่งส่งผลให้การรับรู้นิยามของ Hate Speech ในภาพรวมมีความคับแคบเกินไป กล่าวคือ การใช้วาจาหรือการแสดงออกใดจะเป็น Hate Speech หรือไม่ ขึ้นอยู่กับการกำหนดให้ Hate Speech รูปแบบใดบ้างที่ควรถูกควบคุมหรือจำกัดตามกฎหมายภายใต้ระบบรัฐธรรมนูญซึ่งประกันเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคล ยกตัวอย่างเช่น มีนักวิชาการบางกลุ่มที่เสนอแนะว่าการกระทำใดจะเข้าลักษณะเป็น Hate Speech ก็ต่อเมื่อเป็น “การช่วยุให้เกิดความเกลียดชัง” เท่านั้น โดยอ้างอิงจากกฎหมายที่มุ่งห้ามการช่วยุให้เกิดความเกลียดชังในระบบกฎหมายหนึ่ง ๆ เป็นต้น ซึ่งอาจขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกับการนิยามทางกฎหมายในระบบหรือโครงสร้างทางกฎหมายของที่อื่น ๆ ได้ ส่งผลให้เกิดการไม่ลงรอยในการนิยามและเกิดสภาวะการถกเถียงไม่รู้จบ

ประการที่สอง การกำหนดนิยามของ Hate Speech ภายใต้มติสนธิทางกฎหมายมักเชื่อมโยงเอาอารมณ์ “ความเกลียดชัง” หรือ “Hate/Hatred” ซึ่งหมายถึงความไม่ชอบอย่างเข้มข้นและรุนแรงอย่างยิ่ง (Intense and extreme dislike) ต่อบุคคลหรือสิ่งใด ๆ จนถึงขนาดแสดงความเป็นปฏิกิริยา การไม่ยอมรับ และต้องการทำอันตรายหรือทำลาย รวมถึงความปรารถนาที่จะให้กลุ่มเหยื่อเป้าหมายออกไปให้พ้นทาง เจ็บเสียด ตลอดจนการประกาศสงครามกับกลุ่มคนเหล่านั้นทั้งในเชิงรุกและเชิงรับ เป็นสารัตถะหรือแก่นแกนของ Hate Speech ซึ่งบราวน์มองว่าเป็นการติดกับดักของ “มายาคติของความเกลียดชัง” (The Myth of Hate) เนื่องจากในมิติของปรัชญาทางภาษาเกี่ยวกับอารมณ์ความรู้สึก (Philosophy of Emotions) ความเกลียดชังเป็นเพียงหนึ่งในอารมณ์เชิงลบที่เกี่ยวข้องกับอารมณ์อื่น ๆ อีกมากมายและไม่ได้เป็นสาระสำคัญของ Hate Speech เสมอไป

กล่าวอีกนัยหนึ่ง แม้ปฏิเสธไม่ได้ว่าในเชิงข้อเท็จจริง การใช้ Hate Speech ในหลายกรณีเกี่ยวข้องโดยตรงกับอารมณ์ความรู้สึก ทั้งในมิติของผู้ใช้ Hate Speech เหยื่อของ Hate Speech หรือผู้อื่นในสังคมที่ไม่ใช่เหยื่อซึ่งได้รับผลกระทบจาก Hate Speech แต่ก็ไม่ใช่ทุกตัวอย่างหรือทุกกรณีของการใช้ Hate Speech ที่จะเป็นอย่างนั้น ยังมีอารมณ์ความรู้สึกเชิงลบอีกหลายลักษณะ เช่น กลุ่มของอารมณ์ความรู้สึกที่เกี่ยวข้องกับการดูถูกเหยียดหยาม ไม่เคารพ ไม่ให้คุณค่า

หรือไม่ให้ความสำคัญ (เช่น คำในภาษาอังกฤษอย่าง Contempt Disdain Scorn Condescension หรือ Dismissiveness) ซึ่งเป็นการมองบุคคลหรือสิ่งหนึ่งสิ่งใดว่าไม่มีคุณค่ามากพอที่จะให้ความสนใจหรือเคารพ และก่อให้เกิดแรงกระตุ้นที่จะถอนตัว หลีกเลียงหรือหลบหลีกจากการอยู่ใกล้กับบุคคลนั้นหรือสิ่งนั้นเท่านั้น ไม่ได้อยู่ในระดับความเข้มข้นทางอารมณ์เดียวกับความเกลียดชัง ซึ่งอารมณ์ความรู้สึกเหล่านี้ย่อมปรากฏอยู่ใน Hate Speech ได้ นอกจากนั้นยังรวมถึงอารมณ์ในลักษณะอื่น ๆ ตั้งแต่ความหวาดกลัว (Fear) ความอิจฉา (Envy) จนกระทั่งถึงความต้องการการใส่ใจหรือความสนใจจากคนอื่นด้วย

กล่าวโดยสรุป การทำความเข้าใจถึงมายาคติของความเกลียดชังช่วยให้เกิดความกระจ่างในหลาย ๆ เรื่อง โดยเฉพาะในมิติของผู้ใช้ Hate Speech ว่ามีความเกี่ยวข้องกับอารมณ์ความรู้สึกที่หลากหลาย เช่น ความวิตกกังวล (Anxiety) หรือแม้กระทั่งความรู้สึกแปลกแยก (Alienation) รวมถึงการใช้ Hate Speech ยังสามารถก่อให้เกิดผลกระทบทางอารมณ์ที่แตกต่างหลากหลายกับผู้อื่นในสังคมเช่นกัน แม้กระทั่งอารมณ์ความรู้สึกอย่างความตกตะลึง (Shock) ความตื่นเต้น (Excitement) ความพึงพอใจ (Pleasure) เป็นต้น

2.3.1.1.2 นิยามของประมุขวาจาภายใต้มนทัศน์โดยทั่วไป (Ordinary Concept)

จากปัญหาที่พบในหัวข้อที่ผ่านมา เมื่อกลับมาพิจารณาในภาพรวมของการใช้ Hate Speech ที่กว้างขึ้น จะพบว่าแท้ที่จริงแล้วนิยามของ Hate Speech ไม่ได้อยู่ภายใต้มนทัศน์ทางกฎหมายเพียงประการเดียวเท่านั้น ทว่ายังอยู่ภายใต้ “มนทัศน์โดยทั่วไป” (Ordinary Concept) ด้วย ซึ่งโดยสรุปมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ¹⁴⁶

ประการแรก เป็นมนทัศน์ที่ถูกใช้โดยบุคคลอื่นทั่วไปที่ไม่ใช่นักกฎหมายหรือนักวิชาการทางกฎหมาย (เช่น นักวิชาการในศาสตร์อื่น นักการเมือง บุคคลที่มีชื่อเสียง บุคคลทั่วไป ที่มีพื้นความรู้เกี่ยวกับนิยามของประมุขวาจาภายใต้มนทัศน์ทางกฎหมาย)

¹⁴⁶ Alexander Brown, “What is Hate Speech? Part 1: The Myth of Hate”, *Law and Philosophy*, p. 422.

ประการที่สอง มีลักษณะของการใช้ต่าง ๆ ที่ไม่ได้ปรากฏเฉพาะแต่ในระบบกฎหมายหรือโครงสร้างของกฎหมายเท่านั้น แต่ปรากฏในมิติทางเศรษฐกิจ การเมือง สังคมและวัฒนธรรม

ภายใต้คำอธิบายของมโนทัศน์ข้างต้น สอดคล้องกับคำอธิบายของ *มาร์เซล เมอซ์เซน (Marcel Maussen)* และ *ราฟล์ กริลโล (Ralph Grillo)* ซึ่งอธิบายว่าการกำหนดกรอบของมโนทัศน์เกี่ยวกับ Hate Speech ที่ดีที่สุดคือการกำหนดบนพื้นฐานของโครงสร้างทางสังคม วัฒนธรรมและการเมือง ด้วยเหตุนี้ การกำหนดนิยามของ Hate Speech จึงมีความหลากหลายที่สัมพันธ์กับบริบทของการใช้ประทุษวาจา ซึ่งรวมถึงทัศนคติของผู้คนที่มีการใช้ Hate Speech ในบริบทนั้น ๆ ด้วย¹⁴⁷ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การพูดหรือการแสดงออกในบริบทหนึ่งอาจไม่ใช่ Hate Speech แต่ในอีกบริบทหนึ่งอาจจะเป็น Hate Speech อย่างไม่มีข้อสงสัย¹⁴⁸ จึงไม่ได้มีเพียงนิยามเดียวเท่านั้น

อนึ่ง ประเด็นสำคัญที่ต้องทำความเข้าใจคือ ผู้คนโดยทั่วไปต่างได้รับอิทธิพลและแรงบันดาลใจจากจากบรรดาหลักการและคุณค่าต่าง ๆ ไม่ใช่แค่ในมิติของกฎหมาย แต่รวมถึงมิติทางการเมือง ศีลธรรมและจริยธรรมด้วย โดยเฉพาะในประเด็นของกฎหมายที่มุ่งจำกัด Hate Speech ซึ่งเกี่ยวเนื่องกับการมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคล (Interpersonal Interaction) ที่เราต่างต้องมีต่อกันในสังคมปกติ การกำหนดนิยามภายใต้มโนทัศน์ทางกฎหมายจึงมีลักษณะเป็นเพียง ”**ยอดของภูเขาน้ำแข็ง**” เท่านั้น เพราะทุกวันนี้การนิยาม Hate Speech ถูกนิยามโดยผู้คนต่างสาขา อาชีพและต่างภูมิสังคมซึ่งก่อให้เกิดประเภทของสภาพบริบทที่แตกต่างนับไม่ถ้วนเกี่ยวกับปรากฏการณ์ของการใช้ Hate Speech ที่มีความหลากหลายอย่างยิ่ง ดังรูปภาพ

¹⁴⁷ Marcel Maussen and Ralph Grillo, "Introduction: Regulation of Speech in Multicultural Societies," in *Regulation of Speech in Multicultural Societies*, ed. Marcel and Ralph Grillo (New York: Routledge, 2015). p. 4.

¹⁴⁸ พิงรอง รามสุด, “ประทุษวาจา” กับโลกออนไลน์, หน้า 42.



รูปที่ 1 : ภูเขาน้ำแข็งแสดงความทับซ้อนระหว่างการใช้ประทุษวาจาภายใต้มโนทัศน์โดยทั่วไปและการใช้ประทุษวาจาภายใต้มโนทัศน์ทางกฎหมาย

ดังนั้น หากให้ความสำคัญเฉพาะแต่นิยามภายใต้มโนทัศน์ทางกฎหมายแล้ว อาจมีความเสี่ยงที่หลายคนจะตัดสินใจไปล่วงหน้าแล้วว่า การตอบสนองทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการทางกฎหมายอาญา (Criminal Law) เป็นทางออกเดียวเท่านั้นในการเผชิญหน้าและรับมือกับปัญหาการใช้ Hate Speech ด้วยการให้กฎหมายเป็นสิ่งที่กำหนดนิยามและขอบเขตที่ชัดเจนแน่นอนตายตัวและมองข้ามการใช้มาตรการอื่นที่ไม่ใช่กฎหมาย (Extra-Legal Measures/Non-Legal Measures) ซึ่งในทางกลับกันในกรณีของผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับการใช้กฎหมายมากำหนดนิยามและขอบเขต ก็อาจจะไม่ยอมรับให้มีการจำกัด Hate Speech เลยแม้ว่าในกรณีใด¹⁴⁹ การแยกความคิดเห็นออกเป็นสองขั้วเช่นนี้จึงทำให้เกิดความไม่ลงรอยกันในทางความคิดและทำให้ไม่สามารถจัดการกับปัญหาของการใช้ Hate Speech ที่ทวีความรุนแรงและเข้มข้นขึ้นตลอดเวลาได้อย่างมีประสิทธิภาพ

อเล็กซานเดอร์ บราวน์ ในฐานะนักปรัชญาภาษาที่สนใจศึกษาการใช้ Hate Speech ภายใต้มโนทัศน์ทางกฎหมายหลากหลายแง่มุม ได้พยายามศึกษาและวิเคราะห์การใช้คำว่า Hate Speech ภายใต้มโนทัศน์โดยทั่วไป และได้ตั้งสมมติฐานที่น่าสนใจว่าศัพท์คำว่า Hate Speech

¹⁴⁹ Alexander Brown, "What is Hate Speech? Part 1: The Myth of Hate", *Law and Philosophy*, p. 422.

ภายใต้มนทัศน์โดยทั่วไปนั้นเป็นคำที่ค่อนข้างกำกวม (Equivocal Idiom) และประกอบด้วยลักษณะสำคัญที่เรียกว่า “ความคล้ายคลึงเชิงตระกูล” (Family Resemblance)¹⁵⁰ กล่าวคือ เป็นคำศัพท์ที่สามารถจำแนกนิยามแยกย่อยได้แตกต่างหลากหลายในลักษณะของกลุ่มของนิยามขนาดใหญ่ที่ไม่มีนิยามใดที่ถูกต้องแท้จริงที่สุดเพียงนิยามเดียว (Precise definition) ทว่ามีลักษณะของสาระสำคัญบางประการที่มีอยู่ร่วมกันบ้างแต่ก็ไม่ใช่ทั้งหมด¹⁵¹ ทั้งนี้ นิยามของ Hate Speech ภายใต้มนทัศน์โดยทั่วไปประกอบด้วยกลุ่มของสาระสำคัญหรือคุณสมบัติที่มีความคล้ายคลึงเชิงตระกูล ดังต่อไปนี้

(1) Hate Speech ประกอบด้วยกลุ่มของความมุ่งหมายที่คล้ายคลึงเชิงตระกูลที่หลากหลาย ซึ่งรวมถึงรูปแบบของการใช้วาจาที่ก่ออันตราย (Harmful Speech) รูปแบบของการใช้วาจาที่สร้างความแบ่งแยกทางสังคม (Socially divisive speech) รูปแบบของการใช้วาจาที่บ่อนทำลายความรู้สึกถึงความเสมอภาคของบุคคลอื่น รูปแบบของการใช้วาจาตีตรา (Labelling) ที่บ่อนทำลายระบอบประชาธิปไตย

(2) Hate Speech ประกอบด้วยกลุ่มของประเภทของการใช้วาจาที่มีความคล้ายคลึงเชิงตระกูล ซึ่งรวมถึง ถ้อยคำดูหมิ่น (Insult) ถ้อยคำใส่ร้ายป้ายสี (Slur) ถ้อยคำหยาบคาย (Epithet) ถ้อยคำที่แสดงหรือบ่งบอกถึงแนวคิดหรือความคิดเห็นเกี่ยวกับความด้อยกว่าทางศีลธรรม

¹⁵⁰ Ibid. pp. 441-467; Alexander Brown, "What Is Hate Speech? Part 2 : Family Resemblances," *Law and Philosophy* 36(2017): 561-613.

¹⁵¹ แนวคิด “ความคล้ายคลึงเชิงตระกูล” (Family Resemblances) เป็นแนวคิดทางปรัชญาภาษาที่ถูกคิดค้นและนำเสนอโดย ลุดวิก วิทเจนสไตน์ (Ludwig Wittgenstein) ในงานเขียน “Philosophical Investigation” ซึ่งมุ่งอธิบายข้อเสนอสำคัญว่าโครงสร้างของ “ความหมาย” หรือ “นิยาม” ที่ดำรงอยู่เป็นเอกเทศและเป็นตัวกลางให้เกิดการสัมพันธ์ระหว่างภาษาหรือความคิดกับความเป็นจริงนั้นเป็นสิ่งที่ไม่มีอยู่จริง กล่าวคือ คำศัพท์บางคำศัพท์ไม่ได้มีสาระสำคัญเพียงอย่างเดียว (Single essence) ที่กำหนดนิยามที่แท้จริงของคำศัพท์นั้น ทว่าเป็นไปได้ว่าคำศัพท์ดังกล่าวจะประกอบไปด้วยคุณสมบัติ (Trait) นานาประการที่ถูกใช้ในบริบทที่หลากหลายและคุณสมบัติหนึ่ง ๆ อาจเป็นสิ่งที่อยู่ร่วมกันในการกำหนดนิยามหลายกรณี แต่ก็ไม่ใช่ทุกกรณีซึ่งจัดอยู่ในกลุ่มตระกูลของนิยามที่คล้ายคลึงกันที่จะปรากฏคุณสมบัตินี้ (แต่อาจมีคุณสมบัติอื่นร่วมกัน) ทั้งนี้ วิทเจนสไตน์ชี้ให้เห็นว่าคำว่า “Game” เป็นคำที่มีนิยามที่มีลักษณะของความคล้ายคลึงกันเชิงตระกูล โดยการใช้คำว่า Game ไม่ได้มีสาระสำคัญหรือคุณสมบัติที่สะท้อนนิยามเพียงประการเดียว ยกตัวอย่างเช่น ไม่ใช่ทุก Game ที่เล่นเพื่อความสนุกหรือนันทนาการเพียงอย่างเดียว แต่ Game อย่างฟุตบอลและฮอกกี้ก็เล่นเพื่อเป็นอาชีพด้วย หรือไม่ใช่ทุก Game ที่จะมีการให้คะแนน หรือไม่ใช่ทุก Game ที่จะต้องเล่นเป็นหมู่คณะหรือต้องใช้อุปกรณ์แต่ก็ยังถือได้ว่าเป็น Game ชนิดหนึ่งด้วย รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู โสรจิจ หงศ์ดารมภ์, *ปรัชญาภาษา* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558), หน้า 213-221; Philosophy Index, "Family Resemblance," [Online]. Available from: <http://www.philosophy-index.com/wittgenstein/family-resemblance/>.

(Moral Inferiority) ถ้อยคำหมิ่นประมาทเชิงกลุ่ม และถ้อยคำที่เหมารวมเชิงลบ (Negative Stereotypes)

(3) Hate Speech ประกอบด้วยกลุ่มของการใช้วัจนกรรม (Speech Act) ที่คล้ายคลึงเชิงตระกูลต่าง ๆ ซึ่งรวมถึง กระทบการดูหมิ่น (Insulting) กระทบการดูถูก (Disparaging) กระทบการให้เสื่อมเสีย (Degrading) กระทบการให้อับอาย/อับยศอดสู (Humiliating) กระทบการยอมรับรู้อย่างผิดพลาดโดยจงใจ (Misrecognising) กระทบการบั่นทอนกำลังใจ (Disheartening) กระทบการคุกคาม (Harassing) กระทบการข่มเหงรังแก (Persecuting) กระทบการข่มขู่ (Threatening) กระทบการปลุกปั่น (Provoking) กระทบการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง การเลือกปฏิบัติ หรือการใช้ความรุนแรง (Inciting hatred, discrimination or violence)

(4) Hate Speech ประกอบด้วยกลุ่มของคุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ของความเป็นกลุ่มที่คล้ายคลึงกันเชิงตระกูล ซึ่งรวมถึง เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ชนชาติ/สัญชาติ สถานะความเป็นพลเมือง ศาสนา รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ และความพิการ/ความไร้สมรรถภาพ

(5) Hate Speech สามารถปรากฏอยู่ในรูปแบบที่ถาวร (Permanent) หรือกึ่งถาวร (Semi-permanent) รวมถึงรูปแบบที่ชั่วคราว (Transient or fleeting)

(6) Hate Speech สามารถอยู่ในรูปแบบของการเขียน การพูด รวมถึงในรูปแบบของสัญญาณ สัญลักษณ์ ท่าทาง รูปภาพ/รูปปั้น ภาพยนตร์ ละครเวที ดนตรี/เพลง และวิดีโอเกมส์ ฯลฯ

(7) Hate Speech อาจประกอบด้วยการใช้ข้อความที่ยืนยันข้อเท็จจริงที่มีการพิจารณาใคร่ครวญเป็นอย่างดี (Well thought-out statement of fact) หรือเป็นการใช้ถ้อยคำที่เกินความจริง (Exaggerated hyperbole)

(8) Hate Speech อาจเป็นการปราศรัยที่ดูเตี๊อด ยาวนานและวกวน (Longwinded and convoluted tirades) หรือเป็นการใช้ถ้อยคำดูหมิ่นหรือดูถูกเพียงพยางค์เดียวที่สั้นและเสียดแทง

(9) Hate Speech อาจมีลักษณะที่จริงจัง (Sober) ตลกขบขัน (Humorous) งดงามดั่งบทกวี หรือจิตซีด (Prose)

(10) Hate Speech อาจอยู่ในรูปแบบของวรรณกรรมทุกประเภท ตั้งแต่การตั้งคำถามเชิงวาทศิลป์ (Rhetorical Questions) ไปจนถึงมุขตลก การอุปมาอุปไมย นิยาย ปรัมปรา/ตำนาน และสุภาษิต

(11) Hate Speech อาจอยู่ในลักษณะที่ควบคุมอารมณ์ได้หรือขาดการยับยั้งชั่งใจ ไร้อารมณ์หรือสงบเยือกเย็น ก้าวร้าวหรือไม่ตอบโต้/เฉื่อยชา จริงใจหรือเสียดสี

(12) Hate Speech อาจกระทำหรือใช้โดยบุคคลที่ระบุตัวตนได้ (Identified speaker) หรือโดยบุคคลนิรนาม (Anonymous speaker) รวมถึงอาจกระทำโดยบุคคลผู้มีอำนาจ (รัฐ) หรือโดยประชาชนหรือพลเมืองทั่วไป รวมถึงโดยผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ใช้แรงงาน/คนงาน

(13) Hate Speech อาจถูกใช้ในพื้นที่สาธารณะหรือพื้นที่เอกชน ตลอดจนในสถานที่บางแห่งที่เป็นทั้งพื้นที่สาธารณะและเอกชน

(14) Hate Speech อาจมุ่งกระทำโดยตรงต่อปัจเจกชน หรือกลุ่มปัจเจกชน (ระบุตัวตนได้) ซึ่งถูกกำหนดโดยคุณลักษณะของความเป็นกลุ่มที่ถูกคุ้มครอง หรืออาจเป็นการมุ่งกระทำโดยทั่วไปต่อกลุ่มทั้งกลุ่มหรือภาคส่วนหนึ่งของกลุ่มคน (ระบุตัวตนไม่ได้) ซึ่งถูกกำหนดโดยคุณลักษณะของความเป็นกลุ่มนั้น ๆ ทั้งนี้ Hate Speech อาจกระทำต่อบุคคลที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของกลุ่มที่ตกเป็นเหยื่อของประทุษวาทก็ได้ โดยเฉพาะในกรณีของการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง นอกจากนั้นกลุ่มผู้รับสารที่เป็น Hate Speech (กลุ่มเหยื่อหรือบุคคลอื่นที่ไม่ใช่กลุ่มเหยื่อ) อาจสามารถหลีกเลี่ยงการรับสาร Hate Speech ได้โดยอิสระ หรืออาจเป็นผู้รับสารที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยง (Captive Audience) ก็ได้

จากการจำแนกคุณสมบัติของ Hate Speech ภายใต้มโนทัศน์โดยทั่วไปข้างต้นเป็นเพียงแคตัวอย่างส่วนหนึ่งเท่านั้น เนื่องจากว่าสังคมแต่ละสังคมต่างมีพลวัตไปตามกาลเวลา โดยเฉพาะในโลกยุคโลกาภิวัตน์และยุคดิจิทัล (Digital Age) ที่นับวันจะยิ่งไร้พรมแดนและเต็มไปด้วยนวัตกรรมและเทคโนโลยีที่ก้าวล้ำ ซึ่งหลีกเลี่ยงเสียไม่ได้ที่จะมาพร้อมกับสถานการณ์ความขัดแย้งรูปแบบใหม่ ๆ อันย่อมรวมถึงสถานการณ์การใช้ Hate Speech ในรูปแบบและช่องทางที่อาจไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อนหรือมีลักษณะที่แตกต่างไปจากเดิม ซึ่งส่งผลให้นิยามที่มีความคล้ายคลึงเชิงตระกูลของ Hate Speech ขยายขอบเขตของกลุ่มนิยามที่กว้างมากยิ่งขึ้นเรื่อย ๆ ตามลำดับ

อย่างไรก็ตาม ปฏิเสธไม่ได้ว่าขอบเขตการกำหนดนิยามของ Hate Speech ภายใต้มโนทัศน์โดยทั่วไปย่อมได้รับอิทธิพลจากการกำหนดนิยามภายใต้มโนทัศน์ทางกฎหมายในยุค

แรกเริ่มมาไม่น้อย ทว่าเมื่อเวลาผ่านไปและสภาวะที่สังคมทั่วไปเกิดพลวัตดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ทำให้การกำหนดนิยามภายใต้มนทัศน์โดยทั่วไปมีพัฒนาการที่เติบโตเร็วกว่ามนทัศน์ทางกฎหมายที่จำเป็นต้องกำหนดนิยามและขอบเขตที่ชัดเจนแน่นอนเพียงพอในการบังคับใช้กฎหมายอย่างเป็นรูปธรรม (Regulatable Speech) จึงเกิดการเปลี่ยนแปลงค่อนข้างช้า นอกจากนี้ยังไม่ได้ถูกจำกัดให้ต้องยึดติดกับนิยามที่ค่อนข้างแคบและเฉพาะเจาะจงของมนทัศน์ทางกฎหมายด้วย ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดนิยามโดยยึดกับกฎหมายที่มุ่งจำกัดการยั่วให้เกิดความเกลียดชังเท่านั้น เป็นต้น ในทางกลับกัน กลายเป็นว่าการกำหนดนิยามภายใต้มนทัศน์ทางกฎหมายกลับต้องพัฒนาและเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับมนทัศน์โดยทั่วไปที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว

กล่าวได้ว่า การศึกษาและทำความเข้าใจการกำหนดนิยามของ Hate Speech ภายใต้มนทัศน์โดยทั่วไปมีส่วนช่วยอย่างมีนัยสำคัญต่อบรรดานักกฎหมายทั้งหลายที่มีบทบาทหน้าที่ในการตรากฎหมาย บังคับใช้กฎหมาย หรือตัดสินข้อพิพาททางกฎหมาย รวมถึงต่อนักวิชาการทางกฎหมาย ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดการใช้ Hate Speech ให้มีมุมมองหรือวิสัยทัศน์ที่มองการกำหนดนิยามของ Hate Speech อย่างไม่คับแคบ และไม่มองว่ากฎหมายเป็น “แก้วสารพัดนึก” หรือ “ยาสารพัดโรค” ที่จะสามารถดลบันดาลให้ทุกปัญหาคลี่คลายได้เสมอ แต่เปิดพื้นที่ให้กับการตอบสนองต่อปัญหา Hate Speech โดยใช้มาตรการและวิธีการที่หลากหลายมิติมากยิ่งขึ้น (Multi-Dimensional Approaches) ทั้งมาตรการทางกฎหมาย (ซึ่งไม่ได้มีแค่กฎหมายอาญา) และมาตรการอื่นที่ไม่ใช่กฎหมาย รวมถึงมาตรการของภาคเอกชนและภาคประชาสังคมด้วย ทั้งนี้ การกำหนดนิยามของ Hate Speech ตามกฎหมายที่เหมาะสมควรจะเป็นอย่างไรก็ขึ้นอยู่กับสภาพบริบทของแต่ละประเทศหรือแต่ละสังคมที่จะต้องอภิปรายถกเถียงและพิจารณาจนตกผลึก โดยสามารถใช้นิยามของ Hate Speech ภายใต้มนทัศน์โดยทั่วไปเป็นเสมือนสารตั้งต้นหรือเป็นร่มใหญ่ในการพิจารณา¹⁵²

บรรณานุกรมตัวอย่างการกำหนดนิยาม Hate Speech ภายใต้มนทัศน์โดยทั่วไปของ “คณะกรรมการยุโรปเพื่อต่อต้านการเหยียดเชื้อชาติและการไม่มีความอดทนอดกลั้น” (*The European Commission Against Racism and Intolerance : ECRI*) ที่ปรากฏใน

¹⁵² อย่างไรก็ตาม บรรณานี้ได้ทดลองนำเสนอไว้สั้น ๆ ด้วยว่าแม้กระทั่งในมนทัศน์ทางกฎหมายเอง นิยามของ Hate Speech ก็อาจอยู่ในลักษณะของความคล้ายคลึงเชิงตระกูลด้วยเช่นกัน โดยพิจารณาจากพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายที่มุ่งจำกัด Hate Speech ในแต่ละช่วงเวลาเปลี่ยนแปลงไป

“ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายทั่วไป เลขที่ 15 เกี่ยวกับการต่อสู้กับ Hate Speech” (General Policy Recommendation No. 15 On Combating Hate Speech)¹⁵³ ซึ่งมีลักษณะของการกำหนดนิยามบนพื้นฐานของความคล้ายคลึงกันเชิงตระกูลที่ครอบคลุมและสะท้อนถึงการเปิดพื้นที่ที่มากเพียงพอสำหรับรัฐในการเลือกใช้มาตรการที่เหมาะสมและหลากหลายในการตอบสนองต่อนิยามของ Hate Speech ในแต่ละกรณี ดังนี้

“Hate Speech ที่เป็นที่เข้าใจภายใต้ความมุ่งหมายของข้อเสนอแนะเชิงนโยบายโดยทั่วไปในขณะนี้ คือ การส่งเสริม การสนับสนุน หรือการยั่วยุ ในทุกรูปแบบของการทำให้เกิดการใส่ร้ายป้ายสี ความเกลียดชัง หรือการสบประมาท ต่อบุคคลหรือกลุ่มของบุคคล เช่นเดียวกันกับการคุกคาม การดูหมิ่น การเหมารวมเชิงลบ การแปะป้ายตีตรา หรือการข่มขู่ ต่อบุคคลหรือกลุ่มของบุคคลนั้น และการให้ความชอบธรรมกับการแสดงออกประเภทที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมด บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เผ่าพันธุ์ แหล่งกำเนิดทางชนชาติหรือชาติพันธุ์ อายุ ความพิการ ภาษา ศาสนา หรือความเชื่อ เพศ เพศสภาพ อัตลักษณ์ทางเพศ รสนิยมทางเพศ และคุณลักษณะหรือสถานะส่วนบุคคลอื่น ๆ; ยอมรับรองว่า Hate Speech ที่ปรากฏในรูปแบบของการปฏิเสธ การลดความสำคัญ การให้ความชอบธรรม หรือการให้อภัย ในทางสาธารณะต่ออาชญากรรมของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมที่กระทำมวลมนุษยชาติ หรืออาชญากรรมสงคราม ที่ศาลได้พิพากษาความผิดแล้ว และรวมถึงการการสวดสรรเสริญต่อบุคคลผู้ที่ถูกพิพากษาว่าเป็นผู้ก่ออาชญากรรมนั้น ๆ ด้วย”

โดยสรุป การกำหนดนิยามของ Hate Speech ภายใต้มนทัศน์สากล โดยเฉพาะนิยามภายใต้มนทัศน์ทางกฎหมายแม้จะไม่มีนิยามที่ได้รับการยอมรับตรงกันทั้งหมดในระดับสากล และยังคงถกเถียงกันอย่างเข้มข้นในทางวิชาการจนกระทั่งปัจจุบันนี้ก็ตาม อย่างไรก็ตามการตระหนักถึงความมีอยู่ของนิยามของ Hate Speech ภายใต้มนทัศน์โดยทั่วไป ซึ่งนับได้ว่าแยกกันไม่ได้โดยเด็ดขาดจากมนทัศน์ทางกฎหมายและต่างมีอิทธิพลซึ่งกันและกันโดยตลอดนั้น ย่อมอาจเป็นวิธีการแก้ปัญหาหนึ่งในการทำความเข้าใจนิยามของประทุษวาจาในภาพรวมได้โดยไม่ต้องยึดติดกับความไม่ลงรอยของการกำหนดนิยามภายใต้มนทัศน์ทางกฎหมายจนหาทางออกไม่ได้เลย

¹⁵³ General Policy Recommendation No. 15 On Combating Hate Speech.

2.3.1.2 นิยามของประทุษวาจาภายใต้มนทัศน์ของประเทศไทย

เนื่องจากความตระหนักรู้ในทางวิชาการเกี่ยวกับ Hate Speech ในประเทศไทยเพิ่งจะเริ่มก่อรูปได้ไม่นานนัก การให้คำนิยาม Hate Speech ของนักวิชาการแต่ละคนจึงยังมีความหลากหลายและสอดคล้องกันบ้างไม่สอดคล้องกันบ้างขึ้นอยู่กับฐานองค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องของแต่ละคน มี โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือการแปลคำศัพท์ Hate Speech เป็นภาษาไทยซึ่งต่างแปลแตกต่างกันออกไป เช่น โทสวาท วาจาที่สร้างความเกลียดชัง เนื้อหาสื่อที่สร้างความเกลียดชัง ถ้อยคำที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง คำพูดหรือการกระทำที่สร้างความเกลียดชัง เป็นต้น

อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่าการแปลคำศัพท์และให้คำนิยามคำข้างต้นนั้นไม่ได้เริ่มต้นที่กลุ่มนักวิชาการทางกฎหมายเป็นหลัก แต่ส่วนมากมาจากนักวิชาการในแขนงอื่น ๆ เช่น ประวัติศาสตร์ ปรัชญา นิเทศศาสตร์ สังคมวิทยา เป็นต้น ซึ่งส่วนใหญ่ต่างนิยาม Hate Speech โดยยึดโยงกับอารมณ์ความเกลียดชังเป็นพื้นฐาน ในลักษณะของการแปลถ้อยความหมายตามตัวอักษรในภาษาอังกฤษ แต่ก็พบว่ายังมีการนิยามที่แตกต่างกันบ้างในรายละเอียดบางอย่าง ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดว่าเหยื่อของ Hate Speech ควรเป็น “บุคคล” หรือ “กลุ่ม” หรือทั้งสองอย่าง เป็นต้น

ในทัศนะของผู้เขียน การศึกษาประเด็นของนิยาม Hate Speech ในทางวิชาการของประเทศไทยเป็นการศึกษาในเบื้องต้นจากการให้นิยามของนักวิชาการต่างประเทศเป็นสำคัญเท่านั้น โดยไม่ได้มีการแยกศึกษาและวิเคราะห์อย่างลุ่มลึกถึงการกำหนดนิยามของ Hate Speech ภายใต้มนทัศน์ทางกฎหมายหรือมนทัศน์โดยทั่วไปอย่างชัดเจน ตลอดทั้งไม่ได้มีการกล่าวถึงประเด็นของการแสดงออกบางประการที่ยังถกเถียงในระดับระหว่างประเทศกันอยู่ว่าเป็นนิยามหนึ่งของ Hate Speech หรือไม่ เช่น การปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิว การให้อภัยหรือการสรรเสริญการก่ออาชญากรรมร้ายแรงต่อมนุษยชาติ เป็นต้น และน่าสังเกตอย่างยิ่งว่านักวิชาการทางกฎหมายไทยเองแทบไม่ได้ศึกษาและไม่ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับนิยามของ Hate Speech ทางกฎหมายไว้แต่อย่างละเอียดแต่อย่างใด ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของบทความทางวิชาการ งานวิจัยหรือวิทยานิพนธ์ก็ตาม

ทั้งนี้ การให้คำนิยามของ Hate Speech ของนักวิชาการไทยที่ดูจะครบถ้วนมากที่สุดเท่าที่มีอยู่ในขณะนี้ ได้แก่ การให้คำนิยามของ **พิรงรอง รามสูต** นักวิชาการด้านนิเทศศาสตร์ ซึ่งศึกษาการกำหนดนิยามจากคำอธิบายของนักวิชาการต่างประเทศหลาย ๆ ท่าน โดยไม่ได้เฉพาะเจาะจงว่าต้องเป็นนักกฎหมายเท่านั้น แล้วจึงประมวลคุณลักษณะที่เป็นจุดร่วมของคำอธิบายทั้งหมดเพื่อสังเคราะห์ออกมาเป็นนิยามที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย ทั้งนี้ พิรงรอง อธิบายว่าการ

กำหนดนิยามจะมุ่งกำหนดนิยามให้กว้างขวางมากที่สุดไว้ก่อนเพื่อจุดมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลเป็นสาระสำคัญ (Human Rights-Based Approach)¹⁵⁴ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการกำหนดนิยามของ Hate Speech ภายใต้มนทัศน์โดยทั่วไปในลักษณะหนึ่ง (ของประเทศไทย) แต่ก็ยังไม่ได้สะท้อนถึงกลุ่มนิยามที่มีลักษณะของความคล้ายคลึงเชิงตระกูล (Family Resemblances) มากพอเมื่อเปรียบเทียบกับคำนิยามของ ECRI ตามที่ได้ศึกษามาในหัวข้อ 2.2.1.3

อนึ่ง ราชบัณฑิตยสภาได้บัญญัติคำว่า Hate Speech เป็นภาษาไทยภายใต้ศัพท์บัญญัติทางวิชาการในส่วนของศัพท์วรรณกรรมว่า “**ประทุษวาจา**” เมื่อวันที่ 21 เมษายน 2557 โดยอาศัยคำอธิบายศัพท์คำว่า “ประทุษ” ว่ามาจากภาษาสันสกฤตว่า “ปรทุษ” ซึ่งตามพจนานุกรมภาษาสันสกฤตของ Monier Williams แปลว่า “กระทำความผิดต่อผู้อื่น” (To commit an offence against someone) และต่อมาคณะกรรมการจัดทำพจนานุกรมศัพท์วรรณกรรม ได้มีมติเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม พ.ศ. 2562 ว่า Hate Speech หรือประทุษวาจา หมายถึง “*คำพูดที่เป็นการข่มขู่ คุกคาม สบประมาท ยั่วให้เกิดความเกลียดชัง การเลือกปฏิบัติ และความรุนแรง*” ซึ่งนับว่าเป็นการให้ความหมายหรือนิยามที่ยังกำกวม ไม่ชัดเจน และไม่ครอบคลุมเนื้อหาสาระของประทุษวาจาทั้งหมด ทั้งยังอาจสร้างความเข้าใจผิด (Misleading) ได้ โดยเฉพาะการอธิบายว่าประทุษวาจา คือ “คำพูด” เท่านั้น ทั้งที่จริงแล้วการใช้ประทุษวาจาควรหมายถึง “การแสดงออก” หรือ “การสื่อสาร” ทุกรูปแบบจะเหมาะสมกว่า

จากการศึกษาการกำหนดนิยามของประทุษวาจาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าควรนำนิยามที่กำหนดโดยคณะกรรมการยุโรปเพื่อต่อต้านการเหยียดเชื้อชาติและการไม่มีความอดทนอดกลั้น มาเป็นฐานในการกำหนดนิยามของประทุษวาจาสำหรับการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ดังนี้

“ประทุษวาจา หมายถึง การแสดงออกหรือการสื่อสารทุกรูปแบบที่เข้าลักษณะของการส่งเสริม การสนับสนุน หรือการยั่วยุ ซึ่งก่อให้เกิดเกิดการใส่ร้ายป้ายสี ความเกลียดชัง การสบ

¹⁵⁴ พิศรอรอง รามสูตร, “ประทุษวาจา” กับโลกออนไลน์, (กรุงเทพฯ: คบไฟ, 2558), หน้า 31. พิศรอรองให้นิยามว่า “ประทุษวาจาเป็นการสื่อสารที่แสดงความเกลียดชังผ่านรูปแบบอันไม่เหมาะสม ไม่ว่าจะเป็นการดูหมิ่นเหยียดหยาม ใส่ร้ายป้ายสี ไปจนถึงการด่าทออย่างหยาบคาย โดยมีลักษณะของการปลุกปั่น ยุยง หรือปลุกระดมให้เกิดความเกลียดชังต่อบุคคลหรือกลุ่มคน กลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ซึ่งประเด็นการโจมตีพุ่งเป้าไปที่ “ลักษณะเฉพาะ” ทั้งที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ เช่น เชื้อชาติ เพศสภาพ และเปลี่ยนแปลงได้ เช่น ศาสนา อุดมการณ์ โดยการสื่อสารดังกล่าวนี้ อาจก่อให้เกิดผลลัพธ์ในการแบ่งแยกไปจนถึงการขจัดบุคคลกลุ่มดังกล่าวออกจากสังคม ไม่ว่าจะโดยใช่ความรุนแรงทางกายภาพหรือความรุนแรงในเชิงนามธรรมก็ตาม ทั้งนี้เพียงแต่การกล่าวออกมาเพื่อให้อีกฝ่ายเกิดความเจ็บปวดได้ก็ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของผลลัพธ์จาก hate speech เช่นเดียวกัน”

ประมาท การเลือกปฏิบัติ หรือการใช้ความรุนแรง ต่อบุคคลหรือกลุ่มของบุคคล เช่นเดียวกันกับ การคุกคาม การดูหมิ่น การเหมารวมเชิงลบ การแปะป้ายตีตรา หรือการข่มขู่ ต่อบุคคลหรือกลุ่มของบุคคลนั้น ตลอดจนการให้ความชอบธรรมกับการแสดงออกประเภทที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมด บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เผ่าพันธุ์ แหล่งกำเนิดทางชนชาติหรือชาติพันธุ์ อายุ ความพิการ ภาษา ศาสนา หรือความเชื่อ เพศ เพศสภาพ อัตลักษณ์ทางเพศ รสนิยมทางเพศ และคุณลักษณะ หรือสถานะส่วนบุคคลอื่น ๆ นอกจากนั้น ยังรวมถึงการปฏิเสธ การลดความสำคัญ การให้ความชอบธรรม หรือการให้อภัย ในทางสาธารณะต่ออาชญากรรมของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมที่กระทำมวลมนุษยชาติ หรืออาชญากรรมสงคราม ที่ศาลได้พิพากษาความผิดแล้ว และรวมถึงการการสวดีสรรเสริญต่อบุคคลผู้ที่ถูกพิพากษาว่าเป็นผู้ก่ออาชญากรรมนั้น ๆ ด้วย”

2.3.2 องค์ประกอบของประทุษวาจา

จากการศึกษานิยามของประทุษวาจาในหัวข้อ 2.2.1 สามารถจำแนกองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของประทุษวาจา ดังนี้

2.3.2.1 ผู้ใช้ประทุษวาจา (Hate Speaker)

ผู้ใช้ประทุษวาจา หมายถึง บุคคลผู้ส่งสารที่เข้าลักษณะเป็นประทุษวาจา (Sender) ซึ่งโดยพื้นฐานแล้ว ผู้ใช้ประทุษวาจาสามารถเป็นบุคคลใดก็ได้ อย่างไรก็ตามอาจจำแนกผู้ใช้ประทุษวาจาที่สำคัญได้เป็น 3 กลุ่ม ได้แก่

กลุ่มแรก กลุ่มผู้ใช้อำนาจรัฐหรืออำนาจทางการเมือง หรือเป็นผู้มีบทบาทหรืออิทธิพลทางการเมืองและทางสังคมสูง เช่น ประมุขของรัฐ ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองต่าง ๆ ข้าราชการหรือข้าราชการ หัวหน้าหรือสมาชิกพรรคการเมืองที่มีบทบาทและอิทธิพลในทางการเมือง ผู้นำศาสนา นักเขียนหรือคอลัมนิสต์ บุคคลสำคัญที่มีชื่อเสียงและได้รับการยอมรับนับถือในสังคม เป็นต้น ทั้งนี้ ประทุษวาจาที่เกิดจากผู้ใช้ประทุษวาจาในกลุ่มนี้ย่อมสามารถสร้างผลกระทบด้านลบหรือก่อภัยอันตรายต่อบุคคลอื่น และสังคมในภาพรวมได้ในระดับสูงและเข้มข้น เนื่องจากอำนาจหรืออิทธิพล

รวมถึงความน่าเคารพเชื่อถือที่บุคคลเหล่านี้มี ทำให้เกิดทั้งผู้ที่เห็นด้วยคล้อยตามหรือผู้ที่โต้แย้งคัดค้านจนอาจบานปลายไปสู่ความขัดแย้งรุนแรงขึ้นได้

กลุ่มที่สอง กลุ่มของสื่อมวลชนแขนงต่าง ๆ ซึ่งประกอบด้วยสื่อทั้งทางออฟไลน์ และออนไลน์ โดยเฉพาะสื่อออฟไลน์อย่าง วิทยุ โทรทัศน์ และสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ เช่น หนังสือพิมพ์ นิตยสาร เป็นต้น ซึ่งกล่าวได้ว่าสื่อมวลชนมีบทบาทอย่างมากต่อสถานการณ์การใช้ประทุษวาจา มาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน กล่าวคือ สื่อมวลชนอาจเป็นได้ทั้งผู้หยุดยั้งการเผยแพร่ประทุษวาจาและอาจเป็นผู้เผยแพร่และใช้ประทุษวาจาเสียเองก็เป็นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประวัติศาสตร์ที่ผ่านมาพบว่า หากเป็นสื่อมวลชนที่อยู่ในการควบคุมของรัฐบาลโดยตรงมักมีแนวโน้มที่จะถูกใช้เป็นเครื่องมือของรัฐ ในการยั่วยุและเผยแพร่ประทุษวาจาต่อกลุ่มผู้ที่มีแนวคิดที่ไม่พึงประสงค์สำหรับรัฐหรือเป็นศัตรูทางการเมือง

กลุ่มที่สาม ประชาชนทั่วไป อย่างไรก็ตาม ประชาชนยังอาจจำแนกได้เป็นอีก 2 กลุ่มย่อย คือ กลุ่มย่อยแรก ประชาชนที่อยู่ในกลุ่มของคนส่วนใหญ่ในประเด็นหรือมิติเฉพาะหนึ่ง ๆ (Majority Groups) เช่น กลุ่มคนส่วนใหญ่ในทางเชื้อชาติ ศาสนา เพศสภาพ/รสนิยมทางเพศ หรืออุดมการณ์/แนวคิดทางการเมือง เป็นต้น และกลุ่มย่อยที่สอง ประชาชนที่อยู่ในกลุ่มของคนกลุ่มน้อยในประเด็นหรือมิติเฉพาะหนึ่ง ๆ (Minority Groups) ซึ่งมักเป็นกลุ่มเปราะบางหรือกลุ่มคนชายขอบที่ตกเป็นกลุ่มเหยื่อของการใช้ประทุษวาจามาก่อน ดังจะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อ 2.2.2.2

ทั้งนี้ นับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน มักพบบุคคลที่รวมตัวกันเป็นกลุ่มในลักษณะใดลักษณะหนึ่งที่อยู่บนพื้นฐานของลัทธิความคิดหรืออุดมคติที่เต็มไปด้วยความเกลียดชัง อกติหรือประสงค์ร้ายต่อกลุ่มบุคคลที่ตกเป็นเหยื่อ ซึ่งเรียกกกลุ่มเหล่านี้โดยรวมว่า “**กลุ่มแห่งความเกลียดชัง**” (Hate Group) เช่น กลุ่มนาซีใหม่ (Neo-Nazi) กลุ่มคู คลักซ์ แคลน (Ku Klux Klan หรือ KKK) กลุ่มลัทธิบูชาคนผิวขาว (White Supremacist) กลุ่มชาตินิยมคนผิวขาว (White Nationalist) เป็นต้น ซึ่งบรรดากลุ่มเหล่านี้มุ่งประสงค์ร้ายต่อเหยื่อเป้าหมายโดยผ่านการใช้ประทุษวาจาที่ร้ายแรง รวมถึงอาจไล่ระดับไปจนถึงการก่ออาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังได้ในท้ายที่สุด¹⁵⁵

¹⁵⁵ ในปัจจุบัน ปรากฏการใช้ประทุษวาจาแพร่หลายในระบบอินเทอร์เน็ตและสังคมออนไลน์ โดยเฉพาะผ่านเว็บไซต์ที่เต็มไปด้วยเนื้อหาที่เข้าลักษณะของประทุษวาจาซึ่งมักจะถูกเรียกโดยรวมว่า “เว็บไซต์แห่งความเกลียดชัง” (Hate Site)

2.3.2.2 ผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้ประทุษวาจา (Audience)

ผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้ประทุษวาจา หมายถึง บุคคลผู้รับสารที่เข้าลักษณะเป็นประทุษวาจา (Receiver) ซึ่งสามารถจำแนกศึกษาได้เป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มเหยื่อของการใช้ประทุษวาจา และกลุ่มอื่นที่ไม่ใช่เหยื่อของประทุษวาจา ในหัวข้อ 2.2.2.2.1 และ หัวข้อ 2.2.2.2.2 ตามลำดับ

2.3.2.2.1 เหยื่อของการใช้ประทุษวาจา (Hate Victim ; Targeted Group) และคุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ที่แสดงความเป็นกลุ่มซึ่งได้รับการคุ้มครอง (Protected Group Characteristic ; Protected Group Identity)

เหยื่อของการใช้ประทุษวาจา คือ ผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากการใช้ประทุษวาจา เนื่องจากเป็นผู้ที่ผู้ใช้ประทุษวาจามุ่งหมายกระทำต่อในลักษณะของกลุ่มเป้าหมาย โดยอาจเป็นได้ทั้ง “บุคคล” หรือ “กลุ่มของบุคคลที่สามารถระบุตัวตนได้” หรือ “กลุ่มโดยทั่วไปที่ไม่สามารถระบุตัวตนได้” เช่น กลุ่มคนผิวสี กลุ่มคนรักเพศเดียวกัน เป็นต้น

ทั้งนี้ อาจจำแนกเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาได้เป็น 2 กลุ่ม ได้แก่

กลุ่มแรก กลุ่มผู้ใช้อำนาจรัฐหรืออำนาจทางการเมือง หรือผู้มีบทบาทหรืออิทธิพลทางการเมืองและสังคมสูง เช่น รัฐบาล คณะรัฐมนตรี นักการเมืองหรือพรรคการเมือง ข้าราชการหรือข้าราชการ เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ เป็นต้น ซึ่งกลุ่มคนเหล่านี้เป็นผู้ใช้อำนาจรัฐที่ต้องมีความรับผิดชอบและถูกตรวจสอบได้ (Responsibility and Accountability) โดยประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยภายใต้ระบอบเสรีประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการวิพากษ์วิจารณ์ ทว่าการวิพากษ์วิจารณ์ของประชาชนในบางกรณีอาจมีลักษณะที่ก้าวร้าว รุนแรง ดูหมิ่น เหยียดหยาม หรือยั่วแหย่ให้เกิดการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ (โดยเฉพาะรัฐบาล) จนอาจเข้าลักษณะเป็นการใช้ประทุษวาจา อย่างไรก็ตาม ในทางวิชาการปัจจุบันถือว่าการแสดงออกข้างต้นเป็นรูปแบบการใช้ประทุษวาจาที่ตั้งเดิมและเก่าแก่ โดยมีชื่อเรียกเฉพาะว่า “การยุยงให้ประชาชนไม่ยำเกรงต่อกฎหมายหรือรัฐบาล” (Seditious Libel) ซึ่งไม่ใช่การใช้ประทุษวาจาของนัยหรือความหมายในปัจจุบัน และมักแยกพรมแดนการศึกษาออกไปต่างหากจากการศึกษาประเด็นของการใช้ประทุษวาจาในทางกฎหมาย จึงไม่อยู่ในขอบเขตของการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

กลุ่มที่สอง กลุ่มของประชาชนทั่วไป (Ordinary People) ซึ่งเป็นกลุ่มเป้าหมายภายใต้ขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยจำแนกได้เป็น 2 กลุ่มย่อย ได้แก่

กลุ่มของประชาชนที่เป็นคนส่วนใหญ่ (Majority Group) ในด้านต่าง ๆ ซึ่งเป็นกลุ่มที่มีอำนาจนำที่ครอบงำสังคมในขณะหนึ่ง ๆ (Dominant Group) และ กลุ่มของประชาชนที่เป็นคนส่วนน้อย (Minority Group) ในด้านต่าง ๆ โดยประชาชนในกลุ่มย่อยหลังนี้มักเป็นกลุ่มคนที่เปราะบางและกลุ่มคนชายขอบในสังคม หรือกลุ่มคนที่ตกเป็นเหยื่อของการกดขี่ ปรามปราม เลือกปฏิบัติหรือใช้ประทุษวาจาอย่างยาวนานในประวัติศาสตร์จากประชาชนที่เป็นคนส่วนใหญ่

อนึ่ง การใช้ประทุษวาจาต่อเหยื่อของประทุษวาจาข้างต้น (โดยเฉพาะกลุ่มที่สอง) ต้องอยู่บนพื้นฐานของการกระทำต่อ “คุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ที่แสดงความเป็นกลุ่มซึ่งได้รับการคุ้มครอง” ด้วย ไม่ใช่กระทำไปเพียงเพราะคุณลักษณะเฉพาะตัวของบุคคลหนึ่ง ๆ หรือกลุ่มบุคคลหนึ่ง ๆ เท่านั้น โดยไม่ได้เกี่ยวข้องหรือเชื่อมโยงใด ๆ กับคุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ที่สะท้อนความเป็นกลุ่มเดียวกัน ทั้งนี้ สามารถจำแนกประเภทของคุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ที่แสดงความเป็นกลุ่มซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาหลายแห่งทั่วโลกได้หลายประเภท ดังนี้¹⁵⁶

- เชื้อชาติ (Race) ซึ่งรวมถึงสีผิว (Color) และรูปลักษณ์ทางกายภาพอื่น ๆ (Physical Appearance) ที่เชื่อมโยงกับลักษณะทางเชื้อชาติ
- ชาติพันธุ์ (Ethnicity) ซึ่งรวมถึงมรดกทางวัฒนธรรม (Cultural Heritage) โคตรตระกูล (Ancestry or Descent) ถิ่นฐานบ้านเกิด (Homeland)
- ชนชาติ (Nationality) หรือความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่มีกับรัฐ (Legal Relationship to The State) ในกรณีที่ยังไม่ได้ถูกรวมอยู่ในประเภทเดียวกับชาติพันธุ์
- ภาษา (Language) ซึ่งรวมถึงสถานะทางภาษา (Language Status) ภาษาแม่ (Mother-Tongue) และอัตลักษณ์การออกเสียงทางภาษา (Language Accent Identity) ในกรณีที่ยังไม่ได้ถูกรวมอยู่ในประเภทเดียวกับชาติพันธุ์
- อัตลักษณ์ของภูมิภาค (Reginal Identity) ซึ่งรวมถึงอัตลักษณ์ของภูมิภาคย่อย ๆ ภายในประเทศ (Subnational Reginal Identity) และอัตลักษณ์ของภูมิภาคในระดับระหว่างประเทศ (Transnational Reginal Identity) ในกรณีที่ยังไม่ได้ถูกรวมอยู่ในประเภทเดียวกับชนชาติ
- สถานะพลเมือง (Citizenship Status)

¹⁵⁶Alexander Brown, "The "Who?" Question in the Hate Speech Debate: Part 1: Consistency, Practical, and Formal Approaches," *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 29(August 2016): 275-282.

- สถานะการลี้ภัย (Immigration Status) ในกรณีที่ยังไม่ได้ถูกรวมอยู่ในประเภทเดียวกับสถานะพลเมืองและชนชาติ
- รูปลักษณ์ทางกายภาพ (Physical Appearance) เช่น น้ำหนักตัว เหนือสีผิว สีผม รูปหน้าหรือโครงหน้า และลักษณะทางร่างกายอื่น ๆ ในกรณีที่ยังไม่ได้ถูกรวมอยู่ในประเภทเดียวกับเชื้อชาติและชาติพันธุ์
- ศาสนา (Religion) ซึ่งรวมถึงความเชื่อ ธรรมเนียมปฏิบัติหรือความผูกพันเกี่ยวกับศาสนา เช่นเดียวกันกับการไม่มีความเชื่อ ธรรมเนียมปฏิบัติหรือความผูกพันใด ๆ เกี่ยวกับศาสนาด้วย (กลุ่มผู้ไม่นับถือศาสนาใด ๆ)
- ความเชื่อ กิจกรรมหรือความผูกพันเกี่ยวกับการเมือง (Political beliefs, activities or affiliations)
- เพศ (Sex) เพศสภาพ (Gender) รสนิยมทางเพศ (Sexual Orientation) และความพึงพอใจทางเพศ (Sexual Preference) รวมถึงการแสดงว่ามีอัตลักษณ์ทางเพศสภาพหนึ่ง ๆ ด้วย
- ความทุพพลภาพ (Disability) ซึ่งประกอบด้วยทุพพลภาพทางกาย (Physical Disability) และทุพพลภาพทางจิตใจ (Mental Disability)
- อายุ (Age) รวมถึงการแสดงให้ดูเหมือนมีอายุในลักษณะใดลักษณะหนึ่งด้วย เช่น การกระทำเหมือนเป็นวัยรุ่น หรือผู้สูงอายุ เป็นต้น
- สถานะทางสังคม (Social Status) ซึ่งรวมถึงบ่อเกิดทางสังคม และชนชั้นทางสังคม
- การศึกษา (Education) ในกรณีที่ยังไม่ได้ถูกรวมอยู่ในประเภทเดียวกับสถานะทางสังคม
- สถานะการสมรส (Marital Status) ซึ่งรวมถึงสถานะของความสัมพันธ์ (Relationship Status) ในกรณีที่ยังไม่ได้ถูกรวมอยู่ในประเภทเดียวกับสถานะทางสังคม
- อาชีพ (Profession) เช่น นักกฎหมาย นักการเมือง พนักงานธนาคาร เป็นต้น ในกรณีที่ยังไม่ได้ถูกรวมอยู่ในประเภทเดียวกับสถานะทางสังคม
- สถานะการจ้างงาน (Employment Status)
- สถานะของการติดเชื้อ HIV หรือเอดส์ (HIV/AIDS Status) หรือโรคร้ายแรง

- สถานะการเป็นบิดาและมารดา (Parental Status) รวมถึงสถานะการตั้งครรภ์ (Pregnancy Status)

จากการแบ่งประเภทของคุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ที่ได้รับการคุ้มครองข้างต้น สามารถจำแนกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มของคุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ (Immutability) เช่น เชื้อชาติ ชนชาติ เพศสภาพ เป็นต้น และกลุ่มของคุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ที่เปลี่ยนแปลงได้ (Mutability) เช่น ศาสนา ความเชื่อหรืออุดมการณ์ทางการเมือง สถานะทางสังคม เป็นต้น¹⁵⁷

อนึ่ง พบว่าการใช้ประทุษวาจาโดยส่วนมากมักจะเกี่ยวข้องกับอัตลักษณ์เกี่ยวกับเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ศาสนา เพศสภาพ เป็นหลัก โดยจะปรากฏการนำคุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ดังกล่าวมาใช้ประกอบเป็นคำขยาคำว่าประทุษวาจาเพื่อชี้เฉพาะว่าประทุษวาจาในกรณีนั้น ๆ เกี่ยวข้องกับประเด็นใด เช่น “ประทุษวาจาเกี่ยวกับการเหยียดเชื้อชาติ” (Racist Hate Speech) “ประทุษวาจาเกี่ยวกับการเหยียดศาสนา” (Religious Hate Speech) “ประทุษวาจาเกี่ยวกับการเหยียดผู้หญิง” (Misogynist Hate Speech) “ประทุษวาจาเกี่ยวกับการเหยียดหรือเกลียดกลัวคนรักเพศเดียวกัน” (Homophobic Hate Speech) เป็นต้น

2.3.2.2.2 ผู้อื่นที่ไม่ใช่เหยื่อของการใช้ประทุษวาจา (Non-Targeted Group ; Non-Targeted Audience; Bystander)

ผู้อื่นที่ไม่ใช่เหยื่อของการใช้ประทุษวาจา คือ ผู้ที่ได้รับสารที่เป็นประทุษวาจา แต่ไม่ได้เป็นเป้าหมายโดยตรงของการใช้ประทุษวาจา จึงกล่าวได้ว่าเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้ประทุษวาจาโดยอ้อม ซึ่งอาจเกิดได้ในหลายกรณี เช่น

- กลุ่มของผู้สนับสนุนหรือมีแนวคิดเดียวกันกับผู้ใช้ประทุษวาจาซึ่งอาจถูกผู้ประทุษวาจายั่วยุหรือปลุกเร้าให้เกิดความเกลียดชังหรือเกิดความรู้สึกที่เป็นลบต่อเหยื่อของการใช้ประทุษวาจา และอาจกลายเป็นผู้ใช้ประทุษวาจาต่อกันไปเป็นทอด ๆ หรือกลายเป็นผู้กระทำการเลือกปฏิบัติหรือใช้ความรุนแรงต่อเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาได้

- กลุ่มของผู้สนับสนุนหรือมีแนวคิดต่อต้านหรือไม่เห็นด้วยกับผู้ใช้ประทุษวาจา หรือมีความเห็นใจ สงสารหรือเจ็บแค้นแทนเหยื่อของการใช้ประทุษวาจา ซึ่งอาจกลายเป็นผู้ใช้

¹⁵⁷ พิงรอง รามสุต, “ประทุษวาจา” กับโลกออนไลน์, (กรุงเทพฯ: คบไฟ, 2558), หน้า 17-31.

ประทุษวาจาตอบโต้กลับหรืออาจนำไปสู่การใช้ความรุนแรงตอบโต้กลับผู้ใช้ประทุษวาจาก็ได้ เช่น การทะเลาะวิวาท การปะทะกันในการจลาจล เป็นต้น

- สังคมในวงกว้าง (A Larger Community) โดยยังไม่สามารถระบุได้อย่างชัดเจนว่ามีความรู้สึกหรือมีความคิดเห็นต่อการใช้ประทุษวาจาในกรณีหนึ่ง ๆ อย่างไร

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้อื่นที่ไม่เหยื่อของการใช้ประทุษวาจาถือเป็นองค์ประกอบสำคัญอย่างมากในการพิจารณาระดับของ “ภัยอันตราย” (Harm) ของการใช้ประทุษวาจา รวมถึง “ความรับผิดชอบ” (Responsibility) ของผู้ใช้ประทุษวาจาในทางกฎหมายด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการกระทำผิดที่เกี่ยวกับการยั่วยุ (Incitement) ดังจะได้อธิบายต่อไปข้างหน้า

2.3.2.3 รูปแบบของการใช้ประทุษวาจา

รูปแบบของการใช้ประทุษวาจาเป็นการพิจารณาว่าข้อความ (Message) ที่แสดงออกในบริบทของการใช้ประทุษวาจาหนึ่ง ๆ มีลักษณะอย่างไร ซึ่งสามารถจำแนกได้ 2 ประเภท ได้แก่ ประทุษวาจาเชิงรูปแบบ (Hate Speech in Form) และประทุษวาจาเชิงเนื้อหา (Hate Speech in Substance) ดังนี้¹⁵⁸

2.3.2.3.1 ประทุษวาจาเชิงรูปแบบ (Hate Speech in Form)

ประทุษวาจารูปแบบนี้เป็นประทุษวาจาที่มีลักษณะที่เด่นชัด กล่าวคือ มีการใช้ภาษาที่หยาบคาย ก้าวร้าว ตรงไปตรงมาและสังเกตได้ง่าย (เช่น การพูดเหยียดเชื้อชาติอย่างหยาบคาย) ซึ่งมักนำไปสู่การจำกัดการใช้โดยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ประทุษวาจาเชิงรูปแบบบาง

¹⁵⁸ Michel Rosenfeld, “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis,” *Cardozo Law Review*, pp. 1527-1528.

กรณีที่ไม่อาจใช้ในลักษณะของการลดทอนคุณค่าของเหยื่อของประทุษวาจาเพื่อนำไปสู่การจำกัดตามกฎหมายได้เสมอไป¹⁵⁹

2.3.2.3.1 ประทุษวาจาเชิงเนื้อหา (Hate Speech in Substance)

ประทุษวาจารูปแบบนี้เป็นประทุษวาจาที่มีลักษณะของการใช้ภาษาค่อนข้างวิชาการและไม่เปิดเผยถึงเจตนาที่แน่ชัด เช่น การปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หรือการแสดงข้อความที่ไร้เหตุผลหรือสัญลักษณ์อื่น ๆ ที่ไม่ได้แสดงการดูถูกเหยียดหยามอย่างชัดเจน ทว่าได้ถูกออกแบบให้อำพรางการสื่อสารความเกลียดชังหรือการประณามหยามเหยียดไว้อย่างแนบเนียน ทำให้การพิจารณาเส้นแบ่งขอบเขตระหว่างการอภิปรายถกเถียงทางวิชาการ วิทยาศาสตร์หรือการเมืองโดยแท้กับการส่งเสริมความเกลียดชังที่ปิดบังอำพรางไว้นั้นเป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก

2.3.2.4 สถานที่และสถานการณ์ของการใช้ประทุษวาจา

ในประเด็นของสถานที่ของการใช้ประทุษวาจานั้น ย่อมมีความแตกต่างกันไปตามบริบทของประเทศ สังคม หรือวัฒนธรรมที่เข้ามาเกี่ยวข้อง กล่าวคือ การใช้ประทุษวาจาบางลักษณะอาจถูกจำกัดได้อย่างชอบธรรมในบางประเทศ แต่อาจไม่ถูกห้ามหรือจำกัดเลยในบางประเทศ (เช่น การโฆษณาชวนเชื่อของพรรคนาซีถือเป็นความผิดในประเทศเยอรมนี แต่ไม่เป็นความผิดในประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น) นอกจากนี้ความแตกต่างในระดับระหว่างประเทศแล้ว ในระดับของประเทศหรือสังคมเดียวกัน การใช้ประทุษวาจาในกลุ่มเดียวกันเป็นการภายใน (Intra-Communal Setting) บางกรณี เช่น การใช้ประทุษวาจาต่อกลุ่มชาวเยอรมันในศูนย์รวมชุมชนของชาวยิวที่ส่วนใหญ่เป็นเหยื่อผู้รอดชีวิตจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิว หรือการใช้ประทุษวาจาต่อต้านคนผิวขาวอย่างรุนแรงในสมาคมของคนผิวดำ ย่อมมีความอันตรายน้อยกว่า และควรถูกลงโทษน้อยกว่าการใช้ประทุษวาจาตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น แต่ได้กระทำในสถานที่ที่มีผู้คนหลากหลายกลุ่ม (Inter-Communal Setting) เช่น การชุมนุมทางการเมืองอย่างเปิดกว้างในลานศูนย์กลางของเมือง เป็นต้น ทั้งนี้ส่วนหนึ่งเป็นเพราะว่าสถานะของผู้ถูกดขี่ (เช่น กลุ่มชาวยิว กลุ่มคนผิวดำ) แตกต่างจากสถานะของผู้กดขี่ (เช่น

¹⁵⁹ Ibid. ยกตัวอย่างเช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา คำว่า “Nigger” เป็นคำที่คนผิวขาวใช้เพื่อกล่าวถึงหรืออ้างถึงคนผิวดำในลักษณะของการดูหมิ่นและลดทอนคุณค่า ซึ่งเข้าลักษณะเป็นประทุษวาจาในเชิงรูปแบบอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม คำ ๆ เดียวกันนี้หากถูกใช้โดยคนผิวดำด้วยตนเอง กลับกลายเป็นคำที่น่าฟังประสงค์ซึ่งแสดงถึงความเป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกันภายในสังคมของคนผิวดำ ทั้งยังส่อนัยถึงการประณามการเหยียดเชื้อชาติโดยคนผิวขาวด้วย

กลุ่มคนเชื้อสายเยอรมัน กลุ่มคนผิวขาว) ด้วยเหตุนี้ ปฏิกริยาตอบโต้ของผู้ถูกกดขี่แม้เป็นการใช้ประทุษวาจาที่เต็มไปด้วยความเกลียดชังก็ตาม ย่อมควรถูกถอดถอนออกเร็วกว่าการใช้ประทุษวาจาโดยสมาชิกของกลุ่มผู้กดขี่ในทางจารีตประเพณีหรือประวัติศาสตร์¹⁶⁰

สถานการณ์ของการใช้ประทุษวาจาที่แตกต่างกันไปส่งผลต่อมุมมองของการใช้กฎหมายในการจำกัดการใช้ประทุษวาจาที่แตกต่างกันไปด้วย ยกตัวอย่างเช่น การใช้ประทุษวาจาของกลุ่มคนผิวดำต่อกลุ่มคนผิวขาวแม้ว่าจะรุนแรงและอันตรายเทียบเท่ากับกับการใช้ประทุษวาจาของกลุ่มคนผิวขาวต่อคนกลุ่มคนผิวดำ แต่ในบางสถานการณ์การใช้ประทุษวาจาของกลุ่มคนผิวดำไม่ควรถูกลงโทษตามกฎหมาย หรืออย่างน้อยไม่ควรถูกลงโทษในระดับเดียวกัน เช่น สถานการณ์ของปฏิกริยาการใช้ประทุษวาจาอย่างรุนแรงและฉับพลันของกลุ่มคนผิวดำต่อเหตุการณ์การยิงเหยื่อคนผิวดำผู้บริสุทธิ์โดยตำรวจที่เป็นคนผิวขาวในพื้นที่ท้องถิ่นซึ่งมีการแพร่หลายของแนวคิดที่เหยียดเชื้อชาติหรือผิวสีภายในหน่วยงานของตำรวจนั้น¹⁶¹

อนึ่ง นอกจากการอธิบายข้างต้น การใช้ประทุษวาจายังอาจแยกพิจารณาในแง่ของสถานที่และสถานการณ์ที่แตกต่างบนพื้นฐานของการใช้ประทุษวาจาผ่านช่องทางหรือรูปแบบ “ออฟไลน์” (Offline) และ “ออนไลน์” (Online) ด้วย กล่าวคือ การใช้ประทุษวาจาในรูปแบบออฟไลน์ คือ การแสดงออกหรือสื่อสารข้อความที่เป็นประทุษวาจาผ่านช่องทางที่ไม่ได้เชื่อมต่อหรือไม่ได้ถูกควบคุมโดยตรงโดยระบบส่วนกลางของคอมพิวเตอร์ หรือไม่ได้เชื่อมต่อกับระบบอินเทอร์เน็ต ซึ่งถือว่าการใช้ประทุษวาจาแบบดั้งเดิมก่อนการถือกำเนิดขึ้นของระบบอินเทอร์เน็ตและสื่อสังคมออนไลน์ (Social Media) และเป็นการใช้ประทุษวาจาที่พบได้ทั่วไปในชีวิตประจำวัน ยกตัวอย่างเช่น การใช้ประทุษวาจาแบบเผชิญหน้า (ตะโกนด่า ข่มขู่ คุกคาม หรือดูหมิ่นซึ่งหน้า) การใช้ประทุษวาจาของแกนนำและผู้ชุมนุมในการชุมนุมประท้วงต่าง ๆ การใช้ประทุษวาจาในการอภิปรายสาธารณะหรือเสวนาทางวิชาการ การใช้ประทุษวาจาในสื่อสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ (หนังสือพิมพ์ หนังสือ วารสาร นิตยสาร แผ่นพับใบปลิว) วิทยุ โทรทัศน์ เป็นต้น

ในขณะที่การใช้ประทุษวาจาในรูปแบบออนไลน์ คือ การแสดงออกหรือสื่อสารข้อความที่เป็นประทุษวาจาผ่านช่องทางที่เชื่อมต่อหรือถูกควบคุมโดยตรงโดยระบบอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นช่องทางการใช้ประทุษวาจาในสังคมเสมือนจริง (Virtual Society) ที่เพิ่งถือกำเนิดได้ไม่นาน แต่

¹⁶⁰ Ibid. pp. 1528-1529.

¹⁶¹ Ibid.

กลับเป็นช่องทางหรือรูปแบบการใช้ประทุษวาจาที่นับวันจะเพิ่มปริมาณมากขึ้นเรื่อย ๆ ในโลกปัจจุบัน ที่มาพร้อมกับยุคแห่งโลกาภิวัตน์ในด้านเทคโนโลยี และด้านอื่น ๆ โดยอาจเรียกว่า “**ประทุษวาจาในโลกไซเบอร์**”(Cyber Hate Speech) ก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น การใช้ประทุษวาจาในเว็บไซต์ของกลุ่มเกลียดชังหรือเว็บไซต์ทั่วไป การใช้ประทุษวาจาในเว็บบอร์ด การใช้ประทุษวาจาในสื่อสังคมออนไลน์ (Social Media) (เช่น Facebook, Twitter, Youtube, Line ฯลฯ) เป็นต้น ทั้งนี้ กล่าวได้ว่าการใช้ประทุษวาจาทั้งสองรูปแบบและสองช่องทางข้างต้นมีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้ประทุษวาจาออนไลน์นั้นมีความซับซ้อน ละเอียดอ่อนและยุ่งยากพอสมควรในการออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์มาควบคุมและจำกัดการใช้ เมื่อเปรียบเทียบกับการใช้ประทุษวาจาออฟไลน์ซึ่งตรงไปตรงมาและระบุตัวตนได้ชัดเจนว่าผู้ใดเป็นผู้ใช้ประทุษวาจา หรือผู้ใดเป็นเหยื่อของประทุษวาจา การออกแบบและกำหนดขอบเขตการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในสังคมออนไลน์จึงต้องระมัดระวังและมีรายละเอียดต้องพิจารณาอีกมาก จึงสมควรแยกศึกษาออกมาเป็นหัวข้อโดยเฉพาะ ดังนั้น ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในรูปแบบหรือช่องทางออฟไลน์เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ด้วยความเจริญหน้าทางเทคโนโลยีที่สูงขึ้น ส่งผลให้เกิดนวัตกรรมทางเทคโนโลยีใหม่ ๆ มากมายที่เชื่อมสังคมออฟไลน์กับสังคมออนไลน์เข้าด้วยกันจนแทบจะแนบสนิท ทำให้เส้นพรมแดนของทั้งสองช่องทางพร่าเลือนลง ด้วยเหตุนี้ สถานการณ์การใช้ ประทุษวาจาบางสถานการณ์จึงสามารถเกิดขึ้นทั้งในช่องทางออฟไลน์และออนไลน์ในเวลาใกล้เคียงกันอย่างยิ่ง หรือเกิดขึ้นพร้อมกันทั้งสองช่องทางในเวลาเดียวกันก็ได้ เช่น การใช้โทรศัพท์มือถือถ่าย คลิปเหตุการณ์ การใช้ประทุษวาจาแล้วนำข้อมูลคลิปนั้นเข้าสู่ระบบอินเทอร์เน็ตภายในเวลาห่างกันไม่กี่นาที หรือการถ่ายทอดสด (Live) การใช้ประทุษวาจาผ่านช่องทาง Facebook หรือ Youtube เป็นต้น ดังนั้น ในความเป็นจริงแล้ว การกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายที่ถูกต้องจึงต้องพิจารณาทั้งในช่องทางออฟไลน์และออนไลน์ไปพร้อมกัน

2.3.3 พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย

2.3.3.1 การจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในยุคคลาสสิก

รัฐในอดีตได้มีการตรากฎหมายออกมาจำกัดการแสดงออกในทางสาธารณะ (Public Speech) ของประชาชนเป็นจำนวนมาก โดยมีเป้าหมายสำคัญคือการรักษาความสงบเรียบร้อยของ

สาธารณะ (Public Order) และคุ้มครองสวัสดิการของสาธารณะ (Public Welfare) รวมตลอดจนศีลธรรมอันดี (Morals) เช่น กฎหมายห้ามการดูหมิ่นเหยียดหยามศาสนาคริสต์ (Blasphemy Law) กฎหมายห้ามการดูหมิ่นกษัตริย์ (Lèse majesté Law) หรือกฎหมายห้ามการยุยงปลุกปั่นให้เกิดความกระด้างกระเดื่อง (Seditious Libel) เป็นต้น¹⁶² ซึ่งล้วนเป็นกฎหมายที่มุ่งจำกัด “ความเกลียดชัง” เป็นสำคัญ

ทั้งนี้ กฎหมายห้ามการยุยงปลุกปั่นให้เกิดความกระด้างกระเดื่องถือเป็นรูปแบบของมาตรการทางกฎหมายที่มุ่งจำกัดหรือควบคุมความเกลียดชังที่เก่าแก่และโบราณที่สุด หรือกล่าวได้ว่าเป็นการใช้ประทุษวาจาโดยตรงต่อ “รัฐ” หรือ “รัฐอธิปไตย” ซึ่งเข้าลักษณะของการใช้ถ้อยคำผ่านการพูดหรือการเขียนที่มุ่งให้รัฐหรือรัฐอธิปไตยถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง¹⁶³ โดยในสมัยโบราณกฎหมายในลักษณะนี้มุ่งห้ามการเขียนทุกประเภทที่นำไปสู่ความเกลียดชังหรือทำร้ายต่อพระราชอำนาจของกษัตริย์ รัฐบาล หรือรัฐธรรมนูญตามแนวคิดดั้งเดิมของแมคคิอาเวลลี (Machiavelli)¹⁶⁴ นอกจากนี้ในบางโอกาส กฎหมายข้างต้นในประเทศอังกฤษยังถูกบังคับใช้เพื่อควบคุมและลงโทษความพยายามที่จะ “ส่งเสริมอารมณ์ความรู้สึกที่มุ่งร้ายและเป็นปฏิปักษ์ระหว่างกลุ่มคนต่าง ๆ” ซึ่งเป็นพสกนิกรของพระมหากษัตริย์ (to promote ill-will and hostility between different classes) ด้วย ในขณะที่รูปแบบของกฎหมายในเวลาต่อมาก็มีลักษณะที่คล้ายคลึงกันในลักษณะของการห้ามการวิพากษ์วิจารณ์การใช้อำนาจรัฐ หรือการใช้วาจาที่ถือได้ว่าละเมิดต่อประโยชน์ของรัฐ (State Interest) เช่น กฎหมายที่ห้ามการแสดงความคิดเห็นที่นำไปสู่ความเกลียดชังและดูหมิ่นการบริหารงานยุติธรรม เป็นต้น¹⁶⁵

อย่างไรก็ตาม เมื่อรัฐส่วนใหญ่เข้าสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตย กฎหมายห้ามการยุยงปลุกปั่นให้เกิดความกระด้างกระเดื่องถูกใช้จำกัดการแสดงออกที่เข้าลักษณะของการปลุก

¹⁶² Marcel Maussen and Ralph Grillo, “Introduction: Regulation of Speech in Multicultural Societies” in Marcel and Ralph Grillo (eds.), *Regulation of Speech in Multicultural Societies*, p. 5.

¹⁶³ Sarah Sorial, *Sedition and the Advocacy of Violence: Free Speech and Counter-Terrorism*, p. 3.

¹⁶⁴ পুলวิทย์ วาณิชยเศรษฐกุล, “การจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง : ศึกษาการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค,” หน้า 31.

¹⁶⁵ Jaclyn Ling-Chien Neo, “Seditious in Singapore! Free Speech and the Offence of Promoting Ill-Will and Hostility between Different Racial Groups,” *Singapore Journal of Legal Studies* 2(2011): 354-355.

ระดมให้เกิดการล้มล้างรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งในระบอบประชาธิปไตยหรือรัฐธรรมนูญ รวมถึงความพยายามในการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลด้วยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁶⁶

2.3.3.2 การจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในยุคสมัยใหม่

กฎหมายที่มุ่งต่อต้านหรือจำกัด “ความเกลียดชัง” ร่วมสมัย (Contemporary Law) หรือยุคสมัยใหม่ ซึ่งรวมถึงกฎหมายที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจา ล้วนมีจุดกำเนิดหลังจากสิ้นสุดเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่สอง¹⁶⁷ โดยเป็นปรากฏการณ์ที่ตอบสนองต่อการโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดความเกลียดชังทางเชื้อชาติ (Racist Propaganda) และการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิว (Holocaust) อย่างทารุณโหดร้ายในระหว่างสงคราม¹⁶⁸ โดยเมื่อแรกก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ (The United Nations) ได้มีการเน้นย้ำความสำคัญของสิทธิมนุษยชนและการต่อต้านการเหยียดเชื้อชาติเป็นแกนหลักของการดำเนินงานขององค์กร ซึ่งสะท้อนจากเอกสารแม่บทของการรับรองสิทธิมนุษยชนอย่าง “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948” (The 1948 Universal Declaration of Human Rights (UDHR)) ที่ได้ยืนยันหลักการสำคัญว่ามนุษย์ย่อมมีสิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาค และศักดิ์ศรี “โดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนิดใด” (without distinction of any kind) และด้วยเหตุนี้ มนุษย์ย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน “โดยปราศจากการแบ่งแยก” (without any discrimination to equal protection of the law) นอกจากนี้ ในช่วงเวลาใกล้เคียงกัน องค์การศึกษาศาสนาและวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ หรือที่เรียกกันย่อ ๆ ว่า ยูเนสโก (United Nations Educational, Scientific and Cultural

¹⁶⁶ Sarah Sorial, *Sedition and the Advocacy of Violence: Free Speech and Counter-Terrorism*, p. 3.

¹⁶⁷ Erick Bleich, "From Race to Hate: A Historical Perspective," in *Hate, Politics, Law: Critical Perspective on Combating Hate*, ed. Thomas Brundholm and Birgitte Schepelen Johansen (New York: Oxford University Press, 2018). p. 16. อย่างไรก็ตาม พบว่าประเทศในทวีปยุโรปบางประเทศมีการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะนี้เพื่อต่อต้าน “การใช้วาจาที่เหยียดเชื้อชาติ” (Racist Speech) ในระหว่างยุคระหว่างสงคราม (Interwar Era) แต่จะบังคับใช้ในกรณียกเว้นเท่านั้น และแทบไม่มีการบังคับใช้จริง

¹⁶⁸ Michel Rosenfeld, "Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis," *Cardozo Law Review* 1523 (2003) : 1525.

Organization (UNESCO)) ยังได้แถลงรายงานความมุ่งหมายในการทำลาย “หลักฐานหรือข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เท็จที่มีลักษณะเหยียดเชื้อชาติ” (Pseudoscientific Basis for Racism) ด้วย¹⁶⁹

จากสถานการณ์ข้างต้น ทว่าทั้งโลกต่างหันเหความสนใจมายังมโนทัศน์เกี่ยวกับเชื้อชาติ และวางท่าทีที่ท้าทายแนวคิดการเหยียดเชื้อชาติ แม้กระนั้นก็ดี ประเทศต่าง ๆ ในทวีปยุโรปยังคงไม่ได้เร่งรีบที่จะออกกฎหมายต่อต้านหรือจำกัดการเหยียดเชื้อชาติโดยทันที ทว่าพุ่งเป้าไปที่การจำกัดหรือลงโทษการแสดงออกเกี่ยวกับลัทธิฟาสซิสต์ (Fascism) และพรรคนาซี (Nazi Party) มากกว่าการลงโทษแนวคิดเกี่ยวกับความเกลียดชังเชิงเชื้อชาติ (Racial hatred) ยกตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันที่ลงโทษการปลุกเร้าของลัทธิสังคมนิยมแห่งชาติ (National socialism) และห้ามการใช้สัญลักษณ์บางอย่าง เช่น ธงพรรคนาซี เครื่องหมายสวัสติกะ และการกล่าวคำสวดที่ว่า “Heil Hitler!” เช่นเดียวกับประเทศออสเตรียและประเทศอิตาลีที่ออกกฎหมายมาในทำนองเดียวกัน เป็นต้น¹⁷⁰

จนกระทั่งในช่วงกลางทศวรรษที่ 1960 ประเด็นของลัทธิหรือแนวคิดการเหยียดเชื้อชาติและสีผิวได้กลายเป็นประเด็นของการถกเถียงอย่างขัดแย้งมากขึ้นในระดับระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มประเทศในทวีปยุโรป โดยเริ่มต้นตั้งแต่สิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สอง และดำเนินมาอย่างต่อเนื่องในทศวรรษที่ 1950 จนถึงต้นทศวรรษที่ 1960 ซึ่งอยู่ในช่วงของการปลดปล่อยประเทศอาณานิคมในทวีปแอฟริกาและทวีปยุโรป ซึ่งนำไปสู่การเกิดขึ้นของรัฐบาลใหม่ ๆ จำนวนมาก ประกอบกับสถานการณ์การเถลิงอำนาจของพรรคการเมืองที่สนับสนุนนโยบายการแบ่งแยกกลุ่มคนต่างเชื้อชาติ (Apartheid) ของประเทศแอฟริกาใต้ ในปี ค.ศ. 1948ซึ่งปกครองประเทศด้วยความกลัวและความรุนแรงมาอีกหลายสิบปี จึงทำให้องค์การสหประชาชาติได้ยกร่าง “อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ” (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD)) ขึ้นในปี 1965 ซึ่งได้เน้นย้ำอีกครั้งถึงหลักการเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเสมอภาค และสิทธิที่เท่าเทียมของมวลมนุษย์ “โดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนิดใด

¹⁶⁹ Michelle Brattain, “Race, Racism, and Antiracism: UNESCO and the Politics of Presenting Science to the Postwar Public,” *The American Historical Review* 112 (2007) : 1386-1413. Cited in Erick Bleich, “From Race to Hate: A Historical Perspective” in Thomas Brundholm and Birgitte Schepelen Johansen (eds.), *Hate, Politics, Law: Critical Perspective on Combating Hate*, p. 16.

¹⁷⁰ Erick Bleich, “From Race to Hate: A Historical Perspective” in Thomas Brundholm and Birgitte Schepelen Johansen (eds.), *Hate, Politics, Law: Critical Perspective on Combating Hate*, pp. 16-17.

โดยเฉพาะเชื้อชาติ สีผิว หรือชาติกำเนิด” โดยตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับนี้ได้มุ่งเน้นความจำเป็นในการต่อสู้กับการเลือกปฏิบัติและช่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ เช่นเดียวกับ “กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง” (International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)) ในปี 1966 ที่มุ่งประณามแนวคิดเหยียดเชื้อชาติในฐานะของข้ออุปสรรคซึ่งทำลายที่สุดแห่งยุคสมัย¹⁷¹ ทั้งนี้ กล่าวได้ว่ามนทัศน์เกี่ยวกับ “ความเกลียดชัง” (โดยเฉพาะทางเชื้อชาติและสีผิว) ได้กลายเป็นหัวข้อเฉพาะของการพิจารณาเพื่อรับมือในระดับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศนับแต่นั้นมา

ในระดับกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ของระบอบเสรีประชาธิปไตยทั่วโลก (National law) จะพบว่าหลายประเทศโดยเฉพาะในทวีปยุโรป ยกตัวอย่างเช่น ประเทศเยอรมนี สหราชอาณาจักร และประเทศฝรั่งเศส ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1960 ถึง 1972 ต่างมีการตรากฎหมายที่มุ่งลงโทษการแสดงออกที่ยั่วยุและปลุกกระดมให้เกิดความเกลียดชังซึ่งเข้าลักษณะของประทุษวาจา อย่างไรก็ตาม การพุ่งเป้าไปที่ “ความเกลียดชัง” ยังคงเป็นเพียงส่วนเล็ก ๆ ภายใต้โครงสร้างของกฎหมายต่อต้านแนวคิดการเหยียดเชื้อชาติ (Anti-racism law) ของแต่ละประเทศ ท่ามกลางรายการของการกระทำที่ต้องห้ามอีกหลายประการที่ใกล้เคียงกัน เช่น การยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรงหรือการใช้มาตรการตามอำเภอใจ¹⁷²

จนกระทั่งความเกลียดชังได้กลายเป็นมนทัศน์หลักในทางกฎหมาย โดยเริ่มต้นที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ก่อนเป็นประเทศแรกในช่วงทศวรรษที่ 1980 แต่เน้นหนักไปที่ความผิดเกี่ยวกับ “อาชญากรรมที่เกิดความเกลียดชัง” (Hate Crime) เป็นหลักซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากการออก

¹⁷¹ Ibid. โปรดดู คำปรารภ (Preamble) ของ CERD ซึ่งกล่าวว่า “...สหประชาชาติได้ประณามลัทธิล่าอาณานิคม และการปฏิบัติใด ๆ อันก่อให้เกิดการแบ่งแยกและ การเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะในรูปแบบหรือในแห่งหนใด..เชื่อมั่นว่าลัทธิใด ๆ ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความคิดที่ว่าคนเชื้อชาติหนึ่งเชื้อชาติใดเหนือกว่าชนเชื้อชาติอื่นเป็นความคิดที่ผิดในทางวิทยาศาสตร์ และในทางจริยธรรมของสังคม ทั้งยังเป็นลัทธิที่ยุติธรรมและอันตราย และไม่มีเหตุผลใด ๆ ที่อาจรองรับการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติได้ ไม่ว่าจะในทางทฤษฎีหรือในทางปฏิบัติไม่ว่าจะแห่งหนใด...หวั่นวิตกต่อการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ ซึ่งยังคงมีปรากฏให้เห็นได้เด่นชัดในพื้นที่บางแห่งในโลกนี้ และต่อนโยบายของรัฐซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเห็นอกเห็นใจทางเชื้อชาติหรือความรังเกียจเศยัคฉันท์ อาทิ นโยบายแบ่งแยกผิวในแอฟริกาใต้ การแบ่งแยกกลุ่ม และการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ...มุ่งมั่น ที่จะจัดให้มีมาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็นในอันที่จะจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบและทุกแง่มุม อย่างเร่งด่วน ตลอดจนป้องกันและต่อสู้กับลัทธิและแนวปฏิบัติใด ๆ ที่เป็นไปในการเหยียดผิว เพื่อเสริมสร้างความเข้าใจ ระหว่างเชื้อชาติต่าง ๆ และสร้างประชาคมระหว่างประเทศที่ปราศจากการแบ่งแยกทางเชื้อชาติ และการเลือกปฏิบัติทางเชื้อ ชาติในทุกรูปแบบ...”

¹⁷² Ibid. pp. 18-20.

บรรดากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิพลเมือง (Civil rights laws) ตั้งแต่ทศวรรษที่ 1960 เป็นต้นมา ในขณะที่มีโน้ตส์เกี่ยวกับ “ประทุษวาจา” (รวมถึง “กลุ่มแห่งความเกลียดชัง”) แม้จะเป็นมีโน้ตส์ที่ได้รับ ความสนใจในการศึกษาและถกเถียงในการอภิปรายสาธารณะของสหรัฐอเมริกาอย่างเข้มข้นก็ตามที่ ทว่าก็ไม่เคยได้รับการบัญญัติไว้ในนโยบายและระบบกฎหมายของประเทศแต่อย่างใด กล่าว โดยเฉพาะเจาะจง มีโน้ตส์เกี่ยวกับประทุษวาจาในสหรัฐอเมริกาถูกอภิปรายโต้เถียงอย่างกว้างขวาง และถูกต่อต้านมากที่สุดเช่นกัน โดยคำว่าประทุษวาจา (Hate Speech) ถูกกล่าวถึงอย่างแพร่หลาย ในช่วงปลายทศวรรษที่ 1980 ในบริบทของการอภิปรายเกี่ยวกับการกำหนด “ประมวลการใช้คำพูดที่ เหมาะสมในมหาวิทยาลัย” (Campus speech codes) เป็นสำคัญ ซึ่งห้ามรูปแบบของการใช้วาจาที่ ดูหมิ่นเหยียดหยามสมาชิกคนอื่น ๆ ที่อยู่ร่วมกันในรั้วมหาวิทยาลัย อันเนื่องมาจากสมาชิกคนนั้นมี อัตลักษณ์ร่วมของความเป็นกลุ่มบางอย่าง เช่น เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ เพศสภาพ หรือรสนิยมทางเพศ แต่ปรากฏว่าคำวินิจฉัยของศาลตั้งต้นทศวรรษที่ 1990 เป็นต้นมา ก็มักจะวินิจฉัยให้ประมวลการใช้ วาจาของบรรดามหาวิทยาลัยต่าง ๆ ขัดต่อรัฐธรรมนูญเสมอ จนกระทั่งทุกวันนี้ แม้ประเด็นของการใช้ ประทุษวาจายังคงเป็นประเด็นที่ยังถูกพูดถึงและถกเถียงกันอยู่ในสังคมอเมริกัน ทว่าก็ยังไม่มีการ บรรลุคำว่า “ความเกลียดชัง” ลงไปในนโยบายอย่างเป็นทางการซึ่งแตกต่างจากกฎหมายที่มุ่งต่อต้าน การใช้ประทุษวาจา (โดยเฉพาะด้านเชื้อชาติ) ในกลุ่มประเทศยุโรปโดยสิ้นเชิง¹⁷³

มีโน้ตส์เกี่ยวกับความเกลียดชังได้เริ่มเคลื่อนเปลี่ยนทิศจากสหรัฐอเมริกาไปยังประเทศยุโรป ในช่วงต้นของทศวรรษที่ 1990 แต่เป็นการนำเข้าอย่างค่อยเป็นค่อยไปในลักษณะของแรงกดดันให้ เกิดการเปลี่ยนแปลงนโยบายและกฎหมายโดยอ้อม และค่อย ๆ เคลื่อนที่ไปอย่างช้า ๆ ตามลำดับจน มีตำแหน่งแห่งที่และบทบาทในมิติของกฎหมายของบรรดาประเทศต่าง ๆ ในยุโรป โดยเฉพาะ กฎหมายที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจา ทั้งนี้ พัฒนาการที่สำคัญในระยษนี้คือการริเริ่มตรากฎหมายที่ มุ่งจำกัด “การปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิว” (Holocaust denial) ซึ่งเป็นการขยายประเด็น ความสนใจจากการเหยียดเชื้อชาติไปสู่การแสดงออกที่เหยียดหยามและเกลียดชังชาวยิว (Anti-Semitic Expression) โดยประเทศเยอรมนีเป็นประเทศแรกที่กำหนดฐานความผิดอาญาในลักษณะนี้ ซึ่งมุ่งลงโทษการเห็นด้วย การปฏิเสธ หรือการลดทอนความสำคัญของอาชญากรรมการฆ่าล้าง เผ่าพันธุ์ที่ได้กระทำภายใต้ระบอบนาซี ในบางประเทศนำรูปแบบของกฎหมายข้างต้นไปปรับใช้กับ บริบทของประเทศตนกลายเป็นกฎหมายที่มุ่งลงโทษการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในทุกเหตุการณ์

¹⁷³ Ibid. pp. 20-23.

และท้ายที่สุดในปีค.ศ. 2008 สหภาพยุโรปได้ออก *Council Framework Decision* เรียกร้องให้ประเทศสมาชิกลงโทษ “การให้อภัย การปฏิเสธหรือการลดทอนความร้ายแรงอย่างยิ่งในทางสาธารณะของอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติและอาชญากรรมสงคราม” ถ้าการกระทำนั้นมีแนวโน้มที่จะช่วยทำให้เกิดความเกลียดชังหรือการใช้ความรุนแรงต่อกลุ่มคนบนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ต้นกำเนิดทางชาติพันธุ์ หรือชนชาติหรือเชื้อสาย อย่างไรก็ตาม แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดกฎหมายในทำนองนี้ยังคงเป็นประเด็นที่ยังคงถกเถียงถึงความเหมาะสมอย่างมากว่าเป็นการละเมิดเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลเกินไปหรือไม่ ทั้งควรนับว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของประทุษวาจาหรือไม่ ยิ่งกว่านั้นพบว่าศาลของหลายประเทศในยุโรปต่างจำกัดขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ลงอย่างมีนัยสำคัญด้วย¹⁷⁴

พัฒนาการที่เกิดขึ้นในระยะหลังนอกจากกฎหมายการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์แล้ว ยังรวมถึงการขยายขอบเขตการคุ้มครองเหยื่อของการใช้ประทุษวาจา (รวมถึงเหยื่อของอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง) ออกไปให้ครอบคลุมกว้างขวางมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลังจากเหตุการณ์ความขัดแย้งทางศาสนาที่รุนแรงมากขึ้นหลังจากเหตุการณ์การก่อวินาศกรรม 9/11 ซึ่งนำไปสู่กระแสความเกลียดกลัวศาสนาอิสลาม (Islamophobia) ทั่วทั้งโลก และคนมุสลิมตกเป็นเป้าหมายของการใช้ประทุษวาจา อัตลักษณ์ด้านศาสนาจึงกลายเป็นอีกกลุ่มที่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายเพิ่มขึ้น นอกจากนี้ยังรวมถึงกลุ่มที่มีอัตลักษณ์ด้านเพศ เพศสภาพ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ และความพิการของร่างกายและจิตใจด้วย ยกตัวอย่างเช่น ความผิดฐานการใช้ประทุษวาจาในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1972 ซึ่งต่อมาได้ปรับปรุงโดยขยายขอบเขตออกไปครอบคลุมกลุ่มคนที่มีอัตลักษณ์เกี่ยวกับเพศสภาพ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศ ความพิการ เป็นต้น¹⁷⁵

นอกจากนี้ พัฒนาการของการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายที่ร่วมสมัยที่สุด และดูเหมือนจะเป็นประเด็นที่ทำทนายมากที่สุดด้วยในปัจจุบัน รวมถึงอนาคตข้างหน้า ได้แก่ การใช้ประทุษวาจาในระบบอินเทอร์เน็ต หรือสังคมออนไลน์ซึ่งเป็นช่องทางใหม่ที่เป็นพาหนะชั้นดีของการส่งผ่านข้อมูลที่แสดงแนวคิดเกี่ยวกับการเหยียดเชื้อชาติ การเหยียดเพศ การเกลียดกลัวอิสลาม และรูปแบบอื่นของความเกลียดชังได้อย่างแพร่หลายรวดเร็วและข้ามพรมแดน ทั้งนี้ ประเด็นของการใช้ประทุษ

¹⁷⁴ Ibid. pp. 27-29.

¹⁷⁵ Ibid. 29-31.

วาทาเริ่มเป็นที่สนใจทั้งในระดับระหว่างประเทศและระดับประเทศตั้งแต่ช่วงต้นของทศวรรษที่ 2000 โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลังจากที่เจ้าหน้าที่รัฐของประเทศฝรั่งเศสพยายามปิดกั้นไม่ให้เว็บไซต์ Yahoo! อนุญาตให้ประชาชนชาวฝรั่งเศสเข้าถึงข้อมูลอุปกรณ์หรือเครื่องมือของพรคนาซี โดยอาศัยแรงกดดันทางกฎหมายผสมผสานกับความร่วมมือโดยสมัครใจของภาคเอกชนทำให้การพยายามควบคุมการใช้ประทุษวาทาในอินเทอร์เน็ตประสบความสำเร็จอย่างมาก เช่นเดียวกับประเทศเยอรมนีที่พัฒนามาตรฐานด้วยการกำหนดให้ทั้งผู้เผยแพร่ข้อมูลที่เป็นประทุษวาทาและผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISPs) ต้องร่วมรับผิดชอบต่อการปล่อยให้มีการเข้าถึงข้อมูลหรือเนื้อหาที่เหยียดเชื้อชาติในประเทศเยอรมนี โดยผู้เผยแพร่ในเว็บไซต์อาจได้รับโทษตามกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง ส่วนผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะมีความรับผิดชอบก็ต่อเมื่อผู้ให้บริการนั้นรับรู้อย่างแท้จริงถึงความมีอยู่ของเว็บไซต์ที่ผิดกฎหมายและไม่ดำเนินการปิดกั้นเว็บไซต์นั้นหรือไม่ดำเนินการให้ผู้เผยแพร่ข้อมูลเรียนรู้ถึงความผิดที่กระทำและไม่เหมาะสมของพวกเขา หรือเมื่อเร็ว ๆ นี้ ประเทศเยอรมนีเพิ่งเห็นชอบร่างกฎหมายที่อนุญาตให้ลงโทษปรับเว็บไซต์ในเครือข่ายสังคมออนไลน์ที่ล้มเหลวในการเพิกถอนหรือปิดกั้นการใช้ประทุษวาทา การปล่อยข่าวปลอม หรือการโฆษณาชวนเชื่อเกี่ยวกับการก่อการร้ายที่ผิดกฎหมายภายในระยะเวลาที่กำหนด¹⁷⁶

อย่างไรก็ตาม แม้การจำกัดการใช้ประทุษวาทาตามกฎหมายในระดับประเทศบางประเทศจะค่อนข้างประสบความสำเร็จ แต่ในระดับความร่วมมือระหว่างประเทศยังคงประสบความสำเร็จยากและมีข้อจำกัดอยู่พอสมควร ยกตัวอย่างในกรณีของ “พิธีสารเพิ่มเติมของอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมไซเบอร์” แห่งสภาแห่งยุโรป ในปี ค.ศ. 2003 ซึ่งเรียกร้องให้ประเทศที่ลงนามในพิธีสารลงโทษตามกฎหมายสำหรับการเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับการเหยียดเชื้อชาติและความเกลียดกลัวคนต่างชาติผ่านระบบคอมพิวเตอร์ รวมถึงข้อมูลที่สนับสนุนการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์หรืออาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ แต่เนื่องจากปัญหาการใช้ประทุษวาทาในสังคมออนไลน์เป็นการสื่อสารข้ามพรมแดนข้อเท็จจริงจึงปรากฏว่าข้อมูลที่เป็นประทุษวาทายังคงสามารถเผยแพร่ได้ต่อไปโดยไม่มีผลร้ายอะไรตามมาในประเทศที่ไม่ได้ลงนามในพิธีสารดังกล่าว¹⁷⁷

¹⁷⁶ Ibid. 31-32.

¹⁷⁷ Ibid.

2.3.4 ประเด็นอภิปรายเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายภายใต้
ปรัชญาเสรีนิยมและปรัชญาประชาธิปไตย

สำหรับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายภายใต้ปรัชญาเสรีนิยมและ
ปรัชญาประชาธิปไตย บรรดานักปรัชญาต่างอธิบายและนำเสนอประเด็นอภิปรายเกี่ยวกับการกำหนด
ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออก (Justification) ในกรณีของการใช้ประทุษวาจาอยู่
หลากหลายทฤษฎี บ้างมุ่งอธิบายจากการพิจารณาในมิติของคุณค่าภายใน (Deontology) หรือมุ่ง
อธิบายจากมิติของผลลัพธ์หรือผลกระทบที่เกิดขึ้น(Consequentialism) ดังจะได้อธิบายต่อไป
ตามลำดับ

2.3.4.1 ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีของจอห์น สจิวต มิลล์ (The Millian Theory)

ประเด็นอภิปรายตามแนวทางของจอห์น สจิวต มิลล์ สะท้อนแนวคิดของปรัชญาเสรี
นิยมสมัยใหม่ ซึ่งพยายามสร้างความสมดุลระหว่างการปกป้องและคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออก
และการส่งเสริมประโยชน์สูงสุดของสาธารณชน และเป็นประเด็นอภิปรายที่ทรงอิทธิพลอย่างยิ่งต่อ
การกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย
โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายอาญา ซึ่งสามารถแยกอภิปรายได้ 2 ประเด็นอภิปรายที่ตั้งอยู่บนรากฐาน
ของทฤษฎีและหลักการที่เกี่ยวข้องและสัมพันธ์กัน ได้แก่ ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีการแสวงหา
ความจริง และตลาดเสรีทางความคิด และประเด็นอภิปรายตามหลักการความเป็นภัยอันตราย ดังจะได้
อธิบายต่อไปตามลำดับ

2.3.4.1.1 ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีการแสวงหาความจริง (The

discovery of truth) และตลาดเสรีทางความคิด (The marketplace of ideas)

เสรีภาพในการแสดงออกไม่สามารถแยกออกจากเป้าหมายเพื่อการค้นพบ
ความจริง และการพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับวิทยาศาสตร์และสังคมศาสตร์ของมวลมนุษยชาติได้ ซึ่ง
เป็นทฤษฎีที่ทรงพลังอย่างมากในการให้ความชอบธรรมต่อการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออก¹⁷⁸
ทั้งนี้ การแสวงหาความจริงเป็นวิถีทางในการเพิ่มพูนความรู้ และยังเป็นวิถีทางที่ปัจเจกชนแต่ละคน

¹⁷⁸ Eric Barendt, *Freedom of Speech* (Oxford: Oxford University Press, 2015). pp. 7-13.

พัฒนาทักษะและบรรลुकุศลภาพสูงสุดของตนเอง ซึ่งนั่นคือการสำนึกในตนเอง (Self-realization)¹⁷⁹

อนึ่ง จอห์น สจิวต์ มิลล์ (John Stuart Mill) อธิบายข้อความคิดสำคัญใน “*On Liberty*” ซึ่งเป็นหนังสือที่ทรงอิทธิพลต่อการถกเถียงเชิงปรัชญาในเรื่องเสรีภาพในการแสดงออกจนกระทั่งปัจจุบัน¹⁸⁰ โดยเขาเขียนกรณแนวคิดที่ว่าเสรีภาพในการแสดงออกเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นไม่เพียงแต่เพื่อความสุขของปัจเจกชนเท่านั้น แต่ยังเพื่อความเจริญงอกงามของสังคมด้วย หากปราศจากเสรีภาพในการแสดงออกก็เท่ากับเป็นการกีดขวางความคิดที่อาจนำไปสู่การพัฒนาสังคมของมวลมนุษยชาติ¹⁸¹ วิธีคิดในลักษณะนี้สะท้อนหลักคิดทางปรัชญาอรรถประโยชน์นิยมของมิลล์ซึ่งให้ความสำคัญกับทั้งการคุ้มครองเสรีภาพของปัจเจกชน (Individualism) และผลประโยชน์ของส่วนรวม (Collectivism)

มิลล์ให้ความสำคัญกับการที่ความเห็นของคนส่วนน้อยไม่ควรถูกทำให้เงียบเสียงไปเพียงเพราะมีคนยึดถือความเห็นนั้นไม่กี่คน ความคิดนอกกระแสมีศักยภาพที่จะสร้างคุณค่าให้มวลมนุษยชาติ แม้จะมีผู้ยึดถือความคิดเห็นนั้นเพียงไม่กี่คนก็ตาม ดังนั้น ผู้มีอำนาจหรือรัฐไม่ควรปราบปรามการแสดงความคิดเห็นบนพื้นฐานของการกล่าวอ้างว่าความคิดเห็นนั้นมีความผิดพลาดหรือเป็นเท็จ (Falsity) เนื่องจากความคิดเห็นที่ถูกจำกัดนั้นบางครั้งอาจจะเป็นความจริงก็เป็นได้ ผู้มีอำนาจอาจปฏิเสธว่าความคิดเห็นดังกล่าวไม่เป็นความจริง แต่พวกเราไม่มีทางรู้ได้อย่างแน่ชัดว่าความคิดที่ถูกห้ามดังกล่าวเป็นความจริงหรือความเท็จหรือไม่แน่ การปฏิเสธการค้นพบความจริงและจำกัดความคิดเห็นนั้นโดยสิ้นเชิงตั้งแต่แรกเริ่มย่อมเข้าลักษณะของการสันนิษฐานหรือทึกทักถึงความไม่มีทางผิดพลาดอย่างแน่นอนของตน (Infallibility) ซึ่งไม่ถูกต้อง¹⁸² กล่าวคือ สภาวะการณ์แห่ง

¹⁷⁹ Esther Janssen, *Faith in Public Debate: On Freedom of Expression, Hate Speech and Religion in France & the Netherlands* (Cambridge: : Intersentia, 2015). pp. 44-46.

¹⁸⁰ Nigel Warburton, *Free Speech: A Very Short Introduction*, pp. 72-73. ทั้งนี้ ในเรื่องเสรีภาพ มิลล์เขียนขึ้นโดยมีฉากหลังเป็นสิ่งที่เขาเรียกว่า “**ทรราชเสียงข้างมาก**” (Tyranny of majority) ซึ่งมีผลเป็นการกดและจำกัดความคิดเห็นของผู้อื่น งานเขียนนี้จึงเป็นการปกป้องความอดทนอดกลั้นต่อการแสดงความคิดเห็นอันหลากหลายแห่งความเป็นปัจเจกเฉพาะตน

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² John Stuart Mill, *On Liberty* (London: Watts & Co.Ltd, 1936). p. 20. มิลล์ เขียนประโยคทองในประเด็นนี้ว่า “ถ้ามนุษย์ยึดถือความเห็นเพียงหนึ่งเดียวโดยมีเพียงหนึ่งคนที่เห็นต่าง มวลมนุษย์ก็ไม่มีเหตุผลอันชอบธรรมใด ๆ ที่จะให้คนหนึ่งคนนั้นเงียบเสียงลงมากไปกว่าการที่คนหนึ่งคนนั้นจะทำให้มวลมนุษย์นั้นเงียบเสียงลงหากเขามีอำนาจ” (If all mankind minus one were of one opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person than he, if

ความแน่นอนในทางจิตวิทยา (Psychological state of certainty) ไม่ได้รับรองว่าสิ่งที่แต่ละคนรู้สึกนั้นจะเป็นความจริง ทั้งในระดับปัจเจกชน และในระดับสังคมส่วนรวม ก็อาจเข้าใจผิดข้อเท็จจริงบางอย่างได้จนถึงระดับฐานราก การยึดถือความจริงหรือความคิดเห็นหนึ่งโดยปิดกั้นความคิดเห็นอื่นที่ผิดแผกจึงมีความแตกต่างจากการยึดถือความคิดเห็นหนึ่งผ่านการปะทะสังสรรค์ทางความคิดอย่างเปิดเผยและปรากฏขึ้นโดยไม่ได้รับความเสียหายใด ๆ หรือแข็งแกร่งยิ่งกว่าเดิม ยิ่งกว่านั้น ในทางกลับกัน เสรีภาพที่จะวิพากษ์วิจารณ์หรือเห็นแย้งความคิดเห็นตามชนบหรือจารีตยังเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการพัฒนาทางสติปัญญาและความก้าวหน้าของมวลมนุษยชาติด้วย บรรยากาศที่คุกคามการแสดงความคิดเห็นนอกชนบหรือจารีตจึงเป็นการหยุดยั้งการพัฒนาความคิดอย่างมีวิจารณ์ญาณของปัจเจกชนเหล่านั้น โดยเฉพาะข้ออ้างเรื่องการจำกัดความคิดเห็นที่ผิดศีลธรรม¹⁸³

นอกจากนั้น มิลล์ได้เสนอว่าในกระบวนการแลกเปลี่ยนการแสดงความคิดเห็นที่แตกต่างในการอภิปรายสาธารณะที่เสรีและเปิดกว้างย่อมนำไปสู่การแสวงหา พิสูจน์ และค้นพบความจริงได้ในท้ายที่สุด ทั้งยังเป็นการให้ความชอบธรรมกับความจริงที่ถูกค้นพบนั้นด้วย¹⁸⁴ ทั้งนี้ แม้ความคิดเห็นหรือความเชื่อกระแสหลักของสังคมในขณะหนึ่งจะเป็นความจริงอยู่แล้วตั้งแต่ต้น หรือสาธารณชนต่างมีความเชื่อมั่นอย่างแรงกล้าว่าถูกต้อง ทว่าการปล่อยให้ความคิดเห็นหรือความเชื่อนั้นถูกทำลาย ถูกพิสูจน์โดยความคิดเห็นอื่น ๆ ผ่านกระบวนการแลกเปลี่ยนและถกเถียงในทางสาธารณะย่อมจะทำให้ความคิดเห็นดังกล่าวน่าเชื่อถือและเข้มแข็งมากยิ่งขึ้น มิเช่นนั้น นานไปความคิดเห็นดังกล่าวจะกลายเป็นเพียง**ลัทธิความเชื่อที่ไม่ได้รับการพิสูจน์ (Dead Dogmas)** กล่าวคือกลายเป็นเพียงถ้อยจำ (formulaic) และปฏิบัติยาตอบโต้ที่ไม่ต้องอาศัยการคิด หรือกลายเป็นเพียงความเชื่อตามชนบธรรมเนียมประเพณี ผลก็คือความเชื่อที่มีชีวิตอยู่ในกาลก่อนจะเหลือเพียงแค่เปลือกของความหมาย ส่วนเหตุผลและสาระสำคัญที่แท้จริงของความเชื่อนั้นจะหายไปตามกาลเวลา ซึ่งทำให้สังคมเข้าสู่ภาวะชะงักงันทางปัญญาอันเป็นความสูญเสียอย่างใหญ่หลวงต่อมวลมนุษยชาติ

he had the power would be justified in silencing mankind.) ซึ่งสรุปใจความสำคัญว่าหากเสียงส่วนใหญ่บอกว่าชอบธรรมแล้วที่จะปิดปากเสียงส่วนน้อย เสียงส่วนน้อยก็อ้างความชอบธรรมเดียวกันนี้ได้ที่จะปิดปากเสียงส่วนใหญ่ได้เช่นกัน

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Ibid. p. 42.

