



นายอภิวัฒน์ สุดสา
นิติกร สำนักกฎหมาย



บทนำ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๗๗ ได้วางหลักการใหม่ในการปฏิรูปกระบวนการจัดทำและการเสนอร่างกฎหมายอย่างเป็นระบบ กล่าวคือ ในการจัดให้มีกฎหมายฉบับใหม่ขึ้นใช้บังคับ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น สำหรับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ นั้น หากหมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพรัฐพึงยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายฉบับนั้นเพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่าย ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องตรากฎหมายใหม่ หรือแก้ไขเพิ่มเติมหรือปรับปรุง หรือยกเลิกกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ เปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายฉบับใดมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป อีกทั้งกำหนดมาตรการควบคุมเนื้อหาของกฎหมาย โดยให้มีระบบอนุญาต ระบบคณะกรรมการ และการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่าที่จำเป็น ให้มีการกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดโทษอาญาในกฎหมายพึงทำได้เฉพาะความผิดร้ายแรง

หากจะกล่าวถึงเฉพาะบรรดาโทษในระบบกฎหมายนั้น โทษทางอาญา^๑ ถือได้ว่าเป็นโทษที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมากที่สุด เมื่อเปรียบเทียบกับโทษทางแพ่ง โทษทางปกครอง

^๑ประมวลกฎหมายกฎหมายอาญา มาตรา ๑๘ บัญญัติว่า
“มาตรา ๑๘ โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดมีดังนี้
(๑) ประหารชีวิต
(๒) จำคุก
(๓) กักขัง
(๔) ปรับ
(๕) ริบทรัพย์สิน
 ฯลฯ”



หรือโทษทางการเมือง ทั้งนี้ เพราะโทษประหารชีวิต จำคุก หรือการกักขัง นั้น เป็นโทษทางอาญาที่มุ่งกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หลักของโทษทางอาญา ส่วนการปรับ และการริบทรัพย์สิน เป็นเพียงการลงโทษในทางทรัพย์สินซึ่งเป็นมาตรการเสริมในการลงโทษทางอาญาเท่านั้น ประกอบกับประเทศไทยประสบกับปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ (Overcriminalization) ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงได้วางหลักการเกี่ยวกับการกำหนดโทษในทางอาญาไว้ว่า “รัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง” เพื่อใช้เป็นกรอบในการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย แต่เนื่องจากเป็นหลักการใหม่จึงยังไม่มีหลักเกณฑ์หรือแนวทางที่ชัดเจนว่าการกระทำใดเพียงใด ที่จะถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดร้ายแรง และควรกำหนดให้เป็นความผิดในทางอาญา ดังนั้น คอสมัน คมความคิด เข้มทิศรัฐธรรมนูญ จึงขอเสนอเรื่อง “การกำหนดโทษอาญาตามบทบัญญัติมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” ดังนี้

๑. ความหมายของกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติว่า การกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติห้ามมิให้มีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด หรือบังคับให้มีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดโดยผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามจะต้องได้รับโทษ^๖

๒. วัตถุประสงค์ของการลงโทษ^๗

ในการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น มีวัตถุประสงค์สำคัญ ดังนี้

๒.๑ เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน

การลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนมาจากแนวคิดที่ว่าผู้ใดกระทำการโดยมิได้รับผลตอบแทนการกระทำนั้น การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนนั้นจะได้อผลต่อเมื่อได้กระทำโดยรวดเร็วและรุนแรง มิฉะนั้นแล้วประชาชนก็อาจขาดความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรมของบ้านเมือง และอาจหาทางแก้แค้นผู้กระทำความผิดด้วยตนเองได้

๒.๒ เพื่อเป็นการข่มขู่

การลงโทษเพื่อการข่มขู่ มีวัตถุประสงค์สำคัญ ๒ ประการ คือ

(๑) เพื่อเป็นการข่มขู่ตัวผู้กระทำความผิดให้เกิดความเข็ดหลาบและไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก

(๒) เพื่อเป็นตัวอย่างให้คนทั่วไปเห็นว่าเมื่อกระทำความผิดแล้วจะต้องได้รับโทษและทำให้คนทั่วไปที่ได้ทราบเกิดความเกรงกลัวและไม่กล้ากระทำความผิด

๒.๓ เพื่อเป็นการคุ้มครองสังคมให้พ้นจากภัยอันตรายในระหว่างที่ผู้กระทำถูกตัดขาดจากสังคมไป

การลงโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกมีกำหนดเวลา เป็นการคุ้มครองมิให้ผู้กระทำความผิดกลับมาทำร้ายหรือเป็นภัยอันตรายต่อสังคมอีกตลอดไปหรือชั่วระยะเวลาหนึ่ง

^๖เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค ๑ (หจก.จรัสการพิมพ์, ๒๕๔๙), น. ๑.

^๗เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๑, น. ๘๑๒-๘๑๓.



๒.๔ เพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขตัวผู้กระทำความผิด

วัตถุประสงค์สำคัญประการหนึ่งในการลงโทษผู้กระทำความผิดก็เพื่อปรับปรุงแก้ไขให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นพลเมืองดี และกลับเข้าสู่สังคมเพื่อประกอบอาชีพและดำเนินชีวิตได้ด้วยความสะดวกสบาย

๓. แนวคิดทางทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายอาญา

เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่มีกฎหมายที่กำหนดโทษในทางอาญาจำนวนมาก แต่ในการบังคับใช้กฎหมายปรากฏว่าประสบกับปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ กล่าวคือ มีการใช้กฎหมายอาญาที่ไม่เหมาะสมและทำให้เกิดปัญหาในการบริหารงานยุติธรรมทางอาญา ส่งผลทำให้กฎหมายอาญาขาดประสิทธิภาพในการใช้บังคับกับพฤติกรรมที่เป็นภัยคุกคามอย่างแท้จริง นักวิชาการต่างประเทศได้เสนอแนวคิดเพื่อแก้ไขปัญหามหาหมายอาญาเพื่อ โดยให้นักนิติบัญญัติเข้าใจหน้าที่ที่แท้จริงของกฎหมายอาญา คือ การกำหนดความผิดทางอาญาที่ร้ายแรงเพียงพอที่จะได้รับการตำหนิจากสังคมและสมควรได้รับการลงโทษ โดยอาจสรุปแนวคิดของนักคิดต่างประเทศเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่ควรเป็นความผิดทางอาญาได้ ดังนี้

๓.๑ แนวคิดทางทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญาของ Herbert L. Packer^๔

Herbert L. Packer ได้ให้หลักการไว้ ๖ ประการ ในการพิจารณาว่าการกระทำเรื่องนั้นควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ดังนี้

๑. การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
๒. ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่าง ๆ
๓. การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือการถือว่ากระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญาจะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป
๔. หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน
๕. การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการอื่นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ
๖. ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

หลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้จะช่วยแก้ปัญหการเกิดกฎหมายอาญาเพื่อ (Overcriminalization) ขึ้นได้ เพราะหากรัฐมุ่งแต่จะควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือ โดยไม่พิจารณาถึงประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกของรัฐที่จะใช้บังคับกฎหมายอาญาแล้ว กฎหมายจะไร้ความหมาย ขาดความศักดิ์สิทธิ์และเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐที่ประพฤติมิชอบมีโอกาสแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเอง

^๔เกียรตินิพนธ์ วัจนะสวัสดิ์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๑, น. ๒ - ๑๐.



