

บทที่ 2

แนวความคิดและทฤษฎีว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ

2.1 แนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

สิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นแนวคิดพื้นฐานตามอุดมการณ์ของระบบเสรีนิยมประชาธิปไตยที่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยยึดถือหลักแห่งลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ที่มีหลักว่า มนุษย์ทุกคนเกิดขึ้นมามีศักดิ์ศรี สิทธิและเสรีภาพของความเป็นมนุษย์ มีสิทธิที่จะกระทำการใดๆก็ได้ภายในกรอบแห่งสิทธิและเสรีภาพ โดยปลอดจากการแทรกแซงหรือขัดขวางของผู้อื่น ด้วยเหตุนี้ รัฐหรือประเทศเสรีนิยมประชาธิปไตยทั้งหลายจึงได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพในเรื่องต่างๆที่มนุษย์แต่ละคนพึงมี โดยสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองที่สำคัญ คือ สิทธิและเสรีภาพที่เรียกว่า สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Fundamental rights and liberties) โดยสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานนี้จะมากหรือน้อยแตกต่างกันตามยุคสมัย ตามสภาพการณ์ของสังคม เศรษฐกิจ การเมือง ขนบธรรมเนียม ประเพณีและความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาการของแต่ละประเทศ นอกจากนี้ สิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติรับรองแก่ประชาชนในรัฐนั้น ยังอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ สิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้อย่างสมบูรณ์ (Absolute Rights) เป็นสิทธิและเสรีภาพที่ไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใดๆ เช่น เสรีภาพในทางความคิด เสรีภาพในการเลือกนับถือศาสนา เป็นต้น และอีกประเภทหนึ่งคือ สิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้อย่างสัมพัทธ์ (Relative Rights) เป็นสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติรับรองไว้ โดยรัฐสงวนไว้ซึ่งอำนาจที่จะจำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นในภายหลัง หรือภายใต้เงื่อนไขบางประการ³ เนื่องจากการดำรงชีพอยู่ร่วมกันในสังคมนั้น จำเป็นต้องมีการจัดระเบียบวินัย กฎเกณฑ์ กติกาของสังคม อีกทั้งต้องสอดคล้องกับขนบธรรมเนียมประเพณีของสังคมเป็นเครื่องยึดถือปฏิบัติ เพื่อให้สังคมมีระเบียบ เพื่อให้สมาชิกในสังคมไม่เอาัดเอาเปรียบซึ่งกันและกัน เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยและได้อยู่ร่วมกันอย่างสันติสุข นอกจากนี้เงื่อนไขและข้อจำกัดบางประการ รัฐอาจกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นด้วย

³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538), หน้า 27.

แนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกิดขึ้นจากการปฏิบัติทางความคิด การเมือง การปกครอง และสังคม จากการเคารพและหวาดกลัวในอิทธิพลของธรรมชาติที่ไม่อาจคาดเดาได้ การเคารพในเทพเจ้าที่ไม่มีตัวตน การยกย่องบุคคลให้มีอำนาจเหนือชีวิตของตนตามลัทธิเทวราชาจนถึงยุคของการตระหนักถึงความเป็นมนุษย์ที่มีความคิดและจิตใจโดยธรรมชาติ ซึ่งปัจเจกชนทุกคนมีอยู่และควรได้รับการปฏิบัติตอบโดยเที่ยงธรรม ทั้งนี้ หากพิจารณาที่มาของแนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของบุคคลแล้ว จะพบว่ามีที่มาและการพัฒนาอย่างต่อเนื่องเป็น 3 ลำดับ คือ

2.1.1 แนวความคิดจากทฤษฎีของนักปราชญ์ทางการเมือง

ความคิดที่ว่า มนุษย์แต่ละคนมีสิทธิและเสรีภาพบางประการที่อาจยกขึ้นยันผู้อื่นและสังคมที่ตนอาศัยอยู่ได้นั้น มีมานานแล้วตั้งแต่ปลายยุคกรีก แต่ได้รับการพัฒนาและมีอิทธิพลแพร่หลายมากขึ้นในศตวรรษที่ 18 ซึ่งเป็นศตวรรษแห่งการปฏิวัติสังคมครั้งสำคัญของโลก โดยนักปราชญ์ทางการเมืองที่สำคัญและมีอิทธิพลต่อความคิดในสิทธิและเสรีภาพของสังคมปัจจุบันที่สำคัญมีอยู่ 3 ทฤษฎี คือ

1) ทฤษฎีของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law)

สำนักกฎหมายธรรมชาติเชื่อว่า อำนาจสูงสุดของมนุษย์ คือ ธรรมชาติและเหตุผล มนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติของความเป็นมนุษย์ ใครก็ตามจะมาใช้อำนาจลบล้างไม่ได้ และการใช้อำนาจก็ดี การเมือง การปกครองก็ดี ต้องขึ้นอยู่กับหลักของเหตุผลตามธรรมชาติ ไม่ใช่อำเภอใจของบุคคล นักปราชญ์ที่สำคัญของสำนักนี้ คือ เซนต์ ออกุสติน (Saint Augustin) และ เซนต์ โทมัส อไควนัส (Saint Thomas d' Aquin)

2) ทฤษฎีเสรีนิยมประชาธิปไตย

ทฤษฎีเสรีนิยมประชาธิปไตยมีนักปราชญ์ที่สำคัญ คือ จอห์น ล็อก (John Locke) จัง จาค รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) และ มองเตสกีเออ (Montesquieu)

จอห์น ล็อก (John Locke) เชื่อว่า สังคมการเมืองหรือรัฐนั้น มิใช่สังคมที่เกิดขึ้นและวิวัฒนาการผันแปรไปโดยตัวเองตามธรรมชาติเหมือนกับครอบครัว หากแต่เป็นสังคมที่เกิดขึ้นตาม

เจตจำนงอันร่วมกันของมนุษย์ โดยร่วมกันทำสัญญาที่เรียกว่า “สัญญาประชาคม” (Social Contract) จอห์น ล็อค กล่าวว่า มนุษย์หันหน้าเข้ามาทำสัญญาประชาคม จัดตั้งสังคมการเมือง และรัฐบาลขึ้น ก็ด้วยความมุ่งหมายเพื่อให้การคุ้มครองชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินของตน ให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ในสภาวะธรรมชาติ สิ่งที่มนุษย์ตกลงกันสละให้ แก่สังคม การเมืองและรัฐบาล ได้แก่ อำนาจอันที่จะบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติเท่านั้น โดยนัยนี้ รัฐและรัฐบาลจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนบางประการ ส่วนสิทธิ ในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินนั้น มนุษย์ยังคงสงวนไว้แก่ตน หาได้สละไปด้วยไม่ ในกรณีที่ รัฐบาลล่วงล้ำสิทธิต่างๆ เหล่านี้ของประชาชนตามอำเภอใจ เท่ากับว่ารัฐบาลกำลังกระทำการ เกินขอบอำนาจของตน ประชาชนจึงไม่ต้องเคารพและเชื่อฟังรัฐบาลอีกต่อไป

จঁจ ฌัก รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) เห็นว่า มนุษย์เกิดมาโดยอิสระและเท่าเทียม กัน แต่รัฐเป็นผู้ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคและไม่เป็นธรรม มนุษย์จึงต้องหารูปแบบการปกครอง ใหม่ จึงตั้งสมาคมขึ้นใหม่โดยประชาชนทุกคนได้มอบสิทธิและเสรีภาพของตนให้อยู่ภายใต้เจต- จำนงร่วมกันของปวงชนทั้งปวง (General Will) ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของสังคมไม่ใช่ของปัจเจกชน แต่ละคน กล่าวคือ ให้อยู่ภายใต้ประโยชน์สาธารณะของส่วนรวมและแต่ละคนมีภาระผูกพันกันทั้ง หมดในประชาคม ความเสมอภาคกัน ดังนั้น จঁจ ฌัก รูสโซ จะให้ความสำคัญกับเจตจำนงของ ประชาชน จึงส่งผลให้ประชาชนใช้สิทธิและเสรีภาพโดยตรงในลักษณะการปกครองแบบ ประชาธิปไตยโดยตรงโดยประชาชน

มองเตสกีเออ (Montesquieu) เชื่อว่า เสรีภาพในการกระทำสิ่งใดที่ปราศจากความรับผิดชอบ มิใช่เสรีภาพที่แท้จริง เสรีภาพในความหมายที่แท้จริง คือ เสรีภาพภายใต้กฎหมายที่อนุญาต ให้กระทำในสิ่งที่ควรกระทำและห้ามกระทำในสิ่งที่ไม่ควรกระทำ มองเตสกีเออได้เสนอความคิดซึ่ง ต่อมาเป็นหลักการสำคัญทางการเมืองและรัฐธรรมนูญประชาธิปไตย คือ การแบ่งแยกอำนาจของ รัฐเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ และได้สืบทอดความคิดของเพลโต นักปรัชญาชาวกรีกผู้ยิ่งใหญ่ที่ว่า คุณธรรมเป็นหลักสำคัญของการเมืองอันเป็นหัวใจสำคัญของสา ธารณรัฐประชาธิปไตยในเวลาต่อมา

3) ทฤษฎีสำนักรกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law)

แนวคิดของสำนักนี้คือ หากสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติไม่อยู่ภายใต้กฎหมายหรือ ระเบียบของสังคมโดยสามารถทำอะไรก็ได้ตามอำเภอใจจะเป็นสิ่งที่อันตรายและไร้ค่า สิทธิ

และเสรีภาพที่มีคุณค่าและสมควรรักษาเอาไว้จะต้องเป็นสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์และระเบียบของสังคม โดยสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เป็นสิ่งที่จะนำมาสู่ประโยชน์ของส่วนรวม เป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ นักปราชญ์ที่สำคัญของสำนักนี้คือ เอ็ดมุนด์ เบิร์ก (Edmund Burke)

2.1.2 แนวความคิดจากการปฏิวัติการเมือง การปกครอง

การปฏิวัติทางการเมือง การปกครองที่สำคัญที่ถือได้ว่าเป็นรากฐานแนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ ได้แก่ การประกาศเอกราชและร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787 และการปฏิวัติในฝรั่งเศส ค.ศ.1789 พร้อมกับการประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ค.ศ.1789 ทั้งสองเหตุการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง การปกครองและสังคมครั้งยิ่งใหญ่ดังกล่าว เพื่อเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ที่พึงมีพึงได้รับ โดยได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดของนักปราชญ์ทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จอห์น ล็อก ตามแนวความคิดเสรีนิยมประชาธิปไตย โดยอิทธิพลนี้แสดงออกและปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนในคำประกาศอิสรภาพและรัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศภายหลังจากการปฏิวัติสำเร็จ

1) คำประกาศอิสรภาพและร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787 คำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา (The Declaration of Independence)⁴ เป็นเอกสารทางประวัติศาสตร์ที่มีความสำคัญมากทางด้านกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ เนื่องจากได้พูดถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน สาเหตุของการประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกามาจาก 13 มลรัฐอาณานิคมของอังกฤษที่ทนต่อการเอาเปรียบของอังกฤษ โดยเฉพาะการเก็บภาษีอย่างรุนแรงไม่ได้ จึงพร้อมใจกันประกาศอิสรภาพจากอังกฤษ เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ.1776 และหลังจากนั้น 13 มลรัฐ ก็ได้ยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งรัฐ โดยยอมรับอิทธิพลของระบอบของระบบการปกครองแบบอังกฤษ แต่ก็ได้บรรจุหลักการใหม่ๆ ในยุคนั้น โดยเฉพาะหลักแห่งการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยของมองเตสกีเออ รวมถึงการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย ทั้งนี้ การรับรองและคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนตามคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาดังกล่าว มีปรากฏไว้ในวรรคแรกของคำประกาศ มีความว่า “เมื่อปรากฏว่ามีความจำเป็นที่ประชาชนชาติหนึ่งจำต้องเลิกล้มความสัมพันธ์ทางการเมืองที่เคยมีกับประชาชนอีกชาติหนึ่ง เพื่อที่จะแยก

⁴ ดูภาคผนวก คำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา แปลไว้ใน/โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: มานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 66-67.

