



ปัญหาการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิด ที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง : ศึกษาเฉพาะพระราชบัญญัติ ที่มีโทษทางอาญาตามกฎหมายไทย Problems in Determination of Criminal Punishment for Less Serious Offenses: A Study of Acts with Criminal Punishment in Thai Law

พศิน วรเนติโพธิ์*

Pasin Woranatipho

■ บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาปัญหาเรื่องการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง ในพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาตามกฎหมายไทย โดยจากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาอยู่เป็นจำนวนมากทั้งโทษปรับและโทษจำคุก ซึ่งแม้ว่าในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้มีการกล่าวถึงหลักการกำหนดโทษทางอาญาไว้ในมาตรา 77 วรรคสาม อีกทั้งในปี พ.ศ. 2562 ได้มีการตรา “พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562” แต่ก็ไม่สามารถที่จะแก้ไขปัญหการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงในพระราชบัญญัติได้เท่าที่ควร

บทความนี้ได้ศึกษาเอกสาร ตำรา หนังสือ วิทยานิพนธ์ และกฎหมาย ตลอดจนบทความที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดและโทษทางอาญากับความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงตามกฎหมายของไทยและต่างประเทศ โดยทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศฝรั่งเศสและอิตาลี เนื่องจากทั้งสอง

* นักศึกษาปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Graduate student of the Master of Laws, Thammasat University

Received: June 2, 2021 Revised: May 3, 2022 Accepted: May 6, 2022

ประเทศ มีการกำหนดหลักเกณฑ์ของการแบ่งความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงไว้อย่างชัดเจนและนำผลการศึกษามาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงของประเทศไทย

จากผลการศึกษาพบว่า ประเทศฝรั่งเศสได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การให้ค่าคะแนนมาใช้บังคับ ซึ่งหากการกระทำความผิดใดมีค่าคะแนนรวมที่ถึงเกณฑ์จะถือว่าความผิดนั้นเป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง ส่วนประเทศอิตาลีมีการกำหนดหลักเกณฑ์ลักษณะของความเสียหายขึ้นมาเพื่อเป็นกรอบในการใช้ดุลพินิจของผู้ตรากฎหมาย หากการกระทำความผิดใดสร้างความเสียหายตามนิยามที่กำหนดไว้ความผิดนั้นจะถือว่ามีความผิดร้ายแรงอันสมควรที่จะนำโทษอาญามาใช้บังคับ ส่วนประเทศไทยไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงไว้ในกฎหมายใดอย่างชัดเจน แต่มีการให้นิยามผ่านคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายใน พ.ศ. 2562 ซึ่งถือเป็นหลักเกณฑ์เดียวที่ใช้ในการพิจารณา แต่หลักเกณฑ์ข้างต้นนั้นจะถูกนำมาใช้บังคับก็ต่อเมื่อมีการบัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นเท่านั้น จึงทำให้เกิดปัญหาการกำหนดโทษอาญากับความผิดที่ไม่มีลักษณะร้ายแรงในพระราชบัญญัติ ดังนั้นหากประเทศไทยมีการกำหนดกรอบหรือหลักเกณฑ์นิยามของความผิดร้ายแรงที่ชัดเจนยิ่งขึ้นและทำการศึกษาในพระราชบัญญัติที่มีโทษอาญาทั้งหมดจะทำให้โทษอาญาถูกนำไปใช้สำหรับความผิดในพระราชบัญญัติได้อย่างเหมาะสม

คำสำคัญ : กฎหมายอาญา, การกำหนดโทษทางอาญา, ความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง,

ความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง, โทษทางอาญา, พระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญา

■ Abstract

This article is aimed at investigation of the problem of criminal punishment determination for less serious offenses based on the Act with criminal punishment under Thai law. From the results, it was indicated that several acts with criminal punishment in Thailand have been enforced with both fines and prison sentence. In 2017, the section 77, paragraph 3 of the Constitution of the Kingdom of Thailand stated the principles of criminal punishment determination. Also in 2019, the Act on Legislative Drafting and Evaluation of Outcomes of Law B.E. 2562 (2019) was permitted. However, the issues on the determination of criminal punishment for less offenses were not well resolved.

Data was gathered from documents, textbooks, theses, and laws including articles relating to the determination of guilt and criminal punishment for serious offenses in Thailand. International comparative legal analysis was made with the law of France and Italy where the principles of serious offense categorization are explicit. The findings were subsequently compared to the principles of criminal punishment determination for serious offenses in Thailand.

From the results of this study, it was found that the principles for grading definition was employed in France. If a crime is with the threshold on the defined grade, it is considered a serious offense. In Italy, the principle of damage category was established as a framework for lawmaker's discretion. If the offense resulted in the damage according to the definition of the framework, it will be deemed to be of a serious nature to which the criminal penalty is applied. In contrast, no clear legal definition of principles for serious offenses is established in Thailand. The definition by the advice from Law Reform Commission of Thailand in 2019 is applicable and consists of the existing principles. However, it will be enforced only after the new law is legislated. This causes the problem in criminal penalty consideration for offenses in the non-serious category based on the Act. Therefore, the investigation is indicated that Thailand should establish a clearer framework or definition for serious offenses and conduct a study of the Thai Criminal Code in order to allow proper application of criminal penalty for offenses.

Keywords: Criminal law, Criminal punishment determination, Serious offense, Less serious offense, Criminal punishment, Acts.

■ บทนำ

ในปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด จำนวนรวมกันเกือบ 1,400 ฉบับ และมีกฎหมายลำดับรองอีกกว่า 100,000 ฉบับ (เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, 2562) ซึ่งกฎหมายทุกฉบับจะมีบทกำหนดโทษไว้ทั้งโทษทางอาญา โทษทางแพ่ง รวมถึงโทษในทางปกครอง เพื่อป้องกันมิให้มีการฝ่าฝืน ต่อมาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้มีการกล่าวถึงหลักการกำหนดโทษทางอาญาไว้ในมาตรา 77 วรรคสาม ความว่า “รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมาย เฉพาะกรณีที่ทำเป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลา ในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง” และหลังจากนั้นได้มีการตรา “พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562” ขึ้นโดยความในมาตรา 5¹ ได้เน้นย้ำให้ฝ่ายนิติบัญญัติใช้โทษอาญากับ

¹ พระราชบัญญัติ หลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 มาตรา 5 บัญญัติว่า (วรรคท้าย) “ในการจัดทำร่างกฎหมาย หน่วยงานของรัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการ เฉพาะกรณีที่ทำเป็นและพึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลา ในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน รวมทั้งพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”

ความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงและเท่าที่จำเป็น อันเป็นการเน้นย้ำถึงหลักเกณฑ์ตามมาตรา 77 อีกครั้งหนึ่งด้วย

อย่างไรก็ตามแม้ทั้งสองกฎหมายจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้โทษอาญากับความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงแต่ก็ไม่ปรากฏนิยามของความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงในกฎหมายฉบับใด จนกระทั่งทางคณะกรรมการพัฒนากฎหมายได้มีคำแนะนำเกี่ยวกับนิยามความหมายของความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง โดยคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย (2562) กล่าวว่า “จะต้องเป็นการกระทำที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความปลอดภัยของประเทศ เช่น การกระทำที่อาจทำให้เกิดความไม่มั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการเมือง การปกครอง หรือเป็นการกระทำที่อาจทำให้เกิดความไม่ปลอดภัยของประเทศหรือประชาชน เป็นต้น หรือเป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public order) หรือกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง (good morals) หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง” โดยภายหลังจากที่มีคำแนะนำดังกล่าว พบว่า มีความเปลี่ยนแปลงด้านการกำหนดโทษอาญาในพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบัน เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจเพื่อสังคม พ.ศ. 2562 ที่มีการนำโทษทางปกครองมาใช้บังคับในหมวดที่ 8 มาตรา 78 ถึง 82 เป็นต้น แต่สำหรับพระราชบัญญัติที่มีโทษอาญาซึ่งได้บัญญัติขึ้นก่อนปี พ.ศ. 2560 กลับไม่ได้นำหลักเกณฑ์ตามมาตรา 77 มาพิจารณาทำให้พระราชบัญญัติในกลุ่มเหล่านี้ มีปัญหาในเรื่องการกำหนดโทษอาญาสำหรับความผิดที่ไม่ได้มีลักษณะร้ายแรง

