

บทที่ 4

วิเคราะห์หลักเกณฑ์การนำมาตรการเปิดเผยข้อมูลมาบังคับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ของมาตรการเปิดเผยข้อมูลซึ่งได้กล่าวถึงในบทที่แล้ว เห็นได้ว่า มาตรการดังกล่าวมีประโยชน์ต่อประชาชนหลายประการ ประการแรก การที่ประชาชนทราบ ข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศมีส่วนช่วยเจ้าหน้าที่ตำรวจในการสอดส่องการกระทำผิดใน ชุมชน เมื่อประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมย่อมเป็นผลให้ผู้กระทำผิดทางเพศไม่สามารถหลบหลีกจาก การถูกติดตามความเคลื่อนไหวได้ นอกจากนั้น การที่ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมยังทำให้เกิดผลในเชิงยับยั้งการกระทำผิดความผิดด้วย กล่าวคือ ผู้กระทำผิดไม่กล้าที่จะก่อคดีขึ้นอีกเพราะเชื่อว่าตนเองมี โอกาสอย่างสูงที่จะถูกติดตามจับกุมได้ ทั้งการที่ประชาชนได้ทราบข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทาง เพศยังเป็นการช่วยป้องกันการกระทำผิดทางเพศก่อนที่ความผิดจะเกิดขึ้น แทนที่จะเป็นการติดตาม ผู้กระทำผิดหลังจากความผิดเกิดขึ้นแล้ว เพราะประชาชนสามารถปรับพฤติกรรมเพื่อลดความเสี่ยง ที่จะตกเป็นเหยื่อของผู้กระทำผิดทางเพศดังกล่าว อนึ่ง การเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทาง เพศยังทำให้ชุมชนรู้สึกอุ่นใจมากขึ้นแทนที่จะรู้สึกสิ้นหวังเพราะไม่ทราบว่าผู้ใดเป็นผู้กระทำผิด บ้าง¹ อย่างไรก็ดี การที่จะพิจารณาความเหมาะสมที่จะนำมาบังคับใช้ในประเทศไทยนั้น ต้องไม่ พิจารณาเฉพาะในส่วนที่เป็นประโยชน์ของมาตรการเพียงด้านเดียว แต่จำเป็นต้องพิจารณาถึงข้อจำกัด ในทางกฎหมายและส่วนที่เป็นข้อบกพร่องของมาตรการดังกล่าวประกอบด้วยเพื่อการวิเคราะห์ ความเหมาะสมในการนำมาบังคับใช้ได้อย่างถูกต้องเหมาะสมและเป็นประโยชน์แก่ประชาชนมาก ที่สุด ซึ่งในส่วนของการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศนั้นมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับ ประเด็นในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมในการนำมาบังคับใช้ ดังนี้

4.1 ความขัดแย้งต่อสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 กับ มาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศ

เนื่องด้วยมาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศทำให้ประชาชนได้รับทราบ ข้อมูลว่าผู้เป็นเจ้าของข้อมูลเคยกระทำความผิดทางเพศมาก่อน ทั้งยังมีการเปิดเผยข้อมูลส่วนตัวของ ผู้กระทำผิดอีกหลายเรื่อง เช่น ชื่อ ที่อยู่ เป็นต้น จึงมีผู้เห็นว่ามาตรการดังกล่าวอาจกระทบต่อหลัก ในรัฐธรรมนูญหรือสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในบางเรื่อง ซึ่งได้แก่ หลักศักดิ์ศรีความเป็น มนุษย์และสิทธิในความเป็นส่วนตัว กรณีจึงจำเป็นต้องพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวขัดแย้งต่อหลักใน รัฐธรรมนูญหรือสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ เพราะบทบัญญัติใดที่ขัดแย้งต่อหลักหรือสิทธิ

¹ Abril R. Bedarf, "Examining Sex Offender Community Notification Laws," *California Law Review*

ดังกล่าวย่อมไม่อาจนำมาใช้บังคับได้ ดังที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 6 ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

4.1.1 สักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 4 มีผู้คิดว่ามาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศมีลักษณะเป็นการประจานให้ผู้กระทำผิดเกิดความอับอาย อันอาจกระทบต่อคุณค่าของผู้กระทำผิดที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ ซึ่งเรียกว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่ ทั้งนี้ หลักเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้เพิ่งมีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 เป็นครั้งแรก โดยคำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้แปลมาจากคำว่า Human Dignity หรือ Dignity of man แนวคิดในรัฐธรรมนูญที่รับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้ ได้รับอิทธิพลจากรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 1 ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งซึ่งมิอาจลบไล้งได้ การเคารพและปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ถือเป็นหน้าที่ที่ผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายจะต้องคำนึงถึง”²

ในส่วนของประเทศไทยนั้น ได้มีการบัญญัติหลักเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ซึ่งได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 4 ดังนี้

“มาตรา 4 สักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”

นอกจากนั้นยังได้มีการบัญญัติขยายความเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เพิ่มเติมในมาตรา 26 และ 28 ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 26 การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

“มาตรา 28 บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาล หรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้”

อย่างไรก็ดี เนื่องด้วยในปี 2550 มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งในส่วนของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับหลักเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในบางมาตรา กล่าวคือในส่วนของบทบัญญัติมาตรา 26 นั้นยังคงถ้อยคำต่างๆ ไว้เช่นเดิม แต่ในส่วนของมาตรา 4 และมาตรา 28 นั้น ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมดังนี้

²มานิตย์ จุมปา, ถ้อยคำบรรยายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(พ.ศ.2540)รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 พร้อมข้อเสนอสำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(พ.ศ.2550), พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2549), หน้า

“มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง”³

“มาตรา 28 บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรง หากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้วให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจากรัฐในการใช้สิทธิตามความในหมวดนี้”⁴

จะเห็นได้ว่า ในส่วนของบทบัญญัติมาตรา 4 นั้น ได้มีการเพิ่มเติมคำว่าความเสมอภาคเข้าไป ซึ่งมีผลเป็นการรับรองในเรื่องความเสมอภาคโดยชัดแจ้งยิ่งขึ้น และในส่วนของบทบัญญัติมาตรา 28 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม โดยได้ขยายความในเรื่องการใช้สิทธิทางศาลว่าประชาชนซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้สามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรง นอกจากนั้นยังได้บัญญัติเพิ่มเติมด้วยว่าหากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพไว้แล้วประชาชนก็ต้องใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติไว้ ท้ายสุด ได้มีการเพิ่มเติมถ้อยคำด้วยว่าบุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจากรัฐในการใช้สิทธิตามความในหมวดนี้

อนึ่ง นักวิชาการในส่วนที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญได้มีการให้นิยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ดังนี้

Klaus Stern ได้ให้ความหมายไว้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หมายถึง คุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะและเป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัยหรือคุณสมบัติอื่นๆ ของบุคคลนั้น⁵

³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 4.

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 28.

⁵ วนิตา ไชยชนตรติ, ข้อความคิดเกี่ยวกับมาตรการควบคุมผู้ต้องขังกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net เก็บ 4 พ.ศ. 2547 (กทม. ; สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548), หน้า 88.

รองศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้ให้ข้อมูลในเรื่องนี้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ไม่ใช่เรื่องของความจนความรวย ไม่ใช่เรื่องสภาพของสังคม แต่เป็นเรื่องของสิ่งที่มีอยู่ติดตัวมนุษย์ทุกคน⁶

อนึ่ง จากการพิจารณาความหมายของคำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่นักวิชาการกล่าวไว้ข้างต้นและจากการพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญทั้งฉบับเดิมคือฉบับปี พ.ศ.2540 และฉบับปัจจุบันคือ พ.ศ.2550 นั้น ปรากฏว่ายังไม่มีความชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้ทราบว่าการนำมาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศมาบังคับใช้จะถือว่าขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่ ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงได้ดำเนินการสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมาย โดยผู้ทรงคุณวุฒิแต่ละท่านได้ให้ความเห็นไว้ดังนี้

รองศาสตราจารย์วีระพงษ์ บุญโญภาส อาจารย์คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ให้ความเห็นว่า การที่จะถือว่ามาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่ นั้น จะต้องทำการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิของผู้กระทำผิดทางเพศกับประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับ ซึ่งในส่วนของอาจารย์มองว่าเมื่อชั่งน้ำหนักแล้วพบว่าประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับมีสูงกว่า จึงไม่ถือว่าเป็นเรื่องขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แต่ประการใด

ท่านกฤษณ์ พลวัน อัยการอาวุโส สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด เห็นว่า การนำมาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศสามารถกระทำได้โดยไม่ถือว่าขัดต่อหลักศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์หากใช้วิธีการที่มีลักษณะปกปิด

อาจารย์ณรงค์เดช สรุ โฉมิต อาจารย์คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีความเห็นว่า หากเป็นการเปิดเผยพฤติการณ์ของผู้กระทำผิดทางเพศ โดยไม่ได้เปิดเผยตัวตนของผู้กระทำผิดก็ไม่ถือว่าเป็นเรื่องที่ขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่ถ้าเป็นการเปิดเผยตัวตนของผู้กระทำผิดให้ชุมชนได้รับทราบก็ต้องถือว่าขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เว้นแต่การเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศดังกล่าว ได้ดำเนินการ โดยมีการประเมินความเสี่ยงที่จะกระทำผิดซ้ำของผู้กระทำผิดดังกล่าวหรือเป็นการเปิดเผยเพราะมีพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่าสมควรต้องเปิดเผยข้อมูลของผู้กระทำผิด เช่น หลังจากที่ได้รับการปล่อยตัวแล้วผู้กระทำผิดพยายามติดตามเฝ้าดูผู้หญิงในชุมชน

รองศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ อาจารย์คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ให้ความเห็นว่า มาตรการดังกล่าวขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยมองว่ามนุษย์แต่ละคนควรได้รับการคุ้มครอง การกระทำผิดของเขาในอดีตเมื่อได้ชดใช้ตามกฎหมายของบ้านเมืองไปแล้วนี้ก็ควรถือว่าให้ยุติไป ไม่ควรนำการกระทำผิดในอดีตมาใช้ในทางที่เป็นผลร้ายกับ

⁶ เรื่องเดียวกัน.

ผู้กระทำผิดอีก และแม้ว่าการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศดังกล่าวจะกระทำโดยวิธีการที่ปกปิดก็ต้องถือว่าขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อยู่นั่นเอง เพราะถือว่าเกิดผลกระทบต่อชื่อเสียงและศักดิ์ศรีศรีความเป็นมนุษย์ของผู้นั้นแล้วเนื่องจากมีประชาชนบางส่วนได้รับทราบข้อมูลในทางลบของผู้กระทำผิดดังกล่าวแล้ว

จากการพิจารณาความเห็นของนักวิชาการท่านต่างๆจะเห็นได้ว่า มีทั้งผู้ที่เห็นว่ามาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในขณะที่บางท่านเห็นว่ามาตรการดังกล่าวจะไม่ขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ต่อเมื่อใช้วิธีการเปิดเผยข้อมูลในลักษณะที่ปกปิด

อนึ่ง ด้วยความเคารพในความเห็นตามที่กล่าวมาข้างต้น ในส่วนของผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่ามาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศไม่ขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เนื่องจากผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่ากรณีที่จะถือว่าการกระทำดังกล่าวขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ต้องเป็นกรณีที่ปฏิบัติต่อผู้หนึ่งผู้ใดเสมือนผู้นั้นไม่ใช่มนุษย์ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือต้องเป็นกรณีที่ปฏิบัติต่อผู้หนึ่งผู้ใดเสมือนผู้นั้นเป็นสัตว์หรือสิ่งของ เช่น การโยนอาหารลงพื้นแล้วให้ผู้นั้นใช้ลิ้นเลียเอาจากพื้น หรือการนำเชือกมาคล้องคอผู้ใดผู้หนึ่งแล้วจึงผู้นั้นเสมือนเป็นสัตว์เลี้ยง เพราะการปฏิบัติเช่นนี้เป็นการกระทำต่อผู้อื่นเสมือนหนึ่งผู้นั้นเป็นสัตว์ แต่เมื่อพิจารณามาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศจะเห็นได้ว่าไม่มีลักษณะดังที่กล่าวมาแต่ประการใด

4.1.2 สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

มาตรา 35

สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นสิทธิอีกประการหนึ่งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 35 ซึ่งสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว หมายถึงสถานะที่บุคคลจะรอดพ้นจากการสังเกตการรู้เห็น การสืบความลับ การรบกวนต่างๆและมีความสันโดษ โดยไม่ติดต่อดังสัมพันธ์กับสังคมก็คือมีการดำรงชีวิตอย่างเป็นอิสระ มีการพัฒนาบุคลิกลักษณะตามที่ต้องการ มีสิทธิที่จะแสวงหาความสุขในชีวิตตามวิถีทางที่อาจเป็นไปได้และเป็นความพอใจของเขาตราบเท่าที่ความสนุกสนานนั้นไม่ล่วงเกินสิทธิของผู้อื่น หรือขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน^๗ ในการที่เจ้าหน้าที่เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศนั้น นอกจากการเปิดเผยว่าบุคคลดังกล่าวเคยกระทำความผิดแล้ว เจ้าหน้าที่ยัง

^๗ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(พ.ศ.2540) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2549 พร้อมข้อเสนอสำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(พ.ศ.2550), หน้า 151.

^๘ เรื่องเดียวกัน, หน้า 173.

