

## บทที่ 2

### แนวความคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา ของผู้ให้บริการสื่อสังคมออนไลน์เกี่ยวกับการประทุษวาจา

การศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ให้บริการสื่อสังคมออนไลน์เกี่ยวกับการประทุษวาจาในระบบข้อมูลของตน มีความจำเป็นต้องศึกษาถึงความหมาย ลักษณะรูปแบบ ระดับความรุนแรง และกรณีศึกษาเกี่ยวกับการกระทำความผิดลักษณะการประทุษวาจา ศึกษาถึงความเป็นมา และผลกระทบของการประทุษวาจาในสื่อสังคมออนไลน์ เปรียบเทียบระหว่างสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และการประทุษวาจา ตลอดจนศึกษาเกี่ยวกับทฤษฎีการกำหนดโทษทางอาญา แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่น และแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ ดังนี้

#### 2.1 ความหมาย รูปแบบ และกรณีศึกษาของการประทุษวาจา

ปัญหาการประทุษวาจาเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในหลายประเทศทั่วโลก มีนักวิชาการได้ให้ความหมายของการประทุษวาจาไว้แตกต่างกันออกไป โดยมีการจำแนกรูปแบบลักษณะของการประทุษวาจา และระดับความรุนแรงของการประทุษวาจาไว้ ทั้งนี้ ผู้ศึกษาได้ศึกษาถึงเหตุการณ์สำคัญที่เป็นการประทุษวาจาทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ดังจะได้ยกตัวอย่างต่อไปนี้

##### 2.1.1 ความหมายของการประทุษวาจา

จากการศึกษาพบว่า ในทางวิชาการได้มีการอธิบายและนิยามความหมายของการประทุษวาจาไว้แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ

Sandra Coliver นิยามความหมายของ Hate Speech ว่าหมายถึง การแสดงออกถึงการดูหมิ่นเกลียดชัง การข่มขู่คุกคาม การขู่ยุปลุกระดมให้เกิดความรุนแรง การแบ่งแยก<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ. (2560). *กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ*. รายงานการวิจัย. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. หน้า 423.

Rachel Weintraub-Reiter เห็นว่า Hate Speech รวมถึงการทำให้ระคายเคือง การแบ่งแยกชนชั้นของบุคคล การใช้คำพูดบนพื้นฐานของความเกลียดชัง การดูหมิ่น ด้วยเหตุแห่งสีผิว เชื้อชาติ ศาสนา หรือเหตุอื่น รวมทั้งกลุ่มหลากหลายทางเพศ<sup>2</sup>

สำหรับในประเทศไทยนั้น ราชบัณฑิตยสภาได้ให้ความหมายของคำว่า Hate Speech เป็นภาษาไทยว่า ประทุษวาจา โดยอาศัยคำอธิบายศัพท์ ประทุษ จากพจนานุกรมสันสกฤตของ Monier Williams ว่า to commit an offence against someone ดังนั้น ประทุษวาจา จึงหมายถึง คำพูดที่เป็นการข่มขู่ คุกคาม สบประมาท หรือยั่วให้เกิดความเกลียดชัง การเลือกปฏิบัติ หรือความรุนแรง มักเป็นเรื่อง เชื้อชาติ ศาสนา สีผิว เพศ เป็นต้น<sup>3</sup>

ดร.พิรงรอง รามสูต ได้ให้ความหมายของประทุษวาจาไว้ว่า วาจาหรือการแสดงออกทาง ความหมายในรูปแบบใดก็ตามที่ส่งเสริมทัศนคติหรือการกระทำที่แบ่งแยกและดูหมิ่นศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ หรือแม้แต่นำให้เกิดการใช้ความรุนแรงต่อบุคคลหรือกลุ่มคน บนฐานแห่งอัตลักษณ์ ร่วม (ลักษณะอันโดดเด่นซึ่งบ่งบอกถึงความเป็นตัวตนที่เชื่อมโยงผูกพันกับกลุ่มทางสังคมซึ่งบุคคล หรือกลุ่มนั้นๆ เป็นสมาชิก) เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เผ่าพันธุ์ สีผิว เพศสภาพ เพศวิถี ความพิการ อุดมการณ์ทางการเมืองหรือลักษณะทางสังคมใดๆ อันเป็นการแบ่งแยกได้ โดย "ประทุษวาจา" อาจจะเป็นการ โจมตีด้วยคำพูด การคุกคาม การดูถูกดูหมิ่น หรือแม้แต่การล้อเลียนหรือทำให้ขบขัน<sup>4</sup>

ฉัตรยา สุขสงวน ได้ให้ความหมายของคำว่า การประทุษวาจา ไว้ในบทความทางวิชาการ เรื่อง การปฏิรูปสื่อเพื่อควบคุมการเผยแพร่เนื้อหาสื่อที่สร้างความเกลียดชัง โดยสรุปว่า การประทุษวาจา คือ การแสดงออกทั้งทางคำพูด ข้อเขียน และการแสดงออกเชิงสัญลักษณ์รูปแบบอื่นๆ ต่อบุคคล หรือกลุ่มบุคคล โดยมีมุ่งโจมตีแสดงความเกลียดชัง ประจาน สบประมาท หรือข่มขู่ผู้ถูกกล่าวถึงอย่าง ร้ายแรง ประหนึ่งเป็นการทำร้ายหรือก่ออันตรายต่อผู้ที่ถูกกล่าว โดยมีฐานอคติเกี่ยวกับเชื้อชาติ

<sup>2</sup> คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ. อ่างแล้วเชิงอรรดที่ 1. หน้า 423.

<sup>3</sup> กัทธกานต์ กัทธธำรง. (2559). *การเปิดรับและความคิดเห็นต่อเนื้อหาประทุษวาจา (Hate Speech) ของผู้รับสารสื่อออนไลน์: กรณีศึกษาเฟซบุ๊กแฟนเพจ “หยุดตัดจริดประเทศไทย”*. วิทยานิพนธ์วารสารศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชา สื่อสารมวลชน, คณะวารสารศาสตร์และสื่อสารมวลชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 23-24.

<sup>4</sup> พิรงรอง รามสูต. (2558). *ประทุษวาจา (hate speech) เบื้องต้น สำหรับสังคมไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก:

<https://www.tcijthai.com/news/2015/11/archived/5385>. [2563, 25 มีนาคม]

ชนชั้น ความผิดทางเพศ สถานที่เกิด อุดมการณ์ทางการเมือง กลุ่มวัฒนธรรม ศาสนา หรือคุณลักษณะอื่นที่นำไปสู่การแบ่งแยก<sup>5</sup>

เนื้อหาที่แสดงออกที่เป็นการประทุษวาทมีลักษณะ ได้แก่ การด่า บริกาษา ใช้ภาษาหยาบคาย รุนแรง ดูถูกเหยียดหยาม สร้างความเข้าใจผิด เผยแพร่ข้อมูลที่ผิด นิยามคนอื่นในเชิงลดคุณค่า ทำให้มีความหมายเชิงลบ หรือลดทอนคุณค่าความเป็นมนุษย์ของผู้อื่น รวมทั้งการสื่อสารที่สร้างความรู้สึกแบ่งฝักแบ่งฝ่ายออกชัดเจน สื่อความหมายปฏิเสธการอยู่ร่วมกัน กีดกันออกจากสังคม ตีตราประทับภาพเหมารวมในเชิงลบ ยุยงปลุกปั่น ปลุกระดมให้ผู้อื่นร่วมเกลียดชัง สนับสนุนให้ใช้ความรุนแรงกับผู้ที่เห็นต่าง นำไปสู่ความรุนแรง การระดมกำลัง ไล่ล่า ชุ่คุกคาม การลงทัณฑ์ทางสังคม รุมประณามอย่างรุนแรง การเนรเทศ หรือนำไปสู่การประกาศเช่นฆ่า<sup>6</sup>

อริป จิตตฤกษ์<sup>7</sup> ก็ได้ให้ความหมายของคำว่า การประทุษวาท ในความหมายอย่างกว้างว่า หมายถึง คำพูดหรือการสื่อสารใดๆ ก็ตามที่ทำให้เกิดความเกลียดชังและนำไปสู่การใช้ความรุนแรงทางกายภาพกับคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ในกรอบแบบนี้ตั้งแต่การ โฆษณาชวนเชื่อเรื่องยิวของนาซี การปลุกระดมให้เกิดการสังหารหมู่ในวันดา ไปจนถึงการปลุกระดมที่ส่งให้เกิดเหตุการณ์ 6 ตุลา จึงถูกนับเป็นการประทุษวาททั้งสิ้น

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช<sup>8</sup> ได้อธิบายว่าทั้งกฎหมายภายในของแต่ละประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศได้ให้คำนิยามของคำว่า การประทุษวาท (ถ้อยคำแห่งความเกลียดชัง) แตกต่างกันไป แต่เพื่อความสะดวกต่อความเข้าใจ สารสำคัญของคำประทุษวาท คือ การแสดงออกด้วย “คำพูด” หรือ “วิธีการอื่นใด” ก็ได้ อันเป็นการเหยียดหยาม ดูถูก หรือลดทอนคุณค่าของความเป็นมนุษย์หรือเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยอาศัยเหตุทางเชื้อชาติ ศาสนา ชาติพันธุ์ สีผิว ภาษา ชาติกำเนิด สถานะทางสังคม เพศ เป็นต้น ซึ่งการแสดงออกนั้นอาจนำไปสู่ความรุนแรงได้ต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือ

<sup>5</sup> ฉัตรดา สุขสงวน. (2557). *การปฏิรูปสื่อเพื่อควบคุมการเผยแพร่เนื้อหาสื่อที่สร้างความเกลียดชัง*. หน้า 6. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [http://library.senate.go.th/document/Ext7989/7989362\\_0002.PDF](http://library.senate.go.th/document/Ext7989/7989362_0002.PDF). [2563, 24 มีนาคม]

<sup>6</sup> ฉัตรดา สุขสงวน. (2557). *การปฏิรูปสื่อเพื่อควบคุมการเผยแพร่เนื้อหาสื่อที่สร้างความเกลียดชัง*. หน้า 6. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [http://library.senate.go.th/document/Ext7989/7989362\\_0002.PDF](http://library.senate.go.th/document/Ext7989/7989362_0002.PDF). [2563, 24 มีนาคม]

<sup>7</sup> อริป จิตตฤกษ์. (2555). *Hate Speech: ความเข้าใจเบื้องต้นและประเด็นพิจารณาในการปราบปราม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://prachatai.com/journal/2012/11/43747>. [2563, 24 มีนาคม]

<sup>8</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2556). *ถ้อยคำแห่งความเกลียดชัง (Hate speech) กับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://prachatai.com/journal/2013/12/50732>. [2563, 25 มีนาคม]

ต่อเฉพาะกลุ่มเป้าหมายได้ หนึ่ง มีข้อควรตระหนักว่า คำหยาบคายหรือคำทออย่างรุนแรงไม่จำเป็นต้องเป็นการประทุษวาจา เสมอไป การคำทอด้วยคำหยาบคายหรือการใส่ร้ายเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทหรือการดูหมิ่นซึ่งเป็นคนละฐานความผิดกับการประทุษวาจา ในทางกลับกัน การประทุษวาจา ก็ไม่จำเป็นต้องเป็นการกล่าวด้วยถ้อยคำหยาบคาย เช่น การสวดดี ซึ่งชมการกระทำของฮิตเลอร์ก็เข้าข่ายเป็นการประทุษวาจาได้

ศูนย์ศึกษานโยบายสื่อ คณะนิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้รายงานผลงานวิจัยเรื่อง “การกำกับดูแลสื่อที่เผยแพร่เนื้อหาที่สร้างความเกลียดชัง” โดยในงานวิจัยนี้ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ความเกลียดชัง” และ “ความเกลียดชังออนไลน์” ไว้ดังนี้<sup>9</sup>

หมายถึง การใช้คำพูดหรือการแสดงออกทางความหมายใดๆ ที่มี “ความเกลียดชัง” วัตถุประสงค์เพื่อโจมตีบุคคลหรือปัจเจกบุคคล โดยมีมุ่งไปฐานของอัตลักษณ์ซึ่งอาจจะคิดตัวมาตั้งแต่เดิมหรือเกิดขึ้นภายหลังก็ได้ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา สีผิว สถานที่เกิด ที่อยู่อาศัย อุดมการณ์ทางการเมือง อาชีพ หรือลักษณะอื่น ที่สามารถทำให้ถูกแบ่งแยกได้ การแสดงความเกลียดชังที่ปรากฏอาจเป็นการเหยียดหยามศักดิ์ศรี หรือลดทอนคุณค่าความเป็นมนุษย์ หรือยุยงส่งเสริมให้เกิดความเกลียดชัง ตลอดจนส่งเสริมให้เกิดความรุนแรงด้วย

หมายถึง การสื่อสารความหมายตามนิยามในย่อหน้าข้างต้น “ความเกลียดชังออนไลน์” ที่สร้างความเกลียดชัง ทั้งที่เป็นคำพูด ตัวอักษร ภาพวาด ภาพถ่าย ภาพกราฟฟิก ภาพเคลื่อนไหว ภาพยนตร์ เพลง และการสื่อความหมายในในเชิงสัญลักษณ์อื่นๆ ทั้งที่เป็นการผลิตขึ้นมาใหม่ การผสมผสานเนื้อหาใหม่กับเนื้อหาที่มีการผลิตไว้แล้ว และการนำเสนอเนื้อหาที่ผลิตไว้แล้วในรูปแบบใหม่ผ่านพื้นที่ออนไลน์ซึ่งเข้าถึงได้โดยมีเทคโนโลยีเครือข่าย หรือเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร

### 2.1.2 ลักษณะหรือรูปแบบของการประทุษวาจา

นักวิชาการหลายท่านได้ศึกษาถึงการกระทำในลักษณะของการประทุษวาจา โดยได้จำแนกลักษณะหรือรูปแบบของการประทุษวาจาไว้ ดังนี้

<sup>9</sup> เครือข่ายพลเมืองเน็ต. (2556). *เปิดงานวิจัย Hate Speech คำพูดเกลียดชังออนไลน์ไทย นิยามหลายระดับ กำกับต้องดูวัตถุประสงค์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://thainetizen.org/2013/07/online-hate-speech-in-thailand-research-chula/>. [2563, 26 มีนาคม]

ฉัตรถยา สุขสงวน ได้เขียนบทความทางวิชาการเรื่อง ปราบปฏิรูปสื่อเพื่อควบคุมการเผยแพร่เนื้อหาสื่อที่สร้างความเกลียดชัง โดยได้แบ่งแยกเนื้อหาที่ถือว่าการประทุษวาจาได้ ดังนี้<sup>10</sup>

- 1) การด่า บริภาษ ด้วยการใช้ภาษาหยาบคาย รุนแรง ดูถูกเหยียดหยาม
- 2) การสร้างความเข้าใจผิด การโน้มน้าวใจชักจูงให้เชื่อถือด้วยข้อมูลผิด หรืออคติส่วนตัว
- 3) การนิยามคนอื่นในเชิงลดคุณค่า ทำให้มีความหมายเชิงลบ กลายเป็นตัวตลกลดทอนคุณค่าความเป็นมนุษย์ของผู้อื่น
- 4) การสื่อสารที่สร้างความรู้สึกรังเกียจแบ่งฝักแบ่งฝ่าย แบ่งพวกเขาพวกเราแยกออกชัดเจน ไม่ใช่พวกเดียวกัน
- 5) การสื่อความหมายปฏิเสธการอยู่ร่วมกัน การกีดกันออกจากสังคม
- 6) การตีตราประทับภาพเหมารวมตายตัวในเชิงลบ
- 7) การยุยง ปลุกปั่น ปลุกกระดมให้ผู้อื่นร่วมเกลียดชัง สนับสนุนให้ใช้ความรุนแรงกับผู้ที่เห็นต่าง
- 8) การระดมกำลังไล่ล่า ชุ่คุกคาม การลงโทษทางสังคม รุมประณามอย่างรุนแรงด้วยกลุ่มบุคคล การเนรเทศ หรือนำไปสู่การประกาศแข่งฆ่า

พิรงรอง รามสูต ระบุว่า ทัศนะที่ได้อธิบายประกอบของการประทุษวาจาไว้ในงานวิจัยเรื่องการกำกับดูแลสื่อที่เผยแพร่เนื้อหาที่สร้างความเกลียดชัง ไว้ดังนี้<sup>11</sup>

- 1) ประทุษวาจามีลักษณะเป็นการใช้ถ้อยคำทางการสื่อสาร หรือการสื่อสารใดๆ ที่แสดง ความเกลียดชังต่อบุคคลอื่น โดยมีมุ่งไปที่ลักษณะเฉพาะอย่างใดอย่างหนึ่ง
- 2) บุคคลอื่นที่ว่าเป็นอาจจะเป็น “บุคคล” หรือ “กลุ่มบุคคล” ก็ได้
- 3) ฐานคิดหรือลักษณะที่พุ่งเป้าแสดงความเกลียดชังต้องเป็นลักษณะที่เป็นอัตลักษณ์ร่วม ของ “กลุ่ม” โดยที่อัตลักษณ์หรือฐานของความเป็นกลุ่มดังกล่าวนั้นจะมีมาแต่กำเนิด หรือจงใจเลือกเป็นภายหลังก็ได้ เช่น กลุ่มคนผิวดำ หรือกลุ่มคนเสื้อแดง เป็นต้น
- 4) การแสดงความเกลียดชังนั้นมีการขู่ขู่ที่จะทำให้เกิดผลร้ายต่อผู้ใดผู้หนึ่งได้ในระดับทันที เช่น ก่นด่าอีกฝ่ายและขู่ขู่ให้มีการรุมท ำร้าย หรืออาจเป็นผลที่สั่งสมในระยะยาวและถ่ายทอดจาก

<sup>10</sup> ฉัตรถยา สุขสงวน. (2557). *การปฏิรูปสื่อเพื่อควบคุมการเผยแพร่เนื้อหาสื่อที่สร้างความเกลียดชัง*. หน้า 3.

(ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [http://library.senate.go.th/document/Ext7989/7989362\\_0002.PDF](http://library.senate.go.th/document/Ext7989/7989362_0002.PDF). [2563, 24 มีนาคม]

<sup>11</sup> ภัทรกานต์ ภัทรธำรง. อังแล้วเชิงอรธที่ 3. หน้า 27.

รูน ผู้รูนในสังคม เช่น การแสดงความเกลียดชังและชักชวนให้ปฏิบัติต่ออีกฝ่ายในลักษณะไม่เป็นที่  
ต้องการของสังคม หรือในลักษณะของการเบียดขับหรือกดทับให้คนกลุ่มดังกล่าวอยู่ในชายขอบของ  
สังคมจนเสมือนไม่มีตัวตนในสังคม

5) ความมุ่งหมายหลักในการแสดงความเกลียดชัง คือการแบ่งแยกทางสังคม และ  
“ขจัด” คนอีกกลุ่มออกไป ไม่ว่าจะในเชิงนามธรรม เช่น การทำให้ความเห็นของอีกฝ่ายไร้ค่า และการ  
สร้างความชอบธรรมในการปฏิบัติกับกลุ่มดังกล่าวเสมือนไม่ใช่สมาชิกที่มีสิทธิและศักดิ์ศรีที่เท่าเทียม  
กัน

ทั้งนี้ งานวิจัยเรื่องดังกล่าวยังได้จำแนกฐานความเกลียดชังได้ 7 ประเภท คือ

- 1) ชนชาติ เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นที่อยู่
- 2) ชนชั้น
- 3) ศาสนาและการเข้าร่วมกลุ่มทางศาสนา
- 4) อุดมการณ์ทางการเมือง
- 5) ความทุพพลภาพ โรคร้าย
- 6) เพศสภาพและเพศวิถี
- 7) ลักษณะอื่นๆ อันเป็นการแบ่งแยกได้

อริป จิตตฤกษ์<sup>12</sup> ได้กล่าวว่า การประทุษวาจา คือ คำพูดหรือการสื่อสารที่มีลักษณะ 4  
ประการ ดังนี้<sup>12</sup>

- 1) ก่อให้เกิดความเกลียดชัง
- 2) นำไปสู่ความรุนแรงทางกายภาพ
- 3) ความรุนแรงทางกายภาพต้องเกิดจากผู้รับสารของการประทุษวาจา
- 4) มีลักษณะที่จะต้องสะสมเป็นเวลานานก่อนจะเกิดผล

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช ก็ได้อธิบายว่าประเภทหรือตัวอย่างของประทุษวาจา มีได้หลาย  
รูปแบบ เช่น การดูถูก การเลือกปฏิบัติ การข่มขู่ให้เกิดความรุนแรง รวมถึง “การแก้ไขข้อเท็จจริง  
ทางประวัติศาสตร์” หรือ “การปฏิเสธเหตุการณ์สำคัญทางประวัติศาสตร์ว่าไม่มีอยู่จริง” เช่น การปฏิเสธ

<sup>12</sup> อริป จิตตฤกษ์. (2555). *Hate Speech: ความเข้าใจเบื้องต้นและประเด็นพิจารณาในการปราบปราม*. (ออนไลน์).

