

บทที่ 4

วิเคราะห์แนวความคิด เกี่ยวกับ การดูหมิ่นต่อบุคคล ซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางในประเทศไทย

ในประเทศไทยมีการฟ้องคดีอาญาปีหนึ่ง ๆ หลายหมื่นเรื่องและคดีอาญาเหล่านั้นก็เกี่ยวกับความผิดหลายอย่างต่างกันและอัตราโทษที่ลงก็หนักเบาและมีชนิดต่าง ๆ กัน แต่บรรดาความผิดเหล่านั้นก็มีลักษณะร่วมกันอยู่ประการหนึ่ง คือ เป็นการกระทำที่ขัดต่อประโยชน์ของสังคม การกระทำผิดอาญาถือว่าการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม ซึ่งกฎหมายอาญานั้นเกิดมีขึ้นก็เพื่อคุ้มครองป้องกันประโยชน์ของสังคมและรัฐเท่านั้นมีอำนาจลงโทษผู้กระทำการอันขัดต่อประโยชน์ของสังคม ถ้าพิจารณาถึงการกระทำที่เป็นความผิดอาญาประเภทต่าง ๆ แล้วเห็นว่ามิใช่เป็นจำนวนไม่น้อยที่เป็นการกระทำอันกระทบกระเทือนประโยชน์ของเอกชนโดยตรงด้วยเช่น ทำร้ายร่างกาย ลักทรัพย์ แต่รัฐเท่านั้นที่มีอำนาจลงโทษผู้กระทำผิดนั้น ๆ เอกชนผู้ได้รับความเสียหายไม่มีอำนาจลงโทษผู้กระทำความผิดเอง ทั้งนี้เพราะหากปล่อยให้เอกชนลงโทษผู้กระทำความผิดเองการลงโทษก็จะหนักไปทางการแก้แค้นและจะเกิดความไม่สงบเรียบร้อยในบ้านเมืองขึ้น เป็นการผิดวัตถุประสงค์ในการลงโทษ นอกจากนี้ แม้ว่าเดิมกฎหมายอาญาจะมีวัตถุประสงค์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมแต่ในปัจจุบันกฎหมายอาญายังถูกใช้เป็นเครื่องมือในการดำเนินนโยบายต่าง ๆ ของรัฐเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามนโยบายของรัฐซึ่งความผิดเหล่านี้ย่อมไม่มีเอกชนคนใดเป็นผู้เสียหายนอกจากรัฐ²¹³

4.1 วิเคราะห์จากแนวความคิดและวิวัฒนาการทางกฎหมายของไทย

ในการศึกษาเพื่อวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาที่ว่า การกระทำความผิดโดยการดูหมิ่นต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างไกลโดยระยะทางนั้นจะสามารถมีมาตรการใดควบคุมป้องกันมิให้เกิดขึ้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำการศึกษาถึงวิวัฒนาการและความเป็นมาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับการกระทำผิดอาญาโดยวาจาในประเทศไทยตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบันเพื่อเป็นพื้นฐานแห่งความเข้าใจเสียก่อน

²¹³ อุททิศ แสน โภทิก. เล่มเดิม. หน้า 3.

เมื่อมนุษย์ได้มารวมกันเป็นกลุ่มชนขึ้นแล้ว ไม่ว่าจะเป็กลุ่มเล็กหรือกลุ่มใหญ่ เกิดความจำเป็นที่จะต้องมี ผู้ปกครอง และกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับมิฉะนั้นแล้วมนุษย์เหล่านั้นจะรวมกันอยู่เป็นปกติสุขไม่ได้เพราะถูกข่มเหงเบียดบังจากผู้อื่น กฎหมายเกิดขึ้นจากความต้องการของชุมชน ทุกชาติต่างก็มีกฎหมายสำหรับชาติของตน โดยไม่มีการนัดแนะกัน และกฎหมายเหล่านี้ส่วนใหญ่คล้ายคลึงกันทุกชาติ เพราะความรู้สึก เจ็บปวด เดือดร้อน เจ็บใจ อับอาย เสียหาย เสียหาย หวงแหน ย่อมมีอยู่ในมนุษย์ทุกชาติ ทุกภาษา ทุกวัย ทุกเพศ ส่วนข้อแตกต่างมักจะเป็นส่วนปลีกย่อยอันเกิดจากความนิยมและสิ่งแวดล้อม²¹⁴ การกำหนดให้การกระทำใดการกระทำหนึ่งของมนุษย์เป็นการกระทำที่ต้องลงโทษอาญานั้นเกิดขึ้นจากความเห็นที่ว่า การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมที่ร้ายแรงที่สมควรใช้มาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐคือการลงโทษอาญากำกับสำหรับการกระทำนั้น การบัญญัติความผิดอาญานานต่าง ๆ จึงมี “ความสมควรลงโทษ” เป็นพื้นฐานความคิดอยู่เบื้องหลัง จึงอาจกล่าวได้ว่า “ความผิดอาญา” (Verbrechen) มีความสมควรลงโทษอยู่ในตัวเองเสมอ²¹⁵

โดยที่ชาติไทยมีประวัติว่าเป็นชาติที่เก่าแก่ทรงความเป็นเอกราชอยู่ได้อาณาจักรหลายร้อยปี มีระเบียบการปกครองที่เป็นปึกแผ่น มีกฎหมายระเบียบข้อบังคับสมบูรณ์มาช้านาน แต่ก็ยังไม่มีผู้พบกฎหมายโบราณเหล่านี้เพราะเหตุหลายประการ ข้อความกฎหมายก่อน พ.ศ. 1826 คงหาไม่ได้เอง ซึ่งพอจะลำดับได้ คือ กฎหมายน่านเจ้า (พ.ศ. 1192-1797) กฎหมายสุโขทัย (พ.ศ. 1821-1861) กฎหมายพ่อขุนรามคำแหง พ่อขุนรามคำแหงได้จัดจำเอาคดีของพราหมณ์คลุกเคล้าเข้ากับคดีเดิมของไทยน่านเจ้าแก้ไขบางสิ่งบางอย่างที่ขัดกับนิสัยคนไทยเสียใหม่แล้วทรงจารึกข้อความเหล่านี้ไว้ในศิลาจารึกหลักหนึ่งซึ่งเรียกกันในปัจจุบันว่า “ศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหง” ซึ่งเชื่อกันว่าหลักนี้เริ่มจารึกขึ้นในระหว่าง พ.ศ. 1828 ถึง 1835 ข้อความที่จารึกไว้นั้นในสายตาของนักนิติศาสตร์เห็นว่าข้อความบางตอนเป็นกฎหมาย และเรียกกันว่า “กฎหมายสิบบท” ต่อจากกฎหมายสิบบทมา 26 ปี สมัยพญาเลอไทยกษัตริย์อาณาจักรสุโขทัย องค์ที่ 4 (พ.ศ. 1861-1897) โปรดให้จารึกกฎหมายลักษณะโจรลงในแผ่นศิลาเป็นภาษาไทยตั้งไว้กลางเมืองสุโขทัย เรียกว่า กฎหมายพญาเลอไทย จนเมื่อมาถึงสมัยกรุงศรีอยุธยา พระมหากษัตริย์ 33 พระองค์ได้ทรงสร้างกฎหมายที่เรียกกันว่า “พระราชศาสตร์” ไว้มากมาย ซึ่งตัวบทกฎหมายได้ขีดเขียนลงกระดาษแล้วไม่ต้องใช้ศิลาจารึกดังก่อน แต่ทว่าไม่มีกระดาษใช้ฟุ่มเฟือยทั้งการเขียนลงก็ชักช้าจึงเชื่อกันว่า พระราชศาสตร์สมัยกรุงศรีอยุธยา เมื่อประกาศออกมาเรื่องหนึ่ง ๆ คงจะมีอยู่เพียงสามฉบับเท่านั้น คือ ห้องเครื่องฉบับหนึ่งเป็น

²¹⁴ พระวรภักดีพินุลย์ (ม.ล. นภา ชุมสาย). (2512). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. หน้า 140.

²¹⁵ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 126.

ฉบับที่พระมหากษัตริย์ทรงอ่าน หอหลวงฉบับหนึ่งซึ่งเป็นฉบับที่ขุนนาง ข้าราชการทั่ว ๆ ไป อ่าน หรือขอคัดลอกเอาไป และที่ศาลหลวงอีกฉบับหนึ่งสำหรับผู้พิพากษาอ่านหรือเชิญมาตัดสิน ต่อมา พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก รัชกาลที่ 1 ทรงสร้างกรุงเทพฯเมื่อ พ.ศ. 2325 ขุนศาลตุลาการได้รับเอากฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยามาใช้ตัดสินคดีต่อไป จนกระทั่ง พ.ศ. 2347 จึงทรงโปรดเกล้าฯ ให้มีการชำระด้วยทกฎหมายใหม่ ในที่สุดได้ตรา “กฎหมายตราสามดวง” ขึ้น ซึ่งถือเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของประเทศไทย ประเทศไทยได้ใช้กฎหมายตราสามดวงนี้เป็นเวลา 103 ปี มาจนถึงต้นรัชกาลที่ 5 จึงได้มีการออกพระราชกำหนดกฎหมายใหม่เป็นเรื่อง ๆ เพื่อให้สมบูรณ์ทันกับภาวะการณ์ และประกาศยกเลิกกฎหมายตราสามดวงที่พ้นสมัยเป็นคราว ๆ ไป ต่อมา ทรงโปรดให้มีการตรวจชำระและทำร่างประมวลกฎหมายอาญา ใน พ.ศ. 2451 เรียกว่า “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” ประเทศไทยใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เรื่อยมาเป็นเวลา 50 ปี มีการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสิ้น 20 ครั้ง ในที่สุดได้มีการยกเลิกไปเมื่อวันที่ 1 มกราคม 2500 โดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา ใน พ.ศ. 2499 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้มาจนถึงปัจจุบัน²¹⁶

