

การกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง  
: ศึกษาเฉพาะพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาตามกฎหมายไทย

DETERMINING CRIMINAL PUNISHMENT FOR LESS SERIOUS OFFENSES: A STUDY  
OF ACTS WITH CRIMINAL PUNISHMENT IN THAILAND

พศิน วรเนติโพธิ์

Pasin Woranatipho

นักศึกษาระดับปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : pasin\_arm@hotmail.com

Graduate student of the Master of Laws Program in Criminal Law,

Faculty of Law, Thammasat University. Email address: pasin\_arm@hotmail.com

Received : April 01, 2021

Revised : June 08, 2021

Accepted : June 16, 2021

**บทคัดย่อ**

บทความนี้มุ่งศึกษาถึงปัญหาการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงในพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาตามกฎหมายไทย โดยจากการศึกษาพบว่าประเทศไทยมีพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาทั้งโทษปรับและโทษจำคุกอยู่เป็นจำนวนมาก แม้ว่าต่อมาจะได้มีการบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 ซึ่งวางหลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางอาญาในมาตรา 77 วรรคสาม รวมทั้งในปี พ.ศ.2562 ได้มีการตรา “พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ.2562” ขึ้น โดยความในมาตรา 5 ของพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติใช้โทษอาญากับความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงและเท่าที่จำเป็น แต่ก็ยังไม่สามารถที่จะแก้ไขปัญหาการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงในพระราชบัญญัติต่างๆได้เท่าที่ควร ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนและความเหมาะสมในการแก้ไขปัญหาการกำหนดโทษทางอาญากับความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงได้อย่างถูกต้อง จึงต้องศึกษาต่อไปว่าความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงนั้นมีนิยามความหมายอย่างไร และการบังคับโทษทางอาญาอย่างไรให้เกิดความเหมาะสมและจำเป็น

บทความนี้ได้ศึกษาเอกสาร ตำรา หนังสือ วิทยานิพนธ์ คำพิพากษาของศาล และกฎหมาย ตลอดจนบทความต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดและโทษทางอาญากับความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงทั้งตามกฎหมายของไทยและกฎหมายต่างประเทศ สำหรับกฎหมายต่างประเทศได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศฝรั่งเศสและประเทศอิตาลี เนื่องจากทั้งสองประเทศดังกล่าวมีการกำหนดหลักเกณฑ์ของการแบ่งความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงไว้อย่างชัดเจน และนำผลการศึกษามาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงของประเทศไทย เพื่อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวกับประเทศไทยต่อไป

จากผลการศึกษาเปรียบเทียบพบว่า ประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดหลักเกณฑ์ความร้ายแรงขึ้นมาเป็นข้อๆ โดยนำหลักการให้ค่าคะแนนมาใช้บังคับ ซึ่งหากการกระทำความผิดใดมีค่าคะแนนรวมที่ถึงเกณฑ์ก็จะถือว่าความผิดนั้นเป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงอันสมควรนำโทษอาญามาใช้บังคับ ส่วนประเทศอิตาลีมีการกำหนดเกณฑ์ลักษณะของความเสียหายขึ้นมาเพื่อเป็นกรอบในการใช้ดุลพินิจของผู้ตรากฎหมาย โดยหากการกระทำความผิดใดสร้างความเสียหายตามนิยามของกรอบที่กำหนดไว้ ความผิดนั้นก็ถือว่ามีความร้ายแรงอันสมควรที่จะนำโทษอาญามาใช้บังคับ สำหรับประเทศไทยไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงไว้ในกฎหมายโดยชัดเจน แต่มีการให้นิยามผ่านคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายในปี พ.ศ.2562 ซึ่งถือเป็นหลักเกณฑ์เดียวในการใช้พิจารณา โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะถูกนำมาใช้บังคับก็ต่อเมื่อมีการบัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้น แต่สำหรับกฎหมายเก่าหรือกฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้นมาแล้วและมีโทษอาญากลับมิได้ถูกนำมาพิจารณาถึงความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงเท่าที่ควร จึงทำให้เกิดปัญหาการกำหนดโทษอาญากับความผิดที่ไม่มีลักษณะร้ายแรงในพระราชบัญญัติกลุ่มนี้ ดังนั้นการที่จะพิจารณาว่า การกระทำผิดใดเป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงนั้นไม่ได้มีข้อกำหนดตายตัวที่ชัดเจน คงเป็นการใช้ “ดุลพินิจ” ของผู้ตรากฎหมาย ซึ่งรัฐต้องกำหนดนิยาม หลักเกณฑ์ หรือกำหนดกรอบที่ชัดเจน เพื่อที่จะควบคุมการใช้ดุลพินิจของผู้ตรากฎหมาย โดยการนำหลักเกณฑ์การแทนค่าคะแนนตามกฎหมายฝรั่งเศสที่คณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาได้เสนอไว้ มาปรับใช้กับหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการพัฒนากฎหมายของไทยเสนอและนำหลักเกณฑ์การใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสุดท้ายมาพิจารณา จะทำให้กรอบนิยามของความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงนั้นมีความชัดเจนยิ่งขึ้น เพื่อนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวไปปรับใช้กับการศึกษาพระราชบัญญัติที่มีโทษอาญาทั้งหมดและนำไปแก้ไขปัญหาการกำหนดโทษอาญาที่ไม่เหมาะสมในพระราชบัญญัติของประเทศไทยต่อไป

**คำสำคัญ :** กฎหมายอาญา, การกำหนดโทษทางอาญา, ความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง, ความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง, โทษทางอาญา, พระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญา

## ABSTRACT

This article examines the problem of determining criminal punishment for less serious offenses for acts leading to criminal punishment under Thai law. Results of this study indicated that several acts with criminal punishment have been enforced in Thailand with both fines and prison sentences. In 2017, section 77, paragraph 3 of the Constitution of the Kingdom of Thailand stated principles for determining criminal punishment. In 2019, article 5 of the Act on Legislative Drafting and Evaluation of Outcomes of Law B.E. 2562 (2019) permitted legislative use of criminal punishment for serious offenses as necessary, but still did not resolve the issue of determining criminal punishments for lesser offenses. Therefore, to clarify and find appropriate solutions to the problem of determining criminal punishment for less serious offenses, serious offenses must be defined, as well as how to formulate suitable criminal sanctions as required.

Data was gathered from documents, books, theses, court decisions, and laws including articles relating to determining guilt and criminal punishment for serious offenses in Thailand and internationally. An international comparative legal analysis was made with France and Italy, where principles exist to clearly categorize serious offenses. These findings were compared with principles

for determining criminal punishment for serious offenses in Thailand, to identify solutions and proposals for resolving issues in Thailand.

Results were that by contrast, France defined principles for serious offenses in diverse ways, assigning grades to crimes. If a crime has a grade attaining a threshold, it is deemed a serious offense, and criminal punishment applies. In Italy, the nature of damages was established as a framework for lawmaker discretion. If the commission of an offense is damaging according to the framework definition, it will be deemed of a serious nature, for which a criminal penalty applies. In Thailand, no clear legal definition exists of principles for serious offenses. Instead, advice from the Law Reform Commission of Thailand in 2019 is relied upon, consisting of principles for consideration. However, the aforementioned rules will only apply when new laws are introduced. In older law, or already established law with criminal penalties, the serious nature of non-serious offenses was not taken into account as it should be, causing problems in criminal penalties for offenses in this category lacking a serious nature. So, determining which offences are serious does not have clear required criteria, but is done at the discretion of lawmakers, as defined by the state. Guidelines or a clear framework for controlling lawmaker discretion were taken into account by applying criteria for replacing scores under French law as proposed by the Criminal Code Improvement Committee, criteria proposed by the Thai Law Development Board, and criteria for use in criminal penalties. This clarifies the definition of serious offenses with guidelines applying to all studies of the Criminal Penalties Act to address the issue of improper criminal penalties in Thai law.

**Keywords:** Criminal law, Determining criminal punishment, Less serious offense, Serious offense, Criminal punishment, Acts.

## บทนำ

ในปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็น พระราชบัญญัติ หรือ พระราชกำหนด จำนวนรวมกันเกือบ 1,400 ฉบับ<sup>1</sup> ซึ่งกฎหมายแต่ละฉบับนั้นมีวัตถุประสงค์แตกต่างกันไป โดยกฎหมายแต่ละประเภทจะมีบทกำหนดโทษระบุไว้ในกฎหมายนั้นๆ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการฝ่าฝืน อันได้แก่โทษทางอาญา โทษทางแพ่ง หรือ โทษในทางปกครอง เป็นต้น แต่ประเภทของโทษส่วนใหญ่ในพระราชบัญญัติมักจะเป็นโทษทางอาญา ต่อมาได้มีการบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 ซึ่งมีการกำหนดหลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางอาญาไว้ในมาตรา 77 วรรคสาม ความว่า “รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่กำหนดโทษทางอาญาไว้ ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง” อันเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นใหม่ว่า หากความผิดใดจะนำโทษอาญามาใช้บังคับเป็นบทลงโทษ ความผิดดังกล่าวจะต้องเป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง รวมทั้งในปีพ.ศ.2562 ได้มีการตรา “พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ.2562” ขึ้น โดยความในมาตรา 5<sup>2</sup> ได้กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติใช้โทษอาญากับความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงและเท่าที่จำเป็น อันเป็นการเน้นย้ำหลักเกณฑ์ตามมาตรา 77 วรรคสาม อีกครั้งหนึ่งด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้ทั้งสองบทบัญญัติข้างต้นจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้โทษอาญากับความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง แต่ไม่มีกฎหมายใดที่อธิบายถึงนิยามความหมายของความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงอย่างชัดเจน จนกระทั่งทางคณะกรรมการพัฒนากฎหมายได้มีคำแนะนำเกี่ยวกับนิยามความหมายของความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงไว้ว่า<sup>3</sup> “ความร้ายแรงนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ เช่น การกระทำที่อาจทำให้เกิดความไม่มั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการเมืองการปกครอง หรือเป็นการกระทำที่อาจทำให้เกิดความไม่ปลอดภัยของประเทศหรือประชาชน หรือเป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public order) หรือกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง (good morals) หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง” โดยหลังจากที่มีออกคำแนะนำดังกล่าว พบว่ามีความเปลี่ยนแปลงในด้านการกำหนดโทษอาญาของพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบัน เช่น พระราชบัญญัติ ส่งเสริมวิสาหกิจเพื่อสังคม พ.ศ. 2562 ที่มีการนำโทษทางปกครองมาใช้บังคับในหมวดที่ 8 มาตรา 78 ถึง 82 ซึ่งถือว่ามีแนวโน้มการแก้ไขการใช้โทษทางอาญากับพระราชบัญญัติที่ดีขึ้น แต่สำหรับพระราชบัญญัติที่มีโทษอาญาซึ่งได้บัญญัติขึ้นก่อนปี พ.ศ.2560 กลับไม่ได้ถูกนำมาพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ตามมาตรา 77 ดังกล่าว ทำให้พระราชบัญญัติที่มีโทษอาญาในกลุ่มเหล่านี้มีปัญหาในเรื่องการกำหนดโทษอาญาสำหรับความผิดที่ไม่ได้มีลักษณะร้ายแรง เช่น พระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542 มาตรา 56 ความว่า “ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามหนังสือเรียกหรือหนังสือแจ้งที่ออกตามมาตรา 28 หรือมาตรา 41 ต้องระวาง

<sup>1</sup> เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, *ปฏิรูปกฎหมายเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ* (ฉบับที่ 4 เดือน กรกฎาคม - สิงหาคม BOT พระสยาม MAGAZINE 2562) 26.

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติ หลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ.2562 มาตรา 5 บัญญัติว่า (วรรคท้าย) “ในการจัดทำร่างกฎหมาย หน่วยงานของรัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการ เฉพาะกรณีที่กำหนดโทษทางอาญาไว้ ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลา ในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน รวมทั้งพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”.

<sup>3</sup> คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย, ‘การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย’ <<https://www.lawreform.go.th/uploads/files/1579159114-qrw29-3qrlt.pdf>> สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2563.

โทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” โดยเมื่อพิจารณาแล้วพบว่า ความผิดดังกล่าวเป็นเรื่องของการไม่ปฏิบัติตามหนังสือเรียกเท่านั้นซึ่งมิได้เป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงอันอาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้แต่อย่างใด

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนและความเหมาะสมในการแก้ไขปัญหากำหนดโทษทางอาญากับความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงได้อย่างถูกต้อง จึงต้องศึกษาต่อไปว่าความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงนั้นมีนิยามความหมายอย่างไร และการบังคับโทษทางอาญาอย่างไรให้เกิดความเหมาะสมและจำเป็น ซึ่งผู้เขียนจะหยิบยกหลักเกณฑ์การกำหนดความร้ายแรงของความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศสและประเทศอิตาลีขึ้นมาศึกษา เนื่องจากทั้งสองประเทศมีการกำหนดหลักเกณฑ์ของการแบ่งความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงไว้อย่างชัดเจน และนำผลการศึกษามาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของประเทศไทย รวมทั้งผู้เขียนจะทำการศึกษาพระราชบัญญัติที่มีโทษอาญาทั้งหมดและนำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์เพื่อนำเสนอให้เห็นว่ามีพระราชบัญญัติใดบ้างที่ยังคงมีปัญหาเรื่องการกำหนดโทษอาญาสำหรับความผิดที่ไม่มีความร้ายแรงในปัจจุบัน เพื่อหาข้อสรุปและเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไป โดยจะนำเสนอเป็นหัวข้อดังต่อไปนี้

## 1. หลักทั่วไปของกฎหมายอาญา

การกำหนดความผิดและโทษทางอาญานั้นเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่รัฐใช้บังคับเพื่อควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคมและเพื่อให้สังคมดำเนินต่อไปได้ด้วยความสะดวกเรียบร้อย แต่อย่างไรก็ตามการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาก็เป็นการทำให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย เพราะฉะนั้นการที่รัฐจะบัญญัติกฎหมายที่เป็นความผิดและโทษทางอาญาจึงต้องคำนึงถึงหลักทั่วไปของกฎหมายอาญา โดยมีรายละเอียดดังจะกล่าวต่อไปนี้

1.1 ความหมายของกฎหมายอาญา สำหรับความหมายของกฎหมายอาญานั้นแม้จะไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับอื่น แต่จากศึกษาตำราของนักนิติศาสตร์หลายท่าน ได้แก่ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์<sup>4</sup>, ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย<sup>5</sup>, ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.คณิต ฒ นคร<sup>6</sup>, ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดี<sup>7</sup> และศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ<sup>8</sup> สามารถสรุปความหมายนิยามความหมายได้ว่า “กฎหมายอาญา หมายถึง กฎหมายที่กำหนดว่าการกระทำ หรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นความผิดอาญา และกำหนดโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนกระทำการ หรือไม่กระทำการอันเป็นความผิด

<sup>4</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 11, นนทบุรี : บริษัท ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง จำกัด 2555) 2.

<sup>5</sup> หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 21, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556) 13.

<sup>6</sup> คณิต ฒ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563) 45-47.

<sup>7</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดี, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ผลสยามพรินติ้ง (ประเทศไทย) 2551) 1.

<sup>8</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 22, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน 2564) 14.

ตามที่กฎหมายกำหนดไว้” โดยในกฎหมายอาญาจะมีลักษณะเป็น 2 ส่วนด้วยกัน<sup>9</sup> คือ ส่วนที่หนึ่ง องค์ประกอบ คือ ความผิดทางอาญา และ ส่วนที่สอง ผลทางกฎหมาย คือ มาตรการบังคับทางอาญา

1.2 วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา คือ การปกป้องคุ้มครองสังคมจากอันตราย เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายต่อสุขภาพ ความปลอดภัย ศีลธรรมและสวัสดิภาพของคนในสังคม<sup>10</sup> แม้กฎหมายอาญาในปัจจุบันได้ถูกเปลี่ยนแปลง แก้ไขเพิ่มเติมจนไม่อาจตรวจสอบได้ว่ากฎหมายอาญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์อย่างไร แต่ฝ่ายนิติบัญญัติจำต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์หลักที่ว่า กฎหมายอาญานั้นต้องการที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างน้อย 6 ประการดังต่อไปนี้<sup>11</sup> (1) คุ้มครองป้องกันตัวบุคคลและบางกรณีก็คุ้มครองสัตว์ด้วย (2) คุ้มครองป้องกันสภาวะจิตใจของสมาชิกในสังคมนั้นๆ ให้รอดพ้นจากความกระทบกระเทือน (3) คุ้มครองป้องกันทรัพย์สินส่วนบุคคล (4) คุ้มครองป้องกันสาธารณชนจากความไม่สะดวกสบายต่างๆ (5) ป้องกันรักษาไว้ซึ่งสถาบันทางสังคมรวมทั้งบังคับให้เกิดความเมตตากรุณาที่จำเป็น และ (6) เพื่อบังคับใช้วิธีการต่าง ๆ ที่จะทำให้วัตถุประสงค์ทั้งหลายเหล่านี้บรรลุผล แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายอาญาไม่ควรถูกนำมาใช้เป็นวิธีการหรือทางออกแรกที่จะนำมาใช้ปกป้องคุ้มครองสังคมเพราะอาจจะมีวิธีการอื่น ๆ ที่เหมาะสมมากกว่าแต่ก็ยังคงสามารถปกป้องคุ้มครองสังคมได้เหมือนการใช้กฎหมายอาญา

1.3 ลักษณะของกฎหมายอาญา เป็นกฎหมายหาชนว่าด้วยความผิดและโทษอาญา เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงความเกี่ยวพันระหว่างเอกชนกับรัฐ แม้การกระทำความผิดบางอย่างจะได้กระทำตรงต่อเอกชนให้ได้รับอันตรายเสียหายก็ดี การกระทำความผิดนั้นยังได้ชื่อว่าการกระทบกระเทือนต่อมหาชนเป็นส่วนรวม ถึงขนาดที่รัฐต้องเข้าดำเนินการป้องกันและปราบปรามได้เอง โดยไม่ต้องให้ผู้ใดมาร้องทุกข์กล่าวโทษ ยกเว้นความผิดบางประเภทที่เรียกว่า ความผิดอันยอมความได้เท่านั้นซึ่งเป็นความผิดที่มีลักษณะประกอบด้วยเหตุผลอันเป็นส่วนตัวของผู้เสียหายบางประการ ควรที่รัฐจะเข้ามาดำเนินการก็ต่อเมื่อเอกชนผู้เสียหายได้ร้องทุกข์ขึ้นก่อน การกระทำใดจะถือเป็น ความผิดอาญาต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้งแล้ว สำหรับกฎหมายอาญานั้นไม่มีผลย้อนหลังไปลงโทษการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีกฎหมายบัญญัติความผิดนั้นขึ้น เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนถึงความสงบเรียบร้อยแห่งชุมชนเป็นส่วนรวมอันมีลักษณะเป็นความผิดต่อรัฐที่รับผิดชอบต่อความมั่นคงของชุมชนนั้น จึงถือเป็นเรื่องของแต่รัฐโดยเฉพาะ (local matter) และโดยปกติรัฐจะเข้าดำเนินการก็แต่การกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในอาณาเขตของรัฐนั้น นอกจากกรณีที่มีเหตุพิเศษบางอย่าง ซึ่งแม้จะให้เกิดการกระทำนอกอาณาเขตก็ถือว่ากระทบกระเทือนถึงความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยในอาณาเขตอันรัฐมีสิทธิเข้าดำเนินการในกรณีเช่นนั้นด้วยเหมือนกัน<sup>12</sup>

<sup>9</sup> คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถที่6) 45-47.

<sup>10</sup> Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Jr., *Criminal Law* (2<sup>nd</sup> ed. Minnesota: West Publishing Company 1986) 10.

<sup>11</sup> อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, *ทฤษฎีอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562) 49-50.

<sup>12</sup> หยุต แสงอุทัย (เชิงอรรถที่5) 1.

## 2. ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา

สำหรับทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการกำหนดความผิดทางอาญานั้นมีอยู่หลากหลายชนิดแตกต่างกันไปในแต่ละยุคสมัยและรูปแบบของกฎหมายในแต่ละประเทศ โดยผู้เขียนจะนำเสนอทฤษฎีที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

2.1 ทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญาของ Herbert L. Packer โดย Herbert L. Packer ได้อธิบายหลักเกณฑ์การบัญญัติความผิดอาญาไว้ในหนังสือเรื่อง *The Limits of the Criminal Sanction* ซึ่งการกระทำใดควรจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ 6 ประการ ดังนี้<sup>13</sup>

(1) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในสังคมว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมและเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมของสังคม

(2) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

(3) การปราบปรามการกระทำเช่นนั้นจะต้องไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป

(4) หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน ไม่มีการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด

(5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวนั้น จะไม่ทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ

(6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญาสำหรับการกระทำนั้น

2.2. ทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญาของ Nigel Walker โดยหลักเกณฑ์การบัญญัติความผิดอาญาสามารถอธิบายสาระสำคัญได้ดังต่อไปนี้<sup>14</sup>

(1) รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับโทษแต่เพียงอย่างเดียว

(2) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาลงโทษกับความประพฤติที่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายหรือปราศจากพิษภัย

(3) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งสามารถใช้วิธีการอื่นเพื่อบรรลุผลได้อย่างมีประสิทธิภาพเช่นเดียวกัน โดยอาจก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานน้อยกว่าการใช้กฎหมายอาญา

(4) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาในกรณีผลร้ายซึ่งเกิดจากการลงโทษมีมากกว่าผลร้ายซึ่งเกิดจากการกระทำ ความผิด

(5) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์ในการบังคับให้บุคคลกระทำเพื่อประโยชน์แก่ตนเองเท่านั้น

(6) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อห้ามการกระทำซึ่งไม่ได้รับการสนับสนุนอย่างแข็งขันจากสาธารณชน

(7) รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดที่บังคับใช้ไม่ได้ไว้ในกฎหมายอาญา

2.3 ทฤษฎี The Minimalist Approach หลักเกณฑ์ The Minimalist Approach คือ หลักการกำหนดความผิดอาญาที่ผสมแนวคิดจากหลักเกณฑ์การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล (principle of

<sup>13</sup> Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (California : Stanford University Press 1968) 296.

<sup>14</sup> สกล นิศารัตน์, 'กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2557) 31-33.

autonomy) ซึ่งเกณฑ์การคุ้มครองสังคม (principle of welfare) และเกณฑ์การควบคุมสังคมอื่นนั้น มีข้อพิจารณาด้วยกัน 4 ประการ ดังนี้<sup>15</sup>

(1) หลักการเคารพสิทธิมนุษยชน ในการบัญญัติความผิดอาญาจำเป็นที่จะต้องเคารพหลักสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตามสิทธิดังกล่าวจะถูกแทรกแซงได้หากว่าเป็นกรณีจำเป็นพอสมควรในสังคมประชาธิปไตยเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐ

(2) สิทธิที่จะไม่ถูกลงโทษโดยรัฐ การพิจารณาบัญญัติกฎหมายอาญาซึ่งรวมถึงการให้รัฐมีอำนาจในการลงโทษ มีความแตกต่างจากการบัญญัติกฎหมายประเภทอื่น เนื่องจากเนื้อหาของกฎหมายเป็นการตีเคียดสังคมและละเมิดสิทธิของประชาชน การบัญญัติให้พฤติกรรมใดเป็นความผิดอาญาจึงต้องมีความชอบธรรมเป็นอย่างยิ่งและผู้กำหนดให้พฤติกรรมดังกล่าวเป็นความผิดมีภาระการพิสูจน์ถึงความชอบธรรมดังกล่าว

(3) หลักวิธีทางสุดท้าย ในการควบคุมพฤติกรรมอันไม่พึงประสงค์แก่สังคม นอกจากมาตรการทางกฎหมายอาญาแล้ว ยังมีมาตรการทางสังคมอื่น รวมถึงมาตรการทางกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครองอยู่ด้วย ในการพิจารณาบัญญัติความผิดอาญาจึงต้องดูที่ความร้ายแรงที่เกิดขึ้น โดยกฎหมายอาญาควรจะถูกใช้เป็นวิธีทางสุดท้ายสำหรับพฤติกรรมที่เกิดขึ้นเป็นสิ่งผิดหรือเป็นอันตรายอย่างร้ายแรง

(4) หลักการไม่กำหนดเป็นความผิดอาญา หากว่าการกำหนดความผิดอาญาก่อให้ผลเสียหายมากกว่าการไม่กำหนดเป็นความผิดอาญา

2.4 ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์หรือนิติเศรษฐศาสตร์ (economic analysis of law) เป็นแนวคิดใหม่ที่นำหลักพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์มาอธิบายกฎหมาย โดยกำหนดให้รัฐก็เป็นผู้เล่นหนึ่งในสังคม และหากรัฐจะกำหนดความผิดอาญา รัฐจะต้องคำนึงถึง “ผลประโยชน์” (benefits) และ “ต้นทุน” (costs) เช่นเดียวกับปัจเจกชนที่คำนึงถึงปัจจัยทั้งสองด้านเมื่อจะดำเนินกิจกรรมใดๆ หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ทางเศรษฐศาสตร์ การกำหนดว่าพฤติกรรมใดควรเป็นความผิดอาญาควรพิจารณาจากประโยชน์สังคม (social benefits) และต้นทุนของสังคม (social costs) เป็นสำคัญ กล่าวคือ การกระทำใดที่ได้ประโยชน์สังคมมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสังคม การกระทำนั้นไม่ควรเป็นความผิดอาญา แต่หากการกระทำใดที่สร้างความเสียหายให้กับสังคมมากกว่าประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นกับสังคม การกระทำนั้นจึงสมควรเป็นความผิดอาญา<sup>16</sup> ดังนั้น แนวคิดนี้จะกำหนดให้รัฐจะกำหนดความผิดทางอาญาเมื่อการกระทำนั้นสร้างต้นทุนให้มากกว่าประโยชน์สังคม และรัฐจะไม่กำหนดความผิดอาญาเมื่อการกระทำนั้นสร้างประโยชน์ให้กับสังคมมากกว่าต้นทุน<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Andrew Ashworth and Jeremy Horder, *Principles of criminal law* (seventh edition, Great Britain : Oxford University Press 2013) 31-35. อ้างถึงใน เมฆษา โรจนอารีย์, ‘การฉ้อฉลทางวิชาการ : ศึกษาการกำหนดความผิดอาญา ฐานรับจ้างทำวิทยานิพนธ์’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559) 44.