ทางเดินและเป็นอิสระเท่าเทียมกับชาติทั้งหลายในโลก ตามสิทธิในกฎหมายธรรมชาติและกฎของพระผู้เป็นเจ้า ดังนั้น จึงจำเป็นต้องประกาศสาเหตุซึ่งทำให้ตัดสินใจประกาศเอกราช เพื่อให้มนุษยชาติทั้งหลายได้รับรู้ เราทั้งหลายเชื่อมั่นโดยปราศจากข้อสงสัยในความจริงที่ว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมาโดยเท่าเทียมกัน และพระผู้สร้างได้ให้สิทธิบางประการที่ไม่อาจลบไล้งดกับมนุษย์เหล่านี้ ซึ่งในบรรดาสิทธิเหล่านี้มีสิทธิในชีวิต เสรีภาพและในการแสวงหาความสุข รัฐบาลทั้งหลายตั้งขึ้นก็เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเหล่านี้และอำนาจอันเป็นธรรมชาติของรัฐบาลทั้งหลายนั้นก็มาจากการยินยอมของผู้ที่อยู่ใต้ปกครองทุกครั้งในรูปแบบการปกครองใดก็ตามกลับทำลายจุดมุ่งหมายดังกล่าวแล้วนี้ ประชาชนมีสิทธิที่จะเปลี่ยนรูปแบบการปกครองนั้นและทำลายเสีย แล้วสถาปนารูปแบบการปกครองใหม่ขึ้นตามหลักการและรูปแบบที่ประชาชนเห็นว่าเหมาะสมที่สุดที่จะก่อให้เกิดความมั่นคงและมีความสุขได้...”⁵

จะเห็นได้ว่า คำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาได้พูดถึงสิทธิตามธรรมชาติ ความเท่าเทียมกัน ความยินยอมที่จะอยู่ภายใต้ปกครองและสิทธิที่จะล้มล้างรัฐบาลหากรัฐบาลไม่มีความชอบธรรม แล้วสถาปนารัฐบาลใหม่ขึ้นมา หลักการต่างๆดังกล่าวนี้ย่อมสะท้อนให้เห็นถึงการมีสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนตามธรรมชาติที่แท้จริง

จากคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาและรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1789 ดังกล่าวได้แสดงให้เห็นถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักความยินยอมของประชาชน หลักการแบ่งแยกอำนาจอภิปไตยและการถ่วงดุลอำนาจ ตลอดจนการให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

2) การปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 การปฏิวัติครั้งใหญ่ครั้งนี้เกิดขึ้นในสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 จากการปฏิวัติครั้งใหญ่ในฝรั่งเศสได้มีเอกสารทางประวัติศาสตร์ที่สำคัญเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน คือ คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส วันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789⁶ และรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ค.ศ. 1791

⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 1, หน้า 66-67.

⁶ ดูภาคผนวก "คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส" แปลโดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 1, หน้า 73-75.

คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ได้สะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของประชาชนที่ลุกฮือเพื่อทำการปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครองใหม่ โดยมุ่งเน้นและให้ความสำคัญของสิทธิและเสรีภาพของแต่ละคนตามลัทธิปัจเจกชน (Individualism) และแนวทางของกฎหมายธรรมชาติ คำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองดังกล่าว ประกอบด้วยหลายมาตราที่ได้กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่น “มาตรา 1 มนุษย์ทุกคนเกิดมาและดำรงอยู่อย่างอิสระและเสมอภาคกันในสิทธิ การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำไม่ได้ก็แต่เพื่อประโยชน์ร่วมกัน” “มาตรา 4 เสรีภาพ ก็คือ ความสามารถที่จะกระทำการใดก็ได้ที่ไม่เป็นการรบกวนผู้อื่น ดังนั้น การใช้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคนจะมีก็แต่เพียงข้อจำกัดเฉพาะที่ต้องยอมให้สมาชิกอื่นของสังคมสามารถใช้สิทธิเหล่านี้ได้เช่นเดียวกัน ข้อจำกัดเช่นว่านั้น จะกำหนดขึ้นได้ก็แต่โดยบทกฎหมายเท่านั้น” และ “มาตรา 16 สังคมใดไม่มีการให้หลักการประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือไม่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย จะถือว่ามีรัฐธรรมนูญไม่ได้”

2.1.3 แนวความคิดจากลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม

ลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) เป็นลัทธิที่เกิดขึ้นโดยได้รับอิทธิพลจากรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 และรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ค.ศ. 1791 โดยให้ความสำคัญต่อการจัดให้มีรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และรวบรวม กำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนการวางกรอบการปกครอง การเมืองและสังคมตามหลักความคิดที่เหมาะสม เพื่อความสงบเรียบร้อยของรัฐและประชาชน ซึ่งการยกย่องรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นมีฐานะเป็นกฎหมายสูงสุด และได้รับรองและยอมรับให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การมีส่วนร่วมของประชาชนและการถ่วงดุลและคานอำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจซึ่งกันและกัน รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของแต่ละประเทศจะแสดงถึงหลักสัญญาประชาคมที่ประชาชนยินยอมสละอำนาจของแต่ละคนที่มีอยู่ตามกฎหมายธรรมชาติ หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และหลักสิทธิมนุษยชน

จากแนวความคิดของนักปราชญ์ทางการเมือง การปฏิวัติการปกครองในสหรัฐอเมริกาหรือในฝรั่งเศส รวมถึงการยกย่องรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 และรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ดังได้กล่าวมา ได้ส่งผลและมีอิทธิพลต่อความคิดเพื่อการเปลี่ยนแปลงการปกครองในหลายประเทศทั่วโลก รวมถึงประเทศไทยด้วย และเป็นแนวทางในการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ที่ปกครองตามระบอบประชาธิปไตยโดยมีฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศที่จะถูกลบล้างไม่ได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจของประชาชน ซึ่งรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของแต่ละ

ประเทศได้แสดงถึงหลักสัญญาประชาคมที่ประชาชนยินยอมสละอำนาจของแต่ละคนที่มีอยู่ตามกฎหมายธรรมชาติ ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และการมีส่วนร่วมของประชาชน ตลอดจนการถ่วงดุลและคานอำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจซึ่งกันและกัน ดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับ รวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ที่ได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยไว้โดยชัดแจ้งในหลายมาตรา อาทิเช่น

มาตรา 4 ที่ได้เน้นให้เห็นความสำคัญและประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับจากรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ซึ่งนับเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของไทยเช่นเดียวกันที่ได้ระบุให้มีการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญ และยืนยันรับรองว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ดี สิทธิและเสรีภาพที่ดีจะต้องได้รับการเคารพและปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด ไม่หลบเลี่ยงหรือตีความเบี่ยงเบนไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย และยังได้รับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพดังกล่าวของประชาชนไว้ในหลายมาตรา เช่น มาตรา 26 มาตรา 27 และมาตรา 28 ดังได้บัญญัติไว้ว่า

“มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”

“มาตรา 26 การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

“มาตรา 27 สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครอง และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง”

“มาตรา 28 บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้”

จากบทบัญญัติข้างต้น ปรากฏให้เห็นโดยชัดแจ้งถึงหลักแห่งการรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และเป็นการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในกฎหมายแม่บทของประเทศเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนว่าจะไม่ถูกลบล้างโดยการกระทำที่มีชอบของรัฐบาล องค์กร หน่วยงานของรัฐต่างๆ หรือการกระทำละเมิดจากบุคคลอื่น อีกทั้งการตรากฎหมายใดๆ อันเป็นการลบล้างสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับรองไว้จะกระทำมิได้ ตลอด

จนสนับสนุนให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการปกครอง การเมืองและสร้างความเป็นชาติที่มีความมั่นคงทางสังคมและเศรษฐกิจ

2.2 คำจำกัดความของคำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ”

อัลเบิร์ต เวนน ไดซี (Albert Venn Dicey) นักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษได้กล่าวถึง หลักนิติธรรม หรือ หลักนิติรัฐ (The Rule of Law) เพื่อเป็นหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้มีความเสมอภาคกันภายใต้หลักนิติธรรมอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ชน (Fundamental Human Rights) หลักนิติธรรมดังกล่าวประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ

1. เป็นการคุ้มครองและประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน และป้องกันไม่ให้ฝ่ายบริหารได้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ
2. บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและศาลเดียวกันเป็นผู้พิจารณาพิพากษา
3. หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นผลของกฎหมายสามัญที่กฎหมายอื่นจะขัดหรือแย้งไม่ได้และถือเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ⁷

จากหลักนิติธรรมซึ่งถือได้ว่าเป็นรากฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ได้มีนักวิชาการหลายท่านได้ให้ความหมายเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ไว้ดังนี้

อาจารย์หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” ไว้ว่า “สิทธิ หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้กล่าวคือ เป็นประโยชน์ที่รับรองว่ามีอยู่และเป็นประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง มิให้มีการละเมิดสิทธิรวมทั้งบังคับให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย”⁸

⁷ วิชา มหาคณ, เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่อง กฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนในประเทศไทย, วันที่ 22-27 เมษายน 2523 ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

⁸ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เจริญผล, 2535), หน้า 218

ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้ความหมายของคำว่า สิทธิ และ เสรีภาพ ไว้ว่า "สิทธิ คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น"⁹ และ "เสรีภาพ (Liberty) คือ ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น และภาวะการปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง"¹⁰

ศาสตราจารย์ ดร. ชัยอนันต์ สมุทวณิช ได้กล่าวไว้ว่า "สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมิได้มีลักษณะเฉพาะทางสังคม เชื้อชาติ และชุมชนอีกต่อไป หากแต่มีลักษณะเป็นสากล"¹¹

ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า "สิทธิ คือ อำนาจที่จะให้ผู้อื่นต้องกระทำหรืองดเว้นกระทำการบางอย่างตามที่เรามีสิทธิ อันเป็นการบังคับให้คนอื่นต้องกระทำตามสิทธิของเรา เสรีภาพ คือ อำนาจที่จะกระทำการอะไรก็ได้ โดยมีอำนาจที่จะเลือกประพฤตินหรือไม่ประพฤติอย่างใดอย่างหนึ่ง"¹²

นอกจากนี้ ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยความหมายของคำว่า "สิทธิ" และเป็นบรรทัดฐานในการตีความของคำว่าสิทธิที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 124/2487 ว่า "สิทธิ คือ ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ แต่ประโยชน์จะเป็นสิทธิหรือไม่ก็ต้องแล้วแต่ว่าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพ ประโยชน์นั้นก็เป็นสิทธิ กล่าวคือได้รับการรับรองและคุ้มครองของกฎหมาย"

จากความคิดเห็นของนักวิชาการทางนิติศาสตร์ดังกล่าว ประกอบกับการศึกษาเกี่ยวกับประวัติศาสตร์กฎหมายจากรากฐานแนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพจะพบว่า ความหมายของคำว่า สิทธิและเสรีภาพได้มีความชัดเจนขึ้นภายหลังการปฏิวัติการเมืองการปกครอง ได้แก่ การประกาศเอกราชและร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ.1787 และการปฏิวัติใหญ่ในประเทศฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ.1789 ทั้งนี้ สังคมในสมัยก่อนก็ได้มีการยอมรับโดยทั่วไปถึงสิทธิและเสรี

⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 16.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 17.

