



การกำหนดมาตรการลงโทษให้เหมาะสมสำหรับความผิดลหุโทษตามประมวล
กฎหมายอาญา ภาค 3

นุติ ยี่แพร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
ปีการศึกษา 2566

DETERMINING PROPORTIONAL PENALTIES FOR MISDEMEANOR OF THE
CRIMINAL CODE PART 3

NUTI YEEPRAE

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Law
Department of Law,
Pridi Banomyoung Faculty of Law
Dhurakij Pundit University
Academic Year 2023



ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ การกำหนดมาตรการลงโทษให้เหมาะสมสำหรับความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา
ภาค 3
เสนอโดย นุติ ยี่แพร
สาขาวิชา นิติศาสตร์
หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว


.....ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสินิท)


.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์)


.....กรรมการ
(อาจารย์ ดร.จिरวุฒิ ลิปิพันธ์)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
(อาจารย์ ดร. สุทธิพล ทวีชัยการ)

วันที่ ๑4 เดือน พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๖7

| | |
|-----------------------------|--|
| หัวข้อวิทยานิพนธ์ | การกำหนดมาตรการลงโทษให้เหมาะสมสำหรับความผิดหลุโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 |
| ชื่อผู้เขียน | นุติ ยี่แพร |
| อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ | รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ |
| หลักสูตร | นิติศาสตรมหาบัณฑิต |
| ปีการศึกษา | 2566 |

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาถึงปัญหาการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงและไม่ร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญาไทย โดยจากการศึกษาพบว่าความผิดหลุโทษตามประมวลกฎหมายอาญาที่มีโทษทางอาญาซึ่งเป็นเพียงความผิดเล็กน้อยที่มีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับซึ่งเป็นความผิดที่บัญญัติขึ้นมาตั้งแต่อดีตโดยมิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้บทบัญญัติของกฎหมายเป็นไปตามสถานการณ์ปัจจุบันส่งผลให้เกิดปัญหาในการนำมาตราการลงโทษทางอาญามาใช้บังคับไม่เหมาะสมและไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษ แต่ในปัจจุบันก็ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาการใช้มาตรการในการลงโทษที่เหมาะสมเท่าที่ควรในสังคมไทย เนื่องจากการนำโทษทางอาญามาใช้บังคับนั้นเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลแต่ละคนส่งผลให้สร้างภาระแก่ผู้กระทำความผิดหลุโทษดังกล่าวเกินความจำเป็นส่งผลให้เกิดปัญหาความเหลื่อมล้ำของคนในสังคมและปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ อีกทั้งกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ล่าช้าของไทย

สำหรับประเทศไทยแม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 วรรคสาม ไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงไว้อย่างชัดเจน แต่มีการนิยามความผิดร้ายแรงไว้ตามคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายในปี พ.ศ.2562 โดยเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความผิดจนถึงปัจจุบัน แต่สำหรับบทบัญญัติความผิดที่ได้กำหนดไว้อยู่ก่อนที่หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะกำหนดขึ้นกลับมิได้มีการทบทวนโดยนำหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้มาพิจารณาว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีการกำหนดมาตรการในการลงโทษเหมาะสมหรือไม่ โดยบทความนี้นำเสนอหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงตามประเทศเยอรมนีมาปรับใช้กับหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการพัฒนากฎหมายของไทยเสนอแนะให้นำหลักเกณฑ์การใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสุดท้ายมาพิจารณาด้วย อีกทั้งเสนอแนวทางในการยกเลิกความผิดและกำหนดมาตรการลงโทษให้เหมาะสมแก่ความผิดหลุโทษที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงโดยนำโทษปรับเป็นพินัยซึ่งมิใช่โทษทางอาญามาใช้บังคับ ตลอดจนปรับเปลี่ยนความผิดหลุโทษที่มีลักษณะร้ายแรงให้เป็นความผิดอาญาในภาคความผิด เพื่อแก้ไขปัญหสำหรับความผิดหลุโทษตามประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับมาตรการในการลงโทษให้มีความเหมาะสมกับลักษณะการกระทำความผิดและบรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษตามกฎหมายอาญาต่อไปในอนาคต

คำสำคัญ: การกำหนดโทษทางอาญา ความผิดลหุโทษ ความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง มาตรการลงโทษที่เหมาะสม

วิมลรัตน์ รุ่งเรือง

| | |
|----------------|--|
| Thesis Title | DETERMINING PROPORTIONAL PENALTIES FOR MISDEMEANOR OF THE CRIMINAL CODE PART 3 |
| Author | Nuti Yeeprae |
| Thesis Advisor | Associate Professor Achariya Chutinun |
| Program | Master of Laws |
| Academic Year | 2023 |

ABSTRACT

This research aims to study the problem of imposing criminal penalties for offenses with varying degrees of severity, both serious and minor offenses, under the Thai Criminal Code. Through the study, it was found that misdemeanors under the Criminal Code, which prescribe imprisonment not exceeding one month or a fine not exceeding ten thousand baht, or both fined as well as imprisoned, represent minor offenses established in the past without subsequent amendments to align with current circumstances. This has led to issues in applying criminal penalties that are not proportionate and fail to achieve the intended purpose of punishment. Currently, the problems in applying appropriate criminal penalties persist in Thai society, as the enforcement of criminal penalties restricts the rights and freedoms of individuals, creating burdens for offenders beyond necessity. This situation contributes to societal discrimination and exacerbates issues within criminal law. Additionally, Thailand's delayed criminal justice process further complicates matters.

In Thailand, despite the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560, Section 77, Paragraph 3, not explicitly providing criteria for determining offenses of a serious nature, a definition of serious offenses has been outlined in accordance with the recommendations of the Law Development Committee in the year B.E. 2562. These guidelines have been utilized in assessing offenses up to the present. However, the pre-existing offenses established before the formulation of these criteria have not been reviewed to assess whether the prescribed measures for penalties are appropriate. This article proposes the application of criteria for assessing serious offenses based on those of Germany, to be adopted alongside the criteria suggested by the Thai Law Development Committee. It recommends considering criminal penalties as a last resort. Additionally, it suggests a framework for canceling minor offenses and determining proportionate penalties for non-serious offenses, using fines instead of

criminal penalties. Furthermore, it proposes converting misdemeanors of a serious nature to criminal offenses in the offense section in order to solve problems for petty offenses according to the Criminal Code, concerning the appropriateness of penalties in alignment with the nature of the offenses and the objectives of punishment under the Thai Criminal Code in future Thai criminal legislation.

Keywords: Criminal sentencing, Misdemeanors, Non-serious offenses, Appropriate penalties

สมชาย งามวิจิตร

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถไปได้ด้วยดีก็เพราะได้รับการอนุเคราะห์เป็นอย่างดีจาก รองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์ ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ที่ท่านกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คอยให้คำปรึกษา ให้ความรู้ และแนะนำแนวทางในการศึกษาค้นคว้าข้อมูลทางวิชาการ ตลอดจนคอยติดตามความคืบหน้าของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้และตรวจสอบแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ แก่ผู้เขียนอย่างสม่ำเสมอด้วยความเมตตากรุณา ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี จึงขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์เป็นอย่างสูงที่เมตตาให้ความกรุณาผู้เขียนเสมอมา

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท ที่ท่านให้ความกรุณาและเสียสละเวลาอันมีค่ารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยให้คำชี้แนะและเสนอแนะแนวทางในการศึกษาข้อมูลวิชาการในประเด็นต่าง ๆ ตลอดจนให้คำแนะนำในการเขียนงานวิชาการเพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ออกมามีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้นและสามารถนำไปใช้ประโยชน์ในทางวิชาการต่อไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์ ที่ท่านให้ความกรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยให้คำแนะนำในประเด็นเนื้อหาต่าง ๆ และตรวจสอบความถูกต้องของวิทยานิพนธ์เพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์ครบถ้วน

ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณ นายวิระ ยี่แพร และนางนิยม ยี่แพร บิดาและมารดาของผู้เขียน ที่มอบโอกาสให้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาต่อในระดับปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา รวมทั้ง นางสาวนิรชา ยี่แพร น้องสาวของผู้เขียนที่คอยสนับสนุนให้การช่วยเหลือและคอยเป็นกำลังใจแก่ผู้เขียนเสมอมา เป็นผลทำให้ผู้เขียนประสบความสำเร็จ

สุดท้ายนี้หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นประโยชน์และมีคุณค่าในการศึกษาต่อไป ผู้เขียนขอขอบคุณงามความดีนี้ ให้แก่ บิดา มารดา รวมทั้งน้องสาว อาจารย์ ผู้มีอุปการะคุณทุกท่าน ตลอดจนบุคคลผู้เป็นเจ้าของผลงานเขียน หนังสือ วิทยานิพนธ์ บทความทางวิชาการและเอกสารต่าง ๆ ที่ผู้เขียนได้ใช้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แต่หากมีความบกพร่องผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

นุติ ยี่แพร

สารบัญ

| | หน้า |
|---|------|
| บทคัดย่อภาษาไทย..... | ง |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ..... | ฉ |
| กิตติกรรมประกาศ..... | ช |
| สารบัญ..... | ณ |
| สารบัญตาราง..... | ญ |
| บทที่ | |
| 1. บทนำ..... | 1 |
| 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา..... | 1 |
| 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา..... | 4 |
| 1.3 สมมติฐานของการศึกษา..... | 4 |
| 1.4 ขอบเขตของการศึกษา..... | 5 |
| 1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา..... | 5 |
| 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ..... | 5 |
| 2. แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดและมาตรการลงโทษปรับเป็น พินัยอันมิใช่ มาตรการลงโทษทางอาญา | 6 |
| 2.1 ที่มาและความสำคัญการกำหนดความผิดอาญา..... | 6 |
| 2.2 แนวคิดการกำหนดความผิดกฎหมายอาญา..... | 10 |
| 2.3 หลักการและทฤษฎีการกำหนดโทษทางอาญา..... | 15 |
| 2.4 หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ..... แห่งราชอาณาจักรไทย | 18 |
| 2.5 แนวคิดในการแบ่งแยกความผิดอาญา..... | 20 |
| 2.6 หลักเกณฑ์การแปรรูปความผิดอาญาเป็นความผิดทางพินัย..... | 29 |
| 2.7 ความผิดลหุโทษที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญาไทย..... | 34 |
| 3. การกำหนดโทษทางอาญาของความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงและไม่ร้ายแรงของต่างประเทศ. | 37 |
| 3.1 การกำหนดเกณฑ์ความร้ายแรงและไม่ร้ายแรงในความผิดอาญาในระบบกฎหมาย..... ประเทศเยอรมนี | 37 |
| 3.2 การกำหนดเกณฑ์ความร้ายแรงและไม่ร้ายแรงในความผิดอาญาในระบบกฎหมาย..... ของประเทศอิตาลี | 42 |

สารบัญ (ต่อ)

| บทที่ | หน้า |
|--|------|
| 3.3 การกำหนดเกณฑ์ความร้ายแรงและไม่ร้ายแรงในความผิดอาญาในระบบกฎหมาย ของประเทศฝรั่งเศส | 44 |
| 4. วิเคราะห์เปรียบเทียบหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาที่มี ลักษณะ..... ร้ายแรงและไม่ร้ายแรงตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ | 53 |
| 4.1 วิเคราะห์สภาพปัญหาความล้าสมัยในเรื่องเกี่ยวกับการใช้มาตรการลงโทษ..... สำหรับความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญาไทย | 53 |
| 4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา..... ตามกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ | 54 |
| 4.3 การยกเลิกความผิดลหุโทษที่มีลักษณะซ้ำซ้อนกับกฎหมายอื่น..... | 58 |
| 4.4 การปรับความผิดลหุโทษบางฐานที่มีลักษณะร้ายแรงให้เป็นความผิดอาญาภาค 2..... ตามประมวลกฎหมายอาญา | 61 |
| 4.5 การแปรรูปความผิดลหุโทษบางฐานที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงให้เป็นความผิดทางพินัย.... | 78 |
| 5. บทสรุป และข้อเสนอแนะ..... | 112 |
| 5.1 บทสรุป..... | 112 |
| 5.2 ข้อเสนอแนะ..... | 115 |
| บรรณานุกรม..... | 119 |
| ประวัติผู้เขียน..... | 123 |

สารบัญตาราง

| ตารางที่ | | หน้า |
|----------|--|------|
| 3.1 | สรุปเกณฑ์การพิจารณาของประเทศอิตาลี..... | 43 |
| 3.2 | เกณฑ์ความร้ายแรงของการกระทำผิด - หลักยุติธรรม..... | 45 |
| 3.3 | เกณฑ์ความสัมฤทธิ์ผล - หลักอรรถประโยชน์..... | 47 |
| 3.4 | เกณฑ์เทคนิค - การใช้หลักยุติธรรมประกอบกับหลักอรรถประโยชน์..... | 48 |
| 3.5 | เปรียบเทียบหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกความผิดอาญาที่มีลักษณะร้ายแรง..... และไม่ร้ายแรงตามกฎหมายต่างประเทศ | 51 |
| 4.1 | เปรียบเทียบหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกความผิดอาญาที่มีลักษณะร้ายแรง..... และไม่ร้ายแรงระหว่างกฎหมายไทยกับต่างประเทศ | 55 |

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในสังคมมนุษย์ที่จำต้องอยู่ร่วมกัน โดยธรรมชาติแล้วในการอยู่ร่วมกันนั้นจะต้องมีการกระทบกระทั่งกันเป็นธรรมดาของสังคม จึงต้องมีการจัดระเบียบสังคมมนุษย์ในการอยู่ร่วมกันให้เป็นไปอย่างสงบสุขและเป็นระเบียบเรียบร้อยจำเป็นต้องมีการร่างบทบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยเฉพาะกฎหมายอันเป็นหลักกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในสังคมโดยไม่ให้ผู้หนึ่งผู้ใดกระทำความผิดต่อกันหรือต่อส่วนรวมในสังคม แต่ถึงอย่างไรในทางกลับกันก็เป็นกฎหมายที่อันมีลักษณะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วยเช่นกัน คือกฎหมายอาญาโดยใช้มาตรการลงโทษทางอาญาอันเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐแก่ผู้กระทำความผิดซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด ตามหลักประกันในกฎหมายอาญาที่เรียกว่า “ nullum crimen, nulla poena sine lege ”¹ หรือ “ หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ” ถือว่าเป็นหลักการสากลที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ซึ่งแต่เดิมหลักนี้พัฒนามาจากแนวคิดทางการเมืองที่ต้องการจำกัดอำนาจรัฐ หลักประกันทางอาญานี้ได้รับการพัฒนาจาก “ หลักนิติรัฐ ”² จึงเป็นหลักประกันสำคัญในกฎหมายอาญาของประเทศไทยที่ยืนยันว่า รัฐจะลงโทษบุคคลโดยไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในขณะกระทำความผิดนั้นไม่ได้

ในปัจจุบันประเทศไทยมีพัฒนาการของกฎหมายเริ่มตั้งแต่กฎหมายตราสามดวง ร.ศ. 127 และได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาขึ้นในปี พ.ศ. 2499 ซึ่งอยู่ในช่วงสมัยรัชกาลที่ 5 โดยบัญญัติไว้ 3 ภาค คือ ภาค 1 ภาคทั่วไป ภาค 2 ภาคความผิด และภาค 3 ลหุโทษ

สำหรับการใช้มาตรการลงโทษทางอาญานั้นมีโทษทางอาญาดังที่ระบุไว้ในมาตรา 18³ ของประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน ล้วนเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนเป็นการเสื่อมเสียแก่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยบุคคลที่ต้องรับโทษทางอาญาจะต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่นในลักษณะที่ร้ายแรง ไม่ว่าจะกระทำต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจ สิทธิและเสรีภาพ หรือทรัพย์สินก็ตาม ดังนั้น การจะใช้บังคับโทษทางอาญาในการประหารชีวิตฐานใดฐานหนึ่งได้นั้น จึงต้องพิจารณา

¹ คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563) 90.

² อัจฉริยา ชูตินันท์, *อาชญาวิทยาและทัณฑ์วิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 5 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2566) 227.

หลักนิติรัฐ (Legal State) ภาษาเยอรมันเรียกว่า Rechtsstaat กับหลักนิติธรรม (Rule of Law) ทั้งสองหลักการนี้มีพื้นฐานที่มุ่งจำกัดอำนาจปกครอง โดยบุคคลทุกคนต้องเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย ซึ่งหลักนิติรัฐ (Legal State) มีต้นกำเนิดมาจากเยอรมนี ส่วนหลักนิติธรรม (Rule of Law) มีต้นกำเนิดมาจากอังกฤษ

³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18

แนวคิด เจตนารมณ์ และทฤษฎีในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาว่าได้เหมาะสมและเท่าที่จำเป็นสำหรับความผิดนั้น

ตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน กลับพบว่าประเทศไทยประสบปัญหาจากการบัญญัติกฎหมายโดยใช้มาตรการในการลงโทษทางอาญาเป็นจำนวนมากไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด เป็นต้น ทำให้คดีเยอะจนล้นศาล นักโทษล้นเรือนจำ เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายเพื่อจัดระเบียบสังคมซึ่งรัฐได้รับประโยชน์จากการใช้มาตรการลงโทษในทางอาญาแน่นอน แต่ในทางกลับกันประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการทางอาญาอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร โดยเฉพาะในการบัญญัติกฎหมายอาญาเทคนิค (Mala Prohibita) อันเป็นความผิดจากการกระทำที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้เป็นความผิดอาญาที่เป็นความชั่วร้ายโดยธรรมชาติ เมื่อมีการบัญญัติกฎหมายทางเทคนิคมากเกินไปทำให้เกิดปัญหาสถานการณ์กฎหมายอาญาเพื่อ (Over-Criminalization)⁴ ส่งผลให้เกิดความไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายและมีการกระทำความผิดเพิ่มมากขึ้นจนกระทั่งทำให้เกิดอุปสรรคต่อกระบวนการยุติธรรมนำไปสู่การทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย อีกทั้งการใช้มาตรการในการลงโทษทางอาญาในการปรับแก้ผู้กระทำความผิดกฎหมายทางเทคนิคในปัจจุบันซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมากนั้นทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำทางสังคมอันเป็นการกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรงเนื่องจากคนที่มีฐานะทางเศรษฐกิจยากจนหากไม่มีเงินชำระค่าปรับจะต้องถูกดำเนินการกักขังแทนค่าปรับอันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพอย่างหนึ่งและต้องถูกบันทึกประวัติอาชญากรรมทำให้มีประวัติติดตัวจนกว่าชีวิตจะหาไม่ในทางกลับกันกลับพบว่าคนที่มีฐานะทางเศรษฐกิจร่ำรวยจะไม่พบปัญหานี้เนื่องจากมีเงินชำระค่าปรับและตามกฎหมายสามารถเปรียบเทียบปรับได้

ต่อมาได้มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้วางหลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางอาญาไว้ในมาตรา 77⁵ วรรคสามว่า

“รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็นพึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”

โดยมีการจำกัดความของคำว่าความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง⁶ ตามคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย ซึ่งมีหลักเกณฑ์ว่า ความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงนั้นเป็นกรกระทำที่กระทบความมั่นคงทางเศรษฐกิจและความปลอดภัย ได้แก่ การกระทำที่อาจทำให้เกิดความไม่มั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการเมืองการปกครอง หรือเป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order)

⁴ ปกป้อง ศรีสนิท, การแปรรูปความผิดอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2566) 43.

⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77

⁶ คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย, การกำหนดโทษอาญาในทางกฎหมาย’

ได้แก่ การกระทำที่ทำให้เกิดความไม่มั่นคง ความไม่สงบสุข ความวุ่นวายหรือบ่อนทำลายสุขภาพอันจะมีผลต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Good Morals) ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่คนในสังคมส่วนใหญ่ถือปฏิบัติตามความเชื่อ ประเพณี ศาสนา หรือการกระทำที่มีผลกระทบต่อส่วนรวม ซึ่งเป็นการส่งผลร้ายต่อประชาชนในวงกว้างทางด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมืองการปกครอง สิ่งแวดล้อม หรือผลกระทบที่เป็นผลร้ายอื่นที่ไม่เพียงแต่เป็นการกระทบต่อปัจเจกบุคคลเป็นการส่วนตัว อีกทั้งสอดคล้องกับพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 มาตรา 5⁷ และมาตรา 21 (8)⁸ บัญญัติในทำนองเดียวกันว่าในการจัดทำร่างกฎหมายให้พึงกำหนดโทษทางอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรงเช่นกัน

แต่ถึงกระนั้นตามประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ความผิดลหุโทษตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน กลับพบว่าความผิดลหุโทษบางฐานมีลักษณะไม่ร้ายแรงเป็นเพียงกฎหมายอาญาเทคนิค ผู้กระทำความผิดไม่ได้มีสันดานชั่วร้ายเป็นเพียงการกระทำฝ่าฝืนกฎระเบียบสังคมหรือทางเศรษฐกิจเท่านั้น ไม่มีความเป็นอาชญากรรมโดยที่ไม่มีข้อตำหนิเชิงศีลธรรม แต่ใช้มาตรการลงโทษทางอาญามาเป็นเครื่องมือในการควบคุมดูแลผู้คนในสังคมซึ่งเป็นมาตรการในการลงโทษที่เป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนจนเกินไป อันเป็นการไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 วรรคสาม เช่น ความผิดฐานส่งเสียงอื้ออึงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรจนทำให้ประชาชนตกใจหรือเดือดร้อนตามมาตรา 370⁹ หรือความผิดฐานทะเลาะกันอย่างอื้ออึงในที่สาธารณะ มาตรา 372¹⁰ หรือความผิดฐานทำให้เกิดสิ่งปฏิกูลแก่บ่อน้ำสาธารณะ มาตรา 380¹¹ เป็นต้น ล้วนเป็นความผิดลหุโทษที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงแต่มีโทษทางอาญาแสดงให้เห็นได้ว่าความร้ายแรงของความผิดกับมาตรการในการลงโทษไม่เหมาะสมกันเนื่องจากหลักการกำหนดความผิดและโทษทางอาญานั้นจะกระทำได้แต่เฉพาะการกระทำที่กระทบต่อสังคมและมีความจำเป็นอย่างยิ่ง

⁷ พระราชบัญญัติ หลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ.2562 มาตรา 5 บัญญัติว่า (วรรคท้าย)

ในการจัดทำร่างกฎหมาย หน่วยงานของรัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการเฉพาะกรณีที่น่าเป็นและพึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน รวมทั้งพึงกำหนดโทษอาญา เฉพาะความผิดร้ายแรง.

⁸ พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ.2562 มาตรา 21(8) บัญญัติว่า

มาตรา 21 หน่วยงานของรัฐต้องตรวจสอบและพิจารณาจัดทำร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

(8) การกำหนดโทษอาญาสำหรับการกระทำความผิดใด ให้คำนึงถึงหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(ก) การกระทำนั้นต้องกระทบต่อความมั่นคงหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวม

⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 370

¹⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 372

¹¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 380

เท่านั้นตามหลักโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วน¹²กฎหมายอาญาจะถูกนำมาใช้ได้ต่อเมื่อมาตรการอื่น ๆ ไม่ว่าจะทางแพ่ง หรือทางปกครอง ใช้ไม่ได้ผลแล้ว มาตรการในการลงโทษทางอาญาจึงถูกเรียกว่าเป็นมาตรการสุดท้ายของนโยบายของนโยบายในทางสังคม¹³ก่อให้เกิดปัญหาหลายประการในทางสังคม

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีในการกำหนดความผิดและมาตรการลงโทษทางอาญา ตลอดจนคุณธรรมทางกฎหมายระหว่างความผิดอาญาร้ายแรงและไม่ร้ายแรง

1.2.2 เพื่อวิเคราะห์ปัญหาความไม่เหมาะสมในการนำมาตราการลงโทษทางอาญามาใช้บังคับกับความผิดลหุโทษที่มีลักษณะร้ายแรงและไม่ร้ายแรง

1.2.3 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดทางอาญาที่มีลักษณะร้ายแรงและไม่ร้ายแรงระหว่างระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศ

1.2.4 เพื่อเสนอแนะแนวทางในการยกเลิกความผิดและกำหนดมาตรการลงโทษที่เหมาะสมแก่ความผิดลหุโทษที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง โดยนำโทษปรับเป็นพินัยซึ่งมิใช่โทษทางอาญามาใช้บังคับ ตลอดจนปรับเปลี่ยนความผิดลหุโทษที่มีลักษณะร้ายแรงให้เป็นความผิดอาญาในภาคความผิด

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ภาค 3 เกี่ยวกับความผิดลหุโทษ เป็นความผิดที่ใช้บังคับตามมาตรการลงโทษทางอาญาซึ่งเป็นความผิดเล็กน้อย โดยมีความผิดลหุโทษบางฐานไม่เหมาะสมกับหลักเกณฑ์ในการนำมาตราการโทษทางอาญามาใช้บังคับอันเป็นการขัดต่อหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 วรรคสาม กล่าวคือ การนำโทษทางอาญามาใช้บังคับได้นั้นจะต้องเป็นความผิดอาญาที่มีลักษณะร้ายแรงซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลแต่ละคนส่งผลให้สร้างภาระแก่ผู้กระทำความผิดลหุโทษดังกล่าวเกินความจำเป็นส่งผลให้เกิดปัญหาความเหลื่อมล้ำของคนในสังคมและปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ อีกทั้งกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ล่าช้าของไทย

ดังนั้น ความผิดลหุโทษบางฐานอันมีลักษณะไม่ร้ายแรงสมควรที่จะยกเลิกออกจากประมวลกฎหมายอาญาแล้วควรนำมาตราการลงโทษปรับเป็นพินัยเป็นมาตรการการลงโทษในทางเลือกที่ดีกว่าการใช้มาตราการลงโทษทางอาญาและปรับเปลี่ยนความผิดลหุโทษบางฐานที่มีลักษณะร้ายแรงให้เป็นความผิดอาญาในภาคความผิดเพื่อให้การบังคับใช้มาตราการลงโทษทางอาญานั้นเป็นไปด้วยความจำเป็น เหมาะสม และบรรลุ

¹² สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, 'หลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษกรณีกฎหมายหมกความจำเป็น' 78 บทบัญญัติ 4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2565) 108.

¹³ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562: ศึกษากรณีบทบัญญัติของกฎหมายหมกความจำเป็นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม (สำนักงานศาลยุติธรรม) 81.

วัตถุประสงค์ในการลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้งเพื่อให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

โดยศึกษาเกี่ยวกับแนวความคิด ทฤษฎี หลักการและเหตุผลในการกำหนดความผิดอันมีลักษณะไม่ร้ายแรงและมีโทษทางอาญา รวมไปถึงการกำหนดความผิดอันมีลักษณะร้ายแรงในระบบกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอิตาลี เพื่อนำมาเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาการกำหนดโทษในระบบกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับความผิดลหุโทษในบางฐานอันมีลักษณะที่ไม่ร้ายแรงและไม่กระทบโดยตรงต่อความสงบเรียบร้อยหรือความปลอดภัยของประชาชนซึ่งไม่เหมาะสมและสอดคล้องกับลักษณะความผิดตลอดจนเสนอแนวคิดในการยกเลิกความผิดลหุโทษบางฐานตามประมวลกฎหมายอาญาตลอดจนปรับเปลี่ยนโทษทางอาญาเป็นโทษปรับเป็นพินัย โดยจำกัดขอบเขตในการศึกษาเฉพาะการกระทำที่บัญญัติไว้เป็นความผิดลหุโทษในประมวลกฎหมายอาญาภาค 3

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ศึกษาจะทำการค้นคว้าจากเอกสาร ตำรา หนังสือ วิทยานิพนธ์ คำพิพากษาของศาล และตัวบทกฎหมาย ตลอดจนบทความต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งในประเทศและต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตซึ่งเกี่ยวกับความผิดลหุโทษ เพื่อนำข้อมูลต่าง ๆ มารวบรวมวิเคราะห์ในการศึกษาวิจัยและสรุปเป็นข้อเสนอแนะต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีในการกำหนดความผิดและมาตรการลงโทษทางอาญาตลอดจนคุณธรรมทางกฎหมายระหว่างความผิดอาญาร้ายแรงและไม่ร้ายแรง

1.6.2 ทำให้ทราบถึงปัญหาความไม่เหมาะสมในการนำมาตรการลงโทษทางอาญามาใช้บังคับกับความผิดลหุโทษที่มีลักษณะร้ายแรงและไม่ร้ายแรง

1.6.3 ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการลงโทษสำหรับความผิดทางอาญาที่มีลักษณะร้ายแรงและไม่ร้ายแรงระหว่างระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศ

1.6.4 สามารถเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาในการกำหนดมาตรการลงโทษให้เหมาะสมสำหรับความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญาโดยนำมาตรการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับแทน และสามารถเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาสำหรับความผิดลหุโทษที่มีลักษณะร้ายแรงโดยนำมาบัญญัติเป็นความผิดในภาคความผิด เพื่อให้การใช้มาตรการในการลงโทษทางอาญาเป็นไปด้วยความจำเป็น และบรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้งเพื่อให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดและมาตรการลงโทษปรับเป็นพินัย ที่มีใช้มาตรการลงโทษทางอาญา

การกำหนดความผิดและโทษทางอาญานั้นเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่รัฐใช้บังคับเพื่อควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคมและเพื่อให้สังคมดำเนินต่อไปได้ด้วยความสะดวกเรียบร้อย แต่อย่างไรก็ตามการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาก็เป็นการทำให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย เพราะฉะนั้นการที่รัฐจะบัญญัติกฎหมายที่เป็นความผิดและโทษทางอาญาจึงต้องคำนึงถึงแนวคิดและหลักเกณฑ์พื้นฐานเกี่ยวกับการกำหนดความผิดและโทษในทางอาญาเป็นสิ่งสำคัญเพื่อให้การใช้บังคับโทษอาญาเป็นไปอย่างเหมาะสม จำเป็นและมีประสิทธิภาพ

ดังนั้น เนื้อหาในบทนี้จะได้กล่าวถึงแนวคิดและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดความผิดและโทษในทางอาญาที่เกี่ยวข้อง เพื่อใช้เป็นหลักในการเปรียบเทียบและวิเคราะห์ในบทต่อ ๆ ไป โดยมีรายละเอียดดังจะกล่าวต่อไปนี้

2.1 ที่มาและความสำคัญการกำหนดความผิดอาญา

ในบทนี้ผู้เขียนจะเริ่มต้นกล่าวถึงความหมายและวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาอันเป็นหลักการพื้นฐานของการศึกษากฎหมายอาญาก่อนโดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1.1 ความหมายของกฎหมายอาญา

สำหรับความหมายของกฎหมายอาญานั้นแม้จะไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับอื่น แต่ได้มีนักนิติศาสตร์หลายท่านให้นิยามความหมายไว้ ดังต่อไปนี้

โดยศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้ความหมายของกฎหมายอาญาไว้ว่า “กฎหมายอาญา เป็นกฎหมายมหาชนว่าด้วยความผิดและโทษอาญา”¹⁴ ในแง่มุมของ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความหมายของกฎหมายอาญาไว้ว่า “กฎหมายอาญาหมายถึงกฎหมายที่ว่าด้วยความผิดและโทษ”¹⁵

ในแง่มุมของ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.คณิต ฒ นคร ได้ให้ความหมายของกฎหมายอาญาไว้ว่า “กฎหมายอาญา คือ บรรดากฎหมายทั้งหลายที่ระบุถึงความผิดอาญา โทษวิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาอื่น และเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษวิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาอื่นนั้น” และเมื่อประเทศไทยใช้ระบบกฎหมาย Civil law

¹⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 10 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2546) 2.

¹⁵ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 21 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556) 13.

กฎหมายส่วนใหญ่จึงต้องได้รับการบัญญัติขึ้นซึ่งกฎหมายอาญาจะต้องมีหลักประกันที่สำคัญของกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ คือ “หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ไม่มีกฎหมาย”¹⁶

ในแง่มุมมองของ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้ให้ความหมายของกฎหมายอาญาไว้ว่า “กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติว่า การกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิดอาญา และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย”¹⁷

ในแง่มุมมองของ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ ได้ให้ความหมายของกฎหมายอาญาไว้ว่า “กฎหมายอาญา หมายถึง กฎหมายที่บัญญัติถึงความผิดและโทษ”¹⁸

ดังนั้น จึงสามารถสรุปคำนิยามความหมายของกฎหมายอาญาจากคำอธิบายทางวิชาการข้างต้นได้ว่า กฎหมายอาญา หมายถึง กฎหมายที่กำหนดว่าการกระทำ หรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นความผิดอาญา และกำหนดโทษสำหรับผู้ที่ฝ่าฝืนกระทำการ หรือไม่กระทำการอันเป็นความผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และทั้งนี้เมื่อพิจารณาจากคำอธิบายทางวิชาการข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญามีลักษณะซึ่งเป็น 2 ส่วนด้วยกัน¹⁹ คือ ส่วนที่หนึ่ง ส่วนองค์ประกอบ คือความผิดทางอาญา และส่วนที่สอง ส่วนผลทางกฎหมาย คือ มาตรการบังคับทางอาญา

ลักษณะของการกระทำความผิดซึ่งจะถือว่าเป็นความผิดอาญานั้นอาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะใหญ่ๆ คือ การกระทำความผิดที่มีลักษณะที่ผิดในตัวเอง (Mala In Se) และ การกระทำความผิดเนื่องจากรัฐเป็นกำหนด (Mala Prohibita)

การกระทำความผิดที่มีลักษณะที่ผิดในตัวเอง (Mala In Se) คือ การกระทำที่เป็นความผิด หรือความชั่วร้ายในตัวเอง (wrong in itself / evil in itself) อันฝ่าฝืนหลักธรรมชาตินิยมโนธรรม ศีลธรรม หรือหลักการสาธารณะของสังคมที่เป็นอารยะ (public principles of a civilized society) การกระทำดังกล่าว นั้น สังคมเห็นว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนความรู้สึกทางศีลธรรมของคนในสังคม สังคมถือว่าสิ่งนั้นเป็นความชั่วร้ายเป็นความผิดพื้นฐาน (traditional) ที่ไม่ใช่ความผิดที่กฎหมายกำหนด ตัวอย่างของการกระทำความผิดที่มีลักษณะที่ผิดในตัวเอง เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ข่มขืนกระทำชำเรา ปล้นทรัพย์ ลักทรัพย์ เป็นต้น²⁰

การกระทำความผิดเนื่องจากรัฐเป็นกำหนด (Mala Prohibita) การกระทำที่เป็นความผิดเพราะมีกฎหมายกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด (evil because prohibited) หรือเป็นความผิดตามที่

¹⁶ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 1) 53.

¹⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 10 สำนักพิมพ์ผลสยาม-พริ้นต์ 2551) 1.

¹⁸ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 16 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2558) 14.

¹⁹ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 1) 52.

²⁰ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ‘การแบ่งประเภทของความผิดอาญา’

กฎหมายห้าม (wrong due to being prohibited) เช่น ความผิดเกี่ยวกับการใช้ข้อมูลภายในอย่างไม่เหมาะสม (improper use of insider information) ออกหุ้นโดยไม่ได้รับอนุญาต หลีกเลียงภาษี²¹ เป็นต้น

2.1.2 วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา

วัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายอาญา คือ การปกป้องคุ้มครองสังคมจากอันตรายเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายต่อสุขภาพ ความปลอดภัย ศีลธรรม และสวัสดิภาพของคนในสังคม²² แม้กฎหมายอาญาในปัจจุบันได้ถูกเปลี่ยนแปลง แก้ไขเพิ่มเติมจนไม่อาจตรวจสอบได้ว่ากฎหมายอาญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์อย่างไร แต่ฝ่ายนิติบัญญัติจำต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์หลักที่ว่า กฎหมายอาญานั้นต้องการที่จะทำให้บรรล่วัตถุประสงค์อย่างน้อย 6 ประการดังต่อไปนี้²³

(1) คุ้มครองป้องกันตัวบุคคล และบางกรณีก็คุ้มครองสัตว์ด้วย จากการกระทำโดยเจตนา อันเหี้ยมโหด ทารุณ หรือ การประกอบกรรมทางเพศด้วยวิธีอันไม่พึงประสงค์ต่าง ๆ คุ้มครองบุคคลจากภัยบางประการอันเกิดจากการกระทำโดยไม่เจตนา คุ้มครองบุคคลที่อาจถูกชักจูงให้หลงผิดโดยง่ายจากการทำร้าย กดขี่ หรือขูดรีด อันจะเกิดแต่บุคคลหรือหรือทรัพย์สินของบุคคลเหล่านั้น

(2) คุ้มครองป้องกันสภาวะจิตใจของสมาชิกในสังคมนั้น ๆ ให้รอดพ้นจากความกระทบกระเทือนจากการกระทำที่ถึงแม้จะเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่ และยินยอมต่อการกระทำนั้นแล้วแต่ถือว่าผิด ธรรมชาติ ป้องกันการกระทำบางประเภทซึ่งเมื่อได้กระทำขึ้นท่ามกลางสาธารณชนแล้วจะกระทบกระเทือนจิตใจบุคคลอื่นมาก เช่น อนาจาร คำกล่าวพรุสวาท รวมทั้ง พฤติกรรมบางประเภทที่อาจยั่วให้เกิดความไม่สงบขึ้นในหมู่ประชาชน

(3) คุ้มครองป้องกันทรัพย์สินส่วนบุคคลจากการถูกลักขโมย ฉ้อโกง หรือทำให้เสียทรัพย์สิน และกรณีอื่น ๆ

(4) คุ้มครองป้องกันสาธารณชนจากความไม่สะดวกสบายต่าง ๆ เช่น การขีดขวางทางจราจร รวมทั้งใช้สภาพบังคับทางอาญาเพื่อเก็บภาษีอากร

(5) ป้องกันรักษาไว้ซึ่งสถาบันทางสังคม รวมทั้งบังคับให้เกิดความเมตตากรุณาที่จำเป็น เช่น การไม่ช่วยเหลือผู้ซึ่งตกอยู่ในภัยอันตรายทั้งที่สามารถช่วยเหลือได้

(6) เพื่อบังคับใช้วิธีการต่าง ๆ ที่จะทำให่วัตถุประสงค์ทั้งหลายเหล่านี้บรรลุผล เช่น การขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน หรือ การให้การเท็จ เป็นต้น

²¹ เพิ่งอ้าง.

²² Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Jr., Criminal Law (2nd ed. Minnesota: West Publishing Company 1986) 10. อ้างถึงใน พศิน วรเนติโพธิ์, 'ปัญหาการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง: ศึกษาเฉพาะพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาตามกฎหมายไทย' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2563) 11.

²³ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, *ทฤษฎีอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562) 49-50.

แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายอาญาไม่ควรถูกนำมาใช้เป็นวิธีการหรือทางออกแรกที่จะนำมาใช้ปกป้องคุ้มครองสังคมเพราะอาจจะมียุติวิธีอื่น ๆ ที่เหมาะสมมากกว่าแต่ก็ยังคงสามารถปกป้องคุ้มครองสังคมได้เหมือนการใช้กฎหมายอาญา

กฎหมายอาญานั้นเป็นกฎหมายที่มีบทลงโทษอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้นการกำหนดความผิดอาญาและการลงโทษทางอาญาอย่างไรจึงจะเหมาะสมนั้นจึงต้องพิจารณาถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดและโทษในทางอาญาด้วย

การกำหนดความผิดอาญา²⁴ ต้องคำนึงถึงหลักประกันในกฎหมายอาญา ที่เรียกว่า “หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” ภาษาละตินเรียกหลักกฎหมายอาญา (Maxim) นี้ว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege”²⁵ ซึ่งหลักประกันในกฎหมายอาญานี้ถือว่า เป็นหลักการสากลที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องโดยเป็นหลักกฎหมายอาญาที่พัฒนามาจาก “หลักนิติรัฐ” (Legal State) ซึ่งเป็นแนวคิดทางการเมืองที่ต้องการจำกัดอำนาจรัฐ “หลักนิติรัฐ” (Legal State) นี้เป็นคำที่แปลมาจากภาษาเยอรมันว่า “Rechtsstaat” โดยหลัก นิติรัฐ²⁶ มีต้นกำเนิดมาจากประเทศเยอรมนีซึ่งพัฒนามาจากกฎหมายโรมัน กล่าวคือในการปกครอง ประเทศ รัฐถือกฎหมายเป็นใหญ่ ต่อมานักกฎหมายอาญาเยอรมัน คือ Anselm von Feuerbach จึงได้กำหนดเรื่อง “หลักประกันในกฎหมายอาญา” โดยอธิบายถึงเนื้อหาของหลักประกันในกฎหมาย อาญาว่ามีหลักสำคัญ โดย 3 ประการ²⁷ ดังนี้ (1) การลงโทษต้องมีกฎหมาย (2) การลงโทษ ต้องขึ้นกับการมีอยู่ของการกระทำ (3) โทษที่จะลงต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย สำหรับ ประเทศไทยได้มีการปรับปรุงกฎหมายอาญาตามแบบอย่างประเทศตะวันตก และประเทศไทย ก็ยอมรับ”หลักประกันในกฎหมายอาญา” ว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย อาญาฉบับแรกของไทย คือ “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127” ซึ่งตรงกับปี พ.ศ. 2451 อย่างไรก็ตาม เมื่อประเทศไทยเปลี่ยนแปลงการปกครอง “หลักประกันในกฎหมายอาญา” นี้ก็ได้รับการ บัญญัติทั้งในประมวลกฎหมายอาญา²⁸ และรัฐธรรมนูญ²⁹ หลักประกันในกฎหมายอาญานี้จึงถือว่าเป็น “หลักรัฐธรรมนูญ” ด้วย อนึ่ง เนื้อหาของหลักประกันใน

²⁴ อัจฉริยา ชูตินันท์, ‘หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย’ (2565) 3 วารสารสุทธิปริทัศน์.

²⁵ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 1) 90.

²⁶ หลักของ ”หลักนิติรัฐ” ภาษาเยอรมัน เรียกว่า Rechtsstaat หรือภาษาอังกฤษ เรียกว่า Legal State “หลัก นิติรัฐ (Legal State) กับ “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law) จะพบว่า ทั้งสองหลักการมีความแตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเทศเยอรมนีเป็นต้นกำเนิดของหลักนิติรัฐ และประเทศอังกฤษต้นกำเนิดหลักนิติธรรม

²⁷ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 1) 87.

²⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง* (พิมพ์ครั้งที่ 42 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562) 44. ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย,”

²⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2561 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง

กฎหมายอาญาบัญญัติไว้ในมาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ ในขณะกระทำความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” จากบทบัญญัติมาตรา 2 แสดงให้เห็นว่า “กฎหมายอาญาต้องเกิดจากการบัญญัติ” เท่านั้น ซึ่งจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงหลักสำคัญอยู่ 2 ประการ ดังนี้ (1) กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นที่สามารถกำหนดให้การกระทำความผิดใด ๆ กระทำหนึ่งเป็นความผิด (nullum crimen sine lege) (2) กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ เท่านั้นที่สามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำความผิดใด ๆ กระทำหนึ่งโดยเฉพาะ (nulla poena sine lege) ซึ่งหลักการทั้งสองประการต้องมีอยู่ก่อนการกระทำความผิดนั้น และเมื่อการลงโทษเป็นมาตรการ ที่รุนแรงที่สุดที่รัฐใช้กับประชาชนในรัฐ รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้ คือ การบัญญัติกฎหมายอาญารัฐจึงต้องยึดหลัก “ความชัดเจนแน่นอน” ทั้งนี้เพื่อคุ้มครอง และเกิดความเป็นธรรมแก่ประชาชน ผู้เขียนจะกล่าวถึงหลักประกันในกฎหมายอาญาว่าประกอบด้วยหลักสำคัญ 4 ประการ³⁰ ดังนี้

- (1) หลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา
- (2) หลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา
- (3) หลักการห้ามใช้กฎหมายที่ไล่เคียงอย่างยั้งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล
- (4) หลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

2.2 แนวคิดการกำหนดความผิดกฎหมายอาญา

สำหรับหลักเกณฑ์และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการกำหนดความรับผิดทางอาญานั้น มีอยู่หลากหลายชนิดแตกต่างกันไปในแต่ละยุคสมัยและรูปแบบของกฎหมายในแต่ละประเทศ โดยทั้งนี้ผู้เขียนจะนำเสนอในหลักเกณฑ์และทฤษฎีดังต่อไปนี้

แนวคิดในการบัญญัติความผิดอาญามีขึ้นเพื่ออธิบายว่าการกระทำใดควรเป็นความผิดอาญาซึ่งการกำหนดความผิดอาญามีวิวัฒนาการ³¹ ดังนี้ ช่วงแรกเริ่มจากการใช้เกณฑ์ทางศีลธรรม³² โดยกฎหมายอาญาและศีลธรรมมีความเกี่ยวข้องกันและความผิดอาญาร้ายแรง ก็ล้วนแต่ผิดศีลธรรมทั้งสิ้น³³ กล่าวคือ การใดเป็นการผิดศีลธรรม การนั้นคือการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาและมีความสมควรลงโทษ อย่างไรก็ตาม การใช้เกณฑ์ดังกล่าวสามารถใช้ได้อย่างดีกับสังคมพื้นฐานที่ยังไม่มีผู้คนอยู่มากนัก เพราะการใช้กฎหมายเทคนิคเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ยังไม่มีความจำเป็นในยุคนั้น ดังนั้น การผิดศีลธรรมกับผิดกฎหมายจึงเป็นเรื่องเดียวกัน³⁴ ต่อมา การใช้เกณฑ์ทางสังคมเริ่มมีบทบาทมากขึ้นเมื่อผู้คนมากขึ้นและสังคมพัฒนาขึ้นความจำเป็นที่ต้องออก

³⁰ อัจฉริยา ชูตินันท์ (เชิงอรรถ 24) 25.

³¹ เฟ็งอ้าง, 30.

³² ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2566) 25.

³³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถ 17) 2.

³⁴ เฟ็งอ้าง.

กฎหมายอาญาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมจึงเกิดขึ้น กฎหมายจึงค่อยๆ เคลื่อนตัวออกจากศีลธรรม แต่ไม่ได้แยกจากกันเด็ดขาด ดังนี้ จะใช้ศีลธรรมเป็นเครื่องกำหนดความผิดอาญาตายตัวไม่ได้³⁵ แต่ปัจจุบัน แนวคิดการกำหนดความผิดอาญาจะพิจารณาไปที่ ความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย³⁶ โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดให้พฤติกรรมใดเป็นความผิดอาญาและมีความสมควรลงโทษนั้น การกระทำนั้น ต้องกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นหลักสำคัญ อย่างไรก็ตาม การกำหนดความผิดอาญาของ Packer ได้ให้หลักการไว้ 6 ประการ ในการพิจารณาว่าการกระทำเรื่องนั้นควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่³⁷ ดังนี้ 1) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมและหมู่ชนส่วนมาก มิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น 2) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับ วัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่าง ๆ 3) การปราบปรามการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญานั้นจะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป 4) หากเป็นความผิดอาญาแล้วจะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาค และเท่าเทียมกัน 5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ 6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม มีแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ซึ่งเป็นแนวคิดใหม่ที่นำหลักพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์มาอธิบายว่าพฤติกรรมใด ควรเป็นความผิดอาญานั้น ควรพิจารณาจากประโยชน์สังคม (social benefits) และต้นทุนสังคม (social cost) เป็นสำคัญ แนวคิดนี้สนับสนุนให้ รัฐกำหนดความผิดอาญาก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นสร้างต้นทุนให้กับสังคม คือ การกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นกับสังคมมากกว่าสังคมได้ประโยชน์³⁸ จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้นี้จะช่วยแก้ปัญหาการเกิดกฎหมายอาญาเพื่อ (Overcriminalization) ขึ้นได้ เพราะหากรัฐมุ่งแต่จะควบคุมความประพฤติของสมาชิก ในสังคมโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือโดยไม่พิจารณาถึงประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกของรัฐที่จะใช้บังคับกฎหมายอาญาแล้ว กฎหมายจะไร้ความหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์และเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐที่ประพฤติมิชอบมีโอกาสแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเอง³⁹

2.2.1 การบัญญัติความผิดอาญาของ Douglas Husak

Douglas Husak ได้เสนอหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบัญญัติความผิดอาญาไว้ดังต่อไปนี้⁴⁰

³⁵ LaFave, W. R., & Scott Jr, A. W., St. Paul, *Criminal Law* (Mn: West Publishing) 9-10.

อัจฉริยา ชูตินันท์ (เชิงอรรถ 24) 31.

³⁶ ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถ 32) 27.

³⁷ Packer, H. L, *The Limits of the Criminal Sanction* (California: Standford University Press 1968) 296.

³⁸ ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถ 32) 28.

³⁹ อัจฉริยา ชูตินันท์ (เชิงอรรถ 24) 32.

⁴⁰ Douglas Husak, *Overcriminalization: the limits of the criminal Law* (New York: Oxford University Press, 2008). อังถึงใน ภรณ์ ตันตขุณท์, 'ความเหมาะสมในการกำหนดความผิดทางอาญา : ศึกษากรณีปัญหาการล้มกึ่งาตามกฎหมายไทย' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2557) 21.

1. ไม่ควรบัญญัติกฎหมายอาญาขึ้นเพื่อห้ามการกระทำที่ไม่มีอันตรายหรือไม่มีความชั่วร้าย (the nontrivial harm and evil constraint)
2. กฎหมายอาญาควรใช้ลงโทษการประพฤตินิยมหรือการกระทำที่ผิดกฎหมาย (the wrongfulness constraint)
3. การลงโทษทางอาญาจะมีความชอบธรรมต่อเมื่อเป็นการลงโทษที่เหมาะสม (the desert constraint)
4. ผู้เสนอให้มีการบัญญัติความผิดอาญามีภาระต้องพิสูจน์ถึงความจำเป็นที่จะต้องใช้กฎหมายอาญาลงโทษการกระทำนั้น ๆ
5. การบัญญัติกฎหมายอาญาต้องเป็นไปเพื่อปกป้องผลประโยชน์ที่สำคัญของรัฐ
6. การบัญญัติความผิดอาญาจะต้องไม่เกินกว่าที่จำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา

2.2.2 การบัญญัติความผิดอาญาของ Harbert L. Packer

Harbert L. Packer ได้อธิบายหลักเกณฑ์การบัญญัติความผิดอาญาไว้ในหนังสือเรื่อง *The Limits of the Criminal Sanction* ซึ่งการกระทำใดควรจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ 6 ประการ ดังนี้⁴¹

1. การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในสังคมว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมและเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมของสังคม
2. ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ
3. การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น จะต้องไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป
4. หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน ไม่มีการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด
5. การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวนั้น จะไม่ทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ
6. ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญาสำหรับการกระทำนั้น

2.2.3 การบัญญัติความผิดอาญาของ Lon L. fuller

Lon L. Fuller เป็นนักคิดซึ่งมีความเห็นตรงกันข้ามกับ Herbert L. Packer และฝ่ายสำนักกฎหมายบ้านเมือง กล่าวคือ ในขณะที่สำนักกฎหมายบ้านเมืองเห็นว่ากฎหมายกับศีลธรรมแยกต่างหากจากกัน

⁴¹ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (California: Stanford University Press, 1968) 296. อ้างถึงใน วิชาพร เนติจิโรชิตี, 'การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป: ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2548) 47.

อย่างชัดเจน แต่ Lon L. Fuller เห็นว่ากฎหมายกับศีลธรรมนั้นมีความสัมพันธ์กันผ่านทางเหตุผลของการบังคับใช้กฎหมาย⁴² โดย Lon L. Fuller ได้เสนอหลักเกณฑ์ การบัญญัติความผิดอาญาไว้ ดังนี้⁴³

1. กฎหมายต้องมีการวางกฎเกณฑ์ในการบังคับอย่างแจ่มชัดว่ากฎหมายประสงค์จะควบคุมการกระทำอย่างไรบ้าง

2. กฎเกณฑ์ดังกล่าวต้องใช้สำหรับเหตุการณ์ในอนาคต และไม่มีผลย้อนหลังไปใช้กับเหตุการณ์ในอดีตที่เกิดขึ้นแล้วในอดีต เพื่อให้ประชาชนได้ทราบถึงกฎเกณฑ์และผลของการฝ่าฝืนก่อนที่พวกเขาจะกระทำความผิด ดังนั้น ถ้าไม่มีกฎหมายในขณะที่กระทำว่าเป็นความผิดก็ไม่มีทางที่จะลงโทษบุคคลดังกล่าวได้

3. กฎเกณฑ์นั้นจะต้องมีการประกาศเผยแพร่ให้ทราบโดยทั่วกัน เพื่อให้ประชาชนได้ทราบว่า การกระทำใดต้องห้ามหรือถูกควบคุมโดยกฎหมาย และการกระทำใดที่มีกฎหมายรับรองให้กระทำได้

4. กฎเกณฑ์นั้นต้องมีลักษณะที่สามารถเข้าใจได้ไม่ซับซ้อน ชัดเจนแน่นอนและถูกต้องเหมาะสม

5. เกณฑ์การควบคุมต้องไม่ขัดแย้งกับกฎเกณฑ์อื่น ๆ เพื่อมิให้ประชาชนเกิดความสับสนว่าจะยึดถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ใด

6. กฎเกณฑ์ที่บัญญัติขึ้นนั้นต้องสามารถปฏิบัติได้จริง เนื่องจากกฎเกณฑ์ที่ไม่สามารถปฏิบัติตามได้ย่อมไม่เกิดประโยชน์ใด ๆ และอาจทำให้เกิดผลกระทบต่อประชาชน

7. กฎเกณฑ์ต้องไม่เปลี่ยนแปลงบ่อย เนื่องจากความแน่นอนเป็นสิ่งสำคัญของกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎเกณฑ์หรือวัตถุประสงค์ในการควบคุมการกระทำของบุคคล

8. กฎเกณฑ์ที่ประกาศเผยแพร่ให้สาธารณชนรับทราบต้องสอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมาย เพื่อให้ประชาชน ทราบได้ว่าหากตนเองกระทำการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ใด จะได้รับผลของการกระทำนั้นอย่างไร

2.2.4 หลัก The Minimalist Approach

หลักเกณฑ์ The Minimalist Approach คือ หลักการกำหนดความผิดอาญาที่ผสมผสานแนวคิดจากหลักเกณฑ์การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล (principle of autonomy) ซึ่งเกณฑ์การคุ้มครองสังคม (principle of welfare) และเกณฑ์การควบคุมสังคมอื่นนั้น มีข้อพิจารณาด้วยกัน 4 ประการ ดังนี้⁴⁴

⁴² ภรณ์ ตัณฑชอุณห, “ความเหมาะสมในการกำหนดความผิดทางอาญา : ศึกษากรณีปัญหาการล้มเลิกผิดกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น. 20.

⁴³ Austin M. Chinhengo, *Essential Jurisprudence* (London: Cavendish Publishing Limited 1995) 69-70. อ้างถึงใน พศิน วรเนติโพธิ์, ‘ปัญหาการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง: ศึกษาเฉพาะพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาตามกฎหมายไทย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2563) 11.

⁴⁴ Andrew Ashworth and Jeremy Horder, *Principles of criminal law, seventh edition*, (Great Britain : Oxford University Press, 2013), pp. 31-35. อ้างถึงใน เมษยา โรจนอารีย์, “การฉ้อฉลทางวิชาการ : ศึกษาการกำหนดความผิดอาญา ฐานรับจ้างทำวิทยานิพนธ์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 44.

1. หลักการเคารพสิทธิมนุษยชน ในการบัญญัติความผิดอาญาจำเป็นที่จะต้องเคารพหลักสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตามสิทธิดังกล่าวจะถูกแทรกแซงได้หากว่าเป็นกรณีจำเป็นพอสมควรในสังคมประชาธิปไตย เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐ

2. สิทธิที่จะไม่ถูกลงโทษโดยรัฐ การพิจารณาบัญญัติกฎหมายอาญาซึ่งรวมถึงการให้รัฐมีอำนาจในการลงโทษมีความแตกต่างจากการบัญญัติกฎหมายประเภทอื่น เนื่องจากเนื้อหาของกฎหมายเป็นการตีความสังคมและละเมิดสิทธิของประชาชน การบัญญัติให้พฤติกรรมใดเป็นความผิดอาญาจึงต้องมีความชอบธรรมเป็นอย่างยิ่งและผู้กำหนดให้พฤติกรรมดังกล่าวเป็นความผิดมีภาระการพิสูจน์ถึงความชอบธรรมดังกล่าว

3. หลักวิธีทางสุดท้าย ในการควบคุมพฤติกรรมอันไม่พึงประสงค์แก่สังคม นอกจาก มาตรการทางกฎหมายอาญาแล้ว ยังมีมาตรการทางสังคมอื่น รวมถึงมาตรการทางกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครองอยู่ด้วย ในการพิจารณาบัญญัติความผิดอาญาจึงต้องดูที่ความร้ายแรงที่เกิดขึ้น โดยกฎหมายอาญาควรจะถูกใช้เป็นวิธีทางสุดท้ายสำหรับพฤติกรรมที่เกิดขึ้นเป็นสิ่งที่ผิดหรือเป็นอันตรายอย่างร้ายแรง

4. หลักการไม่กำหนดเป็นความผิดอาญา หากว่าการกำหนดความผิดอาญาก่อให้เกิดผลเสียหายมากกว่าการไม่กำหนดเป็นความผิดอาญา

2.2.5 การคุ้มครองคุณธรรมของกฎหมายในวิธีการสุดท้าย

ศาสตราจารย์ Claus Roxin ได้วางหลักว่า กฎหมายอาญามีขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgüterschutz) เท่านั้น กล่าวคือ การกระทำใดที่ไม่ได้กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติไม่ควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ซึ่งจากหลักการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายข้างต้น จึงก่อให้เกิดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญาหลายประการ⁴⁵ ได้แก่

1. การกระทำที่เป็นแต่เพียงการขัดต่อศีลธรรมอันดี ไม่เป็นความผิดอาญา
2. การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ว่าของตนเองหรือผู้อื่นไม่เพียงพอที่จะกำหนดเป็นความผิดอาญา เช่น การมีเพศสัมพันธ์กับสัตว์ การฆ่าตัวตาย เป็นต้น
3. การคุ้มครองความรู้สึกในฐานะที่เป็นคุณธรรมทางกฎหมายจะต้องเป็นความรู้สึกจากการถูกคุกคาม
4. กฎหมายอาญาที่ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขสถานการณ์เฉพาะหน้าที่เกิดขึ้นกับสังคม (Symbolic Criminal Laws) ก่อนที่จะได้รับการพิสูจน์ว่ากระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายควรถูกยกเลิกไป
5. วัตถุประสงค์ที่เป็นนามธรรมเกินไปไม่ถือเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย เช่น การอ้างสุขภาพของคนในสังคมที่มักปรากฏในพระราชบัญญัติเกี่ยวกับบุหรี่

⁴⁵ Lauterwein and Carl Constantin, *The Limits of Criminal law: a comparative analysis of approaches to legal theorizing* (Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2010), pp. 10-17. อ้างถึงใน พศิน วรเนติโพธิ์, 'ปัญหาการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง: ศึกษาเฉพาะพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาตามกฎหมายไทย' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2563) 27.

