

บทที่ 2

แนวความคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการดำเนินคดีหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์

ในบทนี้จะกล่าวถึงแนวคิดและทฤษฎีในการดำเนินคดีหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์ ซึ่งผู้วิจัยได้ทำการศึกษาจากแนวคิดในทางจิตวิทยา อาชญาวิทยาและสังคมวิทยา อีกทั้งยังศึกษาทฤษฎีการลงโทษต่างๆที่เหมาะสมกับการกำหนดกรอบความคิดทางด้านการดำเนินคดีหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์ให้มีความเหมาะสมอย่างมีประสิทธิภาพและคุ้มค่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้น

2.1 แนวคิดและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว

ในบรรดาสิทธิทั้งหลายของมนุษย์ หรือที่เรียกกันว่า สิทธิมนุษยชนนั้น สิทธิในเรื่องของ “ความเป็นอยู่ส่วนตัว” ถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่ยากจะทำการจำกัดความว่าสิทธิดังกล่าวมีลักษณะและขอบเขตเป็นเช่นไร โดยสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right of Privacy) นั้นหมายถึง การดำเนินชีวิตของบุคคลในสังคมที่ผู้นั้นอาศัยอยู่อย่างสงบสุขโดยปราศจากการถูกรบกวนหรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปเปิดเผยต่อสาธารณชนจนก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ หรือสูญเสียศักดิ์ศรีในความเป็นตัวเองในการดำเนินชีวิตเช่น ทั้งนี้ การดำเนินชีวิตดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงสภาพการปกครองในสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรมและเทคโนโลยีมาเป็นองค์ประกอบด้วย¹

สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวถือเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิด โดยไม่สามารถแยกออกจากกันได้ และถือเป็นสิทธิที่มีความสำคัญต่อมนุษย์เป็นอย่างมากโดยจะเห็นได้จากการที่สิทธิดังกล่าวมักจะมีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศเป็นส่วนใหญ่ และแม้บางประเทศจะไม่ได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง แต่ก็ได้มีการตรากฎหมายขึ้นมารับรองสิทธิดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะเช่นกัน นอกจากนี้ยังได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวในมาตรฐานสากลซึ่งก็คือปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ โดยปรากฏในข้อที่ 12ใจความว่า “บุคคลใด ๆ จะถูกแทรกสอดโดยพลการในความเป็นอยู่ส่วนตัวในครอบครัว

¹ ทิพาพร นະมาตร์. (2550). *สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว: ศึกษากรณีสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลสาธารณะ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 10.

ในเคหาสนหรือในการสื่อสาร หรือจะถูกลบหลู่ในเกียรติยศและชื่อเสียงไม่ได้ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายต่อการแทรกสอด หรือการลบหลู่ดังกล่าวนั้น”²

2.1.1 ความเป็นมาและวิวัฒนาการของแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว

สำหรับสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวนั้นสังคมได้มีความพยายามที่จะให้ความคุ้มครองในสิทธิดังกล่าวมาเป็นเวลายาวนาน เนื่องจากการพยายามที่จะหาความชัดเจนในหลักการและข้อยกเว้นของสิทธิดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่ทำได้ยากที่จะกำหนดออกมาได้อย่างชัดเจน เนื่องจากกฎหมายที่กำหนดขึ้นมาได้กำหนดขึ้นมาเพื่อบุคคลเพียงบุคคลเดียว แต่กำหนดขึ้นมาเพื่อคนในสังคมที่มีจำนวนมากจึงทำให้กฎหมายส่วนใหญ่ที่ออกนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องมุ่งเน้นในการรักษาผลประโยชน์ของส่วนรวมเป็นหลัก แต่ในขณะเดียวกัน ก็จะต้องมีหลักการให้การคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของแต่ละบุคคลให้เพียงพอไปพร้อมกันด้วย เปรียบเสมือนการที่มนุษย์มักถูกกล่าวว่าเป็นสัตว์สังคมจำจะต้องอยู่รวมกันเพื่อความอยู่รอด แต่ในบางครั้งการอยู่รวมกันนั้นก็สามรถก่อให้เกิดความขัดแย้งและการแตกตัวออกจากกันได้ ซึ่งความขัดแย้งที่เกิดขึ้นนั้นย่อมก่อให้เกิดความยากต่อการกำหนดขอบเขตของการอยู่ร่วมกันระหว่างบุคคลในสังคมตามไปด้วย³

ในเรื่องของการให้ความคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวนี้ได้รับความนิยมนับอย่างมากในสหรัฐอเมริกา เหตุเพราะประชาชนต่างให้ความสำคัญในเรื่องของสิทธิและเสรีภาพเป็นสำคัญ เนื่องจากสหรัฐอเมริกาใช้เวลาอย่างยาวนานในการทำสงครามเพื่อประกาศอิสรภาพ ดังนั้น สิทธิเสรีภาพ ความเท่าเทียมและความยุติธรรมจึงเป็นหัวใจหลักแห่งการให้ความคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวขึ้น⁴

2.1.2 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว

สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวนั้น เดิมทีเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายในระบบจารีตประเพณีเป็นหลัก แต่ต่อมาได้มีการพัฒนาเพื่อให้ความคุ้มครองแก่สิทธิดังกล่าวโดยมีการพยายามที่จะกำหนดในส่วนขอบเขตของสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวขึ้น โดยทำการพิจารณาจากการ

² Article 12 Universal Declaration of Human Rights ,

“No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks. ”

³ สุภาพงส์ หล่อพิศิษฐ์. (2552). *มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการละเมิดสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวที่เกิดจากการใช้โทรศัพท์และโทรสารในธุรกิจขายตรง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 10.

⁴ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2553). *นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: เดือนตุลา. หน้า 88.

พิจารณาตัดสินคดีความที่เกิดขึ้นแล้ว เพื่อให้ผู้เสียหายได้รับความเป็นธรรมและการเยียวยามากที่สุด โดยในเวลาต่อมานั้นการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวก็ได้มีการพัฒนาขึ้นมาเป็นลำดับๆอยู่เสมอจนกระทั่งถึงในยุคปัจจุบัน⁵

แต่อย่างไรก็ตาม การพิจารณาคดีของศาลก็ยังไม่ได้มีแนวทางการพิพากษาในกรณีการกระทำอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวที่ชัดเจน แม้ว่าจะมีคดีความที่มีลักษณะเป็นการล่วงล้ำต่อสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวเกิดขึ้นมาบ้างแล้วก็ตาม และแม้ว่าศาลจะได้มีการหยิบยกเอาหลักการของระบบกฎหมายจารีตประเพณีมาปรับใช้กับการตัดสินคดีการละเมิด สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวได้ แต่ก็มิใช่ทุกกรณีที่จะได้รับความคุ้มครองในรูปแบบเดียวกันหมด เนื่องจากในแต่ละลักษณะของการละเมิดนั้นมีความแตกต่างกันในเรื่องของข้อจำกัดในตัวเองอีกด้วย ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีการหมิ่นประมาทผู้อื่นนั้นจะต้องเป็นการกล่าวต่อสาธารณชนและหากมีการอ้างสิทธิในข้อความตามกฎหมายว่ากฎหมายบัญญัติให้สามารถกระทำได้นั้น การกระทำดังกล่าวก็ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ต้องมีความรับผิดชอบเกิดขึ้น เป็นต้น โดยในเวลาต่อมานั้นจึงได้มีการพัฒนาการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวขึ้นในลักษณะของการกระทำความเป็นฐานละเมิด

2.1.3 แนวคิดการคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว

ในปีคริสตศักราช 1890 ได้มีบทความที่ชื่อว่า “สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว” (The Right of Privacy) ที่ถูกตีพิมพ์ลงในวารสาร Harvard Law Review⁶ ที่ได้รับการยกย่องว่าเป็นปัจจัยสำคัญในการก่อให้เกิดการรับรองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวขึ้นในสังคม ในสมัยนั้น สื่อทั้งหลายในสหรัฐอเมริกาได้มีการกระทำที่เข้าข่ายการล่วงเกินสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของเอกชนเป็นจำนวนมาก โดยได้นำเอาเรื่องราวส่วนตัวของเอกชนมาทำการเปิดเผยไม่ว่าจะเป็นการ ลงชื่อ ลงรูปภาพ และทำข่าวลือเลือน เป็นต้น โดยบทความ สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว” นั้นได้มีการกล่าวถึงการที่บุคคลควรจะได้รับคุ้มครองในร่างกายและทรัพย์สินของตน และจากการเปลี่ยนแปลงของสังคมในด้านต่างๆนั้นก็จำเป็นที่จะต้องมีการรับรองและคุ้มครองสิทธิใหม่ๆที่เกิดขึ้นตามไปด้วย โดยในสมัยดังกล่าวนั้นสิทธิในชีวิต (Right of Life) ได้จำกัดอยู่เพียงแต่การคุ้มครองบุคคลจากการถูกทำร้ายหรือการก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายในรูปแบบต่างๆเท่านั้น

จากที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่งในเวลาต่อมาได้เกิดการรับรองสิทธิของบุคคลไปถึงในเรื่องของจิตใจ อารมณ์และความรู้สึกด้วย โดยขอบเขตของสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวนี้ ได้เกิดการขยายตัวขึ้นออกไปเรื่อยๆ จนกระทั่งในปัจจุบันได้มีการให้คำนิยามของคำว่า “สิทธิในชีวิต” ไว้ว่า สิทธิที่จะมี

⁵ นพนิติสุริยะ. (2537). *สิทธิมนุษยชน* (พิมพ์ครั้งที่1). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 18 – 26.

⁶ The Harvard Law Review Association. (2007). *The Right to Privacy Samuel D. Warren; Louis D. Brandeis*. (Online). Available URL: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. [2019, 17 April].

ความสุขในชีวิต หรืออีกนัยหนึ่งว่า สิทธิที่บุคคลจะอาศัยอยู่ตามลำพัง หรืออยู่อย่างสันโดษ โดยปราศจากการกระทำที่ก่อความเดือดร้อนรำคาญในการดำรงชีวิตประจำวัน

นอกจากนี้บทความดังกล่าวยังได้มีการกล่าวอ้างถึงสื่อ หรือสิ่งพิมพ์ในขณะนั้นว่า ได้ทำการก้าวล่วงขอบเขตของจรรยาบรรณอย่างชัดเจนในเรื่องของการเอาความเป็นอยู่ส่วนบุคคลมาปรับเปลี่ยนในรูปของการค้าเพื่อประโยชน์ส่วนตน ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการทำให้มนุษย์นั้นเกิดความต้องการที่จะแยกตัวออกจากสังคมกลุ่มใหญ่เพื่อไปใช้ชีวิตตามลำพัง จนก่อให้เกิดสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวนั้นมีความจำเป็นและมีความสำคัญเพิ่มมากยิ่งขึ้นไปอีกด้วย เนื่องจากการเข้าไปแทรกแซงในเรื่องส่วนตัวของผู้อื่นย่อมก่อให้เกิดผลกระทบทางจิตใจของผู้ถูกแทรกแซงขึ้นและผลกระทบดังกล่าวเป็นสิ่งที่ยากต่อการจะเยียวยาให้เป็นเช่นเดิมได้

จากที่กล่าวมานั้นสามารถสรุปสาระสำคัญเกี่ยวกับสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวออกมาเป็นประเด็นหลักๆ⁷ ได้ดังต่อไปนี้

- 1) สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวนี้ไม่ขัดต่อการเผยแพร่เรื่องราวอันเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะหรือผลประโยชน์ของส่วนรวม
- 2) สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวนี้ไม่รวมไปถึงการที่บุคคลได้แสดงเจตนาสละสิทธิที่มีความเป็นอยู่โดยรอดพ้นจากการรับรู้ของสาธารณะ
- 3) สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวนี้ไม่รวมไปถึงการสื่อสารในเรื่องราวใดๆอันได้รับเอกสิทธิ์ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับการหมิ่นประมาท แม้เรื่องราวนั้นจะเป็นเรื่องส่วนตัวก็ตาม
- 4) สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวนี้ เมื่อมีการเผยแพร่ข้อเท็จจริงโดยตัวของเจ้าของเรื่องเอง หรือโดยบุคคลใดๆที่ได้ให้ความยินยอมแล้ว ในการเผยแพร่งกล่าวจะไม่สามารถกล่าวอ้างถึงสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวได้อีก
- 5) สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว ไม่สามารถอ้างเหตุว่า ข้อความที่เผยแพร่ นั้นเป็นความจริง เพื่อที่จะให้ตนพ้นจากความรับผิดชอบได้ หากแต่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อความรู้สึกของเอกชนเมื่อใด ก็ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดต่อสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวแล้ว
- 6) เจตนามุ่งร้าย หรือความมุ่งร้ายของผู้ที่เผยแพร่เรื่องราวที่ไม่อาจจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในการแก้ต่างได้

⁷ ทิพาพร นะมาตร์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 14 - 15.

2.1.4 สิทธิที่จะถูกลืม (Right to be forgotten)

เรื่องของการคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนบุคคลนั้นในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปได้มีการพัฒนาในเรื่องของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไปเป็นอย่างมากโดยจะสังเกตได้จากการที่มีกฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรปที่ได้บัญญัติรับรองสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแยกต่างหากจากสิทธิในชีวิตส่วนตัวและครอบครัวเป็นการเฉพาะ โดยสิทธิที่จะถูกลืม (Right to be forgotten) เป็นแนวคิดที่ถูกพัฒนาต่อออกมาเนื่องจากปรากฏการณ์ทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปสู่ยุคสังคมข้อมูลข่าวสาร ซึ่งข้อมูลจำนวนมากมหาศาลในโลกออนไลน์มีแนวโน้มที่จะถูกรวบรวม จัดเก็บและประมวลผลอย่างต่อเนื่องบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่สามารถสืบค้นได้ง่ายและด้วยเหตุที่ความมีอยู่ของข้อมูลดังกล่าวอาจก่อให้เกิดทั้งผลดีและผลร้ายแก่เจ้าของข้อมูลได้ แนวโน้มข้อกังวลเกี่ยวกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในโลกออนไลน์จึงกลับด้านเป็นว่าจะทำอะไรให้ข้อมูลส่วนบุคคลถูกจดจำในโลกออนไลน์น้อยที่สุดและสิ่งใดบ้างที่ควรถูกลบเลือนไป (How to remember less And what should be forgotten?)⁸ ซึ่งในท้ายที่สุดนั้นในปีคริสตศักราช 2014 สิทธิที่จะถูกลืมได้รับการรับรองและคุ้มครองอย่างเป็นทางการเป็นครั้งแรกในรูปแบบของการวางหลักเกณฑ์เบื้องต้นตามคำวินิจฉัยของศาลผ่านการตีความ Directive 95/46/EC ของศาลยุติธรรมสหภาพยุโรปในคดี Google Spain⁹

จากคดี Google Spain ศาลยุติธรรมสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยวางแนวทางการคุ้มครองสิทธิที่จะถูกลืมอย่างแคบโดยจำกัดขอบเขตแต่เพียงสิทธิในการเรียกร้องให้ผู้ให้บริการ Search Engine ลบ Link ที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลอันเป็นผลมาจากการสืบค้นผ่านชื่อและนามสกุลของเจ้าของข้อมูลเท่านั้น โดยไม่ได้มีการวินิจฉัยวางหลักให้สิทธิในการเรียกร้องให้เจ้าของเว็บเพจซึ่งเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นต้นนั้นด้วย เนื่องจากเป็นผู้เผยแพร่ข้อมูลบน Webpages ของตนอันก่อให้เกิด Link เชื่อมโยงไปยังผลของการค้นหาของ Google นั้นจะต้องดำเนินการลบข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวแต่อย่างใด โดยผลของคำวินิจฉัยฉบับนี้จึงเป็นการจำกัดขอบเขตของสิทธิที่จะถูกลืมภายใต้ Directive 95/46/EC ไว้แต่เพียงสิทธิที่จะลบ Link แสดงผลการสืบค้นทางอินเทอร์เน็ตแทนที่จะเป็นสิทธิที่จะถูกลืมจากโลกดิจิทัลอย่างแท้จริง¹⁰

⁸ อรรถกร สุขพันธุ์. (2561). *สิทธิที่จะถูกลืม (Right to be forgotten): จากคำวินิจฉัยผู้มิตใหม่ภายใต้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป*. กรุงเทพฯ: สำนักงานกฤษฎีกา. หน้า 1 - 5.

⁹ Lynskey Orla. (2015). "Control over personal data in a digital age: Google Spain v AEPD and Mario Costeja Gonzalez". *Modern Law Review*, 78(3). Page 522-534.

¹⁰ Alan Travis and Charles Arthur. (2014). *EU court backs 'right to be forgotten': Google must amend results on request*. (Online). Available URL: <https://www.theguardian.com/technology/2014/may/13/right-to-be-forgotten-eu-court-google-search-results>. [2019, 17 April].

