



การกำหนดเหตุการณ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาท : ศึกษากรณีการหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิธีทางเพศ หรือความพิการของผู้ถูกรกระทำ

นนทพัทธ์ เซาวลิต

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์  
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต  
ปีการศึกษา 2566

DETERMINING SERIOUS OFFENSES IN DEFAMATION: A CASE STUDY OF  
DEFAMATION ON THE GROUNDS OF RACE, ETHNICITY, ORIGIN,  
RELIGIOUS BELIEF, GENDER IDENTITY, SEXUAL ORIENTATION,  
OR DISABILITY OF THE VICTIM

NANTAPAT CHAOWALIT

A Thesis submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
For the Degree of Master of Laws  
Department of Law  
Pradi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University  
Academic Year 2023

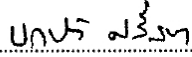


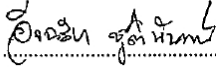
ใบรับรองวิทยานิพนธ์


คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต  
ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ การกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาท : ศึกษากรณีการหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื่อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศวิถีทางเพศหรือความพิการของผู้ถูกรกระทำ  
เสนอโดย นันทพัทธ์ เซาวลิต  
สาขาวิชา นิติศาสตร์  
หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา  
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์

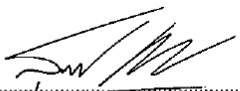
ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

  
.....ประธานกรรมการ  
(รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อม ศรีสินท์)

  
.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์  
(รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์)

  
.....กรรมการ  
(อาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปพันธ์)

คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ รับรองแล้ว

  
..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์  
(อาจารย์ ดร. สุทธิพล ทวีชัยการ)

วันที่ 31 เดือน สิงหาคม พ.ศ. 2567

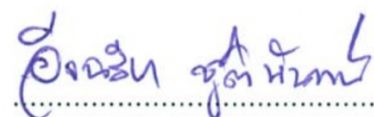
หัวข้อวิทยานิพนธ์	การกำหนดเหตุการณ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาท : ศึกษากรณีการหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่อง เชื่อชาติชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศวิถีทางเพศ หรือความพิการของผู้ถูกรกระทำ
ชื่อผู้เขียน	นันทพัทธ์ เชาวลิต
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์
สาขาวิชา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2566

### บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาของการที่บทบัญญัติความผิดพื้นฐานและเหตุการณ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาทที่มีอยู่นั้นยังมีขอบเขตและความรับผิดที่ไม่เหมาะสมไม่ครอบคลุมถึงการหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื่อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ หรือความพิการของผู้ถูกรกระทำ ซึ่งถือเป็นความผิดที่ผู้กระทำมีความผิดมีความชั่วร้ายในจิตใจมากกว่าการหมิ่นประมาทในเรื่องทั่วไป และผลของการกระทำผิดเช่นว่านั้นนอกจากอาจทำให้ผู้ถูกหมิ่นประมาท เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชังแล้ว ยังอาจก่อให้เกิดผลกระทบที่รุนแรงทางจิตใจ กระทบความเสมอภาค ลดทอนคุณค่าความเป็นมนุษย์ และอาจนำมาซึ่งความไม่สงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวมได้

ดังนั้นเพื่อให้โทษที่จะบังคับแก่กรณีดังกล่าวมีความเหมาะสมและได้สัดส่วนกับพฤติการณ์ความร้ายแรงและความชั่วร้ายในจิตใจของผู้กระทำความผิด และเพื่อให้กฎหมายอาญาในฐานะเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยสามารถใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับปัจจุบันมากยิ่งขึ้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรกำหนดเหตุการณ์เพิ่มเติมให้การกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในหมวดความผิดฐานหมิ่นประมาทที่ได้กระทำลงโดยมีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื่อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ หรือความพิการของผู้ถูกรกระทำ เป็นเหตุการณ์อันทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น เป็นพิเศษว่าการหมิ่นประมาทหรือการหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาในกรณีทั่ว ๆ ไป

คำสำคัญ : หมิ่นประมาท, เหตุการณ์, มูลเหตุชกจูงใจ



อาจารย์ที่ปรึกษา

Thesis Title	DETERMINING SERIOUS OFFENSES IN DEFAMATION: A CASE STUDY OF DEFAMATION ON THE GROUNDS OF RACE, ETHNICITY, ORIGIN, RELIGIOUS BELIEF, GENDER IDENTITY, SEXUAL ORIENTATION, OR DISABILITY OF THE VICTIM
Author	Nantapat Chaowalit
Thesis Advisor	Associate Professor Ajchareeya Chutinan
Program	Master of Laws
Academic Year	2023

### ABSTRACT

This study seeks to investigate and analyze the problems in the existing provisions for fundamental offenses and serious offenses in defamation, which have certain limitations in the scope and inappropriate penalties as they do not include defamation on the grounds of race, ethnicity, origin, religious belief, Gender Identity, Sexual Orientation, or disability of the victim. It is deemed that the offender possesses greater malicious intent than with general defamation offenses. In addition, as a consequence of such criminal acts, the victim on such grounds may suffer from defamation, insult, and hatred, resulting in mental trauma, compromised equality, and diminished human dignity, which may eventually lead to social disorder.

To improve the appropriate enforcement of such cases, to ensure that penalties are proportional to serious acts and the malicious intent of the offender, and to increase the effectiveness of criminal law as a tool for maintaining peace and order and serving the current situations, the author regards that it is necessary to broaden the scope of serious offenses. More precisely, the author recommends revising provisions in defamation offenses to include the defamatory acts on the grounds of race, ethnicity, origin, religious belief, Gender Identity, Sexual Orientation, or disability of the victim to be serious offenses subject to more severe punishments than defamation or defamatory libels.

**Keywords :** Defamation, Aggravation , Motive

*Achareeya Chutinan*

.....  
Advisor

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยดี ด้วยความเมตตาจากท่านอาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์อัฉริยา ชูตินันท์ รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ เป็นอย่างสูง ที่ท่านได้สละเวลาอันมีค่า ชี้แนะแนวทาง ตลอดทั้งคำแนะนำที่เป็นประโยชน์ โดยไม่เคยตำหนิ ในความไม่รู้ของข้าพเจ้าตลอดมา และขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และ ดร.จิรภูมิ ลิปิพันธ์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ได้ให้ความกรุณาให้ ความรู้ ตลอดทั้งคำแนะนำที่เป็นประโยชน์ อย่างยิ่ง จึงขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ ณ โอกาสนี้เป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ นายพร้อมพล เซาวลิต นางสาวสุภาดา แซ่เตียว ครอบครัวอันเป็นที่รักยิ่งและทุกสิ่งของข้าพเจ้า ที่ให้การสนับสนุน ให้ความรักและกำลังใจ ตลอดทั้งเชื่อมั่นในตัวข้าพเจ้า และให้อภัยในความบกพร่องของข้าพเจ้ามาโดยตลอด

ขอแสดงความขอบคุณ นางสาวสิริรมณี ณ น่าน สำหรับรักแท้ ความเข้าใจ กำลังใจและความทรงจำ ที่มีค่าที่ได้มอบเก็บไว้ในครอบครัวของข้าพเจ้า ขอขอบคุณที่เคยอยู่ที่เคียงข้าง เชื่อมั่นและมองเห็นความดี ในตัวของข้าพเจ้ามาตลอด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในวันที่ข้าพเจ้ามองไม่เห็น สิ่งเหล่านี้ในตัวเอง

ขอแสดงความขอบคุณนางสาวเจนจิรา จงสกุล นายอนุติ ยี่แพร นายคณิศร ภาณุพิณฑุ และนายธนเดช พ่วงพร้อม เพื่อนร่วมอุดมการณ์ทั้งสี่ท่านที่ช่วยเหลือกันและกันเสมอมา ขอแสดงความขอบคุณพี่แจ้ว พี่อ๊ว สำหรับบ้านที่ให้ข้าพเจ้าพักพิงมาโดยตลอด ขอขอบคุณพี่ต้อม สำหรับอาหารที่ทำให้ทานและ รูปดอกเดซี่ที่ให้ไว้เป็นกำลังใจแก่ข้าพเจ้า ขอขอบคุณเอ๊ะ สำหรับการเป็นเพื่อนสนทนาและแลกเปลี่ยน ความคิดเห็นและก่อให้เกิดมุมมองใหม่ ๆ ขอขอบคุณพี่แพทและแจ่ม ที่คอยให้กำลังใจ ขอขอบคุณโด้งสำหรับกำลังใจ และความหวังดีที่มีให้กันเสมอมา และขอขอบคุณพี่ต้อมที่ให้คำแนะนำและให้ความช่วยเหลือแก่ข้าพเจ้า มาโดยตลอด

ขอขอบคุณน้องปิม วณิชยา จากใจของข้าพเจ้า สำหรับความน่ารัก พลังบวก คำพูดดี ๆ ความสดใส คำชื่นชมยินดี ความหวัง และกำลังใจอันมีค่ามากมายที่มอบให้ข้าพเจ้ามาตลอด

ประการสุดท้ายข้าพเจ้าขอขอบคุณตัวข้าพเจ้าเองที่แม้จะท้อแท้และอ่อนกำลังใจในบางขณะ แต่ไม่แม้แต่ตอนที่คิดว่าคิดยอมแพ้หรือลดน้อยถอยลงในความมุ่งหวังตั้งใจ ขอขอบคุณหัวใจที่หนักแน่นมั่นคง ที่แม้จะประสบกับความผิดหวังซ้ำร้าย แต่ไม่เคยสูญเสียความเป็นตัวเองและยึดมั่นในศรัทธา ความรัก ความหวังและความฝันเสมอมา และหากกล่าวถึงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ก่อให้เกิดคุณค่าแก่สังคมหรือวงวิชาการ ข้าพเจ้าขออุทิศเป็นนมัสการ แต่คุณยายจอมศรี แซ่เตียว และคุณย่าอุบลรัตน์ เซาวลิต ที่รักยิ่งของข้าพเจ้า ขอให้สันติ จงมีแต่ท่านทั้งสอง ให้เป็นผู้มีสุขในอาณาจักรสวรรค์ และหวังเป็นอย่างยิ่งว่าท่านทั้งสองจะมีความ ยินดีในตัวข้าพเจ้า ดังที่ข้าพเจ้ามีความยินดีในตนเอง

นันท์พัทธ์ เซาวลิต

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ซ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	3
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	3
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	4
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
2. แนวคิดและทฤษฎีในการกำหนดเหตุการณ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาท กรณีที่กรณีที่.....	5
มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา	
อัตลักษณ์ทางเพศ วิธีทางเพศหรือความพิการของผู้ถูกกระทำ	
2.1 สิทธิและเสรีภาพพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานหมิ่นประมาท.....	5
2.2 แนวคิดในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน.....	12
2.3 แนวคิดการกำหนดความผิดทางอาญาและโทษทางอาญา.....	17
2.4 แนวคิดในการกำหนดเหตุการณ์.....	28
2.5 ความผิดฐานหมิ่นประมาทและเหตุการณ์ตามกฎหมายไทย.....	34
3. การกำหนดเหตุการณ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายต่างประเทศ.....	39
3.1 สหภาพยุโรป.....	40
3.2 ฝรั่งเศส.....	44
3.3 ประเทศเบลเยียม.....	50

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4. วิเคราะห์เปรียบเทียบการกำหนดเหตุฉกรรจ์ และแนวทางที่เหมาะสมในความผิดฐานหมิ่น..... ประมาท	56
4.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติความผิดฐานหมิ่นประมาทและเหตุฉกรรจ์..... ตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน	56
4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาท..... ตามกฎหมายกับกฎหมายต่างประเทศ	59
4.3 วิเคราะห์เหตุปัจจัยในการกำหนดเหตุฉกรรจ์.....	65
4.4 วิเคราะห์ข้อความคิดและเหตุผลสนับสนุนในการกำหนดให้เป็นเหตุฉกรรจ์.....	80
4.5 วิเคราะห์การกำหนดให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน.....	87
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	92
5.1 บทสรุป.....	92
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	94
บรรณานุกรม.....	95
ประวัติผู้เขียน.....	102



## บทที่ 1 บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ธรรมชาติของมนุษย์นั้นเป็นสัตว์สังคมที่ต้องพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน ซึ่งกฎเกณฑ์สามัญของการอยู่ร่วมกันนั้นคือการเคารพและให้เกียรติผู้อื่นดังที่ปรารถนาให้ผู้อื่นเคารพและให้เกียรติตนเอง อีกทั้งการประกอบการค้าพาณิชย์หรือกิจการประการใด ๆ นั้นจำเป็นอย่างยิ่งที่จักต้องอาศัยชื่อเสียงอันดีงามเป็นมูลฐานของความเชื่อใจ เกียรติและชื่อเสียงของบุคคลจึงเป็นพื้นฐานสำคัญในการดำรงชีวิตในสังคม โดยสภาพของเกียรติและชื่อเสียงนั้นเป็นสิ่งที่เปราะบางเนื่องจากเป็นสิ่งที่สร้างขึ้นได้ยากและต้องสั่งสมเป็นระยะเวลาที่ยาวนาน แต่ถูกทำลายลงได้ง่ายในระยะเวลาอันสั้นและเมื่อเกียรติ ชื่อเสียงได้รับความเสียหายแล้ว ยังเป็นการยากต่อการแก้ไขเยียวยาหรือทำให้กลับคืนสภาพเดิม กฎหมายจึงจำต้องให้ความสำคัญ ปกป้องและคุ้มครองอย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งปัจจุบันนั้นแนวคิดเรื่องสิทธิในเกียรติ ชื่อเสียงของบุคคล (Right to Reputation) นั้นได้ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐแทบทุกประเทศทั่วโลก ซึ่งรวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560<sup>1</sup> ให้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของปวงชนชาวไทย การกระทำใด ๆ ที่เป็นการละเมิดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิเช่นว่านั้นย่อมกระทำไม่ได้

ในอีกทางหนึ่งสังคมไทยกำลังพัฒนาสู่ความเป็นประชาธิปไตยที่เสรีเปิดกว้าง ทางความคิดซึ่งรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นซึ่งรวมตลอดถึงการใช้คำพูด การพิมพ์ การเขียน ภาพถ่าย ภาพยนตร์ หรือวิธีการอื่นใดที่ใช้เพื่อส่งสารหรือสื่อความหมาย ดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน<sup>2</sup> แต่เมื่อพิจารณา ถึงสภาพการณ์ ในปัจจุบันของสังคมไทยนั้น หากใช้ว่าทุกการแสดงความคิดเห็นนั้นจะก่อให้เกิดคุณค่าทางความคิดและคุณประโยชน์ทางสังคมไม่ กลับกันการใช้เสรีภาพเช่นว่านั้นในบางครั้ง อยู่บนพื้นฐานของอารมณ์และความไร้เหตุผล และแสดงความคิดเห็นออกไปแบบไร้ซึ่งวิจารณญาณ โดยไม่คำนึงถึงเกียรติและชื่อเสียงของผู้อื่น จนแปรไปสู่การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทและทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง

อีกทั้งในช่วงเวลาที่ผ่านมาปรากฏการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทที่มีพฤติการณ์ที่ทวีความร้ายแรงยิ่งขึ้น ตัวอย่างประการสำคัญคือ การหมิ่นประมาทที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำไปโดยมีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องอัตลักษณ์ทางสังคมของบุคคลอันเป็นคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้ถูกหมิ่นประมาท เช่น เรื่องเชื้อ

<sup>1</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 32

บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว

การกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลตามวรรคหนึ่ง หรือการนำข้อมูล ส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใดๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ

<sup>2</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 34

ชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิธีทางเพศ หรือความพิการของผู้เสียหายที่ถูกหมิ่นประมาท โดยเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น จนเป็นกระแสความรู้ของสังคมและปรากฏเป็นกระแสข่าวดังตามหน้าหนังสือพิมพ์และสื่อสังคมออนไลน์ ได้แก่ เหตุการณ์ “คลับเฮาส์ ทอคซิก” โดยข้อเท็จจริงคือเมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน พ.ศ. 2564 มีการกระทำในลักษณะเป็นการหมิ่นประมาทโดยเป็นการใส่ความ ยืนยันข้อเท็จจริงและระบุชื่อเจาะจงตัวบุคคลถึงศิลปินชาวไทยคนหนึ่งที่มีชื่อเสียงระดับโลก ลงบนกลุ่มสนทนาในแอปพลิเคชันคลับเฮาส์ (Clubhouse) ในลักษณะที่ว่าผู้เสียหายนั้นทำอาชีพอื่นที่ไม่ใช่นักร้อง ซึ่งมีความหมายที่เป็นไปในที่เป็นผู้หญิงไม่ดี เป็นคนเนรคุณแผ่นดินและลี้ภัยตัวเอง<sup>3</sup> โดยมีมูลเหตุจากความเกลียดชังและอคติที่ผู้เสียหายดังกล่าวนั้นมีถิ่นกำเนิดจากจังหวัดบุรีรัมย์ซึ่งเป็นจังหวัดหนึ่งในภาคตะวันออกเฉียงเหนือหรือภาคอีสาน ซึ่งถือว่าเป็นประเด็นที่ละเอียดอ่อนและอ่อนไหวของสังคม เนื่องจากค่านิยมของสังคมในปัจจุบันนั้นให้ความสำคัญกับความเสมอภาค ความเท่าเทียมและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้อื่น อันเป็นคุณค่าอันดีงามขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ ที่ติดตัวบุคคลทุกคนมาแต่กำเนิดและได้รับการรับรองคุ้มครองตามกฎหมาย โดยไม่แบ่งแยกหรือเลือกปฏิบัติ เพราะเหตุเรื่องความแตกต่างระหว่างบุคคล และปฏิเสธต่อการกระทำใด ๆ ที่เป็นภัยคุกคามหรือเป็นปฏิบัติต่อสิ่งเช่นว่านั้น การหมิ่นประมาทในกรณีดังกล่าวนี้จึงถือว่ามี ความร้ายแรงและผู้กระทำมีความชั่วว่าการหมิ่นประมาทในกรณีทั่วไปและยอมส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนและกระทบกระเทือนต่อสังคมโดยรวม

ดังนั้น “กฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบและเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง”<sup>4</sup> จึงมีหน้าที่โดยตรงในการเข้ามาบรรสานให้การแสดงออกซึ่งความคิดเห็นนั้นอยู่ในวิธีทางแห่งกฎหมายที่คำนึงถึงคุณค่าอื่น ๆ ประกอบด้วย ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่พึงต้องเป็นเพื่อข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิดได้นั้นต้องกำหนดให้ขนาดของบทลงโทษนั้นได้สัดส่วนและเหมาะสมกับการกระทำความผิดตลอดทั้งผลเสียหายและความชั่วร้ายในจิตใจของผู้กระทำความผิด แต่เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนั้นไม่ได้บัญญัติเรื่องการหมิ่นประมาทในลักษณะดังที่ได้กล่าวถึงมาก่อนหน้านี้แล้วนั้นให้ต้องรับโทษหนักขึ้นไว้เป็นการพิเศษ ดังนั้นเมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้น การหมิ่นประมาทในลักษณะข้างต้นนั้นจึงอยู่ภายใต้บังคับโทษของความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 326 ซึ่งเป็นบทความผิดพื้นฐานหรือการหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาตามมาตรา 328 เช่นเดียวกันกับการหมิ่นประมาทในกรณีทั่วไปที่อาจไม่ได้มีความร้ายแรง จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่นั้นมีระวางโทษไม่เหมาะสมและไม่ได้สัดส่วนเหมาะสมเมื่อเปรียบเทียบกับพฤติการณ์ความร้ายแรงแห่งการกระทำความผิดและความชั่วร้ายของจิตใจของผู้กระทำความผิด

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งหมายที่จะศึกษาแนวคิดในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น โดยศึกษากฎหมายของต่างประเทศเป็นแนวทางในการบัญญัติ เพื่อให้การลงโทษผู้กระทำ

<sup>3</sup> justhat, ‘4 โอดอลเกาหลีไม่ทน! #คลับเฮาส์toxic “ถ้าอีสานดีจริงลิซ่าก็คงกลับมาอยู่แล้ว’ (justhat, 18 พฤศจิกายน 2564) <<https://justhat.app/lisa-clubhouse-toxic-korean/>> สืบค้นเมื่อ 2 พฤษภาคม 2567.

<sup>4</sup> คณิศ ฌ นคร, *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563) 67.

ความผิติดนั้นสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งและเหมาะสมเทียบเท่ากับการกระทำ ความผิด ทั้งนี้ เพื่อเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนากฎหมายอาญาให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีในการกำหนดความผิดและการกำหนดโทษทางอาญารวมตลอดทั้ง การกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาท
2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาของการที่บทบัญญัติพื้นฐานและเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐาน หมิ่นประมาทที่มีอยู่แล้วยังมีขอบเขตความผิดที่ไม่เหมาะสมและไม่ครอบคลุมถึงการหมิ่นประมาท ที่มีมูลเหตุ แห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ ทางเพศ วิถีทางเพศหรือ ความพิการของผู้ถูกรกระทำ
3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์หลักกฎหมายและแนวคิดในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐาน หมิ่นประมาทของกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการปรับปรุงบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา ในความผิดฐานหมิ่นประมาท โดยการแก้ไขและกำหนดเหตุฉกรรจ์เพิ่มเติมให้ครอบคลุมถึงกรณี การหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ หรือความพิการของผู้ถูกรกระทำ เพื่อให้มีความเหมาะสมและนำมาใช้บังคับได้ อย่างมีประสิทธิภาพ

## 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทาง ศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ หรือความพิการของผู้ถูกรกระทำนั้น เป็นเรื่องที่ยอมรับไม่ได้และกระทบ คุณค่าพื้นฐานที่สังคมยึดถือในปัจจุบัน มีผลของการกระทำความผิดที่รุนแรงละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และอาจนำมาซึ่งความไม่สงบเรียบร้อยของสังคมมากกว่าการหมิ่นประมาทในกรณีทั่วไป แต่เมื่อพิจารณา บทบัญญัติในหมวดความผิดหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาที่บังคับใช้ในปัจจุบันนั้นไม่ได้กำหนดให้ การหมิ่นประมาทในลักษณะดังกล่าวต้องรับโทษหนักขึ้นไว้เป็นพิเศษแต่อย่างใด การกระทำความผิดในลักษณะ ข้างต้นจึงอยู่ภายใต้บังคับโทษตามมาตรา 326 ซึ่งเป็นบทความผิดพื้นฐานหรือการหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา ตามมาตรา 328 เช่นเดียวกันกับการหมิ่นประมาทในกรณีทั่วไป ซึ่งมีโทษไม่เหมาะสมและไม่ได้สัดส่วนกับ พฤติการณ์ความร้ายแรงของการกระทำและความชั่วร้ายภายในจิตใจของผู้กระทำความผิด

จึงควรมีการกำหนดเหตุฉกรรจ์เพิ่มเติมสำหรับการกระทำความผิดหมิ่นประมาทให้มีความเหมาะสม และครอบคลุมถึงการหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อ ทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ หรือความพิการของผู้ถูกรกระทำ โดยให้ต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการ

หมิ่นประมาทและการหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาทั่วไป เพื่อให้กฎหมายอาญาในฐานะเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยสามารถใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นและสอดคล้องกับปัจจุบัน

#### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาเกี่ยวกับแนวคิดพื้นฐานในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาประกอบกับปัจจัยในการกำหนดเหตุการณ์สำหรับความผิดฐานหมิ่นประมาทของประเทศไทยและของต่างประเทศ ซึ่งประกอบไปด้วยประเทศฝรั่งเศส และประเทศเบลเยียม รวมทั้งแนวทางเกี่ยวกับความผิดฐานหมิ่นประมาทของสหภาพยุโรป เพื่อนำข้อมูลที่ได้มาทำการวิเคราะห์เป็นแนวทางในการปรับปรุงพัฒนากฎหมายอาญาเรื่องการกำหนดเหตุการณ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาทของไทยให้มีผลบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น

#### 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะดำเนินการศึกษาโดยใช้วิธีการวิเคราะห์จากเอกสาร (Documentary Research) เอกสารวิชาการ ตำรา บทความทางวิชาการ คำพิพากษา รายงานวิจัย วิทยานิพนธ์และเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้อง ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ตลอดจนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ในเว็บบอร์ดทั้งของไทยและต่างประเทศ และนำข้อมูลที่ได้มาทำการศึกษาและ หาแนวทางในการบัญญัติเหตุการณ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาท

#### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีในการกำหนดความผิดและการกำหนดโทษทางอาญารวมตลอดทั้งการกำหนดเหตุการณ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาท
2. ทำให้ทราบถึงปัญหาของการที่บทบัญญัติพื้นฐานและเหตุการณ์ในความผิดฐาน หมิ่นประมาทที่มีอยู่นั้นยังมีขอบเขตความผิดที่ไม่เหมาะสมและไม่ครอบคลุมถึงการหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศหรือความพิการของผู้ถูกระทำ
3. ทำให้ทราบถึงหลักกฎหมายและแนวคิดในการกำหนดเหตุการณ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาทของกฎหมายไทยและกฎหมายของต่างประเทศ
4. ทำให้ทราบถึงแนวทางที่เหมาะสมในการปรับปรุงบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานหมิ่นประมาท โดยการแก้ไขและกำหนดเหตุการณ์เพิ่มเติมให้ครอบคลุมถึงกรณีการหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศหรือความพิการของผู้ถูกระทำ เพื่อให้มีความเหมาะสมและนำมาใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ

## บทที่ 2

# แนวคิดและทฤษฎีในการกำหนดเหตุการณ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาท กรณีที่มี มูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศหรือ ความพิการของผู้ถูกกระทำ

ในบทนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงฐานความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอันเป็นคุณค่าพื้นฐานที่สำคัญในสังคมอารยะประชาธิปไตยยุคนี้ในปัจจุบัน ประกอบกับคุณประโยชน์อีกประการหนึ่งซึ่งมักปะทะกันกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นกิจวัตร อันเป็นพื้นที่ ที่กฎหมายจำเป็นต้องให้การรับรองคุ้มครองให้เท่าเทียมกันคือ สิทธิในเกียรติ ชื่อเสียง ของบุคคล เพื่อแสดงให้เห็นถึงดุลยภาพของขอบจำกัดของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ทั้งแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน เพื่อนำไปสู่แนวคิดการกำหนดความผิดทางอาญาและโทษทางอาญาและแนวคิดในการกำหนดเหตุการณ์ และอธิบายความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยที่บัญญัติเหตุการณ์ไว้เพียงกรณีเดียวอันมีข้อจำกัด ไม่ครอบคลุมและไม่ตอบสนองต่อพฤติกรรมหรือสภาพการณ์การหมิ่นประมาทในสังคมปัจจุบัน ทั้งนี้ เพื่อเป็นข้อมูลพื้นฐานประกอบการพิจารณาการกำหนดเหตุการณ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาท กรณีที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ หรือความพิการของผู้ถูกกระทำ

### 2.1 สิทธิและเสรีภาพพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานหมิ่นประมาท

เบื้องหลังความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้นมีแนวคิดที่มีความสำคัญที่ขัดและแย้งกัน สองประการ ได้แก่ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of expression) กับสิทธิในเกียรติ ชื่อเสียง ของบุคคล (Right to reputation) ในข้อนี้ผู้เขียนจึงจะอธิบายถึงเรื่องแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นว่ามีฐานคิดพื้นฐานอย่างไร และเหตุผลอันชอบธรรมที่รัฐสามารถใช้ในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้ รวมทั้งแนวคิดเกี่ยวกับสถานภาพความสำคัญของชื่อเสียง ดังมีรายละเอียดดังนี้

#### 2.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of expression) นั้นถือเป็นคุณค่าจำเป็นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์และเป็นจุดศูนย์กลางของความก้าวหน้าทั้งปวงในประวัติศาสตร์ อาจกล่าวได้ว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้นเป็นบ่อเกิดและเงื่อนไขที่ขาดเสียไม่ได้ของเสรีภาพในรูปแบบอื่น ๆ จึงเป็นเสรีภาพที่ควรแก่การปกป้องรักษาและให้ความคุ้มครอง และเนื่องจากความผิดอาญาฐานหมิ่นประมาทนั้นโดยสามัญแล้วเป็นการกระทำความผิดด้วยวาจาหรือการแสดงออกในรูปแบบต่าง ๆ ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวพันกันโดยตรงกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ในข้อนี้ผู้เขียนจึงจะอธิบายเกี่ยวกับฐานคิดพื้นฐานของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพื่อนำประกอบพิจารณาเบื้องต้นต่อความผิดฐานหมิ่นประมาท

(1) ฐานคิดพื้นฐานของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

(1.1) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นเครื่องมือที่นำไปสู่การค้นพบความจริง

โดยสามัญแล้วนั้นความจริงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในตัวของมันเองและแก่นแท้ในส่วนลึกของจิตใจมนุษย์ล้วนต้องการแสวงหาความจริงในเรื่องต่าง ๆ อีกทั้งความจริงยังเป็นกระบวนการสำคัญในการพัฒนาและเติมเต็มสติปัญญา องค์ความรู้และบุคลิกภาพภายในของมนุษย์ โดยเครื่องมือหนึ่ง ที่ช่วยให้นำทางไปสู่การปรากฏขึ้นซึ่งความจริง คือ การอนุญาตให้ปัจเจกชนมีความคิด และใช้ความคิดดังกล่าวโดยการถกเถียงและแสดงออกในเรื่องต่าง ๆ อันสืบเนื่องมาจากความคิดนั้นได้อย่างหลากหลายโดยไม่ถูกจำกัดตรรกหรือแทรกแซงจากรัฐหรือผู้ปกครอง การสกัดกั้นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจึงถือว่าเป็นการปฏิเสธความจริงโดยปริยาย และสิ่งสำคัญที่ต้องตระหนักในระหว่างทางของการค้นหาความจริงนั้น คือการยินยอมและเข้าใจว่าปัจเจกชนอาจแสดงความคิดเห็นที่อาจผิดพลาดหรือลำเอียงได้ เพราะความคิดเห็นที่ผิดพลาดก็มีอรรถประโยชน์และคุณค่าในตัวเอง กล่าวคือ ความคิดเห็นที่ผิดพลาดเสมือนกับการเร่งเงาทำให้เรามองเห็นความจริงได้เด่นชัดขึ้นเพราะเมื่อสังคมได้รับรู้ถึงความคิดเห็นดังกล่าว มักทำให้เกิดการทบทวนความจริงและเหตุผลที่ยึดถือไว้และสุดท้ายจะนำไปสู่ความจริงที่แท้จริง<sup>5</sup>

(1.2) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นคุณค่าจำเป็นในการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

หลักสำคัญของประชาธิปไตยคือการที่อำนาจสูงสุดในการปกครองรัฐอยู่ที่ประชาชน กล่าวคือประชาชนมีอำนาจโดยแท้จริงในการปกครองตนเองเป็นการปกครองของประชาชน โดยประชาชนเพื่อประชาชน ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นย่อมทำได้โดยการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของตนผ่านการเลือกผู้แทนราษฎรเพื่อเป็นตัวแทนของตนเอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ อำนาจนั้นได้มาโดยความยินยอมของประชาชน ดังนั้นรัฐจึงต้องรับผิดชอบต่อพลเมืองของตนและพยายามที่จะเป็นตัวแทนผลประโยชน์ของประชาชน จึงจะต้องเปิดโอกาสให้พลเมืองสามารถแสดงความคิดเห็นตามเจตจำนงของตนในปัญหาต่าง ๆ ทั้งประเด็นที่มีความสำคัญทั้งเรื่องสังคม เศรษฐกิจ การเมืองและประเด็นส่วนตัวของประชาชนเอง รวมทั้งวิพากษ์วิจารณ์นโยบายสาธารณะหรือการบริหารราชการแผ่นดิน จึงสามารถกล่าวได้ว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นเครื่องมือหนึ่งที่ทำให้รัฐสามารถเข้าใจเจตจำนงของประชาชนได้<sup>6</sup>

ในรัฐที่ปกครองระบอบประชาธิปไตยจึงควรส่งเสริมให้ประชาชนมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพื่อให้เป็นเครื่องมือแก่ประชาชนในการเข้าถึง รับฟังและแลกเปลี่ยนซึ่งข้อมูลและแนวความคิดต่าง ๆ ที่หลากหลายและจำเป็น เพื่อใช้ประกอบการตัดสินใจอย่างมีวิจารณญาณทั้งนี้ เพื่อเป็นการรักษาผลประโยชน์ของประชาชนเอง หากปราศจากเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นแล้ว ประชาชนก็จะมีข้อมูลประกอบการ

<sup>5</sup> Carolin Anne Bayer, 'Re-thinking the common law of defamation: striking a new balance between freedom of expression and the protection of the individual's reputation' (Doctoral dissertation, University of British Columbia, 2001) 14-17.

<sup>6</sup> เพิ่งอ้าง 7-13.

ตัดสินใจ การลงคะแนนเสียงที่ชาวนาตลาดย่อม ไม่อาจเกิดขึ้นได้ การปฏิเสธข้อมูลจึงเปรียบเสมือนการปฏิเสธสิทธิในการลงคะแนนเสียงที่มีประสิทธิภาพไปในตัวเอง เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้นจึงเป็นคุณค่าขั้นพื้นฐานที่สำคัญในการรักษาไว้ซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตย<sup>7</sup>

และเหตุผลสำคัญอีกประการหนึ่งของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นยังมีขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันความมั่นคงปลอดภัยจากรัฐบาลเผด็จการหรือรัฐบาลที่ทุจริต จากการใช้อำนาจรัฐ โดยไม่ชอบประชาชนจึงมีความชอบธรรมที่จะทำลายความสมบูรณ์ของอำนาจรัฐด้วยการตั้งคำถาม ที่ตั้งอยู่บนฐานของความไม่เชื่อใจ วิพากษ์วิจารณ์ ทักท้วงและติติงในสิ่งที่ประชาชนเห็นว่ารัฐบาลกระทำไปในทางที่ไม่ถูกต้องชอบธรรมหรือตรงกันข้ามกับความต้องการของประชาชนได้<sup>8</sup>

(1.3) เพื่อเป็นการแสดงออกถึงการยอมรับในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นแนวความคิดที่มีมุมมองว่าพื้นฐานของความเป็นมนุษย์นั้นต้องการ การพัฒนาปัญญาสำนึกของตนเอง มนุษย์จึงมีสิทธิชอบธรรมในการพัฒนาและเติมเต็มคุณค่าของตน ดังนั้นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นจึงเป็นการปิดกั้นและยับยั้งการพัฒนาของมนุษย์<sup>9</sup> และถือเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังที่จอห์น สจิวต์ มิลล์ (John Stuart Mill) ซึ่งเป็น นักปรัชญา นักประโยชน์นิยม นักสตรีนิยมและนักเศรษฐศาสตร์การเมืองชาวอังกฤษ คนสำคัญที่ต่อสู้เรียกร้องเสรีภาพ ในช่วงศตวรรษที่ 19 ได้เขียนเอาไว้ในหนังสือชื่อเสรีภาพ (On Liberty) ของเขาว่า “แต่ความเลวร้ายในการปิดปากไม่ให้ผู้อื่นแสดงความคิดเห็นก็คือการปล้นเผ่าพันธุ์มนุษย์ ปล้นทั้งความเจริญรุ่งเรืองและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์โดยรวม”<sup>10</sup> ดังนั้นรัฐจึงควรปล่อยให้ปัจเจกชนมีประสบการณ์ในการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพื่อเปิดให้มีโอกาสของการใช้เหตุผลความรู้อุบัติและความเข้าใจของตนเพื่อยกระดับปัญญาสำนึกของตนเอง

(2) เหตุผลที่ใช้ในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

แม้ว่าสังคมปัจจุบันที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยนั้นจำเป็นต้องให้การรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในฐานะที่เป็นหลักการพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ แต่อย่างไรก็ดี เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้น ไม่ใช่คุณค่าที่แต่ละต้องไม่ได้และไม่อาจมีสภาพ ที่ไร้ขอบเขตได้ อีกทั้งการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นนั้นก็ต้องคำนึงถึงคุณค่าอื่น ๆ ประกอบด้วยเช่นกัน ดังนั้นในบางกรณีอำนาจของเสรีภาพนั้น จำต้องถูกลดทอนความคุ้มครองลงเพื่อเป็นหลักประกันแก่คุณค่าอื่น ๆ ในสังคม

แต่เนื่องจากการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้นเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงดังนั้นรัฐจึงต้องมีเหตุผลที่สมควรในการใช้อำนาจในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

<sup>7</sup> เฟ็งอ้าง.

<sup>8</sup> เฟ็งอ้าง.

<sup>9</sup> ชนน ศิลปธรรม, “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกับการคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคลอื่นตามแนวคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป” (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560) 8.

<sup>10</sup> จอห์น สจิวต์ มิลล์, เสรีภาพ, แปลโดยศักดิ์ บวร (ศูนย์การพิมพ์แก่นจันทร์ 2560) 39.

คิดเห็นนั้น และเมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่บังคับใช้ในปัจจุบัน ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้นจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะ เพื่อกรณีดังต่อไปนี้

(2.1) เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ

รัฐธรรมนูญแต่ละประเทศส่วนใหญ่แล้วยอมรับว่ามีสิ่งที่มีความสำคัญในลำดับ ที่เหนือกว่าสิทธิและเสรีภาพในด้านต่าง ๆ ของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง คือ การรักษาความมั่นคงของรัฐ เช่น ความมั่นคงแห่งชาติ ด้านการเมืองภายใน ความมั่นคงแห่งชาติด้านการเมืองระหว่างประเทศ ความมั่นคงแห่งชาติด้านการทหาร ความมั่นคงแห่งชาติด้านเศรษฐกิจ และความมั่นคงแห่งชาติด้านสังคมจิตวิทยา<sup>11</sup>

(2.2) เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

เป็นหลักการที่สืบเนื่องมาจากแนวคิดเรื่องมนุษย์ในสภาวะธรรมชาติ กล่าวคือ ชีวิตของมนุษย์ก่อนการกำเนิดรัฐและกฎหมายบ้านเมืองขึ้น ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นมีเสรีภาพที่สมบูรณ์แบบ การกระทำใด ๆ ก็ตามของปัจเจกชนย่อมไม่อยู่ภายใต้บังคับหรือถูกจำกัดแทรกแซงจากกฎหมาย จนเกิดเป็นสภาวะของการใช้เสรีภาพอย่างอำเภอใจและไร้ขอบเขต นั้นย่อมหมายถึงรัฐที่มนุษย์คนอื่น ๆ สามารถแทรกแซงคนที่เหลือทั้งหมดได้อย่างไม่มีขอบเขต และจากเสรีภาพที่มาจากธรรมชาติในลักษณะนี้ “*ย่อมนำมาซึ่งความปั่นป่วนทางสังคมซึ่งแม้แต่ความต้องการพื้นฐานที่สุดของมนุษย์ก็ไม่อาจจะดำรงไว้หรือผลที่ตามมาคือเสรีภาพของคนอ่อนแอจะถูกหักกล้งด้วยเสรีภาพของคนที่เข้มแข็งกว่า*”<sup>12</sup> และปลายทางของเสรีภาพเช่นว่านี้คือการที่บุคคลหนึ่งมีเสรีภาพที่สมบูรณ์แบบแต่บุคคลอื่นไม่มีเสรีภาพเลย ดังนั้นเพื่อความเท่าเทียมกันโดยแท้จริงในคุณค่าความเป็นมนุษย์จึงจำต้องลดทอนเสรีภาพลงเพื่อเป็นหลักค้ำประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ๆ ด้วยเหตุนี้ปัจเจกชนคนหนึ่งจึงไม่มีความชอบธรรมที่จะใช้สิทธิของตนในทางที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่นได้ ตัวอย่างสำคัญของสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เช่น สิทธิในเกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นต้น

(2.3) เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

คณะกรรมการพัฒนากฎหมายในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ให้ความหมายคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” (public order) คือ “*กฎเกณฑ์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยมุ่งคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมหรือในประเทศชาติ เพื่อให้เกิดความมั่นคง (security) ความสงบสุข (tranquility) สันติภาพ (peace) และสุขภาพ (public health) ร่วมกันของคนในสังคม การกระทำใดที่ทำให้เกิดความไม่มั่นคง ความไม่สงบสุข ความวุ่นวายหรือบ่อนทำลายสุขภาพ อันจะมีผลต่อการอยู่ร่วมกัน*

<sup>11</sup> อัคริน อุดทาคำ, ‘ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงออก: ศึกษากรณีคำพูดหรือการกระทำที่สร้างความเกลียดชังตามแนวคำวินิจฉัยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและศาลสหรัฐอเมริกา’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558) 13.

<sup>12</sup> Isaiah Berlin, Two concepts of liberty สองมุมมองของเสรีภาพ, แปลโดย เนติวิทย์ โชติภัทร์ไพศาล และชยางกูร ธรรมอัน (สำนักนิติตสามย่าน 2564) 9.



ของคนในสังคม การกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นย่อมกำหนดเป็นความผิดอาญาได้ ตามความร้ายแรงแห่งการกระทำและเจตนา”<sup>13</sup>

คณะกรรมการพัฒนากฎหมายในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ให้ความหมายคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” (good morals ) คือ “กฎเกณฑ์ที่คนในสังคมส่วนใหญ่ถือปฏิบัติ ตามความเชื่อ ตามประเพณี หรือศาสนา และถือว่าเป็นเครื่องวินิจฉัยความประพฤติว่าถูกต้องหรือไม่ ปกติการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมทำให้นิติกรรมเสียไป แต่การกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนจะเป็นความผิดอาญาก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นเรื่องร้ายแรงและกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอันอาจทำให้เกิดความไม่มั่นคง ความไม่สงบสุข ความวุ่นวายในสังคมได้ ศีลธรรมอันดีของประชาชนนี้อาจมีวิวัฒนาการได้ตามยุคสมัยและตามพื้นที่ การกระทำที่กระทบต่อ ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงย่อมกำหนดเป็นความผิดอาญาได้ตามยุคสมัย”<sup>14</sup>

#### (2.4) เพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน

คำว่า “สุขภาพ” ตามความนี้มิได้หมายความถึงเฉพาะภาวะที่เกี่ยวข้องด้วยโรคภัยไข้เจ็บอันเป็นสุขภาพทางร่างกายเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงสุขภาพในแง่สภาวะความสมบูรณ์ทางจิตใจและการดำรงชีวิตในสังคมด้วย เนื่องจากสุขภาพของประชาชนเป็นพื้นฐานของสังคม การเมือง การปกครอง ความมั่นคง ตลอดจนเศรษฐกิจของประเทศ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นต้องกำหนดให้รัฐสามารถจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชนส่วนรวมไว้ด้วย

##### 2.1.2 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิในชื่อเสียงของบุคคล

สิทธิประการหนึ่งที่มีจะปะทะกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นสม่าเสมอ คือ สิทธิในชื่อเสียงของบุคคล (Right to reputation) อันมีความสำคัญและรัฐจำต้องวางบทบัญญัติให้ความคุ้มครองป้องกัน ไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการประทุษร้าย ทำให้เสียหายแก่ ชื่อเสียงของผู้อื่นย่อมเป็นความผิดและสมควรลงโทษทางอาญา ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ ๑๑ ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง หมวด ๓ ว่าด้วยความผิดฐานหมิ่นประมาท และเนื่องจากสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในความผิดฐานนี้ ก็คือชื่อเสียงของบุคคล ดังนั้นวัตถุประสงค์ของการศึกษาที่จำเป็นจะต้องพินิจพิเคราะห์เพื่อทำความเข้าใจในบทนี้ก็คือคุณค่าและความสำคัญของสิทธิในชื่อเสียงของบุคคล

การปกป้องคุ้มครองชื่อเสียงคุณงามความดีของบุคคลนั้นเป็นแนวความคิดที่วิวัฒนาการมาอย่างยาวนานจากกฎหมายจารีตประเพณีหรือกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) ซึ่งในช่วงแรกนั้นการปกป้องชื่อเสียงของบุคคลอยู่ในบังคับของการหมิ่นประมาททางแพ่งเท่านั้นไม่ได้เป็นความผิดทางอาญาแต่อย่างไร โดยมีแหล่งกำเนิดและได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากพระคัมภีร์หรือคัมภีร์ไบเบิล (Bible) ซึ่งได้บัญญัติให้เห็น

<sup>13</sup> คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษในกฎหมาย. (2562, 27 พฤศจิกายน).  
ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 136 ตอนที่ 132 ก. หน้า 18-19.

<sup>14</sup> เพิ่งอ้าง 19.

ถึงคุณค่าและความสำคัญของชื่อเสียงของบุคคล<sup>15</sup> เช่น ในภาคพันธสัญญาเดิม พระธรรมปัญญาจารย์ (Ecclesiastes) 7:1 “ชื่อเสียงดี ก็ดีกว่าน้ำมันหอมอย่างดี” (A good name is better than precious ointment)<sup>16</sup> และพระธรรมสุภาษิต (Proverbs) 22:1 “ชื่อเสียงดีนั้นควรเลือกยิ่งกว่าความมั่งคั่งมากมาย” (A good name is to be chosen rather than great riches)<sup>17</sup>

หลักคิดทั่วไปเกี่ยวกับชื่อเสียงนั้นกล่าวได้ว่าโดยสามัญแล้วชื่อเสียงของบุคคลนั้นเป็นผลมาจากการกระทำในอดีตและบางครั้งอาจต้องสะสมเป็นระยะเวลาที่ยาวนานจนกลายเป็นการรับรู้ของผู้คนที่ประทับอยู่ในความรู้สึกนึกคิด จิตใจ ความเชื่อ และทัศนคติ ซึ่งมีทั้งที่เป็นความรู้สึกเชิงบวกและเชิงลบ ดังนั้นชื่อเสียงจึงเป็นเครื่องสะท้อนถึงความน่าเชื่อถือ ความน่าไว้วางใจ ในระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้มีการแบ่งรูปแบบของชื่อเสียง ออกเป็นชื่อเสียงในสถานภาพต่าง ๆ 3 ประการด้วยกัน อันได้แก่ ชื่อเสียงในสถานภาพความเป็นทรัพย์สิน ชื่อเสียงในสถานภาพความเป็นเกียรติยศ และชื่อเสียงในสถานภาพความเป็นศักดิ์ศรี<sup>18</sup> ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

(1) ชื่อเสียงในสถานภาพความเป็นทรัพย์สิน (Reputation as Property)

ตามแนวความคิดนี้ ชื่อเสียงนั้นประกอบขึ้นมาจากความพยายาม ความเอาใจจดจ่อ ความเอาใจใส่ และการใช้ปัญญาไตร่ตรองตรวจสอบ ประกอบกับการอุทิศเวลา ทรัพย์สินหรือแรงงานเพื่อการสร้างสรรค์ และสั่งสมผลงานเป็นระยะเวลาที่ยาวนาน ชื่อเสียงในสถานภาพนี้จึงถือเป็นเครื่องสะท้อนถึงความน่าเชื่อถือ ซึ่งมีความเกี่ยวพันโดยตรงกับทางทำมาหาได้ของบุคคล เพราะว่าในโลกแห่งระบบทุนนิยมนั้นไม่มีการพาณิชย์ใดเกิดขึ้นได้โดยปราศจากความเชื่อใจ และความเชื่อมั่นย่อมนั้นย่อมนำมาซึ่งโอกาสและความได้เปรียบต่าง ๆ ทางธุรกิจ ชื่อเสียงตามลักษณะการดังกล่าวจึงเปรียบเสมือนเป็นต้นทุนที่มีค่าที่สุดอย่างหนึ่งที่สามารถใช้ในการแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์ได้<sup>19</sup>

กล่าวได้ว่าชื่อเสียงตามความคิดนี้มีสิ่งซึ่งเป็นอนุธรรมที่ไม่มีรูปร่างอันจะสัมผัสจับต้องได้ โดยมีลักษณะคล้ายค่าความนิยม ที่มีราคาและสามารถประเมินเป็นมูลค่าทางการเงินได้เมื่อความเสียหายเกิดขึ้นแก่ชื่อเสียงประเภทนี้ จึงอาจคำนวณความเสียหายเป็นตัวเงินได้ เนื่องจากมูลค่าของชื่อเสียงถูกกำหนดโดยตลาดในลักษณะเช่นเดียวกับกับการกำหนดมูลค่าของทรัพย์สินขึ้นได้ขึ้นหนึ่ง ตามแนวคิดนี้กฎหมายหมิ่นประมาทมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลโดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลที่ทำการค้าหรือบริการ โดยให้หลักประกันว่าชื่อเสียงของบุคคลจะไม่สูญเสียมูลค่าทางการตลาดไปอย่างไม่ถูกต้อง และการที่กฎหมาย

<sup>15</sup> Carolin Anne Bayer (เชิงอรรถที่ 5) 26-27.

