

บทที่ 3

การกำหนดประเภทความผิดเกี่ยวกับความผิดฐานดูหมิ่นและหมิ่นประมาท

ในต่างประเทศเปรียบเทียบกับประเทศไทย

สืบเนื่องมาจากการที่ประเทศไทยเป็นประเทศในกลุ่มที่ใช้กฎหมายในระบบประมวลกฎหมาย ฉะนั้นการที่จะถือว่าการกระทำใดเป็นการกระทำความผิดจึงต้องมีบทบัญญัติในเรื่องนั้นๆ และมีบทกำหนดโทษบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง¹³⁵ การกระทำเป็นจุดเริ่มแรกในการพิจารณาความผิดของบุคคล หากไม่มีการกระทำของบุคคลเลย ก็คงเป็นเพียงเหตุการณ์ซึ่งไม่ใช่เรื่องที่ถูกกฎหมายจะเข้าไปยุ่งเกี่ยว ซึ่งการกระทำในความหมายธรรมดาจะแตกต่างไปจากการกระทำในสายตาของกฎหมายซึ่งเป็นการกระทำที่อาจถูกลงโทษได้¹³⁶

ประชาชนทั่วไปแม้จะมีสิทธิอย่างเต็มที่ในการแสดงออก ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการพูดหรือกล่าวข้อความใด ๆ แต่สิทธิดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการใช้สิทธิที่เป็นการล่วงละเมิดหรือทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย อย่างไรก็ตามก็ยังมีบุคคลบางคนที่ใช้เสรีภาพดังกล่าวเกินขอบเขตของกฎหมาย ทำให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนและเสียหายต่อชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง รัฐต่าง ๆ จึงมีความจำเป็นต้องออกกฎหมายเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวเพื่อคุ้มครองบุคคลมิให้ถูกผู้อื่นล่วงละเมิด

ในบทนี้จะได้ทำการศึกษาถึงหลักเกณฑ์และขอบเขตความรับผิดชอบในเรื่องของการให้ความสำคัญต่อเกียรติของบุคคลในต่างประเทศ ที่กำหนดไว้มิให้ผู้ใดกระทำการอันเป็นกระทบต่อเกียรติของเขาให้เสียหาย หากผู้ใดฝ่าฝืนก็จะต้องได้รับโทษทางอาญา ซึ่งหลักเกณฑ์การกำหนดประเภทความผิดต่าง ๆ และความหนักเบาของโทษแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยจะทำการศึกษาจากพื้นฐานทางความคิด หลักกฎหมาย และแนวทางการตัดสินใจในคำพิพากษาคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นทั้งในต่างประเทศและประเทศไทย เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทยว่ามีความเหมือนหรือต่างกันอย่างไร และมีความเหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบันหรือไม่ โดยเฉพาะอย่าง

¹³⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2.

¹³⁶ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ (2525). “ลักษณะแห่งการกระทำในกฎหมายอาญา.” วารสารนิติศาสตร์, 12, 3. หน้า 165-166.

ยิ่งในสภาพปัญหาเรื่องการกระทำความผิดต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางว่ามีมาตรการใดที่จะคุ้มครองผู้เสียหายได้เหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป

แต่เดิมนั้น ระบบกฎหมายเกี่ยวกับการก่อให้เกิดความเสียหายโดยวาจาส่วนใหญ่ถูกจัดว่าเป็นการกระทำความผิดทางอาญา หรือกึ่งทางอาญา (Quasi Criminal Offence) โดยการกระทำต่อชื่อเสียงมีลักษณะของการสบประมาท (insulting behavior) เป็นหลักที่ปรากฏอยู่ในเรื่อง injuries โดย injuries นั้น คือการกระทำของบุคคลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawful) หรือไม่มีอำนาจที่จะกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย หรือการสบประมาทโดยการพูดหรือการเขียนต่อบุคคลอื่น อันเป็นการไม่คำนึงถึงสิทธิของเอกชนและสิทธิสาธารณะอื่น ๆ โดยจงใจและเจตนากระทำการสบประมาทหรือเหยียดหยามต่อศักดิ์ศรี หรือชื่อเสียงของบุคคล¹³⁷ เนื้อหาหลักของการก่อให้เกิดความเสียหายมิได้อยู่ตรงที่ความสูญเสียที่เป็นตัวเงินซึ่งอาจได้รับการชดใช้ด้วยค่าเสียหาย แต่ในการดูหมิ่นบุคคลในช่วงสมัยเริ่มแรกนั้นจะต้องถูกลงโทษด้วยวิธีการแก้แค้นแบบตาต่อตา ฟันต่อฟัน (Lex Talionis) โดยคู่กรณีเป็นผู้จัดการต่อผู้กระทำเอง กรณีจึงก่อให้เกิดความไม่สงบต่อสังคมเป็นอย่างมาก จึงได้มีการพัฒนาการเป็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน อย่างไรก็ดี การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อกรณีดังกล่าวในสมัยโรมันนั้นก็ยังมีลักษณะของการลงโทษในทางอาญาด้วย ดังนั้น การลงโทษจึงไม่สามารถแยกการลงโทษทางอาญาและทางแพ่งออกจากกันได้¹³⁸

ในช่วงภายหลังจากต่อมา นิติศาสตร์โรมันซึ่งกฎหมายสมัยใหม่ได้สืบทอดมานั้น การก่อให้เกิดความเสียหายโดยวาจา ถูกแบ่งออกเป็นสองกลุ่ม คือ กลุ่มแรกเป็นการกล่าวซึ่งหมิ่นประมาท หรือก่อให้เกิดความเสียหายซึ่งกระทำในลักษณะที่เป็นสาธารณะ (convicium contra bonos mores.) ในกรณีนี้เนื้อหาของการกระทำความผิดอยู่ตรงที่การเผยแพร่ให้รู้โดยทั่วกันโดยมิอาจโต้แย้งได้ กรณีดังกล่าวความจริงของการกล่าวนั้นไม่อาจเป็นการพิสูจน์ให้พ้นจากความรับผิดชอบสำหรับการกระทำในลักษณะที่เป็นสาธารณะ และถือว่ามีได้มีการกระทำการดูหมิ่น กลุ่มที่สองคือการกล่าวหมิ่นประมาทที่กระทำต่อส่วนตัว และในกรณีนี้ การกระทำความผิดอยู่ตรงที่ชื่อเสียงของบุคคล มิใช่ลักษณะที่เป็นสาธารณะ ความจริงจึงเพียงพอที่จะเป็นข้อแก้ตัว เนื่องจากไม่มีใครที่จะมีสิทธิร้องขอความคุ้มครองตามกฎหมายสำหรับชื่อเสียงที่ไม่ดีของตนเอง และแม้แต่เชื่อว่าเป็นความจริงก็เพียงพอ เพราะเป็นการแยกเจตนาซึ่งเป็นส่วนประกอบสำคัญออกไป¹³⁹

“Insult” หรือการดูหมิ่น คือการกล่าว หรือการกระทำซึ่งเป็นการสบประมาท หรือลดเกียรติบุคคลใดบุคคลหนึ่ง

¹³⁷ ปกรณ์ ยี่งวรการ. เล่มเดิม. หน้า 16.

¹³⁸ แหล่งเดิม. หน้า 14.

¹³⁹ <http://en.wikipedia.org/wiki/Defamation>.

ความเข้าใจในภาษาที่เป็นการดูหมิ่นนั้นอาจแปรเปลี่ยนไปได้หลายรูปแบบ และบ่อยครั้งที่ขึ้นอยู่กับบริบท และบุคคลที่เกี่ยวข้องมากกว่าที่จะเป็นคำโดยทั่วไป ยกตัวอย่างเช่น ในศตวรรษที่ 21 อเมริกา ได้ใช้คำว่า “nigger” หรือ “นิโกร” เรียกชาวอเมริกันแอฟริกันที่เป็นทาส บางครั้งใช้รูปแบบที่รุนแรงซึ่งมีผลกระทบต่อคนและกันในวันชนธรรมทั่วไป

การดูหมิ่นนั้นไม่จำกัดแต่เพียงคำ การกระทำก็อยู่ในขอบเขตแห่งความหมายดังกล่าวด้วย อย่างเช่น การนำเอาธงชาติไปใช้ในทางที่ผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งนำธงชาติไปเผา โดยปรกติแล้วถือว่าเป็นการเจตนาที่จะดูหมิ่น นอกจากนี้ความหยาบคายก็ถูกนำมาใช้อย่างบ่อยครั้งในส่วนที่เป็น การดูหมิ่นเพื่อให้กระทบกับอารมณ์ได้ดียิ่งขึ้น¹⁴⁰

“Defamation” หรือ การหมิ่นประมาท โดยอาจให้ความความหมายอย่างกว้าง ๆ ได้ว่าเป็นการแสดงถ้อยคำอันเป็นเท็จโดยมีจุดประสงค์ที่จะใส่ร้ายชื่อเสียงอันดี หรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น¹⁴¹ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยการพูดเผยแพร่ ประกาศโฆษณา ด้วยคำ สัญลักษณ์ หรือการ แสดงออกที่สามารถมองเห็นได้ โดย “Defamation” ต่างจาก “Insult” ตรงที่ “Defamation” นั้น จำเป็นต้องมีการเผยแพร่ไปยังบุคคลที่สาม แต่ “Insult” ไม่ต้องเผยแพร่ไปยังบุคคลที่สาม¹⁴²

3.1 ความผิดฐานดูหมิ่นและหมิ่นประมาทในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ปัจจุบันประเทศในกลุ่มที่ใช้กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ได้แก่ ประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ตามประวัติกฎหมายของประเทศอังกฤษในปี 1066 (ขณะนั้นสหรัฐอเมริกายังเป็นอาณานิคมของอังกฤษอยู่) William the Conqueror ของอังกฤษ มีพระบรมราชโองการให้แยกศาล ออกเป็น ศาลฝ่ายศาสนจักร เรียกเป็นภาษาอังกฤษว่า church court or ecclesiastical court และศาล ฝ่ายอาณาจักร เรียกเป็นภาษาอังกฤษว่า king’s court, royal court หรือ common law court โดยศาล ฝ่ายศาสนจักรได้รับมอบอำนาจให้มีอำนาจเฉพาะคดีเกี่ยวกับศีลธรรมจรรยา (common law) แต่เพียงอย่างเดียว ซึ่งในช่วงนั้นคนที่ใส่ความผู้อื่นด้วยข้อความเท็จย่อมถือว่ากระทำบาปอย่างร้ายแรง ศาลฝ่ายศาสนจักรมีอำนาจลงโทษผู้นั้นโดยวิธีให้ผู้นั้นทำพิธีสารภาพผิดในโบสถ์พร้อมทั้งขอ ขมาผู้เสียหาย ศาลทำหน้าที่ในฐานะเป็นผู้จรร โลงศีลธรรมจรรยาของชุมชนและมีหน้าที่รักษา จิตใจของผู้กระทำผิดให้สะอาดบริสุทธิ์ หากคำกล่าวเท็จได้กระทำในสาธารณสถาน การสารภาพ ผิดและการขอขมาก็จะต้องกระทำในที่เช่นนั้นด้วย ต่อมาประเทศอังกฤษออกกฎหมายชื่อว่า De Scandalis Magnatum (Slander of the Magnates) จุดมุ่งหมายสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ คือต้องการ

¹⁴⁰ <http://en.wikipedia.org/wiki/insults>.

¹⁴¹ Richard O’sullivan, Q.C. and Roland Brown. (1958). **THE LAW OF DEFAMATION**. p.1.

¹⁴² www.globallawreview.com/defamation.html.

ลงโทษการหมิ่นประมาท หรือการกล่าวร้ายป้ายสีเจ้าขุนมูลนายในทางการเมือง (political scandal) และเพื่อให้ผู้ถูกทำละเมิดได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนในทางแพ่ง ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายฉบับแรกที่บัญญัติเอาโทษทางอาญาแก่ผู้พิมพ์โฆษณาข้อความอันเป็นหมิ่นประมาทเจ้าขุนมูลนายแต่ปรากฏต่อมาว่าขอบเขตของกฎหมายดังกล่าวแคบเกินไป คือไม่เปิดช่องให้เอกชนได้รับค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่เข้าเสียหายต่อชื่อเสียงและเกียรติคุณ ศาลฝ่ายอาณาจักรจึงจำต้องดัดแปลงเอากฎหมายโรมันมาใช้ กฎหมายโรมันถือว่าการหมิ่นประมาทมีสภาพเป็นความผิดอาญาและความผิดกึ่งอาญา (criminal and quasi-criminal) ผู้เสียหายมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนทางแพ่งตามความร้ายแรงของรูปคดี โดยวิธีให้ค่าเสียหายในทางแพ่งแก่เอกชนเช่นนี้ ประชาชนชาวอังกฤษได้รับความพอใจในอำนาจศาลที่ช่วยปกป้องเกียรติยศชื่อเสียงของในทางโลกเขา ขณะเดียวกันศาลก็ถือโอกาสขยายอำนาจออกไปเหนืออำนาจของศาลฝ่ายศาสนจักรเรื่อยๆ จนในที่สุดคดีหมิ่นประมาทกลายเป็นความรับผิดชอบทางแพ่งต่อเอกชนตามกฎหมาย common law ของอังกฤษนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1535 เป็นต้นมา¹⁴³

กรณีการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงหรือการหมิ่นประมาทในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น อยู่ในหลักที่เรียกว่า “Defamation” ซึ่งเป็นการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงของบุคคลอื่นโดยการหมิ่นประมาททางคำพูด (slander) ทางการเขียน (libel) กล่าวคือ การกระทำความผิดต่อชื่อเสียง คือ การกระทำที่ทำให้ผู้ถูกกระทำมีคุณค่าต่ำลงในความคิดของสมาชิกในสังคม หรือเป็นการตัดผู้ถูกกระทำออกจากการมีความสัมพันธ์กับสังคม ถ้อยคำที่เป็นหมิ่นประมาทจะแปลตามความหมายที่วิญญูชนหรือบุคคลทั่วไปได้ยินได้ฟังและเข้าใจกัน มิได้แปลตามเจตนาของผู้พูด ซึ่งสามารถทำได้ 2 ลักษณะ คือ การกระทำที่อยู่ในลักษณะของลายลักษณ์อักษรเป็นลักษณะถาวร เช่น ภาพวาด ภาพระบายสี เอกสาร ซึ่งเรียกว่า “libel” และการกระทำในรูปของคำพูดที่เรียกว่า “slander” การแยกออกเป็น 2 ลักษณะนี้มีผลถึงเรื่องภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหาย กล่าวคือ หากเป็น libel และ slander per se กฎหมายถือว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น โดยโจทก์ไม่ต้องอ้างหรือพิสูจน์ความเสียหายพิเศษในการฟ้องร้อง ศาลสามารถกำหนดจำนวนค่าสินไหมทดแทนตามความร้ายแรงของการหมิ่นประมาทโดยไม่ต้องมีการพิสูจน์ถึงความเสียหายโดยเฉพาะเจาะจง ส่วน slander นั้นผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายทางวัตถุ (Material loss) ซึ่งเป็นผลมาจากการหมิ่นประมาทนั้น เช่น ขาดการสนับสนุน การอุดหนุน หรือไม่มีคนจ้าง ข้อยกเว้นไม่ต้องพิสูจน์คือ การที่จำเลยกล่าวหาว่าโจทก์กระทำความผิดอาญาอย่างร้ายแรง ใ้ความว่าเป็น โรคติดต่อที่น่ารังเกียจ ใ้ความ

¹⁴³ สม อินทร์พยุง. (2511, พฤษภาคม-มิถุนายน). “โฉมหน้าการพิมพ์โฆษณาหมิ่นประมาทตามกฎหมายอเมริกัน.” *ตุลพาห*, 15, 3. หน้า 27-29.