¹¹ ชัยอนันต์ สมุทวณิช, เอกสารประกอบการสัมมนาโครงการศาลรัฐธรรมนูญพบประชาชนในภูมิภาค, วันที่ 24-26 มิถุนายน 2542 ณ ศูนย์ประชุมอเนกประสงค์กาญจนาภิเษก มหาวิทยาลัยขอนแก่น จังหวัดขอนแก่น

¹² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 348.

ภาพของแต่ละบุคคล เช่น ถ้าเป็นพระจะมีสิทธิอีกอย่าง เป็นขุนนางจะมีสิทธิอีกอย่าง และถ้าเป็นไพร่สิทธิก็จะมีสิทธิอีกอย่างและอาจถูกไล่ออกได้ นอกจากนั้น ยังมีความเชื่อเป็นหลักความคิดว่าสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมีอยู่โดยกฎหมายธรรมชาติ แม้ว่าในสมัยนั้นจะไม่ได้นำมาเขียนไว้โดยชัดเจนอย่างกฎหมายรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม คำว่าสิทธิและเสรีภาพก็มีปรากฏโดยชัดเจนมากขึ้นนับแต่ยุคของการปฏิวัติทางสังคม การเมืองและการปกครองดังกล่าว

หากพิจารณาจากการกำเนิดของสิทธิและเสรีภาพแล้ว สิทธิและเสรีภาพจะมีอยู่ 2 ลักษณะ คือ สิทธิและเสรีภาพที่เป็นคุณลักษณะของคนที่เรียกว่า สิทธิมนุษยชน อันหมายถึงอำนาจหรือประโยชน์ที่ชอบธรรมอันพึงมีพึงได้แก่บุคคลที่มีลักษณะเป็นสากลและเป็นสิ่งที่มีขึ้นพร้อมๆกับสภาพของบุคคลตามธรรมชาติ ไม่ขึ้นอยู่กับสภาพในสังคม และจะถูกล่วงละเมิดไม่ได้ เป็นสิทธิและเสรีภาพตามความต้องการของมนุษยชาติเพื่อที่จะให้ทุกคนได้มีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดี สิทธิมนุษยชน มีได้แก่ สิทธิในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการปกครองรัฐ และสิทธิอีกลักษณะหนึ่ง คือ สิทธิของพลเมือง เป็นสิทธิเสรีภาพที่เกิดขึ้นโดยการกำหนดให้ของสังคม รวมถึงการมีหน้าที่ต้องปฏิบัติเพื่อก่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยและความผาสุกของสังคม ตลอดจนเสริมสร้างความมั่นคงของสังคม อันได้แก่ สิทธิและเสรีภาพทางการเมือง การแสดงความคิดเห็น การตรวจสอบการดำเนินงานกิจการของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยไว้มากมายทั้งที่เป็นสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมือง เช่น การรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาค สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย สิทธิของคนชรา ผู้พิการ หรือทุพพลภาพ สิทธิในการได้รับการรักษาพยาบาล สิทธิในการเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ สิทธิในการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติราชการทางปกครอง เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการศึกษาอบรม เสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยแข่งขันอย่างเสรี เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเอาไว้ดังกล่าวมีทั้งสิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้โดยไม่มี การจำกัด และสิทธิเสรีภาพบางประเภทอาจมีการจำกัดได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ โดยรายละเอียดจะได้กล่าวต่อไป อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงความหมาย หลักการของสิทธิและเสรีภาพแล้ว สิทธิเสรีภาพจะมีลักษณะที่สำคัญ คือ

1. มีผู้ทรงสิทธิและผู้มีหน้าที่จะต้องเคารพสิทธิ
2. มีที่มาของสิทธิและเสรีภาพพร้อมทั้งการก่อกำเนิดที่ถูกต้องกระทำบางอย่างหรืองดเว้นการกระทำบางอย่าง

3. มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตลอดจนความเป็นสากลที่สามารถนำไปใช้เป็นหลักปฏิบัติในสังคมต่างๆได้

2.3 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

ภายใต้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่มีรากฐานทางแนวความคิด เหตุผล และการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง การปกครองและสังคมดังได้กล่าวมา ประชาชนในรัฐซึ่งอยู่ร่วมกันในสังคมต้องใช้สิทธิและเสรีภาพของตนภายในขอบเขตเพื่อประโยชน์และความผาสุกของสังคม ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องกำหนดจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลบางประการ โดยข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมีข้อพิจารณาตามหลักของเหตุผลและเพื่อความเหมาะสมหลายประการและการที่รัฐจะกำหนดข้อกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนุญและหลักสิทธิมนุษยชนตลอดจนปรัชญาว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของปวงชนได้รับการคุ้มครองและก่อให้เกิดความชอบธรรมในสังคมมากที่สุด

จากรากฐานแนวความคิดและหลักการของสิทธิและเสรีภาพ ทำให้ทราบว่า แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพมีที่มาหลายทาง เป็นต้นว่ามาจากแนวความคิดของนักปรัชญาทางการเมือง การปฏิวัติทางการเมือง การปกครองและสังคมทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศส และจากแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่ได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชนไว้ 2 ลักษณะด้วยกัน คือ สิทธิเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ (Absolute Rights) และสิทธิเสรีภาพอย่างสัมพัทธ์ (Relative Rights) กล่าวคือ รัฐสงวนไว้ซึ่งอำนาจที่จะจำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นๆ ในภายหลังได้

สิทธิและเสรีภาพในมโนธรรมหรือทางความคิดเท่านั้นที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้แก่ราษฎรอย่างสมบูรณ์ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 38 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มีความว่า

“มาตรา 38 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา นิิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนบัญญัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในการใช้เสรีภาพดังกล่าวตามวรรคหนึ่ง บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้รัฐกระทำการใดๆ อันเป็นการรอนสิทธิหรือเสียประโยชน์อันควรมีควรได้ เพราะเหตุที่ถือศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา หรือปฏิบัติตามศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อที่แตกต่างจากบุคคลอื่น"

จากบทบัญญัติข้างต้น บุคคลย่อมมีเสรีภาพที่จะนับถือศาสนา นิกายศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนาใดก็ได้ หรือจะไม่นับถือศาสนาใดๆ เลยก็ได้ รัฐจะบังคับให้ราษฎรต้องนับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง หรือห้ามมิให้ราษฎรนับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง หรืออุปถัมภ์ศาสนาใดศาสนาหนึ่งไม่ได้ แต่สำหรับสิทธิและเสรีภาพในการกระทำแล้ว รัฐธรรมนูญหาได้บัญญัติรับรองไว้อย่างสมบูรณ์ไม่ ด้วยการอยู่ร่วมกันในสังคมนี้จำเป็นต้องมีระเบียบวินัยและกฎเกณฑ์ของสังคม แต่ละคนจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพกระทำการใดๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่นอย่างหนึ่งของผู้อื่นหรือต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือขัดต่อประโยชน์ของมหาชนไม่ได้

ทั้งนี้ หลักการในการพิจารณาการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ประกอบด้วยหลักที่สำคัญ ดังนี้

2.3.1 หลักว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นหลักพิจารณาหนึ่งในบัญญัติกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและเป็นข้อพิจารณาเบื้องต้นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ปรากฏแทรกซึมอยู่เป็นหลักกฎหมายประเทศต่างๆ

คำว่า "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน" (อังกฤษ Public Policy, ฝรั่งเศส Order Public, เยอรมัน OFFEN LICHE ORDNUNG)¹³ ได้มีนักวิชาการหลายท่านได้ให้ความหมายไว้ดังนี้

อาจารย์วิริยะ เกิดศิริ ได้ให้ความหมายของไว้ว่า "ความสงบเรียบร้อย หมายถึง วินัย ข้อบังคับแก่บุคคลเพื่อรักษาไว้ให้มั่นคงซึ่งความปลอดภัย และเพื่อรักษาความยุติธรรมให้มีอยู่ใน

¹³ อุทฤษ มงคลนาวิน, "ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน", บทบัญญัติ ปีที่ 11 เล่มที่ 32 ตอนที่ 1 (2518), หน้า 11.

ความเกี่ยวพันระหว่างประชาชน และยังกินความตลอดถึงรัฐประศาสนโยบาย หรือความปลอดภัยของประเทศและบุคคลภายในประเทศด้วย”¹⁴

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หมายถึง เรื่องใดที่มีได้เกี่ยวกับส่วนได้เสียของเอกชนผู้เป็นคู่กรณีโดยเฉพาะ แต่อาจกระทบกระทั่งไปถึงส่วนได้เสียของประชาชนคนอื่น เรื่องนั้นพอจะจัดได้ว่าเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน”¹⁵

ศาสตราจารย์ ดร. อุกฤษ มงคลนาวิน ได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หมายถึง ประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม”¹⁶

ส่วนคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” (ลาติน Bonus mores, อังกฤษ Good morals, ฝรั่งเศส Bonnes Moeurs, เยอรมัน Gut Sitten)¹⁷ ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ศีลธรรม” ไว้ว่าหมายถึง ความประพฤติที่ดีที่ชอบ ดังนั้นคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” จึงหมายถึง ความประพฤติที่ดีที่ชอบของประชาชน และ ศ.ดร. อุกฤษ มงคลนาวิน ได้ให้ความหมายไว้ว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน หมายถึง จริยธรรมของสังคม”¹⁸

ทั้งนี้ เป็นที่ยอมรับกันว่า การแสดงออกซึ่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะต้องไม่เป็นการกระทบหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนได้ถูกนำมากำหนดไว้เพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในรัฐธรรมนูญ และเป็นหลักทฤษฎีที่ได้เคยกระทำมาตั้งแต่ยุคสมัย

¹⁴ วิริยะ เกิดศิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาและหนี้. (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 17.

¹⁵ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1. (กรุงเทพฯ : อักษรสาสน์, 2509), หน้า 148.