<sup>16</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน 2561) 24-25.

<sup>17</sup> Steven Shavell, *Criminal law and optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent*” In Jules Coleman and Jeffrey Lange, *Law and economics* (volume 1, Aldershot, Dartmouth 1992) 472. อ้างถึงใน ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน 2561) 24.



### 3. หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดและโทษอาญาของประเทศไทย

หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดทางอาญานั้น ก่อนอื่นจะต้องพิจารณาว่าจารีตประเพณี ศาสนาและศีลธรรม มีส่วนสำคัญในการก่อให้เกิดกฎหมายและการปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งกฎหมายอาญาและศีลธรรมนั้นมีความเกี่ยวพันกัน โดยความผิดอาญาที่ร้ายแรง เช่น การฆ่าคน ปล้นชิงทรัพย์ ช่มชู้ ล้วนแต่ผิดศีลธรรมทั้งสิ้น แต่อย่างไรก็ตามการกระทำบางอย่างที่ผิดศีลธรรมก็ไม่จำเป็นต้องเป็นความผิดต่อกฎหมายอาญาด้วย เช่น การพูดโกหก การทำชู้ หรือการดื่มสุรา และทั้งนี้การกระทำบางอย่างไม่ผิดศีลธรรมแต่ผิดกฎหมายอาญา เช่น กรณีความรับผิดชอบผิดเจตนาในทางอาญา กล่าวคือ ไม่มีเจตนา ไม่ประมาท แต่กฎหมายยังบัญญัติว่าการกระทำนั้นๆ เป็นความผิด จึงเห็นได้ว่าศีลธรรมและกฎหมายอาญานั้นไม่ได้สอดคล้องกันทุกกรณี จึงไม่อาจนำศีลธรรมมาเป็นเครื่องมือในการกำหนดความรับผิดอาญาอย่างเดียวได้<sup>18</sup> แต่เมื่อยุคสมัยเปลี่ยนไปการนำจารีตประเพณี ศาสนา และศีลธรรมมากำหนดความผิดอาญานั้นอาจไม่ทันต่อสภาวะสังคม จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวเป็นการเฉพาะหรือเป็นกฎหมายเทคนิค ซึ่งจะเรียกว่า “พระราชบัญญัติ”

สำหรับการกำหนดโทษอาญาตามกฎหมายของประเทศไทยสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

3.1 การกำหนดโทษอาญาในประมวลกฎหมายอาญา โดยจะต้องพิจารณาก่อนว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาจากการกระทำซึ่งถือเป็นโครงสร้างความรับผิดในทางอาญา อันมีสาระสำคัญดังนี้<sup>19</sup> (1) การกระทำนั้นจะต้องครบ “องค์ประกอบ” ตามที่กฎหมายบัญญัติ (2) การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด และ (3) ผู้กระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ โดยเมื่อครบทั้งสามโครงสร้างความรับผิดอาญาแล้วก็จะถือว่าผู้กระทำมีความผิดอาญาจึงจะต้องมาพิจารณาเรื่องโทษต่อไป โดยประเภทของโทษตามประมวลกฎหมายอาญานั้นได้มีการกำหนดไว้เป็น 5 ลักษณะด้วยกัน<sup>20</sup> ได้แก่ (1) โทษประหารชีวิต (2) โทษจำคุก (3) โทษกักขัง (4) โทษปรับ และ (5) โทษริบทรัพย์ ส่วนการกำหนดโทษในประมวลกฎหมายอาญาจะมีการกำหนดโทษไว้สองลักษณะ **หนึ่ง** เป็นโทษที่ศาลไม่สามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณาได้ เช่น โทษประหารชีวิต หรือ โทษจำคุกตลอดชีวิต กับ **สอง** เป็นโทษที่กำหนดอัตราโทษอย่างสูงหรืออย่างต่ำไว้เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษตามความเหมาะสมกับความผิดได้<sup>21</sup>

3.2 การกำหนดโทษอาญาในพระราชบัญญัติ สำหรับการกำหนดโทษอาญานั้นไม่ได้ถูกบัญญัติไว้แต่ในประมวลกฎหมายอาญาอย่างเดียว ในอดีตจนถึงปัจจุบันมีการนำโทษทางอาญามาบัญญัติและใช้บังคับในพระราชบัญญัติต่าง ๆ ด้วย ซึ่งพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาเหล่านี้เสมือนเป็นกฎหมายพิเศษที่แยกออกมาเฉพาะเรื่องจากประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาในพระราชบัญญัติจึงมีความมุ่งหมายในการบัญญัติเพื่อเป็นกฎหมายเทคนิคในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับเงื่อนไขพิเศษของสังคมในขณะนั้น<sup>22</sup> ซึ่งประเภทของโทษอาญาในพระราชบัญญัติเหล่านี้ก็ได้แตกต่างจากโทษอาญาในประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใด ทั้งนี้ในปัจจุบันประเทศไทยมีพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาอยู่ทั้งสิ้นจำนวน 462 ฉบับจาก

<sup>18</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถที่ 7) 2-8.

<sup>19</sup> เฟิงอ้าง 86-95.

<sup>20</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18.

<sup>21</sup> ณรงค์ ใจหาญ และคณะ, *การกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา* (สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักงานกิจการยุติธรรม : กรุงเทพมหานคร 2551) 50.

<sup>22</sup> เฟิงอ้าง 20.

พระราชบัญญัติทั้งหมด (โดยผู้เขียนทำการสืบค้นถึงปี พ.ศ. 2562 ทั้งนี้อ้างอิงข้อมูลจากห้องสมุดกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา) โดยตัวอย่างพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญา เช่น (1) พระราชบัญญัติกษัตริยาธิปไตย พ.ศ. 2499 (2) พระราชบัญญัติการขูดดินและถมดิน พ.ศ. 2543 หรือ (3) พระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543 เป็นต้น โดยสาเหตุที่ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติที่มีโทษอาญามากเนื่องจากความคิดในทางระบบราชการ (bureaucracy) ที่ต้องการที่จะจัดตั้งหน่วยงานเพิ่มเติมเพื่อให้มีอำนาจในการดำเนินคดีด้วยตนเอง<sup>23</sup> ซึ่งแนวคิดของการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาในพระราชบัญญัติเช่นนี้ อาจทำให้เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติเรื่องการกำหนดโทษทางอาญาเฉพาะความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงตามมาตรา 77 วรรคสามแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 ได้อีกด้วย

#### 4. หลักเกณฑ์การพิจารณาความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง

สำหรับหลักเกณฑ์การพิจารณาความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงนั้น ผู้เขียนจะแบ่งการศึกษาออกเป็น 3 ประเด็น ดังนี้

4.1 หลักเกณฑ์ของประเทศฝรั่งเศส<sup>24</sup> สำหรับเกณฑ์ความร้ายแรงของการกระทำผิดเป็นการพิจารณาว่าการกระทำนั้นมีความร้ายแรงถึงขั้นที่สมควรกำหนดให้มีโทษอาญาหรือไม่ ซึ่งการกระทำผิดจะมีระดับความร้ายแรงเพียงใดนั้นจะต้องพิจารณาจากตัวชี้วัด (indicateurs) สามประการประกอบกัน ได้แก่ (1) ลักษณะการกระทำผิด (2) ความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง และ (3) ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง โดยแต่ละตัวชี้วัดจะมีเกณฑ์พิจารณา (critères) ถึงความเหมาะสมในการกำหนดโทษอาญาในระดับที่ลดหลั่นกันไปตั้งแต่ระดับต่ำสุด (ค่าคะแนน 1) ระดับปานกลาง (ค่าคะแนน 2) จนถึงระดับสูงสุด (ค่าคะแนน 3) โดยมีรายละเอียดตามตารางต่อไปนี้

ตัวชี้วัด	เกณฑ์การพิจารณา	ระดับที่สมควรกำหนดเป็นความผิดอาญา
ลักษณะการกระทำผิด	การกระทำโดยเจตนา	3
	การกระทำโดยประมาท	2
	การผิดพลาดบกพร่อง	1
สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง	คุณค่าระดับสูงที่มีอาจล่วงละเมิดได้	3
	สิทธิเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดได้	2
	กฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันในสังคม	1
ความเสียหาย	ความเสียหายร้ายแรง	3
	ความเสียหายเล็กน้อย	2
	ความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหาย	1

<sup>23</sup> คณิต ฌ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 11, กรุงเทพฯ : วิทยุชน 2559) 66.

<sup>24</sup> DELMAS-MARTY (M.), *Les grands systèmes de politique criminelle* (Paris : P.U.F. 1992) 286-292. อ้างถึงใน ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, 'บันทึกเรื่อง เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา' (การประชุมสัมมนา เรื่อง หลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย ส่วนที่ 3, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กรุงเทพมหานคร, 2560) 31-36.

สำหรับตัวชี้วัดในเรื่องสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองนั้น คณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้ให้คำอธิบายไว้ ดังนี้

(1) “คุณค่าระดับสูงที่มีอาจล่วงละเมิดได้” หมายถึง คุณค่าที่รับรองโดยกฎหมายทางกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งได้แก่ รัฐธรรมนูญ หรือพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยตัวอย่างของคุณค่าระดับสูงที่มีอาจล่วงละเมิดได้ เช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ชีวิตของบุคคล หรือบูรณภาพแห่งดินแดน

(2) “สิทธิเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดได้” ได้แก่ เสรีภาพส่วนบุคคล ความปลอดภัยของบุคคล สิทธิในทรัพย์สิน ความเป็นอยู่ส่วนตัวและชีวิตครอบครัว การไม่เลือกปฏิบัติ ความเสมอภาค เสรีภาพในการนับถือศาสนาและแสดงความคิดเห็น สิทธิในการศึกษาอบรมและวัฒนธรรม และสิทธิในการมีสิ่งแวดล้อมที่ดี

(3) “กฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันในสังคม” ได้แก่ กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับบุคคลบางประเภท เช่น การเก็บรักษาทะเบียนการค้าหรือเอกสารสำคัญต่างๆ ในการประกอบธุรกิจหรือกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับการกระทำในบางเรื่อง เช่น การจอดรถกีดขวางทางจราจร หรือการปิดร้านค้าในวันอาทิตย์

โดยทั้งนี้เมื่อนำตัวชี้วัดทั้งสามประการข้างต้นมาคำนวณประกอบกันแล้วกับความผิดใดความผิดหนึ่งแล้วสามารถรวมผลคำนวณได้ค่ามากกว่า 7 เช่น กรณีที่การกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยเจตนา (ค่าคะแนน 3) และก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรง (ค่าคะแนน 3) ต่อคุณค่าระดับสูงที่มีอาจล่วงละเมิดได้ (ค่าคะแนน 3) ค่ารวมจะเท่ากับ 9 กรณีดังกล่าวนี้สมควรกำหนดให้การกระทำผิดนั้นมีโทษอาญา แต่หากการกระทำใดที่เมื่อรวมผลแล้วได้ค่าน้อยกว่า 5 กรณีดังกล่าวนี้สมควรใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา โดยจะนำมาตรการลงโทษทางปกครองหรือโทษทางแพ่งมาใช้บังคับนั้นจะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดต่อไป

4.2 หลักเกณฑ์ของประเทศอิตาลี<sup>25</sup> สำหรับประเทศอิตาลีได้มีการกำหนดเกณฑ์เรื่องจากใช้โทษเมื่อวันที่ 19 ธันวาคม ค.ศ. 1983 อันเป็นหลักการพิจารณาในการแบ่งแยกโทษอาญากับมาตรการลงโทษอย่างอื่น แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวมิได้มุ่งหมายจำกัดดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายในการเลือกกำหนดโทษ เพียงแต่จะเสนอหลักเกณฑ์ที่เป็น “กรอบ” ในการพิจารณากำหนดโทษเพื่อมิให้ผู้ตรากฎหมายใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจและเพื่อให้การกำหนดนโยบายอาญาของรัฐเป็นไปอย่างเหมาะสม โดยมีหลักสำคัญ 2 ประการในการเลือกกำหนดโทษ

(1) หลักความพอสมควรแก่เหตุ (principio di proporzione) โดยโทษที่กำหนดจะต้องได้สัดส่วนกับระดับความร้ายแรงของการกระทำผิด ซึ่งการพิจารณาว่าการกระทำผิดมีความร้ายแรงระดับใด ต้องพิจารณาจากความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง (rango dell'interesse tutelato) ควบคู่ไปกับความร้ายแรงของการกระทำผิด (gravità dell'offesa) โดยหากเรื่องที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเป็นเรื่องเกี่ยวกับ “คุณค่าระดับสูง” ได้แก่ เรื่อง (1) สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล (libertà personale) (2) นิติสมบัติส่วนบุคคล (beni individuali) (3) นิติสมบัติของกลุ่มบุคคล (beni superindividuali) หรือ (4) นิติสมบัติมหาชน (beni pubblici) และปรากฏว่าการกระทำผิดก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อคุณค่าระดับสูงข้างต้นเหล่านี้ กรณีนี้จึงสมควรกำหนดให้การกระทำผิดนั้นมีโทษอาญา

<sup>25</sup> 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) 22. อ้างถึงใน ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ , ‘บันทึกเรื่อง เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา’ (การประชุมสัมมนา เรื่อง หลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย ส่วนที่ 3, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กรุงเทพมหานคร, 2560) 27-28.

