



โครงการวิจัย

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูก
กลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์

Legal Measures to Protect Child and Juvenile from
Cyber-Bullying

โดยอาจารย์เมธิณี สุวรรณกิจ

สำนักหอสมุด มหาวิทยาลัยนครสวรรค์
รับลงทะเบียน... 0.6 พ.ค. 2564
ลงทะเบียน... 1094936
เลขเรียกหนังสือ... 2 KPT
60

.C65
M7377 D
9.560



โครงการวิจัย

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์

Legal Measures to Protect Child and Juvenile from Cyber-Bullying

สารบัญ

หน้า		
บทคัดย่อภาษาไทย		1
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ		2
บทที่		
1. บทนำ		3
1.1	ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาการกลั่นแกล้งออนไลน์	3
1.2	วัตถุประสงค์ของโครงการวิจัย	6
1.3	สมมติฐาน	6
1.4	วิธีการดำเนินการวิจัย	7
1.5	ขอบเขตการวิจัย	7
1.6	ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	7
1.7	นิยามศัพท์เฉพาะที่ใช้ในการวิจัย	8
2. แนวคิดและทฤษฎีและงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์		9
2.1	แนวคิดเกี่ยวกับการถูกลั่นแกล้งดั้งเดิม(Traditional Bullying)	9
2.2	แนวคิดเกี่ยวกับการกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์ (Cyber Bullying)	12
2.3	ลักษณะที่แตกต่างกันของการกลั่นแกล้งดั้งเดิมและการกลั่นแกล้งออนไลน์	14
2.4	ทฤษฎี Space Transition	16

สารบัญ(ต่อ)

2.5	ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์	18
2.6	สิทธิส่วนบุคคล	19
2.7	สิทธิเด็ก	20
2.8	เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น	21
3.	กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์	23
3.1	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560	23
3.2	พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ	24
3.3	ประมวลกฎหมายอาญา	25
3.3.1	ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326	25
3.3.2	หมิ่นประมาทด้วยการโฆษณาตามมาตรา 328	29
3.3.3	ความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าตามมาตรา 393	31
3.3.4	การรังแก ช่มเหง คุกคาม ตามมาตรา 397	32
3.3.5	ทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัวหรือตกใจตามมาตรา 392	35
3.4	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	36
3.5	พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์	37
4.	กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์	45
4.1	กฎหมายในระดับรัฐบาลกลาง (Federal Law)	46
4.2	กฎหมายระดับรัฐ (State Law)	51
5.	บทวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกา	60
5.1	บทวิเคราะห์กฎหมายประเทศไทยที่นำมาใช้กับการกลั่นแกล้งออนไลน์	60
5.1.1	ปัญหาการปรับใช้กฎหมายของไทยกับการกลั่นแกล้งออนไลน์	60
5.1.2	ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายไทยกับการกลั่นแกล้งออนไลน์ของเด็กและเยาวชน	65
5.2	บทวิเคราะห์กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา	
5.2.1	กฎหมายในระดับรัฐบาลกลาง (Federal Law)	66
5.2.2	กฎหมายในระดับรัฐ (State Law)	74
	1.) มาตรการเชิงนโยบายที่กำหนดไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับการศึกษาของรัฐ	74
	2.) มาตรการทางอาญา	76
6.	สรุปผลการวิจัย และข้อเสนอแนะ	78
7.	บรรณานุกรม	82

บทคัดย่อ

ในปัจจุบันพบว่าปัญหาเด็กและเยาวชนถูกกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์เป็นปัญหาสำคัญของประเทศไทย แต่การกลั่นแกล้งออนไลน์ (Cyber-Bullying) เป็นการกลั่นแกล้งรูปแบบใหม่ที่ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเป็นเครื่องมือในการทำร้ายผู้อื่น จึงเกิดปัญหาหรือข้อจำกัดในการปรับใช้กฎหมายต่างๆที่มีอยู่ของไทย เช่น กฎหมายหมิ่นประมาท ละเมิด และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วพบว่าประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายในระดับรัฐ (State Laws) ที่ออกแบบมาเพื่อแก้ไขปัญหการกลั่นแกล้งออนไลน์โดยเฉพาะซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ ดังนี้ 1. มาตรการเชิงนโยบาย (School Policies) ที่กำหนดไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับการศึกษาของรัฐ (State Education Codes) และ 2. มาตรการการลงโทษทางอาญา จากการวิเคราะห์พบว่าทั้งสองมาตรการมีข้อดีและข้อเสียแตกต่างกัน งานวิจัยนี้จึงเสนอให้ประเทศไทยนำทั้งสองมาตรการมาปรับใช้ โดยให้กำหนดมาตรการดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ

คำสำคัญ: การกลั่นแกล้งออนไลน์ กฎหมายเกี่ยวกับการศึกษา หมิ่นประมาท ละเมิด การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์



Abstract

Currently, child and juvenile Cyber-Bullying is vital issue in Thailand. Since, Cyber-Bullying is new form of bullying that using information technology and communication to offend others, there are several problems or limitations to apply Thai existing Laws such as defamation, torts and Computer-related Crime Act. According to comparative study of Thai and American laws, in the States, there are two types of State Laws, School Policies stipulated in State Education Codes and Criminal Sanctions, which designed specifically to tackle with Cyber-Bullying. This research will analytically argue that both legal measures have positive and negative results. Therefore, the research will suggest that Thailand should adopt both approaches and specify them in Thai National Education Act.

Keywords: Cyber-Bullying, Education Laws, Defamation, Torts, Computer-related Crime



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาการกลั่นแกล้งออนไลน์

ปัญหาเด็กและเยาวชนถูกกลั่นแกล้งในสถานศึกษานั้น เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นมานานแล้วในสังคมไทย โดยผู้กลั่นแกล้งมักมีเจตนามุ่งร้ายให้ผู้ถูกกลั่นแกล้งเกิดความรู้สึกอับอาย เสียหน้า เตือดร้อนรำคาญ หรือไม่ได้รับการยอมรับจากกลุ่มเพื่อน แต่ปัจจุบันพฤติกรรมกรรมการกลั่นแกล้งในสังคมของเด็กและเยาวชนได้มีรูปแบบที่เปลี่ยนไป เนื่องจากวิวัฒนาการทางการสื่อสารของมนุษย์ได้พัฒนาเข้าสู่ยุคของสังคมออนไลน์ เช่น การสื่อสารผ่านเว็บไซต์ FACEBOOK การส่งข้อความผ่านแอปพลิเคชัน LINE หรือการสื่อสารผ่านระบบโซเชียลมีเดียอื่นๆ ส่งผลให้พฤติกรรมกรรมการกลั่นแกล้งของเด็กและเยาวชนได้ขยายขอบเขตออกไปนอกสถานศึกษาผ่านเครือข่ายพื้นที่ออนไลน์(Cyberspace) ดังกล่าว เนื่องจากสื่อออนไลน์เป็นสื่อที่เข้าถึงได้ง่ายและเผยแพร่ได้ในวงกว้าง ดังนั้นเด็กและเยาวชนจึงอาจต้องเผชิญกับการถูกกลั่นแกล้งได้ตลอดเวลาและทุกสถานที่ ที่พักอาศัยส่วนตัวของเด็กและเยาวชนจึงไม่ใช่สถานที่ปลอดภัยจากการถูกกลั่นแกล้งสำหรับเด็กและเยาวชนอีกต่อไป

การกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์นั้นอาจก่อให้เกิดปัญหาสุขภาพจิตและปัญหาทางอารมณ์ของผู้ถูกกลั่นแกล้งเช่น โรคซึมเศร้า (depression) ความพึงพอใจในตัวเองต่ำ(low self-esteem) โรคกังวลต่อการเข้าสังคม (social anxiety) มีอาการสมาธิสั้น ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการเรียนรู้ ทักษะและพัฒนาการทางการศึกษาของเด็กและเยาวชน นอกจากนี้ จากการศึกษายังพบว่าในระยะยาวเด็กและเยาวชนที่ถูกกลั่นแกล้งมีโอกาสมีปัญหาด้านสุขภาพในอนาคตได้¹

นอกจากนั้น การกลั่นแกล้งยังอาจส่งผลกระทบต่อตัวเด็กและเยาวชนผู้กลั่นแกล้งเองทั้งทางด้านจิตใจและพฤติกรรม เช่น อาจมีอาการวิตกกังวลและมีปัญหาสุขภาพจิต และอาจส่งผลให้เด็กและเยาวชนมีพฤติกรรมรุนแรงและพฤติกรรมต่อต้านสังคมในอนาคตได้²

¹สุภาวดีเจริญวานิช, การรังแกกันผ่านพื้นที่ไซเบอร์ : ผลกระทบและการป้องกันในวัยรุ่น, วารสารวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีปีที่ 25 ฉบับที่ 4 กรกฎาคม - สิงหาคม 2560

²สุภาวดีเจริญวานิช, การรังแกกันผ่านพื้นที่ไซเบอร์ : ผลกระทบและการป้องกันในวัยรุ่น, วารสารวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีปีที่ 25 ฉบับที่ 4 กรกฎาคม - สิงหาคม 2560

เด็กและเยาวชนบางรายอาจได้รับผลกระทบร้ายแรงถึงขั้นทำร้ายร่างกายตัวเองหรือฆ่าตัวตายเพื่อยุติปัญหาจากการถูกลั่นแกล้ง เช่น กรณีของ Amanda Todd เด็กสาวชาวแคนาดา ที่ได้รู้จักชายคนหนึ่งผ่านเว็บไซต์ FACEBOOK และถูกเกลี้ยกล่อมให้ส่งภาพเปลือยหน้าอกให้ชายดังกล่าว ต่อมาชายคนนั้นได้นำภาพดังกล่าวไปเผยแพร่ จนทำให้เธอถูกเพื่อนและสังคม ล้อเลียน กลั่นแกล้ง รังควาน อย่างหนัก ทั้งในโรงเรียนและสังคมออนไลน์ จนกระทั่งเธอตัดสินใจผูกคอตายในที่สุด เพราะทนความเจ็บปวดจากการที่เธอถูกลั่นแกล้งไม่ไหว³

ในประเทศไทยแม้จะยังไม่เคยมีข่าวกรณีของเด็กหรือเยาวชนถูกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์จนนำไปสู่การฆ่าตัวตาย แต่ก็อาจมีเด็กและเยาวชนบางส่วนที่ถูกลั่นแกล้งทางสังคมออนไลน์จนนำไปสู่การฆ่าตัวตายหรือทำร้ายตัวเองที่ไม่ปรากฏเป็นข่าว หรือกรณีที่เหยื่อไม่กล้าบอกผู้อื่นหรือไปแจ้งความ

จากการเปิดเผยผลสำรวจของดีเทค ร่วมกับ จ.ส. 100 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2559 พบว่า คนไทย 80% เล่นออนไลน์แบบเอาสนุก และแสดงความคิดเห็นในเชิงขำขันบนโลกออนไลน์ จนทำให้อัตราการเกิดปัญหาการกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์ (Cyber-bullying) เพิ่มขึ้น จนติดอันดับสองของโลกรองจากประเทศญี่ปุ่น และพบว่าคนไทย 54% เคยเป็นส่วนหนึ่งของการกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์ (Cyber-bullying) โดยการเขียนข้อความผ่านสังคมออนไลน์เพื่อนแกล้งเพื่อน⁴

นอกจากนี้จากผลวิจัยชิ้นต้นเรื่อง “ความชุกและปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งบนโลกไซเบอร์ในระดับชั้น ม.1-3” ของรศ.นพ.ชาญวิทย์ พรนภดล หัวหน้าสาขาวิชาจิตเวชเด็กและวัยรุ่น คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล พบว่า เด็กไทยเกือบ 80% มีประสบการณ์ถูกลั่นแกล้งในชีวิตจริง โดย 66% ถูกแกล้งอย่างน้อยสัปดาห์ละ 1 ครั้ง และอีก 12% ถูกแกล้งทุกวันขณะที่เด็กไทย 45% มีประสบการณ์ถูกลั่นแกล้งทางโลกไซเบอร์อย่างน้อย 1 ครั้ง ซึ่งมากกว่าสหรัฐอเมริกา ยุโรป และญี่ปุ่นถึง 4 เท่าโดยรูปแบบที่ถูกกระทำมากที่สุด คือ โดนล้อเลียนและถูกตั้งฉายา 79.4% ตามด้วยถูกเพิกเฉย ไม่สนใจ 54.4% คนอื่นไม่เคารพ 46.8%⁵

³ NOBullying.com, “The Unforgettable Amanda Todd Story” สืบค้นเมื่อ 23 กรกฎาคม 2559 ที่มา <https://nobullying.com/amanda-todd-story>

⁴ สืบค้นเมื่อ 23 กรกฎาคม 2559 ที่มา <http://www.brandbuffet.in.th/2016/06/dtac-stop-cyberbullying/>

⁵ สืบค้นเมื่อ 20 มิถุนายน 2560 ที่มา <https://www.brandbuffet.in.th/2017/06/dtac-cyberbullying-lovecare-station/>

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าปัญหาการกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์นั้นเป็นปัญหาสำคัญในสังคมไทยที่ควรให้ความสนใจโดยเฉพาะปัญหาการกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์ของเด็กและเยาวชนที่อาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพจิตใจ การศึกษา พัฒนาการและการเติบโตของเด็กและเยาวชน

ดังนั้น ผู้ใหญ่ในฐานะผู้ซึ่งมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการดูแลและปกป้องเด็กและเยาวชนจึงควรตระหนักถึงปัญหาดังกล่าว และควรรหาทางควบคุมการสื่อสารออนไลน์ในลักษณะการกลั่นแกล้งที่ส่งผลกระทบต่อรุนแรงต่อจิตใจของเด็กและเยาวชน รวมถึงควรรหามาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์เนื่องจากเด็กและเยาวชนเป็นผู้ที่มีจิตใจเปราะบางจึงจำเป็นต้องได้รับการปกป้องเป็นพิเศษ ตามที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) ซึ่งประเทศไทยได้ให้สัตยาบันในปี พ.ศ. 2535 ได้กล่าวไว้ในบทอารัมภบทว่า “ระลึกว่า สหประชาชาติได้ประกาศในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนว่า เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการดูแล และการช่วยเหลือเป็นพิเศษ”⁶ และ “คำนึงถึง ว่า ตามที่ได้ระบุในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้น เด็กโดยเหตุที่เด็กยังไม่เติบโตเต็มที่ทั้งทางร่างกายและจิตใจ จึงต้องการการพิทักษ์และดูแลเป็นพิเศษ รวมถึงต้องการการคุ้มครองทางกฎหมายที่เหมาะสม”⁷

นอกจากนั้นในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กยังได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในข้อ 3(Article 3) ว่า “รัฐภาคีรับที่จะประกันให้มีการคุ้มครอง และการดูแลแก่เด็กเท่าที่จำเป็นสำหรับความอยู่ดีของเด็ก โดยคำนึงถึงสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นที่รับผิดชอบเด็กนั้นตามกฎหมายด้วย และเพื่อการนี้จะดำเนินมาตรการทางนิติบัญญัติ และบริหารที่เหมาะสมทั้งปวง”⁸ ดังนั้นหน้าที่ของรัฐภาคีจึงไม่ได้มีแค่การดูแลและให้ความคุ้มครองเด็กโดยทั่วไปในเชิงนโยบายเท่านั้น แต่รัฐภาคียังมีหน้าที่ต้องออกมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมและจำเป็นเพื่อคุ้มครองและดูแลเด็กอีกด้วย

ด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยจึงมุ่งประสงค์ทำการศึกษว่าในระบบกฎหมายไทยปัจจุบันมีมาตรการทางกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้ในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์หรือไม่ เพียงใด โดยจะศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพเพื่อทราบถึงปัญหา มาตรการทางกฎหมายและขอบเขตของกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งจะนำไปสู่ข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงกฎหมายไทยที่เป็นอยู่หรือร่างกฎหมายใหม่ให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและเทคโนโลยีต่อไป

⁶อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) สืบค้นเมื่อ 10 มกราคม 2560 ที่มา <http://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/crc.pdf>

⁷เฟิ่งอ้าง

⁸เฟิ่งอ้าง

1.2 วัตถุประสงค์ของโครงการวิจัย

- 1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิของเด็กและเยาวชน และปัญหาการถูกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์
- 1.2.2 เพื่อศึกษาหลักกฎหมายของไทยและข้อจำกัดของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับปัญหาเด็กและเยาวชนถูกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์
- 1.2.3 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมาย นโยบาย แนวปฏิบัติ และคดีต่างๆ ของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับปัญหาเด็กและเยาวชนถูกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์
- 1.2.4 เพื่อเสนอมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์ที่เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย

1.3 สมมติฐาน

ประเทศไทยในปัจจุบันมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการถูกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์ของเด็กและเยาวชนอยู่หลายฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546, การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ, ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา, ความผิดตามมาตรา 397 ของประมวลกฎหมายอาญา, ความผิดฐานละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และฐานความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

อย่างไรก็ตาม แม้มกฎหมายดังกล่าวจะสามารถนำมาปรับใช้กับปัญหาเด็กและเยาวชนถูกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์ได้ แต่ยังมีข้อจำกัดอยู่หลายประการและอาจไม่ครอบคลุมถึงการโพสต์ข้อความกลั่นแกล้งบนสังคมออนไลน์ในบางกรณี เช่น ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญามาตรา 326 บัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้น เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท” ดังนั้น หากข้อความหรือรูปภาพที่มีเจตนากลั่นแกล้งนั้นได้ถูกส่งเข้ากล่องข้อความส่วนตัว (inbox) บนเว็บไซต์ FACEBOOK หรือส่งผ่านแอปพลิเคชัน LINE โดยตรง โดยไม่มีบุคคลที่สามรับรู้ กรณีนี้ย่อมไม่เข้าองค์ประกอบความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญา หรือหากข้อความหรือรูปภาพที่ส่งไปนั้น ไม่น่าจะทำให้ผู้ถูกลั่นแกล้ง เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือเกลียดชัง เพียงแค่ทำให้ผู้ถูกลั่นแกล้งนั้นเกิดความเดือดร้อนรำคาญ กรณีนี้ก็ย่อมไม่เข้าองค์ประกอบความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญาของไทยเช่นกัน

จึงเห็นได้ว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาเด็กและเยาวชนถูกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์ของไต้หวัน ยังไม่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนได้ในทุกกรณี และประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่บัญญัติเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์โดยตรง

ดังนั้นผู้วิจัยจึงมีความประสงค์จะศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายต่างประเทศที่บัญญัติเพื่อคุ้มครองเด็กจากการถูกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์โดยเฉพาะ เพื่อเสนอมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์ที่เหมาะสมกับประเทศไทย โดยเฉพาะกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งกฎหมายในระดับรัฐบาลกลาง (Federal Law) และกฎหมายในระดับรัฐ (State Law) เนื่องจากปัญหาการถูกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์ของเด็กและเยาวชนในอเมริกาเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นมานาน และมีความสำคัญเป็นอย่างมาก รัฐต่างๆ จึงได้มีการพัฒนากฎหมาย Anti-cyber bullying ที่ชัดเจน แน่นนอน และครอบคลุมการถูกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์ในรูปแบบต่างๆ มากกว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องในปัจจุบันของไทย

1.4 วิธีดำเนินการวิจัย

วิจัยนี้เป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยการศึกษาข้อมูลเอกสาร (Documentary Research) วิจัยฉบับนี้จึงมุ่งเน้นศึกษากฎหมาย จากตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษา และคดีที่เกิดขึ้นทั้งในและต่างประเทศ ตลอดจนบทความทางวิชาการต่างๆ ทั้งของไทยและต่างประเทศ เพื่อวิเคราะห์หามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์ในประเทศไทย

1.5 ขอบเขตการวิจัย

ขอบเขตกฎหมายต่างประเทศที่จะนำมาใช้ในการวิเคราะห์ได้แก่กฎหมายสหรัฐอเมริกา ประกอบด้วยกฎหมายในระดับรัฐบาลกลาง (Federal law) และกฎหมายระดับมลรัฐ (State Law) ส่วนกฎหมายไทยได้แก่ รัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1.6.1 ได้ทราบถึงความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์
- 1.6.2 ได้ทราบถึงข้อบกพร่องและปัญหาของกฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์ของไทย ซึ่งจะนำไปสู่การเสนอแนะแนวทาง

พัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้มีความทันสมัยและเหมาะสมกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบัน

- 1.6.3 ได้ทราบถึงหลักกฎหมาย มาตรการทางกฎหมาย และแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์จากการถูกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์ เพื่อนำมาปรับใช้ในประเทศไทยเพื่อคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์จากการถูกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์
- 1.6.4 เรียบเรียงบทความวิจัยเพื่อตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารกฎหมาย เพื่อเป็นแนวทางให้มีการศึกษาวิจัยในเรื่องนี้ต่อไป และนำผลจากการวิจัยดังกล่าวนำเสนอต่อประชาชน เด็ก และเยาวชนทั่วไป เพื่อให้มีความเข้าใจและตระหนักถึงปัญหาการกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์มากยิ่งขึ้น

1.7 นิยามศัพท์เฉพาะที่ใช้ในการวิจัย

- 1.7.1 “การกลั่นแกล้งดั้งเดิม”(Traditional Bullying) หมายถึง การข่มขู่คุกคามทางกายภาพ คำพูด หรือทางด้านจิตใจซ้ำๆ ที่ละน้อย โดยผู้กลั่นแกล้งเป็นบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีกำลังอิทธิพลหรืออำนาจ มากกว่าผู้ถูกลั่นแกล้ง⁹
- 1.7.2 “การกลั่นแกล้งออนไลน์”(Cyber Bullying) หมายถึง “การสื่อสารใดๆ ที่ใช้ข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือเทคโนโลยีการสื่อสารเช่น จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail), โทรศัพท์เคลื่อนที่ (cell phone), ระบบส่งข้อความทันที (instant messaging) ตลอดจนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือสังคมออนไลน์ต่างๆเป็นเครื่องมือในการสนับสนุนพฤติกรรมการกลั่นแกล้งของบุคคลหรือกลุ่มบุคคล โดยบุคคลผู้กลั่นแกล้งมีเจตนาทำร้ายบุคคลอื่นหรือมีเจตนาทำให้บุคคลอื่นได้รับผลกระทบทางอารมณ์หรือจิตใจ”
- 1.7.3 “เด็ก” หมายถึง บุคคลซึ่งมีอายุเกินกว่าอายุที่กำหนดไว้ตามมาตรา ๗๓ แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่ยังไม่เกินสิบห้าปีบริบูรณ์¹⁰
- 1.7.4 “เยาวชน” หมายถึง บุคคลอายุเกินสิบห้าปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์¹¹

⁹Nansel et al., “Bullying Behavior Among U.S. Youth: Prevalence & Association with Psychosocial Adjustment”, 285 J.A.M.Med. Ass’N (2001): 2094

¹⁰“พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว”, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 127 ตอนที่ 72 ก (22 พฤศจิกายน 2553): 12-22.

¹¹เพ็ญอ่าง

บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีและงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการถูกกลั่นแกล้งดั้งเดิม (Traditional Bullying)

ในอดีตนักวิจัยหลายคนได้มีความพยายามให้คำจำกัดความของการถูกกลั่นแกล้งกันอย่างหลากหลายโดยนักวิจัยบางส่วนได้เน้นไปที่พฤติกรรมก้าวร้าว ขณะที่นักวิจัยอีกส่วนหนึ่งมุ่งเน้นศึกษาการแสดงออกทางกายภาพและวาจาที่รุนแรงอื่นๆจึงอาจเกิดปัญหาในการตีความเรื่องของการกลั่นแกล้งเนื่องจากค่านิยามไม่ตรงกัน เช่น

Smith & Brain ได้อธิบายว่า การกลั่นแกล้งนั้นต้องเป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นกับเหยื่อซ้ำๆ และเหยื่อไม่สามารถปกป้องตัวเองได้เนื่องจากเหตุผลหลายประการ เช่น เหยื่อมีรูปร่างที่เล็กกว่าหรืออ่อนแอกว่าผู้กลั่นแกล้ง หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า พฤติกรรมที่จะถูกจัดว่าเป็นการกลั่นแกล้งได้นั้น Smith & Brain ได้ให้ข้อสังเกตไว้ว่าต้องเป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นซ้ำๆ และเกิดจากความไม่เสมอภาคของอำนาจ¹²

นอกจากนั้น Smith ยังได้ระบุว่า การกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจในทางที่ผิดที่เกิดขึ้นซ้ำๆ ในระยะเวลาหนึ่งนั้น ต้องเกิดขึ้นโดยมีเจตนาที่จะข่มขู่คุกคามหรือทำร้ายผู้อื่น การกระทำดังกล่าวนี้ให้รวมไปถึงพฤติกรรมก้าวร้าวโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม การแบ่งแยกและการก่อกวน¹³

ในขณะเดียวกัน Pepler & Graig ได้เสนอแนวคิดว่าการกลั่นแกล้งหมายถึง การยืนยันถึงอำนาจผ่านการก้าวร้าว และ Pepler & Graig ยังได้ชี้ให้เห็นต่อไปว่าการกลั่นแกล้งนั้นสามารถมีมุมมองที่เปลี่ยนแปลงไปได้ตามอายุและการเติบโตของผู้กลั่นแกล้งและผู้ถูกกลั่นแกล้ง เช่น การกลั่นแกล้งในสนามเด็กเล่น อาจนำไปสู่การคุกคามทางเพศ ความรุนแรงในครอบครัว และการคุกคามในสถานที่ทำงาน ดังนั้น การกลั่นแกล้งโดยทั่วไปนั้นจึงอาจมีหลายรูปแบบขึ้นอยู่กับช่วงอายุและสภาพแวดล้อมที่เหยื่ออยู่ในขณะนั้น¹⁴

โดยFarringtonได้สรุปองค์ประกอบสำคัญของการกลั่นแกล้งไว้ ดังนี้

- 1) เป็นการกระทำทางกายภาพ คำพูด การโจมตีหรือคุกคามทางจิต

¹² Smith, P.K. and Brain, P.F., "Bullying in schools: lessons from two decades of research", *Aggressive Behavior* (2000): 26

¹³ Smith, P.K., "Commentary III. Bullying in Life-Span Perspective: What Can Studies of School Bullying and Workplace Bullying Learn from Each Other?", *Journal of Community & Applied Social Psychology*, Volume 7, Issue 3, (June 1997): 249–255

¹⁴ Craig, W. & Pepler, D. "Observations of bullying and victimization on the playground", *2Canadian Journal of School Psychology* (1997): 41–60.

- 2) ผู้กระทำนั้นเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือกว่าผู้ถูกระทำ หรืออย่างน้อยถูกรับรู้ว่าผู้มีอำนาจเหนือกว่าผู้ถูกระทำในหลายๆ ลักษณะ
- 3) การกระทำนั้นเจตนาก่อให้เกิดความกลัวหรือตั้งใจทำร้ายผู้อื่น
- 4) การกระทำนั้นเกิดขึ้นโดยปราศจากการขู่ข่มขู่ของผู้ถูกระทำ และกระทำซ้ำๆ จนทำให้เกิดผลตามที่ต้องการ¹⁵

ต่อมา Griffin and Gross ได้เสนอแนวคิดว่าการกลั่นแกล้งเป็นพฤติกรรมที่ไม่สามารถแยกจากการก้าวร้าวได้ แต่เป็นเพียงส่วนหนึ่งของพฤติกรรมก้าวร้าว¹⁶

อย่างไรก็ตามแนวความคิดนี้อาจถูกโต้แย้งโดยแนวความคิดของRayner and Hoel ซึ่งเสนอว่าการก้าวร้าวและการกลั่นแกล้งนั้นสามารถแยกจากกันได้จากความถี่และความซ้ำที่เกิดขึ้น หากพบว่าพฤติกรรมนั้นเป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นซ้ำๆ ให้ถือว่าเป็นการกลั่นแกล้ง แต่หากพฤติกรรมนั้นได้เกิดขึ้นเพียงครั้งเดียวอาจถือว่าเป็นเพียงพฤติกรรมก้าวร้าว¹⁷

นอกจากนั้น การกลั่นแกล้งยังอาจแยกจากการก้าวร้าวได้ด้วยปัจจัยอื่นๆ เช่น การขู่ข่มขู่จากเหยื่อ เนื่องจากการก้าวร้าวนั้นอาจเกิดขึ้นได้เพราะถูกขู่ข่มขู่จากเหยื่อ แต่การกลั่นแกล้งนั้นต้องเกิดขึ้นโดยปราศจากการขู่ข่มขู่จากผู้ถูกลั่นแกล้ง

และอาจแยกจากกันได้โดยอาศัยปัจจัยเรื่องอำนาจ เนื่องจากการก้าวร้าวนั้นอาจเกิดขึ้นระหว่างคนสองคนที่มีอำนาจเท่ากัน ขณะที่การกลั่นแกล้งผู้ถูกลั่นแกล้งคือผู้ที่มีอำนาจเหนือกว่าผู้ถูกลั่นแกล้ง¹⁸

ปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งในการให้คำจำกัดความของการกลั่นแกล้งคือ ความยากในการแยกความแตกต่างระหว่างการกลั่นแกล้งและการหยอกล้อเพื่อความสนุกสนาน เนื่องจากพฤติกรรมทั้งสองอย่างนี้มีความคาบเกี่ยวกัน

ตามที่Kruger, Gordon & Kuban ได้ศึกษาพบว่า ถึงแม้การหยอกล้อจะการกระทำเพื่อความสนุกสนาน และผู้หยอกล้อสามารถแสดงให้เห็นได้ว่าเขาทำไปเพียงเพื่อความขบขันด้วยน้ำเสียงที่ใช้ สีหน้า และภาษากายอื่นๆ ที่สื่อว่าผู้หยอกล้อไม่มีเจตนาก้าวร้าว การหยอกล้อนั้นก็อาจถูกตีความว่าเป็นการก้าวร้าว

¹⁵ David P. Farrington, "Understanding and Preventing Bullying", *17 Crime and Justice* (1993): 381-458

¹⁶ Rebecca S. Griffin, Alan M. Gross, "Childhood bullying: Current empirical findings and future directions for research", *9 Aggression and Violent Behavior*(2004): 379-400

¹⁷ Charlotte Rayner, Helge Hoel, "A Summary Review of Literature Relating to Workplace Bullying", *Journal of Community & Applied Social Psychology*, Volume 7, Issue 3, (June 1997): 181-191

¹⁸ Stavros P. Kiriakidis, *BULLYING AMONG YOUTH: ISSUES, INTERVENTIONS AND THEORY*, (New York: Nova Science Publishers 2014): 1-5

และมีความมุ่งร้ายมากกว่าเจตนาที่แท้จริงของผู้หยอกล้อได้เนื่องจากผู้หยอกล้อและผู้ถูกหยอกล้อมักมีการตีความพฤติกรรมการหยอกล้อต่างกัน ซึ่งจากการศึกษานี้พบว่า การหยอกล้อเรื่องรูปร่างทางกายภาพและความสัมพันธ์ มักจะถูกตีความว่าเป็นพฤติกรรมที่มีความก้าวร้าวและเจตนามุ่งร้ายมากกว่าการหยอกล้อเรื่องพฤติกรรมทั่วไปของผู้ถูกหยอกล้อ¹⁹

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการแยกความแตกต่างระหว่างการกลั่นแกล้งและการหยอกล้อนั้นทำได้ยาก เพราะมุมมองของผู้กลั่นแกล้งและผู้ถูกกลั่นแกล้งต่างกัน และเป็นการยากที่จะพิจารณาเจตนาภายในของผู้กระทำได้ พฤติกรรมทั้งสองประเภทนี้จึงเป็นพฤติกรรมที่มีความคาบเกี่ยวกัน

อย่างไรก็ตาม การแยกความแตกต่างระหว่างพฤติกรรมสองประเภทนี้มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เพราะการหยอกล้อกันระหว่างเพื่อนฝูง พี่น้อง หรือคนสนิทในสังคมไทยนั้น โดยทั่วไปถือเป็นพฤติกรรมนั้นอาจพึงยอมรับได้ แต่หากการหยอกล้อที่มีลักษณะเป็นการคุกคามซึ่งส่งผลให้ผู้ถูกหยอกล้อเกิดความรู้สึกซึมเศร้า เจ็บปวด หรือเสียหาย จะถือเป็นการกลั่นแกล้งซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ไม่อาจยอมรับได้และรัฐควรมหามาตรการป้องกันและแก้ไข

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ผู้วิจัยจึงเสนอแนวทางการแยกระหว่างพฤติกรรมก้าวร้าวหรือการหยอกล้อกับการกลั่นแกล้ง โดยให้พิจารณาจากครบองค์ประกอบการกลั่นแกล้งของFarrington กล่าวคือ หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางกายภาพ คำพูด การโจมตีหรือคุกคามทางจิต ซึ่งผู้กระทำนั้นเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือกว่าผู้ถูกกระทำ หรืออย่างน้อยผู้รู้ว่ามีอำนาจเหนือกว่าผู้ถูกกระทำในหลายๆ ลักษณะ และการกระทำนั้นเจตนาก่อให้เกิดความกลัวหรือตั้งใจทำร้ายผู้อื่นโดยปราศจากการขู่ข่มของผู้ถูกกระทำ และผู้กระทำได้กระทำซ้ำๆ จนทำให้เกิดผลตามที่ต้องการ ให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นพฤติกรรมการกลั่นแกล้ง²⁰

ส่วนการพิจารณาเจตนาภายในของผู้กระทำผิดเพื่อแยกระหว่างพฤติกรรมก้าวร้าวหรือการหยอกล้อกับการกลั่นแกล้งนั้น เนื่องจากในกฎหมายระดับมลรัฐของสหรัฐอเมริกาบางรัฐได้ระบุความผิดเรื่องการกลั่นแกล้งไว้ในประมวลกฎหมายอาญาดังนั้น ในการพิจารณาเจตนาภายในของผู้กระทำผิดจึงอาจใช้ทฤษฎีเรื่องเจตนาในกฎหมายอาญามาช่วยพิจารณาได้

¹⁹ Kruger, Justin; Gordon, Cameron L.; Kuban, Jeff, "Intentions in teasing: When "just kidding" just isn't good enough", *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol 90(3), (2006): 412-425.