เกี่ยวกับกิจการค้าหรืออาชีพของโจทก์ หรือเป็นกรณีใส่ความผู้หญิงว่าไม่บริสุทธิ์ หรือผิดประเวณี ซึ่งกรณีเหล่านี้เป็นการกระทำที่สามารถฟ้องร้องได้ด้วยตัวเอง (actionable per se) และโจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ถึงความเสียหายทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะแต่อย่างใด¹⁴⁴ ซึ่งกฎหมายมุ่งคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคล ที่อาจส่งผลกระทบในแง่ของควมมีเกียรติ (honor) ศักดิ์ศรี (dignity) และทรัพย์สิน (property)¹⁴⁵

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ เช่น สหรัฐอเมริกา เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศทุนนิยมเต็มรูปแบบ “สิทธิส่วนบุคคล” และ “เสรีภาพในการแสดงออก” โดยปราศจากการแทรกแซงไม่ว่าจากเอกชนด้วยกันหรือจากรัฐจึงเป็นสิ่งสำคัญต่อการดำรงอยู่แห่งสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งสังคมแห่งการติดต่อสื่อสารกฎหมายประกันเสรีภาพในการแสดงออกของสหรัฐอเมริกาจึงเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญการแสดงออก รวบรวม เรียบเรียงรวมถึงการแจกจ่ายข้อมูลหรือคำพูดต่างๆ จะต้องได้รับการประกันไม่ให้ถูกรบกวนโดยรัฐ ยกเว้นก็แต่คำพูดที่ละเมิดกฎหมาย สำหรับการหมิ่นประมาทบุคคลอื่นนี้แม้ตามกฎหมายแล้วถือเป็นการแสดงความคิดเห็นอย่างหนึ่งด้วยก็ตาม แต่ก็หาได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ อย่งไรก็ตามการฟ้องร้องคดีหมิ่นประมาทในสหรัฐที่ผ่านมามีส่วนใหญเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งมากกว่าการให้รับโทษทางอาญา เพราะรัฐเห็นว่ายังไม่มีความจำเป็นต้องลงโทษอาญากับผู้กระทำผิดฐานนี้ นอกจากนี้ยังอาจขัดต่อรัฐธรรมนูญอีกด้วย ส่วนในประเทศอังกฤษ การหมิ่นประมาทถือเป็นความผิดตาม The Libel Act 1843 มีโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน 1 ปี แต่การดำเนินคดีส่วนใหญ่เป็นคดีแพ่งเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลอังกฤษจะดำเนินคดีหมิ่นประมาทเป็นคดีอาญาเฉพาะแต่กรณีที่รุนแรง (Serious) เท่านั้น เช่น กรณีเป็นการยุยงให้เกิดความแตกแยกหรือรบกวนความสงบสุขของสังคม (to provoke a breach of the peace or to disturb the peace of the community) The Libel Act 1843 เป็นกฎหมายที่กำหนดขึ้นเพื่อควบคุมการกระทำผิดฐานนี้โดยไม่เจาะจงวิธีการ ดังนั้นเมื่อมีการกระทำในลักษณะของการใส่ความให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียงด้วยวิธีการใดๆ ไม่ว่าจะกระทำโดยอาศัยสื่อบริการหรือไม่ การกระทำนั้นย่อมเป็นความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ด้วย¹⁴⁶

ส่วนความผิดฐานดูหมิ่นในประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษมิได้บัญญัติให้ความผิดดังกล่าวที่ได้กระทำด้วยการใช้วาจาเป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา เพียงแต่บัญญัติให้เป็นความผิด

¹⁴⁴ชีพ ปินทะลิตริ. (2525). การละเมิดสิทธิส่วนตัว. หน้า 20-21.

¹⁴⁵เฉลิมศักดิ์ ตรีพนการ. เล่มเดิม. หน้า 69.

¹⁴⁶สาวตรี สุขศรี. (2547). ภาระหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ศึกษาเฉพาะกรณีการเผยแพร่ภาพลามก และการหมิ่นประมาทบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต. หน้า 79-85.

ในทางละเมิดซึ่งคู่กรณีจะต้องไปฟ้องเรียกค่าเสียหายกันเอง¹⁴⁷ ซึ่งเดิมหลักคอมมอนลอว์ของศาลอังกฤษในคดี Huggett' Case (1666) ตัดสินว่า การที่ผู้ตายเรียกจำเลยว่า “ลูกอีผู้หญิงหากิน” แล้วถูกจำเลยฆ่ามันจำเลยต้องรับผิดฐานฆ่าผู้อื่น (Murder) มิใช่ฐานฆ่าผู้อื่นโดยบันดาลโทสะ (Voluntary manslaughter) โดยถือหลักว่าถ้อยคำคำด้วยวาจาโดยทั่วๆ ไปมิใช่การข่มเหงถึงขนาดที่จะอ้างเหตุบันดาลโทสะได้¹⁴⁸

3.2 ความผิดฐานดูหมิ่นและความผิดฐานหมิ่นประมาทในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนเน้นศึกษาถึงกฎหมายแห่งประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเป็นหลัก ด้วยเหตุผลหลายประการที่ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะนำกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเป็นแม่แบบในการศึกษาถึงทางออกของปัญหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ กล่าวคือ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายหรืออยู่ในระบบซีวิลลอว์เช่นเดียวกับประเทศไทย มีการบัญญัติถึงความผิดฐานดูหมิ่นและหมิ่นประมาทเอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญาในขณะที่หลาย ๆ ประเทศได้ยกเลิกความผิดอาญาและให้เป็นเรื่องของการฟ้องร้องในทางแพ่ง ทั้งนี้เป็นเพราะประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ก่อตั้งขึ้นเมื่อสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สอง เป็นความพยายามที่จะจัดตั้งรัฐบาลขึ้นใหม่โดยให้แยกออกจากระบบการปกครองแบบเดิม ๆ ที่เต็มไปด้วยความโหดร้ายในการแบ่งแยกเผ่าพันธุ์ของพวกนาซีซึ่งปกครองโดยฮิตเลอร์ มีการแข่งขันผู้บริสุทธ์มากมายเพียงเพราะความเกลียดชังในชาติพันธุ์¹⁴⁹

3.2.1 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ตามแนวความคิดของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้นเห็นว่า กฎหมายอาญามีหน้าที่ในการคุ้มครองนิติสมบัติ (Schutz Von Rechtqueten) หรือสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือคุณธรรมในทางกฎหมาย เพื่อให้ความสงบสุขและความเรียบร้อยเกิดขึ้นในสังคม กฎหมายอาญาจึงเป็นการคุ้มครองระเบียบและสันติภาพ (eine Schutz-und Friedensordnung) อันมีรากฐานมาจากระเบียบแห่งคุณค่าในทางจริยศาสตร์สังคม (die zozialethische Weltordnung) ของ

¹⁴⁷ เกลิมส์คัตต์ ตรีพนากร. หน้าเดิม.

¹⁴⁸ คัมภีร์ แก้วเจริญ. (2522, กรกฎาคม). “ฎีกาวิเคราะห์ บันดาลโทสะเพราะถูกข่มเหงด้วยคำพูด.” *วารสารอัยการ*, 2, 19. หน้า 51-55.

¹⁴⁹ Winfried Brugger. (2003, January). “The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I).” *German Journal Law*, 4, 1. p.2.

รัฐธรรมนูญ¹⁵⁰ ซึ่งสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง หรือคุณธรรมในทางกฎหมายนี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

(1) คุณธรรมในทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (individualrechtsgut) เช่น ชีวิต ความเป็นพลอดภย และกรรมสิทธิ์ เป็นต้น นอกจากนั้นคุณธรรมในทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลนี้ยังสามารถแบ่งย่อยออกไปเป็น คุณธรรมในทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้ (höchstpersönliches Rechtsgut) เช่น เกียรติ ความเป็นพลอดภยของร่างกายได้อีก แต่อย่างไรก็ตาม การแบ่งแยกย่อยออกไปนี้เป็นเพียงเพื่อแยกให้เห็นได้อย่างเด่นชัดเท่านั้น

(2) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut) เช่น ความเป็นพลอดภยในการจราจร ความมั่นคงเชื่อถือของระบบการแลกเปลี่ยนเงินตรา และเอกภาพของดินแดน¹⁵¹

กฎหมายเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทและการดูหมิ่นของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้นเป็นแนวความคิดในการคุ้มครองประโยชน์ส่วนบุคคล อันได้แก่ “เกียรติ” (honor) และสืบทอดมาจากกฎหมายการต่อสู้ โดยถือเรื่องเกียรตินี้เป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายเกี่ยวกับการดูหมิ่น¹⁵² จึงอาจกล่าวได้ว่าคุณธรรมในทางกฎหมายของกฎหมายเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทและการดูหมิ่นของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้นเป็นคุณธรรมในทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้ และเพื่อที่จะทำความเข้าใจเกี่ยวกับการคุ้มครองเกียรติดังกล่าว จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาถึงรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Grundgesetz) เป็นอันดับแรก ตามมาตรา 1 GG นั้นรับรองไม่ให้ศักดิ์ศรีของมนุษย์ทุกคนถูกล่วงละเมิด ซึ่งเป็นหัวใจของรัฐธรรมนูญและเป็นการควบคุมระบบสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหมด

ตามมาตรา 1 และ 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้นให้สิทธิในความเป็นส่วนตัวของปัจเจกชน สิทธิในความเป็นส่วนตัวในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้รับการยอมรับมาตั้งแต่ปี 1954 สิทธิในความเป็นส่วนตัวนั้นรับรองถึงความคุ้มครองบุคคลทุกคนในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิที่จะมีเสรีภาพในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนเอง¹⁵³ นอกจากนั้นตามมาตรา 5 (1) BL ยังได้รับรองถึงเสรีภาพในการพูด ข้อมูลข่าวสาร สื่อ และการแพร่ภาพแพร่

¹⁵⁰ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์. (2542, กรกฎาคม). “การกำหนดความคิดอาญาตามกฎหมายเยอรมัน.” *ข่าวเนติบัณฑิตยสภา*, 18, 192. หน้า 11.

¹⁵¹ คณิต ณ นคร งาม เล่มเดิม. หน้า 258-259.

¹⁵² James Q. Whitman. *Enforcing Civility and Respect: Three Societies*. <http://www.yale.edu/yalelj/109/109-6ab.html>.

¹⁵³ Götz Böttner. (2001). “Protection of the Honour of Deceased Persons – A Comparison Between the German and the Australian Legal Situations.” *BOND LR*. p.111.

เสียง และภาพยนตร์ และยังห้ามมิให้มีการเซนเซอร์อีกด้วย อย่างไรก็ตาม เสรีภาพดังกล่าวก็มีข้อจำกัดตามมาตรา 5 (2) BL ซึ่งกำหนดว่า เสรีภาพตามมาตรา 5 (1) BL นั้น มีข้อจำกัดตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั่วไป บทบัญญัติสำหรับการคุ้มครองผู้เยาว์ และสิทธิในเกียรติส่วนบุคคล¹⁵⁴

3.2.1.1 แนวความคิดและหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับความผิดฐานดูหมิ่นตามประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ประเทศในกลุ่มภาคพื้นทวีปยุโรปอย่าง สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น มีแนวความคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการดูหมิ่นในการคุ้มครองประโยชน์ของบุคคล คือ “เกียรติ” เป็นหลัก แนวความคิดดังกล่าวนี้มีพัฒนาการมาจากกฎหมายการต่อสู้อันเป็นกฎหมายดั้งเดิม และเป็นแนวความคิดของพวกชนชั้นสูง (aristocratic) “เกียรติ” จึงเป็นหัวใจของกฎหมายที่เกี่ยวกับการดูหมิ่นของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน¹⁵⁵ ตามประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานดูหมิ่นเอาไว้อยู่ในหมวด 14 ซึ่งเป็นหมวดที่ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการดูหมิ่น มีดังนี้

มาตรา 185 การดูหมิ่น

การดูหมิ่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีหรือปรับ และถ้าการดูหมิ่นดังกล่าวได้กระทำโดยมีเจตนาเพื่อประสงค์ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไป หรือปรับ¹⁵⁶

ลักษณะสำคัญของการกระทำที่เป็นความผิด คือ ดูหมิ่น (Insult) ความผิดฐานดูหมิ่นผู้อื่น เป็นความผิดที่มีการกระทำในลักษณะที่เป็นการ สบประมาท ดูหมิ่นเหยียดหยามผู้อื่น อันเป็นเหตุให้เขาได้รับความอับอายเสียหาย การดูหมิ่นจึงเป็นการแสดงข้อความอย่างใดอย่างหนึ่งที่เข้าใจได้พาดพิงไปถึงเขา ซึ่งการกระทำทั้งหลายไม่ว่าจะโดยวิธีใดก็ตามอันเป็นการสบประมาท ดูถูกเหยียดหยาม หรือ ทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอาย เป็นการดูหมิ่นทั้งสิ้น

ในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการดูหมิ่นนี้ ได้บัญญัติเกี่ยวกับการลงโทษการดูหมิ่นบุคคลเป็นรายตัวและกลุ่มเอาไว้ การดูหมิ่น คือ “การกระทำโดยจงใจต่อเกียรติของบุคคลอื่นโดยมีขอบด้วยกฎหมายที่แสดงออกมาซึ่งการขาดความเคารพนับถือ หรือความไม่เคารพยำเกรง” ตามมาตรา 185 นั้นจะถูกนำมาใช้ต่อกรณีซึ่งการดูหมิ่นนั้นเป็นการกระทำต่อส่วนตัว¹⁵⁷

¹⁵⁴ Winfried Brugger. Op. cit. p.3.

¹⁵⁵ James Q. Whitman. Loc. cit.

¹⁵⁶ The Penal Code of the Federal Republic of Germany, Section 185.

¹⁵⁷ Winfried Brugger. Op. cit. pp.14-15.

การกระทำความผิดฐานดูหมิ่นผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ตามมาตรา 185 นั้นบัญญัติเอาไว้อย่างกว้างเพียงคำว่า “การดูหมิ่นจะต้องได้รับโทษ.....” ซึ่งการดูหมิ่นผู้อื่นนั้น ไม่ว่าจะได้กระทำซึ่งหน้า หรือลับหลัง แต่กระทำต่อบุคคลอื่นไม่ว่าจะโดยวิธีการใด หรือกระทำความผิดโดยเจตนาจะให้ข้อความดูหมิ่นนั้นล่วงรู้ไปถึงบุคคลที่ถูกดูหมิ่น ก็ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดอาญา ต่างไปจากหลักความรับผิดชอบในเรื่องดูหมิ่นของประเทศไทย ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 393 นั้น กฎหมายจำกัดการกระทำไว้ว่า การกระทำนั้นจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อได้กระทำซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณาเท่านั้น กล่าวคือ หากมีการดูหมิ่นต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางโดยเวลาที่ดูหมิ่นกับเวลาที่ผู้เสียหายได้รับข้อความดูหมิ่นต่างกัน หรือผู้ดูหมิ่นกับผู้เสียหายอยู่ห่างไกลกันแล้ว การกระทำนั้นจะไม่ใช่ความผิดตามกฎหมายไทยเอาเสียเลย

เรื่องดังกล่าวนี้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 110/2516¹⁵⁸ วินิจฉัยว่า จำเลยส่งจดหมายมีข้อความหมิ่นประมาทโจทก์ทางไปรษณีย์ลงทะเบียนถึงโจทก์โดยตรง ณ สำนักงานโจทก์ แสดงเจตนาของจำเลยว่าจะให้โจทก์เท่านั้นทราบข้อความในจดหมาย มิใช่เจตนาเป็นการใส่ความโจทก์ต่อบุคคลที่สาม แม้เสมือนของโจทก์ทราบข้อความจากจดหมายที่จำเลยส่งไปถึงตัวโจทก์นั้นก็เป็นเรื่องนอกเหนือเจตนาของจำเลย การกระทำของจำเลยจึงไม่ใช่ความผิดฐานหมิ่นประมาท

จำเลยมีจดหมายถึงโจทก์ แม้ข้อความในจดหมายเป็นการดูหมิ่น แต่การที่จำเลยส่งจดหมายไปกว่าจะถึงโจทก์ก็ต่างวันเวลากัน จึงไม่มีลักษณะเป็นการดูหมิ่นซึ่งหน้าหรือดูหมิ่นด้วยการโฆษณา

คดีเกี่ยวกับการดูหมิ่นซึ่งหน้านั้น ปกติเป็นเรื่องจำเลยค่าผู้เสียหายด้วยวาจา (แต่อาจเป็นการแสดงการดูหมิ่นด้วยกริยาท่าทางหรือให้ลับได้) ต่อหน้าหรือในระยะที่ผู้เสียหายได้ยินคำค้านั้นด้วย ถ้าผู้เสียหายมิได้อยู่ในที่เกิดเหตุหรือไม่ได้ยินคำค้านั้นของจำเลยเพราะจำเลยค่าลับหลังก็หาเป็นการดูหมิ่นซึ่งหน้าไม่ การที่กฎหมายห้ามมิให้มีการดูหมิ่นซึ่งหน้า น่าเป็นเพราะประสงค์จะป้องกันมิให้เกิดการทะเลาะวิวาทกัน การดูหมิ่นซึ่งหน้าจึงน่าจะต้องเป็นการดูหมิ่นในทันทีทันใด และในระยะที่อาจเกิดการทะเลาะวิวาททำร้ายกันขึ้นได้ การเขียนจดหมายค่าผู้อื่นจึงไม่เป็นการดูหมิ่นซึ่งหน้า เว้นแต่จะยื่นให้อ่านต่อหน้า เหตุที่ไม่เป็นเช่นนั้นน่าจะอยู่ที่ว่าเพราะจำเลยมิได้อยู่ต่อหน้าหรือใกล้ผู้เสียหายในขณะที่เกิดเหตุมากกว่า เพราะเวลาที่เขียนจดหมายกับเวลาที่โจทก์รับจดหมายต่างกัน สมมุติว่าแทนที่จำเลยจะส่งจดหมายไปค่าโจทก์ จำเลยโทรศัพท์ไปค่า เช่นนี้ เวลาที่จำเลยค่ากับเวลาที่โจทก์รับโทรศัพท์คงไม่ต่างกัน แต่ถ้าโจทก์จำเลยอยู่ห่างไกลจนต้องใช้โทรศัพท์ ก็น่าจะไม่ใช่เป็นดู

¹⁵⁸ คำพิพากษาฎีกาประจำพุทธศักราช ๒๕๑๖. ตอนที่ ๑. หน้า 170.