<sup>16</sup> สมาคมพระคริสตธรรมไทย, Holy Bible Thai-English, (สมาคมพระคริสตธรรมไทย, 2559) 1160.

<sup>17</sup> เพิ่งอ้าง 1134.

<sup>18</sup> Dario Milo, *Defamation and Freedom of Speech* (Oxford university press 2008) 26-27.

<sup>19</sup> เพิ่งอ้าง 27.

สามารถให้บริษัทหรือนิติบุคคลมีสิทธิฟ้องดำเนินคดีหมิ่นประมาทยอมเป็นเครื่องสะท้อนถึงการที่กฎหมายยอมรับและสนับสนุนว่าชื่อเสียงนั้นมีสถานภาพความเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง<sup>20</sup>

(2) ชื่อเสียงในสถานภาพความเป็นเกียรติยศ (Reputation as Honor)

กล่าวได้ว่าเป็นแนวความคิดเกี่ยวกับสถานภาพของชื่อเสียงที่วางอยู่บนหลักความ ไม่เท่าเทียม และสะท้อนถึงชนชั้นทางสังคมเพราะว่าเกียรติยศนั้นเป็นสิ่งที่ทุกคนมีไม่เท่ากัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับผลงานความสำเร็จหรือล้มเหลวในการปฏิบัติตามบทบาททางสังคมของตน ซึ่งเป็นธรรมดาที่บทบาทของแต่ละบุคคลย่อมมีความแตกต่างกันออกไป เกียรติยศจึงเป็นสิ่งที่ผูกพันโดยตรงและผูกติดอยู่กับบทบาททางของสังคมของบุคคลนั้น<sup>21</sup> และเป็นสิ่งที่ไม่สามารถซื้อขาย จำหน่าย จ่าย โอน ไปให้แก่ผู้อื่นได้ อีกทั้งเป็นสิ่งที่มั่นคงแน่นอนคงแต่สามารถถูกทรยศได้ถ้าผู้ที่มีความประพฤติไม่เหมาะสมแก่ตำแหน่งหน้าที่หรือสถานะนั้น ๆ แม้ในสังคมปัจจุบันนั้นจะให้ความสำคัญและยึดถือไว้ซึ่งความเท่าเทียมกันเป็นคุณค่าพื้นฐาน ทำให้ชื่อเสียงในสถานภาพของเกียรติยศนั้นมีบทบาทที่ลดลง แต่ยังคงต้องให้ความสำคัญ ดังสุภาษิตกฎหมายละตินที่ว่า “ตายเสียก่อนดีกว่าถูกหมิ่นเกียรติ” (Potius mori quam foedari)<sup>22</sup> ดังนั้นการทำลายเกียรติยศจึงถือเป็นเรื่องร้ายแรงและเปรียบเสมือนการทำลายคุณค่าในตัวบุคคลนั้นประการหนึ่ง กฎหมายจึงให้ความสำคัญคุ้มครองเกียรติยศจากการละเมิดหรือประทุษร้ายอันไม่ชอบด้วยกฎหมายเอาไว้ด้วย

(3) ชื่อเสียงในสถานภาพความเป็นศักดิ์ศรี (Reputation as Dignity)

ชื่อเสียงในสถานภาพที่เป็นศักดิ์ศรีนั้น ไม่ได้มาจากการปฏิบัติตามบทบาททางสังคมหรือความสำเร็จในการประกอบกิจการทางธุรกิจ แต่เป็นสิ่งที่ติดตัวมนุษย์ทุกคนมาแต่กำเนิด ตามธรรมชาติ โดยไม่คำนึงถึงสถานะทางเศรษฐกิจ เกียรติยศ ชนชั้นหรือบทบาททางสังคม เชื้อชาติ สีผิว หรือความเชื่อทางศาสนาตามหลักการพื้นฐานที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีเท่าเทียมกันและต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเดียวกัน

ในแง่นี้ศักดิ์ศรีนั้นจึงเป็นคุณค่าขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์อันไม่อาจประเมินหรือวัดคุณค่าได้ การประทุษร้ายหรือทำลายคุณค่าดังกล่าวนี้จึงไม่อาจบรรเทาได้ด้วยการชดเชยค่าสินไหมทดแทน แต่ต้องกระทำโดยการฟ้องร้องเป็นคดีหมิ่นประมาทต่อศาล เพื่อให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายชี้แจงแสดงความต่อศาล โดยโจทก์จะแสดงให้เห็นว่าการหมิ่นประมาทโจทก์นั้นไม่ถูกต้อง ส่วนจำเลยก็มีหน้าที่พิสูจน์ว่าการขาดความเคารพที่มีต่อโจทก์นั้นถูกต้องแล้ว<sup>23</sup> ทั้งนี้ เพื่อความมุ่งหมายในการแสวงหาความจริงทั้งปวง ชื่อเสียงในสถานภาพของศักดิ์ศรีนั้นจึงมีความสำคัญและผูกพันกับคุณค่าความเป็นมนุษย์ การทำให้เสียแก่ศักดิ์ศรีย่อมทำให้คุณค่าความเป็นมนุษย์นั้นได้รับความเสียหายด้วย ดังนั้นกฎหมายจึงต้องให้ความพิทักษ์คุ้มครอง

<sup>20</sup> เฟิงอ่าง 27-28.

<sup>21</sup> เฟิงอ่าง 30-31.

<sup>22</sup> ประทีป อ่าววิจิตรกุล, *หลักกฎหมายละตินและสุภาษิต* (จิรัชการพิมพ์ 2549) 99.

<sup>23</sup> Dario Milo (เชิงอรรถ 18) 41.

## 2.2 แนวคิดในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

เรื่องสิทธิมนุษยชนนั้นเป็นคุณค่าพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ที่สังคมปัจจุบันให้การยอมรับยึดถือ และเป็นประเด็นที่มีความสำคัญอย่างมากซึ่งประเทศต่าง ๆ ต้องตระหนักและให้ความร่วมมือในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและต่อต้านต่อการล่วงละเมิดทั้งปวง ในข้อนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงข้อความคิดพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

### 2.2.1 ข้อความคิดพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) นั้นมีรากฐานความคิดมาจากปรัชญาตะวันตก (Western Philosophy) โดยวัฒนธรรมมาจากแนวคิดกฎหมายธรรมชาติแบบดั้งเดิม (Natural Law Tradition) ที่มีมุมมองว่าสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่มีอยู่โดยธรรมชาติ กล่าวคือ เป็นสิทธิธรรมชาติที่มนุษย์ทุกคนมีอยู่ในตัวอย่างเสมอภาคเท่าเทียม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หลักแหล่งแห่งที่มาของสิทธินั้นมาจากภายในตัวมนุษย์ เกิดจากภายในตัวมนุษย์ ด้วยเหตุที่เขาเป็นมนุษย์ โดยมนุษย์เป็นเพียงผู้ทำการค้นพบขึ้นเท่านั้นและไม่ได้เกิดจากอำนาจรัฐหรือเป็นผลจากการกระทำของบุคคลใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง<sup>24</sup> โดยสิทธิมนุษยชนนั้นมีความสำคัญในฐานะที่เป็นอารยธรรมโลก (World Civilization) เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของความเป็นมนุษย์ ที่บ่งบอกถึงความเจริญรุ่งเรืองและความก้าวหน้า ในการยอมรับความเป็นมนุษย์ ศักดิ์ศรี อันเป็นคุณค่าของความเป็นมนุษย์ที่มีอยู่ในตัวบุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน ทั้งยังเป็นรากฐานสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยด้วย

รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท ให้คำจำกัดความว่า “สิทธิมนุษยชน” คือ “สิทธิติดตัวมนุษย์ทุกคน โดยไม่เลือกว่าจะเป็นสัญชาติ สถานที่เกิดเพศ ต้นกำเนิดทางชาติพันธุ์หรือทางชนชาติ สีผิว ศาสนา ภาษา หรือสถานะใด ๆ ก็ตาม เราทุกคนล้วนเท่าเทียมกันและมีสิทธิมนุษยชนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ สิทธิเหล่านี้ล้วนเกี่ยวพันกันพึ่งพากันและกัน และไม่อาจถูกแบ่งแยกได้”<sup>25</sup>

ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ.2560 มาตรา 4 ให้คำจำกัดความคำว่า “สิทธิมนุษยชน” หมายถึง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาค ของบุคคล บรรดาที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย หรือตามหนังสือสัญญา ที่ประเทศไทยเป็นภาคีและมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม”<sup>26</sup>

คุณลักษณะของสิทธิมนุษยชนนั้นเป็นสิทธิสากล และไม่อาจโอนให้กันได้ (Universal and inalienable) เป็นสิทธิที่พึ่งพากัน และมีอาจแบ่งแยกได้ (Interdependent and indivisible) ความเสมอภาค และไม่เลือกปฏิบัติ (Equal and non-discriminatory) อันมีรายละเอียดดังนี้<sup>27</sup>

<sup>24</sup> จริฎ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน : ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2545) 57-58.

<sup>25</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563) 17.

<sup>26</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ.2560, มาตรา 4

<sup>27</sup> ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถ 25) 19-20.

(1) เป็นสิทธิสากล และไม่อาจโอนให้กันได้ (Universal and inalienable)

เป็นสิทธิติดตัวโดยธรรมชาติที่ติดตัวมนุษย์ทุกคนเนื่องด้วยความเป็นมนุษย์ และความเป็นสากลนั้นมีอยู่ในทุกช่วงเวลาและสถานที่ ซึ่งรัฐมีหน้าที่โดยตรงในการรับรองและคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไม่ว่ารัฐนั้นจะมีรูปแบบการปกครอง ระบบเศรษฐกิจหรือวัฒนธรรมแบบใดก็ตาม

อีกทั้งสิทธิมนุษยชนนั้นเป็นสิทธิที่ไม่สามารถจำหน่ายโอนให้แก่กัน (inalienable) และไม่อาจสละ ยก ตกทอดหรือยอมให้พรากไปให้แก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือทำสัญญาของตนใช้สิทธิมนุษยชนของตนได้แม้ว่ามนุษย์จะมีเจตนาเช่นนั้นก็ตาม

(2) เป็นสิทธิที่พึ่งพากัน และมีอาจแบ่งแยกได้ (Interdependent and indivisible)

กล่าวคือ สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กับสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมนั้นไม่สามารถแยกต่างหากจากกันได้ สิทธิทั้งสองส่วนนี้จะต้องได้รับการเคารพ ปกป้อง เติบโต และทำให้เกิดขึ้นจริงเพื่อให้บุคคลทุกคนสามารถดำรงชีวิตได้อย่างมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การส่งเสริมหรือคุ้มครองสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่งย่อมก่อให้เกิดผลให้สิทธิมนุษยชนประเภทอื่นได้รับความคุ้มครองด้วยเช่นกัน และในทางกลับกันการกระทำใด ๆ ที่เป็นการล่วงละเมิดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่งย่อมส่งผลต่อสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ ด้วย

(3) ความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ (Equal and non-discriminatory)

พื้นฐานของสิทธิมนุษยชนนั้นอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ รัฐจะมุ่งคุ้มครองบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยจำเพาะเจาะจงไม่ได้ บุคคลทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันในสิทธิและศักดิ์ศรี ซึ่งครอบคลุมแก่ผู้เป็นมนุษย์ทุกคนทุกหนทุกแห่ง โดยมีศักดิ์ศรีถึง เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ รสนิยมทางเพศ ความเชื่อทางศาสนา สถานะทางเศรษฐกิจหรือสังคมแต่อย่างใด

## 2.2.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน

(1) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นเอกสารระหว่างประเทศที่สมัชชาสหประชาชาติได้ลงมติรับรอง เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 1948 ณ กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศที่ร่วมลงคะแนนเสียงรับรอง อันมีเบื้องหลังมาจากเหตุการณ์ความรุนแรงและเหยียดหยามที่เกิดขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง ทั้งนี้ เพื่อความมุ่งหวังให้ทั่วโลกตระหนักรู้และให้ความสำคัญกับการปฏิบัติต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกันอย่างมีมนุษยธรรมและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ปฏิญญาดังกล่าวจึงถือเป็นเอกสารที่วางรากฐานด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับแรกของโลก อันมีความมุ่งหมายเพื่อการไปสู่ความยุติธรรม อิสรภาพและความสงบสุขทั้งปวง

สถานะของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้นไม่ใช่ประมวลกฎหมายสิทธิมนุษยชน ไม่ใช่สนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ และไม่ก่อให้เกิดพันธะทางกฎหมายที่มีสภาพบังคับให้ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตาม อันการฝ่าฝืนนั้นจะมีความผิดหรือโทษแต่อย่างใด แต่เนื้อหาของปฏิญญานั้นเป็นเหมือนกับข้อเสนอที่เป็นแนวทางและบรรทัดฐานของหลักการด้านการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนต่อประเทศสมาชิกเพื่อไป

บัญญัติและพัฒนากฎหมายภายในประเทศของตนและกฎหมายระหว่างประเทศตั้งนั้นจึงกล่าวได้ว่า สิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ที่ได้รับการรับรองโดยปฏิญญานั้นเป็นเพียงสิทธิและเสรีภาพในทางอุดมคติเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้น ยังมีบทบาทสำคัญคือการเป็นแม่แบบในการบัญญัติกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในปัจจุบันทุกฉบับและต่อมากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศนั้นก็เปรียบเสมือนเครื่องมือในการบอกทิศทางให้การบัญญัติและพัฒนากฎหมายภายในประเทศของประเทศต่าง ๆ จึงกล่าวได้ว่าปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้นเป็นต้นธารความคิดที่เป็นปฐมบทของการรับรองสิทธิมนุษยชนที่มีอิทธิพลต่อกฎหมายภายในประเทศของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบัน<sup>28</sup>

โดยเนื้อหาของปฏิญญาดังกล่าวได้กำหนดถึงสิทธิและเสรีภาพอันเป็นคุณค่าพื้นฐานสากลของความเป็นมนุษย์ รวมทั้งสิ้น 30 ประการ โดยสามารถจำแนกสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และสิทธิทางเศรษฐกิจและทางสังคมตัวอย่างเช่น สิทธิความเท่าเทียมกันตามกฎหมายโดยถูกไม่แบ่งแยก สิทธิความเป็นส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น อันมีรายละเอียดดังนี้

ข้อบทที่ 1 “ทุกคนเกิดมาเท่าเทียม”<sup>29</sup>

ข้อบทที่ 2 “การไม่แบ่งแยก”<sup>30</sup>

ข้อบทที่ 7 “ความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย”<sup>31</sup>

ข้อบทที่ 12 “สิทธิความเป็นส่วนตัว เกียรติ ชื่อเสียง”<sup>32</sup>

<sup>28</sup> กุลพล พลวัน, *สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก* (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2547) 45-46.

<sup>29</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, ข้อบทที่ 1.

“มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรี และสิทธิ ต่างในตนมีเหตุผลและมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันด้วยจิตวิญญาณแห่งภราดรภาพ”

<sup>30</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, ข้อบทที่ 2.

“ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพทั้งปวงตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนชาติใดอาทิ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะอื่น นอกเหนือจากนี้ จะไม่มีการแบ่งแยกใด บนพื้นฐานของสถานะทางการเมือง ทางกฎหมาย หรือทางการระหว่างประเทศของประเทศหรือดินแดนที่บุคคลสังกัด ไม่ว่าดินแดนนี้จะเป็นเอกราช อยู่ในความพิทักษ์ มิได้ปกครองตนเองหรืออยู่ภายใต้การจำกัดอธิปไตยอื่นใด”

<sup>31</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, ข้อบทที่ 7.

“ทุกคนเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันจากการเลือกปฏิบัติใด อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้ และจากการยุยงให้มีการเลือกปฏิบัติดังกล่าว”

<sup>32</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, ข้อบทที่ 12.

“บุคคลใดจะถูกแทรกแซงตามอำเภอใจในความเป็นส่วนตัว ครอบครัว ที่อยู่อาศัยหรือการสื่อสาร หรือจะถูกลบลู่เกียรติยศ และชื่อเสียงไม่ได้ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองของกฎหมายจากการแทรกแซงสิทธิหรือการลบลู่ดังกล่าว”

ข้อบทที่ 18 “เสรีภาพในการนับถือศาสนา”<sup>33</sup>

ข้อบทที่ 19 “เสรีภาพในการแสดงออก”<sup>34</sup>

(2) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) หรือ ICCPR

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองคุ้มครองตามปฏิญญาสากล ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้นเป็นเพียงสิทธิทางอุดมคติอันจะก่อให้เกิดสภาพบังคับที่รัฐสมาชิกสหประชาชาติจะต้องปฏิบัติตามไม่ ดังนั้นสหประชาชาติจึงได้ดำเนินการทำให้หลักสิทธิมนุษยชนในปฏิญญาฯ ให้เป็นสิทธิที่ผลตามกฎหมายอย่างแท้จริง โดยการจัดทำเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศด้วยกันหลายฉบับ หนึ่งในนั้นที่มีความสำคัญ คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) หรือ ICCPR อันเป็นสนธิสัญญาที่มีผู้ร่วมเจรจาหรือร่วมลงนามมากกว่าสองฝ่ายขึ้นไปหรือที่เรียกว่า สนธิสัญญาพหุภาคี โดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (The General Assembly) ได้รับการเมื่อวันที 16 ธันวาคม ค.ศ. 1966 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1976 โดยประเทศไทยมิได้เข้าร่วมเจรจาและลงนามในการจัดทำสนธิสัญญาตั้งแต่แรกเริ่ม แต่ได้เข้าร่วมในภายหลังโดยการแสดงเจตนา เข้าผูกพันทำภาคยานุวัติ (Accession) ในสนธิสัญญาดังกล่าวเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2539 และมีผล ใช้บังคับ 29 มกราคม 2540 ด้วยเหตุดังนี้จึงมีผลผูกพันประเทศไทยในฐานะรัฐภาคี ที่จะต้องปฏิบัติตามข้อบทต่าง ๆ ดังที่บัญญัติไว้ในเนื้อหาของสนธิสัญญา<sup>35</sup> และในปัจจุบันมีประเทศที่ร่วมลงนามแล้วทั้งสิ้น 74 แห่ง และภาคีอีก 173 แห่ง<sup>36</sup>

สนธิสัญญาดังกล่าวนั้นถือเป็นการประกาศให้รู้กันทั่วไปซึ่งกติกาสากลของสังคมโลก โดยมีเจตนารมณ์เพื่อการรับรองและคุ้มครองว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เป็นสิทธิขั้นมูลฐาน (The Fundamental Right) ซึ่งติดตัวมนุษย์ทุกคนโดยธรรมชาติและมีอยู่แต่กำเนิด ทุกคนมีความชอบธรรมในการที่จะใช้สิทธินั้นตามเจตจำนงที่ตนปรารถนาได้โดยปราศจากแทรกแซง และรัฐภาคีมีพันธกรณีระหว่างประเทศที่จะต้องให้การรับรองคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิดังกล่าวแก่ปัจเจกบุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่เลือกปฏิบัติ อีกทั้งให้หลักประกันว่าบุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธินั้นมิมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยา

<sup>33</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, ข้อบทที่ 18.

“ทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งความคิด มโนธรรม และศาสนา ทั้งนี้ สิทธินี้รวมถึงอิสรภาพในการเปลี่ยนศาสนาหรือความเชื่อ และอิสรภาพในการแสดงออกทางศาสนาหรือความเชื่อถือ ของตนในการสอน การปฏิบัติ การสักการบูชา และการประกอบพิธีกรรม ไม่ว่าจะโดยลำพัง หรือในชุมชนร่วมกับผู้อื่น และในที่สาธารณะหรือส่วนบุคคล”

<sup>34</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, ข้อบทที่ 19.

“ทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งความเห็นและการแสดงออกรวมทั้งอิสรภาพในอันที่จะถือเอาความเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง แสวงหา รับ และส่งข้อมูลข่าวสารตลอดจนข้อคิดผ่านสื่อใด โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน”

<sup>35</sup> กุลพล พลวัน (เชิงอรรถ 28)

<sup>36</sup> United Nations Treaty Collection, ‘International Covenant on Civil and Political Rights New York’ <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en)> สืบค้นเมื่อ 28 มกราคม 2567.

เนื้อหาสาระของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองนั้นเป็นบทบัญญัติทั้งที่เป็นสาระบัญญัติและวิธีบัญญัติ อันประกอบด้วยบทบัญญัติทั้งหมด 53 ข้อบท สามารถซึ่งแบ่งออกได้เป็นหกเรื่อง ได้แก่

- (1) เรื่องสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง (Right of self-determination)
- (2) เรื่องพันธกรณีของรัฐภาคีที่ต้องรับรอง เคารพและให้หลักประกันสิทธิของบุคคล โดยไม่เลือกปฏิบัติ
- (3) เรื่องสาระของสิทธิในส่วนที่เป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง
- (4) เรื่องการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนที่มีหน้าที่ในการตรวจสอบการปฏิบัติตามพันธกรณีตามที่กำหนดไว้ในกติกา
- (5) เรื่องการห้ามตีความสนธิสัญญาดังกล่าวไปในทางที่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศ อื่น ๆ
- (6) เรื่องการเข้าเป็นภาคีและแก้ไขเพิ่มเติมกติกา

ข้อบทที่ 2 “ว่าด้วยการไม่แบ่งแยก”<sup>37</sup>

ข้อบทที่ 4 “ภาวะฉุกเฉิน”<sup>38</sup>

ข้อบทที่ 17 “สิทธิในความเป็นส่วนตัว เกียรติและชื่อเสียง”<sup>39</sup>

เกี่ยวกับประเด็นข้อบทที่ 17 นี้ ตามความเห็นทั่วไปที่ 16 มติที่ประชุมสมัยที่ 32 ในปีค.ศ.1988 ได้ชี้ประเด็นสำคัญอันเกี่ยวแก่สิทธิในชื่อเสียงของบุคคลว่า สิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกลบหลู่เกียรติและชื่อเสียงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันว่าการลบหลู่ดังกล่าวจะกระทำไม่ได้ ไม่ว่าการกระทำเช่นนั้นจะเกิดจากหน่วยงานรัฐ หรือปัจเจกบุคคล รัฐมีหน้าที่ในการตรากฎหมายและกำหนดมาตรการใด ๆ ที่เหมาะสม เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเช่นนี้มีผลเกิดขึ้นจริง และกฎหมายดังกล่าวนี้จะต้องตราขึ้นเพื่อให้

<sup>37</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง, ข้อบทที่ 2.

“ 1. รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้รับที่จะเคารพและประกันแก่ปัจเจกบุคคลทั้งปวงภายในดินแดนของตนและภายใต้เขตอำนาจของตนในสิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในกติกานี้โดยปราศจากการแบ่งแยกใด ๆ อาทิ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ”

<sup>38</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง, ข้อบทที่ 4.

“1. ในภาวะฉุกเฉินสาธารณะซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติและได้มีการประกาศภาวะนั้นอย่างเป็นทางการแล้ว รัฐภาคีแห่งกติกานี้อาจใช้มาตรการที่เป็นการเลียงพันธกรณีของตนภายใต้กติกานี้ได้เพียงเท่าที่จำเป็นตามความฉุกเฉินของสถานการณ์ ทั้งนี้ มาตรการเช่นว่านั้นจะต้องไม่ขัดแย้งต่อพันธกรณีอื่น ๆ ของตน ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติเพียงเหตุแห่งเชื้อชาติผิวเพศ ภาษาศาสนา หรือเผ่าพันธุ์ทางสังคม”

<sup>39</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง, ข้อบทที่ 17.

“ 1. บุคคลจะถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน หรือการติดต่อสื่อสารโดย พลการหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้ และจะถูกลบหลู่เกียรติและชื่อเสียงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้

2. บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมิให้ถูกแทรกแซงหรือลบหลู่เช่นว่านั้น”



บุคคลทุกคนสามารถป้องกันตัวเองได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อการลบลู่ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีการแก้ไขเยียวยาที่มีประสิทธิภาพโดยผู้ที่ต้องรับผิดชอบในเรื่องนี้<sup>40</sup>

ข้อบทที่ 18 “เสรีภาพในการนับถือศาสนา”<sup>41</sup>

ข้อบทที่ 19 “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น”<sup>42</sup>

ข้อบทที่ 20 “การเลือกปฏิบัติ”<sup>43</sup>

ข้อบทที่ 26 “สิทธิความเท่าเทียมโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติจากกฎหมาย”<sup>44</sup>

## 2.3 แนวคิดการกำหนดความผิดทางอาญาและโทษทางอาญา

แม้ถึงว่ารัฐจะมีอำนาจชอบธรรมในการบัญญัติกฎหมายเพื่อรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงภายใน ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคม แต่เนื่องจากกฎหมายอาญานั้นเป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับที่รุนแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งโทษในทางอาญาซึ่งมีผลกระทบกระเทือนโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

<sup>40</sup> กุลพล พลวัน (เชิงอรรถ 28) 260-262.

<sup>41</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง, ข้อบทที่ 18.

“1. บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรมและศาสนา สิทธินี้ ย่อมรวมถึงเสรีภาพในการมีหรือนับถือศาสนา หรือมีความเชื่อตามคตินิยมของตน และเสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนา หรือความเชื่อของตนโดยการสักการบูชา การปฏิบัติ การประกอบพิธีกรรม และการสอน ไม่ว่า จะโดยลำพังตัวเอง หรือในชุมชนร่วมกับผู้อื่น และไม่ว่าต่อสาธารณชน หรือเป็นการส่วนตัว. . .”

<sup>42</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง, ข้อบทที่ 19.

“1. บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะมีความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง

2. บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับและ เผยแพร่ข้อมูล

ข่าวสารและความคิดทุกประเภท โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ทั้งนี้ ไม่ว่าด้วยวาจาเป็นลายลักษณ์ อักษรหรือการตีพิมพ์ ในรูปของศิลปะ หรือโดยอาศัยสื่อประการอื่นตามที่ตนเลือก

3. การใช้สิทธิตามที่บัญญัติในวรรค 2 ของข้อนี้ ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษควบคู่ไปด้วย การใช้สิทธิดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดในบางเรื่อง แต่ทั้งนี้ข้อจำกัดนั้นต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายและจำเป็นต่อ

(ก) การเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น

(ข) การรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือการสาธารณสุขหรือศีลธรรมของประชาชน”

<sup>43</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง, ข้อบทที่ 20.

“2. การสนับสนุนให้เกิดความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา ซึ่งยั่วยุให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การเป็นปฏิปักษ์หรือการใช้ความรุนแรง เป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมาย”

<sup>44</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง, ข้อบทที่ 26.

“บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกัน ตามกฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ในกรณีนี้กฎหมายจะต้องห้ามการเลือกปฏิบัติใด ๆ และต้องประกันการคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและเป็นผลจริงจังกจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใด เช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ”

ดังนั้นรัฐจึงไม่สามารถที่จะออกกฎหมายใด ๆ ได้ตามอำเภอใจ และการจะกำหนดว่าความประพฤติใดเป็นที่ต้องห้ามตามกฎหมายนั้นต้องคำนึงถึงหลักสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญและต้องมีมาตรวัดที่ชัดเจนแน่นอนและมีความจำเป็น การนำกฎหมายอาญามาควบคุมทุก ๆ พฤติกรรมของคนในสังคมนั้น อาจก่อให้เกิดผลร้ายมากกว่าผลดีได้ ดังที่ ศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ กล่าวไว้ว่า “หากรัฐมุ่งแต่จะควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือโดยไม่ได้พิจารณาถึงประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกของรัฐที่จะใช้บังคับกฎหมายอาญาแล้ว กฎหมายก็จะไร้ความหมาย ขาดความศักดิ์สิทธิ์ และเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐที่ประพฤติมิชอบมีโอกาสแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองจากกฎหมายเหล่านี้ หรือหากมีการใช้กฎหมายเลือกปฏิบัติ ซึ่งจะทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้กฎหมายและชุมชนเสื่อมเสียได้”<sup>45</sup>

### 2.3.1 แนวคิดในการกำหนดความผิดทางอาญา

“แนวคิดในการกำหนดความผิดอาญามีขึ้นเพื่ออธิบายว่าการกระทำใดควรเป็นความผิดอาญา”<sup>46</sup> โดยในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะอธิบายเรียงตามเส้นเวลา (Timeline) โดยเริ่มต้นจากทฤษฎีสัญญาประชาคมอันเป็นทฤษฎีที่อธิบายถึงจุดเริ่มของอำนาจต่าง ๆ อันเป็นหลักแหล่งแห่งที่มาของอำนาจรัฐในการออกกฎหมายและวิวัฒนาการในการกำหนดความผิดทางอาญา ทั้งนี้ เพื่อให้ทราบถึงความเป็นมาและเพื่อให้เป็นพื้นฐานของความเข้าใจถึงแนวคิดและทฤษฎีที่ใช้ในการกำหนดความผิดทางอาญาในปัจจุบัน

#### (1) หลักแหล่งแห่งที่มาของอำนาจรัฐในการออกกฎหมาย

โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) นักปรัชญาการเมืองชาวอังกฤษคนสำคัญในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 17 ได้นำเสนอแนวคิดเกี่ยวกับสภาวะธรรมชาติที่ว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมาพร้อมกับสิทธิตามธรรมชาติ กล่าวคือสิทธิของทุกคนในทุกสิ่งทุกอย่าง (Ius omnium in omnia) อันมีลักษณะเป็นเสรีภาพที่ไม่มีขอบจำกัดที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดได้ตามแต่อำเภอใจ และแต่เดิมนั้นมนุษย์อยู่ร่วมกันโดยไม่มีกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร กอปรกับธรรมชาติของมนุษย์นั้นมีแต่ความเห็นแก่ตัวและการกระทำใด ๆ ที่มนุษย์แสดงออกนั้นย่อมมีความมุ่งหมายไปสู่ผลประโยชน์ของตนเองทั้งสิ้นไม่ว่าผู้นั้นจะรับรู้ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวในจิตใต้สำนึกของตนหรือไม่ก็ตาม ความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์นั้นจึงเปรียบเสมือนสัตว์ป่าที่ปราศจากความไว้เนื้อเชื่อใจกัน จึงมีความโหดร้ายและป่าเถื่อน เนื่องจากมีความหวาดกลัวและเป็นสภาวะแห่งสงครามที่ต้องต่อสู้ฆ่าฟันกันตลอดเวลา โดยในสภาวะธรรมชาตินั้นอยู่ภายใต้บังคับกฎเกณฑ์เพียงอย่างเดียว คือ กฎหมายธรรมชาติที่ไม่มีสภาพบังคับได้จริงในทางปฏิบัติ การฝ่าฝืนกฎหมายธรรมชาติไม่มีความผิดทั้งไม่มีโทษตามกฎหมายและผูกพันแต่ในทางมโนธรรมสำนึกของมนุษย์เท่านั้น ด้วยเหตุดังกล่าว สัญชาติญาณการมีชีวิตรอดประกอบกับสติปัญญาของมนุษย์ซึ่งเป็นสัตว์ที่มีเหตุผลจึงเลือกที่จะสละสิทธิและเสรีภาพอันสมบูรณ์แบบทั้งปวงของตนที่มีอยู่แต่เดิม

<sup>45</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1 (พิมพ์ครั้งที่ 9, ห้างหุ้นส่วนจำกัดจิรรัชการพิมพ์, 2562) 7.

<sup>46</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์, ‘หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย’ (กรกฎาคม - กันยายน 2564) 3 วารสารสุทธิปริทัศน์, 21, 30.

ตามธรรมชาติ เพื่อเข้าสู่สภาวะแห่งสังคมพลเมืองโดยการเข้าทำสัญญาระหว่างกันเอง เป็นสัญญาประชาคม (Social Contract) โดยแสดงออกมาในรูปของเจตจำนงทั่วไป (General Will) กล่าวคือ มนุษย์ทุกคนตกลงโอนไปโดยสิ้นเชิงซึ่งสิทธิในการปกครองตนเองตามธรรมชาติของตนให้แก่บุคคลที่สาม คือผู้ปกครองในฐานะเป็น รัฏฐาธิปัตย์อันมีอำนาจสมบูรณ์ในการบังคับ กำกับดูแล ตรากฎหมาย ออกกฎกำหนดเกณฑ์ ในการอยู่ร่วมกัน ของสังคมและลงโทษคนที่ล่วงเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของส่วนรวม อันมีลักษณะเป็นการที่ราษฎร ยินยอมสวามิภักดิ์ต่อผู้ปกครอง ดังนั้นราษฎรมีหน้าที่จะต้องเคารพและปฏิบัติตามคำสั่งของรัฏฐาธิปัตย์ เพื่อ แลกเปลี่ยนกับการได้รับการคุ้มครองความปลอดภัยจากภัยอันตรายทั้งปวง<sup>47</sup>

## (2) วัฒนาการในการกำหนดความผิดทางอาญา

การกำหนดความผิดอาญานั้นมีวิวัฒนาการ 3 ช่วง โดยในยุคแรกเริ่มนั้นใช้เกณฑ์ทางศีลธรรมเป็น เครื่องบ่งชี้ในการกำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาและสมควรถูกลงโทษ จนต่อมาได้แปรไปใช้ เกณฑ์ทางสังคม และในปัจจุบันมีกระบวนการเปลี่ยนแปลงหรือคลี่คลายไปสู่ภาวะที่ดีขึ้นหรือเจริญขึ้น โดยการ ใช้เกณฑ์ทางกฎหมายเป็นสาระสำคัญในการกำหนดความผิดอาญา ซึ่งจะอธิบายดังต่อไปนี้

(2.1) การใช้เกณฑ์ทางศีลธรรม แต่เดิมนั้นศีลธรรมกับความประพฤติเบี่ยงเบนที่สมควร ถูกลงโทษถือเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน การจะกำหนดว่าการใดควรเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ จะใช้หลักศีลธรรม เป็นเครื่องมือสำคัญในการบ่งชี้ กล่าวคือ การใดที่ผิดหลักศีลธรรม การนั้นย่อมเป็นความผิดทางอาญาและ สมควรถูกลงโทษ กลับกันถ้าการกระทำใดไม่ผิดหลักศีลธรรมแล้ว การนั้นย่อมไม่มีความผิดทางอาญา แต่ อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวสามารถใช้ได้อย่างดีเฉพาะแต่กับสังคมที่ยังไม่มีผู้คนอยู่มากนัก และเมื่อสังคมมี ความพัฒนาขึ้น มีประชากรมากขึ้นและมีข้อเท็จจริงที่สลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องใช้ กฎหมายเทคนิค (Technical Law) เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย กฎหมายจึงค่อย ๆ เคลื่อนตัวออกจาก ศีลธรรม แต่ก็ไม่ได้แยกจากกันโดยเด็ดขาด ทำให้กฎหมายอาญากับศีลธรรมในช่วงนี้เกิดสภาวะที่มีคาบเกี่ยวกัน กล่าวคือ กรณีมีทั้งการกระทำที่เป็นทั้งความผิดอาญาและผิดศีลธรรมในตัวเอง เป็นต้นว่า การฆ่าผู้อื่น การทำร้ายผู้อื่น การลักทรัพย์ และกรณีที่ผิดศีลธรรมอย่างเดียวโดยไม่มีความผิดตามกฎหมาย เช่น การโกหกที่ไม่ได้ไป ซึ่งประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน รวมทั้งที่เป็นความผิดอาญาอย่างเดียวโดยไม่ผิดศีลธรรม เช่น การจอดรถในสถานที่ห้ามจอด เป็นต้น<sup>48</sup>

(2.2) การใช้เกณฑ์ทางสังคม เป็นแนวความคิดที่มองว่าการกระทำใดที่กระทบกระเทือนสังคม การนั้นสมควรเป็นความผิดและถูกลงโทษ การพิจารณาว่าอะไรคืออาชญากรรมนั้นมองจากการกระทำนั้นทำให้สังคมเสียหายหรือไม่ แต่อย่างไรก็ดี แนวคิดเช่นนี้มีปัญหา กล่าวคือ เกิดความไม่ชัดเจนแน่นอนให้กับ กฎหมายอาญา เพราะยิ่งสังคมที่มีสัดส่วนของประชากรมากขึ้น ย่อมเป็นการยากที่จะหาตัวแทนของสังคมที่มี

<sup>47</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิด นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์อานกฎหมาย 2565) 240-248.

<sup>48</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาระดับสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 4, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2566) 25-26.

ความชอบธรรมและอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในการ ชี้ขาดว่าการกระทำนั้นเป็นอาชญากรรมและสมควรถูกลงโทษหรือไม่<sup>49</sup>

(2.3) การใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย เป็นแนวความคิดของรัฐเสรีนิยมประชาธิปไตย ซึ่งมองว่ากฎหมายที่จะมีความชอบธรรมอันจะบังคับใช้กับพลเมืองโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายอาญานั้น ต้องออกมาจากฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นเครื่องแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชน ดังนั้นเมื่อนิติบัญญัติออกกฎหมายขึ้นใหม่ย่อมบังคับได้ตามความประสงค์ของประชาชน แม้ว่ากฎหมายที่กำหนดขึ้นใหม่นั้นไม่เกี่ยวข้องกับหลักศีลธรรมเลยก็ตาม กล่าวคือการใช้เกณฑ์ทางกฎหมายนั้น ยึดถือเอาความเห็นของนิติบัญญัติเป็นสำคัญ ว่าการใดควรลงโทษ การนั้นย่อมเป็นความผิดอาญา ซึ่งในปัจจุบันนิติบัญญัติจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้น โดยหลักแล้วจะพิจารณาจากการกระทำนั้นขัดกับความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือไม่<sup>50</sup>

### (3) แนวคิดและทฤษฎีที่ใช้ในการกำหนดความผิดทางอาญาในปัจจุบัน

#### (3.1) แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ (Economic analysis of law)

นิติเศรษฐศาสตร์ (Economic analysis of law) นั้นเป็นแนวความคิดที่นำความรู้ทางนิติศาสตร์มารวมเข้ากับหลักพื้นฐานของเหตุผลและวิถีคิดทางเศรษฐศาสตร์ เป็นวงขอบและ มูลฐานสำคัญแห่งการวิเคราะห์และอธิบายประเด็นต่าง ๆ ทางกฎหมาย อาทิ ทฤษฎีแห่งกฎหมาย การตีความตัวบทกฎหมาย การประเมินคุณค่าของกฎหมาย รวมถึงตลอดถึงการบัญญัติกฎหมายอาญา<sup>51</sup>

ในปัจจุบันนั้นแนวคิดนิติศาสตร์เศรษฐศาสตร์เป็นหนึ่งในแนวคิดสำหรับการกำหนดความผิดทางอาญา โดยอยู่บนฐานคิดที่ว่า การกระทำใด ๆ ของปัจเจกชนหรือบุคคลในสังคมนั้น มีปัจจัยสองประการเป็นส่วนประกอบสำคัญในการตัดสินใจที่จะกระทำหรือไม่กระทำการใด ได้แก่ ผลประโยชน์ (Benefits) และต้นทุน (Costs) ที่ปัจเจกชนพึงจะได้รับจากการกระทำนั้น ดังนั้นหากรัฐจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญา รัฐย่อมจำต้องนำปัจจัยสองประการดังกล่าวนี้เป็นส่วนสำคัญในการตัดสินใจด้วยเช่นกัน<sup>52</sup>

โดยการกระทำใดที่สมควรเป็นความผิดอาญานั้น ต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดต้นทุนหรือความเสียหายทางสังคมมากกว่าประโยชน์ที่สังคมได้รับจากการกระทำนั้น เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 หรือความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ซึ่งการกระทำทั้งหลายดังกล่าวในกรณีทั่วไปนั้นรังแต่จะก่อให้เกิดต้นทุนหรือความเสียหายทางสังคมเพียงอย่างเดียวโดยไม่มีคุณประโยชน์หรือผลดีกลับคืน สู่สังคมเลย จึงถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา<sup>53</sup>

<sup>49</sup> เพิ่งอ้าง 27.

<sup>50</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>51</sup> ปกป้อง จันวิทย์, 'การวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์ แนวคิดและวรรณกรรมปริทัศน์'

ในโครงการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์ (Economic Analysis of criminal laws) (สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัยและสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย 2554) 1.

<sup>52</sup> ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถ 48) 28.

<sup>53</sup> เพิ่งอ้าง 28-29.

และในทางกลับกันหากการกระทำนั้นสร้างผลดีหรือคุณประโยชน์ทางสังคมมากกว่า หน่วยความเสียหายหรือต้นทุนที่สังคมได้รับ การกระทำนั้นย่อมไม่ถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญา<sup>54</sup> หรือ “หากเป็นความผิดอาญาอยู่ในสมัยหนึ่งก็น่าจะนำไปสู่การยกเลิกความผิดอาญา (decriminalization)”<sup>55</sup>

### (3.2) ทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญาของ Herbert L. Packer

เฮอริเบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) เป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายและอาชญาวิทยาที่มหาวิทยาลัยสแตนฟอร์ด ซึ่งถือเป็นนักกฎหมายที่มีความสำคัญท่านหนึ่งที่มีอิทธิพลทางความคิดอย่างมากต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทั้งต่างประเทศและประเทศไทย ในปัจจุบัน และทฤษฎีข้างต้นนั้นเป็นทฤษฎีหนึ่งที่คณะอนุกรรมการ ภายใต้คณะกรรมการพัฒนากฎหมายในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาใช้เพื่อประกอบการพิจารณาแนวทางของกฎหมายที่จะตราขึ้นในอนาคต ว่าควรมีหลักเกณฑ์อย่างไร<sup>56</sup>

โดยในหนังสือเรื่อง The limit of the criminal sanction เฮอริเบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ ได้วางหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าพฤติกรรมใดควรเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ไว้ 6 ประการ ดังต่อไปนี้<sup>57</sup>

- (1) ความประหลาดเช่นนั้นเป็นที่ชัดเจนว่าประชาชนส่วนใหญ่มองว่าเป็นพฤติกรรมที่คุกคามต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและไม่สมควรให้อภัยแก่การกระทำนั้น
- (2) ภายใต้การลงโทษทางอาญานั้น ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษ
- (3) การปราบปรามการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาดังกล่าวนั้นต้องไม่ได้ทำให้พฤติกรรมที่พึงปรารถนาในสังคมลดน้อยถอยลงไป
- (4) หากเป็นความผิดทางอาญาแล้ว จะสามารถบังคับใช้กฎหมายนั้นได้อย่างเป็นธรรมและไม่เลือกปฏิบัติ
- (5) การควบคุมโดยใช้กระบวนการทางอาญาบังคับแก่การกระทำดังกล่าวจะไม่ทำให้เป็นภาระแก่การกระบวนการจนเกินขีดความสามารถ ทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ
- (6) ไม่มีวิธีอื่นที่สมเหตุสมผลในการจัดการกับการกระทำนั้นนอกเหนือจากการลงโทษทางอาญา

<sup>54</sup> เฟ็งอ้าง 28.

<sup>55</sup> เฟ็งอ้าง 35.

<sup>56</sup> คณะกรรมการพัฒนากฎหมายในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ‘กรอบแนวทางการศึกษาและปรับปรุงกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ประโยชน์จากโทษอาญาที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายอันเป็นการดำเนินการเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย’ <[https://www.soc.go.th/wp-content/uploads/2020/01/v81\\_61.pdf](https://www.soc.go.th/wp-content/uploads/2020/01/v81_61.pdf)> สืบค้นเมื่อ 24 พฤษภาคม 2567.

<sup>57</sup> Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford University Press 1968) 296.