เข้าถึงได้จาก: <https://prachatai.com/journal/2012/11/43747>. [2563, 24 มีนาคม]

การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวโดยฮิตเลอร์ ที่เรียกว่า “Holocaust denial” เพราะการปฏิเสธดังกล่าวเป็นการเหยียดหยามดูถูกชาวยิว<sup>13</sup>

รองศาสตราจารย์ คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะผู้วิจัย เรื่อง กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ ได้จำแนกองค์ประกอบที่สำคัญของการประทุษวาจา ในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนและการห้ามเลือกปฏิบัติ ได้ 4 ประการ ดังนี้<sup>14</sup>

1) การแสดงออกซึ่งการสื่อสารมีความหมายกว้างกว่าคำพูด ทั้งนี้ แม้ว่าจะใช้คำว่า “Speech” แต่ก็ไม่ได้มีความหมายจำกัดเฉพาะ การพูดหรือการสื่อสารด้วยวาจา แต่มีความหมายครอบคลุมการแสดงออกโดยการสื่อสารในรูปแบบต่าง ๆ เช่น คำพูด ลายลักษณ์อักษร พฤติกรรม กิริยาอาการ ภาพ ป้าย สัญลักษณ์ โดยอาจแสดงออกในช่องทางการสื่อสารต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นช่องทางกายภาพหรือช่องทางอิเล็กทรอนิกส์

2) การประทุษวาจามีความแตกต่างจากการสื่อสารที่มีความผิดตามกฎหมายอื่น เช่น การหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญา เนื่องจากกฎหมายอาญารฐานหมิ่นประมาทนั้น มุ่งคุ้มครองชื่อเสียงของปัจเจกชนคนใดคนหนึ่งซึ่งอาจได้รับความเสียหายจากการเผยแพร่ข้อมูลที่ทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงของบุคคลนั้น โดยเฉพาะเจาะจง อันสะท้อนให้เห็นจากองค์ประกอบสำคัญของกฎหมายอาญารฐานหมิ่นประมาทที่จะต้องระบุตัวผู้ถูกหมิ่นประมาทได้ชัดเจน แต่สำหรับ การประทุษวาจาในแง่กฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น มิได้มุ่งคุ้มครองชื่อเสียงบุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยเฉพาะแต่มุ่งป้องกันกลุ่มบุคคลที่มีลักษณะเฉพาะร่วมกัน เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา จากการถูกกีดกันหรือแบ่งแยกในสังคมซึ่งบุคคลในกลุ่มเหล่านี้มักจะเป็นกลุ่มบุคคลที่มักถูกเลือกปฏิบัติในมิติอื่น ๆ ด้วย

3) ในทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนนั้น การประทุษวาจามีความเกี่ยวข้องกับ “เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ” เช่น เชื้อชาติ ศาสนา สีผิว เพศ ฯลฯ ลักษณะของการประทุษวาจา ข้อนี้อาจทำให้สามารถจำแนกความแตกต่างระหว่างการสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังที่แม้ว่าเกิดจากความ “เกลียดชัง” เช่นเดียวกัน แต่สืบเนื่องจากมูลเหตุอื่น เช่น ความเกลียดชังอันสืบเนื่องกับความสัมพันธ์ส่วนบุคคลออกจากกรประทุษวาจาในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชน สำหรับการสื่อสารความเกลียดชังที่มีมูลเหตุอันไม่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ นั้น ก็จะต้องไปพิจารณากฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องต่อไป

<sup>13</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2556). *ถ้อยคำแห่งความเกลียดชัง (Hate speech) กับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://prachatai.com/journal/2013/12/50732>. [2563, 25 มีนาคม]

<sup>14</sup> คณาธิป ทองรวีวงศ์. *อ่าวแล้วเชิงอรรถที่ 1*. หน้า 424.

4) การสื่อสารความเกลียดชังอาจนำไปสู่ผลในเชิงนามธรรม เช่น การแบ่งแยกบุคคลในสังคมให้แตกต่างกันด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่าง ๆ หรืออาจส่งผลในเชิงรูปธรรม เช่น การปลุกระดมให้เกิดความรุนแรงทางกายภาพ หรือช่วยทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติในมิติต่างๆ ต่อบุคคลบางกลุ่ม เช่น การไม่รับบุคคลบางกลุ่มเข้าทำงาน การปฏิเสธไม่ให้บริการกับบุคคลบางกลุ่ม เป็นต้น

### 2.1.3 ระดับความรุนแรงของการประทุพพวจา

Anthony Cortese ได้กล่าวว่าประทุพพวจา มีระดับความรุนแรงที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับเนื้อหาวิธีการสื่อสาร และเจตนาของผู้ส่งสาร โดยสามารถแบ่งได้เป็น 4 ระดับจากรุนแรงน้อยที่สุดไปถึงรุนแรงมากที่สุด ดังนี้<sup>15</sup>

ระดับ 1 การแบ่งแยกแบบไม่ตั้งใจต่อกลุ่มเป้าหมาย เกิดจากความไม่ตั้งใจหรือรู้เท่าไม่ถึงการณ์ โดยมักอยู่ในรูปของการกระทำหรือทัศนคติในเชิงแบ่งแยกของผู้ที่เป็นสมาชิกของกลุ่มที่เป็นส่วนใหญ่ของสังคมต่อคนกลุ่มน้อย เช่น การเรียกผู้ที่มีเชื้อสายแอฟริกา อเมริกันว่าคนดำหรือผิวสีซึ่งการประทุพพวจาในระดับนี้สามารถแก้ไขได้ด้วยการให้การศึกษาหรืออธิบายถึงเหตุและผลเพื่อสร้างความเข้าใจในสังคม

ระดับ 2 การตั้งใจแบ่งแยก กีดกัน สร้างความเป็นเขา-เรา ต่อกลุ่มเป้าหมาย เป็นการแสดงความจงเกลียดชังบนพื้นฐานของอคติอย่างรุนแรง แบ่งแยกกีดกันพวกเขาพวกเรา และชักชวนให้กีดกันทางสังคม รวมถึงการเปรียบเทียบในลักษณะที่ทำให้ผู้อื่นไม่ใช่คน หรือการนำเสนอเรื่องราวว่า “กลุ่มอื่น” คุกคามกลุ่มเราอย่างไร การจัดการกับการประทุพพวจาในระดับนี้ นอกจากการให้การศึกษาและสร้างความรู้ความเข้าใจแล้ว ควรต้องมีการบังคับใช้กฎหมาย มารยาทภายในเพื่อห้ามไม่ให้เกิดการสื่อสารในเชิงสร้างความแตกแยก รวมถึงอาจมีการฟ้องร้องเมื่อมีการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้น เกณฑ์ที่ใช้ในการตัดสินว่าการประทุพพวจาหนึ่งๆ ถือเป็นความผิดเพียงพอที่จะฟ้องร้องหรือไม่ประกอบด้วย

- 1) เจตนา
- 2) พฤติกรรมรุนแรงและอุกอาจ
- 3) มีเหตุปัจจัย

ระดับ 3 การช่วยทำให้เกิดความเกลียดชังต่อกลุ่มเป้าหมาย ประกอบด้วยการกล่าวหา กล่าวโทษที่รุนแรง ประณาม แฉ ว่าร้าย พุดคุ้ยดูหมิ่นเหยียดหยาม สบประมาท ทำให้น่าขบขันลดคุณค่าลงทำให้ด้อยค่าในสายตาผู้อื่น การเยาะเย้ยที่รุนแรง สมน้ำหน้าหรือทับถม ตลอดจน

<sup>15</sup> ภัทรกานต์ ภัทรธำรง. อังแล้วเชิงอรรถที่ 3. หน้า 28.



เปรียบเทียบในลักษณะที่ทำให้ผู้อื่น ไม่ใช่คน ซึ่งการประทุษวาจาในระดับนี้รุนแรงกว่าสองระดับแรก เพราะฉะนั้น การให้การศึกษาเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะแก้ไขทัศนคติที่ไม่ดีของบุคคลที่มีความเชื่อในเชิงลบเหล่านี้ได้ ในขณะที่เดียวกันการแบ่งแยกในระดับดังกล่าว มักถูกแสดงออกในที่สาธารณะ ทำให้ถูก ตักเตือน มารยาทภายในองค์กร ไม่สามารถบังคับใช้ได้ ดังนั้นจึงต้องอาศัยการฟ้องร้องเพื่อกลไกในการจัดการและลงโทษ

ระดับ 4 การช่วยผู้ให้มีการใช้ความรุนแรงต่อกลุ่มเป้าหมาย ประกอบด้วย การปฏิเสธการอยู่ร่วมกัน การช่วยปลุกปั่นให้เกิดการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือชักชวนให้ทำลายล้างคนหรือกลุ่มคนที่มีความเชื่อหรืออุดมการณ์ที่ต่างกันเพื่อปกป้องกลุ่มของตน การประทุษวาจาในระดับนี้มักนำไปสู่การกระทำผิดที่รุนแรง ซึ่งมีบทลงโทษทางกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจน

ศูนย์ศึกษานโยบายสื่อ คณะนิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้จัดทำวิดีโอคู่มือให้ความรู้เกี่ยวกับ Hate Speech เบื้องต้นสำหรับคนไทยฉบับเต็ม ลงเผยแพร่ให้ความรู้บนเว็บไซต์ยูทูบ โดยจากคู่มือดังกล่าวพบข้อมูลว่า ระดับความรุนแรงของการประทุษวาจาขึ้นอยู่กับเนื้อหาและเจตนาของผู้ส่งสาร โดยสามารถแบ่งได้ออกเป็น 3 ระดับ จากระดับความรุนแรงน้อยที่สุดไปสู่ระดับความรุนแรงมากที่สุด ดังนี้<sup>16</sup>

ระดับที่ 1 คือ การตั้งใจแบ่งแยก กีดกัน สร้างความเป็นเขา - เรา ต่อกลุ่มเป้าหมาย เช่น เรียกผู้ชุมนุมคนเสื้อส้มว่า พวกควายส้ม

ระดับที่ 2 คือ การช่วยทำให้เกิดความเกลียดชังต่อกลุ่มเป้าหมาย เช่น เรียกผู้นับถือศาสนาพุทธที่วัดแห่งหนึ่งว่า พวกเปรตหม่มขาว เป็นมารสังคม

ระดับที่ 3 คือ การช่วยผู้มีการใช้ความรุนแรงต่อกลุ่มเป้าหมาย เช่น ฆ่าพวกคอมมิวนิสต์ ไม่บาปหรอก แต่ได้บุญด้วยซ้ำเพราะถือว่าเป็นการช่วยเหลือประเทศชาติ

สำหรับความรุนแรงในแต่ละระดับจะมีแนวทางการป้องกันและแก้ไขได้ต่างกัน ตั้งแต่การให้การศึกษาหรืออธิบายถึงเหตุและผลเพื่อสร้างความเข้าใจในสังคม ไปจนถึงการใช้บทลงโทษตามกฎหมาย

นอกจากนี้ คณะนักวิจัยยังได้วิเคราะห์ระดับความรุนแรงและลักษณะการสื่อสารความเกลียดชังออกได้เป็น 4 ประเภทใหญ่ๆ สรุปได้ดังนี้

<sup>16</sup> ฉัตรลดา สุขสงวน. (2557). การปฏิรูปสื่อเพื่อควบคุมการเผยแพร่เนื้อหาสื่อที่สร้างความเกลียดชัง. หน้า 4.

(ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [http://library.senate.go.th/document/Ext7989/7989362\\_0002.PDF](http://library.senate.go.th/document/Ext7989/7989362_0002.PDF). [2563, 24 มีนาคม]

- 1) การแบ่งแยกแบบไม่ได้ตั้งใจต่อกลุ่มเป้าหมาย
- 2) การตั้งใจแบ่งแยก กีดกัน สร้างความเป็นเขา – เรา ต่อกลุ่มเป้าหมาย
- 3) การขู่ข่มทำให้เกิดความเกลียดชังต่อกลุ่มเป้าหมาย
- 4) การขู่ข่มให้มีการใช้ความรุนแรงต่อกลุ่มเป้าหมาย

จากรายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติของกรองศาสตราจารย์ คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะผู้วิจัย ได้อธิบายระดับของการประทุษวาจาจำแนกออกเป็น 4 ระดับ คือ<sup>17</sup>

ระดับแรก การเลือกปฏิบัติโดยไม่เจตนา การกระทำลักษณะนี้สืบเนื่องจากทัศนคติของบุคคลที่อยู่ในกลุ่มคนส่วนใหญ่อันมีต่อคนกลุ่มน้อยที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น การจำแนกความแตกต่างระหว่างคนผิวขาวกับคนผิวสี

ระดับที่สอง การเลือกปฏิบัติด้วยจิตสำนึกหรือด้วยเจตนา ในระดับนี้เป็นการแสดงออกโดยการจำแนก แบ่งแยก กีดกัน ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของอคติอันมีต่อบุคคลกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ

ระดับที่สาม การกระตุ้นขู่ข่มให้เกิดความเกลียดชังโดยการเลือกปฏิบัติ ในระดับนี้นอกจากมีระดับของการสื่อสารที่ทำให้บุคคลกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติอยู่ในสถานะที่ถูกดูหมิ่นเหยียดหยามลดคุณค่าและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์แล้ว ยังมีลักษณะของการกระตุ้นให้บุคคลอื่นร่วมแสดงความเกลียดชังด้วย โดยเฉพาะการทำให้เกิดการกระทำกีดกันทางกายภาพต่อบุคคลกลุ่มดังกล่าว ทำให้รู้สึกหรือได้รับการปฏิบัติอันพึงพอใจน้อยกว่าในที่สาธารณะ

ระดับที่สี่ การกระตุ้นขู่ข่มให้เกิดความรุนแรงโดยการเลือกปฏิบัติ ในระดับนี้การสื่อสารที่แสดงความเกลียดชัง นอกจากจะกระตุ้นขู่ข่มให้บุคคลอื่นแสดงความเกลียดชังต่อบุคคลกลุ่มที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติแล้ว ยังกระตุ้นให้เกิดการกระทำทางกายภาพ เช่น กระตุ้นให้เกิดการต่อสู้ทำร้ายบุคคลกลุ่มดังกล่าวด้วย

ผู้วิจัยและคณะได้อธิบายต่อไปว่า โดยทั่วไปแล้ว การประทุษวาจาในระดับแรกหรือระดับที่สอง อาจอยู่ในขอบเขตของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น โดยกฎหมายบางประเทศที่ให้น้ำหนักกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอาจยังไม่ควบคุมในระดับนี้ แต่สำหรับการประทุษวาจา ซึ่งถึงระดับที่ก่อให้เกิดผลทางกายภาพเช่น การกระตุ้นให้เกิดการเลือกปฏิบัติในระดับที่สาม หรือการกระตุ้นให้เกิด

<sup>17</sup> คณาธิป ทองรวีวงศ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 426-427.

ความรุนแรงในระดับที่สี่ ดังนี้อาจถือได้ว่าเป็นการเกินขอบเขตของเสรีภาพในการสื่อสาร ซึ่งกฎหมาย  
จำต้องเข้ามาควบคุม

#### 2.1.4 กรณีศึกษาเกี่ยวกับการกระทำความผิดลักษณะการประทุษวาจาในต่างประเทศ

จากการศึกษาถึงการกระทำในลักษณะการประทุษวาจา ทั้งในอดีตจนถึงปัจจุบัน  
ของต่างประเทศพบว่า ในหลายประเทศมีการกระทำในลักษณะที่เป็นการประทุษวาจามาเป็นเวลา  
ช้านานแล้วตั้งแต่ยุคที่ยังไม่มีอินเทอร์เน็ต มนุษย์ยังไม่เข้าถึงสื่อสังคมออนไลน์ มีเหตุการณ์สำคัญที่  
น่าจะนำมาเป็นกรณีศึกษา ได้ดังนี้

เหตุการณ์แรก คือ เมื่อวันที่ 6 เมษายน พ.ศ. 2537 เครื่องบินโดยสารของประธานาธิบดี  
Juvénal Habyarimana แห่งประเทศรวันดา ถูกยิงตกบริเวณสนามบินคิกาลี (Kigali) ส่งผลให้บุคคล  
สำคัญหลายคนซึ่งรวมถึงประธานาธิบดีแห่งรวันดาเสียชีวิต เหตุการณ์ดังกล่าวเปรียบเสมือนฟางเส้น  
สุดท้าย ที่ทำให้ความอดกลั้นของชาวฮูตู (Hutu) ซึ่งเป็นพลเมืองส่วนใหญ่ของรวันดาที่มีต่อชาวทุตซี  
(Tutsi) หมดลง หนึ่งร้อยวันนับจากเหตุการณ์ดังกล่าว มีพลเมืองชาวทุตซีถูกสังหารมากกว่าแปดแสน  
คน โดยน้ำมือของทหารและพลเรือนชาวฮูตู ภายใต้การปลุกเร้าซึ่งดำเนินมาโดยต่อเนื่องนับแต่ก่อน  
เกิดเหตุการณ์ดังกล่าว ปัจจัยสำคัญที่ทำให้พลเรือนลุกขึ้นมาเช่นฆ่ากันเองนั้น คือ “คำพูด” ที่เผยแพร่ผ่าน  
สถานีวิทยุสองแห่ง (ซึ่งต่อมาในภายหลังผู้ดำเนินรายการถูกลงโทษในข้อหาฆ่าล้างเผ่าพันธุ์และ  
อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติโดยศาลอาญาระหว่างประเทศแห่งรวันดา (International Criminal  
Tribunal for Rwanda : ICTR) ซึ่งเป็นศาลอาญาระหว่างประเทศเฉพาะกิจ) ทั้งในลักษณะของการเปรียบเทียบ  
เปรยชาวทุตซีเป็นแมลงสาบหรือการกล่าวอ้างว่า “ถ้าเราไม่กำจัดพวกมัน พวกมันจะเป็นฝ่ายกำจัดเรา”  
รวมไปถึงการให้ข้อมูลตำแหน่งที่อยู่ของชาวทุตซีผ่านสื่อดังกล่าว ดังที่ชาวฮูตูได้กล่าวในภายหลังว่า  
“มันเป็นช่วงเวลาแห่งความเกลียดชัง พวกเราโกรธเกรี้ยว เลือดขึ้นหน้า พวกเรากลายเป็นเดรัจฉาน”<sup>18</sup>

ในคดี The Prosecutor v Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze (Case  
No. ICTR-99-52-T) หนึ่งในข้อหาที่จำเลยทั้งสามต้องรับโทษ คือ ข้อหาชี้นำและช่วยต่อสาธารณชนให้ก่อ  
การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ซึ่งในทางตำรา ความผิดดังกล่าวมีความเชื่อมโยงกับความผิดในข้อหาการประทุษ  
วาจา กล่าวคือ ในทุกครั้งที่การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ สามารถสืบสาวไปถึงการปลุกปั่นให้เกิดความเกลียด  
ชังระหว่างเชื้อชาติ ชนชาติ หรือศาสนาได้เสมอ จึงอาจกล่าวได้ว่ามีความเชื่อมโยงอยู่ในตัวเองระหว่าง

<sup>18</sup> วคิน แดงประดับ. (ม.ป.ป). *การควบคุมการแสดงออกที่สร้างความเกลียดชัง (hate speech)*. กฤษฎีกา โฟกัส.

ความผิดฐานชี้นำและช่วยต่อสาธารณชนให้ก่อการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ตามอนุสัญญาเจนีวา กับบทบัญญัติแห่งกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับ การประทุษวาจา และอาจกล่าวได้ว่า การกระทำ ความผิดในข้อหาชี้นำและช่วยต่อสาธารณชนให้ก่อการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์นั้นย่อมเป็นการประทุษวาจาเสมอ แต่การประทุษวาจา ไม่จำเป็นต้องเป็นหรือเกี่ยวข้องกับความคิด ในข้อหาชี้นำและช่วยต่อสาธารณชนให้ก่อ การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์<sup>19</sup>

อีกหนึ่งเหตุการณ์สำคัญที่เกิดขึ้นใกล้กับประเทศไทยเรา คือ ชาวพุทธในประเทศเมียนมาร์ ได้ปลุกระดมให้เกิดความเกลียดชังในเรื่องเชื้อชาติและศาสนาและชาวความรุนแรงกับชาวโรฮิงจา ซึ่งเป็นมุสลิมชนกลุ่มน้อย โดยการฆ่า ทำร้ายร่างกาย เผาทำลายทรัพย์สิน จนชาวโรฮิงจาต้องลี้ภัย ทางเรือไปขึ้นฝั่งในประเทศต่างๆ ทางเอเชีย เช่น ประเทศไทย มาเลเซีย อินโดนีเซีย จึงเป็นปัญหา ทางสังคมของประเทศต่างๆ ดังกล่าวจนกระทั่งปัจจุบัน

### 2.1.5 กรณีศึกษาเกี่ยวกับการกระทำความผิดลักษณะการประทุษวาจาในประเทศไทย

การกระทำในลักษณะการประทุษวาจา ในประเทศไทยส่วนใหญ่จะเน้นหนักไปในการแสดง ความคิดเห็นเรื่องการเมือง ซึ่งจะแตกต่างจากต่างประเทศที่มีการเหยียดในความแตกต่างทางสีผิว ศาสนา หรือทางเพศ สังคมไทยเริ่มให้ความสำคัญกับการกระทำในลักษณะการประทุษวาจาภายหลัง เหตุการณ์ทางการเมืองไม่นานมานี้ กรณีศึกษาเรื่องการประทุษวาจาที่สำคัญในประเทศไทย ได้แก่

เหตุการณ์แรก มาจากพระเทพกิตติปัญญาคุณ หรือ “กิตติวุฑโฒ ภิกขุ” ให้สัมภาษณ์ว่า “การฆ่าพวกคอมมิวนิสต์ไม่บาป แต่กลับได้บุญ เปรียบเหมือนการฆ่าปลาเพื่อตัดบาตรถวายพระ” โดยคำให้สัมภาษณ์ดังกล่าวได้มีการตีพิมพ์เผยแพร่ในหนังสือรายสัปดาห์ชื่อว่า ‘จตุรัส’ ฉบับวันที่ 29 มิถุนายน 2519 ดังนี้<sup>20</sup>

จตุรัส : การฆ่าฝ่ายซ้ายหรือคอมมิวนิสต์บาปไหม

กิตติวุฑโฒ : อันนั้นอาตมาก็เห็นว่า ควรจะทำ คนไทยแม้จะนับถือพุทธ ก็ควรจะทำ แต่ก็ไม่ใช่อธิว่าเป็นการฆ่าคน เพราะว่าใครก็ตามที่ทำลายชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ มันไม่ใช่คน สมบูรณ์ คือ ต้องตั้งใจเราไม่ได้ฆ่าคนแต่ฆ่ามาร ซึ่งเป็นหน้าที่ของคนไทยทุกคน

จตุรัส : ผิดศีลไหม

<sup>19</sup> วศิน แดงประดับ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 8.