จากกฎหมายเหล่านี้ หรือหากมีการใช้บังคับกฎหมายซึ่งมิได้มีการใช้บังคับมาเป็นเวลานาน ผู้ถูกใช้บังคับก็จะเกิดปฏิกิริยาเพราะถือว่าถูกเลือกปฏิบัติ ซึ่งจะทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้บังคับกฎหมายและชุมชนเสื่อมเสียไป

๓.๒ แนวคิดทางศีลธรรมของสังคมน (Legal Moralism)^๔

แนวคิดทางศีลธรรมของสังคมน ได้กล่าวถึงหลักพิจารณาในการกำหนดความผิดอาญาไว้ ๔ ประการ คือ ความผิดอาญาต้องไม่เป็นมาตรฐานทางศีลธรรมส่วนบุคคล โดยต้องเป็นฉันทามติของสังคมน ความผิดอาญาต้องเป็นการกระทำที่สมควรได้รับการตำหนิ หรือสมควรได้รับการประณามเพื่อไม่ให้เป็นเยี่ยงอย่างและมีความยุติธรรมและต้องเป็นไปตามหลักความชั่ว (culpability) คือ การลงโทษบุคคลที่การกระทำของบุคคลนั้นมีใช้ผลลัพธ์ของการกระทำนั้น

๓.๓ แนวคิดอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism)^๕

แนวคิดอรรถประโยชน์นิยม พัฒนามาจากทฤษฎีของ Jeremy Bentham และหลัก Harm Principle ของ John Stuart Mill นักปรัชญาทั้งสองท่านเชื่อว่าศีลธรรมสามารถเข้าใจได้ในรูปแบบของความสุขสูงสุดของสังคมนโดยการคำนวณสัดส่วนของอรรถประโยชน์ (Utility) ต่อความเสียหาย (Harm) เพื่อให้ได้ผลลัพธ์ที่นำไปสู่ความสุขสูงสุด ดังนั้น การจะบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดและสมควรได้รับโทษทางอาญา ประโยชน์ต่อสังคมนที่ได้รับจะต้องมากกว่าราคาที่เสียไป (more harm than good) หากการบังคับใช้กฎหมายอาญาก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อสังคมนมากกว่าประโยชน์ที่ได้รับ ถึงแม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดทางศีลธรรม ก็อาจไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะใช้ตัดสินว่าการกระทำนั้นสมควรกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา ยกตัวอย่างเช่น การติดยาเสพติด แม้จะเป็นภัยต่อสังคมน แต่การใช้กระบวนการทางอาญาในการยับยั้งการกระทำเหล่านี้ไม่มีประสิทธิภาพและเป็นการฟุ่มเฟือยนำไปสู่การเบียดบังทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดและนำไปใช้ในทางที่ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ ทำให้กระบวนการทางอาญาสูญเสียโอกาสที่จะใช้ทรัพยากรดังกล่าวในการป้องกันการกระทำผิดที่เป็นภัยต่อสังคมนมากกว่า

๓.๔ แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์^๖

เป็นแนวความคิดที่อยู่บนพื้นฐานความเชื่อที่ว่า การกระทำความผิดทางอาญาเป็นการหลีกเลี่ยงการทำงานของตลาด กฎหมายอาญาจึงช่วยสนับสนุนความมีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจด้วยการยับยั้งมิให้มีการหลีกเลี่ยงการทำงานของตลาด การกระทำความผิดบางประการเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือร่างกายจึงเป็นความผิดอาญาได้ หากเป็นการกระทำที่หลีกเลี่ยงการทำงานของตลาดไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม นอกจากนี้ยังเชื่อว่าการกระทำความผิดทางอาญาเป็นการกระทำที่ผ่านการคำนวณมาแล้ว หากราคาของผู้กระทำความผิดต้องจ่าย (การถูกลงโทษ) สูงกว่าประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำผิด (ไม่ว่าทางกายภาพหรือทางจิตใจ) บุคคลย่อมไม่กระทำความผิด กรณีนี้ จึงจำเป็นต้อง

^๔โปรดดูเอกสารกรอบแนวทางการศึกษาและปรับปรุงกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ประโยชน์จากโทษอาญาที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายอันเป็นการดำเนินการเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา ๓๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แนบท้ายหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๙๑๓/๔ ลงวันที่ ๑๒ มกราคม ๒๕๖๑, น. ๔.

^๕อ้างแล้ว เชนอรรถที่ ๔, น. ๔.

^๖อ้างแล้ว เชนอรรถที่ ๔, น. ๔.



มีการลงโทษทางอาญา เพราะกฎหมายละเมิดอาจไม่เพียงพอและผู้ที่ถูกเลิกเลิกการทำงานของตลาดจำนวนมากไม่มีความสามารถทางการเงินมากพอชดใช้ความเสียหายทางละเมิดได้ จึงลงโทษทางอาญาได้ แต่การกำหนดบทลงโทษควรมีความรุนแรงเท่าที่จำเป็นสำหรับการยับยั้งการกระทำความผิด (marginal deterrence)

