วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: ปัญหาข้อกฎหมายว่าด้วยการใช้บทกฎหมายยกเว้นความผิดและยกเว้นโทษในคดีข้อหาความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 โดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

ผู้แต่ง: กิตติคุณ วงศ์ทองทิว

การอ้างอิงที่แนะนำ: กิตติคุณ วงศ์ทองทิว, 'ปัญหาข้อกฎหมายว่าด้วยการใช้บทกฎหมายยกเว้นความผิดและยกเว้นโทษในคดีข้อหาความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 โดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง' (2568) 54(3) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 685.

ผู้สนับสนุนหลัก

SATYAPON & PARTNERS THAILAND Intellectual Property Law Firm

ptt

Baker McKenzie.

Seri Manop & Doyle

ผู้สนับสนุนร่วม

CSBC LAW OFFICES

วิญญูชน

WEERAWONG C&P WEERAWONG, CHINNAVAT & PARTNERS LTD.

DS&B DOMNERN SOMGIAT & BOONMA

โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

ปัญหาข้อกฎหมายว่าด้วยการใช้บทกฎหมายยกเว้นความผิดและยกเว้นโทษในคดีข้อหาความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 โดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

The Legal Problem Concerning the Application of Justification and Excuse Clauses by Analogy to Cases under Section 112 of the Criminal Code

กิตติคุณ วงศ์ทองทิว
ผู้พิพากษาศาลอาญา สำนักงานศาลยุติธรรม
Kittikun Wongtongtiw
Judge of the Criminal Court, Office of the Judiciary

วันที่รับบทความ 31 มีนาคม 2568; วันแก้ไขบทความ 8 สิงหาคม 2568; วันตอบรับบทความ 19 สิงหาคม 2568

บทคัดย่อ

ในช่วงห้าปีที่ผ่านมา ปัญหาสำคัญประการหนึ่งที่ถูกหยิบยกขึ้นมาพูดถึงและถกเถียงกันในสังคมไทยอย่างกว้างขวาง คือ ปัญหาที่ว่า ในประเทศไทย ประชาชนสามารถวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์ได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยเนื่องจากการกล่าวถึงพระมหากษัตริย์ในทางเสื่อมเสียหรือการวิพากษ์วิจารณ์นั้นถูกบัญญัติให้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 และบทกฎหมายดังกล่าวไม่มีการบัญญัติเหตุยกเว้นความผิดและบทยกเว้นโทษไว้โดยชัดแจ้งดังเช่นในกรณีของการหมิ่นประมาทบุคคลธรรมดา ปัญหาดังกล่าวมีสาระสำคัญที่เป็นประเด็นปัญหาข้อกฎหมายซึ่งเป็นแก่นกลางแห่งปัญหาว่า ในระบบกฎหมายไทย ศาลสามารถนำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นความผิดด้วยเหตุที่ว่าเป็นการวิจารณ์โดยสุจริต และมาตรา 330 ที่เป็นเหตุยกเว้นโทษด้วยเหตุที่ว่าเป็นกล่าวถึงข้อความจริงที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ มาปรับใช้เป็นเหตุยกเว้นความผิด

และเหตุยกเว้นโทษให้จำเลยที่ถูกฟ้องในข้อหาความผิดตามมาตรา 112 โดยการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) ได้หรือไม่ ซึ่งในปัญหานี้ นักนิติศาสตร์ไทยมีแนวความเห็นเป็นสองแนวทางที่ขัดแย้งกัน และเมื่อวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวด้วยหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการปรับใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามแนวทางที่ นักนิติศาสตร์ คือ รศ.สมยศ เชื้อไทย อธิบายไว้ คือ การพิจารณาประเภทของบทบัญญัติว่าเป็นบทหลักหรือบทยกเว้น การพิจารณาว่ามีเหตุผลเพียงพอจะเทียบเคียงได้หรือมีเหตุผลพิเศษห้ามไว้ และการพิจารณาสาระสำคัญแห่งบทบัญญัติที่กำลังพิจารณาจะนำมาใช้โดยการเทียบเคียง จะพบว่า แก่นหรือส่วนสำคัญของปัญหาที่นักนิติศาสตร์ไทยถกเถียงกันเกี่ยวกับการนำมาตรา 329 และมาตรา 330 มาปรับใช้โดยการเทียบเคียง คือ ปัญหาที่ว่าสถานะอันล่วงละเมิดมิได้ของพระมหากษัตริย์ซึ่งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 6 ว่าเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือส่วนที่ตัดสินว่าจะนำมาตรา 329 หรือมาตรา 330 มาใช้โดยการเทียบเคียงได้หรือไม่ และในการที่จะตอบปัญหาข้างต้นได้อย่างชัดเจน จะต้องค้นหาเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของมาตรา 329 และมาตรา 330 โดยศึกษาวิเคราะห์ทั้งในเชิงกฎหมายประวัติศาสตร์กฎหมาย การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบระหว่างระบบกฎหมายไทยกับระบบกฎหมายของประเทศในระบอบเสรีประชาธิปไตยอื่น ๆ การศึกษาเชิงนิติสังคมศาสตร์ในสภาพสังคมไทยที่เป็นจริงในปัจจุบันและความเป็นสังคมพุทธ และการศึกษาในเชิงนิติปรัชญา ประกอบกัน เพื่อให้ได้คำตอบที่ชัดเจนว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 และมาตรา 330 มีเจตนารมณ์อย่างไร บทกฎหมายดังกล่าวมุ่งหมายให้ใช้ไปถึงกรณีที่การกระทำของผู้กระทำความผิดหรือจำเลยครบองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 หรือไม่ เพียงใด และการใช้การตีความบทกฎหมายเหล่านั้นอย่างไรจึงจะสอดคล้องกับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะหลักความได้สัดส่วน โดยจากการทบทวนวรรณกรรมทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาตามประเด็นข้อพิจารณาเหล่านั้นจะพบว่า การตอบปัญหาดังกล่าวต้องมุ่งพิเคราะห์ไปที่สภาพสังคมไทยในปัจจุบันเป็นสำคัญและปัจจุบันยังขาดการศึกษางานวิจัยทางสังคมที่ศึกษาปัญหาดังกล่าวอย่างทั่วถึงครอบคลุมให้ภาพสะท้อนความเห็นและความเชื่อของคนไทยทั้งประเทศที่มีต่อพระมหากษัตริย์และการวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์ในสังคมไทยในปัจจุบัน และหากผู้พิพากษาศาลไทยพิจารณาพิพากษาคดีโดยคำนึงถึงข้อพิจารณาทางกฎหมายและข้อพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงทางสังคมเหล่านั้นอย่างละเอียดถี่ถ้วนไม่ด่วนดำเนินกระบวนพิจารณาใด ๆ โดยวินิจฉัยด้วยอคติ ก็จะทำให้การวินิจฉัยให้เหตุผลของผู้พิพากษาในคำสั่งหรือคำพิพากษาเป็นที่ยอมรับของประชาชนชาวไทยและรักษาความเชื่อมั่นของประชาชนต่อสถาบันศาลยุติธรรมได้มั่นคงสืบไป

คำสำคัญ : กฎหมายหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ เหตุยกเว้นความผิด วิจารณ์โดยสุจริต เหตุยกเว้นโทษ การวิจารณ์เพื่อประโยชน์สาธารณะ การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง สถานะอันล่วงละเมิดมิได้ของพระมหากษัตริย์

Abstract

One of the most important problems, having been discussed in Thai society for five years, is the problem of whether people in Thailand are entitled to criticize the monarchy. Criticizing the monarchy is provided as an offense, lèse-majesté, in section 112 of the Criminal Code of Thailand; however, this section has neither justification nor excuse clauses provided in particular, as stated in the part providing sections regarding defamation offenses related to ordinary people. Legally essentially, the problem is that whether, in the Thai legal system, the court is eligible to employ section 329, justification of the general defamation charge with criticism in good faith, and section 330, excuse of the general defamation charge with criticism by raising a fact for the sake of the public, by analogy to acquit the defendant charged with section 112 of the Criminal Code or not. Concerning this problem, Thai jurists are divided in their opinion. When analyzing this problem with the analogy legal framework laid out by Somyot Chueathai, viz., considering whether the considered section is either a general principle or an exception contemplating rationale for and against analogy and considering essence of the considered provision, the author finds that the core of the problem involving analogizing section 329 and section 330 of the Criminal Code to section 112 is the problem whether the inviolable status of the king stated in section 6 of the Constitution of Thailand prohibits Thai courts from applying section 329 or section 330 to the case the defendant charged with section 112. In order to answer the above question distinctively, finding spirit or objective of section 329 and section 330 of the Criminal Code by doing research on jurisprudence, legal history, comparative legal studies between Thailand and relevant democratic states, socio-legal studies, Buddhist legal investigation and philosophical approaches and consider all of these aspects of the targeted law and its spirit comprehensively all together is necessary to clarify the point-of whether these provisions are intended to apply in the case where the defendant is charged with section 112 or not and to what extent, and how Thai courts apply those sections in accordance with constitutional legal principles, especially the Principle of Proportionality. By reviewing scholarships regarding the issue, the author finds that understanding of the Thai society and attitude of Thai people towards the monarchy and current criticism of it is key, and that the Thai academic field really lacks comprehensive social studies on the relevant issues which can validly reflect notions and beliefs of all Thai people as a whole in the present age. If Thai judges consider the above issues regarding whether to

apply section 329 or 330 by analogy elaborately when adjudicating related cases, and do not hastily proceed the trial and issue rulings with bias, legal reasoning in their orders or judgment will be widely accepted by public and will further strengthen public trust in the institution of the Court of Justice.

Keywords: lèse-majesté law, justification, criticism in good faith, excuse, criticism for the sake of the public, analogy, inviolability of the king

UBI SOCIATAS, IBI JUS
ที่ใดมีสังคม ที่นั่นมีกฎหมาย

1. บทนำ

เป็นที่เข้าใจตรงกันในวงการนิติศาสตร์ว่า สังคมกับกฎหมายมีความสัมพันธ์ต่อกันอย่างลึกซึ้ง และกฎหมายก็คือเครื่องมือทางสังคมชนิดหนึ่งที่มีและใช้เพื่อแก้ปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสังคม[1] และหากสังคมมีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงไปอย่างไร การศึกษาทำความเข้าใจกฎหมายรวมถึงการใช้และการตีความกฎหมายก็ต้องศึกษาและพิจารณากฎหมายในลักษณะที่กฎหมายสามารถมีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงด้วยเช่นกัน[2] เพื่อที่ว่ากฎหมายจะยังเป็นเครื่องมือทางสังคมที่ใช้แก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้จริงในสังคม กล่าวคือ ทำให้ผู้คนในสังคมที่เป็นคู่พิพาทขัดแย้งกันรู้สึกถึงความยุติธรรมและยินยอมระงับข้อพิพาทระหว่างกันโดยไม่เพิ่มระดับความรุนแรงของข้อพิพาทต่อไปจนก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในสังคม

ในสังคมการเมืองไทยช่วงตั้งแต่ปี 2563 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน กระแสเรียกร้องให้มีการปฏิรูปสถาบันกษัตริย์ในประเทศไทยและโดยเฉพาะการเสนอให้มีการแก้ไขหรือยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายอาญา[3] ซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับการหมิ่นประมาท ดูหมิ่น และแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ได้กลายมาเป็นประเด็นที่ถูกกล่าวถึงเป็นอย่างมากทั้งภายในประเทศไทยเองและในต่างประเทศ[4] และสถิติการถูกดำเนินคดีข้อหาดังกล่าวของผู้ที่เรียกร้องในประเด็นเรื่องการปฏิรูปสถาบันกษัตริย์ในประเทศก็เพิ่มสูงขึ้นอย่างมีนัยสำคัญด้วยเช่นกัน[5] ประเด็นหนึ่งที่เป็นปัญหาสำคัญ

---

[1] สมยศ เชื้อไทย, *คำอธิบายกฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป เล่ม 1 ความรู้กฎมายทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5, วิญญูชน 2542) 33.

[2] เพิ่งอ้าง 33, 166.

[3] ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 บัญญัติว่า “ผู้ใดหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี”.

[4] ผู้จัดการออนไลน์, ‘ม็อบ “ธรรมศาสตร์จะไม่ทน” คนเพียบ แกนนำปราศรัยดุเดือด’ *MGR Online* (10 สิงหาคม 2563) <https://mgronline.com/onlinesection/detail/9630000081944> สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2567; กองบรรณาธิการ Politics and Society, ‘2 ปี ข้อเสนอ ปรากฏการณ์ขยับเพดาน ที่ธรรมศาสตร์ รังสิต’ *Thairath Online* (10 สิงหาคม 2565) <https://plus.thairath.co.th /topic/politics&society/101930> สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2567; Emmy Sasipornkarn, ‘Thailand: What happened to monarchy protest movement?’ (Rule of Law, Thailand 17 November 2022) <https://www.dw.com/en/thailand-what-happened-to-monarchy-protest-movement/a-63793123> สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2567; Tommy Walker, ‘Thai Protesters Rally for Reforms of Monarchy After Court Rules Against Activists’ (VOA, 14 November 2021) <https://www.voanews.com/a/no-absolute-monarchy-thousands-of-thais-march-for-royal-reforms-/6312708.html> สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2567; Thai PBS, ‘“สภายุโรป” โหวตประณามไทย ส่งอุยกูร์-เรียกร้องใช้ FTA กดดันแก้กม.’ (ThaiPBS, 14 มีนาคม 2568) <https://www.thaipbs.or.th/news/content/350181> สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2568.

[5] จำนวนผู้ถูกดำเนินคดีเพิ่มขึ้นจากจำนวนหลักสิบคนต่อปีมาเป็นร้อยกว่าคนต่อปี; ดูประกอบ ‘สถิติย้อนหลัง 20 ปี 4 ข้อหา คดีการเมือง-ความมั่นคง-มาตรา 112 ลุ้นนิรโทษกรรม’*ฐานเศรษฐกิจ* (8 มีนาคม 2567) <https://www.thansettakij.com/politics/590343> สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2567.

ที่ถูกนำไปสู่การเสนอให้มีการแก้ไขหรือยกเลิกมาตรา 112 คือ การที่บทบัญญัติดังกล่าวมิได้ระบุเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษตามมาตรา 329[6] และมาตรา 330[7] และมาตรา 331 ตามลำดับไว้โดยชัดแจ้งดังเช่นกรณีหมิ่นประมาทบุคคลธรรมดาตามมาตรา 326[8] และศาลไทยก็ดูเหมือนว่าจะไม่เคยนำบทบัญญัติที่ระบุเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษข้างต้นมาปรับใช้ในคดีอย่างที่เคยนำมาปรับใช้กับความผิดฐานดูหมิ่นเจ้าพนักงาน[9] (เช่น ในตัวอย่างคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 51/2503 ที่มักมีผู้อ้างสนับสนุนแนวทางว่านำมาใช้ไม่ได้ ทั้งที่คำพิพากษาฎีกาดังกล่าวมาจากคดีที่มีประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวข้องเพียงบางส่วนเท่านั้นซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ให้เห็นโดยละเอียดในส่วนถัด ๆ ไป) ในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายดังกล่าว นักกฎหมายที่เห็นด้วยกับแนวทางการใช้และการตีความของศาลมักให้คำอธิบายว่า เพราะบทบัญญัติมาตรา 112 เป็นบทบัญญัติที่คำนึงถึงสถานะของบุคคล คือ องค์พระมหากษัตริย์ซึ่งรัฐธรรมนูญหลายฉบับรวมถึงฉบับปัจจุบัน ก็ให้การรองรับเช่นเดียวกันว่าอยู่ในสถานะ “อันล่วงละเมิดมิได้”[10] แต่ก็มีนักกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่งที่มีความเห็นว่า แนวทางคำอธิบายดังกล่าวขัดกับหลักการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยที่รับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไว้ นอกจากนี้ ยังไม่คำนึงถึงหน้าที่ของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่เรียกร้องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกองค์กรรวมถึงศาลทั้งหลายจะต้องใช้อำนาจไปโดยรับรองคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญของปวงชนชาวไทยให้มีผลบังคับมากที่สุด (Optimization Requirement) ทั้งยังมิได้พิจารณาแนวทางการตีความสถานะอันล่วงละเมิดมิได้ขององค์พระมหากษัตริย์ตามแนวทางของประเทศที่เป็นประเทศประชาธิปไตยอื่น ๆ[11] และ ผศ.ดร.รณกรณ์ บุญมี ได้ให้ความเห็นต่อไปด้วยว่า

---

[6] ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 บัญญัติว่า

“ผู้ใดแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริต

(1) เพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม

(2) ในฐานะเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติการตามหน้าที่

(3) ติชมด้วยความเป็นธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งใดอันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ หรือ

(4) ในการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรมเรื่องการดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือในการประชุม

ผู้นั้นไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท”.

[7] ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 330 บัญญัติว่า

“ในกรณีหมิ่นประมาท ถ้าผู้ถูกหาว่ากระทำความผิด พิสูจน์ได้ว่าข้อที่หาว่าเป็นหมิ่นประมาทนั้นเป็นความจริง ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ห้ามไม่ให้พิสูจน์ ถ้าข้อที่หาว่าเป็นหมิ่นประมาทนั้นเป็นการใส่ความในเรื่องส่วนตัว และการพิสูจน์จะไม่เป็นประโยชน์แก่ประชาชน”.

[8] iLaw, ‘10 ข้อเสนอปฏิรูปสถาบันกษัตริย์ ใช้รัฐสภาแก้กฎหมายได้ 5 ข้อ’ (8 พฤศจิกายน 2563) <https://www.ilaw.or.th /articles/4458> สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2567; iLaw ‘คณะนิติราษฎร์เสนอ ยกเลิกมาตรา 112 แก้ไขเพิ่มเติม ม.หมิ่นฯ’ (2554) <https://old.ilaw.or.th/node/827> สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2567.

[9] ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 402/2496, 2238/2520, 3654/2543.

[10] ตัวอย่าง จิตติ ติงศภัทิย์, *กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1* (เนติบัณฑิตยสภา, 2548) 1114; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ‘ความผิดฐาน “หมิ่นพระบรมเดชานุภาพ” : เอกลักษณ์ประชาธิปไตยไทยในกระแสประชาธิปไตยโลก’ (สถาบันพระปกเกล้า, 1 ตุลาคม 2562) 10, 14 <https://kpi.ac.th/knowledge/book/data/398> สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2567; หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 2-3* (ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 10, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2546) 22.

[11] ตัวอย่าง พีรณุช ยาโตปะมา และรณชัย คำปิน, ‘บริบทของสังคมไทยกับการตีความประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112’ ใน ธมลวรรณ อินสว่าง (บรรณาธิการ) *รพีพัฒนศักดิ์ 2563 : หนังสือประชุมบทความประจำปีการศึกษา 2563* (คณะนิติศาสตร์

ศาลไทยควรนำเหตุยกเว้นความผิดตามมาตรา 329 ซึ่งเป็นเรื่องการวิพากษ์วิจารณ์โดยสุจริตมาปรับใช้กับการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 112[12] เนื่องจากลักษณะการกระทำ คือ การวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์เหมือนกับการวิพากษ์วิจารณ์บุคคลที่ดำรงตำแหน่งอื่น ๆ ที่ได้รับเงินสาธารณะหรือเงินรัฐ หากประสงค์จะทำให้มาตรฐานการเคารพสิทธิมนุษยชนของประเทศไทยอยู่ในระดับมาตรฐานนานาชาติ[13] อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีนักวิชาการคนใดที่ให้เหตุผลโดยชัดแจ้งตามหลักในการปรับใช้บทกฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งซึ่งต้องพิจารณาว่าข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุของบทบัญญัติที่จะพิจารณานำมาปรับใช้ คือ มาตรา 329 มีความใกล้เคียงกับสถานการณ์ข้อเท็จจริงตามปัญหา คือ การวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์หรือไม่เพียงใด และเพราะเหตุใด และการตอบปัญหาทางกฎหมายดังกล่าวมีความสำคัญเพราะจะช่วยให้คน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2563) 130; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 'ปัญหาของกฎหมายหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์' ใน --, *ด้วยกฎหมายและอุดมการณ์* (Shine Publishing House 2558) 364-366; ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, 'การปะทะกันแห่งคุณค่าในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย (The Collision of Values in Thai Constitutional Law)' (2562) 3 วารสารนิติศาสตร์ 439, 458-466; จรัญ โฆษณานันท์ ชี้ว่าปัญหาว่าด้วยแนวทางการตีความสถานะอันล่วงละเมิดมิได้ของพระมหากษัตริย์ไทยที่แตกต่างกัน มีที่มาจากการเชื่อในสมมติสัจจะเกี่ยวกับการกระทำความผิดของพระมหากษัตริย์ที่แตกต่างกัน 3 แบบ ได้แก่ (1) พระมหากษัตริย์ทรงกระทำผิดมิได้ (The King can do no wrong) เพราะไม่อาจทำสิ่งใดในทางการเมืองด้วยตนเอง (2) พระมหากษัตริย์ทรงกระทำผิดมิได้ (The King can do no wrong) แต่มีพระราชอำนาจกระทำบางสิ่งโดยไม่เป็นความผิด (3) พระมหากษัตริย์ทรงกระทำผิดได้ โดยหากเชื่อสมมติสัจจะแบบ (1) และแบบ (3) จะนำไปสู่ข้อสรุปในการตีความว่า พระมหากษัตริย์จะอยู่เหนือพ้นความรับผิดตามกฎหมายและการวิพากษ์วิจารณ์ก็เฉพาะเมื่อไม่ได้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเท่านั้น หากกระทำการสิ่งใดไปในทางความเป็นจริงโดยเฉพาะที่เป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ เช่น การใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดิน ก็ย่อมต้องถูกวิพากษ์วิจารณ์ได้ ตามความเห็นของนักกฎหมายกลุ่มที่สอง ส่วนถ้าเชื่อตามสมมติสัจจะแบบที่ (2) จะนำไปสู่การตีความสถานะอันล่วงละเมิดได้ของพระมหากษัตริย์ว่าในส่วนที่ทรงมีพระราชอำนาจนั้นพระมหากษัตริย์ทำสิ่งใดในทางความเป็นจริงได้โดยอยู่เหนือความรับผิดและการวิจารณ์ทั้งปวง ตามความเห็นของนักกฎหมายกลุ่มแรก ดู จรัญ โฆษณานันท์, 'ความรุนแรงแห่งโทษที่ไม่เป็นธรรมและการปิดกั้น "ความจริง" ในมาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายอาญา' (2552) 2 ฟ้าเดียวกัน 7/2 : โทษที่ไม่เป็นธรรม 80, 95.