### (3.3) ทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายต่อผู้อื่น (Harm To Others)

ตามความคิดของจอห์น สจิวต์ มิลล์ (John Stuart Mill) ที่ว่า “วัตถุประสงค์ของความเรียงเรื่องนี้เป็นไปเพื่อยืนยันหลักการที่ธรรมดาเป็นหลักการหนึ่ง ในฐานะที่ได้รับมอบหมายให้จัดการกับการปฏิบัติของสังคมต่อปัจเจกชนอย่างเด็ดขาดโดยวิธีบังคับและควบคุม ไม่ว่าวิธีการที่ใช้จะเป็นพลังทางกายภาพในรูปแบบของการลงโทษตามกฎหมายหรือการกดขี่ทางศีลธรรมจากความเห็นของสาธารณชนก็ตาม หลักการนั้นเป็นจุดหมายเพียงประการเดียวที่ค้ำประกันมนุษยชาติโดยส่วนตัวหรือโดยส่วนรวมให้เข้าไปก้าวก้าวเสรีภาพแห่งการกระทำของสมาชิกคนใดคนหนึ่งของพวกเขา ซึ่งเป็นการป้องกันตนเอง ความมุ่งหมายเพียงอย่างเดียวที่อำนาจดังกล่าวจะสามารถใช้บังคับสมาชิกคนใดคนหนึ่งของกลุ่มสังคมอารยะเพื่อให้บรรลุความประสงค์ได้อย่างชอบธรรมโดยฝืนเจตจำนงของเขานั้น ก็คือการป้องกันอันตรายที่จะก่อให้เกิดแก่ผู้อื่น”<sup>58</sup>

ตามทฤษฎีนี้เป็นมุมมองที่อยู่บนฐานที่ว่าโดยทั่วไปแล้วปัจเจกชนนั้นมีความเป็น “ผู้ใหญ่” ที่มีวุฒิภาวะและวิจารณญาณในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง ดังนั้น รัฐจึงควรต้องปล่อยให้ปัจเจกชนมีสิทธิและเสรีภาพในการคิด แสดงออกซึ่งความคิด กระทำการหรือดเว้นกระทำใด ๆ ได้ตามที่จิตของเขามุ่งหวังตั้งใจ โดยอยู่ภายใต้ขอบเขตที่ว่ากระทำนั้นต้องไม่ก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อผู้อื่น ด้วยเหตุดังกล่าว เหตุผลเพียงประการเดียวที่รัฐที่มีอารยะจะมีความชอบธรรมในการกำหนดความผิดทางอาญาเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองได้นั้นต้องเป็นเพราะการใช้เสรีภาพในการกระทำของบุคคลนั้นก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อผู้อื่นเท่านั้น โดยเหตุนี้แล้วการกระทำใดที่ไม่ถึงกับเป็นภัยอันตรายต่อผู้อื่นแม้จะผิดหลักศีลธรรมหรือส่งผลให้ผู้อื่นเกิดความขุ่นเคืองใจรัฐก็ไม่มี ความชอบธรรมที่จะกำหนดเป็นความผิดเพื่อจำกัดเสรีภาพของบุคคลได้ และการอื่นใดที่ไม่เป็นภัยอันตรายต่อผู้อื่นนั้น ปัจเจกชนย่อมมีอำนาจแห่งเสรีภาพในการกำหนดเจตจำนงและเลือกทางเดินชีวิตของตนเองตามความปรารถนา โดยไม่มีเหตุผลใด ๆ ที่มีน้ำหนักเพียงพอให้รัฐสามารถใช้อำนาจบังคับตามกฎหมายเพื่อแทรกแซงเจตจำนงของปัจเจกชนได้แม้การกระทำนั้นจะเป็นผลร้ายต่อตัวผู้กระทำเอง เช่น การฆ่าตัวตาย รัฐย่อมไม่สามารถกำหนดให้บุคคลมีความรับผิดชอบทางอาญาในความผิดฐานพยายามฆ่าตัวตายได้ หรือการสูบบุหรี่ การเสพกัญชา การดื่มสุรา เป็นต้น

#### 2.3.2 แนวคิดการกำหนดโทษทางอาญา

##### (1) วัตถุประสงค์แห่งการลงโทษทางอาญา

วัตถุประสงค์แห่งการลงโทษนั้นเป็นแนวความคิดทางทัณฑวิทยาที่มีมาตั้งแต่ในสมัยสังคมโบราณ และได้รับการพัฒนาเรื่อยมาจนถึงปัจจุบันเพื่อให้สอดคล้องกับยุคสมัย แต่อย่างไรก็ดี การลงโทษนั้นยังจำเป็นต้องคำนึงวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษทุกข้อ โดยทฤษฎีวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษนั้น ประกอบไปด้วย 4 ทฤษฎีหลัก ได้แก่

<sup>58</sup> จอห์น สจิวต์ มิลล์, *ความเรียงว่าด้วยเสรีภาพ* (ภัทรพร สิริกาญจน ผู้แปล, สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ

(1.1) ลงโทษเพื่อการทดแทนความผิด (Punishment as a Retribution)

โดยธรรมชาติแล้วมนุษย์นั้นเป็นสัตว์สังคมและแทบทุกกิจกรรมของมนุษย์นั้นจำเป็นพึ่งพาอาศัยผู้อื่น เหตุปัจจัยดังกล่าวจึงเอื้ออำนวยให้มนุษย์นั้นจำเป็นต้องมีการติดต่อสัมพันธ์กับบุคคลอื่น ๆ ในสังคม และเนื่องจากมนุษย์มีความแตกต่างหลากหลายทาง เชื้อชาติ ภาษา สีผิว ความเชื่อทางศาสนา ความเห็นต่างทางการเมือง และรสนิยมต่าง ๆ ประกอบกับธรรมชาติของความเห็นแก่ตัว จึงเป็นการหลีกเลี่ยงไม่ได้ของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม ที่จะก่อให้เกิดความขัดแย้งและการกระทำความผิด และในอดีตเมื่อการกระทำความผิดเกิดขึ้นผู้เสียหายมักตอบสนองด้วยการแก้แค้นเอาคืนคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมีความมุ่งหมายให้ผู้กระทำความผิดได้ตระหนักรู้และรับผิดชอบต่อผลเสียหาย อันเกิดขึ้นจากการกระทำของเขานั้น และได้รับการลงโทษด้วยผลตอบแทนเช่นเดียวกับที่ผู้เสียหายถูกกระทำอย่างเท่าเทียมกัน ตามหลัก “Lex Talionis” ที่ว่า กระดุกหักแทนกระดุกหักตาแทนตา ฟันแทนฟัน (Fracture for fracture, Eye for eye, Tooth for tooth) จึงก่อให้เกิดผลที่ตามมาคือ การทารุณกรรม การทรมาน ความรุนแรง และความไร้อารยะ

การลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนความผิดนั้นกล่าวได้ว่าเป็นกฎธรรมดามาก่อนการเป็นกฎหมายและอาจเกิดขึ้นมาพร้อม ๆ กับการเกิดสังคมมนุษย์ จึงถือว่าเป็นวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษที่มีมาอย่างยาวนานที่สุด โดยได้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายฮัมมูราบี (The Code of Hammurabi) แห่งกรุงบาบิโลน ซึ่งถือว่าเป็นประมวลกฎหมายที่มีความเก่าแก่ที่สุด<sup>59</sup> อาทิ

มาตรา 196<sup>60</sup> บัญญัติว่า “ถ้าผู้ใดทำลายดวงตาของผู้อื่น ผู้นั้นต้องระวางโทษโดยการถูกทำลายดวงตาเช่นกัน”

มาตรา 197<sup>61</sup> บัญญัติว่า “ถ้าผู้ใดทำให้กระดูกของผู้อื่นแตกหัก ผู้นั้นต้องระวางโทษโดยการถูกทำให้กระดูกของเขาแตกหักเช่นกัน”

มาตรา 200<sup>62</sup> บัญญัติว่า “ถ้าผู้ใดทำให้ฟันของผู้อื่นแตกหัก ฟันของผู้นั้นจะต้องถูกทำให้แตกหักเช่นกัน”

แต่อย่างไรก็ดี การลงโทษเพื่อการแก้แค้นนั้น เป็นการลงโทษที่ตั้งอยู่บนสามัญสำนึกแห่งความโกรธ ซึ่งมักจะพัดพาเหตุผลไปอย่างไร้ทิศทาง อีกทั้งแนวความคิดในปัจจุบันนั้นมิมีมุมมองต่อการแก้แค้นทดแทนว่า เป็นการลงโทษที่คับแคบและล้าหลังเพราะเป็นการมองย้อนหลังไปที่การกระทำความผิด มากกว่าพิจารณา

<sup>59</sup> Harper R. Francis, *The code of Hammurabi, King of Babylon, about 2250 BC.* (The Lawbook Exchange, 1999) 73-75.

<sup>60</sup> The Code of Hammurabi, § 196.

If a man destroys the eye of another man, they shall destroy his eye.

<sup>61</sup> The Code of Hammurabi, § 197.

If he breaks another man's bone, they shall break his bone.

<sup>62</sup>The Code of Hammurabi, § 200.

if a man knocks out a tooth of a man of his own rank, they shall knock out his tooth.

ถึงอรรถประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากการลงโทษในอนาคตจึงกล่าวได้ว่าแนวความคิดดังกล่าวนี้ไม่สอดคล้องกับ  
 นิตินโยบายในสังคมปัจจุบันที่มุ่งหวังตั้งใจจะแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดมากกว่าการแก้แค้น

(1.2) การลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้ง (Punishment as a Deterrent)

หลักคิดเรื่องการลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้งนั้น ถูกนำเสนอและพัฒนาขึ้นจากแนวความคิดของ  
 สำนักอาชญาวิทยาริมฝั่งเดิมนั้น (Classical school of criminology) ในช่วงกลางศตวรรษที่ 18 โดยมีมุมมอง  
 ว่าวัตถุประสงค์ในการลงโทษนั้นไม่ควรเฉพาะแต่เพื่อการแก้แค้นทดแทนความผิดเท่านั้น แต่การลงโทษควรมี  
 เกิดขึ้นเพื่อสร้างอรรถประโยชน์ทางสังคม กล่าวคือ การลงโทษควรมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้กระทำความผิดรู้  
 สำนึกในการกระทำ และเกิดความเกรงกลัวต่อกฎหมาย และหลบจำต่อโทษทัณฑ์ที่ตนได้รับจนไม่กล้าที่จะ  
 กระทำความผิดเช่นนั้นอีก ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นการลงโทษที่มุ่งหมายโดยเฉพาะต่อตัวผู้กระทำความผิดนั้น  
 ซึ่งเรียกว่า การยับยั้งพิเศษ (Special Deterrent) และการลงโทษนั้นยังมุ่งหมายให้อำนาจของการลงโทษ  
 แผ่ขยายความกลัวนั้นไปถึงบุคคลอื่น ๆ ในสังคมเพื่อไม่ให้เขาเป็นเยี่ยงอย่างและคิดที่จะกระทำความผิดอีกด้วย  
 ซึ่งเรียกว่า การยับยั้งทั่วไป (General Deterrent)

(1.3) การลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสในการกระทำความผิด (Punishment as a  
 Incapacitation)

ในทางอาชญาวิทยา อาชญากรรมนั้นถูกประกอบขึ้นจากปัจจัยพื้นฐานสามประการ ดังนี้

- “(1) ความปรารถนาหรือความต้องการในการประกอบอาชญากรรมของตัวผู้กระทำความผิด  
 (Criminal desire)
- (2) ความสามารถในการประกอบอาชญากรรม (Criminal skill) และ
- (3) โอกาสในการประกอบอาชญากรรม (Criminal opportunity)”<sup>63</sup>

โดยโอกาสในการประกอบอาชญากรรมนั้นถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดในการกระทำ  
 ความผิด เพราะแม้องค์ประกอบข้ออื่น ๆ จะครบถ้วน อาชญากรรมนั้นย่อมไม่สามารถเกิดขึ้นได้หากขาดโอกาส  
 ในการกระทำความผิด ดังนั้น กระบวนการในการป้องกันอาชญากรรมแนวทางหนึ่ง คือการตัดโอกาสในการ  
 กระทำความผิดของผู้กระทำความผิด ซึ่งโทษตามกฎหมายนั้นมีทั้ง โทษที่มีลักษณะเป็นการตัดโอกาสในการ  
 กระทำความผิดอย่างถาวร ได้แก่ โทษประหารชีวิต และโทษที่มีลักษณะเป็นการตัดโอกาสในการกระทำ  
 ความผิดเพียงชั่วระยะเวลาหนึ่ง ได้แก่ โทษจำคุกและกักขัง โดยเป็นหลักประกันขั้นต่ำที่สุดคือ ในระหว่างที่  
 ผู้กระทำความผิดนั้นต้องคำพิพากษาจำคุกอยู่ในทัณฑสถานหรือถูกควบคุมตัวอยู่ในสถานที่กักขังที่กำหนดไว้  
 ผู้นั้นย่อมไม่สามารถออกมาประกอบอาชญากรรมได้ การลงโทษโดยการตัดโอกาสในการกระทำความผิด  
 จึงถือเป็นการป้องกันสังคมไปในตัวด้วย

<sup>63</sup> สุตสงวน สุธีสร, *อาชญาวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558) 97.



(1.4) การลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Punishment as Means of Reformation)

แนวความคิดการลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดนั้น มีจุดเริ่มต้นจากสำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม (Positive School of Criminology) ที่เกิดขึ้นในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 จนถึงต้นศตวรรษที่ 20 ซึ่งมีมุมมองที่ไม่เห็นพ้องต้องกันกับแนวคิดเรื่องการลงโทษเพื่อกำแก้แค้นทดแทนความผิดและการลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้ง กล่าวคือ การที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะลงโทษผู้กระทำความผิดเพียงอย่างเดียว นั้น ไม่เกิดผลให้อาชญากรรมลดลงจากสังคมได้และนอกจากจะไม่เอื้ออำนวยให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นพลเมืองดีได้แล้ว ยังส่งผลให้ผู้กระทำความผิดมีสามัญสำนึกที่เลวร้ายลงไปอีก การลงโทษเพียงอย่างเดียวจึงไม่บรรลุผลในการป้องกันการเกิดการกระทำความผิดซ้ำ ซึ่งสุดท้ายย่อมไม่ส่งผลดีต่อสังคมโดยรวม ดังนั้น จึงควรเปลี่ยนแปลงแนวความคิดในการลงโทษขึ้นใหม่ จากการลงโทษเพียงอย่างเดียวเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดควบคู่ไปกับการลงโทษด้วย และมองว่าผู้กระทำความผิดนั้นเปรียบเสมือนผู้ป่วยไข้ที่ต้องการได้รับการรักษาบำบัด และสามารถแก้ไขฟื้นฟูทั้งร่างกายและจิตใจให้ผู้กระทำความผิดที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบน กลับตัวเป็นคนดี เคารพกฎหมายและมีความพร้อมในการกลับคืนสู่สังคมได้ จึงกล่าวได้ว่า การลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดนั้น เป็นการผสมผสานกันระหว่างแนวความคิดทางจิตวิทยาและสังคมศาสตร์ อันเป็นมาตรการที่มองไปที่บรรทัดฐานในอนาคตรมากกว่าการมองย้อนหลังไปที่การกระทำความผิด และมุ่งเน้นไปที่ตัวผู้กระทำความผิดไม่ใช้การกระทำความผิด จึงถือเป็นวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษที่สอดคล้องกับหลักมนุษยชนมากที่สุด

โดยตัวอย่างในทางปฏิบัติในปัจจุบัน เช่น การฝึกวิชาชีพ การให้ผู้กระทำความผิดได้รับการศึกษาอบรม เพื่อให้เมื่อกลับคืนสู่สังคมแล้วสามารถประกอบอาชีพเลี้ยงชีวิตในทางที่ชอบได้และรวมถึงการบำบัดทางการแพทย์และจิตวิทยาแก่ผู้ต้องขังหรือนักโทษในเรือนจำ

(2) หลักแห่งความได้สัดส่วนในการกำหนดโทษ

กล่าวได้ว่าหลักการกำหนดบทลงโทษในกฎหมายอาญาทั่วโลกนั้น อยู่บนพื้นฐานที่ว่าอาชญากรที่สร้างความเสียหายต่อสังคมมากควรลงโทษหนักและอาชญากรที่สร้างความเสียหายต่อสังคมน้อยควรลงโทษเบา<sup>64</sup> เป็นไปตามหลักกฎหมายละตินที่ว่า “การลงโทษต้องให้ได้สัดส่วนกับความผิด การลงโทษต้องวัดขนาดจากความผิด” (Culpa poena par esto Poena ad mensuram delicti statuenda est.)<sup>65</sup> ซึ่งหลักแห่งความได้สัดส่วนในการกำหนดโทษนั้นสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

(2.1) หลักการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิด<sup>66</sup>

เป็นแนวความคิดที่ถูกเสนอขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 18 โดยนักกฎหมายและนักอาชญาวิทยาชาวอิตาลีที่มีชื่อว่า ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) ผู้ก่อตั้งสำนักอาชญาวิทยาริเริ่มหรือดั้งเดิม

<sup>64</sup> ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถ 48) 231.

<sup>65</sup> ประทีป อ่าววิจิตรกุล (เชิงอรรถ 22) 30.

<sup>66</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์, *อาชญาวิทยาและทัณฑ์วิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2566) 236

(Classical School of Criminology) ต่อมาได้ถูกสานต่อแนวความคิดและพัฒนาโดยเจเรมี เบนธัม (Jeremy Bentham) อันมีเค้าความคิดมาจากทฤษฎีเจตจำนงเสรี (Free Will Theory) ที่มีมุมมองว่าธรรมชาติของมนุษย์ถูกสร้างมาให้มีเสรีภาพของเจตจำนง (Freedom of will) กล่าวคือ การมีเสรีภาพที่จะเลือกในการกำหนดชีวิตของตนเอง (Self Determination) โดยกระทำการหรือหลีกเลี่ยงที่จะไม่กระทำการสิ่งต่าง ๆ ได้ตามที่ตนปรารถนา ดังนั้นมนุษย์จึงมีความรับผิดชอบทางศีลธรรมและผูกพันกับผลของสิ่งที่ตนได้กระทำลงไป หากเป็นการกระทำที่ชั่วร้ายและก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น สังคมย่อมมีความชอบธรรมที่จะดำเนินพฤติกรรมดังกล่าวและสมควรถูกลงโทษตามกฎหมาย และถ้าหากการกระทำนั้นมีความรุนแรงและสร้างภัยเสียหายมาก ก็สมควรจะต้องโทษทางอาญาให้เทียบเท่ากับขนาดของการกระทำและความเสียหายดังกล่าว กลับกันถ้าพฤติกรรมนั้นสร้างความเสียหายน้อย ขนาดของบทลงโทษก็สมควรยิ่งหย่อนลงไปตามสัดส่วนของการกระทำและผลของการกระทำ กล่าวคือพฤติกรรมและผลเสียหายของอาชญากรรมนั้นเป็นเงื่อนไขแห่งความหนักเบาของบทลงโทษ

โดยพฤติกรรมและการแสดงออกในเรื่องต่าง ๆ ของมนุษย์รวมถึงการประกอบอาชญากรรมนั้น มีแก่นมาจากกฎแห่งการชั่งน้ำหนักอันเป็นหลักเหตุผลขั้นพื้นฐานที่ว่า การตัดสินใจหรือการเลือกใด ๆ ของมนุษย์นั้นมักจะใช้เหตุผลในการชั่งน้ำหนักความพึงพอใจระหว่างประโยชน์กับผลร้ายที่คาดว่าจะได้รับการกระทำนั้นเสมอ ถ้าการกระทำใดก่อให้เกิดประโยชน์หรือความสุขมากกว่าผลร้ายที่ตนจะได้รับ มนุษย์ย่อมพอใจที่จะเลือกทางเลือกนั้น ๆ ตามทฤษฎีการเลือก อย่างมีเหตุผล (Rational Choice Theory) ดังนั้นในการประกอบอาชญากรรมถ้าหน่วยของประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการกระทำมีความผิดมีน้ำหนักน้อยกว่าผลร้าย กล่าวคือโทษในทางอาญาอาชญากรก็ย่อมไม่พึงพอใจที่จะเลือกที่จะกระทำความผิดเช่นนั้น<sup>67</sup>

ด้วยเหตุนี้การกำหนดขนาดของบทลงโทษนั้นจึงต้องคำนึงถึงปัจจัยดังกล่าวข้างต้นเป็นมูลฐาน แต่อย่างไรก็ดี โทษทางอาญานั้นต้องไม่เกินความจำเป็นและไม่มากเกินไปเนื่องจากการลงโทษที่รุนแรงเกินความจำเป็นนั้น อาจเป็นสิ่งเร้าที่มีอิทธิพลในการกระตุ้นอาชญากรอันเป็นสาเหตุในการก่อให้เกิดอาชญากรรมเพิ่มเติมที่รุนแรงขึ้นได้และท้ายที่สุดแล้วสังคมอาจได้รับผลเสียมากกว่าผลดี เช่น หากว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นมีระวางโทษถึงขั้นประหารชีวิตซึ่งเทียบเท่ากับความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา อาชญากรอาจเลือกที่จะฆ่าเหยื่อผู้เสียหายเพื่อเป็นการทำลายหลักฐานและเพื่อปกปิดความผิดของตนเสียดีกว่าปล่อยให้ผู้เสียหายมีชีวิตรอดแล้วมาฟ้องร้องดำเนินคดีกับตนได้ เพราะถึงอย่างไร ๆ ทั้งสองเลือกนั้นก็มึน้ำหนักของผลร้ายที่เท่าเทียมกันอันได้แก่โทษประหารชีวิต อาชญากรจึงมีเหตุผลที่สมควรกว่าที่จะเลือกทางเลือกที่มีประโยชน์ที่ตนคาดว่าจะได้รับมากกว่า กล่าวคือ การที่ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย แต่ทั้งนี้ขนาดของบทลงโทษนั้นก็ต้องไม่น้อยกว่าการกระทำความผิด จนทำให้ไม่สามารถข่มขูยับยั้งอาชญากรและสังคมได้ ดังนั้นขนาดของบทลงโทษจึงควรกำหนดให้เหมาะสมและได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดและผลเสียหาย กล่าวคือ โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นทำให้เกิดผลร้ายแก่อาชญากรมากกว่าประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการกระทำ

<sup>67</sup> เพิ่งอ้าง 118-121.

ความผิด โดยไม่มากเกินไปจนสมควรจะเกิดความไม่เป็นธรรมและไม่น้อยเกินไปจนทำให้ผู้กระทำความผิดคิดว่าคุ้มค่าเมื่อเทียบเคียงกับประโยชน์ที่ตนคาดว่าจะได้รับ

(2.2) หลักการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด (Individualization of Punishment)<sup>68</sup>

เนื่องจากตามหลักการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิดนั้นมีข้อโต้แย้งว่ามีความบกพร่องหลายประการ เป็นต้นว่า เป็นหลักการที่ไม่สนใจถึงเรื่องความแตกต่างระหว่างปัจเจกบุคคล โดยถือว่าทุกคนมีเจตจำนงเสรีที่เท่าเทียมกันไม่ยกเว้นเด็ก คนชราหรือคนที่หย่อนความสามารถในการรู้ผิดชอบทั้งทางร่างกายและจิตใจ ทำให้ผู้กระทำความผิดทุกคนได้รับโทษอย่างเท่าเทียมกันทั้ง ๆ ที่โดยสภาพแล้วบุคคลดังกล่าวนั้นไม่สามารถกำหนดเจตจำนงเสรีของตนได้ทัดเทียมกับบุคคลทั่วไปทำให้การลงโทษที่เท่าเทียมกันนั้นไม่เหมาะสมแก่บุคคลดังกล่าว จึงก่อให้เกิดแนวความคิดของสำนักอาชญวิทยาปฏิฐานนิยม (Positive School of Criminology) หรือที่เรียกว่าสำนักอาชญวิทยาวิทยาศาสตร์ ในช่วงศตวรรษที่ 19 ที่ว่าเพียงแต่หลักการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิดนั้นไม่เพียงพอที่จะตอบสนองต่อความยุติธรรม หากแต่การกำหนดโทษจำต้องให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลด้วย<sup>69</sup>

ซึ่งมีแนวคิดและทฤษฎีที่สนับสนุนหลักดังกล่าวได้แก่แนวคิดเจตจำนงประสงค์ (Determinism) และทฤษฎีความชั่ว (Nulla Poena Sine Culpa)<sup>70</sup> โดยมีรายละเอียดดังนี้

#### (1) แนวคิดเจตจำนงประสงค์ (Determinism)

เป็นแนวความคิดที่มีรากฐานมาจากแนวคิดแบบเหตุวิสัยหรืออนิยัตินิยม (Causal Determinism) ที่มองว่าทุก ๆ เหตุการณ์หรือพฤติกรรมของมนุษย์นั้นล้วนมีความสัมพันธ์เชิงสาเหตุที่กำหนดไว้สิ่งใดก็ตามที่จะเกิดขึ้นในอนาคตล้วนเป็นแรงสะท้อนจากผลพวงที่ได้รับอิทธิพลมาจากสาเหตุในอดีต พฤติกรรมของมนุษย์ตามแนวคิดเจตจำนงประสงค์นั้นจึงไม่ได้มาจากการเลือกที่จะทำตามความต้องการของตนเองแบบสมบูรณ์แบบ ในบางครั้งอาชญากรรมจึงเกิดจากปัจจัยต่าง ๆ ที่อยู่เหนือการควบคุมของมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นปัจจัยภายใน เช่น พันธุกรรม สภาวะของจิตใจ หรือปัจจัยด้านสภาพแวดล้อม สังคม การได้รับการศึกษาเลี้ยงดู หรือประสบการณ์ที่แต่ละคนบุคคล ได้ประสบพบเจอมาอันเป็นปัจจัยภายนอก เป็นแรงขับเคลื่อนหรือสิ่งชักจูงใจให้เกิดอาชญากรรมขึ้นอันกล่าวได้ว่าชีวิตมนุษย์นั้นเปรียบเสมือนอยู่ในกระแสธารของเงื่อนไขและสาเหตุต่าง ๆ ที่ส่งต่อกันเป็นทอด ๆ สังคมและสิ่งแวดล้อมจึงมีส่วนให้อาชญากรรมกระทำความผิดหรือประพฤติเบี่ยงเบน ดังนั้นมนุษย์หรืออาชญากรจึงไม่ควรรับผิดชอบในการกระทำของตนเองทั้งหมด หากแต่สังคมควรจะเข้ามามีส่วนรับผิดชอบหรือแก้ไขด้วย

<sup>68</sup> เพิ่งอ้าง 239.

<sup>69</sup> เพิ่งอ้าง 125-130, 239.

<sup>70</sup> เพิ่งอ้าง 240.

(2) ทฤษฎีความชั่ว (Nulla Poena Sine Culpa)

ความชั่วในที่นี้มีได้หมายความถึงความไม่ตั้งใจหรือความเลื่อมทรมทางศีลธรรมในความหมายทั่วไป แต่ในทางกฎหมายอาญานั้น “ความชั่ว” (Schuld) หมายถึง “การตำหนิได้ของการกำหนดเจตจำนง”<sup>71</sup> กล่าวคือ การที่บุคคลกระทำการกระทำความผิดประกอบกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดและมีความผิดกฎหมายหรือโดยไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดนั้น บุคคลจะต้องรับโทษจากการกระทำนั้นหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดมีความสามารถในการแยกแยะความรู้ผิดรู้ชอบของการกระทำนั้นได้หรือไม่ ถ้าขาดความสามารถในการแยกแยะผิดชอบในขณะที่กระทำความผิดบุคคลดังกล่าวแล้ว ผู้นั้นก็ไม่สมควรถูกตำหนิและถูกลงโทษตามกฎหมาย เช่น การกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดในขณะที่เป็นเด็กที่อายุยังไม่เกินสิบห้าปีหรือผู้ที่มีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน เช่นนี้กฎหมายถือว่าเป็นผู้ที่ขาดหรือไม่มีความสามารถในการทำชั่วและไม่ต้องรับโทษทางกฎหมาย<sup>72</sup> ตามหลักกฎหมายอาญาที่เรียกว่า “หลักไม่มีโทษ โดยไม่มีความชั่ว” (Nulla Poena Sine Culpa)<sup>73</sup>

การพิจารณาเรื่องความชั่วจึงเป็นการที่กฎหมายมองถึงวิสัยของผู้กระทำความผิดโดยการพิจารณา “ความชั่ว” (Schuld) หรือ “การตำหนิได้” (Vorwerfbarkeit) ของการกระทำว่ามีอยู่หรือไม่นั้น ไม่ได้พิจารณาที่ตัวผู้กระทำความผิดในฐานะปัจเจกบุคคล แต่พิจารณาตามมาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นผู้กระทำความผิด<sup>74</sup>

ดังนั้น ทฤษฎีความชั่วจึงมีหลักการและแนวคิดในการนำความรู้ผิดชอบของผู้กระทำในขณะที่กระทำความผิดมาพิจารณาเป็นเงื่อนไขในการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด

2.4 แนวคิดในการกำหนดเหตุฉกรรจ์

การกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์นั้น เป็นแนวความคิดที่สืบเนื่องมาจากแนวความคิดทางอาชญาวิทยา ได้แก่ เรื่องวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษทางอาญา ในการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนความผิด (Punishment as a Retribution) และการข่มขู่ยับยั้ง (Punishment as a Deterrent) ประกอบกับหลักการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิด ดังที่ได้อธิบายไว้ในบทก่อน ซึ่งกฎหมายจำเป็นต้องกำหนดให้การกระทำความผิดในบางลักษณะจำเป็นต้องมีการลงโทษที่หนักขึ้น เนื่องจากอัตราโทษของบทบัญญัติพื้นฐานของความผิดนั้น ในบางฐานความผิดนั้นมีบทลงโทษที่น้อยเกินไปและไม่ได้สัดส่วนกับลักษณะหรือความร้ายแรงของการกระทำความผิด ประกอบกับการกำหนดความผิดที่หลากหลายและมีลำดับชั้นความผิดนั้นสามารถทำให้ผู้กระทำความผิดชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์และผลร้ายที่อาจ

<sup>71</sup> คณิศ ฌ นคร, *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563) 290.

<sup>72</sup> เพิ่งอ้าง 290-291.

<sup>73</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์ (เชิงอรรถ 66) 240.

<sup>74</sup> คณิศ ฌ นคร (เชิงอรรถ 71) 291.

ได้รับหากถูกจับกุมเพื่อตัดสินใจในการกระทำความผิด หากมีการกำหนดโทษของความผิดบางประเภทให้สูงขึ้น อาจป้องกันสังคมไม่ให้เกิดความผิดประเภทนั้น ๆ ได้มากยิ่งขึ้น

#### 2.4.1 ความหมายของเหตุฉกรรจ์

ในเบื้องต้นนั้นเมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญา ปรากฏว่าในประมวลกฎหมายอาญาภาค ความผิดได้บัญญัติถึงเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานต่าง ๆ หลายฐานความผิดด้วยกัน แต่ในภาคบทบัญญัติทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในลักษณะ 1 หมวด 1 ว่าด้วย “บทนิยาม” อันเป็นการให้ความหมายหรือคำจำกัดความของ คำต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายอาญานั้นกลับมิได้ให้ความหมายของคำว่า “เหตุฉกรรจ์” (Aggravation หรือ Aggravating Circumstances) ไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงแต่อย่างใด คงแต่บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในการใช้ วินิจฉัยเรื่องการรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุไว้ในมาตรา 62 วรรคที่สาม<sup>75</sup> อันเป็นการบัญญัติให้การรับรู้และ ความเข้าใจของผู้กระทำความผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกนั้น เป็นเงื่อนไขในการรับโทษทาง อาญาที่หนักขึ้นกว่าปกติธรรมดาเท่านั้น ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าคำว่า “เหตุฉกรรจ์” นั้นมิใช่คำที่บัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายอาญา แต่เป็นคำที่นักนิติศาสตร์ได้ใช้เรียกในทางตำราเพื่อกำหนดรู้ ทำความเข้าใจและอธิบาย ตัวบทกฎหมาย ซึ่งอาจเรียกชื่อที่ต่างกันแต่ล้วนมีนัยเดียวกัน เช่น เหตุฉกรรจ์ บทฉกรรจ์หรือเหตุที่ต้องรับโทษ หนักขึ้น จากการศึกษาพบว่ามีนักวิชาการนิติศาสตร์ได้ให้ความหมายของเหตุฉกรรจ์ไว้อย่างแตกต่าง หลากหลายแต่ล้วนเป็นไปในทิศทางเดียวกัน อาทิ

(1) ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ อธิบายคำว่าเหตุฉกรรจ์นั้น หมายถึง “เหตุที่ทำให้ ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น”<sup>76</sup>

(2) ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายคำว่าเหตุฉกรรจ์นั้น หมายถึง “ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุ เพิ่มโทษให้หนักขึ้น”<sup>77</sup>

(3) ในทางคำพิพากษาของศาลฎีกานั้นได้อธิบายในลักษณะที่ว่าเหตุฉกรรจ์นั้น หมายความว่าถึง “เหตุที่ต้องรับโทษหนักขึ้น”<sup>78</sup> หรือ “เป็นเหตุให้รับโทษหนักขึ้นเพราะการกระทำ”<sup>79</sup>

(4) Black’s Law Dictionary ได้ให้ความหมายคำว่า “Aggravation” หมายความว่า พฤติการณ์ ใด ๆ ที่อยู่นอกเหนือจากองค์ประกอบของความผิดพื้นฐาน ที่ประกอบเข้ากับการกระทำความผิดทางอาญาหรือ การกระทำละเมิด อันทำให้ความผิดนั้นมีลักษณะเลวร้ายมากยิ่งขึ้นหรือก่อให้เกิดผลที่รุนแรงมากยิ่งขึ้น<sup>80</sup>

<sup>75</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคสาม

บุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงใด บุคคลนั้นจะต้องได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น

<sup>76</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 4* (พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ พับลิชชิ่ง 2557) 124.

<sup>77</sup> หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญาเรียนด้วยตนเอง เล่ม 1* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2539) 87.

<sup>78</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 3889/2531

<sup>79</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 891/2521

<sup>80</sup> Henry Campbell Black, *Black’s Law Dictionary* (5th edn, West Publishing Co) 60.

จากคำอธิบายที่ได้ยกขึ้นกล่าวข้างต้นนั้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า เหตุการณ์นั้นหมายถึง “เหตุหรือพฤติกรรมใด ๆ ที่ประกอบเข้ากับการกระทำความผิดอันทำให้ความผิดนั้นมีระดับความเลวร้ายมากยิ่งขึ้นหรือก่อให้เกิดผลที่อุกฉกรรจ์มากยิ่งขึ้น อันทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นจากการกระทำนั้น”

#### 2.4.2 ปัจจัยในการกำหนดเหตุฉกรรจ์

จากการศึกษาบทบัญญัติความผิดทั้งหลายในประมวลกฎหมายอาญาไทยนั้นผู้เขียนสามารถสรุปปัจจัยที่เป็นเหตุผลในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ได้เป็น ปัจจัยภายนอกอันเป็นข้อเท็จจริงทางภววิสัย ปัจจัยภายในอันเป็นข้อเท็จจริงทางอัตวิสัยและปัจจัยอื่น ๆ ซึ่งอธิบายได้ดังต่อไปนี้

##### (1) ปัจจัยภายนอกอันเป็นข้อเท็จจริงทางภววิสัย

เป็นปัจจัยที่มีพื้นฐานอยู่บนข้อเท็จจริงหรือเงื่อนไขที่เป็นความจริงของการกระทำความผิดโดยไม่เกี่ยวข้องหรือขึ้นอยู่กับจิตใจของผู้กระทำ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

##### (1.1) ปัจจัยด้านผู้กระทำความผิด

เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากสถานะ บทบาทหน้าที่ คุณลักษณะเฉพาะของตัวผู้กระทำความผิดหรือจำนวนผู้กระทำความผิด โดยแบ่งพิจารณาได้ดังนี้

##### (1.1.1) ปัจจัยด้านสถานะหรือคุณสมบัติของผู้กระทำความผิด

เนื่องจากการกระทำความผิดบางฐานนั้นสถานะหรือคุณสมบัติของผู้กระทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นสาระสำคัญที่ก่อให้เกิดความร้ายแรงต่อการกระทำความผิดมากกว่าเมื่อเทียบกับบุคคลทั่วไปหรือการที่ผู้กระทำใช้โอกาสจากคุณประโยชน์ของสถานะหรือคุณสมบัติดังกล่าวเป็นเครื่องอำนวยความสะดวกในการกระทำความผิด กฎหมายถือว่าเป็นการกระทำความผิดที่รุนแรงต่อความสงบเรียบร้อยและเป็นพฤติกรรมที่น่าตำหนิยิ่งกว่ากรณีทั่ว ๆ ไป เช่น เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานยกยอกทรัพย์ที่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้จัดการทรัพย์สินของผู้อื่นตามคำสั่งศาลหรือตามพินัยกรรมหรือในฐานะเป็นผู้มีอาชีพหรือธุรกิจอันเป็นที่ไว้วางใจของประชาชน ตามมาตรา 354

หรือในกรณีที่ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำอนาจารหรือการค้าบุคคลเพื่อสนองความใคร่ในครั้งนั้นได้กระทำโดยอาศัยความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำกับผู้ถูกกระทำตามมาตรา 285 กล่าวคือ ถ้าผู้กระทำความผิดมีฐานะเป็นบุตร บุพการี พี่น้อง ญาติสืบสายโลหิต ครูบาอาจารย์ ผู้บังคับบัญชา ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์หรือผู้อนุบาลของผู้เสียหาย กรณีดังกล่าวถือว่าต้องด้วยลักษณะฉกรรจ์อันทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นจากบทธรรมดา

##### (1.1.2) ปัจจัยด้านจำนวนผู้ร่วมกระทำความผิด

การกระทำความผิดอาจกระทำด้วยบุคคลจำนวนที่แตกต่างกันไป ซึ่งบางฐานความผิดหากได้กระทำโดยบุคคลจำนวนมากอาจก่อให้เกิดความเสียหายหรือมีความน่าตำหนิที่ร้ายแรงกว่าการกระทำความผิดที่กระทำโดยลำพัง ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงได้กำหนดให้ผู้ที่เกี่ยวข้องร่วมกันต้องรับโทษหนักขึ้นกว่า

กรณีปกติ<sup>81</sup> เช่น ความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่นที่ได้ร่วมกระทำความผิดตั้งแต่ห้าคนขึ้นไปตามมาตรา 309 วรรคสอง หรือความผิดฐานลักทรัพย์ที่ร่วมกระทำความผิดด้วยกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป ตามมาตรา 335(7) และกรณีที่การกระทำความผิดฐานบุกรุกนั้นได้ร่วมกันกระทำตั้งแต่สองคนขึ้นไปตามมาตรา 365(2)

#### (1.2) ปัจจัยด้านการกระทำความผิด

(1.2.1) ปัจจัยด้านการกระทำหรือพฤติการณ์ของการกระทำ ซึ่งเป็นปัจจัยที่เป็นการพิจารณาถึงลักษณะการของการกระทำความผิดที่ปรากฏขึ้นในขณะที่กระทำความผิด ซึ่งแสดงออกถึงลักษณะของความออกุศลกรรมมากกว่าการกระทำความผิดในกรณีทั่วไป โดยในความรู้สึกของวิญญูชนคนทั่วไปเห็นว่าการกระทำดังกล่าวอาจเป็นภัยคุกคามอย่างร้ายแรงหรืออาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมได้<sup>82</sup> ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

##### (1.2.1.1) ลักษณะหรือวิธีการในการกระทำความผิด

ปัจจัยดังกล่าวเป็นการมุ่งพิจารณาที่การกระทำของผู้กระทำเป็นหลัก เนื่องจากในบางกรณีนั้นผู้กระทำไม่ได้มีการกระทำความผิดในลักษณะอย่างธรรมดาสามัญทั่วไป หากแต่มีการกระทำที่อาจเกิดความรุนแรง ร้ายแรงมากกว่ากรณีปกติ เช่นในความผิดฐานลักทรัพย์ที่ผู้กระทำความผิดมีอาวุธติดตัวไปด้วย ตามมาตรา 335(7) หรือในความผิดฐานกรรโชกทรัพย์ที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยขู่ว่าจะฆ่า ขู่ว่าจะทำร้ายร่างกายให้ผู้ถูกข่มขืนใจหรือผู้อื่นให้ได้รับอันตรายตามมาตรา 337 วรรคสอง (1) หรือ “ความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา เนื่องจากการหมิ่นประมาทด้วยวิธีการดังกล่าวทำให้ผู้ถูกระทำได้รับความเสียหายมากยิ่งขึ้นกฎหมายจึงระวางโทษหนักขึ้น”<sup>83</sup> เป็นต้น

##### (1.2.1.2) เวลาในการกระทำความผิด

เช่นในความผิดฐานลักทรัพย์ซึ่งได้กระทำในเวลากลางคืนตามมาตรา 335(1) หรือความผิดฐานบุกรุกซึ่งได้กระทำในเวลากลางคืน ตามมาตรา 365(3) เนื่องจากพฤติการณ์ดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดโอกาสแก่ผู้กระทำความผิดให้สามารถบรรลุผลสำเร็จได้ง่ายกว่าปกติ

##### (1.2.1.3) สถานที่ในการกระทำความผิด

เนื่องจากในบางสถานมีความสำคัญทำให้รัฐมุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษการกระทำความผิดในสถานที่ดังกล่าวจึงยังผลให้ผู้กระทำความผิดนั้นต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าปกติธรรมดา เช่น การกระทำความผิดลักทรัพย์ในเคหสถานหรือสถานที่ราชการตามมาตรา 335(8) หรือการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ที่เป็นพระพุทธรูปหรือวัตถุในทางศาสนาที่เป็นที่สักการบูชาของประชาชนที่ได้กระทำในสถานที่สำคัญกล่าวคือถ้าได้กระทำในวัด สำนักสงฆ์ สถานอันเป็นที่เคารพ

<sup>81</sup> นิชาภา ศรีอรุณสว่าง, “ความผิดฐานกรรโชกที่ควรกำหนดโทษหนักขึ้น” (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2560) 28.

<sup>82</sup> วโรตม์ งามสุวรรณวานิช, ‘เหตุอุกฉกรรจ์ในความผิดฐานชิงทรัพย์และปล้นทรัพย์’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2558) 26.

<sup>83</sup> คณิต ฌ นคร, *กฎหมายอาญา ภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 11, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2559) 254.

ในทางศาสนา โบราณสถานอันเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินหรือสถานที่ราชการหรือพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นตามวรรคสองแห่งมาตรา 335 ทวิ

(1.3) ปัจจัยด้านผลของการกระทำ

ปัจจัยดังกล่าวเป็นการพิจารณาที่ผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดของผู้กระทำว่ามีความเสียหายหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้เสียหายหรือสังคมโดยรวมตามมากน้อยเพียงใดเช่น ความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์สินสำคัญตามมาตรา 218 ซึ่งประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองหรือคุ้มครองทางกฎหมาย (Rechtsgut / Legal interest) ของความผิดฐานนี้คือภัยอันตรายต่อประชาชน<sup>84</sup>มิใช่กรรมสิทธิ์ และเนื่องจากทรัพย์สินดังกล่าวเป็นทรัพย์สินที่มนุษย์ใช้หรือเข้าไปเกี่ยวข้องโดยตรง ดังนั้นผลเสียหายของการกระทำความผิดฐานนี้จึงกระทบกระเทือนอย่างร้ายแรงต่อประชาชนส่วนรวมจึงสมควรถูกลงโทษหนักขึ้น

หรือในความผิดฐานลักทรัพย์ที่ใช้หรือมีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์ ตามมาตรา 335(10) อันมีเหตุผลในการระวางโทษหนักเพราะว่าผลของการกระทำความผิดฐานนี้นั้นกระทบกระเทือนต่อส่วนรวมที่เห็นประจักษ์<sup>85</sup>

(1.4) ปัจจัยด้านวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อหรือวัตถุแห่งการกระทำความผิด

สืบเนื่องมาจากการที่กฎหมายมีเป้าประสงค์ในการคุ้มครองวัตถุแห่งการกระทำความผิดในบางฐานความผิดเป็นพิเศษกว่าปกติ เหตุเพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำเช่นว่านั้นอาจก่อให้เกิดความร้ายแรงหรือมีโอกาสที่จะกระทำความผิดสำเร็จมากยิ่งขึ้น เป็นต้นว่าการกระทำความผิดฐานฉ้อโกงที่ได้กระทำโดยอาศัยความเบาปัญญาของผู้ถูกลอกหลวงซึ่งเป็นเด็กหรืออาศัยความอ่อนแอแห่งจิตของผู้ถูกลอกหลวงตามมาตรา 342(2)

หรือในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กนั้นถ้าได้กระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปีกรณีต้องด้วยเหตุฉกรรจ์อันทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ทั้งนี้ ตามมาตรา 277 วรรคสอง เนื่องด้วยเป็นมาตรการทางกฎหมายที่ประสงค์คุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นกลุ่มเปราะบางอันเนื่องมาจากการขาดประสบการณ์และหย่อนความสามารถในการป้องกันตนเองจากผู้กระทำความผิด

ในกรณีที่วัตถุแห่งการกระทำเป็นทรัพย์สิน เป็นการที่กฎหมายพิจารณาถึงความสำคัญของทรัพย์สินดังกล่าว เช่น ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ซึ่งได้กระทำต่อพระพุทธรูปหรือวัตถุในทางศาสนา ตามมาตรา 360 ทวิ ซึ่งถือว่าเป็นทรัพย์สินที่มีความสำคัญทางคุณค่าทางประวัติศาสตร์และศิลปวัฒนธรรมของชาติ

(1.5) ปัจจัยด้านโอกาสในการกระทำความผิดสำเร็จ

เป็นเรื่องที่ข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งที่เกิดขึ้นทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับโอกาสจากข้อเท็จจริงนั้นเป็นสิ่งส่งเสริมให้เกิดความสะดวกในการกระทำความผิดยิ่งขึ้นกว่าปกติหรือทำให้การกระทำความผิดนั้นบรรลุผลสำเร็จ กรณีจึงสมควรที่จะลงโทษหนักขึ้นกว่าปกติ เช่น การลักทรัพย์ในบริเวณที่มีเหตุเพลิงไหม้ การระเบิด อุทกภัยหรือในบริเวณที่มีอุบัติเหตุตามมาตรา 335(2)

<sup>84</sup> เพิ่งอ้าง 744.

<sup>85</sup> เพิ่งอ้าง 396.



หรือความผิดฐานลักทรัพย์ในสถานที่บูชาสาธารณหรือสถานที่ที่มีผู้คนพลุกพล่านอื่นตามมาตรา 335(9) อันมีเหตุผลในการระวางโทษหนักสำหรับกรณีนี้คือ ความสะดวกในการกระทำผิดเพราะสถานที่ที่มีผู้คนพลุกพล่าน<sup>86</sup> การกระทำความผิดในกรณีดังกล่าวบรรลุผลสำเร็จได้ง่ายขึ้น

(2) ปัจจัยภายในอันเป็นข้อเท็จจริงทางอัตวิสัย

เป็นการพิจารณาถึงปัจจัยด้านความชั่วร้ายภายในจิตใจของผู้กระทำความผิดที่ซ่อนอยู่เบื้องลึกของเจตนาซึ่งสะท้อนออกมาจากพฤติการณ์ความรุนแรง ชั่วร้าย จุดมุ่งหมายหรือมูลเหตุชักจูงใจในการกระทำความผิดและกฎหมายประสงค์จะลงโทษความชั่วร้ายดังกล่าว เช่น ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำไปเพื่อเตรียมการหรือเพื่อความสะดวกในการที่จะกระทำความผิดอื่น ตามมาตรา 289(6) หรือเพื่อจะเอาหรือเอาไว้ซึ่งผลประโยชน์อันเกิดแต่การที่ตนได้กระทำความผิดอื่นหรือเพื่อปกปิดความผิดอื่นของตนหรือเพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นอาญาในความผิดอื่นที่ตนได้กระทำไว้ ตามมาตรา 289(7) กรณีข้างต้นย่อมเห็นถึงความมุ่งหมายในการกระทำความผิดที่มีเจตนาพิเศษที่ชั่วร้ายกว่าเจตนาฆ่าธรรมดาตั้งนั้นจึงสมควรได้รับโทษหนักขึ้นเพื่อให้ได้ขนานกับความชั่วร้ายดังกล่าว

(3) ปัจจัยอื่น ๆ

ได้แก่การกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยพิจารณาจากความผิดที่เกิดขึ้นบ่อย คือ การพิจารณาถึงประสิทธิภาพในการลดอาชญากรรมจากวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้ง กล่าวคือ ความผิดบางประเภทเกิดขึ้นอยู่บ่อยครั้ง หากไม่มีบทลงโทษที่หนักขึ้นหรือแตกต่างจากกรณีทั่วไปผู้กระทำความผิดก็จะเลือกกระทำความผิดที่รุนแรงกว่า การนำบทลงโทษที่รุนแรงขึ้นมาบังคับใช้จึงเป็นอีกแนวทางหนึ่งที่ช่วยลดอาชญากรรม

2.4.3 เงื่อนไขความรับผิดในเหตุฉกรรจ์

(1) กรณีเหตุฉกรรจ์เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด

การพิจารณาว่าบุคคลจะต้องมีความรับผิดในเหตุฉกรรจ์ตามกรณีนี้หรือไม่ เป็นไปตามหลักการวินิจฉัยความรับผิดในทางอาญาทั่วไป โดยหลักแล้วบุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาได้นั้นต้องมีเจตนาในการกระทำความผิด กล่าวคือ ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดและผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลในการกระทำนั้น ดังนั้นการรับผิดในเหตุฉกรรจ์ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดจึงอยู่ภายใต้บังคับหลักทั่วไปที่ว่า “ไม่รู้ ไม่มีเจตนา” ประกอบกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 62 วรรคท้าย ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงใด บุคคลนั้นจะต้องได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น ” ซึ่งเป็นการที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้เกิดความชัดเจนและยืนยันหลักเดิมประกอบกับทำให้สามารถปรับใช้ได้ อย่างแน่นอนมั่นคงยิ่งขึ้น ดังนั้นถ้าผู้กระทำไม่รู้พฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงที่ทำให้ตนต้องรับโทษหนักขึ้นจะถือว่าผู้นั้นมีเจตนากระทำความผิดไม่ได้ และผู้นั้นไม่จำต้องรับโทษหนักขึ้นแม้การกระทำนั้นจะเข้าเงื่อนไขหรือข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกแล้วก็ตาม ตามหลักที่ว่า “ผู้กระทำต้องรับผิดไม่เกินเจตนาของตน” เช่น การกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ซึ่งได้กระทำต่อทรัพย์ที่เป็นของนายจ้างหรือที่อยู่ในความครอบครอง

<sup>86</sup> เพิ่งอ้าง 395-396.