๓.๕ แนวคิดอื่น ๆ^๘

ความผิดทางอาญาที่เกี่ยวกับการควบคุมทางเศรษฐกิจ (Economic Regulations) อาจเป็นการขัดขวางการทำงานของตลาด ทำให้ไม่เห็นผลชัดเจนเพียงพอหรือทันที และไม่สามารถระบุตัวผู้รับผิดชอบได้ จึงอาจเกิดคำถามขึ้นว่าความผิดประเภทนี้ควรเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ ซึ่งนักวิชาการต่างประเทศเห็นว่าความผิดอาญาเกี่ยวกับการควบคุมทางเศรษฐกิจมีนัยทางศีลธรรมหรือเจตนากระทำความผิดเพียงพอที่จะกำหนดความผิดทางอาญาได้ แต่ต้องเข้าใจของหลักการสมควรได้รับการตำหนิ และควรกำหนดลักษณะการกระทำให้ชัดเจน เพื่อให้แน่ใจว่าจะไม่ครอบคลุมถึงการกระทำตามธรรมดาทางธุรกิจโดยชอบธรรมและหากจะเป็นกรณีที่ถูกกระทำความผิดไม่ได้รับสิทธิในการพิสูจน์ตนเองภายใต้กระบวนการของศาล การกระทำดังกล่าวย่อมไม่สมควรมีโทษรุนแรงเพราะจะเกิดความไม่ยุติธรรมต่อผู้กระทำความผิด นอกจากนี้ ความผิดทางอาญาที่ไม่มีการกำหนดลักษณะของการกระทำที่ชัดเจน เช่น ความผิดเกี่ยวกับการรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง อาจไม่สมควรกำหนดโทษอาญาเนื่องจากเข้าข่ายเป็นเรื่องเล็กน้อยเกินกว่าที่จะเอาผิด หรือหากกำหนดลักษณะของการกระทำไว้อย่างกว้างจนเกิดความไม่ชัดเจนว่าการกระทำใดเป็นความผิด อาจขัดกับหลักนิติธรรม และเป็นช่องทางให้เกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการเลือกที่จะบังคับใช้กฎหมายในกรณีใด การกระทำที่ไม่ชัดเจนหรือเป็นเรื่องเล็กน้อยจึงไม่สมควรให้เป็นความผิดทางอาญา

๔. ประเภทของความผิดอาญา

ความผิดอาญาสามารถแบ่งออกเป็น ๖ ประเภท ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

๔.๑ การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของกฎหมาย^๙

ความผิดอาญาในแง่กฎหมายแบ่งออกได้เป็น ๒ ประการ คือ ความผิดในตัวเอง (Mala in se) และความผิดตามที่มีกฎหมายกำหนด (Mala prohibita)

(๑) ความผิดในตัวเอง (Mala in se) คือ การกระทำที่เป็นความผิดหรือความชั่วร้ายในตัวเอง (wrong in itself/evil in itself) ผ่าฝืนหลักธรรมชาติ มโนธรรม ศีลธรรม หรือหลักการสาธารณะของสังคมอารยะ (public principles of a civilized society) การกระทำดังกล่าว สังคมเห็นว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนความรู้สึกทางศีลธรรมของคนในสังคม สังคมถือว่าสิ่งนั้นเป็นความชั่วร้ายเป็นความผิดพื้นฐาน (traditional) ที่ไม่ใช่ความผิดที่กฎหมายกำหนด ตัวอย่างของความผิดในตัวเอง เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ข่มขืนกระทำชำเรา ปล้นทรัพย์ ชิงทรัพย์ ลักทรัพย์^{๑๐}

^๘อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๔, น. ๕.

^๙เกียรติขจร วจนสวัสดิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๑, น. ๗๕.

^{๑๐}ความหมายของ “malum in se” จาก Dictionaly.law.com.



(๒) ความผิดตามที่มีกฎหมายกำหนด (mala prohibita) คือ การกระทำที่เป็นความผิด เพราะมีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด (evil because prohibita) หรือเป็นความผิดตามที่มีกฎหมายห้าม (wrong due to being prohibita) เช่น ความผิดเกี่ยวกับการใช้ข้อมูลภายในอย่างไม่เหมาะสม (improper use of insider information) ออกหุ้นโดยไม่ได้รับอนุญาต หลีกเลียงภาษี^{๑๑}

๔.๒ การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่การกระทำ^{๑๒}

การกระทำ หมายรวมถึง การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก กล่าวคือ อยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ การแบ่งประเภทความผิดอาญาในแง่ของการกระทำจึงแบ่งออกได้ ดังต่อไปนี้

(๑) ความผิดโดยการเคลื่อนไหวร่างกายและความผิดโดยไม่เคลื่อนไหวร่างกาย

(๑.๑) ความผิดโดยการเคลื่อนไหวร่างกาย คือ ความผิดที่เกิดจากการเคลื่อนไหวร่างกายของผู้กระทำความผิด เช่น แดงใช้ปืนยิงดำถึงแก่ความตาย

(๑.๒) ความผิดโดยการไม่เคลื่อนไหวร่างกาย คือ ความผิดที่เกิดขึ้นแม้ว่าผู้กระทำจะไม่เคลื่อนไหวร่างกาย แบ่งออกเป็น ๒ ประการ คือ

(ก) ความผิดโดยการงดเว้น คือ การกระทำให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้น (มาตรา ๕๙ วรรคท้าย^{๑๓} แห่งประมวลกฎหมายอาญา) เช่น มารดาไม่ยอมให้นมบุตร ปลอ่ยให้บุตรอดนมจนตาย

(ข) ความผิดโดยการละเว้น คือ ความผิดที่เกิดจากการไม่กระทำ เช่น การไม่ช่วยเหลือเมื่อเห็นผู้อื่นตกอยู่ในภยันตรายแห่งชีวิตซึ่งตนอาจช่วยได้โดยไม่ควรกลัวอันตรายแก่ตนเองหรือผู้อื่น แต่ไม่ช่วยตามความจำเป็น ตามมาตรา ๓๗๔^{๑๔} แห่งประมวลกฎหมายอาญา

(๒) ความผิดที่ต้องมีผลปรากฏและความผิดที่ไม่ต้องมีผลปรากฏ

(๒.๑) ความผิดที่ต้องมีผลปรากฏ คือ ความผิดที่ต้องมีผลเกิดขึ้นจึงจะเป็นความผิด เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ตามมาตรา ๒๘๘^{๑๕} แห่งประมวลกฎหมายอาญา จะต้องปรากฏว่ามีคนตาย จึงจะเป็นความผิด

^{๑๑}ความหมายของ “malum prohibitum” จาก Dictionaly.law.com.

^{๑๒}เกียรติชจร วัฒนสวัสดิ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๑, น. ๗๖.

^{๑๓}ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๙ บัญญัติว่า

“มาตรา ๕๙ บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา

ฯลฯ

ฯลฯ

การกระทำ ให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย”.

^{๑๔}ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๗๔ บัญญัติว่า

“มาตรา ๓๗๔ ผู้ใดเห็นผู้อื่นตกอยู่ในภยันตรายแห่งชีวิตซึ่งตนอาจช่วยได้โดยไม่ควรกลัวอันตรายแก่ตนเองหรือผู้อื่น แต่ไม่ช่วยตามความจำเป็น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”.

^{๑๕}“มาตรา ๒๘๘ ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี”.