[12] ในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาว่าจำเลยต้องรับโทษทางอาญาจากการกระทำใดที่ถูกฟ้องว่ากระทำความผิดฐานหนึ่งฐานใดหรือไม่นั้น นักนิติศาสตร์ไทยส่วนใหญ่ยอมรับการวินิจฉัยตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาที่แบ่งเป็น 3 ส่วน หรือ 3 ขั้นตอน คือ เริ่มจากการวินิจฉัยว่า จำเลยมีการกระทำอันครบองค์ประกอบความผิดทั้งองค์ประกอบภายนอกตามที่บทมาตราฐานความผิดกำหนดและองค์ประกอบภายในซึ่งโดยหลัก คือ เจตนา และความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลหรือไม่ หากครบเงื่อนไขดังกล่าวจึงเรียกว่า การกระทำดังกล่าว "ครบองค์ประกอบความผิด" แต่ยังต้องพิจารณาต่อไปตามโครงสร้างส่วนที่ 2 คือ เหตุยกเว้นความผิดหรืออำนาจกระทำ ว่า การกระทำของจำเลยมีเหตุที่กฎหมายถือว่าไม่เป็นความผิดหรือไม่ โดยอาจเป็นเหตุที่บัญญัติโดยชัดแจ้งในกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น การป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นความผิดที่ใช้กับความผิดทางอาญาทุกฐานเป็นการทั่วไป หรือมาตรา 329 ที่กล่าวถึงก่อนแล้วข้างต้นซึ่งบัญญัติอยู่ในหมวดความผิดฐานหมิ่นประมาท หรืออาจเป็นเหตุที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ เช่น ความยินยอม หากไม่มีเหตุยกเว้นความผิด จึงพิจารณาส่วนที่ 3 คือ เหตุยกเว้นโทษต่อไป แต่หากการกระทำของจำเลยเข้าเงื่อนไขของเหตุยกเว้นความผิดเหตุใดเหตุหนึ่ง การกระทำของจำเลยก็ไม่เป็นความผิด ศาลต้องพิพากษายกฟ้องและปล่อยตัวจำเลยไปตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 185 วรรคหนึ่ง กำหนด; ดูประกอบ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1* (พิมพ์ครั้งที่ 11, บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด 2562) 98-107.

[13] รณกรณ์ บุญมี, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, '3 ปี 112 : คนและคดียังเดินหน้ารอพิพากษา' (เสวนา, 12 พฤศจิกายน 2566) <https://www.youtube.com/watch?v=PfLE728R7GA&t=176s> สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2567.

ในสังคมไทยเข้าใจขอบเขตตามกฎหมายในการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเมื่อปะทะกับคุณค่าทางรัฐธรรมนูญอย่างอื่น คือ การรักษาสถาบันพระมหากษัตริย์ที่ชอบด้วยกฎหมายได้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น และย่อมทำให้ผู้ที่มีความเห็นขัดแย้งกันในประเด็นการปฏิรูปสถาบันกษัตริย์อยู่รวมกันได้ในสังคมไทยอย่างสงบสุขภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายที่เข้าใจตรงกันหรือภายใต้หลักนิติธรรมนั่นเอง

ในบทความนี้ ผู้เขียนจึงจะได้นำเสนอแนวการวิเคราะห์ปัญหาที่ว่า ในระบบกฎหมายไทย ศาลสามารถนำมาตรา 329 หรือมาตรา 330 มาปรับใช้ในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกรณีจำเลยถูกฟ้องเป็นคดีอาญาด้วยข้อหาว่ากระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 และจำเลยให้การต่อสู้ว่า เป็นการวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์โดยสุจริต หรือเป็นการวิพากษ์วิจารณ์ในสิ่งที่พิสูจน์ได้ว่าเป็นความจริง และการกล่าวเช่นนั้นเป็นประโยชน์แก่ประชาชน แล้วพิพากษาว่าการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดหรือเป็นความผิดแต่มีเหตุยกเว้นโทษและยกฟ้องได้หรือไม่ เพราะเหตุใด โดยจะเริ่มจากการอธิบายหลักกฎหมายที่เป็นที่ยอมรับกันในวงการวิชาการกฎหมายเกี่ยวกับการปรับใช้บทกฎหมายโดยการเทียบเคียง (Analogy) และข้อพิจารณาในการปรับใช้บทกฎหมายโดยการเทียบเคียงในคดีอาญา แล้วจึงจะได้วิเคราะห์ว่า ในการปรับใช้มาตรา 329 และมาตรา 330 โดยการเทียบเคียงในกรณีการวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์การปรับใช้บทกฎหมายโดยการเทียบเคียง (Analogy) ตามหลักกฎหมายไทยที่บัญญัติรับรองไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง มีข้อพิจารณาอย่างไรบ้าง โดยจะได้วิเคราะห์วิจารณ์คำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้อง แนวความเห็น และการให้เหตุผลของนักกฎหมายแต่ละฝ่ายที่ตอบในประเด็นดังกล่าวว่า มีน้ำหนักให้รับฟังมากน้อยเพียงใด จากนั้นผู้เขียนจึงจะได้นำเสนอกรอบแนวความคิดทางกฎหมายที่จะให้ได้มาซึ่งคำตอบที่สมบูรณ์เป็นที่ยอมรับของทุกฝ่ายมากขึ้นต่อไป

2. ความหมายและหลักการใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

2.1 ความหมาย

เมื่อพิจารณาถ้อยคำในบทบัญญัติที่กล่าวถึงการใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง (Analogy) คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง[14] และคำอธิบายทางตำราของนักนิติศาสตร์ทั้งหลาย[15] จะเห็นว่า การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง คือ การใช้กฎหมายโดยนำผลทางกฎหมาย

---

[14] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” (ข้อความเน้นโดยผู้เขียน).

[15] รศ.สมยศ เชื้อไทย อธิบายว่า การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง (Analogy) คือ การให้เหตุผลโดยเทียบเคียงข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบในบทบัญญัติแห่งกฎหมายเทียบกับข้อเท็จจริงในคดีที่กำลังพิจารณา หากข้อเท็จจริงข้างต้นคล้ายคลึงกันถึงขนาด จึงนำบทกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้ในคดี หรือการเทียบเอาหลักทั่วไปที่อยู่เบื้องหลังบทกฎหมายหลายบทที่เกี่ยวเนื่องกันมาปรับใช้ ดู สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรถ 1) 172-173; รศ. ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ อธิบายว่า การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงเป็นการใช้เหตุผลของกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังบทกฎหมายมาปรับใช้แก่กรณีที่ถ้อยคำของบทบัญญัติดังกล่าว

ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรบทหนึ่งบทใดหรือหลักหนึ่งหลักใดที่ถูกรับรองไว้โดยหลายบทบัญญัติ มาใช้กับข้อเท็จจริงในกรณีปัญหาหรือคดีที่ไม่ต้องด้วยเงื่อนไขขององค์ประกอบส่วนเหตุของบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดโดยตรง (จึงเรียกว่าการเทียบเคียง) กล่าวอีกนัยหนึ่ง การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงเป็นวิธีการใช้กฎหมายรูปแบบหนึ่งที่มีเพื่อแก้ไขปัญหาในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติใดที่จะนำมาปรับใช้ได้โดยตรงในคดีในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law Legal System) ซึ่งศาลไม่อาจสร้างหลักกฎหมายขึ้นใหม่ได้เองเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวดังเช่นในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law Legal System)[16]

2.2 หลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการปรับใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง

หากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะพบว่า กำหนดเงื่อนไขที่จะนำบทกฎหมายใดมาปรับใช้โดยการเทียบเคียงไว้ 2 ประการ คือ

(1) นำมาใช้เมื่อไม่มีบทกฎหมายใดและจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นใดที่ต้องด้วยกรณีข้อเท็จจริงปัญหาหรือคดีที่กำลังพิจารณา และ

(2) บทกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้โดยการเทียบเคียงได้ต้องเป็นกฎหมายที่ “ใกล้เคียงอย่างยิ่ง”

ในส่วนที่เกี่ยวกับจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่จะนำมาปรับใช้แก่คดีได้นั้น นักนิติศาสตร์อธิบายกันไว้ด้วยว่า นอกจากต้องมีการประพฤติปฏิบัติติดต่อกันอย่างยาวนานจนเป็นแนวปฏิบัติ (Practice) ยังต้องเป็นจารีตประเพณีที่สมควร คือ เชื่อได้ว่าถูกต้องดีงาม (*opinio juris*) เช่น ไม่ขัดต่อประโยชน์ของมหาชน[17] ดังนั้นหากจารีตประเพณีใด แม้ประชาชนปฏิบัติกันมาเป็นเวลานานหากแต่มิใช่จารีตประเพณีอันสมควรหรือเชื่อได้ว่าถูกต้องดีงามต้องปฏิบัติตาม ก็ไม่อาจนำมาปรับใช้ได้ และต้องพิจารณาใช้บทกฎหมายโดยการเทียบเคียงต่อไป เช่น เดิมผู้มีบ้านเรือนตั้งอยู่ริมแม่น้ำลำคลองเดิมมีประเพณีที่จะทิ้งขยะจากบ้านเรือนของตนลงแม่น้ำลำคลองทั้งหมด ประเพณีดังกล่าวย่อมขัดต่อประโยชน์มหาชนโดยเฉพาะหลังปี 2535 ที่ได้ออกพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 มาตรา 33[18] โดยมีความมุ่งหมายเพื่อมิให้ผู้ใดทำให้แหล่งน้ำเน่าเสีย สามารถใช้เป็นทางสัญจร และใช้อุปโภคบริโภค รวมทั้งยังเป็นการสร้างสภาพแวดล้อมที่ดีเหมาะสมต่อการอยู่อาศัยร่วมกันของคนในสังคม[19] ผู้มีบ้านเรือนตั้งอยู่ริมคลองจึงไม่อาจอ้างแนวประเพณี

มิได้มุ่งหมายจะให้ปรับใช้ อันไม่ใช่การตีความกฎหมายเพราะบทกฎหมายนั้นแม้ตีความไปถึงความหมายอย่างกว้าง (Extensive Interpretation) ก็ยังกินความไปไม่ถึง ดู กิตติศักดิ์ ปรกติ, ‘หลักทั่วไปเกี่ยวกับการใช้การตีความกฎหมาย’ ใน พิรุณา ติงศภัทิย์ (บรรณาธิการ) *การใช้การตีความกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 2, กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552) 55.

[16] ดู สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรถ 1) 171-172.

[17] ดู กิตติศักดิ์ ปรกติ (เชิงอรรถ 15) 53; สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรถ 1) 148; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 104/2462.

[18] พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 มาตรา 33 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดเท หรือทิ้งสิ่งปฏิกูล มูลฝอย น้ำโสโครกหรือสิ่งอื่นใดลงบนถนนหรือในทางน้ำ”.

[19] ดู หมายเหตุแสดงเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535.

มาแต่เดิมดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำแก่ตนที่จะทิ้งขยะลงแม่น้ำลำคลองโดยชอบด้วยกฎหมายได้ และย่อมเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติข้างต้น[20]

อนึ่ง สำหรับในประเด็นเรื่องที่เกี่ยวกับการวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์นั้น ไม่เคยปรากฏแนวจารีตประเพณีในสังคมไทยโดยชัดแจ้งว่ากระทำได้ ส่วนแนวปฏิบัติที่ยึดถือกันมาตั้งแต่สมัยประเทศไทยยังปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่หากผู้ใดกล่าวถึงพระมหากษัตริย์ในทางเสื่อมเสียนั้นจะกระทำมิได้ และหากฝ่าฝืนจะต้องรับโทษสถานหนัก[21] นั้น ก็มีปัญหาว่าจะขัดต่อองค์ประกอบที่สองเพราะไม่ใช่จารีตประเพณีที่สมควรหรือเชื่อได้ว่าถูกต้องดีงาม (*opinion juris*) ในระบอบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ให้คุณค่ากับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นอย่างมากในระดับที่เป็นคุณค่าหรือสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ[22] จารีตประเพณีในระบอบการปกครองเดิมข้างต้นจึงไม่สามารถนำมาใช้อ้างยันในระบบกฎหมายไทยที่รับรองไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญรวมทั้งในฉบับปัจจุบันว่าปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้[23] ในประเด็นดังกล่าวจึงจำเป็นต้องพิจารณาเรื่องการใช้บทกฎหมายโดยการเทียบเคียง (Analogy) ต่อไป

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมามีว่า บทกฎหมายอย่างไรจึงจะถือว่า เป็นบทกฎหมายที่ “ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้ให้ความหมายหรือคำอธิบายไว้โดยเฉพาะ โดยในการตอบปัญหาดังกล่าว จำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจเหตุผลหรือหลักการที่อยู่เบื้องหลังการใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงหรือก็คือ ทำความเข้าใจว่า เพราะเหตุใดกฎหมายจึงกำหนดให้มีการใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง ทั้งที่ในการแก้ปัญหาไม่มีบทกฎหมายที่จะนำมาปรับแก่คดี นอกจากการปรับใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น และการใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงแล้ว ยังอาจใช้บ่อเกิดกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรอีกบ่อเกิดหนึ่ง คือ หลักกฎหมายทั่วไป (General Principle of Law) อันรวมไปถึงหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ

2.2.1 เหตุผลการบัญญัติรับรองการใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง

ในประเด็นเหตุผลที่กฎหมายกำหนดให้มีการใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงนั้น รศ.สมยศ เชื้อไทย อธิบายไว้ว่า สาเหตุนั้นมาจากหลักเหตุผลของเรื่อง (Nature of Things) และความเป็นธรรม

---

[20] ปัจจุบันพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 มาตรา 33 ซึ่งเดิมมีบทกำหนดโทษทางอาญาในมาตรา 57 กฎหมายได้มีการแก้ไขให้เป็นความผิดทางพินัยและมีโทษปรับทางพินัยไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท.

[21] ตัวอย่าง พระอัยการอาชญาหลวง มาตรา 7 ที่กำหนดความผิดฐาน “เจรจาหยาบช้าต่อพระเจ้าอยู่หัวและประมาทหมิ่นพระราชบัญญัติและพระบันทูลโองการ” หรือ พระอัยการอาชญาหลวง มาตรา 72 ความผิดฐาน “ติเตียนนินทาว่ากล่าวพระเจ้าอยู่หัว” ที่มีการกำหนดโทษไว้ 8 สถาน ให้ลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่ง ได้แก่ ให้ฟันคอริบเรือน, ให้ตัดปากตัดหูตัดมือตัดตีนเสีย, ให้ทวนด้วยลวดหนัง 25-50 ที, ให้จำ(คุก)ไว้เดือนหนึ่งแล้วเอาตัวลงหญ้าช้าง (เอาตัวไปทำงานเป็นคนเลี้ยงช้าง), ให้ไหมจัตุระคูร (ให้ปรับ 4 เท่า) แล้วเอาตัวลงเปนไพร่, ให้ไหมทวีคูน (ให้ปรับ 2 เท่า), ให้ไหมลาหนึ่ง, ให้ภาคทัณฑ์ไว้; ดูประกอบ กำธร เลี้ยงสัจธรรม (บรรณาธิการ), *กฎหมายตรา 3 ดวง ฉบับพิมพ์มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง แก้ไขปรับปรุงใหม่* (เล่ม 2, สุขภาพใจ 2548) 338, 372.

[22] ปัจจุบันอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 34.

[23] ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 2.

ตามธรรมชาติที่มีอยู่ในจิตใจมนุษย์ทุกคน ซึ่งมีเนื้อหาว่า “สิ่งที่เสมอเหมือนกันก็ควรได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน”[24] อันสอดคล้องกับสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “สิ่งที่มีเหตุผลเดียวกันต้องใช้บทกฎหมายเดียวกันบังคับ”[25]

2.2.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาว่าบทกฎหมายที่พิจารณาเป็นบทกฎหมายที่ “ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” หรือไม่

จากการพิเคราะห์เหตุผลหรือความมุ่งหมายของกฎหมายที่บัญญัติรับรองการใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง จะพอเข้าใจได้ว่า บทกฎหมายที่ “ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ที่จะนำมาปรับใช้ได้นั้น ก็คือบทบัญญัติที่มีองค์ประกอบส่วนเหตุซึ่งเป็นเงื่อนไขที่เป็นข้อเท็จจริงสำหรับการใช้บทบัญญัติดังกล่าว[26] เสมอเหมือนกับข้อเท็จจริงกรณีปัญหาหรือพฤติการณ์ข้อเท็จจริงแห่งคดีที่กำลังพิจารณาว่าจะนำบทกฎหมายใดมาใช้โดยการเทียบเคียงหรือไม่[27] โดยในการพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกับข้อเท็จจริงในกรณีใดจะเสมอเหมือนกันหรือมีเหตุผลที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเป็นอย่างเดียวกันหรือไม่ หากสำรวจตำรากฎหมายไทยจะพบว่ามีเพียงตำราของ รศ.สมยศ เชื้อไทย ที่ได้เสนอแนวทางการพิจารณาไว้ 3 ข้อ ดังนี้

(1) พิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าเป็นบทกฎหมายอันเป็นบทหลัก (*jus commune*) หรือบทยกเว้น (*jus singulare*)[28]

เหตุผลที่ต้องพิจารณาประเภทของกฎหมายตามเกณฑ์ดังกล่าวเนื่องจาก โดยทั่วไปแล้วบทหลักนั้นควรจะได้รับการปรับใช้อย่างกว้างขวางรวมไปถึงการใช้โดยการเทียบเคียง ส่วนบทยกเว้น

---

[24] สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรถ 1) 71; ดูประกอบ กิตติศักดิ์ ปรกติ (เชิงอรรถ 15) 55.

[25] สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรถ 1)

[26] โดยทั่วไป บทบัญญัติแห่งกฎหมายแต่ละบทในทุกกฎหมายจะมีองค์ประกอบแบ่งเป็น 2 ส่วน คือ (1) องค์ประกอบหรือส่วนเหตุ (Tatbestand; Fact of the case) เป็นข้อความเงื่อนไขที่กำหนดว่าในกรณีหรือสถานการณ์ข้อเท็จจริงใดจะนำผลทางกฎหมายของบทกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้ได้ (2) ผลทางกฎหมาย (Rechtsfolge; Legal consequence) เป็นข้อความหรือส่วนของบทบัญญัติที่กำหนดสิทธิ หน้าที่ หรือความรับผิดของผู้ที่เกี่ยวข้องในกรณีที่ข้อเท็จจริงครบองค์ประกอบหรือเงื่อนไขในส่วนเหตุ เช่น จากที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 (3) บัญญัติว่า ผู้ใดแสดงความคิดเห็นโดยสุจริตเพื่อติชมด้วยความเป็นธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งใดอันเป็นวิสัยของประชาชนย่อมกระทำ ผู้นั้นไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบหรือส่วนเหตุซึ่งเป็นเงื่อนไขที่จะนำบทกฎหมายดังกล่าวมาใช้ได้ คือ ต้องเป็นการแสดงความคิดเห็นโดยสุจริตติชมด้วยความเป็นธรรม และบุคคลที่ถูกกล่าวถึง (ถูกใส่ความ) หรือสิ่งที่ถูกกล่าวถึงเป็นสิ่งที่อยู่ในวิสัยประชาชนย่อมกระทำ หากการแสดงความคิดเห็นไม่ครบเงื่อนไขส่วนเหตุข้างต้น เช่น เป็นการกล่าวแสดงความคิดเห็นใส่ร้ายบุคคลอื่นทั้งที่รู้อยู่แล้วว่าเรื่องดังกล่าวมิใช่เรื่องจริง อันเป็นการแสดงความคิดเห็นโดยไม่สุจริต ย่อมไม่อาจนำมาตรา 329 (3) มาใช้ได้ สำหรับผลทางกฎหมายของบทกฎหมายดังกล่าวในกรณีที่ครบองค์ประกอบหรือเงื่อนไขข้อเท็จจริงส่วนเหตุ คือ การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท ซึ่งก็จะนำไปสู่ผลทางกฎหมาย ได้แก่ จำเลยมีสิทธิพูดได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้ถูกกล่าวถึงที่เสียหายไม่มีสิทธิห้าม และหากจำเลยถูกดำเนินคดีฟ้องร้องต่อศาล ศาลก็ต้องพิพากษายกฟ้องและปล่อยจำเลยไป; ดูประกอบ สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรถ 1) 109-110.

