

บทที่ 4

วิเคราะห์ทบทวนนิติความผิดตามประมวล

กฎหมายอาญา มาตรา 112

ประมุขแห่งรัฐ (The Head of State) ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ไม่ว่าจะเป็นการปกครองในแบบราชาณาจักรที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือสาธารณรัฐหรือสหพันธรัฐที่มีประธานาธิบดีเป็นประมุขก็ตามต่างก็มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองจากการกล่าวหาฟ้องร้อง รวมทั้งการละเมิดใด ๆ ต่อประมุขแห่งรัฐด้วยกันทั้งสิ้น ทั้งนี้ เพราะประมุขแห่งรัฐถือเป็นสถาบันที่ดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ เป็นศูนย์รวมจิตใจและความศรัทธาของประชาชน และถือเป็นสัญลักษณ์ของความเป็นชาติของชนชาตินั้น ๆ ซึ่งนอกจากรัฐธรรมนูญแล้วเกือบทุกประเทศก็ยังมีบทบัญญัติของกฎหมายอาญารับรองรับรัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองสถานะในด้านพระเกียรติยศ หรือเกียรติยศชื่อเสียงขององค์พระประมุขหรือประมุขแห่งรัฐของประเทศนั้น ๆ ด้วย โดยระดับมาตรฐานของความคุ้มครองตามบทบัญญัติของกฎหมายในแต่ละประเทศย่อมขึ้นอยู่กับประวัติศาสตร์ ความเป็นมา รากเหง้าทางประเพณี วัฒนธรรม หรือความอ่อนไหวของสังคมที่แตกต่างกันไป

สำหรับประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติว่า “มาตรา 2 ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ซึ่งหมายความว่า ประมุขแห่งรัฐของราชอาณาจักรไทย คือองค์พระมหากษัตริย์ที่สืบราชสันตติวงศ์ต่อเนื่องกันมากกว่า 700 ปี แม้จะมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2475 แล้วก็ตาม โดยเฉพาะพระมหากษัตริย์ไทย 7 พระองค์ ที่ประชาชนชาวไทยต่างพร้อมใจกันถวายพระราชสมัญญานามให้ทรงเป็น “มหाराช” นั้น พระราชกรณียะกิจของพระองค์ท่านต่างเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของประชาชนชาวไทยทั้งสิ้น สถาบันพระมหากษัตริย์ของไทยจึงเป็นที่เคารพรักและเป็นศูนย์รวมแห่งจิตใจ ความศรัทธา และความรู้รักสามัคคีมีภราดรภาพของปวงชนชาวไทยทั้งชาติด้วยความยินยอมพร้อมใจโดยไม่มีการบังคับแต่อย่างใด

นับแต่เหตุการณ์ยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินโดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 โดยมีเหตุผลประการหนึ่งในการยึดอำนาจว่า “การบริหารราชการแผ่นดินหมิ่นเหม่ต่อการหมิ่นพระบรม

เดชาานุภาพแห่งองค์พระมหากษัตริย์ ผู้ทรงเป็นที่เคารพเทิดทูนของปวงชนชาวไทยอยู่บ่อยครั้ง” สังคมไทยก็เริ่มเกิดความคิดที่แตกต่างในเรื่องของบทบัญญัติคุ้มครองพระเกียรติยศชื่อเสียงแห่งองค์พระมหากษัตริย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 มีการกล่าวหาฟ้องร้องในความผิดตามมาตรา 112 นี้ขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลสถิตยุติธรรมเพิ่มขึ้นจากเดิมจำนวนมาก จนกระทั่งมีนักวิชาการและศิลปินนักคิดนักเขียนกับภาคประชาสังคมบางกลุ่มออกมาเสนอข้อเรียกร้องให้มีการยกเลิกแก้ไข ตลอดจนปรับเปลี่ยนวิธีการและทัศนะในการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 โดยอ้างว่าบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่เป็นสากล เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามหลักสิทธิมนุษยชน และมีการกำหนดอัตราโทษไว้มากเกินไป ทั้งมีการนำบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อกดดันแก่งัดกล่าวหากันในทางการเมือง แต่ก็มีนักวิชาการและภาคประชาสังคมอีกหลายภาคส่วนเห็นว่าบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 เป็นไปตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และวัฒนธรรมประเพณีของไทยที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากประเทศอื่นไม่ขัดกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันเป็นที่ยอมรับกันในทางสากลออกมาคัดค้านข้อเสนอดังกล่าว สร้างความขัดแย้งและความไม่ชัดเจนในทัศนะของภาคประชาสังคมไทยโดยรวมขึ้นมามากพอสมควร ซึ่งแนวความคิดที่แตกต่างกันตามข้อเรียกร้องดังกล่าวสามารถพิจารณาออกได้เป็น 3 ประการ ดังนี้

1. การดำรงอยู่ของบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความคุ้มครองพระเกียรติยศ ชื่อเสียงของสถาบันพระมหากษัตริย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112
2. บทกำหนดโทษและระดับอัตราโทษที่เหมาะสมสำหรับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112
3. กระบวนการบังคับใช้บทบัญญัติความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112

การดำรงอยู่ของบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความคุ้มครองพระเกียรติยศ ชื่อเสียงของสถาบันพระมหากษัตริย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112

กลุ่มนักวิชาการ ศิลปินนักคิดนักเขียน และภาคประชาสังคมบางส่วนที่เสนอข้อเรียกร้องให้มีการยกเลิกแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ประกอบด้วย

คณะนิติราษฎร์ : นิติศาสตร์เพื่อราษฎร นำโดยรองศาสตราจารย์วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์จันทจิรา เอี่ยมมยุรา นายสุปันนันท์ นิพิฐกุล นายธีระ สุธีวรารักษ์ นางสาวสาวตรี สุขศรี นายปิยบุตร แสงกนกกุล และนายปฐนเทพ ศิริบุพผะ มีข้อเสนอ และเหตุผล ดังนี้

ข้อเสนอ

ยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

เหตุผล

(1) มาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้รับการบัญญัติขึ้นโดยคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 41 วันที่ 21 ตุลาคม 2519 ซึ่งเป็น “กฎหมาย” ของคณะรัฐประหาร บทบัญญัติในมาตรานี้จึงขาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตย

(2) ข้อเสนอของคณะนิติราษฎร์เป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของบทบัญญัติต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ จึงจำเป็นต้องยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 112 ในลักษณะ 1 ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร เพื่อนำไปบัญญัติขึ้นใหม่เป็นลักษณะ .../... ความผิดเกี่ยวกับพระเกียรติของพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และเกียรติยศผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์

ข้อเสนอ

(1) เพิ่มเติมลักษณะ .../... ความผิดเกี่ยวกับพระเกียรติของพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และเกียรติยศของผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

(2) นำบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ไปบัญญัติไว้ในลักษณะ .../...

เหตุผล

โดยลักษณะของความผิด ความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขภายใต้รัฐธรรมนูญ ไม่มีสภาพร้ายแรงถึงขนาดกระทบกระเทือนต่อการดำรงอยู่ต่อบูรณภาพ และต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร

ข้อเสนอ

แบ่งแยกการคุ้มครองสำหรับตำแหน่งพระมหากษัตริย์ออกจากการคุ้มครองสำหรับตำแหน่งพระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ดังนี้

มาตรา ... “ผู้ใดหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ ต้องระวางโทษ ...”

มาตรา ... “ผู้ใดหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ต้องระวางโทษ ...”

เหตุผล

เพื่อให้สอดคล้องกับการแบ่งแยกการคุ้มครองระหว่างตำแหน่งพระมหากษัตริย์กับตำแหน่งพระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ในความผิดฐานอื่น ๆ กล่าวคือ

ความผิดฐานปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์ (มาตรา 107)

ความผิดฐานปลงพระชนม์พระราชินี รัชทายาท และความผิดฐานฆ่าผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ (มาตรา 109)

ความผิดฐานกระทำการประทุษร้ายพระมหากษัตริย์ (มาตรา 108)

ความผิดฐานกระทำการประทุษร้ายพระราชินี รัชทายาทและผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ (มาตรา 110)

ข้อเสนอ

(1) ห้ามบุคคลทั่วไปกล่าวโทษว่ามีการกระทำความผิดเกี่ยวกับพระเกียรติของพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และเกียรติยศของผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์

(2) ให้สำนักราชเลขาธิการเป็นผู้กล่าวโทษว่ามีการกระทำความผิดเกี่ยวกับพระเกียรติของพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และเกียรติยศของผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์

เหตุผล

(1) เพื่อมิให้บุคคลทั่วไปนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้เป็นเครื่องมือทางการเมืองหรือนำไปใช้โดยไม่สุจริต

(2) โดยเหตุที่สำนักราชเลขาธิการเป็นหน่วยงานของรัฐ มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการเลขานุการในพระองค์พระมหากษัตริย์ จึงสมควรให้ทำหน้าที่ปกป้องพระเกียรติของพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และเกียรติยศของผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์¹

คณะกรรมการรณรงค์แก้ไขมาตรา 112 ชื่อย่อว่า “ครก.112” โดยการเคลื่อนไหวของคณะนิติราษฎร์ และเครือข่ายนักกิจกรรมทางสังคม เพื่อการรวบรวมรายชื่อประชาชนให้ครบ 10,000 รายชื่อเพื่อนำเสนอต่อรัฐสภาให้แก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112² โดยรายชื่อคณะครก.112 ที่เสนอให้ยกเลิกประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 มีทั้งสิ้น 120 คน ประกอบไปด้วย นักวิชาการ สื่อมวลชน นักเขียน ศิลปิน อาทิจิต นายชาญวิทย์ เกษตรศิริ อดีตอธิการบดีมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ นายสุจิตต์ วงศ์เทศ นักเขียนอาวุโส นายเกษียร เตชะพีระ อาจารย์คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ นายนิธิ เอียวศรีวงศ์ นักวิชาการด้านประวัติศาสตร์ นางอุบลรัตน์ ศิริชูศักดิ์

¹ Available : <http://www.enlightened-jurists.com/directory/167/Proposed-Amendments-to-the-Law-on-Defamation-of-the-King.html>, 2012.

² Available : <http://www.ccaal12.org/web/?p=185>, 2012.

นักวิชาการ นายปราบดา หยุ่น นักเขียนรางวัลซีไรต์ นายเสกสรวร ประเสริฐกุล นายธงชัย วินิจจะกุล นักวิชาการ นายสมบัติ บุญงามอนงค์ บินหลา สันกาลาคีรี นักเขียน วัฒน วรรณยางกูร นักเขียนซีไรต์ นายชะกริชยา อมตยา นักเขียนซีไรต์ นายคำสิงห์ ศรีนอก นักเขียน ศิลปินแห่งชาติ นายอภิชาติพงษ์ วีระเศรษฐกุล หรือ เจ้ย และนายวิศิษฐ์ ศาสนเที่ยง ผู้กำกับภาพยนตร์ มีคณาจารย์กลุ่มนิไตรษฎร์ และมหาวิทยาลัยเที่ยงคืนร่วมเป็นกรรมการ³

มหาวิทยาลัยเที่ยงคืน โดยรองศาสตราจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุล อธิการบดี มหาวิทยาลัยเที่ยงคืน ออกแถลงการณ์ว่าหากไม่ต้องการที่จะเปิดโอกาสให้การใช้กฎหมายนี้เป็นเครื่องมือในการทำร้ายผู้คนดังเช่นที่ได้เกิดขึ้นมา จำเป็นที่จะต้องร่วมกันผลักดันให้เกิดการแก้ไข มาตรา 112 ของประมวลกฎหมายอาญา ทั้งนี้ไม่ใช่เพียงการป้องกันผู้บริสุทธิ์จากการรังแกของ กฎหมายเพียงอย่างเดียว หากจะเป็นการปกป้องเสรีภาพในการแสดงความเห็นในสังคม ประชาธิปไตยให้มีความเข้มแข็งเพิ่มมากขึ้นด้วย⁴