(๒.๒) ความผิดที่ไม่ต้องมีผลปรากฏ คือ ความผิดที่แม้ไม่มีผลเกิดขึ้นก็เป็นความผิด เช่น ความผิดฐานแจ้งความเท็จแก่เจ้าพนักงาน ตามมาตรา ๑๓๗^{๑๖} แห่งประมวลกฎหมายอาญา เมื่อมีการแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงานแล้วเป็นความผิดสำเร็จทันทีโดยไม่คำนึงว่าเจ้าพนักงานจะเชื่อข้อความนั้นหรือไม่

(๓) ความผิดธรรมดาและความผิดซับซ้อน

(๓.๑) ความผิดธรรมดา คือ ความผิดที่เกิดจากการกระทำเดียว หรือเป็นความผิดที่เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงในขณะที่เดียวกันที่ได้กระทำนั้นเอง เช่น ความผิดฐานบุกรุก กล่าวคือ เป็นความผิดที่เกิดขึ้นและสำเร็จลงทันทีที่ผู้กระทำ “เข้าไป” กระทำการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นหรือกระทำการรบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น

(๓.๒) ความผิดซับซ้อน คือ ความผิดที่เกิดจากการกระทำหลายการกระทำ แบ่งออกเป็นความผิดต่อเนื่องและความผิดที่ยืดออกไป กล่าวคือ

(ก) ความผิดต่อเนื่อง คือ ความผิดที่เกิดจากการกระทำที่เป็นความผิดติดต่อกันสืบเนื่องกันอยู่ชั่วระยะหนึ่ง เช่น ความผิดฐานมีอาวุธปืนไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต ความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา

(ข) ความผิดที่ยืดออกไป คือ ความผิดที่มีหลายการกระทำ และกระทำโดยผู้กระทำผิดคนเดียว มีการละเมิดกฎหมายฐานเดียว และมีจุดประสงค์เดียวกันในการกระทำหลายการกระทำดังกล่าว

(ค) ความผิดเป็นปกติธุระ คือ ความผิดที่ต้องมีการกระทำซ้ำ ๆ จึงจะเป็นความผิด เช่น การประทุพติตนเป็นปกติธุระ เป็นผู้จัดหาที่พำนัก ที่ซ่อนเร้น หรือที่ประชุม ให้บุคคลซึ่งตนรู้ว่าเป็นผู้กระทำความผิด ตามมาตรา ๒๑๔ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

(ง) ความผิดซ้อน มีได้หลายประการ (๑) การกระทำกรรมเดียวโดยการกระทำหลายการกระทำ เช่น การทำร้ายร่างกายผู้อื่นหลาย ๆ ครั้ง (๒) การกระทำกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท เช่น แดงใช้อาวุธปืนยิงดำ ๑ นัด กระสุนถูกตำบาดเจ็บ และพลาดไปถูกขาจนถึงแก่ความตาย (๓) การกระทำผิดเดียวเกิดจากการกระทำหลายการกระทำ เช่น การฉ้อโกงตามมาตรา ๓๔๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญา มีทั้งการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ และได้รับทรัพย์สินไป ซึ่งการกระทำแต่ละอันไม่เป็นความผิด แต่เมื่อรวมกันเข้าจึงจะเป็นความผิด (๔) ความผิดที่เกิดขึ้นจากการรวมการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเองเข้าด้วยกัน เช่น ความผิดฐานชิงทรัพย์ เกิดขึ้นเพราะมีการลักทรัพย์รวมกับการทำร้ายร่างกายหรือบุกรุกกับลักทรัพย์ เป็นการลักทรัพย์ในเคสดาน ซึ่งเป็นเหตุฉกรรจ์ของการลักทรัพย์ธรรมดา

^{๑๖}ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๓๗ บัญญัติว่า

“มาตรา ๑๓๗ ผู้ใดแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงาน ซึ่งอาจทำให้ผู้อื่นหรือประชาชนเสียหาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”.



๔.๓ การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่เจตนา^{๑๗}

การกระทำความผิดอาญาในแง่ของเจตนาแบ่งออกได้เป็น ๕ ประการ ดังต่อไปนี้

- (๑) ความผิดที่กระทำโดยเจตนา เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ตามมาตรา ๒๘๘ แห่งประมวลกฎหมายอาญา
- (๒) ความผิดที่กระทำโดยประมาท เช่น ความผิดฐานกระทำโดยประมาทและการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตามมาตรา ๒๙๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญา
- (๓) ความผิดที่ไม่ต้องมีเจตนาและไม่ต้องประมาท เช่น ความผิดฐานทำให้เกิดปฏิญญาแก่น้ำในบ่อ สระ หรือที่ขังน้ำอันมีไว้สำหรับประชาชนใช้สอย ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษ ตามมาตรา ๓๘๐ แห่งประมวลกฎหมายอาญา
- (๔) ความผิดนอกเหนือเจตนา เช่น ความผิดฐานมิได้มีเจตนาฆ่า แต่ทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้ผู้นั้นถึงแก่ความตาย ตามมาตรา ๒๙๐ แห่งประมวลกฎหมายอาญา
- (๕) ความผิดที่ต้องรับผิดชอบในผลสุดท้ายแห่งเจตนา เช่น ความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ของผู้อื่นจนเป็นเหตุให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตาย ตามมาตรา ๒๒๔ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

๔.๔ การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ผู้กระทำ^{๑๘}

การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ผู้กระทำแบ่งออกได้เป็น ๒ ประการ ดังต่อไปนี้

- (๑) ความผิดทั่วไป หมายถึง ความผิดที่บุคคลทั่วไปเป็นผู้กระทำความผิดได้ โดยสังเกตจากบทบัญญัติความผิดจะเริ่มต้นด้วยคำว่า “ผู้ใด” เช่น มาตรา ๒๘๘ แห่งประมวลกฎหมายอาญา
- (๒) ความผิดที่กำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำ หมายถึง ความผิดที่กำหนดไว้โดยเฉพาะว่าผู้กระทำจะต้องมีคุณสมบัติพิเศษ เช่น มาตรา ๑๔๗ แห่งประมวลกฎหมายอาญา เริ่มต้นด้วยคำว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน” หรือมาตรา ๓๐๑ ใช้คำว่า “หญิงใด”

๔.๕ การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่โทษ^{๑๙}

การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่โทษ แบ่งออกได้เป็น ๒ ประการ ดังต่อไปนี้

- (๑) ความผิดลหุโทษ ได้แก่ความผิดที่มีโทษเบา ตามมาตรา ๑๐๒^{๒๐} แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยความผิดลหุโทษมีบทบัญญัติที่ให้ใช้เป็นพิเศษแตกต่างจากความผิดทั่วไป ตามมาตรา ๑๐๔^{๒๑} มาตรา ๑๐๕^{๒๒} และมาตรา ๑๐๖^{๒๓} แห่งประมวลกฎหมายอาญา
- (๒) ความผิดทั่วไป ได้แก่ ความผิดที่มีอัตราโทษสูงกว่าความผิดลหุโทษ

^{๑๗} เกียรติขจร วังนสวัสดิ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๑, น. ๗๙.

