

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนในประเทศไทย และแนวทางแก้ไข

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ ซึ่งผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ย่อมทำให้บทบัญญัติของกฎหมายใดๆ จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันมีบทบัญญัติที่เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ทั้งหมด 3 ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ทำให้องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้ นอกจากนี้รัฐจะต้องไม่ล่วงละเมิดและไม่เข้าไปแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว รัฐยังจะต้องปกป้องและคุ้มครองเพื่อมิให้มีการละเมิดและแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่ามีการบัญญัติกฎหมายหลายฉบับที่มีบทบัญญัติบางบทบัญญัติจำกัดสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชน ซึ่งการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนของบรรดากฎหมายดังกล่าวไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ทำให้เกิดปัญหาที่ค้นพบจากการศึกษา ดังนี้ (1) ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนการพิมพ์ พ.ศ. 2550 (2) ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 (3) ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ (4) ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนตามประมวลกฎหมายอาญา

นอกจากปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนตามกฎหมายทั้ง 4 ฉบับดังกล่าวแล้ว จากการศึกษายังค้นพบปัญหาเกี่ยวกับบทบาทและการปฏิบัติหน้าที่ของสื่อมวลชน ซึ่งแม้จะมีใช่เป็นปัญหากฎหมายแต่ก็เป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องถึงสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ผู้ศึกษาจึงเห็นควรวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวเป็นข้อเพิ่มเติม

อนึ่ง ในการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของกฎหมายทั้ง 4 ฉบับ เพื่อหลีกเลี่ยงการวิเคราะห์ในประเด็นปัญหาที่ซ้ำซ้อน เนื่องจากประเด็นปัญหาเบื้องต้นนั้นเกิดจากเนื้อหาของบทบัญญัติบางบทบัญญัติในกฎหมายทั้ง 4 ฉบับนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ผู้ศึกษา

จึงขอวิเคราะห์ปัญหาที่มีลักษณะคล้ายกันของกฎหมายทั้ง 4 ฉบับก่อน ต่อจากนั้นจึงแยกวิเคราะห์ปัญหาของกฎหมายแต่ละฉบับ

4.1 วิเคราะห์ปัญหา และแนวทางแก้ไขปัญหา

4.1.1 วิเคราะห์ปัญหาที่มีลักษณะคล้ายกันของพระราชบัญญัติจัดการพิมพ์ พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายอาญา

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ปกครองประเทศ ซึ่งมีเนื้อหาเป็นการกำหนดโครงสร้างของรัฐ หลักการสำคัญต่างๆ ในการปกครองประเทศ การรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด จึงมีผลทำให้บทบัญญัติของกฎหมายใดๆ ที่ตราขึ้นมานั้นจะขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญไม่ได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน ได้มีบทบัญญัติที่รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนไว้ ทั้งในเรื่องของเสรีภาพในการสื่อสาร¹ และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น² ไว้ จึงถือเป็นหลักประกันในการใช้สิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนในการที่จะเสนอข้อมูลข่าวสารให้แก่ประชาชนได้รับรู้ รวมทั้งแสดงความคิดเห็นในแง่มุมต่างๆ ของเรื่องราวและสถานการณ์ตามที่คนในสังคมในขณะนั้นกำลังให้ความสนใจ การเสนอข่าวสารและแสดงความคิดเห็นดังกล่าว จึงทำให้สื่อมวลชนมีภารกิจสำคัญในการตรวจสอบการดำเนินงานของรัฐ โดยรัฐจะต้องไม่เข้าไปแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพในการแสวงหาข่าวสารและในการนำเสนอข่าวสารของสื่อมวลชน การใช้สิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนในการแสวงหาข่าวสารและรายงานข่าวสารสู่การรับรู้ของประชาชนโดยมุ่งเพื่อประโยชน์สาธารณะ ย่อมถือได้ว่าเป็นสิทธิที่ชอบธรรม แต่การใช้สิทธิดังกล่าวย่อมต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย แต่จากสถานการณ์ของประเทศไทยในปัจจุบันสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร และการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น รวมทั้งเสรีภาพสื่อสารมวลชนนั้น อาจกล่าวได้ว่า ในช่วงเวลาหลายปีที่ผ่านมา สถานการณ์ดังกล่าวอยู่ในระดับน่าเป็นห่วง เพราะรัฐบาลหลายยุคหลายสมัยในช่วงประมาณสิบปีที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน สื่อมวลชน ทั้งกระแสหลักและกระแสรอง รวมถึงช่องทางในการติดต่อสื่อสารส่วนบุคคลหรือส่วนบุคคลในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะ

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 36 วรรคแรก “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน โดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย.”

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 45 วรรคแรก “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น.”

เป็นโทรศัพท์ SMS จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ระบบเครือข่ายสังคม (Social Network) อย่างเฟซบุ๊ก (Facebook) หรือทวิตเตอร์ (Twitter) ล้วนแต่ถูกหรือเคยถูกแทรกแซง สอดส่อง ปิดกั้นควบคุมโดยฝ่ายรัฐมาแล้วทั้งสิ้น ซึ่งจากข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงเป็นการขัดต่อเสรีภาพในการสื่อสารและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ซึ่งเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

สื่อมวลชนก็ย่อมได้รับความคุ้มครองจากบทบัญญัติดังกล่าวด้วยเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา หรือการสื่อสารถึงกันด้วยวิธีการอื่นใด นอกจากนี้สื่อมวลชนยังมีเครื่องมือที่ใช้ในการนำเสนอข่าวสารสู่ประชาชน ได้แก่ คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และวิทยุโทรคมนาคมก็เป็นสิ่งสำคัญที่ต้องได้รับการคุ้มครองด้วย ซึ่งเสรีภาพทั้งสองดังกล่าวมานี้ เป็นเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้เปิดโอกาสให้จำกัดเสรีภาพนั้นได้ โดยรัฐสามารถที่จะบัญญัติเงื่อนไขไว้เป็นการล่วงหน้าลงในรัฐธรรมนูญว่ารัฐจะจำกัดเสรีภาพในเรื่องใดและเพื่อการใดหรือในเวลาที่มีเหตุการณ์ใดเกิดขึ้นเท่านั้น ดังนั้น หากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายได้กำหนดไว้ รัฐก็ไม่สามารถกระทำการใดๆ เพื่อมาจำกัดเสรีภาพของประชาชนได้ ในกรณีของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของสื่อมวลชน ตามมาตรา 36 และมาตรา 45 กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขของการคุ้มครองการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนว่าต้องเป็นการแสดงความคิดเห็นภายใต้ข้อจำกัดของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การแสดงความคิดเห็นของสื่อมวลชนที่จะได้รับความคุ้มครองนั้น จะต้องเป็นการแสดงความคิดเห็นโดยไม่ขัดต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยได้กำหนดบทบังคับให้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวสามารถนำมาใช้ได้จริงในทางปฏิบัติเอาไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 27³ และมาตรา 29⁴ กล่าวคือ กฎหมายกำหนดให้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐทุกหน่วยงาน และการตรา

³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 27 “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ โดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง.”

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 29 “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้
กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับบทบัญญัติที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม.”

กฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวโดยหลักแล้วจะกระทำมิได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากมีความจำเป็นที่ต้องมีการตรากฎหมายออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ รัฐสามารถกระทำได้โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าการตรากฎหมายดังกล่าวจะต้องกระทำไปเฉพาะการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ กล่าวคือ ต้องเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ และการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะต้องกระทำเท่าที่ “จำเป็น” และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญอันเป็นแก่นของสิทธิเสรีภาพไม่ได้ นอกจากนี้ การใช้เสรีภาพดังกล่าวจะต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย โดยจะต้องมีกฎหมายกำหนดเป็นการเฉพาะให้สามารถจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้ แต่อย่างไรก็ตาม การตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของสื่อมวลชนจะสามารถกระทำได้หากเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดอย่างหนึ่งอย่างใดในสี่ประการดังต่อไปนี้⁵

1. การจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนจะกระทำได้หากเป็นไปเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ
2. การจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนจะกระทำได้หากเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนบุคคล
3. การจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนจะกระทำได้หากเป็นไปเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
4. การจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนจะกระทำได้หากเป็นไปเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าการใช้เสรีภาพจะมีอิสระ แต่รัฐก็ไม่สามารถใช้กฎหมายได้อย่างอำเภอใจหรือลุแก่อำนาจไปในทางละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือสื่อมวลชน มิฉะนั้น รัฐจะเป็นผู้ที่กระทำเกินกรอบของกฎหมายเสียเอง

โดยในประเทศฝรั่งเศสนั้น อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจจำกัดอยู่เฉพาะกรณีที่ทำกรรบและที่ตั้งหน่วยทหารตามเขตชายแดนเท่านั้น กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้อำนาจแก่ทหารในกรณีเกิดเหตุจลาจลเหมือนอย่างในประเทศไทย จึงอาจเกิดปัญหาขึ้นได้ว่า การประกาศใช้กฎอัยการศึกเมื่อมีเหตุจลาจลเกิดขึ้น เป็นวิธีการหรือมาตรการที่จำเป็นหรือไม่ ถึงแม้ว่ากฎอัยการศึกจะสามารถประกาศใช้บังคับได้ในภาวะที่บ้านเมืองประสบปัญหาที่ร้ายแรงอย่างเร่งด่วน แต่ปัญหาสำคัญของกฎอัยการศึก คือ การพิจารณาความเหมาะสมของสถานการณ์ในการประกาศใช้กฎอัยการศึก ขอบเขตของอำนาจที่เป็นจริงของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารหลังมีการประกาศใช้กฎอัยการศึก

⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ. รายงานการศึกษาวิจัย เรื่องกลไกตามมาตรา 41 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. หน้า 8-9.

เนื่องจากในทางปฏิบัติที่ผ่านมาได้มีการประกาศใช้กฎอัยการศึกโดยพลการไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์หรือเงื่อนไขในการประกาศใช้กฎอัยการศึก

จากเหตุการณ์ความไม่สงบในประเทศไทยในปี พ.ศ. 2553 รัฐบาลในขณะนั้นได้ใช้อำนาจฝ่ายบริหารในการออกคำสั่งตามอำนาจของตนในการตรากฎหมายฉบับรอง เพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของสื่อมวลชน ซึ่งการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในกฎหมายฉบับรองนี้ คือการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 ซึ่งมีสาระสำคัญเป็นการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงในเขตท้องที่กรุงเทพมหานคร จังหวัดนนทบุรี อำเภอเมืองสมุทรปราการ อำเภอบางพลีอำเภอพระประแดง อำเภอพระสมุทรเจดีย์ อำเภอบางบ่อ และอำเภอบางเสาธงจังหวัดสมุทรปราการ อำเภอธัญบุรี อำเภอลาดหลุมแก้ว อำเภอสามโคก อำเภอลำลูกกาและอำเภอลองหลวง จังหวัดปทุมธานี อำเภอพุทธมณฑล จังหวัดนครปฐม และอำเภอวังน้อยอำเภอบางปะอิน อำเภอบางไทร และอำเภอลาดบัวหลวง จังหวัดพระนครศรีอยุธยา ทั้งนี้ ตามคำประกาศดังกล่าวตอนหนึ่ง มีข้อความว่า “มีการใช้สถานที่เพื่อเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารที่มีเจตนาบิดเบือนให้เกิดความเข้าใจผิดเพื่อให้เกิดการไม่สงบเรียบร้อยในพื้นที่ต่างๆ นอกจากนี้ ยังมีบุคคลบางกลุ่มได้ก่อเหตุร้ายหลายครั้ง โดยต่อเนื่อง เพื่อมุ่งให้เกิดความเสียหายและไม่ปลอดภัยต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน จากสถานการณ์ที่มีเหตุยึดเชื้อและมีการละเมิดต่อกฎหมายเพิ่มมากขึ้น จึงมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจะมีการกระทำที่มีความรุนแรงกระทบต่อความมั่นคงของรัฐยิ่งขึ้น เพื่อนำไปสู่ความไม่สงบเรียบร้อยภายในประเทศ และเกิดความเสียหายหรือไม่ปลอดภัยต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของประชาชนผู้บริโภค การกระทำของกลุ่มบุคคลดังกล่าวเป็นการชุมนุมโดยไม่สงบขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและกฎหมายกรณีเช่นนี้ส่งผลกระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดิน และความเชื่อมั่นในระบบเศรษฐกิจ อันเป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ รวมทั้งส่งผลกระทบต่อกระบวนการพัฒนาประชาธิปไตย และกระทบต่อการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนผู้บริโภค จึงมีความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องแก้ไขปัญหาดังกล่าวให้ยุติโดยเร็ว