หมิ่นซึ่งหน้าเช่นกัน อย่างไรก็ตามการที่จำเลยเขียนจดหมายดูหมิ่นโจทก์แล้วส่งทางไปรษณีย์ โจทก์ได้รับในภายหลังก็เท่ากับโจทก์จำเลยมิได้อยู่ต่อหน้าหรือใกล้กันในขณะเกิดเหตุตนเอง¹⁵⁹

ในประเทศไทยการดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้า มิได้หมายความว่า จะต้องดูหมิ่นต่อหน้าของบุคคลนั้นโดยตรงอย่างเดียวแต่มีความหมายถึงการดูหมิ่นต่อบุคคลอื่นซึ่งเขาสามารถจะได้ยินถึงข้อความถูกดูหมิ่นของบุคคลนั้นในขณะกล่าวดูหมิ่นด้วย ฉะนั้นการดูหมิ่นซึ่งหน้าในประเทศไทยสาระสำคัญจึงอยู่ในข้อที่ว่า ผู้ถูกดูหมิ่นได้ยินข้อความดูหมิ่นนั้นในขณะถูกดูหมิ่นได้หรือไม่ ถ้าได้ยินก็ถือว่าเป็นการดูหมิ่นซึ่งหน้าตามความหมายของมาตรานี้ แต่ถ้าเป็นการดูหมิ่นโดยฝากข้อความกับผู้อื่นไปบอกผู้ถูกดูหมิ่นโดยไม่ปรากฏว่าได้กล่าวต่อหน้าบุคคลอื่นอีกก็ดี หรือเป็นการกล่าวดูหมิ่นแต่ผู้ถูกดูหมิ่นมิได้อยู่ในที่เกิดเหตุเช่นนี้ไม่ผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าตามมาตรา 393

หลักเกณฑ์สำคัญของความผิดฐานดูหมิ่นผู้อื่นของประเทศไทย คือ การดูหมิ่นนั้นจะต้องได้กระทำซึ่งหน้า หรือกระทำด้วยการโฆษณา การดูหมิ่นตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยเพียงกระทำการดูหมิ่นโดยเจตนาสบประมาทเขาคือ ดูถูกเหยียดหยามทำให้อับอายขายหน้า ลดคุณค่า ดูถูกเหยียดหยามต่อผู้ถูกดูหมิ่น โดยผู้หมิ่นให้ได้รับความเสียหายก็เป็นความผิดโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำโดยมีเจตนาเพื่อประสงค์ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างไร้แรงเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาของสมาพันธรัฐเยอรมันหรือไม่

การดูหมิ่นตามมาตรา 185 แห่งประมวลกฎหมายอาญาสหพันธรัฐเยอรมันนั้นถึงแม้จะได้มีการพิสูจน์ความจริงของสิ่งที่ได้ดูหมิ่นนั้นว่ามีอยู่จริงก็มิได้ทำให้ผู้กระทำนั้นหลุดพ้นจากความผิดฐานดูหมิ่นได้ เป็นไปตามมาตรา 192 ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 192 การดูหมิ่นโดยไม่คำนึงถึงการพิสูจน์ความจริง

การพิสูจน์ความจริงในข้อเท็จจริงที่ได้กล่าว หรือไขข่าวแพร่หลายนั้น ไม่เป็นเหตุให้หลุดพ้นจากความรับผิดภายใต้มาตรา 185 หากการเกิดขึ้นของการดูหมิ่นนั้นเป็นผลมาจากรูปแบบของการกล่าว หรือไขข่าวแพร่หลาย หรือสถานการณ์ต่าง ๆ ภายใต้อันที่เกิดขึ้นนั้น¹⁶⁰

และตามมาตรา 193 เป็นข้อยกเว้นที่ไม่ต้องได้รับโทษในกรณีที่เป็นการวิจารณ์ที่เป็นการป้องกันส่วนได้เสียตามกฎหมาย ซึ่งบัญญัติเอาไว้ดังนี้

มาตรา 193 การป้องกันส่วนได้เสียตามกฎหมาย

การวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับความสำเร็จทางวิทยาศาสตร์ ศิลปะ หรือพาณิชย์ เช่นเดียวกันกับการพูดซึ่งได้กระทำเพื่อเป็นการใช้ คุ้มครองสิทธิ หรือป้องกันส่วนได้เสียตามกฎหมาย

¹⁵⁹ โสภณ รัตนากร. หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 110/2516. หน้า 178-183.

¹⁶⁰ The Penal Code of the Federal Republic of Germany, Section 192.

เช่นเดียวกันกับการโต้แย้ง และการกล่าวหาของผู้บังคับบัญชาที่มีต่อผู้ใต้บังคับบัญชาของตน รายงานอย่างเป็นทางการ หรือการตัดสินโดยข้าราชการ และกรณีที่เป็นอย่างเดียวกันนั้น จะได้รับโทษก็แต่เพียงเฉพาะภายในขอบเขตซึ่งการเกิดขึ้นของการดูหมิ่นเป็นผลมาจากรูปแบบของการกล่าวหาภายใต้สถานการณ์ต่าง ๆ ข้างต้น¹⁶¹

มาตรา 194 การฟ้องคดีอาญา

(1) การดูหมิ่นจะถูกดำเนินคดีได้ก็แต่โดยการร้องทุกข์ หากการกระทำได้กระทำลงโดยการไขข่าวแพร่หลายเป็นลายลักษณ์อักษร (มาตรา 11(3)) หรือเป็นการโฆษณาอันอาจเข้าถึงได้ง่ายในที่ประชุม หรือผ่านการนำเสนอทางวิทยุ ซึ่งหากฝ่ายผู้เสียหายถูกข่มเหงในฐานะที่เป็นสมาชิกของกลุ่มสังคมนิยมแห่งชาติ หรือกลุ่มอื่นซึ่งมีกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับในทางกฎหมายและพระราชกฤษฎีกา กลุ่มดังกล่าวนี้เป็นส่วนหนึ่งของประชาชนและการดูหมิ่นนั้นเกี่ยวข้องกับการข่มเหงแล้วไม่จำเป็นต้องร้องทุกข์ อย่างไรก็ตาม การกระทำไม่อาจถูกดำเนินคดีได้หากฝ่ายผู้เสียหายคัดค้าน การคัดค้านนั้นไม่อาจเพิกถอนได้ หากฝ่ายผู้เสียหายตายลงสิทธิในการยื่นคำร้องทุกข์และคัดค้านนั้นตกทอดไปสู่บุคคลผู้เกี่ยวข้องตามที่ระบุไว้ในมาตรา 77 (2)

(2) หากความทรงจำของผู้ตายถูกเหยียดหยาม ผู้เกี่ยวข้องตามที่ได้ระบุไว้ในมาตรา 77 (2) มีสิทธิที่จะยื่นคำร้องทุกข์ได้ หากการกระทำได้กระทำลงโดยการไขข่าวแพร่หลายเป็นลายลักษณ์อักษร (มาตรา 11(3)) หรือเป็นการโฆษณาอันอาจเข้าถึงได้ง่ายในที่ประชุม หรือผ่านการนำเสนอทางวิทยุ ซึ่งหากผู้ตายได้ตายลงในขณะที่มีฐานะเป็นสมาชิกของกลุ่มสังคมนิยมแห่งชาติ หรือกลุ่มอื่นซึ่งมีกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับในทางกฎหมายและพระราชกฤษฎีกา และการเหยียดหยามนั้นเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับการที่ได้เป็นสมาชิกในกลุ่มดังกล่าวแล้วไม่จำเป็นต้องมีการร้องทุกข์ อย่างไรก็ตาม การกระทำไม่อาจถูกดำเนินคดีได้หากบุคคลผู้มีสิทธิยื่นคำร้องทุกข์คัดค้าน การคัดค้านนั้นไม่อาจเพิกถอนได้

(3) หากการดูหมิ่นได้ถูกกระทำต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ บุคคลผู้มีภาระหน้าที่ในกิจการพิเศษของรัฐ หรือทหารแห่งกองทัพสหพันธ์ขณะที่ไม่ได้อยู่ในหน้าที่ หรือเกี่ยวข้องกับหน้าที่ของบุคคลดังกล่าว การดำเนินคดีอาจทำได้โดยการร้องทุกข์ของผู้บังคับบัญชาในหน่วยงานราชการของบุคคลเหล่านั้น หากการกระทำได้กระทำโดยตรงต่อหน่วยงานราชการหรือหน่วยงานอื่นของรัฐซึ่งปฏิบัติการในฐานะเป็นฝ่ายบริหาร การดำเนินคดีสามารถกระทำได้โดยการร้องทุกข์ของหัวหน้าหน่วยงานของรัฐ หรือหัวหน้าผู้รับผิดชอบหน่วยงานอื่นของรัฐ และกรณีดังกล่าวนำมาใช้

¹⁶¹The Penal Code of the Federal Republic of Germany, Section 193.

เช่นเดียวกันกับหน่วยงานเกี่ยวกับศาสนจักร หรือศาสนาอื่นซึ่งรวมกลุ่มกันขึ้นมาภายใต้กฎหมายมหาชน

(4) หากการกระทำได้กระทำโดยตรงต่อองค์กรนิติบัญญัติแห่งสหพันธ์ หรือประเทศ หรือองค์กรทางการเมืองอื่นภายในดินแดนซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ การดำเนินคดีเป็นอำนาจโดยเฉพาะขององค์กรที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำดังกล่าวเท่านั้น¹⁶²

ตามมาตรา 194 นี้ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินคดีในความผิดฐานดูหมิ่น โดยตาม (1) เป็นการดำเนินคดีกับกรณีความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งจะกระทำได้โดยจะต้องทำการร้องทุกข์ แต่หากกรณีการดูหมิ่น

ตามมาตรา 194 นี้เป็นกรณีบทบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินคดีในความผิดฐานดูหมิ่นภายใต้เงื่อนไขในกรณีต่าง ๆ โดยจะต้องทำการร้องทุกข์โดยผู้เสียหาย ผู้มีสิทธิดำเนินคดีแทนผู้เสียหาย หรือผู้มีอำนาจดำเนินคดี โดยผู้มีสิทธิดำเนินคดีในกรณีที่ผู้เสียหายได้ตายลงนั้นจะถูกบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 77 (2) ซึ่งบัญญัติว่า “หากฝ่ายผู้เสียหายตาย สิทธิในการยื่นคำร้องทุกข์จะตกทอดแก่คู่สมรสและบุตร หากฝ่ายผู้เสียหายไม่มีทั้งคู่สมรสและบุตร หรือได้ตายลงก่อนสิ้นสุดระยะเวลาในการยื่นคำร้องทุกข์สิทธิในการยื่นคำร้องทุกข์จะตกทอดแก่บุพการี และหากบุพการีได้ตายลงก่อนที่จะสิ้นสุดระยะเวลาในการยื่นคำร้องทุกข์สิทธิในการยื่นคำร้องทุกข์นั้นจะตกทอดแก่พี่น้องที่มีสายเลือดเดียวกันและหลาน หากผู้มีสิทธิดำเนินคดีแทนผู้ตายนั้นมีส่วนร่วมในการกระทำ ความผิดต่อผู้ตายซึ่งเป็นผู้เสียหายสิทธิในการยื่นคำร้องทุกข์จะถูกตัดมิให้ตกทอดไปยังบุคคลดังกล่าว สิทธิในการยื่นคำร้องทุกข์จะไม่ตกทอดหากการดำเนินคดีนั้นเป็นการเปลี่ยนแปลงเจตนารมณ์ของฝ่ายผู้เสียหาย”

มาตรา 199 การดูหมิ่นซึ่งต่างฝ่ายต่างกระทำ

หากการดูหมิ่นเป็นการกระทำต่อกันและกันในที่สาธารณะ ศาลอาจพิจารณาให้ผู้หมิ่นทั้งสองฝ่าย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ต้องรับโทษได้¹⁶³

ประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมาตรา 199 นั้น ได้บัญญัติให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการยกเว้นการกำหนดโทษให้แก่ผู้กระทำการดูหมิ่นคนใดคนหนึ่งหรือทั้งคู่หากการกระทำการดูหมิ่นนั้นเป็นไปในลักษณะโต้ตอบซึ่งกันและกัน ต่างฝ่ายต่างดูหมิ่นกัน ซึ่งหลักนี้ไม่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยอย่างชัดเจนเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน แต่ตามในแนวของศาลไทยเห็นว่า ความผิดฐานดู

¹⁶²The Penal Code of the Federal Republic of Germany, Section 194.

¹⁶³The Penal Code of the Federal Republic of Germany, Section 199.

หมิ่นซึ่งหน้าอันกฎหมายประสงค์จะลงโทษผู้ที่ดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าแต่ฝ่ายเดียวโดยที่ผู้ถูกดูหมิ่นมิได้กล่าวร้ายค่าดูหมิ่นโต้ตอบด้วย ฉะนั้นการดูหมิ่นนี้ ถ้าผู้ถูกดูหมิ่นก่อเหตุหรือเข้ารับเอาการนั้น เช่นเมื่อถูกค่าก็โต้ตอบ เป็นการวิวาทกัน ศาลไม่ถือเป็นการกระทำกระทำความผิดตามมาตรานี้ และศาลไทยก็ถือว่าการค่ากันในมูลวิวาทไม่เป็นการผิดฐานนี้ด้วย¹⁶⁴ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ศาลน่าจะนำหลักในเรื่อง การกระทำที่เป็นการป้องกัน กระทำเพราะความจำเป็นหรือกระทำเพราะบันดาลโทสะมาปรับใช้ได้ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏเป็นกรณีไป

3.2.1.2 แนวความคิดและหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ตามประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานหมิ่นประมาทเอาไว้ในหมวด 14 เช่นเดียวกับความผิดฐานดูหมิ่น โดยบัญญัติเอาไว้อยู่ในมาตรา 186 ถึงมาตรา 188 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดที่มีลักษณะเป็นการหมิ่นประมาทผู้อื่นซึ่งมีดังนี้

ตามมาตรา 186 นั้นเป็นเป็นเรื่องของการกระทำความผิดโดยการนิทาว่าร้าย ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกล่าวอ้างหรือทำให้เป็นที่เผยแพร่ซึ่งข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับผู้อื่น อันอาจเป็นการกล่าวให้ร้ายผู้นั้น หรือเป็นการดูถูกผู้นั้นตามความคิดของสาธารณชนทั่วไป หากข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นจริง จะต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับ หากการกระทำได้กระทำลงโดยการโฆษณา หรือผ่านการไขข่าวแพร่หลายเป็นลายลักษณ์อักษรต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับ”¹⁶⁵ ตามมาตรานี้หากการนิทาว่าร้ายผู้นั้นผู้กระทำไม่สามารถพิสูจน์ความจริงของเรื่องดังกล่าวได้ ผู้กระทำจะต้องได้รับโทษจำคุก หรือโทษปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ และเมื่อการนิทาว่าร้ายนั้นได้กระทำลงในที่สาธารณะก็จะเป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องได้รับโทษหนักขึ้น

มาตรา 187 บัญญัติว่า “ผู้ใดกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อเท็จจริงอันเป็นเท็จเกี่ยวกับผู้อื่น อันเป็นการกล่าวให้ร้ายผู้นั้น หรือเป็นการดูถูกผู้นั้นตามความคิดของสาธารณชนทั่วไป หรืออาจเป็นการทำลายความน่าเชื่อถือของผู้อื่น จะต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับ และหากการกระทำได้ทำลงโดยการโฆษณา หรือการไขข่าวแพร่หลายเป็นลายลักษณ์อักษร (มาตรา 11(3)) ต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับ”¹⁶⁶

¹⁶⁴จิตติ ดิงศภัทย์. เล่มเดิม. หน้า 1243.