แม้ว่าสิทธิที่จะถูกลืมถือเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนชาวสหภาพยุโรป แต่อย่างไรก็ตามสิทธิดังกล่าวไม่ใช่สิทธิเด็ดขาด แต่เป็นสิทธิที่จะต้องมีการชั่งน้ำหนักปรับสิทธิหรือประโยชน์สาธารณะที่อาจขัดแย้งหรือแย้งกันของบุคคลอื่นที่มีคุณค่าไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากันด้วย ยกตัวอย่างเช่น สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการเข้าถึงข้อมูลหรือสิทธิประโยชน์ทางเศรษฐกิจอันชอบด้วยกฎหมาย และในบางกรณีที่มีเมื่อมีการชั่งน้ำหนักตามความจำเป็นและพอสมควรแก่เหตุแล้วสิทธิหรือประโยชน์ดังกล่าวนั้นได้รับการคุ้มครองเหนือกว่าสิทธิที่จะถูกลืม ย่อมถือได้ว่าในกรณีนั้นเป็นข้อยกเว้นที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไม่อาจบังคับใช้สิทธิดังกล่าวได้ แต่อย่างไรก็ตามศาลยุติธรรมสหภาพยุโรปก็ไม่ได้มีการกำหนดแนวทางที่ชัดเจนและเพียงพอในการชั่งน้ำหนักสิทธิเสรีภาพและประโยชน์ต่างๆที่ขัดแย้งกันเหล่านี้โดยเพียงแต่เน้นย้ำว่าไม่มีสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์ใดที่มีลำดับชั้นสูงกว่าในทุกกรณี แต่จะต้องพิจารณาให้ชั่งน้ำหนักเป็นรายกรณีตามแต่ข้อเท็จจริง ธรรมชาติและลักษณะของข้อมูลส่วนนั้นๆไป

2.2 การหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์

ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายไทยนั้นเป็นความรับผิดที่มีทั้งทางกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา โดยความผิดฐานหมิ่นประมาททางแพ่งนั้นจะอยู่ในบทบัญญัติของเรื่องการละเมิดทั่วไป ซึ่งบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการหมิ่นประมาทมากที่สุดนั้นคือเรื่องการละเมิดในชื่อเสียงตามมาตรา 423¹¹ โดยจะมีความรับผิดก็ต่อเมื่อการหมิ่นประมาทนั้นได้กระทำละเมิดต่อข้อมูลอันฝ่าฝืนต่อความเป็นจริง โดยการเสียหายความเสียหายฐานหมิ่นประมาททางแพ่งนี้จะอยู่ในลักษณะของการชดเชยค่าเสียหายและการนำชื่อเสียงของผู้นั้นกลับขึ้นมาแทนการชดเชยค่าเสียหายตามมาตรา 447 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งในความผิดฐานหมิ่นประมาททางอาญานั้นมุ่งจะคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคลเป็นอันดับแรกเช่นกัน แต่ลักษณะของการเสียหายต่อผู้เสียหายนั้นแตกต่างกัน เนื่องจากความผิดฐานหมิ่นประมาททางอาญานั้นการยับยั้งไม่ให้ผู้แต่ทำผิดกลับมาทำซ้ำใหม่และยังยับยั้งไม่ให้ผู้อื่นจะทำตามในความผิดดังกล่าวอีกด้วย

ซึ่งความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้นเป็นความผิดที่สามารถกระทำได้ในหลากหลายช่องทาง โดยช่องทางของสื่อออนไลน์ในปัจจุบันนี้ถือเป็นอีกช่องทางหนึ่งที่มีการเข้าถึงและเผยแพร่ข้อมูล

¹¹ มาตรา 423 วรรคแรก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ผู้ใดกล่าวหรือโฆษณาแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความเป็นจริง เป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของบุคคลอื่นก็ดี หรือเป็นที่เสียหายแก่ทางทำมาหาได้หรือทางเจริญของเขาโดยประการอื่นก็ดี ท่านว่าผู้นั้นจะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่เขาเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การนั้น แม้ทั้งเมื่อตนมิได้รู้ข้อความนั้นไม่จริง แต่หากควรจะได้”

ส่วนบุคคลของแต่ละคนได้อย่างง่ายดาย จึงอาจก่อให้เกิดการล่วงล้ำในส่วนของสิทธิความเป็นอยู่ส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลที่แท้จริงได้ และก็เป็นาง่ายเช่นกันที่จะเกิดการการหมิ่นประมาทกันบนสื่อออนไลน์ขึ้น ซึ่งผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาในเรื่องของการหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์เอาไว้ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

2.2.1 ลักษณะของการหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์

การเขียนข้อความทางสื่อออนไลน์ที่เข้าข่ายหมิ่นประมาทนั้นคือ การใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามโดยประการที่น่าจะทำให้ผู้นั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง โดยการใส่ความผู้อื่นเป็นการหมิ่นประมาทที่มีอยู่หลายทาง อาจเขียนข้อความถึงการแสดงพฤติกรรมอันเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วหรือกำลังเกิดอยู่ หรือเขียนข้อความถึงบุคคลที่สามว่ามีประพฤติกรรมในทางประเวณีหรือทุจริตในหน้าที่การงาน ซึ่งไม่ว่าจะเป็นจริงหรือเท็จก็ตาม การกระทำเหล่านี้ถือว่าเป็นการกระทำที่เข้าข่ายเป็นความผิดหมิ่นประมาททั้งนั้น

จากที่กล่าวมาข้างต้นนั้นสามารถสรุปลักษณะของการหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์ได้ดังต่อไปนี้¹²

1) การเขียนข้อความหรือการแสดงความคิดเห็นไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของเพศ หน้าที่การงาน การเงินหรือพฤติกรรมโดยทั่วไปในลักษณะที่เจาะจงตัวบุคคลหรือเป็นการง่ายต่อทำความเข้าใจได้ว่าบุคคลที่ถูกกล่าวถึงนั้นเป็นใคร รวมถึงการนำเอาเสียง ภาพหรือภาพเคลื่อนไหวมาประกอบการบรรยายด้วย ทั้งนี้ไม่ว่าเรื่องที่เขียนนั้นจะเป็นความจริงหรือเป็นความเท็จก็ตามแต่การเขียนดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้นั้นต้องเสียชื่อเสียง ถูกรังเกียจและในบางครั้งอาจมีความมุ่งหมายเพื่อทำลายคู่แข่งในทางธุรกิจการค้าด้วย

2) การส่งภาพหรือภาพเคลื่อนไหวของบุคคลโดยอาจเป็นภาพจริงหรือภาพตัดต่อก็ได้ โดยการส่งดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้นั้นต้องเสียชื่อเสียง ถูกเกลียดชังและในบางครั้งอาจมีความมุ่งหมายเพื่อข่มขู่ หรือทำลายหน้าที่การงานและฐานะทางสังคมของผู้นั้นด้วย

นอกจากนี้ ยังอาจจะมีวิธีอื่นๆที่เพิ่มขึ้นมาควบคู่กับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องของเทคโนโลยีก็เป็นได้ เช่น ในปัจจุบันเมื่อสื่อออนไลน์ได้ถูกพัฒนาให้มีความรวดเร็วในการแลกเปลี่ยนข้อมูลกันมากขึ้นและราคาค่าใช้จ่ายที่ถูกลงจนทำให้ผู้ใช้บริการทั่วไปสามารถยอมรับได้แล้วนั้น การ

¹² ศิริจันทร์ บิณศิริวานิช. (2550). *อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ : การบังคับใช้กฎหมายในคดีหมิ่นประมาทบนระบบเครือข่ายเฉพาะเรื่องชื่อเสียง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 35.

แลกเปลี่ยนข้อมูลดังกล่าวจะไม่ถูกจำกัดอยู่เพียงแต่การเป็นตัวอักษรหรือเสียงเท่านั้น แต่อาจขยายไปถึงการส่งภาพเคลื่อนไหวที่มีอะไรยะเวลานานหรือกระทั่งภาพยนตร์ความละเอียดสูงได้ด้วย

2.2.2 รูปแบบของการหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์

สำหรับวิธีการหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์ที่มีความรับผิดชอบตามกฎหมายสามารถจำแนกออกตามลักษณะสำคัญได้ 3 รูปแบบ¹³ ดังต่อไปนี้

1) การหมิ่นประมาททาง E-mail ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่ทางสื่อมวลชนมีบุคคลได้ส่งภาพที่ไม่เหมาะสมของนักแสดงมาให้ทาง E-mail และส่งให้ผู้อื่นด้วย จึงทำให้เกิดการดำเนินคดีต่อผู้ส่งภาพดังกล่าว

2) การหมิ่นประมาททาง Web Site หรือเว็บไซต์ที่เปิดให้มีการแสดงความคิดเห็นบนกระดานแสดงข้อความ (Bulletin Board) ยกตัวอย่างเช่น การนำข้อความหรือภาพที่เป็นการใส่ข้อความไปลงในเว็บไซต์หรือตั้งกระทู้ถามหรือแสดงข้อเท็จจริงต่างๆบนเว็บบอร์ดในลักษณะใส่ความทำให้ผู้อื่นเสียหาย

3) การหมิ่นประมาททางสังคมออนไลน์ (social network) ยกตัวอย่างเช่น โปรแกรม Yahoo Facebook Myspace หรือตาม Blog ต่างๆ ที่ Server ได้จัดให้บุคคลอื่นเข้าไปพิมพ์ข้อความสนทนา หากข้อความที่พิมพ์มีลักษณะหมิ่นประมาทผู้อื่นแล้วก็จะถือเป็นการหมิ่นประมาททางสังคมออนไลน์อย่างหนึ่ง

2.2.3 การเปรียบเทียบการหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์กับการหมิ่นประมาททั่วไป

ความผิดหมิ่นประมาทนั้นสามารถกระทำได้ในหลากหลายรูปแบบและวิธีการซึ่งโดยปกติแล้วกฎหมายอาญาจะบัญญัติขึ้นเพื่อดำเนินการกับการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสังคมโดยมุ่งเน้นไปที่การกระทำแต่ไม่ได้มุ่งเน้นไปยังเครื่องมือหรือช่องทางในการกระทำความผิด เนื่องจากโดยหลักแล้วไม่ว่าการกระทำความผิดหมิ่นประมาทจะเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำในรูปแบบใด ก็จะมีวัตถุประสงค์หรือคุณธรรมของกฎหมายที่มุ่งจะคุ้มครองในลักษณะเดียวกัน ดังนั้น เมื่อเกิดการกระทำการหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์ขึ้นในบางกรณีจึงสามารถนำเอาหลักกฎหมายอาญาทั่วไปมาปรับใช้ได้ แต่อย่างไรก็ตามด้วยลักษณะพิเศษของสื่อออนไลน์นี้ทำให้ในบางกรณีเกิดความแตกต่างระหว่างการกระทำความผิดในรูปแบบธรรมดาและบนสื่อออนไลน์ได้ไม่ว่าจะเป็นในเรื่อง

¹³ บุญยศิษย์ บุญโพธิ์. (2556). “ข้อสังเกตเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางกฎหมายฐานหมิ่นประมาท: กรณีศึกษาการกระทำความผิดในสังคมออนไลน์”. *วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย*, 5(3). หน้า 183 – 211.

ของการค้นหาและพิสูจน์ตัวตนผู้กระทำความผิด ขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมาย รวมไปถึงผลเสียที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำความผิด เป็นต้น ซึ่งหากจะทำการเปรียบเทียบการหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์กับการหมิ่นประมาทโดยทั่วไป สามารถจำแนกรายละเอียดได้ดังต่อไปนี้¹⁴

1) ความเหมือนกันระหว่างการหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์กับการหมิ่นประมาททั่วไป

สิ่งที่เหมือนกันระหว่างการหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์กับการหมิ่นประมาททั่วไปคือ วัตถุประสงค์การกระทำความผิด กล่าวคือ ไม่ว่าจะการหมิ่นประมาทจะได้กระทำในรูปแบบใดก็ตาม ต่างก็มีวัตถุประสงค์การกระทำความผิดเป็นชื่อเสียงของผู้ถูกระทำเช่นเดียวกัน โดยมีความมุ่งหมายที่จะทำให้ผู้ถูกระทำได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียง เช่น การกระทำเพื่อให้ถูกดูหมิ่น ถูกดูถูก ถูกรังเกียจ หรือได้รับความอับอาย เป็นต้น

2) ความแตกต่างระหว่างการหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์กับการหมิ่นประมาททั่วไป

วิธีการกระทำความผิด

การหมิ่นประมาททั่วไป

การหมิ่นประมาททั่วไปเป็นการกระทำทางกายภาพไม่ได้มีการจำกัดว่าจะกระทำในรูปแบบใด เช่น ทางการเขียน พิมพ์หรือพูด แต่หากผู้กระทำต้องการให้เกิดผลเสียหายอย่างกว้างขวางอาจจะมีขั้นตอนที่ซับซ้อนมากยิ่งขึ้นและเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นก็ได้เช่นกัน เช่น การนำไปประกาศโฆษณาลงหนังสือพิมพ์ หรือการเผยแพร่ออกทางโทรทัศน์ เป็นต้น

การหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์

การหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์นั้นมีการกระทำทางกายภาพเป็นการพิมพ์หรือการนำข้อมูลเข้าสู่ระบบสื่อออนไลน์ ซึ่งไม่มีขั้นตอนที่ยากลำบากในการกระทำที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างกว้างขวาง กล่าวคือ เพียงพิมพ์หรือนำข้อมูลคอมพิวเตอร์เข้าบนสื่อออนไลน์แล้ว ก็สามารถก่อให้เกิดผลเสียในวงกว้างโดยที่ผู้กระทำไม่ต้องลงทุนด้านค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นแต่อย่างใด

ระยะเวลาในการกระทำความผิด

การหมิ่นประมาททั่วไป

การกระทำความผิดในลักษณะที่เป็นการกระทำทางกายภาพนั้นจะต้องใช้เวลาในการกระทำความผิด และหากเป็นการโฆษณาหรือประกาศลงหนังสือพิมพ์ซึ่งมีขั้นตอนที่ยุ่งยาก ก็ยิ่ง

¹⁴ ศิริจันทร์ บิณศิริวานิช. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 11. หน้า 37 - 39.

จะต้องใช้ระยะเวลาในการกระทำความคิดเพิ่มมากขึ้นตามไปด้วย เนื่องจากอาจต้องมีบุคคลหลายส่วนเข้ามามีส่วนร่วมในการรับรู้และลงมือกระทำความคิดนั้น

การหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์¹⁵

แม้การหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์จะเป็นการกระทำทางกายภาพเช่นเดียวกับการหมิ่นประมาทในรูปแบบทั่วไป แต่ด้วยเทคโนโลยีของคอมพิวเตอร์ทำให้ข้อมูลได้รับการเผยแพร่บนสื่อออนไลน์ได้อย่างรวดเร็วโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการที่ยุ่งยากและซับซ้อนอย่างเช่นกับการหมิ่นประมาททั่วไป โดยผู้กระทำความคิดสามารถกระทำความคิดได้ด้วยตนเองและไม่จำเป็นต้องมีผู้อื่นเข้ามามีส่วนรู้เห็นหรือให้การช่วยเหลือ

ขอบเขตในการกระทำความคิด

การหมิ่นประมาททั่วไป

เนื่องจากการหมิ่นประมาททั่วไปนั้น หากผู้กระทำจะมุ่งให้เกิดผลในวงกว้างจะต้องอาศัยวิธีการและค่าใช้จ่ายในการกระทำความคิดเพิ่มเติมขึ้น อีกทั้งยังต้องคอยอาศัยความร่วมมือจากบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องเพื่อให้การช่วยเหลือในการกระทำความคิดด้วย ซึ่งส่วนใหญ่แล้วการหมิ่นประมาททั่วไปนั้นมักจะไม่ได้ก่อให้เกิดผลเสียในวงกว้างมากนัก

การหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์

เนื่องจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีอย่างรวดเร็วทำให้ผู้ใช้บริการสื่อออนไลน์สามารถเข้าถึงข้อมูลสาธารณะในระบบออนไลน์ได้โดยไม่จำกัดว่าจะอยู่ที่ใด โดยไม่มีค่าใช้จ่ายพิเศษเพิ่มเติม จึงทำให้ความเสียหายเกิดผลในวงกว้างโดยไม่มีข้อจำกัดในเรื่องของอาณาเขต หรือดินแดนหรือข้อจำกัดทางกายภาพในการกระทำความคิดอีกต่อไป

ผลเสียจากการกระทำความคิด

การหมิ่นประมาททั่วไป

จากที่ได้กล่าวไปแล้วว่าขอบเขตของการกระทำความคิดในกรณีการหมิ่นประมาททั่วไปนั้นมักเกิดในพื้นที่จำกัด ดังนั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงจำกัดในพื้นที่ซึ่งข้อมูลดังกล่าวได้สามารถเข้าถึง จึงทำให้ผลเสียของการหมิ่นประมาททั่วไปนั้นไม่ได้กว้างขวางมากนัก อีกทั้งยังเป็นการกระทำที่ต้องใช้ระยะเวลาที่ส่งผลต่อความเสียหายด้วยการกระทำความคิดในลักษณะดังกล่าวสามารถควบคุมไม่ให้ความเสียหายแพร่กระจายไปไกลได้

¹⁵ ปกป้อง ศรีสนิท. (2543). “หมิ่นประมาททางอินเทอร์เน็ต”. *บทบัญญัติ*, 56(4). หน้า 29-35.

การหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์

เนื่องจากไม่ว่าผู้ใช้บริการระบบออนไลน์จะอยู่ที่ใดบนโลกใบนี้ก็สามารถที่จะเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์สาธารณะได้อย่างรวดเร็วพร้อมกับไม่มีค่าใช้จ่ายพิเศษเพิ่มเติม ดังนั้น ผู้รับรู้ข้อมูลซึ่งมีเจตนามุ่งหมายจะทำให้บุคคลอื่นเสียหายต่อชื่อเสียงนั้นจึงมีจำนวนมากและสามารถเกิดขึ้นได้ในระยะเวลาอันรวดเร็ว และส่งผลให้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์ เกิดขึ้นในลักษณะของความเสียหายในวงกว้างกว่าการหมิ่นประมาททั่วไปอย่างมาก

ตารางที่ 1 ตารางเปรียบเทียบการหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์กับการหมิ่นประมาททั่วไป¹⁶

หัวข้อ \ ประเภท	การหมิ่นประมาททั่วไป	การหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์
1. วัตถุประสงค์การกระทำ ความผิด	ความมุ่งหมายที่จะทำให้ผู้ถูกระทำได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียง	ความมุ่งหมายที่จะทำให้ผู้ถูกระทำได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียง
2. วิธีการกระทำผิด	การหมิ่นประมาททั่วไปเป็นการกระทำทางกายภาพไม่ได้มีการจำกัดว่าจะกระทำในรูปแบบใด	การหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์นั้นมีการกระทำทางกายภาพเป็นการพิมพ์หรือการนำข้อมูลเข้าสู่ระบบสื่อออนไลน์
3. ระยะเวลาในการกระทำ ความผิด	เป็นการกระทำทางกายภาพนั้นจะต้องใช้เวลาในการกระทำผิด	เป็นการกระทำทางกายภาพเช่นเดียวกันแต่ด้วยเทคโนโลยีทำให้ข้อมูลได้รับการเผยแพร่บนสื่อออนไลน์ได้อย่างรวดเร็ว
4. ขอบเขตในการกระทำ ความผิด	ส่วนใหญ่แล้วการหมิ่นประมาททั่วไปนั้นมักจะไม่ได้ก่อให้เกิดผลเสียในวงกว้างมากนัก	ความเสียหายเกิดผลในวงกว้างโดยไม่มีข้อจำกัดในเรื่องของอาณาเขต
5. ผลเสียจากการกระทำ ความผิด	ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงจำกัดในพื้นที่ซึ่งข้อมูลดังกล่าวได้สามารถเข้าถึง	มีเจตนามุ่งหมายจะทำให้บุคคลอื่นเสียหายต่อชื่อเสียงนั้นจึงมีจำนวนมากและสามารถเกิดขึ้นได้ในระยะเวลาอันรวดเร็ว

¹⁶ ปกป้อง ศรีสนิท. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 15. หน้า 36-46.