นายสุลักษณ์ ศิวรักษ์ ปัญญาชนสยามแสดงความเห็นว่า มาตรา 112 ปกป้อง พระมหากษัตริย์ พระมเหสี รัชทายาท และ/หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ปกป้องก็หมายความว่า ท่านเป็นบุคคลซึ่งเป็นที่เคารพสักการะ แต่ที่จริงใช้กฎหมายหมิ่นประมาทธรรมดาก็ได้แล้ว ไม่จำเป็นต้องพิเศษอย่างใดเลย เพราะกฎหมายนี้เป็นประโยชน์ต่อการเมืองที่จะเล่นงานฝ่ายตรงข้าม เท่านั้นเอง ไม่เป็นประโยชน์ต่อพระเจ้าอยู่หัว ไม่เป็นประโยชน์ต่อสถาบัน⁵

ผู้ช่วยศาสตราจารย์สมศักดิ์ เจียมธีรสกุล นักวิชาการประวัติศาสตร์ คณะศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วิเคราะห์จุดอ่อนของข้อเสนอการแก้ไขมาตรา 112 ของคณะนิไตรษฎร์ และคณะกรรมการรณรงค์แก้ไขมาตรา 112 (กรก. 112) ว่าเป็นการดึง "เพดานความคิด" ลงมา และ หากสนับสนุนประชาธิปไตย - ฟรีสปีช (free speech) จริง ต้องยกเลิกการคุ้มครองพิเศษแก่ประมุข ของรัฐ เพราะเป็นการตอกย้ำความคิดเรื่องฐานันดร⁶

ศาสตราจารย์เกษียร เตชะพีระ อาจารย์คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ แสดงความเห็นว่าการทำให้สถาบันกษัตริย์เป็นที่รัก ที่ศรัทธาของประชาชนเลียงข้างมาก ของสังคมประชาธิปไตยต่อไปได้อย่างยั่งยืน ต้องไม่ให้พระองค์ถูกใช้ทางการเมือง ต้องไม่ให้ สถาบันกษัตริย์ถูกใช้ทางการเมือง ต้องหาทางแยกพระองค์ออกจากความขัดแย้งทางการเมืองให้ได้ ที่ผ่านมามีคนเริ่มตระหนักเรื่องนี้มากขึ้น และเขาเริ่มพูดกันมากขึ้นว่าอย่าใช้ อย่าใช้ แต่มันก็มีคนใช้

³ Available : <http://www.ccaa112.org/web/?p=185>, 2012.

⁴ Available : <http://www.midnightuniv.org/แถลงการณ์มหาวิทยาลัย>, 2012.

⁵ Available : <http://www.go6tv.com/112-112.html>, June 2012.

⁶ Available : <http://prachatai.com/journal/39119>, February 2012.

อยู่ดี และเงื่อนไขที่ทำให้ใช้ได้ง่าย คือ มาตรา 112 การใช้สถาบันกษัตริย์มาปกป้องอำนาจเผด็จการ หลัง 6 ตุลาคม 2519 คนที่ออกและเปลี่ยน มาตรา 112 ให้แรงขึ้น ก็คือ คณะรัฐประหาร และที่ทำแบบนั้น ก็คือ จะใช้อำนาจพิเศษนี้มาปกป้องตัวเองในนามของสถาบันกษัตริย์ ดังนั้น มันก็เลยเป็นช่องให้คน ได้ฉวยใช้ ดังมีรายละเอียดในข้อวิจารณ์ของกลุ่มอาจารย์คณะนิติราษฎร์ ใครฟ้องใคร โทษหนัก ทำให้เป็นเรื่องของความมั่นคง พอคุณเอา 2-3 อย่างนี้มารวมกันมันก็ถูกใช้อย่างที่เราเห็น ในช่วง 4-5 ปี ที่ผ่านมามาเพราะ มาตรา 112 เป็นช่องโหว่ช่องว่างที่เปิดให้เกิดการฉวยใช้อันนี้โดยพลการโดยฝ่ายต่าง ๆ เยอะไปหมด ดังนั้น ข้อเสนอของนิติราษฎร์ เพื่อปิดช่องนี้มันจะทำให้ในท่ามกลางความ เปลี่ยนแปลงเปลี่ยนแปลงผ่าน ซึ่งจะมีความลำบากยุ่งยากขัดแย้งเกิดขึ้น มันจะไม่ไปกระทบแผ้วพาล สถาบัน เพราะเราได้ปิดช่อง มาตรา 112 ลงไปช่องหนึ่ง มันจะน้อยลง⁷

นายปีเตอร์ เลย์แลนด์ (Peter Leyland) ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายมหาชนของ มหาวิทยาลัย London Metropolitan University บรรยายในหัวข้อ "การต่อสู้เพื่อเสรีภาพในการ แสดงออกในประเทศไทย:เจ้าพ่อสื่อ,พระมหากษัตริย์,สิทธิพลเมืองและกฎหมาย "(The Struggle for Freedom of Expression in Thailand: Media Moguls, the King, Citizen Rights and the Law) ณ School of Oriental and African Studies (SOAS) ณ กรุงลอนดอน สหราชอาณาจักร เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2552 เสนอแนวทางการปฏิรูปกฎหมายว่าด้วยการหมิ่นพระบรมเดชานุภาพของไทย ดังนี้

(1) ควรจำกัดขอบเขตและแนวทางในการดำเนินคดีในความผิดฐานดังกล่าวให้ชัดเจน ขึ้นกว่าเดิม อาทิ ไม่ควรระบุให้บุคคลทั่วไปสามารถร้องทุกข์กล่าวโทษเพื่อเริ่มต้นกระบวนการ การสืบสวนสอบสวนและดำเนินคดีได้

(2) ควรระบุข้อยกเว้นของความผิดบางประการ เพื่อป้องกันการลงโทษคดีที่ไม่เป็น สาระ อาทิ กรณีของนาย Harry Nicolaides

(3) ควรกำหนดให้การพิสูจน์องค์ประกอบด้านจิตใจ (เจตนาหรือประมาท) เป็นส่วนหนึ่ง ขององค์ประกอบการรับผิดชอบทางอาญาในฐานความผิดนี้ ซึ่งมีบทลงโทษสูงถึงขั้นการจำคุก⁸

ส่วนกลุ่มที่เห็นว่าความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ควรดำรงอยู่ต่อไป ประกอบด้วย

ศาสตราจารย์วรศักดิ์ อุวรรณโณ ราชบัณฑิต เลขาธิการสถาบันพระปกเกล้า เห็นว่า กฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดฐานหมิ่นพระบาทเดชนาภาพนั้นสอดคล้องกับหลักกฎหมาย

⁷ Available : http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1327062935&grpId=06&catid=02, 2012.

⁸ Available : <http://www.thaireform.in.th/multi-dimensional-reform/2011-12-08-05-21-57/public-policy-politics/item/5944--112-qq.html>

ระหว่างประเทศ หลักรัฐธรรมนูญนานาชาติอารยประเทศที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข สอดคล้องกับหลักอาชญาวิทยาว่าด้วยการกำหนดความผิดไม่ขัดหลักประชาธิปไตย และเป็นข้อจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกที่มีเอกลักษณ์ของตนเองตามหลักจริยธรรมและวัฒนธรรมไทย ที่คนไทยส่วนใหญ่ยึดถือ ไม่ขัดหลักสิทธิมนุษยชนตามปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติแต่อย่างใด⁹

นายมีชัย ฤชุพันธุ์ อดีตประธานวุฒิสภา ระบุว่า การกระทำอันจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 มีอยู่ 3 อย่าง คือ หมิ่นประมาทอย่างหนึ่ง ดูหมิ่นอีกอย่างหนึ่ง และแสดงความอาฆาตมาดร้ายอีกอย่างหนึ่ง ไม่มีอะไรให้ต้องยุ่งยากเกี่ยวกับ "พระบรมเดชานุภาพ" ทั้งสิ้น ซึ่งการกระทำทั้ง 3 อย่างนั้น อย่างว่าแต่ทำกับพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นประมุขของประเทศเลย แม้ทำกับคนธรรมดาที่อาจเป็นความผิดได้เช่นเดียวกัน การที่มนุษย์มีสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการพูด หรือการแสดงความคิดเห็นนั้น มิได้หมายความว่า จะพูดหรือแสดงความคิดเห็นอย่างไรก็ได้ เพราะสิทธินั้นมาควบคู่กับหน้าที่ คือในการใช้สิทธิก็ต้องคำนึงถึงหน้าที่ที่จะต้องเคารพถึงสิทธิของคนอื่น ด้วยกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้ปกป้องคุ้มครองเป็นพิเศษเฉพาะพระมหากษัตริย์ดังที่ระบุไว้ในมาตรา 112 เท่านั้น หากแต่ได้ปกป้องคุ้มครองพระราชา พระราชินี คู่สมรส หรือประธานาธิบดีของประเทศอื่น ๆ ผู้แทนรัฐต่างประเทศ เจ้าพนักงาน ศาล ชาติซึ่งมีธงไตรรงค์เป็นสัญลักษณ์ ธงหรือเครื่องหมายอื่นใดอันมีความหมายถึงรัฐต่างประเทศซึ่งมีสัมพันธไมตรี และศาสนาไว้ด้วย ดังปรากฏตามมาตรา 118, 133, 134, 135, 136, 198, 206 ของประมวลกฎหมายอาญา ที่สำคัญต้องไม่นำเอาความรู้สึกของประเทศอื่นมาเป็นมาตรฐาน เพราะแต่ละประเทศย่อมมีประเพณี วัฒนธรรม หรือความอ่อนไหวแตกต่างกันไป¹⁰

นายอาทิตย์ อุไรรัตน์ อดีตประธานสภาผู้แทนราษฎรกล่าวว่า กฎหมายนี้ต้องมีพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ทรงตรัสชัดเจนว่าวิจารณ์ได้ แต่ต้องวิจารณ์ให้ถูก ถ้าวิจารณ์ไม่ถูกก็ผิด และถ้าวิจารณ์ถูกพระมหากษัตริย์ก็ปรับปรุงตัวเองหากมีอะไรบกพร่องจริง แต่ถ้าอธิบายผิดวิจารณ์ผิดก็เดือดร้อน ซึ่งพระองค์ท่านทรงเป็นประชาธิปไตย กฎหมายนี้ไม่ใช่ปกป้องบุคคล แต่ปกป้องประเทศ ในรัฐธรรมนูญบอกว่าแผ่นดินไทยเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันจะแบ่งแยกมิได้ คนที่ไปแบ่งแยกแผ่นดินก็ต้องถือเป็นศัตรูของประเทศ ต้องถือเป็นความผิด จะให้ยกเลิกกฎหมายนี้ได้อย่างไร พระมหากษัตริย์เป็นสถาบัน ถ้าไปจบบ้างโดยไม่มีเหตุผลก็ต้องเป็นความผิด และที่สำคัญกระบวนการยุติธรรมก็ต้องพิพากษาให้ถูก เพราะสิ่งเหล่านี้มันไม่ใช่ว่าต้องยึดตามตัวหนังสือหรือ

⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ความผิดฐาน “หมิ่นพระบรมเดชานุภาพ” : เอกลักษณ์ประชาธิปไตยไทย ในกระแสประชาธิปไตยโลก. (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2552). หน้า 36.

¹⁰ Available : http://web.parliament.go.th/news/news_detail.php?prid=310818,2012.