(2) หลักการใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสำรอง กล่าวคือ เมื่อปรากฏว่าหากพิจารณาจากสิ่งที่มีกฎหมายมุ่งคุ้มครองประกอบกับระดับความเสียหายที่เกิดแก่คุณค่านั้นแล้ว พบว่าเป็นการกระทำผิดที่มีลักษณะร้ายแรง กล่าวคือ เป็นการกระทำผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อคุณค่าลำดับรอง หรือก่อให้เกิดความเสียหายเล็กน้อยต่อคุณค่าระดับสูง ก็ต้องพิจารณาเลือกกำหนดโทษตามหลักการใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสำรอง (principio di sussidiarietà) หรือมาตรการสุดท้าย โดยจะใช้โทษอาญาต่อเมื่อมาตรการอื่น ๆ ไม่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกับโทษอาญา แต่ถ้ามีมาตรการอื่นที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดดังกล่าวดีกว่าโทษอาญาก็ควรที่จะใช้มาตรการอื่นนั้นแทน

4.3 หลักเกณฑ์ของประเทศไทย สำหรับการกำหนดเกณฑ์หรือนิยามของการกระทำที่มีลักษณะร้ายแรงในกฎหมายไทยนั้น เริ่มมีความชัดเจนมากขึ้นในปีพ.ศ. 2560 ซึ่งได้มีการกำหนดเกณฑ์ในการใช้โทษทางอาญากับความผิดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 วรรคสาม ที่บัญญัติว่า **“รัฐพึงจะกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง”** แต่ตามรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวก็มิได้มีการกำหนดความหมายหรือนิยามของคำว่า **“ความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง”** ไว้แน่ชัด ทำให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนเมื่อนำเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้บังคับ ดังนั้น เพื่อที่จะทำให้เกิดความชัดเจนในมาตรา 77 วรรคสาม ทางคณะรัฐมนตรีจึงได้มอบหมายให้คณะกรรมการพัฒนากฎหมายดำเนินศึกษา พิจารณา และเสนอแนะเกี่ยวกับการใช้โทษทางอาญา ซึ่งต่อมาคณะกรรมการพัฒนากฎหมายได้ออกคำแนะนำเกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย โดยได้ให้นิยามคำว่า **“ความผิดร้ายแรง”** ไว้ตามหลักเกณฑ์ดังนี้<sup>26</sup>

(1) กระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ได้แก่ การกระทำที่อาจทำให้เกิดความไม่มั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการเมืองการปกครอง หรือเป็นการกระทำที่อาจทำให้เกิดความไม่ปลอดภัยของประเทศหรือประชาชน อาจกำหนดเป็นความผิดอาญาได้ตามความร้ายแรงของการกระทำนั้นๆ

(2) กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน กล่าวคือ เป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public order) กล่าวคือ กระทบต่อกฎเกณฑ์ที่บัญญัติขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย มุ่งคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมหรือในประเทศชาติ เพื่อให้เกิดความมั่นคง (security) ความสงบสุข (tranquility) สันติภาพ (peace) และสุขภาพ (public health) ร่วมกันของคนในสังคม

(3) กระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งเป็นเรื่องร้ายแรงและกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอันอาจทำให้เกิดความไม่มั่นคง ความไม่สงบสุข ความวุ่นวายในสังคมได้

(4) มีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง กล่าวคือ การกระทำที่มีผลกระทบต่อส่วนรวม คือ การกระทำที่ส่งผลร้ายต่อประชาชนในวงกว้างในด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมืองการปกครอง หรือสิ่งแวดล้อม

ทั้งนี้ในการพิจารณาหลักเกณฑ์ตามที่กล่าวมาข้างต้น รัฐต้องตระหนักว่าเกณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะเป็นพลวัต จึงต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับยุคสมัย สภาพสังคม เศรษฐกิจ การเมืองการปกครอง วัฒนธรรม และประเพณีที่เปลี่ยนแปลงไป รวมถึงตลอดถึงความก้าวหน้าของเทคโนโลยีและปัจจัยอื่น ๆ ในแต่ละช่วงเวลาด้วย

<sup>26</sup> คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย (เชิงอรรถ 3).

4.4 ข้อสรุปจากการเปรียบเทียบความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงของทั้ง 3 ประเทศข้างต้น ซึ่งผู้เขียนได้สรุปการกำหนดความผิดอาญาสำหรับการกระทำผิดที่มีลักษณะร้ายแรงว่า จะต้องเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) เป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลแต่ละคน โดยสิทธิส่วนบุคคลนั้นถือเป็นเรื่องสำคัญและในรัฐธรรมนูญของทุกๆประเทศ ซึ่งสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้แก่ประชาชนนั้นถือว่าเป็นคุณค่าสูงสุดที่ไม่อาจถูกกระทบหรือถูกแทรกแซงจากบุคคลใดได้ เพราะฉะนั้นหากการกระทำผิดใดที่เป็นการกระทบหรือละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อ ชีวิต ร่างกาย สุขอนามัย ทรัพย์สิน หรือเสรีภาพ และได้มีความเสียหายเกิดขึ้นเพราะการละเมิดเหล่านั้นไม่ว่าจะเสียหายมากหรือน้อยก็ตาม การกระทำผิดดังกล่าวก็สมควรที่จะนำโทษทางอาญามาใช้บังคับเพราะถือว่าการกระทำผิดที่มีลักษณะร้ายแรง

(2) เป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะเป็นการละเมิดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศอย่างร้ายแรง สำหรับพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นในปัจจุบันมีอยู่หลายประเภทโดยอาจอยู่ในรูปแบบของ สนธิสัญญา อนุสัญญา หรือข้อตกลงระหว่างประเทศ ก็ได้ แต่พันธกรณีระหว่างประเทศที่จะถือว่าเป็นเรื่องร้ายแรงนั้นก็จะต้องเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศ หรือสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน เช่น การละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ชีวิตของบุคคล หรือบูรณภาพแห่งดินแดน หรือกรณีตามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและลงโทษความผิดอาญาฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide Convention) ที่มีหลายประเทศได้กำหนดให้เรื่องดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศนั้นๆ ดังนั้น พันธกรณีระหว่างประเทศเหล่านี้จึงเป็นสิ่งที่เปี่ยมคุณค่าระดับสูงที่ไม่อาจถูกล่วงละเมิดได้ และสมควรที่จะนำโทษทางอาญามาใช้บังคับกับการกระทำผิดนั้นเพราะถือว่าการกระทำผิดที่มีลักษณะร้ายแรง

(3) เป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง โดยหลักเกณฑ์นี้จะมีลักษณะเหมือนเกณฑ์ที่คณะกรรมการพัฒนากฎหมายได้ให้คำแนะนำไว้ ซึ่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ จะต้องเป็นการกระทำที่กระทบต่อประเทศโดยตรง ได้แก่ การกระทำที่อาจทำให้เกิดความไม่มั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการเมืองการปกครอง ส่วนการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนจะต้องเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดความไม่มั่นคง ความไม่สงบสุข และส่งผลกระทบต่อสุขภาพของชนในสังคมอันจะมีผลต่อการอยู่ร่วมกัน โดยผลของการกระทำนั้นจะต้องส่งผลร้ายต่อประชาชนในวงกว้างด้วย ไม่ว่าจะเป็นในด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมืองการปกครอง หรือสิ่งแวดล้อม

(4) เป็นการกระทำที่สร้างความเสียหายต่อสิ่งที่เปี่ยมสมบัติมหาชนอย่างร้ายแรง เกณฑ์ข้างนี้ได้รับแนวคิดมาจากกฎหมายอิตาลีในเรื่อง นิติสมบัติมหาชน (beni pubblici) โดยสมบัติมหาชนอีกความหมายหนึ่งก็คือทรัพย์สินของสาธารณะ (Public goods) ซึ่งเป็นองค์ประกอบพื้นฐานของนิติรัฐทางสังคมอย่างหนึ่ง ซึ่งทรัพย์สินของสาธารณะจะมีอยู่หลายรูปแบบด้วยกัน เช่น ระบบสาธารณูปโภคต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นเขื่อน โรงไฟฟ้า หรือระบบการขนส่งทั้งแบบรางหรือบนถนน โดยสิ่งเหล่านี้ล้วนมีกฎหมายบัญญัติขึ้นมาเพื่อที่จะป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายและกำหนดโทษต่อผู้กระทำความผิดเมื่อได้สร้างความเสียหายแก่ทรัพย์สินสาธารณะเหล่านี้ ซึ่งโทษส่วนมากจะเป็นโทษปกครองมากกว่าการใช้โทษอาญา แต่ทางผู้เขียนเห็นว่าหากนิติสมบัติมหาชนนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับระบบการจัดเก็บภาษีอากรต่าง ๆ หรือสิ่งใดที่จำเป็นแก่การดำเนินงานของรัฐ เช่น ระบบการป้องกันประเทศ ก็สมควรที่จะกำหนดโทษทางอาญามาใช้บังคับ เพราะหากเกิดการกระทำความผิดในเรื่องดังกล่าวขึ้นแล้วอาจจะทำให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงหรือระบบ

เศรษฐกิจของประเทศอันจะก่อให้เกิดความเสียหายเป็นวงกว้างได้ การกระทำผิดในเรื่องเหล่านี้จึงถือว่าเป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงแล้ว

## 5. วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงตามพระราชบัญญัติในประเทศไทย

เมื่อได้ทำการศึกษาพระราชบัญญัติทั้งหมดในประเทศไทยแล้วพบว่าในปัจจุบัน<sup>27</sup> มีพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาจำนวน 462 ฉบับ บางฉบับได้มีการกำหนดโทษทางอาญาไว้อย่างเหมาะสมแล้ว หรือ บางฉบับได้มีการนำโทษมาตราลงโทษทางปกครองหรือทางแพ่งมาใช้ประกอบ แต่อย่างไรก็ตาม ยังคงมีพระราชบัญญัติหลายฉบับที่มีปัญหาในการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่ไม่มีลักษณะร้ายแรง ดังนั้น ผู้เขียนจึงได้ทำการคัดแยกพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาออกมาเป็นกลุ่มๆ ตามลักษณะของความผิดของแต่ละพระราชบัญญัติ เพื่อที่จะนำมาวิเคราะห์กับหลักเกณฑ์ความร้ายแรงอันควรกำหนดเป็นความผิดอาญาโดยสามารถจำแนกพระราชบัญญัติได้เป็น 10 กลุ่มดังต่อไปนี้

5.1 กลุ่มความผิดเกี่ยวกับการไม่มีเหตุอันสมควร ไม่ปฏิบัติตามหนังสือเรียกหรือคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือไม่ส่งเอกสารหรือหลักฐาน หรือไม่ยอมตอบคำถามหรือให้ถ้อยคำหรือไม่มาชี้แจงข้อเท็จจริงเมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ซักถาม โดยตัวอย่างพระราชบัญญัติที่มีการกำหนดโทษอาญาไม่เหมาะสมได้แก่ พระราชบัญญัติดังต่อไปนี้<sup>28</sup> (1) พระราชบัญญัติ การประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542 (2) พระราชบัญญัติ การเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2524 หรือ (3) พระราชบัญญัติ การสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ซึ่งจากการพิจารณาพบว่า ตามเนื้อหาของพระราชบัญญัติเหล่านี้มิได้มุ่งคุ้มครองที่ผลกระทบที่มีลักษณะร้ายแรง เพราะตามลักษณะของพระราชบัญญัติข้างต้นมิได้เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ ดังนั้น การที่พระราชบัญญัติในกลุ่มนี้กำหนดโทษอาญาสำหรับความผิดดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัตินั้นคงมีเพียงวัตถุประสงค์เดียว คือ เพื่อข่มขู่ ไม่ให้ผู้ใดกล้าที่จะฝ่าฝืนเท่านั้น อีกทั้งหากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษด้วยวิธีการจำคุกกับความผิดดังกล่าวแล้วจะพบว่า ความผิดดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งเรียกของเจ้าหน้าที่เท่านั้นมิได้มีลักษณะรุนแรงถึงขนาดต้องกันผู้กระทำความผิดออกจากสังคม และการลงโทษจำคุกกับความผิดนี้ยังไม่สอดคล้องกับทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ด้วยเนื่องจากรัฐจะต้องคำนึงถึง “ผลประโยชน์ของสังคม” และ “ต้นทุนในการจัดการความผิด” ซึ่งความผิดข้างต้นนี้มิได้มีการสร้างความเสียหายแก่สังคมเป็นอย่างมาก หากมีการกำหนดโทษจำคุกไว้และนำผู้กระทำความผิดไปจำคุก สังคมจะต้องเสียต้นทุนไปเกินกว่าประโยชน์ที่จะได้รับจากการจำคุกผู้กระทำความผิดในฐานะข้างต้น

เพราะฉะนั้นการกำหนดโทษอาญาสำหรับความผิดตามพระราชบัญญัตินี้จึงไม่มีความเหมาะสม แต่อย่างไรก็ตามความผิดดังกล่าวก็ยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องนำมาตราลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่งมาใช้บังคับเพื่อป้องกันมิให้บุคคลใดกล้าที่จะฝ่าฝืน โดยเมื่อพิจารณาจากลักษณะความผิดดังกล่าวแล้วเป็นนั้น พบว่าเป็นกรณีที่เอกชนต้องปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งได้ออกคำสั่งไปโดยถือเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากบุคคลใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ในเรื่องนั้น ๆ ก็ควรนำมาตราลงโทษทางปกครองมาใช้บังคับซึ่งมาตรการที่เหมาะสมกับความผิดดังกล่าวก็คือ “โทษปรับทางปกครอง”

<sup>27</sup> ทำการสืบค้นจนถึงวันที่ 10 กันยายน 2563 จาก [www.krisdika.go.th](http://www.krisdika.go.th).