ต้องเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเรื่องอื่นๆ เช่น ชื่อ, ที่อยู่, รูปพรรณสัณฐาน, ยานพาหนะที่ผู้กระทำผิด ใช้อยู่ ซึ่งเป็นเรื่องที่วิญญูชนทั่วไปถือเป็นเรื่องส่วนตัวที่ไม่ประสงค์ให้บุคคลอื่นๆรับรู้ จึงทำให้เกิดข้อพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้กระทำผิดหรือไม่

ทั้งนี้ ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่ามาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศแม้กระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวอยู่บ้าง แต่ต้องยอมรับว่ารัฐไม่สามารถคุ้มครองหรือให้ความปลอดภัยแก่ประชาชนทุกคนได้ ดังนั้น รัฐจึงควรแสวงหามาตรการที่ให้ประชาชนมีส่วนในการปกป้องตนเอง ซึ่งมาตรการที่เหมาะสมที่สุดคือการให้ประชาชนได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศเพื่อระมัดระวังตนเมื่อต้องพบกับผู้กระทำผิดดังกล่าว ทั้งในการบังคับใช้มาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศนั้น ไม่ได้ใช้บังคับกับผู้กระทำผิดทางเพศทุกราย แต่มุ่งหมายที่จะใช้บังคับกับผู้กระทำผิดทางเพศที่กระทำผิดซ้ำแล้วซ้ำอีกหรือกระทำผิดต่อเหยื่อหลายราย ซึ่งเป็นผู้กระทำผิดที่มีลักษณะเป็นอันตรายและสังคมพึงระวังพฤติกรรมของผู้นั้น ทั้งจะเห็นได้ว่าประเทศที่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพอย่างมากดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา ก็มีการนำมาตรการเปิดเผยข้อมูลไปบังคับใช้เพื่อป้องกันภัยจากผู้กระทำผิดทางเพศ ด้วยเหตุนี้จึงเห็นว่ามาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศมีความเหมาะสมที่จะนำมาบังคับใช้ในประเทศไทยได้

4.2 ความรับผิดชอบทางอาญารัฐประมาทกับมาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศ

เนื่องด้วยในการนำมาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศมาบังคับใช้ในประเทศไทยนั้นผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่าเจ้าหน้าที่ที่ควรทำหน้าที่เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศคือ เจ้าพนักงานตำรวจ เนื่องจากเป็นหน่วยงานที่รวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศไว้อย่างครบถ้วนที่สุด และเนื่องด้วยการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศมีลักษณะเป็นการเปิดเผยข้อมูลในทางลบของผู้กระทำผิดอันอาจทำให้ผู้ได้รับทราบข้อมูลรู้สึกดูหมิ่นหรือเกลียดชังผู้กระทำผิด อันอาจทำให้เจ้าพนักงานตำรวจที่ทำหน้าที่เปิดเผยข้อมูลต้องรับผิดชอบในทางอาญารัฐประมาทได้ ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าหากนำมาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศมาบังคับใช้ในประเทศไทย โดยกำหนดให้เจ้าพนักงานตำรวจเป็นผู้เปิดเผยข้อมูลนั้น จะเป็นผลให้เจ้าพนักงานตำรวจดังกล่าวต้องรับผิดชอบในทางอาญารัฐประมาทหรือไม่ ทั้งนี้ในการพิจารณาดังกล่าวจำเป็นต้องพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาในส่วนของบทบัญญัติในเรื่องหมิ่นประมาทเสียก่อน โดยในส่วนของรายละเอียดในเรื่องความรับผิดทางอาญารัฐประมาทนั้นมีสาระสำคัญดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานหมิ่นประมาทไว้ใน มาตรา 326 โดยบัญญัติว่า

“ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ซึ่งอาจแยกองค์ประกอบความผิดได้เป็น ดังนี้

1. ผู้ใด

“ผู้กระทำ” คือมนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่ได้จำกัดว่าจะเป็นใคร⁹

2. ใส่ความ

คำว่า “ใส่ความ” มีความหมายต่างกับที่เข้าใจกันอยู่ตามธรรมดาสามัญ คือ ไม่ได้หมายความว่า จะต้องเป็นการใส่ร้าย แต่หมายถึงการกล่าวยืนยันข้อเท็จจริงถึงบุคคลอื่น จะเท็จหรือจริงก็เป็น การใส่ความทั้งนั้น แต่จะเป็นการกล่าวยืนยันข้อเท็จจริงและเป็นการใส่ความได้จะต้องเป็น เหตุการณ์หรือกรณีที่เกิดขึ้นในอดีตหรือปัจจุบัน คือ ต้องได้มีอยู่หรือเกิดอยู่แล้วหรือกำลังมีหรือ กำลังเกิดอยู่ ส่วนข้อความในอนาคตหรือกำลังจะมีหรือกำลังจะเกิดอยู่นั้น เป็นแต่คำทำนาย เช่น ถ้า เราพูดว่าอีก 10 ปี ก.จะเป็นผู้ร้ายเช่นนี้ ไม่ใช่เป็นการใส่ความเพราะเป็นเหตุการณ์ในอนาคต อย่างไรก็ตามก็ตีเหตุการณ์ในอนาคตในเวลาเดียวกันอาจอนุมานให้เห็นเหตุการณ์ในปัจจุบันได้ เช่น คำพูดที่ว่าพุ่มนี้นาย ก. จะปล้นทรัพย์ ย่อมอนุมานให้เห็นว่า แม้ในปัจจุบันนาย ก. ก็ได้มีเจตนาจะ ปล้นทรัพย์อยู่แล้ว ฉะนั้นการว่านาย ก. มีเจตนาปล้นทรัพย์จึงเป็นการใส่ความได้ ข้อเท็จจริงอันจะ ถือว่าเป็นการใส่ความนี้ อาจเป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏภายนอก เช่น การตีศีรษะหรือความประพฤติด คนเป็นโจร หรืออาจเป็นข้อเท็จจริงภายใน คือที่เกี่ยวกับจิตใจ เช่น นิสัยใจคอหยาบซ่า มีจิตใจทุจริต หรืออาจเป็นสภาพของร่างกาย เช่น โรคภัยไข้เจ็บที่สังคมรังเกียจ เช่นเป็นโรคเรื้อนก็ได้¹⁰ การใส่ ความนี้จะเป็นการกระทำโดยกล่าวด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษรหรือโดยประการอื่น เช่น เขียนรูป การ์ตูนก็ไม่สำคัญ ข้อสำคัญอยู่ที่ว่าบุคคลอื่นสามารถทราบความหมายของการใส่ความได้¹¹

3. ผู้อื่น

“ผู้อื่น” หรือผู้เสียหายในการหมิ่นประมาท อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ แต่ ต้องเป็นบุคคลที่เจาะจงตัวได้ ถ้าหมิ่นประมาทบุคคลหลายคนที่ไม่ใช่ขณะที่ประกอบขึ้นเป็นนิติ บุคคลทำให้เข้าใจไม่ได้ว่ากล่าวถึงใคร โดยเฉพาะ ก็ไม่มีผู้เสียหาย เช่น กล่าวหาแพทย์ใจทรามใน โรงพยาบาลศิริราช ไม่รู้ว่าแพทย์คนไหน ไม่เป็นหมิ่นประมาท หรือกล่าวถึงบุคคลบางคนในพรรค ประชาธิปัตย์ กล่าวหาคนทั้งหมดว่าเป็นคอมมิวนิสต์ ดังนี้ ยังไม่เป็นการหมิ่นประมาทผู้อื่น อย่างไรก็ตาม ถ้าการกล่าวถึงกลุ่มบุคคล แต่เข้าใจได้ว่าหมายถึงทุกๆคนในกลุ่มนั้นก็เป็นการผิดได้

⁹ คณิศ ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2545), หน้า 133.

¹⁰ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 244.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 245.

เช่น ว่าพระทั้งวัดซึ่งมีอยู่เพียง 6 รูป ว่านายความเมืองร้อยเอ็ด ซึ่งมีเพียง 10 คน เป็นหมิ่นประมาททุกคนในกลุ่มนั้นได้¹²

4. ต่อบุคคลที่สาม

หมายความว่า การใส่ความผู้อื่นที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 326 นี้จะต้องเป็นการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม เช่น ก. บอก ข. ว่า ค. เป็นโจร เป็นต้น ถ้าเป็นการใส่ความต่อผู้เสียหายเองไม่เป็นการผิดตามมาตรา 326 นี้ แต่อาจเป็นความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้า ตามมาตรา 393 บุคคลที่สามนี้เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้¹³

5. โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง

การใส่ความผู้อื่นที่จะถือได้ว่า โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังนั้นจะต้องพิจารณาจากความรู้สึกรวมของปวงชนธรรมดาทั่วไป¹⁴

“ชื่อเสียง” คำว่าชื่อเสียงของบุคคลนี้ไม่มีอะไรจะวัดได้ว่าแคไหนเพียงใดจึงจะเรียกว่าเสียชื่อเสียง ฉะนั้นจึงจำเป็นต้องวัดด้วยคำ หรือราคาที่มนุษย์ทุกคนมีอยู่ต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกันในทางด้านจิตใจ ด้านศีลธรรมและด้านสังคม ว่าการใส่ความนั้น ทำให้ชื่อเสียงหมดไปหรือลดน้อยถอยลงจากปกติธรรมดาของบุคคลแต่ละคนนั้นหรือไม่ เช่นมีผู้กล่าวว่า ก. เป็นซู้กับ ข. ภรรยาของ ค. ดังนี้ ถ้าเทียบ ก. กับสินค้านั้นๆจะเห็นได้ว่า ก. หรือสินค้านั้นเสื่อมค่าหรือราคาลงทันที เพราะการกระทำของ ก. ผิดต่อศีลธรรม ในทางสังคมก็ไม่มีใครจะคบค้าสมาคมด้วย ย่อมทำให้ความเคารพนับถือของผู้อื่นที่เคยเคารพนับถือในด้านจิตใจลดน้อยถอยลงทันที¹⁵

“ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง” นั้นหมายความว่าความรู้สึกรวมของบุคคลอื่นที่น่าจะดูหมิ่นหรือเกลียดชังต่อผู้ที่ถูกใส่ความนั้น ทั้งนี้โดยพิจารณาถึงข้อความที่ถูกใส่ความว่า ข้อความดังกล่าวน่าจะถูกผู้อื่นดูหมิ่นหรือเกลียดชังได้หรือไม่ และเอาความรู้สึกนึกคิดของบุคคลธรรมดาทั่วไปเป็นเครื่องวัดความรู้สึกนึกคิดนั้น(ฎีกาที่ 256/2509)เมื่อพิจารณาข้อความที่ถูกใส่ความวัดกับความรู้สึกนึกคิดของบุคคลแล้ว ถ้าเห็นว่าข้อความใส่ความนั้นน่าจะถูกบุคคลดูหมิ่นหรือเกลียดชังเขาแล้ว ข้อความนั้นก็เป็นการใส่ความหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 นี้¹⁶

อนึ่ง หากเจ้าหน้าที่ใช้วิธีเปิดเผยข้อมูลในลักษณะที่เป็นการ โฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียง หรือสิ่ง

¹² ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2548), หน้า 103.

¹³ บุญเพราะ แสงเทียน, กฎหมายอาญา 3 (ภาคความผิดและโทษ) แนวประยุกต์ (กรุงเทพฯ : วิทยุพัฒน์, 2543), หน้า 194.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 195.

¹⁵ สุปิ่น พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญาภาค 2-3 ความผิด-โทษมาตรา 276 ถึงมาตรา 398 ประกอบด้วยคำพิพากษาฎีกาพ.ศ.2500 ถึงพ.ศ.2535 (กรุงเทพฯ : โฉมดีการพิมพ์, 2537), หน้า 331.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน.

บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำโดยการกระจายเสียงหรือการกระจายภาพ หรือ โดยการกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น เจ้าหน้าที่อาจต้องรับโทษเพิ่มขึ้น กล่าวคือ ต้องรับโทษ จำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท¹⁷

อย่างไรก็ดี ในบางกรณีผู้กล่าวข้อความที่เข้าลักษณะองค์ประกอบความผิดที่กล่าวมา ข้างต้น ก็อาจได้รับการยกเว้นความผิดหรือได้รับการยกเว้นโทษได้หากเข้าเงื่อนไขที่กำหนด ทั้งนี้ คำว่ายกเว้นความผิด หมายถึง การกระทำความผิดกล่าวไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย ส่วนคำว่าได้รับการ ยกเว้นโทษ หมายถึง การกระทำความผิดเป็นความผิดตามกฎหมายแต่ไม่ต้องรับโทษ

ทั้งนี้ในส่วนของข้อยกเว้นความผิดนั้น มีดังต่อไปนี้

(1) ข้อยกเว้นตามกฎหมายอื่นที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะหรือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่ง แบ่งเป็น¹⁸

(1.1) การกระทำเป็นการขอด้วยกฎหมาย ซึ่งต้องพิจารณาตามกฎหมายในเรื่อง เหล่านั้นเป็นกรณีไป เช่น การกระทำของเจ้าพนักงานต่างๆ ถ้าอยู่ในขอบอำนาจหรือหน้าที่แม้จะ รู้ว่าข้อความที่แสดงออกเป็นหมิ่นประมาท ก็ไม่เป็นความผิด เช่น พนักงานสอบสวน อาจต้อง บันทึกถ้อยคำอันเป็นหมิ่นประมาทไว้และเปิดเผยถ้อยคำนั้นตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องอาศัย มาตรา 329(2) ซึ่งจำกัดเฉพาะกระทำโดยสุจริต พนักงาน โทรเลขคงต้องส่งโทรเลขตามหน้าที่ ทั้งที่ คนรู้ว่ามีข้อความหมิ่นประมาทบุรุษ ไปรษณีย์อาจต้องส่งจดหมายที่รู้ว่ามีข้อความหมิ่นประมาท ต่อไปตามหน้าที่อันไม่เป็นกรณีที่ห้ามมาตรา 329(2) ได้ โดยคนมิใช่แสดงความเห็นหรือข้อความ อันใดเลย แต่ก็เป็นการกระทำที่เป็นหน้าที่ต้องทำตามกฎหมาย ไม่เป็นความผิด

(1.2) เอกสิทธิเค็ดขาดตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งคุ้มครองสมาชิกสภาใดสภาหนึ่งแห่ง รัฐสภาผู้กล่าวถ้อยคำใดๆ ในการแถลงข้อเท็จจริงหรือแสดงความคิดเห็นในที่ประชุมสภา หรือออก เสียงลงคะแนน ผู้ใดจะนำไปเป็นเหตุฟ้องร้องว่ากล่าวสมาชิกผู้นั้นในทางใดมิได้ เอกสิทธิเค็ดขาด นี้คุ้มครองโฆษณารายงานการประชุม โดยคำสั่งของรัฐสภา ตลอดจนผู้ถ่ายทอดการประชุมสภาทาง วิทยุกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ที่ได้รับอนุญาต กรรมการที่รัฐสภาแต่งตั้งเพื่อกระทำกิจการหรือ พิจารณาสอบสวนเรื่องในวงงานของรัฐสภา ตลอดถึงผู้ที่กรรมการเรียกมาแถลงข้อเท็จจริงหรือ แสดงความคิดเห็นต่อกรรมการและรัฐมนตรีในที่ประชุมรัฐสภาด้วย

(1.3) พระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ.2484 มาตรา 48 ผู้ประพันธ์ บรรณาธิการ ต้องรับ ผิดเป็นตุลาการในความผิดที่เกิดขึ้นด้วยการ โฆษณาสิ่งพิมพ์และหนังสือพิมพ์ ถ้าไม่ได้ตัวผู้ประพันธ์ ให้เอาโทษแก่ผู้พิมพ์เป็นตุลาการ ส่วนผู้โฆษณาก็น่าจะยังคงรับผิดอยู่โดยตรงตามกฎหมายทั่วไป มาตรา 41 บัญญัติว่า “หนังสือพิมพ์ใดโฆษณาเรื่องเกี่ยวกับบุคคลใดคลาดเคลื่อนจากความจริง และ

¹⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 328.

¹⁸ จิตติ ดิงศกัทธิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : กฤษฎาพรินติงกรุ๊ป จำกัด 2539), หน้า 2201-2206.