^{๑๘} เกียรติขจร วังนสวัสดิ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๑, น. ๘๐.

^{๑๙} เกียรติขจร วังนสวัสดิ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๑, น. ๘๐.

^{๒๐} ประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๑๐๒ บัญญัติว่า

“มาตรา ๑๐๒ ความผิดลหุโทษคือความผิดซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”.

^{๒๑} ประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๑๐๔ บัญญัติว่า

“มาตรา ๑๐๔ การกระทำความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายนี้ แม้กระทำโดยไม่มีเจตนาก็เป็นความผิด เว้นแต่ตามบทบัญญัติความผิดนั้นจะมีความบัญญัติให้เห็นเป็นอย่างอื่น”.

^{๒๒} ประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๑๐๕ บัญญัติว่า

“มาตรา ๑๐๕ ผู้ใดพยายามกระทำความผิดลหุโทษ ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”.

^{๒๓} ประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๑๐๖ บัญญัติว่า

“มาตรา ๑๐๖ ผู้สนับสนุนในความผิดลหุโทษไม่ต้องรับโทษ”.



๔.๖ การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของการดำเนินคดี^{๒๔}

ความผิดอาญาในแง่ของการดำเนินคดี แบ่งออกได้เป็น ๒ ประการ ดังต่อไปนี้

- (๑) ความผิดอาญาแผ่นดิน เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ตามมาตรา ๒๘๘ แห่งประมวลกฎหมายอาญา
- (๒) ความผิดอันยอมความได้ เช่น ความผิดฐานหมิ่นประมาทเป็นความผิดอันยอมความได้ตามมาตรา ๓๓๓^{๒๕} แห่งประมวลกฎหมายอาญา

๕. หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

โดยที่มาตรา ๗๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้รัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้เป็นการสะท้อนสภาพปัญหาของการมีกฎหมายอาญาเพื่อและไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบหลายประการ เช่น ทำให้กฎหมายอาญาขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กับพฤติกรรมที่เป็นภัยคุกคามอย่างแท้จริง ทำให้เกิดปัญหาการบริหารงานยุติธรรมทางอาญาซึ่งต้องมีขนาดค่อนข้างใหญ่เพื่อรองรับปริมาณคดีจำนวนมาก และทำให้มีค่าใช้จ่ายสูงมาก ทำให้เกิดปัญหาคดีล้นศาลและนักโทษล้นเรือนจำ รวมไปถึงการรับผิดทางอาญาที่ไม่เหมาะสม ทำให้ผู้กระทำความผิดที่รับโทษอาญาโดยที่ไม่สมควรได้รับจะได้รับผลกระทบไปถึงการประกอบอาชีพหรือการดำรงชีพในหลายเรื่องเนื่องจากมีประวัติอาชญากรติดตัว (criminal record)

ในการนี้ เพื่อให้การตรากฎหมายที่มีโทษทางอาญาสอดคล้องและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการพัฒนากฎหมายในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา จึงได้มีคำสั่งที่ ๒/๒๕๕๙ แต่งตั้งคณะกรรมการดำเนินการศึกษาและปรับปรุงกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ประโยชน์จากโทษอาญาตามกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยคณะกรรมการฯ ได้จัดทำข้อเสนอหลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาสำหรับกฎหมายที่จะตราขึ้นในอนาคตเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งมีสาระสำคัญ ๓ ประการ ดังนี้

- (๑) เป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงและมีผลกระทบต่อส่วนรวม
- (๒) เป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผลหรือมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้
- (๓) ความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวหรือที่มีโทษจำคุกและเปรียบเทียบปรับทำให้คดีอาญาระงับได้ หากโดยสภาพแล้วไม่ใช้ความผิดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง สมควรใช้โทษปรับทางปกครองแทนหรือวิธีการอื่นแทนค่าปรับ

^{๒๔}เกียรติชจร วัฒนสวัสดิ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๑, น. ๘๐.

^{๒๕}ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๓๓ บัญญัติว่า

“มาตรา ๓๓๓ ความผิดในหมวดนี้เป็นความผิดอันยอมความได้

ฯลฯ

ฯลฯ”.



สำหรับหลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาดังกล่าว ผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมาย ได้แสดงความคิดเห็น ดังนี้^{๒๖}

๑. ความเห็นของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.คณิต ฒ นคร กรรมการกฤษฎีกา และอดีต อัยการสูงสุด

เห็นด้วยกับหลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมายของคณะอนุกรรมการฯ และใคร่ขอเสนอความเห็นเพิ่มเติมว่า ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายที่มีโทษทางอาญา ของประเทศไทยในปัจจุบันที่ยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ นั้น เพราะการศึกษากฎหมายอาญา ในประเทศไทยเรายังมีการศึกษากันไม่ครบวงจร กล่าวคือ เราศึกษากันแต่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เท่านั้น แต่เรายังไม่มีการศึกษากฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษหรือกฎหมายราชทัณฑ์

ในปัจจุบันกฎหมายอาญาของเรามีมาตรการบังคับ ๒ ประการ คือ โทษ และวิธีการ เพื่อความปลอดภัย แต่เรายังไม่ได้นำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้กันอย่างจริงจัง และอีกประการหนึ่ง ในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาสารบัญญัติของเรามีแต่การแก้ไขเป็นการเพิ่มโทษเท่านั้น แทบจะไม่มี มิติใหม่ในการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการที่เป็นสาระสำคัญของกฎหมายเลย และการแก้ไขเพิ่มเติมบางครั้ง ก็ขาดหลักเกณฑ์ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยการก่อการร้าย เป็นต้น

๒. ความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.ประธาน วัฒนวานิชย์ กรรมการพิจารณาปรับปรุง ประมวลกฎหมายอาญา

เห็นด้วยกับหลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมายของคณะอนุกรรมการฯ โดยเสนอความเห็นเพิ่มเติม ดังต่อไปนี้

(๑) ตามหลักสากลการบัญญัติกฎหมายที่มีโทษทางอาญา มีข้อควรคำนึง เช่น ต้องเป็น ความผิดที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและเป็นความผิดที่เป็น อันตรายต่อสังคมหรือเป็นความผิดที่สังคมติเตียน เป็นต้น

(๒) การเพิ่มอัตราโทษให้หนักขึ้นเพียงอย่างเดียว ไม่สามารถห้ามมิให้ประชาชนละเมิด กฎหมายได้ แต่การมีกฎหมายที่ชัดเจนจะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายได้เป็นอย่างดี