ทั้งนี้ มิลล์เชื่อว่าความก้าวหน้าย่อมเกิดขึ้นได้จากการปะทะแข่งขันทางความคิดอย่างสุภาพ เช่น การสัมมนาดี ๆ มากกว่าการปล่อยให้มีการปราศรัยบนแท่นอยู่ฝ่ายเดียว¹⁸⁵

ท้ายที่สุด เป็นไปได้บ่อยครั้งว่าความคิดเห็นที่ได้รับการยอมรับในขณะนั้น อาจมีความจริงอยู่เพียงบางส่วน ในทางตรงกันข้าม ความคิดเห็นที่ถูกห้ามหรือปฏิเสธก็อาจมีความผิดพลาดหรือความเท็จอยู่เพียงบางส่วนเช่นกัน (The partly true) ดังนั้น การยินยอมให้ความคิดเห็นที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นจริง (ซึ่งหลายกรณีก็จริงแค่บางส่วน) ผ่านการกลั่นกรองและกล่อมเกลามาโดยความคิดเห็นที่ถูกมองว่าเท็จ (ซึ่งหลายกรณีก็เป็นเท็จเพียงบางส่วน และมีส่วนจริงอยู่บ้าง) ย่อมส่งผลต่อการเพิ่มพูนความรู้ที่แท้จริงมากขึ้น และถึงแม้ว่าโดยรวมแล้วความคิดเห็นนั้นจะไม่จริงหรือเป็นข้อสรุปที่พูดเกินเลยไปก็ตาม แต่ก็อาจเป็นแรงบันดาลใจหรือทำให้นักคิดคนอื่น ๆ หรือนักคิดรุ่นหลัง นำความคิดเห็นนั้นไปปรับปรุงและพัฒนาต่อยอดต่อไปได้ รวมถึงหลีกเลี่ยงการมองโลกในแง่ดีอย่างไร้เดียงสาด้วย¹⁸⁶

ในเวลาต่อมาทฤษฎีและแนวคิดเรื่องการค้นพบความจริงของมิลล์ได้ถูกนำมาต่อยอดและประยุกต์กลายเป็นแนวคิดในการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกโดยเฉพาะในมิติทางการเมืองที่มีชื่อเสียงอย่างมากในสหรัฐอเมริกา ได้แก่ แนวคิดเรื่อง “ตลาดเสรีทางความคิด” (The Marketplace of Ideas) ซึ่งคิดค้นและพัฒนาโดย *โอลิเวอร์ แวนเดล โฮล์มส์ (Oliver Wendell Holmes)* อดีตผู้พิพากษาศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา โดยเป็นการนำแนวคิดของตลาดเสรีทางเศรษฐกิจภายใต้ปรัชญาเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ มาใช้อุปมากับกระบวนการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นผ่านการอภิปรายสาธารณะในมิติของปรัชญาเสรีนิยมทางการเมือง ซึ่งมุ่งเน้นใจความสำคัญที่กลายเป็นบรรทัดของอมตะจนถึงปัจจุบันว่า “การพิสูจน์ความจริงที่ดีที่สุด คือพลังของความคิดที่จะทำให้ความคิดเห็นนั้น ๆ ได้รับการยอมรับภายใต้การแข่งขันในตลาด” (the best test of truth is the

¹⁸⁵ Ibid. p. 55.

¹⁸⁶ Ibid. มิลล์อ้างถึงแนวคิดของฌอง-ฌากส์ รูสโซ (Jean-Jacques Rousseau) ซึ่งปรากฏอยู่ในหนังสือวาทกรรมเรื่องความไม่เท่าเทียม (Discourse of Inequality) โดยเกี่ยวกับการที่มนุษย์ชาติเสื่อมทรามรูปแบบในสังคมพาณิชย์ที่พัฒนาแล้ว ซึ่งโต้แย้งต่อแนวคิดของยุคแห่งความสว่างไสวทางปัญญาในช่วงศตวรรษที่ 18 ที่ให้ความสำคัญกับความศิวิไลซ์ วิทยาศาสตร์และความก้าวหน้า ซึ่งกลายเป็นแรงบันดาลใจให้คาร์ล มาร์กซ์ (Karl Marx) พัฒนาแนวคิดมาร์กซิสม์ (Marxism) ขึ้น มิลล์คิดว่าความเห็นของรูสโซไม่ได้ถูกไปทั้งหมด แต่ในความเห็นนั้นก็มีความจริงจำนวนหนึ่งที่นักเขียนที่มองเห็นแต่ดอกผลของความก้าวหน้ามองข้ามไป

power of the thought to get itself accepted in the competition of the market.)¹⁸⁷ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ความจริง หรืออย่างน้อยที่สุดคือความคิดเห็นที่ดีที่สุดจะปรากฏออกมาผ่านการแข่งขันกันระหว่างความคิดต่าง ๆ ภายใต้การอภิปรายสาธารณะที่เสรี¹⁸⁸ การแทรกแซงและจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกจึงเป็นการลดทอนประสิทธิภาพของกระบวนการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นอย่างเสรีในตลาด อย่างไรก็ตาม แนวคิดตลาดเสรีทางความคิดไม่ได้เหมือนกับแนวคิดการค้นพบความจริงของมิลล์ทั้งหมด เนื่องจากแนวคิดของมิลล์ตั้งอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดเชิงทฤษฎีและผนึกแน่นกับ “ความจริง” ที่จะสามารถถูกค้นพบได้อย่างแน่แท้ แต่แนวคิดของโฮล์มส์นั้น ความจริงเป็นเพียงแค่ผลลัพธ์หรือผลผลิตของกระบวนการอภิปรายเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ ภายใต้ทฤษฎีเสรีภาพในการแสดงออกของสหรัฐอเมริกา ตลาดเสรีทางความคิดเปิดพื้นที่ให้กับความคิดเห็นที่เต็มไปด้วยความเกลียดชัง หรือสุดโต่งได้ กล่าวโดยเฉพาเจาะจงคือการใช้ประทุษวาจา ซึ่งในท้ายที่สุดอาจกลายเป็น “ความจริงทางการเมือง” (Political Truth) ที่มีความชอบธรรมหากมีคนส่วนมากสนับสนุนหรือเห็นด้วยกับความคิดเห็นนั้น¹⁸⁹

ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีการแสวงหาความจริงของมิลล์ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากกว่ายึดติดกับความจริงหรือความเท็จของการแสดงความคิดเห็นต่าง ๆ และการอภิปรายสาธารณะในอุดมคติจนเกินพอดี ทั้งนี้ เขาให้ความสำคัญการแสวงหาความจริงและการเพิ่มพูนองค์ความรู้ในฐานะของคุณค่าลำดับแรกสุดจนละเลยคุณค่าหรือประโยชน์อย่างอื่นที่ไม่จำเป็นต้องขึ้นอยู่กับความเท็จหรือความจริงแต่อย่างใด ยกตัวอย่างเช่น การแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับความแตกต่างทางสติปัญญาระหว่างคนเชื้อชาติต่าง ๆ ในสังคมซึ่งแม้ว่าจะจะเป็นข้อความที่เป็นจริงก็ตาม ทว่าการปล่อยให้สามารถแสดงความคิดเห็นดังกล่าวต่อไปได้ก็อาจไม่ก่อให้เกิดประโยชน์อันใดต่อสาธารณชน ในทางตรงกันข้าม ความคิดเห็นนี้อาจกลายเป็นสาเหตุของความตึง

¹⁸⁷ Abrams v. US, 250 U.S. 616 (1919).

¹⁸⁸ Larry Alexander, *Is There a Right of Freedom of Expression?* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005). pp. 128-129.; Eric Barendt, *Freedom of Speech*, p.7.

¹⁸⁹ Esther Janssen, *Faith in Public Debate: On Freedom of Expression, Hate Speech and Religion in France & the Netherlands*, p. 45.

เครียดและการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติที่รุนแรงยิ่งขึ้นก็เป็นได้¹⁹⁰ ในขณะที่แนวคิดตลาดเสรีทางความคิดถูกวิพากษ์ว่าประเมินศักยภาพของผู้คนในการใช้เหตุผลแยกแยะว่าจะไร้อุทหรือะไรผิดสูงเกินไป ยิ่งกว่านั้น มิติของสัมพันธภาพเชิงอำนาจที่ไม่ได้เสมอภาคอย่างแท้จริงในตลาดเสรีทางความคิด ทำให้กลุ่มบุคคลบางกลุ่มอาจที่เป็นคนส่วนน้อยไม่สามารถเข้าถึงช่องทางในการแสดงออกหรือแสดงความคิดเห็นได้เท่าเทียมกับกลุ่มอื่น

2.3.4.1.2 ประเด็นอภิปรายตามหลักการความเป็นภัยอันตราย (The Harm Principle)

ตามที่ได้ศึกษาในหัวข้อก่อนหน้า จอห์น สจิวต์ มิลล์ ซึ่งถึงแม้จะเป็นนักปรัชญาคนสำคัญที่ให้คำอธิบายทางปรัชญาที่มุ่งปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกเป็นพิเศษผ่านทฤษฎีการค้นพบความจริง กระนั้นเขาก็ได้กำหนดขอบเขตของการใช้เสรีภาพในการแสดงออกไว้เช่นกัน โดยการนำเสนอ “หลักการความเป็นภัยอันตราย” อันโด่งดังในผลงาน “*On Liberty*” ซึ่งปรากฏข้อความสำคัญว่า “...เป้าหมายเพียงประการเดียวเพื่อให้การใช้อำนาจเหนือสมาชิกในสังคมอารยะโดยขัดกับเจตจำนงของคนผู้นั้นเป็นไปอย่างถูกต้องก็คือ **การป้องกันไม่ให้เกิดภัยอันตรายต่อบุคคลอื่น (*harm to others*)** การใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อประโยชน์อันดีสำหรับตัวบุคคลนั้นเอง ไม่ว่าจะในเชิงกายภาพหรือศีลธรรม ไม่เพียงพอที่จะถือเป็นเหตุผลอันชอบธรรมได้ การบังคับบุคคลให้กระทำหรือไม่กระทำการใด ๆ ไม่อาจทำได้อย่างถูกต้องเพียงเพราะว่าการกระทำเช่นนั้นจะทำให้ชีวิตของบุคคลนั้นดีขึ้น หรือจะทำให้บุคคลนั้นมีความสุขขึ้น หรือเพียงเพราะว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำที่ฉลาดหรือกระทั่งเป็นการกระทำที่ถูกต้องในสายตาของบุคคลอื่น”¹⁹¹

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น หลักการข้างต้นของมิลล์มุ่งเน้นใจความสำคัญอย่างตรงไปตรงมาว่าปัจเจกชนที่เป็นผู้ใหญ่ที่มีวุฒิภาวะย่อมมีเสรีภาพในการกระทำการใด ๆ ได้ตามที่ปรารถนา การแทรกแซงเสรีภาพในการกระทำของปัจเจกชนในสังคมที่เจริญแล้วจะมีความชอบธรรมก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นมีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อผู้อื่น (Harm to others) เว้นแต่การกระทำของบุคคลหนึ่งจะทำให้บุคคลนั้นมีความสุข มีชีวิตที่ดี หรือเป็นสิ่งที่ถูกต้องหรือฉลาดในสายตา

¹⁹⁰ Frederick Schauer, "Social Epistemology, Holocaust Denial, and the Post-Millian Calculus," in *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, ed. Michael Herz and Peter Molnar (Cambridge: Cambridge University Press, 2012). p. 132.

¹⁹¹ John Stuart Mill, *On Liberty*, p. 11.

ของผู้อื่น (Paternalism) ซึ่งการก่อกำบังอันตรายต่อผู้อื่นตามที่ชนะของมิลล์นั้นหมายถึงการกระทำที่เป็น การละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นโดยตรง โดยมิลล์นำเสนอหลักการนี้บนพื้นฐานของผลลัพธ์เป็นหลัก กล่าวคือ ถ้ามีการปกป้องและคุ้มครองเสรีภาพของปัจเจกชนและมีความอดทนอดกลั้นต่อความ หลากหลาย สังคมทั้งสังคมย่อมจะบรรลุประโยชน์สุขสูงสุด

กล่าวโดยเฉพาะเจาะจง มิลล์เห็นว่าเสรีภาพในการแสดงออกเป็นเงื่อนไขที่ ดีที่สุดอันนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ดีที่สุดซึ่งก็คือการส่งเสริมให้มนุษย์เจริญก้าวหน้าขึ้นไปตามลำดับ การ แทรกแซงและจำกัดเสรีภาพของบุคคลอย่างกว้างขวางย่อมทำให้ศักยภาพของมนุษย์แต่ละคนไม่ได้ถูก ใช้อย่างสมบูรณ์ ซึ่งส่งผลเสียต่อมวลมนุษยชาติในภาพรวม¹⁹² โดยเขากำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพ ในการแสดงออกที่รัฐจะสามารถเข้ามาแทรกแซงได้ ณ จุดที่การแสดงออกนั้นมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิด การกระทำที่เป็นภัยอันตรายทางกายภาพ โดยเฉพาะการแสดงออกที่มีลักษณะเป็นการยั่วยุ (Incitement) ให้เกิดการใช้ความรุนแรง หรือการกระทำที่เป็นการมุ่งร้ายเท่านั้น กล่าวคือเป็นการ พิจารณาถึงความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดอย่างยิ่งระหว่างการแสดงความคิดเห็นกับการกระทำที่ก่อกำบังอันตราย ซึ่งเกิดขึ้นสืบเนื่องมา แม้กระนั้นก็ดี มิลล์ไม่ได้หมายความว่า การแสดงออกในลักษณะอื่นจะไม่ ก่อให้เกิดภัยอันตรายใด ๆ เลย (Harmless) แต่เขาเห็นว่าการปล่อยให้การแสดงออกอย่างอื่นที่ไม่ ถึงกับก่อให้เกิดภัยอันตรายที่ร้ายแรงสูงสุดปรากฏอยู่ในกระบวนการอภิปรายถกเถียงสาธารณะย่อมจะ นำไปสู่ประโยชน์ส่วนรวมที่สำคัญได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการค้นพบความจริง¹⁹³

หลักการความเป็นภัยอันตรายข้างต้นมีความเชื่อมโยงอย่างเข้มข้นกับการ ปกป้อง “ความสงบเรียบร้อยของสาธารณะหรือสังคม” (Public Order) และป้องปรามความไม่สงบ สุขของสาธารณะ (The disturbances of the peace) จากความขัดแย้งที่เต็มไปด้วยการใช้ความ รุนแรง ด้วยเหตุนี้ เฉพาะการแสดงความคิดเห็น (Free expression of opinion) ที่มีความสัมพันธ์ ใกล้ชิดอย่างยิ่งกับการกระทำที่เป็นภัยอันตรายซึ่งสืบเนื่องมาจากการแสดงออกความคิดเห็นนั้นเท่านั้น

¹⁹² Nigel Warburton, *Free Speech: A Very Short Introduction*, pp. 75-85.

¹⁹³ John Stuart Mill, *On Liberty*, p. 67-68. มิลล์ยกตัวอย่างกรณีเปรียบเทียบที่เป็นที่รู้จักอย่างแพร่หลาย ได้แก่ กรณีพ่อค้าธัญพืช (The corn dealer case) โดยเป็นการเปรียบเทียบระหว่างการตีพิมพ์บทความกล่าวหาพ่อค้าธัญพืชว่าเป็น ตัวการที่ทำให้คนยากจนอดอยากกับการพูดข้อความในทำนองเดียวกันนี้ (หรือการแสดงข้อความด้วยการชูป้าย) ต่อหน้าฝูงชนที่ เต็มไปด้วยอารมณ์โกรธแค้นซึ่งกำลังรวมตัวอยู่หน้าบ้านของพ่อค้าธัญพืชคนดังกล่าว ทั้งนี้ มิลล์เห็นว่าการแสดงออกในกรณีแรก ควรอนุญาตให้เป็นเสรีภาพที่จะกระทำได้เนื่องจากยังมีคุณค่าอยู่ในการอภิปรายสาธารณะแม้ว่าจะจะเป็นข้อความที่ผิดก็ตาม ในขณะที่กรณีหลังถือว่ามิลล์เห็นว่าการยั่วยุให้เกิดภัยอันตรายต่อพ่อค้าธัญพืชอย่างชัดเจน จึงควรถูกจำกัดตามหลักการนี้

ที่ควรถูกจำกัดหรือลงโทษตามกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายอาญา ทั้งนี้ นับแต่อดีต ภัยอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยของสาธารณะมักถูกใช้เป็นเหตุในการสถาปนาฐานความผิดอาญา เกี่ยวกับการปลุกปั่นให้เกิดความกระด้างกระเดื่องต่อรัฐหรือก่อให้เกิดความไม่สงบภายในรัฐ (Seditious Libel) ซึ่งมุ่งจำกัดหรือลงโทษการแสดงออกความคิดเห็นที่รุนแรง ก่อจลาจลหรือเป็น กบฏของบุคคลหรือกลุ่มใดก็ตามที่มุ่งกระทำต่อรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐ และฐานความผิดอาญาเกี่ยวกับ “การยั่วยุให้เกิดการกระทำผิดอาญา” (Incitement to crimes) ในอีกนัยหนึ่ง มุมมองที่ว่า การห้าม หรือจำกัดการแสดงออกข้างต้นตามกฎหมายต่างมีความชอบธรรมเพื่อประโยชน์ในการป้องกัน ภัยอันตรายต่อผู้อื่นนั้นถือว่าเข้าใจได้ กล่าวอย่างถึงที่สุด ภารกิจหลักของรัฐคือการรักษาความมั่นคง ปลอดภัย และความมีเสถียรภาพของรัฐ เนื่องจากความสงบเรียบร้อยของสาธารณะมีความจำเป็น อย่างมากต่อการคุ้มครองและประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน¹⁹⁴

ในอีกทางหนึ่ง เงื่อนไขเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสาธารณะเปิดโอกาส ให้รัฐสามารถเข้ามาแทรกแซงและจำกัดการแสดงออกทุกประเภทที่มุ่งวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลและเข้า ลักษณะของการปลุกปั่น ซึ่งกล่าวได้ว่าฐานความผิดอาญาเก่าแก่ดังกล่าวนี้มีความชอบธรรม ณ ห้วง เวลาที่มีการสถาปนาฐานความผิดนี้ เนื่องจากอำนาจรัฐอ่อนแออย่างยิ่งจนมีความจำเป็นต้องคุ้มครอง รัฐจากการถูกประณามหรือเหยียดหยามในทางสาธารณะเพื่อป้องกันการโค่นล้มหรือบ่อนทำลายรัฐ อย่างไรก็ตาม การดำเนินคดีในฐานความผิดของ Seditious Libel เริ่มไม่เหมาะสมมากยิ่งขึ้นเรื่อย ๆ ตามพลวัตของรัฐที่มีการบริหารจัดการที่ดีขึ้นและอำนาจของรัฐที่มากขึ้นตามลำดับ¹⁹⁵ อนึ่ง บรรดา ฐานความผิดเกี่ยวกับ Seditious Libel ถูกจัดว่าเป็นประเภทของกฎหมายที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษ วาจาที่เก่าแก่ที่สุด แม้กระนั้นก็ดี การนับรวมและจัดประเภทเช่นนั้นก็ยังมีความปัญหาที่ถูวิพากษ์อยู่ พอสมควร กล่าวคือ ในขณะที่ประทุษวาจาที่เข้าลักษณะของ Seditious Libel เป็นการแสดงออก โดยตรงต่อรัฐบาล ทว่าการใช้ประทุษวาจาในอีกลักษณะหนึ่ง (ยุคสมัยใหม่) กลับมุ่งกระทำหรือ แสดงออกต่อกลุ่มคนส่วนน้อยหรือกลุ่มคนชายขอบเป็นสำคัญ เช่น กลุ่มคนส่วนน้อยทางเชื้อชาติหรือ ศาสนา เป็นต้น นอกจากนั้นสถานะหรือตำแหน่งแห่งที่ของกลุ่มคนส่วนน้อย ต่าง ๆ ในสังคมยังคง ไม่ได้รับการประกันที่ดีพอว่าพวกเขาไม่จำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองจากการถูกโจมตีโดยประทุษวาจา

¹⁹⁴ Esther Janssen, *Faith in Public Debate: On Freedom of Expression, Hate Speech and Religion in France & the Netherlands*, p. 18-19.

¹⁹⁵ Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech* (Cambridge: Harvard University Press, 2012). p. 30.

อีกต่อไปแล้ว¹⁹⁶ ตลอดจนขอบเขตของฐานความผิด Seditious Libel ยังอาจนับรวมการวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลของฝ่ายต่อต้านรัฐบาลเข้าไปด้วยซึ่งไม่สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันแตกต่างอย่างนัยสำคัญจากการวิพากษ์วิจารณ์อย่างดุเดือดต่อบรรดาต่อกลุ่มคนส่วนน้อยต่าง ๆ ในสังคมซึ่งอาจพิจารณาได้ว่าก่อให้เกิดภัยอันตรายอย่างยิ่งต่อพวกเขา

จากที่ได้อธิบายมาข้างต้น ในปัจจุบันนักวิชาการบางส่วนยังยึดหลักตามแนวทางที่มุ่งเน้นผลลัพธ์ของมิลล์ (Millian consequentialist approach) ซึ่งมุ่งเน้นว่าการใช้ประทุษวาจาที่เข้าลักษณะของการยั่วให้เกิดความเกลียดชังอาจถูกจำกัดหรือลงโทษตามกฎหมายได้ ถ้าสามารถพิสูจน์หรือแสดงให้เห็นได้ว่าการยั่วยันั้นได้ก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่ผู้อื่นโดยสร้างบรรยากาศแห่งความเกลียดชัง (Climate of hatred) ที่จะนำไปสู่การเลือกปฏิบัติ การใช้ความรุนแรง หรือความยุติธรรมต่อกลุ่มทางสังคมบางกลุ่ม อย่างไรก็ตาม แนวทางที่ต้องการผลลัพธ์ของภัยอันตรายโดยตรงเช่นนี้ ต้องอาศัยหลักฐานเชิงประจักษ์ที่จะพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างการใช้ประทุษวาจา กับภัยอันตรายที่เกิดจากประทุษวาจาอย่างชัดเจนและหนักแน่น ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วเป็นเรื่องที่พิสูจน์ได้ค่อนข้างยากลำบาก¹⁹⁷

นอกจากนั้น นักวิชาการอีกจำนวนหนึ่งอธิบายการจำกัดการใช้ประทุษวาจาบนพื้นฐานของทฤษฎีของมิลล์ที่แตกต่างแง่มุมออกไป โดยเน้นย้ำความสำคัญของ “การแสดงออกที่มีคุณค่าระดับสูง” (High value speech) ในทฤษฎีการแสวงหาความจริง (Discovery of truth) กล่าวคือ การแสดงออกที่มีคุณค่าอย่างสูงแตกต่างจาก “การแสดงออกที่มีคุณค่าระดับต่ำ” (Low value speech) โดยการแสดงออกอย่างแรกนั้นเกี่ยวเนื่องกับความสามารถในการพินิจพิเคราะห์ (Deliberative capacity) ของมนุษย์แต่ละคน และควรได้รับการคุ้มครองในฐานะของเสรีภาพในการแสดงออก อย่างไรก็ตาม ตัวอย่างของการใช้ประทุษวาจาหลายกรณีมักเข้าลักษณะของการแสดงออกที่มีคุณค่าต่ำซึ่งไม่ส่งเสริมศักยภาพในการพินิจพิเคราะห์แต่อย่างใด เช่น การแสดงออกที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาท (Fighting Words) หรือการยั่วให้เกิดการใช้ความรุนแรง ซึ่งควรถูก

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ Paul Billingham and Matteo Bonotti, "Introduction: Hate, Offence and Free Speech in a Changing World," *Ethic Theory Moral Practice* 22(2019): 531-537.

จำกัดตามกฎหมายแม้กระทั่งในสหรัฐอเมริกาซึ่งให้ความคุ้มครองกับเสรีภาพในการแสดงออกเป็นหลักก็ตาม¹⁹⁸

2.3.4.2 ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีอัตตาณัติของปัจเจกชน (Individual Autonomy)

ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีนี้มักถูกใช้สนับสนุนการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกจากมุมมองของคุณค่าภายในของเสรีภาพในการแสดงออกเอง ซึ่งถือเป็นรากฐานของคำอธิบายที่เก่าแก่โดยสืบสาวไปถึงคำอธิบายของปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิก โดยมีความเชื่อว่าพื้นฐานว่าปัจเจกชนแต่ละคนมีอัตตาณัติหรือมีอิสรภาพในการกำหนด เลือก แสวงหาและควบคุมเป้าหมายวิถีชีวิตและชะตากรรมที่แต่ละคนพึงพอใจ¹⁹⁹ การกระทำที่อยู่ภายใต้อัตตาณัติของตนเองนั้น (Autonomous action) เป็นเงื่อนไขสำคัญของ การแสดงออกความเป็นตนเอง (Self-expression) การบรรลุเป้าหมายของตนเอง (Self-fulfillment) การเข้าใจตนเอง (Self-Realization) และการพัฒนาตนเอง (Self-Development) ทั้งนี้ เสรีภาพในการแสดงออกและการสื่อสารถือว่าเป็นองค์ประกอบสำคัญของการมีอัตตาณัติของปัจเจกชน (Individual autonomy)²⁰⁰ กล่าวคือเมื่อปัจเจกชนแสดงหรือเปิดเผยมุมมองหรือทัศนคติเกี่ยวกับคุณค่าบางประการต่อโลกภายนอกและเลือกที่จะนำเสนอตนเองต่อผู้อื่นอย่างไร ย่อมเท่ากับว่าปัจเจกชนผู้นั้นได้ตระหนักรู้อย่างแท้จริงถึงสิ่งที่ตนเองต้องการและนิยามตนเองในฐานะของบุคคลที่มีอิสรภาพในการกำหนดตนเองในสังคม เสรีภาพในการแสดงออกจึงไม่อาจแบ่งแยกออกจากเสรีภาพในทางความคิดและมโนธรรมได้²⁰¹ ดังนั้น การปราบปรามและจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมายจึงนับว่าเป็นปฏิปักษ์ต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และการให้ความเคารพที่เท่าเทียมกันของบุคคลอย่างร้ายแรง เนื่องจากการประณามอย่างเป็นทางการว่าความคิด ความเชื่อ และวิถีชีวิตของปัจเจกชนคนหนึ่งด้อยค่ากว่าปัจเจกชนอื่น อันเป็น

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1988). p. 369.

²⁰⁰ C. Edwin Baker, "Hate Speech," in *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, ed. Michael Herz and Peter Molnar (Cambridge: Cambridge University Press, 2012). p. 63.

²⁰¹ Narongdech Srukhsit, "Freedom of Speech and Third Parties in Election Campaigns: A comparative Analysis of Campaign Finance Regulations," p. 60.

การบ่อนทำลายความรู้สึก “ความเป็นเจ้าของ” (Belonging) และ “อัตลักษณ์” (Identity) ของปัจเจกชนนั้น และอาจส่งผลเป็นการเบียดขับปัจเจกชนดังกล่าวออกจากสังคมได้ในที่สุด²⁰²

แม้การคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกตามทฤษฎีอัตตาณัติข้างต้นจะมุ่งไปที่ผู้ส่งสารเป็นหลัก (Speaker) อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการแสดงออกยังเป็นองค์ประกอบสำคัญของอัตตาณัติของผู้รับสารด้วย (Audience; Receiver) เพราะถ้ารัฐปิดกั้นปัจเจกชนจากการรับสารของผู้ส่งสารที่อาจมีผลต่อความคิดและความเชื่อของปัจเจกชนนั้น ย่อมถือได้ว่ารัฐดังกล่าวล้มเหลวในการเคารพต่ออัตตาณัติของปัจเจกชนที่เป็นผู้รับสารเช่นกัน เนื่องจากบุคคลจะดำรงสภาวะการมีอัตตาณัติอยู่ได้ก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารอย่างเต็มที่ (fully informed) และมีอิสระเสรีในการพินิจพิเคราะห์และชั่งน้ำหนักประเด็นอภิปรายต่าง ๆ ที่สนับสนุนหรือคัดค้านต่อการตัดสินใจที่จะกระทำการ หนึ่ง ๆ²⁰³

สืบเนื่องจากคำอธิบายข้างต้น ความสัมพันธ์ระหว่างการใช้ประทุษวาจาจากกับทฤษฎีอัตตาณัติของปัจเจกชน สามารถอธิบายได้ 2 มิติ ได้แก่ มิติของอัตตาณัติของผู้ใช้ประทุษวาจา (Autonomy of hate speaker) และมิติของผู้รับสารจากการใช้ประทุษวาจา (Autonomy of the hate speaker's intended audience) โดยในมิติแรก ผู้ใช้ประทุษวาจาควรมีอิสระที่จะเลือกว่าพวกเขาจะโน้มน้าวหรือชักจูงบรรดาผู้รับสารจากการใช้ประทุษวาจาให้มีความเชื่อหรือทัศนคติต่อกลุ่มบุคคลบางกลุ่มในสังคมได้เมื่อไหร่และอย่างไร ข้อเท็จจริงเพียงว่าความพยายามดังกล่าวของผู้ใช้ประทุษวาจาจะสร้างความไม่พอใจให้กับเจ้าหน้าที่รัฐหรือผู้รับสารบางส่วนย่อมไม่ชอบธรรมเพียงพอที่จะถูกจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ ทฤษฎีอัตตาณัติของปัจเจกชนย่อมเรียกร้องให้มุ่งคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งรวมถึง “สิทธิในการมีส่วนร่วมในการใช้ประทุษวาจา” (Right to engage in hate speech)²⁰⁴ ในขณะที่มิติที่สอง ผู้รับสารจากการใช้ประทุษวาจาควรมีอิสระที่จะตัดสินใจว่าถ้อยความหรือสารที่เป็นประทุษวาจาต่อกลุ่มบางกลุ่มใน

²⁰² Lucia Adriana van Noorloos, *Hate Speech Revisited: A Comparative and Historical Perspective on Hate Speech in the Netherlands and England & Wales* (Oxford: Clarendon Press, 1988). pp. 37-38.

²⁰³ Thomas Scanlon, "A Theory of Freedom of Expression," *Philosophy & Public Affairs* 1(1972): 204.; C. Edwin Baker, "Hate Speech" in Michael Herz and Peter Molnar (eds.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, p. 63.

²⁰⁴ C. Edwin Baker, "Autonomy and Hate Speech," in *Extreme Speech and Democracy*, ed. Ivan Hare and James Weinstein (Oxford: Oxford University Press, 2009). p. 63.

สังคมนั้นเป็นจริงหรือเท็จและพวกเขาควรจะเชื่อหรือคล้อยตามตามที่ผู้ใช้ประทุษวาจาชักจูงหรือไม่ ทั้งนี้ การจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายย่อมหมายถึงว่าเจ้าหน้าที่รัฐล้มเหลวในการปฏิบัติต่อประชาชนเยี่ยงบุคคลที่มีความสามารถในการตัดสินใจอย่างมีอิสระและมีความรับผิดชอบเพียงพอว่าจะยอมรับความคิด ทศนคติหรือความรู้สึกต่อกลุ่มบุคคลบางกลุ่มหรือไม่ อย่างไร ด้วยเหตุนี้ ทฤษฎีอัตตาณัติของปัจเจกชนย่อมเรียกร้องให้มุ่งคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งรวมถึง “สิทธิในการได้รับสารจากการใช้ประทุษวาจา” (Right to receive hate speech) ด้วย²⁰⁵

อย่างไรก็ตาม การปกป้องและคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามทฤษฎีอัตตาณัติของปัจเจกชนก็อาจมีข้อจำกัดได้เช่นกัน กล่าวโดยสรุปคือ การจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายย่อมมีความชอบธรรมหากมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้รับสารจากการใช้ประทุษวาจาจาก “การชักจูงใจที่เกินควร” (Undue influence) (ในกรณีนี้รวมถึงเหยื่อของประทุษวาจาด้วย) ซึ่งหมายถึงว่าในบางกรณี การใช้ประทุษวาจาอาจยับยั้งศักยภาพในการตัดสินใจที่จะเชื่อหรือไม่เชื่อเนื้อหาของประทุษวาจาของผู้รับสารอย่างมีนัยสำคัญ และสามารถบังคับให้ผู้รับสารมีปฏิกริยาในวิถีที่สะท้อนเจตจำนงของผู้ใช้ประทุษวาจา มากกว่าเจตจำนงของตัวเอง²⁰⁶

2.3.4.3 ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity)

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นคำสำคัญที่มักปรากฏอยู่ในคำปรารภของของบรรดาตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทั่วโลกในฐานะที่เป็นรากฐานของบรรดาสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การระบุไว้ในคำปรารภและมาตราแรกของปฏิญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับการลงมติรับรองโดยองค์การสหประชาชาติหลังเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ในปี ค.ศ. 1948 ทั้งนี้ ศักดิ์ศรี (Dignity) มีลักษณะเป็นสภาวะที่พึงปรารถนา (Desirable State) มากกว่าเป็นสิทธิในตัวเอง โดยกฎหมายถือเป็นเครื่องมือชั้นเลิศในการประกันสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ทุกคน อันก่อดอกผลสำคัญคือการช่วยพิทักษ์พื้นที่สำหรับชีวิตที่มีศักดิ์ศรี (Dignified Life) ของมวลมนุษยชาตินั่นเอง²⁰⁷ อย่างไรก็ตาม

²⁰⁵ Alexander Brown, *Hate Speech Law: A Philosophical Examination* (New York: Routledge, 2017). p. 59.

²⁰⁶ Ibid. pp. 58-66.

²⁰⁷ Esther Janssen, *Faith in Public Debate: On Freedom of Expression, Hate Speech and Religion in France & the Netherlands*, p. 21.

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สามารถจำแนกแยกแยะได้หลายทฤษฎี ซึ่งจะได้อธิบายสองทฤษฎีที่สำคัญดังต่อไปนี้²⁰⁸

2.2.5.3.1 ทฤษฎีว่าด้วยศักดิ์ศรีในฐานะของคุณค่าภายในมนุษย์แต่ละคน (Dignity as Intrinsic Human Worth)

ทฤษฎีนี้ตั้งอยู่บนมติทัศน์ว่าศักดิ์ศรีเป็นคุณค่าภายในที่ปัจเจกชนแต่ละคนมีในฐานะที่เป็นมนุษย์ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงสถานภาพทางสังคมหรือจุดยืนทางสังคมใด ๆ ของปัจเจกชนในความเป็นจริง แต่มุ่งอ้างอิงถึงศักดิ์ศรีขั้นต่ำที่มนุษย์ทุกคนมีอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน นอกจากนี้ ศักดิ์ศรีตามทฤษฎีนี้ยังเชื่อมโยงโดยตรงกับสิทธิเสรีภาพเชิงปฏิเสธจากการแทรกแซงจากรัฐและปัจเจกชนอื่น ทั้งนี้ ทฤษฎีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในลักษณะนี้มักถูกพิจารณาในฐานะประเด็นอภิปรายที่สนับสนุนการปกป้องและคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกมากกว่าการจำกัดหรือแทรกแซง โดย *ดอว์นกิน* ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกอย่างยิ่งในมิติของ “การยอมรับรู้” (Recognition) ศักดิ์ศรีของผู้สื่อสารเป็นหลัก ในนัยนี้คือผู้ใช้ประทุษวาจา

2.2.5.3.2 ทฤษฎีว่าด้วยศักดิ์ศรีในฐานะของการยอมรับรู้ (Dignity as recognition)

ทฤษฎีนี้คือการให้ความสำคัญกับศักดิ์ศรีในฐานะของ “การยอมรับรู้” (Recognition) กล่าวคือ ภายใต้มติทัศน์ดังกล่าว บุคคลแต่ละคนถือว่าเป็นส่วนประกอบหนึ่งของสังคม โดยคนหนึ่งคนจะรับรู้ถึงความมีศักดิ์ศรีของตนเองได้ก็เฉพาะแต่ผ่านการยอมรับรู้โดยสังคมที่กว้างกว่าเท่านั้น ปัจเจกชนต้องได้รับทั้งความเคารพและการยอมรับรู้จากปัจเจกชนอื่น ๆ ซึ่งกันและกันในฐานะที่ต่างเป็นพลเมืองและสมาชิกของสังคมด้วยกัน นอกจากนี้ ยังรวมถึงการได้รับความเคารพและการยอมรับรู้จากรัฐด้วย เนื่องจากรัฐอยู่ในสถานะที่เป็นศูนย์รวมของปทัสถานทางกฎหมายและสังคมของชุมชนหรือสังคมหนึ่ง ๆ รัฐจึงต้องเรียกร้องและบังคับให้เกิด “ความเคารพระหว่างบุคคล” (Interpersonal Respect) ของพลเมืองทั้งหลายให้จงได้ ยกตัวอย่างเช่น ผ่านการบังคับใช้กฎหมายที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจา เป็นต้น ถึงแม้ว่าประทุษวาจาในรูปแบบที่เป็นรูปธรรมอาจนำไปสู่การเลือกปฏิบัติและการใช้ความรุนแรงต่อเหยื่อเป้าหมายของประทุษวาจาได้ แต่ภายใต้มติโน

²⁰⁸ Neomi Rao, "Three Concepts of Dignity in Constitutional Law," *Notre Dame Law Review* 86(2011): 196, 200, 203.

ทัศนคติที่มุ่งความสนใจไปที่ว่าประทุษวาจาสามารถทำร้ายหรือสร้างความเสียหายต่อความรู้สึกในศักดิ์ศรีของบุคคลได้ด้วยการทำลายความเป็นสมาชิกในสังคมของเหยื่อเป้าหมายของประทุษวาจานั้น²⁰⁹

บนพื้นฐานของแนวคิดสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) สตีเวน เฮแมน (Steven Heyman) เสนอว่า “สิทธิที่จะถูกยอมรับรู้” (Right to Recognition) ของปัจเจกชนผ่านการใช้มาตรการทางกฎหมาย คือ สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่สำคัญสูงสุดที่ปัจเจกชนแต่ละคนพึงมี และเป็นรากฐานของสิทธิเสรีภาพอื่น ๆ นอกจากนั้น การยอมรับรู้ของปัจเจกชนที่มีต่อกัน (Mutual Recognition) เปรียบเสมือนพันธะที่พันผูกและก่อร่างชุมชนทางการเมืองขึ้น ด้วยเหตุผลนี้ ปัจเจกชนจึงมีหน้าที่ต้องยอมรับรู้ปัจเจกชนอื่นในฐานะมนุษย์และพลเมือง การใช้ประทุษวาจาจึงเป็นการละเมิดหน้าที่ดังกล่าวในลักษณะที่ส่งผลกระทบอย่างลึกซึ้งต่อทั้งตัวเหยื่อของประทุษวาจาและสังคมในภาพรวมด้วย²¹⁰ เฮย์แมนยังอธิบายต่อว่าเนื้อหาของประทุษวาจาทำให้เกิดความเสียหายหรืออันตรายอย่างชัดเจน เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากเข้าลักษณะของการ “รุกราน” (Aggression) ผู้อื่น และอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการทำลายความสงบสันติของสังคม (Breach the peace) รวมถึงส่งสัญญาณให้เกิดเงื่อนไขของการเป็นปฏิปักษ์และความเกลียดชังต่อกัน กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดตั้งใจที่จะปฏิบัติต่ออีกบุคคลหนึ่งในฐานะของศัตรู ดังนั้น สิทธิที่จะปลอดภัยจากการรุกรานต้องถูกพิจารณาในฐานะของส่วนหนึ่งของ “ความปลอดภัยส่วนบุคคล” (Personal Security)²¹¹

เจเรมี วอลดรอน (Jeremy Waldron) ศาสตราจารย์ด้านนิติศาสตร์ชื่อดังชาวนิวซีแลนด์ ได้นำเสนอแนวคิดในกรอบของมโนทัศน์เดียวกันกับเฮย์แมนว่าการใช้ประทุษวาจาที่ปรากฏอย่างชัดเจน (Visibility Hate Speech) นั้นละเมิดศักดิ์ศรีของเหยื่อของประทุษวาจาในลักษณะของการทำลายความรู้สึกถึง “ความมั่นคงปลอดภัย” (Assurance) ของเหยื่อซึ่งเกี่ยวข้องกับความมั่นคงปลอดภัยของสถานะทางศักดิ์ศรีของพวกเขา (Dignitarian status) โดยตรง ไม่ใช่พิจารณา

²⁰⁹ Ibid. pp. 244, 249, 252.

²¹⁰ Steven Heyman, "Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment," in *Extreme Speech and Democracy*, ed. Ivan Hare and James Weinstein (Oxford: Oxford University Press, 2009). p. 158-181.

²¹¹ Ibid. ยกตัวอย่างเช่น การเรียกร้องให้กีดกันหรือกดขี่กลุ่มชาติพันธุ์ของนาย ก. หรือโดยกล่าวว่กลุ่มของนาย ก. ดังกล่าวน่ารังเกียจหรือเป็นพลเมืองชั้นสอง ย่อมหมายถึงว่าผู้ใช้ประทุษวาจานั้นแสดงสัญญาณของการปฏิเสธที่จะยอมรับนาย ก. และสมาชิกคนอื่น ๆ ในกลุ่มของนาย ก. ในสถานะของมนุษย์และพลเมืองที่เท่าเทียม เป็นการลดทอนจุดยืนทางสังคมของกลุ่มเหยื่อและเป็นการสร้างภัยอันตรายต่อพวกเขา

จากแง่มุมของการลดทอนสถานะของความเสมอภาคที่ปรากฏในกฎหมายหรือที่แสดงออกผ่านแนวปฏิบัติหรือทัศนคติเกี่ยวกับความเสมอภาคของผู้คนในสังคม กล่าวอีกนัยหนึ่ง การใช้ประทุษวาจาแสดงออกถึงแนวคิดที่มองว่ากลุ่มเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาไม่มีคุณค่าหรือไม่คู่ควรเพียงพอต่อสถานะของความเป็นพลเมืองที่เท่าเทียมกัน (Equal citizenship)²¹² ซึ่งส่งผลเป็นการบ่อนทำลายสถานะทางสังคมพื้นฐาน (Basic social standing) ของกลุ่มเหยื่อ รวมถึงชื่อเสียงเกียรติภูมิพื้นฐาน (Basic reputation) ที่เกี่ยวเนื่องกับอัตลักษณ์ของความเป็นกลุ่มบางอย่างด้วยการกระทำหรือการให้เหตุผลว่าควรตัดสิทธิกลุ่มเหยื่อเหล่านี้ออกจากการได้รับการปฏิบัติเยี่ยงสมาชิกของสังคมที่มีศักดิ์ศรี และมีสถานะทางสังคมที่ได้รับการยอมรับ กล่าวอย่างถึงที่สุด การใช้ประทุษวาจาถือเป็นการดูหมิ่นเหยียดหยามที่คาดการณ์ไว้ล่วงหน้าแล้วต่อศักดิ์ศรีของกลุ่มคนเปราะบางทั้งหลายในสังคม และยังเป็นการมุ่งโจมตีที่คาดการณ์ไว้ล่วงหน้าแล้วเช่นกันต่อประโยชน์สาธารณะในมิติของความเป็นปึกแผ่นของสังคม (Inclusiveness)²¹³

กล่าวได้ว่า ประเด็นอภิปรายบนพื้นฐานของทฤษฎีสักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หากนำไปใช้เป็นเหตุผลในการให้ความชอบธรรมกับการตรากฎหมายที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจา โดยกล่าวอ้างว่าการใช้ประทุษวาจาละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของกลุ่มเหยื่อของการใช้ประทุษวาจานั้นยังคงถูกอภิปรายถกเถียงในแวดวงวิชาการอย่างกว้างขวาง โดยฝ่ายหนึ่งวิพากษ์ว่าข้อกล่าวอ้างในลักษณะนี้อยู่บนพื้นฐานของแนวคิดแบบคุณพ่อรู้ดี (Paternalism) และศีลธรรมนิยม (Moralism) มากจนเกินไป อย่างไรก็ตาม ข้อกล่าวอ้างที่ว่าประทุษวาจาส่งผลกระทบต่อภัยอันตรายต่อศักดิ์ศรีของเหยื่อของประทุษวาจาอย่างมีนัยสำคัญตามแนวทางของเฮย์แมน และวาลดรอนก็ยังคงมีความโดดเด่นที่น่าสนใจอยู่ไม่น้อย แม้กระนั้นก็ดี ในภาพรวมแล้วแนวคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าค่อนข้างคลุมเครือซึ่งอาจส่งผลร้ายต่อการใช้เสรีภาพในการแสดงออก ในอีกนัยหนึ่ง มีผู้กล่าวว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ควรเป็นเงื่อนไขเสริมในการจำกัด

²¹² Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech*, p. 5, 39.

²¹³ Ibid. ทั้งนี้ วาลดรอนแบ่งประเภทว่าการใช้ประทุษวาจาเป็นประเภทหนึ่งของการหมิ่นประมาทกลุ่มในทางอาญาเป็นหลัก (Criminal libel statues) โดยรัฐใช้เป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ (Public Order) และเป็นการส่งเสริมเงื่อนไขข้อจำกัดการรักษาสื่อเสียงเกียรติคุณของประชาชน กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือเป็นการมุ่งปกป้องความสงบเรียบร้อยของสาธารณะที่อยู่บนรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Dignitarian foundations of public order)

เสรีภาพในการแสดงออกมากกว่าที่จะเป็นประเด็นอภิปรายที่มีความสำคัญแยกเป็นเอกเทศออกมา
ลำพังได้²¹⁴

2.3.4.4 ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีความเสมอภาค (Equality)

แนวคิดหลักของทฤษฎีความเสมอภาคมีความเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับทฤษฎี
ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และถูกให้ความสำคัญในฐานะเป็นฐานรากที่สำคัญของการใช้เสรีภาพในการ
แสดงออก ทั้งนี้ ดวอร์นกิน มองว่ารัฐต้องปฏิบัติต่อประชาชนทุกคนด้วยความเคารพและให้ความสำคัญ
อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน (Equal respect and concern) และต้องไม่จำกัดและแทรกแซงการใช้
เสรีภาพบนพื้นฐานที่ว่าแนวคิดเกี่ยวกับชีวิตที่ดีของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง (หรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง) สูงส่ง
กว่าของบุคคลอื่น (หรือกลุ่มอื่น)²¹⁵ โดยในบริบทของการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามทฤษฎีความ
เสมอภาค บุคคลทุกคนย่อมมี “โอกาสที่เสมอภาคกันในการพูดและถูกรับฟัง” (Equal opportunity
to speak and be heard)²¹⁶ รัฐอาจกำหนดมาตรการเชิงบวกต่าง ๆ (Positive measures) ในการ
ตระหนักถึงการเข้าถึงที่เท่าเทียมกันของกลุ่มคนส่วนน้อยในสื่อสาธารณะเพื่อที่จะประกันการกระจาย
ความคิดเห็นและทัศนคติที่เท่าเทียมกันกับกลุ่มคนส่วนใหญ่ที่ครอบงำสังคมอยู่ (Dominant
groups)²¹⁷

นอกจากที่กล่าวมาข้างต้น แนวคิดเกี่ยวกับความเสมอภาคอาจใช้เป็นเหตุในการตรา
กฎหมายจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกได้ หรือกล่าวได้ว่าบรรดากฎหมายที่จำกัดการใช้ประทุษวาจา
ย่อมถือว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของ “มาตรการยืนยันสิทธิเชิงบวก” (Affirmative action)²¹⁸ ทั้งนี้
ผู้สนับสนุนการใช้กฎหมายจำกัดการใช้ประทุษวาจาส่วนหนึ่งมองว่าการปล่อยให้มีการแสดงความ
คิดเห็นที่เข้าลักษณะเป็นประทุษวาจาที่เหยียดเชื้อชาติ (Racist Hate Speech) อาจส่งผลกระทบเป็น
การกีดกันกลุ่มเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาจากการใช้เสรีภาพในการแสดงออกอย่างเสมอภาค โดย

²¹⁴ Esther Janssen, *Faith in Public Debate: On Freedom of Expression, Hate Speech and Religion in France & the Netherlands*, p. 23.

²¹⁵ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1979). p. 272.

²¹⁶ Wojciech Saduraki, *Freedom of Speech and Its Limits* (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999). p. 74.

²¹⁷ Esther Janssen, *Faith in Public Debate: On Freedom of Expression, Hate Speech and Religion in France & the Netherlands*, p. 23.

²¹⁸ Wojciech Saduraki, *Freedom of Speech and its Limits*, p. 74.

การยินยอมให้มีการใช้ประทุษวาจาอย่างไร้ข้อจำกัดในสังคมอาจส่งผลทำให้เหยื่อของประทุษวาจาต้องเงียบเสียงของตัวเองลงไป (The Silencing Effect) ซึ่งจำแนกได้เป็น 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก ประทุษวาจา (โดยเฉพาะการเหยียดเชื้อชาติ) อาจมีลักษณะคุกคามข่มขู่อย่างมากซึ่งทำให้บรรดาเหยื่อของประทุษวาจาเร่งยับยั้งตนเองจากการแสดงความคิดเห็นในทางสาธารณะ เนื่องจากเกรงกลัวว่าจะถูกตอบโต้กลับด้วยประทุษวาจาที่รุนแรงข้างต้นนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง การใช้คำพูดหรือการแสดงออกที่มุ่งประทุษร้าย (Assaultive Speech) อาจส่งผลกระทบต่อ กว้างขวาง เช่น ภัยอันตรายต่อร่างกายและจิตใจอย่างร้ายแรง ซึ่งรวมถึงความหวาดกลัว ความเครียด การถอนตัวออกจากสังคม ความภาคภูมิใจในตัวเองเสียหาย ความทะเยอทะยานลดต่ำลง และความขี้มึนเศร้า ตลอดจนภัยอันตรายในทางเศรษฐกิจซึ่งรวมถึงโอกาสในชีวิตที่น้อยลงจากสมรรถภาพในการทำงานหรือประกอบอาชีพที่ย่ำแย่²¹⁹ อย่างไรก็ตาม มีผู้วิจารณ์ว่าถึงแม้การใช้ประทุษวาจาจะก่อให้เกิดผลกระทบเชิงลบต่อเหยื่อ ทว่าข้อความของประทุษวาจา (โดยเฉพาะที่เหยียดเชื้อชาติ) โดยตัวมันเองก็ไม่ได้ห้ามปรามพวกเขาจากการแสดงออกหรือพูดออกไป²²⁰

ประการที่สอง ประทุษวาจาอาจส่งผลกระทบต่อสาธารณชน กล่าวคือ การใช้ประทุษวาจาอาจทำให้การอภิปรายถกเถียงสาธารณะเกิดความยุ่งยากสับสน และส่งผลเป็นการบิดเบือนความสัมพันธ์ของผู้คนในสังคม ทั้งยังเป็นการลบล้างบรรทัดฐานของการเคารพศักดิ์ศรีของกันและกันด้วย (Mutual Respect)²²¹

2.3.4.5 ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีชาติพันธุ์วิพากษ์ (Critical Race Theory)

การกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายภายใต้ทฤษฎีนี้มุ่งเน้นว่าการแสดงออกบางประการเป็น “การกระทำที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติ” (Discriminatory Actions) ในตัวเอง ทั้งนี้ แนวคิดที่มองว่าควรจำกัดการใช้ประทุษวาจาอันเนื่องมาจากอำนาจเชิงการกระทำ (performative power) ของประทุษวาจานั้น ถูกพัฒนาและนำเสนอโดยกลุ่มนักชาติพันธุ์วิพากษ์ (Critical Race Theorists หรือ CRT) ในช่วงทศวรรษที่ 1990 โดยทฤษฎีความรุนแรงทางอ้อม (The

²¹⁹ Richard Delgado and Jean Stefancic, "Understanding Words That Wound," (New York: Routledge, 2004). pp. 12-15.

²²⁰ Esther Janssen, *Faith in Public Debate: On Freedom of Expression, Hate Speech and Religion in France & the Netherlands*, p. 24.

²²¹ Ibid.

Theory of Discursive Violence) ของบรรดานักชาติพันธุ์วิพากษ์ต่างมุ่งพิจารณาจากมุมมองของเหยื่อของประทุษวาจาเป็นหลัก และอธิบายว่าอัตลักษณ์ของปัจเจกชนถูกให้นิยามผ่านความเป็นชาติพันธุ์ (Ethnic) และสายสัมพันธ์ทางวัฒนธรรม (Cultural Bond) ในขณะที่การเลือกวิถีชีวิตและความสามารถในการพิจารณาตัดสินใจ (Deliberative Capabilities) ของปัจเจกชนถูกก่อร่างขึ้นผ่านการปฏิสัมพันธ์กับผู้อื่น²²² ดังนั้น ประทุษวาจาจึงสร้างและดำรงไว้ซึ่งระดับช่วงชั้นทางสังคม (Social hierarchy) ที่ทำให้กลุ่มคนส่วนน้อยในมิติต่าง ๆ ในสังคมนั้นจำต้องรู้จักสถานะและที่ยืนของตนเอง กล่าวอย่างถึงที่สุด การจัดประเภทของเชื้อชาติต่าง ๆ (Racial Categorization) ถูกทำขึ้นเพื่อสนองประโยชน์ของกลุ่มคนที่ครอบงำสังคมนั้นเป็นสำคัญ (The dominant group)²²³

ทฤษฎีข้างต้นถูกพัฒนาบนรากฐานของปรัชญาภาษา (Language Philosophy) ที่รู้จักโดยทั่วไปว่า “**ทฤษฎีวิัจจนกรรม**” (Speech Act Theory) ซึ่ง เจ. แอล. ออสติน (J.L. Austin) นักปรัชญาภาษาคนสำคัญได้อธิบายว่า วิัจจนกรรม หมายถึง ถ้อยคำต่าง ๆ ที่เกิดจากการใช้ภาษาของมนุษย์จะแสดงการกระทำได้ 3 ประการ ดังนี้²²⁴ (1) **วิัจจนกรรมตรงตามคำพูด (Locutionary Act)** หมายถึง เนื้อหาของการพูด (The content of the utterances) (2) **วิัจจนกรรมปฏิบัติ (Illocutionary Act)** หมายถึง การกระทำที่แสดงออกผ่านการพูด เช่น ข้อความว่า “คนมุสลิมไม่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาใช้บริการในบาร์แห่งนี้” (Muslims are not allowed in this bar) และ (3) **ผลวิัจจนกรรม (Perlocutionary Act)** หมายถึง ผลกระทบที่เกิดจากการพูดซึ่งประกอบด้วยผลลัพธ์ที่เป็นเหตุเป็นผลกัน (Casual consequences) โดยวิัจจนกรรมที่กล่าวมาสามารถเป็นการเลือกปฏิบัติในตัวเองได้ ไม่ใช่เพราะทำให้ผู้รับสารรู้สึกหรือคิดอะไรอย่างใดอย่างหนึ่ง (Perlocution) แต่เพราะการกระทำโดยแท้ (Actual conduct) ที่เป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียม (Unequal Treatment) โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำพูดที่เป็นวิัจจนกรรมปฏิบัติ (Illocutions) สามารถทำอะไรได้มากมายหลายสิ่ง ซึ่งรวมถึงการกดทับผู้อื่น (Subordination)²²⁵

²²² Richard Delgado and Jean Stefancic, *Understanding Words that Wound*, p. 32.

²²³ Esther Janssen, *Faith in Public Debate: On Freedom of Expression, Hate Speech and Religion in France & the Netherlands*, p. 24-26.

²²⁴ Ibid.

²²⁵ Alexander Brown, *Hate Speech Law: A Philosophical Examination*, pp. 75-86.

ทั้งนี้ สำหรับนักทฤษฎีชาติพันธุ์วิพากษ์ ประชวาทาซึ่งเหยียดเชื้อชาติหรือชาติพันธุ์ (Racist Hate Speech) จะประกอบด้วยการกดทับเชิงโครงสร้างต่อกลุ่มบางกลุ่มบนพื้นฐานของความด้อยกว่าทางเชื้อชาติ (Racial Inferiority) โดยประชวาทาซึ่งเข้าลักษณะของวัจนกรรมปฏิบัติสามารถกดทับสมาชิกของกลุ่มบางกลุ่มได้ กล่าวคือ มีการจัดลำดับชั้นของกลุ่มเหยื่อเป้าหมายว่าคุณค่าด้อยกว่ากลุ่มอื่น สร้างความชอบธรรมกับพฤติกรรมที่เลือกปฏิบัติต่อผู้อื่น และการพรากอำนาจที่สำคัญบางประการของกลุ่มเหยื่อของประชวาทาไป ด้วยเหตุนี้ หลักเกณฑ์สามประการที่กล่าวมาข้างต้นได้กลายเป็นหลักเหตุผลเพื่อใช้จำกัดการใช้ประชวาทาตามกฎหมาย โดยการใช้ประชวาทาควรจะถูกจำกัดก็ต่อเมื่อข้อความที่แสดงออกมานั้นเข้าลักษณะของความด้อยกว่าทางเชื้อชาติ หรือเมื่อการแสดงออกนั้นมุ่งกระทำต่อกลุ่มที่ถูกกดขี่ทางประวัติศาสตร์ (Historically oppressed group) หรือเมื่อการแสดงออกนั้นเข้าลักษณะข่มเหง (Persecutory) เต็มไปด้วยความเกลียดชัง (Hateful) และลดคุณค่าของกลุ่มเหยื่อของการใช้ประชวาทาลง²²⁶

อย่างไรก็ตาม มุมมองว่าประชวาทาเป็นการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติอย่างแท้จริงยังคงเป็นประเด็นที่โต้แย้งกันอยู่ ดังนี้²²⁷ ประการแรก ข้อเรียกร้องสำคัญของทฤษฎีของนักชาติพันธุ์วิพากษ์คือการกดทับผู้อื่นจำเป็นต้องกระทำโดยผู้ที่มีอำนาจ (Authority) ที่จะกระทำให้เหยื่อตกอยู่ในภาวะเป็นรองได้ ยกตัวอย่างเช่น การออกกฎหมายในยุค Apartheid ที่บัญญัติห้ามคนผิวดำมีสิทธิเลือกตั้ง เป็นต้น คำถามคือแล้วบุคคลธรรมดาทั่วไปจะสามารถกระทำได้เช่นเดียวกันหรือผู้มีอำนาจหรือไม่? มีความเป็นไปได้ที่จะล้มเหลวหรือผิดพลาด และ ประการที่สอง ทฤษฎีนี้ตั้งข้อสันนิษฐานว่าประชวาทาสามารถเป็นส่วนหนึ่งของรูปแบบการกระทำที่ต้องห้ามจากผลกระทบเชิงลบที่ส่งผลต่อเหยื่อของประชวาทา (เช่น ภัยอันตรายต่อสภาพจิตใจของเหยื่ออย่างร้ายแรง) และส่งผลต่อสาธารณชนให้ให้ความสำคัญและปฏิบัติต่อเหยื่อของประชวาทาในฐานะกลุ่มคนที่ด้อยค่ากว่า แม้กระนั้น อาจมีผู้โต้แย้งว่ายังไม่ปรากฏหลักฐานเชิงประจักษ์ (empirical evidence) ที่จะรับประกันได้ว่าข้อความที่แสดงถึงความด้อยกว่าทางเชื้อชาติดังกล่าวจะก่อให้เกิดภาวะของการกดทับอย่างแท้จริง

²²⁶ Mari J. Matsuda, "Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's story," pp. 2357-2358.

²²⁷ Alexander Brown, *Hate Speech Law: A Philosophical Examination*, pp. 75-86. ; Esther Janssen, *Faith in Public Debate: On Freedom of Expression, Hate Speech and Religion in France & the Netherlands*, p. 24-26.

ยิ่งกว่านั้น กลุ่มนักชาติพันธุ์วิทยาที่ยังดูเหมือนจะใช้คำอธิบายของผลวจนกรรม (Perlocutions) มาใช้อธิบายปะปนกับวจนกรรมปฏิบัติ

แม้กระนั้นก็ดี ในทางกลับกัน การเปรียบเทียบว่าการใช้ประทุษวาจาบางลักษณะ อาจกลายเป็นการกระทำที่เลือกปฏิบัติในตัวเองได้นั้นก็ทำให้เราไม่อาจเพิกเฉยและประเมินค่าผลกระทบด้านลบของการใช้ประทุษวาจาไปได้ แม้ผลกระทบอาจจะไม่ได้ก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาอย่างชัดเจน เช่น การละเมิดสิทธิในชีวิตและเนื้อตัวร่างกาย (ตามหลักการของ มิลล์) ทว่าการใช้ประทุษวาจาที่เหยียดเชื้อชาติก็อาจก่อให้เกิดภัยอันตรายในมิติของผลกระทบระยะกลาง (Mid-term effect) ต่อเหยื่อที่เป็นกลุ่มคนส่วนน้อยได้เช่นกัน²²⁸

2.3.4.6 ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีว่าด้วยการระแวงสงสัยรัฐ (The Suspicion of Government)

ทฤษฎีนี้ถูกใช้เป็นเหตุผลที่สำคัญในการปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกอย่างเข้มขัน สาเหตุมาจากประวัติศาสตร์การต่อสู้ดิ้นรนอย่างยาวนานของฝ่ายเสรีนิยม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในช่วงเวลาที่ศาสนจักรโรมันคาทอลิกและสถาบันกษัตริย์ในยุโรปได้พยายามควบคุมการเผยแพร่ของข้อมูลข่าวสาร ด้วยการปราบปรามการสื่อสารความรู้และความคิดที่อาจลบล้างหรือทำลายสถานะความศักดิ์สิทธิ์ของพระเจ้าหรือสถานะอันไม่อาจก้าวล่วงของกษัตริย์²²⁹ โดยความไม่พอใจและความโกรธแค้นจากการถูกกดขี่ของประชาชนได้กลายเป็นแรงผลักดันให้นักปรัชญาและนักคิดทางการเมืองหลายท่านคิดค้นคำอธิบายทางปรัชญาขึ้นเป็นทางเลือกเพื่อต่อต้านปรัชญาและแนวคิดแบบดั้งเดิม (Orthodoxy) โดยเฉพาะผลงานเขียนอันเลื่องชื่อของจอห์น ล็อก ที่รังสรรค์ขึ้นเพื่อคัดค้านและต่อสู้ทางความคิดกับงานเขียนของโรเบิร์ต ฟิล์มเมอร์ (Robert Filmer) ซึ่งมีแนวคิดสนับสนุนระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ทั้งยังเป็นการปูทางไปสู่การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ด้วย ทั้งนี้ ล็อกเองถูกกลั่นแกล้งจนต้องอพยพย้ายถิ่นฐานไปจากประเทศมาตุภูมิของตน และกว่าที่ผลงานของเขาจะเป็นที่รู้จักจนกระทั่งทุกวันนี้ก็หลังจากรณกรรมของเขาไปแล้วหลายปี สะท้อนข้อความจริงว่าผู้ได้รับความไว้วางใจให้เป็นผู้ออกกฎหมายควบคุมการแสดงออกของประชาชนมักมีแนวโน้มที่จะเกิดอคติและกระทำ

²²⁸ Ibid.

²²⁹ Eric Barendt, *Freedom of Speech*, pp. 13-18.

การเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัวได้เสมอ²³⁰ การออกกฎหมายควบคุมและจำกัดการแสดงออกทุกประเภท จึงฟังดูกระแวงสงสัยจากประชาชนในระดับที่สูงยิ่งว่ารัฐอาจจะใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการกดขี่ และลดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อผลประโยชน์ของผู้ปกครองตัวเอง หรือเพื่อผลประโยชน์ของคณะบุคคลบางคณะเท่านั้น มิได้เป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของสาธารณะ

ทฤษฎีข้างต้นสอดคล้องกับแนวคิดที่ว่าด้วย “การลื่นไถลตามทางลาด” (Slippery slope) ที่ฉายภาพความไม่ไว้น้ำใจเชื่อใจรัฐอย่างชัดเจน โดยชี้ประเด็นว่าการปล่อยให้รัฐออกกฎหมายมาจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก (โดยเฉพาะในกรณีของการใช้ประทุษวาจา) ย่อมเท่ากับว่าปล่อยให้รัฐนั้นลื่นไถลตามทางลาดไปสู่ระบอบอำนาจนิยมเบ็ดเสร็จ (Totalitarianism) หรือระบอบอื่นที่ใกล้เคียงกัน กล่าวอีกนัยหนึ่ง เมื่อรัฐเริ่มใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกในเรื่องใดเรื่องหนึ่งแล้วย่อมมีแนวโน้มที่รัฐจะขยายขอบเขตการจำกัดออกไปในเรื่องอื่น ๆ ตามมาอีกไม่มีที่สิ้นสุด และถึงแม้ว่าการลื่นไถลตามทางลาดนี้จะไม่นำไปสู่ระบอบอำนาจนิยมเบ็ดเสร็จก็ตามที แต่อย่างน้อยก็นับว่าเป็นการลดรอนสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ไม่อาจมองข้าม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมิติของการใช้เสรีภาพในการแสดงออกทางการเมือง อนึ่ง ในเจส วอร์เบอร์ตัน (Nigel Warburton) ได้สรุปในประเด็นนี้อย่างน่าสนใจว่ารัฐธรรมนูญจึงมีคุณค่ามหาศาลในการยับยั้งหรือทำให้การเสนอหรือการขยายกฎหมายที่มีลักษณะที่จะลื่นไถลตามทางลาดเป็นไปได้ยากมากขึ้น²³¹

2.3.4.7 ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีการสร้างมติมหาชน (Public Opinion) ในพื้นที่แห่งวาทกรรมสาธารณะ (Public Discourse)

ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีนี้ได้อยู่ภายใต้ปรัชญาประชาธิปไตยซึ่งมีความเชื่อมโยงอย่างมีนัยสำคัญกับทฤษฎีการแสวงหาความจริงตามแนวทางของมิลล์ และทฤษฎีความเสมอภาคในมิติของปรัชญาเสรีนิยม ทั้งนี้ ภายใต้ปรัชญาประชาธิปไตย ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน (Popular Sovereignty) ของ ฌอง-ฌากส์ รูสโซ (Jean-Jacques Rousseau) ได้สร้างสายสัมพันธ์ที่เข้มแข็งให้การคุ้มครองสิทธิในเสรีภาพในการแสดงออก²³² กล่าวคือ ภายใต้ระบอบประชาธิปไตย

²³⁰ Narongdech Sruekhsit, “Freedom of Speech and Third Parties in Election Campaigns: A comparative Analysis of Campaign Finance Regulations,” pp. 60-61.

²³¹ Nigel Warburton, *Free Speech: A Very Short Introduction*, pp. 56-60.

²³² Esther Janssen, *Faith in Public Debate: On Freedom of Expression, Hate Speech and Religion in France & the Netherlands*, p. 33. แนวคิดนี้เป็นการสานต่อทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract) ของโทมัส ฮอบส์

ปัจเจกชนทั้งหลายในฐานะที่เป็นองค์อธิปัตย์จำเป็นต้องมีอัตตตามัตติในการตัดสินใจเกี่ยวกับแนวคิดหรือทัศนคติที่พวกเขาประสงค์จะยึดถือ โดยไม่ถูกกำหนดหรือยึดเยียดจากผู้อื่น (Sovereign Judges) ด้วยเหตุนี้ หากประชาชนเป็นที่มาสูงสุดของอำนาจทางการเมืองและเป็นองค์อธิปัตย์ของระบอบนี้ อย่างแท้จริง พวกเขาต้องสามารถแสดงออกเกี่ยวกับเรื่องต่าง ๆ ที่เป็นประเด็นสาธารณะ (Public concern) ต่อกันและกันได้ทุกเรื่องภายใต้ขอบอำนาจที่สามารถกระทำได้²³³ มิฉะนั้นแล้ว ประชาชนย่อมไม่อาจให้ความยินยอมอันชอบธรรมอย่างเป็นทางการกระทำได้ ใดๆ ของรัฐได้โดยบริบูรณ์ นอกจากนี้ *ณรงค์เดช* อธิบายว่าหากพิจารณาความสำคัญของเสรีภาพในการแสดงออกภายใต้ปรัชญาประชาธิปไตยในมิติของผลลัพธ์ที่เสรีภาพในการแสดงออกสามารถสร้างขึ้นได้นั้น สามารถจำแนกได้ 3 ประการ ดังนี้ (1) การเพิ่มพูนการสร้างมติมหาชนที่มีความต่อเนื่อง และในบางกรณีอาจนำไปสู่การกำหนดนโยบายสาธารณะอย่างเป็นทางการของรัฐ (2) การหนุนเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการทางการเมืองอย่างมีประสิทธิภาพ และ (3) การอำนวยให้เกิดการตรวจสอบการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐบาล และการกระทำต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่รัฐ²³⁴

กล่าวโดยเฉพาะเจาะจง ในกรณีของการเพิ่มพูนการสร้างมติมหาชนที่มีความต่อเนื่องนั้น รัฐบาลประชาธิปไตยย่อมมีพันธกิจที่จะต้องสนองต่อความปรารถนาและความต้องการของพลเมืองในชาติตนเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม การระบุว่าอะไรคือความประสงค์ที่แท้จริงของประชาชนจะเป็นสิ่งที่กระทำได้ยากยิ่ง แม้กระนั้น รัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะใช้มาตรวัดโดยใช้หลักความพึงพอใจของเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ (Majority preferences) อันเป็นเอกลักษณ์ที่โดดเด่นของการปกครองในระบอบนี้ ทั้งนี้ ผลการรวบรวมความพึงพอใจของปัจเจกชนและกลุ่มต่าง ๆ ในประเทศรู้จักกันในชื่อว่า “มติมหาชน” (Public Opinion) ซึ่ง *โรเบิร์ต ดาห์ล*

(Thomas Hobbes) และจอห์น ล็อก ที่ให้ความสำคัญกับรัฐบาลโดยความยินยอมของประชาชนซึ่งถือว่าประชาชนเป็นแหล่งที่มาสูงสุด (Ultimate source) ของอำนาจทางการเมืองในรัฐนั้น และมุ่งเน้นกระบวนการตัดสินใจภายใต้การควบคุมโดยเสียงข้างมากของประชาชนที่มีอยู่เหนือรัฐบาล กล่าวอีกนัยหนึ่ง ประชาชนย่อมมีความรับผิดชอบสูงสุดต่อการพิจารณาตัดสินใจใด ๆ ของรัฐด้วยการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจโดยตรงหรือโดยอ้อม ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดเสียงข้างมากนิยม (Majoritarianism)

²³³ James Weinstein, "Extreme Speech, Public Order, and Democracy: Lessons from the Masses," in *Extreme Speech and Democracy*, ed. Ivan Hare and James Weinstein (Oxford: Oxford University Press, 2009). p. 26.

²³⁴ Narongdech Srukhsit, "Freedom of Speech and Third Parties in Election Campaigns: A comparative Analysis of Campaign Finance Regulations," p. 66-73.

(Robert Dahl) ได้ให้คำนิยามว่าหมายถึง “การแสดงผลความพึงพอใจของประชาชนเสียงข้างมากที่มีลักษณะเฉพาะกิจอันตอบสนองต่อประเด็นเฉพาะหนึ่ง ๆ”²³⁵ โดยผูกพันให้ทุกรัฐต้องเคารพและตอบสนองต่อมติมหาชนนั้น ทั้งนี้ กล่าวได้ว่าในทางทฤษฎี มติมหาชนมีสายสัมพันธ์ที่เชื่อมโยงอย่างแนบแน่นกับกระบวนการในระบอบประชาธิปไตย เนื่องจากมติมหาชนได้สร้างสะพานเชื่อมระหว่างเจตจำนงของประชาชนส่วนใหญ่มากับบรรดาผู้นำประเทศของเขา²³⁶ ซึ่งโดยกลไกที่สะท้อนมติมหาชนอย่างเป็นทางการ ได้แก่ การออกเสียงลงประชามติ และการออกเสียงเลือกตั้ง²³⁷ ในขณะที่กลไกอย่างไม่เป็นทางการ ยกตัวอย่างเช่น การหยั่งเสียงหรือการทำโพล (Polls) การสำรวจความคิดเห็น (Public surveys) เป็นต้น ซึ่งยังคงปรากฏข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับระดับของความถูกต้องและความแม่นยำของกลไกต่าง ๆ ข้างต้นอยู่โดยตลอด

อย่างไรก็ตาม ประเด็นที่สำคัญไม่ยิ่งหย่อนกว่าความถูกต้องและแม่นยำของผลลัพธ์ภาพรวมของมติมหาชน นั่นคือกระบวนการในการสร้างมติมหาชนขึ้นซึ่งมีนักวิชาการหลายท่านเรียกกระบวนการนี้ว่า “วาทกรรมสาธารณะ” (Public Discourse)²³⁸ โดยเป็นพื้นที่ที่อาศัยระดับของการมีเสรีภาพในการแสดงออกและแสดงความคิดเห็นอย่างมีนัยสำคัญยิ่ง กล่าวคือ ในสังคมประชาธิปไตยที่เป็นพหุลักษณะ (Pluralist Society) บรรดาพลเมืองพึงสามารถเจรจาต่อรองถึงความแตกต่างหลากหลายทางความคิดเห็นของแต่ละบุคคล อธิบายความต้องการและยกสิทธิเสรีภาพขึ้นกล่าวอ้างต่อรัฐและบุคคลอื่นได้ หากขาดไว้ซึ่งเสรีภาพข้างต้นแล้ว บรรดาปัจเจกชนและบรรดากลุ่มต่าง ๆ ในสังคมเดียวกันย่อมไม่อาจตระหนักรู้และชี้มาบถึงแนวคิด ทศนคติ ความต้องการ และอารมณ์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

²³⁵ John G. Gunnell, "Democracy and the Concept of Public Opinion," in *The Oxford Handbook of American Public Opinion and the Media*, ed. Robert Y. Shapiro and Lawrence R. Jacobs (Oxford: Oxford University Press, 2013). pp. 269-270.

²³⁶ Sean D. Carey, "Public Opinion," in *The Concise Oxford Dictionary of Politics*, ed. Iain McLean and Alistair McMillan (Oxford: Oxford University Press, 2009). p. 135.

²³⁷ Robert C. Post, *Citizens Divided: Campaign Finance Reform and the Constitution*, (Cambridge: Harvard University Press, 2016), pp. 37. Cited in Narongdech Srukhsosit, "Freedom of Speech and Third Parties in Election Campaigns: A comparative Analysis of Campaign Finance Regulations," p. 67.

²³⁸ Robert C. Post, "The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine V. Falwell*," *Harvard Law Review* 103(1990): 626.

ความรู้สึกของกันและกันได้²³⁹ กระบวนการแลกเปลี่ยนบรรดาข้อเท็จจริงและความคิดเห็นในพื้นที่แห่งวาทกรรมสาธารณะจึงเป็นกระบวนการที่มีความต่อเนื่องซึ่งส่งเสริมและเพิ่มพูนความเข้าใจในสังคมการเมืองของทั้งผู้ส่งสารและผู้รับสาร เนื่องจากกระบวนการนี้ทำให้บรรดาเหตุผลและเจตจำนงทั้งหลายที่มีร่วมกันประกอบสร้างและก่อกำเนิดเป็นความพึงพอใจทางการเมืองของเหล่าปัจเจกชนในสังคม โดยความพึงพอใจต่าง ๆ ไม่ว่าจะของผู้ส่งสารหรือผู้รับสารจะถูกสร้างและแปรผันอยู่เป็นนิจ เพราะในระหว่างกระบวนการสื่อสารผ่านการอภิปรายถกเถียงนั้น ย่อมเกิดกรณีที่พลเมืองฝ่ายหนึ่งพยายามแสดงเหตุผลโน้มน้าวอีกฝ่ายหนึ่งจนกระทั่งอีกฝ่ายนั้นคล้อยตามและเปลี่ยนแปลงความคิดของตนได้เสมอ²⁴⁰ ดังนั้น การคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกจึงเป็นส่วนสำคัญต่อการสร้างมติมหาชนที่แท้จริง โดยไม่ถูกควบคุมและบิดเบือนสาระสำคัญไป

คำถามประการสำคัญต่อมาที่ค่อนข้างยุ่งยากและซับซ้อนคือการกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนแน่นอนของปริมาณพลแห่งวาทกรรมสาธารณะ ทั้งนี้ นักวิชาการส่วนใหญ่แบ่งแยกหลักเกณฑ์ในการพิจารณาได้เป็น 2 หลักเกณฑ์ ได้แก่ หลักเกณฑ์เชิงเนื้อหา และหลักเกณฑ์เชิงกระบวนการดังนี้²⁴¹

หลักเกณฑ์เชิงเนื้อหา กล่าวคือ การจะบอกว่าอะไรคือวาทกรรมสาธารณะบ้างสามารถพิจารณาได้จาก “เนื้อหาของการแสดงออก” (Content) ซึ่งโดยทั่วไปกล่าวได้ว่าไม่ได้จำกัดเฉพาะแต่ “การแสดงออกหรือการแสดงความคิดเห็นที่เกี่ยวข้องกับประเด็นทางการเมือง” (Political Speech) ในความหมายอย่างแคบที่มุ่งต่อการทำให้รัฐบาลมีสำนึกความรับผิดชอบต่อประชาชนเท่านั้น ทว่ารวมถึงการแสดงออกทุกประเภทที่เกี่ยวข้องกับการจัดระเบียบและวัฒนธรรมของสังคม (The organization and the culture of society) หรือบรรดาประเด็นทั้งหลายที่สาธารณชนให้ความสนใจ (Public concern) ซึ่งเป็นข้อข้องใจที่สัมพันธ์กับบรรดาประเด็นที่อยู่ในความสนใจของเอกชนหรือปัจเจกชนโดยแท้ (Private concern) อย่างไรก็ตามคำว่าประเด็นที่สาธารณชนสนใจยังคงเปิดพื้นที่ให้การตีความที่หลากหลาย ซึ่งอย่างน้อยควรสัมพันธ์กับการแสดงออกที่เกี่ยวข้องกับการ

²³⁹Narongdech Srukhsosit, “Freedom of Speech and Third Parties in Election Campaigns: A comparative Analysis of Campaign Finance Regulations,” p. 68.

²⁴⁰ Ibid.

²⁴¹ Esther Janssen, *Faith in Public Debate: On Freedom of Expression, Hate Speech and Religion in France & the Netherlands*, pp. 35-36.

ปกครองตนเองในระบอบประชาธิปไตย (Democratic self-governance) ซึ่งรวมถึงการวิพากษ์วิจารณ์องค์กรรัฐและเจ้าหน้าที่รัฐ และบุคคลสาธารณะ (Public figure) นอกจากนี้ยังควรนับรวมถึงการแสดงออกเกี่ยวกับประเด็นที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ของคนหมู่มากด้วย (เช่น การพูดถึงบุคคลที่มีชื่อเสียงในสังคม (Celebrities)) ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าการตีความเกี่ยวกับวาทกรรมสาธารณะโดยใช้หลักเกณฑ์เชิงเนื้อหาที่มีความสัมพันธ์ซึ่งจะถูกตีความทั้งอย่างแคบเกินไปและกว้างเกินไป จึงต้องพิจารณาอย่างเคร่งครัดเป็นรายกรณี

หลักเกณฑ์เชิงรูปแบบ กล่าวคือ เป็นการมุ่งเน้นว่าการแสดงออกนั้นต้องได้มีการสื่อสารในทางสาธารณะผ่านช่องทางที่มีลักษณะประชาธิปไตย (Democratic forums) เช่น สถานที่สาธารณะ ที่ประชุมชน และสื่อสารมวลชน ซึ่งรวมถึงหนังสือพิมพ์ วรรณกรรม ภาพยนตร์ วิทยุ โทรทัศน์และอินเทอร์เน็ต ทั้งนี้ ต้องสันนิษฐานได้ว่าผู้แสดงออกนั้น ๆ มีความมุ่งหมายที่จะส่งสารให้เกิดการอภิปรายถกเถียงในทางสาธารณะ และปรากฏว่ามีผู้คนจำนวนมากที่เข้าถึงสารที่ถูกส่งมานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การแสดงออกผ่านสื่อมวลชน (Media) ซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการสร้าง “โครงกระดูกเชิงโครงสร้าง” (Structural skeleton) อันจำเป็นต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งย่อมอยู่ในพื้นที่แห่งวาทกรรมสาธารณะเสมอโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเนื้อหา ทว่าการแสดงออกเกี่ยวกับประเด็นทางการเมืองอย่างชัดแจ้งผ่านสื่อมวลชนย่อมนับว่าเป็นแก่นแกนหลัก (Core) ของวาทกรรมสาธารณะ ซึ่งรวมตลอดถึงการวิพากษ์วิจารณ์การเมืองเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่รัฐ หรือนโยบายของรัฐต่าง ๆ เช่น นโยบายของรัฐเกี่ยวกับการจัดการผู้อพยพเข้าเมืองและการผนวกรวมคนในชาติ เป็นต้น ในทางตรงกันข้าม การแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับบุคคลที่มีชื่อเสียง การโฆษณาสินค้าหรือการประกาศความเชื่อทางศาสนาและการชักจูงให้เข้ารับเปลี่ยนศาสนา (Proselytism) ไม่อาจถือว่าเป็นแก่นแกนของวาทกรรมสาธารณะได้

ในลำดับต่อไปปัญหาซึ่งกลายเป็นคำถามสำคัญที่ได้รับอภิปรายถกเถียงอย่างสูงคือ ควรอนุญาตหรือควรจำกัดการใช้ประทุษวาจาในพื้นที่ของวาทกรรมสาธารณะ (Public Discourse) หรือไม่ ซึ่งบรรดานักวิชาการต่างเสนอความคิดเห็นที่แตกต่างหลากหลายโดยไม่ได้พิจารณาแต่เพียงว่าประทุษวาจาในมุมมองของพวกเขาคืออะไร และก่อให้เกิดผลอย่างไรบ้างเท่านั้น ทว่าขึ้นอยู่กับว่านักวิชาการเหล่านี้ตีความสิทธิของปัจเจกชนในการมีส่วนร่วมทางการเมืองอย่างเท่าเทียมกันในมิติของข้อความคิดเกี่ยวกับรัฐในฐานะองคภาวะทางการเมือง (Political Entity) อย่างไรด้วย²⁴²

²⁴² Ibid. pp. 34-38.

โรเบิร์ต โพลท์ (Robert Post) แยกพื้นที่ของ “สังคม” (Community) อันหมายถึงชีวิตทางสังคมที่ปกครองโดยบรรดาหลักศีลธรรมและบรรทัดฐานที่ใช้ร่วมกันออกจากพื้นที่ของ “ประชาธิปไตย” อันหมายถึงพื้นที่ทางการเมืองที่บรรดาพลเมืองเข้ามาร่วมกันกำหนดหรือวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำและการตัดสินใจต่าง ๆ ของรัฐบาลผ่านการมีส่วนร่วม (ที่มีคุณภาพ) ในพื้นที่ของวาทกรรมสาธารณะ (Collective self-determination) อย่างเคร่งครัด โดยในพื้นที่ประการแรก รัฐอาจจำกัดการใช้ประทุษวาจาได้เนื่องจากมันปะทะขัดแย้งกับมาตรฐานของสังคมเกี่ยวกับความสุภาพ (Civility) และความเคารพ (Respect) ในขณะที่พื้นที่ประการหลัง รัฐย่อมประกอบด้วยสังคมที่หลากหลาย ดังนั้น รัฐจึงต้องมีความเป็นกลางต่อบรรดาภักดีเกี่ยวกับความสุภาพต่าง ๆ และความมีอยู่ของ “ตลาดเสรีแห่งสังคม” (The Marketplaces of Communities) กล่าวอย่างถึงที่สุดพื้นที่แห่งวาทกรรมสาธารณะต้องเปิดกว้างต่อบรรดาความคิดเห็นทั้งปวง โดยเฉพาะการใช้ประทุษวาจาในพื้นที่แห่งวาทกรรมสาธารณะจำเป็นต้องปลอดพ้นจากการถูกจำกัดตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ความย้อนแย้งประการสำคัญของพื้นที่แห่งวาทกรรมสาธารณะคือโดยหลักแล้วพื้นที่นี้ต้องการการอภิปรายอย่างมีเหตุผล (Rational Deliberation) ซึ่งในตัวมันเองอยู่บนพื้นฐานของบรรดาภักดีเกี่ยวกับความสุภาพที่ได้ถูกละทิ้งไปแล้วข้างต้น นอกจากนี้ ตามแนวคิดของโพลท์ การใช้ประทุษวาจาเป็นเพียงแค่การละเมิดมาตรฐานทางศีลธรรมส่วนบุคคลโดยแท้เท่านั้น แม้ว่าการใช้ประทุษวาจาอาจส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาซึ่งอาจนำไปสู่การเลือกปฏิบัติในระยะยาวและระยะกลางก็ตาม แต่ความไม่เหมาะสม (Wrongfulness) ของการใช้ประทุษวาจาเหล่านั้นย่อมถูกพิจารณาตัดสินในพื้นที่ของการอภิปรายสาธารณะซึ่งหนุนเสริมความเป็นประชาธิปไตย

แนวคิดของโพลท์ถูกวิพากษ์วิจารณ์จากหลากหลายแง่มุมด้วยกัน แง่มุมหนึ่งมาจากแนวคิดของเฮย์แมน ซึ่งอธิบายในกรอบแนวคิดของสิทธิตามธรรมชาติ กล่าวคือ รัฐถูกสร้างจินตภาพขึ้นจากสัญญาประชาคมผ่านการที่บรรดาปัจเจกชนที่ได้ร่วมกันสถาปนาสังคมเพื่อปกป้องสิทธิตามธรรมชาติของพวกตนร่วมกัน ด้วยเหตุนี้ บรรดาพลเมืองทั้งหลายจึงมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิตามธรรมชาติของบุคคลอื่นด้วย กล่าวโดยเฉพาะเจาะจง ปัจเจกชนแต่ละคนต่างต้องมองและรับรู้ถึงปัจเจกชนคนอื่นในฐานะของบุคคลที่มีเหตุผล (Rational) มีอิสระ (Free) และมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน (Equal) การยอมรับซึ่งกันและกันดังกล่าวจึงเป็นเงื่อนไขและองค์ประกอบหนึ่งที่ประกอบ

สร้างพื้นที่ของวาทกรรมสาธารณะในตัวเองขึ้นมา ซึ่งการใช้ประทุษวาจาถือว่ามีลักษณะที่ปฏิเสธการยอมรับว่านั่นจึงต้องถูกจำกัดหรือถูกห้ามในพื้นที่แห่งวาทกรรมสาธารณะ

นอกจากนั้น ข้อสรุปทำนองเดียวกันนี้ยังพบได้จากทฤษฎีรูปแบบประชาธิปไตยแบบปรึกษาหารือ (Deliberative Democracy) ของเยอเก็น ฮาเบอร์มาส (Jürgen Habermas) ซึ่งมุ่งเน้นข้อความคิดสำคัญว่ากระบวนการตัดสินใจในทางประชาธิปไตยประกอบด้วยการสื่อสารระหว่างบรรดาพลเมืองที่มีเหตุผล และมีการสร้างความร่วมมืออย่างต่อเนื่อง โดยมุ่งความสนใจไปที่ “ฉันทามติ” (Consensus) เกี่ยวกับคุณค่าทางศีลธรรมพื้นฐานต่าง ๆ ทั้งนี้ การใช้ประทุษวาจาไม่ได้สร้างการสื่อสารที่มุ่งให้เกิดฉันทามติ แต่กลับมีเป้าหมายในการกดทับผู้อื่น (Subordinating) จึงไม่สอดคล้องกับหลักการสำคัญของกระบวนการตัดสินใจทางประชาธิปไตยแบบปรึกษาหารือที่ปรารถนาให้ปัจเจกชนที่มีศักยภาพที่จะช่วยให้เกิดฉันทามติในประเด็นใดประเด็นหนึ่งสามารถเข้ามามีส่วนร่วมแสดงความคิดเห็นได้อย่างเท่าเทียมกันโดยไม่มีใครถูกเบียดขับออกไป (ความเสมอภาคทางการเมือง) ในวันนี้ บุคคลทุกคนต้องมีเสรีภาพที่จะแสดงความคิดเห็นได้ภายใต้กระบวนการที่เสรีโดยปราศจากการบีบบังคับ ยิ่งกว่านั้น เราต้องพินิจให้รอบด้านว่าประทุษวาจาไม่ได้เพียงแต่ละเมิดหลักศีลธรรมเท่านั้น แต่ประทุษวาจาบางลักษณะสามารถก่อกวนตรายและละเมิดสิทธิของผู้อื่นได้ ทั้งก่อกวนตรายโดยตรงหรือโดยอ้อมในลักษณะของการปฏิเสธการยอมรับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่เสมอภาคกัน ผลกระทบด้านลบต่อสถานะทางสังคม รวมถึงการเบียดขับและกดทับการมีส่วนร่วมในกระบวนการอภิปรายสาธารณะของเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาด้วย

อนึ่ง เอริก เฮนซ์ (Eric Heinze) ศาสตราจารย์ด้านนิติศาสตร์และมนุษยศาสตร์ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านทฤษฎีเสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาคนสำคัญซึ่งได้ผลิตผลงานทางวิชาการที่โดดเด่นในทางปรัชญาและทฤษฎีออกมาจำนวนหนึ่งในระยะหลัง โดยในผลงานล่าสุดของเฮนซ์ เขาได้นำเสนอการสร้างนวัตกรรมทางวิธีวิทยาที่น่าสนใจขึ้นมาใหม่ ซึ่งเป็นความพยายามครุ่นคิดอย่างเป็นนามธรรมเกี่ยวกับสิ่งที่ระบอบประชาธิปไตยเรียกร้องเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงออกโดยปราศจากการครุ่นคิดทางทฤษฎีแบบดั้งเดิมที่ปฏิบัติกันมา กล่าวคือ เสรีภาพในการแสดงออกเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งในการประกอบสร้างความเป็นพลเมืองในระบอบประชาธิปไตย (Constitutive Aspect) และไม่ใช่สิ่งที่จะนำไปซึ่งน้ำหนักหรือสร้างความสมดุลกับสิทธิหรือประโยชน์สาธารณะประการอื่น ๆ ได้ ทั้งนี้ ในทัศนะของเฮนซ์ ความชอบธรรมในระบอบประชาธิปไตยเรียกร้องความเคารพต่อ “อำนาจพิเศษของพลเมืองในการแสดงออกที่จะไม่ถูกลงโทษบนพื้นฐานของทัศนะใน

พื้นที่ของวาทกรรมสาธารณะ” (Citizen Prerogative of Non-Viewpoint-Punitive Expression in Public Discourse) โดยรัฐยอมไม่อาจกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อลงโทษการแสดงออกบนพื้นฐานของความคิดเห็นหรือทัศนคติเป็นพิเศษได้ (Viewpoint-selective penalties) โดยไม่เป็นการบ่อนทำลายความชอบธรรมการแสดงออกนั้นในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของระบอบประชาธิปไตย²⁴³

อย่างไรก็ตาม ประเด็นที่น่าสนใจคือแนวคิดของไฮนซ์ข้างต้นมุ่งหมายที่จะปรับใช้กับกลุ่มประเทศที่เรียกว่า “ประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่มั่นคง มั่นคงและยั่งยืน” (Longstanding, Stable and Prosperous Democracies : LSPDs) เป็นสำคัญ ซึ่งตรงกันข้ามกับประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่อ่อนแอและเปราะบาง (Fragile Democracies) หรือประเทศไม่ได้เป็นประชาธิปไตยเลย (เช่น รัฐเผด็จการเบ็ดเสร็จ รัฐสังคมนิยมคอมมิวนิสต์) หรือ Non-LSPDs เนื่องจากกลุ่มประเทศ LSPDs ที่มีความเป็นประชาธิปไตยอย่างเต็มเปี่ยม (Full-fledged democracies) มีความชอบธรรมทางการเมืองมากกว่าและมีมาตรการทางปฏิบัติที่มีประสิทธิภาพมากกว่ากลุ่มประเทศ Non-LSPDs ในการป้องกันภัยอันตรายของประชาชนโดยไม่จำเป็นต้องใช้กฎหมายจำกัดเสรีภาพของผู้ใช้ประชาชนจากแต่อย่างใด เว้นแต่ในกรณีที่ยังเป็นอยู่อย่างยั่งยืนในสภาวะรัฐยกเว้น (State of Exception) ที่เข้าลักษณะของสภาวะฉุกเฉินต่อความมั่นคงของรัฐ (national security emergency) กล่าวอย่างถึงที่สุด ในบรรดาประเทศกลุ่ม LSPDs พลเมืองทุกคนย่อมสามารถวิพากษ์วิจารณ์ทุกสิ่งทุกอย่างเกี่ยวกับระเบียบทางสังคมซึ่งกำกับหรือครอบงำสังคมในช่วงขณะนั้น ๆ ได้เสมอ (Prevailing social order) ซึ่งรวมถึงบรรดามาตรการเชิงนโยบายของรัฐและการกระทำหรือความประพฤติของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตรงกันข้ามกับระบอบเผด็จการเบ็ดเสร็จ (Totalitarianism) ที่พลเมืองในประเทศเหล่านี้ไม่สามารถวิพากษ์วิจารณ์บรรดามาตรการทางกฎหมายหรือนโยบายในทางสาธารณะได้แม้แต่น้อย อันเป็นการบ่อนทำลายพื้นที่ของวาทกรรมสาธารณะอย่างมหันต์²⁴⁴

2.3.4.8 ประเด็นอภิปรายตามข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติ

ประเด็นอภิปรายในหัวข้อนี้เป็นประเด็นอภิปรายที่คำนึงถึงข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติ บางประการที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายที่มุ่งจำกัดการใช้ประชาชนในรัฐเสรีประชาธิปไตย

²⁴³ Eric Heinze, *Hate Speech and Democratic Citizenship* (New York: Oxford University Press, 2016). pp. 1-235.

²⁴⁴ Ibid.

ทั่วโลกซึ่งสามารถนำมาใช้เป็นเหตุผลสนับสนุนการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกมากกว่าการจำกัด ดังนี้²⁴⁵

ประการแรก การจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายอาจนำไปสู่ “**สถานะชะงักงันในการใช้สิทธิเสรีภาพ**” (Chilling effect) กล่าวคือ โดยหลักแล้ว การจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายจะมุ่งตรงไปที่ผู้ใช้ประทุษวาจาเป็นหลัก ทว่าในบางกรณีหากกฎหมายถูกตราขึ้นอย่างคลุมเครือหรือกว้างเกินไปจนยากที่จะเข้าใจว่าการใช้ประทุษวาจาในลักษณะใดบ้างเป็นความผิดหรือต้องห้าม หรือการใช้ประทุษวาจาในลักษณะใดบ้างที่ถูกคุ้มครองตามกฎหมายในฐานะที่เป็นเสรีภาพในการแสดงออก สภาพการณ์เช่นนั้นย่อมส่งผลโดยอ้อมให้ประชาชนทั่วไปเลือกที่จะไม่แสดงออกไปเสียเลยโดยสมบูรณ์ (Self-censorship) เพื่อหลีกเลี่ยงการถูกตีความว่าการใช้ประทุษวาจาของตนนั้นผิดกฎหมาย แม้ความเป็นจริงแล้วการใช้ประทุษวาจาดังกล่าวจะอยู่ภายใต้ปริมณฑลของการใช้เสรีภาพในการแสดงออกโดยแท้ก็ตาม

ประการที่สอง การมุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในบางกรณีส่งผลเชิงบีบคั้นให้การใช้ประทุษวาจาดังกล่าวพ้นไปจากพื้นที่ของการอภิปรายและพิจารณาใคร่ครวญในทางสาธารณะ และต้องไปแสดงออกในพื้นที่เฉพาะของตนเองหรือกลุ่มของตนเองเท่านั้น หรือ “**การใช้ประทุษวาจาใต้ดิน**” (Underground) ซึ่งทำให้อันตรายที่เกิดจากการใช้ประทุษวาจายังคงดำรงอยู่ต่อไปโดยที่สังคมไม่ทันสังเกตเห็น และอาจทวีความรุนแรงมากขึ้นเรื่อย ๆ ตามลำดับจนลุกลามบานปลายกลายเป็นปัญหาร้ายแรงที่ยากจะจัดการได้ในภายหลัง

ประการที่สาม การจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายอาจก่อให้เกิด “**ผลลัพธ์ตรงกันข้าม**” (Counter-productive) ได้ กล่าวคือ ทำให้ผู้ใช้ประทุษวาจานั้นตกอยู่ในสถานะพิเศษที่ได้รับความนิยมหรือมีชื่อเสียงเพิ่มมากขึ้นจากบรรดาผู้ที่เห็นพ้องและศรัทธาในแนวคิดของผู้แสดงออกดังกล่าว หรือที่เรียกว่า “**ผู้ยอมอุทิศชีวิตเพื่อเสรีภาพในการแสดงออก**” (Free speech martyrs) โดยบุคคลเหล่านี้มักจะแสดงให้เห็นว่าตนถูกรัฐปราบปรามและกดขี่อย่างรุนแรงยิ่งกว่านั้น ยังทำให้ประชาชนทั่วไปเกิดความสงสัยใคร่รู้ถึงข้อความของการใช้ประทุษวาจาที่ถูกห้ามมากยิ่งขึ้นด้วย กลายเป็นว่าแทนที่เนื้อหาสาระที่แสดงออกจะเป็นที่รู้จักในวงจำกัดและลบเลือนหายไปจากความสนใจของสาธารณชน กลับกลายเป็นยิ่งแพร่หลายในวงกว้างมากขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ

²⁴⁵ Lucia Adriana van Noorloos, *Hate Speech Revisited: A comparative and historical perspective on hate speech in the Netherlands and England & Wales*, p. 39.

2.3.5 ขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายระหว่างประเทศ

2.3.5.1 ประเภทของการใช้ประทุษวาจาที่ถูกจำกัดตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ประเภทของการใช้ประทุษวาจาถูกกำหนดในตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับทั้งกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ดังนี้

2.3.5.1.1 การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังซึ่งช่วยทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ และการใช้ความรุนแรง (Advocacy of hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence)

การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังซึ่งช่วยทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ และการใช้ความรุนแรง เป็นเงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดสิทธิในเสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจา ซึ่งปรากฏอย่างชัดเจน ในข้อ 20 วรรคสอง แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิพลเมือง (ICCPR)²⁴⁶ ความว่า

“1. ...

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

²⁴⁶ ทั้งนี้ ข้อกำหนดนี้ถูกยกสร้างขึ้นเพื่อตอบโต้ต่อการปลุกระดมให้เกิดความเกลียดชังทางเชื้อชาติของพรรคนาซี นอกจากนั้นเหตุผลเบื้องหลังของข้อกำหนดนี้ยังมุ่งต่อต้านลัทธิ Fascism ลัทธิเหยียดเชื้อชาติหรือสีผิว และลัทธิสังคมนิยมแห่งชาติอย่างถึงราก และป้องกันการช่วยในทางสาธารณะให้เกิดความเกลียดชังและความรุนแรงทางเชื้อชาติภายในรัฐหรือรัฐอื่น และประชาชน ซึ่งกล่าวได้ว่าในขณะที่มีการลงมติเห็นชอบข้อกำหนดนี้ค่อนข้างเต็มไปด้วยการโต้เถียงอย่างเข้มข้น โดยรัฐชาติตะวันตกส่วนใหญ่ต่างลงมติไม่เห็นชอบเนื่องจากเห็นว่าลำพังข้อจำกัดสิทธิตามข้อ 19 วรรคสามก็เพียงพอแล้วต่อการป้องกันการกระทำข้างต้น ทั้งยังอาจกลายเป็นการละเมิดเสรีภาพในการแสดงออกเกินสมควร ในขณะที่กลุ่มประเทศตัวแทนของสหภาพโซเวียตกลับเป็นฝ่ายที่ลงมติเห็นชอบกับข้อกำหนดอย่างแข็งขันและร้องขอให้รัฐต่าง ๆ ลงโทษการกระทำดังกล่าวด้วยกฎหมายอาญาอย่างสุดขีด ทว่าท้ายที่สุดข้อกำหนดนี้ก็จบลงด้วยการประนีประนอมของทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ ให้มีการออกกฎหมายมาจำกัดการกระทำดังกล่าวได้ แต่ไม่จำเป็นต้องออกเป็นกฎหมายอาญา และไม่สนับสนุนการออกกฎหมายจำกัดหรือเซ็นเซอร์การกระทำล่วงหน้า (Prior Censorship)

2. การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชนชาติ เชื้อชาติ หรือศาสนา ซึ่งช่วยให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรง เป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมาย”²⁴⁷

ข้อ 20 วรรคสอง ก่อให้รัฐภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องตรากฎหมายเพื่อจำกัดการ “การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชัง” เฉพาะแต่ในกรณีที่มีการกระทำดังกล่าวขึ้นก่อนให้เกิดการ “ช่วยให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรง” ต่อผู้อื่นบนพื้นฐานของคุณลักษณะความเป็นกลุ่มบางประการ ได้แก่ ชนชาติ เชื้อชาติ หรือศาสนา แต่ไม่จำเป็นต้องออกเป็นมาตรการทางกฎหมายอาญา โดยมีคำสำคัญที่ควรต้องทำความเข้าใจความหมาย ดังนี้

“การสนับสนุน” (Advocacy) หมายถึง เจตนาหรือความมุ่งหมายที่จะส่งเสริมความเกลียดชังในทางสาธารณะต่อกลุ่มเป้าหมาย ทั้งนี้ แนวคิดของ “การส่งเสริม” (Promotion) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการสนับสนุนควรมีลักษณะมากกว่าเพียงแค่การนำเสนอแนวคิดเท่านั้น แต่ต้องเป็นการเข้าไปมีส่วนร่วมในการ “ชักจูง” (Persuasion) ผู้อื่นให้รับเอาแนวคิดหรือความคิดเห็นบางประการไปใช้อย่างแท้จริง ผ่านช่องทางการสื่อสารต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม จำเป็นต้องแยกความแตกต่างระหว่างการสนับสนุนออกจาก “การละเมิดที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติ” (Discriminatory Abuse) หรือการดูหมิ่นโดยตรงต่อบุคคลหนึ่ง ๆ ที่มีคุณลักษณะของความเป็นกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง ซึ่งไม่ปรากฏว่ามีบุคคลอื่นหรือผู้รับสารอื่นที่ไม่ใช่กลุ่มเป้าหมายอยู่ด้วย (Third Party Audience)²⁴⁸

“ความเกลียดชัง” (Hatred) หมายถึง สภาวะของจิตใจ (State of Mind) ที่เข้าลักษณะของอารมณ์ความรู้สึกรุนแรงของการสบประมาท การเป็นศัตรูหรือความรังเกียจเดียดฉันท์

²⁴⁷ ICCPR, Article 20

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

²⁴⁸ ARTICLE 19, "‘Hate Speech’ Explained : A Toolkit " [Online]. Available from: <https://www.article19.org/resources/hate-speech-explained-a-toolkit/>. อย่างไรก็ตามในบางกรณี การละเมิดหรือการดูหมิ่นซึ่งหน้าต่อบุคคลหนึ่งอาจเข้าลักษณะของการส่งเสริมความเกลียดชังซึ่งช่วยให้เกิดการกระทำที่ต้องห้ามได้ หากอยู่ในสถานการณ์ที่เทียบเคียงได้กับ “ม็อบ” (Mob) ที่มีบุคคลหนึ่งเป็นผู้นำที่มีอิทธิพลได้แสดงอาการดูหมิ่นอันก่อให้เกิดการยั่วยุให้ผู้อื่นกระทำการที่ต้องห้ามเข้าร่วมกับแนวคิดที่เป็นการดูหมิ่นจนเกิดการยั่วยุให้ผู้อื่นกระทำการที่ต้องห้าม

อย่างรุนแรงเข้มข้นและปราศจากเหตุผลต่อกลุ่มเป้าหมายบนพื้นฐานของคุณลักษณะที่ได้รับการคุ้มครอง โดยอารมณ์ความเกลียดชังจะมุ่งเน้นไปที่สถานะจิตใจของผู้ส่งสารหรือผู้แสดงออก (Speaker) ที่มีต่อกลุ่มเป้าหมาย และสถานะจิตใจของผู้รับสารอื่นที่ไม่ใช่กลุ่มเป้าหมายที่ถูกช่วยให้กระทำการต้องห้ามต่อกลุ่มเป้าหมายเป็นหลัก ซึ่งแตกต่างจากความรู้สึกของการถูกดูหมิ่นและเสียศักดิ์ศรีของกลุ่มเป้าหมายในขณะที่เผชิญหน้ากับการใช้ประทุษวาจา²⁴⁹ นอกจากนี้ ภายใต้ข้อ 20 (2) ประเภทของความเกลียดชังจำกัดอยู่เพียงความเกลียดชังทางเชื้อชาติ ชนชาติ และศาสนาเท่านั้น อย่างไรก็ตาม องค์การ ARTICLE 19 มีความเห็นว่าควรตีความเชิงขยายให้ครอบคลุมถึงการส่งเสริม “ความเกลียดชังที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติ” (Discriminatory hatred) ใด ๆ ต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลด้วย โดยคำนึงถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับการห้ามการเลือกปฏิบัติในข้อ 2 (1) และข้อ 26 ของ ICCPR และตราสารระหว่างประเทศอื่นที่เกี่ยวข้องกับการจัดการเลือกปฏิบัติ และสอดคล้องกับพัฒนาการด้านการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่เป็นพลวัต²⁵⁰

“การยั่วยุ” (Incitement) คือการพยายามชักจูงใจอย่างแรงกล้าให้ผู้อื่นกระทำการบางประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำความผิดทางอาญา ด้วยการสนับสนุนหรือการชี้แนะ การยั่วยุอาจเป็นการกระทำโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ นอกจากนี้ การยั่วยุยังเข้าลักษณะของการกระทำความผิดที่เป็นการเริ่มต้น (Inchoate Crimes) จึงมีพักต้องพิจารณาถึงผลของการกระทำอันเป็นการยั่วยุว่าจะต้องเกิดขึ้นจริงหรือไม่²⁵¹ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การยั่วยุจึงหมายถึงการส่งเสริมความเกลียดชังที่ต้องสร้างความเสี่ยงอย่างฉับพลันหรือใกล้ชิดต่อผล (Imminent risk) ที่จะเกิดการเลือกปฏิบัติ การใช้ความรุนแรงและการเป็นปฏิปักษ์ต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่เป็นกลุ่มเป้าหมาย²⁵²

“การเลือกปฏิบัติ” (Discrimination) หมายถึง การแบ่งแยก การกีดกัน การจำกัดหรือความพึงพอใจใด ๆ บนพื้นฐานของบรรดาคุณลักษณะของความเป็นกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองและถูกรับรองภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ซึ่งมีเป้าหมายหรือมีผลเป็นการ

²⁴⁹ ibid.

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ CERD Committee, General recommendation No. 35 on Combating racist hate speech, UN Doc CERD/C/GC/35 (2013), para 16.

²⁵² Camden Principles, op. cit., Principle 12.1.iii

ยกเลิก หรือด้อยค่าการถูกยอมรับ หรือการใช้สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในกลุ่มข้างต้น โดยเสมอภาคในมิติด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมและมิติหรือพื้นที่อื่นใดของชีวิตมนุษย์ในพื้นที่สาธารณะ²⁵³

“การใช้ความรุนแรง” (Violence) หมายถึง เจตนาหรือความมุ่งหมายที่จะใช้อำนาจหรือกำลังทางกายภาพต่อผู้อื่น หรือต่อกลุ่มหรือชุมชนอันส่งผลให้เกิดหรือมีแนวโน้มสูงที่จะก่อให้เกิดการเสียชีวิต การบาดเจ็บ ภัยอันตรายต่อจิตใจ การพัฒนาที่ตกต่ำ หรือการลิดรอนสิทธิ²⁵⁴

“การเป็นปฏิปักษ์” (Hostility) หมายถึง การกระทำที่แสดงให้เห็นถึงสถานะของจิตใจที่สุดขั้วหรือสุดโต่ง ซึ่งจะมีความแตกต่างจากการใช้ความรุนแรงอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ การเป็นปฏิปักษ์จะครอบคลุมถึงการข่มขู่ว่าจะใช้ความรุนแรง การคุกคามและการทำลายทรัพย์สินด้วย²⁵⁵

จากที่ได้อธิบายมาข้างต้น กฎหมายภายในของประเทศใดก็ตามที่จำกัดหรือห้ามเพียงแต่การเผยแพร่ความเกลียดชังที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติหรือมุ่งเน้นเฉพาะผลกระทบของการใช้ประทุษวาจาบนพื้นฐานของความรู้สึกของเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาเท่านั้นย่อมไม่สอดคล้องกับ ICCPR เช่นเดียวกันกับกฎหมายที่พยายามดัดแปลงผลของการยั่วยู่ที่ต้องห้ามตาม ICCPR ให้รวมถึงข้อความคิดที่กว้างขวางกว่าอย่างเช่นการมุ่งปกป้อง “ความสงบสุขของสังคม” (Public Tranquillity) หรือการป้องกัน “ความไม่สงบ” (Unrest) หรือ “ความแตกแยกระหว่างผู้นับถือศาสนาต่าง ๆ” ย่อมเปิดโอกาสให้มีการละเมิดสิทธิได้ง่ายและไม่ชอบด้วย ICCPR²⁵⁶

ทั้งนี้ เอกสารสำคัญอย่าง *The Rabat Plan of Action* ซึ่งเกี่ยวข้องกับพันธกรณีของรัฐในการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายตามข้อ 20 (2) ได้เสนอหลักเกณฑ์ที่ค่อนข้างสูงสำหรับการลงโทษตามกฎหมายอาญาในกรณีของ “การยั่วยู่” ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ ประกอบ ได้แก่ บริบท (Context) ผู้ใช้หรือผู้พูด (Speaker) เจตนา (Intent) เนื้อหาสาระหรือรูปแบบ (Content or Form) ขอบเขตของการใช้วาจา (Extent of the Speech) และ ความโน้มเอียงหรือความเป็นไปได้ (Likelihood) ซึ่งรวมถึงความใกล้จะถึง (Imminence) ด้วยว่าการ

²⁵³ Camden Principles, op. cit., Principle 12.1

²⁵⁴ ARTICLE 19, “‘Hate Speech’ Explained : A Toolkit.” [Online].

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ Ibid.