¹⁶ อุกฤษ มงคลนาวิน, “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน”, หน้า 14.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

โรมันเรื่องอำนาจ ดังที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายสิบสองโต๊ะ¹⁹ โดยแนวความคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนได้แปรเปลี่ยนไปตามยุคสมัยและแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ นอกจากนี้ ยังอาจมีทั้งที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งและที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ทั้งนี้เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่า หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นการปกป้องรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ส่วนรวม สังคม และจริยธรรมอันดีของสังคม สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้มากมาย แต่ในขณะเดียวกันได้นำหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมาใช้เป็นข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพเช่นกัน อาทิ ตามมาตรา 37 ซึ่งได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการสื่อสาร โดยประชาชนมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยถึงสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อกัน รวมทั้งการกระทำด้วยประการอื่นใด เพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อกันจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือในมาตรา 38 ซึ่งเป็นการรับรองเสรีภาพในการนับถือศาสนา นิกาย ลัทธิศาสนา ที่หมายความว่า ทุกคนมีเสรีภาพในการนับถือศาสนาใดๆก็ได้ และมีเสรีภาพในการประกอบพิธีกรรมตามหลักปฏิบัติของศาสนาที่ตนเองนับถือนั้นด้วย แต่การนับถือศาสนาและการประกอบพิธีกรรมตามศาสนกิจดังกล่าว จะต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังคุ้มครองมิให้รัฐกระทำการใดๆ อันเป็นการรอนสิทธิหรือเสียประโยชน์อันควรมีควรได้อันเพราะเหตุที่นับถือศาสนา นิกาย ลัทธิทางศาสนา หรือปฏิบัติตามศาสนาหรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือที่แตกต่างจากบุคคลอื่นด้วย เป็นต้น

หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายอื่นอีกมากมาย อาทิ บทบัญญัติในมาตรา 149 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีความว่า "นิติกรรมใดที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี นิติกรรมนั้นจะตกเป็นโมฆะ" และได้มีคดีความในเรื่องการพิจารณาว่านิติกรรมใดเป็นนิติกรรมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีงาม อันยังผลให้นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะกรรม ทั้งนี้ การที่จะจำแนกหรือกำหนดกฎเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวโดยทั่วไปว่า สิ่งใดขัดหรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

¹⁹ จักรกฤษณ์ กาญจนศุณย์, "การจำกัดสิทธิ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลโดยกฎหมาย", (วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ.2524), หน้า 49.

ของประชาชน เป็นการยากที่จะให้ขอบเขตได้อย่างชัดเจนเพราะความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมีลักษณะเป็นนามธรรม แต่อย่างไรก็ตาม ได้มีคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ได้วางหลักให้ได้ยึดถือเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาในเรื่องนี้ไว้พอสมควร ซึ่งพอจะสรุปได้ว่าการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน มีลักษณะดังต่อไปนี้

1. การกระทำที่กระทบความสงบภายในประเทศ ไม่ว่าจะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบสุขในสังคม ความเจริญผาสุกของพลเมือง เศรษฐกิจของชาติ ตลอดจนความมั่นคงในสถาบันครอบครัว
2. การกระทำที่กระทบกระเทือนผลได้เสียระหว่างประเทศ
3. การจำกัดเสรีภาพ อิสระภาพของบุคคลอื่นจนเกินสมควร ปราศจากเหตุผล หรือการกระทำที่เป็นการผูกขาดทางการค้า การห้ามการแข่งขันโดยเสรี
4. การกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมของบุคคลธรรมดาทั่วไป ว่าสิ่งใดขัดต่อจริยธรรมอันดีงาม แต่ไม่ใช่ความนึกคิดทางปรัชญา หรือของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และจะยึดเอาลัทธิในศาสนาใด ศาสนาหนึ่งมายึดถือเป็นหลักไม่ได้

ทั้งนี้ หลักของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอาจเปลี่ยนแปลงได้เสมอ ตามความเปลี่ยนแปลงของสังคม การเมือง การปกครอง หรือความสามารถและโอกาสของประชาชนโดยส่วนรวม ตลอดจนการเปลี่ยนแปลงอื่นตามกาลสมัยและพฤติการณ์ของการกระทำ การกระทำหนึ่งอาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยในสมัยหนึ่ง แต่อาจไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยในอีกสมัยหนึ่งก็ได้ หรือกระทำในสถานการณ์หนึ่งอาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยในสมัยหนึ่ง แต่อาจไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยในอีกสมัยหนึ่งก็ได้

2.3.2 หลักว่าด้วยการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข

การปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้น หมายถึง ระบอบการปกครองที่ถือว่าประชาชนเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยอันเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศและประชาชนจะมอบอำนาจของตนให้แก่ผู้แทนตนในการใช้อำนาจอธิปไตยให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชนและเพื่อประชาชน ซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระบบใหญ่ๆ คือ ระบบประธานาธิบดีที่ประชาชนเป็นผู้เลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติและเลือกประธานาธิบดี เช่น การปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส ประเทศฟิลิปปินส์ เป็นต้น ส่วนอีกระบบ คือ ระบบรัฐสภาที่ประชาชนเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติ และให้สภานิติบัญญัติเลือกฝ่ายบริหาร

โดยประมุขของประเทศอาจจะเป็นประธานาธิบดีหรือพระมหากษัตริย์ก็ได้ เช่น การปกครองของประเทศอังกฤษ ประเทศญี่ปุ่น และประเทศไทย เป็นต้น

รัฐประชาธิปไตยอันปกครองด้วยระบบที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของรัฐนั้น พระมหากษัตริย์ทรงอยู่ในฐานะประมุขของรัฐและถือเป็นสถาบันที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากในหมู่ประชาชน นอกจากนี้พระมหากษัตริย์ในทางการเมืองและการปกครองถือว่ามีคามหมายเป็น 2 นัย คือ ประการแรกถือว่า พระมหากษัตริย์เป็นหัวหน้าครอบครัวใหญ่ที่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดกับหมู่ประชาชน และประการที่สอง ถือว่า พระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐในทางการเมืองหรือเป็นผู้มีอำนาจสูงสุด²⁰

พระมหากษัตริย์ในทางยุทธศาสตร์เปรียบเสมือนศูนย์รวมทางจิตใจของคนทั้งชาติ การกระทำใดๆที่กระทบหรือก่อให้เกิดความเสื่อมเสียต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ย่อมก่อให้เกิดผลเสียแก่จิตใจของประชาชน นอกจากนี้ ความมั่นคงสถาบันพระมหากษัตริย์ย่อมก่อให้เกิดเอกภาพและความสำนึกในชาติในยามวิกฤติ ซึ่งเป็นผลเกี่ยวโยงที่สำคัญถึงความมั่นคงแห่งชาติด้วย²¹

ดังนั้น บุคคลใดจะใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อล้มล้างสถาบันพระมหากษัตริย์ หรือการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขไม่ได้ นอกจากนั้น ยังมีหน้าที่จะต้องรักษาและส่งเสริมให้เกิดความมั่นคงของสถาบันพระมหากษัตริย์ในประเทศหรือสังคมที่ปกครองด้วยระบอบการปกครองดังกล่าว ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญในทุกฉบับของไทยที่ได้กำหนดไว้เพื่อส่งเสริมให้เกิดความมั่นคงของระบอบดังกล่าว รวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พ.ศ. 2540 ก็ได้บัญญัติแสดงถึงลักษณะของการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขและกำหนดข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยห้ามกระทำการละเมิดหรือกระทบต่อพระมหากษัตริย์ด้วยประการทั้งปวง โดยบัญญัติในหลายบทมาตรา แต่มีหลักใหญ่ๆปรากฏอยู่ในมาตรา 2 มาตรา 3 และมาตรา 8 ดังต่อไปนี้

"มาตรา 2 ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข"

²⁰ ฉานินทร์ ทรัพย์วิเชียร, พระมหากษัตริย์ในระบอบประชาธิปไตย, (กรุงเทพมหานคร : กรมวิชาการ กระทรวงศึกษาธิการ, 2519), หน้า 2

²¹ จักรกฤษณ์ กาญจนศุภย์, "การจำกัดสิทธิ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลโดยกฎหมาย", หน้า 51

“มาตรา 3 อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

“มาตรา 8 องค์พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้”

2.3.3 หลักว่าด้วยความมั่นคงของรัฐ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจและสังคม

ความมั่นคงของรัฐ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจและสังคม หรือเรียกโดยรวมได้ว่า ความมั่นคงแห่งชาติ และได้มีนักวิชาการหลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่า “ความมั่นคงแห่งชาติ” ไว้ดังนี้

อาจารย์ชัชฎภัย บุรุษพัฒน์²² ได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า “ความมั่นคงแห่งชาติ หมายถึง การที่ประเทศชาติสามารถดำรงอยู่ได้อย่างสงบสุขพอสมควร ปลอดภัยจากการคุกคามหรือรุกรานของศัตรู สามารถพัฒนาประเทศให้ก้าวหน้าในระดับที่เหมาะสมกับขีดความสามารถทางการลงประมาณของตน ประชาชนมีความอยู่ดีกินดีมีรายได้พอสมควรแก่อัตตภาพ ประเทศชาติมีเกียรติและศักดิ์ศรีได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ”²²

รองศาสตราจารย์ ดร.บรรพต วีระสัย และอาจารย์สุชิน ตันติกุล กล่าวไว้ว่า “ความมั่นคงแห่งชาติมีลักษณะทั้งที่เป็นนามธรรมและรูปธรรมส่วนที่มีลักษณะเป็นนามธรรม หมายถึง การมีผืนแผ่นดินที่ไม่ขึ้นต่อใคร ประชากรมีคุณภาพดีมีความสามัคคีกัน รัฐบาลมีเสถียรภาพ ประเทศมีเอกราชและประเทศชาติอยู่ในฐานะที่ได้รับการรับรองจากสังคมนานาชาติ สำหรับลักษณะรูปธรรม หมายถึง การที่ประชาชนแต่ละคนมีสภาพจิตใจดีมีการกินดีอยู่ดี มีความผูกพันกลมฉันท์ในครอบครัว มีนิสัยดี มีความรู้สึกที่ดีต่อรัฐบาล และประชาชนมีความจงรักภักดีต่อประเทศของตน”²³

²² ชัชฎภัย บุรุษพัฒน์, *ความมั่นคงแห่งชาติ*. (กรุงเทพมหานคร : กรมการปกครอง, 2521), หน้า 2

²³ บรรพต วีระสัย และสุชิน ตันติกุล, *สังคมวิทยาการเมือง*. (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2520), หน้า 220-224

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้นำหลักความมั่นคงแห่งชาติมากำหนดไว้เป็นข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทั้งด้านของการรักษาและส่งเสริมความมั่นคงของรัฐ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ และความมั่นคงทางสังคม ในหลายกรณี อาทิเช่น

1) เสรีภาพในการเดินทางและเลือกถิ่นที่อยู่ ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 36 ให้นุคคลมีเสรีภาพในการเดินทางและเลือกที่อยู่ในราชอาณาจักรไทยตามใจสมัคร รัฐจะออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพแล้วบังคับให้ประชาชนต้องอยู่แห่งหนึ่งแห่งใดไม่ได้ เว้นแต่เพื่อความมั่นคงแห่งรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมืองหรือเพื่อสวัสดิการของผู้เยาว์

