



ความเหมาะสมในการกำหนดความผิดอาญารฐานหมิ่นประมาทภายในประเทศสมาชิกอาเซียน

ดิศรณ์ ลิขิตวิทย์วาศูฒิ**

๑. บทนำ

ประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชนนับเป็นอีกเรื่องหนึ่งที่ประเทศในประชาคมอาเซียนต่างก็ให้ความสำคัญ สะท้อนผ่านปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอาเซียน (ASEAN Human Rights Declaration; AHRD) ที่ถือว่าเป็นเอกสารสำคัญของความร่วมมือในด้านสิทธิมนุษยชนของอาเซียน โดยกล่าวถึงการคุ้มครองและการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ซึ่งประเทศสมาชิกจะได้นำไปเป็นต้นแบบสำหรับการกำหนดแผนงานและนโยบายเสริมสร้างสิทธิมนุษยชนภายในประเทศได้ต่อไป^๑

อย่างไรก็ตาม ได้ปรากฏว่าประเทศสมาชิกอาเซียนแต่ละรัฐส่วนใหญ่ได้มีการกำหนดความผิดอาญารฐานหมิ่นประมาทไว้ในระบบกฎหมายภายในของตน ซึ่งถูกนำไปใช้ในการปราบปราม และจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนถึงความไม่พอใจต่อสถานการณ์ทางสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองในประเทศภูมิภาคตะวันออกเฉียงใต้ต่าง ๆ ซึ่งถูกปิดกั้นอย่างรุนแรงโดยรัฐและองค์กรเอกชน^๒ ด้วยเหตุนี้จึงเกิดประเด็นปัญหาความขัดแย้งกันระหว่าง “สิทธิเสรีภาพในการแสดงออกทางความคิด (freedom of expression)” และ “สิทธิในเกียรติยศชื่อเสียง (right to reputation)” อันเป็นสิทธิที่ล้วนแต่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามปฏิญญา AHRD ทั้งสิ้น กรณีดังกล่าวจึงมีประเด็นพิจารณาถึงความเหมาะสมของการกำหนดความผิดอาญารฐานหมิ่นประมาทในระบบกฎหมายของรัฐสมาชิกอาเซียนทั้งหลาย ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายถึงสภาพปัญหาอันเกิดจากการกำหนดความผิดฐานหมิ่นประมาทในประเทศสมาชิกอาเซียน แนวคิดและทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญา จากนั้นจึงจะได้วิเคราะห์ความเหมาะสมในการกำหนดความผิดฐานหมิ่นประมาทต่อไป

๒. สภาพปัญหาอันเกิดจากการกำหนดความผิดอาญารฐานหมิ่นประมาทในประชาคมอาเซียน

แม้ปฏิญญา AHRD จะเป็นเอกสารทางการเมืองที่ไม่มีข้อผูกพันตามกฎหมาย^๓อันจะมีผลเป็นการก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างรัฐสมาชิกอาเซียนที่จะต้องแก้ไขปรับปรุงกฎหมายภายในของตนก็ตาม^๔ แต่ก็เป็นเอกสารที่แสดงเจตนารมณ์ของอาเซียนในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และสะท้อนถึงลักษณะเฉพาะของอาเซียนที่มีความแตกต่างในด้านการเมือง สังคมและวัฒนธรรม^๕ ซึ่งทั้งนี้ในส่วนของสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองนั้นได้มีบทบัญญัติที่รับรองถึง “สิทธิเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิด” ปรากฏในข้อ ๒๓ ซึ่งได้บัญญัติว่า

** นักวิเคราะห์และจัดทำข้อมูลกฎหมาย ฝ่ายอาเซียนและกิจการต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

^๑ พนารัช ปรีดาการณ์, “การให้ความสำคัญกับประเด็นสิทธิมนุษยชนของอาเซียน,” สืบค้นเมื่อ ๑ พฤศจิกายน ๒๕๖๑ จาก http://thailand.prd.go.th/1700/ewt/asean thai/ewt_news.php?nid=4587&filename=index

^๒ Putsata Reang, “Freedom of Expression and Right to Information in ASEAN Countries a Regional Analysis of Challenges, Threats and Opportunities,” *Internews Europe*, p.5.

^๓ กองการเมืองและความมั่นคง กรมอาเซียน, *ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน* (กรมอาเซียน กระทรวงการต่างประเทศ: กรุงเทพฯ, ๒๕๕๖), น.๔.

^๔ นพนิธิ สุริยะ, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม ๑*, พิมพ์ครั้งที่ ๗, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๕๖), น.๖๙.

^๕ กองการเมืองและความมั่นคง กรมอาเซียน, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ ๓*, น.๔.



บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และการแสดงออกซึ่งรวมถึงเสรีภาพที่จะมีข้อคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง และมีสิทธิในการแสวงหา ได้รับ และส่งข้อมูลข่าวสาร ไม่ว่าจะผ่านทางวาจา ลายลักษณ์อักษร หรือผ่านสื่ออื่นใดตามทางเลือกของบุคคลนั้น^๖

นอกจากนี้ปฏิญญาดังกล่าวยังได้มีการรับรอง “สิทธิในเกียรติยศชื่อเสียง” ซึ่งปรากฏตามข้อ ๒๑ มีความว่า

บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะเป็นอิสระจากการแทรกแซงตามอำเภอใจในความเป็นส่วนตัว ครอบครัว ที่อยู่อาศัย หรือการสื่อสารซึ่งรวมถึงข้อมูลส่วนบุคคล หรือการดูหมิ่นเกียรติและชื่อเสียงของบุคคลนั้น บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองทางกฎหมายจากการแทรกแซงหรือการดูหมิ่นดังกล่าว^๗

สิทธิทั้ง ๒ ประการข้างต้นนั้นต่างก็เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ประชาคมอาเซียนให้ความสำคัญคุ้มครองแก่ปัจเจกชนในฐานะของความเป็นมนุษย์ ซึ่งในแง่มุมหนึ่งสิทธิดังกล่าวนี้สามารถส่งเสริมกันและกันได้อย่างลงตัว ยกตัวอย่างเช่น หากผู้ใดมีการแสดงความคิดเห็นที่เป็นการยกย่องสรรเสริญบุคคลอื่นโดยอิสระแล้ว ผู้ที่ได้รับการยกย่องนั้นก็ย่อมได้รับการส่งเสริมสิทธิในเกียรติยศชื่อเสียง หรือในทางกลับกันผู้ใดมีการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นที่เป็นประโยชน์แก่สังคมอย่างอิสระ ผู้นั้นก็ย่อมได้รับการยกย่องสรรเสริญเกียรติยศในฐานะผู้มีความคิดความอ่านที่ดี