อาจจะเกิดความเสียหายแก่บุคคลนั้น บุคคลนั้นอาจแจ้งเป็นหนังสือขอให้บรรณาธิการหนังสือพิมพ์นั้นแก้ไข หรือลงพิมพ์หนังสือซึ่งแก้หรือปฏิเสธเรื่องนั้น” ทั้งนี้ เมื่อได้แก้หรือลงพิมพ์หนังสือซึ่งแก้หรือปฏิเสธเรื่องที่ว่านี้โดยถูกต้องแล้ว สิทธิในการฟ้องของบุคคลผู้ขอแก้ทั้งทางแพ่งและทางอาญาเป็นระงับลง ซึ่งคงระงับลงสำหรับตัวบุคคลทุกคนที่มีความผิดในการโฆษณาเรื่องนั้น

(1.4) ความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นข้อยกเว้นความผิดฐานหมิ่นประมาท เมื่อผู้ใดยินยอมให้ผู้อื่นกล่าวข้อความอันใดแล้ว ก็จะถือว่าเป็นการนำจะเสียหายแก่ผู้ใดไม่ได้ ก. เขียนหนังสือว่า ส. บุตรีผู้เยาว์ของ อ. ประพฤติชั่วได้เสียกับชายมาแล้ว 3 คน ไม่เป็นการหมิ่นประมาท อ. ในส่วนที่เกี่ยวกับ ส. ก็ปรากฏว่า ส. ยินยอมให้เขียนและโฆษณาเพื่อให้ อ. ตัดอาลัยในการที่ ส. ตาม ก. ไป จะมาฟ้องเอาผิดฐานนี้ไม่ได้

(2) ข้อยกเว้นความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329
ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 บัญญัติว่า “ผู้ใดแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริต

(1) เพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลอง
ธรรม

(2) ในฐานะเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติการตามหน้าที่

(3) ดิชมด้วยความเป็นธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งใดอันเป็นวิสัยของประชาชนย่อม
กระทำ หรือ

(4) ในการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรมเรื่องการดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือใน
การประชุม
ผู้นั้นไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 นี้เป็นบทบัญญัติที่ยกเว้นความรับผิด กล่าวคือ แม้ว่าการกระทำของผู้นั้นจะเข้าองค์ประกอบความผิดฐานหมิ่น ประมาท แต่ผู้นั้นก็ไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาทแต่ประการใด โดยผู้กระทำที่จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 329 นี้ต้องได้ความว่าได้แสดงความคิดเห็นหรือข้อความดังกล่าวโดยสุจริต ซึ่งหมายความว่า ผู้กระทำกล่าวโดยเชื่อว่าเป็นความจริง และเชื่อว่าการกล่าวตามเหตุผลที่กฎหมายระบุยกเว้นความผิดแม้จะกล่าวโดยเข้าใจผิด ถ้ากล่าวโดยเชื่อว่าเป็นจริงเป็นสิ่งที่ตนเข้าใจก็เป็นการกล่าวโดยสุจริต ถ้ากล่าวโดยรู้ว่าเป็นความเท็จ หรือว่าไม่มีความชอบธรรมตามที่กฎหมายยกเว้นให้กล่าวได้ ก็ไม่สุจริต จะอ้างความ

คุ้มครองตามมาตรา¹⁹ ไม่ได้¹⁹ นอกจากนั้น ผู้กระทำได้กระทำโดยเข้าเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้²⁰

(2.1) เพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม

คำว่า “เพื่อความชอบธรรม” หมายความว่ากระทำโดยมีมูลเหตุซึ้งใจที่จะแสดงว่าผู้กล่าวเป็นฝ่ายถูก เช่น มีผู้กล่าวหาว่าเรลักทรัพย์ เราอาจกล่าวได้ว่าควรสงสัยนาย ก. มากกว่าเรา เพราะขณะที่เราออกจากห้องที่เก็บทรัพย์ นาย ก. ก็อยู่ที่นั่น ถ้าเราเอาทรัพย์ออกไปจริง นาย ก. ก็คงห้ามปราม แต่ก็ไม่ปรากฏว่านาย ก. ได้ห้ามปรามไม่ให้เราเอาทรัพย์ออกแต่ประการใด ทรัพย์นั้นใหญ่โตมาก ถ้าเราเอาไป นาย ก.คงจะเห็น ซึ่งเป็นกรยอมรับว่าเราไม่ได้เอาทรัพย์นั้นไป ส่วนนาย ก.เป็นผู้ที่อยู่กับทรัพย์แต่ผู้เดียว ภายหลังที่เราออกจากห้องไปแล้ว จึงน่าสงสัยนาย ก. มากกว่าสงสัยเรา คำพูดของเราดังกล่าวนี้ความจริงเป็นการหมิ่นประมาทนาย ก. ตามมาตรา 326 แต่เมื่อเรากล่าวเพื่อความชอบธรรม คือแสดงว่าเราเป็นฝ่ายถูก เราก็มีอำนาจกล่าวได้

คำว่า “เพื่อป้องกันตน” ไม่หมายถึงกับต้องเข้าองค์ประกอบการป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 68 แต่หมายถึงเพื่อป้องกันตนให้พ้นอันตรายในทางต่างๆ เช่น เราสงสัยว่านาย ก. จะทำร้ายเรา เราอาจบอกแก่คนในบ้านเราว่า ถ้านาย ก. เข้ามาในบ้านให้ช่วยกันระวัง เพราะเราได้ทราบชื่อนาย ก. จะทำร้ายเรา แม้คำพูดของเราจะทำให้ นาย ก. เสียชื่อเสียง อนุมาตรา¹⁹ ก็ให้อำนาจแก่เราที่จะกล่าวได้ เพราะเราจำต้องกล่าวเพื่อป้องกันตนเอง การกล่าวเพื่อป้องกันตนในที่นี้เราย่อมกล่าวได้ แม้ภัยอันตรายจะอยู่ห่างไกล

คำว่า “เพื่อป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามทำนองคลองธรรม” นั้นคำว่า “ส่วนได้เสีย” หมายถึงส่วนได้เสียทุกวิถีทาง เช่น ทางเศรษฐกิจ ทางชื่อเสียง ฯลฯ คำว่า “คลองธรรม” หมายถึงชอบด้วยศีลธรรมและวัฒนธรรม ไม่หมายถึงกับจะต้องเป็นประโยชน์ได้เสียที่กฎหมายรับรอง ตัวอย่างเราทราบว่ามีผู้ฟ้องนาย ก. ล้มละลาย เราอาจเรียกลูกจ้างของเรามาสั่งว่า อย่ายอมให้นาย ก. ซื้อเชื่อของจากร้านของเราอีกต่อไป เพราะนาย ก. จวนจะล้มละลายอยู่แล้ว คำกล่าวเช่นนี้เรามีอำนาจกล่าวได้ แม้จะทำให้ นาย ก. น่าจะเสียชื่อเสียง

(2.2) ในฐานะเป็นเจ้าของงานปฏิบัติการตามหน้าที่

อนุมาตรา(2) ให้อำนาจเจ้าพนักงานซึ่งปฏิบัติการตามหน้าที่แสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริต อนุมาตรา¹⁹ มีไว้เพื่อให้ราชการดำเนินไปด้วยดี และคุ้มครองเจ้าพนักงานกล่าวคือ ถ้าเป็นการกล่าวข้อความตามหน้าที่แล้ว เจ้าพนักงานก็มีอำนาจกล่าวได้โดยสุจริต แม้จะทำ

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2214- 2215.

²⁰ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3, หน้า 251-253.

ให้ผู้ถูกกล่าวหาอาจเสียชีวิตหรืออาจถูกคุมขัง หรืออาจถูกเกลียดชังก็ตาม แต่ทั้งนี้ต้องกล่าวใน
ฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานนั้นๆ

(2.3) ดิชมด้วยความเป็นธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งใดอันเป็นวิสัยของประชาชนย่อม
กระทำ

อนุมาตรา(3)เป็นการให้อำนาจบุคคลให้ดิชมด้วยความเป็นธรรมซึ่งบุคคลหรือสิ่งใด
อันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ ทั้งนี้หมายถึงการวิพากษ์วิจารณ์โดยเที่ยงธรรม ชีวิตของ
บุคคลใดเป็นที่สนใจแก่ประชาชนมาก เช่น เพราะเป็นนักการเมือง ผู้แสดงภาพยนตร์ ตัวละคร หรือ
นักประพันธ์ก็เป็นวิสัยประชาชนที่จะวิพากษ์วิจารณ์มาก เช่นคนคู่ละครอาจวิพากษ์วิจารณ์ว่าตัว
ละครแสดงไม่ดี เกือบเงิน คนอ่านหนังสืออาจวิจารณ์ว่านักประพันธ์แต่งไม่ถึงขนาด อนุมาตรานี้ให้
อำนาจให้กล่าวได้เพียงเท่าที่ประชาชนดิชมกันอยู่โดยปกติ

(2.4) ในการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรมเรื่องการดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือใน
การประชุม

อนุมาตรา(4) ให้อำนาจที่จะกล่าวได้ ถ้าได้กระทำในการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรม
เรื่องการดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือในการประชุม ทั้งนี้เพราะข้อความนั้นได้เปิดเผยมาแล้ว
และเป็นวิสัยของบุคคลที่จะถือว่าสิ่งที่เปิดเผยมาแล้วเขาย่อมพูดต่อไปได้ เช่นคนไปฟังพยานให้การ
ในศาล ก็ย่อมนำมาเล่าให้เพื่อนฝูงฟังต่อไปได้ว่า พยานได้ให้การว่าอย่างไร แต่ทั้งนี้ต้องเป็นการ
แสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริตดังกล่าวแล้วข้างต้น

(3) ข้อยกเว้นความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 331

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 331 บัญญัติว่า “คู่ความ หรือทนายความของคู่ความ ซึ่ง
แสดงความคิดเห็น หรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาล เพื่อประโยชน์แก่คดีของตน ไม่มี
ความผิดฐานหมิ่นประมาท”

บทบัญญัติตามมาตรา 331 นี้ถือเป็นข้อยกเว้นความผิด กล่าวคือ ถึงแม้ผู้กระทำจะ
กระทำในลักษณะที่เข้าองค์ประกอบตามมาตรา 326 ก็ไม่ถือว่าเป็นความผิด ข้อยกเว้นความผิดตาม
มาตรานี้ ใช้เฉพาะคู่ความหรือทนายความของคู่ความเท่านั้น คู่ความคือบุคคลผู้ยื่นคำฟ้องหรือถูก
ฟ้องต่อศาล รวมทั้งบุคคลผู้มีสิทธิกระทำการแทนบุคคลนั้นๆตามกฎหมาย ในการดำเนินกระบวนการ
พิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1(11) แต่ไม่รวมถึงพยานที่เบิกความต่อ
ศาล²¹

²¹ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานคร
จำกัด, 2539), หน้า 2250.

ศาลหาความถึงองค์การของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ทางตุลาการที่จะวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ไม่หาความถึงองค์การฝ่ายบริหาร แม้จะมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทด้วยก็ตาม เช่น คณะกรรมการต่างๆที่มีกฎหมายตั้งขึ้นเพื่อประโยชน์ทางฝ่ายบริหาร นายอำเภอเปรียบเทียบบคคิไม่ใช่ศาล ศาลจึงหาความถึงศาลยุติธรรมหรือผู้พิพากษาที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคคิแพ่งหรือทำการเกี่ยวกับคคิอาญา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(1)²²

การกล่าวข้อความต้องกล่าวในกระบวนการพิจารณาคคิ เช่น การกระทำตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1(7) ไม่ว่าจะเป็ในชั้นใด เป็ต้นว่า ชั้นอุทธรณ์ฎีกา ชั้นได้สวนก่อนหรือภายหลังการพิพากษา หรือในชั้นบังคับคคิ แต่ไม่หาความถึงการกระทำในชั้นที่เป็อำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานศาลสำหรับเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็เป็แต่เจ้าพนักงานของศาลตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 139 ไม่ถือว่าการพิจารณาคคิล้มละลายเป็การพิจารณาฝ่ายตุลาการ ดังพระราชบัญญัติเดิมฉบับ ร.ศ. 130 มาตรา 6 วรรค 8 การพิจารณาคคิตามปกติทำในศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 35 แต่ก็อาจพิจารณาที่อื่นได้ตามความจำเป็น หรือตามความสมควรตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 229 หรือแม้แต่ไปเดินเผชิญสืบพยานในคคิอาญาตามมาตรา 230 ก็เป็กระบวนการพิจารณาคคิในศาล คำว่า “ในศาล” จึงอาจหาความถึงกรณีที่ศาลทำการพิจารณาคคินอกศาลด้วย มิได้หาความในแง่สถานที่ตามปกติของศาลโดยเฉพาะ²³

คำกล่าวแสดงความคิดเห็นหรือข้อความต้องกล่าวเพื่อประโยชน์แก่คคิของคน จะเป็กล่าวในคำฟ้อง คำให้การคำคัดค้านคำขอเป็ผู้จัดการมรดก คำแถลงการณ์ คำฟ้องอุทธรณ์ฎีกาหรือกล่าวด้วยวาจาในการแถลง หรือถามพยานก็ไม่สำคัญ แต่ต้องเป็การกล่าวเพื่อประโยชน์แก่คคิ มิใช่กล่าวนอกเรื่องนอกประเด็นตั้งใจให้ผู้ใดได้รับความอับอายต่อประชาชน²⁴

อนึ่ง นอกจากข้อยกเว้นความผิดตามที่กล่าวมาแล้ว ในส่วนของประมวลกฎหมายอาญายังมีการกำหนดข้อยกเว้นโทษสำหรับการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทไว้ด้วย ซึ่งบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 330 โดยบัญญัติว่า

“ในกรณีหมิ่นประมาท ถ้าผู้ถูกหาว่ากระทำความผิด พิสูจน์ได้ว่าข้อที่หาว่าเป็นหมิ่นประมาทนั้นเป็ความจริง ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

แต่ห้ามไม่ให้พิสูจน์ ถ้าข้อที่หาว่าเป็นหมิ่นประมาทนั้นเป็การใส่ความในเรื่องส่วนตัว และการพิสูจน์จะไม่เป็ประโยชน์แก่ประชาชน”

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 2251.

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2251-2252.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2252-2253.