<sup>20</sup> คมชัดลึก. (2560). *วันนี้ในอดีต: กิตติวุฑโฒ 'กับบทสัมภาษณ์' ฆ่าคอมมิวนิสต์ไม่บาป!*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.komchadluek.net/news/today-in-history/284672>. [2563, 3 กรกฎาคม]

กิตติวุฑฒโต : ผิดนะมันผิดแน่ แต่ว่าผิคนั้นมันผิคน้อย..ถึงแม้จะฆ่าคนก็บาปเล็กน้อยแต่บุญกุศลได้มากกว่า เหมือนเราฆ่าปลา แกงใส่บาตรพระ ไอ้บาปมันก็มีหรือที่ฆ่าปลาแต่เราใส่บาตรพระได้บุญมากกว่า

จากคำให้สัมภาษณ์ดังกล่าวถูก “ฝ่ายขวา” ได้แก่ กลุ่มนวพล กลุ่มกระทิงแดงในสมัยนั้นนำไปใช้เป็น “วาทกรรม” โจมตีฝ่ายซ้าย และยุยงให้คนไทยเกลียดชังนิสิตนักศึกษาที่ชุมนุมต่อต้านการกลับเข้าประเทศของจอมพลถนอม กิตติขจร ในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และนำไปสู่การปราบปรามนักศึกษาในเหตุการณ์ 6 ตุลา 2519

เหตุการณ์การประท้วงจากในประเด็นการเมืองปัจจุบัน ผู้เขียนขอยกตัวอย่างกรณีการทำร้ายร่างกายนายสิริวิชัย เสรีวิวัฒน์ หรือจ่านิว นักเคลื่อนไหวทางการเมือง ซึ่งย่อมมีผู้เห็นที่ด้วยที่สนับสนุนจ่านิวและผู้ที่ไม่เห็นด้วย แต่การทำร้ายร่างกายในครั้งนี้ เกิดจากการใช้ความรุนแรงทำร้ายร่างกายจนได้รับบาดเจ็บสาหัส จากกลุ่มที่ไม่หวังดี โดยในสื่อสังคมออนไลน์ได้มีการแสดงท่าที ความคิดเห็นต่อเหตุการณ์ในครั้งนี้ในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการประณามการใช้ความรุนแรงที่เกิดขึ้น การยินดีจากการโดนทำร้ายร่างกาย หรือแม้แต่การแสดงความคิดเห็นในเชิงสนับสนุนให้เกิดการใช้ความรุนแรงจากผู้ที่มีความเห็นทางการเมืองที่ต่างกัน ซึ่งมีผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับการแสดงความคิดเห็นเช่นนี้และนำข้อความเหล่านี้ไปเผยแพร่ต่อบนแพลตฟอร์มอื่นๆ เพื่อเป็นการตอบกลับ และเปิดโอกาสให้คนทั่วไปเข้ามาแสดงความคิดเห็น ดังนั้นสิ่งเหล่านี้จึงเป็นเหมือนกับเพิ่มเชื้อเพลิงให้ไฟลุกขึ้นเรื่อย ๆ จากการสาดความรุนแรงทางคำพูดใส่กันและกันของแต่ละฝ่าย<sup>21</sup>

อีกหนึ่งเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับความเห็นต่างทางการเมืองของประเทศไทย คือ เมื่อวันที่ 1 มีนาคม 2563 ในทวิตเตอร์ได้มีการติดแฮชแท็ก #ไม่เอาเพนกวินปราศรัย เพื่อแสดงความไม่เห็นด้วยกรณีที่นายพริษฐ์ วัชรภูมิ หรือเพนกวิน นักศึกษาชั้นปีที่ 3 คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ อดีตประธานสหภาพนักเรียน นิสิต นักศึกษาแห่งประเทศไทย (สนท.) ที่ขึ้นเวทีปราศรัยในการชุมนุมของนิสิต นักศึกษา เพื่อต่อต้านรัฐบาล พล.อ.ประยุทธ์ จันทร์โอชา และโจมตีศาลรัฐธรรมนูญตัดสินยุบพรรคอนาคตใหม่ โดยเรียกร้องให้เพนกวินทบทวนบทบาทของตัวเอง หลังพบว่าได้เดินสายปราศรัย

<sup>21</sup> กนกกาญจน์ ธรรมเครื่อง. (2562). การแสดงความคิดเห็น ความรุนแรงจากการใช้ hate speech ต่อผู้เห็นต่างทางการเมืองในโลกออนไลน์. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://multied.sri.cmu.ac.th>. [2563, 3 กรกฎาคม]

ไปยังเวทีต่างๆ พุดจาปลุกระดมเต็มไปด้วคำพูดที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง และพยายามดิ่งนิตินักศึกษาลงถนนให้ได้<sup>22</sup>

## 2.2 ความเป็นมาและผลกระทบของประทุษวจาในสื่อสังคมออนไลน์

การประทุษวาเป็นเรื่องที่มีมานานและส่งผลกระทบในวงกว้างต่อสังคมไทย โดยเฉพาะในสื่อสังคมออนไลน์ การหาแนวทางในการป้องกันปัญหาการประทุษวาจาในประเทศไทย จึงต้องศึกษาความเป็นมาของการประทุษวาจาในสื่อสังคมออนไลน์ กรณีศึกษาของการประทุษวาจาในสื่อสังคมออนไลน์ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ตลอดจนผลกระทบของการประทุษวาจาในสื่อสังคมออนไลน์ ดังนี้

### 2.2.1 ความเป็นมาของการประทุษวาจาในสื่อสังคมออนไลน์

สื่อสังคมออนไลน์ (Social Media) เป็นรูปแบบการสื่อสารข้อมูลที่มีการนำเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้อง โดยมีรูปแบบการสื่อสารที่หลากหลาย ทั้งในรูปแบบของการสร้างและการเผยแพร่ข้อมูล ปัจจุบันกระแสการใช้งานอินเทอร์เน็ตและโทรศัพท์ประเภทสมาร์ทโฟน และอุปกรณ์พกพา เช่น แท็บเล็ต ที่เพิ่มขึ้น ส่งผลให้มีการใช้งานสื่อสังคมออนไลน์เพิ่มขึ้นตามไปด้วย<sup>23</sup>

ข้อมูลในสื่อสังคมออนไลน์ ไม่ได้มีเพียงข่าวสาร ข้อเท็จจริง หรือเนื้อหาที่สร้างความบันเทิงเพียงด้านเดียว แต่ยังมีข้อมูลข่าวสารที่เต็มไปด้วยอคติและความรุนแรง ผลกระทบจากการสื่อสารที่สร้างความเกลียดชังที่มีต่อบุคคล และกลุ่มคนอื่น ๆ และเรียนรู้ที่จะอยู่ร่วมกันกับผู้อื่นที่มีความแตกต่างจากตนเองในด้านต่างๆ เช่น แนวคิดทางการเมือง ชนชั้น ศาสนา เพศสภาพ เป็นผู้ที่เคารพสิทธิ์และอยู่ร่วมกับผู้อื่นในสังคมที่หลากหลายได้อย่างรับผิดชอบ<sup>24</sup>

<sup>22</sup> ผู้จัดการออนไลน์. (2563). *ผู้ชุมนุมนักศึกษาร้อยยี่! #ไม่เอาพณกวินปราศรัย เฮทสปีชเกินงาม วุฒิกวาะไม่ได้ ข้ำร้ายปกป้องนักข่มขืน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://mgronline.com/online/section/detail/9630000020660>. [2563, 7 กรกฎาคม]

<sup>23</sup> แสงเดือน ผ่องพุด. (2556). *สื่อสังคมออนไลน์ : แนวทางการนำมาประยุกต์ใช้*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [http://digitalasia.co.th/wp-content/uploads/2016/12/6685991\\_0004.pdf](http://digitalasia.co.th/wp-content/uploads/2016/12/6685991_0004.pdf). [2563, 4 กรกฎาคม]

<sup>24</sup> ฉัตรพงศ์ ชูแสงนิล. (2562). *คำพูดเกลียดชังในโลกดิจิทัล (Digital Hate Speech)*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.scimath.org/article-technology/item/10962-digital-hate-speech>. [2563, 4 กรกฎาคม]

คำพูดเกลียดชังในโลกดิจิทัล คือ การแสดงออกซึ่งความเกลียดชังผ่านสื่ออินเทอร์เน็ต ทั้งที่เป็น คำพูด ตัวอักษร สื่อวิทัศน์ ข้อความ และการสื่อความหมายในเชิงสัญลักษณ์อื่นๆ ทั้งที่เป็นการผลิตขึ้นมาใหม่ การผสมผสานเนื้อหาใหม่กับเนื้อหาที่มีการผลิตไว้แล้ว และการนำเสนอเนื้อหาที่ผลิตไว้แล้วในรูปแบบใหม่ผ่านพื้นที่ออนไลน์ซึ่งเข้าถึงได้โดยมีเทคโนโลยีเครือข่าย หรือเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร สื่อสังคมออนไลน์อย่าง เฟซบุ๊ก ยูทูบ และทวิตเตอร์ เป็นสื่อที่ใหญ่ที่สุดและมีอำนาจมากที่สุดที่ผู้สื่อสารจะใช้แพร่กระจายสารแห่งความเกลียดชัง เนื่องจากสามารถสื่อสารได้ทั้งภาพและเสียงและมีผู้เข้าชมจำนวนมาก และมีการส่งต่อหรือแบ่งปันได้ง่าย<sup>25</sup>

วัตถุประสงค์ของคำพูดเกลียดชังในโลกดิจิทัล การแสดงคำพูดเกลียดชังในโลกดิจิทัลที่ปรากฏอาจเป็นการเหยียดหยามศักดิ์ศรี หรือลดทอนคุณค่า ความเป็นมนุษย์ หรือยุยงให้เกิดความเกลียดชัง ได้แก่ การไม่สะท้อนวัตถุประสงค์ชัดเจน มีแนวโน้มสร้างความเข้าใจที่ผิดหรือมีอคติต่อกลุ่มเป้าหมาย ชั่วร้ายหรือทำให้เกิดความเกลียดชัง คำจัดกลุ่มเป้าหมาย<sup>26</sup>

รูปแบบของการสื่อสารที่สร้างความเกลียดชัง

- 1) การคำ ด้วยการ ใช้ภาษาหยาบคาย รุนแรง ดูถูก เหยียดหยาม
- 2) การสร้างความเข้าใจผิด การ โน้มน้าวใจชักจูงให้เชื่อถือด้วยข้อมูลผิด
- 3) การนิยามคนอื่น ในเชิงลดคุณค่า ทำให้มีความหมายเชิงลบ กลายเป็นตัวตก
- 4) การสื่อสารที่สร้างความรู้สึกรังเกียจแบ่งฝักแบ่งฝ่าย แบ่งพวกเขาพวกเราแยกออกชัดเจน
- 5) การสื่อความหมายปฏิเสธการอยู่ร่วมกัน การกีดกันออกจากสังคม
- 6) การตีตราประทับภาพเหมารวมตายตัวในเชิงลบ
- 7) การยุยงปลุกปั่น ปลุกกระดมให้ผู้อื่นร่วมเกลียดชัง สนับสนุน ให้ใช้ความรุนแรงกับผู้ที่

เห็นต่าง

- 8) การระดมกำลังไล่ล่า ชุ่คุกคาม การลงทัณฑ์ทางสังคม รุมประณามอย่างรุนแรงด้วยกลุ่ม

บุคคล

<sup>25</sup> นั้ตรพงศ์ ชูแสงนิล. (2562). คำพูดเกลียดชังในโลกดิจิทัล (*Digital Hate Speech*). (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.scimath.org/article-technology/item/10962-digital-hate-speech>. [2563, 4 กรกฎาคม]

<sup>26</sup> นั้ตรพงศ์ ชูแสงนิล. (2562). คำพูดเกลียดชังในโลกดิจิทัล (*Digital Hate Speech*). (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.scimath.org/article-technology/item/10962-digital-hate-speech>. [2563, 4 กรกฎาคม]

### 2.2.2 กรณีศึกษาของการประท้วงในสื่อสังคมออนไลน์

กรณีศึกษากรณีแรก คือเหตุการณ์กราดยิงที่ประเทศนิวซีแลนด์ โดยมีป็นสาเหตุคือออสเตรเลียชื่อว่าเบรนต์ ทาร์แรนต์ ได้บุกเข้าไปกราดยิงในมัสยิด 2 แห่งในเมืองไครสต์เชิร์ช ทำให้มีผู้เสียชีวิตจำนวน 49 คน และได้รับบาดเจ็บจำนวน 48 คน โดยก่อนเกิดเหตุมีป็นคนดังกล่าวได้มีข้อความประกาศอุดมการณ์ ด้วยถ้อยคำที่ใช้เต็มไปด้วยความแค้นเคืองที่มีต่อชาวมุสลิมและผู้อพยพเข้าเมือง โดยใช้ถ้อยคำอย่าง "ผู้รุกราน" เนื้อความยังยกย่องคนผิวขาวที่มีแนวคิดชาตินิยม เผยแพร่ทางสื่อสังคมออนไลน์

ในขณะที่เหตุกราดยิงดังกล่าว นายเบรนต์ได้ใช้กล้องที่ติดไว้กับศีรษะถ่ายทอดสดผ่านเฟซบุ๊ก เหตุการณ์ขณะจ่อยังอย่างไม่เลือกหน้าทั้งชาย หญิง และเด็กที่อยู่ในมัสยิดอัลนัวร์ ขณะที่ตำรวจขอร้องประชาชนไม่ให้เผยแพร่คลิปวิดีโอดังกล่าว ต่อมาเฟซบุ๊กได้ทำการลบบัญชีเฟซบุ๊กและอินสตาแกรมของมือปืนรายนี้แล้ว รวมทั้งลบคลิปวิดีโอที่มีผู้ทำสำเนาไว้ด้วย<sup>27</sup>

กรณีต่อมา Twitch ซึ่งเป็นแพลตฟอร์มชื่อดังได้สั่งระงับการใช้งานแอ็กเคานต์ของ โด널ด์ ทรัมป์ ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาเป็นเวลาชั่วคราว ด้วยเหตุผลการแสดงพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง หลังจากที่เซนแนลของทรัมป์ได้ปล่อยวิดีโอที่มีเนื้อหาและถ้อยคำที่ไม่เหมาะสม<sup>28</sup>

โดยวิดีโอดังกล่าวที่ทำให้แอ็กเคานต์ของทรัมป์โดนแบนมีด้วยกันถึง 2 รายการ หนึ่งในนั้นคือวิดีโอที่ทรัมป์พูดถึงผู้อพยพจากเม็กซิโก และกล่าวหาว่าทุกครั้งที่มีเม็กซิโกส่งพลเมืองมายังสหรัฐฯ พวกเขาไม่ได้ส่งพลเมืองที่ดีมาให้ แต่ส่งชาวเม็กซิกันที่มีแต่ปัญหาและนำปัญหามายังประเทศของตน “พวกเขานำปัญหามากมายมาให้กับเรา ทั้งยาเสพติด อาชญากรรม พวกเขาคือโจรข่มขืน บางคนก็ถือว่าเป็นคนดีแหละ แต่จากที่ผมได้พบกับผู้คุมบริเวณชายแดน พวกเขาได้บอกผมแล้วว่าเราได้คนประเภทไหนมา”

หลังจากที่ Twitch ได้ระงับการใช้งานแอ็กเคานต์ประธานาธิบดีสหรัฐฯ ชั่วคราว พวกเขาจึงได้ดำเนินการลบคอนเทนต์ดังกล่าวของทรัมป์ออกจากแพลตฟอร์มอีกด้วย เพื่อป้องกันการเผยแพร่

<sup>27</sup> BBC NEWS ไทย. (2562). นิวซีแลนด์ : ยิงถล่มมัสยิด 2 แห่งในไครสต์เชิร์ช เสียชีวิต 49 คน. (ออนไลน์).

เข้าถึงได้จาก: <https://www.bbc.com/thai/international-47579563>. [2563, 7 กรกฎาคม]

<sup>28</sup> ปณชัช อารีเพิ่มพร. (2563). Twitch แบนแอ็กเคานต์ของ โด널ด์ ทรัมป์ ชั่วคราว กรณีแสดงพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง แบ่งแยก. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://thestandard.co/twitch-banned-donald-trump-account/>.

[2563, 7 กรกฎาคม]



เนื้อหาที่แสดงออกซึ่งความเกลียดชัง และกำลังกลายเป็นประเด็นสำคัญที่ผู้คนจำนวนมากเริ่มหันมาให้ความสำคัญ นับตั้งแต่กรณีแคมเปญ #StopHateforProfit ได้เริ่มจุดติด และมีแบรนด์ดังทั่วโลกออกมาประกาศไม่ลงโฆษณากับแพลตฟอร์มที่ไม่สามารถจัดการกับการประทุษวาจาได้

อีกหนึ่งเหตุการณ์ที่ทำให้แพลตฟอร์มใหญ่อย่างเฟซบุ๊กได้รับผลกระทบสูญเสียรายได้มหาศาล เนื่องจากหลายธุรกิจในสหรัฐอเมริกา เช่น ยูนิลีเวอร์ ฮอนด้า และ โคคา-โคล่า สตาร์บัค ประกาศร่วมคว่ำบาตรเฟซบุ๊ก ด้วยการไม่ซื้อพื้นที่โฆษณาในเฟซบุ๊ก ตลอดทั้งเดือนกรกฎาคม 2563 เพื่อร่วมเรียกร้องให้เฟซบุ๊กแสดงออกถึงความพยายามจัดการกับข้อความที่สร้างความเกลียดชังที่เกิดขึ้นในแพลตฟอร์มเฟซบุ๊ก ซึ่งแคมเปญดังกล่าวเกิดขึ้นโดยกลุ่มสิทธิพลเมืองในสหรัฐอเมริกา ที่รณรงค์แคมเปญที่ชื่อว่า The Stop Hate for Profit หลังจากเกิดเหตุการณ์ จอร์จ ฟลอยด์ เสียชีวิตขณะถูกตำรวจจับกุม เหตุการณ์ดังกล่าวทำให้มีกลุ่มผู้ประท้วงไปทั่วสหรัฐอเมริกา ซึ่งแพลตฟอร์มอย่างทวิตเตอร์ก็ได้ออกมาสกัดข้อความรุนแรงต่างๆ โดยกลุ่มสิทธิพลเมืองเห็นว่า เฟซบุ๊กไม่พยายามที่จะจัดการข้อความที่สร้างความเกลียดชัง การละเมิดสิทธิส่วนบุคคล และปล่อยให้ข้อมูลที่ผิดๆ ออกมาในแพลตฟอร์ม เฟซบุ๊ก ในขณะที่เฟซบุ๊กออกมายืนยันว่า กำลังทำงานร่วมกับกลุ่มสิทธิพลเมืองเพื่อจัดการสิ่งนี้ และเคารพในการตัดสินใจของแบรนด์ต่างๆ ดังกล่าว<sup>29</sup>

### 2.2.3 ผลกระทบของประทุษวาจาในสื่อสังคมออนไลน์

การประทุษวาจาในสื่อสังคมออนไลน์ เป็นสาเหตุของการกลั่นแกล้งรูปแบบใหม่ที่เรียกว่า การกลั่นแกล้งทางไซเบอร์ (Cyberbullying) ที่เป็นการแสดงท่าทีที่ไม่เป็นมิตรต่อผู้อื่น โดยการส่งข้อความหรือโพสต์สิ่งที่เป็นภัยคุกคามต่อผู้อื่นหรือเข้าไปมีส่วนร่วมในการแสดงความก้าวร้าวทางสังคมในรูปแบบต่างๆ ผ่านช่องทางอินเทอร์เน็ตหรือเทคโนโลยีดิจิทัลอื่นๆ การกลั่นแกล้งทางไซเบอร์เป็นการแสดงความก้าวร้าวผ่านคำพูดหรือตัวอักษรและเป็นการแสดงพฤติกรรมคุกคามผู้อื่นที่เกิดขึ้นในบริบทของเทคโนโลยี ที่มีเจตนามุ่งร้ายและการส่งต่อรูปภาพหรือข้อความเกี่ยวกับเรื่องเพศ โดยมีเจตนาที่จะทำร้ายหรือสร้างความอับอายแก่ผู้อื่น คำพูดและการสื่อสารในโลกดิจิทัลจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมากในการแสดงอัตลักษณ์และความเป็นตัวตนในโลกดิจิทัลของบุคคลเพื่อการสื่อสารที่สร้างความเข้าใจอันดีและการเห็นอกเห็นใจผู้อื่นบนโลกดิจิทัล<sup>30</sup>

<sup>29</sup> ไทยรัฐออนไลน์. (2563). *Facebook เจอบอยคอต ธุรกิจในสหรัฐอเมริกาแบกรับข้อโฆษณา*. (ออนไลน์).

เข้าถึงได้จาก: <https://www.thairath.co.th/news/tech/1876933>. [2563, 9 กรกฎาคม]

<sup>30</sup> ไทยรัฐออนไลน์. (2563). *Facebook เจอบอยคอต ธุรกิจในสหรัฐอเมริกาแบกรับข้อโฆษณา*. (ออนไลน์).

เข้าถึงได้จาก: <https://www.thairath.co.th/news/tech/1876933>. [2563, 9 กรกฎาคม]

ในประเทศไทยแม้ว่าจะมีการเสวนา หรือให้ความรู้เกี่ยวกับการประทุษวาจามาแล้วหลายครั้ง รวมถึงผลิตงานวิจัยเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวออกมาหลายเล่ม แต่ก็ยังไม่สามารถลดทอน ‘กระบวนกรคิด’ ดังกล่าวได้ โดยเฉพาะในยุคนี้ ที่สื่อสังคมออนไลน์มีอิทธิพลทางความคิดกับคนในสังคม พบว่า มีการผลิตวาทกรรมทางการเมือง หรือแฮร์ข้อมูลที่เป็นเสริมเติมแต่งเพื่อขยายความเกลียดชัง ให้แพร่กระจายได้อย่างรวดเร็วมากยิ่งขึ้น<sup>31</sup> ทั้งนี้อาจเป็นเพราะประเทศไทยเองยังไม่เคยมีกฎหมาย เกี่ยวกับการประทุษวาจา และที่ผ่านมาสังคมก็ยังไม่เคยมีค่านิยมร่วมกันในเรื่องนี้ จึงไม่เคยมีบรรทัดฐาน (Social Sanction) ที่มีนิยามความผิดชัดเจนและเลยเถิดไปเป็นการคุกคามความเป็นอยู่ละเมิดสิทธิบุคคลอย่างรุนแรง ดังเช่นกรณี “การล่าแม่มด” ในโลกออนไลน์ที่เกิดขึ้นมาแล้วหลายครั้ง

ปัจจุบันการแสดงความเห็นต่างทางการเมืองที่ต่างฝ่ายต่างสาดสี สาดโคลน ใช้อ้อยคำที่รุนแรงแสดงความคิดเห็นที่รุนแรงต่อฝ่ายตรงข้ามของตนเอง การถูกเหยียดหยามว่าผู้เห็นต่างนั้น เป็นคนโง่ไร้การศึกษา การให้คำจำกัดความกับกลุ่มที่มีความเห็นต่างจากตนเองในสื่อสังคมออนไลน์ที่พบเห็นได้ทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นคำว่า สัมเนา ควายแดง หรือแม้แต่สลิ้มก็เองก็ตาม จากการที่นิยามคำเหล่านี้ขึ้นมาแล้วนั้น ล้วนนำมาซึ่งการสร้างความเกลียดชังในโลกออนไลน์ ซึ่งถือเป็นเครื่องมือในการปลุกปั่นให้เกิดความแตกแยก มีแต่การสาดสี ให้ร้ายกัน ใช้อำนาจรุนแรงในการแสดงความคิดเห็น ไร้ซึ่งการถกเถียงกันด้วยเหตุและผล บิดเบือนข้อมูลเพื่อให้ร้ายแก่ฝ่ายตรงข้าม ใช้อิทธิพลของสื่อเป็นเครื่องมือในการปลุกปั่นสร้างกระแสเพื่อสร้างความแตกแยก<sup>32</sup>

## 2.3 แนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกับการประทุษวาจา

เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหลายฉบับให้การรับรองและคุ้มครองไว้ในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ อีกทั้งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็ได้ให้การรับรองสิทธิเสรีภาพดังกล่าวนี้ไว้ทุกฉบับ

<sup>31</sup> ศุภเดช สักดิ์ดวง. (2557). *บทเรียน “Hate Speech” จากสังคมไทย “วาทกรรม”แห่งการนองเลือด!*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.isranews.org/isranews-article/27418-hp.html>. [2563, 5 พฤษภาคม]

<sup>32</sup> กนกกาญจน์ ธรรมเครื่อง. (2562). *การแสดงความคิดเห็น ความรุนแรงจากการใช้ hate speech ต่อผู้เห็นต่างทางการเมืองในโลกออนไลน์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://multied.sri.cmu.ac.th>. [2563, 3 กรกฎาคม]

### 2.3.1 เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่มีบทบัญญัติกฎหมายรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ รัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ ต่างก็มีรากฐานแนวคิดมาจากหลากหลายด้าน ซึ่งแนวคิดเรื่องสิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคเป็นเรื่องสำคัญในความเป็นมนุษย์และเป็นหลักการสำคัญของการปกครอง ในระบอบประชาธิปไตย สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคจึงปรากฏเป็นบทบัญญัติหลักๆ ของรัฐธรรมนูญต่างๆ เสมอมาในฐานะแนวความคิดพื้นฐานอันจำเป็นควบคู่มากับการกำเนิดของ รัฐธรรมนูญในโลก เพราะอีกด้านหนึ่งของการมีรัฐธรรมนูญนั้นก็เกินไปเพื่อคุ้มครองประชาชน ในสังคม สังคมที่อยู่ร่วมกันอย่างสงบและสันตินั้น นอกจากจะมีกฎหมายเป็นเครื่องมือสำหรับการ จัดระเบียบแล้ว ขนบธรรมเนียม ประเพณี และวัฒนธรรม ยังเป็นแนวทางที่ใช้ยึดโยงให้สังคมมีความ มั่นคงเข้มแข็งอีกด้วย เมื่อสังคมมีการพัฒนา เจริญเติบโต และมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น กลไก ต่างๆ ที่จะจัดการให้สังคมมีความสุขเกิดขึ้นนั้น จึงต้องมีการพัฒนาตามไปด้วย และสิทธิเสรีภาพจึง เป็นอีกกลไกหนึ่งในสังคม ที่จะกำหนดว่าสังคมนั้นๆ มีความสุข สงบ และสันติ เพียงใด<sup>33</sup>

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้มีการนำมาบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 โดยบัญญัติไว้ในหมวด 2 สิทธิและหน้าที่ของชน ชาวสยาม ได้วางหลักไว้อย่างกว้างว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาหรือลัทธิใดๆ และมีเสรีภาพในการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและ ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชน” และ “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษา อบรมการประชุม โดยเปิดเผย การตั้งสมาคม การอาชีพ” แม้ว่าจะวางหลักไว้อย่างกว้างๆ เพื่อเป็น แนวทางปฏิบัติ แต่ในเมื่อไม่มีกฎหมายมารองรับ ในบางเรื่องจึงมีการละเมิดจนเกิดผลเสียต่อการ ปกครองนับแต่นั้นเป็นต้นมา<sup>34</sup>

<sup>33</sup> พงษ์ธวัชณ์ บุญพิทักษ์. (2560). *สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. หน้า 2.

<sup>34</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

ในการจัดทำรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ ผู้ที่เกี่ยวข้องจะคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นประการสำคัญ เพราะมองว่าสิทธิและเสรีภาพเป็นเกียรติยศและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ และประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น หากละเลยหรือไม่คุ้มครองเรื่องเหล่านี้แล้วย่อมส่งผลกระทบต่อเกียรติภูมิของประเทศชาติ ตามไปด้วยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงเป็นหลักการสำคัญอย่างยิ่งที่จะต้องนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็ได้มีการนำเรื่องสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย มาบัญญัติไว้ใน มาตรา 25 ถึงมาตรา 49<sup>35</sup> โดยได้บัญญัติถึงการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น และเสรีภาพในทางวิชาการ ในมาตรา 34 ไว้ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าว จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน

เสรีภาพทางวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่การใช้เสรีภาพนั้นต้องไม่ขัดต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องเคารพและไม่ปิดกั้นความเห็นต่างของบุคคลอื่น”<sup>36</sup>

แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพเอาไว้ แต่การละเมิดสิทธิและเสรีภาพยังมีอยู่ทั้งโดยเจตนาและไม่เจตนา และความเข้าใจในเรื่องสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญยังไม่ตรงกัน ไม่ว่าจะป็นในหมู่ของประชาชนด้วยกัน หรือระหว่างรัฐกับประชาชน ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงได้สร้างกลไกในการตรวจสอบและเยียวยาเพื่อแก้ไขปัญหาการล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ โดยกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรหนึ่งที่มีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพและส่งเสริมศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เนื่องจากรัฐธรรมนูญมาตรา 25 วรรคสาม บัญญัติให้ “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้”<sup>37</sup>

<sup>35</sup> พงษ์รวิวัฒน์ บุญพิทักษ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า 2.

<sup>36</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560. มาตรา 34

<sup>37</sup> พงษ์รวิวัฒน์ บุญพิทักษ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า 14.

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้แก่ประชาชนนั้น ถือเป็นคุณค่าสูงสุด ซึ่งองค์กรต่างๆ ของรัฐทุกองค์กร ไม่ว่าจะเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการ ก็ตาม ต้องเคารพและให้ความคุ้มครอง อย่าให้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเป็นเพียงคำประกาศอุดมการณ์ของรัฐเท่านั้น หากแต่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลบังคับใช้โดยตรงแก่องค์กรของรัฐเหล่านั้นเลยทีเดียว สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจึงเป็นเครื่องมือสำคัญสำหรับใช้เพื่อกำหนดวิถีชีวิตของตนของมนุษย์ กล่าวคือ หากมนุษย์ปราศจากสิทธิและเสรีภาพเสียแล้ว การกำหนดวิถีชีวิตของคนย่อมหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่ต้องถูกแทรกแซงจากผู้อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากผู้ปกครองรัฐ<sup>38</sup>

เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights หรือ ICCPR)

สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (The General Assembly) ได้รับรองกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR) เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2509 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2519 อันเป็นไปตามเจตนารมณ์ที่จะรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอันมีมาแต่กำเนิดของมนุษย์ตามที่ปรากฏในกฎบัตรสหประชาชาติและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งรัฐภาคีแห่งกติกาได้ร่วมกันตกลงตามตราทั้งหลาย ซึ่งมีนัยสำคัญว่า การประกาศกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองนั้น ก็ด้วยเพราะสังคมนานาชาติมีการตระหนักถึงอุดมการณ์ในการสร้างสภาวะที่ทุกคนจะสามารถใช้สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองได้โดยปราศจากความหวั่นเกรงใจใดๆ เนื่องจากมีการยอมรับและเคารพโดยสากลว่าสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองมาจากศักดิ์ศรีแต่กำเนิดของมนุษย์<sup>39</sup>

สาระสำคัญของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ได้แก่ พันธกรณีของรัฐด้านสิทธิมนุษยชนตามกฎบัตรสหประชาชาติ รวมทั้งหน้าที่ของบุคคลในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน รวมถึงการได้รับสิทธิทั้งด้านพลเมือง การเมือง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมอย่างเท่าเทียมกัน ตลอดจนได้มีการรับรองสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเองของบุคคล โดยยังมีพันธกรณีของรัฐภาคีที่รับรองจะเคารพและประกันสิทธิของบุคคล รวมถึงหลักการห้ามการเลือกปฏิบัติ การประกันว่าบุคคลที่ถูกละเมิดจะได้รับการเยียวยา การห้ามการตีความกติกาในอันที่จะไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพอื่นๆ ลง นอกจากนี้ ยังมีส่วนสำคัญอันเป็นข้อบทว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

<sup>38</sup> พงษ์รวัฒน์ บุญพิทักษ์. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 33. หน้า 14.

<sup>39</sup> ปณิษฐ์ ปทุมวัฒน์. (2552). หลักเกณฑ์ระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ที่เกี่ยวข้องกับแนวคิดการจัดระเบียบ “การชุมนุมสาธารณะ. *จตุรนิติ*. 1(52). หน้า 175.

เมืองอีกหลายประการ เช่น สิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกทรมาน หรือได้รับการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม เสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นที่อยู่ สิทธิของบุคคลในการเสมอกันในการพิจารณาคดีของศาล<sup>40</sup> ทั้งนี้ ได้บัญญัติถึงเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไว้ใน ข้อ 19 ดังนี้<sup>41</sup>

- 1) บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะมีความคิดเห็น โดยปราศจากการแทรกแซง
- 2) บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดทุกประเภท โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ทั้งนี้ ไม่ว่าด้วยวาจา เป็นลายลักษณ์อักษรหรือการตีพิมพ์ในรูปของศิลปะ หรือโดยอาศัยสื่อประเภทอื่นตามที่ตนเลือก
- 3) การใช้สิทธิตามที่บัญญัติในวรรค 2 ของข้อนี้ ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษควบคู่ไปด้วย การใช้สิทธิดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดในบางเรื่อง แต่ทั้งนี้ข้อจำกัดนั้นต้องบัญญัติไว้ในกฎหมาย และจำเป็นต่อ

(ก) การเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น

(ข) การรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือการสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน

อย่างไรก็ดี แม้วากติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองจะให้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไว้ในข้อที่ได้กล่าวไปแล้ว แต่หากการแสดงความคิดเห็นนั้นเป็นการสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ซึ่งช่วยให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์ หรือการใช้ความรุนแรง เป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมาย<sup>42</sup>

เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 (Universal declaration of Human Rights หรือ UDHR)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติเป็นข้อตกลงของสหประชาชาติกำหนดขึ้น เพื่อให้ประเทศสมาชิกได้ใช้เป็นแนวทางในการคุ้มครองดูแลสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองประเทศของตน โดยแนวคิดเกี่ยวกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติเกิดขึ้นหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง เนื่องจากเหตุการณ์ดังกล่าวได้นำมาซึ่งความสูญเสียชีวิตและทรัพย์สินของประเทศคู่สงครามอย่างมหาศาล โดยส่วนใหญ่เป็นผลมาจากความทารุณโหดร้ายของ

<sup>40</sup> ปณิธีร์ ปทุมวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 39. หน้า 175.

<sup>41</sup> International Covenant on Civil, and Political Rights ; Article 19

<sup>42</sup> International Covenant on Civil, and Political Rights ; Article 20 (2)

ฝ่ายอักษะ ซึ่งนำโดยอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ ผู้นำประเทศเยอรมนี และเบนิตโต มุสโสลินี ผู้นำประเทศอิตาลี จนทำให้ประเทศต่างๆ ทั่วโลกหันเกรงเหตุการณ์ในลักษณะดังกล่าวจะเกิดขึ้นในอนาคต จึงได้มีการจัดตั้งองค์กรสหประชาชาติขึ้น และการผลักดันให้องค์การสหประชาชาติเร่งกำหนดแนวทางคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขึ้นมาคุ้มครองมนุษยชาติ จนกระทั่งเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 (ค.ศ. 1948) สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติยอมรับและประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติขึ้นอย่างเป็นทางการครั้งแรกตามมาด้วยกติการะหว่างประเทศอีก 2 ฉบับด้วยกัน ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2519 (ค.ศ. 1976) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 3 มกราคม พ.ศ. 2519 (ค.ศ. 1976)

เมื่อสหประชาชาติมีมติรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน องค์การสหประชาชาติประกอบด้วยประเทศสมาชิกเพียง 58 ประเทศ จากนั้นมาจำนวนประเทศสมาชิกเพิ่มขึ้น จนมีจำนวนเกินกว่าสามเท่าของสมาชิกเดิม อิทธิพลของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็ขยายมากขึ้นจนเป็นที่ยอมรับในระดับสากล และเป็นที่อ้างอิงถึงเมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในประเทศทั้งหลายทั่วโลก เมื่อพิจารณาความตราต่าง ๆ ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะเห็นว่า มาตรฐานแรกแสดงถึงความเป็นสากลของสิทธิมนุษยชน โดยกล่าวถึงความเท่าเทียมกันของศักดิ์ศรีและสิทธิของมนุษย์ทุกคน ส่วนมาตราที่สองกล่าวถึงความชอบที่จะมีสิทธิของบุคคลโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติใดๆ ทั้งสิ้น ส่วนหลักการขั้นพื้นฐานของสิทธิที่ประกาศไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปรากฏในคำปรารภซึ่งเริ่มด้วยข้อความที่เน้นการยอมรับศักดิ์ศรีประจำตัวและสิทธิซึ่งเท่าเทียมกัน และไม่อาจโอนให้แก่กันได้ของสมาชิกทั้งมวลของครอบครัวมนุษย์ สิทธิที่ระบุไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจำแนกออกได้อย่างกว้าง ๆ 2 ประเภท คือ ประเภทแรกเกี่ยวกับสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมืองซึ่งรวมถึงสิทธิในชีวิตเสรีภาพ และความมั่นคงของบุคคล อิสรภาพจากความเป็นทาสและการถูกทรมาน ความเสมอภาค<sup>43</sup>

ในทางกฎหมาย การคุ้มครองเมื่อถูกจับ กักขัง หรือเนรเทศ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม การมีส่วนร่วมทางการเมือง สิทธิในการสมรสและการตั้งครอบครัว เสรีภาพขั้นพื้นฐานในทางความคิด มโนธรรม และศาสนา การแสดงความคิดเห็น และการแสดงออก เสรีภาพในการชุมนุม

<sup>43</sup> กมลมาศ ฤทธิศักดิ์วรกุล. (2554). *ปัญหาทางกฎหมายในการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของนักวิชาการ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 9.

และเข้าร่วมสมาคมอย่างสันติ สิทธิในการมีส่วนร่วมในรัฐบาลของประเทศตนโดยตรงหรือโดยการส่งผู้แทนที่ได้รับการเลือกตั้งอย่างเสรี ส่วนสิทธิประเภทที่สอง คือสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ซึ่งครอบคลุมถึงสิทธิในการทำงาน การได้รับค่าตอบแทนเท่ากันสำหรับงานที่เท่ากัน สิทธิในการก่อตั้งและเข้าร่วมสหภาพแรงงาน สิทธิในมาตรฐานการครองชีพที่เหมาะสม สิทธิในการศึกษา และสิทธิในการเข้าร่วมใช้ชีวิตทางวัฒนธรรมอย่างเสรี ลักษณะเฉพาะของสิทธิมนุษยชนที่ระบุไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มีดังต่อไปนี้<sup>44</sup>

1) เป็นสิทธิที่ติดตัวมากับมนุษย์ (Inherent) เมื่อคนเกิดมาก็มีสิทธิมนุษยชนติดตัวมาด้วยความเพราะมีความเป็นมนุษย์ ดังนั้นสิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิที่ติดตัวแต่ละคนมา ไม่มีการให้ หรือซื้อ หรือสืบทอดมา

2) เป็นสิทธิที่เป็นสากล (Universal) คือเป็นสิทธิของมนุษย์ทุกคนเหมือนกัน ไม่ว่าจะเชื้อชาติ เพศ หรือนับถือศาสนาใด ไม่ว่าจะเป็นผู้ที่มาจากพื้นฐานทางสังคมหรือการเมืองอย่างไร มนุษย์ทุกคนเกิดมามีอิสระเสรี มีความเท่าเทียมกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ

3) เป็นสิทธิที่ไม่อาจถ่ายโอนให้แก่กันได้ (Inalienable) คือ ไม่มีใครจะมาแย่งชิงเอาสิทธิมนุษยชนไปจากบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้ ถึงแม้ว่ากฎหมายของประเทศจะไม่ยอมรับรองสิทธิมนุษยชน หรือแม้ว่าจะละเมิดสิทธิมนุษยชนก็ตาม ประชาชนของประเทศนั้นก็ยังมีสิทธิมนุษยชนอยู่ ตัวอย่างเช่น ในสมัยข้าพาส ทาสทุกคนมีสิทธิมนุษยชน ถึงแม้ว่าสิทธิเหล่านั้นจะถูกละเมิดก็ตาม

4) เป็นสิทธิที่ไม่ถูกแยกออกจากกัน (Indivisible) กล่าวคือ เพื่อที่จะมีชีวิตอยู่อย่างมีศักดิ์ศรี มนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะมีเสรีภาพมีความมั่นคงและมีมาตรฐานการดำรงชีวิตที่เหมาะสมกับความ เป็นมนุษย์ ดังนั้นสิทธิต่าง ๆ ของมนุษยชนจะต้องไม่ถูกแยกออกจากกัน ซึ่งในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้นมีการกล่าวถึงสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไว้ในกลุ่มที่สี่ เป็นกลุ่มที่รับรองสิทธิเสรีภาพและเสรีภาพทางการเมืองปรากฏอยู่ในบทบัญญัติข้อ 18 ถึงข้อ 20 ดังนี้

ข้อ 18 บุคคล มีเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะเปลี่ยนศาสนา หรือความเชื่อ และเสรีภาพที่จะแสดงให้ศาสนาหรือความเชื่อประจักษ์ในรูปแบบการตั้งสอน การปฏิบัติกิจการเคารพสักการะบูชา สวดมนต์และพิธีกรรมไม่ว่าจะโดยลำพังตนเองหรือร่วมกับผู้อื่นในประชาคมในที่สาธารณะหรือในที่ส่วนตัว

<sup>44</sup> กมลมาศ ฤทธิศักดิ์วรกุล. อ่างแก้วเชิงอรุณที่ 43. หน้า 10.



ข้อ 19 บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพ ในความเห็น และการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะยึดมั่นในความคิดเห็นโดยปราศจากการสอดแทรกและที่จะแสวงหารับ ตลอดจนการแจ้งข่าว รวมทั้ง ความคิดเห็นโดยผ่านสื่อใดๆ โดยมีต้องคำนึงถึงเขตแดน

ข้อ 20 บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพในการชุมนุม และสมาคม โดยสงบการบังคับให้บุคคลเข้าเป็นสมาชิกของสมาคมจะกระทำมิได้

หากพิจารณาจากกฎหมายทั้ง 3 ฉบับที่กล่าวมาแล้ว จะเห็นว่าสิทธิในการแสดงความคิดเห็น หรือ Free Speech เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่กฎหมายสำคัญของโลกให้การรับรองและคุ้มครองบุคคล

### 2.3.2 ความสัมพันธ์ระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกับการประทุษวาจา

จากการศึกษาถึงความเหมือนและความแตกต่างของระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกับการประทุษวาจา มีนักวิชาการหลายท่านได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ ดังนี้

รองศาสตราจารย์ คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะผู้วิจัย เรื่อง กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ ได้อธิบายเสรีภาพในถึงความสัมพันธ์ระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกับการประทุษวาจาไว้ว่าเสรีภาพในการสื่อสารเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญของมนุษย์ ทั้งนี้ เนื่องจากการที่มนุษย์สามารถทำการสื่อสารใดๆ ตามความประสงค์ของตนนั้น เป็นการแสดงออกซึ่งตั้งอยู่บนแนวคิด “การควบคุมหรือกำหนดตนเอง” หรือการกำหนดตัดสินใจในเรื่องราวเกี่ยวกับตน โดยเฉพาะในระบอบการเมืองการปกครองแบบประชาธิปไตยนั้น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทำให้เกิดการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน โดยที่ประชาชนสามารถแสดงความคิดเห็นในประเด็นทางการเมืองและประเด็นสาธารณะต่างๆ<sup>45</sup>

โดยทั่วไปแล้ว การสื่อสารที่ประกอบด้วยเนื้อหาต่างๆ รวมทั้งการสื่อสารเรื่องราวเกี่ยวกับความแตกต่างในความคิดเห็นด้านเชื้อชาติ สีผิว เพศ ก็จัดว่าอยู่ภายใต้แนวคิดและหลักการของเสรีภาพในการสื่อสาร ดังนั้น การกำหนดกฎหมายหรือมาตรการใดๆ ที่ส่งผลจำกัดเสรีภาพในการสื่อสาร โดยเฉพาะการสื่อสารสาธารณะ ก็ย่อมเป็นการส่งผลกระทบต่อเสรีภาพซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ดังกล่าว นอกจากนี้ การประทุษวาจายังมีส่วนในการการสร้างความอดทนต่อความหลากหลายในสังคม ซึ่งเป็นคุณลักษณะประการหนึ่งของสังคมประชาธิปไตย

<sup>45</sup> คณาธิป ทองรวีวงศ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1. หน้า 425-426.

อย่างไรก็ตาม การใช้เสรีภาพในการสื่อสารดังกล่าว อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้อื่น และคุณค่าอื่นๆ ในสังคมประชาธิปไตย ทำให้เกิดแนวคิดและหลักกฎหมายในการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว เพื่อให้เกิดการสร้างสมดุลระหว่างเสรีภาพในการสื่อสารกับคุณค่าอื่นๆ เช่น การสื่อสารข้อมูลที่หมิ่นประมาทหรือทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสียชื่อเสียงจะไม่ได้รับการคุ้มครองในฐานะเสรีภาพในการสื่อสาร และมีความผิดตามกฎหมายหมิ่นประมาท

หากพิจารณาเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ เช่น เพศ เชื้อชาติ สีผิว เป็นต้น ในบริบทของการสื่อสารข้อมูลและการแสดงความคิดเห็นแล้วจะพบว่า การแสดงความคิดเห็นที่ก่อให้เกิดผลกระทบทางลบและความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าวนั้น แม้ในด้านหนึ่งอาจพิจารณาว่าเป็นเสรีภาพของผู้ทำการสื่อสาร แต่ในอีกด้านหนึ่งอาจพิจารณาว่า การแสดงความคิดเห็นดังกล่าวส่งผลกระทบต่อกลุ่มบุคคลที่อยู่ในกลุ่มเกี่ยวข้องกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่างๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว ศาสนา ฯลฯ ซึ่งอาจเรียกเรียกว่า กลุ่มบุคคลที่ได้รับการปฏิบัติอันไม่เป็นที่พึงพอใจอันมีเหตุสืบเนื่องจากเหตุแห่งความแตกต่างดังกล่าวนั่นเอง ทั้งนี้ ผลกระทบจากการสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังต่อบุคคลกลุ่มดังกล่าวนั้นอาจจำแนกได้หลายประการ เช่น

การสื่อสารที่ทำให้เกิดความเกลียดชังส่งผลกระทบต่อ “ความมีศักดิ์ศรี” ของมนุษย์ซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานของบุคคลกลุ่มที่มีความเปราะบาง หรือต่อบุคคลที่อยู่ในกลุ่มเสี่ยงต่อการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุดังกล่าว โดยบุคคลกลุ่มนี้อาจเรียกได้ว่า กลุ่มที่ได้รับการปฏิบัติที่ทำให้เกิดความพึงพอใจน้อยกว่าคนอื่น หรือการปฏิบัติที่ทำให้เกิดการกีดกัน

นอกจากนี้ การสื่อสารที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังด้วยเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าวนั้น ยังอาจเป็นการข่มขู่ คุกคาม มิให้บุคคลกลุ่มที่มีลักษณะเกี่ยวกับเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติ ได้แสดงความคิดเห็นของตนหรือเข้ามีส่วนร่วมในการแสดงออกหรือกิจกรรมสาธารณะ การแสดงออกหรือการมีส่วนร่วมในกระบวนการประชาธิปไตย

การสื่อสารเพื่อยืนยันถึงเหตุแห่งความแตกต่างมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างหนึ่งอันสามารถส่งผลกระทบในด้านต่าง ๆ ต่อการแสดงออกของกลุ่มคนที่แตกต่างหรือเปราะบางนั้น รวมทั้งอาจนำไปสู่ความแตกแยกและความไม่สงบในสังคม ทำให้ภาครัฐต้องเข้ามาแทรกแซงการสื่อสารดังกล่าวเพื่อคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของกลุ่มผู้ได้รับผลกระทบและเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย เนื่องจากการสื่อสารดังกล่าวอาจนำไปสู่ความรุนแรงทางกายภาพด้วย

จะเห็นได้ว่า ประเด็นการจำกัดการประทุษวาจาโดยกฎหมายนั้น เป็นสิ่งที่ต้องประสานระหว่างเหตุผลด้านสิทธิมนุษยชนสองเหตุผลกล่าวคือ ในด้านหนึ่งมนุษย์มีศักดิ์ศรีและเสรีภาพในการ

สื่อสารกับในอีกด้านหนึ่งศักดิ์ศรีของมนุษย์ควรได้รับความคุ้มครองจากการสื่อสารที่เป็นการดูหมิ่นความเป็นมนุษย์

ดร. โสรจักษ์ หงส์ศดารมภ์ ได้กล่าวในเวทีอภิปรายสาธารณะ เรื่อง “ความท้าทายของสื่อใหม่กับการเมืองไทยช่วงก่อนและหลังการเลือกตั้ง” ในหัวข้อ “พรมแดนของ Free Speech และ Hate Speech ในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง” ว่า Free Speech หรือเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นสิ่งจำเป็นในระบอบประชาธิปไตย หากไม่มีเสรีภาพนี้จะเป็นการบังคับทุกคนให้คิดและเชื่อแบบเดียวกันทั้งนี้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไม่จำกัดเฉพาะการพูด แต่รวมถึงการแสดงออกด้านอื่นๆ ด้วย เพื่อเปิดโอกาสให้แนวคิดต่างๆ เกิดขึ้นและไหลเวียนได้อย่างเสรีในขณะที่ Hate Speech เป็นคำพูดมุ่งอาฆาตมาดร้าย ดูหมิ่น เหยียดหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามลักษณะของบุคคล เช่น ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา และความชอบทางเพศ เป็นต้น รวมไปถึงการจัดคนเป็นพวกๆ เพียงเพราะเป็นสมาชิกของกลุ่มนั้นๆ อาทิ การเหยียดผู้หญิงเอเชียในตะวันตก หรือการบอกว่าทุกคนที่เลือกพรรค ก. เป็นคนโง่ และไม่จงรักภักดี ปัญหาได้เกิดขึ้นเมื่อมีคนใช้ Free Speech สร้าง Hate Speech ขึ้น การวัดว่าเป็น Hate Speech หรือไม่ดูได้จากมีการขู่อาฆาตมาดร้ายหรือไม่ โดยหากเป็น ก็สามารถจัดการได้ตามกฎหมาย อาทิ ภายจากกลุ่มมรณงค์โหวตโน ที่ตัดต่อหน้าของทักษิณ ชินวัตร มาซ้อนกับใบหน้าของยังลักษณ์พร้อมคำบรรยายว่าการกลับมาของระบอบทักษิณ หรือภาพอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ พร้อมข้อความว่า อยากบอกโลกว่าข้าพเจ้า คือ ทรราช ซึ่งทั้งหมดนี้มองว่า ยังไม่เข้าข่าย Hate Speech เพราะเป็นส่วนหนึ่งในการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองเกี่ยวกับบุคคลสาธารณะ ซึ่งยังไม่มีการแสดงออกอาฆาตมาดร้าย<sup>46</sup>

วศิน แดงประดับ ได้เขียนบทความทางกฎหมาย เรื่อง การควบคุมการแสดงออกที่สร้างความเกลียดชัง โดยได้กล่าวถึงเกณฑ์เบื้องต้นในการแบ่งแยกระหว่างการประทุษวาจากับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไว้ ดังนี้<sup>47</sup>

#### 1) เจตนา (intend)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) ใช้คำว่า “การชี้แนะ (advocacy)” ซึ่งมีความหมายอยู่ในตัวว่าการแสดงออกจะเป็นการประทุษวาจาได้ ผู้กระทำต้องมีเจตนา (พิเศษ) ที่จะขู่หรือปลุกปั่นให้เกิดความเกลียดชัง ซึ่งหลายประเทศก็บัญญัติให้การกระทำความคิดดังกล่าวต้องมีเจตนาเช่นกัน

<sup>46</sup> ฉัตรยา สุขสงวน. (2557). *การปฏิรูปสื่อเพื่อควบคุมการเผยแพร่เนื้อหาสื่อที่สร้างความเกลียดชัง*. หน้า 9.

(ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [http://library.senate.go.th/document/Ext7989/7989362\\_0002.PDF](http://library.senate.go.th/document/Ext7989/7989362_0002.PDF). [2563, 24 มีนาคม]

<sup>47</sup> วศิน แดงประดับ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 9.

หลักเกณฑ์ข้อนี้จะช่วยแยกการประทุษวาจาออกจากการแสดงออกโดยสุจริตในกรณีอื่นๆ เช่น กรณีการนำเสนอข่าวที่มีเจตนาเพียงเพื่อให้สังคมได้รับทราบเท่านั้น

2) การขู่หรือปลุกปั่น (incitement) โดยจะต้องพิจารณาจากสิ่งต่อไปนี้

ก) เนื้อหาและบริบทภายใน ถือเป็นปัจจัยพื้นฐานในการพิจารณา แต่การแสดงออกในบางกรณีอาจเป็นการยากที่จะแบ่งแยกว่าเป็นเพียงการแสดงออกที่ก้าวร้าว หรือเป็นการประทุษวาจา จึงอาจใช้ปัจจัยอื่นช่วยในการพิจารณา อย่างเช่น โทนเสียง ลักษณะท่าทางในการแสดงออก หรือฐานะหรือความสัมพันธ์ระหว่างผู้แสดงออกและผู้รับฟัง เป็นต้น นอกจากนี้ ในการพิจารณาจะต้องนำปัจจัยด้านบวก อย่างเช่น คุณค่าทางศิลปะวัฒนธรรม มาประกอบการพิจารณาด้วย

ข) บริบทภายนอก การพิจารณาจาก เนื้อหาและบริบทภายในอาจไม่สามารถตัดสินได้เพราะคำพูดหรือการแสดงออกอย่างหนึ่งอาจมีผลแตกต่างกันตามความรู้ ประวัติศาสตร์ หรือวัฒนธรรมในท้องถิ่นนั้นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแสดงออกในเชิงสัญลักษณ์หรือภาษาพื้นเมือง หรือแม้แต่ในท้องถิ่นเดียวกันก็ต้องพิจารณาถึงสถานการณ์ในขณะนั้นประกอบด้วย เช่น กรณีการเปรียบเปรย ชาวทูตซึ่งเป็นแมลงสาบนั้น หากเกิดขึ้นในสถานการณ์ปกติก็อาจไม่ใช่การขู่หรือปลุกเร้าแต่หากเกิดขึ้นในสถานการณ์ที่มีความขัดแย้งระหว่างเชื้อชาติอย่างรุนแรงแล้ว ถ้อยคำดังกล่าวอาจขู่หรือปลุกเร้าให้เกิดความรุนแรง และอาจเป็นการประทุษวาจาได้

ค) ความเป็นไปได้ คือการพิจารณาระดับความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดความรุนแรง โดยพิจารณา ความเป็นไปได้ว่าคำพูดหรือการกระทำจะขู่หรือปลุกเร้าให้เกิดความรุนแรงได้หรือไม่ การพิจารณาถึงความเป็นไปได้มีนัยยะที่แตกต่างจากการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล (causation) เพราะสิ่งที่กระตุ้นให้เกิดย่อมไม่ใช่สิ่งเดียวกันกับสิ่งที่ก่อให้เกิด

### 2.3.3 การกระทำความผิดฐานดูหมิ่นและหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า มนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น แต่หากการแสดงความคิดเห็นนั้นเกินขอบเขต หรือเกินสมควร และในบางครั้งอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ดังนั้น จึงต้องมีมาตรการควบคุมการแสดงความคิดเห็นเหล่านั้นไม่ให้เกินขอบเขต ซึ่งมาตรการดังกล่าว ที่สำคัญคือมาตรการทางกฎหมาย โดยประมวลกฎหมายอาญา ได้มีบทบัญญัติคุ้มครองการกระทำเหล่านั้นในความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าและความผิดฐานหมิ่นประมาท ดังนี้

1) การกระทำความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้า

ความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 หลัโทษ ซึ่ง เป็นภาคที่เกี่ยวข้องกับความผิดเล็กน้อย ก่อให้เกิดความรำคาญขึ้นในสังคม โดยประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษตามกฎหมาย ดังนี้

มาตรา 393 ผู้ใดดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

สาระสำคัญของการดูหมิ่นซึ่งหน้าตามมาตรา 393 คือ มีการดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณาโดยเจตนา และจากองค์ประกอบความผิดดังกล่าวนี้ มีข้อควรพิจารณาที่สำคัญ ดังนี้<sup>48</sup>

(1) ลักษณะของการดูหมิ่นซึ่งหน้า การดูหมิ่นซึ่งหน้าต้องมีการกล่าวถ้อยคำหรือแสดงกริยาท่าทางที่เป็นการดูหมิ่นให้ผู้อื่นทราบในขณะที่มีการกระทำในทันทีทันใด ดังนั้น การโทรศัพท์หรือส่งโทรสารดูหมิ่นผู้อื่นโดยตรงในทันทีทันใด แม้จะไม่เห็นหน้ากัน ก็เป็นการดูหมิ่นซึ่งหน้าตามมาตรา 393 แล้ว อย่างไรก็ตาม การกระทำที่ถือว่าเป็นการดูหมิ่นซึ่งหน้าดังกล่าวไม่รวมถึงการส่งจดหมายดูหมิ่นเพราะจดหมายย่อมไปถึงผู้รับต่างวันและเวลา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 256/2509) และส่งข้อความทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ หรือการส่ง SMS เพราะการส่งข้อความดังกล่าว ไม่ใช่การกระทำต่อหน้าผู้เสียหายและถ้าผู้เสียหายไม่เปิดดูก็อาจจะไม่ทราบข้อความที่ดูหมิ่นในทันที

(2) การดูหมิ่นซึ่งหน้าซึ่งต่างฝ่ายต่างกระทำ ความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้านั้นกฎหมายประสงค์ จะลงโทษผู้ที่ดูหมิ่นผู้อื่นแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่มีการโต้ตอบ ดังนั้น กรณีการดูหมิ่นซึ่งหน้าซึ่งต่างฝ่ายต่างกระทำย่อมไม่เป็นความผิดตาม มาตรา 393 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1420/2534)

(3) กระทำโดยเจตนา ความผิดตามมาตรา 393 นั้น เป็นความผิดที่ต้องการเจตนาของผู้กระทำ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 223/2523) อันเป็นข้อยกเว้นของความผิดหลัโทษ ซึ่งโดยหลักแล้วแม้จะกระทำ โดยไม่มีเจตนาก็เป็นความผิดหลัโทษได้

(4) อายุความ ความผิดตามมาตรา 393 ซึ่งเป็นความผิดหลัโทษนั้นเป็นความผิดที่มีอายุความเพียง 1 ปีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 95 (5) หากปล่อยให้คดีขาดอายุความแล้วสิทธินำคดีอาญามาฟ้องย่อมระงับสิ้นไป (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 261/2552)

## 2) การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท

<sup>48</sup> อภิการรัตน์ นิยมไทย. (ม.ป.ป). *ดูหมิ่นซึ่งหน้า*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub\\_Jun/10reform/reform17.pdf](https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/10reform/reform17.pdf). [2563, 10 กรกฎาคม]

ความผิดฐานหมิ่นประมาทเป็นความผิดที่เกิดจากการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ในลักษณะที่เป็นการใส่ความต่อบุคคลที่สาม ซึ่งลักษณะของการใส่ความนั้นสามารถกระทำได้หลายรูปแบบและไม่จำกัดวิธี

ประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติถึงการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ไว้ในหมวด 3 มาตรา 326 ถึงมาตรา 333 โดยความผิดฐานหมิ่นประมาทตาม มาตรา 326 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้น เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ลักษณะของความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 นั้น มีหลักในการพิจารณา คือ<sup>49</sup>

(1) เป็นการกระทำที่เป็นการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม ผู้ใดในที่นี้หมายความรวมได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล และหากเป็นการกระทำต่อบุคคลธรรมดาก็ต้องเจาะจงว่ากล่าวถึงผู้ใด ส่วนกรณีการใส่ความนั้น หมายถึงการกล่าวหรือไขข่าวซึ่งข้อความ การยืนยัน การแสดงข้อเท็จจริง ซึ่งอาจจะเป็นความจริงหรืออาจจะเป็นเท็จก็ได้ซึ่งการกระทำนั้น ได้พาดพิงไปยังบุคคลอีกคนหนึ่ง โดยการใส่ความซึ่งไม่มีการจำกัดวิธีการ เพียงแค่เป็นการกระทำที่สามารถทำให้บุคคลที่สามเข้าใจหรือทราบข้อความนั้นก็นับว่าเป็นการหมิ่นประมาทผู้เสียหายแล้ว และการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม ซึ่งจะถือว่าเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา จะต้องได้ความว่าการใส่ความดังกล่าวนั้น สามารถที่จะระบุตัวบุคคลผู้ถูกใส่ความได้แน่ว่าเป็นบุคคลใด หรือหากไม่เป็นการระบุโดยตรงการใส่ความนั้นก็ต้องหมายความถึงบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะและถ้อยคำหมิ่นประมาทที่มีการส่งกันนั้น ผู้อ่านต้องสามารถทราบได้ว่าบุคคลดังกล่าวในข้อความเป็นผู้ใด

(2) การกระทำ โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นต้องเสียชื่อเสียงถูกดูหมิ่น เกลียดชัง เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าการหมิ่นประมาทสามารถเกิดขึ้นได้หลายช่องทาง เช่น การกล่าวด้วยวาจา การแสดงออกทางกิริยา รวมถึงการแสดงออกในลักษณะของการขีดเขียนข้อความ ภาพวาด การ์ตูน หรือการสื่อความหมายด้วยวิธีอื่นใด แม้จะมีได้ออกชื่อผู้เสียหายโดยตรง แต่สามารถทำให้บุคคลที่รับข้อความ สามารถทราบและเข้าใจถึงความหมายได้ในลักษณะของการประทุษร้าย เิงลอบ การนิทาใส่ความให้ร้าย เหยียดหยาม อันเป็นการทำลายซึ่งชื่อเสียงเกียรติยศของบุคคลให้เกิดความเสียหาย

<sup>49</sup> ไกรฤกษ์ เกษมสันต์. (2557). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 - มาตรา 366* (พิมพ์ครั้งที่ 9).

กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยฯ. หน้า 176-178.

ทั้งยังถูกเกลียดชังจากผู้คนรอบๆ ข้าง ตลอดจนส่งผลในการใช้ชีวิตร่วมกันกับผู้อื่นในสังคมกระทั่งความน่าเชื่อถือในการประกอบอาชีพ การติดต่อประสานงานต่างๆ กล่าวคือ ตามบทบัญญัติกฎหมายอาญา มาตรา 326 ที่กล่าวมาแล้วนั้น เมื่อพิจารณาแล้วก็จะพบว่าสิ่งที่กฎหมายต้องการจะคุ้มครองก็คือชื่อเสียงของบุคคลเป็นอันดับแรกซึ่งชื่อเสียงนั้น หมายความว่า ค่าหรือราคาที่มีมนุษย์มีต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกันทั้งในทางสังคมและทางศีลธรรม โดยการกระทำอย่างใดๆ ที่เป็นการกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการทำลายชื่อเสียง ก็คือ การทำให้ค่าของบุคคลที่ถูกกระทำดังกล่าวต่ำลง ประกอบกับต้องพิจารณาร่วมกัน ด้วยว่าการกระทำนั้นส่งผลให้บุคคลที่ถูกกระทำถูกเกลียดชังจากบุคคลอื่นรอบข้างด้วยหรือไม่เป็นสำคัญ

(3) การกระทำเช่นว่านั้น จะต้องเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นจากเจตนา ซึ่งการกระทำที่จะเป็นความผิดในฐานนี้นั้น แค่เพียงเป็นเจตนาธรรมดา โดยการแสดงข้อความหรือข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีการพาดพิงไปถึงบุคคลอื่น แต่หากกลับกัน ถ้าผู้ที่กระทำ ไม่มีเจตนาเช่นว่ามาแล้วนั้นก็ไม่ใช่ความผิดในฐานนี้

ความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา ในมาตรา 328 บัญญัติว่า “ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษรกระทำโดยการกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท” การกระทำที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 328 ได้นั้น ผู้กระทำความผิดต้องกระทำครบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 326 มาแล้ว เพียงแต่ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 328 ต้องรับโทษหนักขึ้นจากมาตรา 326 เท่านั้น เพราะมาตรา 328 เป็นเหตุจรรยาของมาตรา 326 นั่นเอง เหตุที่ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้นนั้นเพราะการหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณาได้เผยแพร่ออกสู่สาธารณชน โดยไม่จำกัดบุคคล จึงทำให้ผู้ที่ถูกหมิ่นประมาทได้รับความเสียหายเป็นวงกว้างมากกว่าการหมิ่นประมาทโดยทั่วไป ดังนั้น หากมีผู้พบเห็นแม้เพียงคนเดียวก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว แต่หากยังไม่มีผู้ใดรับทราบก็เป็นการพยายามกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ด้วยการโฆษณา<sup>50</sup>

<sup>50</sup> รุ่งระวี สุนทรวิระ. (2560). *การดำเนินคดีอาญาฐานหมิ่นประมาทเพื่อยับยั้งการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการทุจริตและประพฤติมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 49-50.

### 2.3.4 ความแตกต่างระหว่างการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทกับการประทุษวาจา

สำหรับความแตกต่างระหว่างการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทกับการประทุษวาจาพิจารณาได้ ดังนี้

ประการแรก หากพิจารณาจากลักษณะของการกระกระทำ การหมิ่นประมาท คือ การกล่าวถึงสิ่งที่ไม่เป็นความจริงต่อบุคคลที่สาม ในขณะที่การประทุษวาจา นั้นอาจเป็นเรื่องจริง หรือเรื่องที่ไม่จริงก็ได้

ประการที่สอง พิจารณาจากความเสียหาย พบว่า การหมิ่นประมาททำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงมุ่งเน้นไปที่ความเสียหายทางชื่อเสียงซึ่งเกิดกับตัวบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการใช้ข้อความ ภาพ หรือคำพูดก็ตาม ซึ่งความเสียหายจะยุติลงในระดับปัจเจกบุคคล และไม่ได้สร้างความแตกแยกกันภายในเชิงสังคม แต่การประทุษวาจามีระดับที่รุนแรงกว่านั้น นั่นคือ เป็นการแสดงความเกลียดชังกันบนฐานของอัตลักษณ์แห่งกลุ่ม ซึ่งพร้อมจะยกระดับไปสู่ความรุนแรงต่อกันระหว่างกลุ่มบุคคล

## 2.4 ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา

การประกอบอาชญากรรมหรือการกระทำผิดกฎหมายอาญาเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในสังคม ไม่ว่าจะสังคมนั้นจะเป็นสังคมเล็กหรือสังคมใหญ่ เพราะเรามีสมาชิกในสังคมที่ประพฤติตนในลักษณะที่ฝ่าฝืนกฎ ระเบียบ แบบแผนที่สังคมได้กำหนดไว้ เมื่อสมาชิกคนใดฝ่าฝืนสังคมนั้นก็จะลงโทษสมาชิกคนนั้น ส่วนการลงโทษจะเป็นไปในลักษณะใดขึ้นอยู่กับว่าสังคมนั้นมีวัตถุประสงค์ ปรัชญา รูปแบบ และวิธีการในการลงโทษที่กำหนดไว้อย่างไร

การศึกษาเรื่องการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ให้บริการสื่อสังคมออนไลน์เกี่ยวกับการประทุษวาจา จึงจำเป็นต้องศึกษาเกี่ยวกับทฤษฎีการลงโทษทางอาญา และโทษทางอาญาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย เพื่อที่จะหาแนวทางการลงโทษที่เหมาะสมกับการกระทำผิดต่อไป

### 2.4.1 ทฤษฎีการลงโทษ<sup>51</sup>

ทฤษฎีการลงโทษมีวิวัฒนาการมาจากวัฒนธรรม สถานภาพทางสังคม และเศรษฐกิจ มีลักษณะคล้ายกับที่มาแห่งปรัชญาการลงโทษ กล่าวคือ การลงโทษไม่ว่าจะเป็นทิศทางใดย่อมมีส่วนสัมพันธ์กับสภาพแวดล้อมทางภูมิศาสตร์ เชื้อชาติ และค่านิยมในสมัยนั้นๆ จะเห็นได้ว่าวิธีการลงโทษที่

<sup>51</sup> มนตรี รักษ์ศรี. (2553). *การกระทำความผิดซ้ำของผู้ต้องขังในเรือนจำพิเศษธนบุรี*. สารนิพนธ์สังคมสงเคราะห์ มหาบัณฑิต สาขาสังคมสงเคราะห์, คณะสังคมสงเคราะห์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 19.



ถือปฏิบัติอย่างรุนแรงในอีกสังคมหนึ่งอาจไม่เป็นที่ยอมรับในอีกสังคมหนึ่ง เป็นต้น ซัทเซอร์แลนด์ และเครสซี่ ได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงประวัติความเป็นมาของการลงโทษ สรุปได้ดังนี้

(1) ทฤษฎีว่าด้วยหลักความผูกพันทางวัฒนธรรม (Cultural Consistency Theory) กล่าวคือ การลงโทษต่อผู้กระทำผิดจะมีลักษณะอย่างใดนั้น ขึ้นอยู่กับปัจจัยทางวัฒนธรรมและการเปลี่ยนแปลงทางสังคมเป็นสำคัญ เช่น การลงโทษในคริสต์ศตวรรษที่ 17 เชื่อว่า การก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางร่างกาย ถือเป็นภาวะปกติ หรือธรรมชาติอย่างหนึ่งของมนุษย์ จึงนิยมวิธีลงโทษต่อร่างกาย โดยเน้นหนักไปในทางการทรมานและก่อความสูญเสียทางร่างกายของผู้กระทำผิดอย่างรุนแรง อาทิ การแฉะเนื้อ การเขี่ยนตี และการประหารชีวิตด้วยวิธีการทารุณโหดร้ายต่างๆ แต่ในปัจจุบันกลับเห็นว่าวิธีการลงโทษดังกล่าวนอกจากจะเป็นการกระทำที่ไร้มนุษยธรรมแล้ว ยังเป็นมาตรการลงโทษที่เป็นปรปักษ์ต่อสิทธิมนุษยชน และแนวปรัชญาของการลงโทษในระบบก้าวหน้าอีกด้วย

(2) ทฤษฎีว่าด้วยการผลักภาระความผิดแก่ผู้อื่น (The Scapegoat Theory) แนวคิดของทฤษฎีนี้ได้พัฒนาจากทฤษฎีจิตวิทยาวิเคราะห์ของ ซิกมันด์ ฟรอยด์ (Sigmund Freud) ที่มีสมมติฐานว่ามนุษย์ มีพฤติกรรมก้าวร้าวและเห็นแก่ตัวเป็นปกตินิสัย การประกอบอาชญากรรมโดยแท้จริงแล้วถือเป็นพฤติกรรมเนื่องมาจากสันชาตญาณก้าวร้าวดั้งเดิมประจำตัวบุคคลนั่นเอง

(3) ทฤษฎีโครงสร้างทางสังคม (Social Structure Theory) การลงโทษ เป็นการใช้กฎหมายควบคุมสังคม ที่มีความผูกพันกับโครงสร้างทางสังคมส่วนรวมหรือระบบอื่นๆ ในฐานะที่กระบวนการยุติธรรมเป็นระบบย่อยส่วนหนึ่งของสังคม นักอาชญาวิทยาจึงได้พยายามอธิบายถึงกระบวนการลงโทษผู้กระทำผิดที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกับปัจจัยสังคมต่างๆ

#### 2.4.2 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

การที่รัฐลงโทษผู้กระทำความผิดหรือผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมาย เพื่อมุ่งให้บุคคลนั้นได้รับผลร้ายมีหลายรูปแบบ โดยการลงโทษแต่ละรูปแบบมีวัตถุประสงค์การลงโทษแตกต่างกัน จากวัตถุประสงค์การลงโทษที่หลากหลายวัตถุประสงค์ ในที่นี้จะขอกกล่าวถึงวัตถุประสงค์หลัก 4 ประการ สำคัญ ดังนี้

##### 1) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน<sup>52</sup>

การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เก่าแก่มีมาแต่สมัยที่มนุษย์ยังเป็นสังคมดั้งเดิม โดยมีความเชื่อกันว่าผู้ที่ทำผิดเป็นผู้ที่มีความชั่วร้าย จึงเป็นที่จะต้อง

<sup>52</sup> นัทธี จิตสว่าง. (2554). *วัตถุประสงค์ในการลงโทษ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.gotoknow.org/posts/454719>. [2563, 7 กรกฎาคม]

ลงโทษให้สาสมกับความชั่วร้าย รูปแบบการลงโทษจึงมีลักษณะรุนแรง ป่าเถื่อน เช่น การตัดอวัยวะ การเขียนตี ทรมาน และการประหารชีวิต แต่การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนก็เป็นวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับความรู้สึกของผู้เสียหายและประชาชนโดยทั่วไปที่ต้องการจะเห็นคนที่ทำร้ายผู้อื่น ได้รับผลร้ายตอบแทนเช่นกันจึงจะเกิดความยุติธรรม โดยเป็นการลงโทษที่ทดแทนและสาสมกับความผิดตามหลัก “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (An eye for an eye, a tooth for a tooth) คือเมื่อไปปฏิบัติต่อผู้อื่นอย่างไร ก็ควรได้รับการปฏิบัติเช่นกันตอบแทน

การที่รัฐเข้ามารับหน้าที่ลงโทษผู้กระทำผิดเพื่อเป็นการทดแทนก็เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการแก้แค้นกันเอง ทำให้สังคมวุ่นวายเพราะจะมีการแก้แค้นกันเองโดยไม่สิ้นสุด ในขณะที่เดียวกันก็เพื่อช่วยเหลือผู้ที่อ่อนแอกว่าให้ได้รับความเป็นธรรม โดยการลงโทษผู้ละเมิดให้ได้รับผลร้ายที่สาสมและทดแทนกันอย่างยุติธรรม วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นจึงเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่ยังคงหลงเหลืออยู่ในปัจจุบัน เพราะเป็นวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับความรู้สึกของประชาชนแต่จะมีมากน้อยเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับความรุนแรงของปัญหาอาชญากรรมในสังคมนั้นๆ แม้ว่าจะเป็นวัตถุประสงค์ที่ลดความสำคัญลงเพราะสังคมมีเหตุผลหรือวัตถุประสงค์อื่นในการที่จะต้องลงโทษผู้กระทำผิดเข้ามาประกอบ และวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนก็มีจุดอ่อนหลายประการ คือ

(1) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนไม่ได้มองถึงประโยชน์ในอนาคต คือไม่ได้พิจารณาถึงว่าการลงโทษนั้นจะมีผลในการป้องกันไม่ให้มีการกระทำผิดเกิดขึ้นอีกหรือไม่ การลงโทษเพื่อทดแทนมิได้ทำให้เกิดผลอะไรกลับคืนมา

(2) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนไม่ได้คำนึงถึงความจำเป็นของสังคม แต่คำนึงถึงความเหมาะสมของโทษกับความผิดที่กระทำ ฉะนั้นเมื่อได้ลงโทษผู้กระทำผิดตามอัตราโทษแล้ว ก็ต้องปล่อยตัวออกมาทั้ง ๆ ที่ยังเป็นอันตรายต่อสังคมอยู่ หรือเช่นกรณีการตัดมือผู้กระทำผิดฐานลักทรัพย์ สังคมจะไม่ได้อะไรจากการลงโทษดังกล่าวนอกจากคนพิการที่สังคมจะต้องเป็นภาระเลี้ยงดูต่อไป

(3) เป็นการยากที่จะวัดขนาดความรุนแรงของโทษกับความผิดว่ามีความเท่าเทียมกันจริงหรือไม่ เพราะในสภาพความเป็นจริงสังคมยังไม่สามารถมีมาตรการใดๆ ที่จะลงโทษให้ได้สัดส่วนกับความผิดอย่างแท้จริงได้ เช่นกรณีการลักทรัพย์ การจะลงโทษอย่างไรจึงจะสาสม หากจะใช้โทษจำคุกจะต้องจำคุกกี่ปีจึงจะทดแทนกันได้เป็นเรื่องของความรู้สึกทั้งสิ้น ยังไม่มีมาตรฐานใดๆ ที่จะวัดได้

ว่าทดแทนกันได้ ปัญหาจึงเกิดว่าผู้กระทำผิดถูกลงโทษอย่างยุติธรรมหรือผู้เสียหายได้รับการตอบแทนที่ยุติธรรมหรือไม่

ด้วยเหตุดังกล่าวนี้เองประกอบกับสังคมมีความเจริญรุ่งเรืองขึ้นและมีการเชิดชูสิทธิมนุษยชนมากขึ้น ทำให้วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนลดความสำคัญลงในปัจจุบัน แต่ก็ยังคงมีอยู่ ทั้งนี้เพราะยังสอดคล้องกับความรู้สึกของผู้เสียหายและประชาชนทั่วไปในการที่จะทำให้ผู้กระทำผิดได้รับการลงโทษเพื่อทดแทนให้สาสมกัน

## 2) การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง<sup>53</sup>

มีแนวคิดว่าความเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดนั้นไม่สามารถเยียวยาได้ การลงโทษจึงเป็นไปเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดแก่สังคมในอนาคต โดยลงโทษเพื่อข่มขู่ให้ผู้กระทำผิดและบุคคลทั่วไปในสังคมเกิดความเกรงกลัว หรือสร้างนิสัยหรือสอนศีลธรรมแก่ประชาชน เช่น ผู้กระทำผิดจากอารมณ์รุนแรงซึ่งเกิดขึ้นชั่วคราว และแม้ผู้กระทำจะไม่กระทำผิดอีก แต่ก็จำเป็นต้องลงโทษเพื่อมิให้คนในสังคมเอาเยี่ยงอย่าง ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันนี้เป็นผลมาจากแนวคิดของสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม ซึ่งเชื่อว่าการกระทำผิดเกิดขึ้นจากคนไม่เกรงกลัวกฎหมายหรือการบังคับใช้กฎหมายอ่อนแอ มนุษย์มีเหตุมีผลและมีเจตจำนงเสรีที่จะเลือกหรือไม่เลือกทำอะไรก็ได้

การลงโทษควรมีความประสงค์ในการป้องกันสังคม เมื่อผู้กระทำผิดได้กระทำผิดขึ้นมาแล้ว ความเสียหายในอดีตไม่อาจเยียวยาให้ดีขึ้นได้ดังเดิม แต่เราอาจใช้ประโยชน์จากการลงโทษเพื่อป้องกันสังคมไม่ให้เกิดการกระทำผิดเช่นนั้นขึ้นมาอีก โดยการลงโทษเป็นการข่มขู่ให้กลัวโทษหรือสร้างนิสัยและสอนศีลธรรมให้แก่ประชาชนซึ่งก่อให้เกิดประโยชน์สองประการ ประการแรกเพื่อให้มีผลป้องกันแก่ตัวผู้กระทำผิดเอง คือทำให้ผู้กระทำผิดซึ่งถูกลงโทษมีความเข็ดหลาบไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก ประการที่สองเพื่อเป็นตัวอย่างแก่บุคคลทั่วไป โดยให้บุคคลทั่วไปเห็นว่าเมื่อกระทำความผิดแล้วจะต้องได้รับโทษจะได้เกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิด

ในสมัยก่อนการข่มขู่ของโทษถือเอาผลของการลงโทษเป็นสำคัญ จะเห็นได้ว่าการลงโทษประหารชีวิตก็ทำกันอย่างเปิดเผยให้ประชาชนมีโอกาสได้ดู คนทั่วไปจะได้ไม่เอาเยี่ยงอย่างแต่ในปัจจุบันไม่นิยมทำเช่นนั้นอีกต่อไปแล้ว เพราะเป็นการขัดกับความคิดในเรื่องมนุษยธรรมและศักดิ์ศรี

<sup>53</sup> มนสิชา บุญนาค. (2556). *การกำหนดโทษทางเลือกกับการฟื้นฟูผู้กระทำผิด*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจ บัณฑิตย์. หน้า 18.

ความเป็นมนุษย์ นอกจากนั้นยังอาจมีผลทำให้ผู้คู่มิจิตใจคู่กับความเหี้ยมโหด ซึ่งทำให้มีผลร้ายมากกว่าผลดี

### 3) การลงโทษเพื่อตัดโอกาสกระทำผิด<sup>54</sup>

การป้องกันสังคมหรือการตัดโอกาสกระทำผิดนี้ มีหลักการว่าอาชญากรรมย่อมไม่เกิดขึ้น ถ้าไม่มีอาชญากรหรืออาชญากรไม่มีโอกาสที่จะทำผิด การลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสกระทำผิด มีวัตถุประสงค์ที่คล้ายกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อข่มขวัญยับยั้ง คือ เพื่อการป้องกันอาชญากรรม แต่แตกต่างกันว่าตามหลักการของการลงโทษเพื่อการข่มขวัญยับยั้งมุ่งให้เกิดความเกรงกลัวไม่กระทำผิดขึ้นอีก ส่วนการลงโทษเพื่อตัดโอกาสมุ่งป้องกันการกระทำผิดซ้ำ โดยการทำให้เขาหมดโอกาสที่จะกระทำผิดขึ้นได้ ซึ่งวิธีการที่จะขจัดผู้กระทำผิดอาจทำได้โดยการเนรเทศเพื่อป้องกันสังคมจากอาชญากรโดยการกันอาชญากรไปอยู่ที่อื่นเพื่อให้สังคมปลอดภัย เช่น อังกฤษเคยส่งนักโทษไปไว้ที่ออสเตรเลีย หรือโดยการทำลายอวัยวะเพื่อตัดโอกาสผู้กระทำผิดในการประกอบอาชญากรรม เช่น ตัดมือพวกลักขโมย ทำให้หมดโอกาสลักขโมย หรือการประหารชีวิต

สำหรับวิธีการลงโทษที่สนองต่อวัตถุประสงค์นี้ และใช้กันแพร่หลายในปัจจุบันก็คือ การจำคุกโดยการกันผู้กระทำผิดออกไปจากสังคมให้สังคมปลอดภัย แต่การจำคุกเป็นวิธีที่แยกผู้กระทำผิดออกจากสังคมเป็นการชั่วคราว เพราะการลงโทษจำคุกเพื่อสนองต่อวัตถุประสงค์นี้ไม่ได้เป็นวิธีที่ดีที่สุด เนื่องจากผู้กระทำผิดยังคงต้องกลับมาอยู่ในสังคมในท้ายที่สุด แม้จะเป็นโทษจำคุกตลอดชีวิตซึ่งมักจะมีการลดโทษ และเมื่อกลับมาแล้วผู้กระทำผิดอาจมีความโกรธเคืองสังคมมากยิ่งขึ้น เป็นผลต่อเนื่องจากการลงโทษที่เขาได้รับ หรือปรับตัวเข้ากับสังคมยากขึ้น เพราะสังคมไม่ยอมรับเนื่องจากมีตราบาปเป็นคนขี้คุก

### 4) การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด<sup>55</sup>

การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด เนื่องจากการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนเพียงอย่างเดียว อาจไม่สามารถแก้ไข ปรับปรุงพฤติกรรมของผู้กระทำผิดได้ การลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำผิดจึงเกิดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้นุคคลที่กระทำความผิดมาแล้วกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก โดยการนำเอาศาสตร์ต่างๆ เช่น จิตวิทยา ชีววิทยา สังคมวิทยา มานุษยวิทยา

<sup>54</sup> นัทธี จิตสว่าง. (2554). *วัตถุประสงค์ในการลงโทษ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.gotoknow.org/posts/454719>. [2563, 7 กรกฎาคม]

<sup>55</sup> กุลนิษฐ์ รัตนกุล. (2559). *การลงโทษในการการกระทำผิดหลายกรรมกับการป้องปรามอาชญากรรม*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 13.