<sup>28</sup> ผู้อ่านสามารถศึกษารายละเอียดพระราชบัญญัติในกลุ่มนี้เพิ่มเติมได้จากภาคผนวก 2 กลุ่มที่ 2 ในวิทยานิพนธ์.

5.2 กลุ่มความผิดเกี่ยวกับการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือข้อตกลงสำหรับมาตรการลงโทษทางแพ่ง หรือมาตรการทางปกครอง อันได้แก่ตัวอย่างพระราชบัญญัติดังต่อไปนี้ (1) พระราชกำหนด การประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 (2) พระราชบัญญัติ ทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 หรือ (3) พระราชบัญญัติ หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งตามพระราชบัญญัติข้างต้นเหล่านี้ เป็นการกำหนดความผิดในกรณีที่บุคคลใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือข้อตกลงสำหรับมาตรการลงโทษทางแพ่งหรือมาตรการลงโทษทางปกครอง ซึ่งหากพิจารณาจากที่มาของบทบัญญัติความผิดเหล่านี้แล้วจะพบว่าความผิดนั้นๆ สามารถนำมาตราลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับได้อย่างเหมาะสมจึงไม่นำโทษอาญามาใช้บังคับ อันสอดคล้องกับหลักที่ว่า “การจะนำโทษอาญามาใช้บังคับก็ต่อเมื่อไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น” อันเป็นหลักของวิธีทางสุดท้ายในการควบคุมพฤติกรรมอันไม่พึงประสงค์แก่สังคม ซึ่งถือว่ามีความเหมาะสมแล้วในเรื่องของการใช้โทษกับความผิด

แต่อย่างไรก็ดีตามบทบัญญัติข้างต้นเหล่านี้ ได้กำหนดความผิดที่มีโทษอาญาในกรณีที่บุคคลใดกระทำการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือข้อตกลงสำหรับมาตรการลงโทษทางแพ่งหรือมาตรการลงโทษทางปกครองนั้นๆ ไว้ ซึ่งถือว่าเป็นการนำโทษอาญามาใช้บังคับเพื่อป้องกันการฝ่าฝืนมาตรการทางปกครองหรือทางแพ่งอันเป็นการกำหนดโทษอาญาที่ไม่เหมาะสม โดยกรณีเหล่านี้สามารถที่จะสามารถกำหนดโทษอาญาได้หากไม่มีมาตรการลงโทษอื่นใดที่จะนำมาใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดได้อย่างเหมาะสมแทนโทษอาญา แต่ตามพระราชบัญญัติเหล่านี้ยังสามารถที่จะนำมาตราลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับได้อยู่ กล่าวคือ ลักษณะของความผิดข้างต้นนั้นต้องการที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดให้ได้รับผลกระทบหรือความเสียหายทางด้านเศรษฐกิจ เพราะฉะนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าการนำมาตรการลงโทษปรับเป็นพินัย<sup>29</sup>มาใช้บังคับกับความผิดดังกล่าวแทนการใช้โทษอาญาจะเป็นการเหมาะสมที่สุดเพราะความผิดดังกล่าวมิได้มีลักษณะร้ายแรงอันจะเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลแต่ละคนอันถือเป็นคุณค่าที่สำคัญ หรืออาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้

5.3 กลุ่มความผิดเกี่ยวกับการไม่ส่งเงินบำรุงกองทุน หรือส่งเงินบำรุงกองทุนไม่ครบตามจำนวนที่ต้องส่ง อันได้แก่ตัวอย่างพระราชบัญญัติดังต่อไปนี้ (1) พระราชบัญญัติ กองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ พ.ศ. 2544 (2) พระราชบัญญัติ การกีฬาแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2558 (3) พระราชบัญญัติ ผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 หรือ (4) พระราชบัญญัติ องค์กรกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2551 ซึ่งเมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติข้างต้น สาระสำคัญของบทบัญญัติ คือ การกำหนดความผิดสำหรับ “การไม่ส่งเงินบำรุงกองทุน หรือส่งเงินบำรุงกองทุนไม่ครบตามจำนวนที่ต้องส่ง” และมีการกำหนดโทษอาญาในกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวไว้เหมือนกันคือ “ระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับตั้งแต่ห้าถึงยี่สิบเท่าของเงินบำรุงองค์กรที่จะต้องนำส่งหรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่งหากพิจารณาจากเนื้อหาของบทบัญญัติความผิดจะพบว่า แม้การที่บุคคลใดไม่ส่งเงินบำรุงกองทุน หรือส่งเงินบำรุงกองทุนไม่ครบตามจำนวนที่ต้องส่งนั้นจะสร้างความเสียหายให้กับองค์กรหรือสมาคมอื่นๆ ก็ตามแต่ลักษณะของความผิดดังกล่าวมิได้มีลักษณะที่เป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลแต่ละคนอันถือเป็นคุณค่าที่สำคัญ

<sup>29</sup> การลงโทษปรับเป็นพินัย คือ การปรับที่จะต้องชำระเงินค่าปรับให้แก่รัฐ ซึ่งเป็นมาตรการลงโทษที่จะนำมาใช้สำหรับผู้กระทำความผิดไม่ร้ายแรงและไม่กระทบโดยตรงต่อความสงบเรียบร้อยหรือความปลอดภัยของประชาชน โดยผู้กระทำความผิดจะมีหน้าที่ต้องชำระเงินค่าปรับเท่านั้น ไม่มีการจำคุก หรือกักขังแทนการปรับ ตลอดจนไม่มีการบันทึกลงในประวัติอาชญากรรมหรือทะเบียนประวัติอาชญากร เพราะการปรับเป็นพินัยไม่ใช่การลงโทษอาญา.

หรืออาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ และการใช้โทษอาญาตามพระราชบัญญัติเหล่านี้คงมีเพียงวัตถุประสงค์เพื่อข่มขู่ ยับยั้ง ไม่ให้ผู้ใดกล้าที่จะฝ่าฝืนหรือกระทำความผิดเท่านั้น อีกทั้งหากเป็นกรณีที่บุคคลใดได้รับเงินมาแล้วไม่ส่งเงินในแก่องค์กรหรือสมาคมจนครบถ้วน แต่กลับเบียดบังเงินนั้นไปเป็นของตน บุคคลดังกล่าวก็มีความผิดฐานยักยอกทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 352 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ อันเป็นโทษอาญาที่เหมาะสมอยู่แล้ว เพราะฉะนั้นความผิดในเรื่องดังกล่าวตามพระราชบัญญัติข้างต้นจึงมิใช่ความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดจำต้องนำโทษอาญามาใช้บังคับ

แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าความผิดดังกล่าวยังคงสมควรที่จะมีการกำหนดมาตรการลงโทษเมื่อมีการฝ่าฝืนอยู่ เนื่องจากปัจจัยในการก่อให้เกิดการกระทำความผิดยังคงเป็นตัวเงิน หากมีโทษปรับมาใช้บังคับเพื่อที่จะข่มขู่ ยับยั้ง ไม่ให้บุคคลใดกล้าที่จะฝ่าฝืนก็ถือเป็นโทษที่สมควร เพราะฉะนั้นจึงเห็นควรให้มีการปรับเปลี่ยนโทษปรับทางอาญาเป็นโทษปรับทางพินัย อันจะเป็นการมาตรการลงโทษที่เหมาะสมกับความผิดดังกล่าวมากที่สุด

5.4 กลุ่มความผิดเกี่ยวกับการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือข้อกำหนดในพระราชบัญญัติ โดยสาระสำคัญของบทบัญญัติในลักษณะนี้ คือ การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือข้อกำหนดของเจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัติ อันถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่งเพราะเป็นการออกคำสั่งเพื่อบังคับแก่ประชาชน ซึ่งหากบุคคลใดฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามถือว่าเป็นความผิดเนื่องจากการละเมิดคำสั่งของรัฐว่าด้วยระเบียบสาธารณะ (Public Torts) โดยความผิดเกี่ยวกับการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติเหล่านี้ได้มีการกำหนดโทษอาญาไว้ ซึ่งตัวอย่างพระราชบัญญัติที่มีการกำหนดโทษอาญาไม่เหมาะสมได้แก่พระราชบัญญัติดังต่อไปนี้<sup>30</sup> เช่น (1) พระราชบัญญัติ การป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น พ.ศ. 2559 (2) พระราชบัญญัติ การผังเมือง พ.ศ. 2562 หรือ (3) พระราชบัญญัติ การพัฒนาและส่งเสริมพลังงาน พ.ศ. 2535 ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วพบว่า ตามเนื้อหาของพระราชบัญญัติเหล่านี้มิได้มุ่งคุ้มครองที่ผลกระทบที่มีลักษณะร้ายแรง เพราะตามลักษณะของพระราชบัญญัติข้างต้นมิได้เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ ดังนั้น การที่พระราชบัญญัติในกลุ่มนี้กำหนดโทษอาญาสำหรับความผิดดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัตินั้นคงมีเพียงวัตถุประสงค์เดียว คือ เพื่อบังคับขู่ ยับยั้ง ไม่ให้ผู้ใดกล้าที่จะฝ่าฝืนเท่านั้น อีกทั้ง การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติข้างต้นนั้นคงเป็นเรื่องเกี่ยวกับการละเมิดคำสั่งของรัฐว่าด้วยระเบียบสาธารณะ (Public Torts) เท่านั้น ซึ่งมีได้มีลักษณะเป็นความผิดอาญาโดยแท้ (Crime) คงเป็นกฎหมายเทคนิคที่ได้บัญญัติขึ้นมาใหม่เพื่อควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคม เพราะฉะนั้นหากมีผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม ผู้นั้นย่อมไม่ใช่อาชญากร การที่จะนำโทษอาญาไม่ว่าจะเป็นโทษจำคุกหรือโทษปรับมาใช้บังคับจึงเป็นการใช้โทษที่ไม่เหมาะสมกับความผิด เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการลงโทษด้วยวิธีการจำคุก คือ การตัดหรือกั้นผู้กระทำความผิดดังกล่าวออกจากสังคมไม่ให้มีการกระทำความผิดซ้ำ แต่ความข้างต้นมิได้มีลักษณะรุนแรงถึงขนาดที่จะต้องลงโทษเช่นนั้น และการลงโทษอาญากับความผิดนี้ยังไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ด้วย เนื่องจากเมื่อนำโทษอาญามาใช้บังคับแล้วจะเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลและทำให้ผู้กระทำความผิดมีประวัติอาชญากรรม ส่งผลให้ผู้นั้นได้รับผลกระทบในการดำเนินชีวิตเป็นอย่างมากเพราะอาจเสียโอกาสในการเข้าทำงานซึ่งหากเปรียบเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้น

<sup>30</sup> ผู้อ่านสามารถศึกษารายละเอียดพระราชบัญญัติในกลุ่มนี้เพิ่มเติมได้จากภาคผนวก 3 กลุ่มที่ 2 ในวิทยานิพนธ์.