ใช้ประทุษวาจาที่อาจก่อให้เกิดการร้ายให้เกิดการกระทำขึ้นอย่างแท้จริง (Actual Action) ต่อเหยื่อของประทุษวาจาหรือไม่ด้วยซึ่งจะได้อธิบายอย่างละเอียดต่อไปข้างหน้า

นอกจากนี้ ประเด็นสำคัญคือข้อจำกัดตามข้อ 20 (2) ต้องสอดคล้องหรือชอบด้วยหลักเกณฑ์ของข้อจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกตามข้อ 19 (3) ด้วยเสมอ ทั้งนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้เสนอแนะความเห็นเกี่ยวกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายอาญาว่าต้องเคร่งครัดอย่างยิ่งว่าต้องเข้าหลักเกณฑ์ของการ “ร้าย” ด้วยเหตุนี้ ฐานความผิดทางอาญาเกี่ยวกับการดูหมิ่นเหยียดหยามศาสนา (Blasphemy) การหมิ่นประมาท (Defamation) หรือการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิว (Holocaust Denial) จึงไม่ชอบด้วย ICCPR อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่าในบางบริบทการใช้วาจาสุดขั้วเกี่ยวกับศาสนา การใช้ข้อความหมิ่นประมาทเกี่ยวกับกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ หรือการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวจะไม่สามารถก่อให้เกิดการร้ายได้เลย จึงต้องเป็นพิจารณาเป็นรายกรณีไป

เป็นที่น่าสังเกตว่า อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา หรือ ACHR ข้อ 13 ก็ได้กำหนดเงื่อนไขในลักษณะคล้ายคลึงกันกับข้อ 20 (2) ของ ICCPR กล่าวคือ รัฐอาจตรากฎหมายกำหนดความผิดสำหรับการสนับสนุนใด ๆ ให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เชื้อชาติ ศาสนา ซึ่งมีส่วน ร้ายให้เกิดความรุนแรงอันฝ่าฝืนกฎหมายหรือการกระทำใด ๆ ในลักษณะดังกล่าวต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลด้วยเหตุเกี่ยวกับเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ภาษา ชาติกำเนิดด้วย

2.3.5.1.2 การเผยแพร่ความคิดเห็นต่าง ๆ ทุกรูปแบบบนพื้นฐานของความเหนือกว่าหรือความเกลียดชังทางเชื้อชาติและชาติพันธุ์ (All dissemination of ideas based on racial or ethnic superiority or hatred)

“การเผยแพร่ความคิดเห็นต่าง ๆ บนพื้นฐานของความเหนือกว่าหรือความเกลียดชังทางเชื้อชาติและชาติพันธุ์” เป็นเงื่อนไขเฉพาะประการหนึ่งในการจำกัดการใช้ประทุษวาจา ซึ่งถูกบัญญัติในข้อ 4 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD)) ความว่า

“รัฐภาคีประณามการโฆษณาชวนเชื่อทั้งมวลและองค์กรทั้งปวงที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความคิดหรือทฤษฎีของความเหนือกว่าของชนชาติหนึ่งชนชาติใดหรือของกลุ่ม

บุคคลตามสีผิวหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด หรือที่พยายามให้เหตุผลรองรับ หรือส่งเสริมความเกลียดชังระหว่างเชื้อชาติหรือการเลือกปฏิบัติในรูปแบบใดก็ตาม และตกลงที่จะจัดให้มีมาตรการในทางบวกในทันทีที่จะขจัดการกระตุ้นหรือการกระทำที่เลือกปฏิบัติและเพื่อการนี้จะดำเนินการต่าง ๆ โดยคำนึงถึงหลักการที่ปรากฏอยู่ในนปฎิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติและสิทธิต่าง ๆ ที่ได้ระบุในข้อ 5 ของอนุสัญญา²⁵⁷ซึ่งรวมถึง

(a) จะประกาศให้การเผยแพร่ความคิดเห็นตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติหรือความเกลียดชังอันเกิดจากความแตกต่างทางเชื้อชาติ การยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติและการกระทำความรุนแรงหรือกระตุ้นให้เกิดการกระทำความรุนแรงนั้นต่อชนเชื้อชาติหนึ่งเชื้อชาติใดหรือกลุ่มบุคคลที่มีสีผิวอื่นหรือเผ่าพันธุ์กำเนิดอื่น ตลอดจนการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนทางการเงินต่อกิจกรรมชาตินิยมเป็นการกระทำที่ต้องได้รับโทษตามกฎหมาย

(b) จะประกาศให้องค์กรกิจกรรมจัดตั้งและกิจกรรมโฆษณาชวนเชื่ออื่น ๆ ทั้งปวงที่ส่งเสริมและกระตุ้นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติเป็นสิ่งผิดกฎหมายและต้องห้าม และให้การเข้าร่วมในองค์กรหรือกิจกรรมเหล่านั้นเป็นการกระทำที่ต้องได้รับโทษตามกฎหมาย

(c) จะไม่อนุญาตให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือขององค์กรของรัฐ ทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ส่งเสริมหรือกระตุ้นให้มีการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ²⁵⁷

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

²⁵⁷ Article 4

States Parties condemn all propaganda and all organizations which are based on ideas or theories of superiority of one race or group of persons of one colour or ethnic origin, or which attempt to justify or promote racial hatred and discrimination in any form, and undertake to adopt immediate and positive measures designed to eradicate all incitement to, or acts of, such discrimination and, to this end, with due regard to the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights and the rights expressly set forth in article 5 of this Convention, inter alia:

(a) Shall declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred, incitement to racial discrimination, as well as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another colour or ethnic origin, and also the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof;

กล่าวได้ว่าเงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามข้อ 4 ของ CERD มีขอบเขตที่กว้างกว่าข้อ 20 (2) ของ ICCPR โดยคณะกรรมการว่าด้วยการขจัดกาเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (The Committee on the Elimination of Racial Discrimination) ได้มีข้อเสนอแนะทั่วไปให้รัฐภาคีกำหนดให้การกระทำดังต่อไปนี้เป็นความผิดตามกฎหมาย ได้แก่²⁵⁸ (1) การเผยแพร่ความคิดเห็นต่าง ๆ ทุกรูปแบบบนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติและชาติพันธุ์ (2) การยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง การประณามหมิ่นเหยียด หรือการเลือกปฏิบัติต่อบรรดาสมาชิกของกลุ่มหนึ่ง ๆ บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสาย หรือชาติกำเนิดหรือชาติพันธุ์กำเนิด (3) การข่มขู่หรือการยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรงต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลบนพื้นฐานของคุณลักษณะตามข้อ (2) (4) การแสดงออกที่เข้าลักษณะเป็นการดูหมิ่น การล้อเลียนหรือการใส่ร้ายต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคล หรือการให้ความชอบธรรมกับความเกลียดชัง การดูหมิ่นหรือการเลือกปฏิบัติต่อสมาชิกของกลุ่มหนึ่ง ๆ บนพื้นฐานของคุณลักษณะตามข้อ (2) ในกรณีที่การกระทำดังกล่าวเข้าลักษณะของการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังหรือการเลือกปฏิบัติอย่างชัดเจน และ (5) การเข้าไปมีส่วนร่วมในบรรดาองค์กรและกิจการที่ส่งเสริมและยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ นอกจากนั้น รัฐภาคีควรบัญญัติลงโทษการกระทำที่เข้าลักษณะของการปฏิเสธหรือความพยายามสนับสนุนความชอบธรรมของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ เนื่องจากการกระทำเหล่านี้มีลักษณะของการยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรงและความเกลียดชังทางเชื้อชาติและชาติพันธุ์อย่างเด่นชัด²⁵⁹

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างเงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามข้อ 4 แห่ง CERD กับข้อ 20 (2) แห่ง ICCPR พบว่ามีความแตกต่างกันอยู่อย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ ประการแรก ข้อ 4 แห่ง CERD มุ่งเน้นลงโทษที่การกระทำอันเป็นการยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติมากกว่าที่จะมุ่งเน้นที่จะจำกัดการเลือกปฏิบัติซึ่งเป็นการกระทำอัน

(b) Shall declare illegal and prohibit organizations, and also organized and all other propaganda activities, which promote and incite racial discrimination, and shall recognize participation in such organizations or activities as an offence punishable by law;

(c) Shall not permit public authorities or public institutions, national or local, to promote or incite racial discrimination.

²⁵⁸ CERD Committee, General recommendation No. 35 on Combating racist hate speech, UN Doc CERD/C/GC/35 (2013), para 13.

²⁵⁹ Ibid.

เป็นผลลัพธ์ของการยั่วยุ นอกจากนั้นยังกำหนดให้รัฐภาคีที่มีพันธกรณีต้องตรากฎหมายลงโทษสำหรับการกระทำได้กล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งการลงโทษตามกฎหมายอาญา (Penalize) ในขณะที่ข้อ 20 (2) แห่ง ICCPR ไม่ได้กำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีต้องกำหนดความผิดทางอาญาสำหรับการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังทางเชื้อชาติ ชาติพันธุ์หรือศาสนาซึ่งยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การใช้ความรุนแรง หรือการเป็นปฏิปักษ์แต่อย่างใด อาจเป็นเพียงการบัญญัติไว้ในระดับรัฐธรรมนูญก็ได้ อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างดังกล่าวอาจไม่ได้มีความสำคัญมากนักในความเป็นจริง เนื่องจากรัฐส่วนใหญ่ต่างเป็นภาคีของตราสารระหว่างประเทศทั้งสองฉบับนี้²⁶⁰ และประการที่สอง CERD กำหนดขอบเขตการจำกัดการใช้ประทุษวาจาที่กว้างกว่า ICCPR เนื่องจาก CERD ใช้คำว่า “การเผยแพร่ความคิดเห็นทั้งหลาย” (all dissemination of ideas) ซึ่งกว้างกว่าเพียงการ “ยั่วยุ” ที่เป็นสาระสำคัญใน ICCPR²⁶¹

นอกจากนั้น คณะกรรมการ CERD ได้เสนอแนะว่าการพิจารณาว่ามีการยั่วยุหรือการเผยแพร่ความคิดเห็นเกิดขึ้นหรือไม่นั้น ให้คำนึงถึงปัจจัยดังต่อไปนี้ ได้แก่ (1) เนื้อหาและรูปแบบของการส่งสาร (2) บรรยากาศด้านการเมือง เศรษฐกิจและสังคมแวดล้อมการส่งสารในพื้นที่นั้น ๆ (3) สถานะทางสังคมของผู้ส่งสาร (4) ผลกระทบของการส่งสารต่อสังคมโดยภาพรวม และ (5) วัตถุประสงค์ในการส่งสาร หรือเจตนาของผู้ส่งสาร²⁶²

2.3.5.1.3 การยั่วยุโดยตรงและโดยสาธารณะให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

(Direct and public incitement to commit genocide)

“การยั่วยุโดยตรงและโดยสาธารณะให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” ปรากฏเป็นความผิดอาญาฐานหนึ่งตามกฎหมายอาญาระหว่างประเทศที่สำคัญ ได้แก่ ข้อ 3 (c) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 (The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948 หรือ Genocide Convention)

²⁶⁰ পুলวิทย์ วาณิชยเศรษฐกุล, “การจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง : ศึกษาการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค,” หน้า 56.

²⁶¹ เพิ่งอ้าง.

²⁶² CERD Committee, *General recommendation No. 35 on Combating racist hate speech*, UN Doc CERD/C/GC/35 (2013), para 13.

และอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court (ICC)) ส่งผลให้ผู้ช่วยทำให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มีความรับผิดชอบและต้องได้รับโทษทางอาญา ความว่า

“บรรดาการกระทำดังต่อไปนี้ต้องถูกลงโทษ

...

(c) การช่วยเหลือโดยตรงและโดยสาธารณะให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

...”²⁶³

คณะตุลาการศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)) ได้พิพากษาคดีการช่วยเหลือโดยตรงและโดยสาธารณะให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาฉบับนี้หลายคดีด้วยกัน ซึ่งสามารถสรุปองค์ประกอบของความผิดของความผิดฐานนี้ได้ดังนี้

(1) องค์ประกอบภายนอก ประกอบด้วย

(1.1) การช่วยเหลือให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

(1.2) เป็นการกระทำโดยตรง กล่าวคือ การสื่อสารที่เป็นการช่วยเหลือต้องมีลักษณะเฉพาะเจาะจงเพียงพอที่ส่งผลเป็นการเรียกร้องให้เกิดการกระทำฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดระหว่างการแสดงออกกับอันตรายที่เกิดขึ้นจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อย่างไรก็ตาม การแสดงออกโดยปริยายหรือโดยนัย (Implicit expression) ก็อาจเป็นการช่วยเหลือให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์โดยตรงได้เช่นกัน ถ้าบริบทเชิงภาษาและวัฒนธรรมที่แวดล้อมการช่วยอยู่นั้นชัดเจนต่อผู้ถูกช่วยเหลือมากพอ

(1.3) เป็นการกระทำที่ปรากฏต่อสาธารณะ กล่าวคือ เป็นการสื่อสารในสถานที่สาธารณะ หรือกระทำต่อสาธารณชนหรือส่วนหนึ่งของสาธารณชนหรือสังคม เช่น การช่วยเหลือผ่านสื่อสาธารณะและเทคโนโลยีดิจิทัล

(1.4) เป็นความผิดที่เป็นการเริ่มต้น (Inchoate Crime) กล่าวคือ ไม่ต้องการผลว่าต้องเกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ขึ้นโดยแท้จริง และไม่ต้องการพิจารณาหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ (Causation)

²⁶³ Genocide Convention, Art. III

“The following acts shall be punishable

(c) Direct and public incitement to commit genocide;”

(2) องค์ประกอบภายใน คือ ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาช่วยทำให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และเจตนาที่จะให้การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้นเกิดขึ้นจริง ในวันนี้ ผู้พูดต้องเจตนาโดยเฉพาเจาะจงที่จะทำลายทั้งหมดหรือบางส่วนของกลุ่มทางเชื้อชาติ ชนชาติ ชาติพันธุ์ หรือศาสนา หรืออย่างน้อยต้องเล็งเห็นผลหรือตระหนักได้ว่าการกระทำการช่วยๆ ของตนนั้นมีแนวโน้มอย่างสำคัญที่จะส่งผลให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

2.3.5.2 คดีสำคัญเกี่ยวกับขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ในหัวข้อนี้จะได้พิจารณาถึงคดีสำคัญเกี่ยวกับขอบเขตการใช้ประทุษวาจาที่ตัดสินโดยศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Court of Human Rights หรือ ECHR) เป็นสำคัญ ซึ่งคดีส่วนใหญ่แสดงให้เห็นถึงกรณีที่ผู้ร้องซึ่งได้ใช้ประทุษวาจาต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลอื่น และถูกลงโทษตามหลักเกณฑ์ตามข้อ 10 แห่งอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป ที่ได้กำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาไว้ โดยปรากฏคดีตัวอย่าง เช่น

คดี **Pavel Ivanov v. Russia** ผู้ร้องเป็นเจ้าของและบรรณาธิการหนังสือพิมพ์ถูกตัดสินโทษตามกฎหมายภายในว่ามีความผิดฐานช่วยทำให้เกิดความเกลียดชังด้านเชื้อชาติ และศาสนา โดยการใช้สื่อสาธารณะ เนื่องจากผู้ร้องพิมพ์เผยแพร่บทความเกี่ยวกับชาวยิวในรัสเซีย เรียกร้องให้กีดกันชาวยิวออกจากสังคม ศาลเห็นว่าการกระทำของผู้ร้องเข้าลักษณะของการช่วยทำให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุเชื้อชาติ ซึ่งขัดแย้งกับคุณค่าที่อนุสัญญานี้มุ่งคุ้มครอง โดยเฉพาะความอดทนอดกลั้น ความสงบสุขของสังคม และการไม่เลือกปฏิบัติ

คดี **Garaudy v. France** ผู้ร้องเป็นผู้เขียนหนังสือ *The Founding Myths of Modern Israel* ถูกตัดสินตามกฎหมายภายในว่ามีความผิดฐานช่วยทำให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ทั้งนี้ ผู้ร้องอ้างเสรีภาพในการแสดงออกตามอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป โดยศาลวินิจฉัยว่าเนื้อหาที่ผู้ร้องเผยแพร่มีลักษณะเป็นการปฏิเสธว่าไม่เคยมีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Holocaust denial) ซึ่งเป็นกรณีที่เข้าลักษณะของการช่วยทำให้เกิดความเกลียดชัง การกระทำดังกล่าวไม่สอดคล้องกับคุณค่าพื้นฐานของอนุสัญญานี้ ดังนั้น ผู้ร้องจึงไม่มีสิทธิอ้างเสรีภาพในการแสดงออกตามข้อ 10

คดี **M'Bala M'Bala v. France** ผู้ร้องเป็นนักแสดงตลก โดยได้ทำการแสดงที่มีเนื้อหาที่ทำให้เกิดความเกลียดชังด้านเชื้อชาติ (ชาวยิว) ผู้ร้องอ้างเสรีภาพในการแสดงออก ทั้งนี้ ศาลวินิจฉัยว่าการแสดงฉากที่พิพาทนั้นไม่อาจถือได้ว่าเป็นเพียงความบันเทิง แต่มีลักษณะเช่นเดียวกับ

การประชุมทางการเมือง โดยปรากฏเนื้อหาทางการเมืองซ่อนอยู่ในรูปแบบของการแสดงตลก เนื้อหาดังกล่าวถือว่าการลดทอนคุณค่าของชาวยิวที่เป็นเหยื่อของการใช้ประทุษวาจา จึงมิใช่การแสดงที่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของข้อ 10 แต่เป็นการแสดงความเกลียดชัง (การปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์) (Holocaust denial) โดยแฝงหรือซ่อนอยู่ในรูปของการแสดงออกผ่านงานศิลปะเท่านั้น (Disguised as an artistic production)

คดี **Norwood v. the United Kingdom** ผู้ร้องแสดงป้ายที่หน้าต่างของตนเอง ปรากฏข้อความเกี่ยวกับการขับไล่ชาวมุสลิมออกไปจากอังกฤษ ผู้ร้องถูกตัดสินโทษว่ากระทำนั้นเป็นปฏิปักษ์ต่อกลุ่มศาสนา ผู้ร้องอ้างเสรีภาพในการแสดงออกตามอนุสัญญา ศาลวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวมุ่งโจมตีกลุ่มศาสนาโดยเชื่อมโยงกลุ่มทั้งหมดกับการก่อการร้าย ซึ่งขัดแย้งกับคุณค่าที่ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญา โดยเฉพาะการอดทนอดกลั้น ความสงบสุขของสังคม และการไม่เลือกปฏิบัติ จึงไม่สามารถอ้างเสรีภาพในการแสดงออกตามข้อ 10 ได้

คดี **Vejdeland and Others v. Sweden** คดีนี้ผู้ร้องถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานเผยแพร่เอกสารที่มีเนื้อหาก้าวร้าวต่อกลุ่มคนรักเพศเดียวกัน (Homosexuals) โดยผู้ร้องเป็นสมาชิกองค์กรเยาวชน (National Youth) และนำเอกสารไปใส่ไว้ในตู้ล็อกเกอร์ของนักเรียน ข้อความในเอกสารเป็นการโจมตีการรักเพศเดียวกัน เช่น “ทำลายศีลธรรมของสังคม” “เป็นเหตุให้เกิดโรค HIV AIDS” ทั้งนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิจารณาจากเนื้อหาในเอกสารแล้วเห็นว่า เป็นการกล่าวหาอย่างรุนแรงด้วยเหตุแห่งรสนิยมทางเพศ ซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติ การลงโทษผู้ร้องตามกฎหมายภายในลงจึงไม่ฝ่าฝืนเสรีภาพในการแสดงออกตามข้อ 10 การที่รัฐเข้าไปแทรกแซงการแสดงออกของผู้ร้องมีความจำเป็นต่อสังคมประชาธิปไตยในการคุ้มครองชื่อเสียงของผู้อื่น

คดี **Affaire Faruk Temel C. Turquie v. Turkey** ผู้ร้องเป็นนักการเมือง ได้แถลงการณ์ต่อสื่อในการประชุมพรรคมีเนื้อหากล่าวโจมตีสหรัฐอเมริกาในการแทรกแซงประเทศอิรัก และการจับกุมผู้นำองค์กรก่อการร้าย นอกจากนี้ ยังวิพากษ์วิจารณ์การหายตัวไปของบุคคลในความควบคุมของตำรวจ ผู้ร้องถูกดำเนินคดีฐานเผยแพร่การโฆษณาชวนเชื่อ ผู้ร้องจึงอ้างเสรีภาพในการแสดงออก ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวินิจฉัยว่ากรณีนี้รัฐละเมิดต่อเสรีภาพในการแสดงออกตามข้อ 10 เนื่องจากผู้ร้องกล่าวในฐานะนักการเมืองฝ่ายค้าน แสดงความเห็นต่อประเด็นซึ่งอยู่ในความสนใจของสาธารณะ เมื่อพิจารณาโดยรวมแล้วเนื้อหาที่กล่าวมาได้ถึงขนาดช่วยให้ผู้อื่นใช้ความรุนแรงหรือการใช้กำลังอาวุธ จึงไม่ถึงขนาดเป็นการใช้ประทุษวาจา

จากที่ได้ศึกษาคดีมาข้างต้นจะพบว่าข้ออ้างหลักของผู้ร้องก็คือตนมีเสรีภาพในการแสดงออกและการที่กฎหมายภายในรัฐลงโทษการแสดงของตนนั้นขัดต่อข้อ 10 ในการซึ่งนำหน้ากว่ากรณีนั้นอยู่ภายใต้ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงออกหรือเป็น “Hate Speech” ที่เกินขอบเขตและรัฐสามารถตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้นั้น จากคดีต่าง ๆ พบว่า ในการพิจารณคดีนั้นมีเกณฑ์ พิจารณาจากองค์ประกอบสำคัญ 4 ประการ ได้แก่ (1) มีการแทรกแซงการแสดงออกหรือการแสดงความคิดเห็นหรือไม่ (2) การแทรกแซงนั้นมีกฎหมายให้อำนาจหรือไม่ (3) กฎหมายดังกล่าวเป็นไปด้วยวัตถุประสงค์ที่ถูกต้องตามอนุสัญญาหรือไม่ และ (4) การแทรกแซงนั้นจำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตยหรือไม่

2.3.5 ขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายภายใน

ในหัวข้อนี้จะมุ่งศึกษาถึงภาพรวมของการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาในระบบกฎหมายภายในของรัฐต่าง ๆ โดยจะแบ่งการศึกษาออกเป็นสองหัวข้อย่อย ได้แก่ ขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามรัฐธรรมนูญ และขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายอาญา

2.3.5.1 ขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามรัฐธรรมนูญ

กล่าวได้ว่า โดยส่วนใหญ่รัฐเสรีประชาธิปไตยต่างมุ่งกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาไว้ในระบบกฎหมายภายในของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐที่มีการสถาปนารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุดตามหลักรัฐธรรมนูญนิยม อย่างไรก็ตาม ไม่ค่อยปรากฏว่ารัฐเสรีประชาธิปไตยส่วนใหญ่ โดยเฉพาะบรรดารัฐฝั่งตะวันตกทั้งในทวีปภาคพื้นยุโรป หรือทวีปอเมริกา จะได้บัญญัติประเด็นของการจำกัดการใช้ประทุษวาจาไว้โดยตรงในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่จะเป็นการจำกัดผ่านการกำหนดเงื่อนไขประการต่าง ๆ ไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคล เช่น การจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกต้องกระทำโดยการตราเป็นกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องความสงบเรียบร้อยของสังคม หรือเพื่อป้องกันการละเมิดชื่อเสียงและสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น เป็นต้น นอกจากนี้ ยังต้องอยู่ภายใต้หลักการทั่วไปที่มีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญด้วย เช่น หลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักนิติรัฐ เป็นต้น กล่าวอย่างถึงที่สุด แม้มิได้มีการบัญญัติขอบเขตการใช้ประทุษวาจาไว้โดยเฉพาะเจาะจงในรัฐธรรมนูญ ทว่ารัฐเองก็สามารถตรากฎหมาย (โดยเฉพาะมาตรการทางกฎหมายอาญา) ขึ้นมาจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาได้ทราบเท่าที่ได้

ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรงและโดยอ้อมผ่านหลักการพื้นฐานที่มีคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญซึ่งสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาจะพบว่า มีบางประเทศซึ่งอาจไม่ได้เป็นประเทศที่ปกครองด้วยระบอบเสรีประชาธิปไตยที่เข้มแข็งได้บัญญัติขอบเขตการใช้ประทุษวาจาไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในบทบัญญัติที่มุ่งรับรองเสรีภาพในการแสดงออก เช่น ประเทศเคนยา²⁶⁴ ประเทศฟีจี ประเทศสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ประเทศกานา เป็นต้น ซึ่งในภาพรวมแล้วพบเพียงไม่กี่ประเทศที่มีการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ ส่วนใหญ่ไม่ได้เป็นประเทศเสรีประชาธิปไตยที่สมบูรณ์ โดยแต่ละประเทศก็จะบัญญัติขอบเขตการใช้ประทุษวาจาไว้ต่างกันไป กว้างแคบไม่เท่ากัน แต่ส่วนใหญ่จะลอกเลียนข้อความใน ICCPR ข้อ 20(2) มาบัญญัติไว้ บางประเทศก็บัญญัติกว้าง ๆ และยังมีนิยามความหมายไม่ชัดเจน แต่ที่น่าสนใจคือจะมีการเชื่อมโยงกับบทบัญญัติที่รับรองสิทธิในความเสมอภาค และสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติบนเหตุแห่งการแบ่งแยกต่าง ๆ อย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งสะท้อนหลักคิดของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และแนวคิดประทุษวาจาสมัยใหม่

2.3.5.2 ขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายอาญา

อเล็กซานเดอร์ บราวน์ ได้ศึกษาการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาในรัฐต่าง ๆ ทั่วโลก โดยเฉพาะในรัฐเสรีประชาธิปไตย ทั้งมาตรการทางกฎหมายอาญา กฎหมายแพ่ง และกฎหมายปกครอง อย่างไรก็ตาม ถ้าพิจารณาเฉพาะมาตรการทางกฎหมายอาญาเท่านั้น จะสามารถจำแนกได้ทั้งหมด 6 ประเภท ดังจะได้อธิบายต่อไปตามลำดับ²⁶⁵

2.3.5.2.1 การหมิ่นประมาทกลุ่ม (Group Defamation)

²⁶⁴ 33. FREEDOM OF EXPRESSION

2. The right to freedom of expression does not extend to-

...

c. hate speech; or

d. advocacy of hatred that-

i. constitutes ethnic incitement, vilification of others or incitement to cause harm; or

ii. is based on any ground of discrimination specified or contemplated in Article 27 (4).

²⁶⁵ Alexander Brown, *Hate Speech Law: A Philosophical Examination*, pp. 19- 38.

“การหมิ่นประมาทกลุ่ม” หมายถึง “กลุ่มของกฎหมายที่มุ่งจำกัดการแสดงออกอย่างหนึ่งอย่างใดในทางสาธารณะซึ่งเข้าลักษณะเป็นการหมิ่นประมาทต่อสมาชิกของกลุ่มหรือหมู่คณะหนึ่ง ๆ บนพื้นฐานของคุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ร่วมกันบางประการ” ทั้งนี้ การหมิ่นประมาทกลุ่ม ไม่ใช่ลักษณะอย่างเดียวกับ “การหมิ่นประมาทบุคคล” ตามปกติทั่วไป แต่มีลักษณะร่วมกันคือเป็นการกระทำที่มุ่งหรือกระทบต่อ “สิทธิในเกียรติยศชื่อเสียง” ของ “บุคคล และ/หรือ “กลุ่ม” เหมือนกัน ทั้งนี้ กลุ่มของกฎหมายที่มุ่งจำกัดการหมิ่นประมาทกลุ่ม (Group Defamation Law) นั้นปรากฏทั้งในรูปแบบของมาตรการทางกฎหมายอาญา กฎหมายแพ่ง และกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการควบคุมสื่อมวลชน โดยสามารถแบ่งประเภทกลุ่มของกฎหมายที่มุ่งจำกัดการหมิ่นประมาทกลุ่มได้ 2 ประเภท ดังนี้

ประเภทแรก กลุ่มของกฎหมายที่มุ่งจำกัดการหมิ่นประมาทกลุ่มอย่างกว้าง (Group Defamation Law in its *Catchall Usage*) ถือเป็นกฎหมายเก่าแก่ที่มุ่งจำกัดการแสดงออกของบุคคลอย่างกว้างขวางและครอบคลุมเนื้อหาของกฎหมายที่แตกต่างหลากหลาย ได้แก่ การแสดงออกในทางสาธารณะ (Public Expression) ที่เป็นเท็จ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อ ชื่อเสียงของกลุ่มหรือหมู่คณะต่าง ๆ หรือกฎหมายที่มุ่งห้ามการใช้ภาษาที่กระตุ้นอารมณ์โกรธ (Inflammatory Language) ซึ่งช่วยปลุกปั่นให้เกิดความเกลียดชังต่อกลุ่มหรือหมู่คณะต่าง ๆ หรือส่งเสริมให้เกิดความเป็นปฏิปักษ์ระหว่างกลุ่มหรือหมู่คณะต่าง ๆ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าผู้กระทำจะเชื่อโดยสุจริตหรือมีเหตุผลที่รับฟังได้ว่าข้อความนั้นเป็นจริงหรือไม่ (Truth is no defense) ตลอดจนกฎหมายที่มุ่งห้ามการแสดงออกในทางสาธารณะซึ่งข้อความที่เป็นการดูถูก (Derogatory Statements) กลุ่มหรือหมู่คณะต่าง ๆ อันก่อให้เกิดหรือน่าจะก่อให้เกิดการทำลายความสงบเรียบร้อย หรือการจลาจล โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าผู้กระทำจะเชื่อโดยสุจริตหรือเชื่อโดยมีเหตุผลที่รับฟังได้ว่าข้อความนั้นเป็นจริงหรือไม่เช่นกัน

ประเภทที่สอง กลุ่มของกฎหมายที่มุ่งจำกัดการหมิ่นประมาทกลุ่มอย่างแคบหรือโดยเคร่งครัด (Group Defamation Law *Sensu Stricto*) หมายถึง กฎหมายที่มุ่งจำกัดการแสดงออกที่เข้าลักษณะการหมิ่นประมาทกลุ่มภายใต้เงื่อนไขที่จำกัดและเคร่งครัดกว่ากฎหมายในประเภทแรก ซึ่งในกรณีของมาตรการทางกฎหมายอาญา ความผิดเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทกลุ่มต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบ ดังต่อไปนี้ (1) จำเลยได้พูดหรือตีพิมพ์เผยแพร่ซึ่งข้อความอันเป็นข้อเท็จจริงในทางสาธารณะ (หรือโดยการกล่าวอ้าง โต้แย้ง ยืนยัน หรือกล่าวหาในประการใดที่นำไปสู่

การแสดงออกซึ่งข้อความอันเป็นข้อเท็จจริง) ที่เกี่ยวเนื่องกับสมาชิกของกลุ่มหรือหมู่คณะต่าง ๆ บนพื้นฐานของคุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ร่วมกันบางประการ (2) ข้อความที่แสดงออกมาข้างต้นได้รับการพิสูจน์โดยกระบวนการแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานเชิงประจักษ์แล้วว่า “เป็นเท็จ” โดยต้องผ่านการพิสูจน์ว่าจำเลยเชื่อโดยสุจริตหรือเชื่อโดยมีเหตุผลที่รับฟังได้ว่าข้อความที่แสดงออกมานั้นเป็นความจริง (Truth Defense) หรือไม่ด้วย และ (3) ข้อความที่แสดงออกมามีแนวโน้มหรือเข้าลักษณะที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อ “เกียรติยศชื่อเสียง” ของกลุ่มคน เช่น การลดความมีตัวตนหรือความภาคภูมิใจของกลุ่มคนที่ตกเป็นเหยื่อ หรือการทำให้กลุ่มคนที่ตกเป็นเหยื่อถูกล้อเลียน ถูกประณามหยามเหยียด หรือกลายเป็นกลุ่มคนที่ไม่พึงประสงค์ที่จะคบค้าสมาคมด้วย เป็นต้น

2.3.5.2.2 การแสดงความเกลียดชัง (The Expression of Hatred)

“การแสดงความเกลียดชัง” เป็นลักษณะของกลุ่มของกฎหมายที่มุ่งจำกัดการแสดงออกถึงความเกลียดชังในทางสาธารณะต่อสมาชิกของกลุ่มหรือหมู่คณะต่าง ๆ บนพื้นฐานของคุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ร่วมกันบางประการ ซึ่งประกอบไปด้วยกฎหมายหลายประเภท ได้แก่ กฎหมายที่ห้ามการดูหมิ่น (Directing Insults) การใส่ร้ายป้ายสี (Slur) การใช้คำพูดหยาบคายซึ่งเป็นการดูถูกดูแคลน (Derogatory Epithets) หรือการล้อเลียนเย้ยหยัน (Ridicule) ต่อสมาชิกของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง นอกจากนี้ยังรวมถึงกฎหมายที่มุ่งจำกัดการเผยแพร่แนวคิดซึ่งตั้งอยู่บนความด้อยกว่าของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งในทางสาธารณะ และกฎหมายที่มุ่งห้ามการใช้คำพูด สัญญาณ หรือสัญลักษณ์ใด ๆ ในทางสาธารณะที่มีลักษณะก้าวร้าวและดูหมิ่นอย่างร้ายแรงต่อกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งด้วย

2.3.5.2.3 การยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง (Incitement to Hatred)

“การยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง” เป็นลักษณะของกลุ่มของกฎหมายที่มุ่งจำกัดการแสดงออกอย่างอื่นใดในทางสาธารณะ โดยผู้กระทำมีเจตนา (หรือเล็งเห็นผลได้ว่ามีเจตนา) ในการปลุกกระดม (Stirring up) ยั่วยุ (Inciting) หรือส่งเสริม (Promoting) อารมณ์ความรู้สึกของความเกลียดชังหรือความเป็นปฏิกิริยาต่อสมาชิกของกลุ่มหรือหมู่คณะหนึ่ง ๆ บนพื้นฐานของคุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ร่วมกันบางประการ ทั้งนี้ ลักษณะสำคัญของของกฎหมายอาญาประเภทนี้คือการกำหนดให้การยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังเป็นความผิดในตัวเองและเป็นอิสระจากการกระทำความผิดหลักอื่นใด กล่าวคือ การยั่วยุไม่จำเป็นต้องถึงขนาดเป็นการยั่วยุให้เกิดการกระทำความผิดทางอาญา (Incitement to Crime) ซึ่งเข้าลักษณะเป็น “ความผิดทางอาญาที่เป็นการเริ่มต้น”

(Inchoate Crime) เช่น การยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การประทุษร้ายทางกาย หรือการฆ่า เป็นต้น นอกจากนี้ ลำพังแต่เพียงการยั่วยุก็อาจเป็นความผิดได้ แม้ว่า “ความเกลียดชัง” จะเกิดขึ้นจริงหรือไม่ก็ตาม โดยพบว่าในหลายประเทศได้บัญญัติกฎหมายอาญาที่มุ่งจำกัดการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังในลักษณะที่ผสมผสานกับกฎหมายอาญาที่มุ่งจำกัดการหมิ่นประมาทกลุ่มอย่างแคบ จนไม่สามารถแบ่งแยกกันได้อย่างเด็ดขาด ได้แก่ กฎหมายอาญาที่มุ่งจำกัดการหมิ่นประมาทกลุ่มเฉพาะแต่ในกรณีที่มีการหมิ่นประมาทนั้นถูกใช้โดยเจตนาเพื่อยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง และกฎหมายอาญาที่มุ่งจำกัดการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังแต่ต้องมีการพิสูจน์ว่าจำเลยเชื่อโดยสุจริตหรือเชื่อโดยมีเหตุผลที่รับฟังได้ว่าข้อความที่แสดงออกมานั้นเป็น “ความจริง” หรือไม่ด้วย อย่างไรก็ตาม จำเป็นต้องทำความเข้าใจว่าโดยทั่วไปแล้วการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังมีความแตกต่างจากการหมิ่นประมาทกลุ่มอยู่อย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ แม้บางครั้งผู้ใช้ประทุษร้ายอาจใช้ข้อความที่สร้างความเสียหายอันเป็นเท็จในการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังต่อกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งก็ตาม แต่ไม่ใช่ทุกกรณีที่การกระทำหมิ่นประมาทกลุ่มจะเข้าลักษณะการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง นอกจากนี้ในทางกลับกัน บ่อยครั้งที่การยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังก็ไม่ได้เกิดจากการใช้ถ้อยความที่ไม่จริงหรือเป็นเท็จแต่อย่างใด

2.3.5.2.4 การคุกคามต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม (Threats to Public Order)

“การคุกคามต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม” เป็นลักษณะของกลุ่มกฎหมายที่มุ่งจำกัดการการแสดงออกใด ๆ ในทางสาธารณะซึ่งกระทำโดยตรงต่อกลุ่มคนหรือหรือหมู่คณะหนึ่ง ๆ บนพื้นฐานของคุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ร่วมกันบางประการ และการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการคุกคามต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ในลักษณะของการก่อให้เกิดหรืออาจจะก่อให้เกิดความปั่นป่วนในหมู่ประชาชน (Public Mischief) การทำลายความสงบสุขของสังคม (breach of the peace) หรือการก่ออันตรายต่อความปลอดภัยของสาธารณะ (Public Safety)” ทั้งนี้ ยังรวมถึงการแสดงออกอย่างหนึ่งอย่างใดที่ก่อให้เกิดหรืออาจก่อให้เกิดการริเริ่มหรือการดำเนินการสืบสวนสอบสวนของเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยไม่จำเป็น การกระทำความรุนแรงหรือการรบกวนความสงบสาธารณะซึ่งกระทำโดยบรรดาผู้เข้ามามีส่วนร่วม ผู้ถูกยั่วยุ หรือผู้ที่กระทำการโต้กลับคำพูดหรือการกระทำเหล่านั้น หรือการก่อความไม่สงบในสังคม การทำลายทรัพย์สินของรัฐหรือของเอกชน, และการฝ่าฝืนกฎหมายและกฎระเบียบของสังคมโดยภาพรวมด้วย จึงกล่าวได้ว่าเป้าหมายของการบัญญัติกลุ่มของกฎหมายในประเภทนี้คือการมุ่งปกป้อง “สังคมโดยภาพรวม” (The wider community)

มากกว่าเพียงแค่การปกป้องสิทธิของเหยื่อของประทุษวาจาแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น และมีการกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นต่ำในการดำเนินคดีที่ค่อนข้างสูงกว่ากลุ่มของกฎหมายที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาในประเภทอื่น อย่างไรก็ตาม จะพบว่ากฎหมายบางลักษณะในกลุ่มของกฎหมายประเภทนี้ได้มีการกำหนดลักษณะของวาจาหรือการแสดงออกบางประการไว้โดยเฉพาะเจาะจง กล่าวคือกำหนดให้ต้องเป็นการแสดงออกใด ๆ ก็ตามที่เข้าลักษณะของ “การหมิ่นประมาท” (Libelous) และมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย (disorder) หรือ “ความสับสนวุ่นวาย” (unrest) ในหมู่ประชาชนด้วย

2.3.5.2.5 การปฏิเสธหรือการกระทำอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทารุณโหดร้ายต่อมวลชนจำนวนมาก การกระทำความรุนแรง หรือการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Denying, etc. Act of Mass Cruelty, Violence or Genocide)

“การปฏิเสธหรือการกระทำอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทารุณโหดร้ายเชิงมวลชน การกระทำความรุนแรง หรือการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” เป็นลักษณะของกลุ่มของกฎหมายที่มุ่งจำกัดการใช้วาจาหรือการแสดงออกอย่างอื่นใดในทางสาธารณะซึ่งเข้าลักษณะของการปฏิเสธ (Denying) การลดทอนความสำคัญอย่างร้ายแรง (Grossly trivializing) การยอมรับ (Approving) การให้ความชอบธรรม (Justifying) การให้อภัย (Condoning) การเชิดชู (Glorifying) บรรดาการกระทำทารุณโหดร้ายต่อมวลชน การกระทำความรุนแรง หรือการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ที่ได้กระทำต่อกลุ่มคนหรือหรือหมู่คณะหนึ่ง ๆ บนพื้นฐานของคุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ร่วมกันบางประการ ทั้งนี้ พบว่าบรรดากฎหมายส่วนใหญ่ต่างบัญญัติข้อความอย่างชัดแจ้งถึงกรณีการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ขาวยิวที่กระทำโดยระบอบนาซีในประเทศเยอรมนีสมัยสงครามโลกครั้งที่สอง ซึ่งมีคำเรียกโดยเฉพาะว่า “Holocaust” ในขณะที่กฎหมายของบางประเทศกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับ “อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติซึ่งกระทำโดยระบอบคอมมิวนิสต์ในทวีปยุโรปตะวันออก” (Crimes against humanity committed by the Communist regime in Eastern Europe)

นอกจากนั้น พบว่าบางประเทศไม่ได้กำหนดหรือยกตัวอย่างของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไว้อย่างชัดเจน ทว่าก็สามารถตีความให้หมายถึงการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ได้ รวมถึงยังพบตัวอย่างของกฎหมายที่มุ่งลงโทษการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ขาวยิวในระบอบนาซี เช่น บรรดากฎหมายที่มุ่งจำกัดการแสดงออกที่รบกวนความสงบสุขของสาธารณะและบรรดากฎหมายที่มุ่งลงโทษการแสดงออกในทางสาธารณะซึ่งเข้าลักษณะของการดูถูกหรือดูหมิ่นความทรงจำของผู้เสียชีวิตจาก

เหตุการณ์การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ นอกจากนี้ ยังพบบางประเทศที่มีการกำหนดความผิดทางอาญาซึ่งมุ่งจำกัดหรือห้ามการกระทำที่เข้าลักษณะของการลดทอนความสำคัญอย่างร้ายแรง การยอมรับ การให้ความชอบธรรม การให้อภัย การยกย่องสรรเสริญ บรรดาการกระทำที่กล่าวมาข้างต้นด้วย

ทั้งนี้ กล่าวได้ว่า ฐานความผิดว่าด้วยการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิว (Holocaust Denial) (รวมถึงการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในกรณีอื่น) เป็นประเด็นละเอียดอ่อนที่ถูกรวบรวมอย่างหนักในวงวิชาการและในการพิเคราะห์คดีของศาลในระดับระหว่างประเทศ และในประเทศต่าง ๆ โดยพบว่าหลายประเทศ บรรดากฎหมายเกี่ยวกับความทรงจำ (Memorial Laws) เหล่านี้ถูกรวบรวมว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเท่ากับว่ารัฐได้เข้ามาสถาปนาและกล่าวอ้าง “ความจริงทางประวัติศาสตร์ตายตัวที่เป็นทางการ” (Official fixed historical truth) หรือ “ความจริงที่ถูกป่าวประกาศโดยรัฐ” (Government declared truth) ผ่านการตรากฎหมายลงโทษทางอาญาดังกล่าว อันเป็นอุปสรรคต่อเสรีภาพในการมีความคิดเห็นและการวิจัยทางประวัติศาสตร์ และการตีความเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ต่าง ๆ²⁶⁶

2.3.5.2.6 การยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การแบ่งแยก การใช้ความรุนแรง หรือการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Incitement to discrimination, segregation, violence or genocide)

“การยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การแบ่งแยก การใช้ความรุนแรง หรือการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” เป็นกลุ่มของกฎหมายที่มุ่งจำกัดการกระทำที่เข้าลักษณะของการยั่วยุให้เกิดผลลัพธ์เป็นการกระทำบางประการ ได้แก่ การเลือกปฏิบัติ การแบ่งแยก การใช้ความรุนแรง หรือการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ต่อกลุ่มคนหรือหรือหมู่คณะหนึ่ง ๆ บนพื้นฐานของคุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ร่วมกันบางประการ ซึ่งมีลักษณะเป็นความผิดที่เป็นการเริ่มต้น (Inchoate Crime) กล่าวคือ เป็นความผิดที่ไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงว่าจะต้องเกิดผลลัพธ์เป็นการกระทำข้างต้นจริงหรือไม่ เพียงแต่มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดก็เพียงพอแล้ว ซึ่งถือได้ว่าเป็นฐานความผิดที่ใกล้ชิดอย่างยิ่งกับฐานความผิดของการเป็นผู้ใช้ให้บุคคลอื่นกระทำความผิดอาญา (Incitement to Crime)

²⁶⁶ โปรดดู คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเกี่ยวกับประเด็น “การปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” อย่างละเอียดใน อัศวิน อุดทา คำ, “ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงออก : ศึกษากรณีคำพูดหรือการกระทำที่สร้างความเกลียดชังตามแนวคำวินิจฉัยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและศาลสหรัฐอเมริกา,” หน้า 50-75.

2.3.5.3 ความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มกฎหมายอาญาที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจา กับ กลุ่มกฎหมายอาญาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

2.3.5.3.1 กลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับการหมิ่นประมาท (Defamation)

กลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับการหมิ่นประมาท (Defamation) ซึ่งสามารถ แบ่งย่อยได้อีก 2 ประเภท ได้แก่ การหมิ่นประมาทโดยการพูด (Slander) และการหมิ่นประมาทใน ลักษณะอื่นนอกจากการพูด (Libel) ในบางกรณีมักถูกนำมาปะปนกับแนวคิดของการใช้ประทุษวาจา จนเกิดความสับสน ทั้งนี้ โดยทั่วไป ความผิดฐานหมิ่นประมาทมีเป้าหมายเพื่อปกป้องชื่อเสียง เกียรติคุณ (Reputation) ของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง การใส่ความด้วยข้อความอันเป็นเท็จ (False statements of fact) โดยประการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติคุณของบุคคลนั้น เป็นสำคัญ²⁶⁷ ยิ่งกว่านั้น ความผิดฐานหมิ่นประมาทจะมุ่งเน้นที่ตัวปัจเจกชนเป็นราย ๆ ไป (ในบาง กรณีอาจเป็นกลุ่มได้แต่ต้องเป็นนิติบุคคล หรือเป็นกลุ่มคนที่สามารถระบุจำนวนได้แน่นอน) ในขณะที่ ประทุษวาจาจะตั้งอยู่บนพื้นฐานของการกระทำต่อปัจเจกชนหรือกลุ่มก็ได้ทั้งสิ้น ทว่าต้องอยู่บน พื้นฐานของอัตลักษณ์ที่แสดงความเป็นกลุ่มร่วมกันบางอย่าง เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา รสนิยมทาง เพศ เป็นต้น นอกจากนี้ ประทุษวาจายังประกอบไปด้วยรูปแบบของการใช้ประทุษวาจาจำนวนมากและ หลากหลายระดับความรุนแรง (บางประเภทอาจมีลักษณะเป็นการใส่ความเหยื่อของประทุษวาจาด้วย ข้อความอันเป็นเท็จก็ได้) ประทุษวาจาบางประเภทสามารถก่อให้เกิดผลกระทบร้ายแรงถึงขั้นทำลาย ความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ หรือคุกคามต่อสิทธิในชีวิตและเนื้อตัวร่างกายของเหยื่อของประทุษ วาจาอย่างชัดเจน จึงไม่ได้ส่งผลกระทบเพียงชื่อเสียงเกียรติคุณเท่านั้น

2.3.5.3.2 กลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับการดูหมิ่นศาสนา (Blasphemy) และ การหมิ่นประมาทศาสนา (Defamation of Religions)

กลุ่มกฎหมายในลักษณะนี้มุ่งปกป้องแนวคิดที่เป็นนามธรรม (Abstract concept) ได้แก่ ศาสนาและระบบความเชื่อต่าง ๆ ซึ่งครอบคลุมถึงบรรดาแนวคิด หลักธรรมคำสอน หรือสัญลักษณ์ทางศาสนาใดก็ตามให้ปลอดภัยจากการถูกวิพากษ์วิจารณ์ในทุกกรณี หรือเพื่อคุ้มครอง

²⁶⁷ ARIRICLE 19, “‘Hate Speech’ Explained : A Toolkit” [Online].

อารมณ์ความรู้สึกของบรรดาศาสนิกชนทั้งหลายจากความรู้สึกที่ถูกดูหมิ่นหรือวิพากษ์วิจารณ์ ซึ่งอาจจำแนกประเภทของกลุ่มกฎหมายในลักษณะนี้ได้ 3 ประเภท ดังนี้²⁶⁸

ประเภทแรก การดูหมิ่นศาสนาโดยตรง (Direct Blasphemy) ซึ่งเป็นการมุ่งปกป้องบรรดาหลักธรรมคำสอน สัญลักษณ์ หรือบุคคลสำคัญทางศาสนาที่ได้รับการเคารพจากการวิพากษ์วิจารณ์ ต่อต้าน ประณาม ตีตรา เหมารวม หรือหมิ่นประมาท

ประเภทที่สอง การดูหมิ่นอารมณ์ความรู้สึกทางศาสนา (Insult to religious feelings) ซึ่งเป็นการมุ่งปกป้องอารมณ์ความรู้สึกหรือหรือความรู้สึกอ่อนไหวของกลุ่มบุคคลที่รู้สึกถูกดูหมิ่น รุกราน หรือช่นเคืองจากเหตุการณ์ดูหมิ่นศาสนาที่พวกเขาให้ความศรัทธา

ประเภทที่สาม กฎหมายที่กว้างและคลุมเครืออย่างยิ่งในการจำกัดการแสดงออกที่เกี่ยวข้องกับศาสนาหรือความเชื่อต่าง ๆ (Broad/vague laws limiting expression concerning religion or belief) กฎหมายเหล่านี้มักเป็นร่างกฎหมายที่กว้างหรือคลุมเครือที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งมักถูกนำไปใช้จำกัดเสรีภาพในการแสดงออกโดยไม่ชอบธรรมและปิดกั้นการอภิปรายถกเถียงเกี่ยวกับประเด็นศาสนาและความเชื่ออย่างเด็ดขาด

ทั้งนี้ ตามมาตรฐานของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ กลุ่มกฎหมายทั้งสามประเภทข้างต้นไม่ถือว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการใช้ประทุษวาจาด้านศาสนา (Religious Hate Speech) เนื่องจากความผิดเกี่ยวกับการดูหมิ่นศาสนาที่มุ่งปกป้องที่แนวคิดและความเชื่อ ในขณะที่ความผิดเกี่ยวกับการใช้ประทุษวาจาด้านศาสนาที่มุ่งปกป้องสิทธิของบุคคลบนพื้นฐานของศาสนาหรือความเชื่อที่พวกเขายึดถือ (เป็นการโจมตีที่ตัวบุคคลไม่ใช่แนวคิด) โดยกลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับการดูหมิ่นศาสนาไม่ได้รับการยอมรับจากบรรดาองค์กรระหว่างประเทศอย่างค่อนข้างเป็นเอกฉันท์ และมีการเรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ เพิกถอนกฎหมายในลักษณะนี้ออกจากระบบกฎหมายภายในของตน²⁶⁹

²⁶⁸ The Venice Commission, "Report on the Relationship between Freedom of Expression and Freedom of Religion : The Issue of Regulation and Prosecution of Blasphemy, Religious Insult and Incitement to Religious Hatred," [Online]. Available from: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2008\)026-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2008)026-e).

²⁶⁹ ARIRICLE 19, "'Hate Speech' Explained : A Toolkit" [Online].

2.3.5.3.3 กลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับการปกป้องรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ (The state and public officials)

กลุ่มกฎหมายในลักษณะนี้มุ่งลงโทษการวิพากษ์วิจารณ์รัฐ การกระทำดูหมิ่นเหยียดหยามสัญลักษณ์ของรัฐ (เช่น ธงชาติ และเครื่องหมาย) หรือผู้ใช้อำนาจรัฐ การดูหมิ่นหรือการใส่ร้ายป้ายสีบางตำแหน่งในรัฐ รวมถึงการกระทำที่เข้าลักษณะของการสร้างความปั่นป่วนและกระด้างกระเดื่องในรัฐ (Sedition) หรือการแสดงออกที่กระทบต่อ “ความสามัคคีของคนในชาติ” (National Unity) หรือ “ความปรองดองในชาติ” (National Harmony)

ทั้งนี้ กลุ่มกฎหมายส่วนใหญ่ในหัวข้อนี้ โดยเฉพาะความผิดฐานสร้างความปั่นป่วนและกระด้างกระเดื่องในรัฐนั้นอาจถูกจัดประเภทว่าเป็นประทุษวาจายุคคลาสสิกที่ยังคงเป็นมรดกตกทอดในกฎหมายอาญาสมัยใหม่ในรัฐเสรีประชาธิปไตย กระนั้นก็ดี ตามมาตรฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ กลุ่มกฎหมายเหล่านี้กลับไม่ค่อยมีความชอบธรรมเท่าไรนัก และควรแยกออกจากมโนทัศน์ของประทุษวาจาสมัยใหม่ที่มุ่งคุ้มครองประชาชนซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิ (โดยเฉพาะกลุ่มคนส่วนน้อยหรือกลุ่มคนชายขอบ) มากกว่าการคุ้มครองบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งในฐานะของรัฐ เช่น ประมุขของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น ๆ สถานะเหล่านี้ไม่ควรนับรวมว่าเป็น “คุณลักษณะที่ได้รับการคุ้มครอง” (Protected Characteristic) ที่จะสามารถอ้างเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ หรือจำแนกว่าเป็นประทุษวาจา (สมัยใหม่) ได้ โดยอันที่จริงแล้วบรรดาเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหลายต่างถูกคาดหวังว่า จะต้องมีความอดทนอดกลั้นอย่างสูงที่จะรับฟังคำวิจารณ์และการถูกต้องด้านทางการเมืองในระดับที่สูงกว่าบุคคลปกติทั่วไป ดังนั้น ในกรณีของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมายเพื่อปกป้องความมั่นคงของรัฐ หรือความสงบเรียบร้อยของสาธารณะโดยเฉพาะในกรณีของการใช้ประทุษวาจา ย่อมไม่ควรถูกฉวยใช้อย่างบิดเบือนเพื่อที่จะกดขี่และปราบปรามการวิพากษ์วิจารณ์หรือการคัดค้านของบุคคลอื่นที่มีต่อเจ้าหน้าที่รัฐหรือผู้ใช้อำนาจรัฐ เพื่อปิดบังความผิดที่ได้กระทำ หรือเพื่อป้องกันความอับอายหรือเสียหายของบรรดาเจ้าหน้าที่รัฐ²⁷⁰

2.3.5.3.4 กลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง (Hate Crime)

²⁷⁰ Ibid.

ในเบื้องต้นคำว่า “ประทุษวาจา” กับ “อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง” มักถูกเลื่อนกลื่อนและถูกใช้แทนกันอยู่บ่อยครั้ง ซึ่งการกระทำทั้งสองประเภทต่างแสดงถึงอาการของความไม่มีความอดทนอดกลั้นและเต็มไปด้วยอคติ ทว่าอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังส่วนใหญ่จะไม่ได้เกี่ยวข้องกับการใช้เสรีภาพในการแสดงออกเท่าไรนัก ทั้งนี้ อาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง หมายถึง กลุ่มของการกระทำความผิดอาญา (Criminal Offence) ที่ตัวการผู้กระทำความผิดได้เจตนากระทำต่อเหยื่อทั้งหมดหรือบางส่วนโดยมีมูลเหตุจูงใจจากความอคติ (Bias-Motivation) ซึ่งรวมถึงอารมณ์ความเกลียดชังอยู่ในตัว โดยสามารถแบ่งองค์ประกอบได้ ดังต่อไปนี้ (1) การกระทำความผิดทางอาญาพื้นฐาน (Base criminal offence) เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนได้รับบาดเจ็บสาหัส ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ เป็นต้น และ (2) การกระทำความผิดอาญาตามข้อ (1) ต้องกระทำด้วยมีมูลเหตุจูงใจจากความอคติ กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดต้องเลือกเหยื่อเป้าหมายบนพื้นฐานของคุณลักษณะอย่างหนึ่งอย่างซึ่งแสดงความเป็นกลุ่ม²⁷¹

ในหลายกรณีการใช้ ประทุษวาจาไม่ได้เป็นความผิดทางอาญาพื้นฐานของอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง แม้กระนั้นการใช้ประทุษวาจาอย่างทันทีทันใดก่อน ระหว่างหรือหลังการกระทำความผิดอาญาใดก็ตามก็อาจเป็นใช้เป็นหลักฐานในการบ่งชี้มูลเหตุจูงใจของความอคติได้ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีรัฐอาจมีการกำหนดความผิดทางอาญาสำหรับการใช้ประทุษวาจาบางประเภทที่มีความร้ายแรงอย่างยิ่งเป็นพิเศษ เช่น การยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรง การคุกคามข่มขู่ทางคำพูด เป็นต้น ในกรณีเช่นนี้ประทุษวาจาจะกลายเป็นการกระทำที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับการแสดงออกในตัวเอง (Expressive act) ที่ถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา หรือเป็นอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังซึ่งมีลักษณะของการแสดงออก (Expression-Oriented Hate Crimes) ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะเป็นเหตุจูงใจให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจลงโทษให้หนักขึ้นได้

²⁷¹ OSCE, "Hate Crime Laws : A Practical Guide," [Online]. Available from: <https://www.osce.org/odihhr/36426>.

2.3.5.4 แนวคิดเกี่ยวกับการแบ่งระดับความรุนแรงของการใช้ประทุษวาจากับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย

2.3.5.4.1 แนวคิดของแอนโทนี คอติส (Anthony Cortese)

แอนโทนี คอติส อธิบายว่าประทุษวาจาบางลักษณะนั้นสมควรถูกประณามมากกว่าประทุษวาจาในลักษณะอื่น ด้วยเหตุนี้ เขาจึงเสนอแนวคิดการแบ่งระดับความรุนแรงของประทุษวาจาที่แตกต่างโดยซึ่งขึ้นอยู่กับเนื้อหา วิธีการสื่อสาร และเจตนาของผู้ส่งสาร ทั้งหมด 4 ระดับ เรียงลำดับจากรุนแรงน้อยที่สุดจนถึงรุนแรงมากที่สุดพร้อมทั้งเสนอแนวทางแก้ไขหรือรับมือในแต่ละระดับด้วย โดย Cortese ได้พัฒนาแนวคิดมาจากทฤษฎีการส่งผ่านทางวัฒนธรรม (Cultural Transmission Theory) ทฤษฎีการระบุความเป็นสมาชิกของกลุ่ม (Group Identification Theory) และทฤษฎีชาติพันธุ์เชิงวิพากษ์ (Critical Race Theory)²⁷² ดังจะได้อธิบายต่อไปตามลำดับ

(1) การแบ่งแยกหรือเลือกปฏิบัติโดยไม่ได้เจตนา (Unintentional Discrimination)

การใช้ประทุษวาจาในระดับนี้คือการแบ่งแยกหรือเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นได้บ่อยในชีวิตประจำวัน โดยมักปรากฏอยู่ในลักษณะของการกระทำที่อยู่บนพื้นฐานของทัศนคติในเชิงแบ่งแยกของคนที่เป็นสมาชิกส่วนใหญ่ของสังคมต่อคนที่เป็นสมาชิกส่วนน้อย และได้แสดงออกอันมีลักษณะเป็นการคุกคามว่าเกิดจากความไม่ตั้งใจหรือรู้เท่าไม่ถึงการณ์ (Offending Minorities, But Not on Purpose) เช่น การเรียกคนเชื้อสายแอฟริกันว่าเป็น “คนดำ” หรือ “คนผิวสี” (Colored) โดยเพราะไม่รู้ธรรมเนียมปฏิบัติ ทั้งนี้ ประทุษวาจาในระดับนี้สามารถแก้ไขได้ด้วยการให้การศึกษาและอธิบายถึงเหตุผลให้ผู้ที่ใช้ประทุษวาจาเหล่านั้นตระหนักรู้ว่าการกระทำของตนเองนั้นเป็นการกระทำที่เลือกปฏิบัติหรือเป็นการเหมารวมอย่างไร จึงยังไม่ควรถูกจำกัดหรือแทรกแซงตามกฎหมาย

(2) การแบ่งแยกหรือเลือกปฏิบัติโดยเจตนา (Conscious Discrimination)

²⁷² Anthony Cortese, "Opposing Hate Speech," [Online]. Available from: pp. 7-9.

การใช้ประทุษวาจาในระดับนี้คือการแบ่งแยกหรือเลือกปฏิบัติที่เกิดจากความตั้งใจที่จะใส่ร้าย ดูถูก จงเกลียดจงชังคนที่เป็สมาชิกส่วนน้อยของสังคมบนพื้นฐานของอคติอย่างรุนแรง (Intentionally Denigrating Minorities) มีความพยายามกีดกันให้เกิดการแบ่งแยกในสังคมให้เกิดความเป็น “พวกเขา” และ “พวกเรา” ทั้งนี้ ประทุษวาจาในระดับนี้ยังคงเน้นการให้การศึกษาและสร้างความตระหนักรู้เป็นหลัก แต่ควรเพิ่มเติมด้วยการกำหนดประมวลจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้วาจาที่เหมาะสม (Speech Codes) โดยมุ่งจำกัดหรือห้ามการใช้ประทุษวาจาเป็นการภายในของสถาบันหรือองค์กร รวมถึงการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในคดีละเมิดซึ่งอยู่บนพื้นฐานของการจงใจก่อให้เกิดความเจ็บปวดทางอารมณ์ (The tort of Intentional Infliction of Emotional Distress) ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาเกณฑ์ดังต่อไปนี้ว่าการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดภัยอันตรายอันตรายเพียงพอที่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายในทางละเมิดหรือไม่ (Harmful) ได้แก่ (1) มีเจตนาหรือความจงใจ (Intent) (2) มีพฤติกรรมที่สุดขั้วและรุนแรง (Extreme and Outrageous Behavior) (3) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลของการกระทำ (Causation) และ (4) ก่อให้เกิดความเจ็บปวดทางอารมณ์อย่างรุนแรง (Severe Emotional Distress)

อย่างไรก็ตามคดีส กล่าวว่แม้การใช้ประทุษวาจาในระดับที่ 2 จะมีความชัดเจนว่าผู้ใช้ประทุษวาจา มีเจตนาหรือความจงใจอย่างแน่แท้ ทว่ามีหลายกรณีที่ใช้ประทุษวาจาในระดับนี้ไม่ถึงกับก่อให้เกิดความเจ็บปวดทางอารมณ์อย่างรุนแรง จึงเป็นเรื่องที่ค่อนข้างยากในการพิสูจน์ความรับผิดชอบในทางละเมิดในกรณีของประทุษวาจาในระดับที่ 2

(3) การยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังในลักษณะของการแบ่งแยกหรือเลือกปฏิบัติ (Inciting Discriminatory Hatred)

การใช้ประทุษวาจาในระดับนี้คือการยั่วยุและก่อให้เกิดความเกลียดชังแก่คนที่เป็เสียงส่วนน้อยในสังคม (Generating Feeling Hatred) ประกอบไปด้วยการกล่าวหา กล่าวโทษ เหยียดหยาม สบประมาท ล้อเลียน ลดคุณค่าลง การทับถมหรือสมน้ำหน้าอย่างรุนแรง โดยการแก้ไขและรับมือกับประทุษวาจาในระดับนี้ การให้การศึกษาและสร้างความตระหนักรู้ย่อมไม่เพียงพอ จำเป็นต้องอยู่ภายใต้ประมวลจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้วาจาเช่นเดียวกับประทุษวาจาในระดับที่สอง อย่างไรก็ตามการใช้ประทุษวาจาในระดับนี้มักปรากฏการใช้ในพื้นที่สาธารณะมากกว่าในสถาบันที่มีรั้วรอบขอบชิดซึ่งอยู่นอกขอบเขตของประมวลจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้วาจา การ

ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในคดีทางละเมิดจึงเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่สามารถใช้ได้และการพิสูจน์มีความยุ่งยากน้อยกว่าประทุษวาจาในระดับก่อนหน้า

(4) การยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรงในลักษณะของการแบ่งแยกหรือเลือกปฏิบัติ (Inciting Discriminatory Violence)

การใช้ประทุษวาจาในระดับนี้คือการยั่วยุหรือส่งเสริมให้มีการใช้ความรุนแรงต่อคนที่เป็สมาชิกส่วนน้อยของสังคม ประกอบไปด้วยการปฏิเสธการอยู่ร่วมกัน การยั่วยุให้เกิดการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือทำลายล้างคนหรือกลุ่มคนอื่นที่แตกต่างจากตนหรือกลุ่มตน โดยประทุษวาจาในระดับนี้ถือว่าการยั่วยุให้เกิดการกระทำความผิดอันใกล้จะถึง (Inciting Imminent Criminal Behavior) อย่างชัดเจนซึ่งย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย โดยเงื่อนไขว่า “อันใกล้จะถึง” (Imminent) ถือเป็นหลักเกณฑ์สำคัญที่สุด

2.3.5.4.2 แนวคิดขององค์กร ARTICLE 19

องค์กร ARTICLE 19 ซึ่งเป็นองค์กรพัฒนาเอกชนระดับโลกจากประเทศอังกฤษที่ทำงานด้านการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกและแสดงความคิดเห็นมาอย่างยาวนาน ได้เสนอหลักเกณฑ์ในการแบ่งประเภทของประทุษวาจา (A Typology of Hate Speech) ออกเป็น 3 ประเภท ตามระดับของความรุนแรงของประทุษวาจา เพื่อแยกแยะให้เห็นถึงการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายที่เหมาะสมและสอดคล้องกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเกณฑ์ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) โดยได้พัฒนาข้อเสนอนี้จากรายงานประจำปี (Annual Report) ที่ A/76/357 ของผู้รายงานพิเศษขององค์การสหประชาชาติด้านการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก (Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression) ที่เสนอต่อที่ประชุมใหญ่แห่งสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 7 กันยายน พ.ศ.2555 ดังจะได้อธิบายตามลำดับดังนี้

(1) ประทุษวาจาที่ต้องถูกจำกัด (Hate Speech that must be prohibited)

องค์กร ARTICLE 19 เสนอว่าภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ รัฐต่าง ๆ ถูกร้องขอให้ต้องดำเนินการจำกัดรูปแบบของการใช้ประทุษวาจาที่มีความรุนแรงสูงสุด เป้าหมายเพื่อป้องกันภัยอันตรายที่ “โดดเด่นเป็นพิเศษ” (Exceptional) และ “ย้อนกลับไม่ได้” (Irreversible) ซึ่งเกิดจากผู้ประทุษวาจาที่มีความสามารถและมีเจตนาในการยั่วยุ ซึ่งประกอบด้วย

(1.1) การยั่วยุโดยตรงและในทางสาธารณะให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์(Direct and public incitement to genocide) ซึ่งถูกจำกัดภายใต้ “อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษความผิดอาชญาฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948” (The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948) หรือ Genocide Convention) และ “ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ” (The Rome Statute of the International Criminal Court (1998) หรือ Rome Statute หรือ ICC) ทั้งนี้ รายละเอียดของหลักเกณฑ์และเงื่อนไขได้อธิบายแล้วในหัวข้อ...

(1.2) การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังที่เลือกปฏิบัติ ซึ่งยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ และการใช้ความรุนแรง (*Any advocacy of discriminatory hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence*) ซึ่งเทียบเคียงจาก ข้อ 20 (2) แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิพลเมือง (ICCPR) แต่ต้องเข้าหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเพิ่มเติมตาม ข้อ 19 (3) ด้วย กล่าวคือ ต้องตราเป็นกฎหมาย ต้องมีวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม และต้องมีความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย

ทั้งนี้ องค์กร ARTICLE 19 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ขั้นต่ำของความรุนแรง (Severity Threshold) ซึ่งประกอบด้วยเกณฑ์การตรวจสอบ 6 ประการ (Six-part test) ที่พัฒนามาจาก *The Rabat Plan of Action* เพื่อเป็นเครื่องมือที่ช่วยในการวินิจฉัยว่า “อันตราย” (Danger) จากการใช้ความรุนแรง การเป็นปฏิปักษ์ และการเลือกปฏิบัติในสถานการณ์หนึ่ง ๆ ปรากฏอยู่จริงในขณะนั้นอย่างเพียงพอ (Sufficiently present) ที่จะให้ความชอบธรรมกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาโดยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ใช้ประทุษวาจา (Speaker) กล่าวคือ สถานภาพ (Position) และอำนาจหรืออิทธิพลที่มีต่อผู้รับสารของประทุษวาจาถือเป็นเรื่องสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากผู้ใช้ประทุษวาจาอยู่ในสถานภาพของการเป็นนักการเมืองหรือเป็นสมาชิกที่มีบทบาทสำคัญในพรรคการเมือง และเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลที่อยู่ในสถานภาพใกล้เคียงกับที่กล่าวมา

ข้างต้น เช่น ครู หรือผู้นำทางศาสนา เป็นต้น ยิ่งเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาเป็นพิเศษ เนื่องจากบุคคลเหล่านี้สามารถสร้างแรงจูงใจและจุดประกายความสนใจ รวมถึงมีอิทธิพลอย่างมหาศาลต่อบุคคลอื่น ๆ ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องมีการวิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้ประทุษวาจากับผู้รับสาร และประเด็นอื่น ๆ ที่เกี่ยวเนื่อง เช่น ระดับของความเปราะบางและความหวาดกลัวระหว่างผู้คนในสังคมกลุ่มต่าง ๆ รวมถึงของกลุ่มผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของประทุษวาจา หรือระดับของความเคารพและการยอมเชื่อฟังของผู้รับสารที่มีต่อการแสดงออกของผู้ใช้ประทุษวาจา

(2) เจตนา (Intent) ต้องเข้าลักษณะดังต่อไปนี้ (2.1) มีเจตนาที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในการสนับสนุนความเกลียดชัง (2.2) มีเจตนามุ่งกระทำต่อกลุ่มคนบนพื้นฐานของคุณลักษณะเฉพาะของความเป็นกลุ่มที่ถูกคุ้มครอง (Protected Characteristic) และ (2.3) รับรู้และเข้าใจถึงผลลัพธ์ของการใช้ประทุษวาจาของตน และรู้ว่าผลลัพธ์ของการใช้ประทุษวาจาดังกล่าวย่อมจะเกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นได้ในสถานการณ์ปกติที่คาดหมายได้ (เช่น ในกรณีที่ไม่มีสถานการณ์หรือการเปลี่ยนแปลงที่ไม่อาจคาดหมายได้เกิดขึ้น) โดยต้องนำประเด็นของเจตนา มาพิจารณาร่วมกับข้อเท็จจริงรายการอื่นและสถานการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในภาพรวมทั้งหมด รวมถึงภาษาที่ใช้ ระดับและการผลิตซ้ำการใช้ประทุษวาจา และเป้าหมายที่มีการประกาศของผู้ใช้ประทุษวาจาด้วย ดังนั้น เพียงความประมาทเลินเล่อ (Recklessness) และการเพิกเฉย (Negligence) ยังไม่เพียงพอเป็นมาตรฐานชี้วัดการมีเจตนาได้ นอกจากนั้น ยังควรคุ้มครองการสื่อสารที่เป็นเพียงแค่การวินิจฉัยที่ไม่รอบคอบ หรือไร้มารยาท เช่น มุกตลกร้าย (Bad joke) รวมถึงการเสียดสี การกระตุ้นความคิดหรือการทำทนายสภาพการณ์ที่เป็นอยู่ รวมทั้ง ศิลปะปลุกความคิด (Thought Art)

(3) เนื้อหาของการใช้ประทุษวาจา (Content of the expression) กล่าวคือ การวิเคราะห์รูปแบบและลักษณะของการใช้ประทุษวาจาว่าการใช้ประทุษวาจาดังกล่าวเป็นการยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรง การเป็นปฏิปักษ์ หรือการเลือกปฏิบัติ โดยตรงหรือโดยอ้อม นอกจากนั้น ความเข้าใจของผู้รับสารที่ไม่ใช่เหยื่อประทุษวาจาถือว่าสำคัญอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในกรณีของการยั่วยุโดยอ้อม ท้ายสุด มาตรฐานของกฎหมายระหว่างประเทศรับรองว่าการแสดงออกบางอย่างอาจถูกจำกัดได้ในขอบเขตที่แคบมาก ได้แก่ การแสดงออกเชิงศิลปะ (Artistic Expression) วาทกรรมเกี่ยวกับประเด็นที่เป็นประโยชน์สาธารณะ (Public Interest Discourse) งานวิจัยและวาทกรรมเกี่ยวกับประเด็นทางวิชาการ (academic discourse and research) ข้อเท็จจริงและการตัดสินคุณค่า (statements of facts and value judgements)

(4) ขอบเขตและระดับความเข้มข้นของการใช้ประทุษวาจา (Extent and magnitude of the expression) กล่าวคือ การวิเคราะห์ธรรมชาติความเป็นสาธารณะของการใช้ประทุษวาจา (public nature of the expression) ซึ่งรวมถึงการพิจารณาว่าการใช้ประทุษวาจาได้สื่อสารออกไปสู่สภาพแวดล้อมที่จำกัดการเข้าถึง หรือออกไปสู่พื้นที่สาธารณะที่ทุกคนสามารถเข้าถึงได้อย่างกว้างขวาง การใช้ประทุษวาจาได้กระทำในพื้นที่ปิดที่ต้องซื้อบัตรผ่านเข้าไปภายในหรือกระทำในสถานที่สาธารณะ การใช้ประทุษวาจาได้สื่อสารไปยังสาธารณชนโดยไม่สามารถระบุได้ว่าใครเป็นผู้รับสารที่ได้รับผลกระทบบ้าง หรือเป็นการสื่อสารไปยังกลุ่มคนจำนวนหนึ่งที่ระบุจำนวนได้ในสถานที่สาธารณะ หรือเป็นการสื่อสารไปยังสาธารณชนในวงกว้าง นอกจากนี้ ยังต้องวิเคราะห์ถึงวิธีการใช้ประทุษวาจาและความเข้มข้นหรือขนาดของความรุนแรงของประทุษวาจา ทั้งความถี่หรือระดับความหนักเบาของการใช้ (เช่น ใบบลิวไบเดี่ยวต่างกับการถ่ายทอดกระจายภาพ และ/หรือ เสียงผ่านสื่อกระแสหลัก หรือการเผยแพร่เพียงครั้งเดียวต่างกับการเผยแพร่ซ้ำ ๆ) ทั้งนี้ ในกรณีของการใช้ประทุษวาจาผ่านสื่อมวลชนสาธารณะ (Mass Media) ต้องนำประเด็น “เสรีภาพของสื่อมวลชน” เข้ามาพิจารณาด้วย โดยต้องสอดคล้องกับมาตรฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ

(5) แนวโน้มของการเกิดภัยอันตราย และความเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง (Likelihood of harm occurring, including its imminence) กล่าวคือ ต้องมีความเป็นไปได้ที่สมเหตุสมผลผลว่าการใช้ความรุนแรง การเลือกปฏิบัติ และการเป็นปฏิปักษ์เป็นผลลัพธ์โดยตรงจากการใช้ประทุษวาจา ทว่าไม่จำเป็นถึงขนาดที่ว่าผลลัพธ์ดังกล่าวจะต้องเกิดขึ้นแล้วจริง ๆ อย่งไรก็ตาม ในกรณีที่มีภัยอันตรายเกิดขึ้นอย่างแท้จริงย่อมเป็นเหตุที่อาจทำให้ลงโทษหนักขึ้นได้ในคดีอาญา นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาในประเด็นต่าง ๆ เหล่านี้ด้วย ได้แก่ (5.1) ผู้รับสาร/ผู้ได้รับผลกระทบเข้าใจว่าการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังเป็นการเรียกร้องให้กระทำการใช้ความรุนแรง เลือกปฏิบัติ และเป็นปฏิปักษ์หรือไม่ (5.2) ผู้ใช้ประทุษวาจาอยู่ในสถานภาพที่มีอิทธิพลเหนือผู้รับสารที่ได้รับผลกระทบหรือไม่ (5.3) ผู้รับสารมีวิธีการที่จะใช้เป็นเครื่องมือในการลงมือใช้ความรุนแรง การเลือกปฏิบัติ และการเป็นปฏิปักษ์หรือไม่ (5.4) เคยเกิดเหตุการณ์ที่กลุ่มเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาทุกข์ทรมานจากการใช้ความรุนแรง การเลือกปฏิบัติ และการเป็นปฏิปักษ์ ซึ่งเป็นผลโดยตรงจากการยั่วยุมาก่อนหน้านี้ไม่นานหรือไม่ และ (5.5) ช่วงห่างของระยะเวลาระหว่างจุดเวลาที่เกิดการใช้ประทุษวาจา กับจุดเวลาที่การใช้ความรุนแรง การเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์เกิดขึ้นหรือ

อาจจะเกิดขึ้นได้นั้นไม่นานจนเกินไปจนทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ เกิดข้อเคลือบแคลงสงสัยหรือไม่

(6) บริบทของของการใช้ประทุษวาจา (Context of Expression) กล่าวคือ การแสดงออกที่เข้าลักษณะของการใช้ประทุษวาจาควรถูกพิจารณาโดยคำนึงถึงสภาพบริบททั้งทางสังคม เศรษฐกิจและการเมืองในพื้นที่หรือสถานที่ที่ใช้ประทุษวาจาได้ถูกสื่อสารออกไป เนื่องจากบริบทเหล่านี้ส่งผลต่อการแสดงเจตนา และ/หรือ ความสัมพันธ์ระหว่างการใช้ประทุษวาจา กับผลของการใช้ประทุษวาจา (Causation) โดยตรง ทั้งนี้ การวิเคราะห์สภาพบริบท (Contextual Analysis) ควรจะพิจารณาในประเด็นดังต่อไปนี้ (6.1) การดำรงอยู่ของความขัดแย้งในสังคมอยู่ในขณะนั้น เช่น การเกิดเหตุการณ์การใช้ความรุนแรงต่อกลุ่มเหยื่อเป้าหมายของประทุษวาจาไม่นานมานี้ (6.2) การดำรงอยู่และมีประวัติศาสตร์ของการเลือกปฏิบัติที่ถูกทำให้เป็นประเด็นเชิงสถาบัน (Institutionalised Discrimination) เช่น การบังคับใช้กฎหมาย และการตัดสินใจของศาล (ที่มีการเลือกปฏิบัติที่กลุ่มเหยื่อเป้าหมายของการใช้ประทุษวาจา) (6.3) กรอบคิดทางกฎหมาย (Legal Framework) ซึ่งหมายความรวมถึงการบัญญัติรับรองคุณลักษณะของกลุ่มเหยื่อเป้าหมายที่ได้รับการคุ้มครองในบทบัญญัติต่าง ๆ ที่ต่อต้านการเลือกปฏิบัติ (Anti-Discrimination Provisions) หรือปราศจากการบัญญัติรับรองใด ๆ ไร้เลย (6.4) ลักษณะภูมิทัศน์ของสื่อต่าง ๆ (Media Landscape) ยกตัวอย่างเช่น มีการรายงานข่าวของสื่อเกี่ยวกับกลุ่มเหยื่อเป้าหมายของการใช้ประทุษวาจาในด้านลบและเป็นประจำ โดยปราศจากแหล่งข้อมูลข่าวสารทางเลือกอื่นใดให้แก่ผู้เสพข่าวสาร (6.5) ลักษณะของภูมิทัศน์ทางการเมือง (Political Landscape) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงใกล้การเลือกตั้ง และบทบาทของการเมืองเชิงอัตลักษณ์ในบริบทดังกล่าว เช่นเดียวกันกับระดับของมุมมองของกลุ่มเหยื่อเป้าหมายที่ถูกแสดงในกระบวนการทางการเมืองที่เป็นทางการ

ทั้งนี้ องค์กร ARTICLE 19 เสนอว่าการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมกับการจำกัดการยั่วยุควรเน้นที่มาตรการทางกฎหมายปกครอง และมาตรการทางกฎหมายแพ่งเป็นหลัก ในขณะที่มาตรการทางกฎหมายอาญาควรใช้เป็นมาตรการท้ายสุด และเฉพาะแต่ในกรณีที่ร้ายแรงที่สุดเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง ควรหลีกเลี่ยงการใช้มาตรการทางกฎหมายอาญาถ้ายังมีมาตรการทางกฎหมายอื่น ๆ ที่รุนแรงและจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกน้อยกว่าและยังสามารถบรรลุเป้าหมายที่กำหนดไว้ได้ ทั้งนี้ องค์กร ARTICLE 19 ได้ยกตัวอย่างข้อเท็จจริงเชิงประจักษ์ในหลาย ๆ ประเทศว่าการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายแพ่งและปกครองมี

ประสิทธิภาพในการจัดการกับภัยอันตรายจากการยั่วยุได้ดีกว่าการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายอาญา (เช่น ประเทศบราซิล กฎหมายอาญาไม่มีประสิทธิภาพ เนื่องจากความลำเอียงของหน่วยงานของรัฐที่บังคับใช้กฎหมาย ในขณะที่การบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายแพ่งกลับมีประสิทธิภาพมากกว่า เป็นต้น)



รูปที่ 2 : ลักษณะของการส่งเสริมความเกลียดชังที่ยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรง²⁷³

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2) ประทุษวาจาที่อาจถูกจำกัดตามกฎหมาย (Hate Speech that may be prohibited)

ในบางสถานการณ์ การใช้ประทุษวาจาบางลักษณะและบางประเภทอาจไม่เข้าหลักเกณฑ์และเงื่อนไขขั้นต่ำของ “การยั่วยุ” ตาม ICCPR ข้อ 20 (2) ทว่าก็สามารถก่อปัญหารุนแรงได้ไม่น้อยไปกว่ากัน และถือว่ามีความจำเป็นเพียงพอที่รัฐแต่ละรัฐจะสามารถกำหนดมาตรการจำกัดการใช้ประทุษวาจาเหล่านั้นได้ ทั้งนี้ ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตาม ICCPR ข้อ 19 (3) ซึ่งประกอบด้วยการใช้ประทุษวาจาดังต่อไปนี้

(2.1) การใช้ประทุษวาจาที่มุ่งกระทำต่อกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครอง (‘Hate Speech’ targeted at protected group) ซึ่งเป็นการใช้ประทุษวาจาผ่านสถานที่

²⁷³ ARTICLE 19, “‘Hate Speech’ Explained : A Toolkit” [Online].

หรือสภาพแวดล้อมเฉพาะบางแห่ง เช่น การใช้ประทุษวาจาผ่านการถ่ายทอดกระจายเสียงและ/หรือภาพของสื่อต่าง ๆ (Broadcast Media) การใช้ประทุษวาจาในสถาบันการศึกษา (Educational Institutions) หรือการใช้ประทุษวาจาในช่วงก่อนการเลือกตั้ง เป็นต้น

(2.2) การใช้ประทุษวาจาที่มุ่งกระทำต่อเหยื่อเป็นการเฉพาะราย (Individually targeted hate speech ; Individually targeting an identifiable victim) เนื่องจากในบางกรณี ปรากฏการใช้ประทุษวาจาที่มุ่งกระทำต่อปัจเจกบุคคลซึ่งเป็นสมาชิกของกลุ่มเหยื่อของประทุษวาจาในลักษณะของการเผชิญหน้า (Face to Face Encounter) โดยส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปแบบของการขู่เข็ญว่าจะทำร้าย (Threat of violence) การคุกคาม (Harassment) และการประทุษร้าย (Assault) และก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อทั้งร่างกายและจิตใจต่อปัจเจกบุคคลนั้น

ทั้งนี้ ในกรณีที่มีความเสี่ยงที่จะเกิดภัยอันตรายทางกายภาพและ/หรือ หรือสภาพจิตใจอย่างมีนัยสำคัญจากการใช้ประทุษวาจาข้างต้น การตรากฎหมายจำกัดสิทธิย่อมกระทำได้ในกรณีที่จำเป็นอย่างยิ่งเพื่อปกป้องสิทธิในชีวิตของปัจเจกชน สิทธิของปัจเจกชนที่จะปลอดจากการปฏิบัติที่ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรี สิทธิในความเป็นส่วนตัวและสิทธิในความเสมอภาค



รูปที่ 3 : ลักษณะของการใช้ประทุษวาจาที่มุ่งกระทำต่อเหยื่อเป็นการเฉพาะราย²⁷⁴

(3) ประทุษวาจาที่ชอบด้วยกฎหมาย (Lawful Hate Speech)

การแสดงออกบางอย่าง บางกรณีนี้อาจจะดูคุกคามหรือรุกราน (Offensive) รบกวน (Disturbing) ยั่วยุ (Inflammatory) หรือทำให้ตื่นตกใจ (Shocking) แต่ยังไม่ผ่านเกณฑ์ขั้นต่ำตามที่กล่าวมาข้างต้น โดยการใช้ประทุษวาจาในลักษณะนี้อาจปรากฏลักษณะของ

²⁷⁴ ARIRICLE 19, “‘Hate Speech’ Explained : A Toolkit” [Online].

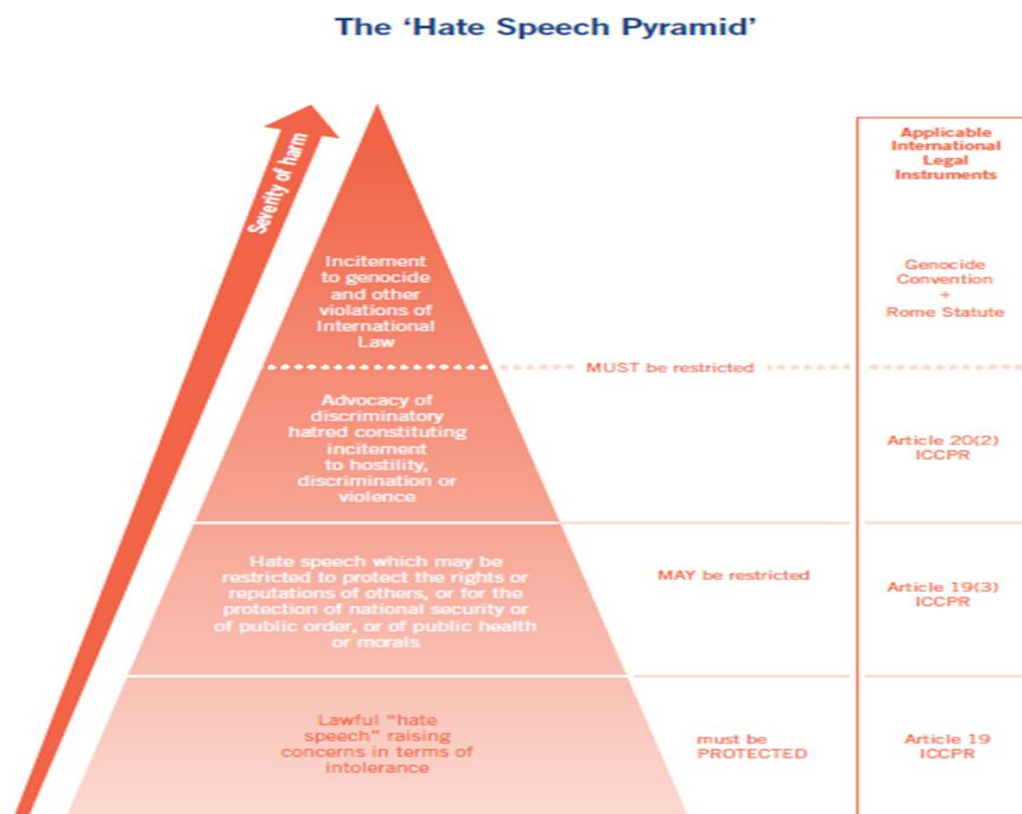
ความคิดและทัศนคติที่อคติและแบ่งแยก (Prejudice) และแสดงถึงความไม่มีความอดทนอดกลั้นหรือ
 ขันติธรรม (Intolerance) แต่ยังไม่ถึงเกณฑ์ขั้นต่ำของระดับขั้นของความรุนแรง (Severity
 Threshold) ที่จะทำให้การจำกัดการใช้ประทุษวาจามีความชอบธรรมและชอบด้วยกฎหมาย²⁷⁵

อย่างไรก็ตาม แม้การใช้ประทุษวาจาในประเพณีนี้จะชอบด้วย
 กฎหมาย แต่ก็ไม่ได้หวงกันแต่ละรัฐที่จะสามารถกำหนดมาตรการทางนโยบายหรือกฎหมายต่าง ๆ
 เพื่อรับมือ จัดการและเน้นย้ำว่าความคิดอคติลำเอียงที่ฝังลึกอยู่ในประทุษวาจาประเพณีนี้เป็นสิ่งที่ไม่
 พึงปรารถนาในสังคม หรือเพื่อสร้างโอกาสให้ประชาชนทุกคนในสังคม รวมถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐ และ
 บรรดาสถาบันทางการเมืองและสังคม เข้ามามีส่วนร่วมในการใช้วาจาโต้กลับ (Counter Speech) ให้
 มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ รวมถึงการร่วมกันใช้มาตรการอื่น ๆ ที่หลากหลายทั้งของภาครัฐ
 ภาคเอกชน และภาคประชาสังคม

จากที่ได้อธิบายมาทั้งหมดข้างต้น องค์กร ARTICLE 19 ได้นำหลักเกณฑ์ใน
 การแบ่งประเภทของประทุษวาจา 3 ประเภท ตามระดับของความรุนแรงของประทุษวาจามาสรุปเป็น
 แผนภาพภาพที่น่าสนใจอย่างยิ่งและทำให้เข้าใจง่ายมากขึ้นในชื่อ “พีระมิตแห่งประทุษวาจา” (The
 Hate Speech Pyramid) ดังปรากฏด้านล่าง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
 CHULALONGKORN UNIVERSITY

²⁷⁵ โปรดดู คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป คดี Handyside v. UK, App/No.5493/72.



รูปที่ 4 : พีระมิดแสดงการแบ่งแยกระหว่างการใช้ประทุษวาจาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและการใช้ประทุษวาจาที่ชอบด้วยกฎหมาย²⁷⁶

2.3.5.4.3 แนวคิดของซูซาน เบนเนสซ์ (Susan Benesch)

ซูซาน เบนเนสซ์ นักสื่อสารมวลชนและนักวิชาการด้านเสรีภาพในการแสดงออกชาวอเมริกัน ได้นำเสนอข้อพิจารณาสำคัญเกี่ยวกับ “การใช้วาจาที่ก่อให้เกิดอันตราย” (Dangerous Speech) ในบทความ “*Dangerous Speech: A Proposal to Prevent Group Violence*” โดยมุ่งตอบปัญหาสำคัญคือเมื่อใดที่การใช้ประทุษวาจาจะก่อให้เกิดความรุนแรงถึงระดับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การสังหารหมู่ หรือการใช้ความรุนแรงในวงกว้างขนาดใหญ่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง “การยั่วยุให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์” (Incitement to genocide) เพื่อใช้ติดตามและเฝ้าระวังสัญญาณของการใช้ประทุษวาจาก่อนที่จะแปรเปลี่ยนเป็นความรุนแรงข้างต้น ทั้งนี้ เบนเนสซ์เสนอว่า “การใช้วาจาที่ก่อให้เกิดอันตราย” เป็นส่วนย่อยหนึ่งของ “ประทุษวาจา” โดยการใช้วาจาดังกล่าวนั้นคือการสื่อสารที่เข้าลักษณะของ “วจนกรรม” (Speech Act) ที่มีความเป็นไปได้อย่างมากที่จะกระตุ้น

²⁷⁶ ARIRICLE 19, “‘Hate Speech’ Explained : A Toolkit” [Online].

หรือขยายขนาดความรุนแรงที่คนกลุ่มหนึ่งกระทำต่อคนอีกกลุ่มหนึ่งภายใต้สถานการณ์และบริบทต่าง ๆ ที่การสื่อสารหนึ่ง ๆ ถูกสร้างขึ้นและเผยแพร่ออกไป โดยประเด็นที่เบเนสซ์สนใจคือจะทำอย่างไรจึงจะสามารถเฝ้าระวังและจับสัญญาณของการสื่อสาร (ที่เป็นประทุษวาจา) เหล่านี้แล้วรู้ทันก่อนเกิดการใช้ความรุนแรง? และจะมีวิธีอะไรบ้างที่อาจเข้าไปแทรกแซงเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความรุนแรงขึ้น

อนึ่ง บทความข้างต้นของเบเนสซ์ได้พัฒนาขึ้นมาจากงานภาคสนามของเธอเองและงานวิจัยด้านการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ศึกษา (Genocide studies) จิตวิทยาสังคม (Social Philosophy) และปรัชญาภาษา (Philosophy of language) โดยเธอได้เสนอแนวทางหรือตัวชี้วัด (Guideline) สำคัญเพื่อใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าจะระบุหรือตัดสินได้อย่างไรว่าการแสดงออกแบบใดที่เป็นเพียงการใช้ประทุษวาจาทั่ว ๆ ไป หรือเป็นการกระทำอื่นใดที่ไม่ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ และการแสดงออกแบบใดเป็นการยั่วยุให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้²⁷⁷

(1) ผู้ใช้ประทุษวาจา/ผู้ส่งสาร (Speakers) กล่าวคือ เป็นการพิจารณาจากศักยภาพของผู้ส่งสารที่เข้าลักษณะของประทุษวาจาซึ่งมีอิทธิพลต่อผู้รับสารเป็นหลัก โดยเป็นการพิจารณาในภาพรวมของผู้ส่งสารทั้งหมด ไม่ใช่ผู้ส่งสารคนใดคนหนึ่ง ซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังนี้

(1.1) ผู้ส่งสารมีอำนาจ (Power) อำนาจหน้าที่ (Authority) หรืออิทธิพล (Influence) เหนือผู้รับสารมากน้อยเพียงใด? กล่าวอย่างถึงที่สุด ผู้ส่งสารย่อมอาจมีอำนาจ อำนาจหน้าที่ หรืออิทธิพลต่อผู้รับสารได้ผ่านทางกฎหมาย วัฒนธรรม หรือหลักคำสอนทางศาสนา รวมถึงการเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงและเป็นที่รู้จักในสังคม นอกจากนี้ ผู้ส่งสารบางคนอาจควบคุมปัจจัยบางอย่างที่จำเป็นของผู้รับสาร หรืออาจสามารถโน้มน้าวหรือใช้กำลังบังคับผู้รับสารให้เชื่อฟังได้

²⁷⁷ สรุปความจาก Susan Benesh, "Dangerous Speech: A Proposal to Prevent Group Violence," [Online]. Available from: <http://www.worldpocicy.org>. ; ชาญชัย ชัยสุขโกศล, "เมื่อใดที่การแสดงความคิดเห็นกลายเป็นการใช้ความรุนแรง? (When Does Hate Speech Turn to Be Violent Action?)," ใน พื้นที่สันติวิธี/หนทางสังคมไทย : ความรู้ ความลับ ความทรงจำ, ชัยวัฒน์ สถาอานันท์, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: ของเรา, 2559), หน้า 345-389.

(1.2) ผู้ส่งสารมีบารมี (Charismatic) หรือได้รับความนิยม (Popular) จนมีผู้รับสารติดตามเป็นจำนวนมากหรือไม่?

(2) ผู้รับสาร (Audience) กล่าวคือ เป็นการพิจารณาจากผู้รับสารหรือกลุ่มผู้รับสารซึ่งอาจมีความคับข้องใจหรือความหวาดกลัวบางประการอันทำให้ผู้ส่งสารสามารถบ่มเพาะความรู้สึกดังกล่าวลงไปได้ผ่านการช่วย ซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังนี้

(2.1) ผู้รับสารกลุ่มใดมีความเป็นไปได้มากที่สุดที่จะตอบสนองต่อการแสดงออกที่ถูกส่งสารออกมาในประเด็นหนึ่ง ๆ? โดยควรให้ความสนใจกับผู้รับสารที่มีลักษณะอ่อนไหวต่อการปลุกเร้าและช่วยจนอาจคล้อยตามผู้ส่งสารได้ง่าย

(2.2) การแสดงออกที่ถูกส่งสารออกมานั้นมุ่งสื่อสารกับผู้รับสารที่เป็นสมาชิกของกลุ่มที่กำลังจะตกเป็นเหยื่อเป้าหมาย หรือกับสมาชิกในกลุ่มของผู้ส่งสารเอง หรือทั้งสองกลุ่ม? เนื่องจากถ้าเป็นสองแบบหลังจะยิ่งอันตรายมากขึ้น

(2.3) ผู้รับสารมีวิถีทางหรือศักยภาพที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงต่อกลุ่มที่เป็นเหยื่อเป้าหมายของการส่งสารนั้นหรือไม่? หากไม่สามารถที่จะก่อความรุนแรงขนาดใหญ่ได้แล้ว การช่วยย่อมไม่สำเร็จ

(2.4) กลุ่มผู้รับสารประสบความสำเร็จจากความไม่มั่นคงทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเปรียบเทียบกับอดีตหรือไม่? ยกตัวอย่างเช่น ประเด็นเรื่องขาดไร้ที่อยู่อาศัย หรืออาหาร เป็นต้น

(2.5) กลุ่มผู้รับสารมีลักษณะที่จะเคารพเชื่อฟังผู้ส่งสารที่มีอำนาจหน้าที่อย่างสิ้นเกินหรือไม่? เนื่องจากจะทำให้มีแนวโน้มสูงที่จะถูกช่วยได้ง่ายกว่าปกติ

(2.6) กลุ่มผู้รับสารกำลังตกอยู่ในความหวาดกลัวหรือไม่? โดยความหวาดกลัวไม่จำเป็นต้องสมเหตุสมผล ทว่าความหวาดกลัวนั้นต้องส่งผลสะท้อนอย่างมีนัยสำคัญและลึกซึ้งมากพอที่พร้อมจะปะทุออกมาหากถูกกระตุ้นหรือช่วยโดยผู้ส่งสาร

(3) ลักษณะของการกระทำที่สะท้อนผ่านสารที่ถูกส่งออกไป/วัจนกรรม (Speech Act) กล่าวคือ ลักษณะของการกระทำที่สะท้อนผ่านสารที่ถูกส่งออกไปไม่ว่าจะเป็นการเผยแพร่ผ่านใบปลิว เนื้อเพลง คำปราศรัย วิทยู โทรทัศน์ หนังสือพิมพ์ หรืออื่น ๆ ย่อมต้องมีลักษณะดังนี้

(3.1) สารที่ถูกส่งออกไปนั้นถูกกลุ่มผู้รับสาร เข้าใจว่าเป็นการเรียกร้องให้ใช้ความรุนแรงใช่หรือไม่? (Call for violence) ทั้งนี้ ไม่ว่าจะสารดังกล่าวจะถูกแสดงออกมาอย่างชัดเจน หรือคลุมเครือจนต้องตีความก็ตาม

(3.2) สารที่ถูกส่งออกไปนั้นมีลักษณะของการบรรยายว่ากลุ่มผู้รับสารที่กำลังจะตกเป็นเหยื่อเป็นอะไรอย่างอื่นที่ไม่ใช่มนุษย์หรือไม่? เช่น มด ปลวก รึ้นไร แมลง หรือสัตว์ เป็นต้น

(3.3) สารที่ถูกส่งออกไปนั้นได้ยืนยันว่ากลุ่มผู้รับสารกำลังเผชิญหน้ากับภัยอันตรายอย่างร้ายแรงจากกลุ่มเหยื่อที่ตกเป็นเป้าหมายหรือไม่? โดยจะมีลักษณะเป็นการขู่ข่มที่มีการกล่าวหาว่ากลุ่มเป้าหมาย และเป็นเพียงการป้องกันตนเองเท่านั้น จึงสามารถทำลายหรือกำจัดกลุ่มเหยื่อเป้าหมายได้โดยมีพิศต้องสนใจว่าภัยอันตรายที่ว่านั้นจะมีความเป็นไปได้ว่าจะเกิดขึ้นจริงหรือสมเหตุสมผลหรือไม่ หรือมีลักษณะของการยืนยันว่ากลุ่มเหยื่อเป้าหมายเป็นสิ่งสกปรกโสโครกที่ทำให้หม่อมองหรือส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์แบบหรือความบริสุทธิ์ผุดผ่องของกลุ่มผู้รับสาร หรือมีการบ่งชี้ว่ากลุ่มเหยื่อเป้าหมายเป็นคนต่างด้าวที่สมควรขับไล่ออกจากกลุ่มผู้รับสาร

(3.4) สารที่ถูกส่งออกไปนั้นประกอบด้วยวลี คำ หรือภาษาที่เข้ารหัส (Coded language) ซึ่งมีความหมายเฉพาะบางประการที่เข้าใจกันเองระหว่างผู้ส่งสารกับผู้รับสารหรือไม่? โดยรหัสเฉพาะเหล่านี้จะส่งผลให้สายสัมพันธ์ระหว่างผู้ส่งสารกับผู้รับสารมีความเข้มแข็งยิ่งขึ้น ทั้งนี้ วลีที่เป็นที่รู้จักกันดีเช่น “ไปทำงาน” (go to work) ถูกใช้เป็นรหัสสำหรับการสังหารในเหตุการณ์ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในรวันดา หรือคำว่า “แมลงสาบ” ซึ่งถูกใช้เรียกชาวทูสซีและกลุ่มที่ไม่ใช่ชาวทูสซีแต่เห็นอกเห็นใจชาวทูสซี

(4) บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ (Socio-Historical Context) กล่าวคือ ในบริบททางสังคมและประวัติศาสตร์บางบริบทอาจมีลักษณะที่เอื้อให้เกิดความรุนแรงอย่างใหญ่หลวงได้ ซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(4.1) ปรากฏสถานะความขัดแย้งระหว่างกลุ่มต่าง ๆ มาก่อนหน้า หรือซ่อนอยู่เบื้องลึกหรือไม่?

(4.2) ปรากฏเหตุการณ์การใช้ความรุนแรงไม่นานมานี้ที่สืบเนื่องมาจากตัวอย่างอื่น ๆ ของการใช้ประทุษวาจามาก่อนหรือไม่? ซึ่งถ้าปรากฏว่าเคยเกิดขึ้นมา

ก่อนจะยิ่งทำให้ผู้ส่งสารและผู้รับสารเข้าใจว่าการสื่อสารในทำนองนี้อาจนำไปสู่ความรุนแรงได้ (หมายถึงลงมือใช้ความรุนแรงได้) และยิ่งเพิ่มความเสี่ยงให้เกิดความรุนแรงมากยิ่งขึ้น

(4.3) ปรากฏปัจจัยเสี่ยงประการอื่น ๆ ที่อาจก่อให้เกิดความรุนแรงขนาดใหญ่หรือไม่ (Mass violence)? ยกตัวอย่างเช่น โครงสร้างของสังคมที่ประชาธิปไตยและหลักนิติธรรมอ่อนแอ ความไม่เป็นธรรมเชิงโครงสร้างหรือการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มต่าง ๆ เป็นต้น

(5) วิธีการในการส่งสาร (Mode of Transmission) กล่าวคือวิธีการในการส่งสารซึ่งสามารถเผยแพร่หรือส่งผ่านการใช้ประทุษวาจาในวงกว้าง ซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(5.1) สารที่ถูกส่งออกไปมีลักษณะของการส่งผ่านด้วยวิธีที่เพิ่มศักยภาพในการชักจูงใจหรือไม่? เช่น ผ่านสื่อสาธารณะต่าง ๆ โดยเฉพาะที่มีลักษณะกระตุ้นความสนใจ เช่น รูปแบบของจัดเฉพาะสมาชิกเท่านั้นที่จะได้รับสาร ซึ่งทำให้ผู้รับสารรู้สึกว่ตนเองมีอภิสิทธิ์หรือถูกคัดสรรหรือเลือกมาเป็นพิเศษ เป็นต้น ยิ่งกว่านั้น ดนตรีก็เป็นวิธีการหนึ่งที่สร้างอิทธิพบของสารที่ถูกส่งออกไปได้มาก

(5.2) กลุ่มผู้รับสารไม่มีทางเลือกหรือช่องทางอื่นในการเข้าถึงแง่มุม ความคิดเห็น หรือแหล่งข้อมูลข่าวสารที่แตกต่างออกไปหรือไม่? เช่น การรับข้อมูลข่าวสารทางเดียวจากสื่อภาครัฐที่ปิดกั้นการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร ซึ่งย่อมมีอิทธิพลต่อผู้รับสารมากขึ้น

(5.3) รูปแบบและเนื้อหาของสารที่ถูกส่งออกไปถูกผลิตซ้ำหรือเผยแพร่ซ้ำบ่อยครั้งหรือไม่? เนื่องจากการผลิตซ้ำและเผยแพร่ซ้ำจะยิ่งเพิ่มผลกระทบมากยิ่งขึ้น

บทที่ 3

ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย ในต่างประเทศ

ในการศึกษาขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในต่างประเทศ ผู้เขียนได้แบ่งแยกการศึกษาออกเป็น 2 หัวข้อ ได้แก่ หัวข้อ 3.1 ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศต้นแบบในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยที่มีความโดดเด่นเป็นพิเศษอย่างยิ่ง เนื่องจากเป็นประเทศที่มุ่งกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาอย่างเข้มข้น โดยให้น้ำหนักกับการปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกของปัจเจกชนมากกว่าการจำกัดการใช้ประทุษวาจา และหัวข้อ 3.2 ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศแคนาดา ซึ่งเป็นประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย และมีพรมแดนประเทศติดต่อกับประเทศสหรัฐอเมริกา แต่กลับมีการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาที่ค่อนข้างแตกต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างมีนัยสำคัญ โดยมุ่งเน้นการสร้างดุลยภาพระหว่างการปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างเป็นระบบ ดังจะได้อธิบายต่อไปตามลำดับ

3.1 ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1.1 พัฒนาการทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา

ไมเคิล โรเซนเฟลด์ ได้อธิบายพัฒนาการทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย โดยแบ่งออกเป็น 4 ระยะ ดังนี้²⁷⁸

²⁷⁸ Michel Rosenfeld, "Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis," *Cardozo Law Review*, pp. 1531-1532.

ระยะที่หนึ่ง : ในช่วงของการประกาศอิสรภาพจากประเทศอังกฤษ ในปี 1776 ได้เกิดการสถาปนาการคุ้มครองประชาชนจากการแทรกแซงและละเมิดจากรัฐในฐานะที่เป็นเป้าหมายหลักของเสรีภาพในการแสดงออก (The Suspicion of government) อย่างไรก็ตาม เมื่อระบอบประชาธิปไตยหยั่งรากลึกและตั้งมั่นในสหรัฐอเมริกาในระดับหนึ่งแล้ว ภัยคุกคามหลักต่อเสรีภาพในการใช้วาจาไม่ได้มาจากรัฐ แต่กลับมาจาก “ทรราชจากคนเสียงข้างมาก” แทน (Tyranny of The Majority)

ระยะที่สอง : เสรีภาพในการแสดงออกมีความสำคัญและคุณค่าต่อการคุ้มครองผู้มีแนวคิดที่ไม่ได้รับการยอมรับหรือนิยมจากความเกรงกลัวของฝ่ายผู้ความคิดเห็นข้างมากหรือกระแสหลัก

ระยะที่สาม : ประมาณกลางทศวรรษที่ 1950 – 1980 เป็นยุคที่เชื่อกันว่าเป็นจุดสิ้นสุดของอุดมการณ์แล้ว (The end of ideology) ซึ่งมีการยอมรับคุณค่าสำคัญบางประการที่ต้องตรงกันอย่างแน่นอน กล่าวคือ หลักการสำคัญของการใช้เสรีภาพในการใช้วาจาเปลี่ยนจากการยกระดับการจำกัดหรือห้าม “ผู้แสดงออก” (Speaker) ไปสู่การคุ้มครองผู้ใช้วาจามากขึ้นโดยการเน้นย้ำว่าผู้ฟังหรือผู้รับสาร (Listener) ต้องเปิดใจกว้างและมีความอดทนอดกลั้น

ระยะที่สี่ : ในช่วงทศวรรษที่ 1980 การเกิดขึ้นและแพร่ขยายอย่างรวดเร็วของทฤษฎีสตรีนิยม (Feminist Theory) และ ทฤษฎีชาติพันธุ์วิพากษ์ (Critical Race Theory) รวมถึงแนวคิดทางเลือกอื่น ๆ ได้ปะทะสังสรรค์และโจมตีต่อทฤษฎีและแนวคิดกระแสหลัก และการแสดงออกที่เป็นทางการอันมีลักษณะเป็นวาทกรรมที่กดขี่โดยแท้และถูกครอบงำโดยผู้ชายผิวขาว ทั้งหมดทั้งหมดก่อให้เกิดความเชื่ออันแรงกล้าเกี่ยวกับความเป็นพหุนิยมและความหลากหลายแยกส่วนของแนวคิดและวาทกรรมต่าง ๆ สอดคล้องไปในทิศทางเดียวกัน เสรีภาพในการแสดงออกได้ทำหน้าที่สำคัญในการปกป้องคุ้มครองการแสดงออกและการแสดงความคิดเห็นของผู้ที่ถูกกดขี่และถูกทำให้เป็นชายขอบ และผู้สนับสนุนเพื่อคัดง้างกับวาทกรรมที่มีแนวโน้มจะครอบงำสังคมโดยกลุ่มผู้มีอำนาจนำในสังคมนั้น

ทั้งนี้ ประวัติศาสตร์ในระยะที่สาม เป็นยุคของการให้ความชอบธรรมอย่างยิ่งกับการมีความอดทนอดกลั้นกับการใช้ประทุษวาจา ในขณะที่ระยะที่สี่มุ่งไปที่การปราบปรามการใช้ประทุษวาจา โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากกระทำต่อคนกลุ่มน้อยทางเชื้อชาติและศาสนา

3.1.2 ขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1.2.1 ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการรับรองเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาเป็นกฎหมายสูงสุดที่กำหนดโครงสร้างของประเทศ ตลอดจนรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของพลเมือง กฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ และเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐทุกฝ่ายจะต้องผูกพันปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญโดยไม่มีข้อยกเว้น โดยศาลในระดับสหรัฐจะมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีเนื้อหาสาระสำคัญใหญ่ ๆ 2 ประการ คือ²⁷⁹

ประการแรก กำหนดโครงสร้างประเทศ กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่กำหนดโครงสร้างรัฐ จัดองค์กรภายในรัฐ ในระดับสหรัฐ โดยแบ่งองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 องค์กร ได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังได้แบ่งแยกอำนาจระหว่างรัฐบาลกลาง (National government) กับมลรัฐ การแบ่งแยกอำนาจนี้เรียกว่า “Federalism” ซึ่งมีหลักการสำคัญว่า อำนาจของรัฐบาลกลางเป็นอำนาจที่มีจำกัดเพียงเท่าที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญเท่านั้น อำนาจนอกเหนือจากนั้นเป็นของมลรัฐ

ประการที่สอง การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเนื้อหาสาระที่เป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจากการใช้อำนาจของรัฐอันสะท้อนหลักการเรื่องรัฐบาลที่มีอำนาจจำกัด ถึงแม้รัฐธรรมนูญเมื่อครั้งแรกที่ประกาศใช้จะมีจำนวนเพียง 7 มาตรา ซึ่งไม่มีบทบัญญัติที่รับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอย่างเพียงพอ ดังนั้น ในเวลาต่อมาจึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จำนวน 10 ครั้ง ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่งถึงฉบับที่สิบ ซึ่งนิยมเรียกกันว่า “**บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน**” (Bill of Rights) และโดยผลของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่สิบสี่ส่งผลให้สิทธิและเสรีภาพเกือบทั้งหมดที่รับรองในรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันมลรัฐด้วย ทั้งนี้ กระบวนการที่มีการโต้แย้งว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญต่อศาลนั้น เรียกว่า “Judicial Review” ซึ่งให้อำนาจศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกามีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

²⁷⁹ มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน 2553), หน้า 50-51.

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง (The First Amendment to the United States Constitution) บัญญัติรับรองเสรีภาพในการแสดงออก ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาใช้คำว่า “เสรีภาพในการใช้วาจา” หรือ “Freedom of Speech” ไว้ความว่า

“รัฐสภาจะตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสถาปนาศาสนาหรือห้ามการใช้เสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนพิธี หรือตัดทอนเสรีภาพในการใช้วาจา หรือการตีพิมพ์ หรือสิทธิของประชาชนในการชุมนุมโดยสงบ และการยื่นเรื่องร้องทุกข์ต่อรัฐบาลไม่ได้”²⁸⁰

อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการแสดงออก (หรือเสรีภาพในการใช้วาจา) ย่อมอาจถูกจำกัดได้ กล่าวอย่างถึงที่สุด ธรรมชาติและขอบเขตของการรับรองเสรีภาพในการแสดงออกนั้นถูกทำให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นและมีพัฒนาการมาโดยตลอดผ่านคำวินิจฉัย คำพิพากษาและความเห็นของศาล (Judicial Opinion) ซึ่งสามารถสืบสาวรากฐานไปได้ถึงต้นศตวรรษที่ 20 โดยหลักคิดทางปรัชญาและแนวคิดพื้นฐานที่สำคัญได้ถูกนำเสนอผ่านความเห็นแย้งที่โด่งดังของ โอลิเวอร์ เวเนเดลล์ โฮล์มส์ ในคดี *Abrams v. United States*²⁸¹ เขาได้ถกเถียงว่าปริมาณของการสื่อสารสาธารณะในสหรัฐอเมริกาสามารถเปรียบเทียบได้กับ “ตลาดเสรีทางความคิด” (Marketplace of ideas) ซึ่งเกื้อหนุนให้เกิดสถานะแห่งการอภิปรายถกเถียงอย่างเสรีที่ผู้ส่งสารแข่งขันกันนำเสนอความคิดเห็นหรือแนวคิดให้ผู้รับสารยอมรับความคิดเห็นและแนวคิดของตน โดยตั้งสมมติฐานว่า “ความจริง” จะปรากฏขึ้นในฐานะของความคิดเห็นและแนวคิดที่ถูกท้าทายและตรวจสอบจากความคิดเห็นและแนวคิดอื่น ๆ ในกระบวนการที่ส่งเสริมความเป็นประชาธิปไตย ด้วยเหตุนี้ สหรัฐอเมริกาจึงมุ่งเน้นกับการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกมากกว่าการปราบปรามหรือจำกัด ซึ่งได้รับอิทธิพลทางความคิด

²⁸⁰ The First Amendment

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.

อนึ่ง เสรีภาพที่มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 มีอยู่ 5 เสรีภาพย่อยด้วยกัน คือ เสรีภาพในการนับถือศาสนา (Freedom of religion) เสรีภาพในการใช้วาจา (เสรีภาพในการพูด) (Freedom of speech) เสรีภาพในการตีพิมพ์ (Freedom of the press) และเสรีภาพในการชุมนุม (Freedom of assembly)

²⁸¹ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

จากงานเขียนสำคัญอย่าง *Areopagitica* ของจอห์น มิลตัน (John Milton) และ *On Liberty* ของจอห์น สจ๊วต มิลล์²⁸²

เมื่อพิจารณาในมุมมองที่กว้างขึ้น โทมัส เอเมอร์สัน (Thomas Emerson) นักวิชาการด้านรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง (First Amendment Scholar) ได้อธิบายเหตุผลสำคัญในการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออก/เสรีภาพในการใช้วาจาอย่างเข้มข้นในสหรัฐอเมริกาทั้งหมด 4 ประการ ซึ่งล้วนเชื่อมโยงสัมพันธ์กัน ได้แก่ (1) ความปรารถนาในการบรรลุความต้องการของตนเอง (Self-fulfillment) (2) การค้นพบและเพิ่มพูนความจริง (The advancement of truth) (3) การมีส่วนร่วมทางสังคม (Social participation) เพื่อที่จะประกอบสร้างวัฒนธรรมองค์รวม (The whole culture) และ (4) การสถาปนาสังคมหรือชุมชนที่มีเสถียรภาพ (Stable community)²⁸³

ในขณะที่ ไมเคิล โรเซ็นเฟลด์ (Michel Rosenfeld) ได้เสนอเหตุผลทางปรัชญาที่สนับสนุนการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกในอเมริกาซึ่งในภาพรวมแล้วใกล้เคียงกับแนวคิดของเอเมอร์สันแต่มีความแตกต่างบ้างเล็กน้อยในรายละเอียด ทั้งหมด 4 ประการ ดังนี้ (1) เหตุผลภายใต้หลักประชาธิปไตย พลเมืองย่อมไม่สามารถบรรลุภารกิจในการปกครองตนเองในระบอบประชาธิปไตย (Democratic self-government) หากปราศจากเสรีภาพในการส่งสารและรับสารความคิดเห็นและแนวคิดต่าง ๆ (2) เหตุผลภายใต้ทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social contract) เพื่อที่พลเมืองจะสามารถเข้าสู่สัญญาประชาคมในการสถาปนาระบอบการปกครองระบอบประชาธิปไตย พลเมืองทุกคนจำเป็นต้องสามารถแสดงบรรดาความคิดเห็นและแนวคิด ต่าง ๆ เพื่อทำความเข้าใจว่าอะไรคือสิ่งที่ได้รับการยอมรับและไม่ได้รับการยอมรับในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของสัมพันธ์ภาพของสัญญาประชาคม (3) เหตุผลภายใต้ทฤษฎีการแสวงหาและค้นพบความจริง โดยการค้นพบความจริงเป็นกระบวนการเชิงประจักษ์อย่างค่อยเป็นค่อยไปที่อาศัยการแลกเปลี่ยนเรียนรู้และการอภิปรายถกเถียงอย่างไร้ข้อขีดจำกัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งผ่านกระบวนการในตลาดเสรีทางความคิด และ (4) เหตุผลภายใต้ทฤษฎีอัตตาณัติของปัจเจกชน ซึ่งเป็นการให้ความสำคัญกับความปรารถนาของบุคคลในการแสดงออกความ

²⁸² Gregory S. Gordon, *Atrocity Speech Law: Foundation, Fragmentation, Fruition* (Oxford: Oxford University Press, 2017). p. 76.