ตัวบท แต่มันอยู่ที่วิจารณ์ของฝ่ายผู้พิพากษา ของเจ้าหน้าที่ อย่าบ้าจี้กับมาตรา 112 จนทำเกินกว่าเหตุ ถ้าเราต้องการเป็นประชาธิปไตยทุกอย่างมันละเอียดอ่อน ดังนั้นต้องใช้หลาย ๆ อย่างประกอบกัน ไม่ใช่แค่เพียงศรีธนญชัยหรือยึดตัวบทอย่างเดียว กฎหมายจำเป็นต้องมี เพราะมีหลายกรณีที่ไม่โดนจับ ๆ ไป ทั้งพูดจา ทำสารพัด อันนั้นสมควรที่อนุโลมไม่ได้ ซึ่งอย่าว่าแต่เป็นพระมหากษัตริย์ ถ้าใครทำอย่างนั้นกับเราซึ่งเป็นประชาชนคนธรรมดา เราก็ต้องฟ้องเหมือนกัน ถ้าไม่มีกฎหมายเลยบ้านเมืองก็ไม่มีชื่อ ไม่มีแป เป็นสังคมที่ไม่มีเหตุผล ประเทศต้องมีประมุข ประเทศไทยประมุขคือพระมหากษัตริย์ ประเทศอื่นจะมีประธานาธิบดีก็ว่าไป แต่เราพิสูจน์ได้ว่าไม่มีอะไรวิเศษ ประเสริฐเท่าสถาบันพระมหากษัตริย์ ถ้าไม่มีตรงนี้แล้วประเทศเราจะเป็นแหล่งอันตรายจังโก้ เพราะต้องรับความจริงว่า มันยังมีสภาพอย่างนี้อยู่ แล้วใครจะเป็นประมุขดูแลบ้านเมืองให้มันเข้าร่องเข้ารอยได้¹¹

ศาสตราจารย์ปราโมทย์ นาคทรรพ นักวิชาการอิสระ กล่าวว่า มาตรา 112 ต้องทำให้ประชาชนรู้และเข้าใจว่าเป็นเรื่องธรรมดาในกฎหมายอาญาซึ่งประเทศไหน ๆ ก็มี การดูหมิ่นอาชญากรรมร้าย ก็ต้องมีโทษ คนธรรมดายังได้รับการคุ้มครอง เหตุไฉนสถาบันฯ ไม่ได้รับความคุ้มครอง มันอยู่ในกฎหมายธรรมดา เมืองไทยไม่มีกฎหมายหมิ่นพระบรมเดชานุภาพเป็นพิเศษ ถ้าจะแก้ไข ถ้าเห็นว่าโทษรุนแรงเกินไปเมื่อเทียบกับประเทศอื่นแล้ว ก็ลดดุลยพินิจของศาลลงมาเสีย เห็นด้วยถ้าจะแก้บทกำหนดโทษ หรือการนำไปใช้ในขบวนการพิจารณา แต่การที่จะยกเลิกมาตรานี้ ก็มีแต่คนบ้าเท่านั้น ไม่ใช่ นักกฎหมายหรือ บ้าจะเอาใจขบวนการทำลายกษัตริย์ นำเสียดายที่นักกฎหมายของเรา สื่อ นักการเมือง พวกกันไปต่อสู่แบบที่หน้าไหว้หลังหลอก ซ่อนความต้องการที่แท้จริงเอาไว้ แล้วใส่ความบิดเบือน อาศัยความไม่รู้และความลำเอียงที่มีอยู่ในต่างประเทศเป็นเครื่องมือ ส่วนนักเขียน นักวิชาการ คนรุ่นใหม่ ที่ต้องการให้ยกเลิกมาตรา 112 ต้องเข้าใจเรื่องสิทธิเสรีภาพใหม่ จะให้เมืองไทยเอาอย่างอเมริกาให้พูดอะไรก็ได้ไม่ได้ อย่างเนเธอร์แลนด์ก็มีกฎหมายลงโทษคนหมิ่นพระเจ้าแผ่นดินของเขาเฉียบขาดและรวดเร็วมาก แต่โทษไม่รุนแรง การละเมิดส่วนใหญ่ก็เป็นการหยอกล้อของคนทะเล่ง แต่ถ้ารุนแรงเขาก็มีโทษที่หนักขึ้น หรืออย่างสวีเดน เดนมาร์ก พระมหากษัตริย์ต่างจากของไทย ไปเดินเล่นคลุกคลีกับประชาชนได้ ก็มีกฎหมายเหมือนกัน นักวิชาการต้องรู้บริบท รู้วัฒนธรรมของชาติบ้านเมืองด้วย ไม่ใช่จะเอามาตรฐานอะไรก็ได้ที่ตัวเองชอบ¹²

นายสุเมธ ตันติเวชกุล เลขาธิการมูลนิธิชัยพัฒนา กล่าวเกี่ยวกับการเสนอแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ว่า กฎหมายอาญามีตั้งกี่ร้อย ก็พันมาตรา ทำไมจำเพาะเจาะจงถึงต้องแก้อันนี้ กฎหมายคือกฎหมาย ถ้าเราไม่ทำผิด เขาก็อยู่ในกระดากเท่านั้นเอง ก็อย่าทำผิดก็เท่านั้น

¹¹ Available : <http://www.manager.co.th/Politics/ViewNews.aspx?NewsID=9540000160863>, 2012.

¹² Available : <http://www.manager.co.th/Politics/ViewNews.aspx?NewsID=9540000156661>, 2012.

ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายอาญา หรือกฎหมายอะไรต่าง ๆ เราต้องแก้ด้วยหรือ หากเราไม่ไปมาใคร ก็คงไม่มีใครมาจับไปขังเข้าคุก แต่ตราบไคที่เราทำผิด กฎหมายนั้นถึงออกมาใช้ได้ ซึ่งเหมือนกันหมดเมื่อ 2-3 วันที่ผ่านมา เพื่อนมาเล่าให้ฟัง มีคนแต่งโคลงกลอนล้อประธานาธิบดีสหรัฐฯ ถูกติดเข้าคุกเลย ซึ่งผมก็ไม่รู้ว่า เป็นมาตราอะไร ของฝรั่งเขาผมไม่ได้สนใจอะไรหรอก แต่เขาก็โดนลงโทษที่ไหนในโลกนี้ เขาก็มีกันทั้งนั้น¹³

ศาสตราจารย์คณิต ณ นคร ประธานกรรมการปฏิรูปกฎหมายเสนอความเห็น ว่า ความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ควรแก้ไขปรับปรุงให้เป็นความผิดที่ต้องมีการให้อำนาจ โดยกำหนดให้การสอบสวนในความผิดฐานนี้ จะกระทำต่อเมื่อได้รับอำนาจจากเลขาธิการพระราชวังเท่านั้น

ข้อเสนอและการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่นหรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ที่เกิดขึ้นในสังคมไทยในยุคปัจจุบันดังกล่าว เมื่อนำมาพิจารณาประกอบกับข้อมูลทางทฤษฎีและทางปฏิบัติของทั้งประเทศไทยและต่างประเทศที่ได้ศึกษามาในบทก่อน ๆ แล้ว สามารถวิเคราะห์ได้ดังต่อไปนี้

1. ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 สอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยหรือไม่

ประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย ไม่ว่าจะเป็นพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือมีประธานาธิบดีเป็นประมุขก็ตาม ต่างก็ยอมรับว่า “ประมุขของรัฐ” (Head of State) มีฐานะต่างจากประชาชนโดยทั่วไปในประเทศนั้น ๆ เพราะมีฐานะเป็นสถาบัน (institution) และเป็นผู้แทนรัฐหรือประเทศ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณี ประมุขของรัฐจึงมีเอกสิทธิ์และความคุ้มกัน (privileges and immunities) ซึ่งรัฐธรรมนูญของประเทศประชาธิปไตยทั้งหลาย ตามที่ได้ศึกษามาดังกล่าว ก็ได้นำมาบัญญัติเป็นหลักคุ้มครองประมุขแห่งรัฐของประเทศนั้น ๆ ไว้สำหรับประเทศไทยซึ่งปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ก็มีหลักการนี้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญที่ผ่านมาเกือบทุกฉบับเช่นกัน และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน ได้บัญญัติหลักการนี้ไว้ว่า

“มาตรา 8 องค์พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้

ผู้ใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใด ๆ มิได้”

¹³ Available : <http://www.manager.co.th/Politics/ViewNews.aspx?NewsID=9540000163012>, 2012.

หลักความคุ้มครององค์พระมหากษัตริย์ซึ่งถือเป็นสถาบันตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว มีหลักการเดียวกันกับความคุ้มครองสถาบันชาติ และสถาบันศาสนาที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้เช่นกันว่า

“มาตรา 1 ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียว จะแบ่งแยกไม่ได้

“มาตรา 3 อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้...”

“มาตรา 5 ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน”

“มาตรา 9 พระมหากษัตริย์ทรงเป็นพุทธมามกะ และทรงเป็นอัครศาสนูปถัมภก”

เพื่อให้ความคุ้มครองทั้งสามสถาบันหลักตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ จึงมีการบัญญัติกฎหมายที่มีโทษในทางอาญาบังคับรองรับไว้ โดยสถาบันชาติ ซึ่งมีธงไตรรงค์เป็นสัญลักษณ์ ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติคุ้มครองไว้ในมาตรา 118 ว่า “ผู้ใดกระทำการใด ๆ ต่อธงหรือเครื่องหมายอื่นใดอันมีความหมายถึงรัฐ เพื่อเหยียดหยามประเทศชาติ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” สถาบันศาสนา ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติคุ้มครองไว้ในมาตรา 206 ว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใดแก่วัดหรือสถานที่อันเป็นที่เคารพในทางศาสนาของหมู่ชนใด อันเป็นการเหยียดหยามศาสนา นั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” สำหรับสถาบันพระมหากษัตริย์ ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติคุ้มครองไว้ในมาตรา 112 “ผู้ใดหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้าย พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี” โดยการกระทำอันจะเป็นความผิดตามมาตรา 112 มีอยู่ 3 กรณี คือ หมิ่นประมาทกรณีหนึ่ง ดูหมิ่นกรณีหนึ่ง และแสดงความอาฆาตมาดร้ายอีกกรณีหนึ่ง ซึ่งการกระทำทั้ง 3 กรณีดังกล่าว ไม่เพียงแต่กระทำต่อพระมหากษัตริย์ ผู้ทรงเป็นประมุขของประเทศเท่านั้น แม้กระทำต่อคนธรรมดาประมวลกฎหมายอาญาก็มีบทบัญญัติว่าเป็นความผิดไว้เช่นกัน และจากการศึกษาบทบัญญัติมาตรา 112 นี้มีบัญญัติขึ้นใช้ครั้งแรกตั้งแต่สมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 ปี พ.ศ. 2395 และต่อมาในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ทรงตราพระราชกำหนดลักษณะหมิ่นประมาท ร.ศ. 118 ในปี พ.ศ. 2442 จากนั้นในปี พ.ศ. 2451 รัชกาลที่ 5 ทรงยกเลิกพระราชกำหนดลักษณะหมิ่นประมาท ร.ศ. 118 และทรงตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ขึ้นแทน จนกระทั่งมีการตราประมวลกฎหมายอาญาขึ้นใช้แทนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ในปี พ.ศ. 2499 จึงมีบทบัญญัติมาตรา 112 นี้ขึ้นใช้บังคับ และในปี พ.ศ. 2519 ได้มีคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครอง

แผ่นดิน ฉบับที่ 41 ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2519 ข้อ 1 ระบุให้แก้ไขเพิ่มระวางโทษจำคุกจากเดิมจำคุกไม่เกิน 7 ปี เป็นจำคุกตั้งแต่ 3 ปีถึง 15 ปี ดังที่ประกาศใช้อยู่ในปัจจุบัน ซึ่งนอกจากประเทศไทยแล้ว ประเทศประชาธิปไตยอื่น ๆ โดยเฉพาะในแถบตะวันตกทั้งที่มีพระมหากษัตริย์และประธานาธิบดีเป็นประมุข อาทิ เคนมาร์ก นอร์เวย์ สเปน เนเธอร์แลนด์ เบลเยียม เยอรมัน สวิสเซอร์แลนด์ และโปแลนด์ก็มีกฎหมายอาญาบัญญัติคุ้มครองประมุขแห่งรัฐไว้ทำนองเดียวกัน ส่วนอังกฤษและสหรัฐอเมริกาแม้ไม่มีกฎหมายอาญาในความผิดฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองเกียรติยศชื่อเสียงของประมุขแห่งรัฐไว้โดยตรง แต่อังกฤษก็มีกฎหมายอาญาในลักษณะความผิดฐานกบฏที่รวมเรื่องพระเกียรติยศของสมเด็จพระราชินีเอาไว้ และสหรัฐอเมริกาก็มีความผิดทางอาญาเกี่ยวกับการแสดงความอาฆาตมาดร้ายประธานาธิบดีเช่นกัน บทบัญญัติความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายสถาบันพระมหากษัตริย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 จึงนับว่าสอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

2. ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 จำกัดเสรีภาพการแสดงความคิดเห็นในสังคมประชาธิปไตยหรือไม่

เสรีภาพในการแสดงออกหรือการแสดงความคิดเห็นเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่มีการรับรองไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศสำคัญสองฉบับ คือ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant of Civil and Political Rights) โดยข้อ 19 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนบัญญัติว่า “บุคคลมีสิทธิในเสรีภาพแห่งความเห็นและการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะยึดมั่นในความเห็นโดยปราศจากการแทรกสอดและที่จะแสวงหา รับ ตลอดจนแจ้งข่าว รวมทั้งความคิดเห็น โดยผ่านสื่อใด ๆ และโดยมิต้องคำนึงถึงเขตแดน” ส่วนข้อ 19 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองมีสามวรรค โดยรับรองเสรีภาพในการแสดงออกไว้ในสองวรรคแรก ดังนี้

(1) บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะถือความเห็นใดก็ได้โดยปราศจากการแทรกสอด

(2) บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับ และกระจายข่าวและความคิดเห็นทุกรูปแบบ โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ทั้งนี้ ไม่ว่าด้วยวาจา เป็นลายลักษณ์อักษร หรือการตีพิมพ์ ในรูปของศิลปะ หรือโดยอาศัยสื่อประการอื่นตามที่ประสงค์

อย่างไรก็ตาม กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองมิได้มองว่าเสรีภาพในการแสดงออกเป็นสิทธิโดยสัมบูรณ์ แต่อาจถูกจำกัดได้ ทั้งนี้ การจำกัดสิทธิต้องอยู่ในวงแคบและมีเงื่อนไขดังที่บัญญัติไว้ในวรรคสามของข้อ 19 ดังนี้

(1) การใช้สิทธิตามที่บัญญัติในวรรคสองของข้อนี้ต้องเป็นไปโดยมีหน้าที่พิเศษและความรับผิดชอบ จึงตกอยู่ใต้ข้อจำกัดต่อนางเรื่อง แต่ทั้งนี้ต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายและจำเป็นแก่การเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น การรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือการสาธารณสุข หรือศีลธรรม

การรับรองเสรีภาพในการแสดงออกในปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง รวมทั้งข้อจำกัดสิทธิในวรรคสามของข้อ 19 ของกติการะหว่างประเทศฯ สอดคล้องกับการรับรองเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลและเสรีภาพของสื่อมวลชนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน ในมาตรา 45 ถึงมาตรา 48 โดยมาตรา 45 วรรคแรกบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น” และวรรคสองบัญญัติว่า การจำกัดสิทธิต้องออกเป็นกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน” จะเห็นได้ว่า การใช้สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการพูดหรือการแสดงความคิดเห็นนั้น มิได้หมายความว่า จะพูดหรือแสดงความคิดเห็นอย่างไรก็ได้ เพราะสิทธินั้นมาควบคู่กับหน้าที่ คือในการใช้สิทธิ ก็ต้องคำนึงถึงหน้าที่ที่จะต้องเคารพถึงสิทธิของคนอื่นด้วย ซึ่งสิทธิของบุคคลในด้านเกียรติยศชื่อเสียงนี้ ก็ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 35 บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครอง”¹⁴

การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวจะกระทำมิได้เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ...” ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ซึ่งบัญญัติห้ามการกระทำความผิดไว้เพียง 3 กรณี คือ

(1) หมิ่นประมาท ได้แก่การกระทำความผิดตามมาตรา 326¹⁵

¹⁴ คณิต ณ นคร. การก่อการร้ายกับการมอบอำนาจให้ดำเนินคดี. (กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์วิญญูชน, ม.ป.ป.). หน้า 31-56.

¹⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

(2) คูหมิ่น ได้แก่การกระทำความผิดตามนัยแห่งมาตรา 393¹⁶ แต่ไม่จำเป็นต้องกระทำซึ่งหน้า หรือด้วยการโฆษณา

(3) แสดงความอาฆาตมาดร้าย ได้แก่ การขู่เข็ญโดยแสดงออกด้วยกิริยาหรือวาจาว่าจะทำให้เสียหายในทางใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นภัยอันตรายแก่ร่างกาย ทรัพย์สิน สิทธิ เสรีภาพหรือชื่อเสียง เกียรติคุณก็ตามอันมิใช่การใช้สิทธิตามปกตินิยม ซึ่งมีลักษณะเป็นบทบัญญัติกฎหมายคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ดังกล่าว มิใช่บทบัญญัติที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นแต่อย่างใด และการใช้สิทธิและเสรีภาพก็ต้องอยู่ในขอบเขตจำกัดเท่าที่ไม่ไปละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 28 บัญญัติไว้ว่า “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน...”

ประมวลกฎหมายอาญามีได้บัญญัติคุ้มครองเฉพาะสถาบันพระมหากษัตริย์ไว้เป็นพิเศษเท่านั้น แต่ยังมีบัญญัติคุ้มครองราชาธิบดี ราชาินี ราชสามี รัชทายาท หรือประมุขแห่งรัฐต่างประเทศ¹⁷ ผู้แทนรัฐต่างประเทศซึ่งได้รับแต่งตั้งให้มาสู่พระราชสำนัก¹⁸ เจ้าพนักงานซึ่งกระทำการตามหน้าที่หรือเพราะได้กระทำการตามหน้าที่¹⁹ และศาลหรือผู้พิพากษาในการพิจารณาหรือพิพากษาคดี²⁰ ไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากบุคคลธรรมดาเช่นกัน

ประกอบกับองค์พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขของไทยที่ตั้งแต่อดีตที่ผ่านมาจนถึงปัจจุบัน ถือเป็นศูนย์รวมพลังศรัทธาแห่งความรู้รักสามัคคีของคนทั้งชาติ เนื่องด้วยพระราชกรณียกิจ

¹⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 393 “ผู้ใดคูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 133 “ผู้ใดคูหมิ่นประมาท คูหมิ่นหรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายราชาธิบดี ราชาินี ราชสามี รัชทายาท หรือประมุขแห่งรัฐต่างประเทศต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พัน หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 134 “ผู้ใดคูหมิ่นประมาท คูหมิ่นหรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายผู้แทนรัฐต่างประเทศซึ่งได้รับแต่งตั้งให้มาสู่พระราชสำนัก ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงห้าปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 136 “ผู้ใดคูหมิ่นเจ้าพนักงานซึ่งกระทำการตามหน้าที่ หรือเพราะได้กระทำการตามหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

²⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 198 “ผู้ใดคูหมิ่นศาลหรือผู้พิพากษาในการพิจารณาหรือพิพากษาคดี หรือกระทำการขัดขวางการพิจารณาหรือพิพากษาของศาลต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

ที่ทรงมีพระมหากรุณาธิคุณต่อปวงชนชาวไทย โดยเฉพาะพระมหากษัตริย์ 7 พระองค์ที่ประชาชนชาวไทยต่างพร้อมใจกันถวายพระราชสมัญญานามให้ทรงเป็น "มหाराช" อันเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของประชาชนชาวไทยทั้งสิ้น และนับเป็นธรรมราชาที่เคารพรักและศรัทธาด้วยความยินยอมพร้อมใจของปวงชนชาวไทย โดยไม่มีการบังคับแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี การวิพากษ์วิจารณ์สถาบันพระมหากษัตริย์ของไทยจะสามารถทำได้หรือไม่ อย่างนั้น พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 9 ได้ทรงมีพระราชดำรัสรับสั่งพระราชทานแก่คณะบุคคลต่าง ๆ ที่เข้าเฝ้าถวายชัยมงคลในวันเฉลิมพระชนมพรรษา เมื่อวันที่ 4 ธันวาคม 2548 ว่า

“ในระบอบรัฐธรรมนูญที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข พระเจ้าอยู่หัวผิดไม่ได้... The king can do no wrong...ความจริง The King can do no wrong คือการดูถูกเคอะคังอย่างมาก เพราะว่าเคอะคังทำไม can do no wrong...แสดงให้เห็นว่าเคอะคังไม่ใช่คน แต่เคอะคังทำ wrong ได้...”

และรับสั่งสรุปว่าวิจารณ์พระมหากษัตริย์ได้ และรับสั่งว่า

“แต่เมื่อบอกว่า ไม่ให้วิจารณ์ ไม่ให้ละเมิด ไม่ได้ เพราะรัฐธรรมนูญว่าอย่างนั้นถึงท่ายก็เลยพระมหากษัตริย์ก็เลยลำบากแยะ อยู่ในฐานะลำบาก ก็แสดงให้เห็นว่า ถ้าไม่ให้วิจารณ์ก็หมายความว่า พระเจ้าอยู่หัวนี้ก็ต้องวิจารณ์ ต้องละเมิดแล้วไม่ให้ละเมิดพระเจ้าอยู่หัวเสีย พระเจ้าอยู่หัวเป็นคนไม่ดี ซึ่งถ้าคนไทยด้วยกันก็ยังไม่กล้า สองเอ็นดูพระเจ้าอยู่หัว ไม่อยากละเมิด แต่มีฝ่ายชาวต่างประเทศ มีบ่อย ๆ ละเมิดพระเจ้าอยู่หัว ละเมิดเคอะคัง แล้วก็หัวเราะเยาะว่าเคอะคังของไทยแลนด์ไม่ได้ก็เป็นคนเสีย เป็นคนที่เสีย” และ

“...ที่จริงควรเข้าคุก แต่เพราะฝรั่งบอกอย่างนั้น ก็ไม่ให้เข้า ไม่มีใครกล้าเอาคนที่ด่าพระมหากษัตริย์เข้าคุก เพราะพระมหากษัตริย์เดือดร้อน เขาหาว่าพระมหากษัตริย์เป็นคนที่ไม่ดี อย่างน้อยที่สุดก็เป็นคนที่จี้จี้ ใครว่าไรสักนิด ก็บอกให้เข้าคุก ที่จริงพระมหากษัตริย์ไม่เคยบอกให้เข้าคุก ตั้งแต่สมัยสมัยรัชกาลก่อน ๆ เป็นกบฏ ก็ยังไม่จับใส่คุก ไม่ลงโทษ รัชกาลที่ 6 ท่านไม่ลงโทษ ไม่ได้ลงโทษผู้ที่ เป็นกบฏ มาจนถึงต่อมา รัชกาลที่ 9 ใครเป็นกบฏ ก็ไม่เคยมีแท้ ๆ ที่จริงก็ทำแบบเดียวกันไม่ให้เข้าคุก ให้ปล่อย หรือถ้าเข้าคุกแล้วก็ให้ปล่อย ถ้าไม่เข้าก็ไม่ฟ้อง เพราะเดือดร้อนผู้ที่ถูกด่า เป็นคนเดือดร้อน

อย่างที่คุณที่ละเมิดพระมหากษัตริย์ และถูกทำโทษไม่ใช่คนนั้นเดือดร้อน พระมหากษัตริย์เดือดร้อน นี่ก็แปลก คราวนี้นักกฎหมายก็ชอบให้ฟ้อง ให้จับเข้าคุก อันนี้นักกฎหมายก็สอนนายกฯ ว่าต้องฟ้อง ต้องลงโทษ ก็สอนนายกฯ ว่าใครบอกให้ลงโทษ อย่าลงโทษเขา ลงโทษไม่ดี ลงท่ายไม่ใช่นายกฯ เดือดร้อน แต่พระมหากษัตริย์เดือดร้อนอาจจะอยากให้พระมหากษัตริย์

เดือดร้อน ไม่รู้ละ เขาทำผิด เขาทำพระมหากษัตริย์ เพื่อให้พระมหากษัตริย์เดือดร้อน และเดือดร้อนจริง ๆ เพราะไครมาหาเราขอบไหม ไม่ขอบ แต่ถ้านายกเกิดให้ลงโทษ แย่เลย...”²¹