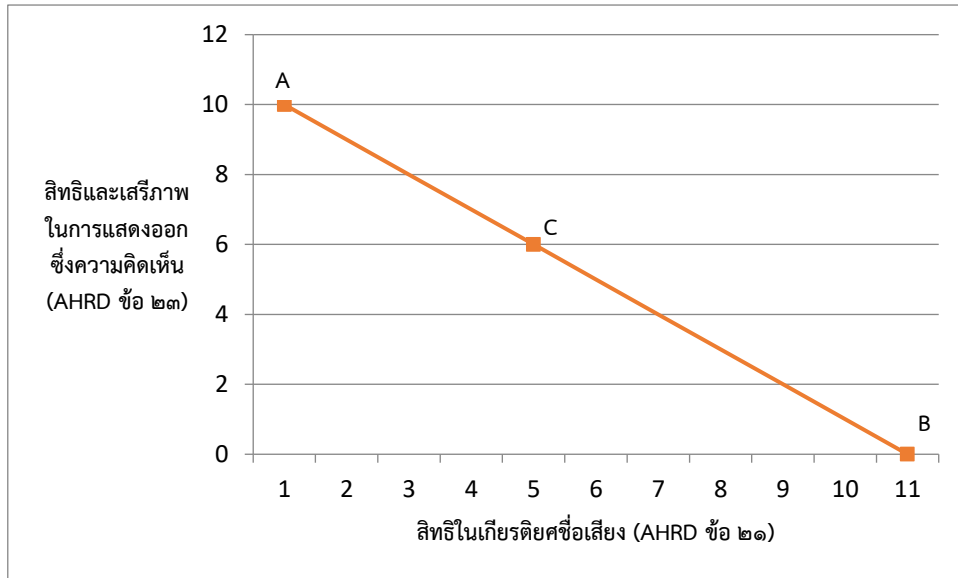
อย่างไรก็ตาม ในอีกแง่มุมหนึ่งนั้นสิทธิทั้งสองประการนี้อาจมีความขัดแย้งกันเองเกิดขึ้น และทำให้เกิดผลลัพธ์ที่แปรผกผันกันได้ในกรณีที่มีการแสดงความคิดเห็นถึงข้อเท็จจริงอย่างใดอันมีผลกระทบต่อเกียรติยศชื่อเสียงของบุคคลอีกคนหนึ่ง โดยสามารถอธิบายได้ผ่านแผนภาพดังต่อไปนี้

^๖ ASEAN Human Rights Declaration

Article 23 Every person has the right to freedom of opinion and expression, including freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information, whether orally, in writing or through any other medium of that person's choice.

^๗ ASEAN Human Rights Declaration

Article 21 Every person has the right to be free from arbitrary interference with his or her privacy, family, home or correspondence including personal data, or to attacks upon that person's honour and reputation. Every person has the right to the protection of the law against such interference or attacks.



จากแผนภาพข้างต้น อธิบายได้ว่า หากรัฐให้สิทธิเสรีภาพแก่ปัจเจกชนในการแสดงความคิดเห็น เมื่อมีกรณีที่มีการแสดงความคิดเห็นถึงข้อเท็จจริงอย่างใดอันมีผลกระทบต่อเกียรติยศชื่อเสียงของบุคคล สิทธิในเกียรติยศชื่อเสียงของผู้ถูกกล่าวถึงย่อมถูกลดทอนความคุ้มครองลง เช่น เมื่อรัฐอนุญาตให้ประชาชนสามารถแสดงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่รัฐได้อย่างอิสระ กรณีดังกล่าวย่อมทำให้ประชาชนมีเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการทำงานของเจ้าหน้าที่รัฐได้อย่างเต็มที่ แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นการทำชื่อเสียงของเจ้าหน้าที่รัฐนั้นมีผลทันทันเป็นการถูกลดทอนความคุ้มครองสิทธิในเกียรติยศชื่อเสียง ดังที่ปรากฏในจุด A ตามแผนภาพ ในทางตรงกันข้ามหากรัฐปิดกั้นสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นของประชาชนสมบูรณ์ การวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของเจ้าหน้าที่รัฐย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย ส่งผลให้สิทธิในเกียรติยศชื่อเสียงของบุคคลได้รับความคุ้มครองอย่างเด็ดขาดเลยทีเดียว ดังที่ปรากฏในจุด B ตามแผนภาพ

ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้สิทธิตาม ปฎิญญา AHRD ข้อ ๒๑ และ ๒๓ ในกรณีดังกล่าวได้รับความคุ้มครองไปพร้อมๆกันอย่างเท่าเทียมให้ได้มากที่สุดตามที่ปรากฏในจุด C ประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งหลายจึงต้องกำหนดให้มีมาตรการทางกฎหมายต่างๆเพื่อรักษาสมดุลของสิทธิทั้ง ๒ ประการไว้ ทั้งนี้ มาตรการที่ได้มีการอภิปรายกันอย่างมากนั้นก็คือ การกำหนดให้การหมิ่นประมาท (defamation) เป็นความผิดและมีโทษทางอาญา ซึ่งรัฐสมาชิกอาเซียนเกือบทั้งหมดจำนวน ๙ ประเทศ ยกเว้นแต่ประเทศบรูไน^{๔๕} ได้มีฐานความผิดอาญาดังกล่าวไว้ปรับใช้ในระบกกฏหมายภายในของตนเอง ดังจะได้นำเสนอต่อต่อไปนี้

^{๔๕} เจเซนดร้า คารุนาคาเร็น แพลโดย iLaw, “ปรากฏการณ์อาเซียน: การปิดกั้นอินเทอร์เน็ตในยุคประชาธิปไตยบนโลกดิจิทัล” สืบค้นเมื่อวันที่ ๓ พฤศจิกายน ๒๕๖๑ จาก <https://freedom.ilaw.or.th/censor%20ship%20in%20southeast%20asia>