²⁸³ *Ibid.* p. 77.

เป็นตัวของตัวเองและการเติบโต (ทางความคิด) ของบุคคลแต่ละคนที่เป็นผู้แสดงออกหรือผู้ส่งสาร²⁸⁴ ยิ่งกว่านั้น โรเซนเฟลด์ ยังกล่าวถึงลักษณะสำคัญของเสรีภาพในการแสดงออกในสหรัฐอเมริกาว่า มุ่งเน้นหลักคิดตามแนวทางของปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิกของจอห์น ล็อก กล่าวคือ ให้ความสำคัญกับการรับรองเสรีภาพในการแสดงออกของปัจเจกชนที่ปลอดจากการแทรกแซงของรัฐ (เสรีภาพเชิงปฏิเสศ) มากกว่าการมอบหน้าที่ให้รัฐในการประกันความเท่าเทียมของการส่งสารและรับสารในการแสดงออกระหว่างพลเมือง (สิทธิเชิงบวก) ซึ่งสะท้อนความไม่ไว้วางใจรัฐอย่างชัดเจน²⁸⁵

ในมิติของปรัชญาประชาธิปไตย อเล็กซานเดอร์ เมเคิลจอห์น (Alexander Meiklejohn) นักวิชาการด้านรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง ได้อธิบายแก่นของรากฐานทางปรัชญาของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่งไว้ โดยเขากล่าวว่าระบอบประชาธิปไตยจะล่มสลายลงอย่างแน่แท้ ถ้าพลเมืองไม่สามารถปกครองตนเอง (Self-governing citizens) ผ่านการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับบรรดาประเด็นต่าง ๆ ที่สาธารณชนสนใจหรือประโยชน์สาธารณะ (Civic Concern) เพื่อพลเมืองจะสามารถแสดงความคิดเห็นหรือให้ความชอบธรรมกับการตัดสินใจต่าง ๆ ในทางการเมืองของรัฐบาลได้อย่างชาญฉลาดและมีประสิทธิภาพ²⁸⁶

กล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่งเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพอย่างยิ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการ (Judicial Review) ทั้งนี้ ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาค่อย ๆ พัฒนาวิธีวิทยา (Methodology) ในการตัดสินคดีเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงออกมาโดยตลอดบนรากฐานทางปรัชญาความคิดที่อธิบายมาข้างต้น โดยมุ่งหมายปกป้องและคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกอย่างกว้างขวางทั้งในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม การศึกษา ศาสนา และวัฒนธรรม²⁸⁷ ซึ่งเรียกกันโดยทั่วไปว่า “การแสดงออกที่ได้รับการปกป้องตามรัฐธรรมนูญ” (Protected Speech)

อนึ่ง การแสดงออก (Speech) ตามนัยของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง นอกจากรูปแบบของการแสดงออกแบบดั้งเดิม (Traditional speech forms) ผ่านการพูด เขียนและ

²⁸⁴ Michel Rosenfeld, “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis,” *Cardozo Law Review*, pp. 1532-1535.

²⁸⁵ Ibid.

²⁸⁶ Gregory S. Gordon, *Atrocity Speech Law: Foundation, Fragmentation, Fruition*, (Oxford: Oxford University Press, 2017), p. 76.

²⁸⁷ *Robert v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. 609, 622 (1984)

พิมพ์แล้วศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกายังได้ตีความขยายความขอบเขตของคำว่า การแสดงออกให้ครอบคลุมถึง “การแสดงออกเชิงสัญลักษณ์” (Symbolic Speech)²⁸⁸ ด้วย อันได้แก่การสื่อสารในรูปแบบที่ปราศจากการพูด (Non-verbal) และปราศจากการเขียน (Non-written) เช่น การเผาทำลายธง (Flag burning) การสวมปลอกแขน (Wearing arm bands) และการเผาหมายเรียกเกณฑ์ทหาร (burning the draft cards) เป็นต้น ซึ่งการแสดงออกเชิงสัญลักษณ์มักจะถูกจำกัดมากกว่าการแสดงออกแบบดั้งเดิม เนื่องจากการแสดงออกแบบแรกมีความเกี่ยวข้องกับ “การกระทำ” (Conduct) มิใช่เพียงแค่ “ถ้อยคำ” (Words)

จุดเด่นประการหนึ่งของหลักการประกันเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาโดยศาลฎีกา คือการแยกความแตกต่างระหว่าง “การจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกจากเนื้อหา” (Content-Based Restriction) และ “การจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกโดยมีความเป็นกลางทางเนื้อหา” (Content-Neutral Restriction) เป็นพื้นฐานของการพิจารณาตัดสินคดีต่าง ๆ โดยถ้ากฎหมายใดที่มุ่งจำกัดเสรีภาพโดยอาศัยการพิจารณาจากเนื้อหาของของการแสดงออกนั้น ในมุมมองของศาลจะสันนิษฐานไว้ก่อนว่าไม่มีผลบังคับใช้ (Presumptively Invalid)²⁸⁹ ทั้งนี้ ศาลได้วางบรรทัดฐานการพิจารณาตัดสินคดีโดยแบ่งออกเป็น 2 ระดับ ได้แก่ “การตรวจสอบโดยเคร่งครัด” (Strict Scrutiny) ต่อกรณีของกฎหมายที่มุ่งจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกจากเนื้อหาและ “การพิจารณาโดยปานกลาง” (Intermediate Scrutiny) ต่อกรณีของกฎหมายที่มุ่งจำกัดเสรีภาพโดยมีความเป็นกลางทางเนื้อหา

นอกจากนี้ ในการตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพโดยมีความเป็นกลางทางเนื้อหานั้นย่อมหมายความว่าต้องมี “ความเป็นกลางด้านสาระสำคัญ” (Subject-matter neutral) ซึ่งหมายถึงกฎหมายที่มุ่งจำกัดการแสดงออกบนพื้นฐานของ “เวลา” “สถานที่” และ “พฤติการณ์” (Time, Place and Manner Restrictions) โดยปราศจากการอ้างอิงถึงสาระสำคัญของการแสดงออก และ “ความเป็นกลางด้านทัศนคติ” (Viewpoint-neutral) ซึ่งหมายถึง กฎหมายที่มุ่งจำกัดการแสดงออก

²⁸⁸ ในทางวิชาการพบว่ามีการใช้คำอื่นแทนคำว่า “การแสดงออกเชิงสัญลักษณ์” ได้แก่ “การกระทำที่มีลักษณะของการสื่อสาร” (Expressive Conduct) หรือ “การแสดงออกส่วนเพิ่ม” (Speech Plus) รายละเอียดเพิ่มเติม โปรดดู Katrina Hoch, "Expressive Conduct," [Online]. Available from: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/952/expressive-conduct>.

²⁸⁹ โปรดดู R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

โดยไม่อยู่บนพื้นฐานของอุดมการณ์ของสารที่แสดงออก (Ideology of the message) มิฉะนั้นจะเข้าลักษณะของ “การเลือกปฏิบัติด้านทัศนคติ” (Viewpoint discrimination)

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ “การตรวจสอบระดับเคร่งครัด” (Strict Scrutiny) การตรากฎหมายจำกัดการแสดงออกจะกระทำได้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อ

(1) มาตรการทางกฎหมายที่มุ่งจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกนั้นได้รับการพิสูจน์แล้วว่ามีความจำเป็นต่อการบรรลุซึ่งประโยชน์ของรัฐที่จำเป็นอย่างยิ่ง (It is proved necessary to achieve a compelling governmental interest.) กล่าวคือ ศาลต้องเห็นว่าประโยชน์ของรัฐนั้น (หรือหมายถึงวัตถุประสงค์ที่รัฐต้องการบรรลุ) มีนัยสำคัญถึงขั้นที่ผูกพันให้รัฐบาลต้องกระทำการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมาย ถ้าประโยชน์หรือวัตถุประสงค์ไม่มีนัยสำคัญถึงขนาดขนาดผูกพันรัฐให้ต้องตรากฎหมาย ย่อมถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และ

(2) มาตรการทางกฎหมายนั้นต้องเป็นมาตรการที่จำกัดเสรีภาพในการแสดงออกน้อยที่สุดหรือเลือกปฏิบัติที่น้อยที่สุด (least restrictive or least discriminatory alternative) ถ้ากฎหมายนั้นไม่ใช่มาตรการที่จำกัดเสรีภาพน้อยที่สุด ย่อมถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นกัน โดยศาลได้ใช้คำว่าวิธีการที่นำไปสู่เป้าหมายนั้นต้องเป็นวิธีการที่ถูกกำหนดขึ้นอย่างแคบที่สุด (narrowly tailored)²⁹⁰ ทั้งนี้ หลักเกณฑ์การตรวจสอบข้างต้นสะท้อนหลักการสำคัญว่ารัฐปราศจากอำนาจที่จะจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกจากตัว “สาร” (Message) “แนวคิด” (Idea) “สาระสำคัญ” (Subject Matter) หรือ “เนื้อหา” (Content) มิฉะนั้นแล้ว การจำกัดการแสดงออกดังกล่าวอาจบีบคับบางแนวคิดหรือบางทัศนคติ (Viewpoint) ออกจากตลาดเสรีทางความคิดไปโดยสิ้นเชิง²⁹¹

สำหรับหลักเกณฑ์ “การตรวจสอบระดับปานกลาง” (Intermediate Scrutiny) ซึ่งมุ่งปรับใช้กับกฎหมายที่มุ่งจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกโดยมีความเป็นกลางทางเนื้อหานั้นจะมีความเข้มงวดน้อยกว่าการตรวจสอบระดับเคร่งครัด รัฐไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าต้องถึงขนาดต้องบรรลุประโยชน์ของรัฐที่จำเป็นอย่างยิ่ง แต่ยังคงต้องเป็นประโยชน์ของรัฐที่มีนัยสำคัญ และต้องแสดงให้เห็นว่ามาตรการในการจำกัดเสรีภาพถูกกำหนดไว้อย่างแคบเพื่อบรรลุประโยชน์หรือวัตถุประสงค์ของรัฐ

²⁹⁰ Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law* (New York: Wolters and Kluwer Law and Business, 2011). p.557. โปรดดู *US. V. Playboy Ent. Group*, 529 US 803 (2000).

²⁹¹ Narongdech Srukhsit, “Freedom of Speech and Third Parties in Election Campaigns: A comparative Analysis of Campaign Finance Regulations,” p.38.

นั้น นอกจากนี้ แม้แต่ในกรณีที่อาจมีมาตรการอื่น ๆ ที่จำกัดเสรีภาพน้อยกว่า มาตรการดังกล่าวก็อาจผ่านหลักเกณฑ์การตรวจสอบนี้ได้ ถ้ายังอยู่ภายใต้กรอบของความจำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐต้องการ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง มาตรการนั้นต้องไม่ลดทอนหรือจำกัดเสรีภาพในการแสดงวาจาเกินความได้สัดส่วนหรือเกินความพอสมควรแก่เหตุ²⁹²

อนึ่ง ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาตัดสินมาอย่างยาวนานว่า “การแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับประเด็นการเมืองและอุดมการณ์” (Political and Ideological speech) ถือว่าเป็นหัวใจของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่งและต้องได้รับการปกป้องอย่างเข้มข้นที่สุด กล่าวโดยเฉพาะเจาะจงคือเป็นการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับประเด็นประโยชน์สาธารณะ (Public interest) ภารกิจของรัฐ (Governmental affairs) และการเมือง (Politics) ซึ่งรวมถึงการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการเมือง ชาตินิยม (Nationalism) ศาสนา (Religion) หรือประเด็นความคิดเห็นอื่น ๆ²⁹³ นอกจากนี้ การแสดงความคิดเห็นหรือการใช้วาจายังปรากฏอยู่ในรูปแบบอื่น ๆ นอกเหนือจากรูปแบบของการเขียนหรือการพูดได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือ “เงิน” (Money) หรือการแสดงออกเชิงสัญลักษณ์ (Symbolic speech)²⁹⁴ ทั้งนี้ กฎหมายของรัฐที่จำกัดการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับประเด็นทางการเมืองโดยทั่วไปย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยเคร่งครัดเสมอ โดยรัฐต้องแสดงให้เห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวตรัสขึ้นอย่างแคบที่สุดเพื่อบรรลุซึ่งประโยชน์ของรัฐที่จำเป็นอย่างยิ่ง²⁹⁵ เนื่องจากการแสดงความคิดเห็นในประเภทนี้ที่ไม่อาจแยกออกจากการตัดสินใจในระบอบประชาธิปไตยได้ ศาลจึงมุ่งคุ้มครองเป็นพิเศษว่าการแสดงความคิดเห็นประเภทอื่น²⁹⁶

หลักเกณฑ์ที่ศาลจะวินิจฉัยว่าการแสดงความคิดเห็นใดเป็นการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับประเด็นทางการเมืองนั้น ศาลจะพิจารณาจากผลกระทบของการแสดงความคิดเห็นที่มีต่อกระบวนการตัดสินใจทางการเมือง (Political process) เป้าหมายของผู้แสดงความคิดเห็นหรือผู้ส่ง

²⁹² Eric Barendt, *Freedom of Speech*, p. 51. โปรดดู *US v. O'Brien*, 391 US 367 (1968).

²⁹³ Congressional Research Service, "The First Amendment: Categories of Speech," [Online]. Available from: <https://fas.org/sgp/crs/misc/IF11072.pdf>. โปรดดู *W.Va. State Bd. Of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624, 642 (1943).

²⁹⁴ *Ibid.* โปรดดู *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976)., *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989)

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ Narongdech Srukhsit, "Freedom of Speech and Third Parties in Election Campaigns: A comparative Analysis of Campaign Finance Regulations," pp. 40-41.

สาร (The speaker's aims) และสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการแสดงความคิดเห็น (The relevancy of speech's substances) ยกตัวอย่างเช่น ข้อความหมิ่นประมาทหรือใส่ความเกี่ยวกับพฤติกรรมหรือการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ และความเหมาะสมของผู้เสนอตัวเข้ารับการเลือกตั้ง การย้ายหนังสือออกจากระบบฐานข้อมูลของห้องสมุดอันเนื่องมาจากเนื้อหาของหนังสือนั้น การเผาธงชาติเพื่อประท้วงการก่อสงคราม การจำกัดค่าใช้จ่ายในการเลือกตั้งและการบริจาคเงินให้พรรคการเมือง เป็นต้น²⁹⁷

แม้โดยหลักแล้วในกรณีของการออกกฎหมายที่จำกัดการแสดงออกจากเนื้อหา ศาลจะสันนิษฐานไว้ก่อนว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและต้องถูกพิจารณาโดยการตรวจสอบอย่างเคร่งครัด อย่างไรก็ตาม ศาลได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานมาโดยตลอดว่ารัฐสามารถออกกฎหมายมาจำกัดหรือลงโทษการแสดงออกหรือการแสดงความคิดเห็นบางประเภทจากเนื้อหาได้ในขอบเขตที่กว้างขวางกว่าที่รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่งกำหนดไว้ ได้แก่

(1) การแสดงออกที่ได้รับการปกป้องน้อย (Less protected speech) เช่น การแสดงออกหรือการแสดงความคิดเห็นที่เกี่ยวกับประเด็นทางพาณิชย์ (Commercial speech) การเปิดเผยข้อมูลของบุคคล (The disclosure of private information) และการแสดงออกที่มีคุณค่าต่ำอื่น ๆ (Low value speech) โดยเฉพาะการแสดงออกเกี่ยวกับประเด็นทางพาณิชย์นั้นหมายถึงการแสดงออกที่มีเป้าหมายเกี่ยวกับธุรกรรมทางการค้า (Commercial Transaction) หรือเกี่ยวกับเฉพาะสิ่งที่เป็นประโยชน์ทางเศรษฐกิจ (Economic Interests) ระหว่างผู้ส่งสารกับผู้รับสารเท่านั้น ซึ่งจะได้รับการปกป้องน้อยกว่าการแสดงออกเกี่ยวกับประเด็นทางการเมือง²⁹⁸

(2) การแสดงออกที่ไม่ได้รับการปกป้อง (Unprotected speech) เช่น การยุยงให้เกิดความรุนแรง (Incitement to violence) การชักจูงให้เกิดการกระทำความผิดทางอาญา (Criminal solicitation) การหมิ่นประมาท (Defamation) (ซึ่งรวมถึงการหมิ่นประมาทกลุ่ม) การก่อความเสียหายต่อเกียรติยศชื่อเสียงและอารมณ์ความรู้สึก (injury to reputation and sensibility) การแสดงออกที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาท (Fighting Words) การแสดงออกที่สื่อทางเพศอย่างชัดแจ้ง (Sexually explicit speech) การแสดงออกที่คุกคามอย่างแท้จริง (True Threat) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การแบ่งประเภทในลักษณะนี้ก็มีการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยตามลำดับผ่านคำ

²⁹⁷ Ibid.

²⁹⁸ Congressional Research Service, "The First Amendment: Categories of Speech" [Online].

วินิจฉัยของศาล²⁹⁹ ทั้งนี้ การยั่วให้เกิดความรุนแรง การแสดงออกที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาท การแสดงออกที่คุกคามอย่างแท้จริง และการหมิ่นประมาทกลุ่ม ถือเป็นรูปแบบของการแสดงออกที่ศาลปรับใช้กับการกำหนดขอบเขตการใช้ประหฺษาจาตามกฎหมายดังจะได้อธิบายต่อไปข้างหน้า

นอกจากนั้น ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกายังได้สร้าง“หลักการเกี่ยวกับการจำกัดการแสดงออกที่กว้างเกินไปและคลุมเครือ” (Doctrines of overbreadth and vagueness) ในการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออก กล่าวคือ ภายใต้หลักการเกี่ยวกับการจำกัดการแสดงออกที่กว้างเกินไป กฎหมายลายลักษณ์อักษรใดก็ตามที่มุ่งจำกัดการแสดงออกอย่างมีนัยสำคัญกว้างเกินกว่าขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดอนุญาตไว้ ย่อมถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutionally Overbroad) ทั้งนี้ หลักการนี้มุ่งบังคับใช้กับทั้งการแสดงออกที่ไม่ได้รับการปกป้องตามรัฐธรรมนูญ (ซึ่งรัฐมีอำนาจจำกัดได้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ) และการแสดงออกที่ได้รับการปกป้องตามรัฐธรรมนูญ (ซึ่งรัฐไม่มีอำนาจจำกัด) โดยในกรณีหลังจะถือว่าเป็นการจำกัดการแสดงออกที่กว้างเกินไป ก็ต่อเมื่อกฎหมายที่จำกัดการแสดงออกนั้นก่อให้เกิด “**สถานะชะงักงันที่จะใช้สิทธิเสรีภาพ**” (Chilling Effect) กล่าวคือสถานะที่ทำให้ปัจเจกบุคคลเลือกที่จะงดเว้นการแสดงออกหรือการแสดงความคิดเห็นมากกว่าที่จะยอมแบกรับความเสี่ยงที่อาจถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย แม้ว่าการแสดงออกดังกล่าวจะเป็นการแสดงออกที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญก็ตาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของผู้ที่ถูกดำเนินคดีจากการแสดงออกที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญก็สามารถยกหลักการนี้ขึ้นกล่าวอ้างเป็นข้อต่อสู้ความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยทั่วไปต่อกฎหมายนั้นได้เช่นกัน (Facial Challenge) บนพื้นฐานของการออกกฎหมายที่กว้างเกินไป³⁰⁰

ในขณะที่ “หลักการเกี่ยวกับการจำกัดการแสดงวาจาที่คลุมเครือเกินไป” มีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันสถานะชะงักงันที่จะใช้สิทธิเสรีภาพเช่นกัน กล่าวคือ กฎหมายใดจะถูกวินิจฉัยว่าคลุมเครือเกินไปนั้น จะต้องปรากฏอย่างชัดเจนว่าส่งผลให้บุคคลผู้มีสติปัญญาในระดับปานกลาง (common

²⁹⁹ Ibid.

³⁰⁰ Richard Parker, "Overbreadth," [Online]. Available from: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1005/overbreadth>.; Narongdech Srukhsosit, "Freedom of Speech and Third Parties in Election Campaigns: A comparative Analysis of Campaign Finance Regulations," p. 41. โปรดดู Hill v. Colorado (2000)., Virginia v. Hicks, 539 US 113 (2003)., United States v. Stevens, 559 US 460 (2010).

intelligence) จะต้องถึงขนาดคาดเดาความหมายของถ้อยคำในบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นอย่างมีนัยสำคัญ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือพิจารณาว่ากฎหมายนั้นส่งผลให้วิญญูชน (a reasonable person) ไม่สามารถเข้าใจได้ว่ากฎหมายนั้นจะมุ่งจำกัดหรือห้ามหรือลงโทษการแสดงออกในลักษณะใดกันแน่ ยังไม่มีความชัดเจน

3.1.2.2 ประเภทของประทุษวาจาที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง

3.1.2.2.1 การยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรงหรือการกระทำที่ผิดกฎหมาย (Incitement to Violence or Lawlessness)

ในกรณีของการยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรงหรือการกระทำที่ผิดกฎหมาย ในระหว่างช่วงต้นทศวรรษที่ 1900 เป็นต้นมา ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกามีความพยายามที่จะกำหนดขอบเขตของการแสดงออกดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง ซึ่งในภาพรวมแล้วสามารถแบ่งได้เป็น 2 ระบบการพิจารณาตรวจสอบซึ่งแข่งกัน คือ (1) ระบบการพิจารณาตรวจสอบโดยอาศัยหลักเกณฑ์ “**ความโน้มเอียงที่จะก่อให้เกิดผลร้าย**” (Bad Tendency Test) ซึ่งเป็นคุณต่อการออกกฎหมายมาจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกมากกว่า โดยมุ่งประเมินว่าการแสดงออกแต่ละกรณีจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ขึ้นอยู่กับว่ามีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการกระทำผิดกฎหมายตามมาหรือไม่ และ (2) ระบบการพิจารณาตรวจสอบโดยอาศัยหลักเกณฑ์ “**อันตรายที่ชัดเจนและเป็นปัจจุบัน**” (Clear and present danger test) ซึ่งยินยอมให้สามารถจำกัดการแสดงออกตามกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อการแสดงออกดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงอันตรายที่ชัดเจนและฉับพลันซึ่งคุกคามต่อ**ความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ (Public order)** ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

ในปีค.ศ. 1907 ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาได้อธิบายหลักเกณฑ์ของระบบการพิจารณาตรวจสอบโดยอาศัยหลักเกณฑ์ “**ความโน้มเอียงที่จะก่อให้เกิดผลร้าย**” หรือ “**Bad Tendency Test**” เป็นครั้งแรกในคดี *Patterson v. Colorado* ซึ่ง โอลิเวอร์ เวนเดล โฮล์มส์ ผู้พิพากษาในคดีนี้ได้เขียนคำพิพากษาของฝ่ายเสียงข้างมากไว้ กล่าวคือ ศาลได้พิพากษาในความผิดฐานหมิ่นประมาทศาลของบรรณาธิการหนังสือพิมพ์ฉบับหนึ่งผู้ซึ่งตีพิมพ์บทความที่ตั้งคำถามถึงความไม่เป็นกลางของกลุ่มผู้พิพากษาของศาลมลรัฐโคโรลาโดโดยเชื่อมโยงกับ local utility companies ทั้งนี้ โฮล์มส์ชี้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ห้ามการกำหนดกฎหมายที่ให้นำ

เอกสารที่จะตีพิมพ์มาให้เจ้าหน้าที่รัฐตรวจสอบก่อนล่วงหน้า (Previous restraints) แต่ยินยอมให้มีการลงโทษการตีพิมพ์เอกสารเหล่านั้นได้ภายหลังหากเข้ากรณีที่ถือได้ว่าขัดต่อ “สวัสดิภาพของสาธารณะ” (Public Welfare) นอกจากนี้ เขายังแสดงทัศนคติต่อไปว่าการตีพิมพ์เผยแพร่ข้อความที่กล่าวหาความเที่ยงธรรมของผู้พิพากษาดังกล่าว “มีแนวโน้มที่จะเป็นอุปสรรคต่อการอำนวยความสะดวกยุติธรรม (ของศาล)”

อนึ่ง Terry Eastland อธิบายว่าในคดีข้างต้น ศาลได้ยอมรับความถูกต้องและสมเหตุสมผลของหลักเกณฑ์ความโน้มเอียงที่จะก่อให้เกิดผลร้ายในการตรวจสอบกฎหมายหมิ่นประมาทของสหรัฐอเมริกาซึ่งบังคับใช้มาตั้งแต่ศตวรรษที่ 18 โดยพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการแสดงออกหรือการใช้อาวุธจากแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการกระทำที่ผิดกฎหมาย (Illegal actions) นอกจากนี้ วิลเบอร์ มิลเลอร์ (Wilbur Miller) ให้คำจำกัดความหลักเกณฑ์นี้ว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่ไม่เข้มงวด กล่าวอย่างถึงที่สุด รัฐไม่จำเป็นต้องมีภาระการพิสูจน์ถึงขนาดว่าบรรดาการกระทำที่ผิดกฎหมายที่เกิดขึ้น (Illegal actions) เป็นผลโดยตรงจากการแสดงออก/การใช้อาวุธ แต่มีภาระการพิสูจน์เพียงแค่ว่าแสดงให้ศาลเห็นว่าการแสดงออก/การใช้อาวุธนั้นอาจมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการกระทำหรือกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย

สิบสองปีต่อมาหลังจากคดี *Patterson v. Colorado* ผู้พิพากษาโฮล์มส์ได้สร้างมาตรฐานหรือระบบการพิจารณาตรวจสอบทางเลือกใหม่ขึ้นมาเป็นครั้งแรกคือ หลักเกณฑ์ “อันตรายที่ชัดเจนและเป็นปัจจุบัน” หรือ “The Clear and Present Danger Test” ในคดี *Schenck v. United States* (1919)³⁰¹ ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงในคดีคือในระหว่างช่วงสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง รัฐบาลกลางแห่งสหรัฐอเมริกาได้บังคับให้มีการเกณฑ์ทหารเข้าร่วมรบในกองทัพเพื่อเป็นการต่อต้านการกระทำของรัฐบาล คณะกรรมการบริหารพรรคสังคมนิยมแห่งมลรัฐฟิลาเดลเฟียได้มีมติให้ชาร์ลส์ เซงก์ (Charles Schenck) ผลิตและแจกจ่ายใบปลิว 15,000 ต่อสาธารณชน โดยร่วมมือกับ Elizabeth Baer เนื้อความในปลิวกล่าวหาว่าการเกณฑ์ทหารนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 13 ซึ่งห้ามการเอาคนลงเป็นทาสโดยไม่สมัครใจ (Involuntary Servitude) จึงไม่ควรเชื่อฟังและปฏิบัติตาม อย่างไรก็ตาม ไม่นานก่อนหน้านั้น สภาคองเกรสได้ตรากฎหมายการกระทำอันเป็นการจารกรรม (the Espionage Act of 1917) เพื่อห้ามบรรดาการกระทำต่าง ๆ ที่ทำลายความพยายามในการทำสงคราม เช่น การเผยแพร่ข้อมูลอันเป็นเท็จโดยมีเจตนาขัดขวางการปฏิบัติการของกองทัพ

³⁰¹ Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

หรือก่อให้เกิดความกระด้างกระเดื่องในกองทัพ ไม่ภักดีหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อกองทัพ รวมถึงการขัดขวางการเกณฑ์ทหาร เป็นต้น เซงก์ถูกดำเนินคดีในข้อหาพยายามขัดขวางการเกณฑ์ทหารตามกฎหมายข้างต้น ซึ่งเขาได้อุทธรณ์ต่อศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาโดยกล่าวอ้างว่าการสื่อสารผ่านใบปลิวของตนนั้นเป็นเสรีภาพในการแสดงออกที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง

ทั้งนี้ ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกามีมติเป็นเอกฉันท์เห็นด้วยกับการลงโทษเซงก์ของรัฐบาลกลาง ผู้พิพากษาโฮล์มส์ได้เขียนคำพิพากษาหลักโดยให้เหตุผลสำคัญว่าในภาวะที่บ้านเมืองปกติสุขจำเลยย่อมสามารถแสดงออกซึ่งความคิดเห็นในลักษณะนี้ได้โดยได้รับการคุ้มครองในฐานะที่เป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง ทว่าโฮล์มส์ได้เน้นย้ำถึงบทบาทหลักของการพิจารณา “บริบท” ต่อการประเมินความชอบด้วยกฎหมายของการแสดงออกที่เป็นปัญหาด้วย กล่าวคือเสรีภาพในการแสดงออกย่อมอาจมีข้อจำกัดได้ในบางสถานการณ์ที่มีความเฉพาะเจาะจงอย่างยิ่ง เขาได้ยกตัวอย่างสำคัญที่มีชื่อเสียงจนถึงปัจจุบันว่าแม้กระทั่ง “การคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกที่เข้มงวดย่อมไม่คุ้มกันบุคคลหนึ่งจากความรับผิดชอบที่เขาคนนั้นได้ตระโกนว่าเกิดไฟไหม้ในโรงละครซึ่งเป็นเท็จและส่งผลให้ผู้ชมในโรงละครเกิดความแตกตื่น”³⁰² การจำกัดการแสดงออกตามกฎหมายจึงจะกระทำได้อีกต่อเมื่อ “...บรรดาคำพูดเหล่านั้นถูกใช้ในสถานการณ์และโดยตัวมันเองตามธรรมชาติเข้าลักษณะที่จะก่อให้เกิดอันตรายอย่างชัดเจนและเป็นปัจจุบัน อันจะนำมาซึ่งความชั่วร้ายอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งสภาองเกรสย่อมมีสิทธิที่จะป้องปรามได้...”³⁰³ โดยเป็นประเด็นที่ต้องระบุดึง “ความใกล้ชิด” (Proximity) และระดับของความรุนแรงที่เกิดขึ้น (Degree) กล่าวอีกนัยหนึ่ง ในช่วงภาวะหรือสถานการณ์ที่สุ่มเสี่ยงต่อความมั่นคงของชาติอย่างสูง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในภาวะสงคราม การแสดงออกหนึ่ง ๆ ย่อมอาจถูกจำกัดได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าการแสดงออกอย่างเดียวกันนั้นอาจจะไม่ถูกจำกัดหรือห้ามในช่วงภาวะหรือสถานการณ์เป็นปกติก็ตาม³⁰⁴

ต่อมาในคดี *Abrams v. United States (1919)*³⁰⁵ ปีเดียวกันกับคดีข้างต้น ผู้พิพากษาเสียงส่วนใหญ่จำนวน 7 เสียงต่อ 2 เสียง ได้พิพากษาเห็นพ้องกับการลงโทษนาย

³⁰² Ibid. p. 52.

³⁰³ Ibid.

³⁰⁴ Ibid.

³⁰⁵ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

Abrams และพวกรวม 5 คน ในข้อหาว่ากระทำผิดกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันเป็นการจารกรรมซึ่งห้ามการกระทำที่มุ่งยับยั้งการผลิตรายการทางทหารตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันเป็นการจารกรรม (Federal Espionage Act) เนื่องจากได้มีการผลิตและเผยแพร่ใบปลิวเรียกร้องให้คนงานในโรงงานรวมตัวกันหยุดงาน เพื่อยับยั้งการผลิตรายการทางทหารซึ่งเตรียมนำไปใช้ในสงครามต่อต้านการปฏิวัติในประเทศรัสเซีย³⁰⁶ โดยผู้พิพากษา จอห์น เอช คลาร์ก (John H. Clarke) ได้เขียนคำพิพากษาหลักของเสียงส่วนใหญ่โดยปรับใช้หลักเกณฑ์ความโน้มเอียงที่จะก่อให้เกิดผลร้ายเป็นหลักสำคัญในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยการกระทำอันเป็นการจารกรรม โดยวินิจฉัยว่าการแสดงออกของจำเลยเข้าลักษณะของการโฆษณาชวนเชื่อที่ยั่วยุภายใต้สถานการณ์วิกฤติของภาวะสงคราม ซึ่งปลุกปั่นให้เกิดความกระตือรือร้นให้ต่อต้านรัฐบาลและเกิดเป็นการจลาจล โดยมีเป้าหมายที่จะขัดขวางแผนการทางทหารของรัฐบาลในยุโรป จึงถือว่าเป็นการขัดขวางยุทธภัณฑ์ทางทหารอันจำเป็นต้องใช้ระหว่างภาวะสงคราม³⁰⁷

อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาโฮล์มส์ ร่วมด้วยผู้พิพากษา หลุยส์ ดี แบรินดีส์ (Louis D. Brandies) ได้แสดงความเห็นแย้งในฐานะเสียงส่วนน้อยโดยได้อธิบายขยายความสาระสำคัญของหลักเกณฑ์อันตรายที่ชัดเจนและเป็นปัจจุบันให้ชัดเจนและทรงพลังมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ โฮล์มส์ระบุว่ารัฐบาลจะมีอำนาจลงโทษการแสดงออกใดก็ตามโดยใช้กฎหมายอาญาได้ก็ต่อเมื่อเข้ากรณีที่การแสดงออกนั้น “มุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดอันตรายที่ชัดเจนและใกล้จะถึง” (Intended to produce a clear and imminent danger) และอันตรายที่เกิดขึ้นต้องเป็น “อันตรายในปัจจุบันขณะนั้นของความชั่วร้ายที่เกิดขึ้นทันทีทันใดหรือโดยความมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดขึ้น (it is only the present danger of immediate evil or an intent to bring about)³⁰⁸

กล่าวโดยเฉพาะเจาะจง อันตรายที่เป็นผลลัพธ์จากการแสดงออกนั้นต้องมีความรุนแรงอย่างมีนัยสำคัญมากพอและเกิดขึ้นอย่างฉับพลันทันทีในขณะนั้นก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคล ซึ่งสะท้อนถึงความความสัมพันธ์ที่เข้มงวดระหว่างการแสดงออกกับการกระทำต่าง ๆ ที่สืบเนื่อง (Subsequent conduct) จากการแสดงออกนั้น อันมีรากฐานจากหลักการว่าด้วยภัยอันตราย และเสรีภาพในการแสดงออกของมิลล์ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐาน

³⁰⁶ Ibid. p. 616.

³⁰⁷ Ibid. p. 624.

³⁰⁸ Ibid. p. 627. (Holmes, J., dissenting).

ของการกำหนดหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำเชิงข้อเท็จจริง (Factual causation) ในความรับผิดชอบตามกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการแสดงออก โดยเฉพาะการแสดงออกที่เข้าลักษณะเป็นประทุษวาจา³⁰⁹

ทฤษฎีการตรวจสอบความโน้มเอียงที่จะก่อให้เกิดผลร้ายถูกนำมาใช้อีกครั้งในคดี *Gitlow v. New York (1925)* ที่สมาชิกของ "ฝ่ายปีกซ้าย" (Left Wing Faction) ของพรรคสังคมนิยมแห่งอเมริกา (The Socialist Party of America) ถูกตัดสินว่ามีความผิดทางอาญาภายใต้กฎหมายอาญาของมลรัฐนิวยอร์กที่มุ่งลงโทษการกระทำที่ก่อให้เกิดสภาวะอนาธิปไตย สาเหตุเนื่องมาจากนายเบนจามิน กิตโลว์ (Benjamin Gitlow) ได้ตีพิมพ์บทความในหนังสือพิมพ์ชื่อ "แถลงการณ์ปีกซ้าย" (Left Wing Manifesto) ซึ่งสนับสนุนการปฏิวัติคอมมิวนิสต์ เมื่อเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1919 ซึ่งกิตโลว์เป็นผู้จัดการของธุรกิจหนังสือพิมพ์นั้นด้วย

ทั้งนี้ ศาลพิพากษายืนว่ารัฐบาลอาจระงับหรือลงโทษการแสดงออกที่สนับสนุนการโค่นล้มรัฐบาลโดยตรงอย่างผิดกฎหมายได้ โดยผู้พิพากษา *เอ็ดเวิร์ด เทอร์รี่ แซนฟอร์ด* (Edward Terry Sanford) ในฐานะผู้เขียนคำพิพากษาเสียงข้างมากได้ปรับใช้ทฤษฎีการตรวจสอบความโน้มเอียงที่จะก่อให้เกิดผลร้ายโดยถือว่าบทบัญญัติทั่วไปของกฎหมายอาจบังคับใช้กับถ้อยความของจำเลยที่เฉพาะเจาะจงได้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากปรากฏแนวโน้มตามธรรมชาติและผลที่เป็นไปได้ว่าจะทำให้เกิดความชั่วร้ายที่สำคัญ (substantive evil) ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติจำเป็นต้องป้องกันไว้ก่อน กล่าวอย่างถึงที่สุด เสรีภาพในการแสดงออกไม่ได้เป็นหลักการสูงสุดที่จะอนุญาตให้แสดงออกอย่างไรก็ได้โดยไม่ต้องรับผิดชอบต่อผลลัพธ์ที่อาจจะตามมา ถึงแม้ว่าภัยอันตรายนั้นจะยังไม่มาถึงในทันทีทันใด ทว่ารัฐก็สามารถจำกัดการแสดงออกนั้นได้ล่วงหน้าเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะได้ ดังที่ผู้พิพากษาแซนฟอร์ดเห็นว่า "ประกายไฟแห่งการปฏิวัติเพียงครั้งเดียวที่ลุกโชนอยู่ชั่วขณะหนึ่งอาจปะทุกลายเป็นมหาอัคคีภัยที่กว้างใหญ่และทำลายล้าง" (a single revolutionary spark may kindle a fire that, smoldering for a time, may burst into a sweeping and destructive conflagration.)

อย่างไรก็ตาม ในความคิดเห็นแย้งของผู้พิพากษาโฮล์มส์ได้เรียกร้องให้ใช้ทฤษฎีอันตรายที่ชัดเจนและเป็นปัจจุบัน โดยรัฐจะสามารถตรากฎหมายมาจำกัดการแสดงออกของบุคคลได้ก็ต่อเมื่อการ

³⁰⁹ Esther Janssen, *Faith in Public Debate: On Freedom of Expression, Hate Speech and Religion in France & the Netherlands*, p. 26-29.

แสดงออกนั้นบ่งชี้ให้เห็นถึงอันตรายที่ชัดเจนและเป็นปัจจุบัน และอันตรายนั้นเป็นผลโดยตรงมาจากการแสดงออกนั้น เขาได้ใช้คำอุปมาอุปไมยของผู้พิพากษาแซนฟอร์ดข้างต้นมาใช้โต้แย้งเหตุผลของแซนฟอร์ดเองว่า "สำนวนโวหารบางอย่างอาจจุดไฟท่ามกลางเหตุผล แต่ไม่ว่าอะไรก็ตามที่ต้องครุ่นคิดเกี่ยวกับวาทกรรมที่ล้นหลามอยู่เบื้องหน้าพวกเรา มันย่อมไม่มีโอกาสที่จะเกิดมหาอัคคีภัยอย่างเป็นทางการได้" (eloquence may set fire to reason, but, whatever may be thought of the redundant discourse before us, it had no chance of starting a present conflagration.)

ศาลปรับใช้ทฤษฎีความโน้มเอียงที่จะก่อให้เกิดผลร้ายอีกครั้งในคดี *Whitney v. California*³¹⁰ โดยพิพากษายืนในความผิดของของ ชาร์ลอตต์ แอนิตาร์ วิทนี (Charlotte Anita Whitney) ภายใต้กฎหมาย Syndicalism ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย เนื่องจากการทำงานของเธอที่สนับสนุนและช่วยจัดตั้งพรรคแรงงานคอมมิวนิสต์แห่งอเมริกา (The Communist Labor Party of America) ผู้พิพากษาเอ็ดเวิร์ด แซนฟอร์ด ในฐานะผู้พิพากษาเสียงข้างมากอธิบายสนับสนุนกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย โดยถือว่ารัฐอาจลงโทษการแสดงออกหรือการแสดงความคิดเห็นที่ "มีแนวโน้มที่จะยั่วให้เกิดการกระทำความผิดอาญา" (tending to incite to crime)

อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาแบรนดีส์ร่วมโดยผู้พิพากษาโฮล์มส์ได้แสดงความเห็นแย้งโดยการขยายความกรอบแนวคิด "ตลาดเสรีทางความคิด" ที่ค่อนข้างเป็นรูปธรรมของโฮล์มส์ให้เป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น ซึ่งปรากฏความพยายามในการแลกเปลี่ยนการตรวจสอบตามทฤษฎีอันตรายที่ชัดเจนและเป็นปัจจุบันให้กระจ่างด้วยการเชื่อมโยงคุณค่าของเสรีภาพในการแสดงออกกับกระบวนการประชาธิปไตยที่เข้มแข็ง กล่าวอีกนัยหนึ่งเพื่อรักษาสถาบันประชาธิปไตยที่มีความหมายบรรดาพลเมืองต้องสามารถแสดงความคิดเห็นและวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลได้อย่างเสรี โดยปราศจากความหวาดกลัวว่าจะถูกแก้แค้นทดแทน ทั้งนี้ แบรนดีส์ ได้ก้าวข้ามทฤษฎีอันตรายที่ชัดเจนและเป็นปัจจุบัน โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์การตรวจสอบที่เรียกว่า "*time to answer test*" กล่าวคือ ไม่มีอันตรายใดที่สืบเนื่องมาจากการแสดงออกที่จะถูกพิจารณาว่าเป็นอันตรายที่ชัดเจนและเป็นปัจจุบัน ถ้าประชาชนทุกคนมีโอกาสอย่างเต็มที่ในการอภิปรายถกเถียงเกี่ยวกับการแสดงออกที่ก่ออันตรายนั้น

อย่างไรก็ตามในช่วงปีค.ศ. 1951 ทฤษฎีอันตรายที่ชัดเจนและเป็นปัจจุบันเริ่มได้รับการยอมรับมากขึ้นในการตัดสินคดีของศาลมากกว่าทฤษฎีความโน้มเอียงที่จะก่อให้เกิด

³¹⁰ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

ผลร้าย แต่ยังไม่ค่อยมีประสิทธิภาพเท่าที่ควรในการควบคุมการตรากฎหมายที่มุ่งจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของปัจเจกชนอย่างร้ายแรง ยกตัวอย่างในคดี *Dennis v. United States*³¹¹ ซึ่งอยู่ในระหว่างช่วงต้นยุคสงครามเย็น อุจีน เด็นนิส (Eugene Dennis) ผู้นำพรรคคอมมิวนิสต์อเมริกัน (CPUSA) และพวกถูกตัดสินว่ากระทำการฝ่าฝืนรัฐบัญญัติสมิธ (The Smith Act) ซึ่งกำหนดความผิดทางอาญาสำหรับการสนับสนุนการโค่นล้มรัฐบาลโดยใช้ความรุนแรง หรือเป็นผู้จัดการหรือเป็นสมาชิกของกลุ่มใด ๆ ก็ตามที่อุทิสให้กับการสนับสนุนดังกล่าว เด็นนิสและพวกจึงถูกดำเนินคดีโดยอยู่บนพื้นฐานของสถานะความเป็นผู้นำและสมาชิกของพรรคคอมมิวนิสต์ ทั้งนี้ ในการดำเนินคดีกับจำเลย รัฐบาลไม่ได้กล่าวหาว่าพวกเขากำลังวางแผนโดยเฉพาะเจาะจงที่จะล้มล้างรัฐบาลโดยใช้ความรุนแรง แต่ไปมุ่งเน้นที่วัตถุประสงค์โดยทั่วไปของพรรคคอมมิวนิสต์ที่มุ่งจะโค่นล้มรัฐบาลที่ไม่ได้ปกครองในระบอบคอมมิวนิสต์ และศาลเห็นว่าแรงจูงใจเพียงกว้าง ๆ ก็เพียงพอแล้วที่จะพิสูจน์ถึงภัยอันตรายที่ชัดเจนและเป็นปัจจุบัน กล่าวอีกนัยหนึ่ง คำว่าภัยอันตรายที่ชัดเจนและเป็นปัจจุบันไม่ได้หมายความว่าต้องรอให้การโค่นล้มรัฐบาลกำลังจะดำเนินการในระยะอันใกล้เท่านั้น แต่ถ้ารัฐบาลตระหนักได้ว่ากลุ่มที่มีเป้าหมายในการโค่นล้มรัฐบาลกำลังพยายามปลุกฝังสมาชิกให้มีแนวคิดตามที่กล่าวมาและทำให้พวกเขาอยู่ในแนวทางที่พร้อมจะกระทำการโค่นล้มรัฐบาลได้ทุกเมื่อที่ผู้นำของเขา รู้สึกว่าสถานการณ์ในขณะนั้นเปิดช่องให้กระทำได้ รัฐบาลย่อมสามารถใช้มาตรการทางกฎหมายมาจำกัดการแสดงออกนั้นได้

อย่างไรก็ตาม ศาลได้เริ่มปรับเปลี่ยนและปรับปรุงเกณฑ์ภัยอันตรายที่ชัดเจนและเป็นปัจจุบันด้วยการเพิ่มองค์ประกอบของ “ความใกล้จะถึง” (Imminence) เข้าไปในกระบวนการพิจารณาอย่างเด่นชัดมากขึ้น ในกรณีคดี *Yates v. United States*³¹² ผู้นำพรรคคอมมิวนิสต์อเมริกันระดับล่างจำนวน 14 คน ถูกตัดสินโดยศาลมลรัฐให้มีความผิดตามรัฐบัญญัติสมิธ อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาได้พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลมลรัฐ โดยให้เหตุผลว่าความผิดตามรัฐบัญญัติสมิธจะไม่นำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงเพียงแค่ “หลักการหรือแนวคิดที่เป็นนามธรรมเกี่ยวกับการโค่นล้มรัฐบาลโดยใช้กำลัง” เท่านั้น (abstract doctrine of forcible overthrow) แต่ต้องเป็นบรรดาการกระทำหรือการแสดงออกอย่างชัดเจนที่นำไปสู่ผลลัพธ์ โดยการใช้ภาษาที่สามารถประเมินได้อย่างมีเหตุผลและโดยปกติทั่วไปว่าเข้าลักษณะของการยั่วยุบุคคลอื่นให้กระทำการดังกล่าว

³¹¹ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

³¹² *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957).

ต่อมาในคดี *Brandenburg v. Ohio*³¹³ นับได้ว่าเป็นคดีสำคัญที่วางบรรทัดฐานซึ่งขยายความหลักเกณฑ์ภัยอันตรายที่ชัดแจ้งและเป็นปัจจุบันให้แหลมคมมากยิ่งขึ้น โดยการกำหนดหลักเกณฑ์ใหม่ที่เรียกว่าหลักเกณฑ์ “การกระทำผิดกฎหมายอันใกล้จะถึง” (The Imminent Lawless Action Test) ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงในคดีเริ่มต้นจากที่นาย *บรานเด็นเบิร์ก* ซึ่งเป็นผู้นำของกลุ่มคลุ คลักซ์ แคลน (Ku Klux Klan) ได้ให้มีการรวมตัวเดินขบวนของสมาชิกกลุ่มคลุ คลักซ์ แคลนในพื้นที่เฉพาะแห่งหนึ่งในช่วงกลางคืน พร้อมกับนักข่าวสถานีโทรทัศน์ท้องถิ่น (เชิญโดยจำเลยและถ่ายทำเหตุการณ์) ซึ่งได้บันทึกเหตุการณ์ด้วยกล้องบันทึกภาพเคลื่อนไหว และต่อมาได้กลายเป็นพยานหลักฐานเชิงประจักษ์ที่ปรากฏต่อศาล โดยปรากฏภาพของสมาชิกกลุ่มคลุ คลักซ์ แคลนสวมชุดที่มีหมวกทรงแหลมคลุมศีรษะจำนวน 12 คน (มีบางคนที่พกพาอาวุธ) กำลังดำเนินกิจกรรมการเผาไม้กางเขน และพบว่านาย *บรานเด็นเบิร์ก* ได้กล่าวสุนทรพจน์ที่มีลักษณะของการคุกคามและใส่ร้ายป้ายสีคนยิวและคนแอฟริกัน-อเมริกัน (คนผิวสี) ซึ่งรวมถึงประโยคอย่างเช่น “ฝังพวกนิโกรซะ” (Bury the niggers) หรือ “พวก นิโกรควรไสหัวกลับแอฟริกาไปซะ และพวกคนยิวก็ควรไสหัวกลับไปอิสราเอลด้วยเช่นกัน รัฐบาลควรต้องดำเนินการอะไรซักอย่างได้แล้ว มิเช่นนั้นก็จะมีคนทำหน้าที่นี้แทน” ซึ่งผลจากการกล่าว ถ้อยความดังกล่าว ทำให้เขาถูกดำเนินคดีทางอาญาในข้อหาสนับสนุนให้เกิดการกระทำความผิดอาญา การบ่อนทำลาย การใช้ความรุนแรง ตามรัฐบัญญัติของมลรัฐโอไฮโอ (The Ohio Criminal Syndicalism Statute)³¹⁴

ในกรณีคดีข้างต้น ศาลฎีกาตัดสินเป็นเอกฉันท์ว่าการแสดงออกของ *บรานเด็นเบิร์ก* ไม่ได้เป็นความผิดตามกฎหมายของมลรัฐโอไฮโอ การกระทำของเขายังอยู่ภายใต้ขอบเขตของการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญอยู่ โดยให้เหตุผลที่กลายเป็นบรรทัดฐานสำคัญว่า “รัฐธรรมนูญประกันเสรีภาพในการแสดงออกและเสรีภาพของสื่อ โดยไม่ยินยอมให้รัฐห้ามหรือลงโทษการสนับสนุนการใช้กำลังหรือการละเมิดกฎหมาย เว้นเสียแต่ว่าการสนับสนุนนั้นมีเป้าหมายโดยตรงที่จะช่วยหรือก่อให้เกิดการกระทำผิดกฎหมายอันใกล้จะถึง และมีแนวโน้มที่จะช่วยหรือก่อให้เกิดการกระทำดังกล่าวนั้นได้จริง”³¹⁵

³¹³ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

³¹⁴ *Ibid.* pp. 445-446.

³¹⁵ *Ibid.* p. 447.

จากเหตุผลของศาลฎีกาข้างต้น สามารถแยกองค์ประกอบของหลักเกณฑ์การกระทำผิดกฎหมายอันใกล้จะถึง ได้ดังนี้ (1) การแสดงออกต้องมีเป้าหมายอย่างชัดเจนที่จะสนับสนุนการใช้ความรุนแรง หรือการกระทำผิดกฎหมาย (2) การสนับสนุนนั้นต้องก่อให้เกิดการใช้ความรุนแรง หรือการกระทำผิดกฎหมายที่ใกล้จะถึง หรือโดยฉับพลัน และ (3) ต้องมีความสัมพันธ์โดยตรงระหว่างการกระทำหรือการแสดงออกกับการใช้ความรุนแรงหรือการกระทำผิดกฎหมายที่เกิดขึ้น (Causation)

3.1.2.2.2 การแสดงออกที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาท (Fighting Words)

การแสดงออกที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาทเป็นประเภทหนึ่งของการแสดงออกที่ไม่ได้รับการปกป้องตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่งแห่งสหรัฐอเมริกา โดยในเบื้องต้นหมายถึง การแสดงออกใดก็ตามที่เข้าลักษณะของการกระทำซึ่งหน้าต่อบุคคลอื่นอันเป็นการดูหมิ่น เหยียดหยาม หรือหยาบคาย ซึ่งการแสดงออกนั้นจะส่งผลให้ผู้ถูกกระทำใช้ความรุนแรงตอบโต้กลับโดยตรงต่อผู้แสดงออกนั้น³¹⁶ ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้ในการจำกัดการใช้ประทุษวาจาที่มีลักษณะของการเผชิญหน้าโดยตรงกับเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาได้

ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาได้สร้างหลักเกณฑ์ว่าด้วยการแสดงออกที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาทขึ้นครั้งแรกในคดี *Chaplinsky v. New Hampshire*³¹⁷ ในปี ค.ศ. 1942 ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่านายวอลเตอร์ แชนปลินสกี (Walter Chaplinsky) คริสต์ศาสนิกชนนิกายพยานพระยะโฮวา ได้ถูกดำเนินคดีอาญาในความผิดฐานใช้ถ้อยคำที่ไม่สุภาพ (Offensive language) ต่อบุคคลอื่นซึ่งหน้าในที่สาธารณะตามกฎหมายของเมืองโรเชสเตอร์ เนื่องจากในขณะที่เขากำลังแจกเอกสารหลักคำสอนทางศาสนาของนิกายพระยะโฮวาต่อประชาชนทั่วไปในบริเวณถนน เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นของเมืองโรเชสเตอร์ได้แจ้งแก่แชนปลินสกีว่ามีประชาชนจำนวนมากร้องเรียนว่าเขาแจกเผยแพร่คำสอนทางศาสนาที่เหยียดหยามศาสนาอื่น ๆ จึงขอให้หยุดการแจกเอกสารคำสอนทันทีด้วยเกรงว่าจะสร้างความไม่พอใจให้กับประชาชนจนกลายเป็นการจลาจลได้ อย่างไรก็ตาม แชนปลินสกีกลับตะโกนด่าทอเจ้าหน้าที่ด้วยถ้อยคำที่ดูหมิ่นเหยียดหยามว่า “แกมันคือไอ้พวกกริดไถและไอ้

³¹⁶ David L. Hudson Jr., "Fighting Words," [Online]. Available from: <https://www.freedomforuminstitute.org/first-amendment-center/topics/freedom-of-speech-2/personal-public-expression-overview/fighting-words/>.

³¹⁷ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

พวกฟาสซิสต์ และเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นทั้งหมดของเมืองรอเชสเตอร์ก็เป็นพวกฟาสซิสต์หรือเป็นตัวแทนของฟาสซิสต์ทั้งนั้น” (You are a God damned racketeer and a damned Fascist and the whole government of Rochester are Fascists or agents of Fascists” โดยแซปปลินสกีได้อุทธรณ์คดีต่อศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาโดยโต้แย้งว่าการดำเนินคดีดังกล่าวละเมิดเสรีภาพในการแสดงออกของเขาอย่างร้ายแรง จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง³¹⁸

ทั้งนี้ ผู้พิพากษาแฟรงค์ เมอร์ฟี (Frank Murphy) ได้เขียนคำพิพากษาหลักซึ่งมาจากมติที่เป็นเอกฉันท์ โดยปฏิเสธประเด็นอภิปรายเกี่ยวกับการละเมิดเสรีภาพในการแสดงออกของแซปปลินสกี เพราะการแสดงออกของเขามีลักษณะของ “การแสดงออกที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาท” พร้อมกับให้เหตุผลว่า “เสรีภาพในการแสดงออกไม่ได้เป็นสิทธิสัมบูรณ์ในทุกเวลาและทุกสถานการณ์ (the right to free speech is not absolute at all times and under all circumstances.) เขาอธิบายเพิ่มเติมว่ามีการแสดงออกบางประเภทที่ไม่ได้รับการปกป้องตามรัฐธรรมนูญซึ่งรวมถึงการใช้ถ้อยคำหรือคำพูดที่ลามก (Lewd) และอนาจาร (Obscene) หยาดคาย (Profane) หมิ่นประมาท (Libelous) หรือดูหมิ่น (Insulting) หรือเข้าลักษณะของ “การการแสดงออกที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาท” (Fighting Words) ซึ่งหมายถึง “บรรดาการแสดงออกหรือคำพูดที่ก่อให้เกิดความรู้สึกเจ็บปวด (inflict injury) หรือมีแนวโน้มที่จะช่วยยู่ให้เกิดการทำลายความสงบสุขอย่างฉับพลัน (tend to incite an immediate breach of the peace) เหตุผลที่การแสดงออกดังกล่าวไม่ได้รับการปกป้องตามรัฐธรรมนูญเนื่องจาก “ไม่มีส่วนสำคัญของการแสดงความคิดเห็นใด ๆ และมีคุณค่าเพียงน้อยนิดในการค้นพบความจริง ซึ่งไม่ว่าประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใดที่จะได้รับจากการแสดงออกดังกล่าวย่อมมีน้ำหนักร้อยกว่าการมุ่งรักษาประโยชน์สาธารณะเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี” นอกจากนั้นศาลยังเน้นย้ำว่าการการแสดงออกที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาทจะปรับใช้กับเฉพาะกรณีที่เป็นการใช้ถ้อยคำซึ่งหน้า หรือถ้อยคำที่ไม่สุภาพซึ่งมีแนวโน้มที่จะช่วยยู่อารมณของผู้อื่นซึ่งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าวิญญูชนโดยทั่วไปจะแก้แค้นตอบโต้กลับโดยทันที อันส่งผลเป็นการทำลายความสงบสุขของสังคม³¹⁹

อย่างไรก็ตาม บรรทัดฐานเกี่ยวกับการแสดงออกที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาทที่ถูกวางในคดีข้างต้นได้ถูกศาลในคดีต่อ ๆ มาตีความอย่างจำกัดอย่างยิ่ง กล่าวคือ ในบางกรณี

³¹⁸ Ibid. pp. 569-570.

³¹⁹ Ibid. pp. 569-572.

แม้เป็นการแสดงออกที่มีลักษณะก้าวร้าว หรือหยาบคายต่อบุคคลอื่นซึ่งหน้าก็อาจได้รับการปกป้องตามรัฐธรรมนูญ โดยไม่ถือว่าเข้าลักษณะของการแสดงออกที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาท ยกตัวอย่างในคดี *Cohen v. California*³²⁰ ซึ่งศาลฎีกาได้ตัดสินว่าการพิมพ์ข้อความว่า “Fuck the Draft” บนเสื้อแจ็คเก็ตเข้าไปในบริเวณศาลไม่เป็นการผิดใจในข้อหาบกพรองความสงบเรียบร้อยด้วยการแสดงออกอย่างก้าวร้าวหรือหยาบคาย เนื่องจากศาลเห็นว่าข้อความที่ปรากฏบนเสื้อแจ็คเก็ตของจำเลยยังไม่เข้าลักษณะของการแสดงออกที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาทเพราะ “ไม่ได้มุ่งกระทำต่อผู้รับสารคนใดคนหนึ่งโดยตรงอย่างชัดแจ้ง” (clearly not directed to the person of the hearer) และไม่ปรากฏว่ามีผู้ใดที่จะแสดงออกตอบโต้กลับข้อความบนเสื้อดังกล่าวด้วยการใช้ความรุนแรงแต่อย่างใด นอกจากนี้ บรรดาประชาชนที่อยู่ในบริเวณศาลย่อมสามารถหลีกเลี่ยงการปะทุของอารมณ์ความรู้สึกได้อย่างง่ายดายด้วยการหลบสายตาไปเสีย

ทั้งนี้ ศาลได้สรุปว่าการดำเนินคดีของเจ้าหน้าที่รัฐในคดีนี้คือความพยายามที่กระทำการเยี่ยง “ผู้พิทักษ์ศีลธรรมอันดีของประชาชน” (as guardians of public morality) จึงเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพในการแสดงออกที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง กล่าวอย่างถึงที่สุด การดำเนินคดีของรัฐในคดีนี้คือความพยายามที่จะเพิกถอนข้อความที่หยาบคายบนเสื้อแจ็คเก็ตออกจากสารบบของ “คำศัพท์ของสาธารณะ” (public vocabulary) ยิ่งไปกว่านั้น ศาลยังให้เหตุผลประการสำคัญว่าการลงโทษทางอาญาการแสดงออกในคดีข้างต้น ปฏิเสธไม่ได้ว่าได้บ่อนทำลายการทำงานอย่างมีประสิทธิภาพของตลาดเสรีทางความคิด กล่าวคือ เราย่อมไม่สามารถตั้งสมมติฐานอย่างผิวเผินว่ารัฐจะสามารถจำกัดการแสดงออกอย่างใดอย่างหนึ่งได้โดยปราศจากการก่อความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญในการปราบปรามและก่อกวนความคิดเห็นที่เกิดขึ้นในกระบวนการของตลาดเสรีทางความคิด³²¹

ต่อมาในคดี *R.A.V. v. City of St. Paul, Minn.*³²² กลุ่มวัยรุ่นผิวขาวจำนวนหนึ่งถูกกล่าวหาว่าเผาไม้กางเขน (สัญลักษณ์ของกลุ่มคลุ คลักซ์ แคลน) ในบริเวณสนามหญ้าหน้าบ้านของครอบครัวคนแอฟริกัน-อเมริกันซึ่งอาศัยอยู่ตรงข้ามของถนนไม่ไกลกันนัก โดยกลุ่มคน

³²⁰ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 16 (1971).

³²¹ โปรดดู คดี *Gooding v. Wilson.*, 405 US 518, 519 (1972). และ คดี *Lewis v. City of New Orleans.*, 415 U.S. 130 (1974). ซึ่งตัดสินไปในทิศทางเดียวกัน

³²² *R.A.V. v. City of St. Paul, Minn.*, 505 U.S. 377 (1992).

เหล่านี้ถูกดำเนินคดีว่ากระทำผิดตามกฎหมายท้องถิ่นเกี่ยวกับการก่ออาชญากรรมที่มีมูลเหตุจากความเกลียดชังแห่งเมืองเซนต์ปอล (A local bias-motivated criminal ordinance) ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดวางสัญลักษณ์ สิ่งของ ฯลฯ รวมถึงเผาสัญลักษณ์ที่เป็นเครื่องหมายสวัสดิกะ ไม้กางเขน ในสถานที่สาธารณะหรือสถานที่ส่วนบุคคล โดยรู้หรือควรรู้ว่าจะกระตุ้นให้เกิดความโกรธ ความตื่นกลัว หรือความขุ่นเคืองใจแก่ผู้อื่น อันอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว ข้อบัญญัติทางศาสนา ศาสนาและเพศ ผู้นั้นมีความผิดทางอาญาซึ่งเป็นความผิดลหุโทษ” ซึ่งในคดีนี้ศาลท้องถิ่น (The local court) พิพากษาว่าจำเลยไม่มีความผิด แต่ศาลฎีกาแห่งมลรัฐมินเนโซต้า (The Minnesota Supreme Court) กลับพิพากษากลับให้ลงโทษจำเลย ดังนั้น จำเลยจึงอุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา³²³

ในการพิพากษาคดีดังกล่าว ศาลฎีกาจำต้องวินิจฉัยในเบื้องต้นว่าบทบัญญัติกฎหมายแห่งเมืองเซนต์ปอลที่ใช้ลงโทษจำเลยนั้นเข้าลักษณะของ “การแสดงออกที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาท” ซึ่งเป็นประเภทของการแสดงออกที่ถูกยกเว้นจากการคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่งหรือไม่ โดยจำเลย (R.A.V) กล่าวอ้างว่าเมื่อตีความตามบรรทัดฐานในคดี *Chaplinsky v. New Hampshire* แล้ว กฎหมายของเมืองมินเนโซต้าย่อมไม่เข้าลักษณะของการแสดงออกที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาทและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันเนื่องมาจากกฎหมายดังกล่าว “กว้างเกินไปอย่างมีนัยสำคัญ” (Substantially Overbroad) อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาไม่ได้ตัดสินโดยดำเนินตามเหตุผลดังกล่าว แต่กลับสรุปไปอีกทางว่าแม้ว่าบรรดาการแสดงออกที่ถูกกำหนดให้เป็นความผิดตามกฎหมายแห่งเมืองเซนต์ปอลจะเข้าลักษณะของการแสดงออกที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาทก็ตาม ทว่าปัญหาสำคัญคือกฎหมายนี้กลับพยายามจำกัดการแสดงออกที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาทบนพื้นฐานของกลุ่มคนที่ได้รับการปกป้องจากการแสดงออกดังกล่าวเพียงบางกลุ่มเท่านั้น (ได้แก่ เชื้อชาติ สีผิว ข้อบัญญัติทางศาสนา ศาสนาและเพศสภาพ)³²⁴

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผู้พิพากษาศาลฎีกาได้อธิบายว่า “แม้ว่าถ้อยความในกฎหมายแห่งเมืองเซนต์ปอลที่ว่า ‘กระตุ้นให้เกิดความโกรธ ความตื่นกลัว หรือความขุ่นเคืองใจแก่ผู้อื่น’ จะถูกจำกัดโดยคำพิพากษาของศาลศาลฎีกาแห่งมลรัฐมินเนโซต้า โดยให้หมายถึงเฉพาะการใช้สัญลักษณ์หรือการแสดงออกใดก็ตามที่เข้าลักษณะของการกระทำที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาทเท่านั้น แม้กระนั้นก็ยังปรากฏถ้อยความส่วนอื่นที่ยังไม่ได้ปรับปรุง ซึ่งชัดเจนว่าบังคับใช้เฉพาะแต่การ

³²³ Ibid. pp. 379-381.

³²⁴ Ibid. p. 381.

แสดงออกที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาทซึ่งดูหมิ่นหรือยั่วให้เกิดความรุนแรงบนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว ข้อบัญญัติทางศาสนา ศาสนาและเพศสภาพเท่านั้น การแสดงออกใด ๆ ก็ตามที่เต็มไปด้วยถ้อยคำที่ไม่เหมาะสมไม่ว่าจะเลวร้ายหรือรุนแรงเพียงใดก็ย่อมกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เว้นเสียแต่จะได้กระทำต่อหนึ่งในกลุ่มที่ระบุเอาไว้แล้วอย่างชัดเจนในกฎหมาย บุคคลอื่นใดที่ประสงค์จะใช้หลักเกณฑ์ของการแสดงออกที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาทโดยเชื่อมโยงกับแนวคิดอื่น ๆ เช่น การแสดงความเป็นปฏิปักษ์ต่อผู้อื่นบนพื้นฐานของทัศนคติทางการเมือง ความเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน หรือการรักเพศเดียวกันก็จะไม่ถูกนับรวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดในกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่งจึงไม่อนุญาตให้เมืองเซนต์ปอลกำหนดความผิดพิเศษเฉพาะแต่ผู้สังสารที่แสดงความคิดเห็นบนพื้นฐานของกลุ่มบางกลุ่มที่ถูกกำหนดในกฎหมายได้”³²⁵

3.1.2.2.3 การแสดงออกที่คุกคามอย่างแท้จริง (True Threat)

รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่งอนุญาตให้รัฐสามารถจำกัดหรือห้าม “การแสดงออกที่คุกคามอย่างแท้จริง” ได้ โดยในคดี *Watts v. United States*³²⁶ โรเบิร์ต วัตตส์ (Robert Watts) เด็กวัยรุ่นอายุ 18 ปี และเพิ่งถูกเกณฑ์เข้าร่วมกองทัพในช่วงสงครามเวียดนามถูกดำเนินคดีในข้อหาคุกคามชีวิตของประธานาธิบดี ลินดอน บี. จอห์นสัน (Lyndon Baines Johnson) ทั้งนี้ เหตุการณ์เริ่มต้นจากกลุ่มผู้ชุมนุมกลุ่มเล็ก ๆ ที่แตกตัวออกมาจากกลุ่มผู้ชุมนุมประท้วงที่ใหญ่กว่าที่กำลังต่อต้านการกระทำทารุณโหดร้ายของตำรวจข้างอนุสาวรีย์วอชิงตัน ณ กรุงวอชิงตัน ดีซี โดยในกลุ่มนี้ได้มีการถกเถียงกันอย่างดุเดือด ซึ่งนายวัตตส์ได้กล่าวในที่ประชุมที่ว่า “ถ้าพวกเขาให้ผมถือปืนไรเฟิลได้ คนแรกที่ผมจะหันปลายกระบอกปืนไปหาก็คือ ลินดอน บี. จอห์นสัน” (If they ever make me carry a rifle the first man I want to get in my sights is L.B.J.) ต่อมาคณะลูกขุนได้ลงมติว่าวัตตส์มีความผิดอาญาตามที่ถูกล่ามทา เขาจึงอุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาบนพื้นฐานของความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง ซึ่งในที่สุดศาลได้พิพากษากลับว่าวัตตส์ไม่มีความผิด โดยศาลให้เหตุผลว่าการแสดงออกของเขาเป็นเพียง “การกล่าวเกินจริงเกี่ยวกับประเด็นการเมือง” (Political Hyperbole) เท่านั้น ซึ่งต้องแยกความแตกต่างจาก “การแสดงออกที่คุกคามอย่างแท้จริง” ที่สามารถลงโทษทางอาญาได้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

³²⁵ Ibid. p. 391.

³²⁶ *Watts v. United States*, 394 U.S. 705 (1969).

ต่อมาในคดี *Virginia v. Black*³²⁷ ศาลฎีกาได้ระบุถึงลักษณะของการแสดงออกที่คุกคามอย่างแท้จริงว่า “ครอบคลุมถึงบรรดาข้อความที่ผู้ส่งสารประสงค์จะสื่อสารอย่างจริงจังด้วยการแสดงออกที่มีเจตนาในการใช้ความรุนแรงที่ผิดกฎหมายต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคล ผู้ส่งสาร need not actually intend to carry out the threat ยิ่งกว่านั้น การลงโทษการแสดงออกที่คุกคามอย่างแท้จริงจะช่วยปกป้องปัจเจกชนจากความหวาดกลัวการใช้ความรุนแรงและความแตกแยก (หรือการแบ่งแยก) ที่ความหวาดกลัวได้สร้างขึ้น เช่นเดียวกันกับจากความเป็นไปได้ที่ความรุนแรงอันเป็นการคุกคามจะเกิดขึ้น ทั้งนี้ การข่มขู่ (Intimidation) ในนัยของคำที่ถูกระงับตามรัฐธรรมนูญย่อมเป็นหนึ่งในประเภทของการแสดงออกที่คุกคามอย่างแท้จริงซึ่งผู้ส่งสารมุ่งกระทำการคุกคามโดยตรงไปยังบุคคลหรือกลุ่มบุคคลโดยเจตนาที่จะก่อให้เกิดเหยื่ออยู่ในความหวาดกลัวภัยอันตรายต่อชีวิตและเนื้อตัวร่างกาย”³²⁸

ในคดีนี้ ศาลฎีกาพิพากษายืนยันความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของมลรัฐเวอร์จิเนียซึ่งกำหนดความผิดอาญาสำหรับการเผาไม้กางเขนที่กระทำไปด้วยเจตนาข่มขู่ต่อบุคคลอื่นหรือกลุ่มบุคคล นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวยังบัญญัติให้การเผาไม้กางเขนใด ๆ ก็ตามถือว่าเป็นพยานหลักฐานเบื้องต้น (Prima Facie Evidence) ที่จะพิสูจน์เจตนาในการข่มขู่บุคคลหรือกลุ่มบุคคลด้วย ประเด็นสำคัญคือศาลได้ให้เหตุผลโดยมีการตรวจสอบอย่างกว้างขวางและลึกซึ้งเกี่ยวกับประวัติศาสตร์ของการเผาไม้กางเขนในสหรัฐอเมริกาและความเชื่อมโยงกับการข่มขู่และการใช้ความรุนแรงต่อชาวแอฟริกัน-อเมริกันโดยกลุ่มกลุ่มคลุ คัลกซ์ แคลนมาอย่างต่อเนื่องยาวนาน โดยศาลเห็นว่าการเผาไม้กางเขนในกรณีคดีนี้เข้าลักษณะของการแสดงออกเชิงสัญลักษณ์ (Symbolic Speech) ซึ่งเข้าลักษณะของ “การแสดงออกที่คุกคามอย่างแท้จริง” กล่าวคือ ประวัติศาสตร์ของการเผาไม้กางเขนในสหรัฐอเมริกาแสดงให้เห็นว่าการเผาไม้กางเขนมักมีลักษณะข่มขู่ โดยประกอบด้วยเจตนาที่จะสร้างความหวาดกลัวอย่างแพร่หลายให้กับบรรดาเหยื่อว่าพวกเขาเป็นเป้าหมายของการใช้ความรุนแรง³²⁹

นอกจากนี้ ศาลฎีกายังวินิจฉัยว่ากฎหมายที่เป็นเหตุแห่งคดีข้างต้นแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญจากกฎหมายในคดี *R.A.V. v. City of St. Paul* เนื่องจากไม่ได้มีลักษณะของการเลือก

³²⁷ *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

³²⁸ *Ibid.* p. 344.

³²⁹ *Ibid.* pp. 359-360.

ปฏิบัติเกี่ยวกับทัศนคติหรือความคิดเห็น (Viewpoint discrimination) กล่าวคือ กฎหมายในคดีนี้มุ่งลงโทษบุคคลทุกคนที่เผาไม้กางเขนโดยเจตนาข่มขู่ผู้อื่น โดยไม่ต้องระบุลักษณะของกลุ่มที่ตกเป็นเหยื่อ โดยเฉพาะเจาะจงลงไปแต่อย่างใด (เช่น เชื้อชาติ เพศหรือศาสนา เป็นต้น) อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาได้สรุปว่าการที่กฎหมายนี้กำหนดเรื่อง “พยานหลักฐานเบื้องต้น” ย่อมขัดรัฐธรรมนูญ เนื่องจากอนุญาตให้มีการลงโทษการเผาไม้กางเขนได้ทุกกรณีจากการกำหนดให้การเผาไม้กางเขนเป็นพยานหลักฐานเบื้องต้นที่จะพิสูจน์เจตนาในการข่มขู่บุคคลหรือกลุ่มบุคคลได้ในตัวเอง โดยปราศจากการอ้างอิงพยานหลักฐานภายนอกของเจตนา³³⁰

3.1.2.2.4 การหมิ่นประมาทกลุ่ม (Group Defamation)

ในคดี *Beauharnais v. Illinois*³³¹ ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาพิพากษายืนยันความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอาญาของมลรัฐอิลลินอยส์ที่ลงโทษการตีพิมพ์หรือจัดแสดงข้อเขียนหรือรูปภาพที่มีการสื่อสารข้อความที่แสดงถึง “ความเลวทราม ความผิดทางอาญา ความไม่บริสุทธิ์ หรือการขาดคุณธรรมของกลุ่มบุคคลใดก็ตามบนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว ลัทธิความเชื่อ หรือศาสนา” และทำให้กลุ่มบุคคลเหล่านั้นถูก “ดูถูกเหยียดหยาม ประณาม หรือก่อให้เกิดการทำลายความสงบเรียบร้อย หรือเกิดการจลาจล” โดยจำเลยในคดีนี้คือ โจเซฟ โบร์ฮาร์นเนส (Joseph Beauharnais) ซึ่งเป็นผู้ที่สมทานลัทธิความเชื่อที่คนผิวขาวคือกลุ่มชาติพันธุ์ที่เหนือกว่ากลุ่มชาติพันธุ์อื่น (White Supremacy) ได้ถูกดำเนินคดีอาญาในข้อหาข้างต้นเนื่องมาจากเขาได้แจกจ่ายใบปลิวที่มีข้อความเรียกร้องให้นายกเทศมนตรีและสภาแห่งเมืองชิคาโก มลรัฐอิลลินอยส์หยุดยั้งคนผิวสีจากการรุกร้า คุกคามและบุกรุกทั้งทรัพย์สิน เพื่อนบ้านและสวัสดิภาพในชีวิตและเนื้อตัวร่างกายของคนผิวขาว นอกจากนี้ยังกล่าวหาคนผิวสีว่าเป็นอาชญากร โจรและพวกขบข่มขึ้น³³²

ทั้งนี้ ศาลฎีกาโดยผู้พิพากษาเฟลิกซ์ แฟรงค์เฟอเทอร์ (Felix Frankfurter) ได้ให้เหตุผลของผู้พิพากษาเสียงข้างมากสนับสนุนกฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์ทั้งหมด 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก กฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์มีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อป้องกันความรุนแรงและความไม่สงบเรียบร้อย ซึ่งศาลฎีกาอธิบายว่าสถานการณ์การเหยียดสีผิวในอิลลินอยส์

³³⁰ Ibid. pp. 345-346.

³³¹ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

³³² Ibid. pp. 251-252.

มีความร้ายแรงและนำไปสู่การใช้ความรุนแรงต่อคนผิวสีมาอย่างยาวนานในประวัติศาสตร์ที่ผ่านมา จึงไม่มีความจำเป็นต้องรอให้ความรุนแรงเหล่านั้นเกิดขึ้นซ้ำรอยอีกถึงจะสรุปว่าการจงใจใส่ร้ายป้ายสี อันเป็นเท็จเกี่ยวกับกลุ่มทางเชื้อชาติและศาสนานั้นได้ก่อให้เกิดการปะทะขัดแย้ง และมีแนวโน้มที่จะ ขัดขวางการปรับตัวอยู่ร่วมกันอย่างเสรีและสงบสุขของผู้คนในสังคมเมืองใหญ่ที่มีความหลากหลาย ทางวัฒนธรรมสูง

ประการที่สอง กฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์มุ่งลงโทษการหมิ่นประมาทซึ่ง ไม่ได้อยู่ในขอบเขตการปกป้องตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง ถึงแม้ว่าจะเป็น การหมิ่น ประมาทต่อ “กลุ่ม” ซึ่งตรงข้ามกับการหมิ่นประมาทปัจเจกชนทั่วไป โดยศาลฎีการะบุอย่างชัดเจนว่า คงจะเป็นการ “ถือดีในความคิดของตัวเองอย่างมั่นคง” (Arrant dogmatism) ที่จะปฏิเสธว่ารัฐอาจ มีความเชื่อที่มีเหตุผลอันสมควรว่าศักดิ์ศรี โอกาสทางการศึกษา และอาชีพการงานของปัจเจกชนอาจ มีส่วนอย่างมากที่ขึ้นอยู่กับชื่อเสียงของบรรดากลุ่มทางเชื้อชาติและศาสนาที่ปัจเจกชนแต่ละคนสังกัด อยู่ไม่ว่าจะเต็มใจหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ ศาลได้กล่าวว่า “พวกเราถูกกีดกันไม่ให้พูดว่าการแสดงออกไม่ สามารถทำให้มีความผิดตามกฎหมายได้ ถ้าเป็นการแสดงออกโดยตรงต่อกลุ่มซึ่งสถานภาพและการ ได้รับการเคารพนับถือของกลุ่มในสังคมไม่อาจแยกออกจากบุคคลแต่ละคนที่เข้ามามีความสัมพันธ์ เกี่ยวข้องกันเป็นกลุ่มได้” (we are precluded from saying that speech cannot be outlawed if directed at groups with whose position and esteem in society the affiliated individual may be inextricably involved.)³³³

อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่ากรณีคดีอื่น ๆ หลังจากคดีโบร์ฮานเนสเป็น ต้นมา ศาลฎีกากลับมีแนวโน้มที่จะมองว่ากฎหมายเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทกลุ่มไม่ได้เป็นกฎหมายที่ ดีอีกต่อไป ยกตัวอย่างในคดี *Brandenburg v. Ohio* ซึ่งได้กำหนดมาตรฐานการตรวจสอบการกระทำ ผิดกฎหมายอันใกล้จะถึงที่กลายเป็นการตั้งคำถามถึงความถูกต้องของบรรทัดฐานในคดีโบร์ฮานเนสไปโดยปริยาย³³⁴

³³³ Ibid. pp. 254-263

³³⁴ Gregory S. Gordon, *Atrocity Speech Law: Foundation, Fragmentation, Fruition*, p. 90.

3.2 ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศแคนาดา

3.2.1 ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมายในประเทศแคนาดา

รัฐธรรมนูญแห่งประเทศแคนาดา (Canadian Charter of Rights and Freedoms) ประกอบด้วยบทบัญญัติที่รับรองและประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นสำคัญ ซึ่งบรรดากฎหมายทั้งหลายในระดับสหพันธรัฐ (Federal) และในระดับมลรัฐ (Provincial) ต้องอยู่ภายใต้ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยศาลแห่งประเทศแคนาดาจะเป็นผู้มีบทบาทหลักในการตีความให้บรรดากฎหมายเหล่านั้นสอดคล้องกับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

เสรีภาพทางความคิด ความเชื่อ ความคิดเห็นและการแสดงออก ซึ่งรวมถึงเสรีภาพในการตีพิมพ์และการสื่อสารผ่านสื่ออื่นใด ย่อมได้รับการคุ้มครองในฐานะที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศแคนาดาในมาตรา 2(b)³³⁵ อันกล่าวได้ว่าการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมายของประเทศแคนาดาตั้งอยู่บนรากฐานทางปรัชญาและทฤษฎีที่มองว่าเสรีภาพในการแสดงออกเป็นเครื่องมือในการแสวงหาความจริง เป็นสิ่งที่สะท้อนถึงอัตตาณัติของปัจเจกชน และเป็นหลักที่ค้ำจุนการปกครองในระบอบประชาธิปไตย³³⁶

ทั้งนี้ ศาลฎีกาแห่งประเทศแคนาดาได้วินิจฉัยว่าการประกันเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญไม่ใช่การคุ้มครองในลักษณะของสิทธิสัมบูรณ์แต่อย่างใด ทว่าสามารถกำหนดข้อจำกัดบางประการสำหรับการแสดงออกบางประเภทที่มีลักษณะเป็นปฏิปักษ์ต่อจิตวิญญาณของรัฐธรรมนูญได้ เช่น การใช้ประทุษวาจาซึ่งเป็นการแสดงออกที่มีเป้าหมายในการกีดกันการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลกลุ่มอื่นในสังคม เป็นต้น³³⁷ โดยในมาตรา 1 บัญญัติให้บรรดาสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการประกันตาม

³³⁵ Everyone has the following fundamental freedoms:

freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

³³⁶ Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5 ed. (Toronto: Thomson Carswell, 2007). pp. 43-7-43-10.

³³⁷ Julian Walker, "Hate Speech and Freedom of Expression: Legal Boundaries in Canada," [Online]. Available from: https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/201825E#txt21.

รัฐธรรมนูญสามารถถูกจำกัดอย่างสมเหตุสมผลโดยการตราเป็นกฎหมาย (prescribed by law) ตราบเท่าที่มีความชอบธรรมซึ่งพิสูจน์ได้ในสังคมที่เสรีและเป็นประชาธิปไตย (demonstrably justified in a free and democratic society)³³⁸ ซึ่งเมื่อปรากฏว่ามีการแทรกแซงหรือสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญขึ้น ศาลจะมีบทบาทในการเข้าไปพิจารณาวินิจฉัยว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยรัฐเช่นนั้นมีความชอบธรรมตามมาตรา 1 หรือไม่³³⁹

ทั้งนี้ แม้ว่าในมาตรานี้จะไม่ได้ระบุประโยชน์สาธารณะหรือสิทธิที่เป็นเงื่อนไขเฉพาะในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิไว้ เช่น เพื่อผลประโยชน์ด้านความมั่นคงของรัฐ บูรณภาพแห่งดินแดนและความปลอดภัยของสาธารณะ การป้องกันความไม่สงบหรืออาชญากรรม การป้องกันสุขภาพหรือศีลธรรม การปกป้องชื่อเสียงหรือสิทธิของผู้อื่น เป็นต้น (ทำนองเดียวกับมาตรา 10 ของ ECHR) แต่ “หลักความเสมอภาค” (รวมถึง “หลักการไม่เลือกปฏิบัติ”) ที่บัญญัติในมาตรา 15³⁴⁰ ซึ่งรับรองว่าบุคคลทุกคนย่อมเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและได้รับประโยชน์ตามกฎหมายที่เท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุเชื้อชาติ สัญชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา เพศ อายุ ความพิการทางกายหรือจิต เว้นแต่กรณีที่กฎหมาย โครงการหรือกิจกรรมใด ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ เพื่อการเยียวยาบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่อยู่ภายใต้ภาวะหรือเงื่อนไขที่เสียเปรียบด้วยเหตุที่กล่าวมาข้างต้น (Affirmative Action) และรวมถึง “หลักพหุวัฒนธรรม” (Multiculturalism) ในมาตรา 27³⁴¹ ซึ่งมุ่งหมายให้การตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญทั้งฉบับต้องสอดคล้องกับการสงวนและการเพิ่มความหลากหลายทางวัฒนธรรม

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

³³⁸ 1. RIGHTS AND FREEDOMS IN CANADA

The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

³³⁹ Julian Walker, “Hate Speech and Freedom of Expression: Legal Boundaries in Canada” [Online], Available from https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/201825E#txt21

³⁴⁰ 1. EQUALITY BEFORE AND UNDER LAW AND EQUAL PROTECTION AND BENEFIT OF LAW

Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

³⁴¹ 27. MULTICULTURAL HERITAGE

(Cultural Diversity) ของชาวแคนาดา เช่น ภาษา ศาสนา จารีตประเพณี เป็นต้น โดยหลักการเหล่านี้มีความสำคัญในฐานะคุณค่าที่ต้องนำมาสร้างดุลยภาพกับการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกด้วยเสมอ³⁴²

บทบาทหลักของศาลของประเทศแคนาดาคือการใช้หลักการสร้างดุลยภาพ (Balancing Test) เพื่อชั่งน้ำหนักระหว่างวัตถุประสงค์และการกระทำของรัฐกับการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกของปัจเจกชนที่ถูกรัฐละเมิดหรือจำกัด ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายหลักเกณฑ์อย่างละเอียดต่อไป เมื่อกล่าวถึงการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจา ทั้งนี้ ภายใต้รัฐธรรมนูญ มาตรา 52³⁴³ บทบัญญัติของกฎหมายได้ที่ถูกลดทอนว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถใช้บังคับได้ ในทางกลับกันกฎหมายใดถ้าชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมมีความชอบธรรมที่จะจำกัดเสรีภาพของบุคคลได้

กฎหมายของประเทศแคนาดาหลายฉบับต่างมีการกำหนดข้อจำกัดสิทธิในเสรีภาพในการแสดงออก ไม่ว่าจะเป็นส่วนหนึ่งของวัตถุประสงค์ตามกฎหมายหรือเป็นผลทางอ้อม ยกตัวอย่างเช่น การเบิกความเท็จ (Perjury) การให้คำปรึกษาการฆ่าตัวตาย (counselling suicide) และการสร้างภาพลามกอนาจารของเด็ก (Creating child pornography) ซึ่งล้วนเป็นรูปแบบหนึ่งของการแสดงออก แต่การกระทำเหล่านี้ถูกจำกัดด้วยการกำหนดในประมวลกฎหมายอาญาของรัฐบาลระดับสหพันธ์ (Federal Criminal Code) ว่าเป็นความผิดทางอาญา หรือการเผยแพร่ผลสำรวจการเลือกตั้งในวันเลือกตั้งทั่วไประดับสหพันธ์ในขณะที่คูหาเลือกตั้งยังคงเปิดอยู่นั้นเป็นสิ่งต้องห้าม สิ่งนี้จำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนในแคนาดา แต่มีจุดประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ลงคะแนนเสียงได้รับอิทธิพลจากการสำรวจความคิดเห็นของผู้มีสิทธิเลือกตั้งในนาทีสุดท้าย

นอกจากนั้น กฎหมายระดับมลรัฐและสหพันธรัฐในประเทศแคนาดาที่เกี่ยวข้องกับการหมิ่นประมาทเป็นอีกตัวอย่างหนึ่งของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก ซึ่งถูกสร้างขึ้นเพื่อปกป้องชื่อเสียงของปัจเจกชน ยิ่งกว่านั้น ประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายสิทธิมนุษยชนในระดับมลรัฐ

This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

³⁴² Narongdech Srakhsit, "Freedom of Speech and Third Parties in Election Campaigns: A comparative Analysis of Campaign Finance Regulations," p.48.

³⁴³ 52. 1. PRIMACY OF CONSTITUTION OF CANADA

The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

ต่างมีการกำหนดขอบเขตในการใช้ประทุษวาจา กล่าวคือ การห้ามการเผยแพร่ข้อความที่ส่งเสริมความเกลียดชัง โดยสรุป ตัวอย่างทั้งหมดเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าเสรีภาพในการแสดงออกในแคนาดาสามารถถูกจำกัดหรือแทรกแซงเพื่อส่งเสริมคุณค่าหรือเป้าหมายอื่น ๆ ที่ถือว่ามีความสำคัญทางสังคมมากกว่าการมุ่งคุ้มครองแต่เสรีภาพในการแสดงออกอย่างเข้มข้นอย่างเดียว

3.2.2 ขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศแคนาดา

3.2.2.1 ความผิดเกี่ยวกับการใช้ประทุษวาจาตามประมวลกฎหมายอาญาแห่งประเทศแคนาดา

3.2.2.1.1 การโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Propaganda)

บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดความเกลียดชังถูกบัญญัติเพิ่มเข้าไปในประมวลกฎหมายอาญาแห่งประเทศเนเธอร์แลนด์ในปีค.ศ 1970 เพื่อตอบสนองต่อข้อเสนอแนะของคณะกรรมการพิเศษว่าด้วยการโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดความเกลียดชังในประเทศแคนาดา (Special Committee on Hate Propaganda in Canada) ที่สนับสนุนให้มีการกำหนดบทบัญญัติแห่งกฎหมายขึ้นเพื่อห้ามการสนับสนุนฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Advocating Genocide) และ ยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง (Inciting Hatred) ต่อกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ³⁴⁴

ทั้งนี้ คณะกรรมการพิเศษข้างต้นถูกเรียกว่า "คณะกรรมการโคเฮน" (Cohen Committee) โดยมีแมกซ์เวลล์ โคเฮน (Maxwell Cohen) เป็นประธานกรรมการ ซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นหลังจากเหตุการณ์ต่าง ๆ ในช่วงทศวรรษที่ 1960 เมื่อกลุ่มลัทธิบูชาคนผิวขาว (White Supremacist) และกลุ่มนาซีใหม่ (Neo-Nazi) ซึ่งส่วนใหญ่ปฏิบัติการอยู่ที่สหรัฐอเมริกา ได้เข้ามามีบทบาทในแคนาดา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการมีส่วนร่วมในการโฆษณาชวนเชื่อต่อต้านชาวยิวและกลุ่มคนผิวดำ ทั้งนี้ คณะกรรมการฯ มุ่งเน้นความสำคัญอย่างสูงของเสรีภาพในการแสดงออกในแคนาดา ซึ่งในกรณีส่วนใหญ่ควรมีความสำคัญเหนือกว่าข้อจำกัดสิทธิทางกฎหมายใด ๆ ที่อาจกำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการอธิบายว่าข้อจำกัดสิทธิดังกล่าวย่อมมีความจำเป็นเมื่อ "เสรีภาพกลายเป็นใบอนุญาต (ที่จะแสดงออกอย่างไรก็ได้) และป้ายสีคุณภาพของเสรีภาพในตัวเองด้วยด้วยรอย

³⁴⁴ Julian Walker, "Canadian Anti-Hate Laws and Freedom of Expression," [Online]. Available from: <https://central.bac-lac.gc.ca/.item?id=2010-31-1-eng&op=pdf&app=Library>.

มลทินที่ไม่อาจยอมรับได้” (liberty becomes license and colours the quality of liberty itself with an unacceptable stain.)³⁴⁵

ฐานความผิดเกี่ยวกับการส่งเสริมความเกลียดชังและบัพัญญูติที่เกี่ยวข้อง ถูกบัญญัติในมาตรา 318 ถึง 320.1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ทั้งนี้ เป็นเรื่องน่าสนใจว่าการฟ้องร้องคดีความตามฐานความผิดกลุ่มนี้มีจำนวนค่อนข้างน้อย ซึ่งส่งผลให้ไม่ปรากฏการวางหลักทางนิติศาสตร์มากเท่าที่ควร อย่างไรก็ตาม การตัดสินคดีของศาลที่เกี่ยวข้องนั้นจะรวมถึงบางส่วนของกรณีความของศาลภายใต้มาตรา 2 (b) แห่งรัฐธรรมนูญด้วย³⁴⁶ นอกจากนี้ การไม่ค่อยปรากฏการดำเนินคดีตามฐานความผิดในกลุ่มนี้ยังสะท้อนว่ารัฐบาลของประเทศแคนาดามุ่งใช้มาตรการทางกฎหมายอาญาอย่าง ระมัดระวังและใช้แต่เฉพาะในกรณีที่น่าร้ายแรงอย่างยิ่งเท่านั้นด้วย

อนึ่ง ฐานความผิดในกลุ่มนี้สามารถแบ่งออกได้ 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทแรก การส่งเสริมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Advocating genocide) และประเภทที่สอง การยั่วยุในทางสาธารณะให้เกิดความเกลียดชัง (Public incitement of hatred) และการสนับสนุนความเกลียดชังอย่างจงใจ (Wilful promotion of hatred) ดังจะได้อธิบายต่อไปตามลำดับ

(1) การยั่วยุให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Incitement to genocide)

ภายใต้มาตรา 318 (1) บุคคลทุกคนที่ส่งเสริมหรือสนับสนุนการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ย่อมมีความผิดตามฐานนี้ โดยต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี³⁴⁷ คำว่า "การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์" (Genocide) ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 318 (2) ซึ่งหมายถึง การฆ่าบรรดาสมาชิกของกลุ่มที่สามารถระบุตัวตนได้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือการกระตุ้นอย่างจงใจให้เงื่อนไขชีวิตของกลุ่มที่ระบุตัวตนได้ถูกคาดการณ์ได้ว่านำไปสู่การทำลายล้างทางกายภาพของกลุ่มนั้น³⁴⁸ โดยเจตนาที่จะ

³⁴⁵ Ibid.

³⁴⁶ Julian Walker, "Hate Speech and Freedom of Expression: Legal Boundaries in Canada" [Online].

³⁴⁷ Incitement to genocide

318.(1) Every one who advocates or promotes genocide is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years.

³⁴⁸ Definition of "genocide"

(2) In this section, "genocide" means any of the following acts committed with intent to destroy in whole or in part any identifiable group, namely,

กระตุ้นหรือยั่วยุโดยตรงให้บุคคลอื่นกระทำการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ก็เพียงพอแล้วในการบ่งชี้ “เจตนาร้าย” (mens rea) หรือเจตนาทางอาญา ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้³⁴⁹

มาตรา 318 (4) กำหนด “กลุ่มที่สามารถระบุตัวตนได้” (identifiable group) ว่าหมายถึงส่วนใดส่วนหนึ่งของสาธารณชนที่มีลักษณะเฉพาะบนพื้นฐานของสีผิว เชื้อชาติ ศาสนา ชาตินกำเนิดหรือชาติพันธุ์ อายุ เพศ รสนิยมทางเพศ อัตลักษณ์หรือการแสดงออกทางเพศ ความพิการทั้งทางร่างกายและจิตใจ³⁵⁰ (มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้ขยายเพิ่มประเภทของกลุ่มที่สามารถระบุตัวตนได้) ทั้งนี้ จะไม่สามารถดำเนินคดีตามมาตราข้างต้นได้หากไม่ได้รับความยินยอมจากอัยการสูงสุดที่เกี่ยวข้องเสียก่อนตามมาตรา 318 (3)³⁵¹ (ซึ่งมีวัตถุประสงค์ประการหนึ่งเพื่อการควบคุมการกล่าวหาที่อาจดำเนินการในพื้นที่ที่มีความละเอียดอ่อนหรือยังเป็นที่ถกเถียงกันอย่างยิ่งของกฎหมายอาญา)

(2) การยั่วยุในทางสาธารณะให้เกิดความเกลียดชัง (Public incitement of hatred) และการสนับสนุนความเกลียดชังอย่างจงใจ (Wilful promotion of hatred)

ภายใต้มาตรา 319 (1) บุคคลทุกคนที่สื่อสารด้วยถ้อยความในที่สาธารณะอันเป็นการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังต่อกลุ่มใดก็ตามที่สามารถระบุตัวตนได้ โดยการยั่วยุดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะนำไปสู่การฝ่าฝืนความสงบสุขของสังคม ย่อมเป็นความผิดอุกฉกรรจ์ซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี (indictable offence) หรือเป็นความผิดที่สามารถตัดสินลงโทษอย่าง

a. killing members of the group; or

b. deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction.

³⁴⁹ *Mugasera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40.

³⁵⁰ **Definition of “identifiable group”**

(4) In this section, “identifiable group” means any section of the public distinguished by colour, race, religion, national or ethnic origin, age, sex, sexual orientation, gender identity or expression, or mental or physical disability.

³⁵¹ **Consent**

(3) No proceeding for an offence under this section shall be instituted without the consent of the Attorney General.

รวบรัดได้ (summary conviction)³⁵² ในขณะที่ภายใต้มาตรา 319 (2) บุคคลใดก็ตามที่สื่อสารข้อความใดก็ตามที่จิตใจส่งเสริมความเกลียดชังต่อ "กลุ่มที่สามารถระบุตัวตนได้" (ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกับในมาตรา 318) ย่อมเป็นความผิดอุกฉกรรจ์ซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี (indictable offence) หรือเป็นความผิดที่สามารถตัดสินลงโทษอย่างรวบรัดได้ (summary conviction) และเช่นเดียวกับความผิดตามมาตรา 318 ไม่สามารถดำเนินคดีตามมาตรา 319 (2) ได้ หากไม่ได้รับความยินยอมจากอัยการสูงสุดเสียก่อน ทั้งนี้ ความผิดตามฐานนี้ไม่บังคับใช้กับการสนทนาส่วนตัว (private conversation)³⁵³

ทั้งนี้ มาตรา 319 (7) นิยาม "การสื่อสาร" (communicating) ให้ความหมายรวมถึงการสื่อสารทางโทรศัพท์การแพร่ภาพและกระจายเสียง หรือวิธีการอื่นใดที่สามารถได้ยินเสียงหรือมองเห็นได้ ส่วน "สถานที่สาธารณะ" (Public place) หมายถึงสถานที่ใด ๆ ที่ประชาชนเข้าถึงได้โดยสิทธิหรือคำเชิญ โดยชัดแจ้งหรือโดยนอกระยะนี้คำว่า "ข้อความ" (Statements) ให้ความหมายรวมถึงคำที่พูดหรือเขียนหรือบันทึกทางอิเล็กทรอนิกส์ แม่เหล็กไฟฟ้าหรืออื่น ๆ และยังรวมถึงท่าทาง สัญญาณ หรือการแสดงอื่น ๆ ที่มองเห็นได้³⁵⁴

³⁵² **Public incitement of hatred**

319 (1) Everyone who, by communicating statements in any public place, incites hatred against any identifiable group where such incitement is likely to lead to a breach of the peace is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or an offence punishable on summary conviction.

³⁵³ **Wilful promotion of hatred**

319 (2) Every one who, by communicating statements, other than in private conversation, wilfully promotes hatred against any identifiable group is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or an offence punishable on summary conviction.

³⁵⁴ **Definitions**

319 (7) In this section,

"communicating" includes communicating by telephone, broadcasting or other audible or visible means;

"identifiable group" has the same meaning as in section 318;

"public place" includes any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied;

อนึ่ง คำบางคำที่ใช้ในบทบัญญัติข้างต้นได้ถูกขยายความเพิ่มเติม โดยบรรดาศาลแห่งประเทศแคนาดา ยกตัวอย่างเช่น ในการตัดสินคดีของศาลฎีกาแห่งประเทศแคนาดาในปี ค.ศ. 1990 ศาลได้นิยาม “ความเกลียดชัง” (hatred) ว่าสื่อแสดงถึงอารมณ์ความรู้สึกที่มีลักษณะรุนแรง (Intense) และสุดขีด (Extreme) ซึ่งมีความสัมพันธ์อย่างชัดเจนกับการใส่ร้าย (vilification) และความชิงชัง (detestation) กล่าวคือ “ความเกลียดชังเป็นการบอกกล่าวล่วงหน้าเกี่ยวกับการทำลายล้าง และความเกลียดชังต่อกลุ่มที่สามารถระบุตัวตนได้ จึงเจริญเติบโตในความรู้สึกไม่มั่นคง ความคลั่งที่ไม่มีเหตุผลและการทำลายล้างทั้งกลุ่มเป้าหมายและคุณค่าของสังคมของเรา ความเกลียดชังในแง่นี้เป็นอารมณ์ความรู้สึกที่รุนแรงที่สุดซึ่งปฏิเสธเหตุผล อารมณ์ความรู้สึกที่หากใช้กับสมาชิกของกลุ่มที่สามารถระบุตัวตนได้ หมายความว่าบุคคลเหล่านั้นจะถูกดูถูกเหยียดหยาม ปฏิเสธความเคารพและนำไปสู่การปฏิบัติที่เลวร้ายบนพื้นฐานของความเกี่ยวเนื่องในความเป็นกลุ่มนั้น”³⁵⁵

ศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐออนตาริโอ (The Ontario Court of Appeal) ได้ตั้งข้อสังเกตคำว่า “จงใจ” (Wilfully) ว่าไม่รวมถึงความประมาทโดยรู้ตัว (recklessness) แต่อาจรวมถึงความจงใจโดยไม่รับรู้ (wilful blindness) กล่าวอีกนัยหนึ่งบุคคลที่ถูกกล่าวหาจะต้องรู้ว่าการกระทำของพวกเขาจะมีผลในการส่งเสริมความเกลียดชังหรือน้อยก็ควรรู้หรือ “สงสัยอย่างยิ่ง” (strongly suspected) ว่าการสอบสวนในส่วนที่เกี่ยวกับผลที่ตามมาจากการกระทำของพวกเขาจะส่งผลให้เกิด “ความรู้รู้อย่างแท้จริง” (actual knowledge) ซึ่งจำเป็นในการบ่งชี้ว่ามีเจตนาร้ายอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานนี้³⁵⁶

“statements” includes words spoken or written or recorded electronically or electro-magnetically or otherwise, and gestures, signs or other visible representations.

³⁵⁵ R. v. Keegstra. “Hatred is predicated on destruction, and hatred against identifiable groups therefore thrives on insensitivity, bigotry and destruction of both the target group and of the values of our society. Hatred in this sense is a most extreme emotion that belies reason; an emotion that, if exercised against members of an identifiable group, implies that those individuals are to be despised, scorned, denied respect and made subject to ill-treatment on the basis of group affiliation.”

³⁵⁶ โปรดดู คดี R. v. Harding. และ คดี R. v. Buzzanga and Durocher.

อย่างไรก็ตาม บุคคลใดที่ถูกดำเนินคดีตามมาตรา 319 (2) แห่งประมวลกฎหมายอาญาสามารถกล่าวอ้างข้อยกเว้นพิเศษ (Special defense) สี่ประการที่กำหนดไว้ในมาตรา 319 (3) ได้แก่

- (1) ข้อความที่สื่อสารนั้นเป็นความจริง
- (2) ความคิดเห็นหรือประเด็นอภิปรายถูกแสดงออกมาโดยสุจริต (Good faith) และเกี่ยวข้องกับเรื่องศาสนาหรือมีพื้นฐานมาจากความเชื่อในหลักธรรมทางศาสนา
- (3) ข้อความที่สื่อสารเกี่ยวข้องกับประเด็นที่เป็นประโยชน์สาธารณะ (Public interest) และมีเป้าหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ และมีเหตุผลที่เชื่อว่าเป็นจริง
- (4) ข้อความที่สื่อสารมีจุดมุ่งหมายโดยสุจริตเพื่อชี้ให้เห็นประเด็นต่าง ๆ ที่ก่อให้เกิดความรู้สึกเกลียดชังต่อกลุ่มที่ระบุตัวตนได้เพื่อจุดประสงค์ในการรื้อถอนประเด็นเหล่านี้

การผลักระการพิสูจน์กลับไปยังผู้ถูกกล่าวหาว่าข้อความของพวกเขาเป็นจริงนั้นพบว่าเป็นข้อจำกัดที่สมเหตุสมผลในการยืนยันสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ภายใต้มาตรา 11 (d) ของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ข้อยกเว้นพิเศษเหล่านี้ไม่สามารถใช้ได้กับการดำเนินคดีตามมาตรา 318 และ 319 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 320 และ 320.1 แห่งประมวลกฎหมายอาญาระบุว่าหากมีเหตุผลอันสมควร ผู้พิพากษาอาจมีคำสั่งให้มีการริบทรัพย์สินวัตถุแห่งการโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดความเกลียดชังเกลียดชังในรูปแบบใด ๆ ก็ตาม ซึ่งรวมถึงข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์³⁵⁷ อนึ่ง การโฆษณา

³⁵⁷ Warrant of seizure

320 (1) A judge who is satisfied by information on oath that there are reasonable grounds for believing that any publication, copies of which are kept for sale or distribution in premises within the jurisdiction of the court, is hate propaganda shall issue a warrant under his hand authorizing seizure of the copies.

320.1(1) If a judge is satisfied by information on oath that there are reasonable grounds for believing that there is material that is hate propaganda within the meaning of subsection 320(8) or data within the meaning of subsection 342.1(2) that makes hate propaganda available, that is stored on and made available to the public through a computer system within the meaning of subsection 342.1(2) that is within the jurisdiction of the court, the judge may order the custodian of the computer system to give an electronic copy of the material to the court; ensure that the material is no longer stored on and made available through the

ชวนเชื่อให้เกิดความเกลียดชังถูกให้นิยามไว้ในมาตรา 320 (8) ว่าหมายถึง การเขียน การลงนามหรือ การแสดงออกที่มองเห็นได้ว่าสนับสนุนหรือส่งเสริมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หรือการสื่อสารที่เป็นความผิด ตามมาตรา 319³⁵⁸ ในวันนี้ วัตถุประสงค์ของการโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดความเกลียดชังจะต้องมุ่งหมายต่อ กลุ่มที่ระบุตัวตนได้ โดยในการยึดวัตถุประสงค์นี้ เพียงต้องแสดงว่าวัตถุประสงค์นั้นมีลักษณะเป็นการการโฆษณาชวนเชื่อก็พอแล้ว ไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่าเป็นอันตราย และต้องได้รับความยินยอมจากอัยการสูงสุดก่อนที่จะมีการยึดและริบทรัพย์สินเหล่านี้ได้

3.2.2.1.2 การเชิดชูการก่อการร้าย (The Glorification of Terrorism)

ในปีค.ศ. 2015 ร่างพระราชบัญญัติต่อต้านการก่อการร้าย (Anti-terrorism Act, 2015) ได้มีการเพิ่มหมวดในประมวลกฎหมายอาญาแห่งแคนาดาเพื่อสร้างฐานความผิดใหม่ เกี่ยวกับการสนับสนุนหรือส่งเสริมการกระทำความผิดของผู้ก่อการร้าย หรือที่เรียกว่า “ความผิด เกี่ยวกับการเชิดชูการก่อการร้าย” ทั้งนี้ แม้จะมีความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญจากบทบัญญัติความผิด เกี่ยวกับการโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดความเกลียดชังตามที่ได้อธิบายมาแล้วในหัวข้อก่อนหน้า ทว่า ความผิดฐานใหม่นี้ยังมีการใช้ภาษาในทำนองเดียวกันที่เกี่ยวกับการสื่อสารที่จงใจหรือประมาทโดย รู้ตัวซึ่งถูกใช้เพื่อกระตุ้นพฤติกรรมด้านลบ (Negative behavior) บางอย่างของผู้อื่น³⁵⁹

ภายใต้มาตรา 83.221 แห่งประมวลกฎหมายอาญาห้ามมิให้บุคคลใด ๆ สื่อสารข้อความหรือสนับสนุนหรือส่งเสริมโดยรู้ตัวซึ่งการกระทำความผิดที่เป็นการก่อการร้าย โดยทั่วไปเมื่อบุคคลนั้นมีเหตุอันควรรู้ว่าจะมีการกระทำความผิดใด ๆ เกิดขึ้น หรือเป็นการประมาท โดยรู้ตัวว่าจะมีการกระทำความผิดใด ๆ เกิดขึ้น อันเป็นผลมาจากการสื่อสารของพวกเขา ทั้งนี้ การ ดำเนินคดี ความผิดตามมาตรา 83.221 ไม่จำเป็นต้องอาศัยความยินยอมของอัยการสูงสุด³⁶⁰

computer system; and provide the information necessary to identify and locate the person who posted the material.

³⁵⁸ 320(8) “hate propaganda” means any writing, sign or visible representation that advocates or promotes genocide or the communication of which by any person would constitute an offence under section 319;

³⁵⁹ Julian Walker, “Canadian Anti-hate Laws and Freedom of Expression” [Online].

³⁶⁰ **Advocating or promoting commission of terrorism offences**

83.221 (1) Every person who, by communicating statements, knowingly advocates or promotes the commission of terrorism offences in general — other than an offence under this section — while knowing that

อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมามาตรานี้ได้ถูกแก้ไขใหม่เมื่อไม่นานมานี้ โดยกำหนดให้บุคคลทุกคนที่ให้คำปรึกษาบุคคลอื่นในการกระทำความผิดฐานก่อการร้ายโดยไม่ระบุความผิดฐานก่อการร้ายโดยเฉพาะนั้นเป็นความผิดจรรยาบรรณตามมาตรานี้ที่และต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้กระทำการก่อการร้ายไม่จำเป็น³⁶¹

ในขณะที่มาตรา 83.222 บัญญัติครอบคลุมเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการยึดและริบของการโฆษณาชวนเชื่อของผู้ก่อการร้าย เช่นเดียวกับการจับกุมโฆษณาชวนเชื่อที่มีความเกลียดชัง ต้องได้รับความยินยอมจากอัยการสูงสุดก่อนที่จะมีการดำเนินคดีตามมาตรานี้ได้³⁶²

3.2.2.2 แนวทางการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายอาญาโดยศาลฎีกาแห่งประเทศไทย

ศาลฎีกาแห่งประเทศไทยได้วางบรรทัดฐานสำคัญเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกำหนดมาตรการทางกฎหมายอาญาที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาไว้ในคดี *R. v. Keegstra*³⁶³ ซึ่งศาลได้วางหลักเกี่ยวกับการสร้างดุลยภาพระหว่างการปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะบางประการ

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ คือ James Keegstra ครูประจำโรงเรียนมัธยมแห่งหนึ่งในมลรัฐแอลเบอร์ตา ได้กล่าวข้อความที่เข้าลักษณะของการเหยียดหยามและใส่ร้ายชุมชนชาวยิว (Anti-Semitism) อย่างร้ายแรงให้นักเรียนในชั้นเรียนของเขาฟังหลายประการ โดยเขาใส่ร้ายและกล่าวหาคนยิวว่าเป็น “พวกเจ้าเล่ห์เพทุบาย” (treacherous) “พวกบ่อนทำลาย” (subversive) “พวก

CHULALONGKORN UNIVERSITY

any of those offences will be committed or being reckless as to whether any of those offences may be committed, as a result of such communication, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term of not more than five years.

³⁶¹ 83.221 (1) Every person who counsels another person to commit a terrorism offence without identifying a specific terrorism offence is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term of not more than five years.

³⁶² Warrant of seizure

83.222 (1) A judge who is satisfied by information on oath that there are reasonable grounds to believe that any publication, copies of which are kept for sale or distribution in premises within the court's jurisdiction, is terrorist propaganda may issue a warrant authorizing seizure of the copies.

³⁶³ *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697 (Can.).