[27] ปรีดี เกษมทรัพย์, *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป* (คณะกรรมการบริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2526) 75 อ้างถึงใน มานิตย์ จุมปา (บรรณาธิการ), *ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 20, สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2564) 116.

[28] สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรถ 1) 174.

เป็นบทกฎหมายที่ควรใช้อย่างจำกัดกรณี มิฉะนั้นแล้วบทยกเว้นก็จะกลายมาเป็นบทหลักแทน ซึ่งไม่ต้องด้วยความมุ่งหมายของกฎหมาย[29] อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวมิใช่หลักเกณฑ์เด็ดขาดตายตัวแน่นอน[30] เพราะในบางกรณีบทยกเว้นบางประเภทก็มีแรงสนับสนุนทางกฎหมายที่สนับสนุนให้มีการนำมาปรับใช้อย่างกว้างขวางกว่าบทยกเว้นอื่น ๆ เช่น บทยกเว้นที่รับรองสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐและองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกองค์กรที่เป็นผู้ปรับใช้และตีความกฎหมายต้องรับรองให้มีผลบังคับมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ (Optimization Requirement) เช่น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2532 มาตรา 32 (3) ที่รับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นต่องานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งในการแสดงความคิดเห็นอาจมีการอ้างถึงและทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์ด้วย เช่น การเผยแพร่คลิปวิจารณ์ภาพยนตร์ในช่องเผยแพร่ (Channel) ทางแพลตฟอร์มยูทูป (YouTube) บทยกเว้นในลักษณะดังกล่าวจึงมีกฎหมาย คือ รัฐธรรมนูญ[31] สนับสนุนให้ตีความและปรับใช้อย่างกว้างขวางเพราะรับรองคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญที่รัฐเสรีประชาธิปไตยรวมถึงรัฐไทยมุ่งรับรองคุ้มครอง

(2) พิจารณาว่าข้อเท็จจริงกรณีปัญหาเป็นเรื่องที่มีเหตุผลพอจะเทียบเคียงได้ หรือมีเหตุผลพิเศษที่ห้ามใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง

บางบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎหมายมีเหตุผลพิเศษว่า หากมิได้บัญญัติกรณีใดไว้ในเงื่อนไขที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุของบทบัญญัติใดโดยชัดแจ้งแสดงว่า กฎหมายไม่ประสงค์ให้นำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้ อันเรียกว่า เหตุผลในทางตรงข้าม (*argumentum a contrario*) จึงไม่อาจนำบทกฎหมายดังกล่าวมาใช้โดยการเทียบเคียงได้[32] ได้แก่ การนำบทบัญญัติที่กำหนดฐานความผิดทางอาญามาใช้ในการเทียบเคียงเพื่อลงโทษจำเลย เพราะในกฎหมายอาญามีหลักกฎหมายสำคัญ คือ หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*) ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2[33] ดังนั้น แม้การกระทำใดจะมีลักษณะใกล้เคียงกับการกระทำที่กฎหมายบัญญัติความผิดฐานหนึ่งฐานใดไว้ เช่น การวิพากษ์วิจารณ์บุคคลชั้นสูงในราชวงศ์บุคคลใดหากบุคคลดังกล่าวมิใช่พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทน ตามที่องค์ประกอบของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 กำหนด เช่น กรณีผู้ถูกวิจารณ์เป็นพระบรมวงศานุวงศ์ชั้นเจ้าฟ้า แม้จะรุนแรงเพียงใด ก็ย่อมไม่อาจเป็นความผิดตามมาตรา 112 ได้ เพราะบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดระบุตำแหน่งของบุคคลที่ถูกกระทำไว้ชัดแจ้งว่าเฉพาะพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และผู้สำเร็จราชการแทน เท่านั้น และไม่อาจนำมาตรา 112 มาใช้โดยการเทียบเคียงให้รวมไปถึงการกระทำต่อพระบรมวงศานุวงศ์ชั้นเจ้าฟ้าได้เพราะต้องห้ามตามเหตุผลพิเศษในมาตรา 2

---

[29] เพิ่งอ้าง.

[30] เพิ่งอ้าง 176.

[31] ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 34 ที่รับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น.

[32] สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรถ 1) 175.

[33] ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” ดู เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถ 12) 11-12; คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7, วิญญูชน 2563) 93-96.

แห่งประมวลกฎหมายอาญา (แต่ยังอาจเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 หรือ 393 แล้วแต่กรณี)

(3) พิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องว่าส่วนใดเป็นสาระสำคัญของกฎหมายและส่วนใดไม่ใช่สาระสำคัญ

ในการพิจารณาว่าองค์ประกอบส่วนเหตุของบทบัญญัติใดใกล้เคียงถึงขนาด (ที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้คำว่า “ใกล้เคียงอย่างยิ่ง”) กับข้อเท็จจริงในคดีหรือไม่นั้น รศ.สมยศ เชื้อไทย เสนอหลักหนึ่งว่า จำต้องพิจารณาข้อเท็จจริงองค์ประกอบหรือส่วนเหตุของบทบัญญัตินั้น ๆ ว่าส่วนใดเป็นสาระสำคัญของบทบัญญัติ[34] หากข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญของบทบัญญัติดังกล่าวตรงกับข้อเท็จจริงในคดีก็ถือว่า บทกฎหมายข้างต้นใกล้เคียงกับข้อเท็จจริงในคดีถึงขนาดที่เรียกว่า ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และสามารถนำบทบัญญัติดังกล่าวมาปรับใช้โดยการเทียบเคียงได้ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง กำหนดเงื่อนไขไว้

ในการพิเคราะห์ว่า สาระสำคัญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหนึ่ง ๆ คือ อะไรนั้น ต้องพิจารณาว่าบทกฎหมายดังกล่าวมุ่งประสงค์คุ้มครองสิ่งใด เช่น หากพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1349 ที่กำหนดสิทธิที่จะขอเปิดทางจำเป็นให้แก่เจ้าของที่ดินที่ไม่มีทางออกสู่ทางสาธารณะ จะเห็นว่า ความมุ่งหมายของกฎหมาย คือ การให้เจ้าของที่ดินสามารถใช้ประโยชน์ในที่ดินของตนเองได้อย่างเต็มที่ เพราะหากไม่มีทางออกก็ย่อมไม่มีทางที่จะเดินทางไปยังที่ดินดังกล่าวเพื่อใช้ประโยชน์ที่ดินดังกล่าวได้นั่นเอง ดังนั้นแม้บทบัญญัติดังกล่าวจะกำหนดเงื่อนไขที่จะขอเปิดทางจำเป็นไว้ในกรณีถูกที่ดินแปลงอื่นปิดล้อม (มาตรา 1349 วรรคหนึ่ง) หรือสระ บึง ทะเล หรือที่ต่างระดับความชัน (มาตรา 1349 วรรคสอง) ก็ย่อมเห็นได้ว่าหากกรณีที่ดินของโจทก์ถูกกองขยะขนาดใหญ่ปิดล้อมจนไม่มีทางออก ก็ควรที่จะมีสิทธิขอให้ศาลเปิดทางโดยอาศัยการนำมาตรา 1349 มาปรับใช้โดยการเทียบเคียงได้ เพราะสาระสำคัญของมาตรา 1349 ก็คือ การคุ้มครองให้เจ้าของที่ดินที่ไม่มีทางออกสู่ทางสาธารณะไม่ว่าถูกขัดขวางโดยอุปสรรคประเภทใด ได้มีทางออกที่เรียกว่าทางจำเป็น ส่วนประเภทของอุปสรรคที่มาขัดขวางตามที่ระบุในบทบัญญัติดังกล่าว เช่น ที่ดินแปลงอื่น หรือสระน้ำ มิใช่สาระสำคัญ[35]

มีข้อสังเกตว่าในเมื่อการค้นหาสาระสำคัญของบทบัญญัติใด ๆ นั้น จำต้องค้นหาความมุ่งหมายของกฎหมายของบทบัญญัติดังกล่าวว่ามีความมุ่งหมายอย่างไร จึงอาจมองได้ว่า การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงเป็นการปรับใช้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของบทบัญญัติดังกล่าวโดยตรง (โดยมิได้คำนึงถึงขอบเขตความหมายตามตัวอักษรของบทบัญญัติดังกล่าวเนื่องจากข้อเท็จจริงตามกรณีปัญหาไม่ต้องด้วยขอบเขตความหมายตามตัวอักษรของข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุของบทบัญญัติดังกล่าว)[36] เช่น ในกรณีกองขยะขนาดใหญ่นั้นเป็นที่รวมของวัสดุสังหาริมทรัพย์ที่ไม่ใช้แล้ว จึงย่อมมิได้อยู่ในความหมายตามตัวอักษรของที่ดิน สระน้ำ บึงหนองน้ำ ทะเล หรือที่ดินต่างระดับโดยแน่แท้ จึงต้องมีการค้นหาความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่กำลังพิจารณาว่าจะนำมา

---

[34] สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรถ 1) 176.

[35] ดู สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรถ 1) 176-178.

[36] กิตติศักดิ์ ปรกติ (เชิงอรรถ 15) 55.

ปรับแก่คดีโดยการเทียบเคียงหรือไม่ว่ามีเจตนารมณ์อย่างไร และมีความมุ่งหมายที่จะใช้กับกรณีข้อเท็จจริงตามปัญหาหรือไม่[37] ดังนั้นย่อมนำทฤษฎี เช่น ทฤษฎีอำเภอจิต (Subjective Theory) ที่ให้ค้นหาเจตนารมณ์กฎหมายจากเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายจากเอกสารทางประวัติศาสตร์ในขั้นตอนการออกกฎหมายนั้น ๆ ทฤษฎีอำเภอการณ์ (Objective Theory) ที่ให้ค้นหาเจตนารมณ์กฎหมายตามบริบทของสังคมแต่ละยุคสมัยไม่ขึ้นอยู่กับความมุ่งหมายของผู้บัญญัติกฎหมาย และหลักเกณฑ์หรือข้อแนะนำที่นักนิติศาสตร์เสนอเพื่อค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายมาใช้พิจารณาเพื่อหาสาระสำคัญของบทกฎหมายที่กำลังพิจารณาจะนำมาใช้โดยการเทียบเคียงได้ หลักเกณฑ์เหล่านั้น ได้แก่ (1) ถ้อยคำของตัวบทบัญญัติที่กำลังพิจารณาและถ้อยคำแวดล้อม (Context) ได้แก่ ชื่อกฎหมาย คำปรารภ และหมายเหตุท้ายกฎหมาย (2) ประเภทของบทบัญญัติ (มีที่มาจากจารีตประเพณีหรือเป็นกฎหมายชาวบ้าน หลักกฎหมายหรือหลักนิติศาสตร์หรือเป็นกฎหมายนักกฎหมาย หรือเหตุผลเฉพาะเจาะจงบางประการหรือเป็นกฎหมายเทคนิค) (3) การพิจารณาร่วมกับบทกฎหมายอื่นข้างเคียงและหมวดหมู่หรือตำแหน่งแห่งที่ที่บทบัญญัติดังกล่าวตั้งอยู่ (4) สภาวการณ์ทางสังคมทั้งในขณะที่ออกกฎหมายและในปัจจุบัน (5) ความมุ่งหมายของผู้ออกกฎหมายที่ประสงค์ให้กฎหมายที่ออกใช้บังคับได้หรือมีที่ใช้ (6) การคำนึงถึงการให้สิทธิและสิทธิเสรีภาพของประชาชนมีผลบังคับในฐานะหลักทั่วไป ส่วนการจำกัดตัดสิทธิเสรีภาพเป็นข้อยกเว้น และ (7) การคำนึงการบรรลุเป้าหมายของการใช้การตีความกฎหมาย คือ การสร้างความเป็นธรรมแก่คู่กรณีและสังคม[38] ซึ่งสอดคล้องกับที่ รศ.สมยศ เชื้อไทย ให้ความเห็นไว้ท้ายคำแนะนำ 3 ข้อ ข้างต้นว่า การชี้ขาดว่าจะใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงได้หรือไม่ ต้องพิเคราะห์ข้อความแวดล้อมประกอบและใช้ให้เหมาะสมเป็นธรรมถูกกับเรื่อง[39]

---

[37] ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ, *การตีความกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 4, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2548) 164.

[38] สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรถ 1) 165-171; มานิตย์ จุมปา (เชิงอรรถ 20) 107-108; วิษณุ เครืองาม, เอกสารการสอนชุดวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช 2531) 270-271 อ้างถึงใน มานิตย์ จุมปา (เชิงอรรถ 20) 108-109.

[39] สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรถ 1) 176; ผู้เขียนมีข้อสังเกตต่อไปด้วยว่า เนื่องจากหลักเกณฑ์การเลือกว่าจะนำบทกฎหมายใดมาใช้โดยการเทียบเคียงในระบบกฎหมายไทยหรือไม่นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง กำหนดคุณสมบัติของบทบัญญัติดังกล่าวไว้ด้วยถ้อยคำว่า “บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ซึ่งคำว่า “ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (ต้นร่างภาษาอังกฤษใช้คำว่า Most Nearly Applicable; ดูประกอบ การตรวจแก้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 พ.ศ. 2468 (กรมร่างกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา) 79/15 นี้เป็นถ้อยคำที่ไม่มีความหมายเฉพาะเจาะจง (unbestimmter Rechtsbegriff; Indefinite Legal Term) เพราะผู้อ่านไม่อาจเข้าใจความหมายได้โดยแน่ชัดจากการอ่านถ้อยคำดังกล่าวในทันทีว่าอย่างไรจึงจะถือว่า “เป็นบทใกล้เคียง (Nearly Applicable)” และอย่างไรที่เรียกว่า “ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Most Nearly)” ในการใช้และตีความบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อพิจารณาว่าบทกฎหมายใดเป็นบทที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือไม่ให้สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนและหลักผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นหลักการทางกฎหมายพื้นฐานในระดับรัฐธรรมนูญและเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรมที่ผูกพันทุกองค์กรของรัฐในการใช้อำนาจรวมถึงการใช้อำนาจในการใช้และตีความกฎหมายของศาล ศาลจึงต้องคำนึงถึงการชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบคุณค่าที่ปะทะกันในคดีด้วยตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบอันสอดรับกับข้อสังเกตของ รศ.สมยศ เชื้อไทย ที่ให้เลือกใช้ให้เหมาะสมเป็นธรรมแก่รูปคดีเพราะมีนักนิติศาสตร์อธิบายหลักความได้สัดส่วนว่ามีที่มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาตินั่นเอง; ดูประกอบ บรรเจิด สิงคะเนติ, ‘หลักความได้สัดส่วนในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)’ (รายงานวิจัยเสนอสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2558) 78.

3. ข้อพิจารณาในการใช้บทกฎหมายโดยการเทียบเคียงในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา

ดังที่ได้อธิบายไว้เบื้องต้นในหัวข้อ 2.2.2 (2) ว่าในกฎหมายอาญานั้นมีหลักสำคัญ คือ หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 โดยหลักย่อยประการหนึ่ง คือ ห้ามใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงลงโทษจำเลย อย่างไรก็ตาม หากเป็นการนำไปใช้เป็นเหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ หรือเหตุลดโทษ นั้น นักนิติศาสตร์เห็นไปในแนวทางที่สอดคล้องต้องกันว่า ศาลสามารถนำกฎหมายมาใช้โดยเทียบเคียงในลักษณะเช่นนั้นได้ ไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 เพราะมิใช่การใช้ในทางทำให้จำเลยมีความผิดและลงโทษจำเลย แต่เป็นการใช้ในทางเป็นคุณกับจำเลย[40] สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่รับรองหลักการดังกล่าวมาโดยตลอดแม้มิได้อธิบายให้เหตุผลชัดเจน[41]

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ในส่วนที่เกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 ศาลฎีกาก็เคยนำมาปรับใช้กับการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดฐานอื่น ๆ นอกหมวดความผิดฐานหมิ่นประมาทบุคคลธรรมดาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 ถึงมาตรา 328 และการกระทำดังกล่าวมีลักษณะใกล้เคียงกับการหมิ่นประมาท คือ เป็นการกล่าวถึงบุคคลอื่นในทางเสียหายต่อชื่อเสียงเช่นกัน เช่น ศาลนำไปปรับใช้กับคดีความผิดฐานดูหมิ่นเจ้าพนักงานตามมาตรา 136[42] และฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าหรือดูหมิ่นโดยการโฆษณาตามมาตรา 393 (ลหุโทษ)[43] เป็นต้น

อนึ่ง ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6788/2559 ที่จำเลยที่ 1 ฎีกาว่า ศาลสามารถนำมาตรา 4 มาปรับใช้กับกรณีของจำเลยที่ 1 ที่ขอคืนเงินค่าปรับในช่วงระหว่างที่ถูกขังแทนค่าปรับไปก่อนศาลจะมีคำพิพากษายกฟ้องโดยการเทียบเคียง ศาลฎีกายกคำร้องโดยให้เหตุผลว่า “**ทั้งกรณี**ก็ไม่อาจนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 มาใช้บังคับกับคดีนี้ซึ่งเป็นคดีอาญาได้”[44] อันอาจทำให้ผู้อ่านเข้าใจคลาดเคลื่อนว่า ศาลฎีกาวินิจฉัยโดยเห็นไปในทางตรงข้ามกับนักนิติศาสตร์ในวงการวิชาการว่าศาลสามารถนำหลักเรื่องการใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงในทางเป็นคุณกับจำเลยได้ตามที่ผู้เขียนอธิบายไว้ในย่อหน้าที่หนึ่งของหัวข้อนี้นั้น หากพิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวโดยละเอียด

---

[40] ดู หยุด แสงอุทัย, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127* (วิญญูชน 2548) 63-64; หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 1* (ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 21, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) 49 อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถ 12) 12-13; คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 33) 97.

[41] ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 402/2495 ซึ่งศาลฎีกานำเหตุยกเว้นโทษของความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 285 มาปรับใช้กับความผิดฐานดูหมิ่นเจ้าพนักงาน.

[42] ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2238/2520; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 613/2532; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3654/2543.

[43] ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2195/2521.

[44] เป็นคดีอาญาที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องจำเลยในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ศาลชั้นต้นยกฟ้อง ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่าจำเลยมีความผิด พิพากษาลงโทษจำคุกและปรับโดยให้กักขังแทนค่าปรับ ต่อมาศาลฎีกามีคำพิพากษาถึงที่สุดว่า จำเลยที่ 1 ไม่มีความผิด ให้ยกฟ้องโจทก์ในส่วนจำเลยที่ 1 และปล่อยจำเลยที่ 1 โดยก่อนนั้นจำเลยถูกขังในระหว่างมาโดยตลอด แล้วจำเลยที่ 1 ยื่นคำร้องขอให้คืนเงินค่าปรับตามจำนวนวันที่ถูกขังระหว่างพิจารณา ศาลยกคำร้อง ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาพิพากษายืนตามคำสั่งศาลชั้น (ข้อความในคำพิพากษาเน้นโดยผู้เขียน).

จะพบว่า เป็นคำพิพากษาศาลฎีกาเฉพาะเรื่องที่ศาลฎีกาวินิจฉัยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับปัญหาที่ว่าจะคืนเงินค่าปรับในระหว่างที่ถูกขังแทนค่าปรับทั้งที่ต่อมาศาลตัดสินว่าจำเลยที่ 1 ไม่มีความผิด ไม่ต้องรับโทษใด ๆ ได้หรือไม่ มิได้มุ่งหมายวางหลักเป็นการทั่วไปว่าในคดีอาญาไม่อาจนำหลักเรื่องการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ได้ในทุกกรณี ดังที่ศาลฎีกาก็ใช้คำว่า “ทั้งกรณี” ขึ้นต้นประโยคดังกล่าว ตามที่ผู้เขียนเน้นไว้ข้างต้น เพราะการวินิจฉัยเป็นหลักทั่วไปเช่นนั้นย่อมขัดกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่รับรองเป็นแนวบรรทัดฐานมาเป็นจำนวนมากมาอย่างต่อเนื่องดังที่ผู้เขียนอธิบายไว้แล้วในย่อหน้าที่สองของหัวข้อนี้ และความจริงแล้วปัญหาการถูกต้องขังแทนค่าปรับโดยที่ไม่มีความผิดและไม่ต้องรับโทษนั้น แท้จริงแล้วก็คือการที่จำเลยประสงค์เรียกร้องการเยียวยาความเสียหายจากการถูกต้องขังทั้งที่ไม่มีความผิดนั่นเอง ซึ่งมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ต้องด้วยกรณี สามารถนำมาปรับใช้แก่กรณีปัญหาของจำเลยที่ 1 ได้อยู่แล้ว คือ พระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหาย และค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 กรณีจึงไม่เข้าเงื่อนไขที่จะนำบทกฎหมายมาใช้โดยการเทียบเคียงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง มาตั้งแต่แรก ที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า (ในเฉพาะ) คดีอาญาของจำเลยที่ 1 นั้น ไม่อาจนำบทกฎหมายมาใช้โดยการเทียบเคียงได้จึงชอบด้วยหลักกฎหมายแล้ว (เพราะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่นำมาปรับใช้ได้อยู่แล้วไม่ต้องเทียบเคียง) แต่ศาลฎีกามิได้ห้ามการนำบทกฎหมายมาใช้โดยการเทียบเคียงในคดีอาญาและสถานการณ์หรือปัญหากรณีอื่น ๆ ในทางเป็นคุณกับจำเลยแต่อย่างใด

4. บทวิเคราะห์ปัญหาในการปรับใช้เหตุยกเว้นความผิดตามมาตรา 329 และบทยกเว้นโทษตามมาตรา 330 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในการวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์ที่ครบองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112

หากนำข้อพิจารณาในการปรับใช้บทกฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งตามที่ รศ.สมยศ เชื้อไทย นำเสนอทั้ง 3 ข้อ มาวิเคราะห์ปัญหาว่าจะสามารถนำเหตุยกเว้นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 และบทยกเว้นโทษตามมาตรา 330 มาปรับใช้ในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในคดีอาญาที่การกระทำของจำเลยเป็นการวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์ที่ครบองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ได้หรือไม่ จะพิจารณาได้ดังนี้

4.1 การพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าเป็นบทกฎหมายอันเป็นบทหลัก (*jus commune*) หรือบทยกเว้น (*jus singulare*)

จากการพิเคราะห์มาตรา 329 และมาตรา 330 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และโครงสร้างความรับผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา จะพบว่าบทบัญญัติทั้งสองดังกล่าวอยู่ในฐานะ “บทยกเว้น (*jus singulare*)” เพราะมาตรา 329 เป็นบทกฎหมายที่ยกเว้นความผิด และมาตรา 330

เป็นบทยกเว้นโทษ ของผู้กระทำโดยในส่วนบทยกเว้นความผิดดังเช่นมาตรา 329 กฎหมายถือว่ามิได้กระทำความผิดในฐานที่ถูกฟ้องหรือก็คือกฎหมายให้อำนาจกระทำ (Justification)[45] ส่วนบทยกเว้นโทษอย่างมาตรา 330 กฎหมายถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดต่อกฎหมายแต่กฎหมายไม่ลงโทษ ซึ่งโดยหลักแล้วบทยกเว้นทั้งหลายนั้นควรจะตีความเคร่งครัดและไม่ควรถูกนำมาใช้โดยการเทียบเคียงเพื่อมิให้กลายมาเป็นบทหลัก (*jus commune*) เสียเอง อย่างไรก็ตาม บทกฎหมายที่ยกเว้นความผิดในกฎหมายอาญานั้นมีลักษณะพิเศษที่มีกฎหมาย คือ รัฐธรรมนูญสนับสนุนให้ใช้อย่างกว้างขวางเพราะกฎหมายอาญาเป็นมาตรการการใช้อำนาจรัฐที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนในขั้นร้ายแรงที่สุดในระบบกฎหมาย[46] รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้กระทำได้ในฐานะข้อยกเว้นเมื่อมีกฎหมายบัญญัติโดยชัดแจ้งเท่านั้น[47] บทยกเว้นความผิด และบทยกเว้นโทษทั้งหลายจึงอยู่ในฐานะบทบัญญัติที่ส่งเสริมสนับสนุนการใช้สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนให้สามารถใช้ได้อย่างเต็มที่มิให้ถูกจำกัดโดยมาตรการลงโทษจากกฎหมายอาญา และหากพิจารณาเนื้อหาของมาตรา 329 และมาตรา 330 จะพบว่าเป็นบทบัญญัติที่รับรองสิทธิในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยให้การรับรองโดยชัดแจ้ง[48] และโดยที่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐในรัฐเสรีประชาธิปไตยรวมถึงรัฐไทยมีหน้าที่ต้องรับรองคุ้มครองสิทธิเหล่านี้ให้มีผลบังคับในทางปฏิบัติมากที่สุดเพราะสิทธิเหล่านั้นมีข้อเรียกร้องต่อรัฐ (Optimization Requirement)[49] เมื่อศาลซึ่งเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายตุลาการจะพิจารณาว่าจะตีความมาตรา 329 และมาตรา 330 และจะใช้มาตรา 329 โดยการเทียบเคียงได้หรือไม่จึงต้องถูกผูกพันด้วยผลของสิทธิทางรัฐธรรมนูญดังกล่าว และต้องทำให้เสรีภาพนั้นมีผลบังคับในทางปฏิบัติมากที่สุดด้วยไม่ว่าจะโดยการตีความอย่างกว้างหรือการปรับใช้โดยการเทียบเคียงจึงจะถือได้ว่าตีความ และใช้กฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะหลักนิติธรรม และหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรม[50]

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าในระบบกฎหมายไทย บทบัญญัติทั้งหลายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของปวงชนชาวไทยโดยเฉพาะมาตรา 34 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หลักนิติธรรม และหลักความได้สัดส่วน รับรองและสนับสนุนให้

---

[45] ดู เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถ 12) 100-103.

[46] ดู อัจฉรียา สูตินันทน์, 'หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย' (2564) 3 วารสารสุทธิปริทัศน์ 21, 25.

[47] ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้".

[48] ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 34 วรรคหนึ่ง; คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญา ภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 9, วิญญูชน 2549) 196-197; ดู คำอธิบายเหตุยกเว้นความผิดของความผิดฐานดูหมิ่นพระบรมเดชานุภาพตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 104 (1) ที่ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 104 (1) วรรคสอง ใน หยุด แสงอุทัย, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127* (พิมพ์ครั้งที่ 7, วิญญูชน 2561) 246.

[49] Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Julian Rivers tr, Oxford University Press 2009) 47; ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ (เชิงอรรถ 11) 461.

[50] ดูประกอบ กิตติคุณ วงศ์ทองทิว, 'แนวทางการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญของศาลยุติธรรม' (รายงานวิจัยเสนอสำนักงานศาลยุติธรรม 2566) 208-209.

ศาลสามารถนำมาตรา 329 และมาตรา 330 แห่งประมวลกฎหมายอาญา มาปรับใช้โดยการเทียบเคียงได้ เพื่อคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นซึ่งเป็นคุณค่าพื้นฐานหรือสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรอง และศาลไทยก็ได้ปรับใช้บทกฎหมายดังกล่าวโดยการเทียบเคียงในความผิดบทอื่นไปให้เห็นแล้วในทางปฏิบัติ[51] ส่วนการจะปรับใช้กับมาตรา 112 ได้หรือไม่จำต้องพิจารณาข้อพิจารณาอื่น ๆ ประกอบต่อไป

4.2 พิจารณาว่าข้อเท็จจริงกรณีปัญหาเป็นเรื่องที่มีเหตุผลพอจะเทียบเคียงได้หรือมีเหตุผลพิเศษที่ห้ามใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง

ตามที่กล่าวไว้แล้วว่า บทมาตรา 329 และมาตรา 330 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทรับรองการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นซึ่งเป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญจึงมีเหตุผลในแง่การพิทักษ์สิทธิหรือคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยให้นำบทดังกล่าวมาใช้โดยการเทียบเคียง อย่างไรก็ตาม ในแง่การนำมาปรับใช้กับการกระทำที่เป็นการกระทำต่อองค์พระมหากษัตริย์หรือบุคคลในราชวงศ์อื่น ๆ ที่มาตรา 112 กำหนด มีข้อต้องพิจารณาเป็นพิเศษเนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 6 บัญญัติรับรองไว้เป็นพิเศษถึงสถานะอันล่วงละเมิดมิได้ของพระมหากษัตริย์[52] จึงมีปัญหาว่า คำว่า “ละเมิดมิได้” ตามบทบัญญัติดังกล่าวมีความหมายว่าอย่างไร บทบัญญัติดังกล่าวห้ามกล่าวถึงพระมหากษัตริย์ในทางที่อาจทำให้เสียหายต่อชื่อเสียงในทุกกรณี และเนื้อความในบทบัญญัติดังกล่าวเป็นเหตุผลพิเศษเฉพาะเรื่องที่ทำให้ไม่อาจนำมาตรา 329 และมาตรา 330 มาใช้โดยการเทียบเคียงหรือไม่ ซึ่งในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการตีความรัฐธรรมนูญข้างต้น นักนิติศาสตร์ไทยมีความเห็นไม่ลงรอยกัน โดยแบ่งเป็นสองฝ่ายตามที่ผู้เขียนได้อธิบายไว้แล้วในหัวข้อ 1. (บทนำ)

อนึ่ง ในชั้นนี้ควรจะได้ตั้งข้อสังเกตไว้ด้วยว่าคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2354/2531 ที่นักกฎหมายฝ่ายที่ให้ความเห็นว่าไม่อาจนำบทกฎหมายที่ให้อำนาจในการหมิ่นประมาทที่เป็นบทยกเว้นความผิดและบทยกเว้นโทษมาใช้ได้นั้น[53] หากพิจารณาในรายละเอียดจะพบว่า ถ้อยคำที่จำเลยกล่าวในคดีดังกล่าวว่า “ถ้าคนเราเลือกที่เกิดได้ ผมทำไมจะไปเกิดเป็นลูกชาวนาที่สงขลาให้มันโง่อยู่จนทุกวันนี้ ผมเลือกเกิดมันใจกลางพระบรมมหาราชวังไม่ดีเหรอ เป็นพระองค์เจ้าวีระไปแล้ว ถ้าเป็นพระองค์เจ้าป่านนี้ก็ไม่มายืนพูดให้คอแหบคอแห้ง นี่เวลาก็ตั้งหกโมงครึ่ง ผมเสวยน้ำจัณฑ์เพื่อให้มันสบายอกสบายใจไม่ดีกว่าเหรอ ที่มายืนพูดนี่ก็เมื่อยพระชงฆ์เต็มทีแล้วนะ” มิได้มีประเด็นให้พิจารณาว่า จะเป็นการแสดงความคิดเห็นโดยสุจริตตามมาตรา 329 และมิใช่การกล่าวข้อความจริงที่เป็นประโยชน์ต่อประชาชนตามเงื่อนไขในมาตรา 330 คดีดังกล่าวคงมีประเด็นเพียงว่า การกระทำของจำเลยครบประกอบความผิด

---

[51] ดู ข้อสังเกตของผู้เขียนและคำพิพากษาศาลฎีกาที่ผู้เขียนยกมาประกอบในหัวข้อ 3.

[52] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 6 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “องค์พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้”.

[53] ตัวอย่าง จิตติ ติงศภัทิย์ (เชิงอรรถ 10) 1114; ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง* (พิมพ์ครั้งที่ 48, วิญญูชน 2566) 319.

ตามมาตรา 112 คือ จำเลยกล่าวถ้อยคำโดยมีเจตนาใส่ความพระมหากษัตริย์ และถ้อยคำดังกล่าวน่าจะก่อความเสียหายแก่พระมหากษัตริย์หรือไม่เท่านั้น ปัญหาว่าจะนำมาตรา 329 หรือมาตรา 330 มาใช้ได้หรือไม่กับการหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์จึงมิใช่ประเด็นโดยตรงในคดีดังกล่าว โดยจะเห็นได้จากในเนื้อหาในส่วนการวินิจฉัยของศาลฎีกาเองว่า มิได้วินิจฉัยกล่าวไปถึงทั้งสองมาตราข้างต้นแต่อย่างใด ข้อความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่ปฏิเสธการนำมาตรา 329 และมาตรา 330 ด้วยเหตุผลเรื่องสถานะของพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญโดยยกคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2354/2531 มาเป็นข้อสนับสนุนจึงไม่มีน้ำหนักให้รับฟังนัก คงมีแต่เพียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 51/2503 ที่วินิจฉัยเกี่ยวกับมาตรา 329 (4) ไว้โดยมิได้ระบุเหตุผลเกี่ยวกับสถานะตามรัฐธรรมนูญของพระมหากษัตริย์ไว้ในคำพิพากษา ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์โดยละเอียดในหัวข้อถัดไป

ส่วนคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 28-29/2555[54] ซึ่งเป็นเอกสารทางกฎหมายที่เป็นทางการของผู้ใช้อำนาจรัฐไทยฉบับแรกโดยองค์กรตุลาการไทยที่นำแนวคิดของนักกฎหมายฝ่ายที่เห็นว่าบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่รับรองสถานะอันล่วงละเมิดมิได้ของพระมหากษัตริย์มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 และห้ามวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์นั้น ถ้าพิจารณาเฉพาะเหตุผลในประเด็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับการที่ไม่มีการบัญญัติเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษแบบมาตรา 329 และมาตรา 330 ในตัวมาตรา 112 และการบัญญัติกฎหมายเช่นนั้นไม่ขัดรัฐธรรมนูญจะพบว่าศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลไว้เพียงว่า ก็เพื่อไม่ให้พระมหากษัตริย์และบุคคลอื่น ๆ ที่รวมเป็นส่วนหนึ่งของสถาบันพระมหากษัตริย์ ได้แก่ พระราชินี รัชทายาท และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ถูกล่วงละเมิดได้โดยง่าย แล้วอธิบายเพิ่มเติมปิดท้ายว่าการบัญญัติกฎหมายเช่นนั้นไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพราะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย จะเห็นได้ว่า การให้เหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญเช่นนั้นไม่ได้นำคำนึงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 29 และศาลรัฐธรรมนูญมีแนวคำวินิจฉัยรับรองหลักดังกล่าวในรัฐธรรมนูญมาโดยตลอด[55] ทั้งที่เป็นเหตุที่ผู้ร้องยกขึ้นในคำร้องประการหนึ่งด้วยว่าเพราะเหตุใดประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบที่เป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่สำคัญประการหนึ่ง และเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรม โดยศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้คำนึงถึงการชั่งน้ำหนักระหว่างคุณค่าที่ปะทะกันในกรณีนี้ คือ สถาบันพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นคุณค่าทางจารีตประการหนึ่งในสังคมไทยที่ปะทะกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่เป็นคุณค่าพื้นฐานในระบอบประชาธิปไตย และไม่ได้ประนอมหรือพยายามทำให้คุณค่าทั้งสองได้รับการคุ้มครองในทางปฏิบัติให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นได้อันเป็นหน้าที่พื้นฐานประการสำคัญขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐในรัฐ

---

[54] คดีตามคำวินิจฉัยดังกล่าว มาจากการที่มีผู้ไปร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้ร้องได้ยกประเด็นขึ้นประการหนึ่งว่า บทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากไม่มีบทยกเว้นความผิดและโทษที่เปิดโอกาสให้ประชาชนวิพากษ์วิจารณ์ใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในลักษณะเดียวกับกรณีของบุคคลธรรมดาตามมาตรา 329 และมาตรา 330.

[55] ดู กิตติคุณ วงศ์ทองทิว (เชิงอรรถ 50) 41-49.

เสรีประชาธิปไตยไม่ว่าจะปกครองในระบอบที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขหรือไม่ และการวินิจฉัยเช่นนั้นก็นำไปสู่ความขัดแย้งทางการเมืองโดยตรงระหว่างสถาบันพระมหากษัตริย์กับกลุ่มคนที่เคลื่อนไหวทางการเมืองเพื่อเรียกร้องให้มีการปฏิรูปสถาบันพระมหากษัตริย์[56] โดยหากเปรียบเทียบกับคำวินิจฉัยของประเทศที่ได้รับการจัดอันดับว่า มีความเป็นประชาธิปไตยสูงอย่างประเทศเบลเยียม[57] ที่วินิจฉัยไว้ว่า การบัญญัติกฎหมายคุ้มครองพระมหากษัตริย์ที่มีโทษรุนแรงถึงจำคุกขัดรัฐธรรมนูญ[58] ก็จะเห็นได้ชัดเจนว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยในคำวินิจฉัยที่ 28-29/2555 คลาดเคลื่อนต่อหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยมากเพียงใด นอกจากนี้ส่วนที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยอธิบายในคดีดังกล่าวว่าการบัญญัติกฎหมายเช่นนั้นไม่กระทบสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพราะยังมี (และใช้) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญและกฎหมายนั้น เป็นการให้เหตุผลที่วกวนไม่ชัดเจนในตัวเองเพราะไม่ได้คำนึงหลักการทางกฎหมายที่ว่ารัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในมาตรา 29 (มาตรา 26 ในปัจจุบัน) ได้กำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการออกกฎหมายที่ไปจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้และเป็นหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่จะต้องชี้ขาดให้ชัดเจนในคดีที่ขึ้นสู่การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่า กฎหมายแต่ละเรื่องที่ขึ้นสู่การพิจารณาได้จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินไปกว่าข้อจำกัดหรือไปฝ่าฝืนข้อห้ามของรัฐธรรมนูญเองหรือไม่ โดยเฉพาะในแง่ที่ว่าไปจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจนเกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่าสัดส่วนหรือไม่ ลำพังเพียงเหตุที่อ้างว่าเพื่อไม่ให้มีการล่วงละเมิดสถาบันพระมหากษัตริย์โดยง่ายนั้น เห็นได้ว่าเป็นเหตุผลที่มีน้ำหนักน้อยและคำนึงถึงคุณค่าทางรัฐธรรมนูญเพียงด้านเดียวหรือคุณค่าเดียว ไม่ได้คำนึงถึงการต้องมีมาตรการในพิทักษ์เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Safeguard) แม้แต่น้อย จึงไม่อาจใช้เป็นบรรทัดฐานที่นักกฎหมายจะยึดถือเป็นบรรทัดฐานในระบบกฎหมายไทยได้ ส่วนความผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเองในคดีดังกล่าวตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้[59] ก็เป็นความผูกพันเฉพาะในประเด็นแห่งคดีที่ว่า บทกฎหมายมาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเพียงเท่านั้น แต่เหตุผลที่ขัดกับหลักความได้สัดส่วน หลักนิติธรรม และหลักประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญตามที่ผู้เขียนวิเคราะห์ไว้ข้างต้น ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญต้องผูกพันตามหลักการเหล่านั้นตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 2 และมาตรา 3 บัญญัติไว้ ทำให้เหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญอ้างในคดีดังกล่าวข้างต้นไม่สมเหตุสมผลในรัฐที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยเพราะขัดกับรัฐธรรมนูญเอง จึงไม่อาจนำมาใช้กล่าวอ้างเพื่อสนับสนุนความเห็นว่า ไม่อาจนำมาตรา 329 และมาตรา 330 มาปรับใช้โดยการเทียบเคียงในคดีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ได้

---

[56] ดูประกอบ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ (เชิงอรรถ 11).

[57] Our World in Data 'Data Democracy index Economist Intelligence Unit' (5 March 2025) <https://ourworldindata.org/ grapher/democracy-index-eiu?mapSelect=~BEL> สืบค้นเมื่อ 6 กรกฎาคม 2568.

[58] Belga NEWS AGENCY, 'Lese-majesty will no longer lead to jail sentence in Belgium' (7 January 2023) <https://www. belganewsagency.eu/lese-majesty-will-no-longer-lead-to-jail-sentence-in-belgium> สืบค้นเมื่อ 6 กรกฎาคม 2568.

[59] ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 211 วรรคสี่.

นอกจากนี้ นักกฎหมายฝ่ายที่เห็นว่าไม่อาจนำมาตรา 329 และมาตรา 330 มาใช้กับการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 112 ได้ ยังให้เหตุผลเพิ่มเติมด้วยว่า มาตรา 112 อยู่ในหมวด “ความมั่นคง” และมีเพื่อคุ้มครองความมั่นคงแห่งรัฐซึ่งตามระบบกฎหมายไทยและในบริบทสังคมไทยถือรวมเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับพระมหากษัตริย์ไทย จึงไม่สามารถนำมาตรา 329 และมาตรา 330 ที่มุ่งหมายใช้กับการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทที่มุ่งคุ้มครองชื่อเสียงเกียรติยศเท่านั้นได้[60]

อย่างไรก็ตาม ข้อกล่าวอ้างดังกล่าวก็ยังอาจถูกโต้แย้งได้ใน 2 ประเด็น ประเด็นแรก คือ ในปัจจุบันที่ประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมิได้ปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เช่นในอดีตแล้ว การตีความว่า ความมั่นคงของรัฐมีความสัมพันธ์โดยตรงกับพระมหากษัตริย์นั้นถูกต้องหรือไม่ เพราะในการปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้น ประชาชนเป็นเจ้าของประเทศร่วมกัน มิใช่พระมหากษัตริย์เพียงผู้เดียวอีกต่อไป การกระทำใดที่กระทบพระมหากษัตริย์แต่มิได้กระทบความเป็นอยู่ของประชาชนโดยทั่วไปย่อมมิใช่เรื่องความมั่นคงดังเช่นในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่พระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของประเทศแต่เพียงผู้เดียวอีกต่อไป[61] เว้นเสียแต่ว่าปวงชนชาวไทยจะพร้อมใจกันเป็นเอกฉันท์หรือด้วยเสียงส่วนใหญ่ว่าสถาบันพระมหากษัตริย์ยังเป็นคุณค่าทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญและเป็นองค์ประกอบหนึ่งของชาติไทยที่ไม่ต้องการให้ผู้ใดแตะต้อง[62] และอีกประเด็นหนึ่งที่อาจโต้แย้งได้สำหรับเรื่องความมั่นคง คือ ในรัฐเสรีประชาธิปไตยต้นแบบ เช่น ประเทศทั้งหลายในทวีปยุโรป เช่น ประเทศเยอรมนี ล้วนยอมรับหลักการทางกฎหมายที่ว่า ความมั่นคงแห่งรัฐนั้นมิใช่คุณค่าสูงสุดที่จะมีค่าบังคับเหนือคุณค่าพื้นฐานอื่น ๆ ในทุกกรณี แต่จะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปตามหลักการชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบระหว่างคุณค่าที่ขัดกันหรือก็คือตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ[63]

4.3 พิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องว่าส่วนใดเป็นสาระสำคัญของกฎหมายและส่วนใดไม่ใช่สาระสำคัญ

ในการพิจารณาว่าจะนำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 และมาตรา 330 มาใช้กับการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามมาตรา 112 ได้หรือไม่ ตามคำแนะนำของ รศ.สมยศ เชื้อไทย ข้อ (3)[64] อาจทำได้โดยการพิจารณาว่าส่วนใดเป็นสาระสำคัญของการกระทำตามมาตรา 329 และ

---

[60] ตัวอย่าง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2567; คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 48) 641-642.

[61] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ‘กฎหมายหมิ่นพระบรมเดชานุภาพกับความมั่นคงของรัฐ’ (2552) 2 ฟ้าเดียวกัน 7/2 : โทษที่ไม่เป็นธรรม 111-117.

[62] ซึ่งปรากฏการณ์ตั้งแต่ปี 2563 ที่มีผู้ออกมาชุมนุมเรียกร้องให้มีการปฏิรูปสถาบันพระมหากษัตริย์และวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์และสถาบันพระมหากษัตริย์มากยิ่งขึ้นทำให้น่าสงสัยว่าทัศนคติของประชาชนชาวไทยที่มีผู้กล่าวอ้างว่า คนไทยส่วนใหญ่เคารพสักการะพระมหากษัตริย์ในฐานะเป็นสถาบันหลักของชาตินั้น ปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปแล้วหรือไม่ เพียงใด.

[63] ดู ตัวอย่าง คดี BVerfGE 20, 162 - Spiegel <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php ?id=651> สืบค้นเมื่อ 16 มิถุนายน 2565 ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันระหว่างการดำเนินคดีความผิดฐานกบฏอันเกี่ยวพันกับประโยชน์สาธารณะในเรื่องความมั่นคงแห่งรัฐกับเสรีภาพในการนำเสนอข้อมูลข่าวสารของสื่อมวลชน; ตัวอย่าง ใน Robert Alexy (เชิงอรรถ 49) 65.

[64] ย้อนไปดูคำอธิบายในหัวข้อ 2.2.2. (3).

มาตรา 330 ซึ่งจากข้อถกเถียงของนักนิติศาสตร์ที่เห็นว่าไม่ควรนำมาปรับใช้ได้นั้นได้ยกเรื่องสถานะพิเศษของพระมหากษัตริย์ที่อยู่ในสถานะอันล่วงละเมิดมิได้ตามที่รัฐธรรมนูญรับรองมาเป็นเหตุผลหลัก[65] กล่าวอีกนัยหนึ่ง นักกฎหมายฝ่ายนี้มองว่า “สถานะ” ของบุคคลที่ถูกกล่าวถึงในทางเสียหายเป็นสาระสำคัญของการพิจารณาว่าจะนำมาตรา 329 และมาตรา 330 มาปรับใช้หรือไม่ หากบุคคลที่ถูกกล่าวถึงเป็นพระมหากษัตริย์ ย่อมไม่สามารถนำมาตรา 329 และมาตรา 330 มาปรับใช้ในการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามมาตรา 112 ได้ เพราะรัฐธรรมนูญรับรองสถานะของพระมหากษัตริย์ไว้เป็นพิเศษ[66] ส่วนนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งที่เห็นว่า ศาลควรจะนำมาตรา 329 และมาตรา 330 มาปรับใช้ได้ โดยนัยแล้วฝ่ายนี้ยืนยันว่าสถานะของกษัตริย์ที่มาตรา 6 แห่งรัฐธรรมนูญรับรองมิใช่ข้อที่เป็นสาระสำคัญในการนำมาตรา 329 และมาตรา 330 มาปรับใช้กับการวิพากษ์วิจารณ์กษัตริย์เนื่องจากต้องตีความมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญข้างต้นให้สอดคล้องกับระบอบการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่ประเทศไทยรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ และในระบอบการปกครองเช่นว่านี้ เสรีภาพในการแสดงความเห็นรวมถึงการวิพากษ์วิจารณ์ในประเด็นสาธารณะรวมถึงเรื่องที่เกี่ยวกับกษัตริย์ควรจะได้รับการรับรองโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกองค์กร ดังเช่นที่ปรากฏในแนวทางการปรับใช้กฎหมายและข้อเท็จจริงทางสังคมของรัฐเสรีประชาธิปไตยอื่น ๆ[67]

จากความเห็นของนักกฎหมายทั้งสองฝ่ายข้างต้น ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ฝ่ายแรกมักอ้างถึงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 51/2503 มาเป็นข้อสนับสนุนเหตุผล อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาประเด็นแห่งคดีในคดีดังกล่าวโดยถี่ถ้วนแล้วจะพบว่า ในคดีดังกล่าว ศาลฎีกาเพียงแต่ปฏิเสธว่าการกระทำของจำเลยตามที่อ้างมิใช่การแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรมจากกระบวนพิจารณาโดยเปิดเผยในศาลหรือในการประชุมตามมาตรา 329 (4) เท่านั้น เนื่องจากจำเลยในคดีดังกล่าว กล่าวปราศัยด้วยความเห็นส่วนตัวบนเวทีปราศรัยที่ท้องสนามหลวงมิได้รายงานหรือแจ้งข่าวจากกระบวนพิจารณาของศาลหรือการประชุมใดจึงไม่เข้าเงื่อนไขที่จะยกเว้นความผิดได้ตามมาตรา 329 (4) ข้างต้น เท่านั้น แต่มิได้มีประเด็นต้องวินิจฉัยว่าหากการกระทำเข้าเงื่อนไขของมาตรา 329 อนุมาตราใดอนุมาตราหนึ่ง จะนำมาตรา 329 มาปรับใช้โดยการเทียบเคียงกับการกระทำที่ครบองค์ประกอบมาตรา 112 ได้หรือไม่ ดังที่ศาสตราจารย์ประภาศน์ อวยชัย อธิบายคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวเพียงว่า เพราะจำเลยกล่าวถ้อยคำหมิ่นประมาทในที่ประชุมสาธารณะ มิใช่มีการดำเนินการในศาลหรือการประชุมใดแล้วจำเลยนำมาแจ้งข่าว จึงอ้างมาตรา 329 (4) ไม่ได้[68]

นอกจากนี้ ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8827/2559 ศาลฎีกายังวินิจฉัยด้วยว่า การกล่าวซ้ำซึ่งข้อความที่เป็นการหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ (ในทางวิชาการเรียกว่า การหมิ่นประมาทต่อ และ

---

[65] ตัวอย่าง จิตติ ติงศภัทิย์ (เชิงอรรถ 10) 1114.

[66] ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 28-29/2555 ศาลรัฐธรรมนูญอธิบายสถานะพิเศษของพระมหากษัตริย์ที่ทำให้สมควรได้รับการคุ้มครองจากการวิพากษ์วิจารณ์เป็นพิเศษแตกต่างจากบุคคลธรรมดาว่าเนื่องมาจากพระมหากษัตริย์ “เป็นประมุขของรัฐและสถาบันหลักของประเทศ”.

[67] ตัวอย่าง วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรรถ 11) 364-366; รณกรณ์ บุญมี, (เชิงอรรถ 13).

[68] ประภาศน์ อวยชัย, *ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 มาตรา 107 ถึง 294 : พร้อมด้วยย่อข้อกฎหมายจากคำพิพากษาฎีกา ตั้งแต่ พ.ศ. 2500 ถึงปัจจุบัน* (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2531) 6.

โดยทั่วไปหากไม่เข้าเงื่อนไขของบทยกเว้นความผิดหรือบทยกเว้นโทษ ผู้หมิ่นประมาทต่อจะมีความผิดและโทษฐานหมิ่นประมาทด้วยเช่นกัน เพราะทำให้ข้อความที่เป็นการหมิ่นประมาทกระจายออกไปในวงกว้างและสร้างความเสียหายต่อชื่อเสียง เกียรติยศของผู้ถูกกล่าวถึงมากขึ้น[69]) หากกระทำโดยมี “เจตนา” เพื่อปกป้องและพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด[70] ซึ่งหากพิจารณาโดยหลักและแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องหมิ่นประมาทโดยทั่วไปนั้น การกระทำของจำเลยในคดีนี้ซึ่งเป็นการหมิ่นประมาทต่อครบองค์ประกอบความผิดของมาตรา 112 โดยชัดแจ้ง และเป็นการกระทำที่ต้องถือว่าจำเลยมีเจตนาในการกระทำความผิดแล้ว เพราะมาตรา 112 เรียกร้องให้ผู้กระทำมีเจตนาธรรมดาเท่านั้น คือ ผู้กระทำรู้ว่าข้อความที่ตนแสดงออกไปมีข้อความอย่างไร มีความหมายว่าอย่างไร รู้ว่าบุคคลที่ตนใส่ความมีสถานภาพเป็นบุคคลที่มาตรา 112 คุ้มครอง (พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทน) และมีบุคคลที่สามรับรู้ข้อความดังกล่าวโดยจำเลยผู้กระทำมุ่งหวังหรือเล็งเห็นผลเช่นนั้น[71] การที่ศาลฎีกาพิพากษายกฟ้องในคดีดังกล่าวจึงคล้ายกับว่าศาลฎีกาได้ค้นหาและรับรองข้อยกเว้นความผิดของมาตรา 112 ในลักษณะที่เป็นเจตนา “พิเศษ” ที่เป็นเจตนาในทางดีมิใช่เจตนาร้าย มาเป็นข้อพิจารณาความรับผิดทางอาญาของจำเลยที่ถูกฟ้องตามมาตรา 112 ด้วย ทั้งที่บทกฎหมายดังกล่าวมิได้บัญญัติถึงเจตนาพิเศษเป็นองค์ประกอบผิดไว้ และคำอธิบายทางกฎหมายที่สมเหตุผลไม่ขัดกับระบบการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ได้แก่ ศาลฎีกานำบทยกเว้นความผิดที่เป็นบททั่วไปในประมวลกฎหมายอาญา เช่น หลักเรื่องการป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 หรือมิเช่นนั้นก็นำเรื่องเจตนาพิเศษดังกล่าวมาใช้ในฐานะบทยกเว้นความผิดที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ ในฐานะจารีตประเพณี การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เช่น การเทียบเคียงมาตรา 329 (3) หรือการใช้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป แต่ศาลฎีกาในคดีดังกล่าวก็มิได้อธิบายเช่นนั้นโดยชัดแจ้งว่าอ้างอิงจากที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายใด[72] ปัญหาที่ว่าสถานะของบุคคลที่ถูกหมิ่นประมาท (ว่าเป็นคนธรรมดาหรือบุคคลที่เป็นวัตถุแห่งการกระทำตามที่ระบุไว้ในมาตรา 112 เช่น พระมหากษัตริย์) เป็นสาระสำคัญของมาตรา 329 และมาตรา 330 หรือไม่ จึงยังคงเป็นปัญหาที่ไม่มีข้อยุติในวงการ

---

[69] ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 74/2563.

[70] แนวการให้เหตุผลดังกล่าวสอดคล้องกับคำอธิบายทางกฎหมายของนายอนุรักษ์ สง่าอารีย์กูล ที่อธิบายว่า การวิจารณ์พระมหากษัตริย์นั้นสามารถทำได้ตามที่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9 เคยมีพระราชดำรัสไว้ แต่ต้องคำนึงถึงพระเกียรติ มีสติสัมปชัญญะ มีเหตุผล และจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ส่วนรวม และ ”เจตนาบริสุทธิ์” แต่นายอนุรักษ์ก็มิได้อธิบายเพิ่มเติมหรือแสดงการอ้างอิงอย่างชัดแจ้งว่าหลักเกณฑ์การวิจารณ์ดังกล่าวมีที่มาทางกฎหมายหรือบ่อเกิดของกฎหมายใดเช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8827/2559; ดูประกอบ อนุรักษ์ สง่าอารีย์กูล, ‘บทบัญญัติว่าด้วยความคุ้มครองประมุขแห่งรัฐ : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112’ (รายงานวิจัยเสนอสถาบันวิชาการป้องกันประเทศ วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร 2554) 73.

[71] ดู หยุด แสงอุทัย (เชิงอรรถ 10) 21; คณพล จันทน์หอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด* (เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 5, วิญญูชน 2565) 49; ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และรณกรณ์ บุญมี, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ* (พิมพ์ครั้งที่ 18, วิญญูชน 2564) 31; ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสอง และวรรคสาม.

[72] ศาลฎีกากลับไปวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยในคดีดังกล่าวขาดองค์ประกอบในส่วนเจตนา ซึ่งตามที่ได้อธิบายหลักกฎหมายไปแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะถูกต้อง เพราะมาตรา 112 ต้องการเพียงเจตนาธรรมดาเท่านั้น.

นิติศาสตร์ไทยทั้งในทางวิชาการที่มีความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่เห็นไม่ตรงกันเป็นสองฝ่าย และในทางปฏิบัติที่ไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาวางแนวบรรทัดฐานไว้โดยชัดแจ้งตรงกับความเห็นของนักนิติศาสตร์ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งดังที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 51/2503, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2354/2531 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8827/2559 ข้างต้น

ผู้เขียนมีข้อสังเกตต่อไปว่า หากตีความตามแนวทางของนักกฎหมายกลุ่มแรกที่เห็นว่าไม่อาจนำมาตรา 329 หรือมาตรา 330 แห่งประมวลกฎหมายอาญา มาใช้เทียบเคียงกับการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามมาตรา 112 ในทุกกรณีที่มีผู้วิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์ย่อมทำให้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นสิ้นผลไปอย่างมีนัยสำคัญเพราะทำให้ประชาชนชาวไทยไม่อาจใช้เสรีภาพแสดงความคิดเห็นในประเด็นหรือเรื่องดังกล่าวได้โดยสิ้นเชิง อันขัดกับหน้าที่ของรัฐที่ต้องรับรองให้ปัจเจกชนใช้สิทธิเสรีภาพได้อย่างมากที่สุดและเป็นการขัดกับหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) โดยเฉพาะหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Proportionality in the narrow sense; Proportionality *stricto sensu*) ที่เป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญและเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรมในระบบกฎหมายไทยเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ ในยุโรป เช่น ประเทศเยอรมนี และประเทศอังกฤษ เป็นต้น[73]

อย่างไรก็ตาม หลักความได้สัดส่วนเพียงแต่ให้กรอบกว้าง ๆ เท่านั้นว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกองค์กรต้องใช้ และตีความกฎหมายโดยคำนึงถึงการชั่งน้ำหนักระหว่างคุณค่าทางรัฐธรรมนูญโดยคำนึงถึงน้ำหนักระดับความร้ายแรงแห่งผลกระทบในแต่ละกรณีเป็นรายกรณีไป แต่มิได้ให้คำตอบที่ชัดเจนว่า ในกรณีเช่นใดที่กฎหมายโดยหลักความได้สัดส่วนจะถือว่า เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นมีน้ำหนักที่ควรได้รับความคุ้มครองเหนือกว่าคุณค่าในส่วนพระเกียรติของพระมหากษัตริย์และระบบกฎหมายอนุญาตให้ใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพื่อวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์ได้ และการนำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 และมาตรา 330 มาปรับใช้โดยการเทียบเคียงจะสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบในทุกกรณีหรือไม่ หรือในเฉพาะบางกรณีที่คนในสังคมจำนวนมากอาจมองว่าเป็นเรื่องร้ายแรง เช่น การแสดงความคิดเห็นไม่พอใจต่อการทำหน้าที่ของพระมหากษัตริย์โดยการเผาพระบรมฉายาลักษณ์ของพระมหากษัตริย์สเปนอันอาจตีความได้ว่ามีลักษณะเป็นการดูหมิ่นหรือแสดงความอาฆาตมาดร้าย มิใช่การกล่าวถ้อยคำอย่างการหมิ่นประมาทดังเช่นที่เกิดเป็นคดีขึ้นในประเทศสเปนและศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) มีคำพิพากษาว่า การที่ศาลสเปนพิพากษาลงโทษผู้กระทำเช่นนั้น ขัดต่ออนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights) เพราะขัดต่อหลักความได้สัดส่วน[74] หากคดีลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้นในประเทศไทย และศาลพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนโดยพิจารณาน้ำหนักคุณค่าของสถาบันพระมหากษัตริย์ซึ่งคนในสังคมไทยให้ไว้สูงมาก ผลทางกฎหมายควรจะเป็นอย่างไร โดยผู้เขียนจะได้นำเสนอแนวทางการหาคำตอบของปัญหานี้ในหัวข้อต่อไป

---

[73] ดู กิตติคุณ วงศ์ทองทิว (เชิงอรรถ 49) 207.

[74] ดู *Stern Taulats and Roura Capellera v Spain* App no 51168/15 and 51186/15 (ECtHR, 13 March 2018).

5. กรอบแนวคิดทางกฎหมายสำหรับการตอบปัญหาว่า จะปรับใช้มาตรา 329 และมาตรา 330 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยการเทียบเคียงในคดีความผิดตามมาตรา 112 ได้หรือไม่

ดังที่ผู้เขียนได้ชี้ให้เห็นไว้แล้วในหัวข้อ 2.2.2 ว่า การปรับใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงนั้น มองได้อีกแง่มุมนึงว่าเป็นการปรับใช้เหตุผลหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายโดยตรง ดังนั้น การจะตอบปัญหาว่า จะนำเหตุยกเว้นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 และบทยกเว้นโทษตามมาตรา 330 มาปรับใช้ในการกระทำของจำเลยที่ครบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 112 ได้หรือไม่ ในกรณีเช่นใดบ้าง ได้อย่างชัดเจนและหนักแน่น จึงสามารถทำได้โดยการพิจารณาเจตนารมณ์ของมาตรา 329 ว่ามุ่งหมายคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพียงใด โดยหากพิจารณาจากข้อบ่งชี้ของเจตนารมณ์ทางกฎหมายที่บรรดานักนิติศาสตร์โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รศ.สมยศ เชื้อไทย ได้ให้ข้อเสนอแนะไว้ ได้แก่

(1) ถ้อยคำและข้อความที่เป็นเนื้อหาของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง คือ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 มาตรา 329 และมาตรา 330 รวมไปถึงชื่อกฎหมาย คือ ประมวลกฎหมายอาญา คำปรารภ และหมายเหตุท้ายการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาเมื่อปี พ.ศ. 2500

(2) ประเภทของบทบัญญัติ (กฎหมายชาวบ้าน กฎหมายนักกฎหมาย หรือกฎหมายเทคนิค) : เนื่องจากหลักการวิพากษ์วิจารณ์โดยสุจริตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 และหลักการวิพากษ์วิจารณ์ด้วยข้อความจริงเพื่อประโยชน์สาธารณะตามมาตรา 330 จัดเป็นบทกฎหมายที่มีที่มาจากหลักกฎหมายหรือหลักนิติศาสตร์เพราะมาจากการปรุงแต่งหลักการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเมื่อปะทะกับสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลที่ถูกกล่าวถึงให้ละเอียดลึกซึ้งขึ้น ว่า กฎหมายควรอนุญาตให้กล่าวถึงบุคคลอื่นในทางเสียหายได้ในกรณีใดบ้าง มิได้มีที่มาจากจารีตประเพณีและหลักดังกล่าวละเอียดลึกซึ้งกว่าสามัญสำนึกของคนธรรมดาดังเช่นกฎหมายชาวบ้าน และมิได้เกิดจากความจำเป็นหรือเหตุผลทางเทคนิคอย่างหนึ่งอย่างใด[75] จึงต้องพิจารณา

a. <u>ประวัติศาสตร์ความเป็นมาของหลักกฎหมายดังกล่าวและที่มาในการนำมาบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย</u> : ส่วนนี้สอดคล้องกับที่พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์อธิบายวิธีการที่จะรู้ได้ถึงความมุ่งหมายของกฎหมายว่าต้องสืบค้นถึงกฎหมายที่มีใช้อยู่เดิม ข้อบกพร่องของกฎหมายเดิมนั้น จุดที่กฎหมายใหม่แก้ไขกฎหมายเดิมนั้น และเหตุผลที่มีการประกาศใช้กฎหมายฉบับใหม่หรือแก้ไขกฎหมาย[76] โดยในกรณีตามปัญหาของบทความนี้ ต้องพิจารณาประวัติความเป็นมาของมาตรา 329 และมาตรา 330 ควบคู่ไปกับประวัติศาสตร์ของมาตรา 112 และโดยเฉพาะส่วนความสัมพันธ์ระหว่างบทบัญญัติทั้งสองว่าเคยมีความเป็นมาเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันหรือไม่ อย่างไร เป็นจริงดังที่มีผู้กล่าวอ้างหรือไม่ว่า ความผิดตามมาตรา 112 ในอดีต เคยมีบทยกเว้นความผิดในลักษณะเดียวกับ

---

[75] ดู คำอธิบายกฎหมายทั้ง 3 ประเภท โดยละเอียดเพิ่มเติมใน สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรถ 1) 44-51.

[76] พระยานิติศาสตร์ ไพศาลย์, *หลักวินิจฉัยกฎหมาย* (มปพ. 2463) 14 อ้างถึงใน ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ (เชิงอรรถ 37) 180-181.

มาตรา 329[77] และพิจารณาว่าเพราะเหตุใดจึงเป็นเช่นนั้น โดยหากพิจารณาสืบค้นกฎหมายที่เกี่ยวข้องตั้งแต่ยุคที่ประเทศไทยยังปกครองแบบรัฐจารีตจนถึงปัจจุบันที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่พระมหากษัตริย์เป็นประมุข จะพบว่า มีบทบัญญัติที่คุ้มครองพระเกียรติของพระมหากษัตริย์อย่างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ทั้งสิ้น[78] แต่ระดับของการคุ้มครองพระมหากษัตริย์ตามกฎหมายซึ่งรวมถึงการใช้บังคับกฎหมายนั้น มิได้หยุดนิ่งต่อเนื่องเป็นเช่นเดิมตลอดตามที่นักกฎหมายฝ่ายที่อ้างเหตุผลทางประวัติศาสตร์ยกมาเป็นข้ออ้างที่ทำให้ไม่อาจนำมาตรา 329 และมาตรา 330 มาใช้เทียบเคียงเพื่อทำให้การวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์ไม่ผิดมาตรา 112[79] แต่ในความเป็นจริงหากพิจารณาจากพยานหลักฐานทางประวัติศาสตร์แล้วจะพบว่า ระดับความคุ้มครองพระเกียรติของพระมหากษัตริย์ตามกฎหมายนั้นมีพลวัตแปรเปลี่ยนไปตามสถานะของพระมหากษัตริย์ตามความเป็นจริงที่ขึ้นอยู่กับสภาพสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองว่า สังคมและผู้คนในยุคสมัยนั้น ๆ ว่าให้คุณค่าหรือเชิดชูสถาบันพระมหากษัตริย์เพียงใด ซึ่งในยุคสมัยที่เพิ่งเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ก็ถึงขนาดมีการแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญาที่เปิดช่องให้มีการวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์หากทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเป็นเพียงการแสดงความคิดเห็นโดยสุจริตสอดรับกับข้อความในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 และมาตรา 330 ในปัจจุบัน ซึ่งสอดรับกับสภาพสังคมในขณะนั้นที่ประชาชนสนใจการบริหารกิจการบ้านเมืองของพระมหากษัตริย์และกล้าวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวาง[80]

b. <u>กฎหมายเปรียบเทียบ</u>[81] : ในส่วนการเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศที่ประเทศไทยใช้เป็นต้นแบบในการจัดทำรัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายอาญา จากการสำรวจวรรณกรรมทางกฎหมายภาษาไทยและภาษาอังกฤษพบว่า เริ่มมีนักวิชาการที่ศึกษาเปรียบเทียบ

---

[77] ตัวอย่าง ‘มาตรา 112 : มรดกจากยุคสมบูรณาญาสิทธิราชย์ถึงหลังเหตุการณ์ 6 ตุลาฯ’ (iLaw, 5 ตุลาคม 2564) <https://www.ilaw.or.th/articles/9933> สืบค้นเมื่อ 23 เมษายน 2567; ฐนพงศ์ ลือขจรชัย และกิตติคุณ วงศ์ทองทิว, ‘ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายคุ้มครองพระมหากษัตริย์กับระบอบการปกครองของประเทศไทยจากยุคจารีตถึงยุคที่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112’ (2568) 2 วารสารนิติศาสตร์ 406, 406.

[78] ฐนพงศ์ ลือขจรชัย และกิตติคุณ วงศ์ทองทิว (เชิงอรรถ 77) 438.

[79] ตัวอย่าง เหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญระบุในคำวินิจฉัยที่ 28-29/2555 ที่ว่า “ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งรูปแบบการมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของประเทศไทยมีมาเป็นเวลาช้านานตั้งแต่สมัยสุโขทัย...จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน ก็ยังคงไว้ซึ่งรูปแบบการมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของประเทศ อันแสดงถึงความเคารพยกย่องและเทิดทูนสถาบันพระมหากษัตริย์อย่างสูงสุดของปวงชนชาวไทยที่มีมาอย่างต่อเนื่อง...รัฐธรรมนูญ มาตรา 8 รับรองสถานะขององค์พระมหากษัตริย์ว่าทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ และด้วยสถานะของพระมหากษัตริย์ในฐานะที่ทรงเป็นประมุขของรัฐและสถาบันหลักของประเทศ รัฐจึงให้ความคุ้มครองว่า ผู้ใดจะละเมิดกล่าวหาหรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใด ๆ มิได้ ส่วนประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 เป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับรองรับให้รัฐธรรมนูญ มาตรา 8 มีผลใช้บังคับอย่างแท้จริง...”.

[80] รายละเอียดการวิเคราะห์หลักฐานทางประวัติศาสตร์ ดู ฐนพงศ์ ลือขจรชัย และกิตติคุณ วงศ์ทองทิว (เชิงอรรถ 77); ดูที่พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ที่มีพระราชกระแสรับสั่งเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2475 ว่า “คนที่เป็นบิดาของเด็ก ๆ ที่กำลังเรียนหนังสืออยู่เดี๋ยวนี้เคยชิน และชอบการนินทาพระเจ้าแผ่นดินเสียจนติดตัวแล้ว” ใน ชัยอนันต์ สมุทวณิช, ‘มนุษย์เหนืออภิมนุษย์ : พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวในฐานะที่ทรงเป็นมนุษย์ผู้หนึ่ง’ ใน มูลนิธิพระบรมราชานุสรณ์พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว และสมเด็จพระนางเจ้ารำไพพรรณี, รายงานประจำปี 2540 12.

[81] ดู สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรถ 1) 166.

บทบัญญัติความผิดทางอาญาที่มุ่งคุ้มครองประมุขของรัฐในลักษณะเดียวกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ของประเทศไทยอยู่บ้าง[82] แต่ยังค่อนข้างจำกัดประเทศที่ศึกษา เช่น ในบันทึกถ้อยคำของ ผศ.ดร.รณกรณ์ บุญมี ที่เสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญปรากฏคู่เปรียบเทียบ 6 ประเทศ โดย ผศ.ดร.รณกรณ์ ได้ข้อสรุปในทำนองเดียวกับ David Streckfuss ว่า สถานะอันล่วงละเมิดมิได้ของพระมหากษัตริย์ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญไม่ควรเป็นข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนแบบสัมบูรณ์โดยที่ไม่มีข้อจำกัดเพื่อพิทักษ์สิทธิเสรีภาพดังกล่าว (Safeguard) เพราะประเทศอื่น ๆ ที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย และมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐไม่ว่าจะมีบทบัญญัติรับรองสถานะอันล่วงละเมิดมิได้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ ก็เปิดโอกาสให้ประชาชนใช้สิทธิในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์ได้ เช่น ประเทศเบลเยียม ประเทศสหราชอาณาจักร และประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น และการทำเช่นนั้นก็มิได้ทำให้สถาบันพระมหากษัตริย์ต้องเสื่อมความนับถือศรัทธาลงแต่อย่างใด[83] ส่วนงานวิชาการชิ้นอื่น ๆ มักปรากฏคู่เปรียบเทียบเพียง 2 ถึง 3 ประเทศ เท่านั้น และยังไม่มีงานวิชาการที่มุ่งประเด็นไปที่การเปรียบเทียบการมีอยู่ของข้อยกเว้นสำหรับความผิดฐานดังกล่าวที่เกี่ยวข้องกับการวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์ที่อยู่ในลักษณะบทยกเว้นความผิดและบทยกเว้นโทษของความผิดฐานหมิ่นประมาทดังที่บทความนี้ตั้งปัญหาไว้ในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ รวมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างสถานะทางรัฐธรรมนูญของประมุขของรัฐโดยเฉพาะพระมหากษัตริย์ในระบอบประชาธิปไตยกับการมีอยู่ และการบังคับใช้บทกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองพระเกียรติของพระมหากษัตริย์ดังเช่นมาตรา 112 ว่ามีความสัมพันธ์กันมากน้อยเพียงใด เช่น ศึกษาว่ามีกี่ประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่มีบทบัญญัติห้ามล่วงละเมิดพระมหากษัตริย์ดังเช่นในรัฐธรรมนูญ ฉบับพุทธศักราช 2560 มาตรา 6 ของประเทศไทยที่มีบทฐานความผิดแบบมาตรา 112 โดยไม่มีข้อยกเว้นให้วิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์โดยสุจริตได้ โดยเฉพาะในปัจจุบันที่มีแนวคิดว่าการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบควรคำนึงถึงสภาพทางสังคมวิทยาของประเทศคู่เปรียบเทียบด้วยว่ามีความคล้ายคลึง เหมือนหรือต่างกับประเทศที่มุ่งศึกษาเป็นหลักอย่างไร เพื่อป้องกันการเกิดอคติโดยการเลือก (Selection Bias) โดยการเลือกเฉพาะประเทศต้นแบบยอดนิยมเพียงไม่กี่ประเทศซึ่งสภาพสังคมอาจแตกต่างกับประเทศที่มุ่งศึกษาอย่างมาก และต้องไม่เลือกเฉพาะประเทศที่ผู้ศึกษาสะดวก เช่น อ่านภาษาของกฎหมายที่ประเทศนั้นใช้ได้เท่านั้น[84]

---

[82] ปัจจุบันเริ่มมีนักวิชาการที่ทำการศึกษาเปรียบเทียบบทบัญญัติความผิดทางอาญาที่มุ่งคุ้มครองประมุขของรัฐในลักษณะเดียวกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ของประเทศไทยอยู่บ้าง เช่น David Streckfuss, 'The Intricacies of Lese-Majesty: A Comparative Study of Imperial Germany and Modern Thailand' in Soren Ivarsson and Lotte Isager (eds) *Saying the Unsayable: Monarchy and Democracy in Thailand* (Nias 2010) 104-144; รณกรณ์ บุญมี, "เปิดบันทึกถ้อยคำ'รณกรณ์ บุญมี'พยานผู้เชี่ยวชาญ คดีพรรคก้าวไกล-มาตรา 112" (สำนักข่าวอิสรา, 4 กุมภาพันธ์ 2567) <https://www.isranews.org/article/isranews-article/126048-constitutional court.html> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2568.

[83] ดู เพิ่งอ้าง; David Streckfuss, 'Reining in Reigning Monarchs: The Problematic Legal Status of Kings in Thailand' in Pavin Chachavalpongpun and others (eds) Rama X: The Thai Monarchy under King Vajiralongkorn (Yale University Southeast Asia Studies 2024) 115-117.

[84] ดูประกอบ อภินพ อติพิบูลย์สิน, 'Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law' (2560) 4 วารสารนิติศาสตร์ 1180, 1180-1183.

c. ปรัชญาเบื้องหลังแนวความคิดของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง[85] : การศึกษาในแง่ปรัชญาจะช่วยทำให้เข้าใจข้อกล่าวอ้างที่ว่า มาตรา 112 เป็นความผิดพิเศษที่คำนึงถึงฐานะของบุคคลโดยเฉพาะจึงนำเหตุยกเว้นความผิดตามมาตรา 329 มาใช้ไม่ได้นั้น[86] ว่า ในแง่มุมมองจากทฤษฎีกฎหมายต่าง ๆ ที่หลากหลายของนักปรัชญากฎหมายโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับประมุขของรัฐ ระบอบการปกครอง สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค และจากการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศนั้น มีน้ำหนักน่ารับฟังเพียงใด โดยมีผู้เสนอว่า หากวิเคราะห์ด้วยทฤษฎีของสำนักความคิดทางนิติปรัชญาที่รู้จักกันดีในวงการนิติศาสตร์ไทย ได้แก่ สำนักธรรมนิยม (Legal Naturalism) สำนักปฏิฐานนิยม (Legal Positivism) สำนักประวัติศาสตร์นิยมทางกฎหมาย (Legal Historicism) สำนักแนวคิดแบบสังคมวิทยา (Sociological Jurisprudence) และสำนักแนวคิดแบบสัจนิยมทางกฎหมาย (Legal Realism) จะพบว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 และการบังคับใช้บทบัญญัติดังกล่าวในประเทศไทยไม่สอดคล้องกับแนวคิดของสำนักกฎหมายใดข้างต้นเลยแต่เคลือบแฝงด้วยอคติที่เกิดจากการถูกครอบงำทางความคิดด้วยกรอบชุดความคิดและความเชื่อรูปแบบต่าง ๆ เพราะขัดกับธรรมชาติของสรรพสิ่งรวมทั้งกฎหมายและการบัญญัติกฎหมายที่ต้องมีพลวัตเปลี่ยนแปลงได้ในทุกเรื่องรวมถึงกฎหมายที่คุ้มครองพระเกียรติของพระมหากษัตริย์อย่างมาตรา 112 ด้วย เพื่อความอยู่รอดของสรรพสิ่ง (รวมถึงสังคม)[87]

นอกจากนี้ หากถือว่ามาตรา 329 และมาตรา 330 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติมาเพื่อรับรองคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่เป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญตามที่ ศ.ดร.คณิต ณ นคร อธิบาย[88] ก็ควรนำแนวคิดของนักปรัชญากฎหมาย และการเมืองสายเสรีนิยมอย่าง Hans Kelsen, John Stuart Mill, Tom Campbell และ Wojciech Saurski มาพิจารณา โดยแนวคิดของนักคิดเหล่านี้ยืนยันไปในทางเดียวกันว่า รัฐต้องให้ความสำคัญกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอย่างมากในฐานะที่เป็นเครื่องมือนำไปสู่ “ความจริง” และ “ความยุติธรรม” ซึ่งเป็นคุณค่าพื้นฐานที่สำคัญในสังคมเพราะเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนำไปสู่การต่อสู้ทางปัญญาที่จะทำให้ความจริงปรากฏตัวได้มากที่สุด[89] สอดคล้องกับแนวคิดเรื่องจุดหมาย (*telos*) ของอริสโตเติลที่ว่า ทุกสรรพสิ่งนั้นต้องมีจุดมุ่งหมายไปสู่อะไรบางอย่างในท้ายที่สุด โดยสำหรับมนุษย์สิ่งนั้น คือ ชีวิตที่ดี และการจะไปถึงเป้าหมายนั้นได้ มนุษย์จึงรวมตัวกันเป็นสังคมและถกเถียงใช้เหตุผลร่วมกันเพื่อแสวงหาคำตอบด้วยสติปัญญาว่าสิ่งใดดีหรือไม่ดี สิ่งใดยุติธรรมหรือไม่ยุติธรรม การสนทนาระหว่างกันในสังคมมนุษย์จึงเป็น

---

[85] ดูประกอบ มงคล เทียนประเทืองชัย และอนิสา มานะทน, ‘วิเคราะห์มาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายอาญาด้วยนิติปรัชญา (2)’ (2567) 1 วารสารคุณภาพชีวิตกับกฎหมาย <https://so05.tci-thaijo.org/index.php/QLLJ/article/view/270144/182957> สืบค้นเมื่อ 19 ธันวาคม 2567.

[86] ดูประกอบ กิตติพงศ์ กมลธรรมวงศ์, *การคุ้มครองสถาบันพระมหากษัตริย์ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและมาตรา 112 ของประมวลกฎหมายอาญา* (วิญญูชน 2563) 92.

[87] ดู มงคล เทียนประเทืองชัย, ‘วิเคราะห์มาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายอาญาด้วยนิติปรัชญา (1)’ (2566) 11 วารสารมหาจุฬานาครทรรศน์ 269, 269-277; มงคล เทียนประเทืองชัย และอนิสา มานะทน, ‘วิเคราะห์มาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายอาญาด้วยนิติปรัชญา (2)’ (2567) 1 วารสารมหาจุฬานาครทรรศน์ 1, 1-13.

[88] คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 48) 196-197.

[89] ดู จรัญ โฆษณานันท์ (เชิงอรรถ 11) 105.

สิ่งสำคัญมากในมุมมองของอริสโตเติล[90] โดยในส่วนที่เกี่ยวกับพระมหากษัตริย์นั้น อริสโตเติลก็มองว่าการอดทนอดกลั้น และยอมรับฟังการวิพากษ์วิจารณ์ (*parrhesia*) ก็นับเป็นคุณธรรมประการสำคัญประการหนึ่งของพระมหากษัตริย์[91]

ส่วนหากพิจารณาจากมุมมองของสำนักอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) จะต้องมีการพิจารณาผลดีผลเสียของแต่ละทางเลือกว่า หากปรับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 และมาตรา 330 โดยการเทียบเคียงกับความผิดตามมาตรา 112 จะเกิดประโยชน์ต่อการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของปวงชนชาวไทยและประโยชน์ประการอื่น ๆ ต่อสังคมโดยส่วนรวมมากน้อยเพียงใด ควบคู่ไปกับผลเสียที่เกิดกับการคุ้มครองสถาบันพระมหากษัตริย์ซึ่งอาจถูกล่วงละเมิดได้ง่ายขึ้นเพราะมีช่องทางที่กฎหมายอนุญาตมากขึ้นจากมาตรา 329 และมาตรา 330 เปรียบเทียบกับอีกทางเลือกหนึ่ง คือ ไม่ปรับใช้บทกฎหมายทั้งสองดังกล่าวกับมาตรา 112 โดยเราจะเห็นได้ว่าการเสนอให้ใช้การปรับใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงนั้นย่อมเกิดประโยชน์ในแง่การส่งเสริมการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนชาวไทยเพราะทำให้พวกเขาสามารถแสดงความคิดเห็นในเรื่องดังกล่าวได้โดยถูกจำกัดด้วยกรอบของกฎหมายน้อยลงและอาจนำไปสู่การพัฒนาความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยีทางสังคมอย่างระบอบประชาธิปไตยและตลาดเสรีกับเทคโนโลยีทางวิทยาศาสตร์ตามที่ Richard Barron Parker ตั้งข้อสังเกตจากการศึกษาการเกิดขึ้นและการล่มสลายของรัฐต่าง ๆ เปรียบเทียบกับระดับการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นซึ่ง Parker พบว่ายิ่งรัฐใดเปิดโอกาสให้ประชาชนมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นมาก การพัฒนาเทคโนโลยีด้านต่าง ๆ ก็จะยิ่งเจริญรุดหน้า ดังเช่นในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา[92] อย่างไรก็ตาม การปรับใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงเช่นนั้นก็ยังคงมีข้อเสียหรือข้อจำกัดเมื่อเทียบกับทางเลือกอื่น ๆ อย่างการเสนอแก้ไขมาตรา 112 ตามกระบวนการนิติบัญญัติที่มุ่งส่งเสริมการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและสถาบันพระมหากษัตริย์ไปพร้อมกันได้อย่างกว้างขวางชัดเจน ได้แก่

i. การคงอยู่ของความไม่แน่นอนสม่ำเสมอของแนวการใช้การตีความมาตรา 112 ในทางปฏิบัติโดยเฉพาะของศาล : ตามที่อธิบายไว้ข้างต้นก่อนแล้วในหัวข้อที่ผ่านมาว่า หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบไม่ได้ให้คำตอบที่ชัดเจนว่ากรณีใดที่ศาลสามารถนำมาตรา 329 หรือมาตรา 330 แห่งประมวลกฎหมายอาญา มาปรับใช้กับคดีความผิดฐานหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ตามมาตรา 112 ได้ การที่ศาลจะปรับใช้มาตรา 329 และมาตรา 330 ในคดีที่ฟ้องตามความผิดฐานหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์หรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับอุดมการณ์ที่กำกับจิตใจของผู้พิพากษาที่พิจารณา

---

[90] Edward Clayton, 'Aristotle: Politics' (Internet Encyclopedia of Philosophy, 3 July 2025) <https://iep.utm.edu/aristotle-politics/> สืบค้นเมื่อ 3 กรกฎาคม 2568.

[91] Michel Foucault, 'Parrhesia and the Crisis of Democratic Institutions in Discourse & Truth: The Problematization of Parrhesia' (Foucault.info, 31 October 1983) <https://foucault.info/parrhesia/foucault.DT3.democracy.en/> สืบค้นเมื่อ 3 กรกฎาคม 2568.

[92] Richard Barron Parker, 'Free Speech and the Social Technologies of Democracy, Scientific Inquiry, and the Free Market' (2010) <https://richardbarronparker.com/free-speech-and-the-social-technologies-of-democracy-scientific-inquiry-and-the-free-market-2010/> สืบค้นเมื่อ 3 กรกฎาคม 2568.

พิพากษาคดีนั้น ๆ เป็นสำคัญ หากคดีใดผู้พิพากษาที่รับผิดชอบคดีมีแนวคิดทัศนคติในทางที่จะธำรงรักษาระบอบประชาธิปไตยโดยคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไปควบคู่กับการปกป้องพระเกียรติของพระมหากษัตริย์ ก็อาจนำบทบัญญัติมาตรา 329 และมาตรา 330 มาปรับใช้ในคดีนั้น แต่หากผู้พิพากษาที่รับผิดชอบคดีมีแนวคิดมุ่งคุ้มครองพระมหากษัตริย์เป็นสำคัญโดยเห็นว่าเป็นคุณค่าสัมบูรณ์ที่ไม่อาจประนอมกับคุณค่าอื่นในระบอบประชาธิปไตยอย่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้โดยสิ้นเชิงก็อาจไม่นำบทบัญญัติดังกล่าวมาปรับใช้ ทำให้แต่ละคดีอาจให้ผลลัพธ์ในทางปฏิบัติที่แตกต่างกัน และแต่ละชั้นศาลก็อาจมีผลลัพธ์ที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงจนเกิดความสับสนไม่มีมาตรฐานที่ชัดเจนในเรื่องดังกล่าวในสังคม

นอกจากนี้ แม้หากมีการนำมาตรา 329 และมาตรา 330 มาปรับใช้จริง หากพิเคราะห์ถ้อยคำในตัวบทกฎหมายทั้งสองเองก็จะพบว่ามีถ้อยคำที่มีขอบเขตความหมายไม่เฉพาะเจาะจงเป็นจำนวนมาก เช่น “เพื่อความชอบธรรม” และ “ตามคลองธรรม” ในมาตรา 329 (1) “ติชมด้วยความเป็นธรรม” และ “วิสัยของประชาชนย่อมกระทำ” ในมาตรา 329 (3) หรือ “เป็นประโยชน์แก่ประชาชน” ตามมาตรา 330 วรรคสอง เป็นต้น การที่มีถ้อยคำในลักษณะดังกล่าวประกอบกับความหลากหลายของอุดมการณ์ในทางระบอบการปกครองของผู้พิพากษาศาลไทย ทำให้มีโอกาสที่ผู้พิพากษาศาลไทยจะตีความขอบเขตความหมายของถ้อยคำในบทบัญญัติเหล่านั้นแตกต่างกัน และยิ่งทำให้การบังคับใช้มาตรา 112 ไม่แน่นอนมากยิ่งขึ้นไปอีก

ii การคงอยู่ของความหวาดกลัวในการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น : ผลสืบเนื่องจากข้อหนึ่งอาจทำให้ประชาชนยังมีความหวาดกลัวในการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของตน (Chilling Effect) มากกว่าการที่ไม่เอาบทบัญญัติเหล่านั้นมาปรับใช้ เพราะไม่รู้แน่ชัดว่าหากตนถูกดำเนินคดี ผู้พิพากษาที่พิจารณาพิพากษาคดีของตนจะมีอุดมการณ์แบบใดและตัดสินไปในทางใด และส่วนใหญ่ก็อาจยังไม่กล้าที่จะแสดงความคิดเห็นในประเด็นที่เกี่ยวกับพระมหากษัตริย์ และไม่อาจสร้างสังคมแห่งการถกเถียงแลกเปลี่ยนในประเด็นสาธารณะรวมถึงประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสถาบันพระมหากษัตริย์ได้อย่างแท้จริง

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีข้อจำกัดอันเห็นได้ชัด 2 ข้อ ข้างต้น แต่การนำมาตรา 329 และมาตรา 330 มาปรับใช้โดยเฉพาะโดยศาล ก็ยังมีข้อดีหรือข้อได้เปรียบที่สำคัญกว่าการเสนอแก้กฎหมายในรัฐสภาอยู่ คือ การที่ไม่อาจถูกห้ามโดยองค์กรของรัฐอื่นได้อย่างการเสนอแก้ไขกฎหมาย[93] เพราะการใช้ และการตีความกฎหมายอาญาอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมซึ่งไม่ต้องผ่านการตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญเนื่องจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพิจารณาคดีในศาลรัฐธรรมนูญมาตรา 47 (4) บัญญัติยกเว้นไว้โดยชัดแจ้ง และแนวทางการปรับใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงนี้ก็อาจเป็นเพียงหนทางเดียวที่หลงเหลืออยู่ในประเทศไทย หากผู้ใช้ผู้ตีความกฎหมายไทยในทางปฏิบัติมุ่งหมายจะให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนควบคู่ไปกับการปกป้องพระเกียรติของพระมหากษัตริย์ และลดความขัดแย้งระหว่างประชาชนกับพระมหากษัตริย์อย่างแท้จริง

[93] ดู คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2567.

เพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจนในขอบเขตของการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนชาวไทย ซึ่งในแง่หนึ่งก็เป็นการเสริมสร้างความมั่นคงของสถาบันพระมหากษัตริย์เองด้วย หากศาลตัดสินใจใช้บทกฎหมายข้างต้นโดยการเทียบเคียงจริงอย่างที่ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าอาจเกิดขึ้นแล้วเสียด้วยซ้ำแบบไม่กล่าวชัดแจ้ง (*sub silencio*) ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8827/2559 ควรมีการเอาคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวมาศึกษาอย่างจริงจังว่า ลักษณะคำพูดแบบใด และในสถานการณ์ใด ที่ศาลฎีกาเห็นว่าไม่เป็นความผิดหรือไม่ต้องรับโทษในทางอาญา รวมทั้งอาจนำแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ยึดถือกันเป็นบรรทัดฐานที่ตัดสินเกี่ยวข้องกับมาตรา 329 และมาตรา 330 ในคดีความผิดฐานหมิ่นประมาทบุคคลธรรมดาหรือที่ศาลนำไปปรับใช้โดยการเทียบเคียงกับความผิดฐานดูหมิ่นเจ้าพนักงานมาเป็นแนวทางการใช้การตีความถ้อยคำในมาตรา 329 และมาตรา 330 ทั้งต่อไปเมื่อมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดในคดีความผิดตามมาตรา 112 ที่ศาลตัดสินโดยมีประเด็นว่าจะนำมาตรา 329 หรือมาตรา 330 มาปรับใช้หรือไม่ จะต้องเผยแพร่ให้เป็นที่รับรู้ของประชาชน เพื่อให้ประชาชนรู้ขอบเขตการใช้สิทธิในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ชัดเจน นอกจากข้อเสนอในทางวิชาการข้างต้น ผู้เขียนมีข้อเสนอในทางปฏิบัติอีก 3 ประการ ได้แก่

1) ควรมีการผลักดันให้ประธานศาลฎีกาออกคำแนะนำของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญโดยเน้นย้ำให้ผู้พิพากษาในทุกชั้นศาลพิจารณาพิพากษาคดีโดยคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญของประชาชนในคดีทุกประเภทรวมทั้งในคดีที่เกี่ยวข้องกับสถาบันพระมหากษัตริย์

2) สร้างความเข้าใจที่ถูกต้องในหมู่ผู้ปฏิบัติงานด้านกฎหมายโดยเฉพาะผู้พิพากษาเกี่ยวกับอุดมการณ์ประชาธิปไตย และผลที่ควรจะเป็นของอุดมการณ์ดังกล่าวในฐานะเครื่องมือกำกับการใช้การตีความกฎหมายในรัฐที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยซึ่งรวมไปถึงรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขอย่างรัฐไทยด้วย

3) ผลักดันให้มีการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับระบบการตรวจสอบคุณสมบัติของข้าราชการตุลาการในส่วนที่ว่า “ต้องมีความเลื่อมใสในการปกครองระบอบประชาธิปไตย”[94] ตั้งแต่ชั้นสอบคัดเลือก รวมทั้งเมื่อได้รับการแต่งตั้งและปฏิบัติงานในฐานะผู้พิพากษาแล้ว โดยอาจใช้รูปแบบตามที่ปรากฏในต่างประเทศ เช่น ประเทศญี่ปุ่น ที่การจะได้รับแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาต้องผ่านความเห็นชอบของสภาท้องถิ่นเสียก่อน และหากผู้พิพากษาคนใดปฏิบัติหน้าที่ไปแล้วประชาชนพบว่ามีความประพฤติบกพร่องขาดคุณสมบัติของการเป็นผู้พิพากษา คือ การยึดมั่นในอุดมการณ์ประชาธิปไตย ประชาชนก็อาจยื่นเรื่องถอดถอนผู้พิพากษาคนนั้นต่อรัฐสภา (Impeachment) ได้[95] โดยต้องพิจารณาการจัดวางกลไกความรับผิดชอบของฝ่ายตุลาการในรูปแบบต่าง ๆ ด้วยความระมัดระวังและต้องป้องกันมิให้

---

[94] เป็นคุณสมบัติของข้าราชการตุลาการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 26 (3) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543.

[95] ดูประกอบ The Asahi Shimbun, ‘EDITORIAL: Judge dismissal warrants a look at impeachment court system’ (4 April 2024) <https://www.asahi.com/ajw/articles/15219768> สืบค้นเมื่อ 28 มิถุนายน 2568; Noboru Yanase, ‘Overview of the Judge Impeachment System in Japan: Focusing on the Constitutional Design for the Impeachment Committee and Court’ (2015) 31 Nihon University Comparative Law 1-17.

วงการการเมืองเข้ามาแทรกแซงได้ง่ายดังเช่นที่เกิดปัญหาขึ้นในบางประเทศในยุโรป เช่น ในประเทศโปร์แลนด์

(3) การพิจารณาร่วมกับบทกฎหมายอื่นข้างเคียง ได้แก่ มาตรา 6 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และหมวดหมู่หรือตำแหน่งแห่งที่ที่บทบัญญัติเหล่านั้นตั้งอยู่ และแนวนโยบายแห่งรัฐตามที่ปรากฏในหมวด 6 ซึ่งอยู่ในฐานะที่เป็นแนวทางการตรากฎหมายของรัฐและแนวทางการบริหารราชการแผ่นดิน[96] โดยเฉพาะในมาตรา 77 ที่มีสาระสำคัญว่ารัฐต้องควบคุมให้มีกฎหมายเท่าที่จำเป็นและสอดคล้องกับสภาพการณ์ของสังคมเท่านั้น ซึ่งในช่วงตั้งแต่ปี พ.ศ. 2563 จนถึงก่อนการเลือกตั้งปี พ.ศ. 2566 ที่มีกลุ่มคนออกมาชุมนุมเคลื่อนไหวให้มีการแก้ไขหรือยกเลิกประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 มากขึ้น ก็เป็นข้อที่ยิ่งต้องพิจารณาว่าสภาวการณ์ทางสังคมในส่วนที่เกี่ยวกับความรู้สึกนึกคิดของประชาชนชาวไทยที่มีต่อสถานะของพระมหากษัตริย์นั้นได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญจนรัฐต้องเข้ามาแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาวการณ์ทางสังคมดังกล่าวแล้วหรือไม่ ทั้งในมาตรา 78 แห่งรัฐธรรมนูญปัจจุบันก็เน้นย้ำว่ารัฐต้องส่งเสริมให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพัฒนาประเทศ การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ การตัดสินใจทางการเมือง และย่อมรวมไปถึงการพิจารณาว่าควรแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 หรือไม่ เพราะการตัดสินใจดังกล่าวมีผลกระทบต่อขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนชาวไทยว่าจะสามารถกล่าวถึงกิจการของพระมหากษัตริย์ได้แค่ไหน เพียงใด โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับกิจการสาธารณะของพระมหากษัตริย์และการจัดสรรงบประมาณแผ่นดินให้สถาบันพระมหากษัตริย์ เพราะเกี่ยวข้องโดยตรงกับการจัดสรรงบประมาณไปจัดทำบริการสาธารณะด้านอื่น ๆ ที่เป็นประโยชน์กับประชาชน กล่าวคือ หากจัดสรรงบประมาณให้สถาบันพระมหากษัตริย์มาก ก็จะเหลืองบประมาณที่รัฐจะนำไปใช้จัดทำบริการสาธารณะด้านอื่น ๆ ที่เป็นประโยชน์กับประชาชน เช่น การจัดซื้อรถประจำทางไฟฟ้ารุ่นใหม่ หรือการสร้างระบบขนส่งทางรางประสิทธิภาพสูงอย่างรถไฟฟ้ารางคู่หรือรถไฟฟ้าความเร็วสูงได้น้อยลง ทำให้การพัฒนาบริการสาธารณะเหล่านั้นอาจต้องล่าช้าออกไป

(4) สภาวการณ์ทางสังคมในบริบทสังคมไทย : ข้อกล่าวอ้างหนึ่งที่สำคัญของนักกฎหมายฝ่ายที่เห็นว่า ไม่อาจนำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 มาใช้กับการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามมาตรา 112 ได้ คือ บทบัญญัติดังกล่าวมีรากฐานทางความคิดมาจากหลักจริยธรรมไทย วัฒนธรรมการปกครองไทยที่มองพระมหากษัตริย์เป็นพ่อ หรือที่เรียกว่า วัฒนธรรมการปกครองแบบพ่อปกครองลูก และพระพุทธศาสนา คนไทยส่วนใหญ่จึงรู้สึกว่า การวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์เป็นการทำร้ายพ่อ จึงเป็นความผิดที่ร้ายแรง และยอมรับไม่ได้[97] การพิจารณาข้อเท็จจริงทางสังคมซึ่งอาจมีการเปลี่ยนแปลงไปจากยุคก่อน โดยเฉพาะการสำรวจทัศนคติของประชาชนชาวไทยที่มีต่อพระมหากษัตริย์ และการวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์ว่ายังคงมีทัศนคติเคารพสักการะพระมหากษัตริย์เสมอเหมือนเป็น “พ่อ” ยังคงเป็นจริงอยู่หรือไม่ในสังคมไทยปัจจุบัน และจะรู้สึกอย่างไรหากศาลมีคำพิพากษายกฟ้อง โดยวินิจฉัยว่าการวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์ตามหลักเกณฑ์การวิจารณ์โดยสุจริตในมาตรา 329

[96] ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 64.

[97] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, (เชิงอรรถ 10) 14-15; กิตติพงศ์ กมลธรรมวงศ์ (เชิงอรรถ 71) 105.

ไม่เป็นความผิด จะช่วยตอบปัญหาว่าการใช้และการตีความกฎหมาย ได้แก่ มาตรา 112 และมาตรา 329 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในแนวทางใดจึงจะสอดคล้อง และทำให้ผู้คนในสังคมไทยทุกฝ่ายอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข กล่าวอีกนัยหนึ่ง การพิเคราะห์สภาวการณ์ทางสังคมในกรณีนี้ คือ การพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับข้อเท็จจริงทางสังคมว่า ที่ศาลรัฐธรรมนูญระบุในคำวินิจฉัยที่ 19/2564 ว่า “พระมหากษัตริย์ไทยเป็นศูนย์รวมจิตใจของคนในชาติ และธำรงความเป็นปึกแผ่นของคนในชาติ...และการกระทำความผิดดังกล่าว (หมายถึงการวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์ซึ่งครบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 112) ย่อมเป็นการทำร้ายจิตใจชนชาวไทยที่มีความเคารพเทิดทูนสถาบันพระมหากษัตริย์”[98] นั้น เป็นสิ่งที่สอดคล้องกับความรู้สึกนึกคิดของประชาชนพลเมืองชาวไทยในปัจจุบันหรือไม่ จริงหรือไม่เพียงใด และเพราะเหตุใดจึงเป็นเช่นนั้น

นอกจากนี้ การที่สังคมไทยในปัจจุบันยังคงเรียกได้ว่าเป็นสังคมเมืองพุทธเพราะประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศนับถือศาสนาพุทธ และนักกฎหมายฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการนำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 และมาตรา 330 มาปรับใช้กับการวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์ก็มักยกเหตุผลมีการกล่าวอ้างว่ามาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายอาญามีรากฐานมาจากพุทธศาสนา เนื่องจากองค์พระมหากษัตริย์ของประเทศไทยนั้นมีสถานะพิเศษเพราะเป็นผู้บำเพ็ญเพียรสั่งสมบุญญาบารมีโดยปฏิบัติตามหลักธรรมคำสอนของพระพุทธเจ้าอย่างเคร่งครัด จึงมีความชอบธรรมที่จะได้รับการเคารพสักการะเป็นพิเศษเหนือกว่าสถานะของบุคคลอื่น และยิ่งไปกว่ากษัตริย์ของชาติอื่น[99] โดยควรต้องศึกษาว่าตามหลักธรรมคำสอนขององค์พระสมเด็จสัมมาสัมพุทธเจ้ามองปัญหาว่าด้วยการวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์อย่างไร หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งพระมหากษัตริย์ และประชาชนควรปฏิบัติต่อกันอย่างไรตามหลักธรรมทางพระพุทธศาสนา[100] โดยจรัญ โฆษณานันท์ ให้ความเห็นว่าหลักธรรมทางพุทธศาสนานั้นเน้นธรรมเป็นใหญ่กว่าตัวบุคคล แม้แต่พระมหากษัตริย์หากประพฤติในทางทุจริตก็ย่อมตกไปยังภพภูมิที่ไม่ดี[101] เพื่อให้มั่นใจได้ว่าพระมหากษัตริย์จะประพฤติตนอยู่ในธรรม เช่น หลักทศพิศราชธรรม (ในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรา 112 เช่น การให้อภัยซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของทาน หรือการมีความอดทนอดกลั้นหรือขันติธรรม) อย่างแท้จริง จึงควรเปิดโอกาสให้ประชาชนร่วมตรวจสอบและวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์ได้[102] ทั้งหากพิจารณาในแง่ความสัมพันธ์ระหว่างธรรมกับกฎหมายในฐานะที่กฎหมายเป็นสมมติที่คนในสังคมหนึ่ง ๆ ตกลงกันกำหนดขึ้นในลักษณะที่เป็นสัญญาร่วมกันเพื่อให้สอดคล้องกับธรรม คือ ธรรมชาติของโลก และการอยู่ร่วมกันเป็นสังคม กฎหมายทุกฉบับรวมทั้ง

---

[98] ดู คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2567 26-27 <https://www.constitutionalcourt.or.th/th/occ_web/more_news.php?cid=33> สืบค้นเมื่อ 23 เมษายน 2567.

[99] ดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, (เชิงอรรถ 10) 13-15.

[100] ตัวอย่าง จรัญ โฆษณานันท์ (เชิงอรรถ 11) 95, 101; ดูประกอบ สุรพศ ทวีศักดิ์, *พุทธศาสนาไทยกับประชาธิปไตยโลกวิสัย* (สยามปริทัศน์ 2567).

[101] จรัญ โฆษณานันท์ (เชิงอรรถ 11) 98; ดู อัคคัญญสูตร ในพระไตรปิฎกเล่มที่ 11 พระสุตตันตปิฎกเล่มที่ 3 ทีฆนิกาย ปาฏิกวรรค โดยเฉพาะส่วนที่ว่า “ดูกรวาเสฏฐะและภารทวาชะ กษัตริย์ก็ดี ... พราหมณ์ก็ดี ... แพศย์ ก็ดี ... ศูทรก็ดี ... สมณะก็ดี ... ประพฤติกายทุจริต วจีทุจริต มโนทุจริต เป็นมิจฉาทิฐิ ยึดถือการกระทำด้วยอำนาจมิจฉาทิฐิ เพราะยึดถือการกระทำด้วยอำนาจมิจฉาทิฐิ เป็นเหตุเบื้องหน้าแต่ตายเพราะกายแตก ย่อมเข้าถึงอบาย ทุคติ วินิบาต นรก ทั้งสิ้นฯ”.

[102] จรัญ โฆษณานันท์ (เชิงอรรถ 11) 108.

มาตรา 112 ทั้งในแง่การดำรงอยู่ และการใช้บังคับก็ต้องถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ตามความสอดคล้องกับสภาพสังคมเพื่อให้การจัดการสมมติสอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงของสังคม และเป็นไปเพื่อเกื้อหนุนอารยธรรม และชีวิตที่ดีงาม โดยเน้นกฎหมายที่ลงโทษให้น้อยแต่บัญญัติให้เป็นข้อสนับสนุนการศึกษา (สิกขาบท) ให้มากตามแนวคิดของ ป.อ.ปยุตโต[103] จากแนวคิดดังกล่าวจะเห็นแม้แต่แนวคิดทางพุทธศาสนาเองก็ไม่ได้ห้ามการวิพากษ์วิจารณ์บุคคลผู้มีบุญญาบารมีอย่างพระมหากษัตริย์ และอาจจำเป็นที่ต้องกำหนดสมมติในกฎหมายในลักษณะเป็นสิกขาบทที่อนุญาตให้มีการวิพากษ์วิจารณ์เสียด้วยซ้ำจึงจะเกิดกลไกทางสังคมที่ทำให้พระมหากษัตริย์ดำรงตนตั้งมั่นอยู่ในธรรม เช่น ทศพิศราชธรรม และประชาชนได้ฝึกการแสดงความคิดเห็นอย่างมีเหตุมีผล อย่างแท้จริง ซึ่งการพิเคราะห์ลักษณะของคนไทย และสังคมไทยด้วยการวิจัยทางสังคมก็จะเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อให้สามารถกำหนดสมมติหรือกฎหมายเกี่ยวกับพระมหากษัตริย์ได้สอดคล้องกับสภาพสังคมไทยอย่างแท้จริง

(5) ความมุ่งหมายของผู้ออกกฎหมายที่ประสงค์ให้กฎหมายที่ออกใช้บังคับได้หรือมีที่ใช้

(6) การคำนึงถึงการให้สิทธิ และเสรีภาพของประชาชนมีผลบังคับในฐานะหลักทั่วไป ส่วนการจำกัดตัดสิทธิเสรีภาพเป็นข้อยกเว้น โดยเป็นข้อยกเว้นที่มีเงื่อนไขจำกัด (Limitation of Limitation of Rights) โดยเฉพาะการถูกจำกัดด้วยหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ ได้แก่ หลักความได้สัดส่วน และ

(7) การคำนึงการบรรลุเป้าหมายของการใช้การตีความกฎหมาย คือ การสร้างความเป็นธรรมแก่คู่กรณีและสังคม : เนื่องจากแนวคิดว่าด้วยความเป็นธรรมหรือความยุติธรรมนั้นอาจมีได้หลายมุมมอง และแต่ละแนวคิดอาจให้คำตอบที่ว่า การตัดสินอย่างหนึ่งใดของศาลเป็นธรรมหรือไม่แตกต่างกันบนฐานของทฤษฎีว่าด้วยความยุติธรรมที่แตกต่างกัน เช่น นักคิดจากทฤษฎีอรรถประโยชน์อาจมองว่าการกล่าวเท็จในบางกรณียุติธรรมหากเป็นประโยชน์กับส่วนรวมมากกว่ากล่าวความจริง ในขณะที่นักคิดบนฐานของทฤษฎีจิตนิยมของคานท์อาจมองว่า การกล่าวเท็จทุกกรณีเป็นสิ่งไม่ดีหรือไม่ยุติธรรม[104]

ในส่วนข้อพิจารณา (1), (3) และ (5) - (7) นั้น จะเห็นได้ว่าเป็นการวิเคราะห์ในทางหลักกฎหมาย (Doctrinal Analysis) เพราะเป็นการพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหลาย และหลักกฎหมายในระบบกฎหมายไทยเป็นสำคัญ ส่วนการพิเคราะห์ตาม (2) นั้นเป็นการศึกษานิติศาสตร์ในเชิงข้อเท็จจริง โดยวิเคราะห์หลักฐานทางประวัติศาสตร์ (Historical Analysis) การวิเคราะห์เหตุผลปรัชญาที่อยู่เบื้องหลังการคุ้มครองพระเกียรติของพระมหากษัตริย์และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและแนวคิดทฤษฎีในการแก้ปัญหาเมื่อคุณค่าทั้งสองข้างต้นขัดกัน (Philosophical Analysis) และการวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบ (Comparative Analysis) ระหว่างกฎหมาย และทางปฏิบัติในระบบกฎหมายในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายกับระบบกฎหมายไทย

---

[103] สมเด็จพระพุทธโฆษาจารย์ (ป. อ. ปยุตฺโต), 'นิติศาสตร์แนวพุทธ' (ป.อ.ปยุตฺโต, 2550-2564) <https://www.papayutto.org/th/book-reading/234/4> สืบค้นเมื่อ 3 กรกฎาคม 2568.

[104] ดูประกอบ Michael J. Sandel, ความยุติธรรม: Justice: What's the Right Thing to Do (สฤณี อาชวานันทกุล ผู้แปล, openworlds 2554).

ส่วน (4) ซึ่งเป็นส่วนสำคัญมากเพราะทำให้การพิจารณาปรับใช้กฎหมายรวมทั้งการใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงสอดคล้องกับสภาวการณ์ทางสังคมของสังคมไทยในปัจจุบัน แต่ปัจจุบันยังมีงานศึกษาวิจัยน้อยมากในประเด็นปัญหาของบทความนี้ อาจทำได้ด้วยการศึกษาโดยใช้เครื่องมือวิธีการวิจัยทางสังคมศาสตร์ที่เรียกว่า การวิจัยเชิงประจักษ์ (Empirical Legal Research)[105] ซึ่งอาจมองได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของการวิจัยกฎหมายทางเลือก (Alternative Legal Research)[106] ได้แก่ การสำรวจความคิดเห็น (Survey) ด้วยการแจกแบบสอบถาม (Questionnaire) แล้วนำข้อมูลที่เก็บรวบรวมได้มาวิเคราะห์ทั้งในเชิงปริมาณ (Quantitative Analysis) ด้วยการวิเคราะห์เชิงสถิติ และหรือวิเคราะห์เชิงคุณภาพ (Qualitative Analysis) เพื่อค้นหาสาเหตุของข้อสรุปที่ได้จากการวิเคราะห์เชิงปริมาณว่าเพราะเหตุใดจึงให้ผลเช่นนั้น ซึ่งช่วยให้เห็นภาพที่เป็นจริงของทัศนคติของประชาชนชาวไทยที่มีต่อพระมหากษัตริย์ โดยในปัจจุบันพบว่ามีงานวิชาการศึกษาในลักษณะดังกล่าวค่อนข้างจำกัด และมักเลือกกลุ่มตัวอย่างที่เฉพาะเจาะจงไม่อาจสะท้อนภาพหรือเป็นตัวแทนของคนไทยทั้งประเทศได้[107]

จากการทบทวนวรรณกรรมทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาตามประเด็นข้อพิจารณาทั้ง (1) – (7) จะพบว่า การตอบปัญหาดังกล่าวต้องมุ่งพิเคราะห์ไปที่สภาพสังคมไทย และทัศนคติของประชาชนชาวไทยที่มีต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ในปัจจุบันเป็นสำคัญ ซึ่งก็สอดคล้องกับภาษิตทางกฎหมายภาษาละตินที่เป็นที่รู้จักกันดีในหมู่นักกฎหมายที่ว่า “ที่ใดมีสังคม ที่นั้นมีกฎหมาย” ที่ผู้เขียนกล่าวถึงตอนต้นบทความ ซึ่งหมายความว่า กฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่อยู่คู่กับสังคม และหากสังคมมีความเปลี่ยนแปลงพัฒนาไปอย่างไร กฎหมายก็ต้องมีการปรับตามเพื่อให้ใช้ได้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปนั้น อย่างไรก็ตาม สำหรับวงการวิชาการไทยในปัจจุบันนั้น ยังขาดการศึกษาวิจัยทางสังคมที่ศึกษาปัญหาเกี่ยวกับพระมหากษัตริย์อย่างทั่วถึงครอบคลุม และให้ภาพสะท้อนความเห็นและความเชื่อของคนไทยทั้งประเทศที่มีต่อพระมหากษัตริย์ และการวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์ในสังคมไทยอย่างมาก คงมีเพียงการศึกษาประชากรแบบเฉพาะกลุ่มเล็ก ๆ เท่านั้น ทำให้ยังไม่มีข้อสรุปที่ชัดเจนว่า ในปัจจุบันคนไทยทั้งประเทศหรือส่วนใหญ่ยังรักและเชิดชูพระมหากษัตริย์ในระดับที่ห้ามบุคคลใดวิพากษ์วิจารณ์ในทุกกรณีหรือไม่

นอกจากนี้ มีปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปว่า หากระบบกฎหมายไทยยอมรับการนำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 และมาตรา 330 มาปรับใช้โดยการเทียบเคียงกับคดีความผิดตามมาตรา 112 ศาลควรจะนำมาปรับใช้ในกรณีใดบ้าง เพราะในมาตรา 112 รวมการกระทำไว้ถึง 3 รูปแบบ คือ ดูหมิ่น หมิ่นประมาท และการแสดงความอาฆาตมาดร้าย ซึ่งระดับความร้ายแรงต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ของการกระทำทั้งสามรูปแบบย่อมแตกต่างกัน และระดับคุณค่าในฐานะที่เป็นการใช้เสรีภาพในการแสดง

---

[105] อาร์ม ตั้งนิรันดร, ‘การวิจัยเชิงประจักษ์ในสาขานิติศาสตร์ : เส้นทางนิติศาสตร์เพื่อการปฏิรูปและทางเลือกของการปฏิรูปนิติศาสตร์’ ใน สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา คณะกรรมการเนติบัณฑิต สมัยที่ 66 (บรรณาธิการ) *รพี 2557* (เนติบัณฑิตยสภาในพระบรมราชูปถัมภ์ 2557) 30-37.

[106] ดูประกอบ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, *การวิจัยกฎหมายทางเลือก : แนวคิดและพรมแดนความรู้* (วิญญูชน 2558) 59-65.

[107] ดู วรกมล รักใคร่, ‘ทัศนคติต่อประมวลกฎหมายอาญามาตรา 112 ของนักศึกษากรุงเทพมหานคร’ (2565) 1 วารสารรัฐประศาสนศาสตร์และการจัดการสังคม 52; สมปอง ทองมาดี และคณะ, ‘ความคิดเห็นของผู้นำนักศึกษาสาขาวิชารัฐศาสตร์กรณีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112’ (2556) 1 วารสารราชภัฏเพชรบูรณ์สาร 101.

ความคิดเห็นก็แตกต่างกัน โดย ผศ.ดร.รณกรณ์ บุญมี เสนอว่าควรคุ้มครองเฉพาะผู้ที่กล่าวถ้อยคำอันเป็นหมิ่นประมาทเท่านั้น ส่วนการกระทำรูปแบบอื่นไม่ควรได้รับการคุ้มครอง[108] ส่วนในประเทศในยุโรปนั้นดูเหมือนว่าจะมีการคุ้มครองที่ขยายไปถึงการดูหมิ่นหรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายด้วย ดังเช่นที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights หรือ ECtHR) ตัดสินว่าที่ศาลสเปนตัดสินว่าการเผาพระบรมฉายาลักษณ์เป็นความผิดฐานหมิ่นพระบรมเดชานุภาพนั้นเป็นการละเมิดต่อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (The European Convention on Human Rights หรือ ECHR) ข้อ 10 ที่รับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น สำหรับผู้เขียนเองเห็นว่า ควรจะต้องดูเป็นรายคดี และชั่งน้ำหนักระหว่างคุณค่าที่ขัดกันตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบเป็นรายกรณีไป เพราะบางกรณีการแสดงออกที่เป็นการดูหมิ่นหรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายก็อาจเป็นเครื่องมือที่ดีที่สุดในการทำให้สังคมสนใจประเด็นที่ผู้ใช้สิทธิต้องการสื่อสาร และหากประเด็นดังกล่าวเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่ง เช่น เป็นเรื่องความมั่นคงของรัฐหรือระบอบประชาธิปไตยเอง เช่น กรณีการรับรองการทำรัฐประหาร ก็มีน้ำหนักอย่างยิ่งที่ต้องคุ้มครอง และอนุญาตให้มีการสื่อสารเรื่องดังกล่าวต่อสังคมโดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ ผู้เขียนเสนอต่อไปว่า การทำวิจัยเชิงสังคมที่เป็นงานวิจัยเชิงประจักษ์เพื่อพิจารณาว่า สังคมไทยในปัจจุบันให้คุณค่ากับสถาบันพระมหากษัตริย์เทียบกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอย่างไรในการกระทำแต่ละรูปแบบจึงจำเป็นในแง่นี้ด้วย ซึ่งเพื่อให้เกิดความแน่นอนทางกฎหมาย ประชาชนสามารถรู้ขอบเขตของสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของตนได้อย่างแน่ชัดจึงควรมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 โดยแยกองค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำทั้งสามรูปแบบออกไปเป็นความผิดคนละฐานก็จะทำให้ผู้ปรับใช้กฎหมายตัดสินใจได้ง่ายขึ้นโดยเฉพาะหากเมื่องานวิจัยทางสังคมศาสตร์หรือการทำประชาพิจารณ์บ่งชี้ว่า การกระทำทั้ง 3 รูปแบบ ต่อพระมหากษัตริย์นั้น ร้ายแรงไม่เท่ากัน และมีเหตุอันควรที่จะคุ้มครองในฐานะที่เป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไม่เท่ากัน โดยอาจนำแนวทางที่ประเทศเดนมาร์กใช้ คือ นำส่วนการกระทำที่สังคมประสงค์คุ้มครอง เช่น หากประสงค์คุ้มครองเฉพาะหมิ่นประมาทมาบัญญัติในลักษณะเป็นบทฉกรรจ์ของความผิดฐานหมิ่นประมาทบุคคลธรรมดาโดยอ้างอิงถึงบทความผิดฐานหมิ่นประมาทบุคคลธรรมดาโดยชัดแจ้ง[109] ซึ่งจะทำให้ผู้ปรับใช้กฎหมายเห็นได้ชัดเจนว่า ในส่วนการหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์นั้น ผู้กระทำอาจได้รับยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษด้วยมาตรา 329 หรือมาตรา 330 ได้ เพราะการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานดังกล่าวได้ต้องเป็นผิดฐานหมิ่นประมาทบุคคลธรรมดา และรับผิดอย่างในกรณีหมิ่นประมาทบุคคลธรรมดาเสียก่อนส่วนการกระทำรูปแบบอื่นก็บัญญัติไว้ในอีกฐานความผิดหนึ่งโดยกำหนดอัตราโทษที่แตกต่างกันไปตามระดับความร้ายแรงของการกระทำ

---

[108] ดู รณกรณ์ บุญมี (เชิงอรรถ 84).

[109] ดู ประมวลกฎหมายอาญาแห่งราชอาณาจักรเดนมาร์ก มาตรา 115 (1) ที่บัญญัติว่า “หากการกระทำความผิดฐานใดในหมวด 25 (ความผิดต่อชีวิตและร่างกาย), หมวด 26 (ความผิดต่อเสรีภาพ) หรือ หมวด 27 (ความผิดต่อชื่อเสียง) ของกฎหมายนี้กระทำต่อพระมหากษัตริย์หรือผู้สำเร็จราชการแทนตามรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น เว้นเสียแต่กรณีตามมาตรา 112 และ 113 ของกฎหมายนี้ โทษสำหรับความผิดเหล่านั้นให้เพิ่มเป็นสองเท่า”; ดูประกอบ Denmark Criminal Code <https://europam.eu/data/mechanisms/PF/PF%20Laws/Denmark/Denmark_ Criminal_Code_2005.pdf> สืบค้นเมื่อ 8 สิงหาคม 2568.

อนึ่ง สำหรับในกรณีที่มีคดีในข้อหาความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ขึ้นสู่การพิจารณาของศาล และจำเลยในคดีดังกล่าวให้การปฏิเสธ ขอให้ยกฟ้องโจทก์ โดยอ้างเหตุว่าการกระทำของตนไม่เป็นความผิดเนื่องจากเป็นการวิพากษ์วิจารณ์ติชมโดยสุจริตตามเงื่อนไขในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 หรือมาตรา 330 เช่น ตามมาตรา 329 (3) ที่ระบุเรื่องการติชมด้วยความเป็นธรรมซึ่งบุคคลหรือสิ่งใดอันอยู่ในวิสัยประชาชนพึงกระทำ ในเบื้องต้นควรตั้งประเด็นเสียก่อนว่า ข้อพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายข้อใดเป็นปัญหาข้อเท็จจริง (Matter of Fact) ที่คู่ความต้องนำสืบ และส่วนใดเป็นปัญหาข้อกฎหมาย (Matter of Law) ที่ศาลรู้ได้เอง โดยในปัญหาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับการพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่ ในระบบกฎหมายไทยก็ย่อมตกเป็นภาระการพิสูจน์ของโจทก์ที่กล่าวอ้างว่าจำเลยกระทำความผิดตามฟ้อง หากโจทก์ไม่สามารถนำสืบให้ศาลในคดีความผิดตามมาตรา 112 ที่ฟ้อง มีข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นไปในทางสนับสนุนการห้ามใช้บทยกเว้นความผิดหรือบทยกเว้นโดยการเทียบเคียงกับมาตรา 112 ให้ศาลแน่ใจ ศาลก็ต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 วรรคสอง ดังนั้น หากศาลรีบด่วนสรุปงดการสืบพยานฝ่ายจำเลยที่พยายามนำสืบว่าการกระทำของตนไม่เป็นความผิดเนื่องจากเข้าข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 หรือมาตรา 330 จึงอาจเป็นการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะยังมิได้พิเคราะห์ข้อเท็จจริงทางสังคมและพฤติการณ์แห่งคดีให้ถี่ถ้วนเสียก่อนว่าในคดีดังกล่าวมีเหตุอันสมควรดังเช่นในคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8827/2559 ที่ศาลพิพากษายกฟ้องโจทก์หรือไม่ โดยการพิจารณาเพียงชื่อผู้กล่าวถ้อยคำหรือชื่อจำเลยย่อมไม่เพียงพอเพราะศาลต้องปฏิบัติต่อคู่ความทุกคนอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรองรับหลักความเสมอภาคไว้ และศาลต้องไม่ใช้อคติจากความเชื่อส่วนบุคคลในการตัดสินคดี และที่สำคัญต้องไม่มีโมหาคติจากการด่วนสรุปหลักกฎหมายจากความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่เห็นว่าไม่ควรนำมาตรา 329 และมาตรา 330 มาใช้โดยการเทียบเคียงด้วยการอ้างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2354/2531 ว่าสถานะอันล่วงละเมิดมิได้ของพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญนั้นห้ามมิให้อ้างบทกฎหมายเหล่านั้น ทั้งที่ในคำพิพากษาดังกล่าวไม่มีประเด็น และข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องกับการปรับใช้ทั้งสองมาตราแต่อย่างใดและศาลฎีกาก็ไม่ได้หยิบยกทั้งสองมาตราขึ้นวินิจฉัย

6. บทสรุป

จากที่ผู้เขียนได้อธิบายหลักในการปรับใช้บทกฎหมายโดยการเทียบเคียง จะพบว่า ในการจะตอบปัญหาว่าในระบบกฎหมายไทย ศาลสามารถปรับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 หรือมาตรา 330 เพื่อยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษให้กับการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายอาญาในฐานะบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งได้หรือไม่ การพิจารณาด้วยหลักเกณฑ์เรื่องประเภทของบทบัญญัติ เหตุผลพิเศษของบทบัญญัติ และสาระสำคัญของบทบัญญัติที่จะนำมาปรับใช้โดยการเทียบเคียง นำไปสู่ปัญหาสำคัญซึ่งยังเป็นข้อถกเถียงอย่างกว้างขวางในหมู่นักนิติศาสตร์ไทย คือ ปัญหาที่ว่าสถานะอันล่วงละเมิดมิได้ของพระมหากษัตริย์ที่รัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรไทยในปัจจุบันควรมีความหมายหรือตีความอย่างไร และกฎหมายมีเจตนารมณ์โดยถือว่าสถานะดังกล่าวของพระมหากษัตริย์เป็นสาระสำคัญที่ทำให้ไม่อาจนำมาตรา 329 และมาตรา 330 มาใช้โดยการเทียบเคียงได้หรือไม่ และผู้เขียนได้ชี้ให้เห็นแล้วว่า ในการตอบข้อโต้แย้งของนักกฎหมายทั้งสองฝ่ายที่มีความเห็นในเรื่องนี้ไม่ตรงกันให้ได้อย่างกระจ่างชัดนั้น ต้องค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายผ่านการศึกษาวิเคราะห์ในทางหลักกฎหมาย (Doctrinal Analysis) โดยการพิเคราะห์ถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 112 และมาตรา 329 บทกฎหมายอื่นข้างเคียง หมวดหมู่หรือตำแหน่งแห่งที่ที่บทบัญญัติดังกล่าวตั้งอยู่ และหลักการตีความกฎหมายเฉพาะเรื่องอื่น ๆ ได้แก่ หลักการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและหลักผลผูกพันของสิทธิทางรัฐธรรมนูญ ร่วมกับการศึกษาวิเคราะห์หลักฐานทางประวัติศาสตร์ (Historical Analysis) ในส่วนที่มีการบัญญัติมาตรา 329 มาตรา 330 และมาตรา 112 การวิเคราะห์ทางปรัชญา (Philosophical Analysis) เกี่ยวกับแนวความคิดในการคุ้มครองพระมหากษัตริย์ด้วยการบัญญัติความผิดฐานหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ (lèse-majesté) และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบ (Comparative Analysis) ระหว่างกฎหมายและทางปฏิบัติในระบบกฎหมายในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายกับระบบกฎหมายไทย การวิเคราะห์เชิงสถิติจากงานวิจัยเชิงประจักษ์ (Empirical Legal Research) เพื่อให้ได้ภาพสังคมไทยที่แท้จริงเกี่ยวกับทัศนคติของประชาชนชาวไทยที่มีต่อพระมหากษัตริย์ในปัจจุบันและการวิเคราะห์เหตุปัจจัยของปรากฏการณ์ทางสังคมเหล่านั้นจากการศึกษาในเชิงนิติศาสตร์แนวพุทธ (Buddhism and Law) เมื่อนำผลการวิเคราะห์เหล่านั้นมาประมวลพิจารณาร่วมกัน ผู้เขียนเชื่อว่า จะได้คำตอบที่ชัดเจนว่าโดยเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือเหตุผลของเรื่อง (Nature of Things) มาตรา 329 และมาตรา 330 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยมีความมุ่งหมายใช้กับการวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์ได้หรือไม่ ในขอบเขตเพียงใด ผู้เขียนจึงใคร่ขอเสนอ และเรียกร้องให้นักนิติศาสตร์ไทย และนักวิจัยสายสังคมอื่น ๆ มาร่วมกันศึกษาวิจัยในประเด็นแง่มุมต่าง ๆ ของปัญหานี้ โดยเฉพาะในแง่การวิจัยเชิงประจักษ์ที่ยังมีผู้ศึกษาทำวิจัยไว้อย่างจำกัดมากทั้งที่เป็นประเด็นสำคัญอย่างยิ่งยวดในการตอบปัญหาข้างต้น เพื่อให้ตอบปัญหาในทางกฎหมายที่ว่า ศาลไทยสามารถนำมาตรา 329 และมาตรา 330 มาปรับใช้โดยการเทียบเคียงเพื่อยกเว้นความผิดให้กับการกระทำของจำเลยที่ครบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 112 ได้หรือไม่ ด้วยเหตุผลที่มีน้ำหนักน่าเชื่อถือ และผู้พิพากษาศาลยุติธรรมสามารถนำไปใช้เป็นหลักที่ใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาในความผิดตามมาตรา 112 ของสังคมไทยได้อย่างมั่นคงปราศจากข้อกังขาของประชาชนเกี่ยวกับอคติของผู้พิพากษาที่วินิจฉัยตัดสินคดีดังกล่าว อันจะมีส่วนช่วยอย่างสำคัญที่จะธำรงรักษาความเชื่อถือศรัทธาของประชาชนที่มีต่อการปฏิบัติหน้าที่ประสิทธิประสาทความยุติธรรมของศาลยุติธรรมให้มั่นคงสืบไป