

หลักกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิผู้ได้รับความเสียหายจากภาพถ่ายในประเทศไทย

1. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ด้วยเหตุที่ในอดีตความเป็นอยู่ส่วนตัวประเทศไทย ในระยะแรกๆ ไม่ค่อยได้รับการตอบสนองเพราะปัญหาอุปสรรคเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนของสิทธิส่วนบุคคลว่าจะมีความหมายครอบคลุมถึงสิ่งใดบ้าง และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดปัญหาว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” นี้หมายความว่ารวมถึงสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนบุคคล(Right of Privacy) ด้วยหรือไม่ เพราะเคยมีคำพิพากษาฎีกาที่ 124/2487วางแนววินิจฉัยไว้ว่าสิทธิคือประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ซึ่งได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย กฎหมายลักษณะอาญาบัญญัติโทษการด่าไว้ในมาตรา 339(2) จึงถือว่ากฎหมายรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่จะไม่ไห้ใครมาด่าว่าการที่จำเลยด่าโจทก์เป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์ คำพิพากษาเรื่องนี้ทำให้เกิดความเข้าใจว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามมาตรา 420 จะต้องเป็นสิทธิที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร มิฉะนั้นไม่อาจก่อให้เกิดเป็นมูลละเมิดที่จะเรียกร้องกันได้ อย่างไรก็ตามมีผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับการตีความดังกล่าวเพราะจะทำให้สิทธิส่วนบุคคลไม่ได้รับความคุ้มครองเลย จึงมีการเสนอให้ตีความคำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ในมาตรา 420 ให้หมายถึงสิทธิโดยทั่วไปของบุคคลรวมทั้งสิทธิในความเป็นส่วนตัวด้วย ในที่สุดก็ได้มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2534 ซึ่งเป็นฉบับแรกที่ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้อย่างชัดเจน¹ และได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับอื่นเรื่อยมาจนในปัจจุบันนี้ ได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพ.ศ.2550 ปัญหาการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจึงหมดไป

¹ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ศรีสมบัติการพิมพ์ จำกัด, 2548), น. 162.

ในประเทศไทยแนวความคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในปัจจุบัน ได้มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 35 หมวดที่ 3 เรื่องสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยโดยมีเนื้อหาว่า

“สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครอง

การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใด ไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวจะกระทำมิได้ เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

จากบทบัญญัติข้างต้นสามารถจำแนกการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวตามกฎหมายไทยได้เป็น 4 ประการ คือ

- 1) สิทธิของบุคคลในครอบครัว
- 2) สิทธิของบุคคลในเกียรติยศ
- 3) สิทธิของบุคคลในชื่อเสียง
- 4) สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว

ดังจะเห็นได้ว่า“สิทธิของบุคคล”ได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้มีการเพิ่มประเภทสิทธิและเสรีภาพให้มากขึ้นกว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กล่าวคือ ในมาตรา 35 ได้มีการคุ้มครองบุคคลจากการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากข้อมูลส่วนบุคคล²

แต่ในการพิจารณาในการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ต้องพิจารณาซึ่งนำหน้าระหว่างผลประโยชน์ของสาธารณชน สิทธิของสาธารณะชนที่จะได้รับข่าวสาร หรือเสรีภาพในการแสดงออกของสื่อมวลชนกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนบุคคล ซึ่งได้มีบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ส่วนที่ 7 เรื่องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลและสื่อมวลชนตามมาตรา 45 ดังนี้

²สภาร่างรัฐธรรมนูญ,ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับลงประชามติ,(กรกฎาคม พ.ศ. 2550),น.171.

“มาตรา 45 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน ...”

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้มีการรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคล และสื่อมวลชนว่ามีเสรีภาพในการนำเสนอข่าวสาร แต่หากเป็นการแสดงความคิดเห็นที่จะกระทบต่อ

- 1) ความมั่นคงของรัฐ
- 2) สิทธิเสรีภาพ
- 3) เกียรติยศ
- 4) ชื่อเสียง
- 5) ความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น
- 6) ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชน
- 7) กระทบต่อจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน

การแสดงเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลหรือสื่อมวลชนย่อมต้องถูกจำกัดด้วยเหตุอันเป็นเงื่อนไขพิเศษในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ นอกจากนี้ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลยังมีข้อจำกัดในกรณีของบุคคลสาธารณะ และสาธารณะประโยชน์ ดังนี้³

ก) บุคคลสาธารณะ เป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงในสังคมซึ่งเรื่องราวของเขาย่อมต้องเป็นที่รู้เห็นของสาธารณชน การเผยแพร่ข่าวเกี่ยวกับบุคคลเหล่านี้ จึงเป็นหน้าที่ของสื่อมวลชนสิทธิส่วนบุคคลของบุคคลสาธารณะจึงต้องถูกจำกัดมากกว่าบุคคลทั่วไป แต่อย่างไรก็ตามบุคคลเหล่านี้ก็ยังมีสิทธิในความเป็นส่วนตัวอยู่สื่อมวลชนจะเปิดเผยเรื่องราวของเขาได้ เฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของความเป็นบุคคลสาธารณะเท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิที่จะเปิดเผยเรื่องเพศสัมพันธ์ของเขาหรือภาพถ่ายขณะที่เขาเปลือยกายอาบน้ำในบ้านพัก

ข) สาธารณประโยชน์ ในบางกรณีการเผยแพร่ภาพถ่ายอันเป็นส่วนตัวของบุคคลเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ผู้ที่ได้ถูกถ่ายภาพ หรือนำภาพถ่าย, ภาพข่าวต่างๆออกเผยแพร่ก็จะอ้าง

³ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.66-67.

สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวซึ่งเป็นประโยชน์ของปัจเจกชนขึ้นยันประโยชน์ของสาธารณชนไม่ได้⁴ เช่นการลงภาพข่าวที่สัมภาษณ์นักการเมือง แม้นักการเมืองผู้ที่ถูกถ่ายภาพได้กล่าววาจาอันเป็นการเหน็บแนมผู้อื่นในขณะที่ถูกถ่ายภาพ ส่งผลให้ภาพข่าวที่ได้มานั้นก่อให้เกิดภาพลักษณ์ที่ไม่ดีแก่นักการเมืองผู้นั้นก็ตาม นักการเมืองคนดังกล่าว ก็ไม่สามารถที่จะห้ามสื่อมวลชนนำภาพข่าวดังกล่าวออกเผยแพร่แก่สาธารณชนได้เนื่องจากสาธารณชนย่อมมีสิทธิที่จะรับรู้ข่าวสารความประพฤติของนักการเมืองซึ่งเป็นบุคคลสาธารณะรวมถึงความเป็นไปต่างๆ ในสังคม ดังนั้นจะเห็นได้ว่าประโยชน์ของสาธารณชนจึงย่อมมีความสำคัญกว่าประโยชน์ของปัจเจกชน

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ข้างต้น จะเห็นได้ว่า การถ่ายภาพและการตีพิมพ์เผยแพร่ภาพถ่ายไปโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ถูกถ่ายภาพเป็นการก้าวล่วงไปละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น โดยเป็นวิธีการหนึ่งที่เกิดความเสียหายแก่สิทธิส่วนบุคคลอย่างมาก จากที่กล่าวมาข้างต้น จึงอาจสรุปได้ว่ารัฐธรรมนูญได้มีการรับรองไว้ชัดเจนแล้วว่าบุคคลมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวบุคคลโดยบุคคลอื่นไม่อาจก้าวล่วงละเมิดสิทธินั้นได้ การถ่ายภาพหรือเผยแพร่ภาพโดยมิได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายจึงเป็นการกระทำที่ล่วงละเมิดถึงสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่น ดังที่บทบัญญัติในมาตรา 35 ได้ให้การรับรองและคุ้มครองไว้ เว้นแต่การนั้นจะได้กระทำไปเพื่อประโยชน์ของสาธารณชนและบุคคลนั้นเป็นบุคคลสาธารณะ อันเป็นเงื่อนไขพิเศษในการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ในมาตรา 45

2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นกฎหมายเอกชน ที่กำหนดความสัมพันธ์ในเรื่องความรับผิดชอบเพื่อละเมิดระหว่างเอกชนด้วยกันเอาไว้ รวมถึงการเรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนเมื่อได้รับความเสียหาย โดยได้มีบทบัญญัติอันเกี่ยวข้องกับคุ้มครองสิทธิผู้ได้รับความเสียหายจากภาพถ่าย ไว้ 4 ประการ ดังนี้

ก) สิทธิส่วนบุคคล ในฐานะเป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของบุคคล ตามมาตรา 420 โดยเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิผู้ได้รับความเสียหายจากการถ่ายภาพและเผยแพร่ภาพถ่ายโดยไม่ได้รับความยินยอม

⁴เพ็ญอ้าง, น.50.

ข) การกระทำความผิดต่อชื่อเสียง ตามมาตรา 423 โดยเป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิผู้ได้รับความเสียหายเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพถ่ายโดยไม่ได้รับความยินยอม

ค) ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดตามมาตรา 438

ง) ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายแก่ชื่อเสียงตามมาตรา 447

2.1หลักความรับผิดทางละเมิด

ผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดโดยการถ่ายภาพและเผยแพร่ภาพถ่ายโดยไม่ได้รับความยินยอม สามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเมื่อได้รับความเสียหาย ซึ่งได้มีการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองสิทธิของเอกชนไว้ มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1.1 หลักความรับผิดตามมาตรา 420

มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี หรือทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นกระทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

หลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดตามมาตรา 420 เป็นความรับผิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความผิด(liability based on fault)⁵ และเป็นความรับผิดเพื่อการกระทำของตนเอง (liability of one's own act) การที่ผู้เสียหายจะฟ้องให้ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดจึงต้องพิสูจน์ถึงความผิดของผู้ทำละเมิด กล่าวคือพิสูจน์ว่าผู้กระทำละเมิดกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ทั้งนี้จะต้องเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย คือเป็นการกระทำใดๆ ที่ผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำได้ แต่ถ้าเป็นการกระทำที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เช่น มีกฎหมายให้อำนาจโดยตรงหรือเกิดจากข้อสัญญาหรือมีคำพิพากษาของศาลหรือเป็นความยินยอมของผู้เสียหาย หรือมีขนบธรรมเนียม

⁵ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 8 ปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2545).

ประเพณีย่อมไม่ต้องรับผิดตามมาตรา⁶ และโดยที่ มาตรา 420 ของไทยมีที่มาจากกฎหมายแพ่งของเยอรมัน มาตรา 823 วรรคแรก⁷

แต่เมื่อนำมาเปรียบเทียบกันในเรื่องความรับผิดในมูลละเมิดแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติที่จะให้ความคุ้มครองแก่“สิทธิในบุคลิกภาพ”เป็นการเฉพาะอย่างที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันบัญญัติไว้ในมาตรา 826⁸ ฉะนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องนำบทบัญญัติลักษณะทั่วไปในมาตรา 420 มาปรับใช้อย่างกว้าง เพื่อให้ครอบคลุมความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการถูกละเมิดใน“สิทธิส่วนบุคคล”หรือสิทธิในบุคลิกภาพ กล่าวคือ ต้องมีการตีความในคำว่า “ความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามมาตรา 420 จะต้องเป็นความเสียหายนอกเหนือจากความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน และมีความหมายกว้างมาก ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าบรรดาสิทธิที่กฎหมายคุ้มครองไม่ว่าจะเป็นสิทธิในทรัพย์สินซึ่งเป็นความเสียหายในทางวัตถุ (damage patrimonial or prejudice material) เป็นความเสียหายที่ตีราคาเป็นเงินได้หรือความเสียหายแก่สิทธินอกจากทรัพย์สินหรือที่เรียกกันว่า “สิทธินอกกองทรัพย์สิน”เป็นความเสียหายทางจิตใจ(damage moral หรือ prejudice moral)หรือความเสียหายทางศีลธรรม ไม่อาจตีราคาเป็นเงินได้ เช่นความเสียหายเกียรติยศ ชื่อเสียง สถานภาพส่วนตัวหรือในครอบครัว เป็นต้น สิทธิเหล่านี้เมื่อมีผู้ทำให้เกิดความเสียหายย่อมเป็นละเมิด

คำพิพากษาฎีกาที่ 600/2498 สิทธิในการใช้ทางน้ำสาธารณะ ผู้อยู่ในที่ดินริมน้ำสาธารณะมีสิทธิใช้น้ำด้วยกันทุกคน การที่จำเลยทำทำนบปิดตายไม่ยอมให้น้ำไหลผ่านซึ่งจำเลยไม่มีสิทธิจะทำได้เป็นการละเมิด

คำพิพากษาฎีกาที่ 4565/2533 แม้ที่ดินที่โจทก์ปลูกอ้อยจะเป็นที่ป่าสงวนแห่งชาติที่โจทก์เข้าไปยึดถือครอบครองโดยไม่ชอบก็ตาม แต่อ้อยดังกล่าวก็ยังเป็นทรัพย์สินของโจทก์

⁶ เสนีย์ ปราโมทย์, ม.ร.ว. , คำสอนชั้นปริญญาโททางนิติศาสตร์ พุทธศักราช 2478, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิสดาร (มาตรา 423) กล่าวหรือไขข้อข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 2(2493). น.12.

⁷ Section 823 “A person who willfully or negligently unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or other right of another is bound to compensate him for any damage arising there from.”

⁸ Section 826 “A person who willfully causes damage to another in a manner contrary to public policy is bound to compensate the other for this damage”

เมื่อมีบุคคลอื่นมาทำให้ข้ออยู่ที่โจทก์ปลุกไว้เสียหาย ย่อมเป็นการโต้แย้งสิทธิของโจทก์ โจทก์ย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนจากผู้ทำละเมิดได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1490/2535 ที่พิพาทเป็นถึงอกริมตลิ่งของที่ดินโฉนดเลขที่ 1586 และโจทก์ครอบครองที่พิพาทแทนเจ้าของที่ดินตามเอกสารหมาย จ.1 จำเลยทั้งสามเป็นเจ้าของที่ดินโฉนดเลขที่ 1586 จึงเป็นเจ้าของที่พิพาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1308 และมีอำนาจฟ้องขับไล่โจทก์และบริวารออกจากที่พิพาทได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 317/2536 สิทธิที่จะใช้ประโยชน์จากสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เมื่อมี ผู้ขัดขวางย่อมฟ้องได้ แต่ต้องได้รับความเสียหายเป็นพิเศษ

นอกจากนี้ยังมีสิทธิโดยทั่วไปในส่วนตัวบุคคลจะพัฒนาบุคลิกภาพของแต่ละคน โดยอิสระปราศจากการรบกวน รวมทั้งสิทธิความเป็นอยู่ส่วนบุคคล(right to privacy)ที่จะไม่ใ้ใครมารบกวนความเป็นอยู่ส่วนตัวเช่น สิทธิที่จะไม่ใ้ใครมาบันทึกหรืออัดเทปสนทนา การเปิดเผยความลับส่วนตัว การถ่ายภาพส่วนตัวของเขา หรือนำภาพถ่ายส่วนตัวออกไปเผยแพร่ โดยผู้ถูกถ่ายภาพไม่ได้ให้ความยินยอม ย่อมได้รับการคุ้มครอง สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคล(right to privacy)ได้มีทนายวิชาการให้ความเห็นไว้ดังนี้

ท่านศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์⁹ เห็นว่า “บุคคลเราย่อมมีสิทธิส่วนตัว(right to privacy) สิทธิส่วนตัวเช่นว่านี้ย่อมได้รับความคุ้มครองมิใ้ใครเข้ามายุ่งเกี่ยวจนเกินสมควรเกินขอบเขต สิทธิที่ว่ามานี้รวมทั้งสิทธิที่จะไม่ใ้ผู้ใดล่วงล้ำยุ่งเกี่ยวโดยที่บุคคลต้องการอยู่คนเดียวด้วย อุทาหรณ์เช่นการแอบฟังหรือบันทึกเสียงหญิงชายพูดเรื่องรักใคร่อันเป็นกิจส่วนตัว การแอบฟังหรือบันทึกเสียงเขาพูดทางโทรศัพท์ หรือการแอบถ่ายภาพผู้ที่เปลือยกายในที่เร้นลับคนเดียวหรือพรรคการเมืองที่ส่งคนไปดักฟังบันทึกเสียงการประชุมลับของพรรคการเมืองฝ่ายตรงข้าม เพื่อรู้กลยุทธ์ทางการเมืองของอีกฝ่ายหนึ่ง ฯลฯ เหล่านี้เป็นการเข้าไปยุ่งเกี่ยวในเรื่องส่วนตัวของผู้อื่น อันเป็นสิทธิส่วนตัวของเขาทำให้เขาได้รับความเสียหายอันเป็นละเมิดทั้งสิ้น แต่การได้รับอนุญาตให้ฟังหรือบันทึกเสียงหรือให้ถ่ายภาพได้นั้น ย่อมเป็นกรณีเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหายซึ่งไม่เป็นละเมิด อย่างไรก็ตามจะถือว่าบุคคลมีสิทธิส่วนตัว(right to privacy)ย่อมต้องพิเคราะห์จากข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป เด็กที่เล็กเกินไปอาจถือว่ายังไม่มีเรื่องส่วนตัว(privacy)ก็ได้”

⁹ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขเพิ่มเติม(กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.35.