2.3 แนวความคิดในการกำหนดความผิดและโทษในกฎหมายอาญา

โดยธรรมชาติแล้วนั้นมนุษย์ถือเป็นสัตว์สังคม เนื่องจากมนุษย์ไม่สามารถที่จะดำรงชีวิตอยู่คนเดียวได้ จึงต้องรวมกันอยู่เป็นหมู่เป็นพวก โดยมักจะเริ่มจากการรวมกลุ่มกันเป็นสังคมเล็กๆจนขยายใหญ่ขึ้นเป็นกลุ่มชน เผ่าพันธุ์ จนกลายเป็นรัฐ และเป็นประเทศต่างๆ ทั้งนี้ การที่มนุษย์มาอยู่รวมกันเป็นจำนวนมากนั้นย่อมจำเป็นที่ต้องมีการติดต่อกัน เพื่อทำการแลกเปลี่ยนปัจจัยในการดำรงชีวิต และเพื่อความต้องการของตนเอง ซึ่งการกระทำเหล่านี้อาจเป็นสาเหตุทำให้ผู้อื่นเกิดความไม่พอใจขึ้นได้จนเกิดความขัดแย้งวุ่นวายขึ้นมา ดังนั้น มนุษย์จึงต้องสร้างกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ขึ้นเพื่อใช้ควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมให้เป็นไปในทำนองเดียวกัน เพื่อให้สังคมเป็นระเบียบเรียบร้อยสงบสุข กฎเกณฑ์ต่าง ๆ เหล่านี้ เรียกว่า บรรทัดฐานทางสังคม (Social Norms) ประกอบด้วย วิถีชาวบ้าน (Folkways), จารีต (Mores) และกฎหมาย (Laws) ซึ่งสิ่งสำคัญในการกำกับดูแลให้บรรทัดฐานทางสังคมเป็นบรรทัดฐานที่ดีได้นั้นก็คือกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายอาญาที่มีวัตถุประสงค์ในการตราขึ้นเพื่อกำหนดโทษสำหรับการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานของสังคมอันเป็นรากฐานของกฎหมายที่ตราขึ้น

กฎหมายอาญานั้นเป็นกฎหมายที่จะต้องตีความโดยเคร่งครัด เมื่อนำมาบังคับใช้กับประชาชนเนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีอัตราโทษที่มีผลกระทบต่อเสรีภาพ เนื้อตัว ร่างกายและทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด จึงทำให้กฎหมายอาญานั้นจำเป็นต้องมีบทบัญญัติที่ชัดเจนในการวางกรอบกติกาไว้ว่าสิ่งใดสามารถกระทำได้ และสิ่งใดไม่สามารถที่จะกระทำได้ เพื่อให้สมาชิกในสังคมได้รับทราบและยับยั้งชั่งใจ และเรียนรู้ในกรณีที่หากฝ่าฝืนกระทำการอันขัดต่อกฎหมายจะถือว่าเป็นความผิดและจะต้องได้รับโทษทัณฑ์ตามที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำความผิดดังกล่าวนั้นเป็นความผิด ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายอาญาดังกล่าว จะตั้งอยู่บนหลักการสำคัญที่ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย” (No crime nor punishment without law) เป็นสำคัญ เพื่อทำให้การบังคับใช้กฎหมายนั้นเกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดในครั้งนั้นๆ ให้มากที่สุดโดยไม่เลือกที่จะคุ้มครองฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นพิเศษแตกต่างกัน¹⁷

2.3.1 แนวคิดการกำหนดความรับผิดทางอาญา

แนวคิดของการกำหนดความรับผิดทางอาญา มีขึ้นมาเพื่ออธิบายว่าการกระทำที่กฎหมายได้บัญญัติให้เป็นการกระทำที่มีความรับผิดตามกฎหมาย ซึ่งในเรื่องของการกำหนดความรับผิดทาง

¹⁷ คณิศ ฅ นกร. (2553). *พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 73-74.

อาญาได้ทำการศึกษาตั้งแต่ในส่วนของวิวัฒนาการ แนวคิดและทฤษฎีที่นำมาปรับใช้ ตลอดจนการกำหนดโทษ ดังนี้

วิวัฒนาการของการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา

สำหรับวิวัฒนาการของการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญานั้นได้มีการแบ่งออกเป็น 3 ช่วงเวลาสำคัญ ได้แก่ ช่วงเวลาของการใช้เกณฑ์ทางศีลธรรม , ช่วงเวลาของการใช้เกณฑ์ทางสังคม และช่วงเวลาของการใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย ซึ่งในแต่ละช่วงเวลานั้นมีรายละเอียดดังต่อไปนี้¹⁸

1) ช่วงเวลาของการใช้เกณฑ์ทางศีลธรรม

ในสมัยก่อนนั้นศีลธรรมถือเป็นบรรทัดฐานของสังคมที่จะมาเป็นตัวตัดสินว่าการกระทำในลักษณะใดที่จะถือว่าการกระทำผิด ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า หากการกระทำใดถือเป็นการกระทำผิดทางศีลธรรมแล้ว การกระทำนั้นย่อมถือว่าการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาตามไปด้วย โดยการกระทำดังกล่าวนั้นจะต้องมีบทลงโทษเข้ามาเกี่ยวข้องเสมอ ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ เป็นหลักการที่สำคัญในช่วงเวลาที่ในแต่ละสังคมนั้นมีประชากรไม่แน่นอนจนถึงขนาดที่จะต้องมีการนำเอากฎหมายเทคนิคมาปรับใช้เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมนั้นๆ ดังนั้น ในสมัยก่อนจึงถือว่าการกระทำผิดตามกฎหมายอาญากับการกระทำผิดทางด้านศีลธรรมนั้นเป็นเรื่องเดียวกัน อย่างไรก็ตามเมื่อสังคมมีการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงมากยิ่งขึ้นจากสังคมขนาดเล็กก้าวสู่สังคมนขนาดใหญ่ที่มีประชากรจำนวนมากยิ่งขึ้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการตรากฎหมายเทคนิคในทางอาญาขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมจึงทำให้เกิดการเคลื่อนตัวของกฎหมายออกจากศีลธรรม แต่ทั้งนี้ก็ไม่ได้แยกออกกันอย่างชัดเจนและเด็ดขาดจนทำให้เกิดสภาวะของการบังคับใช้กฎหมายและศีลธรรมที่มีความสัมพันธ์แบบทับซ้อนกันเกิดขึ้น

2) ช่วงเวลาของการใช้เกณฑ์ทางสังคม

ในช่วงเวลาของการใช้เกณฑ์ทางสังคมดังกล่าวนี้มีแนวคิดหลักที่ว่า การกระทำผิดนั้นถือเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อสังคม โดยมีนักวิชาการสำคัญในช่วงเวลาดังกล่าว คือ ดาวิด เอมีล ดูร์กายม์ (David Émile Durkheim) ซึ่งเขาได้เสนอแนวคิดว่าอาชญากรรมนั้นเป็นการกระทำที่ทำร้ายสภาพสังคมที่เข้มแข็งของการรับรู้ร่วมกัน ซึ่งส่งผลทำให้อาชญากรรมกลายเป็นสิ่งที่สังคมรับรู้ร่วมกันว่าอาชญากรรมเป็นสิ่งที่ไม่สมควรจะกระทำขึ้น แต่อย่างไรก็ดีแนวคิดดังกล่าวของ ดูร์กายม์ ยังสร้างความไม่แน่นอนและยังไม่มีชัดเจนเพียงพอให้กับกฎหมายอาญา เนื่องจากเวลาเกิด

¹⁸ ปกป้อง ศรีสนิท. (2559). *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 19-21.

การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นก็เป็นการยากที่จะหาตัวแทนในสังคมมาทำการชี้แจงและตัดสินว่า การกระทำดังกล่าวนั้นเป็นอาชญากรรมที่สมควรจะต้องถูกลงโทษหรือไม่¹⁹

3) ช่วงเวลาของการใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย

สำหรับช่วงเวลาของการใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย ได้เกิดแนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยที่ว่า กฎหมายที่ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องเป็นสิ่งที่ออกมาจากรัฐสภาซึ่งอยู่ในสถานะของผู้แทนประชาชนมิใช่กฎหมายที่เกิดจากสิ่งอื่นใด ดังนั้น เมื่อรัฐสภาได้ทำการตรากฎหมายที่กำหนดความผิดขึ้นก็ย่อมเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ได้ตามความประสงค์ของประชาชนแล้ว แม้กฎหมายที่กำหนดความผิดขึ้นใหม่อาจจะไม่มีความเกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์กับหลักทางด้านศีลธรรมเลยก็ตาม โดยแนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยนี้ยึดหลักที่ว่าเมื่อรัฐสภาเห็นว่าการกระทำใดควรลงโทษ การกระทำดังกล่าวนั้นก็เป็นการผิดทางอาญา ซึ่งในปัจจุบันแนวคิดดังกล่าวได้นำมาปรับใช้กันอย่างแพร่หลาย โดยฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้กำหนดให้พฤติกรรมใดเป็นการกระทำความผิดทางอาญาโดยจะพิจารณาว่าพฤติกรรมดังกล่าวนั้นขัดกับความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือไม่

จากที่กล่าวมาข้างต้นในเรื่องของวิวัฒนาการ การกำหนดความผิดทางอาญา สามารถอธิบายถึงมีหลักการมาจากการใช้เกณฑ์ทางศีลธรรมและเกณฑ์ทางสังคมเป็นหลักในการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะกรณีของการทำหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์และการหมิ่นประมาทโดยทั่วไป ซึ่งการหมิ่นประมาทออนไลน์นั้นจะต้องนำเอามาตรวัดทางศีลธรรมมากำกับเพื่อให้แสดงให้เห็นถึงความชั่วร้ายของการกระทำต่างๆและนำเอาผลกระทบที่เกิดแก่สังคมมาพิจารณาประกอบการพิจารณาถึงความแตกต่างของช่องทางการกระทำ ความผิดและการขว้างวงกว้างของผลร้ายอันเกิดแก่ผู้เสียหายด้วย เพื่อให้เกิดการคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพแก่ผู้เสียหายอย่างแท้จริง อีกทั้งจะต้องนำเกณฑ์ทางกฎหมายมาเป็นกรอบในการกำหนดบทลงโทษด้วย เพื่อให้การดำเนินคดีหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์นั้นกลายเป็นบทลงโทษตามกฎหมายที่สามารถบังคับใช้ได้โดยไม่ขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน อีกทั้งยังเป็นกฎหมายที่มีความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายโดยไม่จำเพาะเจาะจงการให้ความเป็นธรรมแก่ฝ่ายผู้เสียหายแต่เพียงฝ่ายเดียวอีกด้วย

¹⁹ Kenneth Smith. (2014). *Interdependence and the Division of Labour in Society*. (Online). Available URL:<https://www.cambridge.org/core/books/emile-durkheim-and-the-collective-consciousness-of-society/interdependence-and-the-division-of-labour-in-society/FCBAD7D26C3BE69953C78511D11DF87B>. [2019, 17 April].

แนวคิดการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา

ความรับผิดชอบทางอาญานั้นเป็นมาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อาจส่งผลกระทบต่อชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินได้ จึงทำให้การบัญญัติกฎหมายอาญาขึ้นในแต่ละครั้งนั้นมักจะประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ว่าด้วยข้อจำกัดของกฎหมายอาญาไว้ในหลากหลายรูปแบบ ซึ่งนักวิชาการบางท่านเรียกข้อจำกัดเหล่านี้ว่า “ทฤษฎีการกำหนดปริมาณของกฎหมายอาญาสารบัญญัติตามทฤษฎีอาญา”²⁰ โดยหลักเกณฑ์ว่าด้วยข้อจำกัดของกฎหมายอาญาสามารถสรุปใจความได้ดังต่อไปนี้

1) หลักเกณฑ์ว่าด้วยการกำหนดการกระทำหรือไม่กระทำใดเป็นความผิดอาญา

เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงทำให้กฎหมายอาญาจะต้องเป็นกฎหมายที่มีการกำหนดและระบุถึงการกระทำหรือการไม่กระทำในลักษณะใดที่เป็นการกระทำที่มีความผิดและมีโทษทางอาญาอย่างชัดเจน ทั้งนี้เพื่อให้การควบคุมและการรักษาความสงบเรียบร้อยในรัฐสามารถดำเนินการไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่ง จอห์น ออสติน (John Austin) ได้อธิบายถึงหลักการดังกล่าวไว้ว่าอำนาจรัฐที่สำคัญประการหนึ่งก็คือการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารจัดการของผู้ใช้อำนาจรัฐ จึงถือได้ว่ารัฐบาลนั้นมีอำนาจในการดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของสังคมไม่ให้มีการก่ออาชญากรรมขึ้นและมีหน้าที่กำกับดูแลให้ประชาชนในสังคมรู้สึกปลอดภัยในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สิน ดังนั้นกฎหมายอาญาจึงถือเป็นเครื่องมือของรัฐในการปกป้องและคุ้มครองสังคมเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมตลอดจนคุ้มครองไปถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในสังคมอีกด้วย²¹

สำหรับกฎหมายอาญาเพื่อกำหนดให้การกระทำใดหรือไม่กระทำใดบ้างของประชาชนเป็นความผิดทางอาญานั้น เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) ได้มีการกล่าวถึงแนวคิดดังกล่าวเอาไว้เช่นกัน โดยสามารถสรุปได้ว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่นั้นจะต้องมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ คือ การกระทำนั้นจะต้องเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่คนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมและหมู่ชนส่วนมากไม่ได้ให้อภัยแก่การกระทำดังกล่าว , ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้วจะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการ

²⁰ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2556). *ทฤษฎีอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 53.

²¹ สุพล บริสุทธิ์. (2550). *การกำหนดความผิดทางอาญา: ศึกษาเฉพาะกรณีเกี่ยวกับการค้าประเวณี*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรบัณฑิต. สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 14 – 15.

ต่างๆ , การปราบปรามการกระทำเช่นนั้นเท่ากับเป็นการถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป , เป็นความผิดอาญาแล้วจะมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน , การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำความผิดกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการยุติธรรมนั้นอย่างเกินขีดความสามารถ ไม่ว่าจะเป็นทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ และไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้นนั้น ²²

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร. เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ ได้อธิบายสนับสนุนแนวคิดของเซอร์ เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ไว้ว่า แนวคิดดังกล่าวนี้จะช่วยแก้ไขปัญหาการเกิดกฎหมายอาญาเพื่อขึ้นได้ เนื่องจากหากรัฐมุ่งแต่จะควบคุมความประพฤติของประชาชนในสังคมโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือแต่กลับไม่พิจารณาถึงประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกที่รัฐจะบังคับใช้กฎหมายอาญานั้นแล้วก็จะเป็นการทำให้กฎหมายนั้น ไร้ความหมาย ขาดซึ่งความศักดิ์สิทธิ์และยังเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐที่ประพฤติมิชอบประสบโอกาสในการแสวงหาผลประโยชน์เพื่อตนเองจากกฎหมายเหล่านี้ได้อีกด้วย และหากปล่อยให้มีการบังคับใช้กฎหมายเหล่านี้เป็นเวลานาน ผู้ถูกใช้บังคับก็จะเกิดปฏิกิริยาเพราะถือว่าถูกเลือกปฏิบัติซึ่งจะทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้กฎหมายและประชาชนนั้นเสื่อมเสียไปได้อีกด้วย ²³

2) หลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้กฎหมายอาญาต้องมีข้อจำกัด

หลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้กฎหมายอาญาต้องมีข้อจำกัดนี้มีแนวคิดจากหลักที่ว่า การใช้โทษทางอาญานั้นจะต้องมีข้อจำกัดที่ชัดเจนโดยไม่ควรรนำเอากฎหมายอาญามาใช้เพื่อวัตถุประสงค์บางประการหรือในสถานการณ์บางสถานการณ์ที่ไม่เหมาะสม โดยหลักการเช่นว่านี้มีวิวัฒนาการทั้งในทางด้านเนื้อหาและรูปแบบต่างๆ ²⁴ ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

กฎหมายอาญานั้นไม่ควรรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้ามที่มีจุดประสงค์เพียงเพื่อให้บุคคลเชื่อฟังและผลของการไม่เชื่อฟังเป็นผลร้ายในทางแก้แค้นทดแทนเท่านั้น แต่ล้าพังข้อห้ามนั้นเองปราศจากอรรถประโยชน์ที่เป็นแก่นสาร หลักการดังกล่าวนี้ ซีซาร์ เบคคาเรีย นักอาชญาศาสตร์อิตาลีได้เป็นผู้นำร่องในแนวคิดของการทำอย่างไรจึงจะได้ผลประโยชน์มาจากการลงโทษหรือที่เรียกกันว่า

²² เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2560). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 11, แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 4 – 5.

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

²⁴ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 17. หน้า 53.