6. การกระทำที่เป็นแต่การละเมิดต่อระเบียบไม่เป็นความผิดอาญาในกรณีนี้มีเหตุผลมาจากแนวคิดที่ว่ากฎหมายอาญามีไว้เพื่อที่จะคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่มีอยู่ก่อนแล้ว กล่าวคือ เป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนที่มีอยู่ก่อนที่จะมีรัฐ ส่วนการละเมิดต่อกฎหมายต่าง ๆ ของรัฐที่ไม่ได้มีไว้เพื่อที่จะคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย หากแต่เป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อให้ภารกิจที่เกี่ยวกับระเบียบสาธารณะและภารกิจในการที่จะทำให้ประชาชนอยู่ร่วมกันอย่างมีความสุขเป็นไปได้โดยเรียบร้อยนั้น การละเมิดต่อกฎเกณฑ์ดังกล่าวถือว่าเป็นแต่เพียงการละเมิดต่อระเบียบที่ไม่ควรที่จะนำมาตราการลงโทษทางอาญามาใช้บังคับ เช่น การจอดรถในที่ห้ามจอด การไม่แจ้งย้ายเมื่อมีการย้ายที่อยู่ เป็นต้น ไม่เป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญา

2.3 หลักการและทฤษฎีการกำหนดโทษทางอาญา

2.3.1 หลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนกับลักษณะความผิด

แนวคิดเรื่องหลัก การลงโทษที่เหมาะสมกับความผิด มีทฤษฎีที่สนับสนุนแนวคิดและหลักการนี้ ดังนี้

(1) ทฤษฎีเจตจำนงอิสระ (Free Will Theory) โดยทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่าการพิจารณา บทลงโทษ ผู้กระทำความผิดควรมีความเหมาะสมกับลักษณะความผิด ⁴⁶ (Equal punishment for the same crime) คือ ต้องไม่มากจนโหดร้ายทารุณ และต้องไม่น้อยเกินไปจนทำให้ผู้กระทำความผิดคิดว่าคุ้มค่าที่จะได้ผลประโยชน์จากการประกอบอาชญากรรม ทฤษฎีนี้ถือว่ามนุษย์ทุกคน มีเจตจำนงอิสระ (Free Will) และ มนุษย์ทุกคนมีอิสระในการเลือกกระทำการใดๆในสิ่งที่เห็นว่า เป็นประโยชน์มากกว่าเสียประโยชน์ เช่นเดียวกันกับการประกอบอาชญากรรม ดังนั้น หลักการ กำหนดโทษทางอาญาจึงต้องมีพิจารณาหลักความได้สัดส่วนคือ การกำหนดโทษทางอาญาต้องได้ สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นด้วย

(2) ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarianism Theory) ทฤษฎีนี้มีแนวคิดทางจริยธรรม สังคมว่า การออกกฎหมายต้องให้สอดคล้องกับกฎธรรมชาติโดยต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในรัฐ ⁴⁷ ทฤษฎีนี้เชื่อว่า กฎธรรมชาติ 2 อย่าง คือความพึงพอใจ (Pleasure) และ ความเจ็บปวด (Pain) เป็นตัวกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์ ดังนั้น ก่อนที่มนุษย์จะตัดสินใจทำอะไร ก็ต้องนำกฎธรรมชาติ 2 อย่าง มาชั่งน้ำหนักก่อนเสมอ ดังนั้น ในการประกอบอาชญากรรม ก็เช่นเดียวกัน ก่อนที่มนุษย์จะตัดสินใจกระทำความผิดก็ต้องชั่งน้ำหนักโดยใช้กฎธรรมชาติ 2 อย่างเสมอ และหากบุคคลนั้นชั่งน้ำหนักแล้ว ผลที่จะได้รับจะทำให้บุคคลนั้นเกิดความพึงพอใจมากกว่า บุคคลนั้นก็เลือกที่จะประกอบอาชญากรรมนั้น ทฤษฎีนี้จึงยึดถือ “ความสุข ของคนในสังคม” เป็นเกณฑ์พื้นฐานในการตัดสินใจว่าอะไรควรหรือไม่ควร คือ ความถูกต้องของ การกระทำขึ้นอยู่กับแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความสุขของคนส่วน ดังนั้น หลักการกำหนดโทษทาง อาญาจึงต้องมีพิจารณาหลักความได้สัดส่วนคือ การกำหนดโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วนกับความ ร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นด้วย

⁴⁶ อัจฉริยา ชูตินันท์ (เชิงอรรถ 2) 236.

⁴⁷ เฟิ่งอ่าง, 237-238.

(3) ทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory) ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่า ในการกำหนดโทษต้องให้มีความเหมาะสมกับความร้ายแรงของอาชญากรรม⁴⁸ ทฤษฎีนี้เป็นแนวคิด ของ ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) และ เจอรัมี เบนธัม (Jeremy Bentham) ซึ่งเป็น ผู้คิดค้นทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory) ในศตวรรษที่ 18 ทฤษฎีนี้มีวัตถุประสงค์ 2 ประการ ประการแรก เพื่อลดอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดซ้ำและประการที่สองเพื่อข่มขู่ไม่ให้ประชาชนเอาเยี่ยงอย่าง เพราะการลงโทษถือว่าเป็นมาตรการทางอาญาที่จำเป็น เพื่อข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิดให้ผู้อื่นเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่างและเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หนึ่งของการลงโทษในปัจจุบัน ดังนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดแล้วจะต้อง บัญญัติโทษวางโทษทางอาญาไว้ด้วย โดยการกำหนดโทษทางอาญาควรเป็นไปตามหลัก ความยุติธรรมได้สัดส่วน (Proportional Justice) ซึ่งหมายความว่า โทษทางอาญาต้องได้สัดส่วน (Proportion) กับความร้ายแรงของความผิดนั้น (Severity of the crime) ดังนั้น ในการกำหนด โทษจึงต้องคำนึงถึงฐานความผิดซึ่งพิจารณาในด้านภาวะวิสัย (Objective) เป็นหลัก

2.3.2 หลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสม

หลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด หลักการนี้ คือ การลงโทษต้องให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล⁴⁹ (Individualization of punishment) ไม่ใช่ลงโทษโดยตัดเทียบกันตามลักษณะของการกระทำความผิดนั้น (Punishment to fit the criminal) เนื่องจากต้องพิจารณาถึงความเป็นจริงที่วามมนุษย์ทุกคนมีความสามารถ รู้ผิดชอบไม่เท่าเทียมกัน หรืออาจมีความแตกต่างจากบุคคลทั่ว ๆ ไป จึงไม่สามารถกำหนดเจตจำนง อิสระได้ตัดเทียบกันกับบุคคลอื่น อาทิเช่น เด็กที่มีอายุน้อย ผู้มีจิตบกพร่อง จิตฟั่นเฟือน เป็นต้น บุคคลเหล่านี้เป็นบุคคลที่อ่อนแอเพราะบางที่รัฐควรเข้ามาปกป้องเป็นพิเศษ จึงควรได้รับการ ลดโทษหรือยกเว้นโทษแล้วแต่กรณี จะเห็นได้ว่า แนวความคิดนี้มุ่งเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง⁵⁰ แนวคิดเรื่องหลักการลงโทษที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด มีทฤษฎีที่สนับสนุน แนวคิดและหลักการนี้ ดังนี้

(1) ทฤษฎีเจตจำนงประสงค์ (Determinism Theory) ทฤษฎีเจตจำนงประสงค์เป็นแนวคิด นิยัตินิยมของสำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม (Positive School) แนวความคิดนี้เกิดขึ้น ปลายศตวรรษที่ 19 โดยแนวคิดนิยัตินิยมมักจะถูกนำมาเปรียบเทียบกับเป็นแนวคิดที่ตรงกันข้าม กับแนวคิดเรื่องเจตจำนงอิสระ (Free Will)⁵¹ แนวความคิดนิยัตินิยมไม่เห็นด้วยการกำหนดโทษ สำหรับผู้กระทำความผิดโดยใช้เกณฑ์

⁴⁸ เพิ่งอ้าง, 238.

⁴⁹ อัจฉริยา ชูตินันท์ (เชิงอรรถ 2) 239.

⁵⁰ “The Shaping of Chance: Actuarial Models and Criminal Profiling at the Twenty – First Century,” by Harcourt, Bernard E., 2003, University of Chicago Law Review, 70(1), pp. 1-24. Copyright by The University of Chicago Law Review. อ้างถึงใน อัจฉริยา ชูตินันท์ (เชิงอรรถ 24) 36.

⁵¹ อัจฉริยา ชูตินันท์ (เชิงอรรถ 2) 240.

เดียวกัน เนื่องจากมนุษย์ทุกคนต่างอยู่ภายใต้อิทธิพลของ สิ่งแวดล้อมภายนอกจึงทำให้มนุษย์ขาดเจตจำนงอิสระในการตัดสินใจเลือกกระทำอย่างใด อย่างหนึ่งได้อย่างเสรีซึ่งอาจนำไปสู่พฤติกรรมที่เบี่ยงเบนหรือจำต้องกระทำโดยความจำเป็นหรือกระทำด้วยความผิดได้ ดังนั้น การกระทำความผิดของมนุษย์ที่ขาดเจตจำนงอิสระ สังคมควรเข้ามามี ส่วนรับผิดชอบต่อผู้กระทำผิดนั้นด้วย

(2) ทฤษฎีความชั่ว (nulla poena sine culpa) ทฤษฎีความชั่ว หรือเรียกว่า “หลักไม่มีโทษ โดยไม่มี ความชั่ว” หลักกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้ในภาษาลาตินเรียกว่า “nulla poena sine culpa” และเป็น หลักกฎหมายอาญาที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศออสเตรีย โดยหลักกฎหมายอาญานี้ถือว่า “ความชั่ว” เป็นพื้นฐานในการลงโทษ⁵² ความชั่ว (Schuld) ในประมวลกฎหมายอาญาเป็นเรื่องความคิดของ นักกฎหมายเยอรมัน ศาสตราจารย์ ดร. หยุดแสงอุทัย เป็นนักนิติศาสตร์ไทย คนแรกที่กล่าวถึง ความชั่วในกฎหมายอาญา โดยศาสตราจารย์ ดร. หยุดแสงอุทัย ได้กล่าวถึงเหตุที่กฎหมาย ยกเว้นโทษ ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นการชั่วร้าย อาทิเช่น การที่ผู้กระทำผิดได้กระทำลงโดย ถูกบังคับขู่ เชื้อยให้กระทำผู้กระทำผิดนั้นได้กระทำโดยความจำเป็น หรือผู้กระทำผิด ได้กระทำตามคำสั่งโดย เชื่อว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย⁵³ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ประมวลของประเทศไทยแม้จะไม่ได้บัญญัติหลักการ ดังกล่าวไว้โดยตรงก็ตาม แต่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย เป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความชั่ว⁵⁴ ซึ่งพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรก ของไทยเรา คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 56 บัญญัติว่า “ถ้าเด็กอายุไม่ถึง เจ็ดขวบกระทำความผิด ท่านว่าแม้ยังมีผิดและขออย่าให้ลงอาญาแก่มันเลย” จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทยได้กล่าวถึง “ความไม่รู้ผิดและชอบ” ซึ่งประมวล กฎหมาย อาญาฉบับปัจจุบันก็ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้เช่นเดียวกัน โดยเรียกว่า “ความรู้ผิดชอบ”⁵⁵ ซึ่งเป็น ข้อ สาระสำคัญของ “ความชั่ว” หรือ “ความชั่วร้าย” ประมวลกฎหมายอาญาของไทยเรา ปัจจุบันแสดงให้เห็นว่า บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาตั้งอยู่บนพื้นฐานของความชั่วปรากฏ ในมาตรา 73 และมาตรา 74 เป็น บทบัญญัติที่กำหนดความสามารถทำชั่วโดยพิจารณาที่อายุ ขณะกระทำความผิดตามกฎหมาย เพราะเป็นเด็ก หรือเยาวชน และมาตรา 65 เป็นบทบัญญัติ ที่กำหนดความสามารถทำชั่วโดยพิจารณาที่ความสมบูรณ์ของจิต โดยกฎหมายจะไม่ลงโทษผู้วิกลจริตเพราะเป็นบุคคลที่ปราศจากความชั่ว อย่างไรก็ตาม หลักไม่มีโทษโดยไม่มี ความ ชั่ว (nulla poena sine culpa) ยังรวมถึงจะลงโทษบุคคลเกินกว่าความชั่วของบุคคลนั้นไม่ได้เป็นหลัก เดียวกันกับ “หลักการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคล” (Individualization of Punishment) อาทิเช่น มาตรา 75 มาตรา 76 และมาตรา 65 วรรคสอง แห่งประมวล กฎหมายอาญาของ ไทย สรุปได้ว่า “หลักไม่มีโทษ โดยไม่มี ความชั่ว” (nulla poena sine culpa) มีสาระสำคัญ 2 ประการดังนี้ คือ ประการแรก หลักนี้จะไม่ลงโทษบุคคลโดยปราศจากความชั่ว (Schuld) คือจะลงโทษบุคคลที่ขาดความรู้

⁵² คณิศ ฌ นคร (เชิงอรรถ 1) 292.

⁵³ หยุด แสงอุทัย, ‘การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา’ (2483) 11 บทบัณฑิตย 232.

⁵⁴ คณิศ ฌ นคร (เชิงอรรถ 1) 293.

⁵⁵ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 75

ผิดชอบไม่ได้ ประการที่สอง หลักนี้จะลงโทษบุคคลเกินความชั่ว (Schuld) คือ เกินกว่าความรู้ผิดชอบของบุคคลนั้นไม่ได้

2.4 หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77⁵⁶ รัฐพึงกำหนดโทษอาญา เฉพาะความผิดร้ายแรง โดยได้วางหลักการใหม่ในการปฏิรูปกระบวนการจัดทำและการเสนอร่างกฎหมาย อย่างเป็นระบบ กล่าวคือ ในการจัดให้มีกฎหมายฉบับใหม่ขึ้นใช้บังคับรัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น สำหรับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่นั้น หากหมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือเป็นอุปสรรค ต่อการดำรงชีวิต หรือการประกอบอาชีพ รัฐพึงยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายฉบับนั้นเพื่อไม่ให้เป็นการแก่ ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายได้โดยสะดวก และสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่าย ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องตรากฎหมายใหม่ หรือแก้ไขเพิ่มเติมหรือปรับปรุง หรือยกเลิกกฎหมายที่ใช้บังคับ อยู่ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่าง รอบด้านและเป็นระบบและเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อ ประชาชนและนำมา ประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมาย ฉบับใดมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัด ให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกกรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง ประกอบด้วย ทั้งนี้ เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับ ให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลง ไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดโทษอาญาในกฎหมายพึงทำได้เฉพาะความผิดร้ายแรงหรือโทษทางอาญา ทั้งนี้เพราะโทษ ประหารชีวิต จำคุก หรือการกักขังนั้น เป็นโทษทางอาญา⁵⁷ ที่มุ่งกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของ ผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะโทษจำคุก⁵⁸ และโทษการกักขัง⁵⁹ ต่างเป็นโทษจำกัดเสรีภาพ ในร่างกายของ ผู้กระทำความผิด⁶⁰ ส่วนโทษปรับเป็นโทษหลักสถานหนึ่ง แต่เนื่องจากบุคคลมีฐานะทางเศรษฐกิจต่างกัน โทษ ปรับเป็นจำนวนเงินจำนวนใดจำนวนหนึ่งจึงกระทบต่อบุคคลไม่เท่าเทียมกัน จากข้อบกพร่องของโทษปรับ เป็นจำนวนเงิน นักนิติศาสตร์ชาวสแกนดิเนเวีย จึงได้เสนอโทษปรับลักษณะใหม่ที่เรียกว่า Day-fine ขึ้นใช้ บังคับแทน โทษปรับแบบ

“โทษปรับที่กำหนดวันกักขังและกำหนดค่าปรับ”⁶¹ อาจเรียกว่า Day-fine โทษปรับนี้ ไม่ใช่โทษ ปรับรายวัน แต่เป็นการกำหนดค่าปรับโดยคำนวณจากรายได้ของผู้กระทำความผิดและกำหนดวันที่จะต้องถูก กักขังหากไม่ชำระค่าปรับ สำหรับระบบกฎหมายของไทยนอกจากใช้โทษ ปรับเป็นจำนวนเงินจำนวนใดจำนวน

⁵⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77.

⁵⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18

⁵⁸ คณิต ญ นคร (เชิงอรรถ 1) 451.

⁵⁹ หยุต แสงอุทัย (เชิงอรรถ 15) 188.

⁶⁰ คณิต ญ นคร (เชิงอรรถ 1) 441.

⁶¹ คณิต ญ นคร (เชิงอรรถ 1) 460.

หนึ่งแล้ว ยังมีการปรับรายวัน เช่น โทษปรับตามกฎหมายว่า ด้วยการควบคุมอาคาร⁶² โทษปรับตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์⁶³ เป็นต้น ดังนั้น โทษปรับจึงเป็นโทษที่ควรนำมาใช้กับผู้กระทำความผิด เพราะเป็นโทษที่ไม่ก่อให้เกิด ต้นทุนทางสังคม (Social Costs)⁶⁴ เนื่องจากการโอนทรัพย์สินของบุคคลมาสู่รัฐ ส่วนโทษจำคุก แม้เป็นโทษที่มีประสิทธิภาพที่สุดที่จะทำให้ผู้ต้องโทษกลับตัวเป็นคนดีแต่โทษจำคุกก็เป็นโทษที่สร้างต้นทุนแก่รัฐเป็นอย่างมากด้วยเช่นกัน สำหรับโทษริบทรัพย์สินเป็นโทษข้างเคียง⁶⁵ ซึ่งเป็นโทษที่มีผลทำให้ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดที่ถูกริบตกเป็นของแผ่นดิน ปัจจุบันกฎหมายอาญาถูกนำมาใช้บังคับกับพฤติการณ์ของคนในสังคมทั้งที่มีใช้การฝ่าฝืนศีลธรรม ซึ่งการกำหนดความผิดอาญาและดำเนินคดีอาญานั้น เป็นสภาพบังคับที่มีประสิทธิภาพที่สุดเพราะ ประชาชนจะเกิดความหวาดกลัวในโทษทางอาญา จึงทำให้ความผิดอาญาเทคนิคถูกกำหนดขึ้นอย่างมากมายและทำให้เกิดสถานการณ์กฎหมายอาญาเพื่อ⁶⁶ (Overcriminalization) ซึ่งสร้างปัญหาความล่าช้าในกระบวนการยุติธรรมและความไม่น่าเชื่อถือของกฎหมายอาญา อีกด้วย ดังคำกล่าวของ Portalis ที่ว่า “กฎหมายควรจะมีเท่าที่จำเป็น เพราะกฎหมายที่ไม่จำเป็นจะทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายที่จำเป็น”⁶⁷ ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงได้วางหลักการเกี่ยวกับการกำหนดโทษในทางอาญาไว้ว่า “รัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะ ความผิดร้ายแรง” เพื่อใช้เป็นกรอบในการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อลดปัญหาการบริหารงานยุติธรรมทางอาญา ซึ่งที่ต้องรองรับปริมาณคดีจำนวนมากและทำให้มีค่าใช้จ่ายสูงมาก ซึ่งทำให้เกิดปัญหาคดีล้นศาลและนักโทษล้นเรือนจำ รวมไปถึงความรับผิดชอบ ทางอาญาที่ไม่เหมาะสม ทำให้ผู้กระทำความผิดที่รับโทษอาญาโดยที่ไม่สมควรได้รับ จะได้รับผลกระทบไปถึงการประกอบอาชีพหรือการดำรงชีพในหลายเรื่องเนื่องจากมีประวัติอาชญากร ติดตัว (criminal record) ในการนี้ เพื่อให้การตรากฎหมายที่มีโทษทางอาญาสอดคล้องและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ประโยชน์จากโทษอาญา ตามกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยในการตรากฎหมายที่มีโทษทางอาญาต้องคำนึงถึงบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งมีสาระสำคัญ 3 ประการดังนี้ (1) เป็นการกระทำความกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงและมีผลกระทบต่อส่วนรวม (2) เป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผล หรือมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้ (3) ความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวหรือที่มีโทษจำคุกและเปรียบเทียบปรับทำให้คดีอาญาระงับได้ หากโดยสภาพแล้วไม่ใช่ความผิดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงก็สมควรใช้โทษปรับทางปกครองแทน หรือวิธีการอื่นแทนค่าปรับ

⁶² พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 65 ถึง มาตรา 65 จัตวา

⁶³ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 268

⁶⁴ ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถ 32) 28.

⁶⁵ คณิต ญ นคร (เชิงอรรถ 1) 466.

⁶⁶ ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถ 32) 43.

⁶⁷ เฟิงอ้าง, 43-44.

2.5 แนวคิดในการแบ่งแยกความผิดอาญา

2.5.1 การแบ่งแยกตามลำดับโทษหนักเบา

การแบ่งประเภทความผิดอาญาตามวิธีนี้สามารถแบ่งความผิดอาญาออกเป็น 3 ประเภท คือ
(ก) ความผิดประเภท Treason ตามกฎหมาย Common Law เดิมของประเทศอังกฤษความผิดประเภท Treason แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

- 1) High Treason คือ เป็นการกบฏการกระทำอันเป็นการต่อต้านพระมหากษัตริย์
- 2) Petit Treason คือ เป็นการกบฏโดยการฆาตกรรมผู้ปกครองหรือผู้อยู่เหนือโดยผู้อยู่ใต้อำนาจ เช่น ภรรยาฆ่าสามี บ่าวฆ่านาย เป็นต้น แต่ในปัจจุบันความผิดฐานนี้ได้ถูกยกเลิกไปแล้ว และการกระทำที่เป็นความผิดประเภท Petit Treason เดิมนั้นปัจจุบันก็คือความผิดฐานฆ่าคนตาย

ในประเทศสหรัฐอเมริกาความผิดประเภท Treason คือความผิดฐานกบฏเป็นความผิดเฉพาะอย่างเช่นเดียวกับความผิดฐานอื่น ๆ และในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีเพียง 2-3 รัฐเท่านั้นที่แบ่งความผิด Treason ออกเป็นความผิดอีกประเภทหนึ่งนอกเหนือจากความผิดประเภท Felonies และ Misdemeanors⁶⁸

(ข) ความผิดประเภท Felonies เป็นความผิดที่มีความร้ายแรงอยู่ในลำดับถัดจากความผิดประเภท Treason⁶⁹ ซึ่งความหมายของความผิดประเภท Felonies นี้จะแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ และส่วนมากจะกำหนดความหมายของความผิดประเภท Felonies โดยพิจารณาจากบทระวางโทษของความผิด เช่น กฎหมายของรัฐอลาบามา จอร์เจีย อินเดียน่า ไอโอวา มิชิแกน มิสซิสซิปปี วอชิงตัน และรัฐเวอร์จิเนียตะวันตกของประเทศสหรัฐอเมริกาคำหนดว่าความผิดประเภท Felonies คือความผิดที่มีระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกในเรือนจำของรัฐ ในรัฐฮาวาย กำหนดว่าความผิดประเภท Felonies คือความผิดที่มีระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป ในรัฐอาร์ิโซนา แคลิฟอร์เนีย โอดาโฮ โอเรกอน กำหนดว่าในกรณีที่มีการกระทำความผิดนั้นมีบทระวางโทษจำคุกในเรือนจำของรัฐหรือในที่กักขังของเมือง (county jail) หรือปรับศาลมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจกำหนดให้การกระทำความผิดใดเป็นความผิดประเภท Misdemeanors ได้⁷⁰ แต่ในบางรัฐก็จะกำหนดไว้ในกฎหมายเลยว่าการกระทำความผิดใดเป็นความผิดประเภท Felonies หรือ Misdemeanors ซึ่งในกรณีเช่นนี้ก็ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดโดยไม่ต้องพิจารณาถึงบทระวางโทษ

⁶⁸ Allen Z. Gammage and Charles F. Hempil. *Basic Criminal Law* (New York : McGraw – Hill) 56-59.

อ้างอิงใน วิชาพร เนติจิรโชติ, ‘การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป: ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2548) 63.

⁶⁹ เพิ่งอ้าง.

⁷⁰ Robert W. Ferguson, *Classification and Application of Crimes in Concepts of Criminal Law : Selected reading* (MN: West Publishing, 1975), p. 312. อ้างอิงใน วิชาพร เนติจิรโชติ, ‘การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป: ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2548) 64.

ของความผิดนั้น⁷¹ และมีบางรัฐ เช่น เซาท์คาโรไลนา ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าความผิดใดบ้างที่เป็นความผิดประเภท Felonies ดังนั้นความผิดอื่น ๆ นอกจากนี้ทั้งหมดเป็นความผิดประเภท Misdemeanors⁷² เป็นต้น จากความหมายของความผิดประเภท Felonies จะเห็นได้ว่าส่วนมากกำหนดความผิดประเภท Felonies โดยพิจารณาจากบทระวางโทษของความผิดนั้น ๆ มากกว่าที่จะพิจารณาถึงธรรมชาติและลักษณะของความผิด⁷³ หรือโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดจริง ๆ⁷⁴ ดังนั้น ผู้กระทำความผิดประเภท Felonies อาจได้รับโทษในความเป็นจริงน้อยกว่าผู้กระทำความผิดประเภท Misdemeanors

(ค) ความผิดประเภท Misdemeanors เป็นความผิดอาญาที่มีความรุนแรงอยู่ในลำดับรองลงมา จากความผิดประเภท Felonies หมายถึงความผิดอื่นที่ไม่ใช่ความผิดประเภท Treasons และความผิดประเภท Felonies การให้ความหมายของความผิดประเภท Misdemeanors พิจารณาจากบทระวางโทษของความผิดเป็นเกณฑ์ แต่ก็มีกฎหมายบางฉบับก็อาจกำหนดไว้โดยเฉพาะว่าความผิดตามกฎหมายฉบับนั้น ๆ เป็นความผิดประเภท Misdemeanors⁷⁵ ต้นแบบประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา (Model Penal Code) ได้แบ่งความผิดประเภท Misdemeanors ออกเป็น 2 ประเภท คือ Misdemeanors และ Petty Misdemeanors ความผิดอาญาใดจะเป็นความผิดประเภท Misdemeanors จะถูกกำหนดไว้โดย Model Penal Code หรือ กฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่น ๆ⁷⁶ และความผิดอาญาใดที่กฎหมายไม่ได้กำหนด

⁷¹ Justin Miller, *Handbook of Criminal Law* (35th (MN: Publishing, 1975) 44. อ้างถึงใน วิภาพร เนติจิโรชิตติ, ‘การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป: ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2548) 64.

⁷² Robert W. Ferguson, ‘Classification and Application of Crimes in Concepts of Criminal Law : Selected reading’ 313. อ้างถึงใน วิภาพร เนติจิโรชิตติ, ‘การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป: ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2548) 64.

⁷³ Justin Miller. *Handbook of Criminal Law*, 42 อ้างถึงใน วิภาพร เนติจิโรชิตติ, ‘การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป: ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2548) 64.

⁷⁴ Robert W. Ferguson. *Classification and Application of Crimes in Concepts of Criminal Law : Selected reading*.ed.Robert W. Ferguson. 313. อ้างถึงใน วิภาพร เนติจิโรชิตติ, ‘การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป: ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2548) 64.

⁷⁵ เพิ่งอ้าง, 45-46.

⁷⁶ Model Penal Code : Official draft and explanatory notes section 1.04 (3).

A crime is a misdemeanors if it is so designated in this Code or in a statute other than code enacted subsequent thereto. อ้างถึงใน วิภาพร เนติจิโรชิตติ, ‘การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป: ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2548) 65.

ประเภทความผิดไว้ไม่ว่าจะโดยกฎหมายหรือโดยคำพิพากษาของศาลความผิดนั้นก็จะเป็นความผิดประเภท Misdemeanors⁷⁷ ส่วนความผิดประเภท Petty Misdemeanors ได้แก่ความผิดอาญาซึ่ง Model Penal Code หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นกำหนดให้เป็นความผิดประเภท Petty Misdemeanors หรือเป็นความผิดที่มีระวางโทษจำคุกอย่างสูงต่ำกว่าหนึ่งปี⁷⁸

การแบ่งประเภทความผิดอาญาตามลำดับความหนักเบาของความผิดนี้ มีบางรัฐหรือบางเขตอำนาจศาลได้แบ่งความผิดที่มีลักษณะที่เบากว่า Misdemeanors ออกเป็นความผิดอีกประเภทหนึ่งโดยเฉพาะและมีการเรียกชื่อต่าง ๆ กัน เช่น Police Regulations, Public Torts⁷⁹ Infractions, County Ordinances⁸⁰

การแบ่งประเภทความผิดตามลำดับความหนักและโทษเบาของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันสามารถแบ่งความผิดออกเป็น 2 ประเภท คือ

(1) ความผิดลหุโทษ ได้แก่ ความผิดซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2) ความผิดทั่วไป ได้แก่ ความผิดซึ่งมีโทษหนักกว่าความผิดลหุโทษ คือจำคุกเกินหนึ่งเดือน หรือปรับเกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁷⁷ Model Penal Code : Official draft and explanatory notes section 1.04 (6).

Any offense declared by law to constitute a crime, without specification of the grade thereof or of the sentence authorized upon concoction, is a misdemeanors. อ้างถึงใน วิภาพร เนติจิโรชิต, 'การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป: ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2548) 65.

⁷⁸ Model Penal Code : Official draft and explanatory notes section 1.04 (4).

A crime is a petty misdemeanors if it so designated in this Code or in a statute other than this Code enacted subsequent thereto or if it is defined by a statute other than this Code that now provides that persons convicted thereof may be sentenced to imprisonment for a term of which the maximum is less than one year. อ้างถึงใน วิภาพร เนติจิโรชิต, 'การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป: ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2548) 65.

⁷⁹ Justin Miller, *Handbook of Criminal Law*, 47-48. อ้างถึงใน วิภาพร เนติจิโรชิต, 'การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป: ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2548) 65.

⁸⁰ Allen Z. Gammage and Charles F. Hamphill, 'Basic Criminal Law' 59. อ้างถึงใน วิภาพร เนติจิโรชิต, 'การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป: ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2548) 65.

2.5.2 การแบ่งแยกประเภทตามลักษณะความผิด

การแบ่งประเภทความผิดอาญาตามวิธีนี้ตามกฎหมายไทยสามารถแบ่งออกเป็น⁸¹ หลายประเภท ดังนี้

- (1) ความผิดอาญาแผ่นดิน และความผิดอันยอมความได้
 - ความผิดต่อแผ่นดิน เป็นความผิดที่รัฐมีอำนาจดำเนินการฟ้องร้องได้เอง โดยผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องร้องทุกข์ก่อน เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความผิดฐานลักทรัพย์
 - ความผิดอันยอมความได้ คือ ความผิดที่ผู้เสียหายจะต้องร้องทุกข์ก่อนรัฐจึงจะมีสิทธิฟ้องร้องผู้กระทำความผิดได้ หากผู้เสียหายไม่ร้องทุกข์รัฐไม่มีอำนาจฟ้องคดีนั้นแต่ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องคดีได้และเมื่อฟ้องคดีแล้วผู้เสียหายจะถอนฟ้องหรือยอมความในเวลาใดก็ได้ก่อนคดีถึงที่สุด⁸² ความผิดใดจะเป็นความผิดอันยอมความได้กฎหมายจะบัญญัติบอกไว้ เช่น ความผิดฐานยกยอก เป็นต้น ความผิดอันยอมความได้มีลักษณะ 3 ประการ ดังนี้⁸³
 - 1) เป็นความผิดที่มีความเป็นอาชญากรรมน้อย
 - 2) เป็นความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องส่วนตัวอย่างมากที่พึงเคารพเจตจำนงของผู้เสียหาย
 - 3) เป็นความผิดที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองผู้เสียหายอย่างแท้จริง
 ความผิดอาญานั้นโดยหลักแล้วถือว่าเป็นความผิดอาญาแผ่นดินที่รัฐที่จะต้องดำเนินการโดยผู้เสียหายไม่ต้องให้ความเห็นชอบทั้งสิ้น ส่วนความผิดอันยอมความได้นั้นถือว่าเป็นข้อยกเว้น ซึ่งความผิดอันยอมความได้นี้ผู้เสียหายเป็นผู้ยอมความดังนั้นโดยลักษณะแล้วย่อมหมายความว่าความผิดที่มีผู้เสียหายโดยเฉพาะเจาะจงนอกเหนือจากรัฐที่ถือว่าได้รับความเสียหายเป็นส่วนรวมอยู่แล้ว
- (2) ความผิดที่ต้องการผลและความผิดที่ไม่ต้องการผล
 - ความผิดที่ต้องการผล เช่น ความผิดตามมาตรา 288, 295, 334, 357 เป็นต้น
 - ความผิดที่ไม่ต้องการผล เช่น ความผิดตามมาตรา 177, 374 เป็นต้น
- (3) ความผิดที่เป็นการทำอันตรายและความผิดที่เป็นการก่อก่ออันตราย
 - ความผิดที่เป็นการทำอันตราย การกระทำจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อมีการทำอันตรายคุณธรรมทางกฎหมาย เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นจะเป็นการกระทำความผิดก็ต่อเมื่อมีการทำอันตรายต่อชีวิตมนุษย์ผู้อื่นการกระทำความผิดที่เป็นการทำอันตราย ตามประมวลกฎหมายอาญาเช่นความผิดตามมาตรา 288,295,334,357 เป็นต้น
 - ความผิดที่เป็นการก่อก่ออันตราย กฎหมายประสงค์ที่จะไม่ให้มีอันตรายเกิดขึ้นจึงได้บัญญัติกฎหมายเป็นการป้องกันไว้ก่อน อันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายจะถูกผนวกด้วยโทษไว้เลยเพื่อมิให้มีการทำอันตรายคุณธรรมทางกฎหมายนั้น เช่น ความผิดตาม มาตรา 294, 299,306,307,371,373,377,379 เป็นต้น

⁸¹ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 1) 98-101.

⁸² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120,121 และ มาตรา 33

⁸³ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 1) 98-99.

(4) ความผิดที่มีสภาพจบสิ้นและความผิดที่มีสภาพต่อเนื่อง

- ความผิดที่มีสภาพจบสิ้น เช่น ความผิดตามมาตรา 358
- ความผิดที่มีสภาพต่อเนื่องเป็นความผิดที่ไม่เพียงแต่มีสภาพของการกระทำเท่านั้น แต่การกระทำนั้นยังคงมีอยู่ต่อไปจนกว่าสภาพนั้นจะหมดสิ้นลง เช่น ความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวกักขังตามมาตรา 310 สภาพการเป็นความผิดฐานนี้จะยังคงมีอยู่ตลอดเวลาที่ผู้ถูกกระทำยังไม่ได้รับเสรีภาพคืน

(5) ความผิดที่ไม่เจาะจงผู้กระทำความผิดและความผิดที่เจาะจงผู้กระทำความผิด

- ความผิดที่ไม่เจาะจงผู้กระทำความผิด กฎหมายจะบัญญัติขึ้นต้นด้วยคำว่า " ผู้ใด " ซึ่งไม่จำกัดผู้กระทำความผิดว่าจะต้องมีคุณสมบัติอย่างไร
- ความผิดที่เจาะจงผู้กระทำความผิด กฎหมายจะกำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำไว้เป็นการเฉพาะ เช่น ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ

(6) ความผิดที่ผู้กระทำความผิดต้องกระทำเอง โดยทั่วไปผู้กระทำความผิดนั้นจะเป็นผู้กระทำความผิดด้วยตนเองหรือโดยบุคคลอื่นที่ตนควบคุมการกระทำของเขาก็ได้ แต่ในบางกรณีเฉพาะผู้ที่ได้กระทำความผิดด้วยตนเองเท่านั้นจึงจะเป็นผู้กระทำความผิดได้ เช่น ความผิดฐานเบิกความเท็จตามมาตรา 177

2.5.3 การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของกฎหมาย⁸⁴

ความผิดอาญานั้นอาจกล่าวโดยย่อได้ว่าหมายถึง การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายอาญา⁸⁵ ความผิดอาญาในแง่ของกฎหมายจึงแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ คือ ความผิดในตัวเอง (mala in se) และความผิดตามที่มีกฎหมายกำหนด (mala prohibita)

(1) ความผิดในตัวเอง (mala in se) คือ การกระทำที่เป็นความผิดหรือความชั่วร้ายในตัวเอง (wrong in itself/evil in itself) ฝ่าฝืนหลักธรรมชาติ มโนธรรม ศีลธรรม หรือหลักการสาธารณะของสังคมที่เป็นอารยะ (public principles of a civilized society) การกระทำดังกล่าว สังคมเห็นว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนความรู้สึกทางศีลธรรมของคนในสังคม สังคมถือว่าสิ่งนั้นเป็นความชั่วร้าย เป็นความผิดพื้นฐาน (traditional) ที่ไม่ใช่ความผิดที่กฎหมายกำหนด ตัวอย่างของความผิดในตัวเอง เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ช่มชู้กระทำชำเรา ปล้นทรัพย์ ลักทรัพย์⁸⁶

(2) ความผิดเพราะกฎหมายห้าม (mala prohibita) คือ การกระทำที่เป็นความผิดเพราะมีกฎหมายกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด (evil because prohibited) หรือเป็นความผิดตามที่มีกฎหมายห้าม (wrong due to being prohibited) เช่น ความผิดเกี่ยวกับการใช้ข้อมูลภายในอย่างไม่เหมาะสม (improper use of insider information) ออกหุ้นโดยไม่ได้รับอนุญาต หลีกเลี่ยงภาษี⁸⁷

คุณธรรมทางกฎหมาย

⁸⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรธ 17) 75.

⁸⁵ ญัตติวุฒน์ สุทธิโยธิน, *ทฤษฎีความรับผิดทางอาญา* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช 2557) 15.

⁸⁶ ความหมายของ "malum in se" จาก Dictionary.law.com

⁸⁷ ความหมายของ "malum prohibitum" จาก Dictionary.law.com

ในการบัญญัติความผิดฐานต่าง ๆ จะมีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นพื้นฐานของความคิดด้วยเสมอ เพราะความผิดอาญามีพื้นฐานมาจาก ปทัสถาน (Norm) และปทัสถาน (Norm) มีพื้นฐานมาจากคุณธรรมทางกฎหมาย⁸⁸ เพราะฉะนั้นการที่จะกำหนดความผิดอาญฐานใดขึ้นก็จะต้องคำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายในเรื่องนั้นก่อน โดยในบทนี้จะได้กล่าวถึงความหมายและคุณธรรมทางกฎหมายกับกฎหมายอาญา ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

ความหมายของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมาย เป็นสิ่งที่เรียกว่า “ภาพในทางความคิด” หรือเป็นนามธรรม อันเป็นสิ่งที่เป็นประโยชน์หรือเป็นสิ่งที่เป็นคุณค่าในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม การที่มนุษย์จะอยู่ร่วมกันในสังคมโดยปกติสุขนั้น ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิด ประโยชน์ หรือ คุณค่าของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม หากบุคคลใดละเมิดและไม่เคารพสองสิ่งนี้ก็จะถือว่าบุคคลดังกล่าวละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว ดังนั้น จึงสามารถให้ความหมายของคุณธรรมทางกฎหมายได้ว่า⁸⁹

“คุณธรรมทางกฎหมาย หมายถึง ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง หรือ ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง”

คุณธรรมทางกฎหมายกับกฎหมายอาญา

สำหรับคุณธรรมทางกฎหมายที่จะกำหนดเป็นกฎหมายอาญานั้นจะต้องเป็นเรื่องที่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมที่มีลักษณะร้ายแรง เพราะหากเป็นสิ่งที่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างร้ายแรงแล้วจึงสมควรที่จะกำหนดเป็นความผิดได้ ดังนั้นคุณธรรมทางกฎหมายที่ได้ รับการยกระดับขึ้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในทางกฎหมายอาญา ไม่ว่าจะอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นก็ตามล้วนแต่เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญและจำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมทั้งสิ้น และด้วยเหตุนี้จึงต้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญนั้นด้วยกฎหมายอาญา⁹⁰ ตัวอย่างเช่น⁹¹

(1) ความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 คุณธรรมทางกฎหมายในมาตรานี้คือ การคุ้มครองกรรมสิทธิ์และการครอบครอง ในทรัพย์นั้น

(2) ความผิดฐานเบียดบังความเท็จในการพิจารณาคดีตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 177 มีคุณธรรมทางกฎหมายคือ การคุ้มครองความถูกต้องของอำนาจตุลาการ

(3) ความผิดฐานปลอมแปลงเอกสารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 264 มีคุณธรรมทางกฎหมายคือ ความมั่นคงและความเชื่อถือในการใช้เป็นพยานหลักฐาน

(4) ความผิดฐานเจ้าพนักงานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 157 มีคุณธรรมทางกฎหมายคือ ความสุจริตแห่งอำนาจรัฐหรือแห่งตำแหน่ง เป็นต้น

⁸⁸ คณิศ ฌ นคร (เชิงอรรถ 1) 157.

⁸⁹ เฟิงอ้าง, 160.

⁹⁰ เฟิงอ้าง, 158-159.

⁹¹ เฟิงอ้าง, 160-161.

อย่างไรก็ตามคุณธรรมทางกฎหมายมิใช่เป็นเรื่องของกฎหมายอาญาแต่เพียงอย่างเดียว ในกฎหมายอื่นก็มีเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายด้วยเช่นเดียวกัน เช่น ในกฎหมายแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 เรื่องละเมิด ตั้งในข้อความที่ว่า “ชีวิต ร่างกายอนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ก็เป็นคุณธรรมทางกฎหมายอันเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ไม่ให้ผู้อื่นมาละเมิด⁹² เป็นต้น

จุดแบ่งแยกระหว่างความผิดอาญาที่มีลักษณะร้ายแรงและไม่ร้ายแรงตามความเห็นของนักกฎหมายที่จบการศึกษาจากประเทศเยอรมนี

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์⁹³มีความเห็นว่า โทษทางปกครอง ไม่ใช่เรื่องที่ร้ายแรงถึงระดับผิดศีลธรรม หรือความสงบเรียบร้อยของสังคม หรือความมั่นคงของรัฐ หรือกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ผู้กระทำฝ่าฝืนกฎหมายที่มีโทษทางปกครอง มิใช่อาชญากร แต่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายระเบียบเล็กน้อยในสังคมเท่านั้น

ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี⁹⁴

ได้นำเสนอจุดแบ่งแยกระหว่างความผิดอาญาและความผิดทางปกครอง ทั้งในแง่มุมของทฤษฎีเชิงคุณภาพ ซึ่งเป็นความเห็นของฝ่ายตำราเยอรมันในอดีต และทฤษฎีเชิงปริมาณซึ่งเป็นความเห็นของฝ่ายตำราในปัจจุบัน รวมถึงความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน โดยมีความเห็นคล้ายตามความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน ที่เห็นว่า ความผิดอาญาเป็นเรื่องที่กระทบต่อจริยธรรมของสังคม และคุณค่าพื้นฐานของการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคม ในขณะที่ความผิดทางปกครอง เป็นแต่เพียงการไม่ปฏิบัติตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น โดยไม่มีเรื่องเกี่ยวกับจริยธรรมสังคมเข้ามาเกี่ยวข้องแต่อย่างใด

ความเห็นของ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ และดร.มานิตย์ วงศ์เสรี จึงมิได้มีข้อแตกต่างกันแต่อย่างใด หากพิจารณาจากความเห็นของนักกฎหมายเยอรมันแล้วกล่าวได้ว่าจัดอยู่ในกลุ่มของทฤษฎีผสมผสานในเชิงปริมาณและคุณภาพ ซึ่งถือว่าเป็นความเห็นฝ่ายข้างมากในประเทศเยอรมนีในปัจจุบัน นักกฎหมายที่จบการศึกษาจากประเทศฝรั่งเศส

อาจารย์ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์ ได้แยกข้อแตกต่างระหว่างความผิดอาญาและความผิดทางปกครองว่ามีหลายประการด้วยกัน กล่าวคือ ในประการแรก ในส่วนขององค์กรผู้ใช้อำนาจในการลงโทษ โดยความผิดอาญาเฉพาะแต่ศาลซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการเท่านั้น เป็นผู้ใช้อำนาจในการลงโทษในทางอาญา ส่วนความผิด

⁹² เพิ่งอ้าง, 159.

⁹³ กมลชัย รัตนสกววงศ์, ‘ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย โครงการสัมมนา เรื่อง หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย’ (การสัมมนา เรื่อง หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 29 กันยายน 2560) 1.

⁹⁴ มานิตย์ วงศ์เสรี, ‘เกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครอง’ การประชุมสัมมนาเรื่องหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, (29 กันยายน 2560)

<<https://lawreform.go.th/uploads/files/1570531312-obcrk-7npih.pdf>> สืบค้นเมื่อ 24 ธันวาคม 2566.

ทางปกครอง องค์กรฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นในรูปขององค์กรเดี่ยวหรือองค์กรกลุ่มในรูปของคณะกรรมการ เป็นผู้มีอำนาจลงโทษในทางปกครอง อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่า การใช้อำนาจลงโทษขององค์กรฝ่ายปกครองจะเป็นกรณีของโทษทางปกครองเสมอไป เพราะมีบางกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองอาจเป็นผู้ใช้อำนาจลงโทษในทางอาญา⁹⁵

ส่วนข้อเสนอในการหาจุดแบ่งแยกระหว่างความผิดอาญาและความผิดทางปกครองได้เสนอให้นำแนวคิดของคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาตามกฎหมายฝรั่งเศสมาใช้⁹⁶

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้เสนอให้ใช้แนวคิดของคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสในทำนองเดียวกันกับความเห็นของอาจารย์ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์ ที่กล่าวมาข้างต้น⁹⁷ กล่าวคือ ในประการแรกใช้เกณฑ์ว่าด้วยความร้ายแรงของการกระทำความผิด โดยใช้ตัวชี้วัดสามประการประกอบกัน ได้แก่ ลักษณะการกระทำความผิด ความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง และระดับของความเสียหายที่เกิดขึ้น หากนำตัวชี้วัดทั้งสามประการมาคำนวณรวมกันแล้ว หากได้ค่ารวมมากกว่า 7 คะแนน ควรกำหนดให้การกระทำความผิดเป็นความผิดอาญา หากได้ค่ารวมของคะแนนต่ำกว่า 5 คะแนน สมควรใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา ซึ่งอาจจะเป็นโทษทางปกครองหรือโทษทางแพ่ง ส่วนในกรณีที่ค่ารวมของคะแนนอยู่ระหว่าง 5-7 คะแนน การจะใช้โทษอาญาหรือไม่นั้นให้พิจารณาจากตัวชี้วัดสามประการด้วยกัน กล่าวคือ ประสิทธิภาพของโทษอาญาที่กำหนดในกฎหมาย(ฐานความผิดอาญาทั่วไป) ประสิทธิภาพของโทษอื่น ๆ นอกจากโทษอาญา และความพร้อมในการบังคับใช้โทษทางอาญา หากนำตัวชี้วัดทั้งสามประการมาคำนวณประกอบกันแล้ว หากได้ค่ารวมเท่ากับ 9 คะแนน แล้วสมควรกำหนดให้การกระทำที่มีปัญหานั้นมีโทษอาญา แต่ถ้าค่ารวมเท่ากับ 3 คะแนน ย่อมไม่สมควรกำหนดให้การกระทำดังกล่าวมีโทษอาญาเป็นการเฉพาะอีกแต่ควรใช้มาตรการอื่น

ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้เขียนไว้ว่า⁹⁸ “ก่อนปี พ.ศ.2542 คือ ก่อนมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เรา รู้จักแต่เพียงความรับผิดทางอาญาและความรับผิดทางแพ่งเท่านั้น หลังปี พ.ศ.2542 เราเริ่มรู้จักความรับผิดทางปกครองเพิ่มอีกอย่างหนึ่ง และความรับผิดประการหลังนี้เองที่ทำให้มีการแยกคดีอาญากับคดีปกครองออกจากกัน...” นอกจากนี้ยังให้ความเห็นเพิ่มเติมอีกว่า จากตัวอย่างที่หยิบยกขึ้นมากล่าวในบทความนั้นซึ่งเป็นกรณีที่มีการฟ้องร้องคดีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 แสดงให้เห็นว่า นักกฎหมายไทยไม่ได้แยกข้อแตกต่างระหว่างความรับผิดทางอาญาและ

⁹⁵ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์, บันทึกเรื่อง เสนอพิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา (การประชุมสัมมนา เรื่อง หลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย ส่วนที่ 3 : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กรุงเทพมหานคร 2560).

⁹⁶ เพิ่งอ้าง.

⁹⁷ ชาญชัย แสวงศักดิ์, โทษทางปกครอง : กฎหมายเปรียบเทียบ (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2564) 239-240.

⁹⁸ สมคิด เลิศไพฑูรย์, ‘เส้นบาง ๆ ระหว่างความรับผิดทางอาญาและความรับผิดทางปกครอง’ ใน อานนท์ มาเม้า (บ.ก.), นิติธรรมประจักษ์ สุรศักดิ์ ปี (โรงพิมพ์เดือนตุลา 2561) 119-134.

ความรับผิดชอบทางปกครองออกจากกัน จึงทำให้ในบางกรณีที่ควรจะเป็นความรับผิดชอบทางปกครอง แต่กลายเป็นความรับผิดชอบทางอาญาแทน

ศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ ได้แสดงความคิดเห็นไว้ว่าในการหาจุดแบ่งแยกระหว่างความผิดอาญาและความผิดทางปกครองศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ ได้เสนอให้แยกการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเอง ออกจากการกระทำที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม โดยกรณีการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเอง เสนอให้เป็นความผิดอาญา ส่วนการกระทำที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม เสนอให้เป็นความผิดทางปกครอง เฉพาะในกรณีของการกระทำที่ไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่กล่าวทั้งสองกรณี ให้นำหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาของ Packer มาพิจารณาประกอบว่า ควรจะกำหนดให้เป็นความผิดอาญาหรือความผิดทางปกครอง กล่าวคือ หากเข้าหลักเกณฑ์ตามที่ Packer เสนอไว้ก็ให้เป็นความผิดอาญา หากไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามที่ Packer เสนอไว้ก็ให้เป็นความผิดทางปกครอง⁹⁹

ดร.สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ ได้แสดงความคิดเห็นไว้ว่า¹⁰⁰ แนวทางกฎหมายเยอรมนีน่าจะมี ความเหมาะสมกว่า โดยเสนอแนวคิดในการแบ่งแยกออกเป็นในทางรูปแบบและในทางเนื้อหา โดยในส่วนของทาง เนื้อหาซึ่งเป็นกรณีที่ไม่มีความหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าเป็นกรณีของความผิดอาญาเล็กน้อยนั้นโดยมี ความเห็นทำนองเดียวกันกับศาสตราจารย์พิเศษ ดร.กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์และดร.มานิตย์ วงศ์เสรี ที่เห็นตาม แนวทางของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน ส่วนในทางรูปแบบ ซึ่งเป็นกรณีที่มีความหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า เป็น กรณีของความผิดอาญาเล็กน้อย กล่าวคือ ตามร่างพระราชบัญญัติปรับเป็นพินัยนั้น ได้เสนอแนวคิดในการทำนอง เดียวกับนักกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ หากเป็นกรณีที่มีความหมายบัญญัติให้กรณีดังกล่าวเป็นความผิดอาญา เล็กน้อย โดยมีมาตรการบังคับกล่าวคือปรับเป็นพินัยแล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาโดยใช้ หลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาอีก

เปรียบเทียบโทษทางอาญากับโทษทางปกครอง โดยสามารถแบ่งแยกความแตกต่างและทางเลือก ในการลงโทษได้ 4 ประการดังนี้ต่อไป¹⁰¹

ประการแรก โทษทางอาญามีการลงโทษจำคุกได้ แต่โทษทางปกครองนั้นไม่อาจลงโทษจำคุกหรือ กักขังหรือเป็นการลงโทษที่มีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพได้ โทษทางปกครองจึงมีเพียงโทษปรับหรือโทษ จำกัดสิทธิต่าง ๆ

ประการที่สอง โทษทางอาญาต้องมีการยื่นฟ้องต่อศาลเพื่อมีคำพิพากษาลงโทษ แต่โทษทาง ปกครองมีลักษณะบังคับการทันทีโดยไม่ต้องฟ้องต่อศาล และมีวิธีการสั่งการที่เรียบง่ายกว่าโทษทางอาญา ซึ่งถ้าหากปริมาณคดีมีอยู่เป็นจำนวนมาก แสดงให้เห็นว่า หากใช้วิธีการทางอาญาอาจก่อให้เกิดความล่าช้าใน กระบวนการยุติธรรมและไม่อาจดำเนินคดีได้อย่างมีประสิทธิภาพ

⁹⁹ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ (เชิงอรรถ 95).

¹⁰⁰ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, 'ความผิดอาญาเล็กน้อย' ใน สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์และคณะ (บรรณาธิการ) (2565) 78 บทบัณฑิตย 2, 143.

¹⁰¹ ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถ 4) 46.

ประการที่สาม โทษทางอาญามีลักษณะเป็นการสร้างตราบาป (stigma) และสร้างความทุกข์ทน (traumatisant) มากกว่าโทษทางปกครอง เนื่องจากผู้กระทำความผิดอาญาจะถูกบันทึกประวัติอาชญากร แต่ผู้ถูกลงโทษทางปกครองจะไม่ถูกบันทึกลงในประวัติอาชญากร ส่งผลให้ผู้ถูกลงโทษทางปกครองนั้นมีแนวโน้มที่จะยอมรับการลงโทษมากกว่าการยอมรับการถูกลงโทษทางอาญาและทำให้การใช้บังคับทางกฎหมายมีประสิทธิภาพ

ประการที่สี่ กระบวนการลงโทษทางอาญามีลักษณะเปิดเผย แต่กระบวนการลงโทษทางปกครองมีลักษณะการดำเนินการแบบไม่เปิดเผย

2.6 หลักเกณฑ์การแปรรูปความผิดทางอาญาเป็นความผิดทางพินัย¹⁰²

จากการใช้เกณฑ์ทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิดอาญาทำให้เกิดกฎหมายอาญาทางเทคนิค ขึ้นมากมายปรากฏตามพระราชบัญญัติที่มีมาตรการลงโทษทางอาญา กฎหมายอาญาเทคนิคที่มีมากขึ้น จนทำให้เกิดสถานการณ์กฎหมายอาญาเพื่อ นำไปสู่การทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายและทำให้เกิดการติดขัดของกระบวนการยุติธรรม แนวคิดในการแปรรูปความผิดทางอาญาออกเป็นความรับผิดทางปกครองและมีโทษทางปกครอง (administrativization) จะช่วยทำให้ความผิดอาญาที่ไม่จำเป็นถูกแปรรูปไปเป็นความผิดทางปกครองและโทษทางปกครองเพื่อสร้างประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายและรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายอาญา

เหตุผลในการแปรรูปความผิดอาญา¹⁰³ การแปรรูปความผิดอาญาไปเป็นความรับผิดทางปกครองและโทษทางปกครองมีเหตุผล ดังต่อไปนี้ ด้วยความที่ในปัจจุบันกฎหมายอาญาถูกนำมาใช้บังคับพฤติการณ์ของคนในสังคมทั้งที่มีใช้การฝ่าฝืนต่อศีลธรรม ซึ่งการกำหนดความผิดอาญาและดำเนินคดีอาญาเป็นสภาพบังคับที่มีประสิทธิภาพที่สุดเพราะความหวาดกลัวในโทษทางอาญา จึงทำให้ความผิดอาญาเทคนิคถูกกำหนดขึ้นอย่างมากมายและทำให้เกิดสถานการณ์กฎหมายอาญาเพื่อ (over – criminalization) ซึ่งสร้างปัญหากระบวนการยุติธรรมทางอาญาล่าช้า การแปรรูปความรับผิดทางอาญาที่ไม่ใช่ส่วนที่เกี่ยวกับ ศีลธรรม เช่น กลุ่มความผิดทางอาญาบางลักษณะที่เป็น Mala prohibita¹⁰⁴ ไปเป็นโทษทางปกครอง สามารถแก้ไขปัญหามกฎหมายอาญาเพื่อและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ล่าช้าได้ สืบเนื่องจากสถานการณ์กฎหมายอาญาเพื่อที่สร้างปัญหาความล่าช้าในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแล้ว กฎหมายอาญาเพื่อยังสร้างปัญหาความไม่น่าเชื่อถือของกฎหมายอาญาอีกด้วย ดังคำกล่าวของ Portalis ที่ว่า กฎหมายควรจะมีคุณค่าที่จำเป็นจะ

¹⁰² ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรด 4) 43.

¹⁰³ เฟิงอ้าง.

¹⁰⁴ Mala prohibita หมายถึง ความผิดอาญาที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดให้เป็นความผิดโดยไม่เกี่ยวข้องกับ ความผิดที่ผิดศีลธรรมที่เรียกว่า Mala in se โดยความผิด Mala prohibita เป็นที่ได้เปรียบได้ว่าสมควรเป็นความผิด อาญาหรือ ไม่ และไม่ใช้ลักษณะของการกระทำที่ทุกประเทศมองว่าเป็นความผิดอาญา อ้างถึงใน Sue Titus Ried, *Criminal Law* 4 edition. (1998) 10.

ทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายที่จำเป็น¹⁰⁵ ดังนั้น กฎหมายอาญาควรจะมีเท่าที่จำเป็นเพื่อทำให้คนในสังคมเคารพกฎหมายอาญา โดยทำให้กฎหมายอาญาเป็นเพชรไม่ใช่เป็นเหมือนกรวดทราย การแปรรูปกฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็น เช่น ความผิดอาญาบางลักษณะที่เป็น mala prohibita ไปเป็นโทษทางปกครองจะช่วยให้กฎหมายอาญาศักดิ์สิทธิ์ขึ้น การดำเนินการบังคับโทษทางปกครองมีประสิทธิภาพและประหยัดค่าใช้จ่ายของรัฐมากกว่าการดำเนินคดีอาญาเพราะเจ้าพนักงานทางปกครองดำเนินการลงโทษทางปกครองได้เลย และหากไม่ชำระค่าปรับทางปกครอง ก็จะใช้มาตรการบังคับของฝ่ายปกครองหรือถูกฟ้องต่อศาลปกครองโดยไม่ต้องใช้พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ

“ความผิดทางพินัย” คือ การกระทำหรืองดเว้นการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย และกฎหมายนั้นบัญญัติให้ต้องชำระค่าปรับเป็นพินัย¹⁰⁶

“ปรับเป็นพินัย” คือ การสั่งให้ผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายต้องชำระเงินจำนวนหนึ่งไม่เกินที่กฎหมายกำหนด ซึ่งไม่ใช่โทษทางอาญา

จะเห็นได้ว่า ค่าปรับเป็นพินัย คือ เงินค่าปรับที่ต้องชำระให้แก่รัฐซึ่งเป็นมาตรการทางกฎหมายที่จะนำมาใช้แทนโทษอาญาสำหรับผู้กระทำความผิดอันมีลักษณะไม่ร้ายแรงและไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือความปลอดภัยของประชาชนโดยตรงซึ่งผลของการกระทำความผิดทางพินัยนั้นมีเพียงต้องชำระเงินค่าปรับเท่านั้น ไม่มีการจำคุกหรือกักขังแทนค่าปรับอันเป็นมาตรการในการลงโทษทางอาญาและไม่มีการบันทึกลงในประวัติอาชญากรรมเพื่อให้สอดคล้องและได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดอันมีลักษณะไม่ร้ายแรง

หลักเกณฑ์ในการลงโทษปรับเป็นพินัยนั้นมีการกำหนดค่าปรับเป็นพินัยตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ.2565 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาให้สภาพของการกระทำความผิดกับการกำหนดค่าปรับทางพินัยให้เหมาะสมกับฐานะของผู้กระทำความผิดโดยพิจารณาจากระดับความร้ายแรงของผลกระทบต่อชุมชนหรือสังคม ผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดหรือบุคคลอื่นได้รับจากการกระทำความผิดทางพินัย ประกอบกับสถานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด ถ้าหากผู้กระทำความผิดทางพินัยไม่สามารถที่จะชำระค่าปรับทางพินัยได้ เป็นอำนาจของศาลที่จะมีคำสั่งให้ผู้กระทำความผิดทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนค่าปรับได้ ถ้าผู้กระทำความผิดยินยอม อีกทั้งในกรณีที่บุคคลใดได้กระทำความผิดเพราะเหตุที่ผู้กระทำความผิดยากจนขั้นแค้นหรือมีความจำเป็นอย่างแสนสาหัสในการดำเนินชีวิตประจำวัน ศาลจะกำหนดอัตราค่าปรับเป็นพินัยที่ต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้หรือจะว่ากล่าวตักเตือนโดยไม่ต้องชำระ

¹⁰⁵ « Il ne faut point de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires ; elles compromettent la certitude et la majesté de la législation » Jean-Etienne-Marie PORTALIS, Discours Préliminaire du Premier Project de Code Civil, 1801, p. 15 อ้างถึงใน ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรด 4) 44.

¹⁰⁶ ‘ที่มาของร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา’ <<https://www.krisdika.go.th/detail-law-draft-under-consideration-by-the-office-of-the-council-of-state?billCode=241>> สืบค้นเมื่อ 24 ธันวาคม 2566.

ค่าปรับก็ได้อันเป็นการแก้ไขปัญหาความเป็นธรรมและความเหลื่อมล้ำในสังคมโดยให้เป็นอำนาจศาลที่ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการลงโทษได้

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ.2565 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการลงโทษปรับเป็นพินัยไว้ในบทบัญญัติมาตรา 6¹⁰⁷ ว่า “ ผู้ใดกระทำความผิดทางพินัยต้องชำระค่าปรับเป็นพินัยตามจำนวนเงินที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือศาลกำหนดตามวิธีการที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งต้องไม่เกินจำนวนสูงสุดที่กฎหมายซึ่งบัญญัติเป็นความผิดทางพินัยนั้นบัญญัติไว้ เว้นแต่พระราชบัญญัตินี้จะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ” โดยการกำหนดค่าปรับเป็นพินัยให้พิจารณาถึงความเหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ดังต่อไปนี้

(1) ระดับความรุนแรงของผลกระทบที่เกิดขึ้นกับชุมชนหรือสังคมจากการกระทำความผิดทางพินัย และพฤติการณ์อื่นอันเกี่ยวกับสภาพความผิดทางพินัย

(2) ความรู้ผิดชอบ อายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ สภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อม และสิ่งอื่นทั้งปวงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดทางพินัย

(3) ผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดทางพินัยหรือบุคคลอื่นได้รับจากการกระทำทางพินัย

(4) สถานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดทางพินัย

ในกรณีที่บุคคลใดได้กระทำความผิดทางพินัย เพราะเหตุแห่งความยากจนขั้นแค้น หรือเพราะความจำเป็นอย่างแสนสาหัสในการดำรงชีวิต จะกำหนดค่าปรับเป็นพินัยต่ำกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้เพียงใด หรือจะว่ากล่าวตักเตือนโดยไม่ปรับเป็นพินัยก็ได้

เมื่อพิจารณาสถานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดทางพินัยแล้วจะให้ผ่อนชำระก็ได้ และในกรณีที่มีการผ่อนชำระค่าปรับเป็นพินัย หากผู้กระทำความผิดพินัยผิดนัดวงใดวงหนึ่งโดยไม่มีเหตุอันควรให้การผ่อนชำระเป็นอันยกเลิก

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดทางพินัยเป็นบุคคลธรรมดา และไม่มีเงินชำระค่าปรับเป็นพินัย ผู้นั้นอาจยื่นคำร้องเพื่อขอทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนค่าปรับเป็นพินัยได้ การยื่นคำร้องให้ยื่นต่อศาลที่พิจารณาคดีนั้น ในกรณีที่ไม่มีก็ยื่นคำร้องดังกล่าว หากปรากฏต่อศาลในขณะที่พิพากษาว่าผู้กระทำทางพินัยอยู่ในเกณฑ์ที่จะทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์ได้ และผู้นั้นยินยอมศาลจะสั่งให้ผู้นั้นทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนค่าปรับเป็นพินัยก็ได้ แต่หากผู้กระทำความผิดทางพินัยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือเงื่อนไขที่ศาลกำหนด ศาลจะเพิกถอนคำสั่งและออกหมายบังคับคดีเพื่อยึดทรัพย์และอายัดสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินของผู้นั้นเพื่อใช้ค่าปรับเป็นพินัยก็ได้¹⁰⁸

สำหรับกระบวนการปรับเป็นพินัยนั้นตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ.2565 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การปรับเป็นพินัยไว้ ดังนี้

¹⁰⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 มาตรา 6

¹⁰⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 มาตรา 8

(1) ในชั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐ¹⁰⁹ กล่าวคือเมื่อมีเหตุอันควรสงสัยหรือมีการกล่าวหาหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐพบเห็นว่ามี การกระทำความผิดทางวินัยไม่ว่าความผิดทางวินัยนั้นจะเกิดขึ้นในท้องที่ใดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องนั้นดำเนินการดังนี้¹¹⁰

1) แสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิด
2) ให้โอกาสผู้ถูกกล่าวหาได้ชี้แจงหรือแก้ข้อกล่าวหาตามสมควร
3) เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่ามี การกระทำความผิดให้มีหนังสือแจ้ง ให้ผู้กระทำความผิดชำระค่าปรับ เป็นพินัยโดยระบุพฤติการณ์แห่งความผิดจำนวนเงินค่าปรับระยะเวลาที่ต้องชำระและแจ้งให้ทราบถึงสิทธิและวิธีการแก้ข้อกล่าวหา

4) เมื่อผู้กระทำความผิดชำระค่าปรับเป็นพินัยภายในระยะเวลาที่กำหนดแล้วให้ความผิดทางวินัยเป็นอันยุติ

5) ในกรณีที่ไม่มี การชำระค่าปรับเป็นพินัยภายในระยะเวลาที่กำหนดไม่ว่าจะมีการแก้ข้อกล่าวหาหรือไม่ก็ตามให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสรุปข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายพยานหลักฐานและส่งสำนวนให้พนักงานอัยการ เพื่อดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลต่อไป

ในการแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจเท่าที่กฎหมายแต่ละฉบับกำหนดไว้ เท่านั้นร่างพระราชบัญญัตินี้มีได้ให้อำนาจเพิ่มเติมและมีได้ กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจจับกุมหรือควบคุมตัวผู้กระทำความผิดอย่างเช่น พนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเนื่องจากจะเป็นการไม่สอดคล้องและไม่ได้สัดส่วนกับความผิดที่ไม่ร้ายแรง

(2) ในชั้นพนักงานอัยการ เมื่อพนักงานอัยการได้รับสำนวนคดีความผิดทางวินัยจากเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้วหากพนักงานอัยการเห็นควรสั่งฟ้องให้ฟ้องคดีต่อศาลโดยไม่ต้องนำตัวผู้กระทำความผิดไปเพื่อยื่นฟ้องด้วย แต่ในกรณีที่พนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้องให้แจ้งไปยังหัวหน้าหน่วยงานของรัฐทราบพร้อมทั้งเหตุผลหากหัวหน้าหน่วยงานของรัฐไม่เห็นด้วยกับ คำสั่งของพนักงานอัยการให้ทำความเห็นแย้งเสนอไปยังผู้ดำรงตำแหน่งเหนือพนักงานอัยการที่มีคำสั่งเพื่อวินิจฉัยชี้ขาด¹¹¹

(3) ในชั้นศาลกำหนดให้ศาลจังหวัดเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีความผิดทางวินัยเว้นแต่ในเขตกรุงเทพมหานครจะให้ เป็นอำนาจของศาลอาญาและกำหนดให้วิธีพิจารณาคดีเป็นไปตามข้อบังคับของประธานศาลฎีกา โดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยกำหนดให้การออกข้อบังคับต้องคำนึงถึงความสะดวกรวดเร็วเป็นธรรมและไม่เป็นภาระแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องจนเกินสมควรและกำหนดให้ผู้กระทำความผิดมีสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาได้เฉพาะปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้นและคำพิพากษาของศาลชั้นอุทธรณ์ถือ

¹⁰⁹ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายถึง พนักงานเจ้าหน้าที่ เจ้าพนักงาน นายทะเบียน หรือคณะบุคคล และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เรียกชื่ออย่างอื่น บรรดาที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจในการดำเนินการปรับเป็นพินัย

¹¹⁰ พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 มาตรา 17 มาตรา 18 มาตรา 19 และมาตรา 20

¹¹¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 มาตรา 23

เป็นที่สุด¹¹² ทั้งนี้ เพื่อลดขั้นตอนและความยุ่งยากในกระบวนการพิจารณาคดีความผิดทางพินัย เพื่อให้การพิจารณาลิ้นสุดได้รวดเร็วและไม่เป็นภาระงบประมาณของประเทศจนเกินสมควรเนื่องจากเป็นเพียงความผิดไม่ร้ายแรงและมีเพียงการปรับเป็นเงินเท่านั้นไม่มีโทษจำคุก

เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ชำระค่าปรับเป็นพินัยหากผู้กระทำความผิดไม่ชำระค่าปรับภายในเวลาที่ศาลกำหนดศาลมีอำนาจออกหมายบังคับคดีเพื่อยึดทรัพย์สินหรืออายัดสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินของผู้ต้องคำพิพากษาเพื่อใช้ค่าปรับเป็นพินัย¹¹³ โดยจะไม่มีการกักขังแทนค่าปรับดังเช่นในคดีอาญาและก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาเป็นที่สุดไม่ว่ากระบวนการพิจารณาอยู่ในชั้นของพนักงานอัยการหรือชั้นศาล หากผู้กระทำความผิดชำระค่าปรับเป็นพินัยครบตามจำนวนที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกำหนดคดีความผิดทางพินัยเป็นอันยุติ¹¹⁴ ทั้งนี้ ห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐบันทึกการกระทำความผิดทางพินัยของบุคคลใดรวมไว้ในบันทึกประวัติอาชญากรรมหรือในฐานะเป็นประวัติอาชญากรรม¹¹⁵

การลงโทษปรับทางพินัยนั้นจะใช้กับความผิดที่ไม่ได้มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดจะต้องนำมาตรการลงโทษทางอาญา ทางแพ่ง หรือ ทางปกครองมาใช้บังคับ โดยความผิดทางพินัย คือ การกระทำหรืองดเว้นการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและกฎหมายนั้นบัญญัติให้ต้องชำระค่าปรับเป็นพินัย ซึ่งไม่ใช่โทษทางอาญา ส่วน ค่าปรับเป็นพินัย คือ เงินค่าปรับที่ต้องชำระให้แก่รัฐ ซึ่งเป็นมาตรการทางกฎหมายที่จะนำมาใช้แทนโทษอาญาสำหรับผู้กระทำความผิดไม่ร้ายแรงและไม่กระทบโดยตรงต่อความสงบเรียบร้อยหรือความปลอดภัยของประชาชนเพราะฉะนั้นผลของการกระทำความผิดทางพินัยจะมีเพียงการต้องชำระเงินค่าปรับเท่านั้น ไม่มีการจำคุก หรือกักขังแทนการปรับ ตลอดจนไม่มีการบันทึกลงในประวัติอาชญากรรมหรือทะเบียนประวัติอาชญากร ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องและได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรง¹¹⁶

สำหรับกระบวนการปรับเป็นพินัยนั้น จะเน้นกระบวนการดำเนินคดีให้เสร็จสิ้นในชั้นของเจ้าหน้าที่รัฐ อันได้แก่ พนักงานเจ้าหน้าที่ เจ้าพนักงาน นายทะเบียน หรือคณะบุคคลและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่กฎหมายกำหนดให้มีอำนาจในการดำเนินการปรับเป็นพินัยได้ โดยเมื่อเจ้าหน้าที่รัฐเหล่านี้พิจารณาแล้วเห็นว่ามีผู้กระทำความผิดก็ให้มีหนังสือแจ้งให้ผู้กระทำความผิดมาชำระค่าปรับเป็นพินัยซึ่งหากผู้กระทำความผิดชำระค่าปรับเป็นพินัยภายในระยะเวลาที่กำหนดแล้วให้ความผิดทางพินัยเป็นอันยุติลง แต่หากไม่มี

¹¹² พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 มาตรา 25

¹¹³ พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 มาตรา 27

¹¹⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 มาตรา 24

¹¹⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 มาตรา 31

¹¹⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย, ‘ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. (รับฟังความคิดเห็นตั้งแต่วันที่ 21 กรกฎาคม 2563 ถึงวันที่ 7 สิงหาคม 2563) ’

<<https://www.krisdika.go.th/detaillaw-draft-under-consideration-by-the-office-of-the-council-of-state?billCode=241>> สืบค้นเมื่อ 25 เมษายน 2566.

การชำระค่าปรับเป็นพินัยภายในระยะเวลาที่กำหนด ก็ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสรุปข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย พยานหลักฐานและส่งสำนวนให้พนักงานอัยการเพื่อดำเนินการฟ้องคดีต่อไป¹¹⁷

มาตรการลงโทษปรับเป็นพินัยเป็นมาตรการลงโทษที่ประเทศไทยริเริ่มมาใช้เป็นมาตรการลงโทษทางเลือกหนึ่งซึ่งมีความเหมาะสมกับความผิดอาญาบางฐานโดยผู้เขียนจะนำมาวิเคราะห์กับความผิดโทษในประมวลกฎหมายอาญาอันมีลักษณะไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดและกำหนดโทษทางอาญา อีกทั้งยังไม่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 77

2.7 ความผิดโทษที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญาไทย

ความผิดโทษตามประมวลกฎหมายอาญาไทยซึ่งมีการพัฒนาการจากกฎหมายสารบัญญัติทางอาญานับตั้งแต่อดีตนั้นได้มีการชำระสะสางกฎหมายโดยได้จัดทำเป็นประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งในประมวลกฎหมายลักษณะอาญาดังกล่าวนั้นได้บัญญัติรวบรวมบรรดาความผิดเล็กน้อยและความผิดที่ไม่สมควรจะได้รับโทษอาญาในระดับรุนแรงไว้ด้วย ต่อมาได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาไทยขึ้นมาโดยนำความผิดโทษในกฎหมายลักษณะอาญามาบัญญัติไว้ในภาคความผิดโทษแต่ได้ลดจำนวนความผิดลงเหลือน้อยกว่าเดิมแตกต่างกับความผิดอาญาทั่วไป เนื่องจากได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติหลายฉบับซึ่งได้บัญญัติความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ไม่ว่าจะมีความผิดเกี่ยวกับคมนาคม สาธารณสุข การไต่สวนพาหนะไว้โดยเฉพาะแล้วจนถึงปัจจุบัน

ความผิดโทษเป็นความผิดที่มีระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ¹¹⁸ ซึ่งเป็นความผิดอาญาประเภทหนึ่ง โดยเป็นบทบัญญัติที่มีความแตกต่างจากความผิดอาญาทั่วไป กล่าวคือ การกระทำความผิดโทษนั้นแม้จะเป็นการกระทำโดยไม่มีเจตนาที่มีความผิดโทษเว้นแต่ตามบทบัญญัติความผิดนั้นจะมีการบัญญัติให้เห็นเป็นอย่างอื่น¹¹⁹ ในขณะที่ความผิดอาญาทั่วไปนั้นการกระทำที่จะมีความผิดต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา หรือกระทำโดยประมาทในกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดเมื่อกระทำโดยประมาท อีกทั้งในกรณีเป็นเพียงการพยายามกระทำความผิดโทษหรือเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดโทษนั้นกฎหมายบัญญัติว่าไม่ต้องรับโทษ

เมื่อผู้เขียนได้ศึกษาบทบัญญัติความผิดโทษในส่วนเนื้อหาของการกระทำความผิด พบว่าความผิดโทษตามประมวลกฎหมายอาญาไทยในปัจจุบันนั้นโดยหลักเป็นความผิดอาญาที่มีโทษที่ไม่รุนแรงเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายเพียงเล็กน้อย ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสังคมเป็นวงกว้างอย่างรุนแรง เป็นเพียงกฎหมายเทคนิคซึ่งได้บัญญัติขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายในทางปกครองเท่านั้น ความผิดดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นข้อตกลงระหว่างคนในสังคมเพื่อจัดระเบียบความเรียบร้อยของสังคมและประโยชน์ร่วมกันของสังคมส่วนรวม อีกทั้งไม่มีความเป็นอาชญากรรมโดยแท้ ปราศจากข้อตำหนิในทางศีลธรรม และมีได้ก่อให้เกิด

¹¹⁷ เฟิงอ้าง.

¹¹⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 102

¹¹⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 104

ความเสียหายเป็นวงกว้าง เนื่องจากผู้กระทำความผิดไม่ได้มีจิตใจชั่วร้ายเป็นสันดาน ผู้กระทำความผิดลหุโทษนี้จึงเป็นเพียงผู้ที่ละเมิดข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันเท่านั้นไม่ใช่อาชญากร ผู้เขียนจึงเห็นว่า ความผิดลหุโทษบางฐานตามประมวลกฎหมายอาญานั้นมีลักษณะการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรงโดยไม่จำเป็นต้องใช้มาตรการลงโทษทางอาญามาใช้บังคับสมควรใช้มาตรการลงอย่างโทษอย่างอื่นเป็นมาตรการทางเลือกที่ดีกว่าให้เหมาะสมกับลักษณะการกระทำความผิดและสอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยสามารถแบ่งแยกความผิดลหุโทษที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญาไทยโดยกล่าวพอสังเขปได้ดังต่อไปนี้

กล่าวคือ ความผิดฐานส่งเสียงอื้ออึงโดยไม่มีเหตุอันสมควรจนทำให้ประชาชนตกใจหรือเดือดร้อน (มาตรา 370)¹²⁰ ความผิดฐานทะเลาะกันอย่างอื้ออึงในที่สาธารณะ (มาตรา 372)¹²¹ ความผิดฐานปล่อยปละเลเลยให้บุคคลวิกลจริตออกไปเที่ยวตามลำพัง (มาตรา 373)¹²² ความผิดฐานทำให้รางระบายน้ำสาธารณะขัดข้อง (มาตรา 375)¹²³ ความผิดฐานไม่ควบคุมสัตว์ดุหรือสัตว์ร้าย (มาตรา 377)¹²⁴ ความผิดฐานเสพสุราหรือของเมาจนเป็นเหตุให้ประพฤตินุ้่นวายในที่สาธารณะ (มาตรา 378)¹²⁵ ความผิดฐานทำให้เกิดสิ่งปฏิกูลแก่บ่อน้ำสาธารณะ (มาตรา 380)¹²⁶ ความผิดฐานกีดขวางทางสาธารณะ (มาตรา 385)¹²⁷ ความผิดฐานขุดหลุมหรือวางสิ่งของเกะกะไว้ในทางสาธารณะโดยไม่ได้รับอนุญาต (มาตรา 386)¹²⁸ ความผิดฐานแขวนหรือติดตั้งสิ่งของที่อาจพังลงมาเป็นอันตราย (มาตรา 387)¹²⁹ ความผิดฐานแก้งทำให้ของโสโครกเป็นที่เดือดร้อนรำคาญ (มาตรา 389)¹³⁰ ความผิดฐานไล่ต้อนสัตว์เข้าสวนไร่หรือนาของผู้อื่น (มาตรา 394)¹³¹ ความผิดฐานปล่อยปละเลเลยให้สัตว์เข้าไปในสวนไร่หรือนาของผู้อื่น (มาตรา 395)¹³² ความผิดฐานทิ้งซากสัตว์ในหรือริมทางสาธารณะ (มาตรา 396)¹³³ เป็นต้น

¹²⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 370

¹²¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 372

¹²² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 373

¹²³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 374

¹²⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 377

¹²⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 378

¹²⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 380

¹²⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 385

¹²⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 386

¹²⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 387

¹³⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 389

¹³¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 394

¹³² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 395

¹³³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 396

อีกทั้งมีบทบัญญัติความผิดโทษบางฐานที่มีลักษณะการกระทำความผิดอย่างเดียวกันกับบทบัญญัติความผิดอาญาที่ตราขึ้นเป็นพระราชบัญญัติซึ่งบัญญัติการกระทำความผิดดังกล่าวไว้โดยเฉพาะแล้ว จึงเป็นบทบัญญัติที่หมดความจำเป็นที่จะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาอีกต่อไป กล่าวคือ ความผิดฐานกระทำทารุณกรรมต่อสัตว์ (มาตรา 381)¹³⁴ และความผิดฐานใช้ให้สัตว์ทำงานจนเกินสมควร (มาตรา 382)¹³⁵

เพราะฉะนั้น ความผิดโทษบางฐานความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่ยังคงมีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายเนื่องจากลักษณะการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรงไม่ควรนำมาตราการลงโทษทางอาญามาใช้บังคับแต่สมควรนำมาตราการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับแทนเพื่อให้การใช้มาตรการลงโทษเหมาะสมกับลักษณะการกระทำความผิดและเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษอีกด้วย จากการศึกษาในส่วนนี้ผู้เขียนจะนำไปวิเคราะห์ประกอบกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา พร้อมทั้งพิจารณาการใช้มาตรการลงโทษปรับเป็นพินัยควบคู่ไปด้วยในบทวิเคราะห์ต่อไป

¹³⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 381

¹³⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 382

บทที่ 3

การกำหนดโทษทางอาญาของความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงและไม่ร้ายแรง ของต่างประเทศ

สำหรับการศึกษาในส่วนนี้ผู้เขียนเลือกที่จะศึกษาหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษตามเกณฑ์ความร้ายแรงในการกระทำความผิดตามระบบกฎหมายต่างประเทศ โดยแบ่งแยกการศึกษาเป็น 3 ประเทศด้วยกัน คือ ประเทศเยอรมนี ประเทศอิตาลี และประเทศฝรั่งเศส ซึ่งแต่ละประเทศมีการแบ่งแยกการกระทำความผิดทางอาญาที่มีลักษณะร้ายแรงและไม่ร้ายแรงแตกต่างกัน ไม่ว่าจะใช้เกณฑ์ของการคุ้มครองคุณค่าที่สำคัญอันเป็นสิทธิพื้นฐานของปัจเจกชนแต่ละคน หรือพิจารณาตามตัวชี้วัดเกี่ยวกับลักษณะความผิด สิ่งที่ถูกหมายมุ่งคุ้มครองและความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือพิจารณาตามหลักการเลือกกำหนดโทษ เป็นต้น โดยมีรายละเอียดในแต่ละประเทศดังต่อไปนี้

3.1 การกำหนดเกณฑ์ความร้ายแรงและไม่ร้ายแรงในความผิดอาญาในระบบกฎหมายประเทศเยอรมนี

สำหรับการแบ่งเกณฑ์ความร้ายแรงการกระทำความผิดเพื่อให้สอดคล้องกับความเหมาะสมในการกำหนดโทษในระบบกฎหมายของประเทศเยอรมนีนั้น ได้แบ่งเกณฑ์การพิจารณาออกเป็น 2 ช่วงเวลาด้วยกัน โดยมีรายละเอียดดังนี้¹³⁶

3.1.1 หลักเกณฑ์ความแตกต่างในเนื้อหา (Qualitative criteria)

ในช่วงแรกนั้นมีแนวคิดว่าการกระทำความผิดอาญาเป็นสิ่งที่พึงตำหนิในทางจริยธรรมผู้กระทำความผิดจึงสมควรที่จะได้รับโทษอาญา ส่วนการกระทำใดที่มีได้เป็นไปในทางที่พึงตำหนิในทางจริยธรรมก็ไม่ควรนำโทษอาญามาใช้บังคับ แต่อย่างไรก็ดีการที่จะใช้เรื่องทางจริยธรรมมาเป็นตัวกำหนดนั้นเป็นเรื่องที่ยากไม่มีข้อกำหนดที่ชัดเจนแน่นอน ดังนั้นนักกฎหมายจึงได้กำหนดเกณฑ์โดยให้พิจารณาจากเนื้อหาของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองและถูกล่วงละเมิด เป็นสำคัญ โดยในคริสต์ศตวรรษที่ 19 Paul Johann Anselm von Feuerbach ได้เสนอว่าการละเมิดต่อสิทธิตามธรรมชาติของบุคคลถือว่าเป็นอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดอาญา (criminal) ซึ่งจะสอดคล้องกับแนวคิดดั้งเดิมที่แยกการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) และการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด (mala prohibita) ต่อมาในคริสต์ศตวรรษที่ 20 James Goldschmidt ได้เสนอเกณฑ์ใหม่โดยให้พิจารณาว่าการกระทำความผิดนั้นเป็นการละเมิดกฎหมาย (legal regulations) หรือไม่ โดยหากกฎหมายนั้นมิได้มีวัตถุประสงค์คุ้มครองการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลมิให้ถูกล่วงละเมิดการละเมิดกฎหมายจึงถือเป็นการกระทำความผิดอาญา ต้องมีการลงโทษทางอาญาต่อไป แต่หากการกฎหมายนั้นมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลก็ไม่ควรที่จะ

¹³⁶ WEIGEND (T.), The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law (R.I.D.P. 1984) 85s. อ้างถึงใน ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ (เชิงอรธ 95) 24-27.

ถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาญา เช่น กฎเกณฑ์ทางปกครองของรัฐที่มีวัตถุประสงค์เพื่อความผาสุกของสังคมโดยจะกำหนดหน้าที่ให้ประชาชนปฏิบัติ ซึ่งการไม่ให้ความร่วมมือแก่ทางราชการถือเป็นการไม่เชื่อฟังฝ่ายปกครองจึงสมควรถูกลงโทษทางปกครอง เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตามแนวคิดของ Feuerbach และ Goldschmidt ได้ทำให้นักกฎหมายเยอรมนีรุ่นหลังมีความเห็นที่แตกต่างไปว่า “แนวคิดดังกล่าวนั้นสามารถใช้ได้กับบุคคลที่ยังไม่ซับซ้อนและใช้ได้กับการกระทำผิดที่มีลักษณะไปในทางใดทางหนึ่งอย่างชัดเจน (“clearcut cases”) แต่ในรัฐสมัยใหม่นั้นเป็นเรื่องยากที่จะแบ่งแยกได้อย่างเด็ดขาดว่าการกระทำหนึ่งเป็นการละเมิดต่อสิทธิของบุคคลหรือไม่ และแม้จะแบ่งแยกได้ก็เป็นการพิจารณาตามอำเภอใจซึ่งขึ้นอยู่กับทัศนคติของแต่ละบุคคล มิได้มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนแต่อย่างใด” ทำให้การกำหนดเกณฑ์ของ Feuerbach และ Goldschmidt จึงเป็นเพียงแนวคิดในทางปรัชญาที่ยังไม่แน่นอนพอที่จะใช้เป็นแนวทางสำหรับผู้ตรากฎหมายได้ในทางปฏิบัติ ดังนั้น ด้วยเหตุข้างต้นจึงทำให้นักกฎหมายเยอรมนีรุ่นหลังลงความเห็นว่าควรนำระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดมาเป็นตัวกำหนดต่อไป

3.1.2 หลักเกณฑ์ความแตกต่างในระดับความร้ายแรง (Quantitative criteria)

ในปัจจุบันการนำหลักเกณฑ์ความแตกต่างในระดับความร้ายแรงมาใช้ นั้น จะพิจารณาจากการกระทำของบุคคลโดยหากการกระทำที่ล่วงละเมิดหรือก่ออันตรายอย่างร้ายแรงต่อคุณค่าที่สำคัญและมีลักษณะพึงตำหนิในเชิงจริยธรรมก็สมควรกำหนดให้มีโทษอาญาสำหรับการกระทำนั้น ส่วนการกระทำอื่น ๆ ที่ร้ายแรงน้อยกว่าอาจกำหนดให้มีการใช้มาตรการอื่นเพื่อลงโทษแทนการใช้โทษอาญา แต่อย่างไรก็ดีเกณฑ์ดังกล่าวก็ยังไม่ทำให้เกิดความชัดเจนต่อผู้ตรากฎหมายมากนักเนื่องจากเกณฑ์ดังกล่าวเพียงแต่กำหนดว่าการกระทำผิดนั้น ๆ มีความร้ายแรงมากหรือน้อยเพียงใดแต่ไม่ได้อธิบายว่าความผิดนั้น ๆ เป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงหรือไม่ จึงทำให้ในการพิจารณาระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดยังไม่ชัดเจนว่าจะต้องวัดจากอะไรและจะให้ “ค่าน้ำหนัก” กับข้อพิจารณาต่าง ๆ อย่างไร ยิ่งไปกว่านั้นหากเป็นกรณีของการกระทำผิดที่มีลักษณะกลาง ๆ ไม่ได้ร้ายแรงเสียทีเดียวแต่ก็ไม่ใช่ว่าความผิดเล็กน้อย ก็ยอมเป็นการยากที่จะวิธีการลงโทษที่เหมาะสมได้

ดังนั้นเมื่อหลักเกณฑ์ระดับความร้ายแรงยังไม่มีความชัดเจนแน่นอน จึงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายเป็นหลักว่าจะกำหนดให้ความผิดดังกล่าวมีการลงโทษอย่างไรจึงจะเหมาะสมโดยใช้ข้อพิจารณาว่าด้วยประสิทธิภาพในการลงโทษ แต่ฝ่ายตำราได้เสนอหลักเกณฑ์พิจารณาเพื่อที่จะจำกัดการใช้ดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายไว้ด้วยเช่นกัน โดยศาสตราจารย์ Klaus Tiedemann¹³⁷ เสนอให้พิจารณาระดับความร้ายแรงของการกระทำผิด จากภัยอันตรายที่เกิดแก่สังคมและระบบเศรษฐกิจเป็น “ข้อพิจารณาสำคัญ” ก่อน โดยหากการกระทำใดเป็นการก่ออันตรายแก่สังคมและระบบเศรษฐกิจอย่างรุนแรง การกระทำนั้นสมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ส่วนประสิทธิภาพของการลงโทษควรพิจารณาเป็น “ข้อพิจารณาลำดับรอง” เพราะไม่อาจ

¹³⁷ TIEDEMANN (K.), *Kartellrechtsverträge und Strafrecht* (Köln, 1976) 96-98, 176-177. อ้างถึงใน ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ (เชิงอรธ 95) 26.

ประเมินประสิทธิภาพของการลงโทษแต่ละประเภทได้อย่างแน่นอน เว้นแต่กรณีที่ปรากฏชัดว่าโทษอาญาจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพ ก็อาจยอมรับให้ผู้ตรากฎหมายกำหนดให้การกระทำผิดนั้นมีมาตรการลงโทษอย่างอื่น เช่น โทษทางปกครอง ได้แม้ว่าจะเป็นการกระทำที่ก่ออันตรายอย่างร้ายแรงก็ตาม เป็นต้น

สำหรับในปัจจุบันนี้การใช้กฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีจะมุ่งเน้นไปที่การลงโทษ การกระทำความผิดของบุคคลที่ได้กระทบต่อสิทธิของปัจเจกบุคคลแต่ละคน กล่าวคือ หากการกระทำนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน สิทธิหรือเสรีภาพ ของบุคคลแต่ละคน การกระทำนั้นก็ควรที่จะกำหนดเป็นความผิดอาญา เช่น การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับส่วนผสมของผลิตภัณฑ์อาหารโดยก่ออันตรายแก่สุขภาพของบุคคล เป็นต้น แต่หากการกระทำนั้นไม่ได้กระทบต่อสิทธิของปัจเจกบุคคลแต่ละคน เช่น การกระทำที่ก่อความเสียหายแก่ประโยชน์ของทางราชการ อันได้แก่ การไม่ให้ความร่วมมือในการปฏิบัติตามกฎ ระเบียบและคำสั่งของฝ่ายปกครองหรือ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันทางการค้า ผังเมือง สิ่งแวดล้อม และมีใช้ความผิดที่สังคมประณามก็ไม่สมควรจะกำหนดให้มีโทษอาญาแต่อาจจะกำหนดให้มีโทษทางปกครองแทนได้¹³⁸ เป็นต้น

(ก) จุดแบ่งแยกระหว่างความผิดอาญาร้ายแรงและความผิดอาญาเล็กน้อยของเยอรมัน

นักกฎหมายเยอรมันในอดีตแยกความแตกต่างระหว่างความผิดอาญาร้ายแรงและความผิดอาญาเล็กน้อย โดยใช้เกณฑ์ในเรื่องนิติสมบัตินำคำพินิจในทางศีลธรรมเป็นจุดแบ่งแยก¹³⁹ กล่าวคือ หากเป็นความผิดอาญาร้ายแรงแล้ว นิติสมบัติของบุคคลจะเป็นสิ่งที่ได้รับความเสียหาย ในขณะที่ความผิดอาญาเล็กน้อย นิติสมบัติที่ได้รับความเสียหายเป็นนิติสมบัติของรัฐในเรื่องเกี่ยวกับการจัดระเบียบของรัฐให้เป็นไปโดยเรียบร้อย นอกจากนี้ ความผิดอาญาร้ายแรงเป็นเรื่องที่มีความน่าตำหนิในทางศีลธรรม ส่วนความผิดอาญาเล็กน้อยเป็นสิ่งที่ปราศจากความน่าตำหนิในทางศีลธรรม ส่วนความเห็นในปัจจุบัน ได้แยกความแตกต่างดังกล่าวออกเป็นในส่วนของรูปแบบและเนื้อหา¹⁴⁰ กล่าวคือ ในส่วนของความแตกต่างทางรูปแบบ ความผิดอาญาเล็กน้อย ใช้มาตรการบังคับที่เป็นโทษปรับเป็นพินัย ในขณะที่ความผิดอาญาร้ายแรง ใช้มาตรการบังคับที่เป็นโทษปรับทางอาญา ข้อแตกต่างในเชิงรูปแบบนี้จึงพิจารณาในส่วนมาตรการบังคับเท่านั้น ในส่วนของความแตกต่างทางเนื้อหา ที่แยกเป็นความเห็นทางศาลและความเห็นทางตำรา ความเห็นทางศาลเห็นว่า ความผิดอาญาเป็นสิ่งที่มีความน่าตำหนิในทางศีลธรรม และการกระทำความผิดอาญาเป็นการกระทำที่มีความร้ายแรง ในขณะที่ความผิดอาญาเล็กน้อย เป็นกรณีที่ความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าวมีแต่เพียงเล็กน้อย และตามความเห็นของบุคคลทั่วไปในสังคมแล้ว เห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่ควรที่จะเป็นความผิดอาญา นอกจากนี้ ยังเป็นสิ่งที่ปราศจากข้อตำหนิในทางศีลธรรมหรือจริยธรรม ตามความเห็นของศาลแล้ว ข้อแตกต่างระหว่างความผิดอาญาและความผิดอาญาเล็กน้อยจึงพิจารณาเพียงว่า เป็นกรณีของการกระทำที่มี

¹³⁸ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ (เชิงอรรถ 95) 17-18.

¹³⁹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 100) 125.

¹⁴⁰ เพ็งอ้อ, 125.

ความน่าตำหนิในทางจริยธรรมหรือเป็นเรื่องในทางเทคนิค ซึ่งเป็นความแตกต่างในเชิงคุณภาพ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ความแตกต่างดังกล่าวเห็นได้ไม่ชัดเจน ความเห็นทางศาลให้พิจารณาจากระดับความรุนแรง ซึ่งในส่วนนี้ตามความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดดังกล่าวว่า ระดับของความรุนแรงที่เป็นปัญหานั้นสมควรที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอาญาหรือความผิดอาญาเล็กน้อย ความเห็นของศาลจึงเป็นความเห็นที่ผสมผสานระหว่างแนวคิดในเรื่องคุณภาพและปริมาณซึ่งเป็นความเห็นในทางตำราฝ่ายข้างมาก เห็นไปในทำนองเดียวกันกับศาล

หลักความได้สัดส่วนของประเทศเยอรมัน

หลักความได้สัดส่วน (Der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit) หรือที่บางครั้ง เรียกว่า ข้อห้ามของการเกินสมควรแก่เหตุ (Uebermassverbot) เป็นหลักกฎหมายที่ศาล รัฐธรรมนูญเยอรมันได้พัฒนาขึ้นมาจากหลักนิติรัฐที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 20 (3) และเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับจากศาลรัฐธรรมนูญอย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน¹⁴¹ โดย ถือกันว่าเป็นหลักความยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญและถูกนำมาใช้ในทุก ๆ กรณีที่การกระทำของ เจ้าหน้าที่รัฐมากระทบกับสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน รากฐานแนวคิดของหลักกฎหมายดังกล่าวก็คือ มาตรการของรัฐที่มาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน จะมีความชอบธรรมก็ต่อเมื่อ เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่กำหนดไว้โดยที่เจตนารมณ์ดังกล่าวจะต้องถูกนำมาชั่งน้ำหนักประโยชน์ส่วนได้เสียก่อนว่า ได้สัดส่วนกันหรือไม่ ด้วยเหตุนี้ หลักความได้สัดส่วนจึงเป็น หลักกฎหมายที่จะคุ้มครองประชาชนไม่ให้ถูกรัฐใช้มาตรการที่มาจำกัดสิทธิเสรีภาพอย่างไม่มีขอบเขตและอย่างอำพอง¹⁴² หลักความได้สัดส่วนที่ถือกันว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญนี้กว่าที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นหลัก กฎหมายที่มีฐานะในระดับกฎหมายรัฐธรรมนูญ (verfassungsrechtlichem Grundsatz) ก็ต้องใช้ เวลาอยู่หลายร้อยปีหลักการดังกล่าวสามารถที่จะสืบบย้อนกลับไปในศตวรรษที่ 19 โดยเป็นหลักการที่อยู่ในกฎหมายของรัฐปรัสเซียและปรากฏตัวอย่างชัดเจนในกฎหมายตำรวจ กล่าวคือ เป็นหลักการที่มากำหนดขอบเขตของการที่อำนาจของฝ่ายบริหารจะรุกล้ำเข้ามาในสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากเหตุผลในเรื่องของความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยจะถือว่าการรุกล้ำของฝ่ายบริหารดังกล่าวเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อ การรุกล้ำดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็นในการที่จะป้องกันอันตรายและมาตรการที่นำมาใช้เพื่อป้องกันอันตรายดังกล่าวจากข้อเท็จจริงแห่งคดีแล้ว ถือว่าเป็นมาตรการที่เบาที่สุด¹⁴³

หลักเกณฑ์ของหลักความได้สัดส่วน หลักความได้สัดส่วนที่จะนำมาตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนนั้น จะต้องพิจารณาเป็น 4 ขั้นตอนด้วยกัน กล่าวคือในประการแรก

¹⁴¹ BVerfGE 7, 377, 405, 407f; 23, 127, 133; 89, 69, 84; 90, 145, 173 อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 82.

¹⁴² Reuter, Die Verhaeltnismaessigkeit im engeren Sinne – das unbekannte Wesen, Jura Heft 7/2009, p.512 อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 83.

¹⁴³ Badura, Staatsrecht, 2. neubearbeitete Auflage, 1996, p. 105 อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 83.

พิจารณาจาก วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐดังกล่าว (Legitimer Zweck) เงื่อนไขข้อนี้ ก็มาจากหลักการในเรื่องของการห้ามมิให้มีการใช้อำนาจโดยอำเภอใจ (Willkuerverbot)¹⁴⁴ ในประการที่สอง มาตรการดังกล่าวของรัฐจะต้องเป็นสิ่งที่มีความเหมาะสม ในการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าว ในประการที่สาม มาตรการของรัฐที่ใช้ไปนั้นจะต้องเป็นสิ่งที่จำเป็นและในประการสุดท้ายการใช้มาตรการของรัฐดังกล่าวจะต้องกระทบสิทธิของประชาชนอย่างพอเหมาะพอควร โดยองค์ประกอบของประการสุดท้ายมี 3 ขั้นตอน¹⁴⁵ ในประการแรก ต้องมีการระบุถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานชนิดใดและใน ขณะเดียวกัน ก็ต้องระบุถึงวัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการดังกล่าวของรัฐว่ามีวัตถุประสงค์อะไร ประการที่ สอง จะเป็นการระบุถึงประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากการใช้มาตรการดังกล่าวของรัฐและผลกระทบที่จะเกิด ขึ้นกับปัจเจกชนแต่ละคน ประการสุดท้าย เป็นการชั่งน้ำหนักประโยชน์ระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนที่ถูก กระทบกับการบรรลุถึงวัตถุประสงค์นั้นจะต้องได้สัดส่วนกัน

หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

ในประเทศเยอรมนีได้มีการวางหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบโดยยกระดับไปสู่การ เป็นหลักการระดับรัฐธรรมนูญอันถือว่าเป็นเกณฑ์ในการจำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย โดยเฉพาะอย่าง อย่างในขอบเขตของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ด้วยเหตุนี้ทำให้เป็นการเพิ่มภาระหน้าที่ของหลักความได้สัดส่วน และเป็นการทำให้เกิดความยุ่งยากในการนิยามหลักดังกล่าว แต่โดยทั่วไปแล้วต่างยอมรับกันว่า ตามหลัก ดังกล่าวนั้นเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์ (Zweck) และวิธีการ (Mittel) โดยมีหลักการว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธระหว่างวิธีการดังกล่าวกับ วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ หรือหากจะกล่าวในเชิงบอกเล่าอาจกล่าวได้ว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องอยู่ ภายในขอบเขตของความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้¹⁴⁶

ในขอบเขตที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนั้น ขึ้นอยู่ กับผลกระทบอันเกิดจากการแทรกแซงในเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจะต้องไม่อยู่นอกเหนือจากขอบเขต ความสัมพันธ์ของประโยชน์อันเป็นเป้าหมายของสาธารณะที่กำหนดไว้ ประโยชน์ที่ได้จากการดำเนินการตาม มาตรการดังกล่าวจะต้องมีน้ำหนักมากกว่าผลเสียที่เกิดจากมาตรการดังกล่าว ดังนั้นหลักความได้สัดส่วนใน ความหมายอย่างแคบใช้องค์ประกอบประการสุดท้าย เป็นการชั่งน้ำหนักประโยชน์ระหว่างประโยชน์ของ ปัจเจกชนที่ถูกกระทบกับการบรรลุถึงวัตถุประสงค์นั้นจะต้องได้สัดส่วนกัน

¹⁴⁴ Schroeder, Der Verhaeltnismaessigkeitsgrundsatz, Grundlagen Ad Legendum 4/2015, 327 อ้างถึง ใน สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 83.

¹⁴⁵ Reuter (เชิงอรรถ 142) 513.

¹⁴⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและ ฝรั่งเศส” (พฤษภาคม - สิงหาคม 2542) 2 วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 40, 42.

ผู้เขียนจึงมีความคิดเห็นด้วยว่าควรใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความผิดและโทษทางอาญาและนำหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบตามประเทศเยอรมนีมาใช้พิจารณาความผิดโทษตามประมวลกฎหมายอาญาไทยในบทต่อไป

3.2 การกำหนดเกณฑ์ความร้ายแรงและไม่ร้ายแรงในความผิดอาญาในระบบกฎหมายของประเทศอิตาลี

สำหรับประเทศอิตาลีนั้น เดิมทีมิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับการใช้โทษทางอาญาเหมือนกับประเทศเยอรมนีในช่วงแรก แต่ทางรัฐบาลได้มีการมอบหมายให้กระทรวงยุติธรรมทำการศึกษเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และระบบการกำหนดโทษทางกฎหมายเพื่อให้มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนมากขึ้น จนเมื่อวันที่ 19 ธันวาคม ค.ศ. 1983 ได้มีการนำผลการศึกษาดังกล่าวออกมาเผยแพร่ อันเป็นหลักการพิจารณาในการแบ่งแยกโทษอาญากับมาตรการลงโทษอย่างอื่น แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะมีได้มุ่งหมายจำกัดดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายในการเลือกกำหนดโทษเหมือนกับประเทศเยอรมนี แต่จะเสนอหลักเกณฑ์ที่เป็น “กรอบ” ในการพิจารณากำหนดโทษเพื่อมิให้ผู้ตรากฎหมายใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจและเพื่อให้การกำหนดนโยบายอาญาของรัฐเป็นไปอย่างเหมาะสม โดยมีหลักสำคัญ 2 ประการในการเลือกกำหนดโทษ คือ หลักความพอสมควรแก่เหตุและหลักการใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสำรอง ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้¹⁴⁷

3.2.1 หลักความพอสมควรแก่เหตุ

จะเป็นการอธิบายว่า โทษที่กำหนดจะต้องได้สัดส่วนกับระดับความร้ายแรงของการกระทำผิด ซึ่งการพิจารณาว่าการกระทำผิดมีความร้ายแรงระดับใด ต้องพิจารณาจากความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองควบคู่ไปกับความร้ายแรงของการกระทำผิดซึ่งเป็นการพิจารณาถึงระดับความเสียหายที่เกิดแก่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง โดยสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองหรือ “คุณค่า” ในเรื่องใดถือเป็น “คุณค่าระดับสูง” จะพิจารณาจากความสำคัญของสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ โดย “คุณค่าระดับสูง” ได้แก่

- (1) สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติว่าเป็นสิ่งที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้
- (2) นิติสมบัติส่วนบุคคล ที่จำเป็นอย่างยิ่งแก่การดำรงอยู่ของบุคคล เช่น ชีวิต สุขภาพ เสรีภาพ เกียรติยศชื่อเสียง ที่อยู่อาศัย ความเป็นอยู่ส่วนตัว และอาชีพการงาน
- (3) นิติสมบัติของกลุ่มบุคคล เช่น เสรีภาพในการรวมกลุ่มเป็นสมาคม และ
- (4) นิติสมบัติมหาชน ซึ่งเป็นองค์ประกอบพื้นฐานของนิติรัฐทางสังคม เช่น ระบบการจัดเก็บภาษีอากร หรือสิ่งใด ๆ ที่จำเป็นแก่การดำเนินงานของรัฐ

ส่วนระดับความเสียหายที่เกิดแก่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง ต้องพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่ก่อความเสียหายขึ้นแล้ว หรือเป็นการกระทำที่ก่ออันตรายซึ่งจะต้องพิจารณาต่อไปว่าก่ออันตรายโดยตรงหรือโดยอ้อมต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง ดังนั้นหากสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองประกอบด้วยระดับความเสียหายที่เกิด

¹⁴⁷ Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 dicembre 1983 :Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (GazzettaUfficiale del 23 gennaio, 1984), p. 22. อ้างถึงใน ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ (เชิงอรรด 95) 27-28.

แก่คุณค่านั้นแล้วปรากฏว่าการกระทำผิดก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อคุณค่าระดับสูง กรณีนี้จึงสมควรกำหนดให้การกระทำผิดนั้นมีโทษอาญา

3.2.2 หลักการใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสำรอง

หลักการข้างต้นนี้จะถูกนำมาใช้บังคับเมื่อปรากฏว่าหากพิจารณาจากสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองประกอบกับระดับความเสียหายที่เกิดแก่คุณค่านั้นแล้ว พบว่าเป็นการกระทำผิดที่มีลักษณะก้ำกึ่ง กล่าวคือเป็นการกระทำผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อคุณค่าลำดับรองหรือก่อให้เกิดความเสียหายเล็กน้อยต่อคุณค่าระดับสูง ก็ต้องพิจารณาเลือกกำหนดโทษตามหลักการใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสำรองหรือมาตรการสุดท้าย โดยจะใช้โทษอาญาต่อเมื่อมาตรการอื่น ๆ ไม่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกับโทษอาญา แต่ถ้ามีมาตรการอื่นที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดดังกล่าวดีกว่าโทษอาญาก็ควรที่จะใช้มาตรการอื่นนั้นแทนตามตารางดังต่อไปนี้

ตารางที่ 3.1 สรุปเกณฑ์การพิจารณาของประเทศอิตาลี¹⁴⁸

| | คุณค่าระดับสูง | คุณค่าลำดับรอง |
|---------------------|----------------|----------------|
| ความเสียหายร้ายแรง | A | |
| ความเสียหายเล็กน้อย | | B |

ที่มา: ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, 2560, น.28

- A คือ คุณค่าระดับสูงและความเสียหายร้ายแรง จึงควรใช้โทษอาญา
- B คือ คุณค่าลำดับรองและความเสียหายเล็กน้อย จึงควรใช้มาตรการลงโทษอื่น
- ส่วนพื้นที่สีเทา คือ คุณค่าลำดับรองและความเสียหายร้ายแรงกับคุณค่าระดับสูงและความเสียหายเล็กน้อยจึงควรใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสำรองหรือเป็นทางเลือกสุดท้าย

แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาตามตารางที่ 3.1 ข้างต้นแล้วพบว่าเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแต่เพียงเล็กน้อยต่อคุณค่าลำดับรอง การนั้นก็สมควรที่จะนำโทษทางอาญามาใช้บังคับแต่อาจใช้มาตรการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับก่อน เช่น โทษทางปกครอง มาตรการปรับเป็นพินัย เป็นต้น โดยในปัจจุบันโทษทางปกครองได้ถูกนำมาใช้แทนโทษทางอาญาขึ้นสำหรับความผิดลหุโทษอันมีโทษปรับสถานเดียว หรือความผิดเกี่ยวกับการล่าสัตว์ การค้า การก่อสร้างและผังเมือง แต่หากเป็นการกระทำที่ก่อความเสี่ยงต่อสวัสดิภาพและ

¹⁴⁸ DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit* (Paris : P.U.F. 1986) 280. อ้างถึงใน ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ (เชิงอรธร 95) 28.

สุขภาพของบุคคล เช่น ความผิดในเรื่องแรงงาน สิ่งแวดล้อม หรือสุขอนามัยของประชาชนการนั้นก็คงกำหนดให้มีโทษอาญาต่อไป

3.3 การกำหนดเกณฑ์ความร้ายแรงและไม่ร้ายแรงในความผิดอาญาในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

สำหรับรูปแบบการกำหนดเกณฑ์ความร้ายแรงในการกระทำความผิดตามกฎหมายฝรั่งเศสได้เริ่มมีขึ้นในปี ค.ศ.1984-1985 ในการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ซึ่งทางรัฐบาลฝรั่งเศสได้มอบหมายให้กระทรวงยุติธรรมโดยคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาเป็นผู้ดำเนินการศึกษาและกำหนดหลักปฏิบัติในการลด-เลิกโทษอาญา เพื่อเสนอแนะเกณฑ์พิจารณาสำหรับผู้ตรากฎหมายในการเลือกกำหนดโทษให้เหมาะสมกับการกระทำผิดในเรื่องต่าง ๆ โดยหลังจากที่คณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญาแล้ว ได้เสนอเกณฑ์พิจารณาที่เป็นระบบในการเลือกกำหนดโทษไว้เป็น 3 เกณฑ์คือ ¹⁴⁹

1. เกณฑ์ลำดับที่หนึ่ง เกณฑ์ความร้ายแรงของการกระทำผิด ซึ่งเป็นการใช้หลักยุติธรรม
2. เกณฑ์ลำดับที่สอง เกณฑ์ความสัมฤทธิ์ผลของโทษ ซึ่งเป็นการใช้หลักอรรถประโยชน์
3. เกณฑ์ลำดับที่สาม เกณฑ์เทคนิค ซึ่งเป็นการใช้หลักยุติธรรมและหลักอรรถประโยชน์ควบคู่กัน

โดยการพิจารณาเกณฑ์ข้างต้นนั้น จะพิจารณาตามลำดับจากเกณฑ์ที่ 1 ถึง 3 ซึ่งเกณฑ์ลำดับที่หนึ่งจะนำมาใช้เพื่อแบ่งแยกว่าการกระทำผิดนั้นสมควรที่จะกำหนดให้มีโทษทางอาญาหรือไม่ ถ้าพิจารณาแล้วว่ามีก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาเกณฑ์ลำดับที่สองต่อไป แต่หากการกระทำผิดนั้นไม่สมควรที่จะนำโทษทางอาญามาใช้บังคับก็จำเป็นต้องนำเกณฑ์ลำดับที่สองมาพิจารณาต่อไปเพื่อหาข้อสรุปว่าสมควรจะใช้มาตรการอื่นมาลงโทษกับการกระทำผิดนั้นหรือไม่ หากพบว่าความผิดดังกล่าวควรนำมาตราการอื่นมาใช้บังคับแทนการใช้โทษทางอาญา ก็ต้องนำเกณฑ์ลำดับที่สามมาพิจารณาต่อไปอีกกว่าควรนำมาตราการลงโทษแบบใดมาใช้บังคับเพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับการกระทำผิดนั้นโดยอาจจะเป็นโทษทางปกครองหรือโทษทางแพ่ง เป็นต้น โดยทั้งนี้สำหรับเกณฑ์ลำดับทั้งสามข้างต้นนั้นมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.3.1 เกณฑ์ลำดับที่หนึ่ง เกณฑ์ความร้ายแรงของการกระทำผิด

สำหรับเกณฑ์ความร้ายแรงของการกระทำผิดเป็นการพิจารณาว่าการกระทำนั้นมีความร้ายแรงถึงขั้นที่สมควรกำหนดให้มีโทษอาญาหรือไม่ ซึ่งการกระทำผิดจะมีระดับความร้ายแรงเพียงใดนั้นจะต้องพิจารณาจากตัวชี้วัด สามประการประกอบกัน ได้แก่ (1) ลักษณะการกระทำผิด (2) ความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง และ (3) ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง โดยแต่ละตัวชี้วัดจะมีเกณฑ์พิจารณาถึงความเหมาะสมในการกำหนดโทษอาญาในระดับที่ลดหลั่นกันไปตั้งแต่ระดับต่ำสุด (ค่าคะแนน 1) ระดับปานกลาง (ค่าคะแนน 2) จนถึงระดับสูงสุด (ค่าคะแนน 3) โดยมีรายละเอียดตามตารางต่อไปนี้

¹⁴⁹ DELMAS-MARTY (M.), *Les grands systèmes de politique criminelle* (Paris: P.U.F., 1992) 286-292.

ตารางที่ 3.2 เกณฑ์ความร้ายแรงของการกระทำผิด - หลักยุติธรรม¹⁵⁰

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

ที่มา: ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, 2560, น.32

ตามตารางที่ 3.2 แสดงให้เห็นว่าสำหรับตัวชี้วัดในเรื่องสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองนั้น คณะกรรมการฯ ได้ให้คำอธิบายไว้ ดังนี้

(1) “คุณค่าระดับสูงที่มีอาจล่วงละเมิดได้” หมายถึง คุณค่าที่รับรองโดยกฎหมายทางกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งได้แก่ รัฐธรรมนูญ หรือพันธกรณีระหว่างประเทศ เช่น กติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองสำหรับตัวอย่างของคุณค่าระดับสูงที่มีอาจล่วงละเมิดได้ เช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, ชีวิตของบุคคล หรือบูรณภาพแห่งดินแดน เป็นต้น

(2) “สิทธิเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดได้” ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพส่วนใหญ่ที่รับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญ หรือพันธกรณีระหว่างประเทศ แต่เป็นสิทธิและเสรีภาพที่มีข้อยกเว้นและอาจถูกจำกัดได้ เช่น เสรีภาพส่วนบุคคล ความปลอดภัยของบุคคล สิทธิในทรัพย์สิน ความเป็นอยู่ส่วนตัวและชีวิตครอบครัว การไม่เลือกปฏิบัติ ความเสมอภาค เสรีภาพในการนับถือศาสนาและแสดงความคิดเห็น สิทธิในการศึกษาอบรมและวัฒนธรรม และสิทธิในการมีสิ่งแวดล้อมที่ดี เป็นต้น

(3) “กฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันในสังคม” ได้แก่ กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับบุคคลบางประเภท เช่น การเก็บรักษาทะเบียนการค้าหรือเอกสารสำคัญต่าง ๆ ในการประกอบธุรกิจหรือกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับการกระทำในบางเรื่อง เช่น การจอดรถกีดขวางทางจราจร หรือการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์การปิดร้านค้าในวันอาทิตย์ ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนกฎระเบียบแต่ไม่ก่ออันตรายแก่บุคคลอื่น

โดยทั้งนี้เมื่อนำตัวชี้วัดทั้งสามประการข้างต้นมาคำนวณประกอบกันแล้วกับความผิดใดความผิดหนึ่งแล้วสามารถรวมผลคำนวณได้ค่ามากกว่า 7 เช่น กรณีที่การกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยเจตนา (ค่า

¹⁵⁰ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ (เชิงอรธร 95) 32.