ท่านอาจารย์ประจักษ์ พุทธิสมบัติ¹⁰ เห็นว่า “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวนี้เป็นสิทธิเด็ดขาด (absolute right) อย่างหนึ่งที่เกิดขึ้นพร้อมกับสภาพบุคคล ความจำเป็นที่ต้องคุ้มครองสิทธิประเภทนี้ของบุคคล เนื่องจากเสรีภาพในการทำข่าวและเสรีภาพในการเสนอข่าวของสื่อมวลชนเช่น หนังสือพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์ ซึ่งใช้อุปกรณ์ทางเทคโนโลยีที่ทันสมัย สามารถใช้เลนส์ตั้งภาพจากระยะไกลใช้เครื่องบันทึกเสียงและไมโครโฟนขนาดเล็กในการลอบฟังการสนทนาทางโทรศัพท์หรือในสถานที่เป็นส่วนตัว เป็นต้น ความยากของการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว อยู่ที่การชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ของสาธารณชน สิทธิของสาธารณชนที่จะได้รับข่าวสาร หรือเสรีภาพของสื่อมวลชนกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ซึ่งจะแตกต่างกันไปตามพฤติการณ์”

ท่านอาจารย์กุลพล พลวัน¹¹ เห็นว่า สิทธิในชีวิตส่วนตัว หมายถึง สิทธิของบุคคลที่จะอยู่โดยลำพังปราศจากการรบกวน การสอดแทรก หรือแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในเรื่องส่วนตัว โดยแต่การนำเอาข้อเท็จจริงในเรื่องส่วนตัวไปเผยแพร่ต่อบุคคลอื่น หรือต่อสาธารณชน ทำให้ได้รับความเดือดร้อนรำคาญ อับอาย หรือทุกข์ทรมานใจ

ผู้เขียน เห็นว่า เป็นสิทธิที่จะดำเนินชีวิต ของบุคคลหนึ่งในสังคมที่เขาได้อาศัยอยู่อย่างสงบ โดยปราศจากการรบกวนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการนำไปเปิดเผยต่อสาธารณะจนทำให้เกิดความเดือดร้อน รำคาญ หรือเปื้อนอาย หรือเกิดความสูญเสียศักดิ์ศรีในความเป็นตัวของตัวเองในการดำเนินชีวิต กล่าวคือเป็นสิทธิที่จะดำเนินชีวิตตามอัธยาศัยของบุคคลโดยชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า การกระทำละเมิดเป็นการกระทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งนี้จึงรวมถึงสิทธิโดยทั่วไปที่บุคคลจะพัฒนาบุคลิกภาพของแต่ละคนโดยอิสระปราศจากการรบกวนรวมทั้งสิทธิส่วนบุคคล (Right to Privacy) ที่จะไม่ให้ใครมารบกวนความเป็นอยู่ส่วนตัวบุคคล¹² สิทธินี้เป็นสิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกรบกวนในเรื่องส่วนตัวและมีสิทธิในอันที่จะไม่ถูกเปิดเผย

¹⁰ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1*, น.65.

¹¹ กุลพล พลวัน, เสรีภาพของสื่อมวลชนในการแสวงหาข่าวสาร, เอกสารการสนทนาวิชาการกฎหมายและจริยธรรมของสื่อมวลชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรไทย, 2531), น.651.

¹² ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1*, น.49.

ข้อเท็จจริงอันเป็นเรื่องส่วนตัวในชีวิตต่อสาธารณะโดยปราศจากความยินยอมไม่ว่าข้อเท็จจริงนั้น จะทำให้เขาเสียชื่อเสียงหรือไม่ก็ตาม¹³ ส่วนค่าเสียหายจะเป็นเท่าใดนั้น เป็นเรื่องที่ต้องนำสืบ และ กรณีดังกล่าวก็ไม่ใช่ประเด็นที่ทำให้ขาดองค์ประกอบอันเป็นละเมิด ในขณะที่ความเสียหายกรณี ละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลอาจรวมถึงความเสียหายแก่จิตใจ ความรู้สึก เสรีภาพในการตัดสินใจ เสรีภาพในการกระทำใดๆ ฯลฯ ได้ด้วยและสิทธิตามมาตรา 420 ต้องเป็นสิทธิที่มีตามกฎหมายคือ มีกฎหมายรับรองคุ้มครอง หรือรับรองในภายหลังโดยคำพิพากษาของศาล โดยพิจารณาว่า ผู้ใดทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิเช่นนี้เป็นการผิดกฎหมายเหมือนกันหมด และหากก่อให้เกิด ความเสียหายโดยการกระทำที่ผิดกฎหมายเป็นการ “ละเมิด” แต่สิทธิอันเกิดจากการที่ได้ ตกลงกันได้ เป็นเรื่องผิดสัญญากฎหมายยอมรับบังคับบัญชาให้หากใช้สิทธิเรียกร้องนั้นเข้ามา แต่ไม่ใช่เรื่องทำผิดกฎหมาย¹⁴ (ความเสียหายเกิดแต่สิทธิตามสัญญาไม่เป็นละเมิด แต่ถ้ามี สิทธิตามกฎหมายหรือสิทธิเกิดขึ้นโดยกฎหมายอยู่แล้วและกำหนดโดยสัญญาด้วย ก็เป็นทั้งละเมิด และผิดสัญญา) โดยได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ได้ตัดสินคดีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลไว้ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 124/2487 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า พุดถึงสิทธิ หากจะกล่าวโดยย่อและ รวบรัดแล้วก็ได้แก่ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ แต่ประโยชน์จะเป็นสิทธิหรือไม่ ก็ต้องแล้วแต่ว่า บุคคลอื่น มีหน้าที่ต้องเคารพหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพประโยชน์นั้นก็เป็นที่สิทธิ กล่าวคือได้รับการรับรองคุ้มครองตามกฎหมาย ในกฎหมายของเรามีบัญญัติถึงโทษการฝ่าฝืน กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 339(2) ฉะนั้น จึงต้องถือว่ากฎหมายเรารับรองว่าบุคคลมีสิทธิที่จะ ไม่ให้ใครมาด่าว่า และให้ความคุ้มครองสำหรับการนั้น ฉะนั้นการที่จำเลยด่าโจทก์จึงเป็นการทำให้ เสียหายต่อสิทธิของโจทก์ เป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

คำพิพากษาฎีกาที่ 882/2504 ได้อธิบายต่อไปว่าสิทธิตามกฎหมายนั้นจะต้องมี กฎหมายประเทศไทยรับรองและคุ้มครอง ทั้งจะต้องรับรองประโยชน์ที่โจทก์ต้องการโดยตรงหาก เป็นกฎหมายของประเทศอื่นแล้วหาอาจเอามาบังคับได้ไม่

¹³ เข็มชัย ชูติวงศ์ และอัมพร ฤ ตะแก้วทุ่ง, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 723/2525 (เนติ.), น. 686.

¹⁴ พจน์ ปุชปาคม, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา), น. 5-6.

ในการเยียวยาความเสียหายนั้น แม้ว่าความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลจะเป็นความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือเป็นความเสียหายทางศีลธรรม ผู้เสียหายสามารถเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นเงินได้ เพราะมาตรา 420 มิได้จำกัดไว้ว่าจะต้องเป็นความเสียหายทางทรัพย์สินเท่านั้นและมาตรา 438 ยังให้อำนาจศาลกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ซึ่งค่าสินไหมทดแทนนี้หมายรวมทั้งค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันได้ก่อกำขึ้นนั้นด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 3407/2535 โจทก์ฟ้องจำเลยทั้งห้าให้ร่วมกันรับผิดชอบละเมิดเนื่องจากจำเลยที่ 1 โดยจำเลยที่ 2 และที่ 3 ได้ว่าจ้างจำเลยที่ 4 โดยจำเลยที่ 5 ให้ตอกเสาเข็มปลูกสร้างโรงแรม 16 ชั้น ในที่ดินติดต่อกับที่ดินของโจทก์เป็นเหตุให้บ้านของโจทก์ซึ่งปลูกอยู่ในที่ดินดังกล่าวเสียหาย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าค่าเสียหายเพราะโจทก์ทนทุกข์ทรมานแสนสาหัสได้รับความกระทบกระเทือนทางจิตใจจนไม่หลับเพราะหนวกหู ฝุ่นละอองจากการก่อสร้างทำให้บ้านเรือนสกปรก บ้านสิ้นสะเทือน หินและไม้ตกลงบนหลังคาบ้านโจทก์เกรงจะเกิดอันตรายต่อโจทก์และบริวารนั้นเห็นว่า ไม่ปรากฏว่าความทนทุกข์ทรมานสาหัสดังที่โจทก์อ้างนั้นเป็นอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจของโจทก์ แต่เห็นว่าค่าเสียหายที่โจทก์เรียกร้องมานี้เป็นเรื่องเสียหายต่ออนามัยและสิทธิจะอยู่อย่างสงบไม่ถูกรบกวนเพราะความทรมานนอนไม่หลับอันเนื่องจากฝุ่นละออง เสียงจากการก่อสร้างอันได้แก่การตอกเสาเข็ม และความหวาดระแวงอันเกิดจากสิ่งของตกหล่นลงมาบนหลังคาอันอาจเกิดอันตรายแก่อาคารและผู้พักอาศัยในบ้าน ดังที่มีไม้ตกทะลุหลังคามาจจำเลยต้องชดใช้ค่าซ่อมหลังคาให้แก่โจทก์ รวมทั้งการอัดตัวของดินทำให้บ้านเรือนโจทก์เสียหายอันอาจเป็นอันตรายแก่ผู้อยู่อาศัยเหตุการณ์เช่นนี้เกิดอยู่ตลอดเวลา นับแต่ปลายพ.ศ. 2528 ถึงต้นเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2528 เป็นเวลาประมาณ 2 เดือน ตามพฤติการณ์เชื่อได้ว่าทำให้โจทก์เสียหายก่อนอนามัยรวมทั้งสิทธิส่วนตัวที่จะมีความเป็นอยู่อย่างสงบสุขทั้งร่างกายและจิตใจ โจทก์จึงสมควรได้รับชดใช้ค่าเสียหายในความเสียหายนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2842/2528 การตั้งสถานีบ่มไบยาเพาะปลูกต้นยาสูบ ซึ่งจะต้องได้รับอนุญาตจากรมสรรพสามิตก่อนนั้น ไม่มีลักษณะเป็นการผูกขาดให้ผู้รับอนุญาตทำได้เพียงผู้เดียวกิจการผูกขาดตามพระราชบัญญัติยาสูบ พ.ศ. 2509 มีชนิดเดียวคือประกอบอุตสาหกรรมบุหรี่ยี่ห้อ ซึ่งเป็นการผูกขาดของรัฐ การกระทำของจำเลยแม้ยังไม่ได้รับอนุญาตถือไม่ได้ว่ากฎหมายให้การรับรองคุ้มครองสิทธิของโจทก์อันจะก่อให้เกิดมูลละเมิดตามกฎหมาย โจทก์จึงไม่ใช่ผู้เสียหายที่จะมีอำนาจฟ้องจำเลย

นอกจากนี้ ผู้เสียหายยังอาจร้องขอให้ศาลสั่งห้ามมิให้จำเลยกระทำต่อไปซึ่งการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวได้(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 64/2501)และผู้เสียหายอาจร้องขอให้ศาลสั่งให้ผู้กระทำละเมิดจัดการตามสมควรเพื่อให้ชื่อเสียงของเขากลับคืนดีได้ตามมาตรา 447(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 940/2478)

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่า ในประเทศไทยยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลอันเกี่ยวกับการถ่ายภาพและการเผยแพร่ภาพบุคคลโดยมิได้รับความยินยอม ผู้เขียนจึงได้ทำการพิจารณาถึงข้อเท็จจริงและปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมและปรับข้อกฎหมายเพื่อทำการศึกษาและวิจัยถึงแนวทางที่เป็นไปได้ ดังนี้

(ก) การถ่ายภาพโดยมิได้รับความยินยอม เช่น กรณีที่ ก. ซึ่งเป็นปาปาราซซีใช้เลนส์ซูมถ่ายรูปของ ข. ขณะที่ ข. นั่งเล่นอยู่ในบ้านอันเป็นสถานที่ส่วนตัวที่ ข. มีสิทธิที่จะอยู่ได้โดยลำพัง จะเห็นได้ว่า การที่ ข. ได้อยู่ในสถานที่ส่วนบุคคล ข. จึงมีสิทธิที่จะอยู่อย่างสันโดษ ปราศจากการรบกวนจากบุคคลอื่น เมื่อ ก. ซึ่งเป็นช่างภาพได้ทำการถ่ายภาพของ ข. จึงเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งของ ข. ตามมาตรา 420.

จากอุทธรณ์ข้างต้น มีข้อที่น่าพิจารณาว่า หากมีการถ่ายภาพบุคคลในสถานที่สาธารณะโดยผู้ถูกถ่ายภาพไม่ได้ให้ความยินยอม เช่น นางสาว ก. ใส่ชุดว่ายน้ำไปเดินเล่นที่ชายหาด นาย ข. เห็นว่านางสาว ก. เป็นบุคคลที่หน้าตาสวยงามและอยากได้ภาพของนางสาว ก. เก็บไว้ จึงได้ทำการถ่ายภาพนางสาว ก. โดยนางสาว ก. ไม่ได้ให้ความยินยอม จะเป็นการล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคลหรือไม่

และหากบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลสาธารณะด้วยแล้ว เมื่อมีการถ่ายภาพโดยไม่ได้รับความยินยอมเพื่อนำไปตีพิมพ์เผยแพร่ในนิตยสาร จะเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลหรือไม่

ซึ่งข้อสงสัยเกิดข้างต้นนี้ ผู้เขียนจักได้นำไปวิเคราะห์ในบทที่ 5 หลังจากที่ได้ศึกษากฎหมายและคำวินิจฉัยในต่างประเทศเพื่อนำมาประกอบการพิจารณาอันเป็นลำดับต่อไป

(ข) การเผยแพร่ภาพโดยมิได้รับความยินยอม การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจึงเป็นการคุ้มครองความเป็นอยู่ส่วนบุคคลจากการฝ่าฝืนในการเข้าถึงและรวบรวมข้อมูลโดยมิได้รับความยินยอม และเป็นการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการนำข้อมูลหรือภาพถ่าย ไปเผยแพร่หรือใช้เกินกว่าวัตถุประสงค์ที่ให้ความยินยอม¹⁵ เช่น

¹⁵Anan Chantara-Opakorn, "Impact of Information Technology on law and Property Rights",วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 2 ปีที่ 21(มิถุนายน),น.274.