ของนายจ้าง ตามมาตรา 335(11) ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้เป็นเหตุจูงใจอันผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 นั้นผู้กระทำความผิดต้องรู้ข้อเท็จจริงว่าวัตถุแห่งการกระทำความผิดนั้นเป็นทรัพย์สินของนายจ้างหรืออยู่ในความครอบครองของนายจ้าง

(2) กรณีเหตุจูงใจเป็นเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย

“เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” (objective Strafbarkeitsbedingung) คือ ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับ “การกระทำ” (Handlung) ที่เป็น “ความผิดอาญา” (Verbrechen) นั้น แต่ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่อยู่ในข้อสาระสำคัญของ “ความผิดอาญา” (Verbrechen) เป็นข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวข้องกับเจตนาและประมาท<sup>87</sup> กล่าวคือเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่ภายนอกโครงสร้างความรับผิดทางอาญา ไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด การบังคับใช้เงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัยในการลงโทษผู้กระทำความผิดและผู้ร่วมกระทำความผิดได้หรือไม่ จึงขึ้นอยู่กับว่าในกรณีใดกรณีหนึ่งนั้นมี “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” (objective Strafbarkeitsbedingung) หรือไม่ ถ้ามีก็ลงโทษได้ ถ้าไม่มีก็ไม่สามารถลงโทษได้<sup>88</sup>

เนื่องจากกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคมจากสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งอย่างสมบูรณ์แบบ และให้ผู้กระทำไม่สามารถอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดเพื่อใช้เป็นเหตุว่าตนไม่มีเจตนากระทำความผิดได้ ดังนั้นในกรณีนี้ผู้กระทำความผิดอาจต้องรับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงหนึ่งข้อเท็จจริงใดก็ได้ แม้ผู้กระทำจะไม่รู้ถึงการมีอยู่ของข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่เป็นเหตุเพิ่มโทษให้หนักขึ้นนั้นในทางตำราเรียกว่า “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้”<sup>89</sup> (unechte objective Strafbarkeitsbedingung) เช่น การกระทำความผิดฐานปล้นทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 340 วรรคสอง ซึ่งในการปล้นทรัพย์นั้นผู้ร่วมกระทำความผิดแม้แต่คนใดคนหนึ่งได้มีอาวุธติดตัวไปด้วย กรณีดังกล่าวความรู้ข้อเท็จจริงของผู้ร่วมกระทำความผิดไม่ใช่เงื่อนไขในการรับโทษหนักขึ้น ดังนั้นแม้ผู้ร่วมกระทำความผิดคนอื่นไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวก็ต้องรับโทษหนักขึ้นจากการพกอาวุธติดตัวในการปล้นทรัพย์ของผู้ร่วมกระทำความผิดอีกคนด้วย

## 2.5 ความผิดฐานหมิ่นประมาทและเหตุจูงใจตามกฎหมายไทย

ความผิดฐานหมิ่นประมาทในทางอาญานั้นได้บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ลักษณะ 11 หมวด 3 ตั้งแต่มาตรา 326 ถึงมาตรา 333 โดยในที่นี้ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงองค์ประกอบความผิดของมาตรา 326 ซึ่งเป็นบทความผิดพื้นฐานและมาตรา 328 การหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาซึ่งเป็นเหตุจูงใจในความผิดฐานหมิ่นประมาท ดังมีรายละเอียดดังนี้

<sup>87</sup> คณิต ญ นคร (เชิงอรรถ 71) 151.

<sup>88</sup> เพิ่งอ้าง 157.

<sup>89</sup> เพิ่งอ้าง 155.

(1) ความผิดฐานหมิ่นประมาท

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 326 บัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียหาย ชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่งสามารถแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

(1.1) “ผู้ใด” หมายถึงผู้กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทซึ่งตามแนวคำพิพากษาฎีกาเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล<sup>90</sup> โดยแสดงออกซึ่งการกระทำของนิติบุคคลผ่านทางผู้แทนของนิติบุคคล และความผิดฐานหมิ่นประมาทนี้ยังสามารถมีตัวการร่วม<sup>91</sup> ผู้ใช้และผู้สนับสนุนได้เช่นเดียวกันกับความผิดฐานอื่น ๆ ในประมวลกฎหมายอาญา

(1.2) “ใส่ความ” หมายความว่า กล่าวหาหรือแสดงข้อความให้ร้ายผู้อื่นซึ่งถ้าหากเป็นความจริงก็อาจทำให้ผู้อื่นนั้นได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้ถูกกระทำนั้น<sup>92</sup> ซึ่งสามารถแบ่งแยกเป็นรายประเด็นได้ดังนี้

(1.2.1) การใส่ความนั้นไม่จำกัดวิธี อาจเป็นการใช้คำพูดหรือแสดงกิริยาอาการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือใช้ภาษาใบ้ สัญลักษณ์ต่าง ๆ หรือการนำภาพการร่วมประเวณีของผู้อื่นไปแสดงให้บุคคลที่สามดู<sup>93</sup> และรวมถึงการแสดงข้อความในจดหมาย<sup>94</sup> การเล่าเรื่องที่ตนได้ยินมาให้กับผู้อื่นฟัง<sup>95</sup> หรือการถามคำถามโดยใช้คำถามนำ<sup>96</sup>และการตอบคำถาม<sup>97</sup> กรณีข้างต้นย่อมถือว่าเป็นการใส่ความทั้งสิ้น

(1.2.2) การใส่ความนั้นต้องมีลักษณะเป็นการยืนยันข้อเท็จจริง<sup>98</sup>

(1.2.3) ข้อเท็จจริงที่ใส่ความนั้น จะเป็นเรื่องจริงหรือเท็จก็ได้<sup>99</sup> ดังสำนวนที่ว่า “ยิ่งจริงยิ่งหมิ่นประมาท” (The greater the truth, the greater the libel.)<sup>100</sup> แต่ทั้งนี้ต้องไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่เป็นเพียงคำหยาบคาบ คำไม่สุภาพ<sup>101</sup>หรือเป็นข้อเท็จจริงที่พ้นวิสัยของความเป็นไปได้<sup>102</sup>และต้องเป็นข้อเท็จจริงที่

<sup>90</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 5917/2557

<sup>91</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 160/2487

<sup>92</sup> คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด 2 (พิมพ์ครั้งที่ 6, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2564) 265.

<sup>93</sup> หม่อมหลวงไกรฤกษ์ เกษมสันต์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาคความผิด มาตรา 288-มาตรา 366/4 (พิมพ์ครั้งที่ 12, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2563) 130.

<sup>94</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2822/2515

<sup>95</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 380/2503

<sup>96</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1352/2482

<sup>97</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 79/2537

<sup>98</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 3057/2560

<sup>99</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>100</sup> คณพล จันทน์หอม (เชิงอรธ 92) 266.

<sup>101</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 576/2550

<sup>102</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 256/2509

แน่นอนไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่คลุมเครือ<sup>103</sup> เลื่อนลอย<sup>104</sup> และข้อเท็จจริงที่ยืนยันนั้นต้องเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วในอดีตหรือกำลังเกิดขึ้นไม่ใช่แต่เพียงการคาดคะเนหรือกล่าวถึงเหตุการณ์ในอนาคต เว้นแต่การกล่าวอ้างหรือทำให้ปรากฏข้อเท็จจริงในอนาคตนั้นอาจอนุมานให้เห็นถึงปัจจุบันได้ เช่น กล่าวว่าการุ้งนี้ นายหนึ่งจะปล้นทรัพย์ ดังนั้นย่อมอนุมานให้เห็นว่า แม้ในปัจจุบันนายหนึ่งก็ได้มีเจตนาปล้นทรัพย์อยู่แล้ว<sup>105</sup>

(1.3) “ผู้อื่น” คือผู้เสียหายที่ถูกใส่ความ ในที่นี้ผู้เขียนจะแยกพิจารณาในแง่ของสถานภาพของผู้ถูกหมิ่นประมาทอันเป็นกรรมของการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทอันเป็นข้อบ่งชี้ถึงบุคคลที่ได้รับความเสียหายโดยพฤติการณ์และหลักเกณฑ์ของการใส่ความ “ผู้อื่น” ดังนี้

(1.3.1) สถานภาพของผู้ถูกหมิ่นประมาท ตามแนวคำพิพากษาฎีกาอาจเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคล<sup>106</sup> องค์กรหรือหน่วยงานใดที่มีได้มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย และอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือกลุ่มบุคคลหรือหมู่คณะก็ได้ เนื่องจากมนุษย์หลายคนที่รวมกันอยู่เป็นหมู่ เป็นเหล่า “มีเกียรติ” รวมกัน ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงถึงว่าจะมีสภาพบุคคลตามกฎหมายหรือไม่ การกระทำต่อ “เกียรติ” ของมนุษย์หลายคนที่รวมกันเป็นหมู่เป็นเหล่า เป็นการกระทำต่อแต่มนุษย์แต่ละคนในฐานะปัจเจกบุคคลที่เป็นส่วนหนึ่งของกลุ่ม<sup>107</sup>

(1.3.2) หลักเกณฑ์ของการใส่ความผู้อื่นนั้น ต้องมุ่งเจาะจงตัวบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือองค์กร หน่วยงาน หรือกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ ต้องได้ความว่าการใส่ความนั้นได้ระบุถึงตัวบุคคลผู้ถูกใส่ความเป็นการยืนยันรู้ได้แน่นอนว่าบุคคลที่ถูกใส่ความเป็นใคร<sup>108</sup> แต่ทั้งนี้ไม่จำต้องถึงขนาดระบุชื่อผู้ถูกหมิ่นประมาทออกมาโดยชัดแจ้ง เพียงเข้าใจว่าการใส่ความนั้นหมายถึงผู้ใด<sup>109</sup>

การใส่ความที่มีได้เจาะจงผู้ที่ถูกใส่ความโดยเฉพาะ ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาวางหลักว่า การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท และกรณีดังกล่าวย่อมไม่มีตัวผู้เสียหายในความผิดฐานหมิ่นประมาท อันจะร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนหรือฟ้องคดีต่อศาลได้<sup>110</sup>

แต่ถ้าการใส่ความนั้นมีได้มุ่งหมายโดยตรงต่อบุคคลคนเดียว แต่มีลักษณะกระทำต่อกลุ่มคน และมีความหมายถึงทุก ๆ คนในกลุ่มนั้น กรณีถือว่าเป็นการหมิ่นประมาททุกคนในกลุ่มและทุกคนเป็นผู้เสียหาย<sup>111</sup>

<sup>103</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 4425/2545

<sup>104</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 426-427/2520

<sup>105</sup> คณิต ญ นคร (เชิงอรรถ 83) 250.

<sup>106</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1068/2537

<sup>107</sup> คณิต ญ นคร (เชิงอรรถ 83) 243.

<sup>108</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5276/2562

<sup>109</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 499/2481

<sup>110</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3954/2539

<sup>111</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 448/2489

(1.4) “ต่อบุคคลที่สาม” หมายถึง “ผู้รับสารหรือข้อความที่ใส่ความจากผู้กระทำ”<sup>112</sup> ซึ่งบุคคลที่สามเป็นเงื่อนไขสำคัญของความผิดฐานหมิ่นประมาท กล่าวคือ การจะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้นจะต้องมีบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งไม่ใช่ผู้ใส่ความและผู้ถูกใส่ความรับรู้ถึงข้อเท็จจริงที่หมิ่นประมาทนั้น และความผิดสำเร็จของความผิดฐานนี้คือการที่บุคคลที่สามรับรู้สารที่หมิ่นประมาทโดยจะเชื่อสารที่ใส่ความหรือไม่ก็ตาม ดังนั้น บุคคลที่สามจึงจำเป็นต้องมีความสามารถในการรับรู้และเข้าใจสารดังกล่าว การใส่ความต่อชาวต่างชาติที่ไม่มีความเข้าใจหลักภาษาไทย เด็กทารก คนที่ไร้ความสามารถในการได้ยินเสียงหรือคนตาบอดที่มองไม่เห็นข้อความที่ใส่ความโดยสภาพแล้วย่อมเป็นเพียงการพยายามกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท<sup>113</sup>

(1.5) “โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง” ซึ่งเป็นพฤติการณ์ประกอบการกระทำ (Attendant Circumstance) ซึ่งเป็นการพิจารณาโดยใช้เกณฑ์ของวิญญูชนคนธรรมดา กล่าวคือถ้าวิญญูชนเห็นว่าการใส่ความนั้นเป็นการทำให้เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ย่อมถือเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท ความรู้สึกของผู้ถูกระทำและบุคคลที่สามไม่ใช่สาระสำคัญของความผิดฐานนี้

(1.6) “กระทำโดยเจตนาหมิ่นประมาท” อันเป็นเจตนาธรรมดา กล่าวคือผู้กระทำรู้ว่าการกระทำของตนนั้นเป็นการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามและการใส่ความน่าจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง และผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลต่อการกระทำนั้นของตน

## (2) เหตุฉกรรจ์

การหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 328 บัญญัติว่า “ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษรกระทำโดยการกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”

“ความผิดตามมาตรานี้เป็นบทเฉพาะที่เอาผิดกับบุคคลที่ใช้การโฆษณาซึ่งเป็นวิธีการอันทำให้ข้อความที่หมิ่นประมาทเผยแพร่ไปอย่างกว้างขวาง ซึ่งอาจจะทำให้ผู้ถูกใส่ความเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังมากกว่าวิธีการใส่ความแก่บุคคลที่สามโดยเฉพาะเจาะจง เข้าทำนองแพร่กระจายมากก็เสียหายมาก มาตรา 328 จึงกำหนดความผิดและโทษให้หนักขึ้นกว่าที่ปรากฏในมาตรา 326 หรือมาตรา 327”<sup>114</sup> ซึ่งสามารถแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

### (2.1) การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท

เนื่องจากความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณานั้นเป็นเหตุฉกรรจ์ของความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 และมาตรา 327 ความผิดฐานนี้จึงอิงอยู่กับความผิดฐานหมิ่นประมาทอันเป็นความผิดพื้นฐาน ดังนั้นการที่จะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาได้นั้นต้องครบองค์ประกอบ

<sup>112</sup> คณพล จันทน์หอม (เชิงอรรถ 92) 273.

<sup>113</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>114</sup> เพิ่งอ้าง 278.

ความผิดตามมาตรา 326 หรือ มาตรา 327 เสียก่อน ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทตั้งแต่ต้น กรณีย่อมไม่ต้องรับผิดเนื่องจากเหตุฉกรรจ์

(2.2) ได้กระทำโดยการโฆษณา

การโฆษณา หมายถึง “เผยแพร่ข้อความไปสู่สาธารณชนหรือประชาชนทั่วไป กล่าวคือ ไม่ได้มุ่งเจาะจงเฉพาะบุคคลหรือกลุ่มบุคคล แต่ได้กระจายให้รู้กันอย่างกว้างขวาง ดังนั้น ผู้กระทำตามมาตรานี้จึงไม่ได้กระทำต่อบุคคลที่สามเป็นการเฉพาะ แต่จะเป็นใครก็ได้ที่ได้รับทราบข้อความนั้น”<sup>115</sup>

(2.3) การโฆษณานั้นได้กระทำด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำโดยการกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น

(2.4) กระทำโดยเจตนา กล่าวคือผู้กระทำได้รู้ข้อเท็จจริงทั้งหมดดังกล่าวไว้ข้างต้นและผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลในการกระทำนั้น

---

<sup>115</sup> เพิ่งอ้าง 279.

### บทที่ 3

## การกำหนดเหตุการณ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายต่างประเทศ

แม้ว่าค่านิยมของของกลุ่มประเทศในตะวันตกนั้นจะยึดถือความเป็นปัจเจกภาพของบุคคลและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังที่บัญญัติในมาตรา 10 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยเรื่องสิทธิมนุษยชน (The European Convention on Human Rights)<sup>116</sup> แต่อย่างไรก็ดีการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นนั้นมิได้หมายความว่าสามารถกระทำได้โดยไร้ซึ่งขอบเขต และเพื่อประโยชน์แห่งคุณค่าอื่น ๆ รัฐสามารถตรากฎหมายเป็นการจำกัดสิทธิดังกล่าวได้ เช่น การแสดงความคิดเห็นที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิในเกียรติยศชื่อเสียงของบุคคลอื่น ซึ่งกฎหมายต่างประเทศนั้นได้มีการบัญญัติให้เป็นความรับผิดตามกฎหมาย เป็นต้นว่า ความผิดฐานดูหมิ่น (Insult) ประทุษวาจา (Hate Speech) หรือความผิดฐานหมิ่นประมาท (Defamation)

และจากการศึกษาพบว่าการหมิ่นประมาทในต่างประเทศนั้นมีทั้งที่เป็นความรับผิดทางแพ่งและเป็นความผิดทางอาญาเช่นเดียวกันกับประเทศไทยและได้มีการกำหนดเหตุการณ์เอาไว้หลากหลายกรณี โดยแต่ละประเทศจะมีลักษณะของความผิดและเหตุการณ์ที่แตกต่างกันออกไปตามบริบทและพื้นฐานทางสังคม วัฒนธรรม ประวัติศาสตร์ ความหลากหลายทางด้านเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ศาสนาและความเหมาะสมประการอื่น ๆ ในบทนี้จึงมุ่งศึกษาถึงความผิดฐานหมิ่นประมาทและเหตุการณ์อันจะทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเบลเยียม และแนวทางเกี่ยวกับความผิดฐานหมิ่นประมาทของสหภาพยุโรป (The European Union) พร้อมทั้งข้อมูลพื้นฐานทางนิติศาสตร์ของประเทศดังกล่าวและสหภาพยุโรป เฉพาะในประเด็นที่มีความสำคัญเพื่อเป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจเบื้องต้น ทั้งนี้ เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมในการกำหนดเหตุการณ์ความผิดฐานหมิ่นประมาททั้งนี้เพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษที่เหมาะสมกับความร้ายแรงแห่งการกระทำความผิดนั้น โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

---

<sup>116</sup> The European Convention on Human Rights, Article 10.

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

### 3.1 สหภาพยุโรป (The European Union หรือ EU)

สหภาพยุโรปนั้นเป็นการรวมกลุ่มกันของประเทศต่าง ๆ ในระดับภูมิภาคยุโรปในลักษณะที่ประเทศสมาชิก ตกลงถ่ายโอนอำนาจอธิปไตยบางส่วนให้แก่สถาบัน กล่าวคือ เป็นสถาบันที่มีลักษณะเหนือรัฐ (Supranational) ซึ่งจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ.1993 ตามสนธิสัญญา มาสทริชท์ (Maastricht Treaty) หรือชื่ออย่างเป็นทางการว่าสนธิสัญญาสหภาพยุโรป (Treaty on European Union) โดยสหภาพยุโรปนั้นมีวัตถุประสงค์หลักหลายประการครอบคลุมทั้งด้านการเมือง เศรษฐกิจ ความมั่นคง สังคมและความยุติธรรมของประเทศและพลเมืองของรัฐสมาชิก<sup>117</sup> ปัจจุบัน ประเทศเกินกว่ากึ่งหนึ่งของประเทศทั้งหมดในทวีปยุโรปเข้าร่วมเป็นสมาชิกแห่งสหภาพโดยประกอบด้วยประเทศสมาชิก 27 ประเทศ ซึ่งรวมถึงประเทศฝรั่งเศสและประเทศเบลเยียมด้วย<sup>118</sup>

#### 3.1.1 ข้อมูลพื้นฐานทางนิติศาสตร์

โครงสร้างภายในของสหภาพยุโรปนั้นประกอบด้วยองค์กรหรือสถาบันต่าง ๆ ที่มีอำนาจบทบาท หน้าที่และความสำคัญแตกต่างกัน เพื่อดำเนินงานของสหภาพ โดยโครงสร้างองค์กรและสถาบันที่สำคัญภายในสหภาพยุโรป (The European Union) นั้นประกอบด้วย<sup>119</sup>

1. คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (Council of the European Union)
2. คณะกรรมาธิการยุโรป (The European Commission)
3. ศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (European Court of Justice)
4. ที่ประชุมสุดยอดแห่งยุโรป (The European Council)
5. สำนักตรวจสอบบัญชี (Court of Auditors) และ
6. รัฐสภายุโรป (European Parliament)

และเนื่องจากในข้อ 3.1.2 ผู้เขียนจะอธิบายถึงบทบาทของสหภาพยุโรปต่อการให้ข้อเสนอแนะและข้อติในเรื่องความผิดฐานหมิ่นประมาทผ่านทางรัฐสภายุโรป (European Parliament) ในส่วนนี้ผู้เขียนจึงจะขอกล่าวถึงข้อมูลพื้นฐานที่สำคัญของรัฐสภายุโรป ได้แก่ โครงสร้างองค์กรพื้นฐานของรัฐสภายุโรปและอำนาจหน้าที่ของรัฐสภายุโรป เพื่อเป็นพื้นฐานความเข้าใจโดยสังเขป อันมีรายละเอียดดังนี้

- 1) โครงสร้างองค์กรพื้นฐานของรัฐสภายุโรป ประกอบด้วย 6 ส่วน ได้แก่<sup>120</sup>
  - (1) ประธานรัฐสภายุโรป (The President of the European Parliament)

<sup>117</sup> ขจิต จิตตเสวี, *องค์การระหว่างประเทศ (องค์การระหว่างประเทศในกระแสโลกาภิวัตน์และภูมิภาคภิวัตน์)* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2553) 319, 328-329.

<sup>118</sup> European Union, 'EU countries' <[https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/eu-countries\\_en#header\\_countries\\_list](https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/eu-countries_en#header_countries_list)> สืบค้นเมื่อ 19 พฤษภาคม 2567.

<sup>119</sup> ขจิต จิตตเสวี (เชิงอรธรถ 117) 329-330.

<sup>120</sup> European Parliament, 'Organisation' <<https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/en/organisation-and-rules/organisation>> สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2567.



มีหน้าที่สำคัญในการดูแลงานของรัฐสภาและหน่วยงานในการกำกับดูแลตลอดจนควบคุมการอภิปรายในที่ประชุมใหญ่ ให้มีการปฏิบัติตามกฎขั้นตอนของรัฐสภา ตลอดจน เป็นตัวแทนของรัฐสภายุโรปในการติดต่อสัมพันธ์กับสถาบันอื่น ๆ ในสหภาพยุโรป ซึ่งตำแหน่งประธานรัฐสภายุโรปนั้นมีวาระการดำรงตำแหน่งสองปีครั้ง ซึ่งถือเป็นกึ่งหนึ่งของอายุของรัฐสภา

(2) สมาชิกแห่งรัฐสภายุโรป (The Members of the European Parliament หรือ MEP)

รัฐสภายุโรปประกอบด้วยสมาชิก 705 คน มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของพลเมืองของรัฐสมาชิกทั้ง 27 แห่ง มีหน้าที่ในการพิจารณาร่างกฎหมายร่วมกับคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (Council of the European Union) โดยสมาชิกแห่งรัฐสภายุโรปมีระยะเวลาการดำรงตำแหน่งวาระละ 5 ปี

(3) กลุ่มทางการเมืองของรัฐสภายุโรป (The Political groups of the European Parliament)

กลุ่มทางการเมืองนั้นคือการรวมตัวกันของสมาชิกแห่งรัฐสภายุโรป โดยมีสถานะเป็นองค์กรที่มีแนวคิดและอุดมการณ์เดียวกัน เพื่อประโยชน์ในการกำหนดทิศทางทางการเมืองต่าง ๆ การจัดตั้งกลุ่มทางการเมืองนั้นต้องมีสมาชิกอย่างน้อย 23 คน จาก 1 ใน 4 ของประเทศสมาชิก ซึ่งในปัจจุบันในรัฐสภายุโรปนั้นมีกลุ่มทางการเมืองทั้งหมด 7 กลุ่ม

(4) คณะกรรมาธิการแห่งรัฐสภายุโรป (The Committees of the European Parliament)

มีหน้าที่สำคัญในการร่าง แก้ไข และรับข้อเสนอทางกฎหมาย พิจารณาข้อเสนอของคณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission) และคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (Council of the European Union) และจัดทำรายงานเสนอต่อที่ประชุมใหญ่ของรัฐสภายุโรป

(5) คณะผู้แทนแห่ง (The Delegations of the European Parliament)

คือ กลุ่มอย่างเป็นทางการของสมาชิกแห่งรัฐสภายุโรป (The Members of the European Parliament หรือ MEP) ทำหน้าที่ร่วมกับคณะกรรมาธิการแห่งรัฐสภายุโรปและสมาชิกแห่งรัฐสภายุโรปเพื่อสนับสนุนเรื่องประชาธิปไตยและสิทธิมนุษยชนภายนอกขอบเขตของสหภาพยุโรปและส่งเสริมในเรื่องทั่วไปของสหภาพยุโรป

(6) หน่วยงานในกำกับของรัฐสภายุโรป (The political bodies of the European Parliament)

ภายในรัฐสภายุโรปนั้นมีหน่วยงานในกำกับทั้งหมด 5 หน่วยงาน ซึ่งมีหน้าที่ที่แตกต่างกันและมีความรับผิดชอบในเรื่องต่าง ๆ เช่น สำนักงานประธานรัฐสภา (Conference of the President) มีความรับผิดชอบในเรื่องความสัมพันธ์กับสถาบันอื่น ๆ ในสหภาพยุโรปและรัฐสภาของประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศภายนอกสหภาพยุโรปและมีหน้าที่ในการวางแผนงานและให้คำปรึกษาในเรื่องต่าง ๆ ทางด้านนิติบัญญัติของรัฐสภา เป็นต้น

2) อำนาจหน้าที่ของรัฐสภายุโรป

แต่เดิมนั้นขอบเขตอำนาจและบทบาทหน้าที่ตามกฎหมายของสมัชชาทั่วไป (Common assembly) ก่อนเปลี่ยนชื่อเป็นรัฐสภายุโรปในปัจจุบันนี้มีค่อนข้างจำกัด โดยเป็นเพียงองค์กรที่มีหน้าที่หลักในการให้คำปรึกษาด้านกฎหมายและข้อมติ (Resolution) ต่าง ๆ เท่านั้น ต่อมาภายหลังจากที่ก่อตั้งสหภาพ

ยุโรป มีการขยายขอบอำนาจและความรับผิดชอบของรัฐสภายุโรปจนในปัจจุบันอำนาจและบทบาทหน้าที่ของรัฐสภายุโรปนั้นมีลักษณะคล้ายคลึงกับรัฐสภาภายในประเทศของประเทศต่าง ๆ<sup>121</sup> โดยรัฐสภายุโรปมีหน้าที่หลักสามประการอันมีรายละเอียดดังนี้<sup>122</sup>

(1) หน้าที่ทางกระบวนการนิติบัญญัติ (Legislative)

(1.1) มีหน้าที่ในการอนุมัติกฎหมายของสหภาพยุโรปพร้อมกับคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (Council of the European Union) ตามข้อเสนอของคณะกรรมการยุโรป (European Commission)

(1.2) หน้าที่ให้ความเห็นชอบเกี่ยวกับการทำข้อตกลงระหว่างประเทศ ระหว่างสหภาพยุโรปกับรัฐอื่น ๆ

(1.3) ทบทวนตรวจสอบการปฏิบัติงานของคณะกรรมการยุโรป (European Commission) และให้ข้อเสนอแนะในการออกกฎหมาย

(2) หน้าที่ในการกำกับดูแล (Supervisory)

(2.1) ตรวจสอบข้อเท็จจริงต่าง ๆ ตามหลักประชาธิปไตยของสถาบันในสหภาพยุโรปทั้งหมด

(2.2) เลือกตั้งประธานคณะกรรมการและอนุมัติแต่งตั้งคณะกรรมการเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจ รวมทั้งลงมติบังคับให้คณะกรรมการลาออก

(2.3) ตรวจสอบคำร้องและคำถามของประชาชน

(2.4) ทหารเรือเกี่ยวกับนโยบายทางการเงินกับธนาคารกลางยุโรป (European Central Bank)

(3) หน้าที่ด้านงบประมาณ (Budgetary)

(3.1) การจัดทำงบประมาณของสหภาพยุโรปพร้อมกับคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (Council of the European Union) และ

(3.2) อนุมัติงบประมาณระยะยาวของสหภาพยุโรป

3.1.2 ความผิดฐานหมิ่นประมาท

สหภาพยุโรป (The European Union) นั้นตระหนักถึงเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและได้แสดงบทบาทมาแล้วหลายครั้งผ่านทางรัฐสภายุโรป (European Parliament หรือ EP) ทั้งในรูปแบบของข้อเสนอแนะ (Recommendation) และข้อมติ (Resolution) โดยผู้เขียนขอยกมาเฉพาะในประเด็นที่สำคัญ ดังนี้

1) ข้อเสนอแนะที่ 1589 (2003) ว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของสื่อในทวีปยุโรป (Recommendation 1589 (2003) Freedom of expression in the media in Europe)

<sup>121</sup> สมชาย ฤกษ์วิวัฒน์, *สหภาพยุโรป กำเนิด พัฒนาการ โครงสร้างและนโยบาย* (สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2565) 103-104.

<sup>122</sup> European Union, 'Eu Institution European Parliament' <[https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/european-parliament\\_en](https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/european-parliament_en)> สืบค้นเมื่อ 1 พฤษภาคม 2567.

สาระสำคัญของข้อเสนอแนะข้างต้นได้กล่าวถึงปัญหาของการละเมิดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของสื่ออย่างรุนแรงของประเทศต่าง ๆ ในทวีปยุโรป เช่น ปัญหาความรุนแรง การข่มขู่ การทำร้ายและฆาตกรรมสื่อมวลชนในสหพันธรัฐรัสเซีย การลักพาตัวสื่อมวลชนในประเทศเบลารุส การกดดันทางสังคมและการแทรกแซงทางการเมืองและทางเศรษฐกิจในรูปแบบต่าง ๆ รวมตลอดถึงการคุกคามทางกฎหมายโดยการฟ้องร้องสื่อมวลชนด้วยคดีหมิ่นประมาทจำนวนมากอันมีสาเหตุจากการปฏิบัติหน้าที่ของสื่อมวลชน สมัชชาจึงมีความเห็นให้ปลดปล่อยอิสระภาพแก่สื่อมวลชนทุกคนที่ถูกจำคุกเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่สื่อที่ชอบด้วยกฎหมายและยกเลิกกฎหมายที่ทำให้การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของสื่อมวลชนถูกดำเนินคดีอาญาพร้อมทั้งปรับปรุงแก้ไขให้เกิดความเหมาะสมและหยุดการคุกคามสื่อมวลชนทั้งทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจทุกรูปแบบทันที<sup>123</sup>

2) ข้อมติที่ 1577 (2007) ว่าด้วยแนวทางการยกเลิกความผิดอาญาฐานหมิ่นประมาท (Resolution 1577 (2007) Towards decriminalization of defamation)

การอภิปรายในที่ประชุมใหญ่ ครั้งที่ 34 เมื่อวันที่ 4 ตุลาคม 2550

สาระสำคัญของข้อมติข้างต้นได้กล่าวถึงความสำคัญของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นว่าเป็นรากฐานที่สำคัญของความเป็นประชาธิปไตย เมื่อไม่มีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอย่างแท้จริง ก็ย่อมไม่มีประชาธิปไตยที่แท้จริง แต่อย่างไรก็ดีหาใช่ว่าเสรีภาพนั้นจะไม่มีข้อจำกัด รัฐอาจแทรกแซงเสรีภาพดังกล่าวได้บนพื้นฐานของประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ใน ข้อ 10 วรรค 2 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights)

สมัชชาเรียกร้องให้รัฐสมาชิกบังคับใช้กฎหมายหมิ่นประมาทด้วยความยับยั้งชั่งใจสูงสุด เนื่องจากอาจละเมิดเสรีภาพในการความคิดเห็นอย่างร้ายแรงได้ ด้วยเหตุนี้ สมัชชาจึงเรียกร้องให้มีมาตรการป้องกันทางกฎหมายที่ช่วยให้ผู้ต้องหาในความผิดฐานหมิ่นประมาทสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่หมิ่นประมาทดังกล่าวเพื่อปลดเปลื้องความผิดทางอาญาที่อาจเกิดขึ้นได้ และข้อความหรือข้อกล่าวหาที่เพิ่มขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ แม้ว่าจะพิสูจน์ได้ว่าไม่เป็นความจริงก็ตาม ก็ไม่ควรได้รับโทษ หากเป็นการกระทำที่ผู้กระทำไม่ทราบถึงความไม่ถูกต้องดังกล่าว ซึ่งตนได้พิจารณาตรวจสอบความจริงอย่างรอบคอบแล้ว และตนปราศจากเจตนาที่ชั่วร้าย

สมัชชาจึงเห็นควรยกเลิกโทษจำคุกฐานหมิ่นประมาทโดยไม่ชักช้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องให้รัฐที่มีกฎหมายยังคงกำหนดโทษจำคุก แม้ว่าจะไม่ได้กำหนดโทษจำคุกจริง ๆ ก็ตาม เพื่อไม่ให้เกิดข้อแก้ตัวใดๆ แก่ประเทศที่ยังคงบังคับใช้โทษจำคุกต่อไป

สมัชชายังประณามการดำเนินคดีในทางมิชอบซึ่งความผิดฐานหมิ่นประมาทว่าเป็น สิ่งที่ยอมรับไม่ได้และเป็นการคุกคามที่เลวร้ายเป็นอย่างยิ่ง

<sup>123</sup> Parliamentary Assembly, 'Recommendation 1506 (2001) Freedom of expression in the media in Europe' <<https://pace.coe.int/pdf/fe105a8d07e4192171b16ece05be95d5ec393a5f19c7c74c1bed25b8f68402f0/rec.%201589.pdf>> สืบค้นเมื่อ 1 พฤษภาคม 2567.

นอกจากนี้ยังประณามการให้ชดใช้ค่าเสียหายอย่างมหาศาลโดยไม่มีเหตุผลในคดีหมิ่นประมาท ซึ่งการให้ชดใช้ค่าเสียหายที่สูงเกินส่วนนั้นอาจถือว่าเป็นการขัดกับต่อมาตรา 10 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

แต่อย่างไรก็ดีสมาชิกสหประชาชาติเห็นว่าการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในทางที่ผิดอาจก่อให้เกิดอันตรายดังที่ปรากฏในประวัติศาสตร์ได้

สมาชิกจึงมีข้อเรียกร้องต่อรัฐสมาชิก ดังนี้

“17.1 ยกเลิกโทษจำคุกฐานหมิ่นประมาทโดยไม่ชักช้า

17.2 ให้การรับประกันว่าจะไม่มีการดำเนินคดีทางอาญาในทางที่ผิดในข้อหาหมิ่นประมาท และให้การรับรองความเป็นอิสระของพนักงานอัยการในคดีความผิดฐานหมิ่นประมาท

17.3 ให้กฎหมายของแต่ละประเทศกำหนดกรอบแนวคิดอย่างละเอียดในเรื่อง การหมิ่นประมาท เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้กฎหมายดังกล่าวนี้กันอย่างอำเภอใจ และเพื่อให้เกิดความมั่นใจว่ากฎหมายแพ่งให้การคุ้มครองศักดิ์ศรีของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการหมิ่นประมาทอย่างมีประสิทธิภาพ

17.4 ตามข้อเสนอแนะนโยบายทั่วไปข้อ 7 ของคณะกรรมการยุโรปว่าด้วยการต่อต้านและไม่ยอมรับการเหยียดเชื้อชาติ ให้เป็นความผิดทางอาญาเฉพาะการกระทำโดยเจตนาที่เป็นการยุยงปลุกปั่นให้เกิดความรุนแรงในที่สาธารณะ ความเกลียดชังหรือการเลือกปฏิบัติหรือ การคุกคามบุคคลหรือกลุ่มบุคคล ด้วยสาเหตุทางสัญชาติ เชื้อชาติ ชาติกำเนิดหรือชาติพันธุ์ สีผิว ภาษา ศาสนา

17.5 ให้มีโทษจำคุกเฉพาะการกระทำที่เป็นการยุยงให้เกิดความรุนแรง วาจาที่แสดงความเกลียดชังและถ้อยคำที่ปฏิเสธความมีอยู่ของกลุ่มคนอื่น

17.6 ให้ยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้การคุ้มครองที่เพิ่มขึ้นแก่บุคคลสาธารณะ

17.7 ให้รัฐสมาชิกทบทวนตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในประเทศของตนให้มีวิธีการที่เหมาะสมในการอ้างเหตุป้องกันที่ขอบด้วยกฎหมายแก่บุคคลซึ่งถูกดำเนินคดีในความผิดฐานหมิ่นประมาท โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการพิสูจน์ความจริงและผลประโยชน์ส่วนรวม. . .”<sup>124</sup>

### 3.2 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสหรือชื่อทางการว่า “สาธารณรัฐฝรั่งเศส” (French Republic) ตั้งอยู่ในภูมิภาคยุโรปตะวันตก ปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบกึ่งประธานาธิบดี ปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) มีแนวความคิดพื้นฐานในการเชิดชู เสรีภาพ ความเสมอภาคและภราดรภาพ” (Liberté, Égalité, Fraternité) ดังที่บัญญัติให้เป็นคำขวัญประจำชาติ ตามที่ได้ปรากฏ

<sup>124</sup> Parliamentary Assembly, ‘Resolution 1577 (2007) Towards decriminalisation of defamation’ <<https://pace.coe.int/pdf/825a39361fd9ddf2511061cda78853d7e7921279d1600d16f750e20007cc6134/res.%201577>> สืบค้นเมื่อ 1 พฤษภาคม 2567.

ในมาตรา 2 วรคส์ แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ.1958<sup>125</sup> อันเป็นฉบับปัจจุบัน เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้นเป็นเสรีภาพที่จำเป็นในประเทศฝรั่งเศสและได้รับการรับรองคุ้มครองมาอย่างยาวนานดังที่ปรากฏในประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (The Declaration of The Rights of man and of the citizen) มาตรา 10 ซึ่งบัญญัติว่า “ไม่มีผู้ใดต้องเกรงกลัวต่อเหตุใดๆ ในการที่จะแสดงออกซึ่งความคิดเห็นของตนภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การแสดงความคิดเห็นของนั้นจะต้องไม่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยแห่งสาธารณะซึ่งรับรองโดยกฎหมาย”<sup>126</sup> และมาตรา 11 ซึ่งบัญญัติว่า “การสื่อสารทางความคิดและความคิดเห็นเป็นสิทธิประการหนึ่งที่ล้ำค่าของมนุษย์ ด้วยเหตุดังกล่าวพลเมืองคนใดคนหนึ่งจึงมีความชอบธรรมที่จะพูดเขียนหรือพิมพ์ได้อย่างอิสระ เว้นเสียแต่ว่าจะเป็นการใช้เสรีภาพดังกล่าวเกินสมควรตามที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย”<sup>127</sup> และนอกจากนี้ยังได้รับการคุ้มครองโดยมาตรา 10 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยเรื่องสิทธิมนุษยชน (The European Convention on Human Rights)<sup>128</sup> ซึ่งมีประเทศฝรั่งเศสได้เข้าเป็นภาคีด้วย

### 3.2.1 ข้อมูลพื้นฐานทางนิติศาสตร์

ในทางนิติศาสตร์นั้นประเทศฝรั่งเศสถือเป็นหนึ่งในประเทศต้นแบบของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือซีวิลลอว์ (Civil Law System) และเป็นแม่แบบทางกฎหมายอาญาให้แก่ หลาย ๆ ประเทศ การลงโทษทางอาญาของประเทศฝรั่งเศสมีพื้นฐานมาจากแนวคิดอาชญาวิทยา เป็นต้นว่า แนวคิดเรื่องวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษทางอาญา ประเภทของโทษ รวมถึงตลอดถึงการกำหนดแยกความผิดตามลักษณะความร้ายแรงและลำดับขั้นของโทษ (L'Échelle des peines) อย่างเป็นระบบระเบียบ ดังที่ได้บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ.1810 ดังนี้<sup>129</sup>

1) ความผิดประเภทอุกฤษโทษ (Crimes) การกระทำความผิดประเภทนี้จะต้องระวางโทษชั้นอุกฤษ (peines criminelles) ได้แก่ จำคุกตลอดชีวิต (réclusion criminelle à perpétuité) กักขังตลอดชีวิต (détention criminelle à perpétuité) จำคุกมีกำหนดระยะเวลา 5 ถึง 20 ปี (réclusion criminelle à temps de 5 à 20 ans) กักขังกำหนดระยะเวลา 5 ถึง 20 ปี (détention criminelle à temps de 5 a

<sup>125</sup> Constitution of October 4 1958, Article 2.

The maxim of the Republic shall be “Liberty, Equality, Fraternity”.

<sup>126</sup> The Declaration of The Rights of man and of the citizen, Article 10.

No one shall be disquieted on account of his opinions, including his religious views, provided their manifestation does not disturb the public order established by law

<sup>127</sup> The Declaration of The Rights of man and of the citizen, Article 11.

The free communication of ideas and of opinions is one of the most precious rights of man. Any citizen may therefore speak, write and publish freely, except what is tantamount to the abuse of this liberty in the cases determined by Law.

<sup>128</sup> The European Convention on Human Rights, Article 10.

<sup>129</sup> ยอร์ช ปาดูซ์, *กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แห่งราชอาณาจักรสยาม*, แปลโดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2565) 44-45.

20 ans) การขับออกนอกประเทศ (bannissement) และการลดสิทธิแห่งการเป็นพลเมือง (dégradation civique)

2) ความผิดประเภทมัธยโทษ (Delits) การกระทำความผิดประเภทนี้จะต้องระวางโทษชั้นมัธยะ (peines correctionnelles) ได้แก่ จำคุกมีกำหนดเกินกว่า 2 เดือน (emprisonnement supérieur à 2 mois) และห้ามใช้สิทธิบางประการในฐานะเป็นพลเมืองหรือสิทธิในทางแพ่งหรือทางครอบครัว (interdiction à temps de certains droits civiques, civils ou de famille)

3) ความผิดประเภทลหุโทษ (Contraventions) การกระทำความผิดประเภทนี้จะต้องระวางโทษชั้นลหุ (peines de simple police) อันได้แก่ จำคุกตั้งแต่หนึ่งวันถึงสองเดือนหรือปรับไม่เกิน 10,000 ฟรังก์

### 3.2.2 ความหมิ่นฐานหมิ่นประมาทและเหตุฉกรรจ์

แม้ว่ากฎหมายฝรั่งเศสถือว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นองค์ประกอบสำคัญของสังคมประชาธิปไตย แต่ก็มีได้หมายความว่าเสรีภาพเช่นว่านั้นเป็นสิทธิที่เด็ดขาด สมาชิกสภานิติบัญญัติของฝรั่งเศสและศาลฝรั่งเศส ต้องพยายามสร้างสมดุลระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกับคุณค่าอื่น ๆ ดังนั้นเสรีภาพดังกล่าวจึงอาจถูกจำกัดเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพประการอื่นได้ เช่น สิทธิความเป็นส่วนตัว ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหาตามหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of innocence) สิทธิในชื่อเสียงของบุคคลและความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ เป็นต้น

กฎหมายหมิ่นประมาทจึงเป็นบทบัญญัติหนึ่งที่มีขึ้นเพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพื่อปกป้องสิทธิในชื่อเสียงของผู้อื่น จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติหลักในการปกป้องเกียรติและชื่อเสียงของบุคคลในประเทศฝรั่งเศสนั้น บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญที่มีโทษทางอาญา ฉบับลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ. 1881 ว่าด้วยเสรีภาพของสื่อมวลชน (La loi du 29 juillet 1881 sur la liberte de la presse / Law on the Freedom of the Press of 29 July 1881) หรือที่มักเรียกกันว่ากฎหมายลิสบอนน์ เป็นกฎหมายที่กำหนดเสรีภาพและความรับผิดชอบของสื่อและผู้จัดพิมพ์ในฝรั่งเศส โดยกำหนดกรอบทางกฎหมายสำหรับการตีพิมพ์และควบคุมการแสดงโฆษณาที่เผยแพร่ต่อสาธารณะ อันมีสาระสำคัญดังนี้

1) บทความผิดพื้นฐานของความผิดฐานหมิ่นประมาท

**มาตรา 29** การกล่าวหาหรือการใส่ความเกี่ยวกับการกระทำใด ๆ ที่บ่อนทำลายเกียรติหรือความเคารพของผู้อื่นหรือผู้ตาย ถือเป็นการหมิ่นประมาท

**วรรคสอง** การตีพิมพ์หรือการทำซ้ำข้อความกล่าวหาหรือการใส่ความดังกล่าวมิโทษตามกฎหมาย แม้ว่าจะกระทำในรูปแบบของคำถามหรือหากมุ่งเข้าไปที่บุคคลหรือผู้ตายที่ไม่ได้ระบุชื่อโดยเฉพาะ แต่คาดหมายได้ว่าหมายถึงผู้ใด ทั้งนี้ การหมิ่นประมาทนั้นอาจกระทำด้วยคำพูด เสียงร้อง การข่มขู่ การเขียน สิ่งพิมพ์ ป้ายประกาศ หรือแผ่นโฆษณาก็ได้<sup>130</sup>

คำอธิบาย

องค์ประกอบความผิด<sup>131</sup>

(1) การกล่าวหาจะต้องมีลักษณะเป็นการยืนยันข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ไม่ใช่เป็นเพียงแค่อัปเดตเห็นหรือข้อโต้แย้ง

(2) ข้อกล่าวหาต้องมุ่งตรงไปที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ โดยไม่จำเป็นต้องระบุชื่อบุคคลผู้ถูกหมิ่นประมาท หากข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะทราบได้ว่าหมายถึงบุคคลใดก็เป็นการหมิ่นประมาทได้ ทั้งนี้ นิติบุคคลสามารถเป็นผู้ถูกหมิ่นประมาทได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา

(3) ข้อกล่าวหาต้องเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่กระทบต่อเกียรติหรือความนับถือของบุคคลที่ถูกกล่าวหา

(4) ข้อกล่าวหาจะต้องกระทำโดยไม่สุจริต (Bad Faith) และ

(5) ข้อกล่าวหาต้องเปิดเผยต่อสาธารณะ อาจเป็นในรูปแบบหนังสือพิมพ์ โปสเตอร์ โทรทัศน์ รวมถึงบนสื่อสังคมออนไลน์ที่สาธารณะชนสามารถเข้าถึงได้โดยไม่ได้จำกัดให้เฉพาะคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง โดยเฉพาะ

**มาตรา 32<sup>132</sup>** วรรคหนึ่ง การหมิ่นประมาทบุคคลโดยวิธีการที่ระบุไว้ในมาตรา 23 ต้องระวางโทษปรับ 12,000 ยูโร

คำอธิบาย

มาตรา 29 วรรค 1 นั้นเป็นเพียงบทบัญญัติเกี่ยวกับคำจำกัดความของคำว่า “หมิ่นประมาท” (Libel / Diffamation) ว่าหมายถึง “การกล่าวหาหรือการใส่ความเกี่ยวกับการกระทำใด ๆ ที่บ่อนทำลาย

<sup>130</sup> Law on the Freedom of the Press of 29 July 1881, Article 29.

Any allegation or imputation of an act that undermines the honor of, or esteem towards, the person or body to which the act is attributed, constitutes libel.

Publication or reproduction of such an allegation or imputation is punishable, even when made in the form of a question or if it targets a person or body not specifically named, if their identification is possible by the terms of the speech, cries, threats, writings or printed material, placards or posters.

<sup>131</sup> Cabinet Bouchara and Avocats, ‘Defamation’

<<https://www.cabinetbouchara.com/en/lexicon/defamation/>> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2567.

<sup>132</sup> Law on the Freedom of the Press of 29 July 1881, Article 32.

Defamation of private individuals by a means listed in Art. 23 will be punished by a fine of 12,000 euros.