พระราชดำรัสองค์นี้แสดงให้เห็นชัดเจน โดยไม่ต้องอธิบายหรือตีความใด ๆ และรับรู้ได้ในน้ำพระทัยประชาธิปไตย ตลอดจนพระมหากษัตริย์คุณของพระองค์ท่านอย่างตรงไปตรงมาที่สุด แต่การวิจารณ์ก็ต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักการที่ว่า

(1) ความเคารพสักการะ คำนึงถึงพระเกียรติยศของความเป็นประมุขแห่งรัฐ

(2) สติสัมปชัญญะ

(3) ปัญญา มีข้อมูล มีความรู้ มีเหตุผล มีเจตจำนงหมายเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและประชาชนอย่างแท้จริง

(4) เจตนาที่บริสุทธิ์

ด้วยข้อมูลและเหตุผลดังที่ได้วิเคราะห์มาข้างต้น เพียงพอให้เห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ไม่เป็นบทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามที่มิบางฝ่ายกล่าวอ้างแต่อย่างใด

3. ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ควรเป็นความผิดอาญาแผ่นดินหรือไม่

ความคุ้มครองสถาบันหลักของชาติ 3 สถาบัน อันประกอบด้วย ชาติ ศาสนา และพระมหากษัตริย์ ย่อมส่งผลกระทบต่อความดำรงอยู่อย่างมั่นคงของชาติ โดยเฉพาะสถาบันพระมหากษัตริย์ที่ทรงเป็นพระประมุขแห่งรัฐ ถือเป็นศูนย์พลังศรัทธาแห่งความรู้รักสามัคคีของคนในชาติ หากสถาบันพระมหากษัตริย์สั่นคลอน อาจนำไปสู่ความแตกแยกขัดแย้งในหมู่ประชาชนจนเกิดความวุ่นวายและความไม่สงบขึ้นในบ้านเมือง ย่อมส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติและเกิดความเสียหายต่อรัฐ การกระทำความผิดต่อพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ซึ่งถือเป็นสถาบันพระมหากษัตริย์ จึงไม่ใช่เป็นการกระทำความผิดที่มีผลเฉพาะโดยตรงต่อส่วนพระองค์และส่วนตัวขององค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์เท่านั้น ทั้งการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำรงสถานะดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของชาติ รัฐจึงถือเป็นผู้เสียหาย ดังนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นเจ้าพนักงานตำรวจสามารถดำเนินคดีได้เองโดยไม่ต้องมีผู้ใดร้องทุกข์หรือกล่าวโทษ และบุคคลทั่วไปก็ไม่สามารถนำคดีความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายต่อสถาบัน

²¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ความผิดฐานหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ : เอกถลักษณ์ประชาธิปไตยไทย ในกระแสประชาธิปไตยโลก. (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2552). หน้า 33,34.

พระมหากษัตริย์ไปฟ้องร้องต่อศาลเพื่อกลั่นแกล้งกล่าวหากันในทางการเมืองได้เองตามที่มิบางฝ่ายกล่าวอ้างแต่อย่างใด เพราะการดำเนินคดีในความผิดที่กระทำต่อรัฐ ย่อมเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมอันประกอบด้วย พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และศาลเท่านั้น หากจะมีการกลั่นแกล้งกล่าวหากันจริงก็ไม่จำเป็นต้องใช้เฉพาะในความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ฯ เท่านั้น ความผิดอาญาแผ่นดินอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานกบฏ การก่อการร้าย ฆ่าคนตาย ทำร้ายร่างกายผู้อื่น หรือปล้นทรัพย์ ฯลฯ ก็สามารถนำมากลั่นแกล้งร้องทุกข์กล่าวโทษกันได้ ส่วนการที่บทบัญญัติในความผิดฐานนี้ในบางประเทศ อาทิ เดนมาร์กที่จะสามารถดำเนินคดีได้โดยคำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเท่านั้น นอร์เวย์ที่จะสามารถดำเนินคดีได้หากได้รับความยินยอมจากพระมหากษัตริย์เท่านั้น และเยอรมันที่การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดจะกระทำได้อีกต่อเมื่อได้รับการมอบอำนาจจากประธานาธิบดีเสียก่อนก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาบริบททางสังคมของประเทศดังกล่าว เปรียบเทียบกับบริบทของสังคมไทยที่เคารพยกย่องและเลื่อมใสศรัทธาต่อสถาบันพระมหากษัตริย์เปรียบเป็นพ่อหลวงของแผ่นดิน ซึ่งประชาชนชาวไทยทุกคนเป็นพสกนิกรของพระองค์ผู้ทรงเป็นประมุขของคนทั้งชาติ พระองค์ไม่ทรงอยู่ในฐานะที่จะร้องทุกข์กล่าวโทษหรือฟ้องร้องพสกนิกรของพระองค์ได้ เพราะอาจเป็นเหตุให้เกิดการเปรียบเทียบจากการที่ผู้กระทำความผิดบางคนถูกดำเนินคดี บางคนไม่ถูกดำเนินคดี และแม้จะกำหนดให้สำนักราชเลขาธิการเป็นผู้กล่าวโทษตามข้อเสนอของคณะนิติราษฎร์ หรือกำหนดให้การสอบสวนคดีในความผิดฐานนี้จะกระทำได้อีกต่อเมื่อได้รับอำนาจจากเลขาธิการพระราชวังตามข้อเสนอของศาสตราจารย์คณิต ณ นคร ก็คงเลียงไม่พ้นปัญหาดังกล่าว นอกจากนี้ยังอาจเป็นเหตุให้ผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้รับการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนด้วยข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานตามกระบวนการยุติธรรมอีกด้วย การดำเนินคดีจึงควรเป็นเรื่องของรัฐที่ต้องมีภาระหน้าที่ดำเนินการแก่ผู้ที่กระทำการละเมิดต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ตามหลักการของกฎหมายที่บัญญัติไว้ในปัจจุบัน โดยเมื่อได้รับการพิสูจน์ความผิดตามกระบวนการยุติธรรมแล้ว หลักกฎหมายไทยก็ยังได้บัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 191²² และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 259²³ ซึ่งทำให้ผู้ต้องโทษสำนึกในพระมหากรุณาธิคุณต่อสถาบัน

²²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 191 “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ”

²³ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 259 “ผู้ต้องพิพากษาให้รับโทษอย่างใด ๆ หรือผู้ที่มีประโยชน์เกี่ยวข้อง เมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว ถ้าจะทูลเกล้าฯ ถวายเรื่องราวต่อพระมหากษัตริย์ขอรับพระราชทานอภัยโทษ จะยื่นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมก็ได้”

พระมหากษัตริย์อีกด้วย อาทิ นักโทษเด็ดขาดในคดีความผิดฐานหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ที่มีพระราชกระแสให้อภัยโทษปล่อยตัวจำนวน 3 ราย ประกอบด้วย นักโทษเด็ดขาดชาย แฮรี่ นิโคลายส์ สัญชาติออสเตรเลีย เลขประจำตัว 4831/2551 กระทำผิดเขียนบทความหมิ่นพระบรมเดชานุภาพลงในหนังสือพิมพ์ กำหนดโทษจำคุก 3 ปี นักโทษเด็ดขาดชาย สุวิชา หรือชินภัทร์ ทำข้อ เลขประจำตัว 0556/2552 กระทำผิดฐานเผยแพร่คลิป วิดีโอและข้อความหมิ่นพระบรมเดชานุภาพบนระบบคอมพิวเตอร์ กำหนดโทษจำคุก 10 ปี และ นักโทษเด็ดขาดชาย ชนาเมธ หรือโจ ณ ลำปาง เลขประจำตัว 1-1144/2548 กระทำผิดฐานคัดลอก ข้อความทางอินเทอร์เน็ตจากเว็บไซต์มนุษยะดอทคอม ซึ่งมีเนื้อความหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ ไปแสดงให้ปรากฏในคอลัมน์กระดานข่าวของเว็บไซต์จังหวัดลำปาง กำหนดโทษจำคุก 15 ปี โดยเฉพาะรายหลังนี้ตามข้อมูลที่ปรากฏจากหนังสือสำนักราชเลขานุการ ที่รล 0009.3/7667 ลงวันที่ 14 พฤษภาคม 2553 เรื่องนักโทษเด็ดขาดชาย ชนาเมธ หรือโจ ณ ลำปาง ขอพระราชทานอภัยโทษ ระบุว่า พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงมีพระราชกระแสให้อภัยโทษปล่อยตัว ทั้งที่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมได้สอบสวนและพิจารณาแล้วเห็นว่า ยังไม่มีเหตุผลอันสมควร สนับสนุนขอพระราชทานอภัยโทษให้ ควรยกฎการายนี้เสีย ดังนั้น การที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 บัญญัติอยู่ในลักษณะความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร อันเป็นความผิด อาญาแผ่นดินจึงเป็นหลักการที่ถูกต้องเหมาะสมแล้ว ส่วนการกล่าวหากลับแก่งัดกันในทาง การเมือง เป็นเรื่องของกระบวนการยุติธรรมที่บิดเบือนโดยเจตนาไม่สุจริตของผู้มีอำนาจบางราย ซึ่งจะได้ทำการวิเคราะห์ในส่วนของการบังคับใช้กฎหมายความผิดตามประมวลอาญา มาตรา 112 ต่อไป

บทกำหนดโทษและระดับอัตราโทษที่เหมาะสมสำหรับความผิดตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 112

บทกำหนดโทษและระดับอัตราโทษของความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือ แสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ฯ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 มีการพัฒนา แก้ไขปรับปรุงเปลี่ยนแปลงมาเป็นลำดับ โดยเริ่มตั้งแต่ในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้า เจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ทรงตราพระราชกำหนดลักษณะหมิ่นประมาท ร.ศ. 118 ในปี พ.ศ. 2442 มาตรา 4 กำหนดระวางโทษจำคุกไว้ไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,500 บาท หรือทั้งจำคุกและปรับ ในปี พ.ศ. 2451 ทรงยกเลิกพระราชกำหนดลักษณะหมิ่นประมาท ร.ศ. 118 และทรงตรากฎหมาย

ลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 98 กำหนดระวางโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี และปรับไม่เกิน 5,000 บาท และมาตรา 100 กำหนดระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี และปรับไม่เกิน 2,000 บาท

เมื่อมีการตราประมวลกฎหมายอาญาขึ้นใช้แทนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ในปี พ.ศ. 2499 มาตรา 112 กำหนดระวางโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี

หลังจากนั้นในปี พ.ศ. 2519 ได้มีคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 41 ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2519 ข้อ 1 ระบุให้แก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ให้เพิ่มระวางโทษจำคุกจากเดิมจำคุกไม่เกิน 7 ปี เป็นจำคุกตั้งแต่ 3 ปีถึง 15 ปี ดังที่ประกาศใช้อยู่ในปัจจุบัน

คณะนิติราษฎร์มีข้อเสนอเกี่ยวกับอัตราโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ดังนี้

ข้อเสนอ

- (1) ไม่มีอัตราโทษขั้นต่ำ
- (2) ลดอัตราโทษให้เป็นจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 50,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ สำหรับความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์
- (3) ลดอัตราโทษให้เป็นจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 30,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ สำหรับความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์

เหตุผล

(1) ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ไม่มีการกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำในความผิดฐานหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ ดังนั้น ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ภายใต้รัฐธรรมนูญ จึงไม่ควรมีการกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำในความผิดฐานดังกล่าว

(2) เปิดโอกาสให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษน้อยเพียงใดก็ได้ตามควรแก่กรณี

(3) เป็นการคุ้มครองบุคคลในตำแหน่งพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ให้สมแก่สถานะแห่งตำแหน่ง จึงกำหนดให้มีอัตราโทษขั้นสูงที่สูงกว่าความผิดฐานหมิ่นประมาทบุคคลธรรมดา ซึ่งมีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างความร้ายแรงของการกระทำอันเป็นความผิดกับโทษที่ผู้กระทำความผิดนั้นควรได้รับ อันเป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุซึ่งได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ จึงกำหนดให้มีอัตราโทษขั้นสูงลดลงจากเดิม