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนและความเหมาะสมในการแก้ไขปัญหาการกำหนดโทษทางอาญากับความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง จึงต้องศึกษาว่า ความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงนั้น ควรมีนิยามความหมายอย่างไร และการบังคับโทษทางอาญาอย่างไรให้เกิดความเหมาะสมและจำเป็น โดยผู้เขียนจะนำหลักเกณฑ์การกำหนดความร้ายแรงของความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศสและประเทศอิตาลีมาศึกษา เนื่องจากทั้งสองประเทศดังกล่าวมีการกำหนดหลักเกณฑ์ของการแบ่งความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงไว้อย่างชัดเจนและนำผลการศึกษามาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของประเทศไทย รวมทั้งศึกษาพระราชบัญญัติที่มีโทษอาญาทั้งหมด และนำข้อมูลมาวิเคราะห์เพื่อนำเสนอให้เห็นถึงปัญหาการกำหนดโทษอาญาสำหรับความผิดที่ไม่ได้มีลักษณะร้ายแรงในพระราชบัญญัติ เพื่อหาข้อสรุปและเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยจะนำเสนอเป็นหัวข้อดังต่อไปนี้

1. หลักทั่วไปของกฎหมายอาญา

การกำหนดความผิดและโทษทางอาญานั้น เป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่รัฐใช้บังคับเพื่อควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคมและเพื่อให้สังคมดำเนินต่อไปได้ด้วยความสงบเรียบร้อย แต่อย่างไรก็ตามการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาก็เป็นการทำให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย โดยสำหรับความหมายของกฎหมายอาญานั้นแม้จะไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับอื่น แต่จากศึกษาตำราของนักนิติศาสตร์หลายท่าน ได้แก่ จิตติ ดิงศักดิ์ (2555), หยุดแสงอุทัย (2556), คณิต ญ นคร (2563), เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (2551) และทวีเกียรติ

มีนกะนิษฐ (2564) พบว่า นิยามความหมายของกฎหมายอาญา คือ “กฎหมายที่กำหนดว่าการกระทำ หรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด เป็นความผิดอาญา และกำหนดโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนกระทำการ หรือไม่กระทำการอันเป็นความผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้”

2. ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา

สำหรับทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญานั้นมีอยู่หลากหลายชนิดแตกต่างกันไปในแต่ละยุคสมัยและรูปแบบของกฎหมายในแต่ละประเทศ โดยทั้งนี้ผู้เขียนจะนำเสนอทฤษฎีที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

2.1 ทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญาของ Herbert L. Packer โดย Herbert L. Packer (Herbert, 1968) ได้อธิบายหลักเกณฑ์การบัญญัติความผิดอาญาโดยกล่าวว่า “การกระทำที่จะเป็นความผิดอาญาจะต้องเป็นการกระทำที่เห็นได้ชัดว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมของสังคม หรือถ้าเป็นความผิดทางอาญาแล้วจะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษอื่น หรือการปราบปรามการกระทำเช่นนั้นจะต้องไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป หรือจะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาค หรือการใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวนั้นจะไม่ทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ หรือไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้วนอกจากการใช้กฎหมายอาญาสำหรับการกระทำนั้น”

2.2 ทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญาของ Nigel Walker โดยหลักเกณฑ์การบัญญัติ

ความผิดอาญาของ Nigel Walker นั้น สามารถอธิบายสาระสำคัญได้ว่า รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับโทษแต่เพียงอย่างเดียว หรือไม่ควรใช้กฎหมายอาญาลงโทษกับความประพฤติที่ไม่ก่อให้เกิดอันตราย หรือไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งสามารถใช้วิธีการอื่นเพื่อบรรลุผลได้อย่างมีประสิทธิภาพเช่นเดียวกัน หรือไม่ควรใช้กฎหมายอาญาในกรณีผลร้ายซึ่งเกิดจากการลงโทษมีมากกว่าผลร้ายซึ่งเกิดจากการกระทำ ความผิด หรือไม่ควรใช้กฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์ในการบังคับให้บุคคลกระทำเพื่อประโยชน์แก่ตนเองเท่านั้น หรือไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อห้ามการกระทำซึ่งไม่ได้รับการสนับสนุนอย่างแข็งขันจากสาธารณชน หรือไม่ควรบัญญัติความผิดที่บังคับใช้ไม่ได้ไว้ในกฎหมายอาญา (สกล นิศารัตน์, 2557)

2.3 ทฤษฎี The Minimalist Approach

โดยหลักเกณฑ์ The Minimalist Approach คือ หลักการกำหนดความผิดอาญาที่ผสมผสานแนวคิดจากหลักเกณฑ์การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล (principle of autonomy) ซึ่งเกณฑ์การคุ้มครองสังคม (principle of welfare) และเกณฑ์การควบคุมสังคมอื่นนั้น มีข้อพิจารณาด้วยกัน 4 ประการ (Ashworth & Horder, 2013) แต่มีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ คือ หลักวิถีทางสุดท้าย ในการพิจารณาบัญญัติความผิดอาญา จึงต้องดูที่ความร้ายแรงที่เกิดขึ้น โดยกฎหมายอาญาควรจะถูกใช้เป็นวิถีทางสุดท้ายสำหรับพฤติกรรมที่เกิดขึ้นเป็นสิ่งที่ผิดหรือเป็นอันตรายอย่างร้ายแรง และหลักการไม่กำหนด

เป็นความผิดอาญา หากว่าการกำหนดความผิดอาญาก่อให้เกิดผลเสียหายนามากกว่าการไม่กำหนดเป็นความผิดอาญา

2.4 ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ หรือ นิติเศรษฐศาสตร์ (economic analysis of law) เป็นแนวคิดใหม่ที่น่าหลักพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์มาอธิบายกฎหมาย โดยกำหนดให้รัฐก็เป็นผู้เล่นหนึ่งในสังคม และหากรัฐจะกำหนดความผิดอาญา รัฐจะต้องคำนึงถึง “ผลประโยชน์” (benefits) และ “ต้นทุน” (costs) กล่าวคือ การกระทำใดที่ได้ประโยชน์สังคมมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสังคม การกระทำนั้นไม่ควรเป็นความผิดอาญา แต่หากการกระทำที่สร้างความเสียหายให้กับสังคมมากกว่าประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นกับสังคม การกระทำนั้นจึงสมควรเป็นความผิดอาญา (ปกป้อง ศรีสนิท, 2561)

3. การกำหนดโทษอาญาตามกฎหมายของประเทศไทย

สำหรับการกำหนดโทษอาญาตามกฎหมายของประเทศไทยสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

3.1 การกำหนดโทษอาญาในประมวลกฎหมายอาญา โดยจะต้องพิจารณาก่อนว่าการกระทำความผิดเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาจากการกระทำซึ่งถือเป็นโครงสร้างความรับผิดในทางอาญา (ปกป้อง ศรีสนิท, 2561) โดยเมื่อครบโครงสร้างความรับผิดอาญาแล้วจะถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดแล้วจึงมาพิจารณาเรื่องโทษต่อไป โดยประเภทของโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 ได้มีการกำหนดไว้เป็น 5 ลักษณะด้วยกัน ได้แก่ (1) โทษประหารชีวิต (2) โทษจำคุก (3) โทษกักขัง (4) โทษปรับ และ (5) โทษริบทรัพย์

3.2 การกำหนดโทษอาญาในพระราชบัญญัติ สำหรับการนำโทษทางอาญามาบัญญัติและใช้บังคับในพระราชบัญญัติต่าง ๆ นั้นเสมือนเป็นกฎหมายพิเศษที่แยกออกมาเฉพาะเรื่องจากประมวลกฎหมายอาญา การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาในพระราชบัญญัติจึงมีความมุ่งหมายในการบัญญัติ เพื่อเป็นกฎหมายเทคนิคเพื่อให้สอดคล้องกับเงื่อนไขพิเศษของสังคมในขณะนั้น (ปกป้อง ศรีสนิท, 2561) ซึ่งประเภทของโทษอาญาในพระราชบัญญัติเหล่านี้มีได้แตกต่างจากโทษอาญาในประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใด โดยในปัจจุบันประเทศไทยมีพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาจำนวน 462 ฉบับ จากพระราชบัญญัติทั้งหมด (โดยผู้เขียนทำการสืบค้นถึงปี พ.ศ. 2562 ทั้งนี้ อ้างอิงข้อมูลจากห้องสมุดกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา) โดยสาเหตุที่ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติที่มีโทษอาญาจำนวนมาก เนื่องจากความคิดในทางระบบราชการ (bureaucracy) ที่ต้องการที่จะจัดตั้งหน่วยงานเพิ่มเติมเพื่อให้มีอำนาจในการดำเนินคดีด้วยตนเอง (คณิต ณ นคร, 2559) ซึ่งแนวคิดของการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาในพระราชบัญญัติเช่นนี้อาจทำให้เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติเรื่องกำหนดโทษทางอาญาเฉพาะความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงตามมาตรา 77 วรรคสามแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