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 และมาตรา 11 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 อันเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 32 มาตรา 33 มาตรา 34 มาตรา 36 มาตรา 38 มาตรา 41 มาตรา 43 มาตรา 45 และมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีจึงให้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงในเขตท้องที่กรุงเทพมหานคร จังหวัดนนทบุรี อำเภอเมืองสมุทรปราการ อำเภอบางพลี อำเภอพระประแดง อำเภอพระสมุทรเจดีย์

อำเภอบางป่อ และอำเภอบางเสาธง จังหวัดสมุทรปราการ อำเภอชัยบุรี อำเภอลาดหลุมแก้ว อำเภอสามโคก อำเภอลำลูกกา และอำเภอลองหลวง จังหวัดปทุมธานี อำเภอพุทธมณฑล จังหวัดนครปฐม และอำเภอวังน้อย อำเภอบางปะอิน อำเภอบางไทร และอำเภอลาดบัวหลวง จังหวัดพระนครศรีอยุธยา”

และตามประกาศตามมาตรา 11 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ข้อ 5 “ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกคำสั่งตรวจสอบจดหมาย หนังสือ สิ่งพิมพ์ โทรเลข โทรศัพท์ หรือการสื่อสารด้วยวิธีการอื่นใด ตลอดจนการสั่งระงับหรือยับยั้งการติดต่อหรือการสื่อสารใด เพื่อป้องกันหรือระงับเหตุการณ์ร้ายแรง โดยต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษโดยอนุโลม”

สำหรับพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน เมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้วสามารถใช้อำนาจตามมาตรา 9 และมาตรา 11 ในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลอย่างกว้างขวาง ดังเช่นคำที่รัฐบาลกล่าวไว้ว่าเป็นการกระชับพื้นที่ ซึ่งไม่ว่าจะเป็นการสูญเสียที่เกิดจากฝ่ายใดเป็นผู้กระทำ แต่ก็เป็นการสูญเสียที่มากมายอันเกิดจากการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยเมื่อพิจารณาจากเหตุผลในการตรากฎหมายฉบับนี้ก็เนื่องจากไม่อาจแก้ไขปัญหาด้วยการบริหารราชการในรูปแบบปกติได้ ซึ่งจากข้อเท็จจริงดังกล่าว หากมีการแสดงความคิดเห็นหรือการชุมนุมที่ไม่ชอบก่อกำเนิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ก็สามารถลงโทษตามกฎหมายอาญาได้อยู่แล้ว เป็นไปตามกระบวนการยุติธรรมปกติโดยใช้เจ้าพนักงานตำรวจในการปฏิบัติการและฟ้องร้องตามกฎหมาย

เมื่อพิจารณาจากการใช้อำนาจดังกล่าวจะเห็นได้ว่าไม่มีมาตรการตรวจสอบว่าการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวจะสามารถกระทำได้หรือไม่ โดยทั่วไปแล้วการเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจยังมีความจำเป็นอยู่ ซึ่งหากพิจารณาที่มาของอำนาจดุลพินิจนั้น จะเห็นว่ามี 2 กรณี คือ⁶

1. อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ

ดุลพินิจส่วนนี้เป็นส่วนที่กฎหมายกำหนดข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งไว้เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ ซึ่งก่อนที่จะใช้อำนาจนี้ ฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเสียก่อนว่ามีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ จากนั้นจึงให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงโดยตรวจสอบข้อเท็จจริงในข้อกฎหมายว่ามีอยู่อย่างใดอันเป็นอำนาจในการ

⁶ คนไท ก้วนหิน. (2554). ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลในระบบกฎหมายไทย. หน้า 177 - 180.

ตีความกฎหมายนั่นเอง ซึ่งการตรวจสอบข้อเท็จจริงว่าได้เกิดขึ้นหรือไม่นั้นต้องอาศัย พยานหลักฐานต่างๆ แล้ววินิจฉัยว่าหลักฐานเท่าที่มีอยู่นั้นเพียงพอที่จะทำให้เชื่อว่าข้อเท็จจริงนั้น เกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่

สำหรับดุลพินิจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุในกรณีที กฎหมายใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงนั้น ฝ่ายปกครองจะมีดุลพินิจอย่างไรหรือไม่ มีความเห็นแตกต่างกัน 3 แนว คือ

1.1) ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจในส่วนนี้ โดยถือว่าเมื่อเป็นถ้อยคำของกฎหมาย แล้ว ไม่ว่าจะมีความชัดเจนหรือไม่ ก็เป็นเรื่องที่ศาลควบคุมตรวจสอบได้เสมอ

1.2) ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจดุลพินิจในส่วนนี้เช่นกัน แต่มีข้อยกเว้นเกิดขึ้นภายใต้ กรณีที่กฎหมายใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจงประเภทที่ต้องนำมาตีแผ่ให้ความหมายเพิ่มเติม ทางวิชาการหรือความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือหลายๆ ด้านรวมกัน ทำให้ศาลไม่อยู่ในฐานะที่จะ ทบทวนคำวินิจฉัยได้

1.3) ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง โดยถือว่าเป็นขอบเขตที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้เป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

เมื่อปี พ.ศ. 2551 ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยในเรื่องการใช้ดุลพินิจของฝ่าย ปกครองในการประกาศใช้พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นเพื่อรักษา ความเรียบร้อย หรือเมื่อมีเหตุฉุกเฉินว่า ไม่เป็นการกระทำทางปกครอง จึงไม่มีอำนาจตรวจสอบได้ คือ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 42/2551 “...การประกาศใช้กฎอัยการศึก และการ ประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึก เป็นการใช้อำนาจในการดำเนินงานเกี่ยวกับราชการทหารในการ ป้องกันและรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักรจากภัยคุกคามทั้งภายนอกและภายในประเทศ อัน เป็นการใช้อำนาจที่มีลักษณะพิเศษในเรื่องความมั่นคงของราชอาณาจักรตามที่รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย และพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก ได้กำหนดหลักเกณฑ์และการปฏิบัติไว้เป็น การเฉพาะ จึงไม่ใช่การกระทำทางปกครอง...”

เมื่อศาลวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวไม่ใช่การกระทำทางปกครองจึงไม่อยู่ในเขต อำนาจของศาลปกครองที่จะตรวจสอบการประกาศใช้กฎอัยการศึกได้ และเมื่อประกอบกับความไม่ แน่นนอนชัดเจนของถ้อยคำในการประกาศใช้จึงอาจมีการประกาศใช้อย่างอำเภอใจ ซึ่งอาจกระทบ ต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือสื่อมวลชนอย่างมาก แม้ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจออกมาตรการ ใดๆ ขึ้นมาเพื่อแก้ไขสถานการณ์ของรัฐให้กลับมาปกติให้เร็วที่สุด แต่หากปรากฏว่าประเทศไม่ได้ ตกอยู่ในสถานการณ์อันควรที่จะประกาศใช้กฎอัยการศึกหรือประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยมิ

การใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบในการประกาศใช้กฎหมายดังกล่าวเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือสื่อมวลชนที่มีปัญหาขัดแย้งกับตนเองก็จะเป็นอันตรายอย่างยิ่ง

2. อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย

ดุลพินิจในส่วนนี้เป็นส่วนที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจใช้อำนาจโดยพิจารณาว่าตามกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นกำหนดผลไว้อย่างไรหากมีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นแล้ว โดยอาจเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกเนื้อความจากหลายๆ ประการภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด อันเป็นอำนาจในส่วนตัดสินใจซึ่งเป็นที่ยอมรับทั่วกันว่าฝ่ายปกครองสามารถมีดุลพินิจได้ ดังนั้น เห็นได้ว่าเมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับความมั่นคงแล้วนั้น การใช้อำนาจตามกฎหมายดังกล่าวมีกรณีที่ไม้อาจตรวจสอบได้ ดังจะเห็นได้จากกรณีเว็บประชาไทฟ้องศาลแพ่งให้ตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาลในการสั่งปิดเว็บ หรือกรณีนายสุชาติ ยิ้มประเสริฐ อาจารย์คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ฟ้องนายรัฐมนตรี และศูนย์อำนวยการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉิน (สอฉ.) ในความผิดฐานหมิ่นประมาทจากการระบุว่า เขาอยู่ในฝั่งล้มเจ้า ทั้งสองกรณีที่กำลังกล่าวมานี้ ศาลได้ยกฟ้องโดยได้ให้เหตุผลว่าในสถานการณ์ฉุกเฉินรัฐบาลมีอำนาจกระทำการดังกล่าวได้

ดังนั้น หากกฎหมายมีแต่ความคลุมเครือไม่ชัดเจน อาจจะทำให้เกิดการละเมิดต่อเสรีภาพของประชาชนได้ง่ายและเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ที่ใช้อำนาจในการละเมิดดังกล่าวก็จะสามารถนำมาอ้างได้ว่าเป็นการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว หากเป็นเช่นนี้การแสดงความคิดเห็นจะไม่มีอาจมีขึ้นได้อย่างเสรี กฎหมายจึงต้องมีความชัดเจนแน่นอน

ความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมายที่ออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนเป็นการส่งผลกระทบต่อการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น โดยปัญหาในการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวตามมาตรา 45 วรรค 2 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้มีการออกกฎหมายเพื่อมาจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้อำนาจรัฐสามารถกระทำได้มากมาย อาทิเช่น มาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 ซึ่งวางหลักว่า “เมื่อมีเหตุจำเป็นเพื่อรักษาความเรียบร้อย” หรือตามมาตรา 4 ซึ่งวางหลักถึง “กรณีที่มีเหตุฉะฉาน” ปัญหาคือ “เหตุจำเป็น” นั้น ต้องจำเป็นแค่ไหนจึงสามารถประกาศได้ และเมื่อพิจารณานิยามของคำว่า “ฉะฉาน” ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้มีการนิยามไว้ จึงอาจทำให้เกิดความไม่แน่ใจได้ว่าสถานการณ์แบบใดจะเข้าข่ายการฉะฉาน ส่วนการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 นั้น ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “สถานการณ์ฉุกเฉิน” ไว้ในมาตรา 4 ซึ่งเป็นการกำหนดนิยามที่กว้างจนเกินไป โดยได้กำหนดไว้ว่าสถานการณ์อันกระทบหรืออาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือเป็นภัยต่อความ