ตารางเปรียบเทียบความผิดอาญาฐานหมิ่นประมาทในประเทศสมาชิกอาเซียน

ประเทศ	กฎหมาย	อัตราโทษ
๑.ราชอาณาจักรไทย	ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๒๖	จำคุกไม่เกิน ๑ ปี ปรับไม่เกิน ๓๐,๐๐๐ บาท
๒.สาธารณรัฐฟิลิปปินส์	Philippines Revised Penal Code Article 353	จำคุกไม่เกิน ๓๐ วัน ปรับตั้งแต่ ๒๐๐ ถึง ๖,๐๐๐ เปโซ
๓.สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม	Criminal Code (Law No. 100/ 2015/QH13) Article 156	จำคุกไม่เกิน ๑ ปี ปรับตั้งแต่ ๑๐,๐๐๐,๐๐๐-๕๐,๐๐๐,๐๐๐ ดง
๔.สาธารณรัฐอินโดนีเซีย	Indonesian Penal Code Article 310	จำคุกไม่เกิน ๙ เดือน ปรับไม่เกิน ๓๐๐ รูปี
๕.สหพันธรัฐมาเลเซีย	Malaysia Penal Code Article 500	จำคุกไม่เกิน ๒ ปี ปรับตาม ดุลพินิจของศาล
๖.สาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาร์	Myanmar Penal Code Article 500	จำคุกไม่เกิน ๒ ปี ปรับตาม ดุลพินิจของศาล
๗.สาธารณรัฐสิงคโปร์	Singapore Penal Code Article 500	จำคุกไม่เกิน ๒ ปี ปรับตาม ดุลพินิจของศาล
๘.ราชอาณาจักรกัมพูชา	Cambodia Criminal Code Article 305	ปรับ ๑๐๐,๐๐๐-๑๐,๐๐๐,๐๐๐ เรียล
๙.สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว	Laos Penal Law Article 94	จำคุกไม่เกิน ๒ ปี ปรับตั้งแต่ ๕๐๐๐๐-๓๐๐,๐๐๐ กีบ

อย่างไรก็ตาม ได้ปรากฏว่าในทางปฏิบัติความผิดฐานหมิ่นประมาทที่ได้นำมาเสนอข้างต้นนั้นถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือปิดบังข้อเท็จจริงบางอย่างที่เป็นประโยชน์แก่สาธารณะ แต่ส่งผลกระทบต่อเกียรติยศชื่อเสียงของผู้ที่ถูกพาดพิง หรือที่เรียกว่า การ “SLAPP (Strategic Lawsuit Against Public Participation)” ซึ่งเป็นการฟ้องร้องในกระบวนการยุติธรรมที่ไม่ได้ถูกใช้เพื่อแสวงหาความยุติธรรมอย่างแท้จริง แต่ถูกใช้เป็นยุทธศาสตร์ทางกระบวนการยุติธรรมเพื่อกดดัน และส่งผลให้มีการจำกัดการแสดงออกเนื่องจากต้องมีการวิงวอนผู้คดี และทำให้เสียงของการเรียกร้องสิทธิและการเผยแพร่ข้อมูลที่เป็นจริงต่อสาธารณะอ่อนแรงและเงียบลงไป^๔ โดยกรณีศึกษาที่เกิดขึ้นในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้นั้น เช่น กรณีของนาย Andy Hall นักปกป้องสิทธิแรงงานชาวอังกฤษ ถูกบริษัท Natural Fruit ผู้ผลิตสับปะรดกระป๋องในจังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ฟ้องคดีในความผิดฐานหมิ่นประมาท จากการให้สัมภาษณ์กับสำนักข่าว Al Jazeera ที่เมืองย่างกุ้งแห่งสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาร์ เมื่อเดือนเมษายน พ.ศ.๒๕๕๖ เกี่ยวกับรายงานเรื่อง “Cheap Has a High

^๔ จิรวัดน์ สุริยะโชติม “เมื่อสิทธิมนุษยชนโดน “SLAPP”,” สืบค้นเมื่อวันที่ ๔ พฤศจิกายน ๒๕๖๑ จาก <https://tdri.or.th/2015/08/slapp/>



Price” ที่ได้กล่าวถึงการละเมิดสิทธิแรงงานข้ามชาติในอุตสาหกรรมผลิตอาหารสำเร็จรูปในประเทศไทย และทำให้เขาถูกฟ้องทั้งความผิดทางอาญารฐานหมิ่นประมาท^{๑๐} และนอกจากนี้ยังมีกรณีของนาย Najib Razak อดีต นายกรัฐมนตรีของสหพันธรัฐมาเลเซียได้ใช้ความผิดฐานหมิ่นประมาทข่มขู่สื่อต่างประเทศหนึ่งสื่อพิมพ์ Wall Street Journal ที่ได้มีการนำเสนอและเปิดเผยถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการทุจริตคอร์รัปชันของเขา^{๑๑}

ดังนั้น ความผิดอาญารฐานหมิ่นประมาทนั้นจึงไม่น่าได้ถูกนำมาใช้เป็นมาตรการทางกฎหมายเพื่อปรับ สมดุลระหว่างสิทธิและเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น และสิทธิในเกียรติยศชื่อเสียงให้เข้าใกล้จุด C ตามแผนภาพแต่อย่างใด หากแต่ถูกนำมาปรับใช้เพื่อลดทอนสิทธิและเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น ให้เหลือน้อยที่สุด และเพิ่มความคุ้มครองสิทธิในเกียรติยศชื่อเสียงให้มากที่สุดตามจุด B ที่ปรากฏในแผนภาพ

จากสภาพปัญหาข้างต้น จึงเป็นเหตุให้จำต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมของการกำหนดความผิดอาญารฐานหมิ่นประมาทในประเทศสมาชิกอาเซียนเพื่อศึกษาแสวงหาคำตอบในเรื่องความสมดุลของสิทธิและเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น และสิทธิในเกียรติยศชื่อเสียง อันจะส่งผลให้สิทธิทั้ง ๒ ประการนี้ตามข้อ ๒๑ และ ๒๓ แห่งปฏิญญา AHRD ได้รับความคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด การศึกษาถึงแนวคิดพื้นฐาน และทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญาจึงมีความสำคัญและจะได้มีการทบทวนในลำดับถัดไป

