

การจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง : ศึกษาการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชน  
ระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค



บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)  
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)  
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2557  
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

RESTRICTIONS ON HATE SPEECH IN INTERNATIONAL LAW : CASE STUDY OF INTERNATIONAL AND REGIONAL HUMAN RIGHT MECHANISMS' JURISPRUDENCE

Mr. Pulawit Wanichsetakul



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws Program in Laws  
Faculty of Law  
Chulalongkorn University  
Academic Year 2014  
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง : ศึกษาการ  
วินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ  
และระดับภูมิภาค

โดย

นายพลุวิทย์ วาณิชเศรษฐกุล

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์วิทิต มันทาภรณ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(ดร.โชติกา วิทยาวรากุล)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ศาสตราจารย์วิทิต มันทาภรณ์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(อาจารย์ชาญเชาวน์ ไชยานุกิจ)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(อาจารย์สมชาย หอมลออ)

ปุลวิทย์ วาณิชเศรษฐกุล : การจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง : ศึกษาการ  
 วินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค (RESTRICTIONS  
 ON HATE SPEECH IN INTERNATIONAL LAW : CASE STUDY OF INTERNATIONAL  
 AND REGIONAL HUMAN RIGHT MECHANISMS' JURISPRUDENCE) อ.ที่ปรึกษา  
 วิทยานิพนธ์หลัก: ศ.วิฑิต มั่นตาภรณ์, หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงบทบาทของคำวินิจฉัยของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่าง  
 ประเทศและระดับภูมิภาคต่อการกำหนดขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ตาม  
 กรอบของสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่กลไกสิทธิมนุษยชนแต่ละกลไกทำหน้าที่ตรวจตราดูแลการ  
 ปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญา ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิ  
 ทางการเมือง อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ  
 อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแห่งยุโรป อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิ  
 มนุษยชนแห่งอเมริกา และกฎบัตรว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกา ซึ่งจากการศึกษา  
 พบว่าหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยขอบเขตการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ประกอบไปด้วย  
 เงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก คือ หลักความชอบด้วยกฎหมาย  
 (Legality) หลักความชอบธรรม (Legitimacy) และหลักความจำเป็น (Necessity) และเงื่อนไขเฉพาะ  
 คือ การยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังและการเผยแพร่ความคิดบนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติ  
 หรือความเกลียดชังทางเชื้อชาติ โดยในการวิเคราะห์ขอบเขตของรัฐในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนา  
 ในทางเกลียดชัง ปัจจัยที่กลไกสิทธิมนุษยชนคำนึงถึง ได้แก่ เนื้อหาของการพูดซึ่งมีเจตนาในทาง  
 เกลียดชัง เจตนาของผู้พูด สถานะทางสังคมของผู้พูด สถานะทางสังคมของผู้ที่ได้รับผลกระทบจาก  
 การพูด รูปแบบของการพูดและผลกระทบต่อสังคมโดยรวมของการพูด บริบททางสังคมและปัจจัย  
 เรื่องเวลาสถานที่ ตลอดจนลักษณะและระดับความรุนแรงของมาตรการที่รัฐใช้ในการจำกัดสิทธิ อัน  
 เป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและทำให้ขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมี  
 เจตนาในทางเกลียดชังมีความชัดเจนยิ่งขึ้น

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2557

ลายมือชื่อนิติ .....  
 .....

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....  
 .....

# # 5486001634 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: RESTRICTION / HATE SPEECH / FREEDOM OF EXPRESSION

PULAWIT WANICHSETAKUL: RESTRICTIONS ON HATE SPEECH IN INTERNATIONAL LAW : CASE STUDY OF INTERNATIONAL AND REGIONAL HUMAN RIGHT MECHANISMS' JURISPRUDENCE. ADVISOR: PROF.VITIT MUNTARBHORN, pp.

This thesis aims to study about the role of the jurisprudence of international and regional human rights mechanisms in shaping the scope of restriction on hate speech under the framework of human rights treaties, in particular International Covenant on Civil and Political Rights, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, European Convention on Human Rights, American Convention on Human Rights and African Charter on Human and Peoples' Rights. The study shows that restriction on hate speech must be examined under general rules for limiting freedom of expression: legality, legitimacy and necessity, as well as specific rules for limiting hate speech that is Incitement to Hatred or Dissemination of Ideas based on racial superiority or racial hatred. In determining permissible scope for limiting hate speech, important factors other than the content of the speech itself are the aim of the speaker, the role of the speaker in society, the role of the person(s) targeted by the speech in society, the form of the speech and its impact to the society, the context at the time the speech was made and disseminated and the place and time of the dissemination, and the nature and severity of the measure used by the State to interfere with freedom of expression. These elements not only help defining the scope of restriction on hate speech but also operate as a protection mechanism for individuals exercising their freedom.

Field of Study: Laws

Academic Year: 2014

Student's Signature .....

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้คงไม่อาจสำเร็จลงได้หากไม่ได้รับความอนุเคราะห์จากศาสตราจารย์ วิฑิต มั่นตาภรณ์ อาจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวรากุล อาจารย์ชาญเชาวน์ ไชยานุกิจอาจารย์สมชาย หอมล่อ ซึ่งได้สละเวลาของท่านในการตรวจสอบความสมบูรณ์ของวิทยานิพนธ์และได้ให้คำปรึกษาอันเป็นประโยชน์ต่อผู้เขียนเป็นอย่างดีตลอดมา ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่าน คณะกรรมการทุกท่านที่ได้มอบโอกาสอันดีเช่นนี้ให้กับผู้เขียน

ข้าพเจ้าขอขอบคุณ คุณไพสิฐ ภูษิตตระกูล และเจ้าหน้าที่หลักสูตรนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทุกท่านสำหรับความช่วยเหลือและการประสานงานที่ติดต่อเวลาการทำวิทยานิพนธ์ของข้าพเจ้าในครั้งนี้

ข้าพเจ้าขอขอบคุณ คุณภัทรพรพรรณ เชื้อจินดา และกัลยาณมิตรทุกท่านสำหรับความเข้าใจและกำลังใจที่ดีเสมอมา

เหนือสิ่งอื่นใด ผู้เขียนขอระลึกถึงพระคุณบิดา มารดาที่ได้ให้โอกาสทางการศึกษาแก่ผู้เขียนตั้งแต่วัยเยาว์มาจนถึงปัจจุบัน รวมถึงให้คำแนะนำ ความช่วยเหลือ ความห่วงใยและกำลังใจอันเต็มเปี่ยมไปด้วยคุณค่าต่อข้าพเจ้าอย่างไม่เคยว่างเว้น

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อผู้สนใจศึกษาอยู่บ้าง ผู้เขียนขอน้อมอุทิศแก่บูรพาจารย์ทุกท่าน และบิดา มารดา อันเป็นที่รักของผู้เขียน และหากมีความผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

## สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฎ
บทที่ 1 บทนำ .....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 สมมุติฐานของการวิจัย.....	1
1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย .....	1
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	2
1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย .....	3
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ .....	3
บทที่ 2 การจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในกฎหมายระหว่างประเทศ .....	5
2.1 แนวคิดในการจำกัดเสรีภาพในการพูด .....	5
2.1.1 เสรีภาพและการจำกัดเสรีภาพในการพูด.....	5
2.1.2 แนวคิดสนับสนุนการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง.....	22
2.1.2.1 ภัยของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังต่อความเท่าเทียมและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.....	23
2.1.2.2 แนวคิดเรื่องการสร้างความเชื่อมั่น (Assurance).....	26
2.1.2.2 แนวคิดเรื่องเสรีภาพที่ปลอดจากความกลัว (Freedom from Fear) และเสรีภาพที่จะดำรงชีวิตอยู่ในเกียรติศักดิ์ศรี (Freedom to live in dignity) .....	29
2.2 ความเป็นมาของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในกฎหมายระหว่างประเทศ.....	31
2.3 ที่มาทางกฎหมายระหว่างประเทศของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง.....	35

2.3.1 สนธิสัญญาระหว่างประเทศ .....	35
2.3.1.1 เงื่อนไขการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก.....	36
2.3.1.2 เงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง.....	50
2.3.2 ที่มาอื่น .....	59
2.4 การปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง .....	60
2.4.1 กฎหมายภายในของรัฐ.....	60
2.4.2 คำพิพากษาศาลภายในของรัฐ.....	64
2.5 ข้อท้าทาย .....	70
บทที่ 3 การวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค .....	75
3.1 กลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ .....	78
3.1.1 ภาพรวมกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ .....	78
3.1.2 แนวการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ.....	82
3.1.2.1 การวินิจฉัยตีความนิยามของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง .....	82
3.1.2.2 การวินิจฉัยตีความขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง.....	84
3.1.2.2.1 แนวทางการวินิจฉัยตีความของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน.....	84
3.1.2.2.2 แนวทางการวินิจฉัยตีความของคณะกรรมการว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ .....	97
3.1.2.3 การประเมินการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและผลลัพธ์ .....	105
3.2 กลไกสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาค .....	107
3.2.1 ภาพรวมของกลไกสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาค .....	107
3.2.1.1 กลไกสิทธิมนุษยชนยุโรป .....	107
3.2.1.2 กลไกสิทธิมนุษยชนอเมริกา .....	110
3.2.1.3 กลไกสิทธิมนุษยชนแอฟริกา.....	112



3.2.1.4 การรับไว้พิจารณาและการพิจารณาพิพากษาคดีในเนื้อหา (Admissibility and Merits) .....	116
3.2.2 แนวการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาค .....	119
3.2.2.1 การวินิจฉัยตีความนิยามของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง .....	119
3.2.2.2 การวินิจฉัยตีความขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง.....	122
3.2.2.2.1 แนวทางการวินิจฉัยตีความขอบเขตการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังของกลไกสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Approach).....	122
3.2.2.2.1.1 การใช้สิทธิโดยมิชอบ (Abuse Clause) ตามข้อ 17 ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป .....	122
3.2.2.2.1.2 การจำกัดเสรีภาพแห่งการแสดงออกภายใต้ข้อ 10 วรรคสองของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป.....	135
3.2.2.2.2 แนวทางการวินิจฉัยตีความขอบเขตการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังของกลไกสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกา (Inter-American Approach) .....	148
3.2.2.2.3 แนวทางการวินิจฉัยตีความขอบเขตการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังของกลไกสิทธิมนุษยชนทวีปแอฟริกา (African Approach) .....	157
3.2.2.3 การประเมินการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยกลไกสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาคและผลลัพธ์.....	166
3.3 ข้อท้าทาย .....	172
บทที่ 4 วิเคราะห์ขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังโดยการพัฒนาของการวินิจฉัยตีความ .....	175
4.1 เนื้อหาของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง.....	176
4.1.1 การพูดซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับการเมือง (political speech) .....	177
4.2 ผู้พูด.....	199
4.2.1 เจตนาของผู้พูด .....	199

4.2.2 สถานะทางสังคมของผู้พูด.....	204
4.3 ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการพูด.....	215
4.4 รูปแบบของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังและผลกระทบต่อสังคมโดยรวม .....	219
4.5 บริบททางสังคมและปัจจัยเรื่องเวลาและสถานที่.....	223
4.6 ลักษณะและระดับความรุนแรงของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง.....	227
4.7 สรุปท้ายบท .....	241
บทที่ 5 สรุปและข้อเสนอแนะ .....	242
5.1 สรุป .....	242
5.2 ข้อเสนอแนะ .....	245
.....	250
รายการอ้างอิง .....	250
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ .....	268

## สารบัญตาราง

ตารางที่ 1 ตารางเปรียบเทียบเงื่อนไขการจำกัดสิทธิ (limitation clauses).....	49
ตารางที่ 2 ตารางเปรียบเทียบเงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง.....	59
ตารางที่ 3 คติของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเกี่ยวกับแนวทางการวินิจฉัยตีความ ขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง .....	103
ตารางที่ 4 ตารางเปรียบเทียบแนวทางทางการวินิจฉัยขอบเขตการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนา ในทางเกลียดชังของกลไกสิทธิมนุษยชนทั้งสามภูมิภาค.....	163
ตารางที่ 5 ตารางเปรียบเทียบการวินิจฉัยตีความในเรื่องเนื้อหาของการพูด .....	195
ตารางที่ 6 ตารางเปรียบเทียบการวินิจฉัยตีความในเรื่องเจตนาของผู้พูด.....	203
ตารางที่ 7 ตารางเปรียบเทียบการวินิจฉัยตีความในเรื่องสถานะทางสังคมของผู้พูด .....	213
ตารางที่ 8 ตารางเปรียบเทียบการวินิจฉัยตีความเรื่องสถานะทางสังคมของผู้ได้รับผลกระทบ จากการพูด .....	219
ตารางที่ 9 ตารางเปรียบเทียบการวินิจฉัยตีความเรื่องรูปแบบของการพูดซึ่งมีเจตนาในทาง เกลียดชังและผลกระทบต่อสังคมโดยรวม .....	222
ตารางที่ 10 ตารางเปรียบเทียบการวินิจฉัยตีความเรื่องบริบททางสังคมและปัจจัยเรื่องเวลา และสถานที่.....	226
ตารางที่ 11 ตารางเปรียบเทียบการวินิจฉัยตีความเรื่องลักษณะและระดับความรุนแรงของ การจำกัดการพูด .....	237

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เสรีภาพในการพูด (Free Speech) เป็นการใช้สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกอย่างหนึ่ง ขณะที่การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง (Hate Speech) เป็นการกระทำที่มีกฎหมายระหว่างประเทศระบุชัดเจนว่าเป็นการกระทำที่รัฐมีหน้าที่ต้องออกกฎหมายห้าม แต่การไม่มีนิยามของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังที่ได้รับการยอมรับเป็นสากลทำให้ขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังมีความไม่ชัดเจนจนอาจทำให้รัฐออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกของประชาชนจนกลายเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้ที่ถูกจำกัดสิทธิไปแทนก็ได้ การศึกษาการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคจะทำให้ทราบถึงขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังที่มีความชัดเจนมากขึ้นโดยการพัฒนาของกลไกดังกล่าว

#### 1.2 สมมุติฐานของการวิจัย

กลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคมีบทบาทอย่างยิ่งต่อการพัฒนาขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังให้มีความชัดเจนมากขึ้น

#### 1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงแนวคิด ความเป็นมา และที่มาทางกฎหมายระหว่างประเทศของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ตลอดจนการปฏิบัติของรัฐในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง
2. เพื่อศึกษาถึงคำวินิจฉัยและความเห็นของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคที่มีบทบาทต่อการพัฒนาขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง
3. เพื่อศึกษาถึงขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังที่ได้รับการพัฒนาขึ้นโดยคำวินิจฉัยและความเห็นของกลไกดังกล่าว

4. เพื่อจัดทำข้อเสนอแนะในการสร้างดุลยภาพระหว่างการใช้เสรีภาพในการพูดและการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

#### 1.4 ขอบเขตของการวิจัย

ในส่วนแรกจะเป็นการศึกษาถึงการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในกฎหมายระหว่างประเทศโดยจะเริ่มศึกษาจากแนวคิดในการจำกัดเสรีภาพในการพูด ความเป็นมาของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในกฎหมายระหว่างประเทศ และที่มาทางกฎหมายระหว่างประเทศของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังซึ่งประกอบไปด้วยสนธิสัญญาระหว่างประเทศ แนวคำพิพากษาระหว่างประเทศ คำสอนของผู้ทรงคุณวุฒิอย่างสูง และที่มานี้ๆ ตลอดจนการปฏิบัติของรัฐในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

ทั้งนี้ สนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ได้แก่ ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อนุสัญญาอเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของปวงชน ขณะที่ในการศึกษาการปฏิบัติของรัฐในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังจะแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 ด้าน คือ กฎหมายที่รัฐใช้จำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังและคำพิพากษาของศาลภายใน

ในส่วนที่สองจะเป็นการศึกษาถึงการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคโดยจะศึกษาถึงภาพรวมของกลไกที่เกี่ยวข้องก่อน จากนั้นศึกษาการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนประเทศและระดับภูมิภาคที่ช่วยพัฒนานิยามและขอบเขตของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ตลอดจนการประเมินการละเมิดสิทธิมนุษยชนและผลลัพธ์

ทั้งนี้ กลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ผู้เขียนเลือกศึกษาเป็นหลัก คือ กลไกสิทธิมนุษยชนในระบบสนธิสัญญา (treaty-based) สองกลไก ได้แก่

1. คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee)
2. คณะกรรมการว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (Committee on the Elimination of Racial Discrimination หรือ CERD Committee)

กลไกสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาคที่ผู้เขียนเลือกศึกษาเป็นหลัก คือ กลไกสิทธิมนุษยชนภูมิภาคสามกลไก ได้แก่

1. คณะกรรมาธิการและศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป

2. คณะกรรมการและศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา

3. คณะกรรมการและศาลสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกา

ในส่วนสุดท้ายจะเป็นการวิเคราะห์ถึงขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังที่ถูกพัฒนาขึ้นโดยการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคว่ามีหลักการและตัวแปรอะไรบ้างที่กลไกต่างๆ ใช้ในการพิจารณาขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง และเปรียบเทียบนิติวิธีและการตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค

### 1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย

เป็นการวิจัยเอกสารเพียงอย่างเดียวโดย

- ศึกษาที่มาทางกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงการปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง
- ศึกษา วิเคราะห์ และสรุปแนวคำวินิจฉัยและความเห็น ข้อมติ และข้อเสนอแนะของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคในการตรวจตราที่มีบทบาทต่อการพัฒนาขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง
- ศึกษา ค้นคว้า และรวบรวมข้อมูลจากหนังสือ บทความ วารสาร จุลสาร เอกสาร เผยแพร่ รายงานการสัมมนา รายงานวิจัยขององค์กรที่เกี่ยวข้อง โดยการนำข้อมูลมาวิเคราะห์และสรุป

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทราบถึงแนวคิดในการจำกัดเสรีภาพในการพูด
2. ทราบถึงความเป็นมาของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในกฎหมายระหว่างประเทศ
3. ทราบถึงที่มาทางกฎหมายระหว่างประเทศของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง
4. ทราบถึงการปฏิบัติของรัฐในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

5. ทราบถึงกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคที่เกี่ยวข้องกับการตรวจตราการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

6. ทราบถึงคำวินิจฉัยและความเห็นของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคที่มีบทบาทต่อการพัฒนาขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

7. ทราบถึงขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังโดยการพัฒนาของคำวินิจฉัยและความเห็น



## บทที่ 2

### การจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในกฎหมายระหว่างประเทศ

บทที่ 2 นี้จะเริ่มศึกษาจากแนวคิดในการจำกัดเสรีภาพในการพูดในหัวข้อ 2.1 โดยศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับข้อจำกัดเสรีภาพ (limitation) และแนวคิดสนับสนุนการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง จากนั้นจะศึกษาความเป็นมาของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในกฎหมายระหว่างประเทศในหัวข้อ 2.2 เพื่อทำความเข้าใจกับวิวัฒนาการของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ต่อจากนั้นจึงศึกษาที่มาทางกฎหมายระหว่างประเทศของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในปัจจุบันในหัวข้อ 2.3 โดยประกอบด้วย สนธิสัญญาระหว่างประเทศและที่มาก่อน หลังจากนั้นจึงศึกษาการปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในหัวข้อ 2.4 โดยศึกษาทั้งกฎหมายภายในและคำพิพากษาของศาลภายในเพื่อนำไปสู่ข้อท้าทายจากการที่ไม่มีนิยามของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังที่ได้รับการยอมรับเป็นสากลในหัวข้อ 2.5 อันนำไปสู่ความจำเป็นในการศึกษาการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคในบทที่ 3 ต่อไป

#### 2.1 แนวคิดในการจำกัดเสรีภาพในการพูด

##### 2.1.1 เสรีภาพและการจำกัดเสรีภาพในการพูด

เสรีภาพในการพูดหรือเสรีภาพแห่งการแสดงออกเป็นสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งปรากฏอยู่ในตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศแทบทุกฉบับ เสรีภาพนี้เป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่มีแนวคิดสนับสนุนมากมายเกิดขึ้นมาเป็นเวลายาวนานในประวัติศาสตร์อันแสดงถึงการยอมรับในสถานะของเสรีภาพแห่งการแสดงออกและความสำคัญของเสรีภาพแห่งการแสดงออก แนวคิดสนับสนุนเสรีภาพในการพูดสามารถจำแนกตามรูปแบบวิธีคิดออกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ แนวคิดแบบอุปกรณนิยม (Instrumentalist) ที่มองเสรีภาพในการพูดเป็นเครื่องมือเพื่อนำไปสู่คุณค่าที่อยู่เหนือกว่าเสรีภาพนั้นและแนวคิดแบบ Intrinsicist ที่มองว่าเสรีภาพในการพูดมีคุณค่าในตัวเอง สำหรับแนวคิดแบบอุปกรณนิยม (Instrumentalist) ได้แก่ การค้นพบความจริง และความเป็นประชาธิปไตย



แนวคิดสนับสนุนเรื่องการค้นพบความจริงมองว่าการจำกัดเสรีภาพในการพูดเป็นเครื่องกีดขวางสังคมนอกจากการค้นหาและตีแผ่ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องแม่นยำและความคิดเห็นที่มีคุณค่า<sup>1</sup> และนำเสนอความคิดว่าเสรีภาพในการพูดอันได้แก่ การถกเถียงที่เปิดกว้างต่อสาธารณะ การแลกเปลี่ยนความคิดเห็น เสรีภาพในการตั้งคำถามและเสรีภาพในการวิพากษ์วิจารณ์เป็นเงื่อนไขที่สำคัญยิ่งต่อการนำไปสู่การค้นพบความจริง กล่าวคือ ทำให้เราสามารถระบุความจริงและปฏิเสธความเท็จได้<sup>2</sup> นักคิดคนสำคัญของแนวคิดนี้ คือ John Milton<sup>3</sup> และ John Stuart Mill<sup>4</sup> ผู้ให้คุณค่ากับความคิดว่าปัจจัยสำคัญในการเข้าถึงความจริงของมนุษยชาติและความก้าวหน้าของสังคมขึ้นอยู่กับความหลากหลายของมุมมองและสมมติฐานซึ่งสามารถนำมาถกเถียงกันได้อย่างเปิดกว้างโดยไม่มีข้อจำกัดใดๆ<sup>5</sup> แนวคิดนี้มีส่วนในการสร้างทฤษฎี Marketplace of Ideas ของผู้พิพากษาอเมริกันซึ่งเชื่อว่าความจริงมีโอกาสดจะปรากฏขึ้นมากที่สุดก็ต่อเมื่อทุกๆ ความคิดเห็นสามารถแสดงออกได้อย่างเสรีโดยมีตลาดแลกเปลี่ยนทางความคิดที่เปิดและไม่ถูกควบคุม<sup>6</sup>

แนวคิดสนับสนุนเรื่องความเป็นประชาธิปไตยของ Alexander Meiklejohn มองว่าเสรีภาพในการพูดเป็นส่วนประกอบที่จำเป็นของสังคมที่ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย เสรีภาพในการพูดมีความจำเป็นเพื่อสองวัตถุประสงค์ วัตถุประสงค์แรก คือ เพื่อให้ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ผู้ที่มีสิทธิเลือกตั้งผู้ปกครองประเทศได้รับข้อมูลข่าวสารที่จำเป็นในการใช้อำนาจอธิปไตยใน

<sup>1</sup>Eric Barendt, *Freedom of Speech*, Second Edition (Oxford: Oxford University Press, 2005), p 7.

<sup>2</sup>Frederick Schauer, *Free speech: a philosophical enquiry* (Cambridge: Cambridge University Press, 1982), p 16.

<sup>3</sup>Jieskje Hollander, "Hate Speech: A Historical Inquiry into the Development of its Legal Status," (Master Thesis, University of Groningen, The Netherlands, 2007), p 13; John Milton, *Areopagitica*, via: <http://www.gutenberg.org/files/608/608-h/608-h.htm>.

"... it will be primely to the discouragement of all learning, and the stop of truth, not only by disexercising and blunting our abilities in what we know already, but by hindering and cropping the discovery that might be yet further made both in religious and civil wisdom."

<sup>4</sup>Frederick Schauer, *Free speech: a philosophical enquiry* (Cambridge: Cambridge University Press, 1982), p 22-25.

<sup>5</sup>JieskjeHollander, "Hate Speech: A Historical Inquiry into the Development of its Legal Status," (Master Thesis, University of Groningen, The Netherlands, 2007), p 14.

<sup>6</sup>Eric Barendt, *Freedom of Speech*, Second Edition (Oxford: Oxford University Press, 2005), p 11; *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), pp 630-1:

"But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas—that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out."

มือตัวเองในการเลือกตั้งและเพื่อมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจที่สำคัญ<sup>7</sup> ส่วนอีกวัตถุประสงค์หนึ่ง เป็นเรื่องของเสรีภาพในการวิพากษ์วิจารณ์เพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีความรับผิดชอบต่อประชาชนได้ เท่าที่จะเป็นไปได้<sup>8</sup> นอกจากนี้ แนวคิดประชาธิปไตยโดยรัฐธรรมนูญ (Constitutional Conception) ของ Ronald Dworkin เห็นว่าในการใช้สิทธิในเสรีภาพแห่งการพูดเพื่อวัตถุประสงค์สองประการข้างต้น สถาบันการเมืองจะต้องเคารพสิทธิของพลเมืองทุกคนรวมถึงประชาชนเสียงข้างน้อยที่จะได้รับการปฏิบัติและคำนึงถึงอย่างเท่าเทียม<sup>9</sup>

ในทางตรงกันข้ามกับแนวคิดแบบอุปถัมภ์นิยม แนวคิดสนับสนุนเสรีภาพในการพูดเรื่องการบรรลุเป้าหมายของตนเอง (Self-fulfillment) มองเสรีภาพในการพูดว่าเป็นสิ่งที่มีคุณค่าในตัวเอง (intrinsic) โดยอ้างอิงกับแนวคิดเรื่องธรรมชาติของมนุษย์และความทะยานอยากในอุดมคติของมนุษย์<sup>10</sup> โดยตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่าเสรีภาพในการพูดเป็นส่วนประกอบของคุณภาพชีวิตที่ดี แนวคิดนี้มองว่ามนุษย์ได้ต่อสู้เพื่อที่จะปรับปรุงและพัฒนาตนเองมาโดยตลอดและมองการสื่อสารโดยเสรีเป็นส่วนสำคัญของวัตถุประสงค์นี้<sup>11</sup> กล่าวคือ การแสดงออกเป็นส่วนสำคัญของการพัฒนาด้านความคิด การทำความเข้าใจ และการค้นพบตัวเองของมนุษย์<sup>12</sup>

แนวคิดแบบ Intrinsicist แนวคิดที่สองเห็นว่าเสรีภาพในการพูดหรือในการแสดงออกเป็นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (human dignity) นักคิดที่มีบทบาทสำคัญในแนวคิดนี้ คือ Ronald Dworkin ซึ่งมองว่าถ้าเรายอมรับความสำคัญของการปฏิบัติต่อบุคคลแต่ละคนด้วยความเคารพที่เท่าเทียมกัน และการปฏิบัติต่อบุคคลแต่ละคนว่ามีคุณค่าเฉพาะตัวแล้ว เราก็ต้องปฏิบัติต่อทางเลือกของแต่ละบุคคลด้วยความเคารพที่เท่าเทียมกันด้วยเช่นกัน การปฏิเสธสิทธิของบุคคลในการตัดสินใจเลือก โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิ่งที่ Dworkin เรียกว่าความพึงพอใจภายใน (Internal Preference) ย่อมเป็นการพรากไปซึ่งศักดิ์ศรีของบุคคลนั้นด้วยการปฏิเสธการเคารพที่มาจาก การยอมรับการตัดสินใจเลือกของเขาว่ามีคุณค่าเช่นเดียวกับการตัดสินใจเลือกของบุคคลอื่นเมื่อรัฐจำกัดความคิดหรือการแสดงความคิดเห็นของบุคคล รัฐกำลังดูหมิ่นบุคคลนั้นและศักดิ์ศรีของเขา ทั้งนี้ ตามแนวคิดเรื่องความเท่าเทียมของ Dworkin รัฐบาลต้องปฏิบัติต่อผู้อยู่ใต้ปกครองด้วยความสนใจ (Concern) และด้วยความ

<sup>7</sup> Eric Barendt, *Freedom of Speech*, Second Edition (Oxford: Oxford University Press, 2005), p 18.

<sup>8</sup> T.M. Scanlon, *The Difficulty of Tolerance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p 93.

<sup>9</sup> R. M. Dworkin (ed.), *The Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1977) pp 15-26.

<sup>10</sup> Thomas I. Emerson, "Toward a General Theory of the First Amendment," *Yale Law Journal*, 72 Yale L.J. 877 (1962-1963).

<sup>11</sup> Frederick Schauer, *Free speech: a philosophical enquiry* (Cambridge: Cambridge University Press, 1982), p 49.

<sup>12</sup> Thomas I. Emerson, "Toward a General Theory of the First Amendment," *Yale Law Journal*, 72 Yale L.J. 877 (1962-1963).

เคารพ (Respect) ที่เท่าเทียมกัน รัฐบาลจะต้องไม่จัดสรรประโยชน์หรือโอกาสโดยไม่เท่าเทียมโดยอาศัยเหตุผลว่าพลเมืองบางกลุ่มมีสิทธิมากกว่าเพราะพวกเขามีคุณค่าควรได้รับความสนใจจากรัฐที่มากกว่า และรัฐจะต้องไม่จำกัดเสรีภาพโดยอาศัยเหตุผลว่าคนกลุ่มหนึ่งสูงส่งกว่าหรืออยู่เหนือกว่าคนอีกกลุ่มหนึ่ง หลักการเหล่านี้เรียกรวมๆ กันว่าแนวคิดเรื่องความเท่าเทียมซึ่งประกอบด้วยสิทธิสองประการ สิทธิประการแรกคือสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม นั่นคือได้รับการจัดสรรประโยชน์หรือโอกาสอย่างเท่าเทียมกันทุกคน ส่วนสิทธิประการที่สองคือสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติในฐานะบุคคลอันเท่าเทียม สิทธินี้ไม่ใช่สิทธิในการได้รับประโยชน์หรือโอกาสอย่างเท่าเทียมแต่เป็นสิทธิที่จะได้รับความสนใจและเคารพอย่างเท่าเทียมในการตัดสินใจทางการเมืองเกี่ยวกับปัญหาว่าจะจัดสรรประโยชน์หรือโอกาสอย่างไร<sup>13</sup>

แนวคิดต่อมา คือ แนวคิดสนับสนุนเรื่องความหลากหลาย (Diversity) เพราะว่าคนมีทัศนคติ ความต้องการ แรงจูงใจและความสามารถที่แตกต่างกัน การที่ปัจเจกชนกำหนดทางเลือกได้อย่างเสรี ย่อมก่อให้เกิดความหลากหลายอย่างมหาศาลของความคิดเห็นที่ถูกแสดงออกมาและตัวเลือกที่ถูกเลือก<sup>14</sup> Joseph Raz อธิบายว่าเหตุผลสนับสนุนของแนวคิดนี้ คือ เสรีภาพในการพูดช่วยสร้างความ เป็นอยู่ที่ดี (Well-being) เพราะเมื่อเสรีภาพในการแสดงออกทำให้คนได้กำหนดวิถีชีวิตของตนเอง ได้ทราบถึงคุณค่าของวิถีชีวิตตนเอง และได้ทราบวิถีชีวิตตัวเองนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสังคมที่ตนดำรงอยู่ แล้ว การกำหนดวิถีชีวิตของตนเองของแต่ละคนนั้นก็ย่อมเป็นทางเลือกให้กับบุคคลอื่นได้ดำเนินตาม ซึ่งทางเลือกเหล่านั้นเป็นส่วนสำคัญในกระบวนการถ่ายทอด การรักษา ตลอดจนการนำกลับมาใช้ใหม่ ของวัฒนธรรมอันเป็นกลไกหลักในการรักษาไว้ซึ่งขนบธรรมเนียมประเพณีเดิมและในการท้าทาย ขนบธรรมเนียมประเพณีเดิมนั้นและทดลองใช้รูปแบบความสัมพันธ์ใหม่ ทัศนคติใหม่ ตลอดจน รูปแบบการดำเนินชีวิตแบบใหม่<sup>15</sup> แนวคิดนี้เห็นว่าความหลากหลายจะไม่เกิดขึ้นหากกลุ่มคนจำนวนมากพูดถึงแต่ในสิ่งๆ เดียวกัน<sup>16</sup>

แนวคิดสนับสนุนเสรีภาพในการพูดแนวคิดสุดท้ายที่ผู้เขียนจะกล่าวถึงมองว่าความคิดและการตัดสินใจเป็นสิ่งที่อยู่ในอำณัติของปัจเจกบุคคลอย่างแท้จริง คือ แนวคิดเรื่องอัตตาณัติ (Autonomy) ซึ่งเป็นแนวคิดที่ปรากฏในงานเขียนของนักคิดหลายคน เช่น อิมมานูเอล

<sup>13</sup>R. M. Dworkin. *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978), pp 272-73.

<sup>14</sup>Frederick Schauer, *Free speech: a philosophical enquiry* (Cambridge: Cambridge University Press, 1982), p 66.

<sup>15</sup>Joseph Raz, 'Free Expression and Personal Identification', in W. J. Waluchow (ed.). *Free Expression: Essays in Law and Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 1994), pp 12-13.

<sup>16</sup>Eric Barendt, *Freedom of Speech*, Second Edition (Oxford: Oxford University Press, 2005), p 35.

คานต์<sup>17</sup> (Immanuel Kant) แนวคิดเรื่องอัตตานิยามที่สำคัญและมักถูกอ้างถึง คือ แนวคิดเรื่องอัตตานิยามของ Thomas Scanlon ซึ่งอาศัยพื้นฐานมาจากแนวคิดในความเรียงว่าด้วยเสรีภาพ (*On Liberty*) ของ John Stuart Mill ซึ่งได้เขียนถึงขอบเขตของอำนาจของสังคมเหนือปัจเจกบุคคลว่า การกระทำของปัจเจกบุคคลอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น หากการกระทำของบุคคลส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของบุคคลอื่น สังคมย่อมมีอำนาจเหนือการกระทำนั้นๆ แต่ว่าประเด็นดังกล่าวจะไม่เกิดขึ้นในกรณีที่การกระทำของบุคคลส่งผลกระทบต่อบุคคลผู้หนึ่งแต่เพียงผู้เดียวหรือยอมไม่ส่งผลกระทบต่อบุคคลอื่นหากพวกเขาไม่เข้าไปให้ความสนใจการกระทำของบุคคลนั้น (บุคคลอื่นในที่นี้ Mill อธิบายว่าหมายถึงบุคคลที่อยู่ในวัยที่รู้ผิดชอบและมีความเข้าใจในระดับปกติ) ซึ่ง Mill กล่าวว่าในกรณีเช่นนี้บุคคลย่อมมีเสรีภาพโดยสมบูรณ์แบบทั้งในทางสังคมและทางกฎหมายที่จะกระทำและรับผลของการกระทำดังกล่าวโดยไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐ<sup>18</sup> Scanlon เรียกทฤษฎีของตัวเองว่า Millian Principle<sup>19</sup>

สาระสำคัญของ Millian Principle คือ มีภัย (Harm) จากการแสดงออกบางประการที่ไม่ว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ก็ไม่สามารถนำมาใช้เป็นเหตุผลในการจำกัดโดยกฎหมายซึ่งการแสดงออกดังกล่าวภัยเหล่านั้น คือ (ก) ภัยต่อปัจเจกบุคคลบางกลุ่มซึ่งเกิดจากการที่พวกเขาเหล่านั้นมีความเชื่อที่ผิดๆ อันเกิดจากการแสดงออกดังกล่าว (ข) ผลกระทบอันเป็นอันตรายของการกระทำที่เป็นผลจากการแสดงออกเหล่านั้น ในกรณีที่การแสดงออกดังกล่าวเพียงแต่ทำให้ผู้กระทำการอันเป็นอันตรายนั้นเชื่อ (หรือทำให้พวกเขาเชื่อมากขึ้น) ว่าการกระทำของพวกเขาเป็นสิ่งที่สมควรกระทำ<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Immanuel Kant. *Foundations of the Metaphysics of Morals and What is Enlightenment?* (New York: Macmillan Pub. Co., 1986), pp 66-83.

<sup>18</sup> John Stuart Mill, 'On Liberty', in Joel Feinberg and Hyman Gross (ed.). *Philosophy of Law* (Encino, California: Dickenson Pub. Co., 1975), p125.

<sup>19</sup> Scanlon อธิบายว่า Millian Principle ของเขาใช้กับการแสดงออก (Acts of Expression) ซึ่งรวมถึงการกระทำใดๆ ก็ตามที่กระทำขึ้นโดยเจตนาของตัวกระทำ (Agent) เพื่อสื่อสาร (Communicate) ไปยังบุคคลหนึ่งหรือมากกว่านั้นถึงจุดยืนหรือทัศนคติบางอย่างซึ่งสอดคล้องกับลักษณะการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ซึ่งมีการสื่อสารทางความคิดผู้พูดไปยังผู้ฟังเพื่อให้เกิดความเกลียดชังต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง

<sup>20</sup> T. M. Scanlon, 'A Theory of Freedom of Expression', in R. M. Dworkin (ed.). *The Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1977), pp 160-161:

"There are certain harms which, although they would not occur but for certain acts of expression, nonetheless cannot be taken as part of a justification for legal restrictions on these acts. These harms are: (a) harms to certain individuals which consist in their coming to have false beliefs as a result of those acts of expression; (b) harmful consequences of acts performed as a result of those acts of expression, where the connection between the acts of expression and the subsequent harmful acts consists merely in the fact that

Scanlon เชื่อว่าภัยทั้งสองประการใน Millian Principle ไม่ใช่สิ่งที่บุคคลผู้กำหนดทางเลือกตนเอง (Autonomous Man) จะยอมให้รัฐเข้ามาคุ้มครองเขาจากภัยดังกล่าวโดยการจำกัดการแสดงออก เนื่องจากการที่บุคคลยอมตนอยู่ภายใต้ความคุ้มครองของกฎหมายของรัฐ บุคคลนั้นจำเป็นต้องยอมมอบสิทธิในการตัดสินใจของเขาแก่รัฐว่าความเห็นเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นเรื่องที่ผิดหรือไม่เพื่อป้องกันเขาจากการรับฟังความคิดเห็นเช่นนั้นถึงแม้เขาอาจต้องการรับฟังก็ตาม<sup>21</sup>

จากการศึกษาแนวคิดสนับสนุนเสรีภาพในการพูด ผู้เขียนพบว่าในขณะที่แต่ละแนวคิดพยายามอธิบายขอบเขตและเนื้อหาของสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกตามทฤษฎีของตน ก็ย่อมสื่อความหมายในตัวว่ารัฐอาจออกข้อจำกัดสิทธิได้ในบางเรื่องซึ่งอยู่นอกขอบเขตของแนวคิดนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อพิจารณาจากทฤษฎีอัตตานิยม (Autonomy) ที่ Scanlon ยอมรับว่ามีภัย (Harm) บางประการที่รัฐอาจจำกัดการแสดงออกได้ เมื่อย้อนกลับไปยังพื้นฐานความคิดของแนวคิดอัตตานิยมของ Scanlon คือ แนวคิดในความเรียงว่าด้วยเสรีภาพ (*On Liberty*) ของ John Stuart Mill ก็พบว่า Mill เองก็ยอมรับการจำกัดเสรีภาพของรัฐในบางประการเช่นเดียวกัน หลักการดังกล่าวถูกเรียกว่า “Harm Principle” ซึ่งมีสาระสำคัญ คือ เหตุผลเดียวที่รัฐจะแทรกแซงการใช้เสรีภาพของบุคคลได้คือเพื่อไม่ให้บุคคลนั้นก่อภัยต่อบุคคลอื่น<sup>22</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่าแนวคิดดังกล่าวมิใช่แนวคิดสนับสนุนการจำกัดเสรีภาพเฉพาะกรณีการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังเท่านั้น แต่เป็นแนวคิดที่สนับสนุนการจำกัดเสรีภาพในเชิงทั่วไปด้วย

เมื่อพิจารณา Harm Principle ของ Mill จะเห็นว่า เป้าหมายในการจำกัดเสรีภาพของรัฐที่ชอบธรรมในความคิด Mill ก็คือ เพื่อคุ้มครองบุคคลอื่น และเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบแนวคิดสนับสนุนเสรีภาพในการพูดกับแนวคิดสนับสนุนการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในภาพรวมก็สะท้อนให้เห็นคุณค่าที่ขัดกันและความจำเป็นในการหาสมดุลระหว่างคุณค่าต่างๆ ซึ่งคุณค่านี้รวมถึงสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่นในสังคมด้วย

ในทางปฏิบัติ การปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนถูกพัฒนาขึ้นครั้งแรกในกรอบของกฎหมายภายในของรัฐแต่ละรัฐ หลักประกันเสรีภาพของปัจเจกบุคคลภายใต้กฎหมายคอมมอนลอว์ของ

the act of expression led the agents to believe (or increased their tendency to believe) these acts to be worth performing.”

<sup>21</sup> Ibid., pp 164-165.

<sup>22</sup> John Stuart Mill, ‘On Liberty’:

“That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others.”

อังกฤษถูกนำไปบัญญัติเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของหลายมลรัฐในอเมริกา แนวคิดสิทธิขั้นพื้นฐานของสหรัฐ มีอิทธิพลอย่างมากต่อคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ของประเทศฝรั่งเศส (Declaration des droits de l’homme, 1789) และมีอิทธิพลต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญของหลายประเทศในยุโรปและลาตินอเมริกา เช่น รัฐธรรมนูญเบลเยียมปี 1830 ซึ่งนับเป็นก้าวที่สำคัญของการเปลี่ยนสถานะของสิทธิมนุษยชนจากคำประกาศมาเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับตามกฎหมาย ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 1 และครั้งที่ 2 ทำให้เกิดการเคลื่อนไหวด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศขึ้น รัฐธรรมนูญของหลายๆ ชาติ กลายเป็นแม่แบบของตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ กลับกันรัฐธรรมนูญของประเทศเกิดใหม่หรือประเทศกำลังพัฒนาในปัจจุบันต่างก็นำเอาตราสารระหว่างประเทศมาเป็นแม่แบบการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญของตน<sup>23</sup>

จากแนวคิดต่างๆ ที่ผู้เขียนได้อธิบายมาจะเห็นได้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพดั้งเดิมนั้นมองว่าปัจเจกบุคคลย่อมมีอำนาจที่จะกระทำการใดก็ได้ตราบที่ไม่ก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่น แนวคิดดังกล่าวปรากฏในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของประเทศฝรั่งเศสด้วยว่ากฎหมายอาจห้ามการกระทำของบุคคลได้เฉพาะที่จะก่อความเสียหายแก่สังคม<sup>24</sup> จากวิธีคิดดังกล่าว คำประกาศสิทธิมนุษยชนในยุคหลังคำประกาศสิทธิของประเทศฝรั่งเศสจึงนิยามกำหนดหน้าที่ของปัจเจกบุคคลต่อสังคมเอาไว้อย่างชัดเจนแยกต่างหากจากสิทธิ เช่น ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของมนุษย์แห่งอเมริกา (American Declaration of the Rights and Duties of Man) กำหนดรายการหน้าที่ของปัจเจกบุคคลต่อสังคมเอาไว้ในหมวดที่ 2 ของปฏิญญา<sup>25</sup> และกฎบัตรว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกา (African Charter of Human and Peoples’ Rights-ACHPR) หรือกฎบัตร Banjul กำหนดหน้าที่ของปัจเจกบุคคลเอาไว้ในข้อ 27 ถึงข้อ 29 ของกฎบัตร<sup>26</sup>

ปัญหาของการกำหนดสิทธิและหน้าที่ไว้คู่กันในคำประกาศสิทธิในลักษณะนี้ก่อให้เกิดความยุ่งยากอย่างมากต่อองค์กรหรือกลไกที่ต้องตีความหรือบังคับใช้คำประกาศดังกล่าว เนื่องจากต้องมีการตีความความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิและหน้าที่เหล่านี้ ดังนั้น วิธีการบัญญัติกฎหมายที่กลายเป็นที่นิยมแทนที่ในเวลาต่อมา คือ การบัญญัติข้อจำกัดอันชอบด้วยกฎหมาย (limitation) ของสิทธิขั้น

<sup>23</sup> Karl Josef Partsch, ‘Chapter 4: The Contribution of Universal International Instruments on Human Rights’ in Armand de Mestral et al. (eds.). *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law* (Cowansville, Que.: Y. Blais, 1986), pp 65-66.

<sup>24</sup> French Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789, Art 5:

“The Law has the right to forbid only those actions that are injurious to society. Nothing that is not forbidden by Law may be hindered, and no one may be compelled to do what the Law does not ordain.” (translation available at [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/anglais/cst2.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf)).

<sup>25</sup> American Declaration of the Rights and Duties of Man, Chapter Two Duties, Art XXIX-XXXVIII.

<sup>26</sup> Banjul Charter, Art 27-29.

พื้นฐานในแต่ละประเภทอย่างแน่ชัดซึ่งช่วยให้เกิดการสร้างสรรค์ระหว่างสิทธิของปัจเจกบุคคลและผลประโยชน์ของสังคม วิธีการดังกล่าวกลายเป็นแนวทางการร่างตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับต่างๆ ที่บังคับใช้ในปัจจุบัน<sup>27</sup> โดยเริ่มต้นจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration on Human Rights) ซึ่งข้อ 29 ของปฏิญญาสากลที่มีลักษณะเป็นเงื่อนไขการจำกัดสิทธิทั่วไป (general limitation clause) ซึ่งใช้กับสิทธิทุกประการที่รับรองอยู่ในปฏิญญาฯ บัญญัติว่า

“ทุกคนมีหน้าที่ต่อชุมชน ซึ่งการพัฒนาบุคลิกภาพของตนโดยอิสระและเต็มที่ จะกระทำได้ดีก็แต่ในชุมชนเท่านั้น

ในการใช้สิทธิและอิสรภาพของตนทุกคนจะต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัด เพียงเท่าที่มีกำหนดไว้ตามกฎหมายเท่านั้น เพื่อวัตถุประสงค์ของการได้มาซึ่งการยอมรับและการเคารพสิทธิและอิสรภาพอันควรของผู้อื่น และเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการอันสมควรทางด้านศีลธรรมความสงบเรียบร้อยของประชาชน และสวัสดิการทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย

สิทธิและอิสรภาพเหล่านี้ไม่อาจใช้ขัดต่อวัตถุประสงค์ และหลักการของสหประชาชาติไม่ว่าในกรณีใด”<sup>28</sup>

ข้อ 30 บัญญัติว่า “ไม่มีบทใดในปฏิญญานี้ ที่อาจตีความได้ว่า เป็นการให้สิทธิใดแก่รัฐ กลุ่มคน หรือบุคคลใดในการดำเนินกิจกรรมใด หรือกระทำการใด อันมุ่งต่อการทำลายสิทธิและอิสรภาพใดที่กำหนดไว้ ณ ที่นี้”<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Karl Josef Partsch, ‘Chapter 4: The Contribution of Universal International Instruments on Human Rights’ in Armand de Mestral et al. (eds.). *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law* (Cowansville, Que.: Y. Blais, 1986), p 67.

<sup>28</sup> Universal Declaration on Human Rights, Art 29:

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

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

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

<sup>29</sup> Ibid., Art 30:

“Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or to perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein.”

ปฏิกิริยาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นตราสารระหว่างประเทศที่มุ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชนระดับสากลฉบับเดียวที่ระบุเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพมารวมไว้อยู่ในข้อบทข้อเดียว เนื่องจากตราสารฉบับอื่นๆ ในเวลาต่อมาซึ่งรวมถึงกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนทั้งยุโรป (European Convention on Human Rights-ECHR) และอเมริกา (American Convention on Human Rights-ACHR) ได้กระจายเงื่อนไขการจำกัดสิทธิและเสรีภาพแต่ละประการเอาไว้โดยเฉพาะเจาะจงไปอยู่ในแต่ละข้อบทซึ่งมีลักษณะทั่วไปคล้ายกัน แต่มีความแตกต่างในรายละเอียดเพื่อใช้กับสิทธิเสรีภาพแต่ละประเภท การเปลี่ยนลักษณะจากเงื่อนไขการจำกัดสิทธิทั่วไป (general limitation clause) ไปเป็นเงื่อนไขการจำกัดสิทธิเฉพาะเจาะจง (specific limitation clauses) ถือเป็นพัฒนาการครั้งสำคัญของตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ<sup>30</sup> และแสดงให้เห็นเจตจำนงที่จะออกแบบเงื่อนไขการจำกัดสิทธิเพื่อให้เกิดการจำกัดสิทธิเท่าที่จำเป็นโดยเคร่งครัดเพื่อที่ประกันความคุ้มครองสูงสุดแก่ปัจเจกบุคคล<sup>31</sup> กล่าวคือ ภายหลังจากการก่อตั้งสหประชาชาติ หนึ่งในเจตจำนงของสหประชาชาติในการสร้างตราสารสิทธิมนุษยชนต่างๆ ก็คือเพื่อให้เกิดมาตรฐานขั้นต่ำร่วมกันในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามที่ระบุไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ การสร้างเงื่อนไขการจำกัดสิทธิ (limitation clause) จึงต้องคำนึงถึงลักษณะที่แตกต่างและคุณค่าของสิทธิแต่ละประเภท ตัวอย่างที่สำคัญของความจำเป็นนี้ คือ เรื่องเสรีภาพในการนับถือศาสนาซึ่งเสรีภาพในการมีหรือนับถือศาสนา หรือมีความเชื่อตามคตินิยมของตนย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้การจำกัดสิทธิ แต่เสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา หรือความเชื่อของบุคคลอาจอยู่ภายใต้บังคับแห่งข้อจำกัดเฉพาะก็ได้<sup>32</sup>

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าเงื่อนไขการจำกัดสิทธิทั่วไป (general limitation clause) อาจเป็นเงื่อนไขการจำกัดสิทธิที่เพียงพอสำหรับการรับรองสิทธิในหลักการทั่วไปเช่นในปฏิกิริยาสากลฯ หรือสิทธิที่ยากที่จะให้คำจำกัดความ แต่สำหรับสิทธิและเสรีภาพที่มีการจำกัดความอย่างชัดเจนแล้ว มีความจำเป็นที่ต้องมีเงื่อนไขการจำกัดสิทธิแบบเฉพาะเจาะจง (specific limitation clause) ที่มีเงื่อนไขที่เคร่งครัดและเกี่ยวข้องกับสิทธินั้นๆ โดยเฉพาะ ซึ่งการที่กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิ

<sup>30</sup> Karl Josef Partsch, 'Chapter 4: The Contribution of Universal International Instruments on Human Rights' in Armand de Mestral et al. (eds.). *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law* (Cowansville, Que.: Y. Blais, 1986), p 67.

<sup>31</sup> Alexandre Charles Kiss, 'Permissible Limitations on Rights' in Louis Henkin (ed.). *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (New York: Columbia University Press, 1981), p 291.

<sup>32</sup> Karl Josef Partsch, 'Chapter 4: The Contribution of Universal International Instruments on Human Rights' in Armand de Mestral et al. (eds.). *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law* (Cowansville, Que.: Y. Blais, 1986), p 67.



พลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights-ICCPR) ไม่มีเงื่อนไขการจำกัดสิทธิทั่วไปแสดงให้เห็นว่าการจำกัดสิทธิแต่ละประเภทจะมีได้ก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขเฉพาะเท่านั้น<sup>33</sup>

นอกจากนี้ กติกา ICCPR ยังระบุเงื่อนไขทั่วไปอีกสองประการที่มีผลเป็นการจำกัดข้อจำกัดสิทธิ คือ เงื่อนไขการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination clauses) ในข้อ 26<sup>34</sup> และเงื่อนไขการห้ามทำลายสิทธิและเสรีภาพประการใดที่รับรองไว้ในกติกา (abuse clause) ในข้อ 5 วรรค 1<sup>35</sup> ซึ่งมีเนื้อหาเหมือนกับข้อ 30 ของปฏิญญาสากลฯ abuse clause นี้ไม่เพียงปรากฏอยู่ในกติกา ICCPR แต่ยังปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนฉบับอื่นด้วย เช่น ข้อ 17 ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวถึงในบทต่อไป

ดังนั้น ในการพิจารณาเงื่อนไขการจำกัดสิทธิจะต้องคำนึงถึงสิทธิหรือเสรีภาพที่ตราสารสิทธิมนุษยชนรับรองเอาไว้ในแต่ละเรื่องโดยเฉพาะเจาะจง ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ในเงื่อนไขการจำกัดสิทธิของกติกา ICCPR ได้แก่ National security (ปรากฏอยู่ในข้อ 12 (3), 14 (1), 19 (3), 21 และ 22 (2)) Public safety (ข้อ 18 (3), 21 และ 22 (2)) Public order (ในข้อ 19 วงเล็บว่า *ordre public*) (ข้อ 12 (3), 14 (1), 18 (3), 19 (3), 21 และ 22 (2)) Public health (ข้อ 12 (3), 18 (3), 19 (3), 21 และ 22 (2)) Public morals (ข้อ 12 (3), 14 (1), 18 (3), 19 (3), 21 และ 22 (2)) และ Respect of the rights or reputations of others (ข้อ 19 (3))

เงื่อนไขในการจำกัดสิทธิข้างต้นที่ปรากฏเป็นเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก ได้แก่ national security, public order, public health, public morals และ respect of the rights or reputations of others ซึ่งเงื่อนไขเหล่านี้ก็ได้ไปปรากฏอยู่ในเงื่อนไขการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกภายใต้สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนฉบับอื่นอีก ได้แก่ อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปและทวีปอเมริกาซึ่งรายละเอียดเหล่านี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงในหัวข้อที่ 2.3.1 ต่อไป

<sup>33</sup> Alexandre Charles Kiss, 'Permissible Limitations on Rights' in Louis Henkin (ed.). *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (New York: Columbia University Press, 1981), pp 291-292.

<sup>34</sup> ICCPR, Art 26:

"All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status."

<sup>35</sup> Ibid., Art 5 (1):

"Nothing in the present Covenant may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms recognized herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the present Covenant."

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตประการแรก คือ เงื่อนไขทั้งหมดที่กล่าวมานี้ล้วนแล้วแต่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะ (public interest) และประการที่สอง คือ มีเพียงข้อ 19 (3) ข้อเดียวเท่านั้นที่ระบุเรื่องการเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น (respect of the rights or reputations of others) เอาไว้

จากวัตถุประสงค์ต่างๆ เหล่านี้จะเห็นได้ว่ามีเพียงสิทธิเสรีภาพบางประการเท่านั้นที่กติกา ICCPR รับรองว่าเป็นสิทธิเด็ดขาด (absolute rights) ขณะที่สิทธิส่วนใหญ่อาจอยู่ภายใต้ข้อจำกัดสิทธิด้วยเหตุผลด้านผลประโยชน์สาธารณะและสิทธิบางประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกของบุคคล อาจถูกจำกัดเมื่อขัดหรือแย้งกับสิทธิของบุคคลอื่น แต่จะเห็นได้ว่าข้อจำกัดเหล่านี้มีสถานะเป็น “ข้อยกเว้น” (exceptions) เท่านั้น และจะต้องถูกตีความและบังคับใช้อย่างเคร่งครัดเพื่อไม่เป็นการทำลายแก่นของการใช้สิทธิไป<sup>36</sup>

มีข้อสังเกตประการหนึ่ง คือ ความแตกต่างระหว่างข้อจำกัด (limitation) กับการเลียงพันธกรณีในสถานการณ์ฉุกเฉิน (derogation) ซึ่งปรากฏอยู่ในกติกา ICCPR เช่นกัน<sup>37</sup> คือ การเลียงพันธกรณี (derogation) กระทำได้เฉพาะในกรณีฉุกเฉินแสดงให้เห็นถึงเจตนาที่จะให้การเลียงพันธกรณีดังกล่าวมีลักษณะชั่วคราวที่จำเป็นเท่านั้น แต่ข้อจำกัดสิทธิ (limitation) อาจมีลักษณะถาวรก็ได้และตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขการจำกัดสิทธิ (limitation clause) ที่รัฐต้องบัญญัติเป็นกฎหมายต่างจากการเลียงพันธกรณีที่ไม่มีเงื่อนไขเรื่องรูปแบบ นอกจากนี้ สิทธิบางประการไม่ตกอยู่ภายใต้การเลียงพันธกรณีแต่อาจอยู่ภายใต้ข้อจำกัด<sup>38</sup> เช่น ข้อ 18 ของกติกา ICCPR สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรมและศาสนา<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Alexandre Charles Kiss, 'Permissible Limitations on Rights' in Louis Henkin (ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (New York: Columbia University Press, 1981), p 290.

<sup>37</sup> ICCPR, Art 4 (1):

“In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.”

<sup>38</sup> Alexandre Charles Kiss, 'Permissible Limitations on Rights' in Louis Henkin (ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (New York: Columbia University Press, 1981), p 290.

<sup>39</sup> ICCPR, Art 4 (2):

“No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs 1 and 2), 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision.”

ก่อนที่จะพิจารณาเนื้อหาของเงื่อนไขการจำกัดสิทธิเฉพาะ เมื่อพิจารณารูปแบบของเงื่อนไขการจำกัดสิทธิ (limitation clause) ทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายเปรียบเทียบ จะพบว่าเงื่อนไขการจำกัดสิทธิมีรูปแบบที่แตกต่างกันไป ได้แก่ รูปแบบที่ไม่มีเงื่อนไขการจำกัดสิทธิเป็นลายลักษณ์อักษรเลย เช่น รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา รูปแบบเงื่อนไขการจำกัดสิทธิแบบทั่วไป (general limitation clause) ดังปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและรัฐธรรมนูญของประเทศแคนาดา และรูปแบบเงื่อนไขการจำกัดสิทธิแบบเฉพาะ (specific limitation clause) เช่น กติกา ICCPR อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป ยิ่งไปกว่านั้นในกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี (German Basic Law) มีรูปแบบของเงื่อนไขการจำกัดสิทธิมากกว่าหนึ่งรูปแบบ โดยสิทธิบางประการไม่มีเงื่อนไขการจำกัดสิทธิ และมีทั้งเงื่อนไขการจำกัดสิทธิแบบทั่วไปและแบบเฉพาะ

อย่างไรก็ดี ในความแตกต่างทางด้านรูปแบบของเงื่อนไขการจำกัดสิทธิ รูปแบบที่แตกต่างกันนี้กลับมีองค์ประกอบที่เหมือนกัน 4 ประการ กล่าวคือ

องค์ประกอบแรก การมีอยู่ของเงื่อนไขการจำกัดสิทธิเป็นข้อที่แสดงว่า ไม่มีสิทธิใดที่ไม่มีขอบเขต และกลับกันก็ไม่มีข้อจำกัดสิทธิใดที่ไม่มีขีดจำกัด สมมติฐานนี้นำไปสู่คำถามที่ว่า อาจมีเงื่อนไขการจำกัดสิทธิโดยปริยาย (implied limitation clause) หรือไม่ เช่นในกรณีของรัฐธรรมนูญสหรัฐฯ ที่ไม่มีเงื่อนไขการจำกัดสิทธิในลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ตาม หากมองมุมกลับจะพบว่าคำถามที่แท้จริงน่าจะเป็นว่า ขอบเขตของสิทธิที่รัฐรับรองมีเพียงใดมากกว่า เพราะทั้งสองคำถามไม่มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ<sup>40</sup>

องค์ประกอบที่สอง คือ ข้อจำกัดสิทธิอาจมีได้เพื่อและเท่าที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผลประโยชน์ซึ่งชอบด้วยกฎหมายบางประการเท่านั้น และอย่างน้อยที่สุดจะต้องมีความสัมพันธ์ที่สมเหตุสมผล (reasonable relationship) ระหว่างข้อจำกัดสิทธิและเป้าหมายของการจำกัดสิทธิในระดับหนึ่ง จากตัวอย่างของกติกา ICCPR ข้างต้นจะเห็นได้ว่าในเงื่อนไขการจำกัดสิทธิมักจะระบุวัตถุประสงค์หรือผลประโยชน์ต่างๆ ที่อาจได้รับความคุ้มครองโดยข้อจำกัดสิทธิ แต่ว่าการที่วัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิชอบด้วยกฎหมายมิได้หมายความว่ามาตรการที่รัฐใช้ในการจำกัดสิทธิจะต้องชอบด้วยกฎหมายไปด้วยเสมอไป ดังนั้น ข้อจำกัดสิทธิกับวัตถุประสงค์ของการจำกัดสิทธิจึงต้องมีความสัมพันธ์กันด้วย คำถามจึงมีอยู่ว่าข้อจำกัดสิทธิกับวัตถุประสงค์ของการจำกัดสิทธิต้องมีความสัมพันธ์กันเพียงใด

<sup>40</sup> Albert Bleckmann and Michael Bothe, 'Chapter 6: General Report on the Theory of Limitations on Human Rights', in Armand de Mestral et al. (eds.). *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law* (Cowansville, Que.: Y. Blais, 1986), p 107.

คำตอบของคำถามนี้ คือ ไม่มีคำตอบที่ตายตัว เนื่องจากไม่เพียงแต่แนวทางการวินิจฉัยที่ถูกใช้จะมีความหลากหลาย แม้แต่ในรัฐหนึ่งหรือกลไกกลไกหนึ่งก็ไม่มีทางออกที่ตายตัว แต่มีการใช้หลักเกณฑ์ (test) หรือระดับการตรวจสอบ (level of scrutiny) ตลอดจนการให้เหตุผลที่แตกต่างกันออกไป อย่างไรก็ตามองค์ประกอบที่มีร่วมกันของเงื่อนไขการจำกัดสิทธิในทุกรูปแบบ คือ อย่างน้อยที่สุดจะต้องมีความสัมพันธ์ที่ สมเหตุสมผล (reasonable relationship) ระหว่างข้อจำกัดสิทธิและเป้าหมายของการจำกัดสิทธิในระดับหนึ่ง แต่จะต้องสมเหตุสมผลในมาตรฐานใด เช่น “proper” “appropriate” “necessary” หรือ “absolutely necessary” ก็ย่อมขึ้นอยู่กับระดับความสำคัญของผลประโยชน์ที่ต้องการคุ้มครองนั้น ยิ่งวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิมีความสำคัญมาก เงื่อนไขของความสัมพันธ์ระหว่างข้อจำกัดสิทธิกับวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิก็ยิ่งเข้มงวดน้อยลง ในบางกรณี ปัจจัยที่ใช้วัดความสำคัญอาจเป็นระดับความเร่งด่วนของการให้ความคุ้มครองผลประโยชน์นั้นๆ หรือความเสี่ยงต่อภัยของผลประโยชน์นั้น ตัวอย่างเช่น อันตรายที่ชัดเจนและเกิดขึ้นในปัจจุบัน (clear and present danger) ย่อมเป็นเหตุผลที่มีน้ำหนัก<sup>41</sup>

องค์ประกอบร่วมในข้อที่สองนี้แสดงให้เห็นว่าการตีความความสมเหตุสมผลของข้อจำกัดสิทธิจึงต้องพิจารณาองค์ประกอบสามข้อ คือ ผลประโยชน์ที่สิทธิขั้นพื้นฐานให้การคุ้มครอง ผลประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายที่ขัดกันกับผลประโยชน์แรก และวิธีการที่ข้อจำกัดสิทธิใช้ในการคุ้มครองผลประโยชน์ที่ขัดกันนั้น ซึ่งนำไปสู่อีกองค์ประกอบร่วมประการที่สาม

องค์ประกอบที่สาม คือ จะต้องเป็นหลักเกณฑ์บางประการที่ใช้ในการวิเคราะห์ความสัมพันธ์เชิงสามเหลี่ยมระหว่างผลประโยชน์ที่สิทธิขั้นพื้นฐานให้การคุ้มครอง ผลประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายที่ขัดกันกับผลประโยชน์แรก และวิธีการที่ข้อจำกัดสิทธิใช้ในการคุ้มครองผลประโยชน์ที่ขัดกันนั้น โดยองค์ประกอบทั้งสามด้านจะต้องถูกวิเคราะห์โดยสัมพันธ์กัน กล่าวคือ ยิ่งสิทธิขั้นพื้นฐานมีความสำคัญมากขึ้นเท่าไรเมื่อเปรียบเทียบกับผลประโยชน์ที่ขัดกัน การตรวจสอบข้อจำกัดสิทธิก็ต้องมีความเข้มงวดมากขึ้นเท่านั้น ในอีกมุมหนึ่ง ยิ่งข้อจำกัดสิทธิมีขอบเขตที่จำกัดมากขึ้นเท่าไร ความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดระหว่างข้อจำกัดสิทธิและผลประโยชน์ที่ข้อจำกัดสิทธิที่ต้องการคุ้มครองก็ยิ่งต้องมีความมากขึ้น

หนึ่งในหลักกฎหมายที่ใช้ในการวินิจฉัยความสัมพันธ์เหล่านี้ คือ หลักความได้สัดส่วน (Proportionality) ภายใต้อันนี้ การจำกัดสิทธิจะต้องไม่เกินส่วน (excessive) เมื่อเปรียบเทียบความสำคัญระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกจำกัดและผลประโยชน์ที่ขัดกัน อย่างไรก็ตามอุปสรรคของการปรับใช้หลักความได้สัดส่วน คือ การให้เหตุผลเป็นเรื่องที่ยากและอาจเป็นการให้เหตุผลตามอำเภอใจ เพราะ การวิเคราะห์ความได้สัดส่วนจะต้องคำนึงถึงสมดุลระหว่างผลประโยชน์สองอย่างซึ่ง

<sup>41</sup> Ibid., p 108.

จริงๆ แล้วไม่สามารถนำมาถ่วงดุลกันได้เนื่องจากไม่มีมาตรฐานที่เหมาะสม และผลประโยชน์ในด้านสังคม (societal interests) ซึ่งเป็นสิ่งที่ถูกนำมาชั่งน้ำหนักนั้นเป็นสิ่งที่ไม่มีมาตรวัดเหมือนสิ่งของ<sup>42</sup>

ส่วนองค์ประกอบที่สี่และเป็นองค์ประกอบสุดท้าย คือ ไม่ว่าเงื่อนไขการจำกัดสิทธิจะมีรูปแบบใด แต่สิ่งที่เหมือนกัน คือ ข้อจำกัดสิทธิจะต้องบัญญัติเป็นกฎหมาย

จากองค์ประกอบรวมทั้งสี่ประการแสดงให้เห็นว่าสิ่งที่เงื่อนไขการจำกัดสิทธิมีร่วมกัน คือ รูปแบบในแก้ไขปัญหามองขอบเขตในการจำกัดสิทธิ แต่ไม่ใช่เนื้อหาของสาระของคำตอบนั้น รูปแบบการหาคำตอบของขอบเขตในการจำกัดสิทธิ คือ การหาสมดุลระหว่างผลประโยชน์ แต่เนื้อหาของคำตอบคือ ความสำคัญเชิงสัมพัทธ์ (relative importance) ของผลประโยชน์เหล่านี้ซึ่งไม่อาจหาองค์ประกอบร่วมได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ไม่ว่าเงื่อนไขการจำกัดสิทธิรูปแบบใดก็มีวิธีพิจารณาในการหาสมดุลที่อาจจะเหมือนกัน แต่น้ำหนักของผลประโยชน์ในแต่ละมาตรวัดย่อมมีน้ำหนักไม่เท่ากัน ปัญหานี้นำไปสู่คำถามที่ว่า ประการแรก ใครควรเป็นผู้วินิจฉัยขอบเขตในการจำกัดสิทธิ ฝ่ายนิติบัญญัติหรือศาล เพราะองค์กรที่แตกต่างกันย่อมมีแนวทางการวินิจฉัยที่ไม่เหมือนกัน และผู้วินิจฉัยขอบเขตการจำกัดสิทธิที่ต่างเขตอำนาจกันย่อมให้น้ำหนักกับผลประโยชน์ตลอดจนความต้องการในสังคมที่ไม่เท่ากัน และประการที่สอง อะไรคือมาตรฐานหรือปัจจัยที่ใช้วินิจฉัยขอบเขตในการจำกัดสิทธิ<sup>43</sup>

ปัญหาดังกล่าวนี้ ผู้เขียนจะอธิบายต่อไปในบทที่ 3 ว่ากลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคที่ต่างกันกำหนดมาตรฐานของการตรวจสอบข้อจำกัดสิทธิและให้คุณค่าของผลประโยชน์ทางสังคมเหล่านี้แตกต่างกันหรือไม่อย่างไร และในบทที่ 4 ผู้เขียนจะเขียนต่อไปว่ามีองค์ประกอบร่วม (common element) ไດหรือไม่ที่กลไกสิทธิมนุษยชนเหล่านี้ใช้ในการหาคำตอบในเรื่องขอบเขตของการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกอันจะทำให้ขอบเขตของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

สำหรับข้อจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก หลักการในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งระบุในข้อ 11 ที่ว่า “การสื่อสารความคิดหรือความคิดเห็นเป็นหนึ่งในสิทธิที่มีค่าที่สุดของมนุษย์”<sup>44</sup> ปรากฏอยู่ในตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศทุกฉบับ และน่าจะกล่าวได้ว่าการพูด “ทุกประเภท” และ “ทุกรูปแบบ” ก็ย่อมได้รับความคุ้มครอง

<sup>42</sup> Ibid., p 109.

<sup>43</sup> Ibid., p 109-110.

<sup>44</sup> French Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789, Art 11:

“The free communication of ideas and of opinions is one of the most precious rights of man. Any citizen may therefore speak, write and publish freely, except what is tantamount to the abuse of this liberty in the cases determined by Law.”

จากเสรีภาพดังกล่าวทั้งสิ้นโดยคำนึงถึงความแตกต่างในเรื่องของประเภท หากแต่คำนึงถึงเนื้อหาสาระในทำนองเดียวกันเงื่อนไขการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก เช่น ที่บัญญัติอยู่ในข้อ 19 วรคสามของกติกา ICCPR ก็ย่อมบังคับใช้กับการสื่อสารทุกประเภทเช่นกัน<sup>45</sup> เงื่อนไขการจำกัดเสรีภาพแห่งการแสดงออกภายใต้กติกา ICCPR บัญญัติว่า

“การใช้สิทธิตามที่บัญญัติในวรรค 2 ของข้อนี้ ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษควบคู่ไปด้วย การใช้สิทธิดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดในบางเรื่อง แต่ทั้งนี้ข้อจำกัดนั้นต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายและจำเป็นต่อ

(ก) การเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น

(ข) การรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือการสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน”

เงื่อนไขดังกล่าวซึ่งเป็นเงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดสิทธิ (specific limitation clause) ได้กำหนดว่า นอกจากการจำกัดสิทธิจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองคุณค่า (value) บางประการ ข้อจำกัดสิทธิ (limitation) จะต้องมีความจำเป็น (necessary) ต่อวัตถุประสงค์นั้นด้วย ดังนั้น ในการหาสมดุลระหว่างคุณค่าของเสรีภาพกับการจำกัดเสรีภาพที่ขัดกัน วัตถุประสงค์ของการสื่อสารย่อมเป็นปัจจัยหนึ่งที่สำคัญในการพิจารณาได้ และเงื่อนไขการจำกัดเสรีภาพในการพูดซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานย่อมเป็นเพียงข้อยกเว้นและภาระการพิสูจน์การจำกัดสิทธิย่อมตกอยู่แก่รัฐที่จำกัดสิทธิ<sup>46</sup>

ขณะที่ การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นเงื่อนไขพิเศษของการจำกัดสิทธิอยู่ในข้อ 20 ของกติกา ICCPR ข้อ 4 ของอนุสัญญาอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: ICERD) และข้อ 13 ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกา ซึ่งมีองค์ประกอบ 3 ประการซึ่งผู้เขียนจะกล่าวถึงรายละเอียดต่อไปในหัวข้อ 2.3.1 กล่าวคือ

องค์ประกอบแรก คือ การกระทำซึ่งในกติกา ICCPR และอนุสัญญา ACHR คือ การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังซึ่งยั่ว (advocacy of hatred that constitutes incitement) ส่วน การกระทำตามอนุสัญญา CERD คือ การเผยแพร่ความคิด (all dissemination of ideas)

องค์ประกอบที่สอง คือ ลักษณะหรือพื้นฐาน (ground) ของความเกลียดชังหรือความคิดซึ่งภายใต้กติกา ICCPR และอนุสัญญา ACHR ได้แก่ ความเกลียดชังในชาติ (national) เผ่าพันธุ์ (racial)

<sup>45</sup> Karl Josef Partsch, ‘Chapter 4: The Contribution of Universal International Instruments on Human Rights’ in Armand de Mestral et al. (eds.). *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law* (Cowansville, Que.: Y. Blais, 1986), p 70.

<sup>46</sup> Ibid.

และศาสนา (religious) และในอนุสัญญา CERD ก็คือ ความคิดที่อยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติ หรือความเกลียดชังอันเกิดจากความแตกต่างทางเชื้อชาติ (racial superiority or hatred)

องค์ประกอบที่สาม คือ เป้าหมายทั้งสามประการของการย่วยุในกติกา ICCPR ได้แก่ การเลือกปฏิบัติ (discrimination) การเป็นปฏิปักษ์ (hostility) หรือการใช้ความรุนแรง (violence) ซึ่งปรากฏในอนุสัญญา ACHR เพียงเรื่องเดียว คือ การใช้ความรุนแรงอันผิดกฎหมาย (lawless violence) ขณะที่อนุสัญญา CERD ไม่มีองค์ประกอบข้อนี้

นอกจากแนวคิดเกี่ยวกับข้อจำกัดเสรีภาพของโลกตะวันตกแล้ว ผู้เขียนจะกล่าวถึงแนวคิดเกี่ยวกับข้อจำกัดเสรีภาพที่ปรากฏอยู่ในแนวคิดของโลกตะวันออก อันได้แก่ ศาสนาอิสลามและแนวคิดของจีน

ในศาสนาอิสลามเชื่อว่าพระเจ้าเป็นผู้สร้างมนุษย์และกฎหมายอิสลามหรือกฎหมายชะรีอะฮ์ (Shari'ah) มองว่ามนุษย์จะเข้าถึงเสรีภาพได้ก็ต่อเมื่อจำนนต่อเจตนารมณ์ของพระเจ้าเท่านั้น เนื่องจากมนุษย์ถูกสร้างขึ้นโดยพระเจ้าและไม่มีอำนาจในการสร้างสิ่งใดขึ้นมาด้วยตนเอง (*ex nihilo*) ดังนั้น มนุษย์จึงต้องพึ่งพิงพระเจ้าและสามารถที่จะได้รับเสรีภาพดังกล่าวจากพระเจ้าเท่านั้น<sup>47</sup>

สิทธิมนุษยชนในกฎหมายอิสลามจึงเป็นผลจากการปฏิบัติตามพันธกรณีของมนุษย์ซึ่งต่างจากแนวคิดในคำประกาศสิทธิของประเทศฝรั่งเศสตามแนวคิดตะวันตกที่สิทธินำไปสู่หน้าที่ กล่าวคือ มนุษย์มีหน้าที่ในการปฏิบัติตนต่อพระเจ้า ธรรมชาติ มนุษย์ด้วยกัน แม้กระทั่งต่อตัวเองซึ่งถูกกำหนดขึ้นโดยกฎหมายชะรีอะฮ์ เมื่อมนุษย์ได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนแล้ว มนุษย์จึงได้รับสิทธิและเสรีภาพบางประการซึ่งกำหนดไว้โดยกฎหมายของพระเจ้า มนุษย์ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวก็จะไม่มีสิทธิอันชอบธรรมนั้นและการเรียกร้องเสรีภาพต่อสังคมของบุคคลเหล่านั้นก็จะขาดความชอบธรรมและเป็นการแย่งชิงสิทธิซึ่งพวกเขาไม่มี อิสลามมองว่าแนวคิดนี้ไม่ได้ใช้กับผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามเท่านั้น แต่ยังมองทุกศาสนาบนพื้นฐานของแนวคิดเดียวกันนี้ว่ามนุษย์ได้รับสิทธิภายใต้บัญญัติศาสนาของตน<sup>48</sup>

มุมมองที่ว่ามนุษย์ที่ไม่ปฏิบัติหน้าที่ต่อบุคคลอื่นจะไม่มีสิทธิเรียกร้องเสรีภาพนี้อาจมองได้ว่ามีตรรกะเหมือนกับในเรื่องของ abuse clause ที่อยู่ในตราสารสิทธิมนุษยชนทุกฉบับ แต่มีความแตกต่างคือที่มาของสิทธิ และหากมองจากมุมมองของตะวันตกแล้ว กฎหมายอิสลามจึงมีลักษณะที่เป็นข้อจำกัดสิทธิบนเสรีภาพของมนุษย์ แต่ทั้งนี้ เพื่อแลกมาซึ่งเสรีภาพภายในที่สูงส่งกว่าเสรีภาพ

<sup>47</sup> Seyyed Hossein Nasr, 'The Concept and Reality of Freedom in Islam and Islamic Civilization' in Alan S. Rosenbaum (ed.), *The Philosophy of Human Rights: International Perspectives* (Westport, Conn.: Green Wood Press, 1980), pp 95-97.

<sup>48</sup> Ibid., p 97.

ภายนอก นั่นคือ การเข้าถึงพระเจ้า เป้าหมายของกฎหมายอิสลามในการจำกัดสิทธิจึงเป็นไปเพื่อขจัดความเป็นไปได้ในทางลบที่อาจเกิดขึ้นกับมนุษย์และเสรีภาพที่จะกระทำเรื่องชั่วร้าย เพื่อสร้างความสงบร่วมกันของมนุษย์ซึ่งเป็นพื้นฐานภายในที่นำไปสู่เสรีภาพภายในที่มีความเป็นสากล

ขณะที่ในอีกหนึ่งอารยธรรมที่สำคัญของโลกตะวันออกอย่างจีน แนวคิดดั้งเดิมของจีนเกี่ยวกับกฎหมายที่กำกับความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ตั้งอยู่บนพื้นฐานของเรื่องหน้าที่และความเหมาะสม ประเทศจีนตั้งแต่ยุคโบราณเป็นสังคมเกษตรกรรม ประชาชนทั่วไปซึ่งเป็นกระดูกสันหลังและเป็นแรงงานของระบบเศรษฐกิจ อำนาจของผู้นาจจึงมาจากการสร้างสวัสดิการแก่ประชาชน มุมมองนี้สะท้อนออกมาในแนวคิดของนักปราชญ์เช่น เม่งจื่อ (Mencius, 372-289 B.C.) ที่กล่าวว่า “ประชาชนเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดของชาติ ผืนดินและธัญพืชสำคัญรองลงมา และเจ้าผู้ครองรัฐสำคัญน้อยที่สุด”<sup>49</sup> ต่อมาในยุคสงครามระหว่างนครรัฐ (403-221 B.C.) นครรัฐแต่ละรัฐต่างก็อาศัยนักปราชญ์สนับสนุนการปกครองของตนจนเกิดปรากฏการณ์ที่เรียกว่า “ปราชญ์ร้อยสำนัก” ซึ่งทำให้เกิดลัทธิสำคัญของจีน คือ ลัทธิขงจื้อ (Confucius) และลัทธิเต๋า (Taoism) ลัทธิขงจื้อให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอันมีลักษณะอุดมคติ คือ ความมีเมตตาและความเห็นอกเห็นใจต่อบุคคลอื่น และลัทธิเต๋าให้ความสำคัญกับความสมดุล แต่เมื่อปราชญ์ร้อยสำนักไม่สามารถยุติสงคราม สำนักปราชญ์จึงสูญเสียความสำคัญและเมื่อจีนได้รับอิทธิพลจากต่างชาติ ศาสนาพุทธจึงกลายเป็นศาสนาสำคัญในสังคมจีนไปในเวลาต่อมา สารสำคัญของศาสนาพุทธในประเทศจีนคือความเชื่อที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความสมบูรณ์แบบในตนเองดังนั้นศาสนาพุทธจึงมุ่งจุดประกายให้บุคคลรู้แจ้งด้วยตนเอง<sup>50</sup>

ลัทธิขงจื้อ ลัทธิเต๋า และศาสนาพุทธกลายเป็นพื้นฐานของแนวคิดเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลของสังคมจีนโบราณ กล่าวคือ แนวคิดเรื่องนิพพานของศาสนาพุทธกับมนุษย์ในอุดมคติของขงจื้อกลายมาเป็นคุณค่าที่ชาวจีนให้ความสำคัญเพื่อนำไปสู่ความเป็นเอกภาพและความสามัคคีในสังคมซึ่งในขณะเดียวกันก็สะท้อนแนวคิดความสมดุลของลัทธิเต๋า สิ่งที่สังคมจีนให้ความสำคัญและคุณค่ามาแต่โบราณ คือ วิธีที่มนุษย์พึงปฏิบัติต่อกันซึ่งเป็นเรื่องของหน้าที่ สังคมจีนโบราณจึงไม่เคยปรากฏแนวคิดเรื่องสิทธิของปัจเจกชนและก็ไม่มีการเรียกร้องสิทธิดังกล่าวเช่นกัน เพราะ ผลกระทบของการผนวกลัทธิขงจื้อเข้ากับหลักการปกครอง คือ ในด้านหนึ่งผู้ปกครองย่อมมีหน้าที่ทางศีลธรรม

<sup>49</sup> James Legge (ed.). *The Works of Mencius, Tsin-sin* (Oxford, 1892), p 483.

<sup>50</sup> Peter K. Y. Woo, ‘A Metaphysical Approach To Human Rights from a Chinese Point of View’ in Alan S. Rosenbaum (ed.). *The Philosophy of Human Rights: International Perspectives* (West port, Conn.: Green Wood Press, 1980), pp 114-115, 122.



ต่อประชาชน กลับกันเมื่อผู้นำปกครองประพฤติตนตามแนวคิดขงจื้อ ประชาชนก็ต้องยอมรับกฎเกณฑ์ของรัฐ<sup>51</sup>

แนวคิดเรื่องความเป็นเอกภาพและความสามัคคีนี้จึงทำให้สังคมจีนโบราณไม่มีความตระหนักถึงสิทธิมนุษยชน เพราะ การกำหนดความสัมพันธ์หรือหน้าที่ระหว่างมนุษย์เป็นไปเพื่อประโยชน์ที่เหนือกว่า คือ ความสงบเรียบร้อยของส่วนรวม ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า หากมองสังคมจีนโบราณในมุมมองของตะวันตกแล้ว แนวคิดเรื่องความเป็นเอกภาพและความสงบเรียบร้อยของจีนมีลักษณะเหมือนกับแนวคิดเกี่ยวกับข้อจำกัดเสรีภาพในเรื่องของนโยบายสาธารณะ (public policy) และเป็นข้อจำกัดเสรีภาพโดยปริยายที่ซ่อนอยู่ในแนวคิดพื้นฐานของสังคมและอุดมคติทางการเมือง

กล่าวโดยสรุปจะเห็นได้ว่าในขณะที่แนวคิดตะวันตกมองว่าบุคคลมีเสรีภาพตราบเท่าที่ไม่ก่ออันตรายแก่บุคคลอื่น ดังนั้น สิทธิจึงต้องควบคู่ไปกับหน้าที่หรือความรับผิดชอบอันเป็นที่มาของการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก แนวคิดแบบตะวันออกให้ความสำคัญกับหน้าที่ของบุคคลทุกคนที่ต้องปฏิบัติเป็นหลักการทั่วไปเพื่อนำไปสู่เป้าหมายในอุดมคติบางอย่างซึ่งเป็นเป้าหมายร่วมกันของสังคมในศาสนาอิสลาม คือ การเข้าถึงพระเจ้า และสังคมจีนโบราณ คือ เอกภาพและความสงบเรียบร้อยในสังคม ดังนั้น ตามแนวคิดแบบตะวันออก หน้าที่จึงต้องมาก่อนสิทธิ

### 2.1.2 แนวคิดสนับสนุนการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

ถึงแม้เสรีภาพในการพูดจะเป็นคุณค่าที่มีความสำคัญยิ่ง แต่ก็ไม่ใช่คุณค่าเพียงอย่างเดียว<sup>52</sup> คุณค่าอื่นๆ ได้แก่ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเท่าเทียม เสรีภาพที่จะมีชีวิตอยู่โดยปราศจากการคุกคามข่มขู่ ความปรองดองในสังคม การเคารพซึ่งกันและกัน และการคุ้มครองชื่อเสียงและเกียรติของบุคคลก็เป็นสิ่งที่มีความสำคัญต่อการมีชีวิตที่ดีและควรค่าแก่การปกป้องรักษาไว้เช่นกัน แต่เนื่องจากคุณค่าเหล่านี้ขัดแย้งกันทั้งในตัวเองและในบริบทบางอย่างจึงจำเป็นต้องมีสมดุลระหว่างคุณค่าต่างๆ และไม่มีคุณค่าใดอยู่เหนือคุณค่าอื่นโดยสิ้นเชิง ทุกคุณค่าต่างก็ตั้งข้อเรียกร้องที่ไปจำกัดข้อเรียกร้องของคุณค่าอื่นๆ อีกเช่นกัน และสิทธิทุกประการก็ถูกจำกัดในด้านเนื้อหาและขอบเขตโดยสิทธิอื่นๆ ความจริงนี้เป็นความจริงสำหรับเสรีภาพในการพูดเช่นเดียวกับคุณค่าอื่นๆ ซึ่งเป็นเหตุผลว่า

<sup>51</sup> Ibid., pp 115-116.

<sup>52</sup> Stanley Fish, *There's No Such Thing as Free Speech and It's a Good Thing Too* (Oxford: Oxford University Press, 1994, chapters 8 and 9.

เหตุใดเสรีภาพในการพูดจึงมีข้อจำกัดไม่ว่าในสังคมใด ปัญหาสำคัญจึงอยู่ที่ว่าการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังมีน้ำหนักในการจำกัดเสรีภาพในการพูดมากน้อยเพียงใด<sup>53</sup>

### 2.1.2.1 ภัยของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังต่อความเท่าเทียมและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังเป็นการกระทำซึ่งไม่พึงปรารถนาทั้งเพราะเหตุผลที่เกิดจากตัวของการพูดนั่นเองและเพราะผลกระทบที่ตามมาแนวคิดเรื่องภัยในตัวเองของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง แนวคิดนี้มีหลักการพื้นฐาน คือ การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังนั้นมีความไม่ถูกต้องในขั้นพื้นฐาน (Elemental Wrongness<sup>54</sup>) ไม่ว่าจะแสดงออกนั้นจะก่อให้เกิดผลที่ตามมาหรือไม่<sup>55</sup> แนวคิดนี้ให้เหตุผลว่าเป็นเพราะการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังขัดกับการเคารพในหลักความเท่าเทียม แนวคิดนี้กล่าวอ้างว่าสังคมที่ยึดมั่นกับอุดมการณ์เรื่องความเท่าเทียมกันในทางสังคมและทางการเมืองไม่สามารถที่จะวางตัวเฉยได้แต่จะต้องแสดงออกอย่างชัดเจนซึ่งอุดมการณ์ให้เกิดความเป็นปึกแผ่นทางสังคมต่อชนกลุ่มน้อยที่ถูกโจมตีได้ง่าย กฎหมายที่จำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังจึงเป็นองค์ประกอบสำคัญของการแสดงออกซึ่งอุดมการณ์ดังกล่าว<sup>56</sup>

แนวคิดเรื่องความเท่าเทียมโดยทั่วไปประกอบไปด้วยสามรูปแบบ รูปแบบที่พื้นฐานที่สุดของแนวคิดเรื่องความเท่าเทียม คือ รูปแบบของอริสโตเติลที่ว่าสิ่งที่เหมือนกันควรได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกันซึ่งมาจากพื้นฐานความคิดที่ว่าความเป็นธรรมจะเกิดขึ้นได้ต้องอาศัยการปฏิบัติอย่างคงเส้นคงวา แนวคิดนี้เรียกว่าเป็นแนวคิดเรื่องความเท่าเทียมกันในทางรูปแบบ (Formal Equality) รูปแบบต่อมาของความเท่าเทียม คือ ความเท่าเทียมกันในเรื่องของผลลัพธ์ (Equality of Results) หลักความเท่าเทียมในมุมมองนี้มองว่าไม่จำเป็นต้องปฏิบัติอย่างเดียวกันต่อสิ่งที่เหมือนกัน แต่จำเป็นต้องทำให้เกิดผลลัพธ์ที่เท่าเทียมกัน หลักความเท่าเทียมในรูปแบบนี้ให้ความสำคัญกับการทำให้เกิดการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรมมากยิ่งขึ้น ต่างกันกับความเท่าเทียมกันในทางรูปแบบที่ตั้งอยู่บนแนวคิดของความเป็นธรรมในเชิงวิธีการที่เกิดจากการปฏิบัติเหมือนกันเป็นหลัก และรูปแบบสุดท้ายคือ แนวคิดเรื่องความเท่าเทียมกันในเรื่องของโอกาส (Equality of Opportunity) ซึ่งเป็นรูปแบบของความเท่าเทียมที่ได้รับการยอมรับมากกว่าสองรูปแบบแรกในปัจจุบัน แนวคิดเรื่องความเท่าเทียม

<sup>53</sup> Bhikhu Parekh, 'Is There a Case for Banning Hate Speech?', in Michael Herz and Peter Molnar (ed.). *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) pp 43-44.

<sup>54</sup> Wright, "Racist Speech and the First Amendment," *Mississippi College Law Review*, 9 Miss C L Rev 1 (1988).

<sup>55</sup> *Ibid.*, at 9.

<sup>56</sup> Kretzmer, "Freedom of Speech and Racism," *Cardozo Law Review*, 8 Cardozo L Rev 445 (1987).

ในรูปแบบนี้มองว่าความเท่าเทียมที่แท้จริงไม่อาจเกิดขึ้นได้หากบุคคลแต่ละคนเริ่มต้นการแข่งขันจากจุดเริ่มต้นที่แตกต่างกัน เป้าหมายของหลักความเท่าเทียมในรูปแบบนี้จึงเป็นการทำให้จุดเริ่มต้นของทุกคนเท่ากันและทำให้ผู้แข่งขันแต่ละคนได้รับการตัดสินบนพื้นฐานของความสามารถของแต่ละบุคคลเมื่อการแข่งขันเริ่มขึ้นทำให้บุคคลทุกคนได้รับการปฏิบัติบนพื้นฐานของความสามารถส่วนบุคคลโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างด้านต่างๆ เช่น เพศหรือเชื้อชาติ<sup>57</sup> ความเท่าเทียมกันทางโอกาสจึงต้องการให้มีมาตรการที่ทำให้แน่ใจได้ว่าบุคคลจากทุกภาคส่วนของสังคมจะได้รับโอกาสอันเท่าเทียมกันอย่างแท้จริงในการได้มาซึ่งเงื่อนไขเพื่อการเข้าถึงผลประโยชน์ในทางสังคม (Social Good) อย่างใดอย่างหนึ่ง<sup>58</sup>

ขณะที่ความสำคัญอันสูงสุดของศักดิ์ศรีและคุณค่าของปัจเจกชนในฐานะที่เป็นรากฐานของสิทธิในความเท่าเทียมนั้นก็ได้ถูกแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนในหลายประเทศ ยกตัวอย่างเช่น ศาลฎีกาประเทศแคนาดาได้กล่าวในคดี *Miron v. Trudel* ว่าคุณค่าพื้นฐานที่ถูกรัฐว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพแห่งประเทศแคนาดา (The Canadian Charter of Rights and Freedoms) ได้ให้ความคุ้มครองในเรื่องการประกันความเท่าเทียมก็คือการคุ้มครองและปรับปรุงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การส่งเสริมโอกาสอันเท่าเทียม และการพัฒนาศักยภาพมนุษย์บนพื้นฐานความสามารถของแต่ละบุคคล โดยวัตถุประสงค์ของการประกันความเท่าเทียมเป็นไปเพื่อหลีกเลี่ยงการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเสรีภาพผ่านการออกกฎหมายเพื่อสร้างข้อจำกัด ข้อเสียเปรียบและภาระแก่บุคคลบนพื้นฐานของภาพพจน์ในด้านลักษณะของกลุ่มที่บุคคลนั้นสังกัดอยู่ซึ่งเชื่อว่าเป็นจริงแทนที่จะเป็นการกระทำบนพื้นฐานของคุณความดี ศักยภาพของบุคคลหรือพฤติกรรมแวดล้อม<sup>59</sup> ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้เข้ามาแทนที่หลักความมีเหตุมีผล (Rationality) ในการทำหน้าที่เงื่อนไขในการใช้สิทธิในความเท่าเทียม ซึ่งแต่เดิมหลักความมีเหตุมีผลบางครั้งก็ถูกนำมาใช้ปฏิเสธการเข้าถึงสิทธิในความเท่าเทียมเสียเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของสตรี การนำศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เข้ามาแทนที่หลักความมีเหตุมีผลจึงเป็นการพัฒนาความเท่าเทียมก้าวสำคัญเพราะมนุษย์ทุกคนย่อมมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>60</sup>

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีอิทธิพลต่อการพัฒนาหลักความเท่าเทียมหลายประการด้วยกัน ประการแรก ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีส่วนช่วยสนับสนุนที่สำคัญต่อหลักความเท่าเทียมซึ่งทำให้ไม่อาจมีการอ้างได้ว่ามีการบรรลุวัตถุประสงค์ของหลักความเท่าเทียมโดยการปฏิบัติที่ “แย” เท่าๆ กัน หรือโดยการยกเลิกสิทธิประโยชน์จากกลุ่มที่มีความได้เปรียบอยู่ก่อนอันเป็นการ “ลด” มาตรฐานลง

<sup>57</sup> Sandra Fredman. *Discrimination Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002). pp 14-15.

<sup>58</sup> Lyndon B. Johnson, Address at Howard University (June 4, 1965) cited in A. Thernstrom, “Voting Rights, Another Affirmative Action Mess,” *UCLA Law Review*. 43 UCLA L Rev 2031 (1996), n 22.

<sup>59</sup> *Miron v. Trudel*, 2 SCR 418 (1995), at 489.

<sup>60</sup> Sandra Fredman. *Discrimination Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002). p 18.

เพราะความเท่าเทียมบนพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ต้องมีปรับปรุงสถานะของปัจเจกบุคคลให้ดีขึ้นมากกว่าทำให้ลดลง ประการที่สอง คือ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ส่งผลต่อขอบเขตความคุ้มครองของกฎหมายที่ส่งเสริมความเท่าเทียมด้วยและในบางกรณีขอบเขตดังกล่าวก็ได้รับการขยายออกไปอีกโดยศาล<sup>61</sup> ยกตัวอย่างเช่น ศาลฎีกาประเทศแคนาดาได้ตัดสินในปัญหาที่ว่า การประกันความเท่าเทียม (Equality Guarantee) ในกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพแห่งประเทศแคนาดาได้ห้ามการเลือกปฏิบัติโดยเหตุที่ไม่เฉพาะเจาะจงหรือไม่ว่าจะต้องพิจารณาจากเป้าหมายหลักของการประกันความเท่าเทียมซึ่งผู้พิพากษา L'Hureux-Dube ได้กล่าวว่าเป้าหมายดังกล่าว คือ การส่งเสริมให้เกิดสังคมที่ทุกคนรู้สึกปลอดภัยเนื่องเพราะรู้ว่าพวกเขาได้รับการรับรองโดยกฎหมายในฐานะที่เป็นมนุษย์ผู้ซึ่งสมควรได้รับความสนใจ ความเคารพ และการพิจารณาอย่างเท่าเทียมกัน<sup>62</sup> ในมุมมองนี้ บุคคลหรือกลุ่มบุคคลจึงถูกเลือกปฏิบัติเมื่อความแตกต่างในด้านกฎหมายทำให้พวกเขารู้สึกว่าพวกเขามีค่าเพียงพอที่จะได้รับการรับรองตามกฎหมายหรือคุณค่าในฐานะมนุษย์หรือในฐานะสมาชิกของสังคมน้อยกว่าบุคคลหรือกลุ่มบุคคลอื่น<sup>63</sup> แนวคิดสนับสนุนการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังเรื่องความเท่าเทียมจึงมีความสัมพันธ์กันกับแนวคิดสนับสนุนการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ศาสตราจารย์ Robert Post ได้อธิบายแนวคิดสนับสนุนการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ให้เหตุผลโดยเปรียบเทียบการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังกับรูปแบบของการสื่อสารที่ถูกควบคุมโดยการทำละเมิดต่อชื่อเสียงโดยการหมิ่นประมาท การรุกรานสิทธิส่วนบุคคล และการจงใจทำให้เกิดความเสียหายในทางจิตใจ กล่าวคือ เมื่อกฎหมายชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับบุคคลเพื่อความเสียหายแก่ชื่อเสียงและทางจิตใจจากการสื่อสารเหล่านั้น การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังก็ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายเช่นกันเพราะว่าการพูดดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความเสียหายในลักษณะเดียวกัน<sup>64</sup> ความเสียหายอันเกิดจากการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังย่อมรวมถึงความรู้สึกถูกทำให้อับอาย (Feelings of Humiliation) ความโดดเดี่ยว (Isolation) และความเกลียดชังตนเอง (Self-hatred)<sup>65</sup> เช่นเดียวกับการถูกดูหมิ่นศักดิ์ศรีซึ่งหน้า (Dignity Affront)<sup>66</sup>

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> *Andrew v. Law Society of British Columbia*, 1 SCR 143 (1989), at 171.

<sup>63</sup> *Egan v. Canada*, 2 SCR 513 (1998), at 545 (para 39); *Vriend v. Alberta*, 1 SCR 493 (1998), 153 DLR (4th) 385, 4 BHR 140 (1998) at 185 (para 182).

<sup>64</sup> Robert Post, "Racist Speech, Democracy, and the First Amendment," *William and Mary Law Review*, 32 Wm & Mary L Rev 267 (1991).

<sup>65</sup> Delgado, "Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name Calling," *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 17 Harv CR-CL L Rev 133 (1982).

<sup>66</sup> Ibid., at 143.

แนวคิดสนับสนุนการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังทั้งสองแนวคิดให้เหตุผลว่าการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังทำให้น้ำเสียงของการถกเถียงกันและสติสัมปชัญญะในทางศีลธรรมของชุมชนย่ำแย่ลง และทำให้วัฒนธรรมของการเคารพซึ่งกันและกันซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของสังคมที่ดีอ่อนแอลง เพราะ การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังทำให้สมาชิกของกลุ่มคนที่ถูกระทบโดยการพูดนั้นกลายเป็นศัตรู ปฏิเสธที่จะยอมรับพวกเขาในฐานะสมาชิกที่ชอบธรรมและเท่าเทียมของสังคม ทำให้สถานะทางสังคมของคนเหล่านั้นต่ำลงซึ่งทำลายการมีชีวิตร่วมกันในสังคมของคนเหล่านั้นไป การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังยังสร้างกำแพงของความไม่ไว้วางใจและความเป็นปฏิปักษ์ระหว่างบุคคลและกลุ่มคน เพาะความหวาดกลัว ขัดขวางความสัมพันธ์ปกติของพวกเขา และโดยทั่วไปแล้ว การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังย่อมก่อให้เกิดอิทธิพลที่กีดกร่อนการใช้ชีวิตร่วมกันในสังคม<sup>67</sup>

### 2.1.2.2 แนวคิดเรื่องการสร้างความเชื่อมั่น (Assurance)

แนวคิดเรื่องการสร้างความเชื่อมั่นเป็นแนวคิดของศาสตราจารย์ Jeremy Waldron ซึ่งให้ความสำคัญกับภัยทางสังคมที่การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังก่อให้เกิดและวัตถุประสงค์ในด้านเนื้อหาของกฎหมายที่จำกัดการพูดดังกล่าว Waldron สร้างแนวคิดของเขาขึ้นมาโดยการอาศัยแนวคิดเรื่องสังคมที่เป็นระเบียบ (Well-ordered Society) ของ John Rawls<sup>68</sup> มาเป็นแนวคิดพื้นฐาน (อย่างไรก็ตามแนวคิดเรื่องสังคมที่เป็นระเบียบของ Waldron กับ Rawls มีความแตกต่างกันในรายละเอียด<sup>69</sup>) ซึ่งสิ่งที่ Waldron ให้ความสำคัญคือคำกล่าวของ Rawls ที่ว่าในสังคมที่เป็นระเบียบนั้น “ทุกๆ คนยอมรับและรู้ว่าคนอื่นๆ ทุกๆ คนเองก็ยอมรับหลักการของความยุติธรรมอย่างเดียวกัน” (“everyone accepts, and knows that everyone else accepts, the very same principles of justice”)<sup>70</sup> Waldron จึงตั้งคำถามว่าสังคมที่เป็นระเบียบมีหน้าตาเป็นเช่นใดและสังคมที่มีการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังจะเทียบเท่ากับสังคมที่เป็นระเบียบได้หรือไม่

Waldron เชื่อว่าสังคมที่ยอมให้มีการเผยแพร่การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังไม่ใช่สังคมที่ถูกเรียกว่าเป็นสังคมที่เป็นระเบียบ เช่น สังคมที่มีการวาดภาพของสมาชิกกลุ่มเชื้อชาติชนกลุ่มน้อยว่าโหดร้ายและน่าขยะแขยงหรืออยู่ต่ำกว่ามนุษย์ สังคมที่เต็มไปด้วยโปสเตอร์ที่กล่าวหาว่าสมาชิกของชน

<sup>67</sup> Bhikhu Parekh, ‘Is There a Case for Banning Hate Speech?’, in Michael Herz and Peter Molnar (ed.). *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) p 44.

<sup>68</sup> John Rawls. *Political Liberalism*, Third Edition (New York: Columbia University Press, 2005).

<sup>69</sup> ไปรอดู Jeremy Waldron. *The Harm in Hate Speech* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012), pp 69-71.

<sup>70</sup> John Rawls. *Political Liberalism*, Third Edition (New York: Columbia University Press, 2005), p 35.

กลุ่มน้อยเหล่านี้เป็นอาชญากร คนที่ผิดปกติหรือผู้ก่อการร้าย สังคมที่เต็มไปด้วยใบปลิวที่กล่าวหาผู้ที่นับถือบางศาสนาเป็นภัยคุกคามต่อคนทั่วไปและพวกเขาควรที่จะถูกเนรเทศหรือถูกทำให้หายสาบสูญ สังคมที่มีการประดัดธงหรือสัญลักษณ์เพื่อเฉลิมฉลองการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในอดีต หรือสังคมที่เต็มไปด้วยป้ายที่สื่อให้เห็นว่าสมาชิกของชนกลุ่มน้อยไม่เป็นที่ต้อนรับในบางชุมชนหรือในสังคมโดยรวม<sup>71</sup> Waldron เชื่อว่าเมื่อแนวคิดเรื่องสังคมที่เป็นระเบียบเป็นแนวคิดที่ว่าด้วยสังคมที่ถูกปกครองโดยแนวคิดเรื่องความยุติธรรมอย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพซึ่งเป็นทฤษฎีที่ต้องการการปฏิบัติตามอย่างเต็มที่มิใช่บางส่วน<sup>72</sup> เราจึงไม่สามารถเรียกสังคมใดสังคมหนึ่งว่าเป็นสังคมที่เป็นระเบียบได้จนกว่าทัศนคติในสังคมที่เต็มไปด้วยความเคียดแค้นและการแบ่งแยกที่นำไปสู่การเผยแพร่การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังจะหมดไป และสังคมไม่สามารถเป็นระเบียบได้จนกว่ากลุ่มคนหัวรุนแรงหรือกลุ่มคนที่เหยียดเชื้อชาติหยุดการกระทำของตนและยอมรับหลักการพื้นฐานของความยุติธรรมและการให้ความเคารพกันและกันอย่างเท่าเทียม<sup>73</sup>

Waldron ให้เหตุผลว่าการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังควรที่จะถูกจำกัด เพราะ ประการแรก มนุษย์มีความหลากหลายในด้านชาติพันธุ์ เชื้อชาติ รูปลักษณ์ภายนอก ตลอดจนศาสนาและมนุษย์ต้องใช้ชีวิตและทำงานร่วมกันภายใต้ความแตกต่างนั้น ทุกกลุ่มในสังคมจึงต้องยอมรับว่าสังคมไม่ได้เป็นของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเท่านั้นและบุคคลแต่ละคน สมาชิกแต่ละคนของกลุ่มคนแต่ละกลุ่มควรที่จะสามารถดำเนินกิจกรรมของตนไปได้โดยที่มีความเชื่อมั่นว่าจะพวกเขาจะไม่ต้องเผชิญกับการเป็นปฏิปักษ์ การใช้ความรุนแรง การเลือกปฏิบัติ หรือการกีดกันโดยบุคคลอื่นซึ่ง Waldron เชื่อว่า ความรู้สึกถึงความปลอดภัยในสังคมที่ทุกคนอาศัยอยู่นี้เป็นสาธารณประโยชน์ (Public Good) อย่างหนึ่งและเป็นสิ่งที่ผู้คนในสังคมที่ดีจะช่วยกันทำให้เกิดและรักษาเอาไว้ การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังจึงบ่อนทำลายสาธารณประโยชน์นี้หรือทำให้การรักษาเอาไว้เป็นเรื่องที่ยากยิ่งขึ้นไม่ใช่แค่โดยการเลือกปฏิบัติหรือการใช้ความรุนแรงแต่เป็นการปลุกฝืนร้ายในการใช้ชีวิตที่เคยเกิดขึ้นในสังคมขึ้นมาใหม่โดยการสร้างภัยคุกคามด้านสภาพแวดล้อมต่อความสงบสุขของสังคมที่เกิดขึ้นอย่างซ้ำๆ โดยคำพูดต่อคำพูดและท้ายที่สุดก็จะทำให้เป็นการยากยิ่งขึ้นที่สมาชิกที่ดีในสังคมจะช่วยกันรักษาสาธารณประโยชน์นี้เอาไว้<sup>74</sup>

<sup>71</sup> Jeremy Waldron. *The Harm in Hate Speech* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012), p 66.

<sup>72</sup> John Rawls. *A Theory of Justice*, Revised Edition (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999), pp 7-8.

<sup>73</sup> Jeremy Waldron. *The Harm in Hate Speech* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012), pp 77-78.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p 4.

ประการที่สอง คือ สำหรับสมาชิกของชนกลุ่มน้อยที่เป็นกลุ่มเสี่ยงหรือชนกลุ่มน้อยผู้เคยถูกเกลียดชังหรือเหยียดขามโดยบุคคลอื่นในสังคมมาก่อนในอดีตแล้ว การสร้างความเชื่อมั่นเป็นการยืนยันถึงสมาชิกภาพของบุคคลเหล่านั้นว่าพวกเขาที่เป็นสมาชิกของสังคมที่มีสิทธิทุกประการที่พึงมีพวกเขาสามารถที่จะมีปฏิสัมพันธ์โดยตรงต่อบุคคลอื่นในสังคมและได้รับการปฏิบัติเยี่ยงวัตถุแห่งการคุ้มครองและสนใจของสังคมโดยสมบูรณ์ซึ่ง Waldron มองว่าเป็นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กล่าวคือสถานะทางสังคมของบุคคล รากฐานของชื่อเสียงในขั้นพื้นฐานที่ให้สิทธิพวกเขาในการได้รับการปฏิบัติเยี่ยงบุคคลที่เท่าเทียมในการดำเนินกิจกรรมตามปกติของสังคมซึ่งเป็นสิ่งที่สามารถยึดถือได้ การเผยแพร่การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังบ่อนทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยการทำให้ชื่อเสียงในขั้นพื้นฐานของผู้ที่ตกเป็นเป้าหมายต้องแปดเปื้อนโดยการยกอ้างลักษณะเฉพาะในด้านชาติพันธุ์เชื้อชาติหรือศาสนาของบุคคลเชื่อมโยงเข้ากับการกระทำหรือคุณสมบัติเพื่อตัดสิทธิบุคคลหนึ่งในการได้รับการปฏิบัติเยี่ยงสมาชิกในสังคมที่มีสิทธิโดยสมบูรณ์<sup>75</sup>

คำตอบของคำถามที่ว่าหน้าตาของสังคมที่เป็นระเบียบของ Waldron เป็นเช่นใดจึงอยู่ที่ความมั่นคงและการสร้างความเชื่อมั่นเพราะหน้าตาของสังคมที่พลเมืองมองเห็นย่อมเป็นหนึ่งในวิธีการหลักๆ ในการสร้างความเชื่อมั่นให้แก่สมาชิกของสังคมว่าพวกเขาจะได้รับการปฏิบัติอย่างไร<sup>76</sup>

การสร้างความเชื่อมั่นมีความสัมพันธ์กับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กล่าวคือ ศักดิ์ศรีของบุคคลมิใช่เป็นเพียงข้อเท็จจริงที่ถูกแต่งเติมขึ้นมาเท่านั้น แต่หมายถึงสถานะของบุคคลนั้นซึ่งมีลักษณะเชิงกฎเกณฑ์ กล่าวคือ เป็นสิ่งที่บุคคลนั้นใช้เพื่อเรียกเอาความเคารพจากบุคคลอื่นและจากรัฐ บุคคลมีสถานะบางประการไม่ใช่เพียงเพราะบุคคลนั้นมีสิทธิบางอย่างเท่านั้น แต่เป็นเพราะสิทธิเหล่านั้นได้รับการรับรองหรือการยอมรับด้วย องค์ประกอบของการสร้างความเชื่อมั่นหรือหลักประกันนี้จึงเป็นสิ่งที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ต้องการด้วยซึ่งเป็นสิ่งพื้นฐานที่สุดของชื่อเสียงในทางสังคมของบุคคล กล่าวคือ เป็นการเคารพในเชิงยอมรับ (Recognition Respect) ซึ่งเป็นการเคารพในขั้นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>77</sup> ข้อเท็จจริงที่ว่าเราให้ความเคารพในเชิงประเมินคุณค่า (Appraisal Respect) แก่บุคคลแต่ละคนในระดับที่แตกต่างกันไม่ได้แปลว่าเราไม่สามารถทำหน้าที่ของเราในสังคมในการให้ความเคารพในเชิงยอมรับแก่บุคคลอื่นทุกคน<sup>78</sup>

<sup>75</sup> Ibid., p5.

<sup>76</sup> Ibid., pp 81-83.

<sup>77</sup> Stephen L. Darwell, "Two Kinds of Respect," *Ethics* 88 (1977), 36; and Stephen L. Darwell, *The Second-  
Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006), pp 122-123.

<sup>78</sup> Jeremy Waldron. *The Harm in Hate Speech* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012), pp 85-87.

