



ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาต่อการคุกคามทางเพศ  
ผ่านคอมพิวเตอร์

ฉัตรวรรณ นาควิเชตร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์  
คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์  
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต  
ปีการศึกษา 2566

LEGAL ISSUES REGARDING CRIMINAL LIABILITY FOR SEXUAL  
HARASSMENT THROUGH COMPUTER

CHATWARUN NACKWICHET

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Law  
Department of Law,  
Pridi Banomyong Faculty of Law  
Dhurakij Pundit University  
Academic Year 2023



## ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

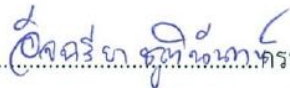
หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาต่อการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์  
เสนอโดย ฉัตรวรรณ นาควิเชตร  
สาขาวิชา นิติศาสตร์  
หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา  
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว



.....ประธานกรรมการ

(รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสินท์)



.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

(รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์)



.....กรรมการ

(อาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์)

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ รับรองแล้ว



..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์

(อาจารย์ ดร. สุทธิพล ทวีชัยการ)

วันที่ 15 เดือน สิงหาคม พ.ศ. 2567

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาต่อการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์
ชื่อผู้เขียน	ฉัตรวรรณ นาควิเชตร
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์
หลักสูตร	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2566

### บทคัดย่อ

ในการศึกษาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาต่อการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความหมายและประเภทของการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์รวมทั้งผลกระทบที่เกิดขึ้น แนวคิดทางอาชญาวิทยาเกี่ยวกับการลงโทษและแนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์และวิเคราะห์ปัญหากฎหมายจากการใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 392 และมาตรา 397 เกี่ยวกับการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นและเยอรมนี ในการให้ได้มาซึ่งแนวทางในการพัฒนา ปรับปรุงกฎหมาย โดยการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2560 เพื่อบัญญัติความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ทั้งนี้เป็นการศึกษาโดยใช้วิธีวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) ซึ่งศึกษาด้วยทฤษฎีหมาย เช่น ประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2560 เป็นต้น

ผลการศึกษาพบว่า

1. การนำการนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมาย มาตรา 392 และมาตรา 397 ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษและพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 (แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2560) มาใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์มีความไม่เหมาะสมทั้งในเรื่องโทษและกฎหมายดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมถึงลักษณะของพฤติกรรมอันเป็นการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ซึ่งกระทบต่อผู้เสียหาย
2. การดำเนินตามกระบวนการยุติธรรมทางกฎหมายเป็นไปได้ยากเนื่องจากการพิสูจน์ความผิดและความไร้ขอบเขตของโลกอินเทอร์เน็ต ทำให้การติดตามตัวผู้กระทำความผิดที่ไม่ระบุตัวตนสามารถกระทำได้ยาก ทำให้การดำเนินคดีต้องใช้เวลาและผลที่ได้รับกลับมา คือ ผู้กระทำความผิดได้รับโทษเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่มีความเกรงกลัวต่อโทษที่ได้รับ

**คำสำคัญ :** ความรับผิดทางอาญา, การคุกคามทางเพศ,คอมพิวเตอร์

ฉัตรวรรณ ชูตินันท์

Thesis Title	LEGAL ISSUES REGARDING CRIMINAL LIABILITY FOR SEXUAL HARASSMENT THROUGH COMPUTER
Author	Chatwarun Nackwichet
Thesis Advisor	Associate Professor Achariya Chutinun
Program	Master of Laws
Academic Year	2023

## ABSTRACT

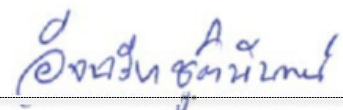
In studying legal problems regarding criminal liability for sexual harassment through computers, the objective is to examine the meaning and types of sexual harassment via computer, including the impacts that occur, criminological concepts regarding punishment, and the concept of criminal liability for such harassment. The study analyzes legal problems from the application of Sections 392 and 397 of the Criminal Code in relation to sexual harassment through computers, comparing them with foreign laws, including those of the United States, Japan, and Germany. This comparison aims to provide guidelines for amending the Computer Crimes Act (No. 2) B.E. 2017 to establish criminal liability for sexual harassment via computer. This study is based on documentary research, examining legal texts such as the Criminal Code and the Computer Crime Act (No. 2) B.E. 2017.

The results of the study found that:

1. Applying the provisions of Sections 392 and 397, which pertain to misdemeanor offenses, and the Computer Act on Computer Crimes B.E. 2007 (amended by the Computer Act 2017) to punish those who commit sexual harassment via computer is inappropriate. This is due to both the inadequacy of the punishment and the fact that the current law does not fully address the nature of the behavior that affects victims in society.

2. The legal justice process is hindered by the difficulty of proving guilt and the lack of clear boundaries in the internet world. This makes tracking down anonymous perpetrators difficult, leading to prolonged prosecution times and resulting in only slight punishments for offenders, which fail to instill fear of repercussions.

**Keywords:** Criminal liability, Sexual harassment, Computer



## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยดีเนื่องด้วยความกรุณาอย่างสูงจากท่านรองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งให้ความรู้ คำแนะนำ ตลอดจนคอยตรวจสอบข้อบกพร่องและชี้แนะแนวทางการแก้ไขจนทำให้วิทยานิพนธ์มีความสมบูรณ์ ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์เป็นอย่างสูงที่ได้ให้ความเมตตาแก่ผู้เขียนตลอดการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท ที่ได้กรุณารับเป็นประธานสอบวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์ ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านทั้งสองได้ให้ความกรุณาเสนอแนะข้อคิดที่มีคุณค่า ชี้แนะให้ผู้เขียนเห็นถึงจุดบกพร่องซึ่งผู้เขียนได้มองข้ามไป ทำให้ผู้เขียนได้กลับมาค้นคว้าและเพิ่มเติมเนื้อหาให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

เหนือสิ่งอื่นใด ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ คุณมนนภา ซีวีวัฒน์ มารดาผู้อยู่เบื้องหลังความสำเร็จของผู้เขียนเสมอมา ที่ให้การสนับสนุนในการเข้าเรียนระดับชั้นปริญญาโทของผู้เขียนอย่างเต็มที่ และคอยให้กำลังใจแก่ผู้เขียนในยามที่ผู้เขียนประสบปัญหาและรู้สึกท้อแท้ คุณกฤษณะ สมทรัพย์ ผู้เป็นพี่ ที่คอยให้กำลังใจและรับฟังปัญหาของผู้เขียนอย่างสม่ำเสมอ ตลอดจนกัลยาณมิตรทุกท่านที่ไม่อาจกล่าวนามได้ทั้งหมดในที่นี้ ที่คอยให้ความช่วยเหลือและให้กำลังใจแก่ผู้เขียนตลอดการจัดทำวิทยานิพนธ์

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ห้องสมุดและเจ้าหน้าที่สำนักงานเลขานุการคณะนิติศาสตร์ทุกท่านที่ให้ความช่วยเหลือและอำนวยความสะดวกในการค้นคว้าหาข้อมูลและดำเนินการจัดการสอบวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนให้สำเร็จได้ด้วยดี

ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเสร็จสมบูรณ์ไปไม่ได้หากขาดงานเขียนของบุคคลผู้เป็นเจ้าของแหล่งข้อมูลอ้างอิงทุกท่านที่ทำให้ผู้เขียนสามารถนำมาใช้เป็นข้อมูลในการวิเคราะห์ สังเคราะห์ ตลอดจนแสวงหาแนวทางในการแก้ปัญหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้อย่างลุล่วง ผู้เขียนจึงขอขอบคุณบุคคลผู้เป็นเจ้าของแหล่งข้อมูลอ้างอิงทุกท่านมา ณ โอกาสนี้

ท้ายสุดนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นประโยชน์ในทางวิชาการต่อผู้ที่สนใจ หรือต่อวงการกฎหมาย ผู้เขียนขอมอบความดีทั้งหมดแก่บุคคลทุกท่านที่ได้กล่าวมาในที่นี้ แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และผู้เขียนยินดีอย่างยิ่งที่จะได้รับคำวิจารณ์และข้อเสนอแนะเกี่ยวกับสาระของวิทยานิพนธ์

ฉัตรวรรณ นาควิเชตร

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฌ
บทที่	
1. บทนำ.....	
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	6
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	6
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	7
1.5 วิธีวิจัย.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
2. แนวความคิดเกี่ยวกับการป้องกันการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์.....	8
2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ (Sexual harassment).....	8
2.2 โครงสร้างความรู้ผิดทางอาญา.....	10
2.3 แนวคิดในการลงโทษผู้กระทำผิดอาญาตามกฎหมายที่บัณฑิตวิทยาลัย.....	23
2.4 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรู้ผิดทางอาญา.....	33
2.5 แนวความคิดทางกฎหมายในการป้องกันการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์.....	36
2.6 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ของไทย.....	37
3. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ของต่างประเทศ.....	55
3.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ของประเทศญี่ปุ่น.....	55
3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์.....	64
ของประเทศสหรัฐอเมริกา	
3.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ของประเทศสหพันธ์.....	72
สาธารณรัฐเยอรมนี	
3.4 เปรียบเทียบความผิดอาญาเกี่ยวกับคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์.....	80

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4. วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของการกระทำที่เป็นการคุกคาม.... ทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์	83
4.1 ปัญหากฎหมายซึ่งเกิดจากการที่ประเทศไทยไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่บัญญัติ..... ความผิดเกี่ยวกับด้วยการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์เป็นการเฉพาะ	83
4.2 ปัญหาการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายอื่นเพื่อใช้ลงโทษผู้กระทำความผิด..... ยังขาดความเหมาะสมต่อการกระทำที่มีลักษณะเป็นการคุกคามทางเพศ ผ่านคอมพิวเตอร์	86
4.3 ปัญหาของสัดส่วนการลงโทษของบทบัญญัติของกฎหมายในการลงโทษการกระทำ..... ที่มีลักษณะเป็นการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์	87
4.4 เปรียบเทียบความผิดอาญาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ของไทย..... และต่างประเทศ	90
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	94
5.1 บทสรุป.....	94
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	98
บรรณานุกรม.....	101
ประวัติผู้เขียน.....	106



## สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
3.1 แสดงการเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา และสหพันธรัฐเยอรมนี	80
4.1 แสดงการเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา สหพันธรัฐเยอรมนีและไทย	90

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันประชาชนได้หันมานิยมใช้คอมพิวเตอร์อย่างกว้างขวางโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การใช้ อินเทอร์เน็ต (Internet) โดยผ่านคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะเป็นเครือข่ายที่มีการเชื่อมต่อระหว่างเครือข่าย หลากๆ เครือข่ายทั่วโลก โดยสามารถสื่อสารถึงกันได้ในทุกๆ ช่องทาง อาทิเช่น อีเมล เว็บบอร์ด และสามารถสืบค้นข้อมูลและข่าวสารต่างๆ รวมทั้งคัดลอกแฟ้มข้อมูลและโปรแกรมมาใช้ในการดำเนินชีวิตมากขึ้น จนอาจกล่าวได้เป็นสังคมออนไลน์ ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าการใช้คอมพิวเตอร์ได้เข้ามาแทรกซึมในการใช้ชีวิตของ ผู้คนในสังคมรวมในหลายๆกิจกรรมอย่างกว้างขวาง นับตั้งแต่การดำเนินชีวิตประจำวัน การดำเนินธุรกิจ การ สื่อข่าว การศึกษา การสาธารณสุข เป็นต้น

นอกจากนี้ การใช้สื่ออินเทอร์เน็ตผ่านคอมพิวเตอร์ยังมีลักษณะพิเศษที่ทำให้พฤติกรรมการใช้งาน บนอินเทอร์เน็ตเปลี่ยนแปลงไป ทั้งยังมีบทบาทกับชีวิตของประชาชนมากขึ้น ทั้งเป็นพื้นที่แลกเปลี่ยนข้อมูล ข่าวสาร สามารถปฏิสัมพันธ์กันได้ระหว่างผู้ส่งสารและผู้รับสาร เนื่องจากมีการแพร่กระจายข่าวสารได้อย่าง รวดเร็วทันที่ทันใด เป็นพื้นที่สาธารณะที่ผู้คนในสังคมสามารถแสดงความคิดเห็นและตอบสนองต่อเหตุการณ์ ใด ๆ ในสังคมได้อย่างค่อนข้างเสรี โดยไม่ถูกควบคุมเนื้อหา และสามารถกระทำได้โดยไม่ ระบุตัวตน (Anonymity) บริบทออนไลน์จึงส่งผลให้คนมีความกล้าที่จะเปิดรับและเข้าไปมีส่วนกับเรื่องเพศมากกว่าในโลก แห่งความจริง ที่ซึ่งเป็นสภาพแวดล้อมที่มีขอบเขตลดการถูกจำกัดจากบรรทัดฐานของสังคม (Social norms) ที่มา ควบคุมพฤติกรรม จึงยิ่งเอื้อให้สามารถแสดงความคิดเห็นต่อประเด็นหรือต่อบุคคลต่าง ๆ ที่ถูกแชร์ ถูกโพสต์บนโลก ออนไลน์ได้อย่างไร้ข้อจำกัดมากขึ้น

หากพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 3 ว่าด้วยเรื่องสิทธิและ เสรีภาพของปวงชนชาวไทย มาตรา 27 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและ ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็น ธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการสภาพทาง กายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือ ความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอันใด จะกระทำมิได้”

ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการยอมรับสิทธิในทางเพศถือเป็นสิทธิมนุษยชนในรูปแบบหนึ่งซึ่งได้รับ การยอมรับในระดับสากล<sup>1</sup> สิทธิทางเพศจึงจัดเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนควรได้รับอย่างเท่าเทียมกัน<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Larson, S., ‘Intersexuality and gender verification tests: The need to assure human rights and privacy’ (2011) 23 Pace Int'l L. Rev. 215.

<sup>2</sup> Blumberg, R.L., ‘Gender equality is a human right. Empowerment, women and human rights,

ในปัจจุบันได้มีการเรียกร้องสิทธิในทางเพศที่มีความหลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นสิทธิสตรี สิทธิของ LGBT (กลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือเพศทางเลือก) เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันไม่ว่าจะเป็นมีสถานะภาพทางเพศเป็นเพศใดก็ตาม หลายประเทศได้มีการพัฒนากฎหมายเพื่อรองรับความหลากหลายทางเพศ<sup>3</sup> เช่น สิทธิในการจดทะเบียนสมรส การรับรองบุตร สิทธิในทรัพย์สิน เป็นต้น

สำหรับในประเทศไทย ได้มีการตราพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ซึ่งมีผลบังคับใช้วันที่ 9 กันยายน 2558 เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลทุกเพศไม่ว่าจะเป็นเพศชายหรือเพศหญิง รวมทั้งบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เพื่อกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ และป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ<sup>4</sup> ซึ่งสอดคล้องกับหลักการสิทธิมนุษยชนสากลตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี<sup>5</sup>

อย่างไรก็ดี ได้มีการใช้คอมพิวเตอร์เพื่อสื่อสารโดยผ่านสื่อออนไลน์ ได้แก่ เฟซบุ๊ก ทวิตเตอร์ อินสตาแกรม ยูทูบ ฯลฯ ในลักษณะที่ส่งผลกระทบต่อความรู้สึกทางเพศเพิ่มมากขึ้นและได้กลายเป็นปัญหาที่เด่นชัดและทวีความรุนแรงมากขึ้นทุกทีดังจะพบได้ ในหลากหลายพฤติกรรม กล่าวคือ<sup>6</sup>

- การข่มขู่ทางเพศ เช่น กดดันให้ส่งภาพที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเพศของเหยื่อ ข่มขู่ว่าจะล่วงละเมิดทางเพศ แบล็คเมล กระตุ้นให้คนอื่นล่วงละเมิดทางเพศอีกคน

- การล่วงลามทางเพศ เช่น คอมเมนต์ล่วงลามทางเพศบนโลกโซเชียล เล่นโจ๊กเรื่องเพศ เสนอหรือขอทำกิจกรรมทางเพศกับบุคคลอื่นในโลกออนไลน์ ตัดต่อภาพของคนอื่นให้ดูยั่ววนทางเพศ

- การอนาจารแก้แค้น (Revenge porn) เช่น การบันทึกภาพเพศสัมพันธ์ที่ไม่เต็มใจ การถ่ายหรือส่งต่อคลิปหรือภาพทางเพศของเหยื่อโดยไม่ได้รับความยินยอมที่น่าสนใจคือทั้งเหยื่อและตัวผู้กระทำเองนั้นมิได้ทุกเพศ ทุกวัย และไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือบุคคลมีชื่อเสียงก็ตาม

แม้ว่าจะมีการเกิดคดีที่มีการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ที่เกิดขึ้นในจำนวนไม่น้อยแต่ไม่สามารถหาสถิติจำนวนคดียืนยันได้ชัดเจน เนื่องจากความผิดฐานคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์มิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายไทย ด้วยเหตุนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงทำได้แต่เพียงแจ้งข้อหาได้เฉพาะฐานความผิดที่มีความใกล้เคียง ได้แก่ กรณีนำเข้าหรือส่งต่อข้อมูลที่มีเนื้อหาผิดกฎหมายเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ในเรื่องการคุกคามทำให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ มีโทษ

past, present and future' (1998) (28) INSTRAW news: women and development. 7-20.

<sup>3</sup> Benson, S.R., 'Hacking the gender binary myth: recognizing fundamental rights for the intersexed' (2005) 12 Cardozo JL & Gender. 31.

<sup>4</sup> สาวตรี สุขศรี, การศึกษาการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 เพื่อประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย (สถาบันพระปกเกล้า, 2564) 3.

<sup>5</sup> วรชัย แสนสิทธิ์, 'พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 กับการคุ้มครองบุคคลหลากหลายทางเพศ' (กันยายน-ตุลาคม 2563) วารสารจลนิตี, 123-124.

<sup>6</sup> Mohamed Chawki & Yassin el Shazly, 'Online Sexual Harassment : Issues & Solutions' (2013) (2) JIPITEC. 72-73.

ปรับไม่เกิน 5,000 บาท แต่หากพบว่า มีการส่งรูปลามก โป๊เปลือย โขว์ของลับของตนเองมา ก็อาจจะมี ความผิด ตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในเรื่องของการนำ ข้อมูลที่มีลักษณะลามกอนาจารเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 14 (4) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ดังปรากฏคดีที่มีการรายงานข่าวนำเสนอข้อมูลว่ามีคลิปเสียงครูพูดลวนลามนักเรียนหญิง ม.6 โรงเรียนแห่งหนึ่งใน จ.เชียงราย ที่มีพฤติกรรมการพูดคุยและชักชวนนักเรียนหญิง ม.6 ในเชิงชู้สาวและถูก พุดจาลามกตั้งแต่อายุ ๓.4 จนทำให้นักเรียนผู้ถูกระทำไม่กล้าไปโรงเรียน ซึ่ง สภ.แม่สรวย ได้ลงประบันทึกร ะจำวันรับแจ้งไว้ในเบื้องต้นแล้ว และต่อมาเรื่องดังกล่าวได้ถูกโพสต์ลงบนสื่อสังคมออนไลน์ ทำให้เกิดการ วิพากษ์วิจารณ์กันอย่างมากถึงประเด็นในเรื่องความเหมาะสมและจรรยาบรรณความเป็นครู หรือต่งกรณีที่เคย ปรากฏเป็นข่าว มีรอง ผอ.โรงเรียนแห่งหนึ่ง ใน จ.ชัยภูมิ ซึ่งมีพฤติกรรมการพูดคุยผ่านแชตในเชิงชู้สาวกับ นักเรียน อีกทั้งมีการขอรูปลและส่งข้อความในลักษณะคุกคามทางเพศในรูปแบบต่างๆ อีกทั้งหลอกล่อให้ นักเรียนไปหาที่บ้าน เพื่อแลกกับการแก้เกรดให้<sup>7</sup>

นอกจากนี้ มูลนิธิหญิงชายก้าวไกล ได้ระบุว่า กรณีตัวอย่างผู้เสียหายที่ถูกเผยแพร่ภาพอนาจารในสื่อ สังคมออนไลน์และเข้าขอความช่วยเหลือจากมูลนิธิหญิงชายก้าวไกล ทั้งฝ่ายหญิงเป็นครู หลังจากขอเลิกกับ แฟนหนุ่ม ฝ่ายชายง้อขอคืนดี แต่ไม่สำเร็จ จึงนำคลิปภาพระหว่างมีความสัมพันธ์กัน ที่เคยถ่ายเก็บไว้ ไปโพสต์ ลงในเฟซบุ๊กของโรงเรียนที่ฝ่ายหญิงทำงาน หรือสามีภรรยาคนหนึ่งฝ่ายชายเป็นตำรวจ หลังจากเลิกกรากัน ฝ่าย ชายมีความโกรธแค้น หึงหวง ปล่อยภาพในช่วงที่มีความสัมพันธ์กันไปในกรุปไลน์ตำรวจ ซึ่งความเสียหาย เหล่านี้แพร่กระจายอย่างรวดเร็วส่งผลให้ผู้เสียหายส่วนใหญ่ พยายามเลิกจบเรื่องราวให้เร็วที่สุด เพื่อยับยั้ง ความเสียหาย โดยยอมที่จะไม่นำเรื่องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมส่วนใหญ่เหตุการณ์คุกคามทางเพศลักษณะนี้ ผู้ถูกระทำมักเลือกปล่อยผ่าน ส่วนหนึ่งอาจมองว่าไม่ใช่เรื่องรุนแรง และบางส่วนมองว่า การดำเนินคดีทาง กฎหมายค่อนข้างยากและใช้เวลานาน หรือมินต์ ซาลิดา นางเอกสาวถูกชายอ้างตัวเป็นแฟนคลับ ส่งข้อความ ส่อไปในทางชู้สาวผ่านทางอินสตาแกรมอย่างต่อเนื่อง ก่อนจะบุกไปที่บ้าน หรือกรณีเบนซ์ ปุณยาพร ถูกรบกวนด้วยข้อความลามกทางไลน์ โทรศัพท์ก่อกรวน และบุกไปหา ถึงสถานที่ทำธุรกิจของครอบครัว เหตุการณ์เหล่านี้เป็นปรากฏการณ์ที่ผู้หญิงในกลุ่มดารานักแสดงถูกคุกคามทางเพศ ผู้กระทำใช้สื่อออนไลน์เป็น เครื่องมือและเป็นช่องทางที่ผู้กระทำเข้าถึงพวกเธอซึ่งเป็นบุคคลสาธารณะได้อย่างง่ายดาย<sup>8</sup>

อย่างไรก็ดี หากพิจารณามาตรการทางกฎหมายในการจัดการปัญหาการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) โดยใช้คอมพิวเตอร์ของไทย จะเห็นได้ว่ามาตรการทางกฎหมายไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ยังไม่เพียงพอต่อการจัดการปัญหาการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) บนสื่อสังคมออนไลน์(Social media)

<sup>7</sup> ‘ดร.เตือนคุกคามทางเพศ โทษจำคุก-ปรับ ๓ แนวทางป้องกันฯผ่านสื่อออนไลน์’ ไทยรัฐออนไลน์ (23 มีนาคม 2565) <<https://www.thairath.co.th/news/crime/2348466>>. สืบค้นเมื่อ 16 กุมภาพันธ์ 2566.

<sup>8</sup> ‘ลวนลามออนไลน์ ภัยคุกคามทางเพศ กระทบชีวิตจริง’ ไทย พีบีเอส (22 พฤศจิกายน 2561) <<https://www.thaipbs.or.th/news/content/275846>>. สืบค้นเมื่อ 16 กุมภาพันธ์ 2566.

ที่เกิดขึ้นในสังคมปัจจุบัน ซึ่งเป็นยุคการติดต่อสื่อสารไร้พรมแดน ซึ่งมีข้อจำกัดทางกฎหมายหลายประการ กล่าวคือ

ประการแรก ปัญหาซึ่งเกิดจากการที่ประเทศไทยไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่บัญญัติความผิดเกี่ยวกับด้วยการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์เป็นการเฉพาะ

ในส่วนของบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาโดยเฉพาะในความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติเฉพาะการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร หรือการกระทำทางเพศอื่น ๆ ที่ต้องกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรง เช่น การฉุดแขนหญิง การกอด จูบ ลูบ คลำ หรือสัมผัส จับต้องเนื้อตัวร่างกาย เป็นต้น หรือการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี การกระทำอันควรขายหน้าต่อธารกำนัล แต่จะเห็นได้ว่ามิได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงกรณีที่เป็น การแสดงความคิดเห็นในลักษณะคุกคามทางเพศ การส่งข้อความส่วนตัวเพื่อชักชวนไปมีเพศสัมพันธ์ หรือการส่งภาพลามกอนาจาร ซึ่งอาจนำไปสู่อาชญากรรมอื่น ๆ ได้ รวมทั้งยังได้ส่งผลกระทบต่อจิตใจของผู้ที่ถูกกระทำ จนอาจเกิดเป็นบาดแผลภายในจิตใจ หรือทำให้บุคคลนั้นรู้สึกไม่ปลอดภัยที่ได้ถูกกระทำโดยใช้คอมพิวเตอร์

หากพิจารณาพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 แม้ว่าจะได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์รบกวนผู้อื่นตามมาตรา 11 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่นอันมีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้รับข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยไม่เปิดโอกาสให้ผู้รับสามารถบอกเลิกหรือแจ้งความประสงค์เพื่อปฏิเสธการตอบรับได้โดยง่ายต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองแสนบาท” หรือกรณีการนำเข้าสู่ลามกเข้ามาในระบบคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 14(4) ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่ง แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” แต่ก็มีได้บัญญัติครอบคลุมถึงการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ได้แก่ การใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะเป็นเรื่องตลกแต่สื่อเค้าถึงการลามก เช่น การใช้คำพวนการหัวเราะ การเล่นคำและการใช้คำสแลงจึงทำให้การคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ไม่ได้รับความสนใจว่าเป็นภัยที่ร้ายแรงแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี การคุกคามทางเพศโดยใช้คอมพิวเตอร์แม้จะมีได้เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรง แต่เป็นการกระทำที่ทำให้ผู้เสียหายรู้สึกถูกเหยียดเพศ ถูกกลั่นแกล้งทางเพศ หรือถูกข่มขู่ทางเพศ ทำให้รู้สึกเกิดความหวาดกลัว ไม่ปลอดภัยและไม่สบายใจในที่สุด

ประการที่สอง ปัญหาการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายอื่นเพื่อใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดยังขาดความเหมาะสมต่อการกระทำที่มีลักษณะเป็นการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์

เนื่องจากการคุกคามทางเพศในโซเชียลมีเดียไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น จึงมีการนำมาตรา 397 ประมวลกฎหมายอาญา<sup>9</sup> มาปรับเพื่อใช้ลงโทษต่อการกระทำอันเป็นการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ แต่เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นเพียงความผิดลหุโทษที่มีการลงโทษเพียงการปรับจำนวนไม่มาก จึงไม่เหมาะสมต่อการแก้ไขปัญหาคู่คามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากไม่ทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวต่อการลงโทษ

นอกจากนี้ การดำเนินคดีอาญาในความผิดดังกล่าวเป็นไปได้ยากเนื่องจากการพิสูจน์ความผิดและการไต่สวนของโจทก์ในอินเทอร์เน็ต ทำให้การตามตัวผู้กระทำความผิดที่ไม่ระบุตัวตนสามารถกระทำได้อย่างยาก ทำให้การดำเนินคดีต้องใช้เวลาและผลที่ได้รับกลับมาก็คือ ผู้กระทำความผิดได้รับโทษเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่มีความเกรงกลัวแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 77 บัญญัติว่า “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิก หรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็น หรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิต หรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับ ฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชนและนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกชั้นตอนเมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะ กรณีที่จำเป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจนและพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง” จะเห็นได้ว่าการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์เป็นกรณีที่ต้องมีการบัญญัติกฎหมาย ให้เป็นความผิดและกำหนดโทษอย่างชัดเจนโดยการแก้ไขเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2560 และเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่มีการใช้คอมพิวเตอร์อย่างแพร่หลายในประเทศไทย

<sup>9</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

วรรคสอง ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัลหรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

วรรคสาม ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท

จากที่กล่าวมาข้างต้น จึงทำให้เกิดความสนใจในการศึกษาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของการกระทำที่เป็นการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาในความผิดทางเพศยังมีเนื้อหาไม่ครอบคลุมการกระทำคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์และแม้จะได้มีการนำมาตรา 397 มาปรับใช้เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดแต่มีบทลงโทษที่ไม่เหมาะสม ซึ่งมีได้สัดส่วนกับ จึงไม่สามารถยับยั้งหรือปราบปรามผู้กระทำความผิดได้รวมทั้งพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2560 ซึ่งแม้จะมีอัตราโทษที่สูงแต่เนื้อหาไม่ครอบคลุมการกระทำความผิด ในลักษณะคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์เพื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศได้แก่ ได้แก่สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และเยอรมนีเพื่อนำผลการศึกษามาใช้เป็นแนวทางในการหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาความหมายและประเภทการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์รวมทั้ง ผลกระทบที่เกิดขึ้น แนวคิดทางอาชญาวิทยาเกี่ยวกับการลงโทษการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์และแนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์

1.2.2 เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ของประเทศไทย และของต่างประเทศได้แก่สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และเยอรมนี

1.2.3 เพื่อวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์

1.2.4 เพื่อให้ได้ข้อเสนอแนะทางกฎหมายเพื่อนำมาเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาในการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์

## 1.3 สมมติฐานของการวิจัย

แม้ว่าการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ถูกคุกคามทางเพศ แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายใดๆ ที่กำหนดความรับผิดทางอาญาแก่ผู้กระทำการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ การนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาที่มีอยู่ไปปรับใช้กับการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ยังไม่มี ความเหมาะสมและไม่มีประสิทธิภาพมากที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความกลัวไม่กล้าที่จะกระทำความผิด ด้วยเหตุนี้ จึงควรศึกษามาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และเยอรมนีเพื่อนำมาเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายของไทย เพื่อให้ได้แนวทางในการตรากฎหมายที่มีความเหมาะสมในการแก้ไขปัญหการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์และกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสมต่อไป

#### 1.4 ขอบเขตของการวิจัย

การศึกษาครั้งนี้มีขอบเขตของการศึกษาประมวลกฎหมายอาญาของไทยในส่วนของความผิดเกี่ยวกับเพศและกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้แก่ พระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ พ.ศ. 2562 และศึกษากฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และเยอรมนี

#### 1.5 วิธีวิจัย

การวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary research) โดยศึกษาจากข้อมูลปฐมภูมิ จากตัวบทกฎหมาย เช่น ประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติว่า ด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ฯ พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัย ไซเบอร์ พระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องของประเทศไทยและต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลทุติยภูมิได้แก่ หนังสือ บทความทางวิชาการ วารสาร รายงานวิจัย ฐานข้อมูลกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ Westlaw และ Nexis Lexis เป็นต้น

#### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้เข้าใจความหมายและประเภทการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์รวมทั้งผลกระทบที่เกิดขึ้น แนวคิดทางอาชญาวิทยาเกี่ยวกับการลงโทษการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์และแนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์

1.6.2 ทำให้ทราบมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการถูกคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ของประเทศไทยและของต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และเยอรมนี

1.6.3 ทำให้ทราบและเข้าใจปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์

1.6.4 ทำให้ได้ข้อเสนอแนะทางกฎหมายเพื่อนำมาเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาในการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์



## บทที่ 2

### แนวความคิดเกี่ยวกับการป้องกันการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์

ในบทที่ 2 จะเป็นการศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับการป้องกันการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ ได้แก่ แนวคิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ โครงสร้างความคิดทางอาญา แนวคิดในการลงโทษผู้กระทำความผิด อาญาตามทฤษฎีทัณฑ์วิทิตา แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดทางอาญาและแนวความคิดทางกฎหมายในการป้องกันการคุกคามทางเพศผ่านสื่อออนไลน์ เพื่อเป็นพื้นฐานในการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของการกระทำที่เป็นการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ทั้งของไทยและต่างประเทศต่อไปในบทที่ 3

#### 2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ (Sexual harassment)

##### 2.1.1 ความหมายของการคุกคามทางเพศ

การคุกคามทางเพศ (Sexual harassment) ถือว่าการล่วงละเมิดทางเพศเป็นรูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติทางเพศที่ละเมิดหมวดที่ 7 ของ the Civil Rights Act of 1964 ทั้งนี้ The U.S. equal employment opportunity commission ได้ให้คำจำกัดความของการคุกคามทางเพศว่าเป็นการเรียกร้อง หรือข่มขู่ ความไม่ปรารถนาแก่ผู้อื่นทางด้านร่างกายและท่าทางต่างๆ รวมไปถึงการสัมผัสร่างกาย เสื้อผ้า หรือการใช้สายตา แทะโลม ผิดปาก พูดจาลามกแม้แต่กระทั่งการส่งข้อความทางโทรศัพท์ หรือการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับบุคลิกภาพที่สื่อไปในเชิงทางเพศ รวมไปถึงการสร้างเรื่องตลกขบขัน หรือการดูถูกข่มขู่ทางเพศ ซึ่งไม่ว่าจะเป็นเพศใดๆ ก็สามารถตกเป็นเหยื่อของการคุกคามได้ทั้งนั้น ไม่ว่าจะเป็นเพศหญิงคุกคามเพศชาย เพศชายคุกคามเพศหญิง หรือการคุกคามโดยเพศเดียวกัน<sup>10</sup>

นอกจากนี้ ยังมีความหมายครอบคลุมพฤติกรรมทั้งทางวาจา การแสดงอากัปกิริยา หรือการกระทำต่อร่างกายที่สื่อไปในทางเพศและไม่เป็นที่ยอมรับและไม่พึงปรารถนาต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งไม่ว่าจะเป็นเพศใดก็ตามและพฤติกรรมนั้นก่อให้เกิดผลกระทบต่อร่างกาย หรือจิตใจของผู้ถูกรบกวน

ในขณะเดียวกัน นักวิชาการด้านพฤติกรรมศาสตร์ได้ให้ความหมายของ “การคุกคามทางเพศ” ว่าเป็นภาวะที่เกิดลักษณะที่ไม่พึงประสงค์ไม่ต้องการและไม่เป็นที่ยอมรับสำหรับผู้ถูกคุกคามภายใต้บริบทเรื่องทางเพศโดยทางวาจา หรือทางร่างกาย ณ สถานที่ใดสถานที่หนึ่งซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อสภาพร่างกายและจิตใจ โดยผู้คุกคามและผู้ถูกคุกคามอาจเป็นเพศหญิง หรือเพศชายก็ได้<sup>11</sup>

<sup>10</sup> U. S. ‘Equal Employment Opportunity Commission’ Fact Sheet: Sexual Harassment Discrimination.

<sup>11</sup> เจนวิทย์ นวลแสง, ภัทราภรณ์ เกษตรสาระ และ อชิรญา คู่พงษ์กร, ‘ความรับผิดทางอาญาและการเยียวยาผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศศึกษากรณีประเทศไทย สหพันธ์รัฐเยอรมนี และเครือรัฐออสเตรเลีย’ (2559) 8(2) วารสารการเมือง การบริหารและกฎหมาย, 330.

### 2.1.2 ประเภทของการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์คือพฤติกรรมทางเพศที่ไม่พึงประสงค์บนแพลตฟอร์มดิจิทัลใดๆ มันสามารถเกิดขึ้นได้ระหว่างใครก็ได้ ทั้งนี้ การคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์อาจมีได้หลากหลายของพฤติกรรมที่ใช้เนื้อหาดิจิทัล (รูปภาพ วิดีโอ โฟส ข้อความ เพจ) บนสื่อออนไลน์ต่างๆ มากมาย<sup>12</sup> ทั้งแพลตฟอร์มที่มีลักษณะส่วนตัว หรือสาธารณะ ก่อให้เกิดความรู้สึกว่าถูกคุกคาม ถูกเอาเปรียบ ถูกบีบบังคับ ถูกขายนหน้า อารมณ์เสีย ถูกเหยียดเพศหรือถูกเลือกปฏิบัติ

โดยพฤติกรรมการคุกคามทางเพศนั้น นักวิชาการได้แบ่งลักษณะพฤติกรรมคุกคามทางเพศเป็นมุมมองในมิติที่การคุกคามทางเพศนั้นชัดแจ้งและไม่ชัดแจ้ง กล่าวคือ การคุกคามทางเพศอาจเป็นพฤติกรรมที่ชัดแจ้ง เช่น การคุกคามทางร่างกาย การจู่โจมทางเพศ การข่มขืน หรืออาจเป็นพฤติกรรมที่ไม่ชัดแจ้งซึ่งทำให้รู้สึกด้อยกว่า ไม่เป็นมิตร หรือมีสิ่งซ่อนเร้น หรือในมิติที่การคุกคามนั้นกระทำโดยวาจา หรือไม่ใช้วาจา ได้แก่ การวิพากษ์วิจารณ์ การเล่าเรื่องตลก การพูดจาเสียดสีที่สื่อในทางเพศ หรือเป็นการสื่อสารที่ไม่ใช่วาจา เช่น การมองอย่างมีเลศนัย หรือการถูกเนื้อต้องตัวที่ไม่พึงประสงค์ เป็นต้น<sup>13</sup>

ในขณะที่ นักวิชาการด้านพฤติกรรมศาสตร์ได้แบ่งประเภทของพฤติกรรมการล่วงละเมิดทางเพศได้แก่<sup>14</sup>

1) พฤติกรรมก่อกวนทางเพศ (Gender harassment) เป็นพฤติกรรมที่บุคคลที่ทำการล่วงละเมิดทางเพศสามารถแสดงออกได้อย่างหลากหลาย ทั้งใช้ถ้อยคำและไม่ใช้ถ้อยคำที่ไม่ได้ทำให้เกิดการปฏิบัติการทางเพศร่วมกัน แต่เป็นพฤติกรรมที่แสดงซึ่งการดูหมิ่นและความเป็นปรปักษ์ต่อเพศใดเพศหนึ่ง

2) พฤติกรรมความเอาใจใส่ทางเพศที่ไม่ต้องการ (Unwanted sexual attention) เป็นพฤติกรรมที่บุคคลที่ทำการล่วงละเมิดทางเพศแสดงออกถึงความเอาใจใส่ทางเพศต่อบุคคลที่ถูกล่วงละเมิด โดยบุคคลนั้นไม่ต้องการให้เกิดพฤติกรรมนั้นและ

3) พฤติกรรมบีบบังคับทางเพศ (Sexual coercion) เป็นพฤติกรรมที่บุคคลที่ทำการล่วงละเมิดทางเพศแสดงออก โดยการใช้อำนาจ โดยการขู่เข็ญ คุกคาม หรือติดสินบน เพื่อให้บุคคลที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศมีความสัมพันธ์ทางเพศ

นอกจากนี้ การคุกคามทางเพศผ่านสื่อออนไลน์ยังกระทำได้โดยการสะกดรอยตามบนโลกออนไลน์ หรือ เรียกว่า Cyberstalking ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ติดตามและสะกดรอยตามบุคคลหนึ่งบนโลกออนไลน์ ไม่ว่าจะเป็นการสอดส่อง ตลอดจนสะกดรอยตามไปยังสถานที่ที่อยู่อาศัย ทั้งนี้ มีรูปแบบที่หลากหลายกันไป

<sup>12</sup> Project deSHAME, 'Online sexual harassment Understand, prevent and respond' (2019). <[https://hwb.gov.wales/api/storage/b51d7fc2-49e2-4b01-ade4-12b05b64daec/Handbook\\_Senior\\_Management\\_WALES\\_Print%20-%20English.pdf](https://hwb.gov.wales/api/storage/b51d7fc2-49e2-4b01-ade4-12b05b64daec/Handbook_Senior_Management_WALES_Print%20-%20English.pdf)>. สืบค้นเมื่อ 2 ธันวาคม 2566

<sup>13</sup> อัมพร อารังลักษณ์, 'การคุกคามทางเพศในโรงเรียนมัธยมศึกษา' (รายงานการวิจัย, 2552) 21-22.

<sup>14</sup> อรพินทร์ ชูชม และคณะ, 'การรับรู้การล่วงละเมิดทางเพศของนิสิตมหาวิทยาลัยในประเทศไทย' (1 กันยายน 2548) 11 วารสารพฤติกรรมศาสตร์, 45.

นับตั้งแต่การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ การส่งจดหมายข่มขู่หรือการใช้โทรศัพท์พูดจา หรือรังควานในโลกความเป็นจริง สิ่งเหล่านี้ล้วน แต่เป็นภัยคุกคามต่อสวัสดิภาพ และความเป็นส่วนตัวของผู้คนทั้งสิ้น

### 2.1.3 ผลของการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์

1) แม้ว่าการล่วงละเมิดทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์จะไม่ก่อความเสียหายทางกายแต่ส่งผลกระทบต่อทางจิตใจของผู้ถูกล่วงละเมิด การแพร่กระจายของข้อความ หรือรูปภาพที่มีการล่วงละเมิดในสื่อออนไลน์ได้อย่างรวดเร็ว ยิ่งทำให้ผลของการล่วงละเมิดรุนแรง จากที่มีเจ้าทุกข์ 1 คนต่อผู้ล่วงละเมิด 1 คน กลายเป็นหลายร้อย หลายพัน จนถึงหลายแสน การติดตามหาตัวผู้กระทำผิดเป็นไปได้ยาก เพราะคนที่ปิดบังตัวตนบนโลกออนไลน์นั้นมีมาก การจัดการกับผู้ล่วงละเมิดจำนวนมากนั้นจึงเป็นเรื่องที่ยากขึ้น

นอกจากนี้ ผู้คุกคามทางอินเทอร์เน็ตสามารถที่จะอยู่ไกลจากเหยื่อ ผู้คุกคามทั่วไปมักจะอยู่ใกล้กับเหยื่อ หรือในบริเวณเดียวกันแต่ผู้คุกคามทางอินเทอร์เน็ตสามารถใช้อินเทอร์เน็ต คุกคามเหยื่อไม่ว่าเหยื่อจะอยู่ที่ไหน เหยื่อจึงไม่มีทางที่จะหนีพ้นผู้คุกคามได้และเป็นที่ทราบดีว่าจากการที่อินเทอร์เน็ตสามารถเข้าถึงบุคคลอย่างไม่มีข้อจำกัดทำให้การคุกคามบุคคลโดยการใช้คอมพิวเตอร์ต่างจากการคุกคามทั่วไป

2) ผลกระทบที่เกิดขึ้นทำให้ผู้ที่ถูกละเมิดนั้นวิตกกังวล เครียด ซึมเศร้า สูญเสียความมั่นใจ ทำลายตัวตนถึงขั้นจิตวิญญาน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากผู้ที่ถูกถูกล่วงละเมิดเป็นวัยรุ่นในช่วงอายุ 13-16 ปี ซึ่งยังไม่มีภูมิคุ้มกันทานเท่าผู้ใหญ่ ย่อมทำให้ความทุกข์ทางใจนั้นอาจนำไปสู่การฆ่าตัวตายก็เป็นได้

## 2.2 โครงสร้างความรับผิดทางอาญา

ในการที่บุคคลใดจะต้องรับโทษในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ต้องบัญญัติไว้ ในกฎหมาย<sup>15</sup> ซึ่งหลักเกณฑ์และวิธีการที่นักกฎหมายนำมาวินิจฉัยนั้น เรียกว่า โครงสร้างความรับผิดทางอาญา (The structure of criminal liability)

ทั้งนี้ การวินิจฉัยความผิดอาญาตามระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) และระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) นั้น ในยุคต้นกฎหมายกับศีลธรรมยังไม่ได้แยกออกจากกันโดยชัดแจ้ง ทำให้การกระทำความผิดกฎหมายย่อมเป็นการฝ่าฝืนศีลธรรมด้วย ดังนั้น ในการวินิจฉัยความผิดอาญา ทั้งระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และระบบซีวิลลอว์ กฎหมายได้วินิจฉัยความผิดอาญา จากส่วนภาวะวิสัยเท่านั้น ต่อมาจึงได้มีการคำนึงถึงส่วนที่เป็นอัตวิสัยด้วย จนกระทั่งได้มีการนำทั้ง 2 ส่วน คือ ส่วนภาวะวิสัย หมายถึง การพิจารณาส่วนที่เป็นการกระทำของบุคคลซึ่งเข้าข่ายเป็นการกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมายและอัตวิสัยซึ่งเป็นส่วนที่พิจารณาถึงจิตใจของผู้กระทำมาพัฒนาเป็นโครงสร้างการวินิจฉัยความผิดอาญา<sup>16</sup> โดยที่ขั้นตอนในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา

<sup>15</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 39.

<sup>16</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540) 27-37.

ของกฎหมายและในแต่ละระบบได้มีการพัฒนาเป็นเอกลักษณ์ของตนเอง ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็นระบบใหญ่ๆ ได้ 2 ระบบ คือ ระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์

### 2.2.1 โครงสร้างความรู้ผิดทางอาญาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

การวินิจฉัยความรู้ผิดทางอาญาตามระบบคอมมอนลอว์ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของสุภาษิตลาตินที่ว่า “Actus non facit reum nisi mens sit rea” ซึ่งมีความหมายว่า “การกระทำในตัวของมันเองจะไม่เป็นความผิด ถ้าไม่มีเจตนาร้ายด้วย” ทั้งนี้ ความผิดอาญาสามารถแยกองค์ประกอบได้ 2 ส่วน คือ ส่วนองค์ประกอบความผิด (Actus Reus) และส่วนขององค์ประกอบทางจิตใจ (Mens Rea) ดังนั้น ในการวินิจฉัยความผิดอาญาตามระบบคอมมอนลอว์ จึงประกอบด้วย 2 ส่วน ดังนี้<sup>17</sup>

#### 2.2.1.1 Actus Reus

Actus Reus หมายถึง การกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมาย หรือสิ่งที่กฎหมายห้ามทั้งนี้เพราะ “Actus” คือ act ซึ่งหมายถึง การกระทำและ “Reus” คือ wrong ซึ่งหมายถึง ความผิด Actus Reus เป็นการพิจารณาส่วนที่เป็นภาวะวิสัย (objective) ในการวินิจฉัยความรู้ผิดในทางอาญาของบุคคล ซึ่งเป็นขั้นตอนแรกก่อนพิจารณาทางด้านสภาวะจิตใจที่น่าตำหนิของผู้กระทำ กล่าวคือ ในการวินิจฉัยตามโครงสร้างความรู้ผิดในทางอาญาตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น จะเริ่มจากการพิจารณาว่า พฤติการณ์ที่ผู้กระทำแสดงออกมาภายนอกเป็นการกระทำตามส่วน Actus แล้วหรือยัง ถ้ามีการกระทำแล้วต่อมาก็ต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ พิจารณาในส่วนที่เป็น Reus ด้วย จึงจะสมบูรณ์ในความหมายของการกระทำที่กฎหมายห้าม ซึ่งเท่ากับครบในส่วนประกอบของ Actus Reus ต่อจากนั้นจึงจะพิจารณาในโครงสร้างส่วนสภาวะจิตใจที่เรียกว่า Mens Rea ต่อไป<sup>18</sup>

#### 2.2.1.2 Mens Rea

สำหรับ Mens Rea ถือเป็นส่วนสภาวะที่แท้จริงของจิตใจที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดซึ่งเป็นการพิจารณาในส่วนที่เป็นอัตวิสัย (subjective) คือ เกี่ยวกับตัวผู้กระทำผิดโดยตรง Mens Rea เป็นสภาวะจิตใจที่น่าตำหนิของผู้กระทำซึ่งต้องนำมาพิจารณาประกอบกับส่วน Actus Reus เพื่อดูว่าจะลงโทษบุคคลนั้นหรือไม่เพียงใด การจะลงโทษบุคคลใดได้ต้องปรากฏว่า Actus Reus และ Mens Rea จะต้องเกิดขึ้นในเวลาเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากรกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญา กล่าวคือ การกระทำนั้นครบทั้งส่วน Actus Reus และ Mens Rea แล้วก็ตาม แต่ผู้กระทำความผิดอาจยกข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรู้ผิดขึ้นมาอ้างเพื่อปฏิเสธว่ากรกระทำนั้นขาด Actus Reus และ Mens Rea อย่างไรก็ดีอย่างหนึ่งทำให้การกระทำดังกล่าวไม่ครบโครงสร้างความผิดอาญาและมีผลทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญาและไม่ต้องรับโทษ ซึ่งข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรู้ผิด อาจแบ่งได้ดังต่อไปนี้

<sup>17</sup> รัตนชัย อนุตรพงษ์สกุล, *อิทธิพลทางกฎหมายตะวันตกที่มีผลต่อการวินิจฉัยความผิดทางอาญาไทย* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543).8.

<sup>18</sup> สุขภู วัลลือเมียร, ‘ความไม่รู้กฎหมายกับความรับผิดในทางอาญาตามมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญา’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531) 18-19.

1) ข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดทั่วไป (General Defenses) ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ยกขึ้นมาโต้เถียงโดยปฏิเสธว่าการกระทำนั้นขาด Actus Reus และ Mens Rea อย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดทั่วไปนี้สามารถใช้ได้กับความผิดอาญาทุกประเภท เช่นความอ่อนเยาว์ วิกจริต การกระทำโดยไม่รู้สำนึก การป้องกัน การถูกขู่เชี้ย หรือความจำเป็น

2) ข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดเฉพาะฐานความผิด (Specific Defenses) ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ยกขึ้นมาเพื่อเป็นเหตุให้ลดฐานความผิดจากความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา มาเป็นความผิดฐานฆ่าคนตายโดยขาดเจตนา ดังนี้ ข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดเฉพาะฐานความผิดนี้จะใช้เฉพาะกับความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาเท่านั้น เช่น ความรับผิดทางอาญาที่เบาลง บันดาลโทษะ เป็นต้น

3) ข้อโต้เถียงในเรื่องอื่นๆ เช่น ความมีนเมา โดยรู้ว่าเป็นของมีนเมา หรือการเสพของมีนเมาโดยไม่สมัครใจ<sup>19</sup>

## 2.2.2 โครงสร้างความรับผิดทางอาญาในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์เป็นระบบกฎหมายซึ่งได้สืบทอดมาจากกฎหมายโรมันและได้รับการพัฒนามาจากนักนิติศาสตร์ยุโรปเป็นเวลาหลายร้อยปี จนอาจกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายซีวิลลอว์ได้พัฒนาและเปลี่ยนรูปไปจากกฎหมายโรมันอันเป็นต้นกำเนิดดั้งเดิมไปเป็นอันมากจากหลักเกณฑ์ทางจารีตประเพณีของชาวโรมันซึ่งถือเป็นกฎหมายศักดิ์สิทธิ์และมีลักษณะแยกย่อยเฉพาะเรื่องเฉพาะราว กลายมาเป็นหลักการที่เป็นระบบมีเหตุผลและสอดคล้องทั่วถึงกันพัฒนาการของกฎหมายซีวิลลอว์นี้ กล่าวได้ว่าเป็นพัฒนาการของการสร้างหลักกฎหมายทั่วไป โดยใช้เหตุผลไปศึกษาและปรุงแต่งสรุปลงมาจกกฎหมายเฉพาะเรื่อง โดยในระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้น จะได้นำเอาแนวความคิดทางกฎหมายของประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศสเนื่องจากเป็นประเทศที่มีความใกล้ชิดกับระบบกฎหมายของประเทศไทยมากที่สุด

### 2.2.2.1 โครงสร้างความผิดอาญาตามกฎหมายอาญาเยอรมนี

แนวความคิดทางอาญาของประเทศเยอรมนีระยะแรกได้แยกโครงสร้าง ของความผิดอาญา ออกเป็น 2 ส่วน คือ

- (1) ส่วนภาวะวิสัย (objective) อันได้แก่ โครงสร้างในส่วนประกอบและส่วนของความผิด และ
- (2) ส่วนอัตวิสัย (Subjective) อันได้แก่ ส่วนของความชั่ว แต่ต่อมากฎหมายพบว่า การกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิด บางครั้งก็ไม่ได้เป็นความผิดเสมอไป เนื่องจากผู้กระทำมีเหตุที่ทำให้การกระทำของเขาเป็นการกระทำที่ถูกต้อง หรือมีอำนาจกระทำได้ เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือการปฏิบัติหน้าที่ จับ คั่นตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานเอาไว้ นอกจากนี้หากพิจารณาในทางกลับกันก็จะเห็นว่าการกระทำบางอย่างเป็นการกระทำผิด เมื่อพิจารณาถึงการกระทำที่ปรากฏออกมาภายนอกแต่การกระทำของเขาก็ไม่ครบองค์ประกอบภายในความผิด เช่น การทำให้เสียทรัพย์โดยประมาท จะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง หรือเป็นความผิด

<sup>19</sup> สุรเศรษฐ์ หน้างาม, 'นิติวิธีกับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา, 2549) 43-44.