อรรถประโยชน์นิยม โดย เบคคาเรียได้กล่าวไว้ว่า การป้องกันอาชญากรรมย่อมดีกว่าการลงโทษ ผู้กระทำความผิด สิ่งนี้ควรเป็นเป้าหมายอุดมคติของการออกกฎหมายที่ดี²⁵

ไม่ควรที่จะนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อลงโทษพฤติกรรมที่ปราศจากพิษภัย ซึ่งหมายถึงว่าหาก การกระทำที่เป็นปัญหาอยู่นั้น ไม่ได้มีความชั่วร้ายอยู่ในตัวแล้วการใช้กฎหมายอาญาเพิ่มการลงโทษ ของการกระทำดังกล่าวย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่สมควรเป็นอย่างยิ่ง แต่หลักเกณฑ์ในข้อ ดังกล่าวนี้ยังมีข้อบกพร่องที่สำคัญอยู่เนื่องจากเพราะเหตุว่าได้ก่อปัญหาที่อาจจะต้องคิดตามมาว่า จะต้องตัดสินได้อย่างไร พฤติกรรมเช่นนั้นมิพิษภัยเพียงพอถึงขนาดที่จะต้องมีความผิดแล้วหรือยัง

ไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อเป็นวิธีการที่จะนำไปสู่จุดประสงค์ที่สามารถทำให้บรรลุถึงซึ่ง จุดประสงค์เช่นเดียวกันนั้นด้วยวิธีการอื่น ที่ทำให้เกิดความทุกข์เวทนาน้อยกว่า ซึ่งเจอเร็มมี เบนธัม อธิบายความหมายไว้ว่า หากเราสามารถจะตักเตือนบุคคลไม่ให้กระทำความผิดได้แทนที่จะใช้ วิธีการลงโทษเพื่อให้เขาไม่กระทำความผิดแล้วนั้น ก็ควรจะต้องใช้วิธีการตักเตือนมาทดแทน ไม่ ควรใช้กฎหมายอาญาถ้ามีวิธีอื่นที่สามารถลดจำนวนครั้งของการกระทำที่เป็นปัญหานั้นลงได้อย่าง เท่าเทียมกันหรือเกือบเท่าเทียมกันกับการใช้กฎหมายอาญาแต่ก่อให้เกิดความทุกข์เวทนาน้อยกว่า การใช้กฎหมายอาญาก็สมควรจะใช้วิธีดังกล่าวนี้มาแก้ไขปัญหา²⁶

ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้ เมื่อผลร้ายที่เกิดจากการกระทำผิดนั้นมีน้อยกว่าผลร้ายที่เกิดจาก การลงโทษ โดยเจอเร็มมี เบนธัม ได้วางหลักการไว้ว่ารัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาในกรณีผลร้ายซึ่งเกิด จากการลงโทษที่มีผลมากกว่าผลร้ายซึ่งเกิดจากความผิด โดยเมื่อนำผลได้และผลเสียมาทำการเปรียบเทียบ ชั่งน้ำหนักกันแล้วเห็นว่าลงโทษนั้นเกิดประโยชน์น้อยกว่าย่อมถือได้ว่าเป็นการไม่สมควรอย่างยิ่ง แต่ทั้งนี้กฎหมายอาญาไม่ควรรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้ามที่ทำให้เกิดผลพลอยได้อันอาจก่อให้เกิดผลร้าย มากกว่าพฤติการณ์ที่กฎหมายต้องการจำกัด แนวคิดกล่าวเป็นแนวคิดของไนเกล วอล์คเกอร์ ที่ได้ เสนอแนะให้มีการปรับปรุงแนวคิดจากหลักการข้างต้นเพื่อให้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น²⁷

²⁵ Bernard E. Harcourt. (2013). *Beccaria's 'On Crimes and Punishments: A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law.* (Online). Available URL : https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1633&context=law_and_economics. [2019, 17 April].

²⁶ Jonathan Bennett. (2017). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation.* (Online). Available URL : <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1780.pdf>. [2019, 17 April].

²⁷ Mirko Bagaric. (2014). “The Punishment Should Fit the Crime - Not the Prior Convictions of the Person that Committed the Crime: An Argument for Less Impact Being Accorded to Previous Convictions in Sentencing”. *San Diego Law Review*, 2(51). Page 1.

ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อจุดประสงค์ที่จะบังคับให้บุคคลประพฤติตามแนวทางที่จะทำให้เกิดผลประโยชน์แก่ผู้ปฏิบัติตนเอง โดยแนวคิดนี้จอห์น สจิวต มิลล์²⁸ ได้ยึดหลักการที่ว่า อิสรภาพของบุคคลย่อมอยู่เหนือสิ่งอื่นใด แม้ว่าการกระทำของบุคคลนั้นจะผิดศีลธรรมหรือไม่ก็ตามแต่ถ้าการกระทำนั้น ไม่ได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่บุคคลอื่นเว้นแต่ตัวของผู้กระทำเอง รัฐก็ไม่สมควรที่จะเข้ามายุ่งเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าว โดยมิลล์นั้นไม่ได้คำนึงถึงเลยว่าการกระทำดังกล่าวจะถือว่าผิดศีลธรรมหรือไม่และไม่ถือว่าเรื่องของศีลธรรมนั้นเป็นจุดสำคัญที่จะทำให้การกระทำนั้นถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมาย

3) หลักเกณฑ์ว่าด้วยความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ

หลักเกณฑ์ว่าด้วยความเป็นไปได้ในทางปฏิบัตินี้มีแนวคิดเริ่มต้นมาจากการพยายามที่จะจำกัดลงไปว่ากฎหมายอาญานั้นไม่ควรนำมาใช้ในกรณีใดบ้างซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นการหาข้อจำกัดทางศีลธรรมแต่ในอีกแง่มุมที่ต่างออกไปนั้น โดยเฉพาะในแง่ของการบังคับใช้กฎหมายอาญาดังกล่าว เหตุที่ว่ากฎหมายอาญานั้นมีบทบาทในการควบคุมพฤติกรรมของบุคคลในสังคมหนึ่งมากน้อยแตกต่างกันออกไปจากอีกสังคมหนึ่ง โดยมองเตสกีเยอได้กล่าวไว้ว่าแม้จะทำในสังคมทุกๆสังคมให้มีขอบเขตของพฤติกรรมบางอย่างที่กฎหมายอาญาไม่อาจควบคุมได้และการพยายามใช้กฎหมายอาญาเพื่อควบคุมพฤติกรรมเช่นนั้นจะไม่เกิดประโยชน์อันใดเลย ซึ่งหลักการดังกล่าวสามารถสรุปสาระสำคัญได้ดังต่อไปนี้²⁹

รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อห้ามการกระทำซึ่งไม่ได้รับการสนับสนุนอย่างแข็งขันจากสาธารณชน เนื่องจากจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายนั้นเป็นไปได้ยากและมีค่าใช้จ่ายที่ค่อนข้างสูง เหตุเพราะประชาชนจะไม่ให้ความร่วมมือในการกระทำความผิดต่างๆจนเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ทราบการกระทำความผิดน้อยลงตามไปด้วย แต่หากกฎหมายใดได้รับความร่วมมือจากประชาชนก็ย่อมจะทำให้การบังคับใช้นั้นมีประสิทธิภาพที่ดี ดังนั้นย่อมถือได้ว่ากฎหมายทุกฉบับที่มีความสัมพันธ์กับสังคมเป็นส่วนรวมแล้ว กฎหมายนั้นจะต้องได้รับการยอมรับนับถือจากประชามชนนั้นด้วยจึงจะสามารถบังคับใช้ได้³⁰

²⁸ Batoche Books. (2001). *On Liberty : John Stuart Mill, 1859*. (Online). Available URL : <https://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/Mill,%20On%20Liberty.pdf>. [2019, 17 April].

²⁹ Hilary Bok. (2014). *The Spirit of the Laws*. (Online). Available URL: <https://plato.stanford.edu/entries/montesquieu/#4>. [2019, 17 April].

³⁰ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 17. หน้า 58-60.

รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดซึ่งบังคับใช้ไม่ได้ในกฎหมายอาญา กล่าวคือ รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาถ้าผู้ฝ่าฝืนถูกดำเนินคดีและถูกลงโทษมีเพียงเล็กน้อยเท่านั้นจะทำให้กฎหมายไม่สามารถบังคับใช้ได้ เหตุเพราะเจ้าหน้าที่จับผู้กระทำความผิดได้น้อยและประชาชนให้ความสนใจต่อกฎหมายดังกล่าวซึ่งก่อให้เกิดการขาดความเคารพและความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายนั้นขึ้น

กฎหมายอาญาไม่ควรบัญญัติข้อห้ามบางประการที่เมื่อมีการฝ่าฝืนขึ้นแล้ว ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีการกระทำความผิดจริงหรือไม่ โดยแนวคิดดังกล่าวมีหลักเกณฑ์ที่ว่าเมื่อมีผู้กระทำความผิดตามกฎหมายเป็นจำนวนมากแต่กลับรอดพ้นจากการบังคับใช้กฎหมายก็ย่อมไม่มีประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมายอาญาดังกล่าวนั้นเลย แล้วเมื่อมีบุคคลที่ถูกจับและถูกดำเนินการฟ้องคดีเกิดขึ้นประชาชนทั่วไปก็จะมีความคิดเห็นว่าบุคคลนั้นเป็นเพียงผู้โชคร้ายเท่านั้นและบุคคลดังกล่าวก็ไม่ได้ได้รับความเป็นธรรมอย่างมากเนื่องจากมีผู้กระทำความผิดอื่นอีกที่ไม่ได้ถูกดำเนินคดีด้วย

หลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality)

หลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality) เป็นหลักการพื้นฐานภายใต้หลักนิติธรรม (Rule of Law) หลักความได้สัดส่วนสำหรับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาคือเป็นหลักการสำคัญที่เป็นการปกป้องสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานและมีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน³¹ หลักการดังกล่าวนี้จึงจะต้องคำนึงตั้งแต่กระบวนการในการตรากฎหมายซึ่งจะทำการกำหนดให้การกระทำในลักษณะใดเป็นความผิดและต้องกำหนดบทลงโทษที่มีความเหมาะสมให้ได้สัดส่วนกับความผิดนั้นด้วย โดยจะต้องตระหนักว่าการลงโทษนั้นมีความจำเป็นหรือไม่หรืออย่างน้อยควรที่จะเป็นการลงโทษที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนน้อยที่สุด อีกทั้งยังต้องทำการชั่งน้ำหนักระหว่างผลเสียกับผลประโยชน์ที่สาธารณชนจะได้รับอีกด้วยว่าคุ้มค่าต่อการกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยทั่วไปหรือไม่เพียงใด โดยหลักความได้สัดส่วนนี้มีสาระสำคัญ 3 หลักการ ดังนี้³²

³¹ กิติมา แก้วนะรา. (2559). *หลักความได้สัดส่วนกับบทกำหนดโทษที่เหมาะสมสำหรับผู้กระทำความผิดในคดีอาญา* *เสพคดีให้โทษ : ศึกษากรณีแอมเฟตามีน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 128.

³² วุฒิชัย จิตตานุ. (2555). “การตรวจสอบความชอบธรรมของหลักสัดส่วนในบทบัญญัติแห่งกฎหมายของโลก”. *วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์*, 6(4). หน้า 123-125.

1) หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability) เป็นหลักที่กำหนดให้ผู้ใช้อำนาจรัฐนั้นจะต้องตรากฎหมายมาเพื่อบังคับใช้แก่ประชาชนอย่างเหมาะสม โดยจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสามารถในการบังคับใช้ให้กฎหมายนั้นให้สามารถดำเนินการสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์หลักแห่งกฎหมายฉบับนั้นเท่านั้น และหากมาตรการใดที่ไม่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์หลักสำเร็จลุล่วงไปได้นั้นย่อมจะต้องถือว่าเป็นกฎหมายที่ไม่มีผลใช้บังคับได้ เนื่องจากหลักความเหมาะสมนี้เป็นหลักการที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์เชิงเหตุและผล จึงทำให้กฎหมายที่ไม่อาจก่อให้เกิดผลตามประสงค์จะทำให้เกิดขึ้นได้อย่างแน่แท้ นั่นกลายเป็นมาตรการที่ไร้ความหมายอย่างสิ้นเชิง ดังนั้น หากผู้ใช้อำนาจรัฐได้ทำการตรากฎหมายในลักษณะดังกล่าวออกมาใช้กับประชาชนเมื่อใดย่อมจะต้องถือว่าเป็นการใช้อำนาจของผู้ใช้อำนาจรัฐเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ³³

2) หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) เป็นหลักที่ใช้ในการชั่งน้ำหนักว่าการตรากฎหมาย และการใช้อำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่ง กฎและข้อบังคับนั้นมีความจำเป็นมากน้อยเพียงใดหรือมีวิธีการทางเลือกอื่นใดที่จะนำมาปรับใช้ได้หรือไม่ หากไม่มีมาตรการในทางใดหรือไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะเลือกใช้ได้แล้วการใช้หลักความจำเป็นนั้นจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของการใช้อำนาจรัฐที่ต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อสิทธิบุคคลของประชาชนที่จะได้รับให้มีผลเสียน้อยที่สุด ทั้งนี้ นอกจากในกรณีการใช้ดุลพินิจในการตรากฎหมาย คำสั่ง กฎและข้อบังคับที่เป็นประโยชน์ต่อสิทธิส่วนตัวได้เสียของเอกชนแล้วการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงผลที่ทำให้รัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุดอีกด้วย

3) หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the narrow sense) เป็นมาตรการในการชั่งน้ำหนักความได้สัดส่วนที่สมดุลระหว่างสิทธิส่วนตัวได้เสียของเอกชนและสิทธิส่วนตัวได้เสียของมหาชนว่า เมื่อมีการบังคับใช้หลักแห่งความได้สัดส่วนของการบังคับใช้กฎหมาย คำสั่ง กฎและข้อบังคับแล้วจะก่อให้เกิดผลเสียแก่สิทธิประโยชน์ทั้งสองฝ่ายข้างต้นมากน้อยเพียงใด ซึ่งหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบได้มุ่งเน้นเพื่อบังคับให้ผู้ใช้อำนาจรัฐในการตรากฎหมาย คำสั่ง กฎและข้อบังคับที่มีประสิทธิภาพสูงสุดที่จะนำมาบังคับใช้และก่อให้เกิดผลความเสียหายทั้งแก่เอกชนและมหาชนเป็นจำนวนน้อยที่สุดด้วย ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายในการออกคำสั่ง กฎและข้อบังคับที่ไม่คุ้มกับผลประโยชน์ในสิทธิส่วนตัวได้เสียเอกชนและประโยชน์ในสิทธิส่วนตัวได้เสียมหาชนย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือมหาชนโดยรวมได้เช่นกัน

³³ สมยศ เชื้อไทย. (2562). *นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 21). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 179.

จากที่กล่าวมาข้างต้นนั้นจะเห็นได้ว่าองค์ประกอบข้อที่สามของหลักความได้สัดส่วนนี้เป็นหลักความคิดที่บังคับให้ผู้ใช้อำนาจรัฐต้องทำการชั่งน้ำหนักของผลดีกับผลเสียของมาตรการในกฎหมายแต่ละฉบับที่ผู้ใช้อำนาจรัฐตราออกมาเพื่อบังคับใช้กับประชาชน โดยในการตรากฎหมายแต่ละครั้งนั้นจะต้องก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนและสังคมมากที่สุด โดยจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ที่ประชาชนและสังคมจะได้รับจากการตรากฎหมายในครั้งนั้นเสมอ และถึงแม้ว่ากฎหมายที่ตราขึ้นมานั้นจะเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายแทบได้ แต่หากพิจารณาตามหลักความสัมฤทธิ์ผล และตามหลักความจำเป็นแล้ว มาตรการดังกล่าวมีผลแห่งการบังคับใช้เป็นโทษมากกว่าเป็นคุณประโยชน์ที่ประชาชนและสังคมควรจะได้รับ กฎหมายดังกล่าวก็ย่อมถือว่าเป็นมาตรการที่มีควรมานำมาบังคับใช้และหากผู้ใช้อำนาจรัฐยังฝ่าฝืนนำมาบังคับใช้ก็จะมีผลทำให้การบังคับใช้ดังกล่าวเป็นการบังคับใช้กฎหมายโดยมิชอบอีกด้วย³⁴

หากพิจารณาในเรื่องของสัดส่วนการลงโทษนั้นจะเห็นได้ว่าการหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์นั้น เป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น โดยมีช่องทางในการกระทำความผิดที่แตกต่างไปจากการหมิ่นประมาททั่วไป ทั้งยังเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ขยายวงกว้างไปได้อย่างรวดเร็วอีกด้วย จึงทำให้การกระทำความผิดในกรณีดังกล่าวตั้งอยู่บนหลักแห่งความได้สัดส่วนทั้งสามประการ ไม่ว่าจะเป็นความเหมาะสม ความจำเป็นและความสมเหตุสมผลที่จะกำหนดให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษแตกต่างไปจากความรับผิดฐานหมิ่นประมาททั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญาโดยกำหนดให้มีความรับผิดฐานหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์ขึ้นมาเป็นการเฉพาะ

2.3.2 แนวความคิดในการกำหนดความผิดฐานหมิ่นประมาท

แนวความคิดในการกำหนดความผิดฐานหมิ่นประมาทตามสารนิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาใน 2 ประเด็น ได้แก่ ความหมายของการหมิ่นประมาท และคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานหมิ่นประมาท โดยทั้งสองประเด็นนี้มีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

ความหมายของการหมิ่นประมาท

จากบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 บัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความบุคคลอื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้นั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูถูกหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องวางโทษจำคุก ไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”³⁵

³⁴ วุฒิชัย จิตตานุ. (2549). “การบังคับใช้หลักการสัดส่วนในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล”. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 8(22). หน้า 41-45.

³⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326

บทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 328 บัญญัติว่า ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรืออักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำโดยการกระจายเสียง หรือกระจายภาพ หรือกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท³⁶

ความหมายของคำว่า “ หมิ่นประมาท ”

“ หมิ่นประมาท ” หมายความว่า การแสดงออกซึ่งกิริยาจาจุกถูกเหยียดหยาม เช่น การด่าด้วยคำหยาบคาย หรือการถ่มน้ำลาย³⁷

“ หมิ่นประมาท ” จากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ได้ให้ความหมายไว้ว่า หมิ่นประมาท หมายถึง การแสดงกิริยาจาจุกถูกเหยียดหยามผู้อื่น³⁸

ลักษณะของความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 นั้น มีหลักในการพิจารณา³⁹ คือ

1) เป็นการกระทำที่เป็นการใส่ความผู้อื่น ต่อบุคคลที่สาม ผู้ใดในที่นี้หมายความรวมได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล และหากเป็นการกระทำต่อบุคคลธรรมดาที่ต้องเจาะจงว่ากล่าวถึงผู้ใด ส่วนกรณีการใส่ความนั้น หมายถึง การกล่าวหรือไขข่าวซึ่งข้อความ การยืนยัน การแสดงข้อเท็จจริง ซึ่งอาจจะเป็นความจริงหรืออาจจะเป็นเท็จก็ได้ซึ่งการกระทำนั้นได้พาดพิงไปยังบุคคลอีกคนหนึ่ง โดยการใส่ความซึ่งไม่มีการจำกัดวิธีการ เพียงแต่เป็นการกระทำที่สามารถทำให้บุคคลที่สามเข้าใจหรือทราบข้อความนั้นก็นับว่าเป็นการหมิ่นประมาทผู้เสียหายแล้ว⁴⁰ และการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม ซึ่งจะถือว่าเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา จะต้องได้ความว่าการใส่ความดังกล่าวนั้นสามารถที่จะระบุตัวบุคคลผู้ถูกใส่ความได้แน่ว่าเป็นบุคคลใด หรือหากไม่เป็น

³⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 328.