การสร้างเชื่อมั่นตามแนวคิดของ Waldron อาจทำได้ในแง่การแสดงข้อความยืนยัน (Affirmative) ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ของประเทศแอฟริกาใต้<sup>79</sup> แต่โดยมากแล้วการสร้างเชื่อมั่นจะมีลักษณะเป็นการกระทำโดยปริยายเพื่อที่จะทำให้บุคคลที่ตกเป็นเป้าหมายของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังสามารถที่จะขจัดความรู้สึกที่ไม่มั่นคงปลอดภัยออกไปจากจิตใจและดำเนินปฏิสัมพันธ์ในสังคมได้อย่างปกติสุขในการแสวงหาความพึงพอใจและโอกาสซึ่งในข้อนี้เองที่ Waldron ชี้ให้เห็นถึงเป้าหมายของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง คือ ความรู้สึกของความเชื่อมั่นในสังคมของสมาชิกชนกลุ่มน้อยที่เป็นกลุ่มเสี่ยงเพื่อปฏิเสธการสร้างเชื่อมั่นโดยปริยายที่สังคมมอบให้แก่สมาชิกของกลุ่มเสี่ยงเหล่านั้นว่าพวกเขาได้รับการยอมรับในสังคมโดยปกติร่วมกับทุกๆ คน โดยการตั้งคำถามและการแสดงออกที่มองเห็นได้ของความเกลียดชัง การกีดกันและการดูถูก<sup>80</sup>

การสร้างเชื่อมั่นในแนวคิดของ Waldron จึงเป็นสาธารณประโยชน์ซึ่งเกิดขึ้นโดยปริยายเพื่อสนับสนุนศักดิ์ศรีขั้นพื้นฐานและสถานะทางสังคมของพลเมืองที่กระทำโดยคนทุกคนและเพื่อคนทุกคนร่วมกันซึ่งความรับผิดชอบหลักของพลเมืองทั่วไปทุกๆ คนก็คือการงดเว้นที่จะไม่กระทำการใดๆ อันเป็นการบ่อนทำลายการสร้างเชื่อมั่นหรือทำให้กระทำได้อย่างขึ้นซึ่งความรับผิดชอบนี้ก็คือหน้าที่ที่ถูกระงับโดยกฎหมายจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง<sup>81</sup>

### 2.1.2.2 แนวคิดเรื่องเสรีภาพที่ปลอดภัยจากความกลัว (Freedom from Fear) และเสรีภาพที่จะดำรงชีวิตอยู่ในเกียรติศักดิ์ศรี (Freedom to live in dignity)

แนวคิดเรื่องการสร้างเชื่อมั่นของ Waldron สอดคล้องกับแนวคิดอีกแนวคิดหนึ่งซึ่งปรากฏอยู่ในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนหลายๆ และเป็นแนวคิดที่ได้รับการผลักดันจากสหประชาชาติอันได้รับการยอมรับว่าเป็นแนวคิดขั้นพื้นฐานอีกแนวคิดหนึ่งของเสรีภาพ นั่นก็คือเสรีภาพที่ปลอดภัยจากความกลัว (Freedom from Fear)

แนวคิดเรื่องเสรีภาพที่ปลอดภัยจากความกลัวปรากฏขึ้นในสุนทรพจน์ของอดีตประธานาธิบดีแฟรงคลิน ดี. รูสเวลต์ (Franklin D. Roosevelt) แห่งสหรัฐอเมริกาในการแถลงนโยบายประจำปีต่อรัฐสภาสหรัฐอเมริกา (State of the Union) เมื่อวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 1941 ซึ่งถูกเรียกว่าสุนทรพจน์ว่าด้วยเสรีภาพสี่ประการ (Four Freedoms Speech) อันประกอบด้วย เสรีภาพในการพูด เสรีภาพในความเชื่อ เสรีภาพที่ปลอดภัยจากความกลัว และเสรีภาพที่ปลอดภัยจากความขัดสนขาดแคลน (Freedom

<sup>79</sup> ดู South African Constitution, ss 36(1), 39(1)-(2)

<sup>80</sup> Jeremy Waldron. *The Harm in Hate Speech* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012), pp 87-88.

<sup>81</sup> *Ibid.*, pp 92-94.



from Want)<sup>82</sup> ซึ่งต่อมาไปปรากฏอยู่ในอารัมภบทของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ว่าเป็นหนึ่งในความปรารถนาสูงสุดของประชาชนทั่วไป เช่นเดียวกับเสรีภาพอีกสามประการ<sup>83</sup>

ประเด็นเรื่องเสรีภาพที่ปลอดจากความกลัวเป็นประเด็นที่สหประชาชาติให้การผลักดันในรูปแบบของปัญหาความมั่นคงของมนุษย์ (Human Security) หรือความมั่นคงของปัจเจกชน (Individual Security) ด้วยต้องการให้กระบวนการคิดเรื่องความมั่นคงของชาติต้องไม่ละเลยต่อปัจเจกชนโดยเห็นว่าปัจเจกชนมีความสำคัญในตัวเอง โดยวัตถุประสงค์ของการสร้างความมั่นคงของมนุษย์คือการเอาชนะความอ่อนแอ (Vulnerabilities) ที่มนุษย์อาจต้องเผชิญและเป็นภัยคุกคามต่อเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ในอันที่จะใช้ชีวิตอย่างปกติสุข ความอ่อนแอดังกล่าวรวมถึงการใช้ความรุนแรงและการกระทำที่ย่ำยีศักดิ์ศรี แนวคิดเรื่องเสรีภาพที่ปลอดจากความกลัวและความมั่นคงของมนุษย์จึงเป็นแนวคิดที่เชื่อว่ามนุษย์นั้นควรจะสามารถใช้ชีวิตอยู่ได้ด้วยความสามารถโดยปราศจากภัยและการคุกคามของภัย นอกจากนี้ยังเชื่อในเกียรติศักดิ์แห่งความเป็นมนุษย์ว่าศักดิ์ศรีและคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์นั้นต้องไม่ถูกเหยียบย่ำหรือทำให้เสียไป<sup>84</sup>

นอกจากเสรีภาพที่ปลอดจากความกลัวแล้ว ในรายงานเรื่อง *เสรีภาพอันยิ่งใหญ่ มุ่งสู่การพัฒนา ความมั่นคง และสิทธิมนุษยชนของมนุษย์ทุกคน* (In larger freedom: towards development, security and human rights for all) ของนายโคฟี อันนัน (Kofi Annan) อดีตเลขาธิการสหประชาชาติซึ่งจัดทำขึ้นเนื่องในโอกาสการประชุมสุดยอดแห่งสหประชาชาติขององค์การสหประชาชาติที่นครนิวยอร์กเมื่อปี ค.ศ. 2000 (Millennium Summit) ยังได้กล่าวถึงแนวคิดอีกประการ คือ เสรีภาพที่จะดำรงชีวิตอยู่ในเกียรติศักดิ์ศรี (Freedom to live in dignity) ว่าในปฏิญญาแห่งสหประชาชาติ (Millennium Declaration) ประเทศสมาชิก (ของสหประชาชาติ-ผู้เขียน) ได้กล่าวว่าพวกเขาจะพยายามเต็มที่ที่จะส่งเสริมระบอบประชาธิปไตยและเพิ่มประสิทธิภาพให้กับบทกฎหมาย รวมทั้งให้การเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เป็นที่รับรู้กันทั่วโลก<sup>85</sup> ในการ

<sup>82</sup> Franklin D. Roosevelt, Address at the State of the Union (January 6, 1941), via <http://www.americanrhetoric.com/speeches/fdrthefourfreedoms.htm>.

<sup>83</sup> Universal Declaration of Human Rights, Preamble:

“Whereas disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind, and the advent of a world in which human beings shall enjoy freedom of speech and belief and freedom from fear and want has been proclaimed as the highest aspiration of the common people,”

<sup>84</sup> จันตรี สิ้นศุภฤกษ์. *กฎหมายระหว่างประเทศกับการเมืองระหว่างประเทศ* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547), หน้า 88.

<sup>85</sup> United Nations General Assembly, 55th Session. *United Nations Millennium Declaration* (A/RES/55/2), 18 September 2000, Preamble and Chapter V.

กระทำการเช่นนั้น ประเทศสมาชิกต่างก็รับรู้ว่าจะเสียหายจากความปรารถนาและความกลัวเป็นสิ่งที่จำเป็น มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติต่ออย่างมีเกียรติศักดิ์ศรีและความเคารพซึ่งจำเป็นต่อโลกแห่งความยุติธรรม โอกาสและความมีเสถียรภาพ<sup>86</sup>

## 2.2 ความเป็นมาของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในกฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังที่เก่าแก่ที่สุดปรากฏอยู่ในรูปของกฎหมายว่าด้วยการโฆษณาปลุกปั่นเพื่อล้มล้างรัฐบาล (Seditious Libel) ซึ่งห้าม “การเขียนทุกชนิดซึ่งนำไปสู่ความเกลียดชังหรือละเมิดต่ออำนาจของกษัตริย์ รัฐบาล หรือรัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติไว้โดยกฎหมาย”<sup>87</sup> ตามแนวคิดของมาเคียเวลลี (Machiavelli) ที่ปรากฏในงานแปลเป็นภาษาอังกฤษฉบับแรกของ *The Prince* การโฆษณาปลุกปั่นเพื่อล้มล้างรัฐบาลเป็นการกระทำที่ต้องถูกห้ามเพราะผู้ปกครองควรจะ “ใส่ใจไม่ให้เกิดการดูหมิ่นหรือความเกลียดชัง”<sup>88</sup> รูปแบบของกฎหมายที่มีการบัญญัติต่อกันมาจะประณามความเกลียดชังในสภาพการณ์ที่คล้ายคลึงกัน<sup>89</sup> ยกตัวอย่างเช่นกฎหมายลงโทษการพูดซึ่งแสดงออกซึ่งมุมมองซึ่งนำไปสู่ความเกลียดชังและดูหมิ่นการบริหารงานยุติธรรม<sup>90</sup> และการพูดโดยหมิ่นประมาทซึ่งมีเจตนาให้บุคคลได้รับความเกลียดชัง การดูหมิ่นหรือการเหยียดหยันจากสังคม<sup>91</sup>

หลังจากศตวรรษแห่งการพยายามฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ กฎหมายในปัจจุบันมุ่งประณามการแสดงออกซึ่งความเกลียดชังในบริบทด้านศาสนา เชื้อชาติ และกลุ่มชาติพันธุ์<sup>92</sup> กติกา ICCPR ห้าม “การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนาซึ่งยั่วให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรง”<sup>93</sup> อนุสัญญา CERD ประณามการพูด “ที่พยายามให้เหตุผล

<sup>86</sup>United Nations General Assembly, 59th Session. In *Larger freedom: towards development, security and human rights for all* (A/59/2005), 21 March 2005, para 127-152.

<sup>87</sup>H. C. Folkard. *The Law of Slander and Libel*, 7th edition (London: Butterworth & Co., 1908), p 371.

<sup>88</sup>N. Machiavelli. *Discourses on the First Decade of Titus Livius* (London, 1674), p 598.

<sup>89</sup>Robert Post, ‘Hate Speech’, in Ivan Hare and James Weinstein (ed.). *Extreme Speech and Democracy* (Oxford: Oxford University Press, 2009), p 125.

<sup>90</sup>T. Starkie. *A Treatise on the Law of Slander, Libel Scandalum Magnatum and False Rumours* (London: W. Clarke and Sons, 1813), p 535.

<sup>91</sup>B. Wilson (ed.). *The Works of James Wilson*, Vol. III (Philadelphia: Bronson and Chauncey, 1804), p 73.

<sup>92</sup>M. Rosenfeld, “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis,” *Cardozo Law Review*. 24 Cardozo L Rev 1523 (2003).

<sup>93</sup>International Covenant on Civil and Political Rights, Art 20 (2).

รองรับหรือส่งเสริมความเกลียดชังระหว่างเชื้อชาติหรือการเลือกปฏิบัติในรูปแบบใดก็ตาม”<sup>94</sup> อนุสัญญาอเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนบัญญัติห้าม “การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนาซึ่งยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรงซึ่งผิดกฎหมาย”<sup>95</sup> ขณะที่ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศแคนาดาก็บัญญัติห้าม “การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังต่อกลุ่มใดก็ตามในสังคมโดยการแบ่งแยกสีผิว เชื้อชาติ ศาสนา หรือที่มาทางชาติพันธุ์”<sup>96</sup> เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีที่ห้ามการพูดซึ่งยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังต่อบางส่วนของประชากรในลักษณะที่ต้องรับผิดชอบการรบกวนความสงบเรียบร้อยของสังคม<sup>97</sup>

งานเตรียมร่าง (travaux préparatoires) ของตราสารสิทธิมนุษยชนที่บัญญัติห้ามการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังต่างก็แสดงให้เห็นว่าผู้ที่ร่างตราสารเหล่านั้นนั้นรู้ถึงความซับซ้อนของการร่างข้อจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกที่เฉพาะเจาะจงเป็นอย่างดีซึ่งประเด็นทั่วไปที่ผู้ร่างตราสารถกเถียงกันได้แก่ ทำอย่างไรจึงจะทำให้เกิดการประนีประนอมระหว่างสิทธิที่แข่งขันกัน ทำอย่างไรจึงจะกำหนดข้อจำกัดสิทธิประการใดประการหนึ่งที่สามารถอนุญาตได้ ควรที่จะคำนึงถึงสัมพัทธนิยมทางวัฒนธรรม (Cultural Relativism) หรือไม่ และควรที่จะกำหนดให้รัฐควบคุมพฤติกรรมของเอกชนหรือไม่<sup>98</sup>

แม้ว่าประเด็นในเรื่องนี้โดยผิวเผิน คือ การปะทะกันระหว่างเสรีภาพในการแสดงออกกับหลักความเท่าเทียมและหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) แต่คำถามแรกที่เกิดขึ้นก็คือในเรื่องของเป้าหมายและวิธีการซึ่งจากตราสารด้านสิทธิมนุษยชนต่างๆ ได้แสดงให้เห็นว่าสังคมระหว่างประเทศได้ก้าวประกาศถึงความจำเป็นในการประกันความเท่าเทียมและการไม่เลือกปฏิบัติ<sup>99</sup> เสรีภาพในการแสดงออกเองก็เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานเช่นกันและการคุ้มครองสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกนั้นก็อาจเรียกว่าเป็นเป้าหมายอีกประการหนึ่งเช่นกัน แต่ในการใช้สิทธินั้นจะต้องไม่ไปรบกวน

<sup>94</sup> International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Art 4.

<sup>95</sup> American Convention on Human Rights, Art 13 (5).

<sup>96</sup> Criminal Code, R.S.C. ch. C-46 (1980), s 319 (2); *R. v. Keegstra*, 3 S.C.R. 697 (1990).

<sup>97</sup> Penal Code, s 130 (1); W. Brugger, “Ban or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law,” *Tulane European and Civil Law Forum*, 17 Tulane Eur&Civ L F 1 (2002), at 5.

<sup>98</sup> Stephanie Farior, “Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law concerning Hate Speech,” *Berkeley Journal of International Law*, 14 Berkeley J Int’l Law 1 (1996), p 5.

<sup>99</sup> *Ibid.*, n 21:

e.g. Universal Declaration of Human Rights; International Covenant on Civil and Political Rights; International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination; Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; Convention on the Rights of the Child. See also Charter of the United Nations.

เป้าหมายหลักของกฎหมายสิทธิมนุษยชนซึ่งหนึ่งในนั้นคือการบรรลุเป้าหมายเรื่องความเท่าเทียมและการไม่เลือกปฏิบัติ อันที่จริงแล้วหากจะมีสิทธิประการใดที่มีความสำคัญเป็นอันดับแรกเหนือสิทธิประการอื่นๆ สิทธิดังกล่าวก็คงจะเป็นสิทธิในเรื่องความเท่าเทียมและการไม่เลือกปฏิบัติอย่างเป็นแน่แท้ยกตัวอย่างเช่น ความเห็นใน General Comment ฉบับที่ 18 ว่าด้วยหลักการไม่เลือกปฏิบัติของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) ได้กล่าวว่าหลักการไม่เลือกปฏิบัติและหลักความเท่าเทียมนั้น “เป็นหลักการพื้นฐานและทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน”<sup>100</sup> คำถามที่สำคัญที่สุดจึงอยู่ที่ว่าทำอย่างไรจึงจะบรรลุเป้าหมายเรื่องการไม่เลือกปฏิบัติได้ดีที่สุด<sup>101</sup>

คำถามที่เกิดขึ้นมาเมื่อตั้งคำถามเกี่ยวกับเป้าหมายและวิธีการคือทำอย่างไรจึงจะกำหนดข้อจำกัดสิทธิที่สามารถอนุญาตได้ซึ่งในการบรรลุเป้าหมายในข้อนี้ผู้ที่กำหนดจะต้องระวังไม่ให้ข้อจำกัดสิทธิมาหักล้างสิทธิที่เสียเอง ในข้อนี้กฎหมายระหว่างประเทศได้แก้ไขในประเด็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังโดยการนำประเด็นดังกล่าวเข้ามาอยู่ในบริบทของสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกซึ่งมีความสัมพันธ์กับสิทธิประการอื่น อย่างไรก็ตาม การอนุญาตให้รัฐบาลของแต่ละประเทศสามารถออกกฎหมายมาจำกัดการแสดงออกก็มีความเป็นไปได้ที่สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกจะถูกละเมิดซึ่งนำไปสู่คำถามที่ตามมา คือ เราสามารถที่จะออกกฎหมายมาควบคุมศีลธรรมได้หรือไม่ซึ่งจากงานเตรียมร่างทำให้เห็นเป็นที่ชัดเจนว่า เสียงข้างมากของผู้ร่างเห็นด้วยกับคำกล่าวของมาร์ติน ลูเธอร์ คิง จูเนียร์ (Martin Luther King, Jr.)<sup>102</sup> ที่ว่า “อาจจะจริงว่าศีลธรรมนั้นไม่อาจถูกควบคุมได้โดยกฎหมาย แต่พฤติกรรมเป็นสิ่งที่ยกกฎหมายสามารถควบคุมได้ และแม้กฎหมายจะไม่สามารถเปลี่ยนแปลงจิตใจคนได้ แต่ก็สามารถควบคุมบุคคลที่ไร้ซึ่งหัวใจได้เช่นกัน”<sup>103</sup>

ทั้งนี้ ยังมีปัญหาที่เกี่ยวข้องกันอีกประการหนึ่งนั่นคือเรื่องของสัมพัทธนิยมทางวัฒนธรรม (Cultural Relativism) กล่าวคือ สิทธิมนุษยชนนั้นถูกมองว่าทำหน้าที่วางแนวทางต่างๆ ไปของพฤติกรรมที่ใช้ได้ในทุกวัฒนธรรม การอภิปรายกร่างข้อ 20 (2) ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเปิดเผยให้เห็นถึงการแบ่งแยกในทางความคิดเห็นเกี่ยวกับแนวทางที่เหมาะสมในกรณีของเสรีภาพในการพูดและข้อจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ประการ

<sup>100</sup> Human Rights Committee, 37th Session. General Comment No. 18: Non-discrimination (CCPR/C/GC/18), 11 October 1989, para 1.

<sup>101</sup> Stephanie Farior, “Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law concerning Hate Speech,” Berkeley Journal of International Law. 14 Berkeley J Int’l Law 1 (1996), pp 5-6.

<sup>102</sup> *Ibid.*, pp 6-7.

<sup>103</sup> Martin Luther King, Jr., An Address before the National Press Club, cited in James Melvin Washington. A Testament of Hope: The Essential Writings of Martin Luther King, Jr., 99-100:

“It may be true that morality cannot be legislated, but behavior can be regulated. The Law may not change the heart, but it can restrain the heartless.”

แรกคือการแบ่งแยกทางความคิดเห็นระหว่างฝ่ายที่เห็นว่าควรที่จะจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังกับฝ่ายที่เห็นว่าควรจำกัดการพูดดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก ซึ่งเป็นซึ่งเป็นเรื่องที่คาดเดาได้ไม่ยาก ในขณะที่ความขัดแย้งทางความคิดเห็นอีกประการหนึ่งเกิดขึ้นในระหว่างที่มีการร่างกติการะหว่างประเทศฯ ดังกล่าวอยู่ คือ ความขัดแย้งระหว่างฝ่ายที่เห็นว่ากติการะหว่างประเทศฯ ควรกำหนดชัดเจนให้รัฐต้องจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังกับฝ่ายที่เห็นว่าแม้รัฐจะได้รับอนุญาตให้ออกกฎหมายมาจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังภายใต้ข้อจำกัดสิทธิทั่วไปของข้อ 19 ว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงออกของกติการะหว่างประเทศฯ แต่เนื่องจากแต่ละประเทศมีประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมทางการเมืองที่แตกต่างกัน ดังนั้นแต่ละประเทศควรจะได้รับการอนุญาตให้เลือกรูปแบบอื่นในการต่อต้านการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังได้<sup>104</sup> ดังนั้นเมื่อเป้าหมายที่วางไว้คือการยุติการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง คำถามก็คือควรที่จะกำหนดวิธีการเฉพาะเจาะจงให้รัฐปฏิบัติตามหรือปล่อยให้บุคคลพึงใจของรัฐ<sup>105</sup>

ประเด็นความแตกต่างในทางความคิดเห็นประเด็นที่สองนี้นำไปสู่คำถามที่สำคัญในทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน คือ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองควรที่จะควบคุมพฤติกรรมของเอกชนหรือไม่ กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังนั้นรับรองสิทธิของกลุ่มบุคคลเอาไว้ซึ่งมีการพูดถึงในตอนที่ยกร่างข้อ 20 (2) ของกติการะหว่างประเทศฯ<sup>106</sup> โดยการอภิปรายไม่ได้ให้ความสำคัญเฉพาะสิทธิของกลุ่มคนเพียงอย่างเดียว หากแต่ให้ความสำคัญกับความคิดที่ว่า การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังจะนำไปสู่การทำลายซึ่งสิทธิของปัจเจกชนและสังคมประชาธิปไตยในภาพรวม<sup>107</sup> ซึ่งรัฐส่วนใหญ่แสดงความเห็นด้วยกับข้อนี้ผ่านการลงมติยอมรับข้อบทดังกล่าว<sup>108</sup>

ทั้งนี้ ปัญหาอีกปัญหาหนึ่งซึ่งควรได้รับความสนใจเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังก็คือประเภทของบุคคลที่จะถูกห้ามมิให้สนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังซึ่งจะเห็นได้ว่าตราสารระหว่างประเทศส่วนใหญ่จะกำหนดบทบัญญัติในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน<sup>109</sup> แต่มีข้อสังเกต คือ เรื่องเพศ (Gender) ไม่ถูกเอ่ยถึงในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดการพูด

<sup>104</sup> United Nations Commission on Human Rights, U. N. Doc. E/CN.4/SR.378 (19 October 1953).

<sup>105</sup> Stephanie Farior, "Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law concerning Hate Speech," *Berkeley Journal of International Law*, 14 Berkeley J Int'l Law 1 (1996), pp 7-8.

<sup>106</sup> Albert Verdoodt. *Naissance et Signification de la Declaration Universelle des Droits de L'Homme* (1964), p 189.

<sup>107</sup> Stephanie Farior, "Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law concerning Hate Speech," *Berkeley Journal of International Law*, 14 Berkeley J Int'l Law 1 (1996), p8.

<sup>108</sup> United Nations General Assembly, 16th Session, Third Committee, U. N. Doc. A/C.3/SR.1083 (25 October 1961), para 59.

<sup>109</sup> ดูหัวข้อ 2.3.1

ซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังไม่ว่าในตราสารฉบับใด<sup>110</sup> ถึงแม้ว่าความเท่าเทียมทางเพศจะปรากฏอยู่ในหลักการขั้นพื้นฐานในกฎบัตรสหประชาชาติ<sup>111</sup> และหลักการไม่เลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของความแตกต่างทางเพศจะถูกเขียนอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็ตาม<sup>112</sup>

สำหรับประเด็นที่ตามมาในท้ายที่สุดก็คือ อะไรคือมาตรการบังคับที่เหมาะสมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศสำหรับการใช้บังคับต่อผู้ที่แสดงออกซึ่งการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังซึ่งเป็นปัญหาที่ถูกทะเลาะในการอภิปรายยกกว้าง ถึงแม้กฎหมายระหว่างประเทศจะอนุญาตให้มีการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังได้ แต่ก็มิได้ระบุว่ามาตรการหรือบทลงโทษใดที่รัฐอาจบังคับใช้ได้บ้าง<sup>113</sup> ซึ่งจะกลายเป็นปัญหาในเรื่องของหลักความได้สัดส่วน (Proportionality) ในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

## 2.3 ที่มาทางกฎหมายระหว่างประเทศของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

ที่มาทางกฎหมายระหว่างประเทศของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังที่สำคัญคือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เนื่องจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศในด้านสิทธิมนุษยชนเหล่านี้ได้ก่อให้เกิดกลไกสิทธิมนุษยชนทั้งในระดับระหว่างประเทศและในระดับภูมิภาคที่ทำหน้าที่ตรวจสอบตราดูแลการปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐภาคีตามสนธิสัญญาแต่ละฉบับซึ่งเป็นหัวใจหลักของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

### 2.3.1 สนธิสัญญาระหว่างประเทศ

สนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนในระดับระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องโดยตรง คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) เพราะ มีบทบัญญัติรับรองสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก ขณะเดียวกันก็มีบทบัญญัติที่มุ่งจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง สนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องอีกฉบับ คือ อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อ

<sup>110</sup>Stephanie Farior, “Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law concerning Hate Speech,” *Berkeley Journal of International Law*. 14 Berkeley J Int’l Law 1 (1996), p10.

<sup>111</sup>Charter of the United Nations, Preamble:

“We the people of the United Nations determined ... to reaffirm faith ... in the equal rights of men and women ...”

<sup>112</sup>Universal Declaration of Human Rights, Art 2.

<sup>113</sup>Stephanie Farior, “Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law concerning Hate Speech,” *Berkeley Journal of International Law*. 14 Berkeley J Int’l Law 1 (1996), pp10-11.

ชาติในทุกรูปแบบ (CERD) ส่วนสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนในระดับภูมิภาคซึ่งมีเนื้อหาที่สอดคล้องกับกติกา ICCPR คือ อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแห่งยุโรป (ECHR) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา (ACHR) และกฎบัตรว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกา สำหรับภูมิภาคเอเชีย แม้จะไม่มีสนธิสัญญาระหว่างประเทศในทำนองเดียวกัน แต่รัฐในภูมิภาคส่วนใหญ่ก็เป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ปัจจุบันกติการะหว่างประเทศมีรัฐภาคีทั้งหมด 168 ประเทศ โดยมี 7 ประเทศที่ยังไม่ได้ให้สัตยาบัน คือ จีน โครโมโรส คิวบา นาอูรู ปาเลา เตาซูเมและปรินซิปี และเซนต์ลูเชีย และอีก 19 ประเทศที่ไม่ได้เป็นร่วมลงนามหรือให้สัตยาบัน ได้แก่ แอนติกาและบาร์บูดา ภูฏาน บรูไน เมียนมาร์ ฟิจิ คิริบาส มาเลเซีย หมู่เกาะมาร์แชลล์ ไมโครนีเชีย โอมาน กาตาร์ เซนต์คิตส์และเนวิส ซาอุดีอาระเบีย สิงคโปร์ หมู่เกาะโซโลมอน เซาท์ซูดาน ตองกา ตูวาลู และสหรัฐอเมริกาฮับเอมิเรตส์<sup>114</sup>

เงื่อนไขในการจำกัดสิทธิมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 2.3.1.1 เงื่อนไขการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก

จากตารางที่ 1 มีข้อสังเกตประการแรก คือ เงื่อนไขการจำกัดสิทธิของกติกา ICCPR และอนุสัญญา ECHR จะขึ้นต้นว่าการใช้สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษ (special duties and responsibilities) ควบคู่ไปด้วยซึ่งสะท้อนถึงที่มาจากข้อ 29 (1) ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งบัญญัติว่า “ทุกคนมีหน้าที่ต่อชุมชน ซึ่งการพัฒนาบุคลิกภาพของตนโดยอิสระและเต็มที่ จะกระทำได้ที่แต่ในชุมชนเท่านั้น” อย่างไรก็ตาม ไม่มีตราสารใดที่ให้คำจำกัดความของคำว่า “หน้าที่” (“duties”) เหล่านี้ แต่ก็อาจสันนิษฐานได้ว่าหน้าที่ดังกล่าวย่อมรวมถึงหน้าที่ที่จะนำเสนอข้อมูลข่าวสารที่ถูกต้อง แม่นยำ และเป็นกลางด้วย<sup>115</sup>

ในส่วนถัดมาของเงื่อนไขการจำกัดสิทธิที่เป็นบทปฏิบัติการ คือ เงื่อนไขในการจำกัดสิทธิที่รัฐต้องปฏิบัติตามจะเห็นว่าเงื่อนไขหลักที่สนธิสัญญาทุกฉบับมีเหมือนกัน คือ หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความชอบธรรม และหลักความจำเป็น

<sup>114</sup> [https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?chapter=4&src=treaty&mtdsg\\_no=iv-4&lang=en](https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?chapter=4&src=treaty&mtdsg_no=iv-4&lang=en) (Last visit 18 November 2014)

<sup>115</sup> Karl Josef Partsch, ‘Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms’ in Louis Henkin (ed.). *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (New York: Columbia University Press, 1981), p 219.

## 1. หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Legality)

ในเรื่องหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Legality) ที่ว่าข้อจำกัดสิทธิต้องบัญญัติไว้ในกฎหมาย มีคำถามเกิดขึ้นว่า เสรีภาพแห่งการแสดงออกอาจถูกจำกัดโดยข้อจำกัดที่มีได้บัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร (statute) แต่อยู่ในกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งไม่เป็นลายลักษณ์อักษรได้หรือไม่ ประเด็นนี้ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่ากฎหมายที่มีอยู่อย่างแท้จริง (real) แม้จะมีได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรก็เพียงพอที่จะเป็นฐานของการจำกัดสิทธิ ศาลเห็นว่า

“กรณีจะขัดกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญา (สิทธิมนุษยชนยุโรป) อย่างชัดเจนหากจะตัดสินว่าข้อจำกัดสิทธิที่อยู่ในกฎหมายคอมมอนลอว์มิใช่กฎหมายที่ “บัญญัติไว้ในกฎหมาย” เพียงเพราะไม่อยู่ในรูปลายลักษณ์อักษร และจะทำให้รัฐคอมมอนลอว์ที่เป็นภาคีต้องสูญเสียการคุ้มครองของข้อ 10 (2) และเป็นการโจมตีรากฐานระบบกฎหมายของรัฐดังกล่าว”<sup>116</sup>

ในเงื่อนไขของการ “บัญญัติไว้ในกฎหมาย” นี้ จะเห็นได้ว่า แมกติก้า ICCPR จะใช้คำว่า “provided by law” อนุสัญญา ECHR ใช้คำว่า “prescribed by law” (หรือในภาษาฝรั่งเศส *prevues par la loi*) และอนุสัญญา ACHR ใช้คำว่า “expressly established by law” แต่ก็ยังไม่สร้างความแตกต่างใดและนิยามศัพท์เหล่านี้ล้วนแต่ถูกออกแบบเพื่อประกันความเป็น “นิติรัฐ” (rule of law) และสะท้อนหลักกฎหมายหลักเดียวกัน คือ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” (Legality) ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว คือ หลักที่ผู้ที่อยู่ภายใต้กฎหมายนั้นรู้ (knowledge) ถึงการมีอยู่ (existence) สามารถเข้าถึงกฎหมายนั้น (accessibility) และกฎหมายนั้นมีขอบเขตและความหมายที่มีความแน่นอนเพียงพอ (sufficient definiteness)<sup>117</sup>

วัตถุประสงค์ของเงื่อนไขในข้อนี้ คือ ป้องกันไม่ให้มีการจำกัดสิทธิตามอำเภอใจ<sup>118</sup> จากความเห็นทั่วไป (General Comment) ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) ข้อจำกัดสิทธิที่บัญญัติไว้ในกฎหมายรวมถึงเอกลักษณ์ของสมาชิกรัฐสภา<sup>119</sup> และกฎหมาย

<sup>116</sup> “It would clearly be contrary to the intentions of the drafters of the Convention to hold that a restriction imposed by virtue of the common law is not “prescribed by law” on the sole ground that it is not enunciated in legislation: This would deprive a common-law State which is Party to the Convention of the protection of Article 10 para. 2 and strike at the very roots of that State’s legal system.”

<sup>117</sup> Karl Josef Partsch, ‘Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms’ in Louis Henkin (ed.). *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (New York: Columbia University Press, 1981), p 220.

<sup>118</sup> O. Garibaldi, “General Limitations on Human Rights: The Principle of Legality,” *17 Harv. Int’l L. J.* 503 (1976), 556-557.

<sup>119</sup> ดู *Gauthier v. Canada*, communication No. 633/95



เรื่องการละเมิดอำนาจศาลด้วย<sup>120</sup> และเนื่องจากการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกถือเป็นการลิดรอนสิทธิมนุษยชนที่ร้ายแรง ข้อจำกัดสิทธิที่อยู่ในขอบธรรมเนียม ศาสนา หรือกฎหมายจารีตประเพณีอื่นๆ จึงไม่สอดคล้องกับกติกา ICCPR<sup>121</sup>

ตามความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน กฎหมายต้องมีความเที่ยงตรงที่เพียงพอ (sufficient precision) ที่จะทำใหบุคคลสามารถปฏิบัติตามกฎหมายนั้นได้และสังคมสามารถเข้าถึงกฎหมายดังกล่าวได้ กฎหมายต้องไม่ให้อุปสรรคที่เสรีในการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกแก่ผู้บังคับใช้กฎหมาย และกฎหมายต้องให้แนวทางที่เพียงพอต่อผู้บังคับใช้เพื่อที่จะทราบว่าการแสดงออกประเภทใดอาจถูกจำกัดและประเภทใดไม่ และการ “บัญญัติไว้ในกฎหมาย” ต้องสอดคล้องกับเงื่อนไขการห้ามทำลายสิทธิ (abuse clause) และการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination clause) ของกติกาฯ และบทลงโทษของกฎหมายต้องไม่ขัดกับกติกา ICCPR เช่น การลงโทษกับเนื้อตัวร่างกาย<sup>122</sup>

## 2. หลักความจำเป็น (Necessity)

สำหรับเงื่อนไข “ความจำเป็น” จะเห็นได้ว่าสนธิสัญญาทุกฉบับใช้คำว่า “necessary” ในทำนองเดียวกัน คือ คำว่า “necessary” ในกติกา ICCPR วลีว่า “necessary in a democratic society” ในอนุสัญญา ECHR และวลีว่า “to the extent necessary” ในอนุสัญญา ACHR ซึ่งเป็นถ้อยคำที่หนักแน่นกว่าในปฏิญญาสากลฯ

เงื่อนไข “จำเป็นต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตย” (necessary in a democratic society) ในอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปจะเป็นหนึ่งในแนวคิดที่สำคัญที่สุด เงื่อนไขนี้ปรากฏอยู่ในเงื่อนไขการจำกัดสิทธิทุกข้อและมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในแนวคำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป<sup>123</sup> ถ้อยคำดังกล่าวสะท้อนถึงความสำคัญของ “ประชาธิปไตยทางการเมืองที่มีประสิทธิภาพ”<sup>124</sup> (effective

<sup>120</sup> ดู *Dissanayake v. Sri Lanka*, communication No. 1373/2005, Views adopted on 22 July 2008.

<sup>121</sup> Human Rights Committee, Ninetieth session, General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial (CCPR/C/GC/32), 9-27 July 2007.

<sup>122</sup> Human Rights Committee, General Comment 34 (CCPR/C/GC/34), 12 September 2011, paras 25-26.

<sup>123</sup> Alexandre Charles Kiss, ‘Permissible Limitations on Rights’ in Louis Henkin (ed.). The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights (New York: Columbia University Press, 1981), p 306.

<sup>124</sup> European Convention on Human Rights, Preamble:

“Reaffirming their profound belief in those fundamental freedoms which are the foundation of justice and peace in the world and are best maintained on the one hand by an effective political democracy...”

political democracy) ในกลุ่มประเทศยุโรป “ซึ่งมีแนวความคิดเหมือนกันและมีมรดกในเรื่องธรรมเนียมทางการเมือง อุดมคติ เสรีภาพ และหลักนิติรัฐร่วมกัน”<sup>125</sup>

### 3. หลักความชอบธรรมหรือวัตถุประสงค์โดยชอบ (Legitimacy)

สำหรับวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ในบางข้อ เช่น “national security” และ “public order” อาจมีความเกี่ยวโยงกันและยากที่จะให้คำจำกัดความและในแต่ละประเทศก็อาจมีความเข้าใจที่แตกต่างกันเกี่ยวกับคำจำกัดความของวัตถุประสงค์เหล่านี้ ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ของการจำกัดสิทธิที่สอดคล้องกันของสนธิสัญญาทุกฉบับ ได้แก่ การรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือการสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน และสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น

#### *ก. National security*

การรักษาความมั่นคงของชาติเป็นวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิที่ปรากฏอยู่ในเงื่อนไขการจำกัดสิทธิเกือบทุกข้อของกติกา ICCPR รวมถึงเสรีภาพแห่งการแสดงออก ซึ่งมีผู้เห็นว่าความหมายของ “national security” ในแต่ละข้อบทของกติกาจะมีความหมายอย่างเดียวกัน แต่ไม่มีข้อบทใดที่ระบุความหมายนั้นไว้เลย<sup>126</sup> นอกจาก ICCPR เงื่อนไขเรื่อง national security ยังปรากฏในเงื่อนไขการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกภายใต้อนุสัญญา ECHR (ข้อ 10) และอนุสัญญา ACHR (ข้อ 13) ซึ่งบัญญัติเหมือนกับกติกา ICCPR อย่างไรก็ดี การที่เงื่อนไข “national security” มักปรากฏอยู่ในเงื่อนไขพร้อมกับ “public order” เช่นในข้อ 19 ของ ICCPR และ “public safety” เช่นในอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป ย่อมแสดงให้เห็นว่าถ้อยคำทั้งสามคำนี้มีความหมายที่แตกต่างกัน

คำว่า “national” ย่อมหมายถึงประเทศใดประเทศหนึ่ง ดังนั้น ข้อจำกัดสิทธิมนุษยชนที่อาศัยการรักษาความมั่นคงของชาติเป็นวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิก็มีได้ก็ต่อเมื่อผลประโยชน์ทั้งประเทศในองค์รวมถูกระทบ

<sup>125</sup> Ibid.:

“Being resolved, as the governments of European countries which are likeminded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law, to take the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration,”

<sup>126</sup> Alexandre Charles Kiss, ‘Permissible Limitations on Rights’ in Louis Henkin (ed.). *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (New York: Columbia University Press, 1981), p 295.

ส่วนคำว่า “security” จะเห็นได้ว่าเนื่องจากตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศต่างก็มีรากฐานมาจากกฎบัตรสหประชาชาติ จึงอาจสันนิษฐานว่าคำว่า “security” ก็น่าจะมีความหมายตรงกับคำว่า “national security” ที่ปรากฏในกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งจะเห็นว่าวัตถุประสงค์หลักของสหประชาชาติ คือ การธำรงรักษาสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ และข้อ 2 (4) ของกฎบัตรสหประชาชาติก็บัญญัติว่า “ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ สมาชิกทั้งปวงจักต้องละเว้นการคุกคามหรือการใช้กำลังต่อบุรณภาพแห่งอาณาเขต (territorial integrity) หรือเอกราชทางการเมือง (political independence) ของรัฐใดๆ หรือการกระทำในลักษณะการอื่นใดที่ไม่สอดคล้องกับความมุ่งประสงค์ของสหประชาชาติ”<sup>127</sup>

ดังนั้น “national security” น่าจะหมายถึง การคุ้มครองบุรณภาพแห่งอาณาเขต หรือบุรณภาพแห่งดินแดน (territorial integrity) และเอกราชทางการเมือง (political independence) จากการใช้กำลังของต่างชาติหรือการคุกคามว่าจะใช้กำลัง และวัตถุประสงค์ดังกล่าวน่าจะเป็นเหตุผลสนับสนุนการจำกัดสิทธิของปัจเจกบุคคลหรือกลุ่มบุคคลในกรณีที่ข้อจำกัดสิทธิจำเป็นต่อการตอบสนองต่อการคุกคามหรือการใช้กำลังจากภายนอกรัฐซึ่งไม่จำเป็นต้องหมายถึงภาวะสงครามหรือภาวะฉุกเฉิน แต่เป็นข้อจำกัดสิทธิในภาวะปกติ<sup>128</sup>

ข้อสรุปนี้ สอดคล้องกับหลักการ Siracusa ว่าด้วยการจำกัดสิทธิ (limitation) และการเลียงพันธิกรณี (derogation) ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights)

หลักการ Siracusa เกิดจากการจัดประชุมในปี 1984 ที่ Siracusa ประเทศอิตาลีเกี่ยวกับการตีความและการบังคับใช้เงื่อนไขการจำกัดสิทธิ (limitation and restriction clauses) ภายใต้กติกา ICCPR ซึ่งได้รับการผลักดันโดยกลุ่มองค์กรที่ไม่ใช่รัฐบาล (NGO) โดยมีผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชนจากทุกภูมิภาคในโลกเข้าร่วมโดยได้ผลสรุปออกมาเป็นหลักในการตีความ หลักการ Siracusa นี้ได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาลเนเธอร์แลนด์ให้เป็นเอกสารทางการเพื่อประโยชน์ในการตีความของกลไกสิทธิมนุษยชน หลักการ Siracusa นี้ได้ให้คำจำกัดความและคำอธิบายแก่วัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิที่ปรากฏอยู่ในเงื่อนไขการจำกัดสิทธิซึ่งไม่เพียงแต่เป็นถ้อยคำที่ใช้ใน

<sup>127</sup> UN Charter, Art 2 (4):

“All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.”

<sup>128</sup> Alexandre Charles Kiss, ‘Permissible Limitations on Rights’ in Louis Henkin (ed.). *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (New York: Columbia University Press, 1981), pp 296-297.

กติกา ICCPR เท่านั้น ถ้อยคำเหล่านี้ยังถูกใช้ในเงื่อนไขการจำกัดสิทธิของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปและอเมริกาด้วย

หลักการ Siracusa เห็นว่า “national security” อาจถูกใช้เป็นวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิได้เฉพาะเพื่อการคุ้มครองการดำรงอยู่ของชาติ บูรณภาพแห่งอาณาเขต (territorial integrity) และเอกราชทางการเมือง (political independence) ต่อการใช้กำลังหรือการคุกคามว่าจะใช้กำลัง แต่รัฐไม่อาจอ้างวัตถุประสงค์เพื่อการรักษาความมั่นคงของชาติเพียงเพื่อป้องกันการคุกคามจากภายในประเทศหรือที่ค่อนข้างโดดเด่นต่อกฎหมายหรือระเบียบสังคม<sup>129</sup>

### ข. Public order

สำหรับการรักษาความสงบเรียบร้อย จากตารางเปรียบเทียบจะเห็นว่ากติกา ICCPR ใช้คำว่า “public order” ควบคู่กับภาษาฝรั่งเศส “ordre public” ขณะที่อนุสัญญา ECHR และ ACHR ใช้เพียงคำภาษาอังกฤษ คือ “public order” เท่านั้น โดยในระบบกฎหมายแองโกล-อเมริกัน (Anglo-American) คำว่า “public order” มีความหมายเพียงว่าภาวะที่ปราศจากความไม่สงบ ผู้ร่างกติกา ICCPR จึงนำแนวคิดเรื่อง “ordre public” ในกฎหมายฝรั่งเศสเข้ามาขยายความ

หากกล่าวโดยย่อ “public order” หมายถึง กฎเกณฑ์ที่รัฐใช้เพื่อประกันการทำหน้าที่อย่างปกติของกลไกในสังคมหรือหลักการพื้นฐานของสังคมซึ่งการเคารพสิทธิมนุษยชนถือเป็นหนึ่งในความสงบเรียบร้อย การรักษาความสงบเรียบร้อยจึงเป็นวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิเพื่อให้สถาบันของรัฐที่จำเป็นต่อผลประโยชน์สาธารณะสามารถทำหน้าที่ได้ตามปกติได้อย่างเพียงพอ ทั้งนี้ ไม่ว่าในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์ แนวคิดเรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยหมายความว่า จะต้องมีการ (หรือรัฐสภา หรือหน่วยงานอิสระอื่น) ที่ทำหน้าที่ในการตรวจตราดูแลการใช้อำนาจของรัฐเพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อย<sup>130</sup>

<sup>129</sup> UN Commission on Human Rights, The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights (E/CN.4/1985/4), 28 September 1984, Annex, paras 29-30:

“29. National security may be invoked to justify measures limiting certain rights only when they are taken to protect the existence of the nation, its territorial integrity or political independence against force or threat of force.

30. National security cannot be invoked as a reason for imposing limitations to prevent merely local or relatively isolated threats to law and order.”

<sup>130</sup> Alexandre Charles Kiss, ‘Permissible Limitations on Rights’ in Louis Henkin (ed.). The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights (New York: Columbia University Press, 1981), p 302; UN

### ค. Public health or morals

ส่วนวัตถุประสงค์เพื่อการรักษาการสาธารณสุขหรือศีลธรรมของประชาชน ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง คือ ศีลธรรมของประชาชน หรือ “public morals” คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนกล่าวว่า “แนวคิดเรื่องศีลธรรมเกิดจากขนบธรรมเนียมประเพณีทางสังคม ปรัชญา และศาสนาจำนวนมาก ดังนั้น ข้อจำกัดสิทธิจึงต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการเรื่องศีลธรรม มิใช่ธรรมเนียมเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเพียงเรื่องเดียว”<sup>131</sup>

### ง. Rights or reputations of others: defamation

วัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกซึ่งปรากฏในทุกสนธิสัญญาเรื่องสุดท้าย คือ สิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น (rights or reputations of others)

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนอธิบายว่า “สิทธิ” (“rights”) ในที่นี้ รวมถึงสิทธิมนุษยชนที่รับรองโดยกติกา ICCPR และในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศต่างๆ ไป ส่วนคำว่า “บุคคลอื่น” (“others”) ในที่นี้ หมายความถึงบุคคลอื่นทั้งในฐานะที่เป็นปัจเจกบุคคลและในฐานะที่เป็นสมาชิกของสังคมหนึ่ง<sup>132</sup>

มีข้อสังเกตประการหนึ่ง คือ กติกา ICCPR ใช้คำว่าเพื่อการ “เคารพ” สิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น อนุสัญญา ECHR และ ACHR ใช้คำว่าเพื่อการ “คุ้มครอง” สิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น การใช้คำว่า “respect” ในที่นี้สะท้อนให้เห็นถึงเจตนาที่จะเน้นย้ำว่าชื่อเสียงของบุคคลอื่น

---

Commission on Human Rights, *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights* (E/CN.4/1985/4), 28 September 1984, Annex, paras 22-24:

“22. The expression “public order (ordre public)” as used in the Covenant may be defined as the sum of rules which ensure the functioning of society or the set of fundamental principles on which society is founded. Respect for human rights is part of public order (ordre public).

23. Public order (ordre public) shall be interpreted in the context of the purpose of the particular human right which is limited on this ground.

24. State organs or agents responsible for the maintenance of public order (ordre public) shall be subject to controls in the exercise of their power through the parliament, courts or other competent independent bodies.”

<sup>131</sup> Human Rights Committee, *General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion)* (CCPR/C/21/Rev.1/Add.4), 30 July 1993, para 8:

“the concept of morals derives from many social, philosophical and religious traditions; consequently, limitations... for the purpose of protecting morals must be based on principles not deriving exclusively from a single tradition”

<sup>132</sup> Human Rights Committee, *General Comment 34* (CCPR/C/GC/34), 12 September 2011, para 28.

(reputations of others) จะต้องได้รับความคุ้มครองจากการพูดให้ร้ายหรือการหมิ่นประมาท (slander) และภัยอื่นๆ ที่เกิดจากการใช้สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกของปัจเจกบุคคล<sup>133</sup>

แนวคิดที่สะท้อนอยู่ในเรื่องวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกในเรื่องชื่อเสียงของบุคคลอื่น (reputation) ก็คือแนวคิดเรื่องการหมิ่นประมาท (defamation) ชื่อเสียง (reputation) เป็นการประเมินพฤติกรรมและคุณลักษณะของบุคคลจากภายนอก (external assessment) ที่สังคมที่เกี่ยวข้องกับบุคคลคนหนึ่งทำการประเมินบุคคลนั้น เช่น เพื่อนบ้าน เพื่อนร่วมงาน หรือสังคมโดยรวม<sup>134</sup> สิ่งที่ถูกหมายหมิ่นประมาทคุ้มครองจึงเป็นภาพลักษณ์ของบุคคลที่สังคมมอง “ถึงแม้จะเป็นเพียงความเชื่อที่ผิด (illusion)”<sup>135</sup> กล่าวคือ เป้าหมายของ “ชื่อเสียง” มิได้ต้องการคุ้มครอง “คุณลักษณะ” (character) ซึ่งเป็นสิ่งที่บุคคลนั้นเป็นตามความเป็นจริง แต่ชื่อเสียงคือสิ่งที่บุคคลคนหนึ่งถูกมองว่าเป็น<sup>136</sup> “ชื่อเสียง” ของบุคคลมีอยู่อย่างไรจึงเป็นมุมมองจากสังคมภายนอกซึ่งขึ้นอยู่กับการคิดเห็นของผู้อื่นและพฤติกรรมของผู้อื่นที่ตอบสนองต่อถ้อยคำหมิ่นประมาทที่กล่าวโดยผู้พูด<sup>137</sup> หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ชื่อเสียงของปัจเจกบุคคลก็มีลักษณะที่เป็นการตัดสินบุคคลของสังคม (social judgment) ที่ตั้งอยู่บนข้อมูลที่สังคมเชื่อว่าเป็นจริง<sup>138</sup>

แนวคิดเรื่องชื่อเสียงจึงนำไปสู่องค์ประกอบสำคัญของกฎหมายหมิ่นประมาท คือ ประการแรก โจทก์ผู้เสียหายต้องแสดงให้เห็นว่าถ้อยคำที่จำเลยกล่าวถึงผู้เสียหายหรือตีพิมพ์เป็นถ้อยคำที่หมิ่นประมาท (defamatory) ประการต่อมา คือ ต้องมีการเผยแพร่หรือสื่อสารสู่บุคคลที่สาม<sup>139</sup> และการสื่อสารนั้นต้องเป็นประการที่น่าจะทำให้โจทก์เสียหาย และผู้ที่รับข้อความอันหมิ่นประมาทนั้นรู้ว่าจำเลยกล่าวถึงโจทก์<sup>140</sup>

ศาสตราจารย์ Robert Post วิเคราะห์ว่า แนวคิดที่สนับสนุนการคุ้มครอง “ชื่อเสียง” มีสามแนวคิด คือ แนวคิดแรกมองว่าชื่อเสียงเป็นทรัพย์สิน (property) อย่างหนึ่งในรูปทรัพย์สินที่ไม่มีตัวตน (intangible) ทำนองเดียวกับ Goodwill แนวคิดที่สองมองว่าชื่อเสียงเป็นเกียรติยศ (Honor) อย่างหนึ่ง แนวคิดนี้เป็นแนวคิดดั้งเดิมในกฎหมายอังกฤษในช่วงที่กฎหมายหมิ่นประมาทกำลังก่อตัว

<sup>133</sup> Karl Josef Partsch, ‘Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms’ in Louis Henkin (ed.). *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (New York: Columbia University Press, 1981), p 221.

<sup>134</sup> T. Gibbons, “Defamation Reconsidered,” *16 OJLS* 587 (1996), 589.

<sup>135</sup> Dario Milo. *Defamation and Freedom of Speech* (Oxford: Oxford University Press, 2008), p 17.

<sup>136</sup> V.V. Veder, “The History and Theory of the Law of Defamation,” *4 Columbia LR* 33 (1904), 33.

<sup>137</sup> L.B. Lidsky, “Defamation, Reputation, and the Myth of Community,” *71 Washington LR* 1 (1996), 12.

<sup>138</sup> Lawrence McNamara. *Reputation and Defamation* (Oxford: Oxford University Press, 2007).

<sup>139</sup> P. Milmo and W.V.H. Rogers. *Gatley on Libel and Slander, 10th edn* (Sweet & Maxwell, 2004), p 7.

<sup>140</sup> *Ibid.*, 141-142.

โดยมองว่าชื่อเสียงเป็นเกียรติยศของบุคคลรูปแบบหนึ่ง มุมมองของเกียรติยศที่ส่งผลต่อพัฒนาการของกฎหมายหมิ่นประมาทตามกฎหมายอังกฤษที่สุดก็คือมุมมองที่ว่าเกียรติยศของบุคคล คือ ชื่อเสียงที่ปัจเจกบุคคลได้มาจากสถานะบางอย่างในสังคมอันเกิดจากการคาดหวังของบุคคลอื่นในสังคมต่อสถานะทางสังคมนั้น เกียรติยศในมุมมองนี้จึงมิใช่สิ่งที่บุคคลได้มาจากการทำงาน แต่ได้มาจากสถานะในสังคม<sup>141</sup>

แนวคิดเกี่ยวกับชื่อเสียงรูปแบบสุดท้าย คือ แนวคิดที่ว่า ชื่อเสียงเป็นศักดิ์ศรี (Dignity) อย่างหนึ่งของบุคคล ศาสตราจารย์ Robert Post อาจารย์ทฤษฎีทางสังคมวิทยาของ Erving Goffman มองว่ากฎหมายหมิ่นประมาทคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคลเนื่องจากชื่อเสียงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของศักดิ์ศรี (dignity) ของบุคคลซึ่งตามปกติย่อมได้รับการคุ้มครองจากกฎเกณฑ์ในทางสังคม (rules of civility) ในการให้ความเคารพ (rules of deference) และปฏิบัติตนต่อกัน (rules of demeanor) ซึ่งการปฏิบัติตนนี้เมื่ออยู่ในรูปของการพูด (speech) ย่อมต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายหมิ่นประมาท โดยกฎหมายหมิ่นประมาทเข้ามาคุ้มครองผู้เสียหายเมื่อกฎเกณฑ์ทางสังคม (rules of civility) นี้ถูกละเมิด<sup>142</sup>

ศักดิ์ศรีที่กฎหมายหมิ่นประมาทคุ้มครอง คือ การได้รับการเคารพอันเกิดจากการเป็นสมาชิก (full membership) คนหนึ่งของสังคมเพราะ rules of civility มิได้เป็นเพียงวิธีการที่สังคมกำหนดและรักษาศักดิ์ศรีซึ่งกันและกันเท่านั้น แต่กฎเกณฑ์ดังกล่าวยังเป็นวิธีที่สังคมใดสังคมหนึ่งใช้แบ่งแยกระหว่างบุคคลที่เป็นสมาชิกและบุคคลที่ไม่ใช่สมาชิกของสังคมนั้น เพราะ บุคคลที่ได้รับการยอมรับในสังคมนั้นย่อมได้รับการเคารพในชื่อเสียงซึ่งเป็นศักดิ์ศรีของบุคคลนั้น แต่บุคคลที่ถูกมองว่าไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของสังคมก็ย่อมไม่ได้รับการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของสังคมนั้นในการเคารพศักดิ์ศรีซึ่งกันและกัน โดยศาสตราจารย์ Post เห็นว่ากฎหมายหมิ่นประมาททำหน้าที่ (function) สองประการหนึ่งคือคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลในศักดิ์ศรี และอีกประการหนึ่งคือการบังคับให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ของสังคม (rules of civility) อันเป็นผลประโยชน์สาธารณะ<sup>143</sup>

ประการแรก สิ่งที่กฎหมายหมิ่นประมาทคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลในชื่อเสียงอันเป็นศักดิ์ศรีของบุคคลดังกล่าว คือ การคุ้มครองบุคคลจากการสูญเสียศักดิ์ศรีซึ่งเกิดขึ้นเมื่อบุคคลหนึ่งถูกสังคมตัดออกจากขอบเขตการบังคับใช้กฎเกณฑ์ทางสังคม และวิธีการที่กฎหมายหมิ่นประมาทเข้ามาคุ้มครองการสูญเสียศักดิ์ศรีของบุคคลหรือการสูญเสียสมาชิกภาพในสังคมก็คือการ

<sup>141</sup> Robert Post, "The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution," *California Law Review*, 74 Cal. L. Rev. 691 (1986).

<sup>142</sup> Ibid.

<sup>143</sup> Ibid.

ยืนยัน (confirmation) สมาชิกภาพของโจทก์ในสังคมนั้นผ่านกระบวนการทางกฎหมายซึ่งศาสตราจารย์ Post เรียกว่ากระบวนการฟื้นฟู (rehabilitation) โดยให้ศาลทำหน้าที่แก้ไขความคลั่งที่เกิดขึ้นในสังคมจากการละเมิด rules of civility โดยการพิจารณาสืบพยานซึ่งโจทก์จำเลยต้องแข่งขันในการตีความพฤติกรรมของตน<sup>144</sup> กล่าวคือ ในขณะที่โจทก์พยายามนำสืบว่ามีกรณีประมาทเกิดขึ้นอันเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ของสังคมอันเกิดจากพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของจำเลย จำเลยก็นำสืบสนับสนุนความถูกต้องของการหมิ่นประมาทว่าสืบเนื่องจากความประพฤติของจำเลยเองที่ทำให้ไม่ได้รับการเคารพจากสังคม หากศาลเห็นว่าข้อต่อสู้ของโจทก์ฟังขึ้น ศาลย่อมทำหน้าที่แทนสังคมในการยืนยันว่าโจทก์เป็นบุคคลอันควรค่าแก่การได้รับการเคารพในชื่อเสียงอันเป็นศักดิ์ศรีของโจทก์และยืนยันสมาชิกภาพของโจทก์ในสังคม และขณะเดียวกันการพิจารณาพิพากษาของศาลก็ย่อมเป็นการกำหนดขอบเขตสมาชิกภาพของสังคมไปด้วยในตัว

นอกจากหน้าที่ของกฎหมายหมิ่นประมาทในการคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคลอันเป็นประโยชน์ของปัจเจกบุคคล (private good) แล้ว ศาสตราจารย์ Post ยังเห็นว่าหน้าที่อีกประการหนึ่งของกฎหมายหมิ่นประมาท คือ ในการธำรงรักษาอัตลักษณ์ของสังคม (communal identity) หรือการบังคับให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ทางสังคม (rules of civility) อันสังเกตได้จากหลักบางประการในกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น หลักข้อสันนิษฐานว่ามีความเสียหาย (presumption of damages) ซึ่งแสดงให้เห็นว่าสิ่งที่กฎหมายต้องการลงโทษจำเลยที่ก้าวล่วงขอบเขตอันเหมาะสมของกฎเกณฑ์ทางสังคม<sup>145</sup>

แนวคิดเรื่องชื่อเสียงในฐานะที่เป็นศักดิ์ศรีนี้เป็นทฤษฎีที่มีอิทธิพลอย่างมากต่อกฎหมายหมิ่นประมาทดั้งเดิมดังจะเห็นได้จากการให้นิยามการหมิ่นประมาทว่าเป็นการกระทำที่เสียหายต่อ “ชื่อเสียงของบุคคลอื่นโดยการกระทำที่น่าจะทำให้บุคคลนั้นถูกเกลียดชัง (hatred) การดูถูกหมิ่น (contempt) หรือการถูกเหยียดหยาม (ridicule)”<sup>146</sup> นอกจากนี้ ในการสนับสนุนผลประโยชน์ของรัฐในการคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคล ศาลฎีกาสหรัฐฯ มักจะอ้างถึงความเห็นพ้อง (concurring opinion) ของผู้พิพากษา Stewart ในคดี *Rosenblatt v. Baer* ว่า

<sup>144</sup> Lewis, ‘Defamation: Reputation and Encounter’ in Friedman/Rehbinder (Hrsg.), ZUR SOZIOLOGIE DES GERICHTSVERFAHRENS, JAHRBUCH FÜR RECHTSOZIOLOGIE UND RECHTSTHEORIE, Band 4, 278.

<sup>145</sup> Robert Post, “The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution,” California Law Review, 74 Cal. L. Rev. 691 (1986).

<sup>146</sup> *Parmiter v. Coupland*, (1840) 6 M. & W. \*105, \*108, 151 Eng. Rep. 340, 342 (1840), per Parke B.:

“the reputation of another by exposing him to hatred, contempt or ridicule”



“สิทธิของบุคคลที่จะได้รับการคุ้มครองชื่อเสียงของตนจากการโจมตีอันไม่เป็นธรรมและการว่าร้ายที่ไม่ถูกต้องแสดงให้เห็นถึงแนวคิดเรื่องศักดิ์ศรีอันเป็นสาระสำคัญ (essential dignity) และคุณค่าของมนุษย์ทุกคนอันเป็นแนวคิดที่ฝังรากอยู่ในระบบเสรีนิยม...”<sup>147</sup>

อย่างไรก็ดี แนวคิดกฎหมายหมิ่นประมาทในปัจจุบันได้รับอิทธิพลจากทั้งแนวคิดเรื่องทรัพย์สินและแนวคิดเรื่องศักดิ์ศรี ยกตัวอย่างเช่น ข้อสันนิษฐานว่ามีความเสียหายย่อมตั้งอยู่บนแนวคิดเรื่องศักดิ์ศรีแต่ใช้ไม่ได้กับแนวคิดเรื่องทรัพย์สิน กลับกันในปัจจุบัน กฎหมายหมิ่นประมาทก็มิได้มุ่งคุ้มครองศักดิ์ศรีของบุคคลเป็นอย่างเดียวเพราะนิติบุคคลหรือองค์กรก็อาจฟ้องหมิ่นประมาทได้<sup>148</sup>

ทั้งนี้ กฎหมายหมิ่นประมาทในชั้นพื้นฐานก็คือการดูหมิ่นบุคคลอันทำให้เกิดความรำบิดในทางละเมิดจากการกระทำที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือความผิดที่เรียกว่า Libel หรือ การกล่าวด้วยวาจาที่เรียกว่า Slander แต่ในอดีตความรำบิดในเรื่อง “Libel” มักจะเป็นความผิดทางอาญาโดยมีความผิดฐาน “Libel” ปรากฏในหลายรูปแบบ เช่น “Seditious Libel” ยกตัวอย่างเช่น ตาม Sedition Act ปี 1798 ของสหรัฐฯ ซึ่งกำหนดให้การตีพิมพ์ “งานเขียนที่มีข้อมูลที่ผิด ทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง หรือมุ่งร้าย” (“false, scandalous or malicious writing”) ต่อประธานาธิบดีหรือรัฐสภา หรือยุยงให้พลเมืองสหรัฐฯ เกลียดชังต่อประธานาธิบดีหรือรัฐสภา (“to excite against them ... the hatred of the good people of the United States”)<sup>149</sup>

ตัวอย่างต่อมาของ “Libel” คือ “Blasphemous Libel” หรือ Blasphemy ซึ่งเป็นความผิดต่อศาสนาคริสต์ในกฎหมายคอมมอนลอว์เกี่ยวกับการปฏิเสธตัวตนของพระเจ้า หรืออำนาจของพระเจ้า หรือการว่าร้ายต่อพระเจ้า<sup>150</sup> และยังมีตัวอย่างอีกประเภทหนึ่ง คือ “Obscene Libel” ซึ่งเกี่ยวกับการตีพิมพ์สื่อลามก ซึ่งมีข้อสังเกตว่า Libel บางประเภทก็ไม่มี ความเกี่ยวข้องกับเรื่องการ

<sup>147</sup> *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75, 92 (1966), Stewart J. Concurring Opinion:

“The right of a man to the protection of his own reputation from unjustified invasion and wrongful hurt reflects no more than our basic concept of the essential dignity and worth of every human being—a concept at the root of any decent system of ordered liberty. The protection of private personality, like the protection of life itself, is left primarily to the individual States under the Ninth and Tenth Amendments. But this does not mean that the right is entitled to any less recognition by this Court as a basic of our constitutional system.”

<sup>148</sup> US Restatement (second) of Torts §§ 561-562 (1977); W. Prosser, D. Dobbs and R. Keeton. *Prosser and Keeton on Torts*, 5th edn (1984), pp779-780.

<sup>149</sup> The Alien and Sedition Acts of 14 July 1798, Section 2.

<sup>150</sup> William Blackstone. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, ch. 4 (Cavendish Publishing, 2001), p 46.

หมิ่นประมาทโดยเฉพาะอย่างยิ่ง Blasphemy ซึ่งมุ่งคุ้มครองศาสนาคริสต์มากกว่าบุคคลอย่างเช่น เรื่องหมิ่นประมาททั่วไป

จะเห็นได้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทนี้มีส่วนคล้ายอย่างมากกับการพูดซึ่งมีเจตนา ในทางเกลียดชัง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อตั้งอยู่บนแนวคิดเรื่องศักดิ์ศรี จนอาจเกิดคำถามขึ้นได้ว่า อาจกล่าวได้ว่าการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังมีลักษณะเป็นการหมิ่นประมาทต่อกลุ่มบุคคล (group defamation หรือ group libel) ได้หรือไม่<sup>151</sup>

ความแตกต่างระหว่างการหมิ่นประมาทและการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังก็คือ ในขณะที่การหมิ่นประมาทอาจมุ่งคุ้มครองบุคคลธรรมดา นิติบุคคล กลุ่มบุคคล หรืออาจเป็นบุคคลที่ตายไปแล้ว แต่สิ่งที่กฎหมายที่ห้ามการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังต้องการคุ้มครอง คือ คุณลักษณะของบุคคล (characteristics) บางประการซึ่งเป็นอัตลักษณ์ของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งซึ่งตามกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดเอาไว้โดยเฉพาะ เช่น ในกติกา ICCPR ให้การคุ้มครองชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา หรืออีกกรณีหนึ่ง คือ กรณีการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Holocaust denial, negationism) หรือเหตุการณ์ในลักษณะคล้ายกัน ก็คือ การคุ้มครองกลุ่มบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งจากการปฏิเสธการเกิดขึ้นของข้อเท็จจริงของเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งซึ่งมีความสำคัญต่ออัตลักษณ์ของกลุ่มๆ นั้น เช่น ต่อชาวยิว<sup>152</sup> แต่หากมองในอีกมุมหนึ่งการต่อต้านการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังหรือการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ก็อาจเป็นพัฒนาการของ “Libel” ในรูปแบบหนึ่งก็ได้

ความแตกต่างอีกประการหนึ่งของการหมิ่นประมาทกับการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังคือ หากมองในแง่ของภัย ภัยจากการหมิ่นประมาท หากมองในทางสังคมวิทยา คือ การตัดหรือแบ่งแยกบุคคลออกจากสังคม หรือเป็นภัยต่อศักดิ์ศรีของบุคคลในสังคมนั้นๆ แต่ภัยจากการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง คือ การตัดบุคคลจากการได้รับการเคารพศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์ หรือเป็นภัยต่อความเป็นมนุษย์ของกลุ่มบุคคลที่ตกเป็นเหยื่อ<sup>153</sup>

#### 4. หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination)

นอกเหนือจากเงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก หลักการไม่เลือกปฏิบัติซึ่งปรากฏอยู่ในข้อ 26 ของกติกา ICCPR นี้ถือเป็นเงื่อนไขทั่วไปของการจำกัดสิทธิอย่างหนึ่งในกติกาซึ่งรัฐต้องปฏิบัติตามด้วย ภายใต้ข้อบ่งชี้ดังกล่าวบุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมาย และมี

<sup>151</sup> ดู Jeremy Waldron. *The Harm in Hate Speech* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012), ch. 3.

<sup>152</sup> Mihajlova, Bacovska and Shekerdjiev. *Freedom of Expression and Hate Speech* (Skopje: OSCE, 2013), 35-36.

<sup>153</sup> Ibid.

สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ในกรณีนี้กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใด ๆ และต้องประกันการคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาค และเป็นผลจริงจังกจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใด เช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ<sup>154</sup> หลักการเดียวกันนี้ปรากฏอยู่ในข้อ 14 ของอนุสัญญา ECHR<sup>155</sup> และข้อ 1 (1) ของอนุสัญญา ACHR<sup>156</sup> และที่สำคัญที่สุด คือ อนุสัญญา CERD นอกจากนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยังแสดงความเห็นว่าการตีความข้อจำกัดสิทธิ (limitation) ต้องสอดคล้องกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติ<sup>157</sup>

### 5. หลักความเป็นสากล (Universality)

ในความเห็นทั่วไป (General Comment) ฉบับที่ 34 นอกจากหลักการไม่เลือกปฏิบัติแล้วจากการที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแสดงความเห็นในเรื่องของวัตถุประสงค์ของการจำกัดสิทธิในเรื่องศีลธรรมว่าแนวคิดเรื่องศีลธรรมเกิดจากขนบธรรมเนียมประเพณีทางสังคม ปรัชญา และศาสนาจำนวนมาก ดังนั้น ข้อจำกัดสิทธิจึงต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการเรื่องศีลธรรมที่เป็นสากล มิใช่โดยอ้างอิงจากธรรมเนียมเพียงธรรมเนียมเดียว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจึงเห็นว่าข้อจำกัดสิทธิต้องสอดคล้องกับหลักความเป็นสากล (Universality) ด้วย<sup>158</sup>

<sup>154</sup> ICCPR, Art 26:

“All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.”

<sup>155</sup> European Convention on Human Rights, Art. 14:

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

<sup>156</sup> American Convention on Human Rights, Art. 1 (1):

“The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition.”

<sup>157</sup> Human Rights Committee, *General Comment 34* (CCPR/C/GC/34), 12 September 2011, para 28.

<sup>158</sup> Ibid.

หลักการไม่เลือกปฏิบัติมีลักษณะเป็นหลักการทั่วไปของสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชน ขณะที่หลักความเป็นสากลที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนนำเสนอ ยังไม่มีความชัดเจนมากนัก แต่น่าจะเป็นหลักการที่กลไกสิทธิมนุษยชนต้องคำนึงถึงในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของข้อจำกัดสิทธิ ทั้งนี้ เงื่อนไขการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกในสนธิสัญญาฉบับต่างๆ สามารถสรุปเป็นตารางได้ดังนี้

### ตารางที่ 1

#### ตารางเปรียบเทียบเงื่อนไขการจำกัดสิทธิ (limitation clauses)

ชื่อสนธิสัญญา	ข้อที่	เงื่อนไขในการจำกัดสิทธิ	วัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิ
International Covenant on Civil and Political Rights	19 (3)	provided by law and are necessary:	<ul style="list-style-type: none"> <li>- For respect of the rights or reputations of others</li> <li>- For the protection of national security</li> <li>- For the protection of public order (ordre public)</li> <li>- For the protection of public health or morals</li> </ul>
European Convention on Human Rights	10 (2)	prescribed by law and are necessary in a democratic society	<ul style="list-style-type: none"> <li>- In the interests of national security</li> <li>- In the interests of territorial integrity or public safety</li> <li>- For the prevention of disorder or crime</li> <li>- For the protection of health or morals</li> <li>- For the protection of the reputation or rights of others</li> <li>- For preventing the disclosure of information received in confidence</li> </ul>

			- For maintaining the authority and impartiality of the judiciary
American Convention on Human Rights	13 (2)	- shall not be subject to prior censorship - expressly established by law to the extent necessary to ensure:	- Respect for the rights or reputations of others - The protection of national security - The protection of public order - The protection of public health or morals
African Charter on Human and Peoples' Rights	9	the right to express and disseminate his opinions within the law	-None-

### 2.3.1.2 เจื่อนใจเฉพาะในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงองค์ประกอบภายนอกของเจื่อนใจเฉพาะในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้

#### 1. Incitement to hatred

ข้อ 20 (2) ของกติกา ICCPR กำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีต้องบัญญัติกฎหมายห้าม “การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ (national) เผ่าพันธุ์ (racial) หรือศาสนา (religious) ซึ่งยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรง” ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า ในเจื่อนใจเฉพาะในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังมีคำสำคัญอยู่ 3 คำ คือ “การสนับสนุน” (“advocacy”) “ความเกลียดชัง” (“hatred”) และ “การยั่วยุ” (“incitement”)

“การสนับสนุน” (advocacy) ต้องก่อให้เกิด “การยั่วยุ” (incitement) ดังถ้อยคำในตัวบทภาษาอังกฤษของข้อ 20 (2) ว่า “Any advocacy ... that constitutes incitement” กล่าวคือ เป็นการจูงใจอย่างแรงกล้าให้บุคคลอื่นไปกระทำการหรือแสดงออกซึ่ง “การเลือกปฏิบัติ

(discrimination) การเป็นปฏิปักษ์ (hostility) หรือการใช้ความรุนแรง (violence)”<sup>159</sup> ตามความเห็นของคณะกรรมการว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (Committee on the Elimination of Racial Discrimination หรือ CERD Committee) การยั่วยุโดยลักษณะแล้วคือการพยายามจูงใจให้ผู้อื่นเข้าไปมีส่วนในการกระทำบางอย่าง รวมถึงการกระทำความผิดอาญา โดยการสนับสนุนหรือการข่มขู่ การยั่วยุอาจกระทำโดยชัดแจ้งหรือปริยายผ่านการกระทำ เช่น การแสดงสัญลักษณ์ในเชิงเหยียดเชื้อชาติ หรือการแจกจ่ายเอกสาร หรือคำพูดและการยั่วยุมีลักษณะเป็นความผิดที่ยังกระทำไม่สำเร็จ (inchoate crimes) ดังนั้น จึงไม่ต้องการผล คือ การกระทำตามที่ยั่วยุ<sup>160</sup>

เป้าหมายทั้งสามประการของการยั่วยุ ได้แก่ การเลือกปฏิบัติ (discrimination) การเป็นปฏิปักษ์ (hostility) หรือการใช้ความรุนแรง (violence) มีความแตกต่างกันโดยสภาพ กล่าวคือ การยั่วยุให้เกิด “การเลือกปฏิบัติ” (incitement to discrimination) และการยั่วยุให้เกิด “การใช้ความรุนแรง” (incitement to violence) เป็นแนวคิดที่ได้รับการจำกัดความหรืออาจจำกัดความได้โดยกฎหมาย กลับกัน “การเป็นปฏิปักษ์” (“hostility”) เป็นทัศนคติและเป็นเพียงเงื่อนไขเพิ่มเติมในด้านศีลธรรมของการยั่วยุ และความแตกต่างระหว่าง “ความเกลียดชัง” (“hatred”) กับ “การเป็นปฏิปักษ์” (“hostility”) ก็ไม่มีความแน่นอน แต่ก็น่าจะกล่าวได้ว่า “ความเกลียดชัง” เป็นองค์ประกอบที่เป็นอัตวิสัยอย่างมาก ขณะที่ “การเป็นปฏิปักษ์” เป็นทัศนคติที่แสดงออกมาภายนอก และ “การเป็นปฏิปักษ์” อาจเกิดขึ้นโดยไม่ต้องมี “ความเกลียดชัง” แต่ “ความเกลียดชัง” น่าจะนำไปสู่ “การเป็นปฏิปักษ์” ทั้งนี้ การที่ในการร่างกติกา ICCPR ตอนแรกนั้นมีการใช้คำว่า “การเป็นปฏิปักษ์” เพื่อบ่งชี้การกระทำที่ถูกห้าม และคำว่า “การยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง” (incitement to

<sup>159</sup> Karl Josef Partsch, ‘Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms’ in Louis Henkin (ed.). *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (New York: Columbia University Press, 1981), p 228.

<sup>160</sup> CERD Committee, *General recommendation No. 35 on Combating racist hate speech*, UN Doc CERD/C/GC/35 (2013), para 16:

“Incitement characteristically seeks to influence others to engage in certain forms of conduct, including the commission of crime, through advocacy or threats. Incitement may be express or implied, through actions such as displays of racist symbols or distribution of materials as well as words. The notion of incitement as an inchoate crime does not require that the incitement has been acted upon”

hatred) เพื่อระบุดังผล แต่ต่อมาคำทั้งสองถูกใช้สลับกันทำให้เกิดคำถามว่า “การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังซึ่งช่วยทำให้เกิดการเป็นปฏิปักษ์” เป็นการใช้คำซ้ำหรือไม่<sup>161</sup>

“ความเกลียดชัง” ถูกแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ ความเกลียดชังในชาติ (national) เผ่าพันธุ์ (racial) หรือศาสนา (religious) ในกติกา ICCPR คำว่า “national” ปรากฏอยู่ในหลายที่ แต่ก็ไม่ได้มีความหมายอย่างเดียวกันเสมอไป คำว่าชาติในคำว่า “national origin” หรือ “ชาติกำเนิด” ซึ่งปรากฏอยู่ในข้อ 26 ของกติกา ICCPR เรื่องเงื่อนไขการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination clause)<sup>162</sup> น่าจะมีความหมายเหมือนกับคำว่า “ethnic” ทั้งนี้ มีรัฐภาคีที่ดีความคำว่า “national hatred” ในข้อ 20 (2) ของกติกา ICCPR ว่าหมายถึง “ethnic hatred” อย่างชัดเจน จากกฎหมายภายในบัญญัติห้ามการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังต่อกลุ่มพลเมืองที่มีชาติกำเนิดเฉพาะกลุ่ม

ส่วนในอนุสัญญา CERD คำว่า “racial discrimination” (การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ) มีนิยามอยู่ในข้อ 1 ว่าหมายถึง การจำแนก การกีดกัน การจำกัด หรือการเลือก โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสายหรือชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด<sup>163</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่าคำว่า “race” ในที่นี้ไม่ใช่คำที่สร้างความเข้าใจมากนัก จะเห็นได้ว่าภายใต้อนุสัญญา CERD “national origin” อยู่ภายใต้ความหมายของคำว่า “race” แต่ในกติกา ICCPR คำว่า “national hatred” กับ “racial hatred” เป็นคนละคำกัน และในข้อ 26 ของกติกา ICCPR คำว่า “national origin” กับ “race” ก็ถูกแยกจากกันเป็นคนละฐานของการเลือกปฏิบัติ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>161</sup> Karl Josef Partsch, ‘Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms’ in Louis Henkin (ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (New York: Columbia University Press, 1981), p 228.

<sup>162</sup> ICCPR, Art. 26:

“All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.”

<sup>163</sup> ICERD, Art. 1 (1):

“In this Convention, the term "racial discrimination" shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.”

ทั้งนี้เป็นที่ชัดเจนว่าข้อ 20 (2) กับข้อ 26 ของกติกา ICCPR มีความสัมพันธ์กัน กล่าวคือ ในขณะที่ข้อ 26 บัญญัติห้ามการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ ข้อ 20 (2) ก็เป็นบทบัญญัติที่ห้ามการยั่วยุให้เกิดการกระทำดังกล่าว

สำหรับข้อ 13 ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกาจะเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวถูกเขียนขึ้นโดยมีองค์ประกอบเหมือนกันกับข้อ 20 (2) ของกติกา ICCPR แต่มีข้อแตกต่าง คือ ภายใต้อนุสัญญา ACHR การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ต้องเป็นการยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรงอันผิดกฎหมาย (incitement to lawless violence) หรือการกระทำในลักษณะเดียวกันจึงจะเป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังที่รัฐต้องบัญญัติให้เป็นสิ่งต้องห้าม ดังนั้นการพูดในเชิงเลือกปฏิบัติ (discriminatory speech) ซึ่งมีได้ยั่วยุโดยตรงให้เกิดการใช้ความรุนแรงอันผิดกฎหมาย หรือการกระทำอื่นใดที่มีลักษณะเดียวกัน ต่อกลุ่มบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งจึงมิใช่การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังภายใต้อนุสัญญา ACHR<sup>164</sup>

## 2. All dissemination of ideas based on racial or ethnic superiority or hatred

ในอีกด้านหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับข้อ 4 (1) ของอนุสัญญา CERD ซึ่งน่าจะมีความขอบเขตที่กว้างกว่าข้อ 20 ของกติกา ICCPR แล้ว จากความเห็นของคณะกรรมการ CERD ข้อ 4 (1) ของอนุสัญญาบัญญัติให้การกระทำที่เป็นการกระทำที่ต้องได้รับโทษตามกฎหมาย ได้แก่<sup>165</sup>

1. การเผยแพร่ความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติ หรือความเกลียดชังอันเกิดจากความแตกต่างทางเชื้อชาติ (dissemination of ideas based upon racial superiority or hatred)
2. การยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังทางเชื้อชาติ (incitement to racial hatred)
3. การกระทำรุนแรงหรือต่อชนเชื้อชาติหนึ่งเชื้อชาติใดหรือกลุ่มบุคคลที่มีสีผิวอื่นหรือเผ่าพันธุ์กำเนิดอื่น (acts of violence against any race or group of persons of another colour or ethnic origin)
4. กระตุ้นให้เกิดการกระทำรุนแรงนั้น (incitement to such acts)

<sup>164</sup> Eduardo Bertoni and Julio Rivera Jr., 'The American Convention on Human Rights: Regulation of Hate Speech and Similar Expression', in Michael Herz and Peter Molnar (ed.). *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) p 508.

<sup>165</sup> CERD Committee, *General recommendation XV on article 4 of the Convention*, para 3.



ในบริบทของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในเชื้อชาติ (racial hate speech) คณะกรรมการ CERD เสนอแนะให้รัฐภาคีบัญญัติให้การกระทำดังต่อไปนี้เป็นการกระทำที่ต้องได้รับโทษตามกฎหมาย คือ<sup>166</sup>

- 1) การเผยแพร่ความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติหรือเผ่าพันธุ์ หรือความเกลียดชังอันเกิดจากความแตกต่างทางเชื้อชาติหรือเผ่าพันธุ์ ไม่ว่าจะในทางใด (All dissemination of ideas based on racial or ethnic superiority or hatred, by whatever means)
- 2) การยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง การดูหมิ่น หรือการเลือกปฏิบัติต่อสมาชิกของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งบนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสายหรือชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด (Incitement to hatred, contempt or discrimination against members of a group on grounds of their race, colour, descent, or national or ethnic origin)
- 3) การข่มขู่หรือการยั่วยุให้เกิดการกระทำรุนแรงหรือต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลบนพื้นฐานในข้อ 2) (Threats or incitement to violence against persons or groups on the grounds in (b) above)
- 4) การแสดงออกที่เป็นการดูถูก (insult) การล้อเลียน (ridicule) หรือการพูดให้ร้าย (slander) บุคคลหรือกลุ่มบุคคล หรือการสนับสนุนความถูกต้องของความเกลียดชัง การดูหมิ่น หรือการเลือกปฏิบัติต่อสมาชิกของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งบนพื้นฐานในข้อ 2) ในกรณีที่มีการกระทำดังกล่าวเท่ากับการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังหรือการเลือกปฏิบัติอย่างชัดเจน (Expression of insults, ridicule or slander of persons or groups or justification of hatred, contempt or discrimination on the grounds in (b) above, when it clearly amounts to incitement to hatred or discrimination)
- 5) การมีส่วนร่วมใน ให้องค์กรและกิจกรรมจัดตั้งที่ส่งเสริมและกระตุ้นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (Participation in organizations and activities which promote and incite racial discrimination)

<sup>166</sup> CERD Committee, *General recommendation No 35 on Combating racist hate speech*, UN Doc CERD/C/GC/35 (2013), para 13.

นอกจากนี้คณะกรรมการ CERD ยังเสนอแนะให้รัฐภาคีบัญญัติให้การปฏิเสธหรือการพยายามที่จะสนับสนุนความถูกต้องของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (genocide) และอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) เป็นการกระทำที่ต้องได้รับโทษตามกฎหมายเช่นเดียวกัน เนื่องจากการกระทำเหล่านี้ก่อให้เกิดการยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรงและความเกลียดชังในเผ่าพันธุ์อย่างชัดเจน<sup>167</sup> อย่างไรก็ตามจากความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน การแสดงออกซึ่งความคิดเห็นเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในทางประวัติศาสตร์ (historical facts) ไม่ควรถูกห้ามหรือถูกบดบังโทษ<sup>168</sup>

ทั้งนี้ คณะกรรมการ CERD เห็นว่าพันธกรณีของรัฐภายใต้อนุสัญญา CERD ข้อ 4 มีความสอดคล้องกับสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก โดยคณะกรรมการ CERD เห็นว่าสิทธิดังกล่าวซึ่งปรากฏอยู่ในข้อ 19 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน<sup>169</sup> และภายใต้อนุสัญญา CERD ข้อ 5 (d) (viii) ซึ่งรัฐภาคีจะห้ามและขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ และจะประกันสิทธิของทุกคนให้มีความเสมอภาคกันตามกฎหมาย โดยไม่จำแนกตามเชื้อชาติ สีผิว หรือชาติหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการใช้สิทธิซึ่งรวมถึงสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกนั้น<sup>170</sup> ในการใช้สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษควบคู่ไปด้วยตามที่ระบุไว้ในข้อ 29 (2) ของปฏิญญาสากลฯ คณะกรรมการ CERD เห็นว่าหนึ่งในหน้าที่นั้น คือ หน้าที่ที่จะไม่เผยแพร่ความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติซึ่งเป็นการกระทำที่ต้องได้รับโทษตามกฎหมายตามข้อ 4 ของอนุสัญญา CERD นี้<sup>171</sup>

<sup>167</sup> Ibid., para 14.

<sup>168</sup> Human Rights Committee, General Comment 34 (CCPR/C/GC/34), 12 September 2011, para 49.

<sup>169</sup> Universal Declaration of Human Rights, Art 19.

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

<sup>170</sup> ICERD, Art 5 (d) (viii):

“In compliance with the fundamental obligations laid down in article 2 of this Convention, States Parties undertake to prohibit and to eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of everyone, without distinction as to race, colour, or national or ethnic origin, to equality before the law, notably in the enjoyment of the following rights:

(d) Other civil rights, in particular:

(viii) The right to freedom of opinion and expression”

<sup>171</sup> CERD Committee, General recommendation XV on article 4 of the Convention, para 4:

“In the opinion of the Committee, the prohibition of the dissemination of all ideas based upon racial superiority or hatred is compatible with the right to freedom of opinion and expression. This right is

เมื่อเปรียบเทียบระหว่างข้อ 4 ของอนุสัญญา CERD กับข้อ 20 (2) ของกติกา ICCPR จะเห็นว่าอนุสัญญา CERD ให้ความสำคัญกับการลงโทษการยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติยิ่งกว่าการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติเสียเอง และจะเห็นว่าถ้อยคำในอนุสัญญา CERD มีความหนักแน่นกว่าถ้อยคำในข้อ 20 (2) ของกติกา ICCPR กล่าวคือ อนุสัญญา CERD กำหนดพันธกรณีให้รัฐต้องกำหนดให้การยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติเป็นการกระทำที่ต้องได้รับโทษตามกฎหมาย (penalize) ขณะที่ข้อ 20 (2) เพียงกำหนดพันธกรณีให้รัฐต้องบัญญัติให้การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ซึ่งยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรง เป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมาย (prohibit) ซึ่งอาจเป็นเพียงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญก็ได้ แต่ไม่จำเป็นต้องเป็นความผิดทางอาญา อย่างไรก็ตาม การที่รัฐส่วนใหญ่ต่างก็เป็นภาคีของสนธิสัญญาทั้งสองฉบับ ดังนั้น ความแตกต่างนี้อาจไม่มีความสำคัญนักในทางปฏิบัติ<sup>172</sup>

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่ง คือ จะเห็นได้ว่าอนุสัญญา CERD น่าจะมีขอบเขตการบังคับใช้ที่กว้างกว่าข้อ 20 (2) ของกติกา ICCPR เนื่องจากอนุสัญญา CERD ใช้คำว่า “all dissemination of ideas” แต่ดังที่กล่าวข้างต้นว่า “advocacy” ต้องก่อให้เกิด “incitement” “การเผยแพร่ความคิด” (dissemination of ideas) จึงน่าจะมีความหมายกว้างกว่า “การยั่วยุ” (incitement) ซึ่งน่าจะเป็นเหตุผลที่ทำให้คณะกรรมการ CERD เห็นว่าการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Holocaust denial) เป็นส่วนหนึ่งของการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง และในบทต่อไปก็จะได้เห็นได้ว่าการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

### 3. Direct and public incitement to commit genocide

การยั่วยุโดยตรงและโดยสาธารณะให้ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (direct and public incitement to commit genocide) เป็นฐานความผิดอาญาในกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรากฏอยู่ในข้อ 3 ของอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ค.ศ. 1948<sup>173</sup> และอยู่ภายใต้เขต

---

embodied in article 19 of the Universal Declaration of Human Rights and is recalled in article 5 (d) (viii) of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. Its relevance to article 4 is noted in the article itself. The citizen's exercise of this right carries special duties and responsibilities, specified in article 29, paragraph 2, of the Universal Declaration, among which the obligation not to disseminate racist ideas is of particular importance.”

<sup>172</sup> Karl Josef Partsch, ‘Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms’ in Louis Henkin (ed.).

*The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (New York: Columbia University Press, 1981), p 229.

<sup>173</sup> Genocide Convention, Art. III:

“The following acts shall be punishable:

อำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court-ICC) ซึ่งผู้ที่ยั่วยุจะต้องได้รับโทษอาญา (individual criminal responsibility)<sup>174</sup>

เนื่องจากเงื่อนไขการยั่วยุโดยตรงและโดยสาธารณะให้ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์อยู่นอกขอบเขตที่ผู้เขียนทำการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เพราะผู้เขียนจะศึกษาเฉพาะกลไกด้านสิทธิมนุษยชนเท่าที่ระบุไว้ในขอบเขตในการวิจัยที่บทที่ 1 ประกอบกับในหัวข้อดังกล่าวเคยมีผู้ทำการศึกษาไปแล้วหลายท่าน ผู้เขียนจึงจะขอทำการสรุปเนื้อหาในสาระสำคัญโดยคร่าวๆ และจะอ้างอิงถึงคำตัดสินที่เกี่ยวข้องกับการยั่วยุโดยตรงและโดยสาธารณะให้ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เฉพาะเท่าที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เท่านั้น

การลงโทษการยั่วยุโดยตรงและโดยสาธารณะให้ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในกฎหมายระหว่างประเทศเกิดขึ้นครั้งแรกหลังสงครามโลกครั้งที่สองในคดี *Julius Streicher*<sup>175</sup> และคดี *Hans Fritzsche*<sup>176</sup> ตัดสินโดยคณะตุลาการทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก (International Military Tribunal at Nuremberg) แต่ในขณะนั้นยังมิได้ใช้คำว่า “การยั่วยุ” (incitement) แต่ทั้ง Streicher และ Fritzsche ถูกตั้งข้อหาอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) โดยคณะตุลาการนูเรมเบิร์กตัดสินลงโทษ Streicher ในฐานะอาชญากรรมต่อมนุษยชาติจากการยั่วยุให้ฆ่าและทำลายล้างชาวยิวที่เกิดขึ้นในห้วงเวลาที่ชาวยิวกำลังถูกประหารชีวิตประจำวันออกอย่างโหดร้าย<sup>177</sup>

---

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

<sup>174</sup> Rome Statute of the International Criminal Court, Art. 25:

“1. The Court shall have jurisdiction over natural persons pursuant to this Statute.

2. A person who commits a crime within the jurisdiction of the Court shall be individually responsible and liable for punishment in accordance with this Statute.

3. In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

(e) In respect of the crime of genocide, directly and publicly incites others to commit genocide;”

<sup>175</sup> ในคดีนี้ Julius Streicher เป็นผู้ก่อตั้งและบรรณาธิการนิตยสารรายสัปดาห์ “*Der Stürmer*” ที่เผยแพร่ข้อมูลที่มีเนื้อหาต่อต้านชาวยิว (anti-Semitic) ถูกตั้งข้อหาอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

<sup>176</sup> ในคดีนี้ Hans Fritzsche เป็นเจ้าหน้าที่ในกระทรวงโฆษณาชวนเชื่อ (Ministry of Popular Enlightenment and Propaganda) และเป็นหัวหน้าหน่วยวิทยุ (Radio Division) ของนาซี ถูกตั้งข้อหาอาชญากรรมต่อมนุษยชาติและอาชญากรรมสงคราม

<sup>177</sup> Wibke Kristin Timmermann, “Incitement, Instigation, Hate Speech and War Propaganda in International Law,” (Thesis, LL.M. in International Humanitarian Law, CUDIH – Centre Universitaire de Droit International Humanitaire, 2006), p 10; (1946) 22 Trial of German Major War Criminals p. 502:

“Streicher’s incitement to murder and extermination at a time when Jews in the East were being killed under the most horrible conditions clearly constitutes persecution on political and racial grounds [...], and constitutes a Crime against Humanity”

ขณะที่คณะตุลาการตัดสินว่า Fritzsche ไม่มีความผิดเนื่องจากเขาไม่มีตำแหน่งในระบอบนาซีที่มีความสำคัญพอที่จะมีส่วนร่วมในการวางแผนโฆษณาชวนเชื่อและคำพูดของเขามีได้กระตุ้นให้ประหัตประหารชาวยิว ประกอบกับมีหลักฐานว่าเขาเคยพยายามยับยั้งการตีพิมพ์ของนิตยสาร “*Der Stürmer*” ของ Streicher<sup>178</sup>

ภายหลังอนุสัญญา Genocide ปี 1948 คณะตุลาการอาญาระหว่างประเทศที่รวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda-ICTR) ตัดสินคดีเกี่ยวกับการยั่วยุโดยตรงและโดยสาธารณะให้ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ 4 คดี ได้แก่ คดี *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* คดี *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze* คดี *Prosecutor v. Juvenal Kajelijeli* และคดี *Prosecutor v. Simon Bikindi* โดยอาจสรุปองค์ประกอบของความผิดฐานยั่วยุโดยตรงและโดยสาธารณะให้ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ได้ดังนี้<sup>179</sup>

1. องค์ประกอบภายในของความผิด คือ ผู้กระทำความผิดมีเจตนาช่วยุให้ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์
2. องค์ประกอบภายนอกของความผิด คือ

- 2.1 การยั่วยุให้ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

- 2.2 การกระทำโดยตรง

- 2.3 การกระทำโดยสาธารณะ

- 2.4 ความผิดเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล (inchoate crime) (ซึ่งเป็นมุมมองเดียวกันกับของคณะกรรมการ CERD ในเรื่องความหมายของการยั่วยุ) และไม่ต้องการความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (causation)

สำหรับปัญหาที่ว่าเงื่อนไขการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกกับเงื่อนไขเฉพาะของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังจะเป็นเช่นใด ผู้เขียนจะนำเสนอต่อไปในบทที่ 3 เกี่ยวกับแนวทางการวินิจฉัยขอบเขตการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค

<sup>178</sup> Wibke Kristin Timmermann, “Incitement, Instigation, Hate Speech and War Propaganda in International Law,” (Thesis, LL.M. in International Humanitarian Law, CUDIH – Centre Universitaire de Droit International Humanitaire, 2006), p 11; (1946) 22 Trial of German Major War Criminals p. 526.

<sup>179</sup> วิมุตตา โทบูรี, “แนวคำพิพากษาศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดาต่อความผิดฐานยั่วยุโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์,” (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), บทที่ 5.

## ตารางที่ 2

### ตารางเปรียบเทียบเงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

ชื่อสนธิสัญญา	ข้อที่	องค์ประกอบของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง
International Covenant on Civil and Political Rights	20 (2)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Any advocacy</li> <li>- of national, racial or religious hatred</li> <li>- that constitutes incitement to               <ul style="list-style-type: none"> <li>● Discrimination,</li> <li>● Hostility, or</li> <li>● Violence</li> </ul> </li> </ul>
American Convention on Human Rights	13 (5)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- any advocacy</li> <li>- of national, racial, or religious hatred</li> <li>- that constitute incitements to               <ul style="list-style-type: none"> <li>● lawless violence or</li> <li>● any other similar action</li> </ul> </li> <li>- against any person or group of persons</li> <li>- on any grounds including those of race, color, religion, language, or national origin</li> </ul>
International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination	4	<ul style="list-style-type: none"> <li>- all dissemination of ideas               <ul style="list-style-type: none"> <li>● based on racial superiority or hatred</li> <li>● based on incitement to racial discrimination</li> </ul> </li> <li>- all acts of violence or incitement to such acts</li> <li>- against any race or group of persons of another colour or ethnic origin</li> </ul>

### 2.3.2 ที่มาอื่น

สนธิสัญญาระหว่างประเทศดังที่กล่าวมาในหัวข้อ 2.3.1 ต่างก็มีองค์กรที่ทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทที่ปัจเจกบุคคลร้องเรียนต่อองค์กรเหล่านั้นว่าถูกรัฐภาคีสนธิสัญญาเหล่านี้ละเมิดสิทธิมนุษยชน โดยมีทั้งองค์กรที่มีลักษณะตุลาการ (judicial) และกึ่งตุลาการ (quasi-judicial) ซึ่งคำวินิจฉัยและ

ความเห็นของกลไกด้านสิทธิมนุษยชนเหล่านี้จะเป็นส่วนที่ผู้เขียนจะทำการศึกษาต่อไปในบทที่ 3 และบทที่ 4 ว่ามีส่วนในการกำหนดเนื้อหาของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังอย่างไรบ้าง

## 2.4 การปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนต้องการนำเสนอให้เห็นถึงความแตกต่างในทางรูปแบบ (formal differences) ของแนวปฏิบัติของรัฐทั้งด้านนิติบัญญัติและตุลาการในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังเพื่อนำเสนอว่า ความแตกต่างนี้นำไปสู่ปัญหาในทางปฏิบัติและความเสี่ยงอย่างไร และเพื่อนำเสนอในบทที่ 3 ว่ากลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคมีแนวทางการวินิจฉัยขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังอย่างไร และในบทที่ 4 ว่ามีองค์ประกอบร่วม (common elements) ใดที่กลไกเหล่านี้ใช้เป็นปัจจัยประกอบการวินิจฉัยขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังบ้าง

### 2.4.1 กฎหมายภายในของรัฐ

ประเทศในทวีปยุโรปแทบทุกประเทศมีกฎหมายอาญาที่ลงโทษในฐานความผิดเรื่องการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา แต่ก็มีบางประเทศใช้กฎหมายที่หลากหลายทั้งจากถ้อยคำที่ใช้ในฐานความผิดที่ไม่เหมือนกันและเพราะมีฐานความผิดอื่นที่อาจนำมาบังคับใช้กับการกระทำเดียวกันในแต่ละประเทศ โดยรูปแบบการบัญญัติฐานความผิดของการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง (Incitement to Hatred) มักจะมีรูปแบบที่เหมือนกับฐานความผิดในการยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรง (Incitement to Violence) หรือการเลือกปฏิบัติ (Incitement to Discrimination) และในบางประเทศก็คล้ายกับความผิดฐานยั่วยุให้เกิดความขัดแย้ง (Incitement to Discord) หรือการเป็นปฏิปักษ์ (Incitement to Hostility) เช่นในประเทศบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา มอนเตเนโกร โรมาเนีย เซอร์เบีย และตุรกี ในบางประเทศกำหนดให้การใช้ความรุนแรงเป็นเหตุฉกรรจ์ของความผิดฐานยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังด้วย เช่นในประเทศอาร์เมเนีย บอสเนีย ลิชัวเนีย มอนเตเนโกร เซอร์เบีย สโลเวเนีย และยูเครน และกลับกันก็มีประเทศส่วนน้อยที่ลงโทษการยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรงโดยไม่พูดถึงการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง เช่นในประเทศออสเตรเลีย ไชปรัส กรีซ อิตาลี และโปรตุเกส แต่ที่ไม่มีประเทศในทวีปยุโรปใดที่ลงโทษการแสดงออกซึ่งการเกลียดชัง (Expression of Hatred) โดยไม่มีการกระทำที่เป็นการยั่วยุ (Incitement) ถึงแม้จะมีการลงโทษการพูดที่มีเนื้อหา

เหยียดเชื้อชาติ (Racist) โดยเหตุเพียงเพราะการพูดเหล่านั้นแสดงออกถึงความคิดเรื่องความด้อยกว่าหรือความเหนือกว่าของเชื้อชาติใดเชื้อชาติหนึ่งก็ตาม<sup>180</sup>

ทั้งนี้ ฐานความผิดที่รัฐส่วนใหญ่บัญญัตินั้นจะต้องเป็นการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งที่เฉพาะเจาะจงด้วย นอกเหนือจากประเทศจอร์เจีย มอลตา สโลวาเกีย และอดีตสาธารณรัฐยูโกสลาฟมาซิโดเนียที่ลงโทษเฉพาะการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ และศาสนา รัฐส่วนใหญ่ในทวีปยุโรปมักจะใช้ถ้อยคำที่มากกว่าที่บัญญัติใน ข้อ 20 (2) ของกติการะหว่างประเทศฯ เช่น กฎหมายของประเทศอาร์เมเนีย อาเซอร์ไบจาน ฮังการี มอลโดวา โรมาเนีย รัสเซีย และตุรกีลงโทษการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังในเรื่องการลดคุณค่าของศักดิ์ศรีความเป็นชาติ (Debasement of National Dignity) กฎหมายเดนมาร์กพูดถึงความเกลียดชังในเผ่าพันธุ์ ผิวสี สัญชาติ แหล่งกำเนิดทางชาติพันธุ์ ศาสนา หรือการเบี่ยงเบนทางเพศ (Race, colour, nationality, ethnic origin, religion, sexual inclination) เป็นต้น ประเทศส่วนใหญ่ยังลงโทษการยั่วยุที่มีลักษณะของความเป็นสาธารณะ (Public Nature) ด้วย ในขณะที่ในประเทศอาร์เมเนียและฝรั่งเศส การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังที่มีลักษณะสาธารณะเป็นเพียงเหตุฉกรรจ์เท่านั้น นอกจากนี้ กฎหมายอาญาบางประเทศยังกำหนดพฤติการณ์ประกอบความผิดของการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังอีกด้วย เช่นในประเทศออสเตรเลียและเยอรมนีกำหนดพฤติการณ์ประกอบการกระทำความผิดว่าเป็นการกระทำที่คุกคามต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ("Liable to threaten public order") นอกจากนี้ ในหลายๆ ประเทศยังกำหนดเหตุฉกรรจ์เมื่อมีการแสดงออกซึ่งการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังผ่านสื่อมวลชน เช่น ประเทศอาร์เมเนีย อาเซอร์ไบจาน สาธารณรัฐเช็ก มอลตา และโรมาเนีย และบางประเทศยังกำหนดอย่างชัดเจนว่าความผิดฐานยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังอาจเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือกระทำโดยประมาทก็ได้ เช่น กฎหมายไอร์แลนด์ มอลตา เนเธอร์แลนด์ นอร์เวย์ และสหราชอาณาจักร แต่ความผิดฐานประมาทยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังมีเฉพาะความเกลียดชังในเผ่าพันธุ์เท่านั้นไม่รวมถึงศาสนาด้วย<sup>181</sup>

นอกจากนี้ในกฎหมายของบางประเทศในทวีปยุโรปยังมีความผิดอื่นๆ ที่อาจนำมาปรับใช้กับการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังได้ เช่น ความผิดฐานร่วมกันดูหมิ่น (Collective Insult) (โดยเฉพาะอย่างยิ่งการหมิ่นศาสนา) ซึ่งปรากฏมากในประเทศเกือบครึ่งของทวีปยุโรป ความผิดฐานปฏิเสธการมีอยู่ของการสังหารหมู่ชาวยิว (Holocaust denial) หรือการกระทำฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

<sup>180</sup> Louis-Leon Christians, *Study for the Workshop on Europe* (Expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred, Vienna, 2011).

<sup>181</sup> Ibid.



(Genocide) กรณีอื่นๆ หรือหรือลัทธิแก้ (Revisionism) ในประเทศออสเตรเลีย เบลเยียม เยอรมนี ลักเซมเบิร์ก และสวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น<sup>182</sup>

สำหรับกฎหมายของประเทศในทวีปอเมริกา มาตรการทางกฎหมายที่มีบทลงโทษสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภทด้วยกัน ได้แก่ มาตรการลงโทษการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรการตามกฎหมายพิเศษที่มีบทลงโทษทางอาญา และกฎหมายที่มีมาตรการลงโทษในทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายควบคุมสื่อมวลชน โดยในส่วนของบทลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญามีข้อสังเกตสามประการ กล่าวคือ ประการแรก ประมวลกฎหมายอาญาของรัฐในทวีปอเมริกาบัญญัติต้องประกอบความผิดของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังทั้งจากเจตนาและวัตถุประสงค์แห่งการกระทำ ในด้านเจตนา นั้น การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง คือ การกระทำที่มีเจตนาเพื่อคุกคาม กดขี่ หรือยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังหรือการใช้ความรุนแรง และการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังจะต้องกระทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ และความเกลียดชังนั้นอยู่บนพื้นฐานของเผ่าพันธุ์ ศาสนา สัญชาติ เพศ (Gender) ความหลากหลายทางเพศ (Sexual Orientation) ความพิการ หรือลักษณะของบุคคลอื่นๆ ประการที่สอง นอกเหนือจากประมวลกฎหมายของประเทศโบลิเวีย แคนาดา เอกวาดอร์ เซนต์ ลูเซีย และอูรุกวัยแล้ว การห้ามการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศในทวีปอเมริกาก็จะไม่ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นฐานความผิดเฉพาะ แต่ปรากฏทางอ้อมอยู่ในฐานความผิดอื่น เช่น การยั่วยุให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Incitement to Genocide) หรือการห้ามการเลือกปฏิบัติ (Prohibition of Discrimination) โดยมักปรากฏเป็นเหตุฉกรรจ์ของฐานความผิดนั้นๆ ประการที่สาม คือ การบังคับใช้ฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในทวีปอเมริกามีน้อยมากซึ่ง Eduardo Bertonі ที่ปรึกษาประจำภูมิภาคอเมริกาของสำนักข้าหลวงใหญ่สิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (OHCHR) ในการประชุมเชิงปฏิบัติการในปี 2011 ได้วิเคราะห์ว่าอาจเป็นเพราะบทบัญญัติข้อ 20 (2) ของกติการะหว่างประเทศฯ ที่นำมาสู่การอนุวัติการบทบัญญัติว่าด้วยการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในประมวลกฎหมายอาญานั้นมิได้ตอบสนองหรือสอดคล้องกับบริบทในทางประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมของรัฐในทวีปอเมริกาเหมือนดังเช่นในทวีปยุโรป เอเชีย หรือแอฟริกา ก็เป็นได้ อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าการเข้าถึงคำพิพากษาของบางประเทศในทวีปนี้เป็นไปได้ยากด้วย<sup>183</sup>

<sup>182</sup> Ibid.

<sup>183</sup> Eduardo Bertonі, A study on the prohibition of incitement to hatred in the Americas (Expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred, Santiago, 2011).

สำหรับกฎหมายพิเศษที่มีบทลงโทษทางอาญาในทวีปอเมริกามีอย่างน้อย 11 ประเทศจากประเทศทั้งหมด 29 ประเทศในทวีปอเมริกาที่มีบทลงโทษการพุดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังอยู่ในกฎหมายเฉพาะของตนซึ่งในจำนวนนี้มีประเทศอาร์เจนตินา ปานามา และอูรุกวัยที่มีบทลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญาด้วย โดยบทบัญญัติที่ห้ามการพุดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในกฎหมายพิเศษนั้นมักจะปรากฏรวมอยู่ในกฎหมายที่เกี่ยวกับการต่อต้านการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติและศาสนาและกฎหมายต่อต้านการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อย่างไรก็ตามมีตัวอย่างการบังคับใช้บทบัญญัติเหล่านี้ไม่มากนักกับกรณีของบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา โดยตัวอย่างที่ควรค่าแก่การพุดถึง คือกฎหมายประเทศบราซิลที่มีบทบัญญัติที่ควบคุมการพุดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังอยู่หลายฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นเผ่าพันธุ์ เช่น กฎหมายฉบับที่ 1390 ประกาศใช้เมื่อเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1951 (หรือที่รู้จักในชื่อ “*Lei Afonso Arinos*”) และกฎหมายฉบับที่ 7716 ประกาศใช้เมื่อเดือนมกราคม ค.ศ. 1989 (หรือ “*Lei Cao*”) ซึ่งมีลักษณะเป็นบทบัญญัติทางอาญาที่ออกมาเพื่อยับยั้งการพุดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังและสอดคล้องกับจุดมุ่งหมายตามรัฐธรรมนูญของประเทศบราซิลในการต่อต้านการพุดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง สำหรับในส่วนของกฎหมายควบคุมสื่อมวลชนที่เกี่ยวข้องกับมาตรการจำกัดการพุดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังซึ่งเป็นมาตรการในทางปกครองปรากฏให้เห็นในกฎหมายของ 9 ประเทศด้วยกันได้แก่ ประเทศอาร์เจนตินา บาฮามาส โบลิเวีย แคนาดา เอกวาดอร์ กัวเตมาลา จาไมกา เม็กซิโก และเวเนซุเอลา<sup>184</sup>

ขณะที่ในทวีปแอฟริกา แนวทางในการบัญญัติกฎหมายภายในของรัฐเกี่ยวกับการห้ามการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนานั้นประกอบด้วย 4 แนวทางด้วยกัน ได้แก่ 1) การห้ามการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนาที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงออกโดยเฉพาะ 2) บทบัญญัติกว้างๆ ที่ห้ามการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนาที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการนับถือศาสนาหรือหมวดหมู่อื่นๆ ที่อยู่นอกเหนือกติการะหว่างประเทศฯ 3) การห้ามการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นชนเผ่า (Tribalism) โดยเฉพาะ และ 4) บทบัญญัติของกฎหมายที่เชื่อมโยงการห้ามการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนาเข้ากับเรื่องเสรีภาพในการนับถือศาสนาโดยเฉพาะ หรือที่ก่อให้เกิดข้อจำกัดสิทธิหรือการจำกัดการยั่วยุในประเภทใหม่ๆ โดยบทบัญญัติเหล่านี้ปรากฏอยู่ทั้งในรัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมายอาญา กฎหมายพิเศษ ตลอดจนบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็น Soft Law เช่น ประมวลจริยธรรมของสื่อมวลชน ทั้งนี้ 9 ประเทศจากจำนวนประเทศในทวีปแอฟริกาทั้งหมดให้ความสำคัญกับประเด็นของชนเผ่าในระบบกฎหมายของตน กล่าวคือ สังคมแอฟริกาให้ความสำคัญกับระบบชนเผ่า (Tribe) มากกว่าเผ่าพันธุ์ และกฎหมายของประเทศเหล่านี้ก็สะท้อนให้

<sup>184</sup> Ibid.