การครอบงำประกอบความผิด ซึ่งทางเยอรมนีเรียกว่า Tatbestandmassigkeit และความผิด ซึ่งเรียกว่า Rechtswidrigkeit น่าจะไม่ใช่เรื่องเดียวกัน สามารถแยกออกจากกันได้เพียงแต่มีความสัมพันธ์กันเท่านั้น โดยถือว่าการกระทำที่ครบตามองค์ประกอบของความผิดเป็นเพียงเหตุหนึ่งที่แสดงว่าการกระทำนั้นจะผิดได้เท่านั้นเอง<sup>20</sup> ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการพัฒนาแนวความคิดในเรื่องโครงสร้างความรับผิดทางอาญา โดยปัจจุบันโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของประเทศเยอรมนี นั้นแยกออกเป็น 3 ส่วน คือ

1) องค์ประกอบของความผิด (Tatbestandmassigkeit) หมายความว่า ความถึงสิ่งทั้งหลายที่ไม่ใช่ส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิดและสิ่งที่เป็นส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิดที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง<sup>21</sup> องค์ประกอบความผิดสามารถแยกออกได้เป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน

2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) เป็นลักษณะทางเนื้อหาของการกระทำซึ่งผิดกฎหมาย โครงสร้างส่วนความผิดกฎหมายเป็นส่วนที่พิจารณาต่อจากโครงสร้างส่วนองค์ประกอบความผิด ซึ่งเป็นการพิจารณาว่าการกระทำที่ครอบงำตามกฎหมายนั้น มีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาทางด้านภาวะวิสัย (objektive) เช่นเดียวกับโครงสร้างแรก ถ้ามีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายแล้ว การกระทำนั้นก็ไม่เป็นความผิด ซึ่งได้แก่ จารีตประเพณี ความยินยอมของผู้ถูกระทำ การใช้สิทธิป้องกันตนเองหรือผู้อื่นโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น นอกจากนี้อาจเป็นเรื่องที่กฎหมายบัญญัติให้ทำได้ตามกฎหมายอื่น เช่น นิรโทษกรรม อำนาจจับกุมของเจ้าพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจ การใช้เอกสิทธิ์ตามที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ เป็นต้น<sup>22</sup>

3) ความชั่ว (Schuld) หมายถึง เมื่อได้พิจารณาผ่านโครงสร้างในส่วนที่สอง มาแล้ว ในส่วน “ความชั่ว” นี้จะเป็นการพิจารณาโทษของผู้กระทำความผิด ทั้งนี้เนื่องจากการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นรายๆ ไป ซึ่งจะเป็นการพิจารณาว่าสมควรลงโทษบุคคลนั้นหรือไม่ โดยพิจารณาว่าบุคคลนั้นกระทำไปโดยรู้ผิดชอบหรือไม่ หรือการกระทำนั้นสมควรจะตำหนิได้หรือไม่ และจะลงโทษเพียงใด หากพิจารณาได้ความว่าผู้กระทำได้กระทำไปโดยไม่รู้ผิดชอบ กฎหมายจะยกเว้นโทษให้เพราะถือว่าบุคคลนั้นไม่มีความชั่ว แต่หากมีความรู้ผิดชอบอยู่บ้างกฎหมายจะลดโทษให้ตามความเหมาะสม ในส่วนของ “ความชั่ว” นี้ นอกจากจะพิจารณาความรู้ผิดชอบของบุคคลแล้ว อาจพิจารณาอีกด้วยว่าการกระทำที่บุคคลนั้นได้กระทำไปเป็นสิ่งที่สังคมอาจตำหนิได้หรือไม่ หากเป็นการกระทำที่สังคมไม่อาจตำหนิได้แล้ว กฎหมายก็จะให้อภัยสำหรับการกระทำนั้นๆ โดยถือว่าบุคคลนั้นไม่มีความชั่ว<sup>23</sup>

การพิจารณาหาความหมายของความชั่วในทางกฎหมายอาญา คือ การกระทำที่ครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติที่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย การกระทำใดการกระทำหนึ่งที่ครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติและเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายจะเป็นการกระทำที่ชั่วหรือไม่ขึ้นอยู่กับกรณีการตัดสินใจในการกระทำ

<sup>20</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส (เชิงอรรถ 16) 4-5.

<sup>21</sup> คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547) 130-132.

<sup>22</sup> ดุษฎี ทัฬหะเมียร (เชิงอรรถ 18) 17.

<sup>23</sup> คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 21) 135.

การนั้นของผู้กระทำความผิดในขณะกระทำการนั้น ผู้ที่มีความรู้ผิดชอบ หรือรู้จักแยกแยะว่าอะไรผิดอะไรถูก และเป็นผู้ที่มิสติ ย่อมไม่กระทำการอันใดอันเป็นการผิดกฎหมาย แต่ถ้าผู้ใดขาดสติและได้กระทำการอันใดอันเป็นการผิดกฎหมายลงไป ผู้นั้นก็ย่อมจะเป็นบุคคลที่จะต้องถูกตำหนิจากสังคมและการกระทำของเขาย่อมเป็นการกระทำที่ตำหนิได้และด้วยเหตุนี้เองที่ในทางกฎหมายอาญากล่าวว่าเขาได้กระทำชั่ว ดังนั้น ความชั่วจึงหมายถึง การตำหนิได้ของการกำหนดเจตจำนง (Schuld ist Vorwerfbarkeit der Willenbildung)

การพิจารณาความชั่ว หรือการตำหนิได้ของการกระทำว่ามีหรือไม่ มิได้พิจารณาตัวผู้กระทำในฐานะปัจเจกชน แต่พิจารณาตามมาตรฐานของบุคคลที่อยู่ในฐานะ เช่นผู้กระทำความผิด ความชั่ว มีทั้งในความผิดที่กระทำโดยเจตนาและในความผิดที่กระทำโดยประมาท<sup>24</sup> เหตุที่ทำให้ผู้กระทำไม่น่าตำหนิ เช่น ความไม่รู้ผิดชอบ เพราะความอ่อนวัย เช่น เด็กอายุไม่เกิน 14 ปี ความคิดอ่านของเด็กกระษะนี้ยังไม่เพียงพอที่จะเห็นผลร้ายที่เกิดจากการกระทำของตน กฎหมายจึงยกเว้นโทษให้เพราะขาดความชั่ว ความไม่รู้ผิดชอบเพราะสภาพจิต เช่น จิตบกพร่อง หรือความมึนเมาเพราะถูกขี้ใจให้เสพ หรือเสพโดยไม่รู้ว่าเป็นของเมา<sup>25</sup> ความไม่รู้ข้อผิดถูก เช่น กระทำการตามคำสั่งที่เชื่อว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>26</sup> หรือเชื่อว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิด กฎหมายอาญาเยอรมนีแยกความชั่วออกเป็น 2 กรณี คือ

1) Schuldausschliessungsgrun ซึ่งถือว่า ผู้กระทำขาดเจตนาร้ายและได้รับการยกเว้นโทษ เช่น วิกจริต หรือสำคัญผิดในกฎหมายที่ไม่อาจเลี่ยงได้ กับ

2) Entschuldigungsgrunde ซึ่งเป็นการยกเว้นโทษให้การกระทำผิด โดยผู้กระทำมีเจตนาร้าย เช่น จำเป็น การกระทำโดยเชื่อว่าเป็นคำสั่งที่ชอบ หรือป้องกันเกินกว่าเหตุเพราะความกลัว<sup>27</sup>

#### 2.2.2.2 โครงสร้างความผิดอาญาตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

การวินิจฉัยความรับผิดตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส แนวความคิดทางทฤษฎีดั้งเดิม เป็นแนวความคิดตาม Classic Theory แบ่งโครงสร้างความรับผิดทางอาญา ออกเป็น 3 ส่วน คือ

1) องค์ประกอบทางกฎหมาย หมายความว่า การกระทำมีความผิดและจะถูกลงโทษได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดและได้กำหนดโทษไว้ ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายอาญาว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายก็ไม่มีผิดและไม่มีโทษ” ในภาษาลาตินเรียกว่า Nullum Crimen, Nulla poena, Sine lege

2) องค์ประกอบทางการกระทำ หมายความว่า กิริยาอาการของบุคคลที่ได้แสดงออกมาภายนอก ซึ่งกระทำให้เกิดเป็นความผิดขึ้น แต่เดิมจะมีความผิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการกระทำเท่านั้น แต่ต่อมากฎหมายเห็นความจำเป็นในการอยู่ร่วมกันเพื่อความสงบและปกติสุขกฎหมายจึงบัญญัติให้บุคคลกระทำการบางอย่างเพื่อ

<sup>24</sup> เพิ่งอ้าง, 221-222.

<sup>25</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 66

<sup>26</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70

<sup>27</sup> ณรงค์ ใจหาญ, ‘ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต

ประโยชน์ส่วนรวม หรือละเว้นการกระทำบางอย่างซึ่งกฎหมายบัญญัติให้กระทำ ดังนั้น ความผิดตามกฎหมาย อาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำในสิ่งที่กฎหมายห้าม หรืออาจเกิดขึ้นโดยการละเว้นการกระทำในสิ่งที่กฎหมาย บัญญัติให้กระทำก็ได้ ส่วนผลของการกระทำ หรือละเว้นไม่กระทำจะเกิดขึ้นหรือไม่ก็อาจเป็นความผิดขึ้นมาได้

3) องค์ประกอบทางจิตใจ หมายความว่า การกระทำใดๆ ของบุคคล ย่อมมีมูลฐานมาจากจิตใจ ก่อนแล้วจึงบังคับร่างกายให้ปฏิบัติตามจิตใจนั้น ดังนั้น ความประสงค์ของผู้กระทำจึงขึ้นอยู่กับจิตใจและแสดง ออกมาโดยการกระทำ องค์ประกอบทางจิตใจนี้จะพิจารณา ถึงเจตนาและความประมาทที่ไม่ใช้ความ ระมัดระวังของผู้กระทำและความรู้สึกผิดชอบของผู้กระทำที่จะมีการกำหนดความรับผิดชอบและโทษ

นอกจากการวินิจฉัยในองค์ประกอบ 3 ส่วนนี้แล้ว ตามกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส ยังต้อง วินิจฉัยถึง “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด” อีก ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1) เป็นเหตุที่เนื่องมาจากการกระทำ หรือที่เรียกว่า การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งได้แก่ การป้องกัน การกระทำตามกฎหมายและคำสั่ง การกระทำโดยความจำเป็น ซึ่งเป็นเหตุในลักษณะคดีเป็นเหตุที่ ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดและไม่ต้องรับผิดชอบทั้งในทางอาญาและในทางแพ่ง

2) เป็นเหตุที่เนื่องมาจากตัวผู้กระทำ คือ ความวิกลจริต การถูกบังคับและความสำคัญผิด ซึ่งมีผล เฉพาะตัวผู้กระทำแต่ไม่มีผลถึงตัวการร่วม หรือผู้สนับสนุน เหตุเหล่านี้เป็นเหตุที่ทำให้ไม่ต้องรับโทษทางอาญา แต่ยังคงต้องรับผิดในทางแพ่ง<sup>28</sup>

ในการพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิด นอกจากผู้กระทำจะต้องกระทำตามองค์ประกอบตามที่ กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว จะต้องพิจารณาถึงความสามารถรู้การที่จะถูกลงโทษด้วย กล่าวคือ ผู้กระทำสมควร ที่จะได้รับโทษตามความผิดที่ได้กระทำหรือไม่ ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ก็ได้แก่การกระทำโดยถูกบังคับ (ทางร่างกายและทางจิตใจ) การกระทำโดยวิกลจริต และการกระทำความผิดโดยผู้เยาว์ สำหรับผลที่เกิดจาก เหตุที่พิจารณาจากตัวผู้กระทำนี้ก็คือ การกระทำนั้นยังเป็นความผิดแต่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษเท่านั้นและมี ผลต่อการกระทำนี้เป็นเหตุส่วนตัว เหตุที่ให้ผู้กระทำได้รับยกเว้นโทษในประเทศฝรั่งเศสนั้น มีอยู่ 3 ประการ คือ

- 1) เหตุเกี่ยวกับข้อจำกัดเรื่องเสรีภาพในการกระทำ ได้แก่ การกระทำเพราะถูกบังคับ
- 2) เหตุเกี่ยวกับสติปัญญาของผู้กระทำ ได้แก่ เหตุวิกลจริตและเหตุเกี่ยวกับเด็กกระทำผิด
- 3) เหตุเกี่ยวกับความเหมาะสมในการลงโทษ เป็นเหตุที่พิจารณาว่า การจะลงโทษบุคคลใดได้นั้น บุคคลนั้นจะต้องมีความสามารถรู้สึกผิดชอบได้ อย่างไรก็ตาม แม้บุคคลนั้นจะมีความรู้สึกผิดชอบก็มีได้ หมายความว่าต้องลงโทษบุคคลนั้นเสมอไป ทั้งนี้การลงโทษจะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมในการ ลงโทษด้วย โดยเฉพาะเหตุผลที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เมื่อพิจารณาถึงความเหมาะสมในการลงโทษแล้ว บางกรณีกฎหมายอาจมีการยกโทษให้แก่ผู้กระทำแม้จะเป็นความผิดและผู้กระทำมีความรู้สึกผิดชอบสมควร ได้รับโทษก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์และความสงบสุขของครอบครัวแล้ว กฎหมายก็ยกโทษให้แก่ ผู้กระทำผิดได้

<sup>28</sup> โกเมน ภัทรภิมย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (เอกสารอัดสำเนา, 2524) 1-2.



ในปัจจุบันในทางตำรากฎหมายฝรั่งเศส ได้มีการวินิจฉัยความผิดอาญา จากทฤษฎีดั้งเดิมโดยเพิ่มองค์ประกอบที่ 4 คือ องค์ประกอบในส่วนที่เกี่ยวกับความไม่เป็นธรรม ซึ่งได้อธิบายว่าในองค์ประกอบส่วนนี้เป็นการพิจารณาว่าความผิดอาญาจะต้องมีการทำร้าย หรือละเมิด ใน 2 ลักษณะ คือ

- 1) ละเมิดกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และ
- 2) ละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย

แต่ในการอธิบายเช่นนี้ ไม่เป็นที่นิยมในประเทศฝรั่งเศสนัก ทั้งนี้เพราะเป็นการอธิบายในทางนิติปรัชญามากกว่าเป็นการอธิบายในทางเทคนิคกฎหมาย นักกฎหมายอาญาฝรั่งเศสเห็นว่า เป็นการยุ่งยากและประโยชน์ในทางปฏิบัติไม่ชัดเจนและแม้ไม่มีองค์ประกอบข้อที่ 4 ก็สามารถอธิบายความผิดอาญาได้เหมือนกันอยู่แล้ว<sup>29</sup>

### 2.2.2.3 โครงสร้างความผิดอาญาตามกฎหมายอาญาไทย

การอธิบายถึงโครงสร้างของความผิดอาญาในประเทศไทย นอกจากการอธิบายตามแนวความคิดของระบบคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษและระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ที่อธิบายตามแนวความคิดของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี แล้วยังมีการอธิบายในลักษณะของการผสมผสานจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยเข้ากับแนวทางของโครงสร้างของความผิดอาญาของต่างประเทศอีกด้วย ทั้งนี้การผสมผสานนี้ได้ทำให้เกิดความขัดแย้ง หรือผลเสียในทางวิชาการแต่อย่างใดแต่กลับเป็นการพัฒนาและเปิดกว้างทางความคิดในทางวิชาการเพื่อให้เกิดมีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดอาญาภายใต้กฎหมายไทยที่มีความสมบูรณ์และเหมาะสมมากยิ่งขึ้น โดยนักกฎหมายที่ได้อธิบายถึงโครงสร้างของความผิดอาญาในรูปแบบผสมผสานที่มีบทบาทต่อแนวคิดของกฎหมายไทยในปัจจุบัน ได้แก่

- 1) โครงสร้างความผิดอาญาตามแนวคิดของศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ได้อธิบายไว้ในหนังสือ “กฎหมายอาญา ภาค 1”<sup>30</sup>ของท่านว่า การกระทำความผิดอาญานั้นต้องประกอบไปด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการดังนี้

(1) ข้อสาระสำคัญทางกฎหมาย หมายถึง ในการพิจารณาวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญานั้นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าการกระทำใดที่กฎหมายถือเป็นความผิดและโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำสำหรับความผิดนั้น

(2) ข้อสาระสำคัญทางการกระทำ หมายถึง การพิจารณาว่าการกระทำจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่เมื่อเป็นการกระทำของบุคคลที่แสดงออกมาภายนอก ซึ่งในส่วนนี้ท่านได้นำแนวของระบบคอมมอนลอว์มาอธิบายเพราะระบบคอมมอนลอว์มองว่าจุดเริ่มต้นของการพิจารณาความรับผิดอาญานั้น คือ “การกระทำ” ของบุคคลซึ่งแสดงออกมาภายนอก ทั้งนี้หมายความรวมทั้งการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายบัญญัติและการไม่กระทำอันได้แก่การละเว้นกระทำและการงดเว้นกระทำ

<sup>29</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ‘ข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษ’ (2535) 22(1) วารสารนิติศาสตร์ 82-84.

<sup>30</sup> จิตติ ติงศภัทิย์, *กฎหมายอาญา ภาค 1* (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2536) 31-227.

(3) ข้อสาระสำคัญทางจิตใจ หมายถึง การพิจารณาถึงส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิดว่าได้กระทำไปโดยเจตนา หรือประมาท หรือมีมูลเหตุชกใจอื่นๆ

เมื่อพิจารณาถึงข้อสาระสำคัญครบทั้ง 3 ประการแล้วจึงพิจารณาต่อไปว่ามี “เหตุยกเว้นความรับผิด” ดังต่อไปนี้หรือไม่

ประการแรก เหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด เช่น ผู้กระทำความผิดสามารถทำตามกฎหมาย ความยินยอมของผู้เสียหายและการล่อให้กระทำความผิด

ประการที่สอง เหตุยกเว้นโทษ เช่น ความวิกลจริต ความมีนเมา ความจำเป็น คำสั่งของเจ้าพนักงาน

ประการที่สาม เหตุลดหย่อนความผิด เช่น ความสัมพันธ์ทางสมรส หรือเครือญาติ การกระทำ ความผิดโดยบันดาลโทสะ อายุของผู้กระทำและเหตุบรรเทาโทษอื่นๆ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ได้อธิบายโครงสร้างในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา โดยอ้างอิงจากแนวทางของโครงสร้างของความผิดอาญาฝรั่งเศส ประกอบกับกำหนดเหตุยกเว้นความรับผิดต่างๆ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายของไทย จึงเป็นโครงสร้างในรูปแบบผสมผสานแนวทางการอธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาของท่านได้รับการยอมรับและใช้เป็นหลักในการศึกษาของนักศึกษากฎหมายอาจารย์ผู้สอนกฎหมายผู้ปฏิบัติตามกฎหมายทั้งตำรวจ อัยการ ผู้พิพากษา ทนายความและนักกฎหมายโดยทั่วไปอย่างแพร่หลายและกว้างขวางยิ่งจนกระทั่งในปัจจุบันนี้ เมื่อใดที่มีการถกเถียงถึงปัญหากฎหมายอาญาก็จะมีการกล่าวอ้างอิงถึงคำอธิบายของศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์อยู่เสมอ<sup>31</sup>

อย่างไรก็ตาม แนวทางการวินิจฉัยความผิดอาญาของท่านยังคงได้รับอิทธิพลจากระบบคอมมอนลอว์อยู่มาก ตัวอย่างเช่น การวิเคราะห์ถึงการกระทำกรณีการยิงศพ โดยคิดว่าเป็นคนมีชีวิตอยู่ ถ้าผู้กระทำความผิดเจตนาโดยเฉพาะเจาะจงตัวบุคคลแล้ว ผู้กระทำความผิดไม่มีความผิดเพราะขาดองค์ประกอบและไม้อาจถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดเลย เพราะคนที่ต้องการจะยิงโดยเฉพาะนั้นไม่มีชีวิตอยู่ ไม่มีตัวตนเสียแล้ว แต่หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดฆ่าโดยไม่เลือกหน้า แล้วไปยิงศพคนๆ หนึ่งเข้าจึงจะถือเป็นการผิดฐานพยายามฆ่า เพราะคนในโลกมีจำนวนเป็นพันล้านคน การวินิจฉัยว่าผู้กระทำความผิดเจตนาโดยเฉพาะตัวบุคคลแล้วไม่ถือเป็นการพยายามฆ่านั้นไม่สอดคล้องกับแนวคิดของระบบประมวลกฎหมายและแนวทางการอธิบายโครงสร้างของความผิดอาญาของท่านเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่กล่าวว่าเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบ เพราะหากพิจารณาตามข้อสาระสำคัญตามโครงสร้างของความผิดอาญาของท่านแล้ว การยิงศพย่อมครบถ้วนตามข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการ กล่าวคือ

(1) ข้อสาระสำคัญทางกฎหมาย ตามบทบัญญัติมาตรา 288 แห่งประมวลกฎหมายอาญาวางหลักว่าการฆ่าผู้อื่นเป็นความผิด

(2) ข้อสาระสำคัญทางการกระทำ คือ มีการเคลื่อนไหวภายใต้บังคับของจิตใจโดยการใช้ปืน ซึ่งเป็นอาวุธร้ายแรงยิ่งผู้อื่น

<sup>31</sup> จิตติ ดิงศภัทย์ และ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, ‘สนทนาหลักและปัญหาในกฎหมายอาญาภาคทั่วไป’ (2531) 16(2) วารสารนิติศาสตร์ 3.

(3) ข้อสาระสำคัญทางจิตใจ คือ ส่วนจิตใจที่ผู้กระทำได้ยิ่งโดยมีเจตนาการกระทำยอมเป็นความผิดอาญาแล้วมิใช่ขาดองค์ประกอบเพียงแต่กรรมของการกระทำเป็นศพจึงไม่อาจถูกฆ่าอีกได้กรณีดังกล่าวนี้จึงเป็นความผิดฐานพยายามฆ่า เนื่องจากหากผู้ถูกกระทำยังไม่ตายก็จะต้องตายจากการถูกยิงดังกล่าว การวินิจฉัยว่าผู้กระทำไม่มีความผิดเพราะขาดองค์ประกอบยอมเป็นแนวทางที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญา

2) ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์

ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ได้อธิบายถึง “โครงสร้างของความผิดอาญา” ไว้ในหนังสือ “คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1”<sup>32</sup> ของท่านโดยใช้ชื่อว่า “โครงสร้างความรับผิดในทางอาญา” วางหลักว่าบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาเมื่อ

โครงสร้างข้อที่ 1 การกระทำครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติ หมายความว่า ในการพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำต้องดูว่า

(1) มีการกระทำ คือ การเคลื่อนไหว หรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก ต้องผ่านขั้นตอนของกระบวนการคิดที่จะกระทำ การตกลงใจที่จะกระทำและการกระทำที่เป็นรูปธรรม

(2) การกระทำครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดในเรื่องนั้นๆ คือ มีผู้กระทำไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดด้วยตนเองโดยตรง หรือการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด ต้องมีการกระทำที่อยู่ในขั้นตอนของการลงมือกระทำแล้วและมีวัตถุแห่งการกระทำซึ่งเป็นกรรมของการกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด

(3) การกระทำครบองค์ประกอบภายในของความผิดในเรื่องนั้นๆ คือ เรื่องเจตนา ประมาท การกระทำโดยพลาด

(4) ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำ ตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล คือ เงื่อนไขในการพิจารณาว่าผู้กระทำต้องรับผิดในผลของการกระทำที่เกิดขึ้นหรือไม่ซึ่งมีหลักว่าผู้กระทำจะต้องรับผิดในผล ถ้าเป็นผลโดยตรงอันธรรมดาย่อมเกิดขึ้นได้

โครงสร้างข้อที่ 2 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด หมายความว่า หากมีกรณีที่กฎหมายยกเว้นความผิดก็ย่อมจะทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดในทางอาญา เพราะการยกเว้นความผิดมีผลทำให้ “ไม่มีความผิด” หรือ ถือว่าทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เช่น กรณีที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติยกเว้นความผิด กรณีความยินยอมของผู้เสียหาย หากการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติตามโครงสร้างข้อที่ 1 แต่มีกฎหมายยกเว้นความผิดตามโครงสร้างข้อที่ 2 ผู้กระทำย่อมไม่ต้องรับผิดในทางอาญา

โครงสร้างข้อที่ 3 การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ หมายความว่า กรณีที่การกระทำเป็นความผิด แต่มีเหตุเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงของการกระทำที่ทำให้กฎหมายยกเว้นโทษให้ เช่น กรณีการกระทำความผิดโดยจำเป็น กรณีการกระทำความผิดของเด็กอายุไม่เกิน 10 ปี กรณีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ระหว่างสามีภริยา

<sup>32</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (พลสยาม พรินต์ 2551) 86-95.

ในการพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาหรือไม่นั้น ต้องเริ่มพิจารณาจากโครงสร้างข้อแรกก่อนว่า การกระทำของบุคคลนั้นครบ “องค์ประกอบ” ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดหรือไม่ หากเมื่อการกระทำครบองค์ประกอบแล้วจึงค่อยพิจารณาลำดับต่อไปตามโครงสร้างข้อที่ 2 ว่าการกระทำนั้นมีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือไม่ หากไม่มี จึงพิจารณาตามโครงสร้างข้อสุดท้ายว่ามีกฎหมายยกเว้นโทษหรือไม่ หากไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ บุคคลนั้นย่อมต้องรับผิดชอบในทางอาญา ทั้งนี้ นอกจากหลักเกณฑ์ในโครงสร้างความรับผิดในทางอาญาทั้ง 3 ข้อแล้วยังมีกรณีที่ศาลอาจใช้ดุลยพินิจในการลดโทษซึ่งเรียกว่า “เหตุผลโทษ” ซึ่งเป็นเหตุที่อยู่นอกโครงสร้างเนื่องจากเป็นเหตุที่ศาลจะพิจารณาก็ต่อเมื่อผู้กระทำต้องรับผิดชอบในทางอาญาแล้ว อันได้แก่ ความไม่รู้ข้อกฎหมาย การป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ การกระทำผิดด้วยเหตุบันดาลโทสะ เป็นต้น

จากแนวทางการอธิบายโครงสร้างความรับผิดในทางอาญาของศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ จะเห็นได้ว่ามีความคล้ายคลึงกับโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมนีและโครงสร้างของความผิดอาญาฝรั่งเศสมีความเหมือนและความต่างที่น่าสนใจ กล่าวคือ ข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการ มีหลักเกณฑ์การพิจารณาที่เป็นระบบต่อเนื่องกันไปตามแต่ละลำดับของโครงสร้างโดยคำนึงถึงหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลัก แต่มีความแตกต่างจากของเยอรมนีตรงที่ได้นำเหตุยกเว้นโทษมารวมไว้ในโครงสร้างของความผิดอาญา โดยถือเป็นโครงสร้างข้อที่ 3 การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ อย่างไรก็ตาม ยังมีความเหมือนอีกประการหนึ่งตรงที่กำหนดเหตุผลโทษไว้นอกโครงสร้างและให้พิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษก็ต่อเมื่อผู้กระทำต้องรับผิดชอบในทางอาญา คือ ไม่มีเหตุยกเว้นความผิดและไม่มีเหตุยกเว้นโทษแก่ผู้กระทำก่อน แนวทางการอธิบายโครงสร้างความรับผิดในทางอาญาของศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้รับความนิยมในการนำมาอธิบายในการศึกษากฎหมายของไทยเป็นอย่างมาก เพราะมีความสอดคล้องกับตัวบทในประมวลกฎหมายอาญาของไทย มีระบบในการลำดับความคิด มีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความรับผิดอย่างเป็นขั้นตอน อีกทั้งสามารถเรียนรู้และ ทำความเข้าใจได้โดยง่าย

### 3) ศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ

ศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ<sup>33</sup> ได้อธิบายการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาผ่านโครงสร้างความรับผิดว่าต้องพิจารณาตามลำดับขั้นตอน 3 ประการ ดังนี้

(1) องค์ประกอบ โดยพิจารณาถึงองค์ประกอบภายนอกว่าการกระทำต้องเป็นการเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้จิตใจบังคับ หรือการงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล รวมถึงเป็นการครบองค์ประกอบภายนอกตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาและองค์ประกอบภายในว่าผู้กระทำมีเจตนาหรือประมาท หรือไม่

(2) อำนาจกระทำ โดยพิจารณาว่ามีเหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำของนายแพทย์ให้หญิงแท้งลูกความยินยอม

(3) เหตุยกเว้นโทษ โดยพิจารณาว่ามีเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษให้หรือไม่ เช่น การกระทำ ความผิดด้วยความจำเป็น การกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน ความผิดที่กระทำระหว่างสามภริยา

<sup>33</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2555) 18-21.

ในการพิจารณาตามลำดับ หากการกระทำไม่ครบองค์ประกอบในลำดับก่อนหน้าก็ไม่ต้องพิจารณาในลำดับต่อไป การวินิจฉัยความผิดอาญาตามแนวทางของศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับการอธิบายของศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์จึงมีความคล้ายคลึงกับการอธิบายตามแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมนี แต่มีความแตกต่างกันในส่วนสาเหตุยกเว้นโทษ เช่น ถ้าวากรณีความผิดที่กระทำระหว่างสามีภริยา ตามมาตรา 71 วรรค 1 ประมวลกฎหมายอาญา เป็นเหตุยกเว้นโทษในโครงสร้างความรับผิดลำดับที่ 3

เมื่อพิจารณาได้ว่ามีเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำ ผู้กระทำจึงมีต้องรับโทษอาญา ในขณะที่ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร อธิบายว่ากรณีดังกล่าวนี้เป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา เรียกว่า “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว” เพราะเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาตามข้อสาระของโครงสร้างของความผิดอาญาทั้งสามประการว่าการกระทำจักเป็นความผิดอาญาหรือไม่ อีกทั้งมิใช่ข้อเท็จจริงที่จะทำให้การกระทำไม่มีความผิดอาญา เพียงแต่เป็นเรื่องไขที่มีผลทำให้กฎหมายยกเว้นการลงโทษแก่ผู้กระทำ ความแตกต่างในการจัดวางเหตุยกเว้นโทษไว้ในโครงสร้างของความผิดอาญาและจัดวางไว้ นอกโครงสร้างของความผิดอาญาอาจส่งผลให้เกิดปัญหาในการวิเคราะห์กรณีความสำคัญผิดได้ เพราะหากวางเหตุยกเว้นโทษไว้ในโครงสร้างผู้กระทำจะสามารถอ้างความสำคัญผิดเพื่อเป็นเหตุให้ตนไม่ต้องรับโทษได้ แต่หากวางไว้นอกโครงสร้าง อย่างไรก็ตามการกระทำก็ยังคงเป็นความผิดอาญาและผู้กระทำยังคงต้องรับโทษ เพราะถือเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความผิด ทำให้ผู้กระทำไม่สามารถอ้างประโยชน์จากความสำคัญผิดได้

#### 4) ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล

ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล<sup>34</sup>ได้วางแนวทางการอธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาว่า การกระทำของผู้ใดจะเป็นความผิดอาญาและผู้นั้นจะต้องรับผิดทางอาญาหรือไม่นั้น จะต้องวินิจฉัยจากหลักเกณฑ์ 3 ประการต่อไปนี้ กล่าวคือ

(1) การกระทำของผู้นั้น “ครบองค์ประกอบของความผิดอาญา” หรือไม่ โดยพิจารณาจากองค์ประกอบภายนอก ได้แก่ ผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำและผลของการกระทำประกอบกับองค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนาธรรมดา หรือเจตนาพิเศษ

(2) เหตุยกเว้นความผิด อันเป็นเหตุที่ทำให้การกระทำที่ครบองค์ประกอบอาจไม่เป็นความผิดอาญาได้ เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำด้วยความยินยอมของผู้เสียหาย

(3) เหตุยกเว้นโทษ อันเป็นเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษให้การกระทำผิดเฉพาะกรณี เช่น การกระทำของผู้ไม่มีความรู้ผิดชอบ การกระทำของเด็กอายุไม่เกิน 14 ปี การกระทำของบุคคลวิกลจริต การกระทำของผู้มีเมมา การกระทำผิดโดยจำเป็น การกระทำผิดตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน การกระทำผิดเกี่ยวกับทรัพย์ระหว่างสามีภริยา

<sup>34</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล (เชิงอรรถ 29) 82-83.

การอธิบายหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาตามแนวทางของศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล มีหลักเกณฑ์คล้ายคลึงกับแนวทางของศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นครและศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ เพราะมีการผสมผสานระหว่างแนวคิดจากโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมนีใน ส่วน “การกระทำครบองค์ประกอบของความผิดอาญา” และ “เหตุยกเว้นความผิด” มีแนวคิดจากโครงสร้าง ของความผิดอาญาฝรั่งเศสในส่วนของ “เหตุยกเว้นโทษ” และแนวคิดจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายของไทย ทำให้โครงสร้างของความผิดอาญาของท่านมีความสอดคล้องกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเป็น อย่างมาก

นอกจากแนวทางการอธิบายตามแนวความคิดของแต่ละบุคคลอันมีลักษณะเป็นการ ผสมผสานจากแนวคิดของระบบคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษ จากแนวคิดของระบบประมวลกฎหมาย เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยข้างต้น แล้ว ยังมีการนำเสนอความหมายของคำว่า “ความรับผิด” ตามทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมนีและญี่ปุ่นโดย ดร. อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ ซึ่งท่านได้อธิบายว่า ความรับผิดของผู้กระทำนั้นมีความหมายเป็นพิเศษ<sup>35</sup> โดยความรับผิดนั้นมิได้มีความหมายเดียวกับจิตใจที่ชั่วร้าย (Mens rea) และก็ได้หมายความว่าความรวมถึงการที่จะวัดสภาพของ จิตใจว่ามีความสัมพันธ์ต่อผลของการกระทำอย่างไรด้วย แต่คำว่า “ความรับผิด” ที่ใช้อยู่เป็นบรรทัดฐานว่า ด้วยความรับผิดที่เป็นความเหมาะสมที่จะถูกกล่าวโทษในทางจริยธรรมของสังคมส่วนใหญ่ ผู้กระทำจะต้องรับ ผิด ถ้าในทางจริยธรรมแล้วเขาสมควรที่จะถูกกล่าวโทษว่าพฤติกรรมของเขานั้นผิดและขั้นของความสมควรที่ จะถูกกล่าวโทษนี้เอง ที่เป็นตัวแทนที่จะชี้ให้เห็นถึงมาตราส่วนที่จะวัดความรับผิดซึ่งเมื่อลงโทษแล้ว จะให้เกิน กว่านี้ไม่ได้ ดังนั้น เมื่อบุคคลกระทำการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ถือว่าบุคคลได้กระทำผิด กฎหมาย แต่นอกจากนั้นยังคงต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าผู้กระทำสมควรที่จะถูกกล่าวโทษหรือไม่<sup>36</sup> ทั้งนี้ แม้ใน คำอธิบายของท่านจะไม่ได้แสดงให้เห็นชัดเจนว่า ความสมควรที่จะถูกกล่าวโทษ หมายถึง ความชั่ว (Schuld) ตามแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมนีแต่ก็สามารถอนุมานได้ว่า ท่านได้พยายามอธิบายถึงเงื่อนไข ที่จะทำให้การกระทำเป็นความผิดอาญานอกจากการผิดกฎหมายแล้ว ผู้กระทำต้องมีความสมควรที่จะถูก ลงโทษด้วย การอธิบายถึงทฤษฎีอาญาดังกล่าวนี้สอดคล้องกับโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมนีซึ่งจัดวาง องค์ประกอบส่วนของ “ความชั่ว” ไว้ในการพิจารณาลำดับที่สาม เพราะเมื่อพิสูจน์ว่าการกระทำผิดกฎหมาย แล้ว อย่างไรก็ตามก็ยังไม่ถือเป็นความผิดอาญา แต่ต้องพิจารณาต่อว่ามี “ความชั่ว” เป็นพื้นฐานก่อนหรือไม่ (nulla poena sine culpa) การกำหนดให้ความชั่วเป็นพื้นฐานของการลงโทษ ทำให้เห็นถึงมิติในการลงโทษ 2 ประการกล่าวคือ 1) การลงโทษต้องมีความชั่ว 2) การลงโทษผู้กระทำต้องไม่เกินกว่าความชั่วซึ่งผู้นั้นสมควรถูก ตำหนิได้ การนำเสนอคำอธิบายของ ดร. อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ จึงสะท้อนให้เห็นภาพของการนำแนวคิดของ

<sup>35</sup> อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, *ทฤษฎีอาญา ทฤษฎีโทษ และกระบวนการขึ้นพื้นฐาน* (สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552) 85-88.

<sup>36</sup> อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, ‘ร่างประมวลกฎหมายอาญาเปรียบเทียบว่าด้วยโทษและทฤษฎีการลงโทษ’ (2520) 3(1)

กฎหมายอาญาเยอรมนีจากผู้ร่างกฎหมายมาอธิบายเพื่อให้เกิดความกระจ่างในการทำความเข้าใจนิติวิธีของระบบประมวลกฎหมายได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

การอธิบายถึงโครงสร้างของความผิดอาญาตามแนวความคิดของแต่ละบุคคล เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า มีทั้งความเหมือนและความแตกต่างในสาระสำคัญบางประการ ทั้งนี้ ความแตกต่างดังกล่าวอาจเรียกได้ว่าเป็นความแตกต่างในเชิงรูปแบบเพียงเท่านั้น เพราะแม้การเรียงลำดับของแต่ละองค์ประกอบในโครงสร้างจะแตกต่างกัน แต่เนื้อหาสาระที่แท้จริงนั้นเป็นการพิจารณาที่มีความเป็นระบบและมีเหตุมีผลใกล้เคียงกันเลยทีเดียว ถ้าจะต่างมากก็คงเป็นในส่วนการอธิบายโดยนำแนวความคิดมาจากระบบคอมมอนลอว์ เพราะนิติวิธีแตกต่างไปจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย แต่ในส่วนของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเหมือนกัน ทั้งประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีต่างก็มีสาระสำคัญคล้ายกันเป็นอย่างมาก เพียงแต่การจัดวางลำดับชั้นการพิจารณาอาจต่างไปตามทัศนคติและแนวคิดในทางกฎหมายที่พัฒนาให้เหมาะสมกับบริบททางสังคมของตน

2.2.3.4 เปรียบเทียบแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย

บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันสะท้อนให้เห็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้กฎหมายอาญา หลักประกันในกฎหมายอาญา ความรับผิดชอบในทางอาญาเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย ความไม่รู้ผิดชอบเพราะความไม่รู้เพียงสา ความไม่รู้ผิดชอบเพราะความบกพร่องทางจิต การกระทำความผิดด้วยความจำเป็นการกระทำตามคำสั่งเจ้าพนักงาน การป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ ฉะนั้น หากพิจารณาจากรายละเอียดในบทบัญญัติภาคทั่วไปแล้ว จะพบได้ว่ามีบทบัญญัติที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับองค์ประกอบของความผิดไว้ โดยกล่าวถึงองค์ประกอบภายนอกไว้ในมาตรา 2 ที่บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำ...” มาตรา 59 วรรค 3 บัญญัติว่า “ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดจะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้” โดยกล่าวถึงองค์ประกอบภายในไว้ใน มาตรา 59 วรรค 1 บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำความโดยประมาท ในกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา” และวรรค 2 บัญญัติว่า “กระทำโดยเจตนา ได้แก่ กระทำโดยรู้สำนึกในการที่

กระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น” และมีบทบัญญัติที่กล่าวถึงเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิด หรือเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ไว้ใน มาตรา 68 กรณีการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 305 กรณีการทำแท้งด้วยความจำเป็นของนายแพทย์ อีกทั้งยังกล่าวถึงกรณีที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ไว้ในมาตรา 65 กรณีความบกพร่องทางจิตไม่สามารถรู้ผิดชอบ มาตรา 73 กรณีผู้กระทำความผิดเป็นเด็ก มาตรา 67 กรณีความจำเป็นเพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจ หรือให้พ้นจากภยันตราย มาตรา 70 กรณีกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน และมาตรา 69

กรณีการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ ตลอดจนมีการกำหนดข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวผู้กระทำที่ทำให้กฎหมายไม่ลงโทษ เช่น มาตรา 71 วรรคแรก กรณีการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ระหว่างสามีภริยา

## 2.3 แนวคิดในการลงโทษผู้กระทำผิดอาญาตามทฤษฎีทัณฑ์วิททยา

แนวความคิดทฤษฎีในการจัดการกับผู้กระทำผิดกฎหมายที่สำคัญจำนวน 4 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีแก้แค้นทดแทน ทฤษฎีป้องปราม ทฤษฎีตัดโอกาสในการกระทำความผิดและทฤษฎีแก้ไขฟื้นฟู ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้<sup>37</sup>

### 2.3.1 ทฤษฎีแก้แค้นทดแทน (Retribution Theory)

ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนเป็นแนวความคิดดั้งเดิมตั้งแต่สมัยโบราณย้อนกลับไปได้ถึงสมัยที่มีการสร้างประมวลกฎหมายฮัมมูราบี (Code of Hammurabi) เมื่อประมาณ 1875 ปี ก่อน

คริสตศักราชมีหลักการว่า การลงโทษผู้กระทำผิดจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า ผู้กระทำผิดสมควรได้รับความเจ็บปวดและความเจ็บปวดดังกล่าวก็ควรจะเท่าเทียมกับปริมาณความร้ายแรงของความเสียหายที่บุคคลดังกล่าวได้ก่อขึ้น หรือเท่ากับความร้ายแรงของการกระทำผิดของบุคคลดังกล่าว ซึ่งแนวความคิดเบื้องหลังการแก้แค้นทดแทนมีที่มาจากแนวความคิดที่ว่า อาชญากรรม หรือการกระทำผิดกฎหมายรบกวนความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม ดังนั้นอาชญากร หรือผู้กระทำผิดกฎหมายจึงสมควรได้รับการลงโทษเพื่อฟื้นฟูความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม<sup>38</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าทฤษฎีแก้แค้นทดแทนจะมีรากฐานความคิดมาแต่สมัยโบราณ และยังคงยึดถือกันมาในการกำหนดบทลงโทษแก่ผู้กระทำผิดจนกระทั่งถึงปัจจุบัน แต่ทฤษฎีนี้ก็ยังมีข้อบกพร่องหลายประการที่ทำให้การลงโทษผู้กระทำผิดเพื่อแก้แค้นทดแทนเป็นสำคัญยังมีอุปสรรคหลายประการ กล่าวคือ

ประการแรก ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนพิจารณาเพียงว่า สมควรจะลงโทษผู้กระทำผิดอย่างไรให้เหมาะสมกับความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำลงไป โดยไม่ได้พิจารณาว่าโทษดังกล่าวจะช่วยป้องกันไม่ให้บุคคลดังกล่าวกลับไปกระทำผิดซ้ำได้อย่างไร หรือจะช่วยป้องปรามไม่ให้บุคคลทั่วไปไม่ให้เกิดเช่นเดียวกับผู้ที่ถูกลงโทษได้อย่างไร ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนจึงเป็นการมองการกระทำที่เกิดขึ้นในอดีต แต่ไม่ได้พิจารณาไปถึงประโยชน์ในอนาคตที่จะได้จากการลงโทษ

ประการที่สอง ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนมุ่งพิจารณาว่าโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดเหมาะสมกับความผิดที่บุคคลดังกล่าวได้กระทำแล้วหรือไม่ แต่ขาดการคำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อสังคมโดยรวม ดังนั้น ถ้าผู้กระทำผิดได้รับโทษที่สาสมกับความผิดที่ตนเองกระทำแล้วก็ต้องปล่อยตัวไปโดยไม่คำนึงถึงว่าบุคคลดังกล่าวยังมีลักษณะเป็นอันตรายต่อสังคมหรือไม่ หรือถ้าลงโทษผู้กระทำผิดได้อย่างสาสมแล้ว ภายหลัง

<sup>37</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์, *อาชญาวิทยาและทัณฑ์วิททยา* (พิมพ์ครั้งที่ 5 สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2566) 207-210.

<sup>38</sup> Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill, *Principle of Criminology* (11th ed., General Hall 1993) 307.



ผู้กระทำผิดจะสามารถทำมาหากินเพื่อเลี้ยงชีพได้หรือไม่ หรือจะกลายเป็นภาระของสังคมที่ต้องเลี้ยงดูต่อไป เช่น การลงโทษโจรขโมยของด้วยการตัดมือโจรก็ย่อมกลายเป็นคนพิการและเป็นภาระของสังคมต่อไป

ประการที่สาม จนกระทั่งถึงปัจจุบันก็ยังไม่มีการใดที่จะสามารถวัดได้ว่าโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดเหมาะสมกับความผิดที่กระทำลงแล้วหรือไม่ จึงเป็นการยากที่จะกำหนดลงไปได้ว่าลงโทษอย่างไรหรือเท่าใดจึงจะเหมาะสมที่สุด การกำหนดโทษจึงขึ้นอยู่กับความรู้สึกและความคิดของแต่ละบุคคล ทำให้เกิดปัญหาว่าการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำผิดเป็นธรรมแก่ผู้กระทำผิดและผู้เสียหายแล้วหรือไม่<sup>39</sup>

ประการที่สี่ ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนในปัจจุบัน ให้ความสำคัญกับการลงโทษตามที่ผู้กระทำผิดสมควรได้รับ (Just Deserts) กล่าวคือ โทษต้องได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด ดังนั้นผู้ที่กระทำผิดอาญาในลักษณะเดียวกันก็ต้องถูกลงโทษเหมือนกัน หรือเท่าๆ กัน โดยคำนึงถึงปัจจัยทางสังคม หรือเศรษฐกิจเช่นความยากจน ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนจึงไม่เปิดโอกาสให้นำปัญหาด้านความไม่เท่าเทียมกันภายในสังคมเข้ามาประกอบการพิจารณากำหนดโทษและจึงไม่เปิดโอกาสให้มีการบรรเทาโทษ หรือลดโทษให้กับผู้กระทำผิดที่ตกอยู่ในสถานการณ์ หรือในสภาพสังคมที่ทำให้บุคคลดังกล่าวยากที่จะปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างเคร่งครัด ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนในปัจจุบันจึงขาดความตระหนักถึงภูมิหลังและสถานการณ์ของผู้กระทำผิด จึงอาจทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อคนยากจน ชนกลุ่มน้อย ชนเผ่าต่างๆ สตรีและผู้กระทำผิดที่ยังมีอายุน้อยซึ่งเป็นประเด็นที่แฝงอยู่ในทฤษฎีแก้แค้นทดแทน

ประการที่ห้า ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนที่เคร่งครัดกับการกำหนดโทษที่ได้สัดส่วนกับความผิดอาจมีผลเป็นการละเลยสิทธิของผู้กระทำผิดบางประการ เช่น โทษประหารชีวิตอาจเป็นโทษที่เหมาะสมกับความผิดของผู้กระทำผิดในคดีฆ่าคนตายแล้ว แต่ปัจจัยทางชีวภาพบางประการ เช่น อายุและสุขภาพจิต ก็เป็นปัจจัยหนึ่งที่มีผลต่อการกำหนดโทษของผู้กระทำผิดให้เบาลง กระบวนการยุติธรรมที่มีความเคร่งครัดกับสัดส่วนของโทษมาก จึงอาจมองว่าการกำหนดโทษ โดยคำนึงถึงปัจจัยทางชีววิทยาดังกล่าว ย่อมเป็นการขัดขวางการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดและอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้กระทำผิดได้

ประการสุดท้าย การพิจารณาโทษโดยพิจารณาจากความร้ายแรงของการกระทำผิดเป็นสิ่งที่ทำได้ยากในทางปฏิบัติ<sup>40</sup> เพราะยังไม่มีวิธีการใดที่สามารถวัดระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดได้อย่างเป็นรูปธรรมและเที่ยงตรง การวัดความร้ายแรงของการกระทำผิดจึงยังคงเป็นปัญหามากจนถึงทุกวันนี้ ดังจะได้กล่าวถึงหลังจากนี้

### 2.3.2 ทฤษฎีป้องปรามการกระทำผิด (Deterrence Theories)

ทฤษฎีป้องปรามการกระทำผิดมีที่มาจากความเชื่อว่ามีมนุษย์เลือกที่จะปฏิบัติตามกฎหมาย หรือฝ่าฝืนกฎหมายหลังจากคำนวณผลประโยชน์และผลเสียที่จะได้จากการกระทำของตนเองแล้วโทษตามกฎหมายจึงเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการข่มขู่ให้ผู้ที่อาจจะกระทำความผิดกฎหมายเกิดความเกรงกลัวต่อผลเสียอันเกิดจากโทษตาม

<sup>39</sup> นที จิตสง่า, *หลักทัณฑ์วิทยา* (โรงพิมพ์กรมราชทัณฑ์, 2540) 24-25.

<sup>40</sup> Alana Barton, 'Just Deserts Theory' In *Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities*, 2004) 506.

กฎหมาย และไม่คิดที่จะกระทำผิดอีกต่อไป<sup>41</sup> ซึ่งผู้ที่คาดว่าจะได้รับผลในทางป้องปรามการกระทำผิดตาม ทฤษฎีมี 2 ประเภท คือ ผู้กระทำผิดที่ได้รับโทษตามกฎหมายและประชาชนทั่วไป ทฤษฎีป้องปรามจึงแบ่ง ออกเป็น 2 ทฤษฎีย่อย คือ

### 2.3.2.1 ทฤษฎีป้องปรามทั่วไป (General Deterrence)

นับตั้งแต่ศตวรรษที่ 18 เป็นต้นมา วัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำผิดกฎหมายค่อยๆ เปลี่ยนจากเพื่อการลงโทษผู้กระทำผิดสำหรับความผิดที่บุคคลดังกล่าวได้กระทำไปเพียงประการเดียวไปเป็น การลงโทษเพื่อการปรับปรุงพัฒนาพฤติกรรมทางสังคม นักวิชาการที่เชื่อว่าการลงโทษผู้กระทำผิดจะต้อ งเป็นไปเพื่อประโยชน์ของสังคมด้วย เห็นว่า การลงโทษสามารถยับยั้งหรือป้องปรามไม่ให้ผู้อื่นๆ กระทำผิด กฎหมายเพราะเห็นตัวอย่างผู้กระทำผิดที่ถูกลงโทษตามกฎหมาย โดยตั้งข้อสันนิษฐานว่า เมื่อผู้กระทำผิดถูก ลงโทษ ประชาชนทั่วไปที่รับรู้ถึงการลงโทษดังกล่าวย่อมได้เรียนรู้ว่าการกระทำผิดกฎหมายดังกล่าวมีโทษตาม กฎหมายและผู้กระทำผิดที่ถูกลงโทษต้องได้รับความเจ็บปวดประการใดประการหนึ่งจากการถูกลงโทษ ทำให้ ประชาชนทั่วไปปลงเว้นไม่กระทำผิดเช่นเดียวกันกับผู้กระทำผิดที่ถูกลงโทษดังกล่าว เพราะเกรงกลัวว่าจะต้อง ได้รับความเจ็บปวดจากการโทษตามกฎหมายในลักษณะเดียวกัน<sup>42</sup> ดังนั้น การลงโทษผู้กระทำผิดตามกฎหมาย จึงเป็นการแสดงตัวอย่างให้ประชาชนทั่วไปที่ยังไม่ได้กระทำผิดกฎหมายให้ตระหนักได้ถึงความน่าสะพรึงกลัว ของโทษตามกฎหมาย<sup>43</sup> ซึ่งข้อสันนิษฐานอันเกิดจากการเห็นผู้อื่นถูกลงโทษดังกล่าว เรียกว่า การป้องปราม ทั่วไป หรือก็คือการป้องปรามที่มีผลต่อบุคคลทั่วไป นอกเหนือจากตัวผู้กระทำผิดเอง

ดังนั้น แนวความคิดหลักของทฤษฎีป้องปรามทั่วไปก็คือ การทำให้ผู้กระทำผิดได้รับ ความเจ็บปวดจากการถูกลงโทษเพราะกระทำผิดกฎหมายเป็นการข่มขวัญบุคคลอื่น ๆ โทษตามกฎหมายจึงมี ความสำคัญเพราะเหตุผลดังกล่าว แม้ว่าอาจจะไม่ทำให้เกิดความเกรงกลัวได้ทุกคน<sup>44</sup>

หลักการของการป้องปรามทั่วไปตั้งอยู่บนสมมติฐาน 2 ประการ คือ

ประการแรก ปังเจกบุคคลย่อมเห็นแก่ผลประโยชน์ของตนเองและจึงพยายามอย่างหนัก เพื่อที่จะเพิ่มพูนผลประโยชน์ หรือความพึงพอใจให้กับตนเอง

ประการที่สอง ปังเจกบุคคลใช้เหตุผลในการตัดสินใจและควบคุมพฤติกรรมของตนเอง จากการคำนวณผลได้และผลเสีย หรือความพึงพอใจและความเจ็บปวดอันเกิดจากการกระทำต่างๆ ของตนเอง

สมมติฐานทั้งสองประการจึงเป็นการอธิบายถึงพฤติกรรมของมนุษย์ ดังนั้น ไม่ว่าจะ เป็นพฤติกรรมอาชญากร หรือพฤติกรรมที่ไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดกฎหมาย ก็ล้วนเป็นผลผลิตอันเกิดจากการ เลือกของมนุษย์ การตัดสินใจที่จะก่ออาชญากรรมมักจะเกิดขึ้นด้วยวิธีการเลือกและวิเคราะห์ ระหว่างผลได้

<sup>41</sup> Ihekwoaba D. Onwudiwe, Jonathan Odo and Emmanuel C. Onyeozili, 'Deterrence Theory' In Mary Bosworth (ed) Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities (SAFE 2005) 233.