ข้อยกเว้นตาม มาตรา 330 นี้ถือเป็นข้อยกเว้นโทษที่ผู้กระทำจะต้องได้รับ กล่าวคือ การกระทำของบุคคลดังกล่าวถือว่ามีความผิดฐานหมิ่นประมาทแต่ไม่ต้องรับโทษ การยกเว้นโทษจะมีได้ เมื่อผู้ถูกหาว่ากระทำความผิดจะต้องขอพิสูจน์ความจริงต่อศาลและศาลต้องยอมให้พิสูจน์ ถ้าไม่ ต้องด้วยข้อห้าม 2 ประการคือ เป็นเรื่องส่วนตัวและไม่เป็นประโยชน์แก่ประชาชน ดังนั้น ถ้าการใส่ ความนั้นไม่ใช่เรื่องส่วนตัว ย่อมไม่ต้องห้ามในการพิสูจน์ความจริงหรือแม้เป็นเรื่องส่วนตัวแต่ถ้า การพิสูจน์ความจริงจะเป็นประโยชน์แก่ประชาชนก็ไม่ต้องห้ามในการพิสูจน์ความจริง เพื่อให้ศาล ยกเว้นโทษ เช่นกล่าวว่าพระเจ้าหลานวงศ์ที่ห้องวิปัสสนาแม้จะเป็นเรื่องส่วนตัว ถ้าพิสูจน์ความจริง ได้จะเป็นประโยชน์แก่ประชาชน ได้รับยกเว้นโทษ กล่าวเกี่ยวกับการทุจริตประพฤตินิชอบ ไม่ใช่ เรื่องส่วนตัว นำสืบความจริงได้เพราะเป็นประโยชน์แก่ประชาชน กล่าวว่าการควบคุมบ่อนหรือรีดไถ รับสินบน นำสืบความจริงได้ แต่เป็นเรื่องส่วนตัว เช่น ลงรูปถ่ายและประกาศจับโจทก์ในหน้า หนังสือพิมพ์ฐานยกยอก ทั้งๆที่รู้ว่า โจทก์รับราชการ มีที่อยู่แน่นอน นำจับได้ง่าย เป็นเรื่องส่วนตัว และการพิสูจน์ไม่เป็นประโยชน์แก่ประชาชน แก่ตัวไม่ได้²⁵

ทั้งนี้ จากการวิเคราะห์ของผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่า การที่เจ้าพนักงานตำรวจเปิดเผยข้อมูล เกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศ ไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นการ กระทำภายในขอบอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติไว้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ(1.1) โดยเป็น การกระทำภายในขอบอำนาจหน้าที่ที่พ.ร.บ.ตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 มาตรา 6(3)และ6(4) บัญญัติ ไว้ว่าสำนักงานตำรวจแห่งชาติมีอำนาจในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดทางอาญา และมีอำนาจในการรักษา ความปลอดภัยของประชาชน ซึ่งจะเห็นได้ว่าการที่เจ้าพนักงานตำรวจ เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศนั้นเป็นการกระทำเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำ ความผิดทางอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6(3) เพราะการเปิดเผยข้อมูลช่วยให้ประชาชนทราบว่า ผู้ใดมีลักษณะที่เป็นอันตรายต่อสังคมซึ่งควรต้องระมัดระวังตัวเมื่อพบกับผู้นั้น ทั้งยังมีส่วนช่วย ปราบปรามการกระทำความผิดทางอาญาอีกด้วย เพราะการเปิดเผยข้อมูลช่วยให้ประชาชนที่ รับทราบข้อมูลเข้ามาเป็นหูเป็นตาในการสอดส่องพฤติกรรมของผู้กระทำผิดดังกล่าวและสามารถ แจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบเพื่อติดตามจับกุมได้ทันทั่วทั้งหากผู้นั้นกระทำความผิดขึ้นอีก นอกจากนั้น การการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศยังเป็นการกระทำเพื่อรักษาความปลอดภัยของ ประชาชนตามที่บัญญัติในมาตรา 6(4)เพราะการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศจะมีผล เป็นการกระตุ้นให้ประชาชนที่ได้รับทราบระมัดระวังตนเองเพื่อมิให้ได้รับภัยอันตรายจากกากระทำ ผิดทางเพศดังกล่าว ด้วยเหตุที่กล่าวมาจึงเห็นได้ว่า หากนำมาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำ ผิดทางเพศมาบังคับใช้ในประเทศโดยกำหนดให้เจ้าพนักงานตำรวจเป็นผู้เปิดเผยข้อมูลแล้ว เจ้า พนักงานตำรวจก็ไม่ต้องรับผิดทางอาญาฐานหมิ่นประมาทแต่ประการใด

²⁵ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *ก่าอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลโทษ*, หน้า 110.

4.3 คุณพินิจที่จะไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล ตาม พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540 กับมาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศ

เนื่องด้วยผู้ทำวิทยานิพนธ์มีความเห็นว่าหน้าที่เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศ ข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศในกรณีที่น่ามาบังคับใช้ในประเทศไทยควรเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจเนื่องจากเป็นหน่วยงานที่รวบรวมข้อมูลของผู้กระทำผิดทางเพศไว้ครบถ้วนที่สุด แต่เนื่องด้วยข้อมูลที่อยู่ในความครอบครองของสำนักงานตำรวจแห่งชาติอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ด้วยเหตุดังกล่าว จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศนั้นเป็นข้อมูลที่สามารถเปิดเผยได้ตาม พ.ร.บ.ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540 หรือไม่

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ได้กำหนดประเภทของข้อมูลข่าวสารที่หน่วยงานของรัฐต้องเปิดเผยให้ประชาชนได้รับทราบ ซึ่งแบ่งเป็น

(1) ข้อมูลที่หน่วยงานของรัฐต้องส่งไปลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งได้แก่²⁶

- (1.1) โครงสร้างและการจัดองค์กร ในการดำเนินงาน
- (1.2) สรุปรายงานหน้าที่ที่สำคัญและวิธีการดำเนินงาน
- (1.3) สถานที่ติดต่อเพื่อขอรับข้อมูลข่าวสารหรือคำแนะนำในการติดต่อกับหน่วยงาน

ของรัฐ

(1.4) กฎ มติคณะรัฐมนตรี ข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน ระเบียบแบบแผน นโยบาย หรือการตีความ ทั้งนี้ เฉพาะที่จัดให้มีขึ้น โดยมีสภาพอย่างกฎ เพื่อให้มีผลเป็นการทั่วไปต่อเอกชนที่เกี่ยวข้อง

(1.5) ข้อมูลอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนด

(2) ข้อมูลที่หน่วยงานของรัฐต้องจัดไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจดูได้ ซึ่งได้แก่²⁷

(2.1) ผลการพิจารณาหรือคำวินิจฉัยที่มีผลโดยตรงต่อเอกชน รวมทั้งความเห็นแย้งและคำสั่งที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาวินิจฉัยดังกล่าว

(2.2) นโยบายหรือการตีความที่ไม่เข้าข่ายต้องลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษามาตรา

7(4)

(2.3) แผนงาน โครงการ และงบประมาณรายจ่ายประจำปีของปีที่กำลังดำเนินการ

(2.4) คู่มือหรือคำสั่งเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีผลกระทบถึงสิทธิ

หน้าที่ของเอกชน

(2.5) สิ่งพิมพ์ที่ได้มีการอ้างอิงถึงตามมาตรา 7 วรรคสอง

²⁶ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 7.

²⁷ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 9.

(2.6) สัญญาสัมปทาน สัญญาที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอนหรือสัญญาร่วมทุนกับเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ

(2.7) มติคณะรัฐมนตรี หรือมติคณะกรรมการที่แต่งตั้งโดยกฎหมายหรือโดยมติคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ ให้ระบุรายชื่อรายงานทางวิชาการ รายงานข้อเท็จจริงหรือข้อมูลข่าวสารที่นำมาใช้ในการพิจารณาไว้ด้วย

(2.8) ข้อมูลข่าวสารอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนด

ทั้งนี้ ในการเปิดเผยข้อมูลตาม(2)นี้ต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 14 และมาตรา 15 ทั้งจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด

อนึ่ง นอกจาก พ.ร.บ.ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540 ได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องเปิดเผยข้อมูลบางประเภทตามที่กล่าวมาแล้ว พ.ร.บ.ดังกล่าวยังได้กำหนดข้อยกเว้นที่ไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารไว้ในมาตรา 15 ซึ่งข้อยกเว้นนี้เป็นการให้หน่วยงานของรัฐมีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะวินิจฉัยว่าข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองเรื่องใดที่จะปิดไว้เป็นความลับได้²⁸ โดยในส่วนของมาตรา 15 กำหนดว่าข้อมูลต่อไปนี้เป็นหน้าที่อาจไม่เปิดเผยก็ได้²⁹

(1) การเปิดเผยจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจ หรือการคลังของประเทศ

ความมั่นคงของรัฐนั้นมีความหมายแตกต่างจากคำว่า การมีเสถียรภาพของรัฐบาล เช่น ข้อมูลข่าวสารบางอย่างเมื่อเปิดเผยไปแล้ว แม้อาจมีผลให้มีการตรวจสอบการทำงานของรัฐบาล หรือคณะรัฐมนตรีชุดปัจจุบัน หรือเป็นผลให้มีการเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลในรัฐสภาก็ตาม ก็อาจไม่ใช่เรื่องความมั่นคงของรัฐ เพราะความมั่นคงของรัฐนั้นเน้นในเรื่องของสถาบันรัฐหรือประโยชน์ของประเทศ ไม่ใช่ประโยชน์ของกลุ่มบุคคลที่ได้รับเลือกมาเป็นรัฐมนตรีหรือเป็นรัฐบาลในแต่ละสมัย เนื่องจากประโยชน์ของรัฐมนตรีแต่ละคนหรือของคณะรัฐมนตรีชุดนั้น อาจไม่สอดคล้องกับประโยชน์ของประเทศชาติหรือความมั่นคงของประเทศก็ได้

(2) การเปิดเผยจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเสื่อมประสิทธิภาพหรือไม่อาจสำเร็จตามวัตถุประสงค์

กล่าวคือ รัฐจะต้องมีอำนาจในการเก็บความลับหรือไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารต่อบุคคลที่ก่ออาชญากรรมหรือจะละเมิดกฎหมายได้

(3) ความเห็นหรือคำแนะนำภายในหน่วยงานของรัฐ

ในการทำงานของหน่วยงานของรัฐก่อนที่จะมีการตัดสินใจ หรือวินิจฉัยดำเนินการใดๆลงไป ย่อมต้องมีการหารือภายในหน่วยงาน ซึ่งในขณะที่ยังไม่เป็นที่ยุติ อาจมีความไม่ครบถ้วนหรือ

²⁸ จาคู อภิชาติบุตร, เอกสารวิชาการส่วนบุคคลเรื่อง การปฏิบัติตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540 ของหน่วยงานของรัฐ, หน้า 12.

²⁹ ฤทัย หงส์ศิริและคณะ, คำอธิบายกฎหมายข้อมูลข่าวสารของทางราชการ (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2542), หน้า 55-74.

ขาดครบพร้อม ซึ่งผู้ที่แสดงความคิดเห็นในตอนต้นอาจเปลี่ยนแปลงความคิดเห็นหรือการตัดสินใจของตนเองได้ เมื่อได้ฟังความคิดเห็นของผู้อื่นหรือมีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมในการตัดสินใจ ดังนั้น เพื่อให้เจ้าหน้าที่มีอิสระในการแสดงความคิดเห็นอย่างเต็มที่ และอาจเปลี่ยนแปลงความคิดเห็นของตนในระหว่างที่พิจารณาหรือจัดทำเรื่องดังกล่าว รวมตลอดทั้งไม่ถูกกดดันจากบุคคลภายนอก กฎหมายจึงให้หน่วยงานของรัฐอาจปฏิเสธไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวต่อประชาชน

(4) การเปิดเผยจะก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือความปลอดภัย

ในกรณีที่ข้อมูลข่าวสารใด หากเปิดเผยออกไปจะก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือความปลอดภัยของบุคคลหนึ่งบุคคลใด หน่วยงานของรัฐไม่ต้องเปิดเผย เช่น สถานที่อยู่ของพยานสำคัญในคดีอาญาที่อยู่ในความครอบครองของตำรวจ เป็นต้น ในการปฏิเสธไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการมักมีการหยิบยกข้อยกเว้นนี้ขึ้นอ้างบ่อยครั้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการขอข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับสำนวนการสอบสวนข้อเท็จจริงหรือสำนวนการสอบสวนคดีวินัย

(5) รายงานการแพทย์หรือข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลซึ่งการเปิดเผยจะเป็นการรุกรานสิทธิส่วนบุคคลโดยไม่สมควร

สำหรับข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับรายงานการแพทย์ หรือข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลซึ่งการเปิดเผยจะเป็นการรุกรานสิทธิส่วนบุคคลโดยไม่สมควร หน่วยงานของรัฐจะเปิดเผยไม่ได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล ข้อมูลข่าวสารในอนุมาตรานี้ก็คือ ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลทั้งหมด ซึ่งรวมถึงรายงานการแพทย์ด้วยอยู่แล้ว นอกจากนั้น ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลก็รวมถึงข้อมูลข่าวสารดังต่อไปนี้ด้วย เช่น ประวัติข้าราชการของส่วนราชการต่างๆที่บันทึกไว้ตามแบบ ก.พ.7 ประวัติอาชญากรรมที่เก็บไว้ที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ข้อมูลทะเบียนประวัติราษฎร เช่น ข้อมูลตัวบุคคลเกี่ยวกับที่อยู่ สถานะการสมรส วุฒิการศึกษา เป็นต้น ดังนั้น หากข้อมูลข่าวสารที่ขออนุญาตเป็นข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล หรือมีข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลรวมอยู่ด้วยเจ้าหน้าที่ก็อาจจะปฏิเสธไม่ให้ข้อมูลข่าวสารนั้นหรืออาจจะลบหรือตัดทอนข้อมูลข่าวสารนั้น

(6) ข้อมูลข่าวสารที่มีกฎหมายคุ้มครองไม่ให้เปิดเผย หรือข้อมูลข่าวสารที่มีผู้ให้มาโดยไม่ประสงค์ให้ทางการนำไปเปิดเผยต่อผู้อื่น

ในกรณีที่ข้อมูลข่าวสารนั้นมีกฎหมายคุ้มครองไม่ให้เปิดเผย หน่วยงานของรัฐก็อาจจะไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้น ซึ่งในปัจจุบันได้มีกฎหมายได้บัญญัติคุ้มครองไม่ให้เจ้าหน้าที่เปิดเผยไว้หลายฉบับ เช่น

- ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 21 ห้ามเจ้าหน้าที่เปิดเผยรายละเอียดในการขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ก่อนที่อธิบดีจะสั่งให้ประกาศโฆษณาคำขอนั้นได้

- ตามพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ.2534 มาตรา 17 ข้อมูลทะเบียนประวัติราษฎรต้องถือเป็นความลับและให้นายทะเบียนเป็นผู้เก็บรักษาและใช้เพื่อการปฏิบัติตามที่ได้

บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้เท่านั้น ห้ามมิให้ผู้ใดเปิดเผยข้อความหรือตัวเลขนั้นแก่บุคคลใดๆซึ่งไม่มีหน้าที่ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้หรือแก่สาธารณชน เว้นแต่ผู้มีส่วนได้เสียขอทราบเกี่ยวกับสถานภาพทางครอบครัวของผู้ที่ตนจะมีนิติสัมพันธ์ด้วย หรือเมื่อมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์แก่การสถิติหรือเพื่อประโยชน์แก่การรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือการดำเนินคดีและการพิจารณาคดี หรือการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย และไม่ว่ากรณีใด จะนำข้อมูลทะเบียนประวัติราษฎร ไปใช้เป็นหลักฐานที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของข้อมูลมิได้

- ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 10 เจ้าพนักงานผู้ใด โดยหน้าที่ราชการตามลักษณะนี้ได้รู้เรื่องกิจการของผู้เสียภาษีอากร หรือของผู้อื่นที่เกี่ยวข้อง ห้ามมิให้นำออกแจ้งแก่ผู้ใดหรือยังให้ทราบกันไปโดยวิธีใด เว้นแต่จะมีอำนาจที่จะทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

(7) กรณีอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

ในอนาคตอาจมีกรณีที่พิจารณาแล้วเห็นว่า ควรยกเว้น ไม่ต้องเปิดเผยข้อมูลข่าวสารประเภทใดอีก ซึ่งสามารถกระทำได้โดยเพียงการตราพระราชกฤษฎีกา ไม่ต้องแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540 นี้

ทั้งนี้ จากการพิจารณาจะเห็นได้ว่าข้อมูลที่จะถูกเปิดเผยตามกระบวนการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศอันได้แก่ ข้อมูลเกี่ยวกับชื่อ, ที่อยู่, รูปพรรณสัณฐานของผู้นั้นตลอดจนประวัติเกี่ยวกับการกระทำผิดของผู้นั้น มีลักษณะเป็นข้อมูลส่วนบุคคลตาม พ.ร.บ.ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540 จึงเป็นผลให้ในปัจจุบันเจ้าพนักงานตำรวจสามารถใช้ดุลพินิจที่จะเปิดเผยข้อมูลหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 15(5) พ.ร.บ.ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 และนอกจากข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศจะอยู่ในบังคับมาตรา 15(5) ที่กล่าวมาแล้ว ยังต้องอยู่ในบังคับของมาตรา 24 ของ พ.ร.บ.ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540 อีกด้วย ซึ่งมาตรา 24 บัญญัติว่า หน่วยงานของรัฐจะเปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่อยู่ในความควบคุมดูแลของตนต่อหน่วยงานของรัฐแห่งอื่นหรือผู้อื่น โดยปราศจากความยินยอมเป็นหนังสือของเจ้าของข้อมูลที่ให้ไว้ล่วงหน้าหรือในขณะนั้นมีได้ เว้นแต่เป็นการเปิดเผยดังต่อไปนี้

(1) ต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานของตนเพื่อการนำไปใช้ตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้น

(2) เป็นการใช้ข้อมูลตามปกติภายในวัตถุประสงค์ของการจัดให้มีระบบข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลนั้น

(3) ต่อหน่วยงานของรัฐที่ทำงานด้านการวางแผนหรือการสถิติหรือสำมะโนต่างๆ ซึ่งมีหน้าที่ต้องรักษาข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลไว้ไม่ให้เปิดเผยต่อไปยังผู้อื่น

(4) เป็นการให้เพื่อประโยชน์ในการศึกษาวิจัยโดยไม่ระบุชื่อหรือส่วนที่ทำให้รู้ว่าเป็นข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับบุคคลใด

- (5) ต่อหोजคหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง เพื่อการตรวจคุณค่าในการเก็บรักษา
- (6) ต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อการป้องกันการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย การสืบสวน การสอบสวน หรือการฟ้องคดี ไม่ว่าจะเป็นคดีประเภทใดก็ตาม
- (7) เป็นการให้ซึ่งจำเป็นเพื่อการป้องกันหรือระงับอันตรายต่อชีวิตหรือสุขภาพของบุคคล
- (8) ต่อศาล และเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะขอข้อเท็จจริงดังกล่าว
- (9) กรณีอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

จากการพิจารณาจะเห็นได้ว่า พ.ร.บ.ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540 ไม่ได้ห้ามมิให้เจ้าพนักงานตำรวจเปิดเผยข้อมูลของผู้กระทำความผิดทางเพศ ดังจะเห็นได้จากมาตรา 15(5) พ.ร.บ.ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540 ให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจที่จะเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใดผู้หนึ่งที่เจ้าหน้าที่ดังกล่าวมีอยู่ในความครอบครองได้ อย่างไรก็ตาม การนำมาตราการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดทางเพศมาบังคับใช้ในประเทศไทยอาจมีข้อติดขัดบางประการ กล่าวคือ มาตรา 24 ของ พ.ร.บ.ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ.2540 ได้บัญญัติว่าหน่วยงานของรัฐจะเปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่อยู่ในความควบคุมดูแลของตนต่อหน่วยงานของรัฐแห่งอื่นหรือผู้อื่น โดยปราศจากความยินยอมเป็นหนังสือของเจ้าของข้อมูลที่ให้ไว้ล่วงหน้าหรือในขณะนั้นมิได้ อันเป็นผลให้เจ้าพนักงานตำรวจไม่สามารถเปิดเผยข้อมูลของผู้กระทำความผิดทางเพศที่ไม่ยินยอมให้เปิดเผยข้อมูลได้ กระนั้นก็ดี ในส่วนของปัญหาข้อนี้เห็นว่าอาจแก้ไขได้ด้วยการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 24 พ.ร.บ.ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ โดยบัญญัติยกเว้นให้กรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดทางเพศซึ่งเป็นผู้ที่ได้กระทำความผิดอย่างร้ายแรงและเป็นอันตรายต่อสังคม และเจ้าพนักงานตำรวจได้เสนอให้อัยการร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งเปิดเผยข้อมูลของผู้นั้น ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้นั้นก่อน ทั้งนี้ ในส่วนของรายละเอียดของการแก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ.ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ มาตรา 24 จะได้กล่าวถึงอีกครั้งในบทที่ 5 ซึ่งเป็นบทสรุปและข้อเสนอแนะ

4.4 ข้อจำกัดของมาตรการเชิงป้องกันสังคมที่บังคับใช้ในประเทศไทย

ในการพิจารณาความเหมาะสมที่จะนำมาตราการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดทางเพศมาบังคับใช้นั้น เรื่องสำคัญอีกเรื่องหนึ่งที่สมควรนำมาพิจารณาคือ มาตรการที่บังคับใช้อยู่ในประเทศไทยนั้นเพียงพอที่จะจัดการกับปัญหาการข่มขืนกระทำชำเราแล้วหรือไม่ เพราะถ้าหาก มาตรการที่มีอยู่มีประสิทธิภาพที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องนำมาตราการเปิดเผยข้อมูล

เกี่ยวกับผู้กระทำความผิดทางเพศมาบังคับใช้อีก ทั้งนี้ ในส่วนของประเทศไทยได้มีการกำหนดมาตรการเชิงป้องกันสังคมขึ้นมาบังคับใช้เช่นกัน ได้แก่ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และการเพิ่มโทษ

4.4.1 วิธีการเพื่อความปลอดภัย

วิธีการเพื่อความปลอดภัยนี้เป็นมาตรการทางกฎหมายอันหนึ่งซึ่งนำมาใช้เพื่อสนับสนุนการปรับปรุงแก้ไขตัวบุคคลที่มีลักษณะอันตราย เมื่อวิธีการลงโทษทางอาญาไม่ได้ผลเพียงพอ เช่น ผู้กระทำความผิดที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลแต่ยังกระทำการไม่ถึงขั้นผิดกฎหมาย หรือบุคคลวิกลจริตที่ได้รับการปล่อยตัว ซึ่งถ้าปล่อยไว้ภัยอันตรายนั้นอาจเกิดขึ้นได้ หรือกรณีที่การลงโทษมีระยะเวลาสั้นเกินไป ผู้กระทำความผิดยังไม่รู้สึกท้อใจหรือไม่ทันได้มีเวลาอบรม คัดนิสัยผู้ต้องโทษ เพราะวิธีการเพื่อความปลอดภัยไม่ใช่โทษ จึงสามารถนำมาใช้ได้อย่างกว้างขวาง ไม่อยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 2 ในเรื่องกฎหมายย้อนหลัง วิธีการเพื่อความปลอดภัยนี้จึงเป็นวิธีการเพื่อปฏิบัติต่อผู้ที่กระทำความผิดในอนาคต โดยกำหนดวิธีการต่างๆ ไว้หลายประการ เช่น เพื่อป้องกันการกระทำความผิด(มาตรา 40 มาตรา 50) เพื่อคัดนิสัย เพื่อฝึกหัดอาชีพ(มาตรา 40) เพื่อความปลอดภัยของประชาชน (มาตรา 45, 46, 48) และเนื่องจากวิธีการเพื่อความปลอดภัยไม่ใช่โทษ ผู้ถูกใช้วิธีการนี้จึงไม่ถือว่าได้รับโทษ ไม่ถูกตัดสิทธิใดๆของผู้ได้รับโทษ³⁰

ทั้งนี้ วิธีการเพื่อความปลอดภัยของไทย มีดังต่อไปนี้

1. การกักกัน
2. การห้ามเข้าเขตกำหนด
3. การเรียกประกันทัณฑ์บน
4. การคุมตัวไว้ในสถานพยาบาล
5. ห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง

4.4.1.1 การกักกัน

วิธีการเพื่อความปลอดภัยที่เป็นการกักกันนั้นบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 40-43 โดย มาตรา 40 ได้บัญญัตินิยามของการกักกันว่า หมายถึง การควบคุมผู้กระทำความผิด คัดนิสัยไว้ภายในเขตกำหนดเพื่อป้องกันการกระทำความผิด เพื่อคัดนิสัย และเพื่อฝึกหัดอาชีพ

อนึ่ง “ผู้กระทำความผิดคัดนิสัย” คือ ผู้กระทำความผิดที่เป็นอันตรายสำหรับสาธารณชนทั่วไป อันเนื่องมาจากความคุ้นเคยกับการกระทำความผิดกฎหมาย ซึ่งความคุ้นเคยกับการกระทำความผิดของเขานั้นส่วนมากเกิดขึ้นจากการที่เขาได้ประกอบอาชญากรรมตั้งแต่อายุน้อยๆ³¹

ในส่วนของหลักเกณฑ์ของการกักกัน มีดังต่อไปนี้³²

³⁰ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2549), หน้า 408-409.

³¹ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2547), หน้า 404.

1. ผู้นั้นเคยถูกศาลพิพากษาให้กักกันมาแล้ว หรือเคยถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 6 เดือนมาแล้ว ไม่น้อยกว่า 2 ครั้งในความผิดดังต่อไปนี้ คือ

(1) ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 209 ถึง 216
(2) ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 217 ถึง 224

(3) ความผิดเกี่ยวกับเงินตรา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 240-246

(4) ความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 ถึง 286

(5) ความผิดต่อชีวิต ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 288 ถึง 290 มาตรา 292 ถึง 294

(6) ความผิดต่อร่างกาย ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 295 ถึง 299

(7) ความผิดต่อเสรีภาพ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 309 ถึง 320

(8) ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ถึง 340 มาตรา 354 และ 357

2. ผู้นั้นได้กระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่ระบุไว้ใน(1)ถึง(8)อีกภายในเวลา 10 ปี นับแต่วันที่ผู้นั้นได้พ้นจากการกักกันหรือพ้นโทษแล้วแต่กรณี และศาลพิพากษาลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 6 เดือน

3. ความผิดที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำในขณะที่อายุยังไม่เกิน 17 ปี มิให้ถือเป็นความผิดที่จะนำมาพิจารณากักกัน

เมื่อเข้าหลักเกณฑ์ครบถ้วนดังกล่าวแล้วมาตรา 41 วรรคสอง บัญญัติว่า “ศาลอาจถือว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิดคดีนิสสัย และจะพิพากษาให้กักกันมีกำหนดเวลาไม่น้อยกว่าสามปีและไม่เกินสิบปีก็ได้” หมายความว่าผู้ที่อยู่ในข่ายจะถูกกักกันได้ กฎหมายให้ชื่อว่าเป็น “ผู้กระทำความผิดคดีนิสสัย” และให้อยู่ในดุลพินิจของศาลที่จะพิพากษาให้กักกันมีกำหนดเวลาดังแต่ 3 ปีจนถึง 10 ปี³² อนึ่ง การพิพากษาให้กักกันเป็นดุลพินิจของศาล ซึ่งต่างกับการเพิ่มโทษเพราะกระทำความผิดอีกตามมาตรา 92 หรือมาตรา 93 ซึ่งกฎหมายบังคับให้ศาลทำ จะใช้ดุลพินิจไม่ได้³⁴

มาตรา 43 กำหนดให้พนักงานอัยการเท่านั้น ผู้เสียหายจะฟ้องไม่ได้ เนื่องจากวิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นเรื่องของส่วนรวม โดยแท้ การที่จะให้ผู้เสียหายฟ้องคดีได้ด้วยยอมจะไม่ถูกต้อง เหตุนี้ในเรื่องกักกันกฎหมายจึงจำกัดอำนาจฟ้องของผู้เสียหายไว้โดยตรง³⁵

พนักงานอัยการจะขอให้ศาลกักกันมีทางทำให้ 2 วิธีคือ

³² พัทธน์ จักรางกูร, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไปมาตรา 1 ถึงมาตรา 106 ประกอบด้วยคำพิพากษาฎีกาสำคัญ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า 154.

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 155.

³⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ : จีรริชการพิมพ์, 2549), หน้า 898.

³⁵ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 407.

1) ฟ้องขอให้กักกันรวมกันไปในฟ้องคดีอันเป็นมูลให้เกิดอำนาจฟ้องขอให้กักกัน หมายความว่า เมื่อพนักงานอัยการจะฟ้องคดีอาญาแก่จำเลยซึ่งต้องหาว่าได้กระทำความผิดฐานใด ฐานหนึ่ง ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 41(1)-(8) และปรากฏข้อเท็จจริงว่าจำเลยผู้นั้นเคยต้องคำพิพากษา ให้ลงโทษจำคุกในความคิดที่ระบุไว้ในมาตรา 41(1)-(8) ตั้งแต่ 6 เดือนขึ้นไปถึงสองครั้งภายใน 10 ปีนับแต่วันพ้นโทษ หรือผู้นั้นเคยต้องกักกันมาก่อนแล้วครั้งหนึ่ง พนักงานอัยการจะบรรยายมาให้ ฟ้องที่จะยื่น โดยขอให้ศาลพิพากษากักกันจำเลยหลังจากที่จำเลยพ้นโทษในคดีที่ขึ้นฟ้องนี้แล้วก็ได้

2) ฟ้องเป็นคดีกักกันเป็นคดีหนึ่งอีกต่างหาก หมายความว่าพนักงานอัยการเห็นว่าผู้ ต้องโทษตามคำพิพากษาอยู่ในเกณฑ์ที่จะฟ้องขอให้ศาลกักกันได้จึงยื่นฟ้อง และมีคำขอขึ้นมา ต่างหาก ซึ่งต้องทำเป็นคำฟ้อง และมีคำขอท้ายฟ้องด้วย

ทั้งนี้ ในส่วนของการคำนวณระยะเวลา กักกันได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 42 ดังนี้³⁶

1. วันเริ่มกักกัน การคำนวณระยะเวลา กักกัน ให้นับวันที่ศาลพิพากษาเป็นวันเริ่มกักกัน
2. ผู้ต้องกักกันยังรับ โทษจำคุกหรือกักขัง ให้จำคุกหรือกักขังเสียก่อน แล้วจึงนับวันที่ถัด จากวันที่พ้นโทษจำคุกหรือกักขังเป็นวันเริ่มกักกัน

3. ระยะเวลา กักกันและปล่อยตัวผู้ถูกกักกัน มาตรา 42 บัญญัติให้นำบทบัญญัติมาตรา 21 มาใช้บังคับ โดยอนุโลม คือ ให้ปฏิบัติทำนองเดียวกับการนับโทษจำคุกและปล่อยตัวผู้ต้องโทษ จำคุก ดังนี้

ก. ให้นับวันเริ่มกักกันรวมเข้าด้วยเป็นหนึ่งวันและนับหนึ่งวันเต็มโดยไม่คำนึงถึง ชั่วโมง

ข. ระยะเวลา กักกันเป็นจำนวนเดือน ให้นับสามสิบวันเป็นหนึ่งเดือน ถ้าเป็นปีให้ คำนวณตามปีปฏิทินในราชการ

ค. เมื่อมีการกักกันจนครบกำหนดตามคำพิพากษาแล้วให้ปล่อยตัวในวันถัดจากวันที่ ครบกำหนด

อนึ่ง สถานที่กักกัน คือเขตที่กำหนดตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการกักกันตาม ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2510³⁷

³⁶ พิพัฒน์ พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไปมาตรา 1 ถึงมาตรา 106 ประกอบด้วยคำพิพากษาศาลฎีกาสืบค้น, หน้า 158.

³⁷ ณรงค์ โจทย์หาญ, กฎหมายอาญา: ว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2543), หน้า 148.