¹⁶⁵The Penal Code of the Federal Republic of Germany, Section 186.

¹⁶⁶The Penal Code of the Federal Republic of Germany, Section 187.

ตามมาตรานี้เป็นการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท กล่าวคือ เป็นกรณีของการกล่าวอ้างข้อความอันเป็นเท็จจนอันเป็นเหตุให้ความน่าเชื่อถือของผู้อื่นนั้นถูกทำลายลง โทษตามมาตรานี้มีทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ หรือทั้งจำและปรับ และการกระทำความผิดฐานนี้หากได้กระทำการโดยการโฆษณาแล้วจะเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น

มาตรา 188 บัญญัติว่า

“(1) หากการนิทหาว่าร้าย (มาตรา 186) ได้กระทำลงโดยการโฆษณา ในที่ประชุม หรือโดยผ่านการโฆษณาแพร่หลายเป็นลายลักษณ์อักษรต่อบุคคลทางการเมืองของประชาชนในชีวิตทางการเมืองของบุคคลดังกล่าวโดยมุ่งประสงค์เกี่ยวกับตำแหน่งของบุคคลที่ถูกดูหมิ่นในชีวิตทางการเมือง และการกระทำความผิดดังกล่าวอาจเป็นเหตุให้การทำงานสาธารณะยากยิ่งขึ้น จะต้องได้รับโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือน ถึงห้าปี

(2) การหมิ่นประมาท (มาตรา 187) ภายใต้ง่อนไขเดียวกันก่อนหน้าจะต้องได้รับโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือน ถึงห้าปี”¹⁶⁷

บทบัญญัติตามมาตรา 188 นี้เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการนิทหาว่าร้ายและการหมิ่นประมาทต่อบุคคลในชีวิตทางการเมือง ซึ่งตามมาตราจะมีโทษจำคุกแต่เพียงอย่างเดียว

จากบทบัญญัติของมาตรา 186 มาตรา 187 และมาตรา 188 ดังกล่าว จะสังเกตเห็นได้ว่าการคุ้มครองจากการกระทำความผิดในฐานหมิ่นประมาทของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น ให้ความสำคัญต่อการกระทำที่มีลักษณะเป็นการโฆษณา เนื่องจากหากการกระทำความผิดนั้นได้กระทำลงโดยลักษณะที่เป็นการโฆษณาแล้ว อัตราโทษที่ได้รับก็จะสูงกว่ากรณีที่มีได้กระทำความผิดโดยการโฆษณา¹⁶⁸

มาตรา 189 บัญญัติว่า “ผู้ใดเหยียดหยามความทรงจำของผู้ตายจะต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับ”¹⁶⁹

มาตรานี้เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการเหยียดหยามความทรงจำของผู้ตาย โดยมาตรานี้เป็นการคุ้มครองผู้ตายจากการประทุษร้ายต่อศักดิ์ศรีและชื่อเสียงของผู้ตายซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เป็นการรับรองบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 1¹⁷⁰

บทบัญญัติในการคุ้มครองการกระทำความผิดเรื่องหมิ่นประมาทของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันกำหนดบทลงโทษสำหรับการกระทำความผิดลักษณะนี้เอาไว้แตกต่างกัน โดย

¹⁶⁷The Penal Code of the Federal Republic of Germany, Section 188.

¹⁶⁸เฉลิมศักดิ์ ตริพนากกร. เล่มเดิม. หน้า 52.

¹⁶⁹The Penal Code of the Federal Republic of Germany, Section 189.

¹⁷⁰Götz Böttner. Op. cit. p.114.

พิจารณาจากลักษณะ สถานที่ซึ่งได้กระทำความผิด และสถานะของบุคคลซึ่งถูกกระทำต่อ โดยจะเห็นได้จากมาตรา 186 และมาตรา 187 ในกรณีของการกระทำความผิดในสถานที่อันเป็นที่สาธารณะนั้น โทษที่ได้รับจะรุนแรงกว่ากรณีธรรมดา และในมาตรา 188 ก็เช่นเดียวกัน แต่ในมาตรา 188 นี้เพิ่มความสำคัญในเรื่องของสถานะของบุคคลขึ้นมาอีกประการหนึ่ง โดยหากบุคคลที่ถูกกระทำต่อนั้นเป็นบุคคลในทางการเมือง และการกระทำความผิดที่ได้ทำนั้นเป็นเหตุทำให้บุคคลดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่ของตนเองในการทำงานได้ยากลำบากยิ่งขึ้นก็จะได้รับโทษ และจะเห็นได้ว่าตามมาตรา 188 นี้จะมีแต่โทษปรับแต่เพียงประการเดียว ซึ่งเป็นการกำหนดความผิดที่มีความคล้ายคลึงกับประเทศญี่ปุ่น¹⁷¹ ซึ่งแตกต่างไปจากประมวลกฎหมายอาญาของไทยซึ่งมิได้มีการแบ่งแยกหรือให้ความสำคัญกับสถานที่ในการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทเอาไว้ และเกี่ยวกับสถานะของบุคคลนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยบัญญัติให้ความสำคัญกับฐานะของบุคคลเฉพาะ การให้ความคุ้มครองบุคคลในฐานะพิเศษ กล่าวคือบัญญัติมิให้บุคคลใดกระทำการหมิ่นประมาท คุณหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ราชาธิบดี ราชนิ ราชสามี รัชทายาท หรือ ประมุขแห่งรัฐต่างประเทศ ผู้แทนรัฐต่างประเทศ ซึ่งได้รับแต่งตั้งให้มาสู่พระราชสำนัก ตามมาตรา 112, 133 และมาตรา 134 เท่านั้น ทั้งนี้โดยถือหลักว่าสถาบันพระมหากษัตริย์เป็นสถาบันหลักของประเทศไทย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย องค์พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้และผู้ใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใด ๆ มิได้¹⁷² ส่วนประมุขแห่งรัฐต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นกษัตริย์ หรือพระราชินีหรือประธานาธิบดีต่างประเทศ หรือมีการเรียกขานอย่างไร ๆ เป็นองค์กรสำคัญในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เป็นผู้สานสัมพันธ์ไมตรี กฎหมายอาญาจึงต้องคุ้มครองประมุขแห่งรัฐต่างประเทศที่มีสัมพันธ์ไมตรี ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่เป็นราชอาณาจักร พระราชวงศ์มีส่วนสำคัญในการเจริญสัมพันธ์ไมตรี กฎหมายอาญาของไทยจึงคุ้มครองไปถึงรัชทายาทด้วย และผู้แทนรัฐต่างประเทศคือ ผู้ที่เป็นทูตด้วย¹⁷³

แต่การหมิ่นประมาทบุคคลที่มีฐานะทางการเมืองของไทย เช่น นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี หรือบุคคลที่มีฐานะทางการเมืองอื่น ๆ กฎหมายอาญาของไทยมิได้บัญญัติให้ต้องรับโทษหนักไปกว่าการหมิ่นประมาทบุคคลธรรมดาเลย

¹⁷¹ เณลิมศักดิ์ ตรีพนากกร. หน้าเดิม.

¹⁷² คณิศ ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 527 และหน้า 538-540.

¹⁷³ แหล่งเดิม. หน้า 572-580.

ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 186, 187 และ 188 ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้นได้บัญญัติเอาไว้ถึงการกระทำในลักษณะที่เป็นการกระทำในที่สาธารณะหรือโดยการทำให้เป็นที่แพร่หลายโดยเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่ง คำว่า “ลายลักษณ์อักษร” ในบทบัญญัติทั้งสามมาตรานี้ ได้ระบุไว้ชัดเจนว่า หมายถึง โสตทัศน และสื่อที่สามารถบันทึกให้สามารถมองเห็นได้ สื่อซึ่งเก็บข้อมูล ภาพประกอบและภาพอื่น ๆ ด้วย¹⁷⁴ ซึ่งจะทำให้ได้รับโทษรุนแรงขึ้น สำหรับในประเทศไทยอาจประกอบด้วยลักษณะฉกรรจ์ กล่าวคือ ได้กระทำด้วยการโฆษณา หรือกระจายเสียงหรือป่าวร้อง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การกระทำในที่สาธารณะหรือโดยการทำให้เป็นที่แพร่หลายนั้นถือเป็นการเป็นกระทำโดยการโฆษณาอย่างหนึ่งตามความหมายเดียวกับของประเทศไทย

ความผิดฐานหมิ่นประมาทนี้ ในหลายประเทศเห็นว่า แม้หมิ่นประมาทคนที่ตายไปแล้ว ก็อาจเป็นความผิดได้ เมื่อพิจารณาความในมาตรา 327 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยแล้วเห็นว่า ประเทศสมาพันธรัฐเยอรมันและประเทศไทยแล้วการกระทำการใส่ความผู้ตายอาจมีความผิดเช่นเดียวกันกับประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

จากบทบัญญัติหมวดที่ 14 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี้ จะเห็นว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานดูหมิ่นและหมิ่นประมาทถูกบัญญัติเอาไว้อยู่ในหมวดเดียวกัน โดยสิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองต่อ หรือคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดทั้งสองฐานนี้คือ สิทธิของบุคคลที่จะมีคุณค่าในสังคม (เช่น ชื่อเสียง หรือเกียรติภายนอก) และสิทธิที่จะได้รับความเคารพในฐานะเป็นมนุษย์ (เช่น คุณค่าหรือคุณธรรมภายใน)¹⁷⁵ ด้วยเหตุที่สิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองต่อ หรือคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดทั้งสองฐานนี้เป็นอย่างเดียวกันจึงทำให้ความผิดทั้งสองฐานนี้มีความใกล้เคียงกันจนอาจก่อให้เกิดความสับสนในการกำหนดว่าการกระทำ ความผิดใดควรเข้าข่ายของมาตราใด ดังนั้น ในการพิจารณาว่าการกระทำใดจะเข้าข่ายความผิดตามที่บัญญัติเอาไว้ในมาตราใดนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาโดยแบ่งแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่อง “เกียรติ” เอาไว้เป็น 3 ระดับด้วยกัน ดังนี้

1. เกียรติตามความหมายพื้นฐาน

เกียรติตามความหมายนี้ อธิบายถึง สถานะของบุคคลซึ่งมีสิทธิที่จะมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกัน และมีสิทธิที่จะได้รับความเคารพนับถือในฐานะเป็นสมาชิกของสังคมมนุษย์ โดยไม่คำนึงถึงความสำเร็จของบุคคล (menschlicher Achtungsanspruch) ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นคนขี้เกียจ คนโง่ หรือแม้แต่อาชญากร ก็สมควรที่จะได้รับความเคารพในเกียรติระดับนี้

¹⁷⁴The Penal Code of the Federal Republic of Germany, Section 11 (3).

¹⁷⁵Winfried Brugger. Op. cit. p.14.

2. เกียรติในระดับสอง

เกียรติในระดับนี้เกี่ยวกับการสงวนไว้ซึ่งมาตรฐานขั้นต่ำของการเคารพซึ่งกันและกันในที่สาธารณะ การแสดงออกภายนอกซึ่งความเคารพโดยไม่คำนึงถึงความรู้สึกของบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งมีต่อบุคคลนั้น ๆ (sozialer Respekt or Achtungsanspruch) ตัวอย่างของการไม่เคารพ หรือการดูหมิ่นซึ่งเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายนั้นรวมถึง การกล่าวหาผู้อื่นเกี่ยวกับการกระทำผิดศีลธรรมอย่างรุนแรง หรือเกี่ยวกับการมีลักษณะผิดปรกติในทางสังคม หรือเกี่ยวกับผู้ที่มีความบกพร่องในทางสติปัญญา เช่น การเรียกบุคคลนั้นว่า “คนสารเลว” หรือ “ไอ้โง่” หรือโดยการแสดงลักษณะท่าทางอันหยาบคาย เช่น การยกนิ้ว(กลาง)ให้ผู้อื่น

3. เกียรติในระดับที่สาม

เกียรติในระดับนี้ครอบคลุมถึงการหมิ่นประมาท การเคารพต่อเกียรติในระดับนี้ ห้ามการกระทำอันเป็นการกล่าวอ้างเกี่ยวกับข้อเท็จจริงซึ่งมีลักษณะอันเป็นการทำลายชื่อเสียงของผู้อื่น เพื่อให้ผู้นั้นตกต่ำลงในความคิดของสังคม หรือการขัดขวางมิให้บุคคลที่สามเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับผู้นั้น ซึ่งเกือบทั้งหมดของการฝ่าฝืนต่อเกียรติในระดับนี้จะตกอยู่ภายใต้มาตรา 186 และมาตรา 187¹⁷⁶

แต่เดิมในประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น จำแนกประเภทความผิดอาญาตามลำดับความหนักเบาของความผิดออกเป็น 3 ลำดับ คือ Verbrechen คือ ความผิดที่มีระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ขึ้นไป Übertretungen คือ ความผิดที่มีระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 สัปดาห์ หรือปรับไม่เกิน 500 DM และ Vergehen คือ ความผิดอื่นทั้งหมดที่มีระวางโทษจำคุกหรือปรับ ทั้งนี้เป็นไปตามอิทธิพลที่ได้รับมาจากประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1810 ซึ่งแบ่งความผิดในทางอาญาออกเป็น Crimes, Délit และ Contraventions¹⁷⁷ ต่อมาในปี ค.ศ. 1975 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ขึ้นมา ความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่นี้มีเพียง 2 ประเภทเท่านั้น ได้แก่ Verbrechen คือ ความผิดที่ระวางโทษตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป ส่วน Vergehen คือความผิดที่มีระวางโทษเป็นโทษปรับทางอาญา (Geldstrafen) หรือจำคุกต่ำกว่า 1 ปี ส่วนความผิด Übertretungen ถูกแยกนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่ชื่อว่า Ordnungswidrigkeitengesetz (OWIG) อันเป็นประมวลกฎหมายทางการปกครองอันมิใช่กฎหมายอาญา (noncriminal administrative code) เกี่ยวกับการละเมิดความเป็นระเบียบเรียบร้อยของชุมชน¹⁷⁸ ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงโทษตามที่กำหนดเอาไว้ในความผิดฐานดูหมิ่นตามประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 185 แล้ว จึงกล่าวได้ว่า

¹⁷⁶Winfried Brugger. Op. cit. p.24.

¹⁷⁷พรรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 46.

¹⁷⁸แหล่งเดิม. หน้า 48- 49.