เป็นต้น เข้ามาหาสาเหตุและแก้ไขพฤติกรรมที่ผิดปกติของผู้กระทำความผิด เพื่อแก้ไขปรับปรุงให้ ผู้กระทำความผิดสามารถ กลับคืนสู่สังคมได้ ช่วยลดอัตราการกระทำความผิดซ้ำ ประหยัดงบประมาณ และทรัพยากรที่ต้องหมดไปกับการลงโทษจำคุก และสนับสนุนให้การปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด เป็นไปตามหลักมนุษยธรรม

#### 2.4.3 โทษตามประมวลกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้นเพื่อช่วยกำหนดลักษณะของการกระทำที่ถือว่าเป็น ความผิด และกำหนดบทลงโทษทางอาญาสำหรับความผิดนั้น เป็นกฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำ หรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิด

##### ลักษณะของกฎหมายอาญา

1) กฎหมายอาญาต้องแน่นอนชัดเจนคือ “ถ้อยคำ” ในบทบัญญัติกฎหมายอาญาต้องมีความ ชัดเจนหลีกเลี่ยงถ้อยคำที่จะทำให้การตัดสินคดี ขึ้นอยู่กับความรู้สึกที่เป็นอัตวิสัย และอำเภอใจ ผู้พิจารณาคดี

2) ห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (การให้เหตุผลโดยอ้างความคล้ายคลึงกัน) ลงโทษ ทางอาญาแก่บุคคล

3) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังไปลงโทษการกระทำที่ผ่านมาแล้วเป็นกฎหมายที่ใช้ใน ขณะกระทำการนั้น กฎหมายอาญาในที่นี้ คือ บทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับการกระทำผิดและโทษ (Nullum crimen, nulla poena sine lege หรือ No crime, no punishment without law)

4) กฎหมายอาญาต้องแปลหรือตีความโดยเคร่งครัด ความเข้าใจที่ว่าหากตีความตาม ตัวอักษรแล้วหากข้อความนั้นไม่ชัดเจนจึงค่อย พิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นความเข้าใจ ที่คลาดเคลื่อน ที่ถูกต้องคือ การตีความกฎหมายจะต้องตีความทั้งตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ ของกฎหมายไปพร้อมๆ กัน โดยไม่สามารถเลือกตีความอย่างใดอย่างเพียงอย่างเดียวก่อนหรือหลังได้ การตีความกฎหมายดังที่กล่าวมาจึงอาจมีการตีความอย่างแคบหรืออย่างกว้างก็ได้ ทั้งนี้ เกิดจาก การพิจารณาตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ของกฎหมายไปพร้อมๆ กัน โดยอาจกล่าวได้ว่ามีแต่ การตีความกฎหมายนั้นมิแต่การตีความโดยถูกต้องเท่านั้น และการที่กฎหมายอาญาจะต้องตีความ โดยเคร่งครัดนั้น หมายความว่า ห้ามตีความกฎหมายเกินตัวบท โดยในกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมาย ขึ้นจากการตีความที่ถูกต้องแล้ว จะไม่สามารถนำกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) มาปรับใช้ เพื่อลงโทษผู้กระทำได้

5) ห้ามใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นลงโทษทางอาญาแก่บุคคล เพราะตัวบทมาตรา 2 ใช้คำว่า “บัญญัติ” และสอดคล้องกับข้อ 1 เพราะจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นเป็นเรื่องของแต่ละท้องถิ่น ไม่ชัดเจนแน่นอน แตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

โทษทางกฎหมาย เป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่กำหนดไว้ในกฎหมายอาญา เพื่อใช้บังคับกับผู้กระทำความผิด โทษจะมีลักษณะรุนแรงมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำความผิดว่ามีความร้ายแรงและเกิดความเสียหายต่อผู้เสียหายหรือรัฐมากน้อยเพียงใด ตามกฎหมายไทยมีกำหนดโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญา 5 ประเภท ได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับและริบทรัพย์สิน โทษประหารชีวิตเป็นโทษที่รุนแรงที่สุดจะลงแก่ผู้กระทำความผิดที่กระทำความผิดร้ายแรง เช่น ฆ่าผู้อื่น หรือความผิดที่เป็นอันตรายตามความมั่นคงของประเทศ และโทษที่เบาที่สุดคือโทษปรับ ซึ่งเป็นโทษที่ใช้กับความผิดที่มีลักษณะไม่รุนแรง เช่น การไม่เสียภาษีให้รัฐ การกระทำความผิดอาญาเล็กน้อย เป็นต้น โทษจึงหมายถึงการกระทำที่เป็นผลร้ายหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่ได้รับโทษ และด้วยเหตุที่มีการลงโทษนั้นเป็นการกระทบถึงสิทธิเสรีภาพ ของบุคคล จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้และต้องกระทำโดยชอบธรรมของรัฐ สังคม หรือชุมชน อีกนัยหนึ่งกล่าวได้ว่า การลงโทษเป็นการที่รัฐกำหนดภาวะอย่างหนึ่งอย่างใด อันเป็นผลร้ายหรือไม่พึงปรารถนาต่อผู้กระทำความผิด โดยมีสาเหตุเนื่องมาจากบุคคลนั้นได้กระทำความผิดตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่เกิดการกระทำความผิดขึ้น และได้กำหนดโทษไว้ โดยลักษณะดังกล่าวจะเห็นว่า แม้จะเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชน การลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นสิ่งที่ผู้มีอำนาจในรัฐจักต้องกระทำเพื่อรักษาความสงบของรัฐ อีกทั้งการลงโทษยังเป็นเครื่องมือส่งเสริมประสิทธิภาพของกฎหมายอีกประการหนึ่ง<sup>56</sup>

ปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยได้บัญญัติในเรื่องโทษทางอาญาไว้ในมาตรา 18 ซึ่งสามารถจำแนกโทษทางอาญาออกเป็น 5 ประเภท คือ

- 1) โทษประหารชีวิต
- 2) โทษจำคุก
- 3) โทษกักขัง
- 4) โทษปรับ
- 5) โทษริบทรัพย์สิน

<sup>56</sup> คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. (2551). รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการพัฒนามาตรการยึดทรัพย์สินแทนค่าปรับและมาตรการกักขังแทนค่าปรับตามประมวลกฎหมายอาญา. หน้า 7-9.

### โทษที่บังคับเอากับชีวิต

โทษทางอาญาที่บังคับกับชีวิต ได้แก่ โทษประหารชีวิต โทษดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่จะตัดโอกาสในการกระทำความผิดของอาชญากรให้หมดไปจากสังคมอย่างถาวร และเป็นการทดแทนการกระทำความผิดที่บุคคลดังกล่าวได้ก่อขึ้นแก่สังคม ซึ่งโทษประหารชีวิตมักจะใช้กับผู้กระทำความผิดที่ประกอบอาชญากรรมที่มีลักษณะรุนแรง มีผลกระทบต่อความรู้สึกของสังคมค่อนข้างสูง เช่น ความผิดเกี่ยวกับชีวิต หรือความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ เป็นต้น

### โทษที่บังคับเอากับเสรีภาพ<sup>57</sup>

โทษทางอาญาที่บังคับกับเสรีภาพ ได้แก่ โทษจำคุกและโทษกักขัง โดยโทษดังกล่าวจะมีวัตถุประสงค์ไปในทางแก้แค้น ทดแทนผู้กระทำความผิดให้แก่ผู้เสียหาย และสังคมที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิด และเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเป็นการชั่วคราว ทั้งนี้ ระหว่างที่ผู้กระทำความผิดได้รับโทษอยู่นั้นก็จะมีมาตรการในการฟื้นฟูสภาพจิตใจของผู้ต้องโทษ รวมทั้งการฝึกอาชีพและอบรมความรู้ เพื่อให้บุคคลดังกล่าวสามารถกลับเข้าสู่สังคมได้อีกครั้งหนึ่ง

### โทษที่บังคับเอากับทรัพย์สิน<sup>58</sup>

โทษทางอาญาที่บังคับกับทรัพย์สิน ได้แก่ โทษปรับและโทษริบทรัพย์สิน ซึ่งโทษริบทรัพย์สินนั้น มุ่งประสงค์ที่จะบังคับเอากับบรรดาทรัพย์สินที่ผู้กระทำความผิดได้มาจากการกระทำความผิดโดยถือว่าทรัพย์สินเงินทองเหล่านั้น ผู้กระทำความผิดสมควรได้รับ เพราะเป็นทรัพย์สินที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งทรัพย์สินบางประเภทยังเป็นสิ่งที่โดยสภาพของตัวทรัพย์สินนั่นเอง เป็นของที่มีผิดกฎหมาย เช่น ยาเสพติด อาวุธสงคราม สื่อลามกอนาจาร เป็นต้น หรือในความผิดบางประเภทที่มีลักษณะไม่รุนแรงก็อาจบังคับใช้โทษปรับแก่ผู้กระทำความผิด เพื่อให้เกิดความเข็ดหลาบ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในสังคม สังคมจะต้องหาวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งในการจัดการกับคนที่กระทำความผิด หรือละเมิดกฎเกณฑ์ของสังคม เพราะหากสังคมไม่จัดการกับคนที่กระทำความผิดก็เท่ากับว่า สังคมยอมรับการกระทำความผิดดังกล่าว แต่การที่สังคมจัดการกับคนที่ทำผิดอย่างไรนั้น ขึ้นอยู่กับความเชื่อของสังคมในแต่ละยุคแต่ละสมัยเกี่ยวกับสาเหตุของการกระทำความผิดและเหตุผลที่จะต้องจัดการหรือปฏิบัติกับคนที่กระทำความผิด ซึ่งจะเปลี่ยนไป

<sup>57</sup> คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. อังแล้วเชิงอรรถที่ 56. หน้า 7-9.

<sup>58</sup> คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. อังแล้วเชิงอรรถที่ 56. หน้า 7-9.

ตามยุคตามสมัยตามสถานการณ์ โดยสังคมแต่ละยุคแต่ละสมัยจะมีจุดเน้นในวัตถุประสงค์ของการลงโทษและวิธีการที่จะปฏิบัติต่อคนที่ทำความผิด

## 2.5 ทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา

การที่รัฐจะพิจารณาว่าการกระทำใดที่สมควรถูกลงโทษโดยกฎหมายอาญาหรือพฤติกรรมใดที่เป็นอาชญากรรมนั้น มีนักกฎหมายหลายท่านได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่าการกระทำลักษณะใดควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ดังนี้

### 2.5.1 ทฤษฎีการกำหนดความผิดทางอาญาของ Herbert L. Packer<sup>59</sup>

Herbert L. Packer นักทฤษฎีกฎหมายชาวอเมริกันได้วางหลักเกณฑ์ในการกำหนดว่าการกระทำใดควรบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาซึ่งเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางในหมู่นักกฎหมายไว้ประการ ดังนี้ 6

- 1) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่มชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่มชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
- 2) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาแล้วจะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่าง ๆ
- 3) การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญาจะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยไป
- 4) หากเป็นความผิดอาญาแล้วจะมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน
- 5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ
- 6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

Herbert L. Packer ยังเห็นว่าโทษอาญานั้นเป็นโทษที่มีค่าใช้จ่ายสูง กล่าวคือ ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแต่ละขั้นตอนนั้นรัฐต้องรับภาระค่าใช้จ่ายเพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครอง

<sup>59</sup> ฌูนิซ ชลิสราพงศ์. (2559). *การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญากรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลในครอบครัว : ศึกษาเฉพาะกรณีเพิ่มโทษผู้กระทำ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 24.



ความสงบเรียบร้อยของสังคมอันเป็นภารกิจของรัฐนั้น และโทษอาญามีความรุนแรงจนสมควรสงวนไว้ใช้เฉพาะความผิดที่ร้ายแรงจริงๆ เท่านั้น ดังนั้น จึงมีเหตุผล 2 ประการเท่านั้นที่บุคคลควรถูกลงโทษด้วยมาตรการทางอาญา คือ การลงโทษเพื่อให้สมควรแก่ผู้กระทำความผิดอย่างชั่วร้าย และการลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรม

Herbert L. Packer เห็นว่าในสังคมปัจจุบันรัฐควรมีอำนาจที่จะบังคับประชาชนเพียงเท่าที่เขาได้กระทำ ไม่ใช่บังคับให้เป็นดังที่รัฐต้องการ และในการที่รัฐจะลงโทษบุคคลจะต้องพิจารณาถึงสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำความผิดด้วย ซึ่งการที่รัฐได้คำนึงถึงสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำความผิดนั้นจะป้องกันมิให้กฎหมายอาญาดอกเป็นเครื่องมือของแนวคิดเรื่องการป้องกันซึ่งเป็นแนวคิดในเชิงอรรถประโยชน์นิยมอย่างไม่มีขีดจำกัด

นอกจากนี้ Packer ยังเห็นว่าไม่ควรลงโทษบุคคลที่การกระทำของเขาไม่อาจถูกดำเนินได้อย่างเหมาะสม และไม่ควรลงโทษบุคคลโดยเหตุผลทางศีลธรรมเท่านั้น เพราะการลงโทษด้วยเหตุผลทางศีลธรรมนั้นยังเป็นเรื่องที่คลุมเครืออยู่มาก ซึ่งอาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งในเรื่องต่างๆ ได้ เช่น การกระทำที่ผิดศีลธรรมนั้นแค่ไหนหรือเพียงใด ที่สมควรต้องได้รับโทษทางอาญา เป็นไปไม่ได้ที่จะใช้กฎหมายอาญากับทุกการกระทำที่ผิดศีลธรรม ไม่มีอะไรพิสูจน์ได้ว่ากฎหมายอาญาจะสามารถทำให้บุคคลมีศีลธรรมที่ดีขึ้นหรือเลวลง Packer เห็นว่า การใช้มาตรการทางอาญากับพฤติกรรมที่เป็นเรื่องศีลธรรมส่วนตัวซึ่งไม่ก่อให้เกิดผลเสียหายต่อสังคมส่วนรวมอาจก่อให้เกิดผลเสียต่างๆ ได้ เช่น ความยากลำบากในการควบคุมพฤติกรรมเหล่านั้นความเป็นไปได้น้อยในการบังคับใช้กฎหมายอาญาทำให้เป็นปัญหาต่อผู้บังคับใช้กฎหมายการที่ประชาชนพบว่ากฎหมายที่ห้ามนั้นไม่สามารถใช้บังคับได้จริงเท่ากับเป็นการสนับสนุนการไม่เคารพศรัทธาในกฎหมายมากขึ้น เป็นต้น การใช้มาตรการทางอาญากับพฤติกรรมเหล่านี้ อาจทำให้เกิดปัญหาอื่น ๆ ตามมา เช่น อาจทำให้เกิดปัญหาการคอร์รัปชันของเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายได้โดยง่าย

### 2.5.2 ทฤษฎีการกำหนดความผิดทางอาญาของ Lon Fuller<sup>60</sup>

Lon Fuller มีความเห็นว่ากฎหมายและศีลธรรมมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกัน ศีลธรรมเป็นเหตุผลที่แฝงอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมาย Lon Fuller จึงได้เสนอหลักเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมายอาญาที่เหมาะสมไว้ 8 ประการคือ

<sup>60</sup> คลนกัส ดิชรูตี. (2557). *มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดเหตุจรรยาในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจ บัณฑิตวิทยาลัย. หน้า 29.

1) ต้องมีการวางกฎเกณฑ์ (Rules) ในการบังคับใช้หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบดังกล่าวให้ เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจน เพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจนใน สิ่งที่กฎหมายประสงค์ควบคุมเป็นเครื่องป้องกันการใช้กฎหมายตามอำเภอใจของรัฐ

2) เกณฑ์ความรับผิดชอบดังกล่าวจะต้องเป็นสิ่งที่สามารถใช้ได้ทั้งในปัจจุบันและอนาคต ไม่ใช่มุ่งย้อนไปในอดีต ทั้งนี้ เพราะหากมีผลย้อนหลังต่อการกระทำในอดีตย่อมเท่ากับบุคคลจะถูก ลงโทษในการกระทำในอดีต ซึ่งไม่เป็นความผิดในขณะที่กระทำนั้น

3) เกณฑ์ความรับผิดชอบที่รัฐประสงค์จะควบคุมนั้น ควรเป็นสิ่งที่ได้มีการประกาศเผยแพร่ให้ ทราบทั่วไป เพื่อประชาชนได้ทราบว่า การกระทำใดของตนจะถูกกฎหมายควบคุมหรือมาตรการบังคับ ใช้โดยกฎเกณฑ์ดังกล่าว

4) เกณฑ์ความรับผิดชอบที่รัฐประสงค์จะควบคุมนั้น ต้องมีลักษณะที่รัดกุมชัดเจน เหมาะสม ครบถ้วน

5) เกณฑ์ความรับผิดชอบที่รัฐประสงค์จะควบคุมนั้น ต้องไม่มีลักษณะที่ขัดแย้งกับกฎเกณฑ์ อื่นเพื่อป้องกันความสับสนของประชาชนและผู้ปฏิบัติเมื่อเห็นว่าเกณฑ์ที่รัฐออกมานั้นมีความขัดแย้ง กันเอง

6) การปฏิบัติตามเกณฑ์ควบคุมดังกล่าวต้องสามารถปฏิบัติได้จริง เพราะเกณฑ์ที่ปฏิบัติ ตามไม่ได้ย่อมทำให้การควบคุมนั้นไร้ประโยชน์ ทั้งยังอาจสร้างความยุ่งยากให้กับการใช้ชีวิตของ พลเมือง เว้นเสียแต่จะเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายจำต้องมีลักษณะเช่นนั้น

7) เกณฑ์ควบคุมต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา ซึ่งจะส่งผลให้เกิดการประพฤติ ปฏิบัติตามได้เพื่อสมเจตนารมณ์ของการควบคุม

8) ต้องมีความสอดคล้องกันระหว่างเกณฑ์ควบคุมที่ได้เผยแพร่ให้ทราบโดยทั่วกัน กับ แนวปฏิบัติในการควบคุมของเจ้าหน้าที่ซึ่งรับผิดชอบดูแลและบังคับใช้เกณฑ์ดังกล่าว

### 2.5.3 ทฤษฎีการกำหนดความผิดทางอาญาของ Tadeusz Grygier<sup>61</sup>

Tadeusz Grygier เห็นว่า ในความคิดของมนุษย์นั้นกฎหมายกับความยุติธรรมเป็นสิ่งที่อยู่ ร่วมกันในสถานะเดียวกับความเชื่อทางศาสนา มนุษย์จึงพยายามกำหนดระบบกฎหมายเหมือนกับที่ เข้าใจในระบบศาสนา มนุษย์มีแนวโน้มที่จะเชื่อว่าระบบความยุติธรรมที่ตนเข้าใจนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ดังนั้น เมื่อมนุษย์พบว่ามีความหมายที่แตกต่างออกไปจากความเข้าใจดั้งเดิมก็เท่ากับว่ากฎหมายนั้น

<sup>61</sup> คลนภัต ดิษฐสี. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 60. หน้า 26.

ผิดพลาดและไม่ยุติธรรม Tadeusz Grygier ยังเห็นว่ากรณีที่มนุษย์เปรียบเทียบความยุติธรรมตามธรรมชาติว่ามีลักษณะเดียวกับความสูงสุดของเทพเจ้าหรือสิ่งที่ตนนับถือว่าสูงสุด และเป็นสากลทำให้มนุษย์ไม่ยอมรับความคิดที่ว่าสิ่งที่เป็นความถูกต้องในสถานที่และเวลาหนึ่งอาจไม่ใช่ความถูกต้องในอีกสถานที่หรืออีกเวลาหนึ่งได้ ดังนั้น Tadeusz Grygier จึงเห็นว่าถึงเวลาสมควรแล้วที่จะเปลี่ยนแนวความคิดที่ว่ากฎหมายอาญามีหน้าที่ควบคุมมนุษย์ในลักษณะเดียวกับเจตจำนงของสิ่งสูงสุดในทางศาสนา และ Tadeusz Grygier ยังได้เสนอแนวความคิดว่ากฎหมายอาญาที่มนุษย์ต้องการ คือ

- (1) กฎหมายซึ่งสามารถแก้ไขปัญหาคัดแย้งของมนุษย์ได้โดยแท้จริง
- (2) กฎหมายซึ่งจะควบคุมพฤติกรรมของแต่ละบุคคลหรือแต่ละกลุ่มบุคคลเพื่อปกป้อง

ชุมชน

(3) กฎหมายที่จะนำมาซึ่งความสุขแก่ประชาชนจำนวนมากที่สุด ซึ่งกฎหมายที่มนุษย์ต้องการเหล่านี้ควรต้องมีลักษณะไม่ใช่การลงโทษที่เป็นการทารุณกรรม ใช้บังคับโดยเท่าเทียมกัน เป็นมาตรการที่มีเมตตาธรรม และไม่สนับสนุนผลซึ่งไม่ใช่ความสุขอันแท้จริง

นอกจากนี้ Tadeusz Grygier เห็นว่าโดยทั่วไปคนมักตระหนักถึงอาชญากรรมในสองแง่ คือ ความร้ายแรงของอาชญากรรม (harm or risk) และข้อตำหนิ (culpability) ซึ่งรวมถึงความรับผิดชอบ (strict liability) ด้วย ซึ่ง Tadeusz Grygier แยกอาชญากรรมออกเป็น ส่วน คือ 3

- (1) ลักษณะความเป็นอันตราย (harm characteristically done) หรือความเสียหายซึ่งเกิดจากการกระทำของผู้กระทำผิด
- (2) ความเบี่ยงเบนจากมาตรฐานของบุคคลที่มีเหตุผลในสภาวะเช่นนั้น
- (3) ระดับของความเป็นอันตรายต่อสังคม (degree of social danger)

กฎหมายที่มนุษย์ในยุคปัจจุบันต้องการคือกฎหมายที่ไม่ซับซ้อน สามารถเข้าใจได้โดยง่าย ไม่ทารุณโหดร้ายและเอื้ออำนวยต่อประโยชน์สุขของสังคมส่วนรวม ซึ่งกฎหมายที่ Tadeusz Grygier นำเสนอมาภายใต้แนวความคิดเหล่านี้มีลักษณะแตกต่างจากกฎหมายอาญาโดยทั่วไปมากทั้งในด้านความมุ่งหมายของกฎหมาย และในด้านการให้คำจำกัดความของอาชญากรรมแต่ละประเภท แต่มีลักษณะของพื้นฐานความคิดและปรัชญาใกล้เคียงกับกฎหมายเอกชนมากกว่า

Tadeusz Grygier เห็นว่าการที่กฎหมายอาญาทั่วไปบัญญัติถึงเรื่ององค์ประกอบภายในจิตใจ (Mental Element) นั้นเป็นเพียงแค่ว่าในความคิดหรือมุมมองของนักกฎหมายเท่านั้นแต่ไม่ได้พิจารณาถึงมุมมองในทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวกับมนุษย์อย่างไรก็ดี Tadeusz Grygier ก็ยอมรับว่าการคำนึงถึงเรื่องเจตนาหรือเรื่อง mens rea นี้ไม่ใช่จะไม่มีมีความสำคัญเลย เพราะสิ่งเหล่านี้ทำให้สามารถชี้ให้เห็นถึงความ

แตกต่างระหว่างความรับผิดในทางอาญา โดยพิจารณาจากความรู้สึกผิดชอบชั่วดีโดยทั่วไปกับความรับผิดที่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย (objective liability) ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับความรับผิดเด็ดขาด นอกจากนี้ Tadeusz Grygier ยังยอมรับว่าแม้เรื่ององค์ประกอบทางด้านจิตใจจะไม่สมบูรณ์โดยแท้จริง แต่ก็มีประโยชน์อย่างมากในกรณีที่การพิสูจน์เจตนา นั้นสามารถกระทำได้ง่าย

## 2.6 แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น

โดยทั่วไปแล้ว หลักแห่งความรับผิดในทางอาญาของบุคคล บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญา เฉพาะการกระทำของตนเองเท่านั้น บุคคลหนึ่งไม่ต้องรับผิดในทางอาญาในผลของการกระทำความคิดที่บุคคลอีกคนหนึ่งได้กระทำขึ้น ซึ่งผู้ที่ต้องรับผิดไม่มีเจตนาหรือไม่ประมาทที่ย่อมต้องรับผิดได้ คือ ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นซึ่งเป็นความรับผิดเพราะมีฐานะอย่างใดอย่างหนึ่ง<sup>62</sup> เช่น เพราะเป็นนายจ้างจึงต้องรับผิดในทางอาญาในการกระทำความคิดทางอาญาของลูกจ้าง หรือเพราะเป็นบรรณาธิการจึงต้องรับผิดในการที่นักข่าวเขียนข่าวหมิ่นประมาทผู้อื่น เป็นต้น

ความรับผิดทางอาญาในการกระทำของบุคคลอื่น คือ การที่บุคคลหนึ่งปราศจากการกระทำที่น่าตำหนิต้องมารับผิดในความประพฤติของอีกบุคคลหนึ่ง ซึ่งจะปรากฏพบในระบบคอมมอนลอว์ในเรื่องลูกจ้างกับนายจ้างซึ่งในธุรกิจหนึ่งสามารถมีแนวโน้มทำให้บุคคลนั้นต้องรับผิดแม้ว่าจะปราศจากการกระทำที่น่าตำหนิได้ สำหรับความประพฤติของคนบางคนโดยส่วนมากจะเป็นลูกจ้างของเขาความรับผิดทางอาญาในการกระทำของบุคคลอื่นจัดว่าเป็นความรับผิดทางอาญาที่ไม่ต้องการเจตนาหรือปราศจากส่วนผิดในด้านจิตใจอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นการเสมอไปที่ศาลจะสามารถแยกวินิจฉัยได้โดยใช้ความระมัดระวังแล้วระหว่าง Strict กับ Vicarious liability ถึงแม้ว่ามันจะมีความแตกต่างที่สำคัญของ คำสองคำนี้ก็ตาม การเปรียบเทียบเพื่อให้เห็นถึงความแตกต่างก็เนื่องจาก Vicarious liability เป็นกรณีที่บุคคลไม่มีในเรื่องของ Actus reus แต่ยังมีกรกระทำโดยจิตใต้สำนึกของลูกจ้างของเขา ในระบบคอมมอนลอว์ อย่างไรก็ตาม Vicarious liability ก็มีกฎเกณฑ์ที่เหมือนกับ Strict liability คือ ไม่ได้

<sup>62</sup> เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์. (2546). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 199.