ชาดิสต์” (sadistic) “พวกเห็นแก่เงิน” (money-loving) “พวกหิวกระหายอำนาจ” (power hungry) “พวกฆาตกรฆ่าเด็ก” (child killers) “นอกจากนั้นยังกล่าวหาคนยิวว่า “สร้างเรื่อง เหตุการณ์การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวเพื่อเรียกร้องความเห็นอกเห็นใจ” (created the Holocaust to gain sympathy) ด้วย ดังนั้น Keegstra จึงถูกดำเนินคดีอาญาและถูกตัดสินว่ามีความผิดในข้อหา สนับสนุนความเกลียดชังโดยจงใจต่อกลุ่มที่ระบุตัวตนได้ ตามมาตรา 319 (2) ของประมวลกฎหมาย อาญาแห่งแคนาดา อันเนื่องมาจากการกล่าวข้อความต่อต้านชาวยิวและข้อความที่เต็มไปด้วยความ เกลียดชังต่อนักเรียนของเขา³⁶⁴ โดย Keegstra ได้อุทธรณ์คดีไปยังศาลฎีกาแห่งประเทศแคนาดาตั้ง โดยโต้แย้งว่ามาตรา 319 (2) ละเมิดสิทธิในเสรีภาพในการแสดงออกของเขาตามมาตรา 2 (b) ของ รัฐธรรมนูญแห่งประเทศแคนาดา

ศาลฎีกาแห่งประเทศแคนาดาปฏิเสธประเด็นอภิปรายของ Keegstra และพิพากษา ว่ามาตรา 319 (2) ของประมวลกฎหมายอาญาแห่งแคนาดาชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้วตามมาตรา 1 แห่งรัฐธรรมนูญที่อนุญาตให้รัฐสามารถจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลได้หากได้กระทำไป อย่างสมเหตุสมผลโดยการตราเป็นกฎหมายตราบเท่าที่สามารถให้เหตุผลที่พิสูจน์ได้ในสังคมที่เสรีและเป็น ประชาธิปไตย (demonstrably justified in a free and democratic society) โดยในลำดับ แรกของการพิจารณาวินิจฉัย ศาลฎีกาได้เริ่มต้นอธิบายเหตุผลสำคัญในการปกป้องเสรีภาพในการ แสดงออกและเน้นย้ำถึงความสำคัญของเสรีภาพนี้ ได้แก่ (1) การแสวงหาและค้นพบความจริงเป็น กิจกรรมที่ยอดเยี่ยมในตัวเอง (seeking and attaining truth is an inherently good activity) (2) การมีส่วนร่วมของประชาชนในการตัดสินใจทางสังคมและการเมืองต้องได้รับการส่งเสริมและ สนับสนุน (participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged) และ (3) ความแตกต่างหลากหลายที่อยู่บนพื้นฐานของการเติมเต็มตนเองของปัจเจก ชน และความเจริญงอกงามของมวลมนุษยชาติจำเป็นต้องถูกบ่มเพาะในสภาพแวดล้อมที่เปิดกว้างโอบรับ และมีความอดทนอดกลั้นเพื่อประโยชน์ของบรรดาผู้ส่งสารความหมายและผู้รับสารความหมายทั้งสองฝ่าย (diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in a tolerant and welcoming environment for the sake of both those who convey a meaning and those to whom meaning is conveyed)³⁶⁵

³⁶⁴ Ibid. pp. 2-3.

³⁶⁵ Ibid. p. 30.

ในขณะเดียวกัน ศาลฎีกาได้นับย้ำถึงคุณค่าสำคัญอย่างอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญแห่งประเทศแคนาดาคุ้มครองไว้ด้วยเช่นกัน ได้แก่ ความหลากหลายทางวัฒนธรรม (multicultural diversity) อัตลักษณ์ที่แสดงความเป็นกลุ่ม (group identity) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (human dignity) และความเสมอภาค (equality) ทั้งนี้ ศาลได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งแบ่งออกเป็น 2 คำถาม ดังนี้

คำถามแรก การใช้กฎหมายอาญาตามมาตรา 319 (2) ของรัฐได้ละเมิดเสรีภาพในการแสดงออกที่ถูกรับรองตามมาตรา 2 (b) ของรัฐธรรมนูญหรือไม่? โดยศาลสรุปว่าจะกระทำได้นี้ต่อเมื่อได้ปรับใช้การวิเคราะห์สองขั้นตอน (The two-step analysis) ที่ได้วางบรรทัดฐานไว้ในคดี *Irwin Toy Ltd. v. Quebec*³⁶⁶ เสียก่อน กล่าวคือ ขั้นตอนแรก จำเป็นต้องพิจารณาว่าข้อกล่าวหาเรื่องการละเมิดเสรีภาพในการแสดงออกอยู่ภายใต้ขอบเขตของมาตรา 2 (b) ของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งนี้ ภายใต้ขั้นตอนแรก “การแสดงออก” (Expression) ที่จะได้รับการปกป้องตามรัฐธรรมนูญต้องเป็นการประกอบกิจกรรมที่มีการสื่อความหมาย หรือมีความพยายามที่จะสื่อความหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง เนื่องจากกิจกรรมหรือการกระทำของมนุษย์ส่วนใหญ่มีกระคนกันระหว่างองค์ประกอบที่เป็นการกระทำเชิงกายภาพ (Physical Element) และองค์ประกอบที่เป็นการแสดงออกความหมาย (Expressive Element)³⁶⁷ โดยความหมายหรือสารของการแสดงออกนั้นจะยังไม่ถูกนำมาพิจารณาในขั้นตอนนี้แม้จะเข้าลักษณะของการสนับสนุนความเกลียดชังในทางสาธารณะก็ตาม ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าการสนับสนุนความเกลียดชังมาตรา 319 (2) แห่งประมวลกฎหมายอาญา เข้าลักษณะของการสื่อสารความหมายอย่างปราศจากข้อสงสัย จึงเป็น “การแสดงออก” ที่ได้รับการปกป้องตามมาตรา 2(b) แห่งรัฐธรรมนูญ และขั้นตอนที่สอง จำเป็นต้องพิจารณาว่าการกระทำของรัฐดังกล่าวถือว่ามีวัตถุประสงค์ในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลหรือไม่ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่ามาตรา 319 (2) มีเป้าหมายที่จะจำกัดเนื้อหาของการแสดงออกโดยเลือกลงโทษเฉพาะการสื่อสารความหมายที่มีลักษณะของการสนับสนุนความเกลียดชังต่อกลุ่มบุคคล จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของ Keegstra มาตรา 2(b) แห่งรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน

³⁶⁶ *Irwin Toy Ltd v Quebec (AG)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

³⁶⁷ อย่างไรก็ตาม “การแสดงออก” ที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 2(b) ไม่นับรวมถึง “การกระทำรุนแรง” (Violent acts) เช่น การประทุษร้าย (Assault) การฆ่า (Murder) หรือการข่มขืน (Rape) แม้ว่าจะได้กระทำลงไปเพื่อสื่อสารข้อความอย่างหนึ่งอย่างใดก็ตาม

คำถามที่สอง การจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกตามมาตรา 2(b) แห่งรัฐธรรมนูญสามารถกระทำได้อย่างสมเหตุสมผล โดยการตราขึ้นเป็นกฎหมายตราบเท่าที่มีความชอบธรรมที่พิสูจน์ได้ในสังคมที่เสรีและเป็นประชาธิปไตยหรือไม่? ทั้งนี้ ศาลฎีกาได้นำบรรทัดฐานที่ใช้ในคดี *R. v. Oakes*³⁶⁸ มาเป็นบรรทัดฐานในการปรับใช้ในคดีนี้ ซึ่งในเบื้องต้นศาลได้ให้คำจำกัดความของ “สังคมที่เสรีและเป็นประชาธิปไตย” (Free and democratic society) ว่าเป็นสังคมที่ประกอบด้วยบรรดาคุณค่าและหลักการต่าง ๆ หลายประการที่รัฐธรรมนูญแห่งแคนาดาได้รับรองในฐานะสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ โดยคุณค่าและหลักการที่สำคัญเป็นพิเศษในสังคมเสรีและเป็นประชาธิปไตย ได้แก่ ความเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การให้ความสำคัญกับความยุติธรรมทางสังคมและความเสมอภาค การสร้างพื้นที่ของของเชื่อที่แตกต่างหลากหลาย ความเคารพต่ออัตลักษณ์ของกลุ่มและวัฒนธรรมต่าง ๆ ความศรัทธาในสถาบันทางสังคมและการเมืองที่ส่งเสริมการมีส่วนร่วมของบรรดาปัจเจกชนและกลุ่มต่าง ๆ ในสังคม ซึ่งคุณค่าและหลักการเหล่านี้ล้วนเป็นรากฐานของบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่ถูกรับรองในรัฐธรรมนูญ และมาตรฐานสูงสุดเกี่ยวกับการกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ต้องแสดงให้เห็นได้ว่าสมเหตุสมผลและมีความชอบธรรมที่พิสูจน์ได้ ทั้งนี้ ศาลฎีกาได้กำหนดหลักเกณฑ์การตรวจสอบออกเป็น 2 เกณฑ์ย่อย ดังนี้

เกณฑ์แรก วัตถุประสงค์ของรัฐต้องมีเหตุผลเพียงพอที่จะตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพของบุคคล (Legislative Objective) กล่าวอีกนัยหนึ่ง รัฐต้องพิสูจน์ว่าการตรากฎหมายของรัฐได้ส่งเสริมเป้าหมายของประโยชน์ของรัฐที่จำเป็นเร่งด่วน (Pressing) และมีนัยสำคัญ (Substantial) อย่างยิ่งในสังคมที่เสรีและเป็นประชาธิปไตย (pressing and substantial concern in a free and democratic society)

เกณฑ์ที่สอง การตรากฎหมายมาจำกัดเสรีภาพของรัฐต้องมีความได้สัดส่วนหรือพอสมควรแก่เหตุ (Proportionality) ซึ่งสามารถจำแนกได้อีก 3 ส่วน ได้แก่ (1) มาตรการทางกฎหมายที่รัฐเลือกใช้ในการจำกัดเสรีภาพต้องถูกกำหนดขึ้นอย่างระมัดระวังเพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐต้องการได้อย่างแท้จริง โดยต้องไม่กำหนดมาตรการทางกฎหมายตามอำเภอใจ (arbitrary) ไม่เป็นธรรม (unfair) หรืออยู่บนพื้นฐานของการตัดสินใจที่ไม่มีเหตุผล (irrational considerations) กล่าวโดยสรุป มาตรการทางกฎหมายที่รัฐเลือกใช้ในการจำกัดเสรีภาพต้องเชื่อมโยงอย่างมีเหตุผลกับวัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนดไว้ (Rational connection) (2) มาตรการทางกฎหมายที่รัฐเลือกใช้ในการ

³⁶⁸ *R v Oakes*, [1986] 1 SCR 103.

จำกัดเสรีภาพแม้จะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนดได้อย่างมีเหตุผลตามข้อ (1) ก็ตาม ทว่า มาตรการทางกฎหมายนั้นต้องจำกัดหรือกระทบเสรีภาพ “น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้” ด้วย กล่าวคือ ต้องไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพเกินความจำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนด (Minimal impairment) และ (3) มาตรการทางกฎหมายที่รัฐเลือกใช้ต้องได้สัดส่วนระหว่างผลกระทบของการใช้มาตรการทางกฎหมายจำกัดเสรีภาพของบุคคลที่ถูกรับรองตามรัฐธรรมนูญกับวัตถุประสงค์ของรัฐที่มี ถูกกำหนดไว้อย่างมีความสำคัญเพียงพอ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผลกระทบจากการใช้มาตรการทางกฎหมายจำกัดเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญต้องไม่เกินส่วนกับผลประโยชน์ที่จะได้รับการบรรลุ วัตถุประสงค์ของรัฐที่กำหนดไว้ (Proportionate effects)

อนึ่ง เมื่อนำหลักเกณฑ์ข้างต้นมาปรับวินิจฉัยกับข้อเท็จจริงในคดี ศาลฎีกาวินิจฉัย ว่ามาตรการทางกฎหมายตามมาตรา 319 (2) แห่งประมวลกฎหมายอาญาชอบด้วยหลักเกณฑ์ตาม มาตรา 1 แห่งรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลว่าวัตถุประสงค์ของการออกกฎหมายอาญาในคดีนี้เป็นเรื่อง ที่จำเป็นเร่งด่วนและมีนัยสำคัญอย่างมาก เนื่องจากการใช้ประทุษวาจาที่สุดโต่ง (extremist hate speech) ไม่ได้เป็นเพียงการล่วงละเมิด (Offensive) ทั่วไปเท่านั้น แต่การใช้ประทุษวาจาดังกล่าวได้ ก่อให้เกิดภัยอันตรายที่ "จริงแท้" (Real) และ "รุนแรงอย่างมหันต์" (Grave) อันเป็นภัยอันตรายต่อทั้ง กลุ่มเหยื่อเป้าหมายและสังคมโดยภาพรวม เช่นเดียวกับการล่วงละเมิดทางเพศ (Sexual harassment) การโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดความเกลียดชังถือเป็นการโจมตีที่ร้ายแรงต่อสุขภาพจิตใจ และอารมณ์ความรู้สึก โดยสมาชิกของกลุ่มเหยื่อเป้าหมายจะถูกทำให้อับอายและเสื่อมเสียคุณค่าใน ตนเอง และถูกเบียดขับให้ต้องถอนตัวออกจากสังคม รวมถึงปฏิเสธอัตลักษณ์ความเป็นตัวตนของพวกเขา ทั้งนี้ ผู้พิพากษาเสียงส่วนใหญ่อธิบายว่าภัยอันตรายของการโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดความเกลียดชัง ต่อสังคมโดยภาพรวมได้ก่อให้เกิดความบาดหมางกันระหว่างกลุ่มทางวัฒนธรรมกลุ่มต่าง ๆ และสร้าง บรรยากาศที่เอื้อต่อการเลือกปฏิบัติและการใช้ความรุนแรงในที่สุดโดยเฉพาะกับคนกลุ่มน้อยใน ประเทศแคนาดา อันเป็นการคำนึงถึงหลักความเสมอภาคและหลักพหุวัฒนธรรมประกอบกันไปด้วย ในประเด็นนี้ ศาลฎีกาได้อ้างถึงบรรดาตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะ ICCPR และ CERD ที่สนับสนุนให้รัฐต้องตรากฎหมายต่อต้านการสนับสนุนความเกลียดชัง ซึ่งแคนาดาได้ลง นามรับรองพันธกรณีไว้

จากนั้นศาลฎีกาได้ระบุว่ามาตรา 319 (2) สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนตาม เกณฑ์การทดสอบของ Oakes กล่าวคือ

ลำดับแรก ศาลวินิจฉัยว่ามาตรการทางกฎหมายอาญาที่รัฐเลือกใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐนั้นมีเหตุผลที่รับฟังได้ทั้งในทางทฤษฎีและปฏิบัติ เนื่องจากบทบัญญัติเหล่านี้มุ่งลงโทษจำเลย (โดยปราศจากการเชิดชูการเชิดชูการกระทำเหล่านั้น นอกจากนั้นยังระบุความความร้ายแรงของการใช้ประทุษวาจา และส่งเสริมความสัมพันธ์อันกลมเกลียวของผู้คนในสังคม รวมถึงบรรเทาความเจ็บปวดของเหยื่อของการใช้ประทุษวาจา

ลำดับที่สอง ศาลวินิจฉัยว่าแม้การเลือกใช้มาตรการทางกฎหมายอาญาในการปราบปรามการโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดความเกลียดชังจะปิดกั้นการมีส่วนร่วมในกระบวนการประชาธิปไตยของคนจำนวนหนึ่งอย่างไม่อาจปฏิเสธได้ก็จริง แต่ศาลเห็นว่าระดับของการจำกัดดังกล่าวยังไม่ถึงขนาดมีนัยสำคัญ และความเป็นไปได้ที่จะเกิดการบังคับใช้กฎหมายอย่างไม่ชอบธรรมหรือไม่ถูกต้องก็ไม่มีแนวโน้มเพียงพอที่จะเป็นประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากไม่ปรากฏว่ามาตรการทางกฎหมายอาญาในคดีนี้กำหนดรายละเอียดขององค์ประกอบความผิดไว้อย่างกว้างเกินไป (overbreadth) หรือคลุมเครือเกินไป (vagueness) แต่อย่างไรก็ดี จึงยังเป็นมาตรการทางกฎหมายที่กระทบหรือจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกอย่างแคบที่สุดอยู่

ลำดับสุดท้าย ศาลได้วินิจฉัยการชั่งน้ำหนักระหว่างความสำคัญของวัตถุประสงค์ของรัฐในการกำหนดมาตรการทางอาญาข้างต้นกับผลกระทบจากการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญ โดยศาลสรุปว่า มาตรา 319(2) แห่งประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้จำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของจำเลยในคดีนี้อย่างร้ายแรงที่สุด การแสดงออกที่บทบัญญัติมาตรานี้มุ่งลงโทษก็เป็นการกำหนดไว้เป็นประเภทเฉพาะ ซึ่งเป็นประเภทที่เกี่ยวข้องเฉพาะกับคุณค่าที่เป็นรากฐานของการรับประกันเสรีภาพในการแสดงออก ยิ่งกว่านั้น ยังกำหนดรายละเอียดขององค์ประกอบความผิดไว้ค่อนข้างแคบ และกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดบางประการไว้ในมาตรา 319 (3) อีกด้วย ดังนั้น การปราบปรามการโฆษณาชวนเชื่อความเกลียดชังที่ได้รับผลกระทบตามมาตรา 319 (2) จึงยังไม่ถึงขนาดเป็นการจำกัดหรือลดทอนเสรีภาพในการแสดงออกที่ร้ายแรงที่สุดจนไม่ได้สัดส่วนแต่อย่างใด

นอกจากนั้น ศาลฎีกาแห่งประเทศไทยยังสามารถได้เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกากับระบบกฎหมายแคนาดาด้วย กล่าวคือ ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาสรรเสริญคุณค่าของเสรีภาพในการแสดงออกในสถานะอันพิเศษสุดในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา และมองว่าการปราบปรามการโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดความเกลียดชังหรือการใช้ประทุษวาจาเป็นสิ่งที่ไม่สอดคล้องกับการรับรองเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญแก้ไข

เพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง ในทางกลับกัน ศาลฎีกาแห่งประเทศแคนาดา (โดยเฉพาะในคดี Keegstra) กลับพบว่าในกรณีของประเทศแคนาดาจำเป็นต้องคำนึงถึงบทบาทพิเศษที่ให้ความสำคัญกับ “ความเสมอภาค” และ “ความหลากหลายทางวัฒนธรรม” ที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญด้วยเสมอ ซึ่งเป็นมุมมองหรือแนวทางที่แยกออกจากมุมมองหรือแนวทางที่แพร่หลายในประเทศสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน กล่าวอย่างถึงที่สุด ค่านิยมพื้นฐานของมนทัศน์เกี่ยวกับสังคมเสรีและประชาธิปไตยของประเทศแคนาดาชี้ให้เห็นแนวทางที่แตกต่างจากในประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างมีนัยสำคัญ

อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษา McLachlin ได้แสดงความเห็นแย้งไว้โดยให้เหตุผลว่าแม้เขาจะเห็นด้วยกับคำพิพากษาเสียงข้างมากว่าเสรีภาพในการแสดงออกได้ถูกละเมิดตามมาตรา 2 (b) ของรัฐธรรมนูญ แต่กลับไม่เห็นด้วยว่าการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกดังกล่าวมีความชอบธรรมและสมเหตุสมผลตามมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญ เขาระบุว่าลักษณะของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกที่กำหนดในมาตรา 319 (2) แห่งประมวลกฎหมายอาญาอาจก่อให้เกิด “สถานะชะงักงันในการใช้สิทธิเสรีภาพ” (Chilling effect) เนื่องจากอาจขัดขวางการแสดงออกที่ขอบด้วยกฎหมายและสร้างความไม่แน่นอนว่าการแสดงออกอย่างหนึ่งอย่างใดนั้นจะถูกดำเนินคดีได้หรือไม่ ความคิดเห็นแย้งนี้ยังปฏิเสธแนวคิดที่ว่า การดำเนินคดีทางอาญาสามารถลดการเหยียดเชื้อชาติและการโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดความเกลียดชังได้ ท้ายที่สุด McLachlin ได้วินิจฉัยและตัดสินว่าข้อจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกตาม 319 (2) แห่งประมวลกฎหมายอาญามีความคลุมเครือและกว้างเกินไป จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

โดยสรุป คำตัดสินของศาลฎีกาแคนาดาในคดีข้างต้นยอมรับว่าแม้มาตรา 319 (2) ของประมวลกฎหมายอาญาจะละเมิดเสรีภาพในการแสดงออกก็ตาม ทว่าก็มีเหตุผลที่รับฟังได้อย่างชัดเจนว่าเพื่อปกป้องสังคมจากการโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดความเกลียดชัง ทั้งนี้ คำพิพากษาเสียงส่วนใหญ่ระบุว่า การโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดความเกลียดชังได้ขัดขวางความหลากหลายทางวัฒนธรรมในประเทศแคนาดาอย่างไม่เหมาะสมและส่งผลกระทบร้ายแรงต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของกลุ่มเหยื่อเป้าหมายด้วย

ต่อมาใน คดี *R. v. Zundel*³⁶⁹ *Ernst Zundel* ตีพิมพ์จุลสารความยาว 32 หน้าชื่อ “*Did Six Million Really Die?*” โดยเอกสารฉบับนี้ยืนยันว่าไม่มีหลักฐานเพียงพอที่จะสามารถยืนยันได้ว่ามีชาวยิวหกล้านคนเสียชีวิตก่อนและระหว่างสงครามโลกครั้งที่สองจริง นอกจากนั้นยัง

³⁶⁹ R. v. Zundel, [1992] 2 SCR 731.

กล่าวหาว่าเหตุการณ์การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวเป็นเพียงนิยายปรัมปราที่หลอกลวงและการสมคบคิดที่สร้างขึ้นโดยชาวยิว ทั้งนี้ Zundel ถูกตัดสินว่ามีความผิดในข้อหาเผยแพร่ข่าวเท็จ (spreading false news) ตามมาตรา 181 ของประมวลกฎหมายอาญา³⁷⁰ ซึ่งเขาได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาแห่งประเทศแคนาดา โดยอ้างประเด็นความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 181 เนื่องจากเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 2 (b) ซึ่งโดยสรุป ศาลฎีกาแห่งประเทศแคนาดาตัดสินว่ามาตรา 181 ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลตามลำดับดังนี้

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า มาตรา 181 แห่งประมวลกฎหมายอาญาละเมิดมาตรา 2 (b) ตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ และการละเมิดนั้นสมเหตุสมผลตามมาตรา 1 ตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งคำพิพากษาเสียงส่วนใหญ่สรุปว่ามาตรา 2 (b) ตามรัฐธรรมนูญถูกละเมิด โดยศาลได้ปรับใช้การวิเคราะห์สองขั้นตอนที่กำหนดไว้ในคดี *Irwin Toy* กล่าวคือ ขั้นตอนแรก ประกอบด้วยการพิจารณาว่าการแสดงออกที่สื่อสารดังกล่าวอยู่ในขอบเขตของการคุ้มครองของมาตรา 2 (b) ตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ และขั้นตอนที่สอง ต้องพิจารณาว่าวัตถุประสงค์ของการดำเนินการของรัฐบาลหรือกฎหมายคือการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกหรือไม่ ทั้งนี้ ศาลเน้นย้ำว่าขอบเขตการแสดงออกที่กว้างซึ่งได้รับการปกป้องภายใต้มาตรา 2 (b) ของรัฐธรรมนูญ กล่าวโดยเฉพาะเจาะจง คือการแสดงออกทั้งหมดที่บ่งบอกหรือพยายามที่จะสื่อความหมายย่อมได้รับการปกป้องตามบทบัญญัติ อย่างไรก็ตาม จะไม่ปกป้องการแสดงออกเฉพาะแต่ที่สื่อสารผ่านรูปแบบที่รุนแรง (Violent Form) ดังนั้น แม้กระทั่งการโกหกและข้อความเท็จก็ได้รับการปกป้องตามการแสดงออกตามมาตรา 2 (b) โดยท้ายที่สุดศาลได้วินิจฉัยว่าผลของมาตรา 181 คือการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก

ต่อมาศาลได้วิเคราะห์ว่าการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก ตามมาตรา 181 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้นสมเหตุสมผลตามมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งศาลระบุว่ามาตราดังกล่าวไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขอันสมเหตุสมผลตามมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากไม่ผ่านเกณฑ์การทดสอบที่วางบรรทัดฐานไว้ในคดี *R. v. Oakes* กล่าวคือ ศาลได้ตรวจสอบวัตถุประสงค์ทางกฎหมายของมาตรา 181 และพิจารณาว่าไม่ใช่วัตถุประสงค์ที่จำเป็นเร่งด่วนและมีนัยสำคัญเพียงพอ

³⁷⁰ Section 181 made it a crime for any person to willfully publish a statement, tale or news that the person knew was false and that caused or was likely to cause injury or mischief to a public interest. The maximum penalty for this crime was two years imprisonment.

โดยศาลปฏิเสศแนวคิดที่ว่ามาตรา 181 ได้เปลี่ยนวัตถุประสงค์เดิมให้กลายเป็นบทบัญญัติเพื่อการรักษาความสามัคคีในสังคม (Social harmony) นอกจากนี้ ศาลยังกล่าวอ้างถึงรายงานที่จัดทำโดยคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายของแคนาดาที่แนะนำให้ยกเลิกมาตรา 181 เนื่องจากความลำเอียงด้วย ทั้งนี้ แม้ว่าศาลฎีกาจะวินิจฉัยตั้งแต่ต้นว่ามาตรา 181 ไม่มีวัตถุประสงค์ที่จำเป็นเร่งด่วน และมีนัยสำคัญเพียงพอ แต่ศาลก็ยังคงวิเคราะห์ความสอดคล้องต่อไป โดยวินิจฉัยว่ามาตรา 181 ไม่ใช่มาตรการที่จำกัดหรือกระทบเสรีภาพในการแสดงออกน้อยที่สุด และวินิจฉัยว่ามาตราดังกล่าวมีความคลุมเครือและกว้างเกินไป ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการแสดงออกและการพูดในวงกว้าง



บทที่ 4

ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย ในประเทศไทย

ในการศึกษาขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งเข้าลักษณะการใช้ประทุษวาจาในประเทศไทย ผู้เขียนได้แบ่งแยกการศึกษาออกเป็น 3 หัวข้อที่เกี่ยวข้องกัน ได้แก่ หัวข้อ 4.1 สถานการณ์การใช้ประทุษวาจาในประเทศไทย หัวข้อ 4.2 ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งเข้าลักษณะการใช้ประทุษวาจาตามตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันประเทศไทย และหัวข้อ 4.3 ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งเข้าลักษณะประทุษวาจาตามกฎหมายภายใน ดังจะได้อธิบายต่อไปตามลำดับ

4.1 สถานการณ์การใช้ประทุษวาจาในประเทศไทย

ในเบื้องต้น การใช้ประทุษวาจาในประเทศไทยไม่ใช่ปรากฏการณ์ที่เพิ่งเกิดขึ้นไม่นานมานี้ ทว่าเป็นปรากฏการณ์ที่แพร่หลายมาอย่างยาวนานแล้วไม่ต่างจากปรากฏการณ์การใช้ประทุษวาจาทั่วโลก เพียงแต่ว่าการรับรู้และการตระหนักรู้ความมีอยู่ของการใช้ประทุษวาจาในระดับที่เป็นปัญหาทางสังคมที่ร้ายแรงจนกระทั่งต้องเร่งหาวิธีการรับมือและแก้ปัญหาที่นั้นอาจจะเพิ่งเกิดขึ้นไม่นานนัก ข้อมูลเกี่ยวกับการใช้ประทุษวาจาตั้งแต่ก่อน พ.ศ. 2549 จึงยังขาดหายไปจากการรับรู้ของผู้คนในสังคม และยังขาดการติดตามและตรวจสอบการใช้และผลกระทบของการใช้ประทุษวาจาอย่างเป็นระบบ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าสามารถแบ่งประเภทของการใช้ประทุษวาจาในพื้นที่ออนไลน์โดยเชื่อมโยงกับอัตลักษณ์ที่แสดงความเป็นกลุ่มในประเทศไทยได้ 6 ด้าน ดังนี้

4.1.1 การใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับชาติพันธุ์ เชื้อชาติ ชนชาติ และสีผิว

การใช้ประทุษวาจาต้านเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ชนชาติ และสีผิวนับได้ว่าพบได้ค่อนข้างบ่อยครั้งในสังคมไทย โดยเฉพาะชนกลุ่มน้อยทางชาติพันธุ์ในประเทศไทยเป็นกลุ่มที่ถูกเลือกปฏิบัติมาเป็นเวลานานแล้ว ชาวเขาว่าหนึ่งล้านคนยังถูกเหมาและตีตราเชิงลบที่เข้าลักษณะเป็นการใช้ประทุษวาจาว่าเป็นพวกคนขายยาเสพติดที่ไม่รู้หนังสือหรือพวกปลุกผีนั้น รวมถึงเป็นพวกตัดไม้ทำลายป่าอยู่เสมอ โดยสื่อมวลชนไทยเป็นตัวการหลักที่ส่งเสริมภาพลักษณ์ที่เป็นมายาคตินี้ ซึ่งมักพาดหัวข่าว

ทำนองว่า“มั่งค้ายา” หรือ “กะเหรี่ยงค้ายา” ตลอดจนผ่านระบบการศึกษาในแบบเรียนต่าง ๆ ที่มักจะอธิบายว่าชาวเขาตัดไม้ทำลายป่าและค้ายาเสพติด³⁷¹

นอกจากนั้น ยังพบการใช้ประทุษวาจาในลักษณะของการดูถูกเหยียดหยามหรือแสดงความเหนือกว่าทางเชื้อชาติหรือชนชาติของประชาชนในประเทศเพื่อนบ้านในภูมิภาคอาเซียน (ASEAN) บางประเทศ ยกตัวอย่างกรณีของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวที่คนไทยส่วนหนึ่งมักใช้คำพูดที่สะท้อนให้เห็นถึงการดูถูกเหยียดหยามคนเชื้อชาติลาวอยู่บ่อยครั้งในสังคมออนไลน์ (รวมถึงออนไลน์ด้วย) เช่น การเรียกคนที่มาจากชนบทว่าเป็น ‘ลาว’ หรือ ล้อเลียนคนที่จมูกไม่โด่งว่า “หน้าตาล้าลาว” ดังนั้น การที่คนไทยเอาคำว่า “ลาว” มาใช้สื่อความหมายในเชิงดูถูก และใช้เป็นสัญลักษณ์ในเรื่องไม่ดีในหลาย ๆ เรื่อง สะท้อนให้เห็นว่าคนไทยมองว่าตัวเองเหนือกว่าและคนลาวด้อยกว่าในทุกเรื่อง แม้แต่คำพูดที่ว่า “บ้านพี่เมืองน้อง” ที่คนไทยพูดโดยมีความรู้สึกวาทะทั้งสองชาติรักกันผูกพันเหมือนพี่น้อง แต่คนลาวไม่ชอบคำพูดนี้ เพราะสะท้อนว่าไทยคือ “พี่” ลาวคือ “น้อง” นั่นคือพี่ไทยเหนือกว่าน้องลาวอยู่นั่นเอง³⁷² นอกจากนี้ยังรวมถึงการตีตราเหยียดหยาม และแสดงความเป็นศัตรูกับคนประเทศกัมพูชา โดยมักกล่าวหาว่าพวกเขามาจากประเทศที่แย่งชิงเอาปราสาทเขาพระวิหารของไทยไป รวมถึงแย่งชิงดินแดน 4 รัฐของไทยในยุคที่ฝรั่งเศสครอบครองอาณานิคมไป หรือแม้กระทั่งแย่งเอาตัวอักษรไทย ซึ่งมีรากฐานมาจากคติทางเชื้อชาติที่บ่มเพาะมาจากแบบเรียนประวัติศาสตร์ของไทยที่ชาตินิยมล้นเกิน³⁷³

4.1.2 การใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับศาสนา

การใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับศาสนาในประเทศไทยนั้น มักปรากฏข้อเท็จจริงจากความขัดแย้งระหว่างผู้นับถือศาสนาพุทธและศาสนาอิสลามเป็นหลัก อันมีรากฐานมาจากสภาวะความหวาดกลัวอิสลามที่เกิดขึ้นมาอย่างยาวนานในสังคมไทย ซึ่งสร้างความแบ่งแยกความเป็นอื่นระหว่างคนต่างศาสนา โดยมีสาเหตุมาจากการสร้างภาพเหมารวมเชิงลบต่อคนอิสลามว่าเป็น “โจรใต้” “ผู้ก่อการร้าย” หรือ “ผู้นิยมการใช้ความรุนแรง” ซึ่งมักถูกเผยแพร่ผ่านสื่อมวลชนกระแสหลัก

³⁷¹ เนาวรัตน์ เสือสอาด, "ถอดรื้อวาทกรรม 'ชาวเขาค้ายาเสพติด' อคติหรือจริยธรรมสื่อ?" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.tcijthai.com/news/2017/18/scoop/7256>.

³⁷² ปองปรารถน์ สุนทรภัสส์, "อคติทางชาติพันธุ์ต่อสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวในสังคมไทยที่ปรากฏในสื่อสังคมออนไลน์เว็บบอร์ดพันทิป," วารสารวิทยาการจัดการ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงใหม่ 15(มกราคม-มิถุนายน 2563): 27-28.

³⁷³ กานดา ประชุมวงศ์, "นศ.กัมพูชาในไทยยังถูกเหยียด ชี้แบบเรียนรัฐเป็นเครื่องมือสร้างอคติ" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.tcijthai.com/news/2017/14/scoop/7158>.

สภาวะดังกล่าวไม่ได้เกิดขึ้นแค่ในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้อย่างที่หลายคนเข้าใจเท่านั้น (จังหวัด ยะลา จังหวัดปัตตานี และจังหวัดนราธิวาส) ทว่าในช่วงไม่กี่ปีมานี้ได้ขยายวงกว้างข้ามภูมิภาคมากขึ้น และไม่ได้เกิดเฉพาะในเมืองขนาดใหญ่ แต่เกิดขึ้นในสังคมชนบทด้วย (เช่น จังหวัดขอนแก่น จังหวัด มุกดาหาร จังหวัดน่าน เป็นต้น)³⁷⁴

ทั้งนี้ ในบริบทของสังคมออนไลน์ ส่วนใหญ่จะพบการใช้ประทุษวาจาผ่านการประท้วงของผู้ นับถือศาสนาพุทธที่มีต่อผู้นับถือศาสนาอิสลาม โดยมักปรากฏข้อความการใช้ประทุษวาจาที่เข้า ลักษณะของการยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ ไปจนถึงมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติในตัวเองบนแผ่น ป้าย หรือผืนผ้าที่ใช้ในระหว่างการเดินขบวนประท้วงการก่อสร้างมัสยิด เช่น ข้อความคัดค้านการ สร้างมัสยิดในจังหวัดน่าน³⁷⁵ และจังหวัดมุกดาหาร³⁷⁶ เป็นต้น

นอกจากข้อความบนแผ่นป้ายหรือผืนผ้าแล้ว ยังพบว่ามีการใช้คำพูดที่เข้าลักษณะเป็นการใช้ ประทุษวาจาที่มีลักษณะเป็นการเหมารวมและตีตราเชิงลบซึ่งอาจนำไปสู่การเลือกปฏิบัติต่อคน อิสลาม ดังเช่นในกรณีของเหตุการณ์ชุมนุมประท้วงและยื่นเรื่องร้องเรียนต่อต้านการสร้างมัสยิดที่ จังหวัดขอนแก่น ซึ่งประธานสมัชชาชาวพุทธเพื่อความมั่นคงของชาติจังหวัดขอนแก่นได้ให้สัมภาษณ์ ในทำนองว่าการสร้างมัสยิดและการทำกิจกรรมทางศาสนาของผู้นับถือศาสนาอิสลามได้สร้างความ หวาดระแวงให้ชาวบ้าน เนื่องจากกังวลว่าจะมีการเรียกร้องให้ไปสู่การใช้ความรุนแรง³⁷⁷ นอกจากนี้ ยังรวมถึงกรณีที่มีการเผยแพร่ข้อความเกี่ยวกับศาสนาอิสลามที่คลาดเคลื่อน จนถึงปลุกกระแสต่อต้าน ศาสนาอิสลามในภูมิภาคต่าง ๆ ของประเทศไทยโดยเชื่อมโยงกับเหตุการณ์ความไม่สงบในจังหวัด ชายแดนภาคใต้ที่มีการทำร้ายฆ่าคนไทยพุทธ และเชื่อว่าเหตุไม่สงบเกิดจากการใช้มัสยิดและโรงเรียน

³⁷⁴ เอกกรินทร์ ต่วนศิริ ดอน ปาทาน, อันวาร์ กอมะ, สัญญาณความหวาดกลัวอิสลามในสังคมไทย (ปัตตานี ปาดานี พอรัน, 2561), หน้า 8-91.

³⁷⁵ ผู้จัดการออนไลน์, "ตามนัด! คนน่านฮือยื่นคำขาดห้ามสร้างมัสยิด แคนคนมีสี-การเมืองปั่นกระแสต้านทหารต่อ(ชม คลิป)" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://mgronline.com/local/detail/9580000024454>.

³⁷⁶ เดอะ ไอส์ซานเดอร์, "องค์กรปกป้องพุทธฯ ค้านเปิดมัสยิดมุกดาหาร", [Online]. Available from: <https://www.theisaander.com/post/191206buddhistvislam>.

³⁷⁷ ดอน ปาทาน, เอกกรินทร์ ต่วนศิริ, อันวาร์ กอมะ, สัญญาณความหวาดกลัวอิสลามในสังคมไทย, หน้า 8.

สอนศาสนาอิสลามเป็นแหล่งบ่มเพาะเชื้อร้ายและการบิดเบือนประวัติศาสตร์ชาติไทยสร้างความเกลียดชังแตกแยกจนนำไปสู่ความเกลียดชังประเทศชาติ³⁷⁸

4.1.3 การใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับเพศ เพศสภาพ อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ และ รสนิยมทางเพศ

พบการใช้ประทุษวาจาส่วนมากในกรณีของ “กลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ” ในประเทศไทยนั้น พบว่ากลุ่มคนเหล่านี้ตกเป็นเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาหลากหลายลักษณะและรูปแบบมาอย่างยาวนาน โดยมักปรากฏในรูปของการตีตราและเหมารวมในด้านลบ รวมถึงการดูถูก ล้อเลียน หรือสร้างภาพให้เป็นตัวตลก เป็นต้น ทั้งนี้ สถานการณ์ของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ ในประเทศไทยนั้นมีความซับซ้อนและขัดแย้งอยู่มาก แม้ว่าสังคมจะยอมรับพฤติกรรมรักเพศเดียวกัน และการข้ามเพศ และมีจำนวนสาวประเภทสองพบเห็นได้มากกว่าประเทศอื่น ๆ ทว่าความเกลียดชัง และอคติ ตลอดจนการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มเหล่านี้ยังคงแฝงอยู่ในองค์กร ต่าง ๆ ในปัจจุบัน ซึ่งน่าจะ รวมถึงการใช้ประทุษวาจาต่อกลุ่มคนเหล่านี้ด้วย

ทั้งนี้ สื่อมวลชนยังคงมีบทบาทเป็นผู้ใช้ประทุษวาจาต่อกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศอยู่ ทั้งโดยตั้งใจและไม่ตั้งใจ และขาดความรู้ความเข้าใจอย่างแท้จริงเกี่ยวกับผู้มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งเข้าลักษณะของการใช้ประทุษวาจา ยกตัวอย่างเช่น พบการใช้ภาษาและการให้สมญานามที่ตีตรา คุกคาม และลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของหญิงรักรหญิง (Lesbian) หลายกรณี เช่น ดนตรีไทย หลงดัชนี กลิ่นเลสเบี้ยนโซย เป็นต้น รวมทั้งการนำเสนอภาพที่สื่ออัยยะทางเพศ หรือในกรณีของชาย รักชาย (Gay) ถูกนำเสนอในฐานะผู้หมกมุ่นกับความสวยงาม เพศสัมพันธ์ โรคเอดส์ และ อาชญากรรม รวมทั้งพบการใช้ภาษาที่ลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อาทิ อมกเขา แก๊งค์เกย์ แก๊งค์ไม้ป่าเดียวกัน ส้วมเต็ม ระเบิดถั่ง เสือเหลือง หรือสายเหลือง เป็นต้น บุคคลข้ามเพศ (Transgender) เองก็ถูกตีตราในฐานะปัญหาของสังคม ตัวตลก และเป็นผู้มีความต้องการทางเพศ สูงกว่าบุคคลปกติ ผ่านการนำเสนอข่าวแบบตัดสินผู้เป็นข่าว การใช้รูปประกอบในลักษณะที่ตีตรา รวมถึงใช้ภาษาและให้ฉายาที่เจืออารมณ์ และลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เช่น กะเทยร้องซัด ตูด

³⁷⁸ ไทยโพสต์, "หยุดเสียม'พุทธ'ชน'อิสลาม! สำนักจุฬาราชมนตรีออกแถลงแจงยับ หลังผู้ไม่หวังดีแพร่ข้อความคลาดเคลื่อนจากความจริง" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.thaipost.net/main/detail/52903>.; เดอะ อีสานเด้อ, "องค์กรปกป้องพระพุทธฯ เรียกร้อง หยุดสร้างมัสยิดทั่วประเทศ หากชายแดนใต้ไม่สงบ" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.theisaander.com/post/191126buddhitharmmuslim..>

ยักษ์ลวงโลก หอยเหียม เกิดมาเพื่อฆ่าชะนี สาวแตก ก้นกระดกพรู๊ดดี๊ด้า เป็นต้น รวมทั้งยังขาดความละเอียดอ่อนอันเกิดจากความรู้ความเข้าใจที่จำกัดเกี่ยวกับชายข้ามเพศ โดยมักใช้คำว่า “ทอม” หรือ “สาวหล่อ” เป็นฉายานามในการเรียกชายข้ามเพศ เป็นต้น³⁷⁹

นอกจากการถูกใช้ประทุษวาจาโดยสื่อต่าง ๆ แล้ว ที่ผ่านมากลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศยังถูกตีตราและสร้างภาพแทนด้านลบโดยรัฐผ่านระบบการศึกษาภาคบังคับ เห็นได้จากตำราเรียนวิชาสุขศึกษาหรือเพศศึกษาของโรงเรียนบางแห่งที่ยังคงอธิบายว่าการรักเพศเดียวกันเป็น “โรค” หรือ “ความผิดปกติ” ตำราบางเล่มถึงกับเตือนให้นักเรียนอยู่ห่างจาก “ความเบี่ยงเบนทางเพศ” ด้วยซ้ำ³⁸⁰ นอกจากนี้ ในระดับของสังคมทั่วไป ยังคงปรากฏการความเกลียดกลัวคนรักเพศเดียวกันให้เห็นทั้งทางตรงและทางอ้อม ทั้งในระดับที่รุนแรงและระดับที่สร้างความเสื่อมเสียหรือสร้างความเดือดร้อนทางจิตใจให้แก่กลุ่มคนเหล่านี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการถูกล้อเลียนและถูกกลั่นแกล้งในโรงเรียนตั้งแต่ยังเด็ก การล้อเลียนทางวาจา รวมถึงการถูกเรียกว่าเป็น “กะเทยควาย” ซึ่งเป็นนิยามที่ใช้เพื่อสะท้อนถึงร่างกายที่แข็งแรงกำยำ (มีความเป็นชาย) และความล้าหลังหรือไม่พัฒนา ตลอดจนการพูดถึงกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศว่าเป็นคนไม่ดี หรือ/และ ไม่มีค่าต่อสังคม นอกจากนี้ “เสียชีวิตเกิด” ยังเป็นคำกล่าวหาว่าชีวิตของบุคคลที่ถูกกล่าวหาานั้นไร้ค่าและไม่มีประโยชน์³⁸¹ เลวร้ายกว่านั้นแม้กระทั่งในสถาบันอุดมศึกษาเองก็ยังพบอาจารย์ของมหาวิทยาลัยเก่าแก่แห่งหนึ่งตำหนินักศึกษาที่มีค่านำหน้านายแต่แต่งตัวเป็นนักศึกษาหญิงมาเรียนจนเลยเถิดไปถึงการดูถูกเหยียดหยามว่ากะเทยคือคนมีปัญหาทางจิตและไม่ควรเป็นครูเพราะจะเป็นตัวอย่างไม่ดีแก่นักเรียน³⁸²

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

³⁷⁹ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา, สื่อเพื่อการเปลี่ยนแปลง: การทำงานร่วมกับสื่อในประเด็นเพศวิถี อัตลักษณ์ทางเพศสถานะ การแสดงออกและลักษณะทางเพศในประเทศไทย (กรุงเทพฯ: โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ, 2560). หน้า 27-39.

³⁸⁰ โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ และหน่วยงานเพื่อการพัฒนาระหว่างประเทศสหรัฐ, *Being Lgbt in Asia: รายงานในบริบทของประเทศไทย* (กรุงเทพฯ: โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ, 2557), หน้า 15.

³⁸¹ โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ, *เรื่องราวแห่งการตีตรา: การศึกษาการตีตราและการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในประเทศไทยขณะเข้ารับบริการด้านสุขภาพและบริบทต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง* (กรุงเทพฯ: โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ, 2563), หน้า 16.

³⁸² เดลินิวส์, "รุมฉะ'คณะครู จุฬาฯ' ตั้งคำถาม เพศที่3 เป็นครูได้หรือไม่?" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.dailynews.co.th/regional/690058>.

4.1.4 การใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวข้องกับระดับสถานะทางสังคมและเศรษฐกิจ ซึ่งเชื่อมโยงกับความแตกต่างทางภูมิภาค

การใช้ประทุษวาจาในด้านนี้เกี่ยวข้องกับโดยตรงมิติของความเป็น “คนจน” กับ “คนรวย” ซึ่งสัมพันธ์กับความเป็น “คนเมือง” กับ “คนต่างจังหวัด” อย่างมีนัยสำคัญ โดยมักพบการเหมารวมเชิงลบ และดูถูกเหยียดหยามคนต่างจังหวัดโดยอาจไม่ได้ตั้งใจผ่านการผลิตสื่อต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือละคร ภาพยนตร์และโฆษณาที่ผลิตโดยรัฐหรือเอกชน ซึ่งได้ตอกย้ำว่าทกรรม “จน เครียด กินเหล้า” และ “โง่ จน เจ็บ” ให้กับคนต่างจังหวัดที่ยากจน โดยการหยิบยกตัวละครชาวบ้าน คนจน เกษตรกร แรงงาน มาอยู่ในสื่อดังกล่าว ที่สะท้อนภาพลักษณ์ของตัวแทนแห่งความโง่ ความไม่รู้ ไม่ประสีประสา สร้างความมั่งงายต่อการกล่าวโทษคนต่างจังหวัดอย่างเฉยชาว่าประเทศไทยมีทุกอย่างแต่ที่คนยังจนเพราะคนบ้านนอกมันโง่ เป็นต้น ตลอดจนการเขียนบทละครหรือภาพยนตร์ให้คนบ้านนอกมาหลงแสงสีในเมืองกรุงจนใจแตก หรือการสร้างตัวละครให้คนต่างจังหวัด ดูตลก เด๋อตา³⁸³ นอกจากนี้ผลจากการสร้างภาพลักษณ์ให้กับคนต่างจังหวัดในลักษณะนี้ทำให้ส่งผลถึงประเด็นทางการเมืองด้วย กล่าวคือคนชนชั้นนำ และคนชนชั้นกลางบางพวกมักดูถูกว่าคนต่างจังหวัดหรือคนชนบทว่ายังคงอยู่ภายใต้ระบบอุปถัมภ์ค้ำชูจากผู้มีอิทธิพลท้องถิ่น ถูกชักจูงให้หลงทางโดยอำมิสสินจ้างจากนักการเมืองในระบอบประชาธิปไตย และถูกชี้นำไปในทิศทางที่ชนชั้นนำและผู้ปกครองไม่ต้องการ ทำให้เดินออกนอกเส้นทางของค่านิยม วัฒนธรรม และประเพณีอันดีงามตามแบบแผน³⁸⁴ จนถึงขนาดกล่าวว่าเสียงของคนชนบทเป็นแสนไม่มีคุณภาพเท่าเสียงของพวกเขาเพียงเสียงเดียว³⁸⁵

ความเป็นคนยากจนและความเป็นคนต่างจังหวัดที่ความรู้้น้อย และถูกหลอกใช้ง่ายนั้นมักถูกผูกโยงเข้ากับภาพลักษณ์ของประชาชนที่มีถิ่นที่อยู่ในภูมิภาคตะวันออกเฉียงเหนือ หรือ “คนอีสาน” ผ่านการสร้างวาทกรรมตีตราเชิงลบที่ได้อธิบายมาข้างต้น ที่เลวร้ายกว่านั้นเนื่องจากภาคอีสานเป็นฐานเสียงสำคัญของพรรคการเมืองที่นายทักษิณ ชินวัตรเคยเป็นอดีตหัวหน้าพรรคและยังคงมีบทบาท

³⁸³ เปรมปัทธ ผลิตผลการพิมพ์, "คนรวย คินถิ่น: ปัญหาการสื่อสาร เมื่อต้องการไล่คนกลับบ้าน" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://prachatai.com/journal/2015/11/62697>.

³⁸⁴ พล ิ ช รุ ธิ์ ไชยวั ฒ น์ , "โง่_จน_เจ็บ ใคร เป็น คน ทา" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://prachatai.com/journal/2016/03/64944>.

³⁸⁵ กรุงเทพธุรกิจ, "ครส. เตรียมเปิดเผยรายชื่อท่อน้ำเลี้ยงกบปส.พรงนี้ เตรียมขอศาลอนุมัติหมายจับแกนนำกบปส. เพิ่ม 13 ราย" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.bangkokbiznews.com/news/detail/562223>.

บางประการในพรรคอยู่จนถึงปัจจุบัน (พรรคไทยรักไทย พรรคพลังประชาชน และพรรคเพื่อไทย) ซึ่งคนอีสานส่วนใหญ่ได้กลายเป็นขบวนการนปช. หรือกลุ่มคนเสื้อแดงในเวลาต่อมา พวกเขาถูกกลุ่มการเมืองฝ่ายตรงข้ามกล่าวหาและดูถูกว่าเป็น “ข้าศึกซอมบี้” หรือ “พวกแดงล้มเจ้า” ยิ่งกว่านั้นยังถูกลดทอนความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรงโดยถูกเรียกว่าเป็น “ควายแดง”

ในกรณีของผู้หญิงอีสานที่ไปแต่งงานกับผู้ชายชาวต่างประเทศก็มักจะถูกดูถูก ดูแคลนอยู่เสมอเช่นกัน ทั้งนี้ คอลัมน์นิสต์ผู้หญิงท่านหนึ่งได้เขียนบทความในหนังสือพิมพ์ระบุว่า ผู้หญิงอีสานมักจะเลือกใช้วิธีการแต่งงานกับสามีชาวต่างชาติ เพื่อขยับชั้นฐานะ แทนที่จะใช้โอกาสทางการศึกษา และกลายเป็นวัฒนธรรมที่ส่งต่อจากรุ่นสู่รุ่น เป็นอุปนิสัยประจำถิ่นของคนอีสาน ซึ่งจุดชนวนความไม่พอใจให้กับกลุ่มผู้หญิงอีสานบางส่วนจนนำไปสู่การวิพากษ์วิจารณ์คอลัมน์นิสต์ท่านนั้นอย่างดุเดือดและจบลงที่มีการฟ้องคดีอาญาต่อศาลในข้อหาหมิ่นประมาทผู้หญิงอีสานซึ่งต่อมาศาลชั้นต้นไม่รับฟ้อง³⁸⁶

4.1.5 การใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับรูปลักษณ์ทางกายภาพ และความพิการ

การใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับรูปลักษณ์ทางกายภาพเป็นรูปแบบของการใช้ประทุษวาจาที่พบได้ทั่วไปในชีวิตประจำวันและไม่ได้ส่งผลกระทบต่อรุนแรงมากเท่ากับการใช้ประทุษวาจาในลักษณะอื่น โดยส่วนใหญ่มักอยู่ในรูปแบบของการดูถูกรูปร่าง หรือ การประณาม ล้อเลียนรูปลักษณ์ทางกายภาพผ่านทางคำพูดและการกระทำ ที่ทำให้อีกฝ่ายที่ถูกประณามรู้สึกอายใจต่อรูปลักษณ์ ร่างกายของตนเอง (Body Shaming) ซึ่งเป็นผลสะท้อนมาจากค่านิยม มาตรฐานความงามทางสังคม และหล่อหลอมจากสื่อ และค่านิยมเก่าของสังคมไทยที่ส่งต่อกันมาถึงเรื่องความงามที่เป็นแบบแผน เช่น คนหล่อและคนสวยจะต้องผิวขาวเป็นยองใย หุ่นเพรียวลม และสูงชะลูด เป็นต้น

การใช้ประทุษวาจาในด้านนี้พบได้ทั่วไปผ่านสื่อต่าง ๆ ในระบบออฟไลน์ ได้แก่ สื่อสิ่งพิมพ์ โทรทัศน์ และวิทยุ และพบได้ในบทสนทนาของผู้คนในการมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างกันในระดับต่าง ๆ ยกตัวอย่างเช่น ครอบครัว โรงเรียน สถานที่ทำงาน เป็นต้น โดยมักเป็นการใช้ประทุษวาจาโดยไม่เจตนาหรือเป็นการใช้ประทุษวาจาโดยไม่ได้รู้สึกว่าเป็นเรื่องร้ายแรงและมองเป็นเรื่องตลกขบขัน เช่น การล้อเลียนคนรูปร่างอ้วน (เช่น “อ้วนเป็นช้างน้ำ” “ขามูหรือขาคน” “อ้วนดำ” “พะยูนเกยตื้น”

³⁸⁶ เดอะ อีสานเรคคอร์ด, "เสียงจากแม่หญิงอีสานถึงเพ็ญศรีเฝ้าเหลืองทอง" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://isaanrecord.com/2019/12/28/voice-of-isaan-women-to-pensri/>; เดอะ อีสานเรคคอร์ด, "เครือข่ายผู้หญิงอีสานฟ้องเพ็ญศรี - มติชนสุดสัปดาห์" [ออนไลน์], เข้าถึงได้จาก <https://isaanrecord.com/2020/03/11/isaan-women-group-sue-pensri/>.

เป็นต้น) การล้อเลียนคนรูปร่างผอมเกินไป (เช่น “ไอ้กึ่งแห้ง” “ผอมอย่างกับไม้เสียบผี” “ผอมเป็นจิ้งจกถูกประทุหนีบ เป็นต้น) การล้อเลียนคนที่มีสีผิวค่อนข้างคล้ำ (เช่น “อีดำดับเปิด” “ดำจนเขียว” “รูปชั่วตัวดำ” “เงาะปาซาไก” เป็นต้น) และการล้อเลียนคนที่ค่อนข้างไม่สูง (เช่น “เตี้ยหมาตีน” “เตี้ยม่อต้อ” “ไอ้แคระ” เป็นต้น)³⁸⁷

นอกจากนี้ ยังพบการใช้ประทุชวาจาที่เข้าลักษณะของการดูถูกเหยียดหยามคนพิการด้วย ทั้งจากการใช้ถ้อยความต่าง ๆ (เช่น ไอ้เป่ ไอ้เหล่ ไอ้ด้วน ไอ้อ่อน เป็นต้น) หรือจากการแสดงท่าทางล้อเลียนซึ่งพบมากในวงการบันเทิงไทย โดยเฉพาะในรายการแสดงตลกที่จะมีการนำนักแสดงตลกซึ่งเรียกกันว่า “ตลกสังขาร” มาล้อเลียนคนพิการในรูปแบบต่าง ๆ (บางครั้งถึงขนาดนำคนพิการมาเล่นตลกล้อเลียนตัวเอง) ไม่ว่าจะเป็นหุหนวก ตีต้อ่าง ไปจนถึงท่าทางการเดินที่ไม่ปกติ³⁸⁸

4.1.6 การใช้ประทุชวาจาที่เกี่ยวกับอุดมการณ์และความคิดเห็นทางการเมือง

การใช้ประทุชวาจาที่อยู่บนพื้นฐานของความแตกต่างทางความคิดเห็น ความเชื่อและอุดมการณ์ทางการเมืองในประเทศไทยเป็นรูปแบบของการใช้ประทุชวาจาที่สร้างแรงกระเพื่อมและก่อให้เกิดผลกระทบที่ร้ายแรงต่อรูปแบบความสัมพันธ์ผู้คนในสังคมอย่างมีนัยสำคัญ และเป็นรูปธรรมมากที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับการใช้ประทุชวาจาในด้านอื่นโดยเฉพาะในสังคมออนไลน์ โดยเกี่ยวข้องและครอบคลุมสถานการณ์ความขัดแย้งทางการเมืองต่าง ๆ ของประเทศไทยซึ่งดำเนินมาอย่างยาวนานในแต่ละช่วงเวลาของหน้าประวัติศาสตร์การเมือง อันอยู่บนพื้นฐานของการต่อสู้ช่วงชิงทางความคิด ความเชื่อและอุดมการณ์ทางการเมืองของประชาชนที่มีความหลากหลายอย่างมาก โดยมีตัวแสดงที่เกี่ยวข้องหลายภาคส่วนทั้งรัฐบาล นักการเมือง พรรคการเมือง สื่อมวลชนและประชาชนกลุ่มต่าง ๆ ที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับประทุชวาจา ไม่ว่าจะเป็นผู้ใช้ประทุชวาจาหรือตกเป็นเหยื่อของการใช้ประทุชวาจา ตลอดจนเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้ประทุชวาจาในลักษณะต่าง ๆ นอกจากนั้น ยัง

³⁸⁷ ธีญวัฒน์ อภิภูม, "เปลี่ยนคำเหยียดร่างกายให้เป็นคำทักทายที่ปกติ คุยกันให้ดีขึ้นด้วยการไม่ body shaming" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://thematter.co/social/body-shaming-dialogue/100897>. ; สเปกตรัม, "อ้วนดำ ขำกันนักหรือ?" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://spectrumth.com/2019/10/19/>; เดอะ แมทเทอร์, "รับมืออย่างไรเมื่อถูกเหยียดร่างกาย? 5 ประสพการณ์ และการรับมือเมื่อถูก body shaming" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://thematter.co/uncategorized/stopbodyshaming/101577>.

³⁸⁸ พันธุ์ทิพย์ ธีระเนตร, "ตัดสินจากหน้าตา พิพากษาจากรูปลักษณ์ วัฒนธรรมการ 'เหยียด' ในสังคมไทย ตลกที่ไม่เข้าความเหลื่อมล้ำที่ต้องทบทวน" [ออนไลน์], แหล่งที่มา https://www.matichon.co.th/news-monitor/news_602911.

พบการใช้ประทุษวาจาต้านข้างต้นในระดับความรุนแรงตั้งแต่ระดับต่ำไปจนถึงระดับสูง ซึ่งในบางกรณีได้นำไปสู่การใช้ความรุนแรงทางกายภาพหรือการก่ออาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง

เหตุการณ์สำคัญที่เป็นตัวอย่างของการใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับอุดมการณ์และความคิดเห็นทางการเมือง ได้แก่ เหตุการณ์สังหารหมู่นิสิต นักศึกษาและประชาชนในวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 ซึ่งเป็นกรณีนองเลือดครั้งใหญ่ที่สุดในประวัติศาสตร์ไทย เมื่อเจ้าหน้าที่รัฐบาลและกลุ่มฝ่ายขวาหลายกลุ่มร่วมมือกันก่อการสังหารหมู่ นักศึกษาประชาชน ที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จนทำให้มีผู้เสียชีวิตฝ่ายประชาชนอย่างน้อย 41 คน³⁸⁹ ทั้งนี้ พบว่ามีการใช้ประทุษวาจาโดยฝ่ายรัฐในลักษณะของการใส่ร้ายป้ายสี การปล่อยข่าวลวง การทำลายความน่าเชื่อถือ และการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังและการใช้ความรุนแรงต่อกลุ่มนิสิตนักศึกษามาอย่างต่อเนื่องตั้งแต่ พ.ศ.2517 เป็นต้นมาแล้ว โดยสร้างขบวนการโฆษณาชวนเชื่อเพื่อทำลายภาพลักษณ์ของขบวนการนักศึกษา เช่น การกล่าวหาว่านักศึกษาก่อความวุ่นวายในสังคม ขบวนการนักศึกษาเป็นคอมมิวนิสต์ ผู้นำนักศึกษาเป็นญวน รับเงินจากต่างประเทศ ไปฝึกอาวุธที่ฮานอย และโจมตีการประชุมประท้วงและการเคลื่อนไหวของฝ่ายนักศึกษว่าเป็นการใช้กฎหมายอยู่เหนือกฎหมาย เป็นต้น³⁹⁰

การโฆษณาดังกล่าวนี้ได้แผ่ขยายออกไป ร่วมกับการโฆษณาปลุกกระแสชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และกล่าวหาว่านักศึกษาจะเป็นผู้บ่อนทำลายสถาบันเหล่านี้ ประกอบกับการแต่งเพลงจำนวนไม่น้อยที่แสดงถึงนัยในการต่อต้านขบวนการนักศึกษา³⁹¹ โดยส่วนหนึ่งอาศัยสื่อมวลชนของรัฐ ทั้งวิทยุ และโทรทัศน์ ร่วมด้วยหนังสือพิมพ์ของฝ่ายขวาเป็นช่องทางหลักในการใช้ประทุษวาจา³⁹² โดยเฉพาะอย่างยิ่ง “วิทยุยานเกราะ” และ “หนังสือพิมพ์ดาวสยาม” ซึ่งได้ยั่วยุประชาชน

³⁸⁹ โครงการ “บันทึก 6 ตุลา, “บันทึก 6 ตุลา” [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://doct6.com/>. ทั้งนี้ เหตุการณ์ 6 ตุลาคม 2519 มีชนวนเหตุมาจากการรวมตัวกันประท้วงของกลุ่มนิสิต นักศึกษาต่อการเดินทางกลับประเทศของจอมพลถนอม กิตติขจร อดีตนายกรัฐมนตรีที่ได้ลี้ภัยออกนอกประเทศไทยไปตั้งแต่เกิดเหตุการณ์ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516

³⁹⁰ สุทธชัย ยิ้มประเสริฐ, “เหตุการณ์ 6 ตุลาฯ เกิดขึ้นได้อย่างไร” [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://doct6.com/learn-about/how>.

³⁹¹ เช่น เพลง รักแผ่นดิน เพลง ถามคนไทย ได้มีประโยคสำคัญที่กล่าวในเชิงบริภาษไปถึงเยาวชนนักศึกษาว่า “วิญญาณปู่จอร์จไอ้ลูกหลานจัญไร” แต่ที่โด่งดังและโจมตีขบวนการนักศึกษามากที่สุดได้แก่เพลง “หนักแผ่นดิน” ซึ่งแต่งใน พ.ศ. 2518 โดย พ.ต.บุญส่ง หักฤทธิ์ศึก และร้องโดยสันติ ลุนเผ่ เป็นต้น

³⁹² เติ้งอ่าง. เช่น หนังสือพิมพ์รายวัน ที่มีนายจรุง รักชาติ เป็นบรรณาธิการ หนังสือพิมพ์ดาวสยาม ของนายประสาน มีเพ็ญศาสตร์ หนังสือพิมพ์บ้านเมือง ของนายมานะ แพร่พันธุ์ หนังสือพิมพ์สยามมิตร ของนายประหยัด ศ.นาคะนาท และในหลายคอลัมน์ของหนังสือพิมพ์ไทยรัฐ โดยเฉพาะ สิ้นน้ำ หรือนายมานิตย์ ศรีสาคร เป็นต้น

กลุ่มอื่นในสังคมให้เกิดความเกลียดชังและนำไปสู่การใช้ความรุนแรงต่อนิสิตนักศึกษาที่เด่นชัดที่สุด³⁹³ นอกจากนี้สื่อมวลชนแล้ว ยังพบการใช้ประทุษวาจาของนักการเมืองบางคนและพระสงฆ์บางรูปที่พยายามด้อยค่าความเป็นมนุษย์และสร้างความเป็นปิตาภให้กับกลุ่มนิสิตนักศึกษาเหล่านี้ ยกตัวอย่างกรณีของพระ “กิตติวุฑโฒภิกขุ” ที่ได้กล่าววาทกรรมทำนองว่า “ฆ่าคอมมิวนิสต์ไม่บาป” อันสะท้อนนัยของการให้ความชอบธรรมกับการเช่นฆ่าประชาชนอย่างเลือดเย็นเพียงเพราะมีอุดมการณ์ต่างกัน³⁹⁴ ซึ่งการโฆษณาชวนเชื่อทั้งหลายนี้ส่งผลให้เกิดการก่ออาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชังอันป่าเถื่อนเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

เหตุการณ์ทางการเมืองในเวลาต่อมาที่เต็มไปด้วยการใช้ประทุษวาจาอย่างเข้มข้นในสังคมออนไลน์ ได้แก่ ช่วงระยะเวลาของความขัดแย้งทางความคิด ความเชื่อและอุดมการณ์ทางการเมืองของกลุ่ม “พันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตย” (พธม. หรือกลุ่มคนเสื้อเหลือง) และกลุ่ม “แนวร่วมประชาธิปไตยต่อต้านเผด็จการแห่งชาติ” (นปช. หรือกลุ่มคนเสื้อแดง) ซึ่งเริ่มก่อตัวขึ้นตั้งแต่พ.ศ. 2549 เป็นต้นมา โดยพบการใช้ประทุษวาจาในระดับความรุนแรงต่าง ๆ ซึ่งกระทำโดยตัวแสดงที่หลากหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง “สื่อมวลชน” ที่เป็นสื่อสิ่งพิมพ์ วิทยุและโทรทัศน์ และ “กลุ่มประชาชน” ที่เข้าร่วมการชุมนุมของทั้งสองฝ่าย ซึ่งท้ายที่สุดได้นำไปสู่การกระทำความรุนแรงระหว่างกันจนก่อความสูญเสียและบาดเจ็บล้มตายของประชาชนจำนวนมาก

ในกรณีของสื่อมวลชนอย่างสื่อสิ่งพิมพ์ พบการใช้ประทุษวาจาต่อเหยื่อเป้าหมายบนพื้นฐานของความแตกต่างทางอุดมการณ์และชีวอำนาจทางการเมือง โดยในเนื้อหาจะมีลักษณะของการแฝง

³⁹³ เพ็ญอ้าง. ตัวอย่างเช่น วิทยุยานเกราะได้ตักเตือนมิให้นักศึกษาก่อความวุ่นวาย มิฉะนั้นแล้วอาจจะต้องมีการประหารสังสามหมื่นคน เพื่อให้ชาติบ้านเมืองรอดพ้นจากภัย รวมถึงการเรียกร้องให้ทำลายนักศึกษาที่เป็นคอมมิวนิสต์ ในขณะที่หนังสือพิมพ์ดาวสยามได้ระบุว่านักศึกษาหัวรุนแรงแสดงละครชวนคอหมิ่นพระบรมโอรสาธิราช จากนั้นจึงโจมตีขบวนการนักศึกษาว่าจงใจหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ ซึ่งเป็นเจตจำนงในการทำลายสถาบันพระมหากษัตริย์ และเป็นส่วนหนึ่งของแผนการของคอมมิวนิสต์

³⁹⁴ ประชาไท, “กิตติวุฑโฒภิกขุบนเส้นทางสู่ 6 ตุลาฯ” [ออนไลน์]. ทั้งนี้ กิตติวุฑโฒภิกขุให้สัมภาษณ์หนังสือพิมพ์ “จัดรัส” ในเดือนมิถุนายน 2519 โดยเขาให้เหตุผลเมื่อจตุรัสถามว่า การฆ่าฝ่ายซ้าย หรือ คอมมิวนิสต์บาปหรือไม่ว่า “อันนั้นอาตมาก็เห็นว่าควรจะทำ คนไทยแม้จะนับถือพุทธก็ควรจะทำ แต่ก็ไม่ใช่ถือเป็นการฆ่าคน เพราะว่าใครก็ตามที่ทำลายชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ มันไม่ใช่คนสมบูรณ์ คือต้องตั้งใจ เราไม่ได้ฆ่าคนแต่ฆ่ามารซึ่งเป็นหน้าที่ของคนไทยทุกคน” ส่วนประเด็นคำถามที่ว่า ผิดศีลหรือไม่ กิตติ วุฑโฒชี้ว่า แม้ผิดก็ผิดน้อยเพราะการฆ่าคนเพื่อรักษาไว้ซึ่งสถาบันชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และเป็นการฆ่าที่เป็นกุศล ถึงบาปก็บาปเล็กน้อย เหมือนฆ่าปลาทำแกงใส่บาตรพระ กิตติวุฑโฒจึงเห็นว่าการที่คนฆ่าฝ่ายซ้ายแต่ไม่ถูกจับนั้น คงเป็นเพราะ บุญกุศลช่วย

นัยหรือการประชดประชันเสียดสี รวมถึงการการใช้สัญลักษณ์เพื่อเป็นตัวแทนที่สะท้อนสัญลักษณ์ของ ความขัดแย้งทางการเมืองซึ่งแฝงวัตถุประสงค์ที่ต้องการช่วยหรือสบประมาทกลุ่มเหยื่อเป้าหมาย นอกจากนั้น ยังพบว่าสื่อสิ่งพิมพ์ทางเลือกที่มีการเลือกข้างทางการเมืองอย่างชัดเจนมีการใช้ประทุษ วาจาที่อาจช่วยทำให้เกิดการใช้ความรุนแรงหรือกระตุ้นให้เกิดการปฏิเสธการอยู่ร่วมกันกับกลุ่มเหยื่อ เป้าหมาย³⁹⁵ ในขณะที่สื่อที่เป็นวิทยุและโทรทัศน์ทั้งในสื่อกระแสหลักและสื่อทางเลือกใหม่ (วิทยุ ท้องถิ่นและโทรทัศน์ดาวเทียม)³⁹⁶ ก็มักจะมีการโจมตีกลุ่มเหยื่อเป้าหมายที่มีความคิดเห็นทางการเมือง ผิดตรงข้ามในลักษณะของการช่วยทำให้เกิดความเกลียดชังต่อเหยื่อ ด้วยการกล่าวหา การกล่าวโทษ ที่รุนแรง การประณาม การแฉ การว่าร้าย รวมถึงการพุดตูดูก การดูหมิ่นเหยียดหยาม การสบ ประมาท การทำให้ขบขัน การด้อยคุณค่าในสายตาผู้อื่น การเยาะเย้ยอย่างรุนแรง การสมน้ำหน้า การ ทับถม นอกจากนั้น ยังรวมถึงการเปรียบเทียบในลักษณะที่ทำให้เหยื่อไม่ใช่คน และเป็นสิ่งชั่วร้ายที่ สมควรถูกกำจัด (เช่น ควายแดง สลิม พรรคแมลงสาบ ชีซ่าทักษิณ ชีซ่าอำมาตย์ เสื้อแดงล้มเจ้า เสื้อ แดงเผาบ้านเผาเมือง เป็นต้น) นอกจากนั้นยังพบการช่วยทำให้เกิดการใช้ความรุนแรงต่อเหยื่อด้วย เช่น การชักชวนให้ทำร้าย การทำลายล้างกลุ่มคนที่มีความเชื่อและอุดมการณ์ทางการเมืองที่แตกต่างกัน และการปฏิเสธการอยู่ร่วมกัน เป็นต้น³⁹⁷

นอกจากนี้ ยังพบการใช้ประทุษวาจาในหมู่ประชาชนที่เข้าร่วมการประชุมชุมประท้วงทาง การเมืองของทั้งสองฝ่ายข้างต้นทั้งในระดับแกนนำและประชาชนทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งการ ปราศรัยของของแกนนำบนเวทีการประชุมที่มีมีการใช้ประทุษวาจาในลักษณะของการช่วยให้เกิด ความเกลียดชังและช่วยทำให้เกิดการใช้ความรุนแรงต่อมวลชนฝ่ายตรงข้ามอย่างร้ายแรง รวมถึงการช่วย ให้เกิดการทำลายทรัพย์สินด้วย ตลอดจนจนพบการใช้ประทุษวาจาในลักษณะของการเผชิญหน้าระหว่าง

³⁹⁵ ศูนย์ศึกษานโยบายสื่อ คณะนิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, “การกำกับดูแลสื่อที่เผยแพร่เนื้อหาที่สร้างความเกลียดชัง,” หน้า 76-96.

³⁹⁶ โดยมักจะมีคำพูดของผู้ดำเนินรายการ การเล่าข่าว การแสดงความคิดเห็นต่อประเด็นข่าวของผู้ดำเนิน รายการ ส่วนในรายการสนทนาหรือรายการสัมภาษณ์ ก็มักจะมีคำพูดของแขกรับเชิญในรายการ และบทสนทนาในรายการ ที่มีผู้ดำเนินรายการมากกว่า 2 คนขึ้นไป นอกจากนี้ ยังมีการใช้ประทุษวาจาในรูปแบบอื่น ๆ เช่น การปล่อยเสียงตามสายหรือคลิป สัมภาษณ์แหล่งข่าว การอ่านข้อความสั้นจากโทรศัพท์เคลื่อนที่

³⁹⁷ เพิ่งอ้าง.

ประชาชนทั้งสองฝ่ายที่ต่างใช้ถ้อยคำสับประมาท และด่าทอซึ่งกันและกัน จนนำไปสู่การต่อสู้ปะทะกันที่สุดในที่สุด³⁹⁸

การใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวข้องกับอุดมการณ์และความคิดเห็นทางการเมืองในบริบทออนไลน์ ยังคงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน (ควบคุไปบริบทออนไลน์) ครอบคลุมสถานการณ์การประท้วงรัฐบาลนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตรของ “กลุ่มคณะกรรมการประชาชนเพื่อการเปลี่ยนแปลงปฏิรูปประเทศไทยให้เป็นประชาธิปไตยที่สมบูรณ์แบบอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” (กปปส.) และสถานการณ์ความขัดแย้งทางการเมืองภายหลังการรัฐประหารวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 ซึ่งพบว่ามีการใช้ประทุษวาจาที่เข้มข้นและรุนแรงไม่ต่างจากเหตุการณ์ทางการเมืองต่าง ๆ ที่ผ่านมาก่อนหน้านั้น ทั้งนี้ ข้อสังเกตสำคัญของการใช้ประทุษวาจาในด้านนี้คือจะมีการใช้ประทุษวาจาปะปนกันไป ระหว่างการใช้ประทุษวาจาต่อสถาบันทางการเมืองของรัฐ เช่น สถาบันพระมหากษัตริย์หรือราชวงศ์ รัฐบาล ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ศาล ตุลาการ เจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น ๆ เป็นต้น ซึ่งเป็นประทุษวาจาในรูปแบบคลาสสิก และการใช้ประทุษวาจาต่อประชาชนโดยทั่วไปที่ต่างชี้วัดความเชื่อและอุดมการณ์ เช่น กลุ่มคนเสื้อเหลือง กลุ่มคนเสื้อแดง เป็นต้น ซึ่งเป็นประทุษวาจาในรูปแบบสมัยใหม่

4.2 ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งเข้าลักษณะการใช้ประทุษวาจาตามตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันประเทศไทย

เนื่องจากตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนมีอยู่จำนวนมาก ทั้งตราสารที่มีผลผูกพันรัฐภาคี และตราสารที่ไม่ผูกพันรัฐภาคีที่เป็นตราสารของสหประชาชาติและตราสารระหว่างประเทศระดับภูมิภาค ดังนั้น ผู้เขียนจึงเลือกศึกษาเฉพาะตราสารที่มีนัยสำคัญต่อประเทศไทยเป็นหลัก ได้แก่ ตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีซึ่งมีผลผูกพันประเทศไทยให้ต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้ ประเทศไทยยึดทฤษฎีทวินิยมเป็นหลักในการนำกฎหมายระหว่างเทศมาใช้

³⁹⁸ สำนักข่าวอิศรา, "ชี้แกนนำ นปช. ทั้ง “ตุ-เต็น-ก๊-แรมโบ้” พ่วง “แม่ว” ปราศรัยยั่วยุคนแรง มีโทษอาญา” [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.isranews.org/isranews-article/16447--q--sp-75374152.html>; ฮิวแมนไรท์วอตช์, "ไทยโพสต์ ทยอยถอด สัมภาษณ์ “สุณัย ผาสุข” : บทเรียนความรุนแรง” [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.hrw.org/th/news/2009/04/19/236633>; กระบุงดอทคอม, "มือบเสื้อแดง - เสื้อหลากสี ปะทะกันหน้ากองปราบ หลังจากร่วมต้าน - ให้กำลังใจ ครูสาวตัวเจ้าตากกลางสยามพารากอน" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://hilight.kapook.com/view/76510>.

บังคับภายในประเทศ³⁹⁹ ดังนั้น เมื่อรัฐบาลไทยได้ทำความตกลงระหว่างประเทศก็จะพิจารณาเป็น 2 กรณี ดังนี้

กรณีแรก ถ้าพันธกรณีตามสนธิสัญญากำหนดให้เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้นในการปฏิบัติตามสนธิสัญญา โดยไม่ต้องบังคับประชาชนให้ต้องกระทำตามสนธิสัญญา กรณีเช่นนี้ไม่มีความจำเป็นต้องเปลี่ยนรูปสนธิสัญญามาเป็นกฎหมายภายในของประเทศไทยแต่อย่างใด อาทิ สนธิสัญญาเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนข้อมูลของหน่วยงานภาครัฐระหว่างภาคี

กรณีที่สอง ถ้าพันธกรณีตามสนธิสัญญาต้องบังคับประชาชนภายในรัฐให้ปฏิบัติตามสนธิสัญญาด้วย หรือเป็นการให้สิทธิแก่ประชาชนในการเรียกร้องหน่วยงานภาครัฐ กรณีนี้ประเทศไทยจะต้องพิจารณากฎหมายที่มีอยู่แล้วก่อนว่ากฎหมายที่มีอยู่เพียงพอที่จะบังคับใช้ตามสนธิสัญญาอย่างครบถ้วนหรือไม่ หากมีความครบถ้วนอยู่แล้วก็ไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายมาบังคับใช้อีก แต่หากกฎหมายภายใน ในเรื่องนั้น ๆ ไม่มีอยู่แล้ว หรือมีอยู่แล้วแต่ไม่ครบถ้วน กรณีนี้จะต้องมีการออกกฎหมายมาบังคับใช้ภายในประเทศด้วย

กรณีสนธิสัญญาหรือตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนก็เช่นกัน หากประเทศไทยได้ทำความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนมาแล้ว จะต้องพิจารณาว่าพันธกรณีตามความตกลงมีอะไรบ้าง และกฎหมายภายในของประเทศไทยเพียงพอที่จะใช้บังคับหรือไม่ หากเพียงพอแล้วก็ไม่มีความจำเป็นต้องออกกฎหมายมาใช้บังคับเพิ่มเติม แต่หากไม่เพียงพอก็มีความจำเป็นต้องออกกฎหมายมาใช้บังคับเพิ่มเติมด้วย⁴⁰⁰

4.2.1 ข้อ 20 (2) แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิพลเมือง (ICCPR)

ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิพลเมือง หรือ ICCPR โดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2539 และมีผลใช้บังคับกับไทยเมื่อวันที่ 29 มกราคม 2540 โดยมีได้ตั้งข้อสงวนใด ๆ ไว้ แต่มีคำแถลงตีความใน 2 ประเด็นคือ การใช้สิทธิการกำหนดเจตจำนงตนเอง และเรื่องการห้ามโฆษณาชวนเชื่อเพื่อสงคราม

³⁹⁹ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, หลักพื้นฐานทางกฎหมายมหาชน, หน้า 151-162.

⁴⁰⁰ คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ, รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการวิจัยเรื่อง ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2559), หน้า 20.

ในกรณีของประเด็นการใช้ประทุษวาจา ประเทศไทยจึงมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามข้อ 20 (2) กล่าวคือ ต้องมีการจำกัดการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังซึ่งช่วยให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ และการใช้ความรุนแรงต่อกลุ่มทางศาสนา เชื้อชาติและชนชาติ

4.2.2 ข้อ 4 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (CERD)

ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ โดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 28 มกราคม 2546 และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยตั้งแต่วันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2546 โดยในการเข้าเป็นภาคี ได้ทำถ้อยแถลงตีความทั่วไปว่า รัฐบาลไทยจะไม่ตีความหรือใช้บทบัญญัติใด ๆ ที่ปรากฏในอนุสัญญาเป็นพันธกรณีที่เกินกว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและกฎหมายภายในได้บัญญัติไว้ และการตีความหรือใช้บทบัญญัติดังกล่าวจะจำกัดหรือเป็นไปตามตราสารด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอื่นที่ไทยเป็นภาคี นอกจากนี้ ยังได้ตั้งข้อสงวนเป็นการเฉพาะไว้อีก 2 ข้อ โดยเฉพาะ **ข้อ 4** ซึ่งเป็นข้อที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาโดยตรง โดยรัฐบาลไทยตีความว่าข้อบทดังกล่าวที่ให้รัฐภาคีดำเนินการเชิงบวกในการขจัดการกระตุนหรือการเลือกปฏิบัติตามที่ระบุในข้อ 4 (ก) (ข) (ค) ก็ต่อเมื่อพิจารณาเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องออกเป็นกฎหมายเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ต่อมา ในปี 2559 คณะรัฐมนตรีมีมติให้ถอนข้อสงวนในข้อ 4 จึงเป็นเหตุให้ประเทศไทยต้องพิจารณาว่ากฎหมายไทยที่มีอยู่สอดคล้องกับข้อ 4 ของอนุสัญญาหรือไม่ โดยมติคณะรัฐมนตรี มีการกล่าวว่า “...ให้กระทรวง ยุติธรรมรับความเห็นของกระทรวงการต่างประเทศและสำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเกี่ยวกับความพร้อมของประเทศไทยต่อการถอนข้อสงวนข้อบทที่ 4 ของอนุสัญญา CERD ซึ่งประเทศไทยสามารถถอนข้อสงวนดังกล่าวได้โดยไม่ต้องออกกฎหมายใหม่’ โดยได้อ้างอิงถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และกฎหมายที่เกี่ยวข้องนั้น โดยที่กฎหมายเหล่านั้นยังไม่ได้กำหนดฐานความผิดเฉพาะตามข้อบทที่ 4 ของอนุสัญญา CERD อีกทั้งบทลงโทษระบุเพียงกว้าง ๆ ไม่ระบุโทษที่ชัดเจนตามความผิดที่ปรากฏในอนุสัญญา CERD แต่เป็นการระบุโทษสำหรับความผิดเกี่ยวกับการให้ร้ายและสร้างความเกลียดชัง จึงต้องอาศัยการตีความกฎหมายเหล่านั้นเป็นรายกรณีว่ารวมถึงการกระทำที่เกิดจากการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ

หรือไม่มี...”⁴⁰¹ จะเห็นได้ว่าการถอนข้อสงวนนั้น โดยหลักแล้วไทยต้องมีพันธกรณีในการตรากฎหมายโดยเฉพาะตามข้อ 4 (ก) ซึ่งเกี่ยวข้องกับกฎหมายที่ควบคุมการใช้ประทุษวาจา อย่างไรก็ตาม จากมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการกล่าวถึงกฎหมายที่มีอยู่ (Existing laws) ของไทยว่า “ยังไม่ได้กำหนดฐานความผิดเฉพาะ” และต้อง “อาศัยการตีความเป็นรายกรณีไป” โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประมวลกฎหมายอาญา

4.3 ขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งเข้าลักษณะประทุษวาจาตามกฎหมายภายใน

4.3.1 พัฒนาการทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศไทย

4.3.1.1 ช่วงก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

ประเทศไทยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 ยังคงปกครองในระบอบราชาธิปไตยและสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งองค์พระมหากษัตริย์อยู่ในสถานะเป็น “องค์อธิปัตย์” ของแผ่นดิน และเป็น “เจ้าชีวิต” ของบรรดาพสกนิกรในขอบเขตอาณาของพระองค์ โดยมีการจัดลำดับช่วงชั้นทางสังคมอย่างเป็นทางการภายใต้ “ระบบศักดินา” (ชนชั้นเจ้านาย ขุนนาง พระสงฆ์ ไพร่ ทาส) ด้วยเหตุนี้ พระมหากษัตริย์จึงเท่ากับ “รัฐ” และ “คำสั่ง” หรือ “คำบัญชา” ของพระมหากษัตริย์ย่อมมีสถานะเป็น “กฎหมาย” ที่บังคับใช้ทั่วทั้งพระราชอาณาจักร

ทั้งนี้ ในห้วงเวลาก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองนั้น ประเทศไทยยังไม่มีกรจัดทำรัฐธรรมนูญตามแบบอย่างแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมและหลักนิติรัฐ จึงไม่ปรากฏการจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองและการรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของประชาชนในฐานะของพลเมืองของประเทศที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยที่มีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน สิทธิเสรีภาพของประชาชนหากจะพึงมีก็เป็นไปตามพระราชประสงค์และพระมหากรุณาธิคุณของพระมหากษัตริย์ที่จะพระราชทานให้หรือไม่ก็ได้ ซึ่งย่อมลดหลั่นกันไปตามบรรดาศักดิ์ ฐานันดรศักดิ์ และช่วงชั้นทางสังคมของบุคคลแต่ละคน (ขึ้นอยู่กับ “บุญบารมี” และ “วาสนา”) กฎหมายสูงสุดในการกำหนดกรอบในการจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายจึงไม่มี อย่างไรก็ตามได้มีการพัฒนาและปฏิรูปกฎหมายให้มีความทันสมัยทัดเทียมกับนานาประเทศยิ่งขึ้นตามลำดับอันเนื่องมาจากการ

⁴⁰¹ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, “มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 7 มิถุนายน 2559” [ออนไลน์], แหล่งที่มา https://cabinet.soc.go.th/soc/Program2-3.jsp?top_serl=99319738.

พยายามปรับตัวของชนชั้นนำไทยเพื่อหลีกเลี่ยงแรงกดดันจากการล่าอาณานิคมของชาติตะวันตก โดยเฉพาะในกฎหมายอาญา⁴⁰² ซึ่งผู้เขียนพบแนวคิดเกี่ยวกับการมุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาใน บทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาบางฐานความผิด แต่เป็นการมุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาแบบดั้งเดิม ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการ “ยุยงปลุกปั่น” ซึ่งตรงกับความความผิดฐาน “Sedition” ในต่างประเทศ ดังจะได้อธิบายต่อไป

ความผิดอาญาเกี่ยวกับการ “ยุยงปลุกปั่น” ของประเทศไทยเป็นมรดกตกทอด ประการหนึ่งของรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ส่งผลมาถึงยุคปัจจุบัน โดยเกิดขึ้นพร้อม ๆ กับการเปลี่ยนแปลงสู่ “ความทันสมัย” (modernization) ของสังคมไทยในช่วงสมัยรัชกาลที่ 5 ภายใต้แรงกดดันจากชาติอาณานิคม และความเปลี่ยนแปลงภายในของสังคมไทยเอง โดยถูกบัญญัติขึ้นครั้งแรก ใน “พระราชกำหนดลักษณะหมิ่นประมาทด้วยการพุดตู่เขียนถ้อยคำเท็จออกโฆษณาการ ร.ศ.118” (พ.ศ.2443) ซึ่งตรงกับสมัยรัชกาลที่ 5 ตามนัยแห่งความผิดฐาน sedition ในกฎหมายอังกฤษ แม้ กระนั้น ในระยะแรก ความผิดฐานนี้ถูกออกแบบและจัดวางไว้ในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของความผิดฐาน “หมิ่นประมาท” ซึ่งถูกปรับให้สอดคล้องกับโครงสร้างของกฎหมายหมิ่นประมาทในบริบทสังคมไทยที่มีการจำแนกบุคคลหรือสถาบันตามลำดับช่วงชั้นทางสังคม⁴⁰³ โดยในมาตรา 5 ระบุเรื่องการกล่าว วาจาหรือโฆษณาข้อความที่ปรารถนาจะให้เป็นที่ “อันร้าย” 3 ประการ ให้ถือว่าเป็นความผิด⁴⁰⁴ โดยปรากฏว่ามีการบัญญัติคำว่า “เกลียดชัง” ไว้อย่างชัดเจนอันสะท้อนนัยของการมุ่งจำกัดการใช้ ประทุษวาจาที่มุ่งกระทำต่อรัฐหรือผู้ปกครอง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁴⁰² นพพล อาชามาส, “เมื่อผู้ปกครองสถาปนาตนเป็นรัฐ: ข้อหา “ยุยงปลุกปั่น” กับ การบังคับใช้กฎหมายแบบอำนาจนิยมในประเทศไทย,” วารสารนิติสังคมศาสตร์ 11(กรกฎาคม-ธันวาคม 2561): 29. ทั้งนี้ นพพล อธิบายว่า กฎหมายกลายเป็น เครื่องมือหลักที่ชนชั้นนำไทยใช้ต่อรองและสร้างความเป็นรัฐสมัยใหม่ ด้านหนึ่งเพื่อให้ประเทศไทยพ้นจากการตกเป็นอาณานิคม ซึ่งได้มีการปรับปรุงกฎหมายให้เป็นสถาบันในการบริหารจัดการและมีลักษณะที่เป็นเหตุเป็นผลมากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตามในอีกด้านหนึ่ง โครงสร้างของกฎหมายบางส่วนยังคงวางอยู่บนฐานของการจัดลำดับช่วงชั้นในสังคมไทยแบบจารีต เพื่อรักษาสถานะของชนชั้นนำเดิมเอาไว้ เช่น กรณีความผิดฐานหมิ่นประมาทและดูหมิ่น ซึ่งยังคงจำแนกการกระทำความผิดลดหลั่นกันไปตามสถานะทางสังคมของบุคคล และความสัมพันธ์ของบุคคล

⁴⁰³ เพิ่งอ้าง.

⁴⁰⁴ พระราชกำหนดลักษณะหมิ่นประมาทด้วยการพุดตู่เขียนถ้อยคำเท็จออกโฆษณาการ ร.ศ.118 มาตรา 5

“ข้อ 1 เพื่อจะยุยงส่งเสริมให้อาณาประชาราษฎร์ทั้งหลายคิดเอาใจออกห่างจากความซื่อสัตย์สามัคคีต่อพระผู้เป็นเจ้า ซึ่งดำรงสยามรัฐมณฑลก็ดี ฤเพื่อจะยังให้รัฐบาล ฤพระราชประเพณีสำหรับการปกครองบ้านเมือง อันได้ตั้งขึ้นไว้แล้วตาม

ต่อมาได้มีการจัดทำ “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” (ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ.2451) ซึ่งถือเป็นประมวลกฎหมายสมัยใหม่ฉบับแรกของไทย ความผิดฐาน “ยุยงปลุกปั่น” ถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 104 ซึ่งอยู่ในภาคที่ 2 ว่าด้วยลักษณะความผิดส่วนที่ 1 ว่าด้วยลักษณะความผิดประทุษร้ายต่อพระเจ้าอยู่หัวและพระราชอาณาจักร หมวดที่ 2 ความผิดฐานกบฏภายในพระราชอาณาจักร อันมีลักษณะเป็นส่วนหนึ่งของการคุ้มครองรัฐ รัฐบาล องค์พระมหากษัตริย์ การบริหารราชการแผ่นดิน และกฎหมายของผู้ปกครองไปด้วยในเวลาเดียวกัน เนื่องจากแนวคิดเหล่านี้ไม่ได้แยกออกจากกันอย่างเด็ดขาดในระบอบนี้ ซึ่งภายหลังได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมตาม “พระราชบัญญัติแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ.2470” ลงวันที่ 2 กันยายน 2470 ตรงกับสมัยต้นรัชกาลที่ 7⁴⁰⁵ ทั้งนี้ ประเด็นที่น่าสนใจคือการบัญญัติวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดการปลุกกระดมให้เกิด “ความเกลียดชัง” ซึ่งเข้าลักษณะของประทุษวาจา แต่เป็นลักษณะของการใช้ประทุษวาจาของประชาชนที่ต่าง “ชนชั้น” กัน โดยเป็นการมุ่งปกป้องการใช้ประทุษวาจาของชนชั้นสามัญที่กระทำต่อชนชั้นสูงเป็นสำคัญ⁴⁰⁶

กฎหมาย รัฐธรรมนูญสภา การพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวงตามกฎหมายของสยามรัฐมณฑลนี้ก็ดี ให้เป็นที่มั่นประมาทดูถูกในท่ามกลางประชุมชนทั้งหลายทั่วไป ประการหนึ่ง

ข้อ 2 เพื่อจะยุยงส่งเสริมให้อาณาประชาราษฎร์ทั้งหลาย คิดการเปลี่ยนแปลงแก้ไขพระราชประเพณีราชการ สำหรับปกครองสยามรัฐมณฑล อันได้ตั้งขึ้นไว้แล้วตามกฎหมาย ในทางใดทางหนึ่งนอกจากทางที่ชอบด้วยกฎหมาย ประการหนึ่ง

ข้อ 3 เพื่อจะยุยงส่งเสริมให้อาณาประชาราษฎร์ทั้งหลาย มีใจเกลียดชังซึ่งกันและกัน แล้วก่อการประทุษร้ายกันต่างๆ ประการหนึ่ง ท่านว่าผู้นั้นกระทำความผิด”

⁴⁰⁵ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 104

(1) ผู้ใดกระทำการอย่างใดก็ได้ก็ตาม สนับสนุนอุปถัมภ์สิทธิการเมืองฤๅเศรษฐกิจ ด้วยวาจาฤๅลายลักษณ์อักษรฤๅเอกสารตีพิมพ์ฤๅด้วยอุบายใดก็ได้ก็ตามด้วยเจตนา ฤๅคำนวณว่าจะให้เกิดผลอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้คือ

- ก) เพื่อจะให้บังเกิดความเกลียดชังฤๅดูหมิ่นสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัฐบาลฤๅราชการแผ่นดินก็ดี
- ข) เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนในรัฐบาลฤๅพระราชกำหนดกฎหมายด้วยใช้กำลังบังคับฤๅกระทำร้ายก็ดี
- ค) เพื่อให้เกิดความไม่พอใจและกระด้างกระเดื่องในหมู่คนทั้งหลาย ถึงอาจเกิดเหตุร้ายขึ้นในแผ่นดินของท่านก็ดี
- ง) เพื่อจะกวนให้เกิดขึ้นซึ่งความเกลียดชังระวางคนต่างชั้นก็ดี
- จ) เพื่อจะยุงให้คนทั้งหลายกระทำการล่วงละเมิดพระราชกำหนดกฎหมายก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินกว่า 10 ปีและให้ปรับไม่เกินกว่าห้าพันบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง”...

⁴⁰⁶ ทั้งนี้ สาเหตุที่มีการบัญญัติถ้อยความ “เพื่อจะกวนให้เกิดขึ้นซึ่งความเกลียดชังระวางคนต่างชั้นก็ดี” นั้น เป็นเพราะความตึงเครียดระหว่างชนชั้นสูงบรรดาศักดิ์ คักดินากับชนชั้นกลางปัญญาชน นักเขียน นักหนังสือพิมพ์ ในประเด็นอุดมคติและแนวคิดเกี่ยวกับการมีคู่สมรสเพียงคนเดียว หรือระบบ “ผัวเดียวเมียเดียว” (Monogamy) ที่ประเทศไทยรับแนวคิดมาจากชาติตะวันตก อันนำไปสู่การวิพากษ์วิจารณ์หรือแม้กระทั่งล้อเลียนอย่างเผ็ดร้อนเกี่ยวกับการมีภรรยาของบรรดาเหล่าชนชั้นสูงโดย

4.3.1.2 ช่วงหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

เมื่อเกิดเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ซึ่งอำนาจอธิปไตยได้กลายเป็นของประชาชน และได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยขึ้นตามแบบอย่างของนานาอารยประเทศอันได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่มีเนื้อหาสาระเป็นการกำหนดกรอบหรือขอบเขตของการใช้อำนาจอธิปไตย และการกำหนดบทบาทหน้าที่ที่มุ่งประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวไทยไว้หลายประเภทซึ่งมีพัฒนาการมาอย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน โดยอยู่บนพื้นฐานของหลักความเสมอภาคของบุคคลที่มีความเท่าเทียมเสมอกัน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับถาวรในอดีต นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ล้วนแต่บัญญัติรับรองเสรีภาพในการแสดงออก (หรือเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น) ของประชาชนชาวไทยไว้โดยตลอด และมีพัฒนาการของการขยายขอบเขตของการใช้เสรีภาพมากขึ้นตามลำดับ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับก็ได้บัญญัติเงื่อนไขข้อจำกัดบางประการของการใช้เสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลเอาไว้ด้วยเสมอ เช่นกัน เช่น เพื่อรักษาความมั่นคงของประเทศ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล เป็นต้น ซึ่งสอดคล้องกับตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่สำคัญอย่าง “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน” และ “กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง” ซึ่งบัญญัติคุ้มครองและรับรองเสรีภาพในการแสดงออกในฐานะของ “สิทธิมนุษยชน” ด้วยเหตุนี้ เสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญของไทยจึงมีสถานะเป็น “สิทธิมนุษยชน” ที่ถูกบัญญัติรับรองในฐานะที่เป็น “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” และมีลักษณะเป็น “สิทธิสัมพัทธ์” ที่อาจถูกจำกัดสิทธิได้ภายใต้เงื่อนไขข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งโดยปกติแล้วจะเป็นการให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของกฎหมายอาญา รัฐธรรมนูญจึงเป็นหมุดหมายในการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมายว่าการแสดงออกใดจะถูกคุ้มครองภายใต้ความเป็นเสรีภาพในการแสดงออก หรือจะถูกจำกัดหรือลงโทษเพราะการแสดงออกนั้นไปละเมิดหรือกระทบต่อคุณค่าหรือประโยชน์สาธารณะอื่นที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครอง

ชนชั้นปัญญาชนและนักหนังสือพิมพ์ในเวลานั้น จนเกิดความขัดแย้งกันระหว่างชนชั้นอย่างรุนแรง รายละเอียดโปรดดู สุรเชษฐ์ สุขลากกิจ, ผัวเดียวเมียเดียว อาณานิคมครอบครวัในสยาม (กรุงเทพฯ: มติชน, 2561), หน้า 45.

นอกจากนั้น นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ได้เริ่มมีการบัญญัติ “หลักการไม่เลือกปฏิบัติ” (Non-discrimination) บนพื้นฐานของคุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ที่แสดงความเป็นกลุ่มบางประการอย่างชัดแจ้ง เช่น ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ เป็นต้น โดยรัฐสามารถกำหนดมาตรการบางอย่างเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นได้ อันเป็นบทบัญญัติที่ขยายความเพิ่มเติมจากหลักความเสมอภาคของบุคคล (ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ)

อนึ่ง ในกรณีของการใช้ประทุษวาจาซึ่งเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นจริงในประเทศไทย กลับยังไม่มี ความชัดเจนเกี่ยวกับขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายภายในว่าจะสามารถใช้ได้หรือไม่ อย่างไร และในขอบเขตอย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญจะสามารถเป็นหมุดหมายในการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาได้หรือไม่ อย่างไรก็ตาม หลังการรัฐประหารของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 ได้มีการดำเนินกระบวนการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยมีการจัดตั้งคณะผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาสองคณะตามลำดับเวลา ซึ่งพบว่ามีความพยายามในการบรรจุประเด็นของการจำกัดการใช้ประทุษวาจาลงไปในเนื้อหาของรัฐธรรมนูญอย่างมีนัยสำคัญ โดยเฉพาะ “ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับเสนอสถาปนิกรูปแห่งชาติเพื่อลงมติ)” ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับเสนอสถาปนิกรูปแห่งชาติเพื่อลงมติ)⁴⁰⁷ เป็นร่างรัฐธรรมนูญที่ยกร่างขึ้นโดย “คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ” (กยร.) ประกอบด้วยสมาชิก 36 คน ซึ่งมี ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธานคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557⁴⁰⁸ อย่างไรก็ดีตาม

⁴⁰⁷ คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ, “ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับเสนอสถาปนิกรูปแห่งชาติเพื่อลงมติ)” [ออนไลน์], แหล่งที่มา

https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution/ewt_dl_link.php?nid=633&fbclid=IwAR1sLSmiH5hkeXoYoUhd73nAV1QFIsD-7L4WFag2OCl9mxYg39ALYoJj_U.

⁴⁰⁸ ตามที่คณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ได้ยึดอำนาจการปกครองประเทศ เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 และได้ประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยให้คงใช้บังคับอยู่เฉพาะหมวด 2 พระมหากษัตริย์ต่อมาได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มีบทบัญญัติส่วนหนึ่งเกี่ยวกับการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่วางกติกาการเมืองให้รัดกุม เหมาะสม ป้องกันและปราบปรามการทุจริต สามารถตรวจสอบการใช้

สภาปฏิรูปแห่งชาติ (สปช.) ได้ลงมติไม่รับร่างรัฐธรรมนูญฯ ฉบับนี้ เมื่อวันที่ 6 กันยายน พ.ศ. 2558 ส่งผลให้ร่างรัฐธรรมนูญฯ ตกไปและคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญและสภาปฏิรูปแห่งชาติสิ้นสุดลง แม้กระนั้นก็ดี ร่างรัฐธรรมนูญฯ ดังกล่าวกลับมีประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับการจำกัดการใช้ประทุษวาทตามกฎหมาย ดังจะได้อธิบายต่อไป

ร่างรัฐธรรมนูญฯ ข้างต้นมีเจตนารมณ์หลักในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฯ ว่า “สร้างพลเมืองให้เป็นใหญ่ การเมืองใสสะอาดและสมดุล หนุนสังคมที่เป็นธรรม นำชาติสู่สันติสุข” จนได้รับการขนานนามว่า “รัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูป” โดยได้จัดวางบทบัญญัติในภาคหมวด และส่วนต่าง ๆ ให้เชื่อมโยงและหนุนเสริมต่อกัน เพื่อให้เกิดความเข้าใจทุกฝ่าย ทั้งหมด 285 มาตรา โดยในหัวข้อสำคัญคือการ “นำชาติสู่สันติสุข” นั่นคือการมุ่งคลี่คลายปมปัญหาในอดีต สร้างความเข้าใจสาเหตุของปัญหาความขัดแย้งร่วมกัน และมีมาตรการป้องกันมิให้ความขัดแย้งรุนแรงเกิดขึ้นซ้ำในอนาคต สร้างรากฐานของสังคมประชาธิปไตยที่อยู่บนฐานการยอมรับในความหลากหลายและการใช้สันติวิธี โดยเฉพาะการให้พลเมืองมีพื้นที่ทางการเมืองและเสรีภาพในทางวิชาการที่มาพร้อมด้วยความรับผิดชอบ ปราศจากการยุยงให้เกิดความเกลียดชัง และการกระทำที่ละเมิดกฎหมาย⁴⁰⁹ ซึ่งพบว่าเริ่มปรากฏแนวคิดมูลฐานเกี่ยวกับการมุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาทจาในระดับหนึ่ง

ทั้งนี้ ในการประชุมคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 31 วันพุธที่ 14 มกราคม 2558⁴¹⁰ ที่ประชุมคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญได้พิจารณาร่างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตราในส่วนที่ 2 สิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตอนที่ 2 สิทธิมนุษยชน และตอนที่ 3 สิทธิพลเมือง ซึ่งในตอนที่ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองนั้น คณะอนุกรรมการยกร่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเบื้องต้นในคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญได้มีการเขียนประเด็นที่ยังไม่ได้มีบรรจุในรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านมาเพิ่มไว้ด้วย โดยเฉพาะประเด็นของประทุษวาท ซึ่งคณะอนุกรรมการฯ ให้นิยามว่าเป็น “คำพูดของกลุ่มบุคคลอันนำไปสู่การเลือกปฏิบัติให้เกลียดชังกัน” และได้เขียนใส่ไว้ในมาตราที่มุ่งคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกในลักษณะของข้อจำกัดสิทธิ โดยใช้

อำนาจรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวดเร็วและเป็นธรรม ซึ่งเป็นภารกิจสำคัญที่จะต้องมีการเตรียมการเพื่อให้มีรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดสำหรับการวางกติกาทางการเมืองการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุขให้เหมาะสมกับสภาพสังคมไทย โดยกำหนดให้มีคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นคณะหนึ่ง มีหน้าที่ในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแล้วเสนอเพื่อให้สภาปฏิรูปแห่งชาติพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนประกาศใช้บังคับต่อไป

⁴⁰⁹ สำนักข่าวอิศรา, "ชี้แกนนำ สปช. ทั้ง “ตุ-ตัน-ก๊-แรมโบ๊” ฟวง “แม้ว” ปราศรัยช่วยรุนแรง มีโทษอาญา” [ออนไลน์].

⁴¹⁰ บันทึกการประชุมคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 31 วันพุธที่ 14 มกราคม 2558.

ถ้อยคำว่า “...เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเกลียดชังกันระหว่างคนในชาติหรือศาสนา หรือการใช้ความรุนแรงระหว่างกัน” ซึ่งหลังจากที่ประชุมคณะกรรมการฯ พิจารณาแล้วเห็นชอบในเบื้องต้นที่จะใส่ประเด็นดังกล่าวไว้ในร่างรัฐธรรมนูญ เนื่องจากประเด็นของประชาชนจากนั้นสอดคล้องกับกติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ข้อ 20 (2) โดยปรากฏถ้อยความว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเผยแพร่ความคิดเห็นของตนได้อย่างเสรี โดยไม่สามารถจำกัดเสรีภาพได้ เว้นแต่เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง ข้อมูลส่วนบุคคล รวมถึงสิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ป้องกันไม่ให้เกิดความเกลียดชังระหว่างคนในชาติหรือศาสนา หรือการใช้ความรุนแรงระหว่างกัน”

อย่างไรก็ตามในเวลาต่อมา ข้อความเกี่ยวกับประชาชนในฐานะของข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกได้ถูกตัดออกไปเนื่องด้วยสาเหตุหลายประการ และได้ถูกนำไปบัญญัติใหม่ในหมวด 2 ประชาชน ส่วนที่ 1 ความเป็นพลเมืองและหน้าที่ของชนชาวไทย มาตรา 27 (2) แทน ในลักษณะของสำนึกและพฤติกรรมที่ประชาชนชาวไทยพึงปฏิบัติเพื่อก้าวไปสู่ความเป็นพลเมือง ซึ่งรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องส่งเสริมความเป็นพลเมืองดังกล่าวด้วย⁴¹¹

กล่าวได้ว่าร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นปฐมบทของความพยายามที่จะนำประชาชนจากเข้าสู่ระบบกฎหมายของไทย โดยเฉพาะการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ อย่างที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน แม้ว่าถ้อยความในบทบัญญัติข้างต้นจะเป็นเพียงสิ่งที่ประชาชนชาวไทย “พึง” กระทำหรือปฏิบัติในฐานะของการเป็นพลเมืองเท่านั้น เปรียบเสมือนเส้นชัยในอุดมคติที่รัฐจะต้องส่งเสริมให้ประชาชนก้าวไปถึงจุดนั้นให้จงได้ แต่ก็นับว่าเป็นหมุดหมายสำคัญของการเน้นย้ำและบ่งชี้ปัญหาของการใช้ประชาชนจากในสังคมไทยว่าอยู่ระดับวิกฤติมากพอที่จะต้องใช้มาตรการทางกฎหมายในการแก้ไขปัญหาแล้ว ซึ่งปฏิเสธมิได้ว่าแนวทางการบัญญัติประเด็นเกี่ยวกับประชาชนจากใน

⁴¹¹ “มาตรา 27 ประชาชนชาวไทยพึงมีสำนึกและพฤติกรรม รวมทั้งได้รับการส่งเสริมให้เป็นพลเมือง ดังนี้

...

(2) ไม่กระทำการใดที่ทำให้เกิดความเกลียดชังกันระหว่างกลุ่มคนในชาติหรือศาสนา หรือไม่ช่วยเหลือให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรงระหว่างกัน”

...”

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ปูทางไปสู่การบัญญัติประเด็นเกี่ยวกับประมุขวาจาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ด้วย ดังจะได้ศึกษาในหัวข้อถัดไป

4.3.2 ขอบเขตการใช้ประมุขวาจาตามรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับที่ 20 อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ยกร่างขึ้นโดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (กรธ.) ในเดือนตุลาคม พ.ศ. 2558 ประกอบด้วยสมาชิก 21 คน ซึ่งมี **นายมีชัย ฤชุพันธุ์** เป็นประธานคณะกรรมการฯ ผ่านการลงประชามติเมื่อวันที่ 17 สิงหาคม พ.ศ. 2559 และพระบาทสมเด็จพระวชิรเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงลงพระปรมาภิไธยในร่างรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 6 เมษายน พ.ศ. 2560 ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้รับการขนานนามว่าเป็น **“รัฐธรรมนูญฉบับปราบโกง”**

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ มีทั้งหมด 279 มาตรา ประกอบไปด้วย 16 หมวด ได้แก่ หมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย หมวด 4 หน้าที่ของปวงชนชาวไทย หมวด 5 หน้าที่ของปวงชนชาวไทย หมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ หมวด 7 รัฐสภา หมวด 8 คณะรัฐมนตรี หมวด 9 การขัดกันแห่งผลประโยชน์ หมวด 10 ศาล หมวด 11 ศาลรัฐธรรมนูญ หมวด 12 องค์การอิสระ หมวด 13 องค์การอัยการ หมวด 14 การปกครองส่วนท้องถิ่น หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และหมวด 16 การปฏิรูปประเทศ รวมถึงบทเฉพาะกาล

ประเด็นสำคัญที่พึงพิจารณาคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดขอบเขตการใช้ประมุขวาจาเอาไว้ในระดับของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายลำดับศักดิ์สูงสุดของประเทศหรือไม่ อย่างไร โดยแบ่งการศึกษาออกเป็นการศึกษา “เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประมุขวาจาในภาพรวม” และ “เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประมุขวาจารายมาตรา” ดังจะได้อธิบายต่อไปตามลำดับ

4.3.2.1 เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประมุขวาจาในภาพรวม

การศึกษาเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประมุขวาจาในภาพรวม จำเป็นต้องพิจารณาจากความมุ่งหมายของ “กรอบการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” “คำปรารภของรัฐธรรมนูญ” และ “บันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ” เป็นหลัก ดังนี้

4.3.2.1.1 กรอบการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.

2560⁴¹²

กรอบการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญประกอบด้วย 2 กรอบ ได้แก่

กรอบที่ 1 กรอบตามมาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งได้กำหนดให้คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญต้องจัดทำร่างรัฐธรรมนูญให้ครอบคลุมเรื่องดังต่อไปนี้ ซึ่งมีทั้งหมด 10 ข้อ เช่น การรับรองความเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียวจะแบ่งแยกไม่ได้ การให้มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขที่เหมาะสมกับสภาพสังคมของไทย กลไกที่มีประสิทธิภาพในการส่งเสริมความเข้มแข็งของหลักนิติธรรม และการส่งเสริม คุณธรรม จริยธรรม และธรรมาภิบาลในทุกภาคส่วนและทุกระดับ เป็นต้น

กรอบที่ 2 กรอบตามความมุ่งหมายของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ⁴¹³ ซึ่งได้กำหนดให้คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญต้องจัดทำร่างรัฐธรรมนูญให้ครอบคลุมเรื่องดังต่อไปนี้ ซึ่งมีทั้งหมด 5 ข้อ เช่น ให้เป็นที่ยอมรับนับถือของสากล และต้องสอดคล้องกับสภาพปัญหา ประเพณี วัฒนธรรม และวิถีชีวิตของประเทศไทยและคนไทย ให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการปฏิรูปและสร้างความปรองดองให้เกิดขึ้นให้ได้ การสร้างกลไกที่มีประสิทธิภาพเพื่อให้เกิดการมีส่วนร่วมของประชาชนในอันที่จะปกป้องผลประโยชน์ของประเทศ และร่วมกันรับรู้และรับผิดชอบต่อความเจริญและการพัฒนาประเทศและ สังคมโดยรวม เป็นต้น

เมื่อพิจารณากรอบการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทั้ง 2 กรอบข้างต้น พบว่าไม่ปรากฏความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ในการรับรองหรือประกันสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงออกในประเด็นของประทุษวาจา

⁴¹² คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, "กรอบการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ" [ออนไลน์], แหล่งที่มา

https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/download/article/article_20180517154737.pdf.

⁴¹³ พนารัตน์ มาศฉมาดล, "คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2560" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=%E0%B8%84%E0%B8%93%E0%B8%B0%E0%B8%81%E0%B8%A3%E0%B8%A3%E0%B8%A1%E0%B8%81%E0%B8%B2%2560>.

อย่างชัดเจนแต่อย่างไรก็ตาม ในกรอบตามความมุ่งหมายของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ข้อ 2 ได้กำหนดกรอบให้คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญต้องยกร่างรัฐธรรมนูญ **“ให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการปฏิรูปและสร้างความปรองดองให้เกิดขึ้นให้ได้”** ซึ่ง “กลไกที่มีประสิทธิภาพ” ใน “การสร้างความปรองดอง” นั้นอาจตีความอย่างกว้างให้หมายความรวมถึงการกำหนดขอบเขตการใช้ประมุขจากตามกฎหมายได้ เนื่องจากประมุขจากในระดับความรุนแรงมากย่อมอาจ ทำลายความปรองดองของผู้คนในสังคม ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทก่อนหน้า การกำหนดขอบเขตการใช้ประมุขจากตามรัฐธรรมนูญในภาพรวม (ซึ่งรวมถึงการกำหนดขอบเขตในกฎหมายลำดับรองลงไป) จึงอาจนับว่าเป็นกลไกที่มีประสิทธิภาพในการสร้างความปรองดองให้เกิดขึ้นได้ในระดับหนึ่ง⁴¹⁴

4.3.2.1.2 คำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เมื่อพิจารณาคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 จะพบถึงเจตนารมณ์ของการมุ่งประกัน คุ้มครองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยไว้อย่างกว้างๆ โดยไม่ได้ระบุถึงสิทธิเสรีภาพประเภทใดเป็นการเฉพาะ ดังนี้ *“...คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญเพื่อใช้เป็นหลักในการปกครอง และเป็นแนวทางในการจัดทำกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น...การรับรอง ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทยให้ชัดเจนและครอบคลุมอย่างกว้างขวางยิ่งขึ้น โดยถือว่าการมีสิทธิเสรีภาพเป็นหลัก การจำกัดตัดสิทธิเสรีภาพเป็นข้อยกเว้น แต่การใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เพื่อคุ้มครองส่วนรวม...”*

ข้อความของคำปรารภข้างต้นแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีเจตนารมณ์ 2 ประการ คือ ประการแรก มุ่งประกันสิทธิเสรีภาพที่เคยได้รับการประสิทธิอยู่เดิมในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า และประการที่สอง มุ่งกำหนดการประกันสิทธิเสรีภาพที่ “ครอบคลุมกว้างขวางมากยิ่งขึ้น” กว่าเดิมรวมถึงมุ่งให้การประกันสิทธิเสรีภาพมี “ความชัดเจน” ไม่คลุมเครือด้วย ทั้งนี้ คำปรารภยังได้เน้นย้ำถึงหลักการสำคัญของการประกันสิทธิเสรีภาพที่สืบสวามาจากหลักนิติรัฐ/นิติธรรม

⁴¹⁴ อย่างไรก็ดี หากกำหนดขอบเขตการใช้ประมุขจากตามกฎหมายเกินความได้สัดส่วน หรือเกินความพอสมควรแก่เหตุย่อมอาจกลายเป็น “กลไก” ที่ “ทำลายความปรองดอง” ได้เช่นกัน ดังที่ได้ศึกษามาแล้วในบทก่อนหน้า และจะได้กล่าวถึงต่อไปในบทวิเคราะห์

และหลักรัฐธรรมนูญนิยม ได้แก่ “การมีสิทธิเสรีภาพเป็นหลัก” และ “การจำกัดตัดสิทธิเป็นข้อยกเว้น” โดย “การใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เพื่อคุ้มครองส่วนรวม” หรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือกล่าวในทางกลับกันย่อมหมายถึงว่าหากรัฐประสงค์จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็จำเป็นต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เพื่อคุ้มครองส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะด้วยเช่นกันซึ่งสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนที่ว่า “รัฐไม่สามารถกระทำการใด ๆ ได้ หากปราศจากกฎหมายให้อำนาจไว้”

นอกจากนั้น คำปรารภยังได้กล่าวถึงการกำหนดกลไกและมาตรการที่มีประสิทธิภาพในการแก้ไขวิกฤติการณ์ของประเทศ การปฏิรูปประเทศในมิติต่าง ๆ รวมตลอดถึงการมุ่งลดความขัดแย้งเพื่อสร้างความสามัคคีและปรองดองของผู้คนในสังคมด้วย ดังนี้ “...และการกำหนดมาตรการป้องกันและบริหารจัดการวิกฤติการณ์ของประเทศให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น...ทั้งยังสร้างกลไกในการปฏิรูปประเทศในด้านต่าง ๆ ที่สำคัญและจำเป็นอย่างร่วมมือร่วมใจกัน รวมตลอดทั้งการลดเงื่อนไขความขัดแย้งเพื่อให้ประเทศมีความสงบสุขบนพื้นฐานของ ความรักสามัคคีปรองดอง...”

ข้อความของคำปรารภข้างต้นสะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์สำคัญของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ คือการมุ่ง “ป้องกันและบริหารจัดการวิกฤติการณ์ของประเทศ” “การปฏิรูปประเทศในด้านต่าง ๆ” และ “การลดเงื่อนไขความขัดแย้ง” เพื่อ “ความรักสามัคคีปรองดอง” ของผู้คนในสังคมผ่านการกำหนด “มาตรการ” และ “กลไก” ที่สำคัญและจำเป็น ด้วยเหตุนี้ จึงกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้ถูกยกร่างขึ้นเพื่อตอบโจทย์และตอบสนองต่อวิกฤติการณ์ความขัดแย้งของประเทศที่ผ่านมาเป็นหลัก ซึ่งย่อมรวมถึงปัญหาการใช้ประทุษวาจาอย่างเข้มข้นและแพร่หลายในสังคมไทยอันเป็นปัจจัยหนึ่งที่น่าไปสู่ความขัดแย้งด้วย อย่างไรก็ตาม ในกรณีของมาตรการและกลไกที่สำคัญและจำเป็นจะเป็นมาตรการและกลไกในรูปลักษณะใดนั้น คำปรารภมิได้ระบุไว้ชัดเจนแต่อย่างใด

ท้ายที่สุด คำปรารภได้ระบุว่าการจะบรรลุเจตนารมณ์และความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญที่กล่าวมาข้างต้นได้นั้นจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างภาครัฐกับภาคประชาสังคมตามแนวทางประชารัฐภายใต้หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ดังนี้ “...การจะดำเนินการในเรื่องเหล่านี้ให้ลุล่วงไปได้จำเป็นต้องอาศัย ความร่วมมือระหว่างประชาชนทุกภาคส่วน กับหน่วยงานทั้งหลายของรัฐตามแนวทาง ประชารัฐภายใต้กฎเกณฑ์ตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและประเพณีการ

ปกครองที่เหมาะสมกับสถานการณ์และลักษณะสังคมไทย หลักความสุจริต หลักสิทธิมนุษยชน และหลักธรรมาภิบาล...”

ข้อความของคำปรารภดังกล่าว สามารถตีความได้ว่าในกรณีของการกำหนดมาตรการและกลไกในการแก้ไขปัญหาวิกฤติการณ์และความขัดแย้งในสังคมนั้นต้อง “อาศัยความร่วมมือระหว่างประชาชนทุกภาคส่วนกับหน่วยงานทั้งหลายของรัฐ” ภายใต้แนวทางและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ไม่ใช่ให้รัฐเป็นผู้ริเริ่มดำเนินการเองแต่เพียงฝ่ายเดียว อย่างไรก็ตามในข้อความส่วนท้ายของคำปรารภที่ยกมาข้างต้นก็อาจทำให้เกิดข้อสงสัยขึ้นหลายประการ ทั้งนิยามของคำว่า “ประชารัฐ” และนิยามของ “หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและประเพณีการปกครองที่เหมาะสมกับสถานการณ์และลักษณะสังคมไทย” ว่ามีลักษณะอย่างไร สอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตยสากลมากน้อยเพียงใด ตลอดจนการระบุถึง “หลักความสุจริต” “หลักสิทธิมนุษยชน” และ “หลักธรรมาภิบาล” ซึ่งยังมีลักษณะเป็นการเขียนที่สะเปะสะปะ และทำให้เกิดความสับสนว่ามีความเชื่อมโยงสัมพันธ์กันอย่างไรด้วย

4.3.2.1.3 บันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ

สืบเนื่องจาก การประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 55 วันจันทร์ที่ 4 มกราคม 2559⁴¹⁵ “คณะกรรมการศึกษาประเด็นปัญหาการสร้างความปลอดภัย” ซึ่งได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญให้มานำเสนอสรุปรายงานการศึกษาเฉพาะกรณีได้อธิบายถึงสถานการณ์ความขัดแย้งสำคัญของสังคมไทยต่อคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ โดยแบ่งออกเป็น 4 ช่วง⁴¹⁶ ซึ่งมีช่วงระยะเวลาเริ่มต้นตั้งแต่ปี 2547 จนถึงปี 2557 ทั้งนี้ ประเด็นหลักของ

⁴¹⁵ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, "บันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 55", (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2559).

⁴¹⁶ สถานการณ์ความขัดแย้งทั้ง 4 ช่วง ประกอบด้วย **ช่วงที่ 1** ปี 2547 – 2549 ความขัดแย้งระหว่างกลุ่มพันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตย (พธม.) ที่ออกมาชุมนุมขับไล่รัฐบาลพันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร **ช่วงที่ 2** ปี 2551 รัฐบาลนายสมชาย วงศ์สวัสดิ์ ใช้กำลังเข้าสลายการชุมนุมของกลุ่มพันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตย (พธม.) **ช่วงที่ 3** ปี 2552 – 2553 แนวร่วมประชาชนเพื่อประชาธิปไตย (นปช.) รวมตัวกันเคลื่อนไหวต่อต้านรัฐบาลนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ และ **ช่วงที่ 4** ปี 2556 – 2557 คณะกรรมการประชาชนเพื่อการเปลี่ยนแปลงประเทศไทยให้เป็นประชาธิปไตยที่สมบูรณ์อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (กปปส.) ชุมนุมขับไล่รัฐบาลนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร อย่างไรก็ตามในทัศนะของผู้เขียน เป็นที่น่าสังเกตว่าการสรุปสาระสำคัญสถานการณ์ความขัดแย้งข้างต้นของคณะกรรมการฯ ให้น้ำหนักกับการชี้ให้เห็นว่าต้นตอของความขัดแย้งทั้งปวงมาจากฝ่ายของผู้สนับสนุนนายทักษิณ ชินวัตร เป็นหลัก โดยหลีกเลี่ยงที่จะกล่าวถึงพฤติกรรมบางอย่างของฝ่ายที่ต่อต้านนาย

ความขัดแย้งมาจากสาเหตุหลายประการ ดังนี้ (1) การทุจริตคอร์รัปชันเป็นต้นตอของความขัดแย้ง (2) สื่อมีบทบาทสำคัญในการขยายความขัดแย้ง (3) ความแตกต่างในระดับการศึกษาและรายได้ (4) กระบวนการยุติธรรมขั้นต้นมีส่วนสร้างความขัดแย้ง และ (5) ประชาชนยังขาดความรู้ความเข้าใจในการแยกแยะปัญหา

จากสาเหตุของความขัดแย้งข้างต้น คณะอนุกรรมการฯ สรุปว่าเป็นสาเหตุหลักที่นำไปสู่ความขัดแย้งอย่างรุนแรงจนก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศ และเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความรุนแรงเช่นนี้อีก คณะอนุกรรมการฯ จึงมีข้อเสนอแนะหลายประการ ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่าในบรรดาข้อเสนอเหล่านั้น ได้มีการตั้งข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหาการใช้ประทุษวาจาไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ “ต้องหาทางยุติการโฆษณาใส่ร้ายซึ่งกันและกัน โดยเฉพาะคำพูดที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังกัน (hate speech) เพื่อไม่ให้มีการเพิ่มอารมณ์ความเกลียดชังต่อกันมากขึ้นไปอีก” นอกจากนี้ยังเสนอว่า “การปรองดองอย่างยั่งยืน ต้องให้ความรู้ความเข้าใจแก่ประชาชนเรื่องระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริง การใช้สิทธิเสรีภาพตามกฎหมายที่ไม่กระทบต่อความมั่นคงของประเทศ และความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น ไม่ใช้ความรุนแรงในการชุมนุมไม่ว่าในรูปแบบใด” ทั้งนี้ ในที่ประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้มีผู้แสดงความคิดเห็นว่า “สิ่งที่ทำให้ปัญหาความขัดแย้งขยายตัวมากขึ้นคือการให้ข้อมูลที่เป็นเท็จ บิดเบือนความจริง และสร้างวาทกรรมที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังกัน (hate speech) ทั้งนี้ ข้อขัดแย้งทางการเมืองของประเทศไทยมีความแตกต่างจากกรณีศึกษาในต่างประเทศ ดังนั้น การนำวิธีแก้ปัญหามาปรับใช้กับบริบทของสังคมไทยอาจไม่สามารถแก้ปัญหาได้ โดยเสรีภาพในการชุมนุมหรือเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย ไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น”

โดยสรุป กล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญฯ ฉบับปัจจุบันมีเจตนารมณ์โดยภาพรวมที่จะมุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย ทั้งโดยนัยจากกรอบกรอบการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฯ ทั้ง 2 กรอบ และคำปรารภของรัฐธรรมนูญฯ และโดยชัดแจ้งจากบันทึกการประชุมของคณะกรรมการร่าง

ทักษิณ ชินวัตร ไปอย่างมีนัยสำคัญ ทั้ง ๆ ที่ปฏิเสธไม่ได้ว่ากลุ่มคนเหล่านี้ก็มีส่วนร่วมในการสร้างความขัดแย้งอย่างรุนแรงในสังคมเช่นกัน เช่น พฤติการณ์การบุกยึดทำเนียบรัฐบาลของฝ่าย พทม. หรือพฤติการณ์การปิดล้อมคูหาเลือกตั้งและการใช้กำลังปิดกั้นไม่ให้ประชาชนบางส่วนไปใช้สิทธิเลือกตั้งได้ของฝ่าย กปปส. เป็นต้น นอกจากนี้ยังรวมถึงการไม่กล่าวถึงสถาน การณ์การล้อมปราบกลุ่มผู้ชุมนุม นปช. โดยรัฐบาล เมื่อเดือนพฤษภาคม 2553 ซึ่งมีการใช้กระสุนจริงเกิดขึ้น ทำให้มีผู้ชุมนุมเสียชีวิตจำนวนมาก และนับว่าเป็นบาดแผลแห่งความขัดแย้งที่ทุกวันนี้ยังคงไม่จางหายไปด้วย

รัฐธรรมนูญฯ ที่มีการระบุไว้อย่างชัดเจนว่าประมุขวาทาเป็นสาเหตุสำคัญประการหนึ่งของ “ความขัดแย้ง” ราวลึกในสังคมไทย และจำเป็นต้องหาทางยุติให้จงได้เพื่อนำไปสู่การสร้าง “ความปรองดองอย่างยั่งยืน” ในอนาคต

4.3.2.2 เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประมุขวาทาตามรัฐธรรมนูญ

เมื่อทราบเจตนารมณ์โดยภาพรวมของขอบเขตการใช้ประมุขวาทาตามรัฐธรรมนูญ จำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องแยกพิจารณาเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญรายมาตราที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประมุขวาทา ซึ่งกระจายอยู่ในหมวดต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย หมวด 4 หน้าที่ของปวงชนชาวไทย หมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ และหมวด 16 การปฏิรูปประเทศ ดังนี้

4.3.2.2.1 หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย

ในเบื้องต้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองขอบเขตการใช้ “เสรีภาพทั่วไป” เอาไว้ในมาตรา 25 วรรคแรก⁴¹⁷ บัญญัติรับรองขอบเขตการใช้ “เสรีภาพเฉพาะเรื่อง” ไว้ในมาตรา 27 ถึง มาตรา 48 และบัญญัติเงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดเสรีภาพในมาตรา 26 โดยมีมาตราพึงพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประมุขวาทาทั้งหมด มาตราด้วยกัน ได้แก่ ประเด็นของการบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคและหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ตามมาตรา 27 เสรีภาพในการแสดงออก ตามมาตรา 34 และหลักความได้สัดส่วนตามมาตรา 26 โดยจะได้อธิบายต่อไปตามลำดับ

มาตรา 27 บัญญัติว่า

*“มาตรา ๒๗ บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน
ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน*

⁴¹⁷ “มาตรา ๒๕ สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำเช่นนั้นได้ และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ตรีบทเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นนั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น”

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าจะด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่า เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

...

คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบของมาตรานี้ไว้ดังนี้⁴¹⁸

ความมุ่งหมาย เพื่อกำหนดหลักแห่งความเสมอภาคของบุคคล และห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

คำอธิบายประกอบ บทบัญญัติลักษณะนี้ได้บัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 (มาตรา 12) ว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย ต่อมาภายหลังในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 (มาตรา 28) ได้มีการเพิ่มความตามวรรคสองว่า ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน ส่วนความในวรรคอื่น ๆ นั้นได้มีการบัญญัติเพิ่มขึ้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (มาตรา 30 และมาตรา 64) และได้บัญญัติในทำนองเดียวกันไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (มาตรา 30 และมาตรา 31)

สำหรับประเทศไทยนั้น หลักความเสมอภาคของบุคคลได้มีการบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญนี้ เนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย เนื่องจากระบบศักดินาก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันทั้งในเรื่องสิทธิหรือความรับผิดชอบ แม้กระทั่งการรับโทษยังแตกต่างและไม่เท่าเทียมกัน ดังนั้น ความจำเป็นที่ต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 จึงมีสาเหตุเพื่อล้าง

⁴¹⁸ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ (กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562), หน้า 41-42.

ความเชื่อเดิมเกี่ยวกับระบบการแบ่งชนชั้น ซึ่งแม้ในมหากฎบัตรแม็กนาคาร์ต้า (Magna Carta) ก็ได้มีการเขียนคำประกาศยืนยันการให้ความคุ้มครองของรัฐต่อเสรีชนที่จะต้องได้รับความเป็นธรรมตามกฎหมาย ภายใต้กระบวนการยุติธรรมซึ่งกลายมาเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่ง ของระบอบประชาธิปไตยในยุคหลัง ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ เช่น เยอรมนี สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น อินเดีย ก็ได้มีการบัญญัติรับรองความเท่าเทียมกันของบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญเช่นกัน

นอกจากนี้ยังได้บัญญัติเพื่อรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลว่า ไม่ว่าชายหรือหญิงย่อมมีความเท่าเทียมกัน จะเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลใด ๆ ไม่ได้ แต่กรณีมาตรการที่กำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรค หรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้ เช่นเดียวกับบุคคลอื่นนั้น ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

“เสรีภาพในการแสดงออก” ของบุคคล ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 34 ซึ่งบัญญัติว่า

“**มาตรา ๓๔** บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน

เสรีภาพทางวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่การใช้เสรีภาพนั้นต้องไม่ขัดต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องเคารพและไม่ปิดกั้นความเห็นต่างของบุคคลอื่น”

ทั้งนี้ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญฯ ได้กำหนดความมุ่งหมาย และให้คำอธิบายประกอบไว้ดังนี้⁴¹⁹

ความมุ่งหมาย เพื่อคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยวิธีการใด ๆ ของบุคคลและเสรีภาพทางวิชาการ พร้อมทั้งกำหนดเงื่อนไขที่เป็นข้อยกเว้น

คำอธิบายประกอบ ประกอบด้วย 2 ประการ ดังนี้

⁴¹⁹ เพิ่งอ้าง, หน้า 49-50.

ประการแรก บทบัญญัติลักษณะนี้ได้บัญญัติเป็นครั้งแรกไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 (มาตรา 14) ซึ่งจะกล่าวเฉพาะเสรีภาพในการพูด การเขียน การโฆษณา เท่านั้น ต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 (มาตรา 39) ได้บัญญัติเพิ่มเรื่องการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และได้บัญญัติในทำนองเดียวกันไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ โดยหลักการคุ้มครองเสรีภาพตามมาตรานี้เป็นการรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน เสรีภาพนี้เป็นที่ยอมรับนับถือว่าเป็นสิ่งสำคัญ มีคุณค่าในระดับสากล มีบัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR) อย่างไรก็ตาม สิทธิในการแสดงความคิดเห็นนี้ หากมีการแสดงความคิดเห็นไปกระทบสิทธิบุคคลอื่น และทำให้บุคคลอื่นเสียหายย่อมมีความรับผิดชอบในทางแพ่งหรือทางอาญาแล้วแต่กรณี นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติข้อจำกัดการใช้เสรีภาพของบุคคลบางประการ คือ **กฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงของรัฐ การคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน** ทั้งนี้ ในกรณีการป้องกันสุขภาพของประชาชนนั้น หมายรวมถึงในกรณีที่รัฐจำเป็นต้องตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิบางเรื่อง เช่น การห้ามไม่ให้มีการโฆษณาขายบุหรี่ และเหล้า เป็นต้น ซึ่งถือว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพตามความในมาตรานี้ ย่อมสามารถกระทำได้

ประการที่สอง การคุ้มครองเสรีภาพในวิชาการ (Academic Freedom) ได้บัญญัติเป็นครั้งแรกไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 (มาตรา 42) และได้บัญญัติในทำนองเดียวกันไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้เพิ่มหลักการใหม่ในเรื่องการคุ้มครองการใช้เสรีภาพทางวิชาการว่าต้องเคารพและไม่ปิดกั้นความเห็นต่างของบุคคลอื่น เสรีภาพทางวิชาการนั้นเป็นเสรีภาพที่สำคัญประการหนึ่งในระบอบประชาธิปไตย โดยบุคคลที่จะได้รับการคุ้มครองนั้น ต้องเป็นพนักงานทางวิชาการที่อยู่บนพื้นฐานหลักวิชาการอย่างถูกต้อง มีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นด้วย วิธีการต่าง ๆ เกี่ยวกับการเรียนการสอน การวิจัย การค้นคว้า หรือการเสนอองค์ความรู้ใหม่ ๆ ซึ่งการใช้ เสรีภาพนั้นอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าต้องไม่ขัดต่อหน้าที่หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องเคารพ และไม่ปิดกั้นความเห็นที่แตกต่างของบุคคลอื่นด้วย

เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของสาระของบทบัญญัติ ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบของมาตรา 34 ข้างต้น การรับรองเสรีภาพในการแสดงออกโดยทั่วไปได้ถูกบัญญัติรับรองในมาตรา 34 วรรคแรก ในขณะที่ “เสรีภาพทางวิชาการ” ซึ่งเป็นเสรีภาพในการแสดงออกเฉพาะเรื่องถูกบัญญัติรับรองในมาตรา 34 วรรคสอง อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเสรีภาพทางวิชาการเป็นสิทธิเสรีภาพที่มีลักษณะเฉพาะตัวและมีพรมแดนการศึกษาเป็นของตนเอง สมควรแยกศึกษาเป็นอีกหนึ่งเรื่องแยกจากเสรีภาพในการแสดงออกโดยทั่วไป จึงไม่อยู่ในขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ทั้งนี้ จากการศึกษาจะพบว่ามาตรา 34 วรรคแรก ไม่ได้ระบุถึงเจตนารมณ์ในการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามรัฐธรรมนูญไว้แต่อย่างใดทั้งโดยตรงและโดยอ้อม โดยเฉพาะการกำหนดให้ประทุษวาจาเป็นเงื่อนไขหรือเหตุในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก อย่างไรก็ตามหากพิจารณา “ร่างเบื้องต้นของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560” ลงวันศุกร์ที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2559⁴²⁰ มาตรา 34 วรรคแรก กลับพบความพยายามที่จะบัญญัติให้ประทุษวาจาเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงออกอย่างชัดเจน กล่าวคือ “...เพื่อป้องกันมิให้เกิดความแตกหรือความเกลียดชังในสังคม” ซึ่งเมื่อศึกษาจากบันทึกการประชุมของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญหลายครั้ง จะพบความเป็นมาและเหตุผลของการบัญญัติถ้อยความเช่นนั้นในมาตรา 34 วรรคแรกของร่างเบื้องต้น รวมถึงเหตุผลในการตัดถ้อยความนั้นออกในท้ายที่สุดด้วย ดังนี้

- การประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 60 วันจันทร์ที่ 11 มกราคม 2559⁴²¹ ได้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตราตามลำดับ โดยขอให้ที่ประชุมพิจารณาเนื้อหาถ้อยคำของร่างมาตราต่างๆ ร่วมกัน ทั้งนี้ ในกรณีของเสรีภาพในการแสดงออกได้ยกร่างไว้ในบทบัญญัติมาตรา 34 ดังนี้

“มาตรา 34 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น และมีเสรีภาพทางวิชาการ

⁴²⁰ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ร่างเบื้องต้น) (กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2559), หน้า 35.

⁴²¹ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, "บันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 60", (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2559).

การจำกัดเสรีภาพเช่นว่านี้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อการรักษาความมั่นคงของชาติ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน หรือ เพื่อป้องกันมิให้เกิดความแตกแยกหรือเกลียดชังในสังคม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคสองเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน ต้องไม่มีลักษณะก่อให้เกิดความหวาดกลัวเกินความจริงหรือเกินสมควรแก่เหตุ”

ที่ประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้อภิปรายประเด็นถ้อยความเกี่ยวกับเหตุหรือเงื่อนไขการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกว่า “เพื่อป้องกันมิให้เกิดความแตกแยกหรือเกลียดชังในสังคม” ซึ่งที่ประชุมเคยมีความเห็นว่าควรบัญญัติเนื้อหาในลักษณะเชิงบวกมากกว่า อย่างไรก็ตามฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญกลับเห็นว่าควรใช้ถ้อยคำเดิมจะเหมาะสมกว่า เนื่องจากสอดคล้องกับถ้อยความในหมวด 4 หน้าทีปวงชนชาวไทยที่บัญญัติความไปในแนวทางเดียวกัน ซึ่งท้ายที่สุดที่ประชุมได้มีมติให้คงถ้อยความเดิมข้างต้นไว้ ทั้งนี้ ประธานกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้กล่าวเน้นย้ำความสำคัญของการกำหนดถ้อยความดังกล่าวไว้อย่างน่าสนใจว่าเป็น มาตรการในการสร้างความปรองดองรูปแบบหนึ่ง

ต่อมาได้มีการปรับแก้บทบัญญัติมาตรา 34 เล็กน้อย โดยยุบวรรคแรกกับวรรคสองเข้าด้วยกัน พร้อมกับตัดวรรคสามออก และนำประเด็นการรับรอง “เสรีภาพทางวิชาการ” เข้ามาบัญญัติไว้เป็นวรรคสองของมาตรานี้ ซึ่งถ้อยความที่ปรับแก้ทั้งหมดได้ปรากฏอยู่ใน “ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ร่างเบื้องต้น)” แล้วจึงนำร่างรัฐธรรมนูญไปรับฟังความคิดเห็นและข้อเสนอแนะจากภาคส่วนต่าง ๆ โดยบัญญัติว่า

“มาตรา ๓๔ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน หรือ เพื่อป้องกันมิให้เกิดความแตกแยกหรือความเกลียดชังในสังคม

เสรีภาพทางวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่การใช้เสรีภาพนั้นต้องไม่เป็นการขัดต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย หรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

• การประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 92 วันพฤหัสบดีที่ 25 กุมภาพันธ์ 2559⁴²² ที่ประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้พิจารณาความเห็นและข้อเสนอแนะของภาคส่วนต่าง ๆ ต่อร่างรัฐธรรมนูญ (ร่างเบื้องต้น) ในร่างมาตราต่าง ๆ ทั้งนี้ ในกรณีของร่างมาตรา 34 กรรมการร่างรัฐธรรมนูญท่านหนึ่งเสนอให้ทบทวนร่างมาตราดังกล่าว โดยเสนอให้ตัดข้อความตอนท้ายในวรรคแรกออก ความว่า “เพื่อป้องกันมิให้เกิดความแตกแยกหรือความเกลียดชังในสังคม” เนื่องจากสื่อมวลชนเกรงว่ารัฐอาจออกกฎหมายเพื่อแทรกแซงสื่อในการนำเสนอข่าวสารต่อสาธารณะได้โดยอ้างเหตุว่าเพื่อป้องกันมิให้เกิดความแตกแยกหรือเกลียดชังในสังคม ซึ่งประธานกรรมการร่างรัฐธรรมนูญเห็นควรให้ปรับแก้ความในตอนท้ายของร่างมาตรา 34 โดยเสนอให้ใช้ความว่า “เสริมสร้างให้เกิดความสามัคคีของคนในชาติ” แทน ดังนี้

“มาตรา ๓๔ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน หรือ เพื่อเสริมสร้างให้เกิดความสามัคคีของคนในชาติ

...”

• การประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 96 วันพุธที่ 2 มีนาคม 2559⁴²³ ได้มีการพิจารณาความเห็นต่อร่างรัฐธรรมนูญเบื้องต้น โดยในกรณีของมาตรา 34 ที่ได้มีการปรับแก้จากการประชุมครั้งที่ 92 นั้น ที่ประชุมได้อภิปรายถกเถียงว่ามีความ จำเป็นมากน้อยเพียงใดที่ต้องบัญญัติให้การ “เสริมสร้างให้เกิดความสามัคคีของคนในชาติ” เป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก ซึ่งมีทั้งฝ่ายที่เห็นว่าควรตัดถ้อยความนี้ออกกับทั้งที่เห็นว่าควรคงถ้อยความนี้ไว้ตามเดิมแต่อาจแก้ไขเพิ่มเติมเล็กน้อย ทั้งนี้ ฝ่ายที่เห็นว่าควรคงข้อความข้างต้นไว้ได้ให้เหตุผลโดยยกประเด็นความกังวลว่ารัฐจะฉวยใช้ช่องทางผ่านถ้อยความนี้ในการออกกฎหมายหรือ

⁴²² สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, "บันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 92", (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2559).

⁴²³ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, "บันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 96", (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2559).

กระทำการใด ๆ ที่มุ่งจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกจนเกินสมควร รวมถึงได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับเรื่อง ไม่กระทำการใดที่อาจก่อให้เกิดความเกลียดชังในสังคมแล้วในหมวด 4 หน้าที่ของปวงชนชาวไทย มาตรา 47 (10) แล้ว จึงไม่ควรคงถ้อยความนี้ไว้อีก นอกจากนี้ มีผู้แสดงความเห็นว่าหากเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกประการอื่นในมาตรานี้ครอบคลุมตามพันธกรณีระหว่างประเทศ เรื่องการป้องกันความเกลียดชังในสังคม และสามารถออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้ การตัดถ้อยความข้างต้นออก ก็ไม่น่าก่อให้เกิดผลกระทบใด ๆ ในขณะที่ฝ่ายที่เห็นว่าควรคงถ้อยความนี้ไว้ตามเดิมต่าง ให้เหตุผลในทิศทางเดียวกันว่าเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงการใช้ประทุษวาจาซึ่งอาจนำไปสู่ความเกลียดชัง และการใช้ความรุนแรงทางกายภาพ รวมทั้งเป็นสัญลักษณ์ให้ทราบว่าในห้วงเวลาของการยกร่าง รัฐธรรมนูญนี้ ประเทศไทยประสบปัญหาหรือวิกฤติได้อยู่ ในกรณีที่มีความกังวลเกี่ยวกับการออกกฎหมายหรือการกระทำการใด ๆ โดยรัฐ ที่จำกัดเสรีภาพในการแสดงออกโดยไม่ชอบหรือเกินกว่าเหตุ ประชาชนย่อมต้องมีการเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวเอง ซึ่งในที่สุดที่ประชุมได้มีมติให้ตัดถ้อยความ “เพื่อเสริมสร้างให้เกิดความสามัคคีของคนในชาติ” ออกจากร่างมาตรา 34 ส่งผลให้บทบัญญัติ ในร่างมาตรา 34 มีถ้อยความดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยไม่ปรากฏการบัญญัติให้การแสดงออกที่เข้าลักษณะของการสร้างความแตกแยกและเกลียดชังในสังคม ซึ่งรวมถึงการใช้ประทุษวาจาเป็นเงื่อนไขหรือเหตุในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกอีกต่อไป

โดยสรุป คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญเคยมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายที่จะกำหนดให้การใช้ประทุษวาจาเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก แต่สุดท้ายได้ยกเลิกไปด้วยสาเหตุดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น อย่างไรก็ตาม การจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายย่อมสามารถกระทำได้ที่ภายใต้เงื่อนไขประการอื่นในมาตรา 34 เช่น การรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาความสงบเรียบร้อย เป็นต้น ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าถ้อยความเดิมเกี่ยวกับการจำกัดประทุษวาจาที่ถูกตัดออกไปทั้ง “เพื่อป้องกันมิให้เกิดความแตกแยกหรือความเกลียดชังในสังคม” และ “เพื่อเสริมสร้างให้เกิดความสามัคคีของคนในชาติ” ก็น่าจะกว้างกว่าเพียงการจำกัดการใช้ประทุษวาจา แต่ยังสามารถรวมถึงการกระทำในลักษณะอื่น ๆ ด้วยที่อาจก่อให้เกิดความแตกแยกหรือเกลียดชังในสังคม เช่น การกระทำที่ปลุกปั่นให้เกิดความกระด้างกระเดื่อง การดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาท ศาสนา เป็นต้น ยิ่งกว่านั้น ในกรณีของการกระทำเพื่อเสริมสร้างให้เกิดความสามัคคีของคนในชาติยังสามารถตีความให้ครอบคลุมการกระทำใด ๆ ก็ได้ที่ทำลายความสามัคคีของคนในชาติซึ่งมีความเป็นอัตวิสัยค่อนข้างสูง

มาตรา 26 ได้บัญญัติรับรองหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้ว่า

“มาตรา ๒๖ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”

ทั้งนี้ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญฯ ได้กำหนดความมุ่งหมาย และให้คำอธิบายประกอบไว้ดังนี้⁴²⁴

ความมุ่งหมาย

เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล

คำอธิบายประกอบ

บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ เป็นการรวบรวมหลักการสำคัญ ๆ ที่เคยมีอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ มาไว้ในที่เดียวกัน แต่บัญญัติให้ชัดเจนถึงความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญมากยิ่งขึ้น นอกจากนั้นเป็นการรองรับบทบัญญัติของมาตรา 25 ที่บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยไว้อย่างไม่จำกัด การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะมีเฉพาะที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือในกฎหมาย มาตรา ๒๖ จึงบัญญัติถึงเงื่อนไขที่จะตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้ให้ชัดเจน กล่าวคือ ถ้าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญจะกำหนดได้แต่เฉพาะตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้โดยเฉพาะ มาตรานี้ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ 4 ประการ ได้แก่ (1) ต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม (2) ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ (3) จะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ (4) ต้องระบุเหตุผล

⁴²⁴ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐, หน้า 38-40.

ความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย (แต่ในที่นี่จะมุ่งอธิบายข้อ (2) เป็นหลัก เนื่องจากสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน)

....

(2) ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ

หลักการนี้เป็นหลักการใหม่ ที่กำลังเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศในอันที่จะป้องกันมิให้ รัฐตรากฎหมายมาเพิ่มภาระแก่ประชาชนจนเกินความจำเป็น โดยคำนึงถึงประโยชน์ที่สังคมและส่วนรวมจะได้รับ เมื่อเทียบกับภาระที่ประชาชนทุกคนจะต้องปฏิบัติเพื่อให้ถูกต้องตามกฎหมาย เช่น ถ้ารัฐต้องการรู้ว่าประชาชนทั่วไปผู้ใดทำการค้าขายบ้าง รัฐอาจออกกฎหมายเพื่อกำหนดให้ประชาชนทั้งประเทศที่ประสงค์จะทำการค้าขายต้องมาจดทะเบียนต่อรัฐ เพียงเพื่อรัฐจะรู้ว่าผู้ใดค้าขายอยู่ที่ใดและค้าอะไร ซึ่งในการออกกฎหมายเช่นนั้นประชาชนทุกคนที่ทำการค้าขายย่อมเกิดหน้าที่ที่จะต้องมาจดทะเบียนกับรัฐ จะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการดังกล่าวเป็นจำนวนมาก ในขณะที่รัฐสามารถสำรวจตรวจสอบเป็นครั้งคราว หรือสามารถรู้ได้จากข้อมูลของหน่วยงานอื่น เช่น หน่วยงานที่จัดเก็บภาษีอากร เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าภาระที่เกิดแก่ประชาชน เมื่อเทียบกับประโยชน์ที่รัฐหรือสังคมจะได้รับย่อมไม่คุ้มค่ากัน หรือในกรณีที่รัฐตรากฎหมาย (พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสบภัยจากรถ พ.ศ. 2535) บังคับให้ประชาชนที่เป็นเจ้าของรถต้องจัดให้มีการประกันความเสียหายสำหรับผู้ประสบภัยโดยประกันภัยกับบริษัท แม้ว่าประชาชนส่วนหนึ่งจะได้ทำประกันภัยที่คุ้มครองรวมถึงการคุ้มครองที่กำหนดไว้ในกฎหมายแล้ว ก็ยังถูกบังคับให้ต้องทำประกันภัยซ้ำอีก อันเป็นการสร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชนโดยไม่จำเป็น แม้ต่อมาจะได้มีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวโดยเพิ่มความว่า “สำหรับรถที่เจ้าของรถได้จัดให้มีการประกันภัยความเสียหายต่อผู้ประสบภัย โดยเอาประกันภัยครอบคลุมความเสียหายต่อผู้ประสบภัยและทรัพย์สินตามชนิด ประเภท และขนาดของรถที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงแล้ว ไม่ต้องจัดให้มีการประกันความเสียหายสำหรับผู้ประสบภัยอีก” แต่ในทางปฏิบัติรัฐก็ได้ออกกฎกระทรวงดังกล่าว

ในส่วนที่เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพเกินจำเป็น มีความมุ่งหมายทำนองเดียวกับการห้ามตรากฎหมายสร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น กล่าวคือ เพื่อป้องกันมิให้รัฐตรากฎหมายจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพเกินความจำเป็นเมื่อคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐหรือสังคมโดยรวม เช่น รัฐจะตรากฎหมายบังคับให้ผู้จะเล่นกีฬาเป็นอาชีพทุกชนิดต้องได้รับใบอนุญาต โดยมี

วัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อยแก่สังคม หรือป้องกันมิให้เกิดอันตรายแก่ผู้ประกอบอาชีพ ย่อมจะเห็นได้ชัดว่าประโยชน์ที่รัฐหรือสังคมจะได้รับย่อมไม่อาจเทียบได้กับความสูญเสียสิทธิและเสรีภาพที่จะเกิดขึ้นกับประชาชนอย่างแน่แท้ เพราะกีฬาเป็นจำนวนมากไม่มีความเสี่ยงภัยต่อชีวิตร่างกายของผู้เล่น หรือผู้ชม เช่น การแข่งขันหมากล้อม หมากกรุก หรือแม้แต่การเล่นกอล์ฟ

จากบทบัญญัติข้างต้น จะพบว่ามีการบัญญัติถึง “หลักความได้สัดส่วน” ซึ่งเป็นหลักการประการสำคัญภายใต้หลักนิติรัฐ และเป็นหลักการพื้นฐานในระดับรัฐธรรมนูญ ไว้อย่างค่อนข้างชัดเจน กล่าวคือการไม่ “...จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ” ซึ่งถือว่าเป็นการบัญญัติถ้อยความที่แตกต่างจากถ้อยความเดิมในรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่าน ๆ มา (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550) และเป็นเงื่อนไขสำคัญในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องคำนึงถึงหลักการสำคัญนี้เสมอด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือการตรากฎหมายเพื่อจำกัดการใช้ประทุษวาจา มิฉะนั้นอาจเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ กล่าวอย่างถึงที่สุด การตรากฎหมายเพื่อจำกัดการใช้ประทุษวาจาต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน อันประกอบด้วย 3 หลักการย่อย ได้แก่ (1) หลักความเหมาะสม (2) หลักความจำเป็น และ (3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ดังที่ได้อธิบายถึงหลักการนี้อย่างละเอียดแล้วในบทที่ 2 และบทที่ 3⁴²⁵

⁴²⁵ เป็นที่น่าสังเกตว่า ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่าน ๆ มา (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550) โดยส่วนใหญ่แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจะปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในคำวินิจฉัยไว้อย่างแคบและจำกัดอย่างยิ่ง โดยมุ่งเน้นไปที่ “หลักความจำเป็น” เป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งมีการบัญญัติถ้อยความเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วนแตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับอื่น ๆ อย่างมีนัยสำคัญ ส่งผลให้ศาลรัฐธรรมนูญมีแนวโน้มที่จะปรับใช้หลักความได้สัดส่วนอย่างเป็นระบบและครบถ้วนทั้ง 3 องค์ประกอบย่อยมากขึ้น ดังจะอธิบายพอสังเขปได้ ดังนี้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2561 เรื่อง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 140 และ มาตรา 141 วรรคหนึ่ง (5) และวรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 53/2560 เรื่อง การดำเนินการตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ว่า พ.ร.บ.ว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 53/2560 นั้น ไม่เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ เนื่องจากได้ให้เสรีภาพแก่สมาชิกของพรรคการเมืองที่จัดตั้งและยังดำรงอยู่ในวันก่อนพ.ร.บ. นี้ใช้บังคับ ได้มีโอกาสทบทวนตนเองว่ายังคงมีเจตนารมณ์อันแน่วแน่ที่จะเป็นสมาชิกพรรคการเมืองนั้นต่อไปอย่างเป็นอิสระและสมัครใจ

4.3.2.2.2 หมวด 4 หน้าที่ของปวงชนชาวไทย

มาตรา 50 ได้บัญญัติ “หน้าที่ของปวงชนชาวไทย” ไว้ดังนี้

“มาตรา ๕๐ บุคคลมีหน้าที่ดังต่อไปนี้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2561 เรื่อง พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2560 มาตรา 8 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามาตราดังกล่าว บัญญัติมิให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นคุณแก่จำเลยมาใช้บังคับแก่คดีที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม และจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ สำหรับกรณีคดีที่ถึงที่สุดแล้ว ซึ่งมีให้นำบทบัญญัติที่เป็นคุณต่อจำเลยนั้น ไปใช้บังคับแก่คดีที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดไปแล้วก่อนวันที่พ.ร.บ.นี้ใช้บังคับ เป็นการดำเนินการตามความเหมาะสมซึ่งได้คำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนเพื่อให้มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาเด็ดขาดในคดีตามกฎหมายยาเสพติดให้โทษเพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะและความสงบเรียบร้อยในสังคม อันเป็นการคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 8/2561 เรื่อง พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 51 วรรคสาม ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐจะต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณีอันเป็นหลักการสำคัญที่มีขึ้นเพื่อควบคุม ตรวจสอบ หรือจำกัดการใช้อำนาจรัฐเพื่อมิให้ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่ประชาชนตามอำเภอใจ โดยในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนตามหลักการดังกล่าวนี้จะต้องมีความเหมาะสม มีความจำเป็น และได้สัดส่วนหรือมีความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมที่จะได้รับกับสิทธิหรือเสรีภาพที่ประชาชนจะต้องสูญเสียไปอันเนื่องมาจากกฎหมายนั้น โดยศาลมองว่าพ.ร.บ.ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 51 วรรคสาม เป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลอย่างสมเหตุสมผลพอเหมาะพอควรตามความจำเป็น และมีความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะหรือส่วนรวมกับสิทธิของบุคคลที่ถูกจำกัด

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562 ศาลวินิจฉัยว่าประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 เรื่อง การดำเนินการเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ลงวันที่ 29 กันยายน พ.ศ. 2549 เฉพาะในส่วนที่กำหนดให้เป็นความผิดและโทษทางอาญา ซึ่งเกี่ยวข้องกับการกำหนดหน้าที่ของผู้ต้องหาในคดีอาญาให้พิมพ์ลายนิ้วมือตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลอย่างไม่สมเหตุสมผล ไม่พอเหมาะตามความจำเป็น และไม่ได้อัดส่วนหรือไม่มีความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับเมื่อเปรียบเทียบกับสิทธิและเสรีภาพที่ประชาชนจะต้องสูญเสียไปอันเนื่องมาจากกฎหมายนั้น ตลอดจนมีมาตรการทางกฎหมายอื่นที่ทดแทนได้อยู่แล้ว

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ศาลวินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ซึ่งมุ่งลงโทษการทำแท้งของผู้หญิง กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตเกินความจำเป็น ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ซึ่งกำหนดเงื่อนไขอันเป็นเหตุยกเว้นให้นายแพทย์สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้นั้น เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี และมุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะได้อย่างเหมาะสม

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2563 ศาลวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช 2457 มาตรา 12 (11) เป็นมาตรการที่เหมาะสมและจำเป็น เพื่อให้เกิดผลได้จริงในทางปฏิบัติและบรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยพิจารณาดุลยภาพระหว่างประโยชน์มหาชนกับความเสียหายของเอกชนที่ถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ โดยเป็นการคุ้มครองประโยชน์มหาชนในการคัดกรองบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจให้ดำรงตำแหน่งผู้ใหญ่บ้าน

...

(๖) เคารพและไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น และไม่กระทำการใดที่อาจก่อให้เกิดความแตกแยกหรือเกลียดชังในสังคม

...”

ทั้งนี้ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญฯ ได้กำหนดความมุ่งหมาย และให้คำอธิบายประกอบไว้ ดังนี้⁴²⁶

ความมุ่งหมาย กำหนดหน้าที่หลักของบุคคลในรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นสิ่งที่มาคู่กับสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับรองไว้ในหมวด 3 ทั้งนี้ สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวอาจถูกจำกัดเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นปวงชนชาวไทยได้

คำอธิบายประกอบ การกำหนดหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ได้มีการบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 (มาตรา 15) และบัญญัติทานองเดียวกันในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ ทั้งนี้ โดยรัฐธรรมนูญฉบับก่อนปี 2540 นั้น จะกำหนดหน้าที่ไว้เพียงไม่กี่เรื่อง เช่น หน้าที่รักษาซึ่งชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ รักษาซึ่งระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หน้าที่เคารพกฎหมายหน้าที่ป้องกันประเทศ หน้าที่รับการศึกษาอบรม เป็นต้น แต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติเพิ่มหน้าที่ของปวงชนชาวไทยหลายประการ เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งกำหนดให้ปวงชนชาวไทยมีหน้าที่ต่อประเทศชาติประการต่าง ๆ โดยเฉพาะการเพิ่มหน้าที่ตามอนุมาตรา (6) ซึ่งกำหนดหลักการให้ การใช้สิทธิและเสรีภาพนอกจากจะต้องเคารพและไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นแล้ว ยังจะต้องไม่กระทำการใดที่อาจก่อให้เกิดความแตกแยกหรือเกลียดชังในสังคม กล่าวคือ ต้องใช้สิทธิและเสรีภาพโดยสุจริตในทางสร้างสรรค์และมีความรับผิดชอบต่อสังคม

จากความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบข้างต้น จะพบว่าหน้าที่ของปวงชนชาวไทยตามมาตรา 50 (6) เป็นหน้าที่ที่ถูกบัญญัติขึ้นใหม่เป็นหนแรกในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ซึ่งประเด็นที่น่าสนใจคือ การบัญญัติให้ปวงชนชาวไทย “ต้องไม่กระทำการใดที่อาจก่อให้เกิดความแตกแยกหรือ

⁴²⁶ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐, หน้า 72-73.

เกลียดชังในสังคม” ซึ่งเป็นการบัญญัติถ้อยความที่ค่อนข้างกว้างและครอบคลุมการกระทำหลายลักษณะอันย่อรวมถึงการใช้ประทุษวาจาด้วย

ทั้งนี้ ในการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 10 วันจันทร์ ที่ 19 ตุลาคม 2558⁴²⁷ ที่ประชุมได้มีการพิจารณาการบัญญัติถ้อยความในหมวดนี้ โดยร่างของมาตรา 50 แต่เดิมไม่ได้มีการบัญญัติหน้าที่ตามถ้อยความในอนุมาตรา 6 ไว้ ทว่ามีการบัญญัติในลักษณะใกล้เคียงในอนุมาตรา 4 ว่า “เคารพและไม่ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความคิดเห็นของผู้อื่น” ซึ่งในที่ประชุมได้แสดงความคิดเห็นว่าความในอนุมาตรา 4 ว่า “ความคิดเห็นของผู้อื่น” สืบเนื่องจากในปัจจุบันให้ความสำคัญกับการเคารพความคิดเห็นของผู้อื่น แต่บางครั้งการแสดงความคิดเห็นของบุคคลไม่ใช่การแสดงความคิดเห็นที่เป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพโดยสุจริต สร้างสรรค์และมีความรับผิดชอบต่อสังคม แต่เป็นการกล่าวหาใส่ร้ายบุคคลอื่น มีลักษณะปลุกระดมประชาชนที่มีความเห็นต่างทั้งโดยตรงและโดยอ้อม การแสดงความคิดเห็นดังกล่าวจะมีกฎหมายหรือมาตรการใดในการควบคุมว่าการใช้สิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ให้ผู้อื่นเคารพ ต้องเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพโดยสุจริตและในทางสร้างสรรค์ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี มิใช่เป็นการกล่าวหาบุคคลอื่น หรือปลุกระดมทางความคิดโดยมีวัตถุประสงค์ทางการเมือง

ในที่สุด ที่ประชุมได้มีมติแก้ไขถ้อยความในอนุมาตรา 4 เป็น “เคารพและไม่ละเมิดสิทธิ เสรีภาพของผู้อื่น” และเพิ่มอนุมาตรา 6 ความว่า “ไม่ใช้สิทธิและเสรีภาพในลักษณะที่จะก่อให้เกิดความแตกแยกและเกลียดชังในสังคม หรือขัดต่อการอยู่ร่วมกันอย่างผาสุกของสังคม” ซึ่งต่อได้มีการปรับแก้ไขโดยนำเนื้อความในอนุมาตรา 4 มาเพิ่มเติมรวมกับ อนุมาตรา 6 ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมด้วยเช่นกันว่า “เคารพและไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น และไม่กระทำการใดที่อาจก่อให้เกิดความแตกแยกหรือเกลียดชังในสังคม”

อนึ่ง พบว่าคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้หน้าที่ของปวงชนชาวไทยเป็นเงื่อนไขหนึ่งในการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญบางประเภท ได้แก่ เสรีภาพในการนับถือศาสนา (มาตรา 31) และเสรีภาพในทางวิชาการ (มาตรา 34 วรรคสอง) โดยเฉพาะเสรีภาพทางวิชาการนั้นได้บัญญัติไว้ว่า “เสรีภาพทางวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่การใช้เสรีภาพนั้นต้องไม่ขัดต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องเคารพและไม่ปิดกั้น

⁴²⁷ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, "บันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 10", (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2559).

ความเห็นต่างของบุคคลอื่น” ซึ่งหน้าที่ของปวงชนชาวไทยดังกล่าวย่อมรวมถึง การใช้เสรีภาพทางวิชาการที่จะไม่เข้าลักษณะที่อาจจะก่อให้เกิดความแตกแยกหรือเกลียดชังในสังคมด้วย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การใช้เสรีภาพทางวิชาการต้องไม่มีลักษณะเป็นการใช้ประทุษวาจาต่อบุคคลอื่นด้วยนั่นเอง อย่างไรก็ตามเป็นน่าสังเกตว่าการนำหน้าที่ของปวงชนชาวไทยมาเป็นเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นไม่เคยปรากฏมาก่อนในรัฐธรรมนูญในอดีตที่ผ่านมา ทั้งยังมุ่งจำกัดเพียงสิทธิเสรีภาพบางประเภทเท่านั้น กล่าวคือในขณะที่หน้าที่ของปวงชนชาวไทยเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการจำกัดเสรีภาพในทางวิชาการซึ่งเป็นเสรีภาพในการแสดงออกเฉพาะเรื่อง แต่กลับไม่เป็นเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกโดยทั่วไปตามมาตรา 34 วรรคแรก มิพักต้องพิจารณาต่อไปว่าการนำหน้าที่ของปวงชนชาวไทยมาเป็นเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นเป็นสิ่งที่เหมาะสมและจำเป็นหรือไม่ด้วย ดังจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทวิเคราะห์⁴²⁸

4.3.2.2.3 หมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ

ในหมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ ได้บัญญัติกำหนดให้รัฐพึงจัดให้มี “ยุทธศาสตร์ชาติ” ในมาตรา 65 ความว่า

“มาตรา ๖๕ รัฐพึงจัดให้มียุทธศาสตร์ชาติเป็นเป้าหมายการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนตามหลักธรรมาภิบาล เพื่อใช้เป็นกรอบในการจัดทำแผนต่าง ๆ ให้สอดคล้องและบูรณาการกันเพื่อให้เกิดเป็นพลังผลักดันร่วมกันไปสู่เป้าหมายดังกล่าว

การจัดทำ การกำหนดเป้าหมาย ระยะเวลาที่จะบรรลุเป้าหมาย และสาระที่พึงมีในยุทธศาสตร์ชาติ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ ทั้งนี้ กฎหมายดังกล่าวต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมและการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนทุกภาคส่วนอย่างทั่วถึงด้วย

ยุทธศาสตร์ชาติ เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับได้”

บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ เป็นบทบัญญัติที่วางหลักการใหม่ให้รัฐพึงจัดให้มี “ยุทธศาสตร์ชาติ” เพื่อให้มีแผนการพัฒนาประเทศโดยกำหนดกรอบเวลาและแนวทางพัฒนาให้หน่วยงานของรัฐทุกภาคส่วนต้องปฏิบัติสู่เป้าหมายการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนตามหลักธรรมา

⁴²⁸ โปรดดู ภัทรสุดา วรสาร, "สิทธิในเสรีภาพทางวิชาการ : ศึกษารัฐธรรมนูญไทยเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญต่างประเทศ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทสาขานิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 1-168.

ภิบาล และเป็นกรอบในการจัดทำแผนของหน่วยงานต่าง ๆ ในการบริหารประเทศให้สอดคล้องกันไป ในทิศทางเดียวกัน และมีการบูรณาการกัน โดยการตรากฎหมายตามมาตรา ๖๖ ได้มีการกำหนดในบท เฉพาะกาล มาตรา 275 ว่าให้ คณะรัฐมนตรีต้องจัดทำให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วัน ประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ และให้ดำเนินการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ กฎหมายดังกล่าวใช้บังคับ

ในมาตรา ๖๖ นี้ แม้จะไม่ได้มีการกล่าวถึงประเด็นของการกำหนดขอบเขตการใช้ ประชูประชาวจาไว้โดยตรง ทว่าการจัดทำยุทธศาสตร์ที่รัฐพึงจัดให้มีขึ้นนั้นอาจเป็นแนวนโยบายที่รัฐ วางรากฐานหรือวางกรอบในการควบคุมและจำกัดการใช้ประชูประชาวจาตามกฎหมายได้ ซึ่งจำจะต้องไป พิจารณาศึกษาเนื้อหาสาระในยุทธศาสตร์ชาติที่รัฐประกาศใช้อันสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญมาตรา 65 ดังจะได้อธิบายต่อไปข้างหน้า

มาตรา 77 ได้บัญญัติถึงหลักการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายไว้ว่า

“มาตรา ๗๗ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือ ปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการ ดำรงชีวิตหรือ การประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติ ตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของ ผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้ง เปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการ พิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการ ประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง ประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้อง และเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่ เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที จำเป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการ

ตาม ขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”

บทบัญญัติแห่งมาตรานี้เป็นบทบัญญัติที่เพิ่มขึ้นใหม่ ยังไม่เคยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับใดมาก่อน โดยหลักการประการสำคัญคือ การกำหนดให้รัฐพึงมีกฎหมายเพียงพอที่จำเป็น สิ่งใดที่สามารถดำเนินการได้โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมาย ก็ควรเลือกใช้วิธีนั้นก่อน เพราะเมื่อตราเป็นกฎหมายแล้ว ย่อมจะต้องมีบทบังคับอย่างเข้มงวด และสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนขึ้นในทันทีที่มีการตรากฎหมาย นอกจากนั้น ต้องมีการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายในแง่มุมต่าง ๆ เช่น ประโยชน์ที่จะได้รับการตรากฎหมายนั้น และภาระที่จะเกิดกับประชาชน รวมทั้งค่าใช้จ่ายที่ประชาชนจะต้องเสียไปในการปฏิบัติตามกฎหมาย เพื่อวิเคราะห์ว่ากฎหมายนั้นมีความคุ้มค่าและมีความจำเป็นอย่างแท้จริง ทั้งนี้ ในกรณีของการกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย ให้กำหนดแต่เฉพาะเมื่อเป็นความผิดร้ายแรงเท่านั้น โดยอาจกำหนดเป็นโทษทางปกครองแทน เนื่องจากพบว่า การกำหนดโทษอาญาอาจกลายเป็นเครื่องมือให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ไปในทางที่ไม่ชอบได้

บทบัญญัติในมาตรานี้เป็นกรอบที่สำคัญในการกำหนดเงื่อนไขการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการใช้เสรีภาพในการแสดงออกที่เข้าลักษณะของการใช้ประทุษวาจา ซึ่งรัฐจะตรากฎหมายมาจำกัดการใช้ประทุษวาจาได้เท่าที่จำเป็นอย่างยิ่งเท่านั้น หากมีมาตรการอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายซึ่งสามารถแก้ไขปัญหาการใช้ประทุษวาจาบางกรณีได้อย่างมีประสิทธิภาพ รัฐก็ควรใช้มาตรการนั้นและหลีกเลี่ยงการใช้กฎหมายโดยไม่มีเหตุผลอันจำเป็น ยิ่งกว่านั้น ในกรณีของการกำหนดมาตรการทางกฎหมายอาญา รัฐยังต้องมีความระมัดระวังในการเลือกใช้อย่างยิ่ง โดยพึงกำหนดโทษทางอาญาเฉพาะแต่การใช้ประทุษวาจาในระดับที่ร้ายแรงเท่านั้น

4.3.2.2.4 หมวด 16 การปฏิรูปประเทศ

ในหมวด 16 การปฏิรูปประเทศ ได้กำหนดเป้าหมายของการปฏิรูปประเทศไว้ใน มาตรา 257 ความว่า

“มาตรา ๒๕๗ การปฏิรูปประเทศตามหมวดนี้ต้องดำเนินการเพื่อบรรลุเป้าหมายดังต่อไปนี้

(๑) ประเทศไทยมีความสงบเรียบร้อย มีความสามัคคีปรองดอง มีการพัฒนาอย่างยั่งยืนตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง และมีความสมดุลระหว่างการพัฒนาด้านวัตถุกับการพัฒนาด้านจิตใจ

...

...”

คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบไว้ ดังนี้

ความมุ่งหมาย กำหนดเป้าหมายในการปฏิรูปประเทศ เพื่อความสงบเรียบร้อยของประเทศ สังคมมีความสุข ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดี

คำอธิบายประกอบ บทบัญญัตินี้กำหนดเป้าหมายการปฏิรูปโดยกำหนดเป้าหมายของการปฏิรูปเพื่อให้ 1) ประเทศไทยมีความสงบเรียบร้อย มีความสามัคคีปรองดอง มีการพัฒนาอย่างยั่งยืนตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง และมีความสมดุลระหว่างการพัฒนาด้านวัตถุกับการพัฒนาด้านจิตใจ 2) สังคมมีความสุข เป็นธรรม และมีโอกาสอันทัดเทียมกันเพื่อจัดความเหลื่อมล้ำ และ 3) ประชาชนมีความสุข มีคุณภาพชีวิตที่ดี และมีส่วนร่วมในการพัฒนาประเทศ และการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

จากความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบข้างต้น กล่าวได้ว่า การที่ประเทศไทยมีความสงบเรียบร้อย มีความสามัคคีปรองดองเป็นเป้าหมายสำคัญประการหนึ่งของการปฏิรูปประเทศในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ซึ่งการใช้ประหุชวาจาในช่วงที่ผ่านมาของประเทศไทยย่อมเป็นสาเหตุหลักที่บ่อนทำลายความสงบเรียบร้อย และความสามัคคีของประชาชนไทยทุกภาคส่วนลง ทั้งนี้เป็นไปตามที่ที่ประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้มีความคิดเห็นเกี่ยวกับผลกระทบของประหุชวาจาไว้อย่างชัดเจนในการประชุมหลาย ๆ ครั้ง ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่ต้องปฏิรูปประเทศโดยคำนึงถึงการกำหนดมาตรการหรือกลไกที่จะจำกัดหรือควบคุมการใช้ประหุชวาจาอย่างเข้มข้น โดยเฉพาะมาตรการทางกฎหมายซึ่งเป็นมาตรการที่เป็นรูปธรรมมากที่สุด เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย และเสริมสร้างความสามัคคีและปรองดองของคนในชาติ

นอกจากนี้ ยังมีการบัญญัติเนื้อหาสาระของการปฏิรูปด้านต่าง ๆ ในมาตรา 258 โดยจะบัญญัติแต่เฉพาะเป้าหมายและหลักการสำคัญของการปฏิรูปด้านต่าง ๆ ไว้ใน

รัฐธรรมนูญเท่านั้น เพื่อเป็นกรอบให้หน่วยงานหรือองค์กรที่รับผิดชอบโดยตรง เป็นผู้กำหนดวิธีการดำเนินการเพื่อให้เกิดการปฏิรูปอย่างเป็นรูปธรรม โดยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งอธิบายการปฏิรูปประเทศด้านการเมืองในมาตรา 258 (5) เป็นหลัก ความว่า

“มาตรา ๒๕๘ ให้ดำเนินการปฏิรูปประเทศอย่างน้อยในด้านต่าง ๆ ให้เกิดผลดังต่อไปนี้

ก. ด้านการเมือง

...

...

...

...

(๕) มีกลไกแก้ไขปัญหาความขัดแย้งทางการเมืองโดยสันติวิธีภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

จะพบว่ามาตรา 258 (5) กำหนดให้ในการปฏิรูปประเทศด้านการเมืองนั้น ต้องมีกลไกแก้ไขปัญหาความขัดแย้งทางการเมืองโดยสันติวิธีภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งสอดคล้องกับเป้าหมายในการทำให้ประเทศชาติมีความสงบเรียบร้อยและมีความสามัคคีปรองดอง ตามมาตรา 257 ทั้งนี้ ปฏิเสธไม่ได้ว่าการใช้ประทุษวาจาเป็นสาเหตุหลักของความขัดแย้งทางการเมืองในสังคมไทยที่ผ่านมา รัฐจึงต้องกำหนดกลไกที่จะแก้ไขปัญหาความขัดแย้งทางการเมืองที่ยังคงหลงเหลืออยู่ในทุกวันนี้ โดยเฉพาะการใช้ประทุษวาจาในทางการเมืองอย่างจริงจัง และโดยสันติวิธีภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

4.3.2.3 มาตรการทางนโยบายที่เกี่ยวกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

4.3.2.3.1 ยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี

"ยุทธศาสตร์ชาติ" เป็นคำที่ใช้โดยรัฐบาลคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) เพื่อเป็นภาพอนาคตของแผนการพัฒนาประเทศ ที่จะกำหนดกรอบและแนวทางการพัฒนาให้หน่วยงานของรัฐทุกภาคส่วนต้องทำตาม ทั้งนี้ ยุทธศาสตร์ชาติจัดทำขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา 65 เพื่อให้มีผลทางปฏิบัติ ตามหลักการในมาตรา 65 จึงมีการออกกฎหมายอีกฉบับหนึ่ง เรียกว่า **"พระราชบัญญัติการจัดทำ ยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560"** เพื่อกำหนดหลักการและรายละเอียดต่าง ๆ ทั้งนี้ พระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวเป็นกฎหมายลูกในการกำหนดกรอบการดำเนินการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ การกำหนด เป้าหมาย ระยะเวลาที่จะบรรลุเป้าหมาย สาธารณูปโภคที่มีในยุทธศาสตร์ชาติ คณะกรรมการยุทธศาสตร์ ชาติ การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน การติดตามตรวจสอบ และประเมินผลการดำเนินงานของ ยุทธศาสตร์ชาติของหน่วยงานราชการต่าง ๆ ดังนั้น หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยจึงมีหน้าที่ดำเนินการ เพื่อให้บรรลุเป้าหมายตามที่กำหนดไว้ในยุทธศาสตร์ชาติ

เพื่อให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 คณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติได้แต่งตั้งคณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติด้านต่าง ๆ รวม 6 คณะ เพื่อรับผิดชอบในการดำเนินการจัดทำร่างยุทธศาสตร์ชาติให้เป็นไปตาม หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนด ตลอดจนได้จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และหน่วยงาน ของรัฐที่เกี่ยวข้องอย่างกว้างขวางเพื่อประกอบการพิจารณาจัดทำร่างยุทธศาสตร์ชาติตามที่กฎหมาย กำหนด

เมื่อคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติได้ดำเนินการจัดทำร่างยุทธศาสตร์ชาติ เรียบร้อยแล้ว คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบร่างยุทธศาสตร์ชาติไปเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2561 และ สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ลงมติให้ความเห็นชอบร่างยุทธศาสตร์ชาติไปเมื่อวันที่ 6 กรกฎาคม 2561 แล้ว จึงได้มีการประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม 2561 ในชื่อ **"ประกาศเรื่อง ยุทธศาสตร์ชาติ (พ.ศ. 2561 - 2580)"** โดยกำหนดประเด็นยุทธศาสตร์ชาติ เพื่อการสร้างสมดุล ระหว่างการพัฒนาความมั่นคง เศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม โดยการมีส่วนร่วมของทุกภาคส่วน ในรูปแบบ **"ประชารัฐ"** ประเด็นที่เป็นยุทธศาสตร์ชาติประกอบด้วย 6 ยุทธศาสตร์ ได้แก่ (1) ยุทธศาสตร์ชาติด้านความมั่นคง (2) ยุทธศาสตร์ชาติด้านการสร้างความสามารถในการแข่งขัน (3) ยุทธศาสตร์ชาติด้านการพัฒนาและเสริมสร้างศักยภาพทรัพยากรมนุษย์ 3.3.4) ยุทธศาสตร์ชาติด้าน การสร้างโอกาสและความเสมอภาคทางสังคม (5) ยุทธศาสตร์ชาติด้านการสร้างการเติบโตบนคุณภาพ ชีวิตที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม และ (6) ยุทธศาสตร์ชาติด้านการปรับสมดุลและพัฒนาระบบการ บริหารจัดการภาครัฐ

ทั้งนี้ จากการศึกษาเนื้อหาสาระของยุทธศาสตร์ชาติในภาพรวม ไม่ปรากฏว่ามีกรกล่าวถึงประเด็นของการใช้ประทุษฐวจาไว้โดยตรง อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาใน “สถานการณ์ แนวโน้ม วิสัยทัศน์ และเป้าหมายในการพัฒนาประเทศ” ซึ่งปรากฏในส่วนต้นของยุทธศาสตร์ชาติ ได้อธิบายปรากฏการณ์ปัญหาของการพัฒนาประเทศไทยในด้านต่าง ๆ ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันว่ามีสาเหตุส่วนหนึ่งมาจากประเด็นด้านความมั่นคงภายในประเทศ ซึ่งยังมีหลายประเด็นที่ต้องเสริมสร้างให้เกิดความเข้มแข็ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการลดความขัดแย้งทางความคิดและอุดมการณ์ที่มีรากฐานมาจากความเหลื่อมล้ำ ความไม่เสมอภาค การขาดความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรม และปัญหาการขาดเสถียรภาพทางการเมือง รวมถึงส่งเสริมให้คนไทยในชาติยึดมั่นสถาบันหลักเป็นศูนย์รวมจิตใจให้เกิดความรักและความสามัคคี นอกจากนี้ ประเทศไทยยังคงต้องให้ความสำคัญกับปัญหาความมั่นคงที่มีความซับซ้อน ละเอียดย่อน และมีความเชื่อมโยงกันหลายมิติ ที่อาจเป็นประเด็นท้าทายต่อการสร้างบรรยากาศความไว้วางใจระหว่างรัฐและประชาชน และระหว่างประชาชนด้วยกัน ซึ่งรวมถึงการสร้างสามัคคีของคนในชาติที่จะนำไปสู่การแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างกลุ่มประชากรไทยที่มีแนวคิดและความเชื่อที่มีความแตกต่างกันอย่างยั่งยืน จะเห็นได้ว่าคำอธิบายของยุทธศาสตร์ชาติดังกล่าวสะท้อนว่ารัฐให้ความสำคัญกับประเด็นด้านความมั่นคงภายในประเทศอย่างยิ่ง และมุ่งเน้นปัญหาของความขัดแย้งทางความคิดและอุดมการณ์ของประชาชนที่ก่อให้เกิดสังคมที่แตกแยกแบ่งขั้ว ซึ่งแน่นอนว่าย่อมรวมถึงปัญหาการใช้ประทุษฐวจาที่มีสาเหตุมาจากความแตกต่างทางความคิดและอุดมการณ์ทางการเมืองด้วย และจำเป็นต้องกำหนดมาตรการหรือกลไกในการลดความขัดแย้ง พร้อมทั้งเสริมสร้างความสามัคคีและความปรองดองของคนในชาติ

เมื่อพิจารณาลงลึกในประเด็น “ยุทธศาสตร์ชาติด้านความมั่นคง” จะพบว่ามุ่งเน้น “การรักษาความสงบภายในประเทศ” ซึ่งประกอบด้วยองค์ประกอบย่อยอีกหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการพัฒนาและเสริมสร้างการเมืองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขที่มีเสถียรภาพและมีธรรมาภิบาล เห็นแก่ประโยชน์ของประเทศชาติมากกว่าประโยชน์ส่วนตน ซึ่งต้องการนักการเมืองที่เป็นทั้งคนเก่งและคนดีมีคุณธรรมและกล้าตัดสินใจ ทั้งนี้ ต้องมีกลไกแก้ไขปัญหาความขัดแย้งและสร้างความสามัคคีปรองดองจนสามารถคัดกรองคนดี คนมีความรู้ความสามารถและคนกล้าตัดสินใจ เข้ามาบริหารประเทศให้มุ่งไปสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขที่ประชาชนมีส่วนร่วมอย่างแท้จริงและสอดคล้องกับสังคมไทย ซึ่งกล่าวได้ว่ารัฐมีมุมมองว่า

นักการเมืองเป็นสาเหตุสำคัญของปัญหาความขัดแย้งและแตกแยกทางการเมืองภายในประเทศที่ผ่านมา โดยการใช้ประทุษวาจาอย่างดุเดือดของทั้งนักการเมืองต่างฝ่าย รวมถึงประชาชนที่สนับสนุนพรรคการเมืองต่างฝั่งพากันจนนำไปสู่การใช้ความรุนแรงล้วนแต่เป็นส่วนหนึ่งของใจกลางของปัญหาความขัดแย้งและแตกความสามัคคีของประชาชนทั้งสิ้นอันกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ซึ่งสอดคล้องกับความคิดเห็นของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (กรธ.)⁴²⁹

ด้วยเหตุนี้ แม้ยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี จะไม่ได้กล่าวถึงการใช้ประทุษวาจาไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่เมื่อตีความระหว่างบรรทัดในประเด็นยุทธศาสตร์ชาติด้านความมั่นคงก็จะพบประเด็นของการใช้ประทุษวาจาซ่อนรูปอยู่ในคำอธิบายเกี่ยวกับปัญหาความขัดแย้งด้านความคิดและอุดมการณ์ทางการเมืองและการแตกสามัคคีของประชาชน โดยมีนักการเมืองและพรรคการเมืองที่ไม่พึงปรารถนาเป็นสาเหตุสำคัญ

4.3.2.3.2 แผนการปฏิรูปประเทศ

“การปฏิรูปประเทศ” กำหนดขึ้นโดยรัฐบาลคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) โดยปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 16 ว่าด้วยการปฏิรูปประเทศ ซึ่งประกอบด้วย 5 มาตรา โดยมาตรา 257 กำหนดเป้าหมายของการปฏิรูปประเทศ มาตรา 258 กำหนดด้านต่าง ๆ ของการปฏิรูปประเทศ มาตรา 259 กำหนดเรื่องการออกกฎหมายลูกหรือกฎหมายว่าด้วยแผนและขั้นตอนการดำเนินการปฏิรูปประเทศ มาตรา 260 กำหนดเรื่องคณะกรรมการในการปฏิรูปด้านกระบวนการยุติธรรม และมาตรา 261 กำหนดเรื่องคณะกรรมการดำเนินการศึกษาและจัดทำข้อเสนอแนะและร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ตามมาตรา 259 ซึ่งกำหนดว่าการปฏิรูปประเทศตามหมวดนี้ ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยแผนและขั้นตอนการดำเนินการปฏิรูปประเทศ จึงต้องมีการออกกฎหมายดังกล่าวเป็น “พระราชบัญญัติแผนและขั้นตอนการดำเนินการปฏิรูปประเทศ พ.ศ. 2560” วัตถุประสงค์ในการออกกฎหมายนี้ คือ เพื่อดำเนินการต่างๆ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งอย่างน้อยต้องมีวิธีการจัดทำแผน การมีส่วนร่วมของประชาชนและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ขั้นตอนในการดำเนินการปฏิรูปประเทศ การวัดผลการดำเนิน การ และระยะเวลาดำเนินการปฏิรูปประเทศทุกด้าน ทั้งนี้ เนื้อหาใน

⁴²⁹ อย่างไรก็ตาม ในการประชุมของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (กรธ.) ได้มีการระบุอย่างชัดเจนว่า “ประทุษวาจา” หรือ “Hate Speech” เป็นสาเหตุสำคัญของปัญหาความขัดแย้งทางการเมืองและการไม่ปรองดองของประชาชนอย่างร้ายแรงในช่วงสิบกว่าปีที่ผ่านมา ดังที่ได้อธิบายมาแล้วก่อนหน้านี้

พระราชบัญญัตินี้ประกอบด้วย หมวด 1 การปฏิรูปประเทศ หมวด 2 คณะกรรมการปฏิรูปประเทศ หมวด 3 การติดตาม การตรวจสอบ และการประเมินผล และบทเฉพาะกาล โดยมาตรา 3 ในพระราชบัญญัติฯ นี้ นิยามคำว่า “แผนแม่บท” ว่าหมายความว่า แผนแม่บทตามกฎหมายว่าด้วยการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ ขณะเดียวกัน มาตรา 5 วรรค 2 ได้บัญญัติไว้ว่า การปฏิรูปประเทศจะต้องสอดคล้องและเป็นไปในทิศทางเดียวกับยุทธศาสตร์ชาติด้วย นอกจากนี้ เนื้อหาสำคัญของพระราชบัญญัติฯ นี้ ยังรวมถึงเรื่องต่อไปนี้

ประการแรก เป้าหมายของการปฏิรูปประเทศ ตามมาตรา 5 วรรคแรก ของพระราชบัญญัตินี้ มีข้อความเกี่ยวกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 257 คือ (1) ความสงบเรียบร้อยของประเทศชาติ ความสามัคคีปรองดอง การพัฒนาอย่างยั่งยืนตามหลักปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียง และความสมดุลระหว่างการพัฒนาวัตถุกับการพัฒนาจิตใจ (2) ความสงบสุขของสังคม ความเป็นธรรม และโอกาสที่เท่าเทียมกันเพื่อขจัดความเหลื่อมล้ำ (3) ความสุขของประชาชน คุณภาพชีวิตที่ดี และการมีส่วนร่วมของประชาชนในการพัฒนาประเทศ และการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ประการที่สอง แผนการปฏิรูปประเทศ มาตรา 6 วรรคแรกกำหนดให้ต้องมีการจัดทำ “**แผนการปฏิรูปประเทศ**” ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดกลไก วิธีการ และขั้นตอน ในการดำเนินการปฏิรูปประเทศด้านต่างๆ รวมทั้งผลอันพึงประสงค์ของการปฏิรูปประเทศในด้านนั้นๆ โดยจะต้องจัดทำแผนดังกล่าวตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในแผนการปฏิรูปประเทศด้วย โดยเนื้อหาของแผนการปฏิรูปประเทศจะต้องสอดคล้องกับแผนแม่บทตามกฎหมายว่าด้วยการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ เมื่อคณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบกับแผนการปฏิรูปประเทศแล้วและได้มีการรายงานให้รัฐสภาทราบแล้ว ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาและใช้บังคับต่อไป

ประการที่สาม หน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ มาตรา 6 วรรค 3 กำหนดให้ทุกหน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการให้เป็นไปตามแผนการปฏิรูปประเทศ เพื่อให้การปฏิรูปประเทศบรรลุผลสัมฤทธิ์ตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในแผนการปฏิรูปประเทศ โดยมาตรา 6 วรรค 4 กำหนดให้เป็นหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีในการกำกับดูแลและสนับสนุนให้หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยดำเนินการดังกล่าว สำหรับกรณีการกำกับดูแลหน่วยงานของรัฐที่เป็นองค์กรในฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการ หรือเป็นองค์กรอิสระ หรือองค์กรอัยการ มาตรา 6 วรรค 5 ให้หมายความถึงการประสาน การปรึกษา หรือเสนอแนะ ต่อหัวหน้าหน่วยงานของรัฐขององค์กรดังกล่าว

ประการที่สี่ เนื้อหาของแผนการปฏิรูปประเทศ มาตรา 7 วรรคแรก กำหนดให้ต้องประกอบด้วยข้อมูลต่อไปนี้เป็นอย่างน้อย (1) แผน ขั้นตอน วิธีการดำเนินการปฏิรูปประเทศ และผลอันพึงประสงค์ในด้านที่จะดำเนินการปฏิรูป ซึ่งต้องสอดคล้องกับผลที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและยุทธศาสตร์ชาติ (2) กำหนดระยะเวลาที่ต้องดำเนินการในแต่ละขั้นตอนตามลำดับในลักษณะที่เป็นการบูรณาการ และตัวชี้วัดผลการดำเนินการปฏิรูปประเทศในแต่ละด้าน (3) การกำหนดหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลที่รับผิดชอบการดำเนินการตาม (1) และ (2) (4) วงเงินที่คาดว่าจะใช้ในการดำเนินการปฏิรูปประเทศในแต่ละด้านหรือแต่ละเรื่อง รวมทั้งประมาณการของแหล่งที่มาของเงิน (5) ผลสัมฤทธิ์ในการดำเนินการปฏิรูปประเทศที่คาดหวังว่าจะบรรลุภายในระยะเวลา 5 ปี (6) การเสนอให้มีหรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่จำเป็นเพื่อดำเนินการตามแผนการปฏิรูปประเทศ ทั้งนี้ มาตรา 7 วรรค 2 กำหนดว่าการจัดทำแผนการปฏิรูปประเทศตามวรรคแรกนั้น ให้พิจารณาความเร่งด่วนของการปฏิรูปประเทศในแต่ละด้านเพื่อกำหนดลำดับขั้นตอนในการปฏิรูปประเทศ และต้องคำนึงถึงความพร้อมทางด้านบุคลากรและการเงินการคลังของประเทศด้วย

ประการที่ห้า ด้านต่าง ๆ ของแผนการปฏิรูปประเทศ มาตรา 8 วรรคแรก กำหนดให้จัดทำแผนการปฏิรูปประเทศในด้านต่าง ๆ ดังนี้ (1) ด้านการเมือง (2) ด้านการบริหารราชการแผ่นดิน (3) ด้านกฎหมาย (4) ด้านกระบวนการยุติธรรม (5) ด้านการศึกษา (6) ด้านเศรษฐกิจ (7) ด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (8) ด้านสาธารณสุข (9) ด้านสื่อสารมวลชน เทคโนโลยีสารสนเทศ (10) ด้านสังคม (11) ด้านอื่นตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด

อนึ่ง เมื่อพิจารณาแผนการปฏิรูปประเทศด้านการเมืองจะพบว่ามีการกล่าวถึงประเด็นการจำกัดการใช้ประทุษวาจาไว้เล็กน้อยใน เรื่องและประเด็นการปฏิรูปที่ 2 กลไกการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งโดยสันติวิธีและการรัฐรักสามัคคีของสังคมไทย ซึ่งกำหนดเป้าหมายหรือผลอันพึงประสงค์และผลสัมฤทธิ์หลัก 2 ประการ ได้แก่ (1) ให้คนในชาติมีความรู้รักสามัคคี และ (2) ให้มีกลไกและมาตรการป้องกัน แก้ไขปัญหาความขัดแย้งโดยสันติวิธี และส่งเสริมความปรองดอง และสมานฉันท์ และกำหนดกรอบระยะเวลาในการดำเนินการไว้ 5 ปี (1 ตุลาคม 2560 - 30 กันยายน 2565) ทั้งนี้ ได้กำหนดขั้นตอนการดำเนินการ โดยกำหนดกิจกรรมสำคัญ ได้แก่ ปฏิรูปและกำกับบทบาทของสื่อมวลชน ให้เป็นไปตามจรรยาบรรณ เพื่อการนำเสนอ เนื้อหาสาระที่สร้างสรรค์ ไม่ยุ่ง บิดเบือน ข้อเท็จจริง จนก่อให้เกิดความเกลียดชัง หรือการใช้ความรุนแรงในการแก้ไขความ

ขัดแย้งระหว่างคนในสังคม โดยยังให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของสื่อมวลชน ซึ่งเป็นการกล่าวถึงการ
ใช้ประทุษวาจาโดยตรง

นอกจากนั้น ยังมีการกำหนดกิจกรรมอื่น ๆ ที่สามารถโยงถึงการเผ่าระวัง
การใช้ประทุษวาจาทางอ้อมได้ เช่น ให้มีการเผ่าระวังสถานการณ์ ระมัดระวัง และหลีกเลี่ยงการ
เผชิญหน้า หรือปะทะรุนแรงระหว่างฝ่ายประชาชนกับประชาชน หรือกับฝ่ายเจ้าหน้าที่ด้านความ
มั่นคง และเมื่อเกิดสัญญาณความขัดแย้งในทางการเมือง ให้มีมาตรการป้องกันอย่างเป็นระบบ เป็น
ต้น รวมถึงกำหนดกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการตอบสนองต่อปัญหาของการใช้ประทุษวาจา โดยเฉพาะ
การใช้ประทุษวาจาของสื่อมวลชน ได้แก่ ให้มีการบังคับใช้กฎหมายที่เป็นธรรม ไม่เลือกปฏิบัติ และ
เคร่งครัดในการบังคับใช้กฎหมายโดยให้มีบทลงโทษกับผู้ก่อการ หรือผู้เริ่มต้นในการสร้างความวุ่นวาย
ในบ้านเมืองที่กระทำไปโดยไม่สุจริต เพื่อให้บ้านเมืองสงบเรียบร้อย ให้มีมาตรการป้องกันมิให้เกิด
ต้นตอหรือปัจจัยเริ่มต้นของปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นเป็นประจำ และให้มีการจัดเวทีหรือจัดการ
พบปะพูดคุย ทำความเข้าใจร่วมกันในการป้องกันมิให้เกิดการแบ่งฝ่ายหรือเกิดความแตกแยกในสังคม
การอยู่ร่วมกันภายใต้ความหลากหลายในทุกแง่มุม เช่น ความหลากหลายด้านวัฒนธรรม ด้านชาติ
พันธุ์ ด้านศาสนา เป็นต้น ให้ร่วมแรงร่วมมือกันในการที่จะไม่ให้เกิดความเกลียดชังต่อกัน และไม่ตก
เป็นเครื่องมือของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเพื่อนำไปสู่การทำให้เกิดความแตกแยก อย่างไรก็ตาม ในเรื่องและ
ประเด็นการปฏิรูปที่ 2 ข้างต้น รัฐไม่ได้มีข้อเสนอในการมีหรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อรองรับการ
ดำเนินการที่กล่าวมาแต่ประการใด

นอกจากนั้น ยังพบการกล่าวถึงการใช้ประทุษวาจาใน เรื่องและประเด็น
การปฏิรูปที่ 5 การสร้างรัฐธรรมนูญปีต่อไป ซึ่งได้กำหนดขั้นตอนการดำเนินการ โดยหนึ่งในพันธกิจ
สำคัญ คือ การส่งเสริม สนับสนุน และเสริมสร้างรัฐธรรมนูญปีต่อไปให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ซึ่ง
ได้กำหนดกลยุทธ์ไว้หลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการส่งเสริมให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง รู้แพ้
รู้ชนะ รู้ภัย รู้จักประนีประนอม รักษามิตรภาพ **การใช้วาทกรรมทางการเมือง เชิงสร้างสรรค์**
แทนที่การใช้วาทกรรมสร้างความเกลียดชัง (Hate Speech) เคารพความอาวุโสทางการเมือง
รวมทั้งการ รับฟังและให้เกียรติผู้อาวุโสทางการเมือง และแยกแยะบทบาทในการทำหน้าที่ซึ่งเป็น
เรื่องส่วนรวมออกจากสถานะ ความสัมพันธ์ส่วนตัวให้ชัดเจน เพื่อปรับเปลี่ยนภาพลักษณ์ให้เป็นที่
ยอมรับ และศรัทธาของประชาชน

4.3.3 ขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามประมวลกฎหมายอาญา

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนได้นำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยบางฐาน ความผิดที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกมาศึกษา เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ความเพียงพอของการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายอาญาต่อไป ซึ่งประกอบด้วย 8 ฐาน ความผิด ดังนี้

4.3.3.1 ความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้าย พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์

“ความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์” เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 1 ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หมวด 1 ความผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ มาตรา 112⁴³⁰

ความผิดฐานนี้มุ่งคุ้มครองพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์มิให้ต้องถูกกระทำร้ายทางวาจาหรือการแสดงออกที่ก่อให้เกิดอันตรายด้วยการหมิ่นประมาท⁴³¹ ดูหมิ่น⁴³² หรือแสดงความอาฆาตมาดร้าย⁴³³ ทั้งนี้ พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ จะต้องยังทรงดำรงตำแหน่งหรือดำรงตำแหน่งนั้นใน ขณะที่การกระทำผิดเกิดขึ้น แต่ไม่ควรหมายรวมถึงอดีตพระมหากษัตริย์ อดีตพระราชินี

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁴³⁰ “มาตรา ๑๑๒ ผู้ใดหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี”

⁴³¹ คำว่า “หมิ่นประมาท” หมายถึง การกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 326 ได้แก่ การใส่ความพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่พระเกียรติยศหรือพระเกียรติคุณของพระองค์หรือเกียรติยศชื่อเสียงของบุคคลที่เป็นผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์

⁴³² คำว่า “ดูหมิ่น” หมายถึง การกระทำอันเป็นการดูถูก สบประมาทหรือด่า ไม่ว่าจะเกี่ยวข้องกับพระราชกรณียกิจหรือภารกิจหรือไม่ และไม่ว่าจะกระทำต่อหน้าหรือลับหลังก็ตาม

⁴³³ คำว่า “แสดงความอาฆาตมาดร้าย” หมายถึง ชูเชิญโดยผูกพยาบาทว่าจะปลงพระชนม์ กระทำการประทุษร้ายต่อพระองค์หรือเสรีภาพของพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือจะฆ่าหรือกระทำการประทุษร้ายแก่กายหรือเสรีภาพของผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ให้จงได้ นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงการทำให้เสียหายไม่ว่าในทางใด ๆ อีกด้วย

อดีตรัฐทนายท หรือผู้ที่พ้นจากตำแหน่งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ไปแล้ว เนื่องจากเจตนาารมณ์ของ มาตรานี้เป็นเรื่องของการคุ้มครองความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรเป็นสำคัญ⁴³⁴

นอกจากนั้น ความผิดฐานนี้ถือเป็นความผิดพิเศษ เพราะบัญญัติไว้โดยคำนึงถึงฐานะ ของบุคคลที่ถูกกระทำโดยเฉพาะ บทบัญญัติที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษความผิด ฐานหมิ่นประมาทจึงไม่สามารถนำมาใช้กับความผิดตามมาตรานี้ได้ แต่ใช้บังคับกับคนธรรมดาสามัญที่ ถูกหมิ่นประมาทเท่านั้น (มาตรา 329 มาตรา 330 และมาตรา 331)

อย่างไรก็ตาม แม้เจตนาารมณ์ดั้งเดิมของมาตราคือการคุ้มครองตัวบุคคลเป็นหลัก แต่ที่ผ่านมามีถูกตีความให้ครอบคลุมถึงสถาบันพระมหากษัตริย์ทั้งสถาบันไปด้วย (The entire royal institutions) จนมาตราถูกเรียกขานโดยทั่วไปว่า “กฎหมายหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ” “กฎหมายหมิ่นสถาบัน” หรือ “กฎหมายหมิ่นเจ้า” นอกจากนี้ดูเหมือนว่าขอบเขตการแสดงออกที่ เป็นความผิดตามมาตราแล้วยังถูกตีความให้กว้างกว่าการหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาต มาตราร้ายอย่างมีนัยสำคัญ⁴³⁵ ทำให้หลายคนเข้าใจไปว่ากฎหมายมาตราคุ้มครองพระบรมวงศานุวงศ์ ทุกพระองค์ หรืออาจหมายถึงคุ้มครองสถาบันพระมหากษัตริย์ทั้งสถาบันในภาพรวมดังที่กล่าวมาแล้ว ข้างต้น และเข้าใจต่อเนื่องไปว่าการกระทำความผิดตามมาตรา 112 เป็นการใช้ประทุษวาจาที่กระทำ ต่อพระราชวงศ์ และก่อให้เกิดความแตกแยกและเกลียดชังในสังคมขึ้น

ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 112 ไว้ ว่าความผิดฐานนี้มีลักษณะเป็นความผิดพิเศษเพื่อคุ้มครองสถาบันพระมหากษัตริย์ ซึ่งการกระทำ ความผิดดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ เพราะพระมหากษัตริย์เป็นสถาบัน หลักของการปกครองระบอบประชาธิปไตย มาตราดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติเพื่อการรักษาความมั่นคง ของรัฐหรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อันเป็นเงื่อนไขแห่งการ จำกัดเสรีภาพในการแสดงออก (ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550) นอกจากนี้ การกำหนดอัตราโทษตามมาตรานี้ก็เป็นการกำหนดเท่าที่จำเป็นและเหมาะสมกับ

⁴³⁴ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 42-46. อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาฎีกาที่ 6374/2556 กลับวินิจฉัยไปอีกทางหนึ่งว่า “ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112... ไม่ได้ระบุว่าพระมหากษัตริย์จะต้องเป็นพระมหากษัตริย์ซึ่งยังคงครองราชย์อยู่ในขณะกระทำความผิดหรือไม่ และก็ ไม่ได้ระบุว่าพระมหากษัตริย์ที่ถูกกระทำจะต้องเป็นพระมหากษัตริย์ที่ยังคงครองราชย์อยู่...”

⁴³⁵ Khemthong Tonsakulrungruang, "Study of Intermediary Liability in Thailand: Hate Speech," [Online]. Available from: <https://www.law.uw.edu/media/1406/thailand-intermediary-liability-of-isps-hate-speech.pdf>.

ลักษณะของการกระทำความผิดฐานดังกล่าวแล้ว รวมถึงเป็นบทบัญญัติที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่ได้กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลแต่ประการใด เพราะบุคคลทุกคนยังมีเสรีภาพในการแสดงออกได้ภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญและกฎหมาย⁴³⁶

4.3.3.2 ความผิดฐานยุยงปลุกปั่นให้ประชาชนกระด้างกระเดื่องต่อกฎหมายหรือรัฐบาล

“ความผิดฐานยุยงปลุกปั่นให้ประชาชนกระด้างกระเดื่องต่อกฎหมายหรือรัฐบาล” เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 1 ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หมวด 2 ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร มาตรา 116⁴³⁷

ความผิดฐานนี้ป้องกันมิให้ประชาชนกระด้างกระเดื่องต่อรัฐอันจะกระทบต่อความมั่นคงและเสถียรภาพทางการเมืองได้ โดยผู้กระทำได้ใช้วิธีการบางอย่างให้ปรากฏแก่ประชาชน ไม่ว่าจะเป็นการกระทำด้วยวาจา ด้วยหนังสือหรือลายลักษณ์อักษร หรือด้วยวิธีอื่นใดก็ตาม เช่น การประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้ประชาชนฝ่าฝืนกฎหมาย การส่งไฟล์เสียงที่มีเนื้อหาให้ประชาชนใช้กำลังประทุษร้ายบุคคลเพื่อเปลี่ยนแปลงกฎหมาย เป็นต้น ประการสำคัญคือ การกระทำต่อ “ประชาชน” ซึ่งหมายถึง บุคคลทั่ว ๆ ไป ไม่ได้หมายถึงความถึงบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ ทั้งนี้ การกระทำให้ปรากฏแก่ประชาชนนั้นต้องเป็นเรื่องที่มีได้กระทำภายในความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญหรือมิใช่เพื่อแสดงความคิดเห็นหรือติชมโดยสุจริต ด้วยเหตุนี้ ในทางกลับกัน “การกระทำภายในความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญ” หมายถึง การกระทำที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของ

⁴³⁶ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 28-29/2555. คดีนี้เป็นคดีที่ศาลอาญาส่งคำโต้แย้งของจำเลย (นายสมยศ พฤกษาเกษมสุข และนายเอกชัย หงส์กังวาน) รวม 2 คำร้อง เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 211 ว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 8 มาตรา 29 และมาตรา 45 วรรคหนึ่งและวรรคสอง หรือไม่

⁴³⁷ “มาตรา ๑๑๖ ผู้ใดกระทำให้ปรากฏแก่ประชาชนด้วยวาจา หนังสือ หรือวิธีอื่นใดอันมิใช่เป็นการกระทำภายในความมุ่งหมายแห่งรัฐธรรมนูญ หรือมิใช่เพื่อแสดงความคิดเห็นหรือติชมโดยสุจริต

(๑) เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในกฎหมายแผ่นดินหรือรัฐบาล โดยใช้กำลังข่มขู่หรือใช้กำลังประทุษร้าย

(๒) เพื่อให้เกิดความปั่นป่วน หรือกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชน ถึงขนาดที่จะก่อความไม่สงบขึ้นในราชอาณาจักร หรือ

(๓) เพื่อให้ประชาชนล่วงละเมิดกฎหมายแผ่นดิน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี”

รัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิเสรีภาพในการกระทำหนึ่ง ๆ ไว้ เช่น เสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ เป็นต้น และ “การกระทำเพื่อแสดงความคิดเห็นและติชมโดยสุจริต” หมายถึง การแสดงความคิดเห็นหรือการติชมเรื่องใด ๆ ด้วยความสมเหตุสมผลและกระทำโดยบริสุทธิ์ใจ แม้จะมีข้อเท็จจริงที่ไม่ตรงกับความเป็นจริงรวมอยู่ด้วย ซึ่งในกรณีหลังนี้สัมพันธ์โดยตรงกับขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญ

นอกจากนั้น ผู้กระทำต้องมีเจตนาพิเศษประการหนึ่งประการใดใน 3 ประการที่บัญญัติไว้ ดังต่อไปนี้ จึงจะมีความผิด

- เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในกฎหมายแผ่นดินหรือรัฐบาล โดยใช้กำลังข่มขืนใจหรือใช้กำลังประทุษร้าย กล่าวคือ การกระทำเพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในกฎหมายต่าง ๆ ไม่ว่าจะมามีลำดับศักดิ์มากน้อยเท่าใด โดยใช้กำลังข่มขืนใจหรือใช้กำลังประทุษร้ายบุคคลใด ๆ ก็ตาม⁴³⁸

- เพื่อให้เกิดความปั่นป่วนหรือกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชนถึงขนาดที่จะก่อให้เกิดความไม่สงบขึ้นในราชอาณาจักร โดยการกระทำเพื่อให้เกิดความปั่นป่วน หมายถึง การทำให้เกิดการไม่อยู่อย่างสงบในหมู่ประชาชน ในขณะที่การทำให้เกิดความกระด้างกระเดื่อง หมายถึง การทำให้ประชาชนไม่เชื่อฟังคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ การกระทำข้างต้นนี้ ผู้กระทำต้องมุ่งหมายให้เกิดความปั่นป่วนหรือกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชนอย่างร้ายแรงจนถึงขนาดที่จะก่อความไม่สงบขึ้นในราชอาณาจักรได้ด้วย ถ้าหากผู้กระทำมิได้มุ่งหมายให้เกิดผลร้ายแรงเช่นนั้น ถือว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาพิเศษในประการนี้

- เพื่อให้ประชาชนล่วงละเมิดกฎหมายแผ่นดิน หมายถึง การมุ่งหมายให้ประชาชนไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ไม่ว่าจะกฎหมายนั้นจะมีลำดับศักดิ์ใดก็ตาม และไม่ว่าจะเป็นกฎหมายประเภทใด เช่น ยุไม่ให้ประชาชนไปจดทะเบียนสมรส หรือยุไม่ให้ประชาชนจดทะเบียนขายที่ดินต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยขายกันเอง จะได้ไม่เสียค่าธรรมเนียม⁴³⁹

อนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 116 หรือรู้จักกันในชื่อข้อหา “ยุยงปลุกปั่น” เป็นบทบัญญัติที่แม้มีประวัติความเป็นมาที่ยาวนาน แต่ไม่ค่อยเป็นที่รู้จักกันมากนัก เพราะมีเหตุให้ใช้

⁴³⁸ เช่น การประกาศให้ประชาชนจับตัวบุคคลสำคัญเพื่อกดดันให้รัฐบาลยกเลิกพระราชบัญญัติฉบับหนึ่ง เป็นต้น นอกจากกฎหมายแล้ว การกระทำเพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในรัฐบาลก็เป็นความผิดเช่นเดียวกัน เช่น การยุยงให้ประชาชนบังคับให้นายกรัฐมนตรีลาออก เป็นต้น

⁴³⁹ เพิ่งอ้าง, หน้า 54-56.

ไม่บ่อย อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากการรัฐประหารของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ในปี 2557 ความผิดฐานนี้กลายเป็นข้อกล่าวหาที่ได้รับความสนใจและถูกพูดถึงเพิ่มมากขึ้น อย่างน้อยในแวดวงผู้สนใจสถานการณ์ทางการเมือง และองค์กรที่ติดตามสถานการณ์สิทธิมนุษยชนในประเทศไทย ภายหลังจากมีการนำข้อหานี้มาใช้กล่าวหานักกิจกรรมและประชาชนที่แสดงออกคัดค้านการรัฐประหารหรือการใช้อำนาจของคณะรัฐประหารจำนวนมาก จนได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าข้อกล่าวหาเรื่องนี้กลายเป็น “เครื่องมือทางการเมือง” ประการหนึ่งในการปิดกั้นเสรีภาพในการแสดงออกและปราบปราม “ผู้เห็นต่างทางการเมือง” ในยุคของ คสช.⁴⁴⁰ จนกระทั่งถึงปัจจุบันที่รัฐบาลคสช.ได้กลายสภาพเป็นรัฐบาลที่มาจาก การเลือกตั้งแล้วก็ตาม การใช้ความผิดฐานนี้เป็นอาวุธประหัตประหารทางการเมืองของศัตรูชั่วคราวซ้ำก็ยังคงดำเนินต่อไปอย่างมีนัยสำคัญ ควบคู่ไปกับการฟ้องคดีฐานหมิ่นประมาทซึ่งจะได้กล่าวต่อไปข้างหน้า

อย่างไรก็ตาม ในระยะหลังมีนักวิชาการบางท่านแนะนำว่าความผิดฐานนี้สามารถใช้เทียบเคียงเพื่อลงโทษการใช้ประทุษวาจาบางกรณีได้ โดยเฉพาะการใช้ประทุษวาจาที่อยู่ในระดับขั้นรุนแรงซึ่งมีเจตนาเพื่อให้เกิดความปั่นป่วนหรือกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชนถึงขนาดที่จะก่อให้เกิดความไม่สงบขึ้นในราชอาณาจักร เช่น การยั่วยุปลุกปั่นผู้ชุมนุมประท้วงทางการเมืองให้ไปใช้ความรุนแรงต่อศัตรูทางการเมืองฝั่งตรงข้าม การโฆษณาชวนเชื่อของสื่อให้ประชาชนที่ต่างอุดมการณ์ความคิดเกลียดชังกันจนถึงขนาดออกมาทำร้ายกันได้อย่างเลือดเย็น เป็นต้น แม้กระนั้นก็ยังมิใช่วรระวังและพิจารณาความเหมาะสมในการนำความผิดฐานฐานนี้มาใช้จำกัดการใช้ประทุษวาจาอยู่หลายประการ

4.3.3.3 ความผิดฐานดูหมิ่นเหยียดหยามศาสนา

“ความผิดฐานดูหมิ่นเหยียดหยามศาสนา” เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 4 ความผิดเกี่ยวกับศาสนา มาตรา 206⁴⁴¹

⁴⁴⁰ นพพล อาชามาส, “เมื่อผู้ปกครองสถาปนาตนเป็นรัฐ: ข้อหา “ยุยงปลุกปั่น” กับ การบังคับใช้กฎหมายแบบอำนาจนิยมในประเทศไทย,” วารสารนิติสังคมศาสตร์, หน้า 27.

⁴⁴¹ “มาตรา ๒๐๖ ผู้ใดกระทำให้ด้วยประการใด ๆ แก่วัดหรือสถานที่อันเป็นที่เคารพในทางศาสนาของหมู่ชนใด อันเป็นการเหยียดหยามศาสนานั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดฐานนี้มุ่งหมายให้ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ แก้ววัตถุหรือสถานที่อันเป็นที่เคารพในทางศาสนาของหมู่ชนใด อันเป็นการเหยียดหยามศาสนานั้นต้องได้รับโทษ โดย “**กระทำด้วยประการใด ๆ**” หมายถึง กระทำการไม่ว่าทางกายหรือทางวาจา ตัวอย่างการกระทำทางกาย เช่น การใช้เท้าเหยียบบนพระประธานในวัด หรือทำลายโบสถ์วิหาร ส่วนในกรณีการกระทำทางวาจา เช่น การพูดจาถูกเหยียดหยามพระพุทธรูป ในขณะที่วัตถุแห่งการกระทำตามมาตรานี้จำกัดไว้แต่เพียงทรัพย์ 2 ประเภท ได้แก่ “**วัตถุ**” หมายถึง สิ่งของ เช่น พระพุทธรูป ธรรมจักร ไม้กางเขน และ “**สถาน**” หมายถึง สถานที่ เช่น โบสถ์ วิหาร สถูป เจดีย์ นอกจากนี้ วัตถุหรือสถานที่ซึ่งเป็นวัตถุแห่งการกระทำจะต้องเป็น “**ที่เคารพในทางศาสนา**” ด้วย กล่าวคือ ต้องเป็นวัตถุหรือสถานที่ที่ศาสนิกชนทั่วไปเลื่อมใสและศรัทธา เช่น โบสถ์ วิหาร พระพุทธรูป แต่ถ้าวัตถุหรือสถานที่นั้นไม่เป็นที่เคารพของประชาชน เช่น ลูกประคำ เครื่องราง ลูกแก้วปลุกเสก ศาลพระภูมิ ก็ไม่เป็นความผิด ส่วนคำว่า “**ศาสนาของหมู่ชน**” หมายความว่า ศาสนาใด ๆ ที่ประชาชนเคารพนับถือ เช่น พระพุทธศาสนา ศาสนาคริสต์ ศาสนาอิสลาม แต่ไม่รวมถึงลัทธิความเชื่อที่ไม่ได้รับการยอมรับการเป็นศาสนา

ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณา คำว่า “**อันเป็นการเหยียดหยามศาสนา**” หมายถึง การกระทำที่เป็นการดูหมิ่นดูแคลนศาสนา ซึ่งเป็นพฤติกรรมประกอบกรกระทำ ดังนั้น แม้ผู้กระทำจะมิรู้ว่าการกระทำของตนเป็นการเหยียดหยามศาสนา แต่คนทั่วไปเห็นว่าการกระทำที่เหยียดหยามศาสนา ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับผิด แต่ถ้าคนทั่วไปเห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นการเหยียดหยามศาสนา ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด แม้ลงมือจนถึงขั้นพยายามก็ไม่เป็นความผิด⁴⁴²

ความผิดฐานนี้นับได้ว่าใกล้ชิดกับการใช้ประทุษวาจาในด้านศาสนา เพราะการใช้คำพูดดูหมิ่นเหยียดหยามรูปเคารพหรือสถานที่ทางศาสนา ก็อาจส่งผลกระทบต่ออารมณ์ความรู้สึกของศาสนิกชนที่นับถือในรูปเคารพหรือสถานที่ทางศาสนานั้น ๆ จนอาจเกิดการตอบโต้กลับด้วยความรุนแรง หรือเกิดความบาดหมางหรือความขัดแย้งกันระหว่างคนต่างศาสนาก็ได้ด้วยเช่นกัน ซึ่งจะได้อธิบายต่อไปในบทวิเคราะห์

⁴⁴² เฟิงอ้าง, หน้า 314-317.

4.3.3.4 ความผิดฐานหมิ่นประมาท

“ความผิดฐานหมิ่นประมาท” เป็นความผิดตามตามประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง หมวด 3 ความผิดฐานหมิ่นประมาท ซึ่งมีมาตราที่สำคัญพึงพิจารณาอยู่ 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 326⁴⁴³ และ มาตรา 328⁴⁴⁴ ดังนี้

ผู้กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทต้องมีการ “ใส่ความ” ซึ่งหมายความว่า การกล่าวหาหรือแสดงข้อความให้ร้ายผู้อื่น ซึ่งถ้าหากเป็นความจริงก็อาจทำให้ผู้อื่นนั้นได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียงและเกียรติคุณของผู้ถูกระทำนั้น จะต้องเป็นการบอกเล่าหรือยืนยันข้อเท็จจริง (เรื่องราว เหตุการณ์ หรือพฤติกรรมของบุคคล) อย่างชัดเจนว่าผู้เสียหายหรือผู้ถูกระทำนั้นได้กระทำการใดซึ่งเป็นที่ยอมรับของสังคมหรือเป็นสิ่งที่สังคมไม่อาจยอมรับได้ และข้อเท็จจริงนั้นมีโอกาสเป็นอย่างที่ใส่ความได้ ไม่ว่าโอกาสที่จะเป็นไปตามที่ใส่ความจะมีมากหรือน้อยก็ตาม โดย (1) การใส่ความต้องเป็นการยืนยันอย่างชัดเจนว่าผู้กระทำความผิดกล่าวถึงผู้ถูกระทำ และยืนยันว่ามีพฤติกรรมที่กระทบต่อชื่อเสียงเกียรติคุณของผู้ถูกระทำ กล่าวคือ ข้อความนั้นต้องเป็นการ “ยืนยัน” ข้อเท็จจริง โดยจะต้องแสดงเป็นประโยคบอกเล่าถึงข้อเท็จจริงซึ่งอาจเกิดขึ้นแล้วในอดีตหรือกำลังดำเนินอยู่ในขณะที่ใส่ความ ไม่ว่าข้อความนั้นจะเป็นจริงหรือเท็จก็ตาม ดังคำกล่าวที่ว่า ยิ่งจริงยิ่งหมิ่นประมาท (The greater the truth, the greater the libel)⁴⁴⁵ (2) ลักษณะของการใส่ความที่เข้าข่ายเป็นการหมิ่นประมาท ประกอบด้วย การใส่ความเรื่องความประพฤติอันเข้าข่ายผิดกฎหมายของผู้เสียหาย การใส่ความเรื่องความประพฤติเสื่อมเสียทางประเวณีของผู้เสียหาย การใส่ความเรื่องพฤติกรรมที่แสดงถึงฐานะทางการเงินที่ไม่น่าเชื่อถือของผู้เสียหาย การใส่ความให้เสื่อมเสียในเรื่องส่วนตัวซึ่งกระทบต่ออาชีพการงาน

⁴⁴³ “มาตรา ๓๒๖ ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁴⁴⁴ “มาตรา ๓๒๘ ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำโดยการกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยกระทำการปาวประกาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”

⁴⁴⁵ นอกจากนั้นข้อความที่ใส่ความต้องชัดเจนเพียงพอที่จะทราบได้ว่าผู้ถูกใส่ความเป็นใคร แม้จะไม่ได้ระบุชื่อเฉพาะเจาะจง แต่บุคคลที่สามทราบได้ทันทีว่าหมายถึงใครก็ถือว่าเป็นข้อความที่ชัดเจนเพียงพอแล้ว ตลอดจนข้อความต้องชัดเจนเพียงพอให้ทราบว่ากระทำความผิดใส่ความนั้นหมายความว่าอย่างไร และต้องเป็นพฤติกรรมที่สังคมไม่ยอมรับหรือน่ารังเกียจ

ของผู้เสียหาย และการใส่ความเรื่องซึ่งเป็นที่รังเกียจของสังคมหรือยังมิได้รับการยอมรับในสังคม (3) ข้อเท็จจริงที่ใส่ความนั้นมีโอกาสเป็นจริงได้ กล่าวคือเป็นสิ่งที่มนุษย์สามารถกระทำหรือแสดงพฤติกรรมอย่างที่กำลังหาได้ อย่งไรก็ดี หากข้อความที่แสดงนั้นเป็นสิ่งที่ไม่มีทางเป็นไปได้เลยหรือเป็นแต่เพียงคำไม่สุภาพ หยาบคาย ข้อความนั้นก็ไม่ใช่การใส่ความ และ (4) การใส่ความไม่จำกัดวิธี ผู้กระทำจะใช้วิธีการใดในการใส่ความก็ได้เพื่อให้ข้อเท็จจริงที่ยืนยันนั้นปรากฏแก่บุคคลที่สาม แต่โดยทั่วไปมีอยู่ 2 วิธี คือ การใส่ความด้วยวาจา และการใส่ความเป็นลายลักษณ์อักษร

ในกรณีของ “ผู้อื่น” ตามมาตรานี้ หมายถึง ผู้ที่ถูกใส่ความซึ่งจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ โดยบุคคลธรรมดา หมายถึงผู้ที่มีสภาพบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนี้ บุคคลธรรมดาในที่นี้จะหมายถึงบุคคลคนเดียวหรือกลุ่มบุคคลก็ได้⁴⁴⁶ ในขณะที่นิติบุคคล หมายถึง บุคคลที่กฎหมายสมมุติขึ้นที่มีสภาพบุคคลเช่นเดียวกับคนธรรมดา เช่น ห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน บริษัท สมาคม มูลนิธิ เป็นต้น แต่ต้องเป็นการใส่ความต่อตัวนิติบุคคลนั้นโดยตรงมิใช่ใส่ความแต่เพียงบุคลากรหรือสมาชิกในนิติบุคคลเท่านั้น มิใช่ใส่ความแต่เพียงบุคลากรหรือสมาชิกในนิติบุคคลเท่านั้น นอกจากนี้ ผู้ถูกใส่ความจะมีจำนวนมากน้อยเท่าใดไม่ใช่ข้อสำคัญ ขึ้นอยู่กับว่าความเป็นไปได้หรือไม่ว่าผู้เสียหายได้กระทำตามที่ถูกใส่ความ และผู้ถูกใส่ความจะเป็นบุคคลเดียวในกลุ่มหรือองค์กรหรือจะเป็นสมาชิกทุกคนก็ได้ อย่งไรก็ตาม หากการใส่ความบุคคลเพียงคนเดียวหรือกลุ่มย่อย ๆ เพียงกลุ่มเดียวในกลุ่มหรือองค์กรโดยไม่กระทบต่อกลุ่มหรือองค์กร หรือหากใส่ความทั้งกลุ่มหรือองค์กรแต่ไม่อาจเกิดขึ้นได้ในความเป็นจริงเลย หรือเป็นการกล่าวถึงคนหมู่มาก คนธรรมดาสามัญไม่อาจเข้าใจว่าพาดพิงถึงบุคคลใด ถือว่าการใส่ความไม่ชัดเจนเพียงพอที่จะเป็นการใส่ความบุคคลหรือองค์กร

การหมิ่นประมาทจะต้องมีบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง ได้แก่ “บุคคลที่สาม” ซึ่งเป็นผู้รับสารหรือข้อความที่ใส่ความจากผู้กระทำด้วย บุคคลที่สามนี้จะเป็ใครก็ได้ที่ไม่ใช่ผู้ถูกใส่ความ แต่ต้องมีความสามารถในการเข้าใจข้อความที่ใส่ความนั้น ความผิดจึงจะสำเร็จ เพราะการที่เข้าใจข้อความจะทำให้บุคคลที่สามสามารถประเมินได้ว่าบุคคลที่ถูกใส่ความนั้นน่าจะกระทำหรือพฤติกรรมดังที่ถูกใส่ความนั้นหรือไม่ ซึ่งถ้าหากบุคคลที่สามเชื่อข้อความที่ถูกใส่ความย่อมจะทำให้บุคคลผู้ถูกใส่ความเสียชื่อเสียงได้ ทั้งนี้ ความผิดฐานหมิ่นประมาทไม่ได้จำกัดว่าผู้ใส่ความจะต้องใส่ความต่อบุคคลที่สาม

⁴⁴⁶ ยกตัวอย่างเช่น ใส่ความนักฟุตบอลทีมชาติทั้งทีมว่าได้รับเงินจากคู่แข่ง ใส่ความห้างหุ้นส่วนสามัญว่าให้สินบนเจ้าพนักงาน เป็นต้น

ลับหลังผู้ถูกใส่ความเท่านั้น ดังนั้น แม้ว่าจะมีการใส่ความต่อบุคคลที่สามต่อหน้าผู้ถูกใส่ความก็ยังคงเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทอยู่ตนเอง นอกจากนั้น ยังต้องพิจารณาพฤติการณ์ประกอบการกระทำว่า “โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง” ด้วย กล่าวคือ การใส่ความดังกล่าวอาจทำให้ผู้ถูกใส่ความเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังจากบุคคลที่สามที่ทราบข้อความที่ใส่ความได้ ซึ่งเป็นกรพิจารณาในเชิงภาววิสัย ว่าหากบุคคลที่สามเชื่อข้อความที่ใส่ความดังกล่าว ผู้ถูกใส่ความย่อมจะเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง อันเป็นการพิจารณาจากความรู้สึกรู้สึกนึกคิดของคนทั่วไปที่มีศีลธรรมอยู่ในระดับกลาง ๆ⁴⁴⁷

นอกจากความผิดฐานหมิ่นประมาทข้างต้นแล้ว หากบุคคลผู้หมิ่นประมาทใช้การโฆษณา ด้วยวิธีการสื่อสารใด ๆ ก็ตาม ซึ่งเป็นวิธีที่ทำให้ข้อความที่หมิ่นประมาทเผยแพร่ไปอย่างกว้างขวาง ซึ่งอาจจะทำให้ผู้ถูกใส่ความเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังมากกว่าวิธีการใส่ความแก่บุคคลที่สามโดยเฉพาะเจาะจง ย่อมต้องได้รับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 328 หรือที่เรียกโดยทั่วไปว่า “ความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา”

อนึ่ง ได้มีการกำหนดเหตุยกเว้นความผิดฐานหมิ่นประมาทไว้ 2 กรณี ได้แก่ (1) การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริต (1.1) เพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม (1.2) ในฐานะเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติการตามหน้าที่ (1.3) ดิชมด้วยความเป็นธรรมซึ่งบุคคลหรือบุคคลหรือสิ่งใดอันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ หรือ (1.4) ในการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรมเรื่องการดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือในการประชุม (มาตรา 329) และ (2) การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล (มาตรา 331)

อนึ่ง ไม่นานมานี้ได้เกิดกรณีที่นายพดล สีดาทัน ในฐานะโจทก์ยื่นฟ้องนางสาวอรพิมพ์ รักษาผล จำเลย ในข้อหาหมิ่นประมาทคนอีสาน⁴⁴⁸ โดยศาลชั้นต้น (ศาลจังหวัดขอนแก่น) วินิจฉัยว่า ถ้อยคำที่จำเลยกล่าวมาไม่ได้เจาะจงหมายถึงโจทก์ จึงยังไม่เป็นความผิด จึงพิพากษายกฟ้องในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง โดยยังมีได้มีการสืบพยานหรือการไต่สวน โจทก์จึงยื่นอุทธรณ์ ซึ่งต่อมาศาลอุทธรณ์ภาค 4 วินิจฉัยว่า การจะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท จะต้องเป็นการใส่ความโดยระบุผู้ถูกใส่ความเป็นการยืนยันแน่นอน หรือหากไม่ระบุถึงตัวบุคคล ก็ต้องหมายถึงบุคคลใดบุคคลหนึ่ง

⁴⁴⁷ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), หน้า 271-314.