³⁷ เฉลิมศักดิ์ ตรีพนาร. (2542). *การกระทำความผิดโดยวาจา: ศึกษากรณีขอบเขตความรับผิดชอบและสภาพบังคับของความผิดฐานหมิ่นประมาท*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 10.

³⁸ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. (ไม่ปรากฏ). *“หมิ่นประมาท”*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก URL: <http://rirs3.royin.go.th/word1/word-1-a0.asp>. [2562, 17 เมษายน].

³⁹ ไกรฤกษ์ เกษมสันต์. (2557). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 - มาตรา 366* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยฯ. หน้า 176-178.

⁴⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 2822/15

การระบุโดยตรง การใส่ความนั้นก็ต้องการความถึงบุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยเฉพาะ และถ้อยคำหมิ่นประมาทที่มีการส่งกันนั้น ผู้อ่านต้องสามารถทราบได้ว่าบุคคลดังกล่าวในข้อความเป็นผู้ใด

2) การกระทำโดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นต้องเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น เกลียดชัง เมื่อพิจารณาแล้ว จะเห็นได้ว่าการหมิ่นประมาทสามารถเกิดขึ้นได้หลายช่องทาง เช่น การกล่าวด้วยวาจา การแสดงออกทางกิริยา รวมถึงการแสดงออกในลักษณะของการขีดเขียนข้อความ ภาพวาด การ์ตูน หรือการสื่อความหมายด้วยวิธีอื่นใด แม้จะมีได้ออกชื่อผู้เสียหายโดยตรง แต่สามารถทำให้บุคคลที่รับข้อความ สามารถทราบและเข้าใจถึงความหมายได้ในลักษณะของการประทุษร้าย เิงฉลบ การนินทา ใส่ความให้ร้าย เหยียดหยาม อันเป็นการทำลายซึ่งชื่อเสียงเกียรติยศของบุคคลให้เกิดความเสียหาย ทั้งยังถูกเกลียดชังจากผู้คนรอบข้าง ตลอดจนส่งผลในการใช้ชีวิตร่วมกับผู้อื่นในสังคมกระทั่งความน่าเชื่อถือในการประกอบอาชีพ การติดต่อประสานงานต่างๆ กล่าวคือตามบทบัญญัติกฎหมายอาญา มาตรา 326 ที่กล่าวมาแล้วนั้น เมื่อพิจารณาแล้วก็จะพบว่าสิ่งที่กฎหมายต้องการจะคุ้มครองก็คือ ชื่อเสียงของบุคคลเป็นอันดับแรกซึ่งชื่อเสียงนั้น หมายความว่า ค่าหรือราคาที่มีมนุษย์มีต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกันทั้งในทางสังคมและทางศีลธรรม โดยการกระทำอย่างใดที่เป็นการกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการทำลายชื่อเสียง ก็คือ การทำให้ค่าของบุคคลที่ถูกกระทำดังกล่าวต่ำลง ประกอบกับต้องพิจารณาร่วมกันด้วยว่าการกระทำนั้นส่งผลให้บุคคลที่ถูกกระทำถูกเกลียดชังจากบุคคลอื่นรอบข้างด้วยหรือไม่เป็นสำคัญ

3) การกระทำเช่นว่านั้น จะต้องเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นจากเจตนา ซึ่งการกระทำที่จะเป็นความผิดในฐานนี้นั้น แค่เพียงเป็นเจตนาธรรมดา โดยการแสดงข้อความหรือข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีการพาดพิงไปถึงบุคคลอื่น แต่หากกลับกัน ถ้าผู้ที่กระทำไม่มีเจตนาเช่นว่ามาแล้วนั้นก็ไม่ใช่ความผิดในฐานนี้⁴¹

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานหมิ่นประมาท

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานหมิ่นประมาท หากเมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มีการบัญญัติในความผิดฐานหมิ่นประมาทไว้ ก็จะสามารถเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวได้เน้นในการปกป้องและคุ้มครองในส่วน of ชื่อเสียงของบุคคลมากกว่า และยังมีการคุ้มครองครอบคลุมไปถึงผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในเครือญาติอีกด้วย เนื่องมาจากการทำความผิดในฐานหมิ่น

⁴¹ จุฑาพิชญ์ สติรวิศาลกิจ. (2554). *การนำเสนอข่าวและการแสดงความคิดเห็นของหนังสือพิมพ์ : ศึกษากรณีการตีพิมพ์บทความทางการเมือง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 121.

ประมาทบางกรณี บุคคลดังกล่าวได้รับความเสียหาย เช่น ได้รับความอับอาย ถูกดูถูก เสียชื่อเสียง ถูกเกลียดชัง ซึ่งความเสียหายที่กล่าวมานั้น กฎหมายจึงต้องมีการคุ้มครองผู้เสียหาย⁴²

ชื่อเสียง หมายถึง ค่าหรือราคาที่บุคคลมีต่อบุคคลด้วยกันในลักษณะของทางด้านสังคมและศีลธรรม ซึ่งชื่อเสียงนั้นจึงอยู่ในลักษณะของบุคคลในการมีความสัมพันธ์ต่อบุคคลอื่น ๆ รอบข้าง ดังนั้น การทำลายซึ่งชื่อเสียง จึงหมายความว่า เป็นการกระทำในลักษณะเป็นการทำลายความสัมพันธ์ของบุคคลต่อบุคคลอื่น โดยให้บุคคลอื่นนั้นมองเห็นคุณค่าในตัวบุคคลที่ถูกกระทำการไม่ว่าจะเป็นไปในลักษณะใด ต่ำลงไป

ชื่อเสียงจึงมีความสำคัญต่อลักษณะของความผิดในฐานะหมิ่นประมาทนี้ เนื่องจากเมื่อมีการกระทำเกิดขึ้นมาแล้ว ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่า การกระทำดังกล่าวที่เกิดขึ้นมา ส่งผลกระทบต่อบุคคลอื่นอย่างไร โดยบุคคลที่ถูกกระทำนั้นเสียชื่อเสียงหรือไม่ ถูกเกลียดชังหรือถูกรังเกียจจากสังคมหรือบุคคลรอบ ๆ ข้างหรือไม่ ในลักษณะที่ถูกบุคคลอื่นมองค่าต่ำลง ซึ่งในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ได้มีการแบ่งประเภทของชื่อเสียงออกเป็น 3 ประเภท คือ ชื่อเสียงในลักษณะของทรัพย์สิน ชื่อเสียงในลักษณะของเกียรติยศ และชื่อเสียงในลักษณะของศักดิ์ศรี⁴³

1) ชื่อเสียงในลักษณะของทรัพย์สิน เนื่องจากชื่อเสียงประเภทนี้ ล้วนเกิดขึ้นมาจากการสร้างผลงานหรือความสามารถ ความพยายามของบุคคลแต่ละบุคคลในการดำเนินกิจการหรือหน้าที่การงานของบุคคลนั้นในด้านต่างๆ ที่ตนเองมีความสามารถ มีคุณค่าและสามารถที่จะ ติเป็นราคาออกมาในรูปของตัวเงินได้

2) ชื่อเสียงในลักษณะของเกียรติยศ เกิดขึ้นมาจากการสร้างสรรค์มาจากด้านผลงาน หรือในทางธุรกิจต่างๆ หรือการสร้างบทบาททางสังคม หรือหน้าที่ต่างๆ อันเป็นที่ยอมรับกัน และเกียรติยศของบุคคลในสังคมของแต่ละบุคคลจะมีไม่เท่าเทียมกันของแต่ละบุคคลคน โดยอาจจะเกิดจากความแตกต่างของความสามารถ สังคม ความเป็นอยู่ของบุคคลแต่ละคนก็ได้ และชื่อเสียงทางด้านเกียรติยศนั้นถือว่าไม่มีความมั่นคงหรือความแน่นอน เพราะส่วนใหญ่แล้วล้วนจะขึ้นอยู่กับ

⁴² ปรีดาธรรม พุกษาชีวะ. (2551). *การบังคับใช้กฎหมายหมิ่นประมาทกับสื่อมวลชน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 47 – 49.

⁴³ Robert C. Post. (1986). *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*. (Online). Available URL: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2002&context=californialawreview>. [2019, 17 April].

แนวทางในการดำเนินชีวิต ความสามารถของแต่ละบุคคล ซึ่งหากมีการกระทำใดๆที่มีลักษณะของการทำลายชื่อเสียงในลักษณะนี้ก็อาจจะเปรียบเสมือนการทำลายโอกาสหรือชีวิตของบุคคลๆหนึ่ง

3) ชื่อเสียงในลักษณะของศักดิ์ศรี โดยศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ไม่ได้ขึ้นอยู่กับฐานะความเป็นอยู่ จะร่ำรวยหรือยากจน ก็ย่อมจะมีศักดิ์ศรีเท่าเทียมกัน ในทุกๆคน แต่หากเมื่อใดบุคคลถูกกระทำให้ศักดิ์ศรีนั้นต่ำลง ลดลง คุณค่าของความเป็นมนุษย์ก็จะดูต่ำลงไปด้วย ดังนั้น กฎหมายจึงได้มีการคุ้มครองในส่วนนี้ของบุคคลไว้ด้วย

2.3.3 แนวคิดเรื่องการลงโทษ

สืบเนื่องมาจากการที่ทราบมาแล้วว่า มนุษย์เรานั้นถือเป็นสัตว์สังคม ที่ต้องมีการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ซึ่งเริ่มขึ้นตั้งแต่เมื่อมีการเกิดมาก็มีการอยู่ร่วมกันในรูปแบบของครอบครัว และเมื่อเติบโตขึ้นมา ก็มีการขยายขนาดของการใช้ชีวิตความเป็นอยู่ที่ต้องมีการอยู่ร่วมกันกับบุคคลอื่นในสังคม ตามลักษณะของช่วงอายุ เช่น การอยู่ร่วมกันในช่วงของการศึกษาหาความรู้จากสถาบันการศึกษาต่างๆ ตลอดจนการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันกับบุคคลอื่นในรูปแบบของสังคม ไม่ว่าจะเป็นสังคมที่มีจำนวนของประชากรที่อยู่ร่วมกันเป็นจำนวนน้อย จนไปถึงสังคมที่มีจำนวนประชากรที่อาศัยอยู่ร่วมกันเป็นจำนวนมาก ซึ่งจะเห็นได้ว่าการอาศัยอยู่ร่วมกันในทุกรูปแบบของสังคม ล้วนแล้วแต่จะต้องมีการทำนิติสัมพันธ์กันกับบุคคลอื่นด้วยทั้งสิ้น และการที่สังคมจะสามารถอยู่ได้อย่างสงบสุขนั้น ขึ้นอยู่กับการใช้ชีวิตต่างๆของประชากร ซึ่งจะต้องเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้กฎหมายที่มีการกำหนดบทบาทหน้าที่ ตลอดจนความสามารถที่จะกระทำการใดๆของแต่ละบุคคลไว้ หากมีการกระทำของบุคคลใดที่เป็นการกระทำในลักษณะที่ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ บุคคลนั้นก็ต้องจะรับผิดและรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนแล้วแต่ประเภทหรือลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิด⁴⁴

เมื่อบุคคลมีความรับผิดชอบทางอาญาแล้วบุคคลนั้นจะถูกลงโทษทางอาญา โทษทางอาญาจะต้องมีประสิทธิภาพในการยับยั้งไม่ให้ผู้ที่กระทำความผิดแล้วหวนกลับไปกระทำความผิดซ้ำอีกและต้องมีประสิทธิภาพในการยับยั้งไม่ให้บุคคลอื่นเลียนแบบการกระทำความผิดนั้นด้วย ในทางตรงกันข้ามหากโทษทางอาญาไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอก็จะทำให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำหรืออาชญากรรมเลียนแบบขึ้นได้ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อทำให้สังคมไม่สงบสุขและเป็นการแสดงถึงความล้มเหลวของกฎหมายอาญาอีกด้วย จากที่กล่าวมานั้นแสดงให้เห็นว่ากฎหมายอาญาถือเป็นกฎเกณฑ์ทางสังคมที่

⁴⁴ ปกป้อง ศรีสนิท. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 15. หน้า 163.

สำคัญที่จะต้องกำหนดถึงลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดและอัตราโทษของการกระทำดังกล่าวอย่างชัดเจน ทั้งนี้ความผิดตามหลักกฎหมายอาญาได้แบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ⁴⁵คือ

ความผิดในตัวเอง หรือที่เรียกว่า *mala in se*

ความผิดในตัวเองหรือ *mala in se* นี้เป็นในส่วนของกระทำที่อยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นอาชญากรรมพื้นฐาน กล่าวคือจะต้องเป็นการกระทำที่สังคมไม่อาจจะยอมรับได้ ยกตัวอย่างเช่น การฆ่าผู้อื่น การทำร้ายร่างกายหรือการข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น ซึ่งความผิดดังกล่าวนี้เป็นความผิดที่ไม่สามารถที่จะขอมความกันได้ โดยเป็นการกระทำที่บุคคลทั่วไปย่อมรับรู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เป็นความผิดและยอมรับให้เกิดขึ้นในสังคมไม่ได้โดยชัดและตัดสินใจออกมาในสภาพของความรู้สึกเป็นหลัก

ความผิดที่กฎหมายกำหนดขึ้นมาเพื่อระงับหรือห้ามมิให้กระทำเพราะถือเป็นสิ่งที่อันตรายต่อสังคม หรือที่เรียกว่า *mala prohibita*

ความผิดประเภทนี้เป็นความผิดที่บุคคลโดยทั่วไปไม่สามารถรับรู้หรือมองเห็นได้อย่างชัดเจนว่าความผิดดังกล่าวถือว่าเป็นความผิดในตัวเองหรือไม่ แต่ความผิดนี้เป็นความผิดที่สังคมหรือประเทศใดประเทศหนึ่งเห็นว่าจำเป็นจะต้องตราขึ้นเป็นกฎหมายเพื่อระงับหรือยับยั้งการกระทำดังกล่าวเนื่องจากเป็นสิ่งที่ส่งผลร้ายและก่อให้เกิดความอันตรายต่อสังคมและประชาชนส่วนรวม ยกตัวอย่างเช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรือการครอบครองอาวุธโดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นต้น

สำหรับความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้นถือเป็นความผิดในลักษณะของความผิดที่กฎหมายกำหนดขึ้นมาเพื่อระงับหรือห้ามมิให้กระทำเพราะถือเป็นสิ่งที่อันตรายต่อสังคม (*mala prohibita*) เนื่องจากเป็นการกระทำความผิดมิได้เป็นความเป็นในตัวเอง แต่เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเดือนร้อนรำคาญแก่สังคมและประชาชน จึงทำให้ในแต่ละประเทศจะต้องมีการตราให้การหมิ่นประมาทนั้นเป็นการกระทำที่มีความผิดเพื่อระงับหรือยับยั้งการกระทำดังกล่าวไม่ให้เกิดผลร้ายแก่ผู้อื่น

กล่าวโดยสรุปของโทษ และรวมไปถึงการลงโทษต่อบุคคลผู้กระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติขึ้น คือ การที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้มีการกระทำการอย่างใด ๆ อันเป็นการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนบัญญัติของกฎหมายและกฎหมายได้มีการกำหนดโทษของการกระทำในแต่ละฐานความผิดไว้อย่างชัดเจน โดยมีวัตถุประสงค์ในการเอาตัวผู้กระทำความผิดในแต่ละกรณีมาลงโทษตามกฎหมายในโทษสถานต่างๆดังกล่าวมาแล้ว

⁴⁵ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ. (2555). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 14). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 14-15.

2.3.4 วิวัฒนาการของการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญา

วิวัฒนาการของการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญานั้นจะสอดคล้องและควบคู่ไปกับวิวัฒนาการของสังคมมนุษย์ในแต่ละยุคสมัย โดยเริ่มจากสังคมที่อาศัยระเบียบแบบแผนจารีตประเพณีซึ่งอาจยังไม่สามารถที่จะทำการแยกศีลธรรมออกจากความยุติธรรมตามกฎหมายได้อย่างชัดเจน จนก้าวไปสู่สังคมที่มีความซับซ้อน ทั้งทางวัฒนธรรม เศรษฐกิจ และระบบกฎหมายเทคนิคที่แยกความยุติธรรมออกจากศีลธรรมได้มากขึ้น ซึ่งวิวัฒนาการของการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญานั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 ช่วงเวลา⁴⁶ ดังต่อไปนี้

ยุคก่อนสำนักคลาสสิก (Pre-Classical School)

สำหรับยุคก่อนสำนักคลาสสิกนี้เริ่มต้นจากสังคมที่มนุษย์มีความเป็นอยู่ที่เรียบง่ายไม่ซับซ้อนดำเนินชีวิตโดยอาศัยหลักเกณฑ์ทางศีลธรรมเป็นหลัก ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ทางสังคมเกิดการตัดสินความยุติธรรมมักอยู่ในลักษณะของตาต่อตา ฟันต่อฟัน (An eye for an eye, a tooth for a tooth) และต่อมาเมื่อสังคมได้ขยายตัวใหญ่ขึ้นจึงได้เกิดระบบคนกลางขึ้นเพื่อทำหน้าที่ไต่เถียงตัดสินข้อพิพาทแทนการเรียกร้องความยุติธรรมในลักษณะตาต่อตา ฟันต่อฟัน โดยการลงโทษตามยุคสมัยนี้มีความประสงค์ในเรื่องของการต้องการให้มีการชดใช้ความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเป็นหลัก ต่อมาในสมัยที่การเมืองการปกครองได้มีระบบแบบแผนมากขึ้นนั้นนักกฎหมายในสำนักกฎหมายธรรมชาติจึงได้ริเริ่มแนวคิดในเรื่องของการลงโทษอย่างไรจึงจะยุติธรรมหรือเหมาะสมมากที่สุด และการลงโทษนั้นสมควรจะลงโทษเพื่อวัตถุประสงค์อะไรมากยิ่งขึ้น จึงทำให้ในสมัยกรีกและโรมันได้มีการเริ่มบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อจำกัดการลงโทษไม่ให้มากเกินไปกว่าความเสียหายที่ผู้เสียหายจะได้รับตามแนวคิดดังกล่าว⁴⁷

ในเวลาต่อมานั้นเป็นช่วงเวลาที่ศาสนจักรได้ขยายอิทธิพลเข้ามามีบทบาทมากขึ้นทั้งทางด้านการเมืองการปกครองและการเป็นผู้นำทางความคิด จึงทำให้การลงโทษในสมัยนี้ยึดถือหลักการลงโทษเพื่อเป็นการขจัดสิ่งชั่วร้ายและไถ่บาปต่อพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของ และเนื่องจากศาสนจักรเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดแต่เพียงผู้เดียว จึงทำให้การลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นไปตามอำเภอใจของผู้ตัดสินและยังเป็นโทษที่มีลักษณะเป็นการทารุณโหดร้ายต่อผู้กระทำความผิดด้วย แต่หลังจากนั้นในช่วงปลายของยุคสมัยกลางศาสนจักรได้เริ่มหมดอำนาจลงและเกิดการปฏิวัติทางแนวคิดและความเชื่อดั้งเดิมในเรื่องของการลงโทษโดยมีการพยายามหาเหตุผลมาจำกัดการลงโทษให้มากยิ่งขึ้น

⁴⁶ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 17. หน้า 28 -29.