กรณีที่ได้มีการลักลอบถ่ายภาพเปลือยท่อนบนของคุณ บงกช คงมาลัย(ต๊ัก)ขณะที่ได้แสดงภาพยนตร์ในเรื่องไอ้ฟัก และได้มีการนำมาเผยแพร่โดยมิได้รับความยินยอม ซึ่งดาราสาวได้ทำการฟ้องต้นสังกัดผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ภาพยนตร์ และผู้กำกับหนังในฐานะเป็นผู้ปล่อยให้ฉากที่ได้ถูกลักลอบถ่ายภาพนำไปเผยแพร่ต่อสาธารณชน โดยการนำภาพถ่ายดังกล่าวไปเผยแพร่ไม่ว่าจะกระทำด้วยการเผยแพร่โดยใช้เทคโนโลยีในการเผยแพร่ชนิดใดก็ตามเช่น การเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต การส่งทางโทรศัพท์มือถือ หรือการส่งทางอีเมลล์ ฯลฯ การกระทำดังกล่าวนั้นย่อมเป็นการกระทำความผิดฐานละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลตามมาตรา 420 อันเป็นการละเมิดต่อสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งเช่นเดียวกับการถ่ายภาพโดยมิได้รับความยินยอม

หากกรณีรูปภาพนั้นได้เกิดจากการสร้างขึ้น ดัดต่อ เติม หรือดัดแปลงด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใด ซึ่งภาพที่ออกมานั้นไม่สามารถเป็นความจริงได้เลยเช่น การนำศีรษะของผู้เสียหายไปติดต่อกับลำตัวของสุนัข โดยลำพังการติดต่อดังกล่าวยังไม่อาจเป็นความผิดตามมาตรา 420 ได้ เนื่องจากยังมิมีการกระทำละเมิดต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลนั้น และยังมีได้ก่อให้เกิดความเสียหายและกระทบต่อความรู้สึกของบุคคลนั้นแต่ประการใด แต่เมื่อใดก็ตาม หากได้มีการนำภาพถ่ายดังกล่าวออกเผยแพร่สู่สาธารณชนแล้ว ทำให้เขาเสียหายส่งผลให้บุคคลนั้นเสื่อมเสียต่อชื่อเสียงถูกดูหมิ่นเกลียดชัง จะเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลตามมาตรา 420

2.1.2 หลักความรับผิดตามมาตรา 423

บทบัญญัติดังกล่าวนี้ เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิผู้ได้รับความเสียหายเฉพาะจากการเผยแพร่ภาพถ่ายโดยมิได้รับความยินยอม ซึ่งได้มีการบัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 423 บัญญัติว่า “ผู้ใดกล่าวหรือข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริงเป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของบุคคลอื่นก็ดี หรือเป็นที่เสียหายแก่ทางทำมาหาได้หรือทางเจริญของเขาโดยประการอื่นก็ดี ท่านว่า ผู้นั้นจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เขาเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแก่การนั้น แม้ทั้งเมื่อตนมิได้รู้ว่าข้อความนั้นไม่จริงแต่หากควรจะรู้ได้”

ความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 423 เป็นการบัญญัติถึงการกระทำละเมิดอย่างหนึ่งเป็นเอกเทศนอกเหนือจาก มาตรา 420 เรียกกันว่า “การหมิ่นประมาททางแพ่ง” ซึ่งเป็นการรับรองว่าชื่อเสียงเกียรติคุณและทางทำมาหาได้ทางเจริญของบุคคลเป็นสิทธิ ซึ่งอาจถูกละเมิดได้แม้มิใช่สิทธิตามมาตรา 420 ก็ตาม แต่การดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทด้วยข้อความจริง

ซึ่งไม่เป็นละเมิดตามมาตรา 420 นี้ ถ้าหากทำให้เสียหายแก่สิทธิของบุคคลอื่น ก็อาจเป็นละเมิดตามมาตรา 420 ได้¹⁶

คำพิพากษาฎีกาที่ 124/2478 ในเรื่องหมิ่นประมาทเขาซึ่งหน้าเป็นผิดตามลหุโทษนั้น ถือว่าเป็นการทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ซึ่งศาลวินิจฉัยถึงความเสียหาย ให้ตามควรแก่พฤติการณ์ตาม มาตรา 438 คำว่าสิทธิหมายถึงประโยชน์อันบุคคลอื่นต้องเคารพหรือได้รับการรับรองและคุ้มครองของกฎหมาย

การหมิ่นประมาท ทางแพ่งนี้จะต้องทำให้เสียหายต่อชื่อเสียง(reputation)เกียรติคุณ(credit)ทางทำมาหาได้(earning)หรือทางเจริญของบุคคลหนึ่ง(prosperity)ซึ่งการคุ้มครองบุคคลผู้ได้รับความเสียหายในกรณีนี้ จะให้ความคุ้มครองกว้างกว่าคดีอาญา เนื่องจากกฎหมายอาญาจะคุ้มครองเฉพาะเกียรติเท่านั้น สำหรับข้อความหมิ่นประมาทที่จะทำให้เสียชื่อเสียงของบุคคลผู้เสียหายหรือไม่นั้น จะต้องถือตามความรู้สึกของบุคคลทั่วไปมิได้ขึ้นอยู่กับความรู้สึกของผู้เสียหายเองและข้อความนั้นจะต้องมุ่งถึงตัวผู้เสียหายโดยตรงหากเป็นการกล่าวอ้างลอยๆ ไม่เจาะจงคนกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดหรือไม่รู้ว่าเป็นผู้ใดโดยอ้อมหาผู้เสียหายไม่ได้¹⁷

ความรับผิดตามมาตรา 423 อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลาย คือ การพูดหรือการกระทำใดๆ ที่ทำให้บุคคลอื่นเข้าใจความหมายของผู้กล่าวหรือไขข่าวนั้น ผู้กล่าวหรือไขข่าวซ้ำหรือทบทวน ก็เป็นผู้กล่าวหรือไขข่าว ซึ่งจะต้องรับผิดชอบโดยแก้ตัวไม่ได้

ตัวอย่าง ของการกล่าวหรือไขข่าว เช่น การกระทำด้วยคำพูด การโฆษณาทางวิทยุ การกล่าวทางโทรศัพท์ การใช้แถบบันทึกเสียง การเขียนผ่านสื่อหนังสือพิมพ์ การเขียนภาพล้อเลียน การเขียนรูปภาพและมีคำบรรยายได้ภาพการกระทำอื่นๆ เช่น การแสดงละคร

2. แพร่หลาย หมายความว่า การกล่าวหรือไขข่าวนั้นต้องแพร่หลาย กล่าวคือ ต้องกระทำต่อบุคคลที่สามและบุคคลที่สามนั้นสามารถเข้าใจความหมายของข้อความที่กล่าวหรือไขข่าวและการกล่าวหรือไขข่าวจะกระทำต่อหน้าบุคคลที่สามหรือไม่ก็ได้ ไม่ต้องระบุชื่อก็ได้ เช่น ก. ได้เขียนบทความประกอบภาพถ่ายโดยเป็นการหมิ่นประมาท ข. และได้้นำเผยแพร่สู่สาธารณชน ดังนั้น สาธารณชน จึงเป็นบุคคลที่สาม และแม้ผู้กล่าวหรือไขข่าวจะตั้งใจให้หมายความถึงผู้เสียหายหรือไม่ ไม่สำคัญเพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติว่าผู้กล่าวหรือไขข่าวต้องจงใจหรือเลินเล่อ

¹⁶พจน์ ปุชปาคม,,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14,น.469.

¹⁷เสนีย์ ปราโมทย์,ม.ร.ว.,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6,น.62.

ถึงขนาดนั้น ความตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อมีความสำคัญเฉพาะแต่ว่า ผู้กล่าวรู้หรือไม่ว่าข้อความที่กล่าวนั้น ไม่เป็นความจริง ถ้ารู้ก็เป็นการตั้งใจเพราะรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำของตนเองต่อผู้อื่น ถ้าผู้กล่าวไม่รู้ว่าเป็นข้อความนั้นไม่จริงแต่ควรจะมีเจตนาที่ต้องรับผิดชอบเหตุนี้ความประมาทเลินเล่อในการรู้หรือไม่รู้ความจริงในข้อความที่กล่าว จึงเป็นละเมิดได้¹⁸

3. บุคคลที่สาม คือบุคคลอื่นนอกจากผู้กล่าวหรือไขข่าวและผู้เสียหาย โดยผู้ซึ่งได้ยินได้ฟังได้รู้เห็นหรือรับทราบข้อความจากผู้กล่าวหรือไขข่าว ซึ่งจะมีเพียงคนเดียวหรือก็คนก็เป็นบุคคลที่สาม

ดังนั้น การกล่าวหรือไขข่าวนั้นต้องแพร่หลาย กล่าวคือต้องกระทำต่อบุคคลที่สามและบุคคลที่สามนั้นต้องเข้าใจความหมายของข้อความที่กล่าวหรือไขข่าว ที่ว่าต้องกระทำต่อบุคคลที่สาม หมายความว่าขณะทีกล่าวหรือไขข่าวต้องมีบุคคลที่สามซึ่งกระทำต่อหน้าผู้เสียหายหรือไม่ก็ได้และบุคคลที่สามนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลที่ประสงค์จะบอกกล่าวข้อความนั้น การบอกกล่าวข้อความโดยเปิดเผย เช่น ส่งโทรเลข ไปรษณียบัตร หรือส่งตามทางการที่จะมีคนอื่นที่มีสิทธิเปิดอ่านเช่น เจ้าหน้าที่เลขานุการ ถือว่าเป็นคนที่สามที่ทราบข้อความนั้นแล้ว¹⁹

ข้อสังเกต ศาลฎีกาได้ทำการตัดสินไว้ว่าการกระทำที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 423 จะต้องเป็นการกล่าว หรือ ไขข่าวแพร่หลาย อันเป็นข้อความอันเป็นการฝ่าฝืนต่อความจริงและจากการพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกระทำความผิดในการใช้ภาพถ่ายโดยมิชอบจะเห็นได้ว่าการกล่าวหรือ ไขข่าวแพร่หลาย อันเป็นข้อความอันเป็นการฝ่าฝืนต่อความจริงได้นั้นจะต้องเป็นการเผยแพร่ภาพถ่าย โดยมีข้อความหรือบทความประกอบภาพถ่ายซึ่งเป็นข้อความอันเป็นเท็จอันเป็นเหตุให้ผู้ที่อยู่ในภาพถ่ายนั้นได้รับความเสียหาย²⁰

แต่กรณีดังกล่าว มีข้อน่าคิดว่า หากเป็นกรณีที่มีการถ่ายภาพบุคคลในลักษณะที่เป็น การถ่ายภาพจากสถานที่ที่เป็นส่วนตัว และภาพถ่ายที่นำออกมาเผยแพร่โดยมิได้มีข้อความหรือบทความบรรยายประกอบภาพถ่าย แต่ภาพถ่ายนั้นน่าจะทำให้บุคคลที่ถูกถ่ายภาพนั้นเสียชื่อเสียง เช่น การเอาภาพการร่วมประเวณีของผู้อื่นไปแสดงให้บุคคลอื่นดู จะถือว่าภาพถ่ายนั้นเป็นเรื่องของ

¹⁸ไพจิตร บุญญพันธุ์, อ่างแล้ว เริงอรุณที่ 9, น.56.

¹⁹ศักดิ์ สนองชาติ , คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด และความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 , พิมพ์ครั้งที่ 6(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ), น. 85.

²⁰เทียบเคียงคำพิพากษาฎีกาที่ 990/2508 (เนติ), น.1579.

การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายอันจะเป็นความผิดตามมาตรา 423 นี้หรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาความหมายของการกล่าว และการไขข่าวว่ามีความหมายถึงการนำภาพถ่ายออกเผยแพร่หรือไม่จากการศึกษาได้มีท่านนักวิชาการให้ความหมายไว้ ดังนี้

ท่านอาจารย์พจน์ ปุષปาคม เห็นว่า“การกล่าวหรือไขข่าว”คือการกล่าวหรือพูดหรือกระทำการให้มีการได้ยินได้ฟัง ให้ล่วงรู้เข้าใจความแต่เพียงครั้งหนึ่งคราวเดียว แม้ไม่พูดออกมาแต่ทำกิริยาใบ้ให้เข้าใจความก็เป็นการกล่าวเช่นเดียวกัน

“การไขข่าว”เป็นการโฆษณาข้อความให้ล่วงรู้เข้าใจความหมายหลายครั้งต่างวาระและสถานที่กัน มาตรา 328 ประมวลกฎหมายอาญาได้อธิบายการโฆษณาไว้คือ โฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียงหรือสิ่งบันทึกเสียงอย่างอื่น การทำโดยการกระจายเสียงหรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่นใด

โดยการกล่าวหรือไขข่าวไม่จำกัดเฉพาะคนพูดเองแต่แรก คนที่ได้ยินได้ฟังแล้วเอาความนั้นมาพูดต่อ หรือเอาเอกสาร หรือสิ่งที่ปรากฏตัวอักษร สิ่งที่กระจายเสียงมาเผยแพร่ต่อไปเพื่อให้คนอื่นได้รับรู้ข้อความนับเป็นการกล่าวหรือไขข่าวเช่นเดียวกัน²¹

ท่านศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ เห็นว่า “การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลาย” หมายถึงการแสดงข้อความใดๆ ให้บุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอกไม่ใช่ผู้ต้องเสียหายนั่นเองได้ทราบการละเว้นการกระทำย่อมจะมีไม่ได้ในตัว จะเป็นด้วยคำพูด คำที่เขียนหรือด้วยกิริยาอาการหรือวิธีอื่นก็ได้ กล่าวคืออาจเป็นการกระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏด้วยวิธีใด แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียงอย่างอื่น การกระทำโดยการกระจายเสียงหรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่นใด(ดูประมวลกฎหมายอาญามาตรา 328)เช่นสอนให้นักพูดแทน เป็นต้น การกล่าวอาจเป็นการกล่าวที่เป็นถ้อยคำถามก็ได้หรืออาจเป็นการกล่าวหรือไขข่าวซ้ำใหม่ ซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริงที่มีผู้กล่าวหรือไขข่าวแล้วก็ได้²²

ท่านศาสตราจารย์ศักดิ์ สมองชาติ เห็นว่า“การกล่าวหรือไขข่าว”หมายความว่า การพูดหรือการกระทำด้วยประการใดๆ ที่ทำให้บุคคลอื่นเข้าใจความหมายของผู้กล่าวหรือไขขาวนั้น ผู้กล่าวหรือไขข่าวซ้ำหรือทบทวนก็เป็นผู้กล่าวหรือไขข่าวซึ่งจะต้องรับผิดชอบโดยแก้ตัวไม่ได้²³

²¹พจน์ ปุษปาคม ,อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 14,น.471.

²²ไพจิตร ปุญญพันธุ์,อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9,น.54.

²³ศักดิ์ สมองชาติ , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19,น. 85.

ท่านอาจารย์ประจักษ์ พุทธิสมบัติ เห็นว่า การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลาย หมายความว่า การแสดงข้อความใดๆ ให้บุคคลที่สามได้ทราบจะเป็นโดยคำพูด รอยเขียน หรือด้วยกิริยา และวิธีการอื่นใดก็ตามโดย“การกล่าว”ซึ่งหมายถึงพูดเอง ส่วน“ไขข่าว”คือการพูดข่าวจากคนอื่น²⁴ ซึ่งหมายถึง การได้รับการบอกเล่ามาทั้งสองประการจะเป็นการกระทำครั้งเดียวหรือหลายครั้งก็ตาม หรือทำโดยวิธีการพูดหรือวิธีอื่นใดก็ตาม ซึ่งทำให้ผู้อื่นเข้าใจความหมายของผู้กล่าวหาหรือไขข่าว นั้น โดยจะเป็นผู้กล่าวเองหรือไขข่าวซ้ำหรือทบทวนก็เป็นผู้กล่าวหรือไขข่าว ซึ่งจะต้องรับผิดชอบโดยแก้ตัวไม่ได้ และการกล่าวโดยตั้งคำถามก็เป็นการไขข่าว²⁵

ผู้เขียนเห็นว่า “การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลาย” หมายถึงการแสดงข้อความใดๆ จะเป็นการแสดงข้อความใดๆ ด้วยคำพูด คำที่เขียน หรือด้วยกิริยาอาการ หรือวิธีอื่นก็ได้ กล่าวคือ อาจเป็นการกระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏด้วยวิธีใด แผ่นเสียงหรือสิ่งบันทึกเสียงอย่างอื่น การกระทำโดยการกระจายเสียงหรือโดยทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่นใด ซึ่งสามารถทำให้ผู้อื่นเข้าใจความหมายของผู้กล่าวหรือไขขาวนั้น

เมื่อพิจารณาถึงประโยชน์และวัตถุประสงค์ของภาพถ่ายที่ได้กล่าวในช่วงต้นนั้น²⁶ การใช้ภาพถ่ายเป็นการสื่อสารอย่างหนึ่ง (Communication) และเป็นภาษาสากล (International Language) ที่มนุษย์สามารถใช้เพื่อถ่ายทอดความรู้ วิทยาการ ข่าวสาร และประสบการณ์ ภาพถ่ายจึงเป็นการสื่อสารอย่างหนึ่ง ซึ่งสามารถทำให้ผู้อื่นเข้าใจความหมายของผู้ที่ต้องการกล่าวหรือไขขาวนั้น ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าหากเป็นกรณีที่มีการถ่ายภาพบุคคลในลักษณะที่เป็นการถ่ายภาพแล้วมีการภาพถ่ายที่ได้ออกมาเผยแพร่ แม้มิได้มีบทความหรือข้อความประกอบภาพถ่าย ก็ถือได้ว่าเป็นการไขข่าวได้ แต่การที่จะรับผิดชอบหมิ่นประมาททางแพ่งตามมาตรา 423 ได้ นั้น จะต้องเป็นการกล่าวหรือไขข่าวอันข้อความที่ฝ่าฝืนต่อความจริง ดังนั้นหากการกระทำดังกล่าวเป็นเพียงแต่ถ่ายภาพผู้เสียหายที่อยู่ในสถานที่ส่วนตัวออกเผยแพร่ เช่น การนำภาพการร่วมประเวณีของผู้อื่นไปเผยแพร่ การกระทำดังกล่าวนี้ไม่สามารถที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 423 ได้เลย เพราะภาพถ่ายนั้นเป็นเรื่องจริงมิได้มีการดัดแปลงหรือตกแต่งด้วยประการใด อันเป็นการฝ่าฝืนต่อความจริงและ

²⁴จิตติ ดิงศภทิพย์, มูลแห่งหนึ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 5 (2526), น.240.

²⁵ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1 , น.198.

²⁶ภาพถ่ายเป็นสื่อเพื่อให้ข้อมูล (Information) ช่วยอธิบายเรื่องราว เพื่อบันทึกเหตุการณ์ บอกลักษณะ แสดงถึงกระบวนการหรือโครงสร้าง เพื่อความบันเทิง เป็นองค์ประกอบในการจัดหน้านิตยสาร.

แม้การกระทำดังกล่าวจะไม่ใช่ความผิดตามมาตรา 423 ก็ตาม แต่กรณีดังกล่าวย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 420 เนื่องจากการถ่ายภาพและเผยแพร่ภาพถ่ายโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นละเมิดสิทธิส่วนบุคคลโดยถือว่าเป็นสิทธิที่จะอยู่อย่างสันโดษ ด้วยเหตุผลที่ว่า“มาตรา423นี้เป็นกรณีทำให้เสียหายแก่ ชื่อเสียง เกียรติคุณทางทำมาหาได้ และทางเจริญของบุคคลด้วยวิธีใช้คำพูดและคำเขียนอันเป็นบทบัญญัติเพิ่มเติมขึ้นจากมาตรา 420 เพราะมาตรา 420 ไม่ได้ระบุความเสียหายดังกล่าวไว้ว่าจะจัดเข้าทำให้เสียหายแก่สิทธิก็ได้ แต่มีหลักเกณฑ์เป็นพิเศษจึงนำมาบัญญัติไว้แยกเป็นอีกมาตราหนึ่ง แต่มิใช่ว่าถ้าไม่เข้าตามมาตรานี้แล้วจะไม่ใช่เป็นละเมิด อาจเป็นละเมิดตามมาตรา 420 ฐานทำให้เสียหายแก่สิทธิก็ได้”²⁷

คำพิพากษาฎีกาที่ 124/2487 จำเลยดำโจทก์ว่า “อ้ายจุมอ้ายชาติแนวหมา” การกระทำของจำเลยเป็นละเมิดหรือไม่ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าในข้อนี้ต้องพิจารณาถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 และมาตรา 423 โดยมาตรา 420 เป็นแม่บทในเรื่องละเมิด ส่วนมาตรา 423 เป็นเรื่องละเมิดเหมือนกัน แต่เป็นข้อบัญญัติเฉพาะการละเมิดโดยทางกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลาย ซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริงจนเป็นที่เสียหายแก่บุคคลอื่น แต่อย่างไรก็ดี การที่มาตรา 423 บัญญัติไว้เช่นนี้มีได้หมายความว่า การพูดอันเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น จะมีได้แต่เฉพาะในกรณีดังบัญญัติไว้ในมาตรา 423 เท่านั้น การสบประมาทซึ่งบางที่เรียกว่าหมิ่นประมาทซึ่งหน้าอันไม่อยู่ภายใต้มาตรา 423 นั้นจะเป็นการละเมิดหรือไม่ต้องแล้วแต่ว่าต้องห้ามตามข้อบัญญัติแห่งมาตรา 420 หรือไม่ หากต้องตามมาตรา 420 แล้วก็เป็นละเมิด

และหากนำข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้นนี้ มาเปรียบเทียบกับกรณีหมิ่นประมาทในคดีอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 326 จะเห็นได้ว่า การหมิ่นประมาททางอาญานั้น มีองค์ประกอบความผิดว่าต้องเป็นการ “ใส่ความ” ซึ่งมีความหมายว่าการยืนยันข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นความจริงก็ได้หรือเป็นความเท็จก็ได้ แม้แต่การเล่าเรื่องที่ได้ยินมาให้กับบุคคลอื่นฟังก็อยู่ในความหมายของคำว่า“ใส่ความ”

คำพิพากษาฎีกาที่ 380/2503 “การใส่ความในคดีอาญาจึงไม่จำกัดวิธีอาจเป็นการใช้คำพูดให้ความหมายหรือแสดงกิริยาอาการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือใช้ภาษาใบ้ สัญลักษณ์ต่างๆ การแอบถ่ายภาพ การร่วมประเวณีของผู้อื่นไปแสดงให้บุคคลอื่นดูยอมเป็นการใส่ความและน่าจะทำให้เสียชื่อเสียงยอมเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทในทางอาญาได้”

²⁷พจนี ปุษปาคม, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 14, น.469.

แต่อย่างไรก็ตาม หากภาพถ่ายนั้นเป็นภาพที่เกิดจากการสร้างขึ้น ตัดต่อ เติม หรือ ดัดแปลงด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใดด้วยคอมพิวเตอร์ กรณีดังกล่าวนี้สามารถ พิจารณาได้เป็น 2 กรณีคือ

กรณีที่ 1 การตัดต่อ เติม หรือดัดแปลงภาพถ่ายที่เป็นการฝ่าฝืนต่อความจริงส่งผลให้ เป็นการหมิ่นประมาทผู้เสียหายโดยภาพถ่ายนั้นได้สื่อความหมายออกด้วยประการใดๆ หากได้นำ เผยแพร่ต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด เป็นเหตุให้ผู้ถูกตัดต่อ เติม หรือดัดแปลงภาพถ่ายได้รับความเสียหายแก่ชื่อเสียงเกียรติคุณ ยกตัวอย่างเช่น นางสาว ก. ได้ทำภาพตัดต่อและดัดแปลง ภาพถ่ายของนางสาว ข. ให้เป็นภาพที่นางสาว ข. กำลังอยู่บนเตียงนอนกับนาย ค. โดยมี ความประสงค์ที่จะสื่อให้เห็นว่านางสาว ข. ได้เคยร่วมหลับนอนกับ นาย ค. จะเห็นได้ว่าการกระทำ ของนางสาว ข. ส่งผลให้นางสาว ก. เสียชื่อเสียงเกียรติคุณและเป็นการสื่อความหมายด้วยภาพถ่าย ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนต่อความจริงนางสาว ข. จึงมีความผิดฐานหมิ่นประมาททางแพ่งตามมาตรา 423

กรณีที่ 2 การตัดต่อเติม หรือดัดแปลงภาพถ่ายที่เป็นการฝ่าฝืนต่อความจริงส่งผลให้ เป็นการสบประมาทผู้เสียหาย โดยภาพถ่ายได้สื่อความหมายออกด้วยประการใดๆ อันเป็น การเหยียดหยามบุคคลอื่นซึ่งไม่ทำให้ผู้นั้นได้รับความเสียหายแก่ชื่อเสียงเกียรติคุณ ยกตัวอย่างเช่น การนำศีรษะของผู้เสียหายไปติดต่อกับลำตัวของสุนัข โดยได้มีการนำภาพดังกล่าวออกเผยแพร่ สู่อารมณ์ชน การกระทำดังกล่าวนี้มิได้ทำให้ผู้เสียหายเสียชื่อเสียงเกียรติคุณแต่ประการใด เนื่องจากตามสภาพความเป็นจริง ไม่สามารถมีมนุษย์ผู้ใดมีศีรษะเป็นคนแต่ลำตัวเป็นสุนัข การสื่อความหมายด้วยภาพถ่ายดังกล่าวนี้จึงไม่อาจยืนยันถึงข้อความจริงได้ ดังนั้นการกระทำ ดังกล่าวจึงไม่เป็นการทำให้บุคคลนั้นได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณแต่มีผลเพียงเป็น การเหยียดหยามผู้เสียหายเท่านั้น ซึ่งถือได้ว่าเป็นการสบประมาทผู้เสียหาย ดังนั้นการกระทำ ในกรณีที่ 2 นี้จึงไม่สามารถเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาททางแพ่งตามมาตรา 423 ได้เลย แต่สามารถเป็นความผิดฐานละเมิดตามมาตรา 420 ได้ เพราะถือว่าเป็นละเมิดต่อสิทธิอย่างใด อย่างหนึ่งดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อที่ 2.1.1 หลักความรับผิดตามมาตรา 420

ข้อสังเกต ข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น สามารถนำมาพิจารณาเทียบเคียงได้ดังนี้ “ข้อความหมิ่นประมาท(defamation)ต่างกับถ้อยคำหยาบซ้ำคำว่าดูถูกกันว่าถ้อยคำสบประมาท (insult)นั้นมีความแตกต่างกัน ความสำคัญของความแตกต่างนั้นคือ ข้อความหมิ่นประมาทเป็น ข้อความที่ประทุษร้ายทำให้เขาเสียหายในชื่อเสียงส่วนถ้อยคำสบประมาทเป็นแต่ถ้อยคำอันเป็นที่ ระคายเคืองต่อความรู้สึกของเขา โดยไม่มีข้อความอันอาจทำให้เสียหายต่อชื่อเสียงอย่างไร อย่างมากก็เป็นแต่การประทุษร้ายต่อความรู้สึกอันสุภาพของผู้ถูกว่า ถาหากผู้ถูกว่าเองไม่สุภาพ

ก็จะเป็นแต่ถ้อยคำดูถูกอันจะยั่วเย้ากิเลสของเขา ซึ่งอาจชวนให้เกิดทะเลาะวิวาทต่อกันขึ้นเท่านั้น สบประมาทโดยมากเป็นผลจากความหมายที่จะเชื่อฟังเป็นจริงอย่างใดมิได้ เรียกกันว่าคำเช่น คำแม่เขาเถาว่าเขาเป็นชาติสุนัข เหล่านี้ ไม่อาจทำให้ผู้ได้ยินได้ฟังเชื่อว่าเป็นจริงไปได้ ต่างรู้กันอยู่ว่า ไม่มีความหมายอะไร ไม่อาจทำให้เกิดความเสียหายแก่ ชื่อเสียงของผู้สบประมาทได้ ฉะนั้นจึง ไม่อาจเป็นละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 423²⁸ ข้อเท็จจริงข้างต้น แม้จะเป็นเพียงภาพถ่ายแต่สามารถถือได้ว่าเป็นการสื่อสารติดต่อกันได้คล้ายกับการสื่อสาร ด้วยวาจา เมื่อภาพถ่ายสามารถสื่อความหมายได้ ก็สามารถที่จะนำมาพิจารณาว่าการสื่อสารด้วย ภาพถ่ายนั้น เป็นการหมิ่นประมาท(defamation)หรือสบประมาท(insult)ได้

หลักเกณฑ์ที่สำคัญอีกประการหนึ่งได้แก่การวินิจฉัยว่าข้อความใดหรือภาพถ่ายใด จะทำให้คนทั้งหลายเกิดความรู้สึกดูหมิ่นเกลียดชัง เป็นข้อความหรือภาพถ่ายที่จะเป็น หมิ่นประมาทหรือไม่ ต้องถือเอาความรู้สึกของคนทั่วไป จะถือเอาความรู้สึกของตัวโจทก์ หรือ ผู้เสียหายเองหรือครอบครัววงศ์ญาติ เพื่อนฝูงของผู้ได้รับความเสียหาย หรือถือตามความรู้สึกของ คนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งไม่ได้ โดยมีคำพิพากษาฎีกาที่ 590/2473 เป็นบรรทัดฐานในการวินิจฉัย ข้อกฎหมายตามมาตรา 423

คำพิพากษาฎีกาที่ 590/2473คดีนี้โจทก์ฟ้องว่า จำเลยได้กล่าวร้ายใส่ความโจทก์ว่า โจทก์เป็นผีปอบ เข้าสิงกินคนหลายคนที่คบค้าสมาคมกับโจทก์ คนโดยมากหลงเชื่อเป็นเหตุให้ โจทก์เสียชื่อเสียง ขอให้ลงโทษจำเลยตามมาตรา 282 ศาลจังหวัดเชียงใหม่ไม่รับฟ้องโจทก์ไว้ พิเคราะห์โดยแสดงเหตุผลว่าเรื่องผีปอบเข้าสิงกินคนนั้น เป็นข้อที่ศาลรู้ได้ทันทีว่าโดยมากคนไม่เชื่อ เช่นเดียวกับที่จะกล่าวหานายคนหนึ่งไม่ใช่มนุษย์เป็นวัตถุหรือสัตว์อะไรตัวหนึ่ง คำกล่าวของจำเลย จึงไม่อาจทำให้โจทก์เสียชื่อเสียง ไม่อาจจะทำให้คนทั้งหลายดูหมิ่นเกลียดชังโจทก์ได้ และศาลยังได้ วินิจฉัยต่อไปด้วยว่าจริงอยู่เรื่องผีปอบคนนั้นบางตำบล (ทางเหนือแถวจังหวัดเชียงใหม่)ยังเชื่อว่าเป็นจริง แต่ศาลเห็นว่าตามนัยของกฎหมายต้องฟังเอาตามความเชื่อถือของคนทั้งหลายเป็นที่ตั้ง จึงพิพากษายกฟ้องโจทก์ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาพิพากษายืนตามศาลเดิม

2.1.3 ความแตกต่างของความรับผิดทางละเมิดตามมาตรา 420 และมาตรา 423

จากหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดตามมาตรา 420 และมาตรา 423 ที่ได้ศึกษามา ข้างต้นอาจแยกความแตกต่างได้ดังนี้

²⁸ เสนีย์ ปราโมทย์,ม.ร.ว.,อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6,น.106-107.

(ก) วัตถุประสงค์คุ้มครอง บทบัญญัติความรับผิดทางละเมิดมาตรา 420 มีลักษณะเป็น บททั่วไป สามารถปรับใช้ได้กับความรับผิดทางละเมิดที่กระทำต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งคำว่า“สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด”นี้ได้รวมถึงสิทธิส่วนบุคคล และสิทธิในชื่อเสียงด้วยสำหรับบทบัญญัติความรับผิดทางละเมิดมาตรา 423 มีลักษณะเป็น บทเฉพาะเกี่ยวกับการหมิ่นประมาททางแพ่ง ซึ่งเป็นความรับผิดทางละเมิดที่กระทำต่อชื่อเสียง เกียรติคุณ ทางทำมาหาได้หรือทางเจริญของบุคคลมาตรา 420 จึงมีวัตถุประสงค์คุ้มครองกว้างกว่า มาตรา 423

(ข) ภาระการพิสูจน์ความรับผิดทางละเมิด มาตรา 420 ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ให้ได้ถึง ความผิดของผู้ทำละเมิด คือผู้ทำละเมิดได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ สำหรับความรับผิด ทางละเมิดมาตรา 423 ผู้เสียหายพิสูจน์เพียงให้เข้าองค์ประกอบความรับผิดตามหลักเกณฑ์ของ มาตรา 423 เท่านั้นการพิสูจน์ความรับผิดตามมาตรา 423 จึงเอื้อประโยชน์กว่าการพิสูจน์ ความรับผิดตามมาตรา 420

(ค) ข้อต่อสู้ความรับผิด การปฏิเสธความรับผิดตามมาตรา 420 ผู้กระทำละเมิดต้องสืบ หักล้างองค์ประกอบความรับผิด ทางละเมิดตามมาตรา 420 เช่นตนมิได้กระทำโดยจงใจหรือ ประมาทเลินเล่อหรือตนมีอำนาจกระทำได้หรือไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลสำหรับ มาตรา 423 ผู้กระทำละเมิดอาจยกข้อต่อสู้โดยนำสืบหักล้างองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิด ตามมาตรา 420หรือมาตรา 423 หรืออาจยกข้อต่อสู้อื่นๆ เช่นตนมีทางได้เสียในการส่งข่าวสารโดยชอบ ตามมาตรา 423 วรรคสองหรือมีเอกสิทธิในการกล่าวหรือไขข่าว ข้อต่อสู้เพื่อปฏิเสธความรับผิดตาม มาตรา 423 จึงกว้างกว่ามาตรา 420

2.2 ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิด

2.2.1 ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดตามมาตรา 438

มาตรา 438 บัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาล วินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่ การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันได้ ก่อขึ้นนั้นด้วย”

การขอใช้ค่าสินไหมทดแทนทางละเมิดตามมาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย เป็นกรณีที่ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับมีเพียงใด

ซึ่งการวินิจฉัยถึงพฤติการณ์นั้น เป็นการวินิจฉัยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำของจำเลยว่าจงใจหรือประมาทเลินเล่อเพียงใด ส่วนความร้ายแรงแห่งละเมิดนั้น เป็นการพิจารณาจากการกระทำของผู้ทำละเมิดคือเป็นการกระทำโดยอุกอาจหรือไม่ ทารุณโหดร้ายหรือไม่ เป็นการทำละเมิดซ้ำหรือไม่²⁹

การชดเชยค่าเสียหายใหม่ทดแทนอาจทำได้โดยการคืนทรัพย์สินหรือการใช้ราคาหรือชดเชยเป็นค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินเช่น ค่าปลงศพ ค่ารักษาพยาบาล ค่าเสียหายที่ขัดประโยชน์นำมาหาได้ ค่าขาดไร้คู่การระ ค่าเสียหายจากการเสียความสามารถประกอบกิจการ ค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลภายนอกที่ต้องขาดแรงงาน(มาตรา 439 มาตรา 440 มาตรา 441 มาตรา 443 มาตรา 444 และมาตรา 445) หรือค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน(มาตรา 446)รวมถึงการชดเชยค่าเสียหายแก่ชื่อเสียง โดยการจัดการตามสมควรเพื่อให้ชื่อเสียงกลับคืนดี(มาตรา 447)

แม้ความเสียหายต่อชื่อเสียงนี้เป็นความเสียหายที่เกิดแก่จิตใจเป็นสำคัญ แต่ชื่อเสียงเป็นสิทธิของบุคคลอย่างหนึ่งจึงได้รับการคุ้มครองในการชดเชยค่าสินไหมทดแทน ทั้งนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้บัญญัติจำกัดการเรียกร้องค่าเสียหายมิใช่ตัวเงินไว้ดังเช่นมาตรา 253 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน³⁰ แต่มาตรา 438 วรรคสอง ของไทยได้กำหนดให้ผู้เสียหาย อาจเรียกค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้เกิดขึ้นได้ด้วย³¹ ดังนั้นหากการกระทำความผิดต่อชื่อเสียงอันเกิดจากการใช้ภาพถ่ายกระทบต่อทางนำมา หาได้และทางเจริญของบุคคลก็อาจมีการชดเชยค่าเสียหายในลักษณะเป็นตัวเงินได้เช่นกัน

อนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ปรากฏการชดเชยค่าเสียหายเชิงลงโทษ แต่ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษโดยใช้ดุลพินิจประมาณค่าเสียหายให้สมควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามมาตรา 438 วรรคหนึ่งเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 366/2474 ซึ่งคดีนี้ศาลกำหนดค่าเสียหายให้โดยไม่ปรากฏว่าผู้เสียหายได้รับความเสียหาย

²⁹เพ็ง เพ็งนิตติ, คำอธิบายว่าด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ละเมิดและความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม(กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545), น. 184.

³⁰ยล ธีระกุล, "ข้อคิดเกี่ยวกับค่าสินไหมทดแทนฐานละเมิด", ตุลพาน, เล่ม 8 ปีที่ 1 (พฤศจิกายน 2497), น. 14-27.

³¹จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด(กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2539), น. 81.

ทางจิตใจ ดังนั้นการที่ศาลกำหนดค่าเสียหายจึงมิได้คำนึงถึงการชดใช้ความเสียหายแต่เป็นเพื่อการลงโทษจำเลยโดยแท้³²

2.2.2 ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดตามมาตรา 447

มาตรา 447 บัญญัติว่า“บุคคลใดทำให้เขาเสียหายแก่ชื่อเสียง เมื่อผู้ต้องเสียหายร้องขอ ศาลจะสั่งให้บุคคลนั้นจัดการตามสมควรเพื่อให้ชื่อเสียงของผู้นั้นกลับคืนดีแทนให้ใช้ค่าเสียหาย หรือทั้งให้ใช้ค่าเสียหายด้วยก็ได้”

มาตรา 447 นี้เป็นการกำหนดให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายอันเกิดจากการทำให้เขาเสียชื่อเสียงเป็นสองลักษณะ ลักษณะหนึ่งคือให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินเพราะเป็นความเสียหายแก่สิทธิ เรียกค่าสินไหมทดแทนได้ตามมาตรา 420 และศาลคำนวณค่าเสียหายให้ได้ตามมาตรา 438 ส่วนอีกลักษณะหนึ่งเป็นการใช้ค่าสินไหมทดแทนที่ไม่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินด้วยการที่ศาลสั่งให้ผู้มีชื่อเสียงเยียวยาให้เขากลับมีชื่อเสียงดีขึ้นเช่นเดิมหรือไม่ให้เขาเสียหายต่อไปอีก โดยกฎหมายมิได้กำหนดว่าวิธีการเช่นนั้นจะอย่างไร ศาลจึงเป็นผู้กำหนดวิธีการขึ้น ซึ่งศาลมักกำหนดให้ประกาศทางหนังสือพิมพ์หรือประกาศให้บุคคลหรือหมู่คณะทราบข้อความหมิ่นประมาทนั้นได้ทราบหรือยึดและทำลายวัตถุที่ก่อให้เกิดการเสื่อมเสียชื่อเสียงนั้นเสีย อันเป็นการระงับไม่ให้เขาเสียหายอีกต่อไป³³โดยมาตรา 447 จำกัดเฉพาะความเสียหายแก่ชื่อเสียง ไม่รวมถึงเกียรติคุณทางทำมาหาได้หรือทางเจริญของบุคคล อาจเป็นเพราะว่าความเสียหายอย่างอื่นล้วนเกี่ยวกับชื่อเสียงทั้งหมดได้³⁴

ข้อสังเกตของมาตรานี้คือกฎหมายได้บัญญัติเฉพาะค่าเสียหายแก่ชื่อเสียง ไม่เหมือนกับมาตรา 423 ที่ว่าเป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณหรือทางทำมาหาได้หรือทางเจริญของบุคคลอื่นก็มีปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปว่า การลงภาพถ่ายของดารานักแสดงซึ่งเป็นบุคคลสาธารณะ โดยมีการลงภาพถ่ายพร้อมมีข้อความที่โจมตีว่าดาราคณนี้ประพฤติที่ไม่เหมาะสมในทางเพศจะให้ลงโฆษณาในหน้าหนังสือพิมพ์โดยอาศัยมาตรา 447 ได้หรือไม่ เห็นว่าน่าจะได้ เพราะแม้ภาพถ่ายดังกล่าวจะไม่ได้เป็นสื่อสารให้ก่อความเสียหายแก่ดารานั้นก็ตามแต่ข้อความที่มีการเขียนโจมตีดาราคณดังกล่าว ย่อมถือได้ว่าเป็นการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามได้จึงเห็นว่าเป็นการเสียหายแก่เกียรติคุณทางทำมาหาได้หรือทางเจริญของบุคคลอื่น ซึ่งก็เป็นการเสียชื่อเสียง

³² คัมภีร์ แก้วเจริญ, “ค่าเสียหายในคดีละเมิด”, วารสารกฎหมาย, ฉบับที่ 3, ปีที่ 7, น.41.

³³ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, อ่างแล้ว เจริญรทที่ 1, น.204.

³⁴ ศักดิ์ สนองชาติ, อ่างแล้ว เจริญรทที่ 19, น.203.

เหมือนกัน โดยจะต้องลงโฆษณาแก้ไขให้ชื่อเสียงหรือทางทำมาหาได้ของเขากลับคืนดีเหมือนเดิม³⁵ ทั้งนี้ในชั้นพิจารณาคดีของศาล ศาลสามารถมีคำสั่งระงับมิให้ผู้ทำละเมิด กระทำละเมิดต่อชื่อเสียงต่อไปด้วยได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 254(2) โดยพิจารณาตามแนวทางของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 332

3 ประมวลกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญา คือ บรรดากฎหมายทั้งหลายที่ระบุถึงความผิดอาญา โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการที่กำหนดให้ความผิดทางอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่นนั้น³⁶ หรืออาจกล่าวได้ว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชนที่รัฐใช้เป็นเครื่องมือในการรักษาคุณธรรมทางกฎหมายของเอกชน

กฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของเอกชนผู้ได้รับความเสียหายจากการใช้ภาพถ่ายจะมีบทบัญญัติที่คุ้มครองเฉพาะกรณีที่มีการเผยแพร่ภาพถ่ายโดยไม่ได้รับความยินยอมเท่านั้น แต่ในกรณีที่ช่างภาพได้ถ่ายภาพบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ที่ถูกถ่ายภาพ ช่างภาพย่อมไม่อาจมีความผิดทางอาญาได้เลย ซึ่งมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

- 1) ความผิดฐานหมิ่นประมาท มาตรา 326
- 2) ความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา มาตรา 328
- 3) ความผิดฐานดูหมิ่น มาตรา 393
- 4) ความผิดฐานเผยแพร่สิ่งลามก มาตรา 287

³⁵เทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 197/2522 เมื่อปรากฏว่า หนังสือพิมพ์ได้ลงแก้ไขข่าวให้โจทก์ในวันถัดจากการลงข่าวเผยแพร่ว่าเรื่องราวดังกล่าวไม่เป็นความจริงโจทก์เป็นคนดี ซื่อสัตย์ และรักความยุติธรรม ไม่เคยมีความประพฤติเสียหาย ดังข่าวที่จำเลยกล่าวหาเป็นการบรรเทาความเสียหายไปส่วนหนึ่งแล้ว ศาลย่อมจะกำหนดจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่จำเลยจะต้องใช้แก้โจทก์ให้ลดลงได้ตามที่เห็นสมควร.

³⁶Vgl. etwa Paul Bockelmann, Strafrecht : Allgemeiner Teil, S. 1; Hermann Blei, Strafrecht I : Allgemeiner Teil, S. 4 f. อ้างใน คณิต ฅ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน), น. 31.

3.1 ความผิดฐานหมิ่นประมาท มาตรา 326

มาตรา 326 บัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

องค์ประกอบคำว่า “ใส่ความ” เป็นถ้อยคำในกฎหมายมีความหมายต่างกับที่เข้าใจกันอยู่ตามธรรมดาสามัญ คือไม่ได้หมายความว่าต้องเป็นการใส่ร้ายแต่หมายถึงการกล่าวยืนยันข้อเท็จจริงถึงบุคคลอื่น จะจริงหรือเท็จก็เป็นการใส่ความทั้งนั้น(เว้นแต่การพูดความจริงเป็นเหตุยกเว้นโทษได้ ถ้าเข้าเงื่อนไขดังที่ระบุไว้ในมาตรา 330)แต่จะเป็นการกล่าวยืนยันข้อเท็จจริงและเป็นการใส่ความได้ จะต้องเป็นเหตุการณ์หรือกรณีที่เกิดขึ้นในอดีตหรือปัจจุบันคือต้องได้มีอยู่หรือเกิดอยู่แล้วหรือกำลังมีหรือกำลังเกิดอยู่ส่วนข้อความในอนาคตหรือกำลังจะมีหรือกำลังจะเกิดอยู่นั้นเป็นแต่คำทำนาย³⁷ เช่นถ้านาย ก.เขียนข้อความประกอบภาพถ่ายว่านาย ก. ผู้ที่ปรากฏในภาพถ่ายนี้อีก 10 ปีจะเป็นผู้ร้ายเช่นนี้ ไม่ใช่เป็นการใส่ความเพราะเป็นเหตุการณ์ในอนาคต อย่างไรก็ตามเหตุการณ์ในอนาคตเดียวกันอาจอนุมานให้เห็นเหตุการณ์ในปัจจุบันได้ เช่น ลงข่าวทางหนังสือพิมพ์ว่านาย ก.ผู้อยู่ในภาพถ่ายจะปล้นทรัพย์ในวันพรุ่งนี้ ย่อมอนุมานให้เห็นเหตุการณ์ในปัจจุบันว่านาย ก. ได้มีเจตนาปล้นทรัพย์อยู่แล้ว ฉะนั้นการลงภาพและข้อความว่านาย ก.มีเจตนาปล้นทรัพย์จึงเป็นการใส่ความได้

“วิธีการใส่ความคือแสดงข้อความให้ปรากฏ จะทำโดยวิธีใดๆ ก็ได้ เช่นพูดด้วยวาจา เขียนเป็นหนังสือ วาดภาพ ปั้นรูป ทำกิริยาท่าทาง แขนงโคมเขียวไว้หน้าบ้านเขาแสดงว่าเขาเป็นหญิงโสเภณี”³⁸ หรือใช้ภาษาใบ้ สัญลักษณ์ต่างๆ รวมถึงการเอาภาพร่วมประเวณีของผู้อื่นไปแสดงให้บุคคลอื่นดูย่อมเป็นการใส่ความและน่าจะทำให้เสียชื่อเสียงย่อมเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท

ข้อสังเกต การที่มีการเผยแพร่ภาพถ่ายแต่เพียงอย่างเดียว มิได้มีข้อความหรือบทความประกอบภาพถ่ายนั้น จะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทก็ต่อเมื่อภาพถ่ายนั้นเป็นภาพลามกอนาจารเช่นภาพร่วมประเวณี โดยผู้ที่ได้พบหรือเห็นภาพนั้นอาจเกิดความรู้สึกที่ไม่ดีกับผู้ที่อยู่ในภาพดังกล่าว

³⁷หยุด แสงอุทัย,กฎหมายอาญา ภาค 2-3 ,พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน),น.244.

³⁸จิตติ ติงศภัทย์,กฎหมายอาญาภาค2 ตอน2 และภาค3,(กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา), น.405.

ในกรณีของภาพถ่ายที่มีข้อความหรือบทความประกอบภาพถ่ายนั้นและข้อความหรือบทความนั้นเป็นการใส่ความต่อบุคคลที่สามทำให้ผู้ที่อยู่ในภาพถ่ายนั้นได้รับความเสียหาย การกระทำดังกล่าวก็จะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 และเป็นหมิ่นประมาททางแฝงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 423 ได้เช่นกัน

ลกรูปถ่ายและข้อความในหนังสือพิมพ์ ประกาศจับโจทก์ข้อหายกยอกให้นำส่งสถานีตำรวจ แสดงว่าโจทก์ทุจริต จำเลยรู้ว่าโจทก์ก็รับราชการนำหมายจับได้แน่นอน การโฆษณาเป็นเรื่องส่วนตัวไม่เป็นประโยชน์ต่อประชาชน แม้ตำรวจออกหมายจับตามที่จำเลยร้องทุกข์จริงก็เป็นความผิดตามมาตรา 328³⁹

การกระทำอันจะส่งผลให้ผู้กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท สามารถสรุปแนวทางได้ดังนี้

1) ข้อความหรือบทความประกอบภาพถ่ายนั้น ต้องไม่ใช่ข้อความหรือบทความที่เป็นคำหยาบ หรือเป็นข้อความที่เป็นไปไม่ได้เท่านั้น แต่ต้องเป็นข้อความหรือบทความประกอบภาพถ่ายที่สามารถสื่อให้เห็นถึง

1.1) การใส่ความเกี่ยวกับความประพฤติ บางประการที่ไม่ถึงความผิดอาญาแต่เป็นความประพฤติชั่ว หรือทุจริตก็เป็นหมิ่นประมาทได้เช่นว่าเป็นคนโกง ตลบตะแลง ทวนسابาน เช่น หนังสือพิมพ์ลงข้อความในข่าวว่าเทศบาลจ้าง พ. คุมงาน 2-3 คน สร้างถนนซึ่งไม่จำเป็น แต่เพื่อเป็นช่องทางในการหารายได้ให้พรรคพวกแย่งกินเงินที่คนงานจะได้เอาไปจ่ายให้ ม. พวกเดียวกัน ดังนี้หมายความว่า ม. มาแย่งเงินเทศบาลและคนงานอย่างน่าละอาย⁴⁰

ลงข่าวหนังสือพิมพ์ว่าโจทก์เป็นอดีต ส.ส. นายทุนเงินกู้ขูดรีดประชาชน ก.ต.ป. เรียกสอบสวนค้นบ้านได้เอกสารมากมาย⁴¹

ข้อความ 2 ตอนในหนังสือพิมพ์ เข้าใจประกอบกันได้ว่าโจทก์เป็น“เจ๊กก๊วย” ตามปทานุกรมหมายเลวทรามต่ำช้า ซอบเนรคุณ เป็นหมิ่นประมาท หรือสิทธิส่วนบุคคลในครอบครัวย่อมได้รับความคุ้มครอง จำเลยเป็นผู้จัดการธนาคารกล่าวถ้อยคำว่า“โจทก์มีปัญหาในครอบครัว ทะเลาะ เบาะแว้งกันมีปัญหากับพนักงานในสาขาถึงได้ถูกโยกย้ายไปสำนักงานใหญ่

³⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2499/2526.

⁴⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1310/2500.

⁴¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 426-427/2520.

คงอยู่ได้ไม่นานต้องถูกไล่ออก” ต่อลูกค้าของธนาคารแสดงว่าโจทก์เป็นคนไม่ดี และทำความผิดร้ายแรงถึงขนาดจะถูกไล่ออกจากงานเป็นถ้อยคำหมิ่นประมาท⁴²

ข้อความในหนังสือพิมพ์ว่าตำรวจทำตามหน้าที่ โจทก์กลับด่าว่าตำรวจโง่แล้วโจทก์สั่งให้คนขับรถหนีไปไม่เป็นแต่คำติชมแต่ยืนยันข้อเท็จจริงซึ่งไม่เป็นความจริง แสดงว่าโจทก์เหยียดหยามกฎหมายทั้งที่โจทก์เคยเป็นรัฐมนตรีมาแล้ว ผิดมาตรา 326 และ 328⁴³

ลงพิมพ์ว่า บ. รัฐมนตรีและ ส.ส. พุดบิตเบือนความจริงเรื่องศาลากลางสนามกีฬาทำไมไม่พูดเรื่องกัญชาข้อหาจรรยาบรรณเพราะประชาชนข้องใจ แต่ที่จำได้ ส.ส. ชีควายไม่อายเท่าใด ส.ส. ค้ายาเสพติดนั่นคือสิ่งที่ประชาชนสนใจยอมเข้าใจได้ว่า บ. ซึ่งเป็น ส.ส. คำกัญชา ซึ่งไม่ตรงกับความจริง ไม่เป็นติชมด้วยความเป็นธรรมหรือโดยสุจริตใจ ผิดตามมาตรา 326 และ 328⁴⁴

1.2) การใส่ความเกี่ยวกับเรื่องประเวณีหรือความประพฤติที่ไม่เหมาะสมหรืออันสมควรในทางเพศ ซึ่งอาจเป็นได้ทั้งชายและหญิง เช่น

ลงข้อความในหนังสือพิมพ์ว่าไอ้เสี้ยบบ้ากามหมายถึงโจทก์มีกมากในกามคุณผิดวิสัยปู้ชุนทั่วไป⁴⁵

กล่าวว่าหญิงมีสามีเป็นชู้กับชายอื่น เป็นหมิ่นประมาททั้งชายและหญิงว่า หญิงยอมได้เสียกับชายเป็นครั้งคราวหรือเป็นเมียเก็บเป็นหมิ่นประมาทหญิง⁴⁶ ว่าหญิงเป็นเมียน้อยของชายเป็นหมิ่นประมาทหญิง⁴⁷ แต่ถ้าไม่กล่าวว่าหญิงนั้นมีสามีอยู่แล้วไม่แสดงว่าชายเป็นชู้กับภริยาผู้อื่นไม่เป็นหมิ่นประมาท⁴⁸ หรือกล่าวเพียงว่าเป็นคนเจ้าชู้ ยังไม่เป็นหมิ่นประมาท ว่าชายหญิงร่วมเพศเดียวกันหรือกับสัตว์ทางประเวณี เป็นหมิ่นประมาท⁴⁹

⁴² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4301/2541.

⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 418/2523.

⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1808-1809/2531.

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 782/2524.

⁴⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 472/2520.

⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2940/2522.

⁴⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3025/2543.

⁴⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 33 Am.Jur.no.44 p.65,24 halsbury no.43 p.22 note d,อ้างในจิตติ ดิงศรัทีย ,อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 38,น.429.

1.3 การใส่ความเกี่ยวกับหน้าที่การงาน ได้แก่คำกล่าวที่น่าจะทำให้เสื่อมเสียแก่เขา ในหน้าที่ราชการ วิชาชีพ การค้า หรือธุรกิจ ซึ่งหมายความถึงอาชีพการงานที่ไม่ผิดกฎหมาย เว้นแต่คำกล่าวจะหมายความรวมถึงพฤติการณ์ที่เป็นการเสื่อมเสียโดยไม่จำกัดเฉพาะแต่ กิจกรรมที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น เช่น

ว่าเขาโกงในการแข่งม้า ถ้ากล่าวว่าเขามีอาชีพที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็คงเป็น หมิ่นประมาทได้ในตัวเองเหมือนกัน กล่าวว่าการหาความไม่มีความรู้พอแก่หน้าที่ หรือผิดมารยาท หมายความว่าแพทย์เป็นหมอเถื่อน เมื่อก่อนเคยมีคนใช้คิดค่ารักษาพยาบาลแพงเกินควรเท่าตัวเป็น หมิ่นประมาท⁵⁰

ศาลวินิจฉัยกรณีต่อไปนี้เป็นหมิ่นประมาท กล่าวว่าการัน ประพฤติตนไม่สมควรแก่ หน้าที่ ยุยงส่งเสริมลูกบ้านให้มีคดีอวดอ้างสนิทชิดชอบกับตุลาการและตุลาการ หลอกเอาเงินกินนอก กินเหนื่อทำให้ราษฎรเดือดร้อนอย่างยิ่ง⁵¹

หนังสือพิมพ์ลงข้อความว่า จ.ออกเช็คจ่ายเงิน 1 ล้านบาทไม่มีเงิน ธนาคารด่าจ่ายเงิน จ. เป็นนายกเทศมนตรีและทำการค้าเป็นหมิ่นประมาท เป็นที่เข้าใจว่า จ.ฐานะทางการเงิน ไม่น่าเชื่อถือเป็นหมิ่นประมาท⁵²

หนังสือพิมพ์ลงพาดหัวข่าวว่า“เมียผู้ว่าราชการจังหวัดเต็นท์จวกประธานสภา บุกโรงพัก” เป็นคำกล่าวทำให้เสียชื่อเสียงดูหมิ่นเกลียดชัง เป็นหมิ่นประมาทไม่ต้องดูข้อความใน เนื้อเรื่องซึ่งเป็นกรรมเดียวกัน⁵³

เจ้าหน้าที่ลงหนังสือพิมพ์ เป็นประกาศสำนักงานนายความให้ลูกหนี้ใช้หนี้ภายใน 7 วัน นำสืบไม่ได้ว่าแก่งโดยไม่สุจริต หลังจากทวงหลายครั้งยังเถียงจำนวนหนี้กันอยู่ เป็นการที่เจ้าหน้าที่ สิทธิทำได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 204 ไม่เป็นหมิ่นประมาทตามมาตรา 328

1.4 เป็นข้อความที่สื่อให้เห็นถึงความไม่น่าเชื่อถือเกี่ยวกับสถานะทางเศรษฐกิจการเงินหรือ ทางสังคม เช่น

⁵⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, เฟิงอ้าง, น.430.

⁵¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 484/2468.

⁵² คำพิพากษาฎีกาที่ 407/2523.

⁵³ คำพิพากษาฎีกาที่ 69/2529.

การกล่าวถึงฐานะทางการเงินไม่เป็นที่เชื่อถือ เพราะหนี้สินล้นพ้นตัว ไม่สามารถใช้นี้ได้ ไม่ว่าจะป็นพ่อค้าหรือไม่ใช่พ่อค้าถือกันว่าเป็นหมิ่นประมาทหรือกล่าวหาหลบหนีเจ้าหนี้ แสดงว่าตั้งใจบิดพลิ้วไม่ชำระหนี้ เป็นหมิ่นประมาท⁵⁴

2) ข้อความหรือบทความประกอบภาพถ่ายนั้น ต้องเป็นข้อความที่ชัดเจนไม่คลุมเครือเลื่อนลอย⁵⁵

การใส่ความตามมาตรา 326 จะต้องเป็นการใส่ความต่อบุคคลที่สาม กล่าวคือต้องให้ผู้ที่ได้เห็นภาพถ่ายดังกล่าวนั้นคาดหมายหรือทราบได้ว่าเป็นใคร แต่ถ้าผู้ได้เห็นภาพถ่ายดังกล่าวไม่อาจคาดเดาได้ว่าเป็นใครเช่น นำเสนอภาพข่าว หรือการนำภาพถ่ายออกเผยแพร่โดยเห็นหน้าไม่ชัดเจน หรือมีการใช้หมึกสีดำปิดที่ตาของผู้เสียหายโดยไม่สามารถทราบได้แน่ชัดว่าเป็นผู้ใดกรณีดังกล่าวนี้ ก็ไม่ถือว่าเป็นการเผยแพร่ภาพถ่ายที่เป็นการหมิ่นประมาทผู้นั้น⁵⁶

3) จะต้องเป็นประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียงถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง โดยจะต้องวินิจฉัยตามความรู้สึกนึกคิดของคนทั่วไป มิใช่ของผู้กระทำ หรือผู้ถูกกระทำ และถ้าข้อความหรือบทความประกอบภาพถ่ายนั้น เป็นข้อความสามัญที่เป็นที่รับรู้กันอยู่ทั่วไปว่าเป็นหมิ่นประมาท ศาลย่อมวินิจฉัยเองได้ และการใส่ความหมิ่นประมาทอาจมีการร่วมกระทำโดยบุคคลหลายคนก็ได้

⁵⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 2822/2515.

⁵⁵ เทียบเคียง คำพิพากษาฎีกาที่ 121/2490 จำเลยกล่าวว่าโจทก์ประพฤติเลวทรามนั้น เป็นข้อเท็จจริงที่ยังไม่ชัดเจนคลุมเครือไม่แน่นอนว่าเลวทรามอย่างไร จึงยังไม่เป็นข้อความหมิ่นประมาท.

⁵⁶ เทียบเคียง คำพิพากษาฎีกาที่ 56/2490 โจทก์เป็นสมาชิกพรรคประชาธิปไตยได้ฟ้องหมิ่นประมาทจำเลยเพราะจำเลยได้ส่งคำสั่งไปถึงคณะกรรมการจังหวัดทุกจังหวัดไม่ให้เชื่อคำโฆษณาหาเสียงเลือกตั้งของพรรคประชาธิปไตย โดยจำเลยกล่าวว่า คำโฆษณานั้นเป็นคนหลอกลวงให้ประชาชนหลงเชื่อ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่จะเป็นหมิ่นประมาทได้นั้น ถ้อยคำนั้นจะต้องมุ่งถึงบุคคลใด โดยเฉพาะและโจทก์จะต้องนำสืบว่าตนคือบุคคลนั้น การหมิ่นประมาทแก่บุคคลซึ่งอยู่ในหมวดใดหมู่หนึ่ง เมื่อไม่แน่ว่าโจทก์เป็นบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงถึงโจทก์ฟ้องไม่ได้

3.2 ความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา มาตรา 328

มาตรา 328 บัญญัติว่า “ถ้าข้อความหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณาด้วย เอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพ หรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกตัวอักษร กระทำการกระจายเสียงหรือกระจายภาพ หรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่นผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสองแสนบาท”

จะเห็นได้ว่า ความผิดตามมาตรา 328 จะต้องเป็นเรื่องที่มีความผิดตามมาตรา 326 มาแล้ว เพียงแต่ว่ามาตรา 326 เป็นเรื่องที่ทำให้เขาเสียหายอย่างกว้างขวางโดยวิธีการโฆษณาและ รวมถึงการกระทำอื่นๆ อีก คือ โดยการกระจายเสียงหรือการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่นใด การโฆษณา ในมาตรา 328 ได้บัญญัติไว้หลายวิธี อาจจะเป็นการโฆษณาโดย เอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียงหรือสิ่งบันทึกเสียงอย่างอื่น เป็นต้น

คำว่า “โฆษณา” ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 223/2524 วินิจฉัยว่า โฆษณาตามพจนานุกรมให้คำจำกัดความว่า การเผยแพร่หนังสือออกไปยังสาธารณชน การป่าวร้อง เมื่อจำเลยกระทำการหมิ่นประมาทโจทก์ ด้วยการทำเป็นบันทึกแทนการพูดด้วยวาจา โดยเสนอต่อผู้บังคับบัญชาเป็นเพียงรายงาน ความประพฤติของโจทก์ให้ผู้บังคับบัญชาทราบเท่านั้น ถือไม่ได้ว่าการหมิ่นประมาทนั้น กระทำด้วยการโฆษณา

จากฎีกาฉบับนี้ จึงสรุปได้ว่า คำว่า “โฆษณา” จึงหมายความว่า เป็นการกระทำใดๆ ที่ให้ ข้อเท็จจริงนั้นแพร่หลายไปยังบุคคลภายนอกในลักษณะวงกว้าง โดยต้องพิจารณาถึงลักษณะ ของการกระทำเป็นสำคัญ ส่วนการที่จะมีบุคคลภายนอกเห็นภาพหรือข้อความนั้นมากน้อยเพียงไร ไม่ใช่ข้อสำคัญ กล่าวคือถ้าการกระทำนั้นแม้จะทำให้บุคคลหลายๆ คนได้เห็นภาพถ่ายและมีข้อความประกอบก็ตาม แต่ลักษณะของการกระทำนั้นไม่ใช่เพื่อการโฆษณาก็ไม่เป็นความผิด ตามมาตรา 328 ตัวอย่างเช่น

นาย ก. ได้นำภาพถ่ายของนางสาว ข. มาตัดต่อ โดยมีข้อความประกอบภาพถ่ายอันมี ลักษณะที่สื่อให้เห็นถึงความไม่น่าเชื่อถือเกี่ยวกับสถานะทางเศรษฐกิจการเงินของนางสาว ข. แล้วได้ ส่งอีเมลล์ต่อให้นาย ค. การกระทำดังกล่าวมิได้เป็นการกระทำในลักษณะที่แพร่หลายไปยัง บุคคลภายนอกเป็นวงกว้างดังเช่นการตีพิมพ์เผยแพร่ภาพถ่ายในหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร กรณีดังกล่าวจึงไม่เป็นการโฆษณา