เห็นถึงการปรับใช้ข้อ 20 ของกติการะหว่างประเทศฯ ให้เข้ากับระบบชนเผ่าของตนโดยการระบุเรื่องชนเผ่าเป็นหนึ่งในมูลเหตุของความเกลียดชังที่กฎหมายห้ามไม่ให้มีการยุยงให้เกิดความขัดแย้งระหว่างชนเผ่าขึ้น ยกตัวอย่างเช่น หมวดที่ 3 ในประมวลกฎหมายสื่อมวลชนและการสื่อสารของประเทศโตโก ซึ่งมีบทลงโทษในทางอาญาด้วย<sup>185</sup>

สำหรับในภูมิภาคเอเชีย-แปซิฟิก มีประเทศจำนวนมากที่มีกฎหมายซึ่งสามารถนำมาใช้ทั้งในทางตรงและทางอ้อมเพื่อจำกัดห้ามการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในหลายรูปแบบถึงแม้ว่าถ้อยคำที่ใช้อาจจะแตกต่างกันบ้างก็ตาม กฎหมายดังกล่าวประกอบไปด้วยกฎหมายในหลายระดับตั้งแต่รัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมายอาญา ตลอดจนกฎหมายพิเศษซึ่งประกอบไปด้วยกฎหมายที่มีเนื้อหาทั่วๆ ไป เช่น กฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งชาติ (National Security) ตลอดจนกฎหมายที่เกี่ยวกับการยุยงให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรงโดยเฉพาะ นอกจากนี้ กฎหมายในภูมิภาคเอเชีย-แปซิฟิกยังแบ่งออกได้เป็นกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งอีกด้วย กล่าวคือ ในบางประเทศ ประเด็นเรื่องการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังเป็นประเด็นด้านกฎหมายอาญา เช่น กฎหมายปากีสถาน ขณะที่ในบางประเทศประเด็นดังกล่าวเป็นเรื่องทางแพ่งมากกว่า เช่น กฎหมายออสเตรเลีย หรือในบางกรณีก็เป็นเรื่องทั้งทางอาญาและทางแพ่ง เช่น กฎหมายนิวซีแลนด์ โดยประเด็นใหม่ๆ ที่ปรากฏขึ้นในบริบทที่เกี่ยวข้อง คือ กฎหมายเกี่ยวกับสื่อมวลชนและอินเทอร์เน็ต นอกจากนี้บางประเทศยังมี Soft Law ที่เกี่ยวข้อง เช่น ประมวลจริยธรรมของสื่อมวลชน เช่นกัน แต่ทั้งนี้ ประเด็นที่สำคัญ คือ ในขณะที่บุคคลหรือกลุ่มบุคคลเป็นผู้ที่ควรจะได้รับควบคุมตามกฎหมายจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง มีกฎหมายบางประเทศเช่นกันที่คุ้มครองความเชื่อหรือความคิดมากกว่าตัวบุคคลโดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของกฎหมายเกี่ยวกับการหมิ่นศาสนา (Blasphemy Laws)<sup>186</sup>

#### 2.4.2 คำพิพากษาศาลภายในของรัฐ

ข้อมูลเกี่ยวกับแนวคำพิพากษาของศาลภายในเรื่องการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในทวีปยุโรปมีความไม่แน่นอนเนื่องจากทั้งความยากลำบากในการเข้าถึงข้อมูลคดีและการขาดตัวชี้วัดในการแยกแยะระหว่างคดีที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการยุยงให้เกิดความเกลียดชังโดยแท้กับคดีเกี่ยวกับการเลือก

<sup>185</sup> Doudou Diene, *Study of the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred in Africa* (Expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred, Nairobi, 2011)

<sup>186</sup> Vitit Muntarbhorn, *Study on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred: Lessons from the Asia Pacific Region* (Expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred, Bangkok, 2011)

ปฏิบัติต่างๆ ไป ยกตัวอย่างเช่น จากสถิติคดีในประเทศฝรั่งเศสในปี 2008 พบว่าจากคดีที่เกี่ยวข้องกับการเหยียดเชื้อชาติทั้งหมด 678 คดี มีคดีที่เกี่ยวกับการยั่วยุต่อสาธารณะให้เกิดความเกลียดชัง (Public Provocation to Hatred) อยู่เพียง 67 คดีคิดเป็นเพียง 10% ของคดีทั้งหมด ทั้งนี้ ศาลสูงของฝรั่งเศส (Court of Cassation) วางหลักว่าการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังที่มีโทษนั้นต้องขัดแจ้งการแสดงข้อความด้วยวาจาหรือการเขียนซึ่งเพียงพอให้เกิดความเกลียดชังในเผ่าพันธุ์จึงไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 24 ของกฎหมายว่าด้วยเสรีภาพของสื่อ (French Law on Freedom of the Press) ปี 1881 นอกจากนี้ในคำพิพากษาเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 1997 ศาลสูงฝรั่งเศสแผนกคดีอาญาได้ตีความขยายความคำว่ากลุ่มบุคคล (groups of persons) ในมาตรา 24 วรรค 6 ของกฎหมายดังกล่าวว่า “ชาวต่างชาติซึ่งมีถิ่นพำนักอยู่ในประเทศฝรั่งเศสผู้ถูกเลือกปฏิบัติเพราะว่าพวกเขาไม่ใช่ชาวฝรั่งเศสถือเป็นกลุ่มบุคคลตามความหมายของมาตรา 24 วรรค 6 ซึ่งมีบทลงโทษการยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ ความเกลียดชัง หรือการใช้ความรุนแรงด้วยซึ่งถือเป็นคำพิพากษาสำคัญเนื่องจากมีผลเป็นการให้ความคุ้มครองประเภทบุคคลในฐานะที่เป็น “ชาวต่างชาติ” (Foreigners) หรือ “ผู้อพยพ” (Immigrants) โดยไม่มีการอ้างอิงถึงแหล่งกำเนิดหรือการเป็นสมาชิกหรือไม่เป็นสมาชิกของกลุ่มชาติพันธุ์ ชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนาใดโดยเฉพาะ<sup>187</sup>

แนวคำพิพากษาอีกแนวหนึ่งในทวีปยุโรปก็มีปรากฏเช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น แนวคำพิพากษาของประเทศฮังการีซึ่งเริ่มตั้งแต่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญประเทศฮังการีในปี 1992 คือ คำวินิจฉัยที่ 30/1992<sup>188</sup> ซึ่งวินิจฉัยเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของบทบัญญัติเกี่ยวกับการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฮังการีในมาตรา 269 วรรคแรกและวรรคสองซึ่งศาลตีความจำกัดการใช้บทลงโทษทางอาญากับการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังเฉพาะกรณีที่การยั่วยุดังกล่าวก่อให้เกิดอันตรายที่ชัดเจนและเกิดขึ้นในปัจจุบัน (clear and present danger) เท่านั้นและดังนั้นจึงวินิจฉัยให้วรรคสองของมาตรา 269 ไม่มีผลบังคับใช้ ขณะที่วรรคหนึ่งของบทบัญญัติเดียวกันนั้นเป็นข้อจำกัดเสรีภาพในการพูดที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จำเป็นและได้สัดส่วน หลักนี้จึงเรียกว่า Clear and Present Danger Test ซึ่งได้รับอิทธิพลจากแนวคำพิพากษาในสหรัฐฯ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำวินิจฉัยในคดี *Schenk v. United States*<sup>189</sup> และความเห็นแย้งในคดี *Abrams v. United States*<sup>190</sup> ของผู้พิพากษา Holmes<sup>191</sup>

<sup>187</sup> Louis-Leon Christians, *Study for the Workshop on Europe* (Expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred, Vienna, 2011).

<sup>188</sup> Decision 30/1992 (V. 26.) AB.

<sup>189</sup> *Schenk v. United States*, 249 US 47 (1919).

<sup>190</sup> *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

นอกจากนี้ยังมีบทลงโทษในฐานะความผิดอื่น เช่น ในฐานะความผิดที่เกี่ยวกับแนวคิด Negationism หรือ Revisionism ซึ่งปฏิเสธหรือตั้งคำถามเกี่ยวกับการเกิดขึ้นของการสังหารหมู่ชาวยิว (Holocaust) หรือการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์กรณีอื่นๆ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญประเทศเบลเยียม สเปน และเยอรมนี รวมถึงศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดี *Garaudy v. France* ได้วินิจฉัยว่าการปฏิเสธการมีอยู่ของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Holocaust denial) เป็นรูปแบบทางอ้อมรูปแบบหนึ่งของการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังซึ่งแสดงให้เห็นว่าในทวีปยุโรปมีบางส่วนมองว่าฐานความผิดของการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำโดยชัดแจ้งเท่านั้น อย่างน้อยก็ในบางศาล<sup>192</sup>

สำหรับในทวีปอเมริกาปรากฏว่ามีคำพิพากษาของศาลภายในในประเทศอาร์เจนตินา บราซิล แคนาดา โคลอมเบีย เปรู และสหรัฐอเมริกาเท่านั้น โดยไม่พบข้อมูลคดีในกลุ่มประเทศอเมริกากลาง และแคริบเบียน (ข้อมูลในปี 2011) ซึ่งในภาพรวมแนวคำพิพากษายังไม่เป็นเอกภาพ แต่แบ่งออกเป็นสองแนวซึ่งนอกจากสหรัฐฯ และอาร์เจนตินาแล้ว ประเทศอื่นๆ มีแนวโน้มการตีความไปในทางจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังมากกว่าโดยไม่คำนึงว่าจะมีการเลือกปฏิบัติหรือการใช้ความรุนแรงเกิดขึ้นจริงหรือไม่ซึ่งเป็นการตีความกึ่งๆ ตามตัวอักษรของตัวบทข้อ 20 ของกติการะหว่างประเทศฯ ซึ่งภายใต้แนวทางดังกล่าว รัฐมีดุลพินิจค่อนข้างมากในการจำกัดการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นใดๆ โดยพิจารณาเพียงเนื้อหาของการพูดดังกล่าวว่ามีลักษณะเป็นภัยอันตรายหรือมีผลคุกคามเท่านั้น เพราะ ตัวบทข้อ 20 (2) ของกติการะหว่างประเทศฯ ใช้ถ้อยคำว่า “การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนาซึ่งยั่วยุ...” ดังนั้น กติการะหว่างประเทศฯ จึงอนุญาตให้รัฐลงโทษการพูดต่อสาธารณะที่ “อาจ” ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรง แนวคำพิพากษาแนวนี้พบในประเทศแคนาดา โคลอมเบีย บราซิล และเปรู<sup>193</sup>

คดีตัวอย่างที่สำคัญในแนวคำพิพากษานี้ คือ คดี *R. v. Keegstra* (1990) และคดี *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Taylor* (1990) ซึ่งตัดสินโดยศาลฎีกาประเทศแคนาดา โดยในทั้งสองคดี ผู้ร้องร้องว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้จำกัดการแสดงออก กล่าวคือ มาตรา 319.2 ของประมวลกฎหมายอาญา และมาตรา 13 ของกฎหมายสิทธิมนุษยชนประเทศแคนาดาตามลำดับนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญแคนาดาซึ่งผู้ร้องแพ้ในทั้งสองคดี ในสองคดีดังกล่าว ศาลฎีกา

<sup>191</sup>Peter Molnar, ‘Towards Improved Law and Policy on ‘Hate Speech’—The ‘Clear and Present Danger’ Test in Hungary’, in Ivan Hare and James Weinstein (ed.). *Extreme Speech and Democracy* (Oxford: Oxford University Press, 2009), pp 247-250.

<sup>192</sup>Louis-Leon Christians, *Study for the Workshop on Europe* (Expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred, Vienna, 2011).

<sup>193</sup>Eduardo Bertoni, *A study on the prohibition of incitement to hatred in the Americas* (Expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred, Santiago, 2011).

ประเทศแคนาดาวางหลักว่าการเผยแพร่ความคิดซึ่งช่วยุให้เกิดความเกลียดชังก่อให้เกิดสภาพแวดล้อมซึ่งนำไปสู่การเลือกปฏิบัติและการใช้ความรุนแรงต่อชนกลุ่มน้อยในสังคม ดังนั้น กฎเกณฑ์ที่ลงโทษการพูดในลักษณะนี้โดยไม่ว่าจะเกิดการใช้ความรุนแรงตามมาหรือไม่จึงชอบด้วยกฎหมาย<sup>194</sup>

ขณะที่แนวคำพิพากษาอีกแนวทางหนึ่งของสหรัฐฯ และประเทศอาร์เจนตินามองว่ารัฐไม่สามารถออกกฎหมายมาจำกัดการแสดงออกโดยดูแต่เพียงเนื้อหาของการแสดงออกนั้นไม่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลฎีกาสหรัฐฯ ซึ่งให้ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก่การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในที่สาธารณะมากกว่าศาลใดๆ ในภูมิภาคอเมริกา มีคดีตัวอย่างที่สำคัญ ได้แก่ คดี *Brandenburg v. Ohio* (1969) คดี *Hess v. Indiana* (1973) และคดี *NAACP v. Clairbone Hardware* (1982) ซึ่งศาลฎีกาสหรัฐฯ วินิจฉัยว่า การพูดดังกล่าวได้รับความคุ้มครองตามข้อแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 1 ของสหรัฐฯ โดยการพูดนั้นจะถูกจำกัดได้ก็ต่อเมื่อการยั่วยุโดยการพูดนำไปสู่การกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ “ใกล้จะถึง” (Imminent) เท่านั้น<sup>195</sup> หลักที่ศาลฎีกาสหรัฐฯ ใช้ในการวินิจฉัยนี้เรียกว่าหลักภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง (Imminent Danger Test)

ในส่วนของแนวปฏิบัติด้านตุลาการในทวีปแอฟริกาในกรณีของการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ ตลอดจนชนเผ่ามีตัวอย่างคดีที่น้อยเนื่องจากเหตุผลหลายประการ ได้แก่ ความสำคัญของการระงับข้อพิพาทระหว่างชนเผ่าแบบพื้นเมือง ช่องทางการเยียวยาแบบสมัยใหม่ที่มีน้อยในการนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทที่มีอยู่ การขาดความตระหนักรู้ถึงการเยียวยาดังกล่าว และความอ่อนแอของนโยบายของรัฐในการป้องกันการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ และชาติพันธุ์ กลับกันกับกรณีปริมาณคดีที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการนับถือศาสนาซึ่งมีจำนวนมากอันแสดงให้เห็นการให้ความสำคัญโดยอำนาจรัฐต่อประเด็นศาสนาในสังคมแอฟริกา แนวโน้มที่ขัดแย้งกันสองประการนี้สื่อให้เห็นถึงการผสมรวมกันของปัจจัยด้านชาติพันธุ์ วัฒนธรรม และศาสนาในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในทวีปแอฟริกาในช่วงเวลาหลังการประกาศเอกราชของรัฐแอฟริกาซึ่งพยายามลดอัตลักษณ์ทางชาติพันธุ์ลงและขณะเดียวกันก็มีความผูกพันกับเรื่องของศาสนา ขณะที่คดีส่วนใหญ่ที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงออกและเสรีภาพของสื่อมวลชนให้ความสำคัญกับการจำกัดและการละเมิดเสรีภาพในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเมืองมากกว่าการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ และศาสนา โดยศาลภายในของแอฟริกา มักโยงเรื่องดังกล่าวเข้ากับประเด็นการคุ้มครองความเป็นเอกภาพในชาติ

<sup>194</sup> Ibid.

<sup>195</sup> Ibid.

หรืออัตลักษณ์ทางศาสนาของชาติมากกว่าจึงมีความเสี่ยงที่ข้อ 20 (2) ของกติการะหว่างประเทศฯ จะถูกตีความและปรับใช้อย่างเลือกปฏิบัติโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ทางการเมือง<sup>196</sup>

ตัวอย่างที่สำคัญของสภาพความอ่อนแอของแนวปฏิบัติด้านตุลาการที่เกี่ยวข้องกับการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ และศาสนา คือ กรณีของประเทศรวันดาที่นำวิธีการระงับข้อพิพาทแบบดั้งเดิมของตนมาปรับใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยเมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2002 รัฐบาลรวันดาได้จัดตั้งระบบตุลาการใหม่ที่เรียกว่าศาล *Gacaca* ที่มีอำนาจพิจารณาคดีผู้ต้องหาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มากกว่า 100,000 รายเพื่อแก้ปัญหาจำนวนผู้ต้องหาล้นเรือนจำ ซึ่งมีการนำระบบการพิจารณาคดีเพื่อระงับข้อพิพาทในท้องถิ่นมาใช้ ขณะเดียวกันศาล *Gacaca* ก็เป็นองค์กรตุลาการที่มีรูปแบบสมัยใหม่ กล่าวคือ เป็นหน่วยงานตุลาการที่ตั้งขึ้นโดยกฎหมาย ทั้งนี้ ผู้พิพากษาในศาลดังกล่าวมีอำนาจตัดสินลงโทษสูงสุดถึงจำคุกตลอดชีวิต<sup>197</sup>

ขณะที่ในภูมิภาคเอเชีย-แปซิฟิก คดีที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังพบได้จำนวนมากในศาลภายในของประเทศออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ โดยคดีตัวอย่างที่สำคัญในศาลระดับสหพันธรัฐ (Federal) ของออสเตรเลียได้แก่คดี *Toben v. Jones* ซึ่ง Toben ผู้อุทธรณ์ได้เผยแพร่ข้อความบนอินเทอร์เน็ตตั้งคำถามถึงการเกิดขึ้นจริงของการสังหารหมู่ชาวยิว คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนของออสเตรเลีย (The Australian Human Rights Commission) พบว่าข้อความดังกล่าวยั่วยุต่อชาวยิวดังนั้นการกระทำดังกล่าวจึงละเมิดต่อมาตรา 18C ซึ่งอยู่ในหมวด IIA ของกฎหมาย Racial Discrimination Act (RDA) 1975 Toben อุทธรณ์ต่อศาลระดับสหพันธรัฐ (Federal Court) ว่าหมวด IIA ของกฎหมาย RDA นั้นใช้บังคับกับกรณีของการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติเท่านั้นเนื่องจากเป็นกฎหมายที่อนุวัติการข้อ 4 ของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (CERD) ศาลสูงโดยองค์คณะเต็มปฏิเสธข้ออุทธรณ์ดังกล่าวโดยผู้พิพากษา Carr และ Kiefel วินิจฉัยว่า “การกระทำซึ่งกระทำลงในที่สาธารณะอันมีวัตถุประสงค์เพื่อละเมิด ดูหมิ่น ทำให้เสื่อมเสียเกียรติหรือข่มขู่และซึ่งกระทำลงเพราะเหตุเผ่าพันธุ์ สีผิว หรือชาติ หรือแหล่งกำเนิดทางชาติพันธุ์นั้นน่าจะยั่วยุต่อบุคคลอื่นให้เกิดความเกลียดชังทางเผ่าพันธุ์หรือการเลือกปฏิบัติหรือก่อให้เกิดความเกลียดชังทางเผ่าพันธุ์หรือการเลือกปฏิบัติ ขณะที่ผู้พิพากษา Allsop ชี้ว่าเจตนารมณ์ของหมวด IIA ของกฎหมาย RDA นั้นไม่เพียงถูกร่างขึ้นเพื่ออนุวัติการข้อ 4 ของ CERD เท่านั้นแต่ยังรวมถึงบทบัญญัติอื่นๆ ของ CERD และกติการะหว่าง

<sup>196</sup>Doudou Diene, *Study of the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred in Africa* (Expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred, Nairobi, 2011)

<sup>197</sup>Ibid.

ประเทศฯ ซึ่งครอบคลุมถึงการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบด้วย ไม่ใช่เพียงแต่ความเกลียดชังทางเผ่าพันธุ์เท่านั้น<sup>198</sup>

ขณะที่ในกฎหมายออสเตรเลียในระดับมลรัฐไม่เพียงครอบคลุมการกล่าวร้ายในทางเผ่าพันธุ์ (Racial Vilification) เท่านั้น แต่รวมถึงในทางศาสนาด้วย ทั้งนี้มูลเหตุทั่วไปของการกล่าวร้ายในทางเผ่าพันธุ์นั้นที่ปรากฏในกฎหมายของแคว้นมลรัฐนั้นมักประกอบด้วยเรื่องสีผิว การสืบเชื้อสาย (Descent) สัญชาติ ชาติพันธุ์ ตลอดจนแหล่งกำเนิดทางชาติพันธุ์ โดยคดีตัวอย่างสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการยั่วยุในทางศาสนา คือ คดี *Islamic Council of Victoria v. Catch the Fire Ministries* ที่ตัดสินโดยศาลมลรัฐ Victoria ซึ่งเกี่ยวข้องกับมาตรา 8 (1) ของกฎหมาย Racial and Religious Tolerance Act (RRTA) ของมลรัฐ Catch the Fire Ministries เป็นกลุ่มของโบสถ์ในศาสนาคริสต์ที่มีเป้าหมายในการเปลี่ยนคนอิสลามมานับถือคริสต์ โดยศาสนาจารย์ของกลุ่มดังกล่าวได้กล่าวแถลงการณ์ซึ่งวิพากษ์วิจารณ์ศาสนาอิสลามอย่างรุนแรงในระหว่างการประชุมหนึ่ง ขณะที่ศาสนาจารย์อีกคนหนึ่งได้ตีพิมพ์ข้อความในลักษณะเดียวกันผ่านจดหมายข่าวและบทความบนเว็บไซต์ของโบสถ์ การกระทำดังกล่าวถูกร้องเรียนต่อศาลยุติธรรมของมลรัฐ (Victorian Civil and Administrative Tribunal) ศาลเห็นว่าจำเลยละเมิดมาตรา 8 ของ RRTA และข้อความของจำเลยไม่ได้เป็นการแสดงความคิดเห็นอย่างมีเหตุมีผล (reasonably) หรือโดยสุจริต (in good faith) Catch the Fire Ministries อุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์มลรัฐ Victoria ว่าศาลชั้นต้นตีความมาตรา 8 โดยผิดพลาด ศาลอุทธรณ์โดยผู้พิพากษา Nettle วินิจฉัยว่าคดีนี้ศาลชั้นต้นผิดพลาดโดยการพิจารณาถึงผลกระทบของข้อความที่จะเกิดต่อผู้อ่านหรือผู้ฟังทั่วไป (ordinary and reasonable) แทนที่จะพิจารณาผลกระทบที่อาจเกิดกับกลุ่มผู้รับข้อความ (Audience) เฉพาะเจาะจงที่ตกเป็นเป้าหมายของข้อความดังกล่าว ประเด็นที่แท้จริงในคดีนี้มีอยู่ว่าผลตามธรรมชาติและตามธรรมดาของกระทำจำเลยคือการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังหรืออารมณ์ความรู้สึกที่เกี่ยวข้องกันในพฤติกรรมแห่งคดีหรือไม่ซึ่งการชี้วัดผลดังกล่าวต้องวัดจากสมาชิกทุกๆ ไปซึ่งเป็นวิญญูชนของกลุ่มผู้รับข้อความดังกล่าว อย่างไรก็ตามไม่จำเป็นต้องมีการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังขึ้นจริงๆ และศาลอุทธรณ์ยังวินิจฉัยอีกว่าสิ่งที่มาตรา 8 ของ RRTA ห้ามก็คือการพูดเกี่ยวกับความเชื่อและหลักปฏิบัติทางศาสนาของบุคคลซึ่งลำเส้นมากไปจนไปยั่วยุต่อบุคคลอื่นให้เกิดเกลียดชังบุคคลที่เชื่อในความเชื่อนั้นๆ<sup>199</sup>

สำหรับคดีตัวอย่างที่สำคัญของประเทศนิวซีแลนด์ซึ่งกฎหมาย Human Rights Act ปี 1993 บัญญัติถึงทั้งความรบกวนทางแพ่งและทางอาญา ได้แก่คดี *King Ansell v. Police* ซึ่งศาลอุทธรณ์ของ

<sup>198</sup> Denise Meyerson, "The Protection of Religious Rights under Australian Law," *Brigham Young University Law Review* (2009), pp 529; 533.

<sup>199</sup> *Ibid.*, pp 547-8.



นิวซีแลนด์ตีความคำว่า “แหล่งกำเนิดทางชาติพันธุ์” (Ethnic Origin) ให้รวมถึงชาวยิวด้วย<sup>200</sup> ซึ่งเป็นคดีการกล่าวร้ายในทางอาญา (Criminal Vilification) ที่หายากและเกี่ยวข้องกับลัทธินิยมนาซี (Pro-Nazi) และแนวคิดต่อต้านยิว (Anti-Semitic)<sup>201</sup>

ขณะที่ในภูมิภาคอาเซียน คดีตัวอย่างที่สำคัญเกิดขึ้น เช่น ในประเทศอินโดนีเซียปี 2010 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญอินโดนีเซียสนับสนุนกฎหมายต่อต้านการหมิ่นศาสนา (Anti-blasphemy Law) ของประเทศซึ่งให้อำนาจรัฐในการกำหนดบทลงโทษในทางอาญาแก่ผู้ที่เปี่ยงเบนจากศาสนาประจำชาติ<sup>202</sup> ขณะที่กรณีของประเทศไทยนั้นมีเว็บไซต์จำนวนมากกว่า 100,000 เว็บไซต์ที่ถูกรายงานว่าหลายรายมีเนื้อหาช่วยุ้ให้เกิดความเกลียดชังในระหว่างประชาชนถูกปิดเนื่องจากเหตุผลด้านความมั่นคง<sup>203</sup>

## 2.5 ข้อท้าทาย

ในบทที่ 2 นี้ ผู้เขียนได้นำเสนอว่าจากแนวคิดดั้งเดิมของเสรีภาพซึ่งมีอยู่ว่าบุคคลย่อมมีเสรีภาพตราบเท่าที่ไม่ก่อให้เกิดภัยอันตราย (harm) แก่ผู้อื่นอันทำให้รัฐเกิดความชอบธรรมในการเข้ามาจำกัดการใช้เสรีภาพนั้น ทำให้มุมมองดั้งเดิมของการจำกัดเสรีภาพ คือ การที่บุคคลมีสิทธิ (rights) และมีหน้าที่ (duties) ในการที่ไม่ก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นควบคู่ไป แต่แนวทาง (approach) ดังกล่าวเปลี่ยนไปภายหลังปฎิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนที่ เปลี่ยนจากแนวทางสิทธิและหน้าที่ (rights and duties) มาเป็นวิธีการสร้างข้อจำกัด (limitation clause) ของการใช้สิทธิแทนซึ่งพัฒนาจากข้อจำกัดสิทธิทั่วไป (general clause) ในปฎิญาฯ จนกลายเป็นข้อจำกัดสิทธิเฉพาะเจาะจง (specific clause) สำหรับสิทธิแต่ละประเภทภายใต้สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนต่างๆ ซึ่งในเรื่องข้อจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกมีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลักๆ อันเป็นเงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดสิทธิ คือ

<sup>200</sup> Hannah Musgrove, "What Makes Race So Special: Should hate speech provisions under the Human Rights Act 1993 be extended to cover target groups other than race?," (BA dissertation, University of Otago, Dunedin, 2009), p 20.

<sup>201</sup> Vitit Muntarbhorn, Study on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred: Lessons from the Asia Pacific Region (Expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred, Bangkok, 2011)

<sup>202</sup> The reports of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, A/65/207, para 44 (footnote 42); A/HRC/10/8/Add.1, paras 55-68.

<sup>203</sup> Vitit Muntarbhorn, Study on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred: Lessons from the Asia Pacific Region (Expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred, Bangkok, 2011)

1. หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Legality)
2. หลักความชอบด้วยวัตถุประสงค์ (Legitimacy)
3. หลักความจำเป็น (Necessity)

ทั้งนี้เงื่อนไขในการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกแบ่งออกเป็นสองประเภทหลักๆ คือ นโยบายของสาธารณะ (public policy) คือ ความมั่นคงแห่งชาติ (national security) การรักษาความสงบเรียบร้อย (public order) การรักษาการสาธารณสุขหรือศีลธรรมของประชาชน (public health or morals) และอีกประเภทหนึ่ง คือ เพื่อการเคารพสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น (respect of rights and reputations of others) ซึ่งมีพื้นฐานมาจากแนวคิดเรื่องการหมิ่นประมาท

นอกจากนี้กติกา ICCPR อนุสัญญา ACHR และอนุสัญญา CERD ยังสร้างเงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังเป็นเหตุผลพิเศษในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังอันเป็นนโยบายสาธารณะระหว่างประเทศ (international public policy) ที่แยกต่างหากจาก public policy ของเงื่อนไขการจำกัดเสรีภาพกรณีทั่วไป เหตุผลพิเศษ คือ การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังอาจนำไปสู่การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) ได้ โดยเงื่อนไขในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังภายใต้กติกา ICCPR และอนุสัญญา ACHR คือ

1. การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังซึ่งยั่ว (advocacy of hatred that constitutes incitement)
2. พื้นฐานของความเกลียดชัง (ground) คือ ชาติ เผ่าพันธุ์ และศาสนา
3. เป้าหมายของการยั่ว คือ การเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรง (อันผิดกฎหมาย)

ขณะที่อนุสัญญา CERD บัญญัติให้มีการปราบปรามการเผยแพร่ความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติ หรือความเกลียดชังอันเกิดจากความแตกต่างทางเชื้อชาติซึ่งมีขอบเขตที่กว้างกว่ากรณีของกติกา ICCPR และอนุสัญญา ACHR

จากการปฏิบัติของรัฐในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ผู้เขียนมีข้อสังเกตและคำถามดังต่อไปนี้

1. ผู้เขียนพบว่า มีตัวอย่างของกฎหมายภายในของรัฐที่จำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ทั้งการยั่วให้เกิดความเกลียดชังซึ่งเป็นองค์ประกอบของการกระทำใต้กติกา ICCPR และการเผยแพร่ความคิดที่เหยียดเชื้อชาติโดยไม่ต้องมีการยั่วซึ่งเป็นองค์ประกอบของการกระทำภายใต้อนุสัญญา CERD แต่กฎหมายภายในของรัฐที่บังคับใช้กับการยั่วให้เกิดความเกลียดชังนั้นเพียงสะท้อนองค์ประกอบภายในและภายนอกของการยั่วให้เกิดความเกลียดชัง และคำพิพากษาศาลภายในส่วนมากก็ได้กล่าวถึงการปฏิบัติตามเงื่อนไขทั่วไปของการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกแต่อย่างไร นอกจากตัวอย่างของคำพิพากษาศาลภายในบางประเทศที่กล่าวชัดเจน เช่น คำ

วินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญประเทศฮังการีที่กล่าวว่ามาตรา 269 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา ประเทศฮังการีที่ลงโทษการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังเป็นบทบัญญัติที่ขัดด้วยรัฐธรรมนูญ มีความจำเป็น และได้สัดส่วน ดังนั้น จึงเกิดคำถามขึ้นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างข้อ 19 ของกติกา ICCPR ซึ่งเป็นเรื่องการจำกัดเสรีภาพแห่งการแสดงออก และข้อ 20 ของกติกาฯ ซึ่งเป็นองค์ประกอบของการช่วยุให้เกิดความเกลียดชังที่รัฐต้องจำกัดการแสดงออก

2. จากตัวอย่างกฎหมายภายในของทวีปยุโรป ผู้เขียนพบว่ากฎหมายที่รัฐใช้ในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังที่เป็นกฎหมายอาญาส่วนมากลงโทษการกระทำโดยเจตนา แต่ก็มีกฎหมายของบางรัฐ เช่น ไอร์แลนด์ มอลตา เนเธอร์แลนด์ นอร์เวย์ และสหราชอาณาจักร ที่ลงโทษการกระทำโดยประมาทในเรื่องการช่วยุให้เกิดความเกลียดชังในเผ่าพันธุ์ด้วย ผู้เขียนจึงเห็นว่ามีคำถามเกิดขึ้นในเรื่ององค์ประกอบภายในของการกระทำทั้งการช่วยุให้เกิดความเกลียดชัง และการเผยแพร่ความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติหรือความเกลียดชังอันเกิดจากความแตกต่างทางเชื้อชาติว่ารัฐจะจำกัดการพูดได้เฉพาะการกระทำโดยเจตนาหรือจำกัดการพูดได้ทั้งการกระทำโดยเจตนาและการกระทำโดยประมาท และมีคำถามต่อไปว่าผู้พูดต้องมีเจตนาพิเศษในการเหยียดเชื้อชาติหรือเจตนาพิเศษในเรื่องความเกลียดชังหรือไม่

3. ในขณะที่กฎหมายภายในของรัฐส่วนใหญ่ลงโทษการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังที่มีลักษณะของความเป็นสาธารณะ (public nature) กฎหมายภายในของบางรัฐ เช่น ประเทศฝรั่งเศส มองลักษณะความเป็นสาธารณะดังกล่าวว่าเป็นเพียงเหตุจูงใจของความผิดในเรื่องการช่วยุให้เกิดความเกลียดชังเท่านั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่ามีคำถามเกิดขึ้นว่าองค์ประกอบภายนอกของทั้งการช่วยุให้เกิดความเกลียดชังและการเผยแพร่ความคิดที่เหยียดเชื้อชาติที่รัฐอาจจำกัดหรือลงโทษได้จำเป็นต้องมีลักษณะความเป็นสาธารณะหรือไม่

4. ผู้เขียนพบว่ากฎหมายภายในของรัฐบางเรื่องลงโทษการหมิ่นศาสนา (Blasphemy) ซึ่งพบในประเทศส่วนมากในภูมิภาคยุโรป รวมถึงนอกรูป เช่น ประเทศอินโดนีเซีย กฎหมายดังกล่าวนำไปสู่คำถามว่าวัตถุประสงค์ของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังมุ่งคุ้มครองผู้ใดระหว่างบุคคลหรือความคิด (ideas) เช่น ศาสนา ผู้เขียนเห็นว่าการศึกษาการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนโดยอาศัยข้อพิจารณาในเรื่องเนื้อหาของการพูดน่าจะช่วยให้ขอบเขตของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในศาสนามีความชัดเจนยิ่งขึ้น

5. นอกจากความผิดเกี่ยวกับการหมิ่นศาสนา ฐานความผิดอีกฐานหนึ่งที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายภายในของรัฐในภูมิภาคยุโรปจำนวนมาก คือ ความผิดในเรื่องการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Holocaust denial) ซึ่งก่อให้เกิดคำถามว่าความผิดฐานดังกล่าวสอดคล้องกับองค์ประกอบภายนอกของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในสนธิสัญญาระหว่างประเทศหรือไม่ การศึกษาการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนน่าจะช่วยให้เข้าใจรอบความคิดเกี่ยวกับความผิดฐานดังกล่าว

ได้มากขึ้นอีกทั้งน่าจะทำให้ทราบว่ากลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคจัดประเภทของความผิดฐานดังกล่าวอยู่ในการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังประเภทใด

6. จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลของศาลภายในประเทศเกี่ยวกับการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง จะเห็นได้ว่า ศาลของบางประเทศมีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง เช่น หลัก Clear and Present Danger Test ของศาลอังกฤษ และ Imminent Danger Test ของศาลอเมริกัน การศึกษาการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคจะทำให้เห็นว่าหลักที่กลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหรือระดับภูมิภาคใช้ในการวินิจฉัยเหมือนกันกับ หรือให้ความคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในระดับที่มากกว่าหรือน้อยกว่าหลักเกณฑ์วินิจฉัยของศาลภายในหรือไม่อย่างไร และกลไกระหว่างประเทศและกลไกภูมิภาคยอมรับหลักเกณฑ์ที่ศาลภายในใช้หรือไม่เพียงใด

7. อีกประการหนึ่งจะเห็นได้ว่าในบางประเทศ เช่น ประเทศในทวีปอเมริกาหลายประเทศมีดุลพินิจในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังที่กว้าง โดยอาศัยปัจจัยหลัก คือ เนื้อหาของการพูด การศึกษาการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนจะทำให้ทราบว่า เนื้อหาของการพูดเป็นข้อพิจารณาที่ใช้วินิจฉัยที่เพียงพอหรือไม่ และมีข้อพิจารณาอื่นใดอีกหรือไม่ที่กลไกสิทธิมนุษยชนใช้ในการวินิจฉัยขอบเขตการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังอันเป็นมูลค่าเพิ่มในแง่การให้ความคุ้มครองสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกของปัจเจกบุคคล

8. ประการสุดท้าย จะเห็นได้ว่ารัฐมีรูปแบบในการออกกฎหมายมาจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังที่แตกต่างกัน ตลอดจนมีคำพิพากษาศาลภายในที่แตกต่างกัน อันตรายแอบแฝงของการเลือกปฏิบัติในการบังคับใช้มาตรการต่อต้านการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังหรือการใช้มาตรการดังกล่าวตามอำเภอใจจึงเป็นสิ่งที่ทั้งสหประชาชาติและกลไกต่างๆ ในทวีปยุโรปแสดงความกังวลที่คณะกรรมการยุโรปเพื่อประชาธิปไตยโดยกฎหมาย (European Commission For Democracy Through Law) หรือคณะกรรมการเวนิส (Venice Commission) ได้ระบุว่าการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังนั้นจะต้องระวังมิให้เกิดผลในทางตรงกันข้าม กล่าวคือ ทำให้การจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังซึ่งควรจะคุ้มครองชนกลุ่มน้อยจากการถูกละเมิด จากคตินิยมสุดขีด (Extremism) หรือจากการเหยียดเชื้อชาติกลายเป็นถูกนำมาใช้เพื่อปิดปากของฝ่ายที่อยู่ตรงข้ามหรือฝ่ายที่เห็นแย้ง หรือทำให้ชนกลุ่มน้อยไม่มีปากมีเสียง และเพิ่มความแข็งแกร่งให้แก่ฝ่ายที่มีกำลังมากกว่า<sup>204</sup> ซึ่งประเด็นเรื่องการอนุวัติการข้อ 20 (2) ของกติการะหว่าง

<sup>204</sup> European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), 76th Plenary Session. Report on the Relationship between Freedom of Expression and Freedom of Religion: The Issue of Regulation and

ประเทศฯ อย่างเลือกปฏิบัติที่น่าเป็นห่วงก็คือความเสี่ยงในการเลือกปฏิบัติระหว่างการบังคับใช้มาตรการต่อกรรณียุให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนานั้นเอง (Risk of meta-discrimination between incitement to national, racial or religious hatred) ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้แสดงความกังวลและเห็นว่ารัฐไม่ควรกำหนดฐานความผิดของการหมิ่นศาสนาโดยไม่มีองค์ประกอบของการยุให้เกิดความเกลียดชังเป็นส่วนสำคัญและรัฐไม่ควรใช้มาตรการทางอาญาต่อการดูหมิ่นซึ่งระบุเฉพาะเจาะจงสำหรับศาสนาใดศาสนาหนึ่ง อีกทั้งการพูดใดที่ไม่ถือเป็นการยุให้เกิดความเกลียดชังก็ไม่ควรที่จะกลายเป็นความผิดอาญา<sup>205</sup>

อันตรายนในการบังคับใช้กฎหมายจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังอีกประการหนึ่ง คือ การหาประโยชน์อย่างไม่ถูกต้องจากฐานความผิดเกี่ยวกับการยุให้เกิดความเกลียดชัง กล่าวคือ วาทกรรมใดก็ตามที่ทำลายต่อความเป็นเอกภาพอันละเอียดอ่อนในสังคมหรือไปคุกคามต่อสมดุลทางวัฒนธรรมท้องถิ่นของสังคมใดก็ตาม วาทกรรมนั้นก็อาจจะถูกสังคมมองว่าเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนเกินไปที่สังคมจะรับได้และอาจถูกตีความว่าเป็นการยุให้เกิดความเกลียดชังได้อย่างง่ายดาย ในแง่ของการยุให้เกิดการแตกแยก (Incitement to Division)<sup>206</sup>

ดังนั้น ความไม่เป็นเอกภาพของการตีความขอบเขตการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังของศาลภายในประเทศจึงสะท้อนถึงความจำเป็นที่จะต้องมีกลไกสิทธิมนุษยชนที่ทำหน้าที่ตรวจตราดูแล และการศึกษาการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค จึงจำเป็นเพื่อที่จะทราบมาตรฐานในกฎหมายระหว่างประเทศในการปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังเพื่อทราบว่ากฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลภายในในแนวทางใดที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ

---

Prosecution of Blasphemy, Religious Insult and Incitement to Religious Hatred (CDL-AD(2008)026), 23 October 2008, para 58.

<sup>205</sup> Ibid., para 60-64.

<sup>206</sup> Louis-Leon Christians, Study for the Workshop on Europe (Expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred, Vienna, 2011).

### บทที่ 3

#### การวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค

บทที่ 3 นี้จะศึกษาการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคเพื่อศึกษาบทบาทของกลไกดังกล่าวที่มีต่อการพัฒนาขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังให้มีความชัดเจนมากขึ้น โดยมีแนวทางการศึกษา คือ จะศึกษาภาพรวมของกลไกสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องก่อนเพื่อที่จะทราบระบบและโครงสร้างโดยสังเขปของกลไกสิทธิมนุษยชนดังกล่าว จากนั้นจะศึกษาแนวการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนทั้งในเรื่องนิยามของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ตลอดจนการประเมินการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยกลไกต่างๆ และผลลัพธ์

เป้าหมายของการศึกษาแนวทางการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคในบทนี้เป็นไปเพื่อทราบว่ากลไกสิทธิมนุษยชนภายใต้สนธิสัญญาระหว่างประเทศแต่ละฉบับวินิจฉัยตีความขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังโดยเป็นไปตามเงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกและเงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังหรือไม่เพียงใด โดยมีกรอบในการศึกษาแนวทางการวินิจฉัยตีความ คือ

1. เงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดเสรีภาพแห่งการแสดงออก ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความชอบธรรม และหลักความจำเป็น
2. เงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ในประเภทการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง และประเภทการเผยแพร่ความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติหรือความเกลียดชังอันเกิดจากความแตกต่างทางเชื้อชาติ

ดังที่กล่าวไว้ว่าบทที่ 3 นี้ว่าด้วยคำวินิจฉัยและความเห็นของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค การศึกษาจึงจะศึกษาคำวินิจฉัยและความเห็นของกลไกสิทธิมนุษยชนที่มีลักษณะทั้งตุลาการ (Judicial) และกึ่งตุลาการ (Quasi-judicial) เป็นหลัก เนื่องจากคำวินิจฉัยและความเห็นเหล่านี้มีเนื้อหาเป็นการวินิจฉัยมาตรการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังของรัฐโดยตรง โดยมีส่วนประกอบรอง คือ การตีความนิยามและขอบเขตของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังโดยกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคทั้งที่อยู่ในรูปแบบข้อมติ และข้อเสนอแนะ

ทั้งนี้ เนื่องจากข้อจำกัดทางด้านภาษาของผู้เขียน ดังนั้น ขอบเขตของคำวินิจฉัยและความเห็นของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคในบทที่ 3 นี้จึงจำกัดที่คำวินิจฉัย

และความเห็นของกลไกสิทธิมนุษยชนที่เป็นภาษาอังกฤษเป็นหลัก โดยในส่วนที่เป็นภาษาอื่นนั้น ผู้เขียนจะอาศัยข้อมูลจากแหล่งข้อมูลทุติยภูมิเท่าที่พอจะหาได้ที่เป็นภาษาอังกฤษ โดยคดีที่ผู้เขียนจะศึกษาประกอบไปคดีดังต่อไปนี้

1. คดีที่เกี่ยวกับขอบเขตการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังที่วินิจฉัยตีความโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน มี 3 คดีด้วยกัน คือ

- *Ross v. Canada*
- *Faurisson v. France*
- *J.R.T. and the W.G. Party v. Canada*

คดีที่เกี่ยวกับประเทศแคนาดาทั้งสองคดีเกี่ยวข้องกับการพูดซึ่งมีเนื้อหาต่อต้านชาวยิว (anti-Semitic) ส่วนคดี *Faurisson* เกี่ยวกับการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Holocaust denial) โดยเฉพาะ

2. คดีที่วินิจฉัยตีความโดยคณะกรรมการ CERD ได้แก่

- *The Jewish Community of Oslo et al v. Norway*
- *Kamal Quereshi v. Denmark*

คดีที่วินิจฉัยตีความโดยคณะกรรมการ CERD มีข้อแตกต่างจากคดีที่วินิจฉัยตีความโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ ผู้ที่ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนภายใต้กติกา ICCPR คือ ผู้พูดซึ่งร้องเรียนว่าตนถูกรัฐละเมิดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกจากการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง แต่กลับกัน คดีที่วินิจฉัยตีความโดยคณะกรรมการ CERD ผู้ซึ่งร้องเรียนคือเหยื่อที่ได้รับผลกระทบจากการพูดซึ่งร้องเรียนว่ารัฐบกพร่องในการปฏิบัติตามพันธกรณีที่จะต้องลงโทษการเผยแพร่ความคิด (dissemination of ideas) ภายใต้ข้อ 4 ของอนุสัญญา CERD โดยการไม่ลงโทษผู้พูดซึ่งกล่าว hate speech หรือตนไม่ได้รับการเยียวยาจากรัฐนั่นเอง โดยคดี *The Jewish Community of Oslo et al* เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ความคิดสนับสนุนนาซีและต่อต้านชาวยิว ส่วนคดี *Kamal Quereshi* เกี่ยวกับการเหยียดเชื้อชาติต่อชาวมุสลิม

3. คดีที่วินิจฉัยตีความโดยกลไกสิทธิมนุษยชนยุโรป ผู้เขียนจะกล่าวถึงคดีที่เกี่ยวข้องกับการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังซึ่งอาจแบ่งคดีออกได้เป็น 3 กลุ่มหลักๆ ดังนี้

3.1 กลุ่มคดีที่เกี่ยวข้องกับการช่วยุให้เกิดความเกลียดชังที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ทางการเมืองภายในประเทศและการพูดที่มีเนื้อหาในทางการเมือง (political speech) ซึ่งคดีที่ผู้เขียนจะกล่าวถึงในกลุ่มนี้เป็นคดีที่เกิดในประเทศตุรกีทั้งหมดซึ่งมีภูมิหลังของคดีเกี่ยวข้องกับบริบททางการเมืองที่มีปัญหาสงครามและการก่อการร้ายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาชนกลุ่มน้อยชาวเคิร์ด ได้แก่

- *Erbakan v. Turkey*
- *Incal v. Turkey*
- *Karatas v. Turkey*
- *Surek v. Turkey*
- *Zana v. Turkey*

3.2 กลุ่มคดีที่เกี่ยวข้องกับการข่มขู่ให้เกิดความเกลียดชังในศาสนา (religious hatred) และการพูดที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับศาสนา (religious speech) ที่รัฐจะจำกัดไม่ได้ ได้แก่

- *Otto-Preminger-Institut v. Austria*
- *Giniewski v. France*
- *Klein v. Slovakia*
- *Aydin Tatlav v. Turkey*
- *Gunduz v. Turkey*
- *I. A. v. Turkey*
- *Nur Radyo Ve Televizyon Yayinciligi A.S. v. Turkey*
- *Norwood v. The United Kingdom*

3.3 กลุ่มคดีที่เกี่ยวข้องกับการข่มขู่ให้เกิดความเกลียดชังในเผ่าพันธุ์ (racial hatred) หรือการเผยแพร่ความคิดที่เหยียดเชื้อชาติ (racist) คดีในกลุ่มนี้สะท้อนให้เห็นถึงความหลากหลายทางเชื้อชาติในทวีปยุโรป โดยเฉพาะปัญหาผู้อพยพและชนกลุ่มน้อย ได้แก่

- *Feret v. Belgium*
- *Seurot v. France*
- *Jersild v. Denmark*
- *Glimmerveen and Hagenbeek v the Netherlands*
- *Pavel Ivanov v. Russia*

4. คดีที่วินิจฉัยตีความโดยกลไกสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกามีเพียงคดีเดียวที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดการพูดด้วยเหตุผลในการคุ้มครองศาสนา คือ คดี *The Last Temptation of Christ (Olmedo Bustos and others v. Chile)* ขณะที่คดีอื่นเกี่ยวข้องกับขอบเขตในการจำกัดการพูดด้วย



เหตุผลเรื่องการหมิ่นประมาททั้งหมดซึ่งแม้ไม่เกี่ยวข้องกับการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังโดยตรง แต่แสดงให้เห็นแนวการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนอเมริกาที่เป็นไปตามกรอบเงื่อนไขทั่วไปของการจำกัดเสรีภาพและแสดงให้เห็นข้อพิจารณาที่กลไกสิทธิมนุษยชนอเมริกาใช้ในการวินิจฉัยขอบเขตการจำกัดการพูด ได้แก่

- *Kimel v. Argentina*
- *Herrera-Ulloa v. Costa Rica*
- *Tristan Donoso v. Panama*
- *Ricardo Canese v. Paraguay*

5. คดีที่วินิจฉัยตีความโดยกลไกสิทธิมนุษยชนทวีปแอฟริกาไม่มีคดีเกี่ยวข้องกับการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังเกิดขึ้นเนื่องจากยังเป็นกลไกที่ใหม่และคดีส่วนมากที่เคยเกิดขึ้นก็ตกอยู่ภายใต้การจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในประเภทการยั่วโดยตรงและโดยสาธารณะให้ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ซึ่งตัดสินโดยคณะตุลาการ ICTR และปัจจุบันเป็นอำนาจของศาลอาญาระหว่างประเทศ ทั้งนี้ในทวีปแอฟริกาคดีแรกที่มีการตัดสินโดยศาลสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกาในเรื่องขอบเขตการใช้เสรีภาพแห่งการแสดงออกก็เกี่ยวข้องกักฎหมายหมิ่นประมาทเช่นกัน คือ คดี *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso*

### 3.1 กลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

#### 3.1.1 ภาพรวมกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

กลไกสิทธิมนุษยชนในระดับระหว่างประเทศประกอบไปด้วยกลไก 2 ระบบ คือ กลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในระบบกฎบัตรสหประชาชาติ<sup>207</sup> (UN Charter-based Human Rights

<sup>207</sup> กลไกสิทธิมนุษยชนในระบบกฎบัตรสหประชาชาติ ประกอบด้วย

1. คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนหรือ Human Rights Council (HRC) มีอำนาจในการตรวจตราดูแลสถานการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชนรวมถึงการละเมิดอย่างร้ายแรงและเป็นระบบ (gross and systematic) และสามารถออกข้อเสนอแนะให้รัฐปฏิบัติตามในเรื่องนั้นๆ ได้ อำนาจหน้าที่ดังกล่าวทำให้เกิดกระบวนการรับข้อร้องเรียน (Complaint Procedure) ขึ้นโดยมีการกำหนดเกณฑ์ในการรับข้อร้องเรียนอยู่ในมติของคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนที่ 5/1 โดยกลไกประกอบไปด้วยคณะทำงานสองชุด คือ Working Group on Communications และ Working Group on Situations
2. กระบวนการ Universal Periodic Review (UPR) มีวัตถุประสงค์ในการประเมินการปฏิบัติตามทุกพันธกรณีของรัฐสมาชิกสหประชาชาติทุกรัฐในด้านสิทธิมนุษยชนเพื่อให้มีการเท่าเทียมในการตรวจตราดูแลด้านสิทธิมนุษยชนและให้ความสำคัญกับสิทธิ

Mechanisms) และกลไกในระบบสนธิสัญญา<sup>208</sup> (Treaty-based Human Rights Mechanisms) ทั้งนี้กลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ผู้เขียนจะกล่าวถึงเป็นหลักในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือ กลไกสิทธิมนุษยชนในระบบสนธิสัญญา 2 กลไกด้วยกัน คือ คณะกรรมการว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ<sup>209</sup> (Committee on the Elimination of Racial Discrimination—CERD) ภายใต

---

ในทุกๆ ด้าน โดยกลไก UPR ทำหน้าที่เป็นกลไกเสริม นอกเหนือจากที่รัฐจะต้องรายงานการปฏิบัติตามพันธกรณีสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนอยู่แล้วโดยมีลักษณะการตรวจสอบแบบ peer review (ดู United Nations, General Assembly, *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All: Report of the Secretary-General*, A/59/2005/Add. 1 (23 May 2005))

3. กระบวนการพิเศษ (Special Procedures) เป็นกลไกสิทธิมนุษยชนที่จัดตั้งขึ้นโดย HRC เพื่อตรวจสอบและสถานการณ์สิทธิมนุษยชนในประเทศใดประเทศหนึ่งหรือในประเด็นใดประเด็นหนึ่ง (thematic issues) โดยเฉพาะ สำหรับในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังก็มีกระบวนการพิเศษที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ผู้รายงานพิเศษว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก (Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression) และผู้รายงานพิเศษในด้านการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (Special Rapporteur on Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance)

<sup>208</sup> อำนาจหน้าที่หลักของกลไกสิทธิมนุษยชนในระบบสนธิสัญญา คือ การรับรายงานของแต่ละประเทศเกี่ยวกับการอนุวัติการพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนฉบับต่างๆ ภายใต้อาการตรวจสอบและออกข้อสังเกตเชิงสรุป (Concluding Observations) จากรายงานของแต่ละประเทศที่ได้รับ นอกจากนี้กลไกสิทธิมนุษยชนในระบบสนธิสัญญาส่วนใหญ่ยังมีอำนาจรับข้อร้องเรียนของบุคคลผู้เป็นเหยื่อของการละเมิดสิทธิมนุษยชนภายใต้สนธิสัญญานั้นๆ (Individual Communications) ส่วนอำนาจอื่นๆ ที่ทั่วไปของกลไกสิทธิมนุษยชนในระบบสนธิสัญญา ได้แก่ อำนาจในการรับข้อร้องเรียนระหว่างรัฐ (Inter-State Communications) อำนาจในการไต่สวนในบางสถานการณ์เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนซึ่งอาจรวมถึงการเดินทางเยือนประเทศที่เกี่ยวข้องโดยความยินยอมของรัฐนั้นๆ (ดู De Schutter, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p 791-792.)

<sup>209</sup> “การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ” หมายถึง การจำแนก การกีดกัน การจำกัด หรือการเลือก โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสายหรือชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด ซึ่งมีเจตนาหรือมีผลให้เกิดการระงับหรือกีดกันการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในด้านการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และในด้านอื่น ๆ ของการดำรงชีวิตในสังคม รวมทั้งการระงับหรือกีดกันการใช้สิทธิเหล่านั้นอย่างเสมอภาคของบุคคล (ดู ICERD, Art 1.):

“In this Convention, the term "racial discrimination" shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.”

นิยามของการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาตินี้ช่วยให้เกิดการตีความขอบเขตการบังคับใช้ของอนุสัญญา ที่กว้างเพราะการเลือกปฏิบัติไม่ได้ถูกกำหนดให้อยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว และเชื้อสายเท่านั้น แต่รวมถึงชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์กำเนิดด้วยความคุ้มครองของอนุสัญญา จึงรวมถึงชนกลุ่มน้อยต่างๆ ด้วย และอนุสัญญา นิยามการเลือกปฏิบัติจากทั้งเจตนาของการกระทำและผลของการกระทำด้วยเพื่อให้ครอบคลุมทั้งการเลือกปฏิบัติโดยตรงและโดยอ้อม ดังนั้น การเลือกปฏิบัติที่อยู่บนพื้นฐานของภาษาหรือแม้กระทั่งศาสนาจึงอาจถูกตีความว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอ้อมบนพื้นฐานของเผ่าพันธุ์กำเนิดได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งภาษาที่มักเป็นถูกใช้เครื่องหมายเผ่าพันธุ์กำเนิด (ดู Henrard and Dunbar, *Synergies in Minority Protection: European and International Law Perspectives* (Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2008). p 250.)

อนุสัญญา CERD (เริ่มปฏิบัติหน้าที่ในปี ค.ศ. 1969) และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee—CCPR) (1976) ภายใต้กติกา ICCPR

ในภาพรวม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและคณะกรรมการ CERD มีอำนาจตรวจตราดูแล ภายใต้เหมือนกันในสี่ด้านด้วยกัน คือ

1. การพิจารณารายงานของรัฐภาคีซึ่งนำเสนอเป็นระยะ (periodic reports)
2. การจัดทำความเห็นทั่วไป (General Comments) มีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาการตีความของ กติการะหว่างประเทศฯ และช่วยเหลือรัฐภาคีในการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้กติกา ระหว่างประเทศฯ สำหรับความเห็นทั่วไปของคณะกรรมการฯ ในประเด็นสิทธิในเสรีภาพ แห่งการแสดงออกและประเด็นเกี่ยวข้องกับการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังอยู่ใน ความเห็นทั่วไปฉบับที่ 34<sup>210</sup>

ความเห็นทั่วไปของคณะกรรมการ CERD เรียกว่า ข้อเสนอแนะทั่วไป (General Recommendation) สำหรับข้อ 4 ของอนุสัญญาฯ เป็นกลไกหลักในการจัดการเลือก ปฏิบัติในทางเชื้อชาติ โดยบัญญัติให้การเผยแพร่ความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความ เห็นอกว่าทางเชื้อชาติ หรือความเกลียดชังอันเกิดจากความแตกต่างทางเชื้อชาติ การช่วย กระตุ้นให้เกิดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ และการกระทำรุนแรงหรือกระตุ้นให้เกิดการ กระทำรุนแรงนั้นต่อชนเชื้อชาติหนึ่งเชื้อชาติใดหรือกลุ่มบุคคลที่มีสีผิวอื่นหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด อื่น ตลอดจนการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนทางการเงินต่อกิจกรรมชาตินิยม เป็นการ กระทำที่ต้องได้รับโทษตามกฎหมาย คณะกรรมการ CERD ได้ระบุไว้ในข้อเสนอแนะทั่วไป ฉบับที่ 15 ว่าด้วยข้อ 4 ของอนุสัญญา (General recommendation XV on article 4 of the Convention) ว่า ข้อ 4 (a) กำหนดให้รัฐภาคีต้องลงโทษการประพฤตินิยมชอบ 4 รูปแบบ ซึ่งรวมถึงการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังในเผ่าพันธุ์ด้วย<sup>211</sup>

3. การจัดการกระบวนการร้องเรียนระหว่างรัฐ
4. การจัดการกระบวนการติดต่อร้องเรียนของบุคคล (individual communication)

ทั้งกติกา ICCPR และอนุสัญญา CERD ต่างก็เปิดช่องให้บุคคลทำการติดต่อร้องเรียนต่อกลไก สิทธิมนุษยชนว่าถูกละเมิดสิทธิจากการที่รัฐละเมิดพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญา กระบวนการติดต่อ ร้องเรียนของบุคคล (Individual Communication) ต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนอยู่ภายใต้

<sup>210</sup> Human Rights Committee, *General Comment 34* (CCPR/C/GC/34), 12 September 2011.

<sup>211</sup> CERD Committee, *General recommendation XV on article 4 of the Convention*, para 3.

บทบัญญัติของพิธีสารเลือกรับฉบับที่ 1 ของกติกา ICCPR ซึ่งเป็นพิธีสารเลือกรับ (Optional Protocol) เท่านั้น พิธีสารฉบับดังกล่าวจึงมีผลผูกพันเฉพาะรัฐภาคีที่เลือกรับเท่านั้นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการติดต่อร้องเรียนของบุคคล<sup>212</sup> เช่นเดียวกับกับกระบวนการติดต่อร้องเรียนภายใต้อนุสัญญา CERD ซึ่งภายใต้ข้อ 14 (1)<sup>213</sup> รัฐภาคีรัฐหนึ่งรัฐใดอาจประกาศยอมรับอำนาจของคณะกรรมการ (CERD) ในการรับพิจารณาข้อร้องเรียนจากบุคคลหรือกลุ่มบุคคลภายในเขตอาณาของรัฐภาคีนั้น ซึ่งอ้างว่าได้ตกเป็นเหยื่อของการละเมิดสิทธิตามที่ระบุในอนุสัญญานี้โดยรัฐภาคีนั้น ทั้งนี้ คณะกรรมการจะไม่รับข้อร้องเรียนที่เกี่ยวข้องกับรัฐภาคีที่มีได้ประกาศยอมรับอำนาจของคณะกรรมการ<sup>214</sup>

กล่าวโดยย่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจะรับพิจารณาข้อร้องเรียนต่อเมื่อ (1) เป็นการติดต่อร้องเรียนโดยบุคคล (Individual) (2) บุคคลดังกล่าวเป็นเหยื่อของการละเมิดสิทธิ (3) การละเมิดสิทธิที่กล่าวอ้างเป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพอย่างใดอย่างหนึ่งที่ระบุไว้ในกติการะหว่างประเทศฯ (4) ข้อร้องเรียนเป็นลายลักษณ์อักษร ต้องปรากฏชื่อผู้ร้องเรียน ข้อร้องเรียนนั้นต้องไม่เป็นการใช้สิทธิในการยื่นข้อร้องเรียนที่ไม่ถูกต้องหรือไม่สอดคล้องกับข้อบทของกติการะหว่างประเทศฯ<sup>215</sup> (5) การละเมิดสิทธิต้องกระทำโดยรัฐภาคี (6) ผู้ร้องเรียนต้องอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐภาคีนั้น (7) ข้อร้องเรียนต้องไม่อยู่ภายใต้กระบวนการอื่น ๆ ในการสอบสวนหรือระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ (8) ผู้ร้องเรียนต้องได้ใช้กระบวนการเยียวยาที่ปวงที่มีอยู่ภายในประเทศจนหมดสิ้นแล้ว<sup>216</sup> ทั้งนี้

<sup>212</sup> ICCPR Optional Protocol 1, Art 1:

“No communication shall be received by the Committee if it concerns a State Party to the Covenant which is not a Party to the present Protocol.”

<sup>213</sup> ICERD, Art 14 (1):

“A State Party may at any time declare that it recognizes the competence of the Committee to receive and consider communications from individuals or groups of individuals within its jurisdiction claiming to be victims of a violation by that State Party of any of the rights set forth in this Convention. No communication shall be received by the Committee if it concerns a State Party which has not made such a declaration.”

<sup>214</sup> ปัจจุบันมีรัฐภาคีกติกา ICCPR 115 ประเทศที่ยอมรับพิธีสารเลือกรับฉบับที่ 1 แต่มีเพียงรัฐภาคีอนุสัญญา CERD 55 ประเทศที่ประกาศยอมรับอำนาจของคณะกรรมการ CERD ตามข้อ 14 (ดู

<https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en> (last visit, 10 July 2015))

<sup>215</sup> ICCPR Optional Protocol 1, Art 3:

“The Committee shall consider inadmissible any communication under the present Protocol which is anonymous, or which it considers to be an abuse of the right of submission of such communications or to be incompatible with the provisions of the Covenant.”

<sup>216</sup> Ibid., Art 5:

“2. The Committee shall not consider any communication from an individual unless it has ascertained that:

กระบวนการติดต่อร้องเรียนต่อคณะกรรมการ CERD มีหลักเกณฑ์อย่างเดียวกับการติดต่อร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนภายใต้กติกา ICCPR

### 3.1.2 แนวการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

#### 3.1.2.1 การวินิจฉัยตีความนิยามของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

ในความเห็นของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนซึ่งทำหน้าที่ตรวจตราดูแลการบังคับใช้กติกา ICCPR ไม่ได้วิเคราะห์ถึงนิยามของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังโดยตรง ในกติกา ICCPR คำว่า “การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง” (Hate Speech) เองก็ไม่ได้ใช้อย่างชัดเจน แต่ใช้คำว่า “การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ซึ่งช่วยให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรง” ประเด็นที่น่าสนใจจึงอยู่ที่ว่าอะไรคือความหมายของคำว่า “การยั่วยุ” (incitement)

สำหรับในส่วนของอนุสัญญา CERD ข้อ 4 ของอนุสัญญาซึ่งเป็นบทบัญญัติหลักที่กำหนดพันธกรณีให้รัฐภาคีบัญญัติให้มีการห้าม “การเผยแพร่ความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติ หรือความเกลียดชังอันเกิดจากความแตกต่างทางเชื้อชาติ การช่วยกระตุ้นให้เกิดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ และการกระทำรุนแรงหรือกระตุ้นให้เกิดการกระทำรุนแรงนั้นต่อชนเชื้อชาติหนึ่งเชื้อชาติใดหรือกลุ่มบุคคลที่มีสีผิวอื่นหรือเผ่าพันธุ์กำเนิดอื่น” ซึ่งก็มีการใช้คำว่า “incitement” เหมือนกันในทั้งสองสนธิสัญญา (แต่มีคำแปลอย่างเป็นทางการภาษาไทยต่างกันคือ “ซึ่งยั่วยุ” ใน ICCPR และ “กระตุ้น” ใน ICERD อย่างไรก็ตาม ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้ในความหมายอย่างเดียวกันตามฉบับภาษาอังกฤษ) แต่ทั้งนี้ประเด็นที่น่าสนใจก็มีอยู่เช่นเดียวกันว่าอะไรคือความหมายของคำว่า “การยั่วยุ” หรืออีกนัยหนึ่ง คือ การพูดแค่นั้นที่ถือเป็นการยั่วยุ

ผู้ร่างอนุสัญญา CERD ตระหนักถึงผลกระทบของการพูดที่อาจก่อให้เกิดบรรยากาศของความเกลียดชังและการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติและร่างอนุสัญญาขึ้นมาเพื่อตอบสนองต่ออันตรายของการพูดดังกล่าวที่อาจเกิดขึ้น อารัมภบทของอนุสัญญากล่าวถึงการเหยียดเชื้อชาติ (Racism) ในบริบทของ “ลัทธิและการปฏิบัติใดๆ ที่เป็นไปในการเหยียดผิว” (racist doctrines and practices) ซึ่งเชื่อมโยงกับการประณามการเผยแพร่ความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานความเหนือกว่าทางเชื้อชาติ

---

(a) The same matter is not being examined under another procedure of international investigation or settlement;

(b) The individual has exhausted all available domestic remedies. This shall not be the rule where the application of the remedies is unreasonably prolonged.”

ขณะที่คำว่า “การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง” (hate speech) ไม่ได้ถูกใช้โดยชัดแจ้งในอนุสัญญา แต่คณะกรรมการ CERD ก็ตระหนักและบ่งชี้ถึงปรากฏการณ์ของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังและศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างการพูดในรูปแบบต่างๆ กับหลักเกณฑ์ของอนุสัญญา ในข้อเสนอแนะทั่วไปฉบับที่ 4 ของคณะกรรมการ CERD ระบุว่า ข้อ 4 (a) กำหนดให้รัฐภาคีต้องลงโทษการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังในเผ่าพันธุ์ด้วย<sup>217</sup> และข้อเสนอแนะทั่วไปฉบับที่ 35 กล่าวถึง การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังทางเชื้อชาติ (racist hate speech) ที่ปรากฏขึ้นในทางปฏิบัติของคณะกรรมการนั้นรวมการพูดทุกรูปแบบที่อ้างอิงถึงในข้อ 4 ของอนุสัญญาที่มุ่งต่อกลุ่มที่ได้รับการคุ้มครองตามข้อ 1 ซึ่งห้ามการเลือกปฏิบัติทั้งบนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสายหรือชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด เช่น คนพื้นเมือง กลุ่มคนเชื้อสายใดเชื้อสายหนึ่ง และผู้อพยพหรือบุคคลที่ไม่ใช่พลเมือง รวมถึงแรงงานย้ายถิ่นฐานและผู้ลี้ภัย นอกจากนี้การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังยังอาจมุ่งต่อบุคคลที่เป็นสมาชิกของกลุ่มเผ่าพันธุ์บางกลุ่มที่นับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่งที่แตกต่างจากคนส่วนมาก รวมถึงการแสดงออกซึ่งความกลัวศาสนาอิสลาม (Islamophobia) ลัทธิต่อต้านยิว (anti-Semitism) และการแสดงออกซึ่งความเกลียดชังต่อกลุ่มเผ่าพันธุ์-ศาสนาอื่นที่คล้ายกัน ดังนั้น การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังทางเชื้อชาติซึ่งอยู่ในบังคับของอนุสัญญาจึงอาจเกิดได้ในหลายรูปแบบและไม่ถูกจำกัดแค่เพียงการพูดที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับเชื้อชาติโดยชัดแจ้งเท่านั้น การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังทางเชื้อชาติที่อยู่ใต้บังคับของอนุสัญญา CERD จึงอาจใช้ภาษาทางอ้อมเพื่อปกปิดเป้าหมายและจุดประสงค์ของการพูด<sup>218</sup> ซึ่งสอดคล้องกับนโยบายของอนุสัญญาที่มุ่งมั่นที่จะจัดให้มีมาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็นในอันที่จะขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบและทุกแง่มุมอย่างเร่งด่วน<sup>219</sup> การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังทางเชื้อชาติจึงอาจเกิดขึ้นไม่ว่าในรูปแบบของคำพูดหรือในรูปของสิ่งพิมพ์ หรือเผยแพร่ผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์รวมทั้งอินเทอร์เน็ตและเว็บไซต์โซเชียลเน็ตเวิร์ค เช่นเดียวกับรูปแบบการแสดงออกที่มีใช้คำพูด เช่น การแสดงสัญลักษณ์ รูปภาพ และพฤติกรรมใดๆ ในการรวมตัวกันในที่สาธารณะ รวมถึงในการแข่งขันกีฬาที่เป็นไปในการเหยียดผิว

ข้อเสนอแนะฉบับที่ 35 ของคณะกรรมการ CERD กล่าวถึงคำว่า “การยั่วยุ” ว่า โดยลักษณะแล้วคือการพยายามจูงใจให้ผู้อื่นเข้าไปมีส่วนในการกระทำบางอย่าง รวมถึงการกระทำความผิดอาญา โดยการสนับสนุนหรือการข่มขู่ การยั่วยุอาจกระทำโดยชัดแจ้งหรือปริยายผ่านการกระทำ เช่น การแสดงสัญลักษณ์ในเชิงเหยียดเชื้อชาติ หรือการแจกจ่ายเอกสาร หรือคำพูด การยั่วยุมีลักษณะเป็น

<sup>217</sup> CERD Committee, *General recommendation XV on article 4 of the Convention*, para 3.

<sup>218</sup> CERD Committee, *General recommendation No 35 on Combating racist hate speech*, UN Doc CERD/C/GC/35 (2013).

<sup>219</sup> ICERD, Preamble.

ความผิดที่ยังกระทำไม่สำเร็จ (inchoate crimes) ดังนั้น จึงไม่ต้องมีการกระทำตามที่ถูกยั่วยุเกิดขึ้น แต่ในการควบคุมรูปแบบของการยั่วยุภายใต้ข้อ 4 (อนุสัญญา CERD) รัฐภาคีต้องคำนึงถึงเจตนาของผู้พูด และภัยที่ใกล้จะถึง (imminent risk) หรือความเป็นไปได้ที่การกระทำที่ผู้พูดมุ่งประสงค์ให้เกิดจะเป็นผลมาจากการพูดของผู้พูดในฐานะที่เป็นองค์ประกอบสำคัญของความผิดฐานยั่วยุตามที่ระบุไว้ในข้อ 4<sup>220</sup>

### 3.1.2.2 การวินิจฉัยตีความขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงแนวทางการวินิจฉัยตีความขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ คือ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและคณะกรรมการ CERD ว่ากลไกทั้งสองวินิจฉัยตีความเงื่อนไขทั่วไปในจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกและเงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังภายใต้สนธิสัญญาตั้งแต่กลไกทำหน้าที่ตรวจตราดูแลอย่างไร

#### 3.1.2.2.1 แนวทางการวินิจฉัยตีความของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน

ภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง รัฐมีพันธกรณีในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังนั้น ทั้งนี้ตามข้อ 20 ของกติกาฯ โดยข้อ 20 บัญญัติว่า

“การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ซึ่งยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรง เป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมาย”

มีข้อพิจารณาว่าการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังแล้วโดยสภาพเบื้องต้นแล้วก็เป็นการใช้เสรีภาพในการพูดนั่นเอง ดังนั้นจึงมีประเด็นคำถามว่าในการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ข้อ 20 แห่งกติการะหว่างประเทศของรัฐภาคีนั้นอาจขัดหรือแย้งกับพันธกรณีของรัฐภายใต้ข้อ 19 ในเรื่องสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกหรือไม่ ทั้งนี้ข้อ 19 วรรค 2 ของกติกาฯ บัญญัติว่า

“บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดทุกประเภท โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ทั้งนี้ ไม่ว่าด้วยวาจาเป็นลายลักษณ์อักษรหรือการตีพิมพ์ ในรูปของศิลปะ หรือโดยอาศัยสื่อประการอื่นตามที่ตนเลือก”

ข้อ 19 ยังบัญญัติต่อไปในวรรค 3 ว่า

<sup>220</sup> CERD Committee, General recommendation No 35 on Combating racist hate speech, UN Doc CERD/C/GC/35 (2013), para 16.

“การใช้สิทธิตามที่บัญญัติในวรรค 2 ของข้อนี้ ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษควบคู่ไปด้วย การใช้สิทธิดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดในบางเรื่อง แต่ทั้งนี้ข้อจำกัดนั้นต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายและจำเป็นต่อ

(ก) การเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น

(ข) การรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือการสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน”

คำถามที่เกิดขึ้นในเบื้องต้นจึงมีอยู่ว่าข้อ 19 และ 20 ของกติการะหว่างประเทศฯ นั้นมีความสัมพันธ์กันอย่างไร มาตรการของรัฐที่ใช้ปราบปรามการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังตามข้อ 20 จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขภายใต้ข้อ 19 วรรค 3 ด้วยหรือไม่

ในประเด็นนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้วินิจฉัยเอาไว้ในคดี *Ross v Canada* ว่าการจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพโดยอาศัยอำนาจตามข้อ 20 ของกติการะหว่างประเทศฯ นั้นจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติข้อ 19 วรรค 3 ด้วย

#### คดี *Ross v. Canada*<sup>221</sup>

คดีนี้ผู้ร้อง คือ Malcolm Ross มีอาชีพเป็นครูสอนวิชาพัฒนาทักษะการอ่านในโรงเรียนแห่งหนึ่งในรัฐนิวบรันสวิก ประเทศแคนาดา ระหว่างเดือนกันยายน 1976 ถึงกันยายน 1991 ตลอดระยะเวลาดังกล่าวเขาตีพิมพ์หนังสือหลายเล่มและแผ่นพับ และกล่าวต่อหน้าสาธารณะหลายครั้ง รวมถึงการให้สัมภาษณ์ทางโทรทัศน์ครั้งหนึ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับมุมมองที่ก่อให้เกิดความขัดแย้งซึ่งเขากล่าวอ้างว่าเป็นเรื่องของศาสนา หนังสือของเขามีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับเรื่องการทำแท้ง ความขัดแย้งระหว่างศาสนายูดาห์และศาสนาคริสต์ และการปกป้องศาสนาคริสต์ การเผยแพร่งานเขียนเกี่ยวกับแนวคิดของเขาผ่านสื่อท้องถิ่นทำให้เขามีชื่อในทางที่ไม่ดีในชุมชน ผู้ร้องพยายามอ้างว่างานตีพิมพ์ของเขาไม่ขัดต่อกฎหมายของแคนาดาและเขาไม่เคยถูกดำเนินคดีเพราะการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นของเขา ยิ่งไปกว่านั้นงานเขียนทุกชิ้นของเขาถูกผลิตขึ้นมาในเวลาส่วนตัว และความคิดเห็นของเขาไม่เคยเป็นส่วนหนึ่งของงานสอนของเขา

ในปี 1988 นาย David Attis ผู้ปกครองชาวยิวผู้หนึ่งที่มีลูกเรียนอยู่อีกโรงเรียนหนึ่งในเขตเดียวกันกับโรงเรียนที่ Ross สอนอยู่ยื่นคำร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนประจำรัฐนิวบรันสวิกกล่าวหาว่าคณะกรรมการโรงเรียนของ Ross บกพร่องที่จะดำเนินการต่อนาย Ross โดยการไม่เอาผิดกับการแสดงความคิดเห็นในเชิงต่อต้านชาวยิวของเขา ดังนั้นจึงละเมิดต่อมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน (Human Rights Act) ของรัฐนิวบรันสวิกโดยการเลือกปฏิบัติต่อ

<sup>221</sup> *Ross v Canada*, Communication No 736/1997, Views adopted on 18 October 2000.



ชาวยิวและนักเรียนซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยอื่น ในกรณีนี้คณะกรรมการฯ ได้แต่งตั้งคณะกรรมการไต่สวนข้อเท็จจริงขึ้นชุดหนึ่งเพื่อไต่สวนคำร้องเรียนต่อคณะกรรมการโรงเรียนซึ่งได้ข้อสรุปว่ามีการละเมิดต่อพระราชบัญญัติฯ จริง

ทั้งนี้ ในการพิจารณา คณะกรรมการไต่สวนไม่พบพยานหลักฐานโดยตรงเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติในกิจกรรมภายในห้องเรียน อีกทั้งไม่พบพยานหลักฐานโดยตรงว่าการกระทำนอกเวลาสอนของนาย Ross ได้ก่อผลกระทบต่อสังคมในเขตโรงเรียนแต่อย่างใด แต่คณะกรรมการฯ เห็นว่าเป็นเรื่องสมเหตุสมผลที่จะคาดหมายได้ว่างานเขียนของ Ross เป็นปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อพฤติกรรมบางประการอันเป็นการเลือกปฏิบัติในกลุ่มนักเรียน โดยพิจารณาจากงานเขียนทั้งที่เป็นหนังสือและแผ่นพับจำนวน 4 ฉบับ ชื่อว่า *Web of Deceit*, *The Real Holocaust*, *Spectre of Power* และ *Christianity vs. Judeo-Christianity* รวมถึงจดหมายที่ Ross เขียนถึงบรรณาธิการของหนังสือพิมพ์ *The Miramichi Leader* และการให้สัมภาษณ์ทางโทรทัศน์ท้องถิ่นในปี 1989 ประกอบกับพยานหลักฐานจากนักเรียนสองคนเกี่ยวกับการล่วงละเมิดในรูปแบบของการเรียกชื่อเด็กนักเรียนที่มีเชื้อสายยิวในเชิงดูถูก การขูดไต่ตะของนักเรียนเหล่านั้นเป็นเครื่องหมายสวัสดิกะ การวาดภาพเครื่องหมายสวัสดิกะบนกระดานดำ และการข่มขู่นักเรียนชาวยิว

คณะกรรมการไต่สวนสรุปการไต่สวนว่าการกล่าวในที่สาธารณะและงานเขียนของ Ross ได้ส่งผลกระทบอันน่าเป็นห่วงให้เกิดการสร้างสภาพแวดล้อมทางสังคมที่เป็นพิษภายในเขตโรงเรียนที่ 15 ซึ่งเป็นการแทรกแซงอย่างรุนแรงต่อการให้บริการด้านการศึกษาต่อผู้ร้องและบุตรหลานของผู้ร้องและตัดสินว่าคณะกรรมการโรงเรียนต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ (discriminatory actions) ของลูกจ้างของโรงเรียน อีกทั้งเป็นการละเมิดโดยตรงต่อพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนอันเกิดจากความบกพร่องในการลงโทษทางวินัยต่อนาย Ross อย่างเหมาะสมและทันทั่วทั้งอันเท่ากับเป็นการสนับสนุนต่อกิจกรรมและงานเขียนนอกเวลาสอนของ Ross ดังนั้น คณะกรรมการไต่สวนจึงมีคำสั่งซึ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับนาย Ross คือ ข้อ (2) ให้คณะกรรมการโรงเรียน (a) สักพักงานนาย Ross เป็นเวลา 8 เดือนโดยไม่จ่ายค่าจ้าง (b) แต่งตั้งให้นาย Ross รับหน้าที่ที่ไม่ใช่งานสอนหากตำแหน่งดังกล่าวว่างลงและนาย Ross มีคุณสมบัติรับตำแหน่งดังกล่าว (c) เลิกจ้างนาย Ross เมื่อพ้นกำหนด 8 เดือน หากในระหว่างการพักงานเขาไม่ได้รับการเสนองานในตำแหน่งที่ไม่ใช่งานสอนและตอบรับตำแหน่งนั้น และ (d) เลิกจ้างงานของนาย Ross ที่เกี่ยวข้องกับคณะกรรมการโรงเรียนโดยทันที หากในระหว่างระยะเวลา 8 เดือนของการพักงานหรือในระหว่างปฏิบัติหน้าที่ที่ไม่ใช่งานสอนเขา (i) ตีพิมพ์หรือเขียนเพื่อตีพิมพ์งานเขียนซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับชาวยิวหรือเกี่ยวกับทฤษฎีสมคบคิดของชาวยิว หรือมีเนื้อหาโจมตีผู้นับถือศาสนาของชาวยิว หรือ (ii) ตีพิมพ์ จำหน่าย หรือแจกจ่ายงานตีพิมพ์ที่มีปัญหาทั้ง 4 ฉบับของเขา กล่าวคือ *Web of Deceit*, *The Real Holocaust*, *Spectre of Power* และ *Christianity vs. Judeo-Christianity*

ภายหลังคำตัดสิน Ross ผู้ร้องถูกย้ายไปทำงานในตำแหน่งที่ไม่ใช่งานสอนแทน Ross ยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของคณะกรรมการโรงเรียนต่อศาลขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งเสีย ผู้พิพากษาอนุญาตตามคำร้องของ Ross เพียงบางส่วน โดยเพิกถอนคำสั่งของคณะกรรมการไต่สวนในข้อ 2 (d) ด้วยเหตุว่าเป็นการสั่งเกินอำนาจของคณะกรรมการไต่สวนและละเมิดต่อมาตรา 2 ของกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพแห่งแคนาดา สำหรับในคำสั่งข้อ 2 (a) (b) และ (c) ศาลเห็นว่าเป็นการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการนับถือศาสนาและการแสดงออกของนาย Ross ซึ่งชอบด้วยมาตรา 1 ของกฎบัตรฯ

นาย Ross อุทธรณ์ฎีกาคำตัดสินของศาลตามลำดับ แต่ศาลฎีกาเห็นว่าผลที่เกิดขึ้นจากมาตรการของคณะกรรมการไต่สวนในข้อ 2 (a) (b) และ (c) ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของนาย Ross ศาลจึงเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญของแคนาดาแล้ว นาย Ross จึงนำคดีมาติดต่อโรงเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนโดยร้องเรียนว่าสิทธิของเขาตามข้อ 18 และ 19 ของกติการะหว่างประเทศฯ ถูกละเมิดโดยการถูกรอนสิทธิในการแสดงออกอย่างเสรีซึ่งความคิดเห็นในด้านศาสนาของเขา ผู้ร้องย้ำว่าผู้ร้องไม่เคยแสดงออกความคิดเห็นของเขาในห้องเรียนและมีประวัติการสอนที่ดี อีกทั้งยังต่อสู้ว่าไม่มีหลักฐานว่ามีนักเรียนคนใดในโรงเรียนของเขาได้รับผลกระทบในทางลบจากงานเขียนของเขาหรือได้รับอิทธิพลจากงานเขียนเหล่านั้น และนาย Ross ไม่เคยกระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติอันใด และยังชี้ว่าในห้องเรียนของเขาไม่มีเด็กนักเรียนเชื้อสายยิวอีกด้วย

Ross ต่อสู้ว่าการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นทางศาสนาอันเลือกปฏิบัติ (ความเชื่อว่าศาสนาใดถูกหรือผิด) กับการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ (การปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันเพราะเหตุความแตกต่างทางศาสนา) นั้นเป็นคนละอย่างกันซึ่งความคิดเห็นของเขานั้นเป็นการแสดงออกอย่างจริงจังและเป็นความคิดที่มีเนื้อหาในทางศาสนาโดยมีความเห็นขัดแย้งกับปรัชญาของศาสนายูดาห์เพราะเขาเห็นว่าศาสนาคริสต์ถูกโจมตีจากกลุ่มสนับสนุนชาวยิว เขากล่าวอ้างว่าการปล่อยให้รัฐเข้ามาตรวจสอบหรือการกำหนดกฎเกณฑ์นอกเวลางานของนายจ้างในเรื่องการแสดงออกในด้านมโนธรรมและศาสนาของลูกจ้างทำให้เสรีภาพในการนับถือศาสนาต้องไม่มีความหมาย

Ross ต่อสู้ว่าความคิดเห็นและการแสดงออกของเขาไม่ได้ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายของประเทศแคนาดาซึ่งห้ามการโฆษณาชวนเชื่อที่สร้างความเกลียดชัง (Hate Propaganda) และเขาไม่เคยถูกดำเนินคดีทางอาญาอันเนื่องมาจากการแสดงออกซึ่งแนวคิดดังกล่าว โดยเทียบเคียงกับคดี *Vogt v. Germany* ซึ่งตัดสินโดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปว่าคำสั่งของคณะกรรมการไต่สวนทำลายสิทธิของนาย Ross ที่จะสอนหนังสืออันเป็นวิธีการดำรงชีวิตของเขา

เขาต่อสู้ต่อไปว่าหากคณะกรรมการไต่สวนเห็นว่ามีบรรยากาศของการต่อต้านชาวยิวในหมู่นักเรียนในเขตโรงเรียนดังกล่าว คณะกรรมการฯ ก็คงจะได้มีมาตรการลงโทษทางวินัยกับนักเรียนซึ่งกระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติไปด้วย Ross ปฏิเสธว่าความคิดเห็นของเขาไม่ใช่ความเห็นที่เหยียด

เชื้อชาติ อีกทั้งการวิพากษ์วิจารณ์ศาสนายูดาห์และขบวนการไซออนิสต์เพื่อเหตุผลทางศาสนาก็มิใช่ การต่อต้านชาวยิว และเขาถูกเลือกปฏิบัติเนื่องจากเขาเชื่อว่าครูซึ่งโจมตีศาสนาคริสต์อย่างเปิดเผยจะ ไม่ถูกลงโทษทางวินัยในลักษณะเดียวกัน

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่าคำสั่งของคณะกรรมการไต่สวนที่ให้ถอดนาย Ross ออกจากตำแหน่งที่เกี่ยวข้องกับงานสอนซึ่งศาลฎีกาประเทศแคนาดาได้วินิจฉัยว่าชอบด้วยกฎหมายนั้นมี ลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิในเสรีภาพของการแสดงออกของนาย Ross ดังนั้น คำสั่งดังกล่าวย่อมต้อง อยู่ภายใต้ข้อ 19 วรรค 3 ของกติการะหว่างประเทศฯ คือ ประการแรก ข้อจำกัดสิทธิต้องกระทำโดย กฎหมาย ในข้อนี้คณะกรรมการฯ เห็นว่าในกระบวนการออกคำสั่งของคณะกรรมการไต่สวนมีกรอบ ทางกฎหมายเป็นไปตามพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนรัฐนิวบรันสวิก โดยคณะกรรมการไต่สวนเห็นว่า ความคิดเห็นซึ่งนาย Ross ได้แสดงออกนอกเวลางานนั้นทำให้ความเชื่อของชาวยิวต้องเสื่อมเสียและ ส่งผลร้ายแรงต่อสภาพแวดล้อมของโรงเรียน ดังนั้นจึงตัดสินว่าคณะกรรมการโรงเรียนต้องรับผิดชอบเพื่อ การกระทำอันเลือกปฏิบัติของลูกจ้างและด้วยเหตุดังกล่าวโรงเรียนจึงเลือกปฏิบัติต่อนักเรียนเชื้อ สายยิวในเขตโรงเรียนที่รับผิดชอบโดยตรงอันเป็นการละเมิดต่อมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติฯ เนื่องจากการบกพร่องในการลงโทษทางวินัยต่อนาย Ross ภายในเวลาและด้วยวิธีการที่เหมาะสม และคณะกรรมการไต่สวนอาศัยอำนาจตามมาตรา 20 ของพระราชบัญญัติฯ ฉบับเดียวกันในการออก คำสั่งให้เยียวยาซึ่งส่งผลให้นาย Ross ถูกพักงานโดยไม่ได้รับค่าจ้างเป็นเวลาหนึ่งสัปดาห์ก่อนถูก โยกย้ายไปทำงานในตำแหน่งที่ไม่ใช่งานสอน อีกทั้งกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของคำสั่งของคณะกรรมการไต่สวนในชั้นศาล นาย Ross ได้เข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาทุกขั้นตอน และได้รับโอกาสในการอุทธรณ์ฎีกาคำตัดสินที่ไม่เป็นผลดีต่อตนซึ่งคำตัดสินของศาลฎีกานั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนไม่ก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยความถูกต้อง ดังนั้น คณะกรรมการฯ จึงเห็นว่า ข้อจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกของนาย Ross บัญญัติไว้ในกฎหมายแล้ว

ประการที่สอง ข้อจำกัดสิทธิตามข้อ 19 วรรค 3 ของกติการะหว่างประเทศฯ ต้องมี วัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ในวรรค 3 (a) หรือ (b) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน เห็นว่าข้อจำกัดสิทธิที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่นนั้นอาจเป็นสิทธิ หรือชื่อเสียงของบุคคลหรือของสังคมใดสังคมหนึ่งโดยรวม ยกตัวอย่างเช่นในคดี *Faurisson v. France* ที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนตัดสินว่าการกล่าวต่อสาธารณะซึ่งมีเนื้อหาในการสร้างหรือ เพิ่มความรู้สึกในเชิงต่อต้านชาวยิวอาจมีข้อจำกัดสิทธิได้เพื่อคุ้มครองสิทธิของสังคมชาวยิวโดยรวม จากความเกลียดชังทางศาสนา ข้อจำกัดสิทธิดังกล่าวยังสอดคล้องกับหลักการในข้อ 20 (2) ของกติกา ระหว่างประเทศฯ ซึ่งในคดีนี้คณะกรรมการไต่สวนและศาลฎีกาเห็นว่าการพูดของนาย Ross มี ลักษณะที่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่มีบรรพบุรุษเป็นชาวยิวและมีความเชื่อแบบยิว และยังทำให้ศรัทธา และความเชื่อของชาวยิวต้องเสื่อมเสียและมีเนื้อหาที่ไม่เพียงเรียกร้องให้ชาวคริสต์ตั้งคำถามต่อความ

ถูกต้องของความเชื่อและคำสอนดังกล่าวแต่ยังเป็นการดูหมิ่นต่อบุคคลที่มีบรรพบุรุษเป็นชาวยิวและมีความเชื่อแบบยิวว่าบ้านทอนเสรีภาพ ประชาธิปไตย และความเชื่อและคุณค่าแบบคริสต์อีกด้วย เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาและผลกระทบของการพูดต่อสาธารณะของนาย Ross แล้ว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจึงเห็นว่าข้อจำกัดสิทธิของ Ross มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลที่มีความเชื่อแบบยิวซึ่งรวมถึงสิทธิของบุคคลดังกล่าวในการได้รับการศึกษาในระบบโรงเรียนรัฐบาลที่ปลอดจากอคติ ความลำเอียงและการไม่ยอมรับความแตกต่าง

ประการสุดท้าย ข้อจำกัดสิทธิต้องมีความจำเป็นต่อการเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น คณะกรรมการฯ เห็นว่าการใช้สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกย่อมมาพร้อมกับหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษซึ่งมีความเกี่ยวข้องอย่างมากต่อระบบโรงเรียน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการสอนนักเรียนซึ่งมีอายุน้อย คณะกรรมการเห็นว่าอิทธิพลที่ครูในโรงเรียนมีต่อนักเรียนน่าจะเป็นเหตุผลที่เพียงพอในการสร้างข้อจำกัดสิทธิเพื่อให้แน่ใจว่าจะไม่มีการอาศัยโรงเรียนเพื่อสร้างความชอบธรรมในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นที่เลือกปฏิบัติ ในคดีนี้ศาลฎีกาประเทศแคนาดาวินิจฉัยว่าเป็นเรื่องสมเหตุสมผลที่จะคาดการณ์ได้ว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการแสดงออกของนาย Ross กับสภาพแวดล้อมอันเป็นพิษภายในโรงเรียนที่นักเรียนชาวยิวต้องประสบในเขตโรงเรียนดังกล่าว ดังนั้น คณะกรรมการฯ จึงเห็นว่าการถอดนาย Ross ออกจากงานสอนนั้นถือว่าเป็นข้อจำกัดสิทธิที่จำเป็นต่อการเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น นอกจากนี้ นาย Ross ยังได้รับการแต่งตั้งให้ทำงานในตำแหน่งที่ไม่ใช่งานสอนภายในเวลาไม่นานหลังจากถูกพักงานโดยไม่ได้รับค่าจ้าง ดังนั้น ข้อจำกัดสิทธิจึงมีผลเพียงเท่าที่จำเป็นต่อการบรรลุเป้าหมายในการคุ้มครองผู้เสียหาย ดังนั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจึงตัดสินใจว่าประเทศแคนาดาไม่ได้ละเมิดต่อข้อ 19 ของกติการะหว่างประเทศฯ

สำหรับข้อร้องเรียนที่ว่านาย Ross ถูกละเมิดสิทธิในเสรีภาพทางศาสนาตามข้อ 18 ของกติการะหว่างประเทศฯ เช่นกันนั้น คณะกรรมการฯ เห็นว่าคำสั่งของคณะกรรมการไต่สวนไม่ได้มุ่งต่อความคิดหรือความเชื่อของเขา หากแต่มุ่งต่อการแสดงออกซึ่งความเชื่อดังกล่าวในบางบริบทเท่านั้น ซึ่งเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา หรือความเชื่อของบุคคลอาจอยู่ภายใต้บังคับแห่งข้อจำกัดเฉพาะที่บัญญัติโดยกฎหมาย และตามความจำเป็นเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นมูลฐานของบุคคลอื่น ทั้งนี้ ตามข้อ 18 วรรค 3 ซึ่งในคดีนี้ โดยสาระสำคัญแล้วเหมือนกับกรณีข้อจำกัดภายใต้ข้อ 19 ดังนั้น คณะกรรมการฯ จึงตัดสินใจว่าประเทศแคนาดาไม่ได้ละเมิดต่อข้อ 18 ของกติการะหว่างประเทศฯ เช่นกัน<sup>222</sup>

<sup>222</sup> Ibid.

กล่าวโดยสรุปจึงเห็นได้ว่าข้อจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังตามข้อ 20 ของกติกา ระหว่างประเทศฯ จึงเป็นข้อจำกัดสิทธิที่ต้องอยู่ภายใต้ข้อ 19 วรรค 3 ของกติกา ระหว่างประเทศฯ ด้วย ซึ่งความแตกต่างระหว่างพันธกรณีของรัฐในบทบัญญัติทั้งสองข้อนั้นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ได้กล่าวถึงไว้ในความเห็นทั่วไปฉบับที่ 34 ว่าพันธกรณีภายใต้ข้อ 20 มีลักษณะที่อาจเรียกได้ว่าเป็น กฎหมายเฉพาะ (*lex specialis*) ของข้อ 19 กล่าวคือ ข้อ 20 ของกติกา ระหว่างประเทศฯ ได้กำหนด วัตถุประสงค์ของรัฐไว้โดยเฉพาะในการออกมาตรการทางกฎหมายมาจำกัดการแสดงออกเอาไว้ นั่น คือการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ขณะที่พันธกรณีตามข้อ 19 นั้น ไม่ว่าจะรัฐภาคีจะจำกัดสิทธิใน เสรีภาพแห่งการแสดงออกในกรณีใด ไม่ว่าจะเกี่ยวข้องกับ การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังหรือไม่ รัฐภาคีก็ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในข้อ 19 วรรค 3<sup>223</sup>

ข้อ 19 วรรค 3 ของกติกา ระหว่างประเทศฯ จึงเป็นเงื่อนไขในเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย ของรัฐภาคีในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้วางหลัก เอาไว้ชัดเจนว่ารัฐภาคีกติกาฯ มีหน้าที่ที่จะต้องแสดงให้เห็นว่ารัฐได้ปฏิบัติตาม เงื่อนไขทั้งสามข้อแล้ว<sup>224</sup> กล่าวคือ

1. ข้อจำกัดนั้นต้องบัญญัติไว้ในกฎหมาย
2. ข้อจำกัดนั้นต้องมีวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 19 วรรค 3 (a) หรือ (b) กล่าวคือ (a) เพื่อการเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น หรือ (b) เพื่อ การรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือการสาธารณสุข หรือ ศีลธรรมของประชาชน และ
3. ข้อจำกัดนั้นต้องจำเป็นต่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวด้วย

วัตถุประสงค์แรกที่รัฐภาคีอาจออกกฎหมายมาเพื่อจำกัดเสรีภาพในการพูดได้นั้น คือ เพื่อ การเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น คำว่า “สิทธิ” (rights) นั้นอาจหมายถึงสิทธิมนุษยชน ตามที่ถูกรับรองเอาไว้ในกติกา ICCPR หรือกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศทั่วไปก็ได้<sup>225</sup> ขณะที่คำว่า “บุคคลอื่น” (others) อาจหมายถึงบุคคลอื่นที่เป็นปัจเจกบุคคลคนเดียวหรือบุคคลอื่นใน ฐานะที่เป็นสมาชิกของสังคมใดสังคมหนึ่งก็ได้ คำว่าสังคมในที่นี้อาจถูกจำกัดความโดยอาศัยความเชื่อ

<sup>223</sup> Human Rights Committee, *General Comment 34* (CCPR/C/GC/34), 12 September 2011.

<sup>224</sup> *Korneenko et al. v. Belarus*, Communication No. 1553/2007, Views adopted on 31 October 2006.

<sup>225</sup> Human Rights Committee, *General Comment 34* (CCPR/C/GC/34), 12 September 2011., para 28.

ทางศาสนาหรือเผ่าพันธุ์กำเนิดมาเป็นตัวแบ่งก็ได้<sup>226</sup> ยกตัวอย่างเช่น ในคดี *Ross v. Canada* ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจึงเห็นว่าข้อจำกัดสิทธิของ Ross มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลที่มีความเชื่อแบบยิว<sup>227</sup> และคดี *Faurisson v. France* ซึ่งมีการอ้างถึงในคดี *Ross* เช่นกัน โดยในคดีนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนวินิจฉัยว่ามาตรการทางกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสชอบด้วยกฎหมายโดยมีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองสิทธิของสังคมนายยิวโดยรวม

### คดี *Faurisson v. France*<sup>228</sup>

คดีนี้ คือ นาย Faurisson ผู้ร้องเป็นศาสตราจารย์ด้านวรรณคดีอยู่ที่มหาวิทยาลัยซอร์บอนน์ ในปารีสจนถึงปี 1973 และมหาวิทยาลัยียงจนถึงปี 1991 ในขณะที่ถูกถอดออกจากตำแหน่ง เขาให้ความสนใจกับเรื่องการสังหารหมู่ (Holocaust) ในสงครามโลกครั้งที่สองและสืบค้นพยานหลักฐานเกี่ยวกับวิธีการสังหารโดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้แก๊สทำให้ขาดอากาศหายใจตายและตั้งข้อสงสัยถึงการมีอยู่จริงของห้องรมแก๊สที่ใช้ในการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่เอาชวิทซ์ (Auschwitz) และที่ค่ายกักกันอื่นๆ ของนาซี ความคิดเห็นของ Faurisson ถูกปฏิเสธในวารสารวิชาการหลายๆ ฉบับและถูกเยาะเย้ยในหนังสือพิมพ์รายวันที่มีชื่อในฝรั่งเศส อย่างไรก็ตามเขาก็ยังคงตั้งคำถามเกี่ยวกับการมีอยู่ของห้องรมแก๊สต่อไปทำให้เขาตกเป็นเป้าหมายของการขู่ฆ่าหลายครั้งและถูกทำร้ายร่างกายแปดครั้งโดยหนึ่งในนั้น คือ ปี 1989 ที่เขาอ้างว่าได้รับบาดเจ็บสาหัสรวมถึงกรามหักต้องเข้ารักษาตัวในโรงพยาบาล เขาอ้างว่าถึงแม้ว่าทางการจะทราบถึงการทำร้ายร่างกายเหล่านี้ แต่กลับไม่มีการสอบสวนอย่างจริงจังและไม่มีการจับตัวผู้กระทำความผิดหรือการดำเนินคดีในสักคดีเดียว และศาลฝรั่งเศสยังสั่งให้ยกฟ้องจำเลยคนหนึ่ง

ในปี 1990 รัฐบาลฝรั่งเศสออกรัฐบัญญัติที่เรียกว่า Gayssot Act เพื่อแก้ไขกฎหมายว่าด้วยเสรีภาพของสื่อมวลชนปี 1881 โดยเพิ่มข้อ 24 ทวิ เข้าไป ข้อบทดังกล่าวบัญญัติให้การคัดค้านการเกิดขึ้นของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) ตามที่นิยามไว้ในกฎบัตรลอนดอน (London Charter) วันที่ 8 สิงหาคม 1945 อันเป็นมูลความผิดที่ผู้นำนาซีถูกดำเนินคดีและ

<sup>226</sup> Human Right Committee, *Concluding observations on Austria* (CCPR/C/AUT/CO/4); *Concluding observations on Israel* (CCPR/CO/78/ISR).

<sup>227</sup> *Ross v Canada*, Communication No 736/1997, Views adopted on 18 October 2000, para 11.5:

“ (...) In view of the findings as to the nature and effect of the author’s public statements, the Committee concludes that the restrictions imposed on him were for the purpose of protecting the “rights or reputations” of persons of Jewish faith, including the right to have an education in the public school system free from bias, prejudice and intolerance.”

<sup>228</sup> *Faurisson v France*, Communication No 550/1993, Views adopted on 8 November 1996.

ตัดสินว่ามีความผิดจริงโดยคณะตุลาการทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก (International Military Tribunal at Nuremberg) ในระหว่างปี 1945-1946 เป็นความผิดทางอาญา

ภายหลังจากกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้ไม่นาน Faurisson ให้สัมภาษณ์กับนิตยสาร *Le Choc du Mois* ในฝรั่งเศสซึ่งตีพิมพ์บทสัมภาษณ์ดังกล่าวในฉบับที่ 32 เดือนกันยายนปี 1990 นอกจากจะแสดงออกซึ่งความเป็นห่วงว่ากฎหมายใหม่จะคุกคามต่อเสรีภาพในการทำงานวิจัยและเสรีภาพแห่งการแสดงออกแล้ว เขายังย้ำถึงความเชื่ออย่างแรงกล้าของเขาว่าไม่เคยมีการใช้ห้องรมแก๊สสำหรับการสังหารชาวยิวในค่ายกักกันของนาซี ภายหลังจากการตีพิมพ์บทสัมภาษณ์ดังกล่าว สมาคมกองกำลังต่อต้านนาซีในฝรั่งเศสและผู้ที่เคยถูกเนรเทศไปยังค่ายกักกันของนาซีรวมสิบเอ็ดสมาคมยื่นฟ้องนาย Faurisson และนาย Patrice Boizeau บรรณาธิการของนิตยสาร *Le Choc du Mois* เป็นคดีอาญา ศาลพิพากษาเมื่อวันที่ 18 เมษายน 1991 ว่านาย Faurisson และ Boizeau มีความผิดฐานคัดค้านอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (“*contestation de crimes contre l’humanite*”) จริงให้ลงโทษปรับเป็นเงิน 326,832 ฟรังก์ฝรั่งเศส ทั้งคู่อุทธรณ์ แต่ศาลอุทธรณ์พิพากษายืนตามศาลชั้นต้น

ผู้ร้องนาย Faurisson ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนว่า ประการแรก กฎหมาย Gayssot Act นั้นจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกและเสรีภาพในทางวิชาการของเขาและเห็นว่ากฎหมายนั้นมุ่งเป้าหมายที่เขาโดยเฉพาะ เขาร้องเรียนว่าบทบัญญัติอันมีโทษทางอาญาดังกล่าวก่อให้เกิดการเซ็นเซอร์ การขัดขวาง และการเอาผิดทางอาญาที่ยอมรับไม่ได้กับการค้นคว้าวิจัยในด้านประวัติศาสตร์

ประการที่สอง กระบวนพิจารณาในศาล นาย Faurisson ร้องเรียนเกี่ยวกับความเป็นกลางของศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในชั้นอุทธรณ์ว่าผู้พิพากษาหัวหน้าองค์คณะเป็นหน้าหนีจากเขาตลอดการให้การของเขาและไม่อนุญาตให้เขานำเสนอเอกสารใดๆ ในศาล แม้กระทั่งข้อความที่ตัดตอนมาจากคำพิพากษาของศาลที่นูเรมเบิร์กซึ่งเขาได้ใช้เป็นข้อต่อสู้สำคัญในศาล

ประการที่สาม คดีของเขากับคดีของนาย Boizeau บรรณาธิการนิตยสาร *Le Choc du Mois* ถูกแยกฟ้องเป็นคนละคดีโดยองค์กรคนละองค์กร แต่มูลคดีสืบเนื่องจากเหตุการณ์เดียวกัน คือ คำให้สัมภาษณ์ในเดือนกันยายน 1990 ซึ่งในขณะที่ผู้ร้องกำลังติดต่อร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (2 มกราคม 1993) คดีทั้งสองศาลกำหนดนัดพิจารณาคดีในเดือนมิถุนายน 1993 การดำเนินคดีดังกล่าวจึงขัดต่อหลักการไม่พิจารณาลงโทษซ้ำในการกระทำเดียวกัน (หลัก *ne bis in idem*)

ประการสุดท้าย ผู้ร้องร้องเรียนว่าเขายังคงตกเป็นเป้าของการคุกคามและการทำร้ายร่างกายถึงขนาดที่ทำให้ชีวิตเขาตกอยู่ในอันตรายโดยอ้างว่าถูกทำร้ายร่างกายโดยพลเมืองฝรั่งเศสเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 1993 ที่กรุงสตอกโฮล์ม และอีกครั้งเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 1993 ที่กรุงปารีส

ฝรั่งเศสต่อสู้ว่าข้อร้องเรียนของผู้ร้องในประเด็นเรื่องการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกว่าไม่มีมูลเพราะ ประการแรก ข้อ 5 วรรค 1 ของกติการะหว่างประเทศฯ อนุญาตให้รัฐภาคีปฏิเสธมิให้กลุ่มหรือบุคคลใดได้สิทธิที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับกิจกรรมหรือการกระทำใดอันมีจุดมุ่งหมายในการทำลายสิทธิและเสรีภาพประการใดที่รับรองไว้ในกติกาฯนี้ ฝรั่งเศสต่อสู้ว่าข้อบทดังกล่าวมีส่วนคล้ายคลึงกับข้อ 17 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และคดี *Glimmerveen and Hagenbeek v. The Netherlands*<sup>229</sup> ซึ่งตัดสินโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Commission of Human Rights) ในประเด็นข้อ 17 ของอนุสัญญายุโรปฯ มีข้อเท็จจริงคล้ายกับคดีนี้ ดังนั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจึงควรที่จะนำเหตุผลในคำตัดสิน (*ratio decidendi*) ในคดีดังกล่าวมาปรับใช้ในคดีนี้ ทั้งนี้ ในคดีดังกล่าว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปตัดสินว่าผู้ร้องซึ่งถูกรัฐภาคีดำเนินคดีฐานมีแผนพัวพันอันมีเนื้อหาช่วยุให้เกิดความเกลียดชังในเผ่าพันธุ์และอ้างสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกไม่สามารถอ้างข้อ 10 ของอนุสัญญา (ซึ่งมีเนื้อหาตรงกับข้อ 19 ของกติการะหว่างประเทศฯ) ได้ด้วยเหตุที่การอ้างสิทธิดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิเพื่อที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับกิจกรรมอันขัดต่อข้อบทและจิตวิญญาณของอนุสัญญายุโรปฯ

ฝรั่งเศสต่อสู้ว่าการกระทำของนาย Faurisson ผู้ร้องเป็น “กิจกรรมใด” ตามข้อ 5 วรรค 1 ของกติการะหว่างประเทศฯ มีองค์ประกอบของการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติซึ่งขัดต่อกติการะหว่างประเทศฯ และตราสารสิทธิมนุษยชนฉบับอื่น อีกทั้งยังเป็นการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ซึ่งช่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรงตามข้อ 20 วรรค 2 ของกติการะหว่างประเทศฯ

นอกจากนี้ ฝรั่งเศสยังต่อสู้ว่าสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกดังกล่าวภายใต้ข้อ 19 ของกติการะหว่างประเทศฯ เป็นสิทธิที่มีข้อจำกัด กล่าวคือ ข้อ 19 วรรค 3 และกฎหมาย Gayssot Act ก็ถูกบัญญัติขึ้นภายใต้หลักการที่วางไว้ในข้อ 19 ของกติการะหว่างประเทศฯ อีกทั้ง ประเด็นนี้ได้รับการยืนยันโดยศาลรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศสในคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 10 และ 11 ตุลาคม 1984<sup>230</sup> ฝรั่งเศสต่อสู้ว่าฐานความผิดซึ่งผู้ร้องถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย Gayssot Act นี้มีการจำกัดความที่ชัดเจนแน่นอนและตั้งอยู่บนองค์ประกอบความผิดที่เป็นภาวะวิสัย โดยอ้างถึงคดี *X. v. Federal Republic of Germany*<sup>231</sup> ซึ่งเกี่ยวกับการตีความข้อ 10 ของอนุสัญญายุโรปฯ และมีข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกับคดีนี้เช่นกัน ในคดีดังกล่าว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนตัดสินว่าการ

<sup>229</sup> *Glimmerveen and Hagenbeek v. The Netherlands*, Cases Nos. 8348/78 and 8406/78, declared inadmissible on 11 October 1979.

<sup>230</sup> No. 84-181 D.C. of 10 and 11 October 1984, Rec. p. 78.

<sup>231</sup> *X. v. Federal Republic of Germany*, Case No. 9235/81, declared inadmissible on 16 July 1982.



ดำเนินคดีกับการแสดงและการจำหน่ายแผ่นพับโฆษณาที่กล่าวอ้างว่าการสังหารชาวยิวหลายล้านคน ช่วงสงครามโลกครั้งที่สองเป็นเรื่องลวงโลกของขบวนการไซออนิสต์ (Zionist) มิใช่การใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือโดยปราศจากเหตุผลที่จะพิจารณาว่าผู้ร้องได้กระทำการโจมตีโดยการหมิ่นประมาทต่อชุมชนชาวยิวและต่อสมาชิกทุกคนในชุมชนนั้น

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนวินิจฉัยว่าข้อจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกต้องเป็นไปตามเงื่อนไข กล่าวคือ ข้อจำกัดนั้นต้องกระทำโดยกฎหมาย ต้องมีจุดมุ่งหมายอย่างใดอย่างหนึ่งดังที่บัญญัติไว้ในข้อ 19 วรรค 3 (a) และ (b) และข้อจำกัดนั้นต้องมีความจำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมาย

คณะกรรมการฯ ตัดสินว่า ข้อจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของผู้ร้องกระทำโดยกฎหมาย กล่าวคือ รัฐบัญญัติแห่งวันที่ 13 กรกฎาคม 1990 หรือ Gayssot Act ศาลพิพากษาลงโทษผู้ร้องด้วยเหตุว่าผู้ร้องละเมิดสิทธิและชื่อเสียงของผู้อื่นจากข้อความที่ว่า “ข้าพเจ้ามีเหตุผลอันยอดเยี่ยมที่จะไม่เชื่อในเรื่องการสังหารชาวยิวหรือในเรื่องห้องรมแก๊ส” และ “ข้าพเจ้าประสงค์จะเห็นว่าพลเมืองฝรั่งเศสทุกคนตระหนักว่าเรื่องห้องรมแก๊สเป็นเรื่องหลอกลวงโดยไม่สุจริต” (“...I have excellent reasons not to believe in the policy of extermination of Jews or in the magic gas chambers ... I wish to see that 100 percent of the French citizens realize that the myth of the gas chambers is a dishonest fabrication.”) ดังนั้น คณะกรรมการฯ จึงเห็นว่ากฎหมาย Gayssot Act ซึ่งได้ถูกตีความและปรับใช้กับคดีของผู้ร้องโดยศาลฝรั่งเศสนั้นปฏิบัติตามบทบัญญัติของกติการะหว่างประเทศฯ

สุดท้าย คณะกรรมการฯ รับฟังว่าฝรั่งเศสได้เสนอกฎหมาย Gayssot Act เพื่อต่อสู้กับลัทธิเหยียดเชื้อชาติและลัทธิต่อต้านยิว โดยรับฟังได้ว่าสมาชิกรัฐบาลฝรั่งเศสซึ่งต่อมาเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมได้แถลงว่าการปฏิเสธการเกิดขึ้นของการสังหารหมู่ชาวยิวเป็นกลไกหลักของลัทธิต่อต้านยิว เมื่อปราศจากหลักฐานอื่นของผู้ร้องมาหักล้าง คณะกรรมการฯ จึงเห็นว่าการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของนาย Faurisson ผู้ร้องมีความจำเป็นภายใต้ความหมายของข้อ 19 วรรค 3 ของกติการะหว่างประเทศฯ<sup>232</sup>

<sup>232</sup> *Faurisson v France*, Communication No 550/1993, Views adopted on 8 November 1996, para 9.7:

“ (...) It also noted the statement of a member of the French Government, the then Minister of Justice, which characterized the denial of the existence of the Holocaust as the principal vehicle for anti-semitism. In the absence in the material before it of any argument undermining the validity of the State party’s position as to the necessity of the restriction, the Committee is satisfied that the restriction of Mr. Faurisson’s freedom of expression was necessary within the meaning of article 19, paragraph 3, of the Covenant.”

สำหรับในประเด็นรูปแบบของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเคยวินิจฉัยไว้ในคดี *J.R.T. and the W.G. Party v. Canada* ว่าการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ซึ่งช่วยทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรงอาจกระทำโดยการเผยแพร่ผ่านระบบโทรศัพท์ก็ได้

### คดี *J.R.T. and the W.G. Party v. Canada*<sup>233</sup>

คดีนี้ นาย T. และพรรค W. G. ซึ่งเป็นพรรคการเมืองในประเทศแคนาดา ร้องต่อว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนว่า ถูกหน่วยงานรัฐบาลแคนาดา ละเมิดสิทธิที่จะมีความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซงตามข้อ 19 (1) และสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก รวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับ และเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดทุกประเภทโดยอาศัยสื่อตามที่ตนเลือกตามข้อ 19 (2) ของ ICCPR

W. G. เป็นพรรคการเมืองในนครโทรอนโต รัฐออนแทรีโอ ประเทศแคนาดา ถูกก่อตั้งขึ้นในเดือนกุมภาพันธ์ 1972 พรรคและนาย T. หัวหน้าพรรคพยายามอยู่หลายปีที่จะดึงดูดสมาชิกพรรคและโฆษณา นโยบายของพรรคผ่านการใช้ข้อความที่อัดลงเทปซึ่งบันทึกโดยนาย T. และเชื่อมต่อกับระบบโทรศัพท์ในนครโทรอนโต โดยบุคคลทั่วไปสามารถรับฟังข้อความของพรรคได้หากต่อสายไปยังหมายเลขที่เกี่ยวข้อง ข้อความมีการเปลี่ยนแปลงไปเรื่อยๆ แต่เนื้อหาเป็นอย่างเดียวกัน คือ เพื่อเตือนผู้ใช้โทรศัพท์ถึงอันตรายของการเงินระหว่างประเทศและชาวยิวที่นำโลกเข้าสู่สงคราม ภาวะตกงาน และเงินเฟ้อ และการล่มสลายของคุณค่าและหลักการต่างๆ ในโลก

บริการโทรศัพท์ของพรรค W. G. และนาย T. ถูกกล่าวหาว่า ละเมิดต่อ มาตรา 13 ของพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนของประเทศแคนาดา หรือ Human Rights Act ปี 1978 ซึ่งบัญญัติห้ามการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ (discriminatory practice) โดยการสื่อสารผ่านโทรศัพท์ เพื่อให้บุคคลคนหนึ่งหรือหลายคนถูกเกลียดชังหรือถูกดูหมิ่นด้วยเหตุที่บุคคลเหล่านั้นถูกจำแนกออกบนพื้นฐานของเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายห้ามไว้ (a prohibited ground of discrimination)<sup>234</sup> และถูกระงับไป

<sup>233</sup> *J. R. T. and W. G. Party v. Canada*, Communication No. 104/1981, 6 April 1983.

<sup>234</sup> Canadian Human Rights Act, Section 13 (1):

“It is a discriminatory practice for a person or a group of persons acting in concert to communicate telephonically or to cause to be so communicated, repeatedly, in whole or in part by means of the facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament, any matter that is likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that the person or those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination.”

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนประเทศแคนาดาจึงเริ่มต้นการพิจารณาคำร้องเรียนและสั่งให้มีการแต่งตั้งคณะตุลาการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Tribunal) เพื่อไต่สวนคำร้องและวินิจฉัยว่า ข้อความทางโทรศัพท์ของพรรค W. G. และนาย T. ว่าน่าจะก่อให้เกิดบุคคลอื่นถูกเกลียดชังหรือถูกดูหมิ่นเพราะเหตุความแตกต่างทางด้านเชื้อชาติและศาสนาหรือไม่ ภายหลังจากไต่สวน คณะตุลาการวินิจฉัยว่าถึงแม้ข้อความบางส่วนจะไม่ก่ออันตรายแก่ผู้อื่น แต่เนื้อหาส่วนใหญ่ซึ่งพรรค W. G. และนาย T. ได้สื่อสารออกไปนั้นน่าจะก่อให้เกิดบุคคลอื่นถูกเกลียดชังหรือถูกดูหมิ่นด้วยเหตุที่บุคคลนั้นมีความแตกต่างทางด้านเชื้อชาติหรือศาสนา โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อความที่ระบุชื่อตัวบุคคลอย่างเฉพาะเจาะจง คณะตุลาการจึงตัดสินว่าคำร้องของผู้ร้องมีมูลและสั่งให้พรรค W. G. และนาย T. ยุติการใช้โทรศัพท์เพื่อสื่อสารเนื้อหาในข้อความทางโทรศัพท์ตามที่มีการร้องเรียน นาย T. อุทธรณ์คำตัดสินดังกล่าว

ก่อนการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนพบข้อความจากบริการทางโทรศัพท์ของพรรค W. G. อีกมีเนื้อความว่า “เราถูกปฏิเสธสิทธิในการเปิดเผยเชื้อชาติและศาสนาของบุคคลบางกลุ่ม โดยไม่คำนึงถึงความผิดของบุคคลเหล่านั้นในการบ่อนทำลายประเทศแคนาดา” และกล่าวเสริมอีกว่า “บุคคลที่ไม่เชื่อว่ามีชนกลุ่มน้อยเชื้อชาติและศาสนาบางกลุ่มที่มีอิทธิพลต่อการทุจริตต่อวิถีชีวิตแบบชาวคริสต์ของเราจะไม่มีวันเข้าใจพื้นฐานง่าย ๆ ของวิถีชีวิตของเรา” คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจึงได้ส่งหนังสือเตือนถึงนาย T. เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม 1979 ว่าหากเขาไม่ลบข้อความดังกล่าวออกไปภายในวันที่ 10 ตุลาคม 1979 คณะกรรมการจะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐบาลกลาง (Federal Court) ให้ออกคำสั่งบังคับคำสั่งของคณะตุลาการ นาย T. ตอบว่าจะทำการเปลี่ยนแปลงข้อความ อย่างไรก็ตามนาย T. และพรรค W. G. ยังคงใช้ข้อความดังกล่าวต่อไปโดยฝ่าฝืนต่อคำสั่งของคณะตุลาการสิทธิมนุษยชน พรรค W. G. และนาย T. จึงถูกดำเนินคดีฐานละเมิดอำนาจศาลด้วยอีกคดีหนึ่ง

นาย T. และพรรค W. G. จึงทำการติดต่อร้องเรียนมายังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนภายใต้กติการะหว่างประเทศฯ ร้องเรียนว่า ประการแรก การดำเนินคดีภายใต้มาตรา 13 ของพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ประเทศแคนาดาละเมิดต่อข้อ 19 เช่นเดียวกับข้อ 2 และ 26 ของกติการะหว่างประเทศฯ ประการที่สอง การบังคับใช้มาตรา 7 ของ กฎหมายว่าด้วยการไปรษณีย์ หรือ Post Office Act ของประเทศแคนาดาที่ห้ามนาย T. และพวกใช้ระบบไปรษณีย์ของแคนาดา คำสั่งห้าม (prohibitory order) ดังกล่าวกว้างมากจนรวมถึงห้ามจดหมายทั้งหมดที่ส่งถึงนาย T. และพรรค W. G. เป็นเวลาต่อเนื่อง 17 ปี รวมถึงเวลาที่นาย T. ต้องโทษจำคุกด้วยเป็นการใช้อำนาจแทรกแซงตามอำเภอใจอันเป็นการละเมิดต่อข้อ 19 ของกติการะหว่างประเทศฯ และเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังเพราะเป็นการปฏิเสธสิทธิพิเศษของผู้ต้องขังในเรื่องไปรษณีย์ที่ผู้ต้องขังทุกคนได้รับ ประเทศแคนาดาต่อสู้ว่ามาตรา 13 ของ พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนไม่ได้

ละเมิดต่อกติการะหว่างประเทศฯ แต่เป็นการอนุวัติการข้อ 20 (2) ของกติการะหว่างประเทศฯ เช่นเดียวกับมาตรา 7 ของ กฎหมายว่าด้วยการไปรษณีย์และต่อสู่ว่าผู้ร้องมิได้ใช้กระบวนการเยียวยา ทั้งปวงที่มีอยู่ภายในประเทศจนหมดสิ้นแล้ว

แม้คดีนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจะสั่งไม่รับข้อร้องเรียนเพราะพรรค W. G. มิใช่บุคคล (individual) แต่เป็นสมาคมซึ่งไม่สามารถติดต่อร้องเรียนภายใต้พิธีสารเลือกรับฉบับที่ 1 แต่ก็ได้ วินิจฉัยในเนื้อหาบางส่วนว่าความคิดเห็นที่นาย T. ได้พยายามเผยแพร่ผ่านระบบโทรศัพท์นั้นเป็นการ สนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในเผ่าพันธุ์และศาสนาซึ่งประเทศแคนาดา มีพันธกรณีภายใต้ข้อ 20 (2) ของกติการะหว่างประเทศฯ ที่จะต้องห้ามการกระทำดังกล่าวตามกฎหมาย ดังนั้น ข้อร้องเรียนของผู้ ร้องจึงขัดต่อกติการะหว่างประเทศฯ ตามข้อ 3 ของพิธีสารเลือกรับฉบับที่ 1 ขณะที่คณะกรรมการฯ ก็ยอมรับว่าคำสั่งห้าม (prohibitory order) ที่รัฐบาลแคนาดาบังคับใช้ตามกฎหมายว่าด้วยการ ไปรษณีย์ในการห้ามการรับและส่งไปรษณีย์ทั้งหมดก่อให้เกิดคำถามเกี่ยวกับความสอดคล้องของคำสั่ง ห้ามกับข้อ 17 (สิทธิที่จะไม่ถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัว) และข้อ 19 (สิทธิในเสรีภาพแห่งการ แสดงออก) ของกติการะหว่างประเทศฯ อย่างไรก็ตามข้อร้องเรียนของผู้ร้องในส่วนนี้ตกไปโดยผลของ ข้อ 5 (2) (b) ของพิธีสารเลือกรับฉบับที่ 1 เนื่องจากนาย T. มิได้โต้แย้งคัดค้านความชอบด้วย กฎหมายของคำสั่งดังกล่าวในชั้นศาล และคำสั่งดังกล่าวอาจขอเพิกถอนได้แต่นาย T. มิได้ดำเนินการ เพื่อขอเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว ดังนั้น นาย T. จึงมิได้ใช้กระบวนการเยียวยาทั้งปวงที่มีอยู่ ภายในประเทศจนหมดสิ้น<sup>235</sup>

### 3.1.2.2.2 แนวทางการวินิจฉัยตีความของคณะกรรมการว่าด้วยการ จัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ

ความแตกต่างของเงื่อนไขในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังภายใต้อนุสัญญา CERD กับกติกา ICCPR ประการหนึ่ง คือ อนุสัญญา CERD ไม่มีบทบัญญัติที่ให้สิทธิและกำหนด เงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดเสรีภาพแห่งการแสดงออกดังเช่นกติกา ICCPR คำถามจึงเกิดขึ้นว่าการ จำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังภายใต้อนุสัญญา CERD ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขใดในลักษณะที่ เป็นการถ่วงดุลระหว่างสิทธิที่ขัดกัน (balancing of rights) ดังเช่นกติกา ICCPR หรือไม่ ในประเด็นนี้ มีตัวอย่างการวินิจฉัยตีความ คือ คดี *The Jewish Community of Oslo et al v. Norway* ซึ่ง คณะกรรมการ CERD มีความเห็นว่าสุนทรพจน์ที่เผยแพร่ความคิดต่อต้านยิว (anti-Semitic) มี ลักษณะเป็นการโจมตีบุคคลอื่นโดยเฉพาะหรือเป็นพิเศษจึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามหลักเสรีภาพใน การพูด

<sup>235</sup> *J. R. T. and W. G. Party v. Canada*, Communication No. 104/1981, 6 April 1983, para 8 (a)-(c).

คดี *The Jewish Community of Oslo et al v. Norway*<sup>236</sup>

คดีนี้ผู้ร้องเป็นตัวแทนชุมชนชาวยิวในกรุงออสโล ชุมชนชาวยิวในเมืองทรอนด์เฮม ประเทศนอร์เวย์ และตัวแทนศูนย์ต่อต้านการเหยียดเชื้อชาตินอร์เวย์ (Norwegian Antiracist Centre-NAC) เมื่อวันที่ 19 สิงหาคม ปี 2000 กลุ่มที่เรียกว่า Bootboys เข้าร่วมในการเดินขบวนในเมืองออสโล ใกล้กับกรุงออสโลเพื่อรำลึกถึงผู้นำนาซีคนหนึ่ง คือ Rudolf Hess การเดินขบวนนำโดยนาย Sjolie ซึ่งได้กล่าวสุนทรพจน์เพื่อรำลึกถึง Rudolf Hess ในงานดังกล่าว ผู้ร้องร้องต่อคณะกรรมการ CERD ว่าการเดินขบวนดังกล่าวส่งผลให้เกิดการก่อตัวของสาขาของกลุ่ม Bootboys ใกล้กับเมืองคริสเตียนแซนด์และทำให้เกิดความรุนแรงต่อประชากรผิวดำและกลุ่มการเมืองฝ่ายตรงข้ามในเมืองดังกล่าว ตลอด 12 เดือนต่อมา ขณะเดียวกันการเดินขบวนดังกล่าวก็ทำให้กลุ่ม Bootboys ในกรุงออสโลเกิดความฮึกเหิมและทำให้มีกิจกรรมของนาซีเพิ่มขึ้นและเกิดเหตุรุนแรงขึ้นหลายครั้ง รวมถึงการฆาตกรรมเด็กชายอายุ 15 ปีซึ่งเป็นลูกครึ่งกานา-นอร์เวย์เมื่อวันที่ 26 มกราคม 2001 โดยสมาชิกกลุ่ม Bootboys 3 คนถูกดำเนินคดีและตัดสินว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับเหตุฆาตกรรม หนึ่งในสามถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยมีมูลเหตุจูงใจมาจากเรื่องเชื้อชาติ ผู้ร้องอ้างว่าสองในสามของฆาตกรเข้าร่วมในการเดินขบวนดังกล่าวด้วย

ทั้งนี้ มีกลุ่มผู้ที่เห็นเหตุการณ์การเดินขบวนได้ร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานตำรวจและอัยการกรุงออสโลได้สั่งฟ้องต่อนาย Sjolie ในข้อหาละเมิดมาตรา 135a ประมวลกฎหมายอาญาประเทศนอร์เวย์ ซึ่งห้ามบุคคลจากการข่มขู่ คุกคาม หรือทำให้ผู้อื่นหรือกลุ่มบุคคลใดถูกเกลียดชัง ถูกข่มเหง หรือถูกดูถูกเหยียดหยามอันเนื่องมาจากลัทธิความเชื่อ เชื้อชาติ สีผิว ชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์กำเนิดของคนเหล่านั้นซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปีหรือโทษปรับ

ในชั้นฎีกา ศาลฎีกาพิพากษาโดยคะแนนเสียง 11 ต่อ 6 ให้ยกฟ้องนาย Sjolie โดยศาลเห็นว่า การลงโทษความเห็นพ้องกับนาซีมีผลเป็นการห้ามการรวมกลุ่มของนาซีด้วยซึ่งศาลเห็นว่าส่งผลกระทบต่อไกลเกินไปและไม่สอดคล้องกับสิทธิในเสรีภาพแห่งการพูดซึ่งมาตรา 100 ของรัฐธรรมนูญนอร์เวย์รับรอง อีกทั้งยังเห็นว่าสุนทรพจน์ของนาย Sjolie มีลักษณะเพียงโน้มน้าวให้คนคล้อยตามลัทธินาซีเท่านั้นและไม่ได้แสดงออกซึ่งสิ่งใดมากไปกว่าการสนับสนุนความคิดแบบชาติสังคมนิยม (National Socialist) หรือนาซี ไม่ได้มีผลเป็นความเห็นชอบด้วยกับการสังหารชาวยิวในระหว่างสงครามโลกครั้งที่สองและตัดสินว่าไม่มีส่วนใดในคำพูดที่เชื่อมโยง Rudolf Hess กับการสังหารหมู่ชาวยิวโดยเฉพาะโดยศาลตั้งข้อสังเกตว่าสมาชิกนาซีหลายคนไม่เห็นด้วยกับการสังหารชาวยิวและก็ไม่ปรากฏในคำพูดว่านาย Sjolie เห็นด้วยกับการสังหารชาวยิวหรือไม่ เสียงข้างมากในศาลจึงเห็นว่า

<sup>236</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Jewish Community of Oslo et al. v Norway*, Communication No. 30/2003, 15 August 2005.

สุนทรพจน์ของนาย Sjolie เป็นเพียงคำพูดในเชิงโจมตีและทำให้เสื่อมเสีย แต่ไม่ได้มีลักษณะที่คุกคามตามฟ้อง

ผู้ร้องจึงร้องเรียนต่อคณะกรรมการ CERD โดยอ้างว่าตกเป็นเหยื่อของการละเมิดต่อข้อ 4 และ 6 ของอนุสัญญา CERD อันเป็นผลจากคำพิพากษาศาลฎีกาประเทศนอร์เวย์ที่ทำให้พวกเขาไม่ได้รับความคุ้มครองจากการเผยแพร่ความคิดของการเลือกปฏิบัติหรือความเกลียดชังในทางเชื้อชาติ ตลอดจนการยั่วยุให้เกิดการกระทำดังกล่าวจากการเดินขบวนเมื่อวันที่ 19 สิงหาคม 2000 และพวกเขาก็ไม่ได้รับการเยียวยาจากการกระทำดังกล่าวดังที่อนุสัญญาได้ระบุไว้ โดยอ้างว่าผลของคำพิพากษาดังกล่าวจะกลายเป็นคดีบรรทัดฐานที่ทำให้การดำเนินคดีกับการโฆษณาชวนเชื่อและพฤติกรรมของนาซีเป็นไปได้อีกต่อไป

ในการพิจารณาคดี รัฐบาลนอร์เวย์ต่อสู้ว่าคณะกรรมการควรที่จะให้ความเคารพต่อคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดี Sjolie ซึ่งศาลได้วินิจฉัยคดีอย่างละเอียดถี่ถ้วนแล้วและรัฐภาคีก็ควรมีดุลพินิจในการสร้างสมดุลระหว่างการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญากับหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิในเสรีภาพแห่งการพูดซึ่งคณะกรรมการ CERD ยอมรับในข้อดังกล่าวแต่เห็นว่าคณะกรรมการยังคงมีความรับผิดชอบในการทำให้เกิดความสอดคล้องในการตีความบทบัญญัติข้อ 4 ของอนุสัญญาดังที่คณะกรรมการได้ระบุไว้ในความเห็นทั่วไปฉบับที่ 15 คณะกรรมการเห็นว่าในคดีนี้มีประเด็นต้องวินิจฉัยสองประเด็น คือ สุนทรพจน์ของนาย Sjolie เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของคำพูดอย่างเหมาะสมแล้วเป็นคำพูดที่ถูกห้ามโดยข้อ 4 ของอนุสัญญาหรือไม่ และหากใช่ คำพูดดังกล่าวได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นเสรีภาพในการพูดตามเงื่อนไขที่ต้องคำนึงถึงหลักการที่ปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติและสิทธิต่าง ๆ ที่ได้ระบุในข้อ 5 ของอนุสัญญานี้หรือเงื่อนไข due regard ที่ระบุไว้ในข้อ 4 หรือไม่

คณะกรรมการระบุว่า ส่วนหนึ่งของสุนทรพจน์ของนาย Sjolie ได้กล่าวว่า “ประชาชนและประเทศของเขากำลังถูกปล้นและทำลายโดยชาวยิวผู้ดูดเอาความมั่งคั่งของประเทศไปจนหมดและแทนที่สิ่งเหล่านั้นด้วยความคิดที่ไร้ศีลธรรมและไม่มีความเป็นนอร์เวย์” (“people and country are being plundered and destroyed by Jews, who suck our country empty of wealth and replace it with immoral and un-Norwegian thoughts’.) นาย Sjolie ไม่เพียงแต่อ้างถึง Rudolf Hess เท่านั้น แต่ยังกล่าวถึง Adolf Hitler และหลักการของพวกเขาอีกด้วย โดยนาย Sjolie กล่าวว่าเขาและกลุ่มของเขาจะ “ดำเนินตามรอยเท้าและต่อสู้เพื่อสิ่งที่พวกเขาเชื่อ” (“follow in their footsteps and fight for what (we) believe in’.) ซึ่งคณะกรรมการ CERD เห็นว่าถ้อยคำดังกล่าวแสดงออกซึ่งความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติหรือความเกลียดชังการปกป้อง Hitler และหลักการของเขา และคำว่า “รอยเท้า” (“footsteps’) ในมุมมองของ

คณะกรรมการจะต้องถือว่าเป็นการช่วยอย่างน้อยที่สุดให้เกิดการเลือกปฏิบัติในทางเชื้อชาติถ้าไม่ใช่ให้เกิดความรุนแรง

ในส่วนของเงื่อนไข due regard ตามข้อ 4 ของอนุสัญญา CERD นั้น คณะกรรมการเห็นว่าหลักเสรีภาพในการพูดได้รับความคุ้มครองที่ต่ำลงในคดีที่เกี่ยวกับการพูดที่เหยียดเชื้อชาติหรือมีเจตนาในทางเกลียดชังที่ตัดสินโดยกลไกระหว่างประเทศอื่นๆ และข้อเสนอแนะทั่วไปฉบับที่ 15 ของคณะกรรมการ CERD ระบุชัดเจนว่าการห้ามการเผยแพร่ความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติหรือความเกลียดชังนั้นสอดคล้องกับสิทธิในเสรีภาพแห่งความคิดเห็นและการแสดงออก คณะกรรมการระบุว่าเงื่อนไข due regard เกี่ยวข้องโดยทั่วไปกับหลักการที่อยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนทุกๆ หลักการ ไม่ใช่เพียงแค่เสรีภาพในการพูดเท่านั้น ดังนั้น การบทบาทที่จำกัดมากขึ้นแก่สิทธิในเสรีภาพแห่งการพูดในบริบทของข้อ 4 แห่งอนุสัญญา CERD จึงมิได้พรากไปซึ่งความหมายอันสำคัญของเงื่อนไข due regard แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากตราสารระหว่างประเทศทุกฉบับที่รับรองเสรีภาพแห่งการแสดงออกนั้นก็เปิดช่องให้มีการจำกัดการใช้สิทธิดังกล่าวในบางสถานการณ์ได้เช่นกัน คณะกรรมการจึงสรุปว่าสุนทรพจน์ของนาย Sjolie เนื่องจากมีลักษณะเป็นการโจมตีบุคคลอื่นโดยเฉพาะหรือเป็นพิเศษจึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามหลักเสรีภาพในการพูดตามเงื่อนไข due regard ของข้อ 4 แห่งอนุสัญญา และด้วยเหตุดังกล่าวการที่ศาลฎีกานอร์เวย์พิพากษายกฟ้องนาย Sjolie จึงละเมิดต่อพันธกรณีตามข้อ 4 ในการห้ามการเผยแพร่ความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติหรือความเกลียดชังและข้อ 6 ของอนุสัญญาในเรื่องการเยียวยาต่อเหยื่อที่ถูกละเมิด<sup>237</sup>

<sup>237</sup> Ibid., para 10.5:

“As to whether these statements are protected by the ‘due regard’ clause contained in article 4, the Committee notes that the principle of freedom of speech has been afforded a lower level of protection in cases of racist and hate speech dealt with by other international bodies, and that the Committee’s own General recommendation No 15 clearly states that the prohibition of all ideas based upon racial superiority or hatred is compatible with the right to freedom of opinion and expression. The Committee notes that the ‘due regard’ clause relates generally to all principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights, not only freedom of speech. Thus, to give the right to freedom of speech a more limited role in the context of article 4 does not deprive the due regard clause of significant meaning, all the more so since all international instruments that guarantee freedom of expression provide for the possibility, under certain circumstances, of limiting the exercise of this right. The Committee concludes that the statements of Mr. Sjolie, given that they were of exceptionally/manifestly offensive character, are not protected by the due regard clause, and that accordingly his acquittal by the Supreme Court of Norway gave rise to a violation of article 4, and consequently article 6, of the Convention.”

ในอีกคดีหนึ่ง คือ คดี *Kamal Quereshi v. Denmark* คณะกรรมการ CERD เห็นว่า รัฐมิได้ละเมิดพันธกรณีของอนุสัญญา CERD ในการลงโทษการเผยแพร่ความคิดบนพื้นฐานของความเกลียดชัง หากผู้พูด คือ นักการเมือง ถูกดำเนินคดีอาญาจากการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังที่กล่าวในการประชุมพรรคการเมืองซึ่งถ่ายทอดสดทางโทรทัศน์ไปแล้ว แต่ผู้ที่มีได้กล่าวคำพูดด้วยตัวเอง แต่มีส่วนเกี่ยวข้องกับ การเผยแพร่การพูด ในคดีนี้ คือ กรรมการบริหารพรรคการเมือง มิได้ถูกดำเนินคดีอาญาจากการพูดไปด้วย

### คดี *Kamal Quereshi v. Denmark*<sup>238</sup>

คดีนี้เกี่ยวข้องกับการกล่าวอ้างว่าเดนมาร์กละเมิดพันธกรณีข้อ 4 และข้อ 6 ของอนุสัญญา CERD จากการที่ตำรวจเดนมาร์กปฏิเสธที่จะสอบสวนกรณีที่มีการกล่าวหาว่ากรรมการบริหารพรรค Progressive ซึ่งเป็นพรรคการเมืองในเดนมาร์กแสดงความเห็นในเชิงเหยียดเชื้อชาติ

ผู้ร้องในคดีนี้ คือ Kamal Quereshi ซึ่งเป็นนักการเมืองเดนมาร์กเชื้อสายปากีสถานสังกัดพรรค Socialist Peoples ได้ร้องเรียนต่อ Documentation and Advisory Centre on Racial Discrimination (DRC) ในเดนมาร์กให้ดำเนินการร้องทุกข์ต่อตำรวจเดนมาร์กว่ากรรมการบริหารพรรค Progressive กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเดนมาร์ก รวมถึงความผิดตามมาตรา 266 (b) ฐานกล่าวคำพูดที่ทำให้กลุ่มคนถูกคุกคาม ดูหมิ่น หรือทำให้เสื่อมเสียอันเนื่องมาจากเชื้อชาติ สีผิว ชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด ศาสนา หรือเรื่องเพศ<sup>239</sup> จากการจัดการประชุมหาเสียงซึ่งตามกฎหมายเดนมาร์กต้องมีการถ่ายทอดสดผ่านทางโทรทัศน์ซึ่งมีผู้พูดหลายคนกล่าวคำพูดที่มีเนื้อหาเหยียดชาวมุสลิม

DRC ได้ดำเนินการร้องทุกข์ต่อตำรวจเมือง Thisted ซึ่งเป็นที่ตั้งสำนักงานใหญ่ของพรรค Progressive แต่ตำรวจปฏิเสธรับคำร้องทุกข์เนื่องจากมาตรา 266 (b) ไม่ใช่บังคับกับนิติบุคคล ดังนั้นทาง DRC จึงร้องทุกข์เพื่อดำเนินคดีกับกรรมการบริหารพรรคเป็นรายบุคคลไปโดยเมื่อวันที่ 11 ธันวาคม 2001 ได้ร้องทุกข์เพื่อดำเนินคดีกับนาง Andersen ซึ่งเป็นกรรมการบริหารพรรค

<sup>238</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Kamal Quereshi v Denmark*, Communication No. 27/2002.

<sup>239</sup> Denmark Criminal Code, Section 266 (b):

"(1) Any person who, publicly or with the intention of wider dissemination, makes a statement or imparts other information by which a group of people are threatened, insulted or degraded on account of their race, colour, national or ethnic origin, religion, or sexual inclination shall be liable to a fine or to imprisonment for any term not exceeding two years.

(2) When the sentence is meted out, the fact that the offence is in the nature of propaganda activities shall be considered an aggravating circumstance."



Progressive รายหนึ่งซึ่งเคยถูกดำเนินคดีในข้อหาเดียวกันมาก่อนจากการส่งโทรสารข่าวแจก (press release) ที่มีเนื้อหาเหยียดชาวมุสลิมสองครั้งก่อนหน้าการประชุม คือ เมื่อวันที่ 26 เมษายนและ 15 พฤษภาคมในปีเดียวกัน ในคำร้องทุกข์ DRC ได้กล่าวอ้างด้วยว่าพรรค Progressive ได้เปิดหลักสูตรเพื่อสอนสมาชิกพรรคให้หลีกเลี่ยงจากการถูกดำเนินคดีตามมาตรา 266 (b) อย่างไรด้วย

อย่างไรก็ตาม ในครั้งนี้ตำรวจเมือง Odense ปฏิเสธที่จะรับคำร้องทุกข์โดยเห็นว่าไม่มีหลักฐานที่สมเหตุสมผลในการสนับสนุนข้อกล่าวหาและเห็นว่าสมาชิกภาพของนักการเมืองไม่ได้ก่อให้เกิดฐานในการกล่าวอ้างว่านาง Andersen มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดทางอาญาจากคำพูดที่กล่าวโดยบุคคลอื่นในการประชุมประจำปีของพรรค

ทาง DRC จึงได้ยื่นเรื่องต่ออัยการประจำเขต Funen เพื่อคัดค้านคำสั่งปฏิเสธคำร้องทุกข์ดังกล่าวของหัวหน้าตำรวจประจำเมือง แต่อัยการเขตปฏิเสธโดยให้เหตุผลว่าทั้งผู้ร้อง คือ นาย Quereshi และ DRC ต่างก็ไม่ได้มีส่วนได้เสียโดยตรงไม่ว่าในฐานะส่วนบุคคลหรือในทางกฎหมายอันเป็นสาระสำคัญในการเข้าเป็นโจทก์ในคดีอาญานี้ และพื้นฐานด้านเผ่าพันธุ์กำเนิดและสถานะการเป็นสมาชิกรัฐสภาของผู้ร้องแม้จะเป็นเหตุผลให้ผู้ร้องดำเนินการเพื่อดำเนินคดีทางอาญากับนาง Andersen แต่ก็ได้ก่อให้เกิดอำนาจฟ้องเช่นกัน ผู้ร้องจึงนำคดีมาร้องเรียนต่อคณะกรรมการ CERD ว่าตนเป็นเหยื่อของการละเมิดพันธกรณีตาม ICERD จากการที่ตำรวจไม่ดำเนินการสอบสวนการกระทำความผิดตามที่กล่าวอ้าง

คณะกรรมการ CERD เห็นว่าคดีมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำสองส่วนซึ่งแตกต่างกันและกระทำโดยผู้กระทำที่ต่างกัน กรณีแรก คือ กรณีของนาง Andersen ซึ่งเป็นผู้ส่งข่าวแจกทางโทรสารอันเป็นการกระทำที่ถูกดำเนินคดีอาญาไปแล้ว กับอีกกรณี คือ กรณีของสมาชิกพรรคที่กล่าวคำพูดซึ่งเหยียดเชื้อชาติอันละเมิดต่อข้อ 4 (b) ของอนุสัญญา CERD ในที่ประชุมพรรค (ซึ่งนาง Andersen มิได้รวมอยู่ในจำนวนนั้น) และมีการดำเนินคดีอาญาต่อผู้พูดเป็นรายบุคคลไปแล้ว ผู้ร้องจึงไม่มีหลักฐานสนับสนุนที่เพียงพอว่านาง Andersen เป็นผู้สมคบคิด ชักชวนหรือจัดให้ผู้พูดกล่าวคำพูดอันเป็นความผิดอาญาในที่ประชุม ดังนั้น สถานะกรรมการบริหารพรรคการเมืองจึงไม่ทำให้สมาชิกคนดังกล่าวต้องรับผิดทางอาญาต่อการกระทำผิดที่กระทำโดยบุคคลที่สามด้วย<sup>240</sup>

<sup>240</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Kamal Quereshi v Denmark*, Communication No. 27/2002, para 7.2-7.3:

“7.2 The Committee notes that the present case involves two different sets of acts by different actors: on the one hand, Ms Andersen herself transmitted press releases by facsimile, in respect of which she was subsequently convicted. On the other hand, speakers at the party conference (of which Ms Andersen was not one) made the series of racist statements, contrary to article 4, paragraph b, of the Convention, described in paragraph 2.4, concerning which criminal complaints were lodged (see paragraph 5.6).

เมื่อเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างแนวทางการวินิจฉัยตีความขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนกับคณะกรรมการ CERD จะเห็นได้ว่าประการแรก คณะกรรมการทั้งสองกลไกวินิจฉัยตีความจากมุมมองที่แตกต่างกัน คือ การละเมิดกติกา ICCPR คือ กรณีที่รัฐละเมิดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกของบุคคลเนื่องจากข้อจำกัดสิทธิของรัฐไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของกติกา ICCPR ไม่ว่าเงื่อนไขทั่วไปในข้อ 19 หรือเงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในข้อ 20 ส่วนการละเมิดอนุสัญญา CERD คือ กรณีที่รัฐไม่ดำเนินการลงโทษต่อบุคคลที่เผยแพร่ความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเกลียดชังทางเชื้อชาติ และความแตกต่างประการที่สอง คือ ในขณะที่กติกา ICCPR กำหนดเงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดเสรีภาพเอาไว้อย่างชัดเจนในข้อ 19 และอนุสัญญา CERD ไม่มีการระบุเงื่อนไขทั่วไปเอาไว้ชัดเจน แต่ในการที่รัฐจะลงโทษบุคคลตามข้อ 4 รัฐต้องคำนึงถึง (due regard) หลักการที่อยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนทุกๆ หลักการด้วยเช่นกัน

### ตารางที่ 3

คดีของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเกี่ยวกับแนวทางการวินิจฉัยตีความขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

คดี (กลไก)	แนวทางการวินิจฉัยตีความ	ความเห็นเกี่ยวกับเนื้อหาของคดี
- Ross v. Canada	เงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดเสรีภาพ: 1. provided by law	เนื้อหาของการพูด - การปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์
- Faurisson v. France	2. legitimate aims: - For respect of the rights or reputations of others	(Holocaust denial) (Faurisson v. France)
- J.R.T. and the W.G. Party v. Canada	- For the protection of national security	- Anti-Semitic speech (Ross v. Canada, J.R.T. and the W.G. Party v. Canada)
(Human Rights	- For the protection of public	

7.3 Against this background, the Committee considers that given the complaint against Ms Andersen in connection with the party conference was not accompanied by any evidence suggesting that she was an accomplice soliciting, directing or otherwise procuring the speakers at the party meeting to engage in the impugned conduct, it is reasonable to conclude, as did the State party's authorities, that the complaint did not make out a case that Ms Andersen, as opposed to the speakers themselves, had engaged in any act of racial discrimination; indeed, as a matter of criminal law, liability of a member of a party's executive board could not attach, without additional evidence, in respect of statements made by third parties.”

Committee)	<p>order (ordre public)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- For the protection of public health or morals</li> <li>3. are necessary</li> </ul> <p><u>เงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Any advocacy</li> <li>- of national, racial or religious hatred</li> <li>- that constitutes incitement to <ul style="list-style-type: none"> <li>● Discrimination,</li> <li>● Hostility, or</li> <li>● Violence</li> </ul> </li> </ul>	<p><u>รูปแบบของการพูด</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง อาจกระทำโดยการเผยแพร่ผ่านระบบโทรศัพท์ก็ได้ (J.R.T. and the W.G. Party v. Canada, Human Rights Committee)</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- The Jewish Community of Oslo et al v. Norway</li> <li>- Kamal Quereshi v. Denmark (CERD Committee)</li> </ul>	<p><u>เงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดเสรีภาพ:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- with due regard to the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights and the rights expressly set forth in article 5 of this Convention (The Jewish Community of Oslo et al v. Norway)</li> </ul> <p><u>เงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- all dissemination of ideas <ul style="list-style-type: none"> <li>● based on racial superiority or hatred</li> <li>● based on incitement to racial discrimination</li> </ul> </li> </ul>	<p><u>เนื้อหาของการพูด</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- การกล่าวสุนทรพจน์ที่เผยแพร่ความคิดต่อต้านยิว (anti-Semitic) และสนับสนุนนาซี (The Jewish Community of Oslo et al v. Norway)</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- all acts of violence or incitement to such acts</li> <li>- against any race or group of persons of another colour or ethnic origin</li> </ul>	
--	--	--

### 3.1.2.3 การประเมินการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและผลลัพธ์

ข้อด้อยของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ คือ การขาดสภาพบังคับ โดยในทางปฏิบัติแล้วกระบวนการติดต่อร้องเรียนของบุคคล (individual communication) ก่อให้เกิดผลกระทบต่อรัฐน้อยมาก<sup>241</sup> การปฏิบัติตามความเห็น (Views) ของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศก็เป็นอย่างน่าผิดหวัง<sup>242</sup> โดยกลไกการบังคับระหว่างประเทศที่กลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศใช้ก็ก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์เพียงเล็กน้อย<sup>243</sup> ขณะที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนก็กล่าวในรายงานของตนเองว่าตลอดช่วงปี 2002 ถึงปี 2009 มีเพียง 30% ของการติดตามผล (follow-up) เท่านั้นที่ได้รับการตอบสนองจากรัฐว่ารัฐมีความตั้งใจที่จะปฏิบัติตามความเห็นของคณะกรรมการฯ หรือเสนอแนวทางเยียวยาที่เหมาะสมแก่เหยื่อผู้เสียหาย<sup>244</sup>

จากการศึกษาในปี 2010 ของ Open Society Justice Initiative ก็พบว่า มีเพียง 67 คดี หรือคิดเป็น 12.27% จากคดีทั้งหมด 546 คดีของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนที่วินิจฉัยดีความที่ได้รับการตอบสนองจากรัฐที่น่าพึงพอใจ (satisfactory response) ขณะที่คดีที่เหลือ มีมากถึง 283 คดีหรือ 51.84% ที่ยังอยู่ในระหว่างการพูดคุยติดตามผล โดยในจำนวนนี้มีถึง 85 คดีที่ได้รับการตอบสนองที่ไม่น่าพึงพอใจ (response received but unsatisfactory) และอีก 79 คดีที่ไม่มีการตอบสนองจากรัฐ ส่วนอีก 35.89% ที่เหลือ หรือ 196 คดีเป็นคดีที่อยู่ในสถานะการติดตามผลที่ไม่

<sup>241</sup> E. Mose and T. Opsahl, "The Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights," 21 *Santa Clara Law Review* 271 (1981), 329-331.

<sup>242</sup> D. McGoldrick, *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, 2nd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1994), p 202.

<sup>243</sup> C. Heyns and F. Viljoen, *The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level* (The Hague: Kluwer Law International, 2002), p 6.

<sup>244</sup> United Nations General Assembly, 57th Session. *Report of the Human Rights Committee* (A/57/19), 11 July 2002, Vol.I, Supp (No. 40), para. 225; United Nations General Assembly, 64th Session. *Report of the Human Rights Committee* (A/64/40), 2009. Vol. I, Supp. No. 40, paras. 230-236.

ชัดเจนและในจำนวนนี้ไม่ได้รับการตอบสนองมากถึง 95 คดี โดยมีการระบุว่าตัวเลข 12.27% ดังกล่าวเป็นตัวเลขที่ลดลงอย่างต่อเนื่อง<sup>245</sup> ขณะที่กรณีของคณะกรรมการ CERD ขณะที่มีการศึกษามีจำนวนคดีที่คณะกรรมการ CERD รับวินิจฉัยตีความทั้ง 24 คดี (admissible cases) ในจำนวนนั้นมี 10 คดีที่คณะกรรมการ CERD วินิจฉัยว่ารัฐละเมิดอนุสัญญา CERD (หนึ่งในนั้น คือ คดี *The Jewish Community of Oslo et al v. Norway* ข้างต้น) ซึ่งจาก 10 คดีนี้ มีเพียง 3 คดีที่รัฐตอบสนองอย่างน่าพึงพอใจ (satisfactory response)ว่าจะปฏิบัติตามความเห็น (Views) ของคณะกรรมการ CERD เพียง 3 คดีซึ่งคดีทั้งหมดเกี่ยวกับประเทศเดนมาร์ก<sup>246</sup> และจากรายงานของคณะกรรมการ CERD ในปี 2012 การติดตามผลคดี *The Jewish Community* ยังคงอยู่ในสถานะพูดคุย (dialogue ongoing)<sup>247</sup>

ทั้งนี้ คดีที่วินิจฉัยตีความโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนที่ผู้เขียนกล่าวถึงทั้งสามคดีมีผลสรุปเหมือนกันว่ารัฐมิได้ละเมิดพันธกรณีเนื่องจากการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังเกิดขึ้น ดังนั้น จึงไม่ก่อให้เกิดประเด็นการติดตามผล<sup>248</sup>

ในประเด็นสถานะทางกฎหมายของความเห็น (Views) ของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ มีการศึกษาในเรื่องนี้มาตั้งแต่ปี 2004 โดย International Law Association ว่า แม้ความเห็นของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศจะมีอิทธิพลต่อการตีความโดยศาลภายในของรัฐเกี่ยวกับความหมายของสิทธิและการเกิดขึ้นของการละเมิดสิทธิในฐานะที่เป็นความเห็นขององค์กรผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการยอมรับให้มีหน้าที่ภายใต้สนธิสัญญาโดยรัฐภาคี แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในระบบสนธิสัญญามีใช้การตีความ

<sup>245</sup> Open Society Justice Initiative. *From Judgment to Justice: Implementing International and Regional Human Rights Decisions* (2010), pp 119-120.

<sup>246</sup> Ibid., p 121.

<sup>247</sup> United Nations General Assembly, 67th Session. *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (A/67/18)*, 2012, Supp (No. 18), para 54.

<sup>248</sup> ในกรณีที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน มีความเห็นว่ารัฐภาคีละเมิดพันธกรณีจริง คณะกรรมการฯ จะกำหนดให้รัฐภาคีทำการเยียวยาซึ่งอาจรวมถึงการแก้ไขกฎหมายภายในและเสนอค่าชดเชยความเสียหายแก่เหยื่อ ทั้งนี้เพื่อประกันว่ารัฐภาคีจะปฏิบัติตามความเห็นสรุปของคณะกรรมการฯ คณะกรรมการฯ จึงได้พัฒนาระบวนการติดตาม (Follow-up Procedure) โดยมีผู้รายงาน (Rapporteur) ที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นเพื่อสืบสวนสอบสวนเกี่ยวกับมาตรการที่รัฐภาคีที่กระทำผิดได้ใช้เพื่อเยียวยาการกระทำละเมิดต่อ ICCPR และการระบุให้รัฐภาคีระบุมาตรการที่ได้ใช้เพื่อปฏิบัติตามความเห็นสรุปของคณะกรรมการฯ ในกระบวนการติดต่อร้องเรียนที่บังคับกับรัฐภาคีนั้นๆ ในรายงานการปฏิบัติตามพันธกรณีที่ต้องรายงานเป็นรอบ (periodic reports) (ดู ICCPR Optional Protocol 1, Art 2, 5; Alex Conte and Richard Burchill, 'Introduction', in Alex Conte and Richard Burchill (ed), *Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee* (2nd Edn, Ashgate, 2004), p 12-13.)

สนธิสัญญาที่มีผลผูกพันรัฐ โดยรัฐอาจไม่ปฏิบัติตามการวินิจฉัยตีความดังกล่าว<sup>249</sup> และมีรัฐเพียงส่วนน้อยที่ศาลภายในของรัฐสามารถบังคับตามความเห็นของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าการบังคับให้เป็นไปตามความเห็นของกลไกอันเกิดจากการติดต่อร้องเรียนของบุคคลมิใช่มาตรการที่ประสบความสำเร็จของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและอำนาจของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศตลอดจนสภาพบังคับของการวินิจฉัยตีความของกลไกดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับจากรัฐโดยปราศจากเงื่อนไข<sup>250</sup> ซึ่งมีความแตกต่างกับกลไกสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาคที่ผู้เขียนจะกล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

## 3.2 กลไกสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาค

### 3.2.1 ภาพรวมของกลไกสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาค

กลไกสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาคซึ่งมีลักษณะการใช้อำนาจแบบตุลาการ (judicial) หรือกึ่งตุลาการ (quasi-judicial) ประกอบไปด้วย กลไกสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคยุโรป ภูมิภาคอเมริกา และภูมิภาคแอฟริกา

#### 3.2.1.1 กลไกสิทธิมนุษยชนยุโรป

กลไกสิทธิมนุษยชนยุโรปเริ่มต้นขึ้นจากการก่อตั้งของคณะมนตรียุโรป (Council of Europe) ในปี 1949 โดยมีการประกาศใช้สนธิสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแห่งยุโรป (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms-ECHR) หรือที่เรียกกันอย่างล้าลองว่าอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปในปี 1950

อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปบัญญัติให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Commission of Human Rights) และศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) เดิมการยอมรับอำนาจศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปไม่ใช่บทบังคับ แต่เป็นเพียงตัวเลือกและบุคคล (individual) ไม่อาจเสนอคดีต่อศาลโดยตรง แต่การเสนอคดีต่อศาลต้องกระทำผ่าน

<sup>249</sup> International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice. *Final Report on the Impact of Findings of the United Nations Human Rights Treaty Bodies* (2004), p 5.

<sup>250</sup> Rosanne van Alebeek and André Nollkaemper. *The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law*, ACIL Research Paper No. 2011-02 (Amsterdam Center for International Law, University of Amsterdam, 2011), pp 78-80.

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปไม่ว่าเป็นคดีที่เสนอโดยบุคคลที่อ้างว่าตกเป็นเหยื่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือโดยรัฐ คณะกรรมการจะทำหน้าที่คัดกรองว่าคดีมีมูลหรือไม่ กล่าวคือ มีการละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญา ECHR หรือไม่ จากนั้นคณะกรรมการจึงเป็นผู้นำคดีขึ้นสู่ศาลเอง และหากรัฐที่เกี่ยวข้องไม่ได้ยอมรับอำนาจของศาลหรือไม่มีการดำเนินคดีภายใน 3 เดือนเพื่อหาข้อสรุปไม่ว่าโดยคณะกรรมการหรือโดยรัฐที่เกี่ยวข้องเอง คณะกรรมการรัฐมนตรีแห่งคณะมนตรียุโรป (Committee of Ministers of the Council of Europe) ซึ่งเป็นหนึ่งในองค์กรหลักของคณะมนตรียุโรปอันเป็นองค์กรทางการเมืองก็มีอำนาจที่จะหยิบยกเรื่องดังกล่าวขึ้นวินิจฉัยว่ามี การละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญา ECHR จริงหรือไม่<sup>251</sup>

ต่อมาเมื่อมีการปฏิรูปกลไกสิทธิมนุษยชนยุโรปเกิดขึ้นโดยในปี 1994 บุคคลมีสิทธิที่จะเสนอคดีต่อศาลสิทธิมนุษยชนโดยตรงโดยผลของพิธีสารฉบับที่ 9 และมีการระบบการตรวจตราดูแลโดยผลของพิธีสารฉบับที่ 11 โดยมีการยกเลิกคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปและจัดตั้งศาลสิทธิมนุษยชนแบบถาวรเพียงศาลเดียวทำหน้าที่เดิมของคณะกรรมการฯ ไปด้วยสืบเนื่องจากในขณะที่มีการประกาศใช้พิธีสารฉบับที่ 11 นั้น รัฐภาคีทุกรัฐได้ตกลงยอมรับให้บุคคลสามารถเสนอคดีต่อศาล และตกลงยอมรับอำนาจศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจนหมดสิ้นแล้ว โดยเขตอำนาจศาลและการยอมรับการเสนอคดีของบุคคลกลายเป็นเงื่อนไขบังคับในการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา ECHR ขณะที่คณะกรรมการรัฐมนตรี (Committee of Ministers) ยังคงมีอำนาจในการตรวจตราดูแลการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลอยู่<sup>252</sup> ภายใต้กลไกปัจจุบัน บุคคล (individual) องค์กรที่ไม่ใช่รัฐบาล (NGO) หรือกลุ่มของบุคคล (group of individuals) ผู้อ้างว่าตกเป็นเหยื่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยรัฐภาคีอนุสัญญาฯ จึงมีสิทธิเสนอคดีต่อศาลโดยตรง ทั้งนี้ตามข้อ 34 ของอนุสัญญา ECHR<sup>253</sup>

<sup>251</sup> De Schutter. *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p 899-900.

<sup>252</sup> European Convention on Human Rights, Art. 46:

“2. The final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution.”

<sup>253</sup> *Ibid.*, Art. 34:

“The Court may receive applications from any person, nongovernmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right.”

ทั้งนี้ นอกจากกลไกภายใต้คณะมนตรียุโรป ภูมิภาคยุโรปยังมีกลไกสิทธิมนุษยชนอื่นๆ ที่มีบทบาทเกี่ยวกับปัญหาขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังเช่นกัน แต่เป็นด้านของนโยบาย<sup>254</sup>

<sup>254</sup> กลไกสิทธิมนุษยชนอื่นๆ ที่มีบทบาทเกี่ยวกับปัญหาขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในด้านของนโยบาย ได้แก่

1. คณะกรรมาธิการยุโรปเพื่อการต่อต้านการเหยียดเชื้อชาติและการขาดขันติธรรม (European Commission against Racism and Intolerance-ECRI) หรือคณะกรรมาธิการ ECRI เป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยคณะมนตรียุโรป มีวัตถุประสงค์เพื่อการต่อต้านการเหยียดเชื้อชาติและการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ หน้าที่ของคณะกรรมาธิการ ECRI แบ่งออกเป็นสองส่วนหลักๆ (สำหรับตราสารก่อตั้งตลอดจนข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับคณะกรรมาธิการ ECRI ดู [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp)) ทั้งนี้ ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายทั่วไปของคณะกรรมาธิการ ECRI ที่เกี่ยวข้องในบริบทของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ได้แก่

- ECRI General Policy Recommendation No. 1: Combating racism, xenophobia and intolerance, adopted by ECRI on 4th October 1996

- ECRI General Policy Recommendation No. 6: Combating the dissemination of racist, xenophobic and anti-Semitic material via the Internet, adopted on 15th December 2000

- ECRI General Policy Recommendation No. 7: National legislation to combat racism and racial discrimination, adopted on 13th December 2002

2. องค์การว่าด้วยความมั่นคงและความร่วมมือในยุโรป (Organization for Security and Co-operation in Europe-OSCE): ผู้แทน OSCE ว่าด้วยเสรีภาพของสื่อ (OSCE Representative on Freedom of the Media) ในปี 1997 OSCE ได้จัดตั้งสำนักงานผู้แทน OSCE ว่าด้วยเสรีภาพของสื่อขึ้นเพื่อประกันการปฏิบัติตามพันธกรณีในเรื่องเสรีภาพแห่งการแสดงออกและเสรีภาพของสื่อ โดยผู้แทน OSCE ทำหน้าที่สอดส่องดูแลพัฒนาการด้านสื่อมวลชนที่เกี่ยวข้องกับรัฐสมาชิก OSCE และทำการเตือนล่วงหน้าถึงการละเมิดเสรีภาพแห่งการแสดงออก นอกจากนี้ ผู้แทน OSCE ยังทำหน้าที่ช่วยเหลือรัฐสมาชิกในการสนับสนุนส่งเสริมให้มีการปฏิบัติตามหลักการและคำมั่นของ OSCE ในด้านเสรีภาพแห่งการแสดงออกและเสรีภาพของสื่อโดยสมบูรณ์

3. สหภาพยุโรปตระหนักถึงผลกระทบของนโยบายของสหภาพยุโรปที่มีต่อสิทธิมนุษยชน ในปี 2000 สหภาพยุโรปได้ประกาศใช้กฎบัตรสหภาพยุโรปว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งประกอบไปด้วยสิทธิมนุษยชนในด้านต่างๆ (ดู Council of Europe. *Handbook on European Non-Discrimination Law*, European Union Agency for Fundamental Rights (2010), p. 17.) ซึ่งแม้ในแรกเริ่มจะไม่มีผลผูกมัดทางกฎหมาย แต่ต่อมาสนธิสัญญาลิสบอนปี 2009 ได้เปลี่ยนสถานะของกฎบัตรดังกล่าวจากที่เป็นเพียงปฏิญญาให้มีสถานะทางกฎหมายด้วย โดยสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกถูกบัญญัติเอาไว้ในข้อ 11 ของกฎบัตร (ดู Charter of Fundamental Rights of the European Union, Art. 11) และองค์การของสหภาพยุโรปทั้งหมดมีความผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องเคารพกฎบัตรว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรปซึ่งรวมถึงบทบัญญัติว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติ และในกรณีที่กฎบัตรนี้บังคับใช้กับกฎหมายสหภาพยุโรป รัฐสมาชิก EU ย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎบัตรด้วย นอกจากนี้ โดยผลของข้อ 6 (2) ของสนธิสัญญาลิสบอน สหภาพยุโรปยินยอมปฏิบัติตามอนุสัญญา ECHR (ดู Treaty of Lisbon, Art. 6 (2)) ทั้งนี้เอกสารสำคัญของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องกับการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง คือ กรอบคำตัดสินว่าด้วยการต่อต้านรูปแบบบางประการและการแสดงออกซึ่งการเหยียดเชื้อชาติและการหวาดกลัวคนต่างชาติโดยวิธีการทางกฎหมายอาญา ปี 2008 (EU Framework Decision on Combating Certain Forms and Expressions of Racism and Xenophobia by Means of Criminal Law of 28th November 2008.) มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดรูปแบบการใช้กฎหมายอาญาที่เหมือนกันในยุโรป นอกจากนี้ในปี 2007 สหภาพยุโรปได้จัดตั้งหน่วยงานสหภาพยุโรปเพื่อสิทธิขั้นพื้นฐาน (European Union Agency for Fundamental Rights) เพื่อเป็นศูนย์



### 3.2.1.2 กลไกสิทธิมนุษยชนอเมริกา

กลไกสิทธิมนุษยชนในทวีปอเมริกาเริ่มต้นตั้งแต่การก่อตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา (Inter-American Commission on Human Rights-IACHR) ในปี 1959 โดยมติของที่ประชุมรัฐมนตรีต่างประเทศขององค์การรัฐอเมริกัน (Organization of American States-OAS) ในช่วงเริ่มต้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน IACHR มีเพียงอำนาจหน้าที่ในการให้คำแนะนำแก่รัฐบาลของรัฐสมาชิก OAS ในการใช้มาตรการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเท่านั้น อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน IACHR ก็ได้พัฒนาบทบาทกลายเป็นกลไกการไต่ถามโดยอาศัยรายงานที่รัฐสมาชิกส่งให้แก่คณะกรรมการประกอบด้วยข้อร้องเรียนที่ได้รับ ในขณะที่คณะกรรมการ IACHR ปฏิบัติหน้าที่โดยอาศัยอำนาจจากปฏิญญาว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของมนุษย์แห่งอเมริกา (American Declaration of the Rights and Duties of Man) และจากตราสารก่อตั้งของ OAS เท่านั้น แต่ต่อมา คณะกรรมการก็เริ่มอ้างอิงสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนฉบับอื่นๆ ที่รัฐสมาชิก OAS เข้าร่วมเป็นภาคี จากนั้นในปี 1965 ก็มีการขยายอำนาจคณะกรรมการ IACHR ให้สามารถรับข้อร้องเรียนจากบุคคล (Individual Communication) เพื่อไต่สวนและมีความเห็นว่ามีกรณีละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนหรือไม่ดังเช่นในปัจจุบัน ซึ่งจุดสำคัญอยู่ที่ว่าคณะกรรมการ IACHR สามารถที่จะไต่สวนและมีความเห็นว่ารรัฐสมาชิก OAS ได้กระทำการละเมิดสิทธิมนุษยชนแม้ว่ารัฐดังกล่าวจะไม่ได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาอเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน 1969 (American Convention on Human Rights-IACHR) (เช่น สหรัฐอเมริกาหรือแคนาดา) อย่างไรก็ตาม กลไกการควบคุมการปฏิบัติตามพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐสมาชิก OAS โดยอาศัยเขตอำนาจศาลมาเกิดขึ้นก็ในภายหลังจากการประกาศใช้อนุสัญญา ACHR หรือ Pact of San Jose ในปี 1969 ซึ่งมีผลบังคับใช้จริงในปี 1978 ผลของอนุสัญญา ACHR ทำให้มีการจัดตั้งศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา (Inter-American Court of Human Rights) ขึ้นในปี 1979 ขณะเดียวกันคณะกรรมการ IACHR ก็ยังคงมีอำนาจหน้าที่ภายใต้อนุสัญญาฉบับนี้<sup>255</sup>

---

ตรวจตราดูแลการเหยียดเชื้อชาติและการหวาดกลัวคนต่างชาติ ทั้งนี้ หน่วยงานดังกล่าวอาจให้ความช่วยเหลือและการวิเคราะห์แก่รัฐสมาชิก EU ในการปฏิบัติตามกฎ EU ที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตามหน่วยงานนี้ไม่มีอำนาจในการรับข้อร้องเรียนจากบุคคลดังเช่นศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป

<sup>255</sup> สำหรับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ IACHR ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับรัฐสมาชิก OAS นั้นรวมถึงการให้ข้อเสนอแนะ (recommendation) แก่รัฐสมาชิก OAS ในการใช้มาตรการต่างๆ เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายใต้กรอบของกฎหมายภายใน และการเรียกเอาข้อมูลจากรัฐสมาชิกเกี่ยวกับมาตรการด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งรัฐสมาชิกใช้ ตลอดจนการเข้าไปสังเกตการณ์ในรัฐสมาชิก OAS โดยความยินยอมหรือคำเชิญของรัฐนั้น (ดู Statute of the Inter-American Commission on Human Rights, approved by Resolution No. 447 taken by the General Assembly of the OAS at its ninth regular session, held in La Paz, Bolivia, October 1979, Art. 18.)

อนุสัญญา ACHR มีลักษณะคล้ายคลึงกับอนุสัญญา ECHR กล่าวคือ นอกจากมีการระบุสิทธิเสรีภาพในทางสาระบัญญัติแล้ว บุคคล กลุ่มบุคคล หรือองค์กรที่ไม่ใช่รัฐบาลที่ได้รับการเยียวยาตามกระบวนการทั้งปวงที่มีอยู่ภายในประเทศจนหมดสิ้นแล้วสามารถยื่นข้อร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน IACHR ได้ว่าถูกละเมิดสิทธิโดยรัฐ หากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนไม่สามารถหาทางระงับข้อพิพาทฉันมิตรกับรัฐที่เกี่ยวข้องได้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนอาจยื่นเสนอคดีต่อศาล IACHR โดยจะเสนอคดีต่อศาลได้เฉพาะกรณีของรัฐที่ถูกกล่าวหาว่าละเมิดอนุสัญญา ACHR ได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาฯ และยอมรับอำนาจของศาลเท่านั้น ไม่ว่าจะโดยวิธี 1) ออกเป็นแถลงการณ์ (Declaration) ตามข้อ 62 ของอนุสัญญา ACHR<sup>256</sup> หรือ 2) โดยข้อตกลงพิเศษ (special agreement) รัฐสมาชิกของ OAS เองก็สามารถเสนอคดีต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนหรือศาลได้เช่นกัน ภายใต้เงื่อนไขว่าคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน IACHR จะรับข้อร้องเรียนได้เฉพาะจากรัฐภาคีที่ได้แถลงยอมรับอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนตามข้อ 45 ของอนุสัญญา ACHR และข้อร้องเรียนนั้นต้องเป็นข้อที่ร้องเรียนต่อรัฐภาคีอนุสัญญาที่ได้แถลงยอมรับอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเอาไว้เช่นกันเท่านั้น

ภายใต้ข้อ 44 ของอนุสัญญา ACHR บุคคล (individual) กลุ่มของบุคคล (group of individuals) หรือองค์กรที่ไม่ใช่รัฐบาล (nongovernmental entity) ซึ่งได้รับการรับรองตามกฎหมายของรัฐสมาชิก OAS อย่างน้อยหนึ่งรัฐอาจยื่นคำร้อง (petition) ต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน IACHR อันมีลักษณะเป็นคำร้องทุกข์ (complaint) หรือคำกล่าวโทษ (denunciation) ว่ามีการละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญา ACHR โดยรัฐภาคี<sup>257</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่าการยื่นคำร้องของบุคคลตามบทบัญญัติ

สำหรับในส่วนที่เกี่ยวข้องกับรัฐภาคีอนุสัญญา ACHR คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน IACHR มีอำนาจรับและไต่สวนคำร้องของบุคคล (petition) ที่ยื่นต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนตามข้อ 44 และข้อร้องเรียนของรัฐภาคี (communication) ที่ยื่นตามข้อ 45 ของอนุสัญญา โดยรัฐภาคีที่ร้องเรียนว่ามีรัฐภาคีอื่นละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญา ACHR ได้นั้นจะต้องแถลงยอมรับอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในการรับและข้อร้องเรียน และรัฐภาคีที่ถูกร้องเรียนจะต้องแถลงยอมรับอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนด้วย คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจะรับและไต่สวนข้อร้องเรียนได้ นอกจากนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน IACHR ยังมีอำนาจสังเกตการณ์ ไต่สวนข้อร้องเรียนและมีข้อเสนอแนะ (recommendation) แก่รัฐสมาชิก OAS ที่ไม่ใช่รัฐภาคีอนุสัญญา ACHR อีกด้วย ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขว่าต้องได้รับการเยียวยาตามกระบวนการทั้งปวงที่มีอยู่ภายในประเทศจนหมดสิ้นแล้ว (ดู Statute of the Inter-American Commission on Human Rights, Art 19-20.)

<sup>256</sup> ในปี 2009 มีรัฐภาคีที่ยอมรับเขตอำนาจศาลเด็ดขาด (Compulsory Jurisdiction) ของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกาทั้งสิ้น 21 ประเทศ ประกอบด้วย คอสตาริกา, เปรู, เวเนซุเอลา, ฮอนดูรัส, เอกวาดอร์, อาร์เจนตินา, อุรุกวัย, โคลอมเบีย, กัวเตมาลา, ซูรินาม, ปานามา, ชิลี, นิคารากัว, ปารากวัย, โบลิเวีย, เอลซัลวาดอร์, เฮติ, บราซิล, เม็กซิโก, สาธารณรัฐโดมินิกัน และบาร์เบโดส ดู Inter-Am. Comm. n H.R., 2009 Annual Report, available at [http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/eng\\_2009.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/eng_2009.pdf).

<sup>257</sup> American Convention on Human Rights, Art. 44:

ในข้อนี้ให้สิทธิบุคคลในการยื่นคำกล่าวโทษ (denunciation) ด้วย แสดงว่าการยื่นคำร้องตามข้อ 44 สามารถยื่นโดยบุคคลที่ไม่ใช่ผู้เสียหายได้ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ส่วนรวม หรือมีลักษณะเป็น *actio popularis*<sup>258</sup>

### 3.2.1.3 กลไกสิทธิมนุษยชนแอฟริกา

สิทธิมนุษยชนในทวีปแอฟริกาไม่เพียงถูกตรวจตราดูแลโดยกลไกสิทธิมนุษยชนในระบบสหประชาชาติเท่านั้น แต่ยังมีกลไกสิทธิมนุษยชนของสหภาพแอฟริกา (African Union-AU) โดยมี คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกา (African Commission on Human and Peoples' Rights) (คณะกรรมาธิการแอฟริกา) ซึ่งก่อตั้งเมื่อปี 1987 และศาลสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกา (African Court of Human and Peoples Rights) เป็นองค์กรหลัก โดยมี กฎบัตรว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกา (African Charter of Human and




---

“Any person or group of persons, or any nongovernmental entity legally recognized in one or more member states of the Organization, may lodge petitions with the Commission containing denunciations or complaints of violation of this Convention by a State Party.”

<sup>258</sup> De Schutter. *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p 930.

Peoples' Rights-ACHPR) หรือกฎบัตร Banjul เป็นตราสารสิทธิมนุษยชนหลักภายในภูมิภาค<sup>259</sup> ในปัจจุบันรัฐสมาชิกสหภาพแอฟริกาทั้ง 53 ประเทศได้ให้สัตยาบันแก่กฎบัตร Banjul จนหมดแล้ว<sup>260</sup>

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกาถูกก่อตั้งขึ้นในปี 1987 โดยองค์การเอกภาพแอฟริกา (Organization of African Unity-OAU) ซึ่งต่อมากลายเป็นสหภาพแอฟริกา เพื่อเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ตรวจตราดูแลภายใต้กฎบัตรแอฟริกา<sup>261</sup> คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแอฟริกา

<sup>259</sup> ลักษณะพิเศษของกฎบัตรแอฟริกา คือ ไม่เพียงแต่บัญญัติรับรองสิทธิพลเรือนและสิทธิทางการเมืองเท่านั้น แต่ยังรับรองสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม และไม่เพียงแต่รับรองสิทธิของบุคคล (individual) เท่านั้น แต่ยังรับรองสิทธิของประชาชน (peoples) ด้วยซึ่งเป็นอิทธิพลมาจากเหตุผลทางประวัติศาสตร์ที่เดิมแอฟริกาเป็นภูมิภาคที่ตกอยู่ภายใต้การล่าอาณานิคมรวมถึงการแสวงหาประโยชน์จากคนแอฟริกันในรูปแบบอื่น (ดู Christof Heyns and Magnus Killander, 'Africa', in Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran and David Harris (eds). *International Human Rights Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010) p 484.) ภายใต้กฎบัตรแอฟริกา “ประชาชน” ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความเท่าเทียม (right to be equal) (ข้อ 19) สิทธิในการดำรงอยู่และกำหนดอนาคตตัวเอง (right to existence and self-determination) (ข้อ 20) สิทธิที่จะจำหน่ายจ่ายโอนความมั่งคั่งและทรัพยากรธรรมชาติของตนอย่างเสรี (right to freely dispose their wealth and natura resources) (ข้อ 21) สิทธิในการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (right to economic, social, and cultural development) (ข้อ 22) สิทธิในสันติภาพและความมั่นคง (right to peace and security) (ข้อ 23) และสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่น่าพึงพอใจ (right to satisfactory environment) (ข้อ 24) ทั้งนี้ คำว่า “ประชาชน” (Peoples) ในที่นี้จึงอาจหมายถึงประชาชนของทั้งประเทศก็ได้ (ดู 147/95 and 149/96, *Jawara v The Gambia*, 13th Activity Report of the ACommHRP (1999-2000), para 73.) สิทธิประชาชนยังอาจถูกใช้โดยประชาชนบางส่วนของรัฐซึ่ง “ผูกพันกันโดยสายสัมพันธ์ทางประวัติศาสตร์ ประเพณี เชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ วัฒนธรรม ภาษา ศาสนา มโนคติ (ideological) ภูมิศาสตร์ อัตลักษณ์และความเกี่ยวข้องในทางเศรษฐกิจ (economic identities and affinities) หรือสายสัมพันธ์อื่นๆ” (ดู 266/03, *Gunme and Others v Cameroon*, 26th Activity Report of the ACommHRP (2009), para 171.)

<sup>260</sup> ดู <http://www.achpr.org/instruments/achpr/ratification/>

<sup>261</sup> คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแอฟริกาได้นำแนวทางปฏิบัติของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติและคณะกรรมการ IACHR มาประยุกต์ใช้ในการทำหน้าที่ส่งเสริมสิทธิมนุษยชน นั่นคือ การแต่งตั้งผู้รายงานพิเศษและคณะทำงานต่างๆ ขึ้นเพื่อตรวจตราดูแลสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนในแต่ละประเด็นโดยเฉพาะ (thematic issues) (ดู De Schutter. *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p 948.) ผู้รายงานพิเศษที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง คือ ผู้รายงานพิเศษว่าด้วยเสรีภาพแห่งการแสดงออกและการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร (Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information) (ดู Christof Heyns and Magnus Killander, 'Africa', in Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran and David Harris (eds). *International Human Rights Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010) p 490.)

อย่างไรก็ตามการขาดการเผยแพร่ข้อมูลทั้งรายงานและคำตัดสินของคณะกรรมการทำให้เกิดอุปสรรคอย่างใหญ่หลวงต่อการบังคับให้รัฐปฏิบัติตามข้อเสนอแนะต่างๆ และยังเป็นอุปสรรคต่อประสิทธิภาพของการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนของคณะกรรมการแอฟริกาอีกด้วย (ดู Magnus Killander, “Confidentiality versus Publicity: Interpreting Article 59 of the African Charter on Human and Peoples' Rights,” *African Human Rights Law Journal*, 6 AHRLJ 572 (2006).)

มีอำนาจหน้าที่หลักๆ 3 ประการ กล่าวคือ การส่งเสริมสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชน อำนาจในการตีความกฎบัตรแอฟริกา และการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชน<sup>262</sup>

ศาลสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกาเกิดขึ้นด้วยพิธีสารของกฎบัตรแอฟริกา ว่าด้วยการจัดตั้งศาลสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกาตามนโยบายเสริมสร้างกลไกสิทธิมนุษยชนของ OAU เดิม พิธีสารดังกล่าวมีการประกาศใช้ในปี 1998 และมีผลบังคับใช้จริงเมื่อปี 2004 จากข้อมูลล่าสุดมีรัฐสมาชิกสหภาพแอฟริกาลงนามในพิธีสารฉบับดังกล่าวทั้งหมด 51 ประเทศจากทั้งหมด 54 ประเทศ แต่มีรัฐสมาชิกที่ให้สัตยาบันพิธีสารดังกล่าวเพียง 26 ประเทศ และมีเพียง 7 ประเทศเท่านั้นที่แถลงยอมรับอำนาจศาลในการพิจารณาคดีที่เสนอโดยองค์กรที่ไม่ใช่รัฐบาล (NGO) และบุคคล (Individual) ในการประชุมสุดยอดของสมัชชาในปี 2004 สมัชชาได้มีมติให้ทำการรวบรวมศาลสิทธิมนุษยชนเข้ากับศาลยุติธรรมแอฟริกาด้วยเหตุผลทางด้านงบประมาณ โดยศาลที่รวบรวมจะเรียกว่าศาลยุติธรรมและสิทธิมนุษยชนแอฟริกา (African Court of Justice and Human Rights-ACJHR) และล่าสุดมีการประกาศใช้พิธีสารว่าด้วยธรรมนูญศาลของศาลใหม่นี้เมื่อปี 2008 อย่างไรก็ตามในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะพิจารณาในบริบทของศาลสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกาเท่านั้น<sup>263</sup>

ศาลแอฟริกามีเขตอำนาจที่ค่อนข้างกว้างโดยครอบคลุมถึงคดีและข้อพิพาททุกชนิดที่เสนอต่อศาลเกี่ยวกับการตีความและการบังคับใช้กฎบัตรแอฟริกา พิธีสารจัดตั้งศาลนี้ ตลอดจนตราสารสิทธิมนุษยชนอื่นๆ ที่รัฐที่เกี่ยวข้องได้ให้สัตยาบันไว้<sup>264</sup> ผู้ที่มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลแอฟริกา ได้แก่ คณะกรรมาธิการ รัฐภาคีทั้งฝ่ายที่ร้องเรียน ฝ่ายที่ถูกร้องเรียน ฝ่ายที่ประชาชนตกเป็นเหยื่อ และฝ่ายที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดี องค์กรระหว่างประเทศระดับรัฐบาลในทวีปแอฟริกา รวมถึงองค์กรที่ไม่ใช่รัฐบาล (NGO) และบุคคล<sup>265</sup>

<sup>262</sup> African Charter of Human and Peoples' Rights, Art. 45.

<sup>263</sup> Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights ดู [http://www.african-court.org/en/images/documents/Court/Statute%20ACJHR/ACJHR\\_Protocol.pdf](http://www.african-court.org/en/images/documents/Court/Statute%20ACJHR/ACJHR_Protocol.pdf)

<sup>264</sup> Protocol To The African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, Art. 3 (1):

“The jurisdiction of the Court shall extend to all cases and disputes submitted to it concerning the interpretation and application of the Charter, this Protocol and any other relevant Human Rights instrument ratified by the States concerned.”

<sup>265</sup> Ibid., Art. 5:

“1. The following are entitled to submit cases to the Court

- a. The Commission;
- b. The State Party which has lodged a complaint to the Commission;

เมื่อพิจารณาจากสิทธิในการเสนอคดีตามข้อ 5 ของพิธีสารแล้วจะเห็นว่าคณะกรรมการสิทธิแอฟริกาอาจเสนอคดีต่อศาลได้หากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยื่นข้อร้องเรียนแล้วเห็นว่าการละเมิดสิทธิเกิดขึ้นและรัฐภาคีที่ทำละเมิดนั้นไม่ปฏิบัติตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ<sup>266</sup> ขณะที่ในกรณีของ NGO และบุคคลตามข้อ 5 (3) จะเสนอคดีต่อศาลโดยตรงได้ก็ต่อเมื่อรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องกับคดีได้แถลงยอมรับอำนาจของศาลในการรับคำร้องที่เสนอโดยตรงจาก NGO และบุคคลตามข้อ 34 (6) ของพิธีสารจัดตั้งศาลเสียก่อน<sup>267</sup> 7 ประเทศที่แถลงยอมรับอำนาจศาลตามข้อ 34 (6) ประกอบไปด้วย บูร์กินาฟาโซ มาลาวี มาลี แทนซาเนีย กานา รวันดา และโกตดิวัวร์ (ไอวอรีโคสต์)<sup>268</sup> ทั้งนี้เงื่อนไขการรับไว้พิจารณา (Admissibility) ของศาลเป็นไปตามเงื่อนไขการรับไว้พิจารณาข้อร้องเรียนของคณะกรรมการตามข้อ 56 ของกฎบัตรแอฟริกา<sup>269</sup> ทั้งนี้ จากบรรทัดฐานการวินิจฉัยตีความของคณะกรรมการผู้ร้องไม่จำเป็นต้องเป็นเหยื่อที่ถูกละเมิดสมาชิกในครอบครัวของเหยื่อก็ได้<sup>270</sup> ในทาง

- 
- c. The State Party against which the complaint has been lodged at the Commission;
  - d. The State Party whose citizen is a victim of human rights violation;
  - e. African Intergovernmental Organizations.

2. When a State Party has an interest in a case, it may submit a request to the Court to be permitted to join.

3. The Court may entitle relevant Non Governmental Organizations (NGOs) with observer status before the Commission, and individuals to institute cases directly before it, in accordance with article 34 (6) of this Protocol.”

<sup>266</sup> Christof Heyns and Magnus Killander, ‘Africa’, in Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran and David Harris (eds). *International Human Rights Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010) p 493.

<sup>267</sup> Protocol To The African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, Art 34 (6):

“At the time of the ratification of this Protocol or any time thereafter, the State shall make a declaration accepting the competence of the Court to receive cases under article 5 (3) of this Protocol. The Court shall not receive any petition under article 5 (3) involving a State Party which has not made such a declaration.”

<sup>268</sup> [http://www.african-](http://www.african-courts.org/en/images/documents/New/Statuts_of_the_Ratification_Process_of_the_Protocol_Establishing_the_African_Court.pdf)

[court.org/en/images/documents/New/Statuts\\_of\\_the\\_Ratification\\_Process\\_of\\_the\\_Protocol\\_Establishing\\_the\\_African\\_Court.pdf](http://www.african-courts.org/en/images/documents/New/Statuts_of_the_Ratification_Process_of_the_Protocol_Establishing_the_African_Court.pdf)

<sup>269</sup> Protocol To The African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, 6:

1. The Court, when deciding on the admissibility of a case instituted under article 5 (3) of this Protocol, may request the opinion of the Commission which shall give it as soon as possible.
2. The Court shall rule on the admissibility of cases taking into account the provisions of article 56 of the Charter.
3. The Court may consider cases or transfer them to the Commission.

<sup>270</sup> *SERAC v Nigeria*, 155/96, 15th Activity Report of the ACommHPR (2001-2002).

ปฏิบัติจึงปรากฏว่าข้อร้องเรียนส่วนใหญ่มักถูกยื่นโดย NGO รวมถึง NGO ระหว่างประเทศในคดีจำนวนมาก เช่น องค์กร Interrights ซึ่งมีสำนักงานอยู่ในสหราชอาณาจักร ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการจึงตีความข้อ 56 ของกฎบัตรว่าด้วยการรับไว้พิจารณา (Admissibility) ไปในทางกว้างด้วย<sup>271</sup>

### 3.2.1.4 การรับไว้พิจารณาและการพิจารณาพิพากษาคดีในเนื้อหา (Admissibility and Merits)

เงื่อนไขการรับพิจารณาคดี (Admissibility) ของศาลสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาคทั้งสามศาล คือ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป<sup>272</sup> ศาลสิทธิมนุษยชนอเมริกา<sup>273</sup> และศาลสิทธิมนุษยชนและสิทธิ

<sup>271</sup> De Schutter. *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p 950.

<sup>272</sup> European Convention on Human Rights, Art. 35:

“1. The Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law, and within a period of six months from the date on which the final decision was taken.

2. The Court shall not deal with any application submitted under Article 34 that

(a) is anonymous; or

(b) is substantially the same as a matter that has already been examined by the Court or has already been submitted to another procedure of international investigation or settlement and contains no relevant new information.

3. The Court shall declare inadmissible any individual application submitted under Article 34 if it considers that:

(a) the application is incompatible with the provisions of the Convention or the Protocols thereto, manifestly illfounded, or an abuse of the right of individual application; or

(b) the applicant has not suffered a significant disadvantage, unless respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto requires an examination of the application on the merits and provided that no case may be rejected on this ground which has not been duly considered by a domestic tribunal.

4. The Court shall reject any application which it considers inadmissible under this Article. It may do so at any stage of the proceedings.”

<sup>273</sup> American Convention on Human Rights, Art. 46:

“1. Admission by the Commission of a petition or communication lodged in accordance with Articles 44 or 45 shall be subject to the following requirements:

a. that the remedies under domestic law have been pursued and exhausted in accordance with generally recognized principles of international law;

ประชาชนแห่งทวีปแอฟริกา<sup>274</sup> มีเงื่อนไขที่คล้ายคลึงกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งในสามประการหลักๆ กล่าวคือ

1. ผู้ฟ้องคดีจะต้องได้รับการเยียวยาตามกระบวนการที่ค้างงที่มีอยู่ภายในประเทศจนหมดสิ้นแล้ว และการเสนอคดีต่อศาลต้องกระทำภายในระยะเวลาอันจำกัดนับแต่คำตัดสินของกระบวนการภายในประเทศดังกล่าวถึงที่สุด ในกรณีอนุสัญญา ECHR และอนุสัญญา ACHR กำหนดไว้ คือ ภายใน 6 เดือนนับแต่คำตัดสินของกระบวนการภายในดังกล่าวถึงที่สุด (ECHR) และนับแต่คู่ความฝ่ายที่กล่าวหาว่ามารละเมิดสิทธิของตนได้ทราบคำตัดสินของ

b. that the petition or communication is lodged within a period of six months from the date on which the party alleging violation of his rights was notified of the final judgment;

c. that the subject of the petition or communication is not pending in another international proceeding for settlement; and

d. that, in the case of Article 44, the petition contains the name, nationality, profession, domicile, and signature of the person or persons or of the legal representative of the entity lodging the petition.

2. The provisions of paragraphs 1.a and 1.b of this article shall not be applicable when:

a. the domestic legislation of the state concerned does not afford due process of law for the protection of the right or rights that have allegedly been violated;

b. the party alleging violation of his rights has been denied access to the remedies under domestic law or has been prevented from exhausting them; or

c. there has been unwarranted delay in rendering a final judgment under the aforementioned remedies.”

<sup>274</sup> African Charter of Human and Peoples' Rights, Art. 56:

“Communications relating to human and peoples' rights referred to in 55 received by the Commission, shall be considered if they:

1. Indicate their authors even if the latter request anonymity,
2. Are compatible with the Charter of the Organization of African Unity or with the present Charter,
3. Are not written in disparaging or insulting language directed against the State concerned and its institutions or to the Organization of African Unity,
4. Are not based exclusively on news discriminated through the mass media,
5. Are sent after exhausting local remedies, if any, unless it is obvious that this procedure is unduly prolonged,
6. Are submitted within a reasonable period from the time local remedies are exhausted or from the date the Commission is seized of the matter, and
7. Do not deal with cases which have been settled by these States involved in accordance with the principles of the Charter of the United Nations, or the Charter of the Organization of African Unity or the provisions of the present Charter.”



กระบวนการภายในประเทศนั้น (ACHR) ขณะที่กฎบัตรแอฟริกากำหนดไว้ว่าภายในระยะเวลาตามสมควร (reasonable period) นับแต่ได้ใช้กระบวนการเยียวยาภายในประเทศ<sup>275</sup>

2. ฟ้องในเรื่องเดียวกันนั้นเคยได้รับการพิจารณาโดยศาลหรือเคยได้รับการพิจารณา หรืออยู่ระหว่างการพิจารณาภายใต้กระบวนการอื่น ๆ ในการสอบสวนหรือระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศและไม่ได้มีข้อมูลที่เกี่ยวข้องใหม่
3. คำร้องต้องปรากฏชื่อของผู้ร้อง

ในชั้นพิจารณาคดีของศาล ความแตกต่างที่สำคัญของกลไกสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาคทั้งสามกลไก คือ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมีกลไกการทบทวนคำพิพากษาในชั้นที่สองโดยที่ประชุมใหญ่ของผู้พิพากษา (Grand Chamber)<sup>276</sup> ขณะที่กลไกสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกา ก่อนที่การพิจารณาคดีจะถึงชั้นศาลจะต้องผ่านกระบวนการพิจารณาหรือระงับข้อพิพาทของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน

<sup>275</sup> อย่างไรก็ตามหลัก Exhaustion of Local Remedies นี้ก็มีข้อยกเว้น กล่าวคือ ภายใต้อนุสัญญา ACHR เงื่อนไขดังกล่าวนี้จะไม่นำมาใช้หากกฎหมายภายในของรัฐที่เกี่ยวข้องมิได้จัดให้มีกระบวนการอันชอบด้วยกฎหมาย (due process of law) สำหรับการคุ้มครองสิทธิที่คู่ความนั้นกล่าวอ้างว่าถูกละเมิด หรือคู่ความนั้นถูกปฏิเสธไม่ให้เข้าถึงหรือได้รับการเยียวยาภายในประเทศ หรือคำตัดสินในกระบวนการดังกล่าวล่าช้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (unwarranted delay) และภายใต้กฎบัตรแอฟริกา คือกรณีเป็นที่ชัดเจนว่าการได้รับการเยียวยาดังกล่าวล่าช้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

<sup>276</sup> กรณีที่ศาล ECHR เห็นว่ามีการฟ้องคดีของบุคคลตามข้อ 34 ของอนุสัญญา ECHR มีมูลและให้รับฟ้องได้ ศาลอาจมีคำพิพากษาในเนื้อหา (Merits) โดยที่ประชุมผู้พิพากษาเจ็ดคน (Chamber) หรือในกรณีที่ประเด็นการตีความหรือการใช้อธิบายอนุสัญญาเป็นประเด็นที่มีคำพิพากษาของศาลเป็นบรรทัดฐานไว้อยู่แล้ว เพียงคณะผู้พิพากษาสามคน (committee) ก็สามารถมีคำพิพากษาได้ ระบบดังกล่าวนี้เป็นระบบการตัดสินคดีที่แก้ไขโดยพิธีสารฉบับที่ 14 ซึ่งมีผลบังคับใช้ในปี 2010 (ดู Protocol No. 14 to the European Convention on Human Rights, CETS No. 194 (1 June 2010)) ภายหลังจากคำพิพากษาแล้ว หากคำพิพากษานั้นทำโดย Chamber คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอให้ที่ประชุมใหญ่ซึ่งประกอบไปด้วยผู้พิพากษาทั้งหมดสิบเจ็ดคน (Grand Chamber) ทำการตัดสินภายใน 3 เดือนนับแต่ศาลมีคำพิพากษา คำร้องดังกล่าวจะถูกคัดกรองโดยคณะทำงานของผู้พิพากษา 5 คน (panel) โดยหลักเกณฑ์ในการร้องขอ คือ ประเด็นที่จะร้องขอให้ที่ประชุมใหญ่ตัดสินได้นั้นต้องเป็นปัญหาร้ายแรงที่กระทบต่อการตีความหรือการบังคับใช้อธิบายอนุสัญญาหรือพิธีสารของอนุสัญญา หรือเป็นประเด็นอันมีความสำคัญเป็นการทั่วไป (a serious issue of general importance) (ดู European Convention on Human Rights, Art 43 (2)) อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติมีคดีขึ้นสู่การตัดสินของที่ประชุมใหญ่ (Grand Chamber) ไม่มากนัก

โดยสรุป คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงถึงที่สุดได้โดย 4 วิธี กล่าวคือ 1) หากคำตัดสินของ committee เป็นการตัดสินโดยคะแนนเสียงเอกฉันท์ หรือ 2) พ้นระยะเวลาสามเดือนนับแต่มีคำพิพากษาของ Chamber เว้นแต่มีคู่ความฝ่ายหนึ่งร้องขอให้ ตัดสิน หรือ 3) หากคำร้องขอให้ Grand Chamber ตัดสินถูกยกเสีย หรือ 4) ภายหลังจากมีคำพิพากษาของที่ Grand Chamber (ดู De Schutter. *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p 904.)

ก่อน<sup>277</sup> เช่นเดียวกันกับกลไกสิทธิมนุษยชนแอฟริกาที่เนื่องจากบุคคลหรือ NGO จะเสนอคดีโดยตรงต่อศาลได้ก็เฉพาะกรณีของรัฐที่เกี่ยวข้องแถลงยอมรับอำนาจศาลสำหรับกรณีดังกล่าวไว้ตามข้อ 34 (6) ของพิธีสารจัดตั้งศาลแอฟริกาซึ่งปัจจุบันมีเพียง 7 ประเทศเท่านั้นที่ยอมรับ โดยทั่วไปแล้วคดีจึงจะผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแอฟริกา<sup>278</sup>

### 3.2.2 แนวการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาค

#### 3.2.2.1 การวินิจฉัยตีความนิยามของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังไม่มีนิยามปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนฉบับใด ๆ ดังนั้น แม้คำว่า “การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง” จะถูกใช้อย่างแพร่หลาย แต่ในปัจจุบันก็ยังไม่มีการนิยามที่ได้รับการยอมรับเป็นสากล อย่างไรก็ตามมีการให้รายละเอียดของคำว่า “การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง” (Hate Speech) โดยคณะกรรมการรัฐมนตรีของคณะมนตรียุโรป (Committee of Ministers of the Council of Europe) ในข้อเสนอแนะ (Recommendation) ที่ (97) 20 ว่าด้วย “การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง”

<sup>277</sup> กรณีของกลไกสิทธิมนุษยชนอเมริกา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน IACHR อาจหาทางระงับข้อพิพาทฉันมิตร (friendly settlement) หากไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนก็จะจัดทำรายงานพร้อมทั้งข้อสรุป ตลอดจนข้อเสนอแนะส่งให้กับรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องตามข้อ 50 ของอนุสัญญา ACHR (ดู American Convention on Human Rights, Art. 50) หากภายในสามเดือนนับแต่รัฐภาคีดังกล่าวได้รับรายงานไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้หรือไม่มีการเสนอคดีต่อศาล ทั้งนี้ไม่ถือว่าเป็นการเสนอคดีโดยรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องหรือโดยคณะกรรมการเอง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนอาจจัดทำรายงานฉบับที่สองเพื่อมีความเห็นและข้อสรุป ในการนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนอาจเสนอแนะโดยกำหนดระยะเวลาให้รัฐภาคีดำเนินการที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเสนอแนะเพื่อเยียวยาการละเมิดตามที่มีการโต้สวน (ดู Ibid., Art. 51) ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าในขั้นตอนก่อนที่คดีจะขึ้นสู่ศาล คดีอาจระงับไปได้โดยสองวิธี กล่าวคือ การระงับข้อพิพาทฉันมิตร (friendly settlement) และการที่รัฐยอมปฏิบัติตามข้อสรุปและข้อเสนอแนะของรัฐ (ดู De Schutter, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p 935.) ซึ่งหลังจากที่ไม่อาจมีการระงับข้อพิพาทฉันมิตรได้จึงอาจมีการเสนอคดีต่อศาล ทั้งนี้ รัฐภาคีอนุสัญญาและคณะกรรมการเท่านั้นที่มีอำนาจเสนอคดีต่อศาลภายหลังจากที่ได้มีการปฏิบัติตามขั้นตอนของข้อ 48 และ 50 จนเสร็จสิ้นแล้ว (ดู American Convention on Human Rights, Art. 61)

<sup>278</sup> คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแอฟริกาจะต้องทำทุกวิถีทางเพื่อหาทางออกฉันมิตรบนพื้นฐานของการเคารพสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนก่อน (amicable solution based on the respect of Human and Peoples' Rights) หากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่ามีการละเมิดเกิดขึ้นจริง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนอาจมีข้อเสนอแนะ (recommendations) ต่อรัฐที่ถูกร้องเรียนซึ่งอาจรวมถึงการให้หยุดการกระทำละเมิดนั้น หรือการแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมาย หากรัฐที่ถูกร้องเรียนไม่ปฏิบัติตาม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนก็จะเสนอคดีต่อศาลต่อไป (ดู African Charter of Human and Peoples' Rights, Art. 52, 53, 59; Christof Heyns and Magnus Killander, 'Africa', in Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran and David Harris (eds). *International Human Rights Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010) pp 488-489.)

ในข้อเสนอแนะฉบับนี้ คณะกรรมการรัฐมนตรีให้นิยาม “การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง” ว่าเป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง หมายความว่าครอบคลุมถึงการแสดงออกในทุกรูปแบบซึ่งเผยแพร่ ยั่วยุ ส่งเสริม หรือสร้างความชอบธรรมให้แก่ แนวคิดหวาดกลัวคนต่างชาติ (xenophobia) แนวคิดต่อต้านยิว (anti-Semitism) หรือ ความเกลียดชังรูปแบบอื่นซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของการขาดขันติธรรม (Intolerance) รวมถึง การขาดขันติธรรมซึ่งแสดงออกในรูปของลัทธิชาตินิยมหัวรุนแรง (aggressive nationalism) และคติถือชาติพันธุ์เป็นเกณฑ์ (ethnocentrism) การเลือกปฏิบัติและการเป็นปรปักษ์ (Hostility) ต่อชนกลุ่มน้อย ผู้ย้ายถิ่น หรือกลุ่มคนซึ่งมีแหล่งกำเนิดจากผู้อพยพ<sup>279</sup>

คำถามที่เกิดขึ้นเมื่อพิจารณาข้อเสนอแนะของคณะกรรมการรัฐมนตรีฉบับนี้ คือ อะไรคือสถานะทางกฎหมายของข้อเสนอแนะฉบับนี้ และอะไรคือท่าทีของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปต่อนิยามของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในข้อเสนอแนะฉบับดังกล่าว ข้อเสนอแนะฉบับดังกล่าวมีบทบาทต่อขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังหรือไม่และอย่างไร

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดี *Gunduz v Turkey*<sup>280</sup> ได้หยิบยกข้อเสนอแนะฉบับที่ (97) 20 นี้ขึ้นวินิจฉัยในฐานะที่เป็นตราสารสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังโดยตรงเนื่องจากข้อเสนอแนะดังกล่าวเป็นผลสืบเนื่องจากความประสงค์ของคณะมนตรียุโรปที่จะต่อสู้กับการเหยียดเชื้อชาติ (Racism) และการขาดขันติธรรม และโดยเฉพาะอย่างยิ่งถึงการแสดงออกในทุกรูปแบบซึ่งเผยแพร่ ยั่วยุ ส่งเสริม หรือสร้างความชอบธรรมให้แก่แนวคิดหวาดกลัวคนต่างชาติ (xenophobia) แนวคิดต่อต้านยิว (anti-Semitism) หรือความเกลียดชังรูปแบบอื่นซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของการขาดขันติธรรม (Intolerance)<sup>281</sup>

### คดี *Gunduz v Turkey*

ในคดีนี้ ผู้ร้องถูกดำเนินคดีในข้อหาช่วยทำให้เกิดความเกลียดชังและการเป็นปฏิปักษ์ทางศาสนาจากการเข้าร่วมอภิปรายในรายการโทรทัศน์ในหัวข้อศาสนาในฐานะผู้อภิปรายที่เป็นตัวแทนจากศาสนาอิสลามและได้อภิปรายในทำนองแบ่งแยกศาสนาซึ่งขัดกับหลักการรัฐฆราวาส (Secularism) ของประเทศตุรกี คดีจึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่าการพูดอภิปรายดังกล่าวเป็นการพูดซึ่งมีเจตนา

<sup>279</sup> Council of Europe Committee of Minister, Recommendation No. R (97)20 on “Hate Speech”:

“...the term “hate speech” shall be understood as covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin.”

<sup>280</sup> *Gunduz v. Turkey*, judgment of 4 December 2003.

<sup>281</sup> *Ibid.*, para 22.

ในทางเกลียดชังตามที่ผู้ร้องอุทธรณ์หรือไม่ ซึ่งศาลได้อาศัยคำจำกัดความของข้อเสนอแนะ คณะกรรมการรัฐมนตรีในการอ้างอิงถึงการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง (Hate Speech) ว่าเป็น “การแสดงออกในทุกรูปแบบซึ่งเผยแพร่ ยั่วยุ ส่งเสริม หรือสร้างชอบธรรมให้แก่ความเกลียดชังซึ่งอยู่บนพื้นฐานของการขาดขันติธรรม (Intolerance) รวมถึงการขาดขันติธรรมในด้านศาสนาด้วย”<sup>282</sup> ในคดีนี้ศาล ECHR วินิจฉัยว่า ผู้ร้องถูกละเมิดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก

อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการรัฐมนตรีนั้น คณะกรรมการ เพียงใช้คำว่า “ให้พึงเข้าใจว่าครอบคลุมถึง” (shall be understood as covering) เท่านั้น<sup>283</sup> ดังนั้น นิยามตามข้อเสนอแนะฉบับดังกล่าวจึงน่าจะเป็นเพียงการอธิบายความหมายอย่างกว้าง โดยการ ยกตัวอย่าง และมีใช้คำจำกัดความที่แน่นอนแต่อย่างใด นอกจากนี้ ในการพิจารณาคดีของศาลสิทธิ มนุษยชนยุโรปแม้จะปรากฏว่าศาลได้ใช้คำว่า “การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง” (Hate Speech) ในคำพิพากษาเพิ่มมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่คำดังกล่าวถูกใช้ในกฎหมายภายในของรัฐที่ถูก ฟ้องคดี<sup>284</sup> แต่ศาลก็มิได้เห็นด้วยกับการวินิจฉัยลักษณะของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังของ ศาลภายในเสมอไป<sup>285</sup> และบางครั้งศาลก็วินิจฉัยว่าบางคำพูดเป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง แม้ศาลภายในจะพิจารณาว่าไม่ใช่การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังก็ตาม<sup>286</sup> อย่างไรก็ตามในทาง พิจารณา ศาลเองก็ไม่ได้ให้นิยามที่ชัดเจนของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังเช่นกัน

ทั้งนี้ ความสำคัญของการที่คำพูดจะเป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังหรือไม่ คือ การ ได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นการใช้สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกนั่นเอง ซึ่งจะได้มีการ นำเสนอในหัวข้อต่อไปว่าศาลกำหนดแนวทางการวินิจฉัยว่าเป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง หรือไม่อย่างไร

<sup>282</sup> Ibid., para 40:

“...all forms of expression which spread, incite, promote or justify hatred based on intolerance (including religious intolerance)...”

<sup>283</sup> Council of Europe Committee of Minister, Recommendation No. R (97)20 on “Hate Speech”:

“...the term “hate speech” shall be understood as covering all forms of expression which...”

<sup>284</sup> *Gunduz v. Turkey*, judgment of 4 December 2003, para 40; *Erbakan v. Turkey*, judgment of 6 July 2006, para. 56; *Sürek (No. 1) v. Turkey*, judgment of 8 July 1999 (Grand Chamber), para. 62.

<sup>285</sup> Council of Europe, Committee of Experts for the Development of Human Rights, Report: Human Rights in a Multicultural Society Hate Speech, 9 February 2007, para 5; เช่นคดี *Gunduz v. Turkey*, judgment of 4 December 2003, para 51.

<sup>286</sup> เช่นคดี *Sürek (No. 1) v. Turkey*, judgment of 8 July 1999 (Grand Chamber), para. 13-20.

### 3.2.2.2 การวินิจฉัยตีความขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

#### 3.2.2.2.1 แนวทางการวินิจฉัยตีความขอบเขตการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังของกลไกสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Approach)

แนวทางการวินิจฉัยขอบเขตการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังของกลไกสิทธิมนุษยชนยุโรปมีลักษณะที่เรียกว่าแนวทางสองชั้น (two-tiered approach) โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปและศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปนำเอาข้อ 17 ของอนุสัญญา ECHR มาปรับใช้เพื่อตัดการพูดหรือการแสดงออกบางประเภทออกจากขอบเขตการคุ้มครองของข้อ 10 ว่าด้วยสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก (Categorical Exclusion)<sup>287</sup>

##### 3.2.2.2.1.1 การใช้สิทธิโดยมิชอบ (Abuse Clause) ตามข้อ 17 ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป

ภายใต้ข้อ 17 ของอนุสัญญา ECHR

“ไม่มีความใดในอนุสัญญานี้ที่อาจนำไปตีความไปในทางที่จะให้รัฐใด กลุ่มหรือบุคคลใดได้สิทธิที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับกิจกรรม หรือกระทำการใดอันมีจุดมุ่งหมายในการทำลายสิทธิและเสรีภาพประการใดที่รับรองไว้ในอนุสัญญานี้ หรือเป็นการจำกัดสิทธินั้นยิ่งไปกว่าที่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญานี้”

เงื่อนไขว่าด้วยการใช้สิทธิโดยมิชอบ หรือ abuse clause นี้ ผู้ร่างข้อบทดังกล่าวมีเจตนาธรรม คือ เพื่อต่อสู้กับศัตรูของประชาธิปไตย (enemies of democracy)<sup>288</sup> ซึ่ง abuse clause นี้เกิดขึ้นจากข้อ 30 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration on Human Rights)<sup>289</sup> และถูกนำไปใส่ไว้ในตราสารสิทธิมนุษยชนฉบับอื่นๆ ทั้งในระดับระหว่างประเทศ และระดับภูมิภาคต่อมา<sup>290</sup>

<sup>287</sup> David Keane, “Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights,” *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 25 Neth. Q. Hum. Rts. 641 (2007).

<sup>288</sup> Hannes Cannie and Dirk Voorhoof, “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value For Democrac and Human Rights Protection?,” *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 29/1 Neth. Q. Hum. Rts. 54 (2011).

<sup>289</sup> Universal Declaration on Human Rights, Art 30:

คำถามแรกที่เกิดขึ้นมีอยู่ว่า บทบัญญัติในข้อ 17 ของอนุสัญญา ECHR ซึ่งเกี่ยวกับการห้ามการใช้สิทธิโดยมิชอบ (abuse of rights) นี้มีความสัมพันธ์กับบทบัญญัติข้อ 10 วรรคสองอย่างไร ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้อธิบายเอาไว้ในคดี *Lawless v Ireland* ซึ่งมีประเด็นว่านาย G.R. Lawless ซึ่งฟ้องคดีต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปว่าถูกรัฐบาลสาธารณรัฐไอร์แลนด์ละเมิดสิทธิตามอนุสัญญาในข้อ 5 ว่าด้วยสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของร่างกาย (Right to Liberty and Security) และข้อ 6 ว่าด้วยสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผยและเป็นธรรม (Right to Fair Trial) จากการถูกควบคุมตัวโดยไม่มี การไต่สวนเนื่องจากเข้าร่วมกับกิจกรรมของกลุ่ม Irish Republican Army หรือ IRA จะถูกต้องห้ามมิให้ฟ้องคดีเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติดังกล่าวโดยผลของข้อ 17 ของอนุสัญญา ECHR หรือไม่ ว่า

“วัตถุประสงค์ของข้อ 17 ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มหรือบุคคลใด คือ เพื่อมิให้กลุ่มหรือบุคคลนั้นอาศัยสิทธิตามอนุสัญญาเพื่อเข้าไปเกี่ยวข้องกับกิจกรรม หรือกระทำการใดอันมีจุดมุ่งหมายในการทำลายสิทธิและเสรีภาพประการใดที่รับรองไว้ในอนุสัญญานี้ ดังนั้น บุคคลจึงไม่อาจแสวงประโยชน์จากบทบัญญัติของอนุสัญญาเพื่อกระทำการใดอันมีจุดมุ่งหมายในการทำลายสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้ ซึ่งบทบัญญัติข้อ 17 นี้มีขอบเขตในทางจำกัดสิทธิ (negative in scope) ดังนั้น จึงไม่อาจตีความไปในทางตรงข้ามเพื่อพรากไปจากบุคคลซึ่งสิทธิของบุคคลขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองในข้อ 5 และ 6 ของอนุสัญญา”<sup>291</sup>

---

“Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or to perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein.”

<sup>290</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, Art 5; American Convention on Human Rights, Art 29.

<sup>291</sup> *Lawless v Ireland*, judgment of 14 November 1960, para 7:

“Whereas in the opinion of the Court the purpose of Article 17 (art. 17), insofar as it refers to groups or to individuals, is to make it impossible for them to derive from the Convention a right to engage in any activity or perform any act aimed at destroying any of the rights and freedoms set forth in the Convention; whereas, therefore, no person may be able to take advantage of the provisions of the Convention to perform acts aimed at destroying the aforesaid rights and freedoms; whereas this provision which is negative in scope cannot be construed a contrario as depriving a physical person of the fundamental individual rights guaranteed by Articles 5 and 6 (art. 5, art. 6) of the Convention; whereas, in the present instance G.R. Lawless has not relied on the Convention in order to justify or perform acts contrary to the rights and freedoms recognised therein but has complained of having been deprived of the guarantees granted in Articles 5 and 6 (art. 5, art. 6) of the Convention; whereas, accordingly, the Court cannot, on this ground, accept the submissions of the Irish Government.”

ศาลในคดีนี้เห็นว่านาย Lawless มิได้อาศัยบทบัญญัติในอนุสัญญาเพื่อกระทำการใดอันมีจุดมุ่งหมายในการทำลายสิทธิและเสรีภาพประการใดที่รับรองไว้ในอนุสัญญาหรือเพื่ออ้างความชอบด้วยกฎหมายของการนั้น แต่ร้องเรียนว่าตนถูกพรากไปซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานตามข้อ 5 และข้อ 6 ของอนุสัญญา ศาลจึงเห็นว่าข้อโต้แย้งของรัฐบาลสาธารณรัฐไอร์แลนด์ที่ว่านาย Lawless ถูกห้ามโดยบทบัญญัติข้อ 17 ไม่ให้ฟ้องคดีต่อศาลจึงฟังไม่ขึ้น

ข้อสังเกตจากคำวินิจฉัยดังกล่าว คือ ศาลได้แยกแยะระหว่างการใช้สิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้ในอนุสัญญาซึ่งไม่นำไปสู่การร้องเรียนตามข้อ 17 และไม่อาจถูกโต้แย้งสิทธิโดยผลของข้อ 17 ไม่ว่าในสถานการณ์ใด และการใช้สิทธิซึ่งอ้างว่ามีอยู่โดยไม่ได้รับรองไว้ในอนุสัญญานี้เพื่อทำลายสิทธิและเสรีภาพประการใดที่รับรองไว้ในอนุสัญญานี้ ดังนั้น บทบัญญัติข้อ 17 ซึ่งอาจกล่าวโดยสั้นว่าเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการใช้สิทธิโดยมิชอบนี้<sup>292</sup> จึงมิใช่ข้อจำกัดสิทธิใดสิทธิหนึ่งภายใต้อนุสัญญา ECHR โดยเฉพาะ หากแต่เป็นกลไกการให้การรับรองที่สนับสนุนระบบของคุณค่าความเป็นประชาธิปไตยซึ่งเป็นหลักการที่อยู่เบื้องหลังอนุสัญญา<sup>293</sup>

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปหยิบเอาข้อ 17 ของอนุสัญญามาใช้ในการตัดสินคดีเป็นครั้งแรกในคดี *Communist Party (KPD) v the Federal Republic of Germany* อันเป็นคดีที่เกิดขึ้นท่ามกลางบรรยากาศของสงครามเย็น ในคดีดังกล่าวคณะกรรมการวินิจฉัยว่าการจัดตั้ง “ระเบียบสังคมแบบคอมมิวนิสต์โดยการปฏิวัติของชนชั้นกรรมาชีพและการปกครองแบบเผด็จการโดยชนชั้นกรรมาชีพ” (the communist social order by means of a proletarian revolution and the dictatorship of the proletariat) ขัดต่ออนุสัญญา ECHR และถึงแม้กิจกรรมนั้นจะกระทำโดยผ่านพรรคการเมืองซึ่งชอบด้วยรัฐธรรมนูญในขณะที่มีการเสนอคดี แต่ก็เป็นที่ชัดเจนว่าพรรคคอมมิวนิสต์ก็ยังไม่ละทิ้งเป้าหมายในการปฏิบัติไป<sup>294</sup>

ในอีกคดีหนึ่ง *Nachtmann v Austria* คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปวินิจฉัยว่า

“ยิ่งไปกว่านั้น คณะกรรมการได้เคยกล่าวไว้ก่อนหน้านี้ว่าลัทธิสังคมนิยมแห่งชาติ (National Socialism) เป็นหลักการเผด็จการเบ็ดเสร็จ (totalitarian) ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยและหลักสิทธิมนุษยชน และไม่ต้องสงสัยว่าผู้ที่สนับสนุนลัทธิดังกล่าวมุ่งประสงค์ต่อเป้าหมายซึ่งปรากฏอยู่ในบทบัญญัติข้อ 17 (ของอนุสัญญา)”<sup>295</sup>

<sup>292</sup> Anne Weber. *Manual on Hate Speech* (Council of Europe Publishing, 2009), p 23.

<sup>293</sup> Council of Europe, Committee of Experts for the Development of Human Rights, *Report: Human Rights in a Multicultural Society Hate Speech, 9 February 2007*, para 55.

<sup>294</sup> *Communist Party (KPD) v. the Federal Republic of Germany*, decision of the Commission of 20 July 1957, Yearbook 1, p. 222.

<sup>295</sup> *Nachtmann v. Austria*, No. 36773/97, decision of the Commission of 9 September 1998:

ต่อมาในคดี *Schimanek v Austria* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวินิจฉัยในแนวทางเดียวกันว่า

“ตามที่ผู้ร้องถูกดำเนินคดีตามมาตรา 3a (2) ของ Prohibition Act นั้น กฎหมายมาตราดังกล่าวห้ามการก่อตั้งหรือเป็นผู้นำของกลุ่มซึ่งมีเป้าหมายในการบ่อนทำลายระเบียบสังคมหรือการปกครองหรือเอกราชของสาธารณรัฐออสเตรียผ่านกิจกรรมของสมาชิกกลุ่มซึ่งมีแรงบันดาลใจจากแนวคิดแบบสังคมนิยมแห่งชาติ ผู้ร้องถูกตัดสินว่ามีความผิดจากการดำรงตำแหน่งผู้นำในกลุ่มดังกล่าว ซึ่งลัทธิสังคมนิยมแห่งชาติ (National Socialism) เป็นหลักการเผด็จการเบ็ดเสร็จ (totalitarian) ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยและหลักสิทธิมนุษยชน และไม่ต้องสงสัยว่าผู้ที่สนับสนุนลัทธิดังกล่าวมุ่งประสงค์ต่อเป้าหมายซึ่งปรากฏอยู่ในบทบัญญัติข้อ 17 (ของอนุสัญญา) ศาลจึงเห็นว่าโดยผลของข้อ 17 การพิพากษาลงโทษผู้ร้องจึงมีความจำเป็นต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตยในความหมายของวรรคสองแห่งข้อ 10 (ของอนุสัญญา)”<sup>296</sup>

นอกจากแนวคิดเผด็จการเบ็ดเสร็จ (Totalitarian Doctrine) แล้ว หลังปี 1990 เป็นต้นไป ศาลและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปเริ่มนำเอาข้อ 17 มาปรับใช้กับการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการพูดในเชิงต่อต้านยิว (anti-Semitic Speech) ซึ่งศาลและคณะกรรมการในแต่ละคดีต่างก็ค่อยๆ พัฒนาหลักเกณฑ์ต่างๆ ขึ้นมาในการวินิจฉัยซึ่งช่วยสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังมากขึ้น

ในคดี *Honsik v Austria* ซึ่งเกี่ยวข้องกับ การแสดงออกในลักษณะที่เรียกว่า Revisionism หรือ Negationism ซึ่งปฏิเสธการเกิดขึ้นของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิว หรือที่เรียกอีกอย่างว่า Holocaust Denial คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ขยายความเพิ่มเติมจากในคดี *Nachtmann* และคดี *Schimanek* ว่าการห้ามเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติและศาสนาเป็นส่วนหนึ่งหลัก

CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

“Moreover, the Commission has already stated earlier that National Socialism is a totalitarian doctrine incompatible with democracy and human rights and that its adherents undoubtedly pursue aims of the kind referred to in Article 17.”

<sup>296</sup> *Schimanek v. Austria*, No. 32307/96, decision of 1 February 2000:

“As regards section 3a (2) of the Prohibition Act, under which the applicant was convicted, the Court notes that it prohibits the founding or leading of groups which aim at undermining public order or the autonomy or independence of the Austrian Republic through its members’ activities inspired by National Socialist ideas. The applicant was actually found guilty of having held a leading position within such a group. National Socialism is a totalitarian doctrine incompatible with democracy and human rights and its adherents undoubtedly pursue aims of the kind referred to in Article 17 of the Convention. In these circumstances, the Court concludes that it derives from Article 17 that the applicant’s conviction was necessary in a democratic society within the meaning of the second paragraph of Article 10”



สิทธิมนุษยชนอันเป็นพื้นฐานของอนุสัญญา ECHR ในคดีนี้ คณะกรรมการสิทธิการตัดสินว่าการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นการเลือกปฏิบัติในทางเชื้อชาติและศาสนา

“ตามพฤติการณ์แห่งคดี คณะกรรมการพิจารณาโดยเฉพาะอย่างยิ่งจากการวินิจฉัยข้อเท็จจริงของศาลที่นึ่งพิจารณาคดี (Court of Assizes) และศาลสูง (ประเทศออสเตรีย) ที่ได้ความว่างานตีพิมพ์ของผู้ฟ้องคดีนี้มีลักษณะที่มีอคติและโต้เถียงโดยปราศจากความเป็นกลางทางวิทยาศาสตร์ปฏิเสธการสังหารหมู่ชาวยิวในค่ายกักกันนาซีโดยการใช้แก๊สพิษ คณะกรรมการเคยพิจารณามาก่อนหน้านี้ว่าเนื้อหาคำกล่าวของผู้ฟ้องคดีนั้นขัดแย้งกับหนึ่งในแนวคิดพื้นฐานของอนุสัญญาดังที่ระบุเอาไว้โดยเฉพาะอยู่ในอารักขา กล่าวคือ ความยุติธรรมและสันติภาพ อีกทั้งคำกล่าวของผู้ร้องยังสะท้อนการเลือกปฏิบัติในทางเชื้อชาติและศาสนา”<sup>297</sup>

ในอีกคดีหนึ่ง คือ คดี *Remer v Germany* คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปนำเอานโยบายของการช่วยุให้เกิดความเกลียดชัง (incitement to hatred) ซึ่งใช้โดยศาลภายในมาใช้ ในคดีนี้แสดงให้เห็นถึงท่าทีของคณะกรรมการต่อการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังมากยิ่งขึ้น<sup>298</sup> โดยคณะกรรมการวินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันกับคดี *Honsik* และวินิจฉัยเพิ่มเติมว่าการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นการช่วยุให้เกิดความเกลียดชัง

“ตามพฤติการณ์แห่งคดี คณะกรรมการพิจารณาจากรายละเอียดของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงของศาลภูมิภาคในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของงานตีพิมพ์ซึ่งผู้ร้องได้พยายามที่จะช่วยุให้เกิดความเกลียดชังต่อชาวยิว ยิ่งไปกว่านั้นศาลยุติธรรมกลาง (Federal Court of Justice ประเทศเยอรมนี) ยืนยันคำวินิจฉัยดังกล่าวว่าผู้ใดอาศัยพื้นฐานแนวคิดสังคมนิยมแห่งชาติเพื่อช่วยุให้เกิดความเกลียดชังต่อส่วนหนึ่งของประชากรโดยการกล่าวหาในข้อเท็จจริงที่รู้กันเป็นการทั่วไปว่าเป็นความเท็จและทำให้ประชากรส่วนนั้นต้องเสื่อมเสียด้วยการหลอกลวงและขู่เข็ญและวาดภาพคนเหล่านั้นว่าเป็นน่ารังเกียจ โดยศาลพิจารณาประกอบว่ามีการวาดภาพว่าชะตากรรมของชาวยิวภายใต้ระบอบนาซีไม่ใช่เรื่องจริงและพิจารณาประกอบจากมูลเหตุจูงใจ

<sup>297</sup> *Honsik v. Austria*, No. 25062/94, decision of the Commission of 18 October 1995:

“As regards the circumstances of the present case, the Commission particularly notes the findings of the Court of Assizes and the Supreme Court that the applicant’s publications in a biased and polemical manner far from any scientific objectivity denied the systematic killing of Jews in National Socialist concentration camps by use of toxic gas. The Commission has previously held that statements of the kind the applicant made ran counter one of the basic ideas of the Convention, as expressed in its preambular, namely justice and peace, and further reflect racial and religious discrimination.”

<sup>298</sup> Council of Europe, Committee of Experts for the Development of Human Rights, *Report: Human Rights in a Multicultural Society Hate Speech*, 9 February 2007, para 62.

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดี *Remer v. Germany* นั้นขัดแย้งกับหนึ่งในแนวคิดพื้นฐานของอนุสัญญาตั้งที่ระบุเอาไว้โดยเฉพาะอยู่ในอารักขาบท กล่าวคือ ความยุติธรรมและสันติภาพ อีกทั้งคำกล่าวของผู้ร้องยังสะท้อนการเลือกปฏิบัติในทางเชื้อชาติและศาสนา”<sup>299</sup>

นอกจากนี้ คณะกรรมาธิการยังตัดสินในคดี *Udo Walendy v. Germany* ว่าการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์เป็นการดูหมิ่นต่อชาวยิวและเป็นการดำเนินต่อไปของการเลือกปฏิบัติต่อชาวยิว (“an insult to the Jewish people and at the same time a continuation of the former discrimination against the Jewish people”)<sup>300</sup>

ต่อมาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดี *Garaudy v. France* ได้ผูกเอาเรื่องการต่อสู้กับการเหยียดเชื้อชาติ (Racism) และการต่อต้านชาวยิว (anti-Semitism) เข้าเป็นส่วนหนึ่งของคุณค่าพื้นฐานของอนุสัญญา ECHR โดยศาลตัดสินว่า

“การปฏิเสธหรือการเขียนข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ขึ้นใหม่บ่อนทำลายคุณค่าในการต่อสู้กับการเหยียดเชื้อชาติและการต่อต้านชาวยิวและก่อให้เกิดภัยคุกคามอย่างร้ายแรงต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน การกระทำดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยและหลักสิทธิมนุษยชน เพราะเป็นการละเมิดต่อสิทธิของบุคคลอื่น (the rights of others) อันมีวัตถุประสงค์ต้องห้ามไม่ให้ใช้สิทธิโดยข้อ 17 ของอนุสัญญา”<sup>301</sup>

<sup>299</sup> *Remer v. Germany*, No. 25096/94, decision of the Commission of 6 September 1995:

“As regards the circumstances of the present case, the Commission notes the detailed findings of the Regional Court as to the contents of the applicant’s publications in which he had attempted to incite to hatred against Jews. Moreover, the Federal Court of Justice confirmed that anybody who on the basis of ideas of national socialism incited to hatred against parts of the population in making commonly known untrue factual allegations in public and reproaching them with lying and extortion and thus portraying them as particularly abominable. The Court of Justice considered that such a consideration applied the more when the fate of the Jews under the national socialist regime was depicted as an ‘invention’ and when this allegation was combined with the alleged motive of extortion.

The Commission finds that the applicant’s publications ran counter one of the basic ideas of the Convention, as expressed in its preamble, namely justice and peace, and further reflect racial and religious discrimination”

<sup>300</sup> *Udo Walendy v. Germany*, No. 21128/92, decision of the Commission of 11 January 1995:

“As regards the circumstances of the present case the Commission notes that the publication in question did according to the German appellate court deny historical facts about the mass murder committed by the totalitarian Nazi régime and therefore constituted an insult to the Jewish people and at the same time a continuation of the former discrimination against the Jewish people.”

<sup>301</sup> *Garaudy v. France*, decision of 24 June 2003:

นอกจากนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปยังนำข้อ 17 มาปรับใช้กับการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังทางเชื้อชาติ (racial hate speech) ที่อยู่นอกเหนือจากกรอบของแนวคิด Revisionism หรือการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์

ในคดี *Glimmerveen and Hagenbeek v the Netherlands* ผู้ร้องถูกตัดสินว่ามีความผิดจากการมีไว้ในครอบครองซึ่งใบปลิวที่สื่อสารถึง “ชาวดัชต์ผิวขาว” (“white Dutch people”) โดยมีเจตนาให้ทุกคนที่ไม่ใช่ผิวขาวออกไปจากประเทศเนเธอร์แลนด์ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปวินิจฉัยว่า “ข้อ 17 (อนุสัญญา ECHR) ไม่อนุญาตให้ใช้ข้อ 10 เพื่อเผยแพร่ความคิดซึ่งเลือกปฏิบัติในทางเชื้อชาติ”<sup>302</sup>

ในคดีอีกคดีหนึ่ง คือ *Seurot v. France* ผู้ร้องเป็นครูสอนประวัติศาสตร์และเขียนบทความที่ดูหมิ่นชาวแอฟริกาเหนือโดยตีพิมพ์ลงในจดหมายข่าวของโรงเรียน ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปก็ปรับใช้ข้อ 17 เข้ากับคดีและตัดสินไม่รับฟ้อง (inadmissible) เช่นกัน<sup>303</sup>

การปรับใช้ข้อ 17 เกิดการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญ ในคดี *Norwood v United Kingdom* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้นำข้อ 17 มาปรับใช้กับการโจมตีสังคมมุสลิมซึ่งหลุดจากกรอบของการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และการต่อต้านชาวยิวซึ่งเป็นกรอบเดิมที่ข้อ 17 ถูกนำมาปรับใช้โดยสิ้นเชิง โดยระบุถึงการมีขันติธรรม (Tolerance) ความสงบสุขของสังคม (social peace) และการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ในฐานะที่เป็นคุณค่าพื้นฐานของอนุสัญญา ECHR

### คดี *Norwood v. the United Kingdom*

คดีนี้ผู้ร้อง คือ Mark Anthony Norwood ติดโปสเตอร์ (ขนาด 60x38 ซม.) รูปอาคารแฝดเวิร์ลเทรดเซ็นเตอร์ซึ่งตกอยู่ในกองเพลิงซึ่งได้จากพรรค British National Party หรือพรรค BNP ซึ่งเป็นพรรคการเมืองขวาจัดที่ Norwood เป็นสมาชิกและเป็นผู้ประสานงานระดับภูมิภาคของพรรค อยู่บนหน้าต่างแฟลตชั้นล่างของเขา บนโปสเตอร์มีข้อความเขียนว่า “อิสลามออกไปจากบริเตน-คุ้มครอง

---

“The denial or rewriting of this type of historical fact undermines the values on which the fight against racism and anti-Semitism are based and constitutes a serious threat to public order. Such acts are incompatible with democracy and human rights because they infringe the rights of others. Its proponents indisputably have designs that fall into the category of aims prohibited by Article 17 of the Convention.”

<sup>302</sup> *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, Nos. 8348/78 and 8406/78, decision of the Commission of 11 October 1979:

“In the present case, Article 17 does not permit the use of Article 10 to spread ideas which are racially discriminatory”

<sup>303</sup> *Seurot v. France* (dec.), No. 57383/00, 18 May 2004.

ประชาชนชาวอังกฤษ” (“Islam out of Britain – Protect the British People”) และมีสัญลักษณ์พระจันทร์เสี้ยวและดาวของอิสลามอยู่ในเครื่องหมายห้าม

ในคดีดังกล่าวศาลวินิจฉัยว่า “ศาลเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลภายในว่าข้อความและรูปภาพบนโปสเตอร์เป็นการแสดงออกต่อสาธารณะซึ่งการโจมตีมุสลิมทุกคนในสหราชอาณาจักร...ไม่สอดคล้องกับคุณค่าซึ่งได้รับการป่าวประกาศและรับรองโดยอนุสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการมีขันติธรรม ความสงบสุขของสังคม และการไม่เลือกปฏิบัติ การแสดงโปสเตอร์ดังกล่าวบนหน้าต่างของผู้ร้องจึงเป็นการกระทำตามความหมายของข้อ 17 ซึ่งไม่ได้รับความคุ้มครองตามข้อ 10 หรือ 14 ของอนุสัญญา

ดังนั้น คำร้องของผู้ร้องจึงไม่สอดคล้องกับขอบทของอนุสัญญาในมูลคดี (*ratione materiae*) ศาลไม่อาจรับไว้พิจารณาโดยผลของข้อ 35 วรรค 3 และ 4 ของอนุสัญญา”<sup>304</sup>

ในอีกคดีหนึ่งซึ่งศาลปรับใช้ข้อ 17 กับการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังทางเผ่าพันธุ์และศาสนา คือ *Pavel Ivanov v. Russia*

#### คดี *Pavel Ivanov v. Russia*

คดีนี้ผู้ร้อง คือ Pavel Ivanov ซึ่งเป็นทั้งผู้ก่อตั้ง เจ้าของ ตลอดจนบรรณาธิการของหนังสือพิมพ์ *Russkoye Veche* ในรัสเซียเขียนและตีพิมพ์บทความหลายฉบับซึ่งวาดภาพให้ชาวยิวเป็นตัวแทนความชั่วร้ายในประเทศรัสเซีย โดยกล่าวหาว่าชาวยิววางแผนร้ายต่อคนรัสเซียและเรียกร้องให้มีการขับไล่คนยิวออกไปจากสังคม Ivanov ถูกตั้งข้อหาขู่ต่อสาธารณะให้เกิดความเกลียดชังในชาติพันธุ์ เชื้อชาติ และศาสนาผ่านการใช้สื่อมวลชน (public incitement to ethnic, racial and religious hatred)

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าคำร้องนาย Ivanov ร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนว่ารัฐบาลรัสเซียละเมิดสิทธิรับไว้พิจารณาไม่ได้ (inadmissible) เนื่องจากการใช้เสรีภาพแห่งการแสดงออกของผู้ร้อง

<sup>304</sup> *Norwood v. United Kingdom*, No. 23131/03, decision of 15 November 2004:

“The Court notes and agrees with the assessment made by the domestic courts, namely that the words and images on the poster amounted to a public expression of attack on all Muslims in the United Kingdom... is incompatible with the values proclaimed and guaranteed by the Convention, notably tolerance, social peace and non-discrimination. The applicant’s display of the poster in his window constituted an act within the meaning of Article 17, which did not, therefore, enjoy the protection of Articles 10 or 14

It follows that the application must be rejected as being incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention, pursuant to Article 35 paras 3 and 4”

ไม่สอดคล้องกับคุณค่าที่อนุสัญญา ECHR รับรองจึงเป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบขัดต่อข้อ 17 ของอนุสัญญา<sup>305</sup>

จากคดีที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปและศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้นำเอาข้อ 17 ว่าด้วยการใช้สิทธิโดยมิชอบมาปรับใช้ในคดีข้างต้นมีข้อพิจารณา ดังนี้

ประการแรก บทบัญญัติข้อ 17 นี้สะท้อนถึงบรรยากาศทางการเมืองในภูมิภาคยุโรปในขณะที่มีการร่างอนุสัญญา ECHR และกลายเป็นเกราะป้องกันประชาธิปไตยในยุโรปจากลัทธิฟาสซิสต์และภัยคุกคามจากคอมมิวนิสต์ เป็นเครื่องมือต่อสู้กับศัตรูของเสรีภาพ (*les ennemis de la liberte*) มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อติดอาวุธให้กับระบอบประชาธิปไตยซึ่งจำเป็นต่อการป้องกันไม่ให้ประวัติศาสตร์ซ้ำรอย โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากความโหดร้ายในอดีตของระบอบเผด็จการ ทั้ง นาซี ฟาสซิสต์ และคอมมิวนิสต์<sup>306</sup>

ประการที่สอง กลไกสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ขยายขอบเขตการบังคับใช้ (material scope) ของข้อ 17 นี้ออกจากวัตถุประสงค์ดั้งเดิมจนบังคับถึงการกระทำใดก็ตามที่ไม่สอดคล้องกับคุณค่าพื้นฐานของอนุสัญญา ECHR ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้โยงเรื่องของการต่อสู้กับการเหยียดเชื้อชาติและการต่อต้านชาวยิวเข้ากับคุณค่าพื้นฐานที่อนุสัญญาคุ้มครอง<sup>307</sup> ซึ่งหากพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนก็จะเห็นว่าในปัจจุบัน ข้อ 17 ถูกศาลนำมาปรับใช้กับข้อท้าทายใหม่ๆ ที่สังคมยุโรปต้องเผชิญซึ่งไม่ใช่ภัยคุกคามจากประวัติศาสตร์อีกต่อไป หากแต่เป็นอันตรายที่สังคมประชาธิปไตยในยุโรปต้องเผชิญเมื่อก้าวเข้าสู่การเป็นสังคมพหุวัฒนธรรม<sup>308</sup>

ประกายสุดท้าย จะเห็นได้ว่าในการที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปปรับใช้ข้อ 17 เข้ากับคดีนั้น ข้อบทดังกล่าวถูกปรับใช้กับในคดีในสองลักษณะ กล่าวคือ

1. การปรับใช้กับคดีโดยตรง (direct application)
2. การปรับใช้กับคดีโดยอ้อม (indirect application)

การปรับใช้ข้อ 17 เข้ากับคดีโดยตรง หรือ direct application คือ การใช้เพื่อตัดประเภทของการแสดงออกนั้นๆ ออกจากความคุ้มครองของข้อ 10 วรรคแรก (categorical exclusion) โดยที่

<sup>305</sup> *Pavel Ivanov v. Russia* (dec.), No. 35222/04, decision of 20 February 2007.

<sup>306</sup> Hannes Cannie and Dirk Voorhoof, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value For Democrac and Human Rights Protection?," *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 29/1 Neth. Q. Hum. Rts. 54 (2011).

<sup>307</sup> Ibid.

<sup>308</sup> Council of Europe, Committee of Experts for the Development of Human Rights, *Report: Human Rights in a Multicultural Society Hate Speech*, 9 February 2007, para 74-75.

ไม่ต้องพิจารณาว่าข้อจำกัดสิทธิชอบด้วยข้อ 10 วรรคสองหรือไม่ อันมีผลเป็นการตัดฟ้องโดยตรง (guillotine effect) ซึ่งมักเป็นการวินิจฉัยในเบื้องต้น (prima facie) เท่านั้น และศาลจะพิจารณาจากเนื้อหาของการแสดงออกที่ผู้ร้องขอให้ศาลคุ้มครองเป็นสำคัญ (content-based) โดยไม่พิจารณาปัจจัยแวดล้อมอื่นๆ ในกรณีนี้ศาลจะตัดสินเพียงว่าการกระทำของผู้ร้องไม่ได้รับความคุ้มครองตามข้อ 10 โดยผลของข้อ 17<sup>309</sup> เช่นในคดี *Garaudy v. France*

### คดี *Garaudy v France*

ในคดี *Garaudy* ผู้ร้อง คือ Roger Garaudy ได้ตีพิมพ์หนังสือชื่อ “The Founding Myths of Israeli Politics” ในปี 1995 ซึ่งมีเนื้อหาในบทหนึ่งของหนังสือชื่อว่า “The Myth of the Nuremberg trials” และ อีกบทหนึ่งชื่อว่า “The Myth of the Holocaust” ในปี 1996 นาย Garaudy ถูกดำเนินคดีทั้งทางแพ่งและทางอาญาในข้อหาปฏิเสธอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ รวมทั้งภายใต้ มาตรา 24 ทวิของกฎหมายว่าด้วยเสรีภาพของสื่อมวลชนปี 1881 ซึ่งแก้ไขโดยรัฐบัญญัติที่ชื่อว่า *Gayssot Act* (“the *loi Gayssot*”) ซึ่งนาย Garaudy ยกสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกขึ้นต่อสู้ แต่ศาลอุทธรณ์แห่งกรุงปารีสตัดสินว่าการดำเนินคดีต่อนาย Garaudy มิได้ละเมิดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกของเขาเพราะ “ข้อ 10 ของอนุสัญญาดังกล่าว (ECHR) จะต้องตีความภายใต้บทบัญญัติข้อ 17 ของอนุสัญญาด้วย ขณะที่มาตรา 24 ทวิของรัฐบัญญัติว่าด้วยเสรีภาพสื่อมวลชน (*Press Freedom Act*) วันที่ 29 กรกฎาคม 1881 นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันและปราบปรามการปฏิเสธต่อสาธารณะชนซึ่งข้อเท็จจริงที่ถูกตัดสินจนถึงที่สุดไปแล้วโดยคณะกรรมการทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบิร์ก (*International Military Tribunal at Nuremberg*) และซึ่งเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ซึ่งขัดแย้งโดยสิ้นเชิงกับคุณค่าของอนุสัญญาเพื่อการพิจารณาภายใต้ข้อ 17”<sup>310</sup>

เมื่อคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป นาย Garaudy ยกข้อ 17 ขึ้นเป็นข้อต่อสู้รัฐบาลฝรั่งเศสว่ามาตรา 24 ทวิของกฎหมายดังกล่าวก่อให้เกิดกลไกการเซ็นเซอร์ซึ่งจำกัดเสรีภาพแห่งการแสดงออกโดยมิชอบ ขณะที่ข้อต่อสู้หลักของรัฐบาลฝรั่งเศสก็คือศาลไม่ควรรับ

<sup>309</sup> Hannes Caille and Dirk Voorhoof, “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value For Democrac and Human Rights Protection?,” *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 29/1 Neth. Q. Hum. Rts. 54 (2011).

<sup>310</sup> *Garaudy v. France*, decision of 24 June 2003, Part A: The Circumstances of the Case :

“Article 10 of the aforementioned Convention has to be interpreted in the light of the provisions of Article 17 of that Convention (...) section 24 bis of the [*Press Freedom*] Act of 29 July 1881 is aimed at preventing or punishing the public denial of facts that have been the subject of a final ruling by the Nuremberg International Military Tribunal and relate to events that are totally incompatible with the values of the Convention for the purposes of Article 17.”

พิจารณาคำร้องของนาย Garaudy เพราะเป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบตามข้อ 17 เนื่องจากหนังสือของนาย Garaudy ได้รับการพิสูจน์ว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อปฏิเสธความจริงของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ขอให้ศาลสั่งไม่รับคำร้อง

ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี ศาลเห็นว่ากรณีการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้น เป็นกรณีที่ต้องปรับใช้ข้อ 17 เข้ากับคดีโดยตรง (direct application) ซึ่งในคดีนี้ศาลเห็นว่าหนังสือของนาย Garaudy “ปฏิเสธอย่างเป็นระบบซึ่งอาชญากรรมต่อมนุษยชาติซึ่งนาซีกระทำต่อชาวยิว” (“systematically denied the crimes against humanity perpetrated by the Nazis against the Jewish community”) อีกทั้งยัง “บ่อนทำลายคุณค่าในการต่อสู้กับการเหยียดเชื้อชาติและการต่อต้านชาวยิวและก่อให้เกิดภัยคุกคามอย่างร้ายแรงต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน การกระทำดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยและหลักสิทธิมนุษยชนเพราะเป็นการละเมิดต่อสิทธิของบุคคลอื่น (the rights of others) อันมีวัตถุประสงค์ต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิโดยข้อ 17 ของอนุสัญญา”<sup>311</sup>

คำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดี *Garaudy* ซึ่งเกี่ยวข้องกับการปฏิเสธความจริง (denial) ที่เป็นที่ยอมรับกันในประวัติศาสตร์มีผลตรงกันข้ามกับคดี *Lehideux and Isorni v. France* ซึ่งเป็นคดีที่เกิดก่อนหน้าคดี *Garaudy* และมีการยก abuse clause ขึ้นเป็นข้อต่อสู้เช่นเดียวกัน

### คดี *Lehideux and Isorni v. France* วิทยาลัย

คดี *Lehideux and Isorni v. France* มีผู้ร้องสองคน คือ นาย Lehideux และนาย Isorni ถูกดำเนินคดีจากการลงโฆษณาในหนังสือพิมพ์รายวัน “*Le Monde*” ในฝรั่งเศสซึ่งมีเนื้อหาสดุดีจอมพลเปแตง (Philippe Pétain) ผู้นำฝรั่งเศสในสมัยสงครามโลกครั้งที่สองภายใต้การยึดครองของนาซีหรือที่เรียกว่า ฝรั่งเศสวีชี (Vichy France) ทั้งนี้ นาย Lehideux เคยเป็นรัฐมนตรีในรัฐบาลของจอมพลเปแตง ส่วนนาย Isorni เคยเป็นที่ปรึกษากฎหมายของจอมพลเปแตงในคดีที่ศาลตัดสินประหารชีวิตนายพลเปแตงจากการเข้าร่วมกับนาซี ทั้งคู่ถูกศาลฝรั่งเศสตัดสินว่ามีความผิดตามมาตรา 24 (3) ของกฎหมาย Press Freedom Act ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับเดียวกันกับในคดี *Garaudy* ในข้อหาให้

<sup>311</sup> Ibid.:

“The denial or rewriting of this type of historical fact undermines the values on which the fight against racism and anti-Semitism are based and constitutes a serious threat to public order. Such acts are incompatible with democracy and human rights because they infringe the rights of others. Its proponents indisputably have designs that fall into the category of aims prohibited by Article 17 of the Convention.”

การปกป้องโดยสาธารณะซึ่งความผิดฐานให้ความร่วมมือกับข้าศึก (Public Defence of the Crimes of Collabotation with the Enemy)<sup>312</sup> อย่างไรก็ตามคดีนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปไม่เห็นว่าเป็นเนื้อหาของคำโฆษณาในหนังสือพิมพ์ของผู้ร้องไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่เป็นที่ยอมรับกันในประวัติศาสตร์ดังเช่นการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในคดี *Garaudy* แต่เป็นเรื่องที่ยังคงเป็นข้อถกเถียงกันอยู่

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปใช้แนวการวินิจฉัยเดียวกันนี้ในคดีหลังๆ เช่น คดี *Norwood* ซึ่งตัดสินว่าคดีของผู้ร้องไม่ได้รับความคุ้มครองตามข้อ 10 หรือ 14 ของอนุสัญญาโดยผลของข้อ 17 และคำร้องของผู้ร้องจึงไม่สอดคล้องกับขอบทของอนุสัญญาในมูลคดี (*ratione materiae*) ศาลไม่อาจรับไว้พิจารณาโดยผลของข้อ 35 วรรค 3 และ 4 ของอนุสัญญา<sup>313</sup>

ขณะที่การปรับใช้ข้อ 17 เข้ากับคดีโดยอ้อม หรือ indirect application คือ กรณีที่ศาลวินิจฉัยในชั้นพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของข้อจำกัดสิทธิของรัฐตามข้อ 10 วรรคสอง โดยนำข้อ 17 มาใช้ช่วยในการตีความว่าข้อจำกัดสิทธิของรัฐมีความจำเป็นหรือไม่ซึ่งเป็นแนวทางการวินิจฉัยที่พบในหลายๆ คดีที่ตัดสินโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป เช่นในคดี *Kuhnen v Germany*

#### คดี *Kuhnen v. Germany*

ผู้ร้องเป็นนักสื่อสารมวลชนและเป็นหนึ่งในผู้นำองค์กร “ANS/NA” ในเยอรมนีซึ่งพยายามฟื้นฟูพรรคนาซี (National Socialist Party) หรือ NSDAP ในเยอรมนีขึ้นมาอีกครั้งซึ่งต้องห้ามตามกฎหมายโดยการจัดทำและเผยแพร่แผ่นพับหลายชุด

ในการพิจารณาคดีของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป หลังจากคณะกรรมการวินิจฉัยว่าการดำเนินคดีกับผู้ร้องมีบัญญัติไว้เป็นกฎหมายอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีและมีวัตถุประสงค์โดยชอบตามข้อ 10 วรรคสองแล้ว ในการวินิจฉัยว่าการดำเนินคดีดังกล่าวเป็นมาตรการจำกัดสิทธิที่จำเป็นหรือไม่ คณะกรรมการอ้างถึงบทบัญญัติข้อ 17 โดยพิจารณาจากคำตัดสินของศาลฎีกาประจำแฟรงก์เฟิร์ตซึ่งเป็นศาลที่ตัดสินคดีภายในประเทศว่าแผ่นพับของผู้ร้องมีเนื้อหา “สนับสนุนสังคมนิยมแห่งชาติโดยมีเจตนาที่จะทำลายพื้นฐานของเสรีภาพและ

<sup>312</sup> *Lehideux and Isorni v. France*, judgment of 23 September 1998, para 15.

<sup>313</sup> *Norwood v. United Kingdom*, No. 23131/03, decision of 15 November 2004:

“The applicant’s display of the poster in his window constituted an act within the meaning of Article 17, which did not, therefore, enjoy the protection of Articles 10 or 14

It follows that the application must be rejected as being incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention, pursuant to Article 35 paras 3 and 4”



ประชาธิปไตย”<sup>314</sup> และเห็นว่าผู้ร้อง “พยายามที่จะใช้เสรีภาพในด้านข้อมูลข่าวสารที่รับรองไว้ในข้อ 10 ของอนุสัญญาเป็นฐานสำหรับกิจกรรมซึ่งขัดแย้งต่อทบบัญญัติและจิตวิญญาณของอนุสัญญาซึ่งถ้าได้รับความคุ้มครองดังกล่าวแล้วก็จะก่อให้เกิดการทำลายสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญา”<sup>315</sup> ดังนั้นคณะกรรมการสิทธิการจึงเห็นว่าการดำเนินคดีเป็นมาตรการที่มีความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยตามข้อ 10 วรรคสองของอนุสัญญา

ภายหลังคดี *Kuhnen* คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปหยิบเอาแนวการวินิจฉัยในคดี *Kuhnen* มาปรับใช้กับคดีการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในคดีอื่นๆ เพื่อวินิจฉัยว่าคดีของผู้ร้องไม่มีเหตุผลอย่างชัดเจน (manifestly ill-founded) เนื่องจากข้อจำกัดสิทธิของรัฐมีความจำเป็นต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตยในความหมายของข้อ 10 วรรคสอง เช่นในคดี *Remer* ซึ่งคณะกรรมการสิทธิการวินิจฉัยว่าจะต้องพิจารณาข้อ 17 ของอนุสัญญาว่าการดำเนินคดีข้อหาช่วยทำให้เกิดความเกลียดชังจากการตีพิมพ์บทความที่มีเนื้อหาปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ของผู้ร้องนั้นละเมิดสิทธิตามข้อ 10 ของผู้ร้องหรือไม่<sup>316</sup> ซึ่งคณะกรรมการเห็นว่าการละเมิดเกิดขึ้น<sup>317</sup> ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าการปรับใช้โดยอ้อมนี้แม้คณะกรรมการจะอ้างถึงข้อ 17 แต่เป็นการอ้างเพื่อหาข้อสรุปว่าข้อจำกัดสิทธิของรัฐมีความจำเป็นต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตย มิใช่เพื่อหาข้อสรุปว่าคำร้องรับไว้พิจารณาไม่ได้<sup>318</sup>

<sup>314</sup> *Kuhnen vs Germany*, 28 May 1986, Application No. 12194/86:

“As regards the circumstances of the present case the Commission again notes the detailed findings of the Frankfurt Regional Court according to which the publications at issue, by advocating national socialism, aimed at impairing the basic order of freedom and democracy.”

<sup>315</sup> *Ibid.*:

“As a result, the Commission finds that the applicant is essentially seeking to use the freedom of information enshrined in Article 10 (Art. 10) of the Convention as a basis for activities which are, as shown above, contrary to the text and spirit of the Convention and which, if admitted, would contribute to the destruction of the rights and freedoms set forth in the Convention.”

<sup>316</sup> *Remer v. Germany*, No. 25096/94, decision of the Commission of 6 September 1995:

“The Commission finds that the provisions of the Penal Code at issue, and their application in the present case, aimed to secure the peaceful coexistence of the population in the Federal Republic of Germany. The Commission therefore has also had regard to Article 17 (Art. 17) of the Convention.”

<sup>317</sup> *Ibid.*:

“Accordingly, there is no appearance of a violation of the applicant's right under Article 10 (Art. 10) of the Convention.”

<sup>318</sup> David Keane, “Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights,” *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 25 Neth. Q. Hum. Rts. 641 (2007).

จากการพิจารณาแนวทางการปรับใช้ข้อ 17 ของอนุสัญญา ECHR เข้ากับคดีทั้งโดยตรงและโดยอ้อมแล้วทำให้เราเข้าใจได้ว่ากลไกสิทธิมนุษยชนยุโรปถอดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังออก จากความคุ้มครองของสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกตามข้อ 10 ของอนุสัญญา ECHR โดยสองวิธี

วิธีแรก คือ โดยการปรับใช้บทบัญญัติข้อ 17 ของอนุสัญญาว่าด้วยการห้ามการใช้สิทธิโดยมิชอบ (prohibition of abuse of rights) ในกรณีที่มีการพูดที่พิพาทนั้นเป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังและขัดกับคุณค่าพื้นฐานของอนุสัญญา

วิธีที่สอง คือ โดยการปรับใช้บทบัญญัติข้อ 10 วรรคสองของอนุสัญญาเพื่อพิจารณาว่าด้วยเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก ในกรณีที่ข้อ 17 มิได้บังคับใช้กับคดีนั้นๆ

### 3.2.2.2.1.2 การจำกัดเสรีภาพแห่งการแสดงออกภายใต้ข้อ 10

#### วรรคสองของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดี *Handyside v the United Kingdom* กล่าวว่า “เสรีภาพแห่งการแสดงออกเป็นหนึ่งในรากฐานอันสำคัญของสังคมและเป็นเงื่อนไขเบื้องต้นของความก้าวหน้าและการพัฒนาของมนุษย์”<sup>319</sup> และ “ภายใต้บังคับของข้อ 10 วรรค 2 สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงไม่เพียงมีผลใช้บังคับกับ “ข้อมูลข่าวสาร” และ “แนวความคิด” ที่ไม่เป็นการคุกคาม หรือที่ไม่ก่อให้เกิดความแตกต่างเท่านั้นเท่านั้น แต่ยังมีผลใช้บังคับกับข้อมูลข่าวสารและแนวความคิดที่โจมตีสร้างความตื่นตระหนก และรบกวนรัฐหรือประชากรไม่ว่าในภาคส่วนใดด้วยอันเป็นส่วนหนึ่งของพหุนิยม การมีขันติธรรม และความเปิดกว้างทางความคิดที่เป็นส่วนประกอบสำคัญของสังคมอันเป็นประชาธิปไตย”<sup>320</sup> ซึ่งศาลกล่าวว่า รูปแบบ เงื่อนไข ข้อจำกัด หรือโทษที่รัฐออกมาบังคับกับการแสดงออกซึ่งอยู่ในขอบเขตนี้จะต้องได้สัดส่วน (proportionate) กับวัตถุประสงค์โดยชอบ (legitimate aim) ของข้อจำกัดสิทธินั้นด้วย

วรรคสองของข้อ 10 บัญญัติเกี่ยวกับข้อจำกัดสิทธิของรัฐเอาไว้ว่า “การใช้เสรีภาพเหล่านี้เนื่องจากมีหน้าที่และความรับผิดชอบควบคู่ไปด้วย จึงอาจมีรูปแบบ เงื่อนไข ข้อจำกัด หรือโทษตามที่

<sup>319</sup> *Handyside v the United Kingdom*, judgment of 7 December 1976., para 49:

“Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man.”

<sup>320</sup> *Ibid.*:

“Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society"

บัญญัติไว้ในกฎหมายและจำเป็นต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตย ผลประโยชน์ด้านความมั่นคงของชาติ บูรณภาพแห่งดินแดน หรือความปลอดภัยของประชาชน การป้องกันความไม่สงบเรียบร้อยหรือ อาชญากรรม การคุ้มครองการสาธารณสุขหรือศีลธรรม การคุ้มครองชื่อเสียงหรือสิทธิของบุคคลอื่น การป้องกันการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับ หรือการดำรงไว้ซึ่งอำนาจและความเป็นกลางของฝ่าย ตุลาการ”

ในการพิจารณาว่าข้อจำกัดสิทธิของรัฐชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลสิทธิมนุษยชนจะวินิจฉัย ในสามประเด็น คือ

### 1. ข้อจำกัดสิทธิของรัฐบัญญัติไว้ในกฎหมายหรือไม่

จากคำวินิจฉัยของศาล ข้อจำกัดสิทธิที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย นอกจากจะต้องบัญญัติอยู่ใน กฎหมายภายในของรัฐแล้ว จะต้องเป็นกฎหมายที่บุคคลที่เกี่ยวข้องสามารถเข้าถึงได้อย่างเพียงพอ (adequately accessible) กล่าวคือ บุคคลที่ถูกจำกัดสิทธิต้องมีการชี้บอกที่เพียงพอถึงกฎหมายที่จะ ใช้บังคับกับกรณีนั้นๆ และจะต้องคาดเห็นได้ตามสมควร (foreseeable to a degree that is reasonable in the circumstances) ว่าเขาจะได้รับผลอย่างไรตามกฎหมายบ้าง<sup>321</sup> กล่าวอีกนัย หนึ่ง คือ ข้อจำกัดสิทธิที่บัญญัติไว้ในกฎหมายต้องสอดคล้องกับหลักนิติรัฐด้วย<sup>322</sup>

### 2. ข้อจำกัดสิทธิมีวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ข้อ 10 วรรคสองของอนุสัญญา ECHR กำหนดวัตถุประสงค์ดังกล่าวเอาไว้หลายประการ ด้วยกัน ได้แก่ ผลประโยชน์ด้านความมั่นคงของชาติ บูรณภาพแห่งดินแดน หรือความปลอดภัยของ ประชาชน การป้องกันความไม่สงบเรียบร้อยหรืออาชญากรรม การคุ้มครองการสาธารณสุขหรือ

<sup>321</sup> *The Sunday Times v the United Kingdom*, Judgment of 26 April 1979, para 49:

“In the Court’s opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression “prescribed by law”. Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice.”

<sup>322</sup> Anne Weber. *Manual on Hate Speech* (Council of Europe Publishing, 2009), p 31.

ศีลธรรม การคุ้มครองชื่อเสียงหรือสิทธิของบุคคลอื่น การป้องกันการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับ หรือการอ้างไว้ซึ่งอำนาจและความเป็นกลางของฝ่ายตุลาการ

### 3. ข้อจำกัดสิทธิจำเป็นต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตยหรือไม่

จากคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรป คำว่า “จำเป็น” (“necessary”) ในข้อ 10 วรรคสองสื่อความหมายถึงกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนของสังคม หรือ “pressing social need” ซึ่งรัฐภาคีได้รับขอบเขตในการประเมินความจำเป็น (Margin of Appreciation)

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้กำหนดแนวทางในการวินิจฉัยหลักความจำเป็น (necessity test) เอาไว้ กล่าวคือ “ในการใช้อำนาจควบคุมดูแลของศาล ศาลต้องพิจารณาข้อจำกัดสิทธิของรัฐ (interference) ประกอบกับพฤติการณ์แห่งคดีทั้งปวง ทั้งเนื้อหาของการพูดที่ถูกจำกัดสิทธิ (content) และบริบทซึ่งมีการกล่าวคำพูดนั้น (context) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลต้องวินิจฉัยว่า ข้อจำกัดสิทธิของรัฐได้สัดส่วน (proportionate) กับ วัตถุประสงค์โดยชอบ (legitimate aims) ซึ่งข้อจำกัดสิทธินั้นมุ่งหมายหรือไม่ และวินิจฉัยว่าเหตุผลที่รัฐใช้สนับสนุนความถูกต้องของข้อจำกัดสิทธิดังกล่าวเป็นเหตุผลที่เกี่ยวข้องและเพียงพอหรือไม่ (relevant and sufficient)”<sup>323</sup>

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการวินิจฉัยปัญหาว่าข้อจำกัดสิทธิของรัฐมีความจำเป็นหรือไม่นั้นจึงเป็นเรื่องของการหาจุดสมดุลระหว่างผลประโยชน์หรือคุณค่าในด้านต่างๆ ซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในสังคมปัจจุบันที่เป็นสังคมพหุวัฒนธรรม โดยปัจจัยต่างๆ ที่ศาลยกขึ้นประกอบการวินิจฉัยความจำเป็นนั้นเป็นปัจจัยที่ศาลยกขึ้นจากบริบทต่างๆ เป็นรายคดีไป ทั้งนี้ ศาลจะทำการหา

<sup>323</sup> *Handyside v the United Kingdom*, judgment of 7 December 1976., para 50; ECtHR, *Lingens v Austria*, 8 July 1986, Application No. 9815/82, para 40; ECtHR, *Barfod v Denmark*, 22 February 1989, Application No. 11508/85, para 28; ECtHR, *Jersild v Denmark*, 23 September 1994, Application No. 15890/89, para 31; ECtHR, *Zana v Turkey*, 25 November 1997, Application No. 18954/91, para 51; ECtHR, *Stoll v Switzerland*, 10 December 2007, Application No. 69698/01 (Grand Chamber), para 101; and ECtHR, *Sanoma Uitgevers BV v the Netherlands*, 14 September 2010, Application No. 38224/03 (Grand Chamber), para 81:

“In exercising its supervisory jurisdiction, the Court must look at the impugned interference in the light of the case as a whole, including the content of the remarks held against the applicant and the context in which he made them. In particular, it must determine whether the interference in issue was ‘proportionate to the legitimate aims pursued’ and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are ‘relevant and sufficient’.”

สมดุลของผลประโยชน์ต่างๆ ดังกล่าวก็ต่อเมื่อการพูดที่เกี่ยวข้องมิใช่การใช้สิทธิโดยมิชอบ (abuse of rights)<sup>324</sup> ซึ่งมุ่งทำลายสิทธิและเสรีภาพที่รับรองโดยอนุสัญญาตามข้อ 17<sup>325</sup>

นอกจากนี้ ในกรณีที่ศาลต้องวินิจฉัยว่าข้อจำกัดสิทธิของรัฐได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์โดยชอบ ซึ่งข้อจำกัดสิทธินั้นมุ่งหมายหรือไม่นั้นแสดงว่าท้ายที่สุดศาลอาจเห็นว่าแม้ในหลักการแล้ว การจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกของรัฐจะมีความจำเป็น แต่มาตรการที่รัฐใช้ในการจำกัดสิทธิอาจเป็นมาตรการที่ไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ดังกล่าวก็ได้<sup>326</sup>

### หลัก Margin of Appreciation

หลัก Margin of Appreciation มิใช่หลักที่ปรากฏอยู่ในตัวบทของอนุสัญญา ECHR หากแต่เกิดจากคำตัดสินของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดี *Greece v the United Kingdom*<sup>327</sup> หลัก Margin of Appreciation นี้เกิดขึ้นภายใต้หลักการที่ว่ากลไกสิทธิมนุษยชนภายใต้อนุสัญญา ECHR นั้นเป็นกลไกลำดับรอง (subsidiary) จากระบบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของรัฐ ดังที่ศาลในคดี *Handyside* วางหลักกว่าเป็นอำนาจของรัฐที่จะประเมินในขั้นต้นถึงความเป็นจริงว่ามีความจำเป็นเร่งด่วนของสังคม (pressing social need) ซึ่งสื่อถึงความจำเป็น (necessity) ในการออกข้อจำกัดสิทธิหรือบทลงโทษหรือไม่<sup>328</sup> ข้อ 10 วรรคสองของอนุสัญญา ECHR จึงให้ชอบอำนาจของรัฐในการประเมินความจำเป็นนั้น (Margin of Appreciation) ซึ่งขอบเขตดังกล่าวอนุสัญญามอบให้ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐ (legislator) ในการออกกฎหมายภายใน ดังเงื่อนไขของข้อจำกัดสิทธิตามข้อ 10 วรรคสองประการแรกว่า ข้อจำกัดสิทธิต้องบัญญัติไว้ในกฎหมาย (“prescribed by law”) และฝ่ายตุลาการซึ่งมีหน้าที่ตีความและบังคับใช้กฎหมายนั้น<sup>329</sup> โดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจะไม่เข้าไปทำหน้าที่

<sup>324</sup> ดูหัวข้อ 3.2.2.2.1.1

<sup>325</sup> Council of Europe, Committee of Experts for the Development of Human Rights, *Report: Human Rights in a Multicultural Society Hate Speech*, 9 February 2007, para 22-23.

<sup>326</sup> *Ibid.*, para 24.

<sup>327</sup> *Greece v United Kingdom*, decision of the Commission of 2 October 1958.

<sup>328</sup> *Handyside v the United Kingdom*, judgment of 7 December 1976., para 48:

“The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights ... Nevertheless, it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of "necessity" in this context.”

<sup>329</sup> *Ibid.*:

“Consequently, Article 10 para. 2 (art. 10-2) leaves to the Contracting States a margin of appreciation. This margin is given both to the domestic legislator ("prescribed by law") and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force”

แพนศาลภายใน หากแต่จะตรวจสอบภายใต้ข้อ 10 วรรคสองซึ่งคำตัดสินของศาลที่ใช้อำนาจในการประเมินความจำเป็นในการออกข้อจำกัดสิทธิดังกล่าว<sup>330</sup> อย่างไรก็ตามอำนาจดังกล่าวมิใช่อำนาจอันไร้ขอบเขต ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงมีอำนาจที่จะสำรวจว่าข้อจำกัดสิทธิดังกล่าวสอดคล้องกับอนุสัญญาหรือไม่ ดังนั้น ขอบอำนาจในการประเมินความจำเป็นของรัฐจึงอยู่ภายใต้การตรวจตราดูแลของกลไกสิทธิมนุษยชนยุโรป (“The domestic margin of appreciation thus goes hand in hand with a European supervision”)<sup>331</sup> ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจะตรวจสอบการใช้อำนาจประเมินความจำเป็นในการออกข้อจำกัดสิทธิของรัฐโดยเคร่งครัดเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นรายคดีไปว่ารัฐออกข้อจำกัดสิทธิในเรื่องใด ดังนั้น ขอบเขตในการประเมินความจำเป็นของรัฐ (Margin of Appreciation) นี้จึงไม่เท่ากันในแต่ละเรื่อง<sup>332</sup>

ภายใต้ข้อ 10 ของอนุสัญญา ECHR หลัก Margin of Appreciation นี้ให้อำนาจศาลสิทธิมนุษยชน ยุโรปในการตีความเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกโดยรัฐอย่างเคร่งครัดในคดีที่ศาลเห็นว่าขอบเขตในการประเมินความจำเป็นของรัฐในเรื่องใดเรื่องหนึ่งถูกจำกัด ขณะที่ในกรณีที่ศาลเห็นว่ารัฐมีขอบเขตในการประเมินความจำเป็นที่กว้าง ดังนั้น รัฐมีอิสระมากขึ้นในการกำหนดข้อจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก ศาลก็จะตรวจสอบความจำเป็นของข้อจำกัดสิทธิโดยภาพรวมเท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้รัฐอาจใช้ดุลพินิจได้มากขึ้นในกรณีนี้ แต่ขอบเขตดังกล่าวก็มีข้อจำกัดดังที่กล่าวไว้ข้างต้น<sup>333</sup>

ในกรณีที่ขอบอำนาจของรัฐในการประเมินความจำเป็นถูกจำกัด ศาลจะตรวจสอบเงื่อนไขการออกข้อจำกัดสิทธิของรัฐอย่างอิสระและละเอียดถี่ถ้วนมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะตรวจสอบความได้สัดส่วน (proportionality) ของมาตรการที่รัฐใช้จำกัดสิทธิจากหลักฐานที่มีการนำสืบ แนว

<sup>330</sup> Ibid., para 50:

“It follows from this that it is in no way the Court's task to take the place of the competent national courts but rather to review under Article 10 (art. 10) the decisions they delivered in the exercise of their power of appreciation.”

<sup>331</sup> Ibid., para 49:

“Nevertheless, Article 10 para. 2 (art. 10-2) does not give the Contracting States an unlimited power of appreciation. The Court, which, with the Commission, is responsible for ensuring the observance of those States' engagements (Article 19) (art. 19), is empowered to give the final ruling on whether a "restriction" or "penalty" is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10 (art. 10). The domestic margin of appreciation thus goes hand in hand with a European supervision.”

<sup>332</sup> Anne Weber. *Manual on Hate Speech* (Council of Europe Publishing, 2009), p 32.

<sup>333</sup> Council of Europe, Committee of Experts for the Development of Human Rights, *Report: Human Rights in a Multicultural Society Hate Speech*, 9 February 2007, para 26.

ทางการวินิจฉัยของศาล คือ หลังจากที่ศาลวินิจฉัยว่ารัฐมี “ขอบเขตในการประเมินอย่างจำกัดในการใช้ดุลพินิจว่ามีความจำเป็นเร่งด่วนของสังคมหรือไม่” (“restricted margin of appreciation to determine whether there [was] a pressing social need”) ศาลจะ “ทำการตรวจสอบโดยละเอียดถี่ถ้วนมากขึ้นว่าข้อจำกัดสิทธิของรัฐได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์โดยชอบซึ่งข้อจำกัดสิทธินั้นมุ่งหมายภายในความหมายของบทบัญญัติข้อ 10 หรือไม่” (“as a consequence to conduct a more thorough examination as to whether these were proportional in the light of the legitimate aim pursued within the meaning of Article 10”)<sup>334</sup>

ส่วนในกรณีที่รัฐขอบเขตในการประเมินความจำเป็นโดยกว้าง ศาลจะใช้อำนาจตรวจตราดูแลความชอบด้วยกฎหมายของข้อจำกัดสิทธิของรัฐอย่างจำกัดในการประเมินข้อเท็จจริงและความจำเป็นของมาตรการที่รัฐใช้ในการจำกัดสิทธิ<sup>335</sup> ซึ่งในภาพรวมอาจกล่าวได้ว่าเรื่องที่รัฐอาจใช้อำนาจในการวินิจฉัยว่ามีความจำเป็นในการออกข้อจำกัดสิทธิได้กว้างคือกรณีที่ยุโรปไม่มีความเห็นอันเป็นเอกภาพ (uniform European consensus) ในเรื่องนั้นเกี่ยวกับเงื่อนไขการออกข้อจำกัดสิทธิ<sup>336</sup>

โดยทั่วไปแล้ว รัฐมีขอบเขตในการประเมินความจำเป็นในการออกข้อจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกอย่างจำกัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการพูดในทางการเมือง (political speech) หรือ การวิพากษ์วิจารณ์เรื่องที่เป็นประโยชน์สาธารณะ (debate on matters of public interest) แต่ขอบเขตดังกล่าวกว้างขึ้นหากเป็นกรณีที่รัฐออกข้อจำกัดสิทธิในเรื่องเกี่ยวกับการค้า (commercial matter) หรือศีลธรรม รวมทั้งศาสนา ตลอดจนการวิพากษ์วิจารณ์การบริหารงานยุติธรรม<sup>337</sup>

ในคดีซึ่งเกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกเพื่อคุ้มครองศีลธรรม ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวินิจฉัยว่า “เป็นไปได้ที่จะแสวงหาแนวคิดของศีลธรรมที่เป็นเอกภาพทั่วทั้งยุโรปจากกฎหมายภายในของบรรดารัฐภาคี เนื่องจากมุมมองด้านศีลธรรมนั้นย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาและสถานที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคสมัยปัจจุบันที่ความคิดเห็นในเรื่องศีลธรรมมีการพัฒนาอย่างรวดเร็วและขยายขอบเขต ด้วยเหตุที่รัฐต้องสัมผัสกับพัฒนาการดังกล่าวภายในรัฐโดยตรงและต่อเนื่อง โดยหลักการแล้ว รัฐจึงอยู่ในฐานะที่ดีกว่าผู้พิพากษาศาลระหว่างประเทศในการให้

<sup>334</sup> Ibid., para 27; *Monnat v. Switzerland*, judgment of 21 September 2006.

<sup>335</sup> Council of Europe, Committee of Experts for the Development of Human Rights, *Report: Human Rights in a Multicultural Society Hate Speech*, 9 February 2007, para 28.

<sup>336</sup> Anne Weber. *Manual on Hate Speech* (Council of Europe Publishing, 2009), p 32.

<sup>337</sup> Council of Europe, Committee of Experts for the Development of Human Rights, *Report: Human Rights in a Multicultural Society Hate Speech*, 9 February 2007, para 29; see *Lesnik v Slovakia*, judgment of 11 March 2003, paras 55 and 64.

ความเห็นเกี่ยวกับเนื้อหาที่ชัดเจนของเงื่อนไขในทางศีลธรรม ตลอดจน “ความจำเป็น” ของ “ข้อจำกัดสิทธิ” หรือ “บทลงโทษ” ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองศีลธรรมดังกล่าว”<sup>338</sup>

อย่างไรก็ตามแม้ขอบเขตการประเมินความจำเป็นของรัฐในเรื่องศีลธรรมจะมีขอบเขตที่กว้าง แต่ขอบเขตดังกล่าวก็มีข้อจำกัด ดังที่ศาลเคยวินิจฉัยว่าแม้รัฐจะมีดุลพินิจที่กว้างในการวินิจฉัยความจำเป็นในการจำกัดสิทธิ แต่ขอบเขตดังกล่าวมิใช่ขอบเขตที่ “เสรีและตรวจสอบไม่ได้” (“unfettered and unreviewable”) ดังนั้นศาลเห็นว่าข้อจำกัดสิทธิของรัฐเกินขอบเขตและไม่ได้สัดส่วน (too extensive and disproportionate)<sup>339</sup>

ในคดีซึ่งเกี่ยวกับเรื่องของการคุ้มครองสิทธิของผู้อื่นในเรื่องที่เกี่ยวกับศาสนา ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวินิจฉัยทำนองเดียวกันกับการคุ้มครองศีลธรรมว่าถึงแม้ข้อ 10 ของอนุสัญญา ECHR จะให้ขอบเขตอันจำกัดแก่รัฐในการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก “แต่โดยทั่วไปแล้ว รัฐก็ได้รับขอบเขตในการประเมินความจำเป็นซึ่งกว้างขึ้นในการจำกัดเสรีภาพแห่งการแสดงออกซึ่งจะต้องรับผิดชอบต่อความเชื่อของบุคคลอื่นในด้านศีลธรรมและโดยเฉพาะอย่างยิ่งด้านศาสนา นอกจากนี้เช่นเดียวกับในเรื่องศีลธรรมหรืออาจจะมากกว่านั้น ไม่มีแนวคิดที่เป็นเอกภาพทั่วทั้งยุโรปในเรื่องการเงื่อนไข “การคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่น” ในเรื่องเกี่ยวกับการโจมตีความเชื่อทางศาสนาของบุคคลเหล่านั้น”<sup>340</sup> เพราะ “ปัญหาว่าอะไรก่อให้เกิดความผิดต่อบุคคลซึ่งมีความเชื่อทางศาสนา

<sup>338</sup> *Handyside v the United Kingdom*, judgment of 7 December 1976., para 48; *Müller and Others v. Switzerland*, judgment of 24 May 1988, para 35:

“In particular, it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them.”

<sup>339</sup> Council of Europe, Committee of Experts for the Development of Human Rights, Report: Human Rights in a Multicultural Society Hate Speech, 9 February 2007, para 30; see *Open Door v Ireland*, judgment of 29 October 1992.

<sup>340</sup> *Wingrove v. the United Kingdom*, judgment of 25 November 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-V, para. 58:

“a wider margin of appreciation is generally available to the Contracting States when regulating freedom of expression in relation to matters liable to offend intimate personal convictions within the sphere of morals or, especially, religion. Moreover, as in the field of morals, and perhaps to an even greater degree, there is no uniform European conception of the requirements of "the protection of the rights of others" in relation to attacks on their religious convictions.”



ใดศาสนาหนึ่งโดยเฉพาะนั้นย่อมเปลี่ยนแปลงไปอย่างยิ่งตามกาลเวลาและสถานที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในยุคสมัยที่มีความเชื่อและนิกายต่างๆ เกิดขึ้นมากมาย ด้วยเหตุที่รัฐต้องสัมผัสกับพัฒนาการดังกล่าว ภายในรัฐโดยตรงและต่อเนื่อง โดยหลักการแล้ว รัฐจึงอยู่ในฐานะที่ดีกว่าผู้พิพากษาศาลระหว่าง ประเทศในการให้ความเห็นเกี่ยวกับเนื้อหาที่ชัดเจนของเงื่อนไขในเรื่องสิทธิของบุคคลอื่น ตลอดจน “ความจำเป็น” ของ “ข้อจำกัดสิทธิ” หรือ “บทลงโทษ” ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิ ดังกล่าว”<sup>341</sup>

อย่างไรก็ตามศาลเองก็ตระหนักถึงการวินิจฉัยตามอำเภอใจ (arbitrariness) ซึ่งอาจเกิดขึ้น จากการให้ขอบอำนาจการประเมินที่กว้างแก่รัฐ ดังที่ศาลเคยวินิจฉัยว่าการที่กฎหมายตั้งเงื่อนไขการ ละเมิดได้สูงเป็นมาตรการปกป้องคุ้มครองการใช้อำนาจตามอำเภอใจในตัวเอง<sup>342</sup>

คดีที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวินิจฉัยตามแนวทางของข้อ 10 อนุสัญญา ECHR แบ่งออกได้ เป็น 3 กลุ่มคดี คดีกลุ่มแรก คือ คดีที่เกี่ยวข้องกับการช่วยุให้เกิดความเกลียดชังที่เกี่ยวข้องกับ สถานการณ์ทางการเมืองภายในประเทศและการพูดที่มีเนื้อหาในทางการเมือง (political speech) ซึ่งคดีทั้งหมดเกิดขึ้นในประเทศตุรกี

ในประเทศตุรกีได้เกิดปัญหาความไม่สงบขึ้นทางภาคตะวันออกเฉียงใต้ของประเทศ เกิด ปัญหาการก่อการร้ายภายในประเทศและมีการสู้รบระหว่างฝ่ายรัฐบาลและชนกลุ่มน้อยชาวเคิร์ด (Kurdish) ฝ่ายที่สนับสนุนและฝ่ายที่ต่อต้านการใช้กำลังกับชาวเคิร์ดต่างก็แสดงออกความคิดเห็นต่อ สาธารณะไม่ว่าในบทบาทของนักการเมืองหรือบทบาทของสื่อมวลชน ทำให้รัฐบาลตุรกีใช้กฎหมาย เข้าปราบปรามดำเนินคดีต่อผู้ที่ออกมาพูดในเรื่องนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งฝ่ายที่ต่อต้านการใช้กำลังของ รัฐ โดยกฎหมายที่สำคัญที่รัฐใช้ คือ ประมวลกฎหมายอาญาในฐานะให้การปกป้องการกระทำอันผิด กฎหมาย (ซึ่งมีการตั้งข้อหาแก่ผู้ที่สนับสนุนการก่อการร้ายของชาวเคิร์ด) และการช่วยุให้เกิดความ

<sup>341</sup> Ibid.:

What is likely to cause substantial offence to persons of a particular religious persuasion will vary significantly from time to time and from place to place, especially in an era characterised by an ever growing array of faiths and denominations. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements with regard to the rights of others as well as on the "necessity" of a "restriction" intended to protect from such material those whose deepest feelings and convictions would be seriously offended”

<sup>342</sup> Ibid., para 60:

“the high degree of profanation that must be attained constitutes, in itself, a safeguard against against arbitrariness.”

เกลียดชังหรือการเป็นปรปักษ์ กฎหมายสื่อมวลชน (Press Act) และกฎหมายต่อต้านการก่อการร้าย (Prevention of Terrorism Act) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความผิดฐานโฆษณาชวนเชื่อให้แบ่งแยก (separatist propaganda) ผู้ที่ถูกจำกัดการพูดจึงนำคดีร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเป็นหลายคดีด้วยกันในช่วงเวลาไล่เลี่ยกันระหว่างปี 1987 ถึงปี 1994

### คดี *Zana v. Turkey*

ในคดี *Zana v. Turkey* ผู้ร้องเป็นอดีตนายกเทศมนตรีเมือง Diyarbakir ทางตะวันออกเฉียงใต้ของประเทศตุรกี ในปี 1987 ผู้ร้องให้สัมภาษณ์กับนักข่าวโดยกล่าวว่าผู้ร้องสนับสนุนกลุ่ม PKK (Worker's Party of Kurdistan) ของชนกลุ่มน้อยชาวเคิร์ดซึ่งสู้รบกับรัฐบาลตุรกีเพื่อเอกราช และกล่าวต่อว่าเขาไม่สนับสนุนการสังหารหมู่ แต่ใครๆ ก็ทำผิดพลาดกันได้ และการสังหารเด็กและสตรีของกลุ่ม PKK ก็เป็นเพียงความผิดพลาดเท่านั้น (“I support the PKK national liberation movement; on the other hand, I am not in favour of massacres. Anyone can make mistakes, and the PKK kill women and children by mistake ...”) นาย Zana ถูกดำเนินคดีตามมาตรา 312 ประมวลกฎหมายอาญา ในข้อหาให้การสนับสนุนการก่อการร้ายซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมาย คดีนี้ศาล ECHR เห็นด้วยกับคำพิพากษาศาลตุรกีเพราะเห็นว่าการพูดของนาย Zana น่าจะทำให้สถานการณ์เลวร้ายยิ่งขึ้น

### คดี *Karatas v. Turkey*

ในคดี *Karatas v. Turkey* ผู้ร้อง คือ นาย Karatas เป็นชาวตุรกีเชื้อสายเคิร์ดในกรุงอิสตันบูล ในปี 1991 เขาแต่งบทกวีที่มีชื่อว่า “The Song of Rebellion – Dersim” หรือ “Dersim – Bir Isyanın Turkusu” ขึ้นมา บทกวีดังกล่าวมีเนื้อหากล่าวถึง “เคอร์ดิสถาน” และการต่อสู้ของชาวเคิร์ดเพื่อเอกราช โดยคำว่า “Dersim” หมายถึง ดินแดนที่เป็นจังหวัดตุนเจลี (Tunceli) ของประเทศตุรกีซึ่งเกิดเหตุจลาจลขึ้นและมีการปะทะกันระหว่างชาวเคิร์ดและกองกำลังฝ่ายรัฐบาลมากถึง 15 ครั้งในช่วงปี 1847 ถึงปี 1938 นาย Karatas ถูกดำเนินคดีในข้อหาช่วยุให้เกิดความเกลียดชังหรือการเป็นปฏิปักษ์ตามมาตรา 312 ประมวลกฎหมายอาญาและข้อหาโฆษณาชวนเชื่อให้มีการแบ่งแยก (separatist propaganda) ต่อ бурณภาพแห่งดินแดนของประเทศตุรกี ภายใต้กฎหมาย Prevention of Terrorism Act ปี 1991 คดีนี้ศาล ECHR เห็นว่าผู้ร้องถูกรัฐละเมิดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก

### คดี *Incal v. Turkey*

ในคดี *Incal v. Turkey* ผู้ร้อง คือ นาย Incal เป็นกรรมการบริหารพรรคการเมือง People's Labour หรือพรรค "HEP" ในประเทศตุรกีซึ่งเป็นหนึ่งในพรรคผู้แทนในสมัชชาแห่งชาติของตุรกีและต่อมาถูกยุบโดยศาลรัฐธรรมนูญเมื่อปี 1993 ในปี 1992 Incal ถูกดำเนินคดีอาญาจากการมีส่วนร่วมในการแจกจ่ายใบปลิวทั้งในข้อหาช่วยุให้เกิดความเกลียดชังหรือการเป็นปฏิปักษ์ตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายสื่อมวลชน และข้อหาโฆษณาชวนเชื่อให้มีการแบ่งแยก (separatist propaganda) ซึ่งอาจช่วยุให้ประชาชนลุกขึ้นต่อต้านรัฐบาลและกระทำความผิดทางอาญา โดยใบปลิวมีเนื้อหาตัดพ้อการเป็นปฏิปักษ์ต่อพลเมืองเชื้อสายเคิร์ด (Kurdish) ในเมือง Izmir ของตุรกีโดยชี้ให้เห็นถึงมาตรการและนโยบายของรัฐที่บังคับให้ชาวเคิร์ดต้องออกไปจากเมือง กล่าวว่าการกระทำของรัฐบาลเป็นการก่อการร้ายและเป็นส่วนหนึ่งของสงครามพิเศษ ("special war") ต่อพลเมืองเชื้อสายเคิร์ด และเรียกร้องให้พลเมืองต่อต้านสภาพที่เป็นอยู่ด้วยการโดยการรวมตัวกันในรูปแบบของคณะกรรมการชุมชน (neighborhood committees) ซึ่งรัฐบาลตุรกีเห็นว่าภาษาของใบปลิวมีลักษณะรุนแรงและช่วยุโดยประการที่น่าจะช่วยุพลเมืองที่มีเชื้อสายเคิร์ด (Kurdish) ให้เชื่อว่าถูกรัฐบาลตุรกีเลือกปฏิบัติและเป็นเหยื่อของสงครามพิเศษ ในคดีนี้ ศาล ECHR เห็นว่านาย Incal ถูกละเมิดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเนื่องจากบทลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วน (disproportionate)

### คดี *Surek v. Turkey*

ในคดี *Surek v. Turkey* เกี่ยวข้องกับผู้ร้องที่เป็นผู้ถือหุ้ใหญ่ของเจ้าของบทวิจารณ์รายสัปดาห์ "*Haberde Yorumda Gerçek*" ("*The Truth of News and Comments*") ซึ่งตีพิมพ์ในเมืองอิสตันบูล ในปี 1992 บทวิจารณ์ดังกล่าวตีพิมพ์จดหมายของผู้อ่านสองรายที่มีชื่อว่า "Weapons cannot win against freedom" และ "It is our fault" ซึ่งประณามการใช้กำลังทหารต่อชาวเคิร์ดในภาคตะวันออกเฉียงใต้ของประเทศตุรกีซึ่งเรียกร้องอิสรภาพ ผู้ร้องถูกดำเนินคดีในข้อหาเผยแพร่โฆษณาชวนเชื่อเพื่อแบ่งแยกรัฐและช่วยุให้เกิดความเกลียดชังระหว่างประชาชนเช่นกัน แต่ในคดีนี้ ศาล ECHR เห็นว่าการตีพิมพ์จดหมายดังกล่าวเป็นการช่วยุให้เกิดความเกลียดชัง

### คดี *Erbakan v. Turkey*

ในอีกคดีหนึ่ง คือ คดี *Erbakan v. Turkey* เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับอดีตนายกรัฐมนตรี Necmettin Erbakan ของประเทศตุรกี (ดำรงตำแหน่งเดือนมิถุนายน ปี 1996 ถึงเดือนมิถุนายน ปี 1997) และอดีตประธานพรรค Refah Partisi (Welfare Party) พรรคการเมืองซึ่งถูกยุบไปในปี 1998 จากการกระทำที่ขัดกับหลักรัฐธรรมนูญของตุรกี นาย Erbakan ถูกศาลพิพากษาลงโทษจำคุก 1

ปี ในปี 2000 ในข้อหายั่วยุให้เกิดความเกลียดชังหรือการเป็นปฏิปักษ์โดยการพูดที่มีเนื้อหาแบ่งแยกทางศาสนา เชื้อชาติ และภูมิภาคจากสุนทรพจน์ที่เขากล่าวในระหว่างหาเสียงเมื่อปี 1994 ที่เมืองบิงเกิล (Bingöl) ทางภาคตะวันออกเฉียงใต้ของประเทศ ในคดีนี้ศาล ECHR เห็นว่านาย Erbakan ถูกละเมิดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก

นอกจากคดีข้างต้นยังมีอีกคดีที่ศาล ECHR ตัดสินคล้ายกับคดี *Zana* คือ

### คดี *Leroy v. France*

คดีนี้ผู้ร้อง คือ นาย Leroy เป็นนักวาดการ์ตูนวาดภาพการถ่มอาคราเวิร์ลเทรตเช่นเตอร์ในมหานครนิวยอร์กลงในหนังสือพิมพ์รายสัปดาห์ในบาสก์ในฝรั่งเศสฉบับวันที่ 13 กันยายน 2001 โดยมีข้อความใต้ภาพเขียนว่า “We have all dreamt of it... Hamas did it” คดีนี้ศาล ECHR เห็นว่าภาพวาดและข้อความดังกล่าวเป็นการให้อภัยต่อการก่อการร้าย (condoning terrorism)

คดีกลุ่มที่สองคดีได้แก่คดีที่เกี่ยวข้องกับการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังในทางศาสนา (religious hatred) หรือการพูดที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับศาสนา (religious speech) มีหลายคดีที่มีลักษณะข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกันซึ่งมักเกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีกับผู้สื่อข่าวหรือสื่อมวลชนที่มีเนื้อหาทางศาสนาในรูปภาพยนตร์ หนังสือหรือหนังสือพิมพ์

### คดี *Otto-Preminger-Institut v. Austria*

ในคดี *Otto-Preminger-Institut v. Austria* ผู้ร้องซึ่งเป็นสมาคมเกี่ยวกับภาพยนตร์ถูกห้ามฉายภาพยนตร์เรื่อง *Das Liebeskonzil* (“Council in Heaven”) เพราะมีเนื้อหาวิพากษ์วิจารณ์หลักคำสอนของศาสนาและมีการใช้ตัวละครแสดงที่ล้อเลียนภาพลักษณ์ของพระเจ้า พระแม่มาเรีย และพระเยซู ตลอดจนการล้อเลียนพิธีกรรมทางศาสนา ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าการยึดฟิล์มภาพยนตร์เป็นมาตรการที่จำเป็นเนื่องจากภาพยนตร์ดังกล่าวมุ่งโจมตีสัญลักษณ์ในทางศาสนาของชาวคริสต์นิกายคาทอลิกซึ่งเป็นประชากรส่วนใหญ่ทั้งในรัฐที่มีการห้ามฉายและในประเทศออสเตรียทั้งหมด

### คดี *Giniewski v. France*

ในคดี *Giniewski v. France* ศาลฝรั่งเศสเห็นว่าบทความของผู้ร้องเรื่อง “The obscurity of error” ในหนังสือพิมพ์ “Le quotidien de Paris” ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับสารสันตปาปา (Papal Encyclical) ฉบับหนึ่งซึ่งใช้ชื่อว่า “The Splendour of Truth” (“Veritatis Splendor”) เป็นการหมิ่นประมาทต่อกลุ่มคนบนพื้นฐานของศาสนาเนื่องจากการตั้งประเด็นคำถามว่าหลักคำสอนของศาสนาคริสต์ในประวัติศาสตร์เป็นพื้นฐานที่นำไปสู่แนวคิดต่อต้านยิว (anti-Semitism) ใน

สงครามโลกครั้งที่สอง คดีนี้ศาล ECHR เห็นว่าผู้ร้องถูกละเมิดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกในการแสวงหาความจริงในประวัติศาสตร์

#### คดี *Klein v. Slovakia*

ในคดี *Klein v. Slovakia* ผู้ร้องซึ่งเขียนบทความตอบโต้วิพากษ์วิจารณ์หัวหน้าบาทหลวง Jan Sokol ที่ออกมาเรียกร้องให้ห้ามฉายภาพยนตร์เรื่อง “*The People vs. Larry Flynt*” เนื่องจากมีโปสเตอร์โฆษณาที่ดูหมิ่นต่อสัญลักษณ์ของศาสนาคริสต์โดยโปสเตอร์ดังกล่าวเป็นรูปตัวละครหลักในภาพยนตร์นุ่งธงชาติสหรัฐฯ และอยู่ในท่าทางถูกตรึงกางเขนอยู่บนร่างท่อนล่างของผู้หญิงซึ่งสวมเพียงกางเกงชั้นใน ถูกดำเนินคดีด้วยเหตุผลว่าบทความดังกล่าวดูหมิ่นต่อผู้ที่นับถือศาสนาคริสต์ คดีนี้ศาล ECHR เห็นว่าผู้ร้องถูกละเมิดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก

#### คดี *Aydin Tatlav v. Turkey*

ในคดีนี้ ผู้ร้องแต่งหนังสือเรื่อง “*Islamiyet Gercegi*” (“*The reality of Islam*”) เริ่มตีพิมพ์ครั้งแรกในปี 1992 และตีพิมพ์ต่อมาจนถึงครั้งที่ห้าในปี 1996 โดยมีการตีพิมพ์ไปทั้งหมด 16,500 เล่มในระยะเวลา 4 ปี ต่อมาในปี 1998 เขาถูกพิพากษาลงโทษในข้อหาตีพิมพ์ผลงานที่ทำขึ้นเพื่อทำลายชื่อเสียงของศาสนาอื่น คดีนี้ศาล ECHR เห็นว่าผู้ร้องถูกละเมิดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก

#### คดี *I. A. v. Turkey*

ในคดี *I. A. v. Turkey* ผู้ร้องตีพิมพ์นวนิยายที่มีชื่อว่า “*Yasak Tumceler*” (“*The Forbidden Phrases*”) ซึ่งมีประเด็นด้านปรัชญาและเทววิทยา การตีพิมพ์หนังสือดังกล่าวถูกตั้งข้อหาหมิ่น (Blasphemy) ต่อ “พระเจ้า ศาสนา ศาสดา และพระคัมภีร์” ของศาสนาอิสลาม เนื่องจากมุมมองในหนังสือมีลักษณะที่ไม่เห็นด้วยกับคำสอนของศาสนา (nonconformist) คดีนี้ศาล ECHR เห็นว่าหนังสือของผู้ร้องโจมตีโดยล่วงละเมิดต่อสัญลักษณ์อันเป็นที่เคารพของชาวมุสลิม

#### คดี *Nur Radyo Ve Televizyon Yayıncılığı A.S. v. Turkey*

ในอีกคดีหนึ่งที่เกิดขึ้นในประเทศตุรกีเช่นกัน คือ คดี *Nur Radyo Ve Televizyon Yayıncılığı A.S. v. Turkey* ผู้ร้องเป็นบริษัทถูกระงับใบอนุญาตเพราะละเมิดหลักการเป็นรัฐฆราวาสหรือช่วยทำให้เกิดความเกลียดชังเนื่องจากการกระจายเสียงรายการวิทยุบางรายการเกี่ยวกับศาสนาที่มีความคิดเห็นที่อธิบายการเกิดแผ่นดินไหวว่าเป็นสารเตือนจากพระอัลลอฮ์ถึงศัตรูของพระอัลลอฮ์ ศาล ECHR เห็นว่าความคิดเห็นของผู้ร้องไม่ได้ช่วยทำให้เกิดความเกลียดชัง

คดีในกลุ่มสุดท้าย คือ คดีที่เกี่ยวกับการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในทางเผ่าพันธุ์ (racial hatred)

### คดี *Feret v. Belgium*

ในคดีนี้ผู้ร้อง Daniel Feret เป็นประธานของพรรคการเมืองในเบลเยียม คือ พรรค “Front National-Nationaal Front” และเป็นบรรณาธิการใหญ่ของงานตีพิมพ์ของพรรคตลอดจนเป็นเจ้าของเว็บไซต์ของพรรค ในระหว่างหาเสียงเลือกตั้ง Feret ได้แจกจ่ายใบปลิวหลายฉบับของพรรค โดยใช้สโลแกนที่มีข้อความ เช่น “ลุกขึ้นสู้การครอบงำของอิสลาม (Islamification) ในเบลเยียม” (“Stand up against the Islamification of Belgium”) “ยุตินโยบายหลอมรวมเข้ากับคนแปลกหน้า” (“Stop the sham integration policy”) และ “ส่งคนที่ไม่ใช่ยุโรปที่เข้ามาหางานทำกลับบ้าน” (“Send non-European job-seekers home”) คดีนี้ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าใบปลิวดังกล่าวเป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

### คดี *Jersild v. Denmark*

ในคดี *Jersild v. Denmark* Jersild ซึ่งเป็นนักข่าวถูกดำเนินคดีจากการจัดรายการโทรทัศน์ ซึ่งมีการสัมภาษณ์กลุ่มเยาวชนที่เรียกตัวเองว่า “Greenjackets” โดยถูกตั้งข้อหาว่าให้การสนับสนุนเยาวชนสามคนในการแสดงความคิดเห็นในเชิงเหยียดเชื้อชาติอันเป็นการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง โดยการออกอากาศบทสัมภาษณ์ดังกล่าว คดีนี้ศาล ECHR ตัดสินว่าผู้ร้องถูกละเมิดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก

นอกจากคดีการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังที่กล่าวมาข้างต้น ยังมีกรณีอื่นที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าเป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง คือ

### คดี *Vejdeland and Others v. Sweden*

คดีนี้ผู้ร้องถูกดำเนินคดีจากการแจกจ่ายใบปลิวในโรงเรียนมัธยมศึกษาตอนปลายในสวีเดนซึ่งศาลสวีเดนเห็นว่าละเมิดต่อกลุ่มคนรักร่วมเพศ (homosexual) ใบปลิวดังกล่าวถูกแจกจ่ายโดยองค์กรที่เรียกตัวเองว่า “National Youth” ด้วยวิธีการทิ้งใบปลิวดังกล่าวไว้ในตู้ล็อกเกอร์ของเด็กนักเรียน ใบปลิวมีข้อมูลและคำกล่าวว่ากลุ่มคนรักร่วมเพศนั้น “เบี่ยงเบนทางเพศ” (“deviant sexual proclivity”) และมี “ผลกระทบให้เกิดความเสื่อมทางศีลธรรมต่อสังคม” (“a morally destructive effect on the substance of society”) อีกทั้งกล่าวหาว่าการรักร่วมเพศเป็นหนึ่งใน

สาเหตุหลักที่ทำให้เชื้อเอชไอวีและโรคเอดส์แพร่ระบาด คดีนี้ศาล ECHR เห็นว่าไบปลิวดังกล่าวเป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

### 3.2.2.2 แนวทางการวินิจฉัยตีความขอบเขตการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังของกลไกสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกา (Inter-American Approach)

ในเบื้องต้นอาจกล่าวได้ว่าแนวทางการวินิจฉัยขอบเขตการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังของกลไกสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกาค้ายกับแนวทางการวินิจฉัยของยุโรปอย่างมาก โดยหลักแล้วคณะกรรมการและศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกาตีความเนื้อหาของสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกตามข้อ 13 ของอนุสัญญา ACHR โดยกว้าง นอกจาก สิทธิในการพูด สิทธิในการเขียน สิทธิในการเผยแพร่ไม่ว่าโดยการพูดหรือการเขียนซึ่งการแสดงความคิดเห็น ข้อมูลข่าวสาร แนวคิด หรือความเห็นไม่ว่าโดยวิธีใด สิทธิในการแสดงออกในเชิงศิลปะหรือเชิงสัญลักษณ์ เผยแพร่การแสดงออกดังกล่าว และเข้าถึงงานศิลปะไม่ว่าจะเป็นศิลปะรูปแบบใด สิทธิที่จะแสวงหา รับและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดทุกประเภท สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับตนเองของบุคคลซึ่งอยู่ในฐานข้อมูลหรืองานทะเบียนไม่ว่าของรัฐหรือเอกชน ตลอดจนสิทธิที่จะมีไว้ในครอบครองซึ่งข้อมูลข่าวสาร ไม่ว่าโดยการเขียนหรือวิธีอื่นใด ส่งต่อหรือแจกจ่ายข้อมูลข่าวสารนั้นแล้ว กลไกสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกายังสันนิษฐานไว้ในเบื้องต้น (*ab initio*) ว่าโดยหลักการแล้วเนื้อหาการพูดทุกประเภทได้รับการคุ้มครองในฐานะที่เป็นสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก รวมถึง การพูดที่โจมตีสร้างความตื่นตระหนก หรือรบกวน (*offensive, shocking or disturbing speech*) ด้วย<sup>343</sup>

สำหรับข้อจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกภายใต้อนุสัญญา ACHR มีเงื่อนไขอยู่ในวรรคสองถึงวรรคสี่ของข้อ 13 กล่าวคือ

“ 2. การใช้สิทธิตามที่บัญญัติในวรรคก่อนหน้านี้นี้ ต้องไม่อยู่ภายใต้การเซ็นเซอร์ล่วงหน้า แต่อาจตกอยู่ภายใต้การกำหนดความรับผิดชอบในภายหลังซึ่งต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายโดยชัดแจ้งและจำเป็นต่อ

(ก) การเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น

(ข) การรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือการสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน

<sup>343</sup> Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression Inter American Commission on Human Rights, *Inter-American Legal Framework regarding the Right to Freedom of Expression* (OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09) 30 December 2009.

3. สิทธิแห่งการแสดงออกต้องไม่ถูกจำกัดโดยแนวทางหรือวิธีการโดยอ้อม เช่น การใช้อำนาจรัฐบาลโดยมิชอบ หรือการควบคุมของเอกชนในด้านหนังสือพิมพ์ วิทยุกระจายเสียงคลื่นความถี่ หรือเครื่องมือที่ใช้ในการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสาร หรือโดยวิธีอื่นใดอันมุ่งกีดขวางการสื่อสารหรือการแพร่หลายของแนวคิดหรือความคิดเห็น

4. ภายใต้บทบัญญัติในวรรค 2 การบั่นทอนในที่สาธารณะอาจอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการเซ็นเซอร์ล่วงหน้าเพื่อเหตุผลในการจำกัดการเข้าถึงเพื่อการคุ้มครองศีลธรรมของเด็กและเยาวชนเท่านั้น”

ในการตีความข้อบทดังกล่าว แนวคำวินิจฉัยของกลไกสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกาใต้พัฒนาหลักเกณฑ์สามประการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของข้อจำกัดสิทธิ คณะกรรมาธิการและศาล IACHR ยังวินิจฉัยอีกด้วยว่า ประการแรก มีข้อจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกบางรูปแบบที่ศาลไม่ยอมรับ และประการที่สอง มีข้อจำกัดสิทธิบางประเภทที่เพราะเหตุของประเภทของการพูดซึ่งถูกจำกัดสิทธิหรือเพราะวิธีการที่ข้อจำกัดสิทธินี้ใช้จะต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่เคร่งครัดและเข้มงวดเพื่อที่จะชอบด้วยอนุสัญญา ACHR โดยหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของข้อจำกัดสิทธินี้ใช้บังคับกับการใช้สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกทุกกรณี<sup>344</sup>

ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ที่วินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของข้อจำกัดสิทธินี้บังคับใช้ไม่เพียงต่อกฎหมายภายในที่ก่อให้เกิดข้อจำกัดสิทธินั้น แต่ยังบังคับใช้กับคำวินิจฉัยของฝ่ายบริหาร ตุลาการ ตำรวจ หรือหน่วยงานอื่นๆ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ หลักเกณฑ์นี้บังคับใช้กับทุกขั้นตอนของการใช้อำนาจรัฐที่กระทบต่อการใช้สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก<sup>345</sup> ซึ่งประเภทของการกระทำของรัฐที่เป็นข้อจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกซึ่งถูกวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายโดยกลไกสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกาใต้รวมถึงคำวินิจฉัยของอัยการและผู้พิพากษาของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทางทหารในคดีที่มีการตัดสินลงโทษ<sup>346</sup> คำสั่งของสมาชิกของกองทัพต่อผู้ใต้บังคับบัญชา<sup>347</sup> คำสั่งของผู้บัญชาการเรือนจำเกี่ยวกับผู้ถูกกักกัน<sup>348</sup> คำตัดสินของศาลอาญา<sup>349</sup> การกระทำในทางปกครองของฝ่ายบริหาร<sup>350</sup> และแม้กระทั่งบทบัญญัติซึ่งชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>351</sup> เป็นต้น

<sup>344</sup> Ibid., para 62-63.

<sup>345</sup> I/A Court H. R., Case of López-Álvarez v. Honduras. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 1, 2006. Series C No. 141. para. 165.

<sup>346</sup> I/A Court H. R., Case of Palamara-Iribarne v. Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 22, 2005. Series C No. 135.

<sup>347</sup> Ibid.

<sup>348</sup> I/A Court H. R., Case of López-Álvarez v. Honduras. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 1, 2006. Series C No. 141.



ทั้งนี้ จากแนวคำวินิจฉัยของกลไกสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกา เงื่อนไขซึ่งข้อจำกัดสิทธิต้องปฏิบัติตามเพื่อที่จะเป็นข้อจำกัดสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายภายใต้อนุสัญญา ACHR ประกอบด้วยหลักทั่วไปและเงื่อนไขเฉพาะ

### 3.2.2.2.1 การพูดที่ไม่ได้รับความคุ้มครองโดยเสรีภาพแห่ง

#### การแสดงออก

การพูดที่ไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญา ACHR เป็นกรณีที่กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศกำหนดข้อห้ามไว้โดยชัดแจ้ง มีสามประการหลักๆ ด้วยกัน<sup>352</sup>

กรณีแรก คือ การโฆษณาชวนเชื่อใดๆ เพื่อการสงคราม และการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ซึ่งช่วยให้เกิดการใช้ความรุนแรงอันผิดกฎหมาย หรือการกระทำอื่นใดในลักษณะเดียวกันต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดไม่ว่าบนพื้นฐานใดๆ รวมถึงเชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ภาษา และชาติกำเนิดตามข้อ 13 วรรคห้าของอนุสัญญา

ศาล IACHR กล่าวว่าข้อกำหนดบทลงโทษสำหรับการใช้เสรีภาพแห่งการแสดงออกโดยมิชอบภายใต้ข้อหาช่วยทำให้เกิดการใช้ความรุนแรงจะต้องมีพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจริง เป็นความจริงปราศจากความลำเอียงและมากเพียงพอที่จะพิสูจน์ว่าบุคคลที่กล่าวข้อความนั้นมิได้เพียงแค่แสดงความคิดเห็นเท่านั้น (ถึงแม้ความคิดเห็นดังกล่าวจะรุนแรง ไม่ยุติธรรม หรือสร้างความรำคาญ) แต่บุคคลดังกล่าวจะต้องมีเจตนาที่จะกระทำความผิดชัดเจนนและมีความเป็นไปได้การกระทำดังกล่าวจะบรรลุผล (actual, real and effective possibility)<sup>353</sup> นอกจากนี้ จากแนวคำวินิจฉัยยังแสดงว่าการใช้บทลงโทษเพื่อปกป้องความสงบเรียบร้อยของสังคมนั้น ระเบียบสังคม (“order”) ที่ทำการ

<sup>349</sup> I/A Court H. R., *Case of Herrera-Ulloa v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs.* Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107; I/A Court H. R., *Case Kimel v. Argentina. Merits, Reparations and Costs.* Judgment of May 3, 2008. Series C No. 177; I/A Court H. R., *Case of Tristán Donoso Vs. Panama. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs.* Judgment of January 27, 2009. Series C No. 193.

<sup>350</sup> I/A Court H.R., *Case of Ivcher-Bronstein v. Peru. Merits, Reparations and Costs.* Judgment of February 6, 2001. Series C No. 74.

<sup>351</sup> I/A Court H.R., *Case of “The Last Temptation of Christ” (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile. Merits, Reparations and Costs.* Judgment of February 5, 2001. Series C No. 73.

<sup>352</sup> Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression Inter American Commission on Human Rights, *Inter-American Legal Framework regarding the Right to Freedom of Expression* (OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09) 30 December 2009, para 57-60.

<sup>353</sup> I/A Court H.R., *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism* (Arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985. Series A No. 5. para. 77.

ปกป้องต้องไม่ใช่สังคมแบบเผด็จการ แต่เป็นประชาธิปไตยซึ่งเป็นเงื่อนไขเชิงโครงสร้างที่ทำให้บุคคลสามารถใช้สิทธิในเสรีภาพของตนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติหรือความกลัวในผลที่ตามมาจากการใช้เสรีภาพนั้น กล่าวอีกอย่างหนึ่ง คือ ความสงบเรียบร้อยของสังคมไม่สามารถถูกยกขึ้นอ้างต่อศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกาเพื่อปราบปรามการใช้สิทธิที่ได้รับการรับรองโดยอนุสัญญา ACHR ในกรณีที่ความสงบเรียบร้อยถูกยกขึ้นเป็นเหตุผลในการจำกัดสิทธิ การตีความความจำเป็นจะกระทำโดยเคร่งครัดให้สอดคล้องกับความต้องการอันเป็นธรรมชาติของสังคมประชาธิปไตย (fair demands of a democratic society) เพื่อสร้างดุลยภาพระหว่างผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องและเพื่อธำรงรักษาวัตถุประสงค์และเป้าหมายของอนุสัญญา ACHR<sup>354</sup>

กรณีที่สอง คือ การยั่วยุโดยตรงต่อสาธารณะให้ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (direct and public incitement to genocide) ซึ่งเป็นความผิดภายใต้ข้อ 3 (c) ของอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide) และภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

กรณีที่สาม คือ สื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก (child pornography) ซึ่งต้องห้ามอย่างเคร่งครัดโดยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กในข้อ 34-c พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กว่าด้วยการขายเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก และอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) ฉบับที่ 182 ว่าด้วยรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็ก ข้อ 3-b บทบัญญัติทั้งสามข้อนี้เมื่อพิจารณาประกอบกับข้อ 19 ของอนุสัญญา ACHR ที่ว่า “เด็กทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับมาตรการคุ้มครองที่จำเป็นตามสภาพในฐานะที่เป็นผู้เยาว์ในครอบครัว สังคม และรับ” ย่อมหมายความว่า สื่อลามกเกี่ยวกับเด็กอันเป็นการพูด (speech) รูปแบบหนึ่งซึ่งเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อสิทธิและผลประโยชน์ของเด็กไม่ได้รับความคุ้มครองโดยเสรีภาพแห่งการแสดงออก

### 3.2.2.2.2 หลักทั่วไป: ความสอดคล้องของข้อจำกัดสิทธิกับ

#### หลักประชาธิปไตย

กลไกสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกาได้วางหลักในคำวินิจฉัยว่า “ข้อจำกัดเสรีภาพแห่งการแสดงออกต้องสอดคล้องกับความต้องการอันเป็นธรรมชาติของสังคมประชาธิปไตย”<sup>355</sup> ซึ่ง “หลักเกณฑ์ซึ่งใช้ในการตีความข้อจำกัดสิทธิเหล่านี้จะต้องสอดคล้องกับการธำรงรักษาและพัฒนาสังคมอันเป็น

<sup>354</sup> Ibid., para 67.

<sup>355</sup> IACHR, *Annual Report 1994*. OEA/Ser.L/V.88. Doc. 9 rev. 1. 17 February 1995. Chapter V:

“restrictions on freedom of expression must incorporate the just demands of a democratic society”

ประชาธิปไตยตั้งที่ระบุไว้ในข้อ 29<sup>356</sup> และ 32<sup>357</sup> ของอนุสัญญาอเมริกา”<sup>358</sup> และ “ในการตีความบทบัญญัติข้อ 13 วรรคสอง ข้อจำกัดสิทธิดังกล่าวต้องถูกตัดสินโดยอ้างอิงกับความต้องการอันชอบด้วยกฎหมายของสังคมและสถาบันประชาธิปไตย”<sup>359</sup>

### 3.2.2.2.3 เงื่อนไขเฉพาะภายใต้ข้อ 13 วรรคสอง: หลักการตรวจสอบสามประการ หรือ three-part test

จากตัวบทของข้อ 13 วรรคสองทำให้เห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดเงื่อนไขสามประการ กล่าวคือ (1) ข้อจำกัดสิทธิต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายเอาไว้อย่างแน่นอนและชัดเจน (precise and clear) ทั้งในรูปแบบและเนื้อหา (2) ข้อจำกัดสิทธิต้องมีวัตถุประสงค์ตามที่อนุสัญญา ACHR อนุญาตเอาไว้ และ (3) ข้อจำกัดสิทธินั้นต้องมีความจำเป็นต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตยในการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์โดยชอบนั้น ต้องได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์นั้นโดยเคร่งครัด และเหมาะสมต่อการ

<sup>356</sup> American Convention on Human Rights, Art 29:

“Article 29. Restrictions Regarding Interpretation

No provision of this Convention shall be interpreted as:

a. permitting any State Party, group, or person to suppress the enjoyment or exercise of the rights and freedoms recognized in this Convention or to restrict them to a greater extent than is provided for herein;

b. restricting the enjoyment or exercise of any right or freedom recognized by virtue of the laws of any State Party or by virtue of another convention to which one of the said states is a party;

c. precluding other rights or guarantees that are inherent in the human personality or derived from representative democracy as a form of government; or

d. excluding or limiting the effect that the American Declaration of the Rights and Duties of Man and other international acts of the same nature may have.”

<sup>357</sup> Ibid., Art 32:

“Article 32. Relationship between Duties and Rights

1. Every person has responsibilities to his family, his community, and mankind.

2. The rights of each person are limited by the rights of others, by the security of all, and by the just demands of the general welfare, in a democratic society.”

<sup>358</sup> IACHR, Annual Report 1994. OEA/Ser.L/V.88. Doc. 9 rev. 1. 17 February 1995. Chapter V:

“the norms under which these restrictions are interpreted must be compatible with the preservation and development of democratic societies as articulated in Articles 29 and 32 of the American Convention”

<sup>359</sup> Ibid.:

“interpretation of the Article 13(2) restrictions on freedom of expression must be ‘judged by reference to the legitimate needs of democratic societies and institutions’ precisely because freedom of expression is essential to democratic forms of governance.”

บรรลุตฤประสงค์ดังกล่าว ซึ่งเงื่อนไขทั้งหมดนี้เป็นภาระการพิสูจน์ของรัฐที่ใช้มาตรการจำกัดสิทธิ ดังกล่าวที่จะต้องพิสูจน์ว่าข้อจำกัดสิทธิชอบด้วยเงื่อนไขทั้งสามประการนี้ อีกทั้งเงื่อนไขทั้งสาม ประการจะต้องเกิดขึ้นพร้อมกันหมด<sup>360</sup>

### 1. ข้อจำกัดสิทธิต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายเอาไว้อย่างแน่นอนและชัดเจน

ข้อจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกทุกประการจะต้องถูกสร้างเอาไว้ก่อนหน้า โดยชัดแจ้ง อย่างเคร่งครัด และชัดเจน<sup>361</sup> ในกฎหมายทั้งในรูปแบบและเนื้อหาซึ่งศาล IACHR เคยให้นิยามของ “กฎหมาย” เอาไว้ในความเห็นเชิงปรึกษา (advisory opinion) ว่า “กฎหมาย” (“laws”) มิได้หมายถึงบทบัญญัติของกฎหมาย แต่หมายถึงการกระทำในเชิงสร้างกฎเกณฑ์โดยทั่วไปซึ่งกระทำโดยองค์กรนิติบัญญัติที่จัดตั้งโดยรัฐธรรมนูญและได้รับเลือกมาตามวิถีทางประชาธิปไตย อันได้กระทำโดยสอดคล้องกับกระบวนการที่จัดตั้งโดยรัฐธรรมนูญ และมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ (common good)<sup>362</sup>

เงื่อนไขในข้อนี้หมายความว่าตัวบทกฎหมายจะต้องกำหนดมูลเหตุตามกฎหมายที่ก่อให้เกิดความรับผิดในภายหลังต่อการใช้เสรีภาพแห่งการแสดงออกอย่างชัดเจน และกฎหมายที่ตั้งข้อจำกัด

<sup>360</sup> Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression Inter American Commission on Human Rights, Inter-American Legal Framework regarding the Right to Freedom of Expression (OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09) 30 December 2009, para 67-68.

<sup>361</sup> I/A Court H.R., Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985. Series A No. 5. paras. 39-40; I/A Court H. R., Case of Palamara-Iribarne v. Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 22, 2005. Series C No. 135, par. 46; I/A Court H. R., Case of Herrera-Ulloa v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107. para. 120; I/A Court H. R., Case of Tristán Donoso Vs. Panama. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of January 27, 2009. Series C No. 193. para. 117; I/A Court H. R., Case of Palamara-Iribarne v. Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 22, 2005. Series C No. 135; IACHR, Annual Report 1994. OEA/Ser.L/V.88. Doc. 9 rev. 1. 17 February 1995. Chapter V; IACHR. Report No. 11/96. Case 11.230. Merits. Francisco Martorell. Chile. May 3, 1996. para. 55; IACHR, Arguments before the Inter-American Court of Human Rights in the Case of Ricardo Canese v. Paraguay, cited in I/A Court H. R., Case of Ricardo Canese v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 31, 2004. Series C No. 111. para. 72.a).

<sup>362</sup> Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression Inter American Commission on Human Rights, Inter-American Legal Framework regarding the Right to Freedom of Expression (OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09) 30 December 2009, n 103.

เสรีภาพแห่งการแสดงออกจะต้องถูกร่างขึ้นอย่างชัดเจนและเฉพาะเจาะจงที่สุดเท่าที่จะทำได้เพราะกรอบของกฎหมายจะต้องสร้างความแน่นอนของกฎหมายแก่สังคม<sup>363</sup>

## 2. ข้อจำกัดสิทธิต้องมีวัตถุประสงค์ตามที่อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกาอนุญาต

ข้อ 13 วรรคสองของอนุสัญญา ACHR กำหนดวัตถุประสงค์โดยชอบของข้อจำกัดสิทธิเอาไว้ได้แก่ เพื่อการเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น การรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือการสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน

## 3. ข้อจำกัดสิทธิต้องมีความจำเป็นต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตยในการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์โดยชอบนั้น ต้องได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์นั้นโดยเคร่งครัด และเหมาะสมต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว

จากคำวินิจฉัยของศาล รัฐที่ออกข้อจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกมีหน้าที่ที่จะต้องแสดงให้เห็นว่าข้อจำกัดเหล่านั้นมีความจำเป็นต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตยในการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์โดยชอบนั้น<sup>364</sup> โดยตามตัวบทของข้อ 13 ใช้คำว่า “จำเป็น” (“necessary”) ซึ่งในความเห็นของศาล Inter-American เห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างความจำเป็นของข้อจำกัดสิทธิกับประชาธิปไตยอาจหาได้จากการศึกษาเป้าหมายและวัตถุประสงค์ (object and purpose) ของอนุสัญญา ACHR อย่างสอดคล้องและครอบคลุม โดยคำนึงถึงบทบัญญัติข้อ 29 และ 32 ตลอดจนอารัมภบทของอนุสัญญา ศาลวินิจฉัยว่า “จากการอ้างอิงถึง “สถาบันประชาธิปไตย” “ประชาธิปไตยแบบตัวแทน” และ “สังคมประชาธิปไตย” สิ่งที่มาคือ ประเด็นที่ว่าข้อจำกัดสิทธิของรัฐจำเป็นเพื่อวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในข้อ (a) และ (b) ของข้อ 13 วรรคสองหรือไม่นั้นจะต้องวินิจฉัยโดยตัดสินโดยอ้างอิงกับความต้องการอันชอบด้วยกฎหมายของสังคมและสถาบันประชาธิปไตย” และ “ความต้องการอันเป็นธรรมของสังคมประชาธิปไตยจะต้องเป็นตัวกำหนดทิศทางในการตีความ

<sup>363</sup> Ibid., para 69.

<sup>364</sup> I/A Court H. R., Case of Herrera-Ulloa v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107. paras. 120-23; I/A Court H.R., Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985. Series A No. 5. para. 46.

อนุสัญญา ACHR และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การตีความบทบัญญัติต้องคำนึงถึงการดำรงรักษาและการทำหน้าที่ของสถาบันประชาธิปไตย”<sup>365</sup>

ทั้งนี้ข้อจำกัดสิทธิที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องแสดงให้เห็นว่ามีความต้องการที่ชัดเจนและแรงด่วน (clear and compelling) ในการใช้มาตรการดังกล่าว<sup>366</sup> และเงื่อนไขของ “ความจำเป็น” ยังหมายถึงว่า การใช้อย่างเต็มที่ (full exercise) และขอบเขตของสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก จะต้องไม่ถูกจำกัดเกินไปจนถึงส่วนที่ขาดไม่ได้โดยเคร่งครัดสำหรับการใช้อย่างเต็มที่และขอบเขตของสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก<sup>367</sup>

นอกจากนี้ ข้อจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกจะต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสมต่อการบรรลุเป้าหมาย กล่าวคือ จะต้องเป็นมาตรการที่ช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมาย และจำเป็นเร่งด่วนอย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสม (suitable) ต่อการบรรลุเป้าหมายซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญา ACHR หรือสามารถ (capable) ช่วยให้บรรลุเป้าหมายนั้นได้<sup>368</sup> และไม่เพียงแค่นั้นเหมาะสม แต่มาตรการนั้นจะต้องได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์โดย

<sup>365</sup> I/A Court H.R., Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985. Series A No. 5. para. 44:

“It follows from the repeated reference to ‘democratic institutions’, ‘representative democracy’ and ‘democratic society’ that the question whether a restriction on freedom of expression imposed by a state is ‘necessary to ensure’ one of the objectives listed in subparagraphs (a) or (b) must be judged by reference to the legitimate needs of democratic societies and institutions. (...) The just demands of democracy must consequently guide the interpretation of the American Convention and, in particular, the interpretation of those provisions that bear a critical relationship to the preservation and functioning of democratic institutions.”

<sup>366</sup> Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression Inter American Commission on Human Rights, Inter-American Legal Framework regarding the Right to Freedom of Expression (OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09) 30 December 2009, para 85.

<sup>367</sup> I/A Court H. R., Case *Kimel v. Argentina. Merits, Reparations and Costs*. Judgment of May 3, 2008. Series C No. 177. para. 83; I/A Court H. R., Case of *Palamara-Iribarne v. Chile. Merits, Reparations and Costs*. Judgment of November 22, 2005. Series C No. 135. para. 85; I/A Court H. R., Case of *Herrera-Ulloa v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs*. Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107. paras. 121-122; I/A Court H.R., Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985. Series A No. 5. para. 46.

<sup>368</sup> I/A Court H. R., Case *Kimel v. Argentina. Merits, Reparations and Costs*. Judgment of May 3, 2008. Series C No. 177.

ชอบซึ่งสนับสนุนความถูกต้องของมาตรการดังกล่าวอย่างเคร่งครัดด้วย (strictly proportionate) และจะต้องถูกออกแบบให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้นโดยจะต้องแทรกแซงการใช้เสรีภาพโดยชอบด้วยกฎหมายให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้<sup>369</sup> ซึ่งในการวินิจฉัยว่ามาตรการจำกัดสิทธินั้นได้สัดส่วนโดยเคร่งครัดหรือไม่จะต้องวินิจฉัยว่าเสรีภาพในการแสดงออกที่ต้องเสียสละไปนั้นเกินส่วนกว่าประโยชน์จะได้รับจากมาตรการนั้นหรือไม่<sup>370</sup>

ทั้งนี้ จากแนวคำวินิจฉัยของศาล IACHR ปัจจัยที่ศาลคำนึงถึงในการตรวจสอบความได้สัดส่วนของข้อจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก คือ<sup>371</sup>

1. ระดับการถูกระทบของสิทธิที่แข่งกันกับสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกซึ่งจะต้องออกข้อจำกัดสิทธิเพื่อคุ้มครอง (competing right) เช่น ร้ายแรง (serious) ปานกลาง (intermediate) หรือพอสมควร (moderate)

2. ความสำคัญของการได้ใช้สิทธิที่คุ้มครอง และ

3. การได้ใช้สิทธินั้นสนับสนุนความถูกต้องของข้อจำกัดสิทธิหรือไม่

ซึ่งปัจจัยทั้งสามประการนี้ไม่มีคำตอบตายตัวและไม่มีแนวคำวินิจฉัยที่แน่นอน หากแต่แตกต่างกันไปในแต่ละคดี

คดีที่วินิจฉัยโดยศาลสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกาใต้เพียงคดีเดียวที่เกี่ยวกับการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง โดยเป็นคดีเกี่ยวกับการพูดที่มีเนื้อหาในทางศาสนา (religious speech) คือ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>369</sup> I/A Court H. R., Case Kimel v. Argentina. Merits, Reparations and Costs. Judgment of May 3, 2008. Series C No. 177. para. 83; I/A Court H. R., Case of Palamara-Iribarne v. Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 22, 2005. Series C No. 135. para. 85; I/A Court H. R., Case of Herrera-Ulloa v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107. para. 123; I/A Court H.R., Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985. Series A No. 5. para. 46; IACHR, Arguments before the Inter-American Court of Human Rights in the Case of Herrera Ulloa v. Costa Rica, cited in I/A Court H. R., Case of Herrera-Ulloa v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107. para. 101.1).b).

<sup>370</sup> I/A Court H. R., Case Kimel v. Argentina. Merits, Reparations and Costs. Judgment of May 3, 2008. Series C No. 177. para. 83

<sup>371</sup> Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression Inter American Commission on Human Rights, Inter-American Legal Framework regarding the Right to Freedom of Expression (OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09) 30 December 2009, para 89.

### คดี *The Last Temptation of Christ (Olmedo Bustos and others v. Chile)*

คดี *The Last Temptation of Christ (Olmedo Bustos and others v. Chile)* เป็นคดีเกี่ยวกับภาพยนตร์ชื่อ “*The Last Temptation of Christ*” ซึ่งถูกห้ามฉายในประเทศชิลีในปี 1988 และศาลอุทธรณ์พิพากษาขึ้นตามความเห็นของหน่วยงานภาพยนตร์ของชิลีในปี 1989 ก่อนจะมีการอนุญาตให้ฉายแก่ผู้ชมที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปในปี 1996 อย่างไรก็ตาม คำสั่งดังกล่าวถูกคัดค้านโดยกลุ่มคนที่นับถือศาสนาคริสต์และศาลฎีกาประเทศชิลีก็ยกเลิกคำสั่งอนุญาตให้ฉายในปี 1997 เพื่อคุ้มครองภาพลักษณ์ของพระเยซู ศาสนาคริสต์นิกายคาทอลิก และผู้ที่นับถือศาสนาคริสต์ คดีนี้ศาล IACHR ตัดสินว่าผู้ร้องถูกละเมิดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก

คดีอื่นๆ ที่เกิดขึ้นในศาลสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกาที่ผู้เขียนจะกล่าวถึงเกี่ยวข้องกับ การบังคับใช้กฎหมายหมิ่นประมาทต่อผู้พูด ในคดี *Tristan Donoso v. Panama* ผู้ร้องถูกดำเนินคดีข้อหาหมิ่นประมาทจากการจัดแถลงข่าวกล่าวหาว่าอัยการสูงสุดบันทึกและใช้เสียงสนทนาส่วนตัวของเขา โดยผิดกฎหมาย ในคดี *Herrera Ulloa v. Costa Rica* ผู้ร้องถูกดำเนินคดีข้อหาหมิ่นประมาทจากการนำเสนอข่าวที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตของผู้แทนของคอสตาริกาประจำทบวงการพลังงานปรมาณูระหว่างประเทศ (IAEA) ในคดี *Ricardo Canese v. Paraguay* ผู้ร้องเป็นนักการเมืองถูกดำเนินคดีหมิ่นประมาทจากคำพูดที่กล่าวในระหว่างหาเสียงเลือกตั้งประธานาธิบดีซึ่งตั้งคำถามถึงความเหมาะสมของคู่แข่งของเขา Juan Carlos Wasmosy โดยการกล่าวว่าเป็นหุ่นเชิดของครอบครัว Stroessner อดีตผู้นำเผด็จการในการทำธุรกิจของบริษัท CONEMPA ซึ่งทำธุรกิจกับรัฐหลายอย่างโดยมีผลประโยชน์ทางการเงิน ผู้ร้องถูกผู้ถือหุ้นและกรรมการในบริษัทดังกล่าวฟ้องหมิ่นประมาท เขาถูกศาลพิพากษาจำคุกและถูกห้ามเดินทางออกนอกประเทศเป็นเวลากว่า 8 ปี และในอีกคดีหนึ่ง *Kimel v. Argentina* ผู้ร้องเขียนหนังสือชื่อ “*La Masacre de San Patricio*” (“*The Massacre of Saint Patrick*”) ซึ่งกล่าวถึงการสังหารนักบวชในช่วงระบอบเผด็จการ หนังสือเล่มดังกล่าวมีข้อความส่วนหนึ่งกล่าวถึงการทำหน้าที่ของผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่สอบสวน ผู้ร้องจึงถูกฟ้องหมิ่นประมาทและถูกพิพากษาลงโทษจำคุก 1 ปี

#### 3.2.2.2.3 แนวทางการวินิจฉัยตีความขอบเขตการจำกัดการพูดซึ่งมี

##### เจตนาในทางเกลียดชังของกลไกสิทธิมนุษยชนทวีปแอฟริกา (African Approach)

ในปัจจุบันศาลสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกาเพิ่งจะมีคดีที่ตัดสินแล้วเสร็จไม่มากนัก โดยคดีแรกที่มีการฟ้องต่อศาลแอฟริกาเกิดขึ้นในปี 2008 คือ คดี *Michelot Yogogombaye v.*



*the Republic of Senegal* จนถึงปัจจุบันมีเพียง 24 คดีที่ศาลมีคำพิพากษา และในปัจจุบันศาลแอฟริกายังไม่มีคดีตัดสินที่เกี่ยวข้องกับการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

อย่างไรก็ดี เมื่อวันที่ 5 ธันวาคม 2014 ศาลสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกาได้มีคำพิพากษาในคดีสำคัญ คือ คดี *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso* ซึ่งถือได้ว่าเป็นคดีแรกที่ศาลตัดสินเกี่ยวกับเนื้อหาของการใช้เสรีภาพในการพูดและเป็นคดีที่แสดงให้เห็นแนวทางการวินิจฉัยตีความขอบเขตในการจำกัดเสรีภาพของศาลแอฟริกา

### คดี *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso*<sup>372</sup>

คดีนี้ผู้ร้อง คือ นาย Lohe Issa Konate ซึ่งเป็นบรรณาธิการหนังสือพิมพ์รายสัปดาห์ “*L’Ouragan*” เมื่อเดือนสิงหาคม ปี 2012 นาย Konate ตีพิมพ์บทความ 3 เรื่องลงในหนังสือพิมพ์ โดยมีเนื้อหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจโดยมิชอบของอัยการ Placide Nikiema โดยสองในสามเรื่องเป็นบทความที่ผู้ร้องเขียนเอง Konate และนักข่าวอีกคนหนึ่งถูกอัยการ Nikiema ฟ้องหมิ่นประมาท ดูหมิ่นต่อสาธารณะ และละเมิดอำนาจศาล ศาลบูร์กินาฟาโซพิพากษาให้ลงโทษจำคุกนาย Konate 12 เดือน ปรับเป็นเงิน 1.5 ล้านฟรังก์ซีเอฟเอ จ่ายค่าเสียหายแก่โจทก์เป็นเงินอีก 4.5 ล้านฟรังก์ซีเอฟเอ นอกจากนี้หนังสือพิมพ์ *L’Ouragan* ยังถูกปิดเป็นเวลา 6 เดือนกับให้โฆษณาคำพิพากษาของศาลลงในหนังสือพิมพ์สามเล่มเป็นเวลาสามฉบับติดต่อกัน Konate กล่าวหาต่อศาลสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกาว่ารัฐบาลบูร์กินาฟาโซละเมิดข้อ 9 ของกฎบัตรแอฟริกา และ ข้อ 19 ของกติกา ICCPR โดยอ้างว่าหนังสือพิมพ์ของเขานำเสนอเนื้อหาในประเด็นการเมืองและสังคม (political and social issues)

ในการพิจารณาคดี ศาลสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกาดำเนินตามแนวทางการวินิจฉัยการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง กล่าวคือ

#### 1. ข้อจำกัดสิทธิของรัฐต้องบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย (provided by law)

ศาลแอฟริกาอ้างถึงการตีความคำว่า “กฎหมาย” (“law”) ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ซึ่งตีความข้อ 19 วรรคสองของกติกา ICCPR ว่า “กฎหมาย” ต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนเพียงพอ (sufficient clarity) ที่จะทำให้บุคคลสามารถปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของตนให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์นั้นได้และเปิดให้สังคมเข้าถึงได้ (accessible) กฎหมายไม่สามารถให้อำนาจผู้บังคับใช้กฎหมายอย่างไม่จำกัดในการออกข้อจำกัดเสรีภาพแห่งการแสดงออก และกฎหมายต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์มีความแน่นอนเพียงพอ (sufficiently precise) มากพอที่ผู้บังคับใช้

<sup>372</sup> *Lohé Issa Konaté v. Burkina Faso*, application no. 004/2013, judgment of 5 December 2014.

กฎหมายจะรู้ได้ว่ารูปแบบการแสดงออกใดสามารถจำกัดได้โดยชอบด้วยกฎหมายและรูปแบบใดที่ถูกจำกัดเกินควร (unduly)<sup>373</sup>

ศาลเห็นว่าข้อ 9 (2) บัญญัติว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะแสดงออกและเผยแพร่ความคิดเห็นของตนภายใต้กฎหมาย แต่มิได้บัญญัติวัตถุประสงค์ในการจำกัดเสรีภาพแห่งการแสดงออกดังเช่นสนธิสัญญาระหว่างประเทศอื่น ดังนั้น คำว่า “ภายใต้กฎหมาย” (“within the law”) จึงเปิดช่องให้มีการตีความผลประโยชน์ของบุคคล ผลประโยชน์ร่วม (collective) หรือผลประโยชน์แห่งชาติ มาเป็นเหตุผลในการจำกัดเสรีภาพได้ โดยการตีความต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมายในการจำกัดสิทธิ<sup>374</sup> ซึ่งในคดีนี้ศาลเห็นว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับหมิ่นประมาทที่ผู้ร้องถูกลงโทษอยู่ในกฎหมายอาญาของบูร์กินาฟาโซ

## 2. ข้อจำกัดสิทธิต้องมีวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมาย (legitimate purpose)

ในประเด็นนี้ ศาลแอฟริกาอ้างถึงคำตัดสินของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกาว่า “เหตุผลของข้อจำกัดสิทธิต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของประโยชน์สาธารณะอันชอบด้วยกฎหมาย และผลเสียของข้อจำกัดสิทธิต้องได้สัดส่วนอย่างเคร่งครัด (strictly proportionate) และจำเป็นอย่างที่สุด (absolute necessary) ต่อประโยชน์ที่จะได้รับ”<sup>375</sup> ซึ่งศาลเห็นว่าวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวอยู่ในข้อ 27 (2) ของกฎบัตรแอฟริกาซึ่งบัญญัติว่าการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลภายใต้กฎบัตรต้องคำนึงถึง<sup>376</sup>

1. สิทธิของบุคคลอื่น
2. ความมั่นคงร่วมกัน (collective security)
3. ศีลธรรม (morality)
4. ผลประโยชน์สาธารณะ (common interest)

<sup>373</sup> ดู Human Rights Committee, General Comment 34 (CCPR/C/GC/34), 12 September 2011., para 25.

<sup>374</sup> Lohé Issa Konaté v. Burkina Faso, application no. 004/2013, judgment of 5 December 2014, para 126.

<sup>375</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Media Rights Agenda, Constitutional Rights Project v. Nigeria, Communication No. 105/93-128/94-130/94-152/96, para 69:

“the reasons for possible limitations must be based on legitimate public interest and the disadvantages of the limitation must be strictly proportionate to and absolutely necessary for the benefits to be gained”

<sup>376</sup> Banjul Charter, Art 27 (2):

“The rights and freedoms of each individual shall be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest.”

และศาลแอฟริกายังคำนึงถึงวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายในการจำกัดสิทธิภายใต้ข้อ 19 ของกติกา ICCPR กล่าวคือ การเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น การรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือการสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน

ในคดีศาลเห็นว่ากฎหมายบูร์กินาฟาโซที่บังคับใช้กับคดีของผู้ร้องเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์โดยชอบเนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเกียรติและชื่อเสียงของผู้พิพากษา ลูกขุน และอัยการในการปฏิบัติหน้าที่หรือในระหว่างปฏิบัติหน้าที่<sup>377</sup>

### 3. ข้อจำกัดสิทธิต้องจำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ (necessary to access the set objective)

ในเบื้องต้นศาลแอฟริกาเห็นว่าการตีความความจำเป็นต้องประเมินความจำเป็นดังกล่าวในบริบทของประชาธิปไตย และต้องวินิจฉัยว่าข้อจำกัดสิทธิเป็นมาตรการที่ได้สัดส่วนในการบรรลุวัตถุประสงค์ซึ่งในคดีนี้ คือ การคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่นหรือไม่<sup>378</sup> และต้องคำนึงถึงข้อ 19 วรรคสามของกติกา ICCPR ด้วยว่า การใช้สิทธิตามที่บัญญัติในวรรค 2 ของข้อนี้ ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษควบคู่ไปด้วย การใช้สิทธิดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดในบางเรื่อง แต่ทั้งนี้ข้อจำกัดนั้นต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายและจำเป็นต่อ (ก) การเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น (ข) การรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือการสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน

ในเรื่องหลักความได้สัดส่วนศาลอ้างถึงคำตัดสินของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแอฟริกาในคดี *Zimbabwe Lawyers for Human Rights & Associated Newspaper of Zimbabwe v. Zimbabwe* ว่า “หลักความได้สัดส่วน (proportionality) หรือ หลักความยุติธรรมแบบสัดส่วน (proportional justice) คือ แนวคิดที่วาททลงโทษสำหรับความผิดในฐานะใดฐานหนึ่งต้องได้สัดส่วนกับความรุนแรงของความผิดฐานนั้น สิ่งหลักความได้สัดส่วนพิจารณาก็คือรัฐได้ถ่วงดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลและผลประโยชน์ของสังคมส่วนรวมหรือไม่”<sup>379</sup> ซึ่งศาลเห็นว่ามี

<sup>377</sup> *Lohé Issa Konaté v. Burkina Faso*, application no. 004/2013, judgment of 5 December 2014, para 137.

<sup>378</sup> *Ibid.*, para 145:

“In order to consider the need for a restriction on freedom of expression, the Court notes that such a need must be assessed within the context of a democratic society; it also notes that this assessment must ascertain whether that restriction is a proportionate measure to achieve the set objective, namely, the protection of the rights of others.”

<sup>379</sup> African Commission on Human and Peoples’ Rights, *Zimbabwe Lawyers for Human Rights & Associated Newspaper of Zimbabwe v. Zimbabwe*, Communication No. 284/03, para 176:

“in law, the principle of proportionality or proportional justice is used to describe the idea that the punishment for a particular offense should be proportionate to the gravity of the offense itself. The principle

ประเด็นที่ต้องวินิจฉัยในเรื่องนี้ได้แก่ รัฐมีเหตุผลเพียงพอหรือไม่ในการใช้มาตรการจำกัดสิทธินั้น มีมาตรการที่จำกัดสิทธิน้อยกว่าหรือไม่ และมาตรการของรัฐทำลายสาระสำคัญของสิทธิที่กฎบัตรแอฟริการับรองหรือไม่<sup>380</sup>

ในคดีนี้ศาลคำนึงถึงปฏิกิริยาว่าด้วยหลักการเสรีภาพแห่งการแสดงออกในทวีปแอฟริกา (Declaration of Principles on Freedom of Expression in Africa) ว่า “บทลงโทษต้องไม่รุนแรงเกินไปจนเป็นการแทรกแซงการใช้สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก”<sup>381</sup> อีกทั้งยังคำนึงถึงความเห็นทั่วไปของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนว่า “กฎหมายว่าด้วยหมิ่นประมาทต้องบัญญัติด้วยความระมัดระวังเพื่อให้แน่ใจว่ากฎหมายดังกล่าวสอดคล้องกับหลักความจำเป็นภายใต้ข้อ 19 วรรคสามและกฎหมายดังกล่าวต้องไม่ถูกใช้ในทางปฏิบัติเพื่อริดลอนเสรีภาพแห่งการแสดงออก”<sup>382</sup> และมาตรการจำกัดสิทธิ “ต้องเป็นมาตรการที่ส่งผลกระทบต่อการใช้เสรีภาพแห่งการแสดงออกน้อยที่สุดในบรรดามาตรการที่รัฐอาจใช้ได้ และต้องได้สัดส่วนกับผลประโยชน์ที่รัฐมุ่งคุ้มครอง ความได้สัดส่วนนั้นมีได้จำกัดอยู่เฉพาะกฎหมายที่รัฐอาศัยเป็นฐานในการใช้มาตรการ แต่การใช้กฎหมายของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการต้องได้สัดส่วนด้วย”<sup>383</sup>

นอกจากนี้ศาลแอฟริกายังอ้างถึงคดีในศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและทวีปอเมริกาว่าแม้มาตรการจำกัดสิทธิที่ก่อความเสียหายแก่ผู้ร้องจะบัญญัติไว้ในกฎหมายแต่ไม่ใช่มาตรการที่จำเป็นต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตยเมื่อคำนึงถึงการที่รัฐไม่มีหลักประกันตามกฎหมาย การเพิกเฉยต่อหลักนิติรัฐ และความได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์โดยชอบที่รัฐมุ่งประสงค์<sup>384</sup> โดยวินิจฉัยว่าศาลสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกาตัดสินในแนวทางเดียวกับศาลยุโรป<sup>385</sup>

---

of proportionality seeks to determine whether, by State action, there has been a balance between protecting the rights and freedoms of the individual and the interests of society as a whole”

<sup>380</sup> Ibid.

<sup>381</sup> African Commission on Human and Peoples’ Rights, Declaration of Principles on Freedom of Expression in Africa, Principle XII, para 1:

“sanctions should never be so severe as to interfere with the exercise of the right to freedom of expression”

<sup>382</sup> Human Rights Committee, *General Comment 34* (CCPR/C/GC/34), 12 September 2011., para 47:

“Defamation laws must be crafted with care to ensure that they comply with paragraph 3, and that they do not serve, in practice, to stifle freedom of expression”

<sup>383</sup> Human Rights Committee, *General comment No. 27* (CCPR/C/21/Rev.1/Add.9), 2 November 1999, para. 14.

<sup>384</sup> *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, application No. 18139/91, judgment of 13 July 1995.

<sup>385</sup> *Lohé Issa Konaté v. Burkina Faso*, application no. 004/2013, judgment of 5 December 2014, para 154; I/A Court H. R., Case of Tristán Donoso v. Panama. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs.

Judgment of January 27, 2009. Series C No. 193. para. 121.

ในการวินิจฉัยชี้ขาด ศาลเห็นว่าการพิจารณาว่าข้อจำกัดเสรีภาพแห่งการแสดงออกเพื่อการคุ้มครองเกียรติและชื่อเสียงของบุคคลอื่น ต้องพิจารณาเสียก่อนว่าบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลสาธารณะ (public figure) หรือไม่ ศาลเห็นว่าสังคมประชาธิปไตยต้องลดการแทรกแซงต่อการใช้เสรีภาพแห่งการแสดงออกในบริบทของการถกเถียงกันในสังคม (public debate) เกี่ยวกับบุคคลสาธารณะ ดังที่คณะกรรมการแอฟริกาวินิจฉัยในคดี *Media Rights Agenda, Constitutional Rights Project v. Nigeria* ว่า “บุคคลที่มีบทบาทอันเป็นที่ปรากฏต่อสังคมจำต้องเผชิญกับการวิพากษ์วิจารณ์ที่สูงขึ้นกว่าเอกชนทั่วไป มิฉะนั้นการถกเถียงในสังคม (public debate) ก็ย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้”<sup>386</sup>

ศาลในคดีนี้เห็นว่าตำแหน่งอัยการย่อมเป็นบุคคลสาธารณะ ดังนั้น ย่อมต้องเผชิญกับการวิพากษ์วิจารณ์ที่รุนแรงมากกว่าบุคคลทั่วไป และเนื่องจากระดับของการมีชั้นดีธรรมที่สูงขึ้นที่บุคคลสาธารณะพึงมีย่อมหมายความว่ากฎหมายของรัฐธรรมนูญแอฟริกาและกติกา ICCPR ซึ่งเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทบุคคลสาธารณะย่อมไม่อาจมีความรุนแรงมากกว่าการหมิ่นประมาทบุคคลทั่วไป<sup>387</sup>

คดีนี้ศาลแอฟริกาวินิจฉัยว่ารัฐผู้ฟ้องไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าโทษจำคุกในคดีหมิ่นประมาทซึ่งเกี่ยวกับการใช้เสรีภาพในการพูดและเสรีภาพของสื่อมวลชนเพื่อคุ้มครองสิทธิและชื่อเสียงของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมเป็นมาตรการที่จำเป็น ดังนั้น คำพิพากษาให้ผู้ร้องต้องโทษจำคุกจึงขัดต่อทั้งบทบัญญัติข้อ 9 ของกฎบัตรแอฟริกาและข้อ 19 ของกติกา ICCPR และเช่นเดียวกันศาลเห็นว่ารัฐบาลบูร์กินาฟาโซมิได้พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าโทษปรับที่ลงกับผู้ร้องไม่เกินไปกว่ารายได้ของผู้ร้อง<sup>388</sup>

ทั้งนี้ ศาลยังเสริมด้วยว่านอกจากกรณีร้ายแรง เช่น การข่มขู่ให้ก่ออาชญากรรมระหว่างประเทศ การข่มขู่ต่อสาธารณะให้เกิดความเกลียดชัง การเลือกปฏิบัติ หรือการใช้ความรุนแรง หรือการคุกคามบุคคลหรือกลุ่มบุคคลอันเนื่องมาจากลักษณะเฉพาะของคนกลุ่มนั้น เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา หรือสัญชาติแล้ว ศาลเห็นว่าการลงโทษโดยการจำคุก (custodial sentences) ในกรณีการใช้เสรีภาพในการพูดและเสรีภาพของสื่อย่อมขัดต่อกฎบัตรแอฟริกาและกติกา ICCPR<sup>389</sup>

<sup>386</sup> African Commission on Human and Peoples’ Rights, *Media Rights Agenda, Constitutional Rights Project v. Nigeria*, Communication No. 105/93-128/94-130/94-152/96, para 74.

<sup>387</sup> *Lohé Issa Konaté v. Burkina Faso*, application no. 004/2013, judgment of 5 December 2014, para 156.

<sup>388</sup> *Ibid.*, para 163-164, 171.

<sup>389</sup> *Ibid.*, para 165.

## ตารางที่ 4

ตารางเปรียบเทียบแนวทางทางการวินิจฉัยขอบเขตการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง  
ของกลไกสิทธิมนุษยชนทั้งสามภูมิภาค

แนวทางการ วินิจฉัย	กลไกสิทธิมนุษยชนยุโรป	กลไกสิทธิมนุษยชน อเมริกา	กลไกสิทธิมนุษยชน แอฟริกา
1. การพูดที่ ไม่ได้รับ คุ้มครองของ สนธิสัญญา	<p><u>Abuse clause (Art. 17)</u> <u>(direct application &amp; indirect application)</u></p> <p>- Totalitarian speech (<i>Communist Party (KPD) v. Germany, Kuhnen v. Germany, Nachtmann v. Austria, Schimaneck v. Austria</i>)</p> <p>- Anti-semitic speech/Holocaust denial (<i>Honsik v. Austria, Remer v. Germany, Udo Walendy v. Germany, Garaudy v. France</i>)</p> <p>- Racial hatred speech (<i>Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands, Seurot v. France</i>)</p> <p>- Religious hatred</p>	-	-

	speech ( <i>Norwood v. United Kingdom</i> )		
2. หลัก Legality	<u>Prescribed by law</u> - adequately accessible - sufficient precision ( <i>The Sunday Times v. the United Kingdom</i> )	<u>Expressly established by law</u> - Every limitation to freedom of expression must be established in advance, expressly, restrictively and clearly (e.g. <i>Case of Herrera-Ulloa v. Costa Rica</i> , <i>Case of Tristán Donoso Vs. Panama</i> )	<u>Provided by law</u> ( <i>Lohe Issa Konate v. Burkina Faso</i> )
3. หลัก Legitimacy	- In the interests of national security - In the interests of territorial integrity or public safety - For the prevention of disorder or crime - For the protection of health or morals - For the protection of the reputation or rights of others - For preventing the disclosure of	- Respect for the rights or reputations of others - The protection of national security - The protection of public order - The protection of public health or morals	The rights and freedoms of each individual shall be exercised with due regard to - the rights of others, - collective security, - morality and - common interest ( <i>African Charter, Art. 27 (2)</i> ) ( <i>Lohe Issa Konate v. Burkina Faso</i> )

	<p>information received in confidence</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- For maintaining the authority and impartiality of the judiciary</li> </ul>		
<p>4. หลัก Necessity</p>	<p><u>Necessary in a democratic society</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- pressing social needs</li> <li>- whether the interference in issue was ‘proportionate to the legitimate aims pursued’</li> <li>- whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are ‘relevant and sufficient’ (e.g. <i>Handyside v the United Kingdom</i>)</li> </ul> <p><u>Margin of Appreciation</u></p> <p>1. Wider margin of appreciation:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Morals</li> <li>- Religion</li> </ul> <p>2. Restricted margin of appreciation:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Political speech</li> </ul>	<p><u>to the extent necessary to ensure</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- necessary in a democratic society to serve the compelling objectives pursued (<i>Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism Advisory Opinion</i>)</li> <li>- strictly proportionate to the objective pursued</li> <li>- appropriate to serve such compelling objective (<i>Kimel v. Argentina</i>)</li> </ul>	<p><u>necessary to access the set objective</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- strictly proportionate</li> <li>- absolutely necessary (<i>Media Rights Agenda, Constitutional Rights Project v. Nigeria</i>)</li> <li>- whether, by State action, there has been a balance between protecting the rights and freedoms of the individual and the interests of society as a whole (<i>Zimbabwe Lawyers for Human Rights &amp; Associated Newspaper of Zimbabwe v. Zimbabwe</i>)</li> </ul>



### 3.2.2.3 การประเมินการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยกลไกสิทธิมนุษยชนระดับ

#### ภูมิภาคและผลลัพธ์

ในการตรวจตราดูแลการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการรัฐมนตรี<sup>390</sup> คณะกรรมการรัฐมนตรีจะมีมติให้ปิดคดีได้ก็ต่อเมื่อได้ตรวจสอบแล้วว่ารัฐได้ปฏิบัติตามคำพิพากษา ซึ่งมาตรการบังคับของศาลอาจแบ่งได้เป็น มาตรการเฉพาะคดี (individual measure) และมาตรการทั่วไป (general measure)

มาตรการเฉพาะคดีเป็นมาตรการบังคับเพื่อเยียวยาผู้ร้องในคดีโดยเฉพาะ มาตรการดังกล่าวเกี่ยวข้องกับพันธกรณีของรัฐในการแก้ไขเยียวยาผลกระทบที่เกิดจากการละเมิดที่เหยื่อต้องเผชิญโดยมุ่งที่จะทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม (*restitutio in integrum*) ให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ มาตรการเฉพาะคดีนี้เกี่ยวข้องกับประการแรกกับการชดเชยอย่างเป็นธรรม (just satisfaction) ซึ่งโดยทั่วไปเป็นค่าเสียหายเป็นตัวเงิน และประการที่สอง คือ การทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเนื่องจากบางครั้งเพียงค่าเสียหายย่อมไม่อาจเยียวยาเหยื่อได้เพียงพอ การทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมนี้อาจเป็นการบังคับให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง<sup>391</sup>

ส่วนมาตรการทั่วไปเป็นมาตรการบังคับของศาลซึ่งเกี่ยวกับพันธกรณีของรัฐในการป้องกันมิให้เกิดการละเมิดที่คล้ายคลึงกันขึ้นอีก หรือเพื่อหยุดการละเมิดที่ยังคงเกิดขึ้นต่อเนื่อง ซึ่งบางครั้งอาจรวมถึงการจัดให้มีการเยียวยาต่อการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นแล้วด้วย มาตรการทั่วไปอาจนำไปสู่การทบทวนกฎหมาย กฎเกณฑ์ หรือแนวปฏิบัติทางตุลาการ หรือแม้กระทั่งการแก้ไขในระดับรัฐธรรมนูญ หรืออาจเป็นมาตรการอื่นๆ เช่น การปรับปรุงเรือนจำ การเพิ่มจำนวนของผู้พิพากษาหรือบุคลากรในเรือนจำ หรือการปรับปรุงกระบวนการทางปกครอง<sup>392</sup>

โดยลักษณะการออกคำบังคับของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ในส่วนที่เป็นการชดเชยอย่างเป็นธรรม (just satisfaction) ซึ่งเป็นค่าเสียหายเป็นตัวเงิน ศาลจะระบุรายละเอียด ขณะที่ขอบเขตและเนื้อหาคำบังคับในกรณีมาตรการบังคับอย่างอื่นนั้น ส่วนมากศาลจะไม่กำหนดแน่นอนหากแต่ให้เส้นทางเลือกของรัฐในการปฏิบัติตามภายใต้การตรวจตราดูแลของคณะกรรมการรัฐมนตรี แต่ในบางสถานการณ์ศาลก็อาจกำหนดมาตรการบังคับโดยเฉพาะเจาะจง

<sup>390</sup> Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements, rule 6.2.

<sup>391</sup> Council of Europe Committee of Minister, *Supervision of the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights: 8th annual report (2014)*, appendix 7.

<sup>392</sup> Ibid.

ข้อท้าทายในการตรวจตราดูแลการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป คือจากการที่ศาลมีคดีตัดสินจำนวนมากซึ่งทำให้คณะกรรมการรัฐมนตรีซึ่งเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่ตรวจตราดูแลการปฏิบัติตามคำพิพากษาเป็นภาระที่หนักหน่วง จากรายงานประจำปีฉบับที่ 2 ของคณะกรรมการรัฐมนตรีว่าด้วยการตรวจตราดูแลการปฏิบัติตามคำพิพากษาพบว่าในปี 2008 มีคำพิพากษาใหม่ของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปที่ตัดสินว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชนมากถึง 1,384 คดี ที่เข้าสู่กระบวนการตรวจตราดูแลการปฏิบัติตามคำพิพากษาของคณะกรรมการรัฐมนตรี ส่งผลให้มีคดีค้างอยู่ในชั้นบังคับคดีถึง 6,614 คดี และเฉพาะในคำพิพากษาใหม่นี้พิพากษาให้เหยื่อได้รับค่าสินไหมทดแทนรวมกันถึง 55.5 ล้านยูโร<sup>393</sup> ทั้งนี้ เพื่อให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาอย่างมีประสิทธิภาพ คณะกรรมการรัฐมนตรีได้เสนอแนะให้รัฐสมาชิกพยายามจัดให้มีการทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม (*restitutio in integrum*) ให้มากที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ และจัดให้มีกระบวนการพิจารณาคดีใหม่หรือรื้อฟื้นคดีสู่การพิจารณาอีกครั้งในกรณีที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าการละเมิดสิทธิ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ 1) คู่ความฝ่ายที่เสียหายต้องรับผลร้ายที่ร้ายแรงอันเป็นผลมาจากคำตัดสินของศาลภายในซึ่งมิได้จัดให้มีกระบวนการเยียวยาที่เพียงพอโดยการชดเชยอย่างเป็นธรรม (just satisfaction) และไม่สามารถแก้ไขได้เว้นแต่พิจารณาใหม่หรือรื้อฟื้นคดีขึ้นใหม่ หรือ 2) คำพิพากษาของศาลยุโรปเห็นว่าคำตัดสินของศาลภายในมีเนื้อหาขัดต่ออนุสัญญา ECHR หรือละเมิดอนุสัญญาเนื่องจากข้อผิดพลาดในกระบวนการพิจารณา<sup>394</sup> นอกจากนี้ คณะกรรมการรัฐมนตรียังเสนอแนะให้รัฐสมาชิกแต่งตั้งผู้ประสานงาน (co-ordinator) เพื่อจัดให้มีกลไกการติดตามและประสานงานของฝ่ายที่เกี่ยวข้องในระดับประเทศ รวมถึงรัฐสภา ซึ่งผู้ประสานงานนี้อาจเป็นบุคคลหรือองค์กร เพื่อประกันการปฏิบัติตามคำพิพากษา<sup>395</sup> นอกจากนี้ยังมีกลไกสนับสนุนรัฐในการปฏิบัติตามคำพิพากษา เช่น กองทุน Human Rights Trust ที่ให้การช่วยเหลือรัฐให้ปฏิบัติตามคำบังคับของศาลได้เร็วขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา<sup>396</sup> ซึ่งถือเป็นหนึ่งในความร่วมมือในการบังคับคดีของกลไกสิทธิมนุษยชนยุโรป

<sup>393</sup> Council of Europe Committee of Minister, *Supervision of the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights: 2nd annual report (2008)*, p 33, 55.

<sup>394</sup> Council of Europe Committee of Minister, *Recommendation No. R (2002) 2 on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights*.

<sup>395</sup> Council of Europe Committee of Minister, *Recommendation CM/Rec (2008) 2 on efficient domestic capacity for rapid execution of judgments of the European Court of Human Rights*.

<sup>396</sup> Council of Europe Committee of Minister, *Supervision of the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights: 2nd annual report (2008)*.

นอกจากปัญหาในการตรวจตราดูแลการบังคับตามคำพิพากษาแล้ว การที่มีคดีเป็นจำนวนมากซึ่งมีการสำรวจว่าภายหลังที่มีการจัดตั้งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเป็นการถาวร คำพิพากษามากกว่าร้อยละ 90 ของศาล ECHR เป็นคดีที่ตัดสินระหว่างปี 1998 ถึง 2008<sup>397</sup> และมีการสำรวจว่าเมื่อเดือนสิงหาคม ปี 2009 มีการเสนอคดีต่อศาล ECHR ถึง 113,850 ราย<sup>398</sup> ซึ่งหนึ่งในวิธีแก้ปัญหของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป คือ การออกคำพิพากษานำร่อง หรือ “pilot judgment” เมื่อคดีที่เสนอโดยบุคคลยกปัญหาซึ่งเป็นเรื่องสำคัญของส่วนรวม (general importance) อันเกี่ยวข้องกับบุคคล (individual) จำนวนมาก วิธีการนี้ถูกใช้ครั้งแรกในคดี *Broniowski v Poland*<sup>399</sup>

ทั้งนี้ หลักการของคณะกรรมการรัฐมนตรีในการตรวจตราดูแลการบังคับตามคำพิพากษาเป็นไปโดยหลัก Subsidiarity (ซึ่งคล้ายคลึงกับในเรื่อง Margin of Appreciation) โดยกลไกสิทธิมนุษยชนยุโรปมองว่ารัฐภาคีอยู่ในฐานะที่ดีที่สุดที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญา แต่เสรีภาพดังกล่าวก็อยู่ภายใต้การตรวจตราดูแลของคณะกรรมการรัฐมนตรี ผล คือ ในระหว่างการปฏิบัติตามคำพิพากษา คณะกรรมการรัฐมนตรีอาจมีคำตัดสินหรือมติใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดี รวมถึงการกระตุ้นเตือนรัฐในบางสถานการณ์ ตลอดจนมีข้อเสนอแนะใดๆ เกี่ยวกับมาตรการบังคับ โดยในการตรวจตราดูแล คณะกรรมการรัฐมนตรีแบ่งระดับการตรวจตราดูแลเป็นสองระดับ คือ การตรวจตราดูแลมาตรฐาน (standard supervision) และการตรวจตราดูแลเร่งรัด (enhanced supervision)

เงื่อนไขของการตรวจตราดูแลเร่งรัด ได้แก่

1. คดีที่ต้องการมาตรการบังคับเฉพาะคดี (individual measure) แบบเร่งด่วน
2. คดีนำร่อง (pilot judgment)
3. คดีที่แสดงให้เห็นปัญหาในระดับโครงสร้างหลักหรือมีปัญหาซับซ้อน
4. หรือ คดีระหว่างรัฐ (interstate case)

โดยในแต่ละปี คณะกรรมการรัฐมนตรีจะจัดทำรายงานเพื่อสรุปความคืบหน้าในการบังคับคดี และเก็บสถิติคดีทั้งคดีค้างอยู่ในชั้นบังคับคดี และคดีที่คณะกรรมการมีมติให้ปิดคดี (closed cases) โดยมีการประเมินผลความคืบหน้าในการปฏิบัติตามคำพิพากษาแต่ละคดี เช่น คดี *Incal v Turkey*<sup>400</sup> ซึ่งศาล ECHR ตัดสินว่าผู้ร้องถูกละเมิดเสรีภาพในการแสดงออกจากการถูกดำเนิน

<sup>397</sup> ดู European Court of Human Rights. *Some Facts and Figures, 1998-2008* (Strasbourg: Council of Europe, 2008).

<sup>398</sup> De Schutter. *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p 908.

<sup>399</sup> *Broniowski v Poland*, judgment of 22 June 2004.

<sup>400</sup> *Incal v Turkey*, judgment of 9 June 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-IV.

คดีอาญาภายใต้กฎหมายหลายฉบับจากการกล่าวคำพูด การตีพิมพ์บทความ รวมถึงหนังสือซึ่งมิได้ยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังหรือการใช้ความรุนแรง คณะกรรมการรัฐมนตรีประเมินว่ามีการปฏิบัติตามใน ส่วนของการแก้ไขกฎหมาย ได้แก่ กฎหมายต่อต้านการก่อการร้ายและประมวลกฎหมายอาญาโดย ปรับฐานความผิดเกี่ยวกับการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังหรือการใช้ความรุนแรงให้แคบลงและยกเลิก บทมาตราที่ขัดต่ออนุสัญญาไป ขณะเดียวกันก็กระตุ้นให้รัฐภาคีดำเนินการลบประวัติอาชญากรรมของ ผู้ร้องในคดีดังกล่าว ตลอดจนคดีอื่นที่ประเทศตุรกีเป็นคู่ความด้วยต่อไป<sup>401</sup>

สำหรับมาตรการเยียวยาในกลไกสิทธิมนุษยชนอเมริกามีทั้งการกลับคืนสู่ฐานะเดิม (restitution) การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน (compensation) การทำให้พึงพอใจ (satisfaction) การ ฟื้นฟูสภาพ (rehabilitation) และการไม่กระทำซ้ำอีก (non-repetition)<sup>402</sup> โดยจากการสำรวจในปี 2011 ในการเยียวยาความเสียหาย นอกจากค่าเสียหายเป็นตัวเงิน ศาลอาจสั่งให้รัฐภาคีดำเนินการ อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งอาจเป็นการแก้ไขกฎหมายโดยเปลี่ยนจากการเซ็นเซอร์ภาพยนตร์เป็นการออก กฎหมายเพื่อจัดระบบเรตติ้งภาพยนตร์<sup>403</sup> การอนุญาตให้สื่อมวลชนจัดรายการโทรทัศน์ที่ วิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลต่อไป<sup>404</sup> การลบล้างผลคำพิพากษาในคดีอาญาที่ลงโทษเหยื่อที่ถูกละเมิด<sup>405</sup> การอนุญาตให้ตีพิมพ์หนังสือ ตลอดจนคืนหนังสือหรือเอกสารที่ถูกยึดไป<sup>406</sup> การอนุญาตให้เหยื่อ เข้าถึงข้อมูล<sup>407</sup> การเผยแพร่ข้อความในคำพิพากษาของศาล ACHR ในส่วนข้อเท็จจริงและบท ปฏิบัติการ (operative clauses) ลงในหนังสือพิมพ์ทางารรวมถึงสื่ออื่นในวงกว้างเพื่อแสดงความ

<sup>401</sup> Council of Europe Committee of Minister, Supervision of the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights: 8th annual report (2014), appendix 5, p 171.

<sup>402</sup> Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression, Inter American Commission on Human Rights, Reparations for the Violation of the Right to Freedom of Expression in the Inter American System (OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.5/12) 30 December 2011.

<sup>403</sup> I/A Court H.R. Case of “The Last Temptation of Christ” (Olmedo Bustos et al.) v. Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment dated February 5, 2001. Series C No. 73, para 97.

<sup>404</sup> I/A Court H.R. Case of Ivcher Bronstein v. Peru. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 6, 2001. Series C No. 74, para 182

<sup>405</sup> I/A Court H.R. Case of Herrera Ulloa v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107, para. 195; I/A Court H.R. Case of Usón Ramírez et al. v. Venezuela. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 20, 2009. Series C No. 207, para. 168.

<sup>406</sup> I/A Court H.R. Case of Palamara Iribarne v. Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment dated November 22, 2005. Series C No. 135, para 250.

<sup>407</sup> I/A Court H.R. Case of Claude Reyes et al v. Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 19, 2006. Series C No. 151, para 158.

รับผิดชอบต่อสาธารณะ<sup>408</sup> การสอบสวนและดำเนินคดีอาญาต่อการใช้ความรุนแรงต่อสื่อมวลชน<sup>409</sup> นอกจากนี้ในกรณีที่พันวิสัยที่จะกลับคืนสู่ฐานะเดิม ศาลอาจสั่งให้รัฐจ่ายค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ไม่ใช่ตัวเงินด้วย (non-pecuniary damages)<sup>410</sup> หากมีการปฏิบัติตามคำพิพากษาจนเสร็จสิ้น ศาลอาจมีคำสั่งให้ปิดคดี<sup>411</sup> หรือในบางกรณีที่ยังไม่มีการปฏิบัติหรือปฏิบัติเพียงบางส่วน ศาลอาจสั่งให้มีการตรวจตราดูแลการปฏิบัติตามคำพิพากษาต่อไป<sup>412</sup>

ในขณะที่กลไกสิทธิมนุษยชนยุโรปและทวีปอเมริกามีบทบาทที่ค่อนข้างแน่ชัดในการประเมินความชอบด้วยกฎหมายของข้อจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกและการละเมิดสิทธิมนุษยชน และมีแนวคำวินิจฉัยที่เป็นรูปธรรม สิ่งหนึ่งที่กระทบต่อบทบาทในการประเมินการละเมิดสิทธิมนุษยชนของกลไกสิทธิมนุษยชนแอฟริกา คือ การทำงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกาไม่ได้ถูกเปิดเผยอันเป็นผลมาจากอำนาจของคณะกรรมการแอฟริกาภายใต้ข้อ 59 ของกฎบัตรแอฟริกา ที่ให้อำนาจคณะกรรมการตัดสินใจว่าข้อมูลใดสามารถเปิดเผยได้ ซึ่งการขาดการเปิดเผยข้อมูลไม่เพียงส่งผลต่อการบังคับให้เป็นไปตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการที่เสนอต่อรัฐแต่ยังส่งผลต่อการส่งเสริมสิทธิมนุษยชน<sup>413</sup>

ทั้งนี้ ภายใต้ข้อ 59 ของกฎบัตรบัญญัติให้มาตรการใดๆ ก็ตามที่มีการบังคับใช้ภายใต้กฎบัตรเป็นความลับ (confidential) จนกว่าจะมีการรายงานต่อสมาชิกผู้นำรัฐและรัฐบาลของสหภาพแอฟริกา<sup>414</sup> ซึ่งในช่วงแรกเริ่มคณะกรรมการตีความว่าการติดต่อร้องเรียนของบุคคล (individual

<sup>408</sup> I/A Court H.R. Case of Kimel v. Argentina. Merits, Reparations, and Costs. Judgment of May 2, 2008. Series C No. 177, para 124, 126; I/A Court H.R. Case of Tristán Donoso v. Panama. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of January 27, 2009. Series C No. 193, para 197.

<sup>409</sup> I/A Court H.R. Case of Rios et al. v. Venezuela. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of January 28, 2009. Series C No. 194, para 404; I/A Court H.R. Case of Perozo et al. v. Venezuela. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of January 28, 2009. Series C No. 195, paras 413-16, 419.

<sup>410</sup> I/A Court H.R. Case of Ricardo Canese v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 31, 2004. Series C No. 111, para. 206.

<sup>411</sup> เช่น I/A Court H.R. Case of “The Last Temptation of Christ” (Olmedo Bustos et al.) v. Chile. Monitoring Compliance with Judgment. Resolution of November 28, 2003.

<sup>412</sup> เช่น I/A Court H.R. Case of Palamara Iribarne v. Chile. Monitoring Compliance with Judgment. Order of the Inter-American Court of Human Rights of July 1, 2011.

<sup>413</sup> De Schutter. *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p 949.

<sup>414</sup> African Charter of Human and Peoples’ Rights, Art. 59 (1):

“All measures taken within the provisions of the present Charter shall remain confidential until such a time as the Assembly of Heads of State and Government shall otherwise decide.”

communication) ซึ่งเป็นมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งภายใต้กฎบัตรถือเป็นความลับอย่างเคร่งครัด<sup>415</sup> ในรายงานกิจกรรม (Activity Report) ฉบับที่ 2 ของคณะกรรมการสิทธิการระบุว่ามีการตัดสินคดี 10 คดี อย่างไรก็ตามข้อมูลของคดีดังกล่าวเป็นความลับโดยผลของข้อ 59<sup>416</sup> จนกระทั่งรายงานฉบับที่ 7 จึงเริ่มมีการเปิดเผยข้อมูลคดีที่มีการตัดสินลงในรายงาน

นอกจากเรื่องการเปิดเผยข้อมูลแล้ว แม้อัตมาคณะกรรมการจะเริ่มมีการเปิดเผยข้อมูลของคดีลงในรายงานประจำปี แต่เมื่อพิจารณาจากปริมาณการติดต่อร้องเรียนที่คณะกรรมการตัดสินแล้วแสดงให้เห็นว่ากลไกการติดต่อร้องเรียนของบุคคล (individual communication) ภายใต้คณะกรรมการนั้นถูกใช้งานน้อยและต่ำกว่าความสามารถ<sup>417</sup> นอกจากนี้อีกจุดอ่อนหนึ่งของกฎบัตรแอฟริกา คือ การที่ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติตามคำตัดสินของคณะกรรมการโดยเฉพาะ<sup>418</sup> อย่างไรก็ตาม โดยปกติคณะกรรมการมักจะร้องขอให้รัฐซึ่งถูกตัดสินว่าละเมิดพันธกรณีภายใต้กฎบัตรแอฟริกาต้องชี้แจงข้อมูลเกี่ยวกับการปฏิบัติตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการในการเสนอรายงานครั้งถัดไป และในปี 2006 คณะกรรมการแอฟริกาเริ่มให้มีการแถลงรายงานสถานการณ์การปฏิบัติตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการโดยรัฐภาคีต่อที่ประชุมคณะมนตรีบริหารของสหภาพแอฟริกาและร้องขอให้รัฐภาคีแจ้งถึงมาตรการที่ได้ปฏิบัติและอุปสรรคในการปฏิบัติตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการภายในกรอบระยะเวลาสูงสุดไม่เกิน 90 วันนับจากวันที่มีการแจ้งข้อเสนอแนะต่อรัฐ<sup>419</sup>

ทั้งนี้ ภายหลังจากแม้จะมีศาลสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกาเกิดขึ้นตั้งแต่ปี 2004 แต่ในปัจจุบันยังมีคดีที่ตัดสินโดยศาลแอฟริกาไม่มากนักจึงเป็นการยากที่จะมีการประเมินบทบาทของศาลในการประเมินการละเมิดสิทธิมนุษยชน

<sup>415</sup> Magnus Killander, "Confidentiality versus Publicity: Interpreting Article 59 of the African Charter on Human and Peoples' Rights," *African Human Rights Law Journal*, 6 AHRLJ 572 (2006).

<sup>416</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, *Second Annual Activity Report adopted on 14 June 1989*, para 35.

<sup>417</sup> Steiner, Alston and Goodman. *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals: Text and Materials*, 3rd ed (Oxford: Oxford University Press, 2008), p 1072.

<sup>418</sup> De Schutter. *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p 949 เช่น Viljoen and Louw, "State Compliance with the Recommendations of the African Commission: From Moral Persuasion to Legal Obligation," *1 American Journal of International Law* 101 (2007); G. M. Wachira and A. Ayinla, "Twenty Years of Elusive Enforcement of the Recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights: a Possible Remedy", *African Human Rights Law Journal*, 6 AHRLJ 465 (2006).

<sup>419</sup> African Commission on Human and Peoples' Rights, Resolution 9 (XXXX) 06, ACHPR/Res. 9 (XXXX) 06 (29 November 2006).

### 3.3 ข้อท้าทาย

ในบทที่ 3 นี้ ผู้เขียนได้ศึกษาภาพรวมในด้านโครงสร้างและกระบวนการของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค ตลอดจนบทบาทของคำวินิจฉัยและความเห็นของกลไกสิทธิมนุษยชนดังกล่าวทั้งต่อการกำหนดนิยามของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง การกำหนดขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง และบทบาทของกลไกสิทธิมนุษยชนเหล่านี้ในการประเมินการละเมิดสิทธิมนุษยชนและผลลัพธ์จะเห็นได้ว่า

1. ในส่วนของกลไกสิทธิมนุษยชน ความแตกต่างสำคัญของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศกับกลไกสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาค คือ เรื่องสภาพบังคับ เพราะ กลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ คือ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและคณะกรรมการ CERD เป็นเพียงกลไกกึ่งตุลาการ (quasi-judicial body) และสนธิสัญญาซึ่งทั้งสองกลไกทำหน้าที่ตรวจตราดูแลก็ได้มีบทบัญญัติหรือกระบวนการบังคับใดๆ ที่สร้างบทลงโทษแก่รัฐภาคีที่ไม่ปฏิบัติตาม ผลของความเห็น (Views) ของกลไกทั้งสองและลักษณะการติดตามผล (follow-up) หลังมีความเห็นอยู่ในรูปของข้อเสนอแนะ (recommendation) ผลที่ตามมา คือ แม้การวินิจฉัยตีความของทั้งสองกลไกอาจมีอิทธิพลต่อการตีความของศาลภายในของรัฐในเรื่องความหมายของสิทธิหรือขอบเขตในการจำกัดสิทธิ แต่จากหลักฐานที่ปรากฏแสดงว่ากลไกการติดต่อร้องเรียนของบุคคลของทั้งสองกลไกไม่ใช่เครื่องมือที่ประสบความสำเร็จของสนธิสัญญาเนื่องจากไม่นำไปสู่ผลลัพธ์ คือ การเยียวยาความเสียหาย

ขณะที่กลไกสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาค คือ ศาลสิทธิมนุษยชนทั้ง 3 ศาลมีสถานะเป็นศาลซึ่งเป็นองค์กรตุลาการ (judicial body) และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับกลไกสิทธิมนุษยชนก็มีลักษณะ institutional-based มิใช่ treaty-based ดังเช่นกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ จึงมีระบบการติดตามการบังคับตามคำพิพากษา ตลอดจนการควบคุมในฐานะสมาชิกองค์การระหว่างประเทศที่ชัดเจนกว่าระดับของสหประชาชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลไกสิทธิมนุษยชนยุโรป จึงทำให้กลไกสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาคประสบความสำเร็จในการเยียวยาความเสียหายมากกว่าอย่างเห็นได้ชัดและมีระบบการตรวจตราดูแลและหลักฐานของการเยียวยาความเสียหายอย่างเป็นรูปธรรมในกรณีของกลไกสิทธิมนุษยชนยุโรปและทวีปอเมริกา ในขณะที่กลไกสิทธิมนุษยชนแอฟริกายังอยู่ในช่วงเริ่มต้น

2. ในส่วนของขอบเขตของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง จะเห็นได้ว่าหลักต่างๆ ซึ่งปรากฏอยู่ในบทที่ 2 อันเป็นเงื่อนไขการจำกัดสิทธิต่างๆ ทั้งเงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกและเงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังที่ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาแต่ละฉบับได้กลายเป็นกรอบที่กลไกสิทธิมนุษยชนใช้เป็นแนวทางการวินิจฉัยขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

เมื่อเปรียบเทียบกันแล้ว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและกลไกสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาค ทั้ง 3 ภูมิภาคมีแนวทางการวินิจฉัยที่สอดคล้องกันอันเนื่องมาจากรูปแบบในการบัญญัติเงื่อนไขทั่วไป ในการจำกัดเสรีภาพแห่งการแสดงออกในทำนองเดียวกัน คือ หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Legality) หลักความชอบด้วยวัตถุประสงค์ (Legitimacy) และหลักความจำเป็น (Necessity) โดยที่กลไกสิทธิมนุษยชนยุโรปมีข้อแตกต่างที่พิเศษกว่ากลไกอื่น คือ การใช้หลัก Margin of Appreciation ในการจำกัดอำนาจของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในวินิจฉัยความจำเป็นของมาตรการจำกัดสิทธิของรัฐซึ่งแตกต่างไปตามเนื้อหาของการพูดที่เกี่ยวข้อง และอีกประการหนึ่ง คือ กลไกสิทธิมนุษยชนยุโรปใช้ abuse clause เพื่อตัดการพูดบางประเภทจากความคุ้มครองของอนุสัญญา ดังนั้น แนวทางการวินิจฉัยของกลไกสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงมีลักษณะที่เป็น content-based ทั้งนี้ เนื่องจากอนุสัญญา ECHR ไม่มีเงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ในความคิดเห็นของผู้เขียน การจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังบางกรณีที่ขอบด้วยกฎหมายภายใต้อนุสัญญา ECHR จึงอาจมีทั้งกรณีที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังและกรณีที่ตั้งอยู่บนแนวคิดเรื่องการเผยแพร่ความคิดบนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติ หรือความเกลียดชังอันเกิดจากความแตกต่างทางเชื้อชาติซึ่งมีขอบเขตกว้างกว่าเงื่อนไขของการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง เช่น การปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Holocaust denial) ซึ่งโดยการกระทำแล้วเป็นการปฏิเสธข้อเท็จจริง แต่อาจไม่มีการยั่วยุ (incitement) อยู่ด้วย

ขณะเดียวกันก็อาจจะกล่าวได้ว่าขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังภายใต้อนุสัญญา CERD กว้างกว่ากติกา ICCPR และสนธิสัญญาระดับภูมิภาคทั้ง 3 ภูมิภาคด้วย

3. เมื่อเปรียบเทียบทัศนะในเรื่องการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและกลไกสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาคจึงเห็นได้ว่ากลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมองการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังโดยอยู่ในกรอบของกติกา ICCPR คือ ความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา แต่กลไกสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาค โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลไกสิทธิมนุษยชนยุโรปมองการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังกว้างกว่า เช่น การให้ความคุ้มครองในเรื่องความหลากหลายทางเพศ (sexual orientation) จากการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง และในข้อสำคัญ คือ การมองการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ว่าเป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในประเภทการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ โดยอาศัย Margin of Appreciation ของรัฐ

แม้ว่ากลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคจะอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องเสรีภาพแห่งการแสดงออกและการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ไม่ว่าบัญญัติเป็นการเฉพาะหรือไม่ ในกรอบความคิด (concept) อย่างเดียวกัน และตั้งอยู่บนแนวคิดอย่างเดียวกัน แต่ย่อมเห็นว่ากลไกสิทธิมนุษยชนแต่ละกลไกย่อมมีกระบวนการตลอดจน



แนวทางวินิจฉัยที่แตกต่างกันในรายละเอียด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการวิเคราะห์หลัก “ความจำเป็น” คำถามที่พึงจะต้องพิจารณาในบทต่อไปจึงมีอยู่ว่าข้อพิจารณาอะไรบ้างที่กลไกสิทธิมนุษยชนใช้ประกอบการวินิจฉัยตีความขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง



#### บทที่ 4

### วิเคราะห์ขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังโดยการพัฒนาของการวินิจฉัย ตีความ

บทที่ 4 นี้เป็นบทวิเคราะห์ขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังที่ถูกพัฒนาขึ้นโดยการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค โดยจะทำการวิเคราะห์และเปรียบเทียบคำวินิจฉัยและความเห็นของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคในแต่ละประเด็นที่ตรงกันเพื่อศึกษาความเหมือนและความแตกต่างของผลการวินิจฉัยและนิติวิธีของกลไกในสองระดับ โดยมีแกนในการพิจารณา คือ สนธิสัญญาดังต่อไปนี้

1. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ข้อ 19 และ ข้อ 20
2. อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (CERD) ข้อ 4
3. อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECHR) ข้อ 10
4. อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอเมริกา (ACHR) ข้อ 13
5. กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชน

ในบทที่ 3 ผู้เขียนได้นำเสนอแล้วว่ากลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคมีแนวทางการวินิจฉัย (approach) ขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังที่เหมือนกันส่วนมากในเรื่องของหลักกฎหมาย ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Legality) หลักความชอบธรรม (Legitimacy) หลักความจำเป็น (Necessity) และมีองค์ประกอบภายนอกของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ทั้งในประเภท การยุยงให้เกิดความเกลียดชัง (Incitement to hatred) และประเภทการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ (Racial Discrimination) คือ การเผยแพร่ความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติหรือความเกลียดชัง แต่มีความแตกต่างในรายละเอียด รวมถึงในด้านการให้คุณค่าในทางสังคมและทัศนะเกี่ยวกับการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

ในบทที่ 4 ผู้เขียนจะนำเสนอต่อไปว่าภายใต้ความแตกต่างดังกล่าว มีข้อพิจารณาใดบ้างที่กลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคหยิบยกขึ้นเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยตีความขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังของรัฐเพื่อทำให้ขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังมีเอกภาพมากขึ้น ข้อพิจารณาที่ถูกหยิบยกขึ้นนี้มีส่วนช่วยเสริมทั้งในการ

วินิจฉัยตีความเรื่องหลักความจำเป็น (Necessity) และเสริมการวินิจฉัยตีความองค์ประกอบของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในสนธิสัญญาให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

ข้อพิจารณาต่างๆ ในคดีที่กลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคยกขึ้นวินิจฉัยตีความที่ผู้เขียนจะกล่าวถึง ได้แก่

1. เนื้อหาของการพูด
2. เจตนาของผู้พูด
3. สถานะทางสังคมของผู้พูด
4. สถานะทางสังคมของผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการพูด
5. รูปแบบของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังและผลกระทบต่อสังคมโดยรวม
6. บริบททางสังคมและปัจจัยเรื่องเวลาและสถานที่ และ
7. ลักษณะและระดับความรุนแรงของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

#### 4.1 เนื้อหาของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

ในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง เนื้อหาของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังย่อมเป็นสาระสำคัญลำดับแรกที่กลไกสิทธิมนุษยชนต้องวินิจฉัยจากตัวถ้อยคำของคำพูด ดังเช่นที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้วางหลักไว้ว่าศาลจะต้องพิจารณาข้อจำกัดสิทธิของรัฐประกอบกับพฤติการณ์แห่งคดีทั้งปวง ทั้งในส่วนเนื้อหาของการพูดที่ถูกจำกัดสิทธิ (content) และบริบทซึ่งมีการกล่าวคำพูดนั้น (context)<sup>420</sup>

ในเบื้องต้นทั้งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและทวีปอเมริกาเห็นตรงกันว่า การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังย่อมไม่รวมถึงคำพูดที่ก่อให้เกิดความตกใจ (shocking) ก่อให้เกิดความรำคาญ (disturbing) และมีลักษณะที่โจมตี (offensive)<sup>421</sup>

ในการวินิจฉัยเนื้อหาของการพูด ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปทำการแยกแยะระหว่างข้อเท็จจริงซึ่งยังเป็นที่ถกเถียงกันกับข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ซึ่งเป็นที่ชัดเจนแล้ว เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ซึ่ง

<sup>420</sup> *Handyside v the United Kingdom*, judgment of 7 December 1976., para 50

<sup>421</sup> เช่น *Handyside v the United Kingdom*, judgment of 7 December 1976, para 49; *İ.A. v. Turkey*, judgment of 13 September 2005, para 29; *I/A Court H. R., Case Kimel v. Argentina. Merits, Reparations and Costs. Judgment of May 3, 2008. Series C No. 177. para. 88; I/A Court H.R., Case of “The Last Temptation of Christ” (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 5, 2001. Series C No. 73. para. 69*

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปถือว่าการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ไม่ใช่การค้นหาคำความจริง ดังนั้น จึงไม่ใช่การใช้เสรีภาพแห่งการแสดงออกเพื่อการค้นหาคำความจริง เช่น ในคดี *Garaudy*<sup>422</sup>

ขณะที่ในคดี *Lehideux and Isorni v. France* ศาล ECHR พิจารณาเนื้อหาคำสรรเสริญของนาย Lehideux และ Isorni ว่าใช้วิธีการเขียนสองแบบด้วยกัน และในบางข้อความในโฆษณาที่พยายามที่จะสนับสนุนความถูกต้องในการดำเนินนโยบายของเปแตงด้วยการให้คำจำกัดความการกระทำดังกล่าวเสียใหม่ และในบางกรณีก็เลือกที่จะไม่พูดถึงข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ซึ่งเป็นข้อที่รู้จักกันโดยทั่วไป และเป็นข้อที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงที่จะกล่าวถึงได้และเป็นข้อสำคัญในการดำเนินนโยบายดังกล่าว<sup>423</sup> โดยศาลเห็นว่าผู้ร้องทั้งสองพยายามสนับสนุนทฤษฎีที่ชื่อว่าทฤษฎี double game ซึ่งเห็นว่าการที่ฝรั่งเศสยอมจำนนต่อนาซีเป็นนโยบายที่ถูกต้องและสรรเสริญว่านโยบายดังกล่าวเป็นนโยบายที่ชาญฉลาดอย่างยิ่ง (supremely skillful) อันเป็นทฤษฎีที่ไม่เป็นที่ยอมรับและยังคงเป็นข้อถกเถียงกันในหมู่นักประวัติศาสตร์ซึ่งศาลเห็นว่าไม่ใช่ข้อเท็จจริงในทางประวัติศาสตร์ที่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปดังเช่นการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์โดยไม่ปรากฏว่านาย Lehideux และ Isorni พยายามที่จะปฏิเสธหรือแก้ไขข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำของนาซีซึ่งผู้ร้องทั้งสองใช้ถ้อยคำในโฆษณาหนังสือพิมพ์ว่า “การกระทำอันโหดร้ายและการประหัตประหารของนาซี” (“Nazi atrocities and persecutions”) หรือ “อำนาจเผด็จการและความป่าเถื่อนของพวกเยอรมนี” (“German omnipotence and barbarism”)<sup>424</sup>

#### 4.1.1 การพูดซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับการเมือง (political speech)

ในคดี *Erbakan v. Turkey* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปให้ความสำคัญกับเสรีภาพแห่งการแสดงออกที่เกี่ยวข้องกับการถกเถียงกันในเรื่องการเมืองและเห็นว่าวาทกรรมในทางการเมืองไม่ควร

<sup>422</sup> *Garaudy v. France*, decision of 24 June 2003, p 22:

“There can be no doubt that denying the reality of clearly established historical facts, such as the Holocaust, as the applicant does in his book, does not constitute historical research akin to a quest for the truth.”

<sup>423</sup> *Lehideux and Isorni v. France*, judgment of 23 September 1998, para 46.

<sup>424</sup> *Ibid.*, para 47:

“As such, it does not belong to the category of clearly established historical facts – such as the Holocaust – whose negation or revision would be removed from the protection of Article 10 by Article 17. In the present case, it does not appear that the applicants attempted to deny or revise what they themselves referred to in their publication as “Nazi atrocities and persecutions” or “German omnipotence and barbarism”. In describing Philippe Pétain’s policy as “supremely skilful”, the authors of the text were rather supporting one of the conflicting theories in the debate about the role of the head of the Vichy government, the so-called “double game” theory.”

ถูกจำกัดหากไม่มีเหตุผลอันจำเป็นเร่งด่วน<sup>425</sup> โดยศาลเห็นว่าการพูดซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับการเมืองหรือผลประโยชน์สาธารณะเป็นเรื่องที่รัฐมีขอบเขตเพียงเล็กน้อยในการจำกัดเสรีภาพแห่งการแสดงออก (“little scope for restrictions on freedom of expression”)<sup>426</sup>

เช่นเดียวกัน แนวคำวินิจฉัยของกลไกสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกาวางหลักว่าเสรีภาพแห่งการแสดงออก “เป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลและสังคมที่จะมีส่วนร่วมอย่างแข็งขันในการถกเถียงในทุกประเด็นซึ่งเกี่ยวข้องกับการทำงานตามปกติและสอดคล้องกันของสังคม (“normal and harmonious functioning of society”)<sup>427</sup> แนวคำวินิจฉัยดังกล่าวเห็นว่าเสรีภาพแห่งการแสดงออกเป็นวิธีการที่ได้ผลที่สุดในการประนามการทุจริต และในกรณีของการถกเถียงกันในเรื่องที่เป็นผลประโยชน์สาธารณะ สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกย่อมคุ้มครองทั้งการแสดงออกซึ่งไม่เป็นการโจมตี (inoffensive) และได้รับการยอมรับจากความคิดเห็นของสังคม และการแสดงออกซึ่งสร้างความตกใจ สร้างความรำคาญ หรือก่อความ (shock, irritate or unsettle) เจ้าหน้าที่รัฐ ผู้สมัครชิงตำแหน่งทางการเมือง หรือไม่ว่าภาคส่วนใดของประชาชน<sup>428</sup>

ดังนั้น รัฐจึงต้องงดเว้นจากการสร้างข้อจำกัดสิทธิโดยเข้มงวดต่อการแสดงออกประเภทนี้และกลับกันหน่วยงานและเจ้าหน้าที่รัฐ เช่นเดียวกับผู้ที่ดำรงตำแหน่งในคณะรัฐบาลต้องใช้ขนัตติธรรมที่สูงขึ้นเมื่อเผชิญกับการวิพากษ์วิจารณ์เนื่องจากความเป็นสาธารณะในการปฏิบัติหน้าที่ของตน<sup>429</sup> ซึ่ง

<sup>425</sup> *Erbakan v. Turkey*, judgment of 6 July 2006, para. 55:

“attaches the highest importance to freedom of expression in the context of political debate and considers that political discourse should not be restricted without imperious reasons.” (unofficial translation from Anne Weber. *Manual on Hate Speech* (Council of Europe Publishing, 2009), p 35.)

<sup>426</sup> *Ibid.* (unofficial translation from Anne Weber. *Manual on Hate Speech* (Council of Europe Publishing, 2009), p 35.)

<sup>427</sup> IACHR, *Annual Report 1994*. OEA/Ser.L/V.88. Doc. 9 rev. 1. 17 February 1995. Chapter V; IACHR, Arguments before the Inter-American Court of Human Rights in the Case of Ricardo Canese v. Paraguay, cited in I/A Court H. R., Case of Ricardo Canese v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 31, 2004. Series C No. 111. para. 72.c).

<sup>428</sup> I/A Court H. R., Case *Kimel v. Argentina*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of May 3, 2008. Series C No. 177. para. 88; I/A Court H.R., Case of “The Last Temptation of Christ” (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 5, 2001. Series C No. 73. para. 69; I/A Court H.R., Case of Ivcher-Bronstein v. Peru. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 6, 2001. Series C No. 74. para. 152; I/A Court H. R., Case of Ricardo Canese v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 31, 2004. Series C No. 111. para. 83.

<sup>429</sup> I/A Court H. R., Case of Palamara-Iribarne v. Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 22, 2005. Series C No. 135. para. 83; I/A Court H. R., Case of Herrera-Ulloa v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107. para. 125; IACHR,

ในสังคมประชาธิปไตย การตรวจตราดูแลการปฏิบัติหน้าที่ในกิจการของรัฐผ่านการแสดงความคิดเห็น มีความสำคัญ ดังนั้น รัฐจึงมีขอบเขตที่แคบลงในการจำกัดสิทธิในการถกเถียงกันในเรื่องการเมืองหรือผลประโยชน์สาธารณะ<sup>430</sup> ในเรื่องนี้มีตัวอย่างคำพิพากษา เช่น คดี *Tristan Donoso v. Panama* ศาลสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกาเห็นว่าการรายงานว่าการที่อัยการสูงสุดใช้บันทึกเสียงสนทนาโดยผิดกฎหมายในบริบทที่มีการถกเถียงอย่างเข้มข้นถึงอำนาจของอัยการสูงสุดในการสั่งให้มีการดักฟังโทรศัพท์เป็นปัญหาที่อยู่ในความสนใจของประชาชน ศาลกล่าวว่าวิธีการที่เจ้าหน้าที่รัฐระดับสูงดังเช่น อัยการสูงสุด (*Procurador General de la Nación*) ใช้อำนาจตามกฎหมายในการดักฟังการสนทนาทางโทรศัพท์และวิธีการที่ระบียบกฏเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวจะบังคับใช้เป็นประเด็นที่เป็นผลประโยชน์สาธารณะ<sup>431</sup> และ “การแสดงออกใดๆ ซึ่งเกี่ยวกับความเหมาะสมของบุคคลซึ่งดำรงตำแหน่งราชการหรือเกี่ยวกับการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐในการปฏิบัติหน้าที่ย่อมต้องได้รับความคุ้มครองที่มากยิ่งขึ้นจึงจะก่อให้เกิดการถกเถียงกันอย่างเป็นประชาธิปไตย”<sup>432</sup>

จากตัวอย่างคำวินิจฉัยและความเห็นของกลไกสิทธิมนุษยชนจะเห็นได้ว่าการที่มีการเปิดกว้างให้มีการถกเถียงกันในเรื่องการเมืองและเรื่องที่เป็นผลประโยชน์สาธารณะนั้นมีแนวคิดสนับสนุนเสรีภาพในการพูดในเรื่องความเป็นประชาธิปไตยอยู่เบื้องหลัง

---

Arguments before the Inter-American Court of Human Rights in the Case of Herrera Ulloa v. Costa Rica, cited in I/A Court H. R., Case of Herrera-Ulloa v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107. para. 101.2).c).

<sup>430</sup> I/A Court H. R., Case of Herrera-Ulloa v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107. para. 127; I/A Court H.R., Case of Ivcher-Bronstein v. Peru. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 6, 2001. Series C No. 74. para. 155; IACHR, Annual Report 1994. OEA/Ser.L/V.88. Doc. 9 rev. 1. 17 February 1995. Chapter V.

<sup>431</sup> I/A Court H. R., Case of Tristán Donoso Vs. Panama. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of January 27, 2009. Series C No. 193. para. 121:

“the manner in which a high ranking public official – such as the Procurador General de la Nación [National Attorney General] – exercises his or her statutory powers – in this case, the wiretapping of telephone conversations – and the manner in which domestic rules and regulations are abided by in therefore doing, is a matter of public interest.”

<sup>432</sup> *Ibid.*, para 115:

“any expression regarding the suitability of an individual for holding public office or regarding the acts performed by public officials in the course of their duties enjoys greater protection, thus fostering democratic debate.”

#### 4.1.2 การพูดซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับศาสนา (religious speech)

แนวคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวางหลักไว้ว่าบุคคลผู้เลือกที่จะใช้เสรีภาพในการแสดงออกในทางศาสนา ไม่ว่าจะเป็นสมาชิกของศาสนาหลักหรือศาสนาส่วนน้อยก็ไม่อาจคาดหวังได้ว่าจะไม่ถูกวิพากษ์วิจารณ์ แต่ต้องอดกลั้นและยอมรับการปฏิเสธความเชื่อโดยบุคคลอื่นและแม้กระทั่งการเผยแพร่ศาสนาอื่นที่มีหลักการที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความเชื่อของตน<sup>433</sup> อย่างไรก็ตามการใช้เสรีภาพเพื่อการแสดงออกในเชิงศาสนา บุคคลย่อมมีหน้าที่และความรับผิดชอบซึ่งรวมถึงหน้าที่ในการหลีกเลี่ยงที่จะไม่แสดงออกซึ่งก้าวร้าวต่อบุคคลอื่นและดูหมิ่นความเชื่อ (profane) และรัฐอาจใช้มาตรการจำกัดการกระทำบางอย่างอันเป็นการโจมตีต่อวัตถุนั้นเป็นที่เคารพสักการะในศาสนา<sup>434</sup> เพื่อคุ้มครองความรู้สึกในด้านศาสนา (religious feelings) ซึ่งถือเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่น (rights of others) ภายใต้ข้อ 10 วรรคสองของอนุสัญญา ECHR<sup>435</sup>

ทั้งนี้ นอกจากข้อ 10 ของอนุสัญญา ECHR ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปยังเห็นว่าในกรณีของการใช้เสรีภาพแห่งแสดงออกในเรื่องศาสนาอันเป็นการปฏิเสธศาสนาอื่น รัฐอาจควบคุมวิธีการที่มีการปฏิเสธนั้นเพื่อให้เกิดการใช้เสรีภาพทางความคิด มโนธรรมและศาสนาอันเป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่บัญญัติอยู่ในข้อ 9 ของอนุสัญญา ECHR โดยสันติ เนื่องจากหากมีการปฏิเสธหรือต่อต้านความเชื่อทางศาสนาอื่นอย่างสุดขีด (extremist) แล้วย่อมมีผลเป็นการขัดขวางมิให้บุคคลที่มีความเชื่อนั้นได้ใช้เสรีภาพในการแสดงออกในทางศาสนาของตน<sup>436</sup> ดังนั้น รัฐจึงอาจชอบที่จะจำกัดการถ่ายทอดข้อมูลและความคิดที่ไม่สอดคล้องกับการใช้เสรีภาพทางความคิด มโนธรรมและศาสนาก็ได้<sup>437</sup> ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าในกรณีของการพูดซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับศาสนาเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในเสรีภาพทางความคิด

<sup>433</sup> *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, judgment of 20 September 1994, Series A No. 295-A, para. 47:

“those who choose to exercise the freedom to manifest their religion, irrespective of whether they do so as members of a religious majority or a minority, cannot reasonably expect to be exempt from all criticism. They must tolerate and accept the denial by others of their religious beliefs and even the propagation by others of doctrines hostile to their faith.”

<sup>434</sup> *I.A. v. Turkey*, judgment of 13 September 2005, para 24.

<sup>435</sup> *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, judgment of 20 September 1994, Series A No. 295-A, para 48.

<sup>436</sup> *Ibid.*, para 47:

“However, the manner in which religious beliefs and doctrines are opposed or denied is a matter which may engage the responsibility of the State, notably its responsibility to ensure the peaceful enjoyment of the right guaranteed under Article 9 (art. 9) to the holders of those beliefs and doctrines. Indeed, in extreme cases the effect of particular methods of opposing or denying religious beliefs can be such as to inhibit those who hold such beliefs from exercising their freedom to hold and express them.”

<sup>437</sup> *Ibid.*, para 48.

มโนธรรมและศาสนาด้วยเช่นกัน<sup>438</sup> ทั้งนี้ โดยหลักการแล้วสิทธิทั้งสองประการย่อมไม่ขัดแย้งกัน และในการรับรองสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกก็ย่อมเป็นการคุ้มครองเสรีภาพที่จะเผยแพร่และรับความคิดและข้อมูลข่าวสารที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับศาสนาด้วย<sup>439</sup>

ในประเด็นว่าข้อจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับศาสนามีความจำเป็นต่อสังคมประชาธิปไตยหรือไม่นั้น ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวางหลักว่ารัฐมีขอบเขตในการประเมินความจำเป็นที่กว้างขึ้นในการจำกัดเสรีภาพแห่งการแสดงออกซึ่งจะต้องรับผิดชอบต่อความเชื่อของบุคคลอื่นในด้านศีลธรรมและโดยเฉพาะอย่างยิ่งด้านศาสนา<sup>440</sup> เพราะในเรื่องศีลธรรมตลอดจนศาสนา ไม่มีแนวคิดที่เป็นเอกภาพทั่วทั้งยุโรปในเรื่องการเงื่อนไข “การคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่น” ในเรื่องเกี่ยวกับการโจมตีความเชื่อทางศาสนาของบุคคลเหล่านั้น รวมถึง กรณีของกฎเกณฑ์ที่ควบคุมการออกอากาศโฆษณาที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับศาสนา<sup>441</sup> และแม้กระทั่งภายในรัฐเดียวกันก็อาจมีแนวคิดหลากหลายแนวคิด<sup>442</sup> เพราะปัญหาว่าอะไรก่อให้เกิดความผิดต่อบุคคลซึ่งมีความเชื่อทางศาสนาใดศาสนาหนึ่งโดยเฉพาะนั้นย่อมเปลี่ยนแปลงไปอย่างยิ่งตามกาลเวลาและสถานที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคสมัยที่มีความเชื่อและนิกายต่างๆ เกิดขึ้นมากมาย ด้วยเหตุที่รัฐต้องสัมผัสกับพัฒนาการดังกล่าวภายในรัฐโดยตรงและต่อเนื่อง โดยหลักการแล้ว รัฐจึงอยู่ในฐานะที่ดีกว่าผู้พิพากษาศาลระหว่างประเทศในการให้ความเห็นเกี่ยวกับเนื้อหาที่ชัดเจนของเงื่อนไขในเรื่องสิทธิของบุคคลอื่น ตลอดจน “ความจำเป็น” ของ “ข้อจำกัดสิทธิ” หรือ “บทลงโทษ” ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิดังกล่าว<sup>443</sup>

มีตัวอย่างคดีที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่ารัฐมีขอบเขตที่กว้างขึ้นในการวินิจฉัยความจำเป็นและพิพากษาว่าข้อจำกัดสิทธิของรัฐมีความจำเป็นต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตย เช่น คดี *I. A. v. Turkey* ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าข้อความเป็นปัญหาพิพาทในคดีนั้นไม่เพียงแต่เกี่ยวข้องกับข้อความที่ก้าวร้าว (offend) และสร้างความตกใจ (shock) หรือยั่วยุ (provocative) เท่านั้น แต่ยังมีลักษณะโจมตีอย่างล่งละเมียดต่อศาสนาของศาสนาอิสลาม เพราะ แม้สังคมของประเทศตุรกีจะเป็นสังคมที่มีระดับของขันติธรรมต่อการวิพากษ์วิจารณ์ศาสนาในระดับหนึ่งอันเป็นผลจากหลักการ

<sup>438</sup> *I.A. v. Turkey*, judgment of 13 September 2005, para 27.

<sup>439</sup> Council of Europe, Committee of Experts for the Development of Human Rights, Report: Human Rights in a Multicultural Society Hate Speech, 9 February 2007, para 47.

<sup>440</sup> *Wingrove v. the United Kingdom*, judgment of 25 November 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-V, para. 58.

<sup>441</sup> *Murphy v. Ireland*, No. 44179/98, ECHR 2003-IX, para 81.

<sup>442</sup> *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, judgment of 20 September 1994, Series A No. 295-A, para 50.

<sup>443</sup> *Wingrove v. the United Kingdom*, judgment of 25 November 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-V, para. 58.



ของความเป็นรัฐฆราวาส (secularity) แต่ผู้ที่เชื่อในศาสนาอิสลามย่อมชอบที่จะรู้สึกว่าเขาตกเป็นเป้าของการโจมตีอย่างรุนแรงและไม่เป็นธรรมจากข้อความภายในหนังสือของผู้ร้อง<sup>444</sup> ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่าข้อจำกัดสิทธิดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการรุกรานต่อประเด็นอันล่วงละเมิดมิได้ของชาวมุสลิมและการใช้มาตรการดังกล่าวมี “ความจำเป็นเร่งด่วนของสังคม” (“pressing social need”) การห้ามมิให้มีการตีพิมพ์หนังสือของผู้ร้องจึงมีความจำเป็นและไม่เกินขอบเขตอำนาจการวินิจฉัย (Margin of Appreciation) ของรัฐและเป็นมาตรการที่มีเหตุผลที่เกี่ยวข้องและเพียงพอ (relevant and sufficient) และเห็นว่าโทษปรับที่ศาลตุรกีลงกับผู้ร้องได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิ<sup>445</sup>

มีข้อสังเกตว่าในคดีนี้ ศาลได้อธิบายถึงความสำคัญของเสรีภาพแห่งการแสดงออกกว่าเป็นพื้นฐานสำคัญของประชาธิปไตยและเป็นหนึ่งในเงื่อนไขหลักทั้งของความก้าวหน้าสำหรับประชาธิปไตยและความพึงพอใจส่วนบุคคล (self-fulfillment) ด้วย<sup>446</sup>

กลับกันในคดี *Aydin Tatlav v. Turkey* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าข้อความในหนังสือของผู้ร้องมิได้ใช้น้ำเสียงในเชิงดูหมิ่นซึ่งมุ่งเป้าต่อผู้ที่เชื่อในศาสนาอิสลามหรือโจมตีอย่างล่วงละเมิดต่อสัญลักษณ์อันศักดิ์สิทธิ์ใดๆ และชาวมุสลิมย่อมไม่รู้สึกถูกละเมิดโดยหนังสือคำอธิบายในเชิงเหน็บแนมเกี่ยวกับศาสนาของตน<sup>447</sup> ประกอบกับศาลพิจารณาว่าทัศนคติของรัฐต่อหนังสือผู้ร้องขาดความแน่นอนเพราะในขณะที่มีการดำเนินคดีต่อผู้ร้อง หนังสือดังกล่าวได้ตีพิมพ์แล้วห้าครั้งด้วยกัน อีกทั้งศาลเล็งเห็นว่าการดำเนินคดีอาญาซึ่งมีคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการกักขังด้วยอาจส่งผลกระทบต่อนักเขียนและบรรณาธิการไม่กล้าตีพิมพ์ความคิดเห็นเกี่ยวกับศาสนาในเชิงไม่เห็นด้วย (non-

<sup>444</sup> *I.A. v. Turkey*, judgment of 13 September 2005, para 29:

“However, the present case concerns not only comments that offend or shock, or a “provocative” opinion, but also an abusive attack on the Prophet of Islam. Notwithstanding the fact that there is a certain tolerance of criticism of religious doctrine within Turkish society, which is deeply attached to the principle of secularity, believers may legitimately feel themselves to be the object of unwarranted and offensive attacks through the following passages: “Some of these words were, moreover, inspired in a surge of exultation, in Aisha's arms. ... God's messenger broke his fast through sexual intercourse, after dinner and before prayer. Muhammad did not forbid sexual intercourse with a dead person or a live animal.”

<sup>445</sup> *Ibid.*, para 30-32.

<sup>446</sup> *Ibid.*, para 23.

<sup>447</sup> *Aydin Tatlav v. Turkey*, judgment of 2 May 2006, para 28:

“did not perceive an insulting tone to the comments aimed directly at believers or an abusive attack against sacred symbols, in particular Muslims, who on reading the book could nonetheless feel offended by the caustic commentary on their religion” (unofficial translation from Anne Weber. Manual on Hate Speech (Council of Europe Publishing, 2009), p 37.)

conformist) และอาจขัดขวางความหลากหลายทางความคิดในสังคมซึ่งเป็นส่วนสำคัญของการพัฒนาอย่างแข็งแกร่งของสังคมประชาธิปไตย ศาลจึงเห็นว่าการดำเนินคดีกับผู้ร้องละเมิดข้อ 10 ของอนุสัญญา ECHR<sup>448</sup>

เช่นเดียวกับในคดี *Giniewski v. France* ซึ่งผู้ร้องถูกดำเนินคดีในข้อหาใช้ถ้อยคำในเชิงหมิ่นประมาทเกี่ยวกับเชื้อชาติต่อสังคมชาวคริสต์จากการตีพิมพ์บทความชื่อ “*The obscurity of error*” ลงในหนังสือพิมพ์ “*Le quotidien de Paris*” ซึ่งมีเนื้อหาเป็นบทวิเคราะห์สารสันตปาปา (Papal Encyclical) ฉบับหนึ่งซึ่งชื่อว่า “*The Splendour of Truth*” (“*Veritatis Splendor*”) เพื่อหาความเชื่อมโยงระหว่างสารฉบับดังกล่าวกับเหตุผลที่มีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิว ศาลเห็นว่าแม้บทความดังกล่าวจะวิพากษ์วิจารณ์ตัวพระสันตปาปา แต่ย่อมไม่อาจหมายรวมว่าเป็นการวิพากษ์วิจารณ์ชาวคริสต์ทั้งหมดด้วย นอกจากนี้ศาลยังเห็นว่าบทความของผู้ร้องถกเถียงถึงความเป็นไปได้หลายๆ ทางของเหตุผลที่แท้จริงเบื้องหลังการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวซึ่งไม่อาจเถียงได้เลยว่าเป็นประเด็นที่เป็นผลประโยชน์สาธารณะในสังคมประชาธิปไตย (public interest) ดังนั้นเป็นกรณีที่ต้องมีการตีความข้อจำกัดสิทธิโดยเคร่งครัดซึ่งถึงแม้บทความดังกล่าวจะมีเนื้อหาอันเกี่ยวข้องกับหลักการในศาสนาคริสต์จึงเป็นการพูดซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับศาสนา แต่บทวิเคราะห์ดังกล่าวก็ไม่มีเนื้อหาที่โจมตีความเชื่อทางศาสนา หากแต่ก็เป็นมุมมองของผู้ร้องที่แสดงออกในฐานะของนักข่าวและนักประวัติศาสตร์ ศาลจึงเห็นว่าเป็นสิ่งสำคัญในสังคมประชาธิปไตยที่ควรจะมีการถกเถียงกันเกี่ยวกับสาเหตุของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) ได้อย่างเสรี นอกจากนี้ศาลเห็นว่า “การค้นหาความจริงในประวัติศาสตร์เป็นส่วนประกอบสำคัญของเสรีภาพแห่งการแสดงออก” และ “ไม่ใช่บทบาทของศาลที่จะต้องระงับข้อพิพาทในเรื่องที่เกี่ยวกับการถกเถียงในประเด็นทางประวัติศาสตร์”<sup>449</sup>

<sup>448</sup> Ibid., para 28-31. (unofficial translation from Council of Europe, Committee of Experts for the Development of Human Rights, Report: Human Rights in a Multicultural Society Hate Speech, 9 February 2007, para 48.)

<sup>449</sup> *Giniewski v. France*, judgment of 31 January 2006, para 51:

“Although the issue raised in the present case concerns a doctrine upheld by the Catholic Church, and hence a religious matter, an analysis of the article in question shows that it does not contain attacks on religious beliefs as such, but a view which the applicant wishes to express as a journalist and historian. In that connection, the Court considers it essential in a democratic society that a debate on the causes of acts of particular gravity amounting to crimes against humanity should be able to take place freely (see, mutatis mutandis, *Lehideux and Isorni v. France*, 23 September 1998, §§ 54-55, Reports 1998-VII). Furthermore, it has already had occasion to note that “it is an integral part of freedom of expression to seek historical truth”,

ศาลยังกล่าวด้วยว่าแม้เนื้อหาของบทความของผู้ร้องจะอาจมีลักษณะที่โจมตี (offend) สร้างความตกใจ (shock) หรือสร้างความรำคาญ (disturb) แก่ประชาชนบางส่วน แต่ก็มิใช่การโจมตีโดยปราศจากเหตุผล (gratuitously offensive) หรือการดูหมิ่น หรือการยั่วให้เกิดความเกลียดชังแต่อย่างใด<sup>450</sup>

นอกจากนี้ ในคดี *Klein v. Slovakia* ซึ่งผู้ร้องที่เป็นนักข่าวถูกดำเนินคดีจากการวิพากษ์วิจารณ์หัวหน้าบาทหลวง (อาร์ชบิชอป) หลังจากหัวหน้าบาทหลวงคนดังกล่าวออกมาเรียกร้องผ่านทางโทรทัศน์ให้ยกเลิกการฉายภาพยนตร์ “*People vs. Larry Flint*” และถอดโปสเตอร์ภาพยนตร์ดังกล่าวออก ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าถ้อยคำหยาบคายของผู้ร้องเกี่ยวกับหัวหน้าบาทหลวงโดยเฉพาะ แต่ไม่ถึงเป็นการทำลายความน่าเชื่อถือและดูหมิ่น (discredit and disparage) ต่อประชากรที่ศรัทธาในศาสนาคริสต์นิกายคาทอลิก<sup>451</sup> และการที่ผู้ร้องวิพากษ์วิจารณ์ผู้ที่น่าเชื่อถือคาทอลิกว่าเพราะเหตุใดประชาชนจึงยังนับถือคาทอลิกที่มีหัวหน้าบาทหลวงคนดังกล่าวรับผิดชอบอยู่ก็ไม่ได้แทรกแซงจนเกินสมควร (unduly interfere) ต่อสิทธิในการแสดงออกและการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาของผู้ที่เชื่อในคาทอลิกและมีได้ใส่ร้ายป้ายสี (denigrate) ต่อเนื้อหาของความเชื่อทางศาสนาของพวกเขาเหล่านั้น<sup>452</sup>

เช่นเดียวกันในคดี *Nur Radyo Ve Televizyon* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าแม้ความคิดเห็นของผู้ร้องจะสร้างความตื่นตระหนกและก้าวร้าว (shocking and offensive) แต่มิได้ยั่วให้เกิดการใช้ความรุนแรงและไม่ต้องรับผิดชอบต่อการปลุกปั่นให้เกิดความเกลียดชังต่อประชาชนซึ่งมิใช่สมาชิกของกลุ่มศาสนาตามที่พิพาทในคดีถึงแม้ความคิดเห็นของผู้ร้องน่าจะเป็นการปลุกฝังความมกมาย รวมถึงการขาดขันติธรรมก็ตาม<sup>453</sup>

---

and that “it is not its role to arbitrate” the underlying historical issues (see *Chauvy and Others v. France*, no. 64915/01, § 69, ECHR 2004-VI).”

<sup>450</sup> Ibid., para 52.

<sup>451</sup> *Klein v. Slovakia*, No. 208/01, judgment of 31 October 2006, para 51:

“The applicant’s strongly worded pejorative opinion related exclusively to the person of a high representative of the Catholic Church in Slovakia. Contrary to the domestic courts’ findings, the Court is not persuaded that by his statements the applicant discredited and disparaged a sector of the population on account of their Catholic faith.”

<sup>452</sup> Ibid., para 52:

“The Court accepts the applicant’s argument that the article neither unduly interfered with the right of believers to express and exercise their religion, nor did it denigrate the content of their religious faith”

<sup>453</sup> *Nur Radyo Ve Televizyon Yayincılığı A.S. v. Turkey*, No. 6587/03, judgment of 27 November 2007. (the judgment is only available in French) (unofficial translation from Anne Weber. *Manual on Hate Speech* (Council of Europe Publishing, 2009), p 52.)

จากตัวอย่างคดีข้างต้น เราอาจตั้งข้อสังเกตได้ว่าจากแนวคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปแล้วการพูดซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับศาสนา ศาลยอมรับว่าการพูดในเชิงดังกล่าวอาจเป็นการแสดงออกที่ก่อให้เกิดความตกใจและก้าวร้าว (shocking and offensive) ได้ ภายใต้เงื่อนไขว่า<sup>454</sup>

- การแสดงออกนั้นมิใช่การโจมตีอย่างไร้เหตุผล (gratuitously offensive)
- น้ำเสียงในเชิงดูหมิ่นต้องไม่มุ่งเป้าต่อกลุ่มความเชื่อกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะจง
- การแสดงออกต้องไม่เป็นการดูหมิ่นต่อบุคคลที่เชื่อในศาสนานั้นๆ หรือสัญลักษณ์ที่ศักดิ์สิทธิ์ในศาสนานั้นๆ
- การแสดงออกต้องไม่เป็นการกระทำต่อสิทธิของบุคคลอื่นในการที่จะแสดงออกและปฏิบัติตามความเชื่อในศาสนาของตน และไม่ใส่ร้ายป้ายสีต่อศาสนานั้น
- โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ต้องไม่ช่วยุให้เกิดความไม่เคารพ ความเกลียดชัง หรือการใช้ความรุนแรง

สำหรับภายใต้กลไกสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกา การพูดอีกประเภทหนึ่งที่ได้รับ ความคุ้มครองเป็นพิเศษภายใต้อนุสัญญา ACHR คือ การพูดที่แสดงออกซึ่งองค์ประกอบสำคัญของอัตลักษณ์หรือศักดิ์ศรีส่วนบุคคล (speech that expresses essential elements of personal identity or dignity) แนวคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนอเมริกาได้ปรับใช้การพูดในประเภทดังกล่าวเข้ากับการใช้ภาษากลุ่มชาติพันธุ์หรือชนกลุ่มน้อยโดยเฉพาะเจาะจงในฐานะที่การใช้ภาษาย่อมเป็นส่วนประกอบอันสำคัญที่สุดของอัตลักษณ์ของกลุ่มชาติพันธุ์เนื่องจากภาษาย่อมเป็นเครื่องมือในการแสดงออก เผยแพร่ และถ่ายทอดวัฒนธรรมของตน โดยภาษาถือเป็นองค์ประกอบที่แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างกลุ่มท้องถิ่นกับประชากรทั่วไปและสร้างอัตลักษณ์ทางวัฒนธรรมให้กลุ่มดังกล่าว ดังนั้น การห้ามชนกลุ่มน้อยใช้ภาษาของกลุ่มตนย่อมเป็นเรื่องที่ร้ายแรงและละเมิดต่อศักดิ์ศรีส่วนบุคคล (personal dignity) ของสมาชิกกลุ่มดังกล่าว อีกทั้งเป็นการเลือกปฏิบัติ<sup>455</sup>

ด้วยเหตุผลอย่างเดียวกัน การพูดประเภทอื่น เช่น การพูดซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับศาสนาและการพูดซึ่งแสดงออกซึ่งความหลากหลายทางเพศของบุคคล (sexual orientation) หรืออัตลักษณ์ทางเพศก็น่าที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษในลักษณะเดียวกัน เพราะ การพูดซึ่งมีเนื้อหาดังกล่าวย่อมแสดงออกซึ่งส่วนประกอบสำคัญ (integral element) ของอัตลักษณ์หรือศักดิ์ศรีส่วนบุคคล

<sup>454</sup> Anne Weber. *Manual on Hate Speech* (Council of Europe Publishing, 2009), p 52.

<sup>455</sup> I/A Court H. R., Case of López-Álvarez v. Honduras. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 1, 2006. Series C No. 141. para. 169.

เช่นเดียวกัน<sup>456</sup> โดยข้อ 12 (1) ของอนุสัญญา ACHR ซึ่งคุ้มครองเสรีภาพในทางมโนธรรมและศาสนา คุ้มครองรวมถึงเสรีภาพในการแสดงตัวหรือเผยแพร่ศาสนาหรือความเชื่อไม่ว่าโดยลำพังหรือร่วมกับบุคคลอื่น และไม่ว่าในที่สาธารณะหรือในที่ส่วนบุคคล<sup>457</sup> และข้อ 12 (3) กำหนดว่าเสรีภาพในการแสดงออกในทางศาสนาอาจมีข้อจำกัดในบางเรื่อง แต่ทั้งนี้ข้อจำกัดนั้นต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายและจำเป็นต่อการคุ้มครองความปลอดภัยในสังคม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน สาธารณะสุข หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>458</sup>

#### 4.1.3 การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังตามแนวการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชน

บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการห้ามการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในกฎหมายระหว่างประเทศ ถูกบรรจุโดยชัดแจ้งอยู่ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วย การขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ และอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกา ในเบื้องต้นมีข้อสังเกตประการหนึ่งเกี่ยวกับความแตกต่างของบทบัญญัติเหล่านี้ คือ

ข้อ 13 (5) ของอนุสัญญา ACHR มีความแตกต่างประการหนึ่งจากกติกา ICCPR และอนุสัญญา ECHR ประการหนึ่งเกี่ยวกับทัศนะในเรื่อง “การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง” (“hate speech”)<sup>459</sup> ซึ่งบทบัญญัติของอนุสัญญา ACHR ใช้ถ้อยคำว่า “การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ซึ่งยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรงอันผิดกฎหมาย (lawless violence) หรือการกระทำอื่นใดในลักษณะเดียวกัน” ซึ่งแคบกว่าทั้งการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

<sup>456</sup> Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression Inter American Commission on Human Rights, *Inter-American Legal Framework regarding the Right to Freedom of Expression* (OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09) 30 December 2009, para 56.

<sup>457</sup> American Convention on Human Rights, Art 12.1:

“Everyone has the right to freedom of conscience and of religion. This right includes freedom to maintain or to change one's religion or beliefs, and freedom to profess or disseminate one's religion or beliefs, either individually or together with others, in public or in private.”

<sup>458</sup> Ibid., Art 12.3:

“Freedom to manifest one's religion and beliefs may be subject only to the limitations prescribed by law that are necessary to protect public safety, order, health, or morals, or the rights or freedoms of others.”

<sup>459</sup> Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression Inter American Commission on Human Rights, *2004 Annual Report*, available at

<http://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/reports/annual/2004.pdf?DocumentID=142>

ในกรอบของกติกา ICCPR และอนุสัญญา ECHR เพราะ กติกา ICCPR ห้ามการพูดที่ “ช่วยทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติ (discrimination) การเป็นปฏิปักษ์ (hostility) หรือการใช้ความรุนแรง (violence)” ขณะที่อนุสัญญา ECHR แม้ไม่มีบทบัญญัติห้ามการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังโดยตรง แต่ภายใต้ข้อ 10 (2) ของอนุสัญญารัฐย่อมอาจจำกัดการพูดใดๆ ที่ “จำเป็นต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตย” โดยอาศัยเหตุผลอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งอาจเป็นผลประโยชน์ด้านความมั่นคงของชาติ บุรณภาพแห่งดินแดน หรือความปลอดภัยของประชาชน การป้องกันความไม่สงบเรียบร้อยหรืออาชญากรรม การคุ้มครองการสาธารณสุขหรือศีลธรรม การคุ้มครองชื่อเสียงหรือสิทธิของบุคคลอื่น การป้องกันกาเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับ หรือการอ้างไว้ซึ่งอำนาจและความเป็นกลางของฝ่ายตุลาการก็ได้<sup>460</sup>

อย่างไรก็ดี จากแนวการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคซึ่งมีการตัดสินว่าการแสดงออกใดเป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังบ้างนั้น ไม่ว่าจะโดยการวินิจฉัยไม่รับคำร้องก็ตี (inadmissibility decision) หรือการวินิจฉัยว่าข้อจำกัดสิทธิของรัฐชอบด้วยกฎหมายก็ตี ในเบื้องต้นจะเห็นได้ว่าเนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศส่วนใหญ่จะใช้ถ้อยคำขึ้นต้นว่า “การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา” ดังนั้น การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในประเภทแรกจึงได้แก่ การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในเชื้อชาติ (Racial Hate Speech)

ในคดี *Feret v. Belgium* ซึ่งผู้ร้องแจกจ่ายใบปลิวที่ช่วยทำให้เกิดความเกลียดชังต่อชาวมุสลิมในเบลเยียม Feret ถูกดำเนินคดีในข้อหาช่วยทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติในทางเชื้อชาติ (incitement to racial discrimination) และถูกตัดสิทธิในการเมืองเป็นเวลา 10 ปี คดีนี้ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่า ความคิดเห็นของ Feret ก่อให้เกิดความรับผิดชอบชัดเจนต่อการปลุกปั่นให้เกิดความรู้สึกไม่เชื่อใจ การปฏิเสธ หรือแม้กระทั่งความเกลียดชังต่อคนต่างชาติโดยเฉพาะในหมู่คนที่มีความรู้ น้อยในสังคม และแม้เสรีภาพแห่งการแสดงออกจะเป็นสิ่งสำคัญ แต่ Feret ซึ่งเป็นนักการเมืองย่อมต้องหลีกเลี่ยงความคิดเห็นที่อาจก่อให้เกิดการขาดขันติธรรม (Intolerance) อีกทั้งผลกระทบของวาทกรรมในเชิงเหยียดเชื้อชาติและหวาดกลัวคนต่างชาติ (racist and xenophobic discourse) มีสูงยิ่งขึ้นในบริบทของการหาเสียงเพราะทำให้การพูดมีพลังโน้มน้าวมากยิ่งขึ้น การเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาคือผู้พูดด้วยการสนับสนุนให้เกิดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติย่อมก่อให้เกิดความตึงเครียดในสังคมและทำลายความเชื่อมั่นในสถาบันประชาธิปไตย ศาลจึงเห็นว่า การแสดงออกของนาย Feret

<sup>460</sup> Eduardo Bertoni and Julio Rivera Jr., ‘The American Convention on Human Rights’, in Michael Herz and Peter Molnar (ed.). *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) p 504.

เป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในทางเชื้อชาติและรัฐบาลเบลเยียมมิได้ละเมิดสิทธิของนาย Feret<sup>461</sup>

ในอีกคดี *Pavel Ivanov v. Russia* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปกล่าวว่าการพูดที่เป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบตามข้อ 17 ของอนุสัญญา ECHR นั้นรวมถึงการพูดที่มีถ้อยคำที่ปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (เช่น คดี *Garaudy*) สนับสนุนความถูกต้องของนโยบายสนับสนุนนาซี (เช่น คดี *Witzsch v. Germany*<sup>462</sup>) การกล่าวหาว่ามีการสังหารชาวโปแลนด์โดยชนกลุ่มน้อยชาวยิว (เช่น คดี *W.P. v. Poland*<sup>463</sup>) และการเชื่อมโยงชาวมุสลิมทุกคนเข้ากับกรกระทำอันร้ายแรงของผู้ก่อการร้าย (เช่น คดี *Norwood v. the United Kingdom*)

ศาลวินิจฉัยว่าบทความของผู้ร้องที่เรียกร้องให้ขับไล่คนยิวออกจากสังคมนี้นำความเสี่ยงที่ต่อต้านยิว (anti-Semitic) อย่างชัดเจน ดังนั้น ศาลจึงเห็นด้วยกับศาลรัสเซียว่านาย Ivanov อาศัยบทความเพื่อช่วยทำให้เกิดความเกลียดชังต่อชาวยิวซึ่งขัดแย้งต่อคุณค่าที่เป็นพื้นฐานของอนุสัญญารวมถึง การมีขันติธรรม สันติภาพในสังคม และการไม่เลือกปฏิบัติ ดังนั้น คำร้องของผู้ร้องจึงไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาด้วยเหตุแห่งมูลคดี (*ratione materiae*)<sup>464</sup>

คำวินิจฉัยดังกล่าวสอดคล้องกับความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในคดี *Ross v. Canada* และคดี *J.R.T. and the W.G. Party v. Canada* ซึ่งตัดสินว่ารัฐชอบที่จะจำกัดสิทธิข้อความซึ่งมีเนื้อหาในการสร้างหรือเพิ่มความรู้สึกในเชิงต่อต้านชาวยิวอาจมีข้อจำกัดสิทธิได้เพื่อคุ้มครองสิทธิของสังคมนีโดยรวมจากความเกลียดชังทางศาสนา<sup>465</sup> และการสื่อสารที่เป็นการเผยแพร่ความคิดเห็นเชิงต่อต้านยิว (anti-Semitic) ย่อมเป็นคดีที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนรับไว้พิจารณาไม่ได้ (inadmissible) เพราะ ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของกติกา ICCPR ด้วยเหตุแห่งมูล

<sup>461</sup> *Féret v. Belgium*, Application no. 15615/07, judgment of 16th July 2009. (the judgment is only available in French) (English translation from Mihajlova, Bacovska and Shekerdjiev. *Freedom of Expression and Hate Speech* (Skopje: OSCE, 2013), p 29 and Press release issued by the Registrar, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-2800730-3069797>)

<sup>462</sup> *Witzsch v. Germany*, No. 7485/03, decision of 13 December 2005.

<sup>463</sup> *W.P. v. Poland*, No. 42264/98, decision of 2 September 2004.

<sup>464</sup> *Pavel Ivanov v. Russia* (dec.), No. 35222/04, decision of 20 February 2007:

“The Court has no doubt as to the markedly anti-Semitic tenor of the applicant's views and it agrees with the assessment made by the domestic courts that he sought through his publications to incite hatred towards the Jewish people. Such a general and vehement attack on one ethnic group is in contradiction with the Convention's underlying values, notably tolerance, social peace and non-discrimination.”

<sup>465</sup> *Ross v Canada*, Communication No 736/1997, Views adopted on 18 October 2000, para 11.5:

“restrictions may be permitted on statements which are of a nature as to raise or strengthen anti-semitic feeling, in order to uphold the Jewish communities' right to be protected from religious hatred.”

คดี (*ratione materiae*) เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังทางเชื้อชาติหรือศาสนาซึ่งรัฐมีพันธกรณีที่ต้องห้ามการกระทำนั้น<sup>466</sup>

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าการเผยแพร่ความคิดเห็นเชิงต่อต้านยิว หรือ anti-Semitism เป็นทั้งการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในเชื้อชาติและศาสนา เพราะ บางศาสนาเช่นศาสนายิว (Judaism) เป็นศาสนาที่นับถือกันเฉพาะในกลุ่มเชื้อชาติ ต่างกับศาสนาอื่น เช่น พุทธ คริสต์ หรืออิสลามที่ไม่ได้ผูกติดกับเชื้อชาติใดเชื้อชาติหนึ่ง<sup>467</sup>

ในเรื่องการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในทางศาสนา (Religious Hate Speech) ในคดี *Norwood v. the United Kingdom* ผู้ร้อง Norwood ถูกดำเนินคดีข้อหาแสดงความเป็นปฏิปักษ์ต่อกลุ่มศาสนา (displaying hostility towards a religious group) ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นด้วยกับศาลอังกฤษว่าข้อความและรูปภาพบนโปสเตอร์ที่เขียนว่า “อิสลามออกไปจากบริเตน-คุ้มครองประชาชนชาวอังกฤษ” (“Islam out of Britain – Protect the British People”) และมีสัญลักษณ์พระจันทร์เสี้ยวและดาวของอิสลามอยู่ในเครื่องหมายห้าม เป็นการแสดงออกต่อสาธารณะ (public expression) ซึ่งการโจมตีต่อมุสลิมทุกคนในสหราชอาณาจักร ศาลตัดสินว่าการโจมตีในลักษณะเป็นการทั่วไปและรุนแรงดังกล่าวซึ่งเหมารวมมุสลิมทุกคนเข้ากับการกระทำอันร้ายแรงของผู้ก่อการร้ายของผู้ร้องไม่สอดคล้องกับคุณค่าซึ่งอนุสัญญา ECHR ป่าวประกาศและให้การรับรอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การมีชั้นดีธรรม สันติภาพในสังคม และการไม่เลือกปฏิบัติ<sup>468</sup> การแสดงโปสเตอร์ของผู้ร้องจึงเป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบตามข้อ 17 ของอนุสัญญาและไม่ได้ได้รับความคุ้มครองจากอนุสัญญา คำร้องของ Norwood จึงรับไว้พิจารณาไม่ได้ (inadmissible) เนื่องจากไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาในมูลคดี (*ratione materiae*)

<sup>466</sup> *J. R. T. and W. G. Party v. Canada*, Communication No. 104/1981, 6 April 1983, para. 8:

“the opinions which Mr. T. seeks to disseminate through the telephone system clearly constitute the advocacy of racial or religious hatred which Canada has an obligation under article 20(2) of the Covenant to prohibit.”

<sup>467</sup> Michel Rosenfeld, ‘Hate Speech in Constitutional Jurisprudence,’ in Michael Herz and Peter Molnar (ed.). *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) p 276.

<sup>468</sup> *Norwood v. United Kingdom*, No. 23131/03, decision of 15 November 2004:

“The Court notes and agrees with the assessment made by the domestic courts, namely that the words and images on the poster amounted to a public expression of attack on all Muslims in the United Kingdom. Such a general, vehement attack against a religious group, linking the group as a whole with a grave act of terrorism, is incompatible with the values proclaimed and guaranteed by the Convention, notably tolerance, social peace and non-discrimination.”



ในคดี *I. A. v. Turkey* ศาลเห็นว่าหนังสือของผู้ร้องซึ่งมีข้อความดังต่อไปนี้ “Some of these words were, moreover, inspired in a surge of exultation, in Aisha's arms. ... God's messenger broke his fast through sexual intercourse, after dinner and before prayer. Muhammad did not forbid sexual intercourse with a dead person or a live animal.” มิได้เป็นเพียงการพูดที่มีลักษณะก้าวร้าวหรือยั่วโทสะ (provocative) เท่านั้น แต่ยอมทำให้ชาวมุสลิมรู้สึกวาทกเป็นเป้าโจมตีในสังคมจึงเป็นการยั่วยุให้เกิดการขาดขันติธรรมในทางศาสนา<sup>469</sup>

ในบริบทของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในชาติหรือที่ยั่วยุให้เกิดการเป็นปฏิปักษ์ในชาติ คดี *Zana v. Turkey* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปตัดสินว่าการกล่าวของนายกเทศมนตรีว่าสนับสนุนกลุ่มแบ่งแยกดินแดนและกล่าวว่าการสังหารสตรีและเด็กเป็นความผิดพลาด แม้จะมีความกำกวม แต่ก็กล่าวในช่วงเวลาเดียวกันกับที่เกิดเหตุจึงเป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง<sup>470</sup> และในคดี *Surek v. Turkey* ที่ศาลเห็นว่าเนื้อหาของจดหมายทั้งสองฉบับที่ผู้ร้องตีพิมพ์ในบทวิจารณ์รายสัปดาห์มีการเลือกใช้ถ้อยคำที่ยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง เช่น การกล่าวถึงรัฐบาลตุรกีว่า “the fascist Turkish army”, “the TC murder gang” และ “the hired killers of imperialism” และการอ้างถึงการปราบปรามชาวเคิร์ดด้วยถ้อยคำว่า “massacres”, “brutalities” และ “slaughter” ตลอดจนมีการระบุตัวบุคคล จึงเป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง<sup>471</sup>

<sup>469</sup> *I. A. v. Turkey*, judgment of 13 September 2005, para 29.

<sup>470</sup> *Zana v. Turkey*, judgment of 25 November 1997, paras 58-59:

“58. Those words could be interpreted in several ways but, at all events, they are both contradictory and ambiguous. They are contradictory because it would seem difficult simultaneously to support the PKK, a terrorist organisation which resorts to violence to achieve its ends, and to declare oneself opposed to massacres; they are ambiguous because whilst Mr Zana disapproves of the massacres of women and children, he at the same time describes them as “mistakes” that anybody could make.

59. The statement cannot, however, be looked at in isolation. It had a special significance in the circumstances of the case, as the applicant must have realised. As the Court noted earlier (see paragraph 50 above), the interview coincided with murderous attacks carried out by the PKK on civilians in south-east Turkey, where there was extreme tension at the material time.”

<sup>471</sup> *Sürek v. Turkey (No. 1)*, judgment of 8 July 1999 (Grand Chamber), para 62:

“...It notes in the first place that there is a clear intention to stigmatise the other side to the conflict by the use of labels such as “the fascist Turkish army”, “the TC murder gang” and “the hired killers of imperialism” alongside references to “massacres”, “brutalities” and “slaughter”. In the view of the Court the impugned letters amount to an appeal to bloody revenge by stirring up base emotions and hardening already embedded prejudices which have manifested themselves in deadly violence.

...It must also be observed that the letter entitled “It is our fault” identified persons by name, stirred up hatred for them and exposed them to the possible risk of physical violence”

นอกจากการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ และศาสนาแล้ว ยังมีกรณีอื่นที่ กลไกสิทธิมนุษยชนตัดสินว่าเป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง เช่น การพูดซึ่งมีเจตนาในทาง เกลียดชังในเรื่องความหลากหลายทางเพศ (sexual orientation) เช่นในคดี *Vejdeland and Others v. Sweden* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าถึงแม้ผู้ร้องจะแจกจ่ายใบปลิวที่กล่าวถึงกลุ่มคน รักร่วมเพศว่า “เบี่ยงเบนทางเพศ” (“deviant sexual proclivity”) และมี “ผลกระทบให้เกิดความ เสื่อมทางศีลธรรมต่อสังคม” (“a morally destructive effect on the substance of society”) เพื่อวัตถุประสงค์ในการเริ่มต้นการอภิปรายเกี่ยวกับการขาดความเป็นกลางของการศึกษาในโรงเรียน สวีเดนซึ่งศาลเห็นด้วยกับศาลสวีเดนว่าเป็นวัตถุประสงค์ที่ยอมรับได้ก็ตาม แต่ก็ต้องคำนึงถึงข้อความ ในใบปลิวด้วย ในความเห็นของศาล ถึงแม้คำพูดเหล่านี้จะไม่เสนอแนะโดยตรงให้บุคคลกระทำการซึ่ง มุ่งร้าย (hateful acts) ข้อความบนใบปลิวดังกล่าวก็เป็นการกล่าวหาที่ร้ายแรงและอคติ<sup>472</sup> โดยศาล ย้ำว่าการยั่วให้เกิดความเกลียดชังไม่จำเป็นต้องมีการเรียกร้องให้มีการใช้ความรุนแรงหรือกระทำ ความผิดทางอาญา แต่การโจมตีบุคคลโดยการดูหมิ่น ล้อเลียน หรือใส่ร้ายป้ายสีต่อกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ของประชากรโดยเฉพาะจะจูงใจยอมเพียงพอที่รัฐจะทำการต่อต้านการพูดในเชิงเหยียดเชื้อชาติที่ฉก หน้าเป็นการใช้เสรีภาพแห่งการแสดงออกโดยไร้ความรับผิดชอบ และศาลยังเน้นย้ำว่าการเลือกปฏิบัติ บนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศก็มีความร้ายแรงเท่าๆ กับการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของเชื้อ ชาติ แหล่งกำเนิด หรือสีผิว<sup>473</sup>

นอกจากนี้ ในกรณีการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (holocaust denial) ในคดี *Garaudy v. France* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปตัดสินว่า “การปฏิเสธอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crimes against humanity) เป็นรูปแบบที่ร้ายแรงที่สุดของการหมิ่นประมาทในทางเชื้อชาติต่อชาวยิวและเป็นการยั่ว ยุให้เกิดความเกลียดชังต่อชาวยิวด้วย”<sup>474</sup> และในคดี *Jewish Community of Oslo et al. v. Norway* คณะกรรมการ CERD ยังเห็นว่าเสรีภาพในการพูดย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองในกรณีของ การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังและกล่าวว่าการห้ามการเผยแพร่ความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของ ความเหนือกว่าทางเชื้อชาติหรือความเกลียดชังนั้นสอดคล้องกับสิทธิในเสรีภาพแห่งความคิดเห็นและ

<sup>472</sup> *Vejdeland and Others v. Sweden*, Application no. 1813/07, judgment of 9 February 2012, para 54:

“In the Court’s opinion, although these statements did not directly recommend individuals to commit hateful acts, they are serious and prejudicial allegations.”

<sup>473</sup> *Ibid.*, para 55:

“In this regard, the Court stresses that discrimination based on sexual orientation is as serious as discrimination based on “race, origin or colour””

<sup>474</sup> *Garaudy v. France*, decision of 24 June 2003, p 22:

“Denying crimes against humanity is therefore one of the most serious forms of racial defamation of Jews and of incitement to hatred of them.”

การแสดงออก<sup>475</sup> ดังนั้น การพูดซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติหรือความเกลียดชังและเป็นการปกป้อง Hitler และหลักการของเขา ตลอดจนการดำเนินรอยตามหลักการดังกล่าวจึงเป็นการยั่วยุอย่างน้อยที่สุดให้เกิดการเลือกปฏิบัติในทางเชื้อชาติถ้าไม่ใช่ให้เกิดความรุนแรง<sup>476</sup>

ในทำนองเดียวกันกับการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ในคดี *Leroy v. France* ซึ่งผู้ร้อง คือนาย Leroy วาดภาพการถล่มอาคารเวิร์ลเทรดเซ็นเตอร์โดยมีข้อความใต้ที่มีลักษณะเป็นการให้อภัยต่อการก่อการร้าย (condoning terrorism) ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าเหตุการณ์วันที่ 11 กันยายน 2001 เป็นเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดความโกลาหลทั่วโลก และก่อให้เกิดประเด็นที่เป็นผลประโยชน์สาธารณะ ถึงแม้ผู้ร้องจะอ้างว่ามีเจตนาในการแสดงออกซึ่งความคิดต่อต้านสหรัฐอเมริกา (anti-Americanism) แต่ศาลเห็นว่าการแสดงออกไม่ของผู้ร้องไม่เพียงแต่เป็นการวิพากษ์วิจารณ์สหรัฐฯ แต่ยังเป็นการสรรเสริญการกระทำที่เป็นการทำลายล้างต่อสหรัฐฯ อย่างรุนแรงด้วย ซึ่งศาลพิจารณาจากข้อความใต้ภาพของผู้ร้องเห็นว่าเป็นการให้กำลังใจต่อกลุ่มซึ่งเขาคิดว่าเป็นผู้ก่อเหตุโจมตีสหรัฐฯ โดยแสดงความคิดเห็นในเชิงสนับสนุนต่อการใช้ความรุนแรงต่อพลเมืองนับหมื่นและดูหมิ่นศักดิ์ศรีของเหยื่อ

ถึงแม้หนังสือพิมพ์ดังกล่าวจะถูกแจกจ่ายในวงจำกัด แต่ศาลเห็นว่าภาพวาดและข้อความดังกล่าวยั่วยุให้เกิดปฏิกิริยาขึ้นในสังคมซึ่งอาจก่อให้เกิดการใช้ความรุนแรงและส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนในเมืองบาสก์ได้ ศาลจึงเห็นว่ารัฐบาลฝรั่งเศสมีได้ละเมิดสิทธิของนาย Leroy<sup>477</sup>

<sup>475</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Jewish Community of Oslo et al. v Norway*, Communication No. 30/2003, 15 August 2005, para 10.5:

“the principle of freedom of speech has been afforded a lower level of protection in cases of racist and “hate speech” dealt with by other international bodies, and that the Committee’s own General recommendation No 15 clearly states that the prohibition of all ideas based upon racial superiority or hatred is compatible with the right to freedom of opinion and expression.”

<sup>476</sup> *Ibid.*, para 10.4:

“ideas based upon racial superiority or hatred”, and that “the deference to Hitler and his principles and “footsteps” must ... be taken as incitement at least to racial discrimination, if not to violence.”

<sup>477</sup> *Leroy v. France*, Application no. 36109/03, judgment dated 2nd October 2008. (the judgment is only available in French) (English translation from Mihajlova, Bacovska and Shekerdjiev. Freedom of Expression and Hate Speech (Skopje: OSCE, 2013), p 29 and Press release issued by the Registrar, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-2501837-2699727>)

จากตัวอย่างการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนข้างต้นจึงเห็นได้ว่าการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังเป็นการแสดงออกเพื่อส่งเสริมให้เกิดความเกลียดชังซึ่งอาจอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ ศาสนา ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด เพศ ความหลากหลายทางเพศ หรือนอกเหนือจากนั้น เช่น ชนชั้นทางสังคม ตลอดจนความพิการทางร่างกายหรือจิตใจได้

แต่สิ่งที่การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในแต่ละประเภทมีเหมือนกันก็คือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการพูดอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือมากกว่านั้นซึ่งอยู่ในกลุ่มที่มีลักษณะพิเศษ (characteristic) เหมือนกัน หรือแม้กระทั่งต่อกลุ่มเอง<sup>478</sup> เช่น กลุ่มชาวยิว เช่น ในคดี *Faurisson* และคดี *Ross* ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน

อีกทั้ง การต่อต้านการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังก็มุ่งประสงค์ต่อการคุ้มครองลักษณะพิเศษที่กลุ่มหนึ่งกลุ่มใดมีส่วนร่วมกัน (protected characteristics) เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ชาติพันธุ์ สัญชาติ ความหลากหลายทางเพศ ตลอดจนลักษณะพิเศษอื่นใดที่เป็นส่วนสำคัญของอัตลักษณ์ของกลุ่ม ซึ่งลักษณะพิเศษดังกล่าวนี้เป็นลักษณะพิเศษที่มีลักษณะเป็นการถาวร (immutable) และเป็นส่วนประกอบพื้นฐาน (fundamental) ของอัตลักษณ์ของบุคคลที่มีลักษณะพิเศษนั้นๆ เช่น เชื้อชาติ หรือสีผิว โดยที่ลักษณะพิเศษนั้นควรเป็นข้อบ่งชี้อัตลักษณ์ของกลุ่มนั้นๆ ด้วย เนื่องจากลักษณะพิเศษอันเป็นการถาวรในบางกรณีก็อาจมิใช่ข้อบ่งชี้อัตลักษณ์ของกลุ่มก็ได้ เช่น สีของตาอาจเป็นลักษณะพิเศษถาวรของบุคคล แต่กลุ่มคนที่มีสีของตาสีเดียวกันก็ไม่ได้เห็นว่าตนเองเป็นบุคคลในกลุ่มเดียวกัน<sup>479</sup>

ยิ่งไปกว่านั้นบริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ก็เป็นปัจจัยที่บ่งชี้ลักษณะพิเศษที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน เนื่องจากการบ่งชี้ลักษณะพิเศษย่อมต้องทำความเข้าใจกับประวัติศาสตร์ของการกดขี่และเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่มีลักษณะพิเศษในแต่ละรัฐ ตลอดจนปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมในปัจจุบัน ดังนั้น ลักษณะพิเศษที่ได้รับความคุ้มครองนี้อาจอยู่บนพื้นฐานของการถูกเลือกปฏิบัติหรือการถูกกดขี่ในอดีตหรือในปัจจุบันก็ได้<sup>480</sup> ตัวอย่างที่ชัดเจนของลักษณะพิเศษในกรณีนี้ ได้แก่ กรณีของชาวยิวซึ่งเคยตกเป็นเหยื่อของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์จึงได้รับการคุ้มครองจากการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในเชื้อชาติหรือศาสนาซึ่งรวมถึงการได้รับความคุ้มครองจากการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ด้วย

หลักคิดดังกล่าวสะท้อนออกมาในรูปนโยบายต่างๆ ของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เช่น ในกรอบคำตัดสินว่าด้วยการต่อต้านรูปแบบบางประการและการแสดงออกซึ่งการเหยียดเชื้อชาติ

<sup>478</sup> Mihajlova, Bacovska and Shekerdjiev. *Freedom of Expression and Hate Speech* (Skopje: OSCE, 2013), p 25.

<sup>479</sup> Ibid., p 27.

<sup>480</sup> Ibid.

และการหวาดกลัวคนต่างชาติโดยวิธีการทางกฎหมายอาญาเห็นว่ารัฐต้องใช้มาตรการลงโทษการยั่วยุ ต่อสาธารณะให้เกิดการใช้ความรุนแรงหรือความเกลียดชังต่อกลุ่มบุคคลหรือสมาชิกของกลุ่มบน พื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสายหรือชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด<sup>481</sup>

อย่างไรก็ตามมีผู้ที่มีความเห็นว่าลักษณะพิเศษที่ได้รับความคุ้มครองจากการพูดซึ่งมีเจตนา ในทางเกลียดชังนั้นไม่น่าจะรวมถึงความสัมพันธ์ในทางการเมือง ความเชื่อในทางการเมือง เช่นเดียวกับสถานะทางการเงินหรือเศรษฐกิจ สถานะการสมรส ตลอดจนการศึกษาซึ่งถึงแม้ลักษณะ พิเศษเหล่านี้อาจเป็นพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติได้เนื่องจากลักษณะพิเศษดังกล่าวนี้มีใช้สิ่งที่ เปลี่ยนแปลงไม่ได้ ดังนั้นจึงไม่ใช่เครื่องบ่งชี้อัตลักษณ์บุคคลหรือสื่อถึงการถูกกดขี่ในอดีตแต่อย่างใด<sup>482</sup>

สำหรับปัญหาที่ว่าควรตีความคำศัพท์สำคัญ (key terms) ของการพูดซึ่งมีเจตนาในทาง เกลียดชังอย่างไรนั้น Article 19 ซึ่งเป็นกลุ่ม NGO ที่ทำงานในด้านสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก โดยเฉพาะได้ร่วมกับเจ้าหน้าที่ระดับสูงทั้งจากสหประชาชาติและกลไกสิทธิมนุษยชนอื่นๆ ตลอดจน ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และภาคประชาสังคมจากทุกภูมิภาคได้ ร่วมกันศึกษามาตรฐานในกฎหมายระหว่างประเทศ แนวปฏิบัติของรัฐ ตลอดจนหลักกฎหมายระหว่าง ประเทศทั่วไปเพื่อสร้างพื้นฐานความเข้าใจเกี่ยวกับเสรีภาพแห่งการแสดงออกและความเท่าเทียมใน รูปของหลักการ Camden Principles on Freedom of Expression and Equality จากการ ประชุมที่กรุงลอนดอนในช่วงปี 2008-2009 ซึ่งหลักการดังกล่าวแม้ไม่มีสภาพบังคับแต่สะท้อนถึง ความเข้าใจพื้นฐานที่ได้รับการยอมรับร่วมกันในเวทีระหว่างประเทศ โดย หลักการดังกล่าวเห็นว่ารัฐ ควรประกาศใช้กฎหมายห้ามการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ และศาสนาซึ่งยั่วยุ ให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรง โดยให้แนวทางการตีความคำศัพท์ สำคัญ ดังนี้

“i. The terms ‘hatred’ and ‘hostility’ refer to intense and irrational emotions of opprobrium, enmity and detestation towards the target group.

ii. The term ‘advocacy’ is to be understood as requiring an intention to promote hatred publicly towards the target group.

<sup>481</sup> EU Framework Decision on Combating Certain Forms and Expressions of Racism and Xenophobia by Means of Criminal Law of 28th November 2008, Art 1:

“publicly inciting to violence or hatred directed against a group of persons or a member of such a group defined by reference to race, colour, religion, descent or national or ethnic origin”

<sup>482</sup> Mihajlova, Bacovska and Shekerdjiev. *Freedom of Expression and Hate Speech* (Skopje: OSCE, 2013), p 28.

iii. The term ‘incitement’ refers to statements about national, racial or religious groups which create an imminent risk of discrimination, hostility or violence against persons belonging to those groups.

iv. The promotion, by different communities, of a positive sense of group identity does not constitute hate speech.”<sup>483</sup>

หลักการดังกล่าวได้รับการสนับสนุนในที่ประชุมผู้เชี่ยวชาญที่จัดโดยสหประชาชาติที่ประเทศโมร็อกโกเมื่อปี 2012 เพื่อเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง<sup>484</sup>

ทั้งนี้ จากตัวอย่างคดีข้างต้นจะเห็นได้ว่านอกจากเนื้อหา (content) ของการพูดแล้ว ศาลยังหยิบยกเอาข้อพิจารณาต่างๆ ซึ่งรวมถึงบริบทในคดี (context) เข้ามาใช้ประกอบในการพิจารณาคดีด้วย ซึ่งข้อพิจารณาเหล่านี้จะถูกกล่าวถึงในหัวข้อย่อยถัดๆ ไป

#### ตารางที่ 5<sup>485</sup>

##### ตารางเปรียบเทียบการวินิจฉัยตีความในเรื่องเนื้อหาของการพูด

คดี	สรุป	หมายเหตุ
	<b>ลักษณะทั่วไปของการวินิจฉัยตีความเนื้อหาของการพูด</b>	
- <i>I. A. v. Turkey</i> - <i>Kimel v. Argentina</i> - <i>Case of “The Last Temptation of Christ” (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile</i>	การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังย่อมไม่รวมถึงคำพูดที่ก่อให้เกิดความตกใจ (shocking) ก่อให้เกิดความรำคาญ (disturbing) และมีลักษณะที่โจมตี (offensive)	
<i>Garaudy v.</i>	จะต้องมีการแยกแยะระหว่างข้อเท็จจริงซึ่งยังเป็น	

<sup>483</sup> Camden Principles on Freedom of Expression and Equality, principle 12.

<sup>484</sup> Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence.

<sup>485</sup> ตารางที่ 5 นี้ปรากฏอยู่ในตารางสรุปข้อพิจารณาที่กลไกสิทธิมนุษยชนใช้ในการวินิจฉัยตีความขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังตามภาคผนวก

<i>France</i>	ถกเถียงกันกับข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ซึ่งเป็นที่ชัดเจนแล้ว เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Holocaust denial) ย่อมไม่ใช่การใช้เสรีภาพแห่งการแสดงออกเพื่อการค้นหาความจริง	
<i>Lehideux and Isorni v. France</i>	ผู้ร้องทั้งสองพยายามสนับสนุนทฤษฎีที่ชื่อว่าทฤษฎี double game ซึ่งเห็นว่าการที่ฝรั่งเศสยอมจำนนต่อนาซีเป็นนโยบายที่ถูกต้องและสรรเสริญว่านโยบายดังกล่าวเป็นนโยบายที่ชาญฉลาดอย่างยิ่ง (supremely skillful) อันเป็นทฤษฎีที่ไม่เป็นที่ยอมรับและยังคงเป็นข้อถกเถียงกันในหมู่นักประวัติศาสตร์ซึ่งศาลเห็นว่าไม่ใช่ข้อเท็จจริงในทางประวัติศาสตร์ที่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไป	
	<b>Political Speech</b>	
<i>Erbakan v. Turkey</i>	การพูดซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับการเมืองหรือผลประโยชน์สาธารณะเป็นเรื่องที่รัฐมีขอบเขตเพียงเล็กน้อยในการจำกัดเสรีภาพแห่งการแสดงออก (“little scope for restrictions on freedom of expression”)	
<i>Tristan Donoso v. Panama</i>	การแสดงออกใดๆ ซึ่งเกี่ยวกับความเหมาะสมของบุคคลซึ่งดำรงตำแหน่งราชการหรือเกี่ยวกับการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐในการปฏิบัติหน้าที่ย่อมต้องได้รับความคุ้มครองที่มากยิ่งขึ้นจึงจะก่อให้เกิดการถกเถียงกันอย่าง เป็นประชาธิปไตย	
	<b>Religious Speech</b>	
<i>Otto-Preminger-Institut v. Austria</i>	บุคคลผู้เลือกที่จะใช้เสรีภาพในการแสดงออกในทางศาสนาไม่อาจคาดหวังได้ว่าจะไม่ถูกวิพากษ์วิจารณ์ แต่ต้องอดกลั้นและยอมรับการปฏิเสธความเชื่อโดยบุคคลอื่น และแม้กระทั่งการเผยแพร่ศาสนาอื่นที่มีหลักการที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความเชื่อของตน	
- <i>I. A. v. Turkey</i> - <i>Aydin Tatlav v. Turkey</i>	- การแสดงออกต้องไม่เป็นการดูหมิ่นต่อบุคคลที่เชื่อในศาสนาอื่นๆ หรือสัญลักษณ์ที่ศักดิ์สิทธิ์ในศาสนาอื่นๆ - น้ำเสียงในเชิงดูหมิ่นต้องไม่มุ่งเป้าต่อกลุ่มความเชื่อกลุ่ม	

	ใดกลุ่มหนึ่งโดยเจาะจง	
<i>Giniewski v. France</i>	การแสดงออกต้องมิใช่การโจมตีอย่างไร้เหตุผล (gratuitously offensive)	
<i>Klein v. Slovakia</i>	การแสดงออกต้องไม่เป็นการกระทำต่อสิทธิของบุคคลอื่น ในการที่จะแสดงออกและปฏิบัติตามความเชื่อในศาสนาของตน และไม่ใส่ร้ายป้ายสีต่อศาสนานั้น	
<i>Nur Radyo Ve Televizyon</i>	การแสดงออกแม้จะสร้างความตื่นตระหนกและก้าวร้าว (shocking and offensive) แต่ต้องไม่ยั่วให้เกิดความไม่เคารพ ความเกลียดชัง หรือการใช้ความรุนแรง	
	<b>Hate Speech</b>	
<i>Feret v. Belgium</i>	แจกจ่ายใบปลิวหลายฉบับของพรรคโดยใช้สโลแกนที่มีข้อความ เช่น Stand up against the Islamification of Belgium” “Stop the sham integration policy” และ “Send non-European job-seekers home”	
<i>Pavel Ivanov v. Russia</i>	ตีพิมพ์บทความหลายฉบับซึ่งวาดภาพให้ชาวยิวเป็นตัวแทนความชั่วร้ายในประเทศรัสเซีย โดยกล่าวหาว่าชาวยิววางแผนร้ายต่อคนรัสเซียและเรียกร้องให้มีการขับไล่คนยิวออกไปจากสังคม	
<i>Norwood v. the United Kingdom</i>	โปสเตอร์ที่เขียนว่า “อิสลามออกไปจากบริเตน-คุ้มครองประชาชนชาวอังกฤษ” (“Islam out of Britain – Protect the British People”) และมีสัญลักษณ์พระจันทร์เสี้ยวและดาวของอิสลามอยู่ในเครื่องหมายห้ามเป็นการแสดงออกต่อสาธารณะ (public expression) ซึ่งการโจมตีต่อมุสลิมทุกคนในสหราชอาณาจักร	
<i>I. A. v. Turkey</i>	แม้สังคมของประเทศตุรกีจะเป็นสังคมที่มีระดับของขันติธรรมต่อการวิพากษ์วิจารณ์ศาสนาในระดับหนึ่งอันเป็นผลจากหลักการของความเป็นรัฐฆราวาส (secularity) แต่ผู้ที่เชื่อในศาสนาอิสลามย่อมชอบที่จะรู้สึกว่าคุณเขาตกเป็นเป้าของการโจมตีอย่างรุนแรงและไม่เป็นธรรมจากข้อความภายในหนังสือของผู้ร้อง	



<i>Zana v. Turkey</i>	ข้อความให้สัมภาษณ์ต่อนักข่าวของนายกเทศมนตรีเมืองในเขตสุร์บ “I support the PKK national liberation movement; on the other hand, I am not in favour of massacres. Anyone can make mistakes, and the PKK kill women and children by mistake ...”	
<i>Surek v. Turkey</i>	เนื้อหาของจดหมายทั้งสองฉบับที่ผู้ร้องตีพิมพ์ในบทวิจารณ์รายสัปดาห์มีการเลือกใช้ถ้อยคำที่ช่วยทำให้เกิดความเกลียดชัง เช่น การกล่าวถึงรัฐบาลตุรกีว่า “the fascist Turkish army”, “the TC murder gang” และ “the hired killers of imperialism” และการอ้างถึงการปราบปรามชาวเคิร์ดด้วยถ้อยคำว่า “massacres”, “brutalities” และ “slaughter” ตลอดจนมีการระบุตัวบุคคล จึงเป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง	
<i>Vejdeland and Others v. Sweden</i>	การทิ้งระเบิดดังกล่าวกว่าไว้ในตู้ล็อกเกอร์ของเด็กนักเรียน ว่ากลุ่มคนรักร่วมเพศนั้น “เปี่ยงเบนทางเพศ” และมี “ผลกระทบให้เกิดความเสื่อมทางศีลธรรมต่อสังคม” อีกทั้งกล่าวหาว่าการรักร่วมเพศเป็นหนึ่งในสาเหตุหลักที่ทำให้เชื้อเอชไอวีและโรคเอดส์แพร่ระบาด	
<i>Garaudy v. France</i>	Holocaust denial	ทั้ง 3 คดีมีความคล้ายคลึงกัน คือ
<i>Jewish Community of Oslo et al. v. Norway</i>	Ideas based upon racial superiority or hatred” and “the deference to Hitler and his principles and “footsteps”	มีลักษณะที่ถูกจำกัดเพราะเป็นการเผยแพร่ความคิดบนพื้นฐานความ
<i>Leroy v. France</i>	Condoning terrorism	เหนือกว่าทางเชื้อชาติหรือความเกลียดชังทางเชื้อชาติ

## 4.2 ผู้พุด

ผู้พุดในที่นี้ในบริบทของกลไกตรวจตราดูแลการละเมิดสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคย่อมหมายถึงตัว “ผู้ร้อง” (applicant) กล่าวคือ เป็นผู้ที่ร้องเรียนต่อกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศว่าตนตกเป็น “เหยื่อ” (victim) ของการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยรัฐโดยอาศัยข้ออ้างว่าตนถูกลิดรอนสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากมองจากบริบทของการวิเคราะห์ขอบเขตการจำกัดการพุดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง “ผู้พุด” ในที่นี้ คือ ผู้ที่กล่าวคำพุดซึ่งรัฐเห็นว่าเป็นการพุดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง หรือหากกล่าวในความหมายอย่างกว้าง คือ ผู้ที่ใช้เสรีภาพในการแสดงออก

ข้อพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับผู้พุดสามารถแยกพิจารณาได้สองประการ กล่าวคือ เจตนาของผู้พุดและสถานะทางสังคมของผู้พุด

### 4.2.1 เจตนาของผู้พุด

เจตนาของผู้พุดในที่นี้ย่อมหมายถึงวัตถุประสงค์ของการแสดงออกนั่นเองเนื่องจากเจตนาเป็นสิ่งที่อยู่ภายในความคิดของผู้พุดย่อมเป็นการยากที่จะหยั่งรู้ได้ ดังนั้น การจะวินิจฉัยเจตนาของผู้พุดจึงต้องพิจารณาจากความมุ่งหมายของผู้ที่กล่าวคำพุดซึ่งถูกจำกัดสิทธิว่าการพุดของบุคคลนั้นมีความมุ่งหมายอย่างไร

ในกลไกสิทธิมนุษยชนยุโรป จากการศึกษาสิทธิมนุษยชนยุโรปวางหลักไว้ว่าการใช้สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกย่อมหมายถึงความรวมถึงการพุดซึ่งที่โจมตี (offend) สร้างความตื่นตระหนก (shock) และรบกวน (disturb) รัฐหรือประชากรด้วย<sup>486</sup> ในการแยกแยะว่าอะไรเป็นการพุดซึ่งโจมตีสร้างความตื่นตระหนก หรือก่อความ และอะไรคือการพุดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ปัญหาหลักที่ศาลจะต้องวินิจฉัยจึงมีอยู่ว่า ผู้ร้อง (applicant) หรือก็คือผู้พุดมีเจตนาที่จะเผยแพร่แนวคิดหรือความคิดเห็นในเชิงเหยียดเชื้อชาติผ่านการใช้อำนาจพุดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังหรือผู้ร้องเพียงแต่ต้องการจะแจ้งสังคมให้ทราบถึงประเด็นอันเป็นผลประโยชน์สาธารณะ (public interest)

ในหลายคดีที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปตัดสินว่าคำร้องของบุคคลเป็นคำร้องที่รับไว้พิจารณาไม่ได้ (inadmissible) เนื่องจากเป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบตามข้อ 17 ของอนุสัญญา ECHR แม้จะไม่มีกล่าวถึงเจตนาของผู้พุด หากแต่ให้ความสำคัญกับภัย (harm) ที่การพุดนั้นอาจ

<sup>486</sup> *Handyside v the United Kingdom*, judgment of 7 December 1976., para 49.

ก่อให้เกิดขึ้น แต่คณะกรรมการก็มิได้ปฏิเสธอย่างชัดเจนว่าเจตนาของผู้พูดไม่ใช่ข้อพิจารณาหนึ่งในการวินิจฉัยและอาจกล่าวได้ว่าคณะกรรมการได้หยิบยกข้อพิจารณาเรื่องของเจตนาของผู้พูดหรือจุดมุ่งหมายของการแสดงออกที่พิพาทในคดีโดยปริยาย<sup>487</sup> ดังจะเห็นได้จากการที่ต่อมาในคดี *Garaudy v. France* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้วินิจฉัยว่าวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของหนังสือของนาย Garaudy ที่มีเนื้อหาปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (holocaust denial) คือ เพื่อ “ฟื้นฟูระบอบสังคมนิยมแห่งชาติ (นาซี) และด้วยเหตุดังกล่าวจึงกล่าวหาเหยื่อ (ของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์) ว่าบิดเบือนประวัติศาสตร์เสียเอง”<sup>488</sup> นอกจากนี้คดี *Garaudy* ยังมีตัวอย่างคำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปอีกสองเรื่องที่แสดงให้เห็นว่า เจตนาของผู้พูดหรือวัตถุประสงค์ของการพูดเป็นข้อพิจารณาหนึ่งที่ศาลหยิบยกมาเป็นพฤติการณ์ประกอบการวินิจฉัย ได้แก่ คดี *Jersild v. Denmark* และคดี *Lehideux and Isorni v. France*

ในคดี *Jersild v. Denmark* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิจารณาจากข้อเท็จจริงในการดำเนินรายการโทรทัศน์ดังกล่าวว่าผู้จัดรายการเปิดการดำเนินรายการด้วยการเอ่ยถึงการถกเถียงกันในสังคมและความคิดเห็นของสื่อมวลชนเกี่ยวกับการเหยียดเชื้อชาติในเดนมาร์กดังนั้นจึงเชิญชวนให้ผู้รับชมได้รับชมรายการในบริบทดังกล่าว โดยมีการประกาศว่าวัตถุประสงค์ของรายการมีขึ้นเพื่อถกเถียงในบางแง่มุมของการเหยียดเชื้อชาติในเดนมาร์กโดยการสัมภาษณ์ปัจเจกบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการเหยียดเชื้อชาติและแสดงให้เห็นถึงสภาพจิตใจและพื้นฐานทางสังคมของบุคคลเหล่านี้ซึ่งศาลเห็นว่ารายการโทรทัศน์ดังกล่าวได้ดำเนินไปตามวัตถุประสงค์นั้น ศาลจึงเห็นว่ารายการโทรทัศน์ดังกล่าวมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการเผยแพร่มุมมองและความคิดที่เหยียดเชื้อชาติ หากแต่ได้ใช้วิธีการสัมภาษณ์เพื่อวิเคราะห์และอธิบายถึงกลุ่มเยาวชนกลุ่มนี้ว่าพวกเขาถูกจำกัดและแสดงความก้าวร้าวออกมาเนื่องจากสถานการณ์ทางสังคมที่มีประวัติอาชญากรรมติดตัวและมีทัศนคติที่รุนแรง<sup>489</sup> ดังนั้นศาลจึง

<sup>487</sup> Council of Europe, Committee of Experts for the Development of Human Rights, Report: Human Rights in a Multicultural Society Hate Speech, 9 February 2007, para 62.

<sup>488</sup> *Garaudy v. France*, decision of 24 June 2003, p 23:

“...the real purpose being to rehabilitate the National-Socialist regime and, as a consequence, accuse the victims themselves of falsifying history.”

<sup>489</sup> *Jersild v. Denmark*, judgment of 23 September 1994, para 33:

“Taken as a whole, the feature could not objectively have appeared to have as its purpose the propagation of racist views and ideas. On the contrary, it clearly sought - by means of an interview - to expose, analyse and explain this particular group of youths, limited and frustrated by their social situation, with criminal records and violent attitudes, thus dealing with specific aspects of a matter that already then was of great public concern.”

วินิจฉัยว่านาย Jersild ไม่มีเจตนาในทางเหยียดเชื้อชาติ การดำเนินคดีกับนาย Jersild จึงละเมิดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกของนาย Jersild ตามข้อ 10 ของอนุสัญญา ECHR

ในคดี *Lehideux and Isorni v. France* ศาล ECHR พิจารณาแล้ว ข้อเท็จจริงปรากฏว่าในการโฆษณาคำสรรเสริญจอมพลเปแตงของนาย Lehideux และ Isorni มิได้กระทำไปในฐานะส่วนตัว เนื่องจากชื่อที่ปรากฏอยู่ท้ายข้อความโฆษณาเป็นชื่อของสมาคมสองสมาคม คือ สมาคมเพื่อการรำลึกถึงจอมพลเปแตง (“the Association for the Defence of the Memory of Marshal Pétain”) และสมาคมเปแตง-แวร์เดิงแห่งชาติ (“the National Pétain-Verdun Association”) ซึ่งเป็นสมาคมที่จัดตั้งขึ้นโดยถูกต้องตามกฎหมายและมีวัตถุประสงค์เพื่อฟื้นฟูชื่อเสียงของเปแตง<sup>490</sup> ดังนั้นศาลจึงเห็นว่าผู้ร้องทั้งสอง “มิได้สรรเสริญนโยบาย (ของเปแตง) ในฐานะส่วนตัว แต่กระทำโดยมีเจตนาเพื่อให้มีการรื้อฟื้นการดำเนินคดีกับนายพลเปแตง”<sup>491</sup> ดังนั้น ศาลจึงตัดสินว่ารัฐบาลฝรั่งเศสละเมิดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกตามข้อ 10 ของอนุสัญญา ECHR

การหยิบยกข้อพิจารณาเรื่องเจตนาของผู้พูดขึ้นวินิจฉัยในฐานะที่เป็นพฤติการณ์ในคดีอย่างหนึ่งของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปยังสอดคล้องกับแนวทางการวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน เช่น ในคดี *Faurisson v. France* ที่มีการหยิบยกวัตถุประสงค์ของการแสดงออกมาเป็นข้อพิจารณาหนึ่งในการพิจารณาคดีที่ร้องเรียนว่าการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกขัดด้วยกฎหมายหรือไม่

ในคดี *Faurisson* คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่าถ้อยคำของนาย Faurisson ซึ่งให้สัมภาษณ์ในเชิงปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ “เมื่อได้อ่านโดยพิจารณาประกอบกับบริบทแวดล้อมแล้ว เห็นได้ว่าโดยสภาพของข้อความมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะสร้างความรู้สึกต่อต้านยิวให้มีมากขึ้น” ดังนั้นการดำเนินคดีอาญาต่อนาย Faurisson ภายใต้อำนาจ “Gayssot Act” จึงมีวัตถุประสงค์ที่ขัดด้วยกฎหมายตามข้อ 19 วรรค 3 (a) ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเพราะเป็นข้อจำกัดสิทธิเพื่อเพื่อการเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของสังคมชาวยิวในอันที่จะใช้ชีวิตอย่างเสรีปลอดจากความหวาดกลัวจากบรรยากาศของการต่อต้านชาวยิว<sup>492</sup>

<sup>490</sup> *Lehideux and Isorni v. France*, judgment of 23 September 1998, para 48.

<sup>491</sup> *Ibid.*, para 53:

“In the present case, however, the applicants explicitly stated their disapproval of “Nazi atrocities and persecutions” and of “German omnipotence and barbarism”. Thus they were not so much praising a policy as a man, and doing so for a purpose – namely securing revision of Philippe Pétain’s conviction – whose pertinence and legitimacy at least, if not the means employed to achieve it, were recognised by the Court of Appeal.”

<sup>492</sup> *Faurisson v France*, Communication No 550/1993, para 9.6:

จากคดีตัวอย่างที่ผ่านมาจึงเห็นได้ว่าการวินิจฉัยขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ข้อพิจารณาในเรื่องเจตนาหรือวัตถุประสงค์ของผู้พูดหรือการแสดงออกจึงเป็นข้อพิจารณาหนึ่งที่มุ่งหมายที่จะวินิจฉัยโดยความเป็นกลางที่สุดว่าผู้พูดมีเจตนาที่จะดูหมิ่น ก่อให้เกิดความรุนแรง ลดคุณค่าหรือสับประมาทบุคคลหรือกลุ่มบุคคลกลุ่มใดโดยเฉพาะโดยวิธีอื่นใดหรือไม่<sup>493</sup> ซึ่งในแต่ละคดีศาลพยายามที่จะค้นหาว่าผู้พูดมีเจตนาที่จะแจ้งสังคมให้ทราบถึงประเด็นอันเป็นผลประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ดังจะเห็นได้ว่าในคดี *Jersild* ศาลวินิจฉัยว่าการออกอากาศบทสัมภาษณ์ทางโทรทัศน์ไม่มีเจตนาที่จะยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง หากแต่มีเจตนาที่จะตีแผ่เรื่องราวของผู้ที่มีแนวคิดเหยียดเชื้อชาติอันเป็นประโยชน์ต่อสังคม (“great public concern”) ซึ่งหากคำตอบคือใช่แล้ว ข้อจำกัดสิทธิของรัฐย่อมเป็นข้อจำกัดสิทธิที่ไม่จำเป็นต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตย เช่นในคดี *Jersild* และ *Lehideux and Isorni* ข้างต้น แต่หากผู้พูดมีเจตนาที่จะยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรงหรือความเกลียดชังแล้ว ข้อจำกัดสิทธิของรัฐก็ย่อมเป็นข้อจำกัดสิทธิที่ชอบ ทั้งนี้ จากแนวการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคย่อมแสดงให้เห็นว่าการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังนั้นมียกข้อยกเว้นประการหนึ่งคือมีเจตนาที่จะยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง และมีข้อสังเกตว่าข้อพิจารณาในเรื่องเจตนาของผู้พูดย่อมเกี่ยวข้องกับเนื้อหาของการพูดด้วย เพราะในการค้นหาเจตนาของผู้พูดศาลย่อมต้องพิจารณาจากเนื้อหาของการพูดเป็นหลักนั่นเอง

ทั้งนี้ ในมุมมองของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปเพื่อการต่อต้านการเหยียดเชื้อชาติและการชาตินิยม (European Commission against Racism and Intolerance-ECRI) เห็นว่าการกระทำดังต่อไปนี้เป็นการกระทำที่รัฐต้องกำหนดให้มีโทษทางอาญาเมื่อได้กระทำลงโดยเจตนา กล่าวคือ

- การยั่วยุในที่สาธารณะ (public incitement) ให้เกิดการใช้ความรุนแรง ความเกลียดชัง หรือการเลือกปฏิบัติ การดูหมิ่นในที่สาธารณะ (public insult) และการหมิ่นประมาท หรือการข่มขู่ (threats) ต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเนื่องจากเชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา สัญชาติ หรือแหล่งกำเนิดทางชาติหรือชาติพันธุ์ของบุคคลดังกล่าว<sup>494</sup>

---

“Since the statements made by the author, read in their full context, were of a nature as to raise or strengthen anti-semitic feelings, the restriction served the respect of the Jewish community to live free from fear of an atmosphere of anti-semitism. The Committee therefore concludes that the restriction of the author’s freedom of expression was permissible under article 19, paragraph 3 (a), of the Covenant.”

<sup>493</sup> Mihajlova, Bacovska and Shekerdjiev. *Freedom of Expression and Hate Speech* (Skopje: OSCE, 2013), p 31.

<sup>494</sup> ECRI’s general policy recommendation no. 7, part IV (criminal law), point 18 (a) to (c):

“public incitement to violence, hatred or discrimination, public insults and defamation or threats against persons or a grouping of persons on the grounds of their race, colour, language, nationality or national or ethnic origin;”

- การแสดงออกในที่สาธารณะ (public expression) โดยมีเจตนาเหยียดเชื้อชาติ (racist aim) ซึ่งแนวคิดซึ่งอ้างความเหนือกว่า ลดคุณค่า หรือใส่ร้ายป้ายสีกลุ่มบุคคลเนื่องจากเชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา สัญชาติ หรือแหล่งกำเนิดทางชาติหรือชาติพันธุ์ของบุคคลดังกล่าว<sup>495</sup>
- การปฏิเสธในที่สาธารณะ (public denial) การทำให้เป็นเรื่องที่ไม่สำคัญ (trivialization) การสนับสนุนความถูกต้อง หรือการให้อภัย โดยมีเจตนาเหยียดเชื้อชาติ ต่ออาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ หรืออาชญากรรมสงคราม<sup>496</sup>

#### ตารางที่ 6<sup>497</sup>

##### ตารางเปรียบเทียบการวินิจฉัยตีความในเรื่องเจตนาของผู้พูด

คดี	สรุป
<i>Garaudy v. France</i>	วัตถุประสงค์ที่แท้จริงของหนังสือของนาย Garaudy ที่มีเนื้อหาปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (holocaust denial) คือ เพื่อ “ฟื้นฟูระบอบสังคมนิยมแห่งชาติ (นาซี) และด้วยเหตุดังกล่าวจึงกล่าวหาเหยื่อ (ของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์) ว่า บิดเบือนประวัติศาสตร์เสียเอง”
<i>Jersild v. Denmark</i>	วัตถุประสงค์ของรายการโทรทัศน์มีขึ้นเพื่อถกเถียงในบางแง่มุมของการเหยียดเชื้อชาติในเดนมาร์กโดยการสัมภาษณ์ปัจเจกบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการเหยียดเชื้อชาติและแสดงให้เห็นถึงสภาพจิตใจและพื้นฐานทางสังคมของบุคคล มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการเผยแพร่มุมมองและความคิดที่เหยียดเชื้อชาติ หากแต่ได้ใช้วิธีการสัมภาษณ์เพื่อวิเคราะห์และอธิบายถึงกลุ่มเยาวชนกลุ่มนี้ว่าพวกเขาถูก

<sup>495</sup> Ibid., point 18 (e):

“public expression, with a racist aim, of an ideology which claims the superiority of, or which depreciates or denigrates, a grouping of persons on the grounds of their race, colour, language, religion, nationality, or national or ethnic origin;”

<sup>496</sup> Ibid., point 18 (f):

“public denial, trivialisation, justification or condoning, with a racist aim, of crimes of genocide, crimes against humanity or war crimes;”

<sup>497</sup> ตารางที่ 6 นี้ปรากฏอยู่ในตารางสรุปข้อพิจารณาที่กลไกสิทธิมนุษยชนใช้ในการวินิจฉัยตีความขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังตามภาคผนวก

	จำกัดและแสดงความก้าวร้าวออกมาเนื่องจากสถานการณ์ทางสังคมที่มีประวัติอาชญากรรมติดตัวและมีทัศนคติที่รุนแรง
<i>Lehideux and Isorni v. France</i>	ชื่อที่ปรากฏอยู่ท้ายข้อความโฆษณาเป็นชื่อของสมาคมสองสมาคม คือ “The Association for the Defence of the Memory of Marshal Pétain” และ “The National Pétain-Verdun Association” ซึ่งเป็นสมาคมที่จัดตั้งขึ้นโดยถูกต้องตามกฎหมายและมีวัตถุประสงค์เพื่อฟื้นฟูชื่อเสียงของเปแตง ดังนั้นศาลจึงเห็นว่าผู้ร้องทั้งสอง “มิได้สรรเสริญนโยบาย (ของเปแตง) ในฐานะส่วนตัว แต่กระทำโดยมีเจตนาเพื่อให้มีการรื้อฟื้นการดำเนินคดีกับนายพลเปแตง”

#### 4.2.2 สถานะทางสังคมของผู้พูด

สถานะในสังคมของผู้พูดเป็นอีกข้อพิจารณาหนึ่งที่กลไกสิทธิมนุษยชนหยิบยกมาวินิจฉัยขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของนักการเมืองและสื่อมวลชน ซึ่งจากแนวคำวินิจฉัยของทั้งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและทวีปอเมริกาก็แสดงให้เห็นว่าการพูดที่เกี่ยวกับการเมือง (political speech) ตลอดจนการพูดที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะ (public interest) ได้รับความคุ้มครองที่สูงกว่าการพูดประเภทอื่น กล่าวคือ ศาลเห็นว่าการจำกัดการถกเถียงกันในเรื่องการเมืองหรือการถกเถียงกันในเรื่องที่เป็นประโยชน์สาธารณะแคบกว่าการจำกัดการพูดในเรื่องอื่น

##### 4.2.2.1 ผู้พูดเป็นนักการเมือง

ในกรณีที่ผู้พูดเป็นนักการเมือง ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดี *Incal v. Turkey* วินิจฉัยว่าในกรณีที่ผู้ร้องเป็นสมาชิกพรรคการเมืองฝ่ายค้าน รัฐมีขอบเขตในการประเมินความจำเป็นในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกที่แคบเป็นพิเศษเนื่องจากสถานะอันเสรีของการถกเถียงกันในเรื่องการเมือง

ในคดี *Incal* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปกล่าวว่า “เสรีภาพแห่งการแสดงออกมีความสำคัญเป็นพิเศษต่อพรรคการเมืองและสมาชิกพรรคซึ่งเป็นผู้แทนประชาชนที่มีสิทธิออกเสียงในเขตของตนและเรียกร้องและรักษาผลประโยชน์ของบุคคลเหล่านั้น ดังนั้น การแทรกแซงเสรีภาพแห่งการแสดงออกของนักการเมืองซึ่งเป็นสมาชิกพรรคฝ่ายค้านดังเช่นในกรณีของผู้ร้องจึงจำเป็นต้องถูกตรวจสอบอย่างละเอียดที่สุดโดยศาล (สิทธิมนุษยชนยุโรป)”<sup>498</sup>

<sup>498</sup> *Incal v. Turkey*, judgment of 9 June 1998, para. 46:

“While precious to all, freedom of expression is particularly important for political parties and their active members (see, mutatis mutandis, the United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey judgment of

อย่างไรก็ตามเสรีภาพในการถกเถียงกันในเรื่องการเมืองย่อมมีขอบเขตจำกัดและรัฐย่อมอาจออกข้อจำกัดหรือบทลงโทษใดๆ ได้ แต่ว่าเป็นอำนาจศาลสิทธิมนุษยชนที่จะวินิจฉัยชี้ขาดว่าข้อจำกัดหรือบทลงโทษนั้นสอดคล้องกับเสรีภาพแห่งการแสดงออกที่ได้รับการรับรองโดยอนุสัญญา ECHR หรือไม่

ในอีกคดีหนึ่ง คือ คดี *Erbakan* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปยังกล่าวถึงหน้าที่ของนักการเมืองในการใช้เสรีภาพแห่งการแสดงออกว่าจะต้องหลีกเลี่ยงคำพูดในที่สาธารณะที่อาจปลุกฝังแนวคิดการขาดขันติธรรม (Intolerance)<sup>499</sup>

แนวคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปดังกล่าวสอดคล้องกับการวินิจฉัยตีความของคณะกรรมการ CERD ในคดี *Kamal Quereshi v. Denmark* ซึ่งผู้ร้องจึงนำคดีมาร้องเรียนต่อคณะกรรมการ CERD ว่าตนเป็นเหยื่อของการละเมิดพันธกรณีตาม ICERD จากการที่ตำรวจไม่ดำเนินการสอบสวนการกระทำความผิดตามที่ตนร้องทุกข์ว่าถูกกรรมการบริหารพรรค Progressive ซึ่งเป็นพรรคการเมืองในเดนมาร์กแสดงความเห็นในเชิงเหยียดเชื้อชาติ คณะกรรมการ CERD เรียกร้องให้รัฐภาคีตระหนักถึงความจำเป็นในการถ่วงดุลระหว่างเสรีภาพแห่งการแสดงออกและพันธกรณีของอนุสัญญา CERD โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทของการพูดโดยสมาชิกพรรคการเมือง ทั้งนี้ ในคดีดังกล่าวแม้ผู้ร้องจะแพ้คดีเนื่องจากกรรมการบริหารพรรคคนดังกล่าวเป็นเพียงผู้จัดหาผู้อภิปรายเท่านั้น แต่คณะกรรมการ CERD ก็เห็นว่าคำพูดของผู้อภิปรายเป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง<sup>500</sup>

---

30 January 1998, Reports 1998-I, p. 22, § 46). They represent their electorate, draw attention to their preoccupations and defend their interests. Accordingly, interferences with the freedom of expression of a politician who is a member of an opposition party, like the applicant, call for the closest scrutiny on the Court's part (see the Castells judgment cited above, *ibid.*)”

<sup>499</sup> *Erbakan v. Turkey*, judgment of 6 July 2006, para. 64:

“it is crucially important that politicians avoid disseminating comments in their public speeches which are likely to foster intolerance” (unofficial translation from Anne Weber. *Manual on Hate Speech* (Council of Europe Publishing, 2009), p 37.)

<sup>500</sup> *Kamal Quereshi v Denmark* , Communication No. 27/2002, para 9:

“In the light of the State party's obligation under article 4, paragraph (b), of the Convention, however, the Committee would wish to remain apprised as to the results of the criminal complaints lodged against the speakers at the party political conference in view of the racist nature of their remarks, contrary to article 4, paragraph b, of the Convention. The Committee draws the attention of the State party to the need to balance freedom of expression with the requirements of the Convention to prevent and eliminate all acts of racial discrimination, particularly in the context of statements made by members of political parties.”



มุมมองดังกล่าวสะท้อนออกมาให้เห็นในการประชุม The World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance ซึ่งมีผลสรุปอยู่ในปฏิญญาและแผนปฏิบัติการเดอ์บัน ปี 2001 ว่านักการเมืองและพรรคการเมืองมีบทบาทสำคัญในการต่อต้านการเหยียดเชื้อชาติ การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ การหวาดกลัวคนต่างชาติ และการขาดขันติธรรมในประเด็นที่เกี่ยวข้องและสนับสนุนให้พรรคการเมืองส่งเสริมความเท่าเทียม ความสามัคคี และการไม่เลือกปฏิบัติในสังคม ซึ่งพรรคการเมืองอาจดำเนินการโดยการพัฒนาระเบียบปฏิบัติภายในโดยสมัครใจ (voluntary codes of conduct) ซึ่งรวมถึงการมีมาตรการทางวินัยเพื่อลงโทษการฝ่าฝืนระเบียบดังกล่าว เพื่อที่สมาชิกของพรรคจะไม่กล่าวคำพูดหรือกระทำการที่สนับสนุนหรือยั่วยุให้เกิดการเหยียดเชื้อชาติ การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ การหวาดกลัวคนต่างชาติ และการขาดขันติธรรมในประเด็นที่เกี่ยวข้องกัน<sup>501</sup>

ในทำนองเดียวกัน คณะกรรมาธิการ ECRJ เห็นว่าพรรคการเมือง ซึ่งสามารถแสดงบทบาทสำคัญในการต่อต้านการเหยียดเชื้อชาติโดยการกำหนดและชี้นำความคิดเห็นของสังคมไปในทางที่เป็นคุณ ควรที่จะสื่อสารข้อความในทางการเมืองไปในทางที่เอื้ออำนวยต่อความหลากหลายทางสังคม<sup>502</sup>

#### 4.2.2.2 ผู้พูดเป็นสื่อมวลชน

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวางหลักว่า “เสรีภาพแห่งการแสดงออกสำคัญอย่างยิ่งต่อบทบาทของสื่อมวลชน ถึงแม้ว่าการใช้เสรีภาพดังกล่าวจะต้องไม่ก้าวล่วงออกไปนอกขอบเขต เช่น “ผลประโยชน์ด้านความมั่นคงแห่งชาติ” หรือ “เพื่อการธำรงรักษาไว้ซึ่งอำนาจในทางตุลาการ” แต่สื่อก็มีหน้าที่ถ่ายทอดข้อมูลข่าวสารและความคิดอันเป็นผลประโยชน์สาธารณะ ซึ่งสื่อมวลชนไม่เพียงมีหน้าที่ถ่ายทอดข้อมูลและความคิดดังกล่าว สังคมก็มีสิทธิที่จะได้รับข้อมูลและความคิดเหล่านั้นด้วย หากไม่เป็นเช่นนั้นแล้ว สื่อมวลชนย่อมไม่สามารถทำหน้าที่สำคัญในการเป็นยามเฝ้าระวังให้แก่สังคม (“public watchdog”) ได้”<sup>503</sup>

<sup>501</sup> Programme of Action adopted on 8 September 2001 by the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and related Intolerance in Durban (South Africa), para. 115.

<sup>502</sup> ECRJ Declaration on the use of racist, antisemitic and xenophobic elements in political discourse (2005).

<sup>503</sup> *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, judgement of 26 November 1991, Series A No. 216, para. 59:

“These principles are of particular importance as far as the press is concerned. Whilst it must not overstep the bounds set, inter alia, in the “interests of national security” or for “maintaining the authority of the judiciary”, it is nevertheless incumbent on it to impart information and ideas on matters of public interest. Not only does the press have the task of imparting such information and ideas: the public also has a right to receive them. Were it otherwise, the press would be unable to play its vital role of “public watchdog”.”

นอกจากนี้ศาลยังเชื่อว่าเสรีภาพของสื่อได้มอบวิธีการค้นหาและแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับความคิดและทัศนคติของผู้นำทางการเมือง หากกล่าวเป็นการทั่วไปแล้ว เสรีภาพในการถกเถียงกันในเรื่องการเมืองเป็นหัวใจสำคัญของแนวคิดสังคมประชาธิปไตยซึ่งเป็นหลักการสำคัญของอนุสัญญา ECHR<sup>504</sup>

ดังนั้นศาลจึงเห็นว่าการให้การคุ้มครองแหล่งที่มาของข่าวจึงเป็นหนึ่งในเงื่อนไขสำคัญของเสรีภาพสื่อเนื่องจากหากปราศจากความคุ้มครองดังกล่าวแล้ว ความสามารถของสื่อในการให้ข้อมูลแม่นยำและเชื่อถือได้ย่อมถูกรบกวนอย่างร้ายแรง<sup>505</sup>

ทั้งนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ระบุถึงหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ที่อ้างเสรีภาพแห่งการแสดงออกในฐานะของสื่อมวลชนว่า สิทธิของสื่อในการถ่ายทอดข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะได้รับความคุ้มครองเท่าที่เป็นการใช้สิทธิโดยสุจริต (good faith) บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่แม่นยำ และให้ข้อมูลที่เชื่อถือได้และแน่นอน (reliable and precise) อันเป็นไปตามจรรยาบรรณของสื่อ<sup>506</sup>

ในเรื่องการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง จากคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจะเห็นได้ว่า ศาลได้แยกแยะระหว่างผู้ที่เป็นผู้กล่าวถ้อยคำที่ยั่วให้เกิดความเกลียดชังและผู้ที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังนั้นซึ่งอาจเป็นสื่อมวลชนก็ได้ ดังนั้น ในคดี *Jersild* ซึ่งผู้ร้องถูกดำเนินคดีเนื่องจากมีส่วนเกี่ยวข้องในการเผยแพร่ข้อความที่ยั่วให้เกิดความเกลียดชังศาลชี้ให้เห็นว่าสถานะของผู้ร้องในฐานะนักข่าวโทรทัศน์เป็นประเด็นสำคัญในคดี กล่าวคือ ผู้ร้องมิได้กล่าวถ้อยคำด้วยตัวเอง แต่ช่วยเหลือในการเผยแพร่ในฐานะนักข่าวโทรทัศน์ซึ่งรับผิดชอบรายการข่าวของ Danmarks Radio<sup>507</sup> ดังนั้น ในการวินิจฉัยว่าการดำเนินคดีอาญาและลงโทษผู้ร้องเป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่ ศาลจึงต้องคำนึงถึงแนวคำวินิจฉัยบทบาทของสื่อด้วย ซึ่งศาลเห็นว่า การรายงานข่าวโดยวิธีการสัมภาษณ์ไม่ว่าจะมีการติดต่อหรือไม่แต่ก็ถือเป็นหนึ่งในช่องทางที่สำคัญอย่างยิ่งของสื่อที่จะ

<sup>504</sup> *Lingens v. Austria*, judgment of 8 July 1986, Series A No. 103, para. 42:

“Freedom of the press furthermore affords the public one of the best means of discovering and forming an opinion of the ideas and attitudes of political leaders. More generally, freedom of political debate is at the very core of the concept of a democratic society which prevails throughout the Convention.”

<sup>505</sup> *Goodwin v. the United Kingdom* [GC], judgment of 27 March 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-II, para. 39.

<sup>506</sup> *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark* [GC], judgment of 17 December 2004, para 78.

<sup>507</sup> *Jersild v. Denmark*, judgment of 23 September 1994, para 31:

“A significant feature of the present case is that the applicant did not make the objectionable statements himself but assisted in their dissemination in his capacity of television journalist responsible for a news programme of Danmarks Radio”

แสดงบทบาทสำคัญในการเป็นยามเฝ้าระวังให้สังคม (“public watchdog”) ดังนั้น การลงโทษนักข่าวจากการช่วยเหลือในการเผยแพร่ข้อความที่กล่าวโดยบุคคลอีกคนหนึ่งในการสัมภาษณ์เป็นการขัดขวางการทำหน้าที่ของสื่อในการอภิปรายในปัญหาที่เป็นผลประโยชน์ต่อสาธารณะและศาลเห็นว่าไม่ควรมีการลงโทษลักษณะนี้เว้นแต่มีเหตุผลอันหนักแน่นเป็นพิเศษ<sup>508</sup> ถึงแม้ว่าศาลจะเห็นว่าข้อความของกลุ่มเยาวชน “Greenjackets” จะไม่ได้เป็นเพียงการดูหมิ่นและไม่ควรได้รับความคุ้มครองภายใต้ข้อ 10 ของอนุสัญญา ECHR<sup>509</sup> อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคดีนี้ผู้ร้องเป็นนักข่าวมิใช่ตัวผู้พูดเสียเอง ศาลจึงเห็นว่าการดำเนินคดีต่อนาย Jersild เป็นมาตรการที่ไม่จำเป็นต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งมิใช่มาตรการที่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์เพื่อการเคารพสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น

มีข้อสังเกตว่าจากคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดี *Jersild* นี้จึงเห็นได้ว่าการค้นหาความจริงหรือการเผยแพร่ข่าวสารและข้อมูลย่อมเป็นวัตถุประสงค์โดยชอบของการพูดอันเป็นการใช้เสรีภาพแห่งการแสดงออก หลักเดียวกันนี้ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนอเมริกาเช่นกัน

ในคดี *Herrera Ulloa v. Costa Rica* ศาลสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกาเห็นว่าการหีบเอาข่าวที่มีการนำเสนอโดยสื่อมวลชนในยุโรปมานำเสนอใหม่ในคอสตาริกาซึ่งเป็นข่าวที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตของผู้แทนของคอสตาริกาประจำทบวงการพลังงานปรมาณูระหว่างประเทศ (IAEA) “เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่รัฐและปัจเจกบุคคลซึ่งใช้อำนาจรัฐ ภายใต้ข้อ 13 (2) ของอนุสัญญา (ACHR) จึงควรได้รับอิสระในการแสดงความคิดเห็นในระดับหนึ่งในการถกเถียงกันอย่างกว้างขวางในประเด็นดังกล่าวซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะซึ่งสำคัญอย่างยิ่งต่อกลไกการทำงานของระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริง อย่างไรก็ตาม ความในข้อนี้มีได้หมายความว่าเจ้าหน้าที่รัฐหรือบุคคลสาธารณะจะมีได้รับความ

<sup>508</sup> Ibid., para 35:

“News reporting based on interviews, whether edited or not, constitutes one of the most important means whereby the press is able to play its vital role of “public watchdog” (see, for instance, the above-mentioned Observer and Guardian judgment, pp. 29-30, para. 59). The punishment of a journalist for assisting in the dissemination of statements made by another person in an interview would seriously hamper the contribution of the press to discussion of matters of public interest and should not be envisaged unless there are particularly strong reasons for doing so. In this regard the Court does not accept the Government’s argument that the limited nature of the fine is relevant; what matters is that the journalist was convicted.”

<sup>509</sup> Ibid.:

“There can be no doubt that the remarks in respect of which the Greenjackets were convicted (see paragraph 14 above) were more than insulting to members of the targeted groups and did not enjoy the protection of Article 10”

คุ้มครองตามกฎหมายเลย แต่บุคคลดังกล่าวต้องได้รับความคุ้มครองโดยสอดคล้องกับความเป็นพหุนิยมประชาธิปไตยด้วย”<sup>510</sup> ดังนั้น “การลงโทษนักข่าวสำหรับการให้การช่วยเหลือในการเผยแพร่ข้อความซึ่งกล่าวโดยบุคคลอื่นย่อมขัดขวางบทบาทของสื่อในการถกเถียงเรื่องที่เป็นประโยชน์สาธารณะ”<sup>511</sup>

กลับกันกับในคดี *Surek v. Turkey* ซึ่งผู้ร้องถูกดำเนินคดีในฐานะที่เป็นเจ้าของบทวิจารณ์รายสัปดาห์ซึ่งตีพิมพ์จดหมายสองฉบับของผู้อ่านซึ่งวิพากษ์วิจารณ์ปฏิบัติการทางทหารของฝ่ายรัฐบาลในภาคตะวันออกเฉียงใต้ของตุรกีอย่างรุนแรงในข้อหาเผยแพร่การโฆษณาชวนเชื่อเพื่อแบ่งแยกรัฐและยั่วยุให้เกิดการเป็นปฏิปักษ์และความเกลียดชังในหมู่ประชาชน ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปตัดสินว่าถึงแม้จะจริงอยู่ว่าผู้ร้องมิได้เกี่ยวข้องกับมุมมองในจดหมายเป็นการส่วนตัว แต่ผู้ร้องก็ให้ช่องทางกับผู้ที่ยืนยันจดหมายดังกล่าวในการจุดชนวนการใช้ความรุนแรงและความเกลียดชัง ศาลไม่เห็นด้วยกับข้อต่อสู้ของผู้ร้องที่ว่าผู้ร้องไม่ควรต้องรับผิดชอบทางอาญาจากเนื้อหาในจดหมายเนื่องจากผู้ร้องมีเพียงความสัมพันธ์ในเชิงพาณิชย์กับบทวิจารณ์ ไม่ใช่ความสัมพันธ์ในฐานะบรรณาธิการ แต่ศาลเห็นว่าผู้ร้องเป็นเจ้าของ ผู้ร้องจึงมีอำนาจที่จะกำหนดทิศทางของกองบรรณาธิการของบทวิจารณ์ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้ร้องจึงมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่กองบรรณาธิการและนักข่าวของบทวิจารณ์ในการเก็บรวบรวมและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารต่อสังคม และยิ่งต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบเป็นอย่างยิ่งในสถานการณ์ที่เกิดความขัดแย้งและความตึงเครียด<sup>512</sup> ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่ากรณีมีความจำเป็นเร่งด่วนของสังคม (pressing social need) มาตรการจำกัดสิทธิของรัฐจึงมีเหตุผลที่เกี่ยวข้องและเพียงพอ (relevant and sufficient)

<sup>510</sup> I/A Court H. R., Case of Herrera-Ulloa v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107. para. 128.

<sup>511</sup> I/A Court H. R., Case of Herrera-Ulloa v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107. para. 134:

“punishment of a journalist for assisting in the dissemination of statements made by another person ... would seriously hamper the contribution of the press to discussion of matters of public interest.”

<sup>512</sup> *Surek v. Turkey (No. 1)*, judgment of 8 July 1999 (Grand Chamber), para. 63:

“While it is true that the applicant did not personally associate himself with the views contained in the letters, he nevertheless provided their writers with an outlet for stirring up violence and hatred. The Court does not accept his argument that he should be exonerated from any criminal liability for the content of the letters on account of the fact that he only has a commercial and not an editorial relationship with the review. He was an owner and as such had the power to shape the editorial direction of the review. For that reason, he was vicariously subject to the “duties and responsibilities” which the review’s editorial and journalistic staff undertake in the collection and dissemination of information to the public and which assume an even greater importance in situations of conflict and tension.”

ในปัจจุบันที่โลกเข้าสู่ยุคอินเทอร์เน็ต อินเทอร์เน็ตกลายเป็นอีกช่องทางหนึ่งที่น่าจะมีการเผยแพร่การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังได้ ในการต่อสู้กับปัญหาการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังบนอินเทอร์เน็ต คณะมนตรียุโรปได้ประกาศใช้สนธิสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมไซเบอร์ (Convention on Cybercrime) เมื่อปี 2001 และมีพิธีสารเสริมในเรื่องการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการปรับปรุงกฎหมายอาญาให้สอดคล้องกันและส่งเสริมความร่วมมือในด้านดังกล่าว ทั้งนี้ การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังผ่านอินเทอร์เน็ต (hate speech via the internet) ภายใต้พิธีสารเสริมหมายถึง

- การเผยแพร่ข้อมูลการดูหมิ่นที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับในเรื่องการเหยียดเชื้อชาติและการหวาดกลัวคนต่างชาติผ่านระบบคอมพิวเตอร์<sup>513</sup>
- การคุกคามแรงจูงใจในเรื่องการเหยียดเชื้อชาติและการหวาดกลัวคนต่างชาติ (“racist and xenophobic motivated insult”) ผ่านระบบคอมพิวเตอร์<sup>514</sup>
- การดูหมิ่นแรงจูงใจในเรื่องการเหยียดเชื้อชาติและการหวาดกลัวคนต่างชาติ (“racist and xenophobic motivated insult”) ผ่านระบบคอมพิวเตอร์<sup>515</sup>
- รวมถึงการปฏิเสธหรือการสนับสนุนการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติด้วย<sup>516</sup>

<sup>513</sup> Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems, Art 3:

“distributing, or otherwise making available, racist and xenophobic material to the public through a computer system.”

<sup>514</sup> Ibid., Art 4:

“threatening, through a computer system, with the commission of a serious criminal offence as defined under its domestic law, (i) persons for the reason that they belong to a group, distinguished by race, colour, descent or national or ethnic origin, as well as religion, if used as a pretext for any of these factors, or (ii) a group of persons which is distinguished by any of these characteristics.”

<sup>515</sup> Ibid., Art 5:

“insulting publicly, through a computer system, (i) persons for the reason that they belong to a group distinguished by race, colour, descent or national or ethnic origin, as well as religion, if used as a pretext for any of these factors; or (ii) a group of persons which is distinguished by any of these characteristics.”

<sup>516</sup> Ibid., Art 6:

“distributing or otherwise making available, through a computer system to the public, material which denies, grossly minimises, approves or justifies acts constituting genocide or crimes against humanity, as defined by

มีคดีศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปที่ตัดสินเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) สำหรับเนื้อหาที่ส่งเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์โดยบุคคลที่สาม (third-party content) ซึ่งอาจเปรียบเทียบกับคดี *Surek* ข้างต้น คือ คดี *Delfi AS v. Estonia*

ในคดีดังกล่าวศาลประเทศเอสโตเนียตัดสินว่า Delfi AS ซึ่งเป็นผู้ควบคุมดูแลหน้าการแสดงความคิดเห็นบนเว็บไซต์ข่าวของตน ดังนั้น ควรจะหลีกเลี่ยงการแสดงความคิดเห็นที่ผิดกฎหมายอย่างชัดเจนด้วยด้วยการไม่ให้เผยแพร่บนเว็บไซต์ ถึงแม้ Delfi จะลบความคิดเห็นดังกล่าวออกไปในทันทีภายหลังได้รับแจ้งเตือนก็ตาม โดยศาลเอสโตเนียให้นำหนักความรับผิดแก่ Delfi จากการที่ Delfi AS เป็นผู้ให้บริการที่ทำหน้าที่ตัวกลางตามความหมายของ EC e-commerce Directive ด้วย

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าความคิดเห็นที่ถูกโพสต์โดยผู้อ่านบนเว็บไซต์ของ Delfi เป็นความคิดเห็นเชิงหมิ่นประมาท ดังนั้น ประเด็นหลักที่ต้องพิจารณา คือ ความรับผิดทางแพ่งของ Delfi ต่อความคิดเห็นดังกล่าวได้สัดส่วนกับการแทรกแซงสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกหรือไม่ ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า Delfi “น่าจะตระหนักได้ว่าความคิดเห็นดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อบริษัทขนส่งและผู้จัดการ” และกรณี “มีความเสี่ยงที่สูงกว่าปกติว่าความคิดเห็นทางลบนั้นอาจล้ำเส้นของการวิพากษ์วิจารณ์ที่ยอมรับได้เป็นการดูหมิ่นโดยปราศจากเหตุผล (gratuitous insult) หรือการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง” ดังนั้น ศาลเห็นว่า Delfi ควรใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่งในการป้องกันผลที่จะเกิดขึ้นต่อชื่อเสียงของบุคคลอื่น<sup>517</sup> และศาลเห็นว่า Delfi อยู่ในฐานะที่รู้มาก่อนว่าบทความดังกล่าวจะถูกโพสต์ลงบนเว็บไซต์ สามารถที่จะคาดได้ว่าบทความดังกล่าวจะก่อให้เกิดความคิดเห็นอย่างไร และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง สามารถที่จะใช้มาตรการเพื่อหลีกเลี่ยงคำกล่าวที่หมิ่นประมาทนั้นจากการเผยแพร่ต่อสาธารณะ ประกอบกับผู้ที่โพสต์ข้อความบนเว็บไซต์ไม่สามารรถแก้ไขหรือลบข้อความหลังจากที่โพสต์ได้ จึงมีแค่ Delfi ซึ่งเป็นผู้ให้บริการเท่านั้นที่มีวิธีแก้ไขหรือลบ ดังนั้น ศาลจึง

---

international law and recognised as such by final and binding decisions of the International Military Tribunal, established by the London Agreement of 8 August 1945, or of any other international court established by relevant international instruments and whose jurisdiction is recognised by that Party.”

<sup>517</sup> *Delfi AV v. Estonia*, Application no. 64569/09, judgment 10 October 2013, para 86:

“the Court considers that the applicant company, by publishing the article in question, could have realised that it might cause negative reactions against the shipping company and its managers and that, considering the general reputation of comments on the Delfi news portal, there was a higher-than-average risk that the negative comments could go beyond the boundaries of acceptable criticism and reach the level of gratuitous insult or hate speech. (...)Thus, the Court concludes that the applicant company was expected to exercise a degree of caution in the circumstances of the present case in order to avoid being held liable for an infringement of other persons’ reputations.”

เห็นว่ากรณีที่เอสโตเนียสั่งปรับเงิน Delfi ในฐานะหนึ่งในผู้ให้บริการช่องข่าวทางอินเทอร์เน็ตที่ใหญ่ที่สุดในประเทศเอสโตเนียจึงได้สัดส่วนและไม่เป็นการละเมิดสิทธิของบริษัทผู้ร้อง<sup>518</sup>

ผลของคดีนี้อาจก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมากเนื่องจากย่อมกระทบต่อบทบาทของผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต อย่างไรก็ตาม มีการขอให้ทบทวนคำพิพากษาดังกล่าวและกำลังอยู่ในชั้นพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ของศาล (Grand Chamber) จึงยังไม่แน่นอนว่าผลจะออกมาเป็นอย่างไร

#### 4.2.2.3 ผู้พูดเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ

ในกรณีที่ผู้พูดเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่ารัฐมีขอบเขตในการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกที่กว้าง ดังเช่น ในคดี *Seurot v. France* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าบทบาทของครูมีหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษ (“special duties and responsibility”) เพราะครูเป็น “บุคคลต้นแบบที่มีอิทธิพลต่อศิษย์ในด้านการศึกษา”<sup>519</sup> และ “การศึกษาของพลเมืองประชาธิปไตยซึ่งเป็นสิ่งสำคัญต่อการต่อสู้กับการเหยียดเชื้อชาติและการหวาดกลัวคนต่างชาติ (xenophobia) ย่อมต้องอาศัยความรับผิดชอบของผู้ที่เกี่ยวข้อง (stakeholder) โดยเฉพาะอย่างยิ่งครู”<sup>520</sup>

เช่นเดียวกับในคดี *Ross v. Canada* ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่าการใช้สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกย่อมมาพร้อมกับหน้าที่และความรับผิดชอบซึ่งมีความเกี่ยวข้องอย่างมากต่อระบบโรงเรียน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการสอนนักเรียนซึ่งมีอายุน้อย คณะกรรมการเห็นว่าอิทธิพลที่ครูในโรงเรียนมีต่อนักเรียนน่าจะเป็นเหตุผลที่เพียงพอในการสร้างข้อจำกัดสิทธิเพื่อทำให้

<sup>518</sup> Ibid., para 89:

“The Court further notes that the applicant company – and not a person whose reputation could be at stake – was in a position to know about an article to be published, to predict the nature of the possible comments prompted by it and, above all, to take technical or manual measures to prevent defamatory statements from being made public. Indeed, the actual writers of comments could not modify or delete their comments once posted on the Delfi news portal – only the applicant company had the technical means to do this.”

<sup>519</sup> *Seurot v. France* (dec.), No. 57383/00, 18 May 2004:

“are figures of authority to their pupils in the educational field” (unofficial translation from from Anne Weber. *Manual on Hate Speech* (Council of Europe Publishing, 2009), p 39)

<sup>520</sup> Ibid.:

“democratic citizenship education, which is essential to combat racism and xenophobia, implies the mobilization of responsible stakeholders, in particular teachers” (unofficial translation from from Anne Weber. *Manual on Hate Speech* (Council of Europe Publishing, 2009), p 39)

แน่ใจว่าจะไม่มีการอาศัยโรงเรียนเพื่อสร้างความชอบธรรมในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นที่เลือกปฏิบัติ<sup>521</sup>

ในทำนองเดียวกัน ศาลสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกาวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่รัฐ “ต้องระลึกลักษณะที่เลือกปฏิบัติว่า ในฐานะเจ้าหน้าที่รัฐ พวกเขาอยู่ในฐานะของผู้ประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล การพูดของพวกเขาไม่ควรที่จะเพิกเฉยต่อสิทธิเหล่านั้น”<sup>522</sup> ดังนั้น การใช้เสรีภาพแห่งการแสดงออกของเจ้าหน้าที่รัฐจึงต้องไม่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนเสียเอง

### ตารางที่ 7<sup>523</sup>

#### ตารางเปรียบเทียบการวินิจฉัยตีความในเรื่องสถานะทางสังคมของผู้พูด

คดี	สรุป
	<b>ผู้พูดเป็นนักการเมือง</b>
<i>Incal v. Turkey</i>	ในกรณีที่ผู้ร้องเป็นสมาชิกพรรคการเมืองฝ่ายค้าน รัฐมีขอบเขตในการประเมินความจำเป็น (Margin of Appreciation) ในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกที่แคบเป็นพิเศษเนื่องจากสถานะอันเสรีของการถกเถียงกันในเรื่องการเมือง
<i>Erbakan v. Turkey</i>	หน้าที่ของนักการเมืองในการใช้เสรีภาพแห่งการแสดงออก คือ ต้องหลีกเลี่ยงคำพูดในที่สาธารณะที่อาจปลุกฝังแนวคิดการขาดขันติธรรม (Intolerance)
<i>Kamal Quereshi v. Denmark</i>	คณะกรรมการ CERD เรียกร้องให้รัฐภาคีตระหนักถึงความจำเป็นในการถ่วงดุลระหว่างเสรีภาพแห่งการแสดงออกและพันธกรณีของอนุสัญญา CERD โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทของการพูดโดยสมาชิกพรรคการเมือง
	<b>ผู้พูดเป็นสื่อมวลชน</b>

<sup>521</sup> *Ross v Canada*, Communication No 736/1997, Views adopted on 18 October 2000:

“In the circumstances, the Committee recalls that the exercise of the right to freedom of expression carries with it special duties and responsibilities. These special duties and responsibilities are of particular relevance within the school system, especially with regard to the teaching of young students. In the view of the Committee, the influence exerted by school teachers may justify restraints in order to ensure that legitimacy is not given by the school system to the expression of views which are discriminatory.”

<sup>522</sup> *V/A Court H. R., Case of Apitz-Barbera et al. (“First Court of Administrative Disputes”) v. Venezuela.*

Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 5, 2008 Series C No. 182. para. 131:

“they should bear in mind that, as public officials, they are in a position of guarantors of the fundamental rights of the individual and, therefore, their statements cannot be such that they disregard said rights.”

<sup>523</sup> ตารางที่ 7 นี้ปรากฏอยู่ในตารางสรุปข้อพิจารณาที่กลไกสิทธิมนุษยชนใช้ในการวินิจฉัยตีความขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังตามภาคผนวก



<i>Jersild v. Denmark</i>	การลงโทษนักข่าวจากการช่วยเหลือในการเผยแพร่ข้อความที่กล่าวโดยบุคคลอีกคนหนึ่งในการสัมภาษณ์ย่อมเป็นการขัดขวางการทำหน้าที่ของสื่อในการอภิปรายในปัญหาที่เป็นผลประโยชน์ต่อสาธารณะและไม่ควรมีการลงโทษลักษณะนี้เว้นแต่มีเหตุผลอันหนักแน่นเป็นพิเศษ
<i>Herrera Ulloa v. Costa Rica</i>	การลงโทษนักข่าวสำหรับการให้การช่วยเหลือในการเผยแพร่ข้อความซึ่งกล่าวโดยบุคคลอื่นย่อมขัดขวางบทบาทของสื่อในการถกเถียงเรื่องที่เป็นประโยชน์สาธารณะ (ข่าวที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตของผู้แทนของคอสตาริกา)
<i>Surek v. Turkey</i>	ผู้ร้องเป็นเจ้าของบทวิจารณ์รายสัปดาห์ซึ่งตีพิมพ์จดหมายโฆษณาชวนเชื่อเพื่อแบ่งแยกรัฐและยั่วยุให้เกิดการเป็นปฏิปักษ์และความเกลียดชังในหมู่ประชาชน ผู้ร้องจึงมีอำนาจที่จะกำหนดทิศทางของกองบรรณาธิการของบทวิจารณ์ ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้ร้องจึงมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่กองบรรณาธิการและนักข่าวของบทวิจารณ์ในการเก็บรวบรวมและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารต่อสังคม และยิ่งต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบเป็นอย่างยิ่งในสถานการณ์ที่เกิดความขัดแย้งและความตึงเครียด
	<b>ผู้พูดเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ</b>
<i>Seurot v. France</i>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- บทบาทของครูมีหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษ (“special duties and responsibility”) เพราะครูเป็น “บุคคลต้นแบบที่มีอิทธิพลต่อศิษย์ในด้านการศึกษา”</li> <li>- “การศึกษาของพลเมืองประชาธิปไตยซึ่งเป็นสิ่งสำคัญต่อการต่อสู้กับการเหยียดเชื้อชาติและการหวาดกลัวคนต่างชาติ (xenophobia) ย่อมต้องอาศัยความรับผิดชอบของผู้ที่เกี่ยวข้อง (stakeholder) โดยเฉพาะอย่างยิ่งครู”</li> </ul>
<i>Ross v. Canada</i>	การใช้สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกย่อมมาพร้อมกับหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษซึ่งมีความเกี่ยวข้องอย่างมากต่อระบบโรงเรียน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการสอนนักเรียนซึ่งมีอายุน้อย อิทธิพลที่ครูในโรงเรียนมีต่อนักเรียนน่าจะเป็นเหตุผลที่เพียงพอในการสร้างข้อจำกัดสิทธิเพื่อทำให้แน่ใจว่าจะไม่มีการอาศัยโรงเรียนเพื่อสร้างความชอบธรรมในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นที่เลือกปฏิบัติ

### 4.3 ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการพูด

ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการพูดในที่นี้ ในมุมมองของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง คือ ผู้ซึ่งตกเป็น “เหยื่อ” ของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังนั้น หรืออีกนัยหนึ่ง คือ บุคคลที่รัฐต้องการคุ้มครอง

ในคดี *Faurisson* และคดี *Ross* ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการพูดไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลคนเดียวแต่อาจหมายถึงบุคคลหลายคนหรือสังคมใดสังคมหนึ่งโดยรวมก็ได้ ดังนั้น คณะกรรมการฯ จึงเห็นว่ารัฐอาจใช้ข้อจำกัดสิทธิเพื่อการเคารพสิทธิหรือชื่อเสียงของสังคมชาวยิวโดยรวม คือ สิทธิของสังคมชาวยิวในการที่จะใช้ชีวิตโดยปลอดภัยจากความกลัวของบรรยากาศการต่อต้านชาวยิว<sup>524</sup> และการได้รับความคุ้มครองจากความเกลียดชังในทางศาสนา<sup>525</sup>

#### 4.3.1 ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการพูดเป็นนักการเมือง

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเคยวินิจฉัยไว้ว่า “ขอบเขตที่ยอมรับได้ของการวิพากษ์วิจารณ์นักการเมืองย่อมกว้างกว่าการวิพากษ์วิจารณ์บุคคลธรรมดา เนื่องจากนักการเมืองย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงได้และย่อมรู้เท่าทันว่าตนจำเป็นต้องถูกตรวจสอบอย่างใกล้ชิดในทุกคำพูดและทุกการกระทำของตนทั้งจากนักข่าวและประชาชนโดยทั่วไป ดังนั้น เขาจึงต้องมีขันติธรรมมากกว่าคนทั่วไป”<sup>526</sup>

เช่นกันกับในกรณีที่ได้รับผลกระทบจากการพูดเป็นสมาชิกของรัฐบาลเพราะว่า “การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ใดๆ ของรัฐบาลย่อมต้องตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบอย่างใกล้ชิดไม่เพียงแต่โดยอำนาจรัฐฝ่ายนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ แต่รวมถึงสื่อมวลชนและความคิดเห็นของสังคมด้วย ยิ่งไปกว่านั้นจากสถานะอันเหนือกว่าของรัฐบาลจึงจำเป็นที่รัฐบาลจะต้องแสดงความ

<sup>524</sup> *Faurisson v France*, Communication No 550/1993, para 9.6.

<sup>525</sup> *Ross v Canada*, Communication No 736/1997, Views adopted on 18 October 2000, para 11.5:

“The rights or reputations of others for the protection of which restrictions may be permitted under article 19, may relate to other persons or to a community as a whole. For instance, and as held in *Faurisson v. France*, restrictions may be permitted on statements which are of a nature as to raise or strengthen anti-semitic feeling, in order to uphold the Jewish communities’ right to be protected from religious hatred.”

<sup>526</sup> *Lingens v. Austria*, judgment of 8 July 1986, Series A No. 103, para. 42:

“the limits of acceptable criticism are accordingly wider as regards a politician as such than as regards a private individual. Unlike the latter, the former inevitably and knowingly lays himself open to close scrutiny of his every word and deed by both journalists and the public at large, and he must consequently display a greater degree of tolerance.”

อดทนที่จะไม่ใช้การดำเนินคดีทางอาญาต่อการโจมตีและการวิพากษ์วิจารณ์อันไม่เป็นธรรมโดยฝ่ายการเมืองตรงข้ามหรือสื่อมวลชนในเมื่อมีวิถีทางอื่นให้เลือกใช้”<sup>527</sup>

อีกทั้ง ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเคยตัดสินว่าการวาดภาพในเชิงโจมตีนักการเมืองย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการโจมตีชีวิตส่วนตัวของนักการเมืองผู้นั้น หากต้องถือได้ว่าเป็นการกระทำต่อสถานะในทางสังคมของนักการเมืองคนดังกล่าว ดังนั้น นักการเมืองจะต้อง “แสดงให้เห็นซึ่งขันติธรรมอันกว้างขึ้นต่อการวิพากษ์วิจารณ์” (“display a wider tolerance in respect of criticism”)<sup>528</sup>

#### 4.3.2 ผู้ได้รับผลกระทบจากการพูดเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ

ในทำนองเดียวกัน เนื่องจากการตรวจสอบในระบอบประชาธิปไตยผ่านความคิดเห็นของสังคมย่อมส่งเสริมความโปร่งใสในกิจกรรมของรัฐและความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่รัฐในการปฏิบัติหน้าที่ตามตำแหน่ง ดังนั้น การพูดซึ่งเกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่รัฐหรือบุคคลซึ่งใช้อำนาจรัฐ เช่นกันกับการพูดซึ่งเกี่ยวกับบุคคลที่สมัครชิงตำแหน่งของรัฐย่อมได้รับการเปิดกว้างมากเป็นพิเศษ ด้วยเหตุดังกล่าว ในสังคมประชาธิปไตย เจ้าหน้าที่รัฐและบุคคลซึ่งประสงค์จะเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ย่อมได้รับความคุ้มครองในระดับที่แตกต่างไปจากปกติซึ่งต้องยอมตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบและการวิพากษ์วิจารณ์ที่มากยิ่งขึ้น<sup>529</sup> ดังเช่นในคดี *Tristan Donoso* ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริการะบุไว้ว่า “ในสังคมประชาธิปไตย เจ้าหน้าที่รัฐยอมตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบและการวิพากษ์วิจารณ์ในสังคมทั่วไปมากขึ้น เนื่องจากบุคคลเหล่านี้สมัครใจที่จะเข้ามาปฏิบัติหน้าที่นี้เอง การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐจึงมีใช้ชีวิตส่วนตัวและอยู่ในขอบเขตที่ถกเถียงกันได้”<sup>530</sup>

<sup>527</sup> *Castells v. Spain*, judgment of 23 April 1992, para 46:

“actions or omissions ... must be subject to the close scrutiny not only of the legislative and judicial authorities but also of the press and public opinion. Furthermore, the dominant position which the Government occupies makes it necessary for it to display restraint in resorting to criminal proceedings, particularly where other means are available for replying to the unjustified attacks and criticisms of its adversaries or the media.”

<sup>528</sup> *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria*, judgment of 25 January 2007, para 34.

<sup>529</sup> Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression Inter American Commission on Human Rights, *Inter-American Legal Framework regarding the Right to Freedom of Expression* (OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09) 30 December 2009, para 40.

<sup>530</sup> I/A Court H. R., *Case of Tristán Donoso Vs. Panama*. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs.

Judgment of January 27, 2009. Series C No. 193. para. 115:

“in a democratic society, public officials are more exposed to scrutiny and criticism by the general public. This different protection threshold is justified by the fact that public officials have voluntarily exposed

กลไกสิทธิมนุษยชนแอฟริกามีความเห็นพ้องในแนวทางเดียวกันว่า “บุคคลที่มีบทบาทอันเป็นที่ปรากฏต่อสังคมจำเป็นต้องเผชิญกับการวิพากษ์วิจารณ์ที่สูงขึ้นกว่าเอกชนทั่วไป มิฉะนั้นการถกเถียงในสังคม (public debate) ก็ย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้”<sup>531</sup> และ “ตำแหน่งอัยการย่อมเป็นบุคคลสาธารณะ ดังนั้น ย่อมต้องเผชิญกับการวิพากษ์วิจารณ์ที่รุนแรงมากกว่าบุคคลทั่วไป”<sup>532</sup>

อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าเจ้าหน้าที่รัฐจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามในทางศาลเมื่อเกียรติของพวกเขาถูกโจมตีโดยไม่เป็นธรรม แต่การคุ้มครองต้องสอดคล้องกับหลักพหุนิยมประชาธิปไตยด้วย (democratic pluralism)<sup>533</sup> และต้องกระทำผ่านกลไกการคุ้มครองซึ่งต้องไม่เป็นการขัดขวางหรือการเซ็นเซอร์การแสดงออกในตัวเองด้วย<sup>534</sup>

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเคยวินิจฉัยไว้ว่าถึงแม้เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องยอมรับการวิพากษ์วิจารณ์ที่มากกว่าคนทั่วไป แต่ก็ไม่ควรที่จะถูกปฏิบัติในระดับเดียวกับกรณีนักการเมือง เพราะย่อมไม่อาจกล่าวได้ว่าข้าราชการรู้แก่ว่าจะต้องตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบอย่างใกล้ชิดในทุกคำพูด และทุกการกระทำเท่ากับกรณีนักการเมืองและถูกปฏิบัติเยี่ยงนักการเมืองเมื่อถูกวิพากษ์วิจารณ์การปฏิบัติหน้าที่ ยิ่งไปกว่านั้น ข้าราชการจำเป็นต้องได้รับความไว้วางใจจากสังคม (public confidence) ซึ่งปราศจากความกังวลมากจนเกินไปในการที่จะปฏิบัติหน้าที่ให้ลุล่วงและดังนั้นจึงจำเป็นที่ข้าราชการต้องได้รับความคุ้มครองจากการโจมตีด้วยวาจาที่ก้าวร้าวและล่วงละเมิดในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งอัยการและเจ้าหน้าที่ตำรวจระดับสูงเป็นข้าราชการซึ่งมีหน้าที่ในการบริหารงานยุติธรรมอย่างเหมาะสมจึงถือเป็นส่วนหนึ่งของกลไกในทางตุลาการ ดังนั้น จึงเป็นผลประโยชน์ของเจ้าหน้าที่รัฐ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
Chulalongkorn University

themselves to stricter scrutiny. Their activities go beyond their private life and expand to enter the arena of public debate.”

<sup>531</sup> African Commission on Human and Peoples’ Rights, Media Rights Agenda, Constitutional Rights Project v. Nigeria, Communication No. 105/93-128/94-130/94-152/96, para 74:

“people who assume highly visible public roles must necessarily face a higher degree of criticism than private citizens; otherwise public debate may be stifled altogether.”

<sup>532</sup> *Lohé Issa Konaté v. Burkina Faso*, application no. 004/2013, judgment of 5 December 2014, para 156:

“there is no doubt that a prosecutor is a “public figure”; as such, he is more exposed than an ordinary individual and is subject to many and more severe criticisms.”

<sup>533</sup> I/A Court H. R., Case of Herrera-Ulloa v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107. para. 128.

<sup>534</sup> Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression Inter American Commission on Human Rights, *Inter-American Legal Framework regarding the Right to Freedom of Expression* (OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09) 30 December 2009, para 41.

เหล่านี้ที่จะต้องได้รับความไว้วางใจจากสังคมดังเช่นเจ้าหน้าที่ตุลาการ ดังนั้น รัฐต้องคุ้มครองบุคคลเหล่านี้จากการกล่าวหาที่ไม่มีมูลความจริง (unfounded)<sup>535</sup>

นอกจากนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปยังเห็นว่าควรให้น้ำหนักกับพฤติกรรมของบุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากการพูดด้วย ในกรณีผู้ได้รับผลกระทบจากการพูดกระทำเกินขอบอำนาจในฐานะผู้เชี่ยวชาญที่รัฐบาลแต่งตั้งในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการอภิปรายในสังคมและตีพิมพ์หนังสือซึ่งวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของตำรวจอย่างรุนแรงทั้งโดยรวมและเป็นรายบุคคล โดยใช้ถ้อยคำที่ทำให้เสื่อมเสีย เช่น “การให้ข้อมูลที่ผิด” (“misinformation”) และ “การใช้อำนาจเผด็จการ” (“despotism”) ศาลเห็นว่าเป็นการชอบที่ผู้ร้องจะรู้สึกว่าการจำเป็นต้องตอบโต้ต่อการโจมตีวิธีการทำงานของตำรวจในเมื่อผู้ร้องออกมาพูดตอบโต้ในฐานะของตัวแทนที่ได้รับเลือกจากสมาคมตำรวจทั้งในระดับท้องถิ่นและในระดับชาติ<sup>536</sup>

<sup>535</sup> *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark* [GC], judgment of 17 December 2004, para 66:

“Finally, the court reiterates that limits of acceptable criticism in respect of civil servants exercising their powers may admittedly in some circumstances be wider than in relation to private individuals. However, it cannot be said that civil servants knowingly lay themselves open to close scrutiny of their every word and deed to the extent to which politicians do and should therefore be treated on an equal footing with the latter when it comes to the criticism of their actions. Moreover, civil servants must enjoy public confidence in conditions free of undue perturbation if they are to be successful in performing their tasks and it may therefore prove necessary to protect them from offensive and abusive verbal attacks when on duty. Public prosecutors and superior police officers are civil servants whose task it is to contribute to the proper administration of justice. In this respect they form part of the judicial machinery in the broader sense of this term. It is in the general interest that they, like judicial officers, should enjoy public confidence. It may therefore be necessary for the State to protect them from accusations that are unfounded.”

<sup>536</sup> *Nilsen and Johnsen v. Norway*, judgment of 25 November 1999, para. 52:

“In the Court’s view, it was rather what he did beyond this function, by his participation in public debate, which is relevant. In this connection, the Court notes that Mr Justice Schei had regard to the harsh criticism voiced by Mr Bratholm in his book “Police Brutality” (published in the spring of 1986) against a system and, to a large extent, also against individuals. He had used a number of derogatory expressions, such as “misinformation” and “despotism” (see paragraph 27 above). (...) In this context it was also significant that the applicants were speaking, as elected representatives of the national and local police associations, on behalf of their members and had rightly felt that they had an obligation to counter the attacks on the police’s working methods.”

ตารางที่ 8<sup>537</sup>

ตารางเปรียบเทียบการวินิจฉัยตีความเรื่องสถานะทางสังคมของผู้ได้รับผลกระทบจากการพูด

คดี	สรุป
- <i>Faurisson v. France</i> - <i>Ross v. Canada</i>	ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการพูดไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลคนเดียวแต่อาจหมายถึงบุคคลหลายคนหรือสังคมใดสังคมหนึ่งโดยรวมก็ได้

#### 4.4 รูปแบบของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังและผลกระทบต่อสังคมโดยรวม

“รูปแบบ” (form) ของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในที่นี้ หมายถึง วิธีการที่ผู้พูดใช้ในการเผยแพร่ข้อความซึ่งรัฐเห็นว่าร้ายวุ่นให้เกิดความเกลียดชัง ข้อพิจารณาในเรื่องของรูปแบบของการพูดนี้มีความสำคัญเนื่องจากวิธีการที่ผู้พูดใช้ในการส่งข้อความย่อมส่งผลกระทบต่อสังคมในระดับที่แตกต่างกันไป

ในเบื้องต้นเนื่องจากสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกอาจกระทำในรูปแบบใดก็ได้ ไม่ว่าจะด้วยวาจาเป็นลายลักษณ์อักษรหรือการตีพิมพ์ ในรูปของศิลปะ หรือโดยอาศัยสื่อประการอื่นตามที่ผู้พูดจะเลือก ดังนั้น รูปแบบของการพูดซึ่งมีเจตนาจึงอาจมีได้ในหลายรูปแบบด้วยกัน

ดังนั้น หากมองในภาพรวมแล้ว “การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง” น่าจะหมายถึงการใช้วาจากรรมในแง่ลบทุกรูปแบบซึ่งอาจเป็นการแสดงออก การร้ายวุ่น หรือสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังตลอดจนการแสดงออกในเชิงหมิ่นประมาท หรือการใส่ร้ายป้ายสี ตลอดจนการมีอคติซึ่งนอกจากการกล่าวโดยวาจาแล้ว แนวการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนยังแสดงให้เห็นว่าการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังอาจกระทำผ่านการแสดงออกในรูปแบบอื่นก็ได้ เช่น

- การแสดงสัญลักษณ์ในเชิงดูหมิ่นในที่สาธารณะ เช่น ส่วัสติเกะ
- การนำเสนออย่างชัดแจ้งโดยการเดินขบวน การประท้วง การพูดในที่สาธารณะ
- การทำลายสัญลักษณ์บางอย่าง เช่น เผาไม้กางเขน (ซึ่งเป็นการปฏิบัติของกลุ่มคลุ คัลกซ์ แคลน) หรือ การเผาธง
- การใช้สื่อสิ่งพิมพ์ (print media)
- การใช้สื่อโสตทัศน (audiovisual media) เช่น โทรทัศน์และวิทยุ
- การติดโปสเตอร์บนหน้าต่าง

<sup>537</sup> ตารางที่ 8 นี้ปรากฏอยู่ในตารางสรุปข้อพิจารณาที่กลไกสิทธิมนุษยชนใช้ในการวินิจฉัยตีความขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังตามภาคผนวก

- งานศิลปะ
- การใช้อินเทอร์เน็ต
- การปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Holocaust denial) ก็เป็นรูปแบบทางอ้อมของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังเช่นกัน

ผลกระทบของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังต่อสังคมกล่าวได้ว่ามีความสัมพันธ์อย่างยิ่งกับรูปแบบหรือสื่อที่ผู้พูดใช้ในการถ่ายทอดถ้อยคำที่ยั่วให้เกิดความเกลียดชัง

ในกรณีที่มีการใช้สื่อสารมวลชน (mass media) ในคดี *Jersild* ศาลสิทธิมนุษยชนกล่าวว่าในประเด็นหน้าที่และความรับผิดชอบของนักข่าว วิธีการที่นักข่าวใช้ในการเผยแพร่ข้อมูลย่อมเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญ ศาลเห็นว่าเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่าสื่อโสตทัศน (audiovisual media) นั้นเป็นสื่อที่ส่งผลในทันทีทันใดและมีพลังยิ่งกว่าสื่อสิ่งพิมพ์ (print media) เนื่องจากสื่อโสตทัศนสามารถเผยแพร่ภาพ ซึ่งเป็นสิ่งที่สื่อสิ่งพิมพ์ไม่สามารถกระทำได้<sup>538</sup>

ในกรณีที่มีการใช้สื่อโสตทัศน ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจะพิจารณาถึงรูปแบบของรายการที่ผู้พูดนำเสนอเพื่อวินิจฉัยเกี่ยวกับผลกระทบของรายการดังกล่าวที่มีต่อผู้ฟัง เช่นในคดี *Jersild* ซึ่งศาลเห็นว่าเนื้อหาที่ผู้ร้องนำเสนอเป็นส่วนหนึ่งของรายการข่าวในเดนมาร์กซึ่งมีเนื้อหาเคร่งเครียดและจัดขึ้นเพื่อผู้ชมที่มีความรู้ความเข้าใจเพียงพอในเรื่องนั้นๆ (well-informed)<sup>539</sup> และศาลเห็นว่าตลอดการสัมภาษณ์ผู้ร้องแสดงออกชัดเจนว่าไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้ถูกสัมภาษณ์ เช่นการกล่าวว่าผู้ถูกสัมภาษณ์เป็นกลุ่มวัยรุ่นนักรุนแรงซึ่งสนับสนุนกลุ่มคูคลักซ์ แคลน (Ku Klux Klan) อีกทั้งผู้ร้องยังโต้แย้งถ้อยคำเชิงเหยียดเชื้อชาติของผู้ถูกสัมภาษณ์ในบางส่วน เช่น การยกตัวอย่างว่าคนดำในเดนมาร์กก็เป็นผู้ที่มีการงานที่ดี<sup>540</sup>

<sup>538</sup> *Jersild v. Denmark*, judgment of 23 September 1994, para 31:

“In considering the “duties and responsibilities” of a journalist, the potential impact of the medium concerned is an important factor and it is commonly acknowledged that the audiovisual media have often a much more immediate and powerful effect than the print media (see *Purcell and Others v. Ireland*, Commission’s admissibility decision of 16 April 1991, application no. 15404/89, Decisions and Reports (DR) 70, p. 262). The audiovisual media have means of conveying through images meanings which the print media are not able to impart.”

<sup>539</sup> *Ibid.*, para 34:

“Furthermore, it must be borne in mind that the item was broadcast as part of a serious Danish news programme and was intended for a well-informed audience”

<sup>540</sup> *Ibid.*:

นอกจากนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดี *Gunduz v. Turkey* ยังเห็นว่าการใช้สื่อโทรทัศน์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรายการถ่ายทอดสดทางโทรทัศน์ย่อมทำให้ผู้พูดซึ่งเข้าร่วมการอภิปรายหลายฝ่ายที่ถ่ายทอดสดไม่มีโอกาสที่จะได้เรียบเรียง ถ้อยแถลงคำพูดใหม่ หรือถอนคำพูดนั้นเสีย<sup>541</sup>

ขณะที่ ในส่วนของอินเทอร์เน็ต ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดี *Delfi AS v. Estonia* กล่าวว่า การเผยแพร่ความคิดเห็นเชิงหมิ่นประมาทบนเว็บไซต์ข่าวขนาดใหญ่ย่อมคาดหมายได้ว่ามีผู้อ่าน (audience) จำนวนมาก<sup>542</sup> และการแพร่หลายของอินเทอร์เน็ตย่อมก่ออาการให้เกิดอันตรายว่า ข้อมูลที่เผยแพร่ต่อสาธารณะไปแล้วจะคงอยู่และถูกหมุนเวียนไปตลอดไป จึงจำเป็นต้องใช้ความระมัดระวัง<sup>543</sup>

กลับกัน ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าการแสดงออกในรูปของงานศิลปะย่อมมีความเสี่ยงที่จะส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวมน้อยกว่ากรณีสื่อสารมวลชน (mass media) เนื่องจากงานศิลปะโดยสภาพย่อมเป็นการแสดงออกที่เข้าถึงบุคคลได้อย่างจำกัด เช่น บทกวี ซึ่งโดยสภาพแล้วย่อมมีผู้ให้ความสนใจอยู่ในวงจำกัด ในคดี *Karatas v. Turkey* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงเห็นว่าผู้ร้องเป็นเพียงปัจเจกบุคคลเพียงลำพังที่แสดงออกซึ่งความคิดเห็นของตนผ่านการใช้บทกวีซึ่งมีผู้ฟังหรือผู้สนใจ (audience) จำนวนเพียงเล็กน้อยมากเมื่อเทียบกับสื่อสารมวลชน ข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงจำกัดผลกระทบของบทกวีของผู้ร้องที่อาจมีต่อ “ความมั่นคงแห่งชาติ” “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” และ “บูรณภาพแห่งดินแดน” ลงอย่างเห็นได้ชัด ดังนั้น ข้อความบางส่วนของบทกวีของผู้ร้องแม้จะมีเนื้อหารุนแรงและเรียกร้องให้มีการใช้ความรุนแรง ศาลก็เห็นว่าการแสดงออกของผู้ร้องเป็นงานศิลปะและมีผลกระทบอย่างจำกัดจึงเห็นว่ามีใช้การเรียกร้องให้ประชาชนต่อต้านรัฐ หากแต่ต้องการแสดงออกซึ่งความทุกข์อย่างแสนสาหัสในช่วงเวลาที่เกิดสถานการณ์ที่ตึงเครียดทางการเมือง<sup>544</sup>

---

“Both the TV presenter’s introduction and the applicant’s conduct during the interviews clearly dissociated him from the persons interviewed”

<sup>541</sup> *Gunduz v. Turkey*, judgment of 4 December 2003, para 49:

“It points out, however, that the applicant's statements were made orally during a live television broadcast, so that he had no possibility of reformulating, refining or retracting them before they were made public”

<sup>542</sup> *Delfi AV v. Estonia*, Application no. 64569/09, judgment 10 October 2013, para 89:

“It also finds that publishing defamatory comments on a large Internet news portal, as in the present case, implies a wide audience for the comments.”

<sup>543</sup> *Ibid.*, para 92:

“the spread of the Internet and the possibility – or for some purposes the danger – that information once made public will remain public and circulate forever, calls for caution.”

<sup>544</sup> *Karatas v. Turkey*, judgment of 8 July 1999, para. 52:



ทั้งนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าการใช้ภาพวาดล้อเลียนบุคคลเป็นรูปแบบหนึ่งของการแสดงออกในเชิงศิลปะและข้อคิดเห็นในสังคมเนื่องจากมีลักษณะเป็นการกล่าวเกินจริงและบิดเบือนไปจากความเป็นจริง โดยสภาพแล้วภาพวาดล้อเลียนจึงมุ่งที่จะยั่วโมโหและก่อความวุ่นวาย ดังนั้น การแทรกแซงการใช้สิทธิของศิลปินในการแสดงออกในรูปแบบดังกล่าวโดยรัฐจึงต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบอย่างระมัดระวัง<sup>545</sup>

### ตารางที่ 9<sup>546</sup>

#### ตารางเปรียบเทียบการวินิจฉัยตีความเรื่องรูปแบบของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังและผลกระทบต่อสังคมโดยรวม

คดี	สรุป	ความเห็นผู้เขียน
<i>Jersild v. Denmark</i>	เป็นที่รู้กันโดยทั่วไปว่าสื่อโสตทัศน (audiovisual media) นั้นเป็นสื่อที่ส่งผลกระทบต่อทันทีทันใดและมีพลังยิ่งกว่าสื่อสิ่งพิมพ์ (print media) เนื่องจากสื่อโสตทัศนสามารถเผยแพร่ภาพ ซึ่งเป็นสิ่งที่สื่อสิ่งพิมพ์ไม่สามารถกระทำได้	ข้อพิจารณาในข้อนี้แสดงให้เห็นว่าการยั่วให้เกิดความเกลียดชังและการเผยแพร่ความคิดบนพื้นฐานความเกลียดชังทางเชื้อชาติ ต้องมีลักษณะที่เป็นสาธารณะ (public nature)
<i>Gunduz v. Turkey</i>	การใช้สื่อโสตทัศนโดยเฉพาะอย่างยิ่งรายการถ่ายทอดสดทางโทรทัศน์ย่อมทำให้ผู้พูดซึ่งเข้าร่วมการอภิปรายหลายฝ่ายที่ถ่ายทอดสด	

“The Court observes, however, that the applicant is a private individual who expressed his views through poetry – which by definition is addressed to a very small audience – rather than through the mass media, a fact which limited their potential impact on “national security”, “[public] order” and “territorial integrity” to a substantial degree. Thus, even though some of the passages from the poems seem very aggressive in tone and to call for the use of violence, the Court considers that the fact that they were artistic in nature and of limited impact made them less a call to an uprising than an expression of deep distress in the face of a difficult political situation.”

<sup>545</sup> *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria*, No. 68354/01, judgment of 25 January 2007, para 33:

“The Court finds that such portrayal amounted to a caricature of the persons concerned using satirical elements. It notes that satire is a form of artistic expression and social commentary and, by its inherent features of exaggeration and distortion of reality, naturally aims to provoke and agitate. Accordingly, any interference with an artist's right to such expression must be examined with particular care.”

<sup>546</sup> ตารางที่ 9 นี้ปรากฏอยู่ในตารางสรุปข้อพิจารณาที่กลไกสิทธิมนุษยชนใช้ในการวินิจฉัยตีความขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังตามภาคผนวก

	ไม่มีโอกาสที่จะได้เรียบเรียง กลับกรองคำพูดใหม่ หรือถอนคำพูดนั้นเสีย	
<i>Karatas v. Turkey</i>	งานศิลปะโดยสภาพย่อมเป็นการแสดงออกที่เข้าถึงบุคคลได้อย่างจำกัด เช่น บทกวี ซึ่งโดยสภาพแล้วย่อมมีผู้ให้ความสนใจอยู่ในวงจำกัด	

#### 4.5 บริบททางสังคมและปัจจัยเรื่องเวลาและสถานที่

นอกจากรูปแบบของการพูด ข้อพิจารณาอีกประการหนึ่งที่กลไกสิทธิมนุษยชนอาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัยเกี่ยวกับผลกระทบของการพูดที่อาจเกิดขึ้นต่อสังคมโดยรวม คือ เวลาและสถานที่หรือสถานการณ์ในขณะที่มีการพูดเกิดขึ้น ในคดี *Karatas* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าการยั่วให้เกิดการใช้ความรุนแรงของผู้ร้องเกิดขึ้นในบริบทที่ประเทศตุรกีอยู่ในสถานการณ์ของการต่อต้านการก่อการร้ายเป็นเวลายาวนานกว่า 15 ปี รัฐย่อมมีดุลพินิจที่มากขึ้นในการจำกัดการใช้เสรีภาพแห่งการแสดงออกเพื่อไม่ให้สถานการณ์ที่เป็นอยู่เลวร้ายลง<sup>547</sup>

เช่นเดียวกับในคดี *Zana v. Turkey* ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าคำพูดของนายกเทศมนตรีเมือง Diyarbakir ซึ่งเป็นเมืองสำคัญทางตะวันออกเฉียงใต้ของตุรกี ที่ให้สัมภาษณ์หนังสือพิมพ์ในช่วงเวลาเดียวกันกับที่เกิดเหตุการณ์สังหารหมู่เด็กและสตรีโดยกลุ่มพีเคเคของชาวเคิร์ด (Kurdistan Workers' Party-PKK) ในทางตะวันออกเฉียงใต้ของตุรกีเป็นปัจจัยที่ต้องถือว่าน่าจะทำให้สถานการณ์ที่รุนแรงอยู่แล้วเลวร้ายยิ่งขึ้นไปอีกในภูมิภาคดังกล่าว ศาลจึงเห็นว่าคำพูดดังกล่าวเป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง<sup>548</sup>

<sup>547</sup> *Karatas v. Turkey*, judgment of 8 July 1999, para. 52:

“The Court takes into account, furthermore, the background to the cases submitted to it, particularly problems linked to the prevention of terrorism (see the *Incal* judgment cited above, pp. 1568-69, § 58). On that point, it takes note of the Turkish authorities’ concern about the dissemination of views which they consider might exacerbate the serious disturbances that have been going on in Turkey for some fifteen years”

<sup>548</sup> *Zana v. Turkey*, judgment of 25 November 1997, para 59-60:

“59. The statement cannot, however, be looked at in isolation. It had a special significance in the circumstances of the case, as the applicant must have realised. As the Court noted earlier (see paragraph 50 above), the interview coincided with murderous attacks carried out by the PKK on civilians in south-east Turkey, where there was extreme tension at the material time.

แนวคำวินิจฉัยในทำนองนี้อาจเปรียบเทียบได้กับคำตัดสินของคณะตุลาการอาญาระหว่างประเทศที่รวันดา (International Criminal Tribunal for Rwanda-ICTR) ในคดี *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze* หรือคดี *Media* ซึ่งเกี่ยวข้องกับการยั่วยุให้ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในรวันดาโดยการใช้สื่อ โดยในคดีดังกล่าว ICTR เห็นว่าในการวินิจฉัยว่าการแสดงออกใดเป็นการยั่วยุ (incitement) ซึ่งอาจจำกัดการแสดงออกได้หรือไม่ ไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์โดยตรงระหว่างการกระทำและผล (causation) กล่าวคือ การแสดงออกไม่จำเป็นต้องส่งผลโดยตรง (direct effect) แต่เห็นว่าการพูดซึ่งยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังในชาติพันธุ์นั้นย่อมมีผลกระทบต่อสังคมสูงขึ้นในบริบทที่มีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (in the context of genocidal environment) การพูดดังกล่าวย่อมถือว่าน่าจะทำให้เกิดการใช้ความรุนแรงได้มากขึ้น และขณะเดียวกันการพูดในสภาพแวดล้อมดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นถึงเจตนาที่จะยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรงได้เช่นกัน<sup>549</sup>

ในทำนองเดียวกัน ในคดี *Leroy* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่า ถึงแม้หนังสือพิมพ์ที่มีภาพวาดที่สนับสนุนการก่อการร้ายของผู้ร้องจะถูกแจกจ่ายในวงจำกัดเฉพาะในเมืองเดียว แต่ศาลเห็นว่าภาพวาดและข้อความดังกล่าวยั่วยุให้เกิดปฏิกิริยาขึ้นในสังคมซึ่งอาจก่อให้เกิดการใช้ความรุนแรงและส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนในเมืองบาสก์ของฝรั่งเศสได้เพราะเหตุการณ์ 11 กันยายน 2001 ก่อให้เกิดความวุ่นวายไปทั่วโลก อีกทั้ง ในคดีนี้ศาลพิจารณาด้วยว่าผู้ร้องส่งภาพวาดดังกล่าวให้สำนักพิมพ์ในวันเดียวกับที่เกิดเหตุการณ์วันที่ 11 กันยายน 2001 ก่อนที่ภาพวาดดังกล่าวจะถูกตีพิมพ์ในวันที่ 13 กันยายน 2001 ซึ่งเป็นเพียงเวลาสามวันหลังจากที่เกิดเหตุขึ้นโดยปราศจากความระมัดระวังในการใช้คำพูดแต่อย่างใด ศาลจึงไม่รับฟังข้อโต้แย้งที่ว่าผู้ร้องมีเจตนาเพียงแสดงออกซึ่งแนวคิดต่อต้านสหรัฐอเมริกา<sup>550</sup>

ในกรณีที่ผู้พูดเป็นครูในโรงเรียน เช่น คดี *Ross* และ คดี *Seurot* ทั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าเป็นเรื่องสมเหตุสมผลที่จะคาดการณ์ได้ว่ามีความสัมพันธ์

60. In those circumstances the support given to the PKK – described as a “national liberation movement” – by the former mayor of Diyarbakir, the most important city in south-east Turkey, in an interview published in a major national daily newspaper, had to be regarded as likely to exacerbate an already explosive situation in that region.”

<sup>549</sup> International Criminal Tribunal for Rwanda, *Nahimana* (2003) para. 1022.

<sup>550</sup> *Leroy v. France*, Application no. 36109/03, judgment dated 2nd October 2008. (the judgment is only available in French) (English translation from Mihajlova, Bacovska and Shekerdjiev. Freedom of Expression and Hate Speech (Skopje: OSCE, 2013), p 29 and Press release issued by the Registrar, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-2501837-2699727>)

ระหว่างการแสดงออกของผู้พูดกับสภาพแวดล้อมอันเป็นพิษภายในโรงเรียนที่นักเรียนต้องประสบในเขตโรงเรียนดังกล่าว<sup>551</sup>

เช่นกันกับในคดี *Vejdeland and Others v. Sweden* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปคำนึงถึงปัจจัยที่ว่าใบปลิวของผู้ร้องซึ่งมีเนื้อหาช่วยทำให้เกิดความเกลียดชังต่อกลุ่มคนรักร่วมเพศถูกทิ้งไว้ในตู้ลิ้นชักของเด็กนักเรียนซึ่งอยู่ในวัยที่ถูกชักจูงความคิดได้ง่าย (impressionable) และอ่อนไหว (sensitive) และไม่มีโอกาสปฏิเสธที่จะไม่รับใบปลิวซึ่งมีข้อความดังกล่าว นอกจากนี้ศาลยังให้น้ำหนักกับการที่ผู้ร้องแจกจ่ายใบปลิวดังกล่าวภายในโรงเรียนซึ่งไม่มีผู้ใดในกลุ่มผู้ร้องเข้าเรียนในโรงเรียนดังกล่าวและไม่ใช่สถานที่ที่ผู้ร้องจะเข้าออกได้อย่างเสรี<sup>552</sup>

นอกจากนี้ ในคดี *Erbakan* ยังเป็นครั้งแรกที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวินิจฉัยเกี่ยวกับ “ภัยที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน” (“present risk”) และ ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง (“imminent danger”) ว่าการที่รัฐรอเป็นเวลา 4 ปีกับอีก 5 เดือนจึงค่อยดำเนินคดีต่อผู้ร้องฟังไม่ได้ว่ามี “ภัยที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน” และ “ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง” เกิดขึ้น<sup>553</sup>

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าภายใต้อนุสัญญา ACHR การพูดในเชิงเลือกปฏิบัติ (discriminatory speech) ซึ่งมิได้ช่วยโดยตรงให้เกิดการใช้ความรุนแรงอันผิดกฎหมาย หรือการกระทำอื่นใดที่มีลักษณะเดียวกัน ต่อกลุ่มบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งจึงมิใช่การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังภายใต้

<sup>551</sup> *Ross v Canada*, Communication No 736/1997, Views adopted on 18 October 2000, para 11.6

“In this particular case, the Committee takes note of the fact that the Supreme Court found that it was reasonable to anticipate that there was a causal link between the expressions of the author and the poisoned school environment experienced by Jewish children in the School district.”

<sup>552</sup> *Vejdeland and Others v. Sweden*, Application no. 1813/07, judgment of 9 February 2012, para 56:

“The Court also takes into consideration that the leaflets were left in the lockers of young people who were at an impressionable and sensitive age and who had no possibility to decline to accept them (see, mutatis mutandis, *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, § 52, Series A no. 24). Moreover, the distribution of the leaflets took place at a school which none of the applicants attended and to which they did not have free access.”

<sup>553</sup> *Erbakan v. Turkey*, judgment of 6 July 2006, para 68:

“Having regard to the circumstances of the case, the Court considered that it was particularly difficult to hold the applicant responsible for all the comments cited in the indictment. Furthermore, it had not been established that at the time of his prosecution the speech in question had given rise to, or been likely to give rise to, a “present risk” and an “imminent danger.” (translation from Press release issued by the Registrar, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=003-1728198-1812055>)

อนุสัญญา และข้อเท็จจริงที่ว่า การพูดอาจส่งผลในระยะยาวให้เกิดสภาพแวดล้อมในสังคมที่เสี่ยงต่อการใช้ความรุนแรงมิใช่เหตุผลที่จะจำกัดการพูดภายใต้ข้อ 13 (5)<sup>554</sup>

### ตารางที่ 10<sup>555</sup>

#### ตารางเปรียบเทียบการวินิจฉัยตีความเรื่องบริบททางสังคมและปัจจัยเรื่องเวลาและสถานที่

คดี	สรุป
<i>Karatas v. Turkey</i>	การยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรงของผู้ร้องเกิดขึ้นในบริบทที่ประเทศตุรกีอยู่ในสถานการณ์ของการต่อต้านการก่อการร้ายเป็นเวลายาวนานกว่า 15 ปี รัฐย่อมมีดุลพินิจที่มากขึ้นในการจำกัดการใช้เสรีภาพแห่งการแสดงออกเพื่อไม่ให้สถานการณ์ที่เป็นอยู่เลวร้ายลง
<i>Zana v. Turkey</i>	คำพูดของนายกเทศมนตรีเมือง Diyarbakir ซึ่งเป็นเมืองสำคัญทางตะวันออกเฉียงใต้ของตุรกี ที่ให้สัมภาษณ์หนังสือพิมพ์ในช่วงเวลาเดียวกันกับที่เกิดเหตุการณ์สังหารหมู่เด็กและสตรีโดยกลุ่มพีเคเคของชาวเคิร์ด (Kurdistan Workers' Party-PKK) ในทางตะวันออกเฉียงใต้ของตุรกีเป็นปัจจัยที่ต้องถือว่าน่าจะทำให้สถานการณ์ที่รุนแรงอยู่แล้วเลวร้ายยิ่งขึ้นไปอีกในภูมิภาคดังกล่าว ศาลจึงเห็นว่าคำพูดดังกล่าวเป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง
<i>Leroy v. France</i>	ผู้ร้องส่งภาพวาดที่ยั่วยุให้สำนักพิมพ์ในวันเดียวกับที่เกิดเหตุการณ์วันที่ 11 กันยายน 2001 ก่อนที่ภาพวาดดังกล่าวจะถูกตีพิมพ์ในวันที่ 13 กันยายน 2001 ซึ่งเป็นเพียงเวลาสามวันหลังจากที่เกิดเหตุขึ้นโดยปราศจากความระมัดระวังในการใช้คำพูดแต่อย่างใด
- <i>Seurot v. France</i> - <i>Ross v. Canada</i>	เป็นเรื่องสมเหตุสมผลที่จะคาดการณ์ได้ว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการแสดงออกของผู้พูดกับสภาพแวดล้อมอันเป็นพิษภายในโรงเรียนที่นักเรียนต้องประสบในเขตโรงเรียนดังกล่าว
<i>Vejdeland and Others v.</i>	ใบปลิวของผู้ร้องซึ่งมีเนื้อหาช่วยุให้เกิดความเกลียดชังต่อกลุ่มคนรักร่วมเพศถูกทิ้งไว้ในตู้ล็อกเกอร์ของเด็กนักเรียนซึ่งอยู่ในวัยที่ถูกชักจูงความคิดได้ง่ายและ

<sup>554</sup> Eduardo Bertoni and Julio Rivera Jr., 'The American Convention on Human Rights: Regulation of Hate Speech and Similar Expression', in Michael Herz and Peter Molnar (ed.). *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) p 508.

<sup>555</sup> ตารางที่ 10 นี้ปรากฏอยู่ในตารางสรุปข้อพิจารณาที่กลไกสิทธิมนุษยชนใช้ในการวินิจฉัยตีความขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังตามภาคผนวก

Sweden	อ่อนไหวและไม่มีโอกาสปฏิบัติเสรีที่จะไม่รับใบปลิวซึ่งมีข้อความดังกล่าว และผู้ร้องแจกจ่ายใบปลิวดังกล่าวภายในโรงเรียนซึ่งไม่มีผู้ใดในกลุ่มผู้ร้องเข้าเรียนในโรงเรียนดังกล่าวและไม่ใช้สถานที่ที่ผู้ร้องจะเข้าออกได้อย่างเสรี
Erbakan v. Turkey	การที่รัฐรอเป็นเวลา 4 ปีกับอีก 5 เดือนจึงค่อยดำเนินคดีต่อผู้ร้องฟังไม่ได้ว่ามี “ภัยที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน” และ “ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง” เกิดขึ้น

#### 4.6 ลักษณะและระดับความรุนแรงของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

ในขณะที่ข้อพิจารณาเรื่องของเจตนาของผู้พูด สถานะทางสังคมของผู้พูด สถานะทางสังคมของผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการพูดหรือเหยื่อ ตลอดจนรูปแบบของการพูดและผลกระทบต่อสังคมโดยรวมเป็นข้อพิจารณาที่มีความใกล้ชิดกับการวินิจฉัย “ความจำเป็น” (“necessity”) ในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ข้อพิจารณาในเรื่องลักษณะและระดับความรุนแรงของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังกล่าวได้มีความใกล้ชิดกับการวินิจฉัยเรื่อง “ความได้สัดส่วน” (“proportionality”) ของมาตรการที่รัฐใช้ในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังมากกว่า

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวางหลักเกี่ยวกับความได้สัดส่วนของมาตรการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังไว้ว่าการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังเป็นเรื่องที่กระทบต่อการมีขันติธรรม (Tolerance) และการเคารพศักดิ์ศรีอันเท่าเทียมกันของมนุษย์ทุกคนอันเป็นรากฐานสังคมที่เป็นประชาธิปไตยและเป็นพหุวัฒนธรรม ดังนั้น โดยหลักการแล้วการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังจึงมีความจำเป็นต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตยที่จะลงโทษหรือห้ามการแสดงออกในทุกูปแบบที่แพร่หลาย ยั่วยุ ส่งเสริม หรือสนับสนุนความถูกต้องของความเกลียดชังที่อยู่บนพื้นฐานของการขาดขันติธรรม (รวมถึงการขาดขันติธรรมในด้านศาสนา) ภายใต้เงื่อนไขว่า “รูปแบบ” “เงื่อนไข” “ข้อจำกัด” หรือ “โทษ” นั้นต้องได้สัดส่วน (proportionate) กับวัตถุประสงค์<sup>556</sup>

<sup>556</sup> *Gunduz v. Turkey*, judgment of 4 December 2003, para 40:

“The present case is characterised, in particular, by the fact that the applicant was punished for statements classified by the domestic courts as “hate speech”. Having regard to the relevant international instruments (see paragraphs 22-24 above) and to its own case-law, the Court would emphasise, in particular, that tolerance and respect for the equal dignity of all human beings constitute the foundations of a democratic, pluralistic society. That being so, as a matter of principle it may be considered necessary in certain democratic societies to sanction or even prevent all forms of expression which spread, incite, promote or justify hatred based on intolerance (including religious intolerance), provided that any “formalities”, “conditions”, “restrictions” or “penalties” imposed are proportionate to the legitimate aim pursued (with

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าข้อพิจารณาเรื่องลักษณะและระดับความรุนแรงของข้อจำกัดสิทธิของรัฐเป็นปัจจัยในการวินิจฉัยว่าข้อจำกัดสิทธิของรัฐได้สัดส่วน (proportionate) กับวัตถุประสงค์โดยชอบ (legitimate aims) ซึ่งข้อจำกัดสิทธินั้นมุ่งหมายหรือไม่ อย่างไรก็ตามศาลเห็นว่าประเด็นดังกล่าวมิใช่ประเด็นที่ศาลจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดเสมอไป หากแต่เป็นประเด็นรองเนื่องจากบางครั้งศาลเห็นว่าไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว หรือกล่าวถึงเพียงสั้นๆ หรือเพียงบางส่วน เพราะศาลเห็นว่ารัฐละเมิดสิทธิในประเด็นอื่น เช่น ในคดี *Gunduz* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวินิจฉัยว่าคำพิพากษาที่แท้จริงว่าผู้ร้องสนับสนุนการใช้กฎหมายซาเรียผ่านการอภิปรายหลายฝ่ายซึ่งถ่ายทอดสดในตุรกีโดยไม่เรียกร้องให้มีการใช้ความรุนแรงเพื่อบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ยังถือไม่ได้ว่าเป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ศาลจึงเห็นว่าไม่จำเป็นต้องตรวจสอบว่าคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกกับผู้ร้องมีกำหนด 2 ปี (ซึ่งถือว่าเป็นบทลงโทษที่รุนแรงเมื่อพิจารณาว่าตามกฎหมายตุรกีมีช่องทางที่ผู้ร้องอาจได้รับโทษเบากว่าเช่นการคุมประพฤติ) ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ของการจำกัดสิทธิหรือไม่<sup>557</sup>

ทั้งนี้ ในคดีดังกล่าว ศาลคำนึงถึงบริบทด้วยว่าวัตถุประสงค์ของรายการถ่ายทอดสดที่ผู้ร้องกล่าวคำพูดนั้นจัดขึ้นเพื่อนำเสนอข้อมูลของนิกายทางศาสนาต่างๆ ในประเทศตุรกีซึ่งผู้ร้องเป็นผู้นำกลุ่มดังกล่าวในรายการ อีกประการหนึ่งคือมุมมองที่รุนแรงของผู้ร้องเป็นที่รู้จักกันอยู่แล้วและก็ได้มีการถกเถียงกันในเวทีสาธารณะ อีกทั้งคำกล่าวของผู้ร้องยังถูกล่วงดูลโดยการโต้แย้งของผู้เข้าร่วมรายการคนอื่น และการพูดนั้นเกิดขึ้นในระหว่างการอภิปรายหลายฝ่าย<sup>558</sup>

แต่ในคดีที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าจากลักษณะและความรุนแรงของการจำกัดสิทธิของรัฐแล้วมาตรการจำกัดสิทธิของรัฐไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมาย ผลการวินิจฉัยย่อมนำไปสู่คำตอบว่าถึงแม้การจำกัดสิทธิของรัฐจะมีความจำเป็นในหลักการ แต่มาตรการที่รัฐใช้ไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์นั้น ดังนั้น รัฐจึงละเมิดพันธกรณีภายใต้ข้อ 10 ของอนุสัญญา ECHR

ในกรณีของบทลงโทษที่เกี่ยวข้องกับสถานะทางสังคมของผู้ร้อง ในคดี *Incal* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิจารณาว่าผู้ร้องต้องคำพิพากษาให้ได้รับโทษหลายประการรวมทั้งการห้ามมิให้เข้าราชการพลเรือน รวมถึงถูกห้ามเข้าร่วมกับองค์กรทางการเมืองและสหภาพการค้าบางองค์กรโดยที่

regard to hate speech and the glorification of violence, see, mutatis mutandis, *Sürek v. Turkey* (no. 1) [GC], no. 26682/95, § 62, ECHR 1999-IV.”

<sup>557</sup> Ibid., para 51-52:

“However, the Court considers that the mere fact of defending sharia, without calling for violence to establish it, cannot be regarded as “hate speech”. (...) This finding makes it unnecessary for the Court to pursue its examination in order to determine whether the two-year prison sentence imposed on the applicant, an extremely harsh penalty even taking account of the possibility of parole afforded by Turkish law, was proportionate to the aim pursued.”

<sup>558</sup> Ibid., para 51.

ผู้ร้องมีสถานะเป็นกรรมการบริหารพรรคการเมืองฝ่ายค้านเป็นมาตรการที่ไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง<sup>559</sup> ซึ่งในคดีนี้ ศาลเห็นว่าใบปลิวของผู้ร้องไม่มีส่วนรับผิดชอบกับการก่อการร้ายในประเทศตุรกีและศาลภายในของตุรกี คือ ศาลความมั่นคง (National Security Court) มิได้ปรับใช้กฎหมายต่อต้านการก่อการร้าย คือ Prevention of Terrorism Act (Law no. 3713) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ศาลเห็นว่าบังคับใช้กับคดีโดยตรง<sup>560</sup>

กลับกันในคดี *Seurot* ซึ่งผู้ร้องเป็นครูสอนประวัติศาสตร์และเขียนบทความที่ดูหมิ่นชาวแอฟริกาเหนือโดยตีพิมพ์ลงในจดหมายข่าวของโรงเรียน ศาลเห็นว่าบทลงโทษด้วยการยกเลิกสัญญาจ้างกับโรงเรียนมัธยมศึกษาเอกชนเป็นมาตรการที่ไม่รุนแรงเกินไปและได้สัดส่วน<sup>561</sup>

คดี *Seurot* นี้อาจเปรียบเทียบกับคดี *Ross* ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนซึ่งผู้ร้องเป็นครูเหมือนกัน ในคดีนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนตัดสินว่าการถอดนาย Ross ออกจากงานสอนนั้นถือว่าเป็นข้อจำกัดสิทธิที่จำเป็นต่อการเคารพในสิทธิและเสรีภาพของเด็กชาวยิวที่จะมีโรงเรียนที่ปลอดภัยจากความลำเอียง และการขาดขันติธรรม เพราะ นาย Ross ยังคงได้รับการแต่งตั้งให้ทำงานในตำแหน่งที่ไม่ใช่งานสอนภายในเวลาไม่นานหลังจากถูกพักงานโดยไม่ได้รับค่าจ้าง ดังนั้นข้อจำกัดสิทธิจึงมีผลเพียงพอที่จำเป็นต่อการบรรลุเป้าหมายในการคุ้มครองผู้เสียหาย<sup>562</sup>

ส่วนในกรณีที่ผู้ร้องเป็นสื่อหรือนักข่าว ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวินิจฉัยว่าข้อจำกัดสิทธิของรัฐต้องไม่เป็นการขัดขวางสื่อมวลชนในการมีส่วนร่วมกับการถกเถียงในเรื่องที่เกี่ยวกับผลประโยชน์

<sup>559</sup> *Incal v Turkey*, judgment of 9 June 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-IV, para 46:

“Accordingly, interferences with the freedom of expression of a politician who is a member of an opposition party, like the applicant, call for the closest scrutiny on the Court’s part”

<sup>560</sup> *Ibid.*, para 58:

“Here the Court does not discern anything which would warrant the conclusion that Mr Incal was in any way responsible for the problems of terrorism in Turkey, and more specifically in Izmir. It should be pointed out in that connection that not even the National Security Court upheld the public prosecutor’s submission that the Prevention of Terrorism Act (Law no. 3713) should be applied to the applicant”

<sup>561</sup> *Seurot v. France* (dec.), No. 57383/00, 18 May 2004 (unofficial translation from Anne Weber. Manual on Hate Speech (Council of Europe Publishing, 2009), p 44.)

<sup>562</sup> *Ross v Canada*, Communication No 736/1997, Views adopted on 18 October 2000, para 11.6:

“In that context, the removal of the author from a teaching position can be considered a restriction necessary to protect the right and freedom of Jewish children to have a school system free from bias, prejudice and intolerance. Furthermore, the Committee notes that the author was appointed to a non-teaching position after only a minimal period on leave without pay and that the restriction thus did not go any further than that which was necessary to achieve its protective functions.”



สาธารณชนอันชอบด้วยกฎหมาย<sup>563</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดทางอาญาย่อมส่งผลในเชิงข่มขู่ยับยั้ง (deterrent effect)<sup>564</sup> และการดำเนินคดีอาญาซึ่งมีคำพิพากษาที่เกี่ยวกับการกักขังด้วยอาจส่งผลกระทบต่อให้นักเขียนและบรรณาธิการไม่กล้าตีพิมพ์ความคิดเห็นเกี่ยวกับศาสนาในเชิงไม่เห็นด้วย (non-conformist) และอาจขัดขวางความหลากหลายทางความคิดในสังคมซึ่งเป็นส่วนสำคัญของการพัฒนาอย่างแข็งแรงของสังคมประชาธิปไตย<sup>565</sup>

ในกรณีที่มีมาตรการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังของรัฐเกี่ยวกับโทษจำคุก ในคดี *Erbakan* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่านอกจากผู้ร้องจะถูกพิพากษาให้จ่ายค่าปรับ ผู้ร้องยังต้องโทษจำคุกอีก 1 ปีและถูกห้ามมิให้ใช้สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองอีกหลายประการ ศาลเห็นว่าโทษดังกล่าวเป็นโทษที่รุนแรงเมื่อคำนึงถึงข้อพิจารณาที่ว่าผู้ร้องเป็นนักการเมืองที่มีชื่อเสียง ศาลจึงเห็นว่าบทลงโทษดังกล่าวไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ของการจำกัดสิทธิ<sup>566</sup>

เช่นเดียวกันกับในคดี *Karatas* ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรประบุว่าลักษณะและระดับความรุนแรงของบทลงโทษของรัฐที่ลงโทษผู้ร้องเป็นข้อพิจารณาที่ต้องคำนึงถึงในการประเมินความได้สัดส่วนของข้อจำกัดสิทธิของรัฐ ซึ่งในคดีนี้ศาลคำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ร้องต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกเกินกว่า 13 เดือนและรัฐพยายามยื่นกรณให้ผู้ร้องได้รับโทษดังกล่าว อีกทั้งโทษปรับของผู้ร้องยังมากกว่าอัตราโทษตามกฎหมายที่บังคับใช้กับคดีของผู้ร้องถึงสองเท่า ศาลจึงเห็นว่าบทลงโทษดังกล่าวไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตย<sup>567</sup> จากคดีนี้มี

<sup>563</sup> *Giniewski v. France*, judgment of 31 January 2006, para 54:

“The Court must also exercise caution when the measures taken or penalties imposed by the national authority are such as to dissuade the press from taking part in the discussion of matters of legitimate public interest”

<sup>564</sup> *Ibid.*, para 55:

“in the instant case the fact that it mentioned the criminal offence of defamation undoubtedly had a deterrent effect and the sanction thus imposed appears disproportionate in view of the importance and interest of the debate in which the applicant legitimately sought to take part”

<sup>565</sup> *Aydin Tatlav v. Turkey*, judgment of 2 May 2006, para 28-31. (unofficial translation from Council of Europe, Committee of Experts for the Development of Human Rights, Report: Human Rights in a Multicultural Society Hate Speech, 9 February 2007, para 48.)

<sup>566</sup> *Erbakan v. Turkey*, judgment of 6 July 2006, para. 69:

“these were undoubtedly very severe penalties for a well-known politician” (unofficial translation from Anne Weber. Manual on Hate Speech (Council of Europe Publishing, 2009), p 44.)

<sup>567</sup> *Karatas v. Turkey*, judgment of 8 July 1999, para. 53:

“Furthermore and above all, the Court is struck by the severity of the penalty imposed on the applicant – particularly the fact that he was sentenced to more than thirteen months’ imprisonment – and the

ข้อสังเกตด้วยว่าศาลพิจารณาวาทะที่ลงกับผู้ร้องสูงเกินส่วนด้วยซึ่งโทษปรับก็อาจเป็นการขัดขวางเสรีภาพแห่งการแสดงออกของผู้ร้องได้เช่นกัน รวมถึงกรณีที่เกิดปัญหาทางการเงินแก่ผู้ร้องด้วย<sup>568</sup> เช่น ในคดี *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso* ศาลแอฟริกาวิญฉัยว่าบุร์กินาฟาโซมิได้พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าโทษปรับที่ลงกับผู้ร้องไม่เกินไปกว่ารายได้ของผู้ร้อง<sup>569</sup>

ทั้งนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปกล่าววาทบัญญัติ ข้อ 10 (2) ของอนุสัญญา ECHR ไม่ห้ามการกำหนดข้อจำกัดสิทธิล่วงหน้าก่อนที่มีการใช้เสรีภาพ (prior restraint/prior censorship) ซึ่งสังเกตได้จากการที่บทบัญญัติดังกล่าวใช้ถ้อยคำทั้งคำว่า “เงื่อนไข” (“conditions”) “ข้อจำกัด” (“restrictions”) และ “การป้องกัน” (“preventing/prevention”) อย่างไรก็ตามศาลเห็นว่าการจำกัดสิทธิล่วงหน้าย่อมมีอันตรายแอบแฝงและศาลจำเป็นต้องตรวจสอบข้อจำกัดสิทธิดังกล่าวอย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เกี่ยวข้องกับสื่อเพราะข่าวเป็นสินค้าที่หมดอายุรวดเร็ว (perishable commodity) ดังนั้น การทำให้การตีพิมพ์ข่าวดังกล่าวล่าช้า แม้เพียงระยะเวลาสั้นๆ ก็ย่อมทำให้ข่าวดังกล่าวสูญเสียคุณค่าและประโยชน์ไป<sup>570</sup>

กรณีนี้ต่างกับอนุสัญญา ACHR ซึ่งข้อ 13 (2) ซึ่งการใช้สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกต้องไม่อยู่ภายใต้การเซ็นเซอร์ล่วงหน้า (prior censorship) แต่อาจตกอยู่ภายใต้การกำหนดความรับผิดชอบในภายหลัง ดังตัวอย่างในคดี *The Last Temptation of Christ* ศาลสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกาเห็นว่าเสรีภาพแห่งการแสดงออกย่อมคุ้มครองทั้งข้อมูลและผู้ฟังต้องการรับฟัง ไม่ขัดแย้งและไม่มี

persistence of the prosecution's efforts to secure his conviction. In that regard, it notes that his fine was more than doubled after Law no. 4126 came into force (see paragraph 19 above).

The Court notes in that connection that the nature and severity of the penalty imposed are also factors to be taken into account when assessing the proportionality of the interference.”

<sup>568</sup> Council of Europe, Committee of Experts for the Development of Human Rights, *Report: Human Rights in a Multicultural Society Hate Speech*, 9 February 2007, para 41.

<sup>569</sup> *Lohé Issa Konaté v. Burkina Faso*, application no. 004/2013, judgment of 5 December 2014, para 171.

<sup>570</sup> *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, judgement of 26 November 1991, Series A No. 216, para.

60:

“For the avoidance of doubt, and having in mind the written comments that were submitted in this case by "Article 19" (see paragraph 6 above), the Court would only add to the foregoing that Article 10 (art. 10) of the Convention does not in terms prohibit the imposition of prior restraints on publication, as such. This is evidenced not only by the words "conditions", "restrictions", "preventing" and "prevention" which appear in that provision, but also by the Court's Sunday Times judgment of 26 April 1979 and its Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann judgment of 20 November 1989 (Series A no. 165). On the other hand, the dangers inherent in prior restraints are such that they call for the most careful scrutiny on the part of the Court. This is especially so as far as the press is concerned, for news is a perishable commodity and to delay its publication, even for a short period, may well deprive it of all its value and interest.”

คุกคามผู้ฟัง และข้อมูลที่ผู้ฟังเห็นว่าเป็นข้อมูลที่สร้างความตกใจ (shocking) ก่อความรำคาญ (disturbing) หรือรุกราน (offensive) ทั้งต่อรัฐและต่อสังคม โดยศาลวางหลักว่า

“ข้อ 13 (4) ของอนุสัญญา (ACHR) บัญญัติข้อยกเว้นในเรื่องการห้ามการเซ็นเซอร์ล่วงหน้า โดยการบันเทิงในที่สาธารณะอาจอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการเซ็นเซอร์ล่วงหน้าเพื่อเหตุผลในการจำกัดการเข้าถึงเพื่อการคุ้มครองศีลธรรมของเด็กและเยาวชนเท่านั้น ซึ่งในกรณีอื่นนอกเหนือจากนี้ ย่อมเป็นการริดลอนเสรีภาพในทางความคิดและการแสดงออก”<sup>571</sup>

ศาลจึงเห็นว่ามิระบบการเซ็นเซอร์ล่วงหน้าในประเทศชิลี ทั้งจากการที่หน่วยงานด้านภาพยนตร์ห้ามฉายภาพยนตร์ในครั้งแรกซึ่งต่อมาได้มีการอนุญาตให้ฉายเฉพาะผู้ชมที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปี ขึ้นไป และการที่ต่อมาศาลอุทธรณ์ได้เพิกถอนคำสั่งและศาลฎีกาได้พิพากษายืนตามคำสั่งศาลอุทธรณ์ ดังนั้น การห้ามฉายภาพยนตร์ “*The Last Temptation of Christ*” จึงเป็นการเซ็นเซอร์ล่วงหน้าซึ่งละเมิดต่อข้อ 13 ของอนุสัญญา ACHR<sup>572</sup>

นอกจากนี้ศาลสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกายังเห็นว่า การละเมิดไม่ได้เกิดจากการกระทำการปกครองและคำพิพากษาศาลเท่านั้น แต่ยังเกิดจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญประเทศชิลีด้วยซึ่งจัดตั้งระบบการเซ็นเซอร์ภาพยนตร์ล่วงหน้า ดังนั้น ศาลจึงสั่งให้ประเทศชิลีทำการปรับเปลี่ยนกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับอนุสัญญา

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าในกรณีการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังก็ย่อมอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกันนี้ด้วย เพราะ การจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังภายใต้ข้อ 13 (5) ของอนุสัญญา ACHR ย่อมอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามข้อ 13 (2) ที่การจำกัดสิทธิต้องกระทำโดยการกำหนดความรับผิดชอบในภายหลัง (subsequent liability) เท่านั้น ในเรื่องนี้ ผู้รายงานพิเศษว่าด้วยเสรีภาพแห่งการแสดงออกย้ำในรายงานประจำปี 2004 ว่า ศาลสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกา “มิได้กล่าวทั้งโดยชัดแจ้งและปริยายว่าการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังตามวรรค 5 เป็นเหตุที่จะมีการเซ็นเซอร์ล่วงหน้าได้ โดยย้ำว่าการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกับการจำกัดการแสดงออกในเรื่องอื่นตามวรรค 2 ของข้อ 13”<sup>573</sup> ซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับที่คณะกรรมการสิทธิ

<sup>571</sup> I/A Court H.R., Case of “The Last Temptation of Christ” (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 5, 2001. Series C No. 73, para 70:

“It is important to mention that Article 13(4) of the Convention establishes an exception to prior censorship, since it allows it in the case of public entertainment, but only in order to regulate access for the moral protection of children and adolescents. In all other cases, any preventive measure implies the impairment of freedom of thought and expression.”

<sup>572</sup> Ibid., para 71.

<sup>573</sup> Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression Inter American Commission on Human Rights. Annual Report 2004, p 176, para 38:

มนุษยชนได้วินิจฉัยเอาไว้ในคดี *Ross v. Canada* ว่าการจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพโดยอาศัยอำนาจตามข้อ 20 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง นั้นจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติข้อ 19 วรรค 3 ของกติกาฯ ด้วย<sup>574</sup>

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งกับคดี *The Last Temptation of Christ* คือ เมื่อเปรียบเทียบกับคดี *Otto-Preminger-Institut v. Austria* ซึ่งเกี่ยวข้องกับภาพยนตร์เหมือนกัน แต่ในคดีดังกล่าวการยึดภาพยนตร์มีเนื้อหาซึ่งต่อต้านคาทอลิก (anti-Catholic) อย่างชัดเจนไม่ละเมิดต่ออนุสัญญา ECHR เนื่องจากในคดีดังกล่าว ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่านอกจากประเทศออสเตรียจะมีประชากรนับถือคาทอลิกถึง 78% ภายในรัฐ Tyrol ของออสเตรียมีประชากรคาทอลิกสูงถึง 87% ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่ามีความจำเป็นเร่งด่วนของสังคม (pressing social need) เพื่อการรักษาสันติในด้านศาสนา (preservation of religious peace) และออสเตรียมิได้ก้าวล่วงขอบเขตในการประเมินความจำเป็นในการจำกัดสิทธิ (Margin of Appreciation) ของตน<sup>575</sup> ความแตกต่างในข้อนี้อาจแสดงให้เห็นว่าอนุสัญญา ACHR ให้ความสำคัญคุ้มครองเสรีภาพแห่งการแสดงออกที่มากกว่าอนุสัญญา ECHR<sup>576</sup>

ข้อพิจารณาอีกประการหนึ่งที่กลไกสิทธิมนุษยชนใช้ในการวินิจฉัยความได้สัดส่วนของมาตรการจำกัดสิทธิของรัฐ คือ มาตรการทางเลือก (alternatives) ซึ่งส่งผลกระทบต่อเสรีภาพแห่งการแสดงออกน้อยกว่ามาตรการที่รัฐใช้

ในคดี *Lehideux and Isorni* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าบทลงโทษที่ผู้ร้องได้รับซึ่งเป็นบทลงโทษในทางอาญาไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ในการจำกัดการพูดเนื่องจากมีความรุนแรงเมื่อเทียบกับทางเลือกอื่นที่รัฐอาจลงโทษผู้ร้องได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการในทางกฎหมายแพ่ง<sup>577</sup>

ในทำนองเดียวกัน ในคดี *Incal* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปคำนึงถึงข้อเท็จจริงในคดีว่า ก่อนจะมีการแจกจ่ายใบปลิว ผู้ร้องได้ดำเนินการขออนุญาตแจกจ่ายใบปลิวจากทางการซึ่งต้องผ่านการวินิจฉัย

“The Court made no reference, either explicit or implicit, to hate speech and paragraph 5 as grounds for possible censorship, underscoring that hate speech should be regulated like the other areas of expression provided for in paragraph 2”

<sup>574</sup> *Ross v Canada*, Communication No 736/1997, Views adopted on 18 October 2000.

<sup>575</sup> *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, judgment of 20 September 1994, Series A No. 295-A, para 52.

<sup>576</sup> Eduardo Bertoni and Julio Rivera Jr., ‘The American Convention on Human Rights’, in Michael Herz and Peter Molnar (ed.). *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) p 511.

<sup>577</sup> *Lehideux and Isorni v. France*, judgment of 23 September 1998, para 57:

“Lastly, the Court notes the seriousness of a criminal conviction for publicly defending the crimes of collaboration, having regard to the existence of other means of intervention and rebuttal, particularly through civil remedies.”

เนื้อหาของใบปลิวจากเจ้าพนักงานตำรวจก่อน ดังนั้น ในขั้นตอนการขออนุญาต รัฐจึงมีโอกาที่จะสั่งให้ผู้ร้องแก้ไขเนื้อหาในใบปลิว แต่รัฐเลือกที่จะดำเนินการทางอาญากับผู้ร้องในวันหลังจากผู้ร้องยื่นคำร้องขออนุญาตดังกล่าวต่อทางการ<sup>578</sup>

ข้อพิจารณาสุดท้ายที่กลไกสิทธิมนุษยชนคำนึงถึงในการวินิจฉัยความได้สัดส่วนของมาตรการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังของรัฐ คือ ความแน่นอนในการใช้ดุลพินิจของรัฐ (consistency) โดยการเปรียบเทียบวิธีการที่รัฐใช้ในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในสถานการณ์ที่คล้ายกันที่เคยเกิดขึ้น

ในคดี *Erbakan* อีกหนึ่งข้อพิจารณาที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าการที่รัฐเลือกที่จะดำเนินคดีกับผู้ร้องหลังจากเวลาผ่านไปถึง 4 ปีกับอีก 5 เดือนจึงเป็นมาตรการที่ไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ของการจำกัดสิทธิ<sup>579</sup> เช่นเดียวกับกับคดี *Aydin* ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าศาลเห็นว่าการที่หนังสือของผู้ร้องเคยได้รับอนุญาตให้ตีพิมพ์มาแล้วถึงสี่ครั้งจึงถูกดำเนินคดีในการพิมพ์ครั้งที่ 5 จึงแสดงให้เห็นว่ารัฐขาดความแน่นอนในการใช้ดุลพินิจ<sup>580</sup> และในคดี *Lehideux and Isorni* ซึ่งการแสดงออกของผู้ร้องกระทำผ่านสมาคมเพื่อการรำลึกถึงจอมพลเปแตง (“the Association for the Defence of the Memory of Marshal Pétain”) และสมาคมเปแตง-แวร์ดีงแห่งชาติ (“the National Pétain-Verdun Association”) ซึ่งเป็นสมาคมที่จัดตั้งขึ้นโดยถูกต้องตามกฎหมายและมีวัตถุประสงค์เพื่อฟื้นฟูชื่อเสียงของเปแตง ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าสมาคมทั้งสองจัดตั้งโดย

<sup>578</sup> *Incal v Turkey*, judgment of 9 June 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-IV, 55:

“In the present case the İzmir executive committee of the HEP submitted one copy of the leaflet to the İzmir prefecture on 2 July 1992 with an application for permission to distribute it (see paragraph 11 above). The security police, who were then asked to study its content, considered that the leaflet could be regarded as separatist propaganda (see paragraph 12 above). At that stage the authorities were accordingly in a position to require changes to the text. However, the day after this application was lodged at the prefecture the leaflets were seized and prosecutions brought against its authors, including Mr Incal, under Article 312 of the Criminal Code, among other provisions (see paragraph 21 above).”

<sup>579</sup> *Erbakan v. Turkey*, judgment of 6 July 2006:

“In conclusion, the Court considered that the criminal proceedings instituted against a politician four years and five months after the alleged comments had been made had not been reasonably proportionate to the legitimate aims pursued” (translation from Press release issued by the Registrar, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=003-1728198-1812055>)

<sup>580</sup> *Aydin Tatlav v. Turkey*, judgment of 2 May 2006. (unofficial translation from Anne Weber. *Manual on Hate Speech* (Council of Europe Publishing, 2009), p 51.)

ถูกต้องตามกฎหมายและการดำเนินงานของทั้งสองสมาคมก็ไม่เคยถูกฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายมาก่อนเป็นปัจจัยที่ศาลเห็นว่ามาตรการจำกัดสิทธิของรัฐไม่ได้สัดส่วน<sup>581</sup>

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าข้อพิจารณาหลักๆ ที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปใช้ในการวินิจฉัยหลักความได้สัดส่วนของมาตรการจำกัดสิทธิของรัฐซึ่งได้แก่ เนื้อหาของมาตรการ ระดับความรุนแรง การพิจารณาว่ามีมาตรการทางเลือกหรือไม่ และการใช้ดุลพินิจของรัฐมีความแน่นอนหรือไม่เมื่อเปรียบเทียบกับเรื่องเดียวกัน ทั้งนี้ เพราะ ข้อจำกัดสิทธิที่ไม่ได้สัดส่วนย่อมมีผลเป็นการข่มขู่และขัดขวางการใช้เสรีภาพแห่งการแสดงออก

หลักการเดียวกันนี้ปรากฏในกลไกสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกาซึ่งเห็นว่าการจำกัดสิทธิภายใต้อนุสัญญา ACHR ต้องไม่เกินไปกว่า “ความจำเป็นโดยเคร่งครัดต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตย” (“strictly necessary in a democratic society”)<sup>582</sup> ซึ่งในการวินิจฉัยความจำเป็นศาลจะพิจารณาว่าข้อจำกัดสิทธิ “ได้สัดส่วนโดยเคร่งครัด” หรือไม่ (“strictly proportionate”) กล่าวคือ “สิทธิเสรีภาพที่สูญเสียไปจากการจำกัดสิทธิต้องไม่เกินกว่าประโยชน์ที่จะได้รับการจำกัดสิทธิและการบรรลุวัตถุประสงค์ของการจำกัดสิทธินั้น”<sup>583</sup>

ในคดี *Kimel v. Argentina* ศาลสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกาเห็นว่าการลงโทษทางอาญาแก่การแสดงออกนั้นไม่ได้ขัดต่ออนุสัญญา ACHR ในตัวเอง แต่บทลงโทษทางอาญา “ควรจะต้องได้รับการวิเคราะห์อย่างถี่ถ้วนโดยพิจารณาถึงความร้ายแรงของการกระทำของปัจเจกบุคคลซึ่งแสดงความคิดเห็น เจตนาชั่วร้ายของบุคคลนั้น ลักษณะของความเสียหายอันไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้น และข้อมูลที่แสดงให้เห็นความจำเป็นอย่างที่สุดที่จะใช้กระบวนการทางอาญาในฐานะข้อยกเว้น”<sup>584</sup> ดังนั้น ใน

<sup>581</sup> *Lehideux and Isorni v. France*, judgment of 23 September 1998, para 56:

“Furthermore, the publication in issue corresponds directly to the object of the associations which produced it, the Association for the Defence of the Memory of Marshal Pétain and the National Pétain-Verdun Association. These associations are legally constituted and no proceedings have been brought against them, either before or after 1984, for pursuing their objects.”

<sup>582</sup> I/A Court H. R., Case of Ricardo Canese v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 31, 2004. Series C No. 111, para 95.

<sup>583</sup> I/A Court H. R., Case of Chaparro Alvarez y Lapo Iniguez v. Ecuador. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment of November 21, 2007. Series C No. 170, para 93:

“so that the sacrifice inherent in the restriction of the right to liberty is not exaggerated or excessive compared to the advantages obtained from this restriction and the achievement of the purpose sought.”

<sup>584</sup> I/A Court H. R., Case *Kimel v. Argentina*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of May 3, 2008. Series C No. 177. para. 78:

“The Court does not deem any criminal sanction regarding the right to inform or give one’s opinion to be contrary to the provisions of the Convention; however, this possibility should be carefully analyzed,

มุมมองของกลไกสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกา แม้การจำกัดการพูดซึ่งเจตนาในทางเกลียดชังโดยกฎหมายอาญาจะกระทำได้ แต่ต้องพิจารณาด้วยว่าโทษที่ได้รับ เช่น โทษจำคุก เป็นบทลงโทษที่ได้สัดส่วนกับการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังหรือไม่

นอกจากนี้กลไกสิทธิมนุษยชนแอฟริกายังมีมุมมองที่สอดคล้องกันในเรื่องหลักความได้สัดส่วน (proportionality) หรือ หลักความยุติธรรมแบบสัดส่วน (proportional justice) ว่า แนวคิดที่ว่าบทลงโทษสำหรับความผิดในฐานใดฐานหนึ่งต้องได้สัดส่วนกับความรุนแรงของความผิดฐานนั้น สิ่งหลักความได้สัดส่วนพิจารณาก็คือรัฐได้ล่วงดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล และผลประโยชน์ของสังคมส่วนรวมหรือไม่<sup>585</sup> ซึ่งมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยในเรื่องนี้ได้แก่ รัฐมีเหตุผลเพียงพอหรือไม่ในการใช้มาตรการจำกัดสิทธินั้น มีมาตรการที่จำกัดสิทธิน้อยกว่าหรือไม่ และ มาตรการของรัฐทำลายสาระสำคัญของสิทธิที่ถูกรัฐแอฟริการับรองหรือไม่<sup>586</sup> ดังนั้น คณะกรรมาธิการแอฟริกาในคดี *Zimbabwe Lawyers for Human Rights & Associated Newspaper of Zimbabwe v. Zimbabwe* จึงเห็นว่าการสั่งปิดหนังสือพิมพ์เป็นมาตรการที่ไม่ได้สัดส่วนและละเมิดเสรีภาพแห่งการแสดงออกของผู้ร้อง<sup>587</sup>

หลักการดังกล่าวยังปรากฏอยู่ในปฏิญญาว่าด้วยหลักการเสรีภาพแห่งการแสดงออกในทวีปแอฟริกา (Declaration of Principles on Freedom of Expression in Africa) ว่า “บทลงโทษต้องไม่รุนแรงเกินไปจนเป็นการแทรกแซงการใช้สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก”<sup>588</sup>

---

pondering the extreme seriousness of the conduct of the individual who expressed the opinion, his actual malice, the characteristics of the unfair damage caused, and other information which shows the absolute necessity to resort to criminal proceedings as an exception.”

<sup>585</sup> African Commission on Human and Peoples’ Rights, *Zimbabwe Lawyers for Human Rights & Associated Newspaper of Zimbabwe v. Zimbabwe*, Communication No. 284/03, para 176:

“in law, the principle of proportionality or proportional justice is used to describe the idea that the punishment for a particular offense should be proportionate to the gravity of the offense itself. The principle of proportionality seeks to determine whether, by State action, there has been a balance between protecting the rights and freedoms of the individual and the interests of society as a whole”

<sup>586</sup> Ibid.:

“Are there sufficient reasons to justify the action?, Is there a less restrictive solution? Does the action destroy the essence of the rights guaranteed by the Charter?”

<sup>587</sup> Ibid., para 178.

<sup>588</sup> African Commission on Human and Peoples’ Rights, Declaration of Principles on Freedom of Expression in Africa, Principle XII, para 1:

“sanctions should never be so severe as to interfere with the exercise of the right to freedom of expression”

ทั้งนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเห็นว่าข้อจำกัดสิทธิต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน โดยต้องเหมาะสมกับหน้าที่ของมาตรการดังกล่าวในการคุ้มครอง ต้องเป็นมาตรการที่ส่งผลกระทบต่อการใช้เสรีภาพแห่งการแสดงออกน้อยที่สุดในบรรดามาตรการที่รัฐอาจใช้ได้ และต้องได้สัดส่วนกับผลประโยชน์ที่รัฐมุ่งคุ้มครอง ความได้สัดส่วนนั้นมิได้จำกัดอยู่เฉพาะกฎหมายที่รัฐอาศัยเป็นฐานในการใช้มาตรการ แต่การใช้กฎหมายของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการต้องได้สัดส่วนด้วย<sup>589</sup> นอกจากนี้หลักความได้สัดส่วนต้องคำนึงถึงรูปแบบของการแสดงออกและวิธีการที่บุคคลใช้ในการเผยแพร่ ในการจำกัดสิทธิรัฐต้องแสดงอย่างชัดเจนซึ่งสภาพของภัยคุกคามจากการแสดงออก ความจำเป็น และความได้สัดส่วนของมาตรการที่รัฐใช้อย่างเฉพาะเจาะจงและเป็นเอกเทศเฉพาะคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงโดยตรงและทันทีทันใดระหว่าง (direct and immediate connection) ระหว่างการแสดงออกกับภัยคุกคาม<sup>590</sup>

#### ตารางที่ 11<sup>591</sup>

##### ตารางเปรียบเทียบการวินิจฉัยตีความเรื่องลักษณะและระดับความรุนแรงของการจำกัดการพูด

คดี	เนื้อหา
	<b>หลักความได้สัดส่วน (Proportionality)</b>
<i>Gunduz v. Turkey</i>	โดยหลักการแล้วการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังจึงมีความจำเป็นต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตยที่จะลงโทษหรือห้ามการแสดงออกในทุกรูปแบบ ภายใต้เงื่อนไขว่า “รูปแบบ” “เงื่อนไข” “ข้อจำกัด” หรือ

<sup>589</sup> Human Rights Committee, *General comment No. 27* (CCPR/C/21/Rev.1/Add.9), 2 November 1999, para. 14. See also Communications No. 1128/2002, *Marques v. Angola*; No. 1157/2003, *Coleman v. Australia*:

“restrictive measures must conform to the principle of proportionality; they must be appropriate to achieve their protective function; they must be the least intrusive instrument amongst those which might achieve their protective function; they must be proportionate to the interest to be protected...The principle of proportionality has to be respected not only in the law that frames the restrictions but also by the administrative and judicial authorities in applying the law”

<sup>590</sup> Human Rights Committee, *General Comment 34* (CCPR/C/GC/34), 12 September 2011, para 35. See also communication No. 926/2000, *Shin v. Republic of Korea* :

“When a State party invokes a legitimate ground for restriction of freedom of expression, it must demonstrate in specific and individualized fashion the precise nature of the threat, and the necessity and proportionality of the specific action taken, in particular by establishing a direct and immediate connection between the expression and the threat”

<sup>591</sup> ตารางที่ 11 นี้ปรากฏอยู่ในตารางสรุปข้อพิจารณาที่กลไกสิทธิมนุษยชนใช้ในการวินิจฉัยตีความขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังตามภาคผนวก



	“โทษ” นั้นต้องได้สัดส่วน (proportionate) กับวัตถุประสงค์
<i>Ricardo Canese v. Paraguay</i>	การจำกัดสิทธิภายใต้อนุสัญญา ACHR ต้องไม่เกินไปกว่า “ความจำเป็นโดยเคร่งครัดต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตย” (“strictly necessary in a democratic society”)
<i>Kimel v. Argentina</i>	บทลงโทษทางอาญา “ควรจะต้องได้รับการวิเคราะห์อย่างถี่ถ้วนโดยพิจารณาถึงความร้ายแรงของการกระทำของปัจเจกบุคคลซึ่งแสดงความคิดเห็น เจตนาชั่วร้ายของบุคคลนั้น ลักษณะของความเสียหายอันไม่เป็นที่ธรรมดาที่เกิดขึ้น และข้อมูลที่แสดงให้เห็นความจำเป็นอย่างที่สุดที่จะใช้กระบวนการทางอาญาในฐานะข้อยกเว้น”
<i>Zimbabwe Lawyers for Human Rights &amp; Associated Newspaper of Zimbabwe v. Zimbabwe</i>	ประเด็นที่ต้องวินิจฉัยในเรื่องนี้ได้แก่ <ul style="list-style-type: none"> <li>- รัฐมีเหตุผลเพียงพอหรือไม่ในการใช้มาตรการจำกัดสิทธินั้น</li> <li>- มีมาตรการที่จำกัดสิทธิน้อยกว่าหรือไม่ และ</li> <li>- มาตรการของรัฐทำลายสาระสำคัญของสิทธิที่ถูกรัฐแอฟริการับรองหรือไม่</li> </ul>
	<b>เนื้อหาของมาตรการและระดับความรุนแรง</b>
<i>Incal v. Turkey</i>	ผู้ร้องต้องคำพิพากษาให้ได้รับโทษหลายประการรวมทั้งการห้ามมิให้เป็นข้าราชการพลเรือน รวมถึงถูกห้ามเข้าร่วมกับองค์กรทางการเมืองและสหภาพการค้าบางองค์กรโดยที่ผู้ร้องมีสถานะเป็นกรรมการบริหารพรรคการเมืองฝ่ายค้านเป็นมาตรการที่ไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง
<i>Seurot v. France</i>	ผู้ร้องเป็นครูสอนประวัติศาสตร์และเขียนบทความที่ดูหมิ่นชาวแอฟริกาเหนือโดยตีพิมพ์ลงในจดหมายข่าวของโรงเรียน ศาลเห็นว่าบทลงโทษด้วยการยกเลิกสัญญาจ้างกับโรงเรียนมัธยมศึกษาเอกชนเป็นมาตรการที่ไม่รุนแรงเกินไปและได้สัดส่วน
<i>Ross v. Canada</i>	การถอดนาย Ross ออกจากงานสอนนั้นถือว่าเป็นข้อจำกัดสิทธิที่จำเป็นต่อการเคารพในสิทธิและเสรีภาพของเด็กชาวอินเดียนที่มีโรงเรียนที่ปลอดจากอคติ ความลำเอียง และการขาดขันติธรรม เพราะ นาย Ross ยังคงได้รับการแต่งตั้งให้ทำงานในตำแหน่งที่ไม่ใช่การสอนภายในเวลาไม่นานหลังจากถูกพักงานโดยไม่ได้รับค่าจ้าง ดังนั้น ข้อจำกัดสิทธิจึงมีผลเพียง

	เท่าที่จำเป็นต่อการบรรลุเป้าหมายในการคุ้มครองผู้เสียหาย
<i>Giniewski v. France</i>	ข้อจำกัดสิทธิของรัฐต้องไม่เป็นการขัดขวางสื่อมวลชนในการมีส่วนร่วมกับการถกเถียงในเรื่องที่เกี่ยวกับผลประโยชน์สาธารณะอันชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดทางอาญาอย่างส่งผลในเชิงข่มขู่ยับยั้ง (deterrent effect)
<i>Aydin Tatlav v. Turkey</i>	การดำเนินคดีอาญาซึ่งมีคำพิพากษาที่เกี่ยวกับการกักขังด้วยอาจส่งผลกระทบต่อให้นักเขียนและบรรณาธิการไม่กล้าตีพิมพ์ความคิดเห็นเกี่ยวกับศาสนาในเชิงไม่เห็นด้วย (non-conformist) และอาจขัดขวางความหลากหลายทางความคิดในสังคมซึ่งเป็นส่วนสำคัญของการพัฒนาอย่างแข็งแกร่งของสังคมประชาธิปไตย
<i>Erbakan v. Turkey</i>	นอกจากผู้ร้องจะถูกพิพากษาให้จ่ายค่าปรับ ผู้ร้องยังต้องโทษจำคุกอีก 1 ปีและถูกห้ามมิให้ใช้สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองอีกหลายประการ ศาลเห็นว่าโทษดังกล่าวเป็นโทษที่รุนแรงเมื่อคำนึงถึงปัจจัยที่ว่าผู้ร้องเป็นนักการเมืองที่มีชื่อเสียง
<i>Karatas v. Turkey</i>	ผู้ร้องต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกเกินกว่า 13 เดือนและรัฐพยายามยื่นกรณให้ผู้ร้องได้รับโทษดังกล่าว อีกทั้งโทษปรับของผู้ร้องยังมากกว่าอัตราโทษตามกฎหมายที่บังคับใช้กับคดีของผู้ร้องถึงสองเท่า ศาลจึงเห็นว่าบทลงโทษดังกล่าวไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องสังคมอันเป็นประชาธิปไตย
<i>Lohe Issa Konate v. Burkina Faso</i>	โทษปรับที่ลงกับผู้ร้องสูงเกินส่วนด้วยซึ่งโทษปรับก็อาจเป็นการขัดขวางเสรีภาพแห่งการแสดงออกของผู้ร้องได้เช่นกัน รวมถึงกรณีที่เกิดปัญหาทางการเงินแก่ผู้ร้องด้วย
<i>Zimbabwe Lawyers for Human Rights &amp; Associated Newspaper of Zimbabwe v. Zimbabwe</i>	การสั่งปิดหนังสือพิมพ์เป็นมาตรการที่ไม่ได้สัดส่วนและละเมิดเสรีภาพแห่งการแสดงออกของผู้ร้อง
<i>The Last Temptation of Christ (Olmedo)</i>	การใช้สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก ต้องไม่อยู่ภายใต้การเซ็นเซอร์ล่วงหน้า (prior censorship) แต่อาจตกอยู่ภายใต้การกำหนดความลับ

<i>Bustos and others v. Chile</i> )	ผิดในภายหลัง
	<b>มาตรการทางเลือก</b>
<i>Lehideux and Isorni v. France</i>	บทลงโทษที่ผู้ร้องได้รับซึ่งเป็นบทลงโทษในทางอาญาไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ในการจำกัดการพูดเนื่องจากมีความรุนแรงเมื่อเทียบกับทางเลือกอื่นที่รัฐอาจลงโทษผู้ร้องได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการในทางกฎหมายแพ่ง
<i>Incal v. Turkey</i>	ก่อนจะมีการแจกจ่ายใบปลิว ผู้ร้องได้ดำเนินการขออนุญาตแจกจ่ายใบปลิวจากทางการซึ่งต้องผ่านการวินิจฉัยเนื้อหาของใบปลิวจากเจ้าพนักงานตำรวจก่อน ดังนั้น ในขั้นตอนการขออนุญาต รัฐจึงมีโอกาสที่จะสั่งให้ผู้ร้องแก้ไขเนื้อหาในใบปลิว แต่รัฐเลือกที่จะดำเนินการทางอาญากับผู้ร้องในหนึ่งวันหลังจากผู้ร้องยื่นคำร้องขออนุญาตดังกล่าวต่อทางการ
	<b>ความแน่นอนในการใช้ดุลพินิจของรัฐ</b>
<i>Erbakan v. Turkey</i>	การที่รัฐเลือกที่จะดำเนินคดีกับผู้ร้องหลังจากเวลาผ่านไปถึง 4 ปีกับอีก 5 เดือนจึงเป็นมาตรการที่ไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ของการจำกัดสิทธิ
<i>Aydin Tatlav v. Turkey</i>	การที่หนังสือของผู้ร้องเคยได้รับอนุญาตให้ตีพิมพ์มาแล้วถึงสี่ครั้งจึงถูกดำเนินคดีในการพิมพ์ครั้งที่ 5 จึงแสดงให้เห็นว่ารัฐขาดความแน่นอนในการใช้ดุลพินิจ
<i>Lehideux and Isorni v. France</i>	การแสดงออกของผู้ร้องกระทำผ่านสมาคมเพื่อการรำลึกถึงจอมพลเปแตง (“the Association for the Defence of the Memory of Marshal Pétain”) และสมาคมเปแตง-แวร์เดิงแห่งชาติ (“the National Pétain-Verdun Association”) ซึ่งเป็นสมาคมที่จัดตั้งขึ้นโดยถูกต้องตามกฎหมายและมีวัตถุประสงค์เพื่อฟื้นฟูชื่อเสียงของเปแตง ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าสมาคมทั้งสองจัดตั้งโดยถูกต้องตามกฎหมายและการดำเนินงานของทั้งสองสมาคมก็ไม่เคยถูกฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมายมาก่อนเป็นปัจจัยที่ศาลเห็นว่ามาตรการจำกัดสิทธิของรัฐไม่ได้สัดส่วน

#### 4.7 สรุปท้ายบท

จากข้อพิจารณาทั้งหมดที่ผู้เขียนกล่าวถึงในบทที่ 4 นี้จะพบว่าข้อพิจารณาที่กลไกสิทธิมนุษยชนวินิจฉัยตีความเหล่านี้ช่วยเสริมสร้างความชัดเจนให้แก่ขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังยิ่งขึ้นในด้านต่อไปนี้

1. ข้อพิจารณาเหล่านี้เป็นข้อพิจารณาที่ช่วยเหลือกลไกสิทธิมนุษยชนในการวินิจฉัยตีความ “ความจำเป็น” (Necessity) ในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังอันเป็นหนึ่งในเงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกภายใต้กติกา ICCPR อนุสัญญา ECHR และ ACHR ได้แก่ เนื้อหาของการพูด สถานะทางสังคมของผู้พูด สถานะทางสังคมของผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการพูด รูปแบบของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังและผลกระทบต่อสังคมโดยรวม บริบททางสังคมและปัจจัยเรื่องเวลาและสถานที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ลักษณะและระดับความรุนแรงของการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังเป็นข้อพิจารณาที่ใช้ชี้วัดหลักความได้สัดส่วน (Proportionality) ของมาตรการจำกัดสิทธิ

2. เช่นเดียวกัน ข้อพิจารณาเหล่านี้เป็นข้อพิจารณาที่ช่วยเหลือคณะกรรมการ CERD ในการวินิจฉัยตีความเงื่อนไขในการลงโทษการเผยแพร่ความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติ หรือความเกลียดชังอันเกิดจากความแตกต่างทางเชื้อชาติตามข้อ 4 ของอนุสัญญา CERD โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อพิจารณาเรื่อง เนื้อหาของการพูด เจตนาของผู้พูด และรูปแบบของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังและผลกระทบต่อสังคมโดยรวม ทั้งนี้ คณะกรรมการ CERD ได้กล่าวเอาไว้ในข้อเสนอแนะทั่วไปฉบับที่ 35 ว่า ในการพิจารณาว่ามีการเผยแพร่ความคิด (dissemination) หรือการยุยง (incitement) เกิดขึ้นหรือไม่นั้น คณะกรรมการ CERD คำนึงถึงข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

- เนื้อหาและรูปแบบของการพูด
- บรรยากาศทางเศรษฐกิจ สังคม การเมืองของสถานที่นั้นๆ
- สถานะทางสังคมของผู้พูด
- ผลกระทบของการพูดต่อสังคมโดยรวม
- วัตถุประสงค์ในการพูดหรือเจตนาของผู้พูด

## บทที่ 5 สรุปและข้อเสนอแนะ

### 5.1 สรุป

จากการที่ได้ศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนพบว่ากลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคมีความเห็นที่สอดคล้องกันในเรื่องแนวทางการวินิจฉัยขอบเขตการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังว่าการจำกัดการสิทธิของรัฐต้องสอดคล้องกับเงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดสิทธิและเงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

ในส่วนของเงื่อนไขทั่วไปในกรณีของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป และอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกา การจำกัดสิทธิบัญญัติไว้ในกฎหมายตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Legality) โดยวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิจะต้องจำเป็นต่อเหตุใดเหตุหนึ่งตามที่สนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้นๆ ระบุไว้ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองระบุว่าข้อจำกัดสิทธิต้องจำเป็นต่อการเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น การรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือการสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน และอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรประบุว่าข้อจำกัดสิทธิต้องจำเป็นต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตย ผลประโยชน์ด้านความมั่นคงของชาติ บุรณภาพแห่งดินแดน หรือความปลอดภัยของประชาชน การป้องกันความไม่สงบเรียบร้อยหรืออาชญากรรม การคุ้มครองการสาธารณสุขหรือศีลธรรม การคุ้มครองชื่อเสียงหรือสิทธิของบุคคลอื่น การป้องกันการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับ หรือการอ้างไว้ซึ่งอำนาจและความเป็นกลางของฝ่ายตุลาการ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักความจำเป็น (Necessity) ซึ่งนอกจากต้องมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว มาตรการที่รัฐใช้ในการจำกัดสิทธิต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน (Proportionality) ด้วย กล่าวคือ มาตรการของรัฐต้องได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่รัฐมุ่งคุ้มครอง โดยต้องเป็นมาตรการที่กระทบต่อการใช้สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกของประชาชนให้น้อยที่สุด โดยสิทธิที่ต้องเสียไปต้องไม่เกินส่วนไปกว่าประโยชน์รัฐจะได้รับจากการจำกัดสิทธิ

ในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ข้อจำกัดสิทธิของรัฐต้องสอดคล้องกับเงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังซึ่งในกรณีของกติกา ICCPR คือ ข้อ 20 และอนุสัญญา ACHR คือ ข้อ 13 (5) ซึ่งประกอบด้วย

1. การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังซึ่งยั่วยุ (advocacy of hatred that constitutes incitement)

2. พื้นฐานของความเกลียดชัง (ground) คือ ชาติ เผ่าพันธุ์ และศาสนา

3. เป้าหมายของการยั่วยุ คือ ในกรณีกติกา ICCPR คือ การเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิกิริยาหรือการใช้ความรุนแรง และในกรณีอนุสัญญา ACHR เป้าหมายดังกล่าวมีได้เพียงเรื่องเดียว คือ การใช้ความรุนแรงอันผิดกฎหมายหรือการกระทำในลักษณะเดียวกัน

ส่วนในกรณีของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ การกระทำที่รัฐอาจลงโทษ คือ

1. การเผยแพร่ความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติ หรือความเกลียดชังอันเกิดจากความแตกต่างทางเชื้อชาติ (dissemination of ideas based upon racial superiority or hatred)
2. การยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังทางเชื้อชาติ (incitement to racial hatred)
3. การกระทำรุนแรงหรือต่อชนเชื้อชาติหนึ่งเชื้อชาติใดหรือกลุ่มบุคคลที่มีสีผิวอื่นหรือเผ่าพันธุ์กำเนิดอื่น (acts of violence against any race or group of persons of another colour or ethnic origin)
4. กระตุ้นให้เกิดการกระทำรุนแรงนั้น (incitement to such acts)

กลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคต่างก็เห็นพ้องกันว่าในการวินิจฉัยขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังมีข้อพิจารณาต่างๆ ที่กลไกสิทธิมนุษยชนจำต้องคำนึงถึงนอกจากเนื้อหาของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง (Content) ข้อพิจารณาต่างๆ เหล่านี้ คือ 1) เจตนาของผู้พูด 2) สถานะทางสังคมของผู้พูด 3) สถานะทางสังคมของผู้ที่ถูกกระทบโดยการพูด 4) รูปแบบของการพูดและผลกระทบต่อสังคมโดยรวมของการพูด 5) บริบททางสังคมและปัจจัยเรื่องเวลาและสถานที่ และ 6) ลักษณะและระดับความรุนแรงของมาตรการที่รัฐใช้ในการจำกัดสิทธิผู้พูดในกรณีอื่นๆ ซึ่งจากการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนพบว่า

1. ข้อพิจารณาเหล่านี้เป็นข้อพิจารณาที่ช่วยเหลือกลไกสิทธิมนุษยชนในการวินิจฉัยตีความ “ความจำเป็น” (Necessity) ในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังอันเป็นหนึ่งในเงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกภายใต้กติกา ICCPR อนุสัญญา ECHR และ ACHR และ

2. ข้อพิจารณาเหล่านี้เป็นข้อพิจารณาที่ช่วยเหลือคณะกรรมการ CERD ในการวินิจฉัยตีความเงื่อนไขในการลงโทษการเผยแพร่ความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติ

หรือความเกลียดชังอันเกิดจากความแตกต่างทางเชื้อชาติตามข้อ 4 ของอนุสัญญา CERD ดังปรากฏอยู่ในข้อเสนอแนะทั่วไปฉบับที่ 35 ว่าเป็นข้อพิจารณาที่คณะกรรมการคำนึงถึงในการพิจารณาว่ามีการเผยแพร่ความคิด (dissemination) หรือการยั่วยุ (incitement) เกิดขึ้นหรือไม่

การวิเคราะห์บริบทและข้อพิจารณาต่างๆ ที่มีการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังเกิดขึ้นมีความสำคัญเนื่องจากเนื้อหาของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในแต่ละสังคมอาจมีความแตกต่างกันไป ความแตกต่างนั้นอาจเกิดจากนิยามของสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่กลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหรือระดับภูมิภาคนั้นๆ ต้องตีความซึ่งนิยามของสนธิสัญญาแต่ละฉบับอาจแตกต่างกันในรายละเอียด เช่น ในขณะที่กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองระบุว่าการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังนั้นต้องช่วยทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรง แต่อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริการะบุว่าการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังต้องช่วยทำให้เกิดการใช้ความรุนแรงเท่านั้น หรือความแตกต่างอาจเกิดจากคุณค่าและระดับการให้ความสำคัญครองเสรีภาพในเนื้อหาไม่เท่ากันในแต่ละสังคมก็ได้ กล่าวคือ สังคมแต่ละสังคมย่อมมีความแตกต่างกันทั้งในแง่ของประวัติศาสตร์ ขนบธรรมเนียมประเพณี ศาสนา ตลอดจนระบอบการปกครอง สังคมแต่ละสังคมจึงให้คุณค่าและความคุ้มครองกับการใช้สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกในแต่ละด้านไม่เท่ากัน มุมมองเกี่ยวกับเนื้อหาของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในแต่ละสังคมจึงไม่เหมือนกัน และปัญหาการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังของสังคมก็ย่อมแตกต่างกันไปตามปัญหาความขัดแย้งที่แต่ละสังคมเผชิญด้วย เช่น คดีที่เกี่ยวข้องกับประเทศฝรั่งเศสมักเกี่ยวข้องกับแนวคิดการต่อต้านยิว (anti-Semitism) และการปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Holocaust denial) ขณะที่คดีที่เกี่ยวข้องกับประเทศตุรกีหลายคดีมีพื้นหลังของการต่อต้านการก่อการร้ายซึ่งเกี่ยวข้องกับกลุ่มชาติพันธุ์

ความแตกต่างทางสังคมนี้ยังสะท้อนถึงพัฒนาการที่แตกต่างกันของกลไกสิทธิมนุษยชนแต่ละกลไกด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระดับภูมิภาค ประการแรก คือ ความแตกต่างในด้านพัฒนาการของตัวกลไกการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเองที่ไม่เท่ากันในแต่ละภูมิภาค เห็นได้ว่าในขณะที่กลไกสิทธิมนุษยชนยุโรปก่อตัวตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สองและมีคดีวินิจฉัยเกี่ยวกับเนื้อหาของสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกและการพูดซึ่งเจตนาในทางเกลียดชังหลายคดี กลไกสิทธิมนุษยชนทวีปอเมริกาเกิดขึ้นในช่วงสงครามเย็น และปัจจุบันศาลสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแอฟริกาเริ่มตัดสินคดีแรกมาตั้งแต่ปี 2008 ความแตกต่างในด้านพัฒนาการนี้สะท้อนถึงประสิทธิภาพของแต่ละกลไกด้วยเช่นกัน เห็นได้ว่า ในขณะที่ปัจจุบันคณะมนตรียุโรปมีระบบความร่วมมือในการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและมีการตรวจตราดูแลใกล้ชิด เมื่อประมาณสิบปีที่แล้วกลไกสิทธิมนุษยชนแอฟริกายังคงเผชิญปัญหาในเรื่องประสิทธิภาพอยู่ และที่สำคัญอีกประการ คือ กลไก

สิทธิมนุษยชนในแต่ละภูมิภาคเกิดขึ้นจากพื้นหลังประวัติศาสตร์ที่แตกต่างกัน ทั้งลักษณะคดีที่มีการตัดสิน และน้ำหนักการให้ความคุ้มครองเสรีภาพของแต่ละศาลย่อมแตกต่างกันไปด้วย

ดังนั้น ข้อพิจารณาต่างๆ ที่กลไกสิทธิมนุษยชนหยิบยกขึ้นวินิจฉัย ไม่ว่าจะเป็นเจตนาของผู้พูด สถานะทางสังคมของผู้พูด สถานะทางสังคมของผู้ที่ถูกกระทบโดยการพูด รูปแบบของการพูดและผลกระทบต่อสังคมโดยรวมของการพูด บริบททางสังคมและปัจจัยเรื่องเวลาและสถานที่ และลักษณะและระดับความรุนแรงของมาตรการที่รัฐใช้ในการจำกัดสิทธิผู้พูดในกรณีนั้นๆ ย่อมทำให้กลไกสิทธิมนุษยชนมีหลักในการวินิจฉัยที่เป็นภาวะวิสัยมากขึ้นเพื่อให้เกิดการถ่วงดุลระหว่างเสรีภาพแห่งการแสดงออกและการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาที่สอดคล้องกับบริบททางสังคมและน่าจะก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่เป็นธรรมแก่ผู้ที่ถูกจำกัดสิทธิเพราะเป็นการทำให้แน่ใจว่ามาตรการจำกัดสิทธิดังกล่าวจำเป็นต่อสังคมและได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่จะได้รับจริงๆ อีกทั้งการที่กลไกสิทธิมนุษยชนใช้ข้อพิจารณาอย่างเดียวกันเป็นหลักเกณฑ์ย่อมทำให้ได้ผลลัพธ์ที่สอดคล้องกันด้วย

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

1. เนื่องด้วยปัจจุบันรัฐส่วนใหญ่ล้วนเป็นภาคีสถิติสัญญาระหว่างประเทศในด้านสิทธิมนุษยชนทั้งสิ้น มาตรฐานในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจึงควรเป็นไปตามมาตรฐานการคุ้มครองและการตีความของสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ตนเป็นภาคี โดยเฉพาะอย่างยิ่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองซึ่งมีความเป็นสากล และแม้การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังจะไม่มีนิยามแน่ชัด แต่ควรมีการตั้งนิยามศัพท์ที่สำคัญให้ชัดเจน เช่น ความเกลียดชัง (hatred) การเลือกปฏิบัติ (non-discrimination) การใช้ความรุนแรง (violence) และการเป็นปฏิปักษ์ (hostility) เพื่อให้รัฐมีเป้าหมายในการคุ้มครองที่ชัดเจนยิ่งขึ้นและเป็นเอกภาพ ทั้งนี้ รัฐควรปฏิบัติตามพันธกรณีของตนในด้านสิทธิมนุษยชนอย่างเคร่งครัด

2. ในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง รัฐควรยึดมั่นต่อหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นแนวทางการวินิจฉัยขอบเขตการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค กล่าวคือ ข้อจำกัดสิทธิของรัฐต้องสอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Legality) หลักความชอบธรรม (Legitimacy) และหลักความจำเป็น (Necessity) ในฐานะที่เป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และพึงระลึกว่าการจำกัดสิทธิเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น นอกจากนี้หลักเกณฑ์นี้ยังสะท้อนให้เห็นว่าหลักนิติรัฐเป็นกลไกสำคัญในการสร้างหลักประกันการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในแต่ละประเทศ และรัฐควรยึดมั่นต่อเงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดการพูดซึ่งมี



เจตนาในทางเกลียดชัง ทั้ง บนฐานของการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังและการเผยแพร่ความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติ หรือความเกลียดชังอันเกิดจากความแตกต่างทางเชื้อชาติ

3. ในการวินิจฉัยขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ปัจจัยต่างๆ ที่กลไกสิทธิมนุษยชนที่ทำหน้าที่วินิจฉัยไม่ว่าเป็นกลไกระหว่างประเทศหรือภายในประเทศควรคำนึงถึง คือ 1) เจตนาของผู้พูด 2) สถานะทางสังคมของผู้พูด 3) สถานะทางสังคมของผู้ที่ถูกกระทบโดยการพูด 4) รูปแบบของการพูดและผลกระทบต่อสังคมโดยรวมของการพูด 5) บริบททางสังคมและปัจจัยเรื่องเวลาและสถานที่ และ 6) ลักษณะและระดับความรุนแรงของมาตรการที่รัฐใช้ในการจำกัดสิทธิผู้พูดในกรณีนั้นๆ และศาลภายในของรัฐควรคำนึงถึงปัจจัยดังกล่าวในการตัดสินคดีที่เกี่ยวกับการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังด้วย

4. กลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคควรส่งเสริมการปฏิบัติตามเงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก เงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ตลอดจนปัจจัยต่างๆ ที่ควรคำนึงถึงในการวินิจฉัยขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังโดยการเสนอแนะแก่รัฐในรูปของความเห็นทั่วไป ซึ่งในระดับระหว่างประเทศในปัจจุบันคณะกรรมการ CERD ได้บรรจุปัจจัยที่ใช้ในการวินิจฉัยขอบเขตในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังลงในข้อเสนอแนะทั่วไปฉบับที่ 35 ว่าด้วยการต่อต้านการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังในทางเชื้อชาติ (General Recommendation No. 35 on combating racist hate speech) สำหรับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเคยกล่าวถึงประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังและสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกในความเห็นทั่วไปฉบับที่ 34 แต่มีรายละเอียดไม่มากนักจึงควรขยายความและระบุถึงปัจจัยต่างๆ เหล่านี้ด้วย

5. การมีกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคสะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญของการที่ปัจเจกบุคคลอาจเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมเพื่อให้มีการทบทวนการกระทำของรัฐไม่ว่าจะโดยการใช้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการเพื่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างมีประสิทธิภาพ แม้มีไซ้กลไกระหว่างประเทศ แต่การมีกลไกการทบทวนคำตัดสินของรัฐภายในประเทศที่มีประสิทธิภาพย่อมช่วยคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และแนวทางการวินิจฉัยของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคก็ย่อมเป็นแนวทางให้กลไกสิทธิมนุษยชนในประเทศได้เช่นกัน

6. จากการศึกษากลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคทำให้เห็นได้ว่ากระบวนการหลังมีคำตัดสินก็เป็นสิ่งสำคัญ เพราะ บุคคลจะได้รับ ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยแท้จริงก็ต่อเมื่อการเยียวยาต้องบังคับได้จริง ดังนั้น กลไกบังคับให้เป็นไปตามคำตัดสินของกลไกสิทธิมนุษยชนจึงมีความสำคัญยิ่งเพื่อให้ปัจเจกบุคคลได้รับการเยียวยาตามความเป็นจริง มิใช่เพียงมีสิทธิตามกฎหมาย และรัฐในฐานะผู้ที่ต้องปฏิบัติตามคำตัดสินของกลไกสิทธิมนุษยชนในกรณีที่มีการ

ละเมิดสิทธิเกิดขึ้น ควรจัดให้มีกระบวนการเยียวยาที่ได้ผล (effective remedy) ไม่ว่าจะเป็นการเยียวยาในด้านใด

7. ในส่วนของเนื้อหาการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง กลไกสิทธิมนุษยชนและรัฐควรยึดถือเป็นอย่างเดียวกันว่าการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังย่อมไม่รวมถึงคำพูดที่ก่อให้เกิดความตกใจ (shocking) ก่อให้เกิดความรำคาญ (disturbing) และมีลักษณะที่โจมตี (offensive) เท่านั้น แต่จะต้องเป็นการพูดที่สนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังโดยมุ่งต่อลักษณะพิเศษของบุคคลที่กลุ่มหนึ่งกลุ่มใดมีร่วมกัน (protected characteristics) เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ชาติพันธุ์ สัญชาติ ความหลากหลายทางเพศ ตลอดจนลักษณะพิเศษอื่นใดที่เป็นส่วนสำคัญของอัตลักษณ์ของกลุ่ม ซึ่งลักษณะพิเศษดังกล่าวนี้เป็นลักษณะพิเศษที่มีลักษณะเป็นการถาวร (immutable) และเป็นส่วนประกอบพื้นฐาน (fundamental) ของอัตลักษณ์ของบุคคลที่มีลักษณะพิเศษนั้นๆ

8. การจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังโดยรัฐ นอกจากจะต้องเป็นไปตามองค์ประกอบภายนอกซึ่งกำหนดไว้โดยสนธิสัญญาแล้ว กลไกสิทธิมนุษยชนและรัฐจะต้องพิจารณาองค์ประกอบภายในด้วย ผู้พูดจะต้องมีเจตนา “ในทางเกลียดชัง” กล่าวคือ ผู้พูดจะต้องเจตนาให้เกิดความเกลียดชังขึ้นในกรณีของการยั่วให้เกิดความเกลียดชัง ดังนั้น การพิจารณาว่าผู้พูดมีเจตนาในทางเกลียดชังหรือไม่ต้องพิจารณาจากเจตนาที่แท้จริง ดังนั้น การพูดในประเด็นที่เป็นผลประโยชน์สาธารณะย่อมได้รับความคุ้มครอง แม้จะมีส่วนในการเผยแพร่การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

9. ในการพูดที่มีเนื้อหาในทางการเมือง (political speech) การพูดในประเด็นประโยชน์สาธารณะ (public interest) หรือการถกเถียงกันตามระบอบประชาธิปไตย (democratic debate) ต้องได้รับความคุ้มครองและไม่ควรถูกจำกัดหากไม่มีเหตุผลอันจำเป็นเร่งด่วน ทั้งนี้ ภายใต้ข้อพิจารณาอื่นๆ ประกอบ กล่าวคือ

9.1 บทบาทของนักการเมืองในฐานะผู้พูดแม้จะมีเสรีภาพในการถกเถียงแต่ในการพูดก็ต้องหลีกเลี่ยงคำพูดที่อาจปลุกฝังความคิดของการขาดขันติธรรม และในฐานะผู้ได้รับผลกระทบจากการพูดย่อมต้องมีขันติธรรมที่มากกว่าบุคคลทั่วไปต่อการวิพากษ์วิจารณ์

9.2 เช่นเดียวกับกับเจ้าหน้าที่รัฐที่ในฐานะบุคคลสาธารณะย่อมตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบและการวิพากษ์วิจารณ์ในสังคมทั่วไปมากขึ้น แต่ก็ไม่ควรที่จะถูกปฏิบัติในระดับเดียวกับกรณีนักการเมือง เพราะ เจ้าหน้าที่รัฐจำเป็นต้องได้รับความไว้วางใจจากสังคมและรัฐต้องคุ้มครองบุคคลเหล่านี้จากการกล่าวหาที่ไม่มีมูลความจริง

9.3 สื่อมวลชนในฐานะผู้พูดย่อมได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นยามเฝ้าระวังให้แก่สังคมและได้รับเสรีภาพของสื่อ ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขว่าการใช้สิทธิในเสรีภาพของสื่อมวลชนเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริต และในการพูด ได้ให้ข้อมูลที่เชื่อถือได้และแน่นอนต่อสังคม ดังนั้น ในประเด็นที่เป็นผลประโยชน์สาธารณะ แม้จะเกี่ยวกับการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง สื่อมวลชนไม่ควรที่จะต้อง

รับผิดชอบการนำเสนอข่าวหรือข้อมูลเว้นแต่ว่าจะมีเจตนาเผยแพร่ข้อมูลเพื่อให้เกิดความเกลียดชังขึ้น อย่างไรก็ตาม ในบางสถานการณ์สื่อมวลชนอาจต้องรับผิดชอบต่อการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังที่เกิดขึ้น หากการนำเสนอข่าวทำให้สถานการณ์เลวร้ายยิ่งขึ้น เช่น สถานการณ์ที่เกิดขึ้นในคดี *Surek v. Turkey*

10. บุคคลที่มีสถานะทางสังคมบางประการ เช่น นักการเมือง เจ้าหน้าที่รัฐ นักข่าว ควรคำนึงถึงหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษในการเกี่ยวข้องกับคำพูดทั้งในฐานะผู้พูดและในฐานะผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการพูด ทั้งในเรื่องสิทธิที่จะพูดในเรื่องที่เป็นประโยชน์สาธารณะ การหลีกเลี่ยงคำพูดที่อาจปลุกฝังความคิดของการขาดขันติธรรม รวมถึงการมีขันติธรรมที่เพิ่มขึ้นจากสถานะทางสังคมของตน และรัฐควรบังคับใช้กฎหมายในการจำกัดการพูดหรือในการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่มีสถานะดังกล่าวนี้ให้สอดคล้องกับการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค ขณะเดียวกันบุคคลดังกล่าวน่าจะสร้างระเบียบภายในของตนเพื่อการปฏิบัติตนให้สอดคล้องกับหลักการมีขันติธรรม และในการใช้สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกควรจะชี้้นำความคิดเห็นของสังคมไปในทางที่เป็นคุณและเอื้ออำนวยต่อความหลากหลายทางสังคม

11. ในการพูดที่มีเนื้อหาทางศาสนา (religious speech) การพูดย่อมได้รับการคุ้มครองภายใต้เงื่อนไข

- การแสดงออกนั้นมิใช่การโจมตีอย่างไร้เหตุผล (gratuitously offensive)
- น้ำเสียงในเชิงดูหมิ่นต้องไม่มุ่งเป้าต่อกลุ่มความเชื่อกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ
- การแสดงออกต้องไม่เป็นการดูหมิ่นต่อบุคคลที่เชื่อในศาสนานั้นๆ หรือสัญลักษณ์ที่ศักดิ์สิทธิ์ในศาสนานั้นๆ
- การแสดงออกต้องไม่เป็นการกระทำต่อสิทธิของบุคคลอื่นในการที่จะแสดงออกและปฏิบัติตามความเชื่อในศาสนาของตน และไม่ใส่ร้ายป้ายสีต่อศาสนานั้น
- โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ต้องไม่ยั่วยุให้เกิดความไม่เคารพ ความเกลียดชัง หรือการใช้ความรุนแรง

12. ในส่วนของรูปแบบของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังและผลกระทบต่อสังคมโดยรวม รัฐควรคำนึงถึงลักษณะความเป็นสาธารณะ (public nature) ของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังเพื่อการลงโทษหรือออกข้อจำกัดสิทธิเพื่อให้การจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังสอดคล้องกับการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค

13. ในการพิจารณาบทลงโทษหรือการออกข้อจำกัดสิทธิ รัฐควรคำนึงถึงบริบททางสังคมและปัจจัยเรื่องเวลาและสถานที่ เช่นเดียวกับลักษณะและระดับความรุนแรงของการจำกัดการพูด เพื่อให้

การจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังมีความสอดคล้องกับเงื่อนไขทั่วไปในการจำกัดเสรีภาพแห่งการแสดงออก เงื่อนไขเฉพาะในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง ตลอดจนการวินิจฉัยตีความของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาค

14. จากการศึกษาบทบาทของกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและระดับภูมิภาคทำให้พบว่า กระบวนการเยียวยาไม่ใช่ทางออกเดียว แต่กลไกเหล่านี้ยังมีบทบาทในเชิงกำหนดนโยบายในรูปแบบปฏิญญาหรือแผนปฏิบัติการต่างๆ ความร่วมมือระหว่างประเทศเหล่านี้สะท้อนให้เห็นว่า การแก้ปัญหาด้านสิทธิมนุษยชนไม่จำเป็นต้องกระทำหลังเกิดความขัดแย้งขึ้นแล้วเสมอไป แต่ย่อมกระทำได้ก่อนเกิดความขัดแย้งด้วย การกระทำดังกล่าวอาจเป็นการใช้กฎหมาย เช่น การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) และการสร้างความเท่าเทียมอย่างเคร่งครัด และการให้ความคุ้มครองชนกลุ่มน้อยหรือกลุ่มคนที่เป็นกลุ่มเสี่ยง หรือการดำเนินนโยบายอื่น เช่น การสร้างความเข้าใจ การให้ความรู้ และการลดความขัดแย้งในสังคมระหว่างกลุ่มคนที่มีอัตลักษณ์แตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปลูกฝัง “การมีขันติธรรม” (Tolerance) ระหว่างบุคคลซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญของการอยู่ร่วมกันโดยสันติในสังคมประชาธิปไตย

## รายการอ้างอิง

- Barendt, E. Freedom of Speech. Second ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Bertoni, E. "A Study on the Prohibition of Incitement to Hatred in the Americas." In Expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred. Santiago, 2011.
- Blackstone, W. Commentaries on the Laws of England. Cavendish Publishing, 2001.
- Bothe, A. B. a. M. Chapter 6: General Report on the Theory of Limitations on Human Rights. In Edited by al., A. d. M. e., The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law. Cowansville, Que.: Y. Blais, 1986.
- Brugger, W. Ban or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law. Tulane European and Civil Law Forum 17 (2002).
- Burchill, A. C. a. R. Introduction. In Edited by Burchill, A. C. a. R., Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee. Ashgate, 2004.
- Christians, L.-L. "Study for the Workshop on Europe." In Expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred. Vienna, 2011.
- Commission), E. C. F. D. T. L. V. "Report on the Relationship between Freedom of Expression and Freedom of Religion: The Issue of Regulation and Prosecution of Blasphemy, Religious Insult and Incitement to Religious Hatred."
- Conte, A. Procedure under the Optional Protocol. In Edited by Burchill, A. C. a. R., Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee. Ashgate, 2004.
- Council of Europe, C. o. E. f. t. D. o. H. R. "Report: Human Rights in a Multicultural Society Hate Speech."
- Darwell, S. L. The Second-Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006.
- . Two Kinds of Respect. Ethics (1977).

- Delgado. *Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name Calling.* Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 17 (1982).
- Diene, D. "Study of the Prohibition of Incitement to National, Racial or Religious Hatred in Africa." In Expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred. Nairobi, 2011.
- Dunbar, H. a. Synergies in Minority Protection: European and International Law Perspectives. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2008.
- Dworkin, R. M., ed. *The Philosophy of Law.* Oxford: Oxford University Press, 1977.
- . Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2000.
- . Taking Rights Seriously. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.
- Emerson, T. I. Toward a General Theory of the First Amendment. Yale Law Journal 72 (1962-1963).
- Farrior, S. Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law Concerning Hate Speech. Berkeley Journal of International Law 14 (1996).
- Fish, S. There's No Such Thing as Free Speech and It's a Good Thing Too. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- Folkard, H. C. The Law of Slander and Libel. Seventh ed. London: Butterworth & Co., 1908.
- Fredman, S. Discrimination Law. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Garibaldi, O. General Limitations on Human Rights: The Principle of Legality. Harvard International Law Journal 17 (1976).
- Gibbons, T. Defamation Reconsidered. Oxford Journal of Legal Studies 16 (1996).
- Hollander, J. Hate Speech: A Historical Inquiry into the Development of Its Legal Status. Master Thesis, University of Groningen. 2007.
- Initiative, O. S. J. From Judgment to Justice: Implementing International and Regional Human Rights Decisions. 2010.
- Jr., E. B. a. J. R. The American Convention on Human Rights: Regulation of Hate Speech and Similar Expression. In Edited by Molnar, M. H. a. P., The Content

- and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses.  
Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Kant, I. Foundations of the Metaphysics of Morals and What Is Enlightenment? New York: Macmillan Pub. Co., 1986.
- Keane, D. Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights. Netherlands Quarterly of Human Rights 25 (2007).
- Killander, C. H. a. M. Africa. In Edited by Daniel Moeckli, S. S., Sandesh Sivakumaran and David Harris, International Human Rights Law. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Killander, M. Confidentiality Versus Publicity: Interpreting Article 59 of the African Charter on Human and Peoples' Rights. African Human Rights Law Journal 6 (2006).
- Kiss, A. C. Permissible Limitations on Rights. In Edited by Henkin, L., The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights. New York: Columbia University Press, 1981.
- Kretzmer. Freedom of Speech and Racism. Cardozo Law Review 8 (1987).
- Legge, J., ed. *The Works of Mencious, Tsin-Sin*. Oxford, 1892.
- Lewis. Defamation: Reputation and Encounter. In Edited by Friedman/Rehbinder, Zur Soziologie Des Gerichtsverfahrens, Jahrbuch Fur Rechissoziolgi E Und Rechtstheorie. CHULALONGKORN UNIVERSITY
- Lidsky, L. B. Defamation, Reputation, and the Myth of Community. Washington Law Review 71 (1996).
- Machiavelli, N. Discourses on the First Decade of Titus Livius. London: 1674.
- McGoldrick, D. The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights. Second ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- McNamara, L. Reputation and Defamation. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Meyerson, D. The Protection of Religious Rights under Australian Law. Brigham Young University Law Review (2009).
- Mihajlova, B. a. S. Freedom of Expression and Hate Speech. Skopje: OSCE, 2013.

- Mill, J. S. On Liberty. In Edited by Gross, J. F. a. H., Philosophy of Law. Encino, California: Dickenson Pub. Co., 1975.
- Milo, D. Defamation and Freedom of Speech. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Milton, J. "Areopagitica."
- Minister, C. o. E. C. o. "Supervision of the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights: 2nd Annual Report." 2008.
- . "Supervision of the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights: 8th Annual Report." 2014.
- Molnar, P. Towards Improved Law and Policy on 'Hate Speech'—the 'Clear and Present Danger' Test in Hungary. In Edited by Weinstein, I. H. a. J., Extreme Speech and Democracy. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Muntarhorn, V. "Study on the Prohibition of Incitement to National, Racial or Religious Hatred: Lessons from the Asia Pacific Region." In Expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred. Bangkok, 2011.
- Musgrove, H. What Makes Race So Special: Should Hate Speech Provisions under the Human Rights Act 1993 Be Extended to Cover Target Groups Other Than Race? BA dissertation, University of Otago. 2009.
- Nasr, S. H. The Concept and Reality of Freedom in Islam and Islamic Civilization. In Edited by Rosenbaum, A. S., The Philosophy of Human Rights: International Perspectives. West port, Conn.: Green Wood Press, 1980.
- Nollkaemper, R. v. A. a. A. "The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law." In ACIL Research Paper No. 2011-02: Amsterdam Center for International Law, University of Amsterdam, 2011.
- Nowak. Un Covenant on Civil and Political Rights. Second ed. Kehl, Germany: NP Engel, 2005.
- Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression, I. A. C. o. H. R. "Reparations for the Violation of the Right to Freedom of Expression in the Inter American System."
- Opsahl, E. M. a. T. The Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights. Santa Clara Law Review 21 (1981).



- Parekh, B. Is There a Case for Banning Hate Speech? In Edited by Molnar, M. H. a. P., The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Partsch, K. J. Chapter 4: The Contribution of Universal International Instruments on Human Rights. In Edited by al., A. d. M. e., The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law. Cowansville, Que.: Y. Blais, 1986.
- . Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms. In Edited by Henkin, L., The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights. New York: Columbia University Press, 1981.
- Post, R. Hate Speech. In Edited by Weinstein, I. H. a. J., Extreme Speech and Democracy. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- . Racist Speech, Democracy, and the First Amendment. William and Mary Law Review 32 (1991).
- . The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution. California Law Review 74 (1986).
- Rawls, J. Political Liberalism. Third ed. New York: Columbia University Press, 2005.
- . A Theory of Justice. Revised ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.
- Raz, J. Free Expression and Personal Identification. In Edited by Waluchow, W. J., Free Expression: Essays in Law and Philosophy. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- Redish, M. H. The Value of Free Speech. University of Pennsylvania Law Review 130 (1982).
- Rights, E. C. o. H. Some Facts and Figures, 1998-2008. Strasbourg: Council of Europe, 2008.
- Rights, O. o. t. S. R. f. F. o. E. I. A. C. o. H. "Inter-American Legal Framework Regarding the Right to Freedom of Expression."
- Rogers, P. M. a. W. V. H. Gatley on Libel and Slander. Tenth ed.: Sweet & Maxwell, 2004.
- Rosenfeld, M. Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis. Cardozo Law Review 24 (2003).

- Scanlon, T. M. The Difficulty of Tolerance. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Scanlon, T. M. A Theory of Freedom of Expression. In Edited by Dworkin, R. M., The Philosophy of Law. Oxford: Oxford University Press, 1977.
- Schauer, F. Free Speech: A Philosophical Enquiry. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- Schutter, D. International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Starkie, T. A Treatise on the Law of Slander, Libel Scandalum magnatum and False Rumours. London: W. Clarke and Sons, 1813.
- Steiner, A. a. G. International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals: Text and Materials. Third ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Thernstrom, A. Voting Rights, Another Affirmative Action Mess. UCLA Law Review 43 (1996).
- Timmermann, W. K. Incitement, Instigation, Hate Speech and War Propaganda in International Law. Thesis, LL.M. in International Humanitarian Law, CUDIH – Centre Universitaire de Droit International Humanitaire. 2006.
- Veder, V. V. The History and Theory of the Law of Defamation. Columbia Law Review 4 (1904).
- Verdoodt, A. Naissance Et Signification De La Declaration Universelle Des Droits De L'homme. 1964.
- Viljoen, C. H. a. F. The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level. The Hague: Kluwer Law International, 2002.
- Voorhoof, H. C. a. D. The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democrac and Human Rights Protection? Netherlands Quarterly of Human Rights 29/1 (2011).
- W. Prosser, D. D. a. R. K. Prosser and Keeton on Torts. Fifth ed.: 1984.
- Waldron, J. The Harm in Hate Speech. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012.
- Weber, A. Manual on Hate Speech. Council of Europe Publishing, 2009.

Wilson, B., ed. *The Works of James Wilson*. Vol. III. Philadelphia: Bronson and Chauncey, 1804.

Woo, P. K. Y. A Metaphysical Approach to Human Rights from a Chinese Point of View. In Edited by Rosenbaum, A. S., *The Philosophy of Human Rights: International Perspectives*. West port, Conn.: Green Wood Press, 1980.

Wright. Racist Speech and the First Amendment. *Mississippi College Law Review* 9 (1988).

โทบุรี, ว. แนวคำพิพากษาศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งวันดาต่อความผิดฐานยุยงโดยตรงและโดยสาธารณะให้ทำลายล้างเผ่าพันธุ์. *วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*. 2553.

สินศุภฤกษ์, จ. *กฎหมายระหว่างประเทศกับการเมืองระหว่างประเทศ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547.





ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

## ภาคผนวก

ตารางสรุปข้อพิจารณาที่กลไกสิทธิมนุษยชนใช้ในการวินิจฉัยตีความขอบเขตในการจำกัดการพูด  
ซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง

คดี	สรุป
	การวินิจฉัยตีความในเรื่องเนื้อหาของการพูด (ตารางที่ 5)
	ลักษณะทั่วไปของการวินิจฉัยตีความเนื้อหาของการพูด
- <i>I. A. v. Turkey</i> - <i>Kimel v. Argentina</i> - <i>Case of “The Last Temptation of Christ” (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile</i>	การพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังย่อมไม่รวมถึงคำพูดที่ก่อให้เกิดความตกใจ (shocking) ก่อให้เกิดความรำคาญ (disturbing) และมีลักษณะที่โจ่งตี่ (offensive)
<i>Garaudy v. France</i>	จะต้องมีการแยกแยะระหว่างข้อเท็จจริงซึ่งยังเป็นที่ถกเถียงกันกับข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ซึ่งเป็นที่ชัดเจนแล้ว เช่น การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Holocaust denial) ย่อมไม่ใช่การใช้เสรีภาพแห่งการแสดงออกเพื่อการค้นหาความจริง
<i>Lehideux and Isorni v. France</i>	ผู้ร้องทั้งสองพยายามสนับสนุนทฤษฎีที่ชื่อว่าทฤษฎี double game ซึ่งเห็นว่าการที่ฝรั่งเศสยอมจำนนต่อนาซีเป็นนโยบายที่ถูกต้องและสรรเสริญว่านโยบายดังกล่าวเป็นนโยบายที่ชาญฉลาดอย่างยิ่ง (supremely skillful) อันเป็นทฤษฎีที่ไม่เป็นที่ยอมรับและยังคงเป็นข้อถกเถียงกันในหมู่นักประวัติศาสตร์ซึ่งศาลเห็นว่าไม่ใช่ข้อเท็จจริงในทางประวัติศาสตร์ที่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไป
	<b>Political Speech</b>
<i>Erbakan v. Turkey</i>	การพูดซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับการเมืองหรือผลประโยชน์สาธารณะเป็นเรื่องที่รัฐมีขอบเขตเพียงเล็กน้อยในการจำกัดเสรีภาพแห่งการแสดงออก (“little scope for restrictions on freedom of expression”)
<i>Tristan Donoso v. Panama</i>	การแสดงออกใดๆ ซึ่งเกี่ยวกับความเหมาะสมของบุคคลซึ่งดำรงตำแหน่งราชการหรือเกี่ยวกับการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐในการปฏิบัติหน้าที่ย่อมต้องได้รับความคุ้มครองที่มากยิ่งขึ้นจึงจะก่อให้เกิดการถกเถียงกันอย่าง

	เป็นประชาธิปไตย
	<b>Religious Speech</b>
<i>Otto-Preminger-Institut v. Austria</i>	บุคคลผู้เลือกที่จะใช้เสรีภาพในการแสดงออกในทางศาสนาไม่อาจคาดหวังได้ว่าจะไม่ถูกวิพากษ์วิจารณ์ แต่ต้องอดกลั้นและยอมรับการปฏิเสธความเชื่อโดยบุคคลอื่นและแม้กระทั่งการเผยแพร่ศาสนาอื่นที่มีหลักการที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความเชื่อของตน
- <i>I. A. v. Turkey</i> - <i>Aydin Tatlav v. Turkey</i>	- การแสดงออกต้องไม่เป็นการดูหมิ่นต่อบุคคลที่เชื่อในศาสนานั้นๆ หรือสัญลักษณ์ที่ศักดิ์สิทธิ์ในศาสนานั้นๆ - น้ำเสียงในเชิงดูหมิ่นต้องไม่มุ่งเป้าต่อกลุ่มความเชื่อกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะจง
<i>Giniewski v. France</i>	การแสดงออกต้องมิใช่การโจมตีอย่างไร้เหตุผล (gratuitously offensive)
<i>Klein v. Slovakia</i>	การแสดงออกต้องไม่เป็นการกระทำต่อสิทธิของบุคคลอื่นในการที่จะแสดงออกและปฏิบัติตามความเชื่อในศาสนาของตน และไม่ใส่ร้ายป้ายสีต่อศาสนานั้น
<i>Nur Radyo Ve Televizyon</i>	การแสดงออกแม้จะสร้างความตื่นตระหนกและก้าวร้าว (shocking and offensive) แต่ต้องไม่ยั่วให้เกิดความไม่เคารพ ความเกลียดชัง หรือการใช้ความรุนแรง
	<b>Hate Speech</b>
<i>Feret v. Belgium</i>	แจกจ่ายใบปลิวหลายฉบับของพรรคโดยใช้สโลแกนที่มีข้อความ เช่น "Stand up against the Islamification of Belgium" "Stop the sham integration policy" และ "Send non-European job-seekers home"
<i>Pavel Ivanov v. Russia</i>	ตีพิมพ์บทความหลายฉบับซึ่งวาดภาพให้ชาวยิวเป็นตัวแทนความชั่วร้ายในประเทศรัสเซีย โดยกล่าวหาว่าชาวยิววางแผนร้ายต่อคนรัสเซียและเรียกร้องให้มีการขับไล่คนยิวออกไปจากสังคม
<i>Norwood v. the United Kingdom</i>	โปสเตอร์ที่เขียนว่า "อิสลามออกไปจากบริเตน-คุ้มครองประชาชนชาวอังกฤษ" ("Islam out of Britain – Protect the British People") และมีสัญลักษณ์พระจันทร์เสี้ยวและดาวของอิสลามอยู่ในเครื่องหมายห้าม เป็นการแสดงออกต่อสาธารณะ (public expression) ซึ่งการ

	โจมตีต่อมุสลิมทุกคนในสหราชอาณาจักร
<i>I. A. v. Turkey</i>	แม้สังคมของประเทศตุรกีจะเป็นสังคมที่มีระดับของขันติธรรมต่อการวิพากษ์วิจารณ์ศาสนาในระดับหนึ่งอันเป็นผลจากหลักการของความเป็นรัฐฆราวาส (secularity) แต่ผู้ที่เชื่อในศาสนาอิสลามย่อมชอบที่จะรู้สึกว่าคุณเขาตกเป็นเป้าของการโจมตีอย่างรุนแรงและไม่เป็นธรรมจากข้อความภายในหนังสือของผู้ร้อง
<i>Zana v. Turkey</i>	ข้อความให้สัมภาษณ์ต่อนักข่าวของนายกเทศมนตรีเมืองในเขตสุร์บ “I support the PKK national liberation movement; on the other hand, I am not in favour of massacres. Anyone can make mistakes, and the PKK kill women and children by mistake ...”
<i>Surek v. Turkey</i>	เนื้อหาของจดหมายทั้งสองฉบับที่ผู้ร้องตีพิมพ์ในบทวิจารณ์รายสัปดาห์มีการเลือกใช้ถ้อยคำที่ยั่วให้เกิดความเกลียดชัง เช่น การกล่าวถึงรัฐบาลตุรกีว่า “the fascist Turkish army”, “the TC murder gang” และ “the hired killers of imperialism” และการอ้างถึงการปราบปรามชาวเคิร์ดด้วยถ้อยคำว่า “massacres”, “brutalities” และ “slaughter” ตลอดจนมีการระบุตัวบุคคล จึงเป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง
<i>Vejdeland and Others v. Sweden</i>	การทิ้งระเบิดดังกล่าวกว่าในตู้ล็อกเกอร์ของเด็กนักเรียน ว่ากลุ่มคนรักร่วมเพศนั้น “เบี่ยงเบนทางเพศ” และมี “ผลกระทบให้เกิดความเสื่อมทางศีลธรรมต่อสังคม” อีกทั้งกล่าวหาว่าการรักร่วมเพศเป็นหนึ่งในสาเหตุหลักที่ทำให้เชื้อเอชไอวีและโรคเอดส์แพร่ระบาด
<i>Garaudy v. France</i>	Holocaust denial
<i>Jewish Community of Oslo et al. v. Norway</i>	Ideas based upon racial superiority or hatred” and “the deference to Hitler and his principles and “footsteps”
<i>Leroy v. France</i>	Condoning terrorism
	<b>การวินิจฉัยตีความในเรื่องเจตนาของผู้พูด (ตารางที่ 6)</b>
<i>Garaudy v. France</i>	วัตถุประสงค์ที่แท้จริงของหนังสือของนาย Garaudy ที่มีเนื้อหาปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (holocaust denial) คือ เพื่อ “ฟื้นฟูระบอบสังคมนิยมแห่งชาติ (นาซี) และด้วยเหตุดังกล่าวจึงกล่าวหาเหยื่อ (ของการฆ่า

	ล้างเผ่าพันธุ์) ว่าบิดเบือนประวัติศาสตร์เสียเอง”
<i>Jersild v. Denmark</i>	วัตถุประสงค์ของรายการโทรทัศน์มีขึ้นเพื่อถกเถียงในบางแง่มุมของการเหยียดเชื้อชาติในเดนมาร์กโดยการสัมภาษณ์ปัจเจกบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการเหยียดเชื้อชาติและแสดงให้เห็นถึงสภาพจิตใจและพื้นฐานทางสังคมของบุคคล มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการเผยแพร่มุมมองและความคิดที่เหยียดเชื้อชาติ หากแต่ได้ใช้วิธีการสัมภาษณ์เพื่อวิเคราะห์และอธิบายถึงกลุ่มเยาวชนกลุ่มนี้ว่าพวกเขาถูกจำกัดและแสดงความก้าวร้าวออกมาเนื่องจากสถานการณ์ทางสังคมที่มีประวัติอาชญากรรมติดตัวและมีทัศนคติที่รุนแรง
<i>Lehideux and Isorni v. France</i>	ชื่อที่ปรากฏอยู่ท้ายข้อความโฆษณาเป็นชื่อของสมาคมสองสมาคม คือ “The Association for the Defence of the Memory of Marshal Pétain” และ “The National Pétain-Verdun Association” ซึ่งเป็นสมาคมที่จัดตั้งขึ้นโดยถูกต้องตามกฎหมายและมีวัตถุประสงค์เพื่อฟื้นฟูชื่อเสียงของเปแตง ดังนั้นศาลจึงเห็นว่าผู้ร้องทั้งสอง “มิได้สรรเสริญนโยบาย (ของเปแตง) ในฐานะส่วนตัว แต่กระทำโดยมีเจตนาเพื่อให้มีการรื้อฟื้นการดำเนินคดีกับนายพลเปแตง”
	<b>การวินิจฉัยตีความในเรื่องสถานะทางสังคมของผู้พูด (ตารางที่ 7)</b>
	<b>ผู้พูดเป็นนักการเมือง</b>
<i>Incal v. Turkey</i>	ในกรณีที่ผู้ร้องเป็นสมาชิกพรรคการเมืองฝ่ายค้าน รัฐมีขอบเขตในการประเมินความจำเป็น (Margin of Appreciation) ในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกที่แคบเป็นพิเศษเนื่องจากสถานะอันเสรีของการถกเถียงกันในเรื่องการเมือง
<i>Erbakan v. Turkey</i>	หน้าที่ของนักการเมืองในการใช้เสรีภาพแห่งการแสดงออก คือ ต้องหลีกเลี่ยงคำพูดในที่สาธารณะที่อาจปลุกฝังแนวคิดการขาดขันติธรรม (Intolerance)
<i>Kamal Quereshi v. Denmark</i>	คณะกรรมการ CERD เรียกร้องให้รัฐภาคีตระหนักถึงความจำเป็นในการถ่วงดุลระหว่างเสรีภาพแห่งการแสดงออกและพันธกรณีของอนุสัญญา CERD โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทของการพูดโดยสมาชิกพรรคการเมือง
	<b>ผู้พูดเป็นสื่อมวลชน</b>
<i>Jersild v. Denmark</i>	การลงโทษนักข่าวจากการช่วยเหลือในการเผยแพร่ข้อความที่กล่าวโดย



	บุคคลอีกคนหนึ่งในการสัมภาษณ์ยอมเป็นการขัดขวางการทำหน้าที่ของสื่อในการอภิปรายในปัญหาที่เป็นผลประโยชน์ต่อสาธารณะและไม่ควรมีการลงโทษลักษณะนี้เว้นแต่มีเหตุผลอันหนักแน่นเป็นพิเศษ
<i>Herrera Ulloa v. Costa Rica</i>	การลงโทษนักข่าวสำหรับการให้การช่วยเหลือในการเผยแพร่ข้อความซึ่งกล่าวโดยบุคคลอื่นยอมขัดขวางบทบาทของสื่อในการถกเถียงเรื่องที่เป็นประโยชน์สาธารณะ (ข่าวที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตของผู้แทนของคอสตาริกา)
<i>Surek v. Turkey</i>	ผู้ร้องเป็นเจ้าของบทวิจารณ์รายสัปดาห์ซึ่งตีพิมพ์จดหมายโฆษณาชวนเชื่อเพื่อแบ่งแยกรัฐและช่วยทำให้เกิดการเป็นปฏิปักษ์และความเกลียดชังในหมู่ประชาชน ผู้ร้องจึงมีอำนาจที่จะกำหนดทิศทางของกองบรรณาธิการของบทวิจารณ์ ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้ร้องจึงมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่กองบรรณาธิการและนักข่าวของบทวิจารณ์ในการเก็บรวบรวมและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารต่อสังคม และยิ่งต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบเป็นอย่างยิ่งในสถานการณ์ที่เกิดความขัดแย้งและความตึงเครียด
	<b>ผู้พูดเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ</b>
<i>Seurot v. France</i>	- บทบาทของครูมีหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษ (“special duties and responsibility”) เพราะครูเป็น “บุคคลต้นแบบที่มีอิทธิพลต่อศิษย์ในด้านการศึกษา” - “การศึกษาของพลเมืองประชาธิปไตยซึ่งเป็นสิ่งสำคัญต่อการต่อสู้กับการเหยียดเชื้อชาติและการหวาดกลัวคนต่างชาติ (xenophobia) ย่อมต้องอาศัยความรับผิดชอบของผู้ที่เกี่ยวข้อง (stakeholder) โดยเฉพาะอย่างยิ่งครู”
<i>Ross v. Canada</i>	การใช้สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออกยอมมาพร้อมกับหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษซึ่งมีความเกี่ยวข้องอย่างมากต่อระบบโรงเรียน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการสอนนักเรียนซึ่งมีอายุน้อย อิทธิพลที่ครูในโรงเรียนมีต่อนักเรียนน่าจะเป็นเหตุผลที่เพียงพอในการสร้างข้อจำกัดสิทธิเพื่อให้แน่ใจว่าจะไม่มีการอาศัยโรงเรียนเพื่อสร้างความชอบธรรมในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นที่เลือกปฏิบัติ
	<b>การวินิจฉัยตีความเรื่องสถานะทางสังคมของผู้ได้รับผลกระทบจาก</b>

	<b>การพูด (ตารางที่ 8)</b>
- <i>Faurisson v. France</i> - <i>Ross v. Canada</i>	ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการพูดไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลคนเดียวแต่อาจหมายถึงบุคคลหลายคนหรือสังคมใดสังคมหนึ่งโดยรวมก็ได้
	<b>การวินิจฉัยตีความเรื่องรูปแบบของการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังและผลกระทบต่อสังคมโดยรวม (ตารางที่ 9)</b>
<i>Jersild v. Denmark</i>	เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่าสื่อโสตทัศน (audiovisual media) นั้นเป็นสื่อที่ส่งผลในทันทีทันใดและมีพลังยิ่งกว่าสื่อสิ่งพิมพ์ (print media) เนื่องจากสื่อโสตทัศนสามารถเผยแพร่ภาพ ซึ่งเป็นสิ่งที่สื่อสิ่งพิมพ์ไม่สามารถกระทำได้
<i>Gunduz v. Turkey</i>	การใช้สื่อโสตทัศนโดยเฉพาะอย่างยิ่งรายการถ่ายทอดสดทางโทรทัศน์ ย่อมทำให้ผู้พูดซึ่งเข้าร่วมการอภิปรายหลายฝ่ายที่ถ่ายทอดสดไม่มีโอกาสที่จะได้เรียบเรียง ถิ่นกรองคำพูดใหม่ หรือถอนคำพูดนั้นเสีย
<i>Karatas v. Turkey</i>	การแสดงออกในรูปของงานศิลปะย่อมมีความเสี่ยงที่จะส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวมน้อยกว่ากรณีสื่อสารมวลชน (mass media) เนื่องจากงานศิลปะโดยสภาพย่อมเป็นการแสดงออกที่เข้าถึงบุคคลได้อย่างจำกัด เช่น บทกวี ซึ่งโดยสภาพแล้วย่อมมีผู้ให้ความสนใจอยู่ในวงจำกัด
	<b>การวินิจฉัยตีความเรื่องบริบททางสังคมและปัจจัยเรื่องเวลาและสถานที่ (ตารางที่ 10)</b>
<i>Karatas v. Turkey</i>	การยั่วยุให้เกิดการใช้ความรุนแรงของผู้ร้องเกิดขึ้นในบริบทที่ประเทศตุรกีอยู่ในสถานการณ์ของการต่อต้านการก่อการร้ายเป็นเวลายาวนานกว่า 15 ปี รัฐย่อมมีดุลพินิจที่มากขึ้นในการจำกัดการใช้เสรีภาพแห่งการแสดงออกเพื่อไม่ให้สถานการณ์ที่เป็นอยู่เลวร้ายลง
<i>Zana v. Turkey</i>	คำพูดของนายกเทศมนตรีเมือง Diyarbakir ซึ่งเป็นเมืองสำคัญทางตะวันออกเฉียงใต้ของตุรกี ที่ให้สัมภาษณ์หนังสือพิมพ์ในช่วงเวลาเดียวกันกับที่เกิดเหตุการณ์สังหารหมู่เด็กและสตรีโดยกลุ่มพิเคเคของชาวเคิร์ด (Kurdistan Workers' Party-PKK) ในทางตะวันออกเฉียงใต้ของตุรกีเป็นปัจจัยที่ต้องถือว่ามีน้ำหนักที่จะทำให้สถานการณ์ที่รุนแรงอยู่แล้วเลวร้ายยิ่งขึ้นไปอีกในภูมิภาคดังกล่าว ศาลจึงเห็นว่าคำพูดดังกล่าวเป็นการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง
<i>Leroy v. France</i>	ผู้ร้องส่งภาพวาดที่ยั่วยุให้สำนักพิมพ์ในวันเดียวกับที่เกิดเหตุการณ์วันที่

	11 กันยายน 2001 ก่อนที่ภาพวาดดังกล่าวจะถูกตีพิมพ์ในวันที่ 13 กันยายน 2001 ซึ่งเป็นเพียงเวลาสามวันหลังจากที่เกิดเหตุขึ้นโดยปราศจากความระมัดระวังในการใช้คำพูดแต่อย่างใด
- <i>Seurot v. France</i> - <i>Ross v. Canada</i>	เป็นเรื่องสมเหตุสมผลที่จะคาดการณ์ได้ว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการแสดงออกของผู้พูดกับสภาพแวดล้อมอันเป็นพิษภายในโรงเรียนที่นักเรียนต้องประสบในเขตโรงเรียนดังกล่าว
<i>Vejdeland and Others v. Sweden</i>	ใบปลิวของผู้ร้องซึ่งมีเนื้อหาช่วยุให้เกิดความเกลียดชังต่อกลุ่มคนรักร่วมเพศถูกทิ้งไว้ในตู้ล็อกเกอร์ของเด็กนักเรียนซึ่งอยู่ในวัยที่ถูกชักจูงความคิดได้ง่ายและอ่อนไหวและไม่มีโอกาสปฏิเสธที่จะไม่รับใบปลิวซึ่งมีข้อความดังกล่าว และผู้ร้องแจกจ่ายใบปลิวดังกล่าวภายในโรงเรียนซึ่งไม่มีผู้ใดในกลุ่มผู้ร้องเข้าเรียนในโรงเรียนดังกล่าวและไม่ใช่สถานที่ที่ผู้ร้องจะเข้าออกได้อย่างเสรี
<i>Erbakan v. Turkey</i>	การที่รัฐรอเป็นเวลา 4 ปีกับอีก 5 เดือนจึงค่อยดำเนินคดีต่อผู้ร้องฟังไม่ได้ว่ามี “ภัยที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน” และ “ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง” เกิดขึ้น
	<b>การวินิจฉัยตีความเรื่องลักษณะและระดับความรุนแรงของการจำกัดการพูด (ตารางที่ 11)</b>
	<b>หลักความได้สัดส่วน (Proportionality)</b>
<i>Gunduz v. Turkey</i>	โดยหลักการแล้วการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชังจึงมีความจำเป็นต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตยที่จะลงโทษหรือห้ามการแสดงออกในทุกรูปแบบ ภายใต้เงื่อนไขว่า “รูปแบบ” “เงื่อนไข” “ข้อจำกัด” หรือ “โทษ” นั้นต้องได้สัดส่วน (proportionate) กับวัตถุประสงค์
<i>Ricardo Canese v. Paraguay</i>	การจำกัดสิทธิภายใต้อนุสัญญา ACHR ต้องไม่เกินไปกว่า “ความจำเป็นโดยเคร่งครัดต่อสังคมอันเป็นประชาธิปไตย” (“strictly necessary in a democratic society”)
<i>Kimel v. Argentina</i>	บทลงโทษทางอาญา “ควรจะต้องได้รับการวิเคราะห์อย่างถี่ถ้วนโดยพิจารณาถึงความร้ายแรงของการกระทำของปัจเจกบุคคลซึ่งแสดงความคิดเห็น เจตนาชั่วร้ายของบุคคลนั้น ลักษณะของความเสียหายอันไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้น และข้อมูลที่แสดงให้เห็นความจำเป็นอย่างที่สุดที่จะใช้กระบวนการทางอาญาในฐานะข้อยกเว้น”

<p><i>Zimbabwe Lawyers for Human Rights &amp; Associated Newspaper of Zimbabwe v. Zimbabwe</i></p>	<p>ประเด็นที่ต้องวินิจฉัยในเรื่องนี้ได้แก่</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- รัฐมีเหตุผลเพียงพอหรือไม่ในการใช้มาตรการจำกัดสิทธินั้น</li> <li>- มีมาตรการที่จำกัดสิทธิน้อยกว่าหรือไม่ และ</li> <li>- มาตรการของรัฐทำลายสาระสำคัญของสิทธิที่ถูกรัฐแอฟริการับรองหรือไม่</li> </ul>
	<p><b>เนื้อหาของมาตรการและระดับความรุนแรง</b></p>
<p><i>Incal v. Turkey</i></p>	<p>ผู้ร้องต้องคำพิพากษาให้ได้รับโทษหลายประการรวมทั้งการห้ามมิให้เข้าราชการพลเรือน รวมถึงถูกห้ามเข้าร่วมกับองค์กรทางการเมืองและสหภาพการค้าบางองค์กรโดยที่ผู้ร้องมีสถานะเป็นกรรมการบริหารพรรคการเมืองฝ่ายค้านเป็นมาตรการที่ไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ในการจำกัดการพูดซึ่งมีเจตนาในทางเกลียดชัง</p>
<p><i>Seurot v. France</i></p>	<p>ผู้ร้องเป็นครูสอนประวัติศาสตร์และเขียนบทความที่ดูหมิ่นชาวแอฟริกาเหนือโดยตีพิมพ์ลงในจดหมายข่าวของโรงเรียน ศาลเห็นว่าบทลงโทษด้วยการยกเลิกสัญญาจ้างกับโรงเรียนมัธยมศึกษาเอกชนเป็นมาตรการที่ไม่รุนแรงเกินไปและได้สัดส่วน</p>
<p><i>Ross v. Canada</i></p>	<p>การถอดนาย Ross ออกจากงานสอนนั้นถือว่าเป็นข้อจำกัดสิทธิที่จำเป็นต่อการเคารพในสิทธิและเสรีภาพของเด็กชาวยิวที่จะมีโรงเรียนที่ปลอดจากอคติ ความลำเอียง และการขาดขันติธรรม เพราะ นาย Ross ยังคงได้รับการแต่งตั้งให้ทำงานในตำแหน่งที่ไม่ใช่การสอนภายในเวลาไม่นานหลังจากถูกพักงานโดยไม่ได้รับค่าจ้าง ดังนั้น ข้อจำกัดสิทธิจึงมีผลเพียงเท่าที่จำเป็นต่อการบรรลุเป้าหมายในการคุ้มครองผู้เสียหาย</p>
<p><i>Giniewski v. France</i></p>	<p>ข้อจำกัดสิทธิของรัฐต้องไม่เป็นการขัดขวางสื่อมวลชนในการมีส่วนร่วมกับการถกเถียงในเรื่องที่เกี่ยวกับผลประโยชน์สาธารณะอันชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดทางอาญาย่อมส่งผลในเชิงข่มขู่ยับยั้ง (deterrent effect)</p>
<p><i>Aydin Tatlav v. Turkey</i></p>	<p>การดำเนินคดีอาญาซึ่งมีคำพิพากษาที่เกี่ยวกับการกักขังด้วยอาจส่งผลกระทบต่อให้นักเขียนและบรรณาธิการไม่กล้าตีพิมพ์ความคิดเห็นเกี่ยวกับศาสนาในเชิงไม่เห็นด้วย (non-conformist) และอาจขัดขวางความหลากหลายทางความคิดในสังคมซึ่งเป็นส่วนสำคัญของการพัฒนาอย่าง</p>

	แข็งแกร่งของสังคมประชาธิปไตย
<i>Erbakan v. Turkey</i>	นอกจากผู้ร้องจะถูกพิพากษาให้จ่ายค่าปรับ ผู้ร้องยังต้องโทษจำคุกอีก 1 ปีและถูกห้ามมิให้ใช้สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองอีกหลายประการ ศาลเห็นว่าโทษดังกล่าวเป็นโทษที่รุนแรงเมื่อคำนึงถึงปัจจัยที่ว่าผู้ร้องเป็นนักการเมืองที่มีชื่อเสียง
<i>Karatas v. Turkey</i>	ผู้ร้องต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกเกินกว่า 13 เดือนและรัฐพยายามยื่นกรณียกผู้ร้องได้รับโทษดังกล่าว อีกทั้งโทษปรับของผู้ร้องยังมากกว่าอัตราโทษตามกฎหมายที่บังคับใช้กับคดีของผู้ร้องถึงสองเท่า ศาลจึงเห็นว่าบทลงโทษดังกล่าวไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องส่งคนอันเป็นประชาธิปไตย
<i>Lohe Issa Konate v. Burkina Faso</i>	โทษปรับที่ลงกับผู้ร้องสูงเกินส่วนด้วยซึ่งโทษปรับก็อาจเป็นการขัดขวางเสรีภาพแห่งการแสดงออกของผู้ร้องได้เช่นกัน รวมถึงกรณีที่เกิดปัญหาทางการเงินแก่ผู้ร้องด้วย
<i>Zimbabwe Lawyers for Human Rights &amp; Associated Newspaper of Zimbabwe v. Zimbabwe</i>	การสั่งปิดหนังสือพิมพ์เป็นมาตรการที่ไม่ได้สัดส่วนและละเมิดเสรีภาพแห่งการแสดงออกของผู้ร้อง
<i>The Last Temptation of Christ (Olmedo Bustos and others v. Chile)</i>	การใช้สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก ต้องไม่อยู่ภายใต้การเซ็นเซอร์ล่วงหน้า (prior censorship) แต่อาจตกอยู่ภายใต้การกำหนดความรับผิดชอบในภายหลัง
	<b>มาตรการทางเลือก</b>
<i>Lehideux and Isorni v. France</i>	บทลงโทษที่ผู้ร้องได้รับซึ่งเป็นบทลงโทษในทางอาญาไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ในการจำกัดการพูดเนื่องจากมีความรุนแรงเมื่อเทียบกับทางเลือกอื่นที่รัฐอาจลงโทษผู้ร้องได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการในทางกฎหมายแพ่ง
<i>Incal v. Turkey</i>	ก่อนจะมีการแจกจ่ายใบปลิว ผู้ร้องได้ดำเนินการขออนุญาตแจกจ่ายใบปลิวจากทางการซึ่งต้องผ่านการวินิจฉัยเนื้อหาของใบปลิวจากเจ้า

	พนักงานตำรวจก่อน ดังนั้น ในขั้นตอนการขออนุญาต รัฐจึงมีโอกาที่จะ สั่งให้ผู้ร้องแก้ไขเนื้อหาในใบปลิว แต่รัฐเลือกที่จะดำเนินการทางอาญา กับผู้ร้องในวันหลังจากผู้ร้องยื่นคำร้องขออนุญาตดังกล่าวต่อ ทางการ
	<b>ความแน่นอนในการใช้ดุลพินิจของรัฐ</b>
<i>Erbakan v. Turkey</i>	การที่รัฐเลือกที่จะดำเนินคดีกับผู้ร้องหลังจากเวลาผ่านไปถึง 4 ปีกับอีก 5 เดือนจึงเป็นมาตรการที่ไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ของการจำกัด สิทธิ
<i>Aydin Tatlav v. Turkey</i>	การที่หนังสือของผู้ร้องเคยได้รับอนุญาตให้ตีพิมพ์มาแล้วถึงสี่ครั้งจึงถูก ดำเนินคดีในการพิมพ์ครั้งที่ 5 จึงแสดงให้เห็นว่ารัฐขาดความแน่นอนใน การใช้ดุลพินิจ
<i>Lehideux and Isorni v. France</i>	การแสดงออกของผู้ร้องกระทำผ่านสมาคมเพื่อการรำลึกถึงจอมพลเป แตง (“the Association for the Defence of the Memory of Marshal Pétain”) และสมาคมเปแตง-แวร์เดิงแห่งชาติ (“the National Pétain-Verdun Association”) ซึ่งเป็นสมาคมที่จัดตั้งขึ้น โดยถูกต้องตามกฎหมายและมีวัตถุประสงค์เพื่อฟื้นฟูชื่อเสียงของเปแตง ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าสมาคมทั้งสองจัดตั้งโดยถูกต้องตาม กฎหมายและการดำเนินงานของทั้งสองสมาคมก็ไม่เคยถูกฟ้องร้อง ดำเนินคดีตามกฎหมายมาก่อนเป็นปัจจัยที่ศาลเห็นว่ามาตรการจำกัด สิทธิของรัฐไม่ได้สัดส่วน

### ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายปุลวิทย์ วาณิชยศเรษฐกุล สำเร็จการศึกษาระดับมัธยมศึกษาตอนปลายจากโรงเรียนกรุงเทพคริสเตียนวิทยาลัย สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยในปี พ.ศ. 2554 และสำเร็จการศึกษานิติศาสตรมหาบัณฑิต (ระดับ Merit) จาก London School of Economics and Political Science สหราชอาณาจักรในปี พ.ศ. 2557