⁴⁷ อองต์อาสน์ เจริญสุข. (2553). *เกณฑ์การแบ่งแยกความผิดทางอาญาและความผิดทางปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 13.

ยุคสำนักคลาสสิก (Classical School)

สำนักคลาสสิกได้เกิดขึ้นในตอนปลายศตวรรษที่ 18 โดยมีแนวคิดหลักเป็นการคัดค้าน การลงโทษที่เป็นไปตามอำเภอใจและความทารุณของผู้ตัดสินในยุคก่อนหน้านี้ โดยมุ่งเน้นให้การลงโทษนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งปรัชญาของลัทธิเจตจำนงเสรีที่ว่าบุคคลนั้นย่อมมีเสรีที่จะกระทำสิ่งใดๆก็ได้ตามที่ตนเห็นสมควรและถูกต้องเป็นไปตามความพึงพอใจของตนเอง เมื่อมนุษย์มีอิสระที่จะคิดและทำในสิ่งที่ตนตัดสินใจแล้วนั้น หากเลือกที่จะทำในสิ่งที่ผิดกฎหมายก็ย่อมจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้นด้วย⁴⁸ โดยความประสงค์ของการลงโทษตามสำนักคลาสสิกนี้ ได้แบ่งออกเป็น 2 ทฤษฎี คือ

1) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อให้สาสม (Retributive Theory) ซึ่งเป็นทฤษฎีการลงโทษที่มีความประสงค์ให้การลงโทษนั้นมีความสาสมกับความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำลงไปหรือลบล้างความชั่วร้ายที่เกิดขึ้น ดังนั้น การลงโทษตามทฤษฎีลงโทษเพื่อให้สาสมจึงต้องลงโทษผู้กระทำความผิดให้เท่าเทียมกับความผิดที่เขาได้กระทำลงไป

2) ทฤษฎีลงโทษเพื่อป้องกัน (Preventive Theory) เป็นทฤษฎีการลงโทษที่มีวัตถุประสงค์หลักเป็นการป้องกันสังคมโดยป้องกันไม่ให้บุคคลทั่วไปนั้นกระทำความผิดเช่นเดียวกับผู้ถูกลงโทษหรือป้องกันเฉพาะไม่ให้ผู้กระทำความผิดคิดที่จะกระทำความผิดซ้ำอีก

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าสำนักคลาสสิกมีแนวคิดที่ทำให้วิธีการลงโทษมีความรุนแรงน้อยกว่ายุคสมัยก่อน โดยการลงโทษนั้นจะต้องมีความเสมอภาคและยุติธรรมมากขึ้น นอกจากนี้ แนวความคิดในเรื่องของเจตจำนงเสรีของสำนักคลาสสิกก็ได้มีการพัฒนาต่อไปในเรื่องของเจตจำนงของบุคคลบางกลุ่ม ยกตัวอย่างเช่น ผู้เยาว์ คนชราและผู้วิกลจริต ที่อาจมีเจตจำนงเสรีน้อยกว่าบุคคลธรรมดาทั่วไป สำนักยุคคลาสสิกนี้จึงได้มีแนวคิดว่าความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลที่กล่าวมานั้นก็ย่อมควรที่จะน้อยกว่าบุคคลธรรมดาทั่วไปตามเจตจำนงเสรีที่น้อยกว่าด้วยเช่นกัน

ยุคสำนักคลาสสิกใหม่ (Neo-Classical School)

จากแนวความคิดของสำนักในยุคก่อนหน้าที่สนับสนุนให้การลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องทำอย่างเท่าเทียมกันไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นใครก็ตาม เนื่องจากผู้กระทำความผิดนั้นได้มีเจตจำนงเสรีที่เท่าเทียมกันจึงย่อมจะต้องรับโทษอย่างเสมอภาคกันด้วย ประกอบกับมีแนวคิดหลักที่ว่า การลงโทษนั้นควรจะทำเพื่อประโยชน์ของสังคมและป้องกันไม่ให้ผู้อื่นกระทำผิดอีกจึงทำให้ในยุคสำนักคลาสสิกนั้นเกิดการลงโทษประหารชีวิตอย่างแพร่หลายจนทำให้เกิดการโต้แย้งในแนวคิดดังกล่าวขึ้นมากมายไม่ว่าจะเป็นในกรณีที่ทุกคนนั้นอาจมีเจตจำนงเสรีไม่เท่าเทียมกันย่อม

⁴⁸ อุทัย อาทิวา. (2558). *ทฤษฎีอาชญาวิทยากับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด วี.เจ.พรินติ้ง. หน้า 37-45.

ทำให้ความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลต้องไม่อาจเท่าเทียมกันได้เนื่องจากการใช้เหตุผลและสติปัญญาของบุคคลนั้นย่อมมีข้อจำกัดที่แตกต่างกัน หรือในกรณีของวัตถุประสงค์ในการลงโทษนั้นควรจะประกอบทั้งความคิดของทฤษฎีการลงโทษเพื่อให้สาสมและทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันเข้าด้วยกันเพื่อให้การลงโทษนั้นได้สัดส่วนกับความผิดโดยไม่มีความรุนแรงจนเกินไปและยอมให้มีการลดโทษกันได้จะทำให้การลงโทษนั้นมีประสิทธิภาพมากกว่าเดิม เป็นต้น⁴⁹

จากความที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น เป็นเหตุผลให้ในยุคสำนักคลาสสิกใหม่ที่มีการพัฒนาแนวคิดในการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดในช่วงหลังไปสู่การบัญญัติตัวบทกฎหมายให้มีระดับของอัตราโทษที่สูงต่ำแตกต่างกันในแต่ละความผิดเพื่อให้ผู้พิพากษาได้ใช้ดุลพินิจในการลงโทษผู้กระทำความผิดได้อย่างเหมาะสมและมีความยุติธรรมมากยิ่งขึ้น ซึ่งหลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับในหลายประเทศและมีการตรากฎหมายตามแนวคิดนี้กันเป็นจำนวนมาก

ยุคสำนักอิตาลีเยน (Italian School)

ในยุคสมัยนี้ความรู้ทางวิทยาศาสตร์ได้มีความเจริญก้าวหน้าขึ้นเป็นอย่างมากจึงมีการอาศัยความรู้และวิทยาการดังกล่าวเข้ามาเป็นวิธีการศึกษาว่าเพราะเหตุใดมนุษย์จึงได้ลงมือกระทำความผิดและมีวิธีการอย่างไรที่จะทำให้มนุษย์เลิกกระทำความผิดได้⁵⁰ ซึ่งจากผลการศึกษาทำให้พบว่า การลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างรุนแรงตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อให้สาสมตามสำนักคลาสสิกนั้นอาจไม่ใช่ทฤษฎีที่ถูกต้องอย่างแท้จริง เพราะแม้จะมีการลงโทษอย่างรุนแรงแล้วก็ยังมีความผิดซ้ำและยอมเสี่ยงที่จะกระทำความผิดซ้ำอีก อีกทั้งการกระทำความผิดก็ไม่ได้มีจำนวนลดน้อยลงไปกว่าการลงโทษที่ไม่รุนแรงแต่อย่างใด ซึ่งหากกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมกับตัวบุคคลแทนการลงโทษแบบเดิมแล้วนั้นก็อาจจะไม่ก่อให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำอีก ดังนั้น ในยุคสำนักอิตาลีเยนจึงมีแนวคิดที่ว่า การลงโทษนั้นควรใช้วิธีการดัดแปลงตัวผู้กระทำความผิดเพื่อไม่ให้มีการกระทำผิดซ้ำมากกว่า ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “ทฤษฎีลงโทษเพื่อดัดแปลง (Reformative Theory)” ซึ่งมีผลทำให้มีการพิจารณาถึงตัวผู้กระทำความผิดในการลงโทษให้ได้รับบทลงโทษที่เหมาะสมกับตัวอาชญากร ไม่ใช่บทลงโทษที่เหมาะสมกับความผิด นอกจากนี้ในยุคสำนักอิตาลีเยนยังได้มีการคิดค้นวิธีการลงโทษซึ่งทำให้สามารถแก้ไขในตัวผู้กระทำความผิดมาใช้ดังเช่นแนวคิดในเรื่องของการลงโทษที่ไม่มีการกำหนดระยะเวลาหรือการคุมประพฤติมาใช้อีกด้วย

⁴⁹อุทัย อาทิวะช. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 48. หน้า 125-126.

⁵⁰ GLORY NIRMALA.K. (2012). *Positivists School/The Italian School*. (Online). Available URL : <https://www.abysinnialaw.com/about-us/item/446-positivists-school-the-italian-school>. [2019, 17 April].

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า วิวัฒนาการของการลงโทษต่อผู้กระทำความผิดทางอาญา ที่สอดคล้องกับการดำเนินคดีหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์นั้นเป็นการลงโทษที่มีแนวความคิดมาจากยุคสำนักอิตาเลียน (Italian School) โดยการลงโทษตามความผิดดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการพิจารณาถึงตัวผู้กระทำความผิดในการลงโทษให้ได้รับบทลงโทษที่เหมาะสมกับตัวอาชญากรไม่ใช่บทลงโทษที่เหมาะสมกับความผิด โดยมุ่งเน้นในเรื่องของบทลงโทษที่เพื่อยับยั้งไม่ให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นและการกระทำความผิดซ้ำ อีกทั้งยังได้นำเอาแนวคิดการลงโทษตามยุคสำนักคลาสสิกใหม่ (Neo-Classical School) ในเรื่องของการกำหนดอัตราโทษต่อผู้กระทำความผิดให้มีความสอดคล้องความไม่เที่ยงกันของเจตจำนงเสรีของแต่ละบุคคล เนื่องจากแต่ละบุคคลนั้นย่อมมีการใช้เหตุผลและสติปัญญาที่มีข้อจำกัดที่แตกต่างกัน ทางผู้วิจัยจึงเห็นควรให้มีการนำเอาวิวัฒนาการของการลงโทษในสมัยดังกล่าวทั้งสองสมัยข้างต้นมาเป็นพื้นฐานในแนวคิดของการกำหนดมีการดำเนินคดีหมิ่นประมาททางสื่อออนไลน์ขึ้นเป็นการเฉพาะด้วยเช่นกัน

2.3.5 วัตถุประสงค์ในการลงโทษ

วัตถุประสงค์ในการลงโทษเป็นแนวความคิดหรือความเชื่อของสังคมในยุคต่างๆ ที่เกิดขึ้นมานานกว่า 3,700 ปี ซึ่งเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงวิธีการปฏิบัติหรือการลงโทษผู้ที่กระทำความผิดในแต่ละยุคสมัย โดยวัตถุประสงค์ในการลงโทษนั้นได้มีการปรับปรุงเพิ่มเติมและเสริมสร้างแนวคิดใหม่ๆ อยู่ตลอดเวลาเพื่อให้การลงโทษนั้นยังสามารถนำมาปรับใช้กับยุคสมัยปัจจุบันได้อย่างมีประสิทธิภาพ วัตถุประสงค์ในการลงโทษได้แบ่งออกเป็น 5 ประการ⁵¹ ดังต่อไปนี้

การแก้แค้นทดแทน (Retribution)

การแก้แค้นทดแทนถือเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษแบบดั้งเดิมที่เกิดขึ้นตั้งแต่ในสมัยที่ยังไม่มีระบบของรัฐ โดยมีลักษณะเป็นการแก้แค้นส่วนตัวที่เป็นสิ่งที่สังคมดั้งเดิมยอมรับได้ กฎเกณฑ์ดังกล่าวต่อมาถูกเรียกว่าเป็น “กฎตาต่อตา” (An eye for an eye principle)⁵² โดยมีแนวคิดที่ว่าอาชญากรควรได้รับการลงโทษเสมอกับการบาดเจ็บและความเสียหายที่เขาได้ก่อขึ้นแก่ผู้เสียหาย หากพิจารณาในเบื้องต้นอาจตีความได้ว่าการแก้แค้นทดแทนนี้เป็นกฎแห่งการตอบโต้ที่รุนแรงแต่แท้จริงแล้วกฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นที่มาแห่งหลักความได้สัดส่วนที่ยังปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายปัจจุบันและทำให้การแก้แค้นไม่เกินไปกว่าความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับอีกด้วย ซึ่งในปัจจุบันจะเห็นได้จากการลงโทษประหารชีวิตในคดีฆาตกรรมโดยเจตนาที่มีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์

⁵¹ เกียรติจิจร วจนะสวัสดิ์. (2560). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 11, แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 846 - 848.

⁵² Hariharan. (2015). *Retributive Theory of Punishment: A Critical Analysis*. (Online). Available URL: <https://www.lawctopus.com/academike/retributive-theory-of-punishment-a-critical-analysis/>. [2019, 17 April].

ในการลงโทษข้อนี้เห็นเพราะญาติของผู้ตายคงมีความรู้สึกต้องการแก้แค้นฆาตกรให้สาสมกับสิ่งที่เขาได้รับ ทั้งนี้ความรู้สึกแก้แค้นยังคงมีอยู่ในใจของผู้เสียหายทุกสังคมตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน แต่ในปัจจุบันนั้นสังคมจะยอมรับความรู้สึกแก้แค้นได้ก็ต่อเมื่อการแก้แค้นดังกล่าวคือการแก้แค้นในกระบวนการยุติธรรม ดังนั้น หากกระบวนการยุติธรรมไม่สามารถให้ความเป็นธรรมกับผู้เสียหายได้ เพราะขาดประสิทธิภาพหรือขาดความไม่เที่ยงธรรมไป เมื่อนั้นผู้เสียหายก็จะกลับสู่การแก้แค้นส่วนตัวซึ่งจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในสังคมอย่างไม่มีที่สิ้นสุด

การข่มขู่ ยับยั้ง (Intimidation, Deterrence)

การข่มขู่ ยับยั้งเป็นวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อสร้างประโยชน์ให้แก่สังคม เพราะการลงโทษใดที่สามารถยับยั้งผู้กระทำความผิดให้ไม่กลับไปกระทำความผิดซ้ำอีกและยับยั้งไม่ให้ผู้อื่นเลียนแบบของการกระทำความผิดดังกล่าวได้ การลงโทษนั้นจึงก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมและเป็น การลงโทษที่มีความสอดคล้องกับแนวคิดอรรถประโยชน์นิยมอีกด้วย อย่างไรก็ตามหากมีการเพิ่ม ลักษณะของการข่มขู่ยับยั้งในการลงโทษให้มากขึ้นจะส่งผลให้ไปกระทบต่อสิทธิมนุษยชนมากขึ้น ตามไปด้วยเช่นกัน ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าลักษณะของการข่มขู่ยับยั้งกับสิทธิมนุษยชนนั้นมักจะ แปรผกผันกันอยู่เสมอ⁵³

การตัดความสามารถในการกระทำความผิด (Incapacitation)

การตัดความสามารถในการกระทำความผิดด้วยการจำคุกเป็นการตัดความสามารถเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดซ้ำอีกภายในระยะเวลาที่ถูกจำคุกอยู่ในเรือนจำ เช่นเดียวกับการประหารชีวิตก็คือเป็นการตัดความสามารถของผู้กระทำความผิดอีกเช่นกันแต่ใน ลักษณะของการตัดความสามารถแบบตลอดไป นอกจากนี้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยยังมีการริบเอาทรัพย์สินที่ได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดตามมาตรา 33 (1) ที่เป็นมาตรการทางกฎหมายที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ข้อนี้เช่นเดียวกัน ซึ่งการตัดความสามารถในการกระทำความผิดนี้ถือเป็นการลงโทษรูปแบบใหม่ที่มีการนำมาใช้ในบางประเทศอย่างแพร่หลาย ยกตัวอย่าง เช่น การฉีดยาลดความต้องการทางเพศให้กับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืน เป็นต้น⁵⁴

การฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด (Rehabilitation)

การฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดถือเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนมากที่สุด และหากการฟื้นฟูสำเร็จสังคมก็จะได้รับประโยชน์จากการลงโทษดังกล่าว

⁵³ Barry Elliott. (2003). *Deterrence Theory Revisited*. (Online). Available URL: <http://acrs.org.au/files/arsrpe/RS030055.pdf>. [2019, 17 April].

⁵⁴ Shawn D. Bushway. (2014). *Incapacitation*. (Online). Available URL: http://academyforjustice.org/wp-content/uploads/2017/10/3_Criminal_Justice_Reform_Vol_4_Incapacitation.pdf. [2019, 17 April].