คะแนน 3) และก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรง (ค่าคะแนน 3) ต่อคุณค่าระดับสูงที่มีอาจล่วงละเมิดได้ (ค่าคะแนน 3) ค่ารวมจะเท่ากับ 9 กรณีดังกล่าวนี้สมควรกำหนดให้การกระทำผิดนั้นมิโทษอาญา แต่หากการกระทำใดที่เมื่อรวมผลแล้วได้ค่าน้อยกว่า 5 เช่น เป็นการบกพร่องผิดพลาด (ค่าคะแนน 1) ที่ทำให้เกิดความเสียหายที่จะเกิดความเสียหาย (ค่าคะแนน 1) ต่อกฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันในสังคม (ค่าคะแนน 1) ค่ารวมจะเท่ากับ 3 กรณีดังกล่าวนี้สมควรใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา โดยจะนำมาตรการลงโทษทางปกครองหรือโทษทางแพ่งมาใช้บังคับนั้นจะต้องพิจารณาต่อไปในเกณฑ์ลำดับที่สามหรือเกณฑ์เทคนิค

แต่อย่างไรก็ตามคงมีปัญหาเกิดขึ้นว่าหากการกระทำผิดดังกล่าวมีค่ารวมกันแล้วอยู่ระหว่าง 5,6,7 เช่น เป็นการกระทำโดยประมาท (ค่าคะแนน 2) ที่ก่อความเสียหายเล็กน้อย (ค่าคะแนน 2) ต่อสิทธิหรือเสรีภาพที่อาจมีการจำกัดได้ (ค่าคะแนน 2) ค่ารวมจะเท่ากับ 6 กรณีเหล่านี้จะถือว่าเป็นการก้ำกึ่งกันว่าสมควรใช้โทษอาญาหรือมาตรการอื่นแทนโทษอาญา ซึ่งหากเป็นกรณีเหล่านี้ตามกฎหมายฝรั่งเศสจะกำหนดให้พิจารณาต่อไปในเกณฑ์ลำดับที่สองเพื่อที่จะพิจารณาถึงความสัมฤทธิ์ผลของโทษต่อไป

3.3.2 เกณฑ์ลำดับที่สอง เกณฑ์ความสัมฤทธิ์ผลของโทษ

เมื่อพิจารณาเกณฑ์ลำดับที่หนึ่งแล้วพบว่า การกระทำผิดดังกล่าวเป็นกรณีที่มีความก้ำกึ่งกันว่าสมควรใช้โทษอาญาหรือมาตรการอื่นแทนโทษอาญาก็ให้มาพิจารณาเกณฑ์ลำดับที่สองต่อไป โดยเกณฑ์ดังกล่าวนี้จะพิจารณาถึงประสิทธิภาพของโทษและความพร้อมในการบังคับใช้โทษเป็นสำคัญ ซึ่งในลำดับแรกจะพิจารณาถึง “ประสิทธิภาพของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ในปัจจุบัน” เนื่องจากก่อนที่ผู้ตรากฎหมายจะกำหนดโทษอาญาสำหรับการกระทำในเรื่องหนึ่งนั้น ผู้ตรากฎหมายควรตรวจสอบให้ดีเสียก่อนว่าการกระทำ ความผิดดังกล่าว มีกฎหมายได้กำหนดโทษประเภทอื่นไว้แล้วหรือไม่ และโทษที่กำหนดไว้นั้นมีประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดหรือไม่ หรือกรณีนั้นมีฐานความผิดอาญาทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญาที่อาจนำมาใช้กับการกระทำผิดนั้นได้หรือไม่และการใช้โทษอาญาดังกล่าวมีประสิทธิภาพหรือไม่ แล้วจึงค่อยมาพิจารณาในลำดับที่สองว่าหากกำหนดให้เป็นความผิดขึ้นใหม่แล้วจะมี “ความพร้อมหรือศักยภาพในการบังคับใช้โทษอาญาได้หรือไม่” ซึ่งหน่วยงานใดที่จะเสนอให้กำหนดโทษอาญาสำหรับการกระทำผิดขึ้นใหม่นั้น จะต้องศึกษาผลกระทบโดยประเมินจำนวนคดีที่จะขึ้นสู่ศาลหากมีการกำหนดโทษอาญา รวมทั้งประเมินความพร้อมของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาประกอบกันไปด้วย โดยพิจารณาหลักเกณฑ์และค่าคะแนนตามตารางต่อไปนี้

ตารางที่ 3.3 เกณฑ์ความสัมฤทธิ์ผล - หลักอรรถประโยชน์¹⁵¹

| ตัวชี้วัด | เกณฑ์การพิจารณา | ระดับที่สมควรกำหนดเป็นความผิดอาญา |
|---------------------------------------|----------------------------------|-----------------------------------|
| ประสิทธิภาพของโทษอาญาที่กำหนดในกฎหมาย | ไม่มีการกำหนดโทษอาญาไว้ | 3 |
| | โทษอาญาไม่มีประสิทธิภาพ | 2 |
| | โทษอาญามีประสิทธิภาพ | 1 |
| ประสิทธิภาพของโทษอื่น ๆ นอกจากโทษอาญา | ไม่มีการกำหนดโทษอื่น ๆ ไว้ | 3 |
| | โทษอื่น ๆ ไม่มีประสิทธิภาพ | 2 |
| | โทษอื่น ๆ มีประสิทธิภาพ | 1 |
| ความพร้อมในการบังคับใช้โทษอาญา | พร้อมที่จะสืบสวนและพิจารณาคดี | 3 |
| | พร้อมสืบสวนแต่ไม่พร้อมพิจารณาคดี | 2 |
| | ไม่มีความพร้อมในการสืบสวน | 1 |

ที่มา: ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, 2560, น.34

ตามตารางที่ 3.3 นั้นแสดงให้เห็นว่า เมื่อนำตัวชี้วัดทั้งสามประการข้างต้นมาคำนวณประกอบกันแล้วกับความผิดใดความผิดหนึ่งแล้วสามารถรวมผลคำนวณได้ค่ามากกว่า 7 เช่น กรณีความผิดที่ไม่มีการกำหนดโทษอาญาไว้ (ค่าคะแนน 3) และไม่มีการกำหนดโทษอื่น ๆ ไว้เช่นกัน (ค่าคะแนน 3) และกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีความพร้อมในการสืบสวนและพิจารณาคดี (ค่าคะแนน 3) ค่ารวมจะเท่ากับ 9 กรณีดังกล่าวนี้สมควรกำหนดให้การกระทำนั้นมีโทษอาญาได้ แต่หากรวมผลคำนวณได้ค่าน้อยกว่า 7 เช่น กรณีที่ความผิดดังกล่าวมีฐานความผิดอาญาทั่วไปที่มีประสิทธิภาพอยู่แล้ว (ค่าคะแนน 1) และโทษอื่น ๆ ที่กำหนดไว้ก็มีประสิทธิภาพ (ค่าคะแนน 1) ซึ่งหากกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นฐานความผิดอาญาใหม่เป็นการเฉพาะจะมีความพร้อมในการสืบสวนแต่ไม่มีความพร้อมในการพิจารณาคดี (ค่าคะแนน 2) ค่ารวมจะเท่ากับ 4 กรณีดังกล่าวนี้ย่อมไม่สมควรกำหนดให้การกระทำนั้นมีโทษอาญาเป็นการเฉพาะอีก เป็นต้น

3.3.3 เกณฑ์ลำดับที่สาม เกณฑ์เทคนิค

เกณฑ์เทคนิคนี้จะถูกนำมาพิจารณาก็ต่อเมื่อผ่านเกณฑ์ที่หนึ่งและที่สองมาแล้วได้ข้อสรุปว่าการกระทำความผิดดังกล่าวไม่สมควรที่จะกำหนดโทษทางอาญาแต่ควรที่จะกำหนดมาตรการอื่นมาใช้บังคับแทน ซึ่งเกณฑ์ลำดับที่สามหรือเกณฑ์เทคนิคนี้จะมาพิจารณาว่า การกระทำความผิดดังกล่าวสมควรใช้มาตรการลงโทษแบบใดจึงจะเหมาะสมแทนการใช้โทษทางอาญา ซึ่งมาตรการลงโทษอย่างอื่นเช่น โทษทางปกครอง อันเป็นโทษที่มุ่งเน้นในเรื่องการควบคุมกำกับ หรือ โทษทางแพ่งอันเป็นโทษที่มุ่งเน้นในเรื่องการเยียวยาความเสียหาย หรือใช้วิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอันเป็นเรื่องการเน้นสร้างความปรองดอง

¹⁵¹ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ (เชิงอรรถ 95) 34.

โดยการพิจารณาเลือกมาตรการที่เหมาะสมกับการกระทำในแต่ละกรณีนั้นจะต้องพิจารณาโดยใช้ตัวชี้วัดสามประการประกอบกัน ได้แก่

(1) ลักษณะความเสียหาย ซึ่งเป็นการพิจารณาว่าการกระทำนั้นได้ก่อความเสียหายแก่บุคคลเฉพาะรายแล้วหรือไม่ได้ก่อความเสียหายแก่ผู้ใด หรืออาจจะก่อความเสียหายขึ้นได้

(2) สิ่งที่ถูกกฎหมายคุ้มครอง ซึ่งต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการล่วงละเมิดต่อประโยชน์ส่วนบุคคล ประโยชน์ของทางราชการ หรือเป็นการล่วงละเมิดต่อประโยชน์ส่วนรวมโดยทั่วไป และ

(3) ลักษณะการกระทำผิด ซึ่งจะพิจารณาว่าเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ทางแพ่งหน้าที่ทางปกครอง หรือเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ใด ๆ ที่มีลักษณะกลาง ๆ

ทั้งนี้ ตัวชี้วัดสามประการข้างต้นจะต้องพิจารณาถึงรายละเอียดและค่าคะแนนตามตารางต่อไปนี้ด้วย

ตารางที่ 3.4 เกณฑ์เทคนิค – การใช้หลักยุติธรรมประกอบกับหลักอรรถประโยชน์¹⁵²

| ตัวชี้วัด | เกณฑ์การพิจารณา | ระดับที่สมควรกำหนดโทษ | |
|---------------------|------------------------------------|--|--------------|
| | | โทษทางแพ่ง หรือ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท | โทษทางปกครอง |
| ความเสียหาย | ความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว | 3 | 1 |
| | ความเสียหายอาจเกิดขึ้นได้ | 2 | 2 |
| | ไม่เกิดความเสียหายกับบุคคลเฉพาะราย | 1 | 3 |
| สิ่งที่มุ่งคุ้มครอง | ประโยชน์ส่วนบุคคล | 3 | 1 |
| | ประโยชน์สาธารณะ | 2 | 2 |
| | ประโยชน์ของทางราชการ | 1 | 3 |
| การกระทำผิด | การฝ่าฝืนหน้าที่ทางแพ่ง | 3 | 1 |
| | การกระทำใด ๆ | 2 | 2 |
| | การฝ่าฝืนหน้าที่ทางปกครอง | 1 | 3 |

ที่มา: ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, 2560, น.35

เพราะฉะนั้น เมื่อพิจารณาตามตารางที่ 3.4 ข้างต้นแล้ว หากกรณีใดที่เป็นการกระทำที่ก่อความเสียหายกับบุคคลเป็นการเฉพาะรายโดยเป็นการล่วงละเมิดต่อประโยชน์ของปัจเจกบุคคลและเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ทางแพ่งย่อมสมควรกำหนดให้มีโทษทางแพ่งหรือใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ส่วนจะเลือกใช้โทษทางแพ่งหรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น จะต้องพิจารณาต่อไปว่ากฎหมายดังกล่าวมุ่งคุ้มครองเรื่องใดเพราะการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะแตกต่างจากการลงโทษทางแพ่งตรงที่มองว่าการกระทำผิดเป็น “ความขัดแย้งระหว่าง

¹⁵² ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ (เชิงอรรถ 95) 35.

บุคคล” มากกว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายทางกฎหมายและข้อตกลงที่เกิดจากกระบวนการใกล้เคียงเป็นการสร้างความปรองดองระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องมากกว่าเป็นการปกป้องกฎหมายที่ถูกล่วงละเมิดซึ่งการใกล้เคียงเป็นวิธีการที่ใช้ได้ในกรณีที่ผู้กระทำผิดและผู้เสียหายมีสถานะทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรมใกล้เคียงกัน และสามารถหาข้อยุติที่เหมาะสมกับแต่ละกรณีได้ดีกว่าการลงโทษทางแพ่ง

ส่วนกรณีที่ได้เป็นการกระทำที่ไม่ได้ก่อความเสียหายกับบุคคลใดเป็นการเฉพาะโดยเป็นการล่วงละเมิดต่อประโยชน์ของทางราชการและเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ทางปกครอง ก็สมควรกำหนดให้มีโทษทางปกครอง

เมื่อพิจารณาเกณฑ์ในการกำหนดโทษของคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสทั้งสามเกณฑ์แล้ว จะเห็นได้ว่าประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศเดียวที่มีการกำหนดเกณฑ์ประเมินความร้ายแรงของความผิดในการกำหนดโทษทางอาญาหรือการใช้มาตรการอย่างอื่นไว้อย่างชัดเจนที่สุดเมื่อเทียบกับกฎหมายของประเทศเยอรมนีและอิตาลี โดยมีการกำหนดตัวชี้วัดหลายประการประกอบกับการแทนค่าคะแนนเพื่อพิจารณาว่าความผิดนั้นสมควรที่จะมีมาตรการลงโทษแบบใดจึงจะเหมาะสม แต่อย่างไรก็ตามเกณฑ์ข้างต้นเหล่านี้ยังคงมีความไม่เห็นด้วยของนักวิชาการ นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสอยู่หลายท่าน เช่น Georges Dellis ที่แสดงความเห็นว่า¹⁵³

เกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการฯ นั้นไม่ได้เดินตามแนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมือง (positivisme) ที่ถือว่าผู้ตรากฎหมายสามารถใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญาได้ตามที่เห็นสมควรอยู่แล้ว แต่กลับเป็นการมองข้ามหลักเกณฑ์ดังกล่าวไป ทั้งที่แก่นสาระของความผิดอาญาคือการลงโทษสำหรับความผิดเพื่อตอบสนองต่อ “ความรู้สึก” ของสังคม กล่าวคือ ทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกว่าตนเองถูก สังคมประณามหรือถูกแค้นเพราะความผิดที่ตนได้กระทำลง หรือ

อีกประการหนึ่ง คือ การใช้เกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการฯ ดังกล่าวอาจให้ ความผิดอาญาแต่เดิมจำนวนหนึ่งจะไม่ถือเป็นความผิดที่สมควรใช้โทษทางอาญามาบังคับอีกต่อไป เช่น การกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บแต่ไม่ถึงกับหยุดทำงาน (ไม่สาหัส) แม้จะเป็นการล่วงละเมิดต่อคุณค่าระดับสูง คือ ร่างกายของบุคคล แต่ก็เพียงการกระทำโดยประมาทและเกิดความเสียหายไม่ร้ายแรงจึงได้ค่าคะแนนรวมตามค่าชี้วัดไม่ถึงขั้นที่จะสามารถกำหนดให้มีโทษอาญาได้ ทั้งที่การกระทำความผิดดังกล่าวควรถือเป็นแก่นสาระของความผิดอาญามาตั้งแต่ต้น และมองว่าการใช้เกณฑ์ดังกล่าวนี้ก็เป็นกำหนดให้ผู้ตรากฎหมายมีดุลพินิจในการพิจารณาถึงความเหมาะสมของแต่ละความผิดเท่านั้น มิได้เป็นการกำหนดเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัยแต่อย่างใด

(ก) จุดแบ่งแยกระหว่างความผิดอาญาและความผิดอาญาเล็กน้อยของประเทศฝรั่งเศส

ในแง่ของพัฒนาการของความผิดอาญาและความผิดอาญาเล็กน้อยของประเทศฝรั่งเศส อาจกล่าวได้ว่า มีการใช้คู่เคียงมากับโทษอาญาในทำนองเดียวกันกับประเทศเยอรมนีที่กล่าวมาก่อนหน้านี้และมีเหตุผล

¹⁵³ DELLIS (G.), *Droit pénal et droit administrative* (Paris : L.G.D.J. 1997) 46. อ้างถึงใน ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์ (เชิงอรธ 95) 31-37.

ทำนองเดียวกัน¹⁵⁴ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองไม่อาจที่จะใช้อำนาจลงโทษบุคคลในทางจำกัดเสรีภาพที่สงวนไว้ให้เฉพาะกับอำนาจทางตุลาการเท่านั้น อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการแบ่งแยกระหว่างความผิดอาญาร้ายแรงและความผิดอาญาเล็กน้อยของประเทศฝรั่งเศสจะมีความหลากหลายกว่าของประเทศเยอรมนี แม้บางข้อเสนอมักมีลักษณะในทำนองเดียวกันกับความเห็นของนักกฎหมายเยอรมัน เช่น โทษอาญาสมควรนำมาใช้กับการกระทำที่กระทบต่อคุณค่าอันสำคัญของสังคม ส่วนโทษทางปกครองสมควรนำมาใช้กับการกระทำที่กระทบต่อกฎเกณฑ์ในการจัดระเบียบสังคม หรือ ข้อเสนอที่ให้ใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องความร้ายแรงของการกระทำผิดในทำนองเดียวกันกับนักกฎหมายเยอรมัน แต่นักกฎหมายฝรั่งเศสมีความละเอียดกว่าในแง่ที่มีการกำหนดระดับคะแนนของตัวชี้วัดที่แสดงให้เห็นถึงระดับของความร้ายแรงของการกระทำผิดตลอดจนการนำหลักความสัมฤทธิ์ผลตามหลักอรรถประโยชน์ โดยพิจารณาถึงประสิทธิภาพของโทษและความพร้อมในการบังคับใช้โทษประกอบด้วย อย่างไรก็ตาม ในส่วนของข้อเสนอของคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส แม้ว่าจะมีความชัดเจนเพราะมีการกำหนดตัวชี้วัด แต่ก็มีข้อโต้แย้งจากฝ่ายตำราว่า¹⁵⁵ การใช้หลักเกณฑ์ตัวชี้วัดดังกล่าวจะทำให้เกิดผลประหลาดเพราะจะทำให้ความผิดอาญาคลาสสิกบางฐานความผิด ไม่เป็นความผิดอาญาอีกต่อไป เช่น การดูหมิ่นผู้อื่นโดยมิได้กระทำต่อหน้าธารกำนัล การตีตบหน้าลูกศิษย์ในชั้นเรียน การรบกวนบุคคลให้ร่วมประเวณี รวมทั้งการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับบาดเจ็บ เนื่องจากมีระดับคะแนนไม่มากพอที่จะเป็นความผิดอาญา นอกจากนี้ ตามความเห็นของนักกฎหมายฝรั่งเศสยังมีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องของความผิดอาญาเล็กน้อย จากมุมมองของฝ่ายปฏิบัติด้วย กล่าวคือ มีข้อเสนอให้นำโทษทางปกครองมาใช้กับบางกรณี เช่น การควบคุมกำกับภาคธุรกิจหรือการประกอบการ การสอบสวนข้อเท็จจริงที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านเป็นอย่างสูง การขาดความเชี่ยวชาญของศาลในเรื่องดังกล่าว รวมถึงกรณีของการกระทำผิดที่มีผู้กระทำความผิดเป็นจำนวนมาก หรือการกระทำผิดอาญาที่ในทางปฏิบัติแล้วไม่มีการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเลย

จากการศึกษาเปรียบเทียบ ผู้เขียนพบว่า การกำหนดเกณฑ์ความร้ายแรงและไม่ร้ายแรงของการกระทำผิดทางอาญาตามระบบกฎหมายต่างประเทศเมื่อเปรียบเทียบกันแล้ว ทำให้เห็นว่าตามหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาตามความร้ายแรงและไม่ร้ายแรงสำหรับประเทศเยอรมนีนั้นได้มีหลักเกณฑ์ในการให้ความสำคัญเกี่ยวกับคุณค่าของสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนแต่ละคน ไม่ว่าจะเป็นชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน หรือสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งถ้าหากเป็นการกระทำผิดอันเป็นการละเมิดคุณค่าที่สำคัญให้ถือว่าเป็นการกระทำผิดที่มีลักษณะร้ายแรงควรที่จะนำมาตราการลงโทษทางอาญามาใช้บังคับซึ่งในประเทศเยอรมนีการกระทำผิดที่มีลักษณะร้ายแรงนั้นจะต้องขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้ตรวจการเป็นผู้อำหนดด้วย

สำหรับการกำหนดเกณฑ์ความร้ายแรงและไม่ร้ายแรงสำหรับประเทศฝรั่งเศสนั้นได้ใช้เกณฑ์ที่จะกำหนดความผิดนั้นที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมมากกว่าประเทศอื่นๆ ในการพิจารณาว่าการกระทำผิด

¹⁵⁴ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 100) 133.

¹⁵⁵ ชาญชัย แสงศักดิ์ (เชิงอรรถ 97) 70.

ดังกล่าวนี้มีลักษณะที่ร้ายแรงหรือไม่ โดยพิจารณาจากตัวชี้วัดสามประการประกอบกัน กล่าวคือ ประการแรก ลักษณะการกระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยเจตนา ประมาท ประการที่สอง ความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง เช่นคุณค่าระดับสูงที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ สิทธิและเสรีภาพที่ถูกจำกัด และประการที่สาม ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นความเสียหายร้ายแรงหรือความเสียหายเพียงเล็กน้อย ๆ โดยแต่ละตัวชี้วัดโดยให้คะแนนตั้งแต่ระดับต่ำสุด 1 คะแนน ระดับปานกลาง 2 คะแนน ระดับสูงสุด 3 คะแนน ซึ่งเมื่อรวมกันแล้วถ้ามีค่าคะแนนมากกว่า 7 คะแนนถือว่าการกระทำความผิดนั้นมีลักษณะร้ายแรงควรใช้มาตรการลงโทษทางอาญา แต่ถ้าหากเมื่อรวมกันแล้วค่าคะแนนต่ำกว่า 7 คะแนนถือว่าการกระทำความผิดนั้นมีลักษณะไม่ร้ายแรงควรที่จะใช้มาตรการในการลงโทษอย่างอื่นที่มีใช้มาตรการลงโทษทางอาญาแทน และสำหรับหลักเกณฑ์ของประเทศอิตาลีนั้นมีการกำหนดกรอบในการแบ่งแยกความผิดร้ายแรงและไม่ร้ายแรงในการพิจารณากำหนดโทษเพื่อมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติผู้ตรากฎหมายใช้ดุลพินิจในการกำหนดความผิดและโทษตามอำเภอใจ โดยมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 2 ประการในการกำหนดโทษที่จะต้องพิจารณาประกอบกัน กล่าวคือ ประการแรก หลักความพอสมควรแก่เหตุ และหลักการใช้โทษทางอาญาเป็นมาตรการสำรอง ถ้าหากการกระทำความผิดนั้นเป็นการละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองอันเป็นคุณค่าระดับสูงและก่อให้เกิดความเสียหายระดับร้ายแรงก็ควรใช้มาตรการลงโทษทางอาญา ถ้าหากมิได้เป็นการละเมิดสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเป็นสำคัญก็ควรใช้มาตรการลงโทษอย่างอื่นที่เหมาะสมมาใช้บังคับ

เมื่อได้ศึกษาในส่วนนี้แล้วสามารถที่จะสรุปเปรียบเทียบหลักเกณฑ์พิจารณาความร้ายแรงและไม่ร้ายแรงของการกระทำความผิดตามกฎหมายต่างประเทศเป็นตารางดังต่อไปนี้

ตารางที่ 3.5 เปรียบเทียบหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกความผิดอาญาที่มีลักษณะร้ายแรงและไม่ร้ายแรงตามกฎหมายต่างประเทศ

| ประเทศ | หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกความผิดอาญาร้ายแรงและไม่ร้ายแรง |
|------------------|--|
| 1. ประเทศเยอรมนี | มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อนิติสมบัติที่สำคัญและมีลักษณะพึงตำหนิในทางศีลธรรมหรือไม่ พิจารณาประกอบดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นจุดแบ่งแยกความผิดอาญาร้ายแรงและไม่ร้ายแรง หากเป็นความผิดอาญาร้ายแรงนิติสมบัติของปัจเจกชนจะเป็นสิ่งที่ได้รับความเสียหายและมีความน่าตำหนิในทางศีลธรรม ในขณะที่ความผิดอาญาไม่ร้ายแรงนั้น นิติสมบัติที่ได้รับความเสียหายเป็นนิติสมบัติของรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดระเบียบของสังคมให้เรียบร้อยเท่านั้นและปราศจากความน่าตำหนิในทางศีลธรรม |
| 2. ประเทศอิตาลี | มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา กล่าวคือ ใช้หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างมาตรการลงโทษทางอาญาและมาตรการลงโทษอย่างอื่น โดยพิจารณาประกอบกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ และหลักการใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสำรอง เมื่อพิจารณาประกอบกันแล้ว ถ้าหากก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อคุณค่าระดับสูงและมาตรการอื่น ๆ ไม่มีประสิทธิภาพเทียบเท่าโทษทางอาญาก็สมควรใช้มาตรการลงโทษทางอาญา แต่ถ้าก่อให้เกิดความเสียหายต่อคุณค่าระดับรอง |

| ประเทศ | หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกความผิดอาญาร้ายแรงและไม่ร้ายแรง |
|-------------------|--|
| | และมาตรการอื่นที่มีนั้นมีประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าว ดีกว่าโทษอาญาก็ควรใช้มาตรการลงโทษอย่างอื่นแทน |
| 3. ประเทศฝรั่งเศส | มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณามากกว่าประเทศอื่น ๆ กล่าวคือ มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความร้ายแรงตามตัวชี้วัด 3 ประการ คือ ประการแรก ลักษณะการกระทำความผิด ประการที่สอง ความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง และประการที่สาม ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง โดยมีการแทนค่าด้วยคะแนนเพื่อพิจารณาความร้ายแรงของความผิดนั้น ๆ เป็นการแบ่งแยกความผิดอาญาร้ายแรงและไม่ร้ายแรงตามตัวชี้วัดหากคำนวณแล้วค่ารวมของคะแนนมากกว่า 7 คะแนน ถือว่าเป็นความผิดอาญาร้ายแรงสมควรใช้มาตรการลงโทษทางอาญา แต่ถ้าค่ารวมของคะแนนน้อยกว่า 5 คะแนน ถือว่าเป็นความผิดอาญาไม่ร้ายแรงสมควรใช้มาตรการอย่างอื่นแทนมาตรการลงโทษทางอาญา แต่อย่างไรก็ดี ถ้าหากค่ารวมของคะแนนอยู่ในระหว่าง 5-7 คะแนนต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ในเรื่องความสัมพันธ์ผลตามหลักอรรถประโยชน์ โดยพิจารณาตามตัวชี้วัดอีก 3 ประการ คือ ประการแรก ประสิทธิภาพของโทษอาญาที่กำหนดในกฎหมาย ประการที่สอง ประสิทธิภาพของโทษอื่น ๆ นอกจากโทษอาญา และประการที่สาม ความพร้อมในการบังคับใช้โทษอาญาโดยแต่ละตัวชี้วัดมีคะแนนตั้งแต่หนึ่งถึงสาม เมื่อพิจารณาประกอบกันแล้ว หากค่าคะแนนรวมเท่ากับ 9 คะแนนถือว่าสมควรใช้โทษทางอาญา แต่ถ้าค่าคะแนนรวมเท่ากับ 3 คะแนนสมควรใช้มาตรการลงโทษอย่างอื่นที่มีโทษทางอาญา |

ที่มา: นูติ ยี่แพร, 2566

จากการศึกษาเปรียบเทียบตามตารางที่ 3.5 แล้วทำให้เห็นว่า การกำหนดเกณฑ์ความร้ายแรงและไม่ร้ายแรงตามกฎหมายต่างประเทศมีวิธีการในการพิจารณาว่าการกระทำความผิดนั้นมีลักษณะที่ร้ายแรงหรือไม่ซึ่งเป็นวิธีการที่แตกต่างกันไปแต่จุดมุ่งหมายหรือเป้าหมายของแต่ละประเทศมีอย่างเดียวกันคือ การลดปัญหาสถานะกฎหมายอาญาเพื่อ กล่าวคือ ลดภาระในกระบวนการยุติธรรมให้น้อยลง ลดจำนวนนักโทษที่ล้นคุก และเพื่อให้มาตรการในการลงโทษนั้นเหมาะสมกับลักษณะของการกระทำความผิดให้บรรลุวัตถุประสงค์ประสงค์ในการลงโทษ ผู้เขียนจึงมีความเห็นที่จะนำหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความร้ายแรงและไม่ร้ายแรงของประเทศเยอรมนีมาใช้ในการพิจารณาความผิดโทษแต่ละฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาไทย

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงตาม ประมวลกฎหมายอาญาภาค 3 ความผิดลหุโทษ

ในเบื้องต้นผู้เขียนจะศึกษาและวิเคราะห์สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันสำหรับความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญาไทยก่อนว่าได้พบปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างไรบ้างเพื่อเป็นประโยชน์ในการวิเคราะห์ในส่วนต่อไป

4.1 วิเคราะห์สภาพปัญหาความลำสมัยในเรื่องเกี่ยวกับการใช้มาตรการลงโทษสำหรับความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญาไทย

ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน พบว่าประเทศไทยประสบปัญหาจากการบัญญัติกฎหมายโดยใช้มาตรการในการลงโทษทางอาญาเป็นจำนวนมากเกินไปไม่ว่าตามประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด เป็นต้น โดยเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญาไทยมีการพัฒนาการจากกฎหมายสารบัญญัติทางอาญานับตั้งแต่อดีตนั้นได้มีการชำระสะสางกฎหมายโดยได้จัดทำเป็นประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งในประมวลกฎหมายลักษณะอาญาดังกล่าวนั้นได้บัญญัติรวบรวมบรรดาความผิดเล็กน้อยและความผิดที่ไม่สมควรจะได้รับโทษอาญาในระดับรุนแรงไว้ด้วย ต่อมาได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาไทยขึ้นมาโดยนำความผิดลหุโทษในกฎหมายลักษณะอาญามาบัญญัติไว้ในภาคความผิดลหุโทษแต่ได้ลดจำนวนความผิดลงเหลือน้อยกว่าเดิมแตกต่างกับความผิดอาญาทั่วไปเนื่องจากได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติหลายฉบับซึ่งได้บัญญัติความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ไม่ว่าจะมีความผิดเกี่ยวกับคมนาคม สาธารณสุข การใช้จ่ายพาหนะไว้โดยเฉพาะแล้วจนถึงปัจจุบันซึ่งทำให้เห็นว่าความผิดลหุโทษดังกล่าวนี้มีความลำสมัยไม่ทันสถานการณ์ปัจจุบัน โดยลักษณะการกระทำความผิดลหุโทษโดยเนื้อแท้เป็นความผิดอาญาที่มีโทษที่ไม่รุนแรง เป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายเพียงเล็กน้อย ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสังคมเป็นวงกว้างอย่างรุนแรง อีกทั้งไม่มีความเป็นอาชญากรรมโดยแท้ปราศจากข้อตำหนิในทางศีลธรรม และมิได้ก่อให้เกิดความเสียหายเป็นวงกว้าง เนื่องจากผู้กระทำความผิดไม่ได้มีจิตใจชั่วร้ายเป็นสันดาน ผู้กระทำความผิดลหุโทษนี้จึงเป็นเพียงผู้ที่ละเมิดข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันเท่านั้นไม่ใช่อาชญากร จนทำให้เกิดปัญหาหลายประการเนื่องจากการบัญญัติกฎหมายเหล่านี้ขึ้นเพื่อจัดระเบียบสังคมซึ่งรัฐได้รับประโยชน์จากการใช้มาตรการลงโทษในทางอาญาแน่นอน โดยมีได้ค่านึงว่าการจัดระเบียบสังคมนั้นไม่จำเป็นต้องใช้มาตรการลงโทษทางอาญาเสมอไปและในปัจจุบันกฎหมายอาญาถูกนำมาใช้บังคับพฤติกรรมของคนในสังคมทั้งที่มีใช้การฝ่าฝืนต่อศีลธรรม ซึ่งการกำหนดความผิดลหุโทษและดำเนินคดีอาญาเป็นสภาพบังคับที่มีประสิทธิภาพที่สุดเพราะความหวาดกลัวในโทษทางอาญา¹⁵⁶ แต่ในทางกลับกัน

¹⁵⁶ ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถ 4) 43.

ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการทางอาญาอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร โดยเฉพาะในการบัญญัติกฎหมายอาญาเทคนิค (Mala Prohibita) อันเป็นความผิดจากการกระทำที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้เป็นความผิดอาญาที่เป็นความชั่วร้ายโดยธรรมชาติ โดยตรากฎหมายให้เป็นความผิดลักษณะดังกล่าวเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ จนกระทบต่อการใช้ชีวิตประจำวันของประชาชนและทำให้การฝ่าฝืนกฎหมายของประชาชนมีโอกาสเกิดขึ้นได้ง่าย จนกระทั่งส่งผลกระทบวนการยุติธรรมในศาลเกิดความล่าช้าคดีเยอะจนล้นศาล นักโทษล้นเรือนจำ ดังนั้น เมื่อมีการบัญญัติกฎหมายทางเทคนิคมากเกินไปจึงทำให้เกิดปัญหาสถานการณ์กฎหมายอาญาเพื่อ (Over-Criminalization)¹⁵⁷ ส่งผลให้เกิดความไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายและมีการกระทำความผิดเพิ่มมากขึ้นจนกระทั่งทำให้เกิดอุปสรรคต่อกระบวนการยุติธรรมนำไปสู่การทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย อีกทั้งการใช้มาตรการในการลงโทษทางอาญาในการปรับแก้ผู้กระทำความผิดกฎหมายทางเทคนิคในปัจจุบันซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมากนั้นทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำทางสังคมอันเป็นการกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรงเนื่องจากคนที่มีฐานะทางเศรษฐกิจยากจนหากไม่มีเงินชำระค่าปรับจะต้องถูกดำเนินการกักขังแทนค่าปรับอันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพอย่างหนึ่งและต้องถูกบันทึกประวัติอาชญากรรมทำให้มีประวัติติดตัวจนกว่าชีวิตจะหาไม่ในทางกลับกันพบว่าคนที่มีฐานะทางเศรษฐกิจร่ำรวยจะไม่พบปัญหานี้เนื่องจากมีเงินชำระค่าปรับและตามกฎหมายสามารถเปรียบเทียบปรับได้

เมื่อได้ทราบสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากการวิเคราะห์สำหรับความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญาไทยแล้วจะนำไปสู่การศึกษาความผิดลหุโทษแต่ละฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาแล้วพบว่าความผิดลหุโทษบางฐานความผิดนั้นมีลักษณะการกระทำความผิดที่ร้ายแรง และความผิดบางฐานความผิดนั้นมีลักษณะการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรง โดยผู้เขียนจะทำการคัดแยกความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญาออกเป็นกลุ่ม ๆ ตามลักษณะการกระทำความผิดและนิติสมบัติที่สำคัญซึ่งกฎหมายมุ่งคุ้มครอง โดยจะเริ่มคัดแยกความผิดลหุโทษที่หมดความจำเป็นและความผิดลหุโทษที่มีลักษณะการกระทำความผิดที่ร้ายแรงก่อน แล้วคัดแยกความผิดลหุโทษที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงตามลำดับ เพื่อวิเคราะห์ว่าความผิดลหุโทษฐานใดควรใช้มาตรการลงโทษทางอาญาหรือควรใช้มาตรการลงโทษปรับเป็นพินัย และวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นข้อบกพร่องในพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 ดังที่จะกล่าวต่อไปดังต่อไปนี้

4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา

หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน ไม่ว่าจะตามประเทศเยอรมนี ประเทศอิตาลี ประเทศฝรั่งเศส สามารถที่จะแบ่งแยกหลักเกณฑ์ของแต่ละประเทศตามตารางเปรียบเทียบเพื่อให้เห็นถึงหลักเกณฑ์อย่างชัดเจนว่ามีความแตกต่างอย่างไร เพื่อนำหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่เหมาะสมและถูกต้องมาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย ดังต่อไปนี้

¹⁵⁷ เฝิงอ้าง.

ตารางที่ 4.1 เปรียบเทียบหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกความผิดอาญาที่มีลักษณะร้ายแรงและไม่ร้ายแรงระหว่างกฎหมายไทยกับต่างประเทศ

| ประเทศ | หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกความผิดอาญาร้ายแรงและไม่ร้ายแรง |
|-------------------|---|
| 1. ประเทศเยอรมนี | มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา กล่าวคือ โดยพิจารณาการกระทำที่ละเมิดต่อนิติสมบัติที่สำคัญ และมีลักษณะพึ่งตำหนิในทางศีลธรรม ประกอบดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติ |
| 2. ประเทศอิตาลี | มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา กล่าวคือ ใช้หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างมาตรการลงโทษทางอาญาและมาตรการลงโทษอย่างอื่น โดยพิจารณาประกอบกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ และหลักการใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสำรอง |
| 3. ประเทศฝรั่งเศส | มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณามากกว่าประเทศอื่น ๆ กล่าวคือ พิจารณาโดยใช้ตัวชี้วัดโดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความร้ายแรง ประกอบต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ในเรื่องความสัมพันธ์ผลตามหลักอรรถประโยชน์ |
| 4. ประเทศไทย | มีหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 77 วรรคสาม ประกอบกับคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดโทษอาญาในกฎหมายไทยได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “ความผิดร้ายแรง” โดยมีหลักเกณฑ์ 4 ประการ ประการแรก เป็นการกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ประการที่สอง กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ประการที่สาม กระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง ประการที่สี่ มีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง |

ที่มา: นุติ ยี่แพร, 2566

จากการศึกษาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาของต่างประเทศกับประเทศไทยตามตารางที่ 4.1 ข้างต้นแล้วพบว่า ประเทศไทยในปัจจุบันมีความบกพร่องในหลักเกณฑ์ดังกล่าว เนื่องจากในอดีตฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายซึ่งใช้มาตรการลงโทษทางอาญาเป็นจำนวนมากจนเกินความจำเป็นในกรณีที่ผู้เขียนได้ศึกษาปัญหาที่เกิดขึ้นในความผิดลหุโทษบางฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่ได้บัญญัติไว้บัญญัติท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 และหลักเกณฑ์ว่าด้วยการปรับเป็นพินัยคือ การนำความผิดอาญาที่มีโทษทางอาญาปรับสถานเดียวมาใช้บังคับซึ่งผู้เขียนเห็นว่ายังเป็นข้อบกพร่องของหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความผิดให้เป็นการปรับเป็นพินัยโดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน และอาจเป็นข้อถกเถียงในทางวิชาการในอนาคต อีกทั้งไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 วรรคสามยังบัญญัติไว้ว่าการจะกำหนดความผิดอาญาได้นั้นต้องเป็นการกระทำที่มีลักษณะร้ายแรงเท่านั้น ประกอบกับบทนิยามของความผิดอาญาร้ายแรงตามคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายได้ให้ไว้เช่นกันเนื่องจากความผิดที่ผู้เขียนจะนำมาวิเคราะห์ได้มีการบัญญัติไว้ก่อนที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ แต่ประมวลกฎหมายอาญาก็ยังมิได้มีการแก้ไขแต่อย่างใด จึงเป็นเป้าหมายของผู้เขียนที่จะต้อง

วิเคราะห์ความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญาตามหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาให้ถูกต้องและมีประสิทธิภาพโดยนำพระราชบัญญัติว่าด้วยปรับเป็นพินัยมาใช้บังคับกับความผิดลหุโทษบางฐานความผิดเพื่อให้มาตรการลงโทษเกิดความเหมาะสมกับลักษณะการกระทำความผิดต่อไปในบทวิเคราะห์ส่วนนี้ตามลำดับ

ภายหลังจากที่ได้เห็นและศึกษาความคิดในเรื่องหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาแล้วทั้งในระบบกฎหมายต่างประเทศและระบบในกฎหมายไทยแสดงให้เห็นถึงว่ามีหลักเกณฑ์ 3 ประการที่จะต้องพิจารณา กล่าวคือ หลักเกณฑ์แรกว่าด้วยการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญ ส่วนหลักเกณฑ์ที่สองว่าด้วยการใช้กฎหมายอาญาในวิธีทางสุดท้าย และหลักเกณฑ์ที่สามว่าด้วยหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบซึ่งเป็นแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาโดยถือหลักการในเรื่องของการคุ้มครองนิติสมบัติในวิธีทางสุดท้าย¹⁵⁸ ของ ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ มีลักษณะทำนองเดียวกันกับหลักเกณฑ์ Prof. Claus Roxin เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึงนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาปรับใช้โดยใช้หลักการว่า “การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายในวิธีทางสุดท้าย” ในการวิเคราะห์ความผิดลหุโทษบางฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา 3 อันมีลักษณะการกำหนดความผิดไม่เหมาะสมกับการใช้มาตรการในการลงโทษทางอาญาโดยใช้มาตรการอย่างอื่นซึ่งได้ผลที่ดีกว่าและมีประสิทธิภาพ เพื่อให้สอดคล้องกับการกำหนดความผิดอาญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและบรรลุดัตถุประสงค์ในการลงโทษให้ทันสมัยตามสถานการณ์ปัจจุบันดังต่อไปนี้

1. กฎหมายอาญาเป็นเรื่องของการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย¹⁵⁹ที่สำคัญ

เป็นสิ่งที่รัฐจะมีความชอบธรรมในการกำหนดให้การกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นความผิดอาญาได้นั้น การกระทำดังกล่าวนั้นจะต้องเป็นการกระทบต่อการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขและเสรีของคนในสังคม หรือเป็นการกระทำที่รัฐไม่สามารถดำเนินภารกิจที่สำคัญของตนให้เป็นไปโดยราบรื่นได้โดยการกระทำดังกล่าวอาจเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดในสังคม

หรือแม้จะไม่มีบุคคลหนึ่งบุคคลใดในสังคมได้รับความเสียหาย แต่การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทบต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง รัฐก็ย่อมมีความชอบธรรมในการกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาได้¹⁶⁰ โดยการกระทำที่เป็นการกระทบต่อการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขและสันติของคนในสังคมนั้นจะต้องพิจารณาเรื่องของการก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นประกอบกับความร้ายแรงของการกระทำดังกล่าวว่ามีความร้ายแรงเพียงพอแก่การกำหนดความผิดหรือไม่ โดยความเสียหายที่เกิดแก่บุคคลอื่นนั้นอันเป็นการกระทบต่อปัจเจกชนแต่ละคนแล้วยังรวมถึงการกระทบต่อสังคมโดยรวมอีกด้วย¹⁶¹ และต้อง

¹⁵⁸ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, ‘การกำหนดความผิดอาญาตามกฎหมายเยอรมัน’ (กรกฎาคม 2548) 18 ข่าวเนติบัณฑิต 192, 11-12.

¹⁵⁹ คณิต ฒ นคร เรียกว่า คุณธรรมทางกฎหมาย

¹⁶⁰ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 76-77.

¹⁶¹ เพ็งอ้าง, 77.

พิจารณาหลักความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนควบคู่ไปด้วยเนื่องจากความผิดอาญามีหลักศีลธรรมเป็นรากฐานส่วนใหญ่จึงจะเห็นได้จากความผิดอาญาในตัวเอง (Mala in se) และเป็นสิ่งที่อยู่ในจิตสำนึกของคนส่วนใหญ่ในสังคมอีกทั้งจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ที่ว่าการกระทำนั้นจะต้องมีความน่าตำหนิในทางศีลธรรมด้วย¹⁶² ทั้งนี้จะต้องพิจารณาให้สอดคล้องตามหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยประกอบกับคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายอีกด้วย ผู้เขียนกล่าวโดยสรุปได้ หลักเกณฑ์ในส่วนของ การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญนี้ ต้องพิจารณาจากการกระทำว่าการกระทำดังกล่าวกระทบต่อการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขและสันติของคนในสังคมหรือไม่ กล่าวคือพิจารณาในเรื่องการก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ความร้ายแรงของการกระทำ และความน่าตำหนิในทางศีลธรรม

2. กฎหมายอาญาในวิธีทางสุดท้าย

หมายถึง การจะนำกฎหมายอาญามาใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อมาตรการอื่นที่มีอยู่ของรัฐใช้บังคับไม่ได้แล้ว ถ้าหากมาตรการอื่นของรัฐ ไม่ว่าจะเป็มาตรการในทางแพ่งหรือทางปกครองหรือปรับเป็นพินัยใช้บังคับได้ผลดีกว่าหรือได้ผลเท่ากับการใช้มาตรการทางอาญาก็สมควรที่จะต้องใช้มาตรการอื่นก่อน โดยมาตรการอื่นที่กล่าวไว้ข้างต้นนั้น หมายถึง มาตรการที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่ใช่มาตรการที่จะเกิดขึ้นมาในอนาคตอย่างเช่นในกรณีที่ไม่มีความผิดฐานทำให้เสียหายโดยประมาทเนื่องจากสามารถใช้หลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องความรับผิดทางละเมิดมาใช้บังคับกับกรณีดังกล่าวและมาตรการดังกล่าวใช้ได้ผลเช่นเดียวกัน¹⁶³ อีกทั้งจะต้องนำเอาแนวคิดของหลักความได้สัดส่วนตามกฎหมายเยอรมันมาปรับใช้ซึ่งถือว่าหลักวิธีทางน้อยที่สุดเป็นส่วนหนึ่งของหลักความได้สัดส่วนนั้นตามความเห็นของ Prof. Claus Roxin หมายถึง องค์ประกอบในส่วนของความจำเป็น (eforderloch) โดยรากฐานแนวคิดหลักได้สัดส่วนมาจาก มาตรการของรัฐที่มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน จะมีความชอบธรรมก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่กำหนดไว้โดยที่เจตนารมณ์ดังกล่าวจะต้องถูกนำมาซึ่งน้ำหนักประโยชน์ส่วนได้เสียก่อนว่าได้สัดส่วนกันหรือไม่ ด้วยเหตุนี้ หลักความได้สัดส่วนจึงเป็นหลักกฎหมายที่จะคุ้มครองประชาชนไม่ให้ถูกรัฐใช้มาตรการที่มาจำกัดสิทธิเสรีภาพอย่างไม่มีขอบเขตและอย่างอำเอใจ¹⁶⁴ เป็นหลักการที่มากำหนดขอบเขตของการที่อำนาจของฝ่ายบริหารจะรุกล้ำเข้ามาในสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากเหตุผลในเรื่องของความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยจะถือว่า การรุกล้ำของฝ่ายบริหารดังกล่าวเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อ การรุกล้ำดังกล่าวเป็น

¹⁶² เฟิงอ้าง, 78.

¹⁶³ เฟิงอ้าง, 81.

¹⁶⁴ Reuter, Die Verhaeltnismaessigkeit im engeren Sinne – das unbekannte Wesen, Jura Heft 7/2009, p.512 อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 83.

สิ่งจำเป็นในการที่จะป้องกันอันตรายและมาตรการที่นำมาใช้เพื่อป้องกันอันตรายดังกล่าวจากข้อเท็จจริงแห่งคดีแล้วถือว่าเป็นมาตรการที่เบาที่สุด¹⁶⁵

ข้อพิจารณาประการที่สามโดยนำหลักความความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมาใช้เท่านั้นซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของอาจารย์สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์¹⁶⁶ โดยเสนอแนวคิดในเรื่องของการนำหลักความได้สัดส่วนตามกฎหมายเยอรมันมาปรับใช้เฉพาะบางส่วนเพื่อเป็นการให้ศาลยุติธรรมหาคำตอบว่าความผิดอาญาดังกล่าวนั้นยังคงมีความจำเป็นในการใช้มาตรการลงโทษทางอาญาหรือไม่¹⁶⁷ ในประการที่ว่าการใช้มาตรการของรัฐดังกล่าวจะต้องกระทบสิทธิของประชาชนอย่างพอเหมาะพอควร¹⁶⁸ ซึ่งเป็นเรื่องการชั่งน้ำหนักประโยชน์ระหว่างประโยชน์ของเอกชนที่ถูกกระทำและประโยชน์ของรัฐถือว่ามาตรการของรัฐมีความสมควรแก่เหตุ หากว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่ถูกกระทำนั้นไม่เกินไปกว่าการบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายผู้เขียนจึงเห็นว่าควรที่จะเอาหลักการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญและการใช้กฎหมายอาญาในวิธีทางสุดท้ายประกอบกับหลักได้สัดส่วนมาพิจารณาความผิดลหุโทษในประมวลกฎหมายอาญาภาค 3 ว่าควรปรับเปลี่ยนการใช้มาตรการทางอาญามาเป็นการใช้มาตรการปรับเป็นพินัยหรือไม่ ตามหลักแนวคิดในการแปรรูปความผิดอาญาออกเป็นความผิดทางพินัยเพื่อสร้างประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายและการรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายอาญา¹⁶⁹ ผู้เขียนจึงได้วิเคราะห์และจัดกลุ่มความผิดดังต่อไปนี้

4.3 การยกเลิกความผิดลหุโทษที่มีลักษณะซ้ำซ้อนกับกฎหมายอื่น

สาระสำคัญของบทบัญญัติความผิดลหุโทษในส่วนนี้มีลักษณะเดียวกันกับความผิดตามพระราชบัญญัติอื่น ถือเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่มีความจำเป็นที่จะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเนื่องจากการกำหนดความผิดที่ใช้มาตรการลงโทษทางอาญาที่มีความซ้ำซ้อนกันอาจจะทำให้เกิดปัญหาในอนาคตและอาจทำให้เกิดความสับสนในการใช้บังคับของกฎหมาย โดยเฉพาะในกรณีเป็นความผิดกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบทโดยให้ลงโทษตามบทหนักที่สุดเป็นการลงโทษไม่เหมาะสมกับลักษณะของการกระทำ ความผิดนั้น ผู้เขียนจึงวิเคราะห์บทบัญญัติที่หมดความจำเป็นในส่วนนี้เพื่อลดปัญหาการใช้กฎหมายซ้ำซ้อนและให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายอีกด้วย ดังต่อไปนี้

¹⁶⁵ Badura, Staatsrecht, 2. neubearbeitete Auflage, (1996) 105 อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 83.

¹⁶⁶ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, (เชิงอรรถ 13) 86.

¹⁶⁷ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 86.

¹⁶⁸ Reuter, Die Verhaeltnismaessigkeit im engeren Sinne – das unbekannte Wesen, Jura Heft 7 /2009, 513. อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, (เชิงอรรถ 13) 83.

¹⁶⁹ ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถ 4) 43.

(ก) กลุ่มความผิดที่สมควรยกเลิกันมีลักษณะการกระทำความผิดเดียวกันกับความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยป้องกันการทารุณกรรมสัตว์และการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พุทธศักราช 2557 อันมีลักษณะเป็นความผิดอาญาซ้ำซ้อน

(1) มาตรา 381 ความผิดฐานกระทำการทารุณต่อสัตว์หรือฆ่าสัตว์โดยให้ได้รับทุกขเวทนามันไม่จำเป็น¹⁷⁰

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ความเมตตาต่อสัตว์¹⁷¹

เมื่อพิจารณาความผิดตามมาตรานี้แล้วพบว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการห้ามกระทำการทารุณต่อสัตว์โดยบทบัญญัติมาตรานี้มิได้มุ่งคุ้มครองที่ตัวสัตว์แต่เป็นการมุ่งคุ้มครอง “ศีลธรรม” ของคนไม่ทำให้ทำร้ายสัตว์และมีความเมตตาต่อสัตว์เท่านั้นโดยตามหลักกฎหมายนั้นไม่ถือว่าสัตว์เป็นประธานแห่งสิทธิแต่สิ่งที่ยกกฎหมายมุ่งจะคุ้มครองนั้นก็คือศีลธรรมของสังคมว่าในฐานะมนุษย์นั้นควรจะมีศีลธรรมตามสมควรไม่ควรไปกระทำการทารุณกรรมต่อสัตว์หรือแม้จะสามารถบริโภคสัตว์ได้ก็ไม่ควรที่จะใช้วิธีฆ่าที่ทำให้สัตว์ได้รับความเจ็บปวด ทรมานโดยไม่จำเป็นซึ่งเป็นสิ่งพึงปฏิบัติสำหรับผู้ที่ศีลธรรมตามสมควร¹⁷² ซึ่งมีปัญหาในการวิเคราะห์ว่ากรณีใดเป็นการกระทำทารุณกรรมสัตว์ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญามีได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนแน่นอนขาดหลักประกันในกฎหมายอาญา โดยในปัจจุบันมีพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พุทธศักราช 2557 ได้มีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการทารุณกรรมสัตว์ไว้โดยเฉพาะแล้วเสมือนว่าบทบัญญัติความผิดฐานนี้ถูกเคลื่อนกลืนเป็นความผิดตามมาตรา 20¹⁷³ ประกอบมาตรา 31¹⁷⁴ ตามพระราชบัญญัติป้องกันและจัดสวัสดิภาพสัตว์ พุทธศักราช 2557 ไปโดยอัตโนมัติสืบเนื่องมาจากเมื่อมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการทารุณกรรมสัตว์ขึ้นผู้นั้นมีความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ.2557 มาตรา 20 ประกอบมาตรา 31 และมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 381 เป็นการกระทำความผิดกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท ตามมาตรา 90¹⁷⁵ ซึ่งต้องรับโทษบทหนักที่สุด คือ รับผิดตามมาตรา 20 ประกอบมาตรา 31 ตามพระราชบัญญัติป้องกันและจัดสวัสดิภาพสัตว์ พุทธศักราช 2557 อันมีโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับโดยมีอัตราโทษสูงกว่า ซึ่งถือได้ว่ามาตรการลงโทษมีความเหมาะสมและบรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพแล้ว และมีค่านियามบัญญัติไว้อย่างชัดเจนและทันสมัยกว่าบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา ผู้เขียนจึงเห็นว่าความผิดดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ไม่มีความจำเป็นซึ่งเกี่ยวกับการทารุณกรรมสัตว์นั้นมิบบทบัญญัติความผิดได้กำหนดไว้

¹⁷⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 381

¹⁷¹ เฟิงอ้าง, 599.

¹⁷² สุนทร มณีสวัสดิ์, ‘การทารุณสัตว์’ <<http://law.nida.ac.th/main/images/Film-Kittinun/Tarunsat.pdf>> สืบค้นเมื่อ 24 ธันวาคม 2566.

¹⁷³ พระราชบัญญัติป้องกันและจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ.2557 มาตรา 20

¹⁷⁴ พระราชบัญญัติป้องกันและจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ.2557 มาตรา 31

¹⁷⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90

โดยเฉพาะและเหมาะสมตามพระราชบัญญัติป้องกันและจัดสวัสดิภาพสัตว์ พุทธศักราช 2557 แล้ว จึงสมควรที่จะยกเลิกบทบัญญัติความผิดฐานนี้ในประมวลกฎหมายอาญาเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาการบัญญัติความผิดซ้ำซ้อนอันส่งผลต่อการเกิดกฎหมายอาญาเพื่อได้

(2) มาตรา 382 ความผิดฐานใช้ให้สัตว์ทำงานเกินสมควรหรือใช้ให้ทำงานอันไม่สมควรเพราะสัตว์นั้นป่วยเจ็บ ชรา หรืออ่อนอายุ¹⁷⁶

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ความเมตตาต่อสัตว์¹⁷⁷

เมื่อพิจารณาความผิดตามมาตรานี้แล้วพบว่า เป็นความผิดตามหลักความรับผิดชอบแต่ผู้กระทำ ความผิดนั้นไม่มีเจตนาที่ตาม คือไม่รู้ว่าสัตว์นั้นป่วยเจ็บ ชรา หรืออ่อนอายุอยู่ในขณะนำไปใช้งาน ก็มีความผิดฐานนี้และต้องรับโทษเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการห้ามกระทำการทารุณต่อสัตว์โดยบทบัญญัติมาตรานี้มิได้มุ่งคุ้มครองที่ตัวสัตว์แต่เป็นการมุ่งคุ้มครอง “ศีลธรรม” ของคนไม่ให้นำร้ายสัตว์และมีความเมตตาต่อสัตว์เท่านั้น โดยตามหลักกฎหมายนั้นไม่ถือว่าสัตว์เป็นประธานแห่งสิทธิแต่สิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองนั้นก็คือศีลธรรมของสังคมว่าในฐานะมนุษย์นั้นควรจะมีศีลธรรมตามสมควรไม่ควรไปใช้ให้สัตว์ทำงานเกินสมควรหรือใช้ให้ทำงานอันไม่สมควรเพราะสัตว์นั้นป่วยเจ็บ ชรา หรืออ่อนอายุซึ่งเป็นสิ่งพึงปฏิบัติสำหรับผู้ที่มิศีลธรรมตามสมควร¹⁷⁸ ซึ่งมีปัญหาในการวิเคราะห์ว่ากรณีใดเป็นการกระทำใช้ให้สัตว์ทำงานเกินสมควรหรือใช้ให้ทำงานอันไม่สมควรเพราะสัตว์นั้นป่วยเจ็บ ชรา หรืออ่อนอายุซึ่งในประมวลกฎหมายอาญามีได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนแน่นอนอนขาดหลักประกันในกฎหมายอาญา โดยในปัจจุบันมีพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พุทธศักราช 2557 ได้มีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการทารุณกรรมสัตว์ไว้โดยเฉพาะแล้วเสมือนว่าบทบัญญัติความผิดฐานนี้ถูกกลืนเปลี่ยนเป็นความผิดตามมาตรา 20¹⁷⁹ ประกอบมาตรา 31¹⁸⁰ ตามพระราชบัญญัติป้องกันและจัดสวัสดิภาพสัตว์ พุทธศักราช 2557 ไปโดยอัตโนมัติ หากผู้กระทำความผิดนั้นมีเจตนาชั่วร้ายจงใจที่จะทารุณกรรมสัตว์ โดยถือว่าการทารุณกรรมสัตว์ ผู้ที่มีความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและจัดสวัสดิภาพสัตว์ พุทธศักราช 2557 มาตรา 20 ประกอบมาตรา 31 และมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 382 เป็นการกระทำความผิดกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบทตามมาตรา 90 ซึ่งต้องรับโทษบทหนักที่สุด คือ รับผิดตามมาตรา 20 ประกอบมาตรา 31 ตามพระราชบัญญัติป้องกันและจัดสวัสดิภาพสัตว์ พุทธศักราช 2557 อันมีโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับโดยมีอัตราโทษสูงกว่า ซึ่งถือได้ว่ามาตรการลงโทษมีความเหมาะสมและบรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพแล้ว และมีค่านิยมบัญญัติไว้อย่างชัดเจนและทันสมัยกว่าบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา แต่ถ้าหากผู้กระทำผิดโดยไม่รู้ว่าเป็นขณะใช้งานสัตว์นั้นเจ็บป่วย ชรา อ่อนอายุ

¹⁷⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 382

¹⁷⁷ คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 11 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2559) 601.