(4) โดยเหตุที่พระมหากษัตริย์ทรงดำรงตำแหน่งประมุขของรัฐ ซึ่งมีสถานะแตกต่างจากพระราชินี รัชทายาท และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ จึงกำหนดอัตราโทษขั้นสูงให้แตกต่างกัน

หมายเหตุ : อัตราโทษสำหรับการหมิ่นประมาทในกรณีอื่น ๆ จะต้องปรับให้รับกับข้อเสนอนี้ต่อไป²⁴

ศาสตราจารย์คณิต ฒ นกร ประธานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายได้เสนอความเห็น ว่า ระวังโทษของความผิดฐานหมิ่นพระบรมเดชานุภาพตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 112 ควรปรับปรุงแก้ไขกำหนดให้จำคุกไม่เกิน 7 ปี หรือปรับไม่เกิน 14,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ²⁵

ศาสตราจารย์ปราโมทย์ นาครทรรพ นักวิชาการอิสระแสดงความเห็นว่า มาตรา 112 ต้องทำให้ประชาชนรู้และเข้าใจว่าเป็นเรื่องธรรมดาในกฎหมายอาญาซึ่งประเทศไหน ๆ ก็มีการดูหมิ่น อาฆาตมาดร้าย ก็ต้องมีโทษ คนธรรมดายังได้รับการคุ้มครอง เหตุไฉนสถาบันฯ ไม่ได้ได้รับความคุ้มครอง มันอยู่ในกฎหมายธรรมดา เมืองไทยไม่มีกฎหมายหมิ่นพระบรมเดชานุภาพเป็นพิเศษ ถ้าจะแก้ไข ถ้าเห็นว่าโทษรุนแรงเกินไปเมื่อเทียบกับประเทศอื่นแล้ว ก็ลดดุลยพินิจของศาลลงมาเสีย เห็นด้วยถ้าจะแก้บทกำหนดโทษ หรือการนำไปใช้ในขบวนการพิจารณา แต่การที่จะยกเลิกมาตรานี้ ก็มีแต่คนบ้าเท่านั้น ไม่ใช่ชนักกฎหมายหรอก บ้าจะเอาใจขบวนการทำลายกษัตริย์²⁶

นายสุลักษณ์ ศิวรักษ์ ปัญญาชนสยามเสนอว่า เพื่อความอยู่รอดของสถาบัน หนึ่ง-ลดความรุนแรงของโทษลง ให้เลิก minimum 3 ปี ส่วน maximum 3 ปี หรือ 7 ปีพอแล้ว ไม่ต้องเปลี่ยนมากกว่านี้ สอง- คนที่จะฟ้อง ต้องดำเนินการผ่านคณะกรรมการกถนกรอง เอาชุดคุณคณิตนี้แหละ มีอยู่แล้ว คราวนี้ ถ้าเขาฟ้องก็ถูกค่า เขาไม่ฟ้องก็ถูกค่า พุดง่าย ๆ มีคนถูกค่าแทนนั่นเอง²⁷

สำหรับอัตราโทษตามกฎหมายอาญาในความผิดฐานหมิ่นพระบรมเดชานุภาพที่มีในประเทศต่าง ๆ อาทิ ประมวลกฎหมายอาญาของเดนมาร์ก มาตรา 115 ประกอบมาตรา 266 มี ระวังโทษจำคุกไม่เกิน 4 ปี และมาตรา 267 ระวังโทษจำคุกไม่เกิน 8 เดือน ประมวลกฎหมายอาญาของนอร์เวย์ มาตรา 101 ระวังโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ประมวลกฎหมายอาญาของสเปน มีระวังโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 2 ปี และประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมัน มีระวังโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 5 ปี เป็นต้น

คำพิพากษาของศาลไทยในคดีความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ที่ผ่านมา

²⁴ Available : <http://www.enlightened-jurists.com/directory/167/Proposed-Amendments-to-the-Law-on-Defamation-of-the-King.html>, 2012.

²⁵ คณิต ฒ นกร. การก่อการร้ายกับการมอบอำนาจให้ดำเนินคดี. (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ม.ป.ป.). หน้า 46-56.

²⁶ Available : <http://www.manager.co.th/Politics/ViewNews.aspx?NewsID=9540000156661>

²⁷ Available : <http://www.go6tv.com/2011/06/112-112.html>

ปรากฏว่าศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจำเลยอยู่ระหว่างจำคุก 1 ปี ถึงจำคุก 5 ปี (ดูรายละเอียดในบทที่ 3 หน้า 36 – 44)

เมื่อวิเคราะห์ข้อมูลความเป็นมาของอัตราโทษในคดีความผิดฐานหมิ่นประมาท หมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 และอัตราโทษตามกฎหมายอาญาในลักษณะความผิดทำนองเดียวกันของต่างประเทศ ประกอบข้อเสนอของบุคคลต่าง ๆ ดังกล่าว ตามหลักเกณฑ์ความสมควรลงโทษในทางอาญาจะมีเพียงใด ซึ่งมีองค์ประกอบสามประการ คือ คุณค่าของสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ความเป็นอันตรายของวิธีการที่ผู้กระทำผิดใช้ และระดับของความน่าตำหนิในทางศีลธรรมต่อตัวผู้กระทำผิด²⁸ แล้ว จะเห็นได้ว่า การกำหนดระวางโทษจำคุกตามกฎหมายอาญาก่อนมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองปี พ.ศ. 2475 มีระวางโทษสูงสุดจำคุกเพียงไม่เกิน 7 ปี ทั้งที่คุณค่าของสถาบันพระมหากษัตริย์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองอยู่ในบริบทของการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และในช่วงแรกหลังจากเปลี่ยนแปลงการปกครอง และมีการใช้บังคับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ก็ยังคงกำหนดระวางโทษจำคุกไว้ไม่เกิน 7 ปีเช่นเดิม การแก้ไขเพิ่มเติมระวางโทษเป็นจำคุกตั้งแต่ 3 ปี ถึง 15 ปี เกิดขึ้นในยุคที่มีการทำรัฐประหารในปี พ.ศ.2519 (คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 41 ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2519 ข้อ 1) ซึ่งนับเป็นเหตุผลสำคัญประการหนึ่งของฝ่ายที่เสนอให้มีการแก้ไข โดยกล่าวหาว่าเป็นกฎหมายที่มาจากระบอบเผด็จการ เมื่อคำนึงสถานะของสังคมไทยในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ที่มีการพัฒนามาโดยลำดับ ประกอบกับพระมหากษัตริย์ที่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงมีต่อประชาชนชาวไทย ดังที่ได้มีพระราชปรารภกับราชเลขาธิการเมื่อปี 2544 เรื่องปัญหาจราจรในกรุงเทพฯ และต่างจังหวัดที่มีมากขึ้น โดยเฉพาะเวลาที่มีขบวนเสด็จ หากต้องปิดการจราจรเป็นเวลานานจะทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อน จึงมีพระราชกระแสรับสั่งให้ราชเลขาธิการได้พิจารณาร่วมกับเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องร่วมกันหาแนวทางแก้ไข ซึ่งได้จัดทำแนวทางและคู่มือปฏิบัติตามนโยบายและแนวทางการปฏิบัติในการถวายความสะดวกด้านการจราจรในการเสด็จพระราชดำเนิน (เป็นการส่วนพระองค์)ไว้²⁹ ประกอบกับความเป็นอันตรายของวิธีการที่ผู้กระทำผิดใช้ที่ปรากฏโดยการกล่าวถ้อยคำ หรือจัดทำเอกสารผ่านสื่อสิ่งพิมพ์ หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์ และระดับของความน่าตำหนิในทางศีลธรรมต่อตัว

²⁸ ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. “การจัดแบ่งกลุ่มความผิดและโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย”. (รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์, สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554). หน้า 31 – 34.

²⁹ หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน, 2 กรกฎาคม 2555, หน้า 1.

ผู้กระทำความผิดที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน ซึ่งมีลักษณะของการที่อาจมีการปลุกปั่นให้ข้อมูลที่ไม่ตรงกับความเป็นจริงเกี่ยวกับการเมืองและสถาบันพระมหากษัตริย์ ตลอดจนพระมหากษัตริย์ที่ทรงพระราชทานอภัยโทษแก่ผู้ต้องคำพิพากษาให้จำคุกในคดีความผิดฐานหมิ่นพระบรมเดชานุภาพเกือบทุกรายแล้ว ถิ่นนับได้ว่ามีเหตุผลเพียงพอที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทกำหนดโทษและระดับอัตราโทษให้เหมาะสม โดยกลับใช้ระวางโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2519

กระบวนการบังคับใช้บทบัญญัติความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112

ข้อเสนอที่สำคัญข้อหนึ่งเกี่ยวกับบทบัญญัติความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ที่เกือบทุกภาคส่วนของสังคมกังวลและกล่าวถึงกันอย่างมาก คือกระบวนการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐ โดยเฉพาะในส่วนของกระบวนการยุติธรรม อันประกอบด้วยเจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าหน้าที่กรมสอบสวนคดีพิเศษ พนักงานอัยการ และศาล หรือผู้พิพากษา ด้วยข้อกล่าวหาว่ามีการนำกฎหมายมาตรานี้มาใช้เป็นเครื่องมือกดดันแก่งกล่าวหา กันในทางการเมือง ในช่วงที่พัฒนาการของประชาธิปไตยไทยเดินทางมาถึงจุดที่มีอำนาจทางการเมืองและประชาชนมีความคิดเห็นแตกต่างกันทางการเมืองอย่างรุนแรง การให้ข้อมูลในทางการเมืองแก่ภาคประชาชนจากฝ่ายที่มุ่งผลประโยชน์ในทางการเมืองเกี่ยวกับสถาบันพระมหากษัตริย์ การใช้อำนาจของนักการเมืองเพื่อประโยชน์ในทางการเมืองของฝ่ายตน บิดเบือนทฤษฎีรัฐศาสตร์ และนิติศาสตร์ด้วยการทำลายความรู้ทั้งหมดด้วยเสียงข้างมากที่ไร้สติจริยธรรม หรือการใช้พลังมวลชนเป็นอันธพาลการเมือง โดยให้ความรู้ด้านเดียวหรือผิด ๆ ในลักษณะของเล่ห์เพทุบายและหลอกลวงจากบนลงล่างต่อมวลชนรากหญ้า (Grassroots) ทำให้เกิดการเล่นเกมการเมืองภายใต้การชี้นำที่พัฒนาคณกรากหญ้าไปสู่ภาวะขาดคุณธรรม และใช้เป็นพลังไปสู่อำนาจทางการเมือง ร่วมกับวัฒนธรรมและค่านิยมของสังคมไทยที่เปลี่ยนแปลงไปตามกระแสโลกาภิวัตน์ที่มีทิศทางและเนื้อแท้เป็นโลกไร้สาระ (Globaloney) และลัทธิบริโภคนิยมตามแบบตะวันตก นับเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐในส่วนของกระบวนการยุติธรรมจำเป็นต้องปรับปรุงและพัฒนาบุคลากรและกระบวนการทำหน้าที่ให้มีคุณภาพ และมีคุณธรรมให้ไปสู่ความเป็นมืออาชีพมากขึ้น ดังพระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวที่ทรงพระราชทานไว้ความตอนหนึ่งว่า “...ตั้งจิต ตั้งใจให้

เที่ยงตรงแน่วแน่ ใช้สติรู้ตัว ใช้ปัญญา รู้คิด สุจริตจริงใจ ปฏิบัติหน้าที่โดยเห็นแก่ประโยชน์ส่วนรวม ยิ่งกว่าส่วนอื่นใด...”