²⁰ David P. Farrington, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 15*

นอกจากนั้น ผลการวิจัยยังพบว่าพฤติกรรมการกลั่นแกล้งแบบดั้งเดิมมักจะเกิดขึ้นในที่สาธารณะ เช่น สนามเด็กเล่น ในห้องเรียนหรือโรงอาหารของโรงเรียน²¹ ดังนั้น ในมุมมองของผู้วิจัยการกลั่นแกล้งแบบดั้งเดิมจึงสามารถควบคุมดูแลได้ง่ายกว่าการกลั่นแกล้งออนไลน์ด้วยเหตุผลที่จะกล่าวในหัวข้อถัดไป

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการกลั่นแกล้งออนไลน์

ปัจจุบันรูปแบบการกลั่นแกล้งแบบดั้งเดิมได้เปลี่ยนแปลงไปสู่การกลั่นแกล้งออนไลน์ เนื่องจากการพัฒนาของระบบสื่อสารและเทคโนโลยี รวมถึงระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่สามารถครอบคลุมทั่วทุกพื้นที่ อีกทั้งในปัจจุบันเด็กและเยาวชนส่วนมากมักมีโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลเป็นอุปกรณ์สำหรับใช้ในการสื่อสารกับเพื่อนฝูงหรือบุคคลทั่วไป การเปลี่ยนแปลงรูปแบบของการสื่อสารนี้จึงอาจนำมาสู่ปัญหาการกลั่นแกล้งออนไลน์ซึ่งเป็นเรื่องที่วิจัยฉบับนี้มุ่งศึกษาค้นคว้า

โดยการกลั่นแกล้งออนไลน์นั้นนักวิจัยและผู้เชี่ยวชาญได้พยายามให้คำจำกัดความหรือนิยามเอาไว้อย่างหลากหลาย เช่น

Strom & Strom ได้ให้นิยามการกลั่นแกล้งออนไลน์ไว้ว่า เป็นการคุกคามทางไซเบอร์ที่เกี่ยวข้องกับการใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์เพื่อข่มขู่หรือทำร้ายผู้อื่น โดยมีจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) ห้องสนทนาออนไลน์ (chat rooms) โทรศัพท์เคลื่อนที่ (cell phones) ระบบส่งข้อความทันที (instant messaging) การส่งข้อความ (text messaging) และการโหวตผ่านบูทออนไลน์ (online voting booths) เป็นเครื่องมือในการทำให้ชายหน้า หวาดกลัว และทำให้เหยื่อเกิดความรู้สึกที่ช่วยเหลือตัวเองไม่ได้²²

Patchin & Hinduja ได้นิยามการกลั่นแกล้งออนไลน์ไว้ว่า เป็นการสร้างความเจ็บปวดให้แก่ผู้อื่นโดยตั้งใจและทำให้ได้รับความเสียหายซ้ำๆ ผ่านเครื่องมือสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์²³

Beale & Hertz ได้นิยามการกลั่นแกล้งออนไลน์ไว้ว่า การกลั่นแกล้งออนไลน์เกี่ยวข้องกับการตั้งใจใช้ข้อมูลหรือเทคโนโลยีการสื่อสารเพื่อสนับสนุนพฤติกรรมที่เป็นศัตรูที่แสดงออกโดยตั้งใจอย่างซ้ำๆ ต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคล²⁴

²¹ Susan J. Parault, Heather A. Davis and Anthony D. Pellegrini, "The Social Contexts of Bullying and Victimization", *The Journal of Early Adolescence*, Vol 27, Issue 2, (2007): 145-174

²² Paris S. Strom and Robert D. Strom, "Cyberbullying by Adolescents: A Preliminary Assessment", *The Educational Forum*, Vol 70, (Fall 2005): 21-22

²³ Sameer Hinduja & Justin W. Patchin, "Cyberbullying: An Exploratory Analysis of Factors Related to Offending and Victimization", *Deviant Behavior*, 29:2, (2008): 129-156

นอกจากนี้ยังมีผู้เชี่ยวชาญแบ่งหมวดหมู่ของการกลั่นแกล้งออนไลน์ไว้ ดังนี้

(1) การส่งข้อความซึ่งเต็มไปด้วยความโกรธ (Flaming) คือ การต่อสู้ออนไลน์ด้วยการส่งข้อความที่เต็มไปด้วยความโกรธหรือข้อความที่มีลักษณะหยาบคาย

(2) การคุกคาม (Harassment) คือ การส่งความที่มีลักษณะน่ารังเกียจ สกปรก ดูถูกและหยาบคาย ซ้ำๆ

(3) การใส่ร้าย (Denigration) คือ ดูหมิ่นผู้อื่นออนไลน์ โดยการส่งหรือโพสต์ข่าวลือหรือข่าวซุบซิบเกี่ยวกับผู้อื่นในลักษณะที่ทำให้ชื่อเสียงหรือความสัมพันธ์ของผู้อื่นนั้นเสียหาย

(4) การปลอมตัว (Impersonation) คือ การแกล้งเป็นคนอื่นเพื่อส่งข้อความหรือโพสต์ข้อความที่ทำให้บุคคลนั้นมีปัญหาหรือเสียชื่อเสียง

(5) การนำสู่สาธารณะ (Outing) คือ การเผยแพร่ความลับของผู้อื่นหรือข้อมูลหรือรูปภาพที่ทำให้ผู้นั้นอับอายสู่เครือข่ายออนไลน์

(6) กลโกง (Trickery) คือ การใช้กลโกงหลอกลวงผู้อื่นให้เปิดเผยความลับหรือข้อมูลที่นำอับอายแล้วเผยแพร่สู่เครือข่ายออนไลน์

(7) การตัดออกจากกลุ่ม (Exclusion) คือ การตัดคนอื่นออกจากกลุ่มโดยตั้งใจและโหดร้าย²⁵

เนื่องจากมีข้อถกเถียงว่าคำจำกัดความของการกลั่นแกล้งออนไลน์ที่ผู้เชี่ยวชาญพยายามนำเสนอ นั้นมีความแตกต่างกันและบางคำนิยามยังไม่อาจครอบคลุมในทุกกรณีที่เกิดขึ้น จึงมีนักวิจัยบางคนเสนอว่า การให้คำจำกัดความการกลั่นแกล้งออนไลน์นั้นควรเปิดกว้างให้ผู้วิจัยสามารถให้คำจำกัดความการกลั่นแกล้งออนไลน์ที่ตนจะศึกษาเป็นกรณีเฉพาะเองได้²⁶

ดังนั้น ในวิจัยฉบับนี้จึงขอให้คำนิยามของการกลั่นแกล้งออนไลน์ดังต่อไปนี้

²⁴ Andrew V. Beale and Kimberly R. Hall, "Cyberbullying: What School Administrators (and Parents) Can Do", *The Clearing House*, Vol. 81, No. 1, (September/October 2007): 8-12

²⁵ Ryan E. Winter & Dr. Robert J. Leneway, "CyberBullies-A High Tech Problem: Part I", *TECH & Learning* (Jan 1, 2008)

²⁶ Corinne David-Ferdinand Marci Feldman Hertz, "Guest editors' commentary Electronic Media, Violence, and Adolescents: An Emerging Public Health Problem", *Journal of Adolescent Health* 41 (2007):1-5

การกลั่นแกล้งออนไลน์หมายถึง “การสื่อสารใดๆ ที่ใช้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือเทคโนโลยีการสื่อสาร เช่น จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail), โทรศัพท์เคลื่อนที่ (cell phone), ระบบส่งข้อความทันที (instant messaging) ตลอดจนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต หรือสังคมออนไลน์ต่างๆ เป็นเครื่องมือในการสนับสนุนพฤติกรรม การกลั่นแกล้งของบุคคลหรือกลุ่มบุคคล โดยบุคคลผู้กลั่นแกล้งมีเจตนาทำร้ายบุคคลอื่นหรือมีเจตนาทำให้บุคคลอื่นได้รับผลกระทบทางอารมณ์หรือจิตใจ”

ซึ่งสามารถรวมไปถึง

- (1) การส่งข้อความที่มีเจตนาร้ายผ่านการส่งข้อความ (text messages) จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) และระบบส่งข้อความทันที (instant messaging)
- (2) การส่งข้อความในข้อ (1) ต่อไป (forwarding) ยังผู้อื่นหรือนักเรียนคนอื่น
- (3) การโจมตีผู้ถูกกลั่นแกล้งด้วยการส่งข้อความที่มีเจตนาร้าย
- (4) การสร้างเว็บไซต์สาธารณะหรือโปรไฟล์เพจ (profile page) ไปในทางเสื่อมเสียเกี่ยวกับผู้ถูกกลั่นแกล้งและเชื้อเชิญผู้อื่นให้เข้ามาแสดงความคิดเห็น
- (5) การใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ถ่ายภาพหรือถ่ายวิดีโอผู้ที่ถูกกลั่นแกล้งไว้เพื่อทำให้เขาหรือเธอนั้นเกิดความอับอาย²⁷

2.3 ลักษณะที่แตกต่างกันของการกลั่นแกล้งดั้งเดิมและการกลั่นแกล้งออนไลน์

จากนิยามการกลั่นแกล้งแบบดั้งเดิมในหัวข้อ 2.1 และนิยามการกลั่นแกล้งออนไลน์ในหัวข้อ 2.2 นั้น จะเห็นได้ว่าการกลั่นแกล้งออนไลน์มีลักษณะแตกต่างกับการกลั่นแกล้งดั้งเดิมอยู่หลายประการ

เช่น การกลั่นแกล้งออนไลน์ผู้กลั่นแกล้งไม่จำเป็นต้องมีลักษณะทางกายภาพที่แข็งแกร่งกว่าหรือเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือกว่าซึ่งเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการกลั่นแกล้งดั้งเดิม เพราะส่วนมากผู้กลั่นแกล้งออนไลน์นั้นจะเป็นผู้ที่ไม่เปิดเผยตัวตน และพวกเขาไม่ตระหนักว่าพฤติกรรมของตนเองสามารถส่งผลทำให้ผู้อื่นเกิดความรู้สึกเศร้า เนื่องจากการกลั่นแกล้งออนไลน์ผู้กลั่นแกล้งไม่สามารถมองเห็นอารมณ์ของผู้ถูกกลั่นแกล้งที่สนองกลับต่อการกลั่นแกล้งนั้น เช่น ผู้กลั่นแกล้งออนไลน์ไม่สามารถมองเห็นว่าผู้ถูกกลั่นแกล้งออนไลน์กำลังร้องไห้ได้²⁸

²⁷ M. L. Ybarra et al., “Internet Prevention Messages: Targeting the Right Online Behaviors”, 161 *ARCHIVES PEDIATRICS & ADOLESCENT MED.* (2007):138, 140

²⁸ Paris S. Strom and Robert D. Strom, *อ้างแล้ว เชียงธรรม* 22, น.21-24

นอกจากนั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกลั่นแกล้งออนไลน์ยังอาจส่งผลร้ายแรงกว่าการกลั่นแกล้งดั้งเดิม เนื่องจากการกลั่นแกล้งออนไลน์นั้นการระบุตัวตนของผู้กลั่นแกล้งนั้นกระทำได้ยากกว่าการระบุตัวตนของผู้กลั่นแกล้งดั้งเดิม และการติดตามตัวผู้กระทำผิดออนไลน์นั้นก็กระทำยากกว่าเดิมจากรายงานของ Kowalski & Limber พบว่า เหตุการณ์การกลั่นแกล้งออนไลน์เกินกว่าครึ่งไม่สามารถระบุได้ว่าใครเป็นคนกลั่นแกล้ง ดังนั้น ผู้กลั่นแกล้งออนไลน์จึงไม่มีความเกรงกลัวว่าตัวเองจะถูกลงโทษ ส่งผลให้ผู้กลั่นแกล้งออนไลน์มีแนวโน้มที่จะแสดงออกซึ่งพฤติกรรมการกลั่นแกล้งที่รุนแรงขึ้น²⁹

และการกลั่นแกล้งออนไลน์นั้นยังสามารถเกิดขึ้นได้ตลอดเวลาและอาจเกิดที่บ้านของผู้ถูกกลั่นแกล้งเอง ซึ่งเป็นเรื่องแตกต่างจากการกลั่นแกล้งดั้งเดิม เนื่องจากการกลั่นแกล้งดั้งเดิมโดยปกติจะหยุดอยู่แค่ในบริเวณโรงเรียนบ้านจึงถือเป็นสถานที่ปลอดภัยของเหตุการณ์การกลั่นแกล้งดั้งเดิมด้วยเหตุผลดังกล่าว เห็นได้ว่าการกลั่นแกล้งออนไลน์นั้นได้ขยายขอบเขตของการกลั่นแกล้งออกไปจากการกลั่นแกล้งดั้งเดิม นอกจากนี้ การกลั่นแกล้งออนไลน์ยังสามารถขยายเครือข่ายของผู้ที่เข้าถึงได้กว้างและรวดเร็วกว่าการกลั่นแกล้งดั้งเดิมด้วยพัฒนาการของการสื่อสารบนพื้นที่ไซเบอร์

Patchin & Hinduja ชี้ให้เห็นข้อแตกต่างระหว่างการกลั่นแกล้งดั้งเดิมและการกลั่นแกล้งออนไลน์อีกประการหนึ่ง คือ การกลั่นแกล้งออนไลน์นั้นปราศจากผู้ตรวจตาดูแล โดยเฉพาะการส่งข้อความต่างๆ เนื่องจากผู้ใหญ่โดยทั่วไปไม่สามารถเข้าถึงการใช้งานผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ของเด็กและเยาวชนได้ และส่วนมากการใช้งานผ่านระบบสื่อสารออนไลน์ของเด็กและเยาวชนจะเกิดขึ้นในห้องนอนของพวกเขาเอง ผู้ใหญ่จึงไม่สามารถเข้าตรวจตาดูแลการใช้งานดังกล่าวได้³⁰

นอกจากนั้น Patchin & Hinduja ยังเห็นว่า การกลั่นแกล้งออนไลน์นั้นเป็นอิสระจากกฎเกณฑ์หลายประการ ไม่มีข้อจำกัดทางสังคม และปราศจากบทลงโทษทางสังคมที่จะห้ามปรามพฤติกรรมการกลั่นแกล้งออนไลน์

เนื่องจากพฤติกรรมการกลั่นแกล้งออนไลน์นั้นมีความแตกต่างจากการกลั่นแกล้งดั้งเดิมในลักษณะต่างๆ ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น จึงส่งผลให้กฎ ระเบียบหรือมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่เดิมไม่สามารถรองรับพฤติกรรมการกลั่นแกล้งที่มีรูปแบบเปลี่ยนไปและมีแนวโน้มที่รุนแรงมากขึ้นได้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษา มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันหรือยับยั้งการกลั่นแกล้งออนไลน์ในเด็กและเยาวชนต่อไป

²⁹ Robin M. Kowalski and Susan P. Limber, "Electronic Bullying Among Middle School Students", *Journal of Adolescent Health*, 41, (2007): 22-30

³⁰ Sameer Hinduja & Justin W. Patchin, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23*, น.129-156

2.4 ทฤษฎี Space Transition³¹

เป็นทฤษฎีที่อธิบายถึงพฤติกรรมการกระทำความผิดอาญาในพื้นที่ไซเบอร์ที่แตกต่างจากการกระทำความผิดอาญาทั่วไป

โดยทฤษฎีนี้ (Space Transition Theory) เป็นทฤษฎีที่เกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายของบุคคลจากพื้นที่หนึ่งไปอีกพื้นที่หนึ่ง ซึ่งส่งผลให้บุคคลนั้นมีพฤติกรรมที่แตกต่างออกไป เช่น จากพื้นที่ทางกายภาพ (physical space) ไปสู่พื้นที่ไซเบอร์ (cyber space) หรือในทางกลับกัน

เมื่อพฤติกรรมของบุคคลในพื้นที่ทางกายภาพและพื้นที่ไซเบอร์มีความแตกต่างกัน ก็จึงควรศึกษาพฤติกรรมที่แตกต่างตามทฤษฎีนี้ เพื่อนำไปหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อป้องกันหรือยับยั้งการกลั่นแกล้งออนไลน์ต่อไป

โดยทฤษฎี Space Transition Theory มีข้อสันนิษฐาน ดังนี้

- (1) คนที่ไม่สามารถมีพฤติกรรมการกระทำความผิดในพื้นที่กายภาพได้ด้วยเหตุสถานะทางสังคมและหน้าที่การงาน มีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดในพื้นที่ไซเบอร์

สันนิษฐานว่าแต่ละบุคคลจะมีระดับความรู้สึกตำหนิตัวเอง (self-reproach) ที่แตกต่างกัน ในบริบทที่บุคคลหนึ่งต้องอดกลั้นไม่กระทำความผิดที่มีความผิดอาญาไว้เพราะคำนึงถึงสถานะทางสังคม ภาพลักษณ์และหน้าที่การงานของตนในมุมมองของบุคคลอื่น เมื่อบุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงปัจจัยดังกล่าวในพื้นที่ไซเบอร์ เพราะในพื้นที่ไซเบอร์นี้ไม่มีคนคอยมองหรือคอยประณาม บุคคลดังกล่าวจึงมีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดในพื้นที่ไซเบอร์

- (2) อัตลักษณ์ที่ยืดหยุ่น (identity flexibility) การตัดขาดจากสังคมด้วยการไม่เปิดเผยตัวเอง (dissociative anonymity) และการขาดปัจจัยห้ามปรามการกระทำความผิดในพื้นที่ไซเบอร์ ทำให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสมากมายที่จะกระทำผิด

ข้อสันนิษฐานของ Jaishankar ในข้อนี้สอดคล้องกับแนวความคิดที่ว่าสมาชิกของสังคมส่วนใหญ่มีความสื่อสัตย์เพราะกลัวโดนจับ ดังนั้น เมื่อสถานการณ์ในพื้นที่ไซเบอร์เปลี่ยนไปเพราะมีความยืดหยุ่นของอัตลักษณ์และการไม่เปิดเผยตัวเองต่อสังคม จึงทำให้บุคคลนิรนามสามารถแสดงออกถึงความต้องการหรืออารมณ์ที่ไม่เป็นมิตรผ่านการทำร้ายผู้อื่น เป็นการแสดงออกที่เปิดเผยและตรงไปตรงมาที่ไม่สามารถแสดงออกมาได้เมื่ออยู่ต่อหน้าคุณจริงๆ

³¹Jaishankar K., edited by Frank Schmalleger & Michael Pittaro, "Space Transition Theory of Cyber Crimes", *Crimes of the Internet*, (Prentice Hall 2008): 283-301

(3) พฤติกรรมการกระทำผิดทางอาญาของผู้กระทำผิดในพื้นที่ไซเบอร์มีแนวโน้มที่จะถูกนำเข้ามายังพื้นที่กายภาพ และพฤติกรรมการกระทำผิดในพื้นที่กายภาพก็อาจจะถูกส่งออกไปยังพื้นที่ไซเบอร์ได้เช่นกัน

(4) ความเสี่ยงของผู้กระทำความผิดที่ไม่ต่อเนื่องในพื้นที่ไซเบอร์ประกบกับกับคุณลักษณะตามธรรมชาติที่มีการเปลี่ยนแปลงไปตามพื้นที่และเวลาอยู่ตลอด ทำให้เกิดโอกาสในการหนีจากการจับกุมได้ง่าย

เนื่องจากมนุษย์ไม่ได้อยู่อาศัยในพื้นที่ไซเบอร์จริงๆ พวกเขาเข้ามาเยี่ยมเยียนและออกไปได้ตามความต้องการ จึงทำให้เกิดคุณลักษณะตามธรรมชาติที่มีการเปลี่ยนแปลงไปตามพื้นที่และเวลาอยู่ตลอด เช่น ความสามารถในการโพสต์ลงเวปไซด์สาธารณะและต่อมาลบสิ่งที่โพสต์ออกไปด้วยความรวดเร็ว จึงทำให้เกิดความยากในการตัดสินว่าสถานที่เกิดเหตุกระทำความผิดอาญาคือที่ใดบนอินเทอร์เน็ต สถานการณ์เช่นนี้จึงทำให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสหนีรอดจากการจับกุมได้ง่าย

(5) (ก) คนแปลกหน้ามีแนวโน้มที่จะรวมตัวกันในพื้นที่ไซเบอร์เพื่อกระทำความผิดอาญาในพื้นที่กายภาพ (ข) คนรู้จักคุ้นเคยในพื้นที่กายภาพก็มีแนวโน้มที่จะรวมตัวกันกระทำความผิดในพื้นที่ไซเบอร์เช่นเดียวกัน

(6) คนที่มาจากสังคมปิดมีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดอาญาในพื้นที่ไซเบอร์มากกว่าคนที่มาจากสังคมเปิด

สังคมประชาธิปไตยเป็นตัวอย่างของสังคมเปิด ซึ่งประชาชนแต่ละคนในสังคมนี้อาจมีความจำเป็นที่จะต้องมีการคิดในเชิงวิเคราะห์ จึงต้องการความเป็นอิสระทางความคิดและการแสดงออก

ส่วนสังคมเผด็จการหรือสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นตัวอย่างของสังคมปิด ซึ่งเป็นสังคมที่มีความรู้และความจริงที่จำกัด จึงนำไปสู่การกำหนดกรอบความเป็นจริงเพียงรูปแบบเดียว

Jaishankar เสนอข้อสันนิษฐานว่า ส่วนใหญ่คนที่มาจากสังคมเปิดจะมีเสรีภาพในการแสดงออกถึงทัศนคติของตนต่างจากคนที่มาจากสังคมปิด พื้นที่ไซเบอร์ถือเป็นรูปแบบของการบรรเทาทุกข์รูปแบบหนึ่งของคนในสังคมปิด จึงส่งผลให้คนที่มาจากสังคมปิดมีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดในพื้นที่ไซเบอร์มากกว่าคนที่มาจากสังคมเปิด

(7) ความขัดแย้งกันระหว่างบรรทัดฐานและคุณค่าทางสังคมในพื้นที่กายภาพกับพื้นที่ไซเบอร์ทำให้เกิดการกระทำผิดทางไซเบอร์

2.5 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์(Human Dignity)

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หมายถึง คุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะ อันผูกพันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์ ซึ่งมนุษย์ทุกคนย่อมได้รับคุณค่าดังกล่าว โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่นใดทั้งสิ้น เช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา คุณค่าของมนุษย์ดังกล่าวนี้มีความมุ่งหมายเพื่อให้มนุษย์มีความอิสระในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพส่วนตัวของบุคคลนั้นๆ ภายใต้ความรับผิดชอบของตัวเอง³²

ทั้งนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นคุณค่าที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้โดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยพยายามอธิบายด้วยถ้อยคำต่างๆ เช่น การทำให้ได้รับความอับอาย การติดตามไล่ล่า และได้พัฒนาแนวคิดในเรื่องการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในรูปแบบทฤษฎีและให้ความหมายว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้รับความกระทบกระเทือน หากมนุษย์ได้ถูกลดคุณค่ามาเป็นเพียงวัตถุของการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ย่อมถือได้ว่าเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว ซึ่งรวมไปถึงการล่วงละเมิดไปในขอบเขตเรื่องส่วนบุคคล และการล่วงละเมิดในชื่อเสียงเกียรติยศของบุคคล³³

ดังนั้น การกลั่นแกล้งออนไลน์โดยการส่งข้อความหรือโพสต์ข้อความ รูปภาพ ขึ้นเว็บไซต์ต่างๆ โดยมีเจตนาร้ายเพื่อกลั่นแกล้งหรือทำให้ผู้ถูกกลั่นแกล้งเสื่อมเสียหรือถูกลดคุณค่าจึงอาจถือเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในรูปแบบหนึ่ง³⁴ เพราะอาจทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ถูกกลั่นแกล้งได้รับความกระทบกระเทือน และเป็นการลดคุณค่าของบุคคลนั้น รัฐจึงมีหน้าที่ต้องดำเนินการปกป้องคุ้มครองหรือให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ที่ถูกกลั่นแกล้ง

อนึ่ง ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)³⁵ ได้กล่าวถึงเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในบทอารัมภบทว่า “โดยที่การยอมรับศักดิ์ศรีแต่กำเนิดและสิทธิที่เท่าเทียมกันและที่ไม่อาจเพิกถอนได้ของสมาชิกทั้งหมดแห่งครอบครัวมนุษยชาติ...”

และได้บัญญัติในข้อ 5 ว่า “บุคคลใดจะถูกกระทำการทรมานหรือการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีไม่ได้”

³² บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน ปี พ.ศ. 2547), 123-125

³³ บรรเจิด สิงคะเนติ, *เหิงอ้วง*

³⁴ F Cassim, “Formulating adequate legislation to address cyber-bullying: Has the law kept pace with advancing technology?”, 26 *S. Afr. J. Crim. Just.* (2013): 1

³⁵ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มกราคม 2560 ที่ <http://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/udhr-th-en.pdf>

2.6 สิทธิส่วนบุคคล (Right to privacy)

สิทธิส่วนบุคคลเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งของมนุษย์ เนื่องจากโดยธรรมชาติแล้วมนุษย์ย่อมมีสิทธิที่จะใช้ชีวิตตามลำพัง ทำกิจกรรมส่วนตัวโดยปราศจากการรบกวนจากผู้อื่น รวมถึงความเป็นส่วนตัวทางกายภาพในชีวิตประจำวัน เช่น การดำเนินชีวิตในสถานโดยปราศจากการรบกวนจากผู้อื่น และสิทธิในชื่อเสียงเกียรติยศอันเป็นนามธรรมที่บุคคลทุกคนมีสิทธิหวงกันไม่ให้ผู้ใดมาทำละเมิด³⁶

นอกจากนั้น นักวิชาการหลายท่านยังเสนอแนวความคิดว่า สิทธิส่วนบุคคลนั้นให้ครอบคลุมไปถึงการคุ้มครองจิตวิญญาณตามธรรมชาติของปัจเจก, การคุ้มครองความคิดความรู้สึกและอารมณ์ของบุคคล, การคุ้มครองชื่อเสียง เกียรติยศและศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์³⁷

ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวไว้ในข้อ 12 ว่า “บุคคลใดจะถูกแทรกแซงตามอำเภอใจ ในความเป็นส่วนตัว ครอบครัว ที่อยู่อาศัยหรือการสื่อสาร หรือจะถูกกลบหลู่เกียรติยศและชื่อเสียงไม่ได้ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายต่อการแทรกแซงสิทธิหรือการกลบหลู่ดังกล่าวนี้”³⁸

ทั้งนี้ คณะอิป ทองรวีวงศ์ (2553) ได้เสนอแนวความคิดว่า การส่งข้อความเพื่อกลั่นแกล้งผู้อื่นในสังคมออนไลน์นั้นอาจเป็นการรบกวนความเป็นส่วนตัวอย่างหนึ่ง โดยเฉพาะหากเป็นการติดต่อโดยผู้รับมิได้เรียกร้องหรือมิได้เชื้อเชิญ (Unsolicited contact)³⁹ ซึ่งผู้วิจัยเห็นด้วยกับแนวคิดดังกล่าว และเห็นว่าสิทธิส่วนบุคคลตลอดจนศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับวิจัยฉบับนี้ เนื่องจากสิทธิส่วนบุคคลของเด็กและเยาวชนอาจถูกละเมิดจากการกลั่นแกล้งออนไลน์ โดยการกลั่นแกล้งออนไลน์นั้นอาจเกิดขึ้นในสถานของเด็กและเยาวชนที่ถูกกลั่นแกล้ง จึงอาจถือเป็นการรบกวนความเป็นส่วนตัวและเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของเด็กและเยาวชน

³⁶ บุญยรัตน์ โชคบัณฑิตชัย, *กฎหมายสื่อสารมวลชน การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลและชื่อเสียง เกียรติคุณ* (พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยนเรศวร, ปี พ.ศ. 2558): 17-18

³⁷ Huw Beverley-Smith, Ansgar Ohly, and Anne Lucas-Schloetter, *Privacy, Property and Personality Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation*, (Cambridge University Press 2005)

³⁸ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 35*

³⁹ คณะอิป ทองรวีวงศ์, *มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ศึกษากรณีการรบกวนสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจากการใช้เว็บไซต์เครือข่ายสังคม, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มกราคม 2560* ที่ http://www.stjohn.ac.th/sju/research/pdf/re11-5-54_4.pdf

2.7 สิทธิเด็ก

ตามหลักการที่ประกาศในกฎบัตรสหประชาชาตินั้น การยอมรับในศักดิ์ศรีแต่กำเนิดและสิทธิที่เท่าเทียมกัน ซึ่งไม่อาจเพิกถอนได้ของสมาชิกทั้งปวงของมวลมนุษยชาตินั้นเป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรมและสันติภาพในโลกโดยทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงตามที่กำหนดไว้ โดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนิดใดๆ⁴⁰

ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) ยังได้กล่าวในอารัมภบทต่อว่าเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการดูแล และการช่วยเหลือเป็นพิเศษ ด้วยเชื่อว่า ครอบครัวในฐานะเป็นกลุ่มพื้นฐานของสังคมและเป็นสิ่งแวดล้อมทางธรรมชาติ สำหรับกระบวนการเจริญเติบโตและความอยู่ดีกินดีของสมาชิกทุกคน โดยเฉพาะเด็กควรจะได้รับ การคุ้มครองและการช่วยเหลือที่จำเป็นเพื่อที่จะสามารถมี ความรับผิดชอบในชุมชนของตนได้อย่างเต็มที่และให้คำมั่นว่าเด็กโดยเหตุที่ยังไม่เติบโตเต็มที่ทั้งทางร่างกายและจิตใจ จึงต้องการการพิทักษ์และการดูแลเป็นพิเศษ รวมถึงต้องการการคุ้มครองทางกฎหมายที่เหมาะสมทั้งก่อนและหลังการเกิด

นอกจากนั้นในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กยังได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนใน ข้อ 3 (Article 3) ว่า “รัฐภาคีรับที่จะประกันให้มีการคุ้มครอง และการดูแลแก่เด็กเท่าที่จำเป็นสำหรับความอยู่ดีของเด็ก โดยคำนึงถึงสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นที่รับผิดชอบเด็กนั้นตามกฎหมายด้วย และเพื่อการนี้จะดำเนินมาตรการทางนิติบัญญัติ และบริหารที่เหมาะสมทั้งปวง”⁴¹ ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของผู้ใหญ่ที่จะให้ความคุ้มครองและดูแลเด็กเป็นพิเศษเพื่อให้เด็กมีพัฒนาการและเติบโตได้อย่างเต็มที่ทั้งทางร่างกายและจิตใจ

อนึ่ง ข้อ 16 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กยังได้กำหนดต่อไปอีกว่า

- “1. เด็กจะไม่ถูกแทรกแซงโดยพลการ หรือโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในความเป็นส่วนตัว ครอบครัว บ้านหรือหนังสือโต้ตอบ รวมทั้งจะไม่ถูกรบกวนโดยมิชอบต่อเกียรติและชื่อเสียง
2. เด็กมีสิทธิได้รับการคุ้มครองทางกฎหมายจากการแทรกแซง หรือการกระทำดังกล่าว”

การกลั่นแกล้งออนไลน์นั้นตามที่กล่าวมาในหัวข้อ 2.2-2.3 ว่าลักษณะของการกลั่นแกล้งนั้นอาจเป็นการแทรกแซงความเป็นส่วนตัวของเด็ก รวมถึงเป็นการกระทำที่มีขอบต่อเกียรติและชื่อเสียงของเด็ก ซึ่งเด็กมีสิทธิได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายจากการแทรกแซงหรือการกระทำดังกล่าว

นอกจากที่กล่าวไปแล้ว การกลั่นแกล้งออนไลน์ยังอาจส่งผลกระทบต่อเด็กทั้งทางร่างกายและจิตใจ รวมไปถึงการขัดขวางการเรียนรู้ของเด็ก หากยอมให้การกลั่นแกล้งนั้นเกิดขึ้นอยู่ก็อาจเป็นการขัดขวาง

⁴⁰ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6

⁴¹ เฟิงอั้ง

พัฒนาการทั้งทางการเรียน บุคลิกภาพ และตัวตนของเด็ก ซึ่งเด็กทุกคนมีสิทธิที่จะเรียนรู้ในสิ่งแวดล้อมที่เหมาะสม ปลอดภัย และได้รับการเคารพ