ความผิดฐานคูหมีนตามมาตรา 185 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี้เป็นความผิดที่จัดอยู่ในความผิดประเภท Verbrechen คือ ความผิดที่ระวางโทษตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป

คำว่า “คูหมีน” และ “หมีนประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้นเป็นคำที่ใช้ทั้งในความหมายอย่างแคบและความหมายอย่างกว้างซึ่งครอบคลุมถึงการกระทำผิดทางอาญาต่อเกียรติทุกประเภท ในทางที่ใช้เป็นความหมายอย่างแคบ “คูหมีน” จะหมายถึงเฉพาะบทบัญญัติตามมาตรา 185 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเพียงมาตราเดียวเท่านั้น¹⁷⁹

3.2.2 ประเทศญี่ปุ่น

ในประเทศญี่ปุ่นสังคมของชาวญี่ปุ่นยึดหลัก “ความสำนึกถึงความน่าละอาย” (Haji)¹⁸⁰ หมายความว่า ชาวญี่ปุ่นยึดถือเกียรติยศเป็นสิ่งสูงสุดในชีวิต ในสังคมญี่ปุ่นระยะแรกผู้กระทำการเสื่อมเสียเกียรติจะต้องไถ่โทษด้วยการฆ่าตัวตายโดยวิธีที่เรียกว่า “ฮาราคีรี” ซึ่งในสังคมญี่ปุ่นมีการให้ความสำคัญกับการคุ้มครองเรื่องชื่อเสียงและเกียรติยศเป็นอย่างมาก และค่านิยมดังกล่าวยังคงตกทอดมาถึงปัจจุบัน แม้จะไม่รุนแรงเท่าที่ผ่านมาในอดีตก็ตาม ดังนั้น ความผิดฐานหมีนประมาทจึงถือว่าเป็นความผิดร้ายแรงประเภทหนึ่งของกฎหมายญี่ปุ่น¹⁸¹

สำหรับระบบกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นนั้น ญี่ปุ่นใช้ระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมายเป็นหลัก โดยได้กำหนดความรับผิดทางอาญาในเรื่องหมีนประมาทไว้ในประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น หมวดที่ 34 ว่าด้วยความผิดต่อชื่อเสียงดังนี้

มาตรา 230 ผู้ใดทำให้ชื่อเสียงของผู้อื่นเสื่อมเสียโดยการกล่าวหาด้วยข้อเท็จจริงใด ซึ่งไม่ต้องคำนึงว่าข้อเท็จจริงนั้นเป็นข้อความจริงหรือเป็นข้อความเท็จ ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกโดยให้ใช้แรงงาน หรือจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนเยน¹⁸²

โดยประมวลกฎหมายอาญาแห่งประเทศญี่ปุ่น บัญญัติว่า ผู้ใดทำให้ชื่อเสียงของผู้ตายเสื่อมเสีย ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ เว้นแต่ความเสียหายเช่นนั้นเป็นผลมาจากการใส่ความด้วยความเท็จ¹⁸³

ประมวลกฎหมายอาญาแห่งประเทศญี่ปุ่น ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องคูหมีนไว้ใน

¹⁷⁹Winfried Brugger. Op. cit. p.14.

¹⁸⁰Lawrence word Beer. (1984). **Freedom of expression in Japan; a study of comparative law politics and society.** p.314.

¹⁸¹Hideo Tanaka. (1976). **The Japanese Legal System.** pp. 331-332.

¹⁸²The Penal Code of Japan, Article 230.

¹⁸³The Penal Code of Japan, Article 230-2.

3.2.3 ประเทศสาธารณรัฐประชาชนโปแลนด์

ประมวลกฎหมายอาญาแห่งสาธารณรัฐประชาชนโปแลนด์ บัญญัติหลักในการคุ้มครองบุคคล เกี่ยวกับความผิดฐานดูหมิ่นดังนี้

มาตรา 181 บัญญัติว่า ผู้ใดดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้า หรือลับหลัง แต่กระทำต่อสาธารณชน หรือกระทำความผิดโดยเจตนาจะให้ข้อความดูหมิ่นนั้นล่วงรู้ไปถึงบุคคลที่ถูกดูหมิ่น ผู้นั้นกระทำความผิดอาญา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือระวางโทษปรับ

วรรคสอง ถ้าการดูหมิ่นมีสาเหตุมาจากการกระทำในลักษณะยุแหย่ หรือปลุกปั่นของผู้ถูกดูหมิ่น หรือผู้ถูกดูหมิ่นละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลของผู้กระทำความผิด หรือกระทำการดูหมิ่นในลักษณะโต้ตอบ ศาลอาจยกเว้นการกำหนดโทษให้ก็ได้¹⁸⁶

ข้อพิจารณาที่น่าสนใจประการสำคัญคือ การกระทำความผิดฐานดูหมิ่นผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญาแห่งสาธารณรัฐประชาชนโปแลนด์ มาตรา 181 ถือหลักว่า การดูหมิ่นผู้อื่นนั้น ไม่ว่าจะได้กระทำซึ่งหน้า หรือลับหลัง แต่กระทำต่อสาธารณชน หรือกระทำความผิดโดยเจตนาจะให้ข้อความดูหมิ่นนั้นล่วงรู้ไปถึงบุคคลที่ถูกดูหมิ่น ก็ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดอาญา นอกจากนี้ในประมวลกฎหมายอาญาแห่งสาธารณรัฐโปแลนด์ มาตรา 181 วรรคสอง บัญญัติให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการยกเว้นการกำหนดโทษให้แก่จำเลยได้ ถ้าการดูหมิ่นมีสาเหตุมาจากการกระทำในลักษณะยุแหย่ หรือปลุกปั่นของผู้ถูกดูหมิ่น หรือผู้ถูกดูหมิ่นละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลของผู้กระทำความผิด หรือกระทำการดูหมิ่นในลักษณะโต้ตอบ

3.3 การดูหมิ่นต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทาง

ในอดีตสภาพสังคมไทยดำเนินไปอย่างราบเรียบ ไม่ซับซ้อน การดำเนินธุรกิจเป็นไปอย่างเรียบง่าย การติดต่อสื่อสารต่อบุคคลที่อยู่ห่างไกลยังไม่มีความสะดวกรวดเร็ว แม้จะมีการสื่อสารกันบ้าง โดยการใช้ไปรษณีย์ หรือโทรเลข แต่ส่วนใหญ่ก็เป็นการใช้ในงานราชการเสียเป็นส่วนใหญ่ไม่แพร่หลายในหมู่ราษฎร ความขัดแย้งที่เป็นเหตุให้เกี่ยวข้องกับกฎหมายมีน้อยมาก การกระทำความผิดฐานดูหมิ่นผู้อื่นในสมัยนั้นก็ยังไม่ความซับซ้อน แต่ในสภาพปัจจุบันเมื่อระบบเศรษฐกิจ การศึกษาและเทคโนโลยีทางการสื่อสารมีความก้าวหน้าและพัฒนาขึ้น จากการใช้จดหมาย โทรเลข ต่อมาได้พัฒนารูปแบบเป็นการใช้โทรศัพท์ โทรสาร จนกระทั่งในปัจจุบันได้มีการพัฒนาระบบการสื่อสารรูปแบบใหม่ โดยใช้ระบบอินเทอร์เน็ตที่รวดเร็วและแพร่หลายถูก

¹⁸⁶The Penal Code of the Polish People's Republic, Article 181.

นำมาใช้กันอย่างกว้างขวาง การติดต่อสื่อสารระหว่างกันในด้านสถานที่จึงมีบทบาทสำคัญในสังคมไทย ทั้งในแง่สังคมส่วนตัวและในแง่ธุรกิจการค้า

นักประวัติศาสตร์มักจะจัดยุคสมัยอารยธรรมของมนุษย์โดยพิจารณาจากความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีในแต่ละสมัย ถ้านับความเจริญตั้งแต่ช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา ยุคสมัยนี้ก็ถือว่าเป็นยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ ซึ่งลักษณะประการหนึ่งของยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ คือ ยุคที่ถือกันว่าข้อมูลเป็นสิ่งที่มีความหาศาล และสังคมมีการใช้เทคโนโลยีทางการติดต่อสื่อสารและคอมพิวเตอร์ ในกิจกรรมต่างๆ เกือบทุกอย่างทั้งในด้านสังคม เศรษฐกิจ และการเมือง ซึ่งลักษณะเช่นนี้ ก่อให้เกิดผลกระทบต่างๆ หลายประการ การใช้เครือข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นเครือข่ายคอมพิวเตอร์ที่ใหญ่ที่สุดในโลกในการติดต่อสื่อสาร ทำให้การติดต่อสื่อสารมีความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพและราคาถูก ถึงขนาดจัดให้มีการประชุมระหว่างบุคคลต่างๆ ในขณะที่อยู่คนละประเทศได้¹⁸⁷

ปัจจุบันธุรกิจสมัยใหม่ต่างใช้อินเทอร์เน็ตมาช่วยในการสื่อสาร โดยระบบโครงข่ายการสื่อสารส่งผ่านข้อมูลทางคอมพิวเตอร์ที่เรียกว่า อินเทอร์เน็ตนี้ ได้ถือกำเนิดมาเมื่อไม่นานมานี้ โดยวัตถุประสงค์หลักหรือแนวความคิดพื้นฐานอันเป็นจุดเริ่มต้นของการค้นคว้าวิจัยและสร้างสรรค์ระบบอินเทอร์เน็ตนั้น ก็เพื่อสนองตอบความต้องการด้านยุทธการของฝ่ายทหารที่จะให้มีระบบเครือข่ายการสื่อสารที่จะมีถูกตัดขาดได้โดยง่ายเมื่อมีสถานการณ์การสู้รบหรือการก่อการร้าย ด้วยเหตุนี้เองหน่วยค้นคว้าวิจัยแห่งกองทัพสหรัฐอเมริกา ได้ร่วมกับนักวิจัยจำนวนหนึ่งในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย จัดตั้งคณะวิจัยขึ้นคณะหนึ่งโดยใช้ชื่อว่า APRAnet (Advance Research Project Agency Network) เพื่อค้นคว้าเกี่ยวกับเรื่องนี้จนประสบผลสำเร็จในการสร้างเครือข่ายขนาดย่อมในการติดต่อสื่อสารส่งผ่านข้อมูลและข้อความซึ่งมีลักษณะคล้าย e-mail ในปัจจุบัน เชื่อมระหว่างเครื่องคอมพิวเตอร์ 4 เครื่องที่ตั้งอยู่ในสถานที่ต่าง ๆ ภายในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย¹⁸⁸

ไม่ว่าจะเป็นการติดต่อกันทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) หรือแม้แต่การสร้างเว็บไซต์เพื่อเผยแพร่กิจการหรือดำเนินธุรกิจของตนกับประชาชนหมู่มา ความแพร่หลายของอินเทอร์เน็ตนั้น ไม่ได้มีอยู่แค่วงการธุรกิจสมัยใหม่เท่านั้น อินเทอร์เน็ตยังเข้าไปมีอิทธิพลกับคนรุ่นใหม่ในปัจจุบันอย่างมากเช่นกัน สังเกตได้จากที่มีร้านค้าที่ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet café)

¹⁸⁷ องอาจ เทียนหิรัญ. (2546). *อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ : การกำหนดฐานความผิดทางอาญาสำหรับการกระทำต่อคอมพิวเตอร์*. หน้า 1-3.

¹⁸⁸ มโนช ต้นตระกูล. (2542). “อาชญากรรมในยุคโลกาภิวัตน์จากการพนันบอลทางอินเทอร์เน็ต ถึงอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ผู้ปฏิบัติในกระบวนการยุติธรรมไทยพร้อมหรือยัง.” *บทพิเศษคดี*, 55, 1. หน้า 41.

เกิดขึ้นหลายแห่งทั้งในกรุงเทพฯ ฯ และเมืองใหญ่ ๆ ซึ่งทั้งวัยรุ่นและวัยทำงานต่างเข้าไปใช้บริการกันอย่างเนืองแน่น จนอาจกล่าวได้ว่าอินเทอร์เน็ตเริ่มเข้ามามีบทบาทในการดำเนินชีวิตของคนไทยในปัจจุบัน¹⁸⁹

การใช้อินเทอร์เน็ตในลักษณะที่เป็นการแผ่ขยายหรือโฆษณาเผยแพร่ความเกลียดชังของตนเองเริ่มขึ้นเป็นครั้งแรกในปี 1980 โดยพวก อเมริกัน นิโอ-นาซี (American neo-nazis) พวกนี้ได้จัดเตรียมแนวทางเกี่ยวกับการค้นหาและติดต่อสมาชิกที่เป็นไปได้ โดยคิดว่าจะทำอย่างไรถึงจะสามารถดึงดูดผู้ที่มีความอยากรู้อยากเห็น และทำอย่างไรจึงจะมีอิทธิพลต่อกลุ่มคนเหล่านั้น¹⁹⁰

การเจริญเติบโตทางธุรกิจที่สูงขึ้นอย่างรวดเร็วเป็นเหตุให้การดำเนินธุรกิจหรือการค้าตัดสินใจต่างๆ จำเป็นต้องมีกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้องเพื่อเป็นหลักประกันการคุ้มครองบุคคลในด้านต่าง ๆ และเพื่อช่วยให้การทำธุรกรรมต่าง ๆ เป็นไปโดยสะดวกมากขึ้น การให้หลักประกันในเรื่องการคุ้มครองเกียรติของบุคคลเป็นความสำคัญประการหนึ่ง เพราะเกียรติเป็นสิทธิหนึ่งในคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์ที่ไม่ควรจะถูกล่วงละเมิดจากบุคคลอื่น

เมื่อเทคโนโลยีทางการสื่อสารมีพัฒนาการที่ก้าวหน้าขึ้นไปเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดข้อดีที่ทำให้มนุษย์มีความใกล้ชิดกันมากขึ้นสามารถติดต่อสื่อสารกันได้ในพื้นที่ที่ห่างไกลกัน ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างมากในการเชื่อมโยงโลกให้เข้ามาอยู่ใกล้กัน แต่ข้อดีดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลเสียเป็นดาบสองคมหากใช้เทคโนโลยีการสื่อสารที่มีประโยชน์ดังกล่าวไม่ถูกทางหรือใช้ในทางที่ผิด กล่าวคือ ใช้เครื่องมือสื่อสารเป็นเครื่องมือช่วยในการกระทำความผิดอาชญาฐานต่าง ๆ ต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างไกล เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาบางลักษณะเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นได้ง่าย และมีโอกาสเกิดขึ้นได้บ่อยครั้งไม่ว่าผู้กระทำจะมีเจตนาหรือประมาทก็ตาม โดยเฉพาะลักษณะของการกระทำความผิดโดยวาจา หรือการพูด กล่าวคือ ถ้อยคำ ภาพ หรือเสียงที่เป็นการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทผู้อื่นนั้น จะทำได้ง่ายและรวดเร็วกว่าการกระทำด้วยวิธีอื่น ซึ่งจะเท่ากับว่าเทคโนโลยีสื่อสารกลายเป็นเครื่องมืออย่างดีที่จะช่วยเร่งให้ผลการกระทำความผิดเกิดความเสียหายไปสู่ผู้อื่นได้ง่ายและรวดเร็วยิ่งขึ้น

วิวัฒนาการทางการสื่อสารในปัจจุบันส่งผลให้การทำร้ายความรู้สึกของผู้อื่นไม่จำเป็นต้องกระทำต่อหน้า แต่สามารถกระทำโดยอาศัยเครื่องมือสื่อสารอย่างอื่นเป็นสื่อกลางในการติดต่อแทน ซึ่งสามารถกระทำได้หลายรูปแบบ การดูหมิ่นต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทาง เป็นการกระทำ

¹⁸⁹ ปกป้อง ศรีสนิท. “หมิ่นประมาททางอินเทอร์เน็ต.” *บทบัญญัติ*, 56, 4. หน้า 29.

¹⁹⁰ Yulia A. Timofeeva. (2003, March-April). “Hate Speech Online: Restricted or Protected? Comparison of Regulations in The United States and Germany.” *TRANSNATIONAL LAW & POLICY JOURNAL*, 2, 12. p.256.