(๓) มีข้อควรคำนึงในการกำหนดโทษทางอาญา เช่น ไม่ควรใช้การกำหนดโทษทางอาญา เพื่อเป็นเครื่องมือในการแก้แค้น ไม่ควรกำหนดโทษทางอาญา หากผลร้ายที่เกิดจากการลงโทษมีมากกว่า การกระทำความผิด ไม่ควรกำหนดโทษทางอาญากับการกระทำที่ประชาชนไม่เห็นด้วยหรือฝ่าฝืน ต่อความรู้สึกของประชาชน ไม่ควรกำหนดโทษทางอาญาในความผิดที่ใช้บังคับไม่ได้หรือสามารถ ใช้มาตรการอย่างอื่นแทนการลงโทษทางอาญาได้ เป็นต้น

^{๒๖}โปรดดู สรุปสาระสำคัญของการนำเสนอที่มา สภาพปัญหา และข้อเสนอเบื้องต้นของคณะอนุกรรมการดำเนินการศึกษา และปรับปรุงกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ประโยชน์จากโทษอาญาตามกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย รวมทั้ง ประเด็นวิพากษ์ข้อเสนอของคณะอนุกรรมการฯ และผู้เข้าร่วมสัมมนา ในโครงการสัมมนา เรื่อง หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญา ในการตรากฎหมาย วันพุธที่ ๑๓ กันยายน ๒๕๖๐ ณ โรงแรม เดอะ เบอร์เคลีย์ ประตูน้ำ, น. ๑ - ๕.



(๔) ผู้ร่างกฎหมายไม่ควรขยายขอบเขตของบทนิยามคำว่า “การกระทำที่ไร้ศีลธรรม หรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย” ให้มีความหมายกว้างเกินไป เนื่องจากอาจจะทำให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมาย

(๕) การกำหนดโทษต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมและความสอดคล้องกับหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

(๖) การนำโทษทางปกครองมาใช้แทนโทษทางอาญา จำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการแยกความผิดของโทษทางปกครองและโทษทางอาญาออกจากกันให้ชัดเจน และการกำหนดโทษทางอาญาควรจำกัดเฉพาะกรณีที่เป็นอย่างยิ่งเท่านั้น

๓. ความเห็นของอาจารย์สมชาย จุลนิติ กรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา และอดีตผู้พิพากษาอาวุโสในศาลฎีกา

เห็นด้วยกับหลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมายของคณะอนุกรรมการฯ โดยเสนอความเห็นเพิ่มเติมว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญาของประเทศไทย ไม่ได้เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่สมบูรณ์แต่เพียงอย่างเดียว แต่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด กล่าวคือ ถึงแม้ว่าจะมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดอัตราโทษไว้อย่างสูงแล้วก็ตาม แต่หากการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบไม่มีประสิทธิภาพ ก็อาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นที่ประชาชนมีต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้ จึงมีข้อเสนอ ดังต่อไปนี้

(๑) การใช้บังคับกฎหมายของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ

(๒) การนำมาตรการอื่นมาใช้แทนโทษอาญา เช่น การใช้มาตรการทางปกครอง ต้องกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกประเภทความผิดที่จะเป็นโทษทางอาญาหรือโทษทางปกครองให้ชัดเจน

(๓) ความผิดที่มีโทษทางอาญาบางประเภทที่กำหนดไว้ตามกฎหมายเฉพาะอาจมีความซ้ำซ้อนกับความผิดที่กำหนดไว้แล้วในประมวลกฎหมายอาญา จึงจำเป็นต้องพิจารณาทบทวนถึงความจำเป็นและความซ้ำซ้อนของการกำหนดโทษอาญาในความผิดฐานนั้น ๆ ด้วย

(๔) ในปัจจุบัน ศาลไทยได้มีการจัดทำคู่มือผู้พิพากษาเกี่ยวกับแนวทางการลงโทษในความผิดบางประเภท (Sentencing Guideline) เรียกว่า “ยี่ต็อก” ซึ่งมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดว่าคดีความผิดฐานใด จะลงโทษจำคุกกี่ปี ปรับกี่บาท จะรอกการลงโทษหรือไม่ เพื่อป้องกันมิให้ผู้พิพากษาทั้งหลายลงโทษจำเลยในอัตราโทษที่แตกต่างกัน สำหรับความผิดที่มีลักษณะเดียวกัน อย่างไรก็ตาม หากผู้พิพากษาผู้ตัดสินคดีเห็นควรที่จะลงโทษอาญาในอัตราโทษที่แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ ก็สามารถใช้ดุลยพินิจได้ตามความจำเป็นของแต่ละคดี โดยต้องมีการปรึกษาหารือกับหัวหน้าศาลหรือหัวหน้าคณะ ซึ่งคู่มือดังกล่าวของศาลนั้น ถือเป็นแบบอย่างของความพยายามที่จะกำหนดอัตราโทษให้สอดคล้องกัน

๔. ความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล กรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา และรองอธิการบดี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

เห็นด้วยกับหลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมายของคณะอนุกรรมการฯ โดยเสนอความเห็นเพิ่มเติมว่า เกณฑ์การกำหนดโทษทางอาญาที่ใช้ตามหลักสากลอยู่ภายใต้หลักการ ดังนี้



(๑) หลักความเสมอภาค กล่าวคือ การบังคับใช้โทษทางอาญาจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเหลื่อมล้ำในการบังคับใช้กฎหมาย

(๒) ต้องคำนึงว่ามีมาตรการอย่างอื่นที่จะนำมาใช้บังคับแทนโทษทางอาญาหรือไม่

(๓) ควรกำหนดโทษทางอาญา เฉพาะการกระทำที่เป็นผลเสียหรือมีผลกระทบต่อสาธารณชนอย่างร้ายแรงหรือกรณีที่เป็นความจำเป็นอย่างยิ่งเท่านั้น

(๔) การกำหนดโทษอาญาต้องพิจารณาถึงสภาพบังคับของกฎหมายด้วย กล่าวคือ หากการฝ่าฝืนกฎหมายทำให้ออกผลร้ายต่อสังคม จึงจำเป็นต้องกำหนดโทษอาญาเพื่อให้ผู้กระทำความผิดหวั่นเกรงไม่กระทำการนั้นอีกต่อไป

(๕) ระวังโทษอาญาที่กำหนดต้องได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด

(๖) ในการทบทวนกฎหมายตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาการทบทวนความเหมาะสมของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๕๘ นั้น ควรมีการกำหนดให้ทบทวนความผิดอาญาบางอย่างที่มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดโทษอาญาสำหรับความผิดนั้น ๆ หรือไม่ หรือควรยกเลิกโทษอาญาสำหรับความผิดในบางประเภท เช่น ความผิดฐานหมิ่นประมาทหรือความผิดลหุโทษ ควรได้รับการทบทวนว่าการกำหนดโทษจำคุกสำหรับความผิดดังกล่าวมีความเหมาะสมหรือไม่ เพียงใด