ทั้งนี้ ในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศนั้น ทรัพยากรมนุษย์โดยเฉพาะเด็กและเยาวชนถือเป็นปัจจัยที่สำคัญยิ่งที่จะทำให้ประเทศพัฒนาได้ การพัฒนาเด็กและเยาวชนให้มีคุณภาพจึงเป็นสิ่งสำคัญ ดังนั้น รัฐจึงควรมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งออนไลน์ซึ่งอาจขัดขวางการพัฒนาของเด็กและเยาวชน โดยมาตรการทางกฎหมายนั้นควรคุ้มครองความปลอดภัยและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในเด็กและเยาวชนทุกคนโดยปราศจากข้อจำกัดใดๆ เช่น ข้อจำกัดทาง เพศ เชื้อชาติและศาสนา

2.8 เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นคือเสรีภาพในแสดงความคิดหรือความคิดเห็นให้ปรากฏแก่บุคคลอื่นโดยอิสระ โดยวิธีการแสดงความคิดเห็นนั้นสามารถทำได้หลายวิธี เช่น การพูด การเขียน การถ่ายรูป หรือการสื่อความหมายด้วยวิธีอื่น⁴²

อนึ่ง ในประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นถือเป็นสิทธิพื้นฐานที่สำคัญอย่างหนึ่ง เนื่องจากผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำต้องได้รับข้อเท็จจริงหรือข้อมูลที่เป็นจริงเพียงพอในการตัดสินใจเลือกผู้ลงสมัครรับเลือกตั้ง และโดยปกติมนุษย์นั้นมีความรู้ที่จำกัด จึงควรมีการแลกเปลี่ยนความรู้หรือข้อมูลต่างๆ ระหว่างกัน

นอกจากนั้น ยังมีทฤษฎีที่เสนอว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นถือเป็นการยอมรับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และปัจเจกบุคคลพึงมีสิทธิเชื่อและแสดงออกตามความคิดของตนเองเพื่อเติมเต็มหรือพัฒนาตนเอง ซึ่งจะนำไปสู่การพัฒนาสังคมเพราะบุคคลที่เติมเต็มหรือพัฒนาแล้วนั้นย่อมสร้างคุณประโยชน์ให้แก่สังคมในภาพรวมได้⁴³

ซึ่งในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้กำหนดเรื่องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไว้ในข้อ 19 ว่า“ทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งความเห็นและการแสดงออก ทั้งนี้ สิทธินี้รวมถึงอิสรภาพที่จะถือเอาความเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง และที่จะแสวงหา รับ และส่งข้อมูลข่าวสารและข้อคิดผ่านสื่อใด และโดยไม่คำนึงถึงพรมแดน”⁴⁴

⁴²นายคนโท ก้วนหัน, ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลในระบบกฎหมายไทย, สืบค้นเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2560 <http://digi.library.tu.ac.th/thesis/la/1835/title-biography.pdf>

⁴³เพ็งอ่าง

⁴⁴ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, *อ่าวแล้ว เจริญรรถที่ 35*

จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นจึงมีข้อถกเถียงกันว่าหากออกกฎหมายห้ามการกลั่นแกล้งออนไลน์อาจเป็นการละเมิดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เพราะปัจเจกบุคคลพึงมีสิทธิเชื่อและแสดงออกซึ่งความเชื่อของตนโดยปราศจากการแทรกแซง

อย่างไรก็ตาม ตามแนวคิดของ John Lock ที่เสนอว่ามนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกัน ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิที่เท่าเทียมกันของมนุษย์ทุกคนบุคคลหนึ่งจำเป็นต้องจำกัดเสรีภาพของตน เพื่อให้ตนและบุคคลอื่นมีเสรีภาพที่เท่าเทียมกันโดยแท้จริง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งเพื่อคุ้มครองเสรีภาพอันเท่าเทียมกันของทุกคน เสรีภาพของบุคคลหนึ่งย่อมมีข้อจำกัดอยู่ที่เสรีภาพของบุคคลอื่นๆ⁴⁵

การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจึงต้องคำนึงถึงสิทธิประเภทอื่นๆ ที่รัฐรับรองให้กับปัจเจกบุคคล เช่น สิทธิส่วนบุคคล โดยกฎหมายควรออกแบบให้เกิดสมดุลระหว่างสิทธิประเภทต่างๆ

ดังนั้น จะเห็นว่าบุคคลไม่อาจอ้างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพื่อมุ่งประสงค์ทำร้ายผู้อื่นเพียงอย่างเดียวได้ เพราะถือเป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบ ผู้กลั่นแกล้งออนไลน์จึงไม่สามารถอ้างว่าตนใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพื่อจุดประสงค์ทำร้ายผู้ที่ถูกกลั่นแกล้งแต่อย่างเดียวเพราะอาจถือเป็นการล่วงละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิส่วนบุคคล หรือทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนอับอายหรือเสียชื่อเสียง

บทที่ 3

กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์

⁴⁵บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 32

ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการกลั่นแกล้งออนไลน์โดยเฉพาะ จึงต้องนำกฎหมายต่างๆ ที่อาจเกี่ยวข้องมาปรับใช้ โดยเมื่อวิเคราะห์ในเบื้องต้นแล้วเห็นว่าประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์ ดังนี้

3.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์ตามที่กล่าวในข้อ 2.5 ไว้ในมาตรา 4 ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”⁴⁶ ดังนั้นหากมีการกลั่นแกล้งออนไลน์อันเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่งที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครอง บุคคลนั้นย่อมสามารถใช้สิทธิเรียกร้องต่อศาลเพื่อให้รัฐดำเนินการปกป้องคุ้มครอง หรือให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้นได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันยังได้รับรองสิทธิส่วนบุคคลซึ่งเป็นสิทธิที่อาจเกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์ตามที่ได้กล่าวมาในข้อ 2.6 ไว้ในมาตรา 32 ซึ่งบัญญัติว่า

“บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว การกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลตามวรรคหนึ่ง หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใด ๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ”

และในมาตรา 33 ยังได้บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการค้นเคหสถาน หรือที่รโหฐานจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ”⁴⁷

ดังนั้น หากการกลั่นแกล้งออนไลน์มีลักษณะเป็นการละเมิดความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือแทรกแซงเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมโดยการสื่อสารผ่านเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์หรือผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ก็อาจถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองหรือรับรอง

⁴⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2560 ที่มา

<http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2560/A/040/1.PDF>

⁴⁷ เฟิ่งอ่าง

นอกจากนี้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันยังได้กำหนดหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวกับเด็กไว้ในมาตรา 54 รวมถึงได้กำหนดในมาตรา 71 ว่ารัฐพึงให้ความช่วยเหลือเด็กและเยาวชน ให้สามารถดำรงชีวิตได้อย่างมีคุณภาพ และคุ้มครองป้องกันมิให้บุคคลดังกล่าวถูกใช้ความรุนแรงหรือปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม⁴⁸

อย่างไรก็ตาม ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติเรื่องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไว้ในมาตรา 32 ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น” ดังนั้นบุคคลทั่วไปจึงมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้

โดยเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิในประเภทต่างๆ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจึงได้กำหนดข้อจำกัดในการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไว้ในมาตรา 32 ซึ่งกำหนดว่า เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอาจถูกจำกัดโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน⁴⁹

ดังนั้น ปัญหาที่สำคัญในการออกแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศไทย เพื่อปกป้อง คุ้มครองหรือแก้ปัญหาการกลั่นแกล้งออนไลน์ คือ การหาจุดสมดุลระหว่างการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น กับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิส่วนบุคคลของบุคคลอื่น รวมไปถึงการชั่งน้ำหนักระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชน

3.2 พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ

เป็นพระราชบัญญัติที่มีเจตนารมณ์ในการจัดการศึกษาเพื่อพัฒนาคนไทยให้เป็นมนุษย์ที่สมบูรณ์ทั้งร่างกาย จิตใจ สติปัญญา ความรู้ และคุณธรรม มีจริยธรรมและวัฒนธรรมในการดำรงชีวิต สามารถอยู่ร่วมกับผู้อื่นได้อย่างมีความสุข⁵⁰ ดังนั้น พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติจึงเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์เนื่องจากการกลั่นแกล้งออนไลน์นั้นอาจส่งผลกระทบต่อการพัฒนาและการศึกษาของเด็กและเยาวชน ซึ่งหมวดที่อาจเกี่ยวข้องได้แก่ หมวด 4 แนวทางการจัดการศึกษา และหมวด 9 เทคโนโลยีเพื่อการศึกษา

⁴⁸ เฟิ่งอ้าง

⁴⁹ เฟิ่งอ้าง

⁵⁰ พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 116 ตอนที่ 74 ก (19 สิงหาคม 2542), 1-19.

๖ KPT
๙๐
-๐๖๕
๗๗๓๗๓
๑.๕๖๐



06 ๒๕ 25๕๕
10 34 736

3.3 ประมวลกฎหมายอาญา

3.3.1 ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326

มาตรา 326 แห่งประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”⁵¹

มีองค์ประกอบภายนอก ดังต่อไปนี้

- (1) ใส่ความ
- (2) ผู้อื่น
- (3) ต่อบุคคลที่สาม
- (4) โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง

และมีองค์ประกอบภายใน คือ เจตนาธรรมดา⁵²

ดังนั้นจะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทได้ต้องปรากฏว่ามีการ (1) ใส่ความ (2) ผู้อื่น (3) ต่อบุคคลที่สาม (4) โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง และ (5) ผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนา

(1) ใส่ความ

หมายถึงการกล่าวยืนยันข้อเท็จจริงถึงบุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นความจริงหรือเท็จก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าต้องเป็นการใส่ร้ายตามความหมายธรรมดาสามัญ โดยต้องเป็นการกล่าวถึงเหตุการณ์หรือกรณีที่เกิดขึ้นในอดีตหรือปัจจุบัน ถ้าเป็นการกล่าวข้อความในอนาคตหรือกำลังจะมีหรือกำลังจะเกิดขึ้นนั้น ไม่ถือเป็นการใส่ร้ายเป็นแต่เพียงคำทำนาย⁵³

⁵¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง*, พิมพ์ครั้งที่ 28 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ปี พ.ศ.2555), 486

⁵² ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 2-3*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปี พ.ศ.2546), 244-246

⁵³ เพิ่งอ้าง

เหตุผลที่ต้องเป็นข้อเท็จจริงนั้น เนื่องจากในเรื่องหมิ่นประมาทนั้นผู้กระทำการให้ผู้ซึ่งตนหมิ่นประมาทนั้นเสียชื่อเสียง ซึ่งการจะเสียชื่อเสียงได้นั้นต้องอาศัยข้อเท็จจริงที่เป็นไปได้⁵⁴ เนื่องจากความผิดฐานหมิ่นประมาทนั้นต้องเป็นการแสดงข้อความให้คนฟังคนเห็นเชื่อ จึงจะเกิดความรู้สึกเกลียดชัง หรือดูหมิ่นขึ้นได้⁵⁵

ดังนั้น ข้อความที่ไม่ได้มีการยืนยันข้อเท็จจริงหรือเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ไม่ถึงเป็นหมิ่นประมาท เช่น

ฎีกาที่ 10189/2546 ถ้อยคำที่จำเลยกล่าวว่า “โจทก์ร่วมเป็นบุคคลวิกลจริตไม่สามารถทำงานได้ เป็นคนบ้าเหมือนหมาบ้า” นั้นเป็นกรกล่าวถ้อยคำที่เลื่อนลอย ไม่เป็นกรยืนยันข้อเท็จจริง ซึ่งเมื่อฟังประกอบข้อความตอนท้ายที่ว่า “และยังได้นำไป ร.บ. (ระเบียบการศึกษาไปจำหน่ายให้กับนักเรียนด้วย” แล้วยิ่งแสดงให้เห็นว่าจำเลยไม่ได้มุ่งหวังให้บุคคลอื่นเชื่อว่าโจทก์ร่วมเป็นบุคคลวิกลจริต ถ้อยคำดังกล่าวจึงไม่ทำให้โจทก์ร่วมเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง จำเลยไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท⁵⁶

ฎีกาที่ 200/2511 ใส่ความผู้อื่นว่าเป็น “ผีปอบ” เป็นสิ่งที่เป็นไปได้ ไม่เป็นหมิ่นประมาท⁵⁷

ส่วนข้อเท็จจริงที่ถือเป็นการหมิ่นประมาท เช่น ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับความประพฤติชั่วหรือทุจริตข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับความประพฤติเสื่อมเสียทางประเวณี หรือข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับฐานะการเงินที่น่าเชื่อถือ เป็นต้น⁵⁸

ทั้งนี้ ข้อความจะเป็นหมิ่นประมาทหรือไม่ ให้พิจารณาตามความรู้สึกของวิญญูชนทั่วไป ไม่ได้พิจารณาจากความรู้สึกของผู้ถูกหมิ่นประมาทว่ามีความรู้สึกอย่างไร⁵⁹

ดังนั้น ถ้าการกลั่นแกล้งออนไลน์มีลักษณะเป็นเพียงข้อความที่ทำให้ผู้ถูกกลั่นแกล้ง รู้สึกเจ็บปวด ซึมเศร้า หรือด้อยค่า แต่ไม่ทำให้ผู้ถูกกลั่นแกล้งนั้นเสียชื่อเสียงนั้น ไม่ถือเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทเพราะขาดองค์ประกอบในข้อ (1)

นอกจากนั้น การกล่าวข้อความที่เป็นคำหยาบ หรือถ้อยคำเปรียบเทียบกับไม่สุภาพหรือเป็นการเหยียดหยามให้อับอาย ยังไม่ถือเป็นการใส่ความ จึงไม่ผิดฐานหมิ่นประมาท แต่อาจเป็นความผิดอาญาฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อที่3) เรื่องความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้า

⁵⁴ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, ปี พ.ศ.2556), 290-294

⁵⁵ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 52

⁵⁶ วิเชียร ดิเรกอุดมศักดิ์, กฎหมายอาญาพิสดาร เล่ม 2 (กรุงเทพฯ: แสงจันทร์การพิมพ์, ปี พ.ศ. 2557), 266

⁵⁷ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 51, 488

⁵⁸ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 51, 486

⁵⁹ วิเชียร ดิเรกอุดมศักดิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 56, 264

เช่น คำคำว่า “เป็นคนเฮงชวย” ถือเป็นถ้อยคำที่ถูกเหยียดหยาม เป็นดูหมิ่นซึ่งหน้า (ฎีกาที่ 1623/2551) แต่ไม่เป็นการใส่ความให้เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง จึงไม่ผิดฐานหมิ่นประมาท⁶⁰

อนึ่ง การใส่ความจะทำด้วยวิธีใดๆ ก็ได้ แต่บุคคลอื่นต้องสามารถทราบความหมายของการใส่ความได้ เช่น การพูด การเขียน การวาดรูป การแสดงท่าทาง หรือโดยประการอื่น เช่น การส่งจดหมายที่มีข้อความหมิ่นประมาท การกล่าวคำหมิ่นประมาทผ่านทางโทรศัพท์⁶¹ การลงรูปถ่ายพร้อมคำบรรยายประกอบที่สำคัญคือ

ดังนั้น การส่งข้อความหมิ่นประมาทผ่านจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail), โทรศัพท์เคลื่อนที่ (cell phone), การส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์, ระบบส่งข้อความทันที (instant messaging) และการโพสต์ข้อความผ่านเว็บไซต์สาธารณะต่างๆ จึงถือเป็นการใส่ความตามความหมายนี้ได้

(2) ผู้อื่น

หมายถึง ผู้ที่ถูกใส่ความ หรือผู้เสียหายในการหมิ่นประมาท โดยอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ แต่ต้องเจาะจงตัวได้ว่าหมายถึงใคร⁶²

(3) ต่อบุคคลที่สาม

หมายถึง บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ใส่ความ หรือผู้ถูกใส่ความ

โดยความผิดฐานหมิ่นประมาทจะสำเร็จก็ต่อเมื่อบุคคลที่สามได้ทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทและเข้าใจข้อความนั้น⁶³

อย่างไรก็ตามต้องมีเจตนาใส่ความต่อบุคคลที่สาม ดังนั้นถ้ามีเจตนาเขียนจดหมายที่มีข้อความหมิ่นประมาท นาย ก. และส่งจดหมายลงทะเบียนถึงนายก. โดยตรง ไม่ได้มีเจตนาให้บุคคลที่สามรับรู้ แต่มีคนอ่านจดหมายนั้น ถือว่าไม่เจตนาใส่ความนาย ก. ต่อบุคคลที่สาม(ฎีกาที่ 110/2526)⁶⁴ จึงไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท

จากเหตุผลดังกล่าว ถ้าผู้กลั่นแกล้งออนไลน์ทำการส่งข้อความที่มีเจตนาถ่มน้ำลายใส่ผ่านจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) โทรศัพท์เคลื่อนที่ (cell phone) หรือระบบส่งข้อความทันที (instant messaging) ถึงผู้ถูกกลั่นแกล้งออนไลน์โดยตรง โดยไม่มีบุคคลที่สามได้รับทราบข้อเท็จจริง จึงไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท

⁶⁰ วิเชียร ดิเรกอุดมศักดิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 56, 267

⁶¹ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างอิงแล้ว เจริญธรรมที่ 54, 291

⁶² ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างอิงแล้ว เจริญธรรมที่ 54, 293

⁶³ เฟื่องอ้าง

⁶⁴ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 51, 490

(4) โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง

คำว่า “ชื่อเสียง” นั้น หมายถึง คุณค่าของมนุษย์ทางสังคมในกรอบของศีลธรรมอันดี และคำว่า “ดูหมิ่น” หมายถึง เหยียดหยาม ดังนั้น ข้อความไม่ว่าจริงหรือเท็จจึงอาจเป็นหมิ่นประมาทได้ ถ้าข้อเท็จจริงที่ใส่ความเขานั้นทำให้เขาเสียหาย⁶⁵ ทั้งนี้ให้พิจารณาตามความรู้สึกของบุคคลธรรมดาคนทั่วไป ไม่ใช่พิจารณาจากความรู้สึกของผู้ถูกหมิ่นประมาทว่าน่าจะทำให้เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังหรือไม่ไม่ว่าข้อความที่กล่าวจะเป็นจริงหรือเท็จ

เช่น การลงข้อความว่า อดีตนางงามจักรวาลยอมแก่ผ้าแลกับเงิน 5 ล้าน แสดงว่าเป็นคนสิ้นคิดหมดทงทำมาหากิน เป็นกรทำลยภพพจนที่ติงมของโจทก์ที่เคยเป็นนางสรวไทยและนางงามจักรวาลให้ตกต่ำลง ทำให้เสียชื่อเสียงถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง (ฎีกาที่ 3/2542)⁶⁶ เป็นหมิ่นประมาท

แต่การที่จำเลยว่าโจทก์เป็นคนเจ้าชู้จึงลาออกจากงาน ความหมายของคำว่า “เจ้าชู้” หมายถึง ผู้ใฝ่ในการชู้สาว เมื่อปรากฏว่าโจทก์เป็นผู้ชาย ตามความรู้สึกของสังคมคนทั่วไปได้ยินข้อความที่จำเลยพูด ก็ไม่อาจมีความรู้สึกได้ว่าเป็นการใส่ความโจทก์ที่จะทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายแก่ชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังแต่อย่างใด แต่เป็นเรื่องของผู้ชายซึ่งเป็นเรื่องปกติธรรมดาที่จะใฝ่ในทางชู้สาวได้ คำพูดของจำเลยจึงไม่เป็นการหมิ่นประมาทโจทก์ (ฎีกาที่ 3015/2543)⁶⁷

นอกจากนั้น ถ้าเพียงแต่ล้อเลียนกันอาจไม่ถึงขั้นเป็นหมิ่นประมาท (ฎีกาที่ 1752/2514) เช่น จำเลยพูดกับเด็ก น้อง ผ. ว่า “พี่สาวเอ็งมีผิวหรือยัง ควยกูนีใหญ่นะพี่สาวมึงคงชอบขอเย็ดสักทีสองทีได้ไหม” เป็นการแสดงความคิดเห็นและไม่น่าทำให้ ผ. เสียชื่อเสียง ไม่เป็นหมิ่นประมาท (ฎีกาที่ 1399/2518)⁶⁸ ดังนั้น หากการกลั่นแกล้งออนไลน์เป็นเพียงแต่การส่งหรือโพสต์ข้อความล้อเลียนกันของเด็กหรือเยาวชนก็อาจไม่ถึงขั้นเป็นหมิ่นประมาท

(5) ผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนา

เจตนาในที่นี้คือ เจตนาธรรมดา ซึ่งอาจเกิดจากการกระทำโดยเจตนาประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลก็ได้ แต่หากการกระทำนั้นไม่มีเจตนาที่ย่อมไม่มีความผิด เช่น

⁶⁵ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, อ้างอิงแล้ว เชิงอรรถที่ 54, 294

⁶⁶ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, อ้างอิงแล้ว เชิงอรรถที่ 51, 491

⁶⁷ เฟิ่งอ้าง

⁶⁸ เฟิ่งอ้าง

คำพิพากษาฎีกาที่ 110/2516 ในหน้า 21 ถ้าจำเลยเขียนจดหมายหมิ่นประมาท นาย ก. แล้วส่งจดหมายลงทะเลไปถึงนาย ก. โดยตรงแสดงว่ามีเจตนาให้นาย ก. ทราบข้อความในจดหมายแต่เพียงคนเดียว แม้มีคนอื่นอ่านจดหมายนั้น ก็เป็นเรื่องนอกเหนือเจตนาของจำเลยหรือ

กรณีที่ผู้กระทำความผิดเขียนข้อความหมิ่นประมาทเก็บไว้ โดยยังไม่ได้ส่งไปยังผู้อื่น แต่บังเอิญมีคนมาพบและทราบข้อความนั้นเสียก่อน ในกรณีนี้ผู้กระทำผิดไม่มีเจตนากระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท เว้นแต่จะเล็งเห็นได้ว่าจะมีผู้มาอ่านหรือมาจัดการส่งไปให้บุคคลที่สามทราบข้อความดังกล่าว⁶⁹

นอกจากนั้น ผู้กระทำยังต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามมาตรา 29-วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายอาญาด้วย จึงจะถือว่าได้กระทำโดยประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 23/2475 จำเลยพูดกับ ก. เป็นภาษาไทยด้วยถ้อยคำหมิ่นประมาท ก. ต่อหน้า ข. ซึ่งเป็นฝรั่ง โดยผู้พูดคิดว่า ข. ไม่เข้าใจภาษาไทย ทั้งๆ ที่ ข. ฟังภาษาไทยที่พูดเข้าใจ ก็ไม่ถือเป็นหมิ่นประมาท ก. ต่อบุคคลที่ 3.⁷⁰

3.3.2 หมิ่นประมาทด้วยการโฆษณาตามมาตรา 328

มาตรา 328 แห่งประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติว่า “ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำโดยการกระจายเสียงหรือการกระจายภาพ หรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”⁷¹

มีองค์ประกอบภายนอกดังต่อไปนี้

- (1) กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท
- (2) ได้กระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำโดยการกระจายเสียงหรือการกระจายภาพ หรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น

⁶⁹ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน ปี พ.ศ. 2558), 287-288

⁷⁰ เฟิ่งอ่าง

⁷¹ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ่างแล้ว เชนงอรรถที่ 51,492*

และมืองค์ประกอบภายในคือเจตนาธรรมดา เช่นเดียวกับความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326

ทั้งนี้ การกระทำใดจะเป็นความผิดตามมาตรา 328 การกระทำนั้นจะต้องครบองค์ประกอบเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 ตามที่ได้กล่าวมาในหัวข้อที่แล้วเสียก่อน เช่น

ถ้าข้อความที่ลงพิมพ์โฆษณาในหนังสือพิมพ์เป็นแต่เพียงข้อความล้อเลียนไม่ถึงกับเป็นการหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 ในกรณีนี้ เมื่อไม่ผิดตามมาตรา 326 ก็ไม่อาจผิดตามมาตรา 328 ได้

โดยผู้กระทำความผิดตามมาตรา 328 นี้ต้องรับโทษหนักขึ้น เนื่องจากได้กระทำโดยการโฆษณา คือการเผยแพร่ไปสู่สาธารณชนโดยไม่จำกัดบุคคล ทั้งนี้ หากการกระทำนั้นมุ่งหมายไปยังบุคคลเฉพาะกลุ่มหรือบุคคลใดที่จำกัดตัวได้ก็ไม่ใช่สาธารณะ⁷²

ส่วนวิธีการโฆษณานั้น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 328 ได้ระบุไว้ ดังนี้

- (1) “ด้วยเอกสาร” ซึ่งตามมาตรา 1(7) แห่งประมวลกฎหมายอาญา “เอกสาร” หมายความว่า “กระดาษหรือวัตถุอื่นใด ซึ่งได้ทำให้ปรากฏความหมาย ด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่น จะเป็นโดยวิธีพิมพ์ ถ่ายภาพ หรือวิธีอื่นอันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้น” เช่น การลงข้อความหมิ่นประมาทในหนังสือพิมพ์
- (2) “ด้วยภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์” เช่น ภาพยนตร์ถ่ายทำจากเรื่องจริงของผู้ถูกหมิ่นประมาท
- (3) “ด้วยภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ”

นอกจากนั้น ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 328 นี้ยังรวมถึงการกระทำ “โดยการกระจายเสียงหรือการกระจายภาพ”

โดยคำว่า “กระจายเสียง” นั้นหมายถึง ส่งเสียงแพร่ออกไปไกลๆ เช่น วิทยุกระจายเสียง ส่วนคำว่า “กระจายภาพ” นั้นหมายถึง ส่งกระแสภาพออกไปไกลๆ เช่น การส่งสัญญาณโทรทัศน์ ทั้งนี้ รวมถึงการส่งภาพหรือวีดิทัศน์ทางเครือข่ายสังคมออนไลน์ เช่น Facebook หรือ Line ด้วย⁷³

⁷² ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 51, 493

⁷³ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 69, 293

ดังนั้น ในเรื่องการกลั่นแกล้งออนไลน์ถ้าผู้กลั่นแกล้งได้โพสต์ข้อความหมิ่นประมาทบนเว็บไซต์สาธารณะ เช่น pantip.com หรือ เครือข่ายสังคมออนไลน์ที่สามารถเผยแพร่ไปสู่สาธารณชนโดยไม่จำกัดบุคคล หรือส่งภาพหรือวีดิทัศน์ที่มีการหมิ่นประมาทผ่านเครือข่ายสังคมออนไลน์ เช่น Facebook หรือ Line ผู้กลั่นแกล้งก็อาจมีความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณาตามมาตรา 328 นี้ได้ แต่หากข้อความหรือภาพหรือวีดิทัศน์ดังกล่าวนั้นเป็นแต่เพียงการล้อเลียนกลั่นแกล้งที่ไม่ถึงกับเป็นการหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 ก็ไม่อาจเป็นความผิดตามมาตรา 328 นี้ได้เช่นกัน

อย่างไรก็ตามความผิดฐานหมิ่นประมาทตามที่กล่าวมาข้างต้น มีเหตุยกเว้นความผิดถ้าเป็นการแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริตตามมาตรา 329 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

3.3.3 ความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าตามมาตรา 393

มาตรา 393 แห่งประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติว่า “ผู้ใดดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”⁷⁴

องค์ประกอบภายนอก

- (1) ดูหมิ่น
- (2) ซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณา

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

(1) ดูหมิ่น คือ การเหยียดหยาม สบประมาท ดูถูก ซึ่งเป็นเรื่องและผู้กระทำแสดงความรู้สึกต่อผู้ถูกดูหมิ่น⁷⁵ การดูหมิ่นจึงเป็นการลดคุณค่าที่มีอยู่ในตัวของผู้ถูกดูหมิ่นโดยผู้ดูหมิ่นเอง ส่วนการหมิ่นประมาทตามที่กล่าวมาในข้างต้นนั้น ผู้หมิ่นประมาททำให้บุคคลที่สามเป็นผู้ลดคุณค่าที่มีอยู่ในสังคมของผู้ถูกหมิ่นประมาท หรือกล่าวอีกในหนึ่ง การดูหมิ่นเป็นการประทุษร้ายต่อเกียรติที่บุคคลมีอยู่ในตัวเอง แต่การหมิ่นประมาทเป็นการประทุษร้ายต่อเกียรติที่บุคคลมีอยู่ในสังคม⁷⁶

⁷⁴ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เจียงอรรถที่ 51, 636

⁷⁵ เฝิงอ้าง

⁷⁶ วิเชียร ดิเรกอุดมศักดิ์, อ้างแล้ว เจียงอรรถที่ 56, 275

ดังนั้น คำค่า คำหยาบคาย สบประมาท จึงไม่จำเป็นต้องเป็นข้อเท็จจริงเหมือนเรื่องหมิ่นประมาท โดยอาจทำได้ด้วยวาจา เช่นคำว่า อีหมา อีหน้าหมู อีหน้าหมา ไอ้หนายเฮงชวย ไอ้หน้าโง่ คำว่าเป็นผู้หญิงต่ำๆ หรือ อาจทำด้วยกิริยา เช่น ยกเท้าให้ เปลือยกาย ให้ของลับ⁷⁷

อย่างไรก็ตาม การใช้สรรพนามว่า กูและมึง (ฎีกาที่ 7572/2542) หรือคำว่า “อีหัวล้าน” เป็นเพียงคำไม่สุภาพ ไม่ถึงกับดูหมิ่นซึ่งหน้า (ฎีกาที่ 2411/2537)

(2) ซึ่งหน้า ต้องกระทำซึ่งหน้า การด่าลับหลังจึงไม่เข้ามาตรานี้ อย่างไรก็ตาม คำว่า “ซึ่งหน้า” นั้น ไม่จำเป็นต้องกระทำต่อหน้าเท่านั้น โดยให้หมายความรวมถึงการกระทำแก่คนที่อยู่ใกล้ๆ ให้รับรู้ได้ด้วย เช่น ด่าไล่หลัง

แต่การด่ากันโดยห่างระยะทาง หรือการด่าในขณะที่ผู้ถูกด่าไม่อยู่ในที่เกิดเหตุ ไม่การดูหมิ่นซึ่งหน้า⁷⁸ เช่น การเขียนจดหมายที่มีข้อความดูหมิ่น (ฎีกาที่ 110/2516) หรือการโทรศัพท์ด่ากัน แม้เป็นโทรศัพท์ที่เห็นหน้ากันได้ ก็ไม่ใช่การกระทำซึ่งหน้า เพราะการดูหมิ่นซึ่งหน้านั้นต้องอยู่ต่อหน้าต่อตา⁷⁹

ดังนั้น ความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าตามประมวลกฎหมายอาญานี้ จึงไม่อาจปรับใช้ในกรณีการกลั่นแกล้งออนไลน์ของเด็กและเยาวชนได้ เพราะส่วนใหญ่การกลั่นแกล้งออนไลน์นั้นจะเป็นการกลั่นแกล้งโดยระยะทางจึงไม่ใช่การดูหมิ่นซึ่งหน้า เช่น เจตนากรั่นแกล้งผ่านจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) โทรศัพท์เคลื่อนที่ (cell phone) หรือระบบส่งข้อความทันที (instant messaging) หรือการกลั่นแกล้งผ่านเครือข่ายสังคมออนไลน์ เช่น Facebook หรือ Line

นอกจากนั้น ในกรณีที่ต่างฝ่ายต่างด่ากัน ไม่เป็นดูหมิ่นซึ่งหน้า เนื่องจากความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้านั้นกฎหมายประสงค์จะลงโทษผู้ที่ดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าแต่เพียงฝ่ายเดียว⁸⁰

3.3.4 การรังแก ข่มเหง คุกคาม ตามมาตรา 397

มาตรา 397ที่ได้รับการแก้ไขตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหงคุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

⁷⁷ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เจริญธรรม*ที่ 51, 636

⁷⁸ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างอิงแล้ว เจริญธรรม*ที่ 54, 414

⁷⁹ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เจริญธรรม*ที่ 51, 638

⁸⁰ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เจริญธรรม*ที่ 51, 639

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลหรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำอันเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”⁸¹

องค์ประกอบภายนอกของการกระทำผิดมาตรานี้มี 2 ลักษณะ กล่าวคือ

ลักษณะที่ 1

(1) กระทำด้วยประการใดๆ

(2) อันเป็นการรังแกข่มเหง คุกคาม ใช้อำนาจ หรือ

ลักษณะที่ 2

กระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ

องค์ประกอบภายในเจตนาธรรมดา

กล่าวคือ ความผิดฐานนี้ผู้กระทำต้องกระทำโดยมีเจตนา

ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรา 397 ตามประมวลกฎหมายอาญาเดิมบัญญัติเฉพาะกรณีกระทำการอันเป็นการรังแก ข่มเหง หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล ซึ่งยังไม่ครอบคลุมการกระทำในที่รโหฐาน⁸² ดังนั้น จึงได้แก้ไขโดยตัดองค์ประกอบในสาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลออกไป เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลในความเป็นอยู่ส่วนตัว นอกจากนั้นยังได้กำหนดเพิ่มให้ การคุกคาม การกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ และการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำเป็นความผิด ตามมาตรา 397 ฉบับแก้ไข