มั่นคงของรัฐ หรืออาจทำให้ประเทศหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของประเทศตกอยู่ในภาวะคับขันหรือมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา การรบหรือการสงคราม ซึ่งจำเป็นต้องมีมาตรการเร่งด่วนเพื่อรักษาไว้ซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เอกราชและบูรณภาพแห่งอาณาเขต ผลประโยชน์ของชาติ การปฏิบัติตามกฎหมาย ความปลอดภัยของประชาชน การดำรงชีวิตโดยปกติสุขของประชาชน การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ความสงบเรียบร้อยหรือประโยชน์ส่วนรวม หรือการป้องกันหรือแก้ไขเยียวยาความเสียหายจากภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาอย่างฉุกเฉินและร้ายแรง เมื่อพิจารณาในเรื่องความมั่นคงของรัฐ หากพิจารณาตามแนวทางที่รัฐกำหนด ทุกอย่างล้วนอาจถูกตีความเป็นความมั่นคงของรัฐได้ทั้งสิ้น ทั้งคำว่า “ตกอยู่ในภาวะคับขัน” ซึ่งน่าจะหมายถึงเฉพาะกรณีที่ประเทศตกอยู่ในสถานการณ์เช่นเดียวกับการรบหรือการสงครามเท่านั้น หรือกรณีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรง ตามมาตรา 11 ที่เพียงแค่ว่า “เหตุอันควรเชื่อได้ว่า” ก็สามารถประกาศใช้ได้แล้ว อย่างไรก็ตาม หากพิจารณามาตรา 45 วรรค 4 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 บทบัญญัติตามที่กฎหมายดังกล่าวอาจจะไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ แต่จากเหตุที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วว่าเหตุแห่งการประกาศใช้นั้นค่อนข้างคลุมเครือ หากการประกาศอย่างอำเภोज ใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบก็อาจจะกระทบสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนได้อย่างร้ายแรง

เมื่อวิเคราะห์ถึงปัญหาดังกล่าวเห็นว่า ประเทศไทยเป็นประเทศที่เป็นรัฐเสรีประชาธิปไตย ดังนั้น ประเทศไทยจึงเป็นประเทศที่ปกครองระบอบประชาธิปไตย โดยยึดถือหลักหลักนิติรัฐ กล่าวคือ การปกครองระบอบประชาธิปไตย หมายถึงการปกครองตนเองของผู้ที่อยู่ภายใต้การปกครองหรือการมีรัฐบาลซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ มาจากประชาชนหรือโดยความยินยอมของประชาชน ดังนั้น ประชาธิปไตยจึงเป็นการปกครองซึ่งประชาชนเป็นทั้งผู้ปกครองและผู้ถูกปกครอง โดยมีรากฐานอยู่บนความคิดของเสรีภาพ (Liberty) และความเสมอภาค (Equality) และหลักนิติรัฐ อันเป็นหลักที่มีความสัมพันธ์กับหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยอย่างใกล้ชิด นิติรัฐ หมายถึงรัฐที่นับถือกฎหมายหรือยกย่องกฎหมายเป็นใหญ่ เป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายซึ่งรัฐนั่นเองเป็นผู้ตราขึ้น และรัฐยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ในกฎหมายสูงสุดของรัฐ เพื่อให้ประชาชนได้ใช้สิทธิและเสรีภาพเช่นว่านั้นได้ตามที่ประชาชนแต่ละคนจะเห็นควร แต่จากการที่รัฐมีผลประโยชน์ส่วนรวมหรือผลประโยชน์สาธารณะที่จะต้องรักษาไว้ ในบางกรณีรัฐจึงต้องบังคับให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงสามารถล่วงล้ำเข้าไปแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ แต่รัฐต้องให้คำมั่นต่อราษฎรว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะเข้าแทรกแซงสิทธิ

และเสรีภาพของราษฎรได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน เป็นการทั่วไปรวมถึงการเป็นกฎหมายที่ยึดถือหลักความเสมอภาคและหลักความได้สัดส่วน⁷ ว่าให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร ทั้งนี้ กฎหมายจะให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ก็แต่เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะเท่านั้น นอกจากนี้หลักนิติรัฐยังกำหนดหน้าที่ให้องค์กรของรัฐต้องใช้อำนาจที่ได้รับมาให้ความยุติธรรมปรากฏขึ้นเป็นจริงด้วย โดยกำหนดให้องค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องผูกพันกับหลักกฎหมายและความยุติธรรมด้วย⁸

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ที่ได้รับรองเสรีภาพในการสื่อสารของบุคคลไว้ในมาตรา 36 ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อประกันเสรีภาพว่าการตรวจ การกัก หรือการกระทำด้วยวิธีการใดๆ เพื่อเปิดเผยหรือเพื่อให้ล่วงรู้ข้อมูลหรือข้อความในสิ่งที่สื่อสารที่บุคคลติดต่อถึงกัน รวมถึงการดักฟัง บันทึกเสียงสนทนาจะกระทำมิได้⁹ และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 45 ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อประกันเสรีภาพว่าบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และหมายรวมถึงการแสดงด้วยวิธีใดๆ ไม่ว่าจะผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือสื่อสารสนเทศชนิดใดๆ เช่น อินเทอร์เน็ต เว็บไซต์ เว็บบอร์ด เป็นต้น¹⁰ เสรีภาพทั้งสองมาตราดังกล่าวไม่ถึงขั้นเป็นสิทธิสัมบูรณ์ (Absolute Right) แต่เป็นสิทธิและเสรีภาพที่มีเงื่อนไข กล่าวคือ รัฐยอมรับและรับรองให้ประชาชนใช้สิทธิและเสรีภาพที่มีอยู่อย่างเต็มที่ แต่รัฐจะบัญญัติเงื่อนไขไว้เป็นการล่วงหน้าลงในรัฐธรรมนูญว่ารัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดและเพื่อการใดหรือในเวลาที่มีเหตุการณ์ใดเกิดขึ้นเท่านั้น เพราะฉะนั้นถ้าเหตุการณ์ใดๆ ไม่ได้เกิดขึ้นหรือเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้แล้ว รัฐก็ไม่สามารถกระทำการใดๆ เพื่อมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ อย่างไรก็ตาม หากรัฐต้องการที่จะเข้าไปรุกกล้าหรือแทรกแซงเสรีภาพทั้งสองของประชาชน ในกรณีตามมาตรา 36 รัฐต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐหรือรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น จึงจะสามารถกระทำได้ และในกรณีตามมาตรา 45 รัฐต้องอาศัย

⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). *สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. หน้า 53-62.

⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2551). *เอกสารประกอบคำบรรยายวิชา ทฤษฎีและหลักกฎหมายมหาชน บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์: ชุดที่ 5 หลักนิติรัฐ*. หน้า 2.

⁹ คณะกรรมการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ. เล่มเดิม. หน้า 28.

¹⁰ คณะกรรมการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ. แหล่งเดิม. หน้า 38-39.

อำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และกฎหมายเช่นว่านั้นต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อความมั่นคงของรัฐในด้านต่างๆ รวมถึงความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลหรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก และเยาวชน รวมทั้งเพื่อรับรองสิทธิของเด็กและเยาวชนให้ได้รับการพัฒนาในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน เมื่อพิจารณาจากเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนจะพบว่ากรณีที่กฎหมายกำหนดเป็นข้อยกเว้นให้รัฐสามารถจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนได้นั้น ต้องอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการกำกับดูแลการใช้สิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนให้อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย และเป็นไปเพื่อป้องกันไม่ให้สื่อมวลชนใช้สิทธิและเสรีภาพของตนในการนำเสนอข้อมูลข่าวสารซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติหรือประชาชน

อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนตามมาตรา 45 วรรค 2 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน รวมทั้งกฎหมายในรูปแบบของพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดที่ถูกตราขึ้นตามความในมาตราดังกล่าว ขัดต่อหลักความแน่นอนของกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักหนึ่งของหลักนิติรัฐ โดยหลักความแน่นอนของกฎหมายเพียงแต่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนตามสภาพของเรื่อง ซึ่งต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริง กรอบทางภาษา และวัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายประกอบกัน ยิ่งการตรากฎหมายก้าวล่วงเข้าไปก้าวล่วงกระทบถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลมากเท่าใด ฝ่ายนิติบัญญัติก็ต้องบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจนมากขึ้นเท่านั้น จึงทำให้เป็นการเปิดช่องว่างให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการตีความและบังคับใช้กฎหมาย อีกทั้งหากเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 และพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 นั้น กฎหมายดังกล่าวไม่เปิดช่องในการที่จะให้องค์กรใดเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการประกาศใช้ของรัฐบาลได้เลย¹¹ จึงเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งหลักนิติรัฐถือว่าเป็นสิ่งที่สำคัญเพื่อที่จะถ่วงดุลอำนาจและตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของกันและกันขององค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ดังเช่นแนวคิดของ จอห์น ล็อก (John Locke) ที่ได้ยืนยันว่าเสรีภาพเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานของระบอบการปกครอง และต้องสร้างสถาบันการเมืองขึ้นมาเพื่อคุ้มครอง

¹¹ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 16 “ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง.”

เสรีภาพนี้ คือ ประการแรก ต้องใช้หลักเสียงส่วนใหญ่ ประการที่สอง ต้องมีการแยกหน้าที่ขององค์กร ดังนั้น อำนาจออกกฎหมายกับอำนาจปฏิบัติตามกฎหมายต้องแยกกันใช้โดยต่างองค์กรกัน โดยเด็ดขาด และอำนาจทุกชนิดในสังคมมีข้อจำกัด ซึ่งข้อจำกัดที่สำคัญคือ การคุ้มครองเสรีภาพและกรรมสิทธิ์

สำหรับสิทธิในการแสดงความคิดเห็นในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ได้ให้สิทธิแก่ประชาชนที่จะได้รับทราบข้อมูลข่าวสารที่เป็นจริง (Right to be Informed) ซึ่งเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่งในสังคมประชาธิปไตย สื่อมวลชนจึงได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในฐานะที่เป็นตัวกลางในการนำเสนอข้อมูลข่าวสารเข้าสู่ความรู้ของประชาชน ภายใต้แนวคิดที่ว่าสื่อมวลชนจะต้องมีความเป็นอิสระและสามารถปฏิบัติงานได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยปราศจากการครอบงำจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ และด้วยเหตุที่เสรีภาพของสื่อมวลชนมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย ดังนั้น รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ให้การรับรองสิทธิเสรีภาพของสื่อมวลชนเอาไว้ในบทแก้ไขเพิ่มเติมที่ 1 ของรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา¹² โดยมีความสำคัญเป็นการห้ามมิให้รัฐสภารากฎหมายใดๆ อันมีผลเป็นการจำกัดหรือตัดทอนเสรีภาพของสื่อมวลชน ทั้งนี้ เพื่อให้สื่อมวลชนมีความเป็นอิสระและสามารถที่จะแสดงความคิดเห็นได้อย่างเสรี นอกจากนี้ ศาลสูงสหรัฐ (U.S. Supreme Court) ยังได้พัฒนาและนำการคุ้มครองและรับรองสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนปรับใช้ โดยได้อธิบายว่า สิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนอยู่ภายใต้เงื้อมมือของหลักประกันในบทแก้ไขเพิ่มเติมที่ 1 ว่าหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองสื่อมวลชนตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาหรือที่เรียกว่า “Free Press Clause” นั้นเป็นบทบัญญัติที่ให้คุ้มครองแก่สื่อมวลชนประเภทหนังสือพิมพ์ หนังสือ นิตยสาร สื่อภาพเคลื่อนไหว (Motion Pictures) สื่อวิทยุ สื่อโทรทัศน์ และหมายความรวมถึงสื่อไร้สายประเภทอินเทอร์เน็ตอีกด้วย ศาลให้ความเห็นว่าสื่อมวลชนเหล่านี้ไม่อาจที่จะถูกควบคุมจากรัฐหรือผู้ที่ใช้อำนาจรัฐ รวมทั้งไม่อาจถูกจำกัดเสรีภาพในการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารใดๆ ได้อีกด้วย เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการเปิดเผยดังกล่าวจะกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ส่วนในประเทศฝรั่งเศสได้มีการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสาร แต่ไม่คุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เพราะเสรีภาพในการสื่อสารยังมีนัยที่ครอบคลุมทั้งเสรีภาพในทางด้านของผู้รับสารและเสรีภาพของผู้ให้ข่าวสารด้วย โดยที่ประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองหลักเสรีภาพ

¹² First Amendment of the Bill of Rights “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.”

ในการสื่อสารไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น หลักเสรีภาพในการสื่อสารจึงมีสถานะพิเศษของความเป็นกฎหมายสูงสุด จึงเป็นช่องทางให้ศาลรัฐธรรมนูญใช้อ้างอิงในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติที่ออกมาในรูปของกฎหมายหรือรัฐบัญญัติที่ไปจำกัดหรือกระทบกับเสรีภาพดังกล่าว โดยวินิจฉัยว่าหากขัดกับรัฐธรรมนูญจะไม่มีผลบังคับใช้ได้ ดังนั้น การออกกฎหมายวางระเบียบการใช้เสรีภาพในการสื่อสารต้องไม่มีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการสื่อสาร แต่ต้องเป็นการออกกฎหมายวางระเบียบเพื่อให้สามารถใช้เสรีภาพในการสื่อสารได้อย่างมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง หรือเพื่อให้สามารถประสานกับการใช้สิทธิและเสรีภาพประการอื่นตามรัฐธรรมนูญได้โดยไม่ขัดแย้งกัน ในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ในกรณีที่ข้อความที่นำเสนอเป็นความจริงและเรื่องที่น่าสนใจเป็นเรื่องที่กระทบต่อสาธารณชน ศาลสูงของสหรัฐได้กำหนดห้ามมิให้รัฐกำหนดโทษในทางอาญาต่อสื่อมวลชนได้

ถึงแม้ว่าสื่อมวลชนจะได้รับการคุ้มครองในการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะ ก็ไม่ได้หมายความว่าสื่อมวลชนจะสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้โดยปราศจากขอบเขตหรือปราศจากการควบคุมแต่อย่างใด เนื่องจากบทบาทและหน้าที่ของสื่อมวลชนที่มีต่อประชาชน ในบางกรณีอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลอื่นได้ ดังนั้น เพื่อให้การคุ้มครองและรับรองสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยไม่ล่วงละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น รัฐธรรมนูญจึงได้มีการกำหนดรับรองหลักทั่วไปที่รัฐจะสามารถเข้าไปแทรกแซงและจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในมาตรา 29 ซึ่งสื่อมวลชนก็คือประชาชน แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดเงื่อนไขการคุ้มครองและควบคุมสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนไว้ อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนอย่างใดๆ ก็ต้องกระทำให้สอดคล้องกับหลักทั่วไปที่มาตรา 29 ได้วางหลักเอาไว้ หากกระทำขัดหรือแย้ง หรือไม่กระทำการตามมาตรา 29 จะถือว่าการกระทำหรือไม่กระทำการดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

หากพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จะเห็นได้ว่า กฎหมายได้กำหนดให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ ซึ่งหมายถึงกฎหมายในลำดับ “พระราชบัญญัติ” อันเป็นกฎหมายลำดับรองลงมา ดังนั้น กฎหมายที่จะมีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ต้องเป็นกฎหมายที่ถูกบัญญัติขึ้นโดยมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้อำนาจรองรับในการตรากฎหมายฉบับนั้นขึ้นเท่านั้น โดยที่หลักทั่วไปในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามมาตรา 29 นั้น เป็นข้อยกเว้นที่รัฐธรรมนูญเปิดช่องให้มีขึ้น เนื่องจากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะกระทำไม่ได้ และในกรณีที่รัฐธรรมนูญได้รับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพใดไว้แล้ว ประชาชนย่อมสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้

โดยทันที รัฐจะนำมาขังขึ้นอ้างเพื่อห้ามให้ประชาชนใช้เสรีภาพนั้นไม่ได้ นอกจากนี้หากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพใดไว้ก็ตาม กรณีเช่นนี้จะถือว่ารัฐธรรมนูญไม่มีเจตนารมณ์ในการที่จะรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวนี้ไม่ได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับบทแก้ไขเพิ่มเติมที่ 1 แห่งรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาที่บัญญัติไว้ว่า “การจระไนสิทธิและเสรีภาพบางประการไว้ในรัฐธรรมนูญไม่ได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญไม่ได้ให้ความสำคัญหรือปฏิเสธสิทธิเสรีภาพในประการอื่นของประชาชนแต่ประการใด” อันจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักการในการให้ความคุ้มครองแก่เสรีภาพต่างๆ ของประชาชนเอาไว้ และการจำกัดเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญเป็นเพียงข้อยกเว้นในบางกรณีเท่านั้น ซึ่งหากกฎหมายที่ประกาศใช้มีผลใช้บังคับอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยมิได้เป็นเหตุตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ หรือไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย กฎหมายฉบับนั้นก็ย่อมไม่มีผลใช้บังคับได้อีกต่อไปเนื่องจากขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงต้องมีความมุ่งหมายเพื่อที่จะจัดระเบียบการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลใดกระทบกระเทือนต่อเสรีภาพของบุคคลอื่นเท่านั้น ดังเช่นที่กำหนดไว้ในมาตรา 28 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลสูงสหรัฐได้ตีความบทแก้ไขเพิ่มเติมที่ 1 ดังกล่าวนี้นี้ว่าเป็นหลักที่ไม่อาจถูกละเมิดได้ และรัฐบาลหรือรัฐสภาไม่มีอำนาจในการตรากฎหมายใดๆ อันมีผลเป็นการจำกัดหรือตัดทอนเสรีภาพของสื่อมวลชนดังที่กฎหมายกำหนด แต่อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีรัฐอาจจำกัดสิทธิดังกล่าวได้ในกรณีที่เป็นไปเพื่อป้องกันประโยชน์สาธารณะหรือความปลอดภัยของรัฐเท่านั้น โดยสื่อมวลชนทุกรูปแบบล้วนแล้วแต่ตกอยู่ภายใต้เงื้อมมือของบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมที่ 1 แห่งรัฐธรรมนูญซึ่งให้ความคุ้มครองแก่เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ส่วนในประเทศฝรั่งเศสนั้น เสรีภาพของสื่อมวลชนมีสถานะพิเศษของความเป็นกฎหมายสูงสุด จึงทำให้ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสใช้อำนาจในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติที่ออกมาในรูปของกฎหมายหรือรัฐบัญญัติที่ไปจำกัดหรือกระทบกับเสรีภาพดังกล่าว โดยหากวินิจฉัยว่าขัดกับรัฐธรรมนูญ จะไม่มีผลบังคับใช้ได้

จากปัญหาที่ได้วิเคราะห์ไปแล้วนั้น ผู้ศึกษาขอเสนอแนวทางการแก้ไขในเรื่องนี้ว่า ในกรณีที่รัฐบาลต้องการที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลหรือสื่อมวลชน ควรที่จะต้องคำนึงว่าการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวนี้เป็นไปเพื่อป้องกันประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อความปลอดภัยในรัฐหรือไม่ หากไม่ใช่ก็ไม่ควรที่จะมีการจำกัดได้ ดังเช่นที่บท

แก้ไขเพิ่มเติมที่ 1 แห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติไว้ และหากประเทศอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉิน เพื่อไม่ให้อำนาจไปอยู่ที่ดุลพินิจของนายกรัฐมนตรีมากเกินไป จนอาจทำให้เกิดปัญหาในการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ ควรจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติกฤษฎีกาศึก พ.ศ. 2457 และพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 โดยหากนายกรัฐมนตรีต้องการที่จะประกาศกฤษฎีกาศึก หรือสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องชี้ให้เห็นเหตุฉุกเฉินที่ใกล้จะถึงให้รัฐสภาทราบ โดยควรที่จะกำหนดให้มีคณะกรรมการพิเศษสถานการณ์ฉุกเฉินแห่งชาติ เพื่อทำหน้าที่พิจารณาเกี่ยวกับอำนาจบังคับบัญชาในสถานการณ์ฉุกเฉินของนายกรัฐมนตรี และเพื่อกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการสิ้นสุดของสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อให้รัฐสภาตรวจสอบ และกรณีที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการก่อการร้าย ความมั่นคง และความไม่สงบเรียบร้อยภายในประเทศ ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภาก่อน และการประกาศดังกล่าวจะต้องเผยแพร่ในราชกิจจานุเบกษาด้วย นอกจากนี้แนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่า ประเทศไทยของเราควรเพิ่มบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในเรื่องเกี่ยวกับเงื่อนไขของการที่จะประกาศใช้กฤษฎีกาศึกและการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ตามแบบของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส เพื่อเป็นแนวทางเกี่ยวกับบรรทัดฐานการประกาศใช้และไม่ให้นายกรัฐมนตรีใช้ดุลพินิจแต่เพียงผู้เดียวในการออกประกาศดังกล่าว ดังนี้

1. ต้องเป็นกรณีที่สถาบันแห่งรัฐ ความเป็นเอกราชของชาติ บูรณภาพแห่งดินแดนหรือการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศถูกคุกคามอย่างร้ายแรงและปัจจุบันทันด่วน

2. การดำเนินการตามปกติของสถาบันทางการเมืองแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญหยุดชะงักลง

3. ได้มีการปรึกษาหารืออย่างเป็นทางการกับนายกรัฐมนตรี ประธานสภาทั้งสองและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว มาตรการดังกล่าวต้องใช้โดยมีเจตจำนงที่จะทำให้สถาบันการเมืองแห่งรัฐสามารถปฏิบัติได้ตามภารกิจของตนได้ภายในระยะที่จำกัดที่สุด ทั้งนี้ โดยมีการปรึกษาหารือกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

4. นายกรัฐมนตรีจะต้องแถลงให้ประชาชนทราบถึงการใช้มาตรการดังกล่าว

นอกจากนั้น ควรให้ศาลปกครองสูงสุดสามารถตรวจสอบมาตรการต่างๆ ที่ใช้ระหว่างการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือกฤษฎีกาศึก และการขยายระยะเวลากฤษฎีกาศึกและระยะเวลาของสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องผ่านการตรวจสอบและกลั่นกรองจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อเป็นการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่เป็นกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตามแบบของกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส และหากมีผู้เสียหายต้องการจะดำเนินการฟ้องร้องสื่อมวลชนในคดีอาญา ควรที่จะให้สำนักงานอัยการสูงสุดเป็นผู้พิจารณาว่าสมควรที่จะ

ดำเนินคดีในทางอาญาต่อสื่อมวลชนดังกล่าวหรือไม่ โดยให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาถึงสิทธิเสรีภาพของสื่อมวลชนที่ควรได้รับการคุ้มครอง

4.1.2 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชน

กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายรองลงมาจากรัฐธรรมนูญ ซึ่งถูกตราออกมาเพื่อจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนที่สำคัญ มีดังต่อไปนี้

4.1.2.1 ปัญหาตามพระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ.2550

พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ.2550 มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมสื่อสิ่งพิมพ์เท่านั้น โดย “สิ่งพิมพ์” หมายถึง สมุด แผ่นกระดาษหรือวัตถุใดๆ ที่พิมพ์ขึ้น รวมตลอดทั้งบทเพลง แผ่นที่ ภาพวาด ภาพระบายสี ใบประกาศ แผ่นเสียง หรือสิ่งอื่นที่มีลักษณะเดียวกัน และ “หนังสือพิมพ์” ซึ่งหมายถึง สิ่งพิมพ์ซึ่งมีชื่อหน้าเช่นเดียวกันและออกหรือเจตนาจะออกตามลำดับเรื่อยไป มีกำหนดระยะเวลาหรือไม่ก็ตาม มีข้อความต่อเนื่องหรือไม่ก็ตาม สิ่งพิมพ์ทุกชนิดล้วนตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้ เว้นแต่สิ่งพิมพ์ของราชการหรือหน่วยงานของรัฐ บัตร บัตรอวยพร ตราสาร แบบพิมพ์ และรายงานซึ่งใช้กันตามปกติในการส่วนตัว การสังคม การเมือง การค้า หรือสิ่งพิมพ์ที่มีอายุการใช้งานสั้น เช่น แผ่นพับหรือแผ่นโฆษณา เป็นต้น สมุดบันทึก สมุดแบบฝึกหัด หรือสมุดภาพระบายสี วิทยานิพนธ์ เอกสารคำบรรยาย หลักสูตรการเรียนการสอน หรือสิ่งพิมพ์อื่นทำนองเดียวกันที่เผยแพร่ในสถานศึกษา ซึ่งกฎหมายกำหนดยกเว้นให้สิ่งพิมพ์ดังกล่าวเหล่านี้ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายฉบับนี้ โดยหลักเกณฑ์ในการกำหนดสื่อสิ่งพิมพ์มีดังนี้

1. กรณีสิ่งพิมพ์ที่นำเข้ามาในราชอาณาจักร หมายถึงสิ่งพิมพ์ที่มีการผลิตในต่างประเทศ และนำเข้ามาจำหน่ายหรือแจกจ่ายในประเทศไทย โดยกำหนดให้เป็นอำนาจของอธิบดีกรมตำรวจที่จะพิจารณาว่าสิ่งพิมพ์ที่นำเข้ามาจากต่างประเทศนั้นเป็นสิ่งพิมพ์ที่ไม่เหมาะสม อธิบดีกรมตำรวจอาจมีคำสั่งห้ามการส่งหรือนำเข้าสิ่งพิมพ์ดังกล่าวเข้ามาในราชอาณาจักรได้โดยให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งการสั่งการดังกล่าวกฎหมายกำหนดให้เป็นดุลพินิจของอธิบดีกรมตำรวจ โดยให้พิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป

2. กรณีของสิ่งพิมพ์ประเภทหนังสือพิมพ์ กฎหมายฉบับนี้ครอบคลุมแต่เพียงหนังสือพิมพ์ซึ่งพิมพ์ขึ้นในราชอาณาจักรเท่านั้น โดยผู้ยื่นจัดแจ้งการพิมพ์หนังสือพิมพ์ต้องยื่นแบบจัดแจ้งการพิมพ์ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามที่กฎหมายฉบับนี้กำหนด รวมทั้งข้อความที่แสดงในหนังสือพิมพ์ ชื่อของหนังสือพิมพ์ บรรณาธิการหนังสือพิมพ์ เจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์ ทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดา และนิติบุคคล ผู้พิมพ์และผู้โฆษณาหนังสือพิมพ์ ต้องเป็นตามเงื่อนไขที่กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดไว้เช่นกัน

เมื่อพิจารณาเนื้อหาของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกับเนื้อหาของพระราชบัญญัติจัดการพิมพ์ พ.ศ.2550 แล้วจะพบว่าจากถ้อยคำตามมาตรา 10¹³ แห่งพระราชบัญญัติจัดการพิมพ์ พ.ศ. 2550 ได้มีการเขียนเจาะจงถึงเนื้อหาประเภทหนึ่งที่ต้องห้ามด้วยการล่อลวงความตามประมวลกฎหมายอาญาในฐานะหมิ่นประมาทประมุขแห่งรัฐ แต่ก็เห็นได้ว่า เนื้อหาอีกสองประเภทที่ต้องห้ามตามกฎหมายนี้เช่นกัน กฎหมายยังคงใช้ถ้อยคำ “ข้อความที่กระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี” ซึ่งมีปัญหาในการตีความมาตลอดว่าหมายถึงเนื้อหาอย่างไรกันแน่ และเหมาะสมหรือไม่ในการนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายที่มีการบังคับโทษทั้งในทางอาญา และทั้งมีมาตรการในการลิดรอนสิทธิเสรีภาพ ในท้ายที่สุดแล้ว ความไม่ชัดเจนจึงยังคงดำรงอยู่ในกฎหมายฉบับนี้ และปล่อยให้การวินิจฉัยว่าจะสั่งห้ามนำเข้าเผยแพร่ หรือถึงขั้นริบหรือทำลายสิ่งพิมพ์ที่อาจเผยแพร่แล้ว นอกจากนั้น ตามวรรคสาม ไม่ได้เจาะจงว่าต้องเป็นสิ่งพิมพ์นำเข้าเท่านั้น ตกเป็นดุลพินิจของผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ แต่เพียงผู้เดียว

สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวกับสื่อสิ่งพิมพ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะ แต่ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาเกี่ยวกับเสรีภาพของสื่อสิ่งพิมพ์ว่า ในกรณีที่ประเทศอยู่ในภาวะสงบและปกติไม่ได้อยู่ในภาวะฉุกเฉิน ศาลจะไม่ออกคำสั่งห้ามสื่อมวลชนเสนอข่าวตามที่รัฐบาลร้องขอ เพราะเกรงว่ารัฐบาลจะไม่เพียงแต่ขออนุญาตสั่งห้ามเสนอข่าวเกี่ยวกับความลับทางทหาร แต่จะขอให้ออกคำสั่งห้ามเสนอข่าวเกี่ยวกับการคอร์รัปชันและความไม่มีประสิทธิภาพของรัฐบาลด้วย โดยเหตุผลตอนหนึ่งของคำพิพากษาศาลสูงในคดีนี้มีว่า “ระบบใดก็ตามที่ห้ามสื่อมวลชนเผยแพร่ข่าวสารหากขึ้นสู่การพิจารณาของศาลจะต้องถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ รัฐบาลมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้เห็นประจักษ์ชัดถึงเหตุผลความชอบธรรมต่อการสั่งห้ามเช่นนั้น” และกฎหมายที่เกี่ยวกับสื่อสิ่งพิมพ์ในประเทศฝรั่งเศส มี

¹³ พระราชบัญญัติจัดการพิมพ์ พ.ศ. 2550 มาตรา 10 "ให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีอำนาจออกคำสั่งโดย ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ห้ามสั่งเข้าหรือนำเข้าเพื่อเผยแพร่ในราชอาณาจักร ซึ่งสิ่งพิมพ์ใดๆ ที่เป็นการหมิ่นประมาท ดูหมิ่นหรือแสดงอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ หรือจะกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยจะกำหนดเวลาห้ามไว้ในคำสั่งดังกล่าวด้วยก็ได้

การออกคำสั่งตามวรรคหนึ่ง ห้ามมิให้นำข้อความที่มีลักษณะที่เป็นการหมิ่นประมาท ดูหมิ่นหรือแสดงอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์หรือ ข้อความที่กระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมาแสดงไว้ด้วย

สิ่งพิมพ์ที่เป็นการฝ่าฝืนวรรคหนึ่ง ให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีอำนาจริบ และทำลาย."

กฎหมายการพิมพ์ของประเทศฝรั่งเศสซึ่งได้รับรองว่าการพิมพ์และการเผยแพร่สิ่งพิมพ์สามารถกระทำได้โดยเสรี และการพิมพ์เผยแพร่หนังสือพิมพ์และนิตยสารสามารถกระทำได้โดยมิต้องขออนุญาตดำเนินการใดๆ ก่อนและมีต้องวางเงินประกัน นอกจากนี้กฎหมายฉบับนี้ยังมีจุดมุ่งหมายให้เกิดความโปร่งใส เกิดความหลากหลายในความคิดเห็นขึ้นภายในองค์กรสื่อ และเกิดหลักประกันความเป็นอิสระในการทำหน้าที่สื่อ โดยมีจุดมุ่งหมายจัดระบบมิให้เกิดการผูกขาดสื่อ และกฎหมายฉบับนี้ยังได้แยกการกระทำความผิดอาญาอันเกิดจากการใช้เสรีภาพเกินขอบเขตของสื่อมวลชนออกมาต่างหากจากฐานความผิดอาญาที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

แนวทางการแก้ไขปัญหาของพระราชบัญญัติจัดการพิมพ์ พ.ศ. 2550 ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีที่บ้านเมืองอยู่ในความสงบ ควรที่จะให้อิสระของสื่อมวลชนประเภทสื่อสิ่งพิมพ์เช่นเดียวกับในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศส แต่หากเป็นการหมิ่นประมาท ดูหมิ่นหรือแสดงอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ซึ่งถือเป็นสถาบันหลักที่สำคัญของประเทศ ควรให้เป็นหน้าที่ของอัยการสูงสุดเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการใช้ดุลพินิจว่าสมควรดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดดังกล่าวหรือไม่ โดยที่ควรจะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป ทั้งนี้ ให้ยึดหลักเรื่องความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยของประเทศเป็นสำคัญ

4.1.2.2 ปัญหาตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ.2551

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ.2551 ถูกตราขึ้นเพื่อจัดระบบสื่อภาครัฐ สื่อภาคเอกชน และสื่อชุมชนให้เป็นสื่อสาธารณะอย่างแท้จริง และมีการใช้เครื่องมือสื่อสารของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ต่อการศึกษาทางการเมืองแก่ประชาชน โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการออกใบอนุญาตแตกต่างไปจากเดิม รวมทั้งการกำหนดประเภทการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ การป้องกันการผูกขาดหรือครอบงำกิจการ การใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายในการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ การส่งเสริมและพัฒนากิจการ การกำกับดูแล และการส่งเสริมและควบคุมจริยธรรมแห่งวิชาชีพ เป็นต้น กล่าวคือ เป็นการปลดแอกการถือครองคลื่นความถี่ที่ครอบครองโดยหน่วยงานรัฐทั้งหมด ไปสู่การกระจายตามประเภทการประกอบกิจการที่เป็นอยู่จริงในสังคมไม่ว่าจะเป็นกิจการที่แสวงหากำไรในเชิงพาณิชย์ และกิจการภาคชุมชนที่ต้องการใช้คลื่นความถี่เพื่อสร้างการมีส่วนร่วมในชุมชน การกำหนดประเภทกิจการที่ไม่ใช้คลื่นความถี่ที่ต้องขอรับการจัดสรรจากคณะกรรมการกฎหมายฉบับนี้ที่จะดำเนินการสรรหาในอนาคต โดยกิจการประเภทต่างๆ ที่ประสงค์จะขอใบอนุญาตจะต้องนำเสนอประเภทรายการให้เป็นไปตามสัดส่วนที่กำหนด คือใน

ประเภทกิจการบริหารสาธารณะ และกิจการบริการชุมชนต้องมีรายการประเภทข่าวสาร และสารประโยชน์ ไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 ขณะที่กิจการทางธุรกิจ กำหนดประเภทรายการข่าวสารและสารประโยชน์ เพียงร้อยละ 25 นอกจากนี้ยังมีมาตรการส่งเสริมและควบคุมจริยธรรมแห่งวิชาชีพ การใช้และเชื่อมต่อโครงข่าย การส่งเสริมและพัฒนากิจการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ และการกำกับดูแลการประกอบกิจการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และในบทเฉพาะกาลได้บัญญัติให้อำนาจคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม (กทช.) ทำหน้าที่ชั่วคราวเพื่อแก้ไขปัญหาระงับด่วนในเรื่องวิทยุชุมชน และกิจการโทรทัศน์ระบบบอกรับสมาชิก และโทรทัศน์ผ่านดาวเทียม และการให้สิทธิแก่กรมประชาสัมพันธ์ในการทำหน้าที่สื่อภาครัฐต่อไป

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาเนื้อหาของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกับเนื้อหาของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ.2551 แล้วจะพบว่าไม่มีบทบัญญัติในบางมาตราของกฎหมายฉบับนี้มีเนื้อหาขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1. เป็นการสุบคั่นขายในตลาดการสื่อสาร¹⁴

กฎหมายฉบับนี้มองว่าคลื่นเป็นสินค้า ไม่ใช่เครื่องมือในการสื่อสารกับสังคม เมื่อมองคลื่นเป็นสินค้าก็ตกอยู่ภายใต้กลไกของระบบตลาด จึงระบุถึงการแข่งขันอย่างเป็นธรรมและเสรี ดังนั้น แนวความของกฎหมายจึงมีเจตจำนงในการแปรรูปสื่อให้เป็นสินค้า และสกัดกั้นการเข้าถึงคลื่นเพื่อการสื่อสารโดยวิธีการการกำกับควบคุม

2. เป็นการอ้างความมั่นคง เพื่อทำลายเสรีภาพของสื่อมวลชน¹⁵

¹⁴ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ.2551 มาตรา 32 “เพื่อส่งเสริมการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม และป้องกันมิให้มีการกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ให้การประกอบกิจการของผู้รับใบอนุญาตอยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าและมาตรการเฉพาะที่คณะกรรมการประกาศกำหนดตามลักษณะการประกอบกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์

การกระทำอันเป็นการผูกขาด ลด หรือจำกัดการแข่งขันในการประกอบกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ ให้หมายความรวมถึงการถือครองธุรกิจ ในกิจการที่เกี่ยวข้องกันหรือการใช้วัสดุหรืออุปกรณ์ที่ติดตั้งเป็นพิเศษเพื่อรับสัญญาณเสียงหรือภาพในลักษณะที่กีดกันการแข่งขันอย่างเป็นธรรม.”

¹⁵ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ.2551 มาตรา 37 “ห้ามมิให้ออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาสาระที่ก่อให้เกิดการสับถั้วการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมีการกระทำซึ่งเข้าลักษณะลามกอนาจาร หรือมีผลกระทบต่อทำให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง

กฎหมายฉบับนี้ไม่ใช่กฎหมายมาปฏิรูปสื่อ เพราะมีการกำกับควบคุมด้วยวาจา เมื่อเป็นเช่นนี้ ก็ไม่มีอะไรเป็นหลักประกันเสรีภาพของชุมชนหรือผู้ใช้สื่อที่ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการ และการกระจายคลื่นความถี่ก็จะไปไม่ถึงมือประชาชน ดังนั้น บทบัญญัติในข้อนี้เป็นข้อที่ทำลายเสรีภาพ ในขณะที่หากเป็นกฎหมายที่ปฏิรูปสื่อจริง ต้องมีบทบัญญัติที่ประกันสิทธิและเสรีภาพ แต่เนื่อหาดังกล่าวนี้ชี้ให้เห็นว่า 1. อยู่ภายใต้การใช้อำนาจของบุคคล ไม่มีหลักในการใช้เงื่อนไขในการใช้อำนาจ จึงไม่ใช่เสรีภาพ 2. ไม่มีหลักประกันในการกระจายคลื่น และ 3. ไม่มีหลักประกันในเรื่องของเนื้อหา

3. มีการกำหนดโทษทางอาญา เพื่อเป็นการปรามสื่อมวลชนของเอกชน¹⁶

กฎหมายฉบับนี้นำเอาหลักการลงโทษมาผนวกเข้ากับโทษที่จะได้รับ ในขณะที่หลักการทางกฎหมายจะต้องเขียนกฎหมายให้สร้างหลักการก่อน จึงตามมาด้วยการ กำหนดโทษ หากมีการละเมิดหลักการ กล่าวคือ กฎหมายฉบับนี้ต้องการที่จะเอาโทษฐานมาใช้ คือผู้ใดใช้คลื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตจะต้องได้รับโทษจำคุก 5 ปี การกำหนดเช่นนี้เป็นการไปตัดสิทธิคนที่อ้างสิทธิการใช้คลื่นซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะ หรือทำตามสิทธิเสรีภาพโดยธรรมชาติความเป็นมนุษย์ที่ต้องการสื่อสาร แสดงว่ากฎหมายนี้ไม่ได้เข้าถึงเสรีภาพของประชาชนเลย แต่เป็นกฎหมายที่ใช้ควบคุมกำกับอย่างรุนแรง ดังนั้น โอกาสของผู้ที่ถูกกล่าวหาว่าไม่มีใบอนุญาตประกอบกิจการ จะอ้างความชอบธรรมในการสื่อสารที่กระทำตามหลักการบนพื้นฐานของเสรีภาพและรัฐธรรมนูญนั้น จึงถูกปิด เพราะเวลาผู้มีอำนาจใช้ดุลพินิจก็จะพิจารณาแค่ในบทกำหนดโทษตามลายลักษณ์อักษรที่ระบุไว้ กล่าวคือ หากใครไม่มีใบอนุญาตประกอบกิจการจะต้องรับโทษจำคุก

4. เป็นการเปิดทางทุนสื่อใช้สมบัติสาธารณะ¹⁷

ผู้รับใบอนุญาตมีหน้าที่ตรวจสอบและให้ระงับการออกอากาศรายการที่มีลักษณะตามวรรคหนึ่ง หากผู้รับใบอนุญาตไม่ดำเนินการ ให้กรรมการซึ่งคณะกรรมการมอบหมายมีอำนาจสั่งด้วยวาจา หรือเป็นหนังสือ ให้ระงับการออกอากาศรายการนั้น ได้ทันที และให้คณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงกรณีดังกล่าวโดยพลัน

ในกรณีที่คณะกรรมการสอบสวนแล้วเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเกิดจากการละเลยของผู้รับใบอนุญาตจริง ให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตดำเนินการแก้ไขตามที่สมควร หรืออาจพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตก็ได้.”

¹⁶ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการ โทรทัศน์ พ.ศ.2551 มาตรา 66 “ผู้ใดใช้คลื่นความถี่สำหรับการประกอบกิจการกระจายเสียงหรือกิจการ โทรทัศน์ หรือประกอบกิจการกระจายเสียงหรือกิจการ โทรทัศน์ หรือให้บริการนอกเหนือจากกิจการกระจายเสียงหรือกิจการ โทรทัศน์ โดยไม่ได้รับอนุญาต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินห้าล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับวันละไม่เกินห้าหมื่นบาท ตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืน.”

กฎหมายนี้เปิดทางให้ทุนใหญ่และมีความสามารถมีโทรทัศน์ โทรคมนาคม อินเทอร์เน็ต ได้ใช้โครงข่ายของรัฐโดยไม่ต้องจ่ายค่าธรรมเนียม แต่ให้กระทรวงการคลังเป็นผู้จ่ายประโยชน์ของสาธารณะก็สูญเสีย เป็นกฎหมายที่เอาผลประโยชน์ของกลุ่มทุนเข้ามาใส่ไว้ในเคเบิลโทรทัศน์ ฯลฯ ฉะนั้น จึงไม่มีทางที่จะแปรสิ่งนี้ให้เป็นสื่อแวนอนได้

สำหรับสื่อวิทยุโทรทัศน์ในประเทศสหรัฐอเมริกา อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายหลักที่ชื่อว่า Telecommunications Act of 1996 ที่กำหนดให้ประชาชนมีเสรีภาพในการเข้าประกอบกิจการภายใต้การแข่งขันที่เป็นธรรม การดำเนินการด้านวิทยุโทรทัศน์ของสหรัฐอเมริกาจะมีการดำเนินงานควบคู่กันระหว่างสื่อวิทยุโทรทัศน์ของรัฐและสื่อวิทยุโทรทัศน์ของเอกชนไปพร้อมๆ กัน ซึ่งสื่อวิทยุโทรทัศน์ที่รัฐเป็นเจ้าของจะดำเนินการเพื่อสนองความต้องการของชุมชนหรือท้องถิ่น โดยรายการที่ออกอากาศส่วนใหญ่จะเป็นรายการเกี่ยวกับการศึกษาของเด็ก รายการแม่บ้าน รายการอาหารหรือสารคดีทั่วไป อันจัดได้ว่าเป็นสถานีโทรทัศน์ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการค้า โดยสถานีวิทยุโทรทัศน์เหล่านี้จะได้รับเงินรายได้สนับสนุนจากรัฐบาลเพียงเล็กน้อย หากแต่เงินรายได้ส่วนใหญ่ของสถานีวิทยุโทรทัศน์ดังกล่าวจะได้มาจากเงินสนับสนุนจากองค์กรเอกชนหรือผู้รับชมทางบ้านเป็นส่วนใหญ่ ส่วนสถานีวิทยุของรัฐล้วนแล้วแต่ดำเนินการโดยมหาวิทยาลัยและหน่วยงานหรือองค์กรทางการศึกษาทั้งสิ้น โดยได้รับเงินสนับสนุนการดำเนินการจากเอกชนและเงินบริจาคเป็นส่วนใหญ่ ส่วนสื่อวิทยุโทรทัศน์ในประเทศฝรั่งเศส ได้มีการตรากฎหมายเพื่อค้ำประกันเสรีภาพในการสื่อสาร โดยบัญญัติให้การสื่อสารทางวิทยุกระจายเสียงและโทรทัศน์สามารถกระทำได้โดยเสรี และได้มีการตั้งองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระทางด้านวิทยุกระจายเสียงและโทรทัศน์ และกฎหมายกระจายเสียงในประเทศญี่ปุ่น ได้ให้หลักประกันเสรีภาพการแสดงออกผ่านสื่อกระจายเสียง โดยทำให้สื่อกระจายเสียงมีความเป็นกลาง ซื่อสัตย์และมีความเป็นอิสระในการแสดงความคิดเห็น มาตรา 3 ของกฎหมายกระจายเสียงให้การรับรองหลักการข้อนี้โดยการย้ำอีกครั้งว่า “รายการกระจายเสียงจะต้องไม่ถูกแทรกแซงหรือกำกับโดยบุคคลหนึ่งบุคคลใด ยกเว้นแต่จะกระทำโดยกฎหมายที่มอบอำนาจให้เท่านั้น” ขณะเดียวกันกฎหมายกระจายเสียงก็เรียกร้องให้ผู้ประกอบการกระจายเสียงต้องปฏิบัติตาม “มาตรฐานรายการ” (Broadcast Programs Standard) เพื่อเป็นหลักประกันว่ารายการที่ออกอากาศมีความเป็นกลางและซื่อสัตย์เที่ยงตรง

¹⁷ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ.2551 มาตรา 76 “ให้กระทรวงการคลังนำรายได้เป็นมูลค่าเท่ากับร้อยละสองของรายได้ที่หน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานอื่นของรัฐต้องนำส่งกระทรวงการคลังจากการให้อนุญาต สัมปทานหรือสัญญาเพื่อประกอบกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ที่มีอยู่ก่อนวันที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ใช้บังคับ ส่งเข้ากองทุน ทั้งนี้ จนกว่าการอนุญาต สัมปทานหรือสัญญานั้นจะสิ้นสุดลง.”

แนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายควบคุมกิจการโทรทัศน์และกิจการกระจายเสียงของไทย จะต้องให้อิสระต่อสื่อมวลชนประเภทนี้ โดยให้คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ (กสท.) ออกกฎระเบียบให้เป็นมาตรฐานในการดำเนินงานของสื่อมวลชนประเภทนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่ารายการที่ออกอากาศมีความเป็นกลางและซื่อสัตย์เที่ยงตรง ดังเช่นกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่น โดยคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ (กสท.) ควรออกกฎระเบียบที่มีหลักการสำคัญอย่างน้อย ดังต่อไปนี้

1. ออกกฎระเบียบในการขอใบอนุญาตสำหรับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ โดยวิธีการแข่งขันอย่างเท่าเทียมกัน

2. ออกกฎระเบียบในเรื่องทางเทคนิค (กำลังส่ง) และในเรื่องมาตรฐานรายการและโฆษณา

3. สามารถลงโทษผู้ประกอบการที่ละเมิดเงื่อนไขในใบอนุญาต และทำผิดกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการ โดยให้คณะกรรมการฯ กำหนดค่าปรับต่อผู้ประกอบการฯ ในทำนองเดียวกับ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.)

4. สร้าง “มาตรฐานรายการ” ในการที่จะให้ผู้ประกอบการปฏิบัติตาม เพื่อเป็นหลักประกันว่ารายการที่ออกอากาศมีความเป็นกลางและซื่อสัตย์เที่ยงตรง

5. กำหนดให้ผู้ประกอบการที่เป็นเอกชน ต้องตั้ง “คณะกรรมการที่ปรึกษาด้านรายการ” ขึ้น ซึ่งประกอบด้วย ผู้ทรงคุณวุฒิ 7 คนหรือมากกว่านั้น

4.1.2.3 ปัญหาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การควบคุมสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จะปรากฏอยู่ในรูปของความรับผิดเรื่องละเมิด โดยมีความรับผิดทั้งในเรื่องของหลักเกณฑ์ทั่วไปของการกระทำผิดในเรื่องละเมิด และการละเมิดในชื่อเสียง ซึ่งในปัจจุบันนี้ความรับผิดในทางละเมิด เป็นคดีที่สื่อมวลชนจะถูกฟ้องร้องดำเนินคดีมากที่สุด โดยเมื่อพิจารณาจากความรับผิดที่กฎหมายกำหนดแล้วจะพบว่า ความรับผิดในคดีละเมิดจะเกิดขึ้นเพื่อรองรับความเสียหายของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการตามหน้าที่ของสื่อมวลชน ซึ่งเมื่อพิจารณาจากทั้งสองกรณีดังกล่าวจะพบว่า ภายใต้การปฏิบัติการตามหน้าที่ของสื่อมวลชนที่จะต้องนำเสนอข้อมูลข่าวสารไปสู่ความรับรู้ของประชาชนนั้น การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความรับผิดทางกฎหมายเกิดขึ้นกับการใช้สิทธิของสื่อมวลชน ซึ่งเป็นกลไกทางกฎหมายที่มีผลเป็นการควบคุมการใช้สิทธิของสื่อมวลชนได้ เนื่องจากหากสื่อมวลชนดำเนินการตามหน้าที่ของตนและสามารถพิจารณาได้ว่าการเสนอข้อมูลข่าวสารของตนอาจส่งผลให้ตนเองต้องถูกฟ้องร้องดำเนินคดีได้ สื่อมวลชนอาจจะไม่

เสนอข้อมูลข่าวสารนั้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวย่อมส่งผลให้ประชาชนไม่สามารถรับรู้ถึงเหตุการณ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมของตนและก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมตามมาได้ แต่หากสื่อมวลชนนำเสนอข้อมูลข่าวสารนั้นตามอำนาจหน้าที่ของตน สื่อมวลชนก็ย่อมที่จะถูกฟ้องร้องดำเนินคดีอย่างแน่นอน

ในเบื้องต้นจะต้องพิจารณาก่อนว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นจริงตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ หากไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นการนั้นย่อมไม่เป็นการละเมิด ความรับผิดชอบในทางละเมิดมีวัตถุประสงค์ที่จะบังคับให้มีการชดเชยความเสียหายโดยการชดเชยค่าสินไหมทดแทน ซึ่งความเสียหายที่เป็นมูลเหตุของการละเมิดนั้นจะต้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ใจทักหรือผู้ร้องคดีเท่านั้น ส่วนความเสียหายนั้น กฎหมายกำหนดว่าจะต้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นๆ เท่านั้น เมื่อผู้เสียหายได้รับความเสียหายจากการละเมิดแล้ว มักได้รับสิ่งตอบแทนความเสียหายนั้น กล่าวคือ การทำให้ผู้เสียหายได้รับความพอใจในสิ่งอื่นแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือเป็นการทดแทนความเสียหายนั่นเอง ซึ่งในกรณีนี้ศาลไทยมักจะมีแนวโน้มไปในทางที่ว่าหากเป็นความเสียหายต่อจิตใจนั้น ย่อมจะไม่สามารถที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ ทั้งนี้ บทบัญญัติของมาตรา 420 ใช้คำว่า “การกระทำที่ผิดกฎหมาย” ซึ่งอาจขึ้นโดย “จงใจ” หรือ “ประมาทเลินเล่อ” ก็ได้ ซึ่งการกระทำโดย “จงใจ” ให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายตามมาตรา 420 หมายถึง ผู้กระทำได้กระทำโดยรู้สำนึกหรือรู้ตัวในการกระทำนั้นๆ เท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องมีความประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นแต่อย่างใด ส่วน “ประมาทเลินเล่อ” นั้น หมายถึงการกระทำที่ผิดที่ไม่ใช่เจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจะต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ ผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาใช่เพียงพอไม่ นอกจากนี้ การกระทำที่ผิดนั้นจะต้องสัมพันธ์กับความเสียหายที่เกิดขึ้น กล่าวคือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่นนั้น จะต้องเป็นความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำที่ผิดนั้นด้วย หรือการกระทำนั้นๆ เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ผู้กระทำจึงจะมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย ซึ่งความเสียหายที่จะต้องรับผิดชอบนั้นก็ต้องเป็นความเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้

ส่วนความเสียหายต่อชื่อเสียง มาตรา 423 มุ่งจะคุ้มครองความเสียหายต่อชื่อเสียงเอาไว้เป็นการเฉพาะ กล่าวคือ การกระทำละเมิดได้เกิดขึ้นแล้ว และความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความเสียหายต่อชื่อเสียง ซึ่งโดยหลักของมาตรา 423 จะต้องพิจารณาว่าต้องเป็นการกระทำอันก่อให้เกิดความรับผิดชอบละเมิดต่อชื่อเสียงนั้นจะต้องเป็นการกระทำโดย “การกล่าว” หรือ “การไขข่าว” เท่านั้น ซึ่งหมายความว่า เป็นการสื่อสารด้วยวิธีการใดๆ ก็ตามที่สามารถทำให้บุคคลอื่นสามารถรู้และเข้าใจความหมายที่ต้องการสื่อสารนั้นซึ่งหมายความรวมถึงการพูด การเขียน การพิมพ์ และการ

โฆษณา หรือการสื่อสารด้วยสัญลักษณ์ รูปภาพ รูปการ์ตูน เป็นต้น โดยการกล่าวหรือการไขข่าวดังกล่าวจะต้องเป็นการกล่าวและไขข่าวต่อบุคคลที่สามหรือต่อบุคคลภายนอกให้ได้รับทราบ ข้อความนั้นจึงจะเป็นความผิด และการกระทำนี้เพียงแต่ผู้กระทำได้กระทำโดย “รู้สำนึก” ในการกระทำนั้นถือว่ามี การกระทำซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดตามกฎหมายแล้ว และการกล่าวหรือไขข่าวนั้นจะต้องเป็นการกล่าวหรือไขข่าว “ข้อความที่ฝ่าฝืนต่อความจริง” เท่านั้น ซึ่ง “ข้อความที่ฝ่าฝืนความจริง” หมายถึงข้อความที่ไม่จริงหรือข้อความที่เป็นเรื่องโกหกหรือข้อความที่ไม่มีมูลความจริง และผู้กล่าวหรือผู้ไขข่าวที่จะต้องรับผิดตามกฎหมายนี้จะต้องได้รู้ว่าข้อความนั้นไม่เป็นความจริง แต่ยังคงฝ่าฝืนกล่าวหรือไขข่าวไปและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น อย่างไรก็ตาม เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกล่าวอ้างหรือปฏิเสธว่าไม่รู้จนส่งผลให้การกระทำดังกล่าวซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายนั้นไม่มีผู้รับผิดชอบ กฎหมายจึงกำหนดเงื่อนไขไว้ว่าหากแม้ผู้กระทำไม่รู้ว่าเป็นเรื่องโกหกหรือไขข่าวนั้นเป็นเรื่องไม่จริง แต่หากผู้กระทำควรจะรู้ ผู้กระทำยังคงต้องรับผิดชอบละเมิดต่อชื่อเสียงตามกฎหมาย โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติคุณของบุคคลอื่น หรือความเสียหายแก่ทางทำมาหาได้หรือทางเจริญของผู้อื่นเท่านั้น

เมื่อนำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 35 วรรค 2¹⁸ มาพิจารณา ประกอบกับเงื่อนไขของมาตรา 46 จะเห็นว่า การนำเสนอข่าวสารของสื่อมวลชนจะพ้นความรับผิดตามกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อการนำเสนอเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น กล่าวคือ ข่าวสารที่สื่อมวลชนนำมาเสนอนั้นแม้จะเป็นการนำเรื่องของคนอื่นไปเปิดเผยต่อสาธารณชนก็ตาม หากการนำเสนอก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะก็ไม่ทำให้สื่อมวลชนต้องรับผิด และเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิของสื่อมวลชนเกิดประสิทธิภาพตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ โดยผลของมาตรา 46 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งกำหนดให้รัฐจะต้องยกเว้นกฎหมายเพื่อกำหนดรายละเอียด ความรับผิดของสื่อมวลชนขึ้นใช้บังคับด้วย แต่ในปัจจุบันการแสดงความคิดเห็นของสื่อมวลชนตามหน้าที่ ก็ยังคงถูกฟ้องร้องดำเนินคดีทั้งในทางแพ่งและอาญาที่เป็นกฎหมายทั่วไปอยู่ จึงทำให้เกิดปัญหาในการควบคุมการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ ในกรณีที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา ตามมาตรา 46¹⁹ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เนื่องจากองค์ประกอบความผิดในทางแพ่งและอาญานั้นมีความ

¹⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 35 วรรค 2 “การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวจะกระทำมิได้ เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ.”

¹⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 46 “ในการพิพากษาคดีส่วนแพ่ง ศาลจำต้องถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีส่วนอาญา.”

แตกต่างกัน โดยในคดีแพ่งนั้นหากข้อความที่กล่าวเป็นความจริงจะ ไม่มีความผิดจึงอาจก่อให้เกิดปัญหาได้ว่าศาลจะให้มีการพิสูจน์ความจริงในคดีแพ่งได้หรือไม่

ในกรณีนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7869/2542 “...ในการพิพากษาคดีส่วนแพ่ง ศาล จำต้องถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีส่วนอาญา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญา มาตรา 46 เมื่อปรากฏว่าคดีอาญาที่โจทก์ฟ้องได้ถึงที่สุดโดยพิพากษาว่า จำเลยที่ 2 มีความผิดฐานหมิ่นประมาท ในการพิพากษาคดีส่วนแพ่งนี้ศาลฎีกาจำต้องถือข้อเท็จจริงในคดีอาญา ซึ่งฟังยุติแล้วว่าข้อความหรือเนื้อหาสาระละเอียดการลงข่าวดังกล่าวเป็นการใส่ความโจทก์ด้วยการ เผยแพร่โฆษณาทางหนังสือพิมพ์โดยประการที่ทำให้โจทก์เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นถูกเกลียดชัง จำเลยที่ 2 ไม่อาจนำสืบพิสูจน์ว่าข้อความหรือเนื้อหาสาระละเอียดที่ใส่ความโจทก์นั้นเป็นความจริง หรือเป็นการเสนอข่าวสารอันจำเลยที่ 2 มิได้รู้ว่าเป็นความไม่จริง ศาลฎีกาจะฟังข้อเท็จจริงเป็นอย่าง อื่นหาได้ไม่ เมื่อคดีอาญาถึงที่สุดฟังได้ว่า จำเลยที่ 2 กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทโจทก์ คดีนี้ จึงฟังได้ว่าจำเลยที่ 2 กระทำละเมิดคดีโจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 423 วรรค หนึ่ง...” จากคำพิพากษาดังกล่าวทำให้มีความเข้าใจได้ว่า กรณีมีการฟ้องคดีหมิ่นประมาทใน คดีอาญาและคดีแพ่ง หากศาลได้ตัดสินลงโทษจำเลยแล้วในคดีอาญา จำเลยย่อมไม่อาจขอศาล พิสูจน์ได้ว่าข้อความดังกล่าวเป็นความจริง ทั้งที่หากเป็นความจริงแล้วจำเลยไม่ต้องรับผิดทางแพ่ง ความผิดในทางอาญานั้น ต้องเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นตรงกัน ทั้งในคดีแพ่งและ คดีอาญา ซึ่งในคดีอาญานั้นหากเป็นการใส่ความให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียงนั้นไม่คำนึงว่าข้อความดังกล่าว เป็นจริงหรือเท็จก็สามารถลงโทษได้ แต่ในคดีแพ่งต้องเป็นการกล่าวที่ฝ่าฝืนความจริงจึงจะสามารถ ลงโทษได้ ดังนั้น หากในคดีอาญาศาลได้วินิจฉัยว่าข้อความดังกล่าวเป็นความเท็จก็สามารถนำ ประเด็นดังกล่าวที่ได้วินิจฉัยแล้วผูกพันคดีแพ่งได้ แต่หากศาลยังมีได้วินิจฉัยในคดีอาญาว่าข้อความ ดังกล่าวเป็นความเท็จหรือไม่ การที่ศาลได้ให้เหตุผลว่าเป็นการใส่ความโจทก์ทำให้โจทก์ถูกดูหมิ่น จึงไม่ควรที่จะนำมาผูกพันในคดีแพ่งหากจำเลยยังไม่ได้พิสูจน์ว่าข้อความนั้นเป็นความจริงหรือไม่