4.4.1.2 การห้ามเข้าเขตกำหนด

การห้ามเข้าเขตกำหนดนั้นเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยซึ่งบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 44-45 โดยมาตรา 44 ได้บัญญัตินิยามของการห้ามเข้าเขตกำหนดว่า หมายถึง การห้ามมิให้เข้าไปในท้องที่หรือสถานที่ที่กำหนดไว้ในคำพิพากษา

ทั้งนี้ ในการที่จะนำมาตรการห้ามเข้าเขตกำหนดมาบังคับใช้นั้นต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 45 ซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. ศาลพิพากษาให้ลงโทษผู้นั้น กล่าวคือ ศาลจะห้ามเข้าเขตกำหนดได้เฉพาะในกรณีที่ศาลพิพากษาให้ลงโทษ และโทษนั้นต้องเป็นโทษจำคุก ถ้อยคำปรับหรือรอการลงอาญา หรือรอการกำหนดโทษไม่ได้ เพราะมาตรา 45 ระบุว่า “ศาลอาจสั่งในคำพิพากษาว่า เมื่อผู้นั้นพ้นโทษตามคำพิพากษาแล้ว” ซึ่งคำว่า “พ้นโทษ” ในที่นี้หมายถึงโทษที่ศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกถ้าเป็นโทษชนิดอื่นแล้ว ศาลสั่งไม่ได้³⁸

2. ศาลเห็นสมควรเพื่อความปลอดภัยของประชาชน ไม่ว่าโจทก์จะได้มีคำขอมาหรือไม่

3. ศาลอาจสั่งในคำพิพากษานั้นเองว่า เมื่อพ้นโทษตามคำพิพากษาแล้วห้ามมิให้ผู้นั้นเข้าเขตกำหนดเป็นเวลาไม่เกิน 5 ปี

ทั้งนี้ ในการสั่งห้ามเข้าเขตกำหนด ศาลมีอำนาจที่จะมีคำสั่งในคำพิพากษาที่ลงโทษจำเลยได้โดยไม่จำเป็นต้องมีคำขอของโจทก์ โดยเป็นดุลพินิจที่ศาลมีคำสั่งได้เองเพื่อความปลอดภัยของประชาชน กำหนดเวลาที่ห้ามมิให้เข้าไปในเขตกำหนดมิได้ไม่เกิน 5 ปีนับแต่วันพ้นโทษตามคำพิพากษา คือนับหนึ่งในวันถัดจากวันครบกำหนดโทษตามคำพิพากษาเป็นต้นไป³⁹ เมื่อศาลมีคำพิพากษาห้ามเข้าเขตกำหนดตามมาตรานี้แล้ว หากผู้นั้นฝ่าฝืน โดยเข้าไปในเขตกำหนดนั้น ถือว่ามีความผิดตามมาตรา 194⁴⁰

4.4.1.3 การเรียกประกันทัณฑ์บน

การเรียกประกันทัณฑ์บน หมายถึง การที่ผู้นั้นสัญญาต่อศาลว่าจะไม่ก่อเหตุร้ายหรือก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลอื่นภายในเวลาที่ศาลกำหนด ทั้งนี้ หากฝ่าฝืนจะยินยอมชำระเงินให้แก่ศาลตามจำนวนที่ระบุไว้ในทัณฑ์บน⁴¹

³⁸ พิศนธ์ จักรางกูร, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไปมาตรา 1 ถึงมาตรา 106 ประกอบด้วยคำพิพากษาฎีกาสำคัญ, หน้า 160.

³⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ : บริษัททฤษฎีสยามพรินต์ติ้งกรุ๊ป จำกัด, 2536), หน้า 1038.

⁴⁰ พิศนธ์ จักรางกูร, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไปมาตรา 1 ถึงมาตรา 106 ประกอบด้วยคำพิพากษาฎีกาสำคัญ, หน้า 160.

⁴¹ ณรงค์ ใจหาญ, กฎหมายอาญา : ว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย, หน้า 149-150.

การเรียกประกันทัณฑ์บนบัญญัติอยู่ในมาตรา 46-47 โดยในส่วนของมาตรา 46 บัญญัติว่า “ถ้าความปรากฏแก่ศาลตามข้อเสนอของพนักงานอัยการว่าผู้ใดจะก่อเหตุร้าย ให้เกิดภัยอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่นก็ดี ในการพิจารณาความผิดใด ถ้าศาลไม่ลงโทษผู้ถูกฟ้อง แต่มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ถูกฟ้องน่าจะก่อเหตุร้ายให้เกิดภัยอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่นก็ดี ให้ศาลมีอำนาจที่จะสั่งผู้นั้นให้ทำทัณฑ์บน โดยกำหนดจำนวนเงิน ไม่เกินกว่าห้าพันบาท ว่าผู้นั้นจะไม่ก่อเหตุดังกล่าวแล้วตลอดเวลาที่ศาลกำหนด แต่ไม่เกินสองปี และจะสั่งให้มีประกันด้วยหรือไม่ก็ได้

ถ้าผู้นั้นไม่ยอมทำทัณฑ์บนหรือหาประกันไม่ได้ ให้ศาลมีอำนาจสั่งกักขังผู้นั้นจนกว่าจะทำทัณฑ์บนหรือหาประกันได้ แต่ไม่ให้กักขังเกินกว่าหกเดือน หรือจะสั่งห้ามผู้นั้นเข้าในเขตกำหนดตามมาตรา 45 ก็ได้

การกระทำของเด็กที่มีอายุยังไม่เกินสิบเจ็ดปีมิให้อยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติตามมาตรานี้”

จากการพิจารณาจะเห็นว่า การที่ศาลจะสั่งให้เรียกประกันทัณฑ์บนมีเพียง 2 ประการเท่านั้นคือ⁴²

1. โดยพนักงานอัยการร้องขอ ซึ่งเป็นเรื่องที่พนักงานอัยการร้องขอต่อศาลให้เรียกประกันทัณฑ์บน โดยไม่ได้กล่าวหาว่าผู้ร้องนั้นเป็นผู้กระทำผิด แต่กล่าวหาว่าผู้นั้นมีพฤติการณ์ที่จะทำให้เห็นได้ว่า จะก่อเหตุร้ายให้เกิดภัยอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น ขอเฉพาะให้ศาลเรียกประกันทัณฑ์บน มิได้ขอให้ลงโทษผู้นั้น

2. โดยศาลสั่งเอง เป็นเรื่องฟ้องขอให้ลงโทษบุคคลใด แต่ศาลไม่พิพากษาลงโทษ ศาลมีอำนาจเรียกประกันทัณฑ์บนแก่ผู้ถูกฟ้องได้ ในเมื่อศาลเห็นว่าผู้ถูกฟ้องน่าจะก่อเหตุร้ายให้เกิดภัยอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 64(2)ว่า “ในการพิจารณาคดีความผิดใด ถ้าศาลไม่ลงโทษผู้ถูกฟ้อง แต่มีเหตุอันควรเชื่อว่า ผู้ถูกฟ้องน่าจะก่อเหตุร้ายให้เกิดภัยอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น” การที่จะเรียกประกันทัณฑ์บนตามข้อนี้ ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้เองโดยประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังนี้

2.1 ได้มีการฟ้องร้องและพิจารณาคดี การฟ้องร้องจะต้องเป็นการฟ้องในคดีอาญา ส่วนผู้ฟ้องจะเป็นพนักงานอัยการหรือผู้เสียหายก็ได้

2.2 ศาลมิได้ลงโทษบุคคลนั้น คำว่า “ศาลไม่ลงโทษ” น่าจะหมายความว่า กรณีตามข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ผู้ถูกฟ้องได้กระทำการดังฟ้องจริง แต่ลงโทษไม่ได้ เพราะการกระทำเช่นนั้นไม่ผิดด้วยบทกฎหมายที่จะลงโทษได้ เช่น ฟ้องขอให้ลงโทษฐานพยายามลักทรัพย์ ทางพิจารณาฟังได้ว่าจำเลยเดินตามหลังผู้เสียหาย ผู้เสียหายหยุดอยู่ที่ห้องจำหน่ายตั๋ว จำเลยทำท่าจะล้วงกระเป๋าผู้เสียหาย แต่ตำรวจจับจำเลยเสียก่อน ดังนี้ ศาลจะลงโทษจำเลยไม่ได้เนื่องจากการกระทำไม่เข้าชั้นพยายามกระทำความผิด จึงต้องยกฟ้อง กรณีเช่นนี้ศาลจึงมีอำนาจใช้ดุลพินิจเรียกประกันทัณฑ์บน

⁴² พิพนธ์ จักรางกูร, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไปมาตรา 1 ถึงมาตรา 106 ประกอบด้วยคำพิพากษาศาลฎีกาสืบค้น, หน้า 161-164.

ได้ เพราะมีข้อเท็จจริงว่าจำเลยได้กระทำการตั้งฟ้องแถลงโทษไม่ได้ แต่ถ้าข้อเท็จจริงฟังไม่ได้ว่า จำเลยกระทำความผิด ไม่ว่าจะป็นด้วยพยานหลักฐานรับฟังไม่ได้หรือเป็นที่สงสัยก็ตาม ศาลต้องยกฟ้องปล่อยตัวจำเลยไป ไม่มีเหตุที่จะให้อำนาจเรียกประกันทัณฑ์บนได้

2.3 มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะก่อเหตุร้าย คำว่า “เหตุร้าย” พอลจะเข้าใจความหมายได้ว่า หมายถึงเหตุที่จะทำให้เสียหายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น แต่จะต้องเป็นในลักษณะที่แสดงให้เห็นจิตใจอันชั่วร้ายของผู้กระทำ ถ้าจะเป็นความผิดก็ต้องไม่ใช่ความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ อนึ่ง การกระทำนั้นไม่จำเป็นต้องให้ได้ความชัดว่าเป็นความผิดเพราะกฎหมายใช้คำว่า “เหตุร้าย” ไม่ได้ใช้คำว่า “การกระทำความผิด” คำว่า “เหตุร้าย” นั้นจำกัดเฉพาะเป็นอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่นเท่านั้น ถ้าเหตุร้ายนั้นไม่เป็นอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สิน แม้จะเป็นความผิดอาญา แต่ก่อผลอย่างอื่น ไม่อยู่ในความหมายของมาตรานี้ เช่น แดงโกรธคำ ต้องการจะหมิ่นประมาทคำก็เป็นการก่อเหตุร้าย แต่เหตุร้ายนี้ไม่ทำอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินผู้อื่นจึงไม่เป็นเหตุร้ายตามมาตรา 42

อนึ่ง เมื่อกระทำผิดทัณฑ์บน มาตรา 47 บัญญัติให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้นั้นชำระเงิน ซึ่งเป็น การให้อำนาจศาล ไม่ได้บังคับศาลให้ทำ ทั้งนี้เพื่อให้ศาลใช้ดุลพินิจว่า กรณีที่ทำความผิดทัณฑ์บนนั้น สมควรจะให้ผู้นั้นชำระเงินหรือไม่ เพราะความผิดบางกรณีมีเหตุสมควรเห็นใจ เช่น การทำร้ายร่างกายซึ่งเป็นความผิดชนิดที่เกิดอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สิน แต่ได้กระทำโดยป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ ซึ่งต้องถูกลงโทษ ศาลจะใช้ดุลพินิจไม่ให้ผู้นั้นชำระเงินก็ได้ มาตรานี้จึงบัญญัติให้ อำนาจศาลใช้ดุลพินิจเป็นเรื่องๆ ไป ไม่ใช่สั่งให้ชำระเงินเสมอไป นอกจากการชำระเงินยังให้ ดุลพินิจของศาลอีกชั้นหนึ่ง โดยบัญญัติว่า “สั่งให้ผู้นั้นชำระเงินไม่เกินจำนวนที่ได้กำหนดไว้ใน ทัณฑ์บน” การสั่งให้ชำระเงินจึงไม่จำเป็นต้องสั่งให้ชำระเต็มตามอัตราที่กำหนดไว้ในทัณฑ์บน จะ สั่งให้ชำระน้อยไปกว่านั้นก็⁴³

อายุความที่จะบังคับตามทัณฑ์บน แยกได้ 2 กรณีคือ⁴⁴

- 1) การบังคับตามคำสั่งของศาลให้ทำทัณฑ์บน ตามมาตรา 46 จะต้องบังคับภายในสองปี นับแต่วันที่มีคำสั่ง
- 2) การร้องขอให้ศาลสั่งให้ผู้ทำทัณฑ์บนชดใช้เงินเมื่อผู้นั้นได้กระทำความผิดทัณฑ์บน ตาม มาตรา 47 ต้องร้องขอภายในสองปี นับแต่วันที่ผู้ทำทัณฑ์บนประพฤติผิดทัณฑ์บน

⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 165.

⁴⁴ ณรงค์ ใจหาญ, กฎหมายอาญา: ว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย, หน้า 153.

4.4.1.4 การคุมตัวไว้ในสถานพยาบาล

การคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลมี 2 กรณี คือ

(1) การคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลเพราะเหตุจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน ซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 48 ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังนี้⁴⁵

1. ผู้ที่ศาลสามารถสั่งให้คุมตัวไว้ในสถานพยาบาลต้องเป็นผู้ที่มีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน และ

ก.เป็นผู้ที่ไม่ต้องรับโทษตามมาตรา 65 คำว่าไม่ต้องรับโทษ ไม่ได้หมายความว่าศาลไม่ลงโทษเนื่องจากศาลพิจารณาข้อเท็จจริงแล้วพิพากษายกฟ้อง หากหมายถึงไม่ต้องรับโทษเนื่องจากผู้นั้นกระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน เช่น ฟ้องคำว่าทำร้ายร่างกาย ศาลพิจารณาแล้วพิพากษายกฟ้อง เพราะไม่เชื่อว่าคำทำร้ายร่างกายแม้จะปรากฏต่อศาลว่า คำเป็นผู้มีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือนก็ตาม ศาลก็ไม่มีอำนาจที่จะสั่งให้ส่งตัวคำไปคุมตัวไว้ในสถานพยาบาล กรณีที่ศาลจะสั่งให้ส่งไปคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลได้ ต้องเป็นกรณีที่ศาลไม่ลงโทษ เพราะผู้นั้นมีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือนตามมาตรา 65 วรรคแรก

ข.เป็นผู้ที่ได้รับการลดโทษตามมาตรา 65

2. ศาลเห็นว่า การปล่อยตัวผู้มีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน จะเป็นการไม่ปลอดภัยแก่ประชาชน

3. ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจสั่งให้ส่งตัวผู้นั้น ไปไว้ในสถานพยาบาลโดยไม่มีกำหนดเวลา

4. ศาลจะเพิกถอนคำสั่งนี้เสียเมื่อใดก็ได้

การสั่งให้คุมตัวไว้ในสถานพยาบาลตามมาตรา 48 นี้ ศาลสามารถสั่งได้โดยไม่มีกำหนดเวลาจึงมีผลให้ผู้นั้นต้องอยู่ในสถานพยาบาลจนตลอดชีวิต หรือจนกว่าศาลจะเพิกถอนคำสั่งตามมาตรา 16 ซึ่งหมายความว่าสภาพอื่นไม่ปลอดภัยแก่ประชาชนสิ้นสุดลง เช่นหายวิกลจริตแล้ว เป็นต้นแต่การสั่งตามมาตรา 49 มีกำหนดเวลาไม่เกิน 2 ปี⁴⁶

(2) การคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลอันสืบเนื่องจากการเสพสุราเป็นอาชิมหรือการเป็นผู้ติดยาเสพติดให้โทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 49 โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้⁴⁷

⁴⁵ พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไปมาตรา 1 ถึงมาตรา 106 ประกอบด้วยคำพิพากษาศาลฎีกาสำคัญ, หน้า 166-167.

⁴⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 1042.

⁴⁷ พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไปมาตรา 1 ถึงมาตรา 106 ประกอบด้วยคำพิพากษาศาลฎีกาสำคัญ, หน้า 167-168.

1. ศาลพิพากษาลงโทษจำคุก หรือพิพากษาว่ามีความผิด แต่รอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษ มาตรา 49 มีนัยเช่นเดียวกับมาตรา 48 คือ ศาลจะสั่งได้ เมื่อคดีมาสู่ศาล และจะใช้อำนาจตามมาตรานี้ได้ เมื่อพิพากษาลงโทษจำคุกหรือพิพากษาว่ามีความผิดแต่รอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษ ถ้าพิพากษาให้ลงโทษอย่างอื่น เช่น โทษปรับหรือพิพากษายกฟ้อง ก็จะใช้อำนาจตามมาตรานี้ไม่ได้

2. บุคคลนั้นได้กระทำความผิดเกี่ยวเนื่องกับการเสพสุราเป็นอาชิตหรือการเป็นผู้ติดยาเสพติดให้โทษ เช่น ทำร้ายร่างกายเขา เพราะเสพสุราหรือเสพกัญชาเข้าไป

3. ศาลจะกำหนดในคำพิพากษาว่า บุคคลนั้นจะต้องไม่เสพสุรา ยาเสพติดให้โทษอย่างหนึ่งอย่างใด หรือทั้งสองอย่างภายในระยะเวลาไม่เกิน 2 ปี นับแต่วันพ้นโทษหรือวันปล่อยตัว เพราะรอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษ

ทั้งนี้ การกำหนดเงื่อนไขตามมาตรา 49 ศาลสั่งได้เองและเป็นดุลพินิจว่าควรจะกำหนดไว้อย่างไร จะกำหนดห้ามมิให้เสพสุรา หรือยาเสพติดให้โทษอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่างก็ได้ แต่จะต้องไม่เกิน 2 ปี อนึ่ง กรณีไม่ปฏิบัติตามที่ศาลกำหนด ศาลจะสั่งให้ส่งไปคุมตัวไว้ในสถานพยาบาล เช่นเมื่อศาลกำหนดเงื่อนไขว่าห้ามเสพสุราหรือยาเสพติดแล้วยังเสพสุราหรือยาเสพติดให้โทษอยู่อีก ศาลมีอำนาจจะสั่งให้ส่งผู้นั้นไปคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลก็ได้ โดยเป็นดุลพินิจของศาลจะสั่งตามที่เห็นสมควร นอกจากนั้น ผู้ที่ถูกคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลแล้วหลบหนีจากสถานพยาบาล มีความผิดตามมาตรา 195

4.4.1.5 ห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง

การห้ามประกอบอาชีพบางอย่างเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยซึ่งบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50 โดยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างมีดังต่อไปนี้

1. ต้องมีคำพิพากษาลงโทษจะเป็นโทษปรับก็ได้ ไม่หมายความว่าถึงคำพิพากษาที่เพียงแต่ให้รอการลงโทษตามมาตรา 56 หรือยกเว้นโทษเพราะเหตุใดเหตุหนึ่ง การยกเว้นหรือรอการลงโทษย่อมแสดงเหตุที่ไม่ควรต้องมีการป้องกันการกระทำผิดในภายหน้าอยู่ในตัว เงื่อนไขในมาตรา 56 เป็นเงื่อนไขบังคับในกาประกอบอาชีพ ส่วนในมาตรา 50 นี้ ห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง⁴⁸

2. ความผิดที่ศาลลงโทษนั้น ได้กระทำโดยอาศัยโอกาสที่ประกอบอาชีพ เช่นคนใช้ในโรงแรมลักทรัพย์ของแขกอาศัยในเวลาทำความสะอาดห้องพัก พนักงานประจำยานพาหนะที่เดินระหว่างประเทศนำของหนีภาษีเข้ามาในราชอาณาจักร หรือเนื่องจากอาชีพ เช่นใช้ยานพาหนะที่นำกลัวอันตราย รับจ้างขนส่งคนโดยสารตามมาตรา 233 พ่อค้าขายของปลอม หรือทำความผิดใน

⁴⁸ จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ : บริษัท กรุงเทพมหานครดิ่งกรู๊ป จำกัด, 2536), หน้า 1043-1044.

วิชาชีพ เช่นความผิดตามมาตรา 227, 269, 324 หมายความ โกงลูกความเป็นต้น วิชาชีพหมายความว่าถึงอาชีพที่ต้องใช้ความรู้พิเศษ⁴⁹

คำว่า “กระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพ” หมายถึง การจงใจใช้อาชีพหรือวิชาชีพโดยมิชอบ ฉะนั้นความผิดที่กระทำนั้นต้องเป็นความผิดที่กระทำโดยเจตนาเท่านั้น⁵⁰

คำว่า “กระทำความผิดเนื่องจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ” หมายถึง การทำผิดหน้าที่ในอาชีพหรือวิชาชีพที่ประกอบนั้น โดยจงใจหรือประมาท ฉะนั้นความผิดที่ถูกลงโทษจึงเป็นได้ทั้งความผิดที่กระทำโดยเจตนา และความผิดที่กระทำโดยประมาท⁵¹

ตัวอย่างในเรื่องความผิดที่ถูกฟ้องต้องเป็นความผิดที่เกิดขึ้น โดยอาศัย โอกาสหรือเนื่องจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ นั้น ได้แก่

- ก่อนเกิดเหตุจำเลยถูกร้องเรียนจากราชฎว่าสถานพยาบาลของจำเลยมีพฤติกรรมหลอกลวงคนไข้ว่าสามารถรักษาโรคสารพัด โดยใช้คนขับรถสองแถวรับจ้างชักจูงคนไข้ เข้าหน้าที่เคยตกเดือนจำเลยแล้วก็ยังไม่ยอมงดการกระทำอันเป็นการทำทนายเจ้าหน้าที่ โดยอาศัย โอกาสที่ได้รับใบอนุญาตประกอบ โรคศิลปะแผน โบราณสาขาเภสัชกรรม หากปล่อยให้จำเลยประกอบอาชีพต่อไปอาจกระทำความผิดได้อีก กรณีอยู่ในหลักเกณฑ์ใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยแก่จำเลย โดยห้ามจำเลยประกอบอาชีพผู้ประกอบ โรคศิลปะแผน โบราณสาขาเภสัชกรรม⁵²

- นายธนาคารมีอาชีพบริหารงานในธนาคาร ใช้วิชาชีพปล่อยสินเชื่อ โดยเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด⁵³

- ทนายความ อาศัยวิชาชีพติดต่อกับพนักงานอัยการหรือผู้พิพากษาให้ล้มคดี หรือทำพยานหลักฐานเท็จนำเสนอต่อศาล⁵⁴

- ขามรักษาการณ์ ถือโอกาสที่ดูแลสถานที่ต่างๆร่วมมือกับบุคคลภายนอกให้เข้ามาลักทรัพย์ในสถานที่ที่ดูแล⁵⁵

3. อาชีพที่ห้ามนี้ย่อมจำกัดเฉพาะบางอย่าง และมีพฤติกรรมทำให้ศาลเห็นว่าผู้นั้นอาจกระทำความผิดในการประกอบอาชีพ หรือวิชาชีพเช่นนั้นขึ้นอีก⁵⁶

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1044.

⁵⁰ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2547), หน้า 417.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน.

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 418.

⁵³ ณรงค์ ใจหาญ, กฎหมายอาญา : ว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย, หน้า 156.

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน.

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน.

⁵⁶ จิตติ ดิงศกัทธิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 1044.

4. เป็นดุลพินิจที่ศาลจะมีคำสั่งห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นเป็นเวลาไม่เกิน 5 ปีนับแต่วันพ้นโทษ ตามถ้อยคำและวิธีการในมีคำสั่งได้เอง ไม่จำเป็นต้องมีคำขอขึ้นมาคั่งเช่นกรณีกักกัน หรือกรณีที่อัยการฟ้องตามมาตรา 46 โดยไม่มีการพิจารณาคดีมาก่อน เพราะเป็นคำสั่งกำหนดวิธีการซึ่งเป็นอุปสรรคของโทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดสถานหนึ่ง การฝ่าฝืนคำสั่งศาลในข้อนี้เป็นการผิดตามมาตรา 196⁵⁷

4.4.2 การเพิ่มโทษ

การเพิ่มโทษถือเป็นมาตรการทางกฎหมายอีกประการหนึ่งที่ประเทศไทยกำหนดให้มีขึ้นโดยมุ่งหวังในเชิงป้องกันการกระทำความผิดเช่นเดียวกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามที่กล่าวมา ในส่วนของการเพิ่มโทษนี้สามารถแบ่งเป็น 2 กรณี ดังนี้

4.4.2.1 การเพิ่มโทษที่จะลงหนึ่งในสาม

กรณีที่เป็นกรเพิ่มโทษที่จะลงหนึ่งในสามนี้ได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 92 โดยบัญญัติว่า “ผู้ใดต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก ถ้าและได้กระทำความผิดใดๆอีก ในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ก็ดี ภายในเวลาห้าปีนับแต่วันพ้นโทษก็ดี หากศาลจะพิพากษาลงโทษครั้งหลังถึงจำคุก ก็ให้เพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้นั้นหนึ่งในสามของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับความผิดครั้งหลัง”

จากการพิจารณามาตรา 92 ประมวลกฎหมายอาญา จะเห็นว่า หลักเกณฑ์ของการเพิ่มโทษที่จะลงหนึ่งในสาม ได้แก่

1. ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก

คำว่า “คำพิพากษาถึงที่สุด” ในที่นี้หมายถึงคำพิพากษาของศาลไทยเท่านั้น ไม่รวมถึงคำพิพากษาของศาลต่างประเทศด้วย⁵⁸ และคำพิพากษาถึงที่สุดดังกล่าวต้องเป็นกรณีที่มีการลงโทษจำคุกจริงๆ ไม่ใช่เพียงรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษ⁵⁹ นอกจากนี้ คำพิพากษาให้ลงโทษนั้นจำคุกต้องเป็นการกระทำความผิดอาญา หากเป็นโทษจำคุกเพราะกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 33 ซึ่งไม่ใช่เป็นการกระทำความผิดอาญา ไม่ถือว่าได้รับโทษจำคุก จึงไม่สามารถเพิ่มโทษในความผิดครั้งหลังได้⁶⁰

2. กระทำความผิดใดๆก็ได้ขึ้นอีก ในระหว่าง

ก. ยังต้องรับโทษอยู่

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน.

⁵⁸ พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป มาตรา 1 ถึงมาตรา 106 ประกอบด้วยคำพิพากษาศาลฎีกาสำคัญ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า 526.

⁵⁹ บุญเพราะ แสงเทียน, กฎหมายอาญา (ภาคบทบัญญัติทั่วไป) แนวประยุคต์ (กรุงเทพฯ : วิทพัฒน์, 2545), หน้า 325.

⁶⁰ พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป มาตรา 1 ถึงมาตรา 106 ประกอบด้วยคำพิพากษาศาลฎีกาสำคัญ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า 526.

การกระทำความผิดใดๆขึ้นอีกใน “ระหว่างยังต้องรับโทษ” อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ อยู่ในระหว่างการ “ดูแลการบังคับให้จำคุก” ตาม ป.วิ.อาญา มาตรา 246 หรือระหว่างที่ยังหลบหนี การลงโทษอยู่ก่อนล่วงหน้าลงโทษตาม ป.อ. มาตรา 98 หรือการกระทำความผิดในระหว่างรับโทษ จำคุกอยู่ในเรือนจำ⁶¹

ข. ภายในเวลา 5 ปี นับแต่วันพ้นโทษ

คำว่า “พ้นโทษ” ก็คือพ้นโทษที่ได้รับจริงๆ ในคดีก่อน หากคดีก่อนจำเลยไม่ได้รับ โทษจำคุกเพราะศาลรอกการลงโทษไว้มีกำหนด 1 ปีจึงไม่มีวันพ้นโทษจำคุกที่จะถือเอาเป็นเกณฑ์ใน การเพิ่มโทษจำเลยได้⁶²

3. ศาลจะพิพากษาลงโทษครั้งหลังถึงจำคุก

คำพิพากษาลงโทษครั้งหลังนี้ แม้จะพิพากษาเกิน 5 ปีนับตั้งแต่วันพ้นโทษในคดีก่อน ก็เพิ่มโทษ ตามมาตรา 92 ได้ เพราะกฎหมายถือหลักวันกระทำความผิดครั้งหลังเป็นเกณฑ์ว่าการกระทำ ความผิดครั้งหลังจะต้องเกิดขึ้นภายใน 5 ปีนับตั้งแต่วันพ้นโทษในคดีก่อน หากในวันพิพากษาไม่ ดังนั้น ศาลในคดีหลังจะพิพากษาเมื่อใด ไม่ใช่เรื่องสำคัญ⁶³

การกระทำความผิดครั้งหลังนั้นจะต้องเกิดขึ้นเมื่อศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษ จำคุกในคดีก่อนมาแล้ว⁶⁴

4.4.2.2 การเพิ่มโทษที่จะลงกึ่งหนึ่ง

ในส่วนของการเพิ่มโทษที่จะลงกึ่งหนึ่งนั้น ได้มีการบัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 93 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก ถ้าและได้กระทำความผิด อย่างหนึ่งอย่างใดที่จำแนกไว้ในอนุมาตราต่อไปนี้ซ้ำในอนุมาตราเดียวกันอีกในระหว่างที่ยังจะต้อง รับโทษอยู่ก็ดี ภายในเวลาสามปีนับตั้งแต่วันพ้นโทษก็ดี ถ้าความผิดครั้งแรกเป็นความผิดซึ่งศาล พิพากษาลงโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหกเดือน หากศาลจะพิพากษาลงโทษครั้งหลังถึงจำคุก ก็ให้เพิ่ม โทษที่จะลงแก่ผู้นั้นกึ่งหนึ่งของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับความผิดครั้งหลัง

(1) ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 107 ถึง มาตรา 135

(2) ความผิดต่อเจ้าพนักงาน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 136 ถึงมาตรา 146

(3) ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 147 ถึงมาตรา 166

⁶¹ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีรรัชการพิมพ์, 2549), หน้า 889.

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 890.

⁶³ พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบายเรียงมาตรา ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป มาตรา 1 ถึงมาตรา 106 ประกอบด้วยคำพิพากษาศาลฎีกาสำคัญ, หน้า 527.

⁶⁴ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 890.