ดังนั้น การกลั่นแกล้งออนไลน์ในบางกรณีที่เข้าลักษณะเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญจึงอาจมีความผิดตามมาตรา 397 นี้ได้

โดยหากเป็นการกระทำในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลหรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ หรือเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำอัน

⁸¹“พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 132 ตอนที่ 10 ก (13 กุมภาพันธ์ 2558): 46-47

⁸²เพ็ญอ่าง

เนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่นจะได้รับโทษสูงขึ้นตามมาตรา 397 วรรค 2 และวรรค 3

ทั้งนี้ ได้มีผู้ให้ความหมายของคำว่า “รังแก” และ “ข่มเหง” ว่า “การรังแก” หมายถึง การแกล้งทำ ความเดือดร้อนให้ผู้อื่น เช่น ยื้อยุดจุกกระโปรงผู้หญิง⁸³ ส่วน “ข่มเหง” นั้นหมายถึง การใช้กำลังรังแก เช่น เห็นคนอื่นเดินผ่านมาก็เข้าไปเอาของที่ถือมาโยนทิ้งเสีย⁸⁴ หรือการเอารถยนต์จอดขวางกั้นไม่ให้รถข้างในออกจากซอยได้ เป็นการข่มเหงรังแกตามมาตรา 397 (ฎีกาที่ 1908/2518)⁸⁵

ส่วนคำว่า “คุกคาม” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของคำว่า “คุกคาม” ว่าหมายถึง แสดงด้วยกิริยาหรือวจนะให้หวาดกลัว ทำให้หวาดกลัว

กรณีกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญเช่น

ฎีกาที่ 388/2505 การพูดยั่วเย้าว่า “...มีงมีหนายมาหาความกู่ทางอาญาหรือ ลูกกระโปงกูไม่หด...” เป็นข้อความหยาบคายไม่สุภาพแต่ไม่มีข้อความอันเป็นดูหมิ่น จึงไม่เป็นความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้า แต่ถ้อยคำ และพฤติการณ์ที่จำเลยกล่าวทำให้ผู้เสียหายได้รับความเดือดร้อนรำคาญ

ฎีกาที่ 1398/2506 การดำเข้าไปเข้ามาหลายครั้งที่หน้าประตูบ้านผู้เสียหายในเวลากลางวัน อันเป็นเวลาหลับนอนของผู้เสียหาย ซึ่งอยู่ในบ้าน เป็นการทำให้ผู้เสียหายเดือนร้อนรำคาญ⁸⁶

หรือการพูดจาแซวผู้หญิง ตามเกี่ยวผู้หญิงที่ตนไม่ได้รู้จัก การที่คอยติดตามรบกวน (stalking) ก็เป็นการทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ⁸⁷

ฉะนั้น การกระทำที่ไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทเนื่องจากการทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง หรือข้อความที่ไม่มีลักษณะเป็นการดูหมิ่นซึ่งหน้าก็อาจเป็นความผิดฐานนี้ได้ หากเป็นการกระทำที่ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ

อนึ่ง คำว่า “สาธารณสถาน” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(3) หมายความว่า สถานที่ใดๆ ซึ่งประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้เช่น ร้านค้าที่ประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ (ฎีกาที่ 1362/2508) ร้านขายกาแฟ (ฎีกาที่ 1732/2516) ถนนในซอย (ฎีกาที่ 1908/2518)

⁸³ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 54*, 416

⁸⁴ สมสรรค์ อธิเวสส์, “การคุกคามทางเพศบนสังคมเครือข่าย”, *วารสารวิชาการ Veridian E-Journal* ปีที่ 7 ฉบับที่ 3 เดือน (กันยายน - ธันวาคม 2557)

⁸⁵ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 51*, 640

⁸⁶ เฟิ่งอ้าง

⁸⁷ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 54*, 416

ส่วนคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” หมายความว่า กระทำในประการที่ให้บุคคลอื่นเห็นได้ เช่นกระทำต่อหน้าคนที่กำลังมองดูอยู่ แม้จะเป็นคนเดียวก็เป็นธารกำนัล แต่หากได้การกระทำในที่มืดซิด เช่น ในห้องปิดประตูมิดชิด แม้จะมีคนแอบเห็น ก็ไม่เป็นต่อหน้าธารกำนัล⁸⁸

อย่างไรก็ตามการกลั่นแกล้งออนไลน์จะมีลักษณะรุนแรงถึงกับเป็นการข่มเหง รังแก หรือคุกคามหรือไม่ยังเป็นเรื่องที่ต้องตีความ เนื่องจากการกลั่นแกล้งออนไลน์ส่วนใหญ่เป็นเรื่องของการใช้คำพูด วาจารูปภาพ หรือวิดีโอ ส่งผ่านสังคมออนไลน์หรือเครื่องมือสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์โดยมีเจตนาเพื่อกลั่นแกล้งผู้อื่น นอกจากนั้น การกลั่นแกล้งออนไลน์เป็นพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่ออารมณ์และจิตใจของผู้ถูกกลั่นแกล้ง เช่น ผู้ถูกกลั่นแกล้งอาจเกิดอารมณ์ เกรี้ยว-หุดหู่-วิตกกังวล-หรือเสียความเชื่อมั่นในตนเอง-โดยผู้ถูกกลั่นแกล้งอาจไม่รู้รู้สึกอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ

ดังนั้น ในกรณีการกลั่นแกล้งออนไลน์ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาต่อไปในบทที่ 5 ก็คือ การกลั่นแกล้งออนไลน์สามารถปรับใช้มาตรา 397 ได้หรือไม่เพียงใด และบทลงโทษที่กำหนดตามมาตรา 397 มีความเหมาะสม เพียงพอหรือควรปรับปรุงหรือไม่เพียงใด

3.3.5 ทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัวหรือตกใจตามมาตรา 392

มาตรา 392 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัว หรือความตกใจ โดยการขู่เข็ญต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

องค์ประกอบภายนอก

- (1) ทำให้เกิดความกลัวหรือความตกใจ
- (2) โดยการขู่เข็ญ

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

การทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัว หรือความตกใจ ตามมาตรานี้เป็นการกระทำที่ไม่จำกัดวิธี เช่น เอาปืนพลาสติกมาขู่เข็ญทำท่าจะยิงผู้เสียหาย ผู้เสียหายเข้าใจว่าเป็นปืนจริง เกิดความกลัวหรือตกใจ ก็เป็นความผิดตามมาตราแล้ว⁸⁹

โดยความผิดนี้จำเป็นต้องมีเจตนาให้กลัว และหมายถึงทำให้เกิดความกลัวเฉยๆ โดยไม่จำเป็นต้องใช้กำลังประทุษร้าย หรือมีการข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำ งดเว้นการกระทำ หรือจ่ายอมต่อสิ่งใดๆ⁹⁰ เพียงแค่ขู่เข็ญ

⁸⁸ สมสรค์ อธิเวสส์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 84*

⁸⁹ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 51, 635*

จนผู้เสียหายเกิดความกลัวก็ผิดตามมาตรา 42 แล้ว ดังนั้น เพียงแค่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) ส่งข้อความผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ (cell phone) หรือระบบส่งข้อความทันที (instant messaging) เพื่อกลั่นแกล้ง หรือการกลั่นแกล้งผ่านเครือข่ายสังคมออนไลน์ เช่น Facebook จนทำให้ผู้ถูกกลั่นแกล้งรู้สึกกลัวหรือตกใจก็เป็นความผิดตามมาตรา 42 นี้ได้

ทั้งนี้ การจะพิจารณาว่าผู้เสียหายเกิดความกลัวหรือไม่ให้ดูที่พฤติการณ์ ดังนั้น แม้ผู้เสียหายจะบอกว่าจะไม่กลัวแต่ตามพฤติการณ์แสดงว่าผู้เสียหายเกิดความกลัวแล้วก็เป็นความผิดตามมาตรา 42 นี้ได้ เช่น พฤติการณ์ที่ผู้เสียหายแสดงออกโดยพูดว่า ผมไม่สู้ และวิ่งหนีไปในเมื่อจำเลยถือมีดตรงเข้ามาจะแทง แสดงว่าผู้เสียหายกลัวภัยที่จะเกิดขึ้นแก่ตัวแล้ว⁹¹

อย่างไรก็ตาม การกลั่นแกล้งออนไลน์นั้นบางครั้งตามพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นผู้ถูกกลั่นแกล้งอาจไม่ได้เกิดความกลัว แต่อาจเกิดอารมณ์ความรู้สึกอย่างอื่น เช่น รู้สึกน้อยเนื้อต่ำใจ รู้สึกเศร้า หดหู่ หรือรู้สึกเสียใจ การกลั่นแกล้งออนไลน์ที่ทำให้เกิดความรู้สึกเช่นนี้จึงไม่อาจปรับเข้ากับความผิดตามมาตรา 42 นี้ได้

3.4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่อาจเกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้แก่ ความผิดเรื่องละเมิดตามมาตรา 420 ที่บัญญัติว่า

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่า ผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัตินี้แล้วสามารถแยกองค์ประกอบได้ดังต่อไปนี้

- 1) มีการกระทำของบุคคลหนึ่งต่อบุคคลอื่น
- 2) กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
- 3) กระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย
- 4) ก่อความเสียหาย
- 5) ความเสียหายและการกระทำนั้นต้องสัมพันธ์กันตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและ

ผล

⁹⁰ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย, *อ้างอิงแล้ว เชิงอรรถที่ 52*, 380-381

⁹¹ เฝิงอ้าง

ดังนั้น หากเด็กหรือเยาวชนคนหนึ่งได้กระทำการกลั่นแกล้งออนไลน์ต่อเด็กหรือเยาวชนคนอื่นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองไว้ กล่าวคือทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดอย่างใดอย่างหนึ่งที่ได้กำหนดไว้ เช่น สิทธิต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพหรือทรัพย์สิน⁹² และความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำกลั่นแกล้งออนไลน์ของเด็กหรือผู้เยาวชนคนนั้น การกระทำดังกล่าวอาจถือว่าเป็นการกระทำลักษณะละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

นอกจากนี้ยังอาจเป็นการทำละเมิดด้วยคำพูดได้ตามมาตรา 423 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริง เป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของบุคคลอื่นก็ดี หรือเป็นที่เสียหายแก่ทางทำมาหาได้หรือทางเจริญของเขาโดยประการอื่นก็ดี ท่านว่าผู้นั้นจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เขาเพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันเกิดแต่การนั้น แม้ทั้งเมื่อตนมิได้รู้ว่าข้อความนั้นไม่จริง แต่หากควรจะรู้ได้”

ซึ่งแตกต่างจากหมิ่นประมาททางอาญา เพราะจะเป็นความผิดทางแพ่งตามมาตรานี้ได้ นั้น ข้อความที่กล่าวหรือไขข่าวจะต้องเป็นเรื่องที่ฝ่าฝืนต่อความจริง ดังนั้น การกลั่นแกล้งกันด้วยการกล่าวหรือไขข่าวด้วยข้อความที่ฝ่าฝืนต่อความจริงก็อาจเข้าความผิดทางแพ่งตามมาตรานี้ได้

นอกจากนั้น บิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้เยาว์ยังต้องรับผิดชอบร่วมกับบุตรผู้เยาว์ที่กระทำการละเมิดด้วยตามมาตรา 429

3.5 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

บทบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ที่อาจเกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์ มีดังต่อไปนี้

1) การส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์รบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุข

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 11 บัญญัติว่า “ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่นโดยปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลดังกล่าวอันเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุขต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท”

⁹² ศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะ ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรรู้ได้, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน ปี พ.ศ. 2558) หน้า 80-84

โดยองค์ประกอบของความผิดในมาตรานี้ คือ

(1) ส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โดยปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของข้อมูล

ดังนั้น ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกส่งมาตามมาตรานี้จึงต้องถูกปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของข้อมูล อันหมายถึงการปกปิดหรือปลอมแปลงที่อยู่ไอพี หรือ Internet Protocol address (IP address) ไม่ได้หมายถึงการปกปิดหรือปลอมแปลงโดยใช้ชื่อปลอมในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แต่ยังสามารถตรวจสอบแหล่งที่มาของการส่งได้อยู่⁹³

(2) อันเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุข

การจะพิจารณาว่ากรณีใดจะเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุข ต้องพิจารณาตามมาตรฐานของวิญญูชนทั่วไป ซึ่งน่าจะต้องเป็นการรบกวนที่มีความรุนแรงพอสมควร เนื่องจากการใช้ถ้อยคำตามมาตรานี้มีถ้อยคำในลักษณะเดียวกับความผิดฐานบุกรุกตามมาตรา 362 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่กำหนดว่า “อันเป็นการรบกวนการครองครองอสังหาริมทรัพย์ของเขาโดยปกติสุข”⁹⁴

(3) โดยเจตนา

ต้องเป็นการกระทำความผิดโดยมีเจตนาปกติตามกฎหมายอาญา

ดังนั้น หากการกลั่นแกล้งออนไลน์นั้นเป็นการกระทำโดยผ่านการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ก็อาจเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้ อย่างไรก็ตาม การกลั่นแกล้งออนไลน์ที่จะเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์นั้นต้องกระทำโดยปกปิดหรือปลอมแปลงที่อยู่ไอพี (IP address) และยังต้องเป็นการกระทำที่รบกวนผู้ถูกกลั่นแกล้งที่ถือว่าเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์โดยปกติสุขตามมาตรฐานวิญญูชน เช่น การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยปกปิดที่อยู่ไอพีเพื่อกลั่นแกล้งผู้อื่นจำนวนนับร้อยฉบับ

นอกจากนั้น ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ยังได้กำหนดให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นวรรคสองและวรรคสามของมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

“ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่นอันมีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้รับข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยไม่เปิดโอกาสให้ผู้รับสามารถบอกเลิกหรือแจ้งความประสงค์เพื่อปฏิเสธการตอบรับได้โดยง่ายต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองแสนบาท

⁹³ร.ศ.ดร. สรวุฒ ปิตียาศักดิ์, *กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ Information Technology Law* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม ปีพ.ศ. 2555), 292-294

⁹⁴เพ็งอ้าง

ให้รัฐมนตรีออกประกาศกำหนดลักษณะและวิธีการส่งรวมทั้งลักษณะและปริมาณของ ข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งไม่เป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้รับและ ลักษณะอันเป็นการบอกเลิกหรือแจ้งความประสงค์เพื่อปฏิเสธการตอบรับได้โดยง่าย”

เมื่อพิจารณาด้อยค่าของมาตรานี้ทั้งสามวรรคจะเห็นว่ามาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการ กระทำคามผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลจากสแปมเมล (Spam mail) ซึ่งเป็น จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่มีวัตถุประสงค์ในการโฆษณาและจำหน่ายสินค้าและบริการโดยจัดส่งไปยังผู้รับจำนวน มาก เนื่องจากสแปมเมลอาจก่อให้เกิดปัญหาการรบกวนและหลอกลวงผู้บริโภค

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น การจะนำมาตรานี้มาปรับใช้ในกรณีการกลั่นแกล้งออนไลน์อาจทำได้อย่าง จำกัดและยังต้องรอการตีความจากศาลว่ากรรณกลั่นแกล้งออนไลน์ในกรณีใดบ้างที่สามารถปรับใช้มาตรานี้ได้

2) การนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลต้องห้ามหรือเผยแพร่ข้อมูลนั้น

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ได้ยกเลิก ความในมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และให้ใช้ ความที่บัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 แทน โดยได้กำหนดให้ผู้ใดที่ได้กระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 14 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับ ไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ซึ่งมาตรา 14 อนุมาตราที่อาจเกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์มีดังต่อไปนี้

2.1) มาตรา 14 (1)

“โดยทุจริตหรือโดยหลอกลวงนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่บิดเบือนหรือปลอม ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จโดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ ประชาชนอันมิใช่การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา”

มีองค์ประกอบความผิดดังนี้

(1) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่บิดเบือนหรือปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือ บางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ

“การนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์” หมายถึงการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์จากแหล่งจัดเก็บหนึ่ง บันทึกหรือดาวน์โหลดลงในระบบคอมพิวเตอร์

“ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่บิดเบือน” หมายถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ผิดแผกไปจากเดิมหรือจาก ข้อเท็จจริง⁹⁵ ทั้งหมดหรือบางส่วน

“ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ปลอมทั้งหมด” หมายถึง ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีการทำขึ้นทั้งหมดเพื่อให้ ผู้อื่นเข้าใจว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่น ไม่ใช่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้ทำขึ้นเองและ

⁹⁵ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554

“ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ปลอมบางส่วน” หมายถึง ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบางส่วน⁹⁶

“ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ” หมายถึง ข้อมูลที่ไม่ตรงกับความจริง⁹⁷

(2) โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ประชาชน

เป็นพฤติการณ์ที่ประกอบกรกระทำที่น่าจะเกิดความเสียหายได้ ไม่ใช่ผลที่เกิดจากการกระทำ แม้จะไม่เกิดความเสียหายจริงเพียงแต่น่าจะเกิดก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว จึงไม่เกี่ยวกับเจตนาของผู้กระทำแต่ให้พิจารณาจากความคิดธรรมดาของบุคคลทั่วไป ซึ่งถือเป็นเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัยของกฎหมายอาญา⁹⁸

อนึ่ง ตามมาตรา 14 วรรคท้าย บัญญัติว่า “ถ้ากรกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง (๑) มิได้กระทำต่อประชาชน แต่เป็นการกระทำต่อบุคคลใด บุคคลหนึ่ง ผู้กระทำ ผู้เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้เป็นความผิดอันยอมความได้”

ดังนั้น ตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 แม้จะไม่ได้กระทำต่อประชาชนโดยทั่วไป แต่ได้กระทำความผิดต่อบุคคลใด บุคคลหนึ่งก็อาจมีความผิดตามมาตรานี้ได้

โดยการจะพิจารณาว่าการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่บิดเบือนหรือปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จนั้น จะเกิดความเสียหายแก่ประชาชนหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับเนื้อหาในข้อมูลคอมพิวเตอร์นั่นเอง ในลักษณะเดียวกับความผิดฐานปลอมเอกสารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 264 เช่น

ฎีกาที่ 769/2540 การที่จำเลยเจตนาทำหนังสือสัญญากู้ยืมเงินขึ้นเพื่อให้ผู้อื่นหลงเชื่อว่าเป็นเอกสารที่แท้จริง ก็เป็นความผิดแล้ว แม้จำเลยจะยังไม่ทันได้นำเอกสารไปแสดงต่อผู้อื่นก็ตาม⁹⁹

(3) โดยทุจริต หรือโดยหลอกลวง

เป็นการกระทำที่มีเจตนาพิเศษ

“โดยทุจริต” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 หมายถึง “เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น” ซึ่งประโยชน์ที่มีควรได้ในที่นี้อาจเป็นประโยชน์ในทางทรัพย์สินหรือไม่ใช่ประโยชน์ในทางทรัพย์สินก็ได้¹⁰⁰

⁹⁶รศ.ดร. สราวุธ ปิตยาศักดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 93*, 297

⁹⁷เพ็งอ่าง

⁹⁸ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 51*, 373

⁹⁹เพ็งอ่าง

¹⁰⁰ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 51*, 23

“โดยหลอกลวง” หากเทียบเคียงกับความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 แล้ว การหลอกลวงต้องเป็นการแสดงข้อเท็จจริงในอดีตหรือในปัจจุบันที่ไม่มีอยู่จริง¹⁰¹

(4) อันมิใช่การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา

ก่อนที่จะมีการกำหนดให้ใช้มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 แทนมาตรา 14 เดิม ได้มีข้อถกเถียงกันในหมู่นักกฎหมายว่าความผิดฐานหมิ่นประมาทจะอยู่ในข่ายความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ด้วยหรือไม่ โดยมาตรา 14(1) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ฉบับเดิมได้ถูกหยิบยกขึ้นมาใช้ในการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์บนโลกออนไลน์หลายคดี พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ฉบับใหม่นี้จึงได้กำหนดเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่า ความผิดตาม มาตรา 14(1) นี้มิใช่การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา

ทั้งนี้ ตามเหตุผลที่แสดงในชั้นเสนอร่างกฎหมายว่าต้องการให้มีการปรับปรุงองค์ประกอบของฐานความผิดมาตรา 14(1) เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์และสะท้อนปัญหา ที่เกิดจากเจตนาทุจริตหรือการหลอกลวง ฉ้อโกง และการปลอมแปลงทางคอมพิวเตอร์ที่มีอยู่อย่างแพร่หลายตามพัฒนาการของเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น การสร้างเว็บไซต์ปลอมเพื่อลวงเอาข้อมูลส่วนบุคคลและนำไปใช้ให้เกิดความเสียหาย (Phishing) หรือการหลอกลวงในรูปแบบอื่นๆ ผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยประการที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ซึ่งไม่รวมถึงการใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท เนื่องจากวัตถุประสงค์หรือคุณธรรมแห่งกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองความผิดฐานหมิ่นประมาทและความผิดตาม มาตรา 14(1) มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ความผิดฐานหมิ่นประมาทมุ่งคุ้มครองชื่อเสียงและศักดิ์ศรีของบุคคลผู้ถูกใส่ความเป็นสำคัญ ส่วนความผิดตาม มาตรา 14(1) มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ¹⁰²

ดังนั้น การจะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นความผิดตาม มาตรา 14(1) หรือไม่จึงต้องพิจารณาว่าเข้าองค์ประกอบความผิดของ มาตรา 14(1) หรือไม่ โดยไม่ต้องไปพิจารณาองค์ประกอบของความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา

การกลั่นแกล้งออนไลน์ที่จะเป็นความผิดตาม มาตรา 14(1) นี้ได้จึงต้องมีลักษณะเป็นการนำเข้าระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่บิดเบือนหรือปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จโดยทุจริตหรือโดยหลอกลวง ดังนั้น หากการกลั่นแกล้งออนไลน์นั้นเป็นการนำเข้าระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลที่เป็นความจริงหรือไม่ได้มีเจตนาทุจริตหรือหลอกลวงก็จะเป็นความผิดตาม มาตรา 14(1)

¹⁰¹ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว *เชิงจรด* ที่ 51, 558-559

¹⁰² สุพิศ ปรานีตพลกรัง, *กฎหมาย ว่าด้วย การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์*, (กรุงเทพฯ:นิติธรรม ปี พ.ศ.2560), 30-

2.2) มาตรา 14(4)

“นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้”

มีองค์ประกอบความผิดดังนี้

(1) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์

มีความหมายเหมือนมาตรา 14(1)

(2) ข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามก

“ลักษณะอันลามก” ตามมาตรานี้ มีความหมายในลักษณะเดียวกับ “สิ่งอันลามก” ที่ผู้ใดเพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ ถือเป็นความผิดตามมาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

คำว่า “ลามก” หมายถึง หยาบชำตำพราหม หยาบโตน อันเป็นที่รังเกียจของคนศีลธรรม¹⁰³

ซึ่ง “สิ่งอันลามก” ตามประมวลกฎหมายอาญานั้นมี 2 ลักษณะ กล่าวคือ

“Pornography” ได้แก่ การแสดงถึงพฤติกรรมทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการเขียนหรือภาพที่นำไปสู่การตื่นเต้นทางเพศหรือช่วยุกามารมณ์หรือทำให้เกิดกำหนัด และ

“Obscenity” ได้แก่ สิ่งที่ทำให้เกิดความรู้สึกอันน่ารังเกียจ¹⁰⁴

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่เคยวินิจฉัยไว้หากภาพมีลักษณะเป็นภาพหญิงเปลือยกายตลอดร่าง ซึ่งพอเห็นอวัยวะเพศได้บ้าง แม้ไม่เห็นอวัยวะเพศชัดเจน แต่ก็มีลักษณะส่อไปในด้านช่วยุกามารมณ์ ถือได้ว่าเป็นภาพอันลามก และข้อความต่างๆ ที่ได้บรรยายถึงการร่วมประเวณีของชายและหญิงอย่างชัดเจนละเอียดละออโดยบรรยายถึงอารมณ์ของชายและหญิงไปในทางช่วยุกามารมณ์ แม้จะไม่ได้ใช้ถ้อยคำหยาบคายก็ถือได้ว่าเป็นข้อความอันลามก¹⁰⁵ แต่หากเป็นภาพสตรีแสดงส่วนสัดส่วนความสมบูรณ์ของร่างกาย ไม่มีสิ่งปกปิดส่วนล่างพยายามปกปิดหรือทำเป็นเงาๆ ลบเลือนให้เป็นอวัยวะที่ราบเรียบแล้วไม่มีลักษณะน่าเกลียด น่าอูจาด บัดสี ดังนั้น ภาพในลักษณะนี้ไม่เป็นภาพลามก¹⁰⁶

(3) ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

เช่น การนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะลามกนั้นเข้าสู่ระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือสังคมโซเชียลที่บุคคลทั่วไปเข้าถึงได้ ดังนั้น หากผู้กลั่นแกล้งนำภาพหรือวิดีโอลามกเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ โดยไม่มีลักษณะที่ทำให้ประชาชนทั่วไปเข้าถึงได้ ก็ไม่ผิดมาตรานี้

¹⁰³ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542

¹⁰⁴ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 51*, 425-426

¹⁰⁵ เฟิงอ้าง

¹⁰⁶ เฟิงอ้าง

(4) โดยเจตนา

ต้องมีเจตนา นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ และรู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด

3) มาตรา 14(5)

“เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (1) หรือ (4)”

มี องค์ประกอบความผิด ดังนี้

(1) เผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์

คำว่า “เผยแพร่หรือส่งต่อ” ตามมาตรานี้ หมายถึง การส่งผ่านระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งอาจเป็นระบบอินเทอร์เน็ตแบบมีสายหรือไร้สาย แต่ไม่รวมถึงการส่งผ่านสื่ออื่นๆ¹⁰⁷

เช่น การโพสต์ (Post) หรือการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นความผิดตามมาตรา 14(1) หรือ 14(2) นั้นแสดงบนเว็บไซต์สาธารณะหรือสังคมโซเชียลที่คนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้ หรือส่งต่อ (Forward) ข้อมูลที่เป็นความผิดดังกล่าวไปยังบุคคลอื่นทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์หรือ LINE

(2) โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นความผิดตามมาตรา 14(1) หรือ 14(2)

กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดต้องรู้อยู่แล้วว่าข้อมูลที่ตนเผยแพร่หรือส่งต่อนั้น เป็นข้อมูลซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 14(1) หรือ 14(2)

(3) โดยเจตนา

กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาที่จะเผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลอันเป็นความผิดนั้น

ดังนั้น คนที่เผยแพร่ โพสต์ในเว็บไซต์สาธารณะหรือสังคมโซเชียล หรือส่งต่อ ข้อมูลที่มีลักษณะที่เป็นการกลั่นแกล้งออนไลน์ไปยังบุคคลอื่นโดยเจตนาและรู้อยู่แล้วว่าข้อมูลที่ตนเผยแพร่หรือส่งต่อนั้นเป็นข้อมูลซึ่งเป็นความผิด ก็อาจถือเป็นการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มาตรานี้ได้

2.3) มาตรา 16

“นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏเป็นภาพของผู้อื่น และภาพนั้นเป็นภาพที่เกิดจากการสร้างขึ้น ตัดต่อ เติม หรือดัดแปลง ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใด โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย”

มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

¹⁰⁷ รศ.ดร. สราวุธ ปิตียาศักดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงจรจรที่ 93*, 301-302

(1) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

หากเป็นระบบคอมพิวเตอร์ของตนเองที่ไม่เปิดโอกาสให้ประชาชนทั่วไปเข้าถึงได้ก็ไม่ผิด

(2) ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏเป็นภาพของผู้อื่น และภาพนั้นเป็นภาพที่เกิดจากการสร้างขึ้น ตัดต่อ เติม หรือดัดแปลง ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใด

ซึ่งเป็นภาพที่ปรากฏเห็น เช่น ภาพถ่ายจากกล้อง วีดีโอ หรือภาพวาด และต้องเป็น “ภาพของผู้อื่น” ดังนั้น ถ้าเป็นภาพของตนเองแล้วไปทำให้คนอื่นเสียหายไม่เป็นความผิดตามมาตรา 16 โดยอาจเป็นภาพที่สร้างขึ้นใหม่ เช่น โปรแกรมสร้างภาพเสมือนจริงหรือเป็นภาพที่มีอยู่แล้ว แต่มีการตัดต่อ เติม หรือดัดแปลง เช่น ภาพตัดต่อ Photoshop ซึ่งอาจเป็นการทำด้วยวิธีการอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ต่างๆ ในการสร้าง ตัดต่อ เติม หรือดัดแปลงหรือวิธีการอื่นใด เช่น การตัดต่อโดยวิธีการตัดปะจนดูเหมือนจริง แล้วนำภาพนั้นไปสแกนเข้าเครื่องคอมพิวเตอร์กลายเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏเป็นภาพของบุคคลอื่น¹⁰⁸

(3) โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย

สามารถเทียบเคียงกับความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 ประมวลกฎหมายอาญา แต่มาตรา 16 นี้มีกรณีของการทำให้ “ได้รับความอับอาย” จึงเป็นบทบัญญัติในลักษณะที่กว้างกว่าเป็นกรณี ตกแต่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นภาพของบุคคลแล้วทำให้เกิดความเสียหาย¹⁰⁹

อนึ่ง มาตรา 16 อาจเป็นการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใด ซึ่งแยกจากมาตรา 14 ที่ต้องเป็นการกระทำอันไม่ใช่ความผิดฐานหมิ่นประมาท

(4) โดยเจตนา

¹⁰⁸ รศ.ดร. สราวุธ ปิตียาศักดิ์, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 93*, 306

¹⁰⁹ สุพิศ ปราณีตพลกรัง, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 102*, 46-47

บทที่ 4

กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์

เนื่องจากในระยะเวลาหลายปีที่ผ่านมาประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ประสบปัญหาการกลั่นแกล้งในโรงเรียนและปัญหาการกลั่นแกล้งออนไลน์ในกลุ่มเด็กและเยาวชนสูง ทั้งยังมีอัตราการฆ่าตัวตายของเด็กและเยาวชนเนื่องมาจากการถูกกลั่นแกล้งค่อนข้างสูง ตามรายงานขององค์กร Fight Crime ซึ่งสำรวจในปี 2547 พบว่า อัตราการฆ่าตัวตายของเด็กผู้หญิงที่ถูกกลั่นแกล้งเป็นประจำสูงถึง 8 เปอร์เซ็นต์ และอัตราการฆ่าตัวตายของเด็กผู้ชายที่ถูกกลั่นแกล้งเป็นประจำสูง 4 เปอร์เซ็นต์¹¹⁰ นอกจากนี้ปัญหาการฆ่าตัวตายเนื่องจากถูกกลั่นแกล้ง การกลั่นแกล้งยังอาจส่งผลกระทบต่อเด็กและเยาวชนที่ถูกกลั่นแกล้งในระยะยาวได้ ทั้งผลกระทบต่อทางจิตโดยเฉพาะโรคซึมเศร้าและผลกระทบต่อทางกายภาพ และยังอาจส่งผลกระทบต่อพัฒนาการทางการเรียนและการศึกษาของเด็กและเยาวชน

จากผลสำรวจของสมาคมจิตวิทยาประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งให้เด็กและเยาวชนจัดลำดับความสำคัญของปัญหาต่างๆ พบว่า กลุ่มเด็กที่มีอายุระหว่าง 8 ถึง 15 ปี ระบุว่าปัญหาการกลั่นแกล้งมีลำดับความสำคัญต่อชีวิตพวกเขาสูงกว่าปัญหาการใช้ความรุนแรงนอกจากนั้นยังพบว่า กลุ่มเด็กที่มีอายุระหว่าง 5 ถึง 12 ปี ระบุว่าได้รับการปฏิบัติที่ไม่ดีทางด้านอารมณ์ (emotional maltreatment) และความโหดร้ายจากสังคมเพื่อนในระดับชั้นเรียนเดียวกันมีความสำคัญต่อชีวิตของพวกเขามากกว่าสิ่งใดๆ¹¹¹

ดังนั้น เรื่องการกลั่นแกล้งในกลุ่มเด็กและเยาวชนจึงเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจและเป็นหัวข้อที่ถูกถกเถียงกันอย่างกว้างขวางในหมู่นักกฎหมายและนักวิชาการทางการศึกษาในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีบทความและงานวิจัยต่างๆ มากมายที่ได้ศึกษาเพื่อหาแนวทางการร่างกฎหมาย มาตรการทางกฎหมาย และมาตรการอื่นๆ เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานแล้ว ขณะที่ปัญหาเรื่องนี้กำลังเป็นที่สนใจในประเทศไทยได้ไม่นาน ดังนั้นประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเป็นประเทศที่มีบทบาทสำคัญต่อนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์ในประเทศสหรัฐอเมริกายังมีวิวัฒนาการกว้างไกลกว่ากฎหมายของประเทศไทยอยู่มาก