ความคิดอาณารูปแบบหนึ่ง ที่เป็นการกระทำในแบบเดิมแต่ได้ใช้อุปกรณ์สื่อสารเป็นเครื่องมือในการกระทำความคิด ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงความหมายและลักษณะของการกระทำความคิดฐานคุณหมื่นโดยอาศัยอุปกรณ์สื่อสารในรูปแบบต่าง ๆ เป็นเครื่องมือ เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจปัญหาเรื่องการคุณหมื่นต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทาง ในภาพรวมเสียก่อน

เทคโนโลยีสารสนเทศ (Information Technology: IT) หมายถึง การเรียกค้น จัดเก็บ ประมวลผล การเผยแพร่ แจกจ่าย กระจาย และการสื่อสาร สารสนเทศในรูปแบบของ อิเลคทรอนิกส์รวมถึงวิทยุโทรทัศน์ คอมพิวเตอร์และอื่น ๆ เป็นการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการ จัดทำสารสนเทศไว้ใช้งาน และอาจให้ความหมายได้ทั้งสองนัยคือ ความหมายนัยแคบซึ่งหมายถึง ตัวเครื่องมือหรืออุปกรณ์ต่าง ๆ เช่น อุปกรณ์คอมพิวเตอร์และอุปกรณ์โทรคมนาคม ส่วน ความหมายนัยกว้างหมายถึงการประยุกต์เครื่องมืออุปกรณ์ต่าง ๆ ในหน่วยงานเพื่อมุ่งไปที่การ คิดค้นวิธีการจัดเก็บข้อมูลจากแหล่งข้อมูล ส่วนการสื่อสาร หมายถึง การส่งสัญญาณจากผู้ส่งสาร (Sender) ไปยังผู้รับสาร (Receiver) โดยอาศัยตัวกลาง (Transmission Media) ทำหน้าที่ในการส่ง ซึ่ง แบ่งออกเป็น การสื่อสารแบบจุดต่อจุด กับการสื่อสารแบบกระจาย ความหมายของการสื่อสาร ดังกล่าวเป็นการสื่อสารโดยทั่วไปใช้สำหรับการส่งข่าวสารระหว่างกันไม่ว่าจะอาศัยตัวกลางชนิดใดทำหน้าที่ก็ตาม ส่วนการสื่อสารข้อมูลด้วยระบบคอมพิวเตอร์ (Data Communications) หมายถึง การสื่อสารข้อมูลระหว่างคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมถึงกันไม่ว่าจะเป็นข้อมูลในลักษณะตัวอักษร ภาพ หรือเสียง ในเวลาที่รวดเร็วมีความถูกต้องน่าเชื่อถือและสามารถที่จะเก็บบันทึกตลอดจนนำมาใช้งานใหม่ได้โดยสะดวกคำนึงถึงมาตรฐานและขบวนการสลับเปลี่ยนทางอิเลคทรอนิกส์ (Electronic Data Interchange: EDI) เป็นการส่งสัญญาณทางอิเลคทรอนิกส์เข้าสู่ตัวกลางรับข้อมูลประเภทต่างๆ เช่นสายโทรศัพท์ สายใยนำแสง (Fiber Optics) หรือดาวเทียม โดยเชื่อมโยงจากระบบคอมพิวเตอร์ ผ่านจุดต่อเชื่อมระบบสื่อสาร สู่อุปกรณ์สื่อสารข้อมูลและเข้าสู่ตัวกลางส่งผ่านสัญญาณทาง อิเลคทรอนิกส์เพื่อนำข้อมูลไปสู่คอมพิวเตอร์ปลายทาง ส่วนวิธีการสื่อสารแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ (ก) การสื่อสารตามสาย คือ การใช้สายในการรับส่งสัญญาณข้อมูลข่าวสาร เช่นสายสื่อสาร ชนิดต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นสายไฟฟ้า สายโทรศัพท์ และที่กำลังเป็นที่นิยมคือเส้นใยนำแสง (Fiber Optics) ซึ่งเป็นเส้นใยแก้วนำแสงมีขนาดเล็กเท่าเส้นผมหลายเส้นมามีรวมกัน มีความสามารถส่ง ข้อมูลข่าวสารได้ทั้งตัวอักษร ภาพ และเสียงในเวลาเดียวกันอัตราความเร็วเท่ากับความเร็วของแสง (ข) การสื่อสารวิทยุ คือการส่งสัญญาณคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าผ่านอากาศไปยังเครื่องรับ และมีความถี่

ต่างกันไม่สามารถมองเห็นได้ ทางวิชาการและทางปฏิบัติมีการแบ่งย่านความถี่และกำหนดชื่อให้โดยย่านความถี่เรียกว่า แบนด์ (Band) และความถี่เรียกว่าเฮิรตซ์ (Hertz) เริ่มตั้งแต่ 0 เฮิรตซ์ขึ้นไป¹⁹¹

การส่งจดหมาย (Letter) ไปถึงผู้อื่น เป็นวิธีการติดต่อสื่อสารต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางวิธีหนึ่งที่มีมาช้านานโดยไม่จำเป็นต้องอาศัยเทคโนโลยีสารสนเทศเป็นเครื่องมือในการติดต่อสื่อสาร การดูหมิ่นต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางมักกระทำโดยส่งจดหมายเจ้าหน้าที่ตนตั้งใจจะดูหมิ่นโดยเฉพาะ และในจดหมายมีข้อความดูหมิ่นผู้นั้น ซึ่งแม้ข้อความในจดหมายเป็นการดูหมิ่น แต่นักกฎหมายไทยเห็นว่าการส่งจดหมายไปกว่าจะถึงผู้รับก็ต่างวันเวลากัน จึงไม่มีลักษณะเป็นการดูหมิ่นซึ่งหน้าหรือดูหมิ่นด้วยการโฆษณา¹⁹²

การสื่อสารโดยใช้ระบบโทรศัพท์ เป็นการสื่อสารข้อมูลในเครือข่ายแบบสลับวงจร (Circuit-switched Network) อย่างหนึ่งที่เป็นการทำงานในลักษณะที่อาศัยอุปกรณ์สลับสาย ทำหน้าที่เชื่อมการสื่อสารระหว่างสองจุดเข้าด้วยกันก่อนที่การสื่อสารจะเริ่มดำเนินขึ้นได้จะต้องเชื่อมต่อเส้นทางให้เสร็จสิ้นเสียก่อน โดยเมื่อมีการโทรติดต่อจากผู้โทรต้นทางไปยังผู้รับปลายทางอุปกรณ์ในชุมสายจะทำหน้าที่หาเส้นทางและต่อเชื่อมวงจรต้นทางกับปลายทางเข้าด้วยกัน เมื่อทำการต่อเชื่อมโยงได้สำเร็จการสื่อสารจึงเริ่มดำเนินไปได้อย่างต่อเนื่องและเส้นทางหรือคู่สายที่ใช้อยู่จะถูกจองไว้สำหรับคู่สนทนานั้นตลอดเวลาที่สนทนากัน โดยบุคคลอื่นไม่สามารถเข้ามาใช้เส้นทางหรือคู่สายนั้นได้¹⁹³

การดูหมิ่นต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางโดยใช้โทรศัพท์ (telephone) ไม่ว่าจะเป็นการโทรออกไปดูหมิ่นผู้อื่นยังเลขหมายปลายทางที่เป็นเบอร์บ้านของเขานั้นเอง หรือการโทรออกไปยังเลขหมายปลายทางปลายทางที่เป็นเบอร์มือถือ (mobile) ของผู้อื่นและเมื่อเขารับสายก็ทำการดูหมิ่นเขานั้น ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบหลักในประมวลกฎหมายอาญาเรื่องการดูหมิ่นซึ่งหน้าหรือไม่ เหล่านี้ยังไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลไทยวินิจฉัยว่าจะเป็นความผิดตามหลักในเรื่องการดูหมิ่นหรือไม่ แต่มีความเห็นของนักกฎหมายเห็นว่า การใช้โทรศัพท์ดูหมิ่นกันแม้เวลาที่ดูหมิ่นกับเวลาที่รับข้อความจะไม่ต่างกันแต่ถ้าอยู่ห่างไกลกันจนต้องใช้โทรศัพท์ก็ น่าจะไม่เป็นความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าเพราะเท่ากับผู้ดูหมิ่นกับผู้ถูกดูหมิ่นมิได้อยู่ต่อหน้าหรือใกล้กันในขณะเกิดเหตุ นั้นเอง¹⁹⁴

¹⁹¹ เลิศชาย สุธรรมพร. (2541). อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ : ศึกษาเฉพาะกรณีความปลอดภัยของข้อมูล. หน้า 5-13.

¹⁹² คำพิพากษาศาลฎีกาประจำพุทธศักราช ๒๕๑๖. ตอนที่ ๑. หน้า 170.

¹⁹³ เลิศชาย สุธรรมพร. เล่มเดิม. หน้า 14-15.

¹⁹⁴ โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. 178-183.

ส่วนการใช้โทรศัพท์โทรไปเลขหมายปลายทางเพื่อฝากข้อความดูหมิ่นเขาไว้ในระบบตอบรับแบบข้อความเสียง (Voice message) หรือการใช้โทรศัพท์มือถือพิมพ์ข้อความดูหมิ่นส่งไปยังเครื่องโทรศัพท์มือถือของบุคคลอื่น (Write message) นั้นเห็นว่า เวลาในการฝากข้อความไม่ว่าจะเป็นข้อความเสียงหรือข้อความตัวอักษรกับเวลาในการได้รับข้อความ (receive message) ดังกล่าวต่างเวลากัน ซึ่งหากพิจารณาหลักที่นักกฎหมายไทยตีความคำว่า “ซึ่งหน้า” ดังกล่าวแล้ว การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดเพราะ ไม่ใช่การดูหมิ่นต่อผู้ถูกดูหมิ่นซึ่งหน้าในขณะนั้น

การดูหมิ่นต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางยังอาจทำได้อีกรูปแบบหนึ่ง คือ การใช้บริการการสื่อสารผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต การใช้บริการบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่ถือว่าเป็นบริการพื้นฐานที่สำคัญที่สุดและได้รับความนิยมจากผู้ใช้งานมากที่สุดคือ บริการไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Mail) หรือที่รู้จักกันว่า “อีเมล” การทำงานของระบบสื่อสารไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์จะเป็นการให้บริการแบบโต้ตอบต่างเวลากัน (Asynchronous) จึงไม่ต้องการการประสานงานระหว่างผู้รับและผู้ส่งในขณะที่รับและส่งสาร ผู้ส่งจึงสามารถส่งสารไปถึงผู้รับได้แม้ในขณะที่ผู้รับจะยังไม่ได้ทำการเชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ตก็ตาม โดยฝ่ายหนึ่งอาจส่งข้อความเวลาใดก็ได้ และผู้รับจะสามารถรับหรือตอบกลับเวลาใดก็ได้ที่สะดวก โดยไม่ต้องคำนึงว่าเวลาที่ส่งจะเป็นกลางวันหรือกลางคืน ผู้รับจดหมายยังคงตั้งอยู่หรือหลับอยู่¹⁹⁵

การสื่อสารด้วยเครือข่ายอินเทอร์เน็ต จัดเป็นการสื่อสารในเครือข่ายคอมพิวเตอร์ที่เป็นเครือข่ายแบบสลับกลุ่มข้อมูล (Packet-switched Network) เครือข่ายลักษณะนี้จะมีเส้นทางต่อเชื่อมเครื่องเข้าถึงกันอยู่ตลอดเวลา มักมีได้หลายเส้นทางและไม่มีใครสามารถจองหรือเป็นเจ้าของเส้นทางสายใดสายหนึ่งอย่างเอกเทศ ข้อมูลที่ส่งไปตามสายในเครือข่ายแบบนี้ไม่ได้ถูกส่งไปในคราวเดียวกันอย่างต่อเนื่องหากแต่จะถูกแบ่งเป็นกลุ่มย่อย ๆ (Packet) ก่อนที่จะถูกส่งออกไป ซึ่งอินเทอร์เน็ตจัดเป็นเครือข่ายคอมพิวเตอร์ขนาดใหญ่ที่เชื่อมต่อกันทั่วโลกโดยมีมาตรฐานการรับส่งข้อมูลที่ชัดเจนและเป็นรูปแบบหนึ่งเดียว สามารถเข้าถึงกลุ่มเป้าหมายในวงกว้างโดยเสียค่าใช้จ่ายไม่มาก¹⁹⁶

การทำงานของระบบสื่อสารไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ ถูกออกแบบมาเพื่อให้ผู้ใช้งานในเครือข่ายสามารถรับและส่งจดหมายระหว่างกันได้โดยอาศัยกรรมวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์ และส่งผ่านทางสายโทรศัพท์ ดาวเทียมหรือไมโครเวฟ ซึ่งหลักการส่งจดหมายโดยทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์นั้น จะคล้ายกับการส่งจดหมายแบบปกติทั่วไป แต่จะเปลี่ยนมาใช้คอมพิวเตอร์ที่ต่อ

¹⁹⁵ พรทิพย์ โล่ห์เลขา. (2539). การรับส่งจดหมายบน INTERNET (Internet E-mail). หน้า 22.

¹⁹⁶ เลิศชาย สุธรรมพร. เล่มเดิม. หน้า 15.

อยู่กับเครือข่ายซึ่งสามารถต่อออกไปสู่อินเทอร์เน็ตได้ ผู้ใช้บริการทุกคนต้องมีที่อยู่บนอินเทอร์เน็ตที่เรียกว่า “อีเมลแอดเดรส” (E-mail Address) เป็นตัวกำหนดเส้นทาง โดยจดหมายที่ส่งไปจะถูกเก็บไว้ในตู้ไปรษณีย์ (Mail Box) ในเครื่องแม่ข่ายเซิร์ฟเวอร์ของผู้รับปลายทาง จนกระทั่งบุคคลนั้นเข้าไปเปิดอ่านจดหมายฉบับนั้นจึงจะถูกส่งไปเก็บไว้ยังตู้รับของบุคคลดังกล่าว

การสื่อสารด้วยไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ จะช่วยประหยัดเวลาว่าการสื่อสารโดยรูปแบบอื่น โดยผู้ให้บริการสามารถส่งข้อความเรื่องเดียวกัน ไปถึงบุคคลคนเดียวหรือหลายคนให้ได้รับพร้อมกันทีเดียวได้ตามความต้องการ เนื่องจากการรับส่งข้อความทางระบบสื่อสารไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์สามารถทำได้ด้วยความรวดเร็วมาก ผู้ใช้สามารถส่งข้อความไปยังจุดหมายปลายทางทั่วโลกได้เพียงไม่กี่วินาที ซึ่งหากเป็นการส่งจดหมายด้วยระบบไปรษณีย์ทั่วๆ ไปอาจต้องใช้เวลานานหลายอาทิตย์สำหรับระยะทางไกลๆ และอาจต้องประสบกับปัญหาการตกหล่นสูญหายได้ง่าย แต่การใช้อีเมลนั้น ผู้ใช้จะสามารถติดต่อกับผู้คนทั่วโลกได้ทันทีตามที่ต้องการ พร้อมทั้งสามารถรับและตอบจดหมายได้ในวันเดียวกัน

ปัจจุบันระบบสื่อสารไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ได้ถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวางและกลายเป็นช่องทางใหม่สำหรับการติดต่อสื่อสารที่มีคุณภาพสูงและสามารถตอบสนองความต้องการด้านการสื่อสารแก่ผู้ใช้เป็นอย่างดี ไม่ว่าจะเป็นการใช้พูดคุยกับเพื่อนหรือครอบครัวที่อยู่ต่างประเทศหรือต่างจังหวัด หรือการใช้ติดต่อสื่อสารกิจกรรมทางสังคม ระบบไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์นั้นมีลักษณะเป็นสื่อประสม (Multimedia) กล่าวคือการส่งข้อมูลโดยผ่านระบบสื่อสารไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์นั้น ไม่จำกัดอยู่แค่ในรูปแบบของข้อความเท่านั้น แต่ผู้ใช้อยังสามารถแนบไฟล์ข้อมูลไปพร้อมกับจดหมายได้ด้วย ซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบของข้อความ รูปภาพ ภาพวีดิโอเคลื่อนไหว รวมไปถึงเสียงที่มีคุณภาพคมชัด ช่วยให้การสื่อสารมีประสิทธิภาพและน่าสนใจยิ่งขึ้น ทั้งการสื่อสารด้วยระบบสื่อสารไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์มีความยืดหยุ่นกว่าการสื่อสารด้วยรูปแบบอื่น กล่าวคือ การส่งจดหมายโดยอีเมลนั้นผู้รับสามารถเข้าไปตรวจสอบจดหมายในตู้จดหมาย (Mail box) ของตนเอง ณ สถานที่ใดก็ได้ที่มีเครือข่ายอินเทอร์เน็ตไม่ว่าจะเป็นที่บ้าน ที่ทำงาน หรือในต่างประเทศ¹⁹⁷

ไม่นานมานี้ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายที่ว่าด้วยการสื่อสารอย่างสุภาพ (The Communication Decency Act 1996) เพื่อห้ามมิให้มีการนำเสนอเนื้อหาในทางขัดต่อศีลธรรม (Indecent Content) ในเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยกฎหมายฉบับนี้จำกัดเฉพาะการให้ข้อมูลหรือ

¹⁹⁷ สุจินดา กิจการเจริญสิน. (2543). การศึกษาปัจจัยที่มีผลกระทบต่อพฤติกรรมการใช้ระบบไปรษณีย์สื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ (E-Mail) ของผู้ให้บริการระบบสื่อสารไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ในกรุงเทพมหานคร. หน้า 2-4.