⁴⁴⁸ คดีนี้ โจทก์ฟ้องว่า จำเลยได้พูดดูหมิ่นประมาท ใส่ความโจทก์และคนอีสานให้บุคคลอื่นเข้าใจว่า โจทก์และคนอีสานทุกคนเป็นคนไม่ดี เป็นคนเนรคุณ ทำให้โจทก์และคนอีสานเสื่อมเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นและเกลียดชังจากกรณีหมิ่นประมาท

โดยเฉพาะ การที่โจทก์อ้างว่า จำเลยกล่าวถึงคนอื่นสานทั่ว ๆ ไป มิได้เจาะจงว่าเป็นผู้ใด ดังนั้น คนอีสาน คนใดคนหนึ่งจึงไม่อาจกล่าวอ้างว่าเป็นผู้เสียหาย แม้โจทก์จะเป็นคนอีสาน ก็ไม่เป็นผู้เสียหายที่จะนำคดีมาฟ้อง ศาลอุทธรณ์พิพากษายืนตามศาลชั้นต้น และยกฟ้องโจทก์⁴⁴⁹

นักวิชาการด้านกฎหมายบางท่านเสนอว่าความผิดฐานหมิ่นประมาท ซึ่งรวมถึงหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา มีแนวโน้มที่จะนำมาใช้จำกัดการใช้ประทุษวาจาได้มากที่สุด โดยการหมิ่นประมาทอาจทับซ้อนกับประทุษวาจาได้ในกรณีที่ข้อความที่เผยแพร่ทำให้ให้สาธารณชนเชื่อในเรื่องราวตามข้อความที่หมิ่นประมาทผู้อื่น และส่งผลให้ผู้อื่นนั้นถูกดูถูกเหยียดหยาม แต่ก็มีข้อปัญหาหลายประการ ซึ่งจะได้วิเคราะห์ต่อไปอย่างละเอียดในบทวิเคราะห์

4.3.3.5 ความผิดฐานแกล้งบอกเล่าความเท็จให้เลื่องลือจนเป็นเหตุให้ประชาชนตื่นตกใจ

“ความผิดฐานแกล้งบอกเล่าความเท็จให้เลื่องลือจนเป็นเหตุให้ประชาชนตื่นตกใจ” เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาในภาค 3 ลหุโทษ มาตรา 384⁴⁵⁰

ความผิดฐานนี้มุ่งลงโทษผู้ใดก็ตามที่แกล้งบอกเล่าความเท็จให้เลื่องลือจนเป็นเหตุให้ประชาชนตื่นตกใจ โดย “การบอกเล่า” อาจทำได้ทั้งโดยวาจาหรือเป็นหนังสือ เช่น ทำคำทำนาย แจกจ่ายไปว่า “คนเกิดปีมะ” จะต้องเป็นมะเร็งตายจำนวนมากถ้าไม่สะเดาะเคราะห์เสีย โดยต้องเป็นการบอกเล่า “ความเท็จ” คือข้อความที่ไม่ตรงกับความจริงที่เกิดขึ้นหรือมีอยู่ นอกจากนั้นการบอกเล่าความเท็จดังกล่าวต้องเป็นการบอกเล่า “ให้เลื่องลือ” กล่าวคือ แพร่หลายโดยการบอกเล่าต่อ ๆ กันไป “จนเป็นเหตุให้ประชาชนตื่นตกใจ” ซึ่งคำว่า “ประชาชน” หมายถึงบุคคลไม่จำกัดตัวไม่ถึงจำนวนมากนักน้อยเป็นสำคัญ นอกจากนี้หากเป็นการกระทำเฉพาะเจาะจงต่อผู้เสียหายแม้หลายคนก็ไม่ถือว่าเป็นประชาชน และต้องมีประชาชนตื่นตกใจ อันเป็นผลโดยตรงที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว ถ้าประชาชนไม่ได้ตื่นตกใจกับข้อความเท็จนั้น กล่าวคืออาจเพียงตื่นแต่ไม่ได้ตกใจก็ยังไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้ ทั่วยที่สุด ผู้บอกเล่าความเท็จดังกล่าวต้องมีเจตนา คือ การ “แกล้ง” ด้วย ไม่ใช่เพียงแต่ประมาทหรือพลั้งเผลอ

⁴⁴⁹ ไทยรัฐออนไลน์, "ศาลอุทธรณ์ ยกฟ้อง เบส อรพิมพ์ นักพูดชื่อดัง ดูหมิ่นคนอีสาน" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.thairath.co.th/news/local/bangkok/1056190>.

⁴⁵⁰ “มาตรา ๓๘๔ ผู้ใดแกล้งบอกเล่าความเท็จให้เลื่องลือจนเป็นเหตุให้ประชาชนตื่นตกใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

เมื่อเปรียบเทียบกับสถานการณ์ในปัจจุบัน การบอกเล่าความเท็จให้เลื่องลือย่อมเปรียบได้กับการจงใจปล่อย “ข่าวปลอม” (Fake News) ที่กำลังแพร่หลายอยู่ในสังคมไทยในปัจจุบัน ซึ่งการปล่อยข่าวปลอมบางลักษณะอาจเข้าลักษณะเป็นการใช้ประทุษวาจาได้ด้วยในบางลักษณะ ดังจะได้ อธิบายต่อไปในบทวิเคราะห์

4.3.3.6 ความผิดฐานทำให้เกิดความกลัว หรือความตกใจ

“ความผิดฐานทำให้เกิดความกลัว หรือความตกใจ” เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาในภาค 3 ลหุโทษ มาตรา 392⁴⁵¹

การกระทำตามความผิดฐานนี้มุ่งลงโทษผู้ใดทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัว หรือความตกใจ โดยการขู่เข็ญ ซึ่งสามารถกระทำโดยไม่จำกัดวิธี เช่น เอาปืนพลาสติกมาขู่เข็ญทำท่าจะยิงผู้เสียหาย ผู้เสียหายเข้าใจว่าเป็นจริง เกิดความกลัวตกใจ ย่อมมีความผิดตามมาตรานี้ และต้องมีเจตนาโดยประสงค์หรือเล็งเห็นผลให้กลัว ทั้งนี้ ในกรณีของการใช้ประทุษวาจาที่เป็นการกระทำแบบเผชิญหน้า เช่น การตะโกนด่าทอใส่คนที่ เป็นกลุ่มคนหลากหลายทางเพศในที่สาธารณะ โดยแสดงท่าทีคุกคามขู่เข็ญจะทำร้ายไปด้วย (แม้ไม่ได้เจตนาจะทำร้ายจริง ๆ แต่มีเจตนาให้อีกฝ่ายกลัว) จนเหยื่อเกิดความกลัว หรือตกใจ ย่อมมีความผิดตามมาตรานี้ได้ ซึ่งจะได้อธิบายต่อไปในบทวิเคราะห์

4.3.3.6 ความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณา

“ความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าและด้วยการโฆษณา” เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาในภาค 3 ลหุโทษ มาตรา 393⁴⁵²

ความผิดฐานดูหมิ่นสามารถแบ่งแยกได้ 2 ลักษณะ ได้แก่ “ดูหมิ่นซึ่งหน้า” และ “ดูหมิ่นด้วยการโฆษณา”⁴⁵³ ในกรณีของหลักเกณฑ์ของการดูหมิ่นซึ่งหน้านั้น ต้องมีลักษณะของการ

⁴⁵¹ “มาตรา ๓๙๒ ผู้ใดทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัว หรือความตกใจ โดยการขู่เข็ญ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁴⁵² “มาตรา ๓๙๓ ผู้ใดดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁴⁵³ “การดูหมิ่น” มีลักษณะที่แตกต่างจาก “การหมิ่นประมาท” กล่าวคือ (1) การดูหมิ่นนั้นเป็นการดูถูก เหยียดหยามผู้อื่น แต่การหมิ่นประมาทเป็นการยืนยันข้อเท็จจริงต่อบุคคลที่สามในประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง (2) ถ้อยคำบางคำอาจเป็นเพียงการดูหมิ่น บางครั้งอาจเป็นเพียงการหมิ่นประมาท และในบางครั้งอาจเป็นทั้งการดูหมิ่นและการหมิ่นประมาทในคราวเดียวกัน (3) ความผิดฐานหมิ่นประมาทมีอัตราโทษสูงกว่าความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งเป็นเพียงความผิด

เจตนาถูกเหยียดหยาม ทำให้อับอาย เสียหาย เป็นที่เกลียดชัง สบประมาท หรือคำ อันเป็นการประทุษร้ายต่อความรู้สึกของผู้อื่น อาจกระทำด้วยวาจาหรือกริยาท่าทางก็ได้ เช่น การกล่าวถ้อยคำเหล่านี้ต่อผู้เสียหาย “ต่อแหล” “ไอ้ทนายเองช่วย” “ไอ้หน้าโง่” “เป็นมารศาสนา” เป็นต้น ทั้งนี้ถ้อยคำที่เป็นการดูหมิ่นที่ยกตัวอย่างมาล้วนมีความหมายในทางเสื่อมเสีย กล่าวหาผู้เสียหายว่าเป็นคนพุดเท็จ เป็นคนไม่ฉลาด หรือกล่าวถ้อยคำเหยียดหยามให้ผู้เสียหายได้เสียหายได้รับความอับอายเจ็บใจ ซึ่งทำลายเกียรติและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้เสียหาย โดยต้องเป็นการกล่าวต่อหน้าผู้เสียหาย หรือเป็นการกล่าวลับหลังในระยะเวลาที่ผู้เสียหายสามารถได้ยินถ้อยคำได้ นอกจากนี้ หากเป็นกรณีของการต่างฝ่ายต่างต่างด่าทอกันก็ไม่เป็นการดูหมิ่นตามมาตรา 112 เนื่องจากกฎหมายมุ่งลงโทษเฉพาะผู้ที่ดูหมิ่นผู้อื่นแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยที่อีกฝ่ายไม่ได้ตอบโต้เท่านั้น สำหรับกรณีของการดูหมิ่นด้วยการโฆษณา การกระทำดังกล่าวต้องมีลักษณะของการแพร่หลายหรือเผยแพร่ออกไปยังสาธารณชน หรือการป่าวร้อง อาจกระทำโดยเอกสาร ภาพวาด ภาพยนตร์ หรือการกระจายเสียง การดูหมิ่นด้วยการโฆษณาแม้เป็นการกล่าวลับหลังผู้เสียหายก็เป็นความผิดแล้ว เช่น บรรณาธิการหนังสือลงข้อความว่า ต.ตะโกนกลางตลาดว่า “จำเสยถอตรงเท้าตบหน้า ส.” เป็นต้น⁴⁵⁴

ทั้งนี้ กล่าวได้ว่าการดูหมิ่นซึ่งหน้าอาจเทียบเคียงได้กับกรณีของการใช้ประทุษวาจา บางลักษณะได้เช่นกัน เนื่องจากการดูหมิ่น เหยียดหยามก็สามารถกระทำต่อบุคคลบนพื้นฐานของอัตลักษณ์ที่แสดงความเป็นกลุ่มซึ่งเข้าลักษณะของการใช้ประทุษวาจาได้เช่นกัน ดังจะได้อธิบายต่อไปในบทวิเคราะห์

4.3.3.8 ความผิดในฐานะเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด

ความผิดฐานเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด เป็นความรับผิดในกรณีที่มีผู้กระทำความผิดหลายคนอันเป็นการขยายขอบเขตความรับผิดทางอาญาของบุคคลออกไป โดยแบ่งออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรก การก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดโดยวิธีการทั่ว ๆ ไป และกรณีที่สอง การก่อให้เกิดบุคคล

ลหุโทษ แต่ความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้นเป็นความผิดอันยอมความได้ (4) ความผิดฐานดูหมิ่น หมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ ประมุขของรัฐต่างประเทศ ผู้แทนของรัฐต่างประเทศนั้น กฎหมายบัญญัติคุ้มครองความผิดทั้งสองฐานไว้รวมในมาตราเดียวกัน (มาตรา 112 มาตรา 133 และมาตรา 143)

⁴⁵⁴ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), หน้า 436-437.

ทั่วไปกระทำความผิด โดยการโฆษณาหรือประกาศ ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84⁴⁵⁵ และมาตรา 85⁴⁵⁶ ตามลำดับ

ในกรณีของการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดโดยวิธีการทั่ว ๆ ไป ตามมาตรา 84 นั้น ต้องมีการกระทำอันเป็นการ “ก่อ” ให้ผู้อื่นกระทำความผิด ซึ่งหมายถึง การกระทำอันเป็นเหตุให้ผู้อื่น ตกลงใจกระทำความผิด โดยสามารถกระทำได้หลายวิธี ได้แก่ การใช้ การบังคับ การขู่เข็ญ การจ้าง การวาน การยุยงส่งเสริม และวิธีอื่นใด ซึ่งอาจรวมถึงการหลอกลวงได้ด้วย และต้องเป็นการกระทำต่อ “ผู้อื่น” ที่เจาะจงรายตัวได้ หรือ “บุคคลทั่วไป” ก็ได้

นอกจากนั้น ผู้ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดโดยวิธีการทั่ว ๆ ไป ต้องมี “เจตนาก่อ” ให้ผู้อื่นกระทำความผิด กล่าวคือ ประสงค์ต่อผล หรือเล็งเห็นผล และต้องมีผล คือมีความผิดกระทำลง ตามที่กอนั้น ซึ่งถ้าผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดที่ถูกใช้ ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการในการกระทำความผิดนั้น แต่ถ้าผู้ถูกใช้ไม่ได้กระทำความผิดตามที่ถูกใช้ไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ผู้ใช้ก็ยังคงต้องรับโทษ แต่รับโทษเพียงหนึ่งในสามของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ

ในกรณีของการก่อให้เกิดบุคคลทั่วไปกระทำความผิด โดยการโฆษณาหรือประกาศ ตามมาตรา 85 ต้องเป็นการ “ก่อ” ให้ผู้อื่นกระทำความผิดตามความหมายของมาตรา 84 โดยการก่อดังกล่าว ต้องกระทำโดยการ “โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไป” ให้กระทำความผิด และความผิดที่ก่อให้เกิดกระทำดังกล่าวมีกำหนดโทษไม่ต่ำกว่า 6 เดือน ทั้งนี้ การโฆษณาหรือประกาศ อาจกระทำโดยการตีพิมพ์ไว้ในที่สาธารณะ การลงโฆษณาในหนังสือพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์ หรือพิมพ์เป็นใบปลิว

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁴⁵⁵ “มาตรา ๘๔ ผู้ใดก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดไม่ว่าด้วยการใช้ บังคับ ขู่เข็ญ จ้าง วานหรือยุยงส่งเสริม หรือด้วยวิธีอื่นใด ผู้นั้นเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด

ถ้าความผิดมิได้กระทำลงไม่ว่าจะเป็นเพราะผู้ถูกใช้ไม่ยอมกระทำ ยังไม่ได้กระทำ หรือเหตุอื่นใด ผู้ใช้ต้องระวางโทษเพียงหนึ่งในสามของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

ถ้าผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดนั้น ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการ และถ้าผู้ถูกใช้เป็นบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี ผู้พิพากษา ผู้ทพพลภาพ ลูกจ้างหรือผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของผู้ใช้ ผู้ที่มีฐานะยากจน หรือผู้ต้องพึ่งพาผู้ใช้เพราะเหตุป่วยเจ็บหรือไม่ว่าทางใด ให้เพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้ใช้กึ่งหนึ่งของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับผู้นั้น”

⁴⁵⁶ “มาตรา ๘๕ ผู้ใดโฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิด และความผิดนั้นมีกำหนดโทษไม่ต่ำกว่าหกเดือน ผู้นั้นต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

ถ้าได้มีการกระทำความผิดเพราะเหตุที่ได้มีการโฆษณาหรือประกาศตามความในวรรคแรก ผู้โฆษณาหรือประกาศต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการ”

และเดินแจกไปทั่ว เป็นต้น ในขณะที่ “บุคคลทั่วไป” ตามมาตรานี้ ต้องไม่จำกัดเฉพาะคนใดคนหนึ่งเท่านั้นด้วย⁴⁵⁷

ทั้งนี้ กล่าวได้ว่าความผิดฐานเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดสามารถปรับใช้ได้กับการใช้ประทุษวาจาบางประการที่เข้าลักษณะของการ “ยั่วยุ” ที่ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดบางประการต่อเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาได้ ซึ่งจะได้อธิบายต่อไปในบทวิเคราะห์

จากการศึกษาฐานความผิดในประมวลกฎหมายอาญาข้างต้น พบว่ามีบางฐานความผิดที่อาจนำมาใช้ในการจำกัดการใช้ประทุษวาจาได้ซึ่งจะได้วิเคราะห์ต่อไปข้างหน้าในบทวิเคราะห์ อย่างไรก็ตาม ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเป็นเพียงแค่ส่วนหนึ่งเท่านั้น หากจะศึกษาอย่างรอบด้านแล้ว จำเป็นต้องศึกษาฐานความผิดตามกฎหมายอื่นที่มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายอาญาด้วย ยกตัวอย่างเช่น ฐานความผิดตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505⁴⁵⁸ ฐานความผิดตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551⁴⁵⁹ ฐานความผิดตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนการค้า พ.ศ. 2550⁴⁶⁰ ฐานความผิดตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551⁴⁶¹ ฐานความผิดตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548⁴⁶² ฐานความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2559⁴⁶³ เป็นต้น แต่เนื่องจากการศึกษาฐานความผิดอาญาตามกฎหมายอื่นที่มีการกำหนดบทกำหนด

⁴⁵⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: พลสมยามพรินต์ติ้ง, 2551), หน้า 644-678.

⁴⁵⁸ พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 มาตรา 44 ตี

⁴⁵⁹ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 37 ประกอบมาตรา 66

⁴⁶⁰ พระราชบัญญัติจดทะเบียนการค้า พ.ศ. 2550 มาตรา 27

⁴⁶¹ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 มาตรา 77

⁴⁶² พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 18

⁴⁶³ พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2559 มาตรา 61 วรรคสอง บัญญัติว่า “ผู้ใดดำเนินการเผยแพร่ข้อความ ภาพ เสียง ในสื่อหนังสือพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์ สื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือในช่องทางอื่นใด ที่ผิดไปจากข้อเท็จจริงหรือมีลักษณะรุนแรง ก้าวร้าว หยาดคาย ปลุกเร้าคน หรือข่มขู่โดยมุ่งหวังเพื่อให้ผู้มีสิทธิออกเสียงไม่ไปใช้สิทธิออกเสียงหรือออกเสียงอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่ออกเสียงให้ถือว่าผู้นั้นกระทำการก่อความวุ่นวายเพื่อให้เกิดการออกเสียงไม่เป็นไปด้วยความเรียบร้อย” ซึ่งในกรณีนี้ ผู้ตรวจการแผ่นดินได้เคยเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2559 มาตรา 61 วรรคสอง บัญญัติถึงการกระทำอันเป็นความผิดโดยใช้ถ้อยคำที่กว้างและคลุมเครือ เช่น คำว่า รุนแรง ก้าวร้าว ปลุก

โทษทางอาญาไม่ได้อยู่ในขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจึงจะขออธิบายยกตัวอย่างไว้พอสังเขปแต่เพียงเท่านี้



ระดม เป็นต้น ชัดหรือแย้งต่อมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าในบางกรณีกฎหมายอาญาอาจจะใช้ถ้อยคำที่ชัดเจนแต่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงก็ได้ เพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถพิจารณาพฤติการณ์ของการกระทำประกอบกับถ้อยคำตามองค์ประกอบความผิดเพื่อให้ได้ความหมายที่ถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์อันเป็นการอำนวยความสะดวกในเรื่องนั้น ๆ ได้ ทั้งนี้ ถ้อยคำในมาตรา 61 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญฯ ที่ว่า รุนแรง ก้าวร้าว หยาบคาย ปลุกระดม หรือ ช่มชู้ เป็นถ้อยคำที่ชัดเจนแต่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง โดยเป็นถ้อยคำที่ตราขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจ จึงไม่ใช่กรณีที่กฎหมายบัญญัติความผิดและโทษทางอาญาโดยใช้ถ้อยคำที่เคลือบคลุมหรือไม่ชัดเจนแต่ประการใด หากจะเกิดปัญหาจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อาจตีความขยายขอบเขตของถ้อยคำดังกล่าวจนอาจเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบและไม่เป็นธรรมแก่ประชาชน บุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจโดยมิชอบดังกล่าว ย่อมฟ้องร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจในเรื่องนั้น ๆ ได้

ดังนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติมาตรา 61 วรรคสอง จึงเป็นบทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อรักษาความมั่นคงแห่งรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติ ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคล และเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป รวมทั้งมิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง จึงชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (โปรดดู คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2559)

บทที่ 5

บทวิเคราะห์

ในบทวิเคราะห์นี้ ผู้เขียนได้แบ่งแยกการวิเคราะห์ออกเป็น 3 หัวข้อที่เกี่ยวข้องกัน ได้แก่ หัวข้อ 5.1 วิเคราะห์ความจำเป็นในการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศไทย หัวข้อ 5.2 วิเคราะห์ความเพียงพอในการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศไทย และ หัวข้อ 5.3 วิเคราะห์ความเหมาะสมในการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศไทย ดังจะได้อธิบายต่อไปตามลำดับ

5.1 วิเคราะห์ความจำเป็นในการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศไทย

เมื่อพิจารณาจากการทบทวนวรรณกรรมเกี่ยวกับพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในระดับสากลนับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โดยเฉพาะการใช้ประทุษวาจาในยุคสมัยใหม่ จะพบว่ามักจะเกิดสถานการณ์หรือเหตุการณ์เกี่ยวกับการใช้ประทุษวาจาอย่างร้ายแรงซึ่งส่งผลกระทบต่อชีวิตและสวัสดิภาพของเนื้อตัวร่างกายของบรรดาเหยื่อที่ตกเป็นเป้าหมายของการใช้ประทุษวาจา (หลายกรณีเข้าลักษณะของการก่ออาชญากรรมที่มีมูลเหตุจากความเกลียดชัง) การเลือกปฏิบัติและการเป็นปฏิปักษ์ รวมถึงการแบ่งแยกและความขัดแย้งที่ร้ายลึกระหว่างกลุ่มคนต่าง ๆ ในประเทศ (ในบางกรณีอาจเป็นความขัดแย้งระหว่างประเทศ) จนกระทั่งสาธารณชนในภาคส่วนต่าง ๆ ของสังคมเกิดความตื่นรู้และตระหนักรู้ร่วมกัน (Public Awakening and Awareness) ถึงภัยอันตรายจากการใช้ประทุษวาจาว่าเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบรุนแรงเพียงใด โดยเฉพาะในสังคมออนไลน์ ไม่เฉพาะแต่เพียงในระดับสังคมในระดับประเทศเท่านั้น (National Level) หากยังรวมถึงสังคมระหว่างประเทศด้วย (International Level)

ความตื่นรู้และความตระหนักรู้เกี่ยวกับภัยอันตรายที่เกิดจากการใช้ประทุษวาจาของผู้คนนับตั้งแต่อดีต หลายต่อหลายครั้งได้นำไปสู่การกำหนด “เจตจำนงทางการเมือง” (Political Will) ที่ชัดเจนของบรรดารัฐต่าง ๆ ทั้งในระดับระหว่างประเทศ ระดับภูมิภาค และระดับภายในประเทศว่าถึงเวลาอันจำเป็นและสมควรแล้วที่จะต้องกำหนดมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งทั้งมาตรการทางนโยบายและมาตรการทางกฎหมาย เพื่อจัดการและแก้ไขปัญหาคำการใช้ประทุษวาจาอย่างจริงจังและเป็นรูปธรรม ยกตัวอย่างกรณีทางประวัติศาสตร์ที่เป็นจุดเปลี่ยนสำคัญของการจำกัดการใช้ประทุษวาจาในยุคสมัยใหม่ ได้แก่ เหตุการณ์การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวฮิวกว่าหลายล้านคนโดยพรรคนาซีซึ่งนำโดยจอม

เผด็จการอย่างฮิตเลอร์ ในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง ซึ่งปรากฏหลักฐานเชิงประจักษ์ว่าพรรคนาซีได้ใช้ประทุษวาจาที่เข้าลักษณะของการโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดความเกลียดชังและการยุยงให้เกิดการใช้ความรุนแรงและฆ่าล้างเผ่าพันธุ์กลุ่มคนชาวยิวอย่างเป็นระบบ ซึ่งส่งผลเป็นการสร้างความชอบธรรมให้การสังหารหมู่ชาวยิวอย่างไร้มนุษยธรรมที่สุดในหน้าประวัติศาสตร์แห่งมวลมนุษยชาติ

เมื่อสิ้นสุดเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่สองพร้อมกับความพ่ายแพ้ของพรรคนาซี บรรดารัฐส่วนใหญ่ทั่วโลกต่างตระหนักรู้ถึงพิษภัยของอคติการเหยียดเชื้อชาติที่นำไปสู่การโฆษณาชวนเชื่อให้เกิดความเกลียดชัง จนก่อให้เกิดโศกนาฏกรรมครั้งใหญ่ จึงได้ก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ และประกาศ“ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (UDHR) ซึ่งเป็นปฐมบทของการรับรอง “สิทธิมนุษยชน” ของมนุษย์ทุกคน “โดยปราศจากการแบ่งแยก” ไม่ว่าจะเชื้อชาติใดก็ตาม ประกอบกับสถานการณ์ที่เกิดพรรคการเมืองที่สนับสนุนนโยบายการแบ่งแยกกลุ่มคนต่างเชื้อชาติ (Apartheid) ของประเทศแอฟริกาในระยะเวลาใกล้เคียงกัน จึงนำไปสู่การจัดทำ “อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ” (CERD) และ“กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง” (ICCPR) ตามลำดับ ซึ่งตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศทั้ง 2 ฉบับนี้ มุ่งเน้นความจำเป็นในการจัดแนวความคิดการเหยียดเชื้อชาติ (และด้านอื่น ๆ) ทุกรูปแบบ ซึ่งรวมถึงการใช้ประทุษวาจาด้วย และได้กลายเป็นมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับบรรดารัฐทั้งหลายที่เข้าร่วมเป็นภาคีของตราสารข้างต้น

ทั้งนี้ รัฐแต่ละรัฐต่างมีหน้าที่ที่จะต้องกำหนดเจตจำนงทางการเมืองภายในรัฐตนให้สอดคล้องกับมาตรฐานตามกฎหมายระหว่างประเทศ พร้อมทั้งกำหนดมาตรการที่จะจัดการและแก้ไขปัญหาสำคัญอย่างการใช้ประทุษวาจาอย่างจริงจัง โดยเฉพาะการใช้มาตรการทางกฎหมาย ซึ่งหลายรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐเสรีประชาธิปไตยได้พิจารณาถึงความจำเป็นของรัฐตนเองแล้วพบว่ามีความสำคัญมากพอที่จะต้องออกมาตรการทางกฎหมายเพื่อจัดการกับปัญหาการใช้ประทุษวาจาอย่างเร่งด่วน ซึ่งต้องสอดคล้องกับมาตรฐานของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศด้วย

จากที่ได้อธิบายมาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าการพิจารณาถึง “ความจำเป็น” ในการมุ่งกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายอย่างรอบด้านเป็นสิ่งที่พึงกระทำก่อนเป็นลำดับแรก โดยเฉพาะเมื่อจะต้องกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศไทย เนื่องจากอาจมีผู้วิพากษ์วิจารณ์ว่าปัญหาการใช้ประทุษวาจาในประเทศไทยไม่ได้ร้ายแรงมากพอถึงขนาดต้องดำเนินการใด ๆ มากไปกว่าที่ได้กระทำอยู่ในปัจจุบัน เลยเถิดไปถึงขนาดว่าการใช้ประทุษวาจาใน

ประเทศไทยไม่ได้เป็นปัญหาของสังคมไทยเลยเสียด้วยซ้ำ ในทางกลับกัน อาจมีผู้กังวลใจว่ารัฐบาลจะอ้างความจำเป็นในการจำกัดการใช้ประทุษวาจาแบบบิดเบือนเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่ปิดบังอำพรางไว้ ยกตัวอย่างเช่น การอ้างความจำเป็นเพื่อปราบปรามกลุ่มที่มีความคิดเห็นที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐ หรือมีความคิดเห็นที่รัฐเห็นว่าไม่ถูกต้อง เป็นต้น อันอาจจะส่งผลเป็นการลดทอนเสรีภาพในการแสดงออกของปัจเจกชนหรือกลุ่มบางกลุ่มเกินความได้สัดส่วนหรือความพอสมควรแก่เหตุในระบอบเสรีประชาธิปไตย ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาถึงความจำเป็นในการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายย่อมมีส่วนช่วยให้รัฐมีเหตุผลสนับสนุนที่รับฟังได้ เพื่อจะนำไปสู่การกำหนดเจตจำนงทางการเมืองและวัตถุประสงค์ของรัฐที่มีความชอบธรรมเพียงพอ อันเป็นพื้นฐานของการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาอย่างเหมาะสมต่อไป โดยเฉพาะมาตรการทางกฎหมายอาญา

นอกจากนั้น มาตรา 77 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

โดยสามารถแบ่งแยกการพิจารณาออกเป็น 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก ความจำเป็นจากสถานการณ์ปัญหาของการใช้ประทุษวาจาในประเทศไทย และ ประการที่สอง ความจำเป็นจากพันธกรณีตามตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี ซึ่งจะได้อธิบายต่อไปตามลำดับ

5.1.1 ความจำเป็นจากสถานการณ์ปัญหาของการใช้ประทุษวาจาในประเทศไทย

จากการทบทวนวรรณกรรมเกี่ยวกับสถานการณ์การใช้ประทุษวาจาในประเทศไทยในพื้นที่หรือสังคมออนไลน์ โดยเฉพาะการใช้ประทุษวาจาในความหมายของยุคสมัยใหม่ บ่งชี้ว่าประเทศไทยประสบปัญหาจากการใช้ประทุษวาจาอย่างชัดเจน หลากหลายด้านและหลากหลายระดับความรุนแรง ตั้งแต่ระดับต่ำไปจนถึงระดับสูง นอกจากนี้การใช้ประทุษวาจาในประเทศไทยไม่ใช่สถานการณ์หรือปรากฏการณ์ที่เพิ่งเกิดขึ้นไม่นานนี้ อย่างที่หลายคนเข้าใจไปว่าจุดเริ่มต้นของการใช้ประทุษวาจาเริ่มต้นจากช่วงเหตุการณ์ความขัดแย้งระหว่างกลุ่มคนต่างเชื้อสี (เสื้อเหลือง-เสื้อแดง) เป็นต้นมา ซึ่งเป็นการใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับความเชื่อและอุดมการณ์ทางการเมืองเพียงด้านเดียวเท่านั้น ทว่าอันที่จริงแล้วมีการใช้ประทุษวาจาอย่างแพร่หลายในสังคมไทยมาอย่างยาวนาน ทั้งด้านการเมืองและด้านอื่น ๆ ประกอบกัน

จากการศึกษาพบว่าการใช้ประทุษวาจาในประเทศไทยในพื้นที่ออฟไลน์ สามารถแบ่งประเภทได้ทั้งหมด 6 ด้านหลัก โดยใช้อัตลักษณ์ที่แสดงความเป็นกลุ่มเป็นเกณฑ์ในการจำแนก ได้แก่

- (1) การใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับชาติพันธุ์ เชื้อชาติ ชนชาติ และสีผิว
- (2) การใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับศาสนา
- (3) การใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับเพศ เพศสภาพ อัตลักษณ์ทางเพศ วิธีทางเพศ และรสนิยมทางเพศ
- (4) การใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับระดับสถานะทางสังคมและเศรษฐกิจ ซึ่งเชื่อมโยงกับความแตกต่างทางภูมิภาค
- (5) การใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับรูปลักษณ์ทางกายภาพ และความพิการ และ
- (6) การใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับอุดมการณ์และความคิดเห็นทางการเมือง

อนึ่ง การใช้ประทุษวาจาบางด้านมีความสัมพันธ์กับการใช้ประทุษวาจาอีกด้านหนึ่งอย่างมีนัยสำคัญ เช่น การใช้ประทุษวาจาเกี่ยวกับระดับสถานะทางสังคมและเศรษฐกิจ ซึ่งเชื่อมโยงกับความแตกต่างทางภูมิภาคมีความเกี่ยวข้องกับการใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับอุดมการณ์และความคิดเห็นทางการเมืองอย่างใกล้ชิด (กรณีการใช้ประทุษวาจาต่อกลุ่มคนเสื้อแดงซึ่งส่วนใหญ่เป็นคนอีสานที่มีฐานะยากจน) การใช้ประทุษวาจาเกี่ยวกับชาติพันธุ์ เชื้อชาติ ชนชาติมีความเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับการใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับศาสนา เป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่าสถานการณ์การใช้ประทุษวาจาในประเทศไทยทุกด้านข้างต้นก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อปัจเจกชน กลุ่มของปัจเจกชน และสังคมในภาพรวมอย่างปราศจากข้อสงสัย โดยเฉพาะบรรดากลุ่มที่เป็นกลุ่มคนส่วนน้อยหรือกลุ่มคนชายขอบซึ่งมักถูกกดขี่ ถูกเลือกปฏิบัติและถูกเอารัดเอาเปรียบในมิติต่าง ๆ จากรัฐหรือจากประชาชนกลุ่มอื่น ๆ ด้วยกันเองซึ่งเป็นกลุ่มคนเสียงส่วนใหญ่ในประเทศ กล่าวโดยเฉพาะเจาะจง การใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวกับอุดมการณ์และความคิดเห็นทางการเมืองเป็นกรณีตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงภัยอันตรายที่ร้ายแรงอย่างยิ่งยวดของการใช้ประทุษวาจาในประเทศไทย ยกตัวอย่างกรณีของการสังหารหมู่นิสิต นักศึกษาและประชาชนในวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 และกรณีความขัดแย้งระหว่างกลุ่มคนเสื้อเหลืองและกลุ่มคนเสื้อแดง ซึ่งทั้งสองกรณีเป็นผลมาจากการใช้ประทุษวาจาที่อยู่ในระดับความรุนแรงสูงสุดและอันตรายอย่างยิ่งทั้งจากภาครัฐ และจากประชาชนซึ่งเป็นคนเสียงส่วนใหญ่ (ไม่ได้วัดที่ปริมาณ แต่หมายถึงอำนาจในการต่อรองทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมที่เหนือกว่าอีกฝ่าย) จนในท้ายที่สุดนำไปสู่การฆาตกรรมและการ

ประทุษร้ายกันกลางกรุง ซึ่งในทางวิชาการเรียกว่าการก่ออาชญากรรมที่มีมูลเหตุจากความเกลียดชัง อย่างไรก็ตาม การใช้ประทุษวาจาในด้านอื่น ๆ ก็ส่งผลกระทบต่อในระดับที่รุนแรงแตกต่างกันออกไป ซึ่งเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเช่นกันตามที่ได้ศึกษาแล้วในบทก่อนหน้า

โดยสรุป เมื่อพิจารณาจากสถานการณ์ปัญหาของการใช้ประทุษวาจาในประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่ามีความจำเป็นอย่างเร่งด่วนที่รัฐจะต้องกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายอย่างเป็นระบบและเป็นรูปธรรม อย่างไรก็ตามจำเป็นต้องพิจารณาร่วมกับความจำเป็นจากพันธกรณีตามตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีประกอบด้วย ซึ่งจะได้อธิบายในหัวข้อถัดไป

5.1.2 ความจำเป็นจากพันธกรณีตามตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี

จากที่ได้ทบทวนวรรณกรรมในหัวข้อ 4.2 ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีของตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาที่สำคัญ 2 ฉบับ ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights หรือ ICCPR) และอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (CERD) ซึ่งผลจากการที่ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีและมีผลผูกพันประเทศไทย ส่งผลให้ประเทศไทยมีพันธกรณี (Obligation) ที่ต้องปฏิบัติตามเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดในตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (International Minimum Standard) ทั้งสองฉบับนั้นอย่างเต็มกำลัง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในประเด็นของการใช้ประทุษวาจา ซึ่งต้องคำนึงถึงการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกเป็นสำคัญด้วย

ดังนั้น ประเทศไทยจึงมีพันธกรณีตามข้อ 20 (2) ของ ICCPR ซึ่งเรียกร้องให้ห้ามการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังซึ่งยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ และการใช้ความรุนแรงต่อกลุ่มศาสนา กลุ่มเชื้อชาติ หรือ กลุ่มชนชาติ ทั้งนี้ พันธกรณีที่ประเทศไทยต้องปฏิบัติ ได้แก่ การจัดทำมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งสอดคล้องตามข้อ 20 (2) โดยจะต้องไม่ไปละเมิดสาระสำคัญที่กำหนดไว้ในมาตรา 19 อันว่าด้วยการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกด้วย ในขณะที่ CERD นั้น ประเทศไทยย่อมมีพันธกรณีตามข้อ 4 (a) ซึ่งรัฐจำเป็นต้องกำหนดมาตรการทางกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายอาญาที่มุ่งจำกัดการเผยแพร่ความคิดเห็นต่าง ๆ ทุกรูปแบบบนพื้นฐานของความเหนือกว่าหรือความเกลียดชังทางเชื้อชาติและชาติพันธุ์

อย่างไรก็ตาม ตามที่ได้ศึกษามาแล้ว เนื่องจากประเทศไทยยึดทฤษฎีทวินิยมเป็นหลักในการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับภายในประเทศ จึงต้องมีการตรากฎหมายมาอนุวัติการให้เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศเสียก่อน แม้กระนั้นก็ดี ในทางปฏิบัติ หากประเทศไทยได้ทำ ความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนมาแล้ว จะต้องพิจารณาว่าพันธกรณีตามตราสารมีอะไรบ้าง และกฎหมายภายในของประเทศไทยเพียงพอที่จะใช้บังคับหรือไม่ หากเพียงพอแล้วก็ไม่มีความจำเป็นต้องออกกฎหมายมาใช้บังคับเพิ่มเติม แต่หากไม่เพียงพอก็มีความจำเป็นต้องออกกฎหมายมาใช้บังคับเพิ่มเติมด้วย ซึ่งรวมถึงประเด็นของการจำกัดการใช้ประทุษวาจา

โดยสรุป เมื่อพิจารณาพันธกรณีตามตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี ประเทศไทยจึงมีความจำเป็นต้องกำหนดเจตจำนงทางการเมืองและกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรฐานของตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศทั้ง 2 ฉบับข้างต้น โดยจำเป็นต้องพิจารณาว่าระบบกฎหมายภายในของประเทศไทยทั้งระบบได้กำหนดมาตรการทางกฎหมาย โดยเฉพาะมาตรการทางกฎหมายอาญาที่เพียงพอต่อการดำเนินการตามพันธกรณีหรือไม่ อย่างไร ซึ่งจะได้วิเคราะห์ต่อไปข้างหน้า

5.2 วิเคราะห์ความเพียงพอของการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศไทย

ตามที่ได้วิเคราะห์ความจำเป็นในการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศไทยในหัวข้อ 5.1 ซึ่งได้ข้อสรุปว่าประเทศไทยมีความจำเป็นอย่างชัดเจนและเร่งด่วนที่จะต้องกำหนดเจตจำนงทางการเมือง และกำหนดมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อจัดการและแก้ไขปัญหาการใช้ประทุษวาจาในประเทศไทยโดยเฉพาะการกำหนดมาตรการทางกฎหมาย อันอยู่บนพื้นฐานของความจำเป็นจากสถานการณ์ปัญหาของการใช้ประทุษวาจาในประเทศไทย และจากพันธกรณีตามตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี แม้กระนั้น ประเด็นสำคัญที่จะต้องวิเคราะห์ต่อไปคือการวิเคราะห์ความเพียงพอของการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศไทย กล่าวคือ การวิเคราะห์ว่าระบบกฎหมายไทยทั้งระบบได้กำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาไว้หรือไม่ อย่างไร และเพียงพอแล้วหรือไม่ ซึ่งจะมุ่งวิเคราะห์ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาเป็นสำคัญ

อย่างไรก็ตาม การวิเคราะห์แต่เพียงมาตรการทางกฎหมายย่อมไม่เพียงพอ จำเป็นต้องวิเคราะห์มาตรการทางนโยบายของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาประกอบด้วย

เนื่องจากมาตรการทางนโยบายมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับมาตรการทางกฎหมาย โดยผู้เขียนจะได้วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายก่อนเป็นลำดับแรก และวิเคราะห์มาตรการทางนโยบายเป็นลำดับถัดไป

5.2.1 วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจา

สำหรับการวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจา ผู้เขียนแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็นการวิเคราะห์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และการวิเคราะห์ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งจะได้วิเคราะห์ต่อไปตามลำดับ

5.2.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

จากที่ได้ศึกษาขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในบทที่ 4 ผู้เขียนได้มุ่งหมายที่จะศึกษาว่ารัฐมีเจตนารมณ์ที่จะกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ และในขอบเขตอย่างไร เนื่องจากในรัฐเสรีประชาธิปไตยที่มีการสถาปนารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศอันมีรากเหง้ามาจากลัทธิรัฐธรรมนูญนิยมและตั้งอยู่บนรากฐานอันเข้มแข็งของหลักนิติรัฐนั้น รัฐธรรมนูญย่อมมีสถานะเป็นป่อเกิดของระบอบการเมืองหรือองค์กรทางการเมืองทั้งปวง และระบบกฎหมายทั้งระบบ รวมถึงการดำเนินภารกิจสำคัญคือการรับรองหรือประกันสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองภายในรัฐของตนอย่างเข้มข้นในสถานะของ “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” หรือ “สิทธิขั้นพื้นฐาน” ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว บรรดาสิทธิตามรัฐธรรมนูญเหล่านี้มักจะถูกแปรรูปมาจาก “สิทธิมนุษยชน” ที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือ “เสรีภาพในการแสดงออก” ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนที่สำคัญอย่างยิ่งยวดต่อมวลมนุษยชาติ เนื่องจากเป็นเสรีภาพที่มีความเกี่ยวโยงใกล้ชิดอย่างไม่อาจแยกออกจากกันได้จาก “เสรีภาพในทางความคิดและมโนธรรม” ของปัจเจกชน และเป็นเสรีภาพที่เป็นพาหนะของประชาชนในการมีส่วนร่วมทางการเมืองในระบอบประชาธิปไตยอย่างมีนัยสำคัญ ดังนั้น เสรีภาพนี้จึงได้รับการรับรองในบรรดาตราสารสิทธิมนุษยชนทั้งในระดับระหว่างประเทศและในระดับภูมิภาค รวมถึงถูกรับรองในฐานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญของบรรดาประเทศทุกประเทศที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย โดยประเทศไทยเองก็ได้รับรองเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชน

ชาวไทยไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกลบที่ผ่านมาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (มาตรา 34 วรรคแรก) เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม อย่างที่ได้เน้นย้ำมาโดยตลอดในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ว่าเสรีภาพในการแสดงออกไม่ใช่ “ใบอนุญาต” ให้เราสามารถพูด เขียน พิมพ์หรือแสดงออกด้วยวิธีอื่น ๆ ในลักษณะใดก็ได้ตามอำเภอใจโดยไร้ข้อจำกัด หรือโดยปราศจากความรับผิดชอบประการใดต่อการแสดงออกของตนเอง การใช้เสรีภาพในการแสดงออกจึงเป็นสิทธิสัมพัทธ์ที่รัฐสามารถเข้าไปแทรกแซงหรือจำกัดได้ตามสมควรและเท่าที่จำเป็น ด้วยการออกมาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือ มาตรการทางกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นมาตรการทางกฎหมายที่มุ่งกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิด และกำหนดบทลงโทษไว้สำหรับความผิดนั้น อันเป็นมาตรการทางกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลสูงที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายอื่น การที่รัฐจะออกมาตรการทางกฎหมายอาญาใดก็ตาม โดยเฉพาะการกำหนดให้การแสดงออกรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งเป็นความผิดทางอาญาจึงจำเป็นต้องพิจารณาหลักการพื้นฐานสำคัญของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ด้วยเสมอ มิฉะนั้นเท่ากับว่ามาตรการทางกฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional) ทั้งนี้ การพิจารณาแต่เพียงถ้อยความหรือตัวบทที่เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญอาจทำให้ตีความรัฐธรรมนูญผิดเพี้ยนไปได้ จึงต้องศึกษาเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในประเด็นนั้น ๆ ประกอบด้วย

สำหรับกรณีของการจำกัดการใช้ประทุษวาจาซึ่งถือว่าเป็นเรื่องที่ค่อนข้างใหม่ในทางวิชาการและในทางกฎหมาย ในบทที่ผ่านมาผู้เขียนจึงได้แบ่งการศึกษาออกเป็นการศึกษา “เจตนารมณ์ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาในภาพรวม” และ “เจตนารมณ์ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจายาตรา” เพื่อหาข้อสรุปในเบื้องต้นว่าประเทศไทยมีความมุ่งหมายที่จะกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาไว้บ้างหรือไม่ และเพียงพอหรือไม่ในระดับของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ ซึ่งมีประเด็นต้องวิเคราะห์ดังนี้

(1) ในกรณีของเจตนารมณ์ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาในภาพรวม เมื่อพิจารณาจากทั้งกรอบการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 คำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และบันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ จะพบว่ามีคำวินิจฉัยปัญหาการใช้ประทุษวาจาและความมุ่งหมายที่จะจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายอยู่ในระดับหนึ่ง โดยเฉพาะในบันทึกการประชุมคณะกรรมการ

ร่างรัฐธรรมนูญซึ่งจะได้กล่าวต่อไป ทั้งนี้ ปฏิเสธไม่ได้ว่าความพยายามของรัฐในการจำกัดการใช้
 ประชญาจาในระดับรัฐธรรมนูญนั้นมีเหตุผลรากฐานมาจากจุดเริ่มต้น คือการรัฐประหารของคณะ
 รักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 ทั้งสิ้น ซึ่งการเข้ามาสู่อำนาจทาง
 การเมืองของคณะรักษาความสงบแห่งชาตินั้นส่งผลต่อการกำหนดเจตนารมณ์ของการกำหนด
 ขอบเขตการใช้ประชญาจาอย่างมีนัยสำคัญอย่างยิ่ง

ผู้เขียนเห็นว่ากรอบการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560
 โดยเฉพาะกรอบตามความมุ่งหมายของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ เป็นเสมือนดังกรอบที่ครอบงำ
 ฐานคิดของการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้อย่างมากจนไม่อาจจะละเลยการพิจารณาได้ เนื่องจากเป็น
 กรอบที่กำหนดขึ้นโดยคณะรัฐประหารที่เป็นรัฐธำธิปัตย์ในทางความเป็นจริงอยู่ในขณะนั้น
 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจเรียกได้ว่าอยู่ภายใต้บรรยากาศที่เสรีและเป็นประชาธิปไตย
 เท่าที่ควร แต่เป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญที่อยู่ภายใต้การกำหนดและชี้นำโดยคณะรัฐประหารอย่าง
 ค่อนข้างเห็นได้ชัด ทั้งนี้ แม้ในกรอบการจัดทำรัฐธรรมนูญข้างต้นจะไม่ได้กล่าวถึงการใช้ประชญาจา
 โดยตรง แต่ตามความมุ่งหมายของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ข้อ 2 ได้กำหนดกรอบให้
 คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญต้องยกร่างรัฐธรรมนูญ “ให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการปฏิรูปและ
 สร้างความปรองดองให้เกิดขึ้นให้ได้” ซึ่งกลไกที่มีประสิทธิภาพในการสร้างความปรองดองนั้นอาจ
 ตีความอย่างกว้างให้หมายความรวมถึงการกำหนดขอบเขตการใช้ประชญาจาตามกฎหมายได้ โดย
 จะเห็นได้ว่าการสร้างความปรองดองเป็นหมุดหมายสำคัญของคสช. ซึ่งมีพื้นฐานมาจากสถานการณ์
 ความขัดแย้งทางการเมืองระหว่างประชาชนที่แบ่งแยกแตกขั้วอย่างรุนแรงในช่วงก่อนการรัฐประหาร
 การสร้างความปรองดองดังกล่าวจึงตั้งอยู่บนฐานคิดของการมุ่งรักษา “ความมั่นคงของรัฐ” และ
 “ความสงบเรียบร้อยของสังคม” เป็นสำคัญ

เมื่อพิจารณาคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่
 แม้ไม่ได้กล่าวถึงประเด็นปัญหาการใช้ประชญาจาไว้โดยตรงเช่นกันก็ตาม ทว่าก็แสดงให้เห็นอย่าง
 ชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญได้รับอิทธิพลจากการอบตามความมุ่งหมายของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ซึ่ง
 สะท้อนเจตนารมณ์ของรัฐว่ามุ่งป้องกันและบริหารจัดการวิกฤติการณ์ของประเทศ การปฏิรูปประเทศ
 ในด้านต่าง ๆ และการลดเงื่อนไขความขัดแย้งเพื่อความรัฐธิปไตยของสังคมผ่าน
 การกำหนดมาตรการและกลไกที่สำคัญและจำเป็นซึ่งย่อมรวมถึงการใช้ประชญาจาด้วย ดังนั้น เห็น
 ได้ชัดว่าการมุ่งลดความขัดแย้งระหว่างประชาชน (ซึ่งมีที่มาจากความขัดแย้งทางการเมืองที่ผ่านมา)

เพื่อสร้างความสามัคคีและความปรองดองอันอยู่บนพื้นฐานของการรักษาความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยของสังคม เป็นเจตนารมณ์หลักของรัฐและในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน อันนำไปสู่ความพยายามกำหนดบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการใช้ประทุษวาจาในรัฐธรรมนูญ ดังจะได้วิเคราะห์ต่อไป

ทั้งนี้ ประเด็นสำคัญอยู่ที่เจตนารมณ์ของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญเองที่สะท้อนผ่านบันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ โดยพบว่าคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญตระหนักและให้ความสำคัญกับปัญหาของการใช้ประทุษวาจาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยอย่างชัดเจน แต่ยังคงอยู่บนวังวนของปัญหาความขัดแย้งทางการเมืองที่เกี่ยวข้องกับการมุ่งสร้างความปรองดองเป็นหลักอยู่ เห็นได้จากการตั้งคณะกรรมการเพื่อศึกษาประเด็นปัญหาการสร้างความปลอดภัยซึ่งได้สรุปผลสถานการณ์ความขัดแย้งอย่างรุนแรงในประเทศไทยว่ามีจุดเริ่มต้นตั้งแต่ปี 2547 เป็นต้นมา และมองว่าการใช้ประทุษวาจาเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้สถานการณ์ความขัดแย้งลุกลามบานปลาย จึงควรต้องกำหนดมาตรการที่เหมาะสมในการแก้ปัญหา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าอิทธิพลของการชี้นำกรอบความคิดในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญโดยคสช. ส่งผลอย่างมากต่อวิถีคิดของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญในประเด็นของการใช้ประทุษวาจา เนื่องจากการศึกษาเรื่องประทุษวาจาบนพื้นฐานของสถานการณ์ความขัดแย้งทางการเมืองในรอบสิบกว่าปีที่ผ่านมาเพียงแค่นั้นเป็นหลักตั้งต้น โดยไม่ได้มีการศึกษาถึงสถานการณ์การใช้ประทุษวาจาในมิติหรือด้านอื่น ๆ อย่างรอบด้าน เช่น ด้านเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ศาสนา เพศสภาพ เป็นต้น ทั้งยังไม่ปรากฏชัดว่าได้มีการศึกษาองค์ความรู้เกี่ยวกับประทุษวาจาในทางวิชาการระดับสากล โดยเฉพาะการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายบ้างหรือไม่

(2) ในกรณีของเจตนารมณ์ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจารายมาตรา ซึ่งจะได้วิเคราะห์ไล่เรียงเป็นรายหมวดไป ดังนี้

ภายใต้ หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย “เสรีภาพในการแสดงออก” ของประชาชนชาวไทยได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 34 โดยเสรีภาพในการแสดงออกทั่วไปถูกรับรองในมาตรา 34 วรรคแรก และเสรีภาพทางวิชาการซึ่งเป็นเสรีภาพในการแสดงออกเฉพาะเรื่องถูกรับรองในมาตรา 34 วรรคสอง (อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในทางวิชาการไม่ได้อยู่ในขอบเขตของการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้) โดยได้กำหนดเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก โดยเฉพาะในมาตรา 34 วรรคแรกนั่นเอง ได้แก่

ประการแรก ต้องตราขึ้นเป็นกฎหมาย ซึ่งสอดคล้องกับ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” (Legality) กล่าวคือ ต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และ

ประการที่สอง การตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) รักษาความมั่นคงของรัฐ (2) คุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น (3) รักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน (4) รักษาศีลธรรมอันดีของประชาชน และ (5) ป้องกันสุขภาพของประชาชน ซึ่งสอดคล้องกับ “หลักความชอบธรรม” (Legitimacy) กล่าวคือ รัฐจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้ต้องอยู่บนพื้นฐานของวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม การตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกจำเป็นต้องคำนึงถึงหลักการหรือคุณค่าพื้นฐานอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญด้วย โดยเฉพาะหลักความได้สัดส่วน (Proportionality) ซึ่งได้รับการบัญญัติรับรองในรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 และศาลรัฐธรรมนูญในระยะหลังได้วินิจฉัยวางหลักไว้อย่างชัดเจนว่าองค์กรของรัฐโดยเฉพาะฝ่ายนิติบัญญัติต้องตรากฎหมายให้สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนด้วยเสมอ อันประกอบด้วย 3 หลักการย่อย ได้แก่ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ แม้ว่ายังไม่ปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญได้เคยปรับใช้หลักความได้สัดส่วนกับกรณีของการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการตรากฎหมายจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงออกอย่างชัดเจนก็ตาม

ประเด็นสำคัญคือปัญหาการใช้ประทุษวาจาไม่ได้ถูกกำหนดให้เป็นหนึ่งในวัตถุประสงค์ที่รัฐจะตรากฎหมายขึ้นมาจำกัดการใช้ได้โดยเฉพาะเจาะจง จนดูเหมือนว่าคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้มีเจตนารมณ์ที่จะจำกัดการใช้ประทุษวาจาอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม จากที่ได้ศึกษาบันทึกการประชุมของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญเฉพาะแต่ที่เกี่ยวข้องกับการยกมาตรา 34 วรรคแรก โดยละเอียด กลับพบว่าแท้ที่จริงแล้วคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายที่จะจำกัดการใช้ประทุษวาจาอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ มีความพยายามที่จะกำหนดวัตถุประสงค์เพิ่มเติมในการตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก ได้แก่ “เพื่อป้องกันมิให้เกิดความแตกแยกหรือความเกลียดชังในสังคม” และในเวลาต่อมาได้ปรับแก้เป็น “เพื่อเสริมสร้างให้เกิดความสามัคคีของคนในชาติ” ซึ่งผู้เขียนมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการบัญญัติวัตถุประสงค์ข้างต้น ดังนี้

ประการแรก ในกรณีของการบัญญัติวัตถุประสงค์ว่า “เพื่อป้องกันมิให้เกิดความแตกแยกหรือความเกลียดชังในสังคม” ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการบัญญัติที่ค่อนข้างคลุมเครือและกว้างเกินไป ทั้งยังไม่สะท้อนถึงความมุ่งหมายที่จะจำกัดการใช้ประทุษวาจาในยุคสมัยใหม่ที่ให้ความสำคัญ

กับการมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่อยู่บนพื้นฐานของอัตลักษณ์ที่แสดงความเป็นกลุ่มเป็นหลัก ในทางกลับกัน การบัญญัติเช่นนี้โน้มเอียงไปในแนวทางที่จะมุ่งจำกัดการแสดงผลออกประเภทอื่น ๆ เข้าไปด้วยที่รัฐมองว่าก่อให้เกิดความแตกแยกและความเกลียดชัง โดยเฉพาะ “การยุยงปลุกปั่นให้เกิดความกระด้างกระเดื่อง” ซึ่งถือว่าเป็นรูปแบบของประทุษวาจาในยุคคลาสสิกที่มักถูกรัฐใช้เป็นเครื่องมือในการจำกัดเสรีภาพของบุคคลที่แสดงความคิดเห็นโจมตีรัฐบาล หรือผู้ปกครองรัฐจนเกินความสมควรแก่เหตุ นอกจากนี้ยังรวมถึงการดูหมิ่นเหยียดหยามศาสนา (Blasphemy) ด้วย ทั้งนี้ สาเหตุน่าจะเกิดมาจากการที่คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดฐานคิดทางปรัชญา ทฤษฎีและหลักการเกี่ยวกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาให้ชัดเจนตั้งแต่ต้นว่าต้องกำหนดให้ไม่ให้เกิดความสับสนและปะปนกับการแสดงออกในลักษณะอื่น

ประการที่สอง ในกรณีของการบัญญัติวัตถุประสงค์ว่า “เพื่อเสริมสร้างให้เกิดความสามัคคีของคนในชาติ” ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการบัญญัติที่คลุมเครือและกว้างเกินไปเช่นเดียวกับการบัญญัติว่า “เพื่อป้องกันมิให้เกิดความแตกแยกหรือความเกลียดชังในสังคม” หรืออาจจะเป็นการบัญญัติที่คลุมเครือและกว้างขวางกว่าด้วยซ้ำไป เนื่องจากคำว่า “ความสามัคคี” เป็นคำที่ความหมายคลุมเครืออย่างยิ่งขึ้นอยู่กับอัตวิสัยในการตีความของแต่ละบุคคล นอกจากนี้ ถ้อยความดังกล่าวยังครอบคลุมถึงการแสดงออกใด ๆ ก็ตามที่รัฐเห็นว่าขัดขวางการเสริมสร้างความสามัคคีของคนในชาติซึ่งไม่สอดคล้องกับฐานคิดของการจำกัดการใช้ประทุษวาจาในนัยของยุคสมัยใหม่โดยสิ้นเชิง

อนึ่ง ประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ต่อมาก็คือมีความจำเป็นหรือไม่ที่ต้องบัญญัติเพิ่มเติมวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดการใช้ประทุษวาจาขึ้นมาโดยเฉพาะในมาตรา 34 วรรคแรก ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าไม่มีความจำเป็น เนื่องด้วยสาเหตุดังนี้

ประการแรก เมื่อพิจารณาจากที่ได้ศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามรัฐธรรมนูญในระดับสากลจะพบว่ารัฐเสรีประชาธิปไตยโดยส่วนใหญ่ โดยเฉพาะบรรดารัฐฝั่งตะวันตกทั้งในทวีปภาคพื้นยุโรป หรือทวีปอเมริกาซึ่งล้วนผ่านประสบการณ์ของการใช้ประทุษวาจาในรูปแบบต่าง ๆ ต่างไม่ได้มีการบัญญัติประเด็นของการจำกัดการใช้ประทุษวาจาไว้โดยตรงในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด โดยเฉพาะการบัญญัติเป็นวัตถุประสงค์ประการหนึ่งในการตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก แต่จะไปกำหนดเป็นมาตรการทางกฎหมายในระดับรองลงไปแทน โดยเฉพาะมาตรการทางกฎหมายอาญา

ประการที่สอง เมื่อพิจารณาจากที่ได้ศึกษาเกี่ยวกับนิยามของประทุษวาจา รวมถึงการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในนัยของยุคสมัยใหม่จะพบว่าในระดับสากลยังคงเป็นเรื่องที่ยังถกเถียงและอภิปรายทางวิชาการกันอยู่อย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน ยกตัวอย่างเช่น นิยามของประทุษวาจาในทางกฎหมายซึ่งยังไม่มีนิยามที่ยอมรับตรงกันโดยทั่วไป รวมถึงการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายไม่ว่าในระดับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (เช่น ICCPR กับ CERD) กฎหมายสิทธิมนุษยชนในระดับภูมิภาค หรือกฎหมายภายในของรัฐเสรีประชาธิปไตย (เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา กับ ประเทศแคนาดา) ก็ยังมีการกำหนดหรือการตีความที่กว้างและแคบแตกต่างกันอยู่ การนำประเด็นหรือโมทัศน์เกี่ยวกับการใช้ประทุษวาจาที่ยังไม่ตกผลึกอย่างแน่ชัดมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญจึงอาจส่งผลเสียมากกว่าผลดี เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของระบบกฎหมายในรัฐนั้นซึ่งกฎหมายอื่นทั้งปวงต้องไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญโดยเด็ดขาด การจะบัญญัติถ้อยความอย่างใดอย่างหนึ่งลงไป ในรัฐธรรมนูญจึงต้องระมัดระวังอย่างยิ่งว่าจะสามารถตีความและบังคับใช้ได้จริงอย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ ไม่ใช่ต่างฝ่ายต่างตีความกันไปคนละความหมายจนสุดท้ายอาจต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาชี้ขาด (ซึ่งก็ไม่แน่ชัดว่าศาลรัฐธรรมนูญจะตีความได้ถูกต้องตามหลักวิชาการหรือไม่)

ทั้งนี้ ในความคิดของผู้เขียน ไม่ว่าจะบัญญัติไว้อย่างกว้างเกินหรือแคบเกินไปก็เป็นปัญหาทั้งสิ้น กล่าวคือ ในกรณีของการบัญญัติไว้อย่างคลุมเครือและกว้างเกินไปดังที่คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญพยายามจะบัญญัติในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ย่อมเปิดช่องให้มีความเสี่ยงที่ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรากฎหมายได้อย่างกว้างขวางโดยอ้างวัตถุประสงค์ที่คลุมเครือนั้นได้ซึ่งอันตรายอย่างยิ่งต่อการใช้เสรีภาพในการแสดงออกของปัจเจกชน ในอีกทางหนึ่ง หากพยายามบัญญัติให้แคบเท่าที่จะเป็นไปได้ เช่น นำหลักเกณฑ์ตามข้อ 20 (2) ของ ICCPR คือ การส่งเสริมความเกลียดชังที่เป็นการยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การใช้ความรุนแรง และการเป็นปฏิปักษ์ต่อกลุ่มทางอัตลักษณ์ต่าง ๆ มากำหนดไว้ ก็อาจกลายเป็นการสร้างเพดานที่เป็นอุปสรรคต่อฝ่ายนิติบัญญัติที่จะสามารถกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายได้อย่างยืดหยุ่น กลายเป็นว่ามีเพียงการใช้ประทุษวาจาที่เข้าลักษณะของการยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรง การเลือกปฏิบัติและการเป็นปฏิปักษ์เท่านั้นที่รัฐจะสามารถตรากฎหมายขึ้นมาจำกัดได้ อันส่งผลให้การใช้ประทุษวาจาในลักษณะอื่นที่อาจก่ออันตรายรุนแรงไม่แพ้การยั่วยุข้างต้นรอดพ้นจากการจำกัดการใช้ตามกฎหมาย กล่าวอย่างถึงที่สุด การจะจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายซึ่งมีความซับซ้อนและยังมีพัฒนาการอยู่ตลอดควรเปิดให้อยู่ใน

พื้นที่ของเสรีภาพในการอภิปรายถกเถียงอย่างเสรีและเปิดกว้างของฝ่ายนิติบัญญัติมากกว่า โดยไม่ถูกจำกัดด้วยเงื่อนไขเฉพาะในรัฐธรรมนูญ

ประการที่สาม ผู้เขียนเห็นว่าวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกที่บัญญัติในมาตรา 34 ในปัจจุบันก็เพียงพอที่จะสามารถใช้เป็นฐานในการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายได้ เนื่องจากวัตถุประสงค์เหล่านั้นก็บัญญัติขึ้นโดยปรับมาจากข้อความที่บัญญัติใน ข้อ 19 (3) แห่ง ICCPR ประเด็นสำคัญจึงอยู่ที่การกำหนดฐานคิดในการปรับใช้วัตถุประสงค์ที่มีอยู่ให้สอดคล้องกับหลักการจำกัดการใช้ประทุษวาจาในนัยของยุคสมัยใหม่มากกว่า ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของปรัชญาเสรีนิยมและปรัชญาประชาธิปไตย

ท้ายที่สุด ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าประเด็นการจำกัดการใช้ประทุษวาจาในนัยของยุคสมัยใหม่มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับมาตรา 27 แห่งรัฐธรรมนูญที่บัญญัติประเด็นของ “สิทธิในความเสมอภาค” ของบุคคล โดยบัญญัติห้าม “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล” บนพื้นฐานของเชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง ซึ่งปฏิเสธไม่ได้ว่าการใช้ประทุษวาจาเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลบนพื้นฐานของอัตลักษณ์ที่แสดงความเป็นกลุ่มได้ ทั้งนี้ มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นย่อมอาจรวมถึงการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาได้ หากการใช้ประทุษวาจาทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเหยื่อของประทุษวาจาอย่างร้ายแรงจนไม่สามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เท่าเทียมกับบุคคลอื่น

ภายใต้ *หมวด 4* *หน้าที่ของปวงชนชาวไทย* มาตรา 50 (6) ได้บัญญัติให้ประชาชนมีหน้าที่ “*ต้องไม่กระทำการใดที่อาจก่อให้เกิดความแตกแยกหรือเกลียดชังในสังคม*” ซึ่งเป็นถ้อยความเดียวกันที่เคยถูกบัญญัติในมาตรา 34 แล้วได้ถูกยกเลิกไป ในมุมมองของผู้เขียนการบัญญัติเช่นนี้ก็เช่นเดียวกับที่ได้วิเคราะห์ในมาตรา 34 ว่าเป็นการบัญญัติที่คลุมเครือและกว้างเกินไป ซึ่งรวมเอาการแสดงออกอย่างอื่นที่ไม่ใช่ประทุษวาจาในยุคสมัยใหม่ด้วย โดยประเด็นสำคัญคือการกำหนดให้บทบัญญัติในมาตรานี้เป็นเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในทางวิชาการ (มาตรา 34 วรรคสอง) ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นในเบื้องต้นว่าจะก่อให้เกิดปัญหาอย่างมากต่อการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในทางวิชาการในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดมาตรวัตที่ชัดเจนและเหมาะสมว่าการใช้เสรีภาพในทางวิชาการใดบ้างที่อาจก่อให้เกิดความแตกแยกหรือเกลียดชังในสังคมซึ่งมีความสุ่มเสี่ยงที่

จะจำกัดเสรีภาพในทางวิชาการจนเกินสมควรแก่เหตุได้ ทว่าเนื่องจากเสรีภาพในทางวิชาการอยู่นอกขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจึงขอวิเคราะห์ไว้แต่เพียงเท่านี้

ภายใต้ *หมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ* ในมาตรา 65 กำหนดให้มีการจัดทำ “ยุทธศาสตร์ชาติ” ซึ่งมีความสำคัญในฐานะของมาตรการทางนโยบายหลักของรัฐที่จะถูกนำไปบังคับใช้ในระยะยาว ซึ่งจะได้วิเคราะห์ในหัวข้อถัดไปว่ารัฐได้กำหนดยุทธศาสตร์ชาติที่วางกรอบในการควบคุมและจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายไว้บ้างหรือไม่ นอกจากนี้ ในมาตรา 77 ได้กำหนดหลักการสำคัญซึ่งกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายไปโดยสภาพ ดังที่ได้ศึกษามาแล้วว่าในกรณีรัฐจะตรากฎหมายมาจำกัดการใช้ประทุษวาจาได้เท่าที่จำเป็นอย่างยิ่งเท่านั้น หากมีมาตรการอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายซึ่งสามารถแก้ไขปัญหาการใช้ประทุษวาจาบางกรณีได้อย่างมีประสิทธิภาพ รัฐก็ควรใช้มาตรการนั้นและหลีกเลี่ยงการใช้กฎหมายโดยไม่มีเหตุผลอันจำเป็นยิ่งกว่านั้น ในกรณีของการกำหนดมาตรการทางกฎหมายอาญา รัฐยังต้องมีความระมัดระวังในการเลือกใช้อย่างยิ่ง โดยพึงกำหนดโทษทางอาญาเฉพาะแต่การใช้ประทุษวาจาในระดับที่ร้ายแรงเท่านั้น

ภายใต้ *หมวด 16 การปฏิรูปประเทศ* ในมาตรา 257 กำหนดให้มีการจัดทำ “แผนการปฏิรูป” ในด้านต่าง ๆ ซึ่งตามที่ได้ศึกษามาแล้ว จะพบว่ามาตรา 258 (5) กำหนดให้ในการปฏิรูปประเทศด้านการเมืองนั้นต้องมีกลไกแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งทางการเมืองโดยสันติวิธีภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยการใช้ประทุษวาจาเป็นสาเหตุส่วนหนึ่งของความขัดแย้งทางการเมืองในสังคมไทยที่ผ่านมา ซึ่งมีความเป็นไปได้ที่รัฐจะกำหนดมาตรการทางนโยบายที่จะจำกัดการใช้ประทุษวาจาในทางการเมืองอย่างจริงจัง ดังจะได้วิเคราะห์ในหัวข้อถัดไป

โดยสรุป จากที่ได้วิเคราะห์มาข้างต้น จะพบว่าถ้าพิจารณาเพียงบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในมาตรา 34 วรรคแรก ที่มุ่งกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกนับว่ามีบทบัญญัติที่เพียงพอต่อการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาได้ในเชิงรูปแบบ แม้ว่าจะไม่ได้กำหนดให้การใช้ประทุษวาจาเป็นวัตถุประสงค์ประการหนึ่งในการตรากฎหมายจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายไว้โดยตรงก็ตาม ทว่าเมื่อวิเคราะห์ถึงเจตนารมณ์ของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญในการยกร่างรัฐธรรมนูญแล้วพบว่ามีความพยายามที่จะกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน

อย่างไรก็ตาม สิ่งที่น่ากังวลคือความรู้และความเข้าใจของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายยังคงไม่สอดคล้องกับปรัชญา ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานของการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในระบอบเสรีประชาธิปไตย โดยยังคงให้ความสำคัญกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายบนรากฐานของการรักษาความมั่นคงของรัฐ และความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งโน้มเอียงไปในทางการจำกัดการใช้ประทุษวาจาในยุคคลาสสิกเป็นหลักและมุ่งเน้นแต่เฉพาะการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งทางการเมืองเท่านั้น ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากรอบความมุ่งหมายของคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ที่ครอบงำกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญทั้งฉบับอย่างมีนัยสำคัญ

5.2.1.2 ประมวลกฎหมายอาญา

จากการทบทวนวรรณกรรมและศึกษาขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย พบว่าไม่ได้มีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการใช้ประทุษวาจา โดยเฉพาะการใช้ประทุษวาจาในยุคสมัยใหม่ไว้โดยตรง อย่างไรก็ตาม เมื่อพยายามพิจารณาความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยเท่าที่มีอยู่เพื่อแสวงหามาตรการทางกฎหมายอาญาที่อาจจะนำมาจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายอาญาได้โดยอ้อม ซึ่งอาจจะนำไปสู่ข้อสรุปว่ามาตรการทางกฎหมายอาญาของประเทศไทยในปัจจุบันเพียงพอต่อการรับมือและจัดการกับปัญหาของการใช้ประทุษวาจาหรือไม่ โดยมีสาเหตุมาจากข้อเท็จจริงจากสถานการณ์การใช้ประทุษวาจาที่เกิดขึ้นในประเทศไทย และจากพันธกรณีตามตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีและผลผูกพัน ได้แก่ ICCPR และ CERD

ทั้งนี้ จากการศึกษา ผู้เขียนได้กำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการแสดงออก (Speech Offence) ที่ควรนำมาพิจารณาถึงการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจา ทั้งหมด 8 ฐานความผิดด้วยกัน ได้แก่

- (1) ความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้าย พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ (มาตรา 112)
- (2) ความผิดฐานยุยงปลุกปั่นให้ประชาชนกระด้างกระเดื่องต่อกฎหมายหรือรัฐบาล (มาตรา 116)
- (3) ความผิดฐานดูหมิ่นเหยียดหยามศาสนา (มาตรา 206)

- (4) ความผิดฐานหมิ่นประมาท ซึ่งประกอบด้วย
- (4.1) ความผิดฐานหมิ่นประมาททั่วไป (มาตรา 326)
- (4.2) ความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา (มาตรา 328)
- (5) ความผิดฐานแกล้งบอกเล่าความเท็จให้เลื่องลือจนเป็นให้ประชาชนตื่นตกใจ (มาตรา 384)
- (6) ความผิดฐานทำให้เกิดความกลัว หรือความตกใจ (มาตรา 392)
- (7) ความผิดฐานดูหมิ่น (มาตรา 393) ซึ่งประกอบด้วย
- (7.1) ความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้า
- (7.2) ความผิดฐานดูหมิ่นด้วยการโฆษณา
- (8) ความผิดในฐานะเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด
- (8.1) ความผิดฐานผู้ใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดโดยวิธีการทั่ว ๆ ไป (มาตรา 84)
- (8.2) ความผิดฐานผู้ใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดโดยการโฆษณาหรือประกาศ (มาตรา 85)

จากฐานความผิดข้างต้น มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาทา ดังนี้

(1) กรณีความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้าย พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ (มาตรา 112) ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 4 ว่าเป็นความผิดที่มุ่งคุ้มครองพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์มิให้ต้องถูกกระทำร้ายทางวาจาหรือการแสดงออกที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายด้วยการหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้าย ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ทั้งนี้ ความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่มุ่งคุ้มครองตัวบุคคลอันอยู่บนพื้นฐานของตำแหน่งที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายนี้ หากใช้การคุ้มครองในเชิงกลุ่มบุคคลหรือองค์กรในภาพรวมแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม ที่ผ่านมามีคนเข้าใจผิดว่าความผิดฐานนี้มุ่งคุ้มครอง “สถาบันพระมหากษัตริย์” ในเชิงองค์กรภาพรวม จนถึงขนาดมีการเรียกขานความผิดฐานนี้โดยย่อว่า “กฎหมายหมิ่นสถาบัน” ซึ่งทำให้สรุปไปว่าการกระทำตามความผิดนี้เป็นการใช้ประทุษวาทาต่อ

สถาบันพระมหากษัตริย์อันก่อหรืออาจก่อให้เกิดความแตกแยกและเกลียดชังในสังคม ส่งผลต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและความมั่นคงของรัฐ

กระนั้นก็ดี ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าแม้ว่าความผิดฐานนี้จะถูกตีความให้ครอบคลุมถึงสถาบันพระมหากษัตริย์ทั้งสถาบัน ทว่าก็ไม่อาจเรียกว่าเป็นการใช้ประทุษวาจาในนัยของการใช้ประทุษวาจาในยุคสมัยใหม่ได้ เนื่องจากเป็นการมุ่งกระทำต่อองค์กรหรือสถาบันซึ่งอยู่ในสถานะที่มีพระราชอำนาจตามกฎหมาย กล่าวอย่างถึงที่สุดคือเป็นองค์กรที่มีองค์พระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นพระประมุขของรัฐเป็นองค์ประธาน จึงแตกต่างอย่างชัดเจนจากการใช้ประทุษวาจาต่อกลุ่มคนที่ตกเป็นเหยื่อของการใช้ประทุษวาจา ซึ่งเป็นกลุ่มคนส่วนน้อยในสังคม กลุ่มคนที่ไร้อำนาจในการต่อรองเชิงอำนาจ กลุ่มคนที่ถูกเลือกปฏิบัติมาอย่างยาวนาน กลุ่มคนชายขอบ เป็นต้น

(2) กรณีของความผิดฐานยุยงปลุกปั่นให้ประชาชนกระด้างกระเดื่องต่อกฎหมายหรือรัฐบาล (มาตรา 116) ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 4 ว่าเป็นความผิดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้ประชาชนกระด้างกระเดื่องต่อรัฐอันจะก่ออันตรายต่อความมั่นคงของรัฐและเสถียรภาพทางการเมือง ซึ่งจะพบว่าเป็นความผิดที่มีประวัติความเป็นมาทางประวัติศาสตร์อย่างยาวนานสืบสวย้อนไปได้ถึงยุคสมัยแห่งการปฏิรูปกฎหมายให้เป็นอารยะตามอย่างประเทศฝั่งตะวันตกในสมัยรัชกาลที่ 5 ทั้งนี้ ความผิดฐานดังกล่าวได้รับอิทธิพลโดยตรงจากฐานความผิดอาญาที่เรียกว่า “Seditious Libel” ของประเทศอังกฤษ ซึ่งตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2 ว่าถือเป็นรูปแบบของกฎหมายที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาในยุคคลาสสิกที่เก่าแก่ที่สุด โดยมุ่งห้ามการเขียนทุกประเภทที่นำไปสู่ความเกลียดชังหรือทำลายต่อพระราชอำนาจของกษัตริย์ รัฐบาล หรือรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ยังถูกบังคับใช้เพื่อควบคุมและลงโทษความพยายามที่จะส่งเสริมอารมณ์ความรู้สึกที่มุ่งร้ายและเป็นปฏิปักษ์ระหว่างกลุ่มคนต่าง ๆ ในสังคม นอกจากนั้นยังพบกฎหมายในลักษณะนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย เช่น กฎหมายการกระทำอันเป็นการจารกรรม (the Espionage Act of 1917) ซึ่งมุ่งห้ามบรรดาการกระทำต่าง ๆ ที่ทำลายความพยายามในการทำสงคราม โดยเฉพาะการเผยแพร่ข้อมูลอันเป็นเท็จโดยมีเจตนาขัดขวางการปฏิบัติการของกองทัพหรือก่อให้เกิดความกระด้างกระเดื่องในกองทัพ ไม่ภักดีหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อกองทัพ รวมถึงการขัดขวางการเกณฑ์ทหาร

ทั้งนี้ ความผิดฐานนี้ในประเทศไทยได้คงอยู่มาโดยตลอดผ่านการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์จนเข้าสู่ระบอบประชาธิปไตยในประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันซึ่งมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของบทบัญญัติโดยตลอด จึงกล่าวได้ว่ารัฐไทยยอมรับ

มโนทัศน์หรือกรอบความคิดเกี่ยวกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในยุคคลาสสิกอย่างชัดเจนและต่อเนื่องยาวนานจนทุกวันนี้ โดยมุ่งคุ้มครองความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยเป็นแกนหลักอันเนื่องมาจากการใช้ประทุษวาจาโจมตีสถาบันทางการเมืองของรัฐ หรือผู้ปกครองรัฐที่มีสัมพันธภาพทางอำนาจเหนือกว่าผู้ใช้ประทุษวาจา ซึ่งแตกต่างโดยสิ้นเชิงจากรูปแบบของการใช้ประทุษวาจาในยุคสมัยใหม่ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของการคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของกลุ่มเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาที่ประกอบด้วยอัตลักษณ์ของความเป็นกลุ่มที่มักถูกกดขี่ ถูกเลือกปฏิบัติ หรือถูกแบ่งแยกโดยประการอื่น ๆ เช่น คนกลุ่มน้อยทางเชื้อชาติ ศาสนา สีดผิว ชาติพันธุ์ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ด้วยความที่ความผิดฐานนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของมโนทัศน์ว่าด้วยการจำกัดการใช้ประทุษวาจาในยุคคลาสสิกซึ่งถือว่าใกล้เคียงกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาในยุคสมัยใหม่อยู่บ้างในระดับหนึ่ง จึงอาจนำมาเทียบเคียงปรับใช้ได้กับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาร่วมสมัยได้ โดยเฉพาะการแสดงออกที่มุ่งหมาย “เพื่อให้เกิดความปั่นป่วน หรือกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชน ถึงขนาดที่จะก่อความไม่สงบขึ้นในราชอาณาจักร” แต่ต้องปรับใช้อย่างแคบและอย่างจำกัดอย่างยิ่ง เนื่องจากมักพบว่าฐานความผิดในลักษณะนี้ในระดับสากลได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนักหน่วงว่าเปิดโอกาสให้รัฐสามารถเข้าแทรกแซงและจำกัดการแสดงออกทุกประเภทที่มุ่งวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลและเข้าลักษณะของการปลุกปั่น โดยเฉพาะการวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลของฝ่ายต่อต้านรัฐบาล ซึ่งไม่สอดคล้องกับการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย

กรณีข้างต้นเกิดขึ้นในประเทศไทยเช่นกัน ตามที่ได้ศึกษามาแล้วว่าภายหลังการรัฐประหารของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ในปี 2557 ความผิดฐานนี้ถูกใช้เป็น “เครื่องมือทางการเมือง” ประการหนึ่งในการปิดกั้นเสรีภาพในการแสดงออกและปราบปราม “ผู้เห็นต่างทางการเมือง” ในยุคของ คสช. จนกระทั่งถึงปัจจุบันที่รัฐบาลคสช.ได้กลายสภาพเป็นรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งแล้วก็ตาม การใช้ความผิดฐานนี้ก็ยังคงดำเนินไปอย่างมีนัยสำคัญ และหลายครั้งเป็นการตีความบังคับใช้กฎหมายของผู้บังคับใช้กฎหมายที่ไม่ถูกต้องตามตัวบทของมาตรา 116 ด้วย

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าหากจะนำความผิดฐานนี้มาปรับใช้เพื่อจำกัดการใช้ประทุษวาจา จำเป็นต้องตีความและบังคับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานในรัฐธรรมนูญที่มุ่งคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกเป็นสำคัญ โดยการปรับให้วัตถุประสงค์ของความผิดฐานนี้ที่มุ่งรักษาความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นหลักอันมีรัฐเป็นศูนย์กลาง เปลี่ยนเป็นการมุ่งคุ้มครองประชาชนกลุ่มต่าง ๆ ในสังคมที่ตกเป็นเหยื่อของการใช้ประทุษวาจา โดยเฉพาะกลุ่มคนส่วน

น้อยหรือกลุ่มคนชายขอบในสังคมจากการมีความเสี่ยงที่จะได้รับอันตรายอย่างร้ายแรงจากการใช้ประทุษวาจาในระดับที่เข้มข้นสูงสุดถึงขนาดที่จะกระทบต่อสิทธิในชีวิตและเนื้อตัวร่างกาย (ตามทฤษฎีว่าด้วยภัยอันตรายของมิลล์) เช่น การยั่วยุปลุกปั่นผู้ชุมนุมประท้วงทางการเมืองให้ไปใช้ความรุนแรงต่อศัตรูทางการเมืองฝั่งตรงข้าม การโฆษณาชวนเชื่อของสื่อให้ประชาชนที่ต่างอุดมการณ์ความคิดเกลียดชังกันจนถึงขนาดออกมาทำร้ายกันได้อย่างเลือดเย็น เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม พึงต้องเข้าใจว่าการปรับใช้กฎหมายตามที่วิเคราะห์ข้างต้นเป็นการปรับใช้ที่ค่อนข้างจะผิดฝาผิดตัว จึงต้องระมัดระวังในการปรับใช้เป็นอย่างยิ่ง และควรเทียบเคียงความผิดฐานนี้มาใช้เพียงชั่วคราวในระยะเฉพาะหน้าเท่านั้น ไม่ควรใช้เป็นฐานความผิดหลักในการจำกัดการใช้ประทุษวาจาในระยะยาว เพราะมีความเสี่ยงที่เจ้าหน้าที่รัฐจะบิดผันการตีความและบังคับใช้กฎหมายมาตรานี้ตามอำเภอใจได้เสมอจนส่งผลเป็นการลดทอนเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลจนเกินความพอสมควรแก่เหตุได้ แม้ว่าความผิดฐานนี้จะกำหนดองค์ประกอบความผิดไว้ค่อนข้างเข้มงวดซึ่งไม่ใช่การแสดงออกใดก็ตามจะเข้าองค์ประกอบความผิดนี้ได้โดยง่ายก็ตาม นอกจากนี้ การปรับใช้ความผิดฐานนี้ในระยะยาวยังเป็นการพร่ำเลือนความสำคัญเชิงสัญลักษณ์ของกฎหมายที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาในยุคสมัยใหม่ด้วย

(3) ในกรณีของความผิดฐานดูหมิ่นเหยียดหยามศาสนา (มาตรา 206) ตามที่ได้ศึกษามาแล้วว่าเป็นความผิดที่มุ่งคุ้มครองวัตถุหรือสถานที่อันเป็นที่เคารพในทางศาสนาของบรรดาศาสนิกชนต่าง ๆ จากการดูหมิ่นเหยียดหยาม โดยความผิดฐานนี้นับได้ว่าใกล้เคียงหรือเทียบเคียงได้กับกลุ่มกฎหมายในลักษณะนี้มุ่งปกป้องแนวคิดที่เป็นนามธรรม (Abstract concept) ได้แก่ ศาสนา และระบบความเชื่อต่าง ๆ ซึ่งครอบคลุมถึงบรรดาแนวคิด หลักธรรมคำสอน หรือสัญลักษณ์ทางศาสนาใดก็ตามให้ปลอดภัยจากการถูกวิพากษ์วิจารณ์ในทุกกรณี (Direct Blasphemy) หรือเพื่อคุ้มครองอารมณ์ความรู้สึกของบรรดาศาสนิกชนทั้งหลายจากความรู้สึกที่ถูกกรูกรานหรือวิพากษ์วิจารณ์

อย่างไรก็ตาม ขอบเขตฐานความผิดนี้ของประเทศไทยดูเหมือนจะแคบกว่า เพราะมุ่งคุ้มครองเฉพาะวัตถุและสถานที่ในทางศาสนาเท่านั้น ไม่ได้รวมถึงคำสอนทางศาสนาหรือศาสดาของศาสนาใด ที่ไม่ได้ปรากฏในรูปของวัตถุหรือสถานที่ อย่างไรก็ตาม การกระทำความผิดฐานนี้ในทางข้อเท็จจริงของสังคมไทยอาจไม่ได้เกิดขึ้นบ่อยครั้งนักเมื่อเปรียบเทียบกับที่เกิดขึ้นในฝั่งชาติตะวันตกสาเหตุเนื่องมาจากรากเหง้าทางวัฒนธรรมไทยที่ผูกพันกับศาสนา โดยเฉพาะพระพุทธศาสนาอย่างนานเนิ่น เห็นได้จากการอธิบายรากฐานหรือแก่นแกนของชาตินิยมไทยด้วยคำว่า “ชาติ ศาสน์

กษัตริย์” มาจนถึงปัจจุบัน การกระทำที่ลบหลู่หรือดูหมิ่นเหยียดหยามศาสนาในสายตาของคนไทยส่วนใหญ่ (โดยเฉพาะพุทธศาสนิกชน) จึงถือเป็นเรื่องผิดบาปมหันต์และสมควรถูกประณามจนไม่มีใครมีคณาณุกล้าที่จะฝ่าฝืนบรรทัดฐานหรือจารีตทางศีลธรรมนี้เท่าไรหรอก ซึ่งต่างจากในประเทศตะวันตกที่มิโนทัศน์เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในการแสดงออก การวิพากษ์วิจารณ์ รวมถึงการล้อเลียน การเสียดสี การดูหมิ่นดูแคลนศาสนามักค่อนข้างมีอิทธิพลเหนือกว่าการคุ้มครองศาสนาอย่างสมบูรณ์ ถึงแม้การกระทำดังกล่าวอาจอาจเข้าข่ายมีความผิดอาญาอยู่ในตัวบทกฎหมายของหลายประเทศ แต่ส่วนมากก็ไม่ค่อยมีการบังคับใช้จริงในทางปฏิบัติ และบางประเทศได้ยกเลิกความผิดฐานทำนองนี้ไปในที่สุด

โดยสรุป ความผิดฐานข้างต้นไม่ได้เป็นอย่างเดียวกับความผิดเกี่ยวกับการลงโทษการใช้ประทุษวาจาเกี่ยวกับศาสนา เนื่องจากไม่ได้มุ่งคุ้มครองศาสนิกชนของศาสนาใด ๆ บนพื้นฐานของความเชื่อทางศาสนาทั้งสิ้น อย่างไรก็ตามปฏิเสธไม่ได้ว่าการดูหมิ่นเหยียดหยามศาสนามักย่อมส่งผลกระทบต่อ “อารมณ์ความรู้สึกทางศาสนา” ของศาสนิกชนหรือสาวกของศาสนาที่ถูกดูหมิ่นโดยตรงที่สุดแต่ว่าจะมากหรือน้อย ในบางกรณีจึงทำให้เกิดความสับสนระหว่งการดูหมิ่นเหยียดหยามศาสนากับการใช้ประทุษวาจาเกี่ยวกับศาสนาได้

(4) ในกรณีของความผิดฐานหมิ่นประมาท ทั้งความผิดฐานหมิ่นประมาททั่วไป และหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา (มาตรา 326 และมาตรา 328) ตามที่ได้ศึกษามาแล้วว่าในระดับสากล ความผิดเกี่ยวกับการหมิ่นประมาท ซึ่งสามารถแบ่งได้ 2 ประเภท ได้แก่ การหมิ่นประมาทโดยการพูด (Slander) และการหมิ่นประมาทในลักษณะอื่นนอกจากการพูด (Libel) มีเป้าหมายเพื่อปกป้องชื่อเสียงเกียรติยศของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง การใส่ความด้วยข้อความอันเป็นเท็จ โดยประการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติยศของบุคคลนั้นเป็นสำคัญ

ทั้งนี้ ปัญหาสำคัญของความผิดฐานหมิ่นประมาททั้งในระดับสากลและของประเทศไทยเมื่อนำมาปรับใช้กับการใช้ประทุษวาจา คือ เหยื่อของการหมิ่นประมาทไม่ว่าจะเป็นปัจเจกบุคคล หรือกลุ่ม (นิติบุคคล) ต้องสามารถระบุตัวตนได้ชัดเจน ถ้าข้อความที่หมิ่นประมาทกลุ่มเป็นกลุ่มที่ใหญ่เกินไปจะทำให้ไม่สามารถระบุได้ว่าใครจะเป็นผู้เสียหายที่จะดำเนินคดี เช่น การกล่าวหมิ่นประมาทต่อศาสนาอิสลามย่อมไม่เป็นการโจมตีชาวมุสลิมเป็นรายบุคคลหรือโดยเฉพาะเจาะจง การหมิ่นประมาทถึง “ทหาร” ย่อมไม่สามารถระบุได้ว่าเป็นทหารในกรมกองไหนเป็นพิเศษ แตกต่างจากฐานความผิดเกี่ยวกับการใช้ประทุษวาจาที่จะตั้งอยู่บนพื้นฐานของการกระทำต่อปัจเจกชนหรือกลุ่มก็

ได้ทั้งสิ้น ทว่าต้องอยู่บนพื้นฐานของอัตลักษณ์ที่แสดงความเป็นกลุ่มร่วมกันบางอย่าง เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ธรรมเนียมทางเพศ เป็นต้น โดยไม่จำเป็นต้องระบุจำนวนคนที่แน่นอน ซึ่งในประเด็นนี้ได้เคยเกิดเป็นคดีขึ้นสู่ศาลไทยมาแล้วในคดีฟ้องนักฟุตบอลชื่อดังในข้อหาหมิ่นประมาทคนอีสาน โดยศาลได้ตัดสินว่านักฟุตบอลคนดังกล่าวไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาทเนื่องจากการพูดถึงคนอีสานโดยทั่ว ๆ ไปโดยไม่ได้เจาะจงผู้หนึ่งผู้ใด ดังนั้น คนอีสานคนใดคนหนึ่งจึงไม่อาจอ้างเป็นผู้เสียหายที่จะฟ้องคดีได้นอกจากนี้ ประทศฯอาจยังประกอบไปด้วยรูปแบบของการใช้ประทศฯจำนวนมากและหลากหลายระดับความรุนแรง จึงมีขอบเขตที่กว้างกว่าความผิดฐานหมิ่นประมาท

อย่างไรก็ตาม พึงต้องแยกความแตกต่างระหว่างความผิดฐานหมิ่นประมาท โดยทั่วไปกับกลุ่มความผิดฐาน “การหมิ่นประมาทกลุ่ม” (ในบางครั้งก็รวมการ “ดูหมิ่นกลุ่ม” เข้าไปด้วย) ซึ่งจากที่ได้ศึกษาจะพบว่า มีหลายประเทศที่มีบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาเกี่ยวกับการใช้ประทศฯ โดยเฉพาะ และมีการบัญญัติในหลายลักษณะ (การหมิ่นประมาทกลุ่มอย่างกว้างและอย่างแคบ) โดยกำหนดให้ผู้ถูกหมิ่นประมาทไม่จำเป็นต้องสามารถระบุตัวตนให้ชัดเจน แต่เป็นการกล่าวหาถึงกลุ่มโดยรวมที่ไม่สามารถเจาะจงว่าประกอบไปด้วยใครบ้างก็ได้ นอกจากนี้ยังต้องเป็นการกล่าวหาบนพื้นฐานของคุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ที่สะท้อนหรือแสดงภาพแทนของกลุ่มนั้น ๆ ด้วย เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ อุดมการณ์ทางการเมือง เป็นต้น ซึ่งความผิดฐานหมิ่นประมาท โดยทั่วไปจะไม่ปรากฏการบัญญัติในลักษณะนี้ แม้กระนั้นผู้เขียนเห็นว่าในอนาคต การบัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทกลุ่มในระบบกฎหมายอาญาของไทยก็อาจจะมีความเป็นได้ แต่ต้องพิจารณาอย่างรอบคอบอย่างยิ่ง เนื่องจากยังมีประเด็นอภิปรายในระดับสากลอยู่อีกมากในประเด็นว่า “กลุ่ม” จะสามารถมี “ชื่อเสียงเกียรติยศ” ได้จริงหรือไม่ ไม่นับรวมว่าความผิดเกี่ยวกับการหมิ่นประมาททั้งปวงไม่ควรถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา แต่ควรกำหนดเป็นเพียงความรับผิดในทางแพ่งเท่านั้น

(5) ในกรณีความผิดฐานแกล้งบอกเล่าความเท็จให้เลื่องลือจนเป็นที่ประจักษ์ชัด ตกลงใจ (มาตรา 384) ตามที่ได้ศึกษามาแล้วการบอกเล่าความเท็จให้เลื่องลือย่อมเปรียบได้กับการจงใจปล่อย “ข่าวปลอม” (Fake News) ที่กำลังแพร่หลายอยู่ในสังคมไทยในปัจจุบัน ซึ่งการปล่อยข่าวปลอมบางลักษณะอาจเข้าลักษณะเป็นการใช้ประทศฯได้ถ้าเป็นข่าวลวงเกี่ยวกับผู้อื่นในทางเสียหายซึ่งอยู่บนพื้นฐานของอัตลักษณ์ที่แสดงความเป็นกลุ่ม อย่างไรก็ตามต้องเข้าใจว่า ความผิดฐานนี้มุ่งรักษาความสงบเรียบร้อยของสาธารณะคือการป้องกันไม่ให้เกิดความตื่นตระหนกในหมู่ประชาชน

เป็นสำคัญ มากกว่าที่จะมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือความเสมอภาคของผู้ที่ถูกปล่อยข่าวลวงให้เสียหาย และเป็นความผิดลหุโทษเท่านั้น การจะนำมาปรับใช้จึงต้องปรับใช้อย่างเข้าใจว่าใช้ได้ ในระยะเฉพาะหน้าและเป็นการจำกัดการใช้ประทุษวาจาบางประเภทได้โดยอ้อมเท่านั้น

(6) ในกรณีความผิดฐานทำให้เกิดความกลัว หรือความตกใจ (มาตรา 392) ตามที่ได้ศึกษามาแล้วว่าอาจปรับใช้ได้กับในกรณีของการใช้ประทุษวาจาที่เป็นการกระทำแบบเผชิญหน้า เช่น การตะโกนด่าทอใส่คนที่เป็กลุ่มคนหลากหลายทางเพศในที่สาธารณะ โดยแสดงท่าทีคุกคามขู่เชิญจะ ทำร้ายไปด้วย (แม้ไม่ได้เจตนาจะทำร้ายจริง ๆ แต่มีเจตนาให้อีกฝ่ายกลัว) จนเหยื่อเกิดความกลัว หรือ ตกใจ ย่อมมีความผิดตามมาตรานี้ได้ อย่างไรก็ตาม เช่นเดียวกับความผิดฐานแกล้งบอกเล่าความเท็จ ให้เลื่องลือจนเป็นให้ประชาชนตื่นตกใจ ตามมาตรา 384 การจะนำมาปรับใช้จะต้องปรับใช้อย่าง เข้าใจว่าใช้ได้ในระยะเฉพาะหน้าและเป็นการจำกัดการใช้ประทุษวาจาบางประเภทได้โดยอ้อม เฉกเช่นเดียวกัน

(7) ในกรณีความผิดฐานดูหมิ่น ซึ่งประกอบด้วยความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้า และ ความผิดฐานดูหมิ่นด้วยการโฆษณา (มาตรา 394) ซึ่งตามที่ได้ศึกษามาแล้วว่าการดูหมิ่นซึ่งหน้าอาจ เทียบเคียงได้กับกรณีของการใช้ประทุษวาจาซึ่งหน้าหรือเผชิญหน้ากับเหยื่อของประทุษวาจาโดยตรง อันอยู่บนพื้นฐานของอัตลักษณ์ที่แสดงความเป็นกลุ่มบางประการ

ในขณะที่การดูหมิ่นด้วยการโฆษณาก็อาจเทียบเคียงกับการใช้ประทุษวาจาอย่าง ก้าวร้าว หยาบคายที่แพร่ขยายในทางสาธารณะ เช่น การบริภาษด้วยถ้อยคำหยาบคายในเชิงเหยียด หยามกลุ่มคนรักเพศเดียวกัน อย่างไรก็ตามเช่นเดียวกับความผิดฐานหมิ่นประมาท ความผิดฐานดู หมิ่นตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยไม่ได้มีการบัญญัติถึงคุณลักษณะหรืออัตลักษณ์ เฉพาะที่แสดงความเป็นกลุ่มของผู้ถูกดูหมิ่นไว้แต่อย่างใด และเป็นเพียงความผิดลหุโทษซึ่งเป็นโทษ สถานเบา ซึ่งต่างจากต่างประเทศหลายประเทศที่ได้มีการบัญญัติความผิดฐานดูหมิ่นกลุ่มไว้ (Group Insult) โดยเฉพาะ ดังนั้น การจะนำมาปรับใช้จะต้องปรับใช้อย่างเข้าใจว่าใช้ได้ในระยะเฉพาะหน้า และเป็นการจำกัดการใช้ประทุษวาจาบางประเภทได้โดยอ้อมเท่านั้น

(8) ในกรณีความผิดในฐานะเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด ซึ่งประกอบด้วยความผิด ฐานผู้ใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดโดยวิธีการทั่ว ๆ ไป (มาตรา 84) และความผิดฐานผู้ใช้ให้ผู้อื่นกระทำ ความผิดโดยการโฆษณาหรือประกาศ (มาตรา 85) ตามที่ได้ศึกษามาแล้วว่าความผิดในฐานะเป็นผู้ใช้ ให้กระทำความผิดเมื่อนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในกรณีของการใช้ประทุษวาจาอาจเทียบเคียงได้กับ

การใช้ประทุษวาจาที่เข้าลักษณะของการ “ยั่วยุ” ให้บุคคลอื่นกระทำความผิดอาญาต่อเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาได้ (ทั้งเหยื่อคนใดคนหนึ่ง หรือเป็นกลุ่มบุคคล) โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้วยวิธีการโฆษณาหรือประกาศ เช่น การแจกใบปลิว การกระจายเสียงทางวิทยุหรือโทรทัศน์ หรือการปราศรัยบนเวที ชุมนุมประท้วงที่มีเนื้อหาช่วยหรือส่งเสริมให้ฆ่า ทำร้าย หรือกำจัดเหยื่อของการใช้ประทุษวาจา เป็นต้น ซึ่งเมื่อพิจารณาในระดับสากลจะใกล้เคียงกับการใช้ประทุษวาจาที่เข้าลักษณะของ “การยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรง” (Incitement to violence) อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม การปรับใช้ก็พึงต้องเข้าใจว่าเป็นการปรับใช้โดยเฉพาะหน้าและเป็นการมุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาโดยอ้อมเท่านั้น

จากที่ได้วิเคราะห์มาข้างต้น จะพบว่าความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาทั้งหมด 8 ฐานความผิดข้างต้นสามารถนำมาปรับใช้ในการจำกัดการใช้ประทุษวาจาได้เพียงบางฐานความผิด และเป็นการปรับใช้โดยอ้อมเท่านั้น โดยการปรับใช้บางฐานความผิดก็มีความสัมพันธ์อย่างยิ่งที่จะถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลเกินสมควร โดยเฉพาะความผิดฐานยุยงปลุกปั่นให้ประชาชนกระด้างกระเดื่องต่อกฎหมายหรือรัฐบาล (มาตรา 116) บางฐานความผิดก็มิใช่นัยสำคัญน้อยมากในการมุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาในสังคมเนื่องจากเป็นความผิดลหุโทษเท่านั้น ได้แก่ ความผิดฐานแกล้งบอกเล่าความเท็จให้เลื่องลือจนเป็นให้ประชาชนตื่นตกใจ (มาตรา 384) ความผิดฐานทำให้เกิดความกลัว หรือความตกใจ (มาตรา 392) และความผิดฐานดูหมิ่น (มาตรา 394)

ผู้เขียนเห็นว่าการปรับใช้กฎหมายโดยอ้อมหรือโดยเทียบเคียงในลักษณะเช่นนี้เป็น การปรับใช้ที่ไม่เป็นเอกภาพ กระจัดกระจาย และไม่สะท้อนเป้าหมายของการจำกัดการใช้ประทุษวาจาในยุคสมัยใหม่ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของการป้องกันภัยอันตรายที่จะเกิดต่อเหยื่อของการใช้ประทุษวาจา ที่สำคัญการปรับใช้กฎหมายในลักษณะนี้ยังไม่อาจสร้าง “กฎหมายเชิงสัญลักษณ์” (Symbolic Law) ที่สะท้อนถึงเจตจำนงทางการเมืองของรัฐในการให้ความสำคัญกับปัญหาการใช้ประทุษวาจาในประเทศไทย และการปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีได้อย่างเป็นรูปธรรม ดังนั้น จึงสามารถสรุปได้ว่าฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ไม่เพียงพอต่อการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย

ทั้งนี้ รายละเอียดโดยสรุปของการปรับใช้ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาในการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย ปรากฏตามตารางที่ 1

| ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา | การปรับใช้ในการกำหนดขอบเขตการใช้ ประทุษวาจาตามกฎหมาย |
|---|--|
| 1) ความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ (มาตรา 112) | ไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ เนื่องจากเป็นความผิดที่มุ่งคุ้มครองตัวบุคคลซึ่งอยู่บนพื้นฐานของตำแหน่งที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ไม่ใช่การคุ้มครองการใช้ประทุษวาจาต่อ “สถาบันพระมหากษัตริย์” และแม้จะตีความให้คุ้มครองสถาบันพระมหากษัตริย์ก็ไม่ใช่การใช้ประทุษวาจาในนัยของยุคสมัยใหม่ |
| 2) ความผิดฐานยุยงปลุกปั่นให้ประชาชนกระด้างกระเดื่องต่องูหมายหรือรัฐบาล (มาตรา 116) | สามารถนำมาปรับใช้ได้ ในกรณีการจำกัดการใช้ประทุษวาจาที่มุ่งหมาย “ให้เกิดความปั่นป่วนหรือกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชน ถึงขนาดที่จะก่อความไม่สงบขึ้นในราชอาณาจักร” แต่ต้องปรับใช้อย่างแคบและอย่างจำกัดอย่างยิ่ง เนื่องจากอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุได้ |
| 3) ความผิดฐานดูหมิ่นเหยียดหยามศาสนา (มาตรา 206) | ไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ เนื่องจากความผิดฐานนี้มุ่งคุ้มครองวัตถุหรือสถานที่อันเป็นที่เคารพในทางศาสนาของบรรดาศาสนิกชนต่างๆ จากการดูหมิ่นเหยียดหยาม ซึ่งเข้าลักษณะของกลุ่มกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองแนวคิดที่เป็นนามธรรม ได้แก่ ศาสนาและระบบความเชื่อต่างๆ รวมถึงสัญลักษณ์ทางศาสนาใดก็ตามให้ปลอดภัยจากการถูกวิพากษ์วิจารณ์ (Blasphemy) ซึ่งแตกต่างจากการใช้ประทุษวาจาในด้านศาสนาที่มุ่งคุ้มครองผู้นับถือศาสนาบนพื้นฐานของความเชื่อทางศาสนาเป็นหลัก (Religious Hate Speech) |

| | |
|---|--|
| <p>4) ความผิดฐานหมิ่นประมาท ประกอบด้วย ความผิดฐานหมิ่นประมาททั่วไป และหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา (มาตรา 326 และ มาตรา 328)</p> | <p><u>ไม่สามารถปรับใช้ได้</u> เนื่องจากเหยื่อของการหมิ่นประมาทไม่ว่าจะเป็นปัจเจกบุคคล หรือนิติบุคคล ต้องสามารถระบุตัวตนได้ชัดเจน ถ้าข้อความที่หมิ่นประมาทกลุ่มเป็นกลุ่มที่ใหญ่เกินไปจะทำให้ไม่สามารถระบุได้ว่าใครจะเป็นผู้เสียหายที่จะดำเนินคดี ทั้งนี้ ต้องแยกความแตกต่างระหว่างความผิดฐานหมิ่นประมาทบุคคลธรรมดา กับความผิดฐานหมิ่นประมาทกลุ่ม (Group Defamation) ซึ่งหลายประเทศบัญญัติเป็นความผิดที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาโดยตรงด้วย</p> |
| <p>5) ความผิดฐานแกล้งบอกเล่าความเท็จให้เลื่องลือจนเป็นให้ประชาชนตื่นตกใจ (มาตรา 384)</p> | <p><u>สามารถปรับใช้ได้</u> ในกรณีของการปล่อยข่าวปลอมบางลักษณะที่อาจเข้าลักษณะเป็นการใช้ประทุษวาจาได้ ถ้าเป็นข่าวลวงเกี่ยวกับผู้อื่นในทางเสียหายซึ่งอยู่บนพื้นฐานของอัตลักษณ์ที่แสดงความเป็นกลุ่ม อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานนี้มุ่งรักษาความสงบเรียบร้อยของสาธารณะคือการป้องกันไม่ให้เกิดความตื่นตระหนกในหมู่ประชาชนเป็นสำคัญ มากกว่าที่จะมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือความเสมอภาคของผู้ที่ถูกปล่อยข่าวลวงให้เสียหาย และเป็นความผิดลหุโทษเท่านั้น</p> |
| <p>6) ความผิดฐานทำให้เกิดความกลัว หรือความตกใจ (มาตรา 392)</p> | <p><u>สามารถปรับใช้ได้</u> เช่น ในกรณีของการใช้ประทุษวาจาที่เป็นการกระทำแบบเผชิญหน้า เช่น การตะโกนด่าทอใส่คนที่ เป็นกลุ่มคนหลากหลายทางเพศในที่สาธารณะ โดยแสดงท่าทีคุกคามขู่เชิญจะทำร้ายไปด้วย (แม้ไม่ได้เจตนาจะทำร้ายจริง ๆ แต่มีเจตนาให้อีกฝ่ายกลัว) จนเหยื่อเกิดความกลัว หรือตกใจ</p> |

| | |
|--|--|
| 7) ความผิดฐานดูหมิ่น ซึ่งประกอบด้วยความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้า และความผิดฐานดูหมิ่นด้วยการโฆษณา (มาตรา 394) | สามารถปรับใช้ได้ 1) ในกรณีของการดูหมิ่นซึ่งหน้าอาจปรับใช้กับการใช้ประทุษวาจาซึ่งหน้า หรือเผชิญหน้ากับเหยื่อของประทุษวาจาโดยตรง และ 2) การดูหมิ่นด้วยการโฆษณาอาจปรับใช้กับการใช้ประทุษวาจาอย่างก้าวร้าว หยาดคายที่แพร่ขยายในทางสาธารณะ |
| 8) ความผิดในฐานะเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด ซึ่งประกอบด้วยความผิดฐานผู้ใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดโดยวิธีการทั่ว ๆ ไป (มาตรา 84) และความผิดฐานผู้ใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดโดยการโฆษณาหรือประกาศ (มาตรา 85) | สามารถปรับใช้ได้ ในกรณีของการใช้ประทุษวาจาที่เข้าลักษณะของการ “ยั่วยุ” ให้บุคคลอื่นกระทำความผิดอาญาต่อเหยื่อของการใช้ประทุษวาจา โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้วยวิธีการโฆษณาหรือประกาศ เช่น การแจกใบปลิว การกระจายเสียงทางวิทยุหรือโทรทัศน์ หรือการปราศรัยบนเวทีชุมนุมประท้วงที่มีเนื้อหาเหยียดหรือส่งเสริมให้ฆ่า ทำร้าย หรือกำจัดเหยื่อของการใช้ประทุษวาจา เป็นต้น หรืออาจเรียกว่า “การยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรง” (Incitement to violence) |

ตารางที่ 1 : การปรับใช้ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาในการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย

5.2.2 วิเคราะห์มาตรการทางนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจา

ผู้เขียนเห็นว่ามาตรการทางนโยบายและมาตรการทางกฎหมายเป็นสองสิ่งที่แยกออกจากกันได้ยาก มาตรการทางกฎหมายอาจมีผลต่อการสร้างมาตรการทางนโยบายได้ เช่น รัฐธรรมนูญอาจกำหนดกรอบเนื้อหาของนโยบายแห่งรัฐ หรือกำหนดให้มีการทำยุทธศาสตร์ชาติ ในทางกลับกัน มาตรการทางนโยบายก็มีผลต่อการสร้างหรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายได้ด้วยเช่นกัน ด้วยเหตุนี้ การจะริเริ่มจัดตั้งหรือปรับเปลี่ยนโครงสร้างระบบในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเพื่อแก้ปัญหาส่วนรวมของสังคม เช่น การกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจา จึงต้องอาศัยการกำหนดมาตรการทางนโยบายที่กำหนด

ทิศทางที่ชัดเจน ถูกต้องและครอบคลุมทุกมิติ รวมถึงสนับสนุนส่งเสริมซึ่งกันและกันกับมาตรการทางกฎหมาย