¹¹⁰ Fight Crime: Invest in Kids, "Bullying Prevention is Crime Prevention", สืบค้นเมื่อวันที่ 3 มีนาคม 2560
<http://www.jfox.neu.edu/Documents/BullyingReport.pdf>

¹¹¹ Alicia K. Albertson, "Criminalizing Bullying: Why Indiana Should Hold the Bully Responsible", *Indiana Law Review* Vol 48 No 1 (2014)

โดยในปัจจุบันถึงแม้ประเทศสหรัฐอเมริกายังไม่มีความหมายในระดับรัฐบาลกลาง (Federal law) ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้โดยเฉพาะ แต่เกือบทุกรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายในระดับรัฐ (State Law) เพื่อต่อต้านการกลั่นแกล้งโดยเฉพาะ และหลายรัฐได้มีการระบุถึงการกลั่นแกล้งออนไลน์ อย่างไรก็ตาม กฎหมายในแต่ละรัฐมีรายละเอียดและประสิทธิภาพที่แตกต่างกัน ดังนั้น วิจัยฉบับนี้จึงมีความประสงค์ที่จะมุ่งศึกษากฎหมายของประเทศไทยทั้งในระดับรัฐบาลกลาง (Federal Law) และระดับรัฐ (State Law) โดยจะศึกษาถึงข้อดีและข้อเสียของกฎหมายแต่ละฉบับ เพื่อนำมาเปรียบเทียบและปรับใช้กับบริบทด้านต่างๆ ของประเทศไทย

4.1 กฎหมายในระดับรัฐบาลกลาง (Federal Law)

ถึงแม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะยังไม่มีความหมายในระดับรัฐบาลกลางที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์โดยเฉพาะ เนื่องจากเกิดข้อขัดแย้งในหลักการสาธารณรัฐนิยม (Federalism) และเกิดข้อถกเถียงในหลักการสำคัญเรื่องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่รองรับโดยรัฐธรรมนูญ (First Amendment) ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงสุด¹¹²

ประเทศสหรัฐอเมริกายังมีความหมายในระดับรัฐบาลกลาง (Federal Law) ที่ให้ความคุ้มครองเด็กและเยาวชน และเกี่ยวข้องกับปัญหาการกลั่นแกล้งออนไลน์ในเด็กและเยาวชน ดังต่อไปนี้

1) Title IX ของพระราชบัญญัติแก้ไขเรื่องการศึกษา (Title IX of the Education Amendments of 1972) ที่บัญญัติว่า “บุคคลใดในสหรัฐอเมริกาย่อมไม่ถูกยกเว้นการเข้าร่วม ถูกปฏิเสธผลประโยชน์ หรือถูกแบ่งแยก ภายใต้โปรแกรมศึกษาหรือกิจกรรมที่ได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากรัฐบาลกลาง ด้วยเหตุทางเพศของบุคคลนั้น”¹¹³ ดังนั้น บทบัญญัติในหมวดนี้จึงอาจครอบคลุมการถูกกลั่นแกล้งออนไลน์ได้ในกรณีการกลั่นแกล้งเนื่องจากความแตกต่างทางเพศ

2) Title VI ของพระราชบัญญัติสิทธิพลเมือง (Title VI of The Civil Rights Act of 1964) บัญญัติว่า “บุคคลใดในสหรัฐอเมริกาย่อมไม่ถูกยกเว้นการเข้าร่วม ถูกปฏิเสธผลประโยชน์ หรือถูกแบ่งแยก ภายใต้โปรแกรมศึกษาหรือกิจกรรมที่ได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากรัฐบาลกลาง ด้วยเหตุเชื้อ

¹¹² Samantha Neiman, Brandon Robers, and Simone Robers, “Bullying: A State of Affairs”, *41J.L & Educ.* (2012) p.603

¹¹³ 20 The United States Code Section 1681(a), <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title20-section1681&num=0&edition=prelim> เข้าสืบค้นเมื่อวันที่ 3 มีนาคม 2560

ชาติ สีผิว หรือพื้นเพทางชาติของบุคคลนั้น”¹¹⁴ เป็นบทบัญญัติที่ห้ามการแบ่งแยกด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว หรือพื้นเพทางชาติ จึงอาจนำมาปรับใช้กับกรณีการกลั่นแกล้งออนไลน์เนื่องจากความแตกต่างทางเชื้อชาติ สีผิว หรือพื้นเพทางชาติ

3) มาตรา 504 ของพระราชบัญญัติการฟื้นฟูสมรรถภาพ (Section 504 of the Rehabilitation Act of 1973) ได้กล่าวในลักษณะเดียวกันว่า บุคคลใดในสหรัฐอเมริกา ย่อมไม่ถูกยกเว้นการเข้าร่วม ถูกปฏิเสธผลประโยชน์ หรือถูกแบ่งแยก ภายใต้โปรแกรมศึกษาหรือกิจกรรมที่ได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากรัฐบาลกลาง ด้วยเหตุความเป็นผู้พิการเพียงอย่างเดียว¹¹⁵ จะเห็นว่าในพระราชบัญญัตินี้ได้ห้ามการแบ่งแยกเนื่องมาจากความพิการไว้ ดังนั้น ในกรณีการกลั่นแกล้งออนไลน์เนื่องจากความพิการจึงอาจนำมาตราในพระราชบัญญัตินี้มาปรับใช้ได้

4) Title II ของพระราชบัญญัติว่าด้วยชาวอเมริกันผู้พิการ (Title II of the Americans with disabilities Act) ได้กำหนดว่า บุคคลผู้พิการทั่วไปย่อมไม่ถูกยกเว้นการเข้าร่วม หรือถูกปฏิเสธผลประโยชน์ที่จะได้รับบริการ โปรแกรม หรือกิจกรรมจากองค์กรรัฐ หรือเป็นผู้ถูกแบ่งแยกจากองค์กรนั้นๆ ด้วยเหตุความเป็นผู้พิการ¹¹⁶ ดังนั้น ผู้ที่ถูกกลั่นแกล้งออนไลน์เนื่องจากความเป็นผู้พิการจึงสามารถอาศัยมาตราของพระราชบัญญัติว่าด้วยชาวอเมริกันผู้พิการนี้ในการฟ้องดำเนินคดีได้

เห็นได้ว่าการบัญญัติกฎหมายในลักษณะข้อ 1) ถึง 4) ดังที่กล่าวมาข้างบนนั้นเป็นการบัญญัติในลักษณะเฉพาะกรณีต่างๆ ตามที่กฎหมายนั้นๆ กำหนดจึงไม่สามารถครอบคลุมการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้ทุกประเภทเนื่องจากสาเหตุของการกลั่นแกล้งออนไลน์ที่พบนั้นมีหลายสาเหตุ

นอกจากนั้น โรงเรียนของรัฐในเขตการศึกษา (School District) ยังอาจถูกดำเนินคดีฐานละเมิดบทบัญญัติต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้นได้ ถ้านักเรียนในโรงเรียนนั้นถูกคุกคาม (harassment) จากนักเรียนด้วยกันเอง ด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว พื้นเพทางชาติ เพศ หรือความพิการ เนื่องจากนักเรียนที่เข้าศึกษาในโรงเรียนรัฐที่ได้รับเงินสนับสนุนจากรัฐบาลกลางย่อมได้รับความคุ้มครองจากบทบัญญัติระดับรัฐบาลกลาง

นอกจากกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นนั้นยังมีกฎหมายระดับรัฐบาลกลางที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์อีกดังต่อไปนี้

¹¹⁴ 42 The United States Code Section 2000d, <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title42-section2000d&num=0&edition=prelim> เข้าสืบค้นเมื่อวันที่ 3 มีนาคม 2560

¹¹⁵ 29 The United States Code Section 794 <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title29-section794&num=0&edition=prelim> เข้าสืบค้นเมื่อวันที่ 3 มีนาคม 2560

¹¹⁶ 42 United States Code Section 12132, <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title42-section12132&num=0&edition=prelim> เข้าสืบค้นเมื่อวันที่ 5 มีนาคม 2560

5) กฎหมายเกี่ยวกับการสื่อสารระหว่างรัฐ (Interstate Communications Act)

เป็นกฎหมายที่อาจเกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์และระบบคอมพิวเตอร์ เช่น กำหนดว่า “บุคคลใดได้ติดต่อสื่อสารระหว่างรัฐโดยมีลักษณะข่มขู่ที่จะลักพาตัวบุคคลอื่นหรือขู่ว่าจะทำให้บุคคลอื่นได้รับบาดเจ็บต้องได้รับโทษตามมาตรานี้...”¹¹⁷ อย่างไรก็ตามบทบัญญัตินี้มีข้อจำกัดเฉพาะการข่มขู่จะทำให้บุคคลอื่นได้รับบาดเจ็บทางกายภาพเท่านั้น ซึ่งการกลั่นแกล้งออนไลน์ส่วนมากไม่ได้มีลักษณะที่เป็นการข่มขู่จะทำให้บุคคลอื่นได้รับบาดเจ็บทางกายภาพ

6) กฎหมายเกี่ยวกับการหลอกลวงและการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ (Computer Fraud and Abuse Act)

กฎหมายฉบับนี้ตราขึ้นมาเพื่อป้องกันการเจาะเข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์ที่ผิดกฎหมายโดยได้กำหนดห้ามผู้ใดโดยตั้งใจเจาะเข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือโดยตั้งใจเจาะเข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นเกินขอบเขตที่ได้รับอนุญาต¹¹⁸ จึงอาจปรับใช้กับการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้ในบางกรณี

7) กฎหมายคุ้มครองการใช้อินเทอร์เน็ตของเด็ก (Children’s Internet Protection Act)¹¹⁹

กฎหมายฉบับนี้ตราขึ้นมาเพื่อควบคุมการใช้งานอินเทอร์เน็ตของเด็กโดยเฉพาะการเข้าถึงเนื้อหาลามกและเนื้อหาที่เป็นอันตรายต่อเด็ก จึงเป็นกฎหมายที่อาจเกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้

อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับแก่ห้องสมุดสาธารณะและโรงเรียนเท่านั้น โดยกฎหมายได้บังคับให้ห้องสมุดและโรงเรียนติดตั้งซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์เพื่อกลั่นกรองและจำกัดการเข้าถึงเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม¹²⁰

8) กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลทางอินเทอร์เน็ตของเด็ก (Child Online Privacy Protection Act)¹²¹

¹¹⁷ 18 U.S.C. Section 875(c).

¹¹⁸ 18 U.S.C. Section 1030

¹¹⁹ P.L. 106-554

¹²⁰ Alison M. Smith, *Protection of Children Online: Federal and State Laws Addressing Cyberstalking, Cyber harassment, and Cyberbullying*, Student Bullying (Nova Science Publishers, Inc. 2014)

เป็นกฎหมายที่กำหนดว่า หากผู้ให้บริการหรือผู้ดูแลเว็บไซต์ จะเก็บข้อมูลส่วนบุคคลทางอินเทอร์เน็ตจากผู้ใช้งานซึ่งเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์อย่างไรบ้างเพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อความปลอดภัยในการใช้อินเทอร์เน็ตของเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี และป้องกันการเอาเปรียบในการหาข้อมูลเพื่อการทำธุรกิจของเว็บไซต์เพื่อการพาณิชย์จึงเป็นกฎหมายที่อาจเกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้ เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้สามารถป้องกันและคุ้มครองไม่ให้บุคคลใดติดตามและนำข้อมูลส่วนบุคคลของเด็กไปใช้เพื่อการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้

9) กฎหมายหมิ่นประมาท (Defamation Law)

การกลั่นแกล้งออนไลน์นั้นอาจเกี่ยวข้องกับกฎหมายหมิ่นประมาท (Defamation law) เนื่องจากการโพสต์ความคิดเห็นในเชิงดูถูกเหยียดหยาม และการข่มขู่ คุกคาม ผ่านพื้นที่ไซเบอร์ อาจเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทหรือการหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา (Libel)¹²²

10) กฎหมายว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสม (Communications Decency Act)

กฎหมายว่าด้วยการสื่อสารที่เหมาะสมเป็นกฎหมายที่ได้กำหนดบทลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิดกฎหมายโดยการส่งข้อมูลหรือเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมไปให้ผู้รับที่มีอายุน้อยกว่า 18 ปี โดยรู้ล่วงหน้าว่าผู้รับมีอายุอยู่ในเกณฑ์ดังกล่าว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการเผยแพร่สิ่งลามกอนาจารบนอินเทอร์เน็ตแก่บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี

โดยกฎหมายฉบับนี้ได้แบ่งประเภทผู้เผยแพร่ข้อมูลที่มีลักษณะหมิ่นประมาทหรือลามกอนาจารและระดับความรับผิดเป็น 3 ระดับ ดังนี้

- (1) ผู้โฆษณาขั้นต้น (Primary Publishers) ให้มีมาตรฐานความรับผิดแบบเคร่งครัด (Strict Liability)
- (2) ผู้จำหน่ายแจกจ่าย (Distributors) ให้มีมาตรฐานความรับผิดแบบต่อเมื่อได้รับแจ้ง (notice-based liability) และ
- (3) ผู้เป็นท่อสายต่อ (Conduits) ไม่ต้องรับผิด¹²³

¹²¹ 15 U.S.C. Section 6504-6506.

¹²² Natasha Rose Manuel, "Cyber-Bullying: Its Recent Emergence and Needed Legislation to Protect Adolescent Victims", 13 *Loy. J. Pub. Int. L.*(2011-2012)p.219

¹²³ เพิ่งอ้าง

อย่างไรก็ตาม มาตรา 223 ของกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งว่าด้วยการควบคุมเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม ได้ถูกศาลพิพากษาว่าเป็นบทบัญญัติที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ เนื่องจากศาลมองว่าเป็นมาตรา 223 นี้เป็นบทบัญญัติที่อาจกระทบสิทธิการเข้าถึงเนื้อหาทางเพศของผู้ใหญ่ ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิของผู้ใหญ่ในการเข้าถึงข้อมูล ดังนั้น มาตรา 223 จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่มีผลบังคับใช้¹²⁴

นอกจากนั้น มาตรา 230 ยังจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider) และผู้ใช้บริการระบบคอมพิวเตอร์เชิงปฏิสัมพันธ์ (Interactive Computer Service) ว่าไม่ต้องรับผิดในฐานะผู้โฆษณาต่อเนื้อหาหรือข้อมูลใดๆ ที่เกิดจากการกระทำของบุคคลอื่น

ตามเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นจึงทำให้การบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ยังขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้เพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการกลั่นแกล้งออนไลน์

11) กฎหมายการคุกคามผ่านทางโทรศัพท์ (Telephone Harassment Act)

เป็นกฎหมายที่อาจเกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์หลังจากที่ได้รับการปรับปรุงแก้ไขในปี 2006 เนื่องจากกฎหมายฉบับปรับปรุงแก้ไขนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อปรับใช้กับการสื่อสารโดยวิธีการส่งสแปมเมล¹²⁵ โดยได้กำหนดห้ามบุคคลใดโทรศัพท์หรือใช้อุปกรณ์การสื่อสารใดๆ ในการก่อกวน สร้างความรำคาญ รบกวน ข่มขู่ หรือคุกคามผู้อื่น โดยตั้งใจและโดยไม่เปิดเผยตัวตน¹²⁶ ดังนั้น กฎหมายฉบับนี้จึงอาจปรับใช้ในกรณีการกลั่นแกล้งออนไลน์โดยการส่งข้อความข่มขู่ คุกคาม ทางอีเมลหรือระบบสื่อสารออนไลน์อื่นๆ ได้

จากที่กล่าวมาข้างต้น จึงเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ก็ยังไม่มีประสิทธิภาพในการปรับใช้กับกรณีการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้อย่างเพียงพอเนื่องจากยังมีเงื่อนไขและข้อจำกัดต่างๆ อยู่มาก เช่น ต้องเป็นการกระทำที่ไม่เปิดเผยตัวตน และสร้างความรำคาญ

12) Interstate Stalking Punishment and Prevention Act¹²⁷

นอกจากนั้น ยังมีกฎหมายระดับรัฐบาลกลางอีกฉบับที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายที่กล่าวมาแล้วในข้อ 11) ที่อาจนำมาปรับใช้ในกรณีการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้ เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดห้าม

¹²⁴ นางสาวพลอยชมพู ม่วงเล็ก, “มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็กบนอินเทอร์เน็ต” <http://law.master.kbu.ac.th/StudentTheses/2558/2558-002.pdf>, เข้าสืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2560

¹²⁵ Jacqueline D. Lipton, “Combating Cyber-Victimization”, 26 *Berkeley Tech. L.J.* (2011)p.1103

¹²⁶ 57 U.S.C. section 223(a)(1)(C) (2006)

¹²⁷ 18 U.S.C section 2261 A(1), (2) (2206)

การคุกคามระหว่างรัฐโดยเฉพาะได้ขยายรวมไปถึงการส่งอีเมล หรือระบบคอมพิวเตอร์เชิงปฏิสัมพันธ์ (Interactive Computer Service) ใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางอารมณ์ที่รุนแรง โดยกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้จำกัดเฉพาะการส่งข้อความไปสู่ผู้รับโดยตรงเท่านั้นและใช้กับกรณีที่ผู้กลั่นแกล้งไม่ใช่บุคคลนิรนาม¹²⁸ จึงต่างจากกฎหมายการคุกคามผ่านทางโทรศัพท์ที่กล่าวมาในข้อ 11)

อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้ปรับใช้ได้เฉพาะกรณีที่เป็นการคุกคามระหว่างรัฐเท่านั้น

จากที่กล่าวมาข้างต้นเห็นได้ว่ากฎหมายระดับรัฐบาลกลาง (Federal Law) ของประเทศสหรัฐอเมริกายังมีข้อจำกัดและไม่สามารถครอบคลุมการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้ทุกประเภท ทำให้การให้คุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการกลั่นแกล้งออนไลน์ไม่มีประสิทธิภาพที่เพียงพอ หลายรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีความพยายามในการแก้ไขปัญหานี้ โดยการออกกฎหมายในระดับรัฐเพื่อเป็นมาตรการคุ้มครองและป้องกันปัญหาการกลั่นแกล้งออนไลน์ในเด็กและเยาวชนโดยเฉพาะซึ่งวิจัยฉบับนี้จะศึกษาโดยละเอียดเพื่อนำมาปรับใช้กับบริบทของประเทศไทยในหัวข้อถัดไป

4.2 กฎหมายในระดับรัฐ (State Law)

ปัจจุบัน 50 รัฐในประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายต่อต้านการกลั่นแกล้ง (Anti-Bullying Law) โดยจำนวน 36 รัฐมีบทบัญญัติที่สามารถตีความรวมไปถึงการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้และจำนวน 25 รัฐมีการระบุห้ามการกลั่นแกล้งออนไลน์ (Anti-Cyber Bullying Law) ไว้โดยตรง¹²⁹ ทั้งนี้ ส่วนมากจะระบุไว้ในประมวลกฎหมายของรัฐเกี่ยวกับการศึกษา (State education codes) ซึ่งส่วนมากจะกำหนดให้เป็นนโยบาย และมีบางรัฐที่ได้ระบุไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของรัฐ

ทั้งนี้ รัฐต่างๆ ที่มีกฎหมายระบุห้ามการกลั่นแกล้งออนไลน์ไว้ ส่วนมากได้ให้นิยามการกลั่นแกล้งออนไลน์ในลักษณะที่คล้ายคลึงกันว่าเป็นพฤติกรรมการกลั่นแกล้งที่เกิดขึ้นโดยอาศัยอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ เป็นเครื่องมือ

อย่างไรก็ดี กฎหมายห้ามการกลั่นแกล้งออนไลน์ในแต่ละรัฐนั้นมีรายละเอียดที่เหมือนและแตกต่างกัน ซึ่งในเบื้องต้นสามารถจัดกลุ่มลักษณะของบทบัญญัติได้ตามหัวข้อดังต่อไปนี้

¹²⁸ Jacqueline D. Lipton, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 125*

¹²⁹ U.S. Department of Education, "Analysing of state bullying Law and Policies", <https://www2.ed.gov/rschstat/eval/bullying/state-bullying-laws/state-bullying-laws.pdf> เข้าถึงเมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม 2560

1) ขอบเขตพื้นที่การคุ้มครอง

ในแต่ละรัฐมีการระบุเขตพื้นที่ที่ห้ามการกลั่นแกล้งออนไลน์แตกต่างกัน โดยสามารถแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม กล่าวคือ รัฐที่ให้ความคุ้มครองเฉพาะภายในบริเวณโรงเรียน และรัฐที่ให้ความคุ้มครองทั้งภายในและภายนอกบริเวณโรงเรียน

ปัจจุบันมีทั้งหมด 14 รัฐที่ให้ความคุ้มครองทั้งภายในและภายนอกบริเวณโรงเรียน¹³⁰ เช่น รัฐ Arkansas ได้ระบุห้ามการกลั่นแกล้งออนไลน์ภายนอกบริเวณโรงเรียนถ้าพฤติกรรมนั้นขัดขวางกิจกรรมของโรงเรียน¹³¹, รัฐ Florida ได้กำหนดว่าโรงเรียนสามารถลงโทษนักเรียนที่มีพฤติกรรมการกลั่นแกล้งออนไลน์นอกบริเวณโรงเรียนได้ถึงพฤติกรรมนั้นขัดขวางหรือจำกัดความสามารถของเหยื่อในการรับบริการ ทำกิจกรรมหรือรับโอกาสต่างๆ จากทางโรงเรียน¹³², Massachusetts กำหนดว่าการกลั่นแกล้งออนไลน์ให้รวมถึงพฤติกรรม ณ สถานที่ กิจกรรม หรือโปรแกรมที่โรงเรียนไม่ได้เกี่ยวข้องด้วย ถ้าพฤติกรรมนั้นได้ก่อให้เกิด “สภาพแวดล้อมที่เป็นปฏิปักษ์” ในโรงเรียน¹³³, Connecticut ระบุว่า นโยบายของโรงเรียนให้รวมถึงพฤติกรรมการกลั่นแกล้งนอกโรงเรียน ถ้าพฤติกรรมดังกล่าวก่อให้เกิด “สภาพแวดล้อมที่เป็นปฏิปักษ์” ในโรงเรียน ขัดขวางสิทธิหรือการศึกษาของเหยื่อ¹³⁴

¹³⁰ เพิ่งอ้าง

¹³¹ “(B) (i) By an electronic act that results in the sub-stantial disruption of the orderly operation of the school or educational environment.” “(ii) This section shall apply to an electronic act whether or not the electronic act originated on school property or with school equipment, if the electronic act is directed specifically at students or school personnel and maliciously intended for the purpose of disrupting school, and has a high likelihood of succeeding in that purpose.” เข้าสืบค้นเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2560 ที่มา <http://law.justia.com/codes/arkansas/2012/title-6/subtitle-2/chapter-18/subchapter-5/section-6-18-514>

¹³² “substantially interferes with or limits the victim’s ability to participate in or benefit from the services, activities, or opportunities offered by a school or substantially disrupts the education process or orderly operation of a school.” เข้าสืบค้นเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2560 ที่มา <http://laws.flrules.org/2013/87>

¹³³ Includes behaviors that occur: “at a location, activity, function or program that is not school-related, or through the use of technology or an electronic device that is not owned, leased or used by a school district or school, if the bullying creates a hostile environment at school for the victim, infringes on the rights of the victim at school or materially and substantially disrupts the education process or the orderly operation of a school.” เข้าสืบค้นเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2560 ที่มา <http://www.malegislature.gov/Laws/SessionLaws/Acts/2010/Chapter92>

¹³⁴ School policies must “include provisions addressing bullying outside of the school setting if such bullying (A) creates a hostile environment at school for the victim, (B) infringes on the rights of the victim at school, or (C) substantially disrupts the education process or the orderly operation of a school...” เข้าสืบค้นเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2560 ที่มา <http://www.cga.ct.gov/2011/TOB/S/2011SB-01138-R00-SB.htm>

ทั้งนี้ ถึงแม้รัฐดังกล่าวมาข้างต้นจะได้ให้ความคุ้มครองการกลั่นแกล้งออนไลน์ที่เกิดขึ้นนอกโรงเรียนได้ แต่ก็ต้องประกอบด้วยองค์ประกอบอื่นๆ เช่น การกลั่นแกล้งนอกโรงเรียนนั้นต้องส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมทางการศึกษา หรือก่อให้เกิดผลกระทบในโรงเรียน

อย่างไรก็ตามกฎหมายห้ามการกลั่นแกล้งออนไลน์ในระดับรัฐนั้น ส่วนมากจะกำหนดบังคับเฉพาะกับโรงเรียนในสังกัดของรัฐเท่านั้น มีเพียงบางรัฐที่บังคับโรงเรียนเอกชนด้วย เช่น

รัฐ Massachusetts ที่กำหนดให้ทุกโรงเรียนทั้งโรงเรียนในสังกัดรัฐและโรงเรียนเอกชนต้องทำรายงานเกี่ยวกับแผนการป้องกันและขัดขวางการกลั่นแกล้งออนไลน์ส่งทุกปี โดยบุคคลากรในโรงเรียนทุกคนต้องผ่านการฝึกอบรมเพื่อป้องกันและขัดขวางการกลั่นแกล้งออนไลน์¹³⁵

รัฐ Illinois กำหนดว่าทุกโรงเรียนในรัฐรวมถึงโรงเรียนเอกชนต้องมีนโยบายต่อต้านการกลั่นแกล้ง โดยนโยบายดังกล่าวต้องประกาศวิธีการแจ้งข้อมูลในกรณีที่มีการกลั่นแกล้งเกิดขึ้น และต้องกำหนดวิธีสอบสวนโดยการสอบสวนต้องทำให้เสร็จสิ้นภายใน 10 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งเหตุการณ์¹³⁶

2) ระดับความรุนแรงของการกลั่นแกล้งออนไลน์

แต่ละรัฐมีการระบุห้ามการกลั่นแกล้งออนไลน์ที่ก่อให้เกิดความรุนแรงหรือความเสียหายไว้อย่างกว้างขวางหลายระดับแตกต่างกัน เช่น ความเสียหายที่เกิดขึ้นทางกายภาพและทางอารมณ์ ความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อทรัพย์สิน รวมไปถึงความเสียหายจากการถูกขัดขวางการศึกษาในโรงเรียนโดยมีหลายรัฐ เช่น รัฐ Arkansas, California, Massachusetts และ Delaware ที่ระบุถึงความเสียหายที่ก่อให้เกิด “สภาพแวดล้อมที่เป็นอุปสรรคต่อการศึกษา”¹³⁷

3) มาตรการทางนโยบาย (School Policies)

ทุกรัฐที่มีกฎหมายห้ามการกลั่นแกล้งออนไลน์ล้วนบังคับให้แต่ละโรงเรียนต้องกำหนดให้การต่อต้านการกลั่นแกล้งออนไลน์เป็นนโยบายของโรงเรียน โดยบางรัฐบังคับให้แต่ละโรงเรียนส่งนโยบายรัฐตรวจสอบดูก่อน ซึ่งนโยบายต่อต้านการกลั่นแกล้งออนไลน์ดังกล่าวให้อาจมีการกำหนดรายละเอียดที่ต่างกันไป เช่น

¹³⁵ Sameer Hinduja and Justin W. Patchin, “State Cyber Bullying Laws: A Brief Review of State Cyberbullying Laws and Policies”, CyberBullying Research Center, accessed 25 April 2017, <https://cyberbullying.org/Bullying-and-Cyberbullying-Laws.pdf>

¹³⁶ เพิ่งอ้าง

¹³⁷ John O. Hayward, “Anti-Cyber Bullying Statutes: Threat to Student Free Speech”, 59 *Cleveland State Law Review* (2011), p.86

รัฐ California กำหนดว่า ทุกโรงเรียนต้องมีนโยบายห้ามการกลั่นแกล้งออนไลน์ โดยต้องมีขั้นตอนการสอบสวนที่ชัดเจน และเจ้าหน้าที่โรงเรียน (School Officials) สามารถสั่งพักการเรียนหรือเสนอให้ไล่ออกได้ในกรณีที่สอบสวนแล้วพบว่ามีกรกลั่นแกล้งออนไลน์เกิดขึ้นจริง¹³⁸

ทั้งนี้ ภายใต้กฎหมายห้ามการกลั่นแกล้งออนไลน์ส่วนมากทุกรัฐได้กำหนดว่า เมื่อเกิดเหตุการณ์กลั่นแกล้งออนไลน์ขึ้นลูกจ้างหรือบุคลากรของโรงเรียน นักเรียน หรือผู้พบเห็นเหตุการณ์ต้องรายงานการกลั่นแกล้งออนไลน์ที่พบเห็นนั้นต่อเจ้าหน้าที่โรงเรียน (School Officials) ของรัฐที่มีอำนาจ

โดยในหลายรัฐ เช่น รัฐ Florida, Massachusetts, และ New Hampshire ได้กำหนดห้ามการแก้แค้นเมื่อมีการรายงานการกลั่นแกล้ง¹³⁹ และในบางรัฐยังได้กำหนดให้ผู้ที่ได้รายงานเท็จต้องรับโทษ

รัฐ Florida กำหนดนิยามของการกลั่นแกล้งว่ารวมถึง การแก้แค้นนักเรียนหรือลูกจ้างโรงเรียนที่ได้รายงานการกลั่นแกล้ง โดยให้ถือว่า การรายงานโดยไม่สุจริตเป็นการแก้แค้น¹⁴⁰

ในบางรัฐยังได้กำหนดให้โรงเรียนต้องเก็บข้อมูลสถิติการกลั่นแกล้งและผลของการสอบสวนที่เกี่ยวข้องและรายงานผลนั้นต่อสาธารณะ¹⁴¹

และหลายรัฐได้กำหนดให้รายงานเหตุการณ์การกลั่นแกล้งต่อผู้ปกครองของเหยื่อ หรือผู้ปกครองของคนกลั่นแกล้ง หรือผู้ปกครองทั้งคู่¹⁴² เพราะการแจ้งนั้นจะช่วยให้เกิดผลดีทั้งต่อเหยื่อและคนกลั่นแกล้งเนื่องจากทำให้สามารถตรวจสอบและดูแลได้ทั้งที่บ้านและโรงเรียน

โดยหลายรัฐได้ประกาศรูปแบบขั้นตอนการสืบสวน สอบสวน การพิจารณา และเอกสารต่างๆ ในกรณีการเกิดเหตุการณ์กลั่นแกล้งออนไลน์อย่างเป็นทางการและเป็นระบบ เพื่อให้การตรวจสอบและการบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

ทั้งนี้ บางรัฐได้ยกเว้นความรับผิดชอบแก่เจ้าหน้าที่โรงเรียน หากได้มีการรายงานเหตุการณ์การกลั่นแกล้งตามหน้าที่ของตนแล้ว ในบางรัฐ เช่น Ohio ได้กำหนดการยกเว้นความรับผิดชอบไว้อย่างเคร่งครัดว่า ลูกจ้างโรงเรียนรัฐ นักเรียน หรืออาสาสมัครจะได้รับการยกเว้นความผิดทางแพ่งจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการ

¹³⁸ Sameer Hinduja and Justin W. Patchin, "State Cyber Bullying Laws: A Brief Review of State Cyberbullying Laws and Policies", CyberBullying Research Center, เข้าสืบค้นเมื่อวันที่ 25 เมษายน 2560 ที่ <https://cyberbullying.org/Bullying-and-Cyberbullying-Laws.pdf>

¹³⁹ John O. Hayward, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 137*

¹⁴⁰ FLA. STAT. section 1006.147(3)(d)(1)

¹⁴¹ Samantha Neiman, Brandon Robers, and Simone Robers, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 112*

¹⁴² เฟิ่งอั้ง

กลั่นแกล้งเป็นรายบุคคล เมื่อได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติเรื่องการรายงานเหตุการณ์ที่กำหนด โดยได้กระทำการรายงานนั้นทันทีโดยสุจริตและสอดคล้องกับขั้นตอนการรายงานที่ระบุไว้ในนโยบาย¹⁴³

นอกจากนั้น 2 ใน 3 ของรัฐที่มีกฎหมายห้ามการกลั่นแกล้งออนไลน์ยังระบุให้มีการพัฒนาและฝึกอบรมเจ้าหน้าที่โรงเรียน นักเรียน และผู้ปกครอง เพื่อให้ตระหนักถึงปัญหาการกลั่นแกล้งออนไลน์ รวมถึงรู้จักการป้องกันการกลั่นแกล้งออนไลน์และการตอบโต้เมื่อมีเหตุการณ์เกิดขึ้น¹⁴⁴ เช่น

รัฐ Mississippi ได้กำหนดให้คณะกรรมการการศึกษาประจำรัฐพัฒนาโปรแกรมการแก้ไขข้อขัดแย้งและการประนีประนอมระหว่างเพื่อนร่วมชั้น

รัฐ New Mexico ได้กำหนดให้ บุคคลากรโรงเรียนที่ได้รับใบอนุญาตทุกคนต้องผ่านการฝึกอบรมการสังเกตลักษณะบ่งบอกของเด็กที่ถูกกลั่นแกล้งออนไลน์¹⁴⁵

รัฐ Oregon ได้กำหนดให้โรงเรียนในสังกัดรัฐทุกโรงเรียนต้องให้ความร่วมมือในโปรแกรมฝึกอบรมสำหรับนักเรียนและลูกจ้างโรงเรียนเกี่ยวกับการป้องกันและการตอบโต้การกลั่นแกล้งออนไลน์ที่เหมาะสม¹⁴⁶

โดยส่วนมากมาตรการการลงโทษผู้กระทำผิดที่กำหนดล้วนแต่เป็นมาตรการการลงโทษทางวินัย เช่น พักการเรียน ไล่ออก

กล่าวโดยสรุป มาตรการทางนโยบาย (School Policies) ที่กำหนดในแต่ละรัฐมีข้อกำหนดสำคัญดังนี้

- (1) กำหนดนิยามการกลั่นแกล้งออนไลน์
- (2) บังคับให้แต่ละโรงเรียนต้องมีนโยบายต่อต้านการกลั่นแกล้งออนไลน์
- (3) กำหนดให้ต้องมีการรายงานการกลั่นแกล้งออนไลน์ที่เป็นมาตรฐาน
- (4) กำหนดขั้นตอนวิธีการสืบสวน สอบสวนกรณีการกลั่นแกล้งออนไลน์
- (5) กำหนดให้มีโปรแกรมการพัฒนาหรือฝึกอบรมสำหรับนักเรียนและเจ้าหน้าที่เพื่อป้องกันการกลั่นแกล้งออนไลน์
- (6) กำหนดมาตรการการลงโทษทางวินัย

¹⁴³ OHIO REV. CODE ANN section 3313.666 (2010)

¹⁴⁴ John O. Hayward, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 137*

¹⁴⁵ Sameer Hinduja and Justin W. Patchin, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 138*

¹⁴⁶ เฝิงอ่าง

4) สิทธิในการดำเนินคดีเพื่อเยียวยาผู้เสียหาย

เนื่องจากโรงเรียนมีหน้าที่ต้องดำเนินการตามมาตรการทางนโยบาย และมีหน้าที่ประกันสิ่งแวดล้อมที่ปลอดภัยในโรงเรียนและติดตามตรวจสอบการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการเรียน เมื่อนักเรียนในโรงเรียนถูกลั่นแกล้งออนไลน์โรงเรียนจึงต้องรับผิดชอบเนื่องจากไม่สามารถปกป้องนักเรียนจากความเสียหายที่สามารถคาดการณ์ได้ โดยโรงเรียน พนักงาน กรรมการหรือผู้เกี่ยวข้องอาจถูกดำเนินคดีทางแพ่งตามกฎหมายที่กำหนดโดยรัฐหรือกฎหมายระดับรัฐบาลกลางได้

อย่างไรก็ตามมาตรการทางนโยบายที่กำหนดโดยรัฐต่าง ๆ นั้น ส่วนมากไม่ได้กำหนดสิทธิในการดำเนินคดีเพื่อเยียวยาผู้เสียหายตามกฎหมายไว้ ดังนั้น เหยื่อหรือผู้เสียหายจึงต้องอาศัยกฎหมายระดับรัฐบาลกลางที่ปกป้องสิทธิทางแพ่งต่างๆ ไว้ โดยเฉพาะสิทธิที่จะไม่ถูกแบ่งแยกด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว หรือพื้นเพทางชาติตั้งที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 4.1 กฎหมายในระดับรัฐบาลกลาง

5) มาตรการทางกฎหมายอาญา

ปัจจุบันนี้มีหลายรัฐที่บัญญัติให้การกลั่นแกล้งเป็นความผิดอาญา เนื่องจากแนวโน้มการกลั่นแกล้งที่มีความรุนแรงมากขึ้นจนอาจเข้าลักษณะพฤติกรรมที่มีความผิดทางอาญา จึงได้มีการเสนอให้ใช้กระบวนการและระบบอาญามาลงโทษผู้กระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นการบัญญัติบทบังคับให้โรงเรียนรายงานการกลั่นแกล้งที่มีแนวโน้มความรุนแรงเป็นการกระทำผิดอาญา หรือการบัญญัติให้การกลั่นแกล้งออนไลน์เป็นความผิดอาญา ซึ่งส่วนมากได้กำหนดให้เป็นความผิดลหุโทษ ซึ่งมีโทษโดยเฉพาะสำหรับเด็กและเยาวชนไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เช่น

5.1) รัฐ North Carolina

ได้ออกกฎหมายที่กำหนดให้การกลั่นแกล้งออนไลน์เป็นความผิดอาญาโดยกำหนดให้เป็นความผิดฐานลหุโทษ มีจุดประสงค์เพื่อปกป้องและคุ้มครองเด็กและเยาวชนทุกคนในรัฐจากการกลั่นแกล้งและการคุกคาม โดยได้เพิ่มบทบัญญัติใน Chapter 14 ในพระราชบัญญัติทั่วไป (General Statute) โดยมีใจความสำคัญดังนี้

§ 14-458.1. เรื่องการกลั่นแกล้งออนไลน์ (Cyberbullying) และกำหนดโทษ

- (a) นอกจากจะได้อำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในพระราชบัญญัตินี้ หากบุคคลได้ใช้คอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์กระทำการดังต่อไปนี้ให้ถือเป็นความผิด

- (1) โดยมีเจตนาที่จะข่มขู่หรือคุกคามผู้เยาว์ ได้สร้างโปรไฟล์ปลอม (Fake Profile) หรือเว็บไซต์ปลอมและโพสต์ข้อความโดยแกล้งเป็นผู้เยาว์ ติดตามผู้เยาว์บนอินเทอร์เน็ตหรือห้องสนทนา (Chat Room) ต่างๆ ซึ่งรวมถึงสังคมออนไลน์เช่น Facebook โพสต์หรือกระตุ้นให้ผู้อื่นโพสต์ข้อมูลส่วนตัวหรือข้อมูลเรื่องเพศที่เกี่ยวกับผู้เยาว์
- (2) โดยมีเจตนาที่จะข่มขู่หรือคุกคามผู้เยาว์หรือพ่อแม่หรือผู้ปกครองของผู้เยาว์ ได้โพสต์รูปภาพจริงหรือปลอมของผู้เยาว์บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เข้าถึง เปลี่ยนแปลงหรือลบข้อมูล
- (3) ประกาศข้อความไม่ว่าจะจริงหรือเท็จเพื่อกระตุ้นให้ผู้อื่นติดตามหรือคุกคามผู้เยาว์
- (4) สำเนาหรือทำให้ต่างกันหรือก่อให้เกิดการกระทำดังกล่าว หรือการสำเนาข้อมูลเกี่ยวกับผู้เยาว์โดยไม่ได้รับอนุญาตเพื่อข่มขู่หรือคุกคามผู้เยาว์คนนั้น
- (5) ลงชื่อผู้เยาว์เข้าร่วมเว็บไซต์บีโดยมีเจตนาเพื่อข่มขู่หรือคุกคามผู้เยาว์
- (6) โดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้เยาว์หรือผู้ปกครอง ลงชื่อผู้เยาว์เข้าร่วมรายการอีเมลหรือ Junk mail โดยมีเจตนาเพื่อข่มขู่หรือคุกคามผู้เยาว์¹⁴⁷

และได้กำหนดให้ผู้ที่กระทำความผิดมาตราข้างต้นมีความผิดฐานกลั่นแกล้งออนไลน์ (Cyberbullying) และต้องรับผิดฐานลหุโทษ (misdemeanor) Class 1 กล่าวคือ มีโทษจำคุกสูงสุด 120 วัน และปรับตามอัตราที่เหมาะสม¹⁴⁸ ถ้าจำเลยมีอายุ 18 ปีหรือแก่กว่าในขณะที่กระทำความผิด และต้องรับผิดฐานลหุโทษ (misdemeanor) Class 2 กล่าวคือ มีโทษจำคุกสูงสุด 60 วันและปรับ 1,000 ดอลลาร์¹⁴⁹ ถ้าจำเลยมีอายุต่ำกว่า 18 ปีในขณะที่กระทำความผิด

เมื่อได้กำหนดให้การกลั่นแกล้งออนไลน์เป็นความผิดอาญาแล้ว ดังนั้น การดำเนินคดีต่อเด็กและเยาวชนของรัฐ North Carolina จึงต้องเป็นไปตามระบบศาลยุติธรรมในคดีอาญา ไม่ได้เป็นเรื่องการลงโทษตามดุลยพินิจของโรงเรียนหรือผู้ปกครอง

¹⁴⁷ N.C. GEN. STAT. § 14-

458.1 http://www.ncleg.net/EnactedLegislation/Statutes/HTML/BySection/Chapter_14/GS_14-458.1.html

¹⁴⁸ § 15A-

1340.23 http://www.ncga.state.nc.us/EnactedLegislation/Statutes/HTML/BySection/Chapter_15a/GS_15a-1340.23.html

¹⁴⁹ เฟิ่งอ้าง

5.2) รัฐ Idaho

ได้ออกกฎหมายที่ให้คำนิยามและห้ามการคุกคาม ข่มขู่ และกลั่นแกล้งออนไลน์ในหมู่นักเรียนโดยกำหนดไว้ใน Idaho Statutes, Title 18, อาญาและการลงโทษ ซึ่งมีใจความสำคัญ ดังนี้

18-917A.การข่มขู่ คุกคาม และกลั่นแกล้ง ของนักเรียน

- (1) ห้ามไม่ให้นักเรียนหรือผู้เยาว์โดยเจตนากระทำหรือร่วมกระทำการข่มขู่ คุกคาม และกลั่นแกล้งนักเรียนคนอื่น
- (2) ซึ่งว่าว่า “ข่มขู่ คุกคาม และกลั่นแกล้ง” ตามมาตรานี้ให้หมายถึงการแสดงท่าทางใดๆ โดยเจตนา หรือการเขียนโดยเจตนา การกระทำโดยคำพูดหรือโดยกายภาพ หรือการคุกคามโดยนักเรียน ซึ่ง
 - (a) วิญญูชน (a reasonable person) ภายใต้สถานการณ์นั้นควรรู้ว่าจะมีผลทำร้ายนักเรียน ก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินของนักเรียน ทำให้นักเรียนกลัวกว่าจะโดนทำร้าย หรือกลัวว่าจะเกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินของตน หรือ
 - (b) มีความรุนแรงพอสมควร ยืนยัน หรือโน้มน้าวได้ว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดการข่มขู่ คุกคาม หรือทำลายสิ่งแวดล้อมในการศึกษาของนักเรียน

ทั้งนี้ การกระทำข่มขู่ คุกคาม และกลั่นแกล้งนั้นให้รวมถึงการกระทำผ่านสายโทรศัพท์ หรือโทรศัพท์ไร้สาย การใช้ข้อมูลหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งสามารถเข้าถึงโดยคอมพิวเตอร์ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเครือข่ายคอมพิวเตอร์
- (3) นักเรียนซึ่งละเมิดมาตรานี้ต้องรับโทษลหุโทษอย่างเบา (infraction)¹⁵⁰

5.3) รัฐ Kentucky

รัฐ Kentucky ได้กำหนดความผิดที่เกี่ยวกับการกลั่นแกล้งออนไลน์ของเด็กและเยาวชนไว้โดยเฉพาะเจาะจงในประมวลกฎหมายอาญาของรัฐ ในเรื่องการสื่อสารที่คุกคาม (Harassing Communications) มาตรา 525.080 Harassing communications. โดยมีใจความสำคัญดังนี้

¹⁵⁰ IDAHO CODE ANN. §18-917A. <https://legislature.idaho.gov/statutesrules/idstat/title18/t18ch9/sect18-917a/>

- (1) บุคคลจะมีความผิดฐานการสื่อสารที่คุกคามเมื่อมีเจตนาข่มขู่ คุกคาม ทำให้รำคาญ หรือทำให้ผู้อื่นกลัวโดยเขาหรือเธอได้
- (c) สื่อสารในขณะที่ได้ลงทะเบียนเป็นนักเรียนของโรงเรียนรัฐท้องถิ่น กับหรือเกี่ยวกับนักเรียนคนอื่น โดยไม่เปิดเผยตนหรือโดยประการอื่นใด โดยใช้โทรศัพท์ อินเทอร์เน็ต จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ หรือการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ในรูปแบบอื่นๆ หรือการเขียนสื่อสารใดๆ ในลักษณะพฤติกรรมที่วิญญูชนภายใต้สถานการณ์เดียวกันควรที่จะก่อให้เกิดนักเรียนอื่นรู้สึกหวาดกลัวว่าจะเกิดความเสียหายต่อร่างกาย หวาดกลัว รู้สึกถูกลดคุณค่า หรืออับอาย โดยไม่ได้มีเจตนาเพื่อเป็นการสื่อสารที่ถูกกฎหมาย

- (2) ผู้ที่กระทำความผิดฐานนี้จะได้รับโทษลหุโทษตาม class B¹⁵¹

จากบทบัญญัติของรัฐต่างๆ ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจะเห็นว่า องค์ประกอบของการกลั่นแกล้งออนไลน์ (Cyber bullying) ที่จะถือเป็นความผิดนั้นมีดังต่อไปนี้

- (1) เป็นการสื่อสารผ่านเครื่องมือสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ
- (2) โดยมีเจตนากลั่นแกล้งในลักษณะที่วิญญูชนในสถานการณ์เช่นนั้นพึงรู้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อนักเรียนหรือผู้เยาว์ และ
- (3) นักเรียนหรือผู้เยาว์นั้นได้รับความเสียหายทั้งต่อทางร่างกาย อารมณ์ จิตใจ หรือทรัพย์สิน

¹⁵¹ <http://www.lrc.ky.gov/Statutes/statute.aspx?id=45228>

บทที่ 5

บทวิเคราะห์กฎหมายของประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกา

5.1 บทวิเคราะห์กฎหมายประเทศไทยที่นำมาใช้กับการกลั่นแกล้งออนไลน์

5.1.1 ปัญหาการปรับใช้กฎหมายของไทยกับการกลั่นแกล้งออนไลน์

เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่ใช้สำหรับการกลั่นแกล้งออนไลน์โดยตรง จึงต้องอาศัยการปรับใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงหรือเกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์แทน ซึ่งอาจพบปัญหาการปรับใช้ดังต่อไปนี้

1. ปัญหาการปรับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326, มาตรา 328 และมาตรา 393 กับ การกลั่นแกล้งออนไลน์

รูปแบบการกลั่นแกล้งออนไลน์ที่พบมากที่สุดในประเทศไทยคือการโดนล้อเลียนและถูกตั้งฉายา จึงอาจปรับใช้กฎหมายอาญาเรื่องหมิ่นประมาท, หมิ่นประมาทโดยการโฆษณา และการดูหมิ่น กับกรณีการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้ อย่างไรก็ตามการปรับใช้กฎหมายอาญาดังกล่าวกับการกลั่นแกล้งออนไลน์ อาจไม่สามารถครอบคลุมการกลั่นแกล้งออนไลน์หรืออาจเกิดปัญหาในการปรับใช้ดังต่อไปนี้

(1) การล้อเลียนกันด้วยข้อเท็จจริงที่เป็นไปไม่ได้

เนื่องจากความผิดฐานหมิ่นประมาทต้องเป็นการกล่าวร้ายยืนยันข้อเท็จจริงและต้องอาศัยข้อเท็จจริงที่เป็นไปได้ดังนั้น การกลั่นแกล้งหรือล้อเลียนกันด้วยข้อความที่เป็นไปไม่ได้จึงไม่เป็นความผิดฐานนี้ เช่น การว่าผู้อื่นว่าเป็น “ผีปอบ”¹⁵² “ซาติหมา”¹⁵³ หรือคำว่า “หน้าผีเปรต”¹⁵⁴ ไม่ผิดฐานหมิ่นประมาท

(2) ข้อความที่กล่าวไม่ได้ทำให้ผู้ถูกกลั่นแกล้งเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง

เนื่องจากความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 ต้องเป็นการใส่ความ “โดยประการที่น่าจะ ทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง” ดังนั้น เพียงแต่กลั่นแกล้งล้อเลียนกันของเด็กและเยาวชนโดยประการที่อาจทำให้ผู้ถูกกลั่นแกล้งรู้สึกด้อยค่า ไม่มั่นใจในตัวเอง เสียใจ เจ็บปวด หรือซีเมเศร้า แต่ไม่ถึงขนาดทำให้ผู้ถูกกลั่นแกล้งนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง จึงไม่อาจปรับใช้มาตรา 326 ในกรณีนี้ได้

¹⁵² ฎีกาที่ 200/2511

¹⁵³ ฎีกาที่ 324/2490

¹⁵⁴ ฎีกาที่ 10/2527

(3) การพิจารณาข้อความหมิ่นประมาทตามความรู้สึกของวิญญูชนทั่วไป

ตามหลักการพิจารณาว่าข้อความที่กล่าวเป็นหมิ่นประมาทหรือไม่ ให้พิจารณาจากความรู้สึกของวิญญูชนทั่วไป แต่กรณีการกลั่นแกล้งนั้นเป็นพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อความรู้สึกของผู้ถูกกลั่นแกล้งโดยตรง หากพิจารณาตามความรู้สึกของวิญญูชนจึงอาจเกิดปัญหาได้ เช่น การกลั่นแกล้งล้อเลียนกันเพื่อความสนุกสนาน บุคคลธรรมดาทั่วไป อาจรู้สึกขบขัน แต่ผู้ถูกกลั่นแกล้งอาจรู้สึกซึมเศร้า เจ็บปวด หรือเสียใจ

(4) ความผิดฐานหมิ่นประมาทต้องมีบุคคลที่สาม

ดังนั้น จึงอาจเกิดปัญหาการปรับใช้ความผิดฐานหมิ่นประมาทในกรณีที่ผู้กลั่นแกล้งออนไลน์ทำการส่งข้อความกลั่นแกล้งผ่านเครื่องมือสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ถึงผู้ถูกกลั่นแกล้งโดยตรง โดยไม่มีบุคคลที่สามทราบถึงข้อความนั้น

(5) ความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาตามมาตรา 328 ต้องอาศัยข้อความที่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326

ดังนั้น ถึงแม้ความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาตามมาตรา 328 จะสามารถนำมาปรับใช้กับการกลั่นแกล้งผ่านเครือข่ายหรือสังคมออนไลน์สาธารณะ เช่น Facebook หรือเว็บไซต์ pantip.com ได้ เพราะเครือข่ายออนไลน์หรือเว็บไซต์ดังกล่าวสามารถเผยแพร่สู่สาธารณชนโดยไม่จำกัดบุคคลได้ แต่การกลั่นแกล้งกันด้วยข้อความที่ไม่ผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 ดังปัญหาที่อาจพบตามข้อ (1) และ (2) ก็ไม่สามารถเป็นความผิดตามมาตรา 328 ได้

(6) ความผิดฐานดูหมิ่นตามมาตรา 393 ต้องกระทำซึ่งหน้า

ถึงแม้การตำหนิด้วยถ้อยคำหยาบคายและการสบประมาทที่ไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทอาจจะมี ความผิดฐานดูหมิ่นได้ เนื่องจากการดูหมิ่นเป็นการประทุษร้ายต่อเกียรติที่บุคคลมีอยู่ในตัวเอง ต่างจะการหมิ่นประมาทที่เป็นการประทุษร้ายต่อเกียรติที่บุคคลมีอยู่ในสังคม แต่จะเป็นความผิดฐานดูหมิ่นตามมาตรา 393 ได้ ต้องเป็นการกระทำซึ่งหน้า การด่ากันโดยห่างระยะทาง เช่น การเขียนจดหมาย หรือการโทรศัพท์ด่ากัน แม้เป็นโทรศัพท์ที่สามารถเห็นหน้าได้ก็ไม่ใช่การดูหมิ่นซึ่งหน้าตามมาตรา 393¹⁵⁵ ดังนั้น มาตรานี้จึงไม่อาจปรับใช้กับการกลั่นแกล้งออนไลน์ที่ส่วนใหญ่เป็นการส่งข้อความกลั่นแกล้งกันโดยห่างระยะทาง เช่น การส่งข้อความกลั่นแกล้งผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือผ่านเครือข่ายสังคมออนไลน์ เพราะเป็นการกระทำโดยระยะทางห่างกัน ไม่ใช่การดูหมิ่นซึ่งหน้า

¹⁵⁵ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, *อ่วงแล้ว เจิงอรรถที่ 51*, 638

2. ปัญหาการปรับใช้ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 397 และมาตรา 392 กับกรกลั่นแกล้งออนไลน์

ถึงแม้ว่าการรังแก ช่มเหง คุกคาม หรือกระทำทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญตามมาตรา 397 ที่แก้ไขเพิ่มเติม อาจสามารถนำมาปรับกับการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้ และถึงแม้การรังแก ช่มเหง คุกคาม หรือกระทำทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ โดยไม่ใช่กำลังประทุษร้ายก็อาจถือเป็นความผิดตามมาตรา 397¹⁵⁶ แต่การกลั่นแกล้งออนไลน์จะมีลักษณะรุนแรงถึงกับเป็นการรังแก ช่มเหง คุกคามหรือไม่ หรือเป็นการกระทำทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญหรือไม่ ยังเป็นเรื่องต้องตีความ

เนื่องจากคำว่า “รังแก” หมายถึง การกลั่นแกล้งทำความเดือดร้อนให้ผู้อื่น¹⁵⁷ ซึ่งมักใช้แก่ผู้ที่มีอำนาจเหนือกว่า¹⁵⁸ เช่นเดียวกับการกลั่นแกล้งแบบดั้งเดิม (Traditional Bullying) ส่วน “ช่มเหง” นั้นหมายถึง การใช้กำลังรังแก¹⁵⁹ และคำว่า “คุกคาม” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 หมายถึง การแสดงด้วยกิริยาหรือวาจาให้หวาดกลัว หรือทำให้หวาดกลัว

แต่การกลั่นแกล้งออนไลน์นั้นผู้กลั่นแกล้งไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือกว่า เพราะส่วนมากผู้กลั่นแกล้งออนไลน์นั้นจะเป็นผู้ที่ไม่เปิดเผยตัวตน และการกลั่นแกล้งออนไลน์ส่วนมากจะเป็นเรื่องของการใช้คำพูด วาจา รูปภาพหรือวิดีโอ กลั่นแกล้งโดยส่งผ่านเครือข่ายออนไลน์หรือเครื่องมือสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ โดยผู้ถูกกลั่นแกล้งอาจไม่รู้สึกหวาดกลัว

นอกจากนั้นในบางกรณีผู้ถูกกลั่นแกล้งอาจไม่รู้สึกได้ “รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ” แต่ได้รับผลกระทบต่ออารมณ์และจิตใจบางประการ เช่น เกิดอารมณ์ เศร้า หดหู่ เสียใจ วิตกกังวล เสียความมั่นใจซึ่งส่งผลกระทบต่อพัฒนาการและการศึกษาของเด็กและเยาวชน การกลั่นแกล้งออนไลน์ในบางกรณีจึงไม่สามารถปรับใช้กับมาตรา 397 นี้ได้ เช่นเดียวกับการปรับใช้มาตรา 392 ที่บัญญัติให้ผู้ที่ทำให้อื่นเกิดความกลัวหรือความตกใจต้องรับผิด เนื่องจากในบางกรณีการกลั่นแกล้งออนไลน์เพื่อพิจารณาจากพฤติการณ์อาจไม่ได้ทำให้ผู้ถูกกลั่นแกล้งเกิดความกลัวหรือตกใจ แต่อาจเกิดความรู้สึกประการอื่นแทน การกลั่นแกล้งออนไลน์ในบางกรณีจึงไม่อาจปรับใช้กับความผิดอาญาตามมาตรา 397 นี้ได้เช่นกัน

¹⁵⁶ ฎีกาที่ 12983/2558

¹⁵⁷ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 54*, 416

¹⁵⁸ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554

¹⁵⁹ สมสรรค์ อธิเวสส์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 84*

3. การปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 และมาตรา 423 กับการกลั่นแกล้งออนไลน์

ถึงแม้ในบางกรณีการกลั่นแกล้งออนไลน์ที่ทำให้ผู้อื่นเสียหายอาจปรับใช้มาตรา 420 ได้ แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการโดนกลั่นแกล้งนั้นมักจะเป็นความเสียหายทางจิตใจ เนื่องจากผู้ที่โดนกลั่นแกล้งอาจได้รับความเสียหายที่กระทบจิตใจ เช่น เกิดอารมณ์ เศร้า หดหู่ วิตกกังวล หรือเสียความเชื่อมั่นในตนเอง ซึ่งเป็นความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้แน่นอน จึงไม่ใช่ความหมายหมายปกติของความเสียหายเพราะไม่ได้มีการลดน้อยถอยลงในเชิงทรัพย์สิน แต่เป็นความเสียหายที่กฎหมายกำหนดไว้ในลักษณะนามธรรม¹⁶⁰ หรืออาจกล่าวว่าเป็นความเสียหายต่อสิทธินอกเหนือกองทรัพย์สิน¹⁶¹ คำสินไหมทดแทนความเสียหายทางจิตใจ หรือความเสียหายต่อสิทธินอกเหนือกองทรัพย์สินนี้จึงจำกัดไว้เฉพาะกรณีที่จำเป็นต้องให้เท่านั้น

นอกจากนั้นศาลไทยยังเคยตีความว่าความเศร้าโศกเสียใจเป็นเพียงอารมณ์ที่เกิดขึ้น ไม่ใช่ความเสียหายตามกฎหมาย ไม่อาจเรียกร้องได้ เพราะไม่มีบทกฎหมายใดที่บัญญัติให้สิทธิเรียกค่าเสียหายในเรื่องนี้ได้ ตามฎีกาที่ 2816/2528 ดังนั้น ความเสียหายที่เกิดจากการกลั่นแกล้งออนไลน์ซึ่งส่วนใหญ่เป็นเรื่องอารมณ์ที่เกิดขึ้นจะเรียกร้องค่าเสียหายได้หรือไม่ เพียงใด ยังเป็นเรื่องที่ต้องรอการตีความจากศาลไทย

ส่วนการละเมิดด้วยคำพูดตามมาตรา 423 ซึ่งทำความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติคุณของบุคคลอื่นนั้น ต้องเป็นการกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความที่ฝ่าฝืนต่อความจริง ดังนั้น ผู้กลั่นแกล้งออนไลน์ได้ส่งข้อความผ่านเครื่องมือสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์หรือโพสต์ข้อความออนไลน์โดยใช้ถ้อยคำหยาบคายหรือถ้อยคำเปรียบเทียบซึ่งไม่ใช่ข้อความอันฝ่าฝืนต่อความเป็นจริงตามมาตรา 423 ก็ไม่อาจเป็นความผิดตามมาตรา 423 ได้ เช่น การที่โจทก์กล่าวเปรียบเทียบจำเลยว่าเหมือนสัตว์ แม้เป็นการกล่าวกระทบถึงจำเลย แต่ก็ไม่ใช่การนำความเท็จหรือข้อความที่ไม่เป็นจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยมากล่าว จึงไม่เป็นการละเมิดตามมาตรา 423¹⁶² ดังนั้น หากการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้ใช้คำพูดกล่าวหาในลักษณะนี้ก็ไม่ได้ถือเป็นความผิดตามมาตรา 423

¹⁶⁰ ศาสตราจารย์ ดร.ศันต์กรณ์ โสทธิพันธุ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 92*, น.93-95

¹⁶¹ ศาสตราจารย์ ดร.จีต เศรษฐบุตร, *หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด* (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พิมพ์ครั้งที่ 8), น. 80-87

¹⁶² ฎีกาที่ 891/2557

4. ปัญหาการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มาตรา 11 มาตรา 14 และมาตรา 16 กับการกลั่นแกล้งออนไลน์

เนื่องจากการกลั่นแกล้งออนไลน์เป็นการกลั่นแกล้งโดยใช้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ เทคโนโลยีการสื่อสารต่างๆ ตลอดจนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตและสังคมออนไลน์ เป็นเครื่องมือสนับสนุนการกลั่นแกล้งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์บางมาตราจึงอาจนำมาปรับใช้กับการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้ เช่น

มาตรา 11 อาจสามารถนำมาปรับใช้กับการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้ในกรณีที่มีการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อกลั่นแกล้งบุคคลเป็นจำนวนมากจนรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์โดยปกติสุข

และยังอาจปรับใช้มาตรา 14(1) หรือ 14(4) กับการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้ หากการกระทำเพื่อกลั่นแกล้งผู้อื่นนั้นได้มีการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลต้องห้าม และปรับใช้มาตรา 14(5) ในกรณีที่ได้เผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลที่ต้องห้ามนั้น เช่น โพสต์ (Post) ข้อมูลต้องห้ามบนเว็บไซต์สาธารณะหรือสังคมออนไลน์ต่างๆ หรือส่งต่อ (Forward) ข้อมูลต้องห้ามไปยังผู้อื่นผ่านจดหมายอิเล็กทรอนิกส์หรือระบบส่งข้อความทันที (instant messaging)

นอกจากนี้ ยังอาจปรับใช้มาตรา 16 ได้ในกรณีที่มีการตัดต่อ เติม หรือดัดแปลงภาพของผู้ถูกกลั่นแกล้งแล้วนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ด้วยวิธีต่างๆ โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้ถูกกลั่นแกล้งเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย

อย่างไรก็ตามมาตรา 11 นั้นมีวัตถุประสงค์คุ้มครองบุคคลจากสแปมเมล (Spam mail) ที่จัดส่งไปยังผู้รับเป็นจำนวนมากเพื่อโฆษณาและจำหน่ายสินค้า จนอาจก่อให้เกิดปัญหาการรบกวนและการหลอกลวงผู้บริโภค ในกรณีการกลั่นแกล้งออนไลน์ซึ่งไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อโฆษณาหรือจำหน่ายสินค้าหรือบริการจะสามารถปรับใช้มาตรานี้ได้หรือไม่ หรือปรับใช้ได้อย่างจำกัด ยังต้องรอการตีความจากศาล

และในบางกรณีอาจปรับใช้มาตรา 11 ไม่ได้เลย เพราะการส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่จะเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้ ต้องกระทำโดยปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของข้อมูล ซึ่งไม่ได้หมายถึงการปกปิดหรือปลอมแปลงโดยใช้ชื่อจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ปลอม แต่หมายถึงการปกปิดหรือปลอมแปลงที่อยู่ไอพี (IP address) ดังนั้น จึงไม่อาจปรับใช้กับการกลั่นแกล้งออนไลน์ของเด็กซึ่งส่วนใหญ่เป็นการกลั่นแกล้งโดยไม่เปิดเผยตัวตนหรือใช้ชื่อปลอม แต่ไม่ได้ปกปิดหรือปลอมแปลงที่อยู่ไอพี

นอกจากนั้น มาตรา 14(1) ยังอาจปรับใช้กับการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้เฉพาะในกรณีที่ผู้กลั่นแกล้งได้นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่บิดเบือน ปลอมทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นเท็จ ซึ่งน่าจะเกิดความเสียหายต่อผู้ถูกกลั่นแกล้ง แต่หากผู้กลั่นแกล้งได้นำข้อมูลที่เป็นความจริงเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ก็ไม่สามารถปรับกับมาตรานี้ได้

และมาตรา 14 ถือเป็นความผิดที่แยกออกมาจากความผิดฐานหมิ่นประมาทและหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

ส่วนในกรณีที่ผู้กลั่นแกล้งได้นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามก เช่น นำรูปภาพหรือวิดีโอที่มีลักษณะอันลามกของผู้ถูกกลั่นแกล้งเข้าสู่ระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือสังคมออนไลน์ต่างๆ ที่บุคคลทั่วไปสามารถเข้าถึงได้ การกลั่นแกล้งออนไลน์ลักษณะนี้ก็อาจปรับใช้มาตรา 14(4) ได้ โดยข้อมูลนี้จะถือว่ามีลักษณะอันลามกยังเป็นเรื่องที่ต้องตีความ โดยสามารถอ้างอิงจากคดีที่ศาลเคยวินิจฉัยไว้ในฐานความผิดตามมาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้ แต่มาตรา 14(4) นี้ไม่ครอบคลุมกรณีที่ผู้กลั่นแกล้งได้นำภาพหรือวิดีโออันมีลักษณะลามกเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้มีลักษณะที่ทำให้ประชาชนทั่วไปเข้าถึงได้

นอกจากที่กล่าวมาข้างต้น มาตรา 16 ยังมีปรับใช้ได้เฉพาะกรณีที่การกลั่นแกล้งเป็นภาพที่เกิดจากการสร้างขึ้น ตัดต่อ เติม หรือดัดแปลง เท่านั้น ดังนั้น หากเป็นภาพจริงๆ ผู้ถูกกลั่นแกล้ง แม้จะอาจทำให้ผู้ถูกกลั่นแกล้งเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย ก็ไม่อาจปรับใช้มาตรานี้ได้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการปรับใช้มาตราต่างๆ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ยังมีข้อจำกัดและไม่สามารถปรับใช้กับการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้ในทุกกรณี เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้ถูกออกแบบมาเพื่อแก้ปัญหาการกลั่นแกล้งออนไลน์โดยตรง

กล่าวโดยสรุป เนื่องจากการกลั่นแกล้งออนไลน์เป็นการกระทำความผิดรูปแบบใหม่ที่ยังไม่มีกฎหมายไทยที่สามารถปรับใช้ได้โดยตรง การกลั่นแกล้งออนไลน์ในหลายกรณีจึงไม่มีความผิดตามกฎหมายไทย