(4) ความผิดต่อเจ้าพนักงานในการยุติธรรม ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 167ถึงมาตรา192 และมาตรา194

(5) ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา200ถึงมาตรา 204

(6) ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 209ถึง มาตรา216

(7) ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 217 ถึงมาตรา224 มาตรา 226ถึงมาตรา234 และมาตรา 236ถึงมาตรา238

(8) ความผิดเกี่ยวกับเงินตรา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 240 ถึงมาตรา 249 ความผิดเกี่ยวกับดวงตราแสดมปีและตั๋วตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 250 ถึงมาตรา 261และความผิดเกี่ยวกับเอกสาร ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 264ถึงมาตรา269

(9) ความผิดเกี่ยวกับการค้า ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 270ถึงมาตรา275

(10) ความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา276ถึงมาตรา285

(11) ความผิดต่อชีวิต ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 288 ถึงมาตรา 290 และมาตรา 294 ความผิดต่อร่างกาย ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 295ถึงมาตรา 299 ความผิดฐานทำให้แท้งลูก ตามที่ บัญญัติไว้ในมาตรา 301ถึงมาตรา303 และความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก คนป่วย เจ็บหรือคนชรา ตามที่ บัญญัติไว้ในมาตรา306ถึงมาตรา308

(12) ความผิดต่อเสรีภาพ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 309มาตรา310และมาตรา312ถึง มาตรา320

(13) ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา334ถึงมาตรา365”

ซึ่งจากการพิจารณามาตรา 93 จะเห็นว่า ลักษณะของการเพิ่มโทษที่จะลงกึ่งหนึ่งต้อง เป็นกรณีดังนี้

1. ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหกเดือน
2. กระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดซ้ำในอนุมาตราเดียวกันอีก ในระหว่าง
 - ก.ยังต้องรับโทษอยู่ หรือ

ข. ภายในเวลาสามปีนับแต่วันพ้นโทษ

ทั้งนี้ ในกรณีที่ความผิดทั้งสองครั้งอยู่ในอนุมาตราเดียวกันของมาตรา 93 แล้ว แม้จะ เป็นความผิดต่างมาตรากัน เช่น ครั้งแรกฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 ครั้งหลังฐานทำให้เสียทรัพย์

ตามมาตรา 358 ก็อยู่ในเกณฑ์ของการเพิ่มโทษตามมาตรา 93 เพราะอยู่ในอนุมาตรา 13 ของมาตรา 93 เช่นกัน โดยถือว่าเป็นการกระทำความผิดคดีในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์⁶⁵

3. ศาลจะพิพากษาลงโทษครั้งหลังถึงจำคุก

อย่างไรก็ดี มิใช่ว่าความผิดทุกลักษณะที่จะอยู่ในข่ายที่จะถือว่าเป็นความผิดเพื่อการเพิ่มโทษ เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 94 ได้บัญญัติไว้ด้วยว่าความผิดอันได้กระทำโดยประมาท ความผิดลหุโทษ และความผิดซึ่งผู้กระทำได้กระทำในขณะที่มีอายุยังไม่เกินสิบเจ็ดปีนั้น ไม่ว่าจะได้กระทำในครั้งก่อนหรือครั้งหลัง ไม่ถือว่าเป็นความผิดเพื่อการเพิ่มโทษตามความในหมวดนี้ ฉะนั้น ในส่วนของความผิดเหล่านี้จึงไม่สามารถนำมาใช้ในการพิจารณาเพิ่มโทษดังที่กล่าวมาข้างต้นได้

4.4.3 วิเคราะห์ข้อบกพร่องของมาตรการเชิงป้องกันสังคมที่บังคับใช้ในประเทศไทย

จากการพิจารณามาตรการเชิงป้องกันสังคมตามที่กล่าวมา ทำให้เห็นได้ว่า มาตรการเหล่านี้มีข้อบกพร่องบางประการที่ทำให้ผู้กระทำผิดทางเพศสามารถหลบกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก โดยสามารถพิจารณาข้อบกพร่องได้ดังนี้

4.4.3.1 ข้อบกพร่องของวิธีการเพื่อความปลอดภัย

4.4.3.1.1 การกักกัน

การกักกันเป็นมาตรการที่ใช้วิธีการควบคุมผู้กระทำผิดเอาไว้ชั่วคราวเพื่อที่จะไม่ให้ผู้นั้นมีโอกาสกระทำความผิดและประชาชนสามารถดำรงชีวิตอยู่ด้วยความปลอดภัยได้ในระยะหนึ่ง แต่ถ้าหากว่าผู้นั้นได้รับการปล่อยตัวจากการกักกันแล้ว สังคมหรือสาธารณชนก็ไม่สามารถล่วงรู้ถึงพฤติกรรมของผู้นั้นได้ ต่างกับการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศที่สังคมสามารถที่จะตรวจสอบได้ว่าผู้นั้นเคยกระทำความผิดซ้ำเกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศมาแล้วหรือไม่

4.4.3.1.2 การห้ามเข้าเขตกำหนด

แม้ว่าวิธีการนี้จะช่วยตัดโอกาสผู้กระทำผิดมิให้เข้าไปในท้องที่หรือสถานที่ที่มีส่วนจูงใจให้ผู้นั้นกระทำความผิดซ้ำอีกก็ตาม แต่ก็ยังมีข้อบกพร่องในส่วนที่ศาลไม่สามารถกำหนดให้ครอบคลุมในทุกพื้นที่ที่มีความเสี่ยงอันอาจเกิดจากการที่ผู้พิพากษาไม่อาจคาดการณ์ถึงสถานที่ดังกล่าว และในขณะที่เดียวกันศาลก็ไม่อาจห้ามผู้กระทำผิดเข้าไปในสถานที่ต่างๆ ได้ในทุกสถานที่ เพราะจะเป็นการกระทบต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญ นอกจากนั้น การกระทำผิดเกี่ยวกับเพศผู้กระทำความผิดสามารถกระทำได้ในทุกสถานที่ โดยอาจอาศัยช่องว่างที่เกิดขึ้นกระทำความผิดในสถานที่อื่นที่มีได้ระบุไว้ในคำพิพากษา

4.4.3.1.3 การทำทัณฑ์บน

⁶⁵ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 893.

ประมวลกฎหมายอาญากำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับจำนวนเงินที่จะใช้เป็นหลักทรัพย์ไว้ไม่เกิน 5 พันบาท ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นจำนวนที่ไม่มาก และไม่สามารถบังคับมิให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวได้ ประกอบกับการกระทำความผิดประเภทนี้เกิดขึ้นจากความต้องการทางเพศ เมื่อบุคคลดังกล่าวมีความต้องการทางเพศเกิดขึ้น ก็อาจไม่คำนึงถึงมาตรการทำทัณฑ์บน โดยเหตุนี้การทำทัณฑ์บนย่อมไม่อาจมีผลเป็นการหยุดยั้งการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศได้

4.4.3.1.4 การคุมตัวไว้ในสถานพยาบาล ซึ่งแยกพิจารณาได้ ดังนี้

- การคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 48

การคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลนั้นแม้จะช่วยให้สังคมเกิดความปลอดภัยขึ้นในระดับหนึ่ง แต่เมื่อผู้กระทำความผิดพ้นมาจากสถานพยาบาลดังกล่าวแล้ว ผู้นั้นจะมีอาการทางจิตหรือไม่ไม่สามารถตรวจสอบได้ชัดเจน อาการทางจิตอาจจะเกิดกำเริบขึ้นเมื่อใดก็ได้ ซึ่งบุคคลที่มีอาการทางจิตแล้วไปกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศอาจมีลักษณะของการกระทำความผิดซ้ำ เพราะฉะนั้นด้วยเหตุนี้เอง จะเห็นได้ว่าการเปิดเผยข้อมูลของผู้นั้นและให้มีการตรวจสอบข้อมูลได้ก็จะเป็นความปลอดภัยสำหรับผู้ที่อยู่ใกล้ชิดผู้นั้นและจะต้องตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิด

- การคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 49

มาตรการคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 49 นั้น กำหนดเงื่อนไขของผู้ที่จะอยู่ภายใต้บังคับมาตรการนี้ว่าจะต้องเป็นผู้ที่กระทำความผิดเกี่ยวเนื่องกับการเสพสุราเป็นอาชิม หรือการเป็นผู้ติดยาเสพติดให้โทษ ซึ่งในส่วนของผู้กระทำความผิดทางเพศย่อมไม่อยู่ในบังคับของมาตรการดังกล่าวนี้ได้

4.4.3.1.5 ห้ามการประกอบอาชีพบางอย่าง

ในการห้ามประกอบอาชีพนั้นศาลสั่งห้ามประกอบอาชีพได้เฉพาะภายในระยะเวลาไม่เกิน 5 ปีนับแต่วันพ้นโทษ⁶⁶ ทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับมาประกอบอาชีพดังกล่าวอีกได้หลังพ้นระยะเวลาดังกล่าวแล้ว หรือผู้นั้นอาจกระทำผิดโดยไม่อาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพก็ได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ก็ควรที่จะให้สังคมได้รู้ว่าบุคคลใดที่ได้มีการกระทำความผิดทางเพศซ้ำๆ และเป็นบุคคลที่เป็นอันตราย

4.4.3.2 ข้อบกพร่องของการเพิ่มโทษ

การเพิ่มโทษนั้นอาจทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความหลายใจหรือไม่ก็ได้ ทั้งสังคมไม่สามารถรับรู้ได้ว่าบุคคลนั้นได้มีการกระทำความผิดจนกระทั่งมีการเพิ่มโทษ แต่ถ้ามีมาตรการเปิดเผยข้อมูลสังคมก็จะได้ว่าบุคคลใดเป็นผู้ที่ได้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศอย่างสม่ำเสมอเพื่อจะได้มีการตรวจตราและระมัดระวังป้องกันตนได้

⁶⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50.

4.5 ข้อดีและข้อเสียของมาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศ

ในการพิจารณาความเหมาะสมในการที่จะนำมาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศมาบังคับใช้นั้นจำเป็นต้องพิจารณาข้อดีและข้อเสียของมาตรการดังกล่าวประกอบด้วย เพื่อให้การพิจารณาความเหมาะสมเป็นไปอย่างถูกต้อง ซึ่งในส่วนของข้อดีของมาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศได้แก่ ช่วยให้ประชาชนได้รับทราบว่าผู้ใดมีลักษณะเป็นอันตรายต่อสังคมซึ่งควรต้องระมัดระวังตนเองเมื่อพบกับผู้นั้น นอกจากนั้น การให้ประชาชนได้รับทราบข้อมูลยังทำให้ประชาชนเข้ามามีส่วนในการเป็นหูเป็นตาในการสอดส่องพฤติกรรมของผู้กระทำผิดดังกล่าว ตลอดจนมีส่วนร่วมในการแจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบเมื่อผู้นั้นกระทำผิดขึ้นอีกซึ่งจะช่วยให้สามารถจับกุมผู้นั้นได้ทันเวลาที่ ทั้งมาตรการดังกล่าวยังเป็นส่วนที่เสริมให้วิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ใช้บังคับอยู่เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ดี มาตรการดังกล่าวก็มีข้อเสียเช่นกัน กล่าวคือ การเปิดเผยข้อมูลของผู้กระทำผิดทางเพศมีส่วนที่ทำให้เกิดพฤติกรรมเลียนแบบผู้กระทำผิดทางเพศตรงที่ประชาชนบางส่วนที่มีความคิดคะนองหรือมีความผิดปกติทางจิตเมื่อทราบข้อมูลที่มีการเปิดเผย เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับวิธีการกระทำผิด อาจมีส่วนกระตุ้นให้บุคคลเหล่านั้นต้องการกระทำผิดดังกล่าวขึ้นบ้าง หรือในบางรายก็อาจใช้ข้อมูลดังกล่าวมาประยุกต์ใช้กับการกระทำผิดของตนให้แนบเนียนและติดตามจับกุมได้ยากขึ้น ซึ่งทำให้สถานการณ์การกระทำผิดทางเพศรุนแรงกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ดังเช่นกรณีที่เคยเกิดขึ้นใน จ.ชลบุรีซึ่งได้มีแก๊งวัยรุ่นกลุ่มหนึ่งรวมกลุ่มกันเพื่อกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะโทรมหญิง จนทำให้แก๊งวัยรุ่นกลุ่มอื่นที่เคยก่อเหตุวิ่งราวทรัพย์ จี้ปล้น ตามท้องถนนเหิมเกริมและทราบเรื่องดังกล่าว หันมาสร้างพฤติกรรมเลียนแบบออกล่าเหยื่อหญิงสาวไปข่มขืน⁶⁷ ซึ่งในเรื่องนี้ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่าสามารถแก้ไขได้โดยการที่เจ้าหน้าที่ต้องมีการจัดเก็บข้อมูลของประชาชนที่ติดต่อขอรับข้อมูลหรือที่เข้าสู่ข้อมูล

อนึ่ง มีผู้เห็นว่ามาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศมีผลเป็นการขัดขวางการกลับไปใช้ชีวิตอย่างปกติในสังคม⁶⁸ ในส่วนของปัญหานี้ ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่า ควรดำเนินมาตรการในเชิงป้องกันผลข้างเคียงที่อาจเกิดขึ้นจากการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศ ผลข้างเคียงในที่นี้หมายถึง การที่ผู้กระทำผิดอาจได้รับการปฏิบัติจากชุมชนในลักษณะที่ไม่เหมาะสมหลังจากชุมชนได้รับทราบว่าผู้นั้นเคยกระทำความผิดทางเพศมาแล้ว เช่น อาจได้รับการดูหมิ่นเหยียดหยามหรือไม่ให้โอกาสผู้นั้นในการทำงานหรือประกอบอาชีพต่างๆ ทั้งนี้ ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่าวิธีการที่จะช่วยป้องกันผลข้างเคียงดังกล่าวก็คือ การที่เจ้าพนักงานตำรวจต้องสร้างความเข้าใจแก่ชุมชนว่าผู้กระทำผิดที่ถูกเปิดเผยข้อมูลนั้นแม้จะเป็นบุคคลที่อยู่ในฐานะต้องเฝ้า

⁶⁷ หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ ฉบับวันที่ 1 มิถุนายน 2546, หน้า 13.

⁶⁸ Jenny A. Montana, "An Ineffective Weapon In The Fight Against Child Sexual Abuse: New Jersey's Megan's Law,"

ระวังพฤติกรรม แต่อาจได้รับการแก้ไขฟื้นฟูโดยชุมชนที่ผู้นั้นอาศัยอยู่ได้ ซึ่งในส่วนของ การสร้างความเข้าใจแก่ชุมชนในกรณีนี้เห็นว่าควรให้บุคคลที่เป็นที่เคารพนับถือของชุมชนนั้นๆ เช่น ผู้นำผู้ใหญ่บ้านเข้ามามีส่วนในการสร้างความเข้าใจแก่ประชาชนในท้องถิ่น เพื่อให้ประชาชนมีความรู้ความเข้าใจและพร้อมที่จะให้ความร่วมมือกับภาครัฐได้ดียิ่งขึ้น นอกจากนี้ ควรมีการดำเนินการมาตรการที่ให้ประชาชนในชุมชนเข้าร่วมเป็นอาสาสมัครในการดูแลผู้กระทำผิด โดยอาสาสมัครดังกล่าวจะมีการปฏิบัติงาน 2 ประการ ประการแรกคือการติดตามเฝ้าระวังมิให้ผู้นั้นก่อเหตุขึ้นอีก ประการต่อมาคือการดูแลความเป็นอยู่ของผู้กระทำผิดให้ดำรงชีวิตอยู่ได้อย่างเป็นปกติสุข โดยปราศจากการดูหมิ่นหรือการเลือกปฏิบัติในทางใดๆ ต่อผู้กระทำผิด

จากการพิจารณาข้อกฎหมายและข้อดีข้อเสียทั้งหลายที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้เห็นได้ว่า มาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่ต้องห้ามตามบทบัญญัติกฎหมายอื่นในอันที่จะนำมาบังคับใช้ ประกอบกับมาตรการนี้มีผลดียิ่งกว่าผลเสีย ผู้ทำวิทยานิพนธ์จึงเห็นว่ามาตรการนี้มีความเหมาะสมที่จะนำมาบังคับใช้ในประเทศไทย อย่างไรก็ตาม ใน การที่จะนำมาตรการนี้มาบังคับใช้ควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการบังคับใช้ให้เป็นระบบและเหมาะสมกับประเทศไทย ซึ่งในส่วนของหลักเกณฑ์ของมาตรการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดทางเพศที่เหมาะสมที่จะใช้ในประเทศไทยจะได้กล่าวถึงในบทถัดไป