¹⁷⁸ สุนทร มณีสวัสดิ์ (เชิงจรธ 172).

¹⁷⁹ พระราชบัญญัติป้องกันและจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ.2557 มาตรา 20

¹⁸⁰ พระราชบัญญัติป้องกันและจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ.2557 มาตรา 31

อยู่ โดยไม่มีเจตนาและได้ใช้ความระมัดระวังแล้ว ก็มีความผิดตามมาตรา 382 ซึ่งไม่ได้เป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมและประโยชน์ต่อความสงบสุขของประชาชน เป็นเพียงแคว้นข้อตำหนิในเชิงศีลธรรมที่ไม่มี ความเมตตาต่อสัตว์เท่านั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าความผิดดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ไม่มีความจำเป็นซึ่งเกี่ยวกับการ ทารุณกรรมสัตว์ใช้ให้สัตว์ทำงานเกินสมควรหรือใช้ให้ทำงานอันไม่สมควรเพราะสัตว์นั้นป่วยเจ็บ ชรา หรืออ่อน อายุนั้นมีบทบัญญัติความผิดได้กำหนดไว้โดยเฉพาะและเหมาะสมตามพระราชบัญญัติป้องกันและจัดสวัสดิ ภาพสัตว์ พุทธศักราช 2557 แล้ว จึงสมควรที่จะยกเลิกบทบัญญัติความผิดฐานนี้ในประมวลกฎหมายอาญา เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาการบัญญัติความผิดซ้ำซ้อนอันส่งผลต่อการเกิดกฎหมายอาญาเพื่อ

เมื่อพิจารณาจากการวิเคราะห์ความผิดที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า ความผิดดังกล่าวนี้มี ลักษณะการกระทำความผิดอย่างเดียวกันกับความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการทารุณกรรม และจัดสวัสดิภาพสัตว์ พุทธศักราช 2557 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ซ้ำซ้อนกันในทางเนื้อหาจึงเป็นบทบัญญัติไม่มี ความจำเป็นที่จะบัญญัติไว้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาอีกต่อไปเพื่อแก้ไขปัญหาสถานการณ์ กฎหมายอาญาเพื่อ¹⁸¹ ไม่ให้เกิดการสับสนในการบังคับใช้กฎหมายอีกต่อไป

4.4 การปรับความผิดโทษบางฐานที่มีลักษณะร้ายแรงให้เป็นความผิดอาญาภาค 2 ตามประมวล กฎหมายอาญา

สาระสำคัญของบทบัญญัติความผิดในกลุ่มนี้โดยแบ่งแยกการวิเคราะห์ตามคุณธรรมทางกฎหมายที่ สำคัญ ไม่ว่าจะเป็นความปลอดภัยของร่างกาย เกียรติ ภัยอันตรายต่อชีวิตและร่างกาย เป็นต้น โดยวิเคราะห์ ลักษณะการกระทำความผิดตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดความผิดและการกำหนดมาตรการลงโทษ ข้างต้นที่ได้กล่าวมาแล้ว เพื่อให้การใช้บังคับมาตรการลงโทษเหมาะสมกับลักษณะการกระทำความผิดและ บรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษอีกด้วย ดังต่อไปนี้

4.4.1 กลุ่มความผิดโทษที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญมุ่งคุ้มครองความไม่สะดวกใจของบุคคล

(1) มาตรา 397 ความผิดฐานรังแกหรือข่มเหงผู้อื่นโดยมีลักษณะส่อจะล่วงเกินทางเพศหรืออาศัย เหตุที่มีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำ¹⁸²

คุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญของความผิดฐานนี้ คือ ความไม่สะดวกใจของบุคคลอาจถึงขั้นเป็น ภัยอันตรายต่อร่างกาย¹⁸³

ความผิดฐานนี้แบ่งออกเป็น 2 ฐานความผิด คือ ความผิดฐานแรก ความผิดฐานกระทำการอันเป็น การรังแกหรือข่มเหงผู้อื่นในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล ความผิดฐานที่สอง ความผิดฐานกระทำให้

¹⁸¹ ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถ 4) 44.

¹⁸² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397

¹⁸³ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 177) 193-195.

ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญในสาธารณสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล โดยทั้งสองฐานความผิดนี้เป็นความผิดลหุโทษที่ต้องกระทำโดยเจตนา¹⁸⁴

หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นกับความผิดฐานรังแกหรือข่มเหงผู้อื่นโดยมีลักษณะส่อจะล่วงเกินทางเพศหรืออาศัยเหตุที่มีอำนาจเหนือผู้ถูกรกระทำแล้ว กล่าวคือการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่นโดยมีลักษณะส่อจะล่วงเกินทางเพศหรืออาศัยเหตุที่มีอำนาจเหนือผู้ถูกรกระทำทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า แม้กฎหมายคุ้มครองความไม่สะดวกใจของบุคคลก็ตามแต่ก็อาจทำให้เกิดอันตรายแก่ความปลอดภัยของร่างกายและความอับอายของผู้ถูกรกระทำ ซึ่งเป็นสิ่งที่ความผิดอาญาฐานรังแกหรือข่มเหงผู้อื่นโดยมีลักษณะส่อจะล่วงเกินทางเพศหรืออาศัยเหตุที่มีอำนาจเหนือผู้ถูกรกระทำประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะการใช้ชีวิตร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถที่จะดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้ หากว่าเกิดอันตรายแก่ร่างกายของบุคคลอื่นต่อหน้าธารกำนัลโดยมีลักษณะการกระทำส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศก็เป็นการกระทำที่มีลักษณะรุนแรงเป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นได้ทำให้เกิดความหวาดกลัวของคนในสังคมได้ ผู้กระทำความผิดนั้นมีความชั่วร้ายโดยธรรมชาติหรือที่เรียกความความผิดในตัวเอง (Mala in se) เป็นการกระทำที่ไม่พึงปรารถนาและน่าละอายต่อสังคม เป็นการกระทำที่มีข้อตำหนิตามศีลธรรมอย่างร้ายแรงและมีความก้าวร้าวของการกระทำ จะนำไปสู่เรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ เป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการกระทำที่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือปัญหาในเรื่องกฎหมายอาญาในวิถีทางที่น้อยที่สุด¹⁸⁵ว่า นอกจากมาตรการในทางอาญาแล้ว จะถือได้หรือไม่ว่ามาตรการทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัยก็ถือว่าเพียงพอในการคุ้มครองความปลอดภัยของร่างกายแล้ว เมื่อพิจารณาแล้วสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปัจเจกชนจะได้รับผลกระทบในกรณีนี้คือ เสรีภาพในการเคลื่อนที่ทางอันเกิดจากการลงโทษจำคุก ส่วนประโยชน์ที่สังคมจะได้รับก็คือความปลอดภัยในร่างกายของบุคคลและความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นสิ่งที่เหมาะสมในการใช้มาตรการทาง ถ้าหากต้องยอมให้ผู้กระทำผิดกระทำในลักษณะรังแกหรือข่มเหงไม่ว่าโดยวิธีใดต่อบุคคลอื่นซึ่งอยู่ในฐานะผู้ใต้บังคับบัญชาหรืออยู่ในฐานะที่ต่ำกว่าตนเองก็ได้ตามความต้องการของผู้กระทำผิดโดยไม่กังวลว่าจะได้รับมาตรการลงโทษในทางอาญา เช่น โทษจำคุก เป็นการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของมาตรการลงโทษทางอาญาอีกทั้งหากใช้มาตรการอย่างอื่นแล้วยิ่งทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในสังคมจากการที่คนรวยจะทำร้ายผู้อื่นเมื่อไหร่ก็ได้แล้วไปชำระค่าปรับแต่ในทางกลับกันคนจนไม่สามารถทำอย่างเดียวกับคนรวยได้ เมื่อชั่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียแล้วจะเห็นได้ว่าประโยชน์ที่สังคมได้รับการกำหนดให้เป็นความผิดอาญามีมากกว่าประโยชน์ที่ปัจเจกชนจะต้องสูญเสียไปจากการมีความผิดดังกล่าว จึงทำให้เห็นว่าความผิดฐานนี้ไม่สามารถที่

¹⁸⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, *กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3* (พิมพ์ครั้งที่ 7 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2553) 1476.

¹⁸⁵ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

จะใช้มาตรการอย่างอื่นได้ ไม่ว่าจะทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัย ยิ่งไปกว่านั้นยิ่งสมควรให้โทษทางอาญาความผิดฐานนี้เหมาะสมตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ¹⁸⁶เนื่องจากมีความร้ายแรงและกระทบต่อบุคคลอื่นซึ่งเป็นปัจเจกชนและความสงบสุขอย่างมากไม่ควรเป็นความผิดลหุโทษสมควรที่จะบัญญัติไว้ในภาคความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียงอันเป็นความผิดที่การกระทำต่อเสรีภาพเพื่อให้การใช้มาตรการลงโทษทางอาญาเหมาะสมกับลักษณะการทำความผิดและให้ความผิดดังกล่าวนั้นจัดอยู่ในหมวดหมู่ที่ถูกต้อง

(2) มาตรา 392 ความผิดฐานขู่เชิญผู้อื่นให้เกิดความกลัวหรือตกใจ¹⁸⁷

คุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญของความผิดฐานนี้ คือ ความเมตตาต่อเพื่อนมนุษย์ที่อาจถึงขั้นเป็นความปลอดภัยของร่างกาย¹⁸⁸

หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นกับความผิดฐานขู่เชิญผู้อื่นให้เกิดความกลัวหรือตกใจ กล่าวคือการขู่เชิญผู้อื่นให้เกิดความกลัวหรือตกใจทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า เสรีภาพของบุคคลแต่ละคนซึ่งเป็นสิ่งที่ความผิดอาญานี้ประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะการใช้ชีวิตร่วมกันของคนในสังคมไม่อาจที่จะดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้ หากว่าเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือเสรีภาพของบุคคลอื่นเป็นการกระทำที่มีลักษณะรุนแรงเป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นได้ทำให้เกิดความหวาดกลัวของคนในสังคมได้ แม้เป็นการกระทำที่ปราศจากข้อหาทางศีลธรรมอย่างร้ายแรงก็ตาม แต่ก็มี ความก้าวร้าวของการกระทำ จะนำไปสู่เรื่อง ที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ เป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการทำความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงสอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือปัญหาในเรื่องกฎหมายอาญาในวิธีทางที่น้อยที่สุดว่า นอกจากมาตรการในทางอาญาแล้ว จะถือได้หรือไม่ว่ามาตรการทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัยก็ถือว่าเพียงพอในการคุ้มครองความเสรีภาพของบุคคล¹⁸⁹ เมื่อพิจารณาแล้วสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปัจเจกชนจะได้รับผลกระทบในกรณีนี้คือ เสรีภาพในการเคลื่อนที่ทางอันเกิดจากการลงโทษจำคุกหรือกักขังแทนค่าปรับ ส่วนประโยชน์ที่สังคมจะได้รับก็คือ เสรีภาพของบุคคลและความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งความผิดฐานนี้เป็นเพียงการขู่เชิญทำให้ตกใจหรือกลัวเท่านั้นไม่ถึงขั้นอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ยิ่งไปกว่านั้นก็ไม่สามารถนำความผิดฐานนี้ใช้มาตรการอย่างอื่นแทนได้เพราะถ้าหากต้องยอมให้ผู้กระทำความผิดขู่เชิญบุคคลอื่นตอนไหนก็ได้ตามความต้องการของผู้กระทำความผิดโดยไม่กังวลว่าจะได้รับมาตรการลงโทษในทางอาญา เช่น โทษจำคุกเป็นการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของมาตรการลงโทษทางอาญาอีกทั้งหากใช้มาตรการอย่างอื่นแล้วยิ่งทำให้เกิด

¹⁸⁶ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

¹⁸⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 392

¹⁸⁸ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 117) 191.

¹⁸⁹ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

ความเหลื่อมล้ำในสังคมจากการที่คนมีฐานะทางเศรษฐกิจดีจะชู้เชียวผู้อื่นเมื่อไหร่ก็ได้แล้วไปชำระค่าปรับแต่ในทางกลับกันคนที่ฐานะทางเศรษฐกิจยากจนไม่สามารถทำอย่างเดียวกับคนรวยได้ เมื่อซึ่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียแล้วจะเห็นได้ว่าประโยชน์ที่สังคมได้รับการกำหนดให้เป็นความผิดอาญามีมากกว่าประโยชน์ที่ปัจเจกชนจะต้องสูญเสียไปจากการมีความผิดดังกล่าว จึงทำให้เห็นว่าความผิดฐานนี้ไม่สามารถที่จะใช้มาตรการอย่างอื่นได้ ไม่ว่าจะเป็นทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัย ยิ่งไปกว่านั้นยิ่งสมควรให้โทษทางอาญาความผิดฐานนี้เหมาะสมตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ¹⁹⁰ เนื่องจากมีความร้ายแรงและกระทบต่อบุคคลอื่นซึ่งเป็นปัจเจกชนและความสงบสุขอย่างมากไม่ควรเป็นความผิดลหุโทษสมควรที่จะบัญญัติไว้ในภาคความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียงอันเป็นความผิดที่การกระทำต่อเสรีภาพเพื่อให้การใช้มาตรการลงโทษทางอาญาเหมาะสมกับลักษณะการกระทำความผิดและให้ความผิดดังกล่าวนั้นจัดอยู่ในหมวดหมู่ที่ถูกต้อง

4.4.2 กลุ่มความผิดลหุโทษที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญมุ่งคุ้มครองความปลอดภัยของร่างกาย

(1) มาตรา 390 ความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ

คุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญของความผิดฐานนี้ คือ ความปลอดภัยของร่างกาย¹⁹¹

ความผิดลหุโทษตามมาตรานี้เป็นการกระทำโดยประมาท

โดยความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจนั้นเมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญากลับพบว่าความผิดฐานนี้มีลักษณะการกระทำความผิดอย่างเดียวกันกับความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 300 และความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามมาตรา 291 เพียงแต่มีความแตกต่างกันที่ผลที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายเป็นเหตุให้รับโทษหนักขึ้นซึ่งความผิดในลักษณะนี้กฎหมายอาญาได้บัญญัติขึ้นให้การกระทำบางอย่างเป็นการกระทำความผิดอาญาโดยไม่คำนึงถึงว่าผู้กระทำนั้นได้กระทำความผิดโดยมีเจตนาหรือไม่ ซึ่งเป็นการกระทำที่ผู้กระทำไม่สนใจว่าการกระทำของตนจะเป็นอันตรายแก่ผู้อื่นหรือไม่หรือที่เรียกว่าการกระทำของผู้กระทำไม่สนใจผลร้ายอันเกิดจากการกระทำของตนเอง

หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นกับความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ กล่าวคือประมาทเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า ความปลอดภัยของร่างกาย ซึ่งเป็นสิ่งที่ความผิดอาญาฐานประมาทเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะการใช้ชีวิตร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถที่จะดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้ หากว่าเกิดอันตรายแก่ร่างกายของบุคคลอื่นเป็นการกระทำที่มีลักษณะรุนแรงเป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นทำให้เกิดความหวาดกลัวของคนในสังคมได้ เป็นการกระทำที่มีข้อตำหนิตามศีลธรรมอย่างร้ายแรงและมีความก้าวร้าวของการกระทำ จะนำไปสู่เรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัย

¹⁹⁰ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

¹⁹¹ คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 117) 186.

ของประเทศ เป็นการส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการกระทำความผิดที่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชจักรไทย สิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือปัญหาในเรื่องกฎหมายอาญาในวิถีทางที่น้อยที่สุดว่า¹⁹² นอกจากมาตรการในทางอาญาแล้ว จะถือได้หรือไม่ว่ามาตรการทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัยก็ถือว่าเพียงพอในการคุ้มครองความปลอดภัยของร่างกายแล้ว เมื่อพิจารณาแล้วสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปัจเจกชนจะได้รับผลกระทบในกรณีนี้คือ เสรีภาพในการเคลื่อนที่ทางอันเกิดจากการลงโทษจำคุก ส่วนประโยชน์ที่สังคมจะได้รับก็คือความปลอดภัยในร่างกายของบุคคลและความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน ในกรณีความผิดฐานนี้เป็นการกระทำความผิดลักษณะเดียวกันกับมาตรา 291 และ มาตรา 300 ไม่ว่าจะทั้งองค์ประกอบภายนอก องค์ประกอบภายใน แต่แตกต่างกันที่ผลของการกระทำเท่านั้นคือมาตรา 291 กับมาตรา 300 เป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย กับเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสส่วนความผิดฐานนี้ ประมาท เป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจเพียงแค่มาตรา 291 กับมาตรา 300 ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นเพราะผลของการกระทำ ยิ่งไปกว่านั้นก็ไม่สามารถนำความผิดฐานนี้ใช้มาตรการอย่างอื่นแทนได้เพราะถ้าหากต้องยอมให้ผู้กระทำความผิดทำร้ายบุคคลอื่นตอนไหนก็ได้ตามความต้องการของผู้กระทำความผิดโดยไม่กังวลว่าจะได้รับมาตรการลงโทษในทางอาญา เช่น โทษจำคุก เป็นการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของมาตรการลงโทษทางอาญาอีกทั้งหากใช้มาตรการอย่างอื่นแล้วยิ่งทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในสังคมจากการที่คนรวยจะไม่คำนึงถึงความระมัดระวังอันอาจเป็นผลร้ายแก่ผู้อื่นเมื่อไหร่ก็ได้แล้วไปชำระค่าปรับแต่ในทางกลับกันคนจนไม่สามารถทำอย่างเดียวกับคนรวยได้ เมื่อชั่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียแล้วจะเห็นได้ว่าประโยชน์ที่สังคมได้รับการกำหนดให้เป็นความผิดอาญามีมากกว่าประโยชน์ที่ปัจเจกชนจะต้องสูญเสียไปจากการมีความผิดดังกล่าว จึงทำให้เห็นว่าความผิดฐานนี้ไม่สามารถที่จะใช้มาตรการอย่างอื่นได้ ไม่ว่าจะทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัย ยิ่งไปกว่านั้นยิ่งสมควรให้โทษทางอาญาความผิดฐานนี้เหมาะสมตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ¹⁹³ เนื่องจากมีความร้ายแรงและกระทบต่อบุคคลอื่นซึ่งเป็นปัจเจกชนและความสงบสุขอย่างมากไม่ควรเป็นความผิดลหุโทษสมควรที่จะบัญญัติไว้ในภาคความผิดเกี่ยวกับการกระทำต่อชีวิตร่างกาย เพื่อให้การใช้มาตรการลงโทษทางอาญาเหมาะสมกับลักษณะการกระทำความผิดและให้ความผิดดังกล่าวนั้นจัดอยู่ในหมวดหมู่ที่ถูกต้อง

- (2) มาตรา 391 ความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายไม่ถึงเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ¹⁹⁴
 คุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญของความผิดฐานนี้ คือ ความปลอดภัยของร่างกาย¹⁹⁵
 ความผิดลหุโทษตามมาตรานี้ ต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา¹⁹⁶

¹⁹² สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

¹⁹³ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

¹⁹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 391

¹⁹⁵ คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 117) 155.

¹⁹⁶ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 184) 1233.

โดยความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายไม่ถึงเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจนั้นเมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญากลับพบว่าความผิดฐานนี้มีลักษณะการกระทำความผิดอย่างเดียวกันกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 297 และความผิดฐานทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามมาตรา 295 เพียงแต่มีความแตกต่างกันที่ผลที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นอันตรายสาหัสหรืออันตรายแก่กายหรือจิตใจเป็นเหตุให้รับโทษหนักขึ้นมีลักษณะเป็นความผิดอาญาในตัวเอง (Mala in se) อันมีความชั่วร้ายโดยธรรมชาติ ถือเป็นความผิดที่มีอยู่ตามธรรมชาติซึ่งมนุษย์สามารถรู้ได้ด้วยตัวเองว่าการกระทำเช่นนี้เป็นความผิด

หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นกับความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายแล้ว กล่าวคือการใช้กำลังทำร้ายทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า ความปลอดภัยของร่างกายซึ่งเป็นสิ่งที่ความผิดอาญาฐานใช้กำลังทำร้ายประสงค์จะคุ้มครองนั้น เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะการใช้ชีวิตร่วมกันของคนในสังคมไม่ว่าจะดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้ หากว่าเกิดอันตรายแก่ร่างกายของบุคคลอื่นเป็นการกระทำที่มีลักษณะรุนแรงเป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นได้ทำให้เกิดความหวาดกลัวของคนในสังคมได้ เป็นการกระทำที่มีข้อตำหนิตามศีลธรรมอย่างร้ายแรงและมีความก้าวร้าวของการกระทำ จะนำไปสู่เรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ เป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงสอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือปัญหาในเรื่องกฎหมายอาญาในวิถีทางที่น้อยที่สุดว่า นอกจากมาตรการในทางอาญาแล้ว จะถือได้หรือไม่ว่ามาตรการทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับ เป็นพินัยก็ถือว่าเพียงพอในการคุ้มครองความปลอดภัยของร่างกายแล้ว¹⁹⁷ เมื่อพิจารณาแล้วสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปัจเจกชนจะได้รับผลกระทบในกรณีนี้คือ เสรีภาพในการเคลื่อนที่ทางอันเกิดจากการลงโทษจำคุก ส่วนประโยชน์ที่สังคมจะได้รับก็คือความปลอดภัยในร่างกายของบุคคลและความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน ในกรณีความผิดฐานนี้เป็นกระทำความผิดลักษณะเดียวกันกับมาตรา 295 ไม่ว่าจะทั้งองค์ประกอบภายนอก องค์ประกอบภายใน แต่แตกต่างกันที่ผลของการกระทำเท่านั้นคือมาตรา 295 เป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้ถูกทำร้ายส่วนความผิดฐานนี้เป็นการทำร้ายไม่ถึงขั้นอันตรายแก่กายหรือจิตใจ เพียงแค่มาตรา 295 รับโทษหนักขึ้นเพราะผลของการกระทำ ยิ่งไปกว่านั้นก็ไม่สามารถนำความผิดฐานนี้ใช้มาตรการอย่างอื่นแทนได้เพราะถ้าหากต้องยอมให้ผู้กระทำความผิดทำร้ายบุคคลอื่นตอนไหนก็ได้ตามความต้องการของผู้กระทำความผิดโดยไม่กังวลว่าจะได้รับมาตรการลงโทษในทางอาญา เช่น โทษจำคุก เป็นการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของมาตรการลงโทษทางอาญาอีกทั้งหากใช้มาตรการอย่างอื่นแล้วยังทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในสังคมจากการที่คนรวยจะทำร้ายผู้อื่นเมื่อไหร่ก็ได้แล้วไปชำระค่าปรับแต่ในทางกลับกันคนจนไม่สามารถทำอย่างเดียวกับคนรวยได้ เมื่อชั่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียแล้วจะเห็นได้ว่าประโยชน์ที่สังคมได้รับการกำหนดให้เป็นความผิดอาญามีมากกว่าประโยชน์ที่ปัจเจกชนจะต้องสูญเสียไปจากการมีความผิดดังกล่าว

¹⁹⁷ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

จึงทำให้เห็นว่าความผิดฐานนี้ไม่สามารถที่จะใช้มาตรการอย่างอื่นได้ ไม่ว่าจะทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับ เป็นพินัย ยิ่งไปกว่านั้นยิ่งสมควรให้โทษทางอาญาความผิดฐานนี้เหมาะสมตามหลักความได้สัดส่วนใน ความหมายอย่างแคบ¹⁹⁸ เนื่องจากมีความร้ายแรงและกระทบต่อบุคคลอื่นซึ่งเป็นปัจเจกชนและความสงบสุข อย่างมากไม่ควรเป็นความผิดโทษสมควรที่จะบัญญัติไว้ในภาคความผิดเกี่ยวกับการกระทำต่อชีวิตร่างกาย เพื่อให้การใช้มาตรการลงโทษทางอาญาเหมาะสมกับลักษณะการกระทำความผิดและให้ความผิดดังกล่าวนี้ จัดอยู่ในหมวดหมู่ที่ถูกต้อง

(3) มาตรา 398 ความผิดฐานกระทำการอันเป็นทารุณต่อเด็ก คนป่วยหรือคนชรา¹⁹⁹

คุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญของความผิดฐานนี้ คือ ความเมตตาต่อเพื่อนมนุษย์ที่อาจถึงขั้นเป็น ความปลอดภัยของร่างกาย²⁰⁰

ความผิดโทษตามมาตรานี้ ต้องกระทำโดยเจตนา²⁰¹

หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นกับความผิดฐานกระทำการอันเป็นทารุณต่อเด็ก คนป่วยหรือคนชราแล้ว กล่าวคือการกระทำการอันเป็นทารุณต่อเด็ก คนป่วยหรือคนชราทำให้การอยู่ร่วมกันของ คนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า แม้กฎหมายคุ้มครอง ความไม่สะดวกใจของบุคคลก็ตามแต่ก็อาจทำให้เกิดอันตรายแก่ความปลอดภัยของร่างกายซึ่งเป็นสิ่งที่ ความผิดอาญาฐานกระทำการอันเป็นทารุณต่อเด็ก คนป่วยหรือคนชราประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็น คุณธรรม ทางกฎหมายที่สำคัญเพราะการใช้ชีวิตร่วมกันของคนในสังคมไม่อาจที่จะดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้ หากว่าเกิดอันตรายแก่ร่างกายของบุคคลอื่นไม่ว่ากระทำต่อเด็ก หรือคนป่วยหรือคนชรา ก็เป็นการกระทำที่มี ลักษณะรุนแรงเป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นได้ทำให้เกิดความหวาดกลัวของคนในสังคมได้ เป็นการกระทำที่มีข้อ ตำหนิทางศีลธรรมอย่างร้ายแรงและมีความก้าวร้าวของการกระทำ จะนำไปสู่เรื่องนี้อาจสร้างผลกระทบต่อ ความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ เป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการกระทำความผิด ที่มีลักษณะร้ายแรงสอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือปัญหาใน เรื่องกฎหมายอาญาในวิถีทางที่น้อยที่สุด²⁰²ว่า นอกจากมาตรการในทางอาญาแล้ว จะถือได้หรือไม่ว่ามาตรการ ทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัยก็ถือว่าเพียงพอในการคุ้มครองความปลอดภัยของร่างกายแล้ว เมื่อพิจารณาแล้วสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปัจเจกชนจะได้รับผลกระทบในกรณีนี้คือ เสรีภาพในการเคลื่อนที่ทางอันเกิด จากการลงโทษจำคุก ส่วนประโยชน์ที่สังคมจะได้รับก็คือความปลอดภัยในร่างกายของบุคคลและความสงบ เรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นสิ่งที่เหมาะสมในการใช้มาตรการทางอาญา ยิ่งไป

¹⁹⁸ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

¹⁹⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 398

²⁰⁰ คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 117) 197.

²⁰¹ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 184) 1486.

²⁰² สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

กว่านั้นก็ไม่สามารถนำความผิดฐานนี้ใช้มาตรการอย่างอื่นแทนได้เพราะถ้าหากต้องยอมให้ผู้กระทำความผิดกระทำในลักษณะทารุณบุคคลอื่นตอนไหนก็ได้ตามความต้องการของผู้กระทำความผิดโดยไม่กังวลว่าจะได้รับมาตรการลงโทษในทางอาญา เช่น โทษจำคุก เป็นการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของมาตรการลงโทษทางอาญา อีกทั้งหากใช้มาตรการอย่างอื่นแล้วยังทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในสังคมจากการที่คนรวยจะทำร้ายผู้อื่นเมื่อไหร่ก็ได้แล้วไปชำระค่าปรับแต่ในทางกลับกันคนจนไม่สามารถทำอย่างเดียวกับคนรวยได้ เมื่อชั่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียแล้วจะเห็นได้ว่าประโยชน์ที่สังคมได้รับจากการกำหนดให้เป็นความผิดอาญามีมากกว่าประโยชน์ที่ปัจเจกชนจะต้องสูญเสียไปจากการมีความผิดดังกล่าว จึงทำให้เห็นว่าความผิดฐานนี้ไม่สามารถที่จะใช้มาตรการอย่างอื่นได้ ไม่ว่าจะทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัย ยิ่งไปกว่านั้นยิ่งสมควรให้โทษทางอาญาความผิดฐานนี้เหมาะสมตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ²⁰³ เนื่องจากมีความร้ายแรงและกระทบต่อบุคคลอื่นซึ่งเป็นปัจเจกชนและความสงบสุขอย่างมากไม่ควรเป็นความผิดลหุโทษสมควรที่จะบัญญัติไว้ในภาคความผิดเกี่ยวกับการกระทำต่อชีวิตร่างกายเพื่อให้การใช้มาตรการลงโทษทางอาญาเหมาะสมกับลักษณะการกระทำความผิดและให้ความผิดดังกล่าวนั้นจัดอยู่ในหมวดหมู่ที่ถูกต้อง

4.4.3 กลุ่มความผิดลหุโทษที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญมุ่งคุ้มครองเกียรติยศ ชื่อเสียง

(1) มาตรา 393 ความฐานดูหมิ่นซึ่งหน้า²⁰⁴

คุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญของความผิดฐานนี้ คือ เกียรติของบุคคล²⁰⁵

ความผิดลหุโทษตามมาตรานี้ ต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา²⁰⁶

หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นกับความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าแล้ว กล่าวคือการดูหมิ่นซึ่งหน้าทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า เกียรติของบุคคลซึ่งเป็นสิ่งที่ความผิดอาญาฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะการใช้ชีวิตร่วมกันของคนในสังคมไม่อาจที่จะดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้ หากว่าบุคคลต้องมาถูกดูหมิ่นเหยียดหยามตลอดเวลาทำให้ผู้ถูกดูหมิ่นเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างมากซึ่งเป็นการกระทำที่มีลักษณะรุนแรงเป็นอันตรายแก่เกียรติชื่อเสียงทำให้เกิดความหวาดกลัวของคนในสังคมได้มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดชั่วร้ายเลวทรามหรือมีสันดานเป็นผู้ร้าย แม้ปราศจากข้อตำหนิในทางศีลธรรม มิได้เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ แต่อาจเป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงสอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือปัญหาในเรื่องกฎหมายอาญาในวิถีทางที่น้อยที่สุดว่า นอกจากมาตรการในทางอาญาแล้ว จะถือได้ว่าหรือไม่ว่ามาตรการทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็น

²⁰³ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

²⁰⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 393

²⁰⁵ คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 117).

²⁰⁶ จิตติ ดิงศภัทัย (เชิงอรรถ 184) 1245.

พินัยก็ถือว่าเพียงพอในการคุ้มครองเกียรติของบุคคลแล้ว²⁰⁷ เมื่อพิจารณาแล้วสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปัจเจกชนจะได้รับผลกระทบในกรณีนี้คือ สิทธิที่จะมีเกียรติยศ ชื่อเสียง ตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 32 วรรคหนึ่ง ส่วนประโยชน์ที่สังคมจะได้รับก็คือความสงบเรียบร้อยของประชาชน ในกรณีความผิดฐานนี้เป็นกรณีเป็นการดูหมิ่นของบุคคลธรรมดา การที่จะให้บุคคลอยู่ในสังคมได้อย่างสงบสุขและเสรีนั้นไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงในการกำหนดให้ความผิดดูหมิ่นซึ่งหน้าเป็นความผิดอาญายิ่งไปกว่านั้นก็ไม่สามารถนำความผิดฐานนี้ใช้มาตรการอย่างอื่นแทนได้เพราะถ้าหากต้องยอมให้คนที่ดูหมิ่นบุคคลอื่นตอนไหนก็ได้ตามความต้องการของผู้กระทำความผิดโดยไม่กังวลว่าจะได้รับมาตรการลงโทษในทางอาญา เช่นโทษจำคุก เป็นการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของมาตรการลงโทษทางอาญาอีกทั้งหากใช้มาตรการอย่างอื่นแล้วยิ่งทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในสังคมจากการที่คนรวยจะดูหมิ่นเหยียดหยามบุคคลอื่นเมื่อไหร่ก็ได้แล้วไปชำระค่าปรับแต่ในทางกลับกันคนจนไม่สามารถทำอย่างเดียวกับคนรวยได้ เมื่อชั่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียแล้วจะเห็นได้ว่าประโยชน์ที่สังคมได้รับจากการกำหนดให้เป็นความผิดอาญามีมากกว่าประโยชน์ที่ปัจเจกชนจะต้องสูญเสียไปจากการมีความผิดดังกล่าว จึงทำให้เห็นว่าความผิดฐานนี้ไม่สามารถที่จะใช้มาตรการอย่างอื่นได้ ไม่ว่าจะทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัย ยิ่งไปกว่านั้นยังสมควรให้โทษทางอาญาความผิดฐานนี้เหมาะสมตามหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ²⁰⁸ เนื่องจากมีความร้ายแรงและกระทบต่อความสงบสุขอย่างมากไม่ควรเป็นความผิดลหุโทษสมควรที่จะบัญญัติไว้ในภาคความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียงอันเป็นความผิดต่อชื่อเสียงเช่นเดียวกับความผิดฐานหมิ่นประมาท มาตรา 326 เพื่อให้การใช้มาตรการลงโทษทางอาญาเหมาะสมกับลักษณะการกระทำ ความผิดและให้ความผิดดังกล่าวนั้นจัดอยู่ในหมวดหมู่ที่ถูกต้อง

4.4.4 กลุ่มความผิดลหุโทษที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญมุ่งคุ้มครองภัยอันตรายต่อชีวิตและร่างกาย

(1) มาตรา 371 พาอาวุธไปในเมืองหรือชุมชน²⁰⁹

คุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญของความผิดฐานนี้ คือ ภัยอันตรายอันเกิดจากการใช้อาวุธ²¹⁰

หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นกับความผิดฐานพาอาวุธไปในเมืองหรือชุมชนแล้ว กล่าวคือการพาอาวุธไปในเมืองหรือชุมชนทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า ภัยอันตรายอันเกิดจากการใช้อาวุธซึ่งเป็นสิ่งที่ความผิดอาญาฐานพาอาวุธไปในเมืองหรือชุมชนประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะการใช้ชีวิตร่วมกันของคนในสังคมไม่อาจที่จะดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้ หากว่าเกิดอันตรายแก่บุคคลอื่นหรือทรัพย์สินจากการใช้อาวุธอันเป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำที่มีลักษณะรุนแรงเป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นได้ทำให้เกิดความหวาดกลัวของคนในสังคมได้ แม้เป็นการกระทำที่ปราศจากข้อตำหนิตามศีลธรรมอย่างร้ายแรงและไม่มีความก้าวร้าวของการกระทำก็ตาม แต่อาจจะนำไปสู่เรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความ

²⁰⁷ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

²⁰⁸ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

²⁰⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 371

²¹⁰ คณิต ญ นคร (เชิงอรรถ 117) 215.

ปลอดภัยของประเทศ เป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะที่ร้ายแรงสอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือปัญหาในเรื่องกฎหมายอาญาในวิถีทางที่น้อยที่สุดว่า นอกจากมาตรการในทางอาญาแล้ว จะถือได้หรือไม่ว่ามาตรการทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัยก็ถือว่าเพียงพอในการคุ้มครองภัยอันตรายอันเกิดจากการใช้อาวุธแล้ว²¹¹ เมื่อพิจารณาแล้วสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปัจเจกชนจะได้รับผลกระทบในกรณีนี้คือ เสรีภาพในการเคลื่อนที่ทาง ส่วนประโยชน์ที่สังคมจะได้รับก็คือความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน ในกรณีความผิดฐานนี้เป็นกรณีที่กฎหมายควบคุมหรือห้ามพกพาอาวุธนั้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันและควบคุมอาชกรรมร้ายแรง ยิ่งไปกว่านั้นก็ไม่สามารถนำความผิดฐานนี้ใช้มาตรการอย่างอื่นแทนได้เพราะถ้าหากต้องยอมให้ผู้กระทำความผิดพกพาอาวุธไปในที่สาธารณะตอนไหนก็ได้ตามความต้องการของผู้กระทำความผิดโดยไม่กังวลว่าจะได้รับมาตรการลงโทษในทางอาญา เช่นโทษจำคุก เป็นการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของมาตรการลงโทษทางอาญาอีกทั้งหากใช้มาตรการอย่างอื่นแล้วยิ่งทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในสังคมจากการที่คนรวยจะพกพาอาวุธไปในที่สาธารณะเพื่อไปกระทำความผิดอันมีลักษณะร้ายแรงเมื่อไหร่ก็ได้แล้วไปชำระค่าปรับแต่ในทางกลับกันคนจนไม่สามารถทำอย่างเดียวกับคนรวยได้ เมื่อชั่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียแล้วจะเห็นได้ว่าประโยชน์ที่สังคมได้รับจากการกำหนดให้เป็นความผิดอาญามีมากกว่าประโยชน์ที่ปัจเจกชนจะต้องสูญเสียไปจากการมีความผิดดังกล่าว จึงทำให้เห็นว่าความผิดฐานนี้ไม่สามารถที่จะใช้มาตรการอย่างอื่นได้ ไม่ว่าจะทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัย ยิ่งไปกว่านั้นยิ่งสมควรให้โทษทางอาญาความผิดฐานนี้เหมาะสมตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ²¹² เนื่องจากมีความร้ายแรงและกระทบต่อบุคคลอื่นซึ่งเป็นปัจเจกชนและความสงบสุขอย่างมากไม่ควรเป็นความผิดโทษสมควรที่จะบัญญัติไว้ในภาคความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชนเพื่อให้การใช้มาตรการลงโทษทางอาญาเหมาะสมกับลักษณะการกระทำความผิดและให้ความผิดดังกล่าวนี้จัดอยู่ในหมวดหมู่ที่ถูกต้อง

(2) มาตรา 374 ความผิดฐานไม่ช่วยเหลือผู้อื่นที่ตกอยู่ในอันตรายแห่งชีวิต²¹³

คุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญของความผิดฐานนี้ คือ ความปลอดภัยของสาธารณะ²¹⁴

หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นกับความผิดฐานไม่ช่วยเหลือผู้อื่นที่ตกอยู่ในอันตรายแห่งชีวิตแล้ว กล่าวคือการไม่ช่วยเหลือผู้อื่นที่ตกอยู่ในอันตรายแห่งชีวิตทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ บทบัญญัติความผิดตามมาตรา 374 นั้นเป็นบทบัญญัติที่บังคับให้บุคคลต้องกระทำการช่วยเหลือผู้ที่ตกอยู่ในอันตรายแห่งชีวิตถ้าหากสามารถที่จะช่วยเหลือได้โดยไม่กลัวอันตรายแก่ตนเองหรือผู้อื่น ถ้าไม่ช่วยก็จะมีผิดตามบทบัญญัติมาตรานี้และต้องรับ

²¹¹ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

²¹² สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

²¹³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 374

²¹⁴ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 117) 597.

โทษซึ่งการไม่ช่วยเหลือตามมาตรา 59 นี้ไม่ได้มีหน้าที่เฉพาะเจาะจงตามบทบัญญัติมาตรา 59 วรรคสี่แต่อย่างใด เป็นเพียงหน้าที่ปกติทั่วไป โดยบทบัญญัติความผิดฐานนี้เพื่อบังคับให้บุคคลทำหน้าที่ในการเป็นพลเมืองดี ของสังคมเป็นความผิดเกี่ยวกับศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งเป็นสิ่งที่ทำให้การอยู่ร่วมกันในสังคมเป็นไปได้ อย่างสงบสุข ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า ความปลอดภัยของสาธารณะซึ่งเป็นสิ่งที่ความผิดอาญาฐานไม่ช่วยเหลือ ผู้อื่นที่ตกอยู่ในอันตรายแห่งชีวิตประสงคฺจะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะการใช้ชีวิต ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถที่จะดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้ หากว่าหากเกิดการกระทำความผิด ฐานนี้ ซึ่งมีลักษณะการกระทำที่มีข้อหาตำหนิในทางศีลธรรมอย่างร้ายแรง อันเป็นการกระทบต่อความสงบ เรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง อีกทั้งมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง ได้ อันเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงสอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สิ่ง ที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือปัญหาในเรื่องกฎหมายอาญาในวิถีทางที่น้อยที่สุดว่า²¹⁵ นอกจากมาตรการในทาง อาญาแล้ว จะถือได้หรือไม่ว่ามาตรการทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัยก็ถือว่าเพียงพอในการ คุ้มครองความเดือดร้อนรำคาญของประชาชนซึ่งอาจนำไปสู่ภยันตรายอันเกิดจากการใช้อาวุธแล้ว เมื่อ พิจารณาแล้วสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปัจเจกชนจะได้รับผลกระทบในกรณีนี้คือ เสรีภาพในการเคลื่อนที่ทางอันเกิด จากการลงโทษจำคุก ส่วนประโยชน์ที่สังคมจะได้รับก็คือความปลอดภัยในร่างกายของบุคคลและความสงบ เรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน จะเห็นได้ว่าประโยชน์ที่สังคมได้รับจากการกำหนดให้ เป็นความผิดอาญามีมากกว่าประโยชน์ที่ปัจเจกชนจะต้องสูญเสียไปจากการมีความผิดดังกล่าว จึงทำให้เห็นว่า ความผิดฐานนี้ไม่สามารถที่จะใช้มาตรการอย่างอื่นได้ ไม่ว่าจะทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัย เพราะฉะนั้นสมควรให้โทษทางอาญาความผิดฐานนี้เหมาะสมตามหลักความได้สัดส่วนตามความหมายอย่าง แคบ²¹⁶ เนื่องจากเป็นการกระทำความผิดอันมีลักษณะร้ายแรงและกระทบต่อบุคคลอื่นซึ่งเป็นปัจเจกชนและ ความสงบสุขอย่างมากไม่ควรเป็นความผิดลหุโทษควรที่จะบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในภาคความผิดเกี่ยวกับการ ก่อให้เกิดภยันตรายต่อประชาชนเพื่อให้การใช้มาตรการลงโทษทางอาญาเหมาะสมกับลักษณะการกระทำ ความผิดและให้ความผิดดังกล่าวนั้นจัดอยู่ในหมวดหมู่ที่ถูกต้อง

(3) มาตรา 376 ความผิดฐานยิงปืนโดยใช่เหตุในชุมชน²¹⁷

คุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญของความผิดฐานนี้ คือ ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชนซึ่งอาจ ถึงขั้นเป็นภยันตรายแก่ชีวิตและร่างกาย²¹⁸

ในปัจจุบันอาวุธปืนเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำความผิดของอาชญากรรมอย่างมากเนื่องจาก สมรรถนะและศักยภาพในการทำลายล้างสูงเป็นอาวุธที่มีความร้ายแรงสามารถที่จะทำอันตรายแก่ชีวิตและร่าง บุคคลอื่นได้อย่างรวดเร็ว อีกทั้งการซื้อขายอาวุธปืนและการพกพาอาวุธปืนสามารถทำได้ง่ายในปัจจุบัน ถือ

²¹⁵ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

²¹⁶ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

²¹⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 376

²¹⁸ คณิต ญ นคร (เชิงอรรถ 117) 797.

เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดซึ่งมีลักษณะการกระทำที่ร้ายแรง รัฐจึงบัญญัติกฎหมายมาเพื่อควบคุมไม่ให้มีการครอบครองและใช้อาวุธปืนอย่างเสรี

หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นกับความผิดฐานยิงปืนโดยใช้เหตุในชุมชนแล้ว กล่าวคือการใช้กำลังทำร้ายทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชนซึ่งเป็นสิ่งที่ความผิดอาญาฐานยิงปืนโดยใช้เหตุในชุมชนประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะการใช้ชีวิตร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถที่จะดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้ หากว่าเกิดการใช้อาวุธปืนยิงในที่ชุมชนเป็นการกระทำที่มีลักษณะรุนแรงอาจเป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นทำให้เกิดความหวาดกลัวและความไม่ปลอดภัยของคนในสังคมอย่างมาก แม้การกระทำดังกล่าวนั้นปราศจากข้อตำหนิตามศีลธรรมอย่างร้ายแรงก็ตาม แต่มีความก้าวร้าวของการกระทำ จะนำไปสู่เรื่องนี้อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ อันเป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนโดยตรง และศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง อีกทั้งมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันมีลักษณะการกระทำความผิดที่ร้ายแรงสอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือปัญหาในเรื่องกฎหมายอาญาในวิถีทางที่น้อยที่สุดว่า²¹⁹ นอกจากมาตรการในทางอาญาแล้ว จะถือได้หรือไม่ว่ามาตรการทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัย ก็ถือว่าเพียงพอในการคุ้มครองความเดือดร้อนรำคาญของประชาชนซึ่งอาจนำไปสู่ภัยอันตรายอันเกิดจากการใช้อาวุธแล้ว เมื่อพิจารณาแล้วสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปัจเจกชนจะได้รับผลกระทบในกรณีนี้คือ เสรีภาพในการเคลื่อนที่ทางอันเกิดจากการลงโทษจำคุก ส่วนประโยชน์ที่สังคมจะได้รับก็คือความปลอดภัยในร่างกายของบุคคลและความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน ถ้าหากต้องยอมให้ผู้กระทำความผิดใช้อาวุธปืนยิงในที่ชุมชนตอนไหนก็ได้ตามความต้องการของผู้กระทำความผิด โดยไม่กังวลว่าจะได้รับมาตรการลงโทษในทางอาญา เช่น โทษจำคุก เป็นการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของมาตรการลงโทษทางอาญาอีกทั้งหากใช้มาตรการอย่างอื่นแล้วยิ่งทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในสังคมจากการที่คนรวยกระทำความผิดฐานนี้เมื่อไหร่ก็ได้แล้วไปชำระค่าปรับแต่ในทางกลับกันคนจนไม่สามารถทำอย่างเดียวกับคนรวยได้ เมื่อชั่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียแล้วจะเห็นได้ว่าประโยชน์ที่สังคมได้รับจากการกำหนดให้เป็นความผิดอาญามีมากกว่าประโยชน์ที่ปัจเจกชนจะต้องสูญเสียไปจากการมีความผิดดังกล่าว จึงทำให้เห็นว่าความผิดฐานนี้ไม่สามารถที่จะใช้มาตรการอย่างอื่นได้ ไม่ว่าจะทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัย เพราะฉะนั้นสมควรให้โทษทางอาญาความผิดฐานนี้เหมาะสมตามหลักความได้สัดส่วนตามความหมายอย่างแคบ²²⁰ เนื่องจากเป็นการกระทำความผิดอันมีลักษณะร้ายแรงและกระทบต่อบุคคลอื่นซึ่งเป็นปัจเจกชนและความสงบสุขอย่างมากไม่ควรเป็นความผิดลหุโทษควรที่จะบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในภาคความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชนเพื่อให้การใช้มาตรการลงโทษทางอาญาเหมาะสมกับลักษณะการกระทำความผิดและให้ความผิดดังกล่าวนี้จัดอยู่ในหมวดหมู่ที่ถูกต้อง

²¹⁹ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

²²⁰ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

(4) มาตรา 379 ความผิดฐานชกหรือแสดงอาวุธในการต่อสู้²²¹

คุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญของความผิดฐานนี้ คือ ภัยอันตรายต่อร่างกาย²²²

ในปัจจุบันมีการทะเลาะวิวาทต่อสู้กันโดยใช้อาวุธ เช่น อาวุธปืน หรือมีด เป็นต้นซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำความผิดของอาชญากรรมอย่างมากเนื่องจากสมรรถนะและศักยภาพในการทำลายล้างสูงเป็นอาวุธที่มีความร้ายแรงสามารถที่จะทำอันตรายแก่ชีวิตและร่างกายบุคคลอื่นได้อย่าง โดยการกระทำความผิดฐานนี้ คือ “การชกอาวุธ” หรือ “การแสดงอาวุธ” คือ การนำอาวุธออกให้ปรากฏแก่ผู้อื่นในการวิวาทต่อสู้ ไม่ถึงกับต้องใช้อาวุธนั้น หรือนำออกให้ปรากฏเพื่อใช้เป็นอาวุธนั้น²²³ อาจนำไปสู่การทำอันตรายแก่ชีวิตและร่างกายบุคคลอื่นได้ รัฐบัญญัติความผิดอาชญาฐานนี้โดยประสงค์จะควบคุมอาชญากรรมร้ายแรงมิให้เกิดขึ้นอันเป็นความผิดที่เป็นการก่ออันตรายเป็นความผิดที่กฎหมายประสงค์ไม่ให้อันตรายเกิดขึ้นจึงบัญญัติไว้เป็นการป้องกันอันตรายไว้ก่อน

หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นกับความผิดฐานชกหรือแสดงอาวุธในการต่อสู้แล้ว กล่าวคือ การชกหรือแสดงอาวุธในการต่อสู้ทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า ภัยอันตรายต่อร่างกายซึ่งเป็นสิ่งที่ความผิดอาชญาฐานชกหรือแสดงอาวุธในการต่อสู้ประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะการใช้ชีวิตร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถที่จะดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้ หากว่าเกิดการชกหรือแสดงอาวุธในการต่อสู้หรือวิวาทกันนั้นอาจทำให้เป็นอันตรายแก่ร่างกายเป็นการกระทำที่มีลักษณะรุนแรงเป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นทำให้เกิดความหวาดกลัวและความไม่ปลอดภัยของคนในสังคมอย่างมาก แม้การกระทำดังกล่าวนั้นปราศจากข้อตำหนิต่างศีลธรรมอย่างร้ายแรงก็ตาม แต่มีความก้าวร้าวของการกระทำจะนำไปสู่เรื่องที่ไม่ผลกระทบบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ แต่เป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนโดยตรง และศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง อีกทั้งมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง อันเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงสอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือปัญหาในเรื่องกฎหมายอาญาในวิถีทางที่น้อยที่สุดว่า²²⁴ นอกจากมาตรการในทางอาญาแล้ว จะถือได้หรือไม่ว่ามาตรการทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัยก็ถือว่าเพียงพอในการคุ้มครองภัยอันตรายต่อร่างกายของบุคคลที่เกิดขึ้นจากการใช้อาวุธแล้ว เมื่อพิจารณาแล้วสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปัจเจกชนจะได้รับผลกระทบในกรณีนี้คือ เสรีภาพในการเคลื่อนที่ทางอันเกิดจากการลงโทษจำคุก ส่วนประโยชน์ที่สังคมจะได้รับก็คือความปลอดภัยในร่างกายของบุคคลและความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน ถ้าหากต้องยอมให้ผู้กระทำความผิดทะเลาะวิวาทและมีการชกหรือแสดงอาวุธในการต่อสู้ตอนไหนก็ได้ตามความต้องการของผู้กระทำความผิด โดยไม่กังวลว่าจะได้รับมาตรการลงโทษในทางอาญา เช่น โทษจำคุก เป็น

²²¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 379

²²² คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 177) 221.

²²³ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 184) 1210.

²²⁴ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

การทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของมาตรการลงโทษทางอาญาอีกทั้งหากใช้มาตรการอย่างอื่นแล้วยังทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในสังคมจากการที่คนรวยกระทำความผิดฐานนี้เมื่อไหร่ก็ได้แล้วไปชำระค่าปรับแต่ในทางกลับกันคนจนไม่สามารถทำอย่างเดียวกับคนรวยได้ เมื่อชั่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียแล้วจะเห็นได้ว่าประโยชน์ที่สังคมได้รับจากการกำหนดให้เป็นความผิดอาญามีมากกว่าประโยชน์ที่ปัจเจกชนจะต้องสูญเสียไปจากการมีความผิดดังกล่าว จึงทำให้เห็นว่าความผิดฐานนี้ไม่สามารถที่จะใช้มาตรการอย่างอื่นได้ ไม่ว่าจะทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัย เพราะฉะนั้นสมควรให้โทษทางอาญาความผิดฐานนี้เหมาะสมตามหลักความได้สัดส่วนตามความหมายอย่างแคบ²²⁵ เนื่องจากการกระทำความผิดอันมีลักษณะร้ายแรงและกระทบต่อบุคคลอื่นซึ่งเป็นปัจเจกชนและความสงบสุขอย่างมากไม่ควรเป็นความผิดลหุโทษควรที่จะบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในภาคความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชนเพื่อให้การใช้มาตรการลงโทษทางอาญาเหมาะสมกับลักษณะการกระทำความผิดและให้ความผิดดังกล่าวนี้จัดอยู่ในหมวดหมู่ที่ถูกต้อง

4.4.5 กลุ่มความผิดลหุโทษที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญมุ่งคุ้มครองความรู้สึกอับอายในทางศีลธรรมของสังคม

(1) มาตรา 388 ความผิดฐานทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัล²²⁶

คุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญของความผิดฐานนี้ คือ ความเดือดร้อนรำคาญของสาธารณะ²²⁷

ในปัจจุบันมีการกระทำความผิดอันควรขายหน้าต่อธารกำนัล ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยวาจาหรือการเปิดเผยร่างกายของตนเองหรือเป็นการกระทำการลามกอย่างอื่นเช่น การพูดในที่สาธารณะว่า “เย็ดโคตรแม่มึง” โดยเจตนาารมณ์ของความผิดฐานทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัลคือการรักษาระดับ ศีลธรรมในหมู่ประชาชน มิให้บุคคลใดใช้สิทธิในร่างกายของตนมากเกินไปจนเป็นการรบกวนระดับศีลธรรมอันดีของประชาชน

หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นกับความผิดฐานทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัลแล้ว กล่าวคือ การทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัลทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า ความเดือดร้อนรำคาญของสาธารณะเกี่ยวกับศีลธรรมซึ่งเป็นสิ่งที่ความผิดอาญาฐานทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัลประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็น คุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะการใช้ชีวิตร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถที่จะดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้หากว่าเกิดการทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัลนั้นทำให้เกิดความเดือดร้อนของประชาชนเป็นการกระทำที่มีลักษณะรุนแรงก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นทั้งเด็ก เยาวชนทำให้เกิดความหวาดกลัวและความไม่ปลอดภัยของคนในสังคมอย่างมาก การกระทำดังกล่าวนี้มีข้อตำหนิทางศีลธรรมอย่างร้ายแรง แม้จะไม่ผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศก็ตาม แต่เป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง อีกทั้งมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง

²²⁵ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

²²⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388

²²⁷ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 177) 601-602.

อันเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงสอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือปัญหาในเรื่องกฎหมายอาญาในวิถีทางที่น้อยที่สุดว่า²²⁸ นอกจากมาตรการในทางอาญาแล้วจะถือได้หรือไม่ว่ามาตรการทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัยก็ถือว่าเพียงพอในการคุ้มครองความเดือดร้อนรำคาญของสาธารณะและทำให้การอยู่ร่วมกันในสังคมสงบสุขแล้ว เมื่อพิจารณาแล้วสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปัจเจกชนจะได้รับผลกระทบในกรณีนี้คือ เสรีภาพในการเคลื่อนที่ทางอันเกิดจากการลงโทษจำคุก ส่วนประโยชน์ที่สังคมจะได้รับก็คือความไม่เดือดร้อนรำคาญต่อสาธารณะและความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน ถ้าหากต้องยอมให้ผู้กระทำความผิดทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัล เปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือเป็นการลามกอย่างอื่นตอนไหนก็ได้ตามความต้องการของผู้กระทำความผิดโดยไม่กังวลว่าจะได้รับมาตรการลงโทษในทางอาญา เช่น โทษจำคุก เป็นการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของมาตรการลงโทษทางอาญาอีกทั้งหากใช้มาตรการอย่างอื่นแล้ว เมื่อความผิดฐานดังกล่าวนี้เป็นความผิดลหุโทษสามารถเปรียบเทียบปรับได้ยิ่งทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในสังคมจากการที่คนรวยกระทำความผิดฐานนี้เมื่อไหร่ก็ได้แล้วไปชำระค่าปรับแต่ในทางกลับกันคนจนไม่สามารถทำอย่างเดียวกับคนรวยได้ ผู้กระทำความผิดก็อาจจะกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก เมื่อชั่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียแล้วจะเห็นได้ว่าประโยชน์ที่สังคมได้รับการกำหนดให้เป็นความผิดอาญามีมากกว่าประโยชน์ที่ปัจเจกชนจะต้องสูญเสียไปจากการมีความผิดดังกล่าวจึงทำให้เห็นว่าความผิดฐานนี้ไม่สามารถที่จะใช้มาตรการอย่างอื่นได้ ไม่ว่าจะทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัย เพราะฉะนั้นสมควรให้โทษทางอาญาความผิดฐานนี้เหมาะสมตามหลักความได้สัดส่วนตามความหมายอย่างแคบ²²⁹ เนื่องจากการกระทำความผิดอันมีลักษณะร้ายแรงและกระทบต่อบุคคลอื่นซึ่งเป็นปัจเจกชนและความสงบสุขอย่างมากไม่ควรเป็นความผิดลหุโทษควรที่จะบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในภาคความผิดเกี่ยวกับการกระทำต่อเพศ ดังนั้นควรเพิ่มอัตราการลงโทษที่ผู้กระทำความผิดนั้นจะได้รับให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อให้การใช้มาตรการลงโทษสอดคล้องกับลักษณะการกระทำความผิดและความเสียหายที่เกิดขึ้น อีกทั้งเพื่อให้ความผิดดังกล่าวจัดอยู่ในหมวดหมู่ที่ถูกต้อง

4.2.6 กลุ่มความผิดลหุโทษที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญมุ่งคุ้มครองความตื่นตกใจและความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน

(1) มาตรา 384 ความผิดฐานปล่อยข่าวลือให้ประชาชนตื่นตกใจ²³⁰

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ความตื่นตกใจและความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน²³¹

หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นกับความผิดฐานปล่อยข่าวลือให้ประชาชนตื่นตกใจแล้วอันเป็นความผิดในตัวเอง (Mala in se) กล่าวคือการปล่อยข่าวลือให้ประชาชนตื่นตกใจทำให้การอยู่

²²⁸ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

²²⁹ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

²³⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 384

²³¹ คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 177) 805.

ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า การตื่นตกใจและความเดือดร้อนรำคาญของประชาชนซึ่งเป็นสิ่งที่ความผิดอาชญาฐานนี้ประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะการใช้ชีวิตร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถที่จะดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้ หากว่าบุคคลต้องมารับรู้ข่าวลืออันเป็นเท็จอันทำให้ประชาชนตกใจซึ่งในปัจจุบันมีการใช้เทคโนโลยีและการสื่อสารทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่ทันสมัยและเข้าถึงได้ง่ายในสื่อสังคมออนไลน์(Social media) ไม่ว่าจะเป็นทาง Facebook Line Twitter Instagram Youtube เป็นต้น ถือเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดอาชญาฐานนี้ แม้เป็นการกระทำที่มีลักษณะไม่รุนแรงปราศจากข้อตำหนิในทางศีลธรรม แต่อาจทำให้เกิดความหวาดกลัวของคนในสังคมได้และมีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐและความปลอดภัยของประเทศได้ อีกทั้งเป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงและมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงสอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือปัญหาในเรื่องกฎหมายอาญาในวิถีทางที่น้อยที่สุดว่า นอกจากมาตรการในทางอาญาแล้ว จะถือได้ว่าหรือไม่ว่ามาตรการทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัยก็ถือว่าเพียงพอในการคุ้มครองเกียรติของบุคคลแล้ว²³² เมื่อพิจารณาแล้วสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปัจเจกชนจะได้รับผลกระทบในกรณีนี้คือ ความตื่นตกใจและความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน ส่วนประโยชน์ที่สังคมจะได้รับก็คือความสงบเรียบร้อยของประชาชน การที่จะให้บุคคลอยู่ในสังคมได้อย่างสงบสุขและเสรีนั้นไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงในการกำหนดให้ความผิดปล่อยข่าวลือให้ประชาชนตื่นตกใจเป็นความผิดอาชญา ยิ่งไปกว่านั้นก็ไม่สามารถนำความผิดฐานนี้ใช้มาตรการอย่างอื่นแทนได้เพราะถ้าหากต้องยอมให้ผู้กระทำความผิดปล่อยข่าวลือตอนไหนก็ได้ตามความต้องการของผู้กระทำความผิดโดยไม่กังวลว่าจะได้รับมาตรการลงโทษในทางอาญา เช่น โทษจำคุก เป็นการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของมาตรการลงโทษทางอาญาอีกทั้งหากใช้มาตรการอย่างอื่นแล้วยิ่งทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในสังคมจากการที่คนรวยจะกระทำความผิดฐานนี้เมื่อไหร่ก็ได้แล้วไปชำระค่าปรับแต่ในทางกลับกันคนจนไม่สามารถทำอย่างเดียวกับคนรวยได้ เมื่อชั่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียแล้วจะเห็นได้ว่าประโยชน์ที่สังคมได้รับจากการกำหนดให้เป็นความผิดอาญามีมากกว่าประโยชน์ที่ปัจเจกชนจะต้องสูญเสียไปจากการมีความผิดดังกล่าว จึงทำให้เห็นว่าความผิดฐานนี้ไม่สามารถที่จะใช้มาตรการอย่างอื่นได้ ไม่ว่าจะทางแพ่งหรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัย ยิ่งไปกว่านั้นยิ่งสมควรให้โทษทางอาญาความผิดฐานนี้เหมาะสมตามหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ²³³ เนื่องจากมีความร้ายแรงและกระทบต่อความสงบสุขอย่างมากไม่ควรเป็นความผิดลหุโทษสมควรที่จะบัญญัติไว้ในภาคความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน เพื่อให้การใช้มาตรการลงโทษสอดคล้องกับลักษณะการกระทำความผิดและความเสียหายที่เกิดขึ้น อีกทั้งเพื่อความผิดดังกล่าวจัดอยู่ในหมวดหมู่ที่ถูกต้อง

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าสาระสำคัญของบทบัญญัติความผิดในกลุ่มนี้มีทั้งหมด 12 มาตรา กล่าวคือ บทบัญญัติมาตรา 371 มาตรา 374 มาตรา 376 มาตรา 379 มาตรา 384 มาตรา 388 มาตรา 390 มาตรา

²³² สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

²³³ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

391 มาตรา 392 มาตรา 393 มาตรา 397 และมาตรา 398 โดยแบ่งแยกการวิเคราะห์ตามคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญ ไม่ว่าจะเป็นความปลอดภัยของร่างกาย เกียรติ ภัยอันตรายต่อชีวิตและร่างกาย เป็นต้น โดยวิเคราะห์ลักษณะการกระทำความผิดตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดความผิดและการกำหนดมาตรการลงโทษข้างต้นที่ได้กล่าวมาแล้ว เพื่อให้การใช้บังคับมาตรการลงโทษเหมาะสมกับลักษณะการกระทำความผิดและบรรลู่วัตถุประสงค์ในการลงโทษอีกด้วย

หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นกับความผิดกลุ่มนี้ทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า แม้กฎหมายคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย เกียรติของบุคคล ภัยอันตรายต่อร่างกาย ภัยอันตรายอันเกิดจากการใช้อาวุธ ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชนซึ่งอาจถึงขั้นเป็นภัยอันตรายแก่ชีวิตและร่างกาย ความเมตตาต่อเพื่อนมนุษย์ที่อาจถึงขั้นเป็นความปลอดภัยของร่างกาย ซึ่งเป็นสิ่งที่ความผิดกลุ่มนี้ประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะการใช้ชีวิตร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถที่จะดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้ หากว่าเกิดอันตรายแก่ชีวิตและร่างกายของบุคคลอื่น หรือเกียรติของบุคคล หรือความปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย เป็นการกระทำที่มีลักษณะรุนแรงเป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นได้ทำให้เกิดความหวาดกลัวของคนในสังคมได้ ผู้กระทำความผิดนั้นมีความชั่วร้ายโดยธรรมชาติหรือที่เรียกว่าเป็นความผิดในตัวเอง (Mala in se) เป็นการกระทำที่ไม่พึงปรารถนาและน่าละอายต่อสังคม เป็นการกระทำที่มีข้อตำหนิตามศีลธรรมอย่างร้ายแรง และมีความก้าวร้าวของการกระทำ จะนำไปสู่เรื่องนี้อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ เป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการกระทำที่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือปัญหาในเรื่องกฎหมายอาญาในวิถีทางที่น้อยที่สุด²³⁴ว่า นอกจากมาตรการในทางอาญาแล้ว จะถือได้หรือไม่ว่ามาตรการทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัย ก็ถือได้ว่าเพียงพอในการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญ เมื่อพิจารณาแล้วสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปัจเจกชนจะได้รับผลกระทบในกรณีนี้คือ เสรีภาพในการเคลื่อนที่ทางอันเกิดจากการลงโทษจำคุก ส่วนประโยชน์ที่สังคมจะได้รับก็คือความปลอดภัยในชีวิตร่างกายหรือเกียรติศักดิ์ศรีของบุคคลและความสงบเรียบร้อยของประชาชน และศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นสิ่งที่เหมาะสมในการใช้มาตรการทางอาญา ถ้าหากต้องยอมให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดตามบทบัญญัติในกลุ่มนี้ตอนไหนก็ได้ตามความต้องการของผู้กระทำความผิดโดยไม่กังวลว่าจะได้รับมาตรการลงโทษในทางอาญา เช่น โทษจำคุก เป็นการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของมาตรการลงโทษทางอาญาอีกทั้งหากใช้มาตรการอย่างอื่นแล้วยิ่งทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในสังคมจากการที่คนรวยจะทำร้ายผู้อื่นเมื่อไหร่ก็ได้แล้วไปชำระค่าปรับแต่ในทางกลับกันคนจนไม่สามารถทำอย่างเดียวกับคนรวยได้ เมื่อน้ำหนักประโยชน์ได้เสียแล้วจะเห็นได้ว่าประโยชน์ที่สังคมได้รับจากการกำหนดให้เป็นความผิดอาญามีมากกว่าประโยชน์ที่ปัจเจกชนจะต้องสูญเสียไปจากการมีความผิดกลุ่มดังกล่าว จึงทำให้เห็นว่าความผิดฐานนี้ไม่สามารถที่จะใช้มาตรการอย่างอื่นได้ ไม่ว่าจะทางแพ่ง หรือทางปกครอง หรือปรับเป็นพินัย ยิ่งไปกว่านั้นยิ่ง

²³⁴ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

สมควรให้โทษทางอาญาความผิดฐานนี้เหมาะสมตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ²³⁵ เนื่องจากมีความร้ายแรงและกระทบต่อบุคคลอื่นซึ่งเป็นปัจเจกชนและความสงบสุขอย่างมากไม่ควรเป็นความผิดโทษสมควรที่จะบัญญัติไว้ในภาคความผิดเกี่ยวกับการกระทำต่อชีวิตร่างกาย กระทำต่อชื่อเสียง กระทำต่อเพศ กระทำต่อความสงบสุขของประชาชนเพื่อให้การใช้มาตรการลงโทษทางอาญาเหมาะสมกับลักษณะการกระทำ ความผิดและให้ความผิดดังกล่าวนี้จัดอยู่ในหมวดหมู่ที่ถูกต้อง

4.5 การแปรรูปความผิดโทษบางฐานที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงให้เป็นความผิดทางพินัย

สาระสำคัญของบทบัญญัติความผิดในกลุ่มนี้โดยแบ่งแยกการวิเคราะห์ตามคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญ ไม่ว่าจะเป็นความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน อำนาจรัฐในการปฏิบัติตามกฎหมาย เป็นต้น โดยวิเคราะห์ลักษณะการกระทำความผิดตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดความผิดและการกำหนดมาตรการลงโทษข้างต้นที่ได้กล่าวมาแล้ว เพื่อให้การใช้บังคับมาตรการลงโทษเหมาะสมกับลักษณะการกระทำความผิดและบรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษอีกด้วย ดังต่อไปนี้

4.5.1 กลุ่มความผิดโทษที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญมุ่งคุ้มครองอำนาจรัฐในการปฏิบัติการอันมีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งของรัฐ

(1) มาตรา 367 ความผิดฐานไม่ยอมบอกชื่อ ที่อยู่ หรือแกล้งบอกเท็จแก่เจ้าพนักงาน²³⁶

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ อำนาจรัฐในการปฏิบัติการตามกฎหมาย²³⁷

ความผิดฐานไม่ยอมบอกชื่อ ที่อยู่ หรือแกล้งบอกเท็จแก่เจ้าพนักงาน เป็นความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในที่สาธารณะมีลักษณะของการกระทำความผิดเป็นการกระทำต่อเจ้าพนักงานแต่ไม่มีลักษณะร้ายแรง ผู้กระทำความผิดฐานนี้มีเจตนาในการกระทำความผิด หากแต่ไม่ถึงขนาดชั่วร้ายเลวทรามหรือมีสันดานเป็นผู้ร้ายเป็นเพียงการกระทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ไม่ส่งผลกระทบที่เป็นอันตรายต่อสิทธิส่วนตัวปัจเจกชนโดยตรง แต่ส่งผลกระทบต่อรัฐ รัฐเป็นผู้เสียหาย ข้อตำหนิตามศีลธรรมมีเพียงเล็กน้อย ปฏิบัติการตอบสนองหรือความหวาดกลัวของคนในสังคมมีลักษณะไม่ร้ายแรง คุณธรรมทางกฎหมายคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม ไม่มีผู้เสียหายโดยตรงจากการกระทำนี้

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความผิดฐานไม่ยอมบอกชื่อ ที่อยู่ หรือแกล้งบอกเท็จแก่เจ้าพนักงานซึ่งอยู่ในกลุ่มความผิดอาญาเทคนิค (Mala Prohibita) เนื่องจากนำมาใช้บังคับกับพฤติกรรมของคนที่กระทำฝ่าฝืนกฎระเบียบในสังคมโดยคุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองอำนาจรัฐ หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นกับความผิดฐานทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัลแล้ว กล่าวคือ การทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัลทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ จะเห็นได้ว่าเป็นเพียงการกระทำความผิดเล็กน้อย มิได้เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความ

²³⁵ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

²³⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 367

²³⁷ คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 177) 950.

ปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชนศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้อันเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงไม่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อีกทั้งยังไม่สอดคล้องกับการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญ เนื่องจากไม่เป็นการกระทบต่อการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขและสันติของคนในสังคมโดยไม่เป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ปัจเจกชน ลักษณะการกระทำนั้นไม่ถึงขนาดร้ายแรงและไม่มีความน่าตำหนิในทางศีลธรรมแต่อย่างใด ดังนั้น ความผิดฐานไม่ยอมบอกชื่อ ที่อยู่ หรือแกล้งบอกเท็จแก่เจ้าพนักงานซึ่งเป็นกฎหมายทางเทคนิคคงมีเพียงวัตถุประสงค์เดียว คือเพื่อข่มขู่ไม่ให้ผู้ใดกล้าที่จะฝ่าฝืนเท่านั้น ซึ่งการกำหนดโทษเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับหลักของ Nigel Walker ที่ว่า “รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับโทษเพียงอย่างเดียว”

เพราะฉะนั้นการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดฐานไม่ยอมบอกชื่อ ที่อยู่ หรือแกล้งบอกเท็จแก่เจ้าพนักงานนี้จึงไม่เหมาะสมเนื่องจากการจะนำมาตราการในทางอาญามาใช้ก็ต่อเมื่อมาตรการอื่นที่มีอยู่ของรัฐใช้ไม่ได้ผลแล้ว หากมาตรการอื่นของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นมาตรการในทางแพ่งหรือทางปกครองหรือปรับทางวินัยใช้ได้ผลดีกว่าหรือได้ผลเท่ากับการใช้มาตรการทางอาญาก็จะต้องใช้มาตรการอื่นก่อนแล้วเมื่อพิจารณา อีกทั้งการใช้มาตรการลงโทษทางอาญาความผิดฐานข้างต้นนั้นไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ²³⁸ อันเป็นการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเกินสมควร แต่อย่างไรก็ตามความผิดดังกล่าวนั้นก็ยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องนำมาตราการในการลงโทษอย่างหนึ่งอย่างใดมาใช้บังคับเพื่อป้องกันมิให้บุคคลใดกล้าที่จะฝ่าฝืน โดยเมื่อพิจารณาจากลักษณะความผิดดังกล่าวนี้พบว่าเป็นกรณีที่เอกชนต้องปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งได้ออกคำสั่งโดยถือเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่า หากบุคคลใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ในเรื่องนั้น ๆ สมควรนำมาตราการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับซึ่งมาตรการที่เหมาะสม คือ โทษปรับเป็นพินัย เมื่อความผิดฐานไม่ยอมบอกชื่อ ที่อยู่ หรือแกล้งบอกเท็จแก่เจ้าพนักงานนั้นตามประมวลกฎหมายอาญามีโทษปรับสถานเดียวจึงต้องเปลี่ยนความผิดลหุโทษฐานนี้มีโทษปรับสถานเดียวให้เป็นปรับเป็นพินัยและให้ถืออัตราค่าปรับความผิดลหุโทษเป็นอัตราค่าปรับเป็นพินัยแทน

(2) มาตรา 368 ความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน²³⁹

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ อำนาจรัฐในการปฏิบัติตามกฎหมาย²⁴⁰

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงานซึ่งอยู่ในกลุ่มความผิดอาญาเทคนิค (Mala Prohibita) เนื่องจากนำมาใช้บังคับกับพฤติกรรมของคนที่กระทำฝ่าฝืนกฎระเบียบในสังคมโดยคุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองอำนาจรัฐ หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นกับความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงานแล้ว กล่าวคือ การขัดคำสั่งเจ้าพนักงานทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนิน

²³⁸ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

²³⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 368

²⁴⁰ คณิต ญ นคร (เชิงอรรถ 177) 952.

ไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า อำนาจอธิปไตยที่ประชาชนจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย เป็นสิ่งที่ความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงานประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะเมื่อเกิดความผิดฐานนี้ขึ้นไม่เป็นการกระทบต่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติ เนื่องจากเป็นเพียงการกระทำความผิดเล็กน้อย ปราศจากข้อตำหนิในทางศีลธรรม มิได้เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงไม่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ความผิดฐานนี้คงเป็นเรื่องการละเมิดคำสั่งของรัฐว่าด้วยระเบียบสาธารณะ (Public Torts) เท่านั้นซึ่งมิได้มีลักษณะเป็นความผิดอาญาโดยแท้ เพราะฉะนั้นผู้กระทำความผิดนั้นมิใช่อาชญากรไม่ได้มีจิตใจชั่วร้ายหรือมีความชั่วเพียงเล็กน้อย ดังนั้นความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงานซึ่งเป็นกฎหมายทางเทคนิคคงมีเพียงวัตถุประสงค์เดียว คือเพื่อข่มขู่ไม่ให้ผู้ใดกล้าที่จะฝ่าฝืนเท่านั้น ซึ่งการกำหนดโทษเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับหลักของ Nigel Walker ที่ว่า “รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับโทษเพียงอย่างเดียว”

เพราะฉะนั้นการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงานนี้จึงไม่เหมาะสม เนื่องจากการจะนำมาตรการในทางอาญามาใช้ก็ต่อเมื่อมาตรการอื่นที่มีอยู่ของรัฐใช้ไม่ได้ผลแล้ว สิ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือปัญหาในเรื่องกฎหมายอาญาในวิถีทางที่น้อยที่สุดว่า²⁴¹ หากมาตรการอื่นของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นมาตรการในทางแพ่งหรือทางปกครองหรือปรับทางวินัยใช้ได้ผลดีกว่าหรือได้ผลเท่ากับการใช้มาตรการทางอาญาก็จะต้องใช้มาตรการอื่นก่อนแลเมื่อพิจารณาส่วนข้อพิจารณาสุดท้ายคือ การชั่งน้ำหนักประโยชน์ว่าประโยชน์ของปัจเจกชนที่ถูกกระทบกับประโยชน์ที่สังคมจะได้รับว่าได้สัดส่วนใดความหมายอย่างแคบหรือไม่²⁴² กล่าวคือ หากการใช้กฎหมายในกรณีนี้สามารถทำให้ประโยชน์ของรัฐบรรลุผลโดยกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนผู้ได้รับผลในระดับที่ยอมรับได้แล้วก็ต้องถือว่าอยู่ในหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาในวิถีทางน้อยที่สุดจะเห็นได้ว่าในกรณีนี้แม้รัฐจะได้ประโยชน์จากมาตรการทางอาญา แต่เป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับที่ไม่อาจยอมรับได้ ต้องใช้มาตรการทางแพ่งหรือทางปกครองหรือปรับเป็นพินัยแทน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการใช้มาตรการปรับเป็นพินัยจะได้ผลที่ดีกว่าการใช้มาตรการในทางอาญาเนื่องจากประโยชน์ที่รัฐควรจะได้รับในแง่ของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างสงบแล้วเปรียบเทียบกับผลกระทบสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิดฐานนี้เพราะอาจจะต้องถูกกักขังแทนค่าปรับหรือถูกจำคุกถือว่าสิ่งที่ผู้กระทำความผิดถูกกระทบนั้นมีมากกว่าประโยชน์สังคมที่ได้รับ สมควรนำมาตรการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับซึ่งมาตรการที่เหมาะสม คือ โทษปรับเป็นพินัย ยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องนำมาตรการในการลงโทษอย่างหนึ่งอย่างใดมาใช้บังคับเพื่อป้องกันมิให้บุคคลใดกล้าที่จะฝ่าฝืนกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก โดยเมื่อพิจารณาจากลักษณะความผิดดังกล่าวนั้นพบว่าเป็นกรณีที่เอกชนต้องปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งได้ออกคำสั่งโดยถือเป็น

²⁴¹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

²⁴² สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

คำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง เมื่อความผิดฐานขัดคำสั่งของเจ้าพนักงานนั้นตามประมวลกฎหมายอาญามีโทษปรับและโทษจำคุกจึงต้องเปลี่ยนความผิดโทษฐานนี้ให้ใช้มาตรการลงโทษปรับเป็นพินัยและอัตราค่าปรับเป็นพินัยขึ้นอยู่กับลักษณะการกระทำความผิดและความเสียหายที่เกิดขึ้น

(3) มาตรา 369 ความผิดฐานเจตนาทำให้ประกาศ ภาพ หรือโฆษณาหรือเอกสารที่เจ้าพนักงานผู้ทำตามหน้าที่ปิดหรือแสดงไว้ หลุด ฉีก หรือไร้ประโยชน์²⁴³

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ อำนาจรัฐในการปฏิบัติตามกฎหมาย²⁴⁴

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความผิดฐานเจตนาทำให้ประกาศ ภาพ หรือโฆษณาหรือเอกสารที่เจ้าพนักงานผู้ทำตามหน้าที่ปิดหรือแสดงไว้ หลุด ฉีก หรือไร้ประโยชน์ ซึ่งอยู่ในกลุ่มความผิดอาญาเทคนิค (Mala Prohibita) เนื่องจากนำมาใช้บังคับกับพฤติกรรมของคนที่กระทำฝ่าฝืนกฎระเบียบในสังคมโดยคุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองอำนาจรัฐ อีกทั้งความผิดฐานนี้เป็นหลักความรับผิดชอบเด็ดขาดแม้ว่าผู้กระทำความผิดนั้นไม่มีเจตนาในการกระทำความผิดก็มีความผิดและต้องรับโทษ

หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นกับความผิดฐานเจตนาทำให้ประกาศ ภาพ หรือโฆษณาหรือเอกสารที่เจ้าพนักงานผู้ทำตามหน้าที่ปิดหรือแสดงไว้ หลุด ฉีก หรือไร้ประโยชน์แล้ว กล่าวคือเจตนาทำให้ประกาศ ภาพ หรือโฆษณาหรือเอกสารที่เจ้าพนักงานผู้ทำตามหน้าที่ปิดหรือแสดงไว้ หลุด ฉีก หรือไร้ประโยชน์ทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า อำนาจรัฐที่ประชาชนจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายเป็นสิ่งที่ความผิดฐานนี้ประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายเพราะเมื่อเกิดความผิดฐานนี้ขึ้นไม่เป็นการกระทบต่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้ เนื่องจากเป็นเพียงการกระทำความผิดเล็กน้อยปราศจากข้อตำหนิในทางศีลธรรมอย่างร้ายแรง มิได้เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชนศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงไม่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่ความผิดฐานนี้คงเป็นเรื่องการละเมิดคำสั่งของรัฐว่าด้วยระเบียบสาธารณะ (Public Torts) เท่านั้นซึ่งมิได้มีลักษณะเป็นความผิดอาญาโดยแท้ เพราะฉะนั้นผู้กระทำความผิดนั้นมิใช่อาชญากรไม่ได้มีจิตใจชั่วร้ายหรือมีเพียงเล็กน้อย ดังนั้น ความผิดฐานนี้ซึ่งเป็นกฎหมายอาญาทางเทคนิคคงมีเพียงวัตถุประสงค์เดียว คือเพื่อข่มขู่ไม่ให้ผู้ใดกล้าที่จะฝ่าฝืนเท่านั้น ซึ่งการกำหนดโทษเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับหลักของ Nigel Walker ที่ว่า “รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับโทษเพียงอย่างเดียว”

เพราะฉะนั้นการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดฐานเจตนาทำให้ประกาศ ภาพ หรือโฆษณาหรือเอกสารที่เจ้าพนักงานผู้ทำตามหน้าที่ปิดหรือแสดงไว้ หลุด ฉีก หรือไร้ประโยชน์จึงไม่เหมาะสมเนื่องจากการจะนำมาตราการในทางอาญามาใช้ก็ต่อเมื่อมาตรการอื่นที่มีอยู่ของรัฐใช้ไม่ได้ผลแล้ว เป็นสิ่งที่จะต้อง

²⁴³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 369

²⁴⁴ คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 177) 955.

พิจารณาต่อไปคือปัญหาในเรื่องกฎหมายอาญาในวิธีทางที่น้อยที่สุดว่า²⁴⁵ หากมาตรการอื่นของรัฐ ไม่ว่าจะ เป็นมาตรการในทางแพ่งหรือทางปกครองหรือปรับทางวินัยใช้ได้ผลดีกว่าหรือได้ผลเท่ากับการใช้มาตรการทาง อาญาก็จะต้องใช้มาตรการอื่นก่อน ส่วนข้อพิจารณาสุดท้ายคือ การชั่งน้ำหนักประโยชน์ว่าประโยชน์ของ ปัจเจกชนที่ถูกระทบกับประโยชน์ที่สังคมจะได้รับว่าได้สัดส่วนใดความหมายอย่างแคบหรือไม่²⁴⁶ กล่าวคือ หากการใช้กฎหมายในกรณีนี้สามารถทำให้ประโยชน์ของรัฐบรรลุผลโดยกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจก ชนผู้ได้รับผลในระดับที่ยอมรับได้แล้วก็ต้องถือว่าอยู่ในหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาในวิธีทางน้อยที่สุดจะเห็น ได้ว่าในกรณีนี้แม้รัฐจะได้ประโยชน์จากมาตรการทางอาญา แต่เป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับที่ไม่ อายอมรับได้ ต้องใช้มาตรการทางแพ่งหรือทางปกครองหรือปรับเป็นพินัยแทน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การใช้ มาตรการปรับเป็นพินัยจะได้ผลที่ดีกว่าการใช้มาตรการในทางอาญาเนื่องจากประโยชน์ที่รัฐควรจะได้รับในแง่ ของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างสงบแล้วเปรียบเทียบกับผลกระทบสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิด ฐานนี้เพราะอาจจะต้องถูกกักขังแทนค่าปรับ หากไม่ชำระค่าปรับ ถือว่าสิ่งที่ผู้กระทำความผิดถูกระทบนั้นมี มากกว่าประโยชน์สังคมที่ได้รับ สมควรนำมาตราลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับซึ่งมาตรการที่เหมาะสม คือ โทษปรับเป็นพินัย ยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องนำมาตราลงโทษอย่างหนึ่งอย่างใดมาใช้บังคับเพื่อ ป้องกันมิให้บุคคลใดกล้าที่จะฝ่าฝืนแล้วกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก โดยเมื่อพิจารณาจากลักษณะความผิด ดังกล่าวนั้นพบว่า เมื่อความผิดฐานเจตนาทำให้ประกาศ ภาพ หรือโฆษณาหรือเอกสารที่เจ้าพนักงานผู้ทำตาม หน้าที่ปิดหรือแสดงไว้ หลุด ฉีก หรือไร้ประโยชน์นั้นตามประมวลกฎหมายอาญามีโทษปรับสถานเดียวจึงต้อง เปลี่ยนความผิดลหุโทษฐานนี้ให้ใช้มาตรการลงโทษปรับเป็นพินัยและให้ถืออัตราค่าปรับความผิดลหุโทษเป็น อัตราค่าปรับเป็นพินัยแทน

(4) มาตรา 383 ความผิดฐานไม่ช่วยระงับเพลิงไหม้หรือสาธารณภัยอย่างอื่น²⁴⁷

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ อำนาจของรัฐในการเรียกให้ช่วยระงับภัยสาธารณ²⁴⁸

หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นกับความผิดฐานไม่ช่วยระงับเพลิงไหม้หรือสาธารณ ภัยอย่างอื่นแล้ว กล่าวคือการไม่ช่วยระงับเพลิงไหม้หรือสาธารณภัยอย่างอื่นทำให้การ อยู่ร่วมกันของคนใน สังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ บทบัญญัติความผิดตามมาตรา 383 นั้นเป็น บทบัญญัติที่บังคับให้บุคคลต้องกระทำการช่วยเหลือผู้ที่ตกอยู่ในอันตรายอันเกิดจากเพลิงไหม้และเจ้า พนักงาณเรียกให้ช่วยระงับ ถ้าหากผู้ นั้นสามารถที่จะช่วยเหลือได้ แต่ไม่ช่วยก็จะมี ความผิดตามบทบัญญัติ มาตรานี้และต้องรับโทษซึ่งการไม่ช่วยเหลือซึ่งเจ้าพนักงานเรียกให้ช่วยตามมาตรานี้ได้มีหน้าที่เฉพาะเจาะจง ตามบทบัญญัติมาตรา 59 วรรคสี่แต่อย่างใด เป็นเพียงหน้าที่ปกติทั่ว ๆ อื่นทั้งบทบัญญัตินี้เป็นการให้ช่วยเหลือ ในการระงับเพลิงไหม้ทัพยาสินบ้านเรือน ต้นไม้ซึ่งสามารถที่จะลุกลามเป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นได้ โดย

²⁴⁵ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

²⁴⁶ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

²⁴⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 383

²⁴⁸ คณิต ฦ นคร (เชิงอรรถ 177) 956.

บทบัญญัติความผิดฐานนี้เพื่อบังคับให้บุคคลมีจิตสำนึกในการเป็นพลเมืองดีของสังคมเป็นความผิดเกี่ยวกับศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งเป็นสิ่งที่ทำให้การอยู่ร่วมกันในสังคมเป็นไปได้อย่างสงบสุข ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า อำนาจอธิปไตยในการเรียกให้ช่วยระงับภัยสาธารณซึ่งเป็นสิ่งที่ความผิดอาญาฐานไม่ช่วยเหลือผู้อื่นซึ่งเจ้าพนักงานเรียกให้ช่วยประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะการใช้ชีวิตร่วมกันของคนในสังคมไม่อาจที่จะดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้ หากว่าหากเกิดการกระทำความผิดฐานนี้ แต่มีลักษณะเป็นการกระทำที่ปราศจากข้อนำตำหนิในทางศีลธรรมอย่างร้ายแรง ไม่เป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงไม่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

แต่ปัญหาจึงมีแต่เพียงในส่วนของหลักวิธีทางสุดท้ายของกฎหมายอาญา กล่าวคือ ยังจะมีมาตรการอื่นที่เบากว่าการใช้มาตรการในทางอาญากับกรณีความผิดฐานไม่ช่วยระงับเพลิงไหม้หรือสาธารณภัยอย่างอื่นหรือไม่²⁴⁹ เมื่อพิจารณาปัญหาดังกล่าว สิ่งที่ต้องพิจารณาประการแรก คือสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบตามประมวลกฎหมายอาญาภาค 3 ความผิดลหุโทษ ในกรณีนี้สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ถูกกระทบคือ เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางเนื่องจากอาจถูกใช้มาตรการทางอาญาในการจำคุกหรือกักขังแทนค่าปรับได้หาก ไม่ชำระค่าปรับอันเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคล สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ การพิจารณาถึงประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาและผลกระทบที่เกิดขึ้นกับปัจเจกชนแต่ละคน ประโยชน์ที่สังคมได้รับย่อมเป็นในสังคมทำให้ผู้คนที่เจ้าพนักงานเรียกให้ช่วยมีจิตสำนึกในการช่วยเหลือซึ่งกันและกันส่งผลกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมส่วนสิ่งที่ปัจเจกชนแต่ละคนคือผู้กระทำความผิดฐานนี้จะได้รับคือการอาจได้รับโทษจำคุก หรือกักขังแทนค่าปรับเมื่อผู้กระทำความผิดไม่ชำระค่าปรับซึ่งเป็นมาตรการลงโทษทางอาญา เมื่อทราบถึงสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว ข้อพิจารณาสุดท้าย คือ การชั่งน้ำหนักประโยชน์ว่าประโยชน์ของปัจเจกชนที่ถูกกระทบกับประโยชน์ที่สังคมจะได้รับว่าได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหรือไม่²⁵⁰ กล่าวคือ หากการใช้กฎหมายในกรณีนี้สามารถทำให้ประโยชน์ของรัฐบรรลุผลโดยกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนผู้ได้รับผลในระดับที่ยอมรับได้แล้วก็ต้องถือว่าอยู่ในหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาในวิธีทางน้อยที่สุดจะเห็นได้ว่าในกรณีนี้แม้รัฐจะได้ประโยชน์จากมาตรการทางอาญา แต่เป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับที่ไม่อาจยอมรับได้ ต้องใช้มาตรการทางแพ่งหรือทางปกครองหรือปรับเป็นพินัยแทน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การใช้มาตรการปรับเป็นพินัยจะได้ผลที่ดีกว่าการใช้มาตรการในทางอาญาเนื่องจากประโยชน์ที่รัฐควรจะได้รับในแง่ของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างสงบแล้วเปรียบเทียบกับผลกระทบสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิดฐานนี้เพราะอาจจะต้องถูกจำคุก หรือกักขังแทนค่าปรับถือว่าเป็นสิ่งที่ผู้กระทำความผิดถูกกระทบนั้นมีมากกว่าประโยชน์สังคมที่ได้รับ สมควรนำมาตราการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับซึ่งมาตรการที่เหมาะสม คือ โทษปรับเป็นพินัย เมื่อความผิดฐานไม่ช่วยระงับเพลิงไหม้หรือภัยสาธารณอย่างอื่น

²⁴⁹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

²⁵⁰ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

นั้นตามประมวลกฎหมายอาญามีโทษจำคุก และโทษปรับจึงต้องเปลี่ยนความผิดโทษฐานนี้ให้เป็นปรับเป็น
พินัยและอัตราค่าปรับเป็นพินัยขึ้นอยู่กับลักษณะการกระทำความผิดและความเสียหายที่เกิดขึ้นที่เหมาะสม

4.5.2 กลุ่มความผิดโทษที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญอันมีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนต่อระเบียบ
สาธารณะว่าด้วยการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญหรืออันตรายต่อประชาชนและทำให้ระเบียบสาธารณะ
เสียหาย

สามารถแบ่งออกเป็น 4 ประเภท

(ก) กลุ่มความผิดโทษอันมีลักษณะเป็นการละเมิดต่อระเบียบสาธารณะในส่วนที่เกี่ยวกับการ
ก่อให้เกิดเสียงรบกวนโดยไม่ได้รับอนุญาต

(1) มาตรา 370 ความผิดฐานรบกวนผู้อื่นด้วยเสียงโดยไม่มีเหตุอันสมควร²⁵¹

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน²⁵²

การส่งเสียง คือ การออกเสียงจากลำคอผ่านเครื่องขยายเสียงหรือไม่ก็ตาม ทำให้เกิดเสียงขึ้นมานั้น
ไม่ว่าจะทำขึ้นด้วยวิธีใด เช่น การใช้เครื่องขยายเสียง เสียงจากการก่อสร้าง เสียงจากการตีปับ เสียงจากการบีบ
แตร เป็นต้น ซึ่งคำว่า กระทำความอื้ออึง ทำให้เห็นว่าเกิดจากการกระทำหลายคนหรือไปทำให้บุคคลอื่นทำให้
เกิดเสียงดังขึ้นโดยไม่มีเหตุสมควร เช่นการเล่นดนตรีในยามค่ำคืนซึ่งบุคคลอื่นบริเวณนั้นกำลังพักผ่อนและการ
กระทำต้องเกิดผลจากการกระทำ คือประชาชนตกหรือเดือดร้อน เช่น ทำให้ผู้คนนอนไม่หลับ

ความผิดฐานรบกวนผู้อื่นด้วยเสียงโดยไม่มีเหตุอันสมควร เป็นความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย
ในที่สาธารณะแม้จะมีการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมก็ตามแต่เป็นการกระทำความผิดเล็ก ๆ
น้อย ๆ ซึ่งไม่มีความรุนแรงหรือความก้าวร้าวของการกระทำมากนัก ผู้กระทำความผิดไม่ได้กระทำด้วยจิตใจที่
ชั่วร้ายโดยไม่มีข้อหาทางศีลธรรมไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างรุนแรงสังคมสามารถให้อภัยกับการ
กระทำนั้นได้ เป็นเพียงการฝ่าฝืนข้อตกลงการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมหรือก่อความเดือดร้อนรำคาญ
สาธารณะเท่านั้น ความผิดฐานนี้เป็นหลักความรับผิดชอบเด็ดขาด หากทำการส่งเสียง ทำให้เกิดเสียงหรือกระทำ
ความอื้ออึงโดยไม่มีเหตุอันสมควรและเกิดผลคือประชาชนตกใจหรือเดือดร้อน ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบแม้ไม่มี
เจตนาก็ตาม

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความผิดฐานฐานรบกวนผู้อื่นด้วยเสียงโดยไม่มีเหตุอันสมควร ซึ่งคุณธรรม
ทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ข้างต้น กล่าวคือ
การรบกวนผู้อื่นด้วยเสียงโดยไม่มีเหตุอันสมควรทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้
อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชนเป็นสิ่งที่ความผิด
ฐานรบกวนผู้อื่นด้วยเสียงโดยไม่มีเหตุอันสมควรประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญ
เพราะเมื่อเกิดความผิดฐานนี้ขึ้นอาจเป็นการกระทบต่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมดำเนินไปอย่าง
สงบสุขและสันติได้ แต่เป็นเพียงการกระทำความผิดเล็กน้อยซึ่งไม่ได้มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดชั่วร้ายเลวทราม

²⁵¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 370

²⁵² คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 117) 793.

หรือมีแต่เพียงเล็กน้อย ไม่เป็นข้อตำหนิในทางศีลธรรมแต่อย่างใดซึ่งประชาชนสามารถให้อภัยแก่กันได้ มิได้ เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการ กระทำความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงไม่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อีกทั้งซึ่งการกำหนด โทษเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับหลักของ Nigel Walker ที่ว่า “รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมี วัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับโทษเพียงอย่างเดียว”

แต่ปัญหาจึงมีแต่เพียงในส่วนของหลักวิธีทางสุดท้ายของกฎหมายอาญา กล่าวคือ ยังจะมีมาตรการ อื่นที่เบากว่าการใช้มาตรการในทางอาญากับกรณีความผิดฐานรบกวนผู้อื่นด้วยเสียงโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือไม่²⁵³ เมื่อพิจารณาปัญหาดังกล่าว สิ่งที่ต้องพิจารณาประการแรก คือสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ได้รับ ผลกระทบตามประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิดลหุโทษ ในกรณีนี้สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ถูก กระทบคือ เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางเนื่องจากอาจถูกใช้มาตรการทางอาญาในการกักขังแทน ค่าปรับได้หาก ไม่ชำระค่าปรับแม้ความผิดดังกล่าวมีโทษปรับสถานเดียวก็ตามอันเป็นการจำกัดเสรีภาพของคน สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ การพิจารณาถึงประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาและ ผลกระทบที่เกิดขึ้นกับปัจเจกชนแต่ละคน ประโยชน์ที่สังคมได้รับย่อมเป็นในสังคมไม่เกิดความเดือดร้อน รำคาญที่ส่งผลกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมส่วนสิ่งที่ปัจเจกชนแต่ละคนคือผู้กระทำความผิดฐานนี้ จะได้รับคือการอาจได้รับโทษกักขังแทนค่าปรับเมื่อผู้กระทำความผิดไม่ชำระค่าปรับซึ่งเป็นมาตรการลงโทษ ทางอาญา ส่วนข้อพิจารณาสุดท้ายคือ การชั่งน้ำหนักประโยชน์ว่าประโยชน์ของปัจเจกชนที่ถูกกระทบกับ ประโยชน์ที่สังคมจะได้รับว่าได้สัดส่วนกันหรือไม่²⁵⁴ กล่าวคือ หากการใช้กฎหมายในกรณีนี้สามารถทำให้ ประโยชน์ของรัฐบรรลุผลโดยกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนผู้ได้รับผลในระดับที่ยอมรับได้แล้วก็ต้อง ถือว่าอยู่ในหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาในวิธีทางน้อยที่สุดที่จะเห็นได้ว่าในกรณีนี้แม้รัฐจะได้ประโยชน์จาก มาตรการทางอาญา แต่เป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับที่ไม่อาจยอมรับได้ ก็ต้องใช้มาตรการทาง แพ่งหรือทางปกครองหรือปรับเป็นพินัยแทนซึ่งผู้เขียนวิจัยเห็นว่าการใช้มาตรการปรับเป็นพินัยจะได้ผลที่ดีกว่า การใช้มาตรการในทางอาญาเนื่องจากประโยชน์ที่รัฐควรจะได้รับในแง่ของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่าง สงบแล้วเปรียบเทียบกับผลกระทบสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิดฐานนี้เพราะอาจจะต้องถูกกักขังแทน ค่าปรับถือว่าสิ่งที่ผู้กระทำความผิดถูกกระทบนั้นมีมากกว่าประโยชน์สังคมที่ได้รับ จึงเห็น สมควรนำมาตราการ ลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับซึ่งมาตรการที่เหมาะสม คือ โทษปรับเป็นพินัย เมื่อความผิดฐานรบกวนผู้อื่นด้วย เสียงโดยไม่มีเหตุอันสมควร นั้นตามประมวลกฎหมายอาญามีโทษปรับสถานเดียวจึงต้องเปลี่ยนความผิดลหุ โทษฐานนี้ที่มีโทษปรับสถานเดียวให้เป็นปรับเป็นพินัยและให้ถืออัตราค่าปรับความผิดลหุโทษเป็นอัตราค่าปรับ เป็นพินัยแทน

²⁵³ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

²⁵⁴ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

(2) มาตรา 372 ความผิดฐานทะเลาะกันอย่างอื้ออึงในที่สาธารณะ²⁵⁵

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน²⁵⁶

จากการวิเคราะห์ความผิดฐานทะเลาะกันอย่างอื้ออึงในที่สาธารณะเป็นความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในที่สาธารณะ การกระทำความผิดฐานนี้มีลักษณะไม่ร้ายแรง ผู้กระทำมีเจตนาในการกระทำความผิดแต่ไม่ถึงขนาดที่มีจิตใจชั่วร้าย การกระทำไม่ส่งผลกระทบต่อผู้อื่นอย่างร้ายแรง ไม่มีความเสียหายที่รุนแรงและการกระทำไม่ส่งผลกระทบต่อผู้อื่นอย่างร้ายแรง ไม่มีข้อตำหนิต่างศีลธรรมอย่างรุนแรง ปฏิกริยาตอบสนองหรือความหวาดกลัวของคนในสังคมไม่รุนแรง คุณธรรมทางกฎหมาย คือ ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน ซึ่งคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมมากกว่าประโยชน์ส่วนตัว อีกทั้งความผิดฐานนี้เป็นหลักความรับผิดชอบเด็ดขาดแม้ว่าผู้กระทำความผิดนั้นไม่มีเจตนาในการกระทำความผิดก็มีความผิดและต้องรับโทษ

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่า ความผิดฐานทะเลาะกันอย่างอื้ออึงในที่สาธารณะ แม้จะมีการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมก็ตามแต่เป็นการกระทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ซึ่งไม่มีความรุนแรงหรือความก้าวร้าวของการกระทำมากนัก ผู้กระทำความผิดไม่ได้กระทำด้วยจิตใจที่ชั่วร้ายหรือมีแต่เพียงเล็กน้อย โดยไม่มีข้อตำหนิต่างศีลธรรมไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างรุนแรงสังคมสามารถให้อภัยกับการกระทำนั้นได้ เป็นเพียงการฝ่าฝืนข้อตกลงการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมหรือก่อความเดือดร้อนรำคาญสาธารณะเท่านั้น ความผิดฐานนี้เป็นหลักความรับผิดชอบเด็ดขาด หากทำการส่งเสียง ทำให้เกิดเสียงหรือกระทำความอื้ออึงโดยไม่มีเหตุอันสมควรและเกิดผลคือประชาชนตกใจหรือเดือดร้อน ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบแม้ไม่มีเจตนาก็ตาม

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความผิดฐานทะเลาะกันอย่างอื้ออึงในที่สาธารณะ ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ข้างต้น กล่าวคือ การทะเลาะกันอย่างอื้ออึงในที่สาธารณะทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชนเป็นสิ่งที่ความผิดฐานทะเลาะกันอย่างอื้ออึงในที่สาธารณะประสงคืจะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะเมื่อเกิดความผิดฐานนี้ขึ้นอาจเป็นการกระทบต่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้ แต่เป็นเพียงการกระทำความผิดเล็กน้อยซึ่งไม่ได้มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดชั่วร้ายเลวทรามหรือมีแต่เพียงเล็กน้อย ไม่เป็นข้อตำหนิต่างศีลธรรมแต่อย่างใดซึ่งประชาชนสามารถให้อภัยแก่กันได้ มิได้เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงไม่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อีกทั้งซึ่งการกำหนดโทษเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับหลักของ Nigel Walker ที่ว่า “รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับโทษเพียงอย่างเดียว”

²⁵⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 372

²⁵⁶ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 117) 795.

แต่ปัญหาจึงมีแต่เพียงในส่วนของหลักวิธีทางสุดท้ายของกฎหมายอาญา กล่าวคือ ยังจะมีมาตรการอื่นที่เบากว่าการใช้มาตรการในทางอาญากับกรณีความผิดฐานรบกวนผู้อื่นด้วยเสียงโดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือไม่²⁵⁷ เมื่อพิจารณาปัญหาดังกล่าว สิ่งที่ต้องพิจารณาประการแรก คือสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 3 ความผิดลหุโทษ ในกรณีนี้สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ถูกระทบคือ เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางเนื่องจากอาจถูกใช้มาตรการทางอาญาในการกักขังแทนค่าปรับได้หาก ไม่ชำระค่าปรับแม้ความผิดดังกล่าวมีโทษปรับสถานเดียวก็ตามอันเป็นการจำกัดเสรีภาพของคน สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ การพิจารณาถึงประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาและผลกระทบที่เกิดขึ้นกับปัจเจกชนแต่ละคน ประโยชน์ที่สังคมได้รับย่อมเป็นในสังคมไม่เกิดความเดือดร้อนรำคาญที่ส่งผลกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมส่วนสิ่งที่ปัจเจกชนแต่ละคนคือผู้กระทำความผิดฐานนี้ จะได้รับคือการอาจได้รับโทษกักขังแทนค่าปรับเมื่อผู้กระทำความผิดไม่ชำระค่าปรับซึ่งเป็นมาตรการลงโทษทางอาญา ส่วนข้อพิจารณาสุดท้าย คือ การชั่งน้ำหนักประโยชน์ว่าประโยชน์ของปัจเจกชนที่ถูกระทบกับประโยชน์ที่สังคมจะได้รับว่าได้สัดส่วนกันหรือไม่²⁵⁸ กล่าวคือ หากการใช้กฎหมายในกรณีนี้สามารถทำให้ประโยชน์ของรัฐบรรลุผลโดยกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนผู้ได้รับผลในระดับที่ยอมรับได้แล้วก็ต้องถือว่าอยู่ในหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาในวิธีทางน้อยที่สุดจะเห็นได้ว่าในกรณีนี้แม้รัฐจะได้ประโยชน์จากมาตรการทางอาญา แต่เป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับที่ไม่อาจยอมรับได้ ต้องใช้มาตรการทางแพ่งหรือทางปกครองหรือปรับเป็นพินัยแทน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การใช้มาตรการปรับเป็นพินัยจะได้ผลที่ดีกว่าการใช้มาตรการในทางอาญาเนื่องจากประโยชน์ที่รัฐควรจะได้รับในแง่ของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างสงบแล้วเปรียบเทียบกับการกระทบสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิดฐานนี้เพราะอาจจะต้องถูกกักขังแทนค่าปรับถือว่าสิ่งที่ผู้กระทำความผิดถูกระทบนั้นมีมากกว่าประโยชน์สังคมที่ได้รับ สมควรนำมาตรการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับซึ่งมาตรการที่เหมาะสม คือ โทษปรับเป็นพินัย เมื่อความผิดฐานทะเลาะกันอย่างอื้ออึงในที่สาธารณะนั้นตามประมวลกฎหมายอาญามีโทษปรับสถานเดียวจึงต้องเปลี่ยนความผิดลหุโทษฐานนี้ที่มีโทษปรับสถานเดียวให้เป็นปรับเป็นพินัยและให้อัตราค่าปรับความผิดลหุโทษเป็นอัตราค่าปรับเป็นพินัยแทน

(ข) กลุ่มความผิดลหุโทษที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญอันมีลักษณะมีลักษณะเป็นการละเมิดต่อระเบียบสาธารณะ ในส่วนที่เกี่ยวกับการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญต่อประชาชน

(1) มาตรา 375 ความผิดฐานทำให้ร่างกายเกิดขัดข้อง²⁵⁹

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน²⁶⁰

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่า ความผิดฐานทำให้ร่างกายเกิดขัดข้องเป็นความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในที่สาธารณะซึ่งอยู่ในกลุ่มความผิดอาญาเทคนิค (Mala Prohibita) เนื่องจากนำมาใช้บังคับกับ

²⁵⁷ สurisithi แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

²⁵⁸ สurisithi แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

²⁵⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 375

²⁶⁰ คณิต ญ นคร (เชิงอรรถ 117) 797.

พฤติกรรมของคนที่ทำฝ่าฝืนกฎระเบียบในสังคม แม้จะมีการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมก็ตามแต่เป็นการกระทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ซึ่งไม่มีความรุนแรงหรือความก้าวร้าวของการกระทำมากนัก ผู้กระทำความผิดไม่ได้กระทำด้วยจิตใจที่ชั่วร้ายหรือมีแต่เพียงเล็กน้อยโดยไม่มีข้อหาตำหนิต่างศีลธรรมไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างรุนแรงสังคมสามารถให้อภัยกับการกระทำนั้นได้ เป็นเพียงการฝ่าฝืนข้อตกลงการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมหรือก่อความเดือดร้อนรำคาญสาธารณะเท่านั้น อีกทั้งความผิดฐานนี้เป็นหลักความรับผิดชอบแต่ผู้กระทำผิดนั้นไม่มีเจตนาในการกระทำความผิดมีความผิดและต้องรับโทษ หากทำการส่งเสียง ทำให้เกิดความเสียหายหรือกระทำความผิดอื่นโดยไม่มีเหตุอันสมควรและเกิดผลคือประชาชนตกใจหรือเดือดร้อน ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบแต่ไม่มีเจตนาก็ตาม

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความผิดฐานทำให้ร่างกายเกิดขัดข้อง ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ข้างต้น กล่าวคือ การทำให้ร่างกายเกิดขัดข้องทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชนเป็นสิ่งที่ความผิดฐานทำให้ร่างกายเกิดขัดข้องมุ่งประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะเมื่อเกิดความผิดฐานนี้ขึ้นอาจเป็นการกระทบต่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติ แต่เป็นเพียงการกระทำความผิดเล็กน้อยซึ่งไม่ได้มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดชั่วร้ายเลวทรามหรือมีแต่เพียงเล็กน้อย ไม่มีข้อตำหนิต่างศีลธรรมแต่อย่างใดซึ่งประชาชนสามารถให้อภัยแก่กันได้ มิได้เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ เป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงไม่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อีกทั้งซึ่งการกำหนดโทษเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับหลักของ Nigel Walker ที่ว่า “รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับการโทษเพียงอย่างเดียว”

แต่ปัญหาจึงมีแต่เพียงในส่วนหลักวิธีทางสุดท้ายของกฎหมายอาญา กล่าวคือ ยังจะมีมาตรการอื่นที่เบากว่าการใช้มาตรการในทางอาญากับกรณีความผิดฐานทำให้ร่างกายเกิดขัดข้องหรือไม่²⁶¹ เมื่อพิจารณาปัญหาดังกล่าว สิ่งที่ต้องพิจารณาประการแรก คือสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบตามประมวลกฎหมายอาญาภาค 3 ความผิดลหุโทษ ในกรณีนี้สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ถูกระทบคือ เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางเนื่องจากอาจถูกใช้มาตรการทางอาญาในการกักขังแทนค่าปรับได้ หากไม่ชำระค่าปรับ แม้ความผิดดังกล่าวมีโทษปรับสถานเดียวก็ตามอันเป็นการจำกัดเสรีภาพของคน สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ การพิจารณาถึงประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาและผลกระทบที่เกิดขึ้นกับปัจเจกชนแต่ละคน ประโยชน์ที่สังคมได้รับย่อมเป็นในสังคมไม่เกิดความเดือดร้อนรำคาญที่ส่งผลกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมส่วนสิ่งที่ปัจเจกชนแต่ละคนคือผู้กระทำความผิดฐานนี้จะได้รับคือการอาจได้รับโทษกักขังแทนค่าปรับเมื่อผู้กระทำความผิดไม่ชำระค่าปรับซึ่งเป็นมาตรการลงโทษทางอาญา ส่วนข้อพิจารณา

²⁶¹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

สุดท้าย คือ การชั่งน้ำหนักประโยชน์ว่าประโยชน์ของปัจเจกชนที่ถูกกระทบกับประโยชน์ที่สังคมจะได้รับว่าได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบกันหรือไม่²⁶² กล่าวคือ หากการใช้กฎหมายในกรณีนี้สามารถทำให้ประโยชน์ของรัฐบรรลุผลโดยกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนผู้ได้รับผลในระดับที่ยอมรับได้แล้วก็ต้องถือว่าอยู่ในหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาในวิธีทางน้อยที่สุดจะเห็นได้ว่าในกรณีนี้แม้รัฐจะได้ประโยชน์จากมาตรการทางอาญา แต่เป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับที่ไม่อาจยอมรับได้ ต้องใช้มาตรการทางแพ่งหรือทางปกครองหรือปรับเป็นพินัยแทน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การใช้มาตรการปรับเป็นพินัยจะได้ผลที่ดีกว่าการใช้มาตรการในทางอาญาเนื่องจากประโยชน์ที่รัฐควรจะได้รับในแง่ของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างสงบแล้วเปรียบเทียบกับผลกระทบสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิดฐานนี้เพราะอาจจะต้องถูกกักขังแทนค่าปรับถือว่าสิ่งที่ผู้กระทำความผิดถูกกระทบนั้นมีมากกว่าประโยชน์สังคมที่ได้รับ สมควรนำมาตรการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับซึ่งมาตรการที่เหมาะสม คือ โทษปรับเป็นพินัย เมื่อความผิดฐานความผิดฐานทำให้ร่างกายเกิดขัดข้องนั้นตามประมวลกฎหมายอาญามีโทษปรับสถานเดียวจึงต้องเปลี่ยนความผิดลหุโทษฐานนี้ที่มีโทษปรับสถานเดียวให้เป็นปรับเป็นพินัยและให้ถืออัตราค่าปรับความผิดลหุโทษเป็นอัตราค่าปรับเป็นพินัยแทน

(2) มาตรา 378 ความผิดฐานเมาสุราหรือของเมาอย่างอื่นในที่สาธารณะ²⁶³

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน²⁶⁴

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่า ความผิดฐานเมาสุราหรือของเมาอย่างอื่นในที่สาธารณะเป็นความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในที่สาธารณะซึ่งอยู่ในกลุ่มความผิดอาญาเทคนิค (Mala Prohibita) เนื่องจากนำมาใช้บังคับกับพฤติการณ์ของคนที่กระทำฝ่าฝืนกฎระเบียบในสังคม แม้จะมีการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมก็ตามแต่เป็นการกระทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ซึ่งไม่มีความรุนแรงหรือความก้าวร้าวของการกระทำมากนัก ผู้กระทำความผิดไม่ได้กระทำด้วยจิตใจที่ชั่วร้ายหรือมีแต่เพียงเล็กน้อยโดยไม่มีข้อนำตำหนิทางศีลธรรมไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างรุนแรงสังคมสามารถให้อภัยกับการกระทำนั้นได้ เป็นเพียงการฝ่าฝืนข้อตกลงการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมหรือก่อความเดือดร้อนรำคาญสาธารณะเท่านั้น ความผิดฐานนี้เป็นหลักความรับผิดชอบเด็ดขาด หากทำพฤติกรรมทำให้เกิดความเดือดร้อนหรือกระทำทำให้ประชาชนตกใจผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบแม้ไม่มีเจตนาก็ตาม

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความผิดฐานเมาสุราหรือของเมาอย่างอื่นในที่สาธารณะ ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองความเดือดร้อนรำคาญของประชาชนอันเป็นส่วนรวม เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ข้างต้นกล่าวคือ การเมาสุราหรือของเมาอย่างอื่นในที่สาธารณะทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชนเป็นสิ่งที่ความผิดฐานเมาสุราหรือของเมาอย่างอื่นในที่สาธารณะมุ่งประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะเมื่อเกิดความผิดฐานนี้ขึ้นอาจเป็นการกระทบต่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมดำเนินไป

²⁶² สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

²⁶³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 378

²⁶⁴ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 117) 801.