๕. ความเห็นของ ดร.ศุภกิจ แยมประชา ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำสำนักประธานศาลฎีกา

เห็นด้วยกับหลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมายทั้งสามข้อของคณะอนุกรรมการฯ ดังต่อไปนี้

(๑) หลักเกณฑ์ข้อหนึ่ง การพิจารณาความร้ายแรงของความผิดนอกเหนือจากหลักการทางวิชาการแล้ว ยังต้องคำนึงถึงสำนึกทางศีลธรรมของสมาชิกในสังคมในช่วงเวลานั้น ๆ ประกอบด้วย เพราะประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายอาญาขึ้นอยู่กับความสอดคล้องของกฎหมายนั้น ๆ กับสำนึกในทางศีลธรรมของบุคคลในสังคม ซึ่งมีความเป็นพลวัตเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา

(๒) หลักเกณฑ์ข้อสอง เป็นหลักเกณฑ์สำคัญที่สุดที่ต้องพิจารณาว่านอกจากการใช้มาตรการทางอาญาแล้ว ยังมีมาตรการทางเลือกอื่นในการควบคุมกำกับพฤติกรรมนั้น ๆ ที่ไม่ต้องอาศัยกฎหมายหรือใช้มาตรการทางกฎหมายอื่น ๆ นอกจากกฎหมายอาญาได้หรือไม่ โดยเสนอความเห็นเพิ่มเติมว่ามาตรการที่จะทำให้เกิดบัญญัติของมาตรา ๗๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บรรลุผลสำเร็จนั้น จำเป็นต้องมีการศึกษาวิจัยโดยรวบรวมข้อมูลและวิเคราะห์ข้อมูลเชิงประจักษ์ มีการเปรียบเทียบข้อมูลที่ชัดเจนและเป็นรูปธรรม เพื่อทราบความคิดเห็นเกี่ยวกับความร้ายแรงของการกระทำนั้น ๆ ของบุคคลในสังคม ความมีอยู่ ตลอดจนประสิทธิภาพและประสิทธิผลของมาตรการทางเลือกอื่น ๆ ที่อาจนำมาใช้ควบคุมกำกับพฤติกรรมนั้น ๆ ได้ ตลอดจนผลกระทบของการออกกฎหมายต่อสังคม การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่และการใช้ทรัพยากรในกระบวนการยุติธรรม แล้วนำผลลัพธ์ที่ได้มาวิเคราะห์เพื่อตัดสินใจกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาได้อย่างไม่มีปัญหาด้านประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย

(๓) หลักเกณฑ์ข้อสาม ควรนำไปใช้กับการออกกฎหมายใหม่เท่านั้น ส่วนการทบทวนกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้วในปัจจุบัน ควรอาศัยหลักเกณฑ์ข้อหนึ่งและข้อสองเป็นหลักในการพิจารณา



๖. ความเห็นของนายวรรณชัย บุญบำรุง รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

ปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ (Overcriminalization) เป็นปัญหาที่มีอยู่ทั้งในประเทศและต่างประเทศ โดยในวงการกฎหมายระหว่างประเทศยังไม่สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้ ทำได้เพียงการออกหลักเกณฑ์ในรูปแบบหนังสือเวียนเพื่อวางแนวทางปฏิบัติเท่านั้น การที่ประเทศไทยได้นำเรื่องนี้มากำหนดไว้ในมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงเป็นการดำเนินการที่สอดคล้องกับหลักการสากล แต่การจะกำหนดหลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมายให้มีประสิทธิภาพนั้น จำเป็นต้องศึกษาข้อมูลทางวิชาการที่เกี่ยวข้องโดยละเอียดเพื่อให้ได้มาซึ่งแนวคิดในการกำหนดหลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมายที่ครบถ้วนและสมบูรณ์

สำหรับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาว่าโทษอาญาประเภทใดจะถือเป็นโทษอาญาร้ายแรงนั้น จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องพบว่า บางประเทศได้นำลักษณะการกระทำความผิดมาใช้เป็นดัชนีชี้วัดความร้ายแรง เพื่อนำคะแนนที่ได้มาประเมินและวิเคราะห์ โดยแบ่งลักษณะการกระทำความผิดอาญาออกเป็น ๓ ระดับ ได้แก่

(๑) การกระทำที่มีค่าคะแนนระดับสูง ได้แก่ การกระทำที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอย่างร้ายแรง ซึ่งจะมีการให้ค่าน้ำหนัก ๓ คะแนน

(๒) การกระทำที่มีค่าระดับรองลงมา ได้แก่ การกระทำที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลระดับกลาง ซึ่งจะมีการให้ค่าน้ำหนัก ๒ คะแนน

(๓) การกระทำที่มีลักษณะเป็นการละเมิดกฎระเบียบที่รัฐกำหนด แต่ไม่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งจะมีการให้ค่าน้ำหนัก ๑ คะแนน

การใช้เกณฑ์ตามคะแนนที่ได้จากการชี้วัดดังกล่าวมีข้อดี คือ มีความชัดเจนและแน่นอน แต่มีข้อด้อย คือ การกำหนดหลักเกณฑ์เช่นนี้มิได้มีการคำนึงถึงความรู้สึกของประชาชนและสภาพสังคมมากนัก

นอกจากนี้ มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า การกำหนดโทษอาญานั้น มีความสำคัญและเป็นสิ่งสำคัญที่ผู้อยู่ในกระบวนการร่างกฎหมายควรคำนึงถึงเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากการกำหนดโทษทางอาญามีผลกระทบต่อประชาชนโดยตรง

อนึ่ง ในประเด็นการกำหนดโทษทางอาญาในกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๑๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๑ เห็นชอบหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญาสำหรับกฎหมายที่จะตราขึ้นในอนาคต รวม ๓ ประการ ตามข้อเสนอของคณะอนุกรรมการฯ โดยมีสาระสำคัญสรุปได้ ดังนี้

๑) หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญาสำหรับกฎหมายที่จะตราขึ้นในอนาคต ๓ ประการ

(๑) การกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงและมีผลกระทบต่อส่วนรวม

(๒) เป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผลหรือมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้ และ



(๓) ความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวหรือที่มีโทษจำคุกและเปรียบเทียบปรับ ทำให้คดีอาญาระงับได้ หากโดยสภาพแล้วไม่ใช่ความผิดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง สมควรใช้โทษปรับทางปกครองหรือวิธีการอื่นแทนการปรับ