สำหรับสื่อมวลชนของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ศาลสูงของสหรัฐได้ให้ความเห็นว่า ห้ามมิให้รัฐกำหนดกำหนดเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งเอากับบุคคลที่วิจารณ์หรือติติงการดำเนินการ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐหรือของเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่อย่างใด เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อ ได้ว่าการเปิดเผยดังกล่าวจะกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ และรัฐไม่อาจเรียก ค่าเสียหายในทางแพ่งต่อสื่อมวลชน ในกรณีที่ข้อความที่นำเสนอเป็นความจริงและเรื่องที่ นำเสนอเป็นเรื่องที่กระทบต่อสาธารณชน ส่วนในเรื่องการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลนั้น ได้มีการ ตรา Privacy Act. 1974 ขึ้น โดยคุ้มครองความเป็นส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคลโดยจำกัดการละเมิด การล่วงละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลไว้ โดยได้มีการกำหนดความรับผิดที่เกี่ยวกับการเปิดเผยเรื่อง

ส่วนตัวของผู้อื่นต่อสาธารณะ และการเผยแพร่เรื่องราวส่วนตัวอันเป็นที่จ ในประเทศเยอรมนี ความลับเกี่ยวกับชีวิตส่วนตัวได้รับความคุ้มครองอย่างกว้างขวาง ตลอดทั้งจดหมายบันทึกประจำวันในวันพิมพ์เผยแพร่ นั้นสาระสำคัญต้องเป็นเรื่องส่วนตัวจริงๆ โดยไม่ต้องคำนึงว่าเป็นกรณีหมิ่นประมาทหรือไม่ และจะอ้างว่าเป็นความจริงเพื่อป้องกันตัวไม่ได้ แม้สิทธิที่จะไม่เปิดเผยความลับจะได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญในสิทธิเกี่ยวกับบุคลิกภาพ ศาลก็ต้องพิจารณาถึงขอบเขตแห่งสิทธิในแต่ละคดีโดยการชั่งน้ำหนักคุณค่าและผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้อง และในประเทศญี่ปุ่น ศาลได้ให้คำจำกัดความ “สิทธิส่วนบุคคล” ว่าเป็น สิทธิทางกฎหมายและความมั่นใจว่าชีวิตส่วนตัวของบุคคลจะไม่ถูกเปิดเผยต่อสาธารณชนโดยขาดเหตุผล สื่อมวลชนจึงได้กำหนดนโยบายที่จะเคารพสิทธิส่วนบุคคลโดยถือเป็นศีลธรรมอย่างหนึ่ง

จากปัญหาข้างต้นผู้เขียนขอเสนอแนวทางแก้ไข กล่าวคือ ประเทศไทยควรที่จะตรากฎหมายที่เกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลขึ้นมาใช้ควบคุมเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของสื่อมวลชน แทนที่การใช้ความผิดฐานละเมิด ตามมาตรา 420 และ มาตรา 423 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบททั่วไป ดังเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกฎหมายที่ตราขึ้นมาต้องให้ดุลพินิจแก่ศาลในการพิจารณาตัดสินเป็นกรณีๆ ไป โดยพิจารณาจากการชั่งน้ำหนักประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับจากการเสนอข่าวนั้น

4.1.2.4 ปัญหาตามประมวลกฎหมายอาญา

ความรับผิดฐานหมิ่นประมาท เป็นความรับผิดอันเกิดต่อความเสียหายต่อชื่อเสียง ซึ่งเป็นความรับผิดที่สื่อมวลชนถูกฟ้องร้องดำเนินคดีมากที่สุดฐานหนึ่ง โดยมีมักจะเป็นกรณีที่สื่อมวลชนได้นำเสนอข่าวสารในประเด็นทางการเมืองเป็นส่วนใหญ่ และเป็นความผิดที่มีการกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำเอาไว้สูง แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำที่จะต้องรับผิดในทางอาญานั้น จะต้องปรากฏว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบของความรับผิดฐานนั้น และต้องไม่ครบองค์ประกอบอันจะเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุยกเว้นโทษตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ด้วย ซึ่งการที่จะพิจารณาว่าเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทหรือไม่นั้น²⁰ การหมิ่นประมาทจึงเป็นการแสดงความหมายออกมาให้ปรากฏแก่บุคคลอื่น ซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดว่าการแสดงความหมายนั้นจะต้องใช้วิธีการอย่างไร ดังนั้น การแสดงออกซึ่งความหมายนั้นจึงสามารถที่จะแสดงออกให้ปรากฏได้หลายรูปแบบไม่ว่าจะเป็นการพูด การเขียน การพิมพ์ หรือการโฆษณา หรือวิธีการอื่นใดก็

²⁰ *ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326* “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ.”

ตาม ซึ่งสามารถที่จะสื่อความหมายให้บุคคลอื่นรับรู้และเข้าใจได้ก็เพียงพอแล้ว ส่วนข้อความที่สื่อความหมายที่จะเป็นการหมิ่นประมาทได้นั้น จะต้องเป็นการยืนยันข้อเท็จจริงอันแน่นอนโดยไม่ต้องคำนึงว่าข้อเท็จจริงนั้นจะเป็นความจริงหรือเป็นความเท็จก็ตาม และข้อความที่ยืนยันนั้นจะต้องเป็นเหตุที่เกิดขึ้นแล้วในอดีตหรือที่กำลังเกิดขึ้นในปัจจุบันเท่านั้น และต้องเป็นสิ่งที่น่าเชื่อว่าเป็นไปได้ นอกจากนี้ การแสดงออกซึ่งความหมายที่จะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นถ้อยคำที่ส่งผลให้ผู้ที่ถูกกล่าวถึงนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือเกลียดชังเท่านั้น แม้เพียงถ้อยคำนั้น “น่าจะ” ทำให้ผู้ที่ถูกกล่าวถึงเสื่อมเสียต่อชื่อเสียง หรือ “น่าจะ” ถูกดูหมิ่นเกลียดชังผู้กล่าวหรือผู้แสดงออกนั้นย่อมต้องรับผิดชอบตามกฎหมายด้วย และแม้ว่าในความเป็นจริงแล้วผู้ฟังอาจจะไม่รู้สึกลูกหมิ่นเกลียดชังผู้ที่ถูกกล่าวถึงเลยก็ถือว่าเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายแล้ว โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้กล่าวอ้างจะกล่าวอ้างเอาเองหรือกล่าวตามผู้อื่นก็ตาม อีกสิ่งหนึ่งที่จะต้องพิจารณาว่าเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทหรือไม่ นั่นคือ “ผู้อื่น” ซึ่งหมายความถึงผู้ถูกกระทำ หรือผู้เสียหาย หรือผู้ถูกกล่าวถึง ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ โดยผู้เสียหายตามกฎหมายในเรื่องนี้จะต้องสามารถระบุตัวได้ชัดเจนว่ากล่าวถึงผู้ใดจึงจะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท และต้องได้กระทำต่อบุคคลที่สาม ซึ่งหมายถึงบุคคลอื่นใดที่ไม่ใช่ตัวผู้กล่าวข้อความ และต้องไม่ใช่ตัวผู้เสียหายหรือตัวบุคคลที่ถูกพาดพิงด้วย แต่บุคคลที่สามนี้จะต้องเป็นบุคคลที่รับทราบข้อความที่หมิ่นประมาทนั้นด้วย โดยผู้กล่าวหรือใส่ความไม่จำเป็นต้องระบุชื่อของผู้ถูกกล่าวถึงให้ชัดเจนแต่อย่างใด เพียงแต่บุคคลที่สามสามารถทราบได้ว่าเป็นใครก็เพียงพอที่จะเป็นความผิดได้แล้ว อย่างไรก็ตาม ไม่หมายความว่ารวมถึงบุคคลที่ทราบข้อความนั้นโดยบังเอิญหรือแอบทราบเองโดยผู้ใส่ความมิได้มีเจตนาให้ทราบแต่อย่างใด นอกจากนี้ ความรับผิดชอบหมิ่นประมาทนั้นผู้กระทำจะต้องมีเจตนาในการกระทำด้วย ซึ่งหมายถึงเจตนาในการที่จะใส่ความเท่านั้น กล่าวคือ ผู้กระทำมีเจตนาที่จะยืนยันข้อเท็จจริงต่อบุคคลที่สาม นอกจากนี้ ความรับผิดชอบหมิ่นประมาทนั้นยังครอบคลุมไปถึงการหมิ่นประมาทผู้ตายหรือผู้ที่เป็นบุคคลสาบสูญตามกฎหมายอีกด้วย หากเป็นการหมิ่นประมาทโดยการทำให้แพร่หลาย ไม่ว่าจะเป็นการแพร่หลายไปถึงบุคคลคนเดียวหรือหลายคนก็ได้โดยใช้วิธีการโฆษณาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ไม่ว่าจะเป็นการลงโฆษณาด้วยเอกสาร เช่น เขียนเป็นตัวอักษร ภาพวาด ภาพเขียน ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏด้วยวิธีการใด หรือการทำให้ปรากฏโดยแผ่นเสียงหรือสิ่งบันทึกเสียงอย่างอื่น หรืออาจโฆษณาด้วยการกระจายเสียงหรือการป่าวประกาศด้วยวิธีการอื่นใดผู้กระทำจึงจะต้องรับโทษหนักขึ้นด้วย แต่อย่างไรก็ตาม แม้ผู้กระทำจะได้กระทำการอันครบองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ตาม หากเข้าเหตุยกเว้นความผิด ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดแต่อย่างใด หากได้แสดงความคิดเห็นโดยสุจริตภายใต้เงื่อนไข 4 กรณี คือหากกระทำเพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับคน

ตามทำนองคลองธรรม หรือกระทำในฐานะเป็นเจ้าของงานปฏิบัติการตามหน้าที่ หรือกระทำการ โดยการติชมด้วยความเป็นธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งอื่นใดอันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ หรือเป็นการแจ้งข่าวเพื่อความเป็นธรรมเพื่อการดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือในการประชุม บุคคลดังกล่าวย่อมไม่ต้องรับผิด²¹ ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ยังสอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของสื่อมวลชนตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 45 ด้วย

จากข้อวิเคราะห์ดังกล่าวข้างต้น ผู้ศึกษาจึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 โดยมีหลักการว่า ในกรณีที่สื่อมวลชนเปิดพื้นที่ให้ประชาชนได้แสดงความคิดเห็นในเรื่องที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน ในลักษณะที่สื่อมวลชนนั้นคำนึงถึงจริยธรรมของสื่อมวลชนและมีความรับผิดชอบต่อสังคม ผู้นั้นไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท

²¹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 329 .