บทบาทของพนักงานสอบสวนต้นทางของกระบวนการยุติธรรม พนักงานอัยการ กลางทางของกระบวนการยุติธรรม และศาลหรือผู้พิพากษาปลายทางของกระบวนการยุติธรรม ในการปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการดำเนินคดีความผิดฐานหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ที่ผ่านมาใน สภากษัตริย์ที่มีความแตกแยกขัดแย้ง ไร้ความรู้รักสามัคคีอาจยังก่อให้เกิดข้อระแวงสงสัย และมี คำถามถึงการใช้อำนาจในการสอบสวน สังเกต และพิพากษาคดีขึ้นในสังคมอย่างมากว่า กระบวนการยุติธรรมถูกใช้เป็นเครื่องมือในทางการเมืองทั้งทางบวกและทางลบแก่ผู้ที่ถูกกล่าวหา ในความผิดฐานนี้หรือมีสมรรถนะเพียงพอแก่การทำหน้าที่อย่างมีวุฒิภาวะและสร้างสรรค์ สอดคล้องต่อสังคมไทยที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือไม่ อาทิ คดีที่พนักงานสอบสวนสถานีตำรวจนครบาลดุสิตตั้งฟ้องนายสนธิ ลิ้มทองกุล ในคดี ขู่หาหมิ่นประมาทสถาบันพระมหากษัตริย์ จากกรณีนำคำพูดของ นางดารณี ศิลปกุล หรือ ดา ตอร์ปิโด เผยแพร่บนเวทีสะพานมอญวันรังสรรค์³⁰ พนักงานสอบสวนคดีพิเศษ ส่งไม่ฟ้องนายจตุพร พรหมพันธุ์ ในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 กรณีที่นายจตุพรกล่าวปราศรัย เกี่ยวกับสถาบันพระมหากษัตริย์³¹ พนักงานอัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องคดีที่นายจักรภพ เพ็ญแข ฐานหมิ่นสถาบันตาม มาตรา 112 กรณีพูดที่สโมสรผู้สื่อข่าวต่างประเทศเมื่อปี 2550³² และพนักงาน อัยการพิเศษฝ่ายคดีอาญากรุงเทพใต้ 4 มีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องนายโชติศักดิ์ อ่อนสูง ผู้ถูกกล่าวหาว่า หมิ่นพระบรมเดชานุภาพ เนื่องจากไม่ยื่นแสดงความเคารพในระหว่างเปิดเพลงสรรเสริญ พระบารมีในโรงภาพยนตร์ โดยระบุว่าแม้จะเป็นกิริยาที่ไม่อยู่ในบรรทัดฐานที่ประชาชนทั่วไปต้อง ปฏิบัติ แต่ไม่อาจชี้ชัดได้ว่ามีเจตนาดูหมิ่นพระมหากษัตริย์³³ ซึ่งแตกต่างจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1294/2521 ที่เคยวินิจฉัยไว้ว่า การที่จำเลยมิได้ยื่นตรงเช่นประชาชนคนอื่นในขณะที่เพลงสรรเสริญ พระบารมีเปิดขึ้น ทั้งยังบังอาจกล่าวถ้อยคำว่า "เฮ้ย เปิดเพลงอะไรโวย ฟังไม่รู้เรื่อง" เช่นนี้ เห็นได้ ชัดว่าจำเลยมีเจตนาที่จะดูหมิ่นพระมหากษัตริย์ และศาลอาญามีคำพิพากษาในคดีหมายเลขคำที่ที่ อ.311/2554 ให้จำคุกนายอำพล ตั้งนพกุล (อาคง) จำเลยในความผิดฐาน หมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือ

³⁰ Available : <http://highlight.kapook.com/view/33102>

³¹ Available : http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1336627470&grpId=00&catid=01

³² Available : <http://www.oknation.net/blog/hardcorelawyer/2012/03/30/entry-2>

³³ Available : http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1342635083&grpId=03&catid= &subcatid

แสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 และ พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 (2) (3)ฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลใด ๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร จากการที่นายอำพลใช้โทรศัพท์มือถือส่วนตัวพิมพ์ข้อความอันเป็นการจาบจ้วงดูหมิ่นพระเกียรติยศ และหมิ่นประมาทใส่ความให้ร้ายสมเด็จพระราชินี แล้วส่งข้อความดังกล่าวไปยังโทรศัพท์มือถือของนายสมเกียรติ ครอบวัฒนสุข เลขานุการส่วนตัวของนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะอดีตนายกรัฐมนตรี มีกำหนดกระทงละ 5 ปี รวม 4 กระทง เป็นจำคุก 20 ปี³⁴ อย่างไรก็ตาม นายสิทธิศักดิ์ วนะชกิจ โฆษกศาลยุติธรรม กล่าวถึงกรณีนายอำพล ตั้งนพคุณ อายุ 61 ปี ที่ถูกตั้งฉายาว่า “อาทง” ซึ่งกระแสดังกล่าวสร้างความสนใจรวมทั้งต่าชาติวิพากษ์วิจารณ์ศาลยุติธรรมไทยในทงไม่สร้างสรรคัว่า คดีนี้มีการใช้ถ้อยคำหยาบคายแสดงความอาฆาตมาดร้าย จาบจ้วงล่วงเกินพระมหากษัตริย์และพระราชินีด้วยถ้อยคำภาษาที่ป่าเถื่อน และต่ำทรามอย่างยิ่ง เกินกว่าวิญญูชนคนทั่วไปจะพึงพูดจา ดูหมิ่นเหยียดหยามกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งได้กระทำต่อพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว องค์พระประมุขของประเทศ อันเป็นที่เคารพยกย่องเทิดทูนของปวงชนชาวไทยและทั่วโลก มีการกระทำความผิดต่างกรรมต่างวาระถึง 4 ครั้ง ถ้อยคำที่ใช้แตกต่างกันทุกครั้ง แสดงถึงเจตนาที่จงใจกระทำความผิดกฎหมายอย่างทำทายไม่ยำเกรงอาญาแผ่นดิน ไม่มีจิตสำนึกรู้ผิดชอบชั่วดี เมื่อจำเลยให้การปฏิเสธ มาตลอดจนถึงในชั้นศาลจึงไม่มีเหตุลดโทษ หรือบรรเทาโทษ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 กฎหมายระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปี ถึง 15 ปี ศาลชั้นต้นลงโทษจำเลยแต่ละครั้งจำคุกกระทงละ 5 ปี สูงกว่าโทษขั้นต่ำของกฎหมายเพียง 2 ปี ถ้าเทียบกับพฤติการณ์ความร้ายแรงแห่งคดีแล้ว หลายคนทงรู้จริงเห็นตรงข้ามว่าโทษเบาไปหรือเหมาะสมแล้วก็มี³⁵

อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับคดีหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ของเจ้าพนักงาน ในกระบวนการยุติธรรมนอกจากต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว เจ้าพนักงานตำรวจยังมีระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดีกรณีบางเรื่องที่มีวิธีปฏิบัติเป็นพิเศษ บทที่ 1 เหตุอุกฉกรรจ์และสะเทือนขวัญ และเหตุที่ต้องรายงานด่วน ข้อ 1.2 เหตุที่ต้องรายงานด่วน ได้แก่ 1.2.1 เหตุที่เกี่ยวกับพระบรมวงศานุวงศ์ ตั้งแต่ชั้นพระองค์เจ้าขึ้นไป 1.2.1.2 เป็นผู้เสียหายซึ่งอยู่ในความสนใจของประชาชน หรือสื่อมวลชนหรือทางราชการ พนักงาน

³⁴ Available : <http://www.thairath.co.th/content/region/218678>

³⁵ สิทธิศักดิ์ วนะชกิจ, “อาทงปลงไม่ตก การเมือง : บทวิเคราะห์”. (กรุงเทพธุรกิจออนไลน์).

อัยการมีระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ส่วนที่ 4 การควบคุมตรวจสอบทั่วไปและการปฏิบัติต่อสำนวน ข้อ 15 ในคดีอาญาที่มีความสำคัญ เช่น โดยฐานความผิด โดยฐานะของผู้ต้องหา จำเลย หรือผู้เสียหาย หรือคดีที่อยู่ในความสนใจของประชาชนทั่วไป ให้หัวหน้าพนักงานอัยการพิจารณาเข้าร่วมดำเนินคดีหรือควบคุมการดำเนินคดี โดยใกล้ชิด และให้รายงานผลการดำเนินคดีดังกล่าวให้สำนักงานอัยการสูงสุดทราบเป็นกรณีพิเศษ โดยผ่านอธิบดี เมื่อได้รับสำนวนการสอบสวนคดีดังกล่าวในวรรคหนึ่งแล้ว ให้หัวหน้าพนักงานอัยการรับรายงานให้อธิบดีทราบ และเมื่ออธิบดีทราบแล้ว ไม่ว่าจะโดยการรายงานดังกล่าวหรือไม่ก็ตาม หากเห็นสมควรจะเข้าดำเนินคดีหรือร่วมดำเนินคดีก็ได้ แล้วให้รายงานสำนักงานอัยการสูงสุดเพื่อทราบ และระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการสั่งคดีที่จะไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ พ.ศ.2554 ลงวันที่ 22 เมษายน 2554 อันเป็นการกำหนดแนวปฏิบัติในการทำงานให้มีประสิทธิภาพและเอกภาพของเจ้าพนักงานตำรวจและพนักงานอัยการ โดยมีความเห็นนักวิชาการ ภาคประชาสังคม และผู้เกี่ยวข้อง อาทิ

นายกิตติพงษ์ กิตยารักษ์ ปลัดกระทรวงยุติธรรมกล่าวว่า สิ่งที่เราควรทำมากที่สุดคือ ปรับกระบวนการบังคับใช้ให้เหมาะสม ทำให้กระบวนการดำเนินคดีของตำรวจและอัยการมีเอกภาพ ลดผลกระทบที่จะเกิดกับผู้เกี่ยวข้องให้มากที่สุด เพราะที่ผ่านมามีปัญหาคือผู้เสียหายหรืออ้างว่าตัวเองเสียหายสามารถแจ้งความร้องทุกข์ได้ทุกโรงพักทั่วประเทศ เมื่อรับคดีมาแล้วทั้งตำรวจและอัยการก็มักไม่ค่อยกล้าใช้ดุลพินิจ เนื่องจากเกรงจะถูกมองว่าไม่จงรักภักดี และเสนอว่า 1. ต้องพยายามปรับระบบการดำเนินคดีให้ตำรวจและอัยการในส่วนกลางร่วมกลั่นกรอง 2. กำหนดประเภทคดีจากเบาไปหาหนัก เช่นถ้าเป็นการกระทำลักษณะเครือข่าย เป็นขบวนการล้มล้างสถาบัน อย่างนี้ต้องใช้มาตรการทางกฎหมายอย่างเคร่งครัด เด็ดขาด แต่ถ้าเป็นกลุ่มที่รู้เท่าไม่ถึงการณ์ หรือได้ข้อมูลไม่ถูกต้องจากความขัดแย้งทางการเมือง หรือเป็นนักวิชาการต่างชาติ เป็นสื่อมวลชนต่างประเทศ กลุ่มนี้ควรใช้วิธีการอื่นตามความเหมาะสม 3. ให้ทุกกลุ่มการเมืองเทิดทูนสถาบันให้อยู่เหนือความขัดแย้ง งดเว้นการพูดพาดพิงถึงจะสามารถลดปัญหาลงไปได้ระดับหนึ่งอัยการเป็นหน่วยงานสำคัญในการแก้ปัญหาเพราะมีดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีได้ โดยใช้ช่องทางคดีที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ ฉะนั้นถ้ามีกรอบที่เหมาะสม เช่น สำหรับกลุ่มที่เข้าใจผิด ได้ข้อมูลผิด หรือเป็นสื่อมวลชนต่างประเทศ ก็อาจมีกระบวนการทำความเข้าใจ ให้ข้อมูลที่ถูกต้อง ก่อนจะสั่งไม่ฟ้องเด็ดขาด³⁶

³⁶ Available : <http://www.bangkokbiznews.com/home/detail/politics/analysis/20120125/431930>

ศาสตราจารย์บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เสนอว่า สมควรมีการปรับปรุงการใช้บังคับกฎหมายดังกล่าว ไม่ให้ใช้พร่ำเพรื่อเกินขอบเขต โดยน่าจะนำแนวทางกฎหมายนอร์เวย์มาใช้ กล่าวคือ คดีความผิดหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ และดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทประมุขของรัฐต่างประเทศนั้น ผู้กล่าวหา สอบสวน และฟ้องร้อง คืออัยการสูงสุดแต่ผู้เดียว เพื่อมิให้มีการกล่าวหา กันได้ง่าย ๆ ดังที่เป็นอยู่ และต้องยอมรับร่วมกันว่าการใช้ดุลพินิจของอัยการสูงสุดนั้นเด็ดขาด จะนำไปฟ้องร้องในทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางปกครองมิได้ เพื่อมิให้มีใครนำอัยการสูงสุด ไปฟ้องศาลว่ากระทำความผิดอาญาฐานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 157 และศาลฎีกาเคยตัดสิน ลงโทษจำคุกอัยการที่สั่งไม่ฟ้องมาแล้วในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3509/2549 ทั้งนี้ เพื่อให้สถาบันหลักทางกฎหมายของประเทศไทยได้กลั่นกรองด้วยความรอบคอบเสียก่อน³⁷

นายอาทิตย์ อุไรรัตน์ อดีตประธานสภาผู้แทนราษฎรกล่าวว่า กฎหมายนี้ไม่ใช่ปกป้องบุคคล แต่ปกป้องประเทศ ในรัฐธรรมนูญบอกว่าแผ่นดินไทยเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันจะแบ่งแยกมิได้ คนที่ไปแบ่งแยกแผ่นดินก็ต้องถือเป็นศัตรูของประเทศ ต้องถือเป็นความผิด จะให้ยกเลิกกฎหมายนี้ได้อย่างไร พระมหากษัตริย์เป็นสถาบัน ถ้าไปจบบ้างโดยไม่มีเหตุผลก็ต้องเป็นความผิด และที่สำคัญกระบวนการยุติธรรมก็ต้องพิพากษาให้ถูก เพราะสิ่งเหล่านี้มันไม่ใช่จะต้องยึดตามตัวหนังสือ หรือตัวบท แต่มันอยู่ที่วิจารณ์ญาณของฝ่ายผู้พิพากษา ของเจ้าหน้าที่ อย่างบ้างก็มาตรา 112 จนทำเกินกว่าเหตุ³⁸

ความคิดเห็นเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว มีความมุ่งหมายในทำนองเดียวกัน คือ ประสงค์ให้เจ้าพนักงานตำรวจและพนักงานอัยการทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 อย่างมีวุฒิภาวะ ใช้วิจารณ์ญาณโดยรอบด้าน ในลักษณะของมืออาชีพอย่างแท้จริง และใช้ดุลพินิจด้วยปัญญา เจตนาที่บริสุทธิ์ และกล้าหาญ ถูกว่าตามถูก ผิดว่าตามผิด เพื่อปกป้องสถาบันพระมหากษัตริย์ด้วยความสมเหตุสมผล

ในส่วนของศาลหรือผู้พิพากษาหากพิจารณาจากคำพิพากษาศาลอาญาหมายเลขแดงที่ 2343/2538 ที่วินิจฉัยว่า คำปาฐกถาของของนายสุลักษณ์ ศิวรักษ์ จำเลยข้อความแรกที่ว่า “ไม่มีการคลานขี้เขี้ยวเข้าไปรับพระราชทานปริญญา ไม่มีการคลานเข้าไปกราบขยารถยนต์ อย่างพวกนิสิตจุฬาลงกรณ์ทำอยู่เวลานี้” และข้อความที่ 2 ที่ว่า “นี่ทหารตบหน้าท่าน ตบพระพักตร์ท่าน” แม้จะเป็นถ้อยคำรุนแรงและไม่สุภาพ เป็นคำที่ไม่เหมาะสมจะนำมาใช้กับองค์พระมหากษัตริย์ แต่เมื่อพิจารณาคำปาฐกถาทั้งหมดมิได้ดูจากข้อความตอนใดตอนหนึ่งมาวินิจฉัยแล้ว จะเห็นเจตนาของ

³⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ความผิดฐานหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ:เอกลักษณ์ประชาธิปไตยไทย ในกระแสประชาธิปไตยโลก. (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2552). หน้า 36.

³⁸ Available : <http://www.manager.co.th/Politics/ViewNews.aspx?NewsID=9540000160863>

จำเลยว่า จำเลยพูดด้วยความเจตนาจงรักภักดีต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ ไม่ควรที่คณะบุคคลใดจะแอบอ้างใช้สถาบันหลักของชาติเป็นเครื่องมือทางการเมือง ที่โจทก์อ้างว่าเป็นการหมิ่นพระบรมเดชานุภาพจึงขัดต่อเหตุผลความเป็นจริง ไม่มีน้ำหนักความหมายเพียงพอที่จะลงโทษจำเลยในข้อหาหมิ่นพระบรมเดชานุภาพตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ได้ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1081/2482 ที่วินิจฉัยว่า การพูดอวดอ้างคนในขณะที่ทำการเป็นหมอรักษาโรคว่า “ตนเป็นผู้วิเศษ มีพระจันทร์แก้ว (มิด) ซึ่งสามารถจี้ให้คนเป็นบ้าหรือตายหรือเป็นอะไรก็ได้ พระเจ้าแผ่นดินกับรัฐธรรมนูญจำเลยจะเรียกให้มากราบไหว้ก็ได้ จำเลยไม่กลัวใครในโลกนี้กลัวแต่พ่อแม่ พระพุทธ พระธรรม พระสงฆ์เท่านั้น” เป็นแต่อวดอ้างให้คนเชื่อว่าเป็นหมอวิเศษรักษาโรคให้หายได้ไม่มีเจตนาร้ายต่อผู้ใด ไม่ทำให้คนทั้งหลายดูหมิ่นหรือเกลียดชังผู้ใด และมีได้มีเจตนาที่จะแสดงความอาฆาตมาดร้ายหรือหมิ่นประมาทต่อสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เป็นคำกล่าวอันโง่เขลาไม่ปรากฏว่าเป็นเหตุให้คนทั้งหลายตื่นตกใจ การตื่นไปรักษาโรคเพื่อจะได้รับความสุขมิได้เป็นไปในทางตกใจหวาดกลัว จึงยังไม่เป็นความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 98, 335 (21) แสดงให้เห็นว่า ศาลได้ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาตีความการกระทำของจำเลยในทางอาญาอย่างเคร่งครัด ไม่ขยายความให้เป็นโทษ และใช้หลักเจตนาในการวินิจฉัยเพื่อคุ้มครองจำเลยผู้ถูกกล่าวหาตามเจตนารมณ์ของการดำเนินคดีอาญาที่ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด มีลักษณะเป็นการตรวจสอบถ่วงดุลกัน กระบวนการยุติธรรมทั้งสามองค์กร คือ ตำรวจ อัยการ และศาลโดยอิสระตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

แม้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2354/2531 ที่วินิจฉัยว่า ข้อความที่นายวีระ มุสิกพงศ์ จำเลยกล่าวต่อประชาชนเพื่อช่วยหาเสียงให้แก่สมาชิกพรรคการเมืองของตนมีความว่า “ถ้าเลือกเกิดได้ จะเลือกเกิดใจกลางพระบรมมหาราชวัง ออกมาเป็นพระองค์เจ้าวีระไม่ต้องมาขึ้นตากแดด พุดให้ประชาชนฟัง ถึงเวลาเที่ยงก็เข้าห้องเย็น เสวยเสร็จก็บรรทม ตื่นอีกทีบ่ายสามโมง พอตกเย็นก็เสวยน้ำจิ้มให้สบายอกสบายใจ” เป็นการกล่าวเปรียบเทียบกับพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว สมเด็จพระนางเจ้าพระบรมราชินีนาถและสมเด็จพระบรมโอรสาธิราชฯ สยามมกุฎราชกุมาร องค์รัชทายาท ทรงมีความเป็นอยู่สุขสบาย ไม่ต้องปฏิบัติพระราชภารกิจใด ๆ ต่างกับจำเลยที่เป็นลูกชานา ต้องทำงานหนัก ซึ่งข้อความที่จำเลยกล่าวนั้นไม่เป็นความจริง จึงเป็นการใส่ความ โดยประการที่น่าจะทำให้พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ฯลฯ ทรงเสื่อมเสียพระเกียรติยศชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นเกลียดชัง แม้การกระทำความผิดของจำเลยจะไม่เกิดผลเพราะไม่มีใครเชื่อถือ คำกล่าวนั้นก็ตาม ก็เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 อันมีลักษณะเป็นการตีความอย่างกว้าง ขยายความไปเป็นโทษแก่จำเลย เพราะหากตีความอย่างแคบแล้วคำว่า “พระองค์เจ้า” อาจหมายถึง

บรมวงศานุวงศ์พระองค์ใดพระองค์หนึ่งที่มีได้หมายความว่าถึงพระมหากษัตริย์ พระราชินี หรือ รัชทายาท ซึ่งเป็นบุคคลตามที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 บัญญัติก็ตาม แต่ภายหลังจากศาล มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว จำเลยก็ได้รับพระมหากรุณาธิคุณโปรดเกล้าฯ พระราชทานอภัยโทษให้ ปล่อยตัว

เมื่อวิเคราะห์ถึงกระบวนการบังคับใช้กฎหมายในคดีความต่างๆ ที่ผ่านมาตามที่ได้มีการศึกษามาดังกล่าว นับว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่มีมาตรฐานอยู่พอสมควร และจากสถิติคดีความผิด ต่อพระมหากษัตริย์ฯตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 107 ถึงมาตรา 112 ตามที่สำนักงาน ศาลยุติธรรมรวบรวมไว้ ตั้งแต่ปี 2546 ถึงเดือนกุมภาพันธ์ 2554 ในศาลชั้นต้นทั่วราชอาณาจักร มีจำนวน 497 คดี ศาลอุทธรณ์มีจำนวน 48 คดี และศาลฎีกามีจำนวน 12 คดี ซึ่งเมื่อเทียบกับจำนวน ประชากรทั้งประเทศที่ปัจจุบันมีถึงประมาณ 66 ล้านคนนับว่ายังมีปริมาณไม่มากมายนัก หากจะมีการปรับปรุงก็คงเป็นการพัฒนาบุคลากรของแต่ละองค์กร ไม่ว่าจะเป็นพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และผู้พิพากษาให้มีคุณภาพ คุณธรรม มีความกล้าหาญ และมีการประสานงาน ภายในองค์กรอย่างมีเอกภาพในการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรมตาม รัฐธรรมนูญและกฎหมายเท่านั้น

การเสนอให้มีกระบวนการเริ่มต้นดำเนินคดีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ต่างหากจากการดำเนินคดีอาญาในความผิดฐานอื่นๆ เช่น ให้อัยการสูงสุดเป็นผู้ดำเนินการกล่าวหา สอบสวน และฟ้องร้องแต่เพียงองค์กรเดียวตามข้อเสนอของศาสตราจารย์ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ หรือการกำหนดให้การสอบสวนคดีในความผิดฐานนี้จะกระทำได้อีกเมื่อ ได้รับอำนาจจากเลขาธิการพระราชวังตามข้อเสนอของศาสตราจารย์คณิต ณ นคร หรือตามวิธีการ พิเศษอื่น ๆ นอกจากนี้ แตกต่างไปจากการดำเนินคดีในความผิดอาญาฐานอื่น ๆ ที่ดำเนินการโดย กระบวนการยุติธรรมตามปกตินั้น อาจมองได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติและขัดต่อหลักความเสมอภาค ตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขก็เป็นได้ ทั้งการที่จะหยิบยกเอาความผิดพลาดล้มเหลวในการปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินคดีหมิ่นพระบรม เเดชานุภาพเพียงบางคดีของพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือผู้พิพากษาบางคน มาเป็น เหตุผลในการเสนอให้ยกเลิกหรือแก้ไขบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 เปลี่ยนแปลง กระบวนการบังคับใช้กฎหมายให้มีลักษณะเฉพาะเป็นพิเศษ จึงน่าจะไม่ใช่ตรรกะที่ถูกต้อง เพราะ กรณีนี้อาจถือเป็นเพียงความผิดพลาดในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บังคับใช้กฎหมายบางคน ไม่ถึงกับ ต้องยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมาย ตลอดจนกระบวนการยุติธรรมในระบบปกติเสียทั้งหมดแต่อย่างใด