ดังนั้น บุคคลจะเดินทางไปที่ไหนก็ได้หรือจะตั้งบ้านเรือนหรือย้ายครอบครัวไปอาศัยอยู่ที่ใดในรัฐก็ได้โดยอิสระ แต่พื้นที่บางแห่งรัฐอาจ รัฐอาจใช้อำนาจสงวนไว้โดยออกกฎหมายห้ามเข้าหรืออยู่อาศัย หากจำต้องผดุงรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงของรัฐ เช่น ห้ามเข้าไปในเขตหวงห้ามของทางทหาร หรือห้ามบุคคลเข้าไปตั้งถิ่นฐานในที่สาธารณะหรือเขตป่าสงวนแห่งชาติได้

2) เสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยสุจริต ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 50 ให้นุคคลมีเสรีภาพตามระบบการค้าเสรีที่สนับสนุนให้เกิดการแข่งขันปราศจากการผูกขาด หรือการควบคุมจากรัฐ กล่าวคือ บุคคลมีเสรีภาพในการประกอบกิจการ หรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรี แต่จะต้องเป็นการประกอบอาชีพโดยสุจริตและผดุงรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ แต่ทั้งนี้ เพื่อป้องกันและเอื้อประโยชน์ต่อความมั่นคงของรัฐหรืออาจกำหนดข้อจำกัดในเสรีภาพในการประกอบอาชีพของประชาชน เช่น ห้ามการประกอบธุรกิจบางประเภท หากการประกอบอาชีพนั้นเป็นการทำลายความมั่นคงแห่งชาติทางเศรษฐกิจจะไม่สามารถกระทำได้ เช่น การประกอบธุรกิจการฟอกเงิน ธุรกิจการค้าขายอาวุธสงคราม เป็นต้น

3) สิทธิได้รับทราบข้อมูลข่าวสารของทางราชการ รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลไว้ในมาตรา 58 ให้ประชาชนทั่วไปสามารถรับทราบข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่ การเปิดเผยข้อมูลนั้นจะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐความปลอดภัยของประชาชนหรือส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ประชาชนมีสิทธิที่จะได้รับข้อมูลข่าวสารจากทางราชการ แต่รัฐธรรมนูญก็ได้จำกัดการรับรู้ข่าวสารไว้เช่นกันภายใต้ขอบเขตเงื่อนไขที่ว่า หากการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้นกระทบต่อความมั่นคงของรัฐทางสังคม เช่น การเปิดเผยข้อมูลนั้นจะกระทบต่อความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของบุคคลอื่น หรือกระทบต่อส่วนได้เสียอันพึง

ได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น เป็นต้น และการใช้สิทธิดังกล่าวต้องเป็นไปตามข้อกำหนดของกฎหมายเกี่ยวกับการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของทางราชการด้วย อันได้แก่ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540

นอกจากนั้น พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 ดังกล่าวยังได้กำหนดให้มีระเบียบคณะกรรมการว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการด้วย เนื่องจากหลักเกณฑ์การจัดชั้นความลับของทางราชการในฐานะที่เป็นข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือความมั่นคงทางเศรษฐกิจการคลังของประเทศ หากเปิดเผยแล้วจะก่อให้เกิดความเสียหายแต่ความมั่นคงของประเทศ

4) เสรีภาพทางการค้า ที่ยอมรับว่าบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเลือกประกอบการค้าและแข่งขันทางการค้าอย่างเป็นธรรม แต่ด้วยในปัจจุบันการแข่งขันทางการค้ามีความรุนแรงและมีการพยายามของผู้ประกอบการบางรายที่ต้องการเป็นผู้ผูกขาดทางการค้าเพื่อมุ่งหวังผลประโยชน์ส่วนตน และทำให้ผู้ประกอบการอื่นและผู้บริโภคได้รับความเสียหาย เพราะตลาดการค้าอยู่ในการกำกับของผู้ประกอบการดังกล่าว นอกจากนี้พฤติการณ์ดังกล่าวรวมถึงพฤติการณ์อื่นบางประเภทเป็นตัวทำลายระบบเศรษฐกิจของประเทศ สังคม และความเจริญก้าวหน้าของส่วนรวม ดังนั้น รัฐจึงได้กำหนดข้อจำกัดเสรีภาพทางการค้า เพื่อคุ้มครองให้เกิดความมั่นคงทางสังคมและเศรษฐกิจ ดังตัวอย่างที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 87 มีความว่า "รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม คุ้มครองผู้บริโภคและป้องกันการผูกขาดตัดตอนทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีการสาธารณูปโภค"

5) เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 44 โดยถือหลักประโยชน์ต่อความมั่นคงของชาติและสังคม โดยยอมรับว่าการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธเป็นเสรีภาพอีกประเภทหนึ่งที่บุคคลสามารถกระทำได้ แต่รัฐธรรมนูญได้กำหนดข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้บางประการเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมและความมั่นคงของชาติ เช่น การชุมนุมประท้วงเรียกร้องสิทธิแต่กีดขวางการจราจรเพื่อการสัญจรของสาธารณชนจะกระทำไม่ได้ เป็นต้น หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามหรืออยู่ในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก เป็นต้น การใช้เสรีภาพในการชุมนุม

โดยสงบและปราศจากอาวุธจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องไม่กระทบสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น โดยส่วนรวม ภายใต้เงื่อนไขดังกล่าวนี้ รัฐสามารถออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการแสดงความคิดเห็นโดยการชุมนุมโดยสงบได้

2.3.4 หลักว่าด้วยสิทธิของบุคคลอื่น

ภายใต้อำนาจแห่งกฎหมายได้กำหนดรับรองและคุ้มครองสิทธิให้แก่บุคคลในการที่จะกระทำการใดๆต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของตน ตลอดจนกำหนดขอบเขตของสิทธิของบุคคล และกำหนดหน้าที่ที่จะต้องเคารพสิทธิของผู้อื่น กล่าวคือ สิทธิของบุคคลย่อมมีได้ภายใต้กรอบแห่งสิทธิของตนและจะต้องไม่กระทำการอันเป็นการกระทบในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่น สิทธิในที่นี้ ได้แก่ สิทธิในชีวิต ร่างกาย สุขภาพอนามัย ทรัพย์สิน ชื่อเสียง หรือเกียรติคุณ อันโดยปกติจะจำแนกออกเป็นสิทธิทางแพ่ง สิทธิทางการเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจ ตลอดจนสิทธิทางสังคม ฯลฯ

หลักการจำกัดสิทธิของบุคคลโดยสิทธิของบุคคลอื่นได้นำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับ รวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ซึ่งได้บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลอื่นไว้ในมาตรา 34 มีความว่า

“สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียงหรือความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมได้รับการคุ้มครอง

การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว จะกระทำมิได้เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน”

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามกระทำละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นไว้โดยชัดแจ้ง ไม่ว่าจะเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว ซึ่งหลักการจำกัดสิทธิของบุคคลโดยสิทธิของบุคคลอื่นมิใช่เรื่องที่เกิดขึ้นมาใหม่ แต่เป็นข้อจำกัดที่ได้มีการวิวัฒนาการมานับศตวรรษ ดังปรากฏเป็นลัทธินิติศาสตร์โรมันที่ว่า “Neminem Laedere” ซึ่งแปลว่า ไม่พึงกระทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น²⁴ ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นหลัก

²⁴ จักรกฤษณ์ กาญจนศุณย์, “การจำกัดสิทธิ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลโดยกฎหมาย”, หน้า 50

กฎหมายในกฎหมายอื่นอีกหลายฉบับ ทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายอาญา ก็ได้นำหลักนี้มาบัญญัติในหลายมาตรา อาทิ

มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

มาตรา 421 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“การใช้สิทธิซึ่งมีแต่ละให้เกิดแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย”

หรือมาตรา 326 ประมวลกฎหมายอาญา ที่บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

และอีกหลายบทมาตราแห่งประมวลกฎหมายอาญา

อย่างไรก็ตาม หลักการจำกัดสิทธิของบุคคลโดยสิทธิของบุคคลอื่นก็มีหลักยกเว้นให้อาจจะกระทำได้ คือ หลักประโยชน์ของสาธารณชน (Public Interest) กล่าวคือ หากการกระทำใดเป็นการละเมิดหรือการกระทบสิทธิของบุคคลอื่นนั้นได้ทำไปเพื่อมุ่งหวังให้เกิดประโยชน์ของสาธารณชน แม้จะทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นอยู่บ้าง ก็อาจได้รับการยกเว้นหลักการจำกัดสิทธิของบุคคลโดยสิทธิของบุคคลอื่นได้ อาทิเช่น การเสนอข่าวตามหน้าที่ที่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือการแสดงความคิดเห็นภายในวิสัยที่ประชาชนพึงกระทำหรือการที่สื่อมวลชนได้เสนอข่าวภายในขอบเขตหน้าที่เพื่อประโยชน์สาธารณะ

ใน Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายของคำว่า สาธารณชน ไว้ว่า “สาธารณชน (Public) หมายถึง การรวมตัวกันอาศัยของพลเมืองของรัฐใดรัฐหนึ่ง ชาติใดชาติหนึ่ง หรือชุมชนใดชุมชนหนึ่ง”²⁵

²⁵ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, (Minn. : St. Paul, 1990), p.1227

ทั้งนี้ การกระทำภายใต้สิทธิพิเศษดังกล่าวต้องเป็นการเสนอข้อมูลอันเป็นที่ถูกต้อง ไม่เกินความจริง เป็นการกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ และไม่เป็นการล่วงละเมิดขอบเขตความเป็นส่วนตัวของบุคคลเกินสมควร ดังปรากฏยืนยันตามคำพิพากษาศาลฎีกา ต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 990/2508 โจทก์ในคดีนี้ได้ถูกฟ้องเป็นจำเลยในความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายนอกราชอาณาจักร จำเลยในคดีนี้ได้นำข่าวลงในหนังสือพิมพ์ของจำเลยว่า "อดีตกำนันแนว 5 เป็นลมที่ศาล พยานระบุกลางศาลครบเขมร" และลงเนื้อข่าวต่อไปว่า "กำนันผู้ต้องหาชายชาตินํ้าการเคลื่อนไหวของทางการตำรวจ ทหารไทยไปเปิดเผยให้เขมรเป็นลมฟุบกลางศาล เมื่อถูกพยานปากสำคัญให้การว่า ถูกกำนันใช้ไปติดต่อทหารเขมร..." และดำเนินข่าวต่อไปว่า โจทก์คดีนี้ถูกตำรวจจับกุมและถูกฟ้องต่อศาลทหารกรุงเทพ (ศาลอาญา) ข้อความที่จำเลยลงข่าวนี้ เมื่ออ่านดูข้อความทั้งหมดแล้วเข้าใจได้ว่า เป็นการรายงานข่าวเรื่องที่โจทก์คดีนี้ถูกฟ้องในข้อหากระทำผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายนอกราชอาณาจักร แม้จะเป็นการเขียนข่าวโดยใช้ถ้อยคำผิดเพี้ยนจากที่โจทก์ถูกฟ้องไปบ้าง เช่น ใช้คำว่า "แนว 5" "คนชายชาติ" ก็ตาม แต่ก็ป็นถ้อยคำที่มีความหมายทำนองเดียวกับที่โจทก์ถูกฟ้องนั่นเอง ส่วนเรื่องที่โจทก์เพียงแต่แถลงข่าวว่า โจทก์เป็นลมล้มฟุบกลางศาลนั้น ความจริงโจทก์เพียงแต่แถลงต่อศาลว่าปวดศีรษะมากจะเป็นลม แม้จำเลยจะได้แจ้งข่าวเกินเลยความจริงไปบ้างก็ตาม แต่ยังไม่พอที่จะถือได้ว่าได้กระทำไปโดยไม่สุจริต ฉะนั้น เนื้อข่าวของจำเลยตอนนี้จึงถือได้ว่าได้แจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรมเรื่องการดำเนินการอันเปิดเผยในศาล ย่อมได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 329 (4) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 407/2523 หนังสือพิมพ์ลงข้อความว่า โจทก์จ่ายเช็ค 1 ล้านบาทแก่ธนาคารเช็คไม่มีเงิน ธนาคารแจ้งตำรวจจับโจทก์ เป็นที่เข้าใจว่าโจทก์มีฐานะทางการเงินไม่ดีไม่น่าเชื่อถือ เป็นหมิ่นประมาทโจทก์ซึ่งเป็นนายกเทศมนตรีและประกอบการค้าเป็นเรื่องส่วนตัว ไม่เกี่ยวกับหน้าที่การงานในตำแหน่งนายกเทศมนตรี อันจะถือว่าเป็นประโยชน์แก่ประชาชน จึงอ้างว่าเป็นความจริงเพื่อมิต้องรับโทษไม่ได้

