

## บทความวิชาการ

พันธกรณีของประเทศไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (CERD): ศึกษากรณี การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังทางคอมพิวเตอร์ (Online Hate Speech) ในกรอบพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560

Thailand's Obligations under the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD): A Study of Online Hate Speech in Context of the Computer-Related Crime Act (No. 2) B.E. 2560 (2017)

คณาธิป ทองรวีวงศ์<sup>1</sup>

### บทคัดย่อ

คณะรัฐมนตรีมีมติให้ถอนข้อสงวนข้อบทที่ 4 ตามอนุสัญญา CERD เมื่อปี พ.ศ. 2559 ทำให้ไทยมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องวางกฎเกณฑ์ห้ามการ “โฆษณาชวนเชื่อหรือเผยแพร่แนวคิดที่สร้างความเกลียดชังด้านเชื้อชาติ” ซึ่งเป็นกรณีของ “Hate speech” ที่เกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งเชื้อชาติ” อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณากฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน พบว่า ไทยไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวกับ “Hate speech” โดยเฉพาะแต่มีกฎหมายที่อาจนำมาปรับใช้ได้หลายฉบับ โดยบทความนี้จะวิเคราะห์การปรับใช้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 กับ “Hate speech” เฉพาะที่เกิดขึ้นทางระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งพบว่าความผิดเกี่ยวกับเนื้อหาตามมาตรา 14 และ 16

---

<sup>1</sup> อาจารย์ประจำหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต และผู้อำนวยการสถาบันกฎหมายสื่อดิจิทัล มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต

ตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวนี้ อาจนำมาปรับใช้กับ “Hate speech” ได้ในบางกรณี แต่ในบางกรณีก็ไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องแล้ว พบกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate speech” นั้น มีได้อยู่ในกฎหมายความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ แต่อยู่ในกรอบของกฎหมายอื่น โดยเฉพาะกฎหมายสิทธิมนุษยชน

ดังนั้น การปรับใช้กฎหมายความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในกรณี “Hate speech” จึงไม่สอดคล้องกับหลักการสากลของ “Hate speech” ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะให้แก้ไขฐานความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 เพื่อให้ครอบคลุมไปถึงกรณี “Hate speech” และมีข้อเสนอให้ตรากฎหมายเกี่ยวกับ “Hate speech” โดยเฉพาะในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชน เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญา CERD ต่อไป

**คำสำคัญ:** การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังทางคอมพิวเตอร์, พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560, อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ, กฎหมายเกี่ยวกับการไม่เลือกปฏิบัติ

### Abstract

Since Thailand Cabinet Resolution in 2016 has revoked the reservation for Section 4 of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD), Thailand has been under the legal obligations of international laws to introduce the regulations against “the propaganda and dissemination of racial hatred concept” in relation to “Hate Speech” concerning “Racial Causes”. However, according to the analysis of current effective laws, the author found that Thailand had no specific law concerning “Hate Speech”, but therelevant law could be applied to the case. The

focus of this article is to analyze the implementation of the Computer-Related Crime Act (No. 2) B.E. 2560 (2017) on hate speech in the context of online communication. The author found that the offenses stipulated in Section 14 and 16 thereof could be applied to certain cases of online hate speech, but the sections failed to cover all kinds of cases relating to online hate speech.

However, according to the comparative analysis of Thai and foreign laws, the author found that the regulations of online “Hate Speech” did not appear in the computer-related crime laws but they were under other scopes of laws, in particular, human right laws.

Consequently, the application of Thailand’s Computer-Related Crime Act for “Hate Speech” cases failed to conform to the international principles on “Hate Speech”. The author suggests the amendment of offenses in the Computer-Related Crime Act (No. 2), (2017) to exclude the “Hate Speech” case and the enactment of specific law on “Hate Speech” in particular the scope of human right laws in accordance with the obligations under CERD.

**Keywords:** Online hate speech, the Computer-Related Crime Act (No.2) B.E. 2560 (2017), Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination, Non-discrimination law

## ความนำ

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination ซึ่งต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่า (CERD) วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารข้อมูล

เนื้อหาเกี่ยวกับการแสดงออกซึ่งความเกลียดชัง (Hate speech) ซึ่งต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่า “Hate speech” ในข้อบทที่ 4 กล่าวคือ พันธกรณีของรัฐในการวางกฎเกณฑ์ห้ามการ “โฆษณาชวนเชื่อหรือเผยแพร่แนวคิดที่สร้างความเกลียดชังด้านเชื้อชาติ” โดยไทยได้ตั้งข้อสงวนไว้ ต่อมาในปี พ.ศ. 2559 คณะรัฐมนตรีมีมติให้ถอนข้อสงวนดังกล่าว ประเทศไทยจึงต้องมีพันธกรณีเกี่ยวกับกฎหมายที่กำหนดห้ามการสื่อสารแสดงความเกลียดชังด้านเชื้อชาติ เป็นเหตุให้ไทยต้องพิจารณาว่า กฎหมายไทยที่มีอยู่สอดคล้องกับข้อบทที่ 4 ดังกล่าวหรือไม่ บทความนี้จะศึกษาเฉพาะ “Hate speech” ในบริบทการสื่อสารทางออนไลน์หรือทางระบบคอมพิวเตอร์เท่านั้น โดยจะเริ่มศึกษาถึงความหมาย ขอบเขต องค์ประกอบของ “Hate speech” ในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชน อันเป็นที่มาของแนวคิดและหลักการเกี่ยวกับ “Hate speech” จากนั้นจะชี้ให้เห็นถึงแนวทางการบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับ “Hate speech” เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องและการปรับใช้ “Hate speech” โดยเฉพาะความผิดเกี่ยวกับเนื้อหาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ว่าสามารถนำมาปรับใช้กับ “Hate speech” ได้เพียงใด และการนำกฎหมายฉบับนี้มาปรับใช้กับ “Hate speech” นั้น มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับพันธกรณีตาม CERD ตลอดจนกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอื่นหรือไม่

### ความหมายทั่วไปของ “Hate speech”

เนื่องจากยังไม่มีคำนิยามอันเป็นที่ยอมรับทั่วไปของคำว่า “Hate speech” ถ้อยคำนี้จึงมีความหมายแตกต่างกัน ในทางวิชาการนั้น ได้มีการอธิบายและนิยามความหมายของ “Hate speech” ไว้แตกต่างกันไป ดังนี้

Sandra Coliver นิยามความหมายของ Hate Speech ว่า หมายถึง “การแสดงออกถึงการดูหมิ่นเกลียดชัง การข่มขู่คุกคาม การยั่วยุปลุกกระดมให้เกิดความรุนแรง การแบ่งแยก”<sup>2</sup>

Rachel Weintraub-Reiter เน้นว่า Hate Speech รวมถึง การทำให้ระคายเคือง การแบ่งแยกชนชั้นของบุคคล การใช้คำพูดบนพื้นฐานของความเกลียดชัง การดูหมิ่นด้วยเหตุแห่ง สีผิว เชื้อชาติ ศาสนา หรือเหตุอื่น รวมทั้งกลุ่มหลากหลายทางเพศ<sup>3</sup>

Pankaj P. Umbarkar ขยายความว่า “Hate speech” รวมถึง การสื่อสาร การแสดงออกใด ๆ ซึ่งส่งผลให้เกิดสภาพแวดล้อม หรือบรรยากาศอันมีลักษณะเกลียดชังหรือคุกคาม (Hostile Environment) การกระทำดังกล่าว อาจส่งผลกระทบต่อด้านอารมณ์ของผู้ถูกกระทำ (Emotional Distress)<sup>4</sup> จะเห็นได้ว่าในแง่นี้ “Hate speech” มีลักษณะใกล้เคียงกับการคุกคามในสถานที่ทำงาน กรณีการสร้างบรรยากาศการทำงานอันเป็นการคุกคาม (Hostile Working Environment)

สำหรับงานวิจัย ดร. พิรงรอง รามสูตร เรียก “Hate speech” ว่า “ประทุษวาจา” และให้ความหมายว่า “เป็นการสื่อสารที่แสดงถึงความเกลียดชัง ผ่านรูปแบบอันไม่เหมาะสม ไม่ว่าจะเป็นการดูหมิ่นเหยียดหยาม ใส่ร้ายป้ายสี ไปจนถึงการด่าทออย่างหยาบคาย โดยมีลักษณะของการปลุกปั่น ยุยง หรือปลุกกระดมให้เกิดความเกลียดชังต่อบุคคล หรือกลุ่มบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ซึ่งประเด็นการโจมตีพุ่งเป้าไป

---

<sup>2</sup> Sandra Coliver, (1992), **Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and non-discrimination**, International Centre Against Censorship Human Rights Centre, University of Essex, p. 363

<sup>3</sup> Rachel Weintraub-Reiter, (1998), Hate Speech over the internet: A Traditional Constitutional Analysis or a new cyber constitution?, **Boston University Public Interest Law Journal**, 8, p. 145

<sup>4</sup> Pankaj P. Umbarkar, (2014, March), Free Speech and Hate Speech Syndrome: Unprincipled Animate in Media, **Online International Interdisciplinary Research Journal**, p. 4

ที่ลักษณะเฉพาะซึ่งเปลี่ยนแปลงไม่ได้ เช่น เชื้อชาติ เพศสภาพ เป็นต้น และเปลี่ยนแปลงได้อาติ ศาสนา อุดมการณ์ เป็นต้น โดยการสื่อสารดังกล่าวนั้น อาจก่อให้เกิดผลลัพธ์ในการแบ่งแยกไปจนถึงการขจัดกลุ่มบุคคลดังกล่าวออกจากสังคม ไม่ว่าจะโดยใช้ความรุนแรงทางกายภาพหรือความรุนแรงในเชิงนามธรรมก็ตาม ทั้งนี้เพียงแค่การกล่าวออกมาเพื่อให้อีกฝ่ายเกิดความเจ็บปวดก็ถือว่า เป็นส่วนหนึ่งของผลลัพธ์จาก Hate Speech เช่นเดียวกัน<sup>5</sup>

### “Hate speech” ในบริบทของสิทธิมนุษยชน

“Hate speech” มีจุดเริ่มจากการแสดงออกเกี่ยวกับการเหยียดเชื้อชาติ สีผิว (Racism) การต่อต้านยิว (Anti-Semitism) การเกลียดกลัวคนต่างชาติ (Xenophobia) ซึ่งมีรากฐานทางประวัติศาสตร์ และเกี่ยวข้องกับปัจจัยหลายด้าน เช่น เศรษฐกิจ การเมือง สังคม วัฒนธรรม<sup>6</sup> เป็นต้น “Hate speech” อาจเป็นจุดเริ่มต้นของการปลุกกระดมเพื่อนำไปสู่ความรุนแรงหรือการใช้กำลังต่าง ๆ เช่น เหตุการณ์รุนแรงใน Bosnia<sup>7</sup> ความรุนแรงต่อทาสในสมัยอาณานิคม และสงครามกลางเมืองในสหรัฐอเมริกา<sup>8</sup> เป็นต้น ในกรณีที่มีการจัดการอย่างเป็นระบบ (Systematic Campaign) อาจนำไปสู่การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide)<sup>9</sup>

<sup>5</sup> พิรงรอง งามสูตร, (2558), **ประทุษฆาตกับ โลกออนไลน์**, กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คอปไฟ, หน้า 31.

<sup>6</sup> United Nations Centre for Human Rights, (1991), **Report of the Seminar on the Political, Historical, Economic, Social and Cultural Factors contributing to Racism, Racial Discrimination and Apartheid: Geneva, Switzerland, 10-14 December, 1990** (Research Report), (New York: United Nations).

<sup>7</sup> John C. Knechtel, (2006), **When to Regulate Hate Speech**, *Penn St Law Review*, 110, p. 539-546

<sup>8</sup> Alexander Tsisis, (2002), **Destructive Messages: How Hate Speech Paves the Way for Harmful Social Movement**, New York University, p. 28-48

<sup>9</sup> Susan Benesch, (2008), **Vile Crime or Inalienable Rights: Defining Incitement to Genocide**, *Virginia Journal of International Law*, p. 48

เนื่องจากเป็นเหตุผลรองรับทัศนคติที่ว่า การกระทำรุนแรงต่อบุคคลเหล่านั้น เป็นสิ่งที่ไม่ร้ายแรง<sup>10</sup> ในแง่นี้ “Hate speech” มีความเกี่ยวข้องกับการโฆษณาชวนเชื่อ (Propaganda) ซึ่งอาจมีวัตถุประสงค์เชื่อมโยงกับการเมืองด้วยในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ “Hate speech” จะต้องมีความเชื่อมโยงกับเหตุบางอย่างที่เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะร่วมกันของบุคคล หรือ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” (Grounds of Discrimination, Protected Ground) ซึ่งมีการกำหนดไว้ในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหลายฉบับ ดังนี้

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติครอบคลุม “เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติ หรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น”<sup>11</sup>

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และ วัฒนธรรม กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติครอบคลุม “เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติ หรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น”<sup>12</sup>

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติเฉพาะกรณี “ความพิการ”<sup>13</sup>

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติครอบคลุม เช่น “เชื้อชาติ สีผิว เชื้อสาย หรือ ชาติกำเนิด หรือ เผ่าพันธุ์กำเนิด” เป็นต้น<sup>14</sup> ซึ่งมีหลักเกี่ยวกับ “Hate speech” และเป็นประเด็นหลักของบทความนี้

---

<sup>10</sup> Kathleen E. Mahoney, (2009), Hate Speech: The Regulation of Hate Speech in a Democracy, *Wake Forest Law Review*, 44, p. 497-509

<sup>11</sup> International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), Article 2.

<sup>12</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), Article 2.

<sup>13</sup> Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), Article 2.)

<sup>14</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD), Article 1.

ตามกรอบของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ในมาตรา 27 วรรคสาม ครอบคลุมถึง “ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด” ดังนั้น “Hate speech” จึงมีความสัมพันธ์กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” และจัดเป็นส่วนหนึ่งของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (Anti-discrimination) เนื่องจากการสื่อสารเช่นนี้ อาจนำไปสู่การเลือกปฏิบัติในมิติอื่นต่อไป สำหรับการสื่อสารที่ไม่เกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าว ก็จะไม่อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน

### กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเกี่ยวกับ “Hate speech”

กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในแง่หนึ่งรับรองเสรีภาพในการสื่อสาร (Freedom of speech) แต่ในอีกแง่หนึ่ง วางข้อจำกัดของเสรีภาพดังกล่าวในกรณี “Hate speech” มีกรณีตัวอย่างหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)<sup>15</sup>

<sup>15</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, Article 19 and Article 20.

ข้อ 19 ให้การคุ้มครอง “สิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดเห็นทุกประเภท โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ทั้งนี้ ไม่ว่าด้วยวาจาเป็นลายลักษณ์อักษร หรือการตีพิมพ์ในรูปแบบของศิลปะหรือโดยอาศัยสื่อประการอื่นตามที่ตนเลือก” แต่สิทธิดังกล่าวมีข้อจำกัดตาม ข้อ 20 กล่าวคือ

ข้อ 20 ซึ่งมีหลักว่า (1) การโฆษณาชวนเชื่อใด ๆ เพื่อการสงครามเป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมาย (2) การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ซึ่งช่วยให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์หรือการใช้ความรุนแรง เป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมาย ดังนั้น ข้อ 20 ซึ่งเกี่ยวข้องกับ “Hate speech” จึงจัดเป็นข้อยกเว้นของหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกๆรูปแบบ (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD))<sup>16</sup>

อนุสัญญา CERD มีผลบังคับใช้กับประเทศไทย ตั้งแต่วันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2546 แต่มีการตั้งข้อสงวนในข้อบทที่ 4 ต่อมา ในปี พ.ศ. 2559 คณะรัฐมนตรีมีมติให้กระทรวงการต่างประเทศดำเนินการถอนข้อสงวนข้อนี้<sup>17</sup> ไทยจึงมีพันธกรณีที่จะต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับการสื่อสารที่กระตุ้นให้เกิดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ ซึ่งจัดเป็นรูปแบบหนึ่งของ "Hate speech" แต่ทั้งนี้กฎหมายเกี่ยวกับ "Hate speech" ก็จะต้องชั่งน้ำหนักกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นด้วย

---

<sup>16</sup> International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Article 4.

ข้อ 4 มีหลักว่า "รัฐภาคีประณามการโฆษณาชวนเชื่อ (Propaganda) ทั้งมวลและองค์กร ทั้งปวงที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความคิดเห็นหรือทฤษฎีของความเหนือกว่าของชนชาติหนึ่งชนชาติใดหรือของกลุ่มบุคคลตามสีผิวหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด หรือที่พยายามให้เหตุผลรองรับหรือส่งเสริมความเกลียดชังระหว่างเชื้อชาติหรือการเลือกปฏิบัติในรูปแบบใดก็ตาม และตกลงที่จะจัดให้มีมาตรการทางบวกในทันทีที่จะขจัดการกระตุ้นหรือการกระทำที่เลือกปฏิบัติและเพื่อการนี้จะดำเนินการต่าง ๆ โดยคำนึงถึงหลักการที่ปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติและสิทธิต่าง ๆ ที่ได้รับในข้อ 5 ของอนุสัญญานี้ ซึ่งรวมถึง (ก) จะประกาศให้การเผยแพร่ความคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเหนือกว่าทางเชื้อชาติ หรือความเกลียดชังอันเกิดจากการแตกต่างทางเชื้อชาติ การช่วยกระตุ้นให้เกิดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ และการกระทำที่รุนแรงหรือกระตุ้นให้เกิดการกระทำรุนแรงนั้นต่อชนเชื้อชาติหนึ่งเชื้อชาติใด หรือกลุ่มบุคคลที่มีสีผิวอื่นหรือเผ่าพันธุ์กำเนิดอื่น ตลอดจนการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนทางการเงินต่อกิจกรรมชาตินิยม เป็นการกระทำที่ต้องได้รับโทษตามกฎหมาย (ข) จะประกาศให้องค์กร กิจกรรมจัดตั้ง และกิจกรรมโฆษณาชวนเชื่อ อื่น ๆ ทั้งปวงที่ส่งเสริมและกระตุ้นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ เป็นสิ่งผิดกฎหมายและต้องห้าม และให้การเข้าร่วมในองค์กรหรือกิจกรรมเหล่านั้น เป็นการกระทำที่ต้องได้รับโทษตามกฎหมาย...."

<sup>17</sup> มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 7 มิถุนายน 2559 เรื่อง การถอนข้อสงวนข้อบทที่ 4 ของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกๆรูปแบบ, สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, ทำเนียบรัฐบาล.

## องค์ประกอบของ “Hate speech” และกรอบการพิจารณาตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

กรณีความหมายของ Hate speech ที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนขอจำแนกองค์ประกอบที่สำคัญ (Elements) ของ “Hate speech” ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนไว้ 4 ประการ ดังนี้

1) การแสดงออกมีความหมายกว้างกว่า การพูด (Verbal Communication) แต่รวมถึงการสื่อสารในรูปแบบต่าง ๆ เช่น ลายลักษณ์อักษร พฤติกรรม กิริยาอาการ ภาพ สัญลักษณ์ และอาจเกิดขึ้นผ่านช่องทางการสื่อสารกายภาพหรือทางอิเล็กทรอนิกส์<sup>18</sup>

2) “Hate speech” ไม่มีวัตถุประสงค์คุ้มครองชื่อเสียงบุคคลใดโดยเฉพาะ แต่มุ่งคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีลักษณะเฉพาะร่วมกัน เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เป็นต้น จึงแตกต่างจากหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งคุ้มครองชื่อเสียงของปัจเจกชนคนใดคนหนึ่ง

3) กรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชน “Hate speech” มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” (Discrimination Grounds) อาทิ เชื้อชาติ ศาสนา สีผิว เพศ เป็นต้น ดังนั้น การสื่อสารความเกลียดชังอันสืบเนื่องกับเหตุอื่น เช่น ความสัมพันธ์ส่วนบุคคลจะต้องพิจารณากฎหมายในมิติอื่น เป็นต้น

4) การสื่อสารความเกลียดชัง อาจนำไปสู่ ผลในเชิงนามธรรม เช่น การแบ่งแยกบุคคลในสังคมให้แตกต่างกัน ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ เป็นต้น ผลในเชิงรูปธรรมซึ่งอาจถึงขั้นเป็นความผิดทางอาญา ได้แก่ การปลุกระดมให้เกิดความรุนแรงทางกายภาพต่อร่างกายหรือทรัพย์สิน เป็นอาทิ และผลเชิงรูปธรรมที่ไม่ถึงขั้นเป็นความผิด

<sup>18</sup> คณาธิป ทองรวีวงศ์, (2555), กฎหมายเกี่ยวกับการสื่อสารมวลชน, กรุงเทพฯ: นิติธรรม, หน้า 70-71. “ในกฎหมายต่างประเทศ ขอบเขตความหมายของ “Speech” ก็มีความหมายกว้างกว่า “คำพูด” เช่น ในบริบทของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา “Freedom of Speech” มีความหมายรวมถึง การแสดงออกในรูปแบบการใช้คำพูด เป็นต้น และการแสดงออกที่ไม่ใช้คำพูด (Non-speech) เช่น การใช้พฤติกรรมสัญลักษณ์ เป็นต้น”

ทางอาญา แต่อาจเป็นการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เช่น การไม่รับบุคคลบางกลุ่มเข้าทำงาน การปฏิเสธไม่ให้บริการกับบุคคลบางกลุ่ม เป็นต้น

### กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับ “Hate speech”

แนวทางการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate speech” ในแต่ละประเทศนั้นแตกต่างกันไป โดยอาจแบ่งได้สองแนวทางหลัก<sup>19</sup> ดังนี้

แนวทางที่หนึ่ง ใช้เกณฑ์พิจารณาจากมูลเหตุจูงใจและเนื้อหา กล่าวคือกฎหมายจะกำหนดความผิดสำหรับ “Hate speech” เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับมูลเหตุจูงใจบางอย่างที่กฎหมายกำหนด เช่น เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน เป็นต้น

แนวทางที่สอง ใช้เกณฑ์พิจารณาจากอันตรายอันอาจเกิดจากเนื้อหา กล่าวคือกฎหมายจะกำหนดความผิดหากการสื่อสารนั้นมีลักษณะที่น่าจะนำไปสู่อันตรายที่แท้จริง (Actual harm) ในหัวข้อนี้จะได้ยกตัวอย่างกฎหมายของต่างประเทศ ที่มีแนวทางการควบคุม “Hate speech” แตกต่างกัน ดังนี้

### กฎหมายออสเตรเลีย

กฎหมายออสเตรเลียในระดับรัฐบาลกลาง กรณี “Hate speech” ตามพระราชบัญญัติการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ค.ศ. 1975 (Racial Discrimination Act 1975) กำหนดความผิดสำหรับ “การกระทำอันเป็นการรุกราน ดูหมิ่น ทำให้ด้อยค่า ชมชู้ บุคคลอื่นหรือกลุ่มบุคคลอื่น โดยการกระทำนั้นได้กระทำลงไปด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ สีผิว สัญชาติ หรือถิ่นกำเนิดของผู้อื่น หรือบุคคลบางคนในกลุ่มบุคคลนั้น”<sup>20</sup> ในปี ค.ศ. 2002 ศาลสหพันธรัฐ

---

<sup>19</sup> Alon Harel, (2012), Hate Speech and Comprehensive Forms of Life, in Michael Herz and Peter Molnar (eds), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University, p. 308-309.

<sup>20</sup> Racial Discrimination Act 1975, 18C

(Federal Court) ได้ตัดสิน (คดี Jones v. Toben) ว่าการที่จำเลยเผยแพร่ข้อมูลบนเว็บไซต์ มีเนื้อหาปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 (Holocaust denial) ในเว็บไซต์ โดยไม่มีการกำหนดรหัสผ่าน (บุคคลทั่วไปเข้าถึงได้) เป็นการสื่อสารต่อสาธารณะ (Public act) และฝ่าฝืนกฎหมายการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาลได้มีคำสั่งให้จำเลยนำเนื้อหาข้อมูลดังกล่าวออกจากเว็บไซต์<sup>21</sup> ในระดับมลรัฐ แบ่งเป็นสองแนวทาง คือ (1) กำหนดหลักเกี่ยวกับ “Hate speech” ไว้ในกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ ซึ่งอาจเรียกว่า พระราชบัญญัติห้ามเลือกปฏิบัติ ค.ศ. 2010 หรือพระราชบัญญัติความเท่าเทียมกันทางโอกาส ค.ศ. 2010<sup>22</sup> (2) กำหนดกฎหมายเฉพาะสำหรับ “Hate speech”<sup>23</sup>

### กฎหมายแคนาดา

ประเทศแคนาดามีกฎหมายลายลักษณ์อักษร ที่เกี่ยวกับการสื่อสารความเกลียดชัง (Hate Speech) สองฉบับหลัก คือ

1) กฎหมายอาญา (The Criminal Code) กำหนดความผิดที่เกี่ยวกับ “Hate speech” โดยเรียกว่า การโฆษณาชวนเชื่อก่อความเกลียดชัง (Hate propaganda) ทั้งนี้โดยแยกฐานความผิดออกเป็น กรณีการยุยงส่งเสริมให้เกิดการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Advocating genocide) การกระตุ้นให้

<sup>21</sup> Jones v. Toben, Racial Discrimination on the Internet, October 2002, Available from: [http://www.galexia.com/public/research/articles/research\\_articlesart22.html#fn357](http://www.galexia.com/public/research/articles/research_articlesart22.html#fn357), Retrieved 29 August 2018.

<sup>22</sup> เช่น มลรัฐ New South Wales มีพระราชบัญญัติห้ามการเลือกปฏิบัติ ค.ศ.1977 (Anti-Discrimination Act 1977) วางหลักห้ามการให้ร้าย (Vilification) ด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ เพศ อัตลักษณ์ทางเพศ การรักร่วมเพศ หรือสถานการณ์ติดเชื้อ HIV เป็นต้น

<sup>23</sup> เช่น มลรัฐ Victoria มีพระราชบัญญัติความเท่าเทียมกันในโอกาส ค.ศ. 2010 (Equal Opportunity Act 2010) ซึ่งไม่มีหลักการเกี่ยวกับ “Hate speech” แต่มีการตราพระราชบัญญัติเฉพาะเรียกว่า พระราชบัญญัติการยอมรับในเชื้อชาติและศาสนา ค.ศ. 2001 (Racial and Religious Tolerance Act, 2001) วางหลักห้ามการกระทำอันเป็นการกระตุ้นหรือยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุเชื้อชาติและศาสนา เป็นต้น

เกิดความเกลียดชังต่อสาธารณะ (Public incitement of hatred) และการจงใจส่งเสริมให้เกิดความเกลียดชัง (Willful promotion of hatred) ซึ่งมีองค์ประกอบความผิดที่สำคัญ คือ “... สื่อบุคคลอันมิใช่การสื่อสารส่วนบุคคล ด้วยความจงใจส่งเสริมให้เกิดความเกลียดชังต่อกลุ่มที่ระบุเจาะจงได้...”<sup>24</sup>

2) กฎหมายสิทธิมนุษยชนแคนาดา (Canadian Human Rights Act) กำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติ โดยมีเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายห้าม อาทิ เชื้อชาติ สัญชาติ สีผิว ศาสนา อายุ เพศ รสนิยมทางเพศ สถานะการสมรส สถานะครอบครัว ความพิการ เป็นต้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีอำนาจดำเนินการบังคับใช้กฎหมายนี้ เช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีคำสั่งให้ผู้ถูกร้องเรียนยุติการโพสต์ข้อมูลในอินเทอร์เน็ตที่มีลักษณะก่อให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและให้ชำระค่าปรับ<sup>25</sup> เป็นต้น

### กฎหมายสหรัฐอเมริกา

กฎหมายสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับ (Hate Speech) แบ่งออกได้เป็นสองกลุ่ม คือ

1) กฎหมายเกี่ยวกับการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง (Hate Speech)

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาฉบับแก้ไขครั้งที่ 1 (First Amendment) ได้วางหลักห้ามการตรากฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Speech)<sup>26</sup> และจากแนวคำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกาให้น้ำหนักกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยในหลายคดีศาลได้ตัดสินว่า รัฐไม่อาจตรากฎหมายเพื่อควบคุมหรือจำกัดการ

<sup>24</sup> The Criminal Code, Section 319 (2).

<sup>25</sup> Warman v. Winnicki, 2006 CHRT 20

<sup>26</sup> “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof, or abridging the Freedom of Speech, or of the press, or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”

สื่อสารลักษณะ “Hate speech” ได้ เนื่องจากการสื่อสารเหล่านี้ เป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ดังนั้น ในสหรัฐอเมริกาจึงไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่วางหลักห้ามการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังในลักษณะของ “Hate speech” ไว้โดยเฉพาะ อย่างไรก็ตาม ศาลได้วางหลัก “Fighting Words Doctrine”<sup>27</sup> อันเป็นข้อจำกัดของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น กล่าวคือ หากการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังนั้นมีลักษณะถึงขนาดเป็นการสื่อสารที่มีลักษณะยั่วยุกระตุ้นให้เกิดความรุนแรงทางกายภาพ การบาดเจ็บ หรือก่อให้เกิดการคุกคามต่อความสงบหรือสันติภาพ จะไม่ได้รับการคุ้มครองตามหลักเสรีภาพของการแสดงความคิดเห็น รัฐจึงตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดการสื่อสารดังกล่าวได้

2) กฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมที่มีมูลเหตุจากความเกลียดชัง (Hate crime) ซึ่งปรากฏในกฎหมายคอมมอนลอว์เกี่ยวกับอาชญากรรมต่อบุคคลและทรัพย์สิน เช่น การทำร้ายร่างกายคน (Assault) การทำลายทรัพย์สิน (vandalism) โดยผู้กระทำความผิดมีแรงจูงใจมาจากความเกลียดชังเหยื่อด้วยมูลเหตุแห่ง เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา เป็นต้น<sup>28</sup> สำหรับกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น หลักห้ามการกระทำในลักษณะ “Hate crime” ปรากฏในกฎหมายสิทธิพลเมือง (Civil Rights Act of 1968)<sup>29</sup> แต่ความผิดกลุ่มนี้เกี่ยวข้องกับ การกระทำทางกายภาพ เช่น ทำร้ายร่างกาย เป็นต้น แตกต่างกับ “Hate speech” ซึ่งเป็น การสื่อสารจึงอยู่นอกขอบเขตของบทความนี้

<sup>27</sup> Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942)

<sup>28</sup> Samuel Walker, (1994), *Hate Speech: The History of an American Controversy*, University of Nebraska, p. 9

<sup>29</sup> 18 U.S. Code, Section 245 - Federally protected activities

วิเคราะห์ “Hate speech” ตามประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560

ส่วนนี้จะเริ่มจากการวิเคราะห์ “Hate speech” ภายใต้องค์ประกอบของประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ดังต่อไปนี้

### 1) “Hate speech” กับความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามประมวลกฎหมายอาญา<sup>30</sup>

กรณีดังกล่าวสามารถจำแนกได้สองกรณี คือ (1) “Hate speech” ที่เข้าองค์ประกอบหมิ่นประมาท กล่าวคือ การสื่อสารที่สร้างความเกลียดชังอาจกระทำต่อบุคคล โดยเฉพาะเจาะจง ด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น การใส่ความผู้ที่นับถือศาสนาอื่นว่าเป็นพวกก่อการร้าย เป็นต้น (2) “Hate speech” ที่ไม่เข้าองค์ประกอบหมิ่นประมาท เช่น การเผยแพร่ข้อมูลแสดงความเกลียดชังต่อบุคคลที่มีคุณลักษณะร่วมกันบางประการ โดยไม่เจาะจงตัว เป็นต้น

กรณีหมิ่นประมาท ตามประมวลกฎหมายอาญา กับ “Hate speech” อยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่แตกต่างกัน เนื่องจาก “Hate speech” มุ่งคุ้มครองบุคคลในกลุ่มเสี่ยง หรือประเภชอันมีความสัมพันธ์กับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” และป้องกันการสื่อสารที่จะนำไปสู่การกระทำทางกายภาพอื่น เช่น การเลือกปฏิบัติหรือความรุนแรง เป็นต้น ในขณะที่ความผิดฐานหมิ่นประมาทมุ่งคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” จึงมีขอบเขตที่กว้างกว่า “Hate speech” ตามกฎหมายปัจจุบัน “Hate speech” ที่เข้าองค์ประกอบหมิ่นประมาทจะไม่อยู่ภายใต้ มาตรา 14 (1) ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560

---

<sup>30</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 บัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

สำหรับ “Hate speech” ที่ไม่เข้าองค์ประกอบหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา อาจเป็นความผิดมาตรา 14 (1) ดังจะกล่าวต่อไป

## 2) “Hate speech” กับความผิดตามมาตรา 116 ตามประมวลกฎหมายอาญา

กรณีดังกล่าว “Hate speech” อาจมีลักษณะของการกระตุ้นยั่วยุ (Incitement) หรือถูกนำไปใช้ในลักษณะโฆษณาชวนเชื่อ เพื่อหวังผลทางการเมืองหรือความรุนแรง (Hate propaganda) ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 116<sup>31</sup> ซึ่งอาจเรียกว่า “ยุยงปลุกปั่น” ครอบคลุมการกระตุ้นหรือยุยงที่มีวัตถุประสงค์ทำให้เกิดความไม่สงบหรือการฝ่าฝืนกฎหมายจึงอาจมีส่วนเกี่ยวข้องกับ “Hate speech” ได้ แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 116 มิได้มีองค์ประกอบเกี่ยวกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” และมีได้ระบุถึงมูลเหตุจูงใจของการยุยงว่า จะต้องเกี่ยวข้องกับกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เป็นต้น เนื่องจากมาตรานี้มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชน แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความมั่นคงและสงบเรียบร้อย อย่างไรก็ตาม ถ้าหาก “Hate speech” เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 116 ก็จะเป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 14 (3) ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ดังจะกล่าวต่อไป

<sup>31</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 116 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำให้ปรากฏแก่ประชาชนด้วยวาจา หนังสือ หรือวิธีอื่นใดอันมิใช่เป็นการกระทำภายในความมุ่งหมายแห่งรัฐธรรมนูญ หรือมิใช่เพื่อแสดงความคิดเห็น หรือติชมโดยสุจริต

(1) เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในกฎหมายแผ่นดินหรือรัฐบาล โดยใช้กำลังข่มขืนใจหรือใช้กำลังประทุษร้าย

(2) เพื่อให้เกิดความปั่นป่วนหรือกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชนถึงขนาดที่จะก่อความไม่สงบขึ้นในราชอาณาจักร หรือ

(3) เพื่อให้ประชาชนล่วงละเมิดกฎหมายแผ่นดิน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี”

### 3) “Hate speech” ในรอบพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560

หากพิจารณา “Hate speech” ตามความหมายที่ผู้เขียนศึกษาในบทความนี้ จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มิได้กำหนดฐานความผิดเฉพาะสำหรับ “Hate speech” โดยเฉพาะ แต่การสื่อสารข้อมูล “Hate speech” ทางระบบคอมพิวเตอร์นั้น อาจเกี่ยวข้องกับความผิดตามมาตรา 14 และมาตรา 16 ซึ่งได้แก้ไขใหม่ตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว โดยจะได้จำแนกวิเคราะห์เป็น 2 กรณี คือ

3.1) “Hate speech” ที่ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 กรณีนี้อาจวิเคราะห์ตามมาตราที่เกี่ยวข้องตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ต่อไปนี้

มาตรา 14 (1)<sup>32</sup> หากข้อมูลคอมพิวเตอร์อันมีลักษณะ “Hate speech” นั้น เป็นการใส่ความผู้อื่นที่ระบุตัวผู้ถูกใส่ความได้ว่าเป็นใคร กล่าวคือ เมื่อบุคคลที่สามอ่านข้อมูลนั้น สามารถเข้าใจได้ว่า บุคคลในข้อมูลหมายถึง ผู้อื่นที่ถูกใส่ความ<sup>33</sup> ก็จะเข้าองค์ประกอบความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา และไม่เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ตามมาตราดังกล่าว

---

<sup>32</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 14 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(1) โดยทุจริต หรือโดยหลอกลวง นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่บิดเบือนหรือปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ประชาชน อันมิใช่การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา”

<sup>33</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 390/2545 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1513/2551, เนติบัณฑิตยสภาในพระบรมราชูปถัมภ์

มาตรา 14 (2)<sup>34</sup> เป็นการกล่าวถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ ที่อาจสร้างความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศ หรือเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยสาธารณะ ดังนั้น การเผยแพร่ข้อมูลแสดงความเกลียดชัง จึงไม่ใช่ข้อมูลอันเป็นเท็จที่จะเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา

มาตรา 14 (3)<sup>35</sup> หากการเผยแพร่ข้อมูล “Hate speech” ไม่เกี่ยวข้องกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาในหมวดความมั่นคงและก่อการร้ายก็ไม่เป็นความผิดตามมาตราดังกล่าว

มาตรา 14 (4)<sup>36</sup> โดยทั่วไปแล้ว “Hate speech” อยู่บนแนวคิดที่แตกต่างจากการเผยแพร่สื่อลามกออนไลน์ ดังนั้น การเผยแพร่ข้อมูลแสดงความเกลียดชังที่ไม่เกี่ยวข้องกับข้อมูลลามกก็ไม่ผิดตามมาตรา

<sup>34</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 14 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือโครงสร้างพื้นฐานอันเป็นประโยชน์สาธารณะของประเทศ หรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน”

<sup>35</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 14 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(3) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา”

<sup>36</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 14 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 16<sup>37</sup> กรณีของ “Hate speech” นั้น หากไม่มีการนำภาพบุคคลที่เกิดจากการตัดต่อมาประกอบก็ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรานี้

3.2) “Hate speech” ที่เข้าองค์ประกอบความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 กรณีนี้อาจวิเคราะห์ตามมาตราที่เกี่ยวข้องแห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ดังนี้

มาตรา 14 (1) การสื่อสารข้อมูล “Hate speech” ที่ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา แต่อาจจะเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 14 (1) เช่น การเผยแพร่ข้อมูลแสดงความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา ของบุคคลซึ่งมีจำนวนมากและไม่สามารถระบุตัวได้ว่าเป็นใคร<sup>38</sup> เป็นต้น ในเมื่อไม่เป็นความผิด

(4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้”

<sup>37</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 16 บัญญัติว่า “ผู้ใดนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏเป็นภาพของผู้อื่น และภาพนั้นเป็นภาพที่เกิดจากการสร้างขึ้น ตัดต่อ เติม หรือดัดแปลงด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใด โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำต่อภาพของผู้ตาย และการกระทำนั้นน่าจะทำให้บิดามารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษดังที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง เป็นการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์โดยสุจริตอันเป็นการดีชมด้วยความเป็นธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งใดอันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ ผู้กระทำไม่มีความผิดความผิดตามวรรคหนึ่งและวรรคสองเป็นความผิดอันยอมความได้

ถ้าผู้เสียหายในความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองตายเสียก่อนร้องทุกข์ ให้บิดา มารดา คู่สมรสหรือบุตรของผู้เสียหายร้องทุกข์ได้ และให้ถือว่าเป็นผู้เสียหาย”

<sup>38</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1325/2498, เนติบัณฑิตยสภา ในพระบรมราชูปถัมภ์

ฐานหมิ่นประมาท โดยหลักแล้วการกระทำเช่นนี้ยังคงอยู่ภายใต้ มาตรา 14 (1) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง องค์ประกอบอื่นตามมาตรานี้ที่มีขอบเขตกว้างกว่าความผิดฐานฉ้อโกงทางคอมพิวเตอร์ (Computer related fraud) ตามอนุสัญญาอาชญากรรมไซเบอร์<sup>39</sup> กล่าวคือ (1) ข้อมูลเท็จหรือบิดเบือนอาจครอบคลุม “Hate speech” ที่มีเนื้อหาผิดแผกจากความจริง (2) พฤติการณ์ประกอบการกระทำ “โดยประการที่น่าจะเสียหายแก่ประชาชน” มีความหมายกว้างไม่จำกัดเฉพาะความเสียหายในมิติเศรษฐกิจหรือทรัพย์สิน จึงอาจรวมถึงความเสียหายทางจิตใจของผู้ได้รับผลกระทบจาก “Hate speech” (3) องค์ประกอบในส่วนเจตนาพิเศษ “โดยหลอกลวง” ที่กว้างกว่า “โดยทุจริต” ทำให้มาตรา 14 (1) กว้างกว่าการฉ้อโกงทางคอมพิวเตอร์ และอาจครอบคลุม “Hate speech” ที่ไม่ได้มุ่งหวังผลประโยชน์โดยมิชอบ เช่น การโพสต์ข้อมูลคอมพิวเตอร์มีเนื้อหาอันเป็นเท็จ ทำให้เกิดความเกลียดชังผู้สนับสนุนถือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง โดยมีได้เจาะจงถึงบุคคลใดและไม่ปรากฏว่าเป็นไปเพื่อแสวงประโยชน์ใดเป็นต้น

---

“กรณีที่จะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท ข้อความที่กล่าวจะต้องมุ่งเจาะจงถึงบุคคลใดโดยเฉพาะ และโจทก์จะต้องนำสืบให้ได้ความถึงบุคคลผู้ถูกหมิ่นประมาทนั้นด้วย เมื่อในคำโฆษณามีความหมายเฉพาะนายแพทย์ชายคนหนึ่ง ไม่มีเกินความถึงนายแพทย์ทุก ๆ คนของโรงพยาบาลศิริราช ทั้งโจทก์หาได้นำสืบถึงนายแพทย์คนที่ถูกใส่ความหมิ่นประมาท ก็ย่อมทราบไม่ได้ว่านายแพทย์คนใดเป็นผู้เสียหาย เมื่อตามคำฟ้องไม่มีช่องทางแสดงให้เห็นว่าเจาเลยมุ่งหมายกล่าวใส่ความถึง นายแพทย์เฉลิม นายแพทย์เฉลิมจึงมิใช่ผู้เสียหาย อันจะพึงร้องทุกข์ได้”

<sup>39</sup> Kanathip Thongraweewong, (2018, May-June), Legal limitations relating to the Application of Thai Computer-related Crime Act of B.E. 2560 to the case of “Phishing”, *Kasem Bundit Journal*, 19, p. 100-111

“จากการศึกษาพบว่า มาตรานี้บัญญัติไว้ในลักษณะกว้างกว่าความผิดฐานฉ้อโกงหลอกลวงทางคอมพิวเตอร์ (Computer related fraud) ตามอนุสัญญาอาชญากรรมไซเบอร์และความผิดฐานฉ้อโกงทางคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายของหลายประเทศ”

มาตรา 14 (2) ในกรณีที่มีการเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับ “Hate speech” นั้น เป็นข้อมูลเท็จ และมีลักษณะที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อเหตุต่าง ๆ เช่น การรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ เป็นต้น ดังกล่าวแล้วจะเป็นความผิดตามมาตรา

มาตรา 14 (3) หากการเผยแพร่ข้อมูล “Hate speech” เข้าองค์ประกอบความผิดในหมวดความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร ตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ก็เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 14 (3) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ด้วย ซึ่งตัวอย่างความผิดในหมวดดังกล่าว กรณี มาตรา 116 ตามประมวลกฎหมายอาญา ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้น “Hate speech” ในกรณีนี้จึงอยู่ภายใต้ฐานความผิดของกฎหมายทั้งสองฉบับ

มาตรา 14 (4) “Hate speech” ที่อาจเข้าองค์ประกอบตามมาตรา 14 นี้ เช่น การโพสต์ข้อมูลแสดงความเกลียดชังบุคคลอื่นด้วยเหตุแห่งรสนิยมทางเพศ โดยมีการนำภาพลามกประกอบด้วยเนื้อหาข้อมูล Hate speech เป็นต้น

มาตรา 16 ในกรณี “Hate speech” ที่มีการเผยแพร่ข้อมูลภาพตัดต่อบุคคลประกอบการสื่อสารแสดงความเกลียดชังด้วยก็จะเข้าองค์ประกอบความผิดมาตรา 16 เช่นกัน

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ไม่อาจสรุปเป็นการทั่วไปได้ว่า “Hate speech” จะเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 หรือไม่ เนื่องจากต้องอาศัยองค์ประกอบที่ขึ้นอยู่กับลักษณะข้อเท็จจริงของ “Hate speech” เป็นกรณีไป

**วิเคราะห์ “Hate speech” ภายใต้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 และพันธกรณีของไทยตาม ข้อ 4 ของอนุสัญญา CERD**

ประเด็นต่อไปนี้ ผู้เขียนจะวิเคราะห์เปรียบเทียบในภาพรวมเชิงหลักการของการปรับใช้กฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับ “Hate speech” ในบริบทการสื่อสาร

ออนไลน์ จากนั้นจะวิเคราะห์ปัญหาของกฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันกับความสอดคล้องกับพันธกรณีตามข้อบทที่ 4 ของ อนุสัญญา CERD

ถึงแม้ว่า Hate speech จะปรับเปลี่ยนจากการแสดงข้อความด้วยวาจาหรือทางกายภาพ มาเป็นการใช้ช่องทางสื่อสารอินเทอร์เน็ต แต่สาระสำคัญก็ยังคงสืบเนื่องจากกฎหมายสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) ดังนั้น กฎหมายต่างประเทศที่มีหลักการควบคุม Hate speech จึงมิได้กำหนดเป็นฐานความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ แต่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะหรือกฎหมายสิทธิมนุษยชน เมื่อพิจารณาฐานความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 จะเห็นได้ว่า อาจนำมาปรับใช้กับ “Hate speech” ได้ในบางกรณีและไม่สามารถปรับใช้กับบางกรณี ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายนี้มีได้มีเจตนารมณ์เพื่อใช้กับ “Hate speech” แต่เนื่องจากองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับเนื้อหาตามมาตรา 14 และ 16 แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว มีขอบเขตที่กว้างทำให้ครอบคลุม “Hate speech” บางกรณี ซึ่งการนำมาปรับใช้เช่นนี้ เกิดจากองค์ประกอบความผิดตามมาตราดังกล่าว ทำให้เกิดการใช้กฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์

เมื่อกล่าวถึงต่างประเทศอื่นได้แก่ ออสเตรเลีย แคนาดา และสหรัฐอเมริกา ต่างให้การคุ้มครองทั้งเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และสิทธิของผู้ถูกเลือกปฏิบัติ ข้อแตกต่างของประเทศดังกล่าว คือ การชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิเสรีภาพทั้งสองด้าน กล่าวคือ ออสเตรเลีย แคนาดา ให้น้ำหนักกับการคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติมากกว่า ในขณะที่สหรัฐอเมริกานั้น ให้น้ำหนักกับเสรีภาพในการสื่อสารและแสดงความคิดเห็นมากกว่าจึงมีการควบคุม “Hate speech” ในขอบเขตที่จำกัด

อนึ่ง อนุสัญญา CERD ได้วางหลักห้ามเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับ “Hate speech” ไว้ในข้อบทที่ 4 กล่าวคือ พันธกรณีของรัฐในการวางกฎเกณฑ์ห้ามการ “โฆษณาชวนเชื่อหรือเผยแพร่แนวคิดที่สร้างความเกลียดชังด้านเชื้อชาติ” โดยประเทศไทยได้ตั้งข้อสงวนไว้ต่อมาในปี พ.ศ. 2559 คณะรัฐมนตรีมีมติให้ถอนข้อสงวนดังกล่าว จึงเป็นเหตุให้ประเทศ

ไทยต้องพิจารณาว่า กฎหมายไทยที่มีอยู่สอดคล้องกับข้อ 4 ของอนุสัญญาหรือไม่ โดยมติ คณะรัฐมนตรีระบุว่า “...ให้กระทรวงยุติธรรมรับความเห็นของกระทรวงการต่างประเทศ และสำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติเกี่ยวกับความพร้อมของประเทศไทยต่อการถอน ข้อสงวนข้อบทที่ 4 ของอนุสัญญา CERD ซึ่งประเทศไทยสามารถถอนข้อสงวนดังกล่าวได้ โดยไม่ต้องออกกฎหมายใหม่ โดยได้อ้างอิงถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง นั้น โดยที่กฎหมายเหล่านั้นยังไม่ได้กำหนดฐานความผิด เฉพาะตามข้อบทที่ 4 ของอนุสัญญา CERD อีกทั้งบทลงโทษระบุเพียงกว้าง ๆ ไม่ระบุโทษ ที่ชัดเจนตามความผิดที่ปรากฏในอนุสัญญา CERD แต่เป็นการระบุโทษสำหรับความผิด เกี่ยวกับการให้ร้ายและสร้างความเกลียดชัง จึงต้องอาศัยการตีความกฎหมายเหล่านั้น เป็นรายกรณีว่า รวมถึงการกระทำที่เกิดจากการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติหรือไม่...”<sup>40</sup>

ถ้อยคำดังกล่าวตามมติคณะรัฐมนตรี ทำให้เห็นได้ว่า กฎหมายไทยที่ “เกี่ยวข้อง และมีอยู่แล้ว” แต่มิได้มีหลักการที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับ “Hate speech” ซึ่งสามารถ จำแนกวิเคราะห์ได้ ดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 116 ซึ่งอยู่บนพื้นฐานแนวคิดและหลักการที่ แตกต่างจากอนุสัญญา CERD ข้อบทที่ 4 กล่าวคือ<sup>41</sup>

1) มาตรา 116 ตามประมวลกฎหมายอาญา เป็นหมวดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ภายในราชอาณาจักร ในขณะที่กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับ “Hate speech” อยู่ใน กรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชน หรือกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ

<sup>40</sup> มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 7 มิถุนายน 2559, เฟิ่งอ้าง, หน้าเดียวกัน.

<sup>41</sup> คณาธิป ทองรวีวงศ์, (2560), แนวทางการพัฒนากฎหมายไทยให้สอดคล้องกับ ข้อ 4 ของ CERD: กรณี Hate speech, เอกสารประกอบการนำเสนอในการประชุมเชิงปฏิบัติการเพื่อพิจารณาการดำเนินงาน ภายหลังจากการถอนข้อสงวนของประเทศไทย ข้อ ๔ ของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการ เลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ, กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, กระทรวงยุติธรรม, หน้า 6.

2) มาตรา 116 ตามประมวลกฎหมายอาญา มิได้กำหนดเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติไว้ แต่เป็นการ ปลุกปั่น ยุยง ซึ่งกว้างกว่าเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ที่อาจจะกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นด้วย

สำหรับ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 นั้น แม้จะนำมาปรับใช้กับกรณี “Hate speech” ทางระบบคอมพิวเตอร์ได้ในบางกรณี แต่ก็ยังไม่สามารถครอบคลุมซึ่งอยู่บนพื้นฐานแนวคิดและหลักการที่แตกต่างจากอนุสัญญา CERD ข้อบทที่ 4 กล่าวคือ<sup>42</sup>

1) กรณีที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเนื้อหา ตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ซึ่งโดยรวมแล้วจะมุ่งเน้นเนื้อหาที่เกี่ยวกับการฉ้อโกงหลอกลวงทางคอมพิวเตอร์ และเนื้อหาที่เกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ในขณะที่กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับ “Hate speech” อยู่ในกรอบของกฎหมายสิทธิมนุษยชน หรือกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติ

2) พระราชบัญญัติฉบับนี้ ไม่มีการนำเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติมาเป็นองค์ประกอบความผิด เนื่องจากอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายที่แตกต่างกับกฎหมายสิทธิมนุษยชน

3) การสื่อสารแสดงความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติที่ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 14 หรือมาตรา 16 ก็ไม่สามารถนำมาบังคับใช้ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้

4) การโฆษณาชวนเชื่อหรือการกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังด้านเชื้อชาติที่อยู่ในรูปของกิจกรรมหรือการกระทำอื่น ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ข้อมูลทางระบบคอมพิวเตอร์ ก็ไม่สามารถนำมาบังคับใช้ ตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้

ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่า กฎหมายไทยที่บังคับใช้อยู่ มิได้ตอบสนองหรือสอดคล้องโดยตรงกับหลักการตามอนุสัญญา CERD ที่ประเทศไทยมีพันธกรณีตาม

<sup>42</sup> คณาธิป ทองรวีวงศ์, แนวทางการพัฒนากฎหมายไทยให้สอดคล้องกับ ข้อ 4 ของ CERD: กรณี Hate speech, เพิ่งอ้าง, หน้า 7.

กฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น การนำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 116 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาปรับใช้กับการโฆษณาชวนเชื่อ หรือการเผยแพร่แนวคิดที่สร้างความเกลียดชังด้านเชื้อชาติ ตามอนุสัญญา CERD แม้จัดเป็น “การตีความและปรับใช้เป็นรายกรณี” แต่ก็เป็น การตีความและปรับใช้จากกฎหมายที่มีได้ร่างขึ้นเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเป็นการเฉพาะ จึงทำให้ไม่ครอบคลุมและสอดคล้องกับขอบเขตแห่งกฎหมายสิทธิมนุษยชน

อย่างไรก็ตาม พันธกรณีของประเทศไทยในการตรากฎหมายเกี่ยวกับการ กระตุ้นให้เกิดการเลือกปฏิบัติด้านเชื้อชาติ จัดเป็นเพียงส่วนย่อยของ “Hate speech” เนื่องจากอนุสัญญา CERD ตามข้อ 1, มีขอบเขตในเรื่องของ “เชื้อชาติ” ซึ่งรวมถึง “สีผิว เชื้อสาย ชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด” ดังนั้น จึงไม่ครอบคลุมถึง “Hate speech” ที่สืบเนื่องจากเหตุ อื่น เช่น เพศ อายุ ศาสนา ความคิดเห็นที่แตกต่างกันในประเด็นต่าง ๆ ทางสังคมหรือการเมือง เป็นต้น โดย “Hate speech” ที่เกี่ยวกับเหตุอื่นจะต้องพิจารณาตามกฎหมายสิทธิมนุษยชน ฉบับอื่นด้วย

### บทส่งท้าย

เมื่อมติคณะรัฐมนตรี ในปี พ.ศ. 2559 ให้ถอนข้อสงวนข้อบทที่ 4 ตาม อนุสัญญา CERD ทำให้ไทยมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องวางกฎเกณฑ์ห้ามการ “โฆษณาชวนเชื่อหรือเผยแพร่แนวคิดที่สร้างความเกลียดชังด้านเชื้อชาติ” ซึ่งเป็นกรณีของ “Hate speech” ที่เกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งเชื้อชาติ” อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันประเทศไทยไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate speech” โดยเฉพาะ แต่มีกฎหมายที่อาจนำมาปรับใช้หลายฉบับ โดยบทความนี้ได้วิเคราะห์การปรับใช้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 พบว่า ความผิดตามมาตรา 14 และ มาตรา 16 อาจนำมาปรับใช้กับ “Hate speech” ได้ในบางกรณีเท่านั้น และบางกรณี ก็ไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับนี้ มิได้มีเจตนารมณ์คุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติตามนัยของกฎหมายสิทธิมนุษยชน ประกอบกับกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate speech” ของต่างประเทศมิได้กำหนดไว้ในกฎหมายความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ดังนั้น การที่ฐานความผิดตามมาตรา 14 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว สามารถนำมาปรับใช้กับ “Hate speech” ได้ในบางกรณีนั้น เป็นการใช้กฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ ด้วยเหตุนี้ เพื่อเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญา CERD และมีกฎหมายเกี่ยวกับ “Hate speech” ที่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ จึงมีข้อเสนอแนะ ดังต่อไปนี้ คือ

1) ควรแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 14 และ มาตรา 16 ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 เพื่อตัดแยกมิให้การสื่อสารแสดงความเกลียดชัง (Hate speech) ถูกรวมเข้าไปในองค์ประกอบความผิดตามมาตราดังกล่าว เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ที่แตกต่างจากการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติจาก “Hate speech” ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ จึงขอเสนอการแก้ไขที่เป็นรูปธรรม ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 14 (1) โดยตัดองค์ประกอบ คำว่า “โดยหลอกลวง” เพื่อให้มีขอบเขตจำกัดเฉพาะ “โดยทุจริต” เท่านั้น ซึ่งจะสอดคล้องกับการฉ้อโกงทางคอมพิวเตอร์ และแก้ไขเพิ่มเติม คำว่า “โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ประชาชน” เพื่อเป็นการกำหนดให้ความเสียหายมีขอบเขตเจาะจงเฉพาะในมิติของทรัพย์สิน เพียงประการเดียว

2) ควรบัญญัติกฎหมายฉบับใหม่เพื่อให้ครอบคลุม “Hate speech” ที่สอดคล้องกับข้อบทที่ 4 ของอนุสัญญา CERD โดยการตรากฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติในกรอบกฎหมายสิทธิมนุษยชนโดยเฉพาะ<sup>43</sup> ตามแนวทางของออสเตรเลียและแคนาดา และเพื่อเป็นการสร้างความสมดุลระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการคุ้มครองผู้ได้รับผลกระทบ

<sup>43</sup> คณาธิป ทองรวีวงศ์, (2559), กฎหมายเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการไม่เลือกปฏิบัติ, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, หน้า 356-359.

จาก “Hate speech” ซึ่งกฎหมายดังกล่าวควรกำหนดห้ามการสื่อสารอันเป็นการกระตุ้นหรือยั่วยุให้เกิดความเกลียดชัง โดยจำกัดเฉพาะ ความเกลียดชังที่เชื่อมโยงกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเท่านั้น

### เอกสารอ้างอิง

- คณาธิป ทองรวีวงศ์. (2555). **กฎหมายเกี่ยวกับการสื่อสารมวลชน**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- \_\_\_\_\_. (2559). **กฎหมายเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันและการไม่เลือกปฏิบัติ**. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.
- \_\_\_\_\_. (2561). การปรับใช้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 กับ เนื้อหาที่กระทบชื่อเสียงของบุคคลทางระบบคอมพิวเตอร์. ในรายงานสืบเนื่องการประชุมวิชาการระดับชาติ (4thTECHCON 2018) “การพัฒนานวัตกรรมเพื่อเทคโนโลยีสู่เศรษฐกิจที่ยั่งยืน”. มิถุนายน 2561. กรุงเทพฯ: วิทยาลัยเทคโนโลยีสยาม.
- \_\_\_\_\_. (2560). แนวทางการพัฒนากฎหมายไทยให้สอดคล้องกับ ข้อ 4 ของ CERD: กรณี Hate speech. เอกสารประกอบการนำเสนอในการประชุมเชิงปฏิบัติการเพื่อพิจารณาการดำเนินงานภายหลังการถอนข้อสงวนของประเทศไทย ข้อ ๔ ของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ. กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ. กระทรวงยุติธรรม.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 390/2545. เนติบัณฑิตยสภา ในพระบรมราชูปถัมภ์.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1513/2551. เนติบัณฑิตยสภา ในพระบรมราชูปถัมภ์.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1325/2498. เนติบัณฑิตยสภา ในพระบรมราชูปถัมภ์.
- พิรจน รามสูตร. (2558). **ประทุษร้ายจากโลกออนไลน์**. กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คปไฟ ประมวลกฎหมายอาญา
- พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560

มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 7 มิถุนายน 2559 เรื่อง การถอนข้อสงวนข้อบทที่ 4 ของอนุสัญญา  
ระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ. สำนัก  
เลขาธิการคณะรัฐมนตรี. ทำเนียบรัฐบาล.

18 U.S. Code, Section 245 Federally protected activities

Alexander Tsesis. (2002). **Destructive Messages: How Hate Speech Paves  
the Way for Harmful Social Movement.** New York University.

Alon Harel. (2012). Hate Speech and Comprehensive Forms of Life. In Michael Herz  
and Peter Molnar (Eds). **The Content and Context of Hate Speech:  
Rethinking Regulation and Responses.** Cambridge University.

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

Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD). Article 1.

Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). Article 2.

International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). Article 2.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR).  
Article 2.

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.  
Article 4.

International Covenant on Civil and Political Rights, Article 19 and Article 20.

John C. Knechtel. (2006). When to Regulate Hate Speech. **Penn St Law Review.** 110.

Jones v. Toben. Racial Discrimination on the Internet. October 2002. Available  
from: [http:// www.galexia.com/public/research/ articles/research\\_  
articlesart22.html#fn357](http://www.galexia.com/public/research/articles/research_articlesart22.html#fn357). Retrieved 29 August 2018.

- Kanathip Thongraweewong. (2018, May-June). Legal limitations relating to the Application of Thai Computer-related Crime Act of B.E. 2560 to the case of “Phishing”. **KasemBundit Journal**. 19. pp. 100-111.)
- Kathleen E. Mahoney. (2009). Hate Speech: The Regulation of Hate Speech in a Democracy. **Wake Forest Law Review**. 44.
- Pankaj P. Umbarkar. (2014, March). Free Speech and Hate Speech Syndrome: Unprincipled Animate in Media. **Online International Interdisciplinary Research Journal**. 4.
- Rachel Weintraub-Reiter. (1998). Hate Speech over the internet: A Traditional Constitutional Analysis or a new cyber constitution?. **Boston University Public Interest Law Journal**. 8.
- Racial Discrimination Act 1975. 18C
- Samuel Walker. (1994). **Hate Speech: The History of an American Controversy**. University of Nebraska. p. 9.
- Sandra Coliver. (1992). **Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and non-discrimination**. International Centre Against Censorship Human Rights Centre. University of Essex.
- Susan Benesch. (2008). Vile Crime or Inalienable Rights: Defining Incitement to Genocide. **Virginia Journal of International Law**. 48.
- The Criminal Code. Section 319 (2).
- United Nations Centre for Human Rights. (1991). **Report of the Seminar on the Political, Historical, Economic, Social and Cultural Factors contributing to Racism, Racial Discrimination and Apartheid:**

Geneva, Switzerland. 10-14 December. 1990 (Research Report).

New York: United Nations.

Warman v. Winnicki. (2006). CHRT 20

## Reference

Kanathip Thongraweewong. (2016). **Laws relating to equality and non-discrimi**

**Nation**. Bangkok: National Human Rights Commission.

\_\_\_\_\_. (2012). **Laws on Mass Media**. Bangkok: Nititham.

\_\_\_\_\_. (2017). “**Legal reform for compliance of article 4 of Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination in case of Hate Speech**. Presentation in the Conference “Obligation of Thailand after withdrawal of article 4 of Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”. Rights and Liberties Protection Department. Department of Justice.

\_\_\_\_\_. (2018). “The Application of the Computer Related Crime Act B.E. 2560 in case of defamation”. Proceedings of “the 4<sup>th</sup> TECHCON 2018”. Bangkok: **Siam Technology Colleague**.

Pirongrong Ramasutra. (2015). Hate speech and online world. Bangkok. Kobfai. Supreme Court Judgment 390/2545. Thai Bar Association.

Supreme Court Judgment 1513/2551. Thai Bar Association.

Supreme Court Judgment 1325/2498. Thai Bar Association.

Thailand Cabinet Resolution. 7 July, 2559. relating to the withdrawal of article 4 of  
Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.  
The Secretariat of the Cabinet.

The Computer Related Crime Act B.E. 2550 as amended B.E. 2560

The Criminal Code