3.3 ความผิดฐานดูหมิ่น มาตรา 393

มาตรา 393 บัญญัติว่า“ผู้ใดหมิ่นประมาทผู้อื่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

การดูหมิ่นนี้ ผู้กระทำเป็นผู้ดูหมิ่นลดคุณค่าของผู้ถูกดูหมิ่นลงเอง แตกต่างจากกรณีหมิ่นประมาทที่เป็นการกระทำให้ผู้อื่นนอกจากผู้ถูกดูหมิ่นรู้สึกลดคุณค่าลงในสังคม ฉะนั้นการดูหมิ่นจึงไม่ถึงขนาดเป็นการหมิ่นประมาทเช่น การด่าว่า“ไอ้เปรต”เป็นเพียงการดูหมิ่นเพราะอย่างไร การด่านั้นก็ไม่มีทางที่จะทำให้ผู้ที่ถูกด่ากลายเป็นเปรตไปได้⁵⁷ แต่การหมิ่นประมาทอาจเป็นการดูหมิ่นไปในตัวเองได้และอาจมีการหมิ่นประมาทโดยไม่ดูหมิ่นก็ได้เช่น กล่าววาปัดอำเภอส่วยเหลือผู้กระทำความผิดให้ไม่ต้องรับโทษชู้พยานให้ให้การสมอ้างข้ออ้างของผู้ต้องหาเช่นนี้เป็นแต่การหมิ่นประมาท⁵⁸

จากความเสียหายอันเกิดจากการใช้ภาพถ่าย มีปัญหาที่น่าพิจารณาคือการที่ดารานุ่มและนักการเมือง คุณดนตรีพร ปุณณกันต์(บรู๊ค)ได้ถูกนิเทศสารฉบับหนึ่ง นำภาพส่วนศีรษะของดารานุ่ม มาตัดต่อเข้ากับลำตัวของสุนัข เมื่อนำมาเทียบเคียงกับคำพิพากษาที่ 623/2524 จะเห็นได้ว่าการกระทำในลักษณะดังกล่าว จึงเป็นเพียงความผิดฐานดูหมิ่น มาตรา 393 โดยไม่อาจมีความผิดฐานหมิ่นประมาทในทางอาญาได้เลย เนื่องจากการที่มีการนำหัวมนุษย์มาตัดต่อด้วยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้มีลำตัวเป็นสุนัข ไม่มีทางที่จะทำให้มนุษย์คนนั้นเป็นสุนัขได้ในความเป็นจริง และไม่สามารยยืนยันถึงข้อความจริงได้ การกระทำความดังกล่าวจึงไม่สามารถเป็นความผิดหมิ่นประมาทตามมาตรา 326

ดังนั้น จึงสามารถสรุปได้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 326,328,393ให้ความคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายในด้านชื่อเสียงหรือเกียรติคุณแก่ผู้เสียหาย โดยลักษณะของการกระทำ ความผิดที่จะเข้าองค์ประกอบความผิดทางอาญาดังกล่าวนี้อยู่ในรูปของการเผยแพร่ภาพถ่ายโดยมิได้รับความยินยอมและส่งผลให้เสื่อมเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง และการที่จะใช้วิธีการเผยแพร่ชนิดใดก็ตามกฎหมายอาญาก็สามารถนำมาปรับใช้ได้

⁵⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 623/2524

⁵⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 403/2481

3.4 ความผิดฐานเผยแพร่สิ่งลามก มาตรา 287

มาตรา 287 บัญญัติว่า “ผู้ใด

(1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือ โดยการค้า เพื่อการจ่ายแจก หรือเพื่อการแสดง อดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้า หรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออก ไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือสิ่งอื่นใดอันลามก

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งของลามก ดังกล่าวแล้วหรือแจกจ่ายหรือแสดงอดแก่ประชาชน หรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งของเช่นนั้น

(3) เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว โฆษณา หรือโฆษณาโดยประการใดๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา^{นี้}หรือโฆษณาหรือ โฆษณาว่าวัตถุหรือสิ่งลามกดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใดหรือโดยวิธีใด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดในมาตรา^{นี้} อาจแยกลักษณะของการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับการใช้ ภาพถ่าย ได้สามฐานความผิดดังนี้

(1) ความผิดฐานแพร่ภาพถ่ายอันเป็นสิ่งลามก

(2) ความผิดฐานค้าภาพถ่ายอันเป็นสิ่งลามก

(3) ความผิดฐานโฆษณาบอกแหล่งที่มาของภาพถ่ายอันเป็นสิ่งลามก

“อันลามก”คือน่าอับอายในทางเพศ นำออกจากบัดสี โดยพิจารณาตามความรู้สึกของ วิญญาณชน ผู้ซึ่งมิได้เคร่งต่อจารีตประเพณีถึงขนาดไม่ยอมเปลี่ยนแปลงไปตามสมัยนิยมของโลกเลย⁵⁹

กรณีที่มีใช้ “ลามก” ศาลฎีกาได้ตัดสินเป็นแนวบรรทัดฐานดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 978/2492 ภาพหญิงเปลือยกาย คงปรากฏเด่นชัดเฉพาะถิ่นเท่านั้น ส่วนโยนีได้ถูกระบายให้ลบลือมองไม่เห็น เห็นเพียงฐานเท่านั้น เป็นรูปที่แสดงถึงสุขอนามัยของ การอาบแดดบ้าง เป็นภาพศิลป์ สอนถึงวิธีเขียนแสดงถึงส่วนสัดส่วนความงามของร่างกายบ้าง ศาลฎีกาพิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่วินิจฉัยว่าภาพดังกล่าวไม่เป็นภาพลามก อนาจาร โดยศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าความรู้สึกของวิญญาณชน ผู้มิใช่เคร่งต่อจารีตประเพณีถึงขนาด ไม่ยอมเปลี่ยนแปลงไปตามสมัยนิยมของโลก และโดยเฉพาะในสมัยที่คนไทยยอมรับเอาความนิยม

⁵⁹จิตติ ดิงศภัทย์,กฎหมายอาญาภาค2ตอน1,(กรุงเทพฯพมทนคร: เนติบัณฑิตยสภา),น.783-784.

ในการนุ่งน้อยห่มน้อยในโอกาสไปตากอากาศชายทะเล หรือในการอนุญาตให้ฉายภาพยนตร์แสดง การจูบหรือการรับเอาประเพณีการเดินรำสากล ทั้งการจัดเอาความงามของสตรีเข้าประกวด ตามแบบสากลแล้ว ศาลอุทธรณ์ก็เห็นว่าภาพของกลางไม่มีลักษณะน่าเกลียดน่าอายจาดบัดสี ที่น้อมนำไปสู่ความต่ำความชั่วหรือความใคร่ในทางกามารมณ์ภาพของกลางไม่ใช่ภาพลามกอนาจาร

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1223/2508 ภาพที่แสดงถึงส่วนสัดความสมบูรณ์ของร่างกายที่มีได้ มีสิ่งปกปิดโดยเฉพาะส่วนล่างก็พยายามปกปิดหรือทำเป็นเพียงเงาๆ และได้ลบเลือนให้เป็นอวัยวะ ที่ราบเรียบแล้วภาพไม่มีลักษณะน่าเกลียดน่าอายจาดบัดสี ดังนี้ไม่ถือว่าเป็นภาพลามก ตามความหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287

กรณีนี้ “ลามก” ศาลฎีกาได้ตัดสินเป็นแนวบรรทัดฐานดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510/2531 ภาพหญิงยืนเปลือยกายกอดชาย ภาพหญิงสวมแต่ กางเกงในโปรงตา มีผู้ชายนอนกอด มือโอบบริเวณทรวงอก ภาพหญิงเปลือยกายท่อนบนใช้มือจับ หูโทรศัพท์กดที่อวัยวะเพศ ภาพหญิงเปลือยกายแล้วมีแหคคุมตัว มือข้างหนึ่งกุมนมอีกข้างหนึ่ง กุมอวัยวะเพศ ภาพหญิงเปิดเสื้อให้เห็นนมล้วงมือเข้าไปในกระโปรง ภาพหญิงเปลือยอกสวม กางเกงขาสั้น มือข้างหนึ่งล้วงไปจับที่อวัยวะเพศ ภาพดังกล่าวแม้ไม่เห็นอวัยวะเพศอย่างชัดเจน แต่มีลักษณะสื่อไปในด้านยั่วยุุกามารมณ์ และภาพหญิงเปลือยตลอดร่างซึ่งพอเห็นอวัยวะเพศได้ บ้างถือได้ว่าเป็นภาพอันลามก ไม่ใช่ภาพศิลปะที่แสดงถึงส่วนสัดความสมบูรณ์ของร่างกาย และ ข้อความต่างๆ ที่ได้บรรยายถึงการร่วมประเวณีของชายและหญิงอย่างชัดเจนละเอียดลออ โดยบรรยายถึงอารมณ์ของชายและหญิงไปในทางยั่วยุุกามารมณ์ แม้จะมีได้ใช้ถ้อยคำหยาบคาย ก็ถือได้ว่าเป็นข้อความอันลามก

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตคือ กฎหมายอาญาได้ให้การคุ้มครองเฉพาะแต่การ เผยแพร่ภาพถ่ายโดยมิได้รับความยินยอม แต่เมื่อได้ทำการศึกษาดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วจะเห็น ได้ว่า การถ่ายภาพโดยมิได้รับความยินยอมไม่มีกฎหมายอาญามาตราใดบัญญัติให้การกระทำ เช่นนี้เป็นความผิด ดังนั้นแม้เหล่าปาปาราสซีหรือช่างภาพจะได้ติดตามถ่ายภาพหรือแอบถ่ายภาพ ผู้เสียหายในที่สาธารณะหรือแม้แต่การที่บุคคลสาธารณะจะได้อยู่ในที่ส่วนตัวแต่หากปาปาราสซี หรือช่างภาพ ได้ทำการใช้เลนส์ซูมดึงภาพถ่ายโดยตัวช่างภาพหรือปาปาราสซี มิได้เข้าไปในสถานที่ ส่วนตัวดังกล่าวเลย การกระทำที่กล่าวมานี้ ก็ไม่สามารถที่จะให้ผู้กระทำความผิดมีโทษทางอาญาได้

4 กฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวกับภาพถ่าย

จากการศึกษากฎหมายพิเศษอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ได้รับความเสียหายจากภาพถ่าย ได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484(แก้ไขเพิ่มเติมพ.ศ.2485 และพ.ศ.2488)อันเป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองเฉพาะผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการถูกเผยแพร่ภาพถ่ายโดยมิได้รับความยินยอมเท่านั้น โดยมีได้มีการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายจากการถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับความยินยอม ซึ่งมีรายละเอียดที่น่าศึกษาดังต่อไปนี้

4.1 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550⁶⁰

ทุกวันนี้คงปฏิเสธไม่ได้ว่าคอมพิวเตอร์เข้าไปมีบทบาทในชีวิตมนุษย์มากขึ้นทุกวัน โดยเฉพาะในยุคแห่งข้อมูลข่าวสารอย่างในปัจจุบันนี้ จะเห็นได้ว่ามีพัฒนาการเทคโนโลยีใหม่ๆ เกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว รวมทั้งพัฒนาการเทคโนโลยีสารสนเทศด้วยแต่ถึงแม้ว่าพัฒนาการทางเทคโนโลยีสารสนเทศนั้นจะถูกนำมาประยุกต์ใช้และก่อให้เกิดประโยชน์มากมายก็ตาม หากนำไปใช้ในทางที่มิชอบแล้วก็จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงทั้งทางเศรษฐกิจและสังคมได้ ดังนั้นจึงเกิดรูปแบบใหม่ของอาชญากรรมที่เกิดจากการใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดขึ้น จึงจำเป็นต้องมีการพัฒนากฎหมายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์(Computer Crime Law)ขึ้น

วัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ คือ เพื่อป้องกันมิให้มีผู้กระทำความผิดใดๆ ให้ระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานตามคำสั่งที่กำหนดไว้หรือทำให้การทำงานผิดพลาดไปจากคำสั่งที่กำหนดไว้หรือใช้วิธีการใด ๆ เข้าล่วงรู้ข้อมูล แก้ไข หรือทำลายข้อมูลของบุคคลอื่นในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบหรือใช้ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จหรือมีลักษณะอันลามกอนาจาร ย่อมก่อให้เกิดความเสียหาย กระทบกระเทือนต่อเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของรัฐ รวมทั้งความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงได้มีการกำหนดมาตรการ เพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดซึ่งลักษณะของการกระทำความผิดหรือการก่อให้เกิดภัยอันตรายหรือความเสียหายอันเนื่องมาจากการก่ออาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์นั้น อาจแบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะจำแนกตามวัตถุประสงค์หรือระบบที่ถูกกระทำ คือ

⁶⁰ราชกิจจานุเบกษา หน้า 4 เล่ม 124 ตอน 27,วันที่ 18 มิถุนายน 2550.

- 1.การกระทำต่อระบบคอมพิวเตอร์(Computer System)
- 2.การกระทำต่อระบบข้อมูล(Information System)
- 3.การกระทำต่อระบบเครือข่ายซึ่งใช้ในการติดต่อสื่อสาร(Computer Network)

ผู้กระทำความผิดด้วยการใช้ภาพถ่ายอันเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่นได้มีการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ เป็นสื่อกลางช่วยในการเผยแพร่ภาพถ่ายที่อยู่ในรูปไฟล์ข้อมูลดิจิทัลเช่น การแอบถ่ายภาพบุคคลสาธารณะหรือบุคคลทั่วไปโดยใช้กล้องถ่ายรูปที่มีเทคโนโลยีดิจิทัล ภาพถ่ายที่ได้จะอยู่ในรูปของข้อมูลดิจิทัล แล้วมีนำออกเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต รับส่งทางอีเมลล์ เพื่อให้สาธารณชนได้รับชมภาพถ่ายอันเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของบุคคลดังกล่าว

จากการศึกษาพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้มีมาตรการในการยับยั้งการกระทำความผิดอันเกี่ยวกับถ่ายภาพและการเผยแพร่ภาพถ่ายอันเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่นไว้ในมาตรา 16 ดังนี้

มาตรา 16 ผู้ใดนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏเป็นภาพของผู้อื่น และภาพนั้นเป็นภาพที่เกิดจากการสร้างขึ้น ตัดต่อ เติม หรือดัดแปลงด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใด ทั้งนี้โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียหาย ชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชังหรือได้รับความอับอายต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่ง เป็นการนำเข้าสู่ข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยสุจริต ผู้กระทำไม่มีความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้ ถ้าผู้เสียหายในความผิดตามวรรคหนึ่งตาย เสียก่อนร้องทุกข์ ให้บิดา มารดา คู่สมรส หรือ บุตรของผู้เสียหายร้องทุกข์ได้ และให้ถือว่าเป็นผู้เสียหาย

การส่งภาพลามกอนาจาร ภาพตัดต่อ หรือข้อความที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของผู้อื่น โดยหากได้รับข้อความหรือรูปภาพจากผู้อื่นไว้ แต่ไม่ส่งต่อให้ใครก็ถือว่าไม่มีความผิด แต่ถ้าเมื่อใดมีการส่งข้อมูลหรือภาพที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น ก็ถือว่ามีความผิดทันทีและผู้ที่ทำการส่งต่อจะถือว่ามีความผิดทั้งหมด

จะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดอันเกี่ยวกับภาพถ่ายแบ่งพิจารณาได้เป็น 2 กรณีคือ

- 1) ต้องมีการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏเป็นภาพของผู้อื่น และ
- 2) ภาพนั้นเป็นภาพที่เกิดจากการสร้างขึ้น ตัดต่อ เติม หรือดัดแปลงด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใด

ซึ่งการกระทำดังกล่าวหากได้นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นและส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง เป็นเหตุให้ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชังหรือได้รับความอับอาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวนี้ เมื่อนำมาพิจารณากับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเป็นทำนองเดียวกับมาตรา 423 ซึ่งเป็นความผิดหมิ่นประมาททางแพ่ง โดยมีความแตกต่างกันในลักษณะของการกระทำความผิด ที่มาตรา 423 บัญญัติว่าจะต้องเป็นการกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งหากมีการตีความคำว่า“กล่าวหรือไขข่าวแพร่หลาย”ย่อมสามารถตีความให้ครอบคลุมถึงการเผยแพร่ภาพที่เกิดจากการสร้างขึ้น ตัดต่อ เติม หรือการดัดแปลงด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใดดังเช่นมาตรา 16 ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์พ.ศ.2550 ได้ เนื่องจากเป็นการกระทำให้บุคคลที่ 3 ได้เข้าใจความหมายของภาพถ่ายที่มีการนำออกเผยแพร่

การนำภาพดังกล่าวออกเผยแพร่ หากได้กระทำไปโดยสุจริตกฎหมายได้มีการยกเว้นความผิดให้อีกทั้งหากมีการรับข้อมูลภาพดังกล่าวแล้วไม่มีการส่งต่อผู้นั้นก็ไม่มี ความผิดด้วยเช่นกัน กล่าวคือผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา 16 วรรคสองและวรรคสาม แต่ถ้าเมื่อใดมีการส่งข้อมูลหรือภาพที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น ก็ถือว่ามี ความผิดทันทีอีกทั้งบทบัญญัตินี้ ยังได้ให้อำนาจ บิดา มารดา คู่สมรส หรือ บุตรของผู้เสียหายร้องทุกข์แทนผู้เสียหายได้ในกรณีที่ผู้เสียหายถึงแก่ความตายก่อนร้องทุกข์อีกด้วย

4.2 พระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484 (แก้ไขเพิ่มเติมพ.ศ.2485 และพ.ศ.2488)

สิ่งพิมพ์ทุกชนิดในปัจจุบันย่อมมีโอกาสที่จะใช้ภาพถ่ายประกอบการพิมพ์ เพราะโดยเนื้อหาของสิ่งพิมพ์แล้ว ผู้ประกอบการอันเกี่ยวข้องกับสิ่งพิมพ์มักจะอาศัยภาพถ่ายเป็นข้อมูลในการพิมพ์เพื่อเกิดความสนใจแก่ผู้อ่านสิ่งพิมพ์นั้นและมีสิ่งพิมพ์เป็นจำนวนมากเป็นงานเกี่ยวกับสื่อมวลชน ส่งผลให้สิ่งพิมพ์ได้มีส่วนก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทัศนคติของบุคคลในสังคมหนึ่งๆ ดังนั้นรัฐจึงได้ตราพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484(แก้ไขเพิ่มเติมพ.ศ.2485 และพ.ศ.2488) เพื่อใช้ควบคุมหนังสือพิมพ์และสิ่งพิมพ์อื่นนอกเหนือจากหนังสือพิมพ์ไม่ให้มีเนื้อหา อันอาจจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

อนึ่งในการวิเคราะห์พระราชบัญญัติการพิมพ์นี้ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิผู้ได้รับความเสียหายจากภาพถ่าย ดังนี้

มาตรา 8 อธิบดีกรมตำรวจหรือผู้รักษาการแทนมีอำนาจออกคำสั่งโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ห้ามการส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสิ่งพิมพ์ใด ๆ อันระบุชื่อไว้ในคำสั่งนั้นโดยมีกำหนดเวลาหรือไม่ก็ได้

โดยมาตรา 8 นี้ได้ให้อธิบดีกรมตำรวจ หรือ ผู้รักษาการแทน มีอำนาจออกคำสั่งเป็นประกาศในราชกิจจานุเบกษา เพื่อห้ามการส่งหรือนำเข้าสิ่งพิมพ์มาในประเทศได้หรือหนังสือพิมพ์รายวัน เพื่อห้ามการขายหรือแจกจ่ายสิ่งพิมพ์อื่นได้และจะให้ยึดสิ่งพิมพ์และแม่พิมพ์นั้นด้วยก็ได้

คำสั่งอธิบดีกรมตำรวจที่ 1637/2533 เรื่องห้ามการส่งหรือนำสิ่งพิมพ์เข้ามาในราชอาณาจักร ด้วยปรากฏว่าสิ่งพิมพ์จากต่างประเทศภาษาญี่ปุ่นชื่อเทมมิสฉบับที่ 57 ค.ศ. 1990 โฆษณา ข้อความเพศหญิงในประเทศไทยไปในทางเสื่อมเสีย โดยมีการนำภาพถ่ายของนักศึกษาหญิงมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และมหาวิทยาลัยรามคำแหง ซึ่งเป็นสถาบันที่มีความสำคัญในประเทศไทยลงตีพิมพ์และได้นำออกเผยแพร่เพื่อโฆษณาในเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเพศ การโฆษณาดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสื่อมเสียต่อศีลธรรมและวัฒนธรรมของชาติ จึงเป็นการโฆษณาที่อาจจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อธิบดีอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484 มาตรา 8 ห้ามการส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสิ่งพิมพ์ดังกล่าวข้างต้น โดยให้มีผลนับแต่วันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป⁶¹

บทกำหนดลงโทษสิ่งพิมพ์ซึ่งอธิบดีกรมตำรวจหรือผู้รักษาการแทนได้ประกาศห้ามตามมาตรา 8 นั้น หากผู้ใดส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองร้อยบาทหรือจำคุกไม่เกินสองเดือนหรือทั้งจำทั้งปรับหรือผู้ใดขายเสนอขายแจกหรือเสนอแจกมีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองร้อยบาทและสิ่งพิมพ์ที่วานี้ให้ริบเสียตามมาตรา 51

มาตรา 41 หนังสือพิมพ์ใดโฆษณาเรื่องเกี่ยวกับบุคคลใดคลาดเคลื่อนจากความจริงและอาจจะเกิดความเสียหายแก่บุคคลนั้น บุคคลนั้นอาจแจ้งเป็นหนังสือขอให้บรรณาธิการหนังสือพิมพ์นั้นแก้ไขหรือลงพิมพ์หนังสือชี้แจงแก้หรือปฏิเสธเรื่องนั้น การแก้ไขหรือลงพิมพ์หนังสือชี้แจงแก้หรือปฏิเสธเรื่องที่ว่านี้ จะต้องลงพิมพ์ในฉบับที่จะออกโฆษณาต่อไปจากเวลาที่ได้รับความขอดังกล่าวแล้วหรือในฉบับที่ถัดไป เมื่อได้แก้ไขหรือลงพิมพ์หนังสือชี้แจงแก้หรือปฏิเสธเรื่องที่ว่านี้โดยถูกต้องแล้วสิทธิในการฟ้องของบุคคลผู้ขอแก้ทั้งทางแพ่งและทางอาญาเป็นอันระงับลง

⁶¹ คำสั่งอธิบดีกรมตำรวจที่ 1637/2533 , ลงวันที่ 19 พฤศจิกายน 2533 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 107 ตอน 238, วันที่ 19 พฤศจิกายน 2533.

มาตรา 42 ถ้าข้อความที่ให้แก้หรือหนังสือซึ่งแก้หรือปฏิเสธเรื่องตามมาตรา 40 หรือ มาตรา 41 นั้น ขัดกับกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือเป็นการเสียดสีหรือผู้ขอให้แก้มิได้ แจ้งชื่อและที่อยู่ของตนให้ชัดเจน บรรณธิการก็ไม่ต้องแก้หรือนำลงพิมพ์

มาตรา 43 เรื่องหรือข้อความที่ให้แก้หรือหนังสือซึ่งแก้หรือปฏิเสธตามมาตรา 40 หรือ มาตรา 41 นั้นบรรณธิการจะต้องแก้หรือลงพิมพ์ในหนังสือพิมพ์นั้นโดยครบถ้วนในคราวเดียว และ ต้องให้อยู่ในหน้าเดียวกับเรื่องอันเป็นเหตุให้แก้หรือปฏิเสธนั้น

เรื่องหรือข้อความที่ให้แก้หรือหนังสือซึ่งแก้หรือปฏิเสธตามวรรคก่อนต้องนำลงพิมพ์ให้ โดยไม่เรียกค่าธรรมเนียม แต่หนังสือซึ่งแก้หรือปฏิเสธนั้น ต้องไม่เกินกำหนดดังต่อไปนี้

(1) ถ้าเรื่องอันเป็นเหตุที่ขอให้ลงพิมพ์หนังสือซึ่งแก้หรือปฏิเสธนั้นมีอยู่ไม่ถึงครึ่งแนว (คอลัมน์) หรือครึ่งหน้าหนังสือพิมพ์ หนังสือซึ่งแก้หรือปฏิเสธต้องไม่เกินกว่าหนึ่งแนวหรือหนึ่งหน้า หนังสือพิมพ์นั้นแล้วแต่กรณี โดยมีขนาดแนวและตัวอักษรในเนื้อเรื่องเช่นเดียวกัน

(2) ถ้าเรื่องอันเป็นเหตุที่ขอให้ลงพิมพ์หนังสือซึ่งแก้หรือปฏิเสธนั้นมีอยู่ตั้งแต่ครึ่งแนว หรือครึ่งหน้าหนังสือพิมพ์ขึ้นไป หนังสือซึ่งแก้หรือปฏิเสธต้องไม่เกินกว่าสองเท่าของเรื่องนั้น แล้วแต่กรณี โดยมีขนาดแนวและตัวอักษรในเนื้อเรื่องเช่นเดียวกัน

ถ้าหนังสือซึ่งแก้หรือปฏิเสธเรื่องเกินกำหนดที่ว่ามานี้ เมื่อได้ออกโฆษณาแล้ว เจ้าของ หนังสือพิมพ์มีสิทธิเรียกค่าธรรมเนียมเฉพาะในส่วนที่เกินจากผู้ขอให้ลงพิมพ์ตามอัตราค่าแจ้ง ความตามปกติได้

สิทธิขอให้แก้หรือลงหนังสือซึ่งแก้หรือปฏิเสธดังว่ามานี้เป็นอันระงับลงภายหลังหกเดือน นับแต่วันที่หนังสือพิมพ์นั้นออกโฆษณา

โดยในมาตรา 41, 42 และ 43 เป็นบทบัญญัติที่ได้ให้การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของ บุคคลที่ถูกพิมพ์เผยแพร่ภาพถ่าย โดยหากหนังสือพิมพ์ใดที่ได้ลงโฆษณาภาพถ่ายที่มีข้อความ ประกอบภาพนั้นคลาดเคลื่อนจากความเป็นจริงและอาจเกิดความเสียหายต่อบุคคลนั้น บรรณธิการจะต้องแก้ไขข้อความนั้นเองหรือลงพิมพ์หนังสือซึ่งแก้หรือปฏิเสธข้อความที่ คลาดเคลื่อนจากความเป็นจริงนั้น และเมื่อได้ทำการแก้ไขข้อความดังกล่าวแล้วย่อมทำให้สิทธิ ในการนำคดีมาฟ้องระงับไป โดยเป็นการกำหนดวิธีบรรเทาความเสียหายนั้นไว้โดยตรงและ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าได้มีบัญญัติไว้เป็นทำนองเดียวกับประมวล กฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด มาตรา 423 แต่ในทางแพ่งจะเป็นกรณีที่มีผู้เสียหายให้แก่ ผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ

5. ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พุทธศักราช 2550

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นผูกพันต่ออำนาจมหาชนเท่านั้นซึ่งเท่ากับ เป็นการปฏิเสธความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อบุคคลทั่วไป แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันนี้เริ่มมีความเห็นว่ามันนอกเหนือจากความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพที่มีต่อความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐแล้วความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลด้วยกันก็อาจต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพด้วย

สิทธิและเสรีภาพมีผลผูกพันต่อบุคคลที่สามเป็นความเห็นของศาลแรงงานสหพันธ์ (BAG) ของเยอรมัน ซึ่งตามความเห็นของศาลแรงงานสหพันธ์ของเยอรมัน(BAG)เห็นว่าสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายนั้นมิได้มุ่งคุ้มครองจากการกระทำของรัฐเท่านั้น แต่โดยแท้จริงแล้วยังมีสิทธิและเสรีภาพ ที่เป็นหลักการพื้นฐานที่มุ่งคุ้มครองสวัสดิการในทางสังคมด้วยอันมีความสำคัญโดยตรงต่อความสัมพันธ์ในทางกฎหมายเอกชน ซึ่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็รับรองหลักนิติรัฐสังคม (der soziale Rechtsstaat) อันเป็นหลักการที่มีความสำคัญพื้นฐานสำหรับการตีความรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นๆ โดยเห็นว่าสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวย่อมมีผลผูกพันต่อกฎหมายเอกชนโดยตรงด้วย⁶²

อีกทั้งในความคิดเห็นส่วนใหญ่และความเห็นของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เยอรมันเห็นว่า ความสัมพันธ์ของปัจเจกบุคคลนั้นจะถือว่าสิทธิและเสรีภาพไม่มีความสำคัญต่อความสัมพันธ์ของปัจเจกชนนั้นก็มิอาจกล่าวเช่นนั้นได้แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่สามารถที่จะกล่าวได้ว่าสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้นมีผลผูกพันต่อปัจเจกบุคคลโดยตรง โดยความเห็นส่วนใหญ่เห็นว่าสิทธิและเสรีภาพมีผลผูกพันต่อกฎหมายเอกชน แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิและเสรีภาพมีผลโดยตรงต่อองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการอันเป็นองค์กรผู้บัญญัติและใช้กฎหมายซึ่งย่อมก่อให้เกิดผลต่อกฎหมายเอกชนในทางอ้อม บทบัญญัติของกฎหมายเอกชนมีอาจจะขัดแย้งต่อสิทธิและเสรีภาพได้ การตีความบทบัญญัติของกฎหมายเอกชนทั้งหลายจะต้องตีความให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของสิทธิและเสรีภาพเช่นกัน

⁶² BAGE 1,185(193) อ้างใน บรรเจิด สิงคนenti, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน,2547),น.80.

แต่อย่างไรก็ตาม หากมีผู้กล่าวอ้างสิทธิเสรีภาพในการถ่ายภาพและตีพิมพ์เผยแพร่ภาพถ่ายอันเป็นเสรีภาพในการแสดงออก ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 45 แต่บุคคลผู้ถูกถ่ายภาพได้อ้างถึงการมีสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งเป็นสิทธิส่วนบุคคล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 มีข้อนำพิจารณาว่า สิทธิทั้งสองประการที่กล่าวมานี้สิทธิประเภทใดที่จะมีฐานะเหนือกว่าซึ่งจะต้องพิจารณาดังนี้

โดยปกติการตีความกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะต้องมีการตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและเมื่อใดก็ตามที่มีการอ้างสิทธิเพื่อให้มีการคุ้มครองตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็จะต้องไปพิจารณาว่าสิทธิดังกล่าวนั้น ได้มีการคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญในเรื่องใด และหากเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญในเรื่องใดแล้ว ก็ต้องนำมาพิจารณาว่าเป็นสิทธิที่มีเงื่อนไขหรือมีข้อจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากสิทธิหนึ่งสิทธิใดมีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญแล้ว สิทธิอีกประเภทที่ไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขย่อมเหนือกว่ายกตัวอย่างเช่น

สิทธิและเสรีภาพในการแสดงออกได้มีเงื่อนไขพิเศษในการจำกัดสิทธิจากสิทธิส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญตามมาตรา 45 วรรคสองซึ่งแม้ผู้ที่ถูกถ่ายภาพจะได้กล่าวอ้างสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตามแต่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดศาลไทยก็ได้ตีความรวมถึงสิทธิส่วนบุคคล อันเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 35 และไม่มีเงื่อนไขใดๆ ในการจำกัดสิทธิส่วนบุคคล เมื่อสิทธิส่วนบุคคลนั้นได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 และสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกถูกจำกัดด้วยสิทธิส่วนบุคคลจึงส่งผลให้การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลย่อมอยู่เหนือกว่าเสรีภาพในการแสดงออกของช่างภาพ แม้บุคคลที่ถูกถ่ายภาพจะได้กล่าวอ้างสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม ช่างภาพก็ไม่สามารถกล่าวอ้างได้ว่าตนมีเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญ