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 990/2508 ศาลได้พิพากษาโดยเชื่อว่า โจทก์ไม่มีเจตนาที่จะทำการไม่สุจริตทำให้จำเลยได้รับความเสียหาย โดยยืนยันและรับรองว่า หลักสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่สามารถเสนอข่าวตามข้อเท็จจริง และการเสนอข่าวเกี่ยวกับความเป็นไปในการดำเนินคดีทางศาลก็เป็นสิทธิอันชอบธรรมของบุคคล และแถลงเป็นนัยว่า การเสนอข่าวเช่นนั้นก็เพื่อให้สาธารณชนได้ทราบความเป็นไปในคดีนี้อันอาจเป็นประโยชน์ต่อประชาชน อีกทั้ง จำเลยซึ่งมีฐานะ

เป็นกำนัน อันเป็นตำแหน่งที่ได้รับการเลือกจากประชาชน หากมีความประพฤติที่ไม่ดีไม่ชอบหรือกระทำการใดอันก่อให้เกิดถึงความประพฤติที่ไม่ชอบ ประชาชนก็ควรจะได้รับทราบข้อเท็จจริงเพื่อเป็นข้อมูลในการพิจารณาบุคคลดังกล่าว และเป็นประโยชน์ในการพิจารณาเลือกตั้งผู้แทนชุมชนคราวถัดไป นอกจากนี้ คำพิพากษาฎีกาที่ 407/2523 ก็ได้กำหนดหลักรับรองสิทธิของบุคคลเช่นกัน กล่าวคือ คดีนี้ศาลเห็นว่าข้อความที่หนังสือพิมพ์ได้ตีพิมพ์ลงนั้นเป็นการหมิ่นประมาทจำเลยซึ่งประกอบธุรกิจการค้าเป็นเรื่องส่วนตัว ไม่เกี่ยวกับหน้าที่การงานในตำแหน่งนายกเทศมนตรี แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า ศาลยังคงยอมรับหลักสิทธิประโยชน์ของสาธารณชน หากการกระทำใดเป็นการหมิ่นประมาทผู้อื่น แต่เป็นการกระทำไปเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนและเป็นความจริงก็สามารถทำได้และไม่ต้องรับโทษ ดังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกา หากการกระทำของจำเลยเป็นการเสนอข่าวที่มีลักษณะว่า โจทก์กระทำการที่ไม่เหมาะสม ไม่ชอบโดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่แล้ว จำเลยย่อมทำได้

จะเห็นได้ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รัฐสามารถกระทำได้ภายใต้หลักการปกครองของประเทศตามรัฐธรรมนูญ หลักการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนและหลักความมั่นคงแห่งชาติ รวมถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่น ทั้งนี้ เพื่อรักษาไว้ซึ่งความเป็นเอกภาพ ความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม ความมั่นคงของประเทศและประโยชน์สาธารณะ

2.4 สิทธิและเสรีภาพในการโฆษณา

จากแนวความคิดและขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เป็นที่ยอมรับว่าบุคคลมีเสรีภาพที่จะแสดงความคิดเห็นและเสนอแนะข้อเท็จจริงต่อสาธารณชน และเสรีภาพในการโฆษณา เป็นสิ่งหนึ่งที่ได้รับการยอมรับว่า มีอยู่ในทุกคนและได้รับการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพตามกฎหมายรัฐธรรมนูญของนานาอารยประเทศ ทั้งนี้ หากจะศึกษาถึงเสรีภาพในการโฆษณาโดยเฉพาะการโฆษณาที่มีนัยเปรียบเทียบตามการศึกษาวิจัยนี้ จำเป็นต้องกล่าววิเคราะห์ถึงสิทธิและเสรีภาพข้างเคียงที่ควรได้รับการพิจารณาร่วมด้วย อันได้แก่ สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร และเสรีภาพทางการค้า เนื่องจาก การโฆษณาเป็นการเสนอข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณา ซึ่งกระทบถึงบุคคล 2 กลุ่ม คือ ผู้บริโภค (Consumer) ซึ่งเป็นกลุ่มเป้าหมายของการโฆษณาที่จะได้รับข้อมูลและถูกกระตุ้นให้เกิดความสนใจในสินค้าหรือบริการ และจงใจให้เกิดการบริโภคสินค้าหรือบริการของผู้โฆษณาดังกล่าว และอีกกลุ่มหนึ่งคือ ผู้ประกอบการรายอื่นซึ่งเป็นผู้แข่งขันทางการค้า (Competitor) และเสรีภาพในการโฆษณา สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร และเสรี

ภาพทางการค้า เป็นสิทธิและเสรีภาพที่พึงได้รับการคุ้มครองตามหลักแนวคิดเพื่อประโยชน์สูงสุดแห่งรัฐภายใต้ระบบเศรษฐกิจเสรีที่รัฐพึงต้องสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรม

2.4.1 เสรีภาพในการโฆษณา (Right to inform)

การโฆษณาเป็นการนำเสนอข้อเท็จจริงต่อสาธารณชนซึ่งเป็นที่ยอมรับว่า เป็นเสรีภาพอย่างหนึ่งของมนุษย์ โดยบางท่านเรียกว่า เสรีภาพในการเสนอข้อเท็จจริง (Freedom of information) บางกรณีเรียกว่า Freedom of expression, Freedom of press หรือ Freedom of speech²⁶ ในหลายประเทศ เสรีภาพในการโฆษณาได้รับการรับรองและบัญญัติไว้ในกฎหมายคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในหลายประเทศ เสรีภาพในการโฆษณาได้รับการรับรองและบัญญัติไว้ในกฎหมายคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในหลายประเทศ เสรีภาพในการโฆษณาได้รับการรับรองและบัญญัติไว้ในกฎหมายคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในหลายประเทศ

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

จากบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดรับรองเสรีภาพในการโฆษณาไว้ว่าเป็นเสรีภาพของประชาชนประการหนึ่ง เป็นเสรีภาพที่รับรองไว้อย่างสัมพัทธ์ (Relative Rights) กล่าวคือ เป็นเสรีภาพที่มีอยู่ภายใต้เงื่อนไขหรือข้อจำกัดที่รัฐอาจยังใช้ในภายหลังได้ หรือที่เรียกว่าการถูกจำกัดเสรีภาพโดยกระบวนการทางกฎหมาย (Due-process of Law)

ดังจะเห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 39 วรรคสอง ได้กำหนดขอบเขตแห่งการจำกัดเสรีภาพในการโฆษณาไว้โดยชัดเจน โดยการจำกัดเสรีภาพในการ

²⁶ สุขุม ศุภนิศย์, กฎหมายและข้อบังคับเกี่ยวกับการโฆษณา, เอกสารการสอนชุดวิชา ธุรกิจการโฆษณา หน่วยที่ 11-15, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2531), หน้า 123.

โฆษณาจะกระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ต่างๆต่อไปนี้ คือ

1. เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ
2. เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น
3. เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
4. เพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

ทั้งนี้ การจำกัดเสรีภาพในการโฆษณาดังกล่าวเป็นไปตามหลักความคิดในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลดังได้กล่าวมาแล้ว เพื่อควบคุมให้มีการนำเสนอข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน และเพื่อให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์สูงสุด ประกอบกับเหตุผลทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคมอีกหลายประการ อาทิ เหตุผลเพื่อการคุ้มครองและส่งเสริมให้เกิดภาวะแข่งขันให้คงอยู่ในระบบตลาดการค้า คุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจที่ถูกเอารัดเอาเปรียบทางการค้าโดยไม่เป็นธรรม คุ้มครองผู้บริโภคทั่วไป คุ้มครองไม่ให้เกิดความเสื่อมทรามในสังคม และที่สำคัญคุ้มครองเพื่อประโยชน์ของสาธารณชน

ดังจะเห็นได้ว่า เสรีภาพในการโฆษณาเป็นสิ่งที่ได้รับการรับรองให้แก่บุคคล แต่ทั้งนี้บุคคลจะต้องใช้เสรีภาพดังกล่าวโดยคำนึงถึงการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การป้องกันหรือระงับไม่ให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน ตลอดจนต้องเคารพในสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่นภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของสาธารณโดยส่วนรวม

หากพิจารณาถึงเสรีภาพในการโฆษณา การโฆษณาเปรียบเทียบย่อมนับเป็นการแสดงออกซึ่งเสรีภาพอย่างหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองรับรองตามกฎหมาย และโดยบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันก็ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดห้ามทำการโฆษณาเปรียบเทียบ ในทางกลับกันหากการโฆษณาเปรียบเทียบนั้นได้กระทำไปโดยถูกต้องตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้เสรีภาพไว้ กล่าวคือ การโฆษณานั้นนำเสนอข้อมูลที่เป็นความจริง สามารถพิสูจน์หาความจริงได้ และไม่ได้อ้างอิงความเท็จ โฆษณานั้นก็สามารถกระทำได้ แต่ปัญหาที่พบบ่อยในขณะนี้ คือ โดยผลของการโฆษณาเปรียบเทียบอาจก่อให้เกิดข้อพิพาทตามกฎหมายลักษณะละเมิด ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามข้อกล่าวอ้างที่ว่า การโฆษณาเปรียบเทียบเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่นโดยทำให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงทางการค้า อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้ยังไม่เคย

ปรากฏมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่า การโฆษณาเปรียบเทียบเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่นหรือไม่ อย่างไรก็ดี การฟ้องคดีโดยคู่แข่งทางการค้าโดยอาศัยหลักกฎหมายละเมิด ซึ่งมีองค์ประกอบเรื่องความเสียหาย หากโจทก์สืบได้ว่า การโฆษณาเปรียบเทียบเป็นการกระทำอันเข้าหลักเกณฑ์ของการกระทำละเมิด และผู้ถูกกล่าวหาเปรียบเทียบแสดงให้เห็นประจักษ์ได้ว่าตนได้รับความเสียหายจากการโฆษณาเปรียบเทียบ การโฆษณาเปรียบเทียบนั้นก็อาจเป็นละเมิด

2.4.2 สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร (Right to be informed)

สิทธิในการได้รับข้อมูลเป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การโฆษณาอย่างแยกกันไม่ออก รวมทั้งเป็นสิทธิพื้นฐานอย่างหนึ่งของบุคคล เนื่องจากการถ่ายทอดข้อมูลไม่ว่าจะโดยวิธีการใดๆ ไม่ว่าจะด้วยวิธีวิจักษณ์ภาษา หรืออวิจักษณ์ภาษา บุคคลมีสิทธิที่จะรับรู้และได้รับการถ่ายทอดข้อมูล อันอาจกล่าวได้ว่า การได้รับข้อมูลข่าวสารของมนุษย์เกิดขึ้นอยู่ตลอดเวลา นับแต่ตื่นนอนตอนเช้าเมื่อเปิดเครื่องรับวิทยุ โทรทัศน์เพื่อรับฟังข่าวในตอนเช้า การสนทนากับคนในครอบครัว เพื่อนบ้านหรือการดำรงชีวิตตลอดทั้งวัน มนุษย์จะได้รับข้อมูลมากมายเข้าสู่ประสาทสัมผัสของแต่ละบุคคล และไม่อาจจำกัดการรับรู้ข้อมูลข่าวสารที่เดินทางมาสู่บุคคลได้ เว้นแต่บุคคลนั้นจะอยู่ในภาวะการไม่รับรู้ของประสาทสัมผัสหรือปิดกั้นตัวเองไม่ให้รับรู้ข้อมูลข่าวสาร ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของบุคคลอื่นที่จะต้องป้องกันข้อมูลส่วนตัวหรือข้อมูลลับที่ไม่ต้องการเปิดเผยให้เป็นความลับตามเจตนาของตน นอกจากนี้ สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารบางอย่างแม้โดยสภาพแล้ว โดยปกติจะไม่มีการเผยแพร่ ไม่อาจสื่อสารหรือถ่ายทอดให้บุคคลทั่วไปทราบ แต่กฎหมายรับรองสิทธิแก่บุคคลเพื่อคุ้มครองให้บุคคลสามารถรับรู้ข้อมูลเช่นว่านั้นได้ เพราะอาจจะเป็นการเอื้อประโยชน์ของบุคคลในการดำรงชีพ ประกอบสัมมาอาชีพ หรือการประกอบกิจการอื่นใด สิทธิดังว่านั้น คือ สิทธิในการได้รับข้อมูลข่าวสารทางราชการ ซึ่งเป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ดังที่ปรากฏตามมาตรา 58 มีความว่า

“บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับทราบข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่การเปิดเผยข้อมูลนั้นจะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประชาชน หรือส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

อย่างไรก็ตาม สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่มีอยู่ตามธรรมชาติ และเป็นธรรมชาติของมนุษย์ที่มีประสาทสัมผัสในการได้ยิน เห็น หรือสัมผัสได้ตามประสิทธิภาพของประสาทสัมผัสของแต่ละบุคคล และเป็นอิสระที่จะได้รับข้อมูลต่างๆที่ผ่านเข้ามา

สิทธิในการได้รับข้อมูลข่าวสารของบุคคลได้ถูกยกขึ้นมากล่าวถึงและให้ความสนใจอย่างมากในยุคที่วิวัฒนาการด้านพาณิชยกรรมเจริญมากขึ้น เพื่อการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลในฐานะผู้บริโภคสินค้าหรือบริการ เนื่องด้วยวิธีการในการจัดทำสินค้าหรือให้บริการได้มีความซับซ้อนขึ้นเป็นลำดับ ความรู้ทางด้านเทคโนโลยีได้พัฒนาได้อย่างมาก ประชาชนทั่วไปมีความเข้าใจและทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสินค้าและบริการน้อยลงทุกที เปิดโอกาสให้เกิดการเอาัดเอาเปรียบโดยฉกฉวยเอาความไม่รู้ของผู้อื่นเพิ่มมากขึ้น อีกทั้งในระบบการค้าเสรีที่ส่งเสริมให้มีการแข่งขันบรรดาสินค้าและบริการต่างๆก็ผลิออกมาในหลายรูปแบบ แตกต่างกันไป ทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนมากขึ้นทุกขณะว่า จุดดี จุดด้อยของสินค้าหรือบริการนั้นคืออะไร และควรเลือกบริโภคสินค้านั้นอย่างไร ในสภาวะการณ์เช่นนี้ โฆษณาได้เข้ามามีบทบาทเพื่อถ่ายทอด เผยแพร่ข้อมูลข่าวสารของสินค้าหรือบริการแก่ประชาชน แต่ในบางครั้งโฆษณบางประเภทฉกฉวยโอกาสจากความไม่รู้ของผู้บริโภคให้ข้อมูลอันเป็นเท็จ หลอกหลวง กล่าวเกินจริง หรือให้ข้อมูลที่เคลือบคลุมจนไม่สามารถให้ความรู้ความเข้าใจแก่ผู้บริโภคได้ ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีการกำหนดสิทธิแก่ผู้บริโภคที่มีสิทธิได้รับข้อมูลข่าวสารที่ถูกต้องและเพียงพอ (Right to be informed) โดยเริ่มแรก ณ ประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อปี ค.ศ. 1962 ที่ได้มีการประกาศสิทธิพื้นฐานของผู้บริโภค (Consumer Bill of Rights) โดยประธานาธิบดี จอห์น เอฟ. เคนเนดี (John F. Kennedy) ซึ่งกำหนดให้สิทธิที่จะได้รับข่าวสาร (Right to be Informed) เป็นสิทธิพื้นฐานของผู้บริโภคประการหนึ่ง

ต่อมา แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิที่ได้รับข้อมูลข่าวสารดังกล่าวได้แผ่ขยายความคิดไปยังหลายประเทศทั่วโลกรวมถึงประเทศไทยด้วย ดังจะพบได้จากบทบัญญัติเพื่อการรับรองสิทธิดังกล่าวไว้ในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 โดยบัญญัติไว้เป็นสิทธิประการแรกของผู้บริโภคให้ผู้บริโภคมีสิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ดังนั้น การเผยแพร่ข้อมูลต่อผู้บริโภคไม่ว่าจะในรูปของการโฆษณา ฉลาก แผ่นพับ ใบปลิว หรือสื่อในการถ่ายทอดข้อมูลข่าวสารโดยวิธีการอย่างใดๆ จะต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่ถูกต้องและเพียงพอแก่ผู้บริโภค อีกทั้งต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามข้อกำหนดของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคหรือกฎหมายเกี่ยวกับการโฆษณาอื่น และในกฎหมายฉบับนี้ก็ไม่ได้กำหนดห้ามการโฆษณาเปรียบเทียบ ตรงกันข้ามการโฆษณาที่มีลักษณะเป็นการเปรียบเทียบซึ่งได้กระทำโดยถูกต้องตามกฎหมาย ชื่อสัตย์และเหมาะสมตามการปฏิบัติทางการค้าแล้ว ถือได้ว่าเป็นแหล่งข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคเพื่อประกอบการพิจารณาเลือกซื้อสินค้าในยุคสมัยที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีอย่างมากและภายใต้ภาวะการแข่งขัน

ชั้นทางการค้าที่รุนแรงในปัจจุบัน และหากวิเคราะห์ถึงสิทธิของผู้บริโภค ผู้บริโภคก็พึงมีสิทธิที่จะได้รับรู้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์อันเกิดจากการโฆษณาเปรียบเทียบ

2.4.3 เสรีภาพทางการค้า (Freedom of trade)

เสรีภาพทางการค้าเป็นเสรีภาพประการหนึ่งที่ได้รับการยอมรับในบรรดาประเทศที่ยึดถือในหลักการค้าเสรี ตามแนวคิดในระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม (Laissez-faire) ว่าเสรีภาพทางการค้าเป็นสิ่งที่ควรได้รับการรับรองและส่งเสริมให้แก่ประชาชน ภายใต้ความมุ่งหวังให้บุคคลมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ โดยมีการแข่งขันกันอย่างเสรีและเป็นธรรม และรัฐจะต้องส่งเสริม สนับสนุนและกำกับดูแลให้เกิดการแข่งขันเสรีและเป็นธรรมตามระบบเศรษฐกิจแบบเสรี โดยอาศัยกลไกของตลาดในการกำหนดราคาสินค้าหรือลักษณะของการแข่งขัน นอกจากนี้ รัฐจะต้องยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบธุรกิจการแข่งขันกับเอกชน

เสรีภาพทางการค้าได้มีการพัฒนามาเป็นเวลานานหลายศตวรรษ ดังปรากฏหลักฐานในหลักศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงมีข้อความตอนหนึ่งว่า “เมื่อชั่วพ่อขุนรามคำแหง เมืองสุโขทัยนี้ดี ในน้ำมีปลา ในนามีข้าว เจ้าเมืองบ่เอาจกอบในไพร่ ลู่ทางเพื่อนจูงวัวไปค้า ขี่ม้าไปขาย ใครจักใคร่ค้าช้าง ค้า ใครจักใคร่ค้าม้า ค้า ใครจักใคร่ค้าเงินค้ำทอง ค้า...”²⁷ หรือที่ปรากฏในทวีปยุโรป เช่นในประเทศฝรั่งเศสซึ่งเรียกหลักของเสรีภาพนี้ว่า “หลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้า” ซึ่งมีการพัฒนามาตั้งแต่ก่อนการปฏิวัติอุตสาหกรรม ซึ่งในขณะนั้นได้มีการรวมตัวกันของผู้ประกอบการในลักษณะต่างๆมากมาย เช่น การตั้งสมาคมทางการค้า และถูกโจมตีจากนักคิด ปรัชญาเมธีหลายท่านที่ได้แสดงความเห็นคัดค้านปรากฏการณ์ดังกล่าวและพยายามเสนอแนวความคิดในเรื่องการประกอบการค้าและการขนส่งสินค้าอย่างเสรีที่เรียกว่า “Laissez Faire หรือ Laissez Passer” ซึ่งหลังจากการปฏิวัติอุตสาหกรรมสำเร็จ หลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้าได้รับการยอมรับอย่างมาก ทั้งนี้ แม้ว่าในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมืองของฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 จะไม่ได้กำหนดไว้ถึงเสรีภาพทางการค้าโดยแจ้งชัด แต่ก็มีกรยอมรับว่า เสรีภาพดังกล่าวโดยพฤตินัยเป็นเสรีภาพโดยทั่วไปของประชาชน

²⁷ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหง, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), หน้า 14