5.1.2 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายไทยกับการกลั่นแกล้งออนไลน์ของเด็กและเยาวชน

ถึงแม้ว่าในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในปัจจุบันจะได้มีการบัญญัติให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ตลอดจนสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เสรีภาพในเคหสถาน เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัวไว้ ซึ่งเด็กและเยาวชนย่อมได้รับความคุ้มครองสิทธิดังกล่าวผู้ใดจะมาละเมิดมิได้ แต่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศที่กำหนดสถานะและความสัมพันธ์ขององค์กรที่ใช้อำนาจในการปกครองรัฐต่อกันหรือต่อประชาชน แต่ไม่ได้ใช้บังคับระหว่างบุคคลกับบุคคลด้วยกัน

เอง¹⁶³ ดังนั้น บุคคลที่ถูกกลั่นแกล้งออนไลน์จะอ้างถึงบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญที่ให้ความคุ้มครองฟ้องร้อง บุคคลที่กลั่นแกล้งออนไลน์ไม่ได้ แต่ต้องฟ้องร้องโดยอาศัยกฎหมายลูกอื่นๆ ซึ่งประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์ เช่น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ลักษณะของการกลั่นแกล้งที่เปลี่ยนไปจากการกลั่นแกล้งทางกายภาพไปสู่การกลั่นแกล้งออนไลน์ทำให้การบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์ของเด็กและเยาวชนยังมีปัญหา ดังต่อไปนี้

(1) ปัญหาการไม่สามารถระบุตัวผู้กระทำความผิด

เนื่องจากการกระทำความผิดออนไลน์หรือพื้นที่ไซเบอร์อาจกระทำด้วยการไม่เปิดเผยตัวเอง ในหลายกรณีจึงไม่สามารถดำเนินคดีได้เพราะไม่สามารถระบุตัวผู้กระทำความผิดได้ เช่น การดำเนินคดีฐานหมิ่นประมาทในระหว่างปี พ.ศ. 2550-2558 มีสัดส่วนคดีที่ไม่รู้ตัวผู้กระทำความผิด 6.44% และสัดส่วนคดีที่ไม่รู้ตัวผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มาตรา 14(4) ในระหว่างปี พ.ศ. 2550-2558 มีสูงถึง 78.16%¹⁶⁴

(2) เหยื่อ ผู้ถูกกลั่นแกล้ง หรือผู้พบเห็นเหตุการณ์ที่เป็นเด็กและเยาวชนมักไม่กล้าเปิดเผยเหตุการณ์กลั่นแกล้งนั้นหรือเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดี

(3) ความผิดบางฐานเป็นความผิดลหุโทษ

ซึ่งหากผู้ต้องหาได้ชำระค่าปรับตามที่พนักงานสอบสวนได้เปรียบเทียบแล้วคดีอาญาย่อมเลิกกันได้ตามมาตรา 37 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนั้น ผู้กระทำความผิดก็ไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดี

5.2 บทวิเคราะห์กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

5.2.1 กฎหมายในระดับรัฐบาลกลาง (Federal Law)

เนื่องจากในระดับรัฐบาลกลางของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการกลั่นแกล้งออนไลน์โดยตรง จึงเกิดปัญหาของการปรับใช้กฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งออนไลน์ในลักษณะเดียวกับการปรับใช้กฎหมายของไทย กล่าวคือ กฎหมายต่างๆ ในระดับรัฐบาลกลางสามารถนำมาปรับใช้กับ

¹⁶³ ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา พิมพ์ครั้งที่ 3), หน้า 1-5

¹⁶⁴ ดร.พัฒนาพร โกวพัฒน์กิจ, ผศ.ดร.ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, ผศ.ดร.ณัฐพล อัสสะรัตน์, “โครงการวิจัยแนวโน้มของพฤติการณ์ในการกระทำความผิดคดีอาญาเกี่ยวกับเทคโนโลยีสารสนเทศ”, เอกสารประกอบการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะ

การกลั่นแกล้งออนไลน์ของเด็กและเยาวชนได้อย่างจำกัดและในบางกรณีก็ไม่สามารถปรับใช้กับกฎหมายใดๆ ได้เลย เช่น

Title IX ของพระราชบัญญัติการศึกษาฉบับแก้ไข สามารถปรับใช้ได้เฉพาะกับกรณีการกลั่นแกล้งออนไลน์อันเนื่องมาจากความแตกต่างทางเพศเพียงกรณีเดียว ส่วน Title VI ของพระราชบัญญัติสิทธิพลเมืองก็สามารถนำมาปรับใช้ได้กับกรณีการกลั่นแกล้งอันเนื่องมาจากความแตกต่างทางเชื้อชาติ สีผิว หรือพันพทางชาติเท่านั้น และอาจปรับใช้พระราชบัญญัติการฟื้นฟูสมรรถภาพและพระราชบัญญัติว่าด้วยชาวอเมริกันผู้พิการเฉพาะกับกรณีการกลั่นแกล้งอันเนื่องมาจากความพิการ ดังนั้น หากการกลั่นแกล้งออนไลน์นั้นเกิดจากสาเหตุอื่นก็ไม่สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติต่างๆ เหล่านี้ได้

นอกจากนั้น ถึงแม้จะมีการกำหนดให้โรงเรียนรับผิดชอบต่อพฤติกรรมที่ละเมิดบทบัญญัติต่างๆ ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่โรงเรียนจะต้องรับผิดชอบเมื่อพฤติกรรมนั้นมีความรุนแรงมากพอที่จะก่อให้เกิด “สภาพแวดล้อมที่เป็นปฏิปักษ์” และพฤติกรรมการกลั่นแกล้งหรือการคุกคามดังกล่าวได้ถูกกระตุ้นจากสภาพแวดล้อมในโรงเรียน และโรงเรียนยอมให้พฤติกรรมดังกล่าวเกิดขึ้น หรือการแก้ไขปัญหานั้นไม่เพียงพอ หรือลูกจ้างของโรงเรียนรู้แล้วเพิกเฉย¹⁶⁵

อย่างไรก็ตาม อาจเกิดปัญหาการตีความว่าในกรณีใดบ้างที่จะถือว่ามี “สภาพแวดล้อมที่เป็นปฏิปักษ์” และกรณีใดบ้างที่โรงเรียนจะต้องรับผิดชอบต่อพฤติกรรมกลั่นแกล้งหรือการคุกคามนั้น กล่าวคือ โดยหลักโรงเรียนจะต้องจัดการแก้ไขปัญหที่เกิดจากพฤติกรรมการกลั่นแกล้งต่างๆ หากโรงเรียนได้รู้หรือควรได้รู้ถึงพฤติกรรมนั้น หรือลูกจ้างซึ่งเป็นวิญญูชนของโรงเรียนได้รู้ถึงการกลั่นแกล้งนั้น หรือควรรู้หากได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานวิญญูชน ให้ถือว่าโรงเรียนได้รู้หรือควรได้รู้ถึงพฤติกรรมนั้นด้วย เช่น ในกรณีที่การกลั่นแกล้งโดยเพื่อนนักเรียนในโรงเรียนนั้นเกิดขึ้นตามทางเดินของโรงเรียน ในชั้นเรียน หรือกิจกรรมนอกเวลาในโรงเรียน หรือในรถโรงเรียน อาจเป็นหลักฐานเพียงพอที่จะแสดงว่าโรงเรียนได้รู้หรือควรได้รู้ถึงพฤติกรรมการกลั่นแกล้งดังกล่าว เพราะเหตุการณ์นั้นเกิดขึ้นในบริเวณโรงเรียนที่นักเรียนหรือพนักงานของโรงเรียนรู้หรือควรได้รู้ถึงเหตุการณ์ดังกล่าว

แต่ในบางกรณีการกลั่นแกล้งโดยเฉพาะการกลั่นแกล้งออนไลน์อาจไม่สามารถเห็นได้อย่างชัดเจน โรงเรียนจึงอาจต้องดำเนินการสืบสวนเพื่อนำไปสู่การค้นพบหลักฐานต่างๆ เพิ่มเติม ซึ่งเมื่อรวมหลักฐานต่างๆ นั้นเข้าด้วยกันแล้วอาจก่อให้เกิด “สภาพแวดล้อมที่เป็นปฏิปักษ์”¹⁶⁶ จากความไม่ชัดเจนดังกล่าวข้างต้นจึงอาจ

¹⁶⁵Jessica Brookshire, “Civil Liability for Bullying: How Federal Statutes and State Tort Law Can Protect our Children”, 370 *Cumberland Law Review* Vol.45:2 (2015)

¹⁶⁶ เพิ่งอ้าง

ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความคำว่า “สภาพแวดล้อมที่เป็นปฏิปักษ์” และอาจเป็นอุปสรรคสำหรับการดำเนินคดีของเหยื่อที่ถูกกลั่นแกล้ง

เช่น ในคดี *Davis v. Monroe*¹⁶⁷ ที่ศาลได้ตัดสินเรื่องการคุ้มครองทางเพศตามกฎหมาย Title IX ของพระราชบัญญัติแก้ไขเรื่องการศึกษา (Title IX of the Education Amendments of 1972) โดยศาลได้ตัดสินว่า Title IX สามารถสั่งโรงเรียนให้จ่ายค่าชดเชยส่วนตัวได้ เนื่องจากโรงเรียนได้ก่อให้เกิด “สภาพแวดล้อมที่เป็นปฏิปักษ์” จากการล้มเหลวในการใช้มาตรการปฏิบัติต่อนักเรียนผู้กระทำผิด อย่างไรก็ตาม ศาลยังได้ระบุต่อไปว่าการที่จะถือว่าโรงเรียนก่อ “สภาพแวดล้อมที่เป็นปฏิปักษ์” ได้นั้น โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าพฤติกรรมคุกคามที่เกิดขึ้น “มีความรุนแรง แพร่หลาย และเป็นพฤติกรรมที่ก้าวร้าวอย่างแท้จริง” ซึ่งได้กีดกีดโอกาสทางการศึกษาของเหยื่อที่จะได้รับจากโรงเรียน และโรงเรียนนั้นได้ปฏิบัติต่อปัญหาการคุกคามด้วย “ความไม่ใส่ใจอย่างตั้งใจ” ในกรณีที่ได้ตระหนักถึงพฤติกรรมดังกล่าว

ต่อมาศาลล่างยังได้อาศัยคำตัดสินนี้เป็นมาตรฐานในการตัดสินคดี โดยศาลยังมีอำนาจตีความหรือพิจารณาตีความอย่างยืดหยุ่นได้ว่าโรงเรียนที่ถูกกล่าวหาว่า “สภาพแวดล้อมเป็นปฏิปักษ์” และโรงเรียนได้ปฏิบัติต่อปัญหาการคุกคามด้วย “ความไม่ใส่ใจอย่างตั้งใจ” หรือไม่เป็นกรณีกรณีไป

เช่น ในคดี *Vance v. Spencer County Public School District*¹⁶⁸ ศาล the Sixth Circuit ได้อธิบายของถ้อยคำ “ความไม่ใส่ใจอย่างตั้งใจ” ว่าหมายถึง กรณีที่โรงเรียนในเขตการศึกษาได้ตระหนักว่า มาตรการเยียวยาของตัวเองต่อพฤติกรรมคุกคามนั้นไม่เพียงพอและไม่มีประสิทธิภาพ โรงเรียนดังกล่าวต้องหามาตรการอื่นที่เหมาะสมตามบริบทเพื่อกำจัดพฤติกรรมคุกคามดังกล่าวต่อไป หากโรงเรียนในได้รู้ว่ามีมาตรการของตัวเองนั้นไม่มีประสิทธิภาพแต่ยังคงใช้มาตรการนั้นๆ ต่อไปเหมือนเดิม ให้ถือว่าโรงเรียนดังกล่าวล้มเหลวในการปฏิบัติต่อกรณีปัญหาอย่างสมควรแก่เหตุ จึงถือได้ว่าโรงเรียนได้ปฏิบัติต่อปัญหาการคุกคามด้วย “ความไม่ใส่ใจอย่างตั้งใจ”

ทั้งนี้ ถึงแม้ผู้ถูกกลั่นแกล้งอาจจะฟ้องดำเนินคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายได้ตามบทบัญญัติที่กล่าวมาข้างต้น ผู้ถูกกลั่นแกล้งก็สามารถฟ้องโรงเรียนในเขตการศึกษาได้เท่านั้น ไม่รวมถึงโรงเรียนเอกชน (Private School) และจะดำเนินคดีกับลูกจ้างหรือพนักงานของโรงเรียนเป็นรายบุคคลไม่ได้ เนื่องจากต้องดำเนินคดีต่อผู้ที่ได้รับเงินสนับสนุนจากรัฐบาลกลางโดยตรงซึ่งก็คือตัวโรงเรียนเท่านั้น¹⁶⁹ เป็นที่น่าสังเกตว่าในกรณีนี้คำตัดสินก็ไม่ได้กำหนดความรับผิดชอบของโรงเรียนต่อพฤติกรรมการกลั่นแกล้งอย่างชัดเจน หากแต่เปิดช่องให้เหยื่อฟ้องโรงเรียนได้ในกรณีที่โรงเรียนไม่ได้ดำเนินการใดๆ แม้จะรู้ว่ามีการกลั่นแกล้งเกิดขึ้นภายในโรงเรียน

¹⁶⁷ *Davis ex rel. LaShonda D. v. Monroe County Bd. of Ed.*, 526 U.S. 629 (1999).

¹⁶⁸ 231 F.3d 253 (6th Cir. 2000)

¹⁶⁹ Jessica Brookshire, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 165*

นอกจากนั้นแม้ผู้ถูกลั่นแกล้งอาจจะประสบความสำเร็จในคดีและได้รับค่าชดเชย แต่จากคำตัดสินของศาลต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้นก็ยังไม่สามารถใช้เป็นแนวทางในการบริหารโรงเรียนเพื่อป้องกันการลั่นแกล้งในอนาคตได้ ต่อมา The Department of Education's Office of Civil Rights ของสหรัฐอเมริกาจึงได้ออกเอกสารเพื่อเป็นแนวปฏิบัติสำหรับโรงเรียนต่อการคุกคามทางเพศภายใต้ Title IX โดยระบุรายการตัวแปรต่างๆ เพื่อให้โรงเรียนใช้ในการตัดสินว่าพฤติกรรมการคุกคามทางเพศโดยลูกจ้างของโรงเรียน นักเรียน หรือบุคคลที่สามที่เกิดขึ้นนั้น มีความร้ายแรงพอที่จะปฏิเสธหรือจำกัดความสามารถของนักเรียนในการเข้าร่วมหรือได้รับประโยชน์จากโปรแกรมต่างๆ ของโรงเรียนหรือไม่¹⁷⁰ โดยตัวแปรต่างๆ นั้น ได้รวมถึงระดับความรุนแรงของพฤติกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อนักเรียนที่หลากหลาย เช่น ประเภท ความถี่ ช่วงเวลาของพฤติกรรม ตัวตนและความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกระทำ จำนวนบุคคลที่เกี่ยวข้อง อายุและเพศของผู้ถูกระทำ รวมไปถึง ขนาดโรงเรียน สถานที่ที่เกิดเหตุ และบริบทต่างๆ ที่อาจเกี่ยวข้อง¹⁷¹

อนึ่ง แนวปฏิบัตินี้ยังเป็นเพียงแนวปฏิบัติเมื่อเกิดเรื่องการคุกคามทางเพศเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ความพยายามดังกล่าวจึงยังถือว่ามีประสิทธิภาพน้อยในการแก้ไขปัญหาการลั่นแกล้งที่เกิดขึ้นในโรงเรียน

อีกทั้งแนวปฏิบัติที่กล่าวมาข้างต้นยังขึ้นอยู่กับพฤติกรรมและสภาพแวดล้อมประกอบหรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นเพียงเรื่องของสามัญสำนึกเท่านั้น โดยต้องอาศัยการวิเคราะห์หลังเกิดเหตุการณ์เป็นกรณีกรณีไป และแนวปฏิบัติดังกล่าวยังไม่ได้บังคับให้โรงเรียนต้องออกนโยบายเพื่อป้องกันการเกิดเหตุให้สอดคล้องกับ Title IX¹⁷²

ต่อมาศาลล่างยังได้ใช้เหตุผลของศาลสูงในคดี Davis มาปรับใช้กับกรณีที่เกิดการละเมิดสิทธิอื่นๆ ที่บุคคลหนึ่งได้รับการคุ้มครองตามที่ระบุอยู่ในพระราชบัญญัติของรัฐบาลกลางต่างๆ ในการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อกรณีการลั่นแกล้งเนื่องมาจากเหตุอื่นๆ นอกจากเหตุทางเพศ เช่น

- ในคดี *Zeno v. Pine Plains Central School District*¹⁷³ โจทก์ได้ฟ้องโรงเรียนเนื่องจากเขาถูกลั่นแกล้งโดยเพื่อนนักเรียนเป็นเวลาตลอด 3 ปีเนื่องมาจากเรื่องเชื้อชาติของโจทก์ ซึ่งเป็นเรื่องที่ได้รับการคุ้มครองตาม Title VI ของพระราชบัญญัติสิทธิพลเมือง (Title VI of The Civil Rights Act of 1964) ในกรณีนี้ศาลพิจารณแล้วเห็นว่าพฤติกรรมการลั่นแกล้ง “มีความ

¹⁷⁰ U.S. DEP'T OF EDUC., OFFICE FOR CIVIL RIGHTS, REVISED SEXUAL HARASSMENT GUIDANCE: HARASSMENT OF STUDENTS BY SCHOOL EMPLOYEES, OTHER STUDENTS, OR THIRD PARTIES (2001), <https://www2.ed.gov/about/offices/list/ocr/docs/shguide.pdf> เข้าสืบค้นเมื่อวันที่ 5 เมษายน 2560

¹⁷¹ เพิ่งอ้าง

¹⁷² Samantha Neiman, Brandon Robers, and Simone Robers, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 112*

¹⁷³ 702 F.3d 655 (2d Cir. 2012).

รุนแรง แพร่หลาย และเป็นพฤติกรรมที่ก้าวร้าวอย่างแท้จริง” และโรงเรียนได้ปฏิบัติต่อการกลั่นแกล้งเนื่องมาจากเชื้อชาตินั้นโดย “ความไม่ใส่ใจอย่างตั้งใจ” จึงตัดสินใจให้โรงเรียนจ่ายค่าเสียหายให้แก่โจทก์

- ในคดีที่มีการกลั่นแกล้งเนื่องมาจากเหตุความเป็นผู้พิการ ซึ่งเป็นเรื่องที่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 504 ของพระราชบัญญัติการฟื้นฟูสมรรถภาพ (Section 504 of the Rehabilitation Act of 1973) และตาม Title II ของพระราชบัญญัติว่าด้วยชาวอเมริกันผู้พิการ (Title II of the Americans with disabilities Act)

กล่าวโดยสรุป-โรงเรียนอาจต้องรับผิดชอบต่อการกลั่นแกล้งที่เกิดขึ้นภายใต้กฎหมายระดับรัฐบาลกลาง ถ้าเหยื่อหรือผู้ถูกกลั่นแกล้งสามารถพิสูจน์ได้ 5 ประการ ดังนี้

- (1) นักเรียนที่ถูกกลั่นแกล้งนั้นได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ และได้ถูกกลั่นแกล้งด้วยเหตุต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนด เช่น เรื่องเพศ สัญชาติ ความพิการ
- (2) โรงเรียนที่ถูกฟ้องนั้นเป็นโรงเรียนของรัฐที่ได้รับเงินสนับสนุนจากรัฐบาลกลาง
- (3) การกลั่นแกล้งที่เกิดขึ้นนั้น “มีความรุนแรง แพร่หลาย และเป็นพฤติกรรมที่ก้าวร้าวอย่างแท้จริง”
- (4) โรงเรียนมี “สภาพแวดล้อมที่เป็นปฏิปักษ์”
- (5) โรงเรียน ลูกจ้างหรือพนักงานผู้รับผิดชอบของโรงเรียนได้ตระหนักถึงพฤติกรรมการกลั่นแกล้ง แต่กลับปฏิบัติต่อปัญหาการกลั่นแกล้งนั้นด้วย “ความไม่ใส่ใจอย่างตั้งใจ”

กฎหมายในระดับรัฐบาลกลางจึงมีข้อจำกัดเพราะไม่รวมถึงโรงเรียนเอกชน (Private School) และสามารถฟ้องได้ด้วยเหตุกลั่นแกล้งที่จำกัดอีกทั้งเป็นการยากในการพิสูจน์ว่าการกลั่นแกล้งที่เกิดขึ้นนั้น “มีความรุนแรง แพร่หลาย และเป็นพฤติกรรมที่ก้าวร้าวอย่างแท้จริง”, โรงเรียนมี “สภาพแวดล้อมที่เป็นปฏิปักษ์”, และโรงเรียน ลูกจ้างหรือพนักงานผู้รับผิดชอบของโรงเรียนได้ตระหนักถึงพฤติกรรมการกลั่นแกล้ง แต่กลับปฏิบัติต่อปัญหาการกลั่นแกล้งนั้นด้วย “ความไม่ใส่ใจอย่างตั้งใจ” และยังเป็นเพียงการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุหรือเป็นการจัดการหลังจากเกิดเหตุเท่านั้น โดยไม่มีแนวทางการป้องกันเพื่อไม่ให้เกิดเหตุในอนาคต

นอกจากนี้กรณีที่กำลังมาข้างหน้า การปรับใช้ความผิดฐานหมิ่นประมาทในระดับรัฐบาลกลางกับการกลั่นแกล้งออนไลน์ ยังเกิดปัญหาการปรับใช้ในลักษณะที่คล้ายคลึงกับการปรับใช้กฎหมายของไทย เนื่องจากในคดีหมิ่นประมาทของประเทศสหรัฐอเมริกาโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ตามองค์ประกอบดังต่อไปนี้

- (a) ข้อความหมิ่นประมาทและข้อความเท็จนั้นเป็นข้อความเกี่ยวกับโจทก์
- (b) ข้อความหมิ่นประมาทได้ถูกเผยแพร่สู่บุคคลที่สามโดยที่ผู้กล่าวข้อความนั้นไม่มีเอกลีขีและ
ความคุ้มกัน
- (c) เป็นการกระทำความผิดโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ
- (d) ความเสียหายที่สามารถฟ้องเป็นคดีได้หรือความเสียหายพิเศษนั้นเกิดจากการเผยแพร่ข้อความ
หมิ่นประมาทนั้น¹⁷⁴

โดยการที่จะเข้าองค์ประกอบ (a) ของความผิดฐานหมิ่นประมาทได้นั้นข้อความที่กล่าวต้องมี
ลักษณะเป็นข้อเท็จจริง การใช้สำนวนที่เกินจริงหรือการใช้คำไม่สุภาพนั้นไม่เพียงพอที่จะเป็นข้อความหมิ่น
ประมาท¹⁷⁵ เช่น

ในคดี *FinKel v. Dauber*¹⁷⁶ โจทก์ฟ้องจำเลยซึ่งเป็นเยาวชนในฐานะหมิ่นประมาทและผู้ปกครองใน
ฐานขาดความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลเยาวชนนั้น ในคดีนี้จำเลยเป็นผู้ดูแลกลุ่มลับในเฟซบุ๊กชื่อ
“90 Cents Short of a Dollar” ได้โพสต์ข้อความโดยไม่ได้เอ่ยชื่อโจทก์โดยตรงแต่ได้ใช้ชื่อเรียกว่า “11th
cent.” ซึ่งมีข้อความว่า “โจทก์ได้รับเชื้อ AIDS จากแอฟริกาเนื่องจากการมีเพศสัมพันธ์กับสัตว์หลายชนิด
และได้แพร่เชื้อโดยการใช้น้ำร่วมกับผู้เสพยาเสพติดคนอื่น นอกจากนั้นโจทก์ยังมีกิจกรรมทางเพศร่วมกับโสเภณี
ผู้ชาย และได้รับเชื้อที่ติดต่อทางเพศสัมพันธ์ จนค่อยๆ กลายเป็นปัสสาวะ” ศาลฎีกาแห่ง Nassau County ได้
ตัดสินว่าในกรณีนี้ไม่ครบองค์ประกอบของความผิดฐานหมิ่นประมาท และคอมพิวเตอร์ไม่ถือเป็นอุปกรณ์
อันตรายที่ผู้ปกครองขาดความระมัดระวังในการดูแลการใช้งาน เนื่องจากข้อความที่ปรากฏดังกล่าวเป็น
ข้อความซึ่งไม่น่าจะเป็นไปได้ บริบทและน้ำเสียงที่สื่อถึงความไม่มั่นคงและการทำตามอารมณ์ของเยาวชน โดย
ข้อความหยาบคายนั้นเป็นเพียงความพยายามสร้างความขบขันเท่านั้น จึงขาดองค์ประกอบข้อ (a) ของ
ความผิดฐานหมิ่นประมาทที่กำหนดว่าข้อความที่กล่าวต้องมีลักษณะเป็นข้อเท็จจริง

จากคดีที่กล่าวมาข้างต้น เห็นได้ว่าการกลั่นแกล้งออนไลน์หากจะผิดฐานหมิ่นประมาทได้นั้น
วิญญูชนผู้อ่านข้อความต้องสามารถเชื่อได้ว่าข้อความที่กล่าวนั้นเป็นข้อเท็จจริง เนื่องจากตามทฤษฎีเรื่อง
กฎหมายหมิ่นประมาท กฎหมายหมิ่นประมาทถูกสร้างขึ้นมาเพื่อปกป้องบุคคลจากข้อความเท็จซึ่งมีแนวโน้ม
เป็นอันตรายต่อชื่อเสียงเกียรติยศของบุคคลดังกล่าว ดังนั้น กฎหมายหมิ่นประมาทจึงอาจไม่เพียงพอที่จะ

¹⁷⁴ Restatement (Second) of Torts, Section 558 (1977).

¹⁷⁵ *Finkel v. Dauber*, 29 Misc.3d 325, 325 (2010).

¹⁷⁶ เพิ่งอ้าง

คุ้มครองเด็กหรือผู้เยาว์ที่โดนกลั่นแกล้งในบางกรณี เพราะเด็กหรือผู้เยาว์ที่ถูกกลั่นแกล้งอาจเชื่อว่าการถูกล้อ โดยข้อความที่ไม่น่าเชื่อนั้นสะท้อนภาพที่เพื่อน ๆ มองตัวเด็กหรือผู้เยาว์คนนั้น เด็กหรือผู้เยาว์จึงอาจได้รับผลกระทบทางจิตใจจากข้อความประเภทที่ผู้ใหญ่หรือวิญญูชนทั่วไปมองว่าเป็นข้อความที่ไม่มีสาระหรือข้อความซึ่งไม่น่าเป็นไปได้

และการกลั่นแกล้งออนไลน์ส่วนมากเป็นการสื่อสารผ่านระบบข้อความส่วนตัว จึงอาจไม่เข้าลักษณะองค์ประกอบฐานหมิ่นประมาทตามข้อ (b) เนื่องจากไม่มีการเผยแพร่ต่อบุคคลที่สาม ยกเว้น เป็นการโพสต์เผยแพร่ผ่านเว็บไซต์สาธารณะต่างๆ จึงจะครบองค์ประกอบตามข้อ (b) ได้¹⁷⁷

นอกจากนั้น กฎหมายหมิ่นประมาทจึงอาจไม่เพียงพอที่จะช่วยเยียวยาเหยื่อจากการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้ ในกรณีที่จำเลยยกต่อสู้ว่าข้อความของจำเลยเป็นเพียงการแสดงความคิดเห็นโดยชอบธรรมเท่านั้น และจำเลยอาจได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ (First Amendment) ในเรื่องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น¹⁷⁸

การหมิ่นประมาทออนไลน์ยังเกิดปัญหาในการบังคับคดี เนื่องจากความคิดเห็นที่หมิ่นประมาทในพื้นที่ไซเบอร์นั้นผู้อ่านสามารถเข้าถึงได้ในวงกว้าง และข้อความดังกล่าวยังสามารถถูกเผยแพร่ซ้ำแล้วซ้ำอีกได้ง่ายและรวดเร็วบนอินเทอร์เน็ต ดังนั้น จึงเป็นเรื่องยากที่จะหาคนที่เป็นผู้เริ่มต้นกล่าวถ้อยคำหมิ่นประมาทนั้น

ส่วนกฎหมายคุ้มครองการใช้งานอินเทอร์เน็ตของเด็กก็ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอย่างกว้างขวาง เนื่องจากมาตรการการจำกัดการเข้าถึงข้อมูลและข่าวสารของเด็กอาจเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญเรื่องเสรีภาพในการรับรู้ข่าวสารและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น¹⁷⁹ เช่น ในคดี *Finkel v Dauber*¹⁸⁰ ศาลตัดสินว่าโรงเรียนอาจเซ็นเซอร์การริเริ่มแสดงความคิดเห็นของนักเรียนได้เฉพาะในกรณีที่การกระทำนั้นอาจนำไปสู่สภาพแวดล้อมที่ “รบกวนต่อการศึกษาอย่างมาก” เท่านั้น ดังนั้น กรอบอำนาจของโรงเรียนในการออกกฎการใช้งานอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวข้องกับการแสดงออกทางความคิดเห็นจึงไม่มีความแน่นอน

นอกจากที่กล่าวมาข้างต้น กฎหมายอื่นๆ ในระดับรัฐบาลกลางก็ยังมีข้อจำกัดและปัญหาการตีความในการปรับใช้กับกรณีการกลั่นแกล้งออนไลน์อยู่มาก เช่น

¹⁷⁷ Natasha Rose Manuel, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 122*

¹⁷⁸ *เพิ่งอ้าง*

¹⁷⁹ F Cassim, “Formulating adequate legislation to address cyber-bullying: Has the law kept pace with advancing technology?”, 26 *S. Afr. J. Crim. Just.* (2013) 1

¹⁸⁰ 29 Misc.3d 325 (2010).