๓.แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญา

กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติว่า การกระทำ หรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย^{๑๒} คำอธิบายดังกล่าวนี้สะท้อนให้เห็นว่า กฎหมายอาญานั้นเป็นเครื่องมือที่ให้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการที่จะบังคับให้บุคคลต้องกระทำการ หรือต้องไม่กระทำการในรูปแบบของ “การกำหนดความผิดอาญา (criminalization)” ทั้งนี้ก็เพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม รักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม (crime control) เพื่อประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตามสิทธิย่อมมีสองด้านเสมอ กล่าวคือ แม้การกำหนดฐานความผิดจะสามารถยกระดับคุณภาพของสังคมในการรักษาความสงบเรียบร้อยเอาไว้ได้ก็ตาม แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นการลดทอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน (individual rights) ซึ่งเป็นประโยชน์เอกชนไปในเวลาเดียวกัน เพราะถ้าหากรัฐได้กำหนดให้การกระทำอย่างใดให้เป็นความผิดอาญาแล้ว นั่นหมายความว่าประชาชนจะไม่สามารถกระทำการนั้นได้ ยิ่งรัฐกำหนดฐานความผิดในระบบกฎหมายอาญาเป็นจำนวนมากมาเท่าใด ประชาชนก็ยิ่งหลงเหลือสิ่งที่ตนจะสามารถกระทำได้น้อยลงเท่านั้น

ทั้งนี้หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญานั้นมีอยู่หลากหลายทฤษฎีซึ่งไม่อาจนำมาเสนอ ณ ที่นี้ได้ทั้งหมด ผู้เขียนจึงจะได้นำเสนอแต่เพียงหลักเกณฑ์ที่สำคัญเพียงเท่านั้น คือ หลักภัยอันตราย (principle of harm) และหลักนิติเศรษฐศาสตร์ (economic analysis of law)

^{๑๐} ASEAN Parliamentarians for Human Rights, “Conviction of migrant rights advocate a blow to human rights research, parliamentarians warn” retrieved on 3 September 2018 from <https://aseanmp.org/2016/09/20/conviction-andy-hall-blow-human-rights-research/>

^{๑๑} Voice TV, “นายกษมาเลเซียเตรียมฟ้องสื่อออกฐานหมิ่นประมาท,” สืบค้นเมื่อวันที่ ๔ พฤศจิกายน ๒๕๖๑ จาก <https://www.voicetv.co.th/read/228072>

^{๑๒} เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค ๑, พิมพ์ครั้งที่ ๑๐, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์ติ้ง, ๒๕๕๑), น.1.



๓.๑ หลักภัยอันตราย (Principle of Harm)

ข้อพิจารณาที่สำคัญที่สุดของหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญาดังกล่าวนี้มีอยู่ว่า รัฐมีความชอบธรรมที่จะกำหนดความผิดอาญาสำหรับเฉพาะการกระทำใดๆก็ตามที่เป็นอันตรายต่อผู้อื่น หรือการกระทำใดๆก็ตามทำให้เกิดความเสี่ยงต่อภัยอันตรายอันไม่พึงปรารถนา (unacceptable risk of harm)^{๑๓} ดังทัศนะของจอห์น สจิวท มิลล์ (John Stuart Mill) นักคิดแนวอรรถประโยชน์นิยมที่ได้กล่าวว่า

“วัตถุประสงค์สุดท้ายเพียงประการเดียวที่มนุษย์ชาติจักพึงได้รับการประกัน จากการล่วงเข้ามาเพื่อจำกัดเสรีภาพในการกระทำไม่ว่าเรื่องใดก็ตาม และไม่ว่าในทางส่วนบุคคล หรือในทางสาธารณะ ก็เพื่อความปลอดภัยส่วนบุคคลเท่านั้น การใช้อำนาจรัฐที่มีเหนือกว่าบังคับอันเป็นการฝ่าฝืนเจตจำนงสมาชิกคนใดคนหนึ่งของสังคมอารยะจะชอบธรรมก็ต่อเมื่อการใช้อำนาจเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์แต่เพียงประการเดียวคือเพื่อป้องกันภัยอันตรายที่มีต่อผู้อื่นเท่านั้น ประโยชน์ที่จะมีขึ้นแก่เขาผู้นั้น ไม่ว่าจะในทางวัตถุหรือเชิงศีลธรรม ไม่ใช่เหตุผลเพียงพอเพื่อการใช้อำนาจนั้น”^{๑๔}

หลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญาดังกล่าวนี้ได้จำกัดอำนาจรัฐในการตรากฎหมายอาญาเพื่อบังคับใช้กับประชาชน โดยแยกการกระทำที่ฝ่าฝืนศีลธรรม หรือที่คนส่วนใหญ่ในสังคมไม่ยอมรับแต่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้อื่นออกไปจากการกำหนดความผิดอาญา^{๑๕} อย่างไรก็ตาม แม้จะได้นามว่าหลักภัยอันตรายก็ตาม แต่การจะพิจารณาแต่ความอันตราย (harm) เพียงแต่อย่างเดียวนั้นก็อาจยังไม่เหมาะสม เพราะเท่ากับเป็นการปฏิเสธหลักที่ว่า “ความยินยอมไม่ยกเว้นความผิด” เพราะถ้าหากผู้ถูกระทำยินยอมการกระทำของผู้กระทำก็ไม่เป็นภัยต่อผู้ถูกระทำอีกต่อไป แต่จะถือว่าการกระทำนั้นไม่มีความผิดไม่น่าจะถูกต้อง^{๑๖} จึงต้องพิจารณาต่อไปว่าการก่อให้เกิดอันตรายนั้นเป็นสิ่งที่ผิด (wrongfulness) หรือไม่ ซึ่งข้อพิจารณาดังกล่าวนี้สามารถอธิบายได้ว่า การกระทำนั้นได้รุกราน หรือข่มเหงสิทธิของปัจเจกชนผู้ถูกระทำอันเป็นการลดทอนการแสดงเจตจำนงโดยเสรีของผู้อื่นหรือไม่นั่นเอง^{๑๗} และนอกจากนี้ยังมีข้อพิจารณาที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือการกำหนดให้การกระทำหรือไม่กระทำนั้นเป็นความผิดอาญาจะต้องเป็นหนทางสุดท้าย (minimal approach) กล่าวคือ กฎหมายอาญานั้นควรนำมาใช้แก่รูปแบบการกระทำอันน่าตำหนิอย่างที่สุด (the most reprehensible types of wrongdoing)^{๑๘} ที่เป็นการก่ออันตรายแก่ประโยชน์ที่มีความใกล้เคียงกับ “ระดับมาตรฐานการดำรงชีวิตของปัจเจกชน (the degree to which the living standard)”^{๑๙} เพราะ มาตรการบังคับทางอาญาไม่ว่าจะเป็นโทษหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยต่างก็ล้วนแต่

^{๑๓} Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 5th Edition, (Oxford: Oxford University Press, 2006), p.30.

^{๑๔} “That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant.”; และโปรดดู เรย์มอน แวกส์, *กฎหมาย : ความรู้ฉบับพกพา*, แปลโดย ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล, (กรุงเทพฯ : ภาพพิมพ์, ๒๕๕๕), น. ๑๕๒-๑๕๔.

^{๑๕} *Ibid.*

^{๑๖} เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ ๑๒*, น.๔.

^{๑๗} Andrew Ashworth, *supra note 13*, p.31.

^{๑๘} *Ibid.*

^{๑๙} *Ibid.*, p.37



ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอย่างร้ายแรงทั้งสิ้น การที่บุคคลจะต้องรับผิดชอบและรับผลจากมาตรการดังกล่าวนั้นอาจทำให้สังคมต้องสูญเสียทรัพยากรบุคคลที่อาจสร้างประโยชน์ไปโดยไม่จำเป็น หากกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายปกครองสามารถนำมาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาที่บรรณคดีได้ก็ควรนำมาใช้เสียก่อน^{๒๐} อีกทั้งกฎหมายอาญานั้นมีสิ่งทีกฎหมายอื่นไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแพ่ง หรือกฎหมายปกครองไม่สามารถทำได้ คือ “การประณาม (blame)”^{๒๑} หรือการ “ติดตรา (labelling)”^{๒๒} ว่าเป็นอาชญากร^{๒๒} ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อตัวผู้กระทำและทัศนคติของสังคมต่อผู้กระทำต่อไป

ตัวอย่างการกำหนดความผิดอาญาตามหลักกษัตริย์ เช่น การพูดโกหก ซึ่งอธิบายได้ว่า การโกหกนั้นแม้จะส่งผลในทางลบกับสังคม เพราะสังคมนั้นปรารถนาที่จะรับรู้แต่ความจริงก็ตาม แต่การพูดโกหกนั้นก็ไม่ได้ก่อให้เกิดอันตรายอันจะส่งผลกระทบต่อประโยชน์ที่มีความใกล้ชิดกับมาตรฐานการดำรงชีวิตของบุคคลแต่อย่างใด การพูดโกหกจึงไม่ถูกกำหนดไว้เป็นความผิดอาญา อย่างไรก็ตามหากกรณีเปลี่ยนไปว่าการโกหกนั้นผู้กระทำนั้นได้กระทำไปโดยมีความประสงค์จะได้ทรัพย์จากผู้ที่ถูกหลอกแล้ว สิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์ของผู้ที่ถูกหลอกกลับอันเป็นปัจจัยหนึ่งของมาตรฐานการดำรงชีวิตย่อมถูกคุกคามและได้รับอันตราย การพูดโกหกกรณีหลังนี้จึงกระทบต่อกรรมสิทธิ์และการครอบครองทรัพย์ของบุคคลอื่นที่สมควรจะถูกกำหนดเป็นความผิดฐานฉ้อโกง

๓.๒ หลักนิติเศรษฐศาสตร์ (Economic Analysis of Law)

นิติเศรษฐศาสตร์ (economic analysis of law) นั้นเป็นแนวคิดใหม่ที่น่าหลักการพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์คือ “การทำกำไรให้มากกว่าต้นทุน” มาใช้ในการอธิบายกฎหมาย^{๒๓} เพื่อจะตอบปัญหาที่สำคัญ 2 ประการคือ กฎหมายมีผลอย่างไรต่อพฤติกรรมของปัจเจกชน และผลของกฎหมายนั้นเป็นที่ปรารถนาของสังคมหรือไม่^{๒๔} ในส่วนของการกำหนดความผิดอาญาก็เช่นกัน กล่าวคือ เมื่อรัฐจะกำหนดความผิดอาญาขึ้นมา รัฐจะต้องคำนึงถึง “ผลประโยชน์ที่สังคมจะได้รับ (benefits)” และ “ต้นทุนที่สังคมจะต้องเสียไป (costs)” การกระทำใดที่ได้ประโยชน์สังคมมากกว่าความเสียหายต่อสังคมการกระทำนั้นก็ไม่ควรเป็นความผิดอาญา แต่ถ้าหากการกระทำนั้นสร้างความเสียหายต่อสังคมมากกว่าผลประโยชน์ที่สังคมจะได้รับ การกระทำนั้นก็สมควรที่จะถูกกำหนดเป็นความผิดอาญา

ในกรณีฐานความผิดอาญาทั่วไป เช่น การฆ่าผู้อื่น (murder) นั้นสังคมไม่ได้ประโยชน์อะไรจากการกระทำดังกล่าวเลย (หากไม่ใช่กรณีของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย) อีกทั้งรัฐยังต้องแบกรับต้นทุนในความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวเนื่องจากสูญเสียทรัพยากรบุคคลที่จะทำงานให้กับรัฐ อีกทั้งต้องทำหน้าที่ในการเป็นรัฐสวัสดิการเพื่อกำหนดมาตรการต่างๆในการป้องกันความเสียหายจากการกระทำ

^{๒๐} เมฆยา โรจนารีย์, การฉ้อฉลทางวิชาการ : ศึกษาการกำหนดความผิดฐานรับจ้างทำวิทยานิพนธ์, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๙), น.๔๐.

^{๒๑} รณกรณ์ บุญมี, “กฎหมายอาญาคืออะไร?” วารสารนิติศาสตร์ เล่มที่ ๓ ปีที่ ๔๕, น.๘๘๖. (๒๕๕๙)

^{๒๒} Lindsay Farmer, *Making the modern criminal law : criminalization and civil order*, (Oxford, U.K. : Oxford University Press, 2016), p.106.

^{๒๓} ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๕๙), น.๒๒.

^{๒๔} Louis Kaplow and Steven Shavell, “Economic Analysis of Law,” available at http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/251.pdf retrieved on 4 September 2018.



ดังกล่าวอีกด้วย หากรัฐกำหนดความผิดในกรณีดังกล่าวแล้ว ก็ย่อมมีผลเป็นการรักษาทรัพยากรบุคคลของรัฐให้คงอยู่และสร้างประโยชน์แก่รัฐได้ ดังนั้น การฆ่าผู้อื่นจึงต้องถูกกำหนดไว้เป็นความผิด

ในกรณีความผิดที่ไม่เกี่ยวข้องกับศีลธรรม เช่นการค้ายาเสพติดนั้นก็สามารถอธิบายได้ว่าการค้ายาเสพติดไม่ได้สร้างประโยชน์ให้แก่สังคมแต่อย่างใด หากแต่สร้างประโยชน์เฉพาะตัวบุคคลที่ทำการขายยาเสพติด อีกทั้งยังสร้างความเสียหายแก่สังคมอีกด้วยเพราะทรัพยากรบุคคลของรัฐนั้นถูกทำให้ด้อยคุณภาพลงจากการผู้ที่ซื้อขายยาเสพติดไปเสพ และก่อให้เกิดปัญหาอื่นๆตามมาอีกมากมาย เช่น เมื่อผู้เสพไม่มีเงินซื้อขายยาเสพติด ก็มีแนวโน้มที่จะไปทำการลักทรัพย์เพื่อนำไปขายเป็นเงินแล้วนำไปซื้อขายยาเสพติด การที่รัฐกำหนดให้การค้ายาเสพติดเป็นความผิดอาญาจึงก่อให้เกิดประโยชน์ในการรักษาคุณภาพประชากรของรัฐเอาไว้ ดังนั้น การค้ายาเสพติดจึงควรต้องถูกกำหนดเป็นความผิดอาญาเช่นกัน

ในกรณีของการผิดสัญญาตามกฎหมายแพ่งนั้น ไม่ได้สร้างความเสียหายแก่สังคมแต่อย่างใด เนื่องจากเป็นเรื่องระหว่างเอกชนด้วยกันเอง อีกทั้งแม้รัฐกำหนดให้การผิดสัญญาทางแพ่งเป็นความผิดอาญาแล้ว สังคมก็ได้ประโยชน์แต่อย่างใดเช่นกัน ผู้ที่ได้ประโยชน์ก็คงมีเพียงแต่เจ้าหน้าที่เอกชนเพียงรายเดียวเท่านั้น ในขณะที่รัฐมีต้นทุนค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กรณีดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าการกำหนดให้การผิดสัญญาทางแพ่งเป็นความผิดอาญานั้นมีแต่จะสร้างต้นทุนให้แก่รัฐเพียงเท่านั้น จึงไม่สมควรที่จะกำหนดเป็นความผิดอาญา

จะเห็นได้ว่าอำนาจของรัฐจะกำหนดให้การกระทำหรือไม่กระทำใดเป็นความผิดอาญานั้นหาได้มีอยู่อย่างไรขีดจำกัดไม่ หากแต่ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์บางประการเพื่อให้การกำหนดความผิดอาญานั้นมีขอบเขตที่ไม่กว้างจนเกินไปจนกระทั่งมีการกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนจนเกินสมควร และทั้งนี้เมื่อความผิดอาญาใดหมดความจำเป็น หรือไม่เหมาะสมที่จะถูกกำหนดไว้เป็นความผิดตามหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญา แล้วก็อาจนำไปสู่การยกเลิกความผิดอาญา (decriminalization) ได้

๔. บทวิเคราะห์

ในส่วนนี้จะได้อธิบายวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมในการกำหนดความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยนำแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญามาใช้ในการพิจารณา

๔.๑ พิจารณาจากหลักภัยอันตราย

เมื่อพิจารณาถึงหลักภัยอันตราย (principle of harm) แล้ว การหมิ่นประมาทเป็นการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามโดยประการที่น่าจะเสียหาย ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังซึ่งเป็นการทำให้ชื่อเสียงและเกียรติยศของบุคคลผู้ถูกพาดพิงกระเทือนหรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าสิทธิในเกียรติยศชื่อเสียงนั้นได้รับอันตรายจากการกระทำดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามสิทธิดังกล่าวนี้ยังนับว่ามีความสำคัญที่อยู่ห่างไกลจากสถานะของการเป็นประโยชน์ที่มีความใกล้ชิดกับ “ระดับมาตรฐานการดำรงชีวิตของปัจเจกชน (the degree to which the living standard)” กล่าวคือ อันตรายที่เกิดขึ้นจากการถูกหมิ่นประมาทนั้นอาจทำให้ชื่อเสียงและเกียรติยศของตัวบุคคลถูกลดคุณค่าลง แต่ก็ไม่ได้ทำให้มาตรฐานในการดำรงชีวิตของบุคคลนั้นลดลงแต่อย่างใด แตกต่างจากการฆาตกรรม ทำร้ายร่างกาย กักขังหน่วงเหนี่ยว ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ที่เป็นการทำลายสิทธิในชีวิต ร่างกาย อิสระภาพ และทรัพย์สินซึ่งเป็นสิทธิเด็ดขาด (absolute right)^{๒๕} ถ้าหากได้รับความเสียหายแล้วประโยชน์อันมีความใกล้ชิดกับมาตรฐานในการดำรงชีวิตก็ย่อมถูกลดลงไปด้วย และสมควร

^{๒๕} สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๕๓), น.๑๔๑.



ถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ซึ่งในกรณีของการหมิ่นประมาทนั้นอธิบายได้ว่า แม้การใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามโดยประการที่น่าจะเสียหาย ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังซึ่งเป็นการทำให้ชื่อเสียงและเกียรติยศของบุคคลผู้ถูกพาดพิงก็จริง แต่กรณีดังกล่าวนี้ไม่ได้ทำให้บุคคลนั้นเสียชีวิต ร่างกายได้รับบาดเจ็บ สูญเสียเสรีภาพ หรือทรัพย์สินแต่อย่างใด การหมิ่นประมาทจึงไม่ได้กระทบต่อมาตรฐานการดำรงชีวิตของปัจเจกชนแต่อย่างใด ภัยอันตรายในกรณีดังกล่าวนี้จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้เป็นความผิดอาญาแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตามมีปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปเป็นว่าหากการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามอันเป็นผลให้เกิดการกระทำความผิดอื่นที่ทำลายมาตรฐานการดำรงชีวิตของมนุษย์ จะเป็นเหตุผลเพียงพอให้มีความชอบธรรมในการกำหนดความผิดอาญาฐานหมิ่นประมาทหรือไม่ เช่นกรณีที่นาย ก. กล่าวแก่นาย ข. ว่า นาย ค.เป็นชู้กับภรรยาของนาย ข. ซึ่งเป็นผลทำให้นาย ข.เกิดโทสะแล้วไปฆ่านาย ค.

ต่อปัญหานี้อธิบายได้ว่าการที่นาย ก. ใส่ความนาย ค. ต่อนาย ข. นั้นเป็นการก่อให้เกิดนาย ข. เกิดเจตนาฆ่านาย ค.^{๒๖} ซึ่งนอกจากการกระทำ จะครบองค์ประกอบความผิดฐานหมิ่นประมาทจากการใส่ความนาย ค. ต่อนาย ข.แล้ว ก็ยังเป็นความผิดฐานใช้นาย ข. ให้ไปฆ่าผู้อื่นในกรรมเดียวกันอีกด้วย การใส่ความของนาย ก.นี้จึงเป็นกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบทลงโทษการใช้ให้ไปฆ่าผู้อื่นซึ่งเป็นบทหนักเพียงบทเดียว^{๒๗} ซึ่งจะเห็นได้ว่าความผิดฐานหมิ่นประมาทนี้แต่ในท้ายที่สุดก็ไม่ได้ถูกนำมาปรับใช้แต่อย่างใดเพราะถูกกลืนไปกับความผิดฐานใช้ให้ผู้อื่นไปกระทำความผิดที่ถูกกำหนดไว้คุ้มครองชีวิตบุคคลเป็นการเฉพาะไปเสียแล้ว ดังนั้นความจำเป็นในการกำหนดความผิดฐานหมิ่นประมาทในกรณีนี้จึงไม่มีอยู่เช่นกัน

นอกจากนี้เนื่องจากสภาพบังคับของกฎหมายอาญานั้นส่งผลต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นอย่างมาก ด้วยเหตุนี้หากปัญหาใดสามารถแก้ไขเยียวยาได้โดยไม่ต้องใช้กฎหมายอาญาแล้วก็ควรที่จะต้องดำเนินไปเช่นนั้น เพื่อไม่ให้มาตรการทางกฎหมายอาญาพรากทรัพยากรบุคคลอันมีค่าของรัฐไปอย่างไม่มีความจำเป็น กล่าวคือ กฎหมายอาญาควรเป็นหนทางสุดท้าย (minimal approach) ที่มีไว้ปรับใช้กับพฤติกรรมที่เป็นปัญหาซึ่งมีความร้ายแรงอันเกินกำลังของกฎหมายอื่นที่จะเข้าเยียวยาแก้ไขสถานการณ์เท่านั้น ด้วยเหตุนี้การใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามที่เข้าลักษณะของการหมิ่นประมาทนั้น แม้จะส่งผลกระทบต่อสิทธิในเกียรติยศชื่อเสียงของบุคคลก็ตาม แต่กรณีดังกล่าวนี้ยังคงสามารถนำกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดมาปรับใช้ได้โดยการให้ผู้ใส่ความชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลผู้ถูกพาดพิง กรณีดังกล่าวนี้นอกจากจะเป็นการลงโทษทางการเงิน (monetary sanction) แก่ผู้ใส่ความในทางหนึ่งแล้ว ยังสามารถเยียวยาสิทธิในเกียรติยศชื่อเสียงของผู้ถูกพาดพิงในเวลาเดียวกันได้อีกด้วย ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงไม่ใช่หนทางสุดท้ายในการนำมาใช้เพื่อแก้ปัญหาอันเกิดจากการหมิ่นประมาท

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นจึงสามารถสรุปได้ว่า การกำหนดความผิดอาญาฐานหมิ่นประมาทนี้ไม่สอดคล้องกับหลักภัยอันตรายแต่อย่างใด อีกทั้งเป็นมาตรการทางกฎหมายที่ไม่ได้ทำให้สิทธิเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น และสิทธิในเกียรติยศชื่อเสียงตามปฏิญญา AHRD ข้อ ๒๓ และ ๒๑ เกิดความสมดุล

^{๒๖} ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา ๘๔ ผู้ใดก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดไม่ว่าด้วยการใช้ บังคับ ชูเชิญ จ้าง วานหรือยุยงส่งเสริม หรือด้วยวิธีอื่นใด ผู้นั้นเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด

^{๒๗} ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา ๘๐ เมื่อการกระทำใดอันเป็นกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท ให้ใช้กฎหมายบทที่มีโทษหนักที่สุดลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด



แต่อย่างไรก็ตามเพราะเป็นการปิดกั้นการแสดงความคิดเห็นโดยสมบูรณ์ และให้ความคุ้มครองแก่เกียรติยศชื่อเสียงอย่างเด็ดขาดเกินสัดส่วนด้วยโทษจำคุกที่ตีตราความเป็นอาชญากร ในขณะที่กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดนั้นสามารถรักษาความสมดุลของสิทธิทั้ง ๒ ประการไว้ได้ด้วยมาตรการการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

๔.๒ พิจารณาจากหลักนิติเศรษฐศาสตร์

การวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมในการกำหนดความผิดอาญาฐานหมิ่นประมาทโดยพิจารณาจากหลักนิติเศรษฐศาสตร์ (economic analysis law) นั้น เป็นการให้ความสำคัญกับ “ความคุ้มค่า” ในการดำเนินคดีอาญา กล่าวคือ พิจารณาว่าการดำเนินคดีอาญาฐานความผิดดังกล่าวมีต้นทุนและผลประโยชน์ (cost and benefit) ต่อผู้เสียหาย หรือสังคมมาก-น้อยเพียงใด

ทั้งนี้เนื่องจากความผิดฐานหมิ่นประมาทเป็นความผิดต่อส่วนตัว ที่ผู้เสียหายสามารถเริ่มคดีได้ด้วยการร้องทุกข์ ซึ่งเมื่อผู้เสียหายได้ทำการร้องทุกข์แล้วก็ไม่มีหน้าที่ใดๆอีกต่อไป มีเพียงหน้าที่ในคดีอาญาที่ต้องไปให้การต่อพนักงานสอบสวน และไปเบิกความในชั้นศาล หน้าที่ในการสอบสวนข้อเท็จจริง รวบรวมพยานหลักฐาน วิเคราะห์การกระทำ รวมทั้งตัดสินใจฟ้องร้องดำเนินคดีก็อยู่กับหน่วยงานของรัฐซึ่งได้แก่พนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ ดังนั้น เมื่อพิจารณาเบื้องต้นแล้วจะพบว่า ต้นทุนของผู้เสียหายในการดำเนินคดีอาญาฐานหมิ่นประมาทจึงมีอยู่เพียงเล็กน้อย ซึ่งต้นทุนนั้นอาจประกอบด้วย ค่าใช้จ่ายในการรวบรวมพยานหลักฐานเฉพาะเพื่อการพิสูจน์จำนวนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการหมิ่นประมาท และค่าเสียโอกาส (opportunity cost) เช่น ค่าเสียเวลาไปให้การและเบิกความเท่านั้น^{๒๘}

จะเห็นได้ว่ากรณีดังกล่าวนี้ ประโยชน์ที่ได้รับกลับมาจากการดำเนินคดีมีเพียงแต่ประโยชน์ส่วนตัวของผู้ถูกหมิ่นประมาทเท่านั้น สังคมไม่ได้ประโยชน์อันใดจากการที่รัฐให้ความคุ้มครองแก่เกียรติยศชื่อเสียงของบุคคลคนหนึ่ง กล่าวคือ ประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินคดีเป็นเพียงประโยชน์ของเอกชน (private interest) รายใดรายหนึ่งเพียงเท่านั้น ในขณะที่ต้นทุนของการดำเนินคดีนี้รัฐได้นำมาจากภาษีของประชาชนที่ได้จ่ายให้แก่รัฐเพื่อใช้ในการดำเนินงานด้านกระบวนการยุติธรรมที่ควรจะนำไปใช้เพื่อประโยชน์มหาชน (public interest) ดังนั้น การดำเนินคดีอาญาในความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้นจึงไม่มีความคุ้มค่าแต่อย่างใดเพราะเป็นการสร้างต้นทุนแก่สังคมเพื่อประโยชน์ของเอกชนรายใดรายหนึ่ง

ในทางกลับกันหากการหมิ่นประมาทมีผลทางกฎหมายเพียงแต่ความรับผิดทางแพ่งแล้วกรณีจะเกิดผลเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ ต้นทุนของผู้เสียหายมีอยู่มาก เพราะผู้เสียหายที่ฟ้องคดีแพ่งต้องเสียค่าขึ้นศาล รวมทั้ง ค่าธรรมเนียมอื่นๆ ค่าจ้างทนายความ ค่าติดตามพยานเพื่อพิสูจน์ความผิดและพิสูจน์ค่าเสียหาย และค่าเสียโอกาส^{๒๙} ทั้งนี้คดีแพ่งนั้นเป็นเรื่องข้อพิพาทระหว่างเอกชน รัฐจึงไม่มีหน้าที่ที่จะดำเนินการสืบสวนสอบสวน หรือรวบรวมพยานหลักฐานมาให้แก่คู่ความแต่อย่างใด เงินภาษีของประชาชนจึงได้รับการสงวนไว้เพื่อใช้กับความผิดอาญาที่กระทบกระเทือนต่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง

กรณีดังกล่าวนี้จะเห็นว่าภาระค่าใช้จ่ายในทางแพ่งนั้นเข้ามาถ่วงดุลสิทธิในเกียรติยศชื่อเสียงเอาไว้ และเป็นเกราะคุ้มกันให้แก่สิทธิเสรีภาพในการความคิดเห็น เพราะการดำเนินคดีกับผู้แสดงความเห็นนั้นต้องแลกมาด้วยต้นทุนจากผู้ฟ้องคดีเสียทั้งหมด หากประโยชน์ที่ได้จากการเยียวยาความเสียหายในสิทธิ

^{๒๘} สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ, โครงการการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์ รายงานฉบับสมบูรณ์ เล่มที่ ๓ เรื่อง ,แนวทางยกเลิกกฎหมายอาญาในเช็คและหมิ่นประมาท, เสนอกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), น. ๗๐-๗๑.

^{๒๙} เฟิงอ้วง, น.๗๖



เกียรติยศชื่อเสียงน้อยกว่าต้นทุนทางกระบวนการยุติธรรมที่ตนต้องเสียไปแล้ว ผู้ถูกพาดพิงก็ยอมไม่ดำเนินคดีกับกรณีดังกล่าว เพราะไม่มีความคุ้มค่านั่นเอง

เมื่อพิจารณาความเหมาะสมในการกำหนดความผิดอาญาจากหลักการดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า มาตรการทางอาญาที่นำมาใช้ดำเนินคดีกับการกระทำความผิดอันเป็นการหมิ่นประมาทบุคคลอื่นนั้นไม่ได้ส่งผลให้สิทธิเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น และสิทธิในเกียรติยศชื่อเสียงมีความสมดุลมากขึ้นสมดังเจตนารมณ์ของปฏิญญา AHRD ข้อ ๒๓ และ ๒๑ แต่อย่างใด จึงถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการ “SLAPP” อยู่หลายครั้งหลายครา ตรงกันข้ามกับมาตรการทางแพ่งที่ไม่ว่าจะนำหลักภัยอันตราย หรือหลักนิติเศรษฐศาสตร์มาใช้ในการวิเคราะห์ที่สะท้อนถึงการปรับสมดุลของสิทธิทั้ง ๒ ประการทั้งสิ้น

ดังนั้น ด้วยเหตุผลที่ได้กล่าวข้างต้น ประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งหลายจึงควรยกเลิกความผิดอาญารัฐธรรมนูญหมิ่นประมาทภายในรัฐตนเองเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น และสิทธิในเกียรติยศชื่อเสียง และส่งผลให้ประชาชนมีความกล้าที่จะนำเสนอข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขององค์กรของภาครัฐและเอกชนในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เพื่อเสริมสร้างความมั่นคงให้กับประชาคมอาเซียน

๕. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เมื่อประชาคมอาเซียนได้มีการให้ความสำคัญกับประเด็นปัญหาเรื่องสิทธิมนุษยชน การนำเสนอข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต่างๆที่เกิดขึ้นในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้จึงมีผลกระทบต่อความสมดุลของสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น และสิทธิในเกียรติยศชื่อเสียงซึ่งได้รับความคุ้มครองตามปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอาเซียน อย่างไรก็ตามเนื่องจากปรากฏว่าประเทศสมาชิกส่วนใหญ่ได้กำหนดความผิดอาญารัฐธรรมนูญหมิ่นประมาทไว้ในระบบกฎหมาย กรณีดังกล่าวจึงส่งผลให้เกิดการนำกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นเครื่องมือในการใช้ปิดกั้นการแสดงออกถึงข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์แก่สาธารณะแต่ส่งผลกระทบต่อตนเอง (SLAPP) ด้วยเหตุนี้จึงต้องมีการทบทวนถึงความเหมาะสมในการกำหนดความผิดอาญารัฐธรรมนูญหมิ่นประมาทในรัฐสมาชิกอาเซียน ซึ่งจากการศึกษาพบว่าความผิดอาญารัฐธรรมนูญหมิ่นประมาทนั้นไม่สอดคล้องกับแนวคิดและทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญาแต่อย่างใด และนอกจากนี้ยังสร้างต้นทุนทางสังคมให้แก่รัฐโดยไม่สร้างประโยชน์ให้แก่สาธารณะอีกด้วย ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรยกเลิกความผิดอาญารัฐธรรมนูญหมิ่นประมาทแล้วคงเหลือไว้เฉพาะแต่มาตรการทางแพ่งเท่านั้น