๒) การดำเนินการกับกฎหมายที่มีโทษทางอาญาในปัจจุบันเพื่อให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญาที่กำหนดในข้อ ๑) กล่าวคือ

(๑) ทำการศึกษาและปรับปรุงกฎหมายที่มีการใช้บังคับหรือใช้ฟ้องร้องบังคับคดีอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งเห็นได้จากสถิติคดีที่เกิดขึ้นในกระบวนการยุติธรรมชั้นต่าง ๆ ได้แก่ ชั้นพนักงานสอบสวนหรือตำรวจ อัยการ และศาล (จำนวนประมาณ ๕๘ ฉบับ)

(๒) ความผิดต่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเอกชนโดยแท้และเป็นการกระทำที่ไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง อีกทั้งไม่มีผลกระทบต่อส่วนร่วม โดยเป็นความผิดต่อส่วนตัวหรือความผิดเล็กน้อย ควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยยกเลิกโทษทางอาญา หรือบางกรณีอาจนำแนวคิดค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damage) ของระบบกฎหมาย Common Law มาใช้แทนก็ได้

(๓) ความผิดทางเศรษฐกิจอื่น เห็นสมควรใช้โทษปรับทางปกครองหรือมาตรการบังคับอื่นแทน

(๔) ให้มีกฎหมายกลางแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่กำหนดความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวหรือความผิดที่มีโทษจำคุกและเปรียบเทียบได้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ตามข้อ ๑) โดยกฎหมายกลางนี้อาจตราขึ้นในลักษณะทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดในทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล พ.ศ. ๒๕๖๐

(๕) การนำโทษปรับทางปกครองมาใช้แทนโทษอาญา ต้องมีการตรากฎหมายว่าด้วยการดำเนินการปรับและระงับคดีที่มีโทษปรับทางปกครองเป็นการเฉพาะ ในลักษณะเป็นกฎหมายกลางหรือกฎหมายพิเศษ มีสาระสำคัญคือ กำหนดเกณฑ์กลางในการใช้โทษทางปกครอง ครอบคลุมถึงวิธีการปรับและการจัดการเงินที่ปรับ กำหนดให้มีหน่วยงานกลางในการบังคับใช้กฎหมายเป็นผู้มีหน้าที่และมีอำนาจลงโทษปรับ เพื่อให้ค่าปรับตกเป็นของแผ่นดินและลดการทุจริตคอร์รัปชัน รวมถึงกำหนดอายุความในการบังคับโทษปรับทางปกครอง

๓) ข้อเสนอแนะอื่นเพิ่มเติมที่คณะอนุกรรมการฯ ได้จัดทำตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอ ดังนี้

(๑) ให้ส่วนราชการที่จะเสนอกฎหมายใหม่หรือที่ต้องทบทวนกฎหมายตามพระราชกฤษฎีกาทบทวนความเหมาะสมของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๕๘ นำหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญาสำหรับกฎหมายที่จะตราขึ้นในอนาคต ทั้ง ๓ ประการ ตามข้อ ๑) ไปใช้ในการดำเนินการร่างกฎหมายหรือทบทวนกฎหมาย

(๒) เห็นขอให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยคณะอนุกรรมการฯ ในคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย ดำเนินการกับกฎหมายที่มีโทษทางอาญาในปัจจุบันเพื่อให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญาตามข้อ ๑) แล้วนำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาต่อไป



(๓) มอบหมายให้คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ดำเนินการพิจารณาทบทวนสัดส่วนอัตราโทษสำหรับความผิด ในประมวลกฎหมายอาญาและการพิจารณาแยกโทษสำหรับนิติบุคคลจากโทษสำหรับบุคคลธรรมดา แล้วนำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาต่อไป

บทสรุป

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิด และกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิด โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญในการลงโทษ ๔ ประการ คือ ๑) เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน ๒) เพื่อการข่มขู่ ๓) เพื่อคุ้มครองสังคมให้พ้นจากภัยอันตรายในระหว่างที่ผู้กระทำความผิดถูกตัดออกจากสังคม ๔) เพื่อปรับปรุงแก้ไขตัวผู้กระทำความผิด และเมื่อได้พิจารณาแนวคิดทางทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดทางอาญาของ Herbert L. Packer ประกอบกับแนวคิดอรรถประโยชน์นิยมของ Jeremy Bentham และ John Stuart Mill ซึ่งมีแนวคิดตรงกันว่า การกระทำความผิดที่ควรมีโทษอาญานั้นจะต้องเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมจนไม่อาจให้อภัยได้ และเมื่อชั่งน้ำหนักแล้วประโยชน์ที่ได้รับจากการลงโทษทางอาญามีมากกว่าราคาที่เสียไป อีกทั้งเมื่อพิจารณาความผิดอาญาในทางกฎหมาย ซึ่งแบ่งความผิดอาญาได้เป็น ๒ ประเภท คือ ความผิดอาญาที่เป็นความผิดในตัวเอง (Mala in se) และความผิดอาญาที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด (Mala prohibita) แล้ว ความผิดอาญาที่เป็นความผิดในตัวเองนั้น ส่วนใหญ่กำหนดอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นความผิดที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างชัดเจน สำหรับความผิดอาญาที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดนั้น เป็นกฎหมายในทางเทคนิค มีวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อให้บรรลุผลได้ จึงจำเป็นต้องกำหนดให้มีโทษทางอาญาเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายบรรลุตามวัตถุประสงค์

ดังนั้น ในการกำหนดโทษอาญาในกฎหมายนั้น โดยหลักการแล้วควรกำหนดให้การกระทำซึ่งเป็นการกระทำความผิดในตัวเอง (Mala in se) ซึ่งเป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงและมีผลกระทบต่อสังคมโดยส่วนรวมเป็นความผิดในทางอาญา สำหรับความผิดอาญาที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด (Mala prohibita) นั้น ควรเป็นข้อยกเว้น เฉพาะกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผลหรือมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งได้ ส่วนความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวหรือที่มีโทษจำคุก และปรับซึ่งเมื่อเปรียบเทียบปรับแล้วทำให้คดีอาญาระงับได้นั้น หากโดยสภาพแล้วไม่ใช่ความผิดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง สมควรใช้โทษปรับทางปกครองหรือวิธีการอื่นแทนโทษในทางอาญาเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ให้อับปางลงจากภาระที่ต้องได้รับโทษในทางอาญาจากการกระทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ทั้งนี้ เพื่อให้การกำหนดโทษอาญาบรรลุตามวัตถุประสงค์ในการแก้ไขปัญหากฎหมายอาญาเพื่อในระบบกฎหมายของประเทศไทย ตามเจตนารมณ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย **๑**