ทั้งนี้ จากการศึกษาในบทที่ 4 พบว่าประเทศไทยกำหนดมาตรการทางนโยบายที่พอจะกล่าวได้ว่ามุ่งกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาไว้ 2 ฉบับด้วยกัน ได้แก่ ยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี และแผนการปฏิรูปประเทศ โดยปรากฏเนื้อหาโดยสรุป ดังตารางที่ 2

| ยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี | แผนการปฏิรูปประเทศ |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> ● ไม่มีการกล่าวถึงการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาไว้โดยตรง แต่สามารถตีความโดยนัยได้ ● ในหัวข้อ “สถานการณ์ แนวโน้ม วิสัยทัศน์ และเป้าหมายในการพัฒนาประเทศ” ได้อธิบายปัญหาของการพัฒนาประเทศไทยว่าส่วนหนึ่งมาจากปัญหา “ความมั่นคงภายในประเทศ” ซึ่งเกี่ยวข้องกับ “ความขัดแย้งทางความคิดและอุดมการณ์” อันมีรากฐานมาจากความเหลื่อมล้ำ ความไม่เสมอภาค การขาดความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรม และปัญหาการขาดเสถียรภาพทางการเมือง จึงต้อง “สร้างความสามัคคีของคนในชาติที่จะนำไปสู่การแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างกลุ่มประชากรไทยที่มีแนวคิดและความเชื่อที่มีความแตกต่างกันอย่างยั่งยืน ● ในประเด็น “ยุทธศาสตร์ชาติด้านความมั่นคง” มุ่งเน้น “การรักษาความสงบภายในประเทศ” จึงต้องมีกลไกแก้ไขปัญหาความขัดแย้งและสร้างความสามัคคีปรองดองของคนในชาติ จนสามารถคัดกรองคนดี คนมีความรู้ความสามารถและคน | <ul style="list-style-type: none"> ● มีการกล่าวถึงปัญหาการใช้ประทุษวาจาไว้บ้างเล็กน้อยใน “แผนปฏิรูปประเทศด้านการเมือง” ● ในหัวข้อ “เรื่องและประเด็นการปฏิรูปที่ 2 กลไกการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งโดยสันติวิธีและการรัฐรักสามัคคีของสังคมไทย” ซึ่งกำหนดเป้าหมายคือ (1) ให้คนในชาติมีความรัฐรักสามัคคี และ (2) ให้มีกลไกและมาตรการป้องกัน แก้ไขปัญหาความขัดแย้งโดยสันติวิธี และส่งเสริมความปรองดอง และสมานฉันท์ โดยได้กำหนดขั้นตอนการดำเนินการ โดยกำหนดกิจกรรมสำคัญ ได้แก่ “ปฏิรูปและกำกับบทบาทของสื่อมวลชน ให้เป็นไปตามจรรยาบรรณ เพื่อการนำเสนอเนื้อหาสาระที่สร้างสรรค์ ไม่ยุยง บิดเบือนข้อเท็จจริง จนก่อให้เกิดความเกลียดชังหรือการใช้ความรุนแรงในการแก้ไขความขัดแย้งระหว่างคนในสังคม ● ในหัวข้อ “เรื่องและประเด็นการปฏิรูปที่ 5 การสร้างรัฐธรรมนูญไทย” ซึ่งได้กำหนดขั้นตอนการดำเนินการ โดยหนึ่งในพันธกิจสำคัญ คือ การส่งเสริม สนับสนุน และเสริมสร้างธรรมาธิปไตยให้แก่ผู้ดำรง |

| | |
|---|--|
| <p>กล้าตัดสินใจ เข้ามารับบริหารประเทศให้มุ่งไปสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขที่ประชาชนมีส่วนร่วมอย่างแท้จริงและสอดคล้องกับสังคมไทย</p> | <p>ตำแหน่งทางการเมือง ซึ่งได้กำหนดกลยุทธ์ไว้หลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง “การส่งเสริมให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง รู้แพ้ รู้ชนะ รู้ภัย รู้จักประนีประนอม รักษา มิตรภาพ การใช้วาทกรรมทางการเมือง เชิงสร้างสรรค์แทนที่การใช้วาทกรรมสร้างความเกลียดชัง (Hate Speech)”</p> |
|---|--|

ตารางที่ 2 : การเปรียบเทียบมาตรฐานการทางนโยบายของรัฐในการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจา ตามกฎหมาย

ในภาพรวม จะเห็นได้ว่ารัฐได้กำหนดมาตรฐานทางนโยบายที่มุ่งกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาไว้อยู่บ้างเล็กน้อย แต่ก็ยังเป็นเพียงการกล่าวถึงอย่างผิวเผินและไม่ได้แสดงออกอย่างชัดเจนว่ารัฐมีเจตจำนงทางการเมืองเกี่ยวกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาอย่างจริงจัง และให้ความสำคัญเป็นลำดับต้น ๆ โดยเฉพาะในยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี ซึ่งเป็นภาพอนาคตของแผนการพัฒนาประเทศ ที่จะกำหนดกรอบและแนวทางการพัฒนาให้หน่วยงานของรัฐทุกภาคส่วนต้องทำตามนั้นกลับไม่มีการระบุประเด็นปัญหาของการใช้ประทุษวาจาไว้โดยตรง จนต้องอาศัยการตีความโดยนัยจึงจะพอสรุปได้ว่าการคำนึงถึงปัญหาการใช้ประทุษวาจาโดยอ้อม ซึ่งเป็นเรื่องที่น่าเสียดายที่ปัญหาการใช้ประทุษวาจาไม่ได้รับการพิจารณากำหนดเป็นหนึ่งในประเด็นสำคัญในยุทธศาสตร์ชาติอย่างเป็นรูปธรรม

ในขณะที่แผนการปฏิรูปประเทศ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดกลไก วิธีการ และขั้นตอนในการดำเนินการปฏิรูปประเทศด้านต่าง ๆ รวมทั้งผลอันพึงประสงค์ของการปฏิรูปประเทศในด้านนั้น ๆ มีการกล่าวถึงปัญหาการใช้ประทุษวาจาไว้อยู่บ้างเล็กน้อยเท่านั้นในแผนปฏิรูปประเทศด้านการเมืองที่สำคัญไม่ได้มีการอธิบายนิยามของประทุษวาจาอย่างชัดเจนว่าหมายถึงอะไร มีขอบเขตอย่างไรที่แน่นอน ซึ่งไม่สอดคล้องกับนิยามในระดับสากล โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือการคำนึงถึงแต่การใช้ประทุษวาจาที่วนเวียนอยู่บนวังวนของความขัดแย้งทางอุดมการณ์และความคิดเห็นทางการเมือง จึงทำให้ทิศทางของการกำหนดนโยบายของรัฐมุ่งไปที่การใช้ประทุษวาจาของบรรดานักการเมือง และ

สื่อมวลชนที่นำเสนอข่าวสารเกี่ยวกับประเด็นความขัดแย้งทางการเมืองเพียงประการเดียว โดยอยู่บนพื้นฐานของเป้าหมายเพื่อสร้างความสามัคคีระหว่างคนในชาติ และให้มีกลไกและมาตรการป้องกันแก้ไขปัญหาความขัดแย้งโดยสันติวิธี และส่งเสริมความปรองดอง และสมานฉันท์เป็นหลัก โดยไม่ได้มีการกล่าวถึงการใช้ประทุษวาจาที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มที่มีอัตลักษณ์ด้านอื่น ๆ ซึ่งมักเกี่ยวข้องกับกลุ่มที่ถูกเลือกปฏิบัติหรือกลุ่มที่เป็นกลุ่มคนส่วนน้อยในสังคมอันเป็นนัยของการใช้ประทุษวาจาในยุคสมัยใหม่ยิ่งกว่านั้น ไม่ปรากฏว่ารัฐมีข้อเสนอเชิงนโยบายที่จะจัดให้มีหรือแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อรองรับการดำเนินการเกี่ยวกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาแต่อย่างใดด้วย

ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าที่มาตรการทางนโยบายของรัฐทั้งยุทธศาสตร์ชาติและแผนการปฏิรูปประเทศไม่ได้แสดงให้เห็นเจตจำนงทางการเมืองที่ชัดเจนของรัฐเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจา ก็เนื่องมาจากมาตรการทางนโยบายทั้งสองฉบับดังกล่าวเป็นดอกผลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งจากที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ไปแล้วในหัวข้อ... ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันนั้นมีเจตนารมณ์ที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาที่ยังไม่สอดคล้องกับหลักการของการจำกัดการใช้ประทุษวาจาในระดับสากลอย่างครบถ้วนและรอบด้าน โดยยังมุ่งเน้นการจำกัดการใช้ประทุษวาจาที่มีรากฐานมาจากความขัดแย้งทางอุดมการณ์และความคิดเห็นทางการเมืองเป็นสำคัญ และยังให้น้ำหนักเป็นส่วนใหญ่อันเป็นวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความมั่นคงของประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม รวมถึงการป้องกันความแตกแยกและความไม่สามัคคีปรองดองระหว่างคนในชาติ อันเป็นวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายที่อยู่ภายใต้การครอบงำของกรอบวัตถุประสงค์ของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ที่กำหนดขึ้นหลังจากการรัฐประหารครั้งล่าสุด ด้วยเหตุนี้จึงไม่น่าแปลกใจเท่าไรนักที่มาตรการทางนโยบายของรัฐข้างต้น ซึ่งจัดทำขึ้นโดยรัฐบาลของคณะรัฐประหารจะกำหนดนโยบายเกี่ยวกับการใช้ประทุษวาจาออกมาในรูปลักษณะนี้ โดยผู้เขียนเห็นว่าหากมีความเป็นไปได้ในอนาคตจำเป็นต้องมีการแก้ไขปรับปรุงมาตรการทางนโยบายที่เกี่ยวข้องเสียใหม่ให้สอดคล้องกับฐานคิดทางปรัชญา ทฤษฎีและหลักการของการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาในยุคสมัยใหม่ภายใต้การปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย

5.3 วิเคราะห์ความเหมาะสมในการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย

ตามที่ได้วิเคราะห์ความเพียงพอในการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศไทยในหัวข้อ 5.2 ซึ่งได้ข้อสรุปว่าทั้งมาตรการทางกฎหมาย (รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 และประมวลกฎหมายอาญา) และมาตรการทางนโยบายของรัฐ (ยุทธศาสตร์ชาติ และแผนปฏิรูปประเทศ) ของประเทศไทยยังไม่เพียงพอต่อการแก้ไขปัญหาการใช้ประทุษวาจาที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ดังนั้นประเด็นสำคัญที่จะต้องวิเคราะห์ต่อไปคือการวิเคราะห์ความเหมาะสมในการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศไทย ซึ่งผู้เขียนได้แบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ หัวข้อ 5.3.1 การกำหนดฐานคิดทางปรัชญา ทฤษฎีและหลักการที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย หัวข้อ 5.3.2 การกำหนดนิยามของประทุษวาจาตามกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย และ หัวข้อ 5.3.3 การกำหนดการสร้างดุลยภาพระหว่างการปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย ดังจะได้วิเคราะห์ต่อไป

5.3.1 การกำหนดฐานคิดทางปรัชญา ทฤษฎีและหลักการที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย

ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดฐานคิดทางปรัชญา ทฤษฎีและหลักการที่เหมาะสมเป็นเรื่องที่จำเป็นอย่างยิ่งสำหรับประเทศไทย เนื่องจากมโนทัศน์ของการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในระดับสากลมีความซับซ้อนอย่างมากและมีความเลื่อนไหลอยู่ตลอดเวลา การไม่กำหนดฐานคิดที่ถูกต้องไว้ก่อนเป็นเบื้องต้น ย่อมอาจส่งผลให้รัฐเข้าไปแทรกแซงหรือลิดรอนเสรีภาพในการแสดงออกของปัจเจกชนเกินสมควรแก่เหตุได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศไทยซึ่งต้องยอมรับว่าหากพิจารณาเพียงผิวเผิน อาจดูเหมือนเป็นรัฐที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย เนื่องจากมีการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่กำหนดกรอบการใช้อำนาจของรัฐและมีการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนชาวไทยเอาไว้เป็นหมวดหนึ่งโดยเฉพาะ ซึ่งมีรากฐานมาจากหลักนิติรัฐและหลักรัฐธรรมนูญนิยม

กระนั้นก็ดี จากวงจรประวัติศาสตร์การรัฐประหารโดยกองทัพที่ผ่านมาในประเทศไทยซึ่งมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับที่บังคับใช้อยู่และยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ภายใต้บรรยากาศของการควบคุมและกำกับโดยคณะรัฐประหารอย่างเข้มงวด ประกอบกับการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติของรัฐที่มีกฏกวีพากษ์วิจารณ์ว่าละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรอยู่เสมอโดยเฉพาะเสรีภาพในการแสดงออก จึงไม่อาจเรียกได้ว่าประเทศไทยปกครองบนพื้นฐานของระบอบเสรี

ประชาธิปไตยได้เต็มปากเต็มคำเท่าไรนัก กล่าวอย่างถึงที่สุด การปกครองของประเทศไทยแม้ในทางรูปแบบอาจเป็นระบอบเสรีประชาธิปไตย แต่ในทางเนื้อหาแล้วกลับมีความโน้มเอียงไปในทางการปกครองแบบ “เผด็จการอำนาจนิยม” เสียมากกว่า ซึ่งส่งผลอย่างมากต่อกระบวนการบริหารจัดการปัญหาการใช้ประทุษวาจาโดยใช้มาตรการทางกฎหมาย

ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางที่เหมาะสมของการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในวัยของยุคสมัยใหม่ ต้องตั้งอยู่บนฐานคิดทางปรัชญา ทฤษฎีและหลักการภายใต้ระบอบเสรีประชาธิปไตยเป็นแกนหลัก ซึ่งตั้งอยู่บนรากฐานทางปรัชญาเสรีนิยมทางการเมือง (ปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิกและปรัชญาเสรีนิยมใหม่) และปรัชญาประชาธิปไตย โดยมีหลักรัฐธรรมนูญนิยมและหลักนิติรัฐเป็นหลักการพื้นฐานทางกฎหมายมหาชนที่ค้ำจุนระบอบการปกครองข้างต้น ทั้งนี้ ฐานคิดในภาพรวมคือการมุ่งสร้างดุลยภาพระหว่างการปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกกับการจำกัดหรือแทรกแซงการใช้ประทุษวาจาเพื่อ “ประโยชน์สาธารณะ” บางประการที่รัฐมีวัตถุประสงค์ที่จะปกป้องหรือคุ้มครอง โดยใช้มาตรการทางกฎหมายที่ถูกกำหนดขึ้นอย่างพอสมควรแก่เหตุ

กล่าวโดยเฉพาะเจาะจง ในขณะที่รัฐมีหน้าที่โดยพื้นฐานที่จะต้องไม่แทรกแซงการใช้เสรีภาพในการแสดงออกของปัจเจกชน ทว่าในบางกรณี รัฐก็สามารถเข้าแทรกแซงหรือจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของปัจเจกชนได้เพื่อประโยชน์ของสาธารณชนในภาพรวม โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงออกที่เข้าลักษณะของ “การใช้ประทุษวาจา” บางประเภทที่ก่อให้เกิด “ภัยอันตราย” ต่อเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาไม่ว่าจะเป็นปัจเจกชนหรือกลุ่มของปัจเจกชนที่มี “อัตลักษณ์ที่แสดงความเป็นกลุ่ม” ร่วมกันบางประการ เช่น เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ชนชาติ สีผิว ศาสนา เพศสภาพ อุดมการณ์และความคิดเห็นทางการเมือง ฐานะทางเศรษฐกิจ เป็นต้น ซึ่งส่วนใหญ่กลุ่มคนเหล่านี้มักเป็นกลุ่มคนส่วนน้อยในสังคมในด้านต่าง ๆ ที่ถูกเลือกปฏิบัติ ถูกอคติ ถูกทำให้เป็นกลุ่มคนชายขอบ ถูกกดทับหรือกดขี่ทางประวัติศาสตร์มาอย่างยาวนาน หรือถูกกีดกันและแบ่งแยกออกจากสังคม กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือเป็นกลุ่มคนที่ประสบอุปสรรคจากความไม่เป็นธรรมในมิติต่าง ๆ (การเมือง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม) จนไม่สามารถเข้าถึงโอกาสที่เสมอภาคในการใช้สิทธิเสรีภาพได้เท่าเทียมกับบุคคลอื่นในสังคมอย่างมีนัยสำคัญ รัฐจึงต้องกำหนดมาตรการทางกฎหมาย โดยเฉพาะมาตรการทางกฎหมายอาญาเพื่อปกป้องและคุ้มครองกลุ่มคนเหล่านี้เป็นพิเศษจากภัยอันตรายที่เกิดขึ้นจากการใช้ประทุษวาจา

อนึ่ง รัฐควรทำความเข้าใจและสำรวจบรรดาประเด็นอภิปรายทางวิชาการเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายภายใต้ปรัชญาเสรีนิยมและปรัชญาประชาธิปไตยอย่างถี่ถ้วนและรอบด้านทั้งประเด็นอภิปรายที่สนับสนุนการปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกและประเด็นอภิปรายที่สนับสนุนให้สามารถจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายได้ ซึ่งผู้เขียนได้ศึกษาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ... เพื่อใช้เป็นเหตุผลสนับสนุนในการที่รัฐจะตัดสินใจว่าจะตรากฎหมายจำกัดการใช้ประทุษวาจาในกรณีใดกรณีหนึ่งหรือไม่ อย่างไร ซึ่งประกอบด้วย

(1) ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีของจอห์น สจ๊วต มิลล์ ซึ่งประกอบด้วย (1.1) ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีการแสวงหาความจริง และตลาดเสรีทางความคิด และ (1.2) ประเด็นอภิปรายตามหลักการความเป็นภัยอันตราย⁴⁶⁴

(2) ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีอัตตาณัติของปัจเจกชน

(3) ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งประกอบด้วย (3.1) ทฤษฎีศักดิ์ศรีในฐานะของคุณค่าภายในมนุษย์แต่ละคน และ (3.2) ทฤษฎีศักดิ์ศรีในฐานะที่ถูกยอมรับจากบุคคลอื่น

(4) ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีความเสมอภาค

(5) ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีชาติพันธุ์วิพากษ์

(6) ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีว่าด้วยการระวางสงฆ์รัฐ

(7) ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีการสร้างมติมหาชนในพื้นที่แห่งวาทกรรมสาธารณะ

(8) ประเด็นอภิปรายตามข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติ

ประเด็นสำคัญคือ รัฐต้องแยกความแตกต่างระหว่างการใช้ประทุษวาจาในยุคคลาสสิกกับการใช้ประทุษวาจาในยุคสมัยใหม่ให้ชัดเจน ไม่ควรนำมาปะปนกัน โดยเฉพาะการแสดงออกที่เข้าลักษณะของการยุยงปลุกปั่นให้เกิดความกระด้างเดื่อง (Sedition) ซึ่งมุ่งเอา “รัฐ” เป็นศูนย์กลางบน

⁴⁶⁴ เป็นที่น่าสังเกตว่าศาลรัฐธรรมนูญได้เคยปรับใช้หลักการความเป็นภัยอันตรายอย่างชัดเจนในคำวินิจฉัยที่ 2/2562 ในกรณีของการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 ซึ่งเกี่ยวข้องกับการกำหนดหน้าที่ของผู้ต้องหาในคดีอาญาให้พิมพ์ลายนิ้วมือตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน โดยศาลได้วินิจฉัยว่าการกระทำอันฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามประกาศดังกล่าวมิใช่เป็นการกระทำอันร้ายแรงหรือกระทบกระเทือนความสงบสุขของบ้านเมืองถึงขนาดต้องบัญญัติให้เป็นความผิดที่มีโทษทางอาญาที่มีระวางโทษจำคุกถึงหกเดือน ตามหลักภัยอันตราย (The principle of harm) ซึ่งใช้เป็นกรอบในการกำหนดความผิดที่มีโทษทางอาญา

พื้นฐานของการรักษาความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยของประชาชน มิเช่นนั้นรัฐอาจฉวยใช้มาตรการทางกฎหมายที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาไปเพื่อประโยชน์ในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของกลุ่มบุคคลที่มุ่งโจมตี วิพากษ์วิจารณ์หรือเป็นปฏิปักษ์กับรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือรัฐไทยที่มีมโนทัศน์เกี่ยวกับการใช้ประทุษวาจาในยุคคลาสสิกมาช้านานแล้วตั้งแต่สมัยยังปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์

โดยสรุป จากที่ได้วิเคราะห์มาข้างต้น รัฐพึงกำหนดฐานคิดทางปรัชญา ทฤษฎีและหลักการในการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาให้สอดคล้องกับการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย เพื่อป้องกันความเสี่ยงที่รัฐจะใช้กฎหมายที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาเป็นเครื่องมือในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ความปรองดองและความสามัคคีระหว่างประชาชนแต่เพียงอย่างเดียว โดยเพิกเฉยต่อการปกป้องเสรีภาพในการแสดงออก

5.3.2 การกำหนดนิยามของประทุษวาจาตามกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย

ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดนิยามของประทุษวาจาถือว่าเป็นภารกิจสำคัญต่อการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย สาเหตุเพราะนิยามเปรียบเสมือนประตูบานแรกที่จะนำพาเราให้เข้าใจถึงกรอบโครงสร้างของเนื้อหาสาระของประทุษวาจาว่าครอบคลุมถึงประเด็นและมิติใดบ้างที่เกี่ยวข้องกัน และมีความสัมพันธ์กันอย่างไร เพื่อที่บรรดานักกฎหมายที่มีหน้าที่ในการตรากฎหมายก็ดี บังคับใช้กฎหมายก็ดี หรือตัดสินคดีข้อพิพาทก็ดี จะได้มีจุดเกาะเกี่ยวและจุดร่วมเดียวกัน กล่าวคือ พุดจาภาษาเดียวกัน ไม่ใช่ต่างฝ่ายต่างเข้าใจนิยามของประทุษวาจากันไปคนละทิศทาง ทั้งกว้างและแคบแตกต่างกันขึ้นอยู่กับพื้นความรู้และความเข้าใจที่แต่ละคนมี อันจะเป็นอุปสรรคต่อการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาที่เหมาะสมและจะส่งผลเป็นการละเมิดเสรีภาพในการแสดงออกของปัจเจกชนเกินสมควรแก่เหตุได้ ด้วยเหตุนี้ หากรัฐประสงค์จะนำมโนทัศน์เกี่ยวกับประทุษวาจาในระดับสากลภายใต้ระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตยเข้ามาปรับใช้ในระบบกฎหมายของประเทศไทย เบื้องต้นจึงจำเป็นต้องกำหนดนิยามของประทุษวาจาให้แน่ชัดระดับหนึ่งก่อน หรืออย่างน้อยที่สุดคือทำความเข้าใจกับการกำหนดนิยามของประทุษวาจาในระดับสากลว่ามีความซับซ้อนและยุ่งยากมากน้อยเพียงใด แล้วประเทศไทยควรจะกำหนดแนวทางปฏิบัติในการกำหนดนิยามของประทุษวาจาตามกฎหมายอย่างไร ซึ่งจะได้วิเคราะห์ต่อไป

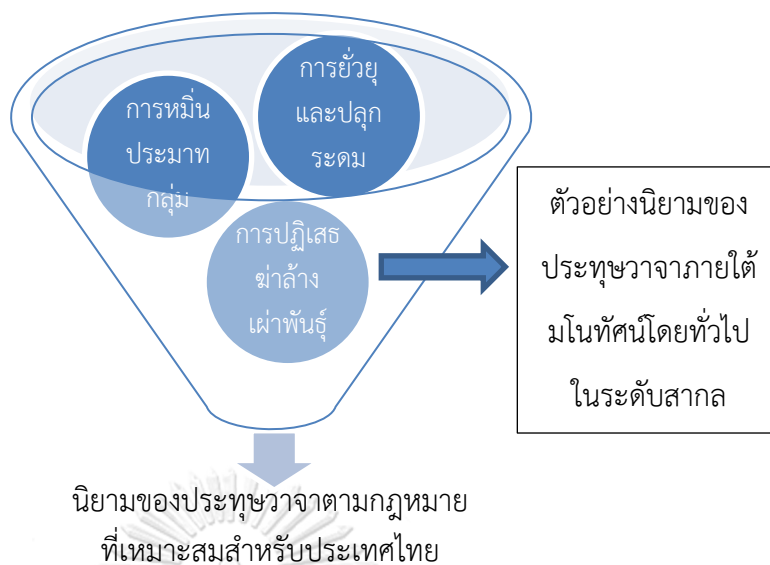
ตามที่ได้ทบทวนวรรณกรรมเกี่ยวกับนิยามของประทุษวาจา ในหัวข้อ.... จะพบข้อเท็จจริงสำคัญว่ายังไม่ปรากฏว่ามีนิยามของประทุษวาจาที่ได้รับการยอมรับหรือเห็นพ้องตรงกันในระดับสากลแต่อย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือนิยามตามกฎหมาย ทั้งนี้เนื่องจากการกำหนดนิยามของประทุษวาจาของต่างประเทศในทางวิชาการ โดยเฉพาะในทางนิติศาสตร์เพิ่งจะเริ่มต้นได้ไม่เกิน 40 ปีมานี้เอง มีพิกัดต้องพุดถึงประเทศไทยซึ่งเพิ่งจะเริ่มศึกษานิยามของประทุษวาจาในทางวิชาการมาไม่เกิน 10 ปี ยิ่งกว่านั้นในประเทศไทยยังเป็นการศึกษาโดยกลุ่มนักวิชาการในด้านอื่น ๆ มากกว่านักวิชาการด้านกฎหมายอีกด้วย จึงไม่ใช่เรื่องแปลกแต่อย่างใดที่การกำหนดนิยามของประทุษวาจาตามกฎหมายจะไม่ใช้ภารกิจที่ง่ายตายเท่าใดนัก เพราะการกำหนดนิยามของประทุษวาจาตามกฎหมายย่อมเท่ากับการกำหนดขอบเขตในเบื้องต้นในทันทีว่าการใช้ประทุษวาจาประเภทใดหรือลักษณะใดบ้างที่ต้องถูกจำกัดตามกฎหมาย โดยเฉพาะตามกฎหมายอาญา

ทั้งนี้ ในเบื้องต้น ผู้เขียนเห็นว่ารัฐควรจำแนกนิยามของประทุษวาจาออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ นิยามของประทุษวาจาภายใต้มนทัศน์โดยทั่วไป และนิยามของประทุษวาจาภายใต้มนทัศน์ทางกฎหมาย เพื่อกันไม่ให้เกิดความสับสนว่าหากมีการกำหนดนิยามของประทุษวาจาตามกฎหมายแล้ว การใช้ประทุษวาจาในลักษณะอื่น ๆ ที่ไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตของนิยามตามกฎหมายจะเท่ากับไม่ใช่การใช้ประทุษวาจาไปเสียเลย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง รัฐไม่มีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการอะไรอีกกับการใช้ประทุษวาจาที่ไม่ถูกจำกัดตามกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่ถูกต้อง เพราะอันที่จริงแล้วรัฐอาจกำหนดมาตรการอื่นนอกจากกฎหมายในการจัดการกับการใช้ประทุษวาจาที่อยู่นอกขอบเขตของนิยามตามกฎหมายได้อยู่ตลอด เช่น การกำหนดมาตรการทางนโยบายต่าง ๆ การจัดการรณรงค์ผ่านช่องทางต่าง ๆ การจัดการอบรม สัมมนา หรือการจัดทำสื่อเพื่อเผยแพร่ความรู้ต่อสาธารณชน การส่งเสริมให้ภาคเอกชนและภาคประชาสังคมมีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาการใช้ประทุษวาจา เป็นต้น ซึ่งนับว่ามีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าการใช้มาตรการทางกฎหมาย

ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีของนิยามของประทุษวาจาภายใต้มนทัศน์โดยทั่วไป ควรนำนิยามของประทุษวาจาที่ผู้เขียนได้ใช้เป็นบทนิยามศัพท์เฉพาะในการศึกษาสำหรับวิทยานิพนธ์นี้เท่านั้นมาปรับใช้ เนื่องจากเป็นนิยามที่ผู้เขียนได้ศึกษาและปรับมาจากนิยามที่กำหนดขึ้นโดยคณะกรรมการการยุโรปเพื่อต่อต้านการเหยียดเชื้อชาติและการไม่มีความอดทนอดกลั้น (ECRI) ดังนี้

“ประทุษวาจา” หมายถึง การแสดงออกหรือการสื่อสารทุกรูปแบบที่เข้าลักษณะของการส่งเสริม การสนับสนุน หรือการยั่วยุ ซึ่งก่อให้เกิดเกิดการใส่ร้ายป้ายสี ความเกลียดชัง การสบประมาท การเลือกปฏิบัติ หรือการใช้ความรุนแรง ต่อบุคคลหรือกลุ่มของบุคคล เช่นเดียวกันกับการคุกคาม การดูหมิ่น การเหมารวมเชิงลบ การแปะป้ายตีตรา หรือการข่มขู่ ต่อบุคคลหรือกลุ่มของบุคคลนั้น ตลอดจนการให้ความชอบธรรมกับการแสดงออกประเภทที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมด บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เผ่าพันธุ์ แหล่งกำเนิดทางชนชาติหรือชาติพันธุ์ อายุ ความพิการ ภาษาศาสตร์ หรือความเชื่อ เพศ เพศสภาพ อัตลักษณ์ทางเพศ รสนิยมทางเพศ และคุณลักษณะหรือสถานะส่วนบุคคลอื่น ๆ นอกจากนี้ ยังรวมถึงการปฏิบัติ การลดความสำคัญ การให้ความชอบธรรม หรือการให้อภัย ในทางสาธารณะต่ออาชญากรรมของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมที่กระทำมวลมนุษยชาติ หรืออาชญากรรมสงคราม ที่ศาลได้พิพากษาความผิดแล้ว และรวมถึงการการสวดดีสรรเสริญต่อบุคคลผู้ที่ถูกพิพากษาว่าเป็นผู้ก่ออาชญากรรมนั้น ๆ ด้วย

จากนิยามของประทุษวาจาภายใต้มนทัศน์โดยทั่วไปข้างต้น ผู้เขียนมุ่งหมายให้ใช้เป็นนิยามที่เป็นสารตั้งต้นสำหรับการแสวงหาและกำหนดมาตรการของรัฐที่เหมาะสมและหลากหลายสำหรับการจัดการกับการใช้ประทุษวาจา รวมถึงการกำหนดขอบเขตของนิยามของประทุษวาจาตามกฎหมายด้วย โดยเปิดพื้นที่ให้กับรัฐโดยเฉพะฝ่ายนิติบัญญัติได้อภิปรายถกเถียงอย่างเสรีถึงการกำหนดขอบเขตของนิยามของประทุษวาจาตามกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยการพิจารณาสภาพภูมิสังคมและสภาพบริบทของการใช้ประทุษวาจาของประเทศไทยประกอบด้วย ยกตัวอย่างเช่น การปฏิเสธหรือการให้ความชอบธรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวซึ่งมักถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญาเกี่ยวกับการใช้ประทุษวาจาของหลายประเทศในทวีปยุโรป ทว่าประเทศไทยเองไม่ได้มีประสบการณ์ร่วมหรือเกี่ยวข้องโดยตรงกับเหตุการณ์นั้นแต่อย่างใด ก็อาจไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้การใช้ประทุษวาจาที่เข้าลักษณะของการปฏิเสธหรือให้ความชอบธรรมกับการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของนิยามตามกฎหมายของประเทศไทย ดังรูปภาพที่ 5



รูปที่ 5 : การกำหนดนิยามของประทุษวาจาตามกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย

ประเด็นสำคัญต่อมา คือการกำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานที่เหมาะสมในการกำหนดนิยามของประทุษวาจาตามกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรนำหลักเกณฑ์ขององค์กร ARTICLE 19 ที่ได้แบ่งประเภทของประทุษวาจา ออกเป็น 3 ประเภท ตามระดับความรุนแรงของภัยอันตรายของการใช้ประทุษวาจา มาปรับใช้กับการกำหนดขอบเขตนิยามของประทุษวาจาตามกฎหมายของประเทศไทยได้ ดังนี้

(1) *ประทุษวาจาที่ต้องถูกจำกัด* ซึ่งเป็นรูปแบบของการใช้ประทุษวาจาที่มีความรุนแรงสูงสุด เป้าหมายเพื่อป้องกันภัยอันตรายที่โดดเด่นเป็นพิเศษและย้อนกลับไม่ได้ ประกอบด้วย

(1.1) *การย่ำยีโดยตรงและในทางสาธารณะให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์* ซึ่งเทียบเคียงจากอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษความผิดอาญาฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948 ทั้งนี้ จากที่ได้ศึกษามาพบว่าในประเทศแคนาดาก็มีการบัญญัติความผิดทางอาญาเกี่ยวกับการย่ำยีให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไว้เช่นกันในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 318 (1)

(1.2) *การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังที่เลือกปฏิบัติซึ่งย่ำยีให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ และการใช้ความรุนแรง* ซึ่งเทียบเคียงจาก ข้อ 20 (2) ICCPR โดยต้องสอดคล้องกับเงื่อนไขการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกตามข้อ 19 (3) ด้วย รวมทั้งต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ขั้นต่ำของความรุนแรง 6 ประการ ที่พัฒนามาจาก *The Rabat Plan of Action* ด้วย ทั้งนี้ ในกรณีของ

การยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรงอาจเทียบเคียงได้ในระดับหนึ่งกับ “การยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรงหรือการกระทำที่ผิดกฎหมายอันใกล้จะถึง” ซึ่งเป็นประเภทหนึ่งของประทุษวาจาที่ไม่ได้รับการปกป้องตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่งแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา

นอกจากนั้น ผู้เขียนเห็นว่ายังสามารถนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ “การใช้วาจาที่ก่อให้เกิดอันตราย” ตามแนวคิดของ ซูซาน เบเนสซ์ มาปรับใช้ได้กับประเภทของประทุษวาจาในข้อ 1.1 และข้อ 1.2 ในกรณีที่เข้าลักษณะของการยั่วยุให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การสังหารหมู่ หรือการใช้ความรุนแรงในวงกว้างขนาดใหญ่

(2) *ประทุษวาจาที่อาจถูกจำกัดตามกฎหมาย* ซึ่งเป็นรูปแบบของการใช้ประทุษวาจาซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น หรือเพื่อปกป้องความมั่นคงของรัฐ หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือเพื่อปกป้องสุขภาพและศีลธรรมของประชาชน (ตามนัยของข้อ 19 (3) แห่ง ICCPR) โดยความรุนแรงของภัยอันตรายจากการใช้ประทุษวาจาในประเภทนี้อาจไม่ร้ายแรงเท่ากับการใช้ประทุษวาจาในข้อ (1) ซึ่งอย่างน้อยต้องประกอบด้วย

(2.1) *การใช้ประทุษวาจาที่มุ่งกระทำต่อเหยื่อเป็นการเฉพาะราย* หรือการใช้ประทุษวาจาที่มุ่งกระทำต่อปัจเจกบุคคลซึ่งเป็นสมาชิกของกลุ่มเหยื่อของประทุษวาจาในลักษณะของการเผชิญหน้า ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปแบบของการขู่เชิญว่าจะทำร้าย การคุกคาม และการประทุษร้าย ทั้งนี้ การใช้ประทุษวาจาในลักษณะนี้ใกล้เคียงกับ “การแสดงออกที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาท” ซึ่งเป็นประเภทหนึ่งของประทุษวาจาที่ไม่ได้รับการปกป้องตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่งแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างยิ่ง

(2.2) *การใช้ประทุษวาจาที่มุ่งกระทำต่อกลุ่มที่ได้รับการปกป้อง* ซึ่งเป็นการใช้ประทุษวาจาผ่านสถานที่หรือสภาพแวดล้อมเฉพาะบางแห่ง เช่น การใช้ประทุษวาจาผ่านการถ่ายทอดกระจายเสียงหรือภาพของสื่อต่าง ๆ การใช้ประทุษวาจาในสถาบันการศึกษา เป็นต้น

(3) *ประทุษวาจาที่ชอบด้วยกฎหมาย* ซึ่งเป็นรูปแบบของประทุษวาจาที่ยังได้รับการปกป้องตามกฎหมาย กล่าวคือ เป็นการใช้ประทุษวาจาที่อาจจะดูคุกคาม หรือรุกราน รบกวอน ยั่วยุโมโห หรือทำให้ตกใจก็ตาม แต่ยังไม่ก่อให้เกิดภัยอันตรายที่เด่นชัดหรือไม่ก่อให้เกิดภัยอันตรายใด ๆ เลย โดยส่วนใหญ่ มักแสดงออกเกี่ยวกับความคิดและทัศนคติที่อคติและแบ่งแยก และแสดงถึงความไม่มีความอดทนอดกลั้น ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าประทุษวาจาในประเภทนี้อาจเทียบเคียงได้กับแนวคิดการแบ่งระดับ

ความรุนแรงของประทุษวาจาของแอนโทนี คอตีส ในระดับที่ 1 การแบ่งแยกหรือเลือกปฏิบัติโดยไม่ได้เจตนา และระดับที่ 2 การแบ่งแยกหรือเลือกปฏิบัติโดยเจตนา

ทั้งนี้ ประเด็นสำคัญคือ การกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาสามารถกำหนดทั้งในรูปแบบของกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญาและกฎหมายปกครองก็ได้ทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีของการใช้มาตรการทางกฎหมายอาญาในการจำกัดการใช้ประทุษวาจา (Criminalization) ควรใช้เป็นมาตรการท้ายสุด และเฉพาะแต่ในกรณีของการใช้ประทุษวาจาที่ร้ายแรงเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง ควรหลีกเลี่ยงการใช้มาตรการทางกฎหมายอาญาถ้ายังมีมาตรการทางกฎหมายอื่น ๆ ที่รุนแรงและจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกน้อยกว่าและยังสามารถบรรลุเป้าหมายที่กำหนดไว้ได้ ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 77 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

5.3.3 การกำหนดการสร้างดุลยภาพระหว่างการปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย

เมื่อสามารถกำหนดขอบเขตนิยามของประทุษวาจาตามกฎหมายได้ในเบื้องต้นแล้ว ประเด็นสำคัญที่สุดที่สืบเนื่องมา คือ การกำหนดการสร้างดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจา เพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะอื่น ๆ ทั้งนี้ จากการศึกษาหลักการพื้นฐานในระดับตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง และในระดับกฎหมายภายในของประเทศที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศแคนาดา จะพบว่ามี การกำหนดขอบเขตการกำหนดการสร้างดุลยภาพระหว่างการปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายที่กว้างและแคบแตกต่างกันบ้างในรายละเอียด ทว่าสามารถสกัดจุดร่วมสำคัญที่สะท้อนรากฐานของของหลักนิติรัฐซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้ ดังนี้

(1) การจำกัดการใช้ประทุษวาจาต้องบัญญัติไว้ในกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติทั้งกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา หรือกฎหมายปกครอง โดยกฎหมายนั้นต้องมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่ผู้ที่อยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายสามารถปฏิบัติตามได้ ไม่คลุมเครือและกว้างจนเกินไป จนอาจก่อให้เกิดสถานะชะงักงันในการใช้เสรีภาพในการแสดงออก (Chilling Effect) ในทางกลับกันกฎหมายต้องกำหนดให้ผู้บังคับใช้กฎหมายมีอำนาจ

ดุลพินิจที่จำกัดและมีแนวทางปฏิบัติที่เพียงพอว่าการแสดงออกในลักษณะใดควรถูกปกป้องหรือควรถูกจำกัด

(2) การจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายต้องมีวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมในสังคมเสรีประชาธิปไตย กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของรัฐต้องมีเหตุผลเพียงพอที่จะตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาของปัจเจกชน

ยกตัวอย่างเช่นในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางบรรทัดฐานให้ “การจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกจากเนื้อหา” ซึ่งรวมถึงการใช้ประทุษวาจา “ต้องผ่านเกณฑ์การตรวจสอบระดับเคร่งครัด” โดยการตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกจะกระทำได้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อมาตรการทางกฎหมายนั้นได้รับการพิสูจน์แล้วว่ามี ความจำเป็นต่อการบรรลุซึ่ง ประโยชน์ของรัฐที่จำเป็นอย่างยิ่ง (Compelling Government Interest) กล่าวอีกนัยหนึ่ง วัตถุประสงค์ที่รัฐต้องการบรรลุต้องมีนัยสำคัญถึงขั้นที่ผูกพันให้รัฐบาลต้องกระทำการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมาย

นอกจากนั้น ในประเทศแคนาดาก็เช่นกัน ศาลฎีกาแห่งประเทศแคนาดาได้วางบรรทัดฐานให้ รัฐต้องพิสูจน์ว่าการตรากฎหมายของรัฐได้ส่งเสริม วัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของรัฐที่จำเป็นเร่งด่วน และมีนัยสำคัญอย่างยิ่งในสังคมที่เสรีและเป็นประชาธิปไตย โดยสังคมที่เสรีและเป็นประชาธิปไตยนั้น หมายถึงสังคมที่ให้ความสำคัญกับ “ความเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การให้ความสำคัญกับความยุติธรรมทางสังคมและความเสมอภาค การสร้างพื้นที่ของของความเชื่อที่แตกต่างหลากหลาย ความเคารพต่ออัตลักษณ์ของกลุ่มและวัฒนธรรมต่าง ๆ ความศรัทธาในสถาบันทางสังคมและการเมืองที่ส่งเสริมการมีส่วนร่วมของบรรดาปัจเจกชนและกลุ่มต่าง ๆ ในสังคม”

กล่าวโดยเฉพะเจาะจง ภาพรวมของวัตถุประสงค์ที่ตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โดยเฉพาะ ICCPR ได้กำหนดไว้ ซึ่งประเทศไทยได้เทียบเคียงมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน มาตรา 34 วรรคแรก ได้แก่ (2.1) ความมั่นคงของรัฐ (2.2) ความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ (2.3) สิทธิเสรีภาพหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น (2.4) ศีลธรรมอันดีของประชาชน และ (2.5) สุขภาพของประชาชน อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดไว้เช่นนี้เป็นการกำหนดไว้แต่เพียงกว้าง ๆ ซึ่งรัฐจำเป็นต้องกำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายอาญา ให้เหมาะสมกับประเด็นของการจำกัดการใช้ประทุษวาจา ทั้งยังต้องมีความจำเป็นเร่งด่วนและมีนัยสำคัญอย่างยิ่งในการปกครองเสรีประชาธิปไตย

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมายควรต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของการมุ่งป้องกัน “ภัยอันตราย” (Harm) ต่อเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาซึ่งอยู่บนพื้นฐานของอัตลักษณ์ที่แสดงความเป็นกลุ่มในด้านต่าง ๆ ที่สามารถแบ่งแยกได้เป็นหลัก โดยเฉพาะภัยอันตรายต่อสิทธิในชีวิตและร่างกาย ภัยอันตรายต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ภัยอันตรายต่อความเสมอภาคของเหยื่อในการเข้าไปมีส่วนร่วมในพื้นที่แห่งวาทกรรมสาธารณะหรือการอภิปรายถกเถียงอย่างเท่าเทียมในทางประชาธิปไตย (อธิบายหลักการทางทฤษฎีไปแล้วในบทที่ 2) นอกจากนี้ การอ้างวัตถุประสงค์ว่าเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ และความสงบเรียบร้อยของประชาชนโดยมุ่งเอา “รัฐ” เป็นศูนย์กลางเป็นสิ่งที่ควรหลีกเลี่ยงอย่างยิ่ง เพราะมีความเสี่ยงที่รัฐจะใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาที่ผิดหลักการพื้นฐานของการจำกัดการใช้ประทุษวาจาในยุคสมัยใหม่ เว้นเสียแต่ว่าการอ้างเรื่องความมั่นคงของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยจะเกิดจากการใช้ประทุษวาจาที่ก่อภัยอันตรายต่อเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาอย่างร้ายแรงและเป็นวงกว้างจนถึงขนาดที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมอย่างมีนัยสำคัญ เช่น การช่วยทำให้เกิดการสังหาร ทำร้ายร่างกาย หรือคุกคามสวัสดิภาพในชีวิตและเนื้อตัวร่างกายของกลุ่มเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาหนึ่ง ๆ อย่างรุนแรง เป็นต้น

(3) การจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน ซึ่งประกอบด้วย

(3.1) มาตรการตามกฎหมายที่รัฐตราขึ้นเพื่อจำกัดการใช้ประทุษวาจา โดยเฉพาะมาตรการทางกฎหมายอาญาต้องเป็นกฎหมายที่จะต้องสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมที่รัฐต้องการได้อย่างแท้จริง ในกรณีนี้ศาลฎีกาแห่งประเทศไทยได้วางบรรทัดฐานไว้ว่ามาตรการทางกฎหมายที่รัฐเลือกใช้ในการจำกัดการใช้ประทุษวาจา ต้องเชื่อมโยงอย่างมีเหตุผลกับวัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนดไว้ (Rational connection) โดยต้องไม่กำหนดมาตรการทางกฎหมายตามอำเภอใจ ไม่เป็นธรรม หรืออยู่บนพื้นฐานของการตัดสินใจที่ไม่มีเหตุผล

(3.2) มาตรการทางกฎหมายที่รัฐเลือกใช้ในการจำกัดการใช้ประทุษวาจา โดยเฉพาะมาตรการทางกฎหมายอาญา แม้จะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนดได้อย่างมีเหตุผลตามข้อ (3.1) ก็ตาม ทว่ามาตรการทางกฎหมายนั้นต้องจำกัดหรือกระทบเสรีภาพในการแสดงออก “น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้” ด้วย กล่าวคือ ต้องไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกเกินความจำเป็นใน

การบรรลุมวลที่รัฐกำหนด (Minimal impairment) ซึ่งสอดคล้องกับบรรทัดฐานของศาลฎีกาแห่งประเทศแคนาดา

(3.3) มาตรการทางกฎหมายที่รัฐเลือกใช้ในการจำกัดการใช้ประทุษวาจา โดยเฉพาะมาตรการทางกฎหมายอาญา ต้องได้สัดส่วนระหว่างผลกระทบของการใช้มาตรการทางกฎหมายจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลที่ถูกรับรองตามรัฐธรรมนูญกับวัตถุประสงค์ของรัฐที่มีรัฐกำหนดไว้อย่างมีความสำคัญเพียงพอ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผลกระทบจากการใช้มาตรการทางกฎหมายจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามรัฐธรรมนูญต้องไม่เกินส่วนกับผลประโยชน์ที่จะได้รับการบรรลุมวลที่รัฐที่กำหนดไว้ (Proportionate effects)



บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานของการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาภายใต้ระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย และประสบการณ์ของต่างประเทศบางประเทศที่สำคัญ รวมถึงการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาในประเทศไทย สามารถนำองค์ความรู้ที่ได้ศึกษามาทั้งหมดมาประมวลเป็นบทสรุป และข้อเสนอแนะต่าง ๆ ได้ ดังนี้

6.1 บทสรุป

การศึกษาการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาภายใต้ระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย จำเป็นต้องเริ่มจากการศึกษาปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานของระบอบการปกครองนี้เสียก่อน โดยเริ่มต้นจากรากฐานทางปรัชญาการเมือง ได้แก่ ปรัชญาเสรีนิยม (Liberalism) และ ประชาธิปไตย (Democracy)

ทั้งนี้ “ปรัชญาเสรีนิยมทางการเมือง” คือปรัชญาที่มุ่งจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครอง และให้ความสำคัญกับมนุษย์แต่ละคนในฐานะปัจเจกชน ซึ่งอาจแบ่งแยกออกเป็น 2 สกิลความคิด ได้แก่ “ปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิก” (Classical Liberalism) และ “ปรัชญาเสรีนิยมสมัยใหม่” (Modern Liberalism) โดยปรัชญาเสรีนิยมคลาสสิกมุ่งเน้นการปกป้องสิทธิตามธรรมชาติของปัจเจกชนในฐานะของสิทธิที่ติดตัวมนุษย์แต่ละคนมาตั้งแต่กำเนิด โดยถือว่าบุคคลแต่ละคนย่อมมีวิถีในการใช้ชีวิตเป็นของตนเอง โดยไม่ต้องคำนึงผลประโยชน์ของส่วนรวม รัฐจึงจำเป็นต้องหลีกเลี่ยงที่จะเข้าไปแทรกแซงหรือจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนในการมีโอกาสที่จะใช้สิทธิเสรีภาพได้เสมอภาคเท่าเทียมเช่นเดียวกับปัจเจกชนอื่น ในขณะที่ปรัชญาเสรีนิยมสมัยใหม่มุ่งเน้นให้การใช้สิทธิและเสรีภาพต้องคำนึงถึง “ประโยชน์สาธารณะ” ด้วย โดยรัฐไม่ได้มีหน้าที่เพียงปกป้องไม่ให้เกิดการละเมิดสิทธิของปัจเจกชนอื่นเท่านั้น ทว่ามีหน้าที่ส่งเสริมและยกระดับให้ปัจเจกชนสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เสมอภาคเท่าเทียมกับปัจเจกชนอื่นด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือกลุ่มผู้เสียเปรียบในด้านต่าง ๆ ทั้งทางเศรษฐกิจและสังคม ด้วยการกำหนดมาตรการบางอย่างขึ้นโดยเฉพาะการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ได้เปรียบบางส่วนตามความจำเป็น

ในขณะที่ปรัชญาประชาธิปไตย ประกอบด้วยองค์ประกอบสำคัญ คือ (1) หลักความเสมอภาคทางการเมือง ซึ่งมุ่งเน้นความเสมอภาคในกระบวนการตัดสินใจรวมหมู่ที่พลเมืองแต่ละคนต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน โดยอยู่บนเงื่อนไขว่าพลเมืองแต่ละคนต้องมีโอกาสที่จะมีส่วนร่วมและอิทธิพลต่อการตัดสินใจรวมในกระบวนการแต่ละกระบวนการนั้น และ (2) หลักการตัดสินใจโดยเสียงข้างมาก ที่มุ่งเน้นให้รัฐต้องสร้างมาตรการและกลไกทางการเมืองที่เปิดโอกาสให้ความคิดเห็นและผลประโยชน์ของประชาชนแต่ละคนถูกนำไปพิจารณาอย่างจริงจังโดยเท่าเทียมกันเพื่อนำไปสู่การสร้าง “มติมหาชน” ในท้ายที่สุด

นอกจากนี้ ยังได้ศึกษาปรัชญา ทฤษฎีและหลักการทางกฎหมายมหาชนที่สนับสนุนระบอบเสรีนิยมประชาธิปไตยด้วย ซึ่งประกอบด้วย (1) ทฤษฎีกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นพื้นฐานของการตรากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคออกมาหลายฉบับ (2) หลักรัฐธรรมนูญนิยม ซึ่งมุ่งหมายให้รัฐเสรีประชาธิปไตยใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นเครื่องมือในการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองหรือใช้อำนาจรัฐ เพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อยู่ภายใต้อำนาจรัฐนั้น และ (3) หลักนิติรัฐ ซึ่งมุ่งจำกัดการใช้อำนาจมหาชนหรืออำนาจรัฐขององค์กรของรัฐทั้งปวงให้อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย โดยมีเป้าหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ซึ่งประกอบด้วยหลักการย่อยหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน และหลักความได้สัดส่วน

ในลำดับต่อมา คือการศึกษาปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตามกฎหมาย ซึ่งโดยสรุป *เสรีภาพในการแสดงออก* (Freedom of Expression) หมายถึง สิทธิในทางศีลธรรมที่บรรดาปัจเจกชนสามารถแสดงออกความต้องการของตนเองและสื่อสารกับบุคคลอื่น ๆ ได้โดยเสรี โดยมีลักษณะสำคัญคือเป็นการสื่อสารความคิดเห็นหรือข้อเท็จจริงประเภทใดประเภทหนึ่งต่อสาธารณะผ่านช่องทางต่าง ๆ นอกจากนั้น กล่าวได้ว่าเสรีภาพในการแสดงออกเป็นพาหนะในการสื่อสารความคิดที่ไม่อาจแยกออกจาก *เสรีภาพทางความคิดและมโนธรรม* ได้ จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งยวดในระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย อย่างไรก็ตาม การใช้เสรีภาพในการแสดงออกมิใช่สิทธิสมบูรณ์ ทว่าเป็นสิทธิสัมพัทธ์ ที่รัฐสามารถเข้าไปแทรกแซงหรือจำกัดได้หากรัฐเห็นว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะบางประการ เช่น การหมิ่นประมาท การเผยแพร่เนื้อหาทางเพศ เป็นต้น

เสรีภาพในการแสดงออกมีสถานะเป็นสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ผ่านการถูกรับรองและคุ้มครองในตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศทั้งในระดับสากล และในระดับภูมิภาคที่สำคัญหลายฉบับ ซึ่งกลายเป็นมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศให้กับรัฐภาคีของตราสารระหว่างประเทศเหล่านั้นจำเป็นต้องนำไปเป็นบรรทัดฐานในการตรากฎหมายภายในของรัฐตนให้สอดคล้องกับมาตรฐานดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง *กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง (ICCPR)* ซึ่งได้รับรองเสรีภาพในการแสดงออกไว้ในข้อ 19 (1) แต่ในขณะเดียวกันก็กำหนดข้อจำกัดสิทธิไว้ด้วยเช่นเดียวกันในข้อ 19 (3)

ทั้งนี้ พบว่าโดยส่วนใหญ่แล้วเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิในเสรีภาพในการแสดงออกของตราสารสิทธิมนุษยชนทุกฉบับต่าง ๆ รวมถึงจากคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ต่างมีลักษณะคล้ายกันหรือสอดคล้องไปในทำนองเดียวกัน ได้แก่ (1) เงื่อนไขในการจำกัดสิทธิต้องบัญญัติไว้ในกฎหมาย (2) เงื่อนไขในการจำกัดสิทธิต้องมีอยู่บนพื้นฐานของวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม ได้แก่ ความมั่นคงของชาติ ความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ การสาธารณสุขและศีลธรรม และสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น และ (3) เงื่อนไขในการจำกัดสิทธิต้องมีความจำเป็นต่อสังคมในระบอบประชาธิปไตย และสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน

นอกจากนี้ เสรีภาพในการแสดงออกยังถูกรับรองอยู่ในกฎหมายภายในของทุกประเทศที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย โดยเฉพาะการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในฐานะของสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งการรับรองเช่นนี้นั้นทำให้รัฐต้องแสวงหาและอ้างความชอบธรรมที่เพียงพอในการตรากฎหมายมาจำกัดการใช้เสรีภาพนี้ของพลเมือง โดยเฉพาะการใช้กฎหมายอาญา อย่างไรก็ตาม การกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกไว้ในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นเรื่องปกติในรัฐเสรีประชาธิปไตย กล่าวคือ เสรีภาพในการแสดงออกอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา เพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นหรือเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ ประเด็นสำคัญจึงอยู่ที่การสร้างดุลยภาพระหว่างการปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกกับการมุ่งปกป้องหรือรักษาประโยชน์สาธารณะบางประการที่รัฐกำหนดเป็นวัตถุประสงค์ไว้ โดยคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนเป็นสำคัญ

จากที่ได้ศึกษามาข้างต้น จึงนำมาสู่หัวใจของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือการศึกษาคำพิพากษา ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย ซึ่งจะพบว่า “ประทุษวาจา” เป็นคำศัพท์ที่ราชบัณฑิตยสถานแปลมาจากคำศัพท์ภาษาอังกฤษว่า “Hate Speech” ที่ยังไม่

สามารถกำหนดนิยามที่ได้รับการยอมรับตรงกันในระดับสากลได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือนิยามตามกฎหมาย ทั้งยังกลายเป็นถ้อยคำที่ถูกลำไปใช้อย่างกว้างขวางและแพร่หลายในหลากหลายบริบท โดยผู้คนจากหลากหลายสถานะ และอาชีพ ไม่ได้จำกัดเฉพาะเพียงเหล่านักกฎหมายเท่านั้น ซึ่งยิ่งทำให้การกำหนดนิยามของประทุษวาจามีความยุ่งยากมากขึ้นกว่าเดิม

ด้วยเหตุนี้ จึงมีนักวิชาการทางด้านปรัชญาภาษาได้ศึกษาและนำเสนอแนวทางในการแก้ปัญหาการกำหนดนิยามของประทุษวาจา โดยการแบ่งนิยามของประทุษวาจาออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ (1) นิยามของประทุษวาจาภายใต้มนทัศน์ทางกฎหมาย และ (2) นิยามของประทุษวาจาภายใต้มนทัศน์โดยทั่วไป เพื่อมุ่งหมายให้นิยามของประทุษวาจาภายใต้มนทัศน์โดยทั่วไปมีส่วนช่วยเหลือบรรดานักกฎหมายให้มีมุมมองในการการกำหนดนิยามที่ไม่คับแคบ และไม่มองว่ากฎหมายเพียงอย่างเดียวจะสามารถแก้ปัญหาการใช้ประทุษวาจาได้อย่างสมบูรณ์ แต่เปิดพื้นที่ให้กับการตอบสนองต่อปัญหาโดยใช้มาตรการและวิธีการที่หลากหลายมิติมากยิ่งขึ้น ทั้งมาตรการทางกฎหมาย และมาตรการอื่นที่ไม่ใช่กฎหมาย

ในด้านพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย จะพบประเด็นที่น่าสนใจว่าการใช้ประทุษวาจาสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ยุค คือ (1) การจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในยุคคลาสสิก ซึ่งมุ่งจำกัดการแสดงออกของประชาชนในทางสาธารณะ โดยมีเป้าหมายสำคัญคือการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือ กฎหมายห้ามการยุยงปลุกปั่นให้เกิดความกระด้างกระเดื่อง (Seditious Libel) ซึ่งมุ่งจำกัดการแสดงออกที่นำไปสู่ความเกลียดชังหรือทำร้ายต่อพระราชอำนาจของกษัตริย์ รัฐบาล หรือรัฐธรรมนูญ และลงโทษความพยามที่จะส่งเสริมอารมณ์ความรู้สึกที่มุ่งร้ายและเป็นปฏิปักษ์ระหว่างกลุ่มคนต่าง ๆ ในสังคม และ (2) การจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในยุคสมัยใหม่ ซึ่งมีจุดเริ่มต้นหลังจากเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา โดยมีเป้าหมายหลักคือการมุ่งปกป้องและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาซึ่งเริ่มแรกมีรากฐานมาจากการต่อต้านแนวคิดการเหยียดและเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ และจึงขยายวงออกไปสู่การคุ้มครองกลุ่มคนบนพื้นฐานของอัตลักษณ์อื่น ๆ ที่มีถูกเลือกปฏิบัติหรือกดขี่อย่างต่อเนื่อง เช่น ศาสนา เพศสภาพ ความพิการ เป็นต้น ซึ่งเป็นกระแสที่เกิดขึ้นทั้งในระดับระหว่างประเทศ และระดับภายในประเทศ

อนึ่ง จากการศึกษาจะพบว่าประเด็นอภิปรายเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายภายใต้ปรัชญาเสรีนิยมและปรัชญาประชาธิปไตยอยู่หลายทฤษฎีด้วยกัน ซึ่ง

จำเป็นต้องศึกษาอย่างรอบด้านทั้งประเด็นอภิปรายที่สนับสนุนการปกป้องเสรีภาพในการแสดงออก และประเด็นอภิปรายที่สนับสนุนการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย ได้แก่ (1) ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีของจอห์น สจีวิต มิลล์ ซึ่งประกอบด้วย (1.1) ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีการแสวงหาความจริง และตลาดเสรีทางความคิด และ (1.2) ประเด็นอภิปรายตามหลักการความเป็นภยันตราย (2) ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีอัตตาณัติของปัจเจกชน (3) ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งประกอบด้วย (3.1) ทฤษฎีศักดิ์ศรีในฐานะของคุณค่าภายในมนุษย์แต่ละคน และ (3.2) ทฤษฎีศักดิ์ศรีในฐานะที่ถูกยอมรับจากบุคคลอื่น (4) ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีความเสมอภาค (5) ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีชาติพันธุ์วิพากษ์ (6) ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีว่าด้วยการระวางสงฆ์รัฐ (7) ประเด็นอภิปรายตามทฤษฎีการสร้างมติมหาชนในพื้นที่แห่งวาทกรรมสาธารณะ และ (8) ประเด็นอภิปรายตามข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติ

ในระดับกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ประเด็นเกี่ยวกับการใช้ประทุษวาจาได้ถูกกำหนดให้เป็นข้อจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกเช่นกัน โดยสามารถจำแนกได้ 3 ประเภท ได้แก่ (1) การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังซึ่งยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ และการใช้ความรุนแรง (ตาม ICCPR ข้อ 20 (2)) (2) การเผยแพร่ความคิดเห็นต่าง ๆ ทุกรูปแบบบนพื้นฐานของความเหนือกว่าหรือความเกลียดชังทางเชื้อชาติและชาติพันธุ์ (ตาม CERD ข้อ 4) และ (3) การยั่วยุโดยตรงและโดยสาธารณะให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (ตาม Genocide Convention ข้อ 3 (c))

ในระดับกฎหมายภายใน รัฐเสรีประชาธิปไตยต่างมุ่งกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาไว้ในระบบกฎหมายภายในของตน ทว่าไม่ค่อยปรากฏว่ารัฐเสรีประชาธิปไตยส่วนใหญ่จะได้บัญญัติประเด็นของการจำกัดการใช้ประทุษวาจาไว้โดยตรงในระดับรัฐธรรมนูญ โดยพบเพียงบางประเทศเท่านั้นที่ได้บัญญัติขอบเขตการใช้ประทุษวาจาไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในบทบัญญัติที่มุ่งรับรองเสรีภาพในการแสดงออก ซึ่งมักไม่ใช่ประเทศที่เป็นประชาธิปไตยที่เข้มแข็ง เช่น ประเทศเคนย่า ประเทศสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ประเทศกานา เป็นต้น ในขณะที่ในระดับกฎหมายอาญา พบว่าอาจจำแนกประเภทของกฎหมายอาญาที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาได้ทั้งหมด 6 ประเภท ดังนี้ (1) การหมิ่นประมาทกลุ่ม (2) การแสดงความเกลียดชัง (3) การยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง (4) การคุกคามต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม (5) การปฏิเสธหรือการกระทำอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทารุณ

โหดร้ายต่อมวลชนจำนวนมาก การกระทำความรุนแรง หรือการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และ (6) การยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การแบ่งแยก การใช้ความรุนแรง หรือการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

นอกจากนั้น ยังพบว่ามีกลุ่มกฎหมายอาญาอาญาอื่น ๆ บางกลุ่ม ที่มีกลุ่มถูกเข้าใจสับสนกับกฎหมายอาญาที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาอยู่บ่อยครั้ง ได้แก่ (1) กลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับการหมิ่นประมาท (2) กลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับการดูหมิ่นศาสนา และการหมิ่นประมาทศาสนา (3) กลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับการปกป้องรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ และ (4) กลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง

ประเด็นสำคัญต่อมาคือ แนวคิดเกี่ยวกับการแบ่งระดับความรุนแรงของการใช้ประทุษวาจา กับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย ซึ่งพบแนวคิดสำคัญ 3 แนวคิด ได้แก่ (1) แนวคิดของแอนโทนี คอตส์ (2) แนวคิดขององค์กร ARTICLE 19 และ (3) แนวคิดของซูซาน เบเนสซ์ กล่าวโดยเฉพาะจงที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่ง คือแนวคิดขององค์กร ARTICLE 19 ซึ่งได้แบ่งประเภทของประทุษวาจา ออกเป็น 3 ประเภท ตามระดับความรุนแรงของภัยอันตรายของการใช้ประทุษวาจา ได้แก่ (1) ประทุษวาจาที่ต้องถูกจำกัด (2) ประทุษวาจาที่อาจถูกจำกัดตามกฎหมาย และ (3) ประทุษวาจาที่ขอบด้วยกฎหมาย โดยการกำหนดมาตรการทางกฎหมายสามารถกำหนดทั้งในรูปแบบของกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญาและกฎหมายปกครอง อย่างไรก็ตาม ในกรณีของการใช้มาตรการทางกฎหมายอาญาในการจำกัดการใช้ประทุษวาจา (Criminalization) ควรใช้เป็นมาตรการท้ายสุด และเฉพาะแต่ในกรณีของการใช้ประทุษวาจาที่ร้ายแรงเท่านั้น

เมื่อศึกษาโดยเฉพาะเจาะจงลงไปถึงขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศแคนาดา พบข้อสรุปที่เป็นประโยชน์ ดังนี้

ในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศต้นแบบในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยที่มีความโดดเด่นเป็นพิเศษอย่างยิ่ง เนื่องจากเป็นประเทศที่มุ่งกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาอย่างเข้มข้น โดยให้น้ำหนักกับการปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกของปัจเจกชนมากกว่าการจำกัดการใช้ประทุษวาจาอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งอยู่บนรากฐานของการมุ่งป้องกันภัยอันตรายอันใกล้จะถึงต่อชีวิตและเนื้อตัวร่างกายของเหยื่อของประทุษวาจาตามทฤษฎีว่าด้วยความภัยอันตรายของมิลล์ ทั้งนี้ เสรีภาพในการแสดงออกของสหรัฐอเมริกาได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง

โดยห้ามรัฐสภาตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิโดยเด็ดขาด แม้กระนั้น เสรีภาพในการแสดงออกย่อมถูกจำกัดได้เสมอผ่านคำวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา ซึ่งในกรณีของการตรากฎหมายอาญามาจำกัดการใช้ประทุษวาจาจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อเข้าลักษณะของ “การแสดงออกที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ” (Unprotected speech) ประเภทใด ประเภทหนึ่ง ได้แก่ (1) การยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรงหรือการกระทำที่ผิดกฎหมาย (2) การแสดงออกที่ก่อให้เกิดการทะเลาะวิวาท (3) การแสดงออกที่คุกคามอย่างแท้จริง และ (4) การหมิ่นประมาทกลุ่ม

ในกรณีของประเทศแคนาดา ซึ่งเป็นประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย ซึ่งมีพรมแดนประเทศติดต่อกับประเทศสหรัฐอเมริกา แต่กลับมีการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาที่ค่อนข้างแตกต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างมีนัยสำคัญ โดยมุ่งเน้นการสร้างดุลยภาพระหว่างการปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างเป็นระบบ ผ่านการวางบรรทัดฐานของศาลฎีกาแห่งประเทศแคนาดา ทั้งนี้ เสรีภาพในการแสดงออกได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตาม มาตรา 2(b) แห่งรัฐธรรมนูญแห่งประเทศแคนาดา โดยในมาตรา 1 บัญญัติให้บรรดาสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการประกันตามรัฐธรรมนูญสามารถถูกจำกัดอย่างสมเหตุสมผลโดยการตราเป็นกฎหมาย และสามารถให้เหตุผลที่พิสูจน์ได้ว่ามีความจำเป็นในสังคมที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย ซึ่งศาลฎีกาแห่งประเทศแคนาดาจะวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอาญาที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจา โดยคำนึงการป้องกันภัยอันตรายต่อคุณค่าและประโยชน์อย่างอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองด้วย ได้แก่ หลักความเสมอภาค และหลักพหุวัฒนธรรมหรือหลักความหลากหลายทางวัฒนธรรม ผ่านการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความได้สัดส่วนที่มีความโดดเด่นอย่างยิ่ง

เมื่อย้อนกลับมาศึกษาขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งเข้าลักษณะการใช้ประทุษวาจาในประเทศไทย จะพบว่าประเทศไทยประสบปัญหาจากการใช้ประทุษวาจาในพื้นที่ออฟไลน์ มาอย่างยาวนาน หลากหลายด้านและหลากหลายระดับความรุนแรงตั้งแต่ระดับต่ำไปจนถึงระดับสูง อย่างไรก็ตาม การจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศไทยกลับไม่มีความชัดเจน แม้กระนั้นก็ดี เมื่อศึกษาลงลึกในทางประวัติศาสตร์กฎหมาย ปรากฏว่าประเทศไทยมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาในยุคคลาสสิกมาตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์จนถึง

ปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือ ความผิดฐานยุยงปลุกปั่นให้เกิดความกระด้างเดื่อง ซึ่งปัจจุบันบัญญัติ อยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 116 และได้กลายเป็นเครื่องมือของรัฐในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกในปัจจุบัน

ทั้งนี้ พบว่ามีความพยายามที่จะกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาในระดับรัฐธรรมนูญอย่างมีนัยสำคัญนับตั้งแต่การรัฐประหารของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) เป็นต้นมา โดยปรากฏว่า คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (กรธ.) มีเจตนารมณ์ทั้งภาพรวมและรายมาตราที่จะจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย โดยเฉพาะการบัญญัติให้ประเด็นของการใช้ประทุษวาจาเป็นหนึ่งในวัตถุประสงค์ของการที่รัฐจะอ้างเพื่อตรากฎหมายมาจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกตาม 34 วรรคแรกของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แต่ท้ายที่สุดก็ยกเลิกการบัญญัติไป ในขณะที่ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยก็ไม่ได้มีความผิดที่มุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาในนัยของยุคสมัยใหม่อย่างชัดแจ้ง จึงเป็นประเด็นสำคัญที่ต้องวิเคราะห์ต่อไป

จากที่ได้วิเคราะห์ปัญหาของการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในประเทศไทย พบว่าประเทศไทยมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมุ่งกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย โดยอาศัยจากการพิจารณาสถานการณ์การใช้ประทุษวาจาในประเทศไทย และจากพันธกรณีตามตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี (ได้แก่ ICCPR และ CERD) อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาความเพียงพอของมาตรการทางกฎหมายทั้งระบบของประเทศไทย ทั้งในระดับรัฐธรรมนูญ และในระดับประมวลกฎหมายอาญา กลับพบว่ายังไม่เพียงพอที่จะจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันแม้ในทางรูปแบบอาจเพียงพอที่จะเป็นฐานในการเป็นกรอบของการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายได้ แต่หากพิจารณาในเชิงเนื้อหาจะพบว่ามีความเสี่ยงที่รัฐจะตีความวัตถุประสงค์ในการจำกัดการใช้ประทุษวาจาเพียงเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยของประชาชนเท่านั้น ในขณะที่ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาก็สามารถปรับใช้ในการจำกัดการใช้ประทุษวาจาได้เพียงบางฐานความผิด และมีความเสี่ยงที่จะถูกนำมาปรับใช้อย่างบิดผันและกว้างขวางเกินไป

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องวิเคราะห์ความเหมาะสมในการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจา โดยอย่างน้อยมีประเด็นต้องพิจารณาดังนี้ (1) ฐานคิดทางปรัชญา ทฤษฎีและหลักการที่เหมาะสม (2) นิยามของประทุษวาจาตามกฎหมายที่เหมาะสม และ (3) การสร้างดุลยภาพระหว่าง

การปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายที่เหมาะสม อันจะนำไปสู่การกำหนดข้อเสนอแนะในการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาที่เหมาะสมต่อไป

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิจัยและวิเคราะห์สภาพปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

(1) ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดกระบวนทัศน์ที่เหมาะสม

ในเบื้องต้น องค์คัพยพของรัฐทุกภาคส่วนทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการพึงต้องตระหนักและทำความเข้าใจฐานคิดทางปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาภายใต้ระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตยอย่างถ่องแท้และรอบด้านเสียก่อน ซึ่งผู้เขียนได้ศึกษาและวิเคราะห์มาแล้วระดับหนึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นปรการด่านแรกที่จะต้องตราหรือกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการมุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจา เป้าหมายเพื่อกำหนดกระบวนทัศน์ที่ถูกต้องในการมุ่งจัดการและแก้ไขปัญหาการใช้ประทุษวาจาด้วยการใช้มาตรการทางกฎหมาย โดยเฉพาะการกำหนดมาตรการทางกฎหมายอาญาที่เหมาะสมและได้สัดส่วน

กล่าวโดยสรุป รัฐต้องมุ่งปกป้องการใช้เสรีภาพในการแสดงออกของปัจเจกชนเป็นสำคัญ แม้ว่าการแสดงออกนั้นจะเข้าลักษณะของการใช้ประทุษวาจาก็ตาม เว้นเสียแต่ว่าจะเป็นการใช้ประทุษวาจาบางประเภทซึ่งจำเป็นอย่างยิ่งเท่านั้นที่รัฐจะสามารถเข้าแทรกแซงหรือจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของปัจเจกชนได้ ด้วยการใช้มาตรการทางกฎหมาย โดยต้องมีวัตถุประสงค์อันชอบธรรมเพื่อป้องกัน “ภัยอันตราย” ต่อเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาไม่ว่าจะเป็นปัจเจกชนหรือกลุ่มของปัจเจกชนบนพื้นฐานของ “อัตลักษณ์ที่แสดงความเป็นกลุ่ม” ร่วมกันบางประการ เช่น เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ชนชาติ สีผิว ศาสนา เพศสภาพ อุดมการณ์และความคิดเห็นทางการเมือง ฐานะทางเศรษฐกิจ เป็นต้น ซึ่งส่วนใหญ่กลุ่มคนเหล่านี้มักเป็นกลุ่มคนส่วนน้อยในสังคมในด้านต่าง ๆ ที่ถูกเลือกปฏิบัติ ถูกอคติ ถูกทำให้เป็นกลุ่มคนชายขอบ ถูกกดทับหรือกดขี่ทางประวัติศาสตร์มาอย่างยาวนาน หรือถูกกีดกันและแบ่งแยกออกจากสังคมเป็นสำคัญ ทั้งนี้ หากรัฐจะเลือกใช้มาตรการทางกฎหมายอาญาต้องเป็นกรณีของการใช้ประทุษวาจาประเภทที่ก่อภัยอันตรายอย่างร้ายแรงเท่านั้น

ประโยชน์สำคัญของการกำหนดกระบวนการทัศน์ที่ตั้งอยู่บนรากฐานของฐานคิดทางปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานที่ถูกต้องนั้นย่อมส่งผลให้การกำหนดมาตรการทางกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตัดสินข้อพิพาททางกฎหมายเกิดความเป็นเอกภาพ และดำเนินไปในทิศทางเดียวกันที่จะสามารถสร้างดุลยภาพระหว่างการปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกกับการมุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย โดยเฉพาะการจำกัดการใช้ประทุษวาจาในนัยของยุคสมัยใหม่ ให้สอดคล้องกับการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย อันจะเป็นพื้นฐานสำคัญของรัฐในการกำหนด มาตรการทางนโยบายและมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพซึ่งสอดคล้องกับ มาตรฐานตามพันธกรณีของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

(2) ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการทางนโยบายที่เหมาะสม

เมื่อรัฐกำหนดกระบวนการทัศน์บนฐานคิดทางปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการ กำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาภายใต้ระบอบการ ปกครองเสรีประชาธิปไตยแล้ว รัฐควรนำฐานคิดทางปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานข้างต้นมา แปรรูปให้เป็นมาตรการทางนโยบายของรัฐที่ชัดเจน ปฏิบัติได้จริง และครอบคลุมทุกมิติ โดยคำนึงถึง สภาพบริบทและสภาพภูมิสังคมของการใช้ประทุษวาจาในประเทศไทยเป็นสำคัญ กล่าวคือ รัฐต้อง กำหนดมาตรการทางนโยบายที่ไม่ได้มุ่งแต่เพียงมิติของการใช้ประทุษวาจาบนพื้นฐานของความ ชัดแย้งและแตกแยกเกี่ยวกับอุดมการณ์และความคิดเห็นทางการเมืองที่ผ่านมาในช่วงสิบกว่าปีนี้ เท่านั้น รวมถึงเพิ่งเล็งแต่การใช้ประทุษวาจาของบรรดานักการเมืองและสื่อมวลชนที่เสนอข่าว เกี่ยวกับการเมืองอย่างเดียว แต่พึงขยายขอบเขตการพิจารณาออกไปยังการใช้ประทุษวาจาในด้านอื่น ๆ ที่อาจก่อภัยอันตรายต่อเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาในระดับความรุนแรงที่แตกต่างกันออกไปด้วย เช่น ด้านเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ศาสนา เป็นต้น และจำแนกประเภทของผู้ใช้ประทุษวาจาให้ชัดเจนว่าไม่ได้มี แต่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับประเด็นทางการเมืองเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อเป้าหมายในการกำหนด “เจตจำนงทาง การเมือง” ที่เด่นชัดและถูกต้องตามมาตรฐานในระดับสากล ทว่ายังสอดคล้องกับสภาพบริบทและ สภาพภูมิสังคมของประเทศไทย

อนึ่ง การกำหนดมาตรการทางนโยบายเกี่ยวกับการมุ่งจำกัดการใช้ประทุษวาจา ควรกำหนด เป็นนโยบายแยกออกมาให้ชัดเจน โดยไม่จำเป็นต้องไปแก้ไขเพิ่มเติมในยุทธศาสตร์ชาติ หรือแผนการ ปฏิรูปประเทศซึ่งอาจล่าช้าและไม่ทันการณ์ โดยอย่างน้อยเนื้อหาในมาตรการทางนโยบายดังกล่าว ควรกำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องดำเนินการศึกษาองค์ความรู้ทางวิชาการเกี่ยวกับการ

กำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายในระดับสากล มาตรฐานตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาคที่เกี่ยวข้อง รวมถึงมาตรฐานตามกฎหมายภายในของบางประเทศที่สำคัญซึ่งปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย ตลอดจนทบทวนสถานการณ์และสภาพบริบทการใช้ประทุษวาจาในประเทศไทยอย่างรอบด้านตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ทั้งในพื้นที่ออฟไลน์และออนไลน์ เพื่อนำร่องไปสู่การทบทวนและกำหนดมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทย โดยเฉพาะการกำหนดมาตรการทางกฎหมายอาญาที่เหมาะสมต่อไป

(3) ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสม

การกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย สามารถแบ่งได้ 2 ระดับ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และ ประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

(3.1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ในเบื้องต้น ไม่ควรมีการมีการนำประเด็นของการใช้ประทุษวาจาไปบัญญัติเป็นวัตถุประสงค์ประการหนึ่งในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกที่ถูกรับรองไว้ในมาตรา 34 วรรคแรกแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เนื่องจากวัตถุประสงค์ซึ่งเป็นเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกตามมาตรา 34 วรรคแรก ในปัจจุบันนับว่าเพียงพอแล้วต่อการใช้เป็นฐานในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก ทั้งยังสอดคล้องกับข้อ 19(3) ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) นอกจากนี้ ยังเป็นการเปิดพื้นที่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถอภิปรายถกเถียงเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายได้อย่างยืดหยุ่นมากขึ้นโดยไม่ติดอุปสรรคจากการบัญญัติประเด็นการใช้ประทุษวาจาไว้ในรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม รัฐพึงต้องตีความการใช้วัตถุประสงค์ในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามมาตรา 34 วรรคแรก ให้สอดคล้องกับฐานคิดทางปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในกรณีของการใช้ประทุษวาจาภายใต้ระบอบเสรีประชาธิปไตยตามข้อเสนอแนะที่ (1) ด้วย โดยมุ่งเน้นการจำกัดการใช้ประทุษวาจาบนฐานของวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสิทธิและเสรีภาพของเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาจากภัยอันตรายของการใช้ประทุษวาจาเป็นหลัก และควรหลีกเลี่ยงการอ้างวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องความมั่นคงของรัฐ และความสงบเรียบร้อยของประชาชนอย่างพร่ำเพรื่อ

หากจะอ้างต้องเป็นกรณีของการจำกัดการใช้ประทุษวาจาที่ก่ออันตรายอย่างร้ายแรงอย่างยิ่งต่อเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาในวงกว้างจนถึงขนาดที่จะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชนอย่างมีนัยสำคัญเท่านั้น

(3.2) ประมวลกฎหมายอาญา

ในเบื้องต้น รัฐพึงกำหนดมาตรการทางกฎหมายทางกฎหมายอาญาที่เหมาะสมในประมวลกฎหมายอาญา โดยควรแบ่งออกเป็น 2 ระยะ ได้แก่ ระยะสั้น และระยะยาว ดังนี้

(3.2.1) ระยะสั้น

ในระยะสั้นหรือระยะเฉพาะหน้า รัฐอาจนำเอาความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาบางฐานความผิดมาปรับใช้กับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาบางประเภทได้เท่าที่ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และสอดคล้องกับฐานคิดทางปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานตามข้อเสนอแนะที่ (1) ดังนี้

- ความผิดฐานยุยงปลุกปั่นให้ประชาชนกระด้างกระเดื่องต่อกฎหมายหรือรัฐบาล (มาตรา 116) สามารถนำมาปรับใช้ได้ ในกรณีการจำกัดการใช้ประทุษวาจาที่มุ่งหมาย “ให้เกิดความปั่นป่วน หรือกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชน ถึงขนาดที่จะก่อความไม่สงบขึ้นในราชอาณาจักร”
- ความผิดฐานแกล้งบอกเล่าความเท็จให้เลื่องลือจนเป็นให้ประชาชนตื่นตกใจ (มาตรา 384) สามารถปรับใช้ได้ ในกรณีของการปล่อยข่าวปลอมบางลักษณะที่อาจเข้าลักษณะเป็นการใช้ประทุษวาจาได้ ถ้าเป็นข่าวลวงเกี่ยวกับผู้อื่นในทางเสียหายซึ่งอยู่บนพื้นฐานของอัตลักษณ์ที่แสดงความเป็นกลุ่ม
- ความผิดฐานทำให้เกิดความกลัว หรือความตกใจ (มาตรา 392) สามารถปรับใช้ได้ เช่น ในกรณีของการใช้ประทุษวาจาที่เป็นกรกระทำแบบเผชิญหน้า เช่น การตะโกนคำทอใส่คนที่ เป็นกลุ่มคนหลากหลายทางเพศในที่สาธารณะ โดยแสดงท่าทีคุกคามขู่เชิญจะทำร้ายไปด้วย จนเหยื่อเกิดความกลัว หรือตกใจ
- ความผิดฐานดูหมิ่น ซึ่งประกอบด้วยความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้า และความผิดฐานดูหมิ่นด้วยการโฆษณา (มาตรา 394) สามารถปรับใช้ได้ ในกรณีของการดูหมิ่นซึ่งหน้า อาจปรับใช้กับการใช้ประทุษวาจาซึ่งหน้าหรือเผชิญหน้ากับเหยื่อของประทุษวาจาโดยตรง และ การดู

หมิ่นด้วยการโฆษณาอาจปรับใช้กับการใช้ประทุษวาจาอย่างก้าวร้าว หยาบคายที่แพร่ขยายในทางสาธารณะ

- ความผิดในฐานะเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด ซึ่งประกอบด้วยความผิดฐานผู้ใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดโดยวิธีการทั่ว ๆ ไป (มาตรา 84) และความผิดฐานผู้ใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดโดยการโฆษณาหรือประกาศ (มาตรา 85) สามารถปรับใช้ได้ ในกรณีของการใช้ประทุษวาจาที่เข้าลักษณะของการ “ยั่วยุ” ให้บุคคลอื่นกระทำความผิดอาญาต่อเหยื่อของการใช้ประทุษวาจา โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้วยวิธีการโฆษณาหรือประกาศ โดยเฉพาะการยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรง

(3.2.2) ระยะยาว

ในระยะยาว รัฐพึงกำหนดฐานความผิดเฉพาะเกี่ยวกับการใช้ประทุษวาจาขึ้นในประมวลกฎหมายอาญา โดยต้องกำหนดให้เป็นไปตามเงื่อนไขในรัฐธรรมนูญที่สอดคล้องกับฐานคิดทางปรัชญา ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานของการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายภายใต้ระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย โดยอย่างน้อยมีประเด็นต้องพิจารณา ดังนี้

- รัฐพึงกำหนดขอบเขตนิยามของการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย โดยนำหลักเกณฑ์การแบ่งประเภทของประทุษวาจาขององค์กร ARTICLE 19 มาเป็นแนวทางในการกำหนด ซึ่งสรุปได้ดังนี้

ประการแรก ประเภทของประทุษวาจาที่ต้องถูกกำหนดให้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ *การยั่วยุให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การส่งเสริมความเกลียดชังซึ่งยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรง การเลือกปฏิบัติ และการเป็นปฏิกิริยา และการยั่วยุให้เกิดการกระทำความผิดอาญาอันใกล้จะถึง* ต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลบนพื้นฐานของอัตลักษณ์ที่แสดงความเป็นกลุ่มบางประการ

ประการที่สอง ประเภทของประทุษวาจาที่อาจกำหนดให้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ การใช้ประทุษวาจาที่ก่ออันตรายต่อเหยื่อของการใช้ประทุษวาจาซึ่งรัฐเห็นว่ามี ความรุนแรงอย่างจำเป็นเพียงพอที่จะต้องกำหนดให้เป็นความผิดอาญา เพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะบางประการตามที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 34 ซึ่งอย่างน้อยต้องประกอบด้วย *การใช้ประทุษวาจาที่มุ่งกระทำต่อปัจเจกบุคคลซึ่งเป็นสมาชิกของกลุ่มเหยื่อของประทุษวาจาในลักษณะของการเผชิญหน้า ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปแบบของการขู่เข็ญว่าจะทำร้าย การคุกคาม และการประทุษร้าย*

● รัฐพึงกำหนดหลักเกณฑ์ในการสร้างดุลยภาพระหว่างการปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกกับการจำกัดการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายอาญาให้เกิดความได้สัดส่วนและพอสมควรแก่เหตุ เพื่อใช้ประกอบในการกำหนดรายละเอียดขององค์ประกอบความผิด รวมถึงการกำหนดข้อยกเว้นความผิดหรือข้อยกเว้นโทษในบางกรณี ดังนี้

ประการแรก การจำกัดการใช้ประทุษวาจาประเภทใดประเภทหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาจะต้องสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมที่รัฐต้องการได้อย่างแท้จริง

ประการที่สอง การจำกัดการใช้ประทุษวาจาประเภทใดประเภทหนึ่ง แม้จะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐกำหนดได้อย่างแท้จริงก็ตาม ทว่าต้องจำกัดหรือกระทบเสรีภาพในการแสดงออก “น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้” ด้วย

ประการที่สาม การจำกัดการใช้ประทุษวาจาประเภทใดประเภทหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาต้องได้สัดส่วนระหว่างผลกระทบของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลที่ถูกรับรองตามรัฐธรรมนูญกับวัตถุประสงค์ของรัฐที่มีถูกกำหนดไว้อย่างมีความสำคัญเพียงพอ

(4) ข้อเสนอแนะในการต่อยอดองค์ความรู้

ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะในการต่อยอดองค์ความรู้เกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในกรณีของการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมาย ดังนี้

(4.1) ควรมีการศึกษาต่อยอดเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาตามกฎหมายภายใต้ระบอบเสรีประชาธิปไตยใน “พื้นที่หรือสังคมออนไลน์” ซึ่งเป็นพื้นที่ที่นับวันจะมีการใช้ประทุษวาจาเพิ่มมากขึ้นและรุนแรงมากขึ้นอย่างมีนัยสำคัญทั้งในระดับสากล และในประเทศไทย

(4.2) ควรมีการศึกษาต่อยอดเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาของ “สื่อมวลชน” ตามกฎหมายภายใต้ระบอบเสรีประชาธิปไตย ทั้งสื่อออฟไลน์และสื่อออนไลน์ เนื่องจากพบว่าสื่อมวลชนตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันทั้งในระดับสากล และในประเทศไทย ถือว่าเป็นผู้ที่มีบทบาทอย่างมากในการเผยแพร่การใช้ประทุษวาจาให้แพร่หลายในวงกว้าง

(4.3) ควรมีการศึกษาต่อยอดเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตการใช้ประทุษวาจาในมิติทาง “ศาสนา” ตามกฎหมายภายใต้ระบอบเสรีประชาธิปไตย เนื่องจากพบว่าปัญหาความขัดแย้งระหว่างการใช้อิสรภาพในการนับถือศาสนากับการใช้อิสรภาพในการแสดงออกที่เข้าลักษณะของการใช้ประทุษวาจาในระดับสากลนับวันจะยิ่งทวีความรุนแรงมากขึ้นเรื่อย ๆ ตามลำดับ จนบางกรณี

กลายเป็นการก่อการร้ายในที่สุด ทั้งยังเป็นปัญหาที่มีความละเอียดอ่อนและซับซ้อนอย่างยิ่งที่จะกำหนดมาตรการทางกฎหมายมาควบคุมหรือจำกัดให้เกิดดุลยภาพที่เหมาะสมได้



บรรณานุกรม

หนังสือภาษาไทย

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2551.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิญญูชน 2561.
- คณพล จันทน์หอม. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562.
- คณพล จันทน์หอม. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.
- คณพล จันทน์หอม. หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563.
- คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา. สื่อเพื่อการเปลี่ยนแปลง: การทำงานร่วมกับสื่อในประเด็นเพศวิถี อัตลักษณ์ทางเพศสถานะ การแสดงออกและลักษณะทางเพศในประเทศไทย. กรุงเทพฯ: โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ, 2560.
- คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ. รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการวิจัยเรื่อง ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2559.
- โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ และหน่วยงานเพื่อการพัฒนาระหว่างประเทศสหรัฐ. Being LGBT in Asia: รายงานในบริบทของประเทศไทย. กรุงเทพฯ: โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ, 2557.
- โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ. เรื่องราวแห่งการตีตรา: การศึกษาการตีตราและการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในประเทศไทยขณะเข้ารับบริการด้านสุขภาพและบริบทต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง. กรุงเทพฯ: โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ, 2563.
- จรัญ โฆษณานันท์. สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน: ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: นิติตธรรม, 2559.
- ฉัตรทิพย์ นาถสุภา. ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.
- ชาญชัย ชัยสุขโกศล. เมื่อใดที่การแสดงความคิดเห็นกลายเป็นการใช้ความรุนแรง? (When Does Hate Speech Turn to Be Violent Action?). ใน สถาอานันท์, ช. (บรรณาธิการ), พื้นที่สันติวิธี/หนทางสังคมไทย : ความรู้ ความลับ ความทรงจำ. กรุงเทพฯ: ของเรา, 2559.
- ณรงค์เดช สรุโฆษิต. สิทธิเสรีภาพในมุมมองของเสรีนิยมดั้งเดิมและเสรีนิยมสมัยใหม่ (Rights and Freedoms in the Views of Classical and Modern Liberalism). ใน อาร์ม ตั้งนิรันดร,

- ว. ม. แ. จ. (บรรณาธิการ), กฎหมายกับเศรษฐกิจ : รวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นเกียรติแด่ ศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ ธานีกุล ครูของ พ ศักดิ์ดา 60 ปี. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2561.
- ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. ทฤษฎีสถิติขั้นพื้นฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.
- บวรศักดิ์ อวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชน ยุคต่างๆ. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. รัฐธรรมนูญ : ประวัติศาสตร์ข้อความคิด อำนาจสถาปนาและการเปลี่ยนผ่าน. นนทบุรี: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.
- พิรธรอง รามสูต. ประทุษวาจากับโลกออนไลน์. กรุงเทพฯ: พิรธรอง รามสูต, ประทุษวาจากับโลกออนไลน์ (กรุงเทพฯ: มูลนิธิเพื่อการศึกษาประชาธิปไตยและการพัฒนา (โครงการจัดพิมพ์คอบไฟ), 2558).
- มานิตย์ จุมปา. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน 2553.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557.
- ศุภชัย โยบายสี. คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. รายงานผลแผนงานวิจัย เรื่อง การกำกับดูแลสื่อที่เผยแพร่เนื้อหาที่สร้างความเกลียดชัง. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.
- สมเกียรติ วันทะนะ. กำเนิดและความเปราะบางของเสรีประชาธิปไตย. กรุงเทพฯ: ไครครีเอท, 2555.
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐. กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562.
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ร่างเบื้องต้น). กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2559.
- สุรเชษฐ์ สุขลากกิจ. ผิวเดียวเมียวเดียว อาณานิคมครอบครัวยุโรปในสยาม. กรุงเทพฯ: มติชน, 2561.
- สุรพศ ทวีศักดิ์. มนุษย์กับเสรีภาพ: มุมมองทางปรัชญา คานท์, มิลล, รอสส์. กรุงเทพฯ: สยามปริทัศน์, 2562.
- โสรัจจ์ หงศ์ลดารมภ์. ปรัชญาภาษา. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558.

อมร จันทรมบูรณ์. คอนสติวชันแนลลิสม์ทางออกของประเทศไทย. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นโยบายศึกษา, 2539.

เอกรินทร์ ต่วนศิริ ดอน ปาทาน, อันวาร์ กอมะ. สัญญาณความหวาดกลัวอิสลามในสังคมไทย. ปัตตานี ปัตตานี ฟอรัม, 2561.

หนังสือภาษาต่างประเทศ

Alexander Brown. Hate Speech Law: A Philosophical Examination. New York: Routledge, 2017.

Anne Weber. Manual on Hate Speech. France: Council of Europe Publishing, 2009.

Anthony Cortese. Opposing Hate Speech. London: Praeger, 2006.

C. Edwin Baker. Autonomy and Hate Speech. In Edited by Weinstein, I. H. a. J., Extreme Speech and Democracy. Oxford: Oxford University Press, 2009.

C. Edwin Baker. Hate Speech. In Edited by Molnar, M. H. a. P., The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Dieter Grimm. The Achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changed World. In Edited by Loughlin, P. D. a. M., The Twilight of Constitutionalism? Oxford: Oxford University Press, 2010.

Eduardo Bertoni and Julio Rivera. The American Convention on Human Rights: Regulations on Hate Speech and Other Similar Expressions. In Edited by Molnar, M. H. a. P., The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Eric Barendt. Freedom of Expression. In Edited by Sajó, A., The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Eric Barendt. Freedom of Speech. Oxford: Oxford University Press, 2015.

Eric Heinze. Hate Speech and Democratic Citizenship. New York: Oxford University Press, 2016.

Erick Bleich. From Race to Hate: A Historical Perspective. In Edited by Johansen, T. B. a. B. S., Hate, Politics, Law: Critical Perspective on Combating Hate. New York: Oxford University Press, 2018.

- Erwin Chemerinsky. Constitutional Law. New York: Wolters and Kluwer Law and Business, 2011.
- Esther Janssen. Faith in Public Debate: On Freedom of Expression, Hate Speech and Religion in France & the Netherlands. Cambridge: : Intersentia, 2015.
- Frederick Schauer. Social Epistemology, Holocaust Denial, and the Post-Millian Calculus. In Edited by Molnar, M. H. a. P., The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- George Klosko. History of Political Theory: An Introduction. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Gregory S. Gordon. Atrocity Speech Law: Foundation, Fragmentation, Fruition. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- James Weinstein and Ivan Hare. General Introduction: Free Speech, Democracy, and the Suppression of Extreme Speech Past and Present. In Edited by Weinstein, I. H. a. J., Extreme Speech and Democracy. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- James Weinstein. Extreme Speech, Public Order, and Democracy: Lessons from the Masses. In Edited by Weinstein, I. H. a. J., Extreme Speech and Democracy. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Jeremy Jennings. Early Nineteenth-Century Liberalism. In Edited by Klosko, G., The Oxford Handbook of the History of Political Philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Jeremy Waldron. Democracy. In Edited by Estlund, D., The Oxford Handbook of Political Philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Jeremy Waldron. The Harm in Hate Speech. Cambridge: Harvard University Press, 2012.
- John G. Gunnell. Democracy and the Concept of Public Opinion. In Edited by Jacobs, R. Y. S. a. L. R., The Oxford Handbook of American Public Opinion and the Media. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- John Stuart Mill. On Liberty. London: Watts & Co.Ltd, 1936.
- Joseph Raz. The Morality of Freedom. Oxford: Clarendon Press, 1988.
- Larry Alexander. Is There a Right of Freedom of Expression? Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

- Lucia Adriana van Noorloos. Hate Speech Revisited: A Comparative and Historical Perspective on Hate Speech in the Netherlands and England & Wales. Oxford: Clarendon Press, 1988.
- Marcel Maussen and Ralph Grillo. Introduction: Regulation of Speech in Multicultural Societies. In Edited by Grillo, M. a. R., Regulation of Speech in Multicultural Societies. New York: Routledge, 2015.
- Maurice Cranston. What Are Human Rights? London: The Bodley Head, 1973.
- N. Scott Arnold. Imposing Values: An Essay on Liberalism and Regulation. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Nadine Strossen. Hate: Why We Should Resist It with Free Speech, Not Censorship. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Narongdech Sruckhosit. Manifest Disproportionality and the Constitutional Court of Thailand. In Edited by Yap, P. J., Proportionality in Asia. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- Nigel Warburton. Free Speech: A Very Short Introduction. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Peter Hogg. Constitutional Law of Canada. 5 ed. Toronto: Thomson Carswell, 2007.
- Richard Delgado and Jean Stefancic. Understanding Words That Wound. In New York: Routledge, 2004.
- Ronald Dworkin. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1979.
- Samuel Walker. Hate Speech: The History of an American Controversy. London: University of Nebraska Press, 1994.
- Sarah Sorial. Sedition and the Advocacy of Violence: Free Speech and Counter-Terrorism. New York: Routledge, 2012.
- Sean D. Carey. Public Opinion. In Edited by McMillan, I. M. a. A., The Concise Oxford Dictionary of Politics. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Steven Heyman. Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment. In Edited by Weinstein, I. H. a. J., Extreme Speech and Democracy. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Steven Wall. Introduction. In Edited by Wall, S., The Cambridge Companion to Liberalism. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

Ulabzislau Belavusau. Freedom of Speech: Importing European and Us Constitutional Models in Transitional Democracies. New York: Routledge, 2015.

Wojciech Saduraki. Freedom of Speech and Its Limits. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999.

วารสารภาษาไทย

นพพล อาชามาส. เมื่อผู้ปกครองสถาปนาตนเป็นรัฐ: ข้อหา “ยุยงปลุกปั่น” กับ การบังคับใช้กฎหมายแบบอำนาจนิยมในประเทศไทย. วารสารนิติสังคมศาสตร์ 11(กรกฎาคม-ธันวาคม 2561).

ปองปรารณ สุนทรเกษม. อคติทางชาติพันธ์ต่อสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวในสังคมไทยที่ปรากฏในสื่อสังคมออนไลน์เว็บบอร์ดพันทิป. วารสารวิทยาการจัดการ มหาวิทยาลัยราชภัฏ เชียงราย 15(มกราคม-มิถุนายน 2563).

วารสารภาษาต่างประเทศ

Alexander Brown. The “Who?” Question in the Hate Speech Debate: Part 1: Consistency, Practical, and Formal Approaches. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 29 (August 2016).

Alexander Brown. What Is Hate Speech? Part 1: The Myth of Hate. *Law and Philosophy* 36 (2017).

Alexander Brown. What Is Hate Speech? Part 2 : Family Resemblances. *Law and Philosophy* 36 (2017).

Claudia E. Haupt. Regulating Hate Speech-Mandate If You Do and Demand If You Don't: Lessons Learned from Comparative the German and U.S Approaches. *Boston University International Law Journal* 23 (2005).

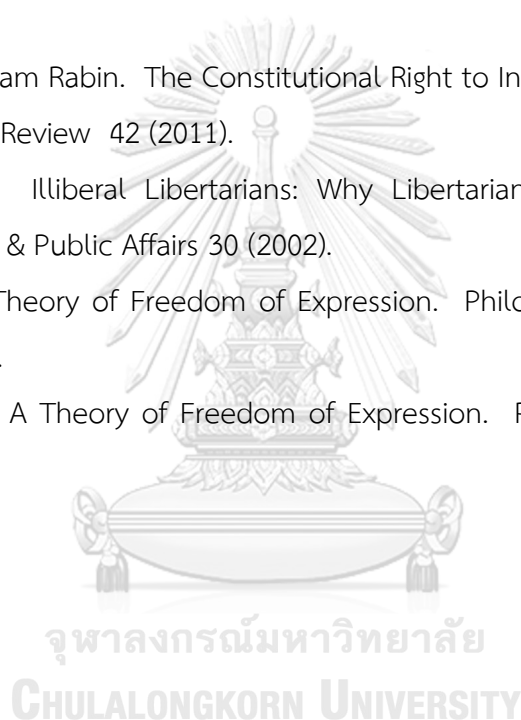
Jaclyn Ling-Chien Neo. Seditious in Singapore! Free Speech and the Offence of Promoting Ill-Will and Hostility between Different Racial Groups. *Singapore Journal of Legal Studies* 2 (2011).

Jeffrey W. Howard. Free Speech and Hate Speech. *Annual Review of Political Science* 22 (2019).

Kevin Boyle. Hate Speech – the United States Versus the Rest of the World? *Marine Law Review* 53 (2001).

Mari J. Matsuda. Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story. *Michigan Law Review* 87 (1989).

- Michel Rosenfeld. Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis. *Cardozo Law Review* 1523 (2003).
- Neomi Rao. Three Concepts of Dignity in Constitutional Law. *Notre Dame Law Review* 86 (2011).
- Paul Billingham and Matteo Bonotti. Introduction: Hate, Offence and Free Speech in a Changing World. *Ethic Theory Moral Practice* 22 (2019).
- Robert C. Post. The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine V. Falwell*. *Harvard Law Review* 103 (1990).
- Roy Peled and Yoram Rabin. The Constitutional Right to Information. *Columbia Human Rights Law Review* 42 (2011).
- Samuel Freeman. Illiberal Libertarians: Why Libertarianism Is Not a Liberal View. *Philosophy & Public Affairs* 30 (2002).
- T.M. Scanlon. A Theory of Freedom of Expression. *Philosophy & public affairs* 1, 2 (1972): 204.
- Thomas Scanlon. A Theory of Freedom of Expression. *Philosophy & Public Affairs* 1 (1972).



วิทยานิพนธ์

- เกวรินทร์ นิธิประภาวัฒน์. การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา : ศึกษากรณีการแสดงถ้อยคำที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2556.
- ภัทรสุดา วรสาร. สิทธิในเสรีภาพทางวิชาการ : ศึกษารัฐธรรมนูญไทยเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญต่างประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2559.

- ปูลวิทย์ วาณิชเศรษฐกุล. การจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง : ศึกษาการวินิจฉัยตีความของ กลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2557.
- อัศวิน อุดทาคำ. ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงออก : ศึกษากรณีคำพูดหรือการกระทำที่สร้างความเกลียดชังตามแนวคำวินิจฉัยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและศาลสหรัฐอเมริกา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2558.
- Narongdech Srukhsit. Freedom of Speech and Third Parties in Election Campaigns: A Comparative Analysis of Campaign Finance Regulations. Doctoral dissertation Faculty of Law University of Edinburgh. 2016.

ข้อมูลออนไลน์

- กระทู้ดอทคอม, "มีอบเสื้อแดง - เสื้อหลากสี ปะทะกันหน้ากองปราบ หลังจากร่วมต้าน - ให้กำลังใจครูสาวตัวแสบกลางสยามพารากอน" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://hilight.kapook.com/view/76510>.
- กรุงเทพธุรกิจ, "ตรส. เตรียมเปิดเผยรายชื่อท่อน้ำเลี้ยงกบปส.พຽ່ນนี้ เตรียมขอศาลอนุมัติหมายจับแกนนำกบปส. เพิ่ม 13 ราย" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.bangkokbiznews.com/news/detail/562223>.
- กานดา ประชุมวงศ์, "นศ.กัมพูชาในไทยยังถูกเหยียด ชี้แบบเรียนรัฐเป็นเครื่องมือสร้างอคติ" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.tcijthai.com/news/2017/14/scoop/7158>.
- คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, "กรอบการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ" [ออนไลน์], แหล่งที่มา https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/download/article/article_20180517154737.pdf.
- คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ, "ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับเสนอสภาพัฒนาแห่งชาติเพื่อลงมติ)" [ออนไลน์], แหล่งที่มา https://cdc.parliament.go.th/draftconstitution/ewt_dl_link.php?nid=633&fbclid=IwAR1sLLSmiH5hkeXoYoUhd73nAV1QFIsD-7L4WFag2OCl9mxYg39ALYoJj_U.
- โครงการ "บันทึก 6 ตุลา, "บันทึก 6 ตุลา" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://doct6.com/>.
- ชิษณุพงศ์ นิธิวนา, "สังคมเปิดแต่ LGBT ยังถูก 'เหยียด-ล้อเลียน' หรือใครๆ ก็ทำกัน?" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <http://www.tcijthai.com/news/2015/11/archived/5385>.

เดลินิวส์, "รุมฉะ'คณะครูจู่พาท'ตั้งคำถาม เพศที่3เป็นครูได้หรือไม่?" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.dailynews.co.th/regional/690058>.

เดอะ แมทเทอร์, "รับมืออย่างไรเมื่อถูกเหยียดร่างกาย? 5 ประสบการณ์และการรับมือเมื่อถูก body shaming" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://thematter.co/uncategorized/stopbodyshaming/101577>.

เดอะ อีสานเด้อ, "องค์กรปกป้องพระพุทธฯ เรียกร้อง หยุดสร้างมัสยิดทั่วประเทศ หากชายแดนใต้ไม่สงบ" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.theisaander.com/post/191126buddhistharmmuslim>.

เดอะ อีสานเด้อ. องค์กรปกป้องพุทธฯ ค้านเปิดมัสยิดมุกดาหาร" [Online]. Available from: <https://www.theisaander.com/post/191206buddhistvislam>

เดอะ อีสานเรคคอร์ด, "เสียงจากแม่หญิงอีสานถึงเพ็ญศรีเฝ้าเหลืองทอง" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://isaanrecord.com/2019/12/28/voice-of-isaan-women-to-pensri/>.

ไทยโพสต์, "หยุดเสียม'พุทธ'ชน'อิสลาม!' สำนักจุฬาราชมนตรีออกแถลงแจงยับ หลังผู้ไม่หวังดีแพร่ข้อความคลาดเคลื่อนจากความจริง" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.thaipost.net/main/detail/52903>.

ไทยรัฐออนไลน์, "ศาลอุทธรณ์ ยกฟ้อง เบส อรพิมพ์ นักพูดชื่อดัง คูหมิ่นคนอีสาน" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.thairath.co.th/news/local/bangkok/1056190>.

ธวัชวัฒน์ อภิภูตม, "เปลี่ยนคำเหยียดร่างกายให้เป็นคำทักทายที่ปกติ คุยกันให้ดีขึ้นด้วยการไม่ body shaming" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://thematter.co/social/body-shaming-dialogue/100897>.

เนาวรัตน์ เสือสอาด, "ถอดรื้อวาทกรรม 'ชาวเขาค้ายาเสพติด' อคติหรือจริยธรรมสื่อ?" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.tcijthai.com/news/2017/18/scoop/7256>.

บีบีซีไทย, "ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์วันดา: ครบรอบ 25 ปี เหตุสังหาร 8 แสนชีวิตภายใน 100 วัน" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.bbc.com/thai/international-47855860>.

ประชาไท, "กิตติวุฒ. โฉมภิกขุบนเส้นทางสู่ 6 ตุลาฯ" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://prachatai.com/journal/2018/10/79079>.

เปรมปัทธ ผลิตผลการพิมพ์, "คนรวย คินลิน: ปัญหาการสื่อสาร เมื่อต้องการไล่คนกลับบ้าน" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://prachatai.com/journal/2015/11/62697>.

ผู้จัดการออนไลน์, "ตามนัด! คนน่านฮือฮือคำขาดห้ามสร้างมัสยิด แฉคนมีสี-การเมืองปั่นกระแสด้านทหารต'อ (ชมคลิป)" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://mgronline.com/local/detail/9580000024454>.

พนารัตน์ มาศฉมาตล, "คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2560" [ออนไลน์], แหล่งที่มา http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=%E0%B8%84%E0%B8%93%E0%B8%B0%E0%B8%81%E0%B8%A3%E0%B8%A3%E0%B8%A1%E0%B8%81%E0%B8%B2%_2560.

พลี ษัตริ์ ไชยวัฒน์, "โง่_จน_เจ็บ ใครเป็นคนทำ" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://prachatai.com/journal/2016/03/64944>.

พันธุ์ทิพย์ วีระเนตร, "ตัดสินจากหน้าตา พิพากษาจากรูปลักษณ์ วัฒนธรรมการ ‘เหยียด’ ในสังคมไทย ตลกที่ไม่ซ้ำ ความเหลื่อมล้ำที่ต้องทบทวน" [ออนไลน์], แหล่งที่มา https://www.matichon.co.th/news-monitor/news_602911.

พิรงรอง รามสูต, "ประทุษวาจา (hate speech) เบื้องต้น สำหรับสังคมไทย" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <http://www.tcijthai.com/news/2015/11/archived/5385>.

มติชนออนไลน์, "ตัดสินจากหน้าตา พิพากษาจากรูปลักษณ์ วัฒนธรรมการ ‘เหยียด’ ในสังคมไทย ตลกที่ไม่ซ้ำ ความเหลื่อมล้ำที่ต้องทบทวน" [ออนไลน์], แหล่งที่มา https://www.matichon.co.th/news-monitor/news_602911.

มูลนิธิชีวิตไท, "โง่_จน_เจ็บ ใครเป็นคนทำ" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <http://landactionthai.org/land/index>

เมเนเจอร์ออนไลน์, "สุดดี"เหล่าวีรชนคนกล้า" พันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตย" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://mgronline.com/politics/detail/9510000143682>.

ศิลปวัฒนธรรม, "ประวัติศาสตร์ : เมื่อ “หนักแผ่นดิน” เพลงสู้คอมมิวนิสต์ดังในทีวี-วิทยุ ช่วงบ้ายหลังปราบ 6 ตุลา" [ออนไลน์], แหล่งที่มา https://www.silpa-mag.com/history/article_27912.

สเปกตรัม, "อ้วนดำ ขำกั๊กนักร้อง?" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://spectrumth.com/2019/10/19>.

สำนักข่าวอิศรา, "ซีแกนนำ นปช.ทั้ง “ตุ๋-เต๋น-ก๊-แรมโบ้” พวง “แม่่ว” ปราศรัยย้ายยุรจนแรง มีโทษอาญา" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.isranews.org/isranews-article/16447--q-sp-75374152.html>.

สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, "hate speech ประทุษวาจา" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.facebook.com/RatchabanditThai/photos/hate-speech-%E0%B8%9B>

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, "มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 7 มิถุนายน 2559" [ออนไลน์], แหล่งที่มา https://cabinet.soc.go.th/soc/Program2-3.jsp?top_serl=99319738.

สุธาชัย ยิ้มประเสริฐ, "เหตุการณ์ 6 ตุลาฯ เกิดขึ้นได้อย่างไร" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://doct6.com/learn-about/how>.

สุรพศ ทวีศักดิ์, "6 ตุลา “ฆ่าคอมมิวนิสต์ไม่บาป” [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://prachatai.com/journal/2013/10/49085>.

อันโตนีโอ โดมซา, "นาซีศึกษา : อ่านอดีต เพื่อเข้าใจปัจจุบัน กับ ตุลย์ อิศรางกูร ณ อยุธยา" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.the101.world/tul-interview-nazi-study/>.

ฮิวแมนไรท์วอทช์, "ไทยโพสต์ แทบลอยด์ สัมภาษณ์ “สุนัย ผาสุก”: บทเรียนความรุนแรง" [ออนไลน์], แหล่งที่มา <https://www.hrw.org/th/news/2009/04/19/236633>.



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียน

| | |
|-------------------|---|
| ชื่อ-สกุล | दनัยภัทร โภควณิช |
| วัน เดือน ปี เกิด | 8 มกราคม 2534 |
| สถานที่เกิด | กรุงเทพมหานคร |
| วุฒิการศึกษา | สำเร็จการศึกษาระดับประถมศึกษาจากโรงเรียนประชาณีเวศน์ มัธยมศึกษาตอนต้นจากโรงเรียนสามเสนวิทยาลัย มัธยมศึกษาตอนปลายจากโรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา (แผนการเรียนภาษาฝรั่งเศส) และสำเร็จการศึกษาระดับนิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปัจจุบันทำงานเป็นผู้ประสานงานและคณะทำงานทางกฎหมายของเครือข่ายอากาศสะอาด ประเทศไทย |
| ที่อยู่ปัจจุบัน | 782 ซอย 24 ถนนเทศบาลนิมิตเหนือ หมู่บ้านประชาณีเวศน์ 1 แขวงลาดยาว เขตจตุจักร กรุงเทพมหานคร 10900 |
| ผลงานตีพิมพ์ | พ.ศ. 2563 : คณะทำงานทางกฎหมายกร่างพระราชบัญญัติกำกับดูแลการจัดการอากาศสะอาดเพื่อสุขภาพแบบบูรณาการ พ.ศ. ... พ.ศ. 2562 : ผู้ช่วยวิจัยรายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง “โครงการจัดทำฐานข้อมูลกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการก๊าซเรือนกระจก (ระยะที่ 1) เสนอต่อ องค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) (รศ.ดร.คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม เป็นหัวหน้านักวิจัย) พ.ศ.2561 : ผู้ช่วยวิจัยรายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง “ความเชื่อมโยงระหว่างสิทธิชุมชนกับ ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560” เสนอต่อ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (กสม.) (รศ.ดร.คณินิจ ศรีบัวเอี่ยม เป็น หัวหน้านักวิจัย) พ.ศ. 2559 : คณะทำงานในคณะกรรมการโครงการเฉลิมพระเกียรติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ รวบรวมกฎหมายที่สนับสนุนโครงการอันเนื่องมาจากพระราชดำริด้านแหล่งน้ำและสิ่งแวดล้อม เพื่อจัดทำหนังสือเฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวฯ รัชกาลที่ 9 |
| รางวัลที่ได้รับ | - |



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY