

บทวิเคราะห์คดี : บทบาทของศาลปกครองในการคุ้มครองเสรีภาพของสื่อมวลชน
ในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น
กรณีศึกษาจากคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดิน
ระบบดิจิทัลของบริษัท วอยซ์ ทวี จำกัด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564)

วิชา เนตรหัตถ์สนั่น*

ส่วนที่หนึ่ง ข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยของศาลปกครอง

คดีนี้ ผู้ฟ้องคดี (บริษัท วอยซ์ ทวี จำกัด) ฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือสำนักงาน กสทช. (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) มีหนังสือรวม 4 ฉบับ แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ตรวจสอบและได้รับเรื่องร้องเรียนให้ตรวจสอบการนำเสนอข่าวจากรายการ Tonight Thailand และรายการ Wake Up News รวมทั้งสิ้น 5 กรณี ซึ่งผู้ดำเนินรายการได้แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐบาล หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมไปถึงการดำเนินการของพรรคการเมืองต่าง ๆ หรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับข่าวสารที่นำเสนอ เช่น การให้ความเห็นเกี่ยวกับผลการสำรวจความเห็นของประชาชนเกี่ยวกับสถานการณ์การเลือกตั้งว่า “ประชาชนส่วนใหญ่มีข้อกังวลใจเกี่ยวกับการเลื่อนการเลือกตั้งและเศรษฐกิจ แต่ผู้มีอำนาจไม่ยอมรับ เสมือนไม่ยอมให้มีการเลือกตั้ง” การแสดงความคิดเห็นต่อการประกาศนโยบายของพรรคพลังประชารัฐของนายอุตตม สาวนายน ว่า “ทำไมขณะที่ดำรงตำแหน่งในคณะรัฐบาลกว่า 5 ปี ถึงไม่ดำเนินการตามที่มีการแถลงนโยบาย แต่จะมาดำเนินการภายหลังจากที่ได้รับการเลือกตั้ง” การวิพากษ์วิจารณ์ถึงกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งได้มีการกำหนดช่วงเวลาในการออกอากาศของพรรคการเมืองผ่านสื่อโทรทัศน์และสื่อวิทยุกระจายเสียงว่า “เป็นไปเพื่อประโยชน์ที่จะควบคุมสื่อ” รวมไปถึงการใช้ถ้อยคำที่ตามความเห็นของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองแล้ว เป็นถ้อยคำที่ “สื่อให้เห็นถึงการเลือกข้างและความไม่เป็นกลางของผู้ดำเนินรายการ”¹ เช่น “พวกเรา” “ฝั่งนี้” “ฝั่งนั้น” “เราต้องเตรียมความพร้อม” หรือ “เราจะต้องสู้ทุกวิถีทาง” ด้วยเหตุนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงได้แจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ฟ้องคดีทราบและเชิญให้ผู้ฟ้องคดีมาชี้แจงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการพิจารณา จากนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้รวบรวมข้อเท็จจริงทั้งหมด เพื่อเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กสทช. (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) เพื่อพิจารณา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งมีหน้าที่และความรับผิดชอบ

*

Master of Laws “Deutsches Recht” (LL.M.) (เกียรตินิยม) Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 2 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564, หน้า 9.

ตามกฎหมายในการป้องกันมิให้การนำเสนอข่าวสาร “ถูกใช้เป็นช่องทางในการเผยแพร่ข้อมูลหรือชุดความคิดที่อาจนำไปสู่ความขัดแย้งของประชาชนในสังคมเช่นที่เป็นมาในอดีต” พิจารณาแล้ว เห็นว่า เนื้อหารายการของผู้ฟ้องคดีมีลักษณะที่ “ก่อให้เกิดความสับสนแก่ประชาชน”² ด้วยเหตุนี้ การออกอากาศรายการดังกล่าวจึงเป็นการออกอากาศรายการซึ่งต้องห้ามมิให้มีการออกอากาศหรือเผยแพร่ต่อสาธารณะ อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อมาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551³ โดยผลจากข้อ 1 ของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 41/2559⁴ ประกอบข้อ 3 (5) ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557⁵ อีกทั้งกรณีดังกล่าวยังเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการประกอบกิจการโทรทัศน์ระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ฉบับลงวันที่

² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564, หน้า 13.

³ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551

มาตรา 37 วรรคหนึ่ง “ห้ามมิให้ออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาสาระที่ก่อให้เกิดการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมีการกระทำซึ่งเข้าลักษณะลามกอนาจาร หรือมีผลกระทบต่อทำให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง”

⁴ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 41/2559 เรื่อง การกำกับดูแลการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารต่อสาธารณะ

ข้อ 1 “ให้การเสนอข้อมูลข่าวสารหรือการออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาสาระตามข้อ 3 (1) ถึง (7) ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 เรื่อง การให้ความร่วมมือต่อการปฏิบัติงานของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ และการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารต่อสาธารณะ ลงวันที่ 18 กรกฎาคม พุทธศักราช 2557 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 103/2557 เรื่อง แก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 ลงวันที่ 21 กรกฎาคม พุทธศักราช 2557 เป็นการออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาสาระที่ก่อให้เกิดการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 แล้วแต่กรณี”

⁵ ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 เรื่อง การให้ความร่วมมือต่อการปฏิบัติงานของคณะรักษาความสงบแห่งชาติและการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารต่อสาธารณะ

ข้อ 3 “ผู้ประกอบการและผู้ให้บริการด้านสื่อมวลชนทุกประเภททั้งที่เป็นของราชการและเอกชน ไม่ว่าจะเป็นสถานีวิทยุกระจายเสียง สถานีโทรทัศน์ภาคพื้นดิน สถานีโทรทัศน์ผ่านดาวเทียม เคเบิล โทรทัศน์ระบบดิจิตอล และโทรทัศน์อินเทอร์เน็ต หนังสือพิมพ์ วารสาร หรือสื่อสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ รวมทั้งผู้ให้บริการด้านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ทุกประเภท อันรวมถึงการสื่อสารทางสังคมสื่อออนไลน์ มีหน้าที่เผยแพร่ข้อมูลข่าวสารตามที่ได้รับแจ้งจากคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ทั้งนี้ ให้บุคคลดังกล่าวรวมทั้งบุคคลอื่นใดงดเว้นการนำเสนอข้อมูลข่าวสารในลักษณะ ดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(5) ข้อมูลข่าวสารที่ก่อให้เกิดความสับสน ยั่วยุ ปลุกปั่นให้เกิดความขัดแย้ง หรือสร้างให้เกิดความแตกแยกในราชอาณาจักร

ฯลฯ

ฯลฯ”

4 มิถุนายน 2557 ด้วยเหตุนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีมติในการประชุมครั้งที่ 3/2562 เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2562 เพื่อออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินระบบดิจิทัล ช่องรายการวอยซ์ ทีวี ของผู้ฟ้องคดี เป็นระยะเวลา 15 วัน นับแต่วันที่รับคำสั่งเป็นต้นไป ทั้งนี้ โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 64 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551⁶ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในการประชุมครั้งที่ 3/2562 ดังกล่าว ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า มติดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงมีคำพิพากษาให้เพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในการประชุมครั้งที่ 3/2562 โดยให้มีผลนับแต่วันที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีมติ ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองอุทธรณ์

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า บทบัญญัติตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง และมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 อันเป็นบทบัญญัติที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้น จะต้อง “ตีความบทบัญญัติกฎหมายอย่างเคร่งครัด” บนหลักการพื้นฐานของสังคมประชาธิปไตยที่บุคคลและสื่อมวลชนย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ทั้งในทางที่เห็นพ้องและเห็นต่างภายใต้รัฐธรรมนูญ และต้องใช้อำนาจดังกล่าวจำกัดเฉพาะกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงอย่างชัดเจนว่า ผู้รับใบอนุญาตได้กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติห้าม และครบองค์ประกอบแห่งการออกคำสั่งตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น⁷ แต่ในขณะเดียวกัน สื่อมวลชนก็ต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนภายใต้หลักจริยธรรมแห่งวิชาชีพ โดยไม่เสนอข่าวหรือแสดงความคิดเห็นในลักษณะที่ก่อให้เกิดการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมีการกระทำซึ่งเข้าลักษณะลามกอนาจาร หรือมีผลกระทบต่อทำให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือการนำเสนอข้อมูลข่าวสารที่ก่อให้เกิดความสับสน ยั่วยุ ปลุกปั่นให้เกิดความขัดแย้ง หรือสร้างให้เกิดความแตกแยกในราชอาณาจักร รวมถึงต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนดอย่างเคร่งครัดด้วยเช่นเดียวกัน

เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า รายการที่พิพาทมีลักษณะเป็น “รายการข่าวเชิงวิเคราะห์ทางการเมือง” กล่าวคือ เป็นรายการที่นำข่าวสารจากแหล่งข่าวในขณะนั้นมาเรียบเรียงและนำเสนอใหม่ในรูปแบบของตนเอง พร้อมทั้งวิเคราะห์ข่าวที่นำเสนอขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การจัดทำ

⁶ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551

มาตรา 64 “คณะกรรมการอาจพิจารณาสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตได้เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(2) ผู้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนมาตรา 37 และเป็นกรณีที่เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

ฯลฯ

ฯลฯ”

⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564, หน้า 60.