ต่อมาเสรีภาพทางการค้าในฝรั่งเศสได้ถูกกำหนดไว้โดยชัดเจนใน ค.ศ.1791 โดยได้มีการกำหนดไว้ในบทบัญญัติกฎหมายอากรฉบับหนึ่งที่เรียกว่า “Decret d Allard” มีความว่า “นับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายนของปีต่อไป บุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการประกอบการหรือดำเนินกิจกรรมของวิชาชีพทุกประเภท ศิลปกรรมหรือช่างฝีมือที่ผู้นั้นเห็นว่าเหมาะสมตรงตามความต้องการของตน โดยไม่ต้องขอรับใบอนุญาตสำหรับการนั้นเป็นการล่วงหน้าจากหน่วยงานใด”²⁸ และมีการยืนยันหลักการดังกล่าวในกฎหมายอีกหลายฉบับ จนกระทั่งได้มีการรับรองหลักเสรีภาพทางการค้าของพลเมืองนี้ในรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 3 ของฝรั่งเศส มีความว่า “...จะต้องไม่มีสิทธิพิเศษ ไม่มีการควบคุม ไม่มีข้อจำกัดใดๆ สำหรับเสรีภาพในการประกอบอุตสาหกรรมและศิลปกรรมในทุกรูปแบบ...”²⁹ นอกจากนี้ เสรีภาพทางการค้ายังได้รับการยอมรับว่าเป็นเสรีภาพมูลฐานของพลเมืองด้วยเป็นกฎหมายทั่วไปที่นำมาใช้บังคับได้กับทุกกรณีในการพิจารณาพิพากษาคดีของสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสโดยอาจไม่ต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองไว้ก็ได้อีกด้วย ดังปรากฏในคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสที่ว่า “เสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้ามีค่าบังคับในลำดับเดียวกับรัฐธรรมนูญและไม่อาจถูกละเมิดโดยกฎหมายธรรมดาได้” และได้วินิจฉัยต่อมาว่า “...ดังนั้นเสรีภาพที่กล่าวถึงนี้จะไม่อาจดำรงอยู่ได้ถ้าหากมีข้อจำกัดใดๆ ที่เป็นไปตามอำเภอใจหรือเกินขอบเขตมาัดรอนเสรีภาพในการประกอบการไปเสีย”³⁰ เหตุที่ตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเช่นนั้น เนื่องจากหลักเสรีภาพทางการค้าควรได้รับการยอมรับโดยทั่วไปและเสรีภาพทางการค้าจะช่วยปกป้องระบบเศรษฐกิจการค้าโดยรวมในลักษณะเป็นการทั่วไป

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ก็ได้มีการยอมรับในหลักการของเสรีภาพทางการค้าโดยได้มีการบัญญัติรับรองเสรีภาพทางการค้าของพลเมืองไว้ในรัฐธรรมนูญประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ดังที่ปรากฏในมาตรา 12 ของหมวด 1 ว่าด้วย สิทธิมูลฐาน มีความว่า

“มาตรา 12 1) ชนชาวเยอรมันมีสิทธิโดยเสรีที่จะเลือกอาชีพ หรือวิชาชีพ ที่ทำงานและที่รับการฝึกอบรม การควบคุมวิชาชีพให้กระทำได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

2) บุคคลจะไม่ถูกบังคับให้ทำงานอย่างใดอย่างหนึ่ง เว้นไว้แต่ภายในขอบเขตของบริการสาธารณะที่เป็นการบังคับตามประเพณีที่ใช้สำหรับทุกคนโดยทั่วไปและโดยเสมอภาค บุคคลที่ไม่อาจปฏิบัติกรรบบที่ใช้อำนาจต้องทำหน้าที่บริการอื่นแทน การทำหน้าที่อื่นแทนนี้จะมีระยะเวลายาว

²⁸ สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส”, วารสารนิติศาสตร์ ตอนที่ 24 เล่มที่ 3 (กันยายน 2537) : 586-589

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 588

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 590

กว่าระยะที่ต้องเป็นทหารไม่ได้ ให้กำหนดรายละเอียดไว้ในกฎหมายซึ่งจะต้องไม่เป็นการละเมิดสิทธิในมโนธรรม และจะต้องมีบทบัญญัติที่ให้โอกาสปฏิบัติภายในหน่วยงานอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับหน่วยใดของกองทัพได้ด้วย

3) สตริไม่ต้องรับราชการทหารตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานใด ไม่ว่าจะโดยเหตุใดก็ตามจะให้สตริทำงานในหน่วยงานใดที่ต้องใช้อาวุธไม่ได้

4) การเกณฑ์แรงงานจะกระทำได้ก็แต่ในกรณีที่บุคคลถูกลดรอนเสรีภาพโดยคำพิพากษาของศาล"³¹

ซึ่งการที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน บัญญัติไว้เช่นนี้แม้จะมีถ้อยคำจำกัดและเคร่งครัด แต่โดยเจตนารมณ์แล้วเป็นการยืนยันและรับรองเสรีภาพทางการค้าของพลเมือง กล่าวคือ ประชาชนย่อมมีเสรีภาพในการเลือกประกอบการทางเศรษฐกิจทุกๆด้านและมีเสรีภาพที่จะแข่งขันกับผู้อื่น โดยไม่ถูกขัดขวาง

ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่ยึดถือในแนวความคิดของระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม และได้มีการรับรองและคุ้มครองเสรีภาพทางการค้าของบุคคล โดยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของไทยหลายฉบับ และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 50 มีความว่า

"บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน"

จากบทบัญญัติข้างต้น แสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งว่ากฎหมายได้คุ้มครองให้เสรีภาพแก่บุคคลในอันที่จะประกอบอาชีพหรือประกอบการแข่งขันทางการค้าด้วยประการใดๆภายใต้กรอบ

³¹ The Basic Law of the Federal Republic of Germany แปลโดย เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์ และ ลภาวิชัย แห่งชาติ, รัฐธรรมนูญนานาชาติ, หน้า 48-49.

ของการแข่งขันทางการค้าที่เสรีและเป็นธรรม โดยรัฐอาจเข้ามากำหนดกรอบและกฎเกณฑ์ของ การกระทำตามเสรีภาพในทางการค้าเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจ ของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข การรักษาความสงบเรียบร้อยและศีล ธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การ รักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน รวมถึงการก่อให้เกิดความเป็นธรรมในการแข่งขันทาง การค้า

นอกจากนี้ ในมาตรา 87 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ยังได้กำหนดบทบาทของ รัฐที่จะต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรี ดังปรากฏมีคำว่า

“รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขัน อย่างเป็นธรรม คุ้มครองผู้บริโภคและป้องกันการผูกขาดตัดตอนทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งยก เลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทาง เศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการ รักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีการสาธารณสุข”

ตามหลักการของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกตลาด ที่เชื่อว่าตลาดจะเป็นตัว กำหนดอุปสงค์และอุปทาน ตลอดจนปัจจัยเกี่ยวเนื่องทางด้านเศรษฐกิจอื่นๆของสังคมนั้น และ การแข่งขันทางการค้าที่เสรีและเป็นธรรมจะก่อให้เกิดตลาดการค้าที่สมบูรณ์ ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่ที่ จะต้องเข้ามาดูแลให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ทั้งนี้ การสร้างความเป็นธรรมในการแข่งขัน ทางการค้า รัฐอาจกำหนดหรือยกเว้นกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจบางอย่างโดยคำนึงถึงความเป็น ธรรมตามหลักธรรมาภิบาล อันเป็นหลักในการปกครองเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม ให้ เกิดประโยชน์สูงสุดต่อส่วนรวม ความมั่นคงของรัฐ และความสงบเรียบร้อยในสังคมแห่งรัฐ ดังเช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 (ซึ่งเป็นกฎหมายที่ยกกว้างขึ้นเพื่อแก้ไขข้อ บกพร่องและความล้าสมัยของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าเดิม คือ พระราชบัญญัติ กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522) ที่ได้กำหนดกฎเกณฑ์เพื่อการกำกับดูแลให้ เกิดการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรมตามแนวทฤษฎีเศรษฐกิจเสรีนิยม รวมถึงการ กำหนดมาตรการลงโทษแก่ผู้ทำลายระบบกลไกตลาดหรือทำลายระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม

ทั้งนี้อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า เสรีภาพทางการค้าเป็นเสรีภาพที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป ว่ามีอยู่ในตัวบุคคลและเป็นเสรีภาพที่กฎหมายรับรองและยอมรับให้แก่ประชาชนทุกคน และ

บุคคลอื่นมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพไม่กระทำการหรือละเว้นกระทำการใดๆ อันเป็นการล่วงละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของคนทั้งหลาย ซึ่งหากมีการล่วงสิทธิผิดหน้าที่แล้วย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ ดังจะเห็นได้ว่า ผู้ประกอบการค้าทุกรายในตลาดย่อมมีเสรีภาพในการเลือกประกอบธุรกิจและแข่งขันทางการค้าได้โดยเสรี และรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องผดุงรักษาไว้ซึ่งระบบเศรษฐกิจของชาติและสังคมส่วนรวม และทุกคนจะต้องไม่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันหรือทำลายการแข่งขันทางการค้า การที่บุคคลใดเข้ามาจำกัดและทำลายระบบการค้าการแข่งขันย่อมเป็นละเมิดหรือกระทบต่อเสรีภาพของประชาชนโดยไม่เป็นธรรม การโฆษณาเปรียบเทียบถือเป็นพฤติกรรมทางการค้าอย่างหนึ่งที่สามารถกระทำได้ภายใต้กรอบของกฎหมายในระบบการค้าเสรี แต่การกระทำดังกล่าวจะต้องไม่ทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย ทั้งนี้ในปัจจุบัน สำหรับประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่ชัดเจนในเรื่องของการโฆษณาเปรียบเทียบที่เป็นกรอบของการกระทำที่ทำได้โดยชอบ ดังนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการกำหนดกรอบของการกระทำดังกล่าว เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำเพื่อกั่นแกล้งหรือทำลายผู้อื่นโดยไม่ชอบธรรม และเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมทางการค้า และก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อผู้บริโภค

ในการกำหนดกรอบดังกล่าว รัฐจะต้องใช้อำนาจอย่างเป็นทางการภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย โดยต้องคำนึงถึงเหตุปัจจัยหลายประการ กล่าวคือ สภาพแวดล้อมของสังคม สภาพตลาดการแข่งขัน ขนบธรรมเนียมประเพณีของผู้คนในสังคม และระดับความรู้ความเข้าใจของประชาชน เพื่อให้เกิดกรอบที่เหมาะสมกับสังคมนั้นๆ ทั้งนี้ กฎเกณฑ์อันเป็นกรอบของการโฆษณาเปรียบเทียบย่อมแตกต่างกันไปในแต่ละสังคม ในสังคมหนึ่งอาจเปิดกว้างให้มีการโฆษณาเปรียบเทียบได้อย่างกว้างขวาง ในขณะที่อีกสังคมหนึ่งอาจจำกัดการโฆษณาเปรียบเทียบในบางลักษณะ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลการโฆษณาเปรียบเทียบในประเทศสหรัฐอเมริกา ย่อมแตกต่างไปจากประเทศเยอรมัน เป็นต้น (ปรากฏรายละเอียดในบทที่ 4)