มีการต้องการที่จะให้พิสูจน์ถึงความจริงในการกระทำหรือการละเว้น โดยผู้เป็นนายจ้าง และไม่ต้องการที่จะให้พิสูจน์ถึงความจริงว่าไม่มีการกระทำภายใต้จิตสำนึก (ไม่มีเจตนา)<sup>63</sup>

### 2.6.1 ขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของบุคคลอื่น<sup>64</sup>

ขอบเขตความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น จะต้องปรากฏว่าผู้ที่ต้องรับโทษ จะต้องมีความสัมพันธ์กับบุคคลที่กระทำความผิด โดยบุคคลที่จะต้องรับโทษมีหน้าที่ควบคุมดูแลแต่เพียง หรือกรณีมีคำสั่ง หรือมีการรู้เห็น ยินยอม ซึ่งอาจเป็นการยินยอมโดยปริยาย หรือยินยอมโดยชัดแจ้งก็ตาม หากว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น บุคคลซึ่งเพิกเฉย ยินยอม หรือมีคำสั่งจะต้องเข้ามารับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้น

ความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของบุคคลอื่น มีปัญหาต้องพิจารณาในส่วนของ “การกระทำ” ซึ่งเป็นพื้นฐานความรับผิดชอบทางอาญา หากว่าไม่มีการกระทำก็ไม่จำเป็นต้องไปพิจารณาองค์ประกอบในข้ออื่นๆ จึงมีข้อที่จะต้องพิจารณาว่าความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของบุคคลอื่นขัดกับหลัก “ไม่มีการกระทำ ไม่มีโทษ” อันเป็นหลักที่ยอมรับกันทั่วไปหรือไม่ ข้อที่เถียงกันอยู่ก็คือคนหนึ่งกระทำความผิด จะให้อีกคนหนึ่งที่ไม่ได้กระทำความผิดต้องรับโทษด้วยได้อย่างไร ปัญหาขึ้นอยู่กับการตีความ “การกระทำ” ว่าหมายความว่า ความหมายอย่างแคบ หมายความว่าความถึงการเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้จิตใจบังคับ หรือการที่จิตใจบังคับไม่ให้มีการเคลื่อนไหวร่างกาย ส่วนในความหมายอย่างกว้างการกระทำประกอบด้วยการเคลื่อนไหวร่างกาย สภาพแวดล้อมและผลที่เกิดขึ้น คำว่า “การกระทำ” ในประมวลกฎหมายอาญา ในที่นี้จะเข้าใจตามตัวอักษรไม่ได้ ที่เห็นได้ชัดเจนนั่นก็คือ “ละเว้น” ในบางกรณีเป็นการไม่เคลื่อนไหวร่างกายก็เป็นความผิดได้ตามบทมาตรากฎหมายต่างๆ ถ้าเช่นนั้นในบางมาตราการที่กฎหมายลงโทษผู้ที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่น เช่น นายจ้างรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้างแม้ว่านายจ้างไม่ได้รู้เห็นด้วย ดังนี้ จะทำให้ได้เหตุผลคือ การลงโทษตามที่บัญญัติไว้เป็นการตีความคำว่า “การกระทำ” หมายความว่าความถึงการละเว้นไม่ควบคุมดูแลมิให้มีการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเป็นการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้ผู้มีอำนาจควบคุมดูแลมิให้เกิดการกระทำที่เป็นความผิดเมื่อละเว้นไม่ทำตามที่กฎหมายมุ่งหมายให้ทำ ก็เป็นการละเว้นที่เป็นความผิด

<sup>63</sup> สุนทรื กิ่งกระจำง. (2549). *ความรับผิดชอบทางอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีความรับผิดชอบของบิดามารดา ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 35.

<sup>64</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 38.

## 2.6.2 ความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของบุคคลอื่นในประเทศไทย<sup>65</sup>

ความผิดบางอย่างแม้บุคคลจะมีได้ร่วมกระทำหรือใช้หรือสนับสนุนก็อาจต้องรับผิดชอบได้ทั้งที่เป็น การกระทำของบุคคลอื่น ทั้งนี้ต้องมีกฎหมายบัญญัติเป็นพิเศษให้เห็นได้เช่นนั้น เช่น ความรับผิดชอบของสมาชิกอัยยี่ช่อง โจรตามมาตรา 213 ซึ่งเป็นมาตราเดียวของประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ได้ กำหนดให้บุคคลต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำของคนอื่น ความผิดชนิดนี้ตามปกติมักจะเกี่ยวกับกิจการ บางอย่างที่ถูกกฎหมายประสงค์ให้ผู้ประกอบกิจการนั้นรับผิดชอบในบรรดาการกระทำของบุคคลที่ตน จัดหามาดำเนินการ ไม่แต่ในทางแพ่งแต่ต้องรับผิดชอบตลอดจนทางอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ด้วยกรณี เช่นนี้พอจะเทียบได้กับความรับผิดชอบในการกระทำที่ไม่ต้องมีเจตนา ตามนัยแห่งมาตรา 59 จำพวกหนึ่ง ก็ได้ บางกรณีก็มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจน เช่น พระราชบัญญัติมาตรา ชั่ง ตวง วัด พ.ศ. 2466 มาตรา 33 ตัวการหรือนายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของตัวแทนหรือลูกจ้าง ซึ่งทำการเพื่อประโยชน์ของตัวการ หรือนายจ้างอันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ (ฎีกาที่ 1149/2477)

และนอกจากนี้ก็มีพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ.2484 มาตรา 48 บัญญัติว่า เมื่อความผิด นอกจากที่ระบุไว้ในพระราชบัญญัตินี้เกิดขึ้นด้วยโฆษณาสิ่งพิมพ์ นอกจากหนังสือพิมพ์ผู้ประพันธ์ ซึ่งตั้งใจให้โฆษณาบทประพันธ์นั้นต้องรับผิดชอบเป็นตัวการถ้าผู้ประพันธ์ไม่ต้องรับผิดชอบหรือไม่ได้ ตัวผู้ประพันธ์ก็ให้เอาโทษแก่ผู้พิมพ์เป็นตัวการ วรรคสอง บัญญัติว่า ในกรณีแห่งหนังสือพิมพ์ ผู้ประพันธ์และบรรณาธิการต้องรับผิดชอบเป็นตัวการถ้าไม่ได้ตัวผู้ประพันธ์ก็ให้เอาโทษแก่ผู้พิมพ์ เป็นตัวการด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 990/2508 วินิจฉัยว่า จำเลยที่ 1 เป็นบรรณาธิการหนังสือพิมพ์ฉบับที่โจทก์ นำมาฟ้อง จึงต้องรับผิดชอบเป็นตัวการในการที่หนังสือพิมพ์จำเลยลงข่าวหมิ่นประมาทโจทก์ตาม พระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ.2484 วรรค 2 แม้จำเลยที่ 1 จะไม่ได้ลงข่าวนี้โดยมอบหมายให้จำเลยที่ 2 เป็นผู้ดำเนินการแทนก็ตาม จำเลยที่ 1 หาพ้นผิดไม่

พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 มาตรา 10 ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2516 มาตรา 8 (ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1604/2522) รับจ้างขนแร่ของบริษัทเกินจำนวนในใบอนุญาตให้ขนกว่าร้อยละ 5 บริษัทต้องรับผิดชอบ ในการกระทำของลูกจ้าง ข. ขนแร่ของตนรวมไปกับแร่ของบริษัท ถือว่าการขนแร่เป็นความผิดที่ผู้รับ ใบอนุญาตเป็นตัวการด้วยและถือเป็นผู้ผิดกฎหมายทั้งหมด ตามมาตรา 110 ต้องรับตามมาตรา 154 ฉบับที่ 2 พ.ศ.2516 มาตรา 39 ไม่ว่าจะมีผู้ถูกลงโทษหรือไม่

<sup>65</sup> สุนทรื กสิ่งกระจำง. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 63. หน้า 40.

เหตุผลในการลงโทษผู้มีฐานะอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น นายจ้างในการกระทำของลูกจ้างในเรื่องความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นนั้น ก็คล้ายๆ กับเหตุผลในการลงโทษในเรื่องความผิดโดยเจตนาตนเองกล่าวคือ เป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่านายจ้างใช้จ้าง วาน หรือยุยงส่งเสริมหรือร่วมในการกระทำผิดกับลูกจ้างและคดีต่างๆ เหล่านี้มีเกิดขึ้นมากจนกระทั่งอัยการอาจจะทำงานไม่ได้ ผลคือหากมัวแต่จะต้องพิสูจน์ความผิดของนายจ้างทุกๆ รายไป นอกจากนี้ ความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่นนี้ก็อาจจะทำให้นายจ้างใช้ความระมัดระวังในการเลือกหาและควบคุมลูกจ้างมากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตามการลงโทษนายจ้างซึ่งไม่มีส่วนผิดด้วยนั้น เป็นการขัดต่อหลักที่ว่าควรลงโทษเฉพาะผู้ที่มีส่วนผิดเท่านั้น ดังนั้น เมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องลงโทษจริง ๆ ควรลงโทษสถานเบา เช่น โทษปรับเท่านั้น

ความรับผิดทางอาญาอันเกิดจากการกระทำของบุคคลอื่น เป็นกรณีที่ต้องรับผิดไม่ได้กระทำและไม่มีเจตนาที่จะก่อให้เกิดการกระทำที่ละเมิดกฎหมายขึ้น หากแต่ต้องรับผิดในผลแห่งการกระทำผิดกฎหมายของบุคคลอื่นซึ่งได้กระทำโดยเจตนาก่อให้เกิดผลร้ายนั้นขึ้น ซึ่งจัดว่าเป็นความผิดทางอาญาที่ไม่ต้องการเจตนาหรือปราศจากส่วนผิดในด้านจิตใจ ซึ่งไม่ใช่หลักเกณฑ์ในกฎหมายอาญาโดยตรง แต่เป็นการนำหลักการทางแพ่งเข้ามาใช้ในกฎหมายอาญาและโทษที่จะลงนั้นมักจะลงโทษไม่เกินโทษปรับและถือว่าการระวางโทษเกินกว่านั้นถึงขั้นจำคุกเป็นการละเมิดต่อหลักนิติธรรม ไม่มีผลใช้บังคับได้

การกำหนดความรับผิดทางอาญาสำหรับผู้ให้บริการสื่อสังคมออนไลน์ เนื่องจากผู้ให้บริการไม่ได้เป็นผู้กระทำความผิดเอง แต่มีผู้อื่นกระทำความผิดในระบบข้อมูลของตน ดังนั้น จึงต้องนำทฤษฎีในเรื่องความรับผิดทางอาญาของบุคคลอื่นมาพิจารณาประกอบในการกำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการด้วย

## 2.7 แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ให้บริการสื่อสังคมออนไลน์

การกำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้ให้บริการสื่อสังคมออนไลน์เกี่ยวกับการประทุษวาจาในระบบข้อมูลของตน จำเป็นต้องศึกษาถึงความหมาย และประเภทของผู้ให้บริการ เพื่อให้ทราบขอบเขตของผู้ให้บริการที่ต้องรับผิด และศึกษาถึงความรับผิดและข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการตามกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน

### 2.7.1 ความหมาย และประเภทของผู้ให้บริการ

นิยามคำว่า “ผู้ให้บริการ” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 3 ดังนี้ คือ

“ผู้ให้บริการ หมายความว่า

1) ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่น โดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเอง หรือในนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

2) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น อาจแบ่งประเภทของผู้ให้บริการ ได้ดังนี้

(1) ผู้ประกอบการ โทรคมนาคมไม่ว่าโดยระบบ โทรศัพท์ ระบบดาวเทียม ระบบวงจรเช่า หรือบริการสื่อสารไร้สาย

(2) ผู้ให้บริการเข้าถึงเครือข่ายระบบคอมพิวเตอร์ไม่ว่าโดยอินเทอร์เน็ตทั้งผ่านสายและไร้สาย หรือในระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ภายในเรียกว่า อินทราเน็ต ที่จัดตั้งขึ้นในเฉพาะองค์กรหรือหน่วยงาน

(3) ผู้ให้บริการเช่าระบบคอมพิวเตอร์ หรือให้เช่าบริการ โปรแกรมประยุกต์ (Host Service Provider)

(4) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์แก่บุคคลอื่นตาม มาตรา 3 (2) นั้นย่อมหมายถึงผู้ให้บริการข้อมูลคอมพิวเตอร์ผ่านแอปพลิเคชันต่างๆ ที่เรียกว่าผู้ให้บริการเนื้อหา หรือ Content Provider เช่น ผู้ให้บริการ Web board หรือ Webservice เป็นต้น

### 2.7.2 หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ

หน้าที่ของผู้ให้บริการ

แต่เดิมพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 ได้กำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการไว้ใน มาตรา 26 ดังนี้

มาตรา 26 ผู้ให้บริการต้องเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ไว้ไม่น้อยกว่า 90 วัน นับแต่วันที่ข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ แต่ในกรณีจำเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่จะสั่งให้ผู้ให้บริการผู้ใดเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ไว้เกิน 90 วันแต่ไม่เกิน 1 ปีเป็นกรณีพิเศษเฉพาะรายและเฉพาะคราวก็ได้



ต่อมาพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2560 มาตรา 17 ให้ยกเลิกความในวรรคหนึ่งของมาตรา 26 แห่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน “มาตรา 26 ผู้ให้บริการต้องเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ไว้ไม่น้อยกว่า 90 วัน นับแต่วันที่ข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ แต่ในกรณีจำเป็น พนักงานเจ้าหน้าที่จะสั่งให้ผู้ให้บริการผู้ใดเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ไว้เกิน 90 วันแต่ไม่เกิน 2 ปีเป็นกรณีพิเศษเฉพาะราย และเฉพาะคราวก็ได้”

#### ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติถึงการกระทำที่เป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ไว้ในมาตรา 14 ว่า “ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

- 1) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน
- 2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศหรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน
- 3) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา
- 4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้
- 5) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (1) (2) (3) หรือ (4)

สำหรับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 15 ไว้กำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการไว้ ดังนี้

มาตรา 15 ผู้ให้บริการผู้ใดจงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตาม มาตรา 14

ต่อมาเมื่อวันที่ 24 มกราคม 2560 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2560 ในราชกิจจานุเบกษา โดยได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ดังนี้

มาตรา 9 ให้ยกเลิกความในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 15 ผู้ให้บริการผู้ใดให้ความร่วมมือ ยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 14

ให้รัฐมนตรีออกประกาศกำหนดขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออกจากระบบคอมพิวเตอร์ถ้าผู้ให้บริการพิสูจน์ได้ว่าตนได้ปฏิบัติตามประกาศของรัฐมนตรีที่ออกตามวรรคสอง ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

จากการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวทำให้มีผลดังนี้<sup>66</sup>

(1) การยกเลิกคำว่า “จงใจ” และแก้ไขเพิ่มเติมเป็นคำว่า “ความร่วมมือ ยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจกัน” ซึ่งจะเห็นได้ว่าตามบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่นี้ ยังไม่ได้ใช้คำว่า “เจตนา” ให้ชัดเจน แต่ใช้คำว่า “ความร่วมมือ ยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจกัน” ซึ่งย่อมเกิดความชัดเจนในการตีความ และปรับใช้มากกว่าคำว่าจงใจ เพราะทั้งคำว่า ร่วมมือ ยินยอม รู้เห็นเป็นใจล้วนเป็นคำที่ใช้ในกฎหมายอาญา หลักทั่วไปมีการตีความในเชิงตัวการร่วมหรือผู้สนับสนุน ในหมวดที่ 6 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 (ตัวการ) และมาตรา 86 (ผู้สนับสนุน)

(2) ให้รัฐมนตรีออกกฎหมายลำดับรอง กำหนดขั้นตอนการแจ้งเตือนตามหลัก Notice and Takedown จากกฎหมายเดิมเกิดปัญหาว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตความเร็วสูงจะถือว่ามีมารับผิดทันที หากเป็นผู้บริการตามที่กฎหมายกำหนด และเข้าเงื่อนไข จงใจ ยินยอมหรือสนับสนุน ให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น แต่ร่างแก้ไขเพิ่มเติมใหม่นี้ นำหลัก Notice and Takedown มาใช้ หลักดังกล่าวนี้ คือ หากพบข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ฝ่าฝืนกฎหมายปรากฏอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ให้รีบลบออกภายในเวลาอันเหมาะสมนับแต่วันที่รู้หรือได้รับแจ้ง หรือภายในระยะเวลาที่พนักงานเจ้าหน้าที่กำหนด หากลบออกภายในเวลาที่กำหนดแล้วก็จะไม่ต้องรับโทษ

<sup>66</sup> อรุณรัตน์ เจริญศรีวงษ์. (2560). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับธุรกิจการให้บริการอินเทอร์เน็ต*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มหามงคล มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 76.

หากผู้ให้บริการมิได้ดำเนินการแก้ไขหรือระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าว ก็จะต้องระวางโทษ โดยหลัก Notice and Takedown ที่กฎหมายใหม่นำเข้ามาใช้จึงเป็นการลดภาระการควบคุมดูแล และลดภาระความเสี่ยงของตัวกลางได้บ้าง เพราะมีการแจ้งเตือนจากฝ่ายบริหาร เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเสมือนรัฐเข้ามามีบทบาทคัดกรองข้อมูลที่ฝ่าฝืนกฎหมายควบคุมกับผู้ให้บริการ

(3) เปิดโอกาสให้ผู้ให้บริการพิสูจน์ได้ว่าปฏิบัติตามขั้นตอนแจ้งเตือน พระราชบัญญัติฉบับใหม่นี้ ได้มีการบัญญัติวรรคสามเพิ่มเติมขึ้นมาว่า “...ถ้าผู้ให้บริการพิสูจน์ได้ว่าตนปฏิบัติตามประกาศของรัฐมนตรีที่ออกตามวรรคสอง ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” หลักนี้สืบเนื่องมาจากวรรคสอง ที่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องใช้หลักการ Notice and Takedown หรือการแจ้งเตือนผู้ให้บริการว่า มีข้อมูลในการควบคุมดูแลของตนกำลังฝ่าฝืนกฎหมายอยู่ ต้องนำข้อมูลนั้นออกจากระบบคอมพิวเตอร์ ตามขั้นตอนที่รัฐมนตรีประกาศอันเป็นกฎหมายลำดับรองออกมา และหากยังมีข้อมูลที่ฝ่าฝืนกฎหมาย “ผู้ให้บริการ” จึงมีความผิด แต่มาตรา 15 วรรคสาม บัญญัติเปิดโอกาสให้ผู้ให้บริการพิสูจน์ว่าตนได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่เจ้าหน้าที่แจ้งแล้ว เพียงแต่ข้อมูลฝ่าฝืนกฎหมายนั้นยังปรากฏอยู่ภายใต้การดูแลของตนย่อมพ้นความรับผิด ซึ่งต่างจากมาตรา 15 เดิมอันปราศจากการพิสูจน์ใดๆ ทั้งสิ้น เมื่อปรากฏข้อมูลฝ่าฝืนกฎหมาย ภายใต้การควบคุมดูแลของผู้ให้บริการ กฎหมายถือว่ามีความรับผิดทันที