เป็นอย่างมาก เนื่องจากผู้กระทำความผิดจะไม่หวนกลับไปทำความผิดซ้ำอีก⁵⁵ แต่อย่างไรก็ตาม การฟื้นฟูอย่างเดี๋ยวยังอาจไม่มีผลถึงการยับยั้งอาชญากรรมเลียนแบบเพราะผู้ที่ไม่เคยทำผิดอาจไม่เกรงกลัวต่อมาตรการของการลงโทษที่มีแต่มีติของการฟื้นฟูเพียงอย่างเดียว นอกจากนี้การฟื้นฟูในเรือนจำที่ประสบความสำเร็จจนสามารถทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวกลับใจเป็นคนดี แต่เมื่อพ้นโทษแล้วนักโทษกลับต้องไปประเชิญกับสภาพสังคมภายนอกด้วยตนเอง โดยไม่ได้รับการเตรียมตัว ผู้พ้นโทษก็มักจะถูกสังคมตีตราและไม่ได้รับโอกาสในการเข้าทำงานจนทำให้ตกอยู่ในสภาพโดดเดี่ยวและอาจกลับไปทำความผิดซ้ำอีกเป็นจำนวนมาก ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าการฟื้นฟูอย่างเดี๋ยวยังไม่น่าจะช่วยแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้จึงต้องมีการนำเอาแนวคิดในการนำผู้กระทำความผิดสู่สังคมมาปรับใช้ร่วมด้วย

การนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม (Resocialization)

การนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคมถือเป็นวัตถุประสงค์ที่ต่อออกมาจากการฟื้นฟูผู้กระทำความผิด โดยมีแนวคิดเป็นการให้โอกาสผู้ที่กระทำความผิดจากคนในสังคม โดยวัตถุประสงค์ในข้อนี้มักจะเกิดขึ้นก่อนที่ผู้กระทำความผิดจะพ้นโทษ โดยทางเรือนจำอาจทำความตกลงกับนายจ้างให้รับนักโทษไปทำงานในตอนกลางวันและกลับมานอนเรือนจำในตอนกลางคืนเพื่อเป็นการเตรียมพร้อมทางด้านสังคม หน้าที่การงานและสภาพแวดล้อมให้แก่ักโทษ และเมื่อพ้นโทษไปแล้วนักโทษผู้พ้นโทษก็ย่อมจะได้รับการยอมรับและไม่หวนกลับมาทำความผิดซ้ำอีก⁵⁶

2.3.6 หลักการลงโทษให้เหมาะสมกับบุคคล (Individualization of Punishment)

หลักการและความเป็นมา

เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อถึงชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินด้วยนั้น ทำให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาจึงเป็นกระบวนการที่ทำงานเกี่ยวข้องกับชีวิตของมนุษย์เป็นหลัก มนุษย์นั้นแม้จะถือว่าเป็นผู้ทรงสิทธิ์ตามธรรมชาติและตามกฎหมายเสมอแล้ว แต่มนุษย์กลับปราศจากการคุ้มครองและรับรองจากรัฐไม่ได้และความยุติธรรมก็ไม่สามารถเกิดขึ้นเองได้เช่นกัน จึงย่อมที่จะต้องอาศัยระบบและกระบวนการทางกฎหมายมาเป็นเครื่องมือในการแก้ไขปัญหานั้นในสังคม ถ้าพิจารณาเปรียบเทียบแล้วจะพบว่าหลักลงโทษให้เหมาะสมกับบุคคลนั้นเป็นหลักการที่ตรงกันข้ามกับหลักความชั่วและหลักการลงโทษให้ได้สัดส่วน ซึ่งส่งผลให้กระบวนการยุติธรรมดำเนินไปอย่างถูกต้องและชอบธรรมอย่าง

⁵⁵ David Garland. (1991). "Rehabilitating Theories of Punishment". *The Harvard Law Review Association*, 104(5). Page 1126-1131.

⁵⁶ Martin Jensen, et al. (2012). *Punishment and resocialization*. (Online). Available URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/12522065.pdf>. [2019, 17 April].

แท้จริง สิ่งสำคัญที่ตอบสนองหลักการลงโทษให้เหมาะสมกับบุคคลนั้นก็คือ ผู้พิพากษา ซึ่งถือเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงและทำการพิพากษาคัดสิน ดังนั้นผลสำเร็จของความยุติธรรมจึงต้องเป็นการทำให้ผู้พิพากษาในคดีได้รับรู้ข้อเท็จจริงในคดีทั้ง 2 ประการ คือ ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดหรือที่เรียกว่าข้อหาอย่างถูกต้องแท้จริงและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประวัติความเป็นมาหรือภูมิหลังของผู้กระทำความผิด⁵⁷ การส่งผ่านข้อมูลทั้งสองประการข้างต้นตั้งแต่ชั้นสอบสวน ฟ้องร้องไปสู่กระบวนการพิจารณาพิพากษาจึงต้องการความมีภาวะวิสัยที่สามารถตรวจสอบได้และเป็นข้อเท็จจริงที่ตรงไปตรงมา จึงจะทำให้ผู้ต้องหาได้รับการคุ้มครองตามหลักประกันของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีและหลักสิทธิมนุษยชน โดยปราศจากการทุจริตหรือการแทรกแซงโดยอำนาจโดยไม่ชอบทั้งปวง

การลงโทษตามหลักการลงโทษให้เหมาะสมกับบุคคลนี้จะต้องมีการกำหนดอัตราโทษให้มีความเหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด (Punishment to Fit the Criminal) โดยพิจารณาถึงความจริงที่ว่ามนุษย์แต่ละคนนั้นมีความสามารถที่ไม่เท่าเทียมกัน ในความรู้สึกผิดชอบผิดชอบ อีกทั้งยังมีบุคคลหลายประเภทที่ควรจะได้รับโทษหรือไม่ต้องได้รับโทษเลย การลงโทษตามหลักการนี้จึงมุ่งเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดโดยตรงไม่ได้ต้องการให้มีผลถึงบุคคลอื่นไม่ โดยหลักการดังกล่าวมุ่งเน้นที่จะปรับปรุงแก้ไขและอบรมบ่มนิสัยของผู้กระทำความผิดให้สามารถกลับตัวกลับใจเป็นพลเมืองดีและกลับคืนสู่สังคมได้ เพราะการลงโทษโดยการทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับความยากลำบากหรือได้รับผลร้ายแรงนั้นในบางกรณีก็ไม่เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดเองอีกทั้งยังไม่สามารถทำให้ผู้กระทำความผิดประพฤติตัวดีขึ้นได้อีกด้วย

การลงโทษให้เหมาะสมกับความผิดและตัวผู้กระทำความผิดนี้มีแนวคิดพื้นฐานตั้งอยู่บนหลักการที่ว่า การที่มนุษย์แต่ละคนกระทำความผิดย่อมเกิดมาจากบุคลิกภาพของผู้กระทำความผิดและพฤติการณ์ภายนอก เช่น สิ่งแวดล้อมรอบตัวผู้กระทำความผิดซึ่งมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของการกระทำของบุคคล ฉะนั้น บุคคลจึงต้องปรับบุคลิกภาพของตนให้เข้ากับสิ่งแวดล้อมรอบข้างอยู่เสมอ เนื่องจากบุคลิกลักษณะกับสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่ต้องมีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกันอยู่ตลอดเวลา หากแต่บุคคลนั้นไม่สามารถปรับตัวให้เข้ากับสิ่งแวดล้อมหรือสถานการณ์ต่างๆ ได้เหมือนกัน เพราะแต่ละคนต่างมีบุคลิกลักษณะหรือส่วนที่ประกอบเข้าเป็นบุคลิกลักษณะล้วนแตกต่างกันไป จึงทำให้แบบแผนความประพฤติของบุคคลย่อมมีลักษณะแตกต่างกันไปด้วยซึ่งอาจเป็นไปได้ทั้งทางเข้ากับสังคมหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อสังคมก็ได้ นักจิตภาวะวิทยาจึงเชื่อว่าลักษณะของความ

⁵⁷ ธาณี วรภัทร์. (2557). *มาตรการบังคับทางอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 65.

ประพุดิอันเป็นปฏิปักษ์ต่อสังคมนั้นสามารถปรากฏอยู่ในตัวของบุคคลได้ทุกคนโดยกล่าวได้ว่าบุคคลทุกคนนั้นมีความเอนเอียงไปในทางที่จะก่อให้เกิดอาชญากรรมด้วยกันได้ทั้งสิ้น⁵⁸

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าสิ่งแวดล้อมถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีผลต่อการตัดสินใจในการกระทำความผิดของบุคคลโดยอยู่ในฐานะของตัวกระตุ้นการตัดสินใจซึ่งอาจทำให้บุคคลนั้นตัดสินใจกระทำความผิดขึ้นไม่ว่าบุคคลดังกล่าวจะมีความคิดที่จะกระทำผิดอยู่ก่อนแล้วหรือไม่ก็ตาม ซึ่งตามความเป็นจริงแล้วมนุษย์จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายและปฏิบัติตนให้ถูกต้องตามศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่การตัดสินใจของบุคคลก็อาจจะขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายๆอย่างประกอบกันพร้อมกับพื้นฐานทางจิตใจของแต่ละบุคคลด้วย ดังนั้น การกระทำความผิดของบุคคลจึงมีสิ่งแวดล้อมเข้ามาเกี่ยวข้อง ยกตัวอย่างเช่น ผู้หญิงที่อาศัยอยู่ในชุมชนแออัดที่มีการค้าและการเสพยาเสพติดอยู่ทั่วไปจนทำให้เห็นการกระทำความผิดนั้น ด้วยความเคยชินหรือมีภาระที่จะต้องเลี้ยงดูครอบครัว จึงอาจทำให้ผู้หญิงคนดังกล่าวเกิดพฤติกรรมเลียนแบบหรือเกิดความจำเป็นที่จะต้องกระทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นมา เป็นต้น

ประเภทของการลงโทษให้เหมาะสมกับตัวบุคคล (Type of Individualization)

กระบวนการยุติธรรมในปัจจุบันนั้นยังคงประสบปัญหาในเรื่องของการลงโทษให้มีความเหมาะสมกับความผิดและตัวผู้กระทำความผิดเป็นอย่างมาก ซึ่งหลักการลงโทษให้เหมาะสมกับบุคคลนั้น จึงได้มีการจำแนกประเภทของการลงโทษเพื่อให้เกิดการลงโทษที่เหมาะสมเอาไว้ดังต่อไปนี้⁵⁹

1) การลงโทษให้เหมาะสมกับตัวบุคคลโดยใช้ระบบของกฎหมาย (Legal Individualization)

การลงโทษให้เหมาะสมกับตัวบุคคลตามระบบกฎหมายนี้ เป็นการนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาเป็นกรอบในการลงโทษให้เกิดความเหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวนี้จะต้องมีการบัญญัติขึ้นอย่างชัดเจนและแน่นอนในเรื่องของพื้นฐานและผู้พิพากษาจะเป็นผู้ที่มีหน้าที่นำเอาหลักการดังกล่าวมาปรับใช้กับการพิจารณาคดีโดยคำนึงถึงองค์ประกอบที่แตกต่างกันของแต่ละคดีเป็นสำคัญ ซึ่งหลักการที่สำคัญของการลงโทษให้มีความเหมาะสมกับตัวบุคคลนั้นสามารถแบ่งออกเป็น 3 ประการคือ หลักการลงโทษที่มีความเหมาะสมกับตัวบุคคลโดยใช้ระบบของกฎหมายเป็นหลักการที่กำหนดอัตราโทษไว้ล่วงหน้าในลักษณะเป็นบทบัญญัติ ,

⁵⁸ อัจฉริยา ชุตินันท์. (2557). *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 136.

⁵⁹ ลาวัญย์ อ่อนโสม. (2560). *การกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรบัณฑิต. สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 15.

หลักการลงโทษให้มีความเหมาะสมกับตัวบุคคลโดยใช้อำนาจตุลาการเป็นหลักการที่ดีที่สุดที่ให้ผู้พิพากษาเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการตัดสิน และหลักการลงโทษให้มีความเหมาะสมกับตัวบุคคลโดยระบบการบริหารเรือนจำเป็นหลักการที่มีการกำหนดโทษโดยมีเงื่อนไขเป็นระยะเวลา⁶⁰

ตามหลักความเป็นจริงแล้วนั้น ไม่มีหลักการลงโทษให้มีความเหมาะสมกับตัวบุคคลโดยกฎหมายเนื่องจากกฎหมายสามารถใช้บังคับแตกต่างกันไปตามประเภทของคดีอยู่แล้วซึ่งกฎหมายไม่สามารถที่จะรับรองลักษณะเฉพาะของแต่ละคดีได้ จึงทำให้หลักการลงโทษให้มีความเหมาะสมกับตัวบุคคลโดยกฎหมายนั้นจะต้องมีการพิจารณาในการบังคับใช้เมื่อมีเหตุผลสำหรับการบรรเทาโทษหรือการเพิ่มโทษด้วยอาศัยความสัมพันธ์ระหว่างความผิดว่ามีความอันตรายร้ายแรงหรือไม่ ดังนั้น หลักการลงโทษให้มีความเหมาะสมกับตัวบุคคลที่อาศัยความรับผิดชอบจึงเป็นการกลับไปสู่สภาพของสำนักนิโคลาสสิกซึ่งเป็นการใช้หลักการลงโทษให้เหมาะสมกับตัวบุคคลที่ไม่ถูกต้อง เหตุเพราะการนำกฎหมายมาใช้นั้นจะต้องยอมรับถึงเหตุบรรเทาโทษด้วย กล่าวคือเมื่อมีการกระทำ ความผิดเกิดขึ้นจะต้องนำเอาบุคลิกลักษณะของผู้กระทำความผิดมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาด้วย เพื่อให้การกำหนดโทษเกิดความเป็นธรรมต่อตัวผู้กระทำความผิดอีกช่องทางหนึ่ง

2) การลงโทษให้เหมาะสมกับตัวบุคคลโดยใช้ระบบอำนาจตุลาการ (Judicial Individualization)

การลงโทษให้เหมาะสมตามระบบนี้จะมุ่งเน้นให้ผู้พิพากษาทำการเผชิญหน้ากับตัวอาชญากรหรือตัวผู้กระทำความผิดและการกระทำความผิดของเขาเป็นสำคัญ ซึ่งผู้พิพากษาควรจะยอมรับการลงโทษในลักษณะของการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดีและสามารถกับคืนสู่สังคมได้⁶¹ โดยการลงโทษในลักษณะดังกล่าวจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อผู้พิพากษามีข้อเท็จจริงต่างๆเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดอย่างเพียงพอไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของประวัติความเป็นมา ภูมิหลัง ลักษณะประวัติการกระทำความผิด สภาพร่างกายและสภาวะแห่งจิตใจโดยข้อมูลที่ได้มานั้นจะต้องเป็นข้อมูลที่ครบถ้วนบริบูรณ์ ถูกต้องและปราศจากการบิดเบือน จึงจะทำให้การลงโทษของศาลนั้นเป็นไปอย่างเหมาะสมและสามารถปรับปรุงแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดได้อย่างแท้จริงตลอดจนสามารถอำนวยความยุติธรรมให้แก่สังคมและประชาชนได้อีกด้วย

⁶⁰ Michele Pifferi. (2012). "Individualization of Punishment and the Rule of Law". *American Journal of Legal History*, 52(3). Pages 325–376.

⁶¹ Barbara A. KoonsWitt. (2009). *Equal justice versus individualized justice*. (Online). Available URL: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1745-9133.2009.00566.x#accessDenialLayout>. [2019, 17 April].

การลงโทษให้มีความเหมาะสมกับตัวบุคคลโดยใช้ระบบของอำนาจตุลาการนั้นสามารถจำแนกหลักการได้ออกเป็น 3 ประการ ดังนี้

รูปแบบเดิมของหลักการลงโทษให้มีความเหมาะสมกับตัวบุคคล เป็นการนำหลักเรื่องความแตกต่างของบุคลิกลักษณะอาชญากรมาใช้ประกอบในการกำหนดโทษ

ความยากลำบากในการบังคับเหตุจูงใจในการลงโทษ ความคิดในเรื่องเหตุจูงใจจะต้องมีการพัฒนาให้มากขึ้นและกระทำอย่างเต็มที่ ซึ่งการพิสูจน์ในเรื่องของเหตุจูงใจจะต้องพิจารณาขณะที่มีการกระทำผิดอาญาเกิดขึ้น

ระบบที่ควบคู่ไปกับการลงโทษ (การลงโทษโดยถูกสังคมปฏิบัติ) การลงโทษนั้นไม่ควรมีลักษณะเป็นการที่ทำให้กระทำความผิดกลายเป็นที่รังเกียจของคนในสังคมเพราะจุดประสงค์ของการลงโทษมิได้มุ่งหมายที่จะทำลายชื่อเสียงของบุคคลหนึ่งบุคคลใดแต่มุ่งหมายที่จะรักษามันไว้ต่างหาก เพียงแต่เป็นการลงโทษเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับมาทำความผิดซ้ำอีกหรือทำให้คนอื่นกระทำความผิดเลียนแบบเท่านั้น

3) การลงโทษให้เหมาะสมกับตัวบุคคลโดยระบบการบริหารเรือนจำ (Administrative Individualization)

การลงโทษให้เหมาะสมกับตัวบุคคลโดยระบบการบริหารเรือนจำนี้เป็นการลงโทษที่มีลักษณะเป็นการปรับปรุงแก้ไขพฤติกรรมของผู้ต้องขังในเรือนจำโดยกำหนดให้มีการฝึกหัดอาชีพให้แก่ผู้ต้องขังในระหว่างที่ถูกคุมขังโดยมีเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์คอยสังเกตการณ์และหาวิธีว่าควรปรับปรุงแก้ไขพฤติกรรมของผู้ต้องขังอย่างไรให้กลับตัวเป็นคนดีและสามารถกับคืนสู่สังคมได้ การปรับปรุงแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดจึงเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งในการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำอีกซึ่งกระบวนการลงโทษตามระบบนี้จะกระทำภายหลังที่ศาลมีคำพิพากษา กำหนดโทษจำเลยถึงที่สุดแล้ว⁶²

หลักการลงโทษให้มีความเหมาะสมกับตัวบุคคลโดยใช้ระบบการบริหารเรือนจำสามารถจำแนกหลักการสำคัญได้ ดังต่อไปนี้

การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดโดยการบริหารเรือนจำ ปัจจุบันมีการนำหลักการลงโทษให้มีความเหมาะสมกับตัวบุคคลมาใช้ในระบบการพิจารณาของศาลเพิ่มมากขึ้นเนื่องจากระยะเวลาของการกำหนดโทษมีความสัมพันธ์ต่อการปรับเปลี่ยนลักษณะนิสัยและจิตสำนึกของผู้กระทำความผิดหรืออาชญากร ฉะนั้นการลงโทษที่เหมาะสมจึงต้องเป็นการลงโทษที่มีผลต่อการเยียวยาแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดี ซึ่งการนำหลักการลงโทษดังกล่าวโดยใช้ระบบการบริหารเรือนจำมาแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดนั้นจะสามารถกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายที่มีความ

⁶² ลาวัญย์ อ่อนโหม. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 56. หน้า 22 - 24.