กฎหมายเกี่ยวกับการหลอกลวงและการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ไม่สามารถปรับใช้กับกรณีการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้ เนื่องจากจุดประสงค์เดิมของกฎหมายตัวนี้นั้นไม่ได้มุ่งคุ้มครองการโจมตีส่วนบุคคลแต่ในคดี *United States v. Drew*¹⁸¹ อัยการได้ฟ้องจำเลยภายใต้กฎหมายฉบับนี้เนื่องมาจากการจำเลยซึ่งเป็นมารดาของเพื่อนในชั้นเรียนของเด็กหญิง Meier ที่มีอายุ 13 ปี ได้เข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาตเพื่อกลั่นแกล้ง Meier ผ่านทางสังคมออนไลน์ ด้วยการปลอมเป็นเด็กผู้ชายชื่อ Evans ซึ่งต่อมา Evans ได้ส่งข้อความในเชิงดูถูกและคุกคาม Meier รวมถึงข้อความที่กล่าวว่า “โลกนี้คงน่าอยู่มากขึ้นถ้าไม่มีเธอ” จนเป็นเหตุให้ Meier ฆ่าตัวตาย ซึ่งศาลล่างได้ใช้กฎหมายเกี่ยวกับการหลอกลวงและการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ (Computer Fraud and Abuse Act) นี้กำหนดโทษทางอาญาแก่บุคคลที่ละเมิดข้อตกลงการใช้บริการ (terms of service) ของเว็บไซต์ Myspace

แต่ต่อมาศาลอุทธรณ์ได้กลับคำตัดสินดังกล่าว โดยศาลอุทธรณ์พิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติในกฎหมายเกี่ยวกับการหลอกลวงและการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ที่นำมาปรับใช้นี้ตกเป็นโมฆะเพราะความไม่ชัดเจน (Void for Vagueness) เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวไม่ได้ระบุพฤติกรรมที่ลงโทษนี้ไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง ดังนั้น การที่จำเลยทำผิดข้อตกลงการใช้บริการโดยการลงทะเบียนปลอมเป็นบุคคลอื่นจึงไม่สามารถถูกลงโทษตามกฎหมายนี้ได้ จากกรณีนี้เองจึงเป็นอีกหนึ่งในสาเหตุที่ทำให้เกิดการเรียกร้องให้ออกกฎหมายเพื่อลงโทษการกลั่นแกล้งออนไลน์เป็นการเฉพาะเจาะจง¹⁸²

และกฎหมายการคุกคามผ่านทางโทรศัพท์ที่ยังมีข้อจำกัดในการปรับใช้กับการกลั่นแกล้งออนไลน์ในกรณีการโพสต์ข้อความหรือข้อมูลผ่านเว็บไซต์สาธารณะหรือสังคมออนไลน์ต่างๆ เพราะกฎหมายฉบับนี้ครอบคลุมเฉพาะกรณีที่มีการส่งข้อความไปสู่ผู้รับโดยตรงเท่านั้น จึงไม่สามารถปรับใช้กับการกลั่นแกล้งออนไลน์บนเว็บไซต์สาธารณะหรือสังคมออนไลน์ต่างๆ และกฎหมายฉบับนี้ยังบังคับใช้กับกรณีที่ผู้กลั่นแกล้งไม่เปิดเผยตัวตนเท่านั้น ดังนั้น จึงไม่สามารถนำกฎหมายฉบับนี้มาปรับใช้ในกรณีที่ผู้กลั่นแกล้งเปิดเผยตัวตนหรือผู้ถูกกลั่นแกล้งสามารถระบุตัวตนผู้กลั่นแกล้งได้¹⁸³

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นว่ากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาในระดับรัฐบาลกลางนั้นยังมีข้อจำกัดและปัญหาในการปรับใช้กับการกลั่นแกล้งออนไลน์ตลอดจนปัญหาการตีความเป็นอย่างมาก

¹⁸¹ *United States v. Drew*, 259 F.R.D. 449 (C.D. Cal. 2009)

¹⁸² Jacqueline D. Lipton, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 125*

¹⁸³ เพิ่งอ้าง

เนื่องจากจุดมุ่งหมายในการออกกฎหมายต่างๆ นั้นแต่เดิมไม่ได้มีจุดมุ่งหมายในการออกเพื่อแก้ไขปัญหาคารก่ล้นแกลงออนไลน์ แต่เป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อปรับใช้กับกรณีเฉพาะตามบทบัญญัติต่างๆ

ดังนั้น จึงจำเป็นต้องวิเคราะห์กฎหมายในระดับรัฐของอเมริกาซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อจัดการกับปัญหาคารก่ล้นแกลงออนไลน์โดยตรง เพื่อนำมาปรับใช้กับปัญหาคารก่ล้นแกลงออนไลน์ของเด็กและเยาวชนในไทยต่อไป

5.2.2 กฎหมายในระดับรัฐ (State Law)

กฎหมายการก่ล้นแกลงออนไลน์ในระดับรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือ 1.)มาตรการเชิงนโยบายที่กำหนดไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับการศึกษาของรัฐ (State Education Codes) และ 2.)มาตรการทางอาญา ซึ่งทั้งสองแนวทางมีทั้งข้อดีหรือข้อสนับสนุนและข้อเสียหรือข้อจำกัดดังต่อไปนี้

1.)มาตรการเชิงนโยบายที่กำหนดไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับการศึกษาของรัฐ (State Education Codes)

1) เป็นมาตรการเชิงรุกสำหรับป้องกันไม่ให้เกิดการก่ล้นแกลงออนไลน์เกิดขึ้นล่วงหน้าได้¹⁸⁴ เช่น การกำหนดให้มีโปรแกรมการพัฒนาหรือฝึกอบรมสำหรับนักเรียนและเจ้าหน้าที่หรือบุคลากรของโรงเรียนเพื่อจัดการหรือป้องกันการก่ล้นแกลงออนไลน์ สามารถลดหรือยับยั้งการเกิดการก่ล้นแกลงออนไลน์ได้ จากผลวิจัยของ Bradshaw ในปี 2015 พบว่าโปรแกรมการให้คำปรึกษาหรือโปรแกรมการจัดการปัญหาความรุนแรงสามารถลดหรือยับยั้งการเกิดปัญหาคารก่ล้นแกลงได้¹⁸⁵ ต่างจากมาตรการทางอาญาที่เป็นเพียงมาตรการเชิงรับหรือมาตรการลงโทษหลังจากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วซึ่งมาตรการเชิงรุกหรือมาตรการการป้องกันควรเป็นมาตรการที่รัฐให้ความสำคัญเป็นอันดับแรก

2) เป็นมาตรการที่ให้ทุกคนในโรงเรียนไม่ว่าจะเป็นนักเรียน หรือบุคลากรในโรงเรียน มีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาย่างแท้จริง¹⁸⁶ เช่น การกำหนดให้พยานที่พบเห็นเหตุการณ์ มีหน้าที่ต้องรายงานเหตุการณ์การก่ล้นแกลงออนไลน์นั้น

¹⁸⁴ Jessica P. Meredith, "Combating Cyberbullying: Emphasizing Education over Criminalization," *Federal Communications Law Journal* 63, Issue 1: 334.

¹⁸⁵ Catherine Bradshaw, "School-based Prevention of Bullying and Related Behavior Problems", last modified n.d., accessed April 25, 2017, <http://cebcp.org/wp-content/CB2015/Bradshaw.pdf>

¹⁸⁶ Alicia K. Albertson, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 111*, 257.

3) มีมาตรการการแก้ไขปัญหาหลังเกิดเหตุการณ์การกลั่นแกล้งออนไลน์อย่างเป็นรูปธรรม กล่าวคือ มีการกำหนดขั้นตอนและวิธีการสืบสวนสอบสวน ตลอดจนมาตรการลงโทษทางวินัย เช่น หักคะแนน พักการเรียน หรือไล่ออก

4) การระบุให้เป็นหน้าที่ของโรงเรียนอย่างชัดเจนในกฎหมายเกี่ยวกับการศึกษาของรัฐมีผลทำให้โรงเรียนต่างๆ ต้องดำเนินนโยบายป้องกันและแก้ไขปัญหการกลั่นแกล้งออนไลน์อย่างจริงจังมีเช่นนั้นโรงเรียนอาจถูกฟ้องดำเนินคดีทางแพ่งเมื่อมีการกลั่นแกล้งออนไลน์เกิดขึ้นเนื่องจากการละเลยหน้าที่ป้องกันการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้ เช่น ในคดี *Furek V. U. of Del* ศาลฎีกาของรัฐ Delaware ตัดสินว่ามหาวิทยาลัยแห่งเมือง Delaware อาจมีความผิดจากเหตุการณ์ที่นักเรียนถูกกลั่นแกล้ง เนื่องจากมีหน้าที่รับผิดชอบในความปลอดภัยของนักเรียน¹⁸⁷

ข้อเสียหรือข้อจำกัด

1) มาตรการลงโทษทางวินัยสามารถยับยั้งอัตราการเกิดปัญหาการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้น้อยกว่า มาตรการทางอาญา จากสถิติอัตราการกลั่นแกล้งออนไลน์ก่อนและหลังออกกฎหมายที่มีจำนวนต่างกันเพียงเล็กน้อยของรัฐ Indiana, New jersey และ Georgia เป็นต้น เนื่องจากเด็กหรือเยาวชนไม่มีความรู้สึกเกรงกลัวต่อบทลงโทษทางวินัย¹⁸⁸

2) ไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ในกรณีที่โรงเรียนปกปิดหรือเพิกเฉยต่อเหตุการณ์การกลั่นแกล้งออนไลน์ เนื่องจากแนวทางแก้ไขปัญหามารูปแบบนี้ต้องการความร่วมมือของโรงเรียน¹⁸⁹ รัฐที่มีปัญหาในเรื่องดังกล่าวจึงควรแก้ไขบทบัญญัติโดยกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของโรงเรียนที่ไม่ให้ความร่วมมืออย่างชัดเจน

3) มาตรการเชิงนโยบายของหลายรัฐยังจำกัดแค่ในบริเวณโรงเรียนหรือการกลั่นแกล้งออนไลน์โดยใช้อุปกรณ์ของโรงเรียน อีกทั้งยังจำกัดแค่โรงเรียนในสังกัดของรัฐ¹⁹⁰ จึงไม่สามารถแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งออนไลน์ที่อาจเกิดขึ้นได้ทุกที่ทุกเวลา แม้เป็นเวลาหลังเลิกเรียนหรือแม้แต่ในสถานส่วนบุคคลดังนั้น รัฐที่มีการจำกัดขอบเขตในการคุ้มครองจึงควรแก้ไขมาตรการเชิงนโยบายของรัฐให้ครอบคลุมไปนอกบริเวณโรงเรียน โดยเฉพาะการกลั่นแกล้งออนไลน์ที่อาจส่งผลกระทบต่อการศึกษา

¹⁸⁷ Duffy B. Trager, "New Tricks for Old Dogs: The Tinker Standard Applied to Cyber-Bullying," *Journal of Law & Education* 38, Issue3 (July 2009): 560-561

¹⁸⁸ Alicia K. Albertson, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 111*, 243-271.

¹⁸⁹ Alicia K. Albertson, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 111*, 258.

¹⁹⁰ U.S. Department of Education, "Analysis of State Bullying Laws and Policies."

2.) มาตรการทางอาญา

ข้อดีหรือข้อสนับสนุน

1) เป็นมาตรการที่ได้ผลในการยับยั้งการเกิดการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้มากกว่ามาตรการลงโทษทางวินัย เห็นได้จากสถิติอัตราการเกิดการกลั่นแกล้งออนไลน์ที่ลดลง เช่น อัตราการเกิดการกลั่นแกล้งออนไลน์ในรัฐ North Carolina ลดลง 18 เปอร์เซ็นต์หลังจากบัญญัติให้การกลั่นแกล้งออนไลน์เป็นการกระทำผิดอาญาเพียง 2 ปี¹⁹¹ และอัตราของนักเรียนที่มีประสบการณ์เรื่องการกลั่นแกล้งออนไลน์ของรัฐ Kentucky ที่ลดลงจาก 17.4% ในปี 2011 เป็น 13.2% ในปี 2013¹⁹² เนื่องจากเด็กและเยาวชนรู้สึกกลัวการถูกดำเนินคดีทางอาญาและถูกจับกุม ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อชื่อเสียง การศึกษาต่อในระดับมหาวิทยาลัย ตลอดจนอาจถูกตัดสิทธิ์ในการมีส่วนร่วมในกิจกรรมต่างๆ ในอนาคต

2) นักเรียนหรือเยาวชนควรรับผิดชอบการกระทำซึ่งมีความร้ายแรงในลักษณะเดียวกับการกระทำที่ถูกบัญญัติเป็นความผิดอาญาฐานอื่นๆ เช่น การคุกคาม เนื่องจากมนุษย์ทุกคนมีอิสระในการเลือกกระทำหรือไม่กระทำ ดังนั้น มนุษย์จึงควรรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเองหากเลือกที่จะละเมิดกฎหมายของสังคม¹⁹³ กระบวนการทางอาญาเป็นมาตรการบังคับให้ผู้กระทำผิด เช่น การกลั่นแกล้งออนไลน์ ต้องรับผลจากการตัดสินใจในกระทำนั้นๆ ของตัวเอง ในกรณีเด็กและเยาวชนซึ่งยังเป็นผู้ที่ยังมีความสามารถในการตัดสินใจไม่สมบูรณ์รัฐจึงควรมีวิธีการดำเนินคดีอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนโดยเฉพาะ¹⁹⁴

ข้อเสียหรือข้อจำกัด

1) มาตรการทางอาญาอาจขัดต่อรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา (First Amendment) เรื่องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เพราะบทบัญญัติห้ามการกลั่นแกล้งออนไลน์ที่กว้างไป และการให้คำนิยามที่ไม่ชัดเจนว่าการสื่อสารในลักษณะใดถือเป็นการกลั่นแกล้งออนไลน์ เนื่องจากรัฐธรรมนูญสหรัฐระบุห้ามรัฐกำหนดให้การพูดหรือการแสดงความคิดเห็นเป็นความผิดเพียงเพราะคำพูดหรือการแสดงความคิดเห็นนั้นสร้างความรู้สึกไม่สบายใจหรือก่อความรำคาญต่อกลุ่มคนที่เป็นเป้าหมาย¹⁹⁵

¹⁹¹ เฟิงอ่าง

¹⁹² เฟิงอ่าง

¹⁹³ Fight Crime: Invest in kids

¹⁹⁴ ผู้ช่วยศาสตราจารย์อังฉริยา ชูตินันท์, *กฎหมายเกี่ยวกับคดีเด็ก เยาวชน และคดีครอบครัว* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2549)

¹⁹⁵ Lyrissa Barnett Lidsky and Andrea Garcia, "How not to Criminalize Cyberbullying", *Missouri Law Review* Vol 77 (Summer 2012):693

เช่น กรณีรัฐ North Carolina Supreme Court ได้ตัดสินว่า N.C.G.S. §14-458.1(a)(1)(d) ขัดกับรัฐธรรมนูญ เพราะบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้บัญญัติอย่างแคบเพียงพอและเหมาะสมกับการปกป้องเด็กและเยาวชนจากการกลั่นแกล้งออนไลน์ อีกทั้ง ไม่ได้ให้คำนิยามการกระทำที่ถือเป็นความผิดอย่างชัดเจน¹⁹⁶

2) การกลั่นแกล้งออนไลน์ในบางลักษณะอาจทับซ้อนกับความผิดอาชญาฐานอื่นๆ ที่มีบทบัญญัติอยู่แล้วและอาจปรับใช้กับการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้ เช่น ความผิดฐานหมิ่นประมาท หรือคุกคามและผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายอาญาบางส่วนยังเชื่อว่ากฎหมายอาญาที่มีอยู่เพียงพอสำหรับดำเนินคดีที่เกี่ยวกับการกลั่นแกล้งออนไลน์แล้ว ดังนั้น การบัญญัติให้การกลั่นแกล้งออนไลน์เป็นความผิดอาญาอีกฐานหนึ่งจึงอาจก่อให้เกิดภาวะที่เรียกว่ากฎหมายอาญาเพื่อ (Overcriminalization)¹⁹⁷



¹⁹⁶ State of North Carolina v. Robert Bishop, In the Supreme Court of North Carolina No.223PA15

¹⁹⁷ Jessica P. Meredith, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 184, 327

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ตามที่กล่าวมาเห็นได้ว่าปัญหาการกลั่นแกล้งในสังคมออนไลน์ของเด็กและเยาวชนไทยเป็นปัญหาสำคัญที่ยังไม่มีกฎหมายออกมารองรับหรือแก้ไขโดยตรง จึงไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้อย่างมีประสิทธิภาพ ต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีกฎหมายในระดับรัฐที่ออกแบบมาเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งออนไลน์ไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ มาตรการเชิงนโยบายและมาตรการทางอาญา ซึ่งทั้งสองมาตรการมีทั้งข้อดีและข้อเสียแตกต่างกัน

ถึงแม้ว่าการกลั่นแกล้งออนไลน์จะเป็นการกระทำความผิดในรูปแบบใหม่ เนื่องจากเป็นการกระทำความผิดที่ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด แต่การกลั่นแกล้งก็เป็นพฤติกรรมที่มีมาแต่ดั้งเดิม ไม่ใช่พฤติกรรมที่เกิดขึ้นใหม่แต่อย่างใด ดังนั้น จากการศึกษาจึงพบว่ามาตรการทางอาญาของไทยที่มีอยู่เดิมยังสามารถนำมาปรับใช้กับการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้ในบางกรณี เช่น ความผิดฐานหมิ่นประมาท และการรังแก ข่มเหง หรือคุกคามตามมาตรา 397 หากจะกำหนดให้การกลั่นแกล้งออนไลน์เป็นความผิดใหม่ขึ้นมาอีกฐาน อาจเกิดปัญหาการทับซ้อนกับความผิดอาญาฐานอื่นๆ ได้

ทั้งนี้ จากการศึกษาจากกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า การนำมาตรการทางอาญามาใช้เพื่อลงโทษการกระทำความผิดทุกกรณีอาจไม่ใช่ทางออก นอกจากนั้น ในปัจจุบันมาตรการทางอาญาของหลายรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกายังมีปัญหาในเรื่องการขัดรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะปัญหาการขัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ประชาชนทุกคนรวมไปถึงเด็กและเยาวชนพึงมี ดังนั้น หากจะกำหนดให้การกลั่นแกล้งออนไลน์เป็นฐานความผิดอาญาฐานใหม่ควรต้องมีการศึกษาวิจัยเพิ่มเติมเพื่อแยกระหว่างพฤติกรรมที่ควรหรือไม่ควรลงโทษทางอาญา เพราะหากจะลงโทษทางอาญาแก่นักเรียนเพียงเพราะคำพูดของเขาที่อาจสร้างความไม่สบายใจแก่ผู้ฟังก็อาจจะไม่เหมาะสมและได้สัดส่วนต่อการกระทำนั้น และนักเรียนยังควรมีสติเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ดังนี้ และกฎหมายใหม่ควรระบุให้ชัดเจนว่าการกระทำหรือคำพูดลักษณะใดถือเป็นการกลั่นแกล้งออนไลน์อันมีความผิดทางอาญา

อีกทั้ง การกำหนดโทษทางอาญาใหม่ควรมีให้น้อยที่สุด โดยกำหนดโทษทางอาญาเท่าที่จำเป็น เพื่อหลีกเลี่ยงภาวะกฎหมายอาญาเฟ้อ (Overcriminalization) กล่าวคือ ภาวะที่มีความผิดทางอาญามากจนเกินความจำเป็น จนทำให้การบังคับใช้ไม่มีประสิทธิภาพและยังอาจก่อให้เกิดปัญหาภาระในทางราชทัณฑ์¹⁹⁸

¹⁹⁸ สำนักวิชาการและสำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *สาระสังเขปประเด็นปฏิรูปประเทศไทยด้านกระบวนการยุติธรรม*, (กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร: 2557), 99-100

วิจัยนี้ฉบับจึงเสนอให้ดำเนินคดีอาญากับเด็กและเยาวชนเฉพาะกรณีการกลั่นแกล้งออนไลน์ที่มีลักษณะรุนแรงจนเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาที่มีอยู่เดิมเท่านั้น เช่น ความผิดฐานรังแก ข่มเหงหรือคุกคาม ความผิดฐานหมิ่นประมาท ความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม รัฐยังมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองและดูแลเด็กและเยาวชนเป็นพิเศษเพื่อให้เด็กมีพัฒนาการและเติบโตได้อย่างเต็มที่ทั้งทางร่างกายและจิตใจ เมื่อสังคมออนไลน์มีความซับซ้อนมากกว่าสังคมจริง พฤติกรรมการกระทำความผิดในสังคมออนไลน์ก็ย่อมมีความซับซ้อนมากขึ้นตามไปด้วย การลงโทษตามกฎหมายอาญาเพียงอย่างเดียวจึงไม่สามารถแก้ไขปัญหาทั้งหมดได้ และอาจไม่ครอบคลุมเพียงพอ ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องมีมาตรการทางกฎหมายอื่นๆ ประกอบด้วยเพื่อปกป้องและคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการศึกษากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า มีมาตรการที่ประเทศไทยสามารถนำมาปรับใช้เพื่อแก้ปัญหาการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้ กล่าวคือ มาตรการในเชิงนโยบายของรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งจากการศึกษาพบว่า เป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้เป็นอย่างดีแต่ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายในเชิงนโยบายที่เกี่ยวกับการกลั่นแกล้งออนไลน์ดังกล่าว

วิจัยฉบับนี้จึงเสนอให้นำมาตรการเชิงนโยบายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ระบุในพระราชบัญญัติการศึกษาของรัฐ โดยให้นำข้อกำหนดสำคัญแต่ละข้อที่สรุปได้จากนโยบายของแต่ละรัฐมาใช้กับประเทศไทยและให้ระบุข้อกำหนดดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ เนื่องจากพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติเป็นกฎหมายแม่บทในการจัดการศึกษาของประเทศไทย ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาแล้วพบว่า มีหมวด 4 แนวทางการจัดการศึกษา และหมวด 9 เทคโนโลยีเพื่อการศึกษาแห่งพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับนโยบายการป้องกันการกลั่นแกล้งออนไลน์จึงมีข้อเสนอมาตรการทางกฎหมายดังนี้

1) กำหนดให้สถานศึกษามีหน้าที่ดำเนินนโยบายต่อต้านการกลั่นแกล้งออนไลน์ และกำหนดให้สถานศึกษาจัดหลักสูตรการเรียนรู้และป้องกันการกลั่นแกล้งออนไลน์ โดยให้ระบุหน้าที่ของสถานศึกษาไว้อย่างชัดเจนในหมวด 4 แนวทางการจัดการศึกษา แห่งพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ

2) กำหนดให้มีหน่วยงานกลางทำหน้าที่พิจารณาเสนอแนวทางและนโยบายต่อต้านการกลั่นแกล้งออนไลน์ รวมทั้งการประเมินคุณภาพและประสิทธิภาพของนโยบายดังกล่าว ไว้ในหมวด 9 เทคโนโลยีเพื่อการศึกษา แห่งพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ

3) ให้นำหน่วยงานกลางพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์วิธีการรายงาน การสืบสวนสอบสวนในกรณีที่เกิดเหตุการณ์การกลั่นแกล้งออนไลน์ และกำหนดมาตรการการลงโทษทางวินัยที่เหมาะสม ตลอดจนกำหนดให้ดำเนินคดีอาญากับเด็กและเยาวชนในกรณีที่การกลั่นแกล้งออนไลน์นั้นมีลักษณะเป็นความผิดอาญา

4) กำหนดบทลงโทษสถานศึกษาที่ไม่ดำเนินนโยบายต่อต้านการกลั่นแกล้งออนไลน์หรือปกปิดหรือเพิกเฉยต่อเหตุการณ์การกลั่นแกล้งออนไลน์

ข้อเสนอแนะอื่นๆ

1) ให้สถานศึกษาช่วยเหลือผู้ถูกกลั่นแกล้งในการดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำผิดกรณีที่มีการกลั่นแกล้งออนไลน์ในลักษณะที่เป็นความผิดทางอาญาเกิดขึ้น

2) ให้รัฐบาลจัดสรรงบประมาณเพื่อฝึกอบรมการจัดการปัญหาการกลั่นแกล้งออนไลน์ให้แก่บุคลากรในสถานศึกษา

3) ให้สถานศึกษาร่วมกับบุคคล ครอบครัว ชุมชน และสถาบันสังคมอื่น ส่งเสริมการเรียนรู้เรื่องการกลั่นแกล้งออนไลน์ ตลอดจนการแลกเปลี่ยนประสบการณ์ต่างๆ เพื่อให้เข้าใจและตระหนักถึงความสำคัญของปัญหา และแนวทางการแก้ไขปัญหาที่ถูกต้อง

ตัวอย่างนโยบายและหลักเกณฑ์เพื่อต่อต้านการกลั่นแกล้งออนไลน์

ข้อ 1. ให้สถานศึกษากำหนดนิยามของการกลั่นแกล้งออนไลน์ให้ชัดเจน ให้รวมถึงการกลั่นแกล้งโดยใช้คอมพิวเตอร์ ระบบอินเทอร์เน็ต โทรศัพท์เคลื่อนที่ หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นๆ เพื่อเป็นเครื่องมือในการกลั่นแกล้งผู้อื่นด้วยวิธีการใดๆ

ข้อ 2. ให้สถานศึกษามีข้อกำหนดห้ามนักเรียนในสังกัดของตนกลั่นแกล้งออนไลน์ผู้อื่นโดยมีเจตนาและข้อห้ามนี้ไม่จำกัดแค่ภายในบริเวณสถานศึกษา

ข้อ 3. กำหนดให้นักเรียน อาจารย์ ลูกจ้าง รวมถึงพนักงานโรงเรียน ที่พบเห็นเหตุการณ์มีหน้าที่ต้องแจ้งต่อผู้อำนวยการสถานศึกษานั้นๆ หรือกรรมการผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้อง

ข้อ 4. ให้สถานศึกษากำหนดโทษที่เหมาะสมแก่ผู้กลั่นแกล้งออนไลน์

ข้อ 5. ให้สถานศึกษากำหนดขั้นตอนการรายงานการกลั่นแกล้งออนไลน์ และให้อนุญาตให้บุคคลนิรนามหรือผู้ไม่ประสงค์ออกนามสามารถเป็นผู้รายงานการกลั่นแกล้งออนไลน์ได้

ข้อ 6.ให้สถานศึกษาแจ้งผู้ปกครองของนักเรียนที่ถูกกลั่นแกล้งและนักเรียนที่เป็นผู้กลั่นแกล้งโดยทันที
ภายในระยะเวลาอันสมควรและให้แจ้งดำเนินคดีทางอาญาในกรณีที่มีการกลั่นแกล้งนั้นเป็นความผิดทางอาญา

ข้อ 7.สถานศึกษาต้องจัดให้มีหลักสูตรการเรียนรู้และป้องกันการกลั่นแกล้งออนไลน์ให้แก่ทุกคนใน
สถานศึกษา



1. คณพล จันทน์หอม. *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558.
2. นายคนโท ก้วนหิน, ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลในระบบกฎหมายไทย
3. จีต เศรษฐบุตร. *หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด*. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปี พ.ศ. 2556
4. ชาญวิทย์ พรนภดล. “ความชุกและปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นแกล้งบนโลกไซเบอร์ ในระดับชั้น ม. 1-3.” *ผู้จัดการ online*. แก๊ซครั้งล่าสุด 18 มิถุนายน 2560, สืบค้นเมื่อ 20 มิถุนายน 2560. <http://www.manager.co.th/Cyberbiz/ViewNews.aspx?NewsID=9600000061934>
5. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ*. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ปี พ.ศ. 2556
6. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง*. พิมพ์ครั้งที่ 28. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ปี พ.ศ. 2555
7. บุญญรัตน์ โชคขันธ์ดาชัย, *กฎหมายสื่อสารมวลชน การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลและชื่อเสียง เกียรติคุณ* พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยนเรศวร, ปี พ.ศ. 2558
8. บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญ* กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, ปี พ.ศ. 2547
9. ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ*, พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ปี พ.ศ. 2556
10. นางสาวพลอยชมพู ม่วงเล็ก, “มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็กบนอินเทอร์เน็ต”
11. วิเชียร ดีเรกอุดมศักดิ์, *กฎหมายอาญาพิสดาร เล่ม 2* กรุงเทพฯ: แสงจันทร์การพิมพ์, ปี พ.ศ. 2557
12. ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์. *คำอธิบายกฎหมายลักษณะ ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้*. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ปี พ.ศ. 2558
13. สำนักวิชาการและสำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *สาระสังเขปประเด็นปฏิรูปประเทศไทยด้านกระบวนการยุติธรรม*, กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ปี พ.ศ. 2557
14. สมสรรค์ อธิเวสส์. “การคุกคามทางเพศบนสังคมเครือข่าย.” *วารสารวิชาการ Veridian E-Journal* 7, ฉ.3(กันยายน – ธันวาคม 2557): 913-915.
15. สราวุธ ปิตยาศักดิ์. *กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ Information Technology Law*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2555.

16. สุพิศ ปรานีตพลกรัง, *กฎหมาย ว่าด้วย การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์*, กรุงเทพฯ:นิติธรรม, ปี พ.ศ.2560
17. สุภาวดีเจริญวานิช. “การรังแกกันผ่านพื้นที่ไซเบอร์ : ผลกระทบและการป้องกันในวัยรุ่น.” *วารสาร วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี* 25, ฉ. 4 (กรกฎาคม – สิงหาคม 2560): 639-648.
18. หยุต แสงอุทัย. *กฎหมายอาญา ภาค 2-3.พิมพ์ครั้งที่ 10*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปี พ.ศ.2546
19. อัจฉรียา ชูตินันท์. *กฎหมายเกี่ยวกับคดีเด็ก เยาวชน และคดีครอบครัว*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน:2549.
20. Albertson, Alicia K. “Criminalizing Bullying: Why Indiana Should Hold the Bullying Responsible.” *Indiana Law Review* 48, Issue1 (2014): 243-271.
21. Abrams, Douglas E., “School Bullying Victimization as an Educational Disability”, 22 *Temp. Pol & Civ. Rts. L. Rev.* (2013): 273,290
22. Beale, Andrew V., and Kimberly R. Hall. “Cyberbullying: What School Administrators (and Parents) Can Do.” *The Clearing House* 81, Issue 1 (September/October 2007): 8-12.
23. Bradshaw, Catherine, “School-based Prevention of Bullying and Related Behavior Problems”, last modified n.d., accessed April 25, 2017, <http://cebcp.org/wp-content/CB2015/Bradshaw.pdf>
24. Brookshire, Jessica, “Civil Liability for Bullying: How Federal Statutes and State Tort Law Can Protect our Children”, 370 *Cumberland Law Review* Vol.45:2 (2015)
25. Cassim, F, “Formulating adequate legislation to address cyber-bullying: Has the law kept pace with advancing technology?”, 26 *S. Afr. J. Crim. Just.* (2013): 1
26. Craig, W. & Pepler, D. “Observations of bullying and victimization on the playground”, 2 *Canadian Journal of School Psychology* (1997): 41–60.
27. Enoch, Michelle, “Combaing Cyberbullyin: When Legislation Goes Too Far”, 45 *J.L. & Educ.* (2016): 435
28. Ferdön, Corinne David and Hertz, Marci Feldman, “Guest editors’ commentary Electronic Media, Violence, and Adolescents: An Emerging Public Health Problem”, *Journal of Adolescent Health* 41 (2007):1–5
29. Farrington, David P., “Understanding and Preventing Bullying”, 17 *Crime and Justice* (1993): 381-458

30. Griffin, Rebecca S., and Gross, Alan M., "Childhood bullying: Current empirical findings and future directions for research", 9 *Aggression and Violent Behavior* (2004): 379–400
31. Hayward, Join O., "Anti-Cyber Bullying Statutes: Threat to Student Free Speech", *Cleveland State Law Review*, Vol. 59:85 (2011): 88-89
32. Hinduja Sameer, and Justin W. Patchin. "Cyberbullying: An Exploratory Analysis of Factors Related to Offending and Victimization." *Deviant Behavior*, 29, Issue2 (2008): 129-156.
33. Hinduja, Sameer, and Justin W. Patchin. "State Cyber Bullying Laws: A Brief Review of State Cyberbullying Laws and Policies." *CyberBullying Research Center*, last modified n.d., accessed 25 April 2017, <https://cyberbullying.org/Bullying-and-Cyberbullying-Laws.pdf>
34. Jaishankar K., edited by Frank Schmallegger & Michael Pittaro, *Crimes of the Internet*, (Prentice Hall 2008):
35. Kruger, Justin; Gordon, Cameron L.; Kuban, Jeff, "Intentions in teasing: When "just kidding" just isn't good enough", *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol 90(3), (2006): 412-425.
36. Kowalski, Robin M., and Susan P. Limber. "Electronic Bullying Among Middle School Students." *Journal of Adolescent Health* 41, Issue 6 (2007): 22–30.
37. Kiriakidis, Stavros P., *BULLYING AMONG YOUTH: ISSUES, INTERVENTIONS AND THEORY*, (New York: Nova Science Publishers 2014): 1-5
38. Lidsky, Lyrisa Barnett, and Andrea Garcia. "How not to Criminalize Cyberbullying." *Missouri Law Review* 77, Issue3 (Summer 2012): 693.
39. Lipton, Jacqueline D. "Combating Cyber-Victimization." *Berkeley Tech. L.J.* 26, Issue2 (2011): 1103.
40. Manuel, Natasha Rose, "Cyber-Bullying: Its Recent Emergence and Needed Legislation to Protect Adolescent Victims." *Loy. J. Pub. Int. L.* 13, Issue1 (2011-2012): 219.
41. Mosser, Jamie, "Cyberbullying and the Law", 36 *N. Ill. U. L. Rev.* (2016)

42. Meredith, Jessica P. "Combating Cyberbullying: Emphasizing Education over Criminalization." *Federal Communications Law Journal* 63, Issue 1: 311.
43. Neiman, Samantha, Brandon Robers, and Simone Robers. "Bullying: A State of Affairs." *J.L. & Educ.* 41, Issue4 (2012): 603.
44. Parault, Susan J., Davis, Heather A., and Pellegrini, Anthony D., "The Social Contexts of Bullying and Victimization", *The Journal of Early Adolescence*, Vol 27, Issue 2, (2007): 145-174
45. Rayner, Charlotte, and Hoel, Helge, "A Summary Review of Literature Relating to Workplace Bullying", *Journal of Community & Applied Social Psychology*, Volume 7, Issue 3, (June 1997): 181-191
46. Strom, Paris S., and Robert D. Strom. "Cyberbullying by Adolescents: A Preliminary Assessment." *The Educational Forum* 70, Issue1 (2005): 21-31.
47. Smith, Alison M., *Protection of Children Online: Federal and State Laws Addressing Cyberstalking, Cyber harassment, and Cyberbullying, Student Bullying*, Nova Science Publishers, 2014
48. Smith, Huw Beverley, Ohly, Ansgar, and Schloetter, Anne Lucas, *Privacy, Property and Personality Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation*, Cambridge University Press, 2005
49. Smith, P.K., "Commentary III. Bullying in Life-Span Perspective: What Can Studies of School Bullying and Workplace Bullying Learn from Each Other?", *Journal of Community & Applied Social Psychology*, Volume 7, Issue 3, (June 1997): 249-255
50. Smith, P.K. and Brain, P.F., "Bullying in schools: lessons from two decades of research", *Aggressive Behavior* (2000): 26
51. Trager, Duffy B., "New Tricks for Old Dogs: The Tinker Standard Applied to Cyber-Bullying," *Journal of Law & Education* 38, Issue3 (July 2009): 560-561
52. Winter, Ryan E. and Leneway, Robert J., "CyberBullies-A High Tech Problem: Part I", *TECH & Learning* (Jan 1, 2008)
53. U.S. Department of Education. "Analysis of State Bullying Laws and Policies." Last modified n.d., Accessed April 25,

2017,<https://www2.ed.gov/rschstat/eval/bullying/state-bullying-laws/state-bullying-laws.pdf>

54. M. L. Ybarra et al., "Internet Prevention Messages: Targeting the Right Online Behaviors", 161 *ARCHIVES PEDIATRICS & ADOLESCENT MED.* (2007): 138, 140