สำหรับความผิดในลักษณะที่กระทำโดยวาจาในประเทศไทยนั้น มีการบัญญัติเป็นความผิดไว้นานแล้ว พิจารณาจากการที่กฎหมายกำหนดให้พฤติการณ์บางอย่างที่คล้ายคลึงกันหรือมีลักษณะทำนองเดียวกันเป็นความผิด ซึ่งการกระทำผิดทางอาญาโดยวาจาที่มีปรากฏเป็นกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดพอจะศึกษาได้ เริ่มตั้งแต่

4.1.1 กฎหมายตราสามดวง หรือประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166

ดังที่กล่าวแล้วว่า กฎหมายตราสามดวงนี้ได้กล่าวถึงการที่บุคคลกระทำความผิดอาญาเป็นเรื่อง ๆ ไปสุดแต่จะมีเรื่องไม่ดิงามเกิดขึ้น โดยพระมหากษัตริย์จะทรงตรากฎหมายขึ้นห้ามปรามตามครั้งคราวที่มีเรื่องนั้น ๆ กฎหมายเหล่านี้จึงมิได้ติดต่อเป็นหมวดหมู่ ในครั้งโบราณเรียกกฎหมายว่า “พระอัยการ” เช่น พระอัยการลักษณะวิวาท ก็คือ กฎหมายลักษณะวิวาทนั่นเอง แต่เดิมสมัยโบราณเป็นสมัยแบ่งชั้นวรรณะ แม้ต้นรัตนโกสินทร์ของเรากฎหมายก็ยังมีชั้นวรรณะอยู่²¹⁷

ในเรื่องโทษหรือพระราชอาญาที่ลงแก่คนในสมัยโบราณนั้น ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมชอธิบายว่า “โทษจำคุกไม่ค่อยใช้กัน เข้าใจว่าสมัยโน้นคุกหลวงคงไม่ค่อยมี และคงจะคิดกันว่าถ้าเอาคนมาใส่คุกมากๆ จะไม่มีข้าวเลี้ยงไม่เลี้ยงทาสเมื่อเกิดเหตุภิกขภัยข้าวแพง โดยทั่ว ๆ ไปโทษชั้นสูงที่มีกล่าวถึงในกฎหมายเก่าเป็นมหันตโทษ เป็นโทษพันคอริบเรื่อน ถ้าหนักยิ่งกว่านั้นก็ประหารทั้งโคตร ถัดลงมามีโทษทวน โทษประจาน ถ้าหนักประมาณพระเจ้าอยู่หัวมีโทษแหะปาก ถ้าเป็นโจร

²¹⁶ พระวรภักดีพินุลย์ (ม.ล. นภา ชุมสาย). เล่มเดิม. หน้า 1-19 และหน้า 140.

²¹⁷ หลวงสุทริวัตินฤพติ. คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายชั้นปริญญาโทพุทธศักราช ๒๕๑๒-๒๕๑๓. หน้า 293.

ถึงตัดมือตัดเท้า ถัดลงมาอีกมีโทษปรับไหม แต่การลงโทษโดยวิธีเอาคนไปใส่ไว้ในที่คุมขังไม่ค่อยมีในกฎหมายเก่า โทษใส่ขื่อใส่คานนั้นมี แต่เป็นโทษประจานกันกลางตลาดไม่ได้เอานักโทษไปใส่ไว้ในคุก...”²¹⁸

สำหรับการกระทำผิดทางอาญาโดยวาจาที่กฎหมายตราสามดวงบัญญัติให้เป็นความผิดนั้น พบใน พระอัยการลักษณะอาชญาหลวง” และ “พระอัยการลักษณะวิวาท พ.ศ. 2230” ซึ่งตราขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2230 ในแผ่นดินสมเด็จพระเพทราชาและมีเพิ่มเติมขึ้นอีกหลายคราว มีบทบัญญัติทั้งสิ้น 46 มาตรา ว่าด้วย วิวาทคำกัน วิวาทตีกัน ซึ่งจัดเข้าไว้ในความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย มีบางมาตราจัดเข้าไว้ในความผิดฐานหมิ่นประมาท²¹⁹ ซึ่งกฎหมายในช่วงดังกล่าวยังมีได้มีการแยกหลักเกณฑ์การกระทำผิดทางอาญาโดยวาจาออกเป็นดูหมิ่นและหมิ่นประมาทออกจากกันอย่างชัดเจนดังเช่นกฎหมายในปัจจุบัน แต่จะเป็นเพียงการบรรยายถึงลักษณะการกระทำที่เป็นข้อเท็จจริงไว้ในตัวบทอย่างชัดเจนว่าการกระทำอย่างไร และทำต่อใครเป็นความผิด และจะลงโทษอย่างไรเท่านั้น ซึ่งแยกบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะต่างๆ ดังนี้

1. ลักษณะอาชญาหลวง²²⁰ บัญญัติเอาโทษแก่ผู้ใดที่ติเตียนนินทาว่ากล่าวแก่พระเจ้าอยู่หัว อันเป็นการเอาผิดแก่ผู้ที่หมิ่นประมาทพระเจ้าอยู่หัวนั่นเอง²²¹ โดยมีบัญญัติไว้ตอนหนึ่งว่า “๓๒ มาตราหนึ่ง ถ้าผู้ใดติเตียน นินทาว่ากล่าวพระเจ้าอยู่หัวต่างต่าง พิจารณาเป็นสัจ ให้ลงโทษ ๓ สถาน...” คำว่า “นินทา” เป็นการแสดงอยู่ในตัวว่าเป็นการใส่ความต่อบุคคลที่สาม²²² ทำนองเดียวกับการหมิ่นประมาท ส่วนการกระทำการดูหมิ่นพระเจ้าอยู่หัวที่กฎหมายอาชญาหลวงเอาโทษมีบัญญัติไว้ในพระอัยการลักษณะอาชญาหลวงตอนหนึ่งว่า “๓ มาตราหนึ่ง ผู้ใดทะนงองอาจขบถ บกถ เจรจาหยาบช้ำต่อพระเจ้าอยู่หัว ประมาทหมิ่นพระราชบัญญัติและพระบันฑูลพระโองการ ท่านว่าผู้นั้นเลมิดพระราชอาชญาพระเจ้าอยู่หัวท่านให้ลงโทษ ๘ สถาน...” นอกจากนี้ พระอัยการลักษณะอาชญาหลวงยังมีบทบัญญัติที่เอาผิดแก่ผู้ใดมีบรรดาศักดิ์ไว้เป็นพิเศษ โดยมีบัญญัติไว้ตอนหนึ่งว่า “๕๘ มาตราหนึ่ง ค่าท่านผู้มีบันดาศักดิ์ท่านให้ลงโทษ ๔ สถาน สถานหนึ่งคือ...” ซึ่งเห็นได้ว่าโทษต่างจากการค่าบุคคลธรรมดาที่ผู้กระทำความผิดต้องถูกปรับไหมเท่านั้น

²¹⁸ เสนีย์ ปราโมช. (2510). ปาฐกถา เรื่อง กฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยา. หน้า 8.

²¹⁹ พระวรภักดีพิบูลย์ (ม.ล. นภา ชุมสาย). เล่มเดิม. หน้า 100-127.

²²⁰ ดูรายละเอียดใน พระอัยการลักษณะอาชญาหลวง ภาคผนวก ก. หรือดู กฎหมายตรา 3 ดวง เล่ม 2. (2548). ฉบับพิมพ์มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมืองแก้ไขปรับปรุงใหม่. หน้า 331-417.

²²¹ อำนวย เขียวจำ. (2532). หมิ่นประมาททางแพ่ง: ศึกษาเฉพาะเหตุที่ทำให้ไม่ต้องรับผิด. หน้า 30.

²²² แหล่งเดิม.

แต่เหตุผลที่แท้จริงน่าจะเป็นเพราะว่า ถ้าคนหนึ่งคนใดไปแก้ผ้าหญิงมีสามีเข้า สามีเขาอาจโกรธเคืองเป็นเหตุให้เกิดการทำร้ายกันทำลายความสงบสุขในบ้านเมืองมากกว่า²²⁷

มีข้อสังเกตว่าตามพระไอยการลักษณะคดีคำกันนี้ ถ้าเป็นการกระทำต่อบุคคลในครอบครัวเดียวกันหรือมีความสัมพันธ์ต่อกันเช่นเดียวกับคนในครอบครัวเดียวกันหากไม่เกิดการบาดเจ็บสาหัส กฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานมีอำนาจจัดการให้คู่ความขอขมากันได้ โดยพิจารณาจากบทบัญญัติตอนหนึ่งว่า “๕ มาตราหนึ่ง พ่อตา แม่ยาย คำ ดี ลูกเขย ๆ คำ ดี พ่อตา คำ ดี แม่ยาย ลูกสะใภ้ คำ ดี พ่อพี่ คำ ดี แม่พี่พ่อพี่ แม่พี่พ่อพี่ คำ ดี ลูกสะใภ้ เมียหลวง คำ ดี เมียน้อย เมียน้อย คำ ดี เมียหลวง ปู่ย่าหลาน ตายายหลานลุงป้า หลาน อา น้ำหลาน คำ ดีกันก็ดี พี่เมียน้องเขย คำ ดีกันก็ดี ถ้าถึงแตกหักสาหัส จึงให้ปรับไหมให้แก่กันดังฉันผู้อื่น ถ้ามิถึงแตกหักสาหัสไซ้ ให้นายร้อยแขวง นายบ้าน นายอำเภอ บังคับว่ากล่าวกันตามผิดแลชอบ ตามผู้ใหญ่ผู้น้อย ให้ตกแต่งข้าวตอกดอกไม้รูปเทียน สีนุ่นหอมเหล้าเข้าเปดโกไปแปลงขวัญกัน เพราะเขาเสียกันได้”

เรื่องของการค่าสบประมาทให้ได้รับความอาย มีบัญญัติไว้ในตอนหนึ่งว่า “๓๗ มาตราหนึ่ง ค่าสบประมาทท่านให้ได้รับความอายว่า มึงทำซู้ด้วยแม่มึง มึงทำซู้ด้วยพ่อมึง มึงทำซู้ด้วยลูกมึง มึงทำซู้ด้วยหลานมึง ถ้าเปนสังคังมันคำ อย่าให้มีโทษแก่ผู้คำนั้นเลย ให้ลงโทษแก่ผู้ทำกระลีลามกนั้น โดยบทพระอัยการ ให้ใหม่กึ่งคำตัวตามกระเขยณอายุผู้ต้องคำ อนึ่งคำท่านว่า มึงเปนซู้กูก่อนก็ดี พิจารณาเปนสังว่ามันแกล้งคำท่านให้ได้รับความอายอดสูดั่งนั้น เปนสบประมาท ให้ใหม่กึ่งคำ ถ้าจริงคุณมันคำไซ้ ก็ให้ใหม่กึ่งนั้นลงมาแล้ว ถ้าคำสิ่งอื่นเปรียบเทียบท่าน พิจารณาเปนสัง ท่านว่า มันคำหมาประทา มันคำหมาประเทียบ ให้ใหม่เบี่ยโดยคำตัว เอาแต่กึ่งหนึ่ง...” คำว่า ให้ได้รับความอาย บ่งให้ทราบว่าคุณค่าที่ต้องได้ยื่นถึงผู้อื่นด้วย ถ้าคำกันลำพังต่อตัวไม่มีผู้ใดได้ยื่นผู้ถูกค่าจะมีก็แต่ความโกรธแค้นเท่านั้น จะรู้สึกอายก็ต่อเมื่อคำให้ผู้อื่นได้ยื่นด้วย อย่างไรก็ตามถ้อยคำสบประมาทตามมาตรา 37 นี้ แม้กล่าวต่อตัวผู้ถูกสบประมาทเองก็เป็นความผิด ทั้งนี้ เพราะคำสบประมาทรุนแรงอาจก่อให้เกิดการแค้นได้ง่ายทำให้สังคมขาดความสงบมาตรานี้จึงเป็นเรื่องหมิ่นประมาทซึ่งต่างจากการด่าธรรมดา²²⁸

อย่างไรก็ดี การค่าผู้มีบันดาศักดิ์หรือผู้หาบันดาศักดิ์มิได้ตามพระไอยการลักษณะวิวาทคำติกันนี้ หากเป็นการค่าลับหลังโดยผู้ถูกค่ามิได้ยื่นด้วยตนเองเพียงแต่มีผู้อื่นมาบอกนั้น ไม่อาจฟ้องร้องกันได้ตามกฎหมาย ตามที่บัญญัติไว้ในตอนหนึ่งว่า “๓๕ มาตราหนึ่ง ผู้ใดมีบันดาศักดิ์แลหาบันดาศักดิ์มิได้ก็ดี แลมีผู้ใดค่าลับหลังมิได้ยื่นแก่โสดประสาทคน แลมีผู้มาบอกเล่าไซ้ ท่านว่ามี

²²⁷ แหล่งเดิม. หน้า 13.

²²⁸ ร. แลงกานต์. (2526). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. หน้า 126.

ควรให้ฟังถ้อยคำผู้บอกนั้นเอาเป็นถ้อยเป็นความเลย ถ้าเมื่อเขาคำนั้นตนได้ยินใช้ จึงควรให้เอาเป็นถ้อยเป็นความให้ร้องฟ้องกันได้ตามกฎหมาย”

เมื่อพิจารณาจากบทมาตรา ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดทางอาญาโดยวาจาที่กฎหมายตราสามดวงบัญญัติให้เป็นความผิดใน พระอัยการลักษณะวิวาท 2230 และ พระอัยการลักษณะอาญาหลวงแล้ว จะเห็นได้ว่าประเทศไทยได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดทางอาญาโดยวาจามาแล้ว โดยแยกตามลักษณะของกฎหมาย กล่าวคือ บทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำผิดอาญาโดยวาจา ที่บัญญัติอยู่ในพระอัยการลักษณะอาชญาหลวง มาตรา 7 เป็นเรื่องคู่มั้นหมั้นประมาทพระเจ้าอยู่หัว ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองประมุขแห่งรัฐและความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง มาตรา 58 การค้าผู้มีบันดาศักดิ์ ซึ่งในสมัยก่อนถือว่าเป็นคนของแผ่นดินเทียบได้กับเจ้าพนักงานในปัจจุบันเหมือนกัน และมาตรา 72 ต่าง ๆ เหล่านี้เป็นเรื่องที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองเป็นส่วนใหญ่²²⁹

ส่วนบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำผิดอาญาโดยวาจาที่กฎหมายตราสามดวง มุ่งคุ้มครองเอกชนนั้น มีบัญญัติอยู่ในพระอัยการลักษณะวิวาท พ.ศ. 2230 มาตราต่าง ๆ ดังกล่าวแล้ว อันถือเป็นเรื่องระหว่างเอกชนต่อเอกชน เพียงแต่กฎหมายใช้คำว่า ค่าท่าน ค่าสบประมาทท่านให้ได้รับความอามิได้ใช้คำว่า คู่มั้นหรือหมั้นประมาท ดังเช่นกฎหมายในปัจจุบัน ซึ่งเมื่อสังเกตข้อความตาม มาตรา 34 ที่บัญญัติว่า “วิวาท ถ่มเถียงกันด้วยเนื้อความประการใด แลเอาตีนชี้หน้าท่านให้เอาเบี้ย บข้ำทำสามส่วน ยกส่วนหนึ่งไหมสองส่วน ถ้าเอามือชี้หน้าท่าน ให้ไหมส่วนหนึ่งยกสองส่วน” แล้วจะเห็นว่า การเอาเท้าชี้หน้า หรือการเอามือชี้หน้าในขณะที่มีการถ่มเถียงกันในสมัยนั้นก็มีความผิด ในประเทศเยอรมันการใช้นิ้วชี้ที่ขมับของตนเองสื่อไปถึงผู้อื่น เป็นการแสดงให้ผู้อื่นนั้นทราบว่าเขาเป็นคนโง่ดักดาน กล่าวคือเท่ากับเป็นการด่าว่าเขาเป็นคนโง่ดักดาน ซึ่งถือเป็นการคู่มั้นด้วยการกระทำทางกายอย่างหนึ่ง²³⁰ หรือในประเทศสหรัฐอเมริกาการชูนิ้วกลางให้ผู้อื่นในขณะที่ไม่พอใจ เป็นการแสดงกริยาทำทางซึ่งไม่ใช่เรื่องหมั้นประมาทแต่ถือเป็นการคู่มั้นผู้อื่นเช่นกัน²³¹ ซึ่งรายละเอียดต่าง ๆ จะได้กล่าวถึงในส่วนต่อไป

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาจากบทมาตราต่าง ๆ ในพระอัยการลักษณะวิวาท พ.ศ. 2230 นอกจากมาตรา 34, 36 และมาตรา 37 เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการด่าแล้ว จะเห็นว่า ส่วนใหญ่กฎหมายจะบัญญัติเอาโทษ ในกรณีที่มีการด่าแล้วก่อเหตุอื่น ๆ ด้วย ซึ่ง “ค่านั้น กล่าวกันว่า ในแผ่นดินพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าหลวงศรีสังข์กรได้รับพระบรมราชโองการห้ามมิให้ศาลรับฟ้อง แต่

²²⁹ อนันต์ วิมลจิตต์. (2495). ความผิดฐานหมั้นประมาทในทางอาญา. หน้า 2.

²³⁰ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 131.

²³¹ เเพ็ง เเพ็งนิติ. (2547). รวมคำบรรยาย ภาค 1 สมัยที่ 57 ปีการศึกษา 2547 เล่มที่ 9. หน้า 105.

หามีเป็นกฎหมายลงพิมพ์ไม่ ซึ่งศาลได้ประพฤติตาม ๆ กันมาจนกาลบัดนี้ ถ้าผู้ใดฟ้องว่าจำเลยค่า ขอให้ศาลปรับแล้วไม่เป็นฟ้อง แต่ถ้าฟ้องกันถึงเรื่องทำร้ายร่างกายมีแผล จำเลยให้การแก้ตัวได้ว่า โจทก์ค่าก่อน ศาลต้องฟังเพราะเป็นเหตุที่จะปรับจำเลยน้อยลงไปตามกฎหมายลักษณะวิวาทนีเป็น ต้น ข้างหนึ่งค่า ข้างหนึ่งดี ข้างดามาฟ้องว่าเขาดี ศาลปรับฟ้องได้ แต่ข้างที่ดีจะฟ้องว่าเขาดีนั้นไม่ได้ ถ้าข้างที่ถูกตีฟ้องแล้วศาลต้องตั้งโทษทั้งสองฝ่ายหักกลบลบกัน ข้างที่ถูกตีและเป็นผู้ดำเนินถูกปรับ น้อยกว่าผู้ตีในพระบรมราชโองการรัชกาลที่ 4 ไม่ให้รับฟ้องเรื่องดำเนินไม่มีความกินถึงว่าไม่ให้ จำเลยแก้ตัวว่าเขาดี เป็นแต่ไม่ให้ฟ้องร้องกันเรื่องค่าอย่างเดียวกัน ซึ่งเป็นการหุยมหิม²³²

ข้อความที่ว่า “ถ้าผู้ใดฟ้องว่าจำเลยค่า ขอให้ศาลปรับแล้วไม่เป็นฟ้อง” และที่ว่า “ในพระบรมราชโองการรัชกาลที่ 4 ไม่ให้รับฟ้องเรื่องดำเนินไม่มีความกินถึงว่าไม่ให้จำเลยแก้ตัวว่าเขาดี เป็นแต่ไม่ให้ฟ้องร้องกันเรื่องค่าอย่างเดียวกัน ซึ่งเป็นการหุยมหิม” นั้น ผู้เขียนเห็นว่าข้อความดังกล่าวมีความหมายเพียงว่ามีให้ศาลปรับฟ้องในคดีดำเนินเท่านั้น แต่หาได้หมายความว่าไปถึงขนาดที่ว่าดำเนินในสมัยนั้นจะไม่ใช่ความผิดอาญาเลย เนื่องจากผู้ถูกดำเนินยังมีสิทธิที่จะขอให้ศาลปรับ จำเลยที่ดำเนินได้ได้

ดังกล่าวมาแล้วว่ากฎหมายในช่วงดังกล่าวยังมีได้มีการแยกหลักเกณฑ์การกระทำ ความผิดทางอาญาโดยวาจาออกเป็นดูหมิ่นและหมิ่นประมาทออกจากกันอย่างชัดเจนดังเช่น กฎหมายในปัจจุบัน กฎหมายในอดีตจะเป็นเพียงการบรรยายถึงลักษณะการกระทำที่เป็นข้อเท็จจริง ไว้ในตัวของอย่างชัดเจนว่าการกระทำอย่างไรเป็นความผิดและจะลงโทษอย่างไรเท่านั้นซึ่งทำให้ ลักษณะการกระทำถูกกำหนดไว้อย่างจำกัดเคร่งครัด และบทบัญญัติเหล่านี้ยังไม่มีความชัดเจนในแง่ว่ากรณีใดเป็นเรื่องคุ้มครองทางอาญา กรณีใดเป็นเรื่องทางแพ่ง กล่าวคือ ความรับผิดทางแพ่งกับ ทางอาญาจะปะปนกันอยู่ ซึ่งพิเคราะห์ได้จาก ๓๗ มาตราหนึ่ง ที่ว่า ถ้าข้อความหมิ่นประมาทเป็น ความจริงจะไม่มีโทษแก่ผู้กล่าวเลย เป็นความแตกต่างกับหลักการหมิ่นประมาทของกฎหมายอาญา ในปัจจุบัน แต่มีความคล้ายคลึงกับหลักหมิ่นประมาทในทางแพ่ง²³³

การดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยในสมัยกฎหมายตราสามดวงนี้มีลักษณะเป็นการ ดำเนินคดีอาญาโดยเอกชน ซึ่งการจะนำคดีไปฟ้องต่อศาลและในขณะนั้นยังมีได้มีการแบ่งแยกคดี ออกเป็น “คดีอาญา” และ “คดีแพ่ง” อย่างชัดเจนเช่นปัจจุบัน กล่าวคือ คดีทั้งสองประเภทต้องชำระ ที่ถูกขุนในศาลหลวงเหมือนกันโดยวิธีพิจารณาคดียังปะปน เพราะการฟ้องคดีทั้งทางแพ่งและทาง

²³²ราชบุรี ดิเรกฤทธิ, พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวง. (2513). กฎหมายเล่ม 1. หน้า 72-73.

²³³เฉลิมศักดิ์ ตรีพนากกร. เล่มเดิม. หน้า 8.

อาญาที่มีวัตถุประสงค์ให้มีการลงโทษจำเลยคล้ายกัน หากโจทก์เองแพ้ความในคดีแพ่งก็จะถูกลงโทษด้วย²³⁴

4.1.2 พระราชกำหนดลักษณะหมิ่นประมาทด้วยการพูดหรือเขียนถ้อยคำเท็จออกโฆษณา

ด้วยเหตุที่บ้านเมืองได้เจริญยิ่งขึ้นทุกวัน พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) ทรงเห็นว่ากฎหมายเก่าที่มีอยู่ไม่เหมาะสมกับเหตุการณ์ของบ้านเมือง จึงได้ทรงตราพระราชกำหนดลักษณะหมิ่นประมาทด้วยการพูดหรือเขียนถ้อยคำเท็จออกโฆษณาการ ร.ศ. 118 ขึ้น ในกฎหมายฉบับนี้ส่วนใหญ่เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องหมิ่นประมาทพระเจ้าอยู่หัว พระอรรคมเหสี พระบรมโอรสาธิราช หรือกษัตริย์ต่างประเทศที่มีไมตรีต่อกรุงสยาม ไม่มีข้อความเกี่ยวกับเรื่องหมิ่นประมาทโดยตรง แต่เป็นเรื่องการกล่าวติเตียนหรือทำให้เกิดกระด้างกระเดื่องต่อแผ่นดินสำหรับเรื่องหมิ่นประมาทระหว่างเอกชนต่อเอกชนนั้น ปรากฏในมาตรา 6 ว่า ผู้ใดโฆษณาด้วยวาจาหรือเครื่องหมาย ที่เขียนหรือตีพิมพ์ข้อความที่มุ่งหมายจะหมิ่นประมาทผู้อื่น จนเขาต้องเสียชื่อเสียงเกียรติคุณความดีไป ก็นับว่ามีความผิด ซึ่งมีข้อนำส่งเกิดอยู่สองประการ ประการแรก ในพระราชกำหนดฉบับนี้กล่าวถึงโทษปรับเป็น 2 ประการ คือเงินซึ่งปรับเป็นพินัยไว้จ่ายราชการ หรือเงินพินัยหลวง ซึ่งถือว่าเป็นโทษปรับในทางอาญาที่ผู้กระทำความผิดต้องจ่ายให้แก่ราชการ กับค่าปรับใหม่ ซึ่งมีลักษณะคล้ายเป็นค่าทำขวัญให้แก่ผู้ซึ่งถูกหมิ่นประมาท อีกประการหนึ่งคือ ข้อความที่หมิ่นประมาทนั้นถ้าผู้โฆษณามุ่งหมายจะหมิ่นประมาทผู้อื่นแล้ว ไม่ว่าข้อความนั้นจะจริงหรือเท็จก็เป็นผิดทั้งสิ้น แต่มีข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าเป็นความผิดรวม 8 ข้อ อันนับว่าเป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองเอกชนโดยตรง และในพระราชกำหนดนี้ยังได้บัญญัติวิธีพิจารณาความไว้ด้วยเสร็จ²³⁵

4.1.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

กฎหมายตราสามดวง หรือเรียกว่า ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 ได้ถูกยกเลิกเมื่อ พ.ศ. 2451 เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และพระราชกำหนดลักษณะหมิ่นประมาทด้วยการพูดหรือเขียนถ้อยคำเท็จออกโฆษณาการ ร.ศ. 118 ก็ถูกยกเลิกไปตามบัญชีท้ายกฎหมายลักษณะอาญานั้นด้วย²³⁶

ในภาค 2 แห่งประมวลกฎหมายลักษณะอาญาเป็นบทบัญญัติว่าด้วยลักษณะความผิดและบทกำหนดโทษ การแบ่งส่วนในภาค 2 นี้ มีลักษณะใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี แต่ผู้ร่างก็หลีกเลี่ยงบางหมวดอย่างเช่น ความผิดที่กระทำต่อคุณค่าความน่าเชื่อถือของสิ่งต่าง ๆ (délits contre la foi publique) การแบ่งส่วนอย่างเก่าของฝรั่งเศสที่แบ่งความผิดออกเป็นความผิดที่

²³⁴ กุลพล พลวัน. (2544). การบริหารกระบวนการยุติธรรม. หน้า 4.

²³⁵ อนันต์ วิมลจิตต์. เล่มเดิม. หน้า 4-6.

²³⁶ พระวรภักดีพินุลย์ (ม.ล. นภา ชุมสาย). เล่มเดิม. หน้า 6.

กระทำต่อคุณค่าต่าง ๆ ที่เป็นสาธารณะ (crimes et délits contre la chose publique) กับความผิดที่กระทำต่อเอกชน (crimes et délits contre les particuliers) ไม่ได้นำมาพิจารณาด้วยเพราะมักจะเลื่อนลอยและไม่สมเหตุผล เพราะการแบ่งส่วนเช่นนั้นอาจก่อให้เกิดผลบางประการ นอกจากนี้การแบ่งความผิดออกเป็น 42 ส่วนต่างกันอย่างประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี หรือ 29 ส่วนอย่างประมวลกฎหมายอาญาของเนเธอร์แลนด์ หรือแม้แต่ 17 ส่วนอย่างประมวลกฎหมายอาญาของอินเดีย ทำให้เกิดมีการกระจัดกระจายจนเกินไป ซึ่งทำให้ไม่อาจเห็นลักษณะสำคัญของความผิดในแต่ละส่วนได้ การแบ่งความผิดออกเป็น 9 หมวด จึงดูจะสมเหตุผลและเหมาะสมในการปฏิบัติมากกว่า²³⁷

ในเมื่อได้ตรวจดูบทมาตราต่าง ๆ ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แล้ว เห็นว่า การกระทำความผิดอาญาโดยวาจา มีบัญญัติกระจัดกระจายอยู่หลายมาตรา ซึ่งในสมัยนั้นวิชาความรู้ที่เกี่ยวกับการร่างกฎหมายยังไม่เจริญ นอกจากนี้ต้นร่างที่ได้จัดทำขึ้นจนกระทั่งร่างที่ได้ตรวจชำระแล้วของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น ได้จัดทำเป็นภาษาอังกฤษ เพราะไม่มีที่ปรึกษากฎหมายชาวต่างประเทศที่ทำงานในประเทศสยามผู้ใดที่มีความรู้ภาษาไทยอย่างเพียงพอที่จะร่างกฎหมายเป็นภาษาไทยได้ และเมื่อร่างกฎหมายได้รับความเห็นชอบแล้วจึงได้มีการแปลเป็นภาษาไทยและถือเป็นฉบับที่เป็นทางการเพียงฉบับเดียว ซึ่งการแปลออกมาเป็นภาษาไทยนั้นประสบกับปัญหาหลายประการ เนื่องจากไม่มีศัพท์กฎหมายภาษาไทยที่เพียงพอ และไม่มีถ้อยคำที่ตรงกับความหมายในภาษาอังกฤษอีกด้วย แม้จะมีการใช้ความระมัดระวังอย่างมากในการตรวจเทียบเคียงภาษาแล้วก็ตาม ก็ไม่อาจหลีกเลี่ยงข้อผิดพลาดในเรื่องเล็ก ๆ น้อย ๆ อันเนื่องมาจากความแตกต่างในเชิงภาษาไปได้และเมื่อแปลเป็นฉบับภาษาไทยหลังจากที่มีการแก้ไขแล้ว แต่ประมวลกฎหมายอาญาฉบับภาษาอังกฤษไม่ได้มีการปรับปรุงใหม่เลย²³⁸ โดยเหตุนี้ตัวบทภาษาไทยกฎหมายจึงใช้ถ้อยคำ ๆ เดียวกัน คือ “หมิ่นประมาท” ทั้งสิ้น²³⁹ แต่เมื่อพิจารณาข้อความในแต่ละมาตราและเทียบเคียงกับต้นร่างฉบับภาษาอังกฤษแล้วจะเห็นว่า คำว่า “หมิ่นประมาท” ที่ใช้ในมาตราเหล่านี้มีความหมายแตกต่างกัน และอาจแยกความหมายของคำว่า “หมิ่นประมาท” ในมาตราเหล่านี้ออกเป็น 4 ความหมาย กล่าวคือ

(ก) หมิ่นประมาทแท้ (Defamation) ได้แก่ หมิ่นประมาทในลักษณะที่เป็นการใส่ความซึ่งอาจทำให้เสียชื่อเสียง หรืออาจทำให้คนทั้งหลายดูหมิ่นเกลียดชังเขา ส่วนข้อความที่กล่าวนั้นจะ

²³⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2546). *บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127*. หน้า 86-88.

²³⁸ แหล่งเดิม. หน้า 45-46.

²³⁹ หยุต แสงอุทัย ง (2496). *ความผิดที่กระทำโดยทางวาจา*. หน้า 91.

เป็นความจริงหรือความเท็จและคำพูดที่กล่าวนั้นจะหยาบคายหรือไม่ ไม่สำคัญ แม้กล่าวถ้อยคำอันสุภาพ หากข้อเท็จจริงของข้อความนั้นอาจทำให้เขาเสียชื่อเสียงแล้วก็ย่อมเป็นความผิด²⁴⁰ ซึ่งบัญญัติอยู่ใน มาตรา 282

(ข) หมิ่นประมาทในความหมายของคำว่าสบประมาท (Insult) ได้แก่ การกล่าวถ้อยคำหยาบช้ำว่าเขา หรือแสดงกริยาสบประมาท ดูถูกดูหมิ่นเขาซึ่งทำให้ผู้ที่ถูกสบประมาท ถูกดูถูกหรือถูกดูหมิ่นนั้นฟังแล้วรู้สึกแสดงหรือระคายเคืองต่อโสตประสาทเขา แต่ไม่มีการใส่ความกันเพื่อให้ใครเชื่อถือว่าเป็นจริงตามนั้น อันถึงกับทำให้เขาเสียชื่อเสียงหรือถูกผู้อื่นเกลียดชังแต่อย่างใด ซึ่งมีบัญญัติอยู่ในมาตรา 116 เรื่องหมิ่นประมาทเจ้าพนักงานผู้กระทำการตามหน้าที่ มาตรา 151 หมิ่นประมาทศาลในเวลาพิจารณาคดี มาตรา 172 หมิ่นประมาทต่อศาสนา และมาตรา 339 (2), (3) หมิ่นประมาทเขาซึ่งหน้า หรือโฆษณาหมิ่นประมาทเขา

(ค) หมิ่นประมาทซึ่งมีความหมายอย่าง (ก) และ (ข) ซึ่งเป็นการหมิ่นประมาทที่กินความหมายรวมถึงการหมิ่นประมาท 2 ชนิด²⁴¹ ในตัวบทภาษาไทยใช้คำว่าหมิ่นประมาทคำเดียว แต่ในฉบับคำแปลภาษาอังกฤษใช้คำว่า Insult or Defamation ซึ่งมีความหมายรวมทั้งการสบประมาทและใส่ความให้เสียชื่อเสียง ซึ่งกระทำเพียงอย่างหนึ่งอย่างใดก็เป็นความผิดทั้งสิ้น ซึ่งได้แก่ มาตรา 98 เรื่องหมิ่นประมาทพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว, สมเด็จพระมหาลี, มกุฎราชกุมาร และผู้สำเร็จราชการแผ่นดิน กับมาตรา 113 เรื่องหมิ่นประมาทต่อ พระราชาธิบดี หรือประธานาธิบดีต่างประเทศ

(ง) การกระทำด้วยความเย้ยหยัน มีบัญญัติอยู่ใน มาตรา 115 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใด ลด ถ่ม หรือทำอันตรายแก่ธง หรือเครื่องหมายสำหรับประเทศที่มีพระราชไมตรี แลมันกระทำการนั้นโดยเปิดเผย เพื่อจะแสดงความหมิ่นประมาทแก่ประเทศนั้นไซ้รู้ ท่านว่ามันมีความผิด ฯลฯ” เมื่อพิจารณาข้อความดังกล่าวแล้วจะเห็นว่าเป็นการแสดงกริยาหรือเป็นการกระทำด้วยความเย้ยหยัน ไม่ใช่เป็นการใส่ความซึ่งอาจทำให้เสียชื่อเสียงหรืออาจทำให้คนทั้งหลายดูหมิ่นเกลียดชังเขา และมีใช่เป็นการสบประมาทดูถูก ซึ่งเป็นกรกล่าวด้วยคำพรูสวาจา ด้วยถ้อยคำหยาบช้ำว่าเขา หรือแสดงกริยาสบประมาทดูถูกดูหมิ่นเขา ในต้นร่างฉบับภาษาอังกฤษใช้คำว่า “With intent to deride” ซึ่งมีความหมายว่า ด้วยเจตนาจะเย้ยหยัน มิได้ใช้คำว่า Insult หรือ Defamation จึงเห็นได้ว่าความหมายของคำว่า “หมิ่นประมาท” ตามมาตรา 115 ต่างจากคำว่า “หมิ่นประมาท” ตามมาตรา 282 และต่างจากคำว่า “หมิ่นประมาท” มาตรา 339 (2), (3)²⁴²

²⁴⁰ อนันต์ วิมลจิตต์. เล่มเดิม. หน้า 12-13.

²⁴¹ หยุด แสงอุทัย ง เล่มเดิม. หน้า 91.

²⁴² เตือน จิตรกร. (2495). หมิ่นประมาทในทางอาญา. หน้า 28-29.

การหมั้นประมาทในลักษณะใส่ความกับการสบประมาทที่เป็นการดูหมิ่น มีความแตกต่างกันโดยพิจารณาได้จากคำพิพากษาฎีกาได้ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 484/2468 จำเลยโกรธเคืองโจทก์ที่ได้กล่าวถ้อยคำต่อที่ชุมชนหลายแห่งว่า “นายลีกำนันประพฤติน่าไม่สมควรแก่หน้าที่กำนัน โดยยุยงส่งเสริมลูกบ้านให้เกิดคดีขึ้น ฯลฯ อวดอ้างว่าเป็นคนสนิทชิดชอบกับตุลาการและตุกรการได้หลอกลวงชื่อ โกงเอาเงิน กินนอกกินเหนือ ทำให้ราษฎรได้รับความเดือนร้อนอย่างยิ่ง” ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นถ้อยคำหมั้นประมาทโจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 1161/2473 จำเลยกล่าวว่า “โจทก์ได้ลอบใช้เครื่องจักรบีบน้ำมันโดยไม่มีสิทธิจะใช้” ศาลฎีกาตัดสินว่าข้อความที่กล่าวเป็นการหมั้นประมาทโจทก์เพราะเป็นการแสดงเจตนาร้ายของจำเลย แกล้งใส่ความโจทก์ว่าเป็นคนไม่สุจริต อันทำให้โจทก์เสียหายในอาชีพและเกียรติคุณความดี

คำพิพากษาฎีกาที่ 1273/2473 ได้ความว่าโจทก์ถูกจับโดยต้องหาว่าลักทรัพย์ จำเลยเป็นปลัดอำเภอทำการไต่สวนโจทก์ จำเลยเกิดโทสะขึ้นมาจึงคำโจทก์ว่า “อ้ายหน้าด้านเอาของเขาไปจริงแล้วยังไม่รับ อ้ายชาติหมาจะพลิกแผ่นดิน มึงไม่รับกูจะเอาเข้าตาราง” ดังนี้ โจทก์จึงฟ้องขอให้ลงโทษจำเลย แต่คำว่าอ้ายชาติหมานั้น โจทก์ไม่ได้กล่าวระบุในฟ้องให้ชัดเจน ศาลฎีกาเห็นว่าคำว่า “อ้ายชาติหมา” เมื่อโจทก์ไม่ได้ระบุในฟ้องให้ชัดเจนก็ลงโทษจำเลยไม่ได้ จึงคงเหลือแต่คำว่า “อ้ายหน้าด้าน” และถ้อยคำที่จำเลยคำโจทก์ว่าอ้ายหน้าด้าน เช่นนี้ คำโดยประสงฆ์ตั้งใจจะดูถูกโจทก์ว่าเป็นคนเสียหาย ย่อมเป็นผิดหมั้นประมาทซึ่งหน้าตามมาตรา 339 (2)

คำพิพากษาฎีกาที่ 413/2480 จำเลยยื่นคำต่อหน้าโจทก์ว่า “กรรมการอำเภอหมา ๆ ผู้ตั้งมาไม่คู่ไม่แล ตั้งคนหมา ๆ มาเป็นกรรมการอำเภอ” ดังนี้ มีความผิดฐานหมั้นประมาทซึ่งหน้าตามมาตรา 339 (2)

4.1.4 ประมวลกฎหมายอาญา

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทยซึ่งเริ่มใช้บังคับมาตั้งแต่วันที่ 21 กันยายน ร.ศ. 127 ตลอดมาจนถึงวันที่ 1 มกราคม 2500 เป็นเวลา 48 ปี ได้ถูกยกเลิกไปโดย มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 และให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2500²⁴³ ซึ่งเหตุผลในการประกาศใช้ เนื่องจากเห็นเป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายอาญาเสียใหม่เพราะตั้งแต่ได้ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญาในพุทธศักราช 2451 เป็นต้นมา พฤติการณ์ของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นอันมาก²⁴⁴ ใน

²⁴³ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 73, ตอนที่ 95. 15 พฤศจิกายน 2499, หน้า 1 (ฉบับพิเศษ).

²⁴⁴พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499.

ประมวลกฎหมายอาญาระดับนี้ แบ่งออกเป็น 3 ภาค โดยภาค 1 เป็นบทบัญญัติทั่วไปซึ่งประกอบด้วยลักษณะ 1 เป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับแก่ความผิดทั่วไป ลักษณะ 2 บทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดลหุโทษ ภาค 2 เป็นภาคความผิด ประกอบด้วยความผิดต่าง ๆ รวม 12 ลักษณะ และภาค 3 ว่าด้วยลหุโทษ

ในประมวลกฎหมายอาญาระดับนี้เป็นการรวบรวมเอาบทบัญญัติที่ใช้เฉพาะกับการกระทำความผิดลหุโทษ ซึ่งเดิมในกฎหมายลักษณะอาญานั้นอยู่กระจัดกระจายในที่ต่าง ๆ มารวมเอาไว้อยู่ในหมวดเดียวกัน คือ ในลักษณะ 2 ของภาค 1 ตามแบบอย่างประมวลกฎหมายอาญาของสวิส และได้กำหนดความหมายของความผิดลหุโทษว่าคือ “ความผิดซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เช่นว่านี้มาด้วยกัน” ความหมายของความผิดลหุโทษนี้ได้ขยายออกไปครอบคลุมบรรดาความผิดอื่น ๆ ที่มีระวางโทษตามที่กำหนดไว้ดังกล่าวด้วย เพราะแต่เดิมนั้น ความผิดที่เป็นลหุโทษตามกฎหมายลักษณะอาญาจำกัดแต่เฉพาะการกระทำที่บัญญัติให้เป็นความผิดตามมาตรา 334 ถึงมาตรา 340 แห่งกฎหมายลักษณะอาญานั้น²⁴⁵

ในส่วนของการบัญญัติความผิดลหุโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญานั้น ได้มีการพิจารณาในการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 464/267/2486 เมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2486 โดยที่ประชุมได้มีการเสนอให้มีการแยกความผิดลหุโทษออกจากประมวลกฎหมายอาญา เพราะเห็นว่าการนำความผิดลหุโทษมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญานั้นไม่เหมาะสม ดังจะเห็นได้จากคำกล่าวของหม่อมเจ้าสกลวรรณกร วรวรรณ นายจ่ารุ่น โปสยานนท์ และนายเยี่ยม เลขวิชฌมวิทักส์²⁴⁶ กรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ตอนหนึ่งมีความว่า

- | | |
|-------------|--|
| “ม.จ.สกลฯ | - การกระทำความผิดลหุโทษเอามาบัญญัติทางอาญารู้สึกว่าหนักอยู่ แต่มีการกระทำความผิดบางอย่างเช่นทำร้ายร่างกายคนเอามาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา |
| นายจ่ารุ่นฯ | - แต่จะเอาเป็นผิดอาญาหมดก็เกินไป |
| นายเยี่ยมฯ | - คงจะเอาเฉพาะความผิดที่มีเงาในกฎหมายอาญา ²⁴⁷ ” |

อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอที่ให้มีการแยกความผิดลหุโทษออกจากประมวลกฎหมายอาญาก็ตกไปด้วยข้อโต้แย้งสามประการด้วยกัน คือ ประการแรก กรรมการขัดข้องที่ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย และหมิ่นประมาทซึ่งหน้า โดยมีความเห็นว่าบรรดาความผิดเช่นนี้ควรที่จะต้องมีกร

²⁴⁵ พรรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์. เล่มเดิม. หน้า 82.

²⁴⁶ ชื่อ และชื่อสกุล ถู้อตามที่ปรากฏอยู่ในรายงานการประชุมฉบับดังกล่าว.

²⁴⁷ ดูรายละเอียดในภาคผนวก ก.

บัญญัติเอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ประการที่สอง เกรงว่าหากแยกออกไปเป็นพระราชบัญญัติ ความผิดลหุโทษจะใหญ่มากเกินไป และประการสุดท้าย ความคิดที่ว่าเมื่อจะเอาโทษทางอาญา ก็ ต้องเอาความผิดที่เป็นลหุโทษมารวมด้วย เพราะว่าความผิดลหุโทษเป็นเรื่องของกฎหมายอาญา จึง ได้มีความเห็นว่าควรที่จะยังคงไว้ซึ่งความผิดลหุโทษเอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแต่เพียงเท่าที่ จำเป็นที่จะต้องคงไว้ แต่ท้ายที่สุดเมื่อการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาได้เสร็จสิ้นลงแล้วความผิด ลหุโทษในกฎหมายลักษณะอาญาส่วนใหญ่ถูกนำมาบัญญัติเอาไว้ในภาค 3 ของประมวลกฎหมาย อาญาด้วย²⁴⁸ ซึ่งรวมถึงความผิดฐานดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าและโดยการโฆษณาด้วยที่อยู่ในภาค 3 นี้ เช่นกัน โดยบัญญัติไว้ใน มาตรา 339 (1) และ (2) ซึ่งในรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจ พิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 503/413/2486 เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2486 นั้น เบื้องต้น ประธานในที่ประชุมได้เสนอร่างมาตรา 339 (2) ไว้มีถ้อยคำว่า “ผู้ใดดูหมิ่นผู้อื่น มีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบวัน หรือปรับไม่เกินห้าสิบบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”²⁴⁹ ซึ่งตามร่าง มาตรา 339 (2) ขณะนั้นที่ได้เสนอในที่ประชุมดังกล่าวไม่ปรากฏว่ามีคำว่า “ซึ่งหน้า” อยู่ด้วย แต่มีผู้ ได้แย้งว่าหากบัญญัติตามร่างที่เสนอแล้ว การกระทำเพียงแต่นี้ก็ดูหมิ่นผู้อื่นก็ถือว่าเป็นความผิดโดย ให้เหตุว่าตามกฎหมายลักษณะอาญาเดิมนั้นในกรณีเช่นนี้ จะเอาผิดต่อเมื่อได้แสดงซึ่งหน้า แต่ก็มีผู้ คัดค้านอีกว่าการดูหมิ่นอาจเป็นการกระทำซึ่งกันต่อหน้าแต่ผู้ถูกดูหมิ่นไม่ได้ยินก็ได้ แต่ใน ท้ายที่สุดที่ประชุมก็ได้มีความเห็นให้ใช้คำในมาตรา 339 (2) นี้ ว่า “ผู้ใดดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้า มี ความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบวันหรือปรับไม่เกินห้าสิบบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” อย่างไรก็ดี การที่ให้มีคำว่า “ซึ่งหน้า” นั้น พอจะสรุปความได้ว่าเพื่อต้องการให้มีการแสดงออกมาซึ่งอาการ ของการดูหมิ่น เพราะหากเป็นเช่นนั้นแล้วเพียงแต่ความคิดที่เป็นการดูหมิ่นก็จะเข้ามาตรา 339 (2) นี้ด้วย คณะอนุกรรมการบางท่านไม่ต้องการให้กว้างจนเกินไปนัก²⁵⁰

หากนับถึงวันที่ 1 มกราคม 2547 ประมวลกฎหมายอาญารุ่นนี้ได้ใช้บังคับมาถึง 47 ปี เต็ม ในระยะเวลา 47 ปีที่ผ่านมาประมวลกฎหมายอาญาได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง ซึ่งการ แก้ไขเพิ่มเติมเฉพาะส่วนที่เป็นการกระทำความผิดทางอาญาโดยวาจานั้น มีการแก้ไขทั้งสิ้น 2 ครั้ง ครั้งแรกในวันที่ 6 ตุลาคม 2519 ได้มีการยึดอำนาจการปกครองประเทศจากรัฐบาลพลเรือนซึ่งมี พลเรือเอกสัจด์ ชลออยู่ เป็นหัวหน้า และต่อมาวันที่ 21 ตุลาคม 2519 คณะปฏิรูปการปกครอง แผ่นดินได้ออกคำสั่ง ฉบับที่ 41 เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาว่า “โดยที่คณะ ปฏิรูปการปกครองแผ่นดินพิจารณาเห็นว่า อัตราโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดเกี่ยวกับการหมิ่น

²⁴⁸ แหล่งเดิม.

²⁴⁹ คุราชะเอียดในภาคผนวก ง.

²⁵⁰ แหล่งเดิม.

ประมาท หรือคูหมิ่นพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ราชาธิปไตย ราชนิ ราชสามี หรือประมุขแห่งรัฐต่างประเทศ เจ้าพนักงานซึ่งปฏิบัติการตามหน้าที่ ศาลหรือผู้พิพากษาและประชาชนทั่วไป ตลอดจนการกระทำอื่นเพื่อเหยียดหยามประเทศชาติ รัฐต่างประเทศ ซึ่งมีสัมพันธไมตรี หรือการกระทำอันเป็นการเหยียดหยามศาสนา และความผิดเกี่ยวกับต่อผู้ขัดขวางเจ้าพนักงานในการปฏิบัติการตามหน้าที่หรือขัดขวางการพิจารณาหรือพิพากษาของศาล ไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน สมควรแก้ไขอัตราโทษเหล่านั้นให้สูงขึ้น” โดยมาตราที่แก้ไขเพิ่มเติมครั้งนี้คือ มาตรา 112, 118, 133-136, 138, 198, 206, 326, 328 และมาตรา 393 ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนี้เป็นการแก้ไขให้มีผลเป็นการข่มขู่เพื่อผลทางการเมืองอย่างชัดแจ้ง กล่าวคือ ต้องการแสดงถึงความเลียบขาดนั้นเอง²⁵¹ ต่อมา มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2535 ให้แก้ไขมาตรา 326 และมาตรา 328 โดยเพิ่มอัตราโทษให้สูงขึ้นอีกเป็นครั้งที่สอง ส่วนเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้คือ “ด้วยปรากฏว่าในปัจจุบันมีผู้กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทมากขึ้น ขณะเดียวกันบทบัญญัติเกี่ยวกับอัตราโทษที่ใช้บังคับแก่ผู้กระทำความผิดไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ จึงทำให้ผู้กระทำความผิดดังกล่าวไม่เกรงกลัว สมควรแก้ไขเพิ่มเติมอัตราโทษให้สูงขึ้นจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้²⁵²” เมื่อพิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมเฉพาะส่วนที่เป็นการกระทำความผิดทางอาญาโดยวาจาแล้วเห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสองครั้งล้วนแต่เป็นการแก้ไขเพื่อเพิ่มอัตราโทษเท่านั้น ในส่วนของลักษณะและองค์ประกอบของการกระทำความผิดมิได้มีการแก้ไขอย่างใด

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาแล้วจะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติถึงถ้อยคำที่สอดคล้องถูกต้องกับความหมายที่กฎหมายมุ่งจะกล่าวถึงในแต่ละลักษณะความผิดได้ชัดเจนขึ้น ต่างจากกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เดิมซึ่งใช้คำว่า “หมิ่นประมาท” เหมือนกันหมดทุกฐานความผิด ซึ่งจะได้แยกกลุ่มอธิบายถึงลักษณะและรายละเอียดต่างๆ ของความผิดแต่ละฐานในส่วนต่อ ๆ ไป

4.2 วิเคราะห์การนำบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานคูหมิ่นมาปรับใช้กับสภาพการณ์ปัจจุบัน

ปัจจุบันเทคโนโลยีทางการสื่อสารมีความก้าวหน้าและพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว หากย้อนมองกลับไปการติดต่อสื่อสารต่าง ๆ ในอดีตจากที่เคยต้องติดต่อกันด้วยการเดินทางไปพบกันเพื่อพูดคุยกันด้วยตนเอง กลับพัฒนาขึ้นเป็นการใช้จดหมาย โทรเลข ต่อมาได้เปลี่ยนรูปแบบเป็นการใช้

²⁵¹ คณิต ฌ นคร งาม เด็ม. หน้า 307-309.

²⁵² ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 109, ตอนที่ 13. 25 กุมภาพันธ์ 2535, หน้า 1.

โทรศัพท์ โทรสาร จนกระทั่งในปัจจุบันได้มีการพัฒนาระบบการสื่อสารรูปแบบใหม่โดยใช้ระบบอินเทอร์เน็ตที่รวดเร็วและแพร่หลายถูกนำมาใช้กันอย่างกว้างขวางยิ่งขึ้น

สภาพการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันคือ การนำเครื่องมือสารสนเทศมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดรูปแบบต่างๆ ซึ่งมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดประเภทนี้ กล่าวได้ว่าโดยทั่วไปไม่มีมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดที่เป็นพิเศษแต่อย่างใด กล่าวคือ มูลเหตุจูงใจอาจเป็นอะไรก็ได้ เช่น ความต้องการทำหายสิ่งใหม่ๆ ความต้องการแก้แค้น ความเกลียดชัง ความอิจฉา หรือแม้กระทั่งเพื่อความสะใจ เนื่องจากมีต้นทุนในการกระทำความผิดที่ต่ำ กล่าวคืออุปกรณ์ทางการติดต่อสื่อสารและคอมพิวเตอร์สามารถหาได้ง่าย ราคาถูก และสามารถกระทำความผิดได้อย่างง่ายดาย แต่โอกาสที่จะถูกดำเนินคดีมีน้อย

การคู่มือผู้อื่นโดยใช้เทคโนโลยีการสื่อสารเป็นเครื่องมือเป็นการกระทำความผิดในลักษณะเดิมแต่มีรูปแบบใหม่โดยใช้อุปกรณ์สื่อสารเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด ทำให้สามารถกระทำความผิดได้สะดวกและมีประสิทธิภาพเพิ่มมากขึ้น ทั้งยังสามารถกระทำความผิดได้โดยง่าย โดยผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องอาศัยความรู้ทางเทคโนโลยีมากก็สามารถกระทำความผิดได้แล้ว อีกทั้งเครื่องมือในการกระทำความผิด ได้แก่ คอมพิวเตอร์ เครื่องมือสื่อสารและอุปกรณ์อื่นๆ เช่น โทรศัพท์มือถือ หรือโมเด็มสายโทรศัพท์ก็มีราคาไม่แพงเหมือนในอดีต และสามารถหาได้ง่าย

นอกจากนี้ ในแง่มุมมองของกฎหมายอาญาสภาพการณ์ดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อกฎหมายอาญาทั้งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ กล่าวคือ เมื่อมีการนำคอมพิวเตอร์หรือเครื่องมือสื่อสารอื่นๆ เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ทำให้การกระทำความผิดเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยผู้กระทำสามารถกระทำความผิดได้ง่าย รวดเร็วและมีโอกาสประสบความสำเร็จสูง แต่มีโอกาสน้อยที่จะถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย เพราะผู้กระทำความผิดสามารถใช้เทคโนโลยีของเครื่องมือสื่อสารต่างๆ ช่วยเหลือในการกระทำความผิดได้ด้วย เช่น การปิดบังสถานะที่แท้จริงของตนเอง (Anonymity) นอกจากนี้ ด้วยคุณสมบัติของเทคโนโลยีสารสนเทศ ซึ่งทำให้สามารถกระทำความผิดจากกระยะไกลโดยผู้กระทำไม่จำเป็นต้องอยู่ในสถานที่เกิดเหตุเหมือนเช่นอดีต จึงทำให้การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเป็นไปด้วยความยากลำบาก โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องอาศัยความรู้ความสามารถและความชำนาญเกี่ยวกับเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารและคอมพิวเตอร์เป็นพิเศษ ทั้งในกรณีที่ความผิดนั้นกระทำลงจากบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทาง ยังส่งผลกระทบต่อปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาล (jurisdiction) ทำให้การดำเนินคดีอาญาในขั้นตอนต่างๆ เช่นการสืบสวนสอบสวนเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด การฟ้องร้องและพิจารณาคดี เป็นไปด้วยความยากลำบากด้วย

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำต่าง ๆ ที่เป็นการดูหมิ่นต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางดังกล่าวแล้ว จะเห็นว่าหากการกระทำของเขาหากเป็นการสื่อสารเพื่อดูหมิ่นต่อตัวผู้เสียหายโดยตรงไม่มีเจตนาจะสื่อสารการดูหมิ่นให้ผู้อื่นหรือบุคคลที่สามทราบ และไม่มีลักษณะที่เป็นการโฆษณาแล้ว ย่อมถือว่าไม่ครบองค์ประกอบความผิดอาญาฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย กล่าวคือแม้ในบางกรณีข้อความดูหมิ่นอาจรวมข้อความหมิ่นประมาทอยู่ด้วย และความผิดฐานหมิ่นประมาทไม่คำนึงว่าผู้เสียหายอยู่ในขณะที่มีการกระทำหรือใกล้ชิดกับผู้กระทำหรือไม่ แต่กรณีจะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทได้นั้น จะต้องเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดในข้อที่ว่า เจตนาใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นที่ชัดเจนว่า ผู้กระทำมีเจตนาที่จะทำการดูหมิ่นต่อผู้เสียหายโดยตรงคนเดียวเท่านั้น ไม่มีเจตนาใส่ความต่อบุคคลที่สามเลย การกระทำในกรณีต่าง ๆ เหล่านี้จึงไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท

ส่วนการดูหมิ่นต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางในลักษณะต่างๆ ดังกล่าวนั้นจะเป็นความผิดฐานดูหมิ่นผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 393 หรือไม่นั้น จากที่ได้ทำการศึกษาวิจัยมาแล้ว เห็นว่าหากมองว่าในความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าสิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายเป็นการคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของประชาชนเพื่อป้องกันมิให้เกิดการวิวาทกันเท่านั้น การดูหมิ่นต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางทั้งหมดที่กล่าวมานี้ไม่ว่าจะเป็นโดยวิธีใดหรือโดยรูปแบบใด ย่อมไม่เป็นความผิดเลย ทั้งนี้เพราะขาดองค์ประกอบความผิดไม่ว่าในส่วนของการกระทำที่ต้องเป็นการดูหมิ่นและได้รับข้อความดูหมิ่นในขณะที่นั้นทันทีทันใด หรือในส่วนของการที่ต้องดูหมิ่นในระยะเวลาที่อาจเกิดการทะเลาะวิวาททำร้ายซึ่งกันและกันได้

แต่หากมองว่าการดูหมิ่นซึ่งหน้า มีสิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครอง หรือคุณธรรมในทางกฎหมายเป็นการคุ้มครองเกียรติของบุคคล การกระทำดังกล่าวมาทั้งหมดก็อาจถือเป็นความผิดได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีข้อจำกัดเรื่องระยะทางหรือการได้รับข้อความดูหมิ่นในทันทีทันใด โดยเห็นว่าคำว่า “ซึ่งหน้า” นั้น หมายความว่า ต่อหน้าผู้ถูกดูหมิ่น กล่าวคือกระทำให้ผู้ถูกกระทำรู้²⁵³ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความคิดของฝ่ายนี้ กล่าวคือ แม้บุคคลทุกคนจะมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก ซึ่งรวมถึงเสรีภาพที่จะพูดหรือแสดงความคิดเห็นต่าง ๆ ทุกรูปแบบ โดยไม่คำนึงถึงพรหมแดน ไม่ว่าด้วยวาจาเป็นลายลักษณ์อักษรหรือการตีพิมพ์ หรือโดยอาศัยสื่อประการอื่นก็ตาม²⁵⁴ แต่การใช้สิทธิเสรีภาพนั้นจะต้องอยู่ในบังคับของข้อจำกัดที่ถูกต้องกำหนดโดยกฎหมาย และเท่าที่ไม่กระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่น ทั้งนี้เพราะบุคคลทุกคนย่อมความชอบธรรมในอันที่จะไม่ถูกละเมิดต่อสิทธิส่วนตัว

²⁵³ คณิต ฒ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 131.

²⁵⁴ จริฎ โฆษณานันท์. (2544). สิทธิมนุษยชนไร้พรหมแดน. หน้า 551.

และกฎหมายอาญานั้นนอกจากจะมีวัตถุประสงค์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองแล้ว ยังมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลทั่วไปด้วย มนุษย์ที่อยู่ในสังคมย่อมมีความชอบธรรมในอันที่จะปกป้องศักดิ์ศรีและเกียรติยศของตน เมื่อการสื่อสารมีความสำคัญอย่างยิ่งในสังคม หากมีผู้ใช้การสื่อสารเป็นเครื่องมือในการดูหมิ่นผู้อื่นและการกระทำนั้นไม่มีมาตรการใด ๆ ออกมาปกป้องคุ้มครอง หรือมีการปกป้องคุ้มครองแต่ไม่อาจที่จะคุ้มครองสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง หรือคุณธรรมทางกฎหมายได้อย่างเพียงพอ ก็ไม่อาจคงไว้ซึ่งคุณค่าพื้นฐานของประโยชน์ของรัฐและการรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยในสังคมได้²⁵⁵

นอกจากนี้ เมื่อได้พิจารณาถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในมาตราต่าง ๆ ของประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งได้แก่ มาตรา 372 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดทะเลาะกันอย่างอื้ออึงในทางสาธารณะหรือสาธารณสถานหรือกระทำโดยประการอื่นใดให้เสียความสงบเรียบร้อยในทางสาธารณะหรือสาธารณสถาน ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าร้อยบาท”

มาตรา 391 “ผู้ใดใช้กำลังทำร้ายผู้อื่น โดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” และ

มาตรา 397 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล กระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่นหรือกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเคียดแค้นรำคาญ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” แล้วเห็นว่า บทบัญญัติในกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของประชาชนและป้องกันมิให้เกิดการทะเลาะวิวาททำร้ายกันนั้น ได้มีบัญญัติไว้ในมาตราต่าง ๆ ดังกล่าวแล้ว ที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครอง ในความผิดฐานดูหมิ่น ตามมาตรา 393 จึงเป็นเรื่องการคุ้มครอง “เกียรติ” ของบุคคลมากกว่ามุ่งที่จะป้องกันมิให้เกิดการทะเลาะวิวาทกัน ส่วนการที่กฎหมายบัญญัติจำกัดไว้แต่เฉพาะแต่เพียง ชื่อนี้ หรือ ด้วยการโฆษณา นั้น น่าจะมาจากเหตุผลที่ว่า ในขณะที่ได้มีการยกเว้นประมวลกฎหมายอาญานั้น ผู้ร่างมุ่งหมายที่จะให้มีการแสดงออกซึ่งการกระทำอันเป็นการดูหมิ่น เพราะคิดว่าหากปราศจากคำว่า “ชื่อนี้” แล้วจะทำให้เพียงแค่อคิดก็จะทำให้เป็นความผิดได้ ประกอบกับในช่วงระยะเวลานั้นยังไม่มีเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารที่ทันสมัยอย่างในปัจจุบัน

ส่วนการดูหมิ่นบุคคลผู้อยู่ในฐานะพิเศษตามที่กฎหมายให้ความคุ้มครองไว้ เช่น เจ้าพนักงาน ถ้าได้กระทำโดยมีมูลเหตุจงใจซึ่งได้กล่าวแล้วในตอนต้น แม้กระทำต่อผู้อยู่ห่างโดยระยะทาง หรือได้รับข้อความดูหมิ่นต่างวันต่างเวลากับขณะทำการดูหมิ่น ก็เป็นความผิดได้หาก

²⁵⁵ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์. เล่มเดิม. หน้า 12.

ครบหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ซึ่งกฎหมายในเรื่องดังกล่าวมิได้จำกัดถึงการกระทำว่าจะต้องกระทำซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณาเท่านั้น

4.3 แนวความคิดเกี่ยวกับการแก้ไข้ปัญหา

ในปัจจุบันกิจกรรมการสื่อสารต่างๆ ของมนุษย์เกือบทุกอย่างล้วนแล้วแต่ต้องพึ่งพาอาศัยการทำงานของเครื่องมือสื่อสารอย่างขาดเสียมิได้ การสื่อสารจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างมากต่อสังคมปัจจุบัน

จากแนวทางที่ได้ทำการศึกษามาแล้ว ทั้งในเรื่องประวัติกฎหมาย คำพิพากษาของศาลฎีกา ความเห็นของนักกฎหมาย ตัวบทกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง กับทั้งแนวทางในการตีความกฎหมายต่าง ๆ แล้ว เห็นว่าบทบัญญัติในเรื่องคู่มือคุ้มครองผู้บริโภค ตามมาตรา 393 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยนั้นมิได้มีปัญหาในเรื่องความสามารถในการให้ความคุ้มครองต่อบุคคล แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นปัญหาในเรื่องของการตีความตัวบทกฎหมายที่เคร่งครัดจนเกินไป

ปัญหาว่าจะตีความคำว่า “ซึ่งหน้า” ให้ขยายความครอบคลุมไปถึงขนาดว่าเป็นซึ่งหน้าได้แม้อยู่ห่างโดยระยะทางนั้นควรที่จะทำได้ เพราะการตีความโดยการขยายความในลักษณะดังกล่าวเป็นการตีความขยายความเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์และความมุ่งหมายของกฎหมาย กล่าวคือ เพื่อคุ้มครองเกียรติของบุคคลมิให้ผู้ใดล่วงละเมิดได้ตามอำเภอใจและเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของการอยู่ร่วมกันในสังคม นอกจากนี้หากพิจารณาจากรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 503/413/2486 แล้ว ก็จะพบว่าเจตนารมณ์ของผู้ร่างในการบัญญัติคำว่า “ซึ่งหน้า” ไว้ด้วยนั้น เพราะต้องการให้มีการแสดงออกมาซึ่งการกระทำที่เป็นความผิด เพราะในความผิดฐานคู่มือซึ่งหน้าตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 393 นั้น สิ่งที่ถูกกฎหมายมุ่งคุ้มครองหรือคุ้มครองทางกฎหมายคือ เกียรติ เมื่อเป็นความผิดที่กระทำต่อเกียรติแล้ว สิ่งสำคัญคือจะต้องมีผู้รับรู้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า คำว่า “ซึ่งหน้า” นั้น ไม่จำกัดเฉพาะว่าจะต้องกระทำความคิดในลักษณะที่กระทำต่อหน้า หรือหากไม่กระทำต่อหน้าผู้ถูกกระทำก็จะต้องได้ยินด้วยตนเองเท่านั้น แต่น่าจะหมายถึงการที่ผู้ถูกคู่มือรับทราบข้อความนั้นได้โดยตรง

ถึงแม้ว่าประมวลกฎหมายอาญาของไทยจะได้บัญญัติขึ้นใช้บังคับตั้งแต่พุทธศักราช 2500 ตั้งแต่สมัยที่ความก้าวหน้าต่าง ๆ ทั้งทางสังคม สภาพแวดล้อมวิวัฒนาการและเทคโนโลยียังไม่มีความเจริญก็ตาม ผู้เขียนก็ยังเห็นว่าถึงแม้ยุคสมัยจะเปลี่ยนแปลงไป มีการพัฒนาในหลายด้าน ทั้งด้านสังคมและเทคโนโลยีก็ตาม บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 393 นี้ ก็ยังไม่ล้าสมัย และสามารถแก้ปัญหที่เกิดขึ้นได้โดยการตีความเพื่อให้เป็นไปตามความมุ่งหมายหรือ

เจตนารมณ์ของกฎหมาย และการพิจารณาว่าสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองหรือคุณธรรมตามกฎหมาย
ของความผิดฐานนี้ คือ เกียรติ การแก้ไขกฎหมายไม่ใช่ทางออกที่ดีเสมอไปสำหรับปัญหาที่เกิดขึ้น
เพราะมีเช่นนั้นแล้วก็ต้องมีการแก้ไขกฎหมายกันอยู่ตลอดเวลาที่เกิดปัญหาขึ้นทั้งที่จริงแล้ว
ปัญหาดังกล่าวมิได้อยู่ที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายแต่อย่างใด

DPU