เกียรติหรือความเคารพของผู้อื่นหรือผู้ตาย” ซึ่งสาระสำคัญของการหมิ่นประมาทตามมาตรา 29 อันจะเป็นความผิดตามรัฐธรรมนูญข้างต้นนั้นต้องกระทำลงด้วยวิธีการที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 23<sup>133</sup> กล่าวคือ ได้กระทำการหมิ่นประมาทลงด้วยวิธีการต่าง ๆ รวมตลอดทั้งการใช้คำพูด การป่าวร้องหรือการขู่เชิญในสาธารณสถานหรือในการชุมนุมสาธารณะ เป็นลายลักษณ์อักษร การพิมพ์ การวาดภาพ แกะสลัก ภาพวาด เครื่องหมาย รูปหรือสื่อด้วยวิธีอื่นใดด้วยการเขียน ถ้อยคำหรือรูปภาพ โดยชาย เสนอชาย เผยแพร่หรือจัดแสดงต่อสาธารณะ โดยใบโฆษณา ป้ายโฆษณา แก่สายตาของประชาชนหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์

องค์ประกอบสำคัญที่จะเป็นความผิดตามมาตราดังกล่าวนี้ต้องเป็นการหมิ่นประมาทที่มีลักษณะเผยแพร่ต่อสาธารณะ ซึ่งประชาชนโดยทั่วไปสามารถรับรู้ ได้ยิน ได้เห็นหรืออ่านข้อความหรือสารที่หมิ่นประมาทได้ เช่น การหมิ่นประมาทบนท้องถนนสาธารณะที่มีประชาชนผ่านไปมา การเขียนข้อความหรือลงรูปภาพที่มีเนื้อหาหมิ่นประมาทลงบนหนังสือพิมพ์ บนเว็บไซต์หรือบนเครือข่ายสังคมแบบออนไลน์ (Online social networks) ซึ่งเจ้าของบัญชีตั้งค่าเป็นสาธารณะซึ่งบุคคลทั่วไปสามารถเข้าถึงได้<sup>134</sup>

อนึ่ง สาระสำคัญของความผิดนั้นมิได้อยู่ที่สถานที่ของการกระทำหมิ่นประมาท แต่ขึ้นอยู่กับการหมิ่นประมาทนั้นโดยสภาพแล้วประชาชนทั่วไปสามารถรับรู้และเข้าใจสารที่หมิ่นประมาทได้หรือไม่ ดังนั้นแม้การหมิ่นประมาทที่ไม่ได้กระทำในที่สาธารณสถานก็ย่อมสามารถเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้ ถ้าข้อเท็จจริงที่หมิ่นประมาทนั้นที่แพร่หลายไปยังบุคคลภายนอกหรือสาธารณชนในลักษณะที่เป็นวงกว้าง เช่น การหมิ่นประมาทในบริเวณบ้านของตนเองผ่านเครื่องขยายเสียงซึ่งบุคคลทั่วไปในบริเวณนั้นสามารถได้ยินและรับฟังได้ เป็นต้น<sup>135</sup>

ดังนั้น การหมิ่นประมาทผู้อื่นต่อบุคคลที่สามโดยไม่ได้กระทำต่อสาธารณะนั้นจึงไม่เป็นความผิดตามบทบัญญัติข้างต้น ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเป็นเพียงความผิดตามมาตรา R621-1<sup>136</sup> แห่งประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (French Penal code) อันเป็นเพียงความผิดหูโทษ (Contraventions) ซึ่งต้องระวางโทษปรับชั้นที่ 1 หรือ 38 ยูโร<sup>137</sup>

<sup>133</sup> Law on the Freedom of the Press of 29 July 1881, Article 23.

specifies that those who directly incite another to commit a crime or misdemeanor will be punished as accomplices. This applies to provocations carried out by various means, including speech, cries or threats in public places or at public meetings, in writing, print, drawings, engravings, paintings, insignia, images or any other medium for writing, words or images, sold or distributed, offered for sale or displayed in publicly, by bills or posters exposed to public sight, or public electronic communication.

<sup>134</sup> Le site officielle de l'administration française, “Diffamation,” <<https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F32079?lang=en>> สืบค้นเมื่อ 20 เมษายน 2567.

<sup>135</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>136</sup> French Penal code, Article R621-1.

Non-public defamation of a person is punishable by a 1st class fine.

<sup>137</sup> French Penal code, ARTICLE 131-13



2) เหตุการณ์ของความผิดฐานหมิ่นประมาท

**มาตรา 30**<sup>138</sup> การหมิ่นประมาทของศาล ศาล กองทัพ หน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นเพื่อบริหารราชการแผ่นดินโดยวิธีการที่ระบุไว้ในมาตรา 23 ต้องระวางโทษปรับ 45,000 ยูโร

**มาตรา 31**<sup>139</sup> บทลงโทษที่ระบุไว้ในมาตรา 30 ให้ใช้กับการหมิ่นประมาท รัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งหรือหลายคน สมาชิกวุฒิสภาคนใดคนหนึ่งหรือหลายคนด้วย เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ถือหรือใช้อำนาจสาธารณะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศาสนาที่ได้รับค่าตอบแทนจากรัฐ พลเมืองที่ได้รับมอบหมายให้บริการหรือทำการสาธารณะไม่ว่าเป็นการชั่วคราวหรือถาวร ด้วยเหตุที่กระทำการตามหน้าที่หรือตำแหน่งของบุคคลดังกล่าว และคณะลูกขุนหรือพยานเนื่องจากการให้การตามหน้าที่หรือตำแหน่งของเขา

**มาตรา 32**<sup>140</sup> วรยศสองและวรยศสาม

การหมิ่นประมาทโดยวิธีเดียวกันต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเนื่องจากสาเหตุทาง เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ สีผิวหรือศาสนา จะต้องระวางโทษจำคุก 1 ปี และ / หรือปรับ 45,000 ยูโร

การลงโทษเดียวกันนี้ใช้กับการหมิ่นประมาทบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเนื่องจากเพศ รสนิยมทางเพศ หรือความพิการทางร่างกาย

คำอธิบาย

(1) กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท

(2) การกระทำนั้นมีเจตนาพิเศษ (Specific Intent)

ในเบื้องต้นนั้นผู้กระทำความผิดต้องกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์เดียวกันกับที่ผู้เขียนได้เขียนเอาไว้แล้วในมาตรา 29 ประกอบมาตรา 32

<sup>138</sup> Law on the Freedom of the Press of 29 July 1881, Article. 30.

provides that defamation of the courts, armed forces, established bodies and public administrations, by a means listed in Art. 23, is punishable by a fine of 45,000 euros.

<sup>139</sup> Law on the Freedom of the Press of 29 July 1881, Article 31.

The penalties listed in Art. 30 apply to defamation of the following individuals because of their functions or positions: “one or more ministers, one or more members of either House of Parliament, a public official, one who holds or exercises public authority, a minister of religion paid by the State, a citizen temporarily or permanently assigned a public service or mandate, a juror or a witness, because of his testimony.”

<sup>140</sup> Law on the Freedom of the Press of 29 July 1881, Article 32.

Defamation by the same means of a person or group of persons because of their origin or their ethnic, national, racial or religious membership will be punished by imprisonment of one year and / or a fine of 45,000 euros.

The same punishment applies to defamation of a person or group because of gender, sexual orientation or physical disability.

และองค์ประกอบภายใน (Moral Element / Élément moral) ของความผิดฐานนี้กฎหมายกำหนดให้นอกจากต้องมีเจตนาธรรมดาแล้ว ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาพิเศษ (Specific Intent) กล่าวคือ มีมูลเหตุชกใจ (Motive / Mobile) ในการกระทำความผิดเพราะสาเหตุทาง เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา เพศ รสนิยมทางเพศ หรือความพิการทางร่างกายของผู้ถูกหมิ่นประมาท ซึ่งกรณีแตกต่างจากความผิดทางอาญาทั่วไปที่ไม่จำเป็นต้องมูลเหตุชกใจในการกระทำความผิดตาม “หลักการไม่สนใจมูลเหตุชกใจ (Le principe de l'indifférence du mobile)”<sup>141</sup>

สภาพบังคับของความผิดฐานนี้คือ ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นจากจะต้องถูกระวางโทษปรับ 12,000 ยูโร เป็นต้องระวางโทษจำคุก 1 ปี หรือปรับ 45,000 ยูโร หรือทั้งจำทั้งปรับ อันเป็นความผิดประเภทมัธยมโทษหรือความผิดโทษชั้นกลาง (Délits)

### 3.3 ประเทศเบลเยียม

ประเทศเบลเยียมหรือชื่อทางการว่าราชอาณาจักรเบลเยียม (Kingdom of Belgium) เป็นสหพันธรัฐที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยระบบรัฐสภาโดยมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ปัจจุบันประเทศเบลเยียมใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law system) มีรัฐธรรมนูญ (The Belgian Constitution) เป็นกฎหมายสูงสุด ซึ่งประกาศใช้มาตั้งแต่ ค.ศ. 1831 เสรีภาพทางศาสนาและสิทธิในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่นของพลเมืองเบลเยียมได้ถูกรับรองให้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันตามมาตรา 19<sup>142</sup> ซึ่งเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้นศาลรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเบลเยียมเคยให้คำจำกัดความว่า หมายถึง “เสรีภาพในการแสวงหา รับ และเผยแพร่ข้อมูลและความคิดทุกชนิด ไม่ว่าจะด้วยวาจา เป็นลายลักษณ์อักษร สิ่งพิมพ์ หรือในรูปแบบของศิลปะ หรือโดยวิธีการอื่นใด”<sup>143</sup>

#### 3.3.1 ข้อมูลพื้นฐานทางนิติศาสตร์

เดิมประเทศเบลเยียมนั้นอยู่ภายใต้การปกครองของประเทศฝรั่งเศส จึงทำให้ระบบกฎหมายและบรรดากฎหมายต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสนั้นถูกนำมาบังคับใช้ภายในประเทศเบลเยียม แม้ภายหลังจากที่ประเทศเบลเยียมได้รับเอกราชในปี ค.ศ.1830 ประเทศเบลเยียมก็ยังคงบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสอยู่ จนกระทั่งในปี ค.ศ.1848 ฟร็องซัวส์ฟิลิปป์ เดอโอสซี (François-Philippe de Haussy) รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมแห่งเบลเยียมได้แต่งตั้งคณะกรรมการมาธิการ โดยมีตนและปีแอร์-โจเซฟ เดสตร็ิวซ์ (Pierre-Joseph Destriveaux) นักกฎหมายคนสำคัญของประเทศเบลเยียมเป็นผู้นำในการปฏิรูปและแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายอาญาของประเทศอย่างละเอียด โดยคณะกรรมการมาธิการชุดดังกล่าวใช้เวลาทั้งสิ้น

<sup>141</sup> ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถ 48) 183.

<sup>142</sup> The Belgian Constitution, Article 19

<sup>143</sup> Constitutional court, case n° 9/2009 Of January 15, 2009

สามปีในการร่างและจัดทำประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ จนกระทั่งเสร็จสมบูรณ์และมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1867 โดยใช้ชื่อว่าประมวลกฎหมายอาญาประเทศเบลเยียม (Penal Code of Belgium / Code Penal Strafwetboek) และใช้บังคับมาจนกระทั่งถึงปัจจุบัน<sup>144</sup>

ประมวลกฎหมายอาญาเบลเยียมนี้มีพื้นฐานมาจากแนวคิดทางอาชญาวิทยาของสำนักอาชญาวิทยาริมหรือดั้งเดิม (Classical School of Criminology)<sup>145</sup> โดยโครงสร้างของประมวลกฎหมายอาญานั้นประกอบไปด้วยสองภาค อันมีสาระสำคัญดังนี้<sup>146</sup>

1) ภาค 1 ว่าด้วยความผิดอาญาและการลงโทษโดยทั่วไป (The offences and punishment in general) บทบัญญัติในภาคนี้ประกอบไปด้วยหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับโทษและการลงโทษทางอาญาสำหรับความผิดทั้งหมดที่บัญญัติไว้ในภาคสอง ซึ่งมีลักษณะเป็นหลักทั่วไปที่บังคับใช้ต่อทุกฐานความผิด เว้นแต่จะมีการบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นโดยเฉพาะ โดยเนื้อหาภายในภาคนี้ประกอบไปด้วยสิบหมวด ตั้งแต่มาตรา 1 ถึงมาตรา 100 bis อันมีสาระสำคัญดังนี้

หมวดที่ 1 (Chapter I.) ความผิดอาญา (Offences)

หมวดที่ 2 (Chapter II.) การลงโทษ (Punishment)

หมวดที่ 3 (Chapter III.) การลงโทษจำคุก (Imprisonment of corrections)

หมวดที่ 4 (Chapter IV.) การพยายามกระทำความผิดอุกฤษโทษและความผิดมัธยโทษ (Attempt to commit a felony or misdemeanour)

หมวดที่ 5 (Chapter V.) การกระทำผิดซ้ำ (Recidivism)

หมวดที่ 6 (Chapter VI.) การกระทำความผิดหลายบท หลายกระทง (Concurrence)

หมวดที่ 7 (Chapter VII.) การร่วมกันกระทำความผิดในความผิดอุกฤษโทษและความผิดมัธยโทษ (Participation of several persons in a felony or misdemeanour)

หมวดที่ 8 (Chapter VIII.) หลักพื้นฐานของความชอบด้วยกฎหมาย (เหตุยกเว้นความผิด) และเหตุยกเว้นโทษ (Grounds of justification and grounds of excuse)

หมวดที่ 9 (Chapter IX.) เหตุที่กฎหมายให้อภัย (Extenuating Circumstances)

หมวดที่ 10 (Chapter X.) ความระงับแห่งการลงโทษ (Extinction of punishments)

2) ภาค 2 ว่าด้วยองค์ประกอบความผิดและสภาพบังคับ (Violations and sanctions in particular)

บทบัญญัติในภาค 2 นี้บัญญัติเกี่ยวกับฐานความผิด องค์ประกอบความผิดและบทลงโทษ โดยเฉพาะไว้ ประกอบด้วยสิบหมวดโดยหมวดที่หนึ่งถึงหมวดที่เก้าเกี่ยวข้องกับความผิดอุกฤษโทษและความผิดมัธยโทษ ส่วนหมวดที่สิบนั้นบัญญัติเกี่ยวกับความผิดลหุโทษ

<sup>144</sup> Hubert Bocken and Walter De Bondt, *Introduction to Belgian law* (Bruylant 2001) 401.

<sup>145</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>146</sup> Penal Code of Belgium

### 3.3.2 ความผิดฐานหมิ่นประมาทและเหตุฉกรรจ์

กฎหมายเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทนั้นได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาประเทศเบลเยียม (Penal Code of Belgium / Code Penal Strafwetboek) ภาค 2 (Book 2) ว่าด้วยองค์ประกอบความผิดและการลงโทษ (Violations and sanctions in particular) หมวดที่ 5 (Chapter V) เรื่องการละเมิดเกียรติหรือความนับถือของประชาชน (Violations doors to honour or the consideration of people) อันมีสาระสำคัญดังนี้

#### 1) บทความผิดพื้นฐานของความผิดฐานหมิ่นประมาท

**มาตรา 443** ผู้ใดการกล่าวถึงข้อเท็จจริงใด ๆ ที่เฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ซึ่งข้อเท็จจริงนั้นอาจจะทำให้เกียรติของบุคคลนั้นเสื่อมเสียหรืออาจทำให้บุคคลนั้นถูกดูหมิ่นจากสาธารณะชน โดยข้อเท็จจริงนั้นไม่มีหลักฐานทางกฎหมายหรือไม่ได้รับการยอมรับให้พิสูจน์ด้วยพยานหลักฐานตามกฎหมาย และได้กระทำลงโดยมีเจตนาร้าย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท<sup>147</sup>

#### คำอธิบาย

มาตรา 443 นั้น เป็นบทบัญญัติที่เป็นการให้คำจำกัดความหรืออธิบายลักษณะการหมิ่นประมาท ซึ่งหลักเกณฑ์ของการหมิ่นประมาทนั้น สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้<sup>148</sup>

#### (1) ต้องเป็นการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงใด ๆ ที่เฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง

การกล่าวอ้างข้อเท็จจริงใด ๆ นั้นไม่จำกัดวิธีซึ่งรวมตลอดถึงการกล่าวในรูปแบบ การตั้งคำถาม หรือตั้งข้อสงสัยหรือถ้อยคำเย้ยหยันประชดประชันหรือกระทำในลักษณะพาดพิง รวมถึงการพูดเป็นนัย อาจด้วยวิธีการกระจายเสียงด้วยคำพูดหรือกระทำเป็นลายลักษณ์อักษร รูปภาพ เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ ใดๆอย่างหนึ่ง ตลอดถึงสิ่งบันทึกเสียงหรือภาพด้วย

ข้อเท็จจริงที่กล่าวนั้นต้องมีลักษณะเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ ต้องมีลักษณะชัดเจนและสามารถตรวจสอบความจริงเท็จของข้อเท็จจริงนั้นได้โดยตรง โดยการกล่าวอ้างที่จะเป็นความผิดต้องเป็นสิ่งที่อธิบายความหมายได้แน่นอนและเป็นเรื่องที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นเรื่องจริงหรือเท็จ ดังนั้น การกล่าวอ้างในเรื่องที่พ้นวิสัยของความเป็นไปได้กรณีเช่นนี้ไม่เป็นความผิด

<sup>147</sup> Penal Code of Belgium, Article 443.

Whoever, in the cases indicated below, viciously attributed to a person of a specified event which is likely to harm the honor of the person or expose to public scorn and legal proof that n'is not provided, is guilty of slander when the law allows evidence of the fact charged, and when the defamation law does not permit such evidence.

<sup>148</sup> Behrendt Christian, "Freedom of expression, a comparative law perspective Belgium." (2019) , pp.8-10

การกล่าวอ้างนั้นต้องมุ่งหมายโดยตรงต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ ประการแรก คือ วัตถุประสงค์การกระทำความผิดฐานนี้นั้นต้องเป็นบุคคล ซึ่งหมายความรวมทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล<sup>149</sup> และประการที่สองการกล่าวอ้างนั้นไม่จำเป็นต้องถึงขนาดระบุชื่อออกมาโดย ชัดแจ้ง เพียงแต่สามารถระบุตัวผู้รู้ได้ แน่นนอนว่าหมายถึงบุคคลใด การกล่าวอ้างนั้นย่อมเป็นความผิดและมีโทษตามกฎหมาย หากเป็นการกล่าวโจมตี ต่อกลุ่มที่ไม่มีลักษณะเฉพาะเจาะจง เช่น กล่าวอ้างถึงแพทย์หรือทนายความในลักษณะอย่างกว้าง ๆ โดยไม่ได้ ระบุชัดแจ้งว่าหมายถึงแพทย์หรือทนายความคนใด กรณีย่อมไม่มีผลกระทบโดยตรงต่อสมาชิกคนใดคนหนึ่ง ใน กลุ่มนั้น จึงไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท

(2) ข้อเท็จจริงนั้นอาจจะทำให้เกิดเกียรติของบุคคลนั้นเสื่อมเสียหรืออาจทำให้บุคคลนั้นถูก ดูหมิ่นจาก สาธารณะชน

“เกียรติ” สามารถให้คำจำกัดความได้ว่าเป็นทรัพย์สินทางศีลธรรมส่วนบุคคล เป็นความรู้สึกที่ บุคคลสมควรได้รับการนับถือจากผู้อื่น ส่วนคำว่า “อาจทำให้บุคคลนั้นถูกดูหมิ่นจากสาธารณะชน” หมายความว่า ถ้าข้อเท็จจริงเหล่านี้เป็นความจริงจะทำให้ลายจริยธรรมของบุคคลนั้นในสายตาของสาธารณะชน เช่น การกล่าวหาผู้อื่นเข้าร่วมการประชุมประท้วงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>150</sup> หรือกล่าวหาสมาชิกสภาท้องถิ่น ร่วมกันวางแผนสมคบคิดกันร่างและลงนามในสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น<sup>151</sup>

(3) ข้อเท็จจริงนั้นไม่มีหลักฐานทางกฎหมายหรือไม่ได้รับการยอมรับให้พิสูจน์ด้วยพยานหลักฐาน ตามกฎหมาย

(4) ได้กระทำการโดยการโฆษณา

หมายความว่า การหมิ่นประมาทนั้นต้องกระทำการลงด้วยลักษณะประการใดประการหนึ่งดังที่บัญญัติ ไว้ในมาตรา 444<sup>152</sup> กล่าวคือ ได้กระทำ

<sup>149</sup> Penal Code of Belgium, Article. 446.

Slander and defamation of any body corporate shall be punished in the same way as libel or slander directed against individuals.

<sup>150</sup> Corr. Charleroi, 15 April 1896

<sup>151</sup> Corr. Mons, 10 December 1992

<sup>152</sup> Penal Code of Belgium, Article 444.

The offender shall be punished with imprisonment from eight days to one year and a fine of twenty-six[EUR] two hundred[EUR] when charges have been made: Either in meeting or public places;

Or in the presence of several individuals in a non-public, but open to a number of people with the right to assemble or to attend;

Or in any place in the presence of the offended person and before witnesses;

Or by writing printed or not, pictures or emblems displayed, distributed or sold, offered for sale or exposed to public view;

Is finally written by non-public, but sent or communicated to many people.

(4.1) ในที่ประชุมหรือในที่สาธารณะหรือ

(4.2) ในที่ซึ่งไม่ใช่ที่สาธารณะแต่ได้เปิดให้คนจำนวนหนึ่งมีสิทธิเข้าไปรวมตัวกันหรือ

(4.3) ณ สถานที่ใด ๆ ต่อหน้าผู้ถูกกระทำความผิดและต่อหน้าพยาน หรือ

(4.4) โดยการเขียนพิมพ์รูปภาพหรือตราสัญลักษณ์ที่แสดง แจกจ่าย หรือขาย เสนอขายหรือเปิดเผยต่อสาธารณะ หรือ

(4.5) โดยที่ไม่เปิดเผยต่อสาธารณะ แต่ส่งหรือสื่อสารกับผู้คนจำนวนมาก

อนึ่ง หากการกระทำนั้นขาดองค์ประกอบข้อนี้ กล่าวคือการกล่าวอ้างหรือใส่ความนั้นไม่ได้กระทำโดยการโฆษณา แม้จะครบองค์ประกอบข้ออื่น ๆ กรณีถือว่าไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทแต่เป็นเพียงเป็นความผิดฐานดูหมิ่น (Insult) เท่านั้น<sup>153</sup>

(5) เจตนา

ผู้กระทำความผิดต้องมีการกระทำที่แสดงออกถึงเจตนาที่จะก่อให้เกิดอันตรายหรือกระทำความผิดแก่บุคคลอื่น เช่นนี้การกล่าวอ้างใด ๆ ที่กระทำลงในรูปแบบของมุขตลก ไม่ถือว่ามีเจตนาร้าย การใส่ร้ายหรือกล่าวอ้างข้อความในทางหมิ่นประมาทต่อบุคคลที่สาม ในฐานะพยานในการสืบพยานต่อหน้าศาลโดยปราศเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีถือว่ามีเจตนาร้าย<sup>154</sup>

ในทางตรงกันข้าม ศาลแห่งกรุงบรัสเซลส์เคยมีคำพิพากษาว่า กรณีที่จิตแพทย์ลงความคิดเห็นตามข้อเท็จจริงที่ได้รับมาในระหว่างการทำหน้าที่ตรวจสอบหาความจริงของรัฐสภาในเรื่องที่สำนักงานศาลาล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้เยาว์ และจิตแพทย์ดังกล่าวได้กระทำในกระบวนการพิจารณาคดีในระหว่างสืบพยาน ถือว่าไม่มีเจตนาร้าย<sup>155</sup>

ผู้กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญาเบลเยียม มาตรา 444 กำหนดให้ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่แปดวันถึงหนึ่งปีและปรับสี่สิบกยูโรถึงสองร้อยยูโร

2) เหตุฉกรรจ์ของความผิดฐานหมิ่นประมาท

เหตุฉกรรจ์ของความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศเบลเยียมนั้นบัญญัติไว้ในบทบัญญัติพิเศษ (Special provision) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้การกระทำความผิดในหมวดที่ 5 (Chapter V) เรื่องความผิดเกี่ยวกับการละเมิดเกียรติหรือความนับถือของประชาชน (Violations doors to honour or the consideration of people) ซึ่งครอบคลุมทั้ง ความผิดฐานดูหมิ่น<sup>156</sup> ความผิดฐานรายงานเท็จ<sup>157</sup> และความผิดฐานหมิ่นประมาท ให้ต้องรับโทษหนักขึ้น โดยมีรายละเอียดดังนี้

<sup>153</sup> Peter Ruck and Harvey Starte , Libel and Slander, 5th (London : Butterworths, 1997) p. 346.

<sup>154</sup> Corr. Verviers, 17 November 1854

<sup>155</sup> Civ. Brussels, 25 July 2001

<sup>156</sup> Penal Code of Belgium, Article 448.

<sup>157</sup> Penal Code of Belgium, Article 445.

**มาตรา 453 ทวิ**<sup>158</sup> ในกรณีที่ระบุไว้ในหมวดนี้ ระวังโทษขั้นต่ำสามารถเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่าได้เมื่อความผิดนั้นได้กระทำด้วยสาเหตุเรื่องความเกลียดชัง การดูถูก หรือความเป็นปฏิกิริยาต่อบุคคล เนื่องจากสัญชาติ เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ชาติกำเนิด ถิ่นกำเนิด สีผิว ภาษา บรรพบุรุษ ความเชื่อทางศาสนาหรือปรัชญา โศกชะตา ความเป็นพลเรือนของรัฐ อุดมการณ์ทางการเมือง ลักษณะทางกายภาพหรือทางพันธุกรรมหรือที่มาในสังคม เพศ รสนิยมทางเพศ อายุ ความพิการ สุขภาพ ในปัจจุบันหรือในอนาคต

#### คำอธิบาย

องค์ประกอบความผิด

(1) กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท

(2) การกระทำนั้นมีเจตนาพิเศษ (Specific Intent)

ความผิดเนื่องจากเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 453 นี้ ต้องมีเจตนาพิเศษนอกเหนือจากเจตนาธรรมดา กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำการหมิ่นประมาทลงเพราะมีมูลเหตุชักจูงใจ (Motive / Mobile) อันเป็นสิ่งที่ซ่อนอยู่เบื้องหลังของเจตนาและเป็นเหตุผลที่ก่อให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น ซึ่งได้แก่สาเหตุเรื่องความเกลียดชัง การดูถูก หรือความเป็นปฏิกิริยาต่อบุคคล ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งดังที่ระบุไว้ในมาตรา 453 ทวิ ในทางกลับกันนั้นหากผู้กระทำความผิดปราศจากมูลเหตุชักจูงใจดังกล่าว กรณีย่อมรับผิดชอบเพียงความผิดฐานหมิ่นประมาทตามบทความผิดพื้นฐานเท่านั้น โดยสภาพบังคับของเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 453 นี้ คือ อัตราโทษขั้นต่ำ ทั้งโทษจำคุกและโทษปรับของความผิดฐานหมิ่นประมาทเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่า

<sup>158</sup> Penal Code of Belgium, Article 453 bis.

In the cases provided for in this chapter, the minimum correctional penalties brought by these items can be doubled when the offense is mobile hatred, contempt or hostility toward a person because of his alleged race, color, ancestry, national origin or ethnic origin, nationality, sex sexual orientation, state civilian, his birth, his age, his fortune, his religious or philosophical belief, state of current or future health, disability, language, political conviction of his [1 his conviction union,] 1 a physical or genetic characteristic or social origin

## บทที่ 4

### วิเคราะห์เปรียบเทียบการกำหนดเหตุการณ์ และแนวทางที่เหมาะสม ในความผิดฐานหมิ่นประมาท

เบื้องต้นผู้เขียนจะวิเคราะห์ถึง 1) ปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติความผิดฐานหมิ่นประมาทและเหตุการณ์ตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน 2) วิเคราะห์เปรียบเทียบการกำหนดเหตุการณ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ 3) วิเคราะห์ปัจจัยในการกำหนดเหตุการณ์ 4) วิเคราะห์ข้อความคิดและเหตุผลสนับสนุนในการกำหนดให้เป็นเหตุการณ์และ 5) วิเคราะห์การกำหนดให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน

#### 4.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติความผิดฐานหมิ่นประมาทและเหตุการณ์ตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน

ตามประมวลกฎหมายอาญานั้น ได้บัญญัติเหตุการณ์ไว้เพียงกรณีเดียว คือ ความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา<sup>159</sup> ซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นจากความผิดฐานหมิ่นประมาทตามบทความผิดพื้นฐาน เนื่องจากเป็นการหมิ่นประมาทที่กระทำลงโดยวิธีการที่ทำให้ผู้ถูกกระทำได้รับความเสียหายมากยิ่งขึ้น กฎหมายจึงระวางโทษหนักขึ้น<sup>160</sup> กล่าวคือ การหมิ่นประมาทด้วยวิธีการโฆษณานั้นเป็นวิธีการกระทำความผิดที่มีลักษณะฉ้อโกง ทำให้สารหรือข้อความที่หมิ่นประมาทเผยแพร่ไปสู่สาธารณชนในลักษณะเป็นวงกว้าง มีบุคคลที่เป็นผู้รับสารมากขึ้น จึงอาจทำให้ผู้ถูกกระทำ เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง หรือเสื่อมเสียเกียรติมากยิ่งขึ้นกว่าการหมิ่นประมาทในลักษณะทั่วไป กฎหมายจึงมุ่งประสงค์จะลงโทษพฤติการณ์ความร้ายแรงดังกล่าว ทั้งนี้เป็นการกำหนดเหตุการณ์โดยคำนึงถึงลักษณะหรือวิธีการในการกระทำอันเป็นปัจจัยในด้านการกระทำความผิด

และจากการศึกษาพบว่าเหตุการณ์ในความผิดฐาน หมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญานั้น ได้มีการบัญญัติไว้แค่เพียงกรณีเดียวตั้งแต่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน<sup>161</sup> และมีการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสิ้นเพียงสองครั้ง ได้แก่

<sup>159</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 328

ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำการโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษรกระทำการโดยการกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท

<sup>160</sup> คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 83) 254.

<sup>161</sup> พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499



(1) การแก้ไขเพิ่มเติมตามคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 41 (พ.ศ. 2519)<sup>162</sup>

โดยเป็นการแก้ไขอัตราโทษและเพิ่มเติมองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาให้มีขอบเขตที่กว้างขึ้นเพียงเล็กน้อย โดยมีเหตุผลในการแก้ไขเนื่องจากอัตราโทษที่กำหนดไว้ตามกฎหมายนั้นไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบันจึงสมควรแก้ไขอัตราโทษให้สูงขึ้นจากเดิมที่มีโทษ “จำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” เป็น “จำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” และ

(2) การแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2535<sup>163</sup>

ซึ่งเป็นการแก้ไขครั้งล่าสุดและบังคับใช้จนถึงปัจจุบัน โดยให้เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ “ด้วยปรากฏว่า ในปัจจุบันมีผู้กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทมากขึ้น ขณะเดียวกัน บทบัญญัติเกี่ยวกับอัตราโทษที่ใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ จึงทำให้ผู้กระทำความผิดดังกล่าวไม่เกรงกลัว สมควรแก้ไขเพิ่มเติมอัตราโทษให้สูงขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้” การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนี้นั้นได้มีการเพิ่มอัตราโทษให้สูงขึ้นเป็นจำคุกไม่เกินสองปีและปรับไม่เกินสองแสนบาท

จากการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสองครั้งดังกล่าวนี้ย่อมสะท้อนให้เห็นได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัตินั้นได้ตระหนักรู้ ถึงปัญหาของการหมิ่นประมาท ที่เปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ แต่ทางแก้ของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นคือการเพิ่มเพียงอัตราโทษตามกฎหมายให้สูงขึ้นเพื่อข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิดเท่านั้น แต่สารัตถะใจความสำคัญนั้นยังคงลักษณะเดิมนับแต่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พุทธศักราช 2500 โดยไม่ได้เปลี่ยนแปลงลักษณะขององค์ประกอบความผิดหรือเพิ่มเติมเหตุฉกรรจ์ให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพการณ์แห่งการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทที่มีการเคลื่อนที่เปลี่ยนแปลงตลอดเวลาแต่อย่างใด กล่าวคือ ในปัจจุบันนั้นมีการกระทำการหมิ่นประมาทในมีพฤติการณ์ความร้ายแรงมากขึ้น ตัวอย่างประการ

<sup>162</sup> คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 41, ข้อ 8.

ให้ยกเลิกความในมาตรา 328 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 328 ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏด้วยวิธีใด แผ่นเสียงหรือสิ่งบันทึกเสียงอย่างอื่น กระทำโดยการกระจายเสียง หรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่นใด ผู้กระทำความผิดระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

<sup>163</sup> พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2535, มาตรา 4.

ให้ยกเลิกความในมาตรา 328 แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 41 ลงวันที่ 21 ตุลาคม พ.ศ. 2519 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 328 ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษรกระทำการกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำความผิดระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”

สำคัญคือ การหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิธีทางเพศ หรือความพิการของผู้ถูกระทำ

การกระทำความผิดในกรณีข้างต้นนั้น หมายความว่า การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทหรือความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา ที่ผู้กระทำได้กระทำความผิดลง โดยมีเจตนาพิเศษ (Specific Intent) กล่าวคือ มีมูลเหตุชักจูงใจ (Motive)<sup>164</sup> แห่งการกระทำมาจากรเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิธีทางเพศหรือความพิการ อย่างใดอย่างหนึ่งของผู้เสียหาย

ซึ่งผลของการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวนี้ นอกจากจะทำให้ผู้เสียหาย อาจเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชังแล้ว ยังมีความแตกต่างกับการหมิ่นประมาทในกรณีทั่วไปอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งผู้เขียนจะอธิบายโดยละเอียดในข้อต่อ ๆ ไป แต่โดยภาพรวมแล้ว มีลักษณะดังนี้

(1) ถือเป็น การเลือกปฏิบัติ<sup>165</sup> ด้วยค่าและลดทอนความเป็นมนุษย์ของผู้ถูกหมิ่นประมาท ซึ่งขัดแย้งและเป็นปฏิปักษ์กับหลักความเสมอภาค ความเท่าเทียมและหลักสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นคุณค่าขั้นพื้นฐานที่สังคมและกฎหมายในยุคปัจจุบันนั้นตระหนักรู้ และประสงค์จะคุ้มครอง

(2) ก่อให้เกิดผลเสียหายมากกว่าการหมิ่นประมาทในกรณีปกติธรรมดาเนื่องจาก การหมิ่นประมาทด้วยเหตุดังกล่าวนี้อาจส่งผลกระทบต่อผู้ถูกระทำในรูปแบบความเจ็บปวดทางจิตใจอย่างรุนแรงและยาวนาน เนื่องจากก่อให้เกิดความรู้สึกถูกแบ่งแยกหรือ ถูกปฏิเสธจากสังคมและรู้สึกถูกทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(3) เรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิธีทางเพศและความพิการนั้น เป็นข้อเท็จจริงที่มีความละเอียดอ่อนและเป็นประเด็นที่อ่อนไหวของสังคม การหมิ่นประมาทด้วยสาเหตุดังกล่าวต่อบุคคล ๆ หนึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อไปถึงกลุ่มบุคคลที่มี อัตลักษณ์อย่างเดียวกัน อันเป็นเหตุให้นำมาซึ่งความโกรธเคือง เกลียดชัง และนำไปสู่อาชญากรรมตอบโต้และเป็นประตู่สู่ความรุนแรงและความไม่สงบเรียบร้อยของสังคมและประชาชนโดยรวมได้

<sup>164</sup> “เป็นเหตุจูงใจที่เป็นข้อเท็จจริงอันได้เกิดขึ้นแล้วในขณะที่กระทำความผิด ข้อเท็จจริงนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำตกลงใจกระทำความผิด (motif determinant) คือ กระทำความผิดเพราะอะไร. . .”

อ้างอิง จิตติ ดิงศภัทย์, *กฎหมายอาญา ภาค 1*, เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ และ สมชาย พงษ์พัฒนาศิลป์ ผู้ปรับปรุง (พิมพ์ครั้งที่ 11, เนติบัณฑิตยสภา 2555) 264.

<sup>165</sup> ความเห็นทั่วไป (General Comment) ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเห็นว่า การเลือกปฏิบัติ หมายถึง “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน การกีดกัน การหน่วงเหนี่ยวหรือการละเอียงซึ่งมีพื้นฐานมาจากเรื่องเพศ ผิว เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่น ๆ สัญชาติหรือที่มาในสังคม ความยากดมีจน สถานะของแหล่งกำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือมีผลกระทบหรือทำให้สูญเสียไปหรือทำให้การยอมรับต้องเสื่อมเสียไป การแสวงสิทธิหรือการใช้สิทธิโดยบุคคลทุกคนบนจุดยืนที่เสมอภาคกันซึ่งสิทธิและเสรีภาพทั้งหมด”

อ้างอิง กุลพล พลวัน, ‘การเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ’(ตุลาคม 2546-มีนาคม 2547) 2 วารสารผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา, 14-15.

(4) เป็นการกระทำความผิดที่ผู้กระทำมิได้มีเพียงเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลให้ผู้กระทำเสียหายเสียหาย ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชังเพียงอย่างเดียว หากแต่ผู้กระทำความผิดมีเจตพิเศษ กล่าวคือ มุ่งเหตุชักจูงใจให้กระทำความผิด ซึ่งสะท้อนถึงจิตใจที่ชั่วร้ายของผู้กระทำมากกว่าการหมิ่นประมาทในกรณีทั่วไป

เห็นได้ว่าการหมิ่นประมาทในกรณีข้างต้นนั้นมีสภาพที่ร้ายแรงและผู้กระทำมีจิตใจที่ชั่วร้ายกว่าการหมิ่นประมาทในกรณีทั่วไป แต่ด้วยเหตุที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติให้การหมิ่นประมาทในกรณีดังกล่าวเป็นเหตุฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นไว้เป็นการพิเศษ ทำให้เมื่อมีการกระทำความผิดเช่นว่านี้เกิดขึ้น ศาลสามารถลงโทษได้เฉพาะแต่เพียงความผิดฐานหมิ่นประมาทตามบทความผิดพื้นฐานหรือความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาเท่านั้น ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับพฤติการณ์ความเลวร้ายของการกระทำแล้วถือว่ามิมีบทลงโทษที่เบาเกินไป ไม่สอดคล้องกับแนวคิดในการกำหนดโทษในทางอาญาในเรื่องการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิด

กล่าวโดยสรุปคือ เหตุฉกรรจ์ที่มีอยู่นั้นไม่ทันสมัย มีข้อจำกัดและไม่เพียงพอที่จะตอบสนองต่อหน้าที่ของกฎหมายอาญา ในการแสดงออกในการที่จ้กคุ้มครองคุณค่าที่จำเป็นของสังคมที่พึงสงวนรักษาไว้และหน้าที่ในการปกป้องซึ่งความปลอดภัยให้กับสังคม<sup>166</sup> และไม่สามารถลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวได้อย่างเหมาะสมและไม่ได้สัดส่วนกับพฤติการณ์ความร้ายแรงของการกระทำความผิดและความชั่วร้ายของผู้กระทำความผิด

#### 4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงบทความผิดพื้นฐานและเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศสและประเทศเบลเยียม เพื่อให้ทราบถึงข้อเหมือน ข้อคล้ายคลึง ข้อแตกต่าง ซึ่งจะก่อให้เกิดความเข้าใจถึงข้อเด่นและข้อด้อยของหลักกฎหมายไทย ทั้งนี้ เพื่อใช้เป็นแนวทางหนึ่งในการพิจารณาและปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาไทยต่อไป อันมีรายละเอียดดังนี้

##### 1. ประเทศฝรั่งเศส

ความผิดฐานหมิ่นประมาทและเหตุฉกรรจ์นั้นได้บัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติที่มีโทษทางอาญาฉบับลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ. 1881 ว่าด้วยเสรีภาพของสื่อมวลชน (La loi du 29 juillet 1881 sur la liberte de la presse / Law on the Freedom of the Press of 29 July 1881) ซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายหลักที่คุ้มครองเกียรติและชื่อเสียงของบุคคล

<sup>166</sup> ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถ 48) 32-33.

โดยความผิดฐานหมิ่นประมาทอันเป็นความผิดพื้นฐานนั้นได้บัญญัติจำกัดความไว้ในมาตรา 29<sup>167</sup> โดยการหมิ่นประมาทนั้น หมายถึง “การกล่าวหาหรือการใส่ความเกี่ยวกับการกระทำใด ๆ ที่บ่อนทำลายเกียรติหรือความเคารพของผู้อื่นหรือผู้ตาย” ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) การกล่าวหาอันจะต้องมีลักษณะเป็นการยืนยันข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ไม่ใช่เป็นเพียงแค่อัปเดตเห็นหรือข้อโต้แย้ง

เปรียบเทียบ

หลักเกณฑ์ข้อนี้ของกฎหมายประเทศฝรั่งเศสนั้นคล้ายคลึงกับความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายไทย ซึ่งตามแนวคำพิพากษาฎีกาของศาลไทยวางหลักไว้ว่า “การที่จะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้น จะต้องเป็นการใส่ความผู้อื่นโดยยืนยันข้อเท็จจริงที่ใส่ความ”<sup>168</sup> และข้อคิดเห็นที่มีลักษณะเป็นการคาดคะเนนั้นไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท<sup>169</sup>

(2) ข้อกล่าวหาอันต้องมุ่งตรงไปที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ โดยไม่จำต้องระบุชื่อบุคคลผู้ถูกหมิ่นประมาท หากข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะทราบได้ว่าหมายถึงบุคคลใดก็เป็นการหมิ่นประมาทได้ ทั้งนี้ นิติบุคคลสามารถเป็นผู้ถูกหมิ่นประมาทได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา

เปรียบเทียบ

หลักเกณฑ์ข้อนี้ก็มีลักษณะที่เหมือนกับความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายไทย ซึ่งตามแนวคำพิพากษาฎีกาวางหลักว่า นิติบุคคลสามารถตกเป็นผู้ถูกหมิ่นประมาทได้<sup>170</sup> และหลักเกณฑ์การใส่ความผู้อื่นนั้น “จะต้องได้ความว่าการใส่ความดังกล่าวได้ระบุถึงตัวบุคคลผู้ถูกใส่ความเป็นการยืนยันรู้ได้แน่นอนว่าบุคคลที่ถูกใส่ความเป็นใคร หรือหากไม่ระบุถึงผู้ที่ถูกใส่ความโดยตรง การใส่ความนั้นต้องได้ความว่าหมายถึงบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ”<sup>171</sup>

(3) ข้อกล่าวหาต้องเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่กระทบต่อเกียรติหรือความนับถือของบุคคลที่ถูกกล่าวหา

เปรียบเทียบ

หลักเกณฑ์ข้อนี้คล้ายคลึงกับคำว่า “โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียงถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง”<sup>172</sup> ซึ่งการใส่ความหรือถ้อยคำที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียงนั้นย่อมเป็นการข้อเท็จจริงที่กระทบต่อเกียรติหรือความนับถือของผู้ที่ถูกกล่าวหาอยู่ในตัว

<sup>167</sup> Law on the Freedom of the Press of 29 July 1881, Article. 29.

<sup>168</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2180/2531

<sup>169</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1734/2503

<sup>170</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1068/2537

<sup>171</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 5276/2562

<sup>172</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 326.

(4) ข้อกล่าวหาจะต้องกระทำโดยไม่สุจริต (Bad Faith)

เปรียบเทียบ

ตามนัยของหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น การกล่าวหาหรือใส่ความที่กระทำลงด้วยความสุจริตนั้นย่อมไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท ซึ่งความข้อนี้ไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงในความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายไทย แต่มีลักษณะคล้ายคลึงกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 ที่กำหนดให้การแสดงความคิดเห็นหรือแสดงข้อความใดที่กระทำลงด้วยความสุจริตและได้กระทำ “เพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม” หรือ “ในฐานะเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติการตามหน้าที่” หรือ “ติชมด้วยความเป็นธรรมซึ่งบุคคลหรือสิ่งใดอันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ” หรือ “ในการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรมเรื่องการดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือในการประชุม” ผู้นั้นไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาทอันเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายยกเว้นความผิด

(5) ข้อกล่าวหาต้องเปิดเผยต่อสาธารณะ อาจเป็นในรูปแบบหนังสือพิมพ์ โปสเตอร์ ทีวีรวมตลอดทั้งบนสื่อสังคมออนไลน์ที่สาธารณะชนสามารถเข้าถึงได้โดยไม่ได้จำกัดให้เฉพาะคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ

เปรียบเทียบ

หลักเกณฑ์ข้อนี้ก็มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายไทยในส่วนที่การหมิ่นประมาทตามกฎหมายไทยนั้นไม่จำกัดวิธีในการหมิ่นประมาท ดังนั้นการใส่ความที่กระทำลงในรูปแบบหนังสือพิมพ์ โปสเตอร์ ทีวีหรือในสื่อสังคมออนไลน์จึงเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทได้เช่นกัน

แต่มีแตกต่างกันในส่วนของความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 นั้น ไม่จำเป็นต้องเปิดเผยต่อสาธารณะ เพียงแค่กระทำต่อบุคคลที่สาม ซึ่งหมายถึงบุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่ผู้หมิ่นประมาทและ ผู้ถูกหมิ่นประมาทกรณียอมเป็นความผิดแล้ว แต่หากการหมิ่นประมาทนั้นได้เปิดเผยต่อสาธารณะกรณีถือเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 328 ซึ่งเป็นเหตุจรรยาของความผิดฐานหมิ่นประมาท

สำหรับเหตุจรรยาในความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้นกฎหมายประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้ด้วยกัน 3 กรณี ได้แก่

(1) การหมิ่นประมาทองค์กรศาล กองทัพ หรือหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นเพื่อบริหารราชการแผ่นดิน<sup>173</sup>

(2) การหมิ่นประมาท รัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งหรือหลายคน สมาชิกรัฐสภาคนใดคนหนึ่งคนหรือหลายคน เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ถือหรือใช้อำนาจสาธารณะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศาสนาที่ได้รับค่าตอบแทนจากรัฐ พลเมืองที่ได้รับมอบหมายให้บริการหรือทำการสาธารณะไม่ว่าเป็นการชั่วคราวหรือถาวร ด้วยเหตุที่กระทำการตามหน้าที่หรือตำแหน่งของบุคคลดังกล่าวและคณะลูกขุนหรือพยานเนื่องจากการให้การตามหน้าที่หรือตำแหน่งของเขา<sup>174</sup>

<sup>173</sup> Law on the Freedom of the Press of 29 July 1881, Article. 30.

<sup>174</sup> Law on the Freedom of the Press of 29 July 1881, Article. 31.

(3) การหมิ่นประมาทบุคคลเนื่องจากสาเหตุทาง เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ สีผิวหรือศาสนา เพศ รสนิยมทางเพศ หรือความพิการทางร่างกายของผู้ถูกรกระทำ<sup>175</sup>

เนื่องด้วยบริบทสังคมประเทศฝรั่งเศสนั้นมีเหตุการณ์ความรุนแรงที่มีสาเหตุมาจากเลือกปฏิบัติมา อย่างช้านาน ด้วยเหตุจากประวัติศาสตร์และการอพยพจากประเทศอาณานิคมทำให้พลเมืองชาวฝรั่งเศส นั้น ประกอบไปด้วยประชากรที่แตกต่างหลากหลายทางเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว เช่น ชาวเคลต์สลาฟ แอฟริกาเหนือ อินโดจีน ชนกลุ่มน้อยบาสก์ ลาติน ส่วนอาณาเขตโพ้นทะเลของฝรั่งเศสเป็นคนผิวดำ ผิวขาวและลูกครึ่งระหว่าง ผิวขาวกับผิวดำ (Mulatto) อินเดีย จีน อีกทั้งประชากรชาวฝรั่งเศสยังมีความแตกต่างหลากหลายทางศาสนา รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสให้เสรีภาพการนับถือศาสนาและไม่กำหนดศาสนาประจำชาติ โดยศาสนา ภายในประเทศนั้น อาจแบ่งได้เป็น ศาสนาคริสต์ อิสลาม พุทธ ยูดาห์ ศาสนาอื่น ๆ รวมถึงไม่นับถือศาสนา ทั้งนี้ ประเทศฝรั่งเศสถือเป็นประเทศที่มีประชากรมุสลิมมากที่สุดในยุโรป<sup>176</sup>

อีกทั้งประเทศฝรั่งเศสยังถือเป็นประเทศแม่แบบทางประชาธิปไตยประเทศหนึ่งที่มีแนวความคิด พื้นฐานในการเชิดชู เสรีภาพ ความเสมอภาคและภราดรภาพ (Liberté, Égalité, Fraternité) ดังที่บัญญัติให้ เป็นคำขวัญประจำชาติ ตามที่ได้ปรากฏในมาตรา 2 วรรคสี่ แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ.1958<sup>177</sup> ซึ่งเป็น ฉบับที่ใช้บังคับในปัจจุบัน คนพิการและกลุ่มคนหลากหลายทางเพศจึงมีเกียรติและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ เท่าเทียมและได้รับการคุ้มครองเช่นบุคคลคนทั่วไป การกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติจึงถือเป็นเรื่อง ร้ายแรงและละเอียดอ่อนซึ่งอาจนำมาซึ่งความรุนแรงหรือความไม่สงบเรียบร้อยของสังคมได้ ทั้งยังเป็นเรื่องที่ไม่ ยอมรับในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งได้ปรากฏเป็นข่าวตามหน้าหนังสือพิมพ์หรือในสื่อสังคมออนไลน์หลายครั้ง เกี่ยวกับการรณรงค์ต่อต้านการกระทำดังกล่าว เช่น การชุมนุมประท้วงเกี่ยวกับการเหยียดสีผิว<sup>178</sup> หรือการกดขี่ ทางเชื้อชาติ<sup>179</sup>

กฎหมายประเทศฝรั่งเศสจึงให้ความสำคัญกับประเด็นดังกล่าว โดยการกำหนดให้การ หมิ่นประมาทบุคคลโดยมีมูลเหตุขั้กจูงใจมาจากสาเหตุทาง เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ สีผิวหรือศาสนา เพศ รสนิยมทางเพศ หรือความพิการทางร่างกายของผู้เสียหายนั้นเป็นเหตุจูงใจอันทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษ หนักขึ้นกว่าการหมิ่นประมาทตามบทความผิดพื้นฐาน

<sup>175</sup> Law on the Freedom of the Press of 29 July 1881, Article. 32.

<sup>176</sup> สำนักข่าวกรองแห่งชาติ, 'สาธารณรัฐฝรั่งเศส (French Republic)' <<https://www.nia.go.th/media/almanac/>> สืบค้นเมื่อ 8 เมษายน 2567.

<sup>177</sup> Constitution of October 4 1958, Article 2.

The maxim of the Republic shall be "Liberty, Equality, Fraternity".

<sup>178</sup> ไทยรัฐออนไลน์, 'ฝรั่งเศสยังเดือด กรุงปารีสเดินหน้าประท้วงต้านเหยียดสีผิว' (ไทยรัฐออนไลน์, 23 มิถุนายน 2563) <<https://www.thairath.co.th/news/foreign/1873364>> สืบค้นเมื่อ 13 พฤษภาคม 2567.

<sup>179</sup> คุณิตา สิงห์บุตร และกัลยาณี ชิวะพานิช, 'เปิดปมประท้วงฝรั่งเศส ชนวนระเบิดความอัดอั้นของการกดขี่ทาง เชื้อชาติ' (สำนักข่าวอินโฟเควสท์ (IQ), 5 กรกฎาคม 2566) <<https://www.ryt9.com/s/iq41/3434625>> สืบค้นเมื่อ 13 พฤษภาคม 2567.

องค์ประกอบความผิดของความผิดฐานนี้นั้นเบื้องต้นต้องเป็นการหมิ่นประมาทตามมาตรา 29 กล่าวคือ เป็นการกล่าวหาหรือการใส่ความเกี่ยวกับการกระทำใด ๆ ที่บ่อนทำลายเกียรติหรือความเคารพของผู้อื่นหรือผู้ตาย ประกอบกับการหมิ่นประมาทนั้นได้กระทำโดยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 23 ซึ่งมีสาระสำคัญคือต้องกระทำโดยการโฆษณาในลักษณะที่เผยแพร่ต่อสาธารณชน และประการสุดท้ายคือการหมิ่นประมาทดังกล่าวได้กระทำลงโดยมีเจตนาพิเศษ (Specific Intent) กล่าวคือ มีมูลเหตุชักจูงใจมาจากสาเหตุทาง เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ สีผิวหรือศาสนา เพศ รสนิยมทางเพศหรือความพิการทางร่างกายของผู้เสียหาย

สำหรับประเทศไทยนั้นก็มีบริบททางสังคมหลายประการที่คล้ายคลึงกับประเทศฝรั่งเศส เป็นต้นว่า ปกครองในระบอบประชาธิปไตยเช่นเดียวกัน และประชากรที่อาศัยในประเทศไทยนั้น ก็มีความหลากหลายทาง เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ศาสนา ทั้งยังมีกลุ่มคนพิการและคนหลากหลายทางเพศจำนวนมาก แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศไทยนั้นไม่ได้บัญญัติเหตุฉกรรจ์ในลักษณะ เหมือนเช่นประเทศฝรั่งเศส ทำให้เมื่อมีการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้น จึงมีความรับผิดชอบเพียงความผิดฐานหมิ่นประมาทหรือความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาเท่านั้น

## 2. ประเทศเบลเยียม

ประเทศเบลเยียมนั้นได้บัญญัติความผิดฐานหมิ่นประมาทอันเป็นบทความผิดพื้นฐาน ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเบลเยียม มาตรา 443<sup>180</sup> ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) กล่าวอ้างข้อเท็จจริงใด ๆ ที่เฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง

(2) ข้อเท็จจริงนั้นอาจจะทำให้เกียรติของบุคคลนั้นเสื่อมเสียหรืออาจทำให้บุคคลนั้นถูก ดูหมิ่นจากสาธารณชน

(3) ข้อเท็จจริงนั้นไม่มีหลักฐานทางกฎหมายหรือไม่ได้รับการยอมรับให้พิสูจน์ด้วยพยานหลักฐานตามกฎหมาย

(4) ได้กระทำลงโดยการโฆษณา

(5) เจตนา

### เปรียบเทียบ

ข้อคล้ายคลึง คือ ความผิดฐานหมิ่นประมาทของกฎหมายไทยและเบลเยียมนั้นเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผลเหมือนกันกล่าวคือ การใส่ความนั้นไม่จำเป็นต้องทำให้เกียรติหรือชื่อเสียงของ ผู้ถูกหมิ่นประมาทได้รับความเสียหายหรือเสื่อมเสีย เพียงแต่การใส่ความนั้นโดยประการแล้วน่าจะหรืออาจจะทำให้ผู้เสียหายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังก็เป็นความผิดแล้ว ซึ่งเป็นพฤติกรรมประกอบการกระทำ โดยพิจารณาจากการรับรู้ถึงอารมณ์ความรู้สึกและความเข้าใจในถ้อยคำหรือข้อความนั้นของวิญญูชนทั่ว ๆ ไปเป็นเกณฑ์<sup>181</sup>

<sup>180</sup> Penal Code of Belgium, Article 443.

<sup>181</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3167/2545

และการหมิ่นประมาทตามกฎหมายเบลเยียมนั้นต้องเป็นการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงใด ๆ ที่เฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ซึ่งมีสาระสำคัญคือ ต้องเป็นการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงที่มีลักษณะชัดเจน สามารถอธิบายความหมายได้แน่นอนซึ่งเป็นเรื่องที่สามารถพิสูจน์ความจริงเท็จได้ ไม่ใช่เรื่องที่พันวิสัยแห่งความเป็นไปได้และข้อเท็จจริงดังกล่าวต้องมุ่งหมายโดยตรงต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะซึ่งหมายถึงผู้ถูกหมิ่นประมาทต้องเป็นบุคคลตามกฎหมาย ซึ่งรวมทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลด้วย แต่ไม่จำกัดถึงขนาดระบุชื่อโดยตรง หากแต่เพียงรู้ได้ว่าหมายถึงใครก็เป็นความผิดตามมาตรา<sup>182</sup> ซึ่งในส่วนนี้นั้นคล้ายคลึงกับกฎหมายไทยที่ว่า การใส่ความอันเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้นต้องเป็นข้อเท็จจริงที่แน่นอนฟังแล้วเป็นที่เข้าใจได้ว่าหมายถึงอะไร<sup>182</sup> และไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทถ้าเป็นการใส่ความในข้อเท็จจริงที่คลุมเครือ<sup>183</sup> เลือนลอย<sup>184</sup> หรือในเรื่องที่เป็นไปไม่ได้<sup>185</sup> และในเรื่องการใส่ความผู้อื่นนั้นศาลฎีกาเคยมีคำพิพากษาวางหลักว่า “จะต้องได้ความว่าการใส่ความดังกล่าวได้ระบุถึงตัวบุคคลผู้ถูกใส่ความเป็นการยืนยันรู้ได้แน่นอนว่าบุคคลที่ถูกใส่ความเป็นใคร หรือหากไม่ระบุถึงผู้ที่ถูกใส่ความโดยตรง การใส่ความนั้นต้องได้ความว่าหมายถึงบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ”<sup>186</sup> ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้<sup>187</sup>

และองค์ประกอบภายในของความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายเบลเยียมและกฎหมายไทยนั้นต้องเป็นการกระทำความผิดโดยเจตนาเหมือนกัน

ข้อแตกต่าง คือ ความผิดฐานหมิ่นประมาทอันเป็นบทความผิดพื้นฐานตามกฎหมายไทยต้องกระทำการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม ซึ่งหมายถึง บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้หมิ่นประมาทและผู้ถูกหมิ่นประมาทโดยไม่จำกัดถึงกับกระทำโดยการโฆษณาในลักษณะที่เผยแพร่ต่อสาธารณชน แต่อย่างไร ถ้าการหมิ่นประมาทนั้นได้กระทำโดยการโฆษณา ถือเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 328 ซึ่งเป็นเหตุจรรยาอันทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการหมิ่นประมาทธรรมดา แต่ความผิดฐานหมิ่นประมาทอันเป็นบทความผิดพื้นฐานของกฎหมายเบลเยียมนั้นต้องกระทำลงโดยการโฆษณาตามมาตรา 444<sup>188</sup> หากไม่ได้กระทำโดยการโฆษณาเพียงแต่กระทำต่อบุคคลที่สาม กรณีไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาทแต่เป็นความผิดฐานดูหมิ่น (Insult) เท่านั้น<sup>189</sup>

อีกทั้งองค์ประกอบที่ว่าความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายเบลเยียมนั้นต้องไม่มีหลักฐานทางกฎหมายหรือไม่ได้รับการยอมรับให้พิสูจน์ด้วยพยานหลักฐานตามกฎหมายนั้นไม่ได้บัญญัติไว้เป็นองค์ประกอบความผิดในกฎหมายไทยแต่อย่างไร

<sup>182</sup> หม่อมหลวงไกรฤกษ์ เกษมสันต์ (เชิงอรรถ 93) 130.

<sup>183</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 4425/2545

<sup>184</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 426-427/2520

<sup>185</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 3073/2565

<sup>186</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 5276/2562

<sup>187</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1068/2537

<sup>188</sup> Penal Code of Belgium, Article 444.

<sup>189</sup> Peter Ruck and Harvey Starte , Libel and Slander, 5th (London : Butterworths, 1997) p. 346.



สำหรับเหตุการณ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้น กฎหมายประเทศเบลเยียม ได้บัญญัติไว้ในลักษณะที่คล้ายคลึงกับกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส โดยประมวลกฎหมายอาญาเบลเยียมนั้นได้บัญญัติเหตุการณ์ไว้เพียงกรณีเดียว ได้แก่ มาตรา 453 bis<sup>190</sup> ซึ่งบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการหมิ่นประมาททั่วไป โดยบทลงโทษขั้นต่ำในความผิดฐานหมิ่นประมาทสามารถเพิ่มขึ้นเป็นสองเท่าได้ ถ้าการหมิ่นประมาทนั้นกระทำโดยมีเจตนาพิเศษ (Specific Intent) กล่าวคือ มีมูลเหตุชกใจ (Motive / Mobile) จากความเกลียดชัง การดูถูก หรือความเป็นปรปักษ์ต่อบุคคล เนื่องจากสัญชาติ เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ชาติกำเนิด ถิ่นกำเนิด สีผิว ภาษา บรรพบุรุษ ความเชื่อทางศาสนาหรือปรัชญา โชคชะตา ความเป็นพลเรือนของรัฐ อุดมการณ์ทางการเมือง ลักษณะทางกายภาพหรือทางพันธุกรรมหรือที่มาในสังคม เพศ รสนิยมทางเพศ อายุ ความพิการ สุขภาพในปัจจุบันหรืออนาคตของผู้เสียหาย ซึ่งประเทศไทยมิได้บัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นเหตุจรรยาอันจะทำให้ผู้กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทต้องรับโทษหนักขึ้นไว้เป็นการเฉพาะเหมือนกับประเทศเบลเยียม ดังนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้น จึงมีความรับผิดชอบเพียงความผิดฐานหมิ่นประมาทหรือความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาเท่านั้น

#### 4.3 วิเคราะห์ปัจจัยในการกำหนดเหตุจรรยา

ดังที่กล่าวมาแล้วนั้น เหตุจรรยาตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญานั้นได้กำหนดไว้เพียงกรณีเดียวคือการหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาตั้งแต่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน ทำให้ไม่เหมาะสมและไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองคุณค่าพื้นฐานของสังคม ในปัจจุบัน ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้การหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศหรือความพิการของผู้ถูกระทำ เป็นเหตุจรรยาโดยครอบคลุมทั้งการหมิ่นประมาทตามบทความผิดพื้นฐานและการหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาเพื่อให้เกิดความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ โดยมีเหตุปัจจัยดังนี้

4.3.1 กรณีการหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากการเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิดของผู้ถูกระทำ

##### (1) ความหมายของเชื้อชาติ ชาติพันธุ์และถิ่นกำเนิด

เนื่องจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์และถิ่นกำเนิดนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดและมีส่วนที่ซ้อนทับกัน ผู้เขียนจึงขอจัดหมวดหมู่และอธิบายไว้ในหัวข้อเดียวกัน ซึ่งจากการศึกษาพบว่าประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่น ๆ ภายในประเทศ รวมทั้งอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination – CERD) ที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีนั้น ไม่ได้ให้คำจำกัดความหรือนิยามความหมายคำว่า “เชื้อชาติ” “ชาติพันธุ์” และ “ถิ่นกำเนิด” เอาไว้โดยเฉพาะ ทั้งศาลฎีกาก็มีเคยมีคำพิพากษาที่แสดงถึงความหมายไว้แต่อย่างใด ดังนั้นจึงต้องพิจารณาและทำความเข้าใจจากความหมายทั่วไป อันมีรายละเอียดดังนี้

<sup>190</sup> Penal Code of Belgium, Article 453 bis.

### (1.1) เชื้อชาติ

เชื้อชาติ ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หมายถึง “ผู้ที่ร่วมเผ่าพันธุ์เดียวกัน”<sup>191</sup>

เชื้อชาติ (race) ตามสารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนฯ หมายถึง “ลักษณะทางชีวภาพของคน ซึ่งเห็นได้อย่างชัดเจนจากลักษณะรูปร่าง สีสันผิว เส้นผม และตา. . .”<sup>192</sup>

อุทัย หิรัญโต ให้ความหมายว่า เชื้อชาติ หมายถึง “ประชากรกลุ่มใหญ่ซึ่งมีความใกล้ชิดกันทางชีววิทยา มีรูปร่างภายนอกคล้ายคลึงกัน และได้รับการศึกษาลักษณะเช่นนี้จากชั่วอายุหนึ่งไปจนถึงชั่วอายุถัดไปอยู่เสมอ เป็นปกติ. . .”<sup>193</sup>

### (1.2) ชาติพันธุ์

ชาติพันธุ์ ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หมายถึง “กลุ่มที่มีพันธะเกี่ยวข้องกัน และที่แสดงเอกลักษณ์ออกมา โดยการผูกพันลักษณะการของเชื้อชาติและสัญชาติเข้าด้วยกัน”<sup>194</sup>

ชาติพันธุ์ หมายถึง “กลุ่มคนที่อยู่ในประเทศใดประเทศหนึ่ง และมีวัฒนธรรมร่วมกัน มีขนบธรรมเนียมประเพณีและภาษาพูดเดียวกัน ทั้งมีความเชื่อว่าสืบเชื้อสายมาจากบรรพบุรุษเดียวกัน. กลุ่มชาติพันธุ์ใช้หมายรวมทั้งชนที่เป็นกลุ่มใหญ่และชนที่เป็นกลุ่มน้อย. ในประเทศไทย คนไทยเป็นกลุ่มชาติพันธุ์ที่ใหญ่ที่สุด นอกจากนั้นยังมีกลุ่มชาติพันธุ์ต่าง ๆ อีกจำนวนมาก เช่น กลุ่มชาติพันธุ์จีน กลุ่มชาติพันธุ์มอญ กลุ่มชาติพันธุ์เขมร กลุ่มชาติพันธุ์กะเหรี่ยง กลุ่มชาติพันธุ์ชาวกู. . .”<sup>195</sup>

ศาสตราจารย์กิตติคุณ อมรา พงศาพิชญ์ ให้ความหมายว่าชาติพันธุ์ คือ “กลุ่มคนที่มีจุดกำเนิดของบรรพบุรุษร่วมกัน มีขนบธรรมเนียมประเพณีเป็นแบบแผนเดียวกัน รวมถึงมีเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมเชื้อชาติและสัญชาติสอดคล้องกัน. . .”<sup>196</sup>

<sup>191</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554.

<sup>192</sup> สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนฯ, ‘ความหมายของชาติพันธุ์’

<<https://www.saranukromthai.or.th/sub/book/book.php?book=23&chap=5&page=t23-5-infodetail01.html>> สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2567.

<sup>193</sup> อุทัย หิรัญโต, *สังคมวิทยาประยุกต์* (สำนักพิมพ์โอเดียนสโตร์ 2519) 189.

<sup>194</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554.

<sup>195</sup> สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, ‘ชาติพันธุ์’ <<http://legacy.orst.go.th/?knowledges>> สืบค้นเมื่อ 16 พฤษภาคม 2567.

<sup>196</sup> อมรา พงศาพิชญ์, *วัฒนธรรม ศาสนา และชาติพันธุ์: วิเคราะห์สังคมไทยแนวมานุษยวิทยา* (สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2537) 157.

โดยกลุ่มชาติพันธุ์ในไทยที่เป็นชนกลุ่มน้อยนั้นมีมากกว่า 60 กลุ่ม และกระจายอยู่ทั่วภูมิภาคในประเทศ เช่น กลุ่มปกากะญอ กลุ่มลาหู่ กลุ่มอ่าข่า กลุ่มม้ง กลุ่มอีวเมี่ยน กลุ่มลีซูหรือลีซอ กลุ่มไทดำ กลุ่มมอญ กลุ่มกูย กลุ่มลัวะ กลุ่ม ไทโย้ย กลุ่มไทยพวน กลุ่มมลายู กลุ่มไทใหญ่ เป็นต้น<sup>197</sup>

### (1.3) ถิ่นกำเนิด

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ไม่ปรากฏความหมายของคำว่า “ถิ่นกำเนิด” ไว้โดยตรง แต่มีความหมายแยกคำของคำว่า “ถิ่น” หมายความว่า “ที่, แดน, ที่อยู่. . .”<sup>198</sup> กับคำว่า “กำเนิด” หมายความว่า “เกิด, มีขึ้น, เป็นขึ้น. . .”<sup>199</sup>

(2) ปัจจัยในการกำหนดเหตุการณณ์สำหรับการหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิดของผู้ถูกกระทำ

ในปัจจุบันนี้ทั้งหลักสากลและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ได้บัญญัติรับรองให้บุคคลทุกคนมีความเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน การกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ด้วยเหตุความแตกต่างเรื่องเชื้อชาติ ถิ่นกำเนิดจะกระทำมิได้<sup>200</sup> อีกทั้งในรัฐธรรมนูญ มาตรา 70<sup>201</sup> ในหมวดนโยบายแห่งรัฐนั้น ยังได้บัญญัติให้ “รัฐพึงส่งเสริมและให้ความคุ้มครองชาวไทยกลุ่มชาติพันธุ์ต่างๆ ให้มีสิทธิดำรงชีวิตในสังคมตามวัฒนธรรม ประเพณี และวิถีชีวิตดั้งเดิมตามความสมัครใจได้อย่างสงบสุข ไม่ถูกรบกวนทั้งนี้ เท่าที่ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ หรือสุขภาพอนามัย”

เรื่องความเสมอภาคเท่าเทียมกันของบุคคลทุกคน จึงเป็นคุณค่าพื้นฐานของสังคมและอุดมการณ์ของรัฐที่ให้ความสำคัญในปัจจุบัน แต่อย่างไรก็ดี สภาพการณ์ในสังคมไทยนั้นกล่าวได้ว่ามีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์หรือถิ่นกำเนิดของผู้ถูกกระทำมาตั้งแต่ในอดีต เนื่องจากทัศนคติของคนในสังคมบางส่วนนั้นยังมีภาพจำหรือมายาคติในเชิงลบต่ออัตลักษณ์ทางสังคมของบุคคลหรือกลุ่มคนบางกลุ่มมาโดยตลอด จากการศึกษาพบว่ามักเป็นการกระทำต่อบุคคลที่มีถิ่นกำเนิดจากภาคตะวันออกเฉียงเหนือหรือ ภาคอีสาน ตัวอย่างประการหนึ่งที่ปรากฏเป็นกระแสดังกล่าวในหน้าหนังสือพิมพ์และสื่อสังคมออนไลน์ คือ

<sup>197</sup> ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน), ‘กลุ่มชาติพันธุ์ในประเทศไทย’ <<https://ethnicity.sac.or.th/database-ethnic>> สืบค้นเมื่อ 16 พฤษภาคม 2567 พ.ศ.2567.

<sup>198</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554

<sup>199</sup> เพ็งอ้อ.

<sup>200</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 27.

<sup>201</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 70.

### เหตุการณ์ “คลับเฮาส์ ทอคซิก”

โดยข้อเท็จจริงคือ เมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน พ.ศ. 2564 มีการกระทำในลักษณะเป็นการหมิ่นประมาทโดยเป็นการใส่ความ ยืนยันข้อเท็จจริงและระบุชื่อเจาะจงตัวบุคคลถึงศิลปินชาวไทยคนหนึ่งที่มีชื่อเสียงระดับโลก ลงบนกลุ่มสนทนาในแอปพลิเคชันคลับเฮาส์ (Clubhouse) ในลักษณะที่กล่าวหาว่าผู้เสียหายนั้น ทำอาชีพอื่นที่ไม่ใช่ที่ร้อง ซึ่งมีความหมายที่เป็นไปในที่เป็นผู้หญิงไม่ดี เป็นคนเนรคุณแผ่นดิน และล้มกำพืดตัวเอง<sup>202</sup> โดยเรื่องดังกล่าวนั้นเป็นการกล่าวร้ายเพื่อลดคุณค่าที่มีอยู่ในสังคมของผู้เสียหาย โดยไม่มีมูลความจริง โดยมีมูลเหตุจากอคติและ ความเกลียดชังเรื่องถิ่นกำเนิดของผู้เสียหาย เนื่องจากผู้เสียหายมีถิ่นกำเนิดจากจังหวัดบุรีรัมย์ซึ่งเป็นจังหวัดหนึ่งในภาคตะวันออกเฉียงเหนือหรือภาคอีสาน

และทั้งที่ไม่ปรากฏเป็นกระแสข่าวแต่เป็นเรื่องที่รับรู้ของคนในสังคมเป็นอย่างดี เช่น การหมิ่นประมาทบุคคลเนื่องจากเหตุทางชาติพันธุ์ที่เป็นชนกลุ่มน้อยในลักษณะที่ว่า ค้ายาเสพติด ปลุกผีคนตัดไม้ทำลายป่า ล้าหลัง ด้อยพัฒนา ยากไร้ รอรับการสงเคราะห์จากรัฐบาล หรือหมิ่นประมาทบุคคลที่มีเชื้อชาติลาว เมียนมา กัมพูชา ในลักษณะที่ว่าเป็นแรงงานต่างด้าว ไม่มีสมองทำได้แค่ใช้แรงงาน หรือการหมิ่นประมาทบุคคลที่มีถิ่นกำเนิดจากภาคอีสานในลักษณะที่ว่าเป็นคนจน คนโง่ ไร้การศึกษา แห้งแล้ง ถ่วงความเจริญของประเทศ กินสุรา สกปรกโสโครก เป็นต้น

การหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิดของผู้ถูกกระทำนั้น เป็นการประทุษร้ายต่อเกียรติและชื่อเสียงที่มีอยู่ในสังคมของบุคคล ทำให้คุณค่าที่มีอยู่ในสังคมของผู้ถูกหมิ่นประมาทนั้นเสื่อมเสียหรือลดน้อยถอยลง โดยมีพฤติการณ์ที่เลวร้ายกว่าการหมิ่นประมาทในเรื่องทั่วไป เนื่องจากการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าว ผู้กระทำได้กระทำความผิดลงโดยมีเจตนาพิเศษนอกเหนือจากเจตนาธรรมดา กล่าวคือ มีมูลเหตุชกใจในการกระทำ ได้แก่ความอคติต่ออัตลักษณ์ที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ของผู้ถูกกระทำ อันเป็นมุมมองที่มีต่อเพื่อนมนุษย์บนฐานของความไม่เท่าเทียมและไม่เคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งสะท้อนถึงจิตใจที่ชั่วร้ายของผู้กระทำความผิดมากกว่าการหมิ่นประมาทในเรื่องทั่วไป และผลของการกระทำนั้นนอกจากจะทำให้ผู้ถูกหมิ่นประมาทเสื่อมเสียเกียรติส่วนบุคคลแล้ว ยังก่อให้เกิดผลร้ายทางจิตใจที่รุนแรงกว่าการหมิ่นประมาทในเรื่องอื่น ๆ อย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากทำให้ผู้ถูกกระทำเกิดความรู้สึกถูกแบ่งแยกหรือถูกปฏิเสธจากสังคม อันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่มีเหตุผลใด ๆ ที่รับฟังได้ตามกฎหมาย ซึ่งขัดและแย้งกับแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน อุทิศการของรัฐธรรมนูญและสิทธิมนุษยชนในปัจจุบันที่มุ่งหวังตั้งใจให้เกิดความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน อีกทั้งยังอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมในลักษณะเป็นวงกว้างได้ เนื่องจากกลุ่มคนที่มีเชื้อชาติ ชาติพันธุ์หรือถิ่นกำเนิดเดียวกันนั้นมีมักมีจุดร่วมกันทางสายโลหิต ภาษา วิถีชีวิต ขนบธรรมเนียมประเพณีหรือความผูกพันทางสังคมวัฒนธรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งสิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่หล่อหลอมให้เกิดความร่วมมือเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและสร้างจิตสำนึกรักหรือภูมิใจในอัตลักษณ์ของตนเอง การหมิ่นประมาท บุคคลใดบุคคลหนึ่งด้วยเหตุดังกล่าวนั้นจึงอาจเป็นสิ่งเร้าอารมณ์หรือกระตุ้นให้คนที่มีความเชื่อชาติ ชาติพันธุ์หรือถิ่นกำเนิดเดียวกัน เกิดความรู้สึกโกรธเคือง ซึ่งอาจนำมาซึ่งความเกลียดชัง ความไม่สงบสุขและ

<sup>202</sup> Justhat (เชิงอรรถที่ 3)

กระทบกระเทือนสวัสดิภาพในหมู่ชน และยิ่งไปกว่านั้น อาจเป็นต้นตอของภัยอันตรายต่าง ๆ และอาชญากรรมตอบโต้ได้

ด้วยเหตุปัจจัยข้างต้นนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นควรกำหนดให้การหมิ่นประมาทผู้อื่นโดยมีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์หรือถิ่นกำเนิดของผู้ถูกระทำนั้นเป็น เหตุฉกรรจ์ให้ต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าโทษของความผิดฐานหมิ่นประมาทและฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาในกรณีทั่วไป

โดยเป็นการกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยอาศัย

(1) ปัจจัยด้านผลของการกระทำ และ

(2) ปัจจัยด้านความชั่วร้ายภายในจิตใจของผู้กระทำความผิด

#### 4.3.2 กรณีการหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องความเชื่อทางศาสนาของผู้ถูกระทำ

(1) ความหมายของศาสนา

ถ้อยคำว่า “ศาสนา” ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้นิยามศัพท์ไว้ว่ามีความหมายว่าอย่างไร อีกทั้งตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่พิพากษารรคคดีเกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับฐานศาสนานั้นก็เคยให้ความหมายของคำว่า “ศาสนา” ไว้โดยขัดแย้ง แต่อย่างไรก็ดีจากการศึกษาพบว่า มีนักวิชาการ นักปรัชญา นักนิติศาสตร์ได้ให้ความหมายไว้แตกต่างกัน อาทิ

(1.1) Emile Durkheim ผู้ซึ่งรับการยกย่องว่าเป็นบิดาของสังคมวิทยาสมัยใหม่ ให้ความหมายว่าศาสนา คือ ระบบความเชื่อและการปฏิบัติที่เป็นหนึ่งเดียวที่เกี่ยวข้องกับสิ่งศักดิ์สิทธิ์<sup>203</sup>

(1.2) Black's Law Dictionary ให้คำจำกัดความ “Religion” (ศาสนา) หมายถึง ระบบแห่งความศรัทธาและการสักการะที่เกี่ยวข้องกับความเชื่อในสิ่งสูงสุด ซึ่งโดยทั่วไปมักเป็นเรื่องเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ทางศีลธรรมและทางจริยธรรม<sup>204</sup>

(1.3) Oxford Learner's Dictionaries ให้คำจำกัดความ “Religion” (ศาสนา) หมายถึง ความเชื่อในการมีอยู่ขององค์พระผู้เป็นเจ้าและศาสนพิธีที่เกี่ยวข้อง<sup>205</sup>

(1.4) พระธรรมโกศาจารย์ (อินทปญโญ) หรือ ท่านพุทธทาสภิกขุ ให้คำจำกัดความว่า “ศาสนา คือตัวการกระทำเพื่อให้หลุดพ้นไปจากอันตรายที่ตนไม่ปรารถนา”<sup>206</sup>

<sup>203</sup> Emile Durkheim, *The Elementary Forms of the Religious Life* (George Allen & Unwin Ltd, 1964) 47.

<sup>204</sup> Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (10th edn, (Thomson West 2014) 1080.

<sup>205</sup> Oxford Learner's Dictionaries, ‘Religion’

<<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/religion?q=Religion>> สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2567.

<sup>206</sup> พุทธทาสภิกขุ, *ศาสนา คือ โรงพยาบาลโลก* (สำนักพิมพ์สุภาพใจ 2566) 8.

(1.5) สมเด็จพระญาณวโรดม (ประยูร สนตงกูโร) สมเด็จพระราชาคณะ อดีตเจ้าอาวาสวัดเทพศิรินทราวาสราชวรวิหาร และอดีตอธิการบดีมหาวิทยาลัยมหามกุฏราชวิทยาลัย อธิบายว่า ศาสนานั้นโดยทั่วไปแล้ว คือ คำสั่งสอน คำสั่งที่บังคับให้ทำ คำสอนที่แนะนำชักชวนให้ทำการปกครอง<sup>207</sup>

(1.6) ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายว่าศาสนา คือ

“กฎข้อบังคับที่ศาสนาด่าง ๆ ได้กำหนดไว้เพื่อให้มนุษย์ประพฤติคุณงามความดี มนุษย์ที่นับถือศาสนาย่อมรู้สึกรับผิดชอบที่สูงกว่าโลกมนุษย์นี้ และยอมปฏิบัติตามคำสั่งสอนให้กระทำหรืองดเว้น กระทำการใด ๆ เพื่อหวังความสุขที่จะได้ในอนาคต ศาสนาจึงเป็นเรื่องของความเชื่อ. . .”<sup>208</sup>

(1.7) รองศาสตราจารย์ ดร.สุจิตรา อ้อมค้อม ให้คำนิยามความหมายของศาสนาว่า

“ศาสนา คือ คำสอนที่ศาสนานำมาเผยแผ่ สั่งสอน แจกแจง แสดง ให้มนุษย์ละเว้นจากความชั่ว กระทำแต่ความดี เพื่อประสพสันติสุขในชีวิตทั้งในระดับธรรมดาสามัญ และความสุขสงบนิรันดร ซึ่งมนุษย์ยึดถือปฏิบัติตามคำสอนนั้นด้วยความเคารพเลื่อมใสและศรัทธา คำสอนดังกล่าวนี้ จะมีลักษณะเป็นสัจธรรมที่มีอยู่ในธรรมชาติแล้วศาสนาเป็นผู้ค้นพบหรือจะเป็นโครงการที่ศาสดารับมาจากพระเจ้าก็ได้”<sup>209</sup>

(1.8) พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ให้ความหมายศาสนาว่าหมายถึง “ลัทธิความเชื่อถือของมนุษย์อันมีหลัก คือแสดงกำเนิดและความสิ้นสุดของโลกเป็นต้น อันเป็นไปในฝ่ายปรมาตม์ประการหนึ่ง แสดงหลักธรรมเกี่ยวกับบุญบาปอันเป็นไปในฝ่ายศีลธรรมประการหนึ่ง พร้อมทั้งลัทธิพิธีที่กระทำตามความเห็นหรือตามคำสั่งสอนในความเชื่อถืออื่น ๆ.”<sup>210</sup>

ปัจจุบันนั้นศาสนาที่กรมการศาสนา กระทรวงวัฒนธรรม ให้การรับรองและอุปถัมภ์ ได้แก่ พระพุทธศาสนา ศาสนาอิสลาม ศาสนาคริสต์ ศาสนาพราหมณ์ – ฮินดู และศาสนาซิกข์ ทั้งนี้โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นศาสนาจากองค์ประกอบ 5 ประการ ได้แก่<sup>211</sup>

- (1) ศาสดาหรือผู้ก่อตั้ง
- (2) ศาสนธรรมหรือหลักคำสอน
- (3) ศาสนนบุคคล
- (4) ศาสนสถาน
- (5) ศาสนพิธี

<sup>207</sup> สมเด็จพระญาณวโรดม, ศาสนาด่าง ๆ (โรงพิมพ์มหามกุฏราชวิทยาลัย ม.ป.พ.) 1.

<sup>208</sup> หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2501) 34.

<sup>209</sup> สุจิตรา อ้อมค้อม, ศาสนาเปรียบเทียบ (พิมพ์ครั้งที่ 8, โรงพิมพ์ บริษัท สหธรรมิก จำกัด 2552) 2.

<sup>210</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554.

<sup>211</sup> คณะกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายกระทรวงมหาดไทย, รายงานการประชุม ครั้งที่ 41/2561 (5 กันยายน

ทั้งนี้ คำว่าศาสนานี้มีลักษณะที่ใกล้เคียงกันกับคำว่า “ลัทธิ” เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความเชื่อเหมือนกันแต่มีสาระสำคัญที่แตกต่างกันตรงที่ศาสนานี้มีขอบเขตความหมายที่เฉพาะเจาะจงมากกว่า โดยมุ่งเน้นเฉพาะหลักจริยธรรมอันเป็นธรรมที่เป็นข้อประพฤติปฏิบัติเพื่อจุดมุ่งหมายในทางธรรมสำหรับมนุษย์ ทั้งปวงโดยไม่ขึ้นกับเวลาหรือยุคสมัย ส่วนลัทธินั้นอาจเป็นคติความเชื่อที่มีขอบเขตความหมายกว้างกว่าอาจครอบคลุมทั้งแง่การเมือง การปกครอง สังคม โดยไม่จำเป็นต้องมีเนื้อหาในทางจริยธรรมก็ได้และจุดมุ่งหมายของลัทธินั้นมักเป็นไปเพื่อความสุขในทางโลกเป็นหลักและมุ่งให้คำตอบที่มีความเหมาะสมภายใต้ข้อจำกัดทางด้านเวลาและยุคสมัย ตัวอย่างเช่น ลัทธิขงจื้อ ลัทธิชานาน ลัทธิคอมมิวนิสต์ ลัทธิฟาสซิสต์ ลัทธิประโยชน์นิยม เป็นต้น ดังนั้นศาสนาหรือลัทธิความเชื่ออื่น ๆ รวมถึงศาสนาหรือการไม่นับถือศาสนา ในปัจจุบันนั้นจึงไม่ได้รับการรับรองโดยกรมการศาสนา กระทรวงวัฒนธรรม

(2) เหตุปัจจัยในการกำหนดเหตุการณ์สำหรับการหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องความเชื่อทางศาสนาของผู้ถูกระทำ

จากการศึกษาความหมายของศาสนานี้กล่าวได้ว่า “ศาสนา” คือ องค์ความรู้ที่เป็นระบบความเชื่อหรือชุดความเชื่อ ที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ ข้อแนะนำหรือคำบัญชาที่เกี่ยวข้องกับธรรมอันเป็นข้อประพฤติปฏิบัติ และเป็นปทัสถานในการดำเนินชีวิตของมนุษย์ ซึ่งการนำพาหรือฝ่าฝืนนั้นจะก่อให้เกิดสภาพบังคับทางศีลธรรมในทางคุณและทางโทษ และแม้ถึงว่าแต่ละศาสนาจะมีวิถีทางในการประพฤติปฏิบัติ ที่ผิดแผกแตกต่างแต่ล้วนต่างประกอบด้วยจุดหมายที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ เพื่อให้หมู่ชนในความบริวารได้ร่มบวรศาสนานี้มีความสมบูรณ์ถึงพร้อมทางศีลธรรม ไม่ประทุษร้ายหรือเบียดเบียนผู้อื่นทั้งทางกาย วาจาและทางจิตใจ ทั้งศาสนายังมีคุณค่าในฐานะที่ว่าเป็นสิ่งยึดเหนี่ยว ฟังฟังและปลอบประโลมทางจิตใจ ทั้งเป็นสิ่งที่นำทางในยามเกิดทุกข์ และนอกจากศาสนาจะมีความสำคัญกับบุคคลในระดับปัจเจกแล้วศาสนายังมีความสำคัญกับสังคมองค์รวมด้วย โดยเป็นมาตรการในการควบคุมความประพฤติของหมู่ชนในสังคม มิให้ประพฤติชั่วหรือกระทำการในทางอุกุศล ทั้งศาสนายังเป็นสิ่งยึดโยง หลอมรวมสังคมให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

ในประเทศไทยนั้นสถาบันศาสนาเป็นหนึ่งในสามสถาบันหลักของชาติที่มีความสำคัญ ประชากรไทยมีความแตกต่างหลากหลายในการเลือกนับถือศาสนา โดยจากข้อมูลการนับถือศาสนาของสำนักงานสถิติแห่งชาตินั้น ระบุว่า “ประชากรของประเทศไทยร้อยละ 93.5 เป็นผู้ที่นับถือศาสนาพุทธ รองลงมานับถือศาสนาอิสลาม (ร้อยละ 5.4) และศาสนาคริสต์ (ร้อยละ 1.1) ที่เหลือเป็นผู้ที่นับถือศาสนาอื่น ๆ รวมทั้งผู้ที่ไม่มีศาสนา (น้อยกว่าร้อยละ 0.1)”<sup>212</sup>

ปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการนับถือศาสนาไว้ในมาตรา 31 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพใน

<sup>212</sup> สำนักงานสถิติแห่งชาติ กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม, ‘การสำรวจสภาวะทางสังคมและวัฒนธรรม พ.ศ. 2561 The 2018 survey on conditions of society culture and mental health’ (2563) 11.

การปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทยไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”<sup>213</sup>

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องความเชื่อทางศาสนาจะกระทำมิได้<sup>214</sup>

สำหรับการหมิ่นประมาทผู้อื่นโดยมีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องความเชื่อทางศาสนาของผู้ถูกกระทำนั้นในประเทศไทยนั้นมักเป็นกรณีพิพาทกันระหว่างต่างศาสนิกกับมุสลิมในลักษณะที่ปัจเจกบุคคลที่เป็นมุสลิมถูกตีตราว่าเป็นผู้ก่อการร้าย ผู้ก่อความไม่สงบ โจรใต้หรือผู้นิยมใช้ความรุนแรง โดยมีโทสะคติ (ความลำเอียงเพราะชัง) เป็นมูลฐานของการกระทำความผิด

ตัวอย่างเช่น คดีหมิ่นประมาท นายวันนอร์และพรรคประชาชาติ

ข้อเท็จจริง คือ จำเลยได้โพสต์ข้อความลงในแอปพลิเคชันเฟซบุ๊ก ใส่ความนายวันนอร์หมัดนอร์ มะทา หรือ “วันนอร์” และพรรคประชาชาติ ในลักษณะที่เป็นทั้งการ หมิ่นประมาทและยุยงปลุกปั่นให้สังคมนักชด้อยและแตกแยกทางศาสนา ในลักษณะที่ว่า นายวันนอร์มีส่วนเกี่ยวข้องกับกลุ่มก่อการร้าย เป็นกบฏมุสลิม และพรรคประชาชาติเป็นพรรคโจรมุสลิม ภายหลังศาลจังหวัดยะลาทำการไต่สวนมูลฟ้องและพบว่าคดีมีมูลจึงมีคำสั่งประทับฟ้อง แต่ต่อมาจำเลยยอมรับผิดในสิ่งที่ได้กล่าวหาว่าสิ่งที่โพสต์นั้นไม่เป็นความจริง และได้มีการขอโทษนายวันนอร์หมัดนอร์ มะทา และพรรคประชาชาติในท้องพิจารณาคดี นายวันนอร์จึงได้ทำการถอนฟ้องคดีนี้<sup>215</sup>

ผลของการหมิ่นประมาทเช่นว่านี้นอกจากจะทำให้ผู้เสียหายเสื่อมเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชังแล้ว ยังอาจก่อให้เกิดปัญหาความรุนแรงทางสังคมได้เนื่องจากเรื่องศาสนาและความเชื่อทางศาสนานั้นเป็นสิ่งที่หยั่งรากลึกและมีความผูกพันในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของวิถีชีวิตมนุษยชาติตั้งแต่เกิดจนตายทั้งในระดับปัจเจกชนและชุมชนมาอย่างช้านาน และเนื่องจากศาสนานั้นเป็นที่ ยึดเหนี่ยว ฟังฟังและปลอบประโลมทางจิตใจในยามเกิดทุกข์ จึงเป็นเหตุปัจจัยที่ยังผลให้ศาสนิกชนนั้นมีความยึดมั่นถือมั่น รักและศรัทธาต่อศาสนาที่ตนนับถือ และซึ่งโดยธรรมชาติของมนุษย์ที่มีความไม่เหมือนกันนั้นย่อมส่งผลให้แต่ละบุคคลย่อมมีความศรัทธาคติความเชื่อหรือเหตุผลที่เป็นสมมุติฐานอันเป็นคุณค่าภายในจิตใจที่ตนยึดถือไว้แตกต่างกัน แต่ต่างล้วนมีความปรารถนาให้ผู้อื่นไม่มาล่วงละเมิดด้วยประการใด ๆ ต่อสิ่งที่ตนยึดมั่นและศรัทธาทั้งสิ้น ด้วยเหตุดังกล่าวย่อมทำให้เรื่องความเชื่อทางศาสนานั้นเป็นเรื่องที่อ่อนไหว (Sensitive) และละเอียดอ่อนของบุคคลและสังคม อีกทั้งการหมิ่นประมาทโดยมีมูลเหตุมาจากความเชื่อทางศาสนาผู้อื่นนั้น โดยทั่วไปแล้วมักปรากฏถ้อยคำทำในทางลบที่ไปสับประมาทศาสนาหรือกระทบกระเทือนความบริสุทธิ์แห่งศาสนาอยู่ในตัว จึงอาจก่อให้เกิดความไม่พอใจ

<sup>213</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 31.

<sup>214</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 27.

<sup>215</sup> ข่าวสดออนไลน์, ‘วันนอร์ ให้อภัย ‘อัยย์ เพชรทอง’ โปสต์หมิ่น หลังสำนักคดีที่ใส่ร้ายพรรคประชาชาติ’ (ข่าวสดออนไลน์, 27 พฤษภาคม 2566) <[https://www.khaosod.co.th/politics/news\\_7686187](https://www.khaosod.co.th/politics/news_7686187)> สืบค้นเมื่อ 15 พฤษภาคม 2567.



หรือสร้างความเกลียดชังแก่ศาสนิกชนของศาสนานั้น ๆ ในลักษณะเป็นวงกว้างได้ และอาจพัฒนาเป็นความขัดแย้งที่ฝังรากลึกระหว่างศาสนาและนำมาซึ่งความแตกแยกระหว่างชุมชนในแต่ละศาสนาได้ และอาจกล่าวได้ว่า ความขัดแย้งทางศาสนานั้นถือเป็นหนึ่งในความขัดแย้งที่เกิดขึ้นได้ง่ายและรุนแรงที่สุดอย่างหนึ่งของสังคม

อีกทั้งการหมิ่นประมาทในลักษณะดังกล่าว ยังเป็นการกระทำที่ผู้กระทำความผิด มีมูลเหตุชกแจงใจในการกระทำความผิดมาจากเรื่องความเชื่อทางศาสนาของผู้อื่น ซึ่งสะท้อนถึงจิตใจที่ชั่วร้ายของผู้กระทำมากกว่าการหมิ่นประมาทในกรณีทั่วไป

ด้วยเหตุปัจจัยข้างต้นนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นควรกำหนดให้การหมิ่นประมาทผู้อื่นโดยมีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องความเชื่อทางศาสนาของผู้ถูกกระทำนั้นเป็นเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานและความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา

โดยเป็นการกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยอาศัย

- (1) ปัจจัยด้านผลของการกระทำ และ
- (2) ปัจจัยด้านความชั่วร้ายภายในจิตใจของผู้กระทำความผิด

4.3.3 กรณีการหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากการเรื่องอัตลักษณ์ทางเพศหรือวิถีทางเพศของผู้ถูกกระทำ

(1) ความหมายของอัตลักษณ์ทางเพศและวิถีทางเพศ

(1.1) อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender identity)

ในบทนำของหลักการ Yogyakarta Principles<sup>216</sup> ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “อัตลักษณ์ทางเพศ” ว่าหมายถึง “ประสบการณ์ทางเพศสภาพอันสามารถรู้สึกได้ภายในของแต่ละบุคคลและเป็นของปัจเจกบุคคลซึ่งอาจสอดคล้องหรือไม่ก็ได้กับเพศซึ่งได้ระบุไว้เมื่อแรกเกิด รวมทั้งความรู้สึกของบุคคลในร่างกาย (ซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงรูปลักษณ์ หรือระบบการทำงานของร่างกาย ด้วยวิธีการทางการแพทย์ศัลยกรรมหรือวิธีการอื่นใด ทั้งที่โดยการตัดสินใจเลือกโดยอิสระ) และการแสดงออกต่าง ๆ ทางเพศสภาพทั้ง การแต่งกาย คำพูด และ กิริยาท่าทางต่าง ๆ”<sup>217</sup>

บทความที่ใช้เพื่อนำออกอากาศในรายการเจตนารมณ์กฎหมาย ทางสถานีวิทยุกระจายเสียงรัฐสภา ให้ความหมายว่า “อัตลักษณ์ทางเพศ (gender identity)” คือ “การรับรู้เพศของบุคคลนั้นที่มีต่อตนเองว่ามีความเป็นเพศใดในกลุ่มทางเพศของสังคมที่ตนอาศัยอยู่ โดยที่แต่ละสังคมมีกลุ่มทางเพศที่แตกต่างกัน

<sup>216</sup> หลักการ Yogyakarta Principles (The Yogyakarta Principles) คือ หลักการที่ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ

<sup>217</sup> สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, หลักการ Yogyakarta Principles ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ (พิมพ์ครั้งที่ 2, หจก.ไอเดีย แสวร์ 2552) 18.