คิดเห็นต่อการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดและมีการปรับปรุงระบบของ การลงโทษเกิดขึ้น ทั้งนี้จะต้องมีการอบรมให้ความรู้แก่เจ้าพนักงานที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาให้มีความรู้และความเข้าใจในหลักการดังกล่าวด้วย

หลักการกำหนดโทษโดยไม่มีระยะเวลาสิ้นสุด ระบบของการกำหนดโทษโดยไม่มีกำหนดวันพ้นโทษนั้นเกิดขึ้นจากการที่ผู้พิพากษาไม่สามารถกำหนดล่วงหน้าเกี่ยวกับระยะเวลาของการนับโทษที่แน่นอนตายตัวและชัดเจนในคำพิพากษาได้ จึงทำให้การกำหนดโทษดังกล่าวถูกเรียกว่าระบบของการกำหนดโทษโดยไม่มีระยะเวลาสิ้นสุด ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ให้อำนาจในการนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ใน 2 ประการ คือ ในส่วนของผู้พิพากษาที่กำหนดให้อำนาจผู้พิพากษาในเรื่องการกำหนดโทษเพื่อบำบัดฟื้นฟูผู้กระทำความผิดและในส่วนของการบริหารที่กำหนดให้หน่วยงานราชทัณฑ์เป็นผู้นำหลักการลงโทษที่มีความเหมาะสมกับตัวบุคคลหรือตัวผู้กระทำความผิดไปปรับปรุงแก้ไขพฤติกรรมผู้กระทำความผิดให้ดียิ่งขึ้น ซึ่งหลักการทั้งสองประการนี้จะสัมพันธ์กันได้ก็ต่อเมื่อมีคำพิพากษาที่มีระยะเวลากำหนดโทษที่เหมาะสมและหน่วยงานราชทัณฑ์ได้มีการดำเนินการอย่างเคร่งครัดเพื่อให้การแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำความผิดให้เกิดผลสัมฤทธิ์จนทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับตัวเป็นคนดีและสามารถกลับคืนสู่สังคมได้โดยไม่ก่อให้เกิดปัญหาอีก

องค์ประกอบในเรื่องบุคลิกลักษณะและศาสนาในการปรับเปลี่ยนนิสัยของผู้กระทำความผิด ศาสนานั้นถือเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่จะต้องถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาในการแก้ไขปรับปรุงอุปนิสัยและพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด เพราะกฎหมายถือเป็นตัวกระตุ้นผู้กระทำความผิดให้เกิดความพยายามที่จะแก้ไขตนเองจากภายในจนทำให้สามารถปรับปรุงแก้ไขพฤติกรรมภายนอกของตัวเองได้ในที่สุด โดยในส่วนของบุคลิกลักษณะนั้นก็จะเป็นอีกเป็นปัจจัยที่จะต้องนำมาใช้ประกอบในการกำหนดโทษของศาลให้มีความเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดร่วมกับมาตรการอื่นๆทางสังคมเพื่อให้การปรับปรุงแก้ไขมีประสิทธิภาพมากขึ้น ทั้งนี้ เพื่อป้องกันไม่ให้สังคมได้รับผลกระทบจากการที่ผู้กระทำความผิดหวนกลับไปกระทำความผิดซ้ำอีกและเพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรมที่จะเกิดขึ้นในอนาคตอีกด้วย⁶³

⁶³ อัจฉริยา ชูตินันท์. (2557). *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 136.

2.4 แนวความคิดและทฤษฎีในการกำหนดเหตุเพิ่มโทษ

แนวความคิดและทฤษฎีในการกำหนดเหตุเพิ่มโทษนี้ ผู้วิจัยได้ทำการแบ่งประเด็นในการศึกษา ออกเป็น 3 ประเด็น ดังต่อไปนี้

2.4.1 เหตุผลและความเป็นมาในการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น

การกำหนดให้ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษหนักมีแนวคิดพื้นฐานมาจากแนวคิดทางอาชญาวิทยาและแนวคิดในเรื่องของวัตถุประสงค์ของการลงโทษ โดยจะเห็นได้จากการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น มีวิธีที่แตกต่างและมีวิวัฒนาการไปตามยุคสมัยของแต่ละสังคม อีกทั้งการกำหนดโทษจะต้องเป็นการกำหนดโทษที่ได้สัดส่วนกับความผิดเพราะสภาพแห่งความผิดอีกด้วย เนื่องจากความผิดแต่ละประเภทย่อมมีความร้ายแรงและมีผลร้ายต่อผู้เสียหายในระดับที่ต่างกันออกไป จึงทำให้การกำหนดโทษที่ตายตัวในความผิดแต่ละฐาน โดยไม่ได้กำหนดโทษที่หนักขึ้นหรือเบาลงตามรูปแบบและวิธีการในการกระทำความผิดนั้นก็อาจทำให้ไม่สามารถที่จะแก้ไขการกระทำความผิดในแต่ละรูปแบบได้ ซึ่งหากการลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีความร้ายแรงต่อผู้เสียหายอย่างมากในโทษสถานเบา นั้นอาจจะทำให้ผู้กระทำความผิดนั้นไม่เกรงกลัวที่จะกระทำความผิดซ้ำก็ว่าได้ ในส่วนของกฎหมายอาญานั้น ได้มีการกำหนดให้มีการรับโทษหนักขึ้นมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันโดยมีการแบ่งความผิดออกเป็นหลายระดับซึ่งมีทั้งความผิดที่มีความร้ายแรงและไม่ร้ายแรง โดยความผิดที่มีความร้ายแรงนั้นสามารถพิจารณาได้จากความเสียหายหรืออันตรายที่สังคมได้รับ⁶⁴

ทั้งนี้ แนวคิดในการกำหนดให้ต้องรับโทษหนักขึ้นได้มีการนำมาปรับใช้ครั้งแรกในกฎหมายโรมัน โดยปรากฏที่โต๊ะ 8 ว่าด้วยการละเมิด ซึ่งกำหนดให้ช่วงเวลาในการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์เป็นเงื่อนไขที่จะนำมาประกอบการพิจารณาว่าในช่วงเวลาที่แตกต่างกันนั้น โทษของผู้กระทำความผิดในฐานลักทรัพย์ย่อมจะต้องมีความแตกต่างกันออกไปด้วย ทั้งนี้ ยังมีการกำหนดเหตุที่ต้องให้รับโทษหนักขึ้นจากปัจจัยต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นจากการกระทำที่มีเงื่อนไขของความสำคัญ ลักษณะของผู้ถูกระทำหรือระดับของความเสียหายจากการกระทำความผิดมาเป็นเหตุเพิ่มโทษอีกด้วย⁶⁵

⁶⁴ ทวีพร คงแก้ว. (2553). *เหตุผลกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 39-42.

⁶⁵ นภาพร ปานศรีแก้ว. (2560). *การกำหนดเหตุกรรจ์ในความผิดที่กระทำต่อเด็กและเยาวชน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. สาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 22.

ในปัจจุบันนี้ จะเห็นได้ว่าการลงโทษส่วนมากจะมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเป็นการแก้แค้นทดแทนต่อผู้กระทำความผิด ซึ่งการลงโทษในลักษณะดังกล่าวยังมีข้อบกพร่องปรากฏขึ้นเป็นอย่างมาก เนื่องจากเมื่อมีการลงโทษแล้วผู้กระทำความผิด ก็ยังกลับมาก่อความเสียหายและอันตรายในสังคมซ้ำอีก อีกทั้ง แนวทางในการกำหนดโทษในปัจจุบันยังมีแนวโน้มเป็นการกำหนดโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดอีกด้วย ซึ่งในบางครั้งเป็นการลงโทษที่สวนกระแสความรู้สึกนึกคิดของประชาชนในสังคมที่ยังคงต้องการ จึงเป็นการทำให้กฎหมายไม่อาจจะละทิ้งวัตถุประสงค์ในการแก้แค้นทดแทนหรือการลงโทษเพื่อข่มขู่ป้องปราบอาชญากรรมได้ จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดมาตรการต่างๆมาใช้ควบคู่กันไปเพื่อความเหมาะสม แต่ทั้งนี้ก็ยังขึ้นอยู่กับว่าความผิดในแต่ละฐานและในแต่ละกรรมนั้นว่ามีความเหมาะสมกับโทษใดมากที่สุด จึงจะเป็นการทำให้การบังคับใช้กฎหมายนั้นสามารถบังคับใช้ได้จริงอย่างมีประสิทธิภาพ

2.4.2 วัตถุประสงค์ในการกำหนดเหตุเพิ่มโทษ

ในการรับโทษหนักขึ้นนั้นต้องการที่จะให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าฝ่าฝืนต่อกฎหมายแนวคิดที่สำคัญในการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดให้ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด หมายถึง การลงโทษผู้กระทำความผิดต้องอยู่ในขอบเขตที่เหมาะสมให้ผู้กระทำความผิดกลับคืนเป็นคนดีของสังคมและผู้เสียหายเกิดความพอใจ⁶⁶ ดังนี้

การคำนึงถึงผลของการกระทำ

การคำนึงถึงจิตใจของผู้กระทำ

การคำนึงถึงภัยอันจะเกิดขึ้น

ดังนั้น การลงโทษตามทฤษฎีนี้จะต้องลงโทษแก่ผู้ที่กระทำความผิดที่ได้สัดส่วนของการกระทำความผิดและการลงโทษผู้กระทำความผิดทุกคนอย่างเสมอภาคกัน โดยไม่มีข้อยกเว้นต่อการรับโทษ

2.4.3 แนวความคิดในการกำหนดเหตุเพิ่มโทษตามกฎหมายอาญาของประเทศไทย

การพิจารณาเกี่ยวกับการเพิ่มโทษของผู้ที่กระทำความผิด กล่าวคือ เมื่อศาลได้มีกระบวนการพิจารณาเสร็จสิ้นแล้ว หากเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมาย ซึ่งไม่มีเหตุยกเว้นโทษหรือไม่มีเหตุยกเว้นความผิดไว้ การที่จะกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดโดยคำพิพากษาศาลจักต้องคำนึงถึงความเหมาะสมเพื่อนำมาประกอบการพิจารณาต่างๆ เพื่อให้สามารถกำหนดโทษได้ตามวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรม โดยโทษนั้นเป็นมาตรการบังคับทางกฎหมาย

⁶⁶ วันวิสาข์ กลิ่นกุสม. (2559). *การยกเว้นโทษและการเพิ่มโทษในความผิดฐานหมิ่นประมาท*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. สาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 14.

อาญาประการหนึ่ง เพราะศาลสามารถใช้มาตรการนี้ได้ภายหลังที่มีการพิพากษาคดีนั้นๆ แล้วอัน
กฎหมายอาญาได้กำหนดวิธีการที่เกี่ยวข้องไว้ดังต่อไปนี้⁶⁷

การเพิ่มโทษเพราะการกระทำความผิดอีก

สาเหตุที่เป็นอย่างนี้ก็เนื่องมาจากกฎหมายอาญามุ่งเน้นเพื่อป้องกันปราบปรามไม่ให้บุคคล
อื่นกระทำการอันเป็นเยี่ยงอย่าง ทั้งยังเป็นการยับยั้งข่มขู่ให้เกิดความกลัวจนไม่กล้าที่จะกระทำ
ความผิดซ้ำ กฎหมายจึงได้มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายขึ้นมาเพื่อเพิ่มโทษแก่บุคคลที่กระทำ
ความผิดอีก ซึ่งได้กำหนดไว้ตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา⁶⁸ ดังนี้

การเพิ่มโทษกรณีที่เป็นการกระทำความผิดทั่วไป ตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา
มาตรา 92 บัญญัติว่า “ ผู้ใดต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก ถ้าได้กระทำความผิดใดๆ อีกใน
ระหว่างที่ต้องรับโทษอยู่ก็ดี ภายในเวลาห้าปี นับแต่วันพ้นโทษก็ดี หากศาลจะพิพากษาครั้งหลังถึง
จำคุก ก็ให้เพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้นั้นหนึ่งในสามของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับความผิดครั้งหลัง ”
และเมื่อพิจารณาจากหลักที่กฎหมายได้กำหนดไว้แล้ว ในกรณีของการเพิ่มโทษต่อการกระทำ
ความผิดทั่วไป จะสามารถพิจารณาได้⁶⁹ คือ

- 1) ผู้นั้นต้องเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้รับโทษจำคุก ซึ่งหมายความว่า บุคคลที่จะต้อง
รับโทษทางอาญานั้นจะต้องได้รับโทษจำคุกจริง มิใช่การสั่งของศาลให้รอการลงโทษ
- 2) ต่อมาภายหลังผู้นั้นได้กระทำความผิดใดๆ ในระหว่างที่ยังคงต้องรับโทษอยู่ หรือภายใน
ระยะเวลา 5 ปี นับแต่พ้นโทษ
- 3) ในการกระทำความผิดในภายหลัง ศาลได้มีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกผู้นั้น
- 4) ศาลจะเพิ่มโทษของบุคคลนั้นได้หนึ่งในสามของความผิดครั้งหลังที่ได้มีการพิพากษาใน
ความผิด

การเพิ่มโทษกรณีการกระทำความผิดที่เป็นการเฉพาะทาง ตามบทบัญญัติประมวลกฎหมาย
อาญา มาตรา 93 บัญญัติว่า “ ผู้ใดต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก ถ้าได้กระทำความผิดอย่าง
ใดอย่างหนึ่งที่จำแนกไว้ในอนุมาตราก่อนต่อไปนี้ซ้ำในอนุมาตราเดียวกันอีกในระหว่างที่ยังต้อง

⁶⁷ สมศักดิ์ เอี่ยมพลับใหญ่. (2555). *เกร็ดกฎหมายอาญา ปรับปรุงใหม่ มาตรา 209 – 398* (พิมพ์ครั้งที่ 1).
กรุงเทพฯ: บัณฑิตอักษร . หน้า 244 – 246.

⁶⁸ จิตติ ดิงศักดิ์. (2555). *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติ
บัณฑิตยสภา. หน้า 696 – 703.

⁶⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2559). *ประมวลกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 36). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 281-282.

รับโทษอยู่ที่ดี ภายในเวลาสามปีนับแต่พ้นโทษก็ดี ถ้าความผิดครั้งแรกเป็นความผิดซึ่งศาลพิพากษา จำคุกไม่น้อยกว่าหกเดือน หากศาลพิพากษาลงโทษครั้งหลังจำคุก ก็ให้เพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้นั้นถึง หนึ่งของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับความผิดครั้งหลัง ” และเมื่อพิจารณาจากหลักที่กฎหมายได้ กำหนดไว้แล้วนั้นในกรณีของการเพิ่มโทษต่อการกระทำความผิดที่เป็นการเฉพาะทาง จะสามารถ พิจารณาได้⁷⁰ คือ

1) ผู้ที่กระทำความผิดนั้นจะต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกในคดีที่กระทำความผิด นี้มาแล้วในครั้งแรก

2) ถ้าการกระทำความผิดในครั้งหลังนั้นเป็นการกระทำที่เป็นความผิดในฐานความผิด เดียวกับครั้งแรก ตามที่บทบัญญัติมาตรา 93 ได้กำหนดไว้แล้ว โดยการกระทำความผิดครั้งหลัง เกิดขึ้นระหว่างที่ยังรับโทษในครั้งแรกอยู่ หรือเกิดขึ้นมาภายในเวลา 3 ปี นับแต่พ้นโทษของการ กระทำความผิดในครั้งแรก

3) การกระทำที่เป็นความผิดในครั้งแรก ศาลจะต้องพิพากษาลงโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 6 เดือน ประกอบกับการกระทำความผิดในครั้งหลัง ศาลจะต้องพิพากษาผู้กระทำผิดถึงขั้นจำคุก โดย ให้เพิ่มโทษต่อผู้ที่กระทำความผิดนั้นถึงหนึ่งของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับความผิดครั้งหลัง

ความผิดที่ไม่ถือเป็นเหตุเพิ่มโทษ

แม้ว่าบุคคลนั้นจะได้กระทำความผิดนั้นอีก ตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 94 บัญญัติว่า “ ความผิดอันได้กระทำโดยประมาท ความผิดลหุโทษ และความผิดซึ่งผู้กระทำได้ กระทำในขณะที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีนั้น ไม่ว่าจะได้กระทำในครั้งนี้นี้ก่อนหรือครั้งหลัง ไม่ถือว่าเป็นความผิดเพื่อการเพิ่มโทษตามความในหมวดนี้ ” โดยหลักตามมาตรานี้ถือว่าเป็นข้อยกเว้นของ การเพิ่มโทษต่อผู้กระทำความผิด หากว่าผู้ที่กระทำความผิด ได้กระทำการอันเป็นความผิด เนื่องมาจากการกระทำโดยประมาท เป็นความผิดลหุโทษ และผู้ที่กระทำความผิดนั้นได้กระทำการ ดังกล่าวในขณะที่ตนมีอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งหากเข้าตามข้อกำหนดตามบทบัญญัติประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 94 กฎหมายไม่ถือว่าเป็นความผิดเพื่อการเพิ่มโทษต่อผู้ที่กระทำความผิดนั้น⁷¹

⁷⁰ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 69. หน้า 282 – 284.

⁷¹ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 69. หน้า 284 - 285.