อย่างสงบสุขและเสรีได้ แต่เป็นเพียงการกระทำความผิดเล็กน้อยซึ่งไม่ได้มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดชั่วร้ายเลวทรามหรือมีแต่เพียงเล็กน้อย ไม่มีข้อตำหนิในทางศีลธรรมแต่อย่างใดซึ่งประชาชนสามารถให้อภัยแก่กันได้ มิได้เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงไม่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อีกทั้งซึ่งการกำหนดโทษเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับหลักของ Nigel Walker ที่ว่า “รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับโทษเพียงอย่างเดียว”

แต่ปัญหาจึงมีแต่เพียงในส่วนของหลักวิธีทางสุดท้ายของกฎหมายอาญา กล่าวคือ ยังจะมีมาตรการอื่นที่เบากว่าการใช้มาตรการในทางอาญากับกรณีความผิดฐานทำให้ร่างกายเกิดขัดข้องหรือไม่²⁶⁵ เมื่อพิจารณาปัญหาดังกล่าว สิ่งที่ต้องพิจารณาประการแรก คือสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบตามประมวลกฎหมายอาญาภาค 3 ความผิดลหุโทษ ในกรณีนี้สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ถูกกระทบคือ เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางเนื่องจากอาจถูกใช้มาตรการทางอาญาในการกักขังแทนค่าปรับได้ หากไม่ชำระค่าปรับ แม้ความผิดดังกล่าวมิใช่ปรับสถานเดียวก็ตามอันเป็นการจำกัดเสรีภาพของคน สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ การพิจารณาถึงประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาและผลกระทบที่เกิดขึ้นกับปัจเจกชนแต่ละคน ประโยชน์ที่สังคมได้รับย่อมเป็นในสังคมไม่เกิดความเดือดร้อนรำคาญที่ส่งผลกระทบต่อการใช้ร่วมกันของคนในสังคมส่วนหนึ่งที่ปัจเจกชนแต่ละคนคือผู้กระทำความผิดฐานนี้จะได้รับคือการอาจได้รับโทษกักขังแทนค่าปรับเมื่อผู้กระทำความผิดไม่ชำระค่าปรับซึ่งเป็นมาตรการลงโทษทางอาญา ส่วนข้อพิจารณาสุดท้าย คือ การชั่งน้ำหนักประโยชน์ว่าประโยชน์ของปัจเจกชนที่ถูกกระทบกับประโยชน์ที่สังคมจะได้รับว่าได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหรือไม่²⁶⁶ กล่าวคือ หากการใช้กฎหมายในกรณีนี้สามารถทำให้ประโยชน์ของรัฐบรรลุผลโดยกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนผู้ได้รับผลในระดับที่ยอมรับได้แล้วก็ต้องถือว่าอยู่ในหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาในวิธีทางน้อยที่สุดจะเห็นได้ว่าในกรณีนี้แม้รัฐจะได้ประโยชน์จากมาตรการในการลงโทษทางอาญา แต่เป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับที่ไม่อาจยอมรับได้ ต้องใช้มาตรการทางแพ่งหรือทางปกครองหรือปรับเป็นพินัยแทน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การใช้มาตรการปรับเป็นพินัยจะได้ผลที่ดีกว่าการใช้มาตรการในทางอาญาเนื่องจากประโยชน์ที่รัฐควรจะได้รับในแง่ของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างสงบแล้วเปรียบเทียบกับผลกระทบสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิดฐานนี้เพราะอาจจะต้องถูกกักขังแทนค่าปรับถือว่าสิ่งที่ผู้กระทำความผิดถูกกระทบนั้นมีมากกว่าประโยชน์สังคมที่ได้รับ สมควรนำมาตราลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับซึ่งมาตรการที่เหมาะสม คือ โทษปรับเป็นพินัย เมื่อความผิดฐานเมาสุราหรือของเมาอย่างอื่นในที่สาธารณะนั้นตามประมวลกฎหมายอาญามีโทษปรับสถานเดียวจึงต้องเปลี่ยนความผิดลหุโทษฐานนี้ที่มีโทษปรับสถานเดียวให้เป็นปรับเป็นพินัยและให้ถืออัตราค่าปรับความผิดลหุโทษเป็นอัตราค่าปรับเป็นพินัยแทน

²⁶⁵ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

²⁶⁶ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

(3) มาตรา 380 ความผิดฐานทำให้เกิดปฏิญญา²⁶⁷

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน²⁶⁸

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่า ความผิดฐานทำให้เกิดปฏิญญาเป็นความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในที่สาธารณะ ซึ่งอยู่ในกลุ่มความผิดอาญาเทคนิค (Mala Prohibita) เนื่องจากนำมาใช้บังคับกับพฤติการณ์ของคนที่กระทำฝ่าฝืนกฎระเบียบในสังคม แม้จะมีการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมก็ตามแต่เป็นการกระทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ซึ่งไม่มีความรุนแรงหรือความก้าวร้าวของการกระทำมากนัก ผู้กระทำความผิดไม่ถึงขนาดกระทำด้วยจิตใจที่ชั่วร้ายโดยไม่มีข้อนำดำเนินทางศีลธรรมไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างรุนแรงสังคมสามารถให้อภัยกับการกระทำนั้นได้ เป็นเพียงการฝ่าฝืนข้อตกลงการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมหรือก่อความเดือดร้อนรำคาญสาธารณะเท่านั้น ความผิดฐานนี้เป็นหลักความรับผิดชอบเด็ดขาด หากทำให้เกิดปฏิญญาไม่ว่าจะโดยวิธีใดและเกิดผลคือประชาชนเดือดร้อน ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบแม้ไม่มีเจตนาก็ตาม

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความผิดฐานทำให้เกิดปฏิญญา ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองความเดือดร้อนรำคาญของประชาชนซึ่งเป็นส่วนรวม เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ข้างต้น กล่าวคือ การทำให้งานน้ำเกิดขัดข้องทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชนเป็นสิ่งที่ความผิดฐานทำให้เกิดปฏิญญามุ่งประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะเมื่อเกิดความผิดฐานนี้ขึ้นอาจเป็นการกระทบต่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้ แต่เป็นเพียงการกระทำความผิดเล็กน้อยซึ่งไม่ได้มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดชั่วร้ายเลวทรามหรือมีแต่เพียงเล็กน้อย ไม่มีข้อดำเนินในทางศีลธรรมแต่อย่างใดซึ่งประชาชนสามารถให้อภัยแก่กันได้ มิได้เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงจึงไม่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อีกทั้งการกำหนดโทษเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับหลักของ Nigel Walker ที่ว่า “รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับโทษเพียงอย่างเดียว”

แต่ปัญหาจึงมีแต่เพียงในส่วนหลักวิธีทางสุดท้ายของกฎหมายอาญา กล่าวคือ ยังจะมีมาตรการอื่นที่เบากว่าการใช้มาตรการในทางอาญากับกรณีความผิดฐานทำให้เกิดปฏิญญาหรือไม่²⁶⁹ เมื่อพิจารณาปัญหาดังกล่าว สิ่งที่ต้องพิจารณาประการแรก คือสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 3 ความผิดลหุโทษ ในกรณีนี้สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ถูกระทบคือ เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางเนื่องจากอาจถูกใช้มาตรการทางอาญาในการจำคุก หรือกักขังแทนค่าปรับได้ หากไม่ชำระค่าปรับ อันเป็นการจำกัดเสรีภาพของคน สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ การพิจารณาถึงประโยชน์ที่สังคม

²⁶⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 380

²⁶⁸ คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 117) 803.

²⁶⁹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

จะได้รับจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาและผลกระทบที่เกิดขึ้นกับปัจเจกชนแต่ละคน ประโยชน์ที่สังคมได้รับย่อมเป็นในสังคมไม่เกิดความเดือดร้อนรำคาญที่ส่งผลกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมส่วนสิ่งทีปัจเจกชนแต่ละคนคือผู้กระทำความผิดฐานนี้จะได้รับคือการอาจได้รับโทษจำคุก หรือกักขังแทนค่าปรับเมื่อผู้กระทำความผิดไม่ชำระค่าปรับซึ่งเป็นมาตรการลงโทษทางอาญา ส่วนข้อพิจารณาสุดท้าย คือ การชั่งน้ำหนักประโยชน์ว่าประโยชน์ของปัจเจกชนที่ถูกกระทบกับประโยชน์ที่สังคมจะได้รับว่าได้สัดส่วนกันหรือไม่²⁷⁰ กล่าวคือ หากการใช้กฎหมายในกรณีนี้สามารถทำให้ประโยชน์ของรัฐบรรลุผลโดยกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนผู้ได้รับผลในระดับที่ยอมรับได้แล้วก็ต้องถือว่าอยู่ในหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาในวิธีทางน้อยที่สุดจะเห็นได้ว่าในกรณีนี้แม้รัฐจะได้ประโยชน์จากมาตรการทางอาญา แต่เป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับที่ไม่อาจยอมรับได้ ต้องใช้มาตรการทางแพ่งหรือทางปกครองหรือปรับเป็นพินัยแทน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการใช้มาตรการปรับเป็นพินัยจะได้ผลที่ดีกว่าการใช้มาตรการในทางอาญาเนื่องจากประโยชน์ที่รัฐควรจะได้รับในแง่ของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างสงบแล้วเปรียบเทียบกับผลกระทบสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิดฐานนี้เพราะอาจจะต้องถูกจำคุกในเรือนจำ หรือกักขังแทนค่าปรับถือว่าสิ่งที่ผู้กระทำความผิดถูกกระทบนั้นมีมากกว่าประโยชน์สังคมที่ได้รับ สมควรนำมาตราการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับซึ่งมาตรการที่เหมาะสม คือ โทษปรับเป็นพินัย เมื่อความผิดฐานทะเลาะกันอย่างอื้ออึงในที่สาธารณะนั้นตามประมวลกฎหมายอาญามีโทษปรับและโทษจำคุกจึงต้องเปลี่ยนความผิดโทษฐานนี้มีโทษปรับสถานเดียวโดยให้เป็นปรับเป็นพินัยและให้ถืออัตราค่าปรับความผิดโทษเป็นอัตราค่าปรับเป็นพินัยแทน หากแต่กรณีนี้อาจจะกำหนดให้โทษปรับเป็นพินัยมีค่าปรับมากกว่าเดิมก็ได้ขึ้นอยู่กับผลของการกระทำแต่ละกรณี

(4) มาตรา 385 ความผิดฐานวางหรือทอดทิ้งสิ่งของกีดขวางทางสาธารณะ²⁷¹

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน²⁷²

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่า ความผิดฐานวางหรือทอดทิ้งสิ่งของกีดขวางทางสาธารณะเป็นความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในที่สาธารณะซึ่งอยู่ในกลุ่มความผิดอาญาเทคนิค (Mala Prohibita) เนื่องจากนำมาใช้บังคับกับพฤติกรรมของคนที่กระทำฝ่าฝืนกฎระเบียบในสังคม แม้จะมีการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมก็ตาม แต่เป็นการกระทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ซึ่งไม่มีความรุนแรงหรือความก้าวร้าวของการกระทำมากนัก ผู้กระทำความผิดไม่ถึงขนาดเป็นกระทำด้วยจิตใจที่ชั่วร้ายโดยไม่มีข้อนำดำเนินทางศีลธรรมไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างรุนแรงสังคมสามารถให้อภัยกับการกระทำนั้นได้ เป็นเพียงการฝ่าฝืนข้อตกลงการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมหรือก่อความเดือดร้อนรำคาญสาธารณะเท่านั้น ความผิดฐานนี้เป็นหลักความรับผิดชอบ ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบแม้ไม่มีเจตนาก็ตาม

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความผิดฐานวางหรือทอดทิ้งสิ่งของกีดขวางทางสาธารณะ ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองความเดือดร้อนรำคาญของประชาชนซึ่งเป็นส่วนรวม เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ข้างต้น

²⁷⁰ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

²⁷¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 385

²⁷² คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 117) 806.

กล่าวคือ การวางหรือทอดทิ้งสิ่งของกีดขวางทางสาธารณะทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชนเป็นสิ่งที่ความผิดฐานวางหรือทอดทิ้งสิ่งของกีดขวางทางสาธารณะมุ่งประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็น คุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะเมื่อเกิดความผิดฐานนี้ขึ้นอาจเป็นการกระทบต่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้ แต่เป็นเพียงการทำความผิดเล็กน้อยซึ่งไม่ได้มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดชั่วร้ายเลวทรามหรือมีแต่เพียงเล็กน้อย ไม่มีข้อตำหนิในทางศีลธรรมแต่อย่างใดซึ่งประชาชนสามารถให้อภัยแก่กันได้ มิได้เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการทำความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงจึงไม่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อีกทั้งการกำหนดโทษเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับหลักของ Nigel Walker ที่ว่า “รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับโทษเพียงอย่างเดียว”

แต่ปัญหาจึงมีแต่เพียงในส่วนของหลักวิธีทางสุดท้ายของกฎหมายอาญา กล่าวคือ ยังจะมีมาตรการอื่นที่เบากว่าการใช้มาตรการในทางอาญากับกรณีความผิดฐานวางหรือทอดทิ้งสิ่งของกีดขวางทางสาธารณะหรือไม่²⁷³ เมื่อพิจารณาปัญหาดังกล่าว สิ่งที่ต้องพิจารณาประการแรก คือสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบตามประมวลกฎหมายอาญาภาค 3 ความผิดลหุโทษ ในกรณีนี้สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ถูกระทบคือ เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางเนื่องจากอาจถูกใช้มาตรการทางอาญาในการกักขังแทนค่าปรับได้ หากไม่ชำระค่าปรับ อันเป็นการจำกัดเสรีภาพของคน สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ การพิจารณาถึงประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาและผลกระทบที่เกิดขึ้นกับปัจเจกชนแต่ละคน ประโยชน์ที่สังคมได้รับย่อมเป็นในสังคมไม่เกิดความเดือดร้อนรำคาญที่ส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมส่วนสิ่งที่ปัจเจกชนแต่ละคนคือผู้กระทำความผิดฐานนี้จะได้รับคือการอาจได้รับโทษกักขังแทนค่าปรับเมื่อผู้กระทำความผิดไม่ชำระค่าปรับซึ่งเป็นมาตรการลงโทษทางอาญา ส่วนข้อพิจารณาสุดท้าย คือ การชั่งน้ำหนักประโยชน์ว่าประโยชน์ของปัจเจกชนที่ถูกระทบกับประโยชน์ที่สังคมจะได้รับว่าได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบกันหรือไม่²⁷⁴ กล่าวคือ หากการใช้กฎหมายในกรณีนี้สามารถทำให้ประโยชน์ของรัฐบรรลุผลโดยกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนผู้ได้รับผลในระดับที่ยอมรับได้แล้วก็ต้องถือว่าอยู่ในหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาในวิธีทางน้อยที่สุดจะเห็นได้ว่าในกรณีนี้แม้รัฐจะได้ประโยชน์จากมาตรการทางอาญา แต่เป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับที่ไม่อาจยอมรับได้ ต้องใช้มาตรการทางแพ่งหรือทางปกครองหรือปรับเป็นพินัยแทน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การใช้มาตรการปรับเป็นพินัยจะได้ผลที่ดีกว่าการใช้มาตรการในทางอาญาเนื่องจากประโยชน์ที่รัฐควรจะได้รับในแง่ของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างสงบแล้วเปรียบเทียบกับผลกระทบสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิดฐานนี้เพราะอาจจะต้องถูกหรือกักขังแทนค่าปรับถือว่าสิ่งที่ผู้กระทำความผิดถูกระทบนั้นมีมากกว่าประโยชน์สังคมที่ได้รับ สมควรมานำมาตรการลงโทษ

²⁷³ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

²⁷⁴ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

อย่างอื่นมาใช้บังคับซึ่งมาตรการที่เหมาะสม คือ โทษปรับเป็นพินัย เมื่อความผิดฐานวางหรือทอดทิ้งสิ่งของกีดขวางทางสาธารณะนั้นตามประมวลกฎหมายอาญามีโทษปรับสถานเดียวจึงต้องเปลี่ยนความผิดลหุโทษฐานนี้มีโทษปรับสถานเดียวให้เป็นปรับเป็นพินัยและให้ถืออัตราค่าปรับความผิดลหุโทษเป็นอัตราค่าปรับเป็นพินัยแทน

(5) มาตรา 386 ความผิดฐานขุดหลุมหรือราง หรือปลูกปักหรือวางสิ่งของในทางสาธารณะ กับ ความผิดฐานละเลยไม่แสดงสัญญาณเพื่อป้องกันอุบัติเหตุ²⁷⁵

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน²⁷⁶

ความผิดตามมาตรานี้สามารถแยกออกเป็น 2 ฐาน คือ ความผิดฐานขุดหลุมหรือราง หรือปลูกปักหรือวางสิ่งของในทางสาธารณะ กับ ความผิดฐานละเลยไม่แสดงสัญญาณเพื่อป้องกันอุบัติเหตุ

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่า ความผิดฐานขุดหลุมหรือราง หรือปลูกปักหรือวางสิ่งของในทางสาธารณะ กับ ความผิดฐานละเลยไม่แสดงสัญญาณเพื่อป้องกันอุบัติเหตุ เป็นความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในที่สาธารณะซึ่งอยู่ในกลุ่มความผิดอาญาเทคนิค (Mala Prohibita) เนื่องจากนำมาใช้บังคับกับพฤติการณ์ของคนที่กระทำฝ่าฝืนกฎระเบียบในสังคม แม้จะมีการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมก็ตามแต่เป็นการกระทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ซึ่งไม่มีความรุนแรงหรือความก้าวร้าวของการกระทำมากนัก ผู้กระทำความผิดไม่ถึงขนาดเป็นการกระทำด้วยจิตใจที่ชั่วร้ายโดยไม่มีข้อห้ามทางศีลธรรมไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างรุนแรงสังคมสามารถให้อภัยกับการกระทำนั้นได้ เป็นเพียงการฝ่าฝืนข้อตกลงการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมหรือก่อความเดือดร้อนรำคาญสาธารณะเท่านั้น ความผิดฐานนี้เป็นหลักความรับผิดชอบผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบแม้ไม่มีเจตนาก็ตาม

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความผิดฐานขุดหลุมหรือราง หรือปลูกปักหรือวางสิ่งของในทางสาธารณะ กับ ความผิดฐานละเลยไม่แสดงสัญญาณเพื่อป้องกันอุบัติเหตุ ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ข้างต้น กล่าวคือ การขุดหลุมหรือราง หรือปลูกปักหรือวางสิ่งของในทางสาธารณะกับการละเลยไม่แสดงสัญญาณเพื่อป้องกันอุบัติเหตุทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชนเป็นสิ่งที่ความผิดฐานขุดหลุมหรือราง หรือปลูกปักหรือวางสิ่งของในทางสาธารณะ กับ ความผิดฐานละเลยไม่แสดงสัญญาณเพื่อป้องกันอุบัติเหตุ มุ่งประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะเมื่อเกิดความผิดฐานนี้ขึ้นอาจเป็นการกระทบต่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้ แต่เป็นเพียงการกระทำความผิดเล็กน้อยซึ่งไม่ได้มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดชั่วร้ายเลวทรามหรือมีแต่เพียงเล็กน้อย ไม่มีข้อห้ามในทางศีลธรรมแต่อย่างใดซึ่งประชาชนสามารถให้อภัยแก่กันได้ มิได้เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้

²⁷⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 386

²⁷⁶ คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 117) 809-810.

อันมีลักษณะการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรงจึงไม่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อีกทั้งการกำหนดโทษเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับหลักของ Nigel Walker ที่ว่า “รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับโทษเพียงอย่างเดียว”

แต่ปัญหาจึงมีแต่เพียงในส่วนของหลักวิธีทางสุดท้ายของกฎหมายอาญา กล่าวคือ ยังจะมีมาตรการอื่นที่เบากว่าการใช้มาตรการในทางอาญากับกรณีความผิดฐานขูดหลุมหรือราง หรือปลุกปักหรือวางสิ่งของในทางสาธารณะ กับ ความผิดฐานละเลยไม่แสดงสัญญาณเพื่อป้องกันอุบัติเหตุหรือไม่²⁷⁷ เมื่อพิจารณาปัญหาดังกล่าว สิ่งที่ต้องพิจารณาประการแรก คือสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 3 ความผิดลหุโทษ ในกรณีนี้สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ถูกกระทบคือ เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางเนื่องจากอาจถูกใช้มาตรการทางอาญาในการกักขังแทนค่าปรับได้ หากไม่ชำระค่าปรับ แม้ความผิดดังกล่าวมีโทษปรับสถานเดียวก็ตามอันเป็นการจำกัดเสรีภาพของคน สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ การพิจารณาถึงประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาและผลกระทบที่เกิดขึ้นกับปัจเจกชนแต่ละคน ประโยชน์ที่สังคมได้รับย่อมเป็นในสังคมไม่เกิดความเดือดร้อนรำคาญที่ส่งผลกระทบต่อการใช้ร่วมกันของคนใน สังคมส่วนสิ่งที่ปัจเจกชนแต่ละคนคือผู้กระทำความผิดฐานนี้จะได้รับคือการอาจได้รับโทษกักขังแทนค่าปรับเมื่อผู้กระทำความผิดไม่ชำระค่าปรับซึ่งเป็นมาตรการลงโทษทางอาญา ส่วนข้อพิจารณาสุดท้าย คือ การชั่งน้ำหนักประโยชน์ว่าประโยชน์ของปัจเจกชนที่ถูกกระทบกับประโยชน์ที่สังคมจะได้รับว่าได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบกันหรือไม่²⁷⁸ กล่าวคือ หากการใช้กฎหมายในกรณีนี้สามารถทำให้ประโยชน์ของรัฐบรรลุผลโดยกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนผู้ได้รับผลในระดับที่ยอมรับได้แล้วก็ต้องถือว่าอยู่ในหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาในวิธีทางน้อยที่สุดจะเห็นได้ว่าในกรณีนี้แม้รัฐจะได้ประโยชน์จากมาตรการทางอาญา แต่เป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับที่ไม่อาจยอมรับได้ ก็ต้องใช้มาตรการทางแพ่งหรือทางปกครองหรือปรับเป็นพินัยแทน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การใช้มาตรการปรับเป็นพินัยจะได้ผลที่ดีกว่าการใช้มาตรการในทางอาญาเนื่องจากประโยชน์ที่รัฐควรจะได้รับในแง่ของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างสงบแล้วเปรียบเทียบกับผลกระทบสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิดฐานนี้เพราะอาจจะต้องถูกกักขังแทนค่าปรับถือว่าสิ่งที่ผู้กระทำความผิดถูกกระทบนั้นมีมากกว่าประโยชน์สังคมที่ได้รับ สมควรนำมาตรการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับซึ่งมาตรการที่เหมาะสม คือ โทษปรับเป็นพินัย เมื่อความผิดฐานขูดหลุมหรือราง หรือปลุกปักหรือวางสิ่งของในทางสาธารณะ กับความผิดฐานละเลยไม่แสดงสัญญาณเพื่อป้องกันอุบัติเหตุ นั้นตามประมวลกฎหมายอาญามีโทษปรับสถานเดียวจึงต้องเปลี่ยนความผิดลหุโทษฐานนี้ที่มีโทษปรับสถานเดียวให้เป็นปรับเป็นพินัยและให้ถืออัตราค่าปรับความผิดลหุโทษเป็นอัตราค่าปรับเป็นพินัยแทน

(6) มาตรา 387 ความผิดฐานแขวน ติดตั้ง หรือวางสิ่งของใดในประการที่น่าจะตกหรือพังลง²⁷⁹

²⁷⁷ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

²⁷⁸ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

²⁷⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 387

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน²⁸⁰

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่า ความผิดฐานแฉวน ติดตั้ง หรือวางสิ่งของใดในประการที่น่าจะตกหรือพังลง เป็นความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในที่สาธารณะซึ่งอยู่ในกลุ่มความผิดอาญาเทคนิค (Mala Prohibita) เนื่องจากนำมาใช้บังคับกับพฤติกรรมของคนที่ทำผิดฝ่าฝืนกฎระเบียบในสังคม แม้จะมีการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมก็ตามแต่เป็นการกระทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ซึ่งไม่มีความรุนแรงหรือความก้าวร้าวของการกระทำมากนัก ผู้กระทำความผิดไม่ถึงขนาดเป็นการกระทำด้วยจิตใจที่ชั่วร้าย โดยไม่มีข้อนำดำเนินทางศีลธรรมไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างรุนแรงสังคมสามารถให้อภัยกับการกระทำนั้นได้ เป็นเพียงการฝ่าฝืนข้อตกลงการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมหรือก่อความเดือดร้อนรำคาญสาธารณะเท่านั้น ความผิดฐานนี้เป็นหลักความรับผิดชอบเด็ดขาด ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบแม้ไม่มีเจตนาก็ตาม

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความผิดฐานแฉวน ติดตั้ง หรือวางสิ่งของใดในประการที่น่าจะตกหรือพังลง ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ข้างต้น กล่าวคือ การแฉวน ติดตั้ง หรือวางสิ่งของใดในประการที่น่าจะตกหรือพังลงทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชนเป็นสิ่งที่ความผิดฐานแฉวน ติดตั้ง หรือวางสิ่งของใดในประการที่น่าจะตกหรือพังลง มุ่งประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะเมื่อเกิดความผิดฐานนี้ขึ้นอาจเป็นการกระทบต่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้ แต่เป็นเพียงการกระทำความผิดเล็กน้อยซึ่งไม่ได้มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดชั่วร้ายเลวทรามหรือมีแต่เพียงเล็กน้อย ไม่มีข้อดำเนินในทางศีลธรรมแต่อย่างใด ซึ่งประชาชนสามารถให้อภัยแก่กันได้ มิได้เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงจึงไม่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อีกทั้งการกำหนดโทษเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับหลักของ Nigel Walker ที่ว่า “รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับโทษเพียงอย่างเดียว”

แต่ปัญหาจึงมีแต่เพียงในส่วนหลักวิธีทางสุดท้ายของกฎหมายอาญา กล่าวคือ ยังจะมีมาตรการอื่นที่เบากว่าการใช้มาตรการในทางอาญากับกรณีความผิดฐานแฉวน ติดตั้ง หรือวางสิ่งของใดในประการที่น่าจะตกหรือพังลงหรือไม่²⁸¹ เมื่อพิจารณาปัญหาดังกล่าว สิ่งที่ต้องพิจารณาประการแรก คือสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบตามประมวลกฎหมายอาญาภาค 3 ความผิดลหุโทษ ในกรณีนี้สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ถูกกระทบคือ เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางเนื่องจากอาจถูกใช้มาตรการทางอาญาในการกักขังแทนค่าปรับได้ หากไม่ชำระค่าปรับ แม้ความผิดดังกล่าวมีโทษปรับสถานเดียวก็ตามอันเป็นการจำกัดเสรีภาพของคน สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ การพิจารณาถึงประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากบทบัญญัติแห่ง

²⁸⁰ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 117) 812.

²⁸¹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

กฎหมายอาญาและผลกระทบที่เกิดขึ้นกับปัจเจกชนแต่ละคน ประโยชน์ที่สังคมได้รับย่อมเป็นในสังคมไม่เกิดความเดือดร้อนรำคาญที่ส่งผลกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของคนใน สังคมส่วนสิ่งที่ปัจเจกชนแต่ละคนคือผู้กระทำความผิดฐานนี้จะได้รับคือการอาจได้รับโทษกักขังแทนค่าปรับเมื่อผู้กระทำความผิดไม่ชำระค่าปรับซึ่งเป็นมาตรการลงโทษทางอาญา ส่วนข้อพิจารณาสุดท้าย คือ การชั่งน้ำหนักประโยชน์ว่าประโยชน์ของปัจเจกชนที่ถูกกระทบกับประโยชน์ที่สังคมจะได้รับว่าได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบกันหรือไม่²⁸² กล่าวคือ หากการใช้กฎหมายในกรณีนี้สามารถทำให้ประโยชน์ของรัฐบรรลุผลโดยกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนผู้ได้รับผลในระดับที่ยอมรับได้แล้วก็ต้องถือว่าอยู่ในหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาในวิถีทางน้อยที่สุดจะเห็นได้ว่าในกรณีนี้แม้รัฐจะได้ประโยชน์จากมาตรการทางอาญา แต่เป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับที่ไม่อาจยอมรับได้ ก็ต้องใช้มาตรการทางแพ่งหรือทางปกครองหรือปรับเป็นพินัยแทน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การใช้มาตรการปรับเป็นพินัยจะได้ผลที่ดีกว่าการใช้มาตรการในทางอาญาเนื่องจากประโยชน์ที่รัฐควรจะได้รับในแง่ของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างสงบแล้วเปรียบเทียบกับผลกระทบสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิดฐานนี้เพราะอาจจะต้องถูกกักขังแทนค่าปรับถือว่าสิ่งที่ผู้กระทำความผิดถูกกระทบนั้นมีมากกว่าประโยชน์สังคมที่ได้รับ สมควรนำมาตราลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับซึ่งมาตรการที่เหมาะสม คือ โทษปรับเป็นพินัยเมื่อความผิดฐานแหวน ติดตั้ง หรือวางสิ่งของใดในประการที่น่าจะตกหรือพังลง นั้นตามประมวลกฎหมายอาญามีโทษปรับสถานเดียวจึงต้องเปลี่ยนความผิดลหุโทษฐานนี้ที่มีโทษปรับสถานเดียวให้เป็นปรับเป็นพินัยและให้ถืออัตราค่าปรับความผิดลหุโทษเป็นอัตราค่าปรับเป็นพินัยแทน

(7) มาตรา 389 ความผิดฐานทำให้ของแข็งตก ความผิดฐานทำให้ของโสโครกเประอะเปื้อน และความผิดฐานแก้งทำให้ของโสโครกเป็นที่เดือดร้อนรำคาญ²⁸³

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน²⁸⁴

ความผิดตามมาตรานี้สามารถแยกออกเป็น 3 ฐาน คือ ความผิดฐานทำให้ของแข็งตก ความผิดฐานทำให้ของโสโครกเประอะเปื้อน และความผิดฐานแก้งทำให้ของโสโครกเป็นที่เดือดร้อนรำคาญ

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่า ความผิดฐานทำให้ของแข็งตก ความผิดฐานทำให้ของโสโครกเประอะเปื้อน และความผิดฐานแก้งทำให้ของโสโครกเป็นที่เดือดร้อนรำคาญเป็นความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในที่สาธารณะ ซึ่งอยู่ในกลุ่มความผิดอาญาเทคนิค (Mala Prohibita) เนื่องจากนำมาใช้บังคับกับพฤติกรรมของคนที่กระทำฝ่าฝืนกฎระเบียบในสังคม แม้จะมีการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมก็ตามแต่เป็นการกระทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ซึ่งไม่มีความรุนแรงหรือความก้าวร้าวของการกระทำมากนัก ผู้กระทำความผิดไม่ถึงขนาดเป็นการกระทำด้วยจิตใจที่ชั่วร้ายโดยไม่มีข้อห้ามทางศีลธรรมไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างรุนแรงสังคมสามารถให้อภัยกับการกระทำนั้นได้ เป็นเพียงการฝ่าฝืนข้อตกลงการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมหรือก่อความเดือดร้อนรำคาญสาธารณะเท่านั้น ความผิดฐานนี้เป็นหลักความรับผิดชอบเด็ดขาด หากทำให้ของแข็ง

²⁸² สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

²⁸³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 389

²⁸⁴ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 177) 813-815.

ตก หรือทำให้ของโสโครกเปราะเปื้อน หรือแกล้งทำให้ของโสโครกเป็นที่เดือดร้อนรำคาญไม่ว่าจะโดยวิธีใดและเกิดผลคือประชาชนเดือดร้อน ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบแม้ไม่มีเจตนาก็ตาม

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความผิดฐานทำให้ของแข็งตก ความผิดฐานทำให้ของโสโครกเปราะเปื้อน และความผิดฐานแกล้งทำให้ของโสโครกเป็นที่เดือดร้อนรำคาญซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองความเดือดร้อนรำคาญของประชาชนซึ่งเป็นส่วนรวม เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ข้างต้น กล่าวคือ การทำให้ของแข็งตก หรือทำให้ของโสโครกเปราะเปื้อน หรือแกล้งทำให้ของโสโครกเป็นที่เดือดร้อนรำคาญทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชนเป็นสิ่งที่ความผิดฐานทำให้ของแข็งตก ความผิดฐานทำให้ของโสโครกเปราะเปื้อน และความผิดฐานแกล้งทำให้ของโสโครกเป็นที่เดือดร้อนรำคาญมุ่งประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะเมื่อเกิดความผิดฐานนี้ขึ้นอาจเป็นการกระทบต่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้ แต่เป็นเพียงการกระทำผิดเล็กน้อยซึ่งไม่ได้มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดชั่วร้ายเลวทรามหรือมีแต่เพียงเล็กน้อย ไม่มีข้อตำหนิในทางศีลธรรมแต่อย่างใดซึ่งประชาชนสามารถให้อภัยแก่กันได้ มิได้เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการกระทำผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงไม่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อีกทั้งการกำหนดโทษเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับหลักของ Nigel Walker ที่ว่า “รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับโทษเพียงอย่างเดียว”

แต่ปัญหาจึงมีแต่เพียงในส่วนหลักวิธีทางสุดท้ายของกฎหมายอาญา กล่าวคือ ยังมีมาตรการอื่นที่เบากว่าการใช้มาตรการในทางอาญากับกรณีความผิดฐานทำให้ของแข็งตก ความผิดฐานทำให้ของโสโครกเปราะเปื้อน และความผิดฐานแกล้งทำให้ของโสโครกเป็นที่เดือดร้อนรำคาญหรือไม่²⁸⁵ เมื่อพิจารณาปัญหาดังกล่าว สิ่งที่ต้องพิจารณาประการแรก คือสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 3 ความผิดลหุโทษ ในกรณีนี้สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ถูกกระทบคือ เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางเนื่องจากอาจถูกใช้มาตรการทางอาญาในการจำคุก หรือกักขังแทนค่าปรับได้ หากไม่ชำระค่าปรับ อันเป็นการจำกัดเสรีภาพของคน สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ การพิจารณาถึงประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาและผลกระทบที่เกิดขึ้นกับปัจเจกชนแต่ละคน ประโยชน์ที่สังคมได้รับย่อมเป็นในสังคมไม่เกิดความเดือดร้อนรำคาญที่ส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมส่วนสิ่งปัจเจกชนแต่ละคนคือผู้กระทำความผิดฐานนี้จะได้รับคือการอาจได้รับโทษจำคุก หรือกักขังแทนค่าปรับเมื่อผู้กระทำความผิดไม่ชำระค่าปรับซึ่งเป็นมาตรการลงโทษทางอาญา ส่วนข้อพิจารณาสุดท้าย คือ การชั่งน้ำหนักประโยชน์ว่าประโยชน์ของปัจเจกชนที่ถูกกระทบกับประโยชน์ที่สังคมจะได้รับว่าได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหรือไม่²⁸⁶ กล่าวคือ หากการใช้กฎหมายในกรณีนี้สามารถทำให้ประโยชน์ของรัฐบรรลุผลโดยกระทบต่อ

²⁸⁵ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

²⁸⁶ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนผู้ได้รับผลในระดับที่ยอมรับได้แล้วก็ต้องถือว่าอยู่ในหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาในวิถีทางน้อยที่สุดจะเห็นได้ว่าในกรณีนี้แม้รัฐจะได้ประโยชน์จากมาตรการทางอาญา แต่เป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับที่ไม่อาจยอมรับได้ ก็ต้องใช้มาตรการทางแพ่งหรือทางปกครองหรือปรับเป็นพินัยแทน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การใช้มาตรการปรับเป็นพินัยจะได้ผลที่ดีกว่าการใช้มาตรการในทางอาญาเนื่องจากประโยชน์ที่รัฐควรจะได้รับในแง่ของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างสงบแล้วเปรียบเทียบกับผลกระทบสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิดฐานนี้เพราะอาจจะต้องถูกจำคุกในเรือนจำ หรือกักขังแทนค่าปรับถือว่าสิ่งที่ผู้กระทำความผิดถูกกระทบนั้นมีมากกว่าประโยชน์สังคมที่ได้รับ สมควรนำมาตราการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับซึ่งมาตรการที่เหมาะสม คือ โทษปรับเป็นพินัย เมื่อความผิดฐานทำให้ของแข็งตก ความผิดฐานทำให้ของโสโครกเปราะเปื้อน และความผิดฐานแกล้งทำให้ของโสโครกเป็นที่เดือดร้อนรำคาญนั้นตามประมวลกฎหมายอาญามีโทษปรับสถานเดียวจึงต้องเปลี่ยนความผิดลหุโทษฐานนี้ที่มีโทษปรับสถานเดียวให้เป็นปรับเป็นพินัยและให้ถืออัตราค่าปรับความผิดลหุโทษเป็นอัตราค่าปรับเป็นพินัยแทน หากแต่กรณีนี้อาจจะกำหนดให้โทษปรับเป็นพินัยมีค่าปรับมากกว่าเดิมก็ได้ขึ้นอยู่กับผลของการกระทำแต่ละกรณี

(ข) กลุ่มความผิดลหุโทษอันมีลักษณะเป็นการละเมิดต่อระเบียบสาธารณสุข ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับภัยอันตรายต่อประชาชน

(1) มาตรา 373 ความผิดฐานปล่อยปละละเลยให้บุคคลวิกลจริตออกเที่ยวไปโดยลำพัง²⁸⁷

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ภัยอันตรายอันอาจเกิดจากผู้วิกลจริต²⁸⁸

ความผิดฐานปล่อยปละละเลยให้บุคคลวิกลจริตออกเที่ยวไปโดยลำพัง ซึ่งคำว่า บุคคลวิกลจริต คือ ผู้ที่เป็นโรคจิต หรือมีความบกพร่องหรือพันเพี้ยนทางจิต ไม่อาจที่จะรู้ผิดชอบชั่วดีหรือบุคคลทั่วไปในระดับเดียวกัน ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ กล่าวคือ ผู้ควบคุมดูแลบุคคลวิกลจริต การกระทำ คือ การปล่อยปละละเลย ไม่มีความระมัดระวังในการควบคุมดูแลให้พอสมควรแก่พฤติการณ์เป็นเหตุให้บุคคลวิกลจริตนั้นไปเสียจากที่ที่ควบคุมดูแลบุคคลวิกลจริตอยู่เที่ยวไปโดยลำพังโดยไม่มีผู้ใดควบคุมดูแลตามไปด้วย แต่ถ้าหากให้บุคคลใดพาบุคคลวิกลจริตไปโดยมีเหตุอันสมควรที่จะพาไปได้ก็ไม่ใช่การปล่อยปละละเลยตามมาตรานี้ การปล่อยปละละเลยมีความหมายอยู่ในตัวเองอยู่แล้วว่าไม่ต้องการเจตนาแต่การปล่อยปละละเลยแสดงให้เห็นว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นควรจะต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้แต่ไม่ได้ใช้อย่างเพียงพอจนทำให้เกิดความเสียหายขึ้น อีกทั้งความผิดฐานนี้เป็นหลักความรับผิดชอบเด็ดขาดแม้ว่าผู้กระทำความผิดนั้นไม่มีเจตนาในการกระทำ ความผิดก็มีความผิดและต้องรับโทษ

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความผิดฐานปล่อยปละละเลยให้บุคคลวิกลจริตออกเที่ยวไปโดยลำพังเป็นความผิดเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย ชื่อเสียง และทรัพย์สิน ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองภัยอันตรายอันอาจเกิดจากผู้วิกลจริตหรืออาจเป็นภัยอันตรายต่อผู้วิกลจริตเอง ความผิดฐานนี้เป็นหลักความรับผิดชอบในการกระทำ

²⁸⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 373

²⁸⁸ คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 177) 218.

ของผู้อื่นอันเป็นความผิดเกี่ยวกับการก่ออันตรายซึ่งเป็นความผิดที่ประสงค์ที่จะไม่ให้เกิดอันตรายเกิดขึ้นจึงได้บัญญัติเป็นการป้องกันไว้ก่อน ซึ่งเป็นความผิดไม่ต้องการผลเพียงแต่ทำให้บุคคลวิกลจริตเที่ยวไปล่าพังก็นับเป็นความผิดสำเร็จแล้วผู้กระทำก็ต้องรับผิดแม้ไม่มีเจตนาก็ตามเพียงแต่ผู้กระทำความผิดมาตรานี้เป็นการกระทำโดยประมาท เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ข้างต้น กล่าวคือ การปล่อยปละละเลยให้บุคคลวิกลจริตออกเที่ยวไปโดยล่าพังก็นับเป็นการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า ภัยอันตรายอันอาจเกิดจากผู้วิกลจริตเป็นสิ่งที่ความผิดฐานปล่อยปละละเลยให้บุคคลวิกลจริตออกเที่ยวไปโดยล่าพังก็นับประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะเมื่อเกิดความผิดฐานนี้ขึ้นอาจเป็นการกระทบต่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมดำเนินไปอย่างสงบสุขและเสรีได้ อีกทั้งอาจเป็นอันตรายแก่ปัจเจกชนแต่เป็นเพียงการกระทำความผิดเล็กน้อยซึ่งไม่ได้มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดชั่วร้ายเลวทรามหรือมีแต่เพียงเล็กน้อย ปรากฏจากข้อตำหนิในทางศีลธรรมซึ่งประชาชนสามารถให้อภัยแก่กันได้ มิได้เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงจึงไม่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แม้ความผิดตามมาตรานี้ อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ปัจเจกชนอย่างร้ายแรงก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวมีคุณค่าในทางจริยศาสตร์เพียงเล็กน้อย แต่ปัญหาจึงมีแต่เพียงในส่วนของหลักวิถีทางสุดท้ายของกฎหมายอาญา กล่าวคือ ยังจะมีมาตรการอื่นที่เบาว่าการใช้มาตรการในทางอาญากับกรณีความผิดฐานปล่อยปละละเลยให้บุคคลวิกลจริตออกเที่ยวไปโดยล่าพังก็นับหรือไม่²⁸⁹ เมื่อพิจารณาปัญหาดังกล่าว สิ่งที่ต้องพิจารณาประการแรก คือสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 3 ความผิดลหุโทษ ในกรณีนี้สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ถูกกระทบคือ เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางเนื่องจากอาจถูกใช้มาตรการทางอาญาในการกักขังแทนค่าปรับได้ หากไม่ชำระค่าปรับ แม้ความผิดดังกล่าวมีโทษปรับสถานเดียวก็ตามอันเป็นการจำกัดเสรีภาพของคน สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ การพิจารณาถึงประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาและผลกระทบที่เกิดขึ้นกับปัจเจกชนแต่ละคน ประโยชน์ที่สังคมได้รับย่อมเป็นในสังคมภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากบุคคลวิกลจริตที่ส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมส่วนสิ่งปัจเจกชนแต่ละคนคือผู้กระทำความผิดฐานนี้จะได้รับคือการอาจได้รับโทษกักขังแทนค่าปรับเมื่อผู้กระทำความผิดไม่ชำระค่าปรับซึ่งเป็นมาตรการลงโทษทางอาญา ส่วนข้อพิจารณาสุดท้าย คือ การชั่งน้ำหนักประโยชน์ว่าประโยชน์ของปัจเจกชนที่ถูกกระทบกับประโยชน์ที่สังคมจะได้รับว่าได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหรือไม่²⁹⁰ กล่าวคือ หากการใช้กฎหมายในกรณีนี้สามารถทำให้ประโยชน์ของรัฐบรรลุผลโดยกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนผู้ได้รับผลในระดับที่ยอมรับได้แล้วก็ต้องถือว่าอยู่ในหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาในวิถีทางน้อยที่สุดจะเห็นได้ว่าในกรณีนี้แม้รัฐจะได้ประโยชน์จากมาตรการทางอาญา แต่เป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับที่ไม่อาจยอมรับได้ ก็ต้องใช้มาตรการทางแพ่งหรือทางปกครองหรือปรับเป็นพินัย

²⁸⁹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

²⁹⁰ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

แทน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การใช้มาตรการปรับเป็นพินัยจะได้ผลที่ดีกว่าการใช้มาตรการในทางอาญาเนื่องจาก ประโยชน์ที่รัฐควรจะได้รับในแง่ของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างสงบแล้วเปรียบเทียบกับภาระบท สติเสรีภาพของผู้กระทำความผิดฐานนี้เพราะอาจจะต้องถูกกักขังแทนค่าปรับถือว่าสิ่งที่ผู้กระทำความผิดถูก กระทบนั้นมีมากกว่าประโยชน์สังคมที่ได้รับ สมควรนำมามาตรการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับซึ่งมาตรการที่ เหมาะสม คือ โทษปรับเป็นพินัย เมื่อความผิดฐานความผิดฐานทำให้ร่างกายเกิดขัดข้องนั้นตามประมวล กฎหมายอาญามีโทษปรับสถานเดียวจึงต้องเปลี่ยนความผิดโทษฐานนี้ที่มีโทษปรับสถานเดียวให้เป็นปรับ เป็นพินัยและให้อัตราค่าปรับความผิดโทษเป็นอัตราค่าปรับเป็นพินัยแทน

(2) มาตรา 377 ความผิดฐานปล่อยปลละเลยให้สัตว์ดุหรือสัตว์ร้ายเที่ยวไปโดยลำพัง²⁹¹

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ภัยอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์²⁹²

คำว่า สัตว์ดุ คือ สัตว์ซึ่งตามธรรมชาติไม่ใช่สัตว์ร้าย แต่มีลักษณะนิสัยดุเป็นบางตัว เช่น สุนัขบาง ตัวมีลักษณะนิสัยดุ บางตัวมีลักษณะนิสัยไม่ดุ ส่วนคำว่า สัตว์ร้ายนั้น คือ สัตว์ซึ่งมีสันชาตญาณดุร้ายโดย ธรรมชาตินั้นอยู่แล้วในตัวเอง เช่น เสือ สิงโต จระเข้ งูซึ่งมีพิษ เป็นต้น ถึงแม้บางครั้งสัตว์นั้นได้มีการเลี้ยงดู อย่างดีให้เชื่องกับผู้คนก็ตาม ซึ่งซึ่งไม่ใช่สัตว์ดุร้ายโดยธรรมชาติ ก็ต้องนำสืบให้เห็นว่าเป็นสัตว์ดุแต่ข้างตกมัน ถือว่าเป็นสัตว์ดุ ความผิดตามมาตรานี้ผู้กระทำความผิด คือ ผู้ควบคุมสัตว์นั้นซึ่งเป็นผู้ควบคุมดูแลตามความ เป็นจริงไม่ใช่ผู้ครอบครองแต่ไม่ได้ดูแล การควบคุมสัตว์ดุร้ายดังกล่าวนี้ผู้ควบคุมจะต้องรู้ว่าสัตว์ที่ได้ควบคุม นั้นมีความดุร้าย การกระทำของความผิดมาตรานี้ คือ ปล่อยปลละเลยหมายความว่าเป็นการไม่ดูแลรักษา สัตว์นั้นเป็นเหตุให้สัตว์เที่ยวไปตามลำพังโดยปราศจากผู้ควบคุมพาสัตว์นั้นไป อีกทั้งจากการกระทำดังกล่าวนี้ ต้องอาจทำให้เกิดอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์ เช่นสัตว์นั้นจะไปเหยียบย่ำกัดกินต้นไม้หรือจะกัดผู้คนหรือสัตว์ เลี้ยงของบุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่ของตัวเจ้าของหรือผู้ควบคุมดูแลสัตว์นั้นเองในองค์ประกอบส่วนนี้เป็นพฤติการณ์ ประกอบการกระทำซึ่งไม่ต้องถึงขนาดเกิดความเสียหายก็เป็นความผิดฐานนี้แล้ว

เมื่อวิเคราะห์แล้วเห็นได้ว่า ความผิดฐานปล่อยปลละเลยให้สัตว์ดุหรือสัตว์ร้ายเที่ยวไปโดยลำพัง แม้จะมีการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นการคุ้มครองภัยอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์ก็ตามแต่เป็นการ กระทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ซึ่งไม่มีความรุนแรงหรือความก้าวร้าวของการกระทำมากนัก ผู้กระทำความผิด ไม่ถึงขนาดเป็นการกระทำด้วยจิตใจที่ชั่วร้ายหรือมีแต่เพียงเล็กน้อยโดยปราศจากข้อนำดำเนินทางศีลธรรมไม่ได้ ส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างรุนแรงสังคมสามารถให้อภัยกับการกระทำนั้นได้ ความผิดฐานนี้เป็นหลักความรับ ผิดในการกระทำของสัตว์อันเป็นความผิดเกี่ยวกับการก่ออันตรายซึ่งเป็นความผิดที่ประสงค์ที่จะไม่ให้เกิด อันตรายเกิดขึ้นจึงได้บัญญัติเป็นการป้องกันไว้ก่อน ซึ่งเป็นความผิดไม่ต้องการผลเพียงแค่มีพฤติการณ์ ประกอบการกระทำเพียงว่าอาจจะเกิดอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลอื่นก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว ผู้กระทำก็ต้องรับผิดแม้ไม่มีเจตนาก็ตาม แม้ความผิดตามมาตรานี้ อาจจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมอย่าง

²⁹¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 377

²⁹² คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 177) 219.

ร้ายแรงก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวมีคุณค่าในทางจริยศาสตร์เพียงเล็กน้อย²⁹³ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การใช้มาตรการปรับเป็นพินัยจะส่งผลที่ดีกว่าการใช้มาตรการในทางอาญาเนื่องจากประโยชน์ที่รัฐควรจะได้รับในแง่ของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างสงบแล้วเปรียบเทียบกับผลกระทบสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิดฐานนี้เพราะอาจจะต้องถูกกักขังแทนค่าปรับถือว่าสิ่งที่ผู้กระทำความผิดถูกกระทบนั้นมีมากกว่าประโยชน์สังคมที่ได้รับ สมควรนำมามาตรการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับซึ่งมาตรการที่เหมาะสม²⁹⁴ คือ โทษปรับเป็นพินัยเมื่อความผิดฐานปล่อยปลงละเลยให้สัตว์ดุหรือสัตว์ร้ายเที่ยวไปโดยลำพังนั้นตามประมวลกฎหมายอาญามีโทษปรับสถานเดียวจึงต้องเปลี่ยนความผิดลหุโทษฐานนี้ที่มีโทษปรับสถานเดียวให้เป็นปรับเป็นพินัยและให้ถืออัตราค่าปรับความผิดลหุโทษเป็นอัตราค่าปรับเป็นพินัยแทน แต่ความผิดตามมาตรานี้มีทั้งโทษจำคุกและโทษปรับอาจจะกำหนดให้โทษปรับเป็นพินัยมีค่าปรับมากกว่าเดิมก็ได้ขึ้นอยู่กับผลของการกระทำแต่ละกรณี

(ค) กลุ่มความผิดลหุโทษอันมีลักษณะเป็นการละเมิดต่อระเบียบสาธารณะ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับระเบียบสาธารณะเสียหาย

(1) มาตรา 396 ความผิดฐานทิ้งซากสัตว์ในหรือริมทางสาธารณะ²⁹⁵

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน²⁹⁶

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่า ความผิดฐานทิ้งซากสัตว์ในหรือริมทางสาธารณะเป็นความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในที่สาธารณะซึ่งอยู่ในกลุ่มความผิดอาญาเทคนิค (Mala Prohibita) เนื่องจากนำมาใช้บังคับกับพฤติกรรมของคนที่กระทำฝ่าฝืนกฎระเบียบในสังคม แม้จะมีการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมก็ตามแต่เป็นการกระทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ซึ่งไม่มีความรุนแรงหรือความก้าวร้าวของการกระทำมากนัก ผู้กระทำความผิดไม่ถึงขนาดเป็นการกระทำด้วยจิตใจที่ชั่วร้ายโดยไม่มีข้อนำดำเนินทางศีลธรรมไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างรุนแรงสังคมสามารถให้อภัยกับการกระทำนั้นได้ เป็นเพียงการฝ่าฝืนข้อตกลงการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมหรือก่อความเดือดร้อนรำคาญสาธารณะเท่านั้น ความผิดฐานนี้เป็นหลักความรับผิดชอบเด็ดขาด ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบแม้ไม่มีเจตนาก็ตาม

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความผิดฐานทิ้งซากสัตว์ในหรือริมทางสาธารณะ ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ข้างต้น กล่าวคือ การทิ้งซากสัตว์ในหรือริมทางสาธารณะทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชนเป็นสิ่งที่ความผิดฐานทิ้งซากสัตว์ในหรือริมทางสาธารณะมุ่งประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะเมื่อเกิดความผิดฐานนี้ขึ้นอาจเป็นการกระทบต่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้ แต่เป็นเพียงการกระทำความผิดเล็กน้อยซึ่งไม่ได้มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดชั่วร้ายเลวทรามหรือมีแต่เพียงเล็กน้อย ปราศจาก

²⁹³ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 16.

²⁹⁴ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

²⁹⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 396

²⁹⁶ คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 177) 818.

ข้อตำหนิในทางศีลธรรมแต่อย่างไรซึ่งประชาชนสามารถให้อภัยแก่กันได้ มิได้เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงจึงไม่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อีกทั้งการกำหนดโทษเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับหลักของ Nigel Walker ที่ว่า “รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับโทษเพียงอย่างเดียว”

แต่ปัญหาจึงมีแต่เพียงในส่วนของหลักวิถีทางสุดท้ายของกฎหมายอาญา กล่าวคือ ยังจะมีมาตรการอื่นที่เบากว่าการใช้มาตรการในทางอาญากับกรณีความผิดฐานทิ้งซากสัตว์ในหรือริมทางสาธารณะหรือไม่²⁹⁷ เมื่อพิจารณาปัญหาดังกล่าว สิ่งที่ต้องพิจารณาประการแรก คือสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบตามประมวลกฎหมายอาญาภาค 3 ความผิดลหุโทษ ในกรณีนี้สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ถูกระทบคือ เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางเนื่องจากอาจถูกใช้มาตรการทางอาญาในการกักขังแทนค่าปรับได้ หากไม่ชำระค่าปรับ ส่วนข้อพิจารณาสุดท้าย คือ การชั่งน้ำหนักประโยชน์ว่าประโยชน์ของปัจเจกชนที่ถูกระทบกับประโยชน์ที่สังคมจะได้รับว่าได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบกันหรือไม่²⁹⁸ กล่าวคือ หากการใช้กฎหมายในกรณีนี้สามารถทำให้ประโยชน์ของรัฐบรรลุผลโดยกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนผู้ได้รับผลในระดับที่ยอมรับได้แล้วก็ต้องถือว่าอยู่ในหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาในวิถีทางน้อยที่สุดจะเห็นได้ว่าในกรณีนี้แม้รัฐจะได้ประโยชน์จากมาตรการทางอาญา แต่เป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับที่ไม่อาจยอมรับได้ ก็ต้องใช้มาตรการทางแพ่งหรือทางปกครองหรือปรับเป็นพินัยแทน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การใช้มาตรการปรับเป็นพินัยจะได้ผลที่ดีกว่าการใช้มาตรการในทางอาญาเนื่องจากประโยชน์ที่รัฐควรจะได้รับในแง่ของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างสงบแล้วเปรียบเทียบกับผลกระทบสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิดฐานนี้เพราะอาจจะต้องถูกกักขังแทนค่าปรับถือว่าสิ่งที่ผู้กระทำความผิดถูกระทบนั้นมีมากกว่าประโยชน์สังคมที่ได้รับ สมควรนำมาตราการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับซึ่งมาตรการที่เหมาะสม คือ โทษปรับเป็นพินัยเมื่อความผิดฐานความผิดฐานทิ้งซากสัตว์ในหรือริมทางสาธารณะนั้นตามประมวลกฎหมายอาญามีโทษปรับสถานเดียวจึงต้องเปลี่ยนความผิดลหุโทษฐานนี้ที่มีโทษปรับสถานเดียวให้เป็นปรับเป็นพินัยและให้ถืออัตราค่าปรับความผิดลหุโทษเป็นอัตราค่าปรับเป็นพินัยแทน

4.2.3 กลุ่มความผิดลหุโทษที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญอันมีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนต่อระเบียบสาธารณะว่าด้วยการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญและความเสียหายต่อทรัพย์สินของผู้อื่น

(1) มาตรา 394 ความผิดฐานไล่ต้อนสัตว์เข้าไปในที่ดินผู้อื่น²⁹⁹

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ กรรมสิทธิ์³⁰⁰

²⁹⁷ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

²⁹⁸ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

²⁹⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 394

³⁰⁰ คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 177) 431.