4. หลักเกณฑ์การพิจารณาความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง

สำหรับหลักเกณฑ์การพิจารณาความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงนั้น ทางผู้เขียนจะแบ่งการศึกษาออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้

4.1 หลักเกณฑ์ของประเทศฝรั่งเศส

(MARTY, 1992) สำหรับเกณฑ์ความร้ายแรงของการกระทำผิดเป็นการพิจารณาว่าการกระทำนั้นมีความร้ายแรงถึงขั้นที่สมควรกำหนดให้มีโทษอาญาหรือไม่ ซึ่งการกระทำผิดจะมีระดับความร้ายแรงเพียงใดนั้นจะต้องพิจารณาจากตัวชี้วัด (indicateurs) สามประการประกอบกัน ได้แก่ (1) ลักษณะการกระทำผิด (2) ความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง และ (3) ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง โดยแต่ละตัวชี้วัดจะมีเกณฑ์พิจารณา (critères) ถึงความเหมาะสมในการกำหนดโทษอาญาในระดับที่ลดหลั่นกันไปตั้งแต่ระดับต่ำสุด (ค่าคะแนน 1) ระดับปานกลาง (ค่าคะแนน 2) จนถึงระดับสูงสุด (ค่าคะแนน 3) โดยสำหรับเรื่องที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองนั้น มักจะได้แก่ คักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, ชีวิตของบุคคล, บุรณภาพแห่งดินแดน, เสรีภาพส่วนบุคคล, ความปลอดภัยของบุคคล, สิทธิในทรัพย์สิน, ความเป็นอยู่ส่วนตัวและชีวิตครอบครัว, หรือการไม่เลือกปฏิบัติ เป็นต้น (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560)

ทั้งนี้ เมื่อนำตัวชี้วัดทั้งสามประการข้างต้นมาคำนวณประกอบกับความผิดใดความผิดหนึ่งแล้วสามารถรวมผลคำนวณได้ค่ามากกว่า 7 เช่น กรณีที่การกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยเจตนา (ค่าคะแนน 3) และก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรง (ค่าคะแนน 3) ต่อคุณค่าระดับสูงที่มีอาจล่วงละเมิดได้ (ค่าคะแนน 3) ค่ารวมจะเท่ากับ 9 กรณีดังกล่าวนี้สมควรกำหนดให้การกระทำผิดนั้นมีโทษอาญา แต่หากการกระทำใดที่เมื่อรวมผลแล้วได้ค่าน้อยกว่า 5 กรณีดังกล่าวนี้

สมควรใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา โดยจะนำมาตรการลงโทษทางปกครองหรือโทษทางแพ่งมาใช้บังคับนั้นจะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดต่อไป

4.2 หลักเกณฑ์ของประเทศอิตาลี²

การกำหนดเกณฑ์เรื่องจากใช้โทษเมื่อวันที่ 19 ธันวาคม ค.ศ. 1983 อันเป็นหลักเกณฑ์การพิจารณาในการแบ่งแยกโทษอาญากับมาตรการลงโทษอย่างอื่น แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะมีได้มุ่งหมายจำกัดดุลพินิจของผู้ตรวจกฎหมายในการเลือกกำหนดโทษเพียงแต่จะเสนอหลักเกณฑ์ที่เป็น “กรอบ” ในการพิจารณากำหนดโทษเพื่อมิให้ผู้ตรวจกฎหมายใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจและเพื่อให้การกำหนดนโยบายอาญาของรัฐเป็นไปอย่างเหมาะสม โดยมีหลักสำคัญ 2 ประการในการเลือกกำหนดโทษ คือ (1) หลักความพอสมควรแก่เหตุ (principio di proporzione) โดยโทษที่กำหนดจะต้องได้สัดส่วนกับระดับความร้ายแรงของการกระทำผิด ซึ่งการพิจารณาว่าการกระทำผิดมีความร้ายแรงระดับใดต้องพิจารณาจากความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง ควบคู่ไปกับความร้ายแรงของการกระทำผิด โดยหากเรื่องที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล, นิติสมบัติส่วนบุคคล, นิติสมบัติของกลุ่มบุคคล หรือนิติสมบัติมหาชน และปรากฏว่าการกระทำผิดก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง กรณีนี้จึงสมควรกำหนดให้การกระทำผิดนั้นมีโทษอาญา และ (2) หลักการใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสำรอง กล่าวคือ เมื่อปรากฏว่าหากพิจารณาจากสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองประกอบกับระดับ

² Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 dicembre 1983 : Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (Gazzetta Ufficiale del 23 gennaio 1984).

ความเสียหายที่เกิดแก่คุณค่านั้นแล้ว พบว่าเป็นการกระทำผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อคุณค่าลำดับรอง หรือก่อให้เกิดความเสียหายเล็กน้อยต่อคุณค่าระดับสูง ก็ต้องพิจารณาเลือกกำหนดโทษตามหลักการใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสำรอง (principio di sussidiarietà) หรือมาตรการสุดท้าย (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560)

4.3 หลักเกณฑ์ของประเทศไทย สำหรับการกำหนดเกณฑ์หรือนิยามของการกระทำที่มีลักษณะร้ายแรงในกฎหมายไทยนั้น เริ่มมีความชัดเจนมากขึ้นในปีพ.ศ. 2560 ซึ่งได้มีการกำหนดเกณฑ์ในการใช้โทษทางอาญากับความผิดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 วรรคสาม ที่บัญญัติว่า **“รัฐพึงจะกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง”** แต่ตามรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมิได้มีการกำหนดความหมายหรือให้นิยามของคำว่า “ความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง” ไว้แน่ชัด ทำให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนเมื่อนำเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้บังคับ เพื่อที่จะทำให้เกิดความชัดเจนในมาตรา 77 วรรคสาม ทางคณะรัฐมนตรีจึงได้จัดตั้งคณะกรรมการพัฒนากฎหมายขึ้น โดยให้ดำเนินศึกษา พิจารณา และเสนอแนะเกี่ยวกับการใช้โทษทางอาญาจนสามารถให้คำแนะนำเกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย โดยได้นิยามคำว่า “ความผิดร้ายแรง” ไว้ตามหลักเกณฑ์ที่ว่า (1) เป็นการกระทำที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ (2) เป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public order) กล่าวคือ กระทบต่อกฎเกณฑ์ที่บัญญัติขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย มุ่งคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม

หรือในประเทศชาติ (3) เป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งเป็นเรื่องร้ายแรง และกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม และ (4) เป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อส่วนรวม กล่าวคือ ส่งผลร้ายต่อประชาชนในวงกว้าง ในด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมืองการปกครอง หรือสิ่งแวดล้อม และทั้งนี้ในการพิจารณาหลักเกณฑ์ตามที่กล่าวมาข้างต้น รัฐต้องตระหนักว่าเกณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะเป็นพลวัตจึงต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับยุคสมัย สภาพสังคม เศรษฐกิจ การเมืองการปกครอง วัฒนธรรม และประเพณีที่เปลี่ยนแปลงไป รวมถึงตลอดถึงความก้าวหน้าของเทคโนโลยีและปัจจัยอื่น ๆ ในแต่ละช่วงเวลาด้วย (คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย, 2562)

4.4 ข้อสรุปจากการเปรียบเทียบความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงของทั้ง 3 ประเทศข้างต้น ซึ่งทางผู้เขียนจะสรุปการกำหนดความผิดอาญาสำหรับการกระทำผิดที่มีลักษณะร้ายแรงว่า จะต้องเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

1) เป็นการกระทำผิดที่มีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลแต่ละคน ซึ่งถือเป็นเรื่องสำคัญและในรัฐธรรมนูญของทุก ๆ ประเทศบัญญัติรับรองให้แก่ประชาชนนั้นถือว่าเป็นคุณค่าสูงสุดที่ไม่อาจถูกกระทบหรือถูกแทรกแซงจากบุคคลใดได้ เพราะฉะนั้นหากการกระทำผิดใดที่ก่อให้เกิดกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลก็สมควรที่จะนำโทษทางอาญามาใช้บังคับ

2) เป็นการกระทำผิดที่มีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบ

เรียบร้อยของประชาชนหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง ซึ่งเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประเทศโดยตรง ได้แก่ การกระทำที่อาจทำให้เกิดความไม่มั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการเมืองการปกครอง ส่วนการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนจะต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความไม่มั่นคง ความไม่สงบสุข และส่งผลกระทบต่อสุขภาวะของคนในสังคมอันจะมีผลต่อการอยู่ร่วมกัน โดยผลของการกระทำนั้นจะต้องส่งผลร้ายต่อประชาชนในวงกว้างด้วย

3) เป็นการกระทำที่สร้างความเสียหายต่อสิ่งที่เป็นสมบัติมหาชนอย่างร้ายแรง กล่าวคือ หากการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินของสาธารณะ (public goods) เช่น ระบบสาธารณสุข โภค ไม่ว่าจะเป็น เชื้อโรค ไฟฟ้า หรือระบบการขนส่งทั้งแบบรางหรือบนถนน หรือที่เกี่ยวข้องกับระบบการจัดเก็บภาษีอากร หรือสิ่งใดที่จำเป็นแก่การดำเนินงานของรัฐ เช่น ระบบการป้องกันประเทศ การกระทำผิดเหล่านี้ถือว่าเป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง อันสมควรนำโทษอาญามาใช้บังคับ เพราะอาจจะทำให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงหรือระบบเศรษฐกิจของประเทศอันจะก่อให้เกิดความเสียหายเป็นวงกว้างได้

5. วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงตามพระราชบัญญัติในประเทศไทย

เมื่อศึกษาถึงพระราชบัญญัติในประเทศไทย แล้วพบว่าปัจจุบัน มีพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาจำนวน 462 ฉบับ โดยบางฉบับได้มีการกำหนดโทษทางอาญาไว้อย่างเหมาะสมแล้ว หรือได้มีการนำโทษมาตรการลงโทษทาง

ปกครองหรือทางแพ่งมาใช้ประกอบ แต่อย่างไรก็ตาม ยังคงมีพระราชบัญญัติหลายฉบับที่มีปัญหาในการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่ไม่มีลักษณะร้ายแรง ดังนั้น ทางผู้เขียนจึงได้ทำการจำแนกพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาตามลักษณะของความผิดของแต่ละพระราชบัญญัติ เพื่อนำมาวิเคราะห์กับหลักเกณฑ์ความร้ายแรงอันควรกำหนดเป็นความผิดอาญา โดยสามารถจำแนกได้เป็น 7 กลุ่มดังต่อไปนี้

5.1 กลุ่มความผิดเกี่ยวกับการไม่มีเหตุอันสมควร ไม่ปฏิบัติตามหนังสือเรียกหรือคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือไม่ส่งเอกสารหรือหลักฐาน หรือไม่ยอมตอบคำถามหรือให้ถ้อยคำ หรือไม่มายังแจ้งข้อเท็จจริงเมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ซักถาม โดยได้แก่ตัวอย่างพระราชบัญญัติดังต่อไปนี้ (1) พระราชบัญญัติ การประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542 (2) พระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2524 หรือ (3) พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 เป็นต้น ซึ่งพบว่า เนื้อหาของพระราชบัญญัติกลุ่มนี้มีได้มุ่งคุ้มครองผลกระทบที่มีลักษณะร้ายแรง เพราะมิได้เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ, ความสงบเรียบร้อยของประชาชน, ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง ดังนั้น การกำหนดโทษอาญาสำหรับความผิดตามพระราชบัญญัติกลุ่มนี้ควรมีวัตถุประสงค์เพียงอย่างเดียว คือ เพื่อข่มขู่ไม่ให้ผู้ใดกล้าที่จะฝ่าฝืนเท่านั้น อีกทั้งหากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษจำคุกกับความผิดดังกล่าวจะพบว่า ความผิดดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งเรียกของเจ้าหน้าที่เท่านั้น มิได้มีลักษณะรุนแรงถึงขนาดต้องกัน

ผู้กระทำความผิดออกจากสังคม และการลงโทษจำคุกกับความผิดนี้ยังไม่สอดคล้องกับทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ด้วยเนื่องจากรัฐจะต้องคำนึงถึง “ผลประโยชน์ของสังคม” และ “ต้นทุนในการจัดการความผิด” ซึ่งความผิดข้างต้นนี้มิได้มีการสร้างความเสียหายแก่สังคมเป็นอย่างมาก หากมีการนำผู้กระทำความผิดไปลงโทษจำคุก สังคมจะต้องเสียต้นทุนไปเกินกว่าประโยชน์ที่จะได้รับ

ดังนั้น การกำหนดโทษอาญาสำหรับความผิดตามพระราชบัญญัติกลุ่มนี้จึงไม่มีความเหมาะสม แต่อย่างไรก็ตามความผิดดังกล่าวยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องนำมาตราการลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่งมาใช้บังคับเพื่อป้องกันการฝ่าฝืน โดยเมื่อพิจารณาจากลักษณะความผิดดังกล่าวพบว่า เป็นกรณีที่เอกชนต้องปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งได้ออกคำสั่งไป ซึ่งถือเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง ผู้เขียนจึงเห็นว่าการที่บุคคลใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ก็สมควรนำมาตราการลงโทษทางปกครองมาใช้บังคับ ซึ่งมาตรการที่เหมาะสมคือ “โทษปรับทางปกครอง”

5.2 กลุ่มความผิดเกี่ยวกับการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือข้อตกลงสำหรับมาตรการลงโทษทางแพ่ง หรือมาตรการทางปกครอง โดยได้แก่ตัวอย่างพระราชบัญญัติดังต่อไปนี้ (1) พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 (2) พระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 หรือ (3) พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 เป็นต้น ซึ่งตามพระราชบัญญัติข้างต้นเหล่านี้ เป็นการกำหนดความผิดในกรณีที่บุคคลใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือข้อตกลงสำหรับมาตรการลงโทษทางแพ่งหรือมาตรการลงโทษทางปกครอง เมื่อพิจารณาถึงที่มาของ

บทบัญญัติความผิดเหล่านี้ พบว่า สามารถนำมาตราการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับได้อย่างเหมาะสมกับความผิดนั้น ๆ จึงไม่นำโทษอาญามาใช้บังคับซึ่งสอดคล้องกับหลักที่ว่า “การจะนำโทษอาญามาใช้บังคับก็ต่อเมื่อไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น” อันเป็นหลักของวิธีทางสุดท้ายในการควบคุมพฤติกรรมอันไม่พึงประสงค์แก่สังคม

แต่อย่างไรก็ดี ตามบทบัญญัติข้างต้นได้กำหนดความผิดที่มีโทษอาญาในกรณีที่บุคคลใดกระทำการ ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือข้อตกลงสำหรับมาตรการลงโทษทางแพ่งหรือมาตรการลงโทษทางปกครองไว้ ซึ่งถือว่าเป็นการนำโทษอาญามาใช้บังคับเพื่อป้องกันการฝ่าฝืนมาตรการทางปกครองหรือทางแพ่งอันเป็นการกำหนดโทษอาญาที่ไม่เหมาะสม ซึ่งหากจะมีการกำหนดโทษอาญาได้ก็ต่อเมื่อไม่มีมาตรการลงโทษอื่นใดที่จะนำมาใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดได้อย่างเหมาะสม แต่ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังสามารถที่จะนำมาตราการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับได้อยู่ กล่าวคือ ลักษณะของความผิดข้างต้นนั้นต้องการที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดให้ได้รับผลกระทบหรือความเสียหายทางด้านเศรษฐกิจ เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการนำมาตราการลงโทษปรับเป็นพินัยมาใช้บังคับกับความผิดดังกล่าวแทนการใช้โทษอาญาจะเป็นการเหมาะสมที่สุด เพราะความผิดดังกล่าวมิได้มีลักษณะร้ายแรง อันจะเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล หรือสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง

5.3 กลุ่มความผิดเกี่ยวกับการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือข้อกำหนดในพระราชบัญญัติ โดยสาระสำคัญของบทบัญญัติในลักษณะนี้ คือ การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือข้อกำหนดของเจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัติ อันถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง เพราะเป็นการออกคำสั่งเพื่อบังคับแก่ประชาชน หากบุคคลใดฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามถือว่าเป็นความผิดเนื่องจากการละเมิดคำสั่งของรัฐว่าด้วยระเบียบสาธารณะ (public torts) และต้องระวางโทษอาญาตามที่ได้กำหนดไว้ โดยได้แก่ว่างอย่างพระราชบัญญัติดังต่อไปนี้ เช่น (1) พระราชบัญญัติการป้องกันและแก้ไขปัญหามลพิษ การตั้งครุฑในวัยรุ่น พ.ศ. 2559 (2) พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2562 หรือ (3) พระราชบัญญัติการพัฒนาและส่งเสริมพลังงาน พ.ศ. 2535 เป็นต้น ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วพบว่า เนื้อหาของพระราชบัญญัติเหล่านี้ มิได้มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ที่มีลักษณะร้ายแรง เพราะมิได้เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ, ความสงบเรียบร้อยของประชาชน, ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ ดังนั้น การที่พระราชบัญญัติในกลุ่มนี้กำหนดโทษอาญาคงจะมีเพียงวัตถุประสงค์เดียว คือ เพื่อยกยั้งมิให้ผู้ใดกล้าที่จะฝ่าฝืนเท่านั้น อีกทั้งการกระทำผิดตามพระราชบัญญัติข้างต้นนั้น คงเป็นเรื่องเกี่ยวกับการละเมิดคำสั่งของรัฐว่าด้วยระเบียบสาธารณะ (public torts) เท่านั้น ซึ่งมีได้มีลักษณะเป็นความผิดอาญาโดยแท้ (crime) คงเป็นกฎหมายเทคนิคที่ได้บัญญัติขึ้นมาใหม่เพื่อควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคม

เพราะฉะนั้นหากมีผู้ใด ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม ผู้นั้นย่อมไม่ใช่อาชญากร การที่จะนำโทษอาญาไม่ว่าจะเป็นโทษจำคุกหรือโทษปรับมาใช้บังคับจึงเป็นการใช้โทษอาญาที่ไม่เหมาะสมกับความผิด เพราะการลงโทษจำคุกเป็นการตัดหรือกั้นผู้กระทำความผิดดังกล่าวออกจากสังคมไม่ให้มีการกระทำความผิดซ้ำ แต่ความผิดข้างต้นมิได้มีลักษณะรุนแรงถึงขนาดที่จะต้องลงโทษเช่นนั้น และไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ด้วย เนื่องจากเมื่อนำโทษอาญามาใช้บังคับแล้วจะเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลและทำให้ผู้กระทำความผิดมีประวัติอาชญากรรม ส่งผลให้ผู้นั้นได้รับผลกระทบในการดำเนินชีวิตเป็นอย่างมาก เพราะอาจเสียโอกาสในการเข้าทำงาน ซึ่งหากเปรียบเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดคำสั่งของรัฐนั้น ผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผู้กระทำความผิดจึงมีมากกว่า ดังนั้น การนำโทษอาญามาใช้กับความผิดดังกล่าวจึงไม่มีความเหมาะสม

แต่อย่างไรก็ตาม ความผิดดังกล่าวก็ยังมี ความจำเป็นที่จะต้องกำหนดมาตรการลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่งมาใช้บังคับเพื่อบังคับมิให้บุคคลใดกล้าที่จะฝ่าฝืน โดยเมื่อพิจารณาจากลักษณะความผิดพบว่า เป็นกรณีที่เอกชนต้องปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐว่าด้วยระเบียบสาธารณะ (Public Torts) ซึ่งถือเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากบุคคลใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ ก็สมควรนำมาตรการลงโทษทางปกครองมาใช้บังคับซึ่งมาตรการลงโทษที่เหมาะสมคือ “โทษปรับทางปกครอง”

5.4 กลุ่มความผิดเกี่ยวกับการไม่จัดการรักษาทรัพย์สินของนิติบุคคล หรือไม่ส่งมอบทรัพย์สิน สมุดบัญชี เอกสาร และสิ่งอื่นของนิติบุคคลเมื่อถูกร้องขอ โดยได้แก่ตัวอย่างพระราชบัญญัติดังต่อไปนี้ (1) พระราชบัญญัติการฉ้อโกง พ.ศ. 2545 (2) พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 หรือ (3) พระราชบัญญัติสมาคมการค้า พ.ศ. 2509 เป็นต้น ซึ่งสาระสำคัญของบทบัญญัติในกลุ่มนี้ คือ การกำหนดความผิดสำหรับ “การไม่จัดการรักษาทรัพย์สินของนิติบุคคล หรือไม่ส่งมอบทรัพย์สิน สมุดบัญชี เอกสาร และสิ่งอื่นของนิติบุคคลเมื่อถูกเจ้าหน้าที่ร้องขอ” และกำหนดโทษอาญาไว้ในกรณีที่มีการฝ่าฝืน ซึ่งเนื้อหาของความผิดมิได้มีลักษณะเป็นการกระทำที่มีลักษณะร้ายแรง อันจะเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล หรือสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง แต่อาจเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบราชการของรัฐได้ ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นก็มิได้มีลักษณะที่รุนแรงถึงขนาดสร้างผลกระทบต่อการดำเนินงานของรัฐในวงกว้าง ดังนั้น ความผิดในลักษณะนี้จึงมิได้เป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดต้องนำโทษอาญามาใช้บังคับ อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงการนำโทษจำคุกมาใช้บังคับพบว่าความผิดในลักษณะนี้มีได้มีความรุนแรง ถึงขนาดจำต้องกันผู้กระทำผิดออกจากสังคมเป็นการชั่วคราว แต่การกำหนดโทษจำคุกในความผิดลักษณะนี้กลับเป็นการกำหนดโทษเพื่อข่มขู่ ยับยั้ง ไม่ให้ผู้ใดกล้าที่จะฝ่าฝืนหรือกระทำความผิดเท่านั้น ดังนั้น จึงเป็นการนำโทษ

จำคุกมาใช้บังคับอย่างไม่เหมาะสม เพราะฉะนั้นความผิดในเรื่องดังกล่าวตามพระราชบัญญัติข้างต้น จึงไม่สมควรที่จะนำโทษอาญามาใช้บังคับกับความผิด

แต่อย่างไรก็ตาม ความผิดดังกล่าวอาจสร้างความเสียหายให้กับการดำเนินงานทางราชการได้ จึงสมควรจะกำหนดมาตรการลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นมาเพื่อที่จะบังคับและลงโทษเมื่อมีการฝ่าฝืน โดยผู้เขียนเห็นว่าลักษณะความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีเกี่ยวข้องระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนอันเป็นเรื่องในทางปกครอง ดังนั้น จึงสามารถที่จะนำโทษทางปกครองมาใช้บังคับซึ่งโทษทางปกครองที่เหมาะสมคือ “โทษปรับทางปกครอง”

5.5 กลุ่มความผิดเกี่ยวกับการประกอบบางอย่างโดยไม่ได้รับใบอนุญาตหรือประกอบการบางอย่างภายหลังที่ได้มีคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตนั้น หรือไม่มีสิทธิที่จะใช้ต่อไป สำหรับพระราชบัญญัติ กลุ่มนี้เป็นพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการขออนุญาตประกอบกิจการหรือขอให้บริการของเอกชน โดยกิจการหรือบริการเหล่านั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากทางภาครัฐเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินการได้ เพราะรัฐจะต้องเข้ามาดำเนินการควบคุมดูแล จัดระเบียบเพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานที่เหมาะสมและสร้างความปลอดภัยให้กับประชาชนผู้ใช้บริการในกิจการนั้น ๆ จึงต้องมีการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาไว้เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ใดกล้าฝ่าฝืน แต่ตามกลุ่มตัวอย่างพระราชบัญญัตินี้ถือว่า เป็นการโทษอาญาที่ไม่เหมาะสม เช่น (1) พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาด และค้าของเก่า พุทธศักราช 2474 (2) พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550 หรือ