กัน ออกไป ซึ่งไม่จำเป็นต้องตรงกับเพศกำเนิด เช่น เด็กชาย เด็กหญิง ผู้ชาย ผู้หญิงหรือเพศอื่น ๆ ไม่นับรวมถึงความสนใจหรือความชอบทางเพศต่อบุคคลอื่น ๆ”<sup>218</sup>

คณะจิตวิทยา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ให้ความหมายของคำว่า “อัตลักษณ์ทางเพศ (gender identity)” ว่าหมายถึง “การรับรู้เพศของบุคคลนั้นที่มีต่อตนเอง ว่ามีความเป็นเพศใดในกลุ่มทางเพศของสังคมที่ตนอาศัยอยู่ โดยที่แต่ละสังคมก็มีกลุ่มทางเพศที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งไม่จำเป็นต้องตรงกับเพศกำเนิด เช่น เด็กชาย เด็กหญิง ผู้ชาย ผู้หญิงหรือเพศอื่น ๆ ไม่นับรวมถึงความสนใจหรือความชอบทางเพศต่อบุคคลอื่น ๆ”<sup>219</sup>

#### (1.2) วิธีทางเพศ (Sexual Orientation)<sup>220</sup>

ในบทนำของหลักการยกยอการดำ ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “วิธีทางเพศ” ไว้ว่าหมายถึง “การที่บุคคลหนึ่งมีความรู้สึกดึงดูดสนใจอย่างลึกซึ้ง ทั้งทางอารมณ์ ความรักใคร่ และทางเพศและในสัมพันธภาพที่มีทั้งลักษณะความใกล้ชิดกันทางเพศสัมพันธ์ และในทางเพศที่มีต่อปัจเจกบุคคลซึ่งมีเพศสภาพที่แตกต่างไปหรือมีเพศสภาพเดียวกันหรือมีมากกว่าหนึ่งเพศสภาพ”<sup>221</sup>

คณะจิตวิทยา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ให้ความหมายคำว่า “รสนิยมทางเพศ (sexual orientation)” ว่าหมายถึง “ความสนใจหรือความชอบทางเพศที่บุคคลมีต่อบุคคลอื่น ประกอบไปด้วยความสนใจหรือความชอบทางอารมณ์ ความสนใจหรือความชอบทางเพศ และพฤติกรรมทางเพศที่บุคคลแสดงออก. . .”<sup>222</sup>

เพศวิถี (Sexual Orientation) คือ

“ความรู้สึก รสนิยมทางเพศ รวมถึงความพึงพอใจทางเพศที่มีต่อบุคคลอื่น โดยจะแบ่งออกเป็น 4 ลักษณะหลัก ๆ ได้แก่

1.1 รักต่างเพศ คือผู้ที่มีรสนิยมชื่นชอบเพศตรงข้าม หรือบุคคลต่างเพศ เช่น ผู้ชายที่ชอบผู้หญิง หรือผู้หญิงที่ชอบผู้ชาย

1.2 รักเพศเดียวกัน คือผู้ที่มีรสนิยมชื่นชอบเพศเดียวกัน แบ่งออกเป็น ๒ กลุ่ม หลัก ได้แก่ เลสเบียน (Lesbian) และเกย์(Gay)

<sup>218</sup> อัญมณี สัจจาสัย, ‘ความหลากหลายทางเพศ ตอนที่ 1 เพศสภาพ และ LGBTQ คืออะไร’ <[https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw\\_parcy/ewt\\_dl\\_link.php?nid=2649](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=2649)> สืบค้นเมื่อ 17 พฤษภาคม 2567.

<sup>219</sup> รพินทร์ภัทร์ ยอดหล่อชัย, ‘ความหลากหลายทางเพศในสังคมไทย’ คณะจิตวิทยา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย <<https://www.psy.chula.ac.th/th/feature-articles/gender-identity>> สืบค้นเมื่อ 18 พฤษภาคม 2567.

<sup>220</sup> คำว่าวิธีทางเพศมาจากคำว่า Sexual Orientation ซึ่งอาจแปลเป็นภาษาไทยได้ทั้ง วิธีทางเพศ เพศวิถี หรือ รสนิยมทางเพศ

<sup>221</sup> สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (เชิงอรรถ 217) 18.

<sup>222</sup> รพินทร์ภัทร์ ยอดหล่อชัย (เชิงอรรถ 219)

1.3 ไบเซ็กชวล (Bisexual) คือผู้ที่มีรสนิยมชื่นชอบทั้งเพศหญิงและเพศชาย โดยจะมีอารมณ์  
เสน่หากับเพศตรงข้าม หรือเพศเดียวกันก็ได้

1.4 ไม่ฝักใฝ่ทางเพศ คือผู้ที่ไม่สนใจเรื่องเพศสัมพันธ์แต่เพียงรู้สึกสนิทสนม ผูกพันกับบุคคล  
อื่น”<sup>223</sup>

จากคำอธิบายที่ได้ยกขึ้นกล่าวข้างต้นนั้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปโดยง่ายได้ว่า คำว่า “เพศวิถี”  
“วิถีทางเพศ” หรือ “รสนิยมทางเพศ” (Sexual Orientation) หมายถึง ความรู้สึกหรือความสนใจทางเพศที่  
บุคคลหนึ่งมีต่อผู้อื่น

(2) เหตุปัจจัยในการกำหนดเหตุการณ์สำหรับการหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจาก  
เรื่องอัตลักษณ์ทางเพศหรือวิถีเพศของผู้ถูกรกระทำ

สภาพการณ์ของสังคมแต่ละยุคสมัยนั้นมีวิวัฒนาการที่เปลี่ยนแปลงตลอดเวลาและมีสิ่งที่เป็นคุณค่า  
ที่สังคมเคารพยึดถือและต้องการปกป้องคุ้มครองแตกต่างกันตามช่วงเวลาและสถานการณ์ และในอีกทาง  
หนึ่งสิ่งที่เป็นความผิดนั้นก็ย่อมแปรเปลี่ยนไปในลักษณะที่มีความสัมพันธ์กับคุณค่าพื้นฐานที่สังคมต้องการ  
ปกป้องคุ้มครองดังกล่าว กล่าวคือ การกระทำใดที่เป็นการละเมิดหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อคุณค่าหรือความดีงามที่  
สังคมยึดถือในช่วงเวลานั้น พฤติกรรมนั้นย่อมสมควรถูกตำหนิจากสังคม ดังนั้นกฎหมายจึงต้องพัฒนาให้  
ก้าวหน้าเพื่อรองรับกับสภาพการณ์ดังกล่าว

เนื่องจากความก้าวหน้าและพัฒนาการทางความคิดในปัจจุบันนั้น ทำให้เรื่องความเท่าเทียม  
ระหว่างเพศและความหลากหลายทางอัตลักษณ์และวิถีทางเพศนั้น เป็นประเด็นที่ในระดับสากลและประเทศ  
ไทยยอมรับและให้ความสำคัญมากขึ้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 บัญญัติให้  
ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน และบุคคลทุกคนมีความภาคภูมิใจในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความ  
คุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน โดยไม่ถูกแบ่งแยกหรือเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ<sup>224</sup>

แต่อย่างไรก็ดีเนื่องจากการคำนึง คติความคิด วัฒนธรรมและบรรทัดฐานของสังคมในอดีตที่ขาด  
ความเข้าใจเกี่ยวกับความเท่าเทียมระหว่างเพศ ทำให้สิทธิและเสรีภาพในการดำรงชีวิตและ การแสวงหา  
ความสุขของบุคคลบางกลุ่มนั้นถูกกดทับด้วยเหตุแห่งเพศมาโดยตลอดและนำมาซึ่งการละเมิดสิทธิต่าง ๆ  
จนเป็นปัญหาอย่างยาวนานจนถึงปัจจุบัน ซึ่งปัญหาหนึ่งที่เกิดขึ้นในสังคมและมีผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชน  
อย่างมีนัยสำคัญ คือ การหมิ่นประมาทบุคคลโดยมีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องอัตลักษณ์ทางเพศหรือเพศ  
วิถีของผู้ถูกรกระทำ

<sup>223</sup> อัญมณี สัจจาสัย (เชิงอรธ 218)

<sup>224</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560, มาตรา 27.

จากการศึกษาพบว่ามักเป็นการกระทำต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ<sup>225</sup> (LGBTQ+) เช่นการหมิ่นประมาทต่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในลักษณะที่ว่าเป็นผู้ที่มีความเปราะบาง วิปริต ผิดปกติ ผิดธรรมชาติหรือมีจิตไม่ปกติ การหมิ่นประมาทดังกล่าวนี้ถือว่าการกระทำที่มีลักษณะเป็นการแบ่งแยก เป็นการเลือกที่รักมักที่ชังโดยอาศัยความอคติหรือความไม่เที่ยงธรรมในเหตุความแตกต่างแห่งอัตลักษณ์ทางเพศหรือวิถีทางเพศของผู้ถูกรักษาเป็นมูลฐานของการกระทำความผิด อันมีผลทำให้ความเสมอภาคภายใต้กฎหมายที่คนที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นควรได้รับอย่างเท่าเทียมกับผู้อื่นและการยอมรับในสิทธิการมีเกียรติ ชื่อเสียงและสิทธิมนุษยชนของผู้ถูกรักษาที่มีอย่างสมบูรณ์ตามกฎหมายนั้นต้องหมดสิ้นเชิงเสื่อมเสียหรือขาดตกบกพร่องไป อันถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมอันปราศจากเหตุผลที่รับฟังได้ตามกฎหมาย เป็นการลดทอนคุณค่าความเป็นมนุษย์ของผู้ถูกรักษาอย่างร้ายแรง ซึ่งถือว่าเป็นคุณค่าพื้นฐานที่สังคมในปัจจุบันนั้นให้ความสำคัญและปกป้อง ดังนั้นการหมิ่นประมาทด้วยเหตุดังกล่าวจึงสะท้อนให้เห็นถึงจิตใจของผู้กระทำความผิดที่ชั่วร้ายกว่าการหมิ่นประมาทในเรื่องทั่วไป ทั้งการหมิ่นประมาทในลักษณะดังกล่าวยังก่อให้เกิดผลเป็นความเจ็บปวดทางจิตใจของผู้ถูกรักษาอย่างร้ายแรง ซึ่งจากการศึกษาพบว่าสถานการณ์สุขภาพจิตของเด็กและเยาวชนที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยในปัจจุบันนั้นค่อนข้างน่าเป็นห่วง จากผลการสำรวจพบว่าร้อยละ 71 มีอาการซึมเศร้า ร้อยละ 78 มีอาการวิตกกังวล ร้อยละ 58 มีความคิดเกี่ยวกับการฆ่าตัวตายและยังพบว่าร้อยละ 25 ทำร้ายร่างกายตนเอง และ 15% พยายามฆ่าตัวตายในปี พ.ศ.2565 โดยการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุเรื่องความหลากหลายทางเพศนั้นเป็นหนึ่งในปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดผลดังกล่าว<sup>226</sup>

ด้วยเหตุปัจจัยข้างต้นนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นควรกำหนดให้การหมิ่นประมาทผู้อื่นโดยมีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องอัตลักษณ์ทางเพศหรือรสนิยมทางเพศของผู้ถูกรักษานั้นเป็นเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาทและความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา

โดยเป็นการกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยอาศัย

- (1) ปัจจัยด้านผลของการกระทำ และ
- (2) ปัจจัยด้านความชั่วร้ายภายในจิตใจของผู้กระทำผิด

<sup>225</sup> ความหลากหลายทางเพศหมายถึง “ความหลากหลายของวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล (Sexual and gender diversity) ซึ่งมีความหมายครอบคลุมถึง การกระทำและอัตลักษณ์ซึ่งเกี่ยวข้องกับเพศสรีระของบุคคล รวมถึงสถานะของบุคคลอินเตอร์เซ็ก เพศสภาพ วิถีทางเพศ อัตลักษณ์ทางเพศและการแสดงออกทางเพศ ซึ่งเกิดขึ้นจากปัจจัยต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัจจัยทางสังคม วัฒนธรรมและประวัติศาสตร์”

อ้างอิง อารยา สุขสม, ‘รัฐธรรมนูญไทยกับความหลากหลายทางเพศ’ (2561) 2 วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 99.

<sup>226</sup> Timo T. Ojanen “Mental health and well-being of children and youth with diverse SOGIESC in Thailand.” (Save the Children Thailand, 2566,) p.50

#### 4.3.4 กรณีการหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากการเรื่องความพิการของผู้ถูกระทำ

##### (1) ความหมายของความพิการ

ตามประกาศกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เรื่อง ประเภทและหลักเกณฑ์ความพิการได้อธิบายและกำหนดประเภทของความพิการไว้ 7 ประเภท ได้แก่

##### (1.1) ความพิการทางการเห็น<sup>227</sup>

##### (1.2) ความพิการทางการได้ยินหรือสื่อความหมาย<sup>228</sup>

<sup>227</sup> ประกาศกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เรื่อง ประเภทและหลักเกณฑ์ความพิการ, ข้อ 4 หลักเกณฑ์กำหนดความพิการทางการเห็น ได้แก่

“(1) ตาบอด หมายถึง การที่บุคคลมีข้อจำกัดในการปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือการเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางสังคม ซึ่งเป็นผลมาจากมีความบกพร่องในการเห็น เมื่อตรวจวัดการเห็นของสายตาข้างที่ต่ำกว่าเมื่อใช้แว่นสายตาธรรมดาแล้ว อยู่ในระดับต่ำกว่า 3 ส่วน 60 เมตร (3/60) หรือ 20 ส่วน 400 ฟุต (20/400) ลงมาจนกระทั่งมองไม่เห็นแม้แต่แสงสว่าง หรือมีลานสายตาแคบกว่า 10 องศา

(2) ตาเห็นเลือนราง หมายถึง การที่บุคคลมีข้อจำกัดในการปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือการเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางสังคม ซึ่งเป็นผลมาจากการมีความบกพร่องในการเห็น เมื่อตรวจวัดการเห็นของสายตาข้างที่ต่ำกว่า เมื่อใช้แว่นสายตาธรรมดาแล้ว อยู่ในระดับตั้งแต่ 3 ส่วน 60 เมตร (3/60) หรือ 20 ส่วน 400 ฟุต (20/400) ไปจนถึงต่ำกว่า 6 ส่วน 18 เมตร (6/18) หรือ 20 ส่วน 70 ฟุต (20/70) หรือมีลานสายตาแคบกว่า 30 องศา”

<sup>228</sup> ประกาศกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เรื่อง ประเภทและหลักเกณฑ์ความพิการ (ฉบับที่ 3), ข้อ 5 หลักเกณฑ์กำหนดความพิการทางการได้ยินหรือสื่อความหมาย ได้แก่

“(1) หูหนวก หมายถึง ภาวะบกพร่องทางการได้ยินที่มีผลการตรวจการได้ยินโดยใช้เสียงความถี่ที่ 500 เฮิรตซ์ 1,000 เฮิรตซ์ 2,000 เฮิรตซ์ และ 4,000 เฮิรตซ์ ในหูข้างที่ได้ยินดีกว่า มีการสูญเสียการได้ยินเฉลี่ยที่ความดังของเสียงตั้งแต่ 80 เดซิเบลขึ้นไป ทำให้มีข้อจำกัดในการใช้ชีวิตประจำวันหรือการเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางสังคม โดยต้องใช้เครื่องมือเฉพาะสำหรับ ตรวจการได้ยินและตรวจในสถานพยาบาลของรัฐหรือสถานพยาบาลเอกชนที่รัฐกำหนด

(2) หูตึง หมายถึง ภาวะบกพร่องทางการได้ยินที่มีผลการตรวจการได้ยินโดยใช้เสียงความถี่ที่ 500 เฮิรตซ์ 1,000 เฮิรตซ์ 2,000 เฮิรตซ์ และ 4,000 เฮิรตซ์ ในหูข้างที่ได้ยินดีกว่า มีการสูญเสียการได้ยินเฉลี่ยที่ความดังของเสียงน้อยกว่า 80 เดซิเบลลงมาจนถึง 40 เดซิเบล ในผู้ใหญ่ หรือน้อยกว่า 80 เดซิเบล ลงมาจนถึง 35 เดซิเบล ในเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ทำให้มีข้อจำกัดในการใช้ชีวิตประจำวันหรือการเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางสังคม โดยต้องใช้ เครื่องมือเฉพาะสำหรับตรวจการได้ยินและตรวจในสถานพยาบาลของรัฐหรือสถานพยาบาลเอกชนที่รัฐกำหนด

(3) สื่อความหมาย หมายถึง ภาวะบกพร่องทางการสื่อความหมาย ทั้งการพูดและภาษา เช่น ผู้ป่วยโรคหลอดเลือดสมอง ผู้ป่วยเด็กสมองพิการ (Cerebral Palsy) ที่มีปัญหาการพูดแบบ dysarthria ระดับรุนแรง ผู้ป่วย โรคหลอดเลือดสมองและ ผู้ป่วยที่ได้รับอุบัติเหตุทางสมอง ที่มีปัญหาการสื่อสารแบบ aphasia, dysarthria หรือ apraxia และผู้ป่วยกลุ่มที่มีความเสื่อม (degenerative change) ของระบบประสาท เช่น ผู้ป่วยโรค Parkinson ผู้ป่วยโรค Dementia ทำให้มีข้อจำกัดในการสื่อสาร ในชีวิตประจำวัน หรือการเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางสังคม”

- (1.3) ความพิการทางการเคลื่อนไหวหรือทางร่างกาย<sup>229</sup>
- (1.4) ความพิการทางจิตใจหรือพฤติกรรม<sup>230</sup>
- (1.5) ความพิการทางสติปัญญา<sup>231</sup>
- (1.6) ความพิการทางการเรียนรู้<sup>232</sup>
- (1.7) ความพิการทางออทิสติก<sup>233</sup>

<sup>229</sup> ประกาศกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เรื่องประเภทและหลักเกณฑ์ความพิการ, ข้อ 6 หลักเกณฑ์กำหนดความพิการทางการเคลื่อนไหวหรือทางร่างกาย ได้แก่

“(1) ความพิการทางการเคลื่อนไหว หมายถึง การที่บุคคลมีข้อจำกัดในการปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือการเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางสังคม ซึ่งเป็นผลมาจากการมีความบกพร่องหรือการสูญเสียความสามารถของอวัยวะในการเคลื่อนไหว ได้แก่ มือ เท้า แขน ขา อาจมาจากสาเหตุอัมพาต แขน ขา อ่อนแรง แขน ขา ขาด หรือภาวะเจ็บป่วยเรื้อรังจนมีผลกระทบต่อการทำงาน มือ เท้า แขน ขา

(2) ความพิการทางร่างกาย หมายถึง การที่บุคคลมีข้อจำกัดในการปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือการเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางสังคม ซึ่งเป็นผลมาจากการมีความบกพร่องหรือความผิดปกติของศีรษะ ใบหน้า ลำตัว และภาพลักษณ์ภายนอกของร่างกายที่เห็นได้อย่างชัดเจน”

<sup>230</sup> ประกาศกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เรื่องประเภทและหลักเกณฑ์ความพิการ (ฉบับที่ 2), ข้อ 7 หลักเกณฑ์กำหนดความพิการทางจิตใจหรือพฤติกรรม ได้แก่

“การที่บุคคลมีข้อจำกัดในการปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือการเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางสังคมซึ่งเป็นผลมาจาก ความบกพร่องหรือความผิดปกติทางจิตใจหรือสมองในส่วนของ การรับรู้ อารมณ์ หรือความคิด”

<sup>231</sup> ประกาศกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เรื่องประเภทและหลักเกณฑ์ความพิการ, ข้อ 8 หลักเกณฑ์กำหนดความพิการทางสติปัญญา ได้แก่

“การที่บุคคลมีข้อจำกัดในการปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวัน หรือการเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางสังคม ซึ่งเป็นผลมาจากการมีพัฒนาการช้ากว่าปกติ หรือมีระดับเขาว์ปัญญาต่ำกว่าบุคคลทั่วไป โดยความผิดปกตินั้นแสดงก่อนอายุ 18 ปี”

<sup>232</sup> ประกาศกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เรื่องประเภทและหลักเกณฑ์ความพิการ, ข้อ 9 หลักเกณฑ์กำหนดความพิการทางการเรียนรู้ ได้แก่

“การที่บุคคลมีข้อจำกัดในการปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวัน หรือการเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางสังคม โดยเฉพาะด้านการเรียนรู้ ซึ่งเป็นผลมาจากความบกพร่องทางสมอง ทำให้เกิดความบกพร่องในด้านการอ่าน การเขียน การคิด คำนวณ หรือกระบวนการเรียนรู้พื้นฐานอื่นในระดับความสามารถที่ต่ำกว่าเกณฑ์มาตรฐานตามช่วงอายุและระดับสติปัญญา”

<sup>233</sup> ประกาศกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เรื่องประเภทและหลักเกณฑ์ความพิการ (ฉบับที่ 2), ข้อ 9/1 หลักเกณฑ์กำหนดความพิการทางออทิสติก ได้แก่

“การที่บุคคลมีข้อจำกัดในการปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือการเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางสังคม ซึ่งเป็นผลมาจากความบกพร่องทางพัฒนาการด้านสังคม ภาษา และการสื่อความหมาย พฤติกรรมและอารมณ์ โดยมีสาเหตุมาจากความผิดปกติของสมองและความผิดปกติที่แสดงก่อนอายุสองปีครึ่ง ทั้งนี้ ให้อารมณ์รวมถึงการวินิจฉัยกลุ่มออทิสติกสเปกตรัมอื่น ๆ เช่น แอสเพอร์เกอร์ (Asperger)”

(2) เหตุปัจจัยในการกำหนดเหตุการณ์สำหรับการหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องความพิการของผู้ถูกระทำ

ความพิการนั้นกล่าวได้ว่าเป็นสภาวะของบุคคล อันเป็นผลมาจากความบกพร่องทางร่างกาย จิตใจ หรือสติปัญญา ทำให้มีข้อจำกัดในการปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือกิจกรรมทางสังคมซึ่งอาจเป็นสภาวะที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิดเนื่องด้วยเหตุทางพันธุกรรม หรือหลังกำเนิดซึ่งอาจเกิดจากการประสบอุบัติเหตุหรือเป็นผลมาจากการเจ็บป่วย ภาวะทุพโภชนาการหรือสาเหตุอื่น ๆ ซึ่งประเทศไทยมีคนพิการจำนวนมาก ตามสถิติของกรมส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ (พก.) ข้อมูล ณ วันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2567 ในประเทศไทยมีคนพิการที่ได้ทำการขึ้นทะเบียนและมีบัตรประจำตัวคนพิการทั้งหมด 2,304,068 คน<sup>234</sup> ดังนั้นเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนพิการจึงเป็นเรื่องหนึ่งที่ถูกกฎหมายต้องให้ความสำคัญ เนื่องจากคนพิการนั้นก็มีความเกียรติและศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ ซึ่งได้รับการรับรองคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ<sup>235</sup> และมีความเสมอภาคกันในกฎหมาย มีสิทธิและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป และรัฐมีพันธกรณีโดยตรงในการให้ความช่วยเหลือ คุ้มครองและป้องกันมิให้คนพิการถูกใช้ความรุนแรงหรือปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม<sup>236</sup>

โดยภาพรวมแล้วความพิการนั้นย่อมมีผลกระทบและอุปสรรคในการดำรงชีวิตทางด้านต่าง ๆ ทั้งปัญหาด้านเศรษฐกิจ เนื่องจากโดยสภาพแล้วคนพิการย่อมมีข้อจำกัดในการประกอบอาชีพและขีดความสามารถในการทำงาน ทำให้ไม่ได้รับการจ้างงานหรือประกอบกิจการงานเลี้ยงชีพได้เฉกเช่นบุคคลทั่วไป และนำมาซึ่งปัญหาความยากจนและมีรายได้ในการยังชีพที่ไม่เพียงพอ รวมทั้งปัญหาด้านสังคม เนื่องจากมีข้อจำกัดในการเข้าถึงโอกาสทางสังคม เป็นต้นว่า บุคคลที่มีความพิการทางการเห็นหรือความพิการทางการได้ยินหรือสื่อความหมาย ย่อมเป็นปัจจัยที่ไม่เอื้ออำนวยให้ได้รับการศึกษาอย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป ซึ่งเหตุดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อจิตใจของคนพิการ อาจก่อให้เกิดความรู้สึกทุกขเวทนา ความลำบาก ความเครียด ความเจ็บปวดทรมาน และขาดความสำราญในชีวิต

การหมิ่นประมาทบุคคลโดยมีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องความพิการของผู้อื่นนั้นจึงเปรียบเสมือนการทับถม ตอกย้ำและซ้ำเติมความเลวร้ายแห่งชีวิตและความบอบช้ำทางจิตใจผู้อื่นโดยปราศจากกรุณาจิต ขาดจิตสำนึกและความเมตตาต่อเพื่อนมนุษย์ ทั้งเป็นการกระทำที่ไร้ศีลธรรมอย่างร้ายแรง และยังเป็น การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งปมด้อยของผู้อื่นอันละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่ยอมรับใน

<sup>234</sup> กรมส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ “สถิติข้อมูลคนพิการที่มีบัตรประจำตัวคนพิการจำแนกตามภูมิภาค และเพศ ตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน 2537 ถึงวันที่ 30 เมษายน 2567” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2567 จาก [https://ecard.dep.go.th/nep\\_all/file/Stat2567/Stat\\_Apr67.pdf](https://ecard.dep.go.th/nep_all/file/Stat2567/Stat_Apr67.pdf)

<sup>235</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 27.

<sup>236</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 71 วรรคสาม.

มาตรา 71 วรรค 3 รัฐจึงให้ความช่วยเหลือเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ ผู้ยากไร้ และผู้ด้อยโอกาส ให้สามารถดำรงชีวิตได้อย่างมีคุณภาพ และคุ้มครองป้องกันมิให้บุคคลดังกล่าวถูกใช้ ความรุนแรงหรือปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม รวมตลอดทั้งให้การบำบัด ฟื้นฟูและเยียวยาผู้ถูกระทำการดังกล่าว

สังคมปัจจุบันการกระทำดังกล่าวนี้จึงสะท้อนถึงจิตใจที่ชั่วร้ายของผู้กระทำมากกว่าการหมิ่นประมาทในเรื่องทั่วไป และเรื่องความพิการนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่ละเอียดอ่อน การหมิ่นประมาทบุคคลใดบุคคลด้วยเหตุดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อความรู้สึกของคนพิการคนอื่น ๆ ซึ่งอาจนำมาซึ่งความไม่สงบเรียบร้อยของสังคมได้ อีกทั้งเรื่องข้อจำกัดของผู้พิการบางประเภท เช่น ผู้มีความพิการทางการเคลื่อนไหวหรือทางร่างกายซึ่งจำเป็นต้องพึ่งพาคนอื่นไม่สามารถช่วยเหลือตัวเองได้ หรือผู้มีความพิการทางการได้ยินหรือสื่อความหมายที่มีอาการหูหนวกก่อนถึงวัยที่จะมีพัฒนาการทางภาษาอย่างสมบูรณ์นั้นย่อมมีอาการไขว่คว้าร่วมด้วย หรือมีความพิการทางสติปัญญาหรือผู้ที่มีความพิการซ้ำซ้อนนั้นย่อมมีสภาพทางกายภาพที่ไม่เอื้ออำนวยต่อการฟ้องร้องหรือดำเนินคดีต่อผู้กระทำผิด กอปรกับปัจจัยทางด้านเศรษฐกิจของคนพิการบางรายนั้นมีข้อจำกัดในการแบกรับค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในระหว่างการดำเนินคดีอาญาที่มีระยะเวลาอันยาวนาน ดังนั้นจึงควรมีมาตรการทางกฎหมายในการข่มขู่ยับยั้งไม่ให้เกิดการกระทำผิดตั้งแต่ต้น

ด้วยเหตุผลและปัจจัยข้างต้นนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นควรให้สำคัญในการคุ้มครองคนพิการโดยการกำหนดให้การหมิ่นประมาทผู้อื่นโดยมีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องความพิการของผู้ถูกกระทำนั้นเป็นเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานและความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา

โดยเป็นการกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยอาศัย

- (1) ปัจจัยด้านวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายกระทำต่อหรือวัตถุประสงค์แห่งการกระทำผิด
- (2) ปัจจัยด้านผลของการกระทำ และ
- (3) ปัจจัยด้านความชั่วร้ายภายในจิตใจของผู้กระทำผิด

#### 4.4 วิเคราะห์ข้อความคิดและเหตุผลสนับสนุนในการกำหนดให้เป็นเหตุฉกรรจ์

- (1) เพื่อเป็นการเพิ่มต้นทุนคาดหมายของอาชญากร

เนื่องจากมนุษย์หรือผู้กระทำผิดนั้นเป็นสัตว์ที่มีเหตุผล ซึ่งการตัดสินใจในการเลือกกระทำหรือไม่กระทำการใด ซึ่งรวมถึงการกระทำผิดนั้น มีเบื้องหลังมาจากการชั่งน้ำหนักระหว่างความพึงพอใจกับความเจ็บปวดหรือผลร้ายที่ตนคาดว่าจะได้รับจากการกระทำผิดนั้นและถ้าหากการกระทำผิดดังกล่าวก่อให้เกิดความพึงพอใจมากกว่าผลร้าย ย่อมเป็นเหตุผลให้ผู้กระทำเลือกกระทำผิดในทางกลับกันหากหน่วยของประโยชน์หรือความพึงพอใจที่คาดว่าจะได้รับจากการกระทำผิดมีน้ำหนักน้อยกว่าผลร้าย ผู้นั้นย่อมไม่พึงพอใจที่จะเลือกกระทำผิดดังกล่าว หรือที่ในทางนิติเศรษฐศาสตร์เรียกว่า “ต้นทุนคาดหมายและผลประโยชน์คาดหมายของอาชญากร”<sup>237</sup>

ดังนั้นจึงมีความจำเป็นต้องกำหนดให้การหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ หรือความพิการ ของผู้ถูกกระทำนั้นเป็นเหตุฉกรรจ์อันทำให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าโทษของ การหมิ่นประมาทและการหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาในกรณีทั่วไป เพื่อให้โทษซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของต้นทุนคาดหมาย

<sup>237</sup> ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถที่ 48) 117.



ของอาชญากรที่จะบังคับแก่กรณีดังกล่าวมีความเหมาะสมและได้สัดส่วนกับพฤติการณ์ความร้ายแรงและความชั่วร้ายในจิตใจของผู้กระทำความผิด และการเพิ่มขนาดของบทลงโทษ (Magnitude of the punishment) นั้น จะเป็นปัจจัยสำคัญที่ส่งผลให้ต้นทุนคาดหมายของผู้กระทำความผิดเพิ่มขึ้น<sup>238</sup> และเมื่อผลร้ายที่ผู้กระทำความผิดคาดว่าจะได้รับมีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการกระทำความผิดแล้ว ย่อมเป็นการข่มขู่ที่ยัง ไม่ให้มีการกระทำความผิดดังกล่าวเกิดขึ้น

ด้วยเหตุและผลดังกล่าว เพื่อเป็นการเพิ่มต้นทุนคาดหมายของอาชญากรและส่งผลเป็นการข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิดนั้น จึงเป็นข้อความคิดและเหตุผลสนับสนุนในการกำหนดให้การหมิ่นประมาทมีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศวิถีทางเพศ หรือความพิการของผู้ถูกกระทำนั้น เป็นเหตุจูงใจอันทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเป็นพิเศษกว่าความผิดฐานหมิ่นประมาทและความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาในกรณีทั่วไป

(2) เพื่อป้องกันภัยตรายต่อสังคม

สาระสำคัญของ การหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากทั้งเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ หรือความพิการของผู้ถูกกระทำนั้น นอกจากจะเป็นการกระทำที่มีความเป็นภัยต่อสิทธิในเกียรติ ชื่อเสียงและศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ของผู้เสียหายในระดับปัจเจกบุคคลแล้ว ยังอาจก่อให้เกิดความผลกระทบต่อสังคมเป็นวงกว้างและอาจนำมาซึ่งความไม่สงบเรียบร้อยของสังคมได้ เนื่องจากในทางรูปแบบแล้ว เป็นการกระทำที่อยู่บนฐานของสิ่งซึ่งเป็นอัตลักษณ์ทางสังคมของบุคคล ซึ่งเป็นสิ่งที่ยึดโยงทางความรู้สึกและก่อให้เกิดความร่วมมือกันของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีอัตลักษณ์อย่างเดียวกัน การหมิ่นประมาทบุคคลใดบุคคลหนึ่งด้วยเหตุดังกล่าว จึงมิใช่เพียงเป็นการกระทำต่อผู้เสียหายในฐานะปัจเจกชนในทางส่วนตัวเพียงอย่างเดียว แต่เป็นการกระทำต่อผู้เสียหายในฐานะของบุคคลซึ่งเป็นสมาชิกหรือส่วนหนึ่งของกลุ่ม ที่มีเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ หรือความพิการเช่นเดียวกันด้วย

และเมื่อการหมิ่นประมาทด้วยมูลเหตุข้างต้นนั้น ก่อให้ผู้เสียหายที่ถูกหมิ่นประมาท เกิดความรู้สึกถูกเลือกปฏิบัติหรือถูกแบ่งแยกทางสังคมแล้ว ความรู้สึกเช่นนี้นั้นย่อมส่งต่อไปยังกลุ่มคนที่มีอัตลักษณ์เดียวกัน ให้รู้สึกถูกแบ่งแยกและถูกปฏิเสธจากสังคมด้วย ดังเห็นได้จากข้อเท็จจริงของเหตุการณ์ “คลับเฮ้าส์ ทอคซิก”<sup>239</sup> ซึ่งส่งผลให้เกิดเป็นกระแสสังคมที่มีความรุนแรง ไม่ว่าจะเป็นการที่กลุ่มคนอีสานและรวมถึงประชาชนอื่น ๆ แสดงออกอย่างชัดเจนถึงความโกรธเคืองผ่านสื่อสังคมออนไลน์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแอปพลิเคชัน “ทวิตเตอร์” ถึงขนาดขึ้นเป็นกระแสนิยมอันดับหนึ่งของแอปพลิเคชัน และมีการแชร์ทวีต

<sup>238</sup> เฟิงอ่าง 132.

<sup>239</sup> ข้อเท็จจริงในเหตุการณ์ “คลับเฮ้าส์ ทอคซิก” มีการตั้งกลุ่มสนทนาในแอปพลิเคชัน “คลับเฮ้าส์” ติดต่อกันเนื่องกันเป็นระยะเวลานาน ซึ่งเนื้อหาในการสนทนานั้นมีทั้งประเด็นที่มีลักษณะเป็นการดูหมิ่นเหยียดคนอีสานแบบภาพรวมทั้งหมดและเจาะจงตัวบุคคลอันเป็นการหมิ่นประมาทโดยมีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่อง ชาติพันธุ์และถิ่นกำเนิดของผู้เสียหายที่ถูกหมิ่นประมาท

เพื่อให้ข้อความนั้นไปแสดงบน ไทม์ไลน์ของผู้ใช้พร้อมแสดงความคิดเห็นมากกว่า 700,000 ครั้ง<sup>240</sup> หรือการที่บุคคลที่มีชื่อเสียงในสังคมซึ่งมีถิ่นกำเนิดจากภาคอีสานออกมาแสดงความคิดเห็นถึงความไม่พอใจผ่านสื่อ<sup>241</sup> รวมตลอดทั้งการที่ “กลุ่มตัวแทนคนอีสานปทหน” เข้าแจ้งความดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิด<sup>242</sup> เป็นต้น

และในทางเนื้อหานั้น ประเด็นทั้งเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ หรือความพิการ ถือเป็นเรื่องที่มีความละเอียดอ่อนและอ่อนไหวของสังคม เนื่องจากเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับคุณค่าพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ การล่วงละเมิดด้วยประการใด ๆ ต่อคุณค่าดังกล่าว จึงเป็นเรื่องไม่ยอมรับของสังคมปัจจุบัน และการหมิ่นประมาทในลักษณะข้างต้นนั้น มักปรากฏข้อความหรือถ้อยคำในทางลบที่กระทบกระเทือนต่อคุณค่าเช่นว่านั้นอยู่ในตัวเอง ด้วยเหตุและผลทั้งหลายที่กล่าวไว้ข้างต้นนี้ จึงส่งผลให้การหมิ่นประมาทโดยมีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา ความหลากหลายทางเพศ หรือความพิการของผู้ถูกกระทำนั้นอาจนำมาซึ่งความไม่สงบเรียบร้อย ความเกลียดชังระหว่างกลุ่มที่ถูกแบ่งแยกหรือเลือกปฏิบัติกับกลุ่มอื่น ๆ และเป็นเหตุให้เกิดซึ่งความแตกแยกทางสังคมและอาชญากรรมตอบโต้และภัยอันตรายประการอื่นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมูลเหตุแห่งการกระทำนั้นเกิดจากอัตลักษณ์ทางสังคมของบุคคลตั้งแต่สองประการขึ้นไปที่ทับซ้อนกัน เช่น การหมิ่นประมาทด้วยเหตุที่ผู้เสียหายมีถิ่นกำเนิดจากภาคใต้และนับถือศาสนาอิสลาม กรณียอมเป็นปัจจัยให้เป็นการทวีความโกรธเคือง เกลียดชังและนำมาซึ่งภัยอันตรายที่ทวีความรุนแรงยิ่งขึ้นไปได้

และสืบเนื่องจากความข้อที่แล้ว เมื่อได้กำหนดให้เป็นเหตุจรรยาจันทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นแล้วนั้น ย่อมส่งผลเป็นการข่มขู่ยับยั้ง ตลอดทั้งการยับยั้งทั่วไป (General Deterrent) และการยับยั้งพิเศษ (Special Deterrent) ให้ผู้กระทำความผิดและบุคคลอื่น ๆ เกิดความเกรงกลัวต่อโทษทัณฑ์ที่จะได้รับและไม่กล้ากระทำความผิดดังกล่าว ดังนั้นการกำหนดให้อัตราโทษสูงขึ้น จึงส่งผลเป็นการป้องกันอันตรายต่อสังคมไปในตัวเองด้วย ทั้งนี้ กรณีสอดคล้องต้องกันกับแนวคิดเรื่องหน้าที่ของกฎหมายอาญาซึ่งมี “หน้าที่ในการปกป้อง (Fonction Protectrice)”<sup>243</sup> สังคมและสร้างความปลอดภัยให้กับสังคมด้วย

ด้วยเหตุและผลดังกล่าว เพื่อการป้องกันภัยต่อสังคม จึงเป็นข้อความคิดและเหตุผลสนับสนุนในการกำหนดให้การหมิ่นประมาทมีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ หรือความพิการของผู้ถูกกระทำนั้น เป็นเหตุจรรยาจันทำให้ผู้กระทำ

<sup>240</sup> แนวหน้า, ‘ดราม่าเดือด! #คลับเฮ้าส์toxic ถูกเหยียดคนอีสานจนขึ้นเทรนด์อันดับ 1 ทวิตเตอร์’ (แนวหน้า, 15 พฤศจิกายน 2564) <<https://www.naewna.com/likesara/613884>> สืบค้นเมื่อ 11 กรกฎาคม 2567.

<sup>241</sup> Justhat (เชิงอรรถที่ 3)

<sup>242</sup> ผู้จัดการออนไลน์, ‘คนอีสานปทหน แจ้งความกลุ่มคนในคลับเฮ้าส์ TOXIC เหยียดหยามชาติพันธุ์ชาวอีสาน’ (ผู้จัดการออนไลน์, 17 พฤศจิกายน 2564) <<https://mgronline.com/local/detail/9640000110335>> สืบค้นเมื่อ 11 กรกฎาคม 2567.

<sup>243</sup> ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถที่ 48) 33.

ความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเป็นพิเศษกว่าความผิดฐานหมิ่นประมาทและความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาในกรณีทั่วไป

(3) เพื่อลงโทษความชั่วของผู้กระทำความผิดให้เหมาะสม

กฎหมายอาญานั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของความชั่ว<sup>244</sup> ของผู้กระทำความผิด ซึ่งความชั่วในที่นี้มิได้หมายความว่าความไม่ดีงามหรือความเสื่อมทรามทางศีลธรรมเช่นความหมายทั่วไป โดยในทางกฎหมายอาญานั้น “ความชั่ว” (Schuld) หมายถึง “การตำหนิได้ของการกำหนดเจตจำนง”<sup>245</sup> ซึ่งการที่บุคคลกระทำการที่ครบองค์ประกอบกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดและเป็น การกระทำที่มีความผิดกฎหมายแล้ว<sup>246</sup> บุคคลจะต้องรับโทษจากการกระทำนั้นหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าการกระทำผิดนั้นเป็นการที่ผู้กระทำได้กระทำลงโดยมีความชั่วภายในจิตใจหรือไม่ หากเป็นการกระทำที่ผู้กระทำปราศจากความชั่ว หรือผู้กระทำความผิดไม่มีความสามารถในการทำชั่วแล้ว การนั้นย่อมไม่สามารถถูกตำหนิได้<sup>247</sup> ดังนั้นจึงไม่สมควรถูกลงโทษตามกฎหมาย ซึ่งต้องตรงกันกับหลักกฎหมายละตินที่ว่า “ไม่มีโทษ โดยไม่มีความชั่ว”<sup>248</sup> หรือ “Nulla Poena Sine Culpa”<sup>249</sup> เช่น การกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดในขณะที่เป็นเด็กที่อายุยังไม่เกินสิบห้าปี<sup>250</sup> หรือผู้ที่มีจิตบกพร่อง โรครจิตหรือจิตฟั่นเฟือน<sup>251</sup>

และในบางกรณีที่แม้ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดลงโดยมีความชั่วหรือ เป็นการกระทำที่สามารถถูกตำหนิได้ แต่มีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่ทำให้ขนาดของความชั่วหรือระดับของความน่าตำหนิของการกระทำนั้นลดน้อยถอยลง กรณีย่อมเป็นเหตุผลอันสมควรให้กฎหมายไม่อาจลงโทษเต็มจำนวนได้ แต่ก็มิถึงขนาดที่จะยกเว้นโทษหรือให้อภัยได้ทั้งหมด ดังนั้นกฎหมายอาจกำหนดให้ขนาดของบทลงโทษนั้นยิ่งหย่อนผ่อนไปตามความชั่วผู้กระทำความผิด เช่น การป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ<sup>252</sup> หรือการบันดาลโทษ<sup>253</sup> ซึ่งกฎหมายทำให้ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

และในอีกทางหนึ่ง เมื่อวิเคราะห์ศึกษาถึงบทบัญญัติทั้งหลายแห่งประมวลกฎหมายอาญาแล้วจะเห็นได้ว่า การกระทำความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำลงโดยมีความชั่วมากกว่าปกติ นั้น กฎหมายมักกำหนดไว้ให้เป็นเหตุจรรจอันทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าบทความผิดพื้นฐานของความผิดฐานนั้น ๆ

<sup>244</sup> คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 71) 290.

<sup>245</sup> เฟ็งอ้าง.

<sup>246</sup> เป็นการกระทำที่มีความผิดกฎหมายหรือเป็นการกระทำที่ไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

<sup>247</sup> คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 71) 293.

<sup>248</sup> เฟ็งอ้าง 289.

<sup>249</sup> เฟ็งอ้าง 289.

<sup>250</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 73 และ 74.

<sup>251</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 65.

<sup>252</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 69.

<sup>253</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 72

เช่น การฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน<sup>254</sup> ซึ่งเป็นการฆ่าโดยผ่านกระบวนการคิดและตกลงใจของผู้กระทำ ความผิดมาเป็นอย่างดี ซึ่งสะท้อนถึงจิตใจที่ชั่วร้ายของผู้กระทำ ความผิดมากกว่าการฆ่าผู้อื่นตามบทความผิดพื้นฐาน

จึงกล่าวได้ว่า ขนาดของความชั่วหรือระดับความน่าตำหนิได้ของเจตจำนงของผู้กระทำ ความผิดนั้น มีความสัมพันธ์กับขนาดของบทลงโทษ กล่าวคือ การกระทำที่ผู้กระทำ ความผิด ได้กระทำลงโดยปราศจากความชั่ว การนั้นย่อมไม่สมควรถูกลงโทษ หากเป็นการกระทำที่ผู้กระทำ มีความชั่วน้อย การนั้นย่อมสมควรลงโทษเบาลงกว่าปกติ ดังนั้นเมื่อพิจารณาความสัมพันธ์เชิงตรรกะแล้วจึงกล่าวได้ว่า การกระทำที่ผู้กระทำ ความผิดมีความชั่วมากกว่าปกติ ย่อมเป็นการกระทำที่สมควรต้องถูกลงโทษให้หนักขึ้นตามสัดส่วนหรือขนาดของความช่วนั้น

สำหรับการหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากทั้งเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ หรือความพิการของผู้ถูกกระทำนั้น ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าเป็นการกระทำที่ผู้กระทำ ความผิดมีความชั่วมากกว่าการหมิ่นประมาทในกรณีทั่วไป โดยมีรายละเอียดดังนี้

### (3.1) เนื่องจากเป็นการกระทำ ความผิดที่มีเจตนาพิเศษ (Specific intent)

กล่าวคือ เป็นการกระทำ ความผิดที่ผู้กระทำ มีเจตนาเป็นพิเศษนอกเหนือและแตกต่างจากเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลที่จะใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามอย่างการหมิ่นประมาทในกรณีปกติ ได้แก่ผู้กระทำ ความผิด ได้กระทำ ความผิดลงเพราะมีมูลเหตุชกใจหรือสาเหตุแห่งการกระทำ มาจากเรื่องเชื้อชาติ ฯ ของผู้เสียหาย ซึ่งมูลเหตุชกใจนี้สะท้อนถึงระดับของเจตนาในการกระทำ ความผิด ว่ามีขนาดของเจตนา ความตั้งใจ หรือความจงใจในการกระทำ ความผิดมากกว่าการหมิ่นประมาททั่ว ๆ ไป และเจตนาในการกระทำ ความผิดที่มากกว่าปกตินี้ย่อมสะท้อนย้อนกลับถึงความชั่วภายในจิตใจของผู้กระทำ ความผิดที่มากกว่าการหมิ่นประมาทในกรณีทั่วไป

และเมื่อได้วิเคราะห์เปรียบเทียบกับบทบัญญัติความผิดอื่น ๆ ในประมวลกฎหมายอาญานั้น จักเห็นได้ว่าการกระทำ ความผิดที่กระทำลงโดยมีเจตนาพิเศษนั้น กฎหมายชอบที่จะกำหนดให้เป็นเหตุจูงใจ เช่น ความผิดฐานฆ่าพนักงาน<sup>255</sup> กรณีการฆ่าเจ้าพนักงานเพราะเหตุที่จะกระทำหรือได้กระทำการตามหน้าที่ หรือความผิดฐานพรากเด็ก<sup>256</sup> หรือพรากผู้เยาว์<sup>257</sup> กรณีเพื่อค้าหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร หรือในความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่น<sup>258</sup> กรณีเพื่อให้ผู้ถูกข่มขืนใจทำ ถอน ทำให้เสียหาย หรือทำลายเอกสารสิทธิ

<sup>254</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 289(4).

<sup>255</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 289(2).

<sup>256</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 317

<sup>257</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 318

<sup>258</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 309

(3.2) เนื่องจากเจตนากระทำความผิดที่มีพฤติการณ์ร้ายแรง

กล่าวได้ว่า พฤติการณ์แห่งการกระทำ ลักษณะของการกระทำและความร้ายแรงของการกระทำความผิดนั้นเป็นปัจจัยอย่างหนึ่งที่สะท้อนถึงความชั่วร้ายในจิตใจของผู้กระทำความผิด เป็นต้นว่า ผู้กระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา นั้น ย่อมมีความชั่วมากกว่าผู้กระทำความผิด ฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่น หรือผู้กระทำความผิดฐานปล้นทรัพย์นั้นย่อมมีความชั่วมากกว่าผู้กระทำความผิดฐานลักทรัพย์ และดังที่ได้เขียนไว้ความในข้อก่อน ๆ นั้น ว่าการหมิ่นประมาทในลักษณะข้างต้นนั้นมีพฤติการณ์ ความร้ายแรงและผลเสียหายที่มากกว่าการหมิ่นประมาทในกรณีทั่วไป ดังนั้น ย่อมสะท้อนว่าผู้กระทำความผิดมีความชั่วมากกว่าการหมิ่นประมาทในกรณีทั่วไป

ด้วยเหตุและผลดังกล่าว เพื่อการลงโทษความชั่วของผู้กระทำความผิดให้เหมาะสมจึงเป็นข้อคิดและเหตุผลสนับสนุนในการกำหนดให้การหมิ่นประมาทมีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ หรือความพิการของผู้ถูกกระทำนั้น เป็นเหตุจรรจอันทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเป็นพิเศษกว่าความผิดฐานหมิ่นประมาทและความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาในกรณีทั่วไป

(4) แนวทางความคิดของกฎหมายต่างประเทศ

(4.1) สหภาพยุโรป

จากข้อมติที่ 1577 (2007) ว่าด้วยแนวทางการยกเลิกความผิดอาญาฐานหมิ่นประมาทของรัฐสภายุโรป ซึ่งมีสาระสำคัญของข้อมติข้างต้น คือ เรียกร้องให้รัฐสมาชิก ยกเลิกความผิดอาญาและโทษจำคุกในความผิดฐานหมิ่นประมาท เนื่องจากมีแนวคิดที่ว่า การดำเนินคดีอาญา ฐานหมิ่นประมาทนั้นขัดแย้งกับคุณค่าของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น อันเป็นการเข้รอนบ่อนทำลายคุณค่าพื้นฐานที่เสมือนเป็นสารัตถะที่สำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย<sup>259</sup>

แต่อย่างไรก็ดี รัฐสมาชิกสามารถกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาได้ เฉพาะแต่การกระทำโดยเจตนา ที่มีลักษณะเป็นการยุยงปลุกปั่นให้เกิดความรุนแรงในที่สาธารณะ ความเกลียดชังหรือการเลือกปฏิบัติ หรือการคุกคามบุคคล หรือกลุ่มบุคคล ด้วยสาเหตุจากความแตกต่างทางสัญชาติ เชื้อชาติ ชาติกำเนิดหรือชาติพันธุ์ สีผิว ภาษา ศาสนา<sup>260</sup>

ข้อมติของรัฐสภายุโรปนั้น สะท้อนให้เห็นถึงข้อความคิดได้ว่า ความผิดฐานหมิ่นประมาทในกรณีปกติธรรมดา นั้น แม้อาจทำให้ผู้เสียหาย เสื่อมเสียเกียรติหรือความนับถือจากผู้อื่น แต่เมื่อชั่งน้ำหนักกับคุณค่าของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นแล้ว การแสดงความคิดเห็น โดยเสรีนั้นมีคุณค่าหรือคุณประโยชน์ที่มากกว่าสิทธิในเกียรติยศชื่อเสียง จึงควรคุ้มครองให้การแสดงความคิดเห็นที่เป็นการหมิ่นประมาทจึงไม่ควร

<sup>259</sup> Parliamentary Assembly, 'Resolution 1577 (2007) Towards decriminalisation of defamation' <<https://pace.coe.int/pdf/825a39361fd9ddf2511061cda78853d7e7921279d1600d16f750e20007cc6134/res.%201577.pdf>> สืบค้นเมื่อ 10 กรกฎาคม 2567.

<sup>260</sup> เพิ่งอ้าง.

ถูกกำหนดให้เป็นความผิดในทางอาญา คงแต่ให้เป็นความรับผิดชอบในทางแพ่งที่ผู้เสียหายมีสิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น

แต่การหมิ่นประมาทที่มีลักษณะเป็นลักษณะเป็นการยุยงปลุกปั่นให้เกิดความรุนแรงในที่สาธารณะ ความเกลียดชัง หรือการเลือกปฏิบัติหรือการคุกคามบุคคล หรือกลุ่มบุคคล ด้วยสาเหตุทางสัญชาติ เชื้อชาติ ชาติกำเนิดหรือ ชาติพันธุ์ สีผิว ภาษา ศาสนา นั้นมีพฤติการณ์และความเลวร้ายแห่งการกระทำ นอกเหนือไปจากการประทุษร้ายเกียรติและชื่อเสียงของผู้เสียหาย แต่เป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของสังคม จึงมีเหตุผลอันสมควรที่จะกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาและทำให้ผู้ที่ทำการหมิ่นประมาทในลักษณะดังกล่าวต้องได้รับผลร้ายแห่งการกระทำที่มากกว่าการหมิ่นประมาทในกรณีทั่วไป

สำหรับการหมิ่นประมาทที่มูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิดและความเชื่อทางศาสนาของผู้กระทำนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่ามีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเกลียดชังและนำมาซึ่งความไม่สงบเรียบร้อยของสังคมได้ จึงเป็นกรณีที่มีสาระสำคัญสอดคล้องกับข้อมติของรัฐสภายุโรปข้างต้น

แต่เนื่องจากความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศไทยนั้น ยังคงเป็นความผิดทางอาญาอยู่ เมื่อใช้ความสัมพันธ์เชิงตรรกะของข้อมติข้างต้นมาปรับใช้แก่กรณีแล้ว จึงกล่าวได้ว่า การกำหนดให้การหมิ่นประมาทมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ฯ ต้องได้รับผลร้ายแห่งการกระทำที่มากกว่าการหมิ่นประมาทในกรณีทั่วไปนั้น ย่อมได้แก่การกำหนดให้ความผิดในลักษณะดังกล่าวเป็นเหตุจรรยาจรรยาอันทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าบทความผิดพื้นฐาน

ด้วยเหตุและผลดังกล่าว แนวทางความคิดของสหภาพยุโรปตามข้อมติที่ 1577 (2007) จึงเป็นข้อสนับสนุนและเหตุผลในการกำหนดให้การหมิ่นประมาทมีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่อง เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ความเชื่อทางศาสนาของผู้ถูกกระทำนั้น เป็นเหตุจรรยาจรรยาอันทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเป็นพิเศษกว่าความผิดฐานหมิ่นประมาทและความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาในกรณีทั่วไป

#### (4.2) ประเทศฝรั่งเศสและเบลเยียม

ในทางนิติศาสตร์นั้น หากกฎหมายเล็งเห็นว่าลักษณะหรือพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดใด มีความร้ายแรงหรือกระทบคุณค่าพื้นฐานที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองมาก กฎหมายย่อมจะกำหนดให้การกระทำความผิดเช่นนั้น มีระวางโทษที่สูง ในทางกลับกัน หากกฎหมายกำหนดให้การกระทำความผิดใด มีระวางโทษที่ยิ่งหย่อนผ่อนลง ย่อมแสดงว่ากฎหมายเล็งเห็นว่าพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดนั้นมีความเลวร้ายหรือกระทบต่อคุณค่าที่สำคัญน้อยกว่า เป็นต้นว่า

ตามรัฐบัญญัติที่มีโทษทางอาญา ฉบับลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ. 1881 ว่าด้วยเสรีภาพของสื่อมวลชน (La loi du 29 juillet 1881 sur la liberte de la presse / Law on the Freedom of the Press of 29 July 1881) มาตรา 32 วรรคสองและวรรคสาม ของประเทศฝรั่งเศสนั้นกำหนดให้การหมิ่นประมาทที่มูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่อง เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ศาสนา เพศ รสนิยมทางเพศ ความพิการของ

ผู้ถูกระทำ (ไม่มีเรื่องถิ่นกำเนิด) เป็นเหตุจรรยาในความผิดฐานหมิ่นประมาทอันทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการหมิ่นประมาทตามบทความผิดพื้นฐาน

สำหรับประเทศเบลเยียมนั้น ประมวลกฎหมายอาญาเบลเยียม (Penal Code of Belgium / Code Penal Strafwetboek) มาตรา 453 ทวิ (bis) นั้นได้กำหนดให้การหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากทั้งเรื่อง เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา เพศ รสนิยมทางเพศ ความพิการของผู้ถูกระทำ เป็นเหตุจรรยาในความผิดฐานหมิ่นประมาทอันทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการหมิ่นประมาทตามบทความผิดพื้นฐาน

บทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันนั้น ย่อมสะท้อนให้เห็นว่าการหมิ่นประมาทด้วยมูลเหตุข้างต้นนั้น กฎหมายอาญาของประเทศดังกล่าวเล็งเห็นถึงลักษณะหรือพฤติการณ์แห่งการกระทำนั้นว่ามีความร้ายแรง ที่ได้กระทบกระเทือนต่อคุณค่าประการอื่น นอกจากสิทธิในเกียรติชื่อเสียงของบุคคลด้วย กล่าวคือ เป็นการกระทำที่อาจล่วงละเมิดถึงสิทธิมนุษยชนและความสงบเรียบร้อยของสังคม กฎหมายจึงกำหนดให้การหมิ่นประมาทในลักษณะดังกล่าวเป็นเหตุจรรยาในความผิดฐานหมิ่นประมาท

ด้วยแนวทางการคิดและเหตุผลดังที่กล่าวข้างต้นนี้ จึงเป็นข้อสนับสนุนในการกำหนดให้การหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่อง เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศและความพิการของผู้ถูกระทำนั้น เป็นเหตุจรรยาอันทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเป็นพิเศษกว่าความผิดฐานหมิ่นประมาทและความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาในกรณีทั่วไป

#### 4.5 วิเคราะห์การกำหนดให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน

จากการศึกษาระบบกฎหมายและระบบยุติธรรมทางอาญาของประเทศฝรั่งเศส พบว่าประเทศฝรั่งเศสใช้ระบบการดำเนินคดีโดยรัฐเป็นหลัก เนื่องจากการกระทำความผิดอาญานั้นเป็นการกระทบกระเทือนและก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐและสังคมส่วนรวม รัฐจึงถือเป็นผู้เสียหาย ดังนั้น เอกชนคนใดคนหนึ่งจึงไม่มีสิทธิเริ่มต้นฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาได้ด้วยตนเอง คงแต่อาจเข้ามาในคดีอาญาเพื่อดำเนินการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนทางแพ่งต่อผู้กระทำความผิดเท่านั้น<sup>261</sup> จึงส่งผลให้บรรดาความผิดสารบัญญัติทั้งหลายในประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญาของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งรวมถึงความผิดฐานหมิ่นประมาทตามรัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ. 1881 ว่าด้วยเสรีภาพของสื่อมวลชน (Law on the Freedom of the press of 29 July 1881) นั้นมีลักษณะเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน

สำหรับกฎหมายอาญาประเทศไทยนั้น บรรดาความผิดอาญาทั้งหลาย ทั้งตามประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญานั้นโดยหลักแล้วถือว่าเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน เช่นเดียวกัน ซึ่งความผิดอาญาแผ่นดินนั้นหมายถึง “ความผิดที่หากมีการกระทำแล้วนอกจากจะมีผลกระทบต่อผู้ที่ถูก

<sup>261</sup> สำนักงานวิจัยกฎหมายอาญาและพัฒนาระบบการยุติธรรม สถาบันนิติวัชร์, ‘ศึกษาเปรียบเทียบบทบาทของพนักงานอัยการในชั้นสอบสวน’ (2567) ฉบับพิเศษ, วารสารนิติวัชร์, 28.

กระทำโดยตรงแล้วยังมีผลกระทบต่อสังคมโดยรวมอีกด้วย ดังนั้น รัฐจึงต้องเข้าดำเนินการเอาตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ แม้ผู้ที่ถูกกระทำนั้นจะไม่ตั้งใจเอาความหรือดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดต่อไปแล้วก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันสังคมโดยรวม”<sup>262</sup>

แต่ถ้าความผิดใดกฎหมายประสงค์จะให้ เป็น “ความผิดต่อส่วนตัว” หรือ “ความผิดอันยอมความได้นั้น”<sup>263</sup> กฎหมายจะบัญญัติไว้โดยจำเพาะเจาะจง เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 321 กำหนดให้ความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่น ตามมาตรา 309 วรรคแรก ความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวกักขังตามมาตรา 310 วรรคแรก และความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวกักขังโดยประมาทตามมาตรา 311 วรรคแรก เป็นความผิดอันยอมความได้ และสำหรับหมวดความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้นได้ถูกกำหนดไว้โดยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 333<sup>264</sup> ให้ความผิดทั้งฐานหมิ่นประมาทตามบทความผิดพื้นฐาน<sup>265</sup> ความผิดฐานหมิ่นประมาทคนตาย<sup>266</sup> และความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา<sup>267</sup> เป็นความผิดอันยอมความได้ ซึ่งการถูกกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้นั้นจะก่อให้เกิดผลประการต่าง ๆ เช่น เรื่องร้องทุกข์ สิทธินำคดีอาญามาฟ้อง ระงับ การสิ้นสุดคดีโดยการถอนฟ้อง ผลของการถอนฟ้อง อายุความ การล่อให้กระทำความผิด เป็นต้น

จากการศึกษาพบว่าแนวคิดในการกำหนดให้ความผิดใดเป็นความผิดอาญาแผ่นดินหรือความผิดอันยอมความได้นั้น มิได้มีหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้อย่างแน่นอน แต่โดยพื้นฐานความคิดในการกำหนดให้ความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้นั้นพิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้ คือ

1. “เป็นความผิดที่มี ‘ความเป็นอาชญากรรม’ (Verbrechen) น้อย”
2. “เป็นความผิดที่มี ‘คุณธรรมทางกฎหมาย’ (Rechtsgut) ที่เป็นเรื่องส่วนตัวอย่างมากที่พึงเคารพในเจตจำนงของผู้เสียหาย หรือมี ‘คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้’ (höchstpersönliches Rechtsgut)” และ
3. “เป็นความผิดที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครอง ‘ผู้เสียหาย’ (Verletzten) อย่างแท้จริง”<sup>268</sup>

<sup>262</sup> จุฬารัตน์ ยะปะนัน, ‘ความผิดอาญาแผ่นดินและความผิดอันยอมความได้’ (มีนาคม - เมษายน 2553) 2 วารสารจลนิตี, 151.

<sup>263</sup> ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเรียกว่า “ความผิดต่อส่วนตัว” แต่ประมวลกฎหมายอาญาเรียกว่า “ความผิดอันยอมความได้”

<sup>264</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 333  
ความผิดในหมวดนี้เป็นความผิดอันยอมความได้  
ถ้าผู้เสียหายในความผิดฐานหมิ่นประมาทตายเสียก่อนร้องทุกข์ ให้บิดา มารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้เสียหายร้องทุกข์ได้ และให้ถือว่าเป็นผู้เสียหาย

<sup>265</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 326

<sup>266</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 327

<sup>267</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 328

<sup>268</sup> คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 71) 170.



เนื่องจากโดยพื้นฐานแล้วความผิดในหมวดความผิดหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญานั้น เป็นการกระทำที่กระทบคุณค่าที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมาย คือ “เกียรติ” ของผู้ถูกหมิ่นประมาท ซึ่งถือเป็นคุณธรรมทางกฎหมายส่วนตัวอย่างแท้จริง ของผู้เสียหาย เนื่องจากการกระทำที่ล่วงละเมิดหรือกระทบต่อเกียรตินั้นก่อให้เกิดผลเสียหายส่วนบุคคลเฉพาะเพียงบุคคลผู้ถูกหมิ่นประมาทซึ่งเป็นกรรมของการกระทำความผิดเท่านั้น โดยกระทบต่อบุคคลทั่วไปน้อยมาก การที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้นั้นจึงชอบด้วยเหตุด้วยผลดังกล่าว<sup>269</sup>

แต่ดังที่กล่าวมาก่อนแล้วนั้น ข้อเท็จจริงทั้งในเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธ์ ถิ่นกำเนิดความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิธีทางเพศ และความพิการของผู้ถูกกระทำนั้นเป็นเรื่องที่มีความละเอียดอ่อนและอ่อนไหวของสังคม เนื่องจากการกระทำที่อยู่บนฐานของความคติต่อสิ่งซึ่งเป็นอัตลักษณ์ทางสังคม (Social Identity) ของบุคคลผู้ถูกหมิ่นประมาท ซึ่งความเป็นอัตลักษณ์นั้นเป็นสิ่งที่อาจก่อร่างสร้างความรู้สึกร่วมของคนที่มีอัตลักษณ์เช่นเดียวกัน อันเป็นต้นเพลิงให้เกิดความเกลียดชังร่วมกันหรือความรู้สึกแบ่งแยกได้ง่าย ดังนั้นการหมิ่นประมาทโดยมีมูลเหตุซึ่งใจจากเรื่องดังกล่าว นอกจากจะเป็นภัยอันตรายต่อเกียรติส่วนบุคคลของผู้ถูกหมิ่นประมาท ทำให้ผู้ถูกกระทำเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชังแล้ว ยังอาจกระทบกระเทือนความสงบสุข สันติภาพ ร่วมกันของคนในสังคมและอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศได้ จึงกล่าวได้ว่าการกระทำเช่นว่าดังกล่าวนี้มิได้เป็นการกระทำที่มีความเป็นอาชญากรรมน้อย และเป็นการกระทำที่ไม่ได้กระทบเพียงส่วนตัวของผู้เสียหายเท่านั้นแต่ยังเป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวมด้วย

สำหรับปัจจัยข้อที่ว่า “เป็นความผิดที่มุ่งประสังค์จะคุ้มครอง ‘ผู้เสียหาย’ (Verletzten) อย่างแท้จริงนั้น” หมายถึง ความผิดที่หากปล่อยให้รัฐดำเนินคดีแล้วจะเป็นการซ้ำเติมผู้เสียหายดังนั้นรัฐจึงควรให้ความเคารพต่อเจตจำนงของผู้เสียหายในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด เป็นต้นว่า ความผิดฐานข่มขืนทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก หรือความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278<sup>270</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นเด็กหรือสตรี ซึ่งการดำเนินคดีอาญา ในข้อหาดังกล่าวนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้เสียหาย เช่น การที่ผู้เสียหายต้องถูกสอบสวน ในข้อเท็จจริงที่ตนถูกกระทำจากพนักงานสอบสวนหลายครั้ง การต้องไปศาลเพื่อสืบพยาน และบอกเล่า ชี้แจง เกี่ยวกับข้อเท็จจริงดังกล่าว และโดยเฉพาะเมื่อผู้เสียหายเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงการดำเนินคดีอาจส่งผลให้เกิดเป็นกระแสข่าวซึ่งแพร่ออกไปยังบุคคลภายนอกซึ่งกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้เสียหาย การดำเนินคดีในข้อหาเช่นว่านี้ บางครั้งจึงเป็นการทับถมความบอบซ้ำซ้ำเติม ให้ผู้เสียหายเกิดความระทมใจหนักยิ่งขึ้นไป

แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นว่า การดำเนินคดีหมิ่นประมาทนั้น นอกจากจะมีได้เป็นการซ้ำเติมผู้เสียหายแล้ว ยังก่อให้เกิดผลในทางตรงกันข้าม กล่าวคือ การฟ้องร้องคดี หมิ่นประมาทต่อศาลนั้นทำให้ผู้เสียหายที่ถูกใส่ความนั้นได้ชี้แจงแสดงข้อเท็จจริงต่อศาลว่าสารหรือข้อความที่หมิ่นประมาทตนนั้นไม่

<sup>269</sup> คณิต ฒ นคร, 'ปรัชญาและแนวความคิดของการกำหนดความผิดอันยอมความได้' (มกราคม -มิถุนายน 2547)

1 วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิตย์, 1, 10.

<sup>270</sup> เพิ่งอ้าง.

ถูกต้อง ชอบธรรม หรือฝ่าฝืนต่อความเป็นจริง และเมื่อผู้พิพากษา มีคำพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดนั้น เปรียบเสมือนเป็นการยืนยันและรับรองตามกฎหมายว่าสิ่งที่จำเลยกล่าวหาหรือใส่ความนั้น ไม่ถูกต้องชอบธรรม การฟ้องร้องคดีหมิ่นประมาทจึงเปรียบกับเครื่องมือพิสูจน์ว่า ผู้เสียหายที่ถูกหมิ่นประมาทในฐานะมนุษย์ และในฐานะสมาชิกอันเป็นส่วนหนึ่งของสังคมนั้นยังคงมีเกียรติ ชื่อเสียงอันดีที่สมควรได้รับความเคารพจากผู้อื่นและสังคมอยู่ ดังนั้น การฟ้องร้องคดีหมิ่นประมาทจึงเสมอเหมือนกับการยื่นข้อกล่าวหาหรือข้อเรียกร้องของผู้เสียหายที่เสียไปนั้นได้รับการฟื้นฟูเยียวยา

ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ ว่าหากมิได้กำหนดให้การหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่อง เชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ หรือความพิการของผู้ถูกกระทำ เป็นความผิดอาญาแผ่นดินแล้ว จะก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายที่ไม่สมเหตุสมผลหลายประการ กล่าวคือ

(1) ความผิดในลักษณะดังกล่าวนี้มีพฤติการณ์ที่ร้ายแรงและกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม แต่รัฐไม่สามารถเริ่มต้นดำเนินคดีได้ด้วยตนเอง เนื่องจาก อำนาจสอบสวนของพนักงานสอบสวนในคดีที่ไม่ใช่ความผิดอาญาแผ่นดิน (คดีความผิดต่อส่วนตัว) นั้น ต้องอาศัยคำร้องทุกข์ของผู้เสียหาย ซึ่งหากไม่มีคำร้องทุกข์ของผู้เสียหาย พนักงานสอบสวนย่อมไม่มีอำนาจทำการสอบสวน<sup>271</sup> และส่งผลให้พนักงานอัยการไม่มีอำนาจยื่นฟ้องคดีต่อศาลได้<sup>272</sup>

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความไม่สมเหตุสมผลนั้นยิ่งชัดเจนขึ้นเมื่อเปรียบเทียบกับความผิดฐานดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 393 ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษ ที่มีความเป็นอาชญากรรมน้อยมากและอาจไม่ส่งผลกระทบต่อส่วนรวมเทียบเท่ากับการหมิ่นประมาท ในลักษณะข้างต้น แต่กฎหมายกลับกำหนดให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน

(2) ความผิดดังกล่าวนี้กระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยมิได้ส่งผลกระทบต่อเพียงต่อส่วนตัวผู้เสียหายเท่านั้น แต่ผู้เสียหายเพียงลำพังกลับสามารถ ถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความในความผิดดังกล่าว ซึ่งส่งผลให้สิทธิในคดีอาญามาฟ้องระงับ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (2) ได้

(3) ความผิดในลักษณะดังกล่าวเป็นเรื่องร้ายแรงและมีความสำคัญแต่อยู่ภายใต้อายุความตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96 ซึ่งกำหนดให้ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ภายในสามเดือนนับแต่วันที่รู้เรื่องความผิด

<sup>271</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 121

พนักงานสอบสวนมีอำนาจสอบสวนคดีอาญาทั้งปวง

แต่ถ้าเป็นคดีความผิดต่อส่วนตัว ห้ามมิให้ทำการสอบสวนเว้นแต่จะมีคำร้องทุกข์ตามระเบียบ

<sup>272</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120

ห้ามมิให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีใดต่อศาล โดยมีได้มีการสอบสวนในความผิดนั้นก่อน

และรู้ตัวผู้กระทำความผิด มิเช่นนั้นถือว่าคดีขาดอายุความ ซึ่งมีความไม่เหมาะสมกับพฤติการณ์และความร้ายแรงของการกระทำความผิด

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าควรกำหนดให้การหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิธีทางเพศ หรือความพิการของผู้ถูกกระทำนั้น เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

จากการศึกษาและวิเคราะห์ข้อมูลต่าง ๆ ตั้งแต่บทที่ 2 ถึงบทที่ 4 นั้นสามารถสรุปได้ว่าการหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศและความพิการของผู้ถูกรกระทำนั้น เป็นการกระทำความผิดซึ่งนอกจากจะทำให้ผู้ถูกรกระทำอาจเสื่อมเสียเกียรติ เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง หรือสูญเสียความเคารพจากผู้อื่นแล้ว ยังเป็นการกระทำที่มีพฤติการณ์ร้ายแรงและมีลักษณะฉรรมณ์มากกว่าการหมิ่นประมาทในกรณีทั่วไป กล่าวคือ

(1) การหมิ่นประมาทโดยมีมูลเหตุจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์หรือถิ่นกำเนิดของผู้ถูกรกระทำ เป็นการกระทำความผิดที่สะท้อนถึงจิตใจที่ชั่วร้ายของผู้กระทำที่มากกว่า การหมิ่นประมาทในเรื่องทั่วไป มีลักษณะเป็นการแบ่งแยก เลือปฏิบัติที่ลดทอนคุณค่าความเป็นมนุษย์ของผู้อื่นขัดแย้งกับความเสมอภาค และหลักสิทธิมนุษยชน และผลของการกระทำนั้นยังอาจส่งผลกระทบต่อเป็นวงกว้าง อันเป็นการสร้างความเกลียดชังร่วมของคนที่มีเชื้อชาติ ชาติพันธุ์หรือ ถิ่นกำเนิดเดียวกันกับผู้ถูกหมิ่นประมาท ซึ่งอาจนำมาซึ่งความแตกแยกทางสังคมที่รุนแรงและเป็นต้นเหตุของการกระทำความผิดอย่างอื่นที่หนักขึ้นได้

(2) การหมิ่นประมาทโดยมีมูลเหตุจากเรื่องความเชื่อทางศาสนาของผู้ถูกรกระทำเป็นการกระทำที่มีฐานมาจากเรื่องศาสนาซึ่งเป็นเรื่องความเชื่อความศรัทธาของบุคคลและสังคมอันเป็นประเด็นที่อ่อนไหวและละเอียดอ่อนอย่างมากในประเทศไทยที่มีประชากรที่นับถือศาสนาที่แตกต่างกันหลากหลาย การหมิ่นประมาทต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดด้วยเหตุทางความเชื่อทางศาสนานั้น ไม่กระทบเพียงต่อเกียรติ ชื่อเสียงของผู้เสียหายเท่านั้น ยังอาจย้อมส่งผลกระทบต่อไปถึงบุคคลหรือกลุ่มบุคคลผู้นับถือศาสนาเดียวกัน อันอาจนำมาซึ่งความขัดแย้งระหว่างศาสนิกชนของแต่ละศาสนาและความขัดแย้งทางสังคมที่มีความรุนแรงได้

(3) การหมิ่นประมาทโดยมีมูลเหตุจากเรื่องอัตลักษณ์ทางเพศ หรือวิถีทางเพศของผู้ถูกรกระทำ เป็นการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความเจ็บปวดทางจิตใจที่รุนแรงของผู้ถูกรกระทำ และขัดแย้งกับคุณค่าพื้นฐานของสังคมในปัจจุบันที่ ต้องการเปิดกว้างและยอมรับความเท่าเทียมทางเพศและความเสมอภาค การหมิ่นประมาทด้วยเหตุดังกล่าวจึงเป็นการแสดงออกถึงการเลือกปฏิบัติลดทอนคุณค่าความเป็นมนุษย์และกระทบต่อสิทธิมนุษยชน อันสะท้อนถึงจิตใจที่ชั่วร้ายของผู้กระทำความผิดมากกว่าการหมิ่นประมาทในเรื่องทั่วไป

(4) การหมิ่นประมาทโดยมีมูลเหตุจากความพิการของผู้ถูกรกระทำ เป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งสภาวะทางร่างกายหรือจิตใจของบุคคลผู้ถูกรกระทำ ซึ่งลำพังแต่ความบกพร่องหรือพิการนั้นย่อมก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานและขาดความสำราญในชีวิตแก่คนพิการอยู่แล้ว การกระทำความผิดดังกล่าวจึงเปรียบเสมือนเป็นการทับถมซ้ำเติมความเลวร้ายของชีวิตผู้อื่น ซึ่งแสดงให้เห็นถึงจิตใจที่ชั่วร้ายและขาดไร้ซึ่ง

ศีลธรรม ขาดความเมตตาต่อเพื่อนมนุษย์ของผู้กระทำความผิดมากกว่าการหมิ่นประมาทในลักษณะปกติธรรมดาแต่จากการศึกษาหมวดความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาแล้วนั้นสรุปได้ว่า เหตุการณ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้นไม่ได้บัญญัติให้การหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศหรือความพิการของผู้ถูกกระทำนั้นเป็นการเหตุการณ์อันจะทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งประมวลกฎหมายอาญา คงได้บัญญัติไว้เพียงกรณีเดียวตั้งแต่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันในปี พ.ศ. 2500 คือการหมิ่นประมาทที่กระทำโดยการโฆษณา ตามมาตรา 328 ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายลงโทษหนักขึ้นโดยผูกยึดอยู่กับวิธีการในการหมิ่นประมาท ซึ่งพิจารณาแล้วเห็นว่า เหตุการณ์ที่มีอยู่นั้นไม่เหมาะสม ไม่ครอบคลุม ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน ไม่ได้สัดส่วนเหมาะสมกับพฤติการณ์ความร้ายแรงและความชั่วร้ายในจิตใจของผู้กระทำความผิด และไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะคุ้มครองสิ่งซึ่งเป็นคุณค่าพื้นฐานที่สังคมยอมรับ ยึดถือ และปรารถนาให้เกิดขึ้นในปัจจุบัน ทำให้การกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวต้องรับโทษเช่นเดียวกันกับการหมิ่นประมาทหรือการหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาในเรื่องทั่วไปที่อาจมิได้มีความร้ายแรง

สำหรับการศึกษาบทบัญญัติทางอาญาของต่างประเทศนั้น ผู้เขียนได้ทำการศึกษากำหนดเหตุการณ์ในความผิดฐานหมิ่นประมาทของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเบลเยียม ปรากฏว่าประเทศทั้งสองข้างต้นนั้นได้ให้ความสำคัญในประเด็นดังกล่าว โดยได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้การกระทำความผิดหมิ่นประมาทที่มีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ หรือความพิการของผู้ถูกกระทำนั้นเป็นเหตุการณ์อันทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการหมิ่นประมาทตามบทความผิดพื้นฐานและโดยเฉพาะอย่างยิ่งเหตุการณ์ของประเทศเบลเยียมนั้นยังมีขอบเขตครอบคลุมถึงถิ่นกำเนิดของผู้เสียหาย อีกทั้งแนวทางของสหภาพยุโรปเห็นได้ว่าทางสหภาพตระหนักถึงภัยอันตรายในประเด็นดังกล่าว โดยได้มีการแสดงออกผ่านทางรัฐสภายุโรปในการสนับสนุนให้การกระทำโดยเจตนาที่เป็นการยุยงปลุกปั่นให้เกิดความรุนแรงในที่สาธารณะ ความเกลียดชังหรือการเลือกปฏิบัติหรือการคุกคามบุคคลหรือกลุ่มบุคคล ด้วยเหตุผลทางสัญชาติ เชื้อชาติ ชาติกำเนิดหรือชาติพันธุ์ สีผิว ภาษา ศาสนา นั้นเป็นความผิดทางอาญาและมีโทษจำคุกในกรณีที่การกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการยั่วยุให้เกิดความรุนแรง วาจาที่แสดงความเกลียดชังและถ้อยคำที่ปฏิเสธความมีอยู่ของกลุ่มคนอื่น

ดังนั้นเพื่อให้เกิดความเหมาะสมและให้เหตุการณ์ในหมวดความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้นมีประสิทธิภาพมากขึ้นและสอดคล้องกับสภาพการณ์สังคมปัจจุบัน ผู้เขียนจึงมีความเห็นควรกำหนดให้การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทหรือหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาที่กระทำลงโดยมีมูลเหตุแห่งการกระทำจากเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ ถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิถีทางเพศ หรือความพิการของผู้ถูกกระทำนั้นเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นกว่ากรณีปกติ เพื่อให้โทษที่จะบังคับใช้กรณีดังกล่าวนี้ได้สัดส่วนและเหมาะสมความพฤติการณ์ความร้ายแรงและความชั่วร้ายในจิตใจของผู้กระทำความผิด การแก้ไขเพิ่มเติมเหตุการณ์ดังกล่าวจึงเป็นการเพิ่มผลร้ายที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับ ซึ่งสุดท้ายเมื่อระวางโทษสูงขึ้นนั้นจะก่อให้เกิดผลในการยับยั้งชั่งใจแก่ผู้กระทำความผิดและบุคคลอื่นในสังคม มีผลให้เป็น

การข่มขู่ข่มขืนยังมีให้มีการกระทำความผิดเช่นนี้เกิดขึ้น และทั้งนี้เพื่อให้เกิดความคุ้มครองเกียรติส่วนบุคคล สิทธิมนุษยชน ความเสมอภาค และความสงบเรียบร้อยของสังคมอย่างสมควรแก่กรณี

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิเคราะห์ที่ตั้งที่ได้กล่าวมาก่อนแล้วนั้น ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะว่า

(1) ควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยบัญญัติเพิ่มอีกมาตราหนึ่ง คือ มาตรา 328/1 โดยมีข้อความดังนี้

*“ถ้าการกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้ได้กระทำลงโดยมีมูลเหตุแห่งการกระทำจาก เรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์หรือถิ่นกำเนิด ความเชื่อทางศาสนา อัตลักษณ์ทางเพศ วิธีทางเพศหรือความพิการของ ผู้ถูกกระทำ ต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ กึ่งหนึ่ง”*

(2) แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 333 วรรคแรกโดยมีข้อความดังนี้

*“ความผิดในหมวดนี้ ยกเว้นความผิดตามมาตรา 328/1 เป็นความผิดอันยอมความได้*

## บรรณานุกรม

## บรรณานุกรม

- กรมส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ, ‘สถิติข้อมูลคนพิการที่มีบัตรประจำตัวคนพิการจำแนกตามภูมิภาค และเพศ ตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน 2537 ถึงวันที่ 30 เมษายน 2567’ <[https://ecard.dep.go.th/nep\\_all/file/Stat2567/Stat\\_Apr67.pdf](https://ecard.dep.go.th/nep_all/file/Stat2567/Stat_Apr67.pdf)> สืบค้นเมื่อ 10 พฤษภาคม 2567.
- กุลพล พลวัน, *สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก* (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2547).
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *ถาม-ตอบประมวลกฎหมายอาญา ภาคความผิด ความผิดเกี่ยวกับการปกครองและความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม(มาตรา 136-205)* (พิมพ์ครั้งที่ 3, จีระวิชาการพิมพ์ 2546).
- \_\_\_\_\_, *กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 4* (พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ พับลิชชิง 2557).
- \_\_\_\_\_, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1* (พิมพ์ครั้งที่ 9, จีระวิชาการพิมพ์ 2562).
- ขจิต จิตตเสวี, *องค์การระหว่างประเทศ (องค์การระหว่างประเทศในกระแสโลกาภิวัตน์และภูมิภาคาภิวัตน์)* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2553).
- ข่าวสดออนไลน์, ‘วันนอร์ ให้อภัย ‘อัยย์ เพชรทอง’ โพสต์หมิ่น หลังสำนักผิดที่ใส่ร้ายพรรคประชาชาติ’ (ข่าวสดออนไลน์, 27 พฤษภาคม 2566) <[https://www.khaosod.co.th/politics/news\\_7686187](https://www.khaosod.co.th/politics/news_7686187)> สืบค้นเมื่อ 15 พฤษภาคม 2567.
- คณพล จันทน์หอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด 2* (พิมพ์ครั้งที่ 6, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2564).
- คณะกรรมการพัฒนากฎหมายในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ‘กรอบแนวทางการศึกษาและปรับปรุงกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ประโยชน์จากโทษอาญาที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย อันเป็นการดำเนินการเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย’ <[https://www.soc.go.th/wp-content/uploads/2020/01/v81\\_61.pdf](https://www.soc.go.th/wp-content/uploads/2020/01/v81_61.pdf)> สืบค้นเมื่อ 24 พฤษภาคม 2567.
- คณิต ณ นคร, ‘ปรัชญาและแนวความคิดของการกำหนดความผิดอันยอมความได้’ (มกราคม – มิถุนายน 2547) 1 วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิตย.
- คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญา ภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 11, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2559).
- \_\_\_\_\_, *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563).
- คุณิตา สิงห์บุตร และ กัลยาณี ชีวะพานิช, ‘เปิดปมประท้วงฝรั่งเศส ชนวนระเบิดความอึดอันของการกดขี่ทางเชื้อชาติ’ (5 กรกฎาคม 2567, สำนักข่าวอินโฟเควสท์ (IQ)) <<https://www.ryt9.com/s/iq41/3434625>> สืบค้นเมื่อ 13 พฤษภาคม 2567.



### บรรณานุกรม (ต่อ)

จรัญ โฆษณานันท์, *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน : ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม* (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2545).

จอห์น สจ๊วต มิลล์, *ความเรียงว่าด้วยเสรีภาพ* (ภัทรพร สิริกาญจน ผู้แปล, สำนักงาน 2530).

จอห์น สจ๊วต มิลล์, *เสรีภาพ* (ศักดิ์ บวร ผู้แปล, ศูนย์การพิมพ์แก่นจันทร์ 2560).

จิตติ ติงศภัทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 1* (เกียรติชจร วัจนะสวัสดิ์ และ สมชาย พงษ์พัฒนาศิลป์ ผู้ปรับปรุง, พิมพ์ครั้งที่ 11, เนติบัณฑิตยสภา 2555).

จุฬารัตน์ ยะปะนัน, 'ความผิดอาญาแผ่นดินและความผิดอันยอมความได้' (มีนาคม - เมษายน 2553) 2 วารสารจลนिति.

ชนน ศิลปรัสมิ, 'เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกับการคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคลอื่นตามแนว  
ไทยรัฐออนไลน์, 'ฝรั่งเสสยังเดือด กรุงปารีสเดินหน้าประท้วงต้านเหยียดสีผิว' (ไทยรัฐออนไลน์, 21 มิถุนายน 2563) <<https://www.thairath.co.th/news/foreign/1873364>> สืบค้นเมื่อ 13 พฤษภาคม 2567.

นิขภา ศรีอรุณสว่าง, 'ความผิดฐานกรรโชกที่ควรกำหนดโทษหนักขึ้น' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2560).

แนวหน้า, 'ดราม่าเดือด! #คลับแฮสโตกซ์ ถูกเหยียดคนอีสานจนขึ้นเทรนด์อันดับ 1 ทวิตเตอร์' (แนวหน้า, 5 พฤศจิกายน 2564) <<https://www.naewna.com /likesara/613884>> สืบค้นเมื่อ 11 กรกฎาคม 2567.

ปกป้อง จันวิทย์, 'การวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์ แนวคิดและวรรณกรรมปริทัศน์' ในโครงการ วิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์ (Economic Analysis of criminal laws) (สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัยและสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย 2554).

ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 4, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2566).

\_\_\_\_\_, *สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563).

ประทีป อ่าววิจิตรกุล, *หลักกฎหมายละเมิดและสุขภาพจิต* (จิรัชการพิมพ์ 2549).

ผู้จัดการออนไลน์, 'คนอีสานบ่ทน แจ้งความกลุ่มคนในคลับแฮสโตกซ์ TOXIC เหยียดหยามชาติพันธุ์ชาวอีสาน' (ผู้จัดการออนไลน์, 17 พฤศจิกายน 2564)

<<https://mgronline.com/local/detail/9640000110335>> สืบค้นเมื่อ 11 กรกฎาคม 2567.

พุทธทาสภิกขุ, *ศาสนา คือ โรงพยาบาลโลก* (สำนักพิมพ์สุภาพใจ 2566).

## บรรณานุกรม (ต่อ)

- ยอร์ช ปาดูซ์, กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แห่งราชอาณาจักรสยาม แปลโดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2565).
- รพินทร์ภัทร์ ยอดหล่อชัย, 'ความหลากหลายทางเพศในสังคมไทย' (คณะจิตวิทยา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย) <<https://www.psy.chula.ac.th/th/feature-articles/gender-identity>> สืบค้นเมื่อ 18 พฤษภาคม 2567.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิด นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2 สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย 2565).
- วโรดม งามสุวรรณวานิช, 'เหตุการณ์จากความผิดฐานชิงทรัพย์และปล้นทรัพย์' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2558).
- ศุภย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน), 'กลุ่มชาติพันธุ์ในประเทศไทย' <<https://ethnicity.sac.or.th/สมชาย ภคภาสน์วิวัฒน์, สหภาพยุโรป กำเนิด พัฒนาการ โครงสร้างและนโยบาย> (สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2565).
- สมเด็จพระญาณวโรดม, *ศาสนาต่าง ๆ* (โรงพิมพ์มหาจุฬาราชวิทยาลัย, ม.ป.พ.).  
สมาคมพระคริสตธรรมไทย 2559).
- สมาคมพระคริสตธรรมไทย, *พระคริสตธรรมคัมภีร์ไทย-อังกฤษ (Holy Bible Thai-English)* สำนักข่าวกรองแห่งชาติ, 'สาธารณรัฐฝรั่งเศส (French Republic)' (สำนักข่าวกรองแห่งชาติ, 6 มกราคม 2565)<<https://www.nia.go.th/media/almanac/>> สืบค้นเมื่อ 8 เมษายน 2567.
- สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, *หลักการยกย่องการว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ* (พิมพ์ครั้งที่ 2, ไอเดีย แสวง 2552).
- สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, 'ชาติพันธุ์ (๑๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๔)' <<http://legacy.orst.go.th/?knowledges>> สืบค้นเมื่อ 16 พฤษภาคม 2567.
- สำนักงานวิจัยกฎหมายอาญาและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สถาบันนิติวัชร์ สำนักงานอัยการสูงสุด, 'ศึกษาเปรียบเทียบบทบาทของพนักงานอัยการในชั้นสอบสวน' (2567) วารสารนิติวัชร์.
- สำนักงานสถิติแห่งชาติ กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม, 'การสำรวจสถานะทางสังคมและวัฒนธรรม พ.ศ. 2561 The 2018 survey on conditions of society culture and mental health' (pdf. สำนักงานสถิติแห่งชาติ กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม 2563. \_\_\_\_\_ สืบค้นเมื่อ 19 พฤษภาคม 2567.
- สุจิตรา อ้อมค้อม, *ศาสนาเปรียบเทียบ* (พิมพ์ครั้งที่ 8, โรงพิมพ์ บริษัท สหธรรมิก จำกัด 2552).
- สุดสงวน สุธีสร, *อาชญาวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558).

## บรรณานุกรม (ต่อ)

- เสถียรวุฒิ ต่างท้วม, ‘เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา : ศึกษกรณี่ฆ่าภิกษุ สามเณร นักพรต นักบวช หรือผู้นำศาสนาเนื่องจากความเกลียดชังทางศาสนา’ วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562).
- หม่อมหลวงไกรฤกษ์ เกษมสันต์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาคความผิด มาตรา 288-มาตรา 366/4* (พิมพ์ครั้งที่ 12, สำนักออบรบศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2563).
- หยุด แสงอุทัย. *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2501).
- \_\_\_\_\_, *กฎหมายอาญาเรียนด้วยตนเอง เล่ม 1* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2539).
- อมรา พงศาพิชญ์, *วัฒนธรรม ศาสนา และชาติพันธุ์ : วิเคราะห์สังคมไทยแนวมานุษยวิทยา* (สำนักพิมพ์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2537).
- อมรา พงศาพิชญ์ และกิตติวดี บุญเชื้อ, ‘ความหมายของชาติพันธุ์’ สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนฯ เล่ม 23 <<https://saranukromthai.or.th/sub/book/book.php?book=23&chap=5&page=t23-5-infodetail01.html> > สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2567
- อัจฉริยา ชูตินันท์, ‘หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย’ (กรกฎาคม - กันยายน 2564) 3 วารสารสุทธิปริทัศน์.
- อัจฉริยา ชูตินันท์, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2566).
- อัญมณี สัจจาสัย, ‘ความหลากหลายทางเพศ ตอนที่ 1 เพศสภาพ และ LGBTQ คืออะไร’ (สำนักงาน เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร) <[https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw\\_parcy/](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/)
- อัศวิน อุดทาคำ, ‘ขอบเขตเสรีภาพในการแสดงออก : ศึกษกรณี่คำพูดหรือการกระทำที่สร้างความเกลียดชัง ตามแนวคำวินิจฉัยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและศาลสหรัฐอเมริกา’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558).
- อารยา สุขสม, ‘รัฐธรรมนูญไทยกับความหลากหลายทางเพศ’ (2561) 2 วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.
- อุทัย หิรัญโต, *สังคมวิทยาประยุกต์* (สำนักพิมพ์โอเดียนส์ไตร์ 2519).
- ไอเซยาร์ เบอร์ลิน, *สองมุมมองของเสรีภาพ* (เนติวิทย์ โชติภัทร์ไพศาล และ ชยางกูร ธรรมอัน, ผู้แปล สำนัก นิสิตสามย่าน 2564).

### บรรณานุกรม (ต่อ)

- Behrendt Christian, 'Freedom of expression, a comparative law perspective Belgium'  
(European Parliament 2019).
- Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (10th edn, Thomson West 2014).
- Cabinet Bouchara & Avocats, 'Defamation' (cabinetbouchara)  
<<https://www.cabinetbouchara.com/en/lexicon/defamation/>> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม  
2567.
- Carolin Anne Bayer, 'Re-thinking the common law of defamation: striking a new balance  
between freedom of expression and the protection of the individual's reputation'  
(Thesis, Master of Laws – LLM, University of British Columbia 2001).
- Dario Milo, *Defamation and Freedom of Speech* (Oxford university press 2008).  
database-ethnic> สืบค้นเมื่อ 16 พฤษภาคม 2567.  
Details.aspx?src=TREATY&mtdsg\_no=IV-4&chapter=4&clang=\_en> สืบค้นเมื่อ 28  
กุมภาพันธ์ 2567.
- Emile Durkheim, *The Elementary Forms of the Religious Life* (George Allen & Unwin Ltd,  
1964).
- European Parliamen, 'Organisation' (European Parliamen) <<https://www.europarl.europa.eu/>  
European Union, 'EU countries' (European Union) <[https://european-union.europa.eu/  
ewt\\_dl\\_link.php?nid=2649](https://european-union.europa.eu/ewt_dl_link.php?nid=2649)> สืบค้นเมื่อ 17 พฤษภาคม 2567.
- \_\_\_\_\_, 'Eu Institution European Parliament' (European Union) <[https://european-  
union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-  
institutions-and-bodies/european-parliament\\_en](https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/european-parliament_en)> สืบค้นเมื่อ 1 พฤษภาคม 2567.
- Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary* (5th edn, West Publishing Co, 1979).
- Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford University Press 1968).
- Hubert Bocken and Walter De Bondt, *Introduction to Belgian law* (Bruylant 2001).
- JusThat, '4 ไอตอลเกาหลีไม่ทน! #คลับเฮาส์toxic “ถ้าอีसानดีจริงลิซ่าก็คงกลับมาอยู่แล้ว”' (justthat, 18  
พฤศจิกายน 2564) <<https://justthat.app/lisa-clubhouse-toxic-korean/>> สืบค้นเมื่อ 2  
พฤษภาคม 2567.
- Le site officielle de l'administration française, 'Diffamation' <[https://www.service-  
public.fr/particuliers/vosdroits/F32079?lang=en](https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F32079?lang=en)> สืบค้นเมื่อ 28 กุมภาพันธ์ 2567.

### บรรณานุกรม (ต่อ)

Oxford Learner's Dictionaries, 'Religion' (Oxford Learner's Dictionaries )

<<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/religion?q=Religion>>

สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2567.

Parliamentary Assembly, 'Recommendation 1506 (2001) Freedom of expression in the media in Europe' (Parliamentary Assembly) <<https://pace.coe.int/pdf/fe105a8d07e4192171b16ece05be95d5ec393a5f19c7c74c1bed25b8f68402f0/rec.%201589.pdf>>

สืบค้นเมื่อ 1 พฤษภาคม 2567.

Parliamentary Assembly, 'Resolution 1577 (2007) Towards decriminalisation of defamation'

(Parliamentary Assembly) <<https://pace.coe.int/pdf/825a39361fd9ddf2511061cda78853d7e7921279d1600d16f750e20007cc6134/res.%201577.pdf>>

สืบค้นเมื่อ 1 พฤษภาคม 2567.

Peter F. Carter-Ruck, *Carter-Ruck On Libel and Slander* (5th edn, Butterworths 1997).

Robert Francis Harper, *The code of Hammurabi, King of Babylon, about 2250 B.C.* (The Lawbook Exchange 1999).

Timo T. Ojanen, Cody Freeman, Priyoth Kittiteerasack, Nanchatsan Sakunpong, Sakol Sopitarchasak Kulvadee Thongpibul, Kawin Tiansuwan and Peeranee (Ami) Suparak, 'Mental health and well-being of children and youth with diverse SOGIESC in Thailand' (Save the Children Thailand 2566).

United Nations Treaty Collection, 'International Covenant on Civil and Political Rights New York' <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en)>

สืบค้นเมื่อ 28 กุมภาพันธ์ 2567.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - นามสกุล                      นันทพัทธ์ เชาวลิต

### ประวัติการศึกษา

- พ.ศ. 2562                      - นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
- พ.ศ. 2562                      - หลักสูตรวิชาว่าความ รุ่นที่ 53 ประกาศนียบัตรวิชาว่า  
ความของสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสหภานายความ
- พ.ศ. 2564                      - เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 74 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

### ประสบการณ์ทำงาน

การทำงานปัจจุบัน                      - ทนายความ