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความผิดฐานไล่ต้อนสัตว์เข้าไปในที่ดินผู้อื่น ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองกรรมสิทธิ์ก็ตาม เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ข้างต้น กล่าวคือ การไล่ต้อนสัตว์เข้าไปในที่ดินผู้อื่นทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นสิ่งที่ความผิดฐานไล่ต้อนสัตว์เข้าไปในที่ดินผู้อื่นมุ่งประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะเมื่อเกิดความผิดฐานนี้ขึ้นอาจเป็นการกระทบต่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมดำเนินไปอย่างสงบสุขและเสรีเนื่องจากอาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนและเกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของบุคคลอื่นได้ แม้ผู้กระทำความผิดจะมีเจตนาก็ตาม แต่เป็นเพียงการกระทำความผิดเล็กน้อยซึ่งไม่ได้มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดชั่วร้ายเลวทรามหรือมีแต่เพียงเล็กน้อย โดยปราศจากข้อตำหนิในทางศีลธรรมซึ่งประชาชนสามารถให้อภัยแก่กันได้ มิได้เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงจึงไม่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่ปัญหาจึงมีแต่เพียงในส่วนของหลักวิธีทางสุดท้ายของกฎหมายอาญากล่าวคือ ยังมีมาตรการอื่นที่เบากว่าการใช้มาตรการในทางอาญากับกรณีความผิดฐานปล่อยปละละเลยให้สัตว์เข้าไปในสวนหรือไร่ นาของผู้อื่นหรือไม่³⁰¹ เมื่อพิจารณาปัญหาดังกล่าว สิ่งที่ต้องพิจารณาประการแรก คือ สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบตามประมวลกฎหมายอาญาภาค 3 ความผิดลหุโทษ ในกรณีนี้สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ถูกกระทบคือ เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางอันเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคล เมื่อทราบสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบแล้ว ส่วนข้อพิจารณาสุดท้าย คือ การชั่งน้ำหนักประโยชน์ว่าประโยชน์ของปัจเจกชนที่ถูกกระทบกับประโยชน์ที่สังคมจะได้รับว่าได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบกันหรือไม่³⁰² กล่าวคือ หากการใช้กฎหมายในกรณีนี้สามารถทำให้ประโยชน์ของรัฐบรรลุผลโดยกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนผู้ได้รับผลในระดับที่ยอมรับได้แล้วก็ต้องถือว่าอยู่ในหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาในวิธีทางน้อยที่สุดจะเห็นได้ว่าในกรณีนี้แม้รัฐจะได้ประโยชน์จากมาตรการทางอาญา แต่เป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับที่ไม่อาจยอมรับได้ ก็ต้องใช้มาตรการทางแพ่งหรือทางปกครองหรือปรับเป็นพินัยแทน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การใช้มาตรการปรับเป็นพินัยจะได้ผลที่ดีกว่าการใช้มาตรการในทางอาญาเนื่องจากประโยชน์ที่รัฐควรจะได้รับในแง่ของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างสงบสุขและเสรีแล้วเปรียบเทียบกับผลกระทบสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิดฐานนี้เพราะอาจจะต้องถูกกักขังแทนค่าปรับถือว่าสิ่งที่ผู้กระทำความผิดถูกกระทบนั้นมีมากกว่าประโยชน์สังคมที่ได้รับ สมควรนำมาตรการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับซึ่งมาตรการที่เหมาะสม คือ โทษปรับเป็นพินัย เมื่อความผิดฐานความผิดไล่ต้อนสัตว์เข้าไปในที่ดินผู้อื่นนั้นตามประมวลกฎหมายอาญามีโทษจำคุกและโทษปรับจึงต้องเปลี่ยนความผิดลหุโทษฐานนี้ให้เป็นมาตรการลงโทษปรับเป็นพินัยและอาจจะกำหนดอัตราการลงโทษใหม่ให้เหมาะสมกับลักษณะการกระทำความผิดและความเสียหายที่เกิดขึ้นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษ

³⁰¹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

³⁰² สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

(2) มาตรา 395 ความผิดฐานปล่อยปละละเลยให้สัตว์เข้าในสวนหรือไร่นาของผู้อื่น³⁰³

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ กรรมสิทธิ์³⁰⁴

ความผิดฐานปล่อยปละละเลยให้สัตว์เข้าในสวนหรือไร่นาของผู้อื่นเป็นความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยในที่สาธารณะซึ่งอยู่ในกลุ่มความผิดอาญาเทคนิค (Mala Prohibita) เนื่องจากนำมาใช้บังคับกับพฤติการณ์ของคนที่ทำฝ่าฝืนกฎระเบียบในสังคม แม้จะมีการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมก็ตามแต่เป็นการกระทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ซึ่งไม่มีความรุนแรงหรือความก้าวร้าวของการกระทำมากนัก ผู้กระทำความผิดไม่ถึงขนาดเป็นการกระทำด้วยจิตใจที่ชั่วร้ายโดยไม่มีข้อนำคำหนทางศีลธรรมไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างรุนแรงสังคมสามารถให้อภัยกับการกระทำนั้นได้ เป็นเพียงการฝ่าฝืนข้อตกลงการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมหรือก่อความเดือดร้อนรำคาญสาธารณะเท่านั้น อีกทั้งความผิดฐานนี้เป็นหลักความรับผิดชอบเด็ดขาดแม้ว่าผู้กระทำความผิดนั้นไม่มีเจตนาในการกระทำความผิดก็มีความผิดและต้องรับโทษ

เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าความผิดฐานปล่อยปละละเลยให้สัตว์เข้าในสวนหรือไร่นาของผู้อื่น ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายมุ่งคุ้มครองกรรมสิทธิ์ก็ตาม เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ข้างต้น กล่าวคือ การปล่อยปละละเลยให้สัตว์เข้าในสวนหรือไร่นาของผู้อื่นทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติหรือไม่ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นสิ่งที่ความผิดฐานปล่อยปละละเลยให้สัตว์เข้าในสวนหรือไร่นาของผู้อื่นมุ่งประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญเพราะเมื่อเกิดความผิดฐานนี้ขึ้นอาจเป็นการกระทบต่อการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมดำเนินไปอย่างสงบสุขและสันติได้เนื่องจากอาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนและเกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของบุคคลอื่นได้ แต่เป็นเพียงการกระทำความผิดเล็กน้อยซึ่งไม่ได้มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดชั่วร้ายเลวทรามหรือมีแต่เพียงเล็กน้อยโดยปราศจากข้อตำหนิในทางศีลธรรมซึ่งประชาชนสามารถให้อภัยแก่กันได้ มิได้เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ อันเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงจึงไม่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่ปัญหาจึงมีแต่เพียงในส่วนของหลักวิถีทางสุดท้ายของกฎหมายอาญา กล่าวคือ ยังมีมาตรการอื่นที่เบากว่าการใช้มาตรการในทางอาญากับกรณีความผิดฐานปล่อยปละละเลยให้สัตว์เข้าในสวนหรือไร่นาของผู้อื่นหรือไม่³⁰⁵ เมื่อพิจารณาปัญหาดังกล่าว สิ่งที่ต้องพิจารณาประการแรก คือสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบตามประมวลกฎหมายอาญาภาค 3 ความผิดลหุโทษ ในกรณีนี้สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่ถูกกระทบคือ เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางเนื่องจากอาจถูกใช้มาตรการทางอาญาในการกักขังแทนค่าปรับได้ หากไม่ชำระค่าปรับ แม้ความผิดดังกล่าวมิใช่โทษปรับสถานเดียวก็ตามอันเป็นการจำกัดเสรีภาพของคน ส่วนข้อพิจารณาสุดท้าย คือ การชั่งน้ำหนักประโยชน์ว่าประโยชน์ของปัจเจกชนที่ถูกกระทบกับประโยชน์ที่สังคมจะได้รับว่าได้สัดส่วนใน

³⁰³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 395

³⁰⁴ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 177) 433.

³⁰⁵ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 144.

ความหมายอย่างแคบกันหรือไม่³⁰⁶ กล่าวคือ หากการใช้กฎหมายในกรณีนี้สามารถทำให้ประโยชน์ของรัฐบรรลุผลโดยกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนผู้ได้รับผลในระดับที่ยอมรับได้แล้วก็ต้องถือว่าอยู่ในหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาในวิถีทางน้อยที่สุดจะเห็นได้ว่าในกรณีนี้แม้รัฐจะได้ประโยชน์จากมาตรการทางอาญา แต่เป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับที่ไม่อาจยอมรับได้ ก็ต้องใช้มาตรการทางแพ่งหรือทางปกครองหรือปรับเป็นพินัยแทน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การใช้มาตรการปรับเป็นพินัยจะได้ผลที่ดีกว่าการใช้มาตรการในทางอาญาเนื่องจากประโยชน์ที่รัฐควรจะได้รับในแง่ของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างสงบสุขและเสรีแล้วเปรียบเทียบกับการกระทบสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิดฐานนี้เพราะอาจจะต้องถูกกักขังแทนค่าปรับถือว่าสิ่งที่ผู้กระทำความผิดถูกกระทบนั้นมีมากกว่าประโยชน์สังคมที่ได้รับ ก็ควรนำมาตรการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับซึ่งมาตรการที่เหมาะสม คือ โทษปรับเป็นพินัย เมื่อความผิดฐานความผิดฐานปล่อยปละละเลยให้สัตว์เข้าในสวนหรือไร่เนาของผู้อื่นนั้นตามประมวลกฎหมายอาญามีโทษปรับสถานเดียวจึงต้องเปลี่ยนความผิดลหุโทษฐานนี้ที่มีโทษปรับสถานเดียวให้เป็นปรับเป็นพินัยและให้ถืออัตราค่าปรับความผิดลหุโทษเป็นอัตราค่าปรับเป็นพินัยแทน

ดังนั้น เมื่อพิจารณาความผิดลหุโทษที่ได้วิเคราะห์มาแล้วข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า ความผิดเหล่านี้เป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม (mala prohibita) โดยถือเป็นกฎหมายอาญาทางเทคนิคที่มีจุดประสงค์เพื่อป้องกัน ชุมชู่ ยับยั้ง ไม่ให้ผู้ใดกล้าที่จะฝ่าฝืนเพราะโทษอาญาถือเป็นมาตรการลงโทษที่มีประสิทธิภาพในการใช้บังคับได้สูงที่สุด โดยคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญมุ่งคุ้มครองเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม โดยมีลักษณะการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรง ปราศจากความน่าตำหนิในทางศีลธรรมอย่างร้ายแรง ไม่เป็นการทำให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างสงบสุขและสันติ และไม่เป็นการกระทบต่อความมั่นคงและความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนและกระทบต่อส่วนรวมเป็นวงกว้างอันเป็นการกระทำความผิดที่ไม่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ความผิดเหล่านี้จึงไม่สมควรใช้มาตรการลงโทษทางอาญาเนื่องจากมาตรการลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการสุดท้ายในการใช้บังคับโดยมีมาตรการลงโทษอย่างอื่น คือ มาตรการลงโทษปรับเป็นพินัยที่สามารถใช้บังคับได้ผลที่ดีกว่าการลงโทษทางอาญา เมื่อพิจารณาผลกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานที่บุคคลผู้กระทำความผิดได้รับกับประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากการใช้มาตรการลงโทษทางอาญาตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบจะเห็นได้ว่าไม่สามารถยอมรับกันได้เนื่องจากสิ่งที่บุคคลถูกกระทบสิทธิจากการใช้มาตรการดังกล่าวนี้มีมากกว่าประโยชน์ที่สังคมควรจะได้รับ ดังนั้น ความผิดเหล่านี้สมควรใช้มาตรการลงโทษปรับเป็นพินัยที่มีโทษทางอาญาตามหลักการแปรรูปความผิดอาญา³⁰⁷ เพื่อให้การใช้มาตรการลงโทษเหมาะสมกับการกระทำความผิดและบรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษให้มีประสิทธิภาพเป็นไปตามสถานการณ์ปัจจุบัน

เหตุผลและความจำเป็นในการนำมาตรการปรับเป็นพินัยมาใช้บังคับกับความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา นั้นมีที่มาและความสำคัญ กล่าวคือ ในเบื้องต้นในการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการ

³⁰⁶ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 13) 104.

³⁰⁷ ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถ 4) 43.

ปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 ขึ้นมานั้นมีเจตนารมณ์ที่ซ่อนอยู่เบื้องหลังพระราชบัญญัตินี้เพื่อแก้ไขปัญหาสถานะที่มีการกำหนดความผิดที่ใช้มาตรการลงโทษทางอาญามากเกินไป หรือที่เรียกว่า “ สถานะกฎหมายอาญาเพื่อ ” (Over-criminalized) โดยเฉพาะความผิดทางอาญาอันมีลักษณะการกระทำความผิดไม่ร้ายแรง หรือความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ในระบบกฎหมายไทย ส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมของไทยหลายประการ เช่น ปัญหาความไม่เสมอภาคของการลงโทษผู้กระทำความผิดจากการจ่ายค่าปรับ ซึ่งผู้กระทำความผิดที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดีกับผู้กระทำความผิดที่มีสถานะยากจนมีความสามารถในการจ่ายค่าปรับได้ต่างกัน ปัญหาผู้ที่มีสถานะยากจนถูกกักขังแทนค่าปรับเนื่องจากไม่สามารถจ่ายค่าปรับในคดีได้ หรือปัญหาการถูกบันทึกประวัติอาชญากรรมจากการกระทำความผิดอาญาที่ไม่ร้ายแรงหรือมีโทษเล็กน้อยซึ่งส่งผลกระทบต่อประชาชนในระยะยาวจากความไม่รู้กฎหมายและกฎหมายกำหนดโทษทางอาญาซึ่งมีจำนวนมากเกินไปในปัจจุบัน³⁰⁸ การใช้มาตรการลงโทษปรับเป็นพินัยตามพระราชบัญญัตินี้จะช่วยแก้ไขปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ ซึ่งเป็นการใช้มาตรการลงโทษอย่างอื่นที่มีโทษทางอาญาอันมีลักษณะไม่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพมากเกินไป และทำให้จำนวนคดีในกระบวนการยุติลดน้อยลง

เมื่อวิเคราะห์แล้วเห็นว่าความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญาได้มีการบัญญัติไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ.2565 โดยพิจารณาว่าบทบัญญัติความผิดทางอาญาหรือความผิดทางปกครองใดจะถูกปรับเปลี่ยนมาเป็นความผิดทางพินัยตามพระราชบัญญัตินี้มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอยู่ 2 หลักเกณฑ์ กล่าวคือ หลักเกณฑ์ประการแรก ความผิดนั้นมีโทษทางอาญาหรือโทษทางปกครองซึ่งระวางโทษปรับสถานเดียวซึ่งไม่รวมถึงโทษประหารชีวิต จำคุก คุมขังหรือโทษทางปกครองอย่างอื่นหรือไม่ หลักเกณฑ์ประการที่สอง กฎหมายที่กำหนดความผิดทางอาญาหรือความผิดทางปกครองนั้นได้ระบุไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ.2565 หรือไม่ เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้วเห็นว่ายังคงเป็นหลักเกณฑ์ที่ยังไม่เหมาะสมในการใช้โทษปรับสถานเดียวพิจารณาความผิดทางอาญาหรือความผิดทางปกครองและอาจเป็นข้อถกเถียงในมุมมองของนักกฎหมายได้ เนื่องจากโทษปรับเป็นมาตรการลงโทษทางอาญาที่มีความร้ายแรงน้อยกว่าโทษประหาร จำคุก กักขัง ถึงแม้ว่าโทษปรับมีระวางโทษสูงแค่ไหนก็ยังถือว่าเป็นโทษสถานเบา เมื่อเทียบกับโทษจำคุก หรือโทษกักขังเพียงหนึ่งวัน ซึ่งในความเป็นจริงการถูกลงโทษจำคุกหรือกักขังเพียงแค่วันหนึ่งไม่มีความร้ายแรงเสมอไป ถ้าหากโทษปรับมีอัตราที่สูงเกินจนผู้กระทำความผิดไม่สามารถชำระค่าปรับได้ก็อาจถือว่าค่าปรับนั้นมีความร้ายแรงมากกว่าโทษจำคุกหรือกักขังเฉพาะกรณีที่ต่อโทษเพียงไม่กี่วัน อีกทั้งอาจส่งผลให้ผู้นั้นเลือกรับโทษจำคุกหรือโทษกักขังแทนค่าปรับก็ได้ ในทางกลับกันความผิดบางประเภทตามพระราชบัญญัติอื่น ๆ ที่กำหนดโทษทางอาญาโดยปรับสถานเดียวซึ่งมีอัตราโทษที่สูงมาก เช่น ความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งต้องระวางโทษไม่เกิน 200,000 บาท ดังนั้น จากการวิเคราะห์ความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญาที่มีโทษจำคุกด้วย ซึ่งเป็นโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท ทำให้เห็นว่าโทษจำคุกในความผิดลหุโทษนั้นไม่ใช่

³⁰⁸ ดู รายละเอียดในบันทึกหลักการ และเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ.

สิ่งที่สามารถบ่งชี้ได้ว่าความผิดเหล่านี้เป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงเสมอไป ผู้เขียนจึงเห็นว่าการนำโทษปรับสถานเดียวอันเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าความผิดดังกล่าวเป็นความผิดทางพินัยหรือไม่ ยังมีใช้หลักเกณฑ์ที่เหมาะสมควรที่จะพิจารณาลักษณะการกระทำความผิด คุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองในการใช้มาตรการทางอาญาเป็นมาตรการสุดท้ายและตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบพิจารณาประกอบกัน

จากการวิเคราะห์ข้างต้นสามารถจำแนกความผิดลหุโทษบางฐานความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง กล่าวคือ มีคุณธรรมทางกฎหมายที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองเป็นเพียงการฝ่าฝืนระเบียบสังคม ไม่ว่าจะเป็ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชนหรือสาธารณะ การไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเจ้าพนักงาน ซึ่งเป็นการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม มิได้มีการกระทบหรือสร้างความเสียหายแก่ปัจเจกชนแต่ละคน โดยปราศจากข้อตำหนิต่างศีลธรรมอย่างร้ายแรง โดยสามารถใช้มาตรการลงโทษปรับเป็นพินัยแทนมาตรการลงโทษทางอาญาได้เมื่อชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ที่สังคมจะได้รับกับสิ่งที่ผู้กระทำความผิดสูญเสียไปตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมีทั้งหมด 18 มาตรา คือ มาตรา 367, มาตรา 368, มาตรา 369, มาตรา 370, มาตรา 372, มาตรา 373, มาตรา 375, มาตรา 377, มาตรา 378, มาตรา 380, มาตรา 383, มาตรา 385, มาตรา 386, มาตรา 387, มาตรา 389, มาตรา 394, มาตรา 395 และมาตรา 396

เมื่อได้ทำการศึกษาตามกฎหมายประเทศเยอรมนี กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. 1968 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่ใช้บังคับกับบรรดาความผิดที่ฝ่าฝืนต่อกฎระเบียบที่มีกฎหมายบัญญัติกำหนดไว้ว่าจะต้องทำการชำระค่าปรับ โดยประมวลกฎหมายของเยอรมนีฉบับนี้มีทั้งบทบัญญัติที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติเพื่อแก้ไขปัญหาและข้อบกพร่องต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในระหว่างการบังคับใช้และเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาในกรณีกฎหมายจราจรทางปกครองซึ่งมีปริมาณการกระทำความผิดเป็นจำนวนมากจึงต้องมีกฎหมายฉบับนี้ที่มีกระบวนการพิจารณาที่กระชับ ไม่สลับซับซ้อนและสามารถสามารถเปลี่ยนรูปแบบของคดีได้โดยไม่ยุ่งยากและไม่เป็นการเสียเวลาจนเกินไป โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบหลังปี ค.ศ. 1968 ถือเป็น การแก้ไขครั้งสำคัญ กล่าวคือ ในปี ค.ศ.1974 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นปีแห่งการปฏิรูปกฎหมายอาญาครั้งใหญ่โดยมีการยกเลิกบรรดาความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงสำหรับความผิดลหุโทษและความผิดที่มีโทษปรับสถานเดียวหรือมีโทษจำคุกต่ำกว่า 6 เดือนออกจากประมวลกฎหมายอาญาถูกปรับเปลี่ยนมาเป็นความผิดต่อกฎระเบียบ บางส่วนก็ถูกยกเลิก และบางส่วนถูกปรับเปลี่ยนมาเป็นความผิดอาญาที่มีโทษจำคุกมากกว่า 6 เดือนไปเลย ซึ่งความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญาที่ได้มีการปรับเปลี่ยนมาเป็นความผิดต่อกฎระเบียบได้มีการคัดแยกความผิดลหุโทษที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงออกจากประมวลกฎหมายอาญามาเป็นระยะเวลายาวนานจนเสร็จสิ้นในปี ค.ศ.1974 จนกระทั่งได้นำความผิดดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมายดังกล่าวข้างต้น โดยกำหนดเพิ่มเติมเป็นบทบัญญัติ “ส่วนที่ 3 ความผิดต่าง ๆ”³⁰⁹

³⁰⁹ Erich Köhler, supra note 1, Einleitung Rn. 13. อ้างถึงใน คณันท์ ชัยชนะ, ‘มาตรการทางกฎหมายสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรงในประเทศเยอรมนี กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ gesetz über ordnungswidrigkeiten’ (เมษายน 2564) วารสารกฤษฎีกา, 83.

เมื่อได้ทำการศึกษากฎหมายว่าด้วยความผิดต่อระเบียบ ค.ศ. 1968 มีสาระสำคัญ 3 ส่วน ดังต่อไปนี้³¹⁰

ส่วนที่ 1 บททั่วไป เป็นส่วนที่วางหลักกฎหมายสารบัญญัติเพื่อใช้ในการพิจารณาความผิดต่อระเบียบทุกประเภท โดยผู้ร่างได้บัญญัติหลักกฎหมายในส่วนนี้ไว้สำหรับความผิดต่อกฎระเบียบไว้เป็นการเฉพาะ โดยมีได้กำหนดให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลมเลย เพื่อความสะดวกแก่ผู้ใช้บังคับกฎหมายฉบับนี้และเพื่อหลีกเลี่ยงการตีความ โดยในส่วนที่หนึ่ง ประกอบด้วย ขอบเขตการใช้บังคับของกฎหมาย หลักการทั่วไปของความรับผิด การกำหนดค่าปรับ การกระทำความผิดหลายบทหรือหลายกระทง การริบทรัพย์สิน ค่าปรับสำหรับนิติบุคคล อายุความ

ส่วนที่ 2 กระบวนพิจารณา เป็นส่วนที่วางหลักกฎหมายวิธีสบัญญัติ โดยกำหนดให้ส่วนนี้นำบทบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม เว้นแต่กฎหมายนี้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น เพื่อแก้ไขปัญหาที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนว่าเจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติอย่างไร และเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายฉบับนี้ โดยส่วนที่สอง ประกอบด้วย อำนาจในการสอบสวนและการออกคำสั่งปรับ บทบัญญัติทั่วไปของกระบวนพิจารณา การพิจารณาในชั้นหน่วยงานทางปกครองและอัยการ คำสั่งลงโทษปรับทางปกครอง การโต้แย้งคำสั่งปรับและวิธีพิจารณาในชั้นศาล ความสัมพันธ์ระหว่างคดีอาญากับความผิดทางปกครอง ผลของคำสั่งและคำพิพากษาของศาลและการขอให้พิจารณาใหม่ การบังคับตามคำสั่งปรับ ค่าธรรมเนียม

และส่วนที่ 3 ความผิดต่าง ๆ เป็นส่วนที่ได้บทบัญญัติความผิดที่ได้ทำการยกเลิกความผิดลหุโทษหรือความผิดที่มีโทษปรับสถานเดียว หรือความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนตามประมวลกฎหมายอาญา มาปรับเปลี่ยนเป็นความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ เช่น ความผิดเกี่ยวกับการแจ้งข้อมูลอันเป็นเท็จเกี่ยวกับชื่อหรือข้อมูลส่วนบุคคลอื่น ๆ ความผิดเกี่ยวกับการดุษฎีหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปเพื่อจูงใจให้กระทำความผิดต่อกฎระเบียบ ความผิดเกี่ยวกับทำให้เกิดเสียงดังรบกวนสาธารณะ ความผิดเกี่ยวกับพฤติกรรมไม่เหมาะสมอันเป็นการรบกวนหรือเป็นอันตรายต่อสาธารณะหรือความสงบเรียบร้อย ความผิดเกี่ยวกับมีสัตว์อันตรายไว้ในครอบครองโดยไม่มีมาตรการป้องกันอันควร ความผิดเกี่ยวกับการเสพสุราหรือของมีเมาอื่นจนเป็นเหตุให้ตนเมาและกระทำความผิดต่อกฎระเบียบ และความผิดอื่น ๆ เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยซึ่งได้ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 โดยมีแบ่งออกเป็น 3 ส่วน ดังต่อไปนี้

ส่วนที่ 1 เป็นบททั่วไป เป็นส่วนที่วางหลักกฎหมายสารบัญญัติ เพื่อใช้พิจารณาความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ โดยนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม ในส่วนนี้ประกอบด้วย การปรับพินัยตามกฎหมายอื่น การแจ้ง ยื่น หรือส่งหนังสือหรือเอกสาร การชำระค่าปรับเป็นพินัย การนำ

³¹⁰ คณันท์ ชัยชนะ, ‘มาตรการทางกฎหมายสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรงในประเทศเยอรมนี กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ gesetz über ordnungswidrigkeiten’ (เมษายน 2564) วารสารกฎหมาย, 84-85.

ประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม การกำหนดค่าปรับเป็นพินัย การทำงานสาธารณประโยชน์แทนค่าปรับเป็นพินัย อายุความในคดีความผิดทางพินัย

ส่วนที่ 2 เป็นกระบวนการพิจารณาคดีความผิดทางพินัย เป็นส่วนที่วางหลักกฎหมายวิธีสบัญญัติเพื่อเป็นเป็นบรรณกระดำเนนคดีตามพระราชบัญญัตินี้ โดยประกอบด้วย อำนาจปรับเป็นพินัย การกระทำที่เป็นความผิดทางพินัยหลายบท กรณีการกระทำที่เป็นทั้งความผิดทางพินัยและความผิดอาญา กรณีกระทำความผิดทางพินัยหลายกรรมต่างกัน กรณีกระทำความผิดหลายกรรมต่างกันทั้งทางพินัยและอาญา การชี้แจงหรือแก้ข้อกล่าวหา การมีคำสั่งการส่งคำสั่ง การทำคำสั่งปรับเป็นพินัย การปฏิบัติตามกฎหมายเฉพาะ การฟ้องคดีความผิดทางพินัย เจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการปรับเป็นพินัย การดำเนินการในชั้นพนักงานอัยการ การยุติความผิดทางพินัย เขตอำนาจศาล การบังคับคดี การอุทธรณ์คำพิพากษา เป็นต้น

ในส่วนที่ 3 เป็นบทเฉพาะกาล เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับให้นำมาตรการปรับเป็นพินัยใช้บังคับกับความผิดต่างๆ ประกอบด้วย การออกกฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ การตั้งคณะกรรมการ การเปลี่ยนโทษปรับในความผิดอาญาเป็นความผิดทางพินัย การตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อเปลี่ยนเป็นความผิดทางพินัย ช้อยกเว้นความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียว การปรับอัตราค่าปรับเป็นพินัยในข้อบัญญัติท้องถิ่น การเปลี่ยนโทษทางปกครองเป็นความผิดทางพินัย การกำหนดอายุความ การดำเนินการกรณีเปลี่ยนความผิดอาญาเป็นความผิดทางพินัย เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ.2565 ของประเทศไทยนั้นได้จัดทำพระราชบัญญัตินี้ขึ้นโดยได้ใช้แนวทางบางส่วนของกฎหมายประเทศเยอรมนีเป็นต้นแบบ ซึ่งถือว่าเป็นเพียงการเริ่มต้นของการเดินทางเมื่อได้ทำการเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศสโดยเป็นกฎหมายฉบับแรกที่กรุยทางในการให้ความสำคัญกับแนวคิดเกี่ยวกับความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง เมื่อได้ทำการเปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อระเบียบ ค.ศ. 1968 ของประเทศเยอรมนีแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าสำหรับประเทศไทยได้นำมาตรการลงโทษปรับเป็นพินัยมาใช้กับความผิดอาญาและทางปกครองตามพระราชบัญญัติต่างๆที่มีโทษปรับสถานเดียว หรือความผิดที่มีโทษปรับทางปกครองโดยบทบัญญัติต่างๆเหล่านี้กระจัดกระจายอยู่ในพระบัญญัติต่างเป็นจำนวนมาก อีกทั้งมิได้ให้มาตรการลงโทษปรับเป็นพินัยมาใช้บังคับกับความผิดลหุโทษบางฐานที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญาไทยแตกต่างกับประเทศเยอรมนีได้นำความผิดที่มีโทษปรับสถานเดียว หรือโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนและที่สำคัญได้ทำการยกเลิกความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายเยอรมนี โดยนำความผิดเหล่านี้มาจัดเป็นกลุ่มความผิดเป็นหมวดหมู่ซึ่งเป็นการสะดวกในการใช้บังคับตามกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อระเบียบ ค.ศ. 1968 ไว้ในภาค 3 เกี่ยวกับความผิดต่าง ๆ เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายตามประเทศเยอรมนีแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า สมควรยกเลิกบทบัญญัติความผิดลหุโทษบางฐานที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงออกจากประมวลกฎหมายอาญาไทยแล้วนำบทบัญญัติความผิดลหุโทษนั้นมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 โดยผู้เขียนได้ทำการจัดกลุ่มความผิดไว้ 6 กลุ่มความผิดที่จะต้องนำมาบัญญัติไว้ในหมวด 3 ภาคความผิดต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ.2565 กล่าวคือ กลุ่มที่หนึ่ง ความผิดลหุโทษตามประมวล

กฎหมายอาญา มาตรา 367 มาตรา 368 มาตรา 369 มาตรา 383 อยู่ในกลุ่มความผิดเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน กลุ่มที่สอง ความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 370 มาตรา 372 มาตรา 373 มาตรา 375 มาตรา 378 มาตรา 380 มาตรา 385 มาตรา 386 มาตรา 387 มาตรา 389 มาตรา 396 อยู่ในกลุ่มความผิดเกี่ยวกับมีพฤติกรรมไม่เหมาะสมอันเป็นการรบกวนหรืออันตรายต่อสาธารณะหรือความสงบเรียบร้อย กลุ่มที่สาม ความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 377 มาตรา 394 และ มาตรา 395 อยู่ในกลุ่มความผิดเกี่ยวกับไม่ควบคุมสัตว์อันตรายหรือปล่อยปละละเลยหรือไล่ต้อนสัตว์เข้าไปในที่ดินของผู้อื่น

บทที่ 5

บทสรุป และข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติความผิดอาญาเพื่อเป็นมาตรการในการคุ้มครองความสงบสุขและเสรีของชนในสังคม โดยมีได้คำนึงถึงลักษณะความรุนแรงของการกระทำความผิดนั้นว่ามีความร้ายแรงขนาดไหน และผลกระทบที่จะต้องเกิดขึ้นจากการกระทำความผิดนั้น ส่งผลให้ในปัจจุบันมีลักษณะความผิดเพราะเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมายโดยไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญาที่เป็นความชั่วร้ายโดยธรรมชาติเรียกว่าความผิดแบบ Mala Prohibita แสดงให้เห็นว่าเป็นความผิดที่ไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาโดยแท้ อันเป็นความผิดที่เป็นความผิดอยู่ในตัวเองเป็นเพียงแค่กฎหมายอาญาทางเทคนิคซึ่งได้บัญญัติไว้เป็นจำนวนมากไม่ว่าในพระราชบัญญัติต่าง ๆ หรือประมวลกฎหมายอาญา ทำให้พบว่าความผิดลหุโทษบางฐานความผิดอันมีการใช้บังคับโทษทางอาญาที่ไม่เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายอาญาที่ กล่าวคือ การป้องกันคุ้มครองสังคมจากอันตรายเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายต่อสุขภาพ ความปลอดภัย ศีลธรรมและสวัสดิภาพของชนในสังคมเพราะฉะนั้นในบทนี้จะเป็นการสรุปสาระสำคัญจากการศึกษาสภาพปัญหาและแนวคิดทั้งหมดอันนำไปสู่ข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหาดังต่อไปนี้

5.1.1 รูปแบบการกำหนดเกณฑ์ความร้ายแรงในการกระทำความผิดอาญาของต่างประเทศ

5.1.1.1 รูปแบบการกำหนดเกณฑ์ความร้ายแรงในการกระทำความผิดอาญาของประเทศเยอรมนี

รูปแบบการกำหนดความร้ายแรงในการกระทำความผิดในประเทศเยอรมนีนั้นในอดีตได้พิจารณาจากเนื้อหาของสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองและถูกล่วงละเมิดเป็นหลักสำคัญโดยมีแนวคิดว่าการกระทำความผิดอาญาอันมีลักษณะพึงตำหนิในทางศีลธรรมสมควรที่จะใช้มาตรการลงโทษทางอาญา แต่ถ้าการกระทำความผิดไม่มีความน่าตำหนิในทางศีลธรรมก็ไม่ควรใช้มาตรการลงโทษทางอาญาซึ่งมีปัญหาว่าสามารถแยกได้อย่างเด็ดขาดว่าการกระทำแบบใดเป็นความผิดอันเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลซึ่งอาจถือว่าเป็นการแบ่งแยกความผิดตามอำเภอใจโดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอน ภายหลังได้ใช้หลักเกณฑ์ความแตกต่างในระดับร้ายแรงโดยพิจารณาจากการกระทำของบุคคลโดยหากเป็นการล่วงละเมิดหรือก่อกวนอันตรายอย่างร้ายแรงต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญและมีลักษณะพึงตำหนิในทางศีลธรรมก็สมควรที่จะใช้มาตรการในการลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำนั้น แสดงว่าหากเป็นการกระทำที่มีลักษณะร้ายแรงน้อยกว่าที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นก็อาจใช้มาตรการอื่นแทนการใช้มาตรการลงโทษทางอาญา แต่ก็ยังคงมีปัญหาเช่นเดียวกับอดีตในกรณีที่ไม่ได้มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่ากรณีใดมีลักษณะร้ายแรงหรือไม่ร้ายแรงจึงต้องขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายเป็นหลักว่าจะกำหนดให้ความผิดดังกล่าวมีการลงโทษอย่างไรจึงจะเหมาะสมโดยคำนึงถึงประสิทธิภาพในการลงโทษ

ในปัจจุบันประเทศเยอรมนีได้ใช้บังคับกฎหมายอาญาโดยมุ่งเน้นไปที่การลงโทษบุคคลซึ่งได้กระทำความผิดอันเป็นการกระทบต่อสิทธิของปัจเจกชนแต่ละคน กล่าวคือ หากการกระทำความผิดดังกล่าว

ก่อให้เกิดอันตรายหรือความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน สิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น การกระทำนั้นสมควรที่จะกำหนดเป็นความผิดอาญาและสมควรใช้มาตรการในการลงโทษทางอาญา แต่หากว่าการกระทำผิดนั้นไม่ได้กระทำต่อสิทธิของปัจเจกชนแล้ว ก็ควรใช้มาตรการอื่นแทนการลงโทษทางอาญา

ภายหลังจากที่ได้เห็นและศึกษาความคิดในเรื่องหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาแล้วทั้งในระบบกฎหมายต่างประเทศและระบบในกฎหมายไทยแสดงให้เห็นถึงว่ามีหลักเกณฑ์ 2 ประการที่จะต้องพิจารณา กล่าวคือ หลักเกณฑ์แรกว่าด้วยการคุ้มครองนิติสมบัติที่สำคัญ ส่วนหลักเกณฑ์ที่สองว่าด้วยการใช้กฎหมายอาญาในวิถีทางสุดท้ายซึ่งเป็นแนวคิดทำนองเดียวกับ Prof. Claus Roxin ดังต่อไปนี้

(1) กฎหมายอาญาเป็นเรื่องของการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญ

เป็นสิ่งที่รัฐจะมีความชอบธรรมในการกำหนดให้การกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นความผิดอาญาได้นั้น การกระทำดังกล่าวนั้นจะต้องเป็นการกระทบต่อการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขและเสรีของคนในสังคม หรือเป็นการกระทำที่รัฐไม่สามารถดำเนินภารกิจที่สำคัญของตนให้เป็นไปโดยราบรื่นได้โดยการกระทำดังกล่าว อาจเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดในสังคม หรือแม้จะไม่มีบุคคลหนึ่งบุคคลใดในสังคมได้รับความเสียหาย แต่การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทบต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง รัฐก็ย่อมมีความชอบธรรมในการกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาได้เช่นกัน โดยการกระทำที่เป็นการกระทบต่อการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขและเสรีของคนในสังคมนั้นจะต้องพิจารณาเรื่องของการก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นประกอบกับความร้ายแรงของการกระทำดังกล่าวว่ามีความร้ายแรงเพียงพอแก่การกำหนดความผิดหรือไม่ โดยความเสียหายที่เกิดแก่บุคคลอื่นนั้นอันเป็นการกระทบต่อปัจเจกชนแต่ละคนแล้วยังรวมถึงการกระทบต่อสังคมโดยรวมอีกด้วยและต้องพิจารณาหลักความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนควบคู่ไปด้วยเนื่องจากความผิดอาญามีหลักศีลธรรมเป็นรากฐานส่วนใหญ่ดังจะเห็นได้จากความผิดอาญาในตัวเอง (Mala in se) อีกทั้งจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ที่ว่า การกระทำนั้นจะต้องมีความน่าตำหนิในทางศีลธรรมด้วย ผู้เขียนกล่าวโดยสรุปได้ หลักเกณฑ์ในส่วนของการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญนี้ ต้องพิจารณาจากการกระทำว่า การกระทำดังกล่าวกระทบต่อการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขและเสรีของคนในสังคมหรือไม่ กล่าวคือ พิจารณาในเรื่องการก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ความร้ายแรงของการกระทำ และความน่าตำหนิในทางศีลธรรม

(2) กฎหมายอาญาในวิถีทางสุดท้าย

หมายถึง การจะนำกฎหมายอาญามาใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อมาตรการอื่นที่มีอยู่ของรัฐใช้บังคับไม่ได้แล้ว ถ้าหากมาตรการอื่นของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นมาตรการในทางแพ่งหรือทางปกครองหรือปรับเป็นพินัยใช้บังคับได้ผลดีกว่าหรือได้ผลเท่ากับการใช้มาตรการทางอาญาที่สมควรที่จะต้องใช้มาตรการอื่นก่อน โดยมาตรการอื่นที่กล่าวไว้ข้างต้นนั้น หมายถึง มาตรการที่มีอยู่ในปัจจุบัน ไม่ใช่มาตรการที่จะเกิดขึ้นมาในอนาคตอย่างเช่นในกรณีที่ไม่มีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์โดยประมาทเนื่องจากสามารถให้หลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องความรับผิดทางละเมิดมาใช้บังคับกับกรณีดังกล่าวและมาตรการดังกล่าวใช้ได้ผลเช่นเดียวกัน อีกทั้งจะต้องนำเอาแนวคิดของหลักความได้สัดส่วนตามกฎหมายเยอรมันมาปรับใช้ซึ่งถือว่าหลัก

วิถีทางน้อยที่สุดเป็นส่วนหนึ่งของหลักความได้สัดส่วนนั้นตามความเห็นของ Prof. Claus Roxin หมายถึงองค์ประกอบในส่วนของความจำเป็น (eforderloch) โดยรากฐานแนวคิดหลักได้สัดส่วนมาจาก มาตรการของรัฐที่มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน จะมีความชอบธรรมก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่กำหนดไว้โดยที่เจตนารมณ์ดังกล่าวจะต้องถูกนำมาซึ่งน้ำหนักประโยชน์ส่วนได้เสียก่อนว่าได้สัดส่วนกันหรือไม่ด้วยเหตุนี้ หลักความได้สัดส่วนจึงเป็นหลักกฎหมายที่จะคุ้มครองประชาชนไม่ให้ถูกรัฐใช้มาตรการที่มาจำกัดสิทธิเสรีภาพอย่างไม่มีขอบเขตและอย่างอำเอใจ เป็นหลักการที่มากำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารจะรุกร้าเข้ามาในสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากเหตุผลในเรื่องของความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยจะถือว่าการรุกร้าของฝ่ายบริหารดังกล่าวเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อ การรุกร้าดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็นในการที่จะป้องกันอันตรายและมาตรการที่นำมาใช้เพื่อป้องกันอันตรายดังกล่าวจากข้อเท็จจริงแห่งคดีแล้วถือว่าเป็นมาตรการที่เบาที่สุด โดยนำหลักความความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมาใช้เท่านั้นซึ่งเป็นเรื่องการชั่งน้ำหนักประโยชน์ระหว่างประโยชน์ของเอกชนที่ถูกกระทำและประโยชน์ของรัฐถือว่ามาตรการของรัฐมีความสมควรแก่เหตุ หากว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่ถูกกระทำนั้นไม่เกินไปกว่าการบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

5.1.2 หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

สำหรับการกำหนดเกณฑ์ของการกระทำความผิดอันมีลักษณะร้ายแรงในกฎหมายไทย เริ่มมีความชัดเจนแน่นอนขึ้นกว่าเดิมในปี พ.ศ.2560 โดยได้มีการกำหนดเกณฑ์ในการใช้มาตรการในการลงโทษทางอาญาไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 77 วรรคสาม บัญญัติไว้ว่า “ รัฐพึงจะกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง ” แต่ก็ยังเกิดปัญหาว่า “ ความผิดอันมีลักษณะร้ายแรง ” มีหลักเกณฑ์อย่างไรซึ่งมิได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 แต่อย่างไรก็ตามต่อมาคณะกรรมการพัฒนากฎหมายได้ให้คำแนะนำในการกำหนดโทษอาญาของกฎหมายไทยโดยให้คำนิยามของคำว่า “ ความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง ” ไว้โดยมีหลักเกณฑ์ 4 ประการ ดังต่อไปนี้

- (1) กระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ
- (2) การกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน
- (3) การกระทำที่กระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน
- (4) การกระทำที่มีผลกระทบต่อส่วนรวม

จากการวิเคราะห์ความผิดลหุโทษในประมวลกฎหมายอาญาทั้ง 32 มาตรา พบว่าความผิดลหุโทษบางฐานความผิดนั้นมีลักษณะไม่ร้ายแรงอันเป็นการไม่สอดคล้องกับลักษณะขอความผิดอาญา ดังนั้น จึงเห็นสมควรว่าความผิดลหุโทษที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงเป็นการกระทำที่ไม่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขและเสรีของคนในสังคม กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ไม่ร้ายแรง ปราศจากข้อตำหนิในทางศีลธรรม เป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมแต่เพียงเล็กน้อย ไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ผู้กระทำความผิดมิได้มีจิตใจชั่วร้าย เป็นต้น อีกทั้งลักษณะของการกระทำความผิดลหุโทษบางฐานเป็นเพียงความผิดที่ฝ่าฝืนกฎระเบียบของสังคมหรือที่เรียกว่ากฎหมายทางเทคนิคซึ่งเป็นบทบัญญัติความผิดเพราะกฎหมายห้าม

โดยไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญาที่เป็นความชั่วร้ายอยู่ในตัว การใช้มาตรการลงโทษทางอาญาจึงไม่สอดคล้องกับลักษณะการกระทำความผิดและมีมาตรการอื่น ๆ ที่สามารถใช้ได้ผลในการทำงานเดียวกันหรือดีกว่าการใช้มาตรการทางอาญา รัฐจึงสมควรใช้มาตรการอื่นก่อน นั่นก็คือการนำมาตรการปรับเป็นพินัยมาปรับใช้กับความผิดลหุโทษบางฐานความผิดอันมีลักษณะไม่ร้ายแรงดังกล่าว รวมทั้งเมื่อพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบแล้วเห็นได้ว่าหากใช้มาตรการปรับเป็นพินัยประโยชน์ที่ปัจเจกชนแต่ละคนจะต้องสูญเสียไปมีมากกว่าหรือเท่ากับประโยชน์ที่สังคมได้รับจึงไม่มีความจำเป็นในการใช้มาตรการทางอาญาสมควรที่จะใช้มาตรการปรับเป็นพินัยซึ่งจะได้ผลและมีประสิทธิภาพดีกว่า และในทางกลับกันความผิดลหุโทษบางฐานมีลักษณะความผิดร้ายแรงมีลักษณะการกระทำความผิดคล้ายกับความผิดทั่วไป กล่าวคือ เป็นการกระทำที่มีข้อหาดำเนินในทางศีลธรรมอย่างรุนแรง เป็นอันตรายต่อบุคคลอื่นหรือสังคม การกระทำมีลักษณะร้ายแรงส่งผลกระทบต่อสังคมส่วนรวมถือเป็นการกระทบต่อการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขและเสรีของคนในสังคมและคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดบางฐานนี้มุ่งคุ้มครองส่วนตัวบุคคลปัจเจกชนแต่ละคนมิใช่คุ้มครองรัฐ อัตราการใช้มาตรการลงโทษทางอาญาจึงยังไม่เหมาะสมกับลักษณะของการกระทำความผิดที่กล่าวมาข้างต้นจะทำให้แก้ไขปัญหาในระบบกฎหมายที่ใช้มาตรการลงโทษทางอาญาให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาและวิเคราะห์ความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว พบว่าความผิดลหุโทษบางฐานความผิดมีการใช้มาตรการลงโทษไม่เหมาะสมกับลักษณะการกระทำความผิด เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นและเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพให้เป็นไปตามระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันตลอดจนการเปลี่ยนแปลงกฎหมายไทยในอนาคต หลังจากที่ได้ศึกษาแล้วผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังต่อไปนี้

1. ยกเลิกความผิดลหุโทษทั้งหมดตามประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ออกจากประมวลกฎหมายอาญาของไทยเนื่องจากในการกำหนดมาตรการลงโทษทางอาญาเฉพาะแต่ความผิดร้ายแรงแต่มาตรการในการลงโทษสำหรับความผิดลหุโทษไม่เหมาะสมกับลักษณะความผิดและไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษได้ โดยสามารถแบ่งแยกประเด็นปัญหาได้ดังต่อไปนี้

- 1.1 ยกเลิกความผิดฐานทารุณกรรมสัตว์และใช้งานสัตว์เกินสมควรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 381 และมาตรา 382

เนื่องจากว่าความผิดที่ไม่มีความชัดเจนแน่นอนอันเป็นหลักประกันของกฎหมายอาญาและล้ำสมัย อีกทั้งมีการบัญญัติลักษณะการกระทำความผิดซ้ำซ้อนกับพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พุทธศักราช 2557 มาตรา 20 ประกอบมาตรา 31 จึงบทบัญญัติที่หมดความจำเป็นอันจะกำหนดไว้เป็นความผิดลหุโทษในประมวลกฎหมายอาญา

- 1.2 นำเอาความผิดลหุโทษบางฐานความผิดอันมีลักษณะร้ายแรงสมควรต้องกำหนดให้ใช้มาตรการลงโทษทางอาญาโดยบัญญัติเพิ่มเติมเข้ามาในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ภาคความผิด

เนื่องจากการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง ผู้กระทำความผิดที่ไม่มีมาตรการอื่นใดที่เหมาะสมมาบริหารจัดการแทนได้อย่างมีประสิทธิภาพนอกจากมาตรการลงโทษทางอาญา ตามบทบัญญัติความผิดทั้งหมด 12 มาตราโดยจำแนกตามหมวดความผิด ดังต่อไปนี้

(1) นำเอาบทบัญญัติความผิดมาตรา 397 มีคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญมุ่งคุ้มครองความไม่สะดวกใจของบุคคลและมาตรา 392 มีคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญมุ่งคุ้มครองความเมตตาของเพื่อนมนุษย์ โดยบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง ว่าด้วยความผิดต่อเสรีภาพ มาตรา 309/1 และมาตรา 309/2 ตามลำดับ และควรกำหนดอัตราโทษให้เหมาะสมโดยต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2) นำเอาบทบัญญัติความผิดมาตรา 390, มาตรา 391 และมาตรา 398 มีคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญมุ่งคุ้มครองความปลอดภัยของร่างกาย โดยความผิดตามมาตรา 390 และมาตรา 391 ให้บัญญัติเพิ่มเติมไว้ในลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ว่าด้วยความผิดต่อร่างกายมาตรา 300/1 และมาตรา 295/1 และควรกำหนดอัตราโทษให้เหมาะสม ส่วนความผิดตามมาตรา 398 บัญญัติเพิ่มเติมไว้ในลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หมวด 4 ว่าด้วยความผิดต่อเด็ก คนป่วยเจ็บหรือคนชรา มาตรา 306/1 และควรกำหนดอัตราโทษให้เหมาะสมโดยต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 40,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(3) นำเอาบทบัญญัติความผิดมาตรา 393 มีคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญมุ่งคุ้มครองเกียรติ มาบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในหมวดความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง หมวด 3 ว่าด้วยความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้า มาตรา 362/1 และควรกำหนดอัตราโทษให้เหมาะสมโดยต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(4) นำเอาบทบัญญัติความผิดมาตรา 371, มาตรา 374, มาตรา 376 และมาตรา 379 มีคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญมุ่งคุ้มครองภัยอันตรายต่อชีวิตและร่างกาย มาบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในลักษณะ 6 ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน มาตรา 239/2, มาตรา 239/1, มาตรา 239/3 และมาตรา 239/4 ตามลำดับ และควรกำหนดอัตราโทษให้เหมาะสมโดยต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(5) นำเอาบทบัญญัติความผิดมาตรา 388 มีคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญมุ่งคุ้มครองความรู้สึกอันอาบในทางศีลธรรมของสังคมและความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน มาบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 279/1 และควรกำหนดอัตราโทษให้เหมาะสมโดยต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(6) นำเอาบทบัญญัติความผิดมาตรา 384 มีคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญมุ่งคุ้มครองความตื่นตกใจและความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน มาบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในลักษณะ 5 ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุข

ของประชาชน มาตรา 216/1 และควรกำหนดอัตราโทษให้เหมาะสมโดยต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 ปี หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

1.3 ยกเลิกความผิดลหุโทษบางฐานที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงออกจากประมวลกฎหมายอาญาและนำเอาบทบัญญัติความผิดลหุโทษบางฐานความผิดมีลักษณะไม่ร้ายแรง สมควรนำความผิดลหุโทษบางฐานประมวลกฎหมายอาญามาใช้มาตรการในการลงโทษอย่างอื่นที่มีใช้มาตรการลงโทษทางอาญา คือ โทษปรับเป็นพินัย โดยบัญญัติเพิ่มเติมให้เป็นความผิดทางพินัยและเพิ่มเติมให้มีหมวด ความผิดต่าง ๆ ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ.2565

เนื่องจาก เป็นความผิดที่มีความรุนแรงน้อย ผลของการกระทำความผิดไม่ส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชนอย่างร้ายแรงสภาวะจิตของผู้กระทำความผิดไม่มีความชั่วร้าย โดยมีลักษณะเป็นเพียงการฝ่าฝืนระเบียบของสังคมเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเพื่อยับยั้งข่มขู่มิให้ประชาชนกระทำความผิดทางระเบียบเท่านั้น ตามบทบัญญัติความผิดทั้งหมด 18 มาตราโดยจำแนกตามหมวดความผิดดังต่อไปนี้

(1) มาตรา 367, มาตรา 368, มาตรา 369 และมาตรา 383 ควรใช้มาตรการในการลงโทษปรับเป็นพินัย เกี่ยวกับการฝ่าฝืนคำสั่งของรัฐว่าด้วยการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเจ้าพนักงาน

(2) มาตรา 370 และมาตรา 372 ควรใช้มาตรการในการลงโทษปรับเป็นพินัย เกี่ยวกับการฝ่าฝืนระเบียบสังคม ว่าด้วยการก่อให้เกิดเสียงรบกวนโดยไม่ได้รับอนุญาต

(3) มาตรา 375, มาตรา 378, มาตรา 380, มาตรา 385, มาตรา 386, มาตรา 387 และมาตรา 389 ควรใช้มาตรการในการลงโทษปรับเป็นพินัย เกี่ยวกับการฝ่าฝืนระเบียบสังคม ว่าด้วยการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญต่อประชาชน

(4) มาตรา 373 และมาตรา 377 ควรใช้มาตรการในการลงโทษปรับเป็นพินัย เกี่ยวกับการฝ่าฝืนระเบียบสังคม ว่าด้วยภัยอันตรายต่อประชาชน

(5) มาตรา 396 ควรใช้มาตรการในการลงโทษปรับเป็นพินัย เกี่ยวกับการฝ่าฝืนระเบียบสังคม ว่าด้วยระเบียบสาธารณะเสียหาย

(6) มาตรา 394 และ 395 ควรใช้มาตรการในการลงโทษปรับเป็นพินัยเกี่ยวกับการฝ่าฝืนระเบียบสังคม ว่าด้วยก่อให้เกิดความเดือดร้อนและความเสียหายต่อทรัพย์สิน

เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พุทธศักราช 2565 มิได้บัญญัติความผิดลหุโทษบางฐานความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญาภาค 3 ไว้ท้ายบัญชีพระราชบัญญัติแต่อย่างใด โดยใช้มาตรการในการลงโทษไม่เหมาะสมกับลักษณะการกระทำความผิดและความเสียหายที่เกิดขึ้น อีกทั้งไม่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ผู้เขียนจึงเสนอแนะให้เพิ่มเติมบทบัญญัติหมวด 3 ความผิดต่าง ๆ ขึ้นใหม่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 โดยบัญญัติให้มีความผิดต่าง ๆ 3 กลุ่มความผิด ดังต่อไปนี้

กลุ่มที่หนึ่ง ความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 367 มาตรา 368 มาตรา 369 มาตรา 383 โดยบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในหมวด 3 มาตรา 36/1 อยู่ในกลุ่มความผิดเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน

กลุ่มที่สอง ความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 370 มาตรา 372 มาตรา 373 มาตรา 375 มาตรา 378 มาตรา 380 มาตรา 385 มาตรา 386 มาตรา 387 มาตรา 389 มาตรา 396 โดยบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในหมวด 3 มาตรา 36/2 อยู่ในกลุ่มความผิดเกี่ยวกับมีพฤติกรรมไม่เหมาะสมอันเป็นการรบกวนหรืออันตรายต่อสาธารณะหรือความสงบเรียบร้อย

กลุ่มที่สาม ความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 377 มาตรา 394 และมาตรา 395 โดยบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในหมวด 3 มาตรา 36/3 อยู่ในกลุ่มความผิดเกี่ยวกับไม่ควบคุมสัตว์อันตรายหรือปล่อยปละละเลยหรือไล่ต้อนสัตว์เข้าไปในที่ดินของผู้อื่น

2. สมควรยกเลิกบทบัญญัติในภาค 1 ลักษณะ 2 เกี่ยวกับบทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดลหุโทษซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไป กล่าวคือ มาตรา 102, มาตรา 103, มาตรา 104 และมาตรา 105 เนื่องจากเมื่อได้มีการยกเลิกบทบัญญัติความผิดลหุโทษตั้งแต่มาตรา 367 ถึงมาตรา 398 ออกจากประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 แล้วบทบัญญัติทั่วไปดังกล่าวจึงหมดความจำเป็นที่จะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาอีกต่อไปเช่นกัน

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

- กมลชัย รัตนสภาวะศ์, ‘ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย
โครงการสัมมนา เรื่อง หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย’
(การสัมมนา เรื่อง หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย สำนักงาน
คณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 29 กันยายน 2560).
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10 สำนักพิมพ์ผลสยาม-พริ้นติ้ง 2551).
- คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563).
- คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 11 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2559).
- คณันท์ ชัยชนะ, ‘มาตรการทางกฎหมายสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรงในประเทศเยอรมนี กฎหมายว่าด้วย
ความผิดต่อกฎระเบียบ gesetz über ordnungswidrigkeiten’ (เมษายน 2564) วารสารกฤษฎีกา.
จิตติ ดิงศรัทีย, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติ
บัณฑิตยสภา 2546).
- จิตติ ดิงศรัทีย, *กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3* (พิมพ์ครั้งที่ 7 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติ
บัณฑิตยสภา 2553).
- ชาญชัย แสวงศักดิ์, *โทษทางปกครอง : กฎหมายเปรียบเทียบ* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2564).
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 16 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2558).
- ‘ที่มาของร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา’
<<https://www.krisdika.go.th/detail-law-draft-under-consideration-by-the-office-of-the-council-of-state?billCode=241>> สืบค้นเมื่อ 24 ธันวาคม 2566.
- ปกป้อง ศรีสนิท, *การแปรรูปความผิดอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2566).
- ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2566).
- พศิน วรเนติโพธิ, ‘ปัญหาการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง: ศึกษาเฉพาะ
พระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาตามกฎหมายไทย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2563).
- มานิตย์ วงศ์เสรี, ‘เกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครอง’ การประชุมสัมมนาเรื่องหลักเกณฑ์ในการ
กำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา,
(29 กันยายน2560) <<https://lawreform.go.th/uploads/files/1570531312-obcrk-7npih.pdf>>
สืบค้นเมื่อ 24 ธันวาคม 2566.
- วิภาพร เนติจิรโชติ, ‘การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป: ศึกษาเฉพาะความผิด
ลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2548).

บรรณานุกรม (ต่อ)

- ศุภวัฒน์ สิงห์สว่างษ์, *บันทึกเรื่อง เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา* (การประชุมสัมมนา เรื่อง หลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย ส่วนที่ 3 : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กรุงเทพมหานคร 2560).
- สมคิด เลิศไพฑูรย์, *เส้นบาง ๆ ระหว่างความรับผิดชอบอาญาและความรับผิดชอบทางปกครอง* ใน *อานนท์ มาแก้ว (บ.ก.), นิติธรรมประจักษ์ สุรศักดิ์* ปี (โรงพิมพ์เดือนตุลา 2561).
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย, *‘ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. (รับฟังความคิดเห็นตั้งแต่วันที่ 21 กรกฎาคม 2563 ถึงวันที่ 7 สิงหาคม 2563)’* <<https://www.krisdika.go.th/detaillaw-draft-under-consideration-by-the-office-of-the-council-of-state?billCode=241>> สืบค้นเมื่อ 25 เมษายน 2566.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *‘การแบ่งประเภทของความผิดอาญา’* <<http://web.krisdika.go.th/data/outsidedata/article77/filenew/03-1-4.pdf>> สืบค้นเมื่อ 30 ธันวาคม 2562.
- สุนทร มณีสวัสดิ์, *‘การทารุณสัตว์’* <<http://law.nida.ac.th/main/images/Film-Kittinun/Tarunsat.pdf>> สืบค้นเมื่อ 24 ธันวาคม 2566.
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, *‘การกำหนดความผิดอาญาตามกฎหมายเยอรมัน’* (กรกฎาคม 2548) 18 *ข่าวเนติบัณฑิต* 192.
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, *พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562: ศักยภาพฉบับบัญญัติของกฎหมายหมดความจำเป็นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม* (สำนักงานศาลยุติธรรม).
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, *‘หลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษกรณีกฎหมายหมดความจำเป็น’* 78 *บทบัณฑิตย* 4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2565).
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, *‘ความผิดอาญาเล็กน้อย’* ใน *สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์และคณะ (บรรณาธิการ)* (2565) 78 *บทบัณฑิตย* 2.
- หยุด แสงอุทัย, *‘การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา’* (2483) 11 *บทบัณฑิตย*.
- หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 21 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556).
- อัจฉริยา ชูตินันท์, *‘หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย’* (2565) 3 *วารสารสุทธิปริทัศน์*.
- อัจฉริยา ชูตินันท์, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 5 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2566).
- อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, *ทฤษฎีอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562).

บรรณานุกรม (ต่อ)

ภาษาต่างประเทศ

Austin M. Chinhengo, *Essential Jurisprudence* (London: Cavendish Publishing Limited 1995).

Andrew Ashworth and Jeremy Horder, *Principles of criminal law, seventh edition*

(Great Britain : Oxford University Press 2013).

Badura, Staatsrecht, 2. neubearbeitete Auflage, 1996.

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

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

Douglas Husak, *Overcriminalization: the limits of the criminal Law* (New York: Oxford University Press 2008).

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

Justin Miller, *Handbook of Criminal Law* (35th MN: Publishing 1975).

LaFave, W. R., & Scott Jr, A. W., St. Paul, *Criminal Law* (Mnn: West Publishing 1992).

Lauterwein and Carl Constantin, *The Limits of Criminal law: a comparative analysis of approaches to legal theorizing* (Surrey: Ashgate Publishing Limited 2010).

Robert W. Ferguson, *Classification and Application of Crimes in Concepts of Criminal Law : Selected reading* (MN: West Publishing 1975).

Reuter, Die Verhaeltnismaessigkeit im engeren Sinne – das unbekante Wesen, Jura Heft 7/2009.

TIEDEMANN (K.), *Kartellrechtsvertöße und Strafrecht* (Köln 1976).

WEIGEND (T.), *The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law* (R.I.D.P. 1984).

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

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - นามสกุล นุติ ยี่แพร

ประวัติการศึกษา (เรียงจากใหม่ไปหาเก่า)

- พ.ศ. 2565 - ทุนความรู้ 54 สภานายความในพระบรมราชูปถัมภ์
- พ.ศ. 2565 - เนติบัณฑิตไทย สมัย 74 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- พ.ศ. 2562 - นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ประสบการณ์ทำงาน ทุนความรู้