(3) พระราชบัญญัติธุรกิจรักษาความปลอดภัย พ.ศ. 2558 เป็นต้น ซึ่งเมื่อพิจารณาพบว่า ผลกระทบจากการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นนั้น แม้จะก่อให้เกิดความเสียหายแต่ก็มิได้มีลักษณะร้ายแรงอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคล ความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง ถึงขนาด จำต้องนำโทษทางอาญามาใช้บังคับ และหากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษจำคุก แล้วเห็นว่า การกระทำความผิดดังกล่าวมิได้มีลักษณะรุนแรงถึงขนาดจำต้องกันผู้กระทำความผิดออกจากสังคมแต่อย่างใด เพราะฉะนั้นการนำโทษอาญามาใช้กับความผิดตามพระราชบัญญัติกลุ่มนี้จึงไม่มีความเหมาะสม

แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าว ยังคงมีความจำเป็นต้องกำหนดมาตรการลงโทษ อย่างใดอย่างหนึ่งมาใช้บังคับ เพราะรัฐจะต้อง เข้ามาควบคุมดูแล จัดระเบียบ การประกอบกิจการ ต่าง ๆ ให้เป็นไปตามมาตรฐานที่เหมาะสม และ สร้างความปลอดภัยให้กับประชาชนผู้ใช้บริการ ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่า เมื่อการกระทำความผิด เป็นการขออนุญาตประกอบกิจการระหว่าง ภาคเอกชนกับหน่วยงานของรัฐโดยตรง ซึ่งรัฐ จะมีคำสั่งว่าอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ประกอบ กิจการอันถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง เพราะฉะนั้นหากมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับ เรื่องดังกล่าวก็ควรนำโทษทางปกครองมาใช้ บังคับ และในความผิดลักษณะเดียวกันนี้ตามกฎหมายฝรั่งเศสได้มีการกำหนดให้ความผิด เกี่ยวกับการขออนุญาตจากหน่วยงานของรัฐ และมีได้เป็นความผิดที่สังคมต้องประณาม สมควรนำโทษทางปกครองมาใช้บังคับ เช่นเดียวกัน

5.6 กลุ่มความผิดเกี่ยวกับการขอยกเว้น ค่าธรรมเนียมตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่มีสิทธิ ได้รับยกเว้น โดยได้แก้ตัวอย่างพระราชบัญญัติ ดังต่อไปนี้ (1) พระราชบัญญัติยกเว้นค่าธรรมเนียม บางประเภทให้แก่ทหารผ่านศึกนอกประจำการ และครอบครัวทหารผ่านศึกซึ่งเสียชีวิตจากการ ปฏิบัติหน้าที่ พ.ศ. 2535 (2) พระราชบัญญัติ ยกเว้นค่าธรรมเนียมบางประเภทให้แก่ผู้ได้รับ พระราชทานเหรียญกล้าหาญ พ.ศ. 2526 และ (3) พระราชบัญญัติยกเว้นค่าธรรมเนียมบาง ประเภทให้แก่ผู้ได้รับพระราชทานเหรียญ ชัยสมรภูมิ พ.ศ. 2507 เป็นต้น ซึ่งพระราชบัญญัติ กลุ่มนี้มีการกำหนดอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 1 เดือน และมีโทษปรับ โดยจากการพิจารณา พบว่า สำคัญสำคัญของความผิด คือ “การขอยกเว้นค่าธรรมเนียมตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่มีสิทธิได้รับยกเว้น” และหากพิจารณาต่อไป ที่เนื้อหาของบทบัญญัติความผิดจะพบว่าเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะอันเป็น การละเมิดสิทธิส่วนบุคคล หรือสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือ ความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง แต่คงเป็น การกระทำที่สร้างความเสียหายต่อสิ่งที่เป็น สมบัติมหาชน เนื่องจากค่าธรรมเนียมดังกล่าว เป็นสิ่งที่รัฐพึงจะได้รับหากไม่มีเหตุที่จะได้รับ ยกเว้น ดังนั้นความผิดในเรื่อง “การขอยกเว้น ค่าธรรมเนียม ตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่มี สิทธิได้รับยกเว้น” จึงมิใช่ความผิดที่มีลักษณะ ร้ายแรงถึงขนาดจำต้องนำโทษอาญามาใช้บังคับ อีกทั้งการที่พระราชบัญญัติข้างต้นนำโทษอาญา มาใช้บังคับนั้นคงเป็นการใช้โทษอาญาโดยมี วัตถุประสงค์เพื่อข่มขู่ ยับยั้ง ไม่ให้ผู้ใดกล้าที่จะ

ฝ่าฝืนหรือกระทำความผิดเท่านั้น ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของ Nigel Walker ที่ว่า “รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับโทษแต่เพียงอย่างเดียว” และไม่สอดคล้องกับทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ เนื่องจากรัฐจะต้องคำนึงถึง “ผลประโยชน์ของสังคม” และ “ต้นทุนในการจัดการกับความผิด” ซึ่งความผิดข้างต้นมิได้สร้างความเสียหายแก่สังคมเป็นอย่างมาก เมื่อเปรียบเทียบกับ การลงโทษผู้กระทำความผิด โดยหากมีการนำผู้กระทำความผิดไปลงโทษอาญาอาจทำให้สังคมต้องสูญเสียต้นทุนอันเป็นค่าใช้จ่ายในการดูแลผู้กระทำความผิดอันเป็นผลเสียที่เกินไปกว่าประโยชน์ที่จะได้รับการลงโทษผู้กระทำความผิด ดังนั้น การกำหนดโทษอาญาสำหรับความผิดในพระราชบัญญัติกลุ่มนี้ จึงไม่มีความเหมาะสม และสมควรที่จะยกเลิกการนำโทษอาญามาใช้บังคับ

แต่อย่างไรก็ตาม ความผิดดังกล่าวยังคงมีความจำเป็นต้องกำหนดมาตรการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับ โดยผู้เขียนเห็นว่าการกระทำผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่สร้างความเสียหายแก่รัฐอันเป็นความผิดระหว่างรัฐกับเอกชน เพราะฉะนั้นจึงถือว่าเป็นเรื่องกฎหมายปกครอง สมควรที่จะนำโทษทางปกครองมาใช้บังคับซึ่งโทษทางปกครองที่เหมาะสมกับความผิด คือ “โทษปรับทางปกครอง”

5.7 กลุ่มความผิดเกี่ยวกับการห้ามใช้ชื่อหรือคำแสดงชื่อโดยไม่ได้รับอนุญาต โดยความผิดตามพระราชบัญญัติกลุ่มนี้จะเป็นการกำหนดความผิดเกี่ยวกับ “การห้ามใช้ชื่อหรือคำแสดงชื่อโดยไม่ได้รับอนุญาต” ซึ่งมีการ

กำหนดโทษอาญาไว้หากมีการฝ่าฝืน แต่ในพระราชบัญญัติดังต่อไปนี้มีการกำหนดโทษอาญาที่ไม่เหมาะสม ซึ่งมีตัวอย่างเช่น (1) พระราชบัญญัติวิชาชีพกายภาพบำบัด พ.ศ. 2547 (2) พระราชบัญญัติ วิชาชีพการสัตวแพทย์ พ.ศ. 2545 (3) พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2541 หรือ (4) พระราชบัญญัติสหกรณ์เหมืองแร่ พ.ศ. 2526 เป็นต้น ซึ่งหากพิจารณาถึงลักษณะความผิดพบว่า การใช้ชื่อหรือคำแสดงชื่อของวิชาชีพหรือองค์การนั้น มิได้มีลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสังคมในวงกว้างจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องนำโทษอาญามาใช้บังคับ การที่พระราชบัญญัตินำโทษอาญามาบังคับคงมีเพียงวัตถุประสงค์เดียวคือ เพื่อยกยู่ ยับยั้ง ไม่ให้ผู้ใดกล้าที่จะฝ่าฝืนหรือกระทำความผิดเท่านั้น ซึ่งการกำหนดโทษอาญาในลักษณะนี้ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของ Nigel Walker ที่ว่า “รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับโทษแต่เพียงอย่างเดียว” อีกทั้งหากพิจารณาโดยนำวัตถุประสงค์ของการลงโทษจำคุกมาเปรียบเทียบกับลักษณะความผิดในพระราชบัญญัติ กลุ่มนี้ จะพบว่าความผิดดังกล่าวมิได้มีลักษณะรุนแรงถึงขนาดจำต้องกันผู้กระทำความผิดออกจากสังคม ดังนั้นการใช้โทษจำคุกจึงไม่มีความเหมาะสมกับความผิดดังกล่าวด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม ความผิดในกลุ่มนี้อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อองค์กรหรือสาขาวิชาชีพต่าง ๆ ได้ จึงมีความจำเป็นต้องกำหนดมาตรการลงโทษอื่นเพื่อนำมาใช้บังคับกับความผิด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการกระทำผิดดังกล่าวผู้กระทำความผิดมีความประสงค์ที่จะ

ใช้ข้อองค์กรเหล่านี้เพื่อไปแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ ดังนั้น การลงโทษด้วยมาตรการที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจจึงน่าจะมีความเหมาะสมและส่งผลกระทบต่อผู้กระทำความผิดมากที่สุด โดยมาตรการลงโทษอย่างอื่นที่ส่งผลกระทบต่อสภาพเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดนั้นคือการปรับ ซึ่งการปรับที่ไม่ใช่โทษอาญา คือ “การนำโทษปรับทางพนัน” มาใช้บังคับอันเป็นการลงโทษที่เหมาะสมที่สุด

5.8 กลุ่มความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียว โดยได้แก่ตัวอย่างพระราชบัญญัติดังต่อไปนี้ พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พุทธศักราช 2485 มาตรา 39 หรือ พระราชบัญญัติการทะเบียนคนต่างด้าว พ.ศ. 2493 มาตรา 21 เป็นต้น ซึ่งเมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติความผิดข้างต้นแล้วจะพบว่า มีการกำหนดโทษปรับไว้เป็นโทษอาญาสถานเดียว ทั้งอัตราโทษปรับสำหรับความผิดดังกล่าวก็มีความเหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน โดยจากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติเหล่านี้มีปัญหาในลักษณะเดียวกัน คือ การกำหนดอัตราโทษปรับที่ไม่เหมาะสม โดยมีสาเหตุมาจากการที่ประเทศไทยมีการใช้โทษปรับแบบตายตัว (fixed rate fine) ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากจะมีการแก้ไขในเรื่องอัตราโทษปรับที่ไม่เหมาะสมตามสภาพการณ์ปัจจุบัน ควรนำวิธีการปรับเป็นหน่วยโทษ (penalty units) มาใช้บังคับเพื่อให้อัตราโทษปรับเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคมในแต่ละยุคสมัยอย่างเหมาะสมอันจะทำให้บทบัญญัติดังกล่าวสามารถนำมาใช้บังคับได้จริง

■ บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก การกำหนดความผิด และโทษอาญาจึงต้องมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน โดยการกำหนดความผิดและโทษอาญาในกฎหมายไทยนั้นจะถูกบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลัก แต่จะมีการบัญญัติในพระราชบัญญัติในกรณีที่มีความต้องการบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองเรื่องใดเป็นการเฉพาะด้วย ทั้งนี้ในปี พ.ศ. 2560 ได้มีการกำหนดเกณฑ์ในการใช้โทษอาญากับความผิดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 วรรคสาม ที่บัญญัติว่า “รัฐพึงจะกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง” เพื่อควบคุมไม่ให้มีการกำหนดโทษอาญาเกินความจำเป็น แต่ตามรัฐธรรมนูญมิได้มีการกำหนดความหมายหรือให้นิยามของคำว่า “ความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง” ไว้ ทำให้เกิดปัญหาด้านความไม่ชัดเจนเมื่อนำหลักเกณฑ์ดังกล่าว มาใช้บังคับ จนในปีพ.ศ. 2562 ทางคณะรัฐมนตรีได้จัดตั้งคณะกรรมการพัฒนากฎหมายขึ้นเพื่อให้ดำเนินศึกษา พิจารณา และเสนอแนะเกี่ยวกับการใช้โทษทางอาญา ซึ่งทางคณะกรรมการพัฒนากฎหมายได้ออกคำแนะนำเกี่ยวกับการให้นิยามคำว่า “ความผิดร้ายแรง” ไว้ว่าจะต้องเป็นการกระทำความผิดที่ (1) กระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ (2) กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (3) กระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง และ (4) มีผลกระทบต่อ

ส่วนรวมในวงกว้าง ซึ่งหลักเกณฑ์ทั้ง 4 ข้อของ คณะกรรมการพัฒนากฎหมายนี้ถือเป็นหลักเกณฑ์ ในการกำหนดนิยามของความผิดที่มีลักษณะ ร้ายแรงในปัจจุบันของประเทศไทย ทั้งนี้ เมื่อทำ การเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ความร้ายแรงของ ความผิดตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและ อิตาลี พบว่า การกำหนดหลักเกณฑ์ความผิดที่มี ลักษณะร้ายแรงของประเทศนั้นถือว่าชัดเจน พอสมควรและสามารถนำไปใช้กับการบัญญัติ กฎหมายหมายที่มีโทษอาญาต่อไปได้ แต่อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์ข้างต้นนั้นจะถูกนำมาใช้บังคับ ก็ต่อเมื่อมีการบัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นเท่านั้น แต่สำหรับกฎหมายเก่าหรือกฎหมายที่ได้บัญญัติ ขึ้นมาแล้วและมีโทษอาญา กลับมิได้ถูกนำมา พิจารณาถึงความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง เท่าที่ควร ซึ่งพระราชบัญญัติที่มีโทษอาญาก็เป็น หนึ่งในกฎหมายเหล่านี้ โดยที่ผ่านมามาตั้งแต่อดีต จนถึงปัจจุบัน (พ.ศ. 2562) มีพระราชบัญญัติ ที่มีโทษอาญาทั้งสิ้นประมาณ 462 ฉบับ และ เมื่อพิจารณาลงไปในเรื่องความผิดของแต่ละ พระราชบัญญัติพบว่า พระราชบัญญัติหลายฉบับ มีปัญหาในการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับ ความผิดที่ไม่มีลักษณะร้ายแรง เพราะฉะนั้น เพื่อที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวทางผู้เขียนจึงขอ เสนอแนะแนวทางการแก้ไขดังต่อไปนี้

1. การใช้โทษอาญาสำหรับความผิด ในพระราชบัญญัตินั้นควรกำหนดเท่าที่จำเป็น
กล่าวคือ ความผิดที่จะสมควรกำหนดโทษทาง

อาญานั้นก็ต้องเป็นความผิดที่กระทบต่อ ความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของ ประเทศ, กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน, กระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน อย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวม ในวงกว้าง ทั้งนี้ หากบทบัญญัติใดมิได้มีลักษณะ ที่เป็นการก่อให้เกิดผลกระทบต่อเรื่องต่าง ๆ ที่กล่าวข้างต้น รัฐก็ไม่สมควรที่จะนำโทษอาญา มาใช้บังคับกับความผิดนั้น เช่น พระราชบัญญัติ การศึกษาภาคบังคับ พ.ศ. 2545 ตามบทบัญญัติ มาตรา 13 ความว่า “ผู้ปกครองที่ไม่ปฏิบัติตาม มาตรา 6³ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท” เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี การที่จะพิจารณาว่า การกระทำผิดใดเป็นความผิดที่มีลักษณะ ร้ายแรงนั้น ไม่ได้มีข้อกำหนดตายตัวที่ชัดเจน คงเป็นเรื่องของการใช้ “ดุลพินิจ” ของผู้ตรา กฎหมาย

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า รัฐควรจะ กำหนดเกณฑ์หรือกรอบที่ชัดเจนเพียงพอ เพื่อที่จะควบคุมการใช้ดุลพินิจของผู้ตรากฎหมาย ในการที่จะกำหนดโทษทางอาญาในพระราช- บัญญัติ โดยอาจนำเกณฑ์การแทนค่าคะแนน ตามกฎหมายฝรั่งเศสที่คณะกรรมการปรับปรุง ประมวลกฎหมายอาญาได้เสนอไว้ มาปรับใช้กับ เกณฑ์ที่คณะกรรมการพัฒนากฎหมายของไทย ได้ให้ความเห็นไว้ ดังตัวอย่างตารางดังนี้

³ มาตรา 6 ความว่า “ให้ผู้ปกครองส่งเด็กเข้าเรียนในสถานศึกษาเมื่อเด็กมีอายุถึงตามเกณฑ์การศึกษาภาคบังคับได้กำหนดไว้”

ตัวชี้วัด	เกณฑ์การพิจารณา	ระดับที่สมควรกำหนดเป็นความผิดอาญา
(1) ความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ	ก่อให้เกิดผลกระทบขึ้นได้	2
	ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบ	1
(2) ความสงบเรียบร้อยของประชาชน	ก่อให้เกิดผลกระทบขึ้นได้	2
	ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบ	1
(3) ศีลธรรมอันดีของประชาชน	ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงขึ้นได้	2
	ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบ	1
(4) มีผลต่อส่วนรวมในวงกว้าง	ก่อให้เกิดผลกระทบขึ้นได้	2
	ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบ	1

โดยทั้งนี้ เมื่อนำตัวชี้วัดทั้งสี่ประการข้างต้น มาพิจารณาและคำนวณประกอบกันแล้วกับ ความผิดใดความผิดหนึ่งแล้ว สามารถรวมผล คำนวณได้ค่ามากกว่า 5 คะแนนขึ้นไป เช่น กรณีที่ การกระทำนั้นเป็นก่อให้เกิดผลกระทบต่อความ มั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ (ค่าคะแนน 2) และก่อให้เกิดผลกระทบต่อความ สงบเรียบร้อยของประชาชน (ค่าคะแนน 2) แต่มีได้ กับกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่าง ร้ายแรง (ค่าคะแนน 1) และส่งผลกระทบต่อ ส่วนรวมในวงกว้าง (ค่าคะแนน 2) ค่ารวม จะเท่ากับ 7 กรณีดังกล่าวนี้สมควรกำหนดให้ การกระทำผิดนั้นมีโทษอาญาเพราะถือว่าเป็น การกระทำที่มีลักษณะร้ายแรง แต่หากการ กระทำใดที่เมื่อรวมผลแล้วได้ค่าตั้งแต่ 5 คะแนน ลงไป เช่น พระราชบัญญัติการศึกษาภาคบังคับ พ.ศ. 2545 ตามบทบัญญัติมาตรา 13 ที่กำหนด โทษทางอาญาสำหรับผู้ปกครองที่ไม่ส่งบุตร ของตนเข้าทำการศึกษา โดยหากพิจารณาแล้ว พบว่า เรื่องดังกล่าวนี้มีได้ส่งผลกระทบต่อ ความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของ ประเทศ (ค่าคะแนน 1) และต่อความสงบเรียบร้อย

ของประชาชน (ค่าคะแนน 1) มิได้กระทบต่อ ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง (ค่าคะแนน 1) และต่อส่วนรวมในวงกว้าง (ค่าคะแนน 1) เพราะฉะนั้นค่ารวมจะเท่ากับ 4 ซึ่งถือว่ากรณีดังกล่าวมิได้เป็นความผิดที่มี ลักษณะร้ายแรงถึงขนาดที่จะต้องนำโทษอาญา มาบังคับ โดยอาจจะกำหนดมาตรการลงโทษ อื่น ๆ ที่เหมาะสมมาใช้บังคับแทนโทษอาญา ต่อไปก็ได้ เป็นต้น แต่ทั้งนี้ ผู้ตรากฎหมายก็ไม่ จำต้องยึดเกณฑ์หรือกรอบข้างต้นโดยเคร่งครัด เพราะบางความผิด แม้จะมีได้มีลักษณะร้ายแรง ก็ตาม แต่หากมีความจำเป็นต้องนำโทษทาง อาญามาใช้บังคับเพื่อที่จะควบคุมคนในสังคม ให้ปฏิบัติตาม กรณีเหล่านี้ก็สมควรที่จะเปิดช่อง ให้สามารถนำโทษอาญามาใช้บังคับได้ แต่ทั้งนี้ ก็ต้องมีการพิจารณาการใช้โทษอาญาอย่าง เหมาะสม และไม่ขัดกับประมวลกฎหมายอาญา หรือพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาในลักษณะ เดียวกันด้วย

2. โทษอาญาควรถูกนำมาใช้บังคับเมื่อ มาตรการลงโทษอย่างอื่นไม่สามารถใช้บังคับ กับความผิดนั้นได้ การใช้มาตรการการลงโทษ

ทางอาญานั้นควรจะถูกนำมาใช้บังคับเป็นวิถีทางสุดท้าย กล่าวคือ ไม่มีมาตรการลงโทษอย่างอื่นเพื่อให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายหรือการลงโทษด้วยมาตรการอื่นไม่ทำให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัว ดังนั้น หากพระราชบัญญัติใด ๆ มีความจำเป็นต้องกำหนดมาตรการลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่งมาใช้บังคับ เพื่อป้องกันมิให้มีผู้ใดฝ่าฝืนหรือขัดต่อคำสั่งตามพระราชบัญญัตินั้น ๆ โดยสามารถกำหนดมาตรการลงโทษอย่างอื่น เช่น การกำหนดมาตรการจูงใจเพื่อให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมาย การนำมาตรการลงโทษทางแพ่งมาใช้บังคับ หรือการนำโทษทางปกครอง มาใช้บังคับกับการกระทำนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพแล้ว ความผิดดังกล่าวก็ไม่จำเป็นต้องกำหนดโทษอาญามาบังคับแต่อย่างใด ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติอันมีความผิดเกี่ยวกับการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือข้อกำหนดทั้งหลาย จะมีบทบัญญัติคล้ายกัน คือ “มาตรา ... ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งของคณะกรรมการหรือเจ้าหน้าที่ตามมาตรา ... ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน... หรือปรับไม่เกิน... หรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่งเป็นการกำหนดโทษทางอาญามาใช้บังคับโดยมิได้คำนึงถึงมาตรการลงโทษอื่น ๆ ที่สามารถลงโทษได้อย่างเหมาะสมเช่นกัน เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงอาจนำโทษปรับทางปกครองอันเป็นโทษทางปกครองมาใช้บังคับแทนได้ โดยอาจกำหนดข้อความดังต่อไปนี้

“มาตรา ... ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งของคณะกรรมการหรือเจ้าหน้าที่ตามมาตรา...ต้องระวางโทษปรับทางปกครองวันละ... จนกว่าจะปฏิบัติให้ถูกต้องโดยให้คำนึงถึงความร้ายแรงของพฤติการณ์แห่งการกระทำ

ความผิดด้วย” เป็นต้น

ทั้งนี้ การที่จะกำหนดมาตรการลงโทษอย่างอื่นแทนการใช้โทษอาญานั้น ก็ควรที่จะกำหนดเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาด้วยการกระทำผิดดังกล่าวสมควรที่จะใช้มาตรการลงโทษอย่างไรจึงจะเหมาะสมกับการกระทำผิดนั้น โดยการกำหนดเกณฑ์เหล่านี้จะทำให้พระราชบัญญัติที่มีความผิดในเรื่องเดียวกันสามารถกำหนดมาตรการลงโทษที่เป็นไปในทางเดียวกันและสอดคล้องกันได้ อันเป็นการสร้างความเป็นเอกภาพในการบัญญัติกฎหมายต่อไป

■ บรรณานุกรม

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: ผลสยาม.
- คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย. (2562). *การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย*. ค้นเมื่อ 27 พฤศจิกายน 2562, จาก <https://www.lawreform.go.th/uploads/files/1579159114-qrw29-3qrlt.pdf>
- คณิต ณ นคร. (2563). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิต ณ นคร. (2559). *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- จิตติ ติงศรัทีย. (2555). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 11). นนทบุรี: เพชรรุ่ง.
- เดือนเด่น นิคมบริรักษ์. (2562). *ปฏิรูปกฎหมายเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ*. ค้นเมื่อ 27 พฤศจิกายน 2562,

- จาก <https://www.bot.or.th/Thai/BOTMagazine/Pages/256204Knowledge03.aspx>
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2564). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 22). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ปกป้อง ศรีสนิท. (2561). *กฎหมายอาญาระดับสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สกล นิศารัตน์. (2557). *กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2560). *หลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย ส่วนที่ 3*. กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.
- หยุด แสงอุทัย. (2556). *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 21). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- Ashworth, A., & Horder, J. (2013). *Principles of criminal law* (7TH ed.). Great Britain: Oxford University.
- MARTY, D. (1992). *Les grands systèmes de politique criminelle*. Paris: P.U.F..
- Herbert, L. P. (1968). *The limits of the criminal sanction*. California: Stanford University.