<sup>42</sup> Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill (เชิงอรรถ 38) 308.

<sup>43</sup> Ihekwoaba D. Onwudiwe, Jonathan Odo and Emmanuel C. Onyeozili (เชิงอรรถ 41).

<sup>44</sup> Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill (เชิงอรรถ 38).

และผลเสีย หรือความพึงพอใจกับความเจ็บปวดทรมานในทางที่เห็นแก่ตัว ซึ่งมนุษย์เลือกที่จะกระทำผิดกฎหมาย เมื่อบุคคลเหล่านั้นประเมินความเป็นไปได้ทั้งหมดภายใต้ขอบเขตข้อมูลที่มีอยู่และเห็นว่าการก่ออาชญากรรมจะให้ผลดีมากกว่าผลเสีย หรือให้ความพึงพอใจมากกว่าความเจ็บปวดทรมานมากกว่าการกระทำอื่นๆ และด้วยตรรกะเดียวกัน มนุษย์ก็เลือกจะละเว้นจากการกระทำผิดกฎหมายเมื่อบุคคลเหล่านั้นเห็นว่าอาชญากรรมจะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี หรือได้รับความเจ็บปวดทรมานมากกว่าความพึงพอใจ

ผลเสียอันเกิดจากการกระทำผิดกฎหมาย จึงมักจะได้รับการพิจารณาจากความร้ายแรง ความแน่นอนและความรวดเร็วในการถูกลงโทษอันเนื่องมาจากการกระทำผิดนั้น ดังนั้นถ้าโทษตามกฎหมายมีความร้ายแรง แน่แน่นอนและรวดเร็วมากขึ้นเท่าใด ก็ยิ่งเป็นการเพิ่มข้อเสียของการกระทำผิดกฎหมายและจึงส่งผลให้อัตราการกระทำผิดกฎหมายลดลง

### 2.3.2.2 ทฤษฎีป้องปรามเป็นการเฉพาะ (Specific Deterrence)

นักวิชาการที่เชื่อมั่นว่าโทษตามกฎหมายจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของสังคม ยังมีความเห็นอีกว่า โทษตามกฎหมายสามารถเปลี่ยนแปลงผู้กระทำผิดได้ด้วยการทำให้ผู้ที่ถูกลงโทษตามกฎหมายเกิดความกลัวว่าถ้ากระทำผิดกฎหมายอีกอาจทำให้ต้องถูกลงโทษอีก ข้อเสนอพื้นฐานถึงความเกรงกลัวของผู้กระทำผิดว่าจะถูกลงโทษซ้ำอีกถ้ากระทำผิดอีกเรียกว่า การป้องปรามเป็นการเฉพาะ

ทฤษฎีนี้กล่าวว่า โทษตามกฎหมายเป็นบทเรียนสำหรับผู้กระทำผิด เพราะโทษดังกล่าวช่วยสอนให้ผู้กระทำผิดได้เรียนรู้ถึงผลร้ายจากพฤติกรรมบางประการของผู้กระทำผิด และผลร้ายดังกล่าวจะเป็นแรงผลักดันให้มีการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรม เพราะโทษตามกฎหมายทำให้ผู้กระทำผิดเกิดความเกรงกลัว จึงละเว้นไม่กระทำพฤติกรรมที่ทำให้ตนต้องถูกลงโทษเช่นนั้นอีกในอนาคต ดังนั้น ผู้กระทำผิดที่ถูกลงโทษจึงเรียนรู้ที่จะหลีกเลี่ยงการกระทำผิดกฎหมาย ในลักษณะเดียวกันกับเด็กที่เคยจับเตาขณะที่กำลังร้อนแล้วถูกลวกทำให้เด็กเรียนรู้ว่าไม่ควรจับเตาในขณะที่ร้อน<sup>45</sup>

ทั้งนี้ ความรุนแรง ความแน่นอนและความรวดเร็วในการลงโทษเพื่อการป้องปรามการกระทำผิดกฎหมายทฤษฎีป้องปรามมีที่มาจากแนวความคิดของนักปรัชญา 3 ท่าน คือ Thoms Hobbes, Cesare Beccaria และ Jeremy Bentham ที่มีความเห็นไปในทางเดียวกันว่า มนุษย์มักจะสนใจแต่ประโยชน์ของตนเอง เช่น ประโยชน์ในทางวัตถุ ความปลอดภัยของตนเองและชื่อเสียงทางสังคม ดังนั้นมนุษย์จะไม่กระทำผิดกฎหมาย ถ้าผลเสียจากการกระทำผิดกฎหมายมีมากกว่าผลประโยชน์ที่จะได้รับการกระทำดังกล่าว<sup>46</sup> ดังนั้น ถ้าโทษตามกฎหมายมีความรุนแรง แน่แน่นอนและรวดเร็วแล้ว บุคคลที่ใช้เหตุผลในการกระทำต่าง ๆ ย่อมสามารถคำนวณผลดีผลเสียก่อนที่จะกระทำผิดกฎหมายและจึงยับยั้งไม่กระทำผิดกฎหมาย ถ้าคำนวณแล้วเห็นว่าผลเสีย มีมากกว่าผลดี อย่างไรก็ตาม นักปรัชญาคลาสสิกยังเห็นว่า ความแน่นอนในการลงโทษมีประสิทธิภาพในการป้องปรามการกระทำผิดกฎหมายมากกว่าความรุนแรงของโทษและจึงปฏิเสธการทรมานผู้กระทำผิด เพื่อให้สารภาพและปฏิเสธโทษประหารชีวิตว่า ไม่ใช่วิธีการที่มีประสิทธิภาพในการป้องปรามการ

<sup>45</sup> Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill (เชิงอรรถ 38) 313.

<sup>46</sup> Ihekwoaba D. Onwudiwe, Jonathan Odo and Emmanuel C. Onyeozili (เชิงอรรถ 41) 234.

กระทำผิดกฎหมาย<sup>47</sup> ซึ่งงานวิจัยของ Charles Tittle ในปี ค.ศ. 1969 ก็พบข้อมูลที่สนับสนุนแนวคิดของนักปรัชญาคลาสสิกดังกล่าวโดยสรุปว่า ความแน่นอนในการลงโทษ มีผลช่วยยับยั้งการกระทำผิดกฎหมาย แต่ความร้ายแรงของโทษจะมีผลช่วยยับยั้งการกระทำผิดกฎหมายได้ ก็ต่อเมื่อกระบวนการยุติธรรมสามารถรับประกันได้ถึงความแน่นอนในการลงโทษ<sup>48</sup>

### 2.3.3 ทฤษฎีตัดโอกาสในการกระทำผิด (Incapacitation)

วิธีการป้องกันการกระทำผิดซ้ำในอนาคตที่ตรงเป้าหมายที่สุดวิธีการหนึ่งก็คือ วิธีการตัดโอกาสในการกระทำผิดของผู้กระทำผิดด้วยการจำคุก ประหารชีวิต หรือด้วยวิธีการอื่นใดที่สามารถตัดความเป็นไปได้ในการกระทำผิดซ้ำของผู้กระทำผิด เช่น ด้วยการตอน หรือทำหมันผู้กระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือการตัดมือผู้ที่ขบถล้างกระเปาะ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดซ้ำอีก อย่างไรก็ตาม ประชาธิปไตยเสรีนิยมดังเช่นในปัจจุบัน มีแนวโน้มในทางต่อต้านวิธีการลงโทษที่รุนแรงและโหดร้ายเว้นแต่โทษบางประเภท เช่น โทษประหารชีวิตที่ยังบังคับใช้กันอยู่ในหลายๆ ประเทศ ทำให้การลงโทษเพื่อตัดโอกาสในการกระทำผิดซ้ำ ที่ยังคงบังคับใช้กันอย่างแพร่หลายก็คือ การจำคุก (Incarceration)

ภายใต้หลักการตัดโอกาสในการกระทำผิดโดยแท้ ถ้าผู้กระทำผิดสองคนมีแนวโน้มที่จะเป็นอันตรายต่อสังคม (Dangerous) เหมือนๆ กัน กล่าวคือ มีโอกาสที่จะกระทำผิดกฎหมายอย่างเดียวกันในช่วงระยะเวลาเดียวกันในอนาคต ระยะเวลาจำคุกของบุคคลสองคนดังกล่าว ก็ควรจะมีระยะเวลาเท่าๆ กัน ด้วยเหตุนี้ถ้าพิเคราะห์ถึงเฉพาะความเป็นอันตรายของบุคคลสองคน ภายใต้หลักการตัดโอกาสในการกระทำผิดโดยแท้แล้ว ผู้กระทำผิดคนที่กระทำผิดถึงขั้นพยายามกระทำความผิดก็สมควรที่จะถูกลงโทษจำคุกเป็นระยะเวลาเท่ากับผู้ที่กระทำผิดสำเร็จแล้ว เพราะผู้กระทำผิดทั้งสองคนมีลักษณะน่าจะเป็นอันตรายต่อสังคมเหมือนๆ กัน ถ้าบุคคลทั้งสองกระทำความผิดสำเร็จเหมือนๆ กัน

นอกจากนี้ ถ้าการพิเคราะห์ถึงแต่ความเป็นอันตรายของผู้กระทำผิดและแนวโน้มที่บุคคลดังกล่าวจะกระทำผิดซ้ำอีกเป็นสำคัญแล้ว ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องรอนกระทั้งเกิดการกระทำผิด หรือกระทำผิดจนสำเร็จแล้ว จึงจะลงโทษบุคคลดังกล่าวเพื่อตัดโอกาสในการกระทำผิด ถ้ากระบวนการยุติธรรมสามารถหาวิธีการในการคาดเดาว่าบุคคลหนึ่งบุคคลใดจะกระทำผิดซ้ำ ในอนาคตหรือไม่ได้อย่างแม่นยำและน่าเชื่อถือแล้ว กระบวนการยุติธรรมก็สามารถตัดโอกาส ในการกระทำผิดของบุคคลดังกล่าวได้ล่วงหน้า อย่างไรก็ตาม สังคมมนุษย์ยังต้องคำนึงถึงเรื่องอื่นๆ นอกเหนือจากการควบคุมอาชญากรรมด้วย ทำให้แนวความคิดเรื่องการตัดโอกาสในการกระทำผิดโดยเด็ดขาดอาจจะขัดแย้งกับผลประโยชน์ด้านอื่นๆ ของสังคมและในทางกลับกัน กระบวนการยุติธรรมก็อาจจะปฏิเสธไม่ลงโทษใดๆ แก่ผู้กระทำผิดเลยก็ได้ ไม่ว่าความผิดที่บุคคลดังกล่าวได้กระทำลงไป จะร้ายแรงเพียงใด ถ้าปรากฏว่าผู้กระทำผิดไม่มีความเสี่ยงที่จะกลับไปกระทำผิดซ้ำอยู่เลย ตัวอย่างเช่น ถ้าสามีฆ่าภรรยาที่แต่งงานกันมา 50 ปี เพราะเชื่อว่าภรรยาของเขากำลังจะเสียชีวิตด้วยโรคมะเร็ง และสามีก็ต้องการจะตายพร้อมภรรยา คนทั่วไปก็ย่อมเล็งเห็นได้ว่าไม่มีทางที่ชายคนดังกล่าวจะฆ่าผู้ใดซ้ำอีกใน

<sup>47</sup> เฟ็งอ้าง, 235.

<sup>48</sup> เฟ็งอ้าง, 236.

อนาคต ด้วยเหตุนี้ภายใต้หลักการตัดโอกาสในการกระทำผิดแล้ว ชายคนดังกล่าวก็ไม่สมควรถูกลงโทษแม้แต่น้อย<sup>49</sup>

ดังนั้น ถ้าพิจารณาเฉพาะแต่หลักการตัดโอกาสในการกระทำผิดแล้ว เท่ากับว่ากระบวนการยุติธรรมจะลงโทษเฉพาะผู้ที่ยังมีความเสี่ยงว่าจะกลับไปกระทำผิดซ้ำอีก เพื่อที่จะจำกัดไม่ให้บุคคลดังกล่าวสามารถกลับไปกระทำผิดอีกได้ แต่จะไม่ลงโทษผู้ที่ไม่มีความเสี่ยงในการกระทำผิดซ้ำอีก การบังคับใช้แต่หลักการตัดโอกาสในการกระทำผิดเพียงหลักการเดียว โดยไม่คำนึงถึงหลักการแก้แค้นทดแทน หรือการป้องปรามการกระทำผิด ในการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำผิดจึงเป็นไปได้แม้แต่น้อยในการกำหนดโทษที่เหมาะสมแก่ผู้กระทำผิดแต่ละคน จึงจำเป็นที่จะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างหลักการแก้แค้นทดแทน การป้องปรามทั่วไป การป้องปรามเป็นการเฉพาะและการตัดโอกาสในการกระทำผิด และยังอาจจะต้องคำนึงถึงว่า การลงโทษตามกฎหมายดังกล่าวจะสามารถแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมของผู้กระทำผิดได้หรือไม่อีกด้วย ดังจะได้กล่าวถึงทฤษฎีการแก้ไขฟื้นฟูในหัวข้อต่อไป

#### 2.3.4 ทฤษฎีแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด (Rehabilitation)

จนกระทั่งก่อนประมาณ 200 ปีก่อนหน้านี้ ทางเลือกในการตอบสนองต่อการกระทำผิดกฎหมายยังมีไม่มากนัก โดยเป็นที่กล่าวกันโดยทั่วไปว่าผู้กระทำผิดจะสามารถเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของตนเองได้ถ้าถูกลงโทษตามกฎหมาย นอกจากนี้ยังมักจะสรุปกันในการวางนโยบายของรัฐอีกว่า การลงโทษผู้กระทำผิดสามารถยับยั้งผู้ที่มีแนวโน้มที่จะกระทำผิดกฎหมายได้ ซึ่งจะช่วยลดอัตราการเกิดอาชญากรรมลงได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงมักเลือกที่จะใช้วิธีการลงโทษ หรือมิฉะนั้นก็ไม่ทำอะไรเลยในการเปลี่ยนแปลงผู้กระทำผิด หรือป้องกันอาชญากรรม อย่างไรก็ดี ในช่วงหลายทศวรรษที่ผ่านมาแนวโน้มในการจัดการกับผู้กระทำผิดเป็นไปในแนวทางของการวางนโยบายและโปรแกรมต่างๆ ที่ออกแบบมาเพื่อช่วยเหลือมากกว่าลงโทษผู้กระทำผิดแต่เพียงประการเดียว<sup>50</sup> และด้วยเหตุที่การกระทำผิดกฎหมายถูกมองว่าเป็น “ความเจ็บป่วย” (Sickness) ดังนั้นวัตถุประสงค์ของการลงโทษจึงควรเป็นไปเพื่อรักษา (Cure) ผู้กระทำผิดเป็นสำคัญ<sup>51</sup>

Benjamin Karpman กล่าวว่า “...การจำคุกและการลงโทษไม่ใช่วิธีการจัดการกับผู้กระทำผิดที่เหมาะสมโดยตัวของมันเอง เราจำเป็นจะต้องแก้ไขผู้กระทำผิดเหล่านั้นอย่างคนที่เจ็บป่วยทางจิตใจ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วผู้กระทำผิดเหล่านั้นก็เจ็บป่วยทางจิตใจในทุกแง่มุม จึงไม่มีเหตุผลใดที่จะต้องลงโทษคนเหล่านั้นสำหรับพฤติกรรมที่พวกเขาไม่อาจควบคุมได้ไปมากกว่าการลงโทษคนที่ต้องหายใจทางปากเพราะป่วยเป็นโรคต่อมทอลซิลโต...จึงเป็นความหวังว่าความก้าวหน้าทางกระบวนการทางจิตวิทยาและอาชญาวิทยา จะช่วยแทนที่ผู้คุมและเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยด้วยพยาบาลและแทนที่ผู้พิพากษาด้วยนักจิตวิทยาที่

<sup>49</sup> Paul H. Robinson, *Distributive Principles of Criminal Law: Who Should Be Punished How Much* (Oxford 2008) 8-9.

<sup>50</sup> Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill (เชิงอรรถ 38) 330.

<sup>51</sup> Kathryn M. Campbell, ‘Rehabilitation Theory’ In *Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities*, 832.

พยายามด้วยจิตใจ ที่คิดจะแก้ไขและรักษาผู้กระทำผิด แทนที่จะเพียงแต่จะลงโทษผู้กระทำผิดตามกฎหมายเท่านั้น...”<sup>52</sup>

ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดจึงเพื่อรักษาผู้กระทำผิดมากกว่าที่จะลงโทษผู้กระทำผิดและเพื่อที่จะรักษาผู้กระทำผิดได้ จึงจำเป็นต้องมีการทำความเข้าใจสภาพจิตใจของผู้กระทำผิดด้วยการศึกษากฎหมายอาญา พฤติกรรมอาชญากรและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในเชิงสังคมวิทยา ซึ่งสะท้อนกลับมาให้เห็นได้อย่างชัดเจนในปัจจุบัน ดังเช่น การเข้าไปแทรกแซงพฤติกรรมของเยาวชนในชั้นศาลและขยายไปสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในผู้ใหญ่อย่างรวดเร็ว ทั้งในระดับชั้นศาล เรือนจำและระบบการรอกการลงโทษและพักการลงโทษต่างๆ และโปรแกรมลดการกระทำผิดกฎหมายในผู้ติดสุรา หรือยาเสพติด เป็นต้น

สำหรับการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดด้วยกระบวนการยุติธรรมนั้น Maltz กล่าวว่า การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด (Rehabilitation) หมายถึง รูปแบบกระบวนการที่มีความหมายตามลำดับดังต่อไปนี้

1) ผู้กระทำผิด หรือผู้ต้องขังเป็นบุคคลที่มีปัญหา ซึ่งปัญหาดังกล่าวเป็นสาเหตุโดยตรงของพฤติกรรมอาชญากร

2) บุคลากรด้านการแก้ไขพฤติกรรมของทัณฑสถาน สามารถวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวได้อย่างถูกต้อง และทัณฑสถานก็มีวิธีการดูแลแก้ไขพฤติกรรมให้กับผู้ต้องขัง หรือผู้กระทำผิด

3) จะมีการนำวิธีการดูแลแก้ไขพฤติกรรมมาปรับใช้กับผู้ต้องขัง หรือผู้กระทำผิดได้อย่างเหมาะสม

4) ปัญหาของผู้ต้องขัง หรือผู้กระทำผิด จะได้รับการแก้ไข หรือบรรเทาลงอันเป็นผลเนื่องมาจากการได้รับการดูแลแก้ไขพฤติกรรมด้วยวิธีการของทัณฑสถาน

5) ด้วยเหตุนี้ พฤติกรรมอาชญากรของผู้ต้องขัง หรือผู้กระทำผิดจะเริ่มลดน้อยถอยลงอันเป็นผลมาจากการบรรเทา หรือแก้ไขปัญหให้กับผู้ต้องขัง หรือผู้กระทำผิด<sup>53</sup>

จึงเห็นได้จาก รูปแบบในการจัดการกับผู้กระทำผิดกฎหมายดังกล่าวข้างต้นว่ามีความแตกต่างไปจากรูปแบบเดิมๆ ที่เน้นการลงโทษเป็นสำคัญเป็นอย่างมาก ทำให้รูปแบบทฤษฎีทางอาชญาวิทยาได้รับผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญอันเนื่องมาจากความเปลี่ยนแปลงดังกล่าว และส่งผลให้การตอบสนองต่อการกระทำผิดกฎหมาย ด้วยการเข้าไปแทรกแซงแก้ไขพฤติกรรมผู้กระทำผิดเริ่มเข้ามามีบทบาทเหนือการตอบสนองด้วยการลงโทษและดูเหมือนว่ากระบวนการตอบสนองด้วยการแก้ไขผู้กระทำผิด จะประสบความสำเร็จตั้งแต่ช่วงแรกๆ จึงมีการพัฒนาทฤษฎีทางอาชญาวิทยาขึ้นมาใหม่และนำไปสู่การปฏิบัติจริงเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดหลากหลายวิธีการ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าแนวความคิดเรื่องการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด จะได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก แต่การตอบสนองต่อการกระทำผิดกฎหมายด้วยการแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำผิดก็มีความขัดแย้งกับทฤษฎี

<sup>52</sup> Benjamin Karpman. 'Criminality, Insanity and the Law' (1949) 39 Journal of Criminal Law and Criminology, 584, 605.

<sup>53</sup> Michael D. Maltz, *Recidivism* (Academic Press 1984 2001) 8.

ในเชิงแก้แค้นทดแทนและป้องปรามการกระทำผิดกฎหมาย โดยนักอาชญาวิทยามีความเห็นออกเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายหนึ่งสนับสนุนแนวคิดการลงโทษผู้กระทำผิดอีกฝ่ายคัดค้านการลงโทษผู้กระทำผิด แต่สนับสนุนการแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำผิด ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

#### 2.3.4.1 ฝ่ายที่สนับสนุนการลงโทษ

เหตุผลประการแรก การลงโทษผู้กระทำผิด เป็นวิธีการเดียวที่ช่วยป้องกันไม่ให้ประชาชนกระทำความชั่วร้ายเพราะเกรงกลัวว่าจะถูกลงโทษ ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงต้องลงโทษผู้กระทำผิดกฎหมายอย่างต่อเนื่องเพื่อป้องกันการกระทำผิดกฎหมาย งานวิจัยจำนวนมากแสดงให้เห็นว่า ความหวาดกลัวต่อการถูกลงโทษได้ผลในทางปฏิบัติ โดยมีคนจำนวนหนึ่งซึ่งตเว้นไม่กระทำความผิดกฎหมายบางประเภท เพราะเกรงกลัวต่อโทษประเภทใดประเภทหนึ่ง แม้ว่าจะมีงานวิจัยอีกส่วนหนึ่งที่ระบุว่าวิธีการทางเลือกอื่นๆ มีผลช่วยป้องปรามการกระทำผิดมากกว่าการลงโทษผู้กระทำผิด

อย่างไรก็ดี นักวิชาการอีกส่วนหนึ่งเห็นว่า โทษตามกฎหมายไม่ได้มีผลช่วยป้องปรามการกระทำผิดเพราะความเกรงกลัวต่อการถูกลงโทษโดยตรง แต่เป็นเพราะโทษตามกฎหมายได้ทั้งตราบาปบางประการไว้แก่ผู้ที่ถูกลงโทษตามกฎหมาย แม้ว่ากระบวนการลงโทษจะยุติลงไปแล้วก็ตาม โทษตามกฎหมายจึงมีผลในด้านการสร้างความรู้สึกเกรงกลัวว่าจะต้องสูญเสียสถานะทางสังคม หรือสถานะภายในกลุ่มพวกพ้องของตนเองมากกว่า หรืออาจเป็นความรู้สึกว่าการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด เป็นสิ่งที่ไม่สอดคล้องกับภาพลักษณ์เป็นการลดคุณค่าทางสังคม หรือจิตใจเป็นความรู้สึกไม่สบายใจถ้าจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่ขัดต่อบรรทัดฐานของสังคม และอาจได้ผลตอบแทนที่ไม่เหมาะสมจากการกระทำผิดดังกล่าว อันเป็นผลมาจากกระบวนการควบคุมตนเองของปัจเจกบุคคล ไม่ว่าจะการกระทำดังกล่าวจะมีผลเป็นการละเมิดต่อกฎหมายโดยตรงหรือไม่<sup>54</sup>

เหตุผลประการที่สอง ถ้าผู้กระทำผิดไม่ถูกลงโทษ เขี้ยว หรือผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดดังกล่าว อาจจะหาทางจัดการกับผู้กระทำผิดด้วยตนเอง หรือที่เรียกกันว่าตั้งศาลเตี้ย โดยเหตุผลดังกล่าวนี้ มีที่มาจากความเชื่อที่ว่ามนุษย์มีความปรารถนาที่จะแก้แค้น ซึ่งถ้าไม่สามารถดำเนินการได้ด้วยวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ต้องดำเนินการด้วยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยผู้คนอาจแก้แค้นด้วยวิธีการที่หลากหลาย ตั้งแต่การตะโกนป่าวร้องเรียกชื่อใช้กำลังชกต่อย ทำร้ายร่างกาย ยิงกันด้วยอาวุธปืน การใส่ร้ายป้ายสีหมิ่นประมาท ไปจนถึงวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การนำผู้กระทำผิดไปเข้ารับการไต่สวน หรือด้วยวิธีการที่ช่วยแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำผิด

เหตุผลประการที่สาม ฝ่ายที่สนับสนุนการลงโทษเชื่อว่า เขี้ยวในการกระทำผิดจะไม่เต็มใจที่จะให้การเป็นพยาน หรือร้องทุกข์ เพื่อเอาโทษผู้กระทำผิด ถ้าเขี้ยวมองไม่เห็นโอกาสที่ผู้กระทำผิดจะได้รับ การลงโทษ เขี้ยวเหล่านี้จะยอมรับเอาความเสียหายไว้ว่า เป็นเคราะห์กรรมของตนเองมากกว่าจะไปเสียเวลากับกระบวนการต่างๆ ที่ไม่มีผลเป็นการลงโทษผู้กระทำผิด แต่ถ้าเขี้ยวในการกระทำผิดกฎหมาย และครอบครัวหรือเพื่อนของเขี้ยวมีเหตุผลเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่า สังคมกำลังกังวลและเป็นห่วงเป็นใยเกี่ยวกับสวัสดิภาพของ

<sup>54</sup> Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill (เชิงอรรถ 38) 335-336.

สมาชิกในสังคม เช่นเดียวกับผู้ที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนไปจากบรรทัดฐานของสังคมแล้ว ก็ย่อมมีแนวโน้มที่เหยื่อและครอบครัวจะให้ความร่วมมือกับการจัดการของสังคมมากขึ้น

เหตุผลประการที่สี่ การโต้ตอบผู้กระทำผิดด้วยการลงโทษพัฒนาขึ้นมาและยังคงดำรงอยู่ในกลุ่มผู้ที่ให้ความเคารพต่อกฎหมายและมีความเป็นปึกแผ่นในสังคม ซึ่งความเคารพต่อกฎหมายและความเป็นปึกแผ่นของคนในสังคมจะไม่ลดน้อยถอยลงไปตราบเท่าที่ยังมีโทษตามกฎหมายอยู่ในสังคม ความเป็นปึกแผ่นของสังคมสามารถพัฒนาได้ด้วยการลงโทษผู้กระทำผิดกฎหมาย เช่นเดียวกับการพยายามรักษาโรคภัย การปกป้องสภาวะแวดล้อม การแก้ไขความ อยุติธรรมในสังคมและการพยายามทำความเข้าใจสาเหตุของอาชญากรรม รวมไปถึงการพยายาม นำความรู้ที่ได้จากการทำความเข้าใจสาเหตุของอาชญากรรมมาปรับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาอาชญากรรม

อย่างไรก็ดี มีผู้โต้แย้งว่าอาชญากรรมไม่ได้มีผลกระทบต่อความเป็นปึกแผ่นของสังคม เพราะในสังคมไม่ได้มีความเป็นปึกแผ่นมากขนาดที่จะได้รับการกระทบกระเทือนได้ เพราะอาชญากรรมนอกจากนี้การลงโทษผู้กระทำผิดก็แทบจะไม่ได้คืนความสมดุลให้กับสังคมแต่อย่างใด เพราะความสมดุลของสังคมไม่ได้ถูกกระทบกระเทือนจากอาชญากรรม อาชญากรรมเป็นเพียงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเฉพาะบุคคล ที่ไม่มีผลกระทบต่อส่วนรวมโดยตรง ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากอาชญากรรม แต่มีประกันภัยหรือประกันสุขภาพ ก็สามารถได้รับการชดเชยความเสียหายจากบริษัทประกันภัยได้ เช่น ผู้ที่ถูกขโมยรถก็ได้รับค่าสินไหมทดแทนจากบริษัทประกันภัยรถยนต์ แม้แต่เหยื่อที่ไม่มีประกันภัยหรือประกันชีวิต ก็สามารถยุติคดีได้ ถ้าได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนที่พอใจ ส่วนความสงบเรียบร้อยและสวัสดิภาพของสังคมมักจะได้รับความสนใจจากเหยื่อรองลงมา โดยทั่วไปแล้ว สังคมโดยรวมจึงแทบไม่ได้รับความกระทบกระเทือนจากอาชญากรรม ด้วยเหตุนี้การลงโทษผู้กระทำผิดจึงมีผลกระทบต่อสังคมโดยรวมเพียงเล็กน้อยเท่านั้น

#### 2.3.4.2 ฝ่ายที่คัดค้านการลงโทษ ให้เหตุผลไว้หลายประการ

ประการแรก การลงโทษเป็นการแยกเอาบุคคลที่กำลังถูกลงโทษออกจากสังคม ทำให้บุคคลดังกล่าวกลายเป็นศัตรูกับสังคม ด้วยเหตุนี้ ถ้าสังคมตอบโต้ผู้กระทำผิดกฎหมาย ด้วยการลงโทษเพียงอย่างเดียว ผู้กระทำผิดก็ย่อมจะถูกแยกออกจากสังคมที่มีความผูกพันกับกฎหมายและไม่อาจทำความเข้าใจหรือได้รับความเข้าใจจากคนในสังคมได้ การถูกเกลียดชังจากสังคมย่อมส่งผลทำให้ผู้กระทำผิดเกิดความเกลียดชังสังคมไปด้วย

ในสภาพเช่นนี้ เมื่อผู้กระทำผิดถูกประกาศว่าเป็นศัตรูของสังคมและถูกเนรเทศออกจากสังคมผู้กระทำผิด จึงมีทางเลือกเพียง 2 ทาง คือ ทางแรกผู้กระทำผิดต้องเลือกเข้าร่วมกลุ่มกับผู้กระทำผิดคนอื่น ๆ ที่ซึ่งตนเองได้รับการยอมรับ มีเกียรติและจึงดำรงชีพอย่างอาชญากรตามที่ถูกล่ามว่าเป็นคนเช่นนั้นไปจริงๆ หรืออีกทางหนึ่ง ผู้กระทำผิดจะกลายเป็นคนไร้สังคม ขาดความมั่นคงในชีวิต หรือถูกแยกออกจากสังคมจนมีปัญหาทางจิต

ด้วยเหตุนี้ กระบวนการยุติธรรมในปัจจุบัน ที่ยินยอมให้ผู้กระทำผิดกลับคืนสู่สังคมได้แต่เพียงทางกาย แต่แบ่งแยกผู้กระทำผิดออกจากสังคม ด้วยการปฏิเสธไม่ให้งานทำหรืออื่นๆ ย่อมส่งผลให้



ผู้กระทำผิด ต้องแยกออกจากกลุ่มผู้ที่มีพฤติกรรมสอดคล้องกับกฎหมายทางจิตใจ แต่ถ้าผู้กระทำผิดได้รับอนุญาตให้กลับไปมีปฏิสัมพันธ์กับกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมสอดคล้องกับกฎหมาย ผู้กระทำผิดก็ย่อมต้องพยายามปรับตัวให้เข้ากับกลุ่มคนเหล่านั้น ซึ่งหมายความว่า ผู้กระทำผิดจะต้องได้รับอนุญาตให้มีพื้นที่ให้ยื่นในสังคม เช่นเดียวกับประชากรอื่นๆ ของสังคม<sup>55</sup>

ประการที่สอง การลงโทษอาจกลายเป็นการเตือนผู้กระทำผิดให้ระมัดระวังมากขึ้นในการกระทำผิดคราวหน้า แทนที่จะเป็นการป้องปรามไม่ให้กระทำผิดซ้ำอีก กล่าวคือ การลงโทษผู้กระทำผิดที่เคยถูกลงโทษตามกฎหมายมาแล้ว แต่ยังไม่สามารถปรับปรุงแก้ไขพฤติกรรม ของตนเองได้ซ้ำแล้วซ้ำเล่า อาจกลายเป็นการพัฒนาผู้กระทำผิดด้านทักษะและเทคนิค ในการกระทำผิดกฎหมายและการหลีกเลี่ยงการถูกจับกุมและในที่สุดอาจพัฒนาไปถึงขั้นเข้าร่วมองค์กรอาชญากรรมที่มีความซับซ้อน เพื่อที่จะลดความเสี่ยงและเพิ่มความสำเร็จในการกระทำผิดกฎหมายมากยิ่งขึ้น<sup>56</sup>

ประการที่สาม บางครั้งการลงโทษอาจกลายเป็นการเพิ่มสถานะของผู้กระทำผิดให้สูงขึ้นในบางชุมชน การส่งนักเรียนชายที่อยู่ในวัยเรียนเข้าไปอยู่ในเรือนจำ อาจเป็นการเพิ่มสัญลักษณ์ความเป็นลูกผู้ชาย ในบาง มลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีเรือนจำหลากหลายประเภททั้งเรือนจำที่มีความมั่นคงสูง และที่มีความมั่นคงลดน้อยลงมา พบว่ามีผู้กระทำผิดวัยรุ่นคนหนึ่งร้องขอให้ส่งตนเองไปจำคุกในเรือนจำที่มีความมั่นคงสูงสุด เพื่อเป็นการแสดงสถานะของตนเองว่าสูงกว่าเพื่อนผู้กระทำผิดด้วยกันเมื่อถูกปล่อยออกมาในภายหลัง<sup>57</sup>

ประการที่สี่ โดยทั่วไปแล้วการถูกลงโทษตามกฎหมาย ย่อมมีผลเป็นการยับยั้งความพยายาม หรือความทะเยอทะยานในทางสร้างสรรค์ของมนุษย์ แต่การลงโทษเป็นการสร้างความรู้สึกกลัวขึ้นภายในใจของผู้กระทำผิด ในขณะที่การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด เป็นกระบวนการที่ต้องอาศัยความสร้างสรรค์ในการปรับเปลี่ยนสถานะและเงื่อนไขต่างๆ ที่เป็นตัวบ่งชี้พฤติกรรมของผู้กระทำผิดมาตั้งแต่แรก ลำพังการกำหนดว่าผู้กระทำผิด จะต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของตนเอง ยังไม่สามารถเปลี่ยนแปลงความเป็นจริงได้ ผู้กระทำผิดจะต้องมีโอกาสได้เรียนรู้รูปแบบพฤติกรรมอื่นๆ สิ่งที่มีคุณค่าทางจิตใจและแบบอย่างที่ดี ได้เรียนรู้ที่จะชื่นชมคุณค่าของสิ่งต่างๆ ที่รักษาไว้ด้วยกฎหมาย ซึ่งเหล่านี้จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อ ผู้กระทำผิดมีโอกาสได้ปรับตัวให้เข้ากับวัฒนธรรมของกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมสอดคล้องกับกฎหมาย การขัดขวางพฤติกรรมบางประการของผู้กระทำผิด จึงยังไม่เพียงพอต่อการแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำผิด เพราะวิธีการดังกล่าวไม่ช่วยให้ผู้กระทำผิดสามารถปรับตัวให้เข้ากับสังคมได้<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Donald R. Cressey, 'Changing Criminals: The Application of the Theory of Differential Association' (1955) 61 American Journal of Sociology 116, 117.

<sup>56</sup> Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill (เชิงอรรถ 38) 338.

<sup>57</sup> เฟิงอ้าง, 128.

<sup>58</sup> เฟิงอ้าง.

ประการที่ห้า การลงโทษก่อให้เกิดทัศนคติอื่นๆ ที่ไม่อาจคาดถึง การสร้างความหวาดกลัวต่อโทษตามกฎหมาย อาจเป็นการสร้างทัศนคติและพฤติกรรมอื่นๆ ขึ้นมาอีกด้วย การลงโทษผู้กระทำผิด จึงอาจมีผลช่วยป้องกันการกระทำผิดกฎหมายบางประเภท แต่ก็อาจเป็นการทำให้ผู้กระทำผิดขาดความเคารพในกฎหมาย ขาดความคิดริเริ่มและขาดความเต็มใจที่จะทำเพื่อประโยชน์ของรัฐ มาตรการที่มีประสิทธิภาพอย่างแท้จริงในการจัดการกับผู้กระทำผิดกฎหมายและอาชญากร จึงต้องเป็นมาตรการที่ช่วยยับยั้งการกระทำผิดกฎหมายในอนาคต ในขณะที่เดียวกันก็ต้องไม่ทำให้เกิดความสูญเสียในคุณค่าทางสังคมอื่นๆ ด้วย<sup>59</sup>

## 2.4 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดทางอาญา

ในการกำหนดมาตรการลงโทษในทางอาญาเป็นมาตรการบังคับอย่างหนึ่งอันเป็นเครื่องมือที่ใช้เพื่อปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของบุคคลที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายอาญา เพื่อให้บุคคลดังกล่าวสามารถกลับมาอยู่ร่วมกับผู้อื่นในสังคมได้โดยไม่ทำอันตรายต่อชีวิตหรือทรัพย์สินของผู้อื่น รวมทั้งป้องกัน ยับยั้งไม่ให้ผู้อื่นทำเป็นเยี่ยงอย่าง โดยผ่านมาตรการบังคับทางกฎหมาย เช่น ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่น ๆ ซึ่งการใช้มาตรการลงโทษทางอาญานั้นเป็นการกระทำต่อ “มนุษย์” เพราะมีเป้าหมาย คือ การเปลี่ยนแปลง พฤติกรรม บุคลิกนิสัย หรือทัศนคติของผู้กระทำผิดอาญา ดังนั้นกระบวนการขั้นตอนในการ บังคับจึงต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้และจะต้องเป็นกฎหมายที่มีความเหมาะสมอันเป็นหลักใน การดำเนินการเพื่อความป็นภาวะวิสัย<sup>60</sup>

แม้ว่ารัฐจะมีอำนาจในการกำหนดความผิดอาญาก็ตาม แต่ก็มีได้หมายความว่ารัฐจะสามารถกำหนดการกระทำใดให้เป็นความผิดอาญาได้ ทั้งนี้ การที่จะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญา หรือไม่นั้น ต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญด้วยดังจะเห็นได้จากการที่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 4 ได้บัญญัติรับรองเอาไว้ดังนี้

“มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิและเสรีภาพของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง”

ดังนั้นการใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของบุคคลในสังคม จะต้องมิชอบเขตที่มีความชัดเจน มิฉะนั้น สิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมจะถูกกระทบกระเทือนได้โดยง่าย<sup>61</sup>

ในการแบ่งการกำหนดความผิดอาญา ได้้นักวิชาการหลายท่านได้กล่าวถึงหลักการที่จะใช้ในการพิจารณาความเหมาะสมในการกำหนดความผิดทางอาญาได้ ซึ่งจะยกเอาแนวคิดที่สำคัญและน่าสนใจมาพิจารณา ดังนี้

<sup>59</sup> เฟ็งอ้าง.

<sup>60</sup> ธานี วรภัทร, *หลักกฎหมายมาตรการบังคับทางอาญา* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2557) 15-16.

<sup>61</sup> ปาริชาติ มั่นลกุล, ‘การกำหนดมาตรการทางอาญาเกี่ยวกับการโจมตีค่าเงินบาท’

#### 2.4.1 แนวคิดเกี่ยวกับการพิจารณาการกระทำที่ควรเป็นความผิดอาญา

Herbert L. Packer เป็นศาสตราจารย์ด้านกฎหมายและนักอาชญาวิทยาชาวอเมริกันเสนอหลักในการพิจารณาการกระทำที่ควรเป็นความผิดอาญาเอาไว้ 6 ประการ<sup>62</sup> ซึ่งเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับกันอย่างกว้างขวาง กล่าวคือ

- 1) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำซึ่งส่งผลกระทบต่อสังคมและหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
- 2) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่างๆ ได้แก่ การลงโทษเพื่อตอบแทนการทำความผิดที่รุนแรง เป็นต้น
- 3) การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญาจะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป
- 4) หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกันโดยไม่คำนึงเพศ ฐานะทางสังคมและเศรษฐกิจ
- 5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการที่ใช้เงินเกินความเหมาะสม
- 6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญาบังคับแก่กรณีที่เกิดขึ้น

นอกจากนี้ ในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา คือ การรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะ (public interest) ซึ่งหมายถึง ดำเนินคดีอาญาที่รวดเร็วและมีประสิทธิภาพในการค้นหาความจริงกับประโยชน์ของผู้ถูกดำเนินคดี (interest of the accused) ซึ่งหมายถึง สิทธิในการต่อสู้คดีในกระบวนการยุติธรรมซึ่งแยกพิจารณาได้เป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและการคุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชน<sup>63</sup>

1) การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (public interest) กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะประกอบด้วย การค้นหาความจริง (le principede la recherche de la vérité) และการดำเนินคดีที่รวดเร็ว (le principe de célérité)

2) การคุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชน (individual interest) กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในทุกขั้นตอนยังต้องคุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชนด้วยเพื่อให้เกิดกระบวนการดำเนินคดีที่เป็นธรรม (a fair trial) และรักษาไว้ซึ่งหลักอาวูร์ที่เท่าเทียมกัน (equalityof arm)รายละเอียดของการคุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชน ประกอบด้วยสิทธิที่ได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ (presumption of innocence) และสิทธิที่ได้รับการดำเนินคดีอย่างเป็นธรรม (right to a fair trial)

<sup>62</sup> Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford University Press 1968) 296.

<sup>63</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2566) 27.

#### 2.4.2 แนวคิดเกี่ยวกับขอบเขตของการบัญญัติกฎหมายอาญา

Nigel Walker เป็นศาสตราจารย์ชาวอังกฤษที่มีความเชี่ยวชาญด้านอาชญาวิทยาเสนอว่าในการบัญญัติกฎหมายอาญานั้นควรมีการจำกัดขอบเขตดังต่อไปนี้<sup>64</sup>

1) รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อสร้าง หลักประกันว่าเมื่อฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับการลงโทษ หรือถูกแก้แค้นตอบแทนด้วยการลงโทษแต่เพียงอย่างเดียว

ทั้งนี้ ที่มาของหลักการข้อนี้มาจากแนวความคิดของ *Cesare Beccaria* ซึ่งกล่าวว่า “การป้องกันอาชญากรรมดีกว่าการปราบปรามอาชญากรรม ซึ่งเป็นเป้าหมายสูงสุดแห่งกฎหมาย นิติบัญญัติที่ดี”

2) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาลงโทษการกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดอันตราย  
ถ้าการกระทำนั้นไม่มีความชั่วร้ายก็ไม่มีเหตุผลอย่างใดในการที่จะบัญญัติกฎหมายเพื่อลงโทษ แต่ปัญหาที่ตามมาคือจะพิจารณาอย่างไรว่าการกระทำอย่างใดเป็นการกระทำที่ชั่วร้าย

3) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อจะบรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งหากใช้วิธีอื่นอาจบรรลุวัตถุประสงค์นั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ และก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานน้อยกว่า ได้แก่ การดำเนิน การว่ากล่าวตักเตือน เป็นต้น

4) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาหากผลร้ายซึ่งเกิดจากการลงโทษมีมากกว่าผลร้ายซึ่งเกิดจากการกระทำความผิด

หลักในข้อนี้มาจากการชั่งน้ำหนักผลได้เสียของการลงโทษและเห็นว่าการลงโทษนั้นให้ ประโยชน์น้อยกว่า แต่ก็มีปัญหาตามมา คือ จะวัดหรือชั่งน้ำหนักอย่างไรว่าผลร้ายที่เกิดจากการกระทำความผิดและผลร้ายที่เกิดจากการลงโทษนั้นอย่างไหนจะมีน้ำหนักมากกว่ากัน ดังนั้น Nigel Walker ได้ปรับปรุงหลักนี้เสียใหม่เป็น “กฎหมายอาญาไม่ควรบัญญัติห้ามการกระทำซึ่งจะก่อให้เกิดผลพลอยได้อันจะเป็นผลร้ายมากกว่าการกระทำที่รัฐไม่ส่งเสริม”

5) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์ในการบังคับให้บุคคลกระทำเพื่อ ประโยชน์แก่ตนเองเท่านั้น

ผู้เสนอหลักการนี้ได้แก่ John Stuart Mill ซึ่งมีความเห็นว่ารัฐไม่ควรลดทอนเสรีภาพของประชาชนหรือจำกัดสิทธิโดยบทบัญญัติของกฎหมายทำการกระทำนั้นมิได้เกิดจากการใช้ความรุนแรง หรือเป็นอันตรายต่อผู้อื่น

6) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาห้ามการกระทำซึ่งไม่ได้รับการสนับสนุนอย่างเต็มที่จากสาธารณชน  
หลักการในข้อนี้เห็นว่าการที่รัฐจะบัญญัติกฎหมายห้ามการกระทำบางอย่างโดย มีจุดประสงค์เพื่อให้บุคคลเปลี่ยนแปลงความประพฤติเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง หลักการนี้มีปัญหาตรงที่การสำรวจมติมหาชนเป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก

7) รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดซึ่งบังคับใช้ไม่ได้ไว้ในกฎหมายอาญา

<sup>64</sup> Nigel Walker, *Punishment, Danger and Stigma: The Morality of Criminal Justice* (Basic Books 1980) 4-23.