จากการละเมิดคำสั่งของรัฐนั้น ผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผู้กระทำความผิดจึงมีมากกว่า ดังนั้น การนำโทษอาญามาใช้กับความผิดดังกล่าวตามพระราชบัญญัติในกลุ่มนี้จึงไม่มีความเหมาะสม

แต่อย่างไรก็ตามความผิดดังกล่าวก็ยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดมาตรการลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่งมาใช้บังคับเพื่อป้องกันมิให้บุคคลใดกล้าที่จะฝ่าฝืน โดยเมื่อพิจารณาจากลักษณะความผิดดังกล่าวแล้วเป็นนั้น พบว่าเป็นกรณีที่เอกชนต้องปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐว่าด้วยระเบียบสาธารณะ (Public Torts) ซึ่งถือเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากบุคคลใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ในเรื่องนั้น ๆ ก็ควรนำมาตรการลงโทษทางปกครองมาใช้บังคับ ซึ่งมาตรการที่เหมาะสมกับความผิดดังกล่าวก็คือ “โทษปรับทางปกครอง”

**5.5 กลุ่มความผิดเกี่ยวกับการไม่จัดการรักษาทรัพย์สินของนิติบุคคล หรือไม่ส่งมอบทรัพย์สิน สมุดบัญชี เอกสารและสิ่งอื่นของนิติบุคคลเมื่อถูกร้องขอ** อันได้แก่ตัวอย่างพระราชบัญญัติดังต่อไปนี้ เช่น (1) พระราชบัญญัติการฉ้อโกง พ.ศ. 2545 (2) พระราชบัญญัติ ศุลกากร พ.ศ. 2560 หรือ (3) พระราชบัญญัติ สมาคมการค้า พ.ศ. 2509 ซึ่งเมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติข้างต้นพบว่า สาธารณประโยชน์ของบทบัญญัติ คือ การกำหนดความผิดสำหรับ “การไม่จัดการรักษาทรัพย์สินของนิติบุคคล หรือไม่ส่งมอบทรัพย์สิน สมุดบัญชี เอกสารและสิ่งอื่นของนิติบุคคลเมื่อถูกเจ้าหน้าที่ร้องขอ” และมีการกำหนดโทษอาญาในกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งเนื้อหาของบทบัญญัติความผิดนั้นมิได้มีลักษณะอันเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง อันจะเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลแต่ละคนอันถือเป็นคุณค่าที่สำคัญ หรืออาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ แต่อาจเป็นการกระทำที่สร้างความเสียหายต่อระบบราชการของรัฐได้เพราะการไม่สามารถส่งของใด ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดอาจทำให้เกิดปัญหาในการดำเนินงานของรัฐได้แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นก็มิได้มีลักษณะที่รุนแรงถึงขนาดสร้างผลกระทบต่อการทำงานของรัฐในวงกว้าง ดังนั้น ความผิดในลักษณะนี้จึงมิได้เป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดต้องนำโทษอาญามาใช้บังคับ อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงการนำโทษจำคุกมาใช้บังคับกับความผิดนี้แล้วจะพบว่าความผิดในลักษณะนี้มิได้มีความรุนแรงถึงขนาดจำต้องกันผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเป็นการชั่วคราวตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษด้วยการจำคุก แต่การกำหนดโทษจำคุกในความผิดลักษณะนี้กลับเป็นการกำหนดโทษเพื่อโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อข่มขู่ยับยั้ง มิให้ผู้ใดกล้าที่จะฝ่าฝืนหรือกระทำความผิดเท่านั้น ดังนั้น การนำโทษจำคุกมาใช้กับความผิดในลักษณะนี้จึงไม่มีความเหมาะสมด้วย เพราะฉะนั้นความผิดในเรื่องดังกล่าวตามพระราชบัญญัติข้างต้นจึงไม่สมควรที่จะนำโทษอาญามาใช้บังคับกับความผิด

แต่อย่างไรก็ตาม ความผิดดังกล่าวอาจสร้างความเสียหายให้กับการทำงานของราชการได้ จึงสมควรที่จะกำหนดมาตรการใด ๆ ขึ้นมาเพื่อที่จะบังคับและลงโทษเมื่อมีการฝ่าฝืน โดยผู้เขียนเห็นว่า ลักษณะความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีเกี่ยวข้องกับระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนอันเป็นเรื่องในทางปกครอง ดังนั้น จึงสามารถที่จะนำโทษทางปกครองมาใช้บังคับได้ ซึ่งโทษทางปกครองที่เหมาะสมกับความผิดดังกล่าวคือ “โทษปรับทางปกครอง”

5.6 กลุ่มความผิดเกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายวิทยฐานะ ตรา เครื่องหมาย หรือสัญลักษณ์ของสถานศึกษา โดยไม่มีสิทธิหรือไม่ได้รับอนุญาต โดยสามารถแบ่งพระราชบัญญัติได้เป็น 2 กลุ่ม ดังนี้

(1) กลุ่มที่พระราชบัญญัติที่มีการกำหนดโทษทางอาญาไว้ในมาตราเดียวกัน ได้แก่ตัวอย่างพระราชบัญญัติดังต่อไปนี้<sup>31</sup> เช่น พระราชบัญญัติ การศึกษาพระปริยัติธรรม พ.ศ. 2562, พระราชบัญญัติ กำหนดวิทยฐานะผู้สำเร็จวิชาการทหาร พ.ศ. 2497 หรือ พระราชบัญญัติ มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย พ.ศ. 2540 เป็นต้น

(2) กลุ่มที่พระราชบัญญัติที่มีการกำหนดโทษทางอาญาไว้ในหลายมาตรา ได้แก่ตัวอย่างพระราชบัญญัติดังต่อไปนี้<sup>32</sup> เช่น พระราชบัญญัติ การอาชีวศึกษา พ.ศ. 2551, พระราชบัญญัติ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2551, พระราชบัญญัติ มหาวิทยาลัยการกีฬาแห่งชาติ พ.ศ. 2562 เป็นต้น

โดยพระราชบัญญัติในกลุ่มนี้จะมีการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดเกี่ยวกับการใช้เครื่องหมายวิทยฐานะ ตรา เครื่องหมาย หรือสัญลักษณ์ของสถานศึกษาโดยไม่มีสิทธิหรือไม่ได้รับอนุญาต ในบทบัญญัติหลายมาตรา แต่จะมีการกำหนดโทษอาญาไว้ในอัตราที่เท่ากันดังบทบัญญัติดังต่อไปนี้

“...ผู้ใดใช้ครุวิทยฐานะ เข็มวิทยฐานะ ครุประจำตำแหน่ง เครื่องแบบ เครื่องหมาย หรือเครื่องแต่งกายของนักศึกษาของมหาวิทยาลัย หรือสิ่งใดที่เลียนแบบสิ่งดังกล่าว โดยไม่มีสิทธิที่จะใช้ หรือแสดงด้วยประการใด ๆ ว่าตนมีปริญญา อนุปริญญา ประกาศนียบัตร หรือมีตำแหน่งใดในมหาวิทยาลัย หรือเป็นนักศึกษาของมหาวิทยาลัยโดยที่ตนไม่มีสิทธิ ถ้าได้กระทำให้บุคคลอื่นเชื่อว่าตนมีสิทธิที่จะใช้หรือมีวิทยฐานะหรือมีตำแหน่งเช่นนั้น หรือเป็นนักศึกษาของมหาวิทยาลัย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” และ “... ผู้ใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(1) ปลอม หรือทำเลียนแบบซึ่งตรา เครื่องหมาย หรือสัญลักษณ์ของมหาวิทยาลัยหรือส่วนราชการของมหาวิทยาลัย ไม่ว่าจะทำเป็นสื่อดีหรือทำด้วยวิธีใด ๆ

(2) ใช้ตรา เครื่องหมาย หรือสัญลักษณ์ของมหาวิทยาลัยหรือส่วนราชการของมหาวิทยาลัยปลอมหรือซึ่งทำเลียนแบบ

(3) ใช้ หรือทำให้ปรากฏซึ่งตรา เครื่องหมาย หรือสัญลักษณ์ของมหาวิทยาลัยหรือส่วนราชการของมหาวิทยาลัยที่ฉ้อหรือสินค้าใด ๆ โดยฝ่าฝืนมาตรา...

ถ้าผู้กระทำความผิดตาม (1) เป็นผู้กระทำความผิดตาม (2) ด้วย ให้ลงโทษตาม (3) แต่กระหนเดียว ความผิดตาม (3) เป็นความผิดอันยอมความได้”

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาจากลักษณะความผิดดังกล่าวจะพบว่า สำคัญของบทบัญญัติคือ “การห้ามมิให้มีการใช้เครื่องหมายวิทยฐานะ ตรา เครื่องหมาย หรือสัญลักษณ์ของสถานศึกษาโดยไม่มีสิทธิหรือไม่ได้รับอนุญาต และการห้ามมิให้มีการปลอมเครื่องหมายวิทยฐานะ ตรา เครื่องหมาย หรือสัญลักษณ์ของสถานศึกษา” โดยหากบุคคลใดฝ่าฝืนกระทำความผิดย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถานศึกษาต่าง ๆ ได้ แต่อย่างไรก็ตามความเสียหายที่เกิดขึ้นมิได้มีลักษณะที่ร้ายแรงอันเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลแต่ละคนอันถือเป็นคุณค่าที่สำคัญ หรืออาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ ดังนั้น ความผิดดังกล่าวจึงไม่ได้มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดจำต้องนำโทษทางอาญามาใช้บังคับ อีกทั้ง

<sup>31</sup> ผู้อ่านสามารถศึกษารายละเอียดพระราชบัญญัติในกลุ่มนี้เพิ่มเติมได้จากภาคผนวก 12 ในวิทยานิพนธ์.

<sup>32</sup> ผู้อ่านสามารถศึกษารายละเอียดพระราชบัญญัติในกลุ่มนี้เพิ่มเติมได้จากหัวข้อ 5.6.2 ในวิทยานิพนธ์.

ความผิดข้างต้นนี้ก็มีได้มีลักษณะที่จะเข้าเกณฑ์ตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษจำคุกด้วยเนื่องจากมิได้เป็นความผิดที่มีลักษณะรุนแรงถึงขนาดต้องกันบุคคลดังกล่าวออกจากสังคม ดังนั้น การใช้โทษอาญาสำหรับความผิดเกี่ยวกับ “การห้ามมิให้มีการใช้ใช้เครื่องหมายวิทยฐานะ ตรา เครื่องหมาย หรือสัญลักษณ์ของสถานศึกษาโดยไม่มีสิทธิหรือไม่ได้รับอนุญาต และการห้ามมิให้มีการปลอมเครื่องหมายวิทยฐานะ ตรา เครื่องหมาย หรือสัญลักษณ์ของสถานศึกษา” จึงไม่มีความเหมาะสมเพราะไม่ใช่ความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง อีกทั้ง การที่พระราชบัญญัติข้างต้นนำโทษอาญามาใช้บังคับก็เป็นเพียงการใช้โทษอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อข่มขู่ ยับยั้ง ไม่ให้ผู้ใดกล้าที่จะฝ่าฝืนหรือกระทำความผิดเท่านั้น ดังนั้น การกำหนดโทษอาญาสำหรับความผิดเรื่องดังกล่าวในพระราชบัญญัติข้างต้นจึงไม่มีความเหมาะสมและสมควรที่จะยกเลิกการนำโทษอาญามาใช้บังคับ

แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดมาตรการบังคับโทษขึ้นมาเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิด โดยผู้เขียนเห็นว่าการกระทำผิดดังกล่าวควรนำมาตราการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับ คือ “การลงโทษด้วยการปรับเป็นพินัย” เนื่องจากการปรับเป็นพินัยนั้นไม่ใช่โทษอาญาสามารถนำมาใช้บังคับกับความผิดที่ไม่ร้ายแรงและไม่กระทบโดยตรงต่อความสงบเรียบร้อยหรือความปลอดภัยของประชาชน เพียงแต่เป็นมาตรการบังคับให้ผู้กระทำความผิดต้องชำระค่าปรับเท่านั้น เพราะฉะนั้นการเลือกวิธีการลงโทษด้วยการปรับเป็นพินัยจึงมีความเหมาะสมที่สุด

5.7 กลุ่มความผิดเกี่ยวกับการประกอบการบางอย่างไม่โดยไม่ได้รับใบอนุญาตหรือประกอบการบางอย่างภายหลังที่ได้มีคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตนั้น หรือไม่มีสิทธิที่จะใช้ต่อไป สำหรับกลุ่มพระราชบัญญัติดังต่อไปนี้จะเป็นพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการขออนุญาตประกอบกิจการหรือขอให้บริการของเอกชน โดยกิจการหรือบริการเหล่านี้จะต้องได้รับอนุญาตจากทางภาครัฐก่อนจึงจะสามารถดำเนินการต่อไปได้ เนื่องจากกิจการเหล่านี้รัฐจะต้องเข้ามาควบคุมดูแล จัดระเบียบเพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานที่เหมาะสม และสร้างความปลอดภัยให้กับประชาชนผู้ใช้บริการ ในกิจการนั้น ดังนั้น จึงต้องมีการกำหนดบทบัญญัติหากมีการฝ่าฝืนและมีบทกำหนดโทษไว้ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา แต่กลุ่มตัวอย่างพระราชบัญญัติดังต่อไปนี้ถือว่าเป็นพระราชบัญญัติที่มีการโทษอาญาที่ไม่เหมาะสม<sup>33</sup> เช่น (1) พระราชบัญญัติ ควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พุทธศักราช 2474 (2) พระราชบัญญัติ จดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550 หรือ (3) พระราชบัญญัติ ธุรกิจรักษาความปลอดภัย พ.ศ. 2558 ซึ่งเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติในกลุ่มนี้พบว่า ผลกระทบจากการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นนั้นแม้จะมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำผิดแต่ก็มิได้มีลักษณะร้ายแรงอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคล ความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง ถึงขนาดจำต้องนำโทษทางอาญามาใช้บังคับ และหากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษจำคุกแล้วเห็นว่า การกระทำดังกล่าวมิได้มีลักษณะรุนแรงถึงขนาดจำต้องกันผู้กระทำความผิดออกจากสังคมแต่อย่างใด เพราะฉะนั้นความผิดดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะร้ายแรง การนำโทษอาญามาใช้กับความผิดตามพระราชบัญญัติในกลุ่มนี้จึงไม่มีความเหมาะสม

แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีความจำเป็นต้องกำหนดมาตรการลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่งมาใช้บังคับ เพราะตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติกลุ่มนี้ คือ รัฐจะต้องเข้ามาควบคุมดูแล จัดระเบียบ การประกอบกิจการต่าง ๆ ให้เป็นไปตามมาตรฐานที่เหมาะสม และสร้างความปลอดภัยให้กับประชาชนผู้ใช้บริการ ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า เมื่อการกระทำดังกล่าวเป็นการขออนุญาตประกอบกิจการระหว่างภาคเอกชนกับหน่วยงานของรัฐโดยตรง ซึ่งรัฐจะมีคำสั่งว่าอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ประกอบกิจการอันถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง

<sup>33</sup> ผู้อ่านสามารถศึกษารายละเอียดพระราชบัญญัติในกลุ่มนี้เพิ่มเติมได้จากภาคผนวก 4 กลุ่มที่ 2 ในวิทยานิพนธ์.