บทวิเคราะห์เชิงการเมืองด้วยการวิพากษ์วิจารณ์การดำเนินงานของรัฐบาล หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมไปถึงการดำเนินการของพรรคการเมืองต่าง ๆ หรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับข่าวสารที่น่าสนใจ ซึ่งการนำเสนอข่าวของผู้ฟ้องคดีนั้น แม้ว่าจะมีการแสดงความคิดเห็นเพิ่มเติมไปจากเนื้อหาที่ปรากฏในข่าวก็ตาม แต่ก็ไม่ได้มีการบิดเบือนข้อเท็จจริงไปจากแหล่งข่าวสารที่น่าสนใจ และเป็นเพียง “การดำเนินรายการตามปกติวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพสื่อมวลชน”⁸ ที่ย่อมมีเสรีภาพในการเสนอข่าวสารและแสดงความคิดเห็นภายใต้จริยธรรมแห่งวิชาชีพตามมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁹ เท่านั้น ด้วยเหตุนี้ การนำเสนอรายการพิพาทดังกล่าวจึงไม่ได้มีลักษณะที่เป็นการก่อให้เกิดความสับสน ยั่วยุ ปลุกปั่นให้เกิดความขัดแย้ง หรือสร้างให้เกิดความแตกแยกในราชอาณาจักรตามข้อ 3 (5) ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 103/2557 อันจะถือเป็นการออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาสาระที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 และตามนัยข้อ 1 ของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 41/2559 หรือขัดต่อเงื่อนไขว่าด้วยการประกอบกิจการโทรทัศน์ของผู้ฟ้องคดีตามบันทึกข้อตกลงระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ฉบับลงวันที่ 4 มิถุนายน 2557 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงไม่อาจใช้อำนาจตามมาตรา 64 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 พักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลของผู้ฟ้องคดีได้

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองพิพาทแล้วพบว่า การใช้อำนาจตามมาตรา 64 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขที่สำคัญ 2 ประการ คือ **ประการที่หนึ่ง** ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้รับใบอนุญาตได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง อันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และ**ประการที่สอง** การกระทำเช่นนั้น จะต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในขั้นตอนการรวบรวมข้อเท็จจริงและเสนอความเห็นต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เสนอเพียงแต่ข้อเท็จจริงอันเป็นพฤติการณ์ในการกระทำความผิดของผู้ฟ้องคดี โดยไม่ได้เสนอความเห็นว่าการออกอากาศรายการพิพาทของผู้ฟ้องคดีได้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ อย่างไร รวมถึงไม่ปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีการพิจารณาในประเด็นความเสียหายอย่างร้ายแรง ก่อนออกคำสั่งกำหนดโทษทางปกครองให้พักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลของผู้ฟ้องคดี

⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564, หน้า 64.

⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรา 35 วรรคหนึ่ง “บุคคลซึ่งประกอบวิชาชีพสื่อมวลชนย่อมมีเสรีภาพในการเสนอข่าวสารหรือการแสดงความคิดเห็นตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพ”

จึงเป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มิได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในข้อ 22.3 ของประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดในกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ที่มีโทษทางปกครอง พ.ศ. 2556¹⁰ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงไม่อาจมีคำสั่งพักใช้ใบอนุญาต ให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลของผู้ฟ้องคดี โดยอาศัยอำนาจ ตามมาตรา 64 วรรคหนึ่ง (2) ประกอบกับมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ได้

ด้วยเหตุนี้ มีมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในการประชุมครั้งที่ 3/2562 เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2562 จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้เพิกถอนมติดังกล่าว โดยให้มีผลนับแต่วันที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีมติ นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย ศาลปกครองสูงสุด พิพากษายืน

ส่วนที่สอง บทวิเคราะห์คดี

บทนำ

คดีที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นนั้น เป็นคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองของไทยเป็นจำนวนมาก แต่กลับเป็นประเด็นปัญหาที่ยังไม่ปรากฏหลักการทางทฤษฎีที่เป็นระบบมากนัก ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเลือก ที่จะนำเสนอคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564 ซึ่งเป็นหนึ่งในคำพิพากษาที่ศาลปกครอง ได้วางหลักการใช้การตีความกฎหมายที่น่าสนใจเกี่ยวกับเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสาร และการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รวมไปถึงข้อจำกัด ของการใช้เสรีภาพดังกล่าวที่ปรากฏในกฎหมายฉบับต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น การใช้อำนาจของ กสทช. เพื่อออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินระบบดิจิทัล ตามมาตรา 37 ประกอบมาตรา 64 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 และเพื่อให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์คำพิพากษา

¹⁰ ประกาศ กสทช. เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ที่มีโทษทางปกครอง พ.ศ. 2556

ข้อ 22 “ในกรณีที่ปรากฏว่า ผู้รับใบอนุญาตกระทำความผิดดังต่อไปนี้ ให้สำนักงานเสนอความเห็น ต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาและมีคำสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต

ฯลฯ

ฯลฯ

22.3 ผู้รับใบอนุญาตละเลยการตรวจสอบการออกอากาศรายการเนื้อหาที่ขัดต่อกฎหมาย หรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการที่ให้ดำเนินการแก้ไขตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 และเป็นกรณีที่เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

ฯลฯ

ฯลฯ”



ฉบับดังกล่าวโดยใช้โครงสร้างการใช้การตีความกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ตามรัฐธรรมนูญที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมัน โดยแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 3 ขั้นตอน¹¹ ได้แก่ **ขั้นตอนที่หนึ่ง** การพิจารณาว่าการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของปัจเจกบุคคลนั้น อยู่ในขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นหรือไม่ (หัวข้อที่ 1.) **ขั้นตอนที่สอง** การพิจารณาว่าการกระทำของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น เป็นการใช้มาตรการเพื่อแทรกแซงการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นหรือไม่ (หัวข้อที่ 2.) และ **ขั้นตอนที่สาม** การพิจารณาว่าการจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นด้วยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ (หัวข้อที่ 3.) โดยมีรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาแต่ละประการ ดังต่อไปนี้

1. ขอบเขตความคุ้มครอง (Schutzbereich; scope of protection)

เนื่องจากบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพแต่ละมาตรานั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนด “พรมแดนในการดำเนินชีวิตอย่างเป็นอิสระของปัจเจกบุคคล” (Lebensbereiche)¹² ในด้านต่าง ๆ ซึ่งมีเนื้อหา เงื่อนไข และข้อจำกัดของความคุ้มครองที่แตกต่างกันออกไป ด้วยเหตุนี้ การกำหนด “ขอบเขตความคุ้มครอง” (Schutzbereich; scope of protection) ของสิทธิหรือเสรีภาพจึงเป็นไปเพื่อพิจารณาว่า การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของปัจเจกบุคคลนั้น จะได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นสิทธิหรือเสรีภาพประการใด ทั้งนี้ เพื่อจะได้พิจารณาต่อไปว่า ปัจเจกบุคคลจะสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพประการนั้นภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดประการใด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง รัฐจะสามารถจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดประการใดบ้าง โดยเฉพาะการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการนำเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 35 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย นั้น จำต้องพิจารณาว่า “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น” (หัวข้อที่ 1.1) และ “เสรีภาพในการนำเสนอข่าวสาร” (หัวข้อที่ 1.2) มีขอบเขตความคุ้มครองเช่นใด ทั้งในมุมมองของกฎหมายเปรียบเทียบและมุมมองของกฎหมายไทย ทั้งนี้ เพื่อนำหลักการที่ได้มาใช้ในการวิเคราะห์ว่า การนำเสนอข่าวจากรายการของผู้ฟ้องคดีในกรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564 นั้น จะอยู่ในขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพของสื่อมวลชนในการนำเสนอข่าวสาร

¹¹ รายละเอียด โปรดดู Manssen, Gerrit, *Staatrecht II Grundrechte*, 19. Aufl., München 2022, § 16 Rn. 396; Kingreen/Poscher/Pieroth/Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 32. Aufl., Heidelberg 2016, § 6 Rn. 220; Hufen, Friedhelm, *Staatrecht II Grundrechte*, 5. Aufl., München 2016; ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน*, พิมพ์ครั้งที่ 2 : 2562, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 210.

¹² Kingreen/Poscher/Pieroth/Schlink, *ibid*, § 6 Rn. 220; คำแปลภาษาไทยเป็นไปตาม ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *เพิ่งอ้าง*, หน้า 210.

และการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่ (หัวข้อที่ 1.3) โดยมีรายละเอียดในแต่ละประเด็นปัญหา ดังต่อไปนี้

1.1 เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ในฐานะที่เป็นพื้นฐานของเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น

ในการพิจารณาว่า “การแสดงความคิดเห็น” ในลักษณะใดจะเป็นวัตถุประสงค์แห่งการคุ้มครองของเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นได้มากน้อยเพียงใดนั้น จะต้องเริ่มจากการทำความเข้าใจความสำคัญของการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (หัวข้อที่ 1.1.1) เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในมุมมองกฎหมายเปรียบเทียบ (หัวข้อที่ 1.1.2) และขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในมุมมองกฎหมายไทย (หัวข้อที่ 1.1.3) ต่อไป

1.1.1 ความสำคัญของการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

ในรัฐเสรีประชาธิปไตย เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นพื้นฐานของการใช้สิทธิและเสรีภาพประการอื่นทั้งปวง เนื่องจากการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจะเริ่มต้นและดำรงอยู่ได้ก็ต่อเมื่อประชาชนได้มีโอกาสแสดงความคิดเห็นเพื่อวิพากษ์วิจารณ์ประสิทธิภาพในการดำเนินงานของรัฐในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในแง่มุมต่าง ๆ ซึ่งแนวคิดที่ให้ความสำคัญแก่การคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในฐานะที่เป็นพื้นฐานของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพทั้งปวงเช่นว่านี้เป็นแนวคิดที่เริ่มแพร่หลายตั้งแต่ในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 โดยในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้พิพากษา Benjamin N. Cardozo ได้แสดงทัศนะของตนไว้ในคดี Palko v. State of Connecticut เมื่อ ค.ศ. 1937 ว่า เสรีภาพทางความคิดและเสรีภาพในการพูด (freedom of thought and speech) นั้น เป็น “รากฐานที่สำคัญและเงื่อนไขที่ขาดเสียไม่ได้สำหรับการใช้เสรีภาพประการอื่นในเกือบทุกรูปแบบ”¹³ ส่วนในประเทศเยอรมนีนั้น ศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วางหลักการที่เกี่ยวข้องกับสถานะของการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในคดีตามคำพิพากษา ฉบับลงวันที่ 15 มกราคม ค.ศ. 1958 (คดี Lüth) ว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrecht) ในการใช้เสรีภาพเพื่อแสดงความคิดเห็นในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการแสดงออกถึงบุคลิกภาพของปัจเจกบุคคลในรูปแบบที่ชัดเจนที่สุดนั้น เป็นหนึ่งในสิทธิมนุษยชน (Menschenrechte) ที่สำคัญที่สุดในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเสรีภาพดังกล่าวเป็นเสรีภาพที่จะขาดเสียมิได้สำหรับการก่อร่างสร้างระเบียบพื้นฐานแห่งสังคมเสรีประชาธิปไตย”¹⁴ คำพิพากษาดังกล่าวจึงเป็นคำพิพากษาที่แสดงให้เห็นว่า ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Meinungsfreiheit) เป็นข้อความคิด

¹³ Palko v. State of Connecticut, 302 US 319, 327 (1937); “Freedom of expression is the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom.”

¹⁴ BverfGE 7, 198 (20 ff.) – Lüth; “Das Grundrecht auf Meinungsfreiheit ist als unmittelbarer Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt. Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend.”



ซึ่งเป็นศูนย์กลางของการสร้างรัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่¹⁵ หรือแม้กระทั่งในประเทศที่ไม่ปรากฏบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญเพื่อการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยตรง ดังเช่นในกรณีของประเทศออสเตรเลีย ศาลสูง (High Court) ได้ตีความว่า เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองโดยนัย (implied) จากรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์¹⁶

1.1.2 ขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในมุมมองกฎหมายเปรียบเทียบ

ถึงแม้ประเทศที่ยึดถือระบอบเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายจะมีทัศนะว่าการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจะเป็นรากฐานที่สำคัญของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงก็ตาม แต่ในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศก็มีการกำหนดรายละเอียดของขอบเขตการคุ้มครองการแสดงความคิดเห็นที่แตกต่างกันออกไป ดังต่อไปนี้

ในบริบทของ**ประเทศสหรัฐอเมริกา** การคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้รับรองคุณค่าทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกใน “รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่หนึ่ง” (First Amendment)¹⁷ เมื่อ ค.ศ. 1791 ต่อมา เมื่อ ค.ศ. 1989 ผู้พิพากษา William Brennan ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไว้ในคดี Texas v. Johnson¹⁸ ว่า “หากจะกล่าวว่าการใดหลักการหนึ่งจะเป็นหลักการที่ฝังรากลึกอยู่ในรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่หนึ่งแล้ว หลักการเช่นนั้นย่อมต้องเป็นหลักการที่ว่า รัฐบาลไม่สามารถกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันมีผลเป็นการห้ามการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น เพียงเพราะเหตุที่ว่า รัฐบาลเห็นว่าการแสดงความคิดเห็นเช่นนั้นเป็นความคิดเห็นที่ก้าวร้าว หรือเพียงเพราะตนไม่เห็นด้วยกับความคิดเห็นเช่นนั้น

¹⁵ Manssen, Gerrit, Staatrecht II Grundrechte, 19. Aufl., München 2022, § 16 Rn. 396; Kingreen/Poscher/Piero/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 32. Aufl., Heidelberg 2016, § 13 Rn. 611.

¹⁶ ตัวอย่างคดีที่วางหลักการเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เช่น คดี Australian Capital Television v Commonwealth (1992) 177 CLR 106 และคดี Coleman v Power (2004) 220 CLR 1 อ้างถึงใน Berendt Eric, Freedom of Expression, in : Rosenfeld, Michael/ Sajó, András, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, p. 892.

¹⁷ รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่หนึ่ง (First Amendment) “รัฐสภาจะต้องไม่ตรากฎหมายที่เป็นการสถาปนาศาสนาใดศาสนาหนึ่ง (an establishment of religion) หรือตรากฎหมายที่มีผลเป็นการห้ามการปฏิบัติให้เป็นไปตามความเชื่อตามศาสนาเช่นนั้น รวมไปถึงการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการลิดรอนเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (freedom of speech) เสรีภาพของสื่อมวลชน (freedom of the press) เสรีภาพของประชาชนในการชุมนุมอย่างสงบ (right of the people peaceably to assemble) หรือสิทธิในการร้องเรียนในกรณีที่ได้รับบาดเจ็บหรือเสียหายจากการดำเนินงานของรัฐ (right to petition the Government for a redress of grievances)”

¹⁸ Texas v. Johnson., 491 U.S. 397 (1989), [Online], retrieved from <https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/491/397.html> เมื่อ 9 มิถุนายน 2566.

เท่านั้น”¹⁹ ด้วยเหตุนี้ ในบริบทของประเทศสหรัฐอเมริกา การคุ้มครองการแสดงความคิดเห็นจึงครอบคลุมการแสดงความคิดเห็นที่รุนแรงหรือที่เป็นปฏิปักษ์กับรัฐบาลอีกด้วย²⁰

ในบริบทของ**ประเทศแคนาดา** ศาลฎีกาแห่งประเทศแคนาดา (Supreme Court of Canada) ได้วินิจฉัยว่า มาตรา 2 (b) แห่งกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประเทศแคนาดา (the Canadian Charter of Rights and Freedoms)²¹ เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองถึง “การแสดงออกในทุกูปแบบที่มุ่งประสงค์ต่อการสื่อความหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง” (any form of activities attempting to convey a meaning) ด้วยเหตุนี้ ในระบบกฎหมายแคนาดา เฉพาะการกระทำที่การแสดงความคิดเห็นที่เป็นไปในแนวทางที่รุนแรงอย่างยิ่งเท่านั้นที่ไม่อยู่ในขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

ในบริบทของ**ประเทศเยอรมนี** ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ตีความว่า “การแสดงความคิดเห็น” (Meinungsäußerungen) ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ หรือที่เรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Grundgesetz)²² นั้น หมายถึง “การประเมินค่า” (Werturteile) ทั้งปวง ไม่ว่าจะเป็นการประเมินค่าเช่นนั้นจะเกี่ยวข้องหรือไม่เกี่ยวข้องกับการเมือง จะเกี่ยวข้องกับประเด็นสาธารณะ หรือประเด็นส่วนบุคคล จะมีเหตุผลหรือไม่มีเหตุผล จะมีคุณค่าหรือไร้คุณค่าก็ตาม²³ ด้วยเหตุนี้ แม้กระทั่งการแสดงความคิดเห็นที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง ก่อให้เกิดความตื่นตระหนก เป็นการรบกวนจิตใจบุคคลอื่น หรือการแสดงความเห็นเช่นนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจ (wirtschaftliche Vorteile)

¹⁹ “If there is a bedrock principle underlying the First Amendment, it is that government may not prohibit the expression of an idea simply because it finds it offensive or disagreeable.”

²⁰ รายละเอียดเกี่ยวกับขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในบริบทของประเทศสหรัฐอเมริกา โปรดดู อัสวิน อุดทาคำ, “ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงออก : ศึกษากรณีคำพิพากษาหรือการกระทำที่สร้างความเกลียดชังตามแนวคำวินิจฉัยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและศาลสหรัฐอเมริกา” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 77-83.

²¹ the Canadian Charter of Rights and Freedoms

Section 2 “Everyone has the following fundamental freedoms: ...

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication; ...”

²² รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

มาตรา 5 วรรคหนึ่ง “บุคคลทุกคนย่อมมีเสรีภาพในการแสดงและเผยแพร่ความคิดเห็นของตนด้วยคำพูด ตัวอักษร หรือภาพ และเสรีภาพในการเข้าถึงข้อมูลจากแหล่งข้อมูลที่เข้าถึงได้โดยทั่วไปโดยปราศจากอุปสรรคขัดขวาง เสรีภาพของสื่อมวลชนและเสรีภาพในการนำเสนอข้อมูลผ่านทางวิทยุ โทรทัศน์ หรือภาพยนตร์ ย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ การเซ็นเซอร์เป็นสิ่งที่ไม่สามารถกระทำได้”

²³ คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ฉบับลงวันที่ 22 มิถุนายน ค.ศ. 1982 (BverfG Urteil vom 22.6.1982 – 1 BvR 1376/79) และคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ฉบับลงวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 1983 (BVerfG Urteil vom 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 – u.a.)



ไปพร้อมกันด้วยก็ตาม²⁴ ยังคงเป็นการแสดงความคิดเห็นที่อยู่ในขอบเขตความคุ้มครองของมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน อยู่เช่นกัน

ส่วน “การกล่าวอ้างข้อเท็จจริง” (Tatsachenbehauptung) จะอยู่ในขอบเขตความคุ้มครองของมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน หรือไม่นั้น ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันในทางวิชาการ โดยแนวความเห็นส่วนหนึ่งเห็นว่า การกล่าวอ้างข้อเท็จจริงไม่อยู่ในขอบเขตความคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น²⁵ อย่างไรก็ตาม แนวความเห็นอีกส่วนหนึ่งอันเป็นแนวความเห็นที่สอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองของประเทศเยอรมนีในปัจจุบันเห็นว่า การประเมินค่าของสิ่งใดสิ่งหนึ่งย่อมมาพร้อมกับการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเสมอ กล่าวคือ เพียงแค่การเลือกที่จะนำเสนอหรือไม่นำเสนอข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือเลือกที่จะนำเสนอข้อเท็จจริงในบริบทอย่างใดอย่างหนึ่งก็อาจเรียกว่า เป็นการประเมินค่าของสิ่งนั้นไปเป็นที่เรียบร้อยแล้ว²⁶ ด้วยเหตุนี้ การแยกการประเมินค่าออกจากการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงจึงไม่สามารถกระทำได้ในความเป็นจริง²⁷ อย่างไรก็ตาม คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ลงวันที่ 9 ตุลาคม ค.ศ. 1991²⁸ ได้วางหลักการไว้ว่า การกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งจะอยู่ในขอบเขตความคุ้มครองของมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน ก็ต่อเมื่อการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเช่นนั้นเป็น “เงื่อนไขที่สำคัญต่อการแสดงความคิดเห็น” (Voraussetzung der Bildung von Meinungen) เท่านั้น นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์²⁹ ยังได้วินิจฉัยต่อไปอีกว่า การกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งที่ได้รับการพิสูจน์แล้วว่าไม่เป็นความจริง หรือการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งทั้งที่ผู้กล่าวอ้างรู้ว่าจะไม่เป็นความจริง (erwiesen oder bewusst unwahre

²⁴ BVerfGE 30, 336 (352); BVerfGE 95, 173 (182); BVerfGE 102, 347 (359); BGHZ 130, 196 (203); Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 14. Aufl., München 2016, § 5 Rn. 5. รายละเอียดของข้อโต้แย้งที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่เกิดจากการกระทำในเชิงเศรษฐกิจ โปรดดู Hufen, Friedhelm, Staatsrecht II Grundrechte, 5. Aufl., München 2016, § 25 Rn. 9.

²⁵ Huster, NJW 1996, 487.

²⁶ Kingreen/Poscher/Pieroth/Schlink, *Supra note 11*, § 13 Rn. 618; ในบริบทของเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวและการแสดงความคิดเห็นนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้แสดงทัศนะไว้ในคำพิพากษา ฉบับลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1961 (BVerfG vom 28.2.1961 – 2 BvG 1/60 – u.a.) ว่า “การเลือกและออกแบบรายการที่สื่อมวลชนต้องการนำเสนอ นั้น ย่อมเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจที่จะนำเสนอหรือไม่นำเสนอสิ่งใดสิ่งหนึ่งอย่างแยกออกจากกันไม่ได้”

²⁷ Herzog, MD, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 51; Schulze-Fielitz, DR, Art. 5 I, II Rn. 65.

²⁸ BVerfG Beschluss vom 9.10.1991 – 1 BvR 1555/88.

²⁹ คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ฉบับลงวันที่ 22 มิถุนายน ค.ศ. 1982 (BVerfG Urteil vom 22.6.1982 – 1 BvR 1376/79), คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ฉบับลงวันที่ 9 ตุลาคม ค.ศ. 1991 (BVerfG Beschluss vom 9.10.1991 – 1 BvR 1555/88) และคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ฉบับลงวันที่ 10 พฤศจิกายน ค.ศ. 1991 (BVerfG Beschluss vom 10.11.1998 – 1 BvR 1531/96)

Tatsachenbehauptung) นั้น ไม่อยู่ในขอบเขตความคุ้มครองของมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน³⁰ ด้วยเหตุนี้ จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า ในบริบทกฎหมายเยอรมัน นิยามของ “การแสดงความคิดเห็น” เป็นนิยามที่ต้องตีความอย่างกว้าง³¹ โดยครอบคลุมทั้งการแสดงความคิดเห็นและการนำเสนอข้อเท็จจริงที่จำเป็นต่อการนำเสนอความคิดเห็นนั่นเอง

เมื่อพิจารณาขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ในมุมมองของกฎหมายต่างประเทศแล้วจะเห็นได้ว่า แม้ในบริบทของแต่ละประเทศจะมีการกำหนดขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นด้วยการกำหนดสิ่งที่มีใช้ “การแสดงความคิดเห็น” ในลักษณะที่แตกต่างออกไป เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศแคนาดาใช้ระดับความรุนแรงของการสื่อความหมายด้วยการพูด การเขียน หรือการแสดงออกโดยวิธีอื่น ๆ เป็นเกณฑ์ หรือประเทศเยอรมนีใช้ลักษณะและความจริงหรือเท็จของข้อความที่ถูกกล่าวอ้างเป็นเกณฑ์ก็ตาม แต่ลักษณะของการกำหนดขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ร่วมกันของประเทศเหล่านี้ คือ การกำหนดนิยามของ “การแสดงความคิดเห็น” ให้เป็นนิยามที่มีความหมายอย่างกว้างเป็นหลัก โดยให้ครอบคลุมลักษณะของการแสดงออกให้ได้มากที่สุด ทั้งในแง่ของรูปแบบและเนื้อหา ส่วนประเด็นปัญหาว่าการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของรัฐจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น เป็นสิ่งที่จะไปพิจารณาอย่างละเอียดในขั้นตอนของการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้มาตรการในการแทรกแซงการใช้เสรีภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การพิจารณาว่ามาตรการเช่นนั้น เป็นการใช้มาตรการเพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ ด้วยเหตุนี้ ในทัศนะของผู้เขียนแล้ว การพิจารณาขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจึงเป็น “ตะแกรงกรองอย่างหยาบ” สำหรับการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการของรัฐที่ใช้ในการแทรกแซงการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเท่านั้น

1.1.3 ขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในมุมมองกฎหมายไทย

เมื่อพิจารณาถ้อยคำตามมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แล้ว บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

³⁰ อย่างไรก็ตาม มีผู้วิพากษ์วิจารณ์ว่า การนำประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความจริงเท็จของข้อมูลหรือความรู้สำนึกของปัจเจกบุคคลผู้แสดงความคิดเห็นมาพิจารณาเพื่อกำหนดขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตั้งแต่ต้นนั้น เป็นการกำหนดให้การแสดงความคิดเห็นในหลายรูปแบบอยู่นอกขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยไม่จำเป็น ทั้งที่ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความจริงเท็จของข้อมูลหรือความรู้สำนึกของปัจเจกบุคคลผู้แสดงความคิดเห็นควรจะไปพิจารณาประกอบในขั้นตอนของการวิเคราะห์ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น รายละเอียด โปรดดู Hufen, Friedhelm, *Supra* note 11, § 25 Rn. 8 ซึ่งอ้างถึง Schulze-Fielitz, in Dreier, GG, Art 5 I, II, Rn. 64.

³¹ BVerfGE 61, 1 (9); Manssen, Gerrit, *Supra* note 11, § 16 Rn. 396.

ครอบคลุมไปถึงการแสดงออกด้วย “การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น” อันเป็นการยืนยันหลักการว่า ในเชิงรูปแบบแล้ว เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นย่อมเป็นเสรีภาพที่คุ้มครองการแสดงออกโดยไม่จำกัดวิธีการ

อย่างไรก็ตาม กลับไม่ปรากฏคำอธิบายความหมายของคำว่า “การแสดงความคิดเห็น” ในเชิงเนื้อหาที่เป็นรูปธรรม ทั้งในถ้อยคำตามมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาศาลปกครอง หรือแม้กระทั่งใน “ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายการมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560” อันเป็นเอกสารที่สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ “...บอกเล่าความมุ่งหมายและความหมายของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแต่ละมาตรา” และ “...บอกเล่าถึงเหตุผล ความเป็นมาของแนวคิดที่นำมาบัญญัติ พัฒนาการของมาตรานั้น ๆ ตั้งแต่ในอดีตจนถึงแนวความคิด และความมุ่งหมายล่าสุดของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญในการจัดทำบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในมาตรานั้น ๆ”³² ก็ตาม โดยเอกสารดังกล่าวอธิบายแต่เพียงว่า เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นเสรีภาพที่ได้รับการรับรองในฐานะที่เป็น “คุณค่าระดับสากล”³³ ด้วยเหตุนี้ ในบริบทของกฎหมายไทย การตีความคำว่า “การแสดงความคิดเห็น” จึงต้องตีความในความหมายอย่างกว้างเพื่อให้ครอบคลุมถึงเนื้อหาของการแสดงออกให้ได้มากที่สุดเช่นกัน ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการสากลดังที่ปรากฏในเจตนารมณ์ของการร่างรัฐธรรมนูญ ส่วนรายละเอียดของความคุ้มครองจะเป็นเช่นใดนั้น เป็นหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองในการอธิบายนิยามของการแสดงความคิดเห็นให้เหมาะสมกับบริบทในแต่ละยุคสมัยต่อไป

1.2 เสรีภาพของสื่อมวลชนในการนำเสนอข่าวสาร

นอกจากเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นแล้ว รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ เช่น ประเทศเยอรมนียังได้กำหนดการคุ้มครองเสรีภาพของสื่อมวลชนเพิ่มขึ้นอีกด้วย โดยเสรีภาพของสื่อมวลชนยังคงเป็นเสรีภาพที่สัมพันธ์กับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในฐานะที่เป็น “สิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารระหว่างบุคคล” (Kommunikationsgrundrechte) เช่นเดียวกัน³⁴ ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมัน เสรีภาพของสื่อมวลชน (Rundfunksfreiheit) นั้น เป็นเสรีภาพที่ครอบคลุม “การกระทำทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของสื่อมวลชน” (alle mit der Veranstaltung von Rundfunk zusammenhängenden Tätigkeiten)³⁵ ตั้งแต่กระบวนการของการได้มาซึ่งข้อมูล

³² สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายการมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, [ออนไลน์], คำนำ หน้า ข, เข้าถึงจาก <https://dl.parliament.go.th/backoffice/viewer2300/web/viewer.php> เมื่อ 9 มิถุนายน 2566.

³³ เฟิงอว่ง, หน้า 49, โดยกล่าวว่า เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR)

³⁴ Manssen, *Supra note 11*, § 16 Rn. 394.

³⁵ Manssen, *Supra note 11*, § 16 Rn. 423.

การผลิตรายการ ไปจนถึงการเผยแพร่รายการสู่สาธารณชน³⁶ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การกระทำที่อยู่ในขอบเขต ความคุ้มครองเสรีภาพของสื่อมวลชน ประกอบไปด้วย เสรีภาพในการจัดรูปแบบองค์กรและรูปแบบ ในการหาแหล่งเงินทุน (Organisation und Finanzierung)³⁷ เสรีภาพในการเข้าถึงและรวบรวมข้อมูล จากแหล่งข้อมูลที่หลากหลาย (Sammlung von Informationen)³⁸ และเสรีภาพในการออกแบบเนื้อหา ของรายการที่ต้องการนำเสนอต่อสาธารณชน (Programmgestaltungsfreiheit)³⁹ นั่นเอง

ในบริบทของกฎหมายไทยได้มีการกำหนดบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองเสรีภาพ ของสื่อมวลชนเพิ่มเติมจากการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเช่นเดียวกัน โดยมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้บุคคลซึ่งประกอบวิชาชีพสื่อมวลชน นอกจากจะมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ยังมีเสรีภาพในการ “นำเสนอข่าวสาร” อีกด้วย

1.3 การนำเสนอข่าวจากรายการของผู้ฟ้องคดีอยู่ในขอบเขตความคุ้มครอง ของมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่

เมื่อได้พิจารณาแล้วว่า มาตรา 35 วรรคหนึ่ง เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองเสรีภาพ ของสื่อมวลชนในการนำเสนอข่าวสารทั้งในรูปแบบที่เป็นการนำเสนอข้อเท็จจริงและความคิดเห็น ด้วยเหตุนี้ การดำเนินรายการพิพาททั้ง 5 รายการ ซึ่งประกอบไปด้วยการนำเสนอข้อเท็จจริงจากคลิปสัมภาษณ์ ของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องและการแสดงความคิดเห็นของผู้ดำเนินรายการ โดยไม่ปรากฏถึงการจงใจบิดเบือน ข้อเท็จจริงแต่อย่างใด จึงเป็นการนำเสนอข่าวสารที่อยู่ในความคุ้มครองของมาตราดังกล่าว ส่วนประเด็นปัญหาว่า ถ้อยคำที่ผู้ดำเนินรายการใช้เป็นถ้อยคำที่เมื่อพิจารณาในมุมมองของผู้ถูกฟ้องคดีแล้ว อาจก่อให้เกิด ความเกลียดชังหรือแตกแยกกันในสังคม อันจะส่งผลต่อความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่งพักใช้ใบอนุญาต ให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลหรือไม่นั้น เป็นสิ่งที่ต้องพิจารณา ในขั้นตอนของการวิเคราะห์ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรการที่รัฐใช้ในการแทรกแซงการใช้เสรีภาพ ของสื่อมวลชนในการนำเสนอข่าวสาร (Rechtfertigung; justification)⁴⁰ ต่อไป

2. การกระทำอันเป็นมาตรการเพื่อแทรกแซงการใช้เสรีภาพ (Eingriff; encroachment)

เมื่อพิจารณาได้ความแล้วว่า การกระทำของผู้ฟ้องคดีอยู่ในขอบเขตความคุ้มครอง ของเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แล้ว กรณีมีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่า การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง มีลักษณะเป็นการใช้มาตรการเพื่อแทรกแซงการใช้เสรีภาพของผู้ฟ้องคดีหรือไม่

³⁶ BVerfGE 77, 65 (74).

³⁷ VerfGE 59, 231 (260).

³⁸ BVerfGE 91, 125 (134).

³⁹ BVerfGE 59, 231 (260).

⁴⁰ รายละเอียดโปรดดูต่อไปในหัวข้อที่ 3.



หากพิจารณาหลักคิดทางทฤษฎีที่ใช้ในระบบกฎหมายเยอรมัน⁴¹ การใช้มาตรการเพื่อแทรกแซงการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นนั้น สามารถกระทำได้ 2 รูปแบบ ได้แก่ **รูปแบบที่หนึ่ง** โดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมุ่งประสงค์ต่อการแทรกแซงการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นโดยตรง (unmittelbarer gezielter Eingriff) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดกฎหมายให้มีผลต่อผู้ประกอบการกิจการสื่อมวลชนเป็นการทั่วไป หรือการออกคำสั่งแก่ผู้ประกอบการกิจการสื่อมวลชนเป็นการเฉพาะราย โดยมุ่งประสงค์ให้ผู้ประกอบการกิจการสื่อมวลชนไม่สามารถออกแบบเนื้อหาหรือวิธีการเผยแพร่รายการสู่สาธารณชนได้อย่างอิสระ⁴² หรือ**รูปแบบที่สอง** การกระทำที่มีผลเป็นการแทรกแซงการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นโดยอ้อม (mittelbarer Eingriff) กล่าวคือ เป็นการกระทำที่มีผลเป็นการขัดขวางการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นในทางความเป็นจริง (faktische Beeinträchtigung)

แม้ในระบบกฎหมายไทยจะยังมิได้มีการวางหลักการทางทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับลักษณะของการใช้มาตรการเพื่อแทรกแซงการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นก็ตาม แต่การออกคำสั่งทางปกครองเพื่อพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลของผู้ฟ้องคดี ย่อมทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถนำเสนอข่าวสารได้ภายในระยะที่กำหนดไว้ในคำสั่ง การออกคำสั่งดังกล่าวจึงเป็นการใช้มาตรการของฝ่ายปกครองเพื่อแทรกแซงเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 35 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อย่างชัดเจน

3. ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้มาตรการเพื่อแทรกแซงการใช้เสรีภาพ (Rechtfertigung; justification)

เมื่อการออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลเป็นการใช้มาตรการเพื่อแทรกแซงการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 35 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แล้วจึงมีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่า การแทรกแซงการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นด้วยการออกคำสั่งในรูปแบบดังกล่าว เป็นการแทรกแซงการใช้เสรีภาพที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ โดยเริ่มจากการพิจารณาหลักการทั่วไปเกี่ยวกับลักษณะและผลของเงื่อนไขสำหรับการจำกัดการใช้เสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (หัวข้อที่ 3.1) เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดเสรีภาพ (หัวข้อที่ 3.2) และความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัล (หัวข้อที่ 3.3) เป็นลำดับถัดไป

⁴¹ Hufen, Friedhelm, *Supra note 11*, § 25 Rn. 15 - 18; Manssen, Gerit, *Supra note 11*, § 25 Rn. 395.

⁴² Sodan/Ziekow, *Grundkurs öffentliches Recht*, 10. Auflage 2023, § 32 Rn. 22.

3.1 หลักการทั่วไปเกี่ยวกับเงื่อนไขสำหรับการจำกัดการใช้เสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

การใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดการใช้เสรีภาพอย่างใดอย่างหนึ่งจะเป็นการใช้มาตรการที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อการใช้มาตรการเช่นนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดเสรีภาพ (Schranken) ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (รายละเอียดเป็นไปตามหัวข้อ 3.1.1) และเป็นมาตรการที่คำนึงถึงขอบเขตหรือข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับการใช้เงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดเสรีภาพ (Schranken-Schranken) เช่นว่าน้อยอย่างเพียงพอ (รายละเอียดเป็นไปตามหัวข้อ 3.1.1) โดยรายละเอียดของหลักการทางทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดเสรีภาพ และขอบเขตหรือข้อจำกัดสำหรับการใช้เงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดเสรีภาพ มีดังต่อไปนี้

3.1.1 เงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดเสรีภาพ (Schranken)

เนื่องจากมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลนั้น จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ การจำกัดเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจึงมิใช่สิ่งที่สามารถจะกระทำได้อย่างอำเภอใจ แต่เป็นสิ่งที่ต้องกระทำโดยคำนึงถึงเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยเฉพาะสำหรับการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพแต่ละประการประกอบกันด้วย⁴³ โดยในทางทฤษฎี⁴⁴ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสามารถกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพได้ 2 รูปแบบ คือ **รูปแบบที่หนึ่ง** สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยมีเงื่อนไขธรรมดาในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ (Grundrechte mit einfachem Gesetzesvorbehalt) เช่น มาตรา 37 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติให้การกำหนดขอบเขตและการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินและการสืบมรดกนั้นสามารถกระทำได้โดยการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดขอบเขตหรือจำกัดสิทธิดังกล่าว โดยมีได้กำหนดลักษณะของกฎหมายที่สามารถนำมาใช้ในการกำหนดขอบเขตหรือจำกัดสิทธิแต่อย่างใด **รูปแบบที่สอง** สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยมีเงื่อนไขพิเศษในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ (Grundrechte mit qualifiziertem Gesetzesvorbehalt) ดังเช่นในกรณีของมาตรา 34 ซึ่งบัญญัติให้การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นสามารถทำได้เฉพาะแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในมาตราดังกล่าว ดังต่อไปนี้ **ประการที่หนึ่ง** เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ **ประการที่สอง** เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น **ประการที่สาม** เพื่อรักษา

⁴³ ชื่อเรียกอย่างอื่นของ “เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เฉพาะสำหรับการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ” (Schranken) เช่น “ข้อยกเว้นการคุ้มครองเสรีภาพ” ซึ่งเป็นคำแปลที่ปรากฏใน มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, 2562, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, หน้า 100.

⁴⁴ รายละเอียดของลักษณะในการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแต่ละประเภท โปรดดูต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 11, หน้า 215-249.

ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือ**ประการที่สี่** เพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ในกรณีของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยมีเงื่อนไขพิเศษในการตรากฎหมาย จำกัดสิทธิ ดังเช่นในกรณีของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีดุลพินิจที่จะตรากฎหมาย เพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้อย่างอิสระ แต่ต้องตรากฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งในสี่ประการตามที่มาตรา 34 วรรคหนึ่ง กำหนดนั่นเอง

แม้ถ้อยคำตามบทบัญญัติมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย จะกำหนดให้ “จริยธรรมแห่งวิชาชีพ” เป็นข้อจำกัดของปัจเจกบุคคลในการใช้เสรีภาพ ของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น โดยมีได้กำหนดเงื่อนไขที่ฝ่ายนิติบัญญัติ จะใช้ในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดการใช้เสรีภาพดังกล่าวก็ตาม แต่เมื่อบทบัญญัติตามมาตรานี้ได้บัญญัติ ให้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นส่วนหนึ่งของการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าการจะพิจารณาถึงเงื่อนไขที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะใช้ในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดการใช้เสรีภาพในส่วนที่เกี่ยวข้อง กับการแสดงความคิดเห็นของสื่อมวลชนจึงต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ซึ่งกำหนดเงื่อนไขของการตรากฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นประกอบด้วย โดยผลของการนำเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตราดังกล่าวมาพิจารณาประกอบกับการคุ้มครองเสรีภาพ ของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 35 วรรคหนึ่ง คือ การตรากฎหมาย เพื่อจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นจะกระทำไดก็ต่อเมื่อ กฎหมายเช่นนั้นเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพ ของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพ ของประชาชนอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น

3.1.2 ขอบเขตหรือข้อจำกัดสำหรับการใช้เงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐ เพื่อจำกัดเสรีภาพ (Schraken-Schraken)

เนื่องจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแต่ละมาตราต่างมีลักษณะเป็น “บรรทัดฐานทางกฎหมาย” (Norm) อยู่ในตัว บทบัญญัติซึ่งกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน จึงอาจถูกกำหนดขอบเขตหรือจำกัดด้วยบรรทัดฐานทางกฎหมายประการอื่นได้ด้วยเช่นกัน⁴⁵ ด้วยเหตุนี้ ในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนและการนำกฎหมายดังกล่าวไปใช้กับข้อเท็จจริง ที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี ผู้ตรากฎหมายหรือผู้ใช้กฎหมายจึงต้องคำนึงถึงขอบเขตหรือข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญ กำหนดไว้สำหรับการใช้เงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดเสรีภาพ (Schraken-Schraken) เสมอ

ด้วยเหตุนี้ นอกจากเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ประกอบ มาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว การพิจารณาเงื่อนไข สำหรับการตรากฎหมายเพื่อจำกัดการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดง

⁴⁵ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 11, หน้า 234.

ความคิดเห็นนั้น ยังต้องคำนึงถึงขอบเขตหรือข้อจำกัดประการอื่นที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับจำกัดการใช้เสรีภาพดังกล่าวอีกด้วย⁴⁶ โดยมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁴⁷ ได้กำหนดขอบเขตหรือข้อจำกัดสำหรับการตรากฎหมายเพื่อจำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนโดยทั่วไปไว้ 5 ประการ ได้แก่ **ประการที่หนึ่ง** กฎหมายที่จำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนจะต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม **ประการที่สอง** กฎหมายที่จำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนจะต้องไม่เป็นกฎหมายที่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรแก่เหตุ **ประการที่สาม** กฎหมายที่จำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนจะต้องไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ **ประการที่สี่** กฎหมายที่จำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนจะต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย และ**ประการที่ห้า** กฎหมายที่จำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป กล่าวคือ จะต้องเป็นกฎหมายที่ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง

ทั้งนี้ ในบทวิเคราะห์คดีฉบับนี้จะได้กล่าวถึงขอบเขตหรือข้อจำกัดสำหรับการใช้เงื่อนไขในการใช้มาตรการของรัฐเพื่อจำกัดเสรีภาพ ทั้งในรูปแบบของการตรากฎหมายและการออกคำสั่งทางปกครอง อันเป็นหลักการที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมันและเป็นหลักการที่สำคัญต่อการวิเคราะห์คดีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564 2 ประการ ได้แก่ **ประการที่หนึ่ง** ทฤษฎีความสัมพันธ์แลกเปลี่ยนระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานและกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน (Wechselwirkungstheorie) และ**ประการที่สอง** หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)

⁴⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรา 26 “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”

⁴⁷ แม้มาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จะได้กำหนดให้ขอบเขตและข้อจำกัดทั้ง 5 ประการ ที่จะกล่าวดังต่อไปนี้ เป็นข้อจำกัดที่จะใช้ในกรณีที่ “รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไข (ประการอื่น) ไว้” ก็ตาม แต่ขอบเขตและข้อจำกัดในการใช้สิทธิหรือเสรีภาพทั้ง 5 ประการนี้ เป็นหลักการขั้นพื้นฐานที่จะขาดเสียมิได้สำหรับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ขอบเขตและข้อจำกัดทั้ง 5 ประการดังกล่าว จึงเป็นขอบเขตและข้อจำกัดที่ต้องนำมาใช้ทั้งในการพิจารณาเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยมีเงื่อนไขธรรมดาในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ (Grundrechte mit einfachem Gesetzesvorbehalt) และการพิจารณาเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยมีเงื่อนไขพิเศษในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ (Grundrechte mit qualifiziertem Gesetzesvorbehalt) ไว้แล้วเช่นกัน



(1) ทฤษฎีความสัมพันธ์แลกเปลี่ยนระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานและกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน (Wechselwirkungstheorie)

“ทฤษฎีความสัมพันธ์แลกเปลี่ยนระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานและกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน” (Wechselwirkungstheorie) หรือที่เรียกว่า “ทฤษฎีชิงช้า” (Schaukeltheorie) เป็นทฤษฎีที่เรียกร้องให้กฎหมายที่ใช้ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจะต้องเป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในเรื่องนั้น ๆ⁴⁸ กล่าวเฉพาะในบริบทของการจำกัดการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น กล่าวคือ มิใช่ว่าการที่กฎหมายซึ่งใช้ในการจำกัดการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นจะตราขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 34 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แล้ว กฎหมายเช่นนั้นจะเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสมอไป หากแต่ศาลจะต้องพิจารณาถึงการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวให้เข้ากับวัตถุประสงค์และบริบทของการคุ้มครองการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น⁴⁹ โดยศาลจะต้องตีความโดยคำนึงถึงความสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานในสังคมเสรีประชาธิปไตย (Bedeutung des Grundrechts im freiheitlich-demokratischen Staat) และนำคุณค่าเช่นนั้นมาเป็นข้อจำกัดของกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น อีกชั้นหนึ่งด้วย⁵⁰ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างความสำคัญของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารระหว่างบุคคล (Kommunikationsgrundrecht) กับคุณค่าประการอื่นที่เป็นวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายที่ใช้ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน และตีความกฎหมายเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างคุณค่าทั้งสองประการดังกล่าว⁵¹ โดยในกรณีที่เป็นอย่างสงสัย ศาลจะต้องตีความกฎหมายให้เป็นคุณกับปัจเจกบุคคลผู้ทรงเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น⁵² ผลจากการตีความกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นด้วยทฤษฎีความสัมพันธ์แลกเปลี่ยนระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานและกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน คือ กฎหมายที่ใช้ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจะถูกตีความแคบที่สุดเพื่อให้การใช้เสรีภาพของปัจเจกบุคคลถูกจำกัดน้อยที่สุดเท่าที่เป็นไปได้⁵³

⁴⁸ Hufen, *Supra* note 11, § 9 Rn. 13.

⁴⁹ Manssen, *Supra* note 11, § 16 Rn. 448.

⁵⁰ BVerfGE 71, 206 (214).

⁵¹ BVerfGE 35, 202 (224).

⁵² BVerfGE 61, 1 (11).

⁵³ Manssen, *Supra* note 11, § 16 Rn. 448.

(2) หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)

เงื่อนไขสำคัญและเป็นรูปธรรมที่สุดสำหรับการกำหนดขอบเขตในการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนตามทัศนะของผู้เขียน ได้แก่ การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยคำนึงถึง “**หลักความพอสมควรแก่เหตุ**” (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) อันเป็นหลักการที่เรียกร้องให้การกระทำใด ๆ ของรัฐที่กระทบสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน ทั้งในรูปแบบของการตรากฎหมายหรือการออกคำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง รัฐจะเข้าไปแทรกแซงการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เท่าที่จำเป็นต่อการดำเนินการของรัฐบาลที่ประโยชน์สาธารณะจะบรรลุผลเท่านั้น⁵⁴ โดยในการตรวจสอบความชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุของการกระทำของรัฐที่กระทบสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนนั้น สามารถกระทำได้ใน 3 ขั้นตอน ดังต่อไปนี้⁵⁵ **ขั้นตอนที่หนึ่ง** พิจารณาว่ามาตรการที่เลือกใช้นั้น มีความเหมาะสม (Geeignetheit, suitability) หรือไม่ กล่าวคือ เป็นขั้นตอนที่รัฐจะต้องตรวจสอบว่า วิธีการที่รัฐเลือกใช้นั้น เป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้จริงหรือไม่ **ขั้นตอนที่สอง** พิจารณาว่ามีความจำเป็น (Erforderlichkeit, necessity) ที่รัฐจะต้องใช้มาตรการที่เลือกไว้หรือไม่ กล่าวคือ ในกรณีที่มีมาตรการให้รัฐเลือกใช้ได้หลายมาตรการนั้น จะต้องไม่มีวิธีการอื่นที่หากนำมาใช้แล้วกระทบสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่า (milderes Mittel) แต่เป็นมาตรการที่ได้ผลเท่าเทียมกันกับวิธีการที่รัฐได้เลือกไว้ (ebenso wirksames Mittel) และ**ขั้นตอนที่สาม** มาตรการที่รัฐเลือกใช้จะต้องเป็นมาตรการที่ได้สัดส่วน (Angemessenheit, balancing) กล่าวคือ ต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างความร้ายแรงของผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (Schwere des Eingriffs) กับความจำเป็นและเร่งด่วนของเหตุผลที่ใช้ในการดำเนินการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน (Gewicht und Dringlichkeit der rechtfertigenden Gründe) โดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของรัฐจะเป็นการกระทำที่ไม่พอสมควรแก่เหตุ ก็ต่อเมื่อผลกระทบที่ปัจเจกบุคคลได้รับนั้นรุนแรงกว่าประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับอย่างมีนัยสำคัญ (ersichtlich wesentlich schwerer wiegen)⁵⁶ ด้วยเหตุนี้ การตรากฎหมายและการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งซึ่งมีผลเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น

⁵⁴ Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl., München 2016, Rn. 229.

⁵⁵ ในบางตำราอาจแบ่งเป็น 4 ขั้นตอน โดยเพิ่มขั้นตอนของการหาความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ (Zweck- und Mittelprüfung) หรือการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของวัตถุประสงค์ (Legitimacy of the End) เป็นขั้นตอนแรก กล่าวคือ ตรวจสอบว่าวิธีการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้นั้น นำไปสู่วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ รายละเอียดเป็นไปตาม Detterbeck, Steffen, *Ibid.*, Rn. 229 ff.; Schlink, Bernhard, Proportionality (1), in : Rosenfeld, Michel and Sajó. András (eds), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, (London : Oxford University Press, 2013), p. 720.

⁵⁶ BVerfGE 44, 353 (373).



ที่ไม่ใช่มาตรการที่เหมาะสม (geeignet) ไม่ใช่มาตรการที่จำเป็น (erforderlich) หรือไม่ใช่มาตรการที่ได้สัดส่วน (angemessen) อย่างใดอย่างหนึ่ง กฎหมายหรือการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งเช่นนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองนั้น คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยอาศัยฐานจากการใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญหรือมีลักษณะเป็นการใช้ดุลพินิจต่อข้อเท็จจริงรายการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้โดยศาลปกครอง⁵⁷

3.2 ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดเสรีภาพ

ในคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564 นี้ ผู้ฟ้องคดีได้แย้งการใช้ดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในการออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัล โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 64 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ซึ่งได้กำหนดเงื่อนไขในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลว่า จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และเป็นกรณีที่เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ด้วยเหตุนี้ จึงมีประเด็นต้องพิจารณาเสียก่อนว่า มาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน รวมไปถึงข้อ 3 (5) ของประกาศคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ชอบด้วยเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่

3.2.1 ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติ

การประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 37 วรรคหนึ่ง นั้น เมื่อบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดประเภทรายการซึ่งห้ามมิให้ออกอากาศไว้ 4 ประเภทหลัก ได้แก่ **ประเภทที่หนึ่ง** รายการที่มีเนื้อหาสาระที่ก่อให้เกิดการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข **ประเภทที่สอง** รายการที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน **ประเภทที่สาม** รายการซึ่งมีการกระทำซึ่งเข้าลักษณะลามกอนาจาร และ**ประเภทที่สี่** รายการซึ่งมีผลกระทบต่อการให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง เช่นนี้แล้ว การกำหนดรายการซึ่งต้องห้ามออกอากาศประเภทที่หนึ่ง ประเภทที่สอง และประเภทที่สาม เป็นการจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐและเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ในขณะที่การกำหนดรายการซึ่งต้องห้ามออกอากาศประเภทที่สี่เป็นการจำกัดเสรีภาพ

⁵⁷ ในบริบทของกฎหมายไทย การใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจที่อาจถูกเพิกถอนได้โดยศาลปกครอง เนื่องจากเป็น “การใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ” ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะ เพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชนตามมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ด้วยเหตุนี้ จึงสรุปได้ว่า มาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียง และกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 เป็นกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชน ในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นซึ่งเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่ใช้เป็นฐานอำนาจ สำหรับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันมีผลเป็นการจำกัด การใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นได้

3.2.2 ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของข้อ 3 (5) ของประกาศ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่า ข้อ 3 (5) ของประกาศ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 ซึ่งมีผลเป็น “ส่วนขยาย” ของมาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ด้วยผลของข้อ 1 ของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 41/2559 นั้น จะมีสถานะเป็น “กฎหมายซึ่งตราขึ้น โดยเฉพาะ” เพื่อจำกัดการใช้เสรีภาพมาตรา 34 วรรคหนึ่ง และมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่

สำหรับประเด็นปัญหานี้ แม้ว่า ข้อ 3 (5) ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 จะมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันมิให้สื่อมวลชนใช้ประทุษร้าย (Hate Speech)⁵⁸ ประกอบการนำเสนอข่าวสาร อันเป็นการจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสาร และการแสดงความคิดเห็นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ และเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ประกอบ มาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ก็ตาม แต่เมื่อพิเคราะห์ถึงถ้อยคำที่ใช้

⁵⁸ ประทุษร้าย (Hate Speech) หมายถึง “คำพูดหรือการกระทำที่สร้างความเกลียดชัง เป็นการแสดงออก ทุกรูปแบบที่เป็นการยั่วยุหรือแพร่ขยายให้เกิดความเกลียดชังระหว่างเชื้อชาติ คนต่างชาติ ลัทธิต่อต้านยิว ศาสนา รวมถึง เพศสภาพและความพิการ หรือความเกลียดชังรูปแบบอื่นอันมีพื้นฐานมาจากการไม่อดทนอดกลั้นต่อความแตกต่าง เป็นการแสดงออกซึ่งความรู้สึกเกลียดชังที่ไม่ใช่ในระดับปัจเจกบุคคล แต่ยกระดับความเกลียดชังถึงระดับนามธรรม ในลักษณะเหมารวม (stereotype) และมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดความรุนแรงแก่ผู้ถูกกระทำได้” ทั้งนี้ รายละเอียด ของข้อโต้แย้งที่เกี่ยวข้องกับความสำคัญของการกำหนดขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงออกในบริบทของการใช้ โปรดดู อัสวิน อุดทาคำ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 20* และนอกจากนี้ โปรดดู Wagner, Christoph : Kommunikation in sozialen Medien und Grundrechte – Zur Drittwirkung der Meinungsfreiheit und Ausgestaltung einer dienenden Medienfreiheit, ZUM 2022, 861 (863); Ingold MMR 2020, 82 (83); Lüdemann MMR 2019, 279 (280); Spindler CR 2019, 238 (240 f.); BVerfGE 149, 222 = ZUM 2018, 680 Rn. 79.



ในบทบัญญัติตามข้อ 3 (5) ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติดังกล่าวแล้ว บทบัญญัติดังกล่าวใช้ถ้อยคำในองค์ประกอบส่วนเหตุว่า “สื่อให้เกิด” ในขณะที่มาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ใช้ถ้อยคำว่า “ก่อให้เกิด” คำว่า “มีผลกระทบ” และคำว่า “เข้าลักษณะ” โดยพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้นิยามของคำว่า “สื่อ” ว่าหมายถึง “แสดงให้รู้เป็นนัย ๆ (ส่วนมากใช้ไปในทางที่ไม่ดี) เช่น สำเนียงส่อภาษา กิริยาส่อสกุล ส่อเจตนาทุจริต ส่อพิรุณ” ด้วยเหตุนี้ องค์ประกอบส่วนเหตุของข้อ 3 (5) ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 จึงมีลักษณะเป็นการพิจารณาความเป็นไปได้โดยทั่วไปที่การกระทำของสื่อมวลชนจะสื่อให้เกิดความสับสน ยั่วยุ ปลุกปั่นให้เกิดความขัดแย้ง หรือสร้างให้เกิดความแตกแยกในราชอาณาจักรเท่านั้น โดยมีได้คำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำของสื่อมวลชนกับผลที่เกิดขึ้นต่อสังคมแต่อย่างใด บทบัญญัตินี้จึงเป็นบทบัญญัติที่ให้ดุลพินิจอย่างกว้างแก่เจ้าหน้าที่ในการจำกัดการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น ในขณะที่พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมายของคำว่า “ก่อ” ว่าหมายถึง “ทำให้เกิดขึ้น มีขึ้น หรือเป็นรูปขึ้น เช่น ก่อไฟ ก่อสงคราม ก่อตึก” องค์ประกอบส่วนเหตุของมาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว นั้น จึงมีลักษณะเป็นการพิจารณาถึงความสัมพันธ์โดยตรงระหว่างการกระทำของสื่อมวลชนกับผลที่เกิดขึ้นต่อสังคม บทบัญญัตินี้จึงเป็นบทบัญญัติให้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ในการจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นที่จำกัดกว่าข้อ 3 (5) ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557

แม้ว่าจากการพิจารณาบทบัญญัติตามข้อ 3 (5) ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 ตามตัวอักษรแล้วจะได้ผลว่า บทบัญญัตินี้เป็นบทบัญญัติที่ให้ดุลพินิจอย่างกว้างแก่เจ้าหน้าที่ในการจำกัดเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้วก็ตาม แต่หากตีความบทบัญญัตินี้ด้วยวิธีการตีความบทบัญญัติให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (verfassungskonforme Auslegung) โดยคำนึงถึงการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่า แม้บทบัญญัตินี้จะไม่ถึงขนาดที่เป็นบทบัญญัติซึ่งขัดหรือแย้งต่อการคุ้มครองเสรีภาพของสื่อมวลชนในการแสดงความคิดเห็นและการนำเสนอข่าวสารตามมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ก็ตาม แต่การใช้การตีความบทบัญญัตินี้ดังกล่าวก็ต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ด้วย ทั้งนี้ ตามทฤษฎีความสัมพันธ์แลกเปลี่ยนระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานและกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน (Wechselwirkungstheorie) ดังที่กล่าวไว้ข้างต้น ด้วยเหตุนี้ ข้อ 3 (5) ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 จึงเป็นบทบัญญัติที่ต้องตีความอย่างเคร่งครัด ผลจากการตีความข้อ 3 (5) ของประกาศดังกล่าว ด้วยวิธีการใช้การตีความกฎหมายอย่างเคร่งครัดนั้น ทำให้การพิจารณาว่า การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของสื่อมวลชนจะเป็นการกระทำที่เป็นไปตามเงื่อนไขในการใช้อำนาจตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้นั้น จะต้องเป็นการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสาร โดยที่ผู้เผยแพร่ข่าวสารมีเจตนาให้เกิดความสับสน ยั่วยุ ปลุกปั่น

ให้เกิดความขัดแย้ง หรือสร้างให้เกิดความแตกแยกในราชอาณาจักรเท่านั้น ส่วนการกระทำที่มีลักษณะเป็นการแสดงความคิดเห็นโดยสุจริต หรือการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารทั้งที่เป็นข้อเท็จจริงหรือความคิดเห็น ภายใต้การปฏิบัติหน้าที่ตามปกติวิสัยของสื่อมวลชนนั้น ย่อมเป็นการใช้สิทธิที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ด้วยเหตุนี้ การกระทำของผู้ฟ้องคดีจึงไม่เป็นการออกอากาศรายการซึ่งมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551

3.2.3 ข้อพิจารณาเพิ่มเติม : “จริยธรรมแห่งวิชาชีพ” ในฐานะข้อจำกัดการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น

นอกจากเงื่อนไขสำหรับจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ปรากฏในมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แล้ว มาตรา 35 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ยังได้กำหนดให้ “จริยธรรมแห่งวิชาชีพ” เป็นข้อจำกัดในการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นเพิ่มเติมอีกด้วย⁵⁹ โดยคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564 นี้ ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้กล่าวอ้างถึงความสำคัญของจริยธรรมแห่งวิชาชีพต่อการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นไว้ว่า

“...ส่วนที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า คำสั่งพิพากษขัดต่อมาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้น เห็นว่า โดยหลักการสากล สื่อมวลชนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะนำเสนอข้อมูลข่าวสารหรือให้ความเห็นในประเด็นต่าง ๆ โดยไม่ถูกปิดกั้นหรือจำกัด แต่ไม่ได้หมายความว่าสื่อมวลชนสามารถที่จะนำเสนอข้อมูลข่าวสารหรือแสดงความคิดเห็นได้ตามอำเภอใจแต่อย่างใด หากแต่จะต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบวิชาชีพ รวมถึงจริยธรรมหรือมาตรฐานทางวิชาชีพในฐานะสื่อมวลชน เช่น การนำเสนอข้อมูลข่าวสารอย่างถูกต้อง ครบถ้วน รอบด้าน การแสดงความคิดเห็นบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ถูกต้องด้วยความเป็นกลางและเป็นธรรมต่อผู้ที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น เมื่อพิจารณาถ้อยคำมาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่จะให้การคุ้มครองเสรีภาพของผู้ประกอบกิจการสื่อมวลชนเฉพาะการดำเนินการตามหลักจริยธรรมแห่งวิชาชีพเท่านั้น...”⁶⁰

จากข้อต่อสู้ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจะเห็นได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้กล่าวอ้างถึงความหมายของจริยธรรมหรือมาตรฐานทางวิชาชีพในฐานะสื่อมวลชนที่เป็น “หลักการสากล” ว่าหมายถึง “การนำเสนอข้อมูลข่าวสารอย่างถูกต้อง ครบถ้วน รอบด้าน การแสดงความคิดเห็นบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ถูกต้องด้วยความเป็นกลางและเป็นธรรมต่อผู้ที่เกี่ยวข้อง” ซึ่งถ้อยคำในลักษณะนี้

⁵⁹ ทั้งนี้ ข้อจำกัดในเรื่อง “จริยธรรมแห่งวิชาชีพ” เป็นข้อจำกัดที่เพิ่มเติมมาไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นครั้งแรก รายละเอียดโปรดดู สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 32*, หน้า 51.

⁶⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564, หน้า 14-15.



เป็นถ้อยคำที่คล้ายคลึงกับถ้อยคำที่ปรากฏในมาตรา 30 (2) แห่งร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมจริยธรรมและมาตรฐานวิชาชีพสื่อมวลชน พ.ศ.⁶¹ ซึ่งได้กำหนดให้มาตรฐานทางจริยธรรมสื่อมวลชนอย่างน้อยต้องมี “การเสนอข้อเท็จจริงด้วยความถูกต้อง ครบถ้วนรอบด้าน และเป็นธรรม”⁶²

อย่างไรก็ตาม ดังที่นำเสนอไว้ในส่วนของหลักการทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดเงื่อนไขสำหรับการจำกัดการใช้เสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้วว่าการจำกัดการใช้เสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญจะต้องบัญญัติเป็นกฎหมาย และกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดการใช้เสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น จะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของการคุ้มครองเสรีภาพที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญมิได้ ทั้งนี้ ตามทฤษฎีความสัมพันธ์แลกเปลี่ยนระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานและกฎหมายที่ใช้ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน (Wechselwirkungstheorie) ด้วยเหตุนี้ การนำจริยธรรมหรือมาตรฐานทางวิชาชีพของสื่อมวลชนซึ่งเป็นหลักการที่มีความเป็นนามธรรมมาเป็นข้อจำกัดของการกระทำของปัจเจกบุคคลดังที่ปรากฏในข้อต่อสู้ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองนั้นจึงไม่สามารถกระทำได้ ในทางกลับกัน การตีความกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นนั้น ศาลปกครองจะต้องตีความให้ปัจเจกบุคคลได้รับความคุ้มครองเสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นให้ได้มากที่สุด โดยจำกัดการใช้เสรีภาพดังกล่าวของสื่อมวลชนภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุเท่านั้น

⁶¹ เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมจริยธรรมและมาตรฐานวิชาชีพสื่อมวลชน พ.ศ. (คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ) ฉบับที่เผยแพร่ในคลังสารสนเทศของสภานิติบัญญัติ, [ออนไลน์], เข้าถึงจาก <https://dl.parliament.go.th/backoffice/viewer2300/web/viewer.php> เมื่อ 10 มิถุนายน 2566, รายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับหลักการและความเป็นมาในการร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมจริยธรรมและมาตรฐานวิชาชีพสื่อมวลชน พ.ศ. โปรดดู ภัทราพร ตันงาม, “การใช้อำนาจรัฐควบคุมสิทธิเสรีภาพสื่อมวลชนผ่านการปฏิรูป : ศึกษากรณีร่าง พ.ร.บ. การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ส่งเสริมจริยธรรมและมาตรฐานวิชาชีพสื่อมวลชน พ.ศ.” (วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต (การเมืองการปกครอง), สาขาวิชาการเมืองการปกครอง สำหรับนักบริหาร คณะรัฐศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560).

⁶² ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมจริยธรรมและมาตรฐานวิชาชีพสื่อมวลชน พ.ศ.

มาตรา 30 “มาตรฐานทางจริยธรรมสื่อมวลชนที่สภากำหนดอย่างน้อยต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับจริยธรรม ในเรื่องดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(2) การเสนอข้อเท็จจริงด้วยความถูกต้อง ครบถ้วนรอบด้าน และเป็นธรรม

ฯลฯ

ฯลฯ”

3.3 ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรคมนาคมพื้นดินในระบบดิจิทัล

มาตรา 64 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2551 บัญญัติให้การใช้ดุลพินิจในการมีคำสั่งเพื่อพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรคมนาคมพื้นดินในระบบดิจิทัลนั้น จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไข 2 ประการ ได้แก่ **ประการที่หนึ่ง** ผู้รับใบอนุญาตจะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันมีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และ**ประการที่สอง** การกระทำดังกล่าวต้องเป็นกรณีที่เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ด้วยเหตุนี้ การกระทำของผู้ฟ้องคดีจึงต้องเป็นการกระทำที่เป็นไปตามองค์ประกอบทั้งสองประการดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงจะสามารถใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งเพื่อพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรคมนาคมพื้นดินในระบบดิจิทัลได้

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ**องค์ประกอบประการที่หนึ่ง**นั้น ดังที่ได้พิจารณาแล้วว่า บทบัญญัติตามข้อ 3 (5) ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 97/2557 เป็นบทบัญญัติที่ต้องตีความโดยใช้วิธีการตีความบทบัญญัติให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (verfassungskonforme Auslegung) เพื่อจำกัดการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่มิให้กระทบต่อสาระสำคัญของการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น ผลจากการตีความกฎหมายในลักษณะดังกล่าวทำให้ข้อ 3 (5) ของประกาศดังกล่าว เป็นบทบัญญัติที่ต้องตีความอย่างเคร่งครัด กล่าวคือ การกระทำที่เข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในบทบัญญัตินี้จะต้องเป็นการกระทำที่เบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นเท่านั้น ซึ่งในคดีที่วิเคราะห์นี้ แม้ศาลปกครองสูงสุดจะไม่ได้กล่าวถึงหลักการดังกล่าวไว้โดยตรงก็ตาม แต่ศาลปกครองสูงสุดก็วินิจฉัยว่า การกระทำของผู้ฟ้องคดีเป็น “การดำเนินรายการตามปกติวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพสื่อมวลชน” จึงมิได้มีลักษณะของการนำเสนอข่าวที่ “ก่อให้เกิดความสับสน ยั่วยุ ปลุกปั่นให้เกิดความขัดแย้ง หรือสร้างให้เกิดความแตกแยกในราชอาณาจักร” ตามข้อ 3 (5) อันจะถือเป็นการออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาสาระที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2551

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองยังวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ**องค์ประกอบประการที่สอง** ต่อไปว่า การที่เจ้าหน้าที่จะใช้ดุลพินิจเพื่อมีคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรคมนาคมพื้นดินในระบบดิจิทัลนั้น นอกจากจะต้องได้ความเสียก่อนว่า ผู้รับใบอนุญาตได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 37 ข้างต้นแล้ว การกระทำเช่นนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ “ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรง” อีกด้วย เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏแต่เพียงว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้แจ้งเตือนผู้ฟ้องคดีให้งดออกอากาศรายการพิพาทอยู่หลายครั้ง โดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า การออกอากาศรายการพิพาทนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงเช่นใด ข้อเท็จจริงเพียงเท่านี้จึงยังไม่เพียงพอที่จะสรุปได้ว่า การกระทำของผู้ฟ้องคดีเป็นการกระทำ

ที่ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงตามมาตรา 64 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 แต่อย่างใด

ด้วยเหตุผลทั้งหมดนี้จึงสามารถสรุปได้ว่า การเผยแพร่รายการพิพาทของผู้ฟ้องคดีเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบในการใช้ดุลพินิจเพื่อพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลตามมาตรา 64 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ทั้งสององค์ประกอบ กล่าวคือ ไม่ปรากฏทั้งการกระทำที่มีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และไม่ปรากฏลักษณะของการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงแต่อย่างใด

บทสรุป

จากการศึกษาประเด็นปัญหาและหลักกฎหมายที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564 แล้วพบว่า คำพิพากษานี้เป็นคำพิพากษาที่ศาลปกครองได้วางหลักการที่สำคัญไว้อย่างน้อย 2 ประการ ได้แก่ **ประการที่หนึ่ง** การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของรัฐอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น จะพิจารณาแต่เพียงว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างเดียวนั้นไม่ได้ แต่ต้องนำรัฐธรรมนูญมาใช้เป็นมาตรวัดในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน และตีความกฎหมายฉบับดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนในเรื่องนั้น ๆ อีกด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จะต้องตีความบทบัญญัติที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วยวิธีการใช้การตีความกฎหมายโดยเคร่งครัด เพื่อให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้ดุลพินิจในการแทรกแซงการใช้เสรีภาพประเภทต่าง ๆ เพียงแต่พอสมควรแก่เหตุเท่านั้น **ประการที่สอง** ด้วยผลจากการตีความบทบัญญัติที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วยวิธีการใช้การตีความกฎหมายโดยเคร่งครัดเช่นนี้ การที่เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานทางปกครองจะใช้ดุลพินิจอย่างใดอย่างหนึ่งอันมีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนนั้น จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงอย่างชัดแจ้งแล้วว่า ปัจจุบันบุคคลได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเป็นไปตามองค์ประกอบของกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานทางปกครองในการใช้ดุลพินิจเพื่อจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนทุกประการแล้วเท่านั้น

ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่า คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 89/2564 เป็นตัวอย่างที่ดีของคำพิพากษาศาลปกครองที่วินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยมีได้คำนึงถึงเพียงบทบัญญัติของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น แต่คำนึงถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างรอบด้าน กล่าวคือ มีการนำขอบเขตและข้อจำกัดในการใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารและการแสดงความคิดเห็น ตามมาตรา 35 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาพิจารณาประกอบในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย



ของคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และประกอบกิจการโทรทัศน์ภาคพื้นดินในระบบดิจิทัลด้วย
อันเป็นแนวทางการพิจารณาที่ควรนำมาใช้ประกอบการพิจารณาคดีปกครองในคดีอื่น ๆ ต่อไป

คำสำคัญ : สื่อมวลชน, โทรคมนาคม, รัฐธรรมนูญ, เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น, เสรีภาพ
ในการนำเสนอข่าวสาร, การพักใช้ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่, การพักใช้ใบอนุญาตประกอบกิจการโทรทัศน์

วารสารวิชาการศาลปกครอง