

ปัญหาการกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติ*

Problems of Criminalizing Flag Desecration

จินต์จุฑา บำเพ็ญวัฒนา
Jinjutha Bumpenvattana

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

LL.M Candidate

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330

Corresponding author E-mail: bumpenvatt@gmail.com

(Received: May 3, 2023; Revised: June 30, 2023; Accepted: July 18, 2023)

บทคัดย่อ

การเหยียดหยามธงชาติถูกกำหนดเป็นความผิดอาญาเพื่อคุ้มครองธงชาติในฐานะเครื่องหมายทางการแทนรัฐประชาชาติที่มีอำนาจอธิปไตยในตนเองและประชาชนผู้เป็นสมาชิกของชนชาตินั้น อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทยตามมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 มีข้อบกพร่อง 4 ประการ กล่าวคือ บทบัญญัติไม่สอดคล้องกับบริบททางสังคมและการเมืองในปัจจุบัน ขัดกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา มีความเป็นอาญาเกินสมควรและจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนเกินสมควร เมื่อพิจารณาการกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของต่างประเทศพบว่า กฎหมายของสาธารณรัฐอินเดีย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐเกาหลีมีรูปแบบและขอบเขตของความผิดที่ชัดเจนแน่นอนและสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดมากกว่ากฎหมายไทย บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวทางที่เหมาะสมในการปรับปรุงแก้ไขความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทย

คำสำคัญ : ธงชาติ, การเหยียดหยาม, ความผิดเกี่ยวกับธง, ระเบียบการใช้ธงชาติไทย

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “ปัญหาการกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติ” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Abstract

Desecration of national flag is criminalized in order to protect national flag as an official symbol of sovereign nation-state and people who belong to such nation. However, crimes of flag desecration prescribed in article 118 of Thai penal code and article 54 of Flag Act B.E. 2522 have four problems. First, the laws are not in accordance with present social and political context. Second, their wordings are contrary to the principal of legality namely, *lex certa*. Third, they are overcriminalized and fourth, they disproportionately violate freedom of expression. Comparative study of flag desecration in Republic of India, Federal Republic of Germany and Republic of Korea shows that their laws are more consistent with *lex certa* and principles of criminalization. The purpose of this research is hence to find suitable alterations to crimes of flag desecration in Thailand.

Keywords : National flag, Desecration, Crime against flag, Thai flag etiquette

1. บทนำ

ธงอันมีความหมายถึงรัฐ หรือ ธงชาติ มีความสำคัญในฐานะสัญลักษณ์ทางการที่แสดงถึงรัฐประชาชาติ (Nation State) ที่มีอำนาจอธิปไตยในตนเอง ชุมชนทางการเมืองที่เรียกว่า “รัฐ” (State) และ “ชาติ” (Nation) มีลักษณะเป็นนามธรรม จึงต้องอาศัยสิ่งที่จับต้องได้อย่าง “ธง” เป็นเครื่องหมายแทนให้รัฐหนึ่ง ๆ สามารถได้รับการจดจำและยอมรับจากประชาชนของตนและประชาคมโลก¹ ด้วยนโยบายเชิงสัญลักษณ์ ธงชาติกลายเป็นเครื่องหมายที่มีความศักดิ์สิทธิ์และส่วนหนึ่งของอัตลักษณ์ของชาติที่ประชาชนให้ความเคารพและมีความรู้สึกผูกพัน อันส่งผลให้ประชาชนเกิดความสำนึกหรือภาคภูมิใจในชาติ ธงชาติจึงเป็นแหล่งที่มาของอำนาจและอิทธิพลทางการเมือง มีพลังขับเคลื่อนให้ประชาชนมีความสามัคคีและพร้อมใจกันกระทำการเพื่อผลประโยชน์ของรัฐ² การเหยียดหยามธงชาติจึงเป็นการลดทอนคุณค่าของสัญลักษณ์ที่ช่วย

¹ Gabriella Elgenius, *Symbols of Nations and Nationalism: Celebrating Nationhood*, (Palgrave Macmillan, 2011), pp. 2-3.

² Robert T. Schatz and Howard Lavine, “Waving the Flag: National Symbolism, Social Identity, and Political Engagement,” in *Political Psychology* 28, 3 (2007), pp. 329-355.

เสริมสร้างให้รัฐมีความมั่นคง รวมทั้งสร้างความคุ้นเคยให้กับประชาชนจนอาจนำไปสู่ความไม่สงบเรียบร้อยในสังคม หลายประเทศจึงกำหนดความผิดอาญาฐานเหยียดหยามธงชาติ รวมถึงประเทศไทยที่บัญญัติความผิดไว้ในมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522

อย่างไรก็ตาม กฎหมายอาญาเป็นมาตรการทางกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยห้ามมิให้บุคคลกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ผู้ที่ฝ่าฝืนจะมีความผิดและได้รับบทลงโทษอันมีลักษณะเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำอย่างรุนแรง แสดงออกถึงความน่าตำหนิจากสาธารณะและการตีตรา (Stigmatize) ให้ผู้กระทำต้องมีมลทิน อีกทั้ง กฎหมายอาญายังให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐในการละเมิดสิทธิเสรีภาพด้วยการจับ ค้นและควบคุมตัวประชาชนเพื่อการสืบสวนสอบสวน³ ด้วยเหตุเหล่านี้ รัฐจึงควรบัญญัติกฎหมายอาญาเท่าที่จำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ดังนั้น บทความนี้จึงศึกษาว่า การกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติในปัจจุบันมีความเหมาะสมหรือไม่ และควรมีแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขอย่างไรให้กฎหมายเหมาะสมกับบริบททางสังคมและการเมืองของประเทศไทยในปัจจุบัน มีความชัดเจนแน่นอนตามหลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดทางอาญาและไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนเกินสมควร

2. ระเบียบวิธีวิจัย

การศึกษาวิจัยปัญหาการกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติ ใช้วิธีศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยวิจัยจากเอกสาร (Documentary Research) ได้แก่ หนังสือ ตำรา งานวิจัย วิทยานิพนธ์ ตำบทยุทธศาสตร์ คำพิพากษา วารสาร บทความ รายงานและข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎีและหลักการที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาวิเคราะห์ปัญหาและความเหมาะสมของการกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทย จากนั้น จึงศึกษากฎหมายของสาธารณรัฐอินเดีย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐเกาหลีเพื่อให้ทราบว่า ต่างประเทศกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติอย่างไร แล้วจึงนำข้อมูลมาเปรียบเทียบและวิเคราะห์กับกฎหมายไทย เพื่อหาแนวทางปรับปรุงแก้ไขความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทยให้มีความเหมาะสมกับบริบททางการเมืองและสังคมในปัจจุบัน เป็นไปตามหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา

³ Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, (Oxford University Press, 2009), pp. 12-13.

สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาและการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชน

3. แนวคิด หลักการและทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามแห่งชาติ

การกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามแห่งชาติมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก หลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา (Principle of Legal Certainty) ประการที่สอง หลักเกณฑ์ว่าด้วยการกำหนดความผิดอาญา (Principles of Criminalization) และ ประการที่สาม หลักเกณฑ์การออกกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights หรือ ICCPR)

3.1 หลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมาย

หลักความชัดเจนแน่นอน (*lex certa*) เป็นส่วนหนึ่งของหลักความชอบด้วยกฎหมายอาญามีสาระสำคัญว่า ถ้อยคำในกฎหมายอาญาต้องบัญญัติทั้งความผิดและโทษไว้อย่างชัดเจนแน่นอนโดยพิจารณาจากมุมมองของประชาชนและรัฐ กล่าวคือ ถ้อยคำต้องชัดเจนแน่นอนเพียงพอให้ประชาชนทั่วไปสามารถทราบได้ว่าสิ่งใดกระทำได้หรือกระทำไม่ได้และหากฝ่าฝืนจะมีบทลงโทษอย่างไร เพื่อเป็นการเตือนล่วงหน้าที่เป็นธรรม (Fair Warning) มิฉะนั้น ประชาชนย่อมไม่สามารถเข้าใจและไม่อาจปฏิบัติให้เป็นไปตามที่กฎหมายมุ่งประสงค์ได้⁴ ถ้อยคำต้องชัดเจนแน่นอนเพียงพอสำหรับเจ้าหน้าที่รัฐผู้บังคับใช้กฎหมายด้วย โดยเฉพาะฝ่ายตุลาการผู้มีหน้าที่ตีความกฎหมาย จึงควรบัญญัติด้วยถ้อยคำที่อำนวยความสะดวกให้ศาลสามารถตีความได้อย่างสมเหตุสมผลและหลีกเลี่ยงการตัดสินคดีตามอำเภอใจ⁵ ระดับความชัดเจนแน่นอนจึงต้องสมดุลระหว่างเสรีภาพกับความยืดหยุ่น โดยเสรีภาพ หมายถึง ถ้อยคำต้องอำนวยความสะดวกประชาชนสามารถคาดการณ์ได้ถึงผลทางกฎหมายของการกระทำของตน⁶ จึงควรใช้ภาษาที่บุคคลทั่วไปเข้าใจได้ง่าย กระชับและไม่

⁴ Wayne R. LaFare, *Criminal Law 5th Ed*, (Thompson Reuters, 2010), p. 110 อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบาย กฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1, (กรุงเทพฯ, 2562), หน้า 9.

⁵ Krisztina Ficsor, "Certainty and Uncertainty in Criminal Law and the 'Clarity of Norms' Doctrine," in *Hungarian Journal of Legal Studies* 59, 3 (2018), pp. 271–289.

⁶ Elina Paunio, "Beyond Predictability – Reflection on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Order," in *German Law Journal* 10, 11 (2009), pp. 1469–1493.

คลุมเครือ⁷ ไม่เกินความกว้างจนเกินไป (Overbreadth Doctrine)⁸ ในขณะที่ความยืดหยุ่น หมายถึง ถ้อยคำต้องสอดคล้องกับบริบททางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป⁹ ดังนั้น จึงไม่ควรเฉพาะเจาะจงเกินไปเพื่อเปิดช่องให้ศาลตีความได้ตามสมควรให้สอดคล้องกับสภาพสังคม “แต่ควรบัญญัติให้สามารถใช้ได้เป็นการทั่วไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย”¹⁰

3.2 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการกำหนดความผิดอาญา

การพิจารณาในทางเนื้อหาว่า การกระทำหรือการไม่กระทำการใดควรถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญาหรือไม่จำเป็นต้องอาศัยหลักเกณฑ์ว่าด้วยการกำหนดความผิดอาญาเพื่อสร้างความชอบธรรมในการกำหนดความผิดอาญาและเพิ่มประสิทธิภาพในการบัญญัติกฎหมายอาญาให้สามารถบรรลุภารกิจได้¹¹ จากหลากหลายทฤษฎี ผู้เขียนเลือกศึกษาหลักเกณฑ์ว่าด้วยการกำหนดความผิดอาญา 4 หลักเกณฑ์ที่ผู้เขียนเห็นว่า เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามชนชาติ ดังนี้

3.2.1 ทฤษฎีภัยอันตรายที่เหมาะสม (Harm Principle)

ทฤษฎีภัยอันตรายที่เหมาะสมของ John Stuart Mill อยู่บนพื้นฐานของการคุ้มครองเสรีภาพของปัจเจกชนจากการถูกกำกับควบคุมอย่างไม่เป็นธรรมจากผู้ปกครอง มีสาระสำคัญว่า รัฐจะสามารถจำกัดเสรีภาพของบุคคลโดยการกำหนดให้การกระทำหรือการไม่กระทำการใดของเขาเป็นความผิดอาญาได้ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นส่งผลเป็นภัยอันตรายต่อผู้อื่นเท่านั้น¹² นอกจากการ

⁷ Montesquieu, *The Spirit of the Law* XXIX, (Thomas Nugent trans., 1892), pp. 263-264. Cited in Mark L. Rienzi and Stuart Buck, “Federal Courts, Overbreadth, and Vagueness: Guiding Principles for Constitution Challenges to Uninterpreted State Statutes for Constitution Challenges to Uninterpreted State Statutes,” in *Utah Law Review* (2002), pp.381-471.

⁸ *Thornhill v. Alabama*, 6310 U.S. 88 (1940). Cited in Mark L. Rienzi and Stuart Buck, “Federal Courts, Overbreadth, and Vagueness: Guiding Principles for Constitution Challenges to Uninterpreted State Statutes for Constitution Challenges to Uninterpreted State Statutes,” in *Utah Law Review* (2002), pp.381-471.

⁹ Elina Paunio, “Beyond Predictability – Reflection on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Order.”

¹⁰ คนพล จันทน์หอม, *หลักพื้นฐานกฎหมายอาญาเล่ม 1*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), หน้า 73.

¹¹ Johannes Keiler and Davis Roef, “Principles of Criminalisation and the Limits of Criminal Law,” in *Comparative Concepts of Criminal Law 3rd Edition*, eds. Johannes Keiler and Davis Roef (Intersentia, 2019), p.35.

¹² John Stuart Mill, *On Liberty*, (1859), p.13.

กระทำที่จะก่ออันตรายอย่างแน่แท้ รัฐยังมีความชอบธรรมที่จะจำกัดเสรีภาพในการกระทำที่อาจก่ออันตราย¹³ โดยการกระทำต้องก่อความเสี่ยงภัยอย่างเป็นรูปธรรม (Substantial) จึงจะมีความใกล้ชิดเพียงพอ¹⁴ ภัยอันตรายจากการกระทำต้องก่อผลเสียหายที่เห็นได้ทางกายภาพ ลำพังเพียงการกระทำที่ล่วงละเมิดต่อความรู้สึกของบุคคลอย่างการก่อความรำคาญหรือความไม่น่าพึงใจยังไม่มี ความร้ายแรงเพียงพอที่จะก่อให้เกิดอันตรายได้¹⁵ ภัยอันตรายไม่จำกัดเฉพาะภัยอันตรายต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนเท่านั้น แต่อาจรวมถึงภัยอันตรายต่อประโยชน์สาธารณะหรือรัฐด้วย อย่างไรก็ตามประโยชน์สาธารณะหรือรัฐต้องส่งผลกระทบต่อปัจเจกชนโดยไม่ชอบอย่างชัดเจนด้วย¹⁶ และต้องเป็นประโยชน์ที่บุคคลทั้งหลายในสังคมมีส่วนร่วมกันอย่างกว้างขวาง (widely shared) เท่านั้น¹⁷

3.2.2 ทฤษฎี Offense Principle

ทฤษฎี Offense Principle ของ Joel Feinberg มีหลักอยู่ว่า การกระทำที่ก่อความระรานอย่างร้ายแรง (Serious Offense) ต่อผู้อื่น แม้ไม่ถึงขนาดก่อให้เกิดอันตราย แต่ก็สมควรถูกกำหนดเป็นความผิด เมื่อกฎหมายอาญาเป็นวิถีทางที่มีประสิทธิภาพสำหรับการห้ามปรามการกระทำนั้น การระราน (To offend) เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดภาวะทางจิตใจในด้านลบ อาทิ ความรำคาญ ความลำบาก ความอับอาย ความวิตกกังวล เป็นต้น และต้องเป็นการกระทำที่มีขอบในตัวเองด้วย (Wrong)¹⁸ การกระทำที่ก่อความระรานอย่างร้ายแรงต้องเป็นการกระทำที่ก้าวล่วงเข้าไปในพื้นที่สาธารณะด้วย กล่าวคือ กรณีต้องมีผู้เสียหายจากการกระทำนั้นโดยตรง หากการกระทำเพียงแต่เกิดขึ้นในพื้นที่ส่วนตัวที่ไม่มีผู้เสียหายมารองรับผลของการกระทำ รัฐก็ไม่มี ความชอบธรรมที่จะกำหนดการกระทำนั้นเป็นความผิด เพราะหลัก Offense Principle มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชนเป็นสำคัญ¹⁹

¹³ Nina Peršak, *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, Its Limits and Continental Counterparts*, (Springer, 2007), p.41.

¹⁴ D.R. Knowles, "A Reformulation of the Harm Principle," in *Political Theory* 6, 2 (1978), pp.233–246. Cited in Nina. *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, Its Limits and Continental Counterparts*, (Springer, 2007), p.44.

¹⁵ Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 1: Harm to Others*, (Oxford University Press: 1986), p.45.

¹⁶ Nina Peršak, *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, Its Limits and Continental Counterparts*, pp. 48-56.

¹⁷ Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 1: Harm to Others*, p. 223.

¹⁸ Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 2: Offense to Others*, (Oxford University Press, 1988), pp. 1-2.

¹⁹ *Ibid*, pp. 68-69.

3.2.3 หลักว่าด้วยศีลธรรม (Legal Moralism)

หลักว่าด้วยศีลธรรม คือ การกำหนดความผิดอาญาโดยมีศีลธรรมเป็นพื้นฐาน ศีลธรรม คือ มาตรฐานความประพฤติที่ดีหรือชั่วที่มนุษย์เรียนรู้ผ่านการขัดเกลาทางสังคมเพื่อให้สามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข ศีลธรรมของแต่ละบุคคลจึงแตกต่างกันตามสังคมที่เขาอยู่อาศัย และอาจเปลี่ยนแปลงไปได้ตามกาลสมัย²⁰ Lord Devlin กล่าวว่า สังคมประกอบด้วยความคิดทางการเมืองและศีลธรรมที่บุคคลในชุมชนหนึ่ง ๆ มีร่วมกัน หากปัจเจกชนไม่มีความเข้าใจพื้นฐานร่วมกันว่า สิ่งใดดีหรือชั่วร้าย สังคมย่อมไม่อาจคงอยู่ได้เนื่องจากปราศจากพันธะเชื่อมโยงให้สังคมเป็นปึกแผ่นและสงบสุข²¹ จากคำอธิบายดังกล่าว ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า รัฐจะกำหนดการกระทำใดเป็นความผิดด้วยเหตุผลของศีลธรรมโดยลำพังได้ การกระทำนั้นต้องเป็นการละเมิดคุณค่าพื้นฐานที่อยู่เบื้องหลังศีลธรรม กล่าวคือ ต้องเป็นศีลธรรมในระดับสามัญสำนึกซึ่งหากกฎหมายไม่คุ้มครองเสีย ย่อมส่งผลต่อการดำรงอยู่ของสังคม ทั้งนี้จะสังเกตได้ว่า การพิจารณาศีลธรรมไม่อาจหลีกเลี่ยงที่จะต้องคำนึงถึงผลกระทบของการกระทำนั้นต่อสังคม ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ศีลธรรมโดยลำพังไม่อาจสร้างความชอบธรรมให้รัฐกำหนดความรับผิดทางอาญาได้ แต่ต้องนำมาชั่งน้ำหนักด้วยเสมอและหากศีลธรรมนั้นมีคุณค่ามากพอก็อาจมีน้ำหนักมากกว่าการคุ้มครองเสรีภาพของปัจเจกชน

3.2.4 หลักการกำหนดความรับผิดทางอาญาเป็นวิถีทางสุดท้าย

การใช้กฎหมายอาญาเป็นวิถีทางสุดท้าย (*Ultima ratio* หรือ *Ultimum remedium*) มีหลักการว่า หากมีวิถีทางอื่นอันมีสภาพบังคับที่รุนแรงน้อยกว่าการบังคับโทษทางอาญาและมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐ ก็ควรใช้วิถีทางดังกล่าวเสียก่อน²² การกึ่งในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมไม่ได้จำกัดอยู่ที่กฎหมายอาญา อีกทั้ง ไม่ใช่ประโยชน์อันชอบธรรมทุกประการที่สมควรได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา²³ การลงโทษทางแพ่งหรือ

²⁰ Jean Decety and Jason M. Cowell, "Our Brains Are Wired for Morality: Evolution, Development, and Neuroscience," [Online] Available from : <https://kids.frontiersin.org/articles/10.3389/frym.2016.00003>. [9 December 2022]

²¹ Patrick Devlin, "The Enforcement of Morals," (1959). [Online] Available from : <https://psi329.cankaya.edu.tr/uploads/files/Devlin%20The%20Enforcement%20of%20Morals%20%281959%29%281%29.pdf>. [9 December 2022]

²² Piet Hein van Kempen, "Criminal Justice and the Ultima Ratio Principle: Need for Limitation, Exploration and Consideration," in *Overuse in the Criminal Justice System: On Criminalization, Prosecution and Imprisonment*, eds. Piet Hein van Kempen and M. Jendly (Intersentia, 2019), pp.5-6.

²³ Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen*, (München: Beck, 1997). Cited

ทางปกครองอาจเป็นวิธีการที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากกว่า หรืออาจใช้วิธีการควบคุมทางสังคมอย่างไม่เป็นทางการ อาทิ ยุติธรรมชุมชนหรือการกดดันทางสังคม เป็นต้น²⁴ เมื่อยังมีวิธีทางอื่นก็แสดงว่ากฎหมายอาญาไม่จำเป็นหรือไม่ใช่วิธีทางสุดท้าย (Necessity/Subsidiary) หลักการนี้ยังต้องคำนึงถึงความได้สัดส่วนของการใช้กฎหมายอาญา (Proportionality) โดยต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนที่จะต้องเสียไปกับประโยชน์ของสาธารณะที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง

3.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966

ICCPR เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งวางหลักเกณฑ์การจำกัดสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองของประชาชนเพื่อสร้างหลักประกันสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนจากการใช้อำนาจของรัฐ ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีในสนธิสัญญาโดยการภาคยานุวัติ ส่งผลให้ประเทศไทยมีพันธกรณีทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักเกณฑ์ของ ICCPR การเหยียดหยามองชาติเป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงออกตาม ข้อ 19 อย่างไรก็ดีตาม เสรีภาพดังกล่าวไม่ใช่สิทธิสัมบูรณ์เพราะอาจสร้างผลกระทบต่อสาธารณะได้ จึงสามารถถูกจำกัดได้ตามหลักเกณฑ์ 3 ประการที่เรียกว่า Three-Part Test ได้แก่ ประการแรก การจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกต้องบัญญัติเป็นกฎหมาย รัฐไม่อาจจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลโดยอาศัยธรรมเนียมปฏิบัติ หลักศาสนาหรือกฎหมายจารีตประเพณีได้²⁵ ประการที่สอง การจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกต้องมีจุดมุ่งหมายเพื่อเคารพสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความมั่นคงของชาติ ความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุขหรือศีลธรรมของประชาชนเท่านั้น และ ประการที่สาม การจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกต้องจำเป็นและได้สัดส่วนเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์โดยชอบ รัฐต้องแสดงให้เห็นโดยเจาะจงว่า การใช้เสรีภาพในการแสดงออกมีลักษณะเป็นภัยอันตรายโดยตรงและใกล้จะถึงอย่างไร²⁶

in Nina Peršak, *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, Its Limits and Continental Counterparts*, (Springer, 2007), p.54.

²⁴ Joxerramon Bengoetxea, “Ultima Ratio and the Judicial Application of Law,” in *Oñati Socio-legal Series* 3, 1 (2013), pp. 107-124.

²⁵ UN Human Rights Committee, General Comment No. 34, 12 September 2011, CCPR/C/GC/34, para 24.

²⁶ Ibid, para 35.

4. ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทย

ในส่วนนี้จะแบ่งออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ ส่วนแรกเป็นการศึกษาถึงองค์ประกอบความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติตามมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ส่วนที่สองเป็นการศึกษาถึงองค์ประกอบความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 และส่วนที่สามจะเป็นการวิเคราะห์ปัญหาการกำหนดความผิดทั้งสองมาตราโดยอาศัยแนวคิดหลักการและทฤษฎีทางกฎหมายที่ได้กล่าวถึงในส่วนก่อนหน้า

4.1 ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติตามมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 118 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการใด ๆ ต่อธงหรือเครื่องหมายอื่นใดอันมีความหมายถึงรัฐ เพื่อเหยียดหยามประเทศชาติ ต้องระวางโทษ...”

องค์ประกอบความผิดในส่วนของการกระทำ คือ “กระทำการใด ๆ” ไม่จำกัดลักษณะหรือรูปแบบการกระทำ อาทิ เอาธงชาติมาฉีก มากระทุบ ลดธงชาติลงจากเสาภายหลังที่ได้ชักขึ้นสู่เสาไว้แล้ว²⁷ หรือทำให้เปโระเปื้อน²⁸ ดังนั้น การกระทำที่ไม่ได้แตะต้องตัวธงชาติ²⁹ หรือไม่ได้ทำให้เกิดความเสียหายทางกายภาพแก่ผืนธงชาติโดยตรงอย่างการใช้วาจาหรือแสดงกิริยาท่าทางใด ๆ ก็อาจมีความผิดฐานนี้ได้ ข้อสำคัญ คือ องค์ประกอบภายในที่ผู้กระทำต้องได้กระทำการโดยมีเจตนาธรรมดาและมูลเหตุชกใจ “เพื่อเหยียดหยามประเทศชาติ” เจตนาธรรมดา คือ ผู้กระทำได้กระทำไปโดยรู้ข้อเท็จจริงว่าวัตถุแห่งการกระทำ คือ “ธงหรือเครื่องหมายอื่นใดอันมีความหมายถึงรัฐ”

ธงอันมีความหมายถึงรัฐ คือ ธงชาติไทยอันมีลักษณะเป็นไปตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 อันได้แก่ ธงไตรรงค์และธงราชนาวี³⁰ เครื่องหมายอื่นใดอันมีความหมายถึง

²⁷ หยุต แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 2-3*, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 35.

²⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1*, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, 2548), หน้า 36.

²⁹ เรื่องเดียวกัน.

³⁰ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 บัญญัติว่า “ธงที่มีความหมายถึงประเทศไทยและชาติไทย ได้แก่ (1) ธงชาติ มีลักษณะเป็นรูปสี่เหลี่ยมผืนผ้า กว้าง 6 ส่วน ยาว 9 ส่วน ด้านกว้างแบ่งเป็น 5 แถบตลอดความยาวของผืนธง ตรงกลางเป็นแถบสีน้ำเงินแก่ กว้าง 2 ส่วน ต่อจากแถบสีน้ำเงินแก่ออกไปทั้งสองข้างเป็นแถบสีขาวกว้างข้างละ 1 ส่วน ต่อจากแถบสีขาวออกไปทั้งสองข้างเป็นแถบสีแดงกว้างข้างละ 1 ส่วน ธงชาตินี้เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ธงไตรรงค์”

(2) ธงราชนาวี มีลักษณะอย่างเดียวกับธงชาติ แต่ตรงกลางของผืนธงมีดวงกลมสีแดง ขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางยาว 4 ใน 6 ส่วนของความกว้างของผืนธง โดยให้ขอบของดวงกลมจดขอบแถบสีแดงของผืนธง ภายในดวงกลมมีรูปช้างเผือกทรงเครื่องยืนแท่นหันหน้าเข้าหาเสาธงหรือคันทรง”

รัฐ ได้แก่ เครื่องหมายที่รัฐใช้เป็นตราแผ่นดิน อาทิ ตราครุฑที่ทางกระทรวงต่าง ๆ ติดอยู่หน้าสถานที่ทำงาน³¹ หรือสิ่งอื่น ๆ เช่น แผนที่ประเทศไทยหรือรูปช้างซึ่งได้ทำขึ้นเพื่อให้มีความหมายถึงรัฐไทย³² หากผู้กระทำไม่ทราบว่าเป็นธงชาติหรือเครื่องหมายอันมีความหมายถึงรัฐไทยก็ย่อมขาดเจตนา ในส่วนของมูลเหตุชกุงใจหรือเจตนาพิเศษ “เพื่อเหยียดหยามประเทศชาติ” คณิต ฒ นคร อธิบายว่า อย่างไรเป็นการกระทำโดยมีมูลเหตุชกุงใจดังกล่าวเป็นปัญหาข้อเท็จจริง³³ หยุด แสงอุทัยอธิบายคำว่า “เหยียดหยาม” ว่าหมายถึงการดูหมิ่น โดยอาจเป็นการดูหมิ่นประเทศไทยหรือชาติไทยก็ได้³⁴

จากการศึกษารายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา พบว่า กฎหมายมุ่งคุ้มครองสถาบัน “ชาติ” หมายถึง ราษฎรชาวไทยทั้งหมดโดยรวม ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า หากการกระทำเป็นไปเพื่อแสดงออกทางการเมืองหรือเพื่อเหยียดหยามคนไทยคนใดคนหนึ่งหรือรัฐบาลหรือสถาบันใดสถาบันหนึ่งก็ย่อมไม่มีความผิดฐานนี้ อีกทั้ง ประมวลกฎหมายอาญามีบทบัญญัติคุ้มครองบุคคล รัฐบาลและสถาบันที่สำคัญของประเทศ อาทิ พระมหากษัตริย์และศาลยุติธรรม ต่างหากโดยเฉพาะอยู่แล้ว โดยสรุป หากผู้กระทำได้กระทำไปโดยไม่มีมูลเหตุชกุงใจที่จะเหยียดหยามประเทศชาติก็ย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา 118³⁵ อย่างไรก็ตาม การกระทำยังอาจเป็นการเหยียดหยามตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 ซึ่งไม่มีเจตนาพิเศษเป็นองค์ประกอบภายใน³⁶ แต่อย่างไร

4.2 ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการเหยียดหยามต่อธง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธงที่ได้บัญญัติกำหนดลักษณะไว้ในพระราชบัญญัตินี้ หรือตามที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งออกตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษ...”

องค์ประกอบความผิดในส่วนของกระทำความผิด คือ “กระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการเหยียดหยาม” โดย “การกระทำการใด ๆ” ย่อมไม่จำกัดลักษณะและรูปแบบของการกระทำ

³¹ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 35.

³² จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบาย ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 36.

³³ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 862-863.

³⁴ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 35.

³⁵ ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 588/2509 จำเลยเมาสุราใช้อาวุธปืนยิงธงชาติไทยเนื่องด้วยฤทธิ์สุรา มิได้เจตนาจะเหยียดหยามประเทศชาติ จึงไม่มีความผิดตามมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

³⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบาย ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 36.

การกระทำไม่จำเป็นต้องมีการแตะต้องหรือทำให้เกิดความเสียหายทางกายภาพแก่ตัวจริง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธงแต่อย่างใด การใช้วาจาหรือแสดงกิริยาท่าทางใด ๆ ก็อาจมีความผิดฐานนี้ได้ ทั้งนี้ กรณีต้องเป็นการกระทำที่ “มีลักษณะเป็นการเหยียดหยาม” เป็น “พฤติการณ์ประกอบกรกระทำ” อันไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด ผู้กระทำจึงไม่จำเป็นต้อง “รู้” ว่า การกระทำของตนมีลักษณะเป็นการเหยียดหยาม แต่ใช้มาตรฐานของวิญญูชนในการพิจารณา หากวิญญูชนมองว่า การกระทำมีลักษณะเป็นการเหยียดหยามก็ครบองค์ประกอบภายนอกความผิด เพราะฉะนั้น แม้บุคคลกระทำการโดยไม่มีเจตนาที่จะเหยียดหยามประเทศชาติ อาทิ เพื่อแสดงออกทางการเมือง บุคคลก็ย่อมมีความผิดตามมาตรา 54 การบัญญัติให้การเหยียดหยามเป็น “พฤติการณ์ประกอบกรกระทำ” ตามพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 มีลักษณะที่เหมือนกับ ความผิดฐานเหยียดหยามศาสนาตามมาตรา 206 แห่งประมวลกฎหมายอาญา³⁷

วัตถุประสงค์ของการกระทำของมาตรา 54 ได้แก่ “ธง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธงที่ได้บัญญัติกำหนดลักษณะไว้ในพระราชบัญญัตินี้ หรือตามที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งออกตามพระราชบัญญัตินี้” มาตรานี้ จึงไม่ได้มุ่งหมายคุ้มครองเฉพาะธงชาติ แต่รวมถึงธงประเภทอื่นตามพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 อาทิ ธงพระอิสริยยศหรือธงทหาร ทั้งนี้ บทความนี้มุ่งศึกษาเฉพาะความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติเท่านั้น ธง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธง จึงหมายความถึง ธงชาติ รูปจำลองของธงชาติ หรือแถบสีธงชาติเท่านั้น โดยธงชาติ หมายถึง ธงชาติไทยตามมาตรา 5 ธงต่างประเทศ ไม่ได้กำหนดลักษณะไว้ในพระราชบัญญัตินี้ จึงไม่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 54 ในส่วนของ องค์ประกอบภายใน ผู้กระทำต้องมีเจตนาธรรมดา กล่าวคือ ผู้กระทำไปโดยรู้ว่า วัตถุประสงค์ของการกระทำคือ ธงชาติ รูปจำลองของธงชาติ หรือแถบสีธงชาติ หากไม่รู้ก็จะเป็นความผิด³⁸

ข้อสังเกตประการสำคัญ ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติตามกฎหมายทั้งสองฉบับมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 มุ่งหมายคุ้มครองตัวธงชาติ รูปจำลองของธงชาติ หรือแถบสีธงชาติอันเป็นวัตถุประสงค์โดยตรงให้ธงชาติมีความศักดิ์สิทธิ์เป็นที่เคารพของประชาชน แต่มาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญามีได้คุ้มครองตัวธงชาติหรือเครื่องหมายของรัฐ แต่มุ่งคุ้มครองความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยของประชาชนอันเป็นผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นสืบเนื่องจากการกระทำ

³⁷ มาตรา 206 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการด้วยประการใด ๆ แก้วัตถุหรือสถานอันเป็นที่เคารพในทางศาสนาของหมู่ชนใด อันเป็นการเหยียดหยามศาสนานั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปีหรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

³⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2097/2497

มาตรา 118 ประมวลกฎหมายอาญา	มาตรา 54 พระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522
ผู้ใด	ผู้ใด
กระทำการใด ๆ	กระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการเหยียดหยาม
ต่อธงหรือเครื่องหมายอื่นใดอันมีความหมายถึงรัฐ	ต่อธง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธงที่ได้บัญญัติกำหนดลักษณะไว้ในพระราชบัญญัตินี้ หรือตามที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งออกตามพระราชบัญญัตินี้
เจตนาพิเศษเพื่อเหยียดหยามประเทศชาติ	เจตนาธรรมดา
วัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยของประชาชน	วัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความศักดิ์สิทธิ์ของธงชาติ

4.3 ปัญหาการกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติในกฎหมายไทย

การกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทยตามที่ปรากฏในมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 และมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญาประสบปัญหา 4 ประการ ดังนี้

ประการแรก การกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทยไม่สอดคล้องกับบริบททางสังคมและการเมืองในปัจจุบัน จากการศึกษาประวัติศาสตร์พบว่า สถานการณ์ทางสังคมและการเมืองที่ผลักดันให้ประเทศไทยกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติเกี่ยวข้องกับ ความมั่นคงของรัฐ กล่าวคือ พระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2479 บัญญัติขึ้นมาเพื่อสร้างความมั่นคงให้แก่สยามในฐานะรัฐสมัยใหม่ภายใต้ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยภายหลังการปฏิวัติในปี พ.ศ. 2475 ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติตามประมวลกฎหมายอาญาได้รับการเพิ่มโทษเป็นสองเท่าเพื่อยกระดับความมั่นคงให้แก่การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและสนองตอบการเคลื่อนไหวของกลุ่มคอมมิวนิสต์ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันประเทศไทยไม่ได้ประสบกับสถานการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐในระดับที่รุนแรงดังสมัยก่อน ขอบเขตของความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติที่กินความกว้างจึงเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่จำเป็น

ประการที่สอง การกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทยขัดกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมาย “การกระทำใด ๆ” ตามมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นถ้อยคำที่กินความกว้างเกินไป (Overbroad) เพราะครอบคลุมทุกการกระทำโดยไม่จำกัดรูปแบบ ทั้งการแสดงออกับปฏิกิริยาต่าง ๆ การใช้วาจาหรือกำลังทางกายภาพ รวมถึงการใช้ ชักหรือแสดงธงชาติก็อาจเป็นความผิดได้ หากผู้กระทำได้กระทำไปโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อเหยียดหยามประเทศชาติ

นอกจากนี้ “กระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการเหยียดหยาม” ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 กินความกว้างเกินไปและไม่ชัดเจนแน่นอนเช่นกัน แม้จะอาศัยความเห็นของวิญญูชนเป็นหลักเกณฑ์ว่า การกระทำมีลักษณะเหยียดหยามหรือไม่ แต่ความเห็นของวิญญูชนก็มีความหลากหลายแตกต่างกันไป ไม่อาจคาดเดาได้อย่างแน่นอน “ธงชาติ” ตามมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและ “ธง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธง” ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 ไม่มีนิยามกำหนดแน่นอนว่า หมายความว่ารวมถึงธงชาติที่ประดิษฐ์ขึ้นด้วยวัสดุชนิดใดบ้าง มีรูปร่างแบบใดบ้าง รวมถึงธงชาติที่มีลักษณะเป็นนามธรรมหรือไม่ หรือบรรจุอยู่ในสื่อดิจิทัลและสื่อประเภทใดบ้าง ความไม่ชัดเจนแน่นอนส่งผลให้ประชาชนไม่อาจคาดเดาได้ว่า การกระทำของตนมีความผิดหรือไม่และเป็นอุปสรรคในการทำงานของผู้บังคับใช้กฎหมายด้วยเช่นเดียวกัน

ประการที่สาม ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทยมีความเป็นอาญาเกินสมควร (Overcriminalization) ทั้งมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 ครอบคลุมถึงการใช้กิริยาท่าทางและวาจาหรือการใช้ ชักหรือแสดงธงชาติซึ่งไม่ได้ก่อความเสียหายทางกายภาพของธงชาติโดยตรง ลักษณะการกระทำไม่ได้รุนแรงถึงขนาดก่อความเสียหายอย่างเป็นรูปธรรมต่อปัจเจกชนหรือสาธารณะตามหลักเกณฑ์ของทฤษฎีภัยอันตรายที่เหมาะสม ขอบเขตของความผิดยังครอบคลุมถึงการกระทำในพื้นที่ส่วนตัว ผู้กระทำจึงมีความผิดแม้จะไม่มีบุคคลอื่นหรือสาธารณชนเป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการกระทำจึงไม่สอดคล้องกับทฤษฎี Offence Principle อีกทั้ง แม้ว่า การให้ความเคารพต่อธงชาติจะเป็นปทัสถาน (Norm) ในสังคมไทย แต่สำหรับประชาชนบางกลุ่มก็เป็นเพียงระเบียบทางสังคมอย่างหนึ่งเท่านั้นไม่ใช่ศีลธรรมในระดับมโนสำนึก (Conscience) ของประชาชนทุกคน จึงไม่เป็นไปตามหลักว่าด้วยศีลธรรม ยิ่งไปกว่านั้น ยังมีมาตรการอื่นที่มีความรุนแรงน้อยกว่าและอาจมีประสิทธิภาพมากกว่าในการป้องกันไม่ให้เกิดเหยียดหยามธงชาติด้วยการใช้กิริยาท่าทางและวาจาหรือส่งเสริมการใช้ ชักหรือแสดงธงชาติที่เหมาะสม อาทิ การโฆษณาหรือรณรงค์ผ่านสื่อของรัฐและนโยบายทางการศึกษา จึงไม่เป็นตามหลักการกำหนดความรับผิดทางอาญาเป็นวิธีทางสุดท้าย

ประการที่สี่ ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทยจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกเกินสมควร ทั้งมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 มีขอบเขตของความผิดที่กว้างขวาง ทำให้เป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกเกินจำเป็นและไม่ได้สัดส่วน กล่าวคือ เนื้อหาของกฎหมายทั้งสองมาตรามีความซ้ำซ้อนกัน เพียงมาตราใดมาตรานึงก็เพียงพอต่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะตามเจตนารมณ์ของกฎหมายขอบเขตของความผิดที่เกินความกว้างของทั้งสองมาตรายังกระทบถึงสาระสำคัญของเสรีภาพในการแสดงออกเนื่องจากบทบัญญัติครอบคลุมการกระทำที่ไม่ได้ก่ออันตรายต่อปัจเจกชนหรือสาธารณะแต่อย่างใด ทำให้ผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนมีมากกว่าผลประโยชน์ที่รัฐจะได้รับการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกจึงไม่ได้สัดส่วน

5. ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของต่างประเทศ

ส่วนนี้จะเป็นการกล่าวถึงผลการศึกษาความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของกฎหมายต่างประเทศ 3 ประเทศ ได้แก่ สาธารณรัฐอินเดีย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐเกาหลี เพื่อให้ทราบถึงองค์ประกอบความผิดและการปรับใช้ตลอดจนการตีความกฎหมายโดยศาลของประเทศดังกล่าว

5.1 สาธารณรัฐอินเดีย

ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของสาธารณรัฐอินเดียบัญญัติอยู่ใน Prevention of Insults to National Honour Act 1971 (Act No. 69 of 1971) ดังนี้

“2. ความผิดฐานดูหมิ่นธงชาติอินเดียและรัฐธรรมนูญแห่งอินเดีย – ผู้ใดในที่สาธารณะใดหรือที่อื่นใดซึ่งสาธารณชนสามารถมองเห็นได้ เผา ตัดหรือฉีก ขีดเขียน ทำให้แปดเปื้อน ทำให้เสียรูปทรง ทำลาย เหยียดหย่าหรือแสดงความไม่เคารพหรือการดูหมิ่นโดยประการอื่นต่อ (ไม่ว่าด้วยถ้อยคำผ่านการพูดหรือการเขียน หรือการกระทำ) ธงชาติอินเดียหรือรัฐธรรมนูญแห่งอินเดียแม้แต่ส่วนหนึ่งส่วนใด ต้องได้รับโทษ...”³⁹

³⁹ Prevention of Insults to National Honour Act, 1971 (Act No. 69 of 1971)

“2. Insult to Indian National Flag and Constitution of India. – Whoever in any public place or in any other place within public view burns, mutilates, defaces, defiles, disfigures, destroys, tramples upon or otherwise shows disrespect to or brings into contempt (whether by words, either spoken or written, or by acts) the Indian National Flag or the Constitution of India or any part thereof, shall be punished...”

องค์ประกอบความผิดในส่วนของการกระทำสามารถแบ่งได้เป็นสองส่วน ส่วนแรก คือ การกระทำที่ส่งผลก่อให้เกิดความเสียหายทางกายภาพแก่ธงชาติโดยตรง ได้แก่ “การเผา ตัดหรือฉีก ขีดเขียน ทำให้แปดเปื้อน ทำให้เสียรูปทรง ทำลาย เหยียบย่ำ” โดยกฎหมายได้แจกแจงการกระทำอย่างเฉพาะเจาะจง ส่วนที่สอง คือ การกระทำที่อาจไม่ได้สัมผัสเนื้อตัวธงชาติ ได้แก่ “การแสดงความไม่เคารพหรือการดูหมิ่นโดยประการอื่น” โดยมีการขยายความเพิ่มเติมว่า “การแสดงความไม่เคารพโดยประการอื่น” หมายความว่า

- “ (a) ดูหมิ่นอย่างร้ายแรงหรือทำให้เสื่อมเกียรติของธงชาติอินเดีย หรือ
- (b) จมธงชาติอินเดียเพื่อแสดงความเคารพต่อบุคคลหรือสิ่งใด หรือ
- (c) การลดธงชาติครึ่งเสา ยกเว้นเป็นคำสั่งของรัฐบาล หรือ
- (d) ใช้ธงชาติอินเดียเป็นผ้าปูเตียง ยกเว้นในงานศพที่จัดโดยรัฐ หรือกองกำลังติดอาวุธ หรืองานศพของกองกำลังทหารอื่น ๆ หรือ
- (e) ใช้ธงชาติอินเดีย
- (i) เป็นส่วนหนึ่งของเครื่องแต่งกาย เครื่องแบบ หรือเครื่องประดับใด ๆ ซึ่งสวมใส่ได้เอวของบุคคลใด ๆ
- (ii) ปัก หรือพิมพ์ลงบนหมอนอิง ผ้าเช็ดหน้า ผ้าเช็ดปาก ชุดชั้นใน หรือวัสดุเครื่องแต่งกายใด ๆ
- (f) ติดอักษรใด ๆ ลงบนธงชาติอินเดีย หรือ
- (g) ใช้ธงชาติอินเดียเป็นที่รับ ส่ง หรือ ถูสิ่งใด ๆ ยกเว้นกลีบดอกไม้ในการเฉลิมฉลองในวันชาติ หรือวันการประกาศอิสรภาพของอินเดีย
- (h) ใช้ธงชาติอินเดียคลุมรูปปั้น หรืออนุสาวรีย์ หรือโต๊ะลำโพง แทนลำโพง หรือ
- (i) ปลอ่ยให้ธงชาติอินเดียแตะพื้น หรืออยู่บนพื้น หรือจมน้ำ โดยเจตนา หรือ
- (j) ประดับธงชาติอินเดียเหนือประทุน ด้านบน ด้านข้าง หรือด้านหลัง หรือบนยานพาหนะ รถไฟ เรือ หรือเครื่องบิน หรือวัตถุอื่นใดที่คล้ายคลึงกัน หรือ
- (k) ใช้ธงชาติอินเดียคลุมตึก หรือ
- (l) เจตนาแสดงธงชาติอินเดียโดยให้สีเหลืองของธงอยู่ด้านล่าง (แสดงธงชาติกลับหัว)”⁴⁰

⁴⁰ Prevention of Insults to National Honour Act, 1971 (Act No. 69 of 1971), Explanation 4. แปลโดย ชมนัส เหลืองไตรรัตน์. ใน ชมนัส เหลืองไตรรัตน์, *วิเคราะห์คำว่า “เหยียดหยาม” ในประมวลกฎหมายอาญา*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2564, หน้า 64-65.

องค์ประกอบความผิดในส่วนของวัตถุแห่งการกระทำ “ธงชาติอินเดีย” หมายความว่ารวมถึงรูปภาพ ภาพจิตรกรรม ภาพวาดหรือภาพถ่าย หรือการแสดงในรูปแบบอื่นที่สามารถมองเห็นได้ว่าเป็นธงชาติอินเดียหรือส่วนหนึ่งส่วนใด ธงชาติจะทำมาจากวัสดุใดหรือแสดงอยู่บนวัสดุใดก็ได้⁴¹ ความผิดต้องกระทำลงใน “ที่สาธารณะใดหรือที่อื่นใดซึ่งสาธารณชนสามารถมองเห็นได้” โดย “ที่สาธารณะ” หมายถึง สถานที่ใด ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประชาชนทั่วไปได้ใช้ประโยชน์และเข้าถึงได้ รวมถึง การขนส่งสาธารณะ⁴²

ในส่วนขององค์ประกอบภายใน หากพิจารณาเพียงบทบัญญัติจะพบว่า กฎหมายไม่ได้กำหนดว่า ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อดูหมิ่นเหยียดหยามธงชาติอินเดีย อย่างไรก็ตาม ศาลสูงในอินเดีย (High Court of Judicature at Madras) ในคดี State Rep. by The Inspector of Police v. D.Senthilkumar (2020) ได้ตัดสินว่า *Actus* ของความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติ ได้แก่ การกระทำใด ๆ ที่กฎหมายไว้มาตรา 2 และ *Mens rea* คือ เจตนาที่จะดูหมิ่นหรือเหยียดหยาม โดยอธิบายว่า เจตนาที่อยู่เบื้องหลังการกระทำเป็นเงื่อนไขสำคัญ แม้จะเป็นไปได้ที่การกระทำในตัวเองจะบ่งชี้เจตนาที่อยู่เบื้องหลัง แต่กรณีจำเป็นต้องพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเพื่อหาคำตอบว่า ผู้กระทำความผิดมีความรู้สึกที่แท้จริงอย่างไร⁴³

5.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีบัญญัติอยู่ในมาตรา 90a แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ดังนี้

“มาตรา 90a ความผิดฐานเหยียดหยามรัฐและเครื่องหมายแทนรัฐ

(1) ผู้ใดโดยเปิดเผยในที่สาธารณะ ในที่ประชุมหรือโดยเผยแพร่ซึ่งเนื้อหาตาม มาตรา 11 (3) ...

2. เหยียดหยามแถบสี ธง ตราแผ่นดิน หรือเพลงชาติของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือรัฐหนึ่งรัฐใด

ต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับ

(2) ผู้ใดปลด ทำลาย ทำให้เสียหาย ทำให้ไร้ประโยชน์หรือลบเลือน หรือทำให้เสียหายต่อธงของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือรัฐหนึ่งรัฐใด ที่แสดงโดยเปิดเผยในที่สาธารณะ หรือตราแผ่นดินที่เจ้าพนักงานของรัฐของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือ

⁴¹ Prevention of Insults to National Honour Act, 1971 (Act No. 69 of 1971), Explanation 2.

⁴² Prevention of Insults to National Honour Act, 1971 (Act No. 69 of 1971), Explanation 3.

⁴³ State Rep. by The Inspector of Police v. D.Senthilkumar (2020). [Online] Available from: <https://indiankanon.org/doc/62732482/>. [9 December 2022]

รัฐหนึ่งรัฐใด ตั้งไว้โดยเปิดเผยในที่สาธารณะ ต้องได้รับโทษเช่นเดียวกัน ความพยายามกระทำความผิดฐานนี้ต้องได้รับโทษ

(3) หากผู้หนึ่งได้กระทำความผิดไปโดยมีเจตนาเพื่อสนับสนุนการต่อต้านความมีอยู่ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือรัฐธรรมนูญ ผู้หนึ่งต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับ”⁴⁴

ในส่วนของมาตรา 90a (1) “การเหยียดหยาม” ครอบคลุมถึงการกระทำทุกรูปแบบ ทั้งการเหยียดหยามด้วยการใช้กำลังทางกายภาพ วาจาหรืออากัปภิกิริยาต่าง ๆ ต่อแถบสี ธง ตราแผ่นดินหรือเพลงชาติ การกระทำต้องมีลักษณะเป็นการการหยามเกียรติอย่างมาก หากการกระทำเพียงแสดงความไม่เคารพ กรณีจะเป็นการเหยียดหยามได้ต้องเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นโดยมีพฤติการณ์แวดล้อมที่รุนแรงด้วย⁴⁵ โดยศาลเยอรมันวางแนววินิจฉัยว่า ธงชาติจะได้รับความคุ้มครองตราเป็นสำคัญลักษณะแทนลักษณะพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเท่านั้น⁴⁶ จึงต้องคำนึงว่าการกระทำส่งผลเป็นการทำร้ายการมีอยู่ของระบอบประชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือไม่ อย่างไร⁴⁷ หากการกระทำไม่ส่งผลดังกล่าว กรณีก็ถือว่า การกระทำยังไม่มีพฤติการณ์แวดล้อมที่รุนแรงพอจะเป็นความผิดตามมาตรา 90a (1)

⁴⁴ StGB § 90a Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole. [Online] Available from : https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_90a.html. [9 December 2022]

“§ 90a Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole

(1) Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Absatz 3) ...

2. die Farben, die Flagge, das Wappen oder die Hymne der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder verunglimpft,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer eine öffentlich gezeigte Flagge der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder oder ein von einer Behörde öffentlich angebrachtes Hoheitszeichen der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder entfernt, zerstört, beschädigt, unbrauchbar oder unkenntlich macht oder beschimpfenden Unfug daran verübt. Der Versuch ist strafbar.

(3) Die Strafe ist Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe, wenn der Täter sich durch die Tat absichtlich für Bestrebungen gegen den Bestand der Bundesrepublik Deutschland oder gegen Verfassungsgrundsätze einsetzt.”

⁴⁵ Urteil vom 16.11.1959, 3 StR 45/59. [Online] Available from : <http://www.juralib.de/entscheidungen/bgh-3-str-45/59-16.11.1959>. [9 December 2022]

⁴⁶ BVerfGE 81, 278, 1 BvR 266/86 and 913/87 (Mar. 7, 1990). Cited in Kevin W. Saunders, “The Desecration of National Symbols and *Lèse Majesté*,” in **Free Expression and Democracy a Comparative Analysis** (Cambridge University Press, 2017), pp. 173-200.

⁴⁷ BVerfG, Beschluss vom 15. 9. 2008 – 1 BvR 1565/05. [Online] Available from : <https://lexetius.com/2008,2807>. [9 December 2022]

การกระทำตามมาตรา 90a (1) กระทำลง “โดยเปิดเผยในที่สาธารณะ” หรือ “ในที่ประชุม” หรือ “ผ่านการเผยแพร่ซึ่งเนื้อหาตามมาตรา 11 (3)” เนื้อหา หมายถึง สิ่งใดที่ถูกบันทึกในงานเขียน สื่อโสตทัศน์ สิ่งจัดส่งข้อมูล รูปภาพหรือเนื้อหาที่จับต้องได้อื่นใด หรือสิ่งใดที่สามารถถูกส่งผ่านได้อย่างอิสระโดยไม่ต้องถูกจัดเก็บผ่านการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศหรือการสื่อสาร⁴⁸ ดังนั้น วัตถุแห่งการกระทำที่ตามมาตรา 90a(1) มุ่งคุ้มครองจึงไม่ใช่เพียงธงชาติในฐานะผ้าหรือวัตถุชิ้นหนึ่งที่จับจ้องได้ แต่รวมถึงธงชาติในเชิงนามธรรมด้วย

มาตรา 90a (2) เป็นการเหยียดหยามธงชาติด้วยการใช้กำลังในลักษณะที่ก่อความเสียหายต่อตัวเครื่องหมายแทนรัฐ ดังนั้น วัตถุแห่งการกระทำในส่วนนี้ ได้แก่ ธงชาติและตราแผ่นดินจึงมีลักษณะที่จับต้องได้เท่านั้น ไม่ใช่นามธรรมดังในอนุมาตรา (1) โดยธงชาติต้องเป็นธงชาติแสดงโดยเปิดเผยในที่สาธารณะ และตราแผ่นดินต้องเป็นตราแผ่นดินที่เจ้าพนักงานของรัฐตั้งไว้โดยเปิดเผยในที่สาธารณะ การกระทำที่เข้าขอบเขตการเหยียดหยามได้แก่ “ปลด ทำลาย ทำให้เสียหาย ทำให้ไร้ประโยชน์หรือลบเลือน หรือทำให้เสียทรัพย์สิน” โดยองค์ประกอบภายในต้องการเพียงเจตนาธรรมดาเท่านั้น

ส่วนมาตรา 90a (3) เป็นเหตุฉกรรจ์ว่า หากการเหยียดหยามธงชาติเป็นไปเพื่อสนับสนุนการล้มล้างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือรัฐธรรมนูญ ผู้กระทำก็จะได้รับโทษหนักขึ้น

5.3 สาธารณรัฐเกาหลี

ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของสาธารณรัฐเกาหลีบัญญัติอยู่ใน มาตรา 105 และมาตรา 106 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเกาหลี ดังนี้

มาตรา 105 ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติหรือตราแผ่นดิน บัญญัติว่า “บุคคลผู้ซึ่งทำให้เสียหาย ปลดหรือทำให้เปราะเปื้อนซึ่งธงชาติหรือตราแผ่นดินโดยมีเจตนาเพื่อดูหมิ่นสาธารณรัฐเกาหลีต้องได้รับโทษ...”⁴⁹

องค์ประกอบความผิดในส่วนของการกระทำกำหนดให้ “ทำให้เสียหาย ปลดหรือทำให้เปราะเปื้อน” เท่านั้นเป็นความผิด “ทำให้เสียหาย” และ “ทำให้เปราะเปื้อน” มีลักษณะเป็นการ

⁴⁸ StGB § 11 (3). [Online] Available from: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/. [9 December 2022]

⁴⁹ Criminal Act (Act No. 11731, Apr. 5, 2013)

“Article 105 (Profanation of National Flag or National Emblem)

A person who damages, removes or stains the national flag or the national emblem for the purpose of insulting the Republic of Korea shall be punished...”

กระทำให้เกิดความเสียหายในทางกายภาพแก่เนื้อตัวธงชาติ ส่วน “ปลด” หมายถึง การลดธงชาติลงจากเสาหรือเคลื่อนย้ายธงชาติไปจากที่ธงชาติถูกเชิญขึ้นไว้ โดยต้องเป็นการกระทำที่มีเจตนาพิเศษเพื่อดูหมิ่นสาธารณรัฐเกาหลีด้วยจึงจะมีความผิด หากเป็นการกระทำโดยไม่ได้มีเจตนาพิเศษเพื่อดูหมิ่นสาธารณรัฐเกาหลีหรือกระทำไปเพื่อแสดงออกทางการเมือง การกระทำก็จะเป็นการกระทำที่ผิดด้านองค์ประกอบความผิดในส่วนของวัตถุประสงค์แห่งการกระทำ ธงชาติ หมายถึง ธงชาติที่ใช้โดยทางราชการเท่านั้น⁵⁰

มาตรา 106 ความผิดฐานหมิ่นประมาทธงชาติหรือตราแผ่นดิน บัญญัติว่า “บุคคลผู้ซึ่งหมิ่นประมาทธงชาติหรือตราแผ่นดิน โดยมีเจตนาดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตราก่อนหน้าต้องได้รับโทษ...”⁵¹

ในขณะที่มาตรา 105 เป็นการกระทำต่อธงชาติโดยใช้กำลังกายอันส่งผลต่อเนื้อตัวธงชาติ มาตรา 106 เป็นการกระทำต่อธงชาติโดยใช้วาจาหรือคำพูดโดยการหมิ่นประมาท “การหมิ่นประมาท” ตามความผิดฐานหมิ่นประมาทบุคคลอื่นในมาตรา 307 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐเกาหลี หมายถึง การกล่าวยืนยันข้อเท็จจริงทำให้ชื่อเสียงของบุคคลอื่นได้รับความเสียหายแม้ข้อเท็จจริงจะเป็นความจริงก็ตาม⁵² ดังนั้น การหมิ่นประมาทธงชาติจึงหมายถึงการกล่าวยืนยันข้อเท็จจริงทำให้ชื่อเสียงของธงชาติความเสียหายโดยไม่จำกัดว่าจะเป็นการหมิ่นประมาทด้วยวิธีการอย่างไร ในส่วนขององค์ประกอบภายใน “เจตนาดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตราก่อนหน้า” หมายถึง เจตนาพิเศษเพื่อดูหมิ่นสาธารณรัฐเกาหลีตามมาตรา 105 ดังนั้น ผู้ที่กล่าวยืนยันข้อเท็จจริงทำให้ชื่อเสียงของธงชาติความเสียหายต้องมีมูลเหตุจูงใจที่จะดูหมิ่นสาธารณรัฐเกาหลีด้วย

กรณีมีข้อสังเกตที่น่าสนใจว่า “ดูหมิ่น” ในความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติอยู่ในส่วนขององค์ประกอบภายในซึ่งต่างจาก “การดูหมิ่น” อันเป็นการกระทำที่อยู่ในส่วนขององค์ประกอบภายนอก “การดูหมิ่น” ตามความผิดฐานดูหมิ่นบุคคลอื่นในมาตรา 307 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

⁵⁰ Constitutional Court of Korea, “Case No. 2012Hun-Ba37 (June 27, 2013)” [Online] Available from : <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2017/08/Punishment-of-Insult-as-Criminal-Offense-Case.pdf>. [2 January 2023]

⁵¹ Criminal Act (Act No. 11731, Apr. 5, 2013)

“Article 106 (Defamation of National Flag or National Emblem)

A person who defames the national flag or the national emblem for the purpose mentioned in the preceding Article shall be punished...”

⁵² Korea Legislation Research Institute (KLRI), “Criminal Act (Act No. 11731, 5 April 2013)” [Online] Available from : <https://elaw.klri.re.kr>. [2 January 2023]

ของสาธารณรัฐเกาหลี หมายถึง การแสดงอาการดูถูกลดทอนบุคคลอื่นโดยไม่มีมูลทางข้อเท็จจริง และวิญญูชนมองว่า จะทำให้เสียหายต่อชื่อเสียงทางสังคมของเขา การแสดงอาการอาจเป็นการกระทำด้วยวาจาหรืออากัปกริยาใดก็ได้⁵³ เช่นนี้ เพียงการดูหมิ่นธงชาติแม้มีเจตนาดูหมิ่นสาธารณรัฐเกาหลีด้วยก็ย่อมไม่มีความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติตามมาตรา 106 การกระทำต้องเป็นการหมิ่นประมาทจึงจะเข้าองค์ประกอบความผิด

6. บทวิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทยและต่างประเทศ

เมื่อธงชาติเป็นสัญลักษณ์ที่มีความสำคัญต่อรัฐและประชาชน การเหยียดหยามธงชาติในบางกรณีจึงอาจส่งผลเป็นการยุยงให้เกิดการเผชิญหน้าหรือความรุนแรงและยังอาจเป็นส่วนหนึ่งของประทุษวาจา (Hate Speech) ที่มุ่งแสดงความเกลียดชังต่อกลุ่มบุคคลด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ผู้เขียนจึงเห็นว่า การกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติยังมีความจำเป็นสำหรับประเทศไทย เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม แต่ต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติเพื่อให้สอดคล้องกับบริบททางสังคมและการเมืองของประเทศไทย มีความชัดเจนแน่นอน ไม่กำหนดความรับผิดทางอาญาและจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนเกินสมควร ส่วนนี้จึงเป็นการเปรียบเทียบความเหมือนและความแตกต่างระหว่างความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทยกับต่างประเทศ พร้อมทั้งวิเคราะห์ว่า ความเหมือนและความแตกต่างแต่ละข้อเป็นข้อดีที่ประเทศไทยควรนำมาปรับใช้หรือเป็นข้อเสียที่ไม่ควรนำมาเป็นแบบในการปรับปรุงกฎหมายหรือไม่ เพียงใด เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทย

สาธารณรัฐอินเดีย ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติตามกฎหมายอินเดียมีส่วนที่คล้ายคลึงกับประเทศไทยสองประการ ประการแรก องค์ประกอบความผิดในส่วนของการกระทำมีขอบเขตที่กว้างเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ลักษณะของการเหยียดหยามครอบคลุมทั้งการกระทำด้วยการใช้กำลังที่ก่อความเสียหายทางกายภาพต่อธงชาติและการใช้วาจาหรืออากัปกริยาต่าง ๆ ซึ่งไม่ได้ก่อให้ความเสียหายต่อธงชาติหรือไม่ได้สัมผัสธงชาติ รวมถึงการใช้ ชักหรือแสดงธงที่ไม่เหมาะสมในข้อนี้ กฎหมายอินเดียประสบปัญหาเช่นเดียวกับกฎหมายไทย คือ มีความเป็นอาญาเกินสมควร เพราะขอบเขตครอบคลุมถึงการกระทำที่ไม่ก่อภัยอันตรายต่อปัจเจกชนหรือสาธารณะ จึงไม่เป็น

⁵³ Constitutional Court of Korea, “Case No. 2012Hun-Ba37 (June 27, 2013)” [Online] Available from : <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2017/08/Punishment-of-Insult-as-Criminal-Offense-Case.pdf>. [2 January 2023]

ไปตามทฤษฎีภัยอันตรายที่เหมาะสมและไม่ควรนำมาเป็นแบบอย่าง ประการที่สอง ศาลอินเดียได้ตัดสินว่า ผู้กระทำต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อดูหมิ่นเหยียดหยามประเทศชาติ องค์ประกอบภายในของความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของอินเดียจึงมีเช่นเดียวกับมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย แต่แตกต่างจากมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 ในข้อนี้ การตัดสินของศาลอินเดียมีความเหมาะสมแล้วเพราะ การวางหลักว่า ผู้กระทำต้องมีเจตนาพิเศษทำให้ศาลต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปโดยอาศัยพฤติการณ์แวดล้อมและบริบทของสังคม ณ ขณะนั้น ปัจจัยในการพิจารณาที่หลากหลายย่อมทำให้การวินิจฉัยของศาลมีความรอบคอบและชัดเจนมากขึ้นกว่าการอาศัยเพียงการประเมินความนึกคิดของวิญญาณซึ่งหลากหลายและไม่แน่นอน จึงสอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญาและควรนำมาเป็นแบบอย่างสำหรับกฎหมายไทย

ในด้านของความแตกต่าง ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติตามกฎหมายอินเดียแตกต่างจากกฎหมายไทยสามประการ ประการแรก กฎหมายอินเดียบัญญัติโดยเฉพาะเจาะจงว่า การกระทำใดบ้างที่เข้าข่ายการเหยียดหยามธงชาติ สำหรับถ้อยคำที่คลุมเครืออย่าง “การไม่แสดงความเคารพ” ก็มีการบัญญัติขยายความโดยแจ่มแจ้งเป็นข้อ ๆ ว่าหมายถึงการกระทำในลักษณะใดบ้าง ประชาชนสามารถคาดเดาได้ว่า ควรหรือไม่ควรกระทำการใดจึงสอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญาและแบบอย่างที่ดี ประการที่สอง กฎหมายอินเดียกำหนดนิยามของวัตถุประสงค์ของการกระทำไว้ชัดเจนว่า “ธงชาติอินเดีย” หมายความว่าสิ่งใดบ้างจึงสอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญาเช่นกันและสมควรนำมาเป็นแบบอย่าง ประการที่สาม กฎหมายอินเดียกำหนดพฤติการณ์ประกอบการกระทำเพื่อให้องค์ประกอบความผิดครบถ้วน คือ ความผิดต้องกระทำลงในที่สาธารณะใดหรือที่อื่นใดซึ่งสาธารณชนสามารถมองเห็นได้ ขณะที่ตามกฎหมายไทย การกระทำจะกระทำลง ณ ที่ใดก็เป็นความผิด ในข้อนี้ กฎหมายอินเดียสอดคล้องกับทฤษฎีภัยอันตรายที่เหมาะสมกับทฤษฎี Offense Principle เพราะกำหนดให้การกระทำเป็นความผิดเมื่อได้ก้าวล่วงมายังพื้นที่สาธารณะและอาจส่งผลกระทบต่อความเป็นรูปธรรม จึงเป็นข้อดีที่ควรนำมาปรับใช้

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กฎหมายเยอรมันมีส่วนที่คล้ายคลึงกับกฎหมายไทย คือ องค์ประกอบความผิดในส่วนของการกระทำมีขอบเขตที่กว้างเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ลักษณะของการเหยียดหยามครอบคลุมทั้งการกระทำด้วยการใช้กำลังที่ก่อความเสียหายทางกายภาพต่อธงชาติและการใช้วาจา การเขียนหรืออากัปกริยาต่าง ๆ ซึ่งไม่ได้ก่อความเสียหายต่อธงชาติหรือไม่ได้สัมผัสธงชาติโดยตรง ในข้อนี้ กฎหมายเยอรมันประสบปัญหาเช่นเดียวกับกฎหมายไทย คือ มีความเป็นอาญา

เกินสมควรเพราะขอบเขตครอบคลุมถึงการกระทำที่ไม่ก่ออันตรายต่อปัจเจกชนหรือสาธารณะ จึงไม่เป็นไปตามทฤษฎีภัยอันตรายที่เหมาะสมและไม่ควรนำมาเป็นแบบอย่าง

สำหรับความแตกต่าง กฎหมายเยอรมันแตกต่างกับกฎหมายไทยหกประการ ประการแรก กฎหมายเยอรมันแบ่งแยกความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติออกเป็นสองส่วนตามลักษณะของการกระทำและวัตถุประสงค์แห่งการกระทำ มาตรา 90a(1) ครอบคลุมถึงการเหยียดหยามด้วยวาจาหรือ อากัปกิริยาต่อธงชาติในเชิงนามธรรม ในขณะที่มาตรา 90a(2) กำหนดเฉพาะการเหยียดหยาม ด้วยการใช้กำลังทางกายภาพต่อธงชาติที่จับต้องได้เท่านั้น พร้อมทั้งแจกแจงการกระทำอย่างชัดเจน กฎหมายจึงสอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญาและสมควรนำมาปรับใช้กับ กฎหมายไทย ประการที่สอง กฎหมายเยอรมันคุ้มครองเพลงชาติจากการเหยียดหยามด้วย ในขณะที่ มาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เพลงชาติอาจได้รับความคุ้มครองหากมีการตีความว่า เพลงชาติเป็นเครื่องหมายอื่นใดอันมีความหมายถึงรัฐและมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 คุ้มครองเฉพาะธงเท่านั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดเพลงชาติเป็นวัตถุประสงค์แห่ง การกระทำส่งผลให้บทบัญญัติมีความคลุมเครือ กรณียากที่จะระบุว่าการกระทำใดบ้างเป็นการ เหยียดหยามเพลงชาติเพราะเพลงชาติไม่อาจจับต้องได้เหมือนอย่างธงชาติ จึงไม่สมควรนำมา ปรับใช้กับกฎหมายไทย

ประการที่สาม กฎหมายเยอรมันกำหนดเฉพาะการกระทำที่ได้ก้าวล่วงมายังพื้นที่สาธารณะ เป็นความผิด กล่าวคือ การกระทำตามมาตรา 90a(1) ต้องกระทำลง “โดยเปิดเผยในที่สาธารณะ” หรือ “ในที่ประชุม” หรือ “ผ่านการเผยแพร่ซึ่งเนื้อหา” ในสื่อต่าง ๆ และการกระทำตามมาตรา 90a (2) ต้องกระทำต่อธงชาติที่แสดงโดยเปิดเผยในที่สาธารณะเท่านั้น ข้อนี้จึงสอดคล้องกับทฤษฎี ภัยอันตรายที่เหมาะสมกับทฤษฎี Offense Principle และสมควรนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทย ประการที่สี่ องค์ประกอบภายในของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันประกอบด้วย เจตนาธรรมดา ในขณะที่มาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ผู้กระทำความผิดต้องมี เจตนาพิเศษเพื่อเหยียดหยามประเทศชาติด้วย จึงจะมีความผิด ในข้อนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ไม่สมควรนำมาเป็นแนวทางการปรับปรุงกฎหมายไทย เนื่องจาก “การเหยียดหยาม” โดยมีเจตนา ธรรมดาตามมาตรา 90a (1) มีความคลุมเครือ ประชาชนไม่อาจทราบได้อย่างแน่ชัดว่า การเหยียดหยามหมายถึงการกระทำในลักษณะใดบ้าง จึงขัดกับหลักความชัดเจนแน่นอนของ กฎหมายอาญา สำหรับมาตรา 90a (2) แม้กฎหมายจะแจกแจงรูปแบบการกระทำให้ความชัดเจน แต่การกำหนดให้ผู้กระทำความผิดแม้ไม่มีเจตนาพิเศษอาจส่งผลให้บุคคลถูกลงโทษแม้จะไม่มี เจตนาร้าย

ประการที่ห้า ศาลเยอรมันได้วางหลักว่า การกระทำจะถือเป็นการเหยียดหยามหรือไม่ต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ที่แวดล้อมการกระทำเป็นรายกรณีไป โดยการกระทำต้องเกิดขึ้นภายใต้พฤติการณ์แวดล้อมที่รุนแรงอันส่งผลเป็นการทำทนายการมีอยู่ของระบอบประชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ในขณะที่ศาลไทยไม่ได้วางหลักอย่างชัดเจนว่า พฤติการณ์ในลักษณะใดที่แสดงว่า ผู้กระทำมีเจตนาเพื่อเหยียดหยามประเทศชาติ แนวการวินิจฉัยของศาลส่งผลให้บทบัญญัติเยอรมันที่มีขอบเขตกว้างมีลักษณะที่เข้มงวดมากขึ้น อีกทั้งเป็นการพิจารณาถึงความสามารถในการก่อภัยของการกระทำ ทำให้สอดคล้องกับทฤษฎีภัยอันตรายที่เหมาะสม จึงสมควรที่ศาลไทยจะนำมาปรับใช้เป็นแนวทางการตัดสิน ประการที่หก กฎหมายเยอรมันมีการกำหนดผู้กระทำรับโทษหนักขึ้นในกรณีที่มีการเหยียดหยามธงชาติเป็นไปเพื่อสนับสนุนการล้มล้างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือรัฐธรรมนูญ ในขณะที่กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดเหตุฉกรรจ์ ผู้เขียนมีความเห็นว่า เหตุฉกรรจ์ดังกล่าวสอดคล้องกับบริบททางประวัติศาสตร์ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่เคยเป็นรัฐเผด็จการภายใต้การนำของพรรคนาซี การเหยียดหยามธงชาติอันเป็นสัญลักษณ์ของระบอบประชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญเพื่อสนับสนุนการล้มล้างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือรัฐธรรมนูญย่อมมีความน่าตำหนิอย่างมาก ในขณะที่ประเทศไทยมีบริบททางประวัติศาสตร์ดังกล่าวและหากมีการเหยียดหยามธงชาติเพื่อทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองก็สามารถลงโทษบุคคลได้อยู่แล้วตามความผิดฐานยุยงปลุกปั่นตามมาตรา 116 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กฎหมายไทยจึงไม่สมควรกำหนดเหตุฉกรรจ์ดังกล่าว

สาธารณรัฐเกาหลี กฎหมายเกาหลีมีลักษณะที่เหมือนกับกฎหมายไทยสองประการ ประการแรก ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของสาธารณรัฐเกาหลีครอบคลุมถึงทั้งการกระทำในที่สาธารณะและพื้นที่ส่วนตัว จึงไม่สอดคล้องกับทฤษฎีภัยอันตรายที่เหมาะสมกับทฤษฎี Offense Principle และไม่สมควรนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทย ประการที่สอง มีลักษณะที่เหมือนกับมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่เป็นส่วนที่แตกต่างจากมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 คือ การกำหนดเจตนาพิเศษ ในข้อนี้ กฎหมายเกาหลีมีความเหมาะสมแล้วเพราะการวินิจฉัยว่า ผู้กระทำมีเจตนาพิเศษหรือไม่ ศาลต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปโดยอาศัยพฤติการณ์แวดล้อมและบริบทของสังคม ณ ขณะนั้น ปัจจัยในการพิจารณาที่หลากหลายย่อมทำให้การวินิจฉัยของศาลมีความรอบคอบและชัดเจนมากขึ้นกว่าการอาศัยเพียงการประเมินความนึกคิดของวิญญาณซึ่งหลากหลายและไม่แน่นอน จึงสอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญาและควรนำไปเป็นแบบอย่างสำหรับกฎหมายไทย

สำหรับความแตกต่าง กฎหมายเกาหลีกับกฎหมายไทยแตกต่างกันสามประการ คือ ประการแรก องค์ประกอบความผิดในส่วนของกรกระทำมีการแจกแจงโดยชัดเจน จึงสอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญาและควรนำมาเป็นแบบอย่างสำหรับกฎหมายไทย ประการที่สอง ขอบเขตของการกระทำแคบกว่ากฎหมายไทยมาก การกระทำที่เป็นความผิด ได้แก่ ทำให้เสียหาย ปลดหรือทำให้เปราะเปื้อนและการหมิ่นประมาทธงชาติเท่านั้น ในส่วนแรกเป็นการกระทำโดยใช้กำลังให้เกิดความเสียหายทางกายภาพต่อธงชาติ ลักษณะของการกระทำสามารถก่ออันตรายอย่างเป็นรูปธรรมต่อปัจเจกชนหรือสาธารณะเพราะความเสียหายสามารถจับต้องได้ จึงสอดคล้องกับทฤษฎีอันตรายที่เหมาะสม แต่ในส่วนที่สอง การหมิ่นประมาทก่อความเสียหายต่อชื่อเสียงของธงชาติอันเป็นความเสียหายในเชิงนามธรรม จึงไม่ก่ออันตรายอย่างเป็นรูปธรรมต่อปัจเจกชนหรือสาธารณะ ต่างจากชื่อเสียงของบุคคลที่มีมูลค่าในทางทรัพย์สิน ดังนั้น ส่วนแรกเท่านั้นที่สมควรนำมาเป็นแบบอย่าง ประการที่สาม ศาลเกาหลีได้วางหลักว่า ธงชาติอันเป็นวัตถุแห่งการกระทำที่ได้รับความคุ้มครอง คือ ธงชาติที่ใช้โดยทางราชการเท่านั้น ต่างจากความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของประเทศไทยที่คุ้มครองครอบคลุมถึงทั้งธงชาติที่ใช้โดยทางราชการและเอกชน รวมถึงรูปจำลองหรือแถบสีธงชาติในกรณีของมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 การวางหลักดังกล่าวของศาลไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองสถาบัน “ชาติ” ที่แสดงออกผ่านธงชาติไม่ว่าจะใช้โดยทางราชการและเอกชนก็ตาม ไม่สมควรนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทย

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ธงชาติเป็นเครื่องหมายอย่างเป็นทางการแทนชาติและรัฐสมัยใหม่ รวมทั้ง ทำหน้าที่สร้างความสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างประชาชนในประเทศ ระหว่างประชาชนกับรัฐและระหว่างรัฐกับรัฐ ธงชาติจึงเป็นสัญลักษณ์ที่ทรงพลังและมีอิทธิพลต่อการกระทำของบุคคลหรือของรัฐ อีกทั้งการเหยียดหยามธงชาติย่อมกระทบต่อความรู้สึกของผู้คนที่ผูกอัตลักษณ์ของตนเข้ากับธงชาติและอาจส่งผลให้เกิดความรุนแรงจนนำไปสู่ความไม่สงบเรียบร้อยในสังคมและความเสียหายต่อร่างกายและทรัพย์สินได้ การกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติจึงยังมีความจำเป็นอยู่สำหรับประเทศไทยเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติตามมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 มีข้อบกพร่อง 4 ประการ คือ ขอบเขตของกฎหมายที่กว้างไม่สอดคล้องกับบริบททางสังคมในปัจจุบัน ขัดกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา มีความเป็นอาญาและจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนเกินสมควร ผู้เขียนจึงเสนอแนวทางให้แก่ไขปรับปรุงกฎหมายโดยการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ดังนี้

ประการแรก ขอบเขตขององค์ประกอบความผิดในส่วนของการกระทำควรครอบคลุมเฉพาะ การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ธงชาติในเชิงกายภาพเช่นเดียวกับมาตรา 105 แห่งประมวลกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี เนื่องจากการกระทำในลักษณะดังกล่าวสร้างความเสียหายที่สามารถเห็นได้ชัดเจนอย่างเป็นรูปธรรมและสามารถก่อให้เกิดความขุ่นเคืองในหมู่ประชาชนที่พบเห็นได้มากกว่าการเหยียดหยามด้วยวาจาหรืออากัปกริยาที่ไม่ได้สัมผัสธงชาติโดยตรง จึงมีความเสี่ยงสูงที่จะนำไปสู่การเผชิญหน้าหรือความไม่สงบเรียบร้อยในสังคมได้ จึงสอดคล้องกับทฤษฎีภัยอันตรายที่เหมาะสม ทั้งนี้เพื่อให้กฎหมายปราศจากความคลุมเครือ องค์ประกอบความผิดในส่วนของการกระทำควรมีการแจกแจงว่า มีกระทำใดบ้างเช่นเดียวกับความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของต่างประเทศทั้งสามประเทศ ผู้เขียนขอเสนอว่า การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ธงชาติในเชิงกายภาพ ได้แก่ การปลด การทำลาย การทำให้เสียหาย การทำให้ไร้ประโยชน์และการทำให้เปราะเปื้อน เนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวมีความชัดเจนเพียงพอสำหรับบุคคลทั่วไปว่า หมายถึงการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ธงชาติในเชิงกายภาพ ในขณะที่เดียวกันก็ไม่เจาะจงจนเกินไป ศาลจึงสามารถตีความให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมและวิธีการกระทำความผิดที่หลากหลายได้

ประการที่สอง ขอบเขตของความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติควรครอบคลุมเฉพาะ การกระทำที่ได้กระทำลงในพื้นที่สาธารณะเช่นเดียวกับกฎหมายต่างประเทศทั้งสามประเทศ เนื่องจากการเหยียดหยามที่กระทำลงในที่สาธารณะหรือที่ประชุมมีโอกาสสูงที่บุคคลทั่วไปหรือคนหมู่มากสามารถพบเห็นได้และอาจนำไปสู่การเผชิญหน้าและความไม่สงบเรียบร้อยของประชาชนได้ จึงสอดคล้องกับทฤษฎีภัยอันตรายที่เหมาะสมและ Offense Principle ต่างจากการเหยียดหยามธงชาติซึ่งกระทำลงในพื้นที่ส่วนตัวที่อาจไม่มีผู้ใดรู้เห็นถึงการกระทำดังกล่าวนอกจากตัวผู้กระทำเอง ภัยอันตรายจึงยังห่างไกล ผู้เขียนจึงเสนอให้กำหนดองค์ประกอบความผิดในส่วนของการกระทำว่า ต้องเป็นการกระทำที่กระทำลงในที่สาธารณะหรือในที่ประชุม ทั้งนี้ไม่ครอบคลุมถึงการเหยียดหยามธงชาติที่กระทำลงในที่รโหฐานหรือเคหสถานที่บุคคลทั่วไปสามารถพบเห็นได้

ประการที่สาม ขอบเขตของวัตถุแห่งการกระทำควรครอบคลุมเฉพาะผืนธงชาติเท่านั้น เนื่องจากการทำให้เสียหายต่อวัตถุที่ประดิษฐ์หรือแสดงธงชาติมีลักษณะของการทำให้เสียหายมากกว่จะเป็นการเหยียดหยามธงชาติในฐานะเครื่องหมายแทนชาติเพราะวัตถุดังกล่าวไม่ได้ทำหน้าที่อย่าง “ธง” อีกทั้ง รูปจำลองและแถบสีธงชาติได้รับการคุ้มครองอยู่แล้วตามมาตรา 53

แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522⁵⁴ การกำหนดความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติให้ครอบคลุมถึงรูปจำลองและแถบสีธงชาติด้วยย่อมเกินจำเป็นและขัดกับหลักการกำหนดความรับผิดทางอาญาเป็นวิถีทางสุดท้าย และเพื่อให้กฎหมายปราศจากความคลุมเครือ จึงควรมีการกำหนดนิยามของธงชาติเช่นเดียวกับความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติของทั้งสามประเทศ

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังมีความเห็นว่า ธงอันมีความหมายถึงรัฐไม่ควรครอบคลุมถึงธงราชนาวีจากการศึกษาพบว่า ธงราชนาวี ใช้สำหรับชักที่ท้ายเรือและสถานที่ราชการต่าง ๆ ของราชนาวี จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อสื่อให้เห็นว่า เรือหรือสถานที่ราชการหนึ่ง ๆ สังกัดราชนาวีไทยเท่านั้น มิได้ต้องการสื่อความหมายถึงประเทศไทยในฐานะ “ชาติ” อย่างตรงไปตรงมา การกำหนดให้ธงอันมีความหมายถึงรัฐครอบคลุมถึงธงราชนาวีจึงเกินเจตนารมณ์ของมาตรา 118 ผู้เขียนจึงขอเสนอบทนิยามว่า ธงชาติ หมายถึง ผืนธงที่มีความหมายถึงประเทศไทยและชาติไทยตามมาตรา 5 (1) แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 ไม่ว่าจะมิขนาดใดและทำมาจากวัสดุใด การกำหนดนิยามทำให้บทบัญญัติสอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายมากขึ้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าไม่ควรจำกัดขอบเขตให้ธงอันมีความหมายถึงรัฐครอบคลุมเฉพาะธงชาติที่ใช้โดยทางราชการดังกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี เนื่องจากสิ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง คือ สถาบัน “ชาติ” ที่สื่อผ่านธงชาติซึ่งเป็นความหมายของส่วนรวม (Collective meaning) ประชาชนทุกคนในชาติย่อมเป็นเจ้าของ ไม่ว่าจะผืนธงชาติจะเป็นทรัพย์สินของทางราชการหรือเอกชนก็ตาม

สำหรับ “เครื่องหมายอื่นใด” ผู้เขียนมีความเห็นว่า ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติไม่ควรครอบคลุมถึงการกระทำต่อเครื่องหมายอื่นใดอันมีความหมายถึงรัฐ เนื่องจากประเทศไทยไม่มีเครื่องหมายอันเป็นสัญลักษณ์แทนชาติไทยที่ได้รับความสำคัญและความเคารพจากประชาชนเช่นเดียวกับธงชาติ ตราแผ่นดินของประเทศไทย (State Emblem) คือ เครื่องหมายครุฑพ่าห์ มักใช้แสดงถึงการทำงานในราชการและแสดงถึงห้างร้านหรือบริษัทซึ่งได้รับพระราชทานเครื่องหมาย

⁵⁴ มาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดต่อธงตามมาตรา 5 หรือมาตรา 6 ดังต่อไปนี้

(1) ประดิษฐ์รูป ตัวอักษร ตัวเลข หรือเครื่องหมายอื่นใดในผืนธง รูปจำลองของธง หรือในแถบสีธง นอกจากที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่น

(2) ใช้ ชัก หรือแสดงธง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธงอันมีลักษณะตาม (1)

(3) ใช้ ชัก หรือแสดงธง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธงไว้ ณ ที่หรือโดยวิธีอันไม่สมควร

(4) ประดิษฐ์ธง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธงไว้ ณ ที่หรือสิ่งใด ๆ โดยไม่สมควร

(5) แสดงหรือใช้สิ่งใด ๆ ที่มีรูปธง รูปจำลองของธง หรือมีแถบสีธงอันมีลักษณะตาม (4) โดยไม่สมควร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ตราตั้งจากพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว⁵⁵ รัฐบาลไทยไม่ได้ให้ความสำคัญและประชาชนชาวไทยไม่ได้มีความผูกพันห่วงหาอาทรในฐานะสัญลักษณ์ประจำชาติ การกระทำต่อเครื่องหมายอื่นใดจึงไม่อาจสร้างความชุ่มเคืองใจแก่ประชาชนทั่วไปได้เท่าการกระทำต่อธงชาติ โอกาสที่การกระทำจะนำไปสู่ภัยต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนยังมีน้อย เมื่อถ้อยแถลงที่ยังห่างไกล การกระทำจึงไม่สมควรกำหนดเป็นความผิด อีกทั้งยังไม่ปรากฏกรณีว่า เคยมีการเหยียดหยามเครื่องหมายอื่นใดต่างจากการเหยียดหยามธงชาติซึ่งพบการกระทำผิดและมีคดีขึ้นสู่ศาลบ่อยครั้งกว่า

ประการที่สี่ ความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติควรกำหนด คำว่า “เหยียดหยาม” เป็นเจตนาพิเศษมากกว่าพฤติการณ์ประกอบกรกระทำเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐอินเดียและประเทศสาธารณรัฐเกาหลี เนื่องจากพฤติการณ์ประกอบกรกระทำอาศัยความเห็นของวิญญูชนเป็นเกณฑ์ซึ่งหลากหลายและยากต่อการหาฉันทามติ จึงไม่สอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา นอกจากนี้ การเหยียดหยามมักขึ้นอยู่กับความเชื่อทางอัตวิสัยของบุคคลที่มีต่อกลุ่มของผู้อื่น⁵⁶ การเหยียดหยามจึงมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความคิดที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำ เพราะฉะนั้น ความน่าตำหนิของการกระทำจึงสมควรพิจารณาจากมูลเหตุชกใจของผู้กระทำมากกว่าความเห็นของบุคคลทั่วไป เพียงบุคคลพลต ทำให้เสียหาย ทำให้ไร้ประโยชน์หรือทำให้เปรอะเปื้อนซึ่งธงชาติ ไม่ได้หมายความว่าเขาเหยียดหยามประเทศชาติเสมอไป อาทิ บุคคลอาจกระทำไปเพื่อจำหน่าย (dispose) ธงชาติซึ่งการกระทำนั้นไม่สมควรถูกตำหนิจนต้องถูกลงโทษทางอาญา หรือบุคคลอาจกระทำไปเพื่อแสดงออกทางการเมืองซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในสังคมประชาธิปไตย เป็นต้น ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ศาลไทยควรดำเนินตามแนวทางการตีความของศาลสูงเยอรมันซึ่งได้วางหลักว่า กรณีต้องเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นโดยมีพฤติการณ์แวดล้อมที่รุนแรงจนถึงขนาดที่จะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยของประชาชนได้ เช่นนี้จึงจะถือว่าผู้กระทำมีเจตนาพิเศษ

ประการที่ห้า ผู้เขียนเสนอให้ยกเลิกความผิดฐานเหยียดหยามธงชาติในมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 เนื่องจากมีความซ้ำซ้อนกับมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและวัตถุประสงค์ของมาตรา 54 ในการสร้างและรักษาความศกดิ์สิทธิ์ของชาติขาดความชอบธรรม เพราะในปัจจุบันประชาชนให้ความสำคัญและให้ความเคารพธงชาติเป็นการทั่วไป จึงไม่มีความจำเป็น

⁵⁵ พระราชบัญญัติเครื่องหมายครุฑพ่าห์ พ.ศ. 2534

⁵⁶ Michael A. Hogg, “Social Identity Theory,” in *Understanding Peace and Conflict through Social Identity Theory: Contemporary Global Perspectives*, eds. by Reeshma Haji, Neil Ferguson and Shelley McKeown (Springer, 2016), pp. 3-17.

อีกต่อไป กรณีต่างจากมาตรา 118 ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงมีความชอบธรรมเพราะสอดคล้องกับความจำเป็นของสภาพการณ์ในปัจจุบันที่การเหยียดหยามองชาติมีโอกาสสูงที่จะนำไปสู่ความรุนแรงในสังคม นอกจากนี้ การสร้างเสริมและรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของธงชาติยังสามารถทำได้ด้วยมาตรการอื่นและอาจมีประสิทธิภาพยิ่งกว่ากฎหมายอาญา อาทิ นโยบายทางการศึกษาหรือการรณรงค์ของรัฐบาล อันไม่เป็นไปตามหลักการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเป็นวิถีทางสุดท้าย ขณะที่การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนและความมั่นคงของประเทศเป็นภารกิจโดยตรงของกฎหมายอาญา ดังนั้น จึงเห็นสมควรให้คงมาตรา 118 ไว้

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากมาตรา 54 คุ้มครองธง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธงประเภทอื่น ๆ ที่ได้บัญญัติกำหนดลักษณะไว้ในพระราชบัญญัติธงหรือตามที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งออกตามพระราชบัญญัติธงด้วยซึ่งอยู่นอกเหนือขอบเขตการศึกษาวิจัยของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจึงเสนอให้แก้ไขมาตรา 54 โดยเพิ่มเติมเนื้อหาในวรรคสอง ดังนี้

“ผู้ใดกระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการเหยียดหยามต่อธง รูปจำลองของธง หรือแถบสีธงที่ได้บัญญัติกำหนดลักษณะไว้ในพระราชบัญญัตินี้ หรือตามที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งออกตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

การกระทำความผิดตามวรรคแรกไม่นำมาบังคับใช้กับการกระทำความผิดต่อธงชาติตามมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญา”

สำหรับมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บทบัญญัติควรได้รับการบัญญัติใหม่ให้มีขอบเขตที่แคบลงและถ้อยคำที่ชัดเจนแน่นอนมากขึ้นตามแนวทางการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่ผู้เขียนได้นำเสนอ ดังนี้

“ผู้ใดปลด ทำลาย ทำให้เสียหาย ทำให้ไร้ประโยชน์หรือทำให้เปราะเปื้อนซึ่งธงอันมีความหมายถึงรัฐเพื่อเหยียดหยามประเทศชาติ ในสาธารณสถานหรือที่ประชุม ต้องระวางโทษ...

ธงอันมีความหมายถึงรัฐ หมายถึง ผืนธงที่มีความหมายถึงประเทศไทยและชาติไทยตามมาตรา 5(1) แห่งพระราชบัญญัติธง พ.ศ. 2522 ไม่ว่าจะมิขนาดใดและทำมาจากวัสดุใด”