เพราะฉะนั้นหากมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวก็ควรนำโทษทางปกครองมาใช้บังคับจึงจะเหมาะสมที่สุด และในเรื่องดังกล่าวตามกฎหมายเยอรมนี หรือกฎหมายฝรั่งเศส ก็มีการกำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับการขอใบอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐและมีได้เป็นความผิดที่สังคมต้องประณามนำโทษทางปกครองมาใช้บังคับเช่นเดียวกัน

5.8 กลุ่มความผิดเกี่ยวกับการขอยกเว้นค่าธรรมเนียมตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่มีสิทธิได้รับยกเว้น อันได้แก่ตัวอย่างพระราชบัญญัติดังต่อไปนี้ (1) พระราชบัญญัติ ยกเว้นค่าธรรมเนียมบางประเภท ให้แก่ทหารผ่านศึกนอกประจำการและครอบครัวทหารผ่านศึกซึ่งเสียชีวิตจากการปฏิบัติหน้าที่ พ.ศ. 2535 (2) พระราชบัญญัติ ยกเว้นค่าธรรมเนียมบางประเภทให้แก่ผู้ได้รับ พระราชทานเหรียญกล้าหาญ พ.ศ. 2526 (3) พระราชบัญญัติ ยกเว้นค่าธรรมเนียมบางประเภทให้แก่ผู้ได้รับ พระราชทานเหรียญชัยสมรภูมิ พ.ศ. 2507 ซึ่งตามพระราชบัญญัติเหล่านี้จะมีการกำหนดอัตราโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนและมีโทษปรับ โดยจากการพิจารณาพระราชบัญญัติข้างต้นพบว่า มีสาระสำคัญของความผิด คือ “การขอยกเว้นค่าธรรมเนียมตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่มีสิทธิได้รับยกเว้น” และหากพิจารณาต่อไปที่เนื้อหาของบทบัญญัติจะพบว่า การกระทำความผิดเหล่านี้มิได้มีลักษณะที่เป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลแต่ละคนอันถือเป็นคุณค่าที่สำคัญ หรืออาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ แต่อาจเป็นการกระทำที่สร้างความเสียหายต่อสิ่งที่เป็นสมบัติมหาชนเนื่องจากค่าธรรมเนียมดังกล่าวเป็นสิ่งที่รัฐพึงจะได้รับหากไม่มีเหตุที่จะได้รับยกเว้นแต่ก็ไม่ได้มีลักษณะที่มีความร้ายแรง ดังนั้น ความผิดในเรื่อง “การขอยกเว้นค่าธรรมเนียมตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่มีสิทธิได้รับยกเว้น” จึงมิใช่ความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดจำต้องนำโทษอาญามาใช้บังคับ อีกทั้ง การที่พระราชบัญญัติข้างต้นนำโทษอาญามาใช้บังคับ ก็เป็นเพียงการใช้โทษอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อข่มขู่ ยับยั้ง ไม่ให้ผู้ใดกล้าที่จะฝ่าฝืนหรือกระทำความผิดเท่านั้น ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักของ Nigel Walker ที่ว่า “รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับโทษแต่เพียงอย่างเดียว” และไม่สอดคล้องกับทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ เนื่องจากรัฐจะต้องคำนึงถึง “ผลประโยชน์ของสังคม” และ “ต้นทุนในการจัดการกับความผิด” ซึ่งความผิดข้างต้นนี้มิได้มีการสร้างความเสียหายแก่สังคมเป็นอย่างมากเมื่อเทียบกับการลงโทษผู้กระทำความผิด หากมีการกำหนดโทษอาญาไว้และนำผู้กระทำความผิดไปลงโทษ อาจทำให้สังคมต้องเสียต้นทุนอันเป็นค่าใช้จ่ายในการดูแลผู้กระทำความผิดอันเป็นผลเสียที่เกินไปกว่าประโยชน์ที่จะได้รับจากการลงโทษผู้กระทำความผิดในฐานะข้างต้นดังนั้น การกำหนดโทษอาญาสำหรับความผิดเรื่องดังกล่าวในพระราชบัญญัติข้างต้นจึงไม่มีความเหมาะสมและสมควรที่จะยกเลิกการนำโทษอาญามาใช้บังคับ

แต่อย่างไรก็ตาม ความผิดดังกล่าวยังคงมีความจำเป็นต้องกำหนดมาตรการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับอยู่ โดยผู้เขียนเห็นว่าการกระทำผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่สร้างความเสียหายแก่รัฐอันเป็นความผิดระหว่างรัฐกับเอกชน เพราะฉะนั้นจึงถือว่าเป็นเรื่องกฎหมายปกครอง สมควรที่จะนำโทษทางปกครองมาใช้บังคับซึ่งโทษทางปกครองที่เหมาะสมกับความผิดดังกล่าวข้างต้นคือ “โทษปรับทางปกครอง”

5.9 กลุ่มความผิดเกี่ยวกับการห้ามใช้ชื่อหรือคำแสดงชื่อโดยไม่ได้รับอนุญาต โดยกลุ่มความผิดตามพระราชบัญญัติเหล่านี้จะเป็นการกำหนดความผิดเกี่ยวกับ “การห้ามใช้ชื่อหรือคำแสดงชื่อโดยไม่ได้รับอนุญาต” ซึ่งมีการกำหนดโทษอาญาไว้หากมีการฝ่าฝืน แต่มีตัวอย่างกลุ่มพระราชบัญญัติดังต่อไปนี้ที่มีการกำหนดโทษอาญาที่ไม่เหมาะสม<sup>34</sup> เช่น (1) พระราชบัญญัติ วิชาชีพกายภาพบำบัด พ.ศ. 2547 (2) พระราชบัญญัติ วิชาชีพการสัตวแพทย์ พ.ศ. 2545 (3) พระราชบัญญัติ สหกรณ์ พ.ศ. 2541 หรือ (4) พระราชบัญญัติ สภาการเหมืองแร่ พ.ศ. 2526 เป็นต้น

<sup>34</sup> ผู้อ่านสามารถศึกษารายละเอียดพระราชบัญญัติในกลุ่มนี้เพิ่มเติมได้จากภาคผนวก 5 ในวิทยานิพนธ์.

ซึ่งหากพิจารณาถึงลักษณะความผิดข้างต้นแล้วพบว่า การใช้ชื่อหรือคำแสดงชื่อของวิชาชีพหรือองค์กรนั้น มิได้มีลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสังคมในวงกว้าง จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องนำโทษอาญามาใช้บังคับ การที่พระราชบัญญัติเหล่านี้มีการนำโทษอาญามาบังคับนั้นคงมีเพียงวัตถุประสงค์อย่างเดียว คือ เพื่อข่มขู่ยับยั้ง ไม่ให้ผู้ใดกล้าที่จะฝ่าฝืนหรือกระทำความผิดเท่านั้น ซึ่งการกำหนดโทษในลักษณะเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับหลักของ Nigel Walker ที่ว่า “รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับโทษแต่เพียงอย่างเดียว” อีกทั้งหากพิจารณาโดยนำวัตถุประสงค์ของการลงโทษจำคุกมาเปรียบเทียบกับลักษณะความผิดในพระราชบัญญัติกลุ่มนี้ จะพบว่าความผิดดังกล่าวมิได้มีลักษณะรุนแรงถึงขนาดจำต้องกันผู้กระทำความผิดออกจากสังคม ดังนั้น การใช้โทษจำคุกจึงไม่มีความเหมาะสมกับความผิดดังกล่าว

แต่อย่างไรก็ตามการกระทำความผิดในลักษณะนี้อาจสร้างความเสียหายต่อองค์กรหรือสภาวิชาชีพต่าง ๆ ได้ จึงมีความจำเป็นต้องกำหนดมาตรการลงโทษอื่นที่เหมาะสมเพื่อมาใช้บังคับกับความผิดเหล่านี้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการกระทำความผิดดังกล่าวผู้กระทำความผิดอาจมีความประสงค์ที่จะใช้ชื่อองค์กรเหล่านี้เพื่อไปแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ ดังนั้นการลงโทษด้วยมาตรการที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจจึงน่าจะมีความเหมาะสมและส่งผลกระทบต่อผู้กระทำความผิดมากที่สุด โดยมาตรการลงโทษอย่างอื่นที่ส่งผลต่อสภาพเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดนั้นคือการปรับ ซึ่งการปรับที่ไม่ใช่โทษอาญาก็คือ “การนำโทษปรับทางพินัย” มาใช้บังคับอันเป็นการลงโทษที่เหมาะสมที่สุด

5.10 กลุ่มพระราชบัญญัติที่สมควรนำโทษปรับทางพินัยมาใช้บังคับ ตามที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... ตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอเมื่อต้นเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2564 เพื่อที่จะเสนอร่างกฎหมายดังกล่าวต่อรัฐสภาเพื่อให้ลงคะแนนและประกาศใช้เป็นกฎหมายต่อไปนั้น ทำให้เห็นว่ามาตรการลงโทษอย่างอื่นอันเป็น “การปรับเป็นพินัย” สำหรับกฎหมายไทยนั้นจะสามารถนำมาใช้บังคับได้ในเร็ววัน โดยจากการศึกษาบันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัยที่ทางคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้จัดทำนั้นพบว่า พระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาที่มีความเหมาะสมสำหรับการเปลี่ยนโทษอาญามาเป็นโทษปรับทางพินัยจะต้องเป็นพระราชบัญญัติที่มีลักษณะของการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรงและโดยสภาพไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือไม่กระทบต่อส่วนรวม อีกทั้งจะต้องเป็นกฎหมายหรือพระราชบัญญัติที่มีการกำหนดโทษอาญาเป็นโทษปรับสถานเดียวด้วย<sup>35</sup> ซึ่งหลังจากที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาประกอบการศึกษาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวข้างต้นแล้วพบว่าพระราชบัญญัติที่มีโทษปรับทางอาญาสถานเดียวนั้นมีอยู่ด้วยกันจำนวน 213 ฉบับ<sup>36</sup> โดยมีตัวอย่างพระราชบัญญัติเช่น พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 หรือพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 ซึ่งเห็นว่าความผิดที่มีการกำหนดโทษทางอาญาในพระราชบัญญัติกลุ่มนี้ไม่ได้มีลักษณะร้ายแรง ไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่กระทบต่อส่วนรวมอย่างกว้าง และอาจ

<sup>35</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย, ‘ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... (รับฟังความคิดเห็นตั้งแต่วันที่ 21 กรกฎาคม 2563 ถึงวันที่ 7 สิงหาคม 2563)’ <<https://www.krisdika.go.th/detail-law-draft-under-consideration-by-the-office-of-the-council-of-state?billCode=241>> สืบค้นเมื่อวันที่ 25 ธันวาคม 2563.

<sup>36</sup> ผู้อ่านสามารถศึกษารายละเอียดพระราชบัญญัติในกลุ่มนี้เพิ่มเติมได้จากภาคผนวก 13 ในวิทยานิพนธ์.

เป็นกฎหมายเทคนิคที่กำหนดโทษทางอาญาเพื่อบังคับให้ประชาชนปฏิบัติตามเท่านั้น ดังนั้น ความผิดเหล่านี้ควรปรับเปลี่ยนมาใช้เป็นการปรับเป็นพินัยแทน เพื่อที่จะเป็นการลดการดำเนินคดีชั้นผู้ศาลและสามารถใช้บทบัญญัติดังกล่าวได้เหมาะสมต่อไปสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ตามมาตรา 77 วรรคท้ายด้วย

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาจึงต้องมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน โดยการกำหนดความผิดและโทษอาญาในกฎหมายไทยนั้นจะถูกบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลัก แต่จะมีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติด้วยในกรณีที่กฎหมายต้องการบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองเรื่องใดเป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้โทษอาญากับความผิดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 วรรคสาม ที่บัญญัติว่า “รัฐพึงจะกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง” เพื่อเป็นควบคุมไม่ให้มีการกำหนดโทษอาญาเกินความจำเป็น แต่ตามรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวก็ได้มีการกำหนดความหมายหรือให้นิยามของคำว่า “ความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง” ไว้แน่ชัดทำให้เกิดปัญหาด้านความไม่ชัดเจนเมื่อนำเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้บังคับ จนในปีพ.ศ. 2562 ทางคณะรัฐมนตรีจึงได้มอบหมายให้คณะกรรมการพัฒนากฎหมายดำเนินศึกษา พิจารณา และเสนอแนะเกี่ยวกับการใช้โทษทางอาญา ซึ่งต่อมาทางคณะกรรมการพัฒนากฎหมายได้ออกคำแนะนำเกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย โดยได้ให้นิยามคำว่า “ความผิดร้ายแรง” ไว้ว่าจะต้องเป็นการกระทำความผิดที่ (1) กระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ (2) กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (3) กระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง และ (4) มีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง ซึ่งหลักเกณฑ์ทั้ง 4 ข้อของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายนี้ถือเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดนิยามของความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงในปัจจุบันของประเทศไทย ทั้งนี้เมื่อทำการเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ความร้ายแรงของความผิดตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและอิตาลี พบว่า ประเทศฝรั่งเศสจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ความร้ายแรงขึ้นมาเป็นข้อๆ โดยจะนำหลักการให้ค่าคะแนนมาใช้บังคับซึ่งหากการกระทำความผิดใดมีค่าคะแนนรวมทั้งถึงเกณฑ์ก็จะถือว่าความผิดนั้นเป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงอันสมควรนำโทษอาญามาใช้บังคับ ส่วนประเทศอิตาลีมีการกำหนดเกณฑ์ลักษณะของความเสียหายขึ้นมาเพื่อเป็นกรอบในการใช้ดุลพินิจของผู้ตรากฎหมาย โดยหากการกระทำความผิดใดสร้างความเสียหายตามนิยามของกรอบที่กำหนดไว้ความผิดนั้นก็ถือว่ามีความร้ายแรงอันสมควรที่จะนำโทษอาญามาใช้บังคับ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าประเทศไทยมีการกำหนดหลักเกณฑ์ความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงที่ถือว่าชัดเจนพอสมควรและสามารถนำไปใช้กับการบัญญัติกฎหมายหมายที่มีโทษอาญาต่อไปในอนาคตได้

แต่อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ข้างต้นนั้นจะถูกนำมาใช้บังคับก็ต่อเมื่อมีการบัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้น แต่สำหรับกฎหมายเก่าหรือกฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้นมาแล้วและมีโทษอาญากลับมาได้ถูกนำมาพิจารณาถึงความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงเท่าที่ควร ซึ่งพระราชบัญญัติที่มีโทษอาญาก็เป็นหนึ่งในกฎหมายเหล่านี้ โดยที่ผ่านมามีตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน (ปี พ.ศ.2562) มีพระราชบัญญัติที่มีโทษอาญาทั้งสิ้นประมาณ 462 ฉบับ และเมื่อพิจารณาไปในเนื้อหาความผิดของแต่ละพระราชบัญญัติพบว่า ยังคงมีพระราชบัญญัติหลายฉบับที่มีปัญหาในการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่ไม่มีลักษณะร้ายแรง เพราะฉะนั้นเพื่อที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวทางผู้เขียนจึงขอเสนอแนะแนวทางการแก้ไขดังต่อไปนี้

1. การใช้โทษอาญาสำหรับความผิดในพระราชบัญญัตินั้น ควรกำหนดไว้เท่าที่จำเป็น

กล่าวคือ ความผิดที่จะสมควรกำหนดโทษทางอาญานั้นก็ต้องเป็นความผิดที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความปลอดภัยของประเทศ กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน กระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน อย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง ทั้งนี้หากบทบัญญัติใดมิได้มีลักษณะที่เป็นการก่อให้เกิดผลกระทบต่อเรื่องต่างๆ ที่กล่าวข้างต้น รัฐก็ไม่สมควรที่จะนำโทษอาญามาใช้บังคับกับความผิดนั้น เช่น พระราชบัญญัติ การศึกษาภาคบังคับ พ.ศ. 2545 ตามบทบัญญัติมาตรา 13 ความว่า “ผู้ปกครองที่ไม่ปฏิบัติตาม มาตรา 6<sup>37</sup> ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท” หรือ พระราชบัญญัติ คณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 ตามบทบัญญัติ มาตรา 42 ความว่า “ผู้ใดมิได้รับแต่งตั้งให้เป็นพระอุปัชฌาย์ หรือถูกถอดถอนจากความเป็นพระอุปัชฌาย์ตามมาตรา 23 แล้ว กระทำการบรรพชาอุปสมบทแก่บุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี” เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดีการที่จะพิจารณาว่า การกระทำความผิดใดเป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงนั้น ไม่ได้มีข้อกำหนดตายตัวที่ชัดเจนคงเป็นเรื่องของการใช้ “ดุลพินิจ” ของผู้ตรากฎหมาย

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า รัฐควรที่จะกำหนดเกณฑ์หรือกรอบที่ชัดเจนเพียงพอเพื่อที่จะควบคุมการใช้ดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายในการที่จะกำหนดโทษทางอาญาในพระราชบัญญัติ โดยอาจนำเกณฑ์การแทนค่าคะแนน ตามกฎหมายฝรั่งเศสที่คณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาได้เสนอไว้ มาปรับใช้กับเกณฑ์ที่คณะกรรมการพัฒนากฎหมายของไทยได้ให้ความเห็นไว้ ดังตัวอย่างตารางดังนี้

ตัวชี้วัด	เกณฑ์การพิจารณา	ระดับที่สมควรกำหนดเป็นความผิดอาญา
(1) ความมั่นคงของรัฐหรือ ความปลอดภัยของประเทศ	ก่อให้เกิดผลกระทบขั้นได้	2
	ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบ	1
(2) ความสงบเรียบร้อยของประชาชน	ก่อให้เกิดผลกระทบขั้นได้	2
	ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบ	1
(3) ศีลธรรมอันดีของประชาชน	ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงขั้นได้	2
	ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบ	1
(4) มีผลต่อส่วนรวมในวงกว้าง	ก่อให้เกิดผลกระทบขั้นได้	2
	ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบ	1

โดยทั้งนี้เมื่อนำตัวชี้วัดทั้งสี่ประการข้างต้นมาพิจารณาและคำนวณประกอบกันแล้วกับความผิดใดความผิดหนึ่งแล้ว สามารถรวมผลคำนวณได้ค่ามากกว่า 4 คะแนนขึ้นไป เช่น กรณีที่การกระทำนั้นเป็นก่อให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ (ค่าคะแนน 2) และก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (ค่าคะแนน 2) แต่มิได้กับกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง (ค่าคะแนน 1) และส่งผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง (ค่าคะแนน 2) ค่ารวมจะเท่ากับ 7 กรณีดังกล่าวนี้สมควรกำหนดให้การกระทำผิดนั้นมีโทษอาญาเพราะถือว่าเป็นการกระทำที่มีลักษณะร้ายแรง แต่หากการกระทำใดที่เมื่อรวมผลแล้วได้ค่าตั้งแต่ 4 คะแนน

<sup>37</sup> มาตรา 6 ความว่า “ให้ผู้ปกครองส่งเด็กเข้าเรียนในสถานศึกษาเมื่อเด็กมีอายุถึงตามเกณฑ์การศึกษาภาคบังคับได้กำหนดไว้”.

ลงไป เช่น พระราชบัญญัติ การศึกษาภาคบังคับ พ.ศ. 2545 ตามบทบัญญัติมาตรา 13 ที่กำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้ปกครองที่ไม่ส่งบุตรของตนเข้าทำการศึกษา โดยหากพิจารณาแล้วพบว่า เรื่องดังกล่าวนี้มีได้ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ (ค่าคะแนน 1) และต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (ค่าคะแนน 1) มีได้กับกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง (ค่าคะแนน 1) และต่อส่วนรวมในวงกว้าง (ค่าคะแนน 1) เพราะฉะนั้นค่ารวมจะเท่ากับ 4 ซึ่งถือว่ากรณีดังกล่าวนี้ได้เป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดที่จะต้องนำโทษอาญามาบังคับ โดยอาจจะกำหนดมาตรการลงโทษอื่น ๆ ที่เหมาะสมมาใช้บังคับแทนโทษอาญาต่อไปก็ได้ เป็นต้น

แต่ทั้งนี้ผู้ตรากฎหมายไม่จำเป็นต้องยึดเกณฑ์หรือรอบข้างต้นโดยเคร่งครัด เพราะบางความผิดแม้จะมีได้มีลักษณะร้ายแรงก็ตามแต่หากมีความจำเป็นต้องนำโทษทางอาญามาใช้บังคับเพื่อที่จะควบคุมคนในสังคมให้ปฏิบัติตามกรณีเหล่านี้สมควรที่จะเปิดช่องให้สามารถนำโทษอาญามาใช้บังคับได้ แต่ทั้งนี้ต้องมีการพิจารณาการใช้โทษอาญาอย่างเหมาะสมและไม่ขัดกับประมวลกฎหมายอาญาหรือพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาในลักษณะเดียวกัน

## 2. โทษอาญาควรถูกนำมาใช้บังคับเมื่อมาตรการลงโทษอย่างอื่นไม่สามารถใช้บังคับกับความผิดนั้นได้

การใช้มาตรการลงโทษทางอาญานั้นควรจะถูกนำมาใช้บังคับเป็นวิธิต่างสุดท้าย กล่าวคือ ไม่มีมาตรการลงโทษอย่างอื่นเพื่อให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายหรือการลงโทษด้วยมาตรการอื่นไม่ทำให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัว ดังนั้นหากพระราชบัญญัติใด ๆ มีความจำเป็นต้องกำหนดมาตรการลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่งมาใช้บังคับ เพื่อป้องกันมิให้มีผู้ใดฝ่าฝืนหรือขัดต่อคำสั่งตามพระราชบัญญัตินั้น ๆ โดยสามารถกำหนดมาตรการลงโทษอย่างอื่น เช่น การกำหนดมาตรการจูงใจเพื่อให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมาย การนำมาตรการลงโทษทางแพ่งมาใช้บังคับ หรือ การนำโทษทางปกครอง มาใช้บังคับกับการกระทำนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพแล้ว ความผิดดังกล่าวก็ไม่จำเป็นต้องกำหนดโทษอาญามาบังคับแต่อย่างใด ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติอันมีความผิดเกี่ยวกับการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือข้อกำหนดทั้งหลาย จะมีบทบัญญัติคล้ายกัน คือ “มาตรา ... ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งของคณะกรรมการหรือเจ้าหน้าที่ตามมาตรา ... ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน... หรือปรับไม่เกิน... หรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่งเป็นการกำหนดโทษทางอาญามาใช้บังคับโดยมิได้คำนึงถึงมาตรการลงโทษอื่น ๆ ที่สามารถลงโทษได้อย่างเหมาะสมเช่นกัน เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงอาจนำโทษปรับทางปกครองอันเป็นโทษทางปกครองมาใช้บังคับแทนได้ โดยอาจกำหนดข้อความดังต่อไปนี้

“มาตรา ... ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งของคณะกรรมการหรือเจ้าหน้าที่ตามมาตรา ... ต้องระวางโทษปรับทางปกครองวันละ ... จนกว่าจะปฏิบัติให้ถูกต้องโดยให้คำนึงถึงความร้ายแรงของพฤติกรรมแห่งการกระทำความผิดด้วย” เป็นต้น

ทั้งนี้ การที่จะกำหนดมาตรการลงโทษอย่างอื่นแทนการใช้โทษอาญานั้น ก็ควรที่จะกำหนดเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาด้วยการกระทำผิดดังกล่าวสมควรที่จะใช้มาตรการลงโทษอย่างไรจึงจะเหมาะสมกับการกระทำผิดนั้น โดยการกำหนดเกณฑ์เหล่านี้จะทำให้พระราชบัญญัติที่มีความผิดในเรื่องเดียวกันสามารถกำหนดมาตรการลงโทษที่เป็นไปในทางเดียวกันและสอดคล้องกันได้ อันเป็นการสร้างความเป็นเอกภาพในการบัญญัติกฎหมายต่อไป



## บรรณานุกรม

### หนังสือและบทความในหนังสือ

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ผลสยามพริ้นติ้ง (ประเทศไทย) 2551).

คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563).

*กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 11, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน 2559).

จิตติ ดิงศภัทย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 11, นนทบุรี : บริษัท ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่งจำกัด 2555).

ณรงค์ ใจหาญ และคณะ, *การกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา* (สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักงานกิจการยุติธรรม : กรุงเทพมหานคร 2551).

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, *ปฏิรูปกฎหมายเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ* (ฉบับที่ 4 เดือนกรกฎาคม - สิงหาคม BOT พระสยาม, MAGAZINE 2562).

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 22, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน 2564).

ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน 2561).

หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 21, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556).

อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, *ทฤษฎีอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562).

### วิทยานิพนธ์

เมฆยา โรจนอารีย์, ‘การฉ้อฉลทางวิชาการ : ศึกษาการกำหนดความผิดอาญา ฐานรับจ้างทำวิทยานิพนธ์’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559).

สกล นิสารัตน์, ‘กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2557).

### สื่อและหนังสืออิเล็กทรอนิกส์

คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย, ‘การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย’ (27 พฤศจิกายน 2562) <<https://www.lawreform.go.th/uploads/files/1579159114-qrw29-3qrlt.pdf>> สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2563.

### เอกสารประกอบการสัมมนาและรายงานการวิจัย

#### ภาษาไทย

ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, ‘บันทึกเรื่อง เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา’ (การประชุมสัมมนา เรื่อง หลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย ส่วนที่ 3, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กรุงเทพมหานคร, 2560).

#### ภาษาต่างประเทศ

Andrew Ashworth and Jeremy Horder, *Principles of criminal law* (seventh edition, Great Britain : Oxford University Press 2013).

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).

DELMAS-MARTY (M.), *Les grands systèmes de politique criminelle* (Paris : P.U.F. 1992).

Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (California : Standford University Press 1968).

Steven Shavell, *Criminal law and optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent*” In Jules Coleman and Jeffrey Lange, *Law and economics* (volume 1, Aldershot, Dartmouth 1992).

Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Jr. *Criminal Law* (2 nd ed, Minnesota: West Publishing Company 1986).