เนื้อหาในลักษณะที่เป็นการให้เปล่า หรือการให้บริการสาธารณะเท่านั้น ไม่รวมไปถึงการให้บริการที่มีค่าใช้จ่าย¹⁹⁸

การกระทำความผิดทางอาญาผ่านอินเทอร์เน็ตมีหลายประเภท และมีตัวอย่างคดีอยู่มาก ในต่างประเทศ การเอาผิดกับผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตที่เป็นตัวการในการกระทำความผิดค่อนข้างเป็นเรื่องยาก โดยเฉพาะในประเด็นการสืบหาตัวผู้กระทำความผิด จึงมีแนวความคิดที่จะเอาผิดกับผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตซึ่งอาจรู้ถึงการกระทำความผิดและสามารถป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดนั้นได้ ซึ่งในประเทศไทยนั้น การกระทำความผิดทางอาญาผ่านทางอินเทอร์เน็ตที่เป็นข่าวแพร่หลายมักจำกัดเพียงการเผยแพร่ภาพเปลือยหรือภาพลามกของดาราดาราและผู้มีชื่อเสียงอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็ภาพถ่ายจริงของบุคคลดังกล่าว หรือภาพตกแต่งโดยคอมพิวเตอร์ เช่น การปะติดใบหน้าของดาราดาราหญิงเข้ากับเรือนร่างเปลือยของหญิงอื่น เพื่อให้เข้าใจว่าดาราดาราผู้นั้นถ่ายภาพเปลือย¹⁹⁹

การนำเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ผนวกเข้ากับระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตจึงก่อให้เกิดลักษณะลักษณะพิเศษของระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต อันนำมาสู่ปัญหาข้อกฎหมายหากมีการกระทำความผิดโดยใช้สื่ออินเทอร์เน็ตใน 4 ประการ ได้แก่

ประการแรก การติดต่อสื่อสารผ่านทางสื่ออินเทอร์เน็ตมักไม่ใช้ภาษาที่สุภาพหรือภาษาที่เป็นทางการ การใช้ถ้อยคำผ่านสื่ออินเทอร์เน็ตนั้น ในหลายครั้งพบที่มีการแสดงความคิดเห็นหรือส่งข้อความที่ใช้ถ้อยคำที่รุนแรง หยาดคาย โดยเฉพาะในห้องสนทนา (Chat room) หรือการตั้งกระดานกระดานข่าว (Bulletin Board System หรือ BBS) นอกจากนั้น เนื่องจากระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตสามารถส่งข้อความที่เป็นรูปภาพได้ การเข้าใช้ระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตจึงมักพบการลงรูปภาพลามกอนาจาร หรือภาพที่ได้มาจากการแอบถ่ายภาพ การตัดต่อภาพเพื่อให้เกิดความเข้าใจผิดในตัวบุคคล เป็นต้น และเป็นปัญหาของการกระทำความผิดต่อชื่อเสียง

ประการที่สอง การกำหนดที่อยู่ทางอินเทอร์เน็ตเพื่อใช้ในการติดต่อสื่อสารในระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตสามารถกระทำได้โดยไม่ระบุตัวผู้ใช้บริการ (anonymity of communication) โดยสามารถระบุได้เพียงหมายเลขเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ออนไลน์ (on-line) ในขณะนั้นได้เท่านั้น ซึ่งผู้ใช้บริการอาจไม่เปิดเผยข้อมูลของตนหรือใช้นามแฝงในการติดต่อสื่อสาร ทำให้แม้จะรู้ว่าคอมพิวเตอร์ที่ตนสื่อสารอยู่ในขณะนั้นมาจากเครื่องใด แต่ก็ไม่สามารถระบุตัวผู้ใช้บริการที่ใช้ชื่ออยู่ในขณะนั้นได้ การติดตามร่องรอยของผู้ใช้บริการอาจทำได้โดยผ่านผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

¹⁹⁸ เลิศชาย สุธรรมพร. หน้าเดิม.

¹⁹⁹ ศิระ บุญกนิษฐ์. (2542, มีนาคม) “ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดทางอาญาของผู้ใช้บริการ: ตัวอย่างจากสหรัฐอเมริกาและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน.” *บทบัญญัติ*, 55, 1. หน้า 68.

(Internet Service Provider ISP) โดยผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่รับผิดชอบที่อยู่ที่อยู่ทางอินเทอร์เน็ต จะมีข้อมูลของสมาชิกที่ใช้บริการของตนอยู่ ด้วยเหตุนี้ ในหลายประเทศจึงมีการพิจารณาความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เนื่องจากไม่ดูแลถึงการกระทำความคิดที่เกิดขึ้นในระบบเครือข่ายของตน รวมถึงการให้เปิดเผยข้อมูลของสมาชิกเพื่อหาตัวผู้กระทำความผิด

ประการที่สาม การติดต่อสื่อสารในระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตสามารถกระทำได้อย่างรวดเร็วสะดวกสบาย โดยมีค่าใช้จ่ายที่ต่ำ และหากผู้ให้บริการไม่สามารถซื้ออุปกรณ์เพื่อเชื่อมต่อเข้ากับระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้เอง ผู้ใช้บริการก็สามารถใช้บริการจากร้านอินเทอร์เน็ตคาเฟ่ได้ อย่างไรก็ตาม ระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตสามารถกระจายความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ในวงกว้าง เนื่องจากขอบเขตของให้บริการในระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตสามารถเชื่อมต่อกันทั่วโลก หรือที่เรียกว่าเป็นเครือข่ายของเครือข่าย (network of network) ทั้งนี้ ข้อมูลที่ส่งผ่านเครือข่ายถูกจัดทำในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งสามารถทำซ้ำ (copy) ข้อมูลได้โดยไม่จำกัด อีกทั้งความรวดเร็วของเครือข่ายซึ่งช่วยกระจายข้อมูลดังกล่าวให้ถึงผู้รับข้อมูลได้ภายในเวลาที่รวดเร็ว ดังนั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้สื่ออินเทอร์เน็ตในการกระทำความผิดย่อมมีมากกว่าความเสียหายที่เกิดจากการใช้สื่อรูปแบบดั้งเดิม นอกจากนี้ หากมีการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงโดยใช้อินเทอร์เน็ตแล้ว เนื่องจากข้อมูลที่ปรากฏในระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตจะอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งสามารถลบ แก้ไข เปลี่ยนแปลงได้อย่างรวดเร็ว จึงทำให้การเก็บรวบรวมข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวเพื่อนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานในการฟ้องคดีของผู้เสียหายกระทำได้อาจยากเช่นกัน

ประการสุดท้าย ระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตสามารถเชื่อมต่อการติดต่อสื่อสารกันได้ทั่วโลกทำให้เกิดลักษณะระหว่างประเทศ ดังนั้น ในการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงและเกียรติโดยใช้อินเทอร์เน็ตในประเทศใดประเทศหนึ่ง ความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจส่งผลในหลายประเทศและก่อให้เกิดปัญหาในการฟ้องคดีและการปรับใช้กฎหมายของศาลรวมถึงการบังคับตามคำพิพากษาของศาล²⁰⁰

การดูหมิ่นต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางโดยวิธี การใช้บริการการสื่อสารผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เช่นการใช้อินเทอร์เน็ตส่งข้อความ (Message) ไม่ว่าจะเป็นข้อความภาพ ข้อความเสียงหรือข้อความตัวอักษร ซึ่งเป็นข้อความดูหมิ่นผู้อื่นไปยังอีเมลส่วนตัว (E-mail) หรือส่งไปยังโทรศัพท์มือถือ (mobile) ของผู้นั้น หรือจะเป็นการใช้อินเทอร์เน็ตระบบ VDO Conference เป็นเครื่องมือในการดูหมิ่น ซึ่งคู่สนทนาสามารถเห็นหน้าของคู่สนทนาอีกฝ่ายได้ในทีทันใดนั้น ปัจจุบันยังไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาวินิจฉัยว่าในลักษณะของการกระทำดังกล่าวจะเป็น

²⁰⁰ ปรกรณ์ ยี่งวรรการ. เล่มเดิม. หน้า 2-4.

ความผิดหรือไม่ นอกจากนั้นเจ้าหน้าที่ไปรษณีย์โทรคมนาคมผู้ทำหน้าที่ส่งผ่านข้อความของบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่ง โดยข้อความดังกล่าวอาจเป็นข้อความที่เป็นการดูหมิ่นและผิดกฎหมาย ก็ยังไม่มีคำพิพากษาเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ดังกล่าวส่งผ่านข้อความโดยรู้ถือว่าผิดกฎหมายเช่นกัน เพราะโดยหลักแล้วหากเป็นเพียงผู้ขนส่งข้อความเท่านั้นจะไม่มีควมรับผิดชอบ²⁰¹

3.4 แนวความคิดในการตีความกฎหมายอาญา

มนุษย์เป็นสัตว์สังคม มีสัญชาตญาณที่จะอยู่ร่วมกันเป็นกลุ่มเป็นพวก ถ้าอยู่โดยลำพังตนเองก็ไม่สามารถบำบัดความต้องการต่าง ๆ ของตนให้เพียงพอได้ สังคมจึงเป็นสภาพการณ์ทางธรรมชาติอันจำเป็นของมนุษย์ และเมื่อได้มาอยู่ร่วมกันแล้วเพื่อที่จะให้การมีชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมเป็นไปได้ ทุกคนก็ต้องยอมเสียดุลละจำกัดเสรีภาพของตนลงบางประการให้อยู่ภายในขอบเขตที่กำหนด ทั้งนี้ก็เพื่อประโยชน์แห่งความสงบสุขร่วมกันขอบเขตที่กำหนดขึ้นนี้ก็ป็นรูปข้อบังคับความประพฤติซึ่งบุคคลจำต้องดำเนินตามในความเกี่ยวพันระหว่างกัน ข้อบังคับความประพฤตินี้คือกฎหมาย กฎหมายจึงมีลักษณะสำคัญเป็นข้อบังคับเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลและรัฐ เพื่อให้การอยู่ร่วมกันในสังคมเป็นไปได้โดยมีระเบียบเรียบร้อย²⁰²

แม้ผู้บัญญัติกฎหมายจะพยายามบัญญัติอย่างชัดเจนที่สุดแล้ว แต่บางครั้งก็เลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องใช้ถ้อยคำที่มีความหมายพิเศษ ดังนั้นผู้ใช้และตีความจึงต้องมีความเข้าใจถ้อยคำของกฎหมายนั้นเป็นอย่างดี จึงจะตีความได้อย่างถูกต้องเป็นธรรม มิฉะนั้นอาจเกิดผลแปลก ๆ หรือได้ผลตรงข้ามกับความเป็นธรรมออกมาได้ ถ้อยคำประเภทนี้ได้แก่ ภาษาเทคนิค นิยามศัพท์ หรือ คำกำกวม เป็นต้น²⁰³

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น การตีความกฎหมาย หมายถึง การค้นหาความหมายทั่วไปของกฎหมายโดยมีความมุ่งหมายเพื่อที่จะนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี เป็นการเพิ่มคุณค่าให้กับหลักกฎหมายอาญา (Strafrechtssätzen) และนำไปสู่เป้าหมายหลักเพื่อให้เกิดความยุติธรรมและความแน่นอนของกฎหมาย (Rechtssicherheit) ซึ่งรูปแบบของการตีความนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 รูปแบบด้วยกัน คือ

รูปแบบแรก คือการตีความตามตัวอักษร หมายถึงการแสดงให้เห็นถึงความหมายทางกฎหมายจากความหมายของภาษา (Sprachsinne) ซึ่งนักกฎหมายเยอรมันมองว่า ความหมายในทาง

²⁰¹ศิริระ บุญภินันท์. เล่มเดิม. หน้า 79.

²⁰²อุททิศ แสนโกศิก. (2525). กฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 1.

²⁰³ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ จ (2547, มิถุนายน). “ปัจจัยสำคัญที่ทำให้กฎหมายขาดประสิทธิภาพ.” *บทบัณฑิตย*, 60, 2. หน้า 62.

กฎหมายจะต้องถูกนำมาปรับใช้เป็นลำดับแรก และตามแนวของศาลนั้นมองว่า การตีความกฎหมายแต่ละฉบับจะต้องไม่เคร่งครัด (streng) กับถ้อยคำจนเกินไป เพราะอาจก่อให้เกิดผลที่เป็นการขัดแย้งกับเจตนารมณ์ของกฎหมายได้

รูปแบบที่สอง คือ การตีความตามประวัติศาสตร์ การตีความรูปแบบนี้พิจารณาว่าสิ่งใดคือสิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติในอดีตคำนึงถึงเมื่อบัญญัติกฎหมายใด ๆ ขึ้นมา และอะไรคือสิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติในอดีตคำนึงถึงเมื่อใช้หรือคววันที่จะใช้ข้อความคิดที่เจาะจงอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งการตีความตามประวัติศาสตร์นี้เป็นการจำกัด (mumifiziert) กฎหมายให้อยู่แต่ในช่วงเวลาที่บัญญัติกฎหมายฉบับนั้น ๆ ขึ้น

รูปแบบที่สาม คือ การตีความตามระบบ เป็นการตีความซึ่งพิจารณาจากตำแหน่งขององค์ประกอบความผิดที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแต่ละฉบับ รวมตลอดถึงหมวดหมู่ทางกฎหมาย (der Gesetzesabschnitt) คุณค่าของการตีความจึงขึ้นอยู่กับความถูกต้องของการจัดระบบตำแหน่งของกฎหมายที่ตีความ

รูปแบบที่สี่ คือ การตีความตามเจตนารมณ์ เป็นการตีความที่ไม่เพียงแต่พิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง หากแต่พิจารณารวมถึงคุณค่าของการกระทำในทาง จริยศาสตร์สังคม (die sozialethischen Handlungswert) การตีความตามเจตนารมณ์เป็นการเน้นในส่วนของเป้าหมายและคุณค่าของกฎหมายแต่ละฉบับ (Zweck- und Wertgedanken des Gesetzes) ซึ่งจะแสดงให้เห็นถึงความหมายของกฎหมาย (Gesetzessinn) ที่แท้จริง อันจะนำไปสู่การแก้ไขปัญหาสังคม การตีความในรูปแบบนี้ไม่แต่เฉพาะตีความให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับเท่านั้น แต่ยังต้องตีความให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของระบบกฎหมายด้วย (Rechtsordnung)

รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันนั้น มีแนวความคิดพื้นฐานเพื่อคุ้มครองเกียรติภูมิของมนุษยชาติ (die Menschenwürde) ดังนั้น การใช้อำนาจรัฐในทุกรูปแบบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งโทษทางอาญา (die Strafe) ต้องเป็นไปตามหลักความชั่ว (Schuldgrundsatz) และผลทั้งหลายตามกฎหมายอาญา (alle strafrechtlichen Rechtsfolgen) ต้องเป็นไปตามหลักการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การตีความกฎหมายอาญาจะต้องตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (verfassungskonforme Auslegung) ด้วย สำหรับการตีความขยายความและจำกัดความ การตีความเทียบเคียงกฎหมายที่

ใกล้เคียงอย่างยิ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้นก็ยังเป็นเรื่องที่คลุมเครือมีความเห็นแบ่งออกเป็นหลายฝ่ายอยู่²⁰⁴

สำหรับในประเทศฝรั่งเศสนั้น เป็นอีกประเทศหนึ่งที่อยู่ในระบบประมวลกฎหมาย ซึ่งมีประมวลกฎหมายสำคัญ 5 ฉบับด้วยกัน คือ ประมวลกฎหมายแพ่ง หรือประมวลกฎหมายนโปเลียน (Code Napoléon) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คำพิพากษา และความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายวิชาการ ซึ่งเรียกว่า doctrine มีบทบาทสำคัญในการตีความกฎหมายของฝรั่งเศส รองลงมาคือ จารีตประเพณี ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ถือว่า ตัวบทกฎหมายนั่นเองเป็นสิ่งสำคัญที่สุดในการตีความ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา ระบบกฎหมายฝรั่งเศสยึดมั่นในสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ย่อมไม่มีความผิด และไม่มีโทษทางอาญา” (nullum crimen, nulla poena sine lege) และตามกฎหมายฝรั่งเศส คำพิพากษาของศาลจะต้องให้เหตุผลแห่งคำวินิจฉัยไว้ด้วยซึ่งโดยปกติศาลจะอ้างตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นเองเป็นเหตุผลแห่งคำวินิจฉัย การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรของฝรั่งเศสแตกต่างกันออกไปตามประเภท และลักษณะของกฎหมาย ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้เป็น 4 ประเภทด้วยกัน คือ

ประเภทแรก การตีความตามหลักไวยากรณ์ หรือตามตัวอักษร (grammatical interpretation) คือ การตีความตามตัวอักษรที่ปรากฏในตัวบทกฎหมาย ถ้อยคำที่ใช้ในตัวบทมีความหมายตามธรรมดาของถ้อยคำนั้น ๆ เอง ถ้าการตีความตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด อาจตีความได้ตามหลักการตีความข้อนี้ ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาหลักการตีความข้ออื่นอีกต่อไป

ประเภทที่สอง การตีความโดยอาศัยตรรกวิทยา (logical interpretation) การตีความประเภทนี้ขึ้นอยู่กับว่าผลของการใช้หลักการตีความตามหลักไวยากรณ์เป็นอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ มีปัญหาว่าผู้บัญญัติกฎหมายบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำผิดพลาด จนทำให้เกิดผลประหลาด หรือตัวบทกฎหมายนั้นอาจตีความได้เป็นสองนัย และประการสุดท้าย คือ ถ้าตัวบทกฎหมายนั้นไม่ครอบคลุมถึงพฤติการณ์แห่งคดีนั้นเลย สำหรับในกฎหมายอาญานั้น ศาลฝรั่งเศสใช้หลักการตีความโดยอาศัยตรรกวิทยา ในแง่ที่ว่าต้องตีความกฎหมายดังกล่าวให้เป็นคุณแก่จำเลย การตีความโดยขยายตัวบทกฎหมายอาญา (interpretation by analogy) จะกระทำมิได้ การตีความกฎหมายทั้งสองลักษณะโดยเคร่งครัด เป็นเรื่องที่ศาลฝรั่งเศสส่วนใหญ่ถือปฏิบัติตลอดมา แต่ก็เคยมีปรากฏว่าศาลฝรั่งเศสเคย

²⁰⁴ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2528, มิถุนายน) “การตีความตามกฎหมายอาญาเยอรมัน.” วารสารนิติศาสตร์, 25, 2. หน้า 292-303.

ตีความกฎหมายที่มีโทษทางอาญา ขยายความถ้อยคำในกฎหมายให้รวมถึงเรื่องที่ใกล้เคียงด้วยเช่นกัน

ประเภทที่สาม การตีความโดยอาศัยประวัติศาสตร์กฎหมาย (Historical interpretation) เป็นการมุ่งประสงค์ที่จะไต่หาเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายโดยศึกษาและวิจัยจากประวัติของกฎหมายฉบับนั้น ๆ หลักนี้ใช้ได้ในการตีความกฎหมายโดยทั่วไปยกเว้นกฎหมายอาญา

ประเภทที่สี่ การตีความโดยอาศัยความเป็นธรรม (Teleological interpretation) เป็นการตีความโดยขยายตัวบทกฎหมาย ให้ครอบคลุมถึงกรณีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น นอกเหนือจากเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย ด้วยเหตุผลที่ว่า บทบัญญัติของกฎหมายนั้น โดยปกติก็บัญญัติไว้อย่างกว้างๆ มีความยืดหยุ่นได้ เพื่อให้ศาลมีโอกาสใช้ดุลพินิจ²⁰⁵

ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 393 บัญญัติว่า “ผู้ใด คุมขังผู้อื่นซึ่งหน้าหรือด้วยการ โฆษณา...” คำว่า “ซึ่งหน้า” ตามมาตรานี้ นักกฎหมายให้เห็นความเห็นไปในแนวทางเดียวกันว่า ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดที่ผู้กระทำกับผู้ถูกระทำต้องหันหน้าเข้าหากัน เพียงแต่อยู่ใกล้กันในระยะที่สามารถเข้าถึงตัวกันและกันได้ในพื้นที่ที่ตนใดก็เพียงพอแล้ว ประเด็นที่จะทำการศึกษาในหัวข้อนี้คือ จะสามารถตีความคำว่า “ซึ่งหน้า” ดังกล่าวให้มีความหมายรวมไปถึงการกระทำการคุมขังต่อบุคคล ซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางในทุกระณียุติได้หรือไม่ ในเมื่อกฎหมายเป็นสิ่งที่จะต้องเปลี่ยนแปลงและพัฒนาไปตามระบบและสภาพในสังคมตลอดเวลา แต่รายละเอียดในเนื้อหาสาระัตถะของกฎหมายต่าง ๆ ที่ต้องตีความนั้นอาจแปรเปลี่ยนไปตามตัวบทกฎหมายซึ่งต้องปรับปรุงแก้ไขให้เข้ากับระบบและสอดคล้องกับสภาพในสังคมอยู่เสมอ

การตีความกฎหมายเป็นเรื่องสำคัญที่สุดเรื่องหนึ่งในการดำเนินวิชาชีพกฎหมายไม่ว่าสาขาใด เพราะในกรณีที่ตัวบทกฎหมายมีความแจ่มชัด การที่จะใช้กฎหมายนั้นปรับเข้ากับข้อเท็จจริงย่อมไม่มีปัญหายุ่งยาก แต่ถ้าตัวบทกฎหมายนั้นเคลือบคลุมหรือมีกรณีสงสัยว่าจะใช้บทกฎหมายใดบังคับแก่กรณีที่เกิดขึ้นก็ต้องอาศัยการตีความเป็นเครื่องมือช่วย

ถ้าหากว่าฝ่ายนิติบัญญัติสามารถล่วงรู้เหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นภายหน้าได้ในทุกกรณีและบัญญัติกฎหมายไว้อย่างชัดเจนรัดกุมครอบคลุมทุกกรณี ก็ไม่จำเป็นเลยที่จะต้องมีการตีความกฎหมาย แต่เรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องพ้นวิสัยที่จะทำได้แม้จะใช้ความพยายามอย่างไร ๆ ก็ไม่อาจทำได้ การตีความกฎหมายดังกล่าวนี้มีหลักอยู่มากมาย ทั้งกฎหมายต่างประเภทกันก็อาจต้องใช้หลักการ

²⁰⁵ ธานีรินทร์ ทรัพย์วิเชียร และวิชา มหาคุณ. (2539). การตีความกฎหมาย. หน้า 28-35.

ตีความที่แตกต่างกัน เป็นต้นว่า การตีความกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด ส่วนการตีความกฎหมายแพ่งนั้น โดยปกติมิได้ตีความเคร่งครัดตามตัวอักษร

ตามหลักกฎหมายของประเทศที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute law) ไม่ว่าจะเป็ นประมวลกฎหมาย (a code) หรือกฎหมายฉบับแก้ไขเพิ่มเติม (an amending statute) ก็อาจมีข้อยุ่งยาก ในการตีความกฎหมายหลายเรื่องด้วยกัน ซึ่งถ้าปรากฏข้อเท็จจริงว่า สภาวะทางสังคมและเศรษฐกิจ ได้แปรเปลี่ยนไปตามกาลเวลา หลักกฎหมายเดิมก็น่าจะตีความให้เปลี่ยนตามไปเพื่อความเป็นธรรม ในสังคมและในแง่ของเศรษฐกิจด้วย ดังที่ Francois Geny นักกฎหมายฝ่ายวิชาการฝรั่งเศสให้ ความเห็นไว้ หรือตามหลักกฎหมายเรื่อง Zweck im Recht ของเยอรมัน มิฉะนั้นแล้วการตีความตาม ตัวอักษรจะก่อให้เกิดผลประหลาด²⁰⁶

สำหรับศาลไทย นักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่า การที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ศาล ก็ต้องใช้กฎหมายเป็นหลักวินิจฉัยและศาลจักต้องวินิจฉัยให้คู่ความได้รับความเป็นธรรมตาม กฎหมายนั้น ๆ ด้วย ความเป็นธรรมที่ว่ามานี้มิได้หมายความว่าตัวผู้พิพากษาเองเห็นว่าเป็น อย่างไรเป็น ธรรมก็พิจารณาพิพากษาไปตามนั้น หากแต่ต้องเป็นความเป็นธรรมตามกฎหมาย แม้ว่าตัวผู้ พิพากษาผู้พิจารณาพิพากษาจะไม่เห็นด้วยกับตัวบทกฎหมายนั้นเลยก็ตามผู้พิพากษาก็จักต้องตัดสิน คดีไปตามกฎหมายนั้น ๆ มิฉะนั้นแล้วก็จะเท่ากับผู้พิพากษาบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้เอง บางกรณียังมี ปัญหาว่ากฎหมายนั้นมีเจตนารมณ์อย่างไร และทำอย่างไรจึงจะสามารถทราบถึงเจตนารมณ์ของ กฎหมายนั้น ๆ และเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ว่า หมายถึงเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายใน ขณะที่บัญญัติกฎหมายนั้น หรือจะถือว่ากฎหมายแต่ละฉบับมีเจตนารมณ์ของตนเอง ต่างหาก ออกไปจากเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย การตีความกฎหมายจึงเป็นเรื่องของศิลปะและเรื่อง ของศาสตร์

กฎหมายอาญานั้นนอกจากจะมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลทั่วไปและรักษา ความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองแล้ว ยังมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดด้วย เกี่ยวกับการ ลงโทษนี้ย่อมเห็นได้ว่า เป็นเรื่องกระทบกระเทือนต่อสิทธิ และเสรีภาพของผู้ถูกลงโทษโดยตรง แม้ว่าผู้ถูกลงโทษเป็นผู้กระทำความผิดก็ตาม กฎหมายย่อมมีเจตนารมณ์ที่จะระมัดระวังให้การลงโทษนั้น เป็นธรรมแก่ผู้ถูกลงโทษด้วย การตีความกฎหมายอาญาจึงเป็นหลักประกันว่าผู้ถูกลงโทษจะได้รับ ความเป็นธรรม

โดยหลักแล้วการตีความกฎหมายอาญา ถือหลักว่า กฎหมายอาญาต้องตีความโดย เคร่งครัดตามตัวอักษร แต่ถ้าการตีความตามตัวอักษรจะทำให้เกิดผลประหลาด ก็ต้องตีความตาม

²⁰⁶ แหล่งเดิม. หน้า 40.

เจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นอย่างเคร่งครัดคู่กัน กล่าวคือ การจะให้จำเลยรับผิดชอบทางอาญานั้น นอกจากศาลจะต้องพิจารณาบทบัญญัติความผิดที่เกี่ยวกับจำเลยกระทำความผิดโดยตรงแล้ว ศาลจะต้องพิจารณาหาเจตนารมณ์ของบทบัญญัตินั้นเองด้วยว่า บทบัญญัติกฎหมายนั้นมุ่งประสงค์จะลงโทษจำเลยในการกระทำนั้น ๆ หรือไม่²⁰⁷ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ หลักการตีความตามตัวอักษรจะต้องควบคู่ไปกับหลักการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย มิใช่ถือหลักใดก่อนหลัง โดยถือว่าทั้งสองหลักมีน้ำหนักเท่ากัน จึงต้องใช้ให้สอดคล้องกันทั้งตัวอักษรและเจตนารมณ์จะใช้ตัวอักษรเกินกว่าเจตนารมณ์ไม่ได้ และจะใช้เจตนารมณ์เกินกว่าตัวอักษรก็ไม่ได้เช่นกัน²⁰⁸ นอกจากนี้ การตีความกฎหมายอาญาจะตีความขยายความให้มีผลเป็นการลงโทษบุคคลไม่ได้ ในกรณีเป็นข้อสงสัยศาลต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหา²⁰⁹

นอกจากนี้กฎหมายอาญานั้นจะต้องตีความโดยเคร่งครัด จึงแปลขยายความกฎหมายอาญาโดยวิธีเทียบเคียงเช่นกฎหมายแพ่งไม่ได้ จะถือว่าบุคคลใดมีความผิดและลงโทษบุคคลนั้นได้ก็ต่อเมื่อเขากระทำการซึ่งกฎหมายบัญญัติห้ามไว้โดยชัดแจ้ง หากเขากระทำการที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติห้ามไว้โดยตรงแม้การกระทำของเขาจะมีลักษณะใกล้เคียงกับการกระทำที่กฎหมายบัญญัติห้ามไว้ก็เอาบทกฎหมายนั้นมาเทียบเคียงปรับเอาการกระทำของเขาเป็นความผิดไปด้วยไม่ได้²¹⁰ แต่การตีความโดยเคร่งครัดนี้ไม่หมายความว่าศาลจะดำเนินตามตัวอักษรเป็นเถรตรง การแปลโดยเคร่งครัดอาจทำให้ต้องตีความโดยขยายความในบางกรณีได้ หลักการตีความเคร่งครัดเป็นแต่การห้ามมิให้ศาลขยายความตามใจชอบเท่านั้น แต่ถ้ากรณีตีความโดยขยายความเป็นการตีความตรงตามความมุ่งหมายแห่งกฎหมายตามที่ปรากฏจากตัวบทกฎหมายเองแล้ว ศาลยุติธรรมก็ชอบที่จะทำได้²¹¹ นอกจากนี้ การตีความกฎหมายอาญาต้องยึดหลักการตีความตามตัวอักษรกับการตีความโดยการขยายความมุ่งหมายของบทบัญญัติควบคู่กันไป ส่วนจะตีความแคบ ตีความกว้างหรือตีความโดยขยายความ ก็จะต้องพิจารณาจากความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัตินั้น ๆ มิใช่ว่าจะต้องตีความโดยเคร่งครัดหรือแคบเสมอไป การตีความอย่างกว้างหรือขยายความก็อาจจะทำได้ ถ้าไม่ได้เปลี่ยนแปลงความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัตินั้น สิ่งที่กฎหมายอาญาห้ามนั้นคงห้ามแต่การใช้เทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) มาลงโทษเท่านั้น ไม่ได้ห้ามการ

²⁰⁷ ธานีรินทร์ ทรัพย์วิเชียร และวิชา มหาคุณ. เล่มเดิม. หน้า 388-415.

²⁰⁸ แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2546). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 28.

²⁰⁹ หยุต แสงอุทัย ค. (2493). *หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2493*. หน้า 836.

²¹⁰ อุททิศ แสนโกสิก. เล่มเดิม. หน้า 9.

²¹¹ หยุต แสงอุทัย. *อ้างในวิรัชดิ เอี่ยมประไพ*. (2547). *รวมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 57 ปีการศึกษา 2547 เล่มที่ 1*. หน้า 111.

ตีความโดยการขยายความ และหลักดังกล่าวก็เป็นหลักที่รับกันในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์²¹² ซึ่งผู้เขียนก็มีความเห็นเช่นเดียวกันดังกล่าว เพราะมิฉะนั้นแล้วในการบัญญัติกฎหมายอาญาซึ่งจะให้ผู้กระทำความผิดได้รับความผิดจากการกระทำของตนทุกความผิดก็ต้องบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนและละเอียดทุกตัวอักษร ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นเป็นไปได้ยากมาก

²¹²แสวง บุญเฉลิมวิภาส. เล่มเดิม. หน้า 33-34.