การบังคับใช้ไม่ได้ในที่นี่มิได้หมายถึงการบัญญัติความผิดบางอย่างที่เป็นไปไม่ได้ แต่ หมายถึงไม่สมควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญา หากมีผู้ละเมิดกฎหมายถูกดำเนินคดีและถูกลงโทษเป็นจำนวนเล็กน้อยเท่านั้น เหตุผลสำคัญของหลักการนี้อยู่ที่หากบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับไม่ได้เพราะเจ้าหน้าที่ตำรวจจับผู้กระทำความผิดได้น้อย หรือประชาชนไม่สนใจจะเป็นผลให้บุคคลขาดความเคารพกฎหมาย หรือทำให้กฎหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์ไปหรือไม่

8) รัฐไม่ควรรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้ามบางประการซึ่งเมื่อมีการละเมิดแล้วไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีการกระทำความผิดขึ้นจริง

## 2.5 แนวความคิดทางกฎหมายในการป้องกันคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์

การที่รัฐจะต้องเข้ามามีบทบาทในการป้องกันคุกคามทางเพศผ่านสื่อออนไลน์มีเหตุผลดังนี้

1) ในปัจจุบันการสื่อสารไร้พรมแดน โดยเฉพาะการเชื่อมโยงของระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet Network) ไม่ว่าจะเป็นการเชื่อมโยงแบบผ่านสาย (Internet) หรือการเชื่อมต่อแบบไร้สาย (WIFI) โดยผ่านเครื่องคอมพิวเตอร์หรือโทรศัพท์เคลื่อนที่ได้เข้ามามีบทบาทในการดำเนินชีวิตของคนในสังคมมากขึ้น เป็นแหล่งข้อมูลข่าวสารขนาดใหญ่ที่สามารถเข้าถึงได้ทั่วโลก เพื่อใช้ในการติดต่อสื่อสารและเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงาน เพราะสามารถติดต่อได้สะดวก รวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่ายและไม่มีขีดจำกัดทางกายภาพ เปรียบเสมือนโลกอีกโลกหนึ่ง ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางสังคมอย่างรวดเร็ว ถึงแม้ว่าอินเทอร์เน็ตจะทำให้เกิดประโยชน์อย่างมากก็ตาม แต่ถ้าหากมีการนำอินเทอร์เน็ตไปใช้ในทางมิชอบก็จะทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นและสังคม

2) การกระทำที่มีการนำอินเทอร์เน็ตไปใช้ในทางมิชอบได้ก่อให้เกิดความเสียหายในรูปแบบใหม่ของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นพร้อมกับการพัฒนาสังคมสารสนเทศ และได้มีการเรียกการกระทำความผิดเช่นนี้ว่า “อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ (Computer crime)” เนื่องจากไม่อาจทราบได้ว่าใครเป็นใคร บุคคลในโลกอินเทอร์เน็ตอาจจะมีตัวตน หรือไม่มีตัวตนในโลกแห่งความเป็นจริงก็ได้ ด้วยเหตุนี้จึงเกิดการใช้เสรีภาพอย่างเกินส่วน มีการกระทำความผิดกฎหมาย มีการใช้อินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือในการทำร้ายผู้อื่น เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชน ละเมิดสิทธิส่วนตัวมากมาย ซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากการกระทำผิดแบบเดิมในหลายแง่มุม เช่น เรื่องวัตถุแห่งการกระทำความผิดที่เปลี่ยนแปลงไปเป็นสิ่งที่ไม่สามารถจับต้องได้ซึ่งอยู่ในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ วิธีการกระทำความผิดไม่ต้องกระทำละเมิดทางกายภาพ นอกจากนี้ ระยะเวลาที่ใช้การกระทำผิดเกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว ไร้ขอบเขต ไร้พรมแดน ทำให้อาชญากรรมลักษณะดังกล่าวมีจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว

3) สื่อสังคมออนไลน์เป็นพื้นที่สาธารณะซึ่งผู้ใช้สื่อสังคมออนไลน์ทุกคนมีสิทธิที่จะทำสิ่งต่างๆ บนสื่อสังคมออนไลน์ได้อย่างอิสระ แต่ด้วยความอิสระนี้เอง ทำให้มีผู้ใช้สื่อสังคมออนไลน์บางคนใช้สื่อสังคมออนไลน์ในการคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) ซึ่งมีหลายลักษณะ ไม่ว่าจะเป็นการแสดงความคิดเห็นในลักษณะคุกคามทางเพศ การส่งข้อความ หรือการโทรศัพท์ส่วนตัวเพื่อชักชวนไปมีเพศสัมพันธ์ หรือการส่ง

ภาพลามกอนาจารและในปัจจุบันปัญหาดังกล่าวไม่ใช่เรื่องไกลตัวอีกต่อไป เพราะสามารถเกิดขึ้นได้กับทุกคนทุกเพศและการคุกคามทางเพศผ่านสื่อสังคมออนไลน์ก็อาจนำไปสู่ปัญหา หรืออาชญากรรมอื่นๆ ได้ อีกทั้งยังส่งผลกระทบต่อจิตใจของผู้ที่ถูกกระทำ จนอาจจะเกิดเป็นบาดแผลภายในจิตใจ หรือทำให้บุคคลนั้นรู้สึกไม่ปลอดภัยอีกต่อไป

ด้วยเหตุผลดังกล่าว รัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามามีบทบาทในการตรากฎหมายเพื่อป้องกันคุกคามทางเพศผ่านสื่อออนไลน์

## 2.6 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ของไทย

สำหรับประเทศไทยนั้น ยังมีได้บัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์โดยตรง แต่มีการนำกฎหมายที่มีอยู่แต่เดิมมาปรับใช้ให้สอดคล้องกับความผิดดังกล่าวได้ เช่น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 326 บัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท...” ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 328 บัญญัติว่า “ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำให้โดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพ หรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษรกระทำให้โดยการกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยกระทำการประกาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีและปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือหมิ่นประมาทซึ่งหน้าตามมาตรา 393 ซึ่งเป็นความผิดหลัโทษ แต่กฎหมายดังกล่าวจำเป็นต้องมีการปรับใช้ตามกระบวนการที่เหมาะสมเพราะ ในยังไม่สามารถครอบคลุมการกระทำความผิดได้ทุกกรณี ดังรายละเอียดดังนี้

### 2.6.1 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 มาตรา 328 และมาตรา 393

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 326 ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามโดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” โดยการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้น ต้องเป็นการกล่าว “ใส่ความ” “ผู้อื่น” ต่อ “บุคคลที่สาม” โดยต้องมีบุคคลสามฝ่าย คือ

- 1) ผู้กระทำการหมิ่นประมาท (ผู้กล่าวใส่ความ)
- 2) ผู้ถูกหมิ่นประมาท (ผู้ถูกใส่ความ)
- 3) บุคคลที่สาม

การใส่ความในความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้น หมายความว่า การยืนยันข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นความจริงก็ได้ หรือเป็นความเท็จก็ได้ แม้จะเป็นการบอกเล่าเรื่องที่ได้นับมาให้กับผู้อื่นฟังก็อยู่ในความหมายของคำว่าใส่ความ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 380/2503)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3252/2543 คำว่า “ใส่ความ” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 ไม่ได้นิยามศัพท์ไว้ว่ามีความหมายว่าอย่างไร แต่ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานอธิบายว่า หมายถึง พุดหาเหตุร้าย กล่าวหาเรื่องร้ายให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย โจทก์มีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกับจำเลย ไม่ก่อให้เกิดสิทธิ

แก่จำเลยที่จะกล่าวหาเรื่องร้ายประจานโจทก์ด้วยถ้อยคำหมิ่นประมาทโจทก์ เมื่อจำเลยแจ้งความเพื่อเป็นหลักฐานเท่านั้น มิได้มีเจตนาให้เจ้าพนักงานดำเนินคดีแก่โจทก์ จึงเห็นได้ว่าจำเลยมุ่งประสงค์ให้โจทก์ถูกดูหมิ่นเกลียดชังและทำลายชื่อเสียงของโจทก์ การกระทำของจำเลย จึงเป็นการหมิ่นประมาทโจทก์ ทั้งข้อความอันเป็นหมิ่นประมาทโจทก์เป็นการใส่ความในเรื่องส่วนตัว ไม่เป็นประโยชน์แก่ประชาชน แม้เรื่องที่กำลังกล่าวหาจะเป็นความจริง จำเลยก็ไม่อาจยกเอาเหตุกระทำ เพื่อป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามธรรมเนียมของคลองธรรมขึ้นปฏิเสธความผิดได้

วิธีการใส่ความ โดยการพูดต่อบุคคลที่สาม หรือโดยวิธีอื่น เช่น ส่งจดหมาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2822/2515) พิมพ์ลงในนิตยสาร (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 83/2501 และ 1310/2500) ส่งข้อความหรือภาพถ่ายผ่านเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ รวมไปถึงการใช้คอมพิวเตอร์ส่งข้อความ

ข้อเท็จจริงที่เชื่อว่าเป็นการหมิ่นประมาท หรือเป็นการใส่ความ

1) ต้องไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่เป็นเพียงคำหยาบ หรือข้อเท็จจริงที่เป็นไปไม่ได้ เช่น ตาว่าไอ้เหี้ย หรือกล่าวหาเป็นผีปอบ ย่อมไม่ผิดหมิ่นประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 324/2490 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า อันถ้อยคำที่บุคคลกล่าวตามภาษาไทยธรรมดา นั้น จะมีความหมายอย่างไรคนธรรมดาจะเข้าใจได้ ศาลย่อมรู้ได้เอง คู่ความไม่ต้องนำสืบ เว้นแต่โจทก์จะกล่าวหาว่า ถ้อยคำนั้นมีความหมายเป็นพิเศษ คดีตามฟ้องของโจทก์เป็นเรื่องกล่าวถ้อยคำตามธรรมดาสามัญ เมื่อพิเคราะห์คำที่จำเลยกล่าวต่อหน้าบุคคลหลายคนว่า "อ้ายครูกำจร ครูชาติหมา สอนให้เด็กชกต่อยกัน" แล้วเห็นว่า ถ้อยคำที่กล่าวนอกจากเป็นคำหยาบแล้ว มีความหมายเพียงว่า ครูสอนให้เด็กชกกัน ซึ่งคนทั่วไปย่อมไม่เห็นเป็นการใส่ร้ายอย่างใด จึงไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 256/2509 ความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้น ต้องเป็นการแสดงข้อความให้คนฟังคนเห็นเชื่อ จึงจะเกิดความรู้สึกเกลียดชัง ดูหมิ่น ขึ้นได้ จำเลยกล่าวว่าโจทก์เป็นผีปอบ เป็นชาติหมา ความรู้สึกนึกคิดของคนธรรมดาไม่เชื่อว่าเป็นเช่นนั้นไปได้ จึงไม่ก่อให้เกิดความเกลียดชัง หรือดูหมิ่นอย่างใด และข้อความใดจะเป็นการทำให้เสียหายแก่ชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นเกลียดชัง ต้องถือตามความคิดของบุคคลธรรมดาผู้ได้เห็นได้ฟัง คำกล่าวของจำเลยจึงไม่ผิดฐานหมิ่นประมาท

ความผิดฐานดูหมิ่น ถ้าเป็นการกล่าวด้วยวาจา ต้องเป็นกล่าวซึ่งหน้าตามมาตรา 393 โจทก์มิได้อยู่ในที่เกิดเหตุ มิใช่กล่าวซึ่งหน้า จึงไม่ผิดฐานดูหมิ่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 576/2550 คำฟ้องโจทก์อ้างเหตุประการแรกว่า จำเลยที่ 1 หมิ่นประมาทโจทก์ด้วยถ้อยคำว่า "โจทก์ยกที่ดินให้แล้ว ยังจะเอาคืน เสือกโง่เอง อย่าหวังว่าจะได้สมบัติคืนเลย" ข้อความนี้เป็นเพียงการกล่าวถ้อยคำไม่สุภาพเท่านั้น ไม่ถึงขนาดเป็นการหมิ่นประมาทโจทก์ หรือทำให้โจทก์เสียชื่อเสียงแต่อย่างใด ดังนั้นแม้หากจะฟังได้ว่า จำเลยที่ 1 กล่าวถ้อยคำตามคำฟ้องจริงก็ไม่เป็นเหตุให้โจทก์มีสิทธิฟ้องการให้ จึงไม่จำต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงตามฎีกาของโจทก์ว่า จำเลยที่ 1 ได้กล่าวข้อความตามคำฟ้องหรือไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3920/2562 ข้อความที่จำเลยกล่าวจะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทหรือไม่ ต้องพิจารณาถึงความรู้สึกของวิญญาณชนทั่วไป เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าข้อความที่กล่าวถึงนั้นถึง

ชั้นที่ทำให้ผู้ถูกหมิ่นประมาทซึ่งเป็นนายความน่าจะเสียชื่อเสียง บุคคลอื่นดูหมิ่น เกลียดชังหรือไม่ มิใช่พิจารณาตามความรู้สึกของผู้ถูกหมิ่นประมาทแต่ฝ่ายเดียว ถ้อยคำ ที่จำเลยกล่าวว่า "เอาทนายเฮงซวยที่ไหนมา สดูล" นั้น พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ให้ความหมายของคำว่า "เฮงซวย" ว่า เอาแน่นอนอะไรไม่ได้ คุณภาพต่ำ ไม่ดี เช่น คนเฮงซวย ของเฮงซวย เรื่องเฮงซวย ส่วนคำว่า "สดูล" ให้ความหมายว่า หยาบ ต่ำช้า เลวทราม (ใช้เป็นคำต่ำ) เช่น เลวสดูล เช่นนี้ แม้ถ้อยคำที่จำเลยกล่าวโดยการกล่าวว่าทนายเฮงซวย เป็นเพียงการดูถูกเหยียดหยามและสบประมาทโจทก์ อันเป็นการพุดดูหมิ่นเหยียดหยามให้อับอายเจ็บใจ แต่ยังไม่เป็นการ ใส่ความให้เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังก็ตาม แต่เมื่อฟังประกอบกับถ้อยคำตอนท้ายว่า "สดูล" แล้ว วิทยุชนทั่วไปจึงอาจเข้าใจว่า โจทก์ซึ่งเป็นนายความเอาแน่นอนอะไรไม่ได้ คุณภาพต่ำ ไม่ดีและเป็นไปในทางหยาบ ต่ำช้า เลวทราม ถ้อยคำดังกล่าวจึงอาจทำให้โจทก์เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง อันอาจเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทได้

2) ต้องเป็นข้อเท็จจริงที่แน่นอน ไม่คลุมเครือ เลื่อนลอย หรือกล่าวด้วยความน้อยใจ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 121/2490 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อความในจดหมายของจำเลยหาได้มีข้อความว่า โจทก์เป็นผู้ร้ายปล้น ฉ้อโกง ยกยอกดั่งกล่าวในฟ้องใน และโจทก์มิได้กล่าวในฟ้องให้ชัดแจ้งว่า ข้อความใด วรรคใด ตอนใด ที่เป็นที่ยุติต่อชื่อเสียงของโจทก์และเรื่องนี้มิใช่กล่าวต่อหน้า หรือกล่าวต่อคนสองคน จึงไม่ต้องด้วยลักษณะหมิ่นประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 481/2506 ถ้อยคำที่จำเลยกล่าวต่อหน้าบุคคลหลายคนว่าโจทก์เป็นคนนิสัยไม่ดี มีความรู้สึกต่ำ โจทก์เป็นคนมีหนี้สินเป็นแสนๆ ยังใช้หนี้เขาไม่หมด อวดมั่งมีคาดเข็มขัดทอง ไม่เป็นถ้อยคำที่น่าจะทำให้โจทก์เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง จำเลยไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ถ้อยคำที่จำเลยกล่าวว่าโจทก์เป็นคนนิสัยไม่ดี มีความรู้สึกต่ำนั้น เป็นถ้อยคำที่เลื่อนลอย ไม่ทำให้ผู้ฟังเข้าใจว่าโจทก์นิสัยไม่ดี หรือมีความรู้สึกต่ำอย่างไร จึงไม่เป็นถ้อยคำที่น่าจะทำให้โจทก์เสียชื่อเสียงถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ส่วนที่จำเลยกล่าวอีกว่าโจทก์เป็นคนมีหนี้สินเป็นแสนๆ ยังใช้หนี้เขาไม่หมด อวดมั่งมีคาดเข็มขัดทองนั้น จำเลยก็มีได้กล่าวถึงกับว่าโจทก์เป็นคนหนี้สินล้นพ้นตัวและโจทก์ก็มีได้ฟ้องว่าจำเลยกล่าวว่าโจทก์เป็นหนี้เขาถึงขนาดนั้น การที่โจทก์กล่าวว่าจำเลยเป็นหนี้เขามาก ยังใช้ไม่หมด แล้วอวดมั่งมีนั้น ศาลฎีกาเห็นว่ายังไม่เป็นถ้อยคำที่ทำให้ผู้ฟังเข้าใจถึงความชั่วร้าย คดโกง ขาดความเชื่อถือไว้วางใจ อันจะทำให้โจทก์เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นเกลียดชังอย่างไร ศาลฎีกาเห็นว่าจำเลยยังไม่มีความผิดตั้งฟ้อง พิพากษากลับให้ยกฟ้องโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 426-427/2520 ส่งข่าวไปลงหนังสือพิมพ์ว่า ส. เป็นนายทุนขูดรีดจนถึงขนาดถูกสอบสวนว่าเป็นภัยต่อสังคม เป็นคำกล่าวหมิ่นประมาทและไม่เป็นการแสดงความคิดเห็นโดยสุจริต ส่วนที่กล่าวว่า ส.ส. ขบวนการปลาทู เป็นการเปรียบเทียบเลื่อนลอยไม่ยืนยันข้อเท็จจริง ไม่เป็นหมิ่นประมาท



คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4425/2545 จำเลยพูดกับชาวบ้านที่เดินผ่านมาว่า "ระวังทนายสกปรกจะเอาเรื่อง" พร้อมกับชี้มือมาที่โจทก์ คำพูดของจำเลยดังกล่าวไม่มีข้อความประกอบให้เห็นว่าโจทก์ซึ่งมีอาชีพทนายความสกปรกในเรื่องอะไร แม้จะเป็นคำเสียดสีโจทก์ว่าเป็นคนน่ารังเกียจ แต่ไม่ถึงขนาดทำให้ผู้ที่ได้รับฟังเข้าใจว่าโจทก์เป็นคนคดโกงขาดความน่าเชื่อถือ หรือน่าจะทำให้โจทก์เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง

โจทก์ยอมรับในคำฟ้องฎีกาว่า หากคนธรรมดาพูดเช่นนั้น ก็คงไม่เป็นการหมิ่นประมาท เท่ากับโจทก์เห็นว่าโดยสภาพของถ้อยคำดังกล่าวไม่เป็นการหมิ่นประมาท ดังนั้นแม้จำเลยผู้พูดจะเป็นสมาชิกวุฒิสภาก็ไม่ทำให้ความหมายของถ้อยคำเปลี่ยนแปลงไป

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6624/2537 จำเลยกล่าวถ้อยคำต่อหน้าโจทก์ร่วมและลูกน้องของโจทก์ร่วมว่า "แม่มึงไม่ต้องไปฟัง กูจะเอาอย่างนี้ ถ้าเซ็นต์ไม่ได้ก็ไม่เป็นไร คุณเป็นหัวหน้าคนได้อย่างไร ทำงานไม่รับผิดชอบ ตัดสินปัญหาไม่ได้ พอมีปัญหาก็โยนกันไปโยนกันมา คน ร.ส.พ.ทำงานกันอย่างนี้หรือ" โดยกล่าวในที่ทำงานของโจทก์ร่วมขณะที่โจทก์ร่วมกำลังปฏิบัติหน้าที่ จึงเป็นการสบประมาทโจทก์ร่วม ทำให้โจทก์ร่วมอับอายขายหน้าเป็นการดูหมิ่นโจทก์ร่วมซึ่งหน้า ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 393 และเนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวเป็นการวิจารณ์การทำงานของโจทก์ร่วมที่กล่าวต่อโจทก์ร่วมโดยตรง ไม่มีลักษณะเป็นการใส่ความโจทก์ร่วมต่อบุคคลที่สามโดยประการที่น่าจะทำให้โจทก์ร่วมเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง จึงไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท

3) ข้อเท็จจริงที่กล่าวนั้น ต้องเป็นข้อเท็จจริงที่ยืนยันในอดีต หรือในปัจจุบัน ไม่ใช่การคาดคะเนหรือกล่าวถึงเหตุการณ์ในอนาคต

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1734/2503 มารดาถูกขวางด้วยก้อนอิฐ บุตรไม่เห็นคนขวาง แต่ได้กล่าวต่อหน้าคนหลายคนว่า ไม่มีใครนอกจากยายแก้ว (โจทก์) ยายชาติหมา ยายฉิบหาย ดังนี้ พฤติการณ์ในคดีแสดงว่าเป็นแต่เพียงคาดคะเนไม่มีเจตนาใส่ความให้โจทก์เสียชื่อเสียง หรือถูกดูหมิ่นเกลียดชัง ไม่ผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2155/2531 จำเลยถาม ป. ว่า มีความสัมพันธ์ทางชู้สาวกับโจทก์จริงหรือไม่ ถ้าจริงก็ให้เลิกเสีย ไม่ได้ยืนยันว่า ป. มีความสัมพันธ์ทางชู้สาวกับโจทก์ยังไม่เข้าลักษณะเป็นการใส่ความอันจะเป็นการหมิ่นประมาทโจทก์และเมื่อไม่ปรากฏว่าจำเลยกล่าวเช่นนั้นต่อหน้าโจทก์จึงมิใช่เป็นการดูหมิ่นโจทก์ซึ่งหน้าอีกเช่นกัน

การหมิ่นประมาทต้องเป็นการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม คำว่า "ผู้อื่น" นั้นต้องทราบว่าจะหมายถึงใคร แต่ไม่จำเป็นต้องระบุชื่อคนนั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 56/2490 โจทก์บรรยายฟ้องใจความว่า จำเลยได้สมรู้ร่วมคิดกันออกคำสั่งและส่งข้อความทางวิทยุกระจายเสียงถึงคณะกรรมการจังหวัดทุกจังหวัดไม่ให้เชื่อฟังคำโฆษณาขอเสียงเลือกตั้งของบุคคลที่เป็นพวกและพรรค "ประชาธิปไตย" โดยจำเลยกล่าวว่าคำโฆษณาของพวกและพรรคประชาธิปไตยเป็นการหลอกลวงราษฎรให้หลงเชื่อโจทก์ถือตัวว่าเป็นพวกหรือพรรคประชาธิปไตย คำกล่าวในคำสั่งนั้นถึงถึง

โจทก์ หรืออาจเล็งถึงโจทก์และกระทบกระเทือน หรืออาจกระทบกระเทือนถึงโจทก์ ขอให้ลงโทษฐานใช้อำนาจ และตำแหน่งหน้าที่ทุจริต ผิดพระราชบัญญัติเลือกตั้งและหมิ่นประมาท

ศาลฎีกาเห็นว่า ในกรณีเช่นนี้ต้องพิจารณาถึงข้อหาหมิ่นประมาทอันเป็นมูลเหตุ ที่โจทก์ฟ้องก่อน ตามหลักกฎหมายการที่จะเป็นหมิ่นประมาทได้ จะต้องมุ่งต่อบุคคลใดโดยเฉพาะและโจทก์ต้องนำสืบให้เห็นว่าตนเป็นบุคคลที่ถูกกล่าวถึง ในคดีนี้ คำสั่งของกระทรวงมหาดไทยที่โจทก์กล่าวอ้างนั้น กล่าวถึงการกระทำของบุคคลบางคนในพรรคประชาธิปัตย์ ไม่มีข้อความอันใดที่กล่าวว่าเป็นการกระทำของโจทก์ทั้งไม่มีเหตุอะไรที่จะแสดงว่า เป็นการกล่าวเพ่งเล็งถึงโจทก์ซึ่งโจทก์ควรเป็นเจ้าของคดี ในฟ้องของโจทก์ก็ได้ยืนยันว่าข้อความในคำสั่งนั้นเป็นการกล่าวโดยมุ่งหมายถึงโจทก์ การกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกและไม่พอใจนั้นจะนับว่าเป็นผู้เสียหายยังไม่ได้ ส่วนข้อหาว่าละเมิดกฎหมายอื่นก็มีใช่เป็นการกระทำต่อโจทก์ โจทก์จึงไม่ใช่ผู้เสียหายจตุกัน จึงพิพากษายืน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1636/2522 จำเลยกล่าวถ้อยคำถึงราชฎร 2 อำเภอ ที่อพยพมาอยู่รวมกัน ในหมู่บ้านซึ่งมีจำนวนประมาณ 4,000 คน ว่าเป็นคอมมิวนิสต์ ดังนี้ คนธรรมดาสามัญย่อมไม่เข้าใจว่าเป็นการกล่าวพาดพิงหรือใส่ความบุคคลใด เพียงแต่โจทก์ทั้งสองเป็นบุคคลที่รวมอยู่ในจำนวนคนเหล่านั้น จะว่าจำเลยใส่ความโจทก์ทั้งสองโดยตรงหาได้ไม่ โจทก์ทั้งสอง จึงมิใช่เป็นผู้เสียหาย อันจะมีอำนาจฟ้องจำเลยในความผิดฐานหมิ่นประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 448/2489 ได้ความว่า จำเลยได้กล่าวต่อหน้าบุคคลหลายคนในงานวัดธัญญา โนทัยว่า "พระวัดนี้ดูหน้ง พระวัดนี้เลวมากดูหน้งบ้าง บ้าผู้หญิงบ้าง ฯลฯ" ปรากฏว่าพระวัดที่กล่าวนี้มีอยู่ 5 รูป พระภิกษุแดงซึ่งเป็นพระอยู่ในวัดนี้ได้ร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน

ศาลฎีกาเห็นว่า ตามถ้อยคำที่จำเลยกล่าวเป็นการหมิ่นประมาทพระภิกษุในวัดนั้นทุกรูปและพระในวัดนั้นก็มิได้อยู่เพียง 6 รูป พระภิกษุแดงย่อมมีอำนาจร้องทุกข์ได้ เพราะเป็นผู้เสียหายด้วยผู้หนึ่ง ส่วนผู้เสียหายอื่นๆ จะไม่ร้องทุกข์ก็แล้วแต่ท่าน พิพากษาว่าจำเลยมีความผิดให้ลงโทษจำเลย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 619/2517 ภาพวาดและข้อความที่จำเลยโฆษณาในหนังสือพิมพ์ ไม่มีข้อความตอนใดพาดพิงถึงเทศบาลเมืองยะลา หรืออาจให้เข้าใจได้ว่าเป็นการหมิ่นประมาทใส่ความ ส.ซึ่งเป็นนายกเทศมนตรีกับคณะเทศมนตรีเมืองยะลาครั้งแรกจนถึงวันเกิดเหตุคดีนี้ เทศบาลเมืองยะลามี คณะเทศมนตรีสลับเปลี่ยนกันถึง 7 ชุด มิใช่มีคณะเทศมนตรีชุดนี้เพียงชุดเดียวและในความผิดฐานหมิ่นประมาทอัน จะทำให้เกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นเกลียดชังนั้น ต้องถือตามความรู้สึกนึกคิดของบุคคลธรรมดาทั่วไป มิใช่ถือเอาแต่ความรู้สึกของผู้ที่อ้างว่าตนเป็นผู้เสียหายเท่านั้น จึงยังไม่พอถือได้ว่า ส.และคณะเทศมนตรีเมืองยะลาเป็นผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(4) ไม่มีสิทธิร้องทุกข์ให้พนักงานสอบสวนดำเนินคดีกับจำเลยได้ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องขอให้ลงโทษตามมาตรา 326, 328

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 295/2505 โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326, 328 โดยกล่าวในฟ้องว่า จำเลยได้โฆษณาด้วยเครื่องกระจายเสียงต่อชุมนุมชนซึ่งมาประชุมกันว่า ทนายความเมืองร้อยเอ็ดคบไม่ได้ เป็นนกสองหัว เหยียบเรือสองแคม เป็นมวยล้ม ว่าความที่แรกคดี ครั้งได้รับ

เงินแล้วก็เป็นอย่างอื่นและได้กล่าวในฟ้องด้วยว่าทนายความจังหวัดร้อยเอ็ดมีอยู่ในวันที่จำเลยกล่าวข้อความนี้เพียง 10 คนและในขณะที่จำเลยกล่าว จำเลยได้เห็นโจทก์ซึ่งเป็นทนายความคนหนึ่งประกอบอาชีพว่าความอยู่ในจังหวัดร้อยเอ็ดเข้าประชุมอยู่ด้วยกับยื่นยันมาในฟ้องว่า การที่จำเลยกล่าวเช่นนั้นก็มีเจตนาหมิ่นประมาทใส่ความโจทก์และบรรดาผู้ประกอบอาชีพทนายความในจังหวัดร้อยเอ็ดทุกคนให้ได้รับความเสียหายดังนี้เป็นฟ้องที่ควรให้มีการไต่สวนมูลฟ้องฟังข้อเท็จจริงต่อไป (ประชุมใหญ่ครั้งที่ 10/2505)

การใส่ความนั้น ต้องเป็นการใส่ความต่อบุคคลที่สาม ความผิดฐานหมิ่นประมาทจะสำเร็จก็ต่อเมื่อบุคคลที่สามได้ทราบและเข้าใจข้อความนั้น ดังนั้น ถ้าบุคคลที่สามไม่ได้รับข้อความ หรือหูหนวก หรือไม่รู้เรื่อง ก็เป็นความผิดแค่เพียงพยายามหมิ่นประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 23/2474 พุดกับ ก. เป็นภาษาไทย เป็นถ้อยคำหมิ่นประมาท ก. ต่อหน้าบุคคลอื่นที่เป็นชาวต่างชาติ โดยผู้พูดคิดว่าชาวต่างชาตินั้นไม่เข้าใจภาษาไทย ไม่ผิดหมิ่นประมาท ก. ต่อหน้าบุคคลที่สาม แม้ ก. จะแปลให้ชาวต่างชาติฟังในภายหลัง ก็ไม่ใช้การกระทำของจำเลย

องค์ประกอบสุดท้ายของความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 คือ เจตนา ถ้าขาดเจตนา ก็ไม่มีความผิด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1513/2551 การใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง อันจะเป็น ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 และมาตรา 328 นั้น จะต้องได้ความว่าการใส่ความดังกล่าวได้ระบุถึงตัวบุคคลผู้ถูกใส่ความเป็นการ ยืนยันผู้ใดแน่นอนว่าเป็นใคร หรือหากไม่ระบุถึงผู้ที่ถูกใส่ความโดยตรง การใส่ความนั้น ก็ต้องได้ความว่าหมายถึงบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ และความผิดฐานหมิ่นประมาท ที่ได้กระทำโดยการโฆษณาทางหนังสือพิมพ์นั้นต้องพิเคราะห์ จากข้อความที่ลงพิมพ์ใน หนังสือพิมพ์ตามคำฟ้องเท่านั้นว่าผู้อ่านสามารถทราบได้หรือไม่ว่าบุคคลที่ถูกกล่าวอ้าง ตามที่ลงพิมพ์นั้นเป็นผู้ใด ข้อความที่ลงพิมพ์ในหนังสือพิมพ์ผู้จัดการไม่มีข้อความในที่ใด ที่ระบุชื่อและนามสกุลของโจทก์หรือพอจะให้ทราบได้ว่าเป็นโจทก์ และข้อความว่า “ผู้บังคับการ พ. กองบังคับการหมายเลข 5 ที่กำลังจะเกษียณในปี 2546 ได้ไป 3 ล้านบาท ทำทุนหลังเกษียณ” นั้น ก็ไม่ได้ระบุชื่อโดยชัดแจ้งว่าเป็นผู้ใด ชื่อที่ระบุเป็นเพียงอักษรย่อเท่านั้น และมีได้ระบุนามสกุล ทั้งสถานที่ทำงานก็ไม่ชัดเจนว่าเป็นที่ใด บุคคลทั่วไปที่อ่านข้อความย่อมไม่อาจทราบหรือเข้าใจได้ว่าอักษรย่อ พ. หมายความว่าถึงผู้ใด และเป็นเรื่องจริงตามที่ลงพิมพ์หรือไม่ หากต้องการรู้ความหมายว่าเป็นผู้ใดก็ต้องไป สืบเสาะค้นหาเพิ่มเติม ทั้งไม่แน่ว่าหลังจากสืบเสาะค้นหาเพิ่มเติมแล้วจะเป็นคำโจทก์จริงหรือไม่ และหากหลังจากสืบเสาะค้นหาแล้วจึงทราบว่าหมายความว่าถึงโจทก์ก็มีไซ้ทราบ จากข้อความที่ลงพิมพ์ แต่ทราบจากการที่บุคคลผู้นั้นได้สืบเสาะค้นหาข้อเท็จจริงมาเอง ในภายหลัง มิได้ทราบว่าหมายความว่าถึงโจทก์โดยอาศัยข้อความจากหนังสือพิมพ์ลำพังเพียงข้อความตามที่ปรากฏในหนังสือพิมพ์จึงยังไม่เป็นข้อความที่หมิ่นประมาทโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1199/2557 โจทก์และจำเลยทะเลาะโต้เถียงกันด้วยความโกรธ ต่างคนต่างว่าซึ่งกันและกัน ที่จำเลยพูดว่า "มึงโง่กู" เป็นคำโต้ตอบโจทก์เนื่องจากจำเลยไม่เชื่อว่าโจทก์ได้ชำระหนี้ให้

จำเลยแล้วโดยการโอนเงินผ่านธนาคาร จะถือว่าจำเลยเจตนาใส่ความโจทก์อันจะเข้าลักษณะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6310/2539 จำเลยนำแถบบันทึกเสียงที่มีผู้สนทนากันกล่าวถึงผู้เสียหายทั้งสองมีพฤติกรรมในทางคู่สาวต่อกันที่โรงเรียนที่ผู้เสียหายทั้งสองสอนอยู่ไปเปิดให้นาย ส.ม.หัวหน้าการประถมศึกษาอำเภอกับพวกฟังที่บ้านของนาย ส.ม.โดยเกิดจากการแนะนำของนาย ส.กับนายส.ม. และผู้ร่วมฟังแถบบันทึกเสียงก็เป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องกับวงการศึกษาดังนั้น ทั้งไม่ใช่เปิดในที่สาธารณสถานเป็นทำนองปรึกษาหารือกันว่าจะทำอย่างไรต่อไป เพราะหากผู้เสียหายทั้งสองกระทำการในทางคู่สาวจริง นอกจากจะผิดต่อศีลธรรมแล้วยังผิดในทางวินัยข้าราชการอีกด้วย เนื่องจากผู้เสียหายทั้งสองต่างรับราชการเป็นครูและต่างมีสามีและภรรยาแล้ว ดังนั้น การกระทำดังกล่าวจึงไม่มีเจตนาที่จะใส่ความผู้เสียหายทั้งสองให้ถูกดูหมิ่นเกลียดชัง หรือเสียหาย แต่เป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ จำเลยไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 110/2526 จำเลยส่งจดหมายที่มีข้อความหมิ่นประมาทโจทก์ทางไปรษณีย์ลงทะเบียนถึงโจทก์โดยตรง ณ สำนักงานโจทก์ แสดงเจตนาจำเลยว่าจะให้โจทก์ทราบเท่านั้น มิใช่เจตนาใส่ความโจทก์ต่อบุคคลที่สาม แม้เสมียนของโจทก์ทราบข้อความในจดหมายก็เป็นเรื่องทีนอกเหนือเจตนาของจำเลย จำเลยไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3252/2543 คำว่า “ใส่ความ” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 ไม่ได้นิยามศัพท์ไว้ว่ามีความหมายว่าอย่างไร แต่ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานอธิบายว่า หมายถึง พุดหาเหตุร้าย กล่าวหาเรื่องร้ายให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย โจทก์มีความสัมพันธ์ฉันคู่สาวกับจำเลย ไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่จำเลยที่จะกล่าวหาเรื่องร้ายประจานโจทก์ด้วยถ้อยคำหมิ่นประมาทโจทก์ เมื่อจำเลยแจ้งความเพื่อเป็นหลักฐานเท่านั้น มิได้มีเจตนาให้เจ้าพนักงานดำเนินคดีแก่โจทก์ จึงเห็นได้ว่าจำเลยมุ่งประสงค์ให้โจทก์ถูกดูหมิ่นเกลียดชังและทำลายชื่อเสียงของโจทก์ การกระทำของจำเลย จึงเป็นการหมิ่นประมาทโจทก์ ทั้งข้อความอันเป็นหมิ่นประมาทโจทก์เป็นการใส่ความในเรื่องส่วนตัว ไม่เป็นประโยชน์แก่ประชาชน แม้เรื่องที่กล่าวหาจะเป็นความจริง จำเลยก็ไม่อาจยกเอาเหตุกระทำ เพื่อป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามธรรมเนียมของคลองธรรมขึ้นปฏิเสธความผิดได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 580/2505 หนังสือใส่ความผู้อื่นนั้นแม้จะส่งไปถึงนายกรัฐมนตรีเพียงคนเดียว ก็ถือว่าใส่ความต่อบุคคลที่ 3 ตามมาตรา 326 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เมื่อปรากฏว่าโจทก์ เป็นผู้พิพากษาศาลฎีกาและได้ร่วมเป็นองค์คณะตัดสินคดีที่ทำให้จำเลยแพ้และจำเลยได้กล่าว ข้อความซึ่งเป็นการดูหมิ่นโจทก์ในฐานะที่เป็นผู้พิพากษาศาลฎีกาย่อมมีความผิดตามประมวล กฎหมายอาญามาตรา 198

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 894-897/2506 โจทก์ได้ฟ้องจำเลยว่า จำเลยแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงานสอบสวนตำรวจสันติบาล และสั่งฆมนตรี แต่ไม่ระบุว่าเป็นใคร เป็นฟ้องเคลือบคลุม แต่ที่หา ว่าจำเลยแจ้งความเท็จต่อสั่งฆมนายก แม้ไม่ระบุพระนามก็ไม่เคลือบคลุม เพราะในขณะฟ้องนั้น สั่งฆมนายกมีเพียงองค์เดียวเท่านั้น ใครๆ รวมทั้งจำเลยย่อมทราบได้ดี ความผิดฐานหมิ่นประมาทใส่ ความผู้อื่นต่อบุคคลที่ 3 นั้นไม่จำต้องระบุว่าเป็นใคร บุคคลที่ 3 เป็นใคร ไม่เป็นการฟ้องเคลือบคลุม เพราะ บุคคลที่ 3 นี้อาจเป็นใครก็ได้

จากคำพิพากษานี้ จึงสรุปใจความเกี่ยวกับการใส่ความได้ว่า การใส่ความต่อบุคคลที่ 3 ต้องมีองค์ประกอบหลัก คือ มีเจตนาที่จะกระทำต่อผู้ถูกกระทำ โดยการหมิ่นประมาทต่อว่า ต่ำทอ ทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย

จากการกระทำดังกล่าวซึ่งจะเห็นได้ว่าอยู่ที่เจตนาเป็นหลัก โดยผู้เขียนมีความเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเพียงแค่อ่อยกล่าวจ้วงที่จะพูดออกไป แสดงออกไป กระทำออกไป หรือพิมพ์ ออกไป เสมือนตั้งใจ หรือจงใจที่จะกลั่นแกล้ง ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะทำได้ด้วยต้องการดูแลอำนาจ หรือทำไปเพื่อความสนุกส่วนตัว จากคำพิพากษาที่ผู้เขียนได้ต้นหามาส่วนใหญ่จะเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น ทำให้ผู้อื่นได้รับผลกระทบต่อดีใจ เนื่องจากส่วนใหญ่เป็นการใช้คำต่ำทอที่สร้างผลกระทบต่อผู้ถูกต่อว่า กล่าวหาว่าร้ายซึ่งมีผลกระทบต่อจิตใจ โดยเฉพาะถ้าการต่อว่านั้นเกิดขึ้นบนโลก อินเทอร์เน็ต คนที่ได้ยินคลิปเสียง หรือได้อ่านข้อความอาจจะเข้าใจผิดว่า บุคคลนั้นที่ถูกกล่าวหา เป็นอย่างที่ถูกกล่าวหาจริง แม้ความจริงจะไม่ได้เป็นเช่นนั้นก็ตามซึ่งส่งผลกระทบต่อทำให้บุคคลนั้นได้อับอายและส่งผลกระทบต่อจิตใจ จนอาจนำไปสู่ภาวะซึมเศร้าได้ซึ่งถ้าปล่อยไว้จะมีผลกระทบที่ไม่ดีอันถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิโดยตรง เราควรที่จะแก้ไขปัญหาดังแต่ต้นเหตุโดยการหยุดว่ากล่าว หรือให้ ร้ายบุคคลที่ถูกรังแกด้วยคำพูดที่ไปในทางเสียดสี การระมัดระวังการใช้คำพูดถือเป็นเรื่องที่สำคัญ เช่นเดียวกัน โดยจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวมานั้น พบว่ากฎหมายยังคงมีช่องว่างจากคำพูดที่ใช้ในการใส่ความซึ่งผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าการใส่ความนั้นถ้าผู้พูดได้พูดโดยมีเจตนาจงใจทำให้ฝ่ายถูก กล่าวหา ร้าย หรือได้รับผลกระทบกระเทือนถึงจิตใจ ก็ถือว่าเป็นเหตุเพียงพอที่จะเป็นเหตุของการใส่ความได้แล้ว

ส่วนความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณาได้กำหนดไว้ในประมวล กฎหมายอาญามาตรา 328 ดังนี้

“มาตรา 328 ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณา ด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำ โดยการกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วย วิธีอื่น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับ ไม่เกินสองแสนบาท”

คำว่า “โฆษณา” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมายว่า เผยแพร่ข้อความออกไปยังสาธารณชน, ป่าวร้อง, ป่าวประกาศ, เช่น โฆษณาสินค้า หรือกระทำการไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความ เพื่อประโยชน์ในทางการค้า

การหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา จึงหมายความว่า การกระทำใด ๆ ที่ทำให้ข้อเท็จจริงนั้นแพร่หลายไปยังบุคคลภายนอกหรือสาธารณชนในลักษณะที่เป็นวงกว้าง

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ถือได้ว่าเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท ด้วยการโฆษณา ตามมาตรา 328

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2822/2515 มีผู้นำจดหมายที่มีข้อความหมิ่นประมาทผู้เสียหายมาส่งให้แก่จำเลยและจำเลยได้อ่านทราบความแล้ว ได้เอาจดหมายนั้นให้บุคคลที่สามอ่าน เป็นการแสดงข้อความในจดหมายให้ปรากฏแก่บุคคลที่สาม ถือได้ว่าจำเลยได้ใส่ความผู้เสียหายด้วยถ้อยคำแล้ว การกระทำของจำเลยจึงครบองค์ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 326 จำเลยจะได้กล่าว ยืนยันข้อความนั้นว่าเป็นความ

จริงหรือไม่ ไม่เป็นข้อสำคัญ จากคำว่า “โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้น เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง” และข้อเท็จจริงว่า หนังสือทำร้ายร่างกายฝ่ายหนึ่งอย่างเดียว ดึงผม ตบ ตี และมีผู้ถ่ายเป็นคลิปวิดีโอเอาไว้ เวลาประมาณ 30 วินาที โดยไม่รู้ว่าใครเป็นคนถ่าย ต่อมาเมื่อผู้เอาคลิปวิดีโอดังกล่าวไปเผยแพร่ ฝ่ายผู้ถูกทำร้ายมาแจ้งความ แม้จะเป็นภาพที่ถูกทำร้ายฝ่ายเดียวและเป็นเหตุการณ์จริงก็ตาม เช่น การนำภาพของ คนมีชู้กำลังมีเพศสัมพันธ์ หรือแสดงความสัมพันธ์กับชู้ไปเผยแพร่ต่อผู้อื่นด้วยความสนุกสนาน แม้จะเป็นเรื่องจริงก็อาจมีความผิดฐานหมิ่นประมาทได้เช่นกัน “โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้น เสียชื่อเสียงถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง” ในประเด็นนี้ ต้องวินิจฉัยจากความรู้สึคนึกคิดของบุคคลทั่วไปในสังคม โดยประเด็นนี้ต้องนำภาพมา วิเคราะห์กันและอาจมีความเห็นแตกต่างกันไปได้ บางคนอาจเข้าใจได้ว่าการถูกทำร้ายฝ่ายเดียว เป็นเรื่องน่าเห็นใจ น่าสงสาร มากกว่าจะทำให้เสียชื่อเสียงถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังแต่บางคน หรือบางกรณีอาจเข้าใจได้ว่าเป็นการประจานตัวผู้ทำร้ายในแง่ของการใช้กำลังรังแกผู้อื่น และประจาน ผู้ถูกทำร้ายในแง่ของบุคลิกอ่อนแอไม่สู้คนเห็นต่างกันได้ละครับ ส่วนในนิติวิธีก็อาจจบในกระบวนการยุติธรรม ในขั้นตอนของพนักงานสอบสวน พนักงานสอบสวนก็อาจทำความเข้าใจได้ อัยการเป็นผู้ชี้ขาด

คำพิพากษาฎีกาที่ 1142/2516 การที่จำเลยพูดว่า “ดู อย่าเอาไม่ไปแหงซีเลย” ในขณะที่ โจทก์กำลังโต้เถียงกับนายตุ้สามี่จำเลย เมื่อคณะผู้พิพากษาพร้อมด้วยโจทก์จำเลยในคดีแพ่งไปตรวจดูสถานที่พิพาทนั้นแม้คำว่า “ซี” จะหมายถึงตัวโจทก์แต่ก็เป็นถ้อยคำเปรียบเทียบกับไม่สุภาพเท่านั้น ยังไม่พอถือได้ว่าเป็นการใส่ความตามความหมายในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 326 จำเลยไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาทโจทก์ ส่วนเรื่องละเมิดอำนาจศาลนั้น เมื่อมีผู้กระทำความผิดก็เป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะที่จะสั่งลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นได้เอง ผู้อื่นหาสิทธิที่จะเสนอคดีให้ศาลพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดในคดีเช่นนี้ไม่ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องในความผิดฐานนี้ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 328 ได้บัญญัติว่า “ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำการโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพ หรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษรกระทำการโดยการกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยกระทำการ ป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท ”

คำพิพากษาฎีกาที่ 418/2523 ข้อความที่จำเลยประพันธ์ดังกล่าวสืบเนื่องมาจากข่าวหน้า 1 ของหนังสือพิมพ์รายวันในหัวข่าวดังกล่าว “สมัครเกิดโมโหเดือดดาลใส่ตำรวจ” การกระทำของจำเลย เป็นการวิจารณ์ข่าวเพิ่มเติม มีข้อประพันธ์เรื่องขึ้นใหม่ จำเลยประพันธ์และนำพิมพ์โฆษณาในหนังสือพิมพ์รายวันว่า รถยนต์คันที่โจทก์นั่งมาเป็นฝ่ายผิด จำเลยตำราวจเจริญ เจ้าพนักงานตำรวจเข้า ปฏิบัติหน้าที่ต่อคู่กรณีตามความเป็นจริง กลับถูกโจทก์ตะคอกคำว่า “โง่งทำงานไม่เป็น” แล้วโจทก์สั่งให้คนขับรถขับรถยนต์หนีไป โจทก์เป็นคนขนาดเคยเป็นรัฐมนตรีมหาดไทย กลับเหยียดหยามกฎหมาย ข้อความที่จำเลยประพันธ์ดังกล่าว มีเพียงแค่ขมขื่นการกระทำของโจทก์เท่านั้น แต่ยังเป็นการยืนยันข้อเท็จจริงว่าโจทก์ตำราวจเจริญซึ่งปฏิบัติตามหน้าที่ ทั้ง ๆ ที่รถยนต์ที่โจทก์นั่งมาเป็นฝ่ายผิดแล้ว โจทก์ยังให้คนขับรถขับรถยนต์หนีไปซึ่งไม่เป็นความจริง จึงเป็นการใส่ความโจทก์ เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5599/2530 จำเลยให้สัมภาษณ์ผู้สื่อข่าวหนังสือพิมพ์ด้วยความอันมีมูลเป็นการหมิ่นประมาทโจทก์แล้ว หนังสือพิมพ์นำข้อความนั้นไปลงพิมพ์โฆษณา ดังนี้เมื่อไม่ปรากฏว่า จำเลยได้ใช้บังคับ ชู่เซี่ย จ้างวาน หรือยุยงส่งเสริมให้หนังสือพิมพ์ไปลงพิมพ์ การที่หนังสือพิมพ์นำข้อความนั้นไปลงพิมพ์ จึงเป็นเรื่องของหนังสือพิมพ์โดยเฉพาะ คดีนี้โจทก์ ไม่มีมูลความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา ตามมาตรา 328 ทั้งนี้ การที่ไม่มีการวินิจฉัยโดยตรงถึงประเด็นเรื่องเจตนาย่อมเป็นกรณีเล็งเห็นผล

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 393 ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้า หรือด้วยการโฆษณา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 เดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5599/2530 จำเลยให้สัมภาษณ์ผู้สื่อข่าวหนังสือพิมพ์ด้วยความอันมีมูล เป็นการหมิ่นประมาทโจทก์แล้ว หนังสือพิมพ์นำข้อความนั้นไปลงพิมพ์โฆษณา ดังนี้เมื่อไม่ปรากฏว่า จำเลยได้ใช้บังคับ ชู่เซี่ย จ้างวาน หรือยุยงส่งเสริมให้หนังสือพิมพ์ไปลงพิมพ์ การที่หนังสือพิมพ์นำ ข้อความนั้นไปลงพิมพ์ จึงเป็นเรื่องของหนังสือพิมพ์โดยเฉพาะ คดีนี้โจทก์ไม่มีมูลความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาตามมาตรา 328 ทั้งนี้ การที่ไม่มีการวินิจฉัยโดยตรงถึงประเด็นเรื่องเจตนาย่อมเป็นกรณีเล็งเห็นผล

#### 2.6.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560

เนื้อหาสำคัญในพระราชบัญญัติฉบับนี้ระบุถึงเหตุผลที่ต้องมีการแก้ไข พระราชบัญญัติว่า ด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ฉบับปัจจุบันว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กล่าวคือ มีบทบัญญัติบางประการที่ไม่เหมาะสมต่อการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในปัจจุบัน ซึ่งมีรูปแบบการกระทำความผิดที่มีความซับซ้อนมากขึ้นตามพัฒนาการทางเทคโนโลยี ซึ่งเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว”

สำหรับเนื้อหาของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มีสาระสำคัญดังนี้

มาตรา 4 “ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่น โดยไม่เปิดโอกาสให้ผู้รับข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์สามารถบอกเลิก หรือแจ้งความประสงค์ เพื่อปฏิเสธการตอบรับได้ อันเป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้รับต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 200,000 บาท”

มาตรา 5 ให้ยกเลิกความในมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิด เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“ในกรณีของมาตรา 12 นั้นถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 หรือมาตรา 11 เป็นการกระทำต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือระบบคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือโครงสร้างพื้นฐานอันเป็นประโยชน์สาธารณะ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปีและปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท”

ตามมาตรา 5 กำหนดว่า ถ้าผู้ใดกระทำความผิดใน 5 ประการ ได้แก่

- 1) การเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งระบบคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกัน

- 2) นำมาตรการป้องกันการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ที่ผู้อื่นจัดทำขึ้นเป็นการเฉพาะไปเปิดเผย โดยมีขอบ
- 3) ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน
- 4) ดักจับไว้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นที่อยู่ระหว่างการส่งในระบบคอมพิวเตอร์ และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นมิได้มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะ และ

5) ส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่น โดยปกปิด หรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลดังกล่าว

การกระทำที่กล่าวมาทั้งหมดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1-7 ปีและปรับตั้งแต่ 20,000 บาท ถึง 140,000 บาท ที่สำคัญถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อข้อมูล คอมพิวเตอร์ หรือระบบคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือโครงสร้างพื้นฐานอันเป็น ประโยชน์สาธารณะ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1-10 ปี และปรับตั้งแต่ 20,000 บาท ถึง 200,000 บาท

- 1) เข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ
- 2) เข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์โดย-จำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 40,000 บาท หรือ ทั้งจำ ทั้งปรับ
- 3) ล่วงรู้มาตรการป้องกันการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์และนำไปเปิดเผย จำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ
- 4) ดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ

ตามมาตรา 9 ประกอบมาตรา 10 การแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือทำให้ข้อมูลเสียหายมาตรา 9 ทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม ข้อมูลของผู้อื่นโดยมิชอบ หรือการทำให้ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นไม่สามารถทำงานได้ตามปกติจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 1 แสนบาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับกรณีเป็นการกระทำต่อระบบ หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 12 จำคุก 3-15 ปี และปรับ 60,000 ถึง 300,000 บาท ถ้าเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่บุคคลอื่น จำคุกไม่ เกิน 10 ปีและปรับไม่เกิน 2 แสนบาท เป็นเหตุให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตาย จำคุก 5-20 ปีและปรับ 1-4 แสนบาท

มาตรา 10 ดังกล่าวเป็นการแก้ไขเพื่อเพิ่มบทลงโทษให้มากขึ้นโดยให้ผู้กระทำความผิดต้องรับทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ จากเดิมที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กำหนดการกระทำความผิดในลักษณะที่ว่านั้นด้วยการต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ



มาตรา 11 ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่นโดยปกปิด หรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลดังกล่าว อันเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุข ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท

ถ้ามีการส่งโดยปกปิด หรือปลอมแปลงแหล่งที่มา มีบทลงโทษ ปรับไม่เกิน 1 แสนบาท ถ้าส่งโดยไม่เปิดโอกาสให้ปฏิเสธการตอบรับได้โดยง่าย มีบทลงโทษ ปรับไม่เกิน 2 แสนบาท มาตรา 12 การเข้าถึงระบบ หรือข้อมูลด้านความมั่นคงโดยมิชอบการเข้าถึงระบบ หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือล่วงรู้มาตรการการป้องกัน หรือดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์ ถ้าไม่เกิดความเสียหาย มีโทษจำคุก 1-7 ปีและปรับ 20,000 บาท ถึง 140,000 บาท ในกรณีเกิดความเสียหาย จำคุก 1-10 ปีและปรับ 20,000 บาท ถึง 200,000 บาทและถ้าเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย จำคุก 5-20 ปี และปรับ 100,000-400,000 บาท มาตรา 13 การจำหน่าย หรือเผยแพร่ชุดคำสั่งเพื่อนำไปใช้กระทำความผิด ในกรณีที่ทำเพื่อเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 5-11 จำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ หากมีผู้นำไปใช้กระทำความผิด ผู้จำหน่าย หรือเผยแพร่ต้องรับผิดชอบด้วย ในกรณีเป็นผู้มีส่วนรู้เห็น หากมีผู้นำไปใช้กระทำความผิด หรือต้องรับผิดชอบตามมาตรา 12 ผู้จำหน่าย หรือเผยแพร่จะต้องรับผิดชอบทางอาญาด้วยซึ่งเป็นกรณีที่ผู้มีส่วนรู้เห็นการกระทำความผิด

กรณีทำเพื่อเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 12 จำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 40,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ หากมีผู้นำ ไปใช้กระทำความผิดผู้จำหน่าย หรือเผยแพร่ ต้องรับผิดชอบด้วยมาตรา 14 นำข้อมูลที่ได้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องต่อพระราชบัญญัตินี้ หมายความว่ารวมถึง ข้อมูลปลอม ทูจริต หรือลวงกลวง รวมถึงข้อมูลใดๆ ที่มีลักษณะเป็นเท็จซึ่งอาจสร้างความเสียหายต่อบุคคลอื่นได้ในกรณีที่ข้อมูลดังกล่าวถูกนำไปใช้อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัย หรือการก่อการร้ายตามมาตรา 12 ข้อมูลในลักษณะของสื่อลามกอนาจาร ซึ่งประชาชนอาจเข้าถึงได้ รวมถึงการเผยแพร่ หรือการส่งต่อข้อมูลโดยรู้หรือรู้ว่าการเผยแพร่ หรือการส่งต่อข้อมูลดังกล่าวเป็นความผิด

กรณีการกระทำนั้นส่งผลถึงประชาชน มีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 1 แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้ากรณีการกระทำนั้นส่งผลต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ทั้งนี้ ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้

มาตรา 15 การให้ความร่วมมือ ยินยอม รู้เห็นเป็นใจ มีใจความสำคัญว่า “ผู้ให้บริการที่ให้ ให้ความร่วมมือ ยินยอม รู้เห็นเป็นใจให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ต่อระบบคอมพิวเตอร์ของตน ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิด”

มาตรา 16 การตัดต่อ เติม ตัดแปลงภาพ มีใจความสำคัญว่า “ตัดต่อ เติม คัดแปลงภาพ ผู้อื่น หรือผู้ตายนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปเข้าถึงได้ ทำให้เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชังและได้รับความอับอาย จำคุกไม่เกิน 3 ปีและปรับไม่เกิน 200,000 บาท”

มาตรา 17 ผู้ใดกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้นอกราชอาณาจักรและ (1) ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นคนไทยและรัฐบาลแห่งประเทศที่ความผิดได้เกิดขึ้น หรือผู้เสียหายได้ร้องขอให้ลงโทษ หรือ (2) ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นคนต่างด้าวและรัฐบาลไทย หรือคนไทยเป็นผู้เสียหายและผู้เสียหายได้ร้องขอให้ลงโทษ จะต้องรับโทษภายในราชอาณาจักร

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าการโพสต์หรือแสดงความคิดเห็นต่าง ๆ อันเป็นความเท็จลงในระบบอินเทอร์เน็ตหรือสื่อสังคมออนไลน์ เช่น ทางเฟซบุ๊กนั้นนอกจากจะเป็นความผิด ฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ยังเป็นความผิดฐานนำเข้าสู่ข้อมูลอันเป็นเท็จลงในระบบคอมพิวเตอร์อันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วย การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2560 อีกด้วย ซึ่งผู้กระทำความผิดและต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น ก่อนที่เราจะโพสต์ แชร์ หรือแสดงความคิดเห็นใด ๆ ลงในสื่อโซเชียลหรือ สื่อสังคมออนไลน์ จึงต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงให้ถูกต้องก่อนที่จะโพสต์หรือแชร์ข้อความใดออกไป เพราะหากข้อความที่ได้โพสต์หรือแชร์ออกไปนั้นไปกระทบหรือพาดพิงถึงบุคคลอื่นหรือทำให้ผู้อื่นนั้นได้รับความเสียหายบุคคลนั้นอาจมีความผิดฐานหมิ่นประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2148/2562

ข้อความที่จำเลยทำให้ปรากฏทางอินเทอร์เน็ตโดยการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ในคดีนี้รวม 3 กระทั่ง และคดีหมายเลขแดงที่ 1039/2557 ของศาลจังหวัดสมุทรสาคร รวม 3 กระทั่ง แม้จะมีความแตกต่างกันบ้างก็เป็นเพียงในรายละเอียดและวันที่กระทำความผิด กล่าวคือ คดีนี้โจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยกระทำความผิดในวันที่ 11 มกราคม 2556 วันที่ 23 มกราคม 2556 และวันที่ 24 มกราคม 2556 ส่วนคดีหมายเลขแดงที่ 1039/2557 ของศาลจังหวัดสมุทรสาคร โจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยกระทำความผิดในวันที่ 11 มกราคม 2556 วันที่ 23 มกราคม 2556 และวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2556 ซึ่งการพิจารณาว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดกรรมเดียวหรือหลายกรรมต่างกัน ย่อมต้องพิจารณาถึงเจตนาในการกระทำความผิดเป็นสำคัญว่ามีเจตนาเดียวกันหรือไม่ประกอบกันด้วย ทั้งข้อเท็จจริงที่จำเลยได้พิมพ์หรือทำให้ปรากฏตามสำเนาข้อความแสดงความคิดเห็นบนเว็บไซต์เฟซบุ๊ก ซึ่งข้อความคดีนี้และข้อความตามคำฟ้องในคดีหมายเลขแดงที่ 1039/2557 ของศาลจังหวัดสมุทรสาคร ต่อเนื่องกันตลอดมาตั้งแต่วันที่ 11 มกราคม 2556 เวลา 8.17 นาฬิกา ถึงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2556 เวลา 9.07 นาฬิกา บนเว็บไซต์เฟซบุ๊กในหัวข้อเรื่องทำนองเดียวกัน คือ "ทำไมไอ้ P จึงต้องด่าคนชายพระ ลป.บุญศรี" และข้อความทั้งหมดต่างกล่าวถึงโจทก์ร่วมในเรื่องเดียวกัน กล่าวหาว่าโจทก์ร่วมเป็นคนไม่ดี มีพฤติกรรมเสียหาย หลอกหลวงหาผลประโยชน์จากวัด รับซื้อของโจร นอกจากนี้ปรากฏว่า จำเลยได้กระทำความผิดตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาตรา 14 (1) ซึ่งเป็นข้อหาเดียวกันกับคดีนี้และเวลาเกิดเหตุอยู่ในระยะเวลาคาบเกี่ยวต่อเนื่องกัน การกระทำความผิดของจำเลยในคดีนี้และคดีหมายเลขแดงที่ 1039/2557 ของศาลจังหวัดสมุทรสาคร จึงเป็นกรรมเดียวกัน ดังนั้น เมื่อคดีของศาลจังหวัดสมุทรสาครที่พนักงานอัยการจังหวัดสมุทรสาครเป็นโจทก์ฟ้องจำเลยในคดีก่อน ศาลจังหวัดสมุทรสาครและศาลอุทธรณ์ภาค 7 มีคำพิพากษาแล้วว่า การกระทำของจำเลยเป็นความผิดเพียงกรรมเดียว หาใช่ 3 กรรม ดังที่โจทก์ฟ้อง ถือได้ว่าศาลมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิด

ที่ได้ฟ้องแล้ว สิทธิการนำคดีอาญามาฟ้องของโจทก์ในคดีนี้ย่อมระงับไปตาม ป.วิ.อ. มาตรา 39 (4) แม้ในชั้นพิจารณาจำเลยให้การรับสารภาพ แต่ปัญหาดังกล่าวเป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย จำเลยมีสิทธิยกขึ้นอ้างในชั้นอุทธรณ์ได้และศาลอุทธรณ์ภาค 1 ย่อมมีอำนาจหยิบยกขึ้นพิพากษายกฟ้องโจทก์ในคดีนี้ได้

โจทก์ฟ้องและแก้ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาตรา 3, 14 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 91 นับโทษจำคุกต่อจากโทษจำคุกของจำเลยในคดีอาญาหมายเลขแดงที่ 1039/2557 ของศาลจังหวัดสมุทรสาคร

จำเลยให้การปฏิเสธ แต่เมื่อสืบพยานโจทก์ไปบ้างแล้ว จำเลยกลับให้การรับสารภาพและรับว่าเป็นบุคคลคนเดียวกับจำเลยในคดีที่โจทก์ขอให้ลงโทษต่อระหว่างพิจารณา นายสันติ ผู้เสียหาย ยื่นคำร้องขอเข้าร่วมเป็นโจทก์ ศาลชั้นต้นอนุญาต

ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า จำเลยมีความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาตรา 14 (1) การกระทำของจำเลยเป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน ให้ลงโทษทุกกรรมเป็นกระทงความผิดไป ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 91 รวม 3 กระทง ลงโทษจำคุกกระทงละ 1 ปี รวม 3 กระทง เป็นรวมจำคุก 3 ปี จำเลยให้การรับสารภาพเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษลดโทษให้กึ่งหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 คงจำคุก 1 ปี 6 เดือน นับโทษจำคุกจำเลยต่อจากโจทก์จำคุกของจำเลยในคดีอาญาหมายเลขแดงที่ 1039/2557 ของศาลจังหวัดสมุทรสาคร

จำเลยอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์ภาค 1 พิพากษากลับให้ยกฟ้อง

โจทก์ร่วมฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คดีมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยตามฎีกาของโจทก์ร่วมว่า ฟ้องโจทก์คดีนี้เป็นฟ้องซ้ำกับฟ้องโจทก์ในคดีอาญาหมายเลขแดงที่ 1039/2557 ของศาลจังหวัดสมุทรสาคร หรือไม่ โดยโจทก์ร่วมฎีกาทำนองว่า ข้อความในคดีอาญาหมายเลขแดงที่ 1039/2557 ของศาลจังหวัดสมุทรสาคร มีความแตกต่างกันโดยจำเลยเสกสรรปั้นแต่งเหตุการณ์นั้นเป็นคนละอย่างกัน กล่าวหาว่าโจทก์ร่วมเป็นคนหลอกลวง หาผลประโยชน์จากวัด เป็นมารศาสนา ขโมยของสงฆ์รับซื้อของโจร ซึ่งขึ้นอยู่กับเจตนาของจำเลยในแต่ละคราวทำให้บุคคลได้อ่านข้อความดังกล่าวที่จำเลยนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์หลายครั้งแล้วยอมเข้าใจว่า โจทก์ร่วมเป็นคนไม่ดี มีพฤติกรรมเสียหาย หลอกลวงหาผลประโยชน์จากวัด การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดต่างกรรมต่างวาระ จึงไม่เป็นฟ้องซ้ำตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4) นั้น เห็นว่า ข้อความที่จำเลยทำให้ปรากฏทางอินเทอร์เน็ตโดยการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ในคดีนี้รวม 3 กระทง และคดีหมายเลขแดงที่ 1039/2557 ของศาลจังหวัดสมุทรสาคร รวม 3 กระทง แม้จะมีความแตกต่างกันบ้างก็เป็นเพียงรายละเอียด และวันที่กระทำความผิดจะแตกต่างกันบ้างเล็กน้อย กล่าวคือ คดีนี้โจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยกระทำความผิดในวันที่ 11 มกราคม 2556 วันที่ 23 มกราคม 2556 และวันที่ 24 มกราคม 2556 ส่วนคดีหมายเลขแดงที่ 1034/2557 ของศาลจังหวัดสมุทรสาคร โจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยกระทำความผิดในวันที่ 11 มกราคม 2556 วันที่ 23 มกราคม 2556 และวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2556 ซึ่งการจะพิจารณาว่าการ

กระทำของจำเลยเป็นความผิดกรรมเดียวหรือหลายกรรมต่างกัน ย่อมต้องพิจารณาถึงเจตนาในการกระทำ ความผิดเป็นสำคัญว่ามีเจตนาเดียวกันหรือไม่ประกอบกันด้วย ทั้งข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามสำเนาข้อความแสดงความคิดเห็นบนเว็บไซต์เฟซบุ๊ก จำเลยพิมพ์หรือทำให้ปรากฏซึ่งข้อความคดีนี้ และข้อความตามฟ้องในคดี หมายเลขแดงที่ 1039/2557 ของศาลจังหวัดสมุทรสาคร ต่อเนื่องกันตลอดมาตั้งแต่วันที่ 11 มกราคม 2556 เวลา 8.17 นาฬิกา จนถึงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2556 เวลา 9.07 นาฬิกา บนเว็บไซต์เฟซบุ๊กในหัวข้อเรื่องทำนองเดียวกัน คือ หัวข้อ "ทำไม ไร่ P (ซึ่งหมายถึง โจทก์ร่วม) ทำไมต้องค่าคนขายพระ ลป.บุญศรี" และข้อความทั้งหมดต่างกล่าวถึงโจทก์ร่วมในเรื่องเดียวกัน กล่าวหาว่าโจทก์ร่วมเป็นคนไม่ดีมีพฤติกรรมเสียหาย หลอกหลวง หาผลประโยชน์จากวัด รัชชี่ของโจร ทำให้ผู้อื่นอ่านข้อความแล้วเข้าใจว่าโจทก์ร่วมมีพฤติกรรมดังกล่าว นอกจากนี้ปรากฏว่าจำเลยได้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาตรา 14 (1) ซึ่งเป็นข้อหาเดียวกันกับคดีนี้ และเวลาเกิดเหตุอยู่ในระยะเวลาคาบเกี่ยวต่อเนื่องกัน การกระทำความผิดของจำเลยในคดีนี้และคดีหมายเลขแดงที่ 1039/2557 ของศาลจังหวัดสมุทรสาคร จึงเป็นกรรมเดียวกัน ดังนั้น เมื่อคดีของศาลจังหวัดสมุทรสาครที่พนักงานอัยการจังหวัดสมุทรสาครเป็นโจทก์ฟ้องจำเลยในคดีก่อน ศาลจังหวัดสมุทรสาครและศาลอุทธรณ์ภาค 7 มีคำพิพากษาแล้วว่า การกระทำของจำเลยเป็นความผิดเพียงกรรมเดียว หากใช้เป็นความผิดรวม 3 กรรม ดังที่โจทก์ฟ้อง แม้จะไม่ปรากฏว่าคดีดังกล่าวถึงที่สุดแล้วหรือไม่ ก็ถือได้ว่าศาลได้มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ได้ฟ้องแล้ว สิทธิการนำคดีอาญามาฟ้องของโจทก์ในคดีนี้ย่อมระงับไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4) แม้ในชั้นพิจารณาจำเลยจะให้การรับสารภาพก็ตาม แต่ปัญหาดังกล่าวเป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อย จำเลยมีสิทธิยกขึ้นอ้างในชั้นอุทธรณ์ได้ และศาลอุทธรณ์ภาค 1 ย่อมมีอำนาจหยิบยกขึ้นพิพากษายกฟ้องโจทก์ในคดีนี้ได้ คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ภาค 1 ชอบแล้ว ศาลฎีกาเห็นพ้องด้วยฎีกาของโจทก์ร่วมฟังไม่ขึ้น พิพากษายืน

### 2.6.3 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

จากเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้คือ เนื่องจากปัจจุบันมีการล่วงละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นจำนวนมากจนสร้างความเดือดร้อนรำคาญ หรือความเสียหายให้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ประกอบกับความก้าวหน้าของเทคโนโลยี ทำให้การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลอันเป็นการล่วงละเมิดดังกล่าว ทำได้โดยง่าย สะดวก และรวดเร็ว ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจโดยรวม สมควรกำหนดให้มีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นการทั่วไปขึ้น เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ กลไก หรือมาตรการกำกับดูแลเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นหลักการทั่วไป

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูล พ.ศ.2562 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นการทั่วไป ทั้งนี้ มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล กำหนดให้ในกรณีที่มีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นการเฉพาะแล้วให้บังคับตามกฎหมายเฉพาะนั้น เว้นแต่กฎหมายเฉพาะจะกำหนดให้นำเอาพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไปปรับใช้แก่กรณีนั้น

หากการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัว โดยมีให้ผู้อื่นใช้ข้อมูลส่วนบุคคลนั้น หรือมิให้เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้นต่อบุคคลอื่น เป็นการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อกิจการสื่อสารมวลชน งานศิลปกรรม หรืองานวรรณกรรมอันเป็นไปตามจริยธรรมแห่งการประกอบวิชาชีพ หรือเป็นประโยชน์สาธารณะ การพิจารณาคดีของศาลและการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดี การบังคับคดีและการวางทรัพย์ รวมทั้งการดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กรณีเหล่านี้ เป็นไปตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฯ ซึ่งได้บัญญัติข้อยกเว้นไม่จำเป็นต้องนำเอาหลักเกณฑ์ตามกฎหมายฉบับนี้มาใช้ ทั้งนี้ นอกเหนือจากที่กล่าวถึงในข้างต้น มาตรา 4 ยังกำหนดกรณีอื่นที่ไม่นำเอากฎหมายนี้มาใช้ด้วย

ทั้งนี้ ข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฉบับนี้ จะต้องเป็น “ข้อมูล” ของบุคคลธรรมดาเท่านั้น หากเป็นข้อมูลของนิติบุคคลจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้ อนึ่ง บทนิยามตาม มาตรา 5 กำหนดให้ ข้อมูลส่วนบุคคล หมายถึง ข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลซึ่งทำให้สามารถระบุตัวบุคคลนั้นได้ไม่ว่าทางตรง หรือทางอ้อม แต่ไม่รวมถึงข้อมูลของผู้ถึงแก่กรรมโดยเฉพาะ

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมิได้ให้ความหมายของคำว่า เจ้าของข้อมูลโดยตรง แต่เมื่อศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว สามารถเข้าใจได้ว่าเจ้าของข้อมูล หมายถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องและเป็นแหล่งที่มาของข้อมูลส่วนบุคคลโดยตรง

เมื่อข้อมูลอยู่ในความดูแลของผู้ควบคุมข้อมูลแล้ว หากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไม่ได้ให้ความยินยอมไว้ก่อน หรือในขณะนั้น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไม่ได้ เว้นแต่บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ.2562 จะได้กำหนดอนุญาตไว้ แต่อย่างไรก็ตาม ตามมาตรา 33 วางหลักว่าเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีสิทธิขอให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลดำเนินการลบ หรือทำลาย หรือทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลเป็นข้อมูลที่ไม่สามารถระบุตัวบุคคลที่เป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้

สำหรับเจ้าของข้อมูล มาตรา 31 กำหนดให้เจ้าของข้อมูลมีสิทธิที่จะขอเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับตน ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล หรือขอให้เปิดเผยถึงการได้มาซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวที่ตนไม่ได้ให้ความยินยอม ซึ่งผู้ควบคุมข้อมูลจะต้องจัดให้เจ้าของ ข้อมูลได้เข้าถึงข้อมูลได้ตามคำขอ เว้นแต่ จะเป็นกรณีดังต่อไปนี้ ซึ่งผู้ควบคุมข้อมูลมีหน้าที่ชี้แจง เหตุผลของการปฏิเสธการขอเข้าถึงข้อมูลเอาไว้ด้วย

ทั้งนี้ เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีสิทธิคัดค้านการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับตนเมื่อใดก็ได้ ดังต่อไปนี้

1) กรณีที่เป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวมได้โดยได้รับยกเว้นไม่ต้องขอความยินยอมตามมาตรา 24 (4) หรือ (5) เว้นแต่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลพิสูจน์ได้ว่า

ก) การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลได้แสดงให้เห็นถึงเหตุอันชอบด้วยกฎหมายที่สำคัญยิ่งกว่า

ข) การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเป็นไปเพื่อก่อตั้งสิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย การปฏิบัติตาม หรือการใช้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย หรือการยกขึ้นต่อสู้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย

2) กรณีที่เป็นการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการตลาดแบบตรง

3) กรณีที่เป็นการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์ ประวัติศาสตร์ หรือสถิติ เว้นแต่เป็นการจำเป็นเพื่อการดำเนินการกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล

ในกรณีที่เป็นการได้มาซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลอาจได้มาจากเจ้าของข้อมูลโดยตรง หรือจาก แหล่งอื่นที่ไม่ใช่จากเจ้าของข้อมูลโดยตรงก็ได้ ทั้งนี้ การได้มาจากแหล่งอื่นที่ไม่ใช่จากเจ้าของข้อมูลนั้นจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่มาตรา 25 กำหนดไว้ กล่าวคือ

1) ได้แจ้งถึงการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลจากแหล่งอื่นให้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบ โดยไม่ชักช้า แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่เก็บรวบรวมและได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

2) เป็นการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้รับยกเว้นไม่ต้องขอความยินยอมตามมาตรา 24 หรือ มาตรา 26

ในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ.2562 มาตรา 26 ได้กำหนดห้ามมิให้เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเกี่ยวกับเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ ความคิดเห็นทางการเมือง ความเชื่อในลัทธิ ศาสนาหรือปรัชญา พฤติกรรมทางเพศ ประวัติอาชญากรรม ข้อมูลสุขภาพ ความพิการ ข้อมูลสหภาพแรงงาน ข้อมูลพันธุกรรม ข้อมูลชีวภาพ หรือข้อมูลอื่นใด ซึ่งกระทบต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในทำนองเดียวกันตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด โดยไม่ได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เว้นแต่

1) เพื่อป้องกัน หรือระงับอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรือสุขภาพของบุคคลซึ่งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไม่สามารถให้ความยินยอมได้ ไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตาม

2) เป็นการดำเนินกิจกรรมโดยชอบด้วยกฎหมายที่มีการคุ้มครองที่เหมาะสมของมูลนิธิ สมาคม หรือองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการเมือง ศาสนา ปรัชญา หรือสหภาพแรงงานให้แก่สมาชิก ผู้ซึ่งเคยเป็นสมาชิก หรือผู้ซึ่งมีการติดต่ออย่างสม่ำเสมอกับมูลนิธิ สมาคม หรือองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวโดยไม่ได้เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้นออกไปภายนอกมูลนิธิ สมาคม หรือองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรนั้น

3) เป็นข้อมูลที่เปิดเผยต่อสาธารณะด้วยความยินยอมโดยชัดแจ้งของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

4) เป็นการจำเป็นเพื่อการก่อตั้งสิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย การปฏิบัติตาม หรือการใช้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย หรือการยกขึ้นต่อสู้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย

5) เป็นการจำเป็นในการปฏิบัติตามกฎหมายเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เกี่ยวกับ

ก) เวชศาสตร์ป้องกัน หรืออาชีวเวชศาสตร์ การประเมินความสามารถในการทำงานของลูกจ้าง การวินิจฉัยโรคทางการแพทย์ การให้บริการด้านสุขภาพ หรือด้านสังคมการรักษาทางการแพทย์ การจัดการ

ด้านสุขภาพ หรือระบบและการให้บริการด้านสังคมสงเคราะห์ ทั้งนี้ ในกรณีที่ไม่ใช่การปฏิบัติตามกฎหมาย และข้อมูลส่วนบุคคลนั้นอยู่ในความรับผิดชอบของผู้ประกอบอาชีพ หรือวิชาชีพหรือผู้มีหน้าที่รักษาข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไว้เป็นความลับตามกฎหมาย ต้องเป็นการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลกับผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์

ข) ประโยชน์สาธารณะด้านการสาธารณสุข เช่น การป้องกันด้านสุขภาพจากโรคติดต่ออันตราย หรือโรคระบาดที่อาจติดต่อ หรือแพร่เข้ามาในราชอาณาจักร หรือการควบคุมมาตรฐาน หรือคุณภาพของยา เวชภัณฑ์ หรือเครื่องมือแพทย์ ซึ่งได้จัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมและเจาะจงเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลโดยเฉพาะการรักษาความลับของข้อมูลส่วนบุคคลตามหน้าที่ หรือตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพ

ค) การคุ้มครองแรงงาน การประกันสังคม หลักประกันสุขภาพแห่งชาติ สวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลของผู้มีสิทธิตามกฎหมาย การคุ้มครองผู้ประสบภัยจากรถ หรือการคุ้มครองทางสังคมซึ่งการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเป็นสิ่งจำเป็นในการปฏิบัติตามสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ควบคุม ข้อมูลส่วนบุคคล หรือเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล โดยได้จัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและประโยชน์ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

ง) การศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์ ประวัติศาสตร์ หรือสถิติ หรือประโยชน์สาธารณะอื่นทั้งนี้ ต้องกระทำเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวเพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้นและได้จัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและประโยชน์ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

จ) ประโยชน์สาธารณะที่สำคัญ โดยได้จัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและประโยชน์ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

ในกรณีที่เป็นการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมต้องกระทำภายใต้การควบคุมของหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย หรือได้จัดให้มีมาตรการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

เป็นที่น่าสังเกตว่า ในปัจจุบันคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลยังมิได้ประกาศกำหนดเกี่ยวกับการเก็บรักษาข้อมูลสารพันธุกรรมแต่ประการใด

จากการศึกษาทั้งหมดดังที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ถือเป็นภัยร้ายแรงที่กำลังรุนแรง ในสังคมไทยปัจจุบันการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นได้ตลอดเวลาและเผยแพร่ได้อย่างรวดเร็ว โดยบางครั้ง ผู้เสียหายไม่สามารถทราบได้เลยว่าบุคคลใดเป็นผู้กระทำดังกล่าว ดังนั้นทางผู้เขียนเล็งเห็นว่า ประเทศไทย ยังไม่ได้มีกฎหมายสำหรับการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์โดยตรง แต่ยังมีกฎหมายในบางมาตรา สามารถที่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศผ่านสื่อออนไลน์และควรทำการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนียและสหพันธรัฐเยอรมนีกับกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามทางเพศ ผ่านสื่อออนไลน์เพื่อลดปัญหาการการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ได้

## บทที่ 3

### มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ของต่างประเทศ

สำหรับในบทที่ 3 จะเป็นการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนียและสหพันธรัฐเยอรมนีตามลำดับ

#### 3.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ของประเทศญี่ปุ่น

ในประเทศญี่ปุ่นได้มีการให้ความสนใจต่อพฤติกรรมที่มีลักษณะต่อการคุกคามทางเพศมาก่อน โดย คำศัพท์ภาษาญี่ปุ่นที่หมายถึงการคุกคามทางเพศ (sexual harassment) คือ “sekuhara” โดยมักจะเกิดขึ้น ในสถานประกอบการหรือสถานที่ทำงานของรัฐและมักเป็นการกระทำต่อผู้หญิง<sup>65</sup> แม้ว่าในรัฐธรรมนูญของ ญี่ปุ่น มาตรา 14 ได้ยอมรับความเท่าเทียมกันของบุคคลไม่ว่าจะมีเพศใดฐานะทางเศรษฐกิจ และยอมรับการ ไม่เลือกปฏิบัติ (discrimination) รวมทั้งได้การประกาศใช้พระราชบัญญัติการให้โอกาสความเท่าเทียมกันในการจ้างงาน ปี 1985 (Equal Employment Opportunity Law)<sup>66</sup>

ในประเทศญี่ปุ่นมักมีการระบบคอมพิวเตอร์ในการสอดส่องพฤติกรรมของบุคคลากรในการใช้ คอมพิวเตอร์ เพราะถือเป็น “หน้าที่ของบุคคลากรที่จะต้องอุทิศตนปฏิบัติหน้าที่ตามคำสั่งและคำสั่งของ ผู้บังคับบัญชาในเวลาทำงาน” ตามพระราชบัญญัติการบริการสาธารณะแห่งชาติและพระราชบัญญัติการ บริการสาธารณะในท้องถิ่นที่ใช้บังคับกับข้าราชการกำหนดหน้าที่ในการอุทิศตนให้กับหน้าที่ตามบทบัญญัติ ของกฎหมายดังกล่าว ในทางกลับกันไม่มีกฎหมายกำหนดหน้าที่การอุทิศตนให้กับลูกจ้างภาคเอกชนไว้อย่าง ชัดเจน อย่างไรก็ตาม ถือว่าหน้าที่ที่ต้องอุทิศให้กับหน้าที่นั้นขึ้นอยู่กับธรรมเนียมชาติเป็นภาระผูกพันตามสัญญาจ้าง งาน บริษัทสามารถตรวจสอบได้ว่าพนักงานทำงานด้วยความจริงใจหรือไม่ กล่าวคือ พวกเขากำลังปฏิบัติหน้าที่ ในการอุทิศตนอย่างเต็มที่หรือไม่ และพวกเขากำลังรักษาภาระหน้าที่ในการรักษาความลับและไม่เปิดเผย ข้อมูลหรือไม่ และการตรวจสอบอีเมลถือเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติหน้าที่<sup>67</sup>

ดังนั้น บริษัทหรือเจ้านายสามารถดูอีเมลล์ของพนักงานโดยไม่มีขีดจำกัดและไม่ได้รับอนุญาตจาก บุคคลนั้นได้หรือไม่ ดังมีคำพิพากษาของศาลในเขตโตเกียว<sup>68</sup>ที่ได้วินิจฉัยว่า “ในฐานะพนักงานที่ใช้ชีวิตทาง สังคม อนุญาตให้ใช้อุปกรณ์โทรศัพท์ของบริษัทเป็นจุดติดต่อสำหรับการสื่อสารภายนอกที่จำเป็นสำหรับการใช้

<sup>65</sup> Fathima Azmiah Marikkar. ‘Sexual Harassment : A Social Issue in Japan’  
<<https://core.ac.uk/download/pdf/291679549.pdf>> สืบค้นเมื่อ 5 กุมภาพันธ์ 2567.

<sup>66</sup> JACQUELINE M. EFRON. ‘The Transnational Application of Sexual Harassment Laws: A Cultural Barrier in Japan’ U. Pa. J. Int'l Econ. L.1 (20) 156-158.

<sup>67</sup> Toki Kawase, ‘Three Reasons Why Monitoring Company Employee Emails Does Not Infringe on Privacy’ MONOLITH LAW Magazine ฉบับวันที่ 2023 กันยายน 22.

<sup>68</sup> Tokyo District Court, December 3, 2001 (Heisei 13).



ชีวิตทางสังคมในแต่ละวันได้ นอกจากนี้ หากไม่เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่ที่บริษัทและภาระทางเศรษฐกิจของบริษัทมีน้อยมาก ก็เป็นที่ยอมรับของสังคมในการใช้อุปกรณ์โทรศัพท์ของบริษัทสำหรับการโทรออกภายในขอบเขตที่จำเป็นและสมเหตุสมผลเพื่อตอบสนองต่อภายนอกเหล่านี้ได้อย่างเหมาะสมกับการสื่อสารโดยพื้นฐานแล้วควรนำไปใช้กับการส่งและรับอีเมลส่วนตัวโดยใช้ระบบเครือข่ายของบริษัท เมื่อพนักงานใช้อีเมลเป็นการส่วนตัวโดยใช้ระบบเครือข่ายภายในของบริษัท ขอบเขตการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวที่คาดหวังได้จะลดลงอย่างมากเมื่อเทียบกับการใช้อุปกรณ์โทรศัพท์ตามปกติ และควรได้รับการยอมรับ หากบุคคลที่ไม่อยู่ในตำแหน่งที่รับผิดชอบในการตรวจสอบการใช้งานส่วนตัวของอีเมลของพนักงานจะตรวจสอบอีเมลนั้นหรือแม้กระทั่งหากบุคคลที่อยู่ในตำแหน่งที่รับผิดชอบตรวจสอบอีเมลดังกล่าวโดยไม่จำเป็นตามสมควรสำหรับงานนั้น หรือหากการตรวจสอบนั้นกระทำด้วยความอยากรู้อยากเห็นส่วนตัว หรือ หากการตรวจสอบกระทำด้วยวิธีการตามดุลยพินิจส่วนบุคคลโดยไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงของการติดตามต่อฝ่ายบริหารภายในหรือบุคคลภายนอกภายในอื่น ๆ ก็สมควรพิจารณาว่าวัตถุประสงค์ วิธีการ และลักษณะการติดตามเปรียบเทียบกับเสียเปรียบที่เกิดกับฝ่ายที่ถูกติดตาม และพิจารณาว่าเป็นการบุกรุกสิทธิความเป็นส่วนตัวเฉพาะเมื่อการติดตามนั้นเกินขอบเขตที่สังคมยอมรับได้”

กล่าวอีกนัยหนึ่ง อนุญาตให้พนักงานใช้ระบบอีเมลของบริษัทเพื่อการใช้งานส่วนตัวภายในขอบเขตที่จำเป็นและสมเหตุสมผล อย่างไรก็ตาม ในทางกลับกัน ศาลระบุสิ่งต่อไปนี้และตัดสินว่าการติดตามอีเมลของพนักงานในกรณีนี้ไม่ถือเป็นการละเมิดความเป็นส่วนตัว

แม้ว่าในสังคมของประเทศญี่ปุ่นได้มีการใช้คอมพิวเตอร์ในการสื่อสารผ่านสื่อออนไลน์ต่างๆ ได้แก่ ไลน์ เฟสบุ๊ก เป็นต้น ขณะเดียวกันก็ยังมีอาชญากรรมทางไซเบอร์ ได้แก่ การกลั่นแกล้งบนอินเทอร์เน็ต การคุกคามทางเพศผ่านสื่ออินเทอร์เน็ต เป็นต้น โดยรัฐบาลได้พยายามปราบปรามอาชญากรรมดังกล่าวด้วยการกำหนดบทลงโทษที่รุนแรงขึ้นสำหรับการละเมิดทางออนไลน์ สภาโตเอทของญี่ปุ่นผ่านร่างกฎหมายแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ทำให้การดูหมิ่นทางอินเทอร์เน็ตมีโทษจำคุก 1 ปี และปรับสูงสุด 300,000 เยน แต่มีความกังวลว่าความแตกต่างที่คลุมเครือระหว่างการดูถูกและการวิพากษ์วิจารณ์อาจส่งผลเสียต่อเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ การแก้ไขดังกล่าวเกิดขึ้นภายหลังการเสียชีวิตของนักมวยปล้ำอาชีพและดาราเรียลลิตีทีวี คิมูระ ฮานะ วัย 22 ปี ซึ่งฆ่าตัวตายในปี 2020 หลังจากได้รับข้อความแสดงความเกลียดชังบนโซเชียลมีเดีย เคียวโกะ แม่ของคิมูระ รมรงค์เพิ่มบทลงโทษสำหรับการกลั่นแกล้งในโลกออนไลน์ หลังจากที่ผู้กระทำผิดสองคนที่อยู่เบื้องหลังการละเมิดโซเชียลมีเดียถูกตบข้อมือ ภายใต้กฎหมายที่มีอยู่ ผู้กระทำผิดได้รับโทษจำคุกเพียงเล็กน้อยน้อยกว่า 30 วัน และปรับไม่เกินมากกว่า 10,000 เยน (ประมาณ 73 ดอลลาร์) นับเป็นครั้งแรกในรอบ 115 ปีที่ประมวลกฎหมายอาญาได้รับการแก้ไข กระทรวงยุติธรรมกล่าวว่า การจำคุกจะมีองค์ประกอบ “การฟื้นฟู” แทนที่จะเป็นการลงโทษ และจะปรับโปรแกรมการศึกษาตามสถานการณ์ของแต่ละบุคคล<sup>69</sup>โดยประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติไว้ในมาตรา 231 ความว่า บุคคลที่ดูหมิ่น

<sup>69</sup> Hisanka Siripala, ‘Japan Toughens Penalties for Cyberbullying’ (20 July 2022)

<<https://thediplomat.com/2022/07/japan-toughens-penalties-for-cyberbullying/>> สืบค้นเมื่อ 5 กุมภาพันธ์ 2567.

บุคคลอื่นในที่สาธารณะ แม้ไม่ได้ระบุข้อเท็จจริง จะต้องระวางโทษจำคุกสูงสุด 1 ปี หรือปรับสูงสุด 300,000 เยน หรือกักขังหรือปรับ

สำหรับการสะกดรอยซึ่งเป็นหนึ่งในพฤติกรรมที่เป็นการคุกคามทางเพศโดยผู้สะกดรอยตาม (Stalker) จะถูกลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่น (Japanese Penal Code) หรือกฎหมายอื่นๆ เช่น การชู้กรรโชก (blackmail) หรือกฎหมายเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกาย เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวมิได้ออกแบบมาเพื่อจัดการกับอาชญากรรมการสะกดรอยตาม จึงไม่มีประสิทธิภาพในการควบคุมพฤติกรรมของผู้สะกดรอยตามแต่อย่างใด

ในขณะที่เดียวกันได้เกิดเหตุการณ์เกี่ยวกับการฆาตกรรมที่เกี่ยวข้องกับการสะกดรอยตามที่เพิ่มขึ้นเป็นสาเหตุให้เกิดความกลัวต่อประชาชนทำให้รัฐบาลญี่ปุ่นตรากฎหมายต่อต้านพฤติกรรมการเฝ้าติดตาม (Anti-stalking Act of Japan 2000 ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมปี 2016)<sup>70</sup> นอกจากนี้ ได้มีการจัดตั้งแผนกต่อต้านการสะกดรอยตามในสำนักงานตำรวจใน 47 จังหวัด รวมทั้งรับนักจิตวิทยาคลินิกที่มีคุณสมบัติเหมาะสมได้รับคัดเลือกให้เป็นส่วนหนึ่งของแผนกต่อต้านการสะกดรอย ทั้งนี้ กฎหมายต่อต้านการสะกดรอยตามฉบับใหม่นี้ถือได้ว่าเป็น "กฎหมายที่ไม่เคยมีมาก่อน (unprecedented)"<sup>71</sup>

ทั้งนี้ กฎหมายต่อต้านพฤติกรรมการเฝ้าติดตามของประเทศญี่ปุ่น ฉบับที่ 81 ปี ค.ศ. 2000<sup>72</sup> (Anti-stalking Act of Japan 2000 แก้ไขเพิ่มเติมปี 2016) ได้บัญญัติขึ้นและประกาศใช้บังคับในปี ค.ศ. 2000 หลังจากเกิดเหตุนักศึกษาวิทยาลัยหญิงในโอเอกาว่า (Okegawa) จังหวัดไซตะมะ (Saitama) ได้ถูกฆาตกรรมโดยคนที่เฝ้าติดตามเหยื่อ ต่อมากฎหมายต่อต้านพฤติกรรมการเฝ้าติดตามของประเทศญี่ปุ่นจึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี 2016 โดยกฎหมายมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย เสรีภาพและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ของบุคคล โดยปฏิบัติตามกฎระเบียบที่จำเป็นในการสะกดรอยตาม ฯลฯ เช่น การลงโทษการสะกดรอยตาม การให้มาตรการช่วยเหลือ เป็นต้น แก้อีกฝ่ายหนึ่งและมีส่วนทำให้เกิดความปลอดภัยและความสงบสุข ในชีวิตของประชาชนพร้อมกับกำหนดมาตรการเพื่อให้การช่วยเหลือต่อเหยื่อผู้ถูกรบกวน<sup>73</sup> ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวมุ่งคุ้มครองบุคคลให้มีสิทธิเสรีภาพปราศจากการเฝ้าติดตามจากบุคคลผู้ที่ไม่พึงปรารถนา

จากสถิติคดีสะกดรอย หรือเฝ้าติดตามที่รายงานโดยสำนักงานตำรวจแห่งชาติของญี่ปุ่นในปี 2020 พบว่า อัตราส่วนทางเพศเหยื่อประมาณ 84% เป็นผู้หญิง ในขณะที่มากกว่า 80% ของผู้กระทำความผิดเป็นผู้ชาย เหยื่อส่วนใหญ่อยู่ในวัยยี่สิบ ขณะที่ผู้สะกดรอยตามส่วนใหญ่อยู่ในวัยยี่สิบ หรือสามสิบ ในประมาณ

<sup>70</sup> Troublesooter, 'YOMIURI SHIMBUN' (27 January 2001) available at 2001 WL 3965969.

<sup>71</sup> Nga B. Tran, 'A Comparative Look at Anti-Stalking Legislation in the United States and Japan', (2003) 26(445) Hastings Int'l & Comp. L. Rev.467.

<sup>72</sup> Diet Enacts Law to Crack Down on Stalkers, 'YOMIURI SHIMBUN' (May 19, 2000) available at 2000 WL 20279774.

<sup>73</sup> Anti-stalking Act of Japan 2000 แก้ไขเพิ่มเติมปี 2016, Section 1.

75% ของคดีประเภทนี้เหยื่อและผู้สะกดรอยตามรู้จักกัน (เพื่อน เพื่อนร่วมงาน (เดิม) ในความสัมพันธ์แบบคู่รัก (เคยแต่งงานแล้ว)<sup>74</sup>

เมื่อพิจารณากฎหมาย Anti-stalking Act of Japan ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “การสะกดรอย” หรือ “tsukimato” ในภาษาญี่ปุ่น หมายถึง "การกระทำที่มีจุดประสงค์เพื่อสนองความรู้สึกถึงความรัก หรือความรู้สึกที่ดีอื่นๆ สำหรับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือความรู้สึกชุ่นเคืองต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือคู่สมรสซึ่งเป็นญาติโดยตรง หรืออยู่ร่วมกัน หรือบุคคลอื่นใดที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับบุคคลที่เฉพาะเจาะจงในชีวิตสังคม”<sup>75</sup> ทั้งนี้ บุคคลแสดงพฤติกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้อาจสามารถตั้งข้อหาสะกดรอยได้<sup>76</sup>

1) ติดตามและรอกำลัง หรือเยี่ยมบ้าน ที่ทำงานของผู้เสียหาย โรงเรียน หรือสถานที่อื่นๆ ที่เหยื่อมักไปโดยไม่มีการนัดหมาย

2) ติดตามและเฝ้าระวังเหยื่ออย่างต่อเนื่องและแจ้งให้เหยื่อที่เขา หรือเธอถูกจับตามองอย่างใกล้ชิด

3) เรียกร้องให้พบ หรือออกไปกับผู้เสียหายเมื่อเขา หรือเธอไม่ต้องการที่จะทำเช่นนั้น

4) พุด หรือแสดงท่าทีหยาบคายต่อผู้เสียหาย

5) การโทรแบบเจียบ หรือต่อเนื่อง หรือส่งแพคเกจข้อความถึงผู้เสียหาย

6) ส่งของน่ารังเกียจที่จะทำให้ผู้เสียหายไม่สบาย เช่น มูลสัตว์ หรือสัตว์ที่ตายแล้ว

7) บอกผู้เสียหายว่าผู้สะกดรอยได้ล่วงรู้ความลับที่อาจทำลายชื่อเสียงของเหยื่อ

8) บอกผู้เสียหายถึงสิ่งที่จะทำให้เขา หรือเธอมีความรู้สึกทางเพศ หมิ่นประมาท หรือส่งเอกสารหรือรูปภาพที่จะล่วงละเมิดทางเพศ ทำให้เหยื่ออับอาย เป็นต้น

ทั้งนี้ กฎหมาย Anti-stalking Act of Japan 2000 แก้ไขเพิ่มเติมปี 2016 ได้กำหนดขั้นตอนเพื่อคุ้มครองผู้ถูกเฝ้าติดตาม (Stalking) และขั้นตอนการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องไว้ดังนี้

1) กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้อำนวยการตำรวจนครบาล (Superintendent General) หัวหน้าศูนย์บัญชาการตำรวจประจำจังหวัด (Prefectural Police Chief) และอธิบดีกรมตำรวจ (Head of Police Station)

2) กฎหมายได้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจในการให้คำตักเตือน (warning) เกี่ยวกับพฤติกรรมเฝ้าติดตาม หากเจ้าหน้าที่ที่ได้รับเรื่องร้องเรียนและพิจารณาแล้วเห็นว่ามีกรกระทำที่เป็นพฤติกรรมเฝ้าติดตามและพบว่าการกระทำดังกล่าวฝ่าฝืนตามที่กฎหมายกำหนดไว้รวมทั้งพิจารณาแล้วเห็นว่ามีความเสี่ยงที่

<sup>74</sup> ‘Response to stalker and domestic violence cases, etc.’ by National Police of Japan (05.03.2020) <[https://www.npa.go.jp/safetylife/seianki/stalker/R1\\_ponti.pdf](https://www.npa.go.jp/safetylife/seianki/stalker/R1_ponti.pdf)>. สืบค้นเมื่อ 23 มกราคม 2567.

<sup>75</sup> Anti-stalking Act of Japan 2000 แก้ไขเพิ่มเติมปี 2016, Article 2. In this Act, the term “following, etc.” (NB: tsukimato, the Japanese word for stalking and similar behavior) refers to acts performed with the purpose of satisfying romantic feelings or other favorable feelings for a specific person or feelings of resentment towards a specific person or his/her spouse, a direct relative or co-resident, or any other person who has a close relationship with the specific person in social life.

<sup>76</sup> Anti-stalking Act of Japan 2000 แก้ไขเพิ่มเติมปี 2016, Article 2.

ผู้ติดตาม (Stalker) จะทำพฤติกรรมดังกล่าวซ้ำกับเหยื่อคนเดิมอีก เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตัดเตือนต่อผู้ที่มีพฤติกรรมฝ่าฝืนติดตามดังกล่าวมิให้กระทำพฤติกรรมการฝ่าฝืนติดตามตามที่กำหนดในระเบียบคณะกรรมการความปลอดภัยสาธารณะแห่งชาติ

3) กฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดให้เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้ ให้เป็นผู้มีอำนาจและมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องออกหนังสือตัดเตือนไปยังผู้ฝ่าฝืนติดตามและมีหน้าที่รายงานรายละเอียดในการตัดเตือนโดยต้องระบุวันเวลาและรายละเอียดของการตัดเตือนไปยังผู้ถูกฝ่าฝืนติดตามโดยเร็ว หากผู้ฝ่าฝืนติดตามยังมีพฤติกรรมดังกล่าวซ้ำอีก พนักงานเจ้าหน้าที่ก็มีอำนาจ ออกคำสั่งห้ามผู้ฝ่าฝืนติดตามทำพฤติกรรมดังกล่าวได้<sup>77</sup>

ภายใต้กฎหมาย Anti-stalking Act of Japan 2000 แก้ไขเพิ่มเติมปี 2016 ผู้เสียหายสามารถขอให้ตำรวจดำเนินการได้ออกคำเตือนแก่ผู้สะกดรอยตาม อย่างไรก็ตาม คำเตือนง่ายๆเหล่านี้ที่ผู้สะกดรอยได้รับค่อนข้างมีประสิทธิภาพ ในจำนวน 453 คนที่ตำรวจได้ออกคำเตือนในหกเดือนหลังจากกฎหมายมีผลบังคับใช้ จำนวนร้อยละ 96 ของผู้สะกดรอยได้หยุดกิจกรรมการสะกดรอย หากคนสะกดรอยตามยังคงดื้อรั้นหลังจาก

---

<sup>77</sup>Anti-stalking Act of Japan 2000 แก้ไขเพิ่มเติมปี 2016, Article 4

(1) the superintendent of the police department, the head of the prefectural police headquarters or the chief of the police department (hereinafter referred to as the "chief of the police headquarters, etc.") when a request for a warning pertaining to the acquisition of such stalking, etc. or the acquisition of no consent, etc. of location information, etc. has been received, there is an act that violates the provisions of the preceding article pertaining to the offer, and when it is found that the person who did the act is likely to do so further repeatedly, the person who did so shall be provided for in the rules of the national public safety commission. further repeatedly warning that the act shall not be committed.

(2) one police headquarters chief, etc. shall warn (hereinafter referred to as a "warning") pursuant to the provision of the preceding paragraph. in the event that such a case, the other police chief, etc. may not warn the person who received the warning of any act that violates the provisions of the preceding article pertaining to the warning.

(3) when the police chief, etc. has issued a warning, he/she shall promptly notify the person who made the request set forth in paragraph (1) of the content and date of said warning. when the chief of the police headquarters, etc. does not issue a warning, he/she shall promptly notify the person who made the request set forth in paragraph (1) to that effect and the reason therefor in writing.

(5) in addition to what is provided for in the preceding paragraphs, necessary matters concerning the acceptance of the offer set forth in paragraph (1) and the implementation of the warning shall be prescribed in the rules of the national public safety commission.

ตำรวจให้คำเตือน คำสั่งเลิกซึ่งคล้ายกับคำสั่งห้าม คือ ออกให้ผู้สะกดรอยตาม เมื่อฝ่าฝืนคำสั่งนี้ ผู้สะกดรอยตามต้องเผชิญหน้ากับการเพิ่มโทษตั้งแต่จำคุกสูงสุดหนึ่งปีถึงปรับ 1 ล้านบาท<sup>78</sup>

อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับดังกล่าวได้แยกสถานการณ์ออกเป็นสองกรณี กล่าวคือ กรณีฉุกเฉินและกรณีไม่ฉุกเฉิน หากเหตุการณ์การเฝ้าติดตามที่เกิดขึ้นและเป็นอาชญากรรม (Crime of Stalking) แล้วก็สามารถดำเนินการจับกุมได้ทันทีโดยไม่ต้องกระทำการตักเตือน หรือออกคำสั่งห้ามก่อน แต่หากพฤติกรรมการเฝ้าติดตามยังอยู่ในลักษณะที่เฝ้าติดตามธรรมดาไม่เป็นอาชญากรรม หากผู้ถูกเฝ้าติดตามยื่นคำร้องขอความช่วยเหลือต่อเจ้าหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะต้องดำเนินการให้การช่วยเหลือ (Support) แก่ผู้ถูกเฝ้าติดตามและหากผู้ถูกเฝ้าติดตามต้องการให้ตักเตือนผู้เฝ้าติดตาม หัวหน้าศูนย์บัญชาการตำรวจ (Police Chief) จะต้อง พิจารณาว่าหากเป็นกรณีฉุกเฉินจะต้องรายงานไปยังคณะกรรมการความปลอดภัยสาธารณะ (Prefectural Public Safety Commission) ทันที เพื่อให้พิจารณาออกคำสั่งห้ามผู้ติดตามมิให้กระทำการเฝ้าติดตาม โดยคณะกรรมการความปลอดภัยสาธารณะสามารถออกคำสั่งห้ามได้ทันที แต่หากกรณีดังกล่าวไม่มีเหตุฉุกเฉิน หัวหน้าศูนย์บัญชาการตำรวจก็จะต้องจะรายงานไปยังคณะกรรมการความปลอดภัยสาธารณะเช่นกันซึ่งกรณีไม่มีเหตุฉุกเฉินนี้ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ามีพฤติกรรมการเฝ้าติดตามสามารถยื่นข้อโต้แย้งได้ หากเป็นจริง หรือมีพฤติกรรมดังกล่าวจริงก็ให้ดำเนินการออกคำสั่งห้ามมิให้กระทำการเฝ้าติดตาม ซึ่งมาตรการต่างๆ ในการช่วยเหลือเยียวยาผู้เสียหายตามกฎหมายเกี่ยวกับการเฝ้าติดตามกรณีไม่มีเหตุฉุกเฉินนั้นแตกต่างจากกรณีฉุกเฉินตรงที่หากเป็นกรณีฉุกเฉินคณะกรรมการความปลอดภัยสาธารณะสามารถออกคำสั่งห้ามได้ทันที แล้วจึงให้ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ามีพฤติกรรมการเฝ้าติดตามโต้แย้งแก้ข้อกล่าวหาในภายหลังจากออกคำสั่งห้ามไปแล้ว

#### 1) การให้ความช่วยเหลือแก่เหยื่อ

กฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดให้เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้ ให้เป็นผู้มีอำนาจและมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องออกหนังสือตักเตือนไปยังผู้เฝ้าติดตามและมีหน้าที่รายงานรายละเอียดในการตักเตือนโดยต้องระบุวันเวลาและรายละเอียดของการตักเตือนไปยังผู้ถูกเฝ้าติดตามโดยเร็ว หากผู้เฝ้าติดตามยังมีพฤติกรรมดังกล่าวซ้ำอีก พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ ออกคำสั่งห้ามผู้เฝ้าติดตามทำพฤติกรรมดังกล่าวได้<sup>79</sup>

นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้ยังกำหนดถึงกรณีที่หากผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของพฤติกรรม การเฝ้าติดตาม เป็นสตรี รัฐและองค์กรสาธารณะท้องถิ่นจะต้องดำเนินการให้ความช่วยเหลือ โดยต้องมีศูนย์ปรึกษาสำหรับ

<sup>78</sup> 20 Held, 86 Warned in 1st Month of Anti-stalking Law, JAPAN WEEKLY MONITOR, Jan. 1, 2001, available at 2001 WL 9082104. As of January 1, 2001, of the 103 women and 6 men stalked, the police lent out security buzzers and answering machines in 24 cases, and advised victims on how to block harassing phone calls and e-mails in 19 cases.

<sup>79</sup> Anti-stalking Act of Japan 2000 แก้ไขเพิ่มเติมปี 2016, Article 7

สตรีรวมทั้งสิ่งอำนวยความสะดวกอื่นๆ ที่เหมาะสม การให้ความช่วยเหลือเกี่ยวกับการพักอาศัยในสถานที่ของเอกชน การให้เข้าพักในบ้านเช่าสาธารณะ สำหรับเหยื่อผู้ถูกพฤติกรรมการเฝ้าติดตาม<sup>80</sup>

#### 2) การรักษาความลับของเหยื่อ

กฎหมายฉบับนี้ยังกำหนดห้ามบุคคลที่เกี่ยวข้องในหน้าที่ของตนเกี่ยวกับการคุ้มครอง การสอบสวน การพิจารณาคดี ฯลฯ ของอีกฝ่ายหนึ่งเกี่ยวกับการสะกดรอยตาม เป็นต้น มอบชื่อ ที่อยู่ หรือข้อมูลเกี่ยวกับเหยื่อ ผู้ถูกพฤติกรรมการเฝ้าติดตามให้แก่ผู้หนึ่งผู้ใดโดยรู้ว่ามีความเสี่ยงที่บุคคลดังกล่าวอาจมีพฤติกรรมเป็นผู้เฝ้าติดตาม<sup>81</sup>

โดยจะต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของเหยื่อเป็นหลัก (ensuring the safety of the other party and maintaining confidentiality)<sup>82</sup> โดยรัฐจะต้องจัดให้มีการอบรม เพื่อให้ความเข้าใจในเรื่องของสิทธิมนุษยชนและอาชญากรรมการสะกดรอย<sup>83</sup> ได้แก่ การสะกดรอยตามและลักษณะของการสะกดรอยตาม เป็นต้น รวมถึง รัฐมีหน้าที่ต้องกำหนดมาตรการในรักษาและจัดการข้อมูลส่วนบุคคลให้อยู่ในความปลอดภัย (with regard to the management of personal information)<sup>84</sup>

#### 3) มาตรการอื่นๆ ที่กำหนดตามกฎหมายเกี่ยวกับการเฝ้าติดตามหรือสะกดรอย

กฎหมาย Anti-stalking Act of Japan ปี 2000 กำหนดให้รัฐและองค์กรปกครองท้องถิ่น ดำเนินการศึกษาวิจัยเพื่อปรับปรุงแก้ไขบุคคลผู้มีพฤติกรรมเฝ้าติดตามให้กลับคืนสู่สังคม รวมถึงวิธีการฟื้นฟูสภาพจิตใจและสุขภาพของเหยื่อและรัฐจะต้องมีมาตรการเพื่อป้องกัน พฤติกรรมเฝ้าติดตามเพื่อคุ้มครองเหยื่อจากการที่อาจถูกเฝ้าติดตาม โดยจะต้องศึกษาให้รู้ถึง สภาพ หรือมูลเหตุจูงใจที่แท้จริงของพฤติกรรมเฝ้าติดตามและรายละเอียดอื่นๆ ที่จำเป็น โดยเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องดำเนินการแก้อบรม และพัฒนาคุณภาพของมนุษย์รวมทั้งเผยแพร่ ความรู้เกี่ยวกับพฤติกรรมเฝ้าติดตามผ่านทางกิจกรรมการฝึกอบรม หรือกิจกรรมประชาสัมพันธ์ อีกทั้ง รัฐยังต้องดำเนินการให้ความร่วมมือและช่วยเหลือประสานงานกับกิจกรรมต่างๆ ที่องค์กรเอกชนจัดขึ้น<sup>85</sup> โดยต้องจัดเตรียมโครงสร้างที่จำเป็นในการกำหนดแนวทางในการช่วยเหลือในการสำรวจวิจัยและการฝึกอบรมและให้การสนับสนุนทางการเงินที่จำเป็นเพื่อสนับสนุนการดำเนินกิจกรรมขององค์กรเอกชน (voluntary organizational activities of the private sector)<sup>86</sup>

#### 4) บทกำหนดโทษ (Penalties)

<sup>80</sup> Anti-stalking Act of Japan 2000 แก้ไขเพิ่มเติมปี 2016, Article 9

<sup>81</sup> Anti-stalking Act of Japan 2000 แก้ไขเพิ่มเติมปี 2016, Article 6

<sup>82</sup> Anti-stalking Act of Japan 2000 แก้ไขเพิ่มเติมปี 2016, Article 8 (1)

<sup>83</sup> Anti-stalking Act of Japan 2000 แก้ไขเพิ่มเติมปี 2016, Article 8 (2)

<sup>84</sup> Anti-stalking Act of Japan 2000 แก้ไขเพิ่มเติมปี 2016, Article 8 (3)

<sup>85</sup> Anti-stalking Act of Japan 2000 แก้ไขเพิ่มเติมปี 2016, Article 11

<sup>86</sup> Anti-stalking Act of Japan 2000 แก้ไขเพิ่มเติมปี 2016, Article 12

กฎหมาย Anti-stalking Act of Japan 2000 แก้ไขเพิ่มเติมปี 2016 แก้ไขเพิ่มเติม 2016 ได้กำหนดโทษทางอาญาไว้ดังนี้<sup>87</sup>

- 4.1) ผู้ใดที่สะกดรอยตามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งล้านเยน
- 4.2) บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นผู้สะกดรอยตามโดยฝ่าฝืนคำสั่งห้าม (การยับยั้ง) ฯลฯ จะถูกลงโทษโดยจำคุกโดยทำงานไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองล้านเยน
- 4.3) บุคคลที่ฝ่าฝืนคำสั่งห้าม ฯลฯ ต้องระวางโทษจำคุกพร้อมกับทำงานสาธารณะไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 500,000 เยน

จากบทบัญญัติของกฎหมายต่อต้านพฤติกรรมกรรมาการเฝ้าติดตามของประเทศญี่ปุ่นข้างต้น แม้กฎหมายดังกล่าวจะเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับเกี่ยวกับพฤติกรรมกรรมาการเฝ้าติดตามโดยเฉพาะ แต่หากการกระทำของผู้เฝ้าติดตามมีการกระทำต่อผู้เสียหายที่มีลักษณะเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาก็จะถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญา แต่บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวข้างต้นนั้น เป็นกรณีที่เป็นกรรมาการทำความผิดอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายต่อต้านพฤติกรรมกรรมาการเฝ้าติดตาม ซึ่งสอดคล้องกับที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วนั้นว่า กฎหมายต่อต้านพฤติกรรมกรรมาการเฝ้าติดตามของประเทศญี่ปุ่นตราขึ้นเพื่อต่อต้านพฤติกรรมกรรมาการเฝ้าติดตามและเพื่อป้องกันการเกิดอันตรายต่อร่างกายของปัจเจกชน ความมีอิสระและชื่อเสียง รวมทั้งเพื่อสร้างความสงบสุขและปลอดภัยในการดำรงชีวิตของพลเมือง โดยมีความมุ่งหมายคือป้องกันไม่ให้ผู้ที่ถูกคุกคามจากการเฝ้าติดตามกระทำการบางอย่างเพื่อป้องกันตนเองและเพื่อปกป้องผู้ที่ตกเป็นเหยื่อจากมุมมองของการป้องกันผู้เสียหายที่ถูกคุกคามโดยการเฝ้าติดตามอันเป็นความผิด ซึ่งการตรากฎระเบียบที่จำเป็นเกี่ยวกับพฤติกรรมกรรมาการเฝ้าติดตามไว้โดยเฉพาะจะเป็นการดีกว่าที่จะให้ผู้เสียหายใช้วิธีการตอบโต้โดยตนเอง

ในการทำความเข้าใจกฎหมาย Anti-stalking Act of Japan 2000 แก้ไขเพิ่มเติม ปี 2016 ขอยกตัวอย่างคดีหมายเลขที่ 2018 (A) 1528 ลงวันที่ 30 กรกฎาคม 2020 กฎหมายต่อต้านการสะกดรอยตามบัญญัติให้มีการกระทำของ "การตรวจสอบเป้าหมายคนใกล้บ้าน ที่ทำงาน โรงเรียน หรือที่อื่นใดสถานที่ที่บุคคลเป้าหมายมักจะอยู่ (ที่อยู่อาศัย ฯลฯ)" มุ่งหมายเฉพาะบุคคลที่มีความรู้สึกของความปรารถนา ฯลฯ หรือผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับบุคคลดังกล่าวเฉพาะบุคคลในชีวิตสังคมและตามบทบัญญัติเหล่านี้และโดยอ้างว่าเป็นเหตุให้ต้องพิจารณาว่าการกระทำเพื่อถือเป็น "การตรวจสอบบุคคลเป้าหมายใกล้ที่อยู่อาศัยของเขา หรือเธอ ฯลฯ" จำเป็นต้องกระทำการดังกล่าว ณ จุดใดจุดหนึ่งที่ซึ่งก็คือสถานที่ที่อยู่ใกล้ "ที่อยู่อาศัย ฯลฯ" ของบุคคลเป้าหมาย โดยสังเกตการกระทำของบุคคลเป้าหมาย ณ ที่แห่งนั้นแม้จะใช้เครื่องมือใดๆ ในการกระทำนั้นก็ตาม ให้เป็นไปตามการพิจารณาของศาลชั้นต้นแม้ว่าจำเลยจะตั้งอุปกรณ์ GPS บนรถดังกล่าว ณ บริเวณที่จอดรถซึ่งภรรยาเช่าจอดรถ ที่ที่รถจอด ข้อมูลถูกค้นหาและได้มาไม่ได้ที่อยู่ใกล้ที่จอดรถนั้นช่องว่าง นอกจากนี้ ข้อมูลตำแหน่งของรถที่เคลื่อนที่ห่างจากพื้นที่จอดรถไม่สามารถถือเป็นข้อมูลการกระทำของภรรยาที่อยู่ใกล้ที่จอดรถได้ ดังนั้น ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าการกระทำของผู้ต้องหาไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายที่กล่าวไว้ข้างต้นจึงไม่ถือเป็นการกระทำของ "การเฝ้าติดตามบุคคลเป้าหมายที่อยู่ใกล้เขา หรือเธอที่อยู่อาศัย ฯลฯ"

<sup>87</sup> Anti-stalking Act of Japan 2000 แก้ไขเพิ่มเติมปี 2016, Article 18-20.

ข้อสรุปของศาลในคดีก่อนหน้านี้นี้คือความสมเหตุสมผลและสามารถรักษาหลักการไว้ได้ ศาลจึงเห็นสมควรที่จะเปลี่ยนแปลงการพิจารณาคดีแบบอย่างที่พนักงานอัยการอ้างตามมาตรา 410 วรรค (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและรักษาตัดสินในคราวก่อน ความผิดตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่พนักงานอัยการโต้เถียงในที่สุดไม่สามารถเป็นเหตุได้เพิกถอนคำพิพากษาในคราวก่อน<sup>88</sup>

อย่างไรก็ดี ในการประชุมสมานิติบัญญัติ หรือสภาโตเอ็ต ครั้งที่ 204 ได้มีการเสนอร่างกฎหมายต่อต้านการสะกดรอยตาม โดยเสนอให้เพิ่มเติมมาตรการในการควบคุม 2 ประการต่อไปนี้ในกฎหมาย<sup>89</sup>

1) การได้มาโดยไม่ได้รับอนุญาต ฯลฯ ของข้อมูลตำแหน่งโดยใช้อุปกรณ์ GPS ฯลฯ และ (2) การเฝ้าระวังในบริเวณใกล้เคียงกับสถานที่ที่ฝ่ายถูกสะกดรอยตาม มีอยู่จริง (1) ควบคุมการกระทำของการรับข้อมูลตำแหน่งโดยใช้อุปกรณ์ GPS ฯลฯ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง ตลอดจนการติดตั้งอุปกรณ์ GPS ฯลฯ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่ง

2) เกี่ยวข้องกับวิธีที่พระราชบัญญัติป้องกันการสะกดรอยตามฉบับปัจจุบันควบคุมการเฝ้าระวังในบริเวณใกล้เคียงกับ "ที่อยู่อาศัย สถานที่ทำงาน โรงเรียน หรือสถานที่อื่นๆ ที่อีกฝ่ายอยู่ตามปกติ" (ต่อไปนี้จะเรียกว่า "ที่อยู่อาศัย ฯลฯ" ) (ข้อ 2 วรรค 1 ข้อ 1) ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมยังพยายามกำหนดเป้าหมายกรณีการเฝ้าระวัง ฯลฯ ใกล้สถานที่ที่ไม่ใช่ที่อยู่อาศัย ฯลฯ แต่ที่อีกฝ่ายหนึ่งมีอยู่จริงตามข้อมูลที่ได้มาโดยวิธีการเช่นอุปกรณ์ GPS, SNS หรืออินเทอร์เน็ต

ทั้งนี้ การเสนอร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวสืบเนื่องจากศาลฎีกาของญี่ปุ่นมีคำวินิจฉัยในคดีที่จำเลยแอบติดอุปกรณ์ GPS เข้ากับรถที่ภรรยาของเขาใช้ ซึ่งตอนนั้นเขาแยกกันอยู่ หลังจากนั้นเขาได้ค้นหาข้อมูลตำแหน่งของรถหลายครั้ง (จำนวน 181 ครั้งในเวลาประมาณ 20 วัน) อีกคดีหนึ่ง จำเลยแอบติดอุปกรณ์ GPS กับรถที่แฟนเก่าของเขาใช้ จากนั้นจึงค้นหาข้อมูลตำแหน่งของรถหลายครั้ง (มากกว่า 600 ครั้งในเวลาประมาณ 10 เดือน) การกระทำเหล่านี้ถูกฟ้องในฐานะความผิด "การเฝ้าระวังในบริเวณใกล้เคียงที่อยู่อาศัย ฯลฯ" ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 วรรค 1 ข้อ 1 ของกฎหมายต่อต้านการสะกดรอยตามฯ ทั้งสองคดีถือเป็น "การเฝ้าระวัง" ทั้งนี้ศาลฎีกาได้คำพิพากษาในสองคดีดังกล่าวว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็น "การเฝ้าระวังในบริเวณใกล้เคียงที่อยู่อาศัย ฯลฯ" ดังนี้ "มาตรา 2 วรรค 1 ข้อ 1 แห่งกฎหมายต่อต้านการสะกดรอยตามฯ กฎหมายฉบับนี้กำหนดการเฝ้าระวังในบริเวณใกล้เคียงที่อยู่อาศัย สถานที่ทำงาน โรงเรียน หรือสถานที่อื่นๆ ที่อีกฝ่ายอยู่โดยปกติ" ต่อบุคคลที่ผู้กระทำความผิดมีความรู้สึกรัก ฯลฯ หรือผู้ที่กระทำความผิด ในความสัมพันธ์ทางสังคมที่ใกล้ชิด เมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เพื่อเป็นการ เฝ้าระวังในบริเวณใกล้เคียงที่อยู่อาศัย ฯลฯ แม้ในกรณีของการใช้อุปกรณ์ติดตาม ฯลฯ ก็ตาม มีเหตุผลที่จะกำหนดให้การกระทำ

<sup>88</sup> 'คำพิพากษาศาลสูงสุดหมายเลขที่ 2018 (A) 1528' (30 กรกฎาคม 2020)

<[https://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=1777](https://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1777)> สืบค้นเมื่อ 16 กุมภาพันธ์ 2566.

<sup>89</sup> Naoya Takahashi, 'Amendment of the Anti-Stalking Act-Between the Perspectives of Interpretation and Legislation' <[https://yab.yomiuri.co.jp/adv/chuo/dy/research/20210531\\_en.php](https://yab.yomiuri.co.jp/adv/chuo/dy/research/20210531_en.php)>. สืบค้นเมื่อ 2 ธันวาคม 2566.



ประกอบด้วย การสังเกตุการณ์เคลื่อนไหวของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ ฯลฯ ที่ระบุไว้ข้างต้นในตำแหน่งที่แน่นอนซึ่งอยู่ในบริเวณใกล้เคียงที่อยู่อาศัย ฯลฯ ที่อาศัยอยู่โดยบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ฯลฯ

### 3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกามีระบบการปกครองแบบสหพันธรัฐ (Federal State) คือการปกครองส่วนกลาง (Federal Government) , การปกครองในมลรัฐ (State Government) และการปกครองท้องถิ่น (Local Government) โดยมีรัฐบาลกลางหรือรัฐบาลสหพันธ์ทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางการปกครองทั่วประเทศ คือเป็นหน่วยการปกครองสูงสุดและมีรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ มีฝ่ายบริหารซึ่งมีประธานาธิบดีเป็นผู้นำ มีรัฐสภา (Congress) ประกอบด้วยสองสภาได้แก่ สภาสูงหรือวุฒิสภา (House of Senate)<sup>90</sup> ส่วนการปกครองในระดับมลรัฐ (State Government) แต่ละมลรัฐจะมีรัฐธรรมนูญเป็นของตนเองเพื่อกำหนดรูปแบบการปกครองหรือความสัมพันธ์ของอำนาจต่างๆ การปกครองในมลรัฐจะแยกอำนาจในการปกครองออกเป็น 3 ฝ่ายเช่นเดียวกับรัฐบาลกลาง หรือฝ่ายบริหารมีผู้ว่าการมลรัฐ (Governor) ซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนเป็นหัวหน้าสูงสุด ฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐซึ่งมาจากการเลือกตั้งของประชาชนเช่นกันทำหน้าที่ในการออกกฎหมายต่างๆ และฝ่ายตุลาการประกอบด้วยผู้พิพากษาที่มาจากจากการเลือกตั้งของประชาชน ทำหน้าที่ในการตัดสินคดีต่างๆ ที่เกิดขึ้นภายในมลรัฐ<sup>91</sup>

ทั้งนี้ ผู้เขียนจะเลือกศึกษากฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นหลัก เนื่องจากเป็น มลรัฐแรกที่มีการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับพฤติกรรมที่เป็นการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์โดยได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ในประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย

#### 3.2.1 ความผิดเกี่ยวกับการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์โดยมีเจตนาสร้างความรำคาญ (electronic communication with intent to annoy)

ประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย มาตรา 653 M บัญญัติว่า

(a) บุคคลใดมีเจตนาที่จะรบกวนโดยใช้โทรศัพท์หรือติดต่อโดยใช้อุปกรณ์สื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ไปยังบุคคลอื่นด้วยภาษาที่มีลักษณะลามกอนาจาร หรือกล่าวถึงบุคคลอื่นใดโดยการข่มขู่ว่าจะใช้ ภัยคุกคามใด ๆ ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลที่กล่าวถึงหรือสมาชิกในครอบครัวของผู้ถูกข่มขู่ ถือเป็นความผิดทางอาญา หากปรากฏว่าการโทรไปหรือการติดต่อทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ทำโดยสุจริตจะไม่นำเอาบทบัญญัติอนุมาตรานี้ไปใช้บังคับกับการกระทำดังกล่าว

(b) บุคคลใดก็ตามมีเจตนาก่อความรำคาญหรือคุกคาม โดยการโทรซ้ำๆ หรือติดต่อซ้ำๆ ด้วยอุปกรณ์สื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ หรือโทรหรือติดต่อรวมกันใดๆ แก่บุคคลอื่นมีความผิดลหุโทษ หากปรากฏว่าการโทรศัพท์หรือการติดต่อทางอิเล็กทรอนิกส์ในระหว่างวิถีปกติและขอบเขตของธุรกิจที่ทำโดยสุจริตจะไม่นำเอาบทบัญญัติอนุมาตรานี้ไปใช้บังคับกับการกระทำดังกล่าว

<sup>90</sup> Lorch , Robert S, *State & Local Politics. Fourth Edition* (New Jersey : Englewood 1992) 231.

<sup>91</sup> เฟ็งอ้าง, 232.

ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย มาตรา 653 M (g) สำหรับวัตถุประสงค์ของส่วนนี้ คำว่า "อุปกรณ์สื่อสารอิเล็กทรอนิกส์" รวมถึงแต่ไม่จำกัดเพียง โทรศัพท์ โทรศัพท์มือถือ คอมพิวเตอร์ เครื่องบันทึกวิดีโอ เครื่องโทรสาร เเพจเจอร์ อุปกรณ์ดิจิทัลส่วนบุคคล สมาร์ทโฟน และอุปกรณ์อื่นใดที่ถ่ายโอนสัญญาณ สัญญาณ ตัวเขียน รูปภาพ เสียง หรือข้อมูล

"อุปกรณ์สื่อสารอิเล็กทรอนิกส์" (Electronic communication device) ยังรวมถึงแต่ไม่จำกัดเพียง วิดีโอโฟน อุปกรณ์ TTY/TDD และอุปกรณ์อื่นๆ ทั้งหมดที่ใช้เพื่อช่วยเหลือหรือช่วยเหลือในการสื่อสารไปยังหรือจากคนหูหนวกหรือพิการ

ทั้งนี้ "การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์" (electronic communication) มีความหมายเดียวกับคำที่กำหนดไว้ใน U.S.C. มาตรา 2510 (12) บัญญัติว่า "การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์" หมายถึง การส่งสัญญาณ การสื่อในรูปแบบตัวหนังสือ รูปภาพ เสียง ข้อมูล หรือข่าวกรองในลักษณะใด ๆ ที่ส่งทั้งหมดหรือบางส่วนโดยระบบสาย วิทยุ แม่เหล็กไฟฟ้า อิเล็กทรอนิกส์ภาพถ่าย หรือระบบการมองเห็นด้วยแสง ซึ่งมีผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐหรือต่างประเทศ

3.2.2 ความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพถ่ายที่ได้สื่อให้เห็นเกี่ยวกับทางเพศ หรือวิดีโอของคนอื่นที่ได้มาโดยไม่มีความยินยอมจากเหยื่อ (Cyber Exploitation or Revenge Porn)

บุคคลอาจถูกตั้งข้อหาคุกคาม (disorderly conduct) หากเข้าไปก้าวกายความ เป็นส่วนตัวของบุคคลอื่นโดยจงใจเผยแพร่ภาพส่วนของร่างกายที่ใกล้ชิดหรือบางส่วนของบุคคลอื่นที่สามารถระบุตัวตนของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม

ตามประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย มาตรา 647(j)(4) ได้บัญญัติว่า

“บุคคลใดก็ตามที่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้ มีความผิดฐานคุกคาม เป็นความผิดลหุโทษ ...

(4) (A) บุคคลใดก็ตามที่จงใจเผยแพร่ภาพส่วนของร่างกายที่ใกล้ชิดหรือบางส่วนของบุคคลอื่นที่สามารถระบุตัวตนได้ หรือภาพของบุคคลที่แสดงให้เห็นว่ามีส่วนร่วมในการมีเพศสัมพันธ์ (sexual intercourse) การร่วมรักร่วมเพศ(sodomy) การมีเพศสัมพันธ์ทางปาก(oral copulation) การใช้อวัยวะเพศสัมผัสกับอวัยวะเพศของอีกฝ่ายหนึ่งโดยยังไม่มีกรล้วงล้ำหรือสอดใส่ (sexual penetration)หรือ ภาพการช่วยตัวเอง (image of masturbation)โดยบุคคลที่ปรากฏหรือที่บุคคลในภาพมีส่วนร่วม ภายใต้สถานการณ์ที่บุคคลเห็นด้วยหรือเข้าใจว่าภาพนั้นยังคงเป็นส่วนตัว บุคคลที่เผยแพร่ภาพหรือควรรู้ว่าการเผยแพร่ภาพจะทำให้เกิดความทุกข์ทางอารมณ์อย่างรุนแรง (serious emotional distress)และบุคคลในภาพก็ได้รับความทุกข์ทรมานนั้น

(B) บุคคลที่จงใจเผยแพร่ภาพที่อธิบายไว้ในอนุมาตรา (A) เมื่อเขาหรือเธอแจกจ่ายภาพนั้นเป็นการส่วนตัว หรือจัดเตรียม ร้องขอเป็นพิเศษ หรือจงใจทำให้บุคคลอื่นแจกจ่ายภาพนั้น

(C) ตามที่ใช้ในย่อหน้านี้ “ส่วนของร่างกายที่ใกล้ชิด” หมายถึงส่วนใดๆ ของอวัยวะเพศ ทวารหนัก และในกรณีของผู้หญิง ให้หมายความรวมถึงส่วนใดๆ ของหน้าอกที่อยู่ด้านล่างบนของหัวนมที่ไม่ได้ปิดบังหรือ มองเห็นได้ชัดเจนผ่านเสื้อผ้า

(D) การเผยแพร่ภาพที่อธิบายไว้ในอนุมาตรา (A) จะไม่ถือเป็นการละเมิดวรรคนี้ หากเป็นไปตามข้อใดข้อหนึ่งต่อไปนี้

- (i) การแจกจ่ายเกิดขึ้นในระหว่างการรายงานกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย
- (ii) การแจกจ่ายเป็นไปตามหมายเรียกหรือคำสั่งศาลอื่น ๆ เพื่อใช้ในการดำเนินคดีทางกฎหมาย
- (iii) การแจกจ่ายเกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินคดีสาธารณะที่ชอบด้วยกฎหมาย

### 3.2.3 ความผิดเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางไซเบอร์ (cyber harassment)

ตามประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย มาตรา 653.2 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางไซเบอร์ (cyber harassment) หมายถึงการโพสต์ข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลทางออนไลน์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้น โดยมีเจตนาที่จะทำให้ผู้ถูกกล่าวหาตกเป็นเหยื่อเกิดความกลัวต่อความปลอดภัยหรือความปลอดภัยของบุคคลในครอบครัวใกล้เคียง

มาตรา 653.2 มีสาระสำคัญดังนี้

(a) บุคคลใดมีเจตนาที่จะให้บุคคลนั้นตกอยู่ในความกลัวตามสมควรเพื่อความปลอดภัยของเขาหรือเธอ หรือความปลอดภัยของบุคคลในครอบครัวที่ใกล้ชิดโดยใช้อุปกรณ์สื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ และโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมจากบุคคลอื่น และสำหรับวัตถุประสงค์ในการทำให้บุคคลอื่นสัมผัสทางกายภาพ การบาดเจ็บหรือการคุกคามอย่างทันทีทันใด (the purpose of imminently causing that other person unwanted physical contact, injury, or harassment) หรือโดยให้บุคคลที่สาม เผยแพร่ทางอิเล็กทรอนิกส์ เผยแพร่อีเมล ไฮเปอร์ลิงก์ หรือเปิดให้ดาวน์โหลด ข้อมูลระบุตัวตนส่วนบุคคล รวมถึงแต่ไม่จำกัดเพียงภาพดิจิทัลของบุคคลอื่น หรือข้อความอิเล็กทรอนิกส์ที่มีลักษณะเป็นการคุกคามเกี่ยวกับบุคคลอื่น ซึ่งอาจมีแนวโน้มที่จะขู่ข่มหรือก่อให้เกิดการกระทำที่ผิดกฎหมาย มีความผิดโทษซึ่งมีโทษจำคุกสูงสุดหนึ่งปีในคุกของเทศมณฑล โดยปรับ ไม่เกินหนึ่งพันดอลลาร์ (\$1,000) หรือทั้งจำคุกและปรับ

(b) สำหรับวัตถุประสงค์ของมาตรานี้ “อุปกรณ์สื่อสารอิเล็กทรอนิกส์” รวมถึงแต่ไม่จำกัดเฉพาะ โทรศัพท์ โทรศัพท์มือถือ คอมพิวเตอร์ เว็บเพจหรือเว็บไซต์อินเทอร์เน็ต โทรศัพท์อินเทอร์เน็ต อุปกรณ์เซลล์ลาร์/อินเทอร์เน็ต/ไร้สายแบบไฮบริด เครื่องคอมพิวเตอร์ขนาดพกพา (PDA) เครื่องบันทึกวิดีโอ เครื่องแฟกซ์ หรือเพจเจอร์ ส่วน “การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์” มีความหมายเดียวกับคำที่กำหนดไว้ในมาตรา 2510 (12) ประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา

นอกจากนี้ ยังได้กำหนดความหมายของคำต่อไปนี้

(1) “การคุกคาม” (Harassment) หมายถึง การกระทำที่มีเจตนาที่มุ่งประสงค์ไปที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ ซึ่งวิญญูชนจะถือว่าเป็นเรื่องที่วิตกกังวลอย่างยิ่ง ก่อให้เกิดความรำคาญอย่างยิ่ง ทรมาณอย่างสาหัส หรือการคุกคามบุคคลนั้นอย่างร้ายแรง ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) “ที่มีลักษณะเป็นการคุกคาม” (Of a harassing nature) หมายถึง ลักษณะที่บุคคลที่มีเหตุผลที่จะพิจารณาได้ว่าเป็นการตีตราหนกอย่างร้ายแรง นำรำคาญอย่างยิ่ง ทรมาณอย่างร้ายแรง หรือทำให้บุคคลนั้นหวาดกลัวอย่างร้ายแรง อันมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

### 3.2.4 ความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางไซเบอร์โดยการสะกดรอย (cyber stalking)

กฎหมายการสะกดรอยตามทางอินเทอร์เน็ตของมลรัฐแคลิฟอร์เนียกำหนดให้การสะกดรอยตามบุคคลอื่นโดยใช้ "อุปกรณ์สื่อสารอิเล็กทรอนิกส์" ถือเป็นอาชญากรรม โยการสะกดรอยตามถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา 646.9 PC ว่าเป็นการคุกคามหรือข่มขู่บุคคลอื่นจนถึงจุดที่บุคคลนั้นกลัวความปลอดภัยของเขาหรือเธอหรือความปลอดภัยของครอบครัวของเขาหรือเธอ

ทั้งนี้ อุปกรณ์สื่อสารอิเล็กทรอนิกส์สามารถรวมถึงสื่อต่อไปนี้

- 1) อินเทอร์เน็ต,
- 2) อีเมล
- 3) ข้อความ
- 4) โทรศัพท์ (ทั้งมือถือหรือโทรศัพท์บ้าน)
- 5) เครื่องแฟกซ์
- 6) ข้อความวิดีโอหรือ
- 7) อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ

เหตุการณ์ที่นำไปสู่การตรากฎหมายต่อต้านการสะกดรอย หรือเฝ้าติดตามเกิดขึ้นในปี 1989 เมื่อแฟนคลับที่หมกมุ่นของนักแสดงหญิง Rebecca Schaeffer ซึ่งเฝ้าติดตามสะกดรอยดาราดูนี้มานานกว่า 2 ปี ต่อมาบุคคลดังกล่าวได้ยิงดาราคงดังกล่าวถึงแก่ความตายที่ประตูหน้าอพาร์ท เมนต์ของเธอในนครลอสแอนเจลิส หลังจากนั้นไม่นาน ได้เกิดเหตุการณ์ที่ไม่เกี่ยวข้องกันกับการยิงดาราดู โดยได้มีการสังหารผู้หญิงห้าคนในออเรนจ์เคาน์ตี แคลิฟอร์เนียด้วยน้ำมือของคู่รักที่สนิทสนม การสังหารทั้งหมดมีคุณลักษณะร่วมกันสองประการ กล่าวคือ นักฆ่าได้สะกดรอยตามเหยื่อของตนอย่างไม่หยุดหย่อนและระบบยุติธรรมไม่สามารถเข้าไปแทรกแซงการสะกดรอยของผู้กระทำความผิดได้<sup>92</sup>

ต่อมามลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ตระหนักถึงความไม่เพียงพอของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันในการจัดการปัญหาอาชญากรรมดังกล่าว รัฐสภามลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ตอบสนองต่ออาชญากรรมที่เกิดขึ้น ในปี 1990 โดยการตรากฎหมายต่อต้านการสะกดรอย หรือเฝ้าตาม (stalking law) เป็นฉบับแรกของประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้การติดตาม หรือสะกดรอยบุคคลอื่นซ้ำซากเป็นความผิดทางอาญา เป็นผลให้มลรัฐแคลิฟอร์เนียบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวอย่างจริงจัง นอกจากนี้แล้ว ในสามสิบรัฐได้มีการติดตามการเคลื่อนไหวของมลรัฐแคลิฟอร์เนียและได้มีการตรากฎหมายต่อต้านการสะกดรอยตามเช่นเดียวกัน ในขณะที่เกิดเหตุการณ์ฆาตกรรมผู้หญิงอย่างโหดเหี้ยมอย่างน้อยหนึ่งคนในแต่ละรัฐมักจะกระตุ้นให้มีการบังคับใช้กฎหมายเหล่านี้ อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายต่อต้านการสะกดรอย หรือเฝ้าตาม (stalking law) ของแต่ละรัฐ หากพิจารณาในภาพรวมจะเห็นได้ว่ามีกฎเกณฑ์หลายประการเหมือนกันกับกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย แต่ที่มีกฎเกณฑ์บางประการซึ่งมีความแตกต่างกันในเรื่องด้านขอบเขตและภาษา โดยกฎหมายของบางรัฐมุ่งเป้าไปที่

<sup>92</sup> Christine B. Gregson, 'California's Antistalking Statute: The Pivotal Role of Intent' (1998)

การล่วงละเมิดโดยการสะกดรอยซ้ำแล้วซ้ำเล่า ในขณะที่บางรัฐส่วนอื่นๆ มุ่งเป้าไปที่การสะกดรอยตามตัวอักษรเท่านั้น

ในประมวลกฎหมายอาญา (Criminal Code) มาตรา 646.9 แก้ไขเพิ่มเติม ปี 2007 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม 2008 ทั้งนี้ กฎหมายต่อต้านการสะกดรอยทำให้การปฏิบัติติดตาม หรือคุกคามและข่มขู่บุคคลอื่นผิดกฎหมาย โดยการข่มขู่ของผู้ต้องหาจะต้องทำให้ผู้เสียหายต้องเกิดความกลัวอย่างมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะไม่ได้รับความปลอดภัย

ทั้งนี้ ความผิดฐานสะกดรอย หรือเฝ้าตามถือเป็นความอาญาระดับร้ายแรง (Felony) ประเภท D หากจำเลยถูกตัดสินว่ามีความผิดตามรูปแบบการสะกดรอยตามทางอาญาจะต้องเผชิญกับโทษจำคุกสูงสุดสามปี หรือปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐฯ หรือทั้งจำทั้งปรับ อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานสะกดรอยตามมีโทษภายใต้ระบบการลงโทษ 3 ชั้น (Three Strikes) ของรัฐแคลิฟอร์เนีย หากมีการกระทำความสะกดรอยเป็นจำนวนสามครั้งซึ่งจะถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดติดนิสัยจะส่งผลให้ต้องจำคุกในทัณฑสถานของรัฐ (State prison) อย่างน้อยยี่สิบห้าปี

โดยกฎหมายต่อต้านการสะกดรอยของมลรัฐแคลิฟอร์เนียมีสาระสำคัญดังนี้

มาตรา 646.9 บัญญัติว่า

(a) บุคคลใดที่จงใจ มุ่งร้ายและติดตามซ้ำๆ หรือโดยจงใจและมุ่งร้ายบุคคลอื่น และทำการคุกคามอันเป็นน่าเชื่อได้ว่าโดยมีเจตนาที่จะให้บุคคลนั้นตกอยู่ในความกลัวตามสมควรเพื่อความปลอดภัยของเขา หรือเธอ หรือความปลอดภัยของบุคคลในครอบครัวที่ใกล้ชิดมีความผิดฐานสะกดรอยตาม ต้องระวางโทษจำคุกในเรือนจำเขต (County jail) ไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันเหรียญ (1,000 เหรียญสหรัฐฯ) หรือต้องระวางปรับและจำคุก หรือจำคุกในเรือนจำของรัฐ (State prison)

การกระทำที่ถือว่าเป็นการคุกคามเหยื่อ เช่น โทรหาเพื่อนร่วมงานทุกคืน โดยไม่ได้รับคำเชิญให้ทำเช่นนั้นและบอกเธอว่า "ในที่สุดเราจะได้อยู่ด้วยกัน ไม่ว่าจะชอบหรือไม่ก็ตาม"

- ส่งดอกไม้ที่เหี่ยวแล้วให้เพื่อนเก่าทุกวันอังคารพร้อมข้อความว่า "คุณคือคนต่อไป"

- ส่งจดหมายให้เพื่อนบ้านทุกวันๆ ว่า "รู้รึ๊ว หรืออย่างอื่น"

ทั้งนี้ คำว่า "อย่างจงใจ" "มุ่งร้าย" และ "ซ้ำแล้วซ้ำเล่า" (willfully, maliciously, and repeatedly) สำหรับจุดประสงค์ของมาตรานี้ เป็นการชี้ให้เห็นถึงกระทำการโดย จงใจเมื่อเขาทำด้วยความตั้งใจ หรือโดยเจตนา หากบุคคลกระทำการอย่างมุ่งร้ายเมื่อเขาจงใจกระทำความผิด หรือเมื่อเขากระทำโดยมีเจตนาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อรบกวน กวนใจ หรือทำร้ายผู้อื่น

คำว่า "ซ้ำๆ" หมายถึง มากกว่าหนึ่งครั้ง

สำหรับ การรังควาน หรือรบกวน (Harassment) ซึ่งคือ การรบกวน หรือทำให้รำคาญ หรือทำให้เดือดร้อนด้วยการกดดัน หรือการข่มขู่ หรือการใช้กำลังข่มขู่ ได้แก่

- ทำให้รำคาญ (annoys)

- ทำให้กลัว (alarm)

- ทำการรบกวน หรือทรมานต่อจิตใจ (torments)
- ทำให้ตกใจกลัว, ทำให้สยองขวัญ, คุกคาม, ข่มขวัญ (terrorize)

พฤติกรรมกระทำความผิด หรือฝ่าฝืนจะต้องไม่มีจุดประสงค์ที่ถูกต้องตามกฎหมาย (no legitimate purpose)

เป็นที่น่าสังเกตว่า “พฤติกรรม” หมายถึง การกระทำสองอย่าง หรือมากกว่าที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาหนึ่ง ไม่ว่าจะสั้นเพียงใด ซึ่งแสดงให้เห็นถึงจุดประสงค์ที่ต่อเนื่องกัน<sup>93</sup>

คำว่า “ภัยคุกคามที่น่าเชื่อถือ” (Credible threat)

ภายใต้บทบัญญัติดังกล่าว “ภัยคุกคามที่น่าเชื่อถือ” คือ ภัยที่มีลักษณะทำให้เป้าหมายของการคุกคามกลัวตามสมควรเพื่อความปลอดภัยของเขา หรือเธอ (หรือเพื่อความปลอดภัยของครอบครัวที่ใกล้ชิดของเขา หรือเธอ) และเป็นภัยที่ผู้สะกดรอยสามารถกระทำได้ ซึ่งทำด้วยใช้วาจา ลายลักษณ์อักษร หรือทางอิเล็กทรอนิกส์ (orally, in writing, or electronically)

นอกจากนี้ยังอาจบอกเป็นนัยด้วยรูปแบบของความประพฤติ หรือการรวมกันของข้อความและความประพฤติ

คำว่า “ความกลัวที่สมเหตุสมผล” ในประเด็นว่าจำเลยตั้งใจให้ “ผู้เสียหาย” มีความกลัวตามสมควรหรือไม่ ศาลจะตัดสินปัญหาด้วยการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ของคดี ดังเช่นในคดี *People v. Falck* (1997)<sup>94</sup> ซึ่งจำเลยในคดีเป็นชายอายุราว 35-36 ปี มีความรู้สึกชอบหญิงบริการในร้านแสมเบอร์เกอร์อายุ 19 ปี ได้ส่งกุหลาบสีดำ 12 ดอกไปให้เหยื่อและอีก 2-3 วันต่อมาจำเลยได้ส่งจดหมายไปให้เหยื่อ 2-3 ฉบับต่อวัน ผู้จัดการร้านได้เตือนจำเลยไม่ให้มาที่ร้านอีก ถ้ามาจะแจ้งตำรวจจับ อย่างไรก็ตามจำเลยก็ได้มาที่ร้านอีก จนกระทั่งตำรวจได้จับและศาลมีคำสั่งคุมประพฤติ 6 เดือนและให้อยู่ห่างจากเหยื่อด้วย

ทั้งนี้ ต้องเป็นภัยคุกคามที่แท้จริงไม่รวมถึงข้อความที่เกี่ยวกับการเมืองที่เกินจริง (political statements that exaggerate) สำนวนล้อเล่น (joking expressions) หรือการพูดแสดงความคิดเห็นที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ (constitutionally protected speech)

(b) บุคคลใดก็ตามที่ฝ่าฝืนอนุมาตรา (a) เมื่อมีคำสั่งห้ามชั่วคราว คำสั่งห้ามของศาล หรือคำสั่งศาลอื่นใดที่มีผลเป็นบังคับห้ามกระทำตามที่อธิบายไว้ในอนุมาตรา (a) จะถูกลงโทษโดยการจำคุกในเรือนจำรัฐเป็นระยะเวลาสอง สาม หรือสี่ปี<sup>95</sup>

<sup>93</sup> *People v. Norman* (1999) 75 Cal.App.4th 1234.

<sup>94</sup> 52 Cal.App.4th 287.

<sup>95</sup> (b) Any person who violates subdivision (a) when there is a temporary restraining order, injunction, or any other court order in effect prohibiting the behavior described in subdivision (a) against the same party, shall be punished by imprisonment in the state prison for two, three, or four years.

(c) (1) ผู้ใดที่หลังจากถูกศาลพิพากษาว่ามีความผิดทางอาญาตามมาตรา 273.5, 273.6 หรือ 422 แล้วได้กระทำการละเมิดอนุมาตรา (a) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันดอลลาร์ (\$ 1,000) หรือทั้งปรับและจำคุก หรือโดยการจำคุกในเรือนจำของรัฐเป็นเวลาสอง สาม หรือห้าปี<sup>96</sup>

(2) บุคคลซึ่งภายหลังถูกพิพากษาว่ามีความผิดทางอาญาร้ายแรงตามอนุมาตรา (a) นี้แล้ว ได้กระทำการฝ่าฝืนมาตรานี้ต้องระวางโทษจำคุกในรัฐจำคุกสอง สาม หรือห้าปี

(d) นอกเหนือจากบทลงโทษที่กำหนดไว้ในส่วนนี้ ศาลพิจารณาคดีพิพากษาอาจสั่งให้บุคคลที่ถูกตัดสินว่ามีความผิดทางอาญาตามมาตราที่ลงโทษเป็นเป็นผู้กระทำความผิดทางเพศตามมาตรา 290.006

(e) เพื่อวัตถุประสงค์ของมาตรานี้ “การล่วงละเมิด” หมายถึง มีพฤติกรรมที่ล่วงรู้และจงใจมุ่งไปที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะซึ่งผู้กระทำผิดได้แจ้งเตือน สร้างความรำคาญ ทรมาน หรือข่มขู่บุคคลอย่างร้ายแรงและไม่มีจุดประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย

(f) สำหรับวัตถุประสงค์ของมาตรานี้ “พฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการสอดส่อง” หมายถึง การกระทำสองอย่าง หรือมากกว่าที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาหนึ่ง ไม่ว่าจะสั้นเพียงใด ซึ่งพิสูจน์ให้เห็นถึงความต่อเนื่องของวัตถุประสงค์ กิจกรรมที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญไม่รวมอยู่ในความหมายของ “พฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการสอดส่อง”

(g) เพื่อวัตถุประสงค์ของมาตรานี้ “การคุกคามที่น่าเชื่อถือ” หมายถึง การคุกคามทางวาจา หรือลายลักษณ์อักษร รวมถึงการกระทำผ่านการใช้อุปกรณ์สื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ หรือการคุกคามโดยนัยโดยรูปแบบความประพฤติ หรือการรวมกันของทางวาจา เป็นลายลักษณ์อักษร หรือข้อความและการปฏิบัติทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บุคคลที่เป็นเป้าหมายของการคุกคามอยู่ในความกลัวตามสมควรเพื่อความปลอดภัยของเขา หรือเธอ หรือความปลอดภัยของครอบครัวของเขา หรือของเธอและได้ก่อให้เกิดขึ้นด้วยการกระทำที่ชัดเจนถึงการคุกคามดังกล่าว เพื่อให้ผู้ที่ตกเป็นเป้าหมายคุกคามเกิดความกลัวตามสมควรเพื่อความปลอดภัยของตน หรือความปลอดภัยของครอบครัวของเขา หรือเธอ โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าจำเลยมีเจตนาที่จะดำเนินการคุกคามจริง (the intent to actually carry out the threat) กิจกรรมที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญไม่รวมอยู่ในความหมายของ “ภัยคุกคามที่น่าเชื่อถือ”

(h) เพื่อวัตถุประสงค์ของมาตรานี้ คำว่า “อุปกรณ์สื่อสารอิเล็กทรอนิกส์” รวมถึงแต่ไม่จำกัดเพียง โทรศัพท์ โทรศัพท์มือถือ คอมพิวเตอร์ เครื่องบันทึกวิดีโอ เครื่องแฟกซ์ หรือวิทยุติดตัว “การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์” มีความหมายเดียวกับคำที่กำหนดไว้ในอนุมาตรา 12 ของมาตรา 2510 ของหัวข้อ 18 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา

(i) มาตรานี้ไม่ใช้บังคับกับพฤติกรรมที่เกิดขึ้นระหว่างการชุมนุมประท้วงแรงงาน (labor picketing)

<sup>96</sup> c) (1) Every person who, after having been convicted of a felony under Section 273.5, 273.6, or 422, commits a violation of subdivision (a) shall be punished by imprisonment in a county jail for not more than one year, or by a fine of not more than one thousand dollars (\$1, 000), or by both that fine and imprisonment, or by imprisonment in the state prison for two, three, or five years.

(j) หากได้รับการคุมประพฤติ หรือการบังคับโทษจำคุก สำหรับผู้ถูกตัดสินว่ามีความผิดตามมาตรา นี้ จะเป็นเงื่อนไขของการคุมประพฤติที่บุคคลนั้นมีส่วนร่วมในการให้คำปรึกษาตามที่ศาลกำหนด อย่างไรก็ตาม ศาลเมื่อเห็นว่าจำเลยประพฤติตัวดีขึ้นแล้ว อาจมีคำสั่งให้ไม่ต้องรับคำปรึกษาตามกำหนด

(k) (1) ศาลพิจารณาพิพากษาจะพิจารณาออกคำสั่งห้ามจำเลยไม่ให้ติดต่อกับเหยื่อซึ่งอาจมี กำหนดระยะเวลาถึง 10 ปีตามที่ศาลกำหนด เป็นเจตนารมณ์ของสมานิติบัญญัติว่าระยะเวลาของคำสั่งห้าม ใดๆ ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของข้อเท็จจริงที่ปรากฏต่อหน้าศาล ความน่าจะเป็นของการละเมิดในอนาคตและความปลอดภัยของผู้เสียหายและครอบครัวที่ใกล้ชิดของเขา หรือเธอ

(2) ศาลอาจออกคำสั่งคุ้มครองนี้ไม่ว่าจำเลยจะถูกตัดสินจำคุกในเรือนจำของรัฐ เรือนจำในมลฑล หรือหากโทษจำคุกถูกระงับและจำเลยถูกคุมประพฤติ

(l) สำหรับวัตถุประสงค์ของมาตรานี้ “บุคคลในครอบครัวที่ใกล้ชิด” หมายถึง คู่ สมรส ผู้ปกครอง บุตร บุคคลใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับเครือญาติ หรือเครือญาติในระดับที่สอง หรือบุคคลอื่นใดที่อาศัยอยู่ในครัวเรือน เป็นประจำ หรือผู้ที่อยู่ภายในครอบครัวก่อนหกเดือนอาศัยอยู่ในบ้านเป็นประจำ

(m) ศาลจะพิจารณาว่าจำเลยจะได้รับประโยชน์จากการรักษาตามมาตรา 2684 หรือไม่ ถ้าเห็นว่า เหมาะสม ศาลจะแนะนำให้กรมราชทัณฑ์ทำการรับรองตามมาตรา 2684 เมื่อได้รับการรับรอง จำเลยจะต้อง ได้รับการประเมินและย้ายไปยังโรงพยาบาลที่เหมาะสมเพื่อรับการรักษา (appropriate hospital for treatment) ตามมาตรา 2684

ในคดี Halgren<sup>97</sup> ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในวันที่ 28 ตุลาคม 1994 Halgren จำเลยในคดีนี้ได้ โทรศัพท์ไปหา Gonzales ณ สำนักงานของเธอในแต่ละวันเป็นจำนวน 25 ถึง 30 ครั้งรวมทั้งการไปเฝ้าหน้า อาคารสำนักงานของเธอเป็นประจำ มีอยู่ครั้งหนึ่งเมื่อ Gonzales สวมชุดสีดำไปทำงาน Halgren โทรมาบอก เธอว่าเธอคูตีในชุดดำ สุดท้ายในวันที่ 8 เดือนพฤศจิกายน 1994 เพื่อนร่วมงานของ Gonzales สังเกตเห็น Halgren อยู่ข้างนอกสำนักงานและจึงแจ้งตำรวจ เมื่อเขาโทรไปที่สำนักงานของเธอ Gonzales ก็ให้คุยถ่วง เวลาให้ Halgren อยู่ในสาย ปรากฏว่าตำรวจได้ตามรอยโทรศัพท์ไปที่ตู้โทรศัพท์และจับกุม Halgren ขณะที่ เขาใช้โทรศัพท์ เมื่อตำรวจได้จับกุมเขา Halgren บอกตำรวจว่า “ฉันไม่ใช่สตอล์กเกอร์หรืออะไรทั้งนั้น” จาก การค้นตัวตำรวจพบมีดสองเล่มของหญิงขนาดเล็ก นอกจากนี้ ตำรวจยังพบมีดทหารสวิสและตราในของเขา กระเป๋า Halgren ได้ถูกจับกุมและถูกตั้งข้อหาสะกดรอยตามมาตรา 646.9 เขาไม่ได้รับสารภาพแต่อย่างใด และถูกตัดสินโดยคณะลูกขุนในคดีอาญาในศาล San Diego Superior Court เมื่อวันที่ 7 เมษายน 1995 Halgren ได้ถูกศาลมีคำสั่งให้คุมประพฤติเป็นเวลาห้าปี

ในทางตรงกันข้าม หากเป็นกรณีดังต่อไปนี้ Deacon เป็นนักข่าวได้เขียนข่าวเกี่ยวกับการเมืองใน ซาคราเมนโต โดยพุ่งเป้าไปที่ Veronica ซึ่งเป็นวุฒิสมาชิกของรัฐแคลิฟอร์เนียที่ Deacon เชื่อว่าทุจริต Deacon ได้ติดตาม Veronica ทุกวัน เมื่อไม่นานมานี้ Deacon ขับรถติดตาม Veronica ตั้งแต่หกโมงเช้า จนถึงตีตื้น Veronica ได้เปลี่ยนจากความหงุดหงิดที่ถูกติดตามไปเป็นหวาดผวา เธอร้องเรียนต่อนายอำเภอ

<sup>97</sup> Halgren, 52 Cal. App. 4th at 1229.



ว่า Deacon ได้สะกดรอยตามและละเมิดสิทธิของเธอ นายอำเภอได้จับ Deacon และถูกตั้งข้อหาละเมิดมาตรา 646.9(a) Deacon ควรถูกตัดสินว่ามีความผิดหรือไม่?

กรณีนี้ แม้ว่า Deacon จงใจติดตาม Veronica มากกว่าหนึ่งครั้ง - แต่สิ่งเหล่านี้เป็นเพียงแง่มุมเดียวที่มีอยู่ในข้อเท็จจริงเหล่านี้ เขาไม่ได้ตั้งใจจะก่อวินาศกรรม สร้างความรำคาญ หรือทำร้าย Veronica และไม่ได้กระทำความผิด ในกรณีนี้ Deacon ได้ติดตามรถของ Veronica ในที่สาธารณะ แม้ว่า Veronica จะรู้สึกรำคาญ แต่ Deacon นักข่าวก็มีส่วนร่วมในกิจกรรมที่ได้รับการคุ้มครอง ตามรัฐธรรมนูญซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณะโดยชอบด้วยกฎหมาย เขาไม่ได้คุกคาม Veronica หรือครอบครัวของเธอ ยิ่งกว่านั้น และไม่ได้ไล่ตาม Veronica ด้วยเจตนาที่จะทำให้เธอเกิดกลัวที่จะไม่ความปลอดภัย ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดของอาชญากรรมการสะกดรอยตามมาตรา 646.9(a) Deacon จึงไม่มีความผิดฐานสะกดรอยตาม

### 3.3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Federal Republic of Germany) เป็นประเทศที่มีการปกครองระบบสหพันธ์สาธารณรัฐประกอบด้วยมลรัฐ จำนวน 16 รัฐ จึงมีการตรากฎหมายทั้งในระดับสหพันธ์ที่เป็นกฎหมายกลางโดยรัฐสภาแห่งสหพันธ์ที่เรียกว่า Bundestag และกฎหมายที่ตราโดยสภามลรัฐแต่ละรัฐเพื่อใช้บังคับภายในรัฐ นอกจากนี้ เยอรมนีเป็นหนึ่งในสมาชิกผู้ก่อตั้งสหภาพยุโรป (European Union) ซึ่งเป็นกลุ่มประเทศที่มีบทบาทสำคัญในการสร้างทิศทางความมั่นคง การเมือง เศรษฐกิจและสังคมในระดับโลก รวมทั้งสหภาพยุโรปได้มีการตราข้อกำหนด (Directives) ทั้งนี้ ภายใต้มาตรา 288 วรรคสามของสนธิสัญญาเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union-TFEU) กำหนดให้ข้อกำหนดมีผลผูกพัน ต่อรัฐสมาชิกที่ข้อกำหนดที่ได้บัญญัติไว้ แต่รัฐสมาชิกแต่ละรัฐจะเป็นผู้เลือกรูปแบบ (form) และวิธีการ (methods) ในการทำให้ข้อกำหนดมีผลบังคับเอง ดังนั้น ข้อกำหนดจึงต่างจากข้อบังคับ (Regulation) โดยมิได้ใช้บังคับเป็นการทั่วไปหากแต่ผูกพันเฉพาะรัฐสมาชิกเฉพาะที่ระบุไว้ โดยจะระบุเพียงรัฐเดียว บางรัฐ หรือทุกรัฐสมาชิกก็ได้<sup>98</sup>

ด้วยเหตุนี้ ข้อกำหนด (Directives) จึงเป็นเครื่องมือทางกฎหมายเพื่อบังคับใช้ในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง (Secondary Law) โดยกลุ่มสหภาพยุโรปได้มีการนำมาบังคับใช้ให้สอดคล้องกับนโยบายทางการเมืองและเศรษฐกิจของตนเอง ดังนั้น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในฐานะสมาชิกจึงต้องนำข้อกำหนด (Directives) ดังกล่าวไปบัญญัติเป็นกฎหมาย หรือปรับใช้กับกฎหมายเดิมที่มีอยู่ให้สอดคล้องกับกฎหมายที่บังคับใช้ในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปด้วยกัน

แต่โดยสหภาพยุโรปได้ให้ความสำคัญกับการแก้ไขปัญหาภัยพิบัติการคุกคามทางเพศโดยได้สร้างกฎบัตรว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป (Charter of Fundamental Rights of European Union) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันสิทธิทางการเมือง สังคมและเศรษฐกิจของพลเมืองในกลุ่มประเทศ

<sup>98</sup> Alina Kaczorowska, *European Union Law* (Second Edition, Routledge 2011) 199.

สหภาพยุโรปและผู้ที่เกี่ยวข้องอยู่ในกลุ่มประเทศดังกล่าว และข้อกำหนด EU Directive 2006/54/EC ซึ่งเป็นข้อกำหนด (Directive) ที่ได้พัฒนามาจากข้อบังคับ EU Directive 2002/73/EC เพื่อรับรองความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงที่ใช้เป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปรวมทั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีด้วย โดยใช้บังคับกับประชากรในวัยทำงานในองค์กรของตนเอง หรือองค์กรของผู้อื่น ผู้ที่ตกงาน ผู้ที่กำลังหางาน ผู้เกษียณ ผู้ที่ได้รับอุบัติเหตุ ผู้ที่มีอาการป่วยเจ็บ ผู้ที่เป็นมารดา หรือผู้พิการ เป็นผลให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจะต้องตรากฎหมายใหม่ หรือปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มีอยู่เดิมภายในประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์ในการยับยั้งการกีดกัน หรือการแบ่งแยกทางเพศ (Prohibition of discrimination) และปกป้องสิทธิของชายและหญิงในทุกด้านเพื่อให้ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน (Equal Treatment)<sup>99</sup>

ในกรณีของการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์นั้นประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนีได้มีการบัญญัติหลาย กล่าวคือ การสะกดรอยตามมาตรา 238 StGB การคุกคามทางไซเบอร์ ตั้งแต่มาตรา 187 StGB เกี่ยวกับการหมิ่นประมาท ไปจนถึง § 241 StGB ในเรื่องภัยคุกคามออนไลน์ และ § 201 StGB ในเรื่องการละเมิดความเป็นส่วนตัว

### 3.3.1 ความผิดฐานหมิ่นประมาท

ประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนีได้บัญญัติเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทไว้ 2 มาตรา กล่าวคือ

(1) มาตรา 186 เป็นเรื่องของกรกระทำผิดโดยการนินทาว่าร้าย

ผู้ใดกล่าวอ้างหรือทำให้เป็นที่เผยแพร่ซึ่งข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับผู้อื่น อันอาจเป็นการ กล่าว, ให้อ้างผู้หนึ่ง หรือเป็นการดูถูกผู้หนึ่งตามความคิดของสาธารณชนทั่วไป หากข้อเท็จจริงดังกล่าว ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นจริง จะต้องรับโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับ หากการกระทำได้ กระทำลงโดยการโฆษณา หรือผ่านการโฆษณาแพร่หลายเป็นลายลักษณ์อักษรต้องรับโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับ

จากหลักกฎหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่า หากการนินทาว่าร้ายผู้อื่น ผู้กระทำไม่สามารถพิสูจน์ความจริงได้ผู้กระทำต้องรับโทษหากได้กระทำลงโดยการโฆษณาก็ต้องรับโทษหนักขึ้นซึ่งหลักการนี้มีความคล้ายคลึงกับไทยเพราะการหมิ่นประมาทของไทยนั้นถ้าพิสูจน์ ความจริงได้ก็ ไม่เป็นความผิด แต่มีข้อยกเว้นว่าถ้าเป็นเรื่องส่วนตัวและไม่เป็นประโยชน์แก่ประชาชนก็จะห้ามไม่ให้พิสูจน์

(2) มาตรา 187 ผู้ใดกล่าวหรือโฆษณาแพร่หลายซึ่งข้อเท็จจริงอันเป็นเท็จเกี่ยวกับผู้อื่น อัน เป็นการกล่าวให้ร้ายผู้หนึ่ง หรือเป็นการดูถูกผู้หนึ่งตามความคิดของสาธารณชนทั่วไป หรืออาจเป็น การทำลายความน่าเชื่อถือของผู้อื่น จะต้องรับโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับ และหากการกระทำ ได้กระทำลงด้วยการโฆษณา หรือการโฆษณาแพร่หลายเป็นลายลักษณ์อักษร ต้องรับโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับ

จากหลักดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ถ้าเป็นการกล่าวอ้างข้อความอันเป็นเท็จ จนเป็นเหตุ ให้ความน่าเชื่อถือของผู้อื่นเสียหาย ผู้กระทำต้องรับโทษและถ้าการกระทำนั้นได้กระทำลงโดยการ โฆษณาก็ต้องรับโทษหนักขึ้น

<sup>99</sup> เจนวิทย์ นवलแสง, ภัทรภรณ์ เกษตรสาระ และ อชิรญา คู่พงศกร (เชิงอรรถ 11) 341.

จากบทบัญญัติมาตรา 186 และ 187 จะสังเกตเห็นได้ว่าการกำหนดโทษที่มีลักษณะที่ แตกต่าง กัน โดยพิจารณาจากลักษณะของสถานที่ซึ่งได้กระทำความผิดและสถานะของบุคคลที่เป็นผู้ได้รับความเสียหาย โดยจะเห็นได้ว่า มาตรา 186 - 187 ในกรณีที่เป็นการกระทำในสถานที่ ที่เป็นสาธารณะ โทษที่ได้รับ จะรุนแรงกว่าธรรมดา

### 3.3.2 ความผิดฐานข่มขู่กระทำความผิดทางอาญาร้ายแรง

ประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนีได้บัญญัติเกี่ยวกับการข่มขู่กระทำความผิดทางอาญาร้ายแรง ไว้ในมาตรา 241 ดังนี้

(1) ผู้ใดข่มขู่บุคคลด้วยการกระทำที่ผิดกฎหมายต่อการกำหนดเพศสภาพของตนเอง (sexual self-determination) สิทธิในร่างกาย เสรีภาพส่วนบุคคลต่อบุคคลนั้น หรือบุคคลที่ใกล้ชิดกับเขาหรือเธอ หรือต่อ วัตถุที่มีมูลค่าอย่างมีนัยสำคัญ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับ

(2) ผู้ใดข่มขู่บุคคลด้วยการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงต่อบุคคลนั้นหรือบุคคลใกล้ชิด ต้องระวาง โทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับ

(3) ผู้ใดแม้จะรู้ดีที่ว่า แต่แสรังทำเป็นการกระทำความผิดทางอาญาอย่างร้ายแรงต่อบุคคลนั้น หรือบุคคลที่ใกล้ชิดใกล้ตัวเขาหรือเธอนั้นกำลังจะเกิดขึ้น ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน

(4) ถ้าการกระทำนั้นเป็นการกระทำต่อสาธารณะ ในการประชุม หรือโดยการเผยแพร่เนื้อหา (มาตรา 11 (3)) โทษในกรณีตามมาตรา (1) มีโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับ และใน กรณีตามมาตรา (2) และ (3) มีโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับ

### 3.3.3 ความผิดฐานละเมิดความเป็นส่วนตัว

ประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนีได้บัญญัติเกี่ยวกับการข่มขู่กระทำความผิดทางอาญาร้ายแรง ไว้ในมาตรา 201 (a) ดังนี้

การละเมิดความเป็นส่วนตัวและสิทธิของบุคลิกภาพโดยการถ่ายภาพหรือภาพอื่น ๆ

(1) บุคคลใด

1) ผลิตหรือส่งภาพถ่ายหรือภาพอื่น ๆ ของบุคคลอื่นในสถานที่ส่วนตัวหรือในห้องที่ได้รับการ ปกป้องเป็นพิเศษจากการมองเห็นโดยไม่ได้รับอนุญาต และด้วยเหตุนี้จึงเป็นการละเมิดความเป็นส่วนตัวที่ ใกล้ชิดของบุคคลที่ปรากฏ

2) ผลิตภาพถ่ายหรือภาพอื่น ๆ ที่แสดงถึงการทำอะไรไม่ถูกของบุคคลอื่นหรือส่งภาพถ่ายดังกล่าวโดย ไม่ได้รับอนุญาต และด้วยเหตุนี้จึงเป็นการละเมิดความเป็นส่วนตัวที่ใกล้ชิดของบุคคลที่ปรากฏ

3) ผลิตหรือส่งรูปถ่ายหรือภาพอื่น ๆ ที่แสดงบุคคลที่เสียชีวิตในลักษณะที่น่ารังเกียจอย่างร้ายแรง โดยไม่ได้รับอนุญาต

4) ใช้ภาพถ่ายหรือภาพอื่น ๆ ที่เกิดจากการกระทำความผิดตามข้อ 1 ถึง 3 ให้แก่บุคคลที่สามโดย ไม่ได้รับอนุญาตหรือ

5) จัดให้มีรูปถ่ายหรือภาพอื่น ๆ ประเภทที่กำหนดไว้ในหมายเลข 3 แก่บุคคลที่สาม โดยตระหนักว่าขาดอำนาจในการดำเนินการดังกล่าวในข้อ 1 ถึง 3 ซึ่งผลิตขึ้นโดยได้รับอนุญาต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับ

(2) บุคคลใดเปิดเผยรูปถ่ายหรือรูปภาพอื่นของบุคคลอื่นแก่บุคคลที่สามโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งมีลักษณะที่อาจสร้างความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญต่อชื่อเสียงของบุคคลที่ปรากฏนั้น ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ยังใช้กับภาพถ่ายหรือภาพอื่น ๆ ของผู้เสียชีวิตภายใต้เงื่อนไขเดียวกัน

### 3.3.4 ความผิดฐานการสะกดรอย

มาตรา 238 การสะกดรอย

(1) ผู้ใดสะกดรอยตามบุคคลอื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawfully stalks) โดยกระทำดังต่อไปนี้:

1) ฝ้าติดตามอย่างใกล้ชิด  
2) พยายามที่จะติดต่อกับผู้เสียหายทางโทรคมนาคม หรือวิธีการอื่นๆ ทางโทรคมนาคม หรือผ่านบุคคลที่สาม

3) การใช้ข้อมูลส่วนบุคคลในทางที่ผิดเพื่อวัตถุประสงค์ในการสั่งซื้อสินค้า หรือบริการสำหรับเขา หรือทำให้บุคคลที่สามสามารถที่จะติดต่อกับผู้เสียหาย

4) ข่มขู่ผู้เสียหาย หรือญาติของผู้เสียหาย หรือผู้ใกล้ชิดด้วยการทำร้ายต่อชีวิต หรือร่างกาย สุขภาพ หรือเสรีภาพอย่างหนึ่งอย่างใด หรือ

5) กระทำการในลักษณะเดียวกันและด้วยการกระทำดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายของตนอย่างร้ายแรง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับ

(2) บทลงโทษจะมีอายุสามเดือนถึงห้าปี หากผู้กระทำความผิดวางผู้เสียหาย ญาติหรือบุคคลอื่นที่ใกล้ชิดกับเหยื่อให้ตกอยู่ในอันตรายถึงชีวิต หรือได้รับบาดเจ็บสาหัส

(3) ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นเหตุให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย ญาติ หรือบุคคลอื่นที่ใกล้ชิดกับผู้เสียหาย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี

(4) คดีภายใต้อนุมาตรา (1) ข้างต้นอาจถูกดำเนินคดีเมื่อมีการร้องขอเท่านั้น เว้นแต่ผู้มีอำนาจฟ้องจำเป็นต้องดำเนินคดีเนื่องจากผลประโยชน์สาธารณะพิเศษ<sup>100</sup>

<sup>100</sup> Anni Ropers et al., 'German Anti-Stalking Legislation and Its Recent Changes' (2020) 21 German Law Journal, 787-788.

#### Section 238 Stalking

(1) Whosoever unlawfully stalks a person by

1. seeking his proximity,

2. trying to establish contact with him by means of telecommunications or other means of communication or through third person,

3. abusing his personal data for the purpose of ordering goods of services for him or causing third persons to make contact with him,

หากพิจารณาโครงสร้างของมาตรา 238 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนีแยกพิจารณาได้ ดังนี้<sup>101</sup>

1) องค์ประกอบภายนอก

1.1) การสะกดรอย (Stalking)

การเฝ้าติดตาม หรือการสะกดรอย (Stalking) ตรงกับภาษาเยอรมนีว่า beharrliche Nachstellung เป็นพฤติกรรมที่เป็นการคุกคาม หรือการข่มขู่ที่กระทำอย่างต่อเนื่องในขณะเดียวกันกฎหมายก็มิได้กำหนดคำนิยาม หรือคำจำกัดความที่ชัดเจนเนื่องจากเป็นพฤติกรรมที่มีความแตกต่างกันและอาจทำได้หลายรูปแบบ เช่น การโทรศัพท์หาเหยื่อ การส่งอีเมล หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์จดหมาย หรือข้อความทางโทรศัพท์จำนวนมาก หรือการดักรอยบริเวณที่อยู่ เป็นต้น แต่ประเด็นสำคัญอยู่ที่ต้องมีการกระทำซ้ำๆ

ทั้งนี้ การสะกดรอยตามโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อวิถีชีวิตของเหยื่อเป็นความผิดทางอาญาที่มีโทษปรับ หรือโทษจำคุกไม่เกินสามปี

1.2) ผิดกฎหมาย (Unlawful)

จากรายงานการประชุมของรัฐสภาแห่งสหพันธ์ Bundestag เจื่อนใจเบื้องต้นข้อเท็จจริงอีกประการหนึ่งสำหรับความผิดก็คือการสะกดรอยตามจะต้องไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unbefugt) ซึ่งหมายความว่า ไม่ได้ได้รับความยินยอมอย่างชัดแจ้ง หรือโดยปริยายของเหยื่อ (explicit or implicit consent) หรือผู้เสียหายหรือผู้กระทำได้กระทำไปบนพื้นฐานของสิทธิทางการ หรือส่วนตัว หรือการอนุญาต จึงจะถือได้ว่าผู้กระทำไม่มีความรับผิดชอบใดๆ ต่อการสะกดรอย

1.3) ผลกระทบที่ร้ายแรงต่อวิถีชีวิตของเหยื่อ (Serious Influence on the Victim's Lifestyle)

ความผิดนี้ได้ถูกร่างขึ้นเพื่อเป็นความผิดที่ต้องมีผลของการกระทำ (Erfolgsdelikt) ดังนั้นเมื่อมีพฤติกรรมอันเป็นความผิดตามที่บัญญัติในมาตรา 238 (1)-(5) ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี

4. threatening him or a person close to him with loss of life or limb, damage to health or deprivation of freedom, or

5. committing similar acts and thereby seriously influences his lifestyle shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(2) The penalty shall be three months to five years if the offender places the victim, a relative of or another person close to the victim in danger of death or serious injury.

(3) If the offender causes the death of the victim, a relative of or another person close to the victim the penalty shall be imprisonment from one to ten years.

(4) Cases under subsection (1) above may only be prosecuted upon request unless the prosecuting authority considers proprio motu that prosecution is required because of special public interest.

<sup>101</sup> Anni Ropers et al., 'German Anti-Stalking Legislation and Its Recent Changes' (2020) 21 German Law Journal, 787-790.

จะต้องส่งผลต่อการดำเนินชีวิตของเหยื่อซึ่งสามารถสันนิษฐานได้ว่าเมื่อใดก็ตามที่เหยื่อ หรือผู้เสียหายต้องเปลี่ยนวิถีชีวิตที่เป็นนิสัยอันเป็นผลมาจากการสะกดรอยตามของผู้กระทำความผิด ตัวอย่างเช่น เหยื่อไม่ค่อยออกไปออกจากบ้านภายใต้มาตรการป้องกัน หลีกเลี้ยงสถานที่บางแห่งอย่างจริงจัง จำกัดการติดต่อทางสังคม หรือในกรณีที่รุนแรง รู้สึกว่าถูกบังคับให้ย้ายบ้าน หรือเปลี่ยนงาน อันเป็นสร้างภาระแก่เหยื่ออย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งเกินค่าเฉลี่ยปกติที่ยอมรับได้ หรือความบกพร่องที่สมเหตุสมผลอย่างมีนัยสำคัญ ด้วยวิธีการกำหนดมาตรฐานเช่นนี้ ความผิดทางอาญามาตราฐานนี้จึงไม่คุ้มครองผู้ที่วิตกกังวลมากเกินไปและไม่ยกเว้นผู้ที่คือร้าย เป็นพิเศษ และแทบไม่ได้รับอิทธิพลจากการสะกดรอยตามเลย

## 2) องค์ประกอบทางด้านจิตใจ (Subjective Elements)

ความผิดยังต้องอาศัยองค์ประกอบทางด้านจิตใจ คือ เจตนาแบบมีเงื่อนไขในการก่ออาชญากรรม (Eventualvorsatz) ซึ่งรวมถึงความตั้งใจของผู้กระทำความผิดที่จะบั่นทอนวิถีชีวิตของเหยื่ออย่างร้ายแรง ซึ่งอาจพิสูจน์ได้ยากด้วยกฎแห่งหลักฐาน (the rules of evidence)

## 3) ผลของการกระทำตามกฎหมาย

ผลของการกระทำของบทบัญญัติมาตรา 238 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนีเกี่ยวข้องกับเงื่อนไขที่มีความเสี่ยงที่ชัดเจนต่อผู้เสียหาย ญาติสนิท หรือบุคคลใกล้ชิดกับเหยื่อ หรือผู้เสียหายที่เสียชีวิต หรือได้รับบาดเจ็บสาหัสจากการกระทำของผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ การได้รับบาดเจ็บสาหัสในบริบทนี้ หมายถึง การเจ็บป่วยที่เรื้อรังและรุนแรง

นอกจากนี้ ยังรวมถึงวิธีการสะกดรอยตามที่เป็นอันตรายและปฏิบัติการที่อันตรายของผู้ถูกกดขี่ข่มเหง ตลอดจนผลกระทบของแรงกดดันทางจิตใจจำนวนมากซึ่งอาจส่งผลให้เกิดภาวะซึมเศร้า การกระทำที่ทำลายตนเอง เช่น การฆ่าตัวตาย หรือการฆ่าตัวตายในทางที่ผิด หรือแม้แต่การฆ่าตัวตาย

## 4) การสะกดรอยตามที่ทำให้ถึงแก่ความตาย (Stalking Resulting in Death)

ความผิดฐานสะกดรอยตามที่ทำให้ถึงแก่ความตาย ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 238 วรรคสาม ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนีเกิดขึ้นเมื่อผู้กระทำความผิดกระทำให้เหยื่อ ญาติสนิท หรือบุคคลใกล้ชิดกับเหยื่อเสียชีวิตโดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเหยื่อในขณะที่อย่างน้อยที่สุดทำให้ถึงแก่ความตายโดยประมาท

## 5) การวิพากษ์วิจารณ์บทบัญญัติมาตรา 238 ความผิดฐานการสะกดรอย

เนื่องจากมีผลใช้บังคับของบทบัญญัติมาตรา 238 ความผิดฐานการสะกดรอย จึงเป็นเป้าหมายของการวิพากษ์วิจารณ์อย่างรุนแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านวรรณกรรมทางกฎหมายและการเรียนการสอนด้านนิติศาสตร์ ดังต่อไปนี้

5.1) ความจำเป็นของการบัญญัติความผิดฐานการสะกดรอยเป็นความผิดต่างหากในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี

นักนิติศาสตร์จำนวนหนึ่งได้ยกเหตุผลขึ้นเพื่อหักล้างความจำเป็นในการลงโทษพฤติกรรมที่เรียกว่า การรังความเพียงเล็กน้อย (merely harassment) พวกเขาอ้างว่าเป็นเพียงการล่วงละเมิด

ไม่ใช่การละเมิดสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย พวกเขาถือว่าหาสภานิติบัญญัติที่ตรากฎหมายในลักษณะเชิงสัญลักษณ์และการกระทำซึ่งเป็นอันตรายต่อหลักการสำคัญที่กฎหมายอาญาควรทำหน้าที่ในฐานะทางเลือกสุดท้าย (Ultima Ratio) ดังนั้นจึงสามารถให้การคุ้มครองทางกฎหมายอย่างไม่เป็นขั้นเป็นอัน ในขณะที่นักวิจารณ์คนอื่นๆ ยอมรับการลงโทษของการสะกดรอยตามเป็นเรื่องของหลักการ แต่ต้องการการปฏิรูปกฎหมายควบคุมการใช้ความรุนแรงทางเพศ (Gewaltschutzgesetz) ที่มีอยู่แล้วแทนที่จะบัญญัติมาตรา 238 ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี

#### 5.2) การปฏิบัติตามมาตรา 103 (2) หรือกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law)

นอกจากนี้ นักวิจารณ์บางคนยังตั้งคำถามว่าบรรทัดฐานเป็นไปตามหลักรัฐธรรมนูญในเรื่องความแน่นอนทางกฎหมาย (the constitutional principle of legal certainty) หรือไม่ มาตรา 103 (2) ของรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติว่าบุคคลไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นไว้แต่จะได้รับการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลากระทำ กล่าวคือ การกระทำนั้นสามารถถูกลงโทษได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายกำหนดโทษของการกระทำนั้นก่อนการกระทำ ความผิดจะเกิดขึ้น (An act can only be punished if the punishability of the act was determined by law before the offense was committed หากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 238 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนีมีคำศัพท์ทางกฎหมายที่ไม่ชัดเจน เช่น เงื่อนไขเบื้องต้นที่เป็นข้อเท็จจริงซึ่งผิดกฎหมายและขัดต่อกฎหมาย (The factual preconditions of unlawful and persistent)

#### 5.3) ผลกระทบทางจิตวิทยาและลักษณะของมาตรา 238 วรรคสามของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี

ความรับผิดตามมาตรา 238 จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อครบองค์ประกอบของความผิดภายใต้มาตรา 238 วรรคสามของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนีการกระทำของผู้สะกดรอยตามจะต้องละเมิดวิถีชีวิตของเหยื่ออย่างร้ายแรง เพื่อให้ได้มาซึ่งการคุ้มครองทางกฎหมาย เหยื่อ พฤติกรรมและรูปแบบการดำรงชีวิตปกติต้องได้รับผลกระทบอย่างรุนแรงจากการล่วงละเมิดของผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตาม หากผู้เสียหายตัดสินใจที่จะเพิกเฉยต่อการกระทำของผู้กระทำความผิด แม้ว่าจะเป็นการรุกรานและข่มขู่อย่างยิงก็ตาม การกระทำย่อมไม่ครบตามองค์ประกอบของความผิดเป็นผลให้การกระทำนั้นไม่มีความผิดและจะไม่ถูกลงโทษ เหยื่อหรือผู้เสียหายต้องพิสูจน์ว่าวิถีชีวิตของพวกเขาถูกล่วงละเมิดอย่างจริงจังเนื่องจากลำพังเพียงแค่การพยายามสะกดรอยตามเพียงอย่างเดียวย่อมไม่มีโทษ ดังนั้น ความรับผิดทางอาญาไม่ได้ขึ้นอยู่กับพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด หรือความผิดทางอาญาเพียงอย่างเดียวแต่ปฏิกิริยาของผู้เสียหายมีความสำคัญอย่างยิ่ง

#### 5.4) ผลกระทบต่อสุขภาพจิตและร่างกายของเหยื่อ

การมุ่งเน้นที่ปฏิกิริยาของเหยื่อเพียงฝ่ายเดียวนี้อาจทำให้เกิดปัญหามากมายและแม้กระทั่งยับยั้งไม่ให้เหยื่อสะกดรอยตามไม่ได้รับการคุ้มครองทางกฎหมายที่ครอบคลุม ตัวอย่างเช่น ปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่มีถูกละเลยคือ การสะกดรอยตามทุกครั้งอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพจิตและร่างกายของเหยื่อ ซึ่งอาจทำให้เกิดสภาวะทางการแพทย์ในระยะยาวและผลที่ตามมาทางจิตใจแม้ว่าภายนอกจะดูไม่มีผลกระทบเลยก็ตาม

โดยการติดตาม หรือข่มเหงเหยื่ออย่างต่อเนื่อง ผู้กระทำผิดสร้างความตึงเครียดทางจิตใจ ซึ่งมักส่งผลให้เกิดความกดดันทางจิตใจ ซึ่งเป็นสถานการณ์ที่ตึงเครียดสำหรับเหยื่อผู้เคราะห์ร้าย เนื่องจากผู้กระทำผิดพยายามข่มขู่อยู่เสมอและเหยื่อไม่สามารถควบคุมสถานการณ์ได้ เหยื่อจึงมีความเสี่ยงสูงที่จะสูญเสียความมั่นใจในตนเองและหมดหวังที่จะมีชีวิตโดยปราศจากความกลัวตลอดกาล การคาดเดาไม่ได้ของพฤติกรรมของผู้กระทำผิดทำให้เหยื่ออยู่ในสภาพหมดหนทาง เหยื่อหลายคนเริ่มตอบสนองต่อสภาพแวดล้อมของพวกเขามากเกินไปและระมัดระวังมากเกินไป เนื่องจากผู้กระทำผิดสามารถปรากฏตัวได้ทุกที่และทุกเวลา

แรงกดดันทางจิตใจที่ตกเป็นเหยื่อการสะกดรอยตามอาจส่งผลให้เกิดปัญหาสุขภาพจิตต่างๆ เช่น ความหงุดหงิด ซึมเศร้า วิตกกังวล โรคประสาทและโรคเครียดหลังเหตุการณ์สะเทือนขวัญ นอกจากนี้ ความบกพร่องด้านสุขภาพอื่นๆ ที่มักเกี่ยวข้องกับการสะกดรอยตามรวมถึงฝันร้าย โรคกระเพาะ ลำไส้และโรคหลอดเลือดหัวใจอาจเกิดขึ้นได้ ความเครียดทางจิตใจที่รุนแรงและบ่อยครั้ง รวมถึงทางร่างกายก็เท่าเทียมกัน และในบางกรณีก็เช่นกันมากขึ้นสร้างความทุกข์ให้กับเหยื่อ และดังนั้นจึงควรถือว่ามีความผิดโดยไม่ฟังการบังคับเหยื่อให้แสดงพฤติกรรมบางอย่าง

#### 6) การยกเว้นเหยื่อผู้เคราะห์ร้าย

แม้ว่าเหยื่ออาจมีความแตกต่างกันในวิธีที่พวกเขารับรู้และจัดการกับแรงกดดันจากภายนอก แต่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Bundesgerichtshof) ระบุว่าองค์ประกอบของความผิดของการสะกดรอยตาม มาตรา 238 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนีไม่ควรปกป้องเหยื่อที่วิตกกังวลมากเกินไป หรือเพิกเฉยต่อเหยื่อที่ยังคงไม่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของผู้กระทำผิด อย่างไรก็ตาม ไม่มีเหตุผลที่ชัดเจนว่าทำไมผู้เสียหายบางคนไม่ควรได้รับการปกป้องจากการบุกรุกดังกล่าวเพียงเพราะอย่างน้อยก็ชั่วคราวสามารถทนต่อแรงกดดันที่มากขึ้น<sup>102</sup>

การคุ้มครองผู้ที่ตกเป็นเหยื่อที่ตัดสินใจยื่นหยัดต่อสู้กับการสะกดรอยตามของผู้กระทำ ความผิดอาจมีนัยสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากลักษณะพฤติกรรมที่ไม่รบกวนของเหยื่อมีแนวโน้มที่จะมีส่วนสนับสนุนให้สถานการณ์ที่ทวีความรุนแรงขึ้น ในวรรณกรรมทางกฎหมายเฉพาะทาง วิธีการทั่วไปแนะนำให้ยุติการสะกดรอยตามไม่เพียงเพิกเฉยต่อการคุกคามของผู้กระทำผิดและพยายามสร้างการติดต่อ แต่ยังให้ผู้กระทำผิดระมัดระวังว่าการกระทำของพวกเขาจัดการหรือไม่จะกระทบต่อเหยื่อหรือไม่ ไม่ว่าเพราะมาตรา 238 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนีต้องการการตอบสนองจากภายนอกจากเหยื่อ พฤติกรรมที่ลดระดับนี้ไม่สามารถเติมเต็มองค์ประกอบของความผิดได้

<sup>102</sup> Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] 54, 189, 197.



### 3.4 เปรียบเทียบความผิดอาญาเกี่ยวกับคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ของประเทศญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกาและสหพันธรัฐเยอรมนีสามารถนำมาเปรียบเทียบตามตารางที่ 3.1 ดังนี้

ตารางที่ 3.1 แสดงการเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกาและสหพันธรัฐเยอรมนี

ประเด็น	ญี่ปุ่น	สหรัฐอเมริกา	สหพันธรัฐเยอรมนี
1. ชื่อกฎหมาย	1.1 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 231 คุกคามทางอินเทอร์เน็ต 1.2 กฎหมาย Anti-stalking Act of Japan ปี 2000	1.1 ประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย มาตรา 653 M 1.2 ประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย มาตรา 647(j)(4) 1.3 ประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย มาตรา 653.2 1.4 ประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย มาตรา 646.9	1.1 ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 186 และ 187 1.2 ความผิดฐานข่มขู่กระทำความผิดทางอาญาร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 241 1.3 ความผิดฐานละเมิดความเป็นส่วนตัวส่วนตัวตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 201 (a) 1.4 ความผิดฐานการสะกดรอยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 238
2. การกระทำความผิด	2.1 บุคคลที่ดูหมิ่นบุคคลอื่นในที่สาธารณะ แม้ไม่ได้ระบุข้อเท็จจริงจะต้องระวางโทษจำคุกสูงสุด 1 ปี หรือปรับสูงสุด 300,000 เยน หรือกักขังหรือปรับ 2.2 กรณีการสะกดรอยเป็นการกระทำที่มีจุดประสงค์เพื่อสนองความรู้สึกถึงความรัก หรือความรู้สึกที่ตื้นๆ สำหรับบุคคล	2.1 ประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย มาตรา 653 M กำหนดความผิดเกี่ยวกับการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์โดยมีเจตนาสร้างความรำคาญ 2.2 ประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย มาตรา 647(j)(4) กำหนดความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพถ่ายที่ได้สื่อให้เห็นเกี่ยวกับทางเพศ หรือวิดีโอของคนอื่นที่ได้มาโดยไม่มีคามยินยอมจากเหยื่อ 2.3 ประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย มาตรา 653.2 กำหนดความผิดเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางไซเบอร์	2.1 ประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนีได้บัญญัติเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทไว้ 2 มาตรา กล่าวคือ 1) มาตรา 186 เป็นเรื่องของการกระทำความผิดโดยการนินทาว่าร้าย 2) มาตรา 187 ผู้ใดกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อเท็จจริงอันเป็นเท็จเกี่ยวกับผู้อื่น 2.2 ความผิดฐานข่มขู่กระทำความผิดทางอาญาร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติเกี่ยวกับการข่มขู่กระทำความผิดทางอาญาร้ายแรงไว้ในมาตรา 241

ประเด็น	ญี่ปุ่น	สหรัฐอเมริกา	สหพันธรัฐเยอรมนี
	<p>ใดบุคคลหนึ่ง หรือความรู้สึกขุ่นเคืองต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือคู่สมรสซึ่งเป็นญาติโดยตรง หรืออยู่ร่วมกัน หรือบุคคลอื่นใดที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับบุคคลที่เฉพาะเจาะจงในชีวิตสังคม</p>	<p>2.4 ประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย มาตรา 646.9 กำหนดความผิดฐานสะกดรอยโดยบุคคลใดจงใจ มุ่งร้าย และติดตามซ้ำๆ หรือโดยจงใจและมุ่งร้ายบุคคลอื่นและทำการคุกคามอันเป็นน่าเชื่อได้ว่าโดยมีเจตนาที่จะให้บุคคลนั้นตกอยู่ในความกลัวตามสมควรเพื่อความปลอดภัยของเขาหรือเธอหรือความปลอดภัยของบุคคลในครอบครัวที่ใกล้ชิด</p>	<p>2.3 ความผิดฐานละเมิดความเป็นส่วนตัวตามประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติเกี่ยวกับการข่มขู่กระทำความผิดทางอาญาร้ายแรงไว้ในมาตรา 201 (a)</p> <p>2.4 ความผิดฐานการสะกดรอย</p> <p>1) เผ่าติดตามอย่างใกล้ชิด</p> <p>2) พยายามที่จะติดต่อกับผู้เสียหายทางโทรคมนาคม หรือวิธีการอื่นๆ ทางโทรคมนาคม หรือผ่านบุคคลที่สาม</p> <p>3) การใช้ข้อมูลส่วนบุคคลในทางที่ผิดเพื่อวัตถุประสงค์ในการสั่งซื้อสินค้า หรือบริการสำหรับเขา หรือทำให้บุคคลที่สามสามารถที่จะติดต่อกับผู้เสียหาย</p> <p>4) ข่มขู่ผู้เสียหาย หรือญาติของผู้เสียหาย หรือผู้ใกล้ชิดด้วยการทำร้ายต่อชีวิต หรือร่างกาย สุขภาพ หรือเสรีภาพอย่างหนึ่งอย่างใด</p>
3. มาตรการพิเศษ	<p>3.1 ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจ ตักเตือนและห้ามมิให้ผู้กระทำความผิดให้หยุดกระทำ</p> <p>3.2 รักษาความลับของเหยื่อ</p>	<p>3.1 คำสั่งห้ามเข้าใกล้เหยื่อ</p> <p>3.2 การถูกข่มขู่เป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดทางเพศ</p>	<p>คดีภายใต้อนุมาตรา 1) ข้างต้นอาจถูกดำเนินคดีเมื่อมีการร้องขอเท่านั้น เว้นแต่ผู้มีอำนาจฟ้อง จำเป็นต้องดำเนินคดีเนื่องจากผลประโยชน์สาธารณะพิเศษ</p>

ประเด็น	ญี่ปุ่น	สหรัฐอเมริกา	สหพันธรัฐเยอรมนี
4. บทกำหนดโทษ	<p>4.1 กรณีดูหมิ่นบุคคลอื่นในที่สาธารณะ จะต้องระวางโทษจำคุกสูงสุด 1 ปี หรือปรับสูงสุด 300,000 เยน หรือกักขังหรือปรับ</p> <p>4.2 กรณีที่มีการสะกดรอยตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งล้านเยน</p> <p>-บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นผู้สะกดรอยตามโดยฝ่าฝืนคำสั่งห้าม (การยับยั้ง) ฯลฯ จะถูกลงโทษโดยจำคุกโดยทำงานไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองล้านเยน</p> <p>- บุคคลที่ฝ่าฝืนคำสั่งห้าม ฯลฯ ต้องระวางโทษจำคุกพร้อมกับทำงานสาธารณะไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 500,000 เยน</p>	<p>4.1 กระทำผิดฝ่าฝืนประมวลกฎหมายอาญา แคลิฟอร์เนีย มาตรา 653 M มีความผิดโทษที่มีโทษจำคุกสูงสุดหกเดือน ปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ</p> <p>4.2 กระทำผิดฝ่าฝืนประมวลกฎหมายอาญา แคลิฟอร์เนีย มาตรา 647(j)(4) ต้องระวางจำคุกไม่เกิน 180 วันในเรือนจำเขต</p> <p>4.3 กระทำผิดฝ่าฝืนประมวลกฎหมายอาญา แคลิฟอร์เนีย มาตรา 653.2</p> <p>4.4 กระทำผิดฝ่าฝืนประมวลกฎหมายอาญา แคลิฟอร์เนีย มาตรา 646.9 มีความผิดโทษซึ่งมีโทษจำคุกสูงสุดหนึ่งปีและปรับไม่เกิน 1,000.00 ดอลลาร์</p> <p>4.5 ความผิดฐานสะกดรอยตาม ต้องระวางโทษจำคุกในเรือนจำเขต (County jail) ไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันเหรียญ (1,000 เหรียญสหรัฐ) หรือต้องระวางปรับและจำคุก หรือจำคุกในเรือนจำของรัฐ (State prison)</p>	<p>4.1 กระทำผิดฐานหมิ่นประมาท</p> <p>1) ฝ่าฝืนมาตรา 186 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับ</p> <p>2) ฝ่าฝืนมาตรา 187ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับ</p> <p>4.2 ชมชู้ว่ากระทำความผิดทางอาญาร้ายแรงฝ่าฝืนมาตรา 241</p> <p>1) กรณีมาตรา 241(1) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับ</p> <p>2) กรณีมาตรา 241(2) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับ</p> <p>3) กรณีมาตรา 241(3) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับ</p> <p>4.3 ละเมิดความเป็นส่วนตัวและสิทธิของบุคลิภาพตามมาตรา 201 (a)ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับ</p> <p>4.4 ผู้ใดสะกดรอยตามบุคคลอื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย(unlawfully stalks )โดยกระทำได้ดังต่อไปนี้:</p> <p>1) บทลงโทษจะมีอายุสามเดือนถึงห้าปี หากผู้กระทำความผิดระหว่างผู้เสียหาย ญาติหรือบุคคลอื่นที่ใกล้ชิดกับเหยื่อให้ตกอยู่ในอันตรายถึงชีวิต หรือได้รับบาดเจ็บสาหัส</p> <p>2) ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นเหตุให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย ญาติ หรือบุคคลอื่นที่ใกล้ชิดกับผู้เสียหาย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี</p>

จากการที่ศึกษากฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนียและสหพันธรัฐเยอรมนีจะเห็นได้ว่าแต่ละประเทศต่างก็มีบทบัญญัติที่มีลักษณะป้องกันการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์และมีมาตรการพิเศษในการให้ความช่วยเหลือเหยื่ออย่างเป็นระบบ

## บทที่ 4

# วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของการกระทำ ที่เป็นการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์

สำหรับในบทที่ 4 จะเป็นวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของการกระทำที่เป็นการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ ดังจะได้พิจารณาโดยลำดับ

### 4.1 ปัญหากฎหมายซึ่งเกิดจากการที่ประเทศไทยขาดมาตรการทางกฎหมายที่บัญญัติความผิดเกี่ยวกับ ด้วยการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์โดยตรง

เมื่อพิจารณาด้วยบทประมวลกฎหมายอาญาในส่วนการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติไว้กำหนดความผิดไว้ในความผิดฐานการกระทำชำเราซึ่งเป็นการกระทำ เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ความผิดฐานการกระทำอนาจาร ซึ่งเป็น การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ หรือการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ โดยกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายโดยตรง เช่น การฉุดแขนหญิง การกอด จูบ ลูบ คลำ หรือสัมผัสจับต้องเนื้อตัวร่างกาย เป็นต้น หรือการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี การกระทำควรขายหน้าต่อธารกำนัลและไม่ได้หมายความเฉพาะความใคร่ หรือการค้าประเวณีเท่านั้น แต่รวมถึงการทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย หรือการกระทำทางเพศอื่นๆ ที่ต้องกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเหยื่อโดยตรงเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงการคุกคามทางเพศที่ได้กระทำผ่านคอมพิวเตอร์

การคุกคามทางเพศที่ได้กระทำผ่านคอมพิวเตอร์ (Sexual Harassment) มีหลายลักษณะไม่ว่าจะเป็นการแสดงความคิดเห็นในลักษณะคุกคามทางเพศ การส่งข้อความส่วนตัวเพื่อชักชวนไปมีเพศสัมพันธ์ หรือการส่งภาพลามกอนาจาร รวมทั้งอาจนำไปสู่ปัญหา หรืออาชญากรรมอื่นๆ ได้อีกทั้งยังส่งผลกระทบต่อจิตใจของผู้ที่ถูกกระทำ จนอาจเกิดเป็นบาดแผลภายในจิตใจ หรือ ทำให้บุคคลนั้นรู้สึกไม่ปลอดภัยอีกต่อไป

ทั้งนี้ จากการศึกษาารูปแบบของการใช้ภาษาของผู้คุกคามทางเพศจะเห็นได้ว่ามี 8 วิธี ดังนี้

- 1) ขยายความ
- 2) การใช้คำเรียกรสรีระ หรืออวัยวะในร่างกาย
- 3) การใช้คำสแลง
- 4) การใช้คำผวน
- 5) การเล่นคำ
- 6) การใช้อุปลักษณ์
- 7) การใช้วัจนกรรม
- 8) การทำให้เป็นเรื่องตลก

การคุกคามทางเพศที่กระทำโดยผ่านคอมพิวเตอร์ส่วนใหญ่ มักมีแนวโน้มถูกทำให้เป็นเรื่องตลก เช่น การใช้คำพวน การหัวเราะ การเล่นคำและการใช้คำสแลงจึงทำให้การคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏในบนอินเทอร์เน็ตไม่ได้รับการตระหนักว่าเป็นภัยที่ร้ายแรงที่สังคมควรจะต้องสนใจ หรือควรมีมาตรการในการควบคุมของภาษา โดยรวมแล้วการคุกคามทางเพศ คือ การใช้ถ้อยคำที่ไม่สุภาพ หรือหยาบคาย การใช้ถ้อยคำแสดงความรู้สึกในแง่ลบ หรือแม้แต่การตั้งคำถามเกี่ยวกับเรื่องส่วนตัว เรื่องส่วนบุคคล เรื่องเกี่ยวกับรสนิยมทางเพศ หรือเพศวิถีในที่สาธารณะ ถูกจัดเป็นการไม่ให้เกียรติและดูถูกด้วย ยกตัวอย่างให้เกิดความเข้าใจได้ดังนี้

- 1) การใช้ถ้อยคำด้วยคำคุณศัพท์ คือ ทำโดยขยายคำนามเพื่อเน้นให้คู่สนทนาเห็นภาพชัดเจนมากยิ่งขึ้น เช่น การบรรยายสรีระร่างกายของเพศตรงข้ามด้วยคำว่า ใหญ่, โต, ขาว, อ้วน
- 2) การใช้คำเรียกอวัยวะในร่างกาย เช่น คำว่า หน้าอก, นม, ตูด, กลั้ม
- 3) การใช้คำแสลง หรือการใช้คำที่สื่อถึงการมีเพศสัมพันธ์ เช่น คำว่า ซั้ม, ตูย หรือการดูถูกรสนิยมทางเพศ เช่น ขุดทอง , สายเหลือง ทั้งหมดนี้ล้วนเป็นการหลีกเลี่ยงในการที่จะพูด คำหยาบออกมา แต่เมื่อดูจากเจตนาแล้วย่อมสื่อถึงการคุกคามทางเพศ
- 4) การใช้คำพวน ทำให้เกิดความหมายใหม่ โดยผู้คุกคามจะพวนให้สื่อถึงเรื่องเพศและเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้คำหยาบ การใช้คำแบบนี้จะก่อให้เกิดความรู้สึกตลกเหมือนกับเป็นการหยอกเล่นและทำให้ลดความรุนแรงของคำเหล่านั้นลง เช่น เห็นหมี
- 5) การเล่นคำ ผู้คุกคามทางเพศใช้การเล่นคำเพื่อนำคำที่พ้องเสียง หรือพ้องรูปมาใช้ เช่น คำว่าน้ำกามกับคำว่ากราม , ความต้องการทางเพศกับคำว่าแพทย์
- 6) การใช้อุปลักษณ์ ส่วนใหญ่กิจกรรมทางเพศที่นอกจากการสอดใส่แล้วผู้คุกคามอาจมุ่งไปที่การเล่าโลม โดยเปรียบเทียบกิจกรรมทางเพศกับอาหาร เช่น รสชาติของการกิน อากัป กิริยาของการกิน เช่น การเปรียบเปรยว่าผู้หญิงคนนี้เป็นแซบ, เผ็ด, เปรี้ยว ซึ่งความหมาย โดยนัยแล้ว คือ การพูดถึงการมีเพศสัมพันธ์อย่างออกรสออกชาติ หรือกิริยาการกินโดยใช้คำว่าเคี้ยว, ดูดและการเปลี่ยนอวัยวะเพศให้เป็นของกิน เช่น ไอติม, แดงกวาง, กลั้ว
- 7) การใช้วาทะกรรมที่เป็นไปไม่ได้ในความเป็นจริง เช่น การเชิญชวนเพศตรงข้ามให้ไปกระทำการใดสิ่งหนึ่งร่วมกัน ทั้งที่ไม่เคยรู้จักกันมาก่อน โดยใช้คำพูดหวานล้อม เช่น ไปทานข้าวด้วยกัน, ให้ไปส่งที่บ้าน, ชวนไปเที่ยว, ขอไปนอนบ้าน, ขอ...ด้วย ด้วยคำพูดเชื้อเชิญที่แสดงถึงความสนิทชิดเชื้อ
- 8) การทำให้เป็นเรื่องตลก มักถูกใช้และพบเห็นได้มาก เช่น การใช้อิโมจิร่วมด้วย, การใช้ Emoji แสดงความรู้สึก เช่น (gg), การหัวเราะกลบเกลื่อนและการใช้คำอุทาน เช่น อุบ! พิมพ์ผิด, เอ้ย! พิมพาดังไปหน่อย, คิดเลียงดังไปหน่อย โดยพิมพ์อย่างจงใจเพื่อทำให้เป็นเรื่องตลก

นอกจากนี้ การสะกดรอยทางอินเทอร์เน็ตโดยใช้คอมพิวเตอร์นั้นซึ่งมีลักษณะเป็นการคุกคามทางเพศเป็นวิธีที่มีค่าใช้จ่ายที่ถูกและสะดวกสำหรับผู้คุกคามโดยการใช้คอมพิวเตอร์ กล่าวคือ

(1) ในการติดต่อเหยื่อจากที่ไหนก็ได้ ผู้คุกคามสามารถคุกคามเหยื่อข้ามเมือง รัฐ หรือ กระทั่งข้ามประเทศ ตราบเท่าที่มีการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต ซึ่งถือว่าการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตนั้นน่าจะเป็นสื่อที่มีราคาถูกกว่าโทรศัพท์และรวดเร็วกว่าไปรษณีย์

(2) ที่อยู่ของผู้คุกคามในอินเทอร์เน็ตไม่จำเป็นต้องเปิดเผยก็ได้ ซึ่งส่งผลให้เหยื่ออยู่ในสภาวะวิตกกังวล เกิดความหวาดระแวง หวาดกลัวว่าผู้คุกคามเขาหรือเธอ เป็นเพื่อนบ้าน หรืออยู่ในประเทศเพื่อนบ้าน

(3) สถานที่ตั้งหรือสถานที่อยู่ของผู้คุกคามทางอินเทอร์เน็ตก็สามารถ ก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับเรื่องเขตอำนาจศาลได้ เนื่องจากการคุกคามทางอินเทอร์เน็ต สามารถกระทำข้ามรัฐ หรือข้ามประเทศได้อย่างง่ายดาย โดยการอาจเผชิญกับปัญหาเรื่อง เขตอำนาจศาลในการบังคับใช้กฎหมายได้

(4) เป็นการยากที่จะเปิดเผยตัวผู้คุกคามทางอินเทอร์เน็ต ทำให้มีความเข้าใจผิดว่าการคุกคามทางอินเทอร์เน็ตนั้นอันตรายน้อยกว่าการคุกคามทั่วไป เนื่องจากการคุกคามทางอินเทอร์เน็ตนั้นไม่เกี่ยวข้องกับการติดต่อทางกายภาพแต่ในความเป็นจริงแล้ว การคุกคามทางอินเทอร์เน็ตนั้นอันตรายกว่าการคุกคามแบบทั่วไป เนื่องจากอินเทอร์เน็ต เปิดโอกาสให้ผู้ที่ยากจะคุกคามบุคคลอื่นแต่ไม่ยอมแสดงตนว่าตนเองคือผู้คุกคาม

หากพิจารณาพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 (แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2560) แม้ว่าจะได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์รับกวณผู้อื่นตามมาตรา 11 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่นอันมีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้รับข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยไม่เปิดโอกาสให้ผู้รับสามารถบอกเลิก หรือแจ้งความประสงค์เพื่อปฏิเสธการตอบรับได้โดยง่ายต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองแสนบาท” หรือกรณีการนำเข้าสู่ลามกเข้ามาในระบบคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 14(4) ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” แต่ก็ไม่มีการบัญญัติครอบคลุมถึงการคุกคามทางเพศอื่นๆ ในไซเบอร์สเปซแต่อย่างใด

ดังจะเห็นได้ว่าการคุกคามทางเพศโดยใช้คอมพิวเตอร์เป็นการกระทำที่ควรจะเป็นความผิดอาญากล่าวคือ มีลักษณะที่เป็นกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคมอย่างร้ายแรง และอาจได้ว่าเป็นกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมและคนในสังคมส่วนมากเห็นว่าเป็นพฤติกรรมที่น่าตำหนิและไม่สมควรให้อภัยทำให้เกิดความรู้สึกรังเกียจหรือความรู้สึกทางศีลธรรม แม้ว่าการคุกคามทางเพศโดยใช้คอมพิวเตอร์มิได้เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรง แต่เป็นการกระทำที่ทำให้เหยื่อหรือผู้เสียหายเกิดความหวาดกลัวไม่ปลอดภัยและไม่สบายใจในที่สุด

#### 4.2 ปัญหาการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายอื่นเพื่อใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดยังขาดความเหมาะสมต่อการกระทำที่มีลักษณะเป็นการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์

เนื่องจากการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ไม่มีตัวบทกฎหมายใดบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นจึงมีการนำมาตรา 397 ซึ่งบัญญัติว่าบุคคลใดที่กระทำการรังแก หรือข่มเหงผู้อื่นจนได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญ อาจต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 1 เดือน ปรับไม่เกิน 1,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ มาปรับเพื่อใช้ลงโทษต่อการกระทำอันเป็นการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ แต่เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นเพียงความผิดลหุโทษที่มีการลงโทษเพียงการปรับจำนวนไม่มาก จึงไม่เหมาะสมต่อการแก้ไขปัญหาการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

นอกจากนี้ การดำเนินตามกระบวนการยุติธรรมทางกฎหมายเป็นไปได้ยากเนื่องจากการพิสูจน์ความผิดและการรั้งขอบเขตของโลกอินเทอร์เน็ต ทำให้การตามตัวผู้กระทำความผิดที่ไม่ระบุตัวตนสามารถกระทำได้อย่างยาก ทำให้การดำเนินคดีต้องใช้เวลานานและผลที่ได้รับกลับมา คือ ผู้กระทำความผิดได้รับโทษเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่มีความเกรงกลัว

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 (4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

(5) เผยแพร่ หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (1) (2) (3) หรือ(4)

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ว่าด้วยบทบัญญัติทั่วไป มาตรา 1 ไม่ได้บัญญัตินิยามของคำว่า “นำเข้า” “เผยแพร่” และ “ส่งต่อ” ไว้ เพราะฉะนั้น การใช้และการตีความถ้อยคำทั้ง 3 คำนี้จึงต้องพิเคราะห์จากตัวอักษรและเจตนารมณ์ควบคู่กัน แต่ในทางปฏิบัตินั้น การใช้และการตีความถ้อยคำทั้ง 3 คำนี้ กลับทำให้เกิดปัญหาเป็นที่น่าสงสัยว่าผู้ใช้และผู้ตีความกฎหมายได้พิเคราะห์จากตัวอักษรและ เจตนารมณ์ควบคู่กันหรือไม่

คำว่า “นำเข้า” เป็นการนำเอาคำสองคำมารวมเข้ากันแล้วเกิดเป็นความหมายใหม่ คือ คำว่า “นำ” เป็นคำกริยาหมายความว่าการพา กับคำว่า “เข้า” เป็นคำกริยาเช่นเดียวกันหมายความว่า อาการที่เคลื่อนไปข้างใน หรือทำให้เคลื่อนไปข้างใน เมื่อนำมารวมเข้ากันแล้วจึงหมายความว่า พาเคลื่อนไปข้างใน ดังนั้น ถ้อยคำที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 14(1) (2) (3) และ (4) ที่ว่า “นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์” จึงหมายความว่า พาข้อมูลคอมพิวเตอร์เคลื่อนไปข้างในระบบคอมพิวเตอร์

ส่วนคำที่สอง คือ คำว่า “เผยแพร่” เป็นคำกริยาหมายความว่าการโฆษณาให้แพร่หลาย ดังนั้น ถ้อยคำที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 14(5) ที่ว่า “เผยแพร่ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์” จึงหมายความว่าโฆษณาให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์

สุดท้ายคำที่สาม คือ คำว่า “ส่งต่อ” เป็นการนำเอาคำสองคำมารวมเข้ากันแล้วเกิดเป็นความหมายใหม่ คือ คำว่า “ส่ง” เป็นคำกริยาหมายความว่าการทำให้สิ่งใดสิ่งหนึ่งเคลื่อนพ้นจากที่หนึ่ง ไปยังอีกที่หนึ่ง เพื่อให้

ถึงผู้รับ หรือเป้าหมายด้วยอาการต่างๆ กัน กับคำว่า “ต่อ” เป็นคำกริยา เช่นเดียวกันหมายความว่า เพิ่มให้ยึดออกไป เมื่อนำมารวมเข้ากันแล้วจึงหมายความว่า ทำให้สิ่งใดสิ่งหนึ่งเคลื่อนพ้นจากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่งในลักษณะที่เพิ่มให้ยึดออกไป เพื่อให้ถึงผู้รับ หรือเป้าหมายด้วยอาการต่างๆ กัน ดังนั้น ถ้อยคำที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 14(5) ที่ว่า “ส่งต่อ ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์” จึงหมายความว่า ทำให้ข้อมูลคอมพิวเตอร์เคลื่อนพ้นจากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่งในลักษณะที่เพิ่มให้ยึดออกไป เพื่อให้ถึงผู้รับ หรือเป้าหมายด้วยอาการต่างๆ กัน

คำว่า “นำเข้า” ตามมาตรา 14 (1) (2) (3) และ (4) มีความมุ่งหมายเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำที่เป็นการพาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะตามที่มาตรา 14 ได้บัญญัติไว้เคลื่อนไปข้างในระบบคอมพิวเตอร์ เพราะการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหาย ประกอบกับเมื่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ได้เคลื่อนไปข้างในระบบคอมพิวเตอร์แล้วย่อมง่ายแก่การทำสำเนา (copy) เผยแพร่และส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น ส่วนคำว่า “เผยแพร่” ตามมาตรา 14(5) มีความมุ่งหมายเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำที่เป็นการโฆษณาให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะตามที่มาตรา 14 ได้บัญญัติไว้ เพราะการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหาย เพิ่มขึ้นเป็นวงกว้างภายหลังจากการ “นำเข้า”

ในประการสุดท้าย คำว่า “ส่งต่อ” ตามมาตรา 14(5) มีความมุ่งหมายเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำที่เป็นการทำให้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะตามที่มาตรา 14 ได้บัญญัติไว้เคลื่อนพ้นจากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่งในลักษณะที่เพิ่มให้ยึดออกไป เพื่อให้ถึงผู้รับ หรือเป้าหมายด้วยอาการต่างๆ กัน เพราะการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหาย เพิ่มขึ้นภายหลังจากการ “นำเข้า” ทั้งนี้แม้ว่า ในบางกรณีความเสียหายนั้นจะไม่ได้เป็นวงกว้างเท่ากับการ “เผยแพร่” ก็ตาม

หากเปรียบเทียบกับประเทศญี่ปุ่นซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ทางอินเตอร์เน็ตกฎหมายต่อต้านการสะกดรอย ประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐแคลิฟอร์เนียที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาของตนให้ครอบคลุมพฤติกรรมที่มีลักษณะคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์รวมทั้งประเทศเยอรมนีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเช่นเดียวกันดังที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3

จึงเห็นได้ว่าบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2560) และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ดังกล่าวไม่สามารถมาใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีลักษณะคุกคาม ทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ได้อย่างเหมาะสม

#### 4.3 ปัญหาของสัดส่วนการลงโทษของบทบัญญัติของกฎหมายในการลงโทษการกระทำที่มีลักษณะเป็นการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์

หากพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 ได้วางหลักการใหม่ในการปฏิรูปกระบวนการจัดทำและการเสนอร่างกฎหมายอย่างเป็นระบบ กล่าวคือ ในการจัดให้มีกฎหมายฉบับใหม่ขึ้นใช้บังคับ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น สำหรับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่นั้น หากหมดความจำเป็น หรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพรัฐพึงยกเลิก หรือปรับปรุงกฎหมายฉบับนั้นเพื่อไม่ให้เป็นการกระทบประชาชน และดำเนินการให้ประชาชน



เข้าถึงตัวบทกฎหมายได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายในกรณีที่มีความจำเป็นต้องตรากฎหมายใหม่ หรือแก้ไขเพิ่มเติม หรือปรับปรุง หรือยกเลิกกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ เปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชนและนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน

เมื่อพิจารณาหลักความได้สัดส่วน (The Principle of Proportionality) เป็นหลักการที่ถูกพัฒนาขึ้นมาจนเป็นหลักการที่สำคัญหลักการหนึ่งของหลักนิติธรรม (Rule of Law) หลักความได้สัดส่วนนี้ เป็นหลักการที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและสร้างสมดุลระหว่างการใช้อำนาจอรัฐและสิทธิเสรีภาพของบุคคล การที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิ เสรีภาพของบุคคลจะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบว่าการที่จะใช้มาตรการเช่นนั้นจำกัดสิทธิ เสรีภาพของบุคคล มาตรการดังกล่าวต้องเป็นที่แน่นอนหรือคาดเห็นได้ว่าการตรากฎหมายเช่นนั้นสามารถที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ได้กำหนดไว้ได้จริง โดยมาตรการนั้นต้องวางอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับ หรือเป็นมาตรการที่ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ต้องพิจารณาชั่งน้ำหนักว่าประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นแก่สาธารณะจากการใช้มาตรการนั้น มีความคุ้มค่ามากกว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นกับการไปสิทธิของบุคคล ถึงขนาดจำเป็นต้องใช้มาตรการดังกล่าว สำหรับหลักความได้สัดส่วนในประเทศไทยจัดอยู่ในระดับกฎหมายรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน โดยที่สาระสำคัญของ หลักการจะประกอบไปด้วย ประการแรก ความเหมาะสมของมาตรการอันเป็นที่ยอมรับและแสดง ให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ ประการที่สอง ความจำเป็นที่จะต้องใช้มาตรการนั้นเมื่อได้พิจารณาถึงผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานที่อาจจะไม่มีหรือมีแต่ก็น้อยกว่า มาตรการอื่น และประการที่สาม ความได้สัดส่วนนี้จะต้องมีความสมดุลไม่อยู่นอกเหนือขอบเขต ของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ ทั้งนี้ หลักความได้สัดส่วนจัดเป็น มาตรฐานระหว่างประเทศและถูกกำหนดไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กฎบัตรสิทธิพื้นฐานของประเทศยุโรปให้นานาอารยประเทศต้องยึดหลักดำเนินตาม ซึ่งหากจะมองว่าเป็นเรื่อง กฎหมายระหว่างประเทศ เป็นเรื่องไกลตัวเกินความจำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องปฏิบัติตามแล้ว ภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (The International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) ที่ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีมีพันธกรณีให้ต้อง ปฏิบัติด้วยอยู่แล้วซึ่งกำหนดว่ารัฐต้องแสดงให้เห็นความจำเป็นและการใช้มาตรการดังกล่าวจะ ต้องได้สัดส่วนกันเพื่อให้บรรลุผลทางกฎหมายในการป้องกันสิทธิเหล่านั้นอย่างต่อเนื่องและมีประสิทธิภาพ

ทั้งนี้ หากพิจารณาโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ซึ่งบัญญัติว่าบุคคลใดที่กระทำการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่นจนได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญ อาจต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 1 เดือน ปรับไม่เกิน 1,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับและตามพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 (แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2560) มาตรา 11 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่นอันมีลักษณะเป็นการก่อให้เกิด

ความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้รับข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยไม่เปิดโอกาสให้ผู้รับสามารถบอกเลิก หรือแจ้งความประสงค์เพื่อปฏิเสธการตอบรับได้โดยง่ายต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองแสนบาท” หรือกรณีการนำเข้าสู่สื่อบริการเข้ามาในระบบคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 14(4) ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จะเห็นว่าโทษที่จะลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดต่อการกระทำที่มีลักษณะเป็นการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ไม่มีความเหมาะสมเนื่องจากเกิดความเสียหายอย่างแรงต่อเหยื่อ จึงควรตรากฎหมายเพื่อกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ไว้โดยเฉพาะ

#### 4.4 เปรียบเทียบความผิดอาญาเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ของไทยและต่างประเทศ

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ของประเทศญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา สหพันธรัฐเยอรมนีและไทยสามารถนำมาเปรียบเทียบตามตารางที่ 4.1 ดังนี้

ตารางที่ 4.1 แสดงการเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา สหพันธรัฐเยอรมนีและไทย

ประเด็น	ไทย	ญี่ปุ่น	สหรัฐอเมริกา	สหพันธรัฐเยอรมนี
1. ชื่อกฎหมาย	1.1 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 1.2 พระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560)	1.1ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 231 ดูหมิ่นทางอินเทอร์เน็ต 1.2 กฎหมาย Anti-stalking Act of Japan ปี 2000	1.1 ประมวลกฎหมายอาญา แคลิฟอร์เนีย มาตรา 653 M 1.2 ประมวลกฎหมายอาญา แคลิฟอร์เนีย มาตรา 647(j)(4) 1.3 ประมวลกฎหมายอาญา แคลิฟอร์เนีย มาตรา 653.2 1.4 ประมวลกฎหมายอาญา แคลิฟอร์เนีย มาตรา 646.9	1.1 ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 186 และ 187 1.2 ความผิดฐานข่มขู่กระทำความผิดทางอาญาร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 241 1.3 ความผิดฐานละเมิดความเป็นส่วนตัวตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 201 (a) 1.4 ความผิดฐานการสะกดรอยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 238
2. การกระทำความผิด	2.1 มาตรา 397 ซึ่งบัญญัติว่าบุคคลใดที่กระทำการรังแก หรือข่มเหงผู้อื่นจนได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญ	2.1 บุคคลที่ดูหมิ่นบุคคลอื่นในที่สาธารณะ แม้ไม่ได้รับข้อเท็จจริงจะต้องระวางโทษจำคุกสูงสุด 1 ปี หรือปรับสูงสุด 300,000 เยน หรือกักขังหรือปรับ	2.1 ประมวลกฎหมายอาญา แคลิฟอร์เนีย มาตรา 653 M กำหนดความผิดเกี่ยวกับการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์โดยมีเจตนาสร้างความรำคาญ	2.1 ประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนีได้บัญญัติเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทไว้ 2 มาตรา กล่าวคือ 1) มาตรา 186 เป็นเรื่องของการกระทำความผิดโดยการนินทาว่าร้าย

ประเด็น	ไทย	ญี่ปุ่น	สหรัฐอเมริกา	สหพันธรัฐเยอรมนี
	<p>2.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มีสาระสำคัญดังนี้</p> <p>(1) มาตรา 4 “ผู้ใดส่งข้อมูล คอมพิวเตอร์ หรือจดหมาย อิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่น โดยไม่เปิด โอกาสให้ผู้รับข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์สามารถบอก เลิก หรือแจ้งความประสงค์ เพื่อ ปฏิเสธการตอบรับได้ อันเป็นการ ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ ผู้รับ”</p> <p>(2) มาตรา 12 กำหนดดังนี้</p> <p>1) การเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งระบบ คอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกัน</p> <p>2) นำมาตรการป้องกันการเข้าถึง ระบบคอมพิวเตอร์ที่ผู้อื่นอันทำขึ้นเป็น การเฉพาะไปเปิดเผย โดยมิชอบ</p> <p>3) ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่ง ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการ ป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและ มาตรการนั้นมีได้มิใช่สำหรับตน</p>	<p>2.2 กรณีการสะกดรอยเป็นการ กระทำที่มีจุดประสงค์เพื่อสนอง ความรู้สึกถึงความรัก หรือความรู้สึกที่ ดีอื่นๆ สำหรับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือความรู้สึกชุ่นเคืองต่อบุคคลใด บุคคลหนึ่ง หรือคู่สมรสซึ่งเป็นญาติ โดยตรง หรืออยู่ร่วมกัน หรือบุคคลอื่น ใดที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับบุคคลที่ เฉพาะเจาะจงในชีวิตสังคม</p>	<p>2.2 ประมวลกฎหมายอาญา แคลิฟอร์เนีย มาตรา 647(j)(4) กำหนดความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ ภาพถ่ายที่ได้สื่อให้เห็นเกี่ยวกับทางเพศ หรือวิดีโอของคนอื่นที่ได้มาโดยไม่มี ความยินยอมจากเหยื่อ</p> <p>2.3 ประมวลกฎหมายอาญา แคลิฟอร์เนีย มาตรา 653.2 กำหนดความผิดเกี่ยวกับการล่วงละเมิด ทางไซเบอร์</p> <p>2.4 ประมวลกฎหมายอาญา แคลิฟอร์เนีย มาตรา 646.9 กำหนด ความผิดฐานสะกดรอยโดยบุคคลใดจง ใจ มุ่งร้าย และติดตามซ้ำๆ หรือโดยจง ใจและมุ่งร้ายบุคคลอื่นและทำการ คุกคามอันเป็นน่าเชื่อได้ว่าโดยมีเจตนาที่ จะให้บุคคลนั้นตกอยู่ในความกลัวตาม สมควรเพื่อความปลอดภัยของเขาหรือ เธอหรือความปลอดภัยของบุคคลใน ครอบครัวที่ใกล้ชิด</p>	<p>2) มาตรา 187 ผู้ใดกล่าวหรือไขข่าว แพร่หลายซึ่งข้อเท็จจริงอันเป็นเท็จเกี่ยวกับ ผู้อื่น</p> <p>2.2 ความผิดฐานข่มขู่กระทำความผิดทาง อาญาร้ายแรง</p> <p>ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติเกี่ยวกับ การข่มขู่กระทำความผิดทางอาญาร้ายแรง ไว้ในมาตรา 241</p> <p>2.3 ความผิดฐานละเมิดความเป็นส่วนตัว</p> <p>ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติเกี่ยวกับ การข่มขู่กระทำความผิดทางอาญาร้ายแรง ไว้ในมาตรา 201 (a)</p> <p>2.4 ความผิดฐานการสะกดรอย</p> <p>1) ฝ่าฝืนติดตามอย่างใกล้ชิด</p> <p>2) พยายามที่จะติดต่อกับผู้เสียหายทาง โทรคมนาคม หรือวิธีการอื่นๆ ทาง โทรคมนาคม หรือผ่านบุคคลที่สาม</p> <p>3) การใช้ข้อมูลส่วนบุคคลในทางที่ผิดเพื่อ วัตถุประสงค์ในการสั่งซื้อสินค้า หรือบริการ สำหรับเขา หรือทำให้บุคคลที่สามสามารถที่ จะติดต่อกับผู้เสียหาย</p> <p>4) ข่มขู่ผู้เสียหาย หรือญาติของผู้เสียหาย หรือผู้ใกล้ชิดด้วยการทำร้ายต่อชีวิต หรือ</p>

ประเด็น	ไทย	ญี่ปุ่น	สหรัฐอเมริกา	สหพันธรัฐเยอรมนี
	<p>4) ดักจับไว้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นที่อยู่ระหว่างการส่งในระบบคอมพิวเตอร์ และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นมิได้มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะ และ</p> <p>5) ส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่น โดยปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลดังกล่าว</p>			ร่างกาย สุขภาพ หรือเสรีภาพอย่างหนึ่งอย่างใด
3. มาตรการพิเศษ	ไม่มีมาตรการพิเศษ	<p>3.1 ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจ ตักเตือนและห้ามมิให้ผู้กระทำความผิดให้หยุดกระทำ</p> <p>3.2 รักษาความลับของเหยื่อ</p>	<p>3.1 คำสั่งห้ามเข้าใกล้เหยื่อ</p> <p>3.2 การถูกขึ้นทะเบียนเป็นผู้กระทำความผิดทางเพศ</p>	คดีภายใต้อนุมาตรา 1) ข้างต้นอาจถูกดำเนินคดีเมื่อมีการร้องขอเท่านั้น เว้นแต่ผู้มีอำนาจฟ้อง จำเป็นต้องดำเนินคดีเนื่องจากผลประโยชน์สาธารณะพิเศษ
4. บทกำหนดโทษ	<p>4.1 มาตรา 397 กำหนดโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ</p> <p>4.2 ความผิดตามมาตรา 4 และ 12</p> <p>1) มาตรา 4 ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 200,000 บาท</p> <p>2) มาตรา 12 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1-7 ปีและปรับตั้งแต่ 20,000 บาท ถึง 140,000 บาท</p>	<p>4.1 กรณีดูหมิ่นบุคคลอื่นในที่สาธารณะ จะต้องระวางโทษจำคุกสูงสุด 1 ปี หรือปรับสูงสุด 300,000 เยน หรือกักขังหรือปรับ</p> <p>4.2 กรณีที่มีการสะกดรอยตามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งล้านเยน</p> <p>-บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นผู้สะกดรอยตามโดยฝ่าฝืนคำสั่งห้าม (การยับยั้ง) ฯลฯ จะถูกลงโทษโดยจำคุกโดยทำงานไม่</p>	<p>4.1 กระทำผิดฝ่าฝืนประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย มาตรา 653 M มีความผิดโทษที่มีโทษจำคุกสูงสุดหกเดือน ปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ</p> <p>4.2 กระทำผิดฝ่าฝืนประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย มาตรา 647(j)(4) ต้องระวางจำคุกไม่เกิน 180 วันในเรือนจำเขต</p>	<p>4.1 กระทำผิดฐานหมิ่นประมาท</p> <p>1) ฝ่าฝืนมาตรา 186 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับ</p> <p>2) ฝ่าฝืนมาตรา 187 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับ</p> <p>4.2 ชมขู่ว่ากระทำความผิดทางอาญาร้ายแรงฝ่าฝืนมาตรา 241</p> <p>1) กรณีมาตรา 241(1) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับ</p>

ประเด็น	ไทย	ญี่ปุ่น	สหรัฐอเมริกา	สหพันธรัฐเยอรมนี
		<p>เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองล้านเยน</p> <p>- บุคคลที่ฝ่าฝืนคำสั่งห้าม ฯลฯ ต้องระวางโทษจำคุกพร้อมกับทำงานสาธารณะไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 500,000 เยน</p>	<p>4.3 กระทำผิดฝ่าฝืนประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย มาตรา 653.2</p> <p>4.4 กระทำผิดฝ่าฝืนประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย มาตรา 646.9 มีความผิดโทษซึ่งมีโทษจำคุกสูงสุดหนึ่งปีและปรับไม่เกิน 1,000.00 ดอลลาร์</p>	<p>2) กรณีมาตรา 241(2) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับ</p> <p>3) กรณีมาตรา 241(3) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับ</p> <p>4.3 ละเมิดความเป็นส่วนตัวและสิทธิของบุคลิกภาพตามมาตรา 201 (a) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับ</p> <p>4.4 ผู้ใดสะกดรอยตามบุคคลอื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawfully stalks ) โดยกระทำดังต่อไปนี้</p> <p>1) บทลงโทษจะมีอายุสามเดือนถึงห้าปี หากผู้กระทำความผิดระหว่างผู้เสียหาย ญาติ หรือบุคคลอื่นที่ใกล้ชิดกับเหยื่อให้ตกอยู่ในอันตรายถึงชีวิต หรือได้รับบาดเจ็บสาหัส</p> <p>2) ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นเหตุให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย ญาติ หรือบุคคลอื่นที่ใกล้ชิดกับผู้เสียหาย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี</p>

จากการที่วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาต่อการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์จะเห็นว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2560 ยังมีบทบัญญัติยังไม่ครอบคลุมถึงการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ซึ่งควรจะได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

ตั้งแต่ศึกษามาแล้วว่าคอมพิวเตอร์และเทคโนโลยีการสื่อสารได้เข้ามามีบทบาทเกี่ยวข้องในการดำเนินชีวิตมากยิ่งขึ้นทั้งในด้านการติดต่อสื่อสาร ธุรกิจ หรือการศึกษา อย่างไรก็ตาม แม้ว่าเทคโนโลยีดังกล่าวได้สร้างความสะดวกสบายในการติดต่อสื่อสาร หรือติดตามข่าวสารต่างๆ ได้อย่างรวดเร็ว แต่ก็มีข้อเสียอยู่หลายประการ โดยจะเห็นได้ว่าการติดต่อสื่อสารที่รวดเร็วนั้น เป็นเหตุให้การคิด การไตร่ตรอง การวิเคราะห์ข้อมูลต่างๆ ก่อนทำการโพสต์ลงโซเชียลมีเดียของผู้ใช้งานลดลงซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์จากประเทศสหรัฐอเมริกาและแคนาดาพบว่าแต่ละประเทศได้มีการบัญญัติด้วยบทกฎหมายว่าด้วยการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ไว้อย่างหลากหลาย มีทั้งส่วนที่คล้ายคลึงกันและส่วนที่แตกต่างกันตามแต่สภาพสังคมของแต่ละประเทศ รวมไปถึงการกำหนดมาตรการการลงโทษของแต่ละประเทศก็มีความหนักเบาแตกต่างกันอีกด้วย ทั้งนี้ผู้เขียนจึงขอเสนอบทสรุปและข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหาเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการศึกษาและสามารถนำมาปรับใช้เป็นแนวทางที่เหมาะสมกับสังคมประเทศไทยในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์

ทั้งนี้ การคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ถือเป็นเรื่องใหม่ที่หลายประเทศทั่วโลกให้ความสนใจ เนื่องจากเป็นเรื่องใกล้ตัว กอปรกับความไร้พรมแดนของอินเทอร์เน็ตทำให้บุคคลทุกคนที่สามารถใช้คอมพิวเตอร์โดยเข้าถึงโซเชียลมีเดียสามารถเป็นผู้กระทำผิดและอาจกลายเป็นเหยื่อได้ทั้งที่รู้ตัวและไม่รู้ตัว อีกทั้งการเป็นผู้กระทำผิด หรือเหยื่อนั้นไม่มีการจำกัดเพศและอายุอีกด้วย ทั้งนี้ หากรัฐยังคงปล่อยปละละเลยเรื่องการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ต่อไปอาจกลายเป็นปัญหาที่ร้ายแรงในสังคมต่อไปได้

จากการศึกษาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของการกระทำที่เป็นการคุกคามทางเพศผ่านโซเชียลมีเดีย พบปัญหากฎหมายดังต่อไปนี้

ประการแรก ปัญหาการขาดมาตรการทางกฎหมายที่บัญญัติความผิดเกี่ยวกับด้วยการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์

หากพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาในฐานความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งเป็นความผิดที่ปรากฏอยู่ในลักษณะ 9 ตั้งแต่มาตรา 276 ถึงมาตรา 287/12 โดยความผิดเกี่ยวกับเพศนี้ประกอบไปด้วยฐานความผิดที่สำคัญ คือ ความผิดฐานกระทำชำเรา (ผู้อื่นและเด็ก) และความผิดฐานกระทำอนาจาร (ผู้อื่นและเด็ก) จะเห็นได้ว่าไม่มีบทบัญญัติที่มีเนื้อหาครอบคลุมการกระทำคุกคามทางเพศในโซเชียลมีเดีย อย่างไรก็ตามการนำบทบัญญัติมาตรา 397 ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษ(Petty Offences) กล่าวคือ เป็นความผิดเล็กๆ น้อยๆ ที่มีโทษเบา หรือโทษที่ไม่ร้ายแรง กล่าวคือ ความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 เดือน หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท

มาปรับใช้เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด แต่มีบทลงโทษที่ไม่เหมาะสมต่อการกระทำอันเป็นการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ซึ่งมิได้สัดส่วนกับความเสียหายการกระทำความผิดอันเป็นการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์เนื่องจากการคุกคามทางเพศในไซเบอร์มีเดีย รวมทั้งพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2560 ซึ่งแม้จะมีอัตราโทษที่สูงแต่เนื้อหาไม่ครอบคลุมการกระทำความผิดในลักษณะการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้เมื่อพิจารณาตัวบทประมวลกฎหมายอาญาในส่วนการกระทำเกี่ยวกับเพศ จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร หรือการกระทำทางเพศอื่นๆ เป็นกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเหยื่อโดยตรงเท่านั้น มิได้ครอบคลุมไปถึงการกระทำอันไม่เหมาะสมทางเพศที่ได้กระทำ ผ่านคอมพิวเตอร์ ได้แก่

1) การเหยียดเพศ

การแสดงความคิดเห็นในเชิงดูถูกเหยียดหยามรสนิยมทางเพศ หรือเพศสภาพของผู้อื่น โดยเห็นว่าเป็นเรื่องตลก และนำมาล้อเลียนให้อับอาย อาทิ สายเหลือง, ล้างตู้เย็น, ชุดทอง หรือเปลี่ยนทอมให้เป็นเธอ ฯลฯ

2) การลวนลามทางเพศ

การแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องเพศ การพูดถึงอวัยวะเพศ (ชาย/หญิง) เสนอ หรือขอทำกิจกรรมทางเพศกับบุคคลดังกล่าว โดยไม่สนใจเรื่องเพศ หรืออายุของผู้ถูกกระทำ อาทิ อยากรู้อยากเห็น/อม ให้ลัม, ได้น้อง\_สักครั้ง จะตั้งใจเรียน, เห็นกลั้มแล้ว อยากรู\_ซักรัก, ช่วงนี้ พี่หิวขอกินข้าวหลามนึ่งได้ไหม หรือเห็นน้องแล้วพี่อยากเป็นผู้ประสภภัย เป็นต้น

3) การสะกดรอยหรือเฝ้าติดตามทางอินเทอร์เน็ต ได้แก่ อีเมลหรือข้อความโดยตรง ที่คุกคามหรือลามกอนาจาร สแปม (การที่ผู้สะกดรอยส่งอีเมลขยะจำนวนมากไปหาเหยื่อ)การล่วงละเมิดหรือการเผาแชทสด (การใช้วาจาในทางออนไลน์) เป็นต้น

4) การข่มขู่ทางเพศ

การข่มขู่ผู้ถูกกระทำและคนสนิทบนโลกออนไลน์ เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ทางเพศ โดยพฤติกรรมดังกล่าว ถือว่าเป็นการเกาะติดชีวิตออนไลน์ของผู้อื่น (Cyberstalking) หรืออีกกรณี คือ Revenge Porn เป็นการนำรูปโป๊ของเหยื่อมาข่มขู่หรือแค้นแค้นและเหตุการณ์ที่พบบ่อย คือ เมื่อฝ่ายหญิงเลิกกับฝ่ายชาย แล้วฝ่ายชายนำภาพโป๊ที่เคยถ่ายตอนเป็นแฟนกันมาข่มขู่ หรือแค้นฝ่ายหญิง โดยไม่สนใจว่าฝ่ายหญิงจะได้รับความเสียหาย หรืออับอายเพียงใด

จึงควรแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป

ประการที่สอง ปัญหามาตรการทางกฎหมายสำหรับการจัดการปัญหาการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ (Sexual Harassment) บนเครือข่ายสังคมออนไลน์(Social Media) ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2560

หากพิจารณาพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2560 แม้ว่าจะได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการส่ง



จดหมายอิเล็กทรอนิกส์รบกวนผู้อื่นตามมาตรา 11 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่นอันมีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้รับข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยไม่เปิดโอกาสให้ผู้รับสามารถบอกเลิก หรือแจ้งความประสงค์เพื่อปฏิเสธการตอบรับได้โดยง่ายต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองแสนบาท” หรือกรณีการนำเข้าสื่อลามกเข้ามาในระบบคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 14(4) ที่บัญญัติว่า ‘ผู้ใดนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่ก็ไม่มีกรณีการบัญญัติครอบคลุมถึงการคุกคามทางเพศอื่นๆ ในโซเชียลมีเดียแต่อย่างใด

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 ดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในมาตรา 11 อาจนำมาปรับใช้กับการคุกคามออนไลน์ได้ในกรณีที่มีการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อกลั่นแกล้งบุคคลเป็นจำนวนมากจนรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์โดยปกติสุข จนอาจก่อให้เกิดปัญหาการรบกวนเพื่อโฆษณาและจำหน่ายสินค้าและการหลอกลวงผู้บริโภค ดังนั้น การคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ซึ่งตามปกติไม่ได้มีวัตถุประสงค์ เพื่อโฆษณา หรือจำหน่ายสินค้า หรือบริการจะสามารถปรับใช้มาตรานี้ได้หรือไม่ เพียงใดยังต้องรอการตีความจากศาลและอีกทั้งถ้อยคำแห่งบทบัญญัติมาตรา 11 ใช้เพียงแค่อ้อยคำว่าการส่งข้อความที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้รับข้อมูลคอมพิวเตอร์” การส่งข้อความมากข้อความถึงจะเรียกว่าสร้างความเดือดร้อนรำคาญ หรือส่งข้อความมาลักษณะใด ถึงจะเรียกว่าเดือดร้อนรำคาญและการส่งข้อความนั้นรวมถึง การส่งข้อความมาในทำนองคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) ด้วยหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้กฎหมายมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนและเรื่องนี้ยังไม่เคยมีคำพิพากษาคัดสินเป็นแนวทาง เพราะเป็นกฎหมายใหม่ ก็ยังต้องรอการตีความจากศาลต่อไป

ส่วนในกรณีมาตรา14(1) สามารถปรับใช้กับการคุกคามทางเพศบนเครือข่ายสังคมออนไลน์ได้เฉพาะในกรณีที่ผู้กลั่นแกล้งได้นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่บิดเบือน ปลอมทั้งหมด หรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นเท็จ ซึ่งน่าจะเกิดความเสียหายต่อผู้ถูกคุกคามทางเพศเท่านั้น หากผู้ทำการคุกคามทาง เพศ(Sexual Harassment) บนเครือข่ายสังคมออนไลน์ (Social Media) ได้นำข้อมูลที่เป็นความจริงเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ก็ไม่สามารถปรับใช้มาตรานี้ได้

ส่วนในกรณีมาตรา 14 (4) ในกรณีที่กระทำการคุกคามทางเพศ(Sexual Harassment) บนเครือข่ายสังคมออนไลน์(Social Media) โดยมีการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามก เช่น นำรูปภาพ หรือวิดีโอที่มีลักษณะอันลามกของผู้ถูกคุกคามทางเพศเข้าสู่ระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต หรือสังคมออนไลน์ต่างๆ โดยบุคคลทั่วไปสามารถเข้าถึงได้บนสังคมเครือข่ายออนไลน์ลักษณะนี้ อาจปรับใช้มาตรา 14(4) ได้ แต่หากเป็นกรณีที่เป็นกรนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ในลักษณะที่คนทั่วไปไม่อาจเข้าถึงได้ อาทิเช่น กลุ่ม Facebook, Line ที่เป็นกลุ่มปิด การที่มีบุคคลหนึ่งบุคคลใดส่งข้อความลง หรือมีการเผยแพร่อย่างไรๆ ในแอปพลิเคชันเฉพาะกลุ่มมีลักษณะเป็นเพียงเจตนาการแจ้ง หรือไขข่าวไปยังเฉพาะกลุ่มบุคคลซึ่งอยู่ในกลุ่มเท่านั้น ยังไม่ถึงกับเป็นการกระจายข่าวไปสู่สาธารณชน หรือประชาชนทั่วไปที่จะอาจเข้าถึงได้ก็ไม่อาจปรับบทบัญญัติ

มาตรานี้ได้ เว้นแต่เป็นการเผยแพร่ หรือทำให้แพร่หลาย หรือการค้าสื่อลามกอนาจารเด็ก พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ.2558 ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/1 และมาตรา 287/2

ทั้งนี้ การคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์มิได้เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรง แต่เป็นการกระทำที่ทำให้เหยื่อ เกิดความหวาดกลัวและไม่ปลอดภัยในที่สุด

ประการที่สาม ปัญหากฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 323 และมาตรา 328 โดยการใส่ความต้องเป็นการยืนยันข้อเท็จจริงรู้ได้แน่นอนว่าเป็นบุคคลใด หรือหากไม่ระบุถึงตัวบุคคลผู้ถูกใส่ความโดยตรง การใส่ความก็ จะต้องได้ความหมายว่าหมายถึง บุคคลหนึ่งบุคคลใด โดยเฉพาะ ดังนั้นเพียงแต่การใช้ถ้อยคำว่า “ขาว” “หอม” “เล็ก” “ใหญ่” เรื่องแบบนี้ไม่สามารถยืนยันข้อเท็จจริงได้ นอกจากนี้มีหลายกรณีที่มีการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์โดยเป็นการกล่าวลอยๆ ไม่ได้ระบุตัวผู้เสียหาย ด้วยเหตุนี้จึงฟ้องร้องคดีอาญาฐานหมิ่นประมาทไม่ได้ ต่อมาในส่วนของส่วนของการกระทำด้วยประการใดๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความ อับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397

ประการที่สี่ ปัญหาการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายอื่นเพื่อใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดยังขาดความเหมาะสมต่อการกระทำที่มีลักษณะเป็นการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์

ในการดำเนินตามกระบวนการยุติธรรมทางกฎหมายเป็นไปได้ยากเนื่องจากการพิสูจน์ความผิดและการไร้ขอบเขตของโลกอินเทอร์เน็ต ทำให้การตามตัวผู้กระทำความผิดที่ไม่ระบุตัวตนสามารถกระทำได้อย่างทำให้การดำเนินคดีต้องใช้เวลาและผลที่ได้รับกลับมา คือ ผู้กระทำความผิดได้รับโทษเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่มีความเกรงกลัว

ดังได้กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายที่ใช้บังคับในประเทศไทยไม่ว่าจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2560 เห็นว่ายังไม่มียกกฎหมายใดที่บัญญัติขึ้นเพื่อป้องกัน หรือปราบปรามการกระทำความผิดฐานการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์หรือบัญญัติบทลงโทษผู้กระทำความผิดในความผิดดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์เนื่องจากเหตุผลความเป็นไปได้หลายประการ เช่นสภาพสังคมที่ยังไม่ให้ความสำคัญกับเรื่องดังกล่าวเท่าไรนัก มักมีแนวความคิดว่าเป็นเรื่องที่สามารถนำมาสร้างเป็นมุขตลกขบขันได้อีกทั้งการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์นั้น ไม่มีการคุกคามที่เกิดขึ้นกับเนื้อตัวร่างกายของเหยื่อจึงไม่ทำให้เกิดความเสียหายที่เห็นประจักษ์จากภายนอก อย่างไรก็ตาม เมื่อเกิดการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์มีความเสียหายขึ้นกฎหมายของประเทศไทยทำได้เพียงนำมาตรา 397 ประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นเพียง บทบัญญัติที่เป็นความผิดลหุโทษมาปรับใช้ในการลงโทษเท่านั้นแต่จำนวนผู้ถูกการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ยังคงมีจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ผู้เขียนจึงเห็นว่า การลงโทษสถานเบา ไม่สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้

เมื่อเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ของไทยและต่างประเทศแล้วพบว่า ประเทศไทยไม่มีการบัญญัติถึงเรื่องการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ไว้

เป็นการเฉพาะอีกทั้งเมื่อเกิดการคุกคามทางเพศขึ้นก็มักจะนำเอามาตรา 397 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นบทบัญญัติโทษสถานเบามาใช้บังคับแต่ยังคงมีการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์มีความเสียหายเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องเห็นได้ว่าตัวบทกฎหมายที่เป็นโทษสถานเบาและไม่ได้บัญญัติถึงปัญหาดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะของไทยนั้นไม่สามารถแก้ไขปัญหาคูคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ได้ แตกต่างจากมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศ ที่มีการบัญญัติกฎหมายกล่าวถึงเรื่องการคุกคามทางเพศ ผ่านคอมพิวเตอร์ไว้อย่างหลากหลาย อีกทั้งยังมีการจัดทำบริการทางอินเทอร์เน็ต เพื่อให้เหยื่อผู้ถูกคุกคามทางเพศสามารถแจ้งเหตุ ให้คำปรึกษา และเข้ารับการรักษาพยาบาลจิตใจได้ ซึ่งเป็นการร่วมมือกันในการแก้ไขปัญหาระหว่างหน่วยงานภาครัฐและเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเทศญี่ปุ่นที่มีตัวบทกฎหมายกำหนดให้ตั้งหน่วยงานขึ้นมาเพื่อดูแลปัญหาเรื่องนี้ โดยเฉพาะ รวมไปถึงหน่วยงานภาครัฐที่สนับสนุนให้มีนักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ เข้าไปในสถานศึกษา หรือสถานที่อื่นๆ เพื่อให้ความรู้แก่บุคคลให้ทราบถึงผลร้ายของการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์และให้ความช่วยเหลือเหยื่อผู้ถูกคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์อีกด้วย

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ประเทศไทยสมควรมีบทบัญญัติทางกฎหมายว่าด้วยการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ไว้เป็นการเฉพาะและมีบัญญัติบทกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดอย่างเหมาะสม จัดตั้งหน่วยงานขึ้นมาดูแลเรื่องการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์และให้มีการจัดทำเว็บไซต์เพื่อรับเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศในโซเชียลมีเดีย รวมถึงให้คำปรึกษาทางกฎหมาย รับฟังปัญหาและให้คำแนะนำเหยื่อผู้ถูกคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ รวมไปถึงจัดโครงการให้ความรู้ถึงการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์รวมถึงผลร้ายจากการกระทำดังกล่าวตาม สถานที่ต่างๆ เช่น โรงเรียน มหาวิทยาลัย สื่อต่างๆ เพื่อให้สังคมตระหนักถึงความร้ายแรงของการกระทำดังกล่าว อีกทั้งยังเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ที่ไม่เคยกระทำความผิดทราบถึงผลร้ายจากการกระทำนั้นและเลือกที่จะไม่กระทำความผิด รวมไปถึงการให้ความรู้ในเรือนจำ เพื่อป้องกันและปราบปรามไม่ให้เกิดการกระทำผิดซ้ำอีก การบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ไว้เป็นการเฉพาะและกำหนดบทลงโทษอย่างเหมาะสม เป็นไปเพื่อแก้ไขปัญหาคูคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์รวมถึงให้กฎหมายสามารถเข้ามาควบคุมความสงบเรียบร้อยของสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้ผู้คนในสังคมประเทศไทยได้อยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของการกระทำที่เป็นการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์โดยการเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และเยอรมนี ผู้เขียนเห็นว่าสมควรแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 เพื่อบัญญัติความรับผิดทางอาญาของการกระทำที่เป็นการคุกคามทางเพศผ่านโซเชียลมีเดีย ดังนี้

5.2.1 ควรแก้ไขเพิ่มเติมนิยามของคำว่า “การคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์” ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 3 เพื่อให้มีความชัดเจนดังนี้

“การคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์” หมายถึง การกระทำได้ดังต่อไปนี้

(1) การติดตามผู้อื่นทางไซเบอร์ ถือการกระทำที่ผู้กระทำเจตนาประสงค์กระทำต่อบุคคลใด บุคคลหนึ่งเพื่อตอบสนองความต้องการทางเพศของตนเองและได้กระทำการติดตามผู้นั้นหนึ่งครั้ง หรือมากกว่า หนึ่งครั้งโดยอาจกระทำการใดๆ ดังต่อไปนี้ หรือในลักษณะเดียวกัน ผู้นั้นมีความผิดฐานติดตามผู้อื่นทางไซเบอร์

(2) ติดตามหรือสะกดรอยการใช้อินเทอร์เน็ตของผู้อื่น

(3) พยายามติดต่อบุคคลอื่นซ้ำๆ ในทุกวิธีทางผ่านอุปกรณ์สื่อสารอิเล็กทรอนิกส์

(4) การส่งข้อความตัวอักษร ข้อความเสียง รูปภาพ วิดีโอ หรือสื่ออื่นใดที่ปรากฏส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายซึ่งวิญญูชนพึงคาดหมายได้ว่าเป็นที่ลับ หรือการแสดงท่าทางทางเพศของตนเองให้แก่ผู้อื่นโดยที่ผู้นั้นมิได้ยินยอม ไม่ว่าจะเป็นการส่งในพื้นที่สาธารณะ หรือพื้นที่ส่วนบุคคล

(5) การแอบถ่ายรูป ภาพ วิดีโอ หรือสื่ออื่นใดที่ปรากฏส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายส่วนบุคคลซึ่งวิญญูชนคาดหมายได้ว่าเป็นที่ลับ หรือการแสดงท่าทางทางเพศของผู้อื่นโดยที่ผู้นั้นมิได้ยินยอม

(6) การแพร่รูปภาพ วิดีโอ หรือสื่ออื่นใดปรากฏส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายส่วนบุคคล ซึ่งวิญญูชนคาดหมายได้ว่าเป็นที่ลับ หรือการแสดงท่าทางทางเพศของผู้อื่นโดยที่ผู้นั้นมิได้ยินยอม

(7) การแพร่รูปภาพ วิดีโอ หรือสื่ออื่นใดของผู้อื่นโดยใช้ภาษาที่ไม่เหมาะสมทางเพศ ไม่ว่าจะทางตรง หรือทางอ้อม

(8) การตัดต่อรูปภาพ วิดีโอ หรือสื่ออื่นใดโดยปรากฏท่าทางทางยั่วยวน หรือมีการกระทำทางเพศ หรือการกระทำอื่นใดในลักษณะเดียวกัน โดยกระทำผ่านอุปกรณ์สื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อสนองความต้องการทางเพศของตนเอง หรือผู้อื่น

5.2.2 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ในความผิดดังต่อไปนี้

“ มาตรา 16/2 ผู้ใดกระทำความผิดฐานการคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปีหรือปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท

การกระทำตามวรรคก่อน ไม่รวมไปถึงการกระทำได้ดังต่อไปนี้

(1) กระทำตามอำนาจทางกฎหมาย หรือดำเนินการตามพระราชบัญญัติ หรือการกระทำ เพื่อจุดประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนด

(2) กระทำเพื่อยืนยันข้อเท็จจริงอื่นในข้อพิพาทสาธารณะ หรือปัญหาที่สังคมให้ความสนใจ

(3) กระทำเพื่อจุดประสงค์ในการป้องกัน หรือตรวจสอบอาชญากรรมและผู้กระทำได้ กระทำไปตามหน้าที่รับผิดชอบในการป้องกันและตรวจสอบอาชญากรรมที่ได้รับมอบหมายจากหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่

(4) การกระทำที่คาดหมายได้โดยการร่วมมือของบุคคลสำหรับการค้าขาย ธุรกิจ หรือการประกอบอาชีพโดยชอบด้วยกฎหมาย

(5) การกระทำที่คาดหมายได้ของบุคคลในการรับหรือให้ข้อมูล ซึ่งบุคคลนั้นสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ”

“มาตรา 16/3 ผู้ใดส่งข้อความตัวอักษร รูปภาพ วิดีโอ หรือสื่ออื่นใดที่ไม่เหมาะสมเกี่ยวกับเพศของตนเอง หรือของผู้อื่นโดยผู้รับมิได้ยินยอม ไม่ว่าจะใช้ภาษาทางตรง หรือทางอ้อมและไม่ว่าจะส่งทางพื้นที่ส่วนบุคคล หรือพื้นที่สาธารณะ โดยกระทำผ่านทางอุปกรณ์สื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ ผู้นั้นมีความผิดฐานคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ต้องระวางโทษตั้งแต่สองปีถึงห้าปีหรือปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท ”

“มาตรา 16/4 ผู้ใดเจตนาเผยแพร่รูปถ่ายวิดีโอ หรือสื่ออื่นใดของผู้อื่นซึ่งแม้บุคคลในรูปภาพ วิดีโอ หรือสื่ออื่นใดจะเป็นผู้แพร่นั้นเองโดยเปิดให้เป็นโพสต์สาธารณะ หรือยินยอมให้แพร่ต่อได้ หากผู้ใดทำการแพร่โพสต์นั้นต่อโดยใช้ถ้อยคำอันไม่เหมาะสมทางเพศไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ผู้นั้นมีความผิดฐานคุกคามทางเพศผ่านคอมพิวเตอร์ ต้องระวางโทษตั้งแต่สองปีถึงห้าปีและปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท

ผู้ใดเจตนาเผยแพร่รูปถ่าย วิดีโอ หรือสื่ออื่นใดซึ่งแสดงส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายซึ่งวิญญูชนคาดหมายได้ว่าเป็นส่วนลับ หรือสิ่งที่ระบุตัวตนของบุคคล หรือภาพถ่ายของบุคคล ซึ่งเป็นการแสดงท่าทางการมีเพศสัมพันธ์ การมีเพศสัมพันธ์ทางปาก การมีเพศสัมพันธ์แบบสอดใส่ หรือการแสดงท่าทางในการสำเร็จความใคร่ด้วยตัวเองของบุคคลผู้กระทำ หรือบุคคลผู้ร่วมกระทำได้ กระทำภายในสภาพแวดล้อมที่ซึ่งบุคคลในรูปถ่าย วิดีโอ หรือสื่ออื่นใดที่บุคคลนั้นยินยอมให้ถ่ายคาดหมายได้ว่ารูปภาพ วิดีโอ หรือสื่ออื่นใดเหล่านั้นถูกจัดเก็บไว้เป็นการส่วนตัว ซึ่งผู้กระทำการ เผยแพร่ทราบ หรือควรทราบว่าการเผยแพร่ภาพถ่ายเหล่านั้นจะทำให้ผู้ที่อยู่ในภาพรู้สึกเจ็บปวด และทรมานจิตใจ ต้องระวางโทษตั้งแต่สองปีถึงเจ็ดปีและปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท”

## บรรณานุกรม

## บรรณานุกรม

- We are social, ‘ข้อมูลล่าสุดสถิติใช้ดิจิทัลในไทย’ กรุงเทพธุรกิจ (18 กุมภาพันธ์ 2565)  
<<https://www.bangkokbiznews.com/columnist/989552>>. สืบค้นเมื่อ 16 กุมภาพันธ์ 2566.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2551).
- โกเมน ภัทรภิรมย์, *คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส* (เอกสารอัดสำเนา, 2524).
- คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547).
- ‘คำพิพากษาศาลสูงสุดหมายเลขที่ 2018 (A) 1528’ (30 กรกฎาคม 2020)  
<[https://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_en/detail?id=1777](https://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1777)>. สืบค้นเมื่อ 16 กุมภาพันธ์ 2566.
- จิตติ ติงศรัทธี และ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, ‘สนทนาหลักและปัญหาในกฎหมายอาญาภาคทั่วไป’ (2531)  
16(2) วารสารนิติศาสตร์.
- จิตติ ติงศรัทธี, *กฎหมายอาญา ภาค 1* (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2536).
- เจนวิทย์ นवलแสง, ภัทรภรณ์ เกษตรสาระ และ อธิรญา คู่พงษ์ศกร, ‘ความรับผิดทางอาญาและการเยียวยา  
ผู้เสียหายจากการคุกคามทางเพศศึกษากรณีประเทศไทย สหพันธ์รัฐเยอรมนี และเครือรัฐออสเตรเลีย’  
(2559) 8(2) วารสารการเมือง การบริหารและกฎหมาย.
- ณรงค์ ไจหาญ, ‘ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526).
- ดุขฎี หัสลิละเมียร, ‘ความไม่รู้กฎหมายกับความรับผิดในทางอาญาตามมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญา’  
(วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531).
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555).
- ‘สวนลாமออนไลน์ ภัยคุกคามทางเพศ กระทบบชีวิตจริง’ ไทย พีบีเอส (22 พฤศจิกายน 2561)  
<<https://www.thaipbs.or.th/news/content/275846>>. สืบค้นเมื่อ 16 กุมภาพันธ์ 2566.
- ‘ตร.เตือนคุกคามทางเพศ โทษจำคุก-ปรับ ณะ 3 แนวทางป้องกันผ่านสื่อออนไลน์’ ไทยรัฐออนไลน์  
(23 มีนาคม 2565) <<https://www.thairath.co.th/news/crime/2348466>>.  
สืบค้นเมื่อ 16 กุมภาพันธ์ 2566.
- นันทิ จิตสว่าง, *หลักทัณฑ์วิทยา* (โรงพิมพ์กรมราชทัณฑ์, 2540).
- ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2566).
- ปาริชาติ มั่นลกุล, ‘การกำหนดมาตรการทางอาญาเกี่ยวกับการโจมตีค่าเงินบาท’ (วิทยานิพนธ์  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546).
- รัตนชัย อนุตรพงษ์สกุล, *อิทธิพลทางกฎหมายตะวันตกที่มีผลต่อการวินิจฉัยความผิดทางอาญาไทย*  
(คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543).

### บรรณานุกรม (ต่อ)

- วรชัย แสนสีระ, ‘พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 กับการคุ้มครองบุคคลหลากหลายทางเพศ’ (กันยายน-ตุลาคม 2563) วารสารจูนิตี.
- สาวตรี สุขศรี, *การศึกษาการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 เพื่อประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย* (สถาบันพระปกเกล้า, 2564).
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ‘ข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษ’ (2535) 22(1) วารสารนิติศาสตร์.
- สุรเศรษฐ์ หน้างาม, ‘นิติวิธีกับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบัณฑิตย, 2549).
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส, *ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา* (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540).
- อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, ‘ร่างประมวลกฎหมายอาญาเปรียบเทียบกับด้วยโทษและทฤษฎีการลงโทษ’ (2520) 3(1) วารสารกฎหมายจุฬา.
- อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, *ทฤษฎีอาญา ทฤษฎีโทษ และกระบวนการขั้นพื้นฐาน* (สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552).
- อรพินทร์ ชูชม และคณะ, ‘การรับรู้การลวนลามทางเพศของนิสิตมหาวิทยาลัยในประเทศไทย’ (1 กันยายน 2548) 11 วารสารพฤติกรรมศาสตร์.
- อัมพร อารงลักษณะ, ‘การคุกคามทางเพศในโรงเรียนมัธยมศึกษา’ (รายงานการวิจัย, 2552).
- อัจฉริยา ชูตินันท์, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 5 สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2566).

### ภาษาอังกฤษ

- Alana Barton, ‘Just Deserts Theory’ In Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities, 2004).
- Alina Kaczorowska, *European Union Law* (Second Edition, Routledge 2011).
- American Prosecutors Research Institute, *Stalking: Prosecutors Convict And Restrict* (Department of Justice, 1997).
- Anni Ropers et al., ‘German Anti-Stalking Legislation and Its Recent Changes’ (2020) 21 German Law Journal.
- Benjamin Karpman. ‘Criminality, Insanity and the Law’ (1949) 39 Journal of Criminal Law and Criminology.
- Benson, S.R., ‘Hacking the gender binary myth: recognizing fundamental rights for the intersexed’ (2005) 12 Cardozo JL & Gender.
- Blumberg, R.L., ‘Gender equality is a human right. Empowerment, women and human rights, past, present and future’ (1998) (28) INSTRAW news: women and development.



### บรรณานุกรม (ต่อ)

- Christine B. Gregson, 'California's Antistalking Statute: The Pivotal Role of Intent' (1998)  
28 Golden Gate U. L. Rev.
- Department of Justice, *Stalking: Prosecutors Convict and Restrict* (American Prosecutors  
Research Institute 1997).
- Diet Enacts Law to Crack Down on Stalkers, 'YOMIURI SHIMBUN' (19 May 2000)  
available at 2000 WL 20279774.
- Donald R. Cressey, 'Changing Criminals: The Application of the Theory of Differential  
Association' (1955) 61 American Journal of Sociology.
- Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill, *Principle of Criminology*  
(11th ed., General Hall 1993).
- Fathima Azmiah Marikkar. 'Sexual Harassment : A Social Issue in Japan'  
<<https://core.ac.uk/download/pdf/291679549.pdf>.> สืบค้นเมื่อ 5 กุมภาพันธ์ 2567.
- Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford University Press 1968).
- Hisanka Siripala, 'Japan Toughens Penalties for Cyberbullying' (20 July 2022)  
<<https://thediplomat.com/2022/07/japan-toughens-penalties-for-cyberbullying/>>  
สืบค้นเมื่อ 5 กุมภาพันธ์ 2567.
- Ihekwoaba D. Onwudiwe, Jonathan Odo and Emmanuel C. Onyeozili, 'Deterrence Theory'  
In Mary Bosworth (ed) *Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities* (SAFE 2005).
- JACQUELINE M. EFRON. 'The Transnational Application of Sexual Harassment Laws:  
A Cultural Barrier in Japan' U. Pa. J. Int'l Econ. L.1 (20)
- Kathryn M. Campbell, 'Rehabilitation Theory' In *Encyclopedia of Prisons & Correctional  
Facilities*.
- Keith E. Davis et al., *Stalking : Perspectives on Victims and Perpetrators* (Springer Publishing  
Company, Inc. 2001).
- Larson, S., 'Intersexuality and gender verification tests: The need to assure human rights and  
privacy' (2011) 23 Pace Int'l L. Rev.
- Michael D. Maltz, *Recidivism* (Academic Press 1984 2001).
- Mohamed Chawki & Yassin el Shazly, 'Online Sexual Harassment : Issues & Solutions' (2013)  
(2) JIPITEC.

### บรรณานุกรม (ต่อ)

- Naoya Takahashi, 'Amendment of the Anti-Stalking Act -Between the Perspectives of Interpretation and Legislation'  
[https://yab.yomiuri.co.jp/adv/chuo/dy/research/20210531\\_en.php](https://yab.yomiuri.co.jp/adv/chuo/dy/research/20210531_en.php).  
สืบค้นเมื่อ 2 ธันวาคม 2566.
- National Institute of Justice. Domestic Violence, Stalking, and Anti-stalking Legislation : An Annual Report to Congress under the Violence Against Women Act (U.S. Department of Justice 1996).
- Nga B. Tran, 'A Comparative Look at Anti-Stalking Legislation in the United States and Japan', (2003) 26(445) Hastings Int'l & Comp. L. Rev.
- Nigel Walker, Punishment, *Danger and Stigma : The Morality of Criminal Justice* (Basic Books, 1980).
- Paul H. Robinson, *Distributive Principles of Criminal Law: Who Should Be Punished How Much* (Oxford 2008).
- Pew Research Center. (2017). 'Online Harassment 2017.'  
<[http://assets.pewresearch.org/wpcontent/uploads/sites/14/2017/07/10151519/PI\\_2017.07.11\\_OnlineHarassment\\_FINAL.pdf](http://assets.pewresearch.org/wpcontent/uploads/sites/14/2017/07/10151519/PI_2017.07.11_OnlineHarassment_FINAL.pdf)> สืบค้นเมื่อ 23 มกราคม 2567
- Project deSHAME, 'Online sexual harassment Understand, prevent and respond' (2019).  
<[https://hwb.gov.wales/api/storage/b51d7fc2-49e2-4b01-ade4-12b05b64daec/Handbook\\_Senior\\_Management\\_WALES\\_Print%20-%20English.pdf](https://hwb.gov.wales/api/storage/b51d7fc2-49e2-4b01-ade4-12b05b64daec/Handbook_Senior_Management_WALES_Print%20-%20English.pdf)>. สืบค้นเมื่อ 2 ธันวาคม 2566
- 'Response to stalker and domestic violence cases, etc.' by National Police of Japan (05.03.2020) <[https://www.npa.go.jp/safetylife/seianki/stalker/R1\\_ponti.pdf](https://www.npa.go.jp/safetylife/seianki/stalker/R1_ponti.pdf)>. สืบค้นเมื่อ 23 มกราคม 2567
- Suzan van der Aa, 'New Trends in the Criminalization of Stalking in the EU Member States' (2018) 24 Eur. J. Crim Policy Res.
- Troubleshooter, 'YOMIURI SHIMBUN' (27 Jan 2001) available at 2001 WL 3965969.
- U. S. 'Equal Employment Opportunity Commission' Fact Sheet: Sexual Harassment Discrimination.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล            ฉัตรารุณ นาควิเชตร

### ประวัติการศึกษา

- พ.ศ. 2567 - ปริญญาโท สาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา  
หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยบูรพา
- พ.ศ. 2565 - ปริญญาตรี สาขานิติศาสตร์  
หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยบูรพา
- พ.ศ. 2543 - ปริญญาตรี สาขาวิชาเอกการประชาสัมพันธ์ โทการโฆษณา  
หลักสูตรนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยสยาม

### ประสบการณ์ทำงาน

- พ.ศ. 2562 ถึงปัจจุบัน กรรมการผู้จัดการ บริษัท ไอคอนนิค กรีน จำกัด
- พ.ศ. 2560 ถึง 2561 Assistant Sales Manager บริษัท จันทวนิช จำกัด
- พ.ศ. 2559 Senior Sales Executive บริษัท เมทลิงค์ อินโฟ จำกัด
- พ.ศ. 2551 ถึง 2558 Senior Sales Executive บริษัท ลีอกซ์เลย์ จำกัด (มหาชน)