

ปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่
ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ



นายเมธานีย์ ผิวหลง

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

พ.ศ. 2564

**Legal Problems of Punishment of Officers under the Public Procurement
and Supplies Administration Act**

Mr.Methanee Phewlong



An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Master of Laws in Criminal law and Criminal Justice

School of Law

Sukhothai Thammathirat Open University

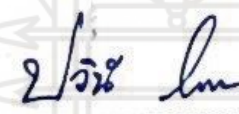
2021

หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ	ปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ
ชื่อและนามสกุล	นายเมฆานีย์ ศิวหลง
วิชาเอก	กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม
สาขาวิชา	นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์อาจารย์ มีอินทร์เกิด มีสิทธิ์

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 5 สิงหาคม 2565

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ


..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์อาจารย์ มีอินทร์เกิด มีสิทธิ์)


..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปวีณี ไพรทอง)


.....
(รองศาสตราจารย์วรุฒิ เทพทอง)
ประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

ชื่อการศึกษาค้นคว้าอิสระ ปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่
ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ
ผู้ศึกษา นายเมธานีย์ ผิวหลง **รหัสนักศึกษ** 2624001612 **ปริญญา** นิติศาสตรมหาบัณฑิต
อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์อาจารย์ มีอินทร์เกิด มีสิทธิ์ **ปีการศึกษา** 2564

บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ (2) ศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญาตามมาตรฐานสากล กฎหมายต่างประเทศ และประเทศไทย (3) ศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ (4) เสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ เป็นการวิจัยเชิงเอกสาร เป็นสำคัญ ซึ่งเป็นการศึกษาข้อมูลจากบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้อง รายงานการวิจัย หนังสือวิชาการ วิทยานิพนธ์ บทความ วารสาร เอกสารต่าง ๆ รวมถึงข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ

ผลการศึกษา พบว่า (1) ตามแนวคิดทฤษฎีการกำหนดโทษทางอาญา มีหลักการพื้นฐานว่าการลงโทษทางอาญาต้องไม่ก่อให้เกิดภาระแก่การดำเนินกระบวนการยุติธรรมจนเกินขอบเขต และมาตรการลงโทษทางอาญาต้องใช้กับกรณีที่ไม่มีทางเลือกอื่นที่เหมาะสมกว่าการลงโทษทางอาญานั้น (2) ตามกฎหมายไทยมีการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ในการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุ ที่ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหาย หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตไว้ในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นบททั่วไป และยังกำหนดบทลงโทษไว้ในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 อันเป็นบทเฉพาะอีกด้วย ต่างกับกฎหมายต่างประเทศที่กำหนดบทลงโทษกรณีเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริตไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแต่เพียงอย่างเดียว มิได้นำความผิดดังกล่าวมาบัญญัติซ้ำในบทกฎหมายเฉพาะฉบับอื่น ๆ (3) การกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีลักษณะเป็นการกำหนดความผิดทางอาญามากเกินความจำเป็น ก่อให้เกิดสภาพการณ์กฎหมายอาญาเพื่อ (4) เห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ในมาตรา 120 โดยยกเลิกโทษอาญา และเห็นสมควรให้ใช้โทษปรับทางปกครอง และแนวคิดค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้แทน เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ โทษ เจ้าหน้าที่ การจัดซื้อจัดจ้าง การบริหารพัสดุภาครัฐ

Independent Study title: Legal Problems of Punishment of Officers under the Public Procurement and Supplies Administration Act

Author: Mr.Methanee Phewlong; **ID:** 2624001612; **Degree:** Master of Laws;

Independent Study Advisor: Arjaree Me-intarakerd Meesidth, Assistant Professor;

Academic year: 2021

Abstract

This independent study to study the concepts, (1) theories and basic principles concerning the determination of penalties for officials under the Government Procurement and Supplies Administration Act. (2) Study the legal measures related to the imposition of criminal penalties according to international standards under foreign law and Thai Law (3) Study and analyze Legal problems of Punishment of Officers under the Public Procurement and Supplies Administration Act (4) Suggesting guidelines for solving Legal Problems of Punishment of Officers under the Public Procurement and Supplies Administration Act.

This independent study is a documentary research. which is a study of information from the relevant legal provisions research report Academic books, thesis, articles, journals, documents, including information from various electronic media.

The findings revealed that (1) The concept of criminal punishment theory is a basic principle that, criminal penalties must not impose an excessive burden on the judicial process and criminal sanctions only apply to cases where there is no more suitable alternative than criminal punishment. (2) Under Thai law penalties are imposed on officials in procurement-related proceedings or parcel management who performs or neglects to perform duties wrongfully to cause damage or perform or refrain from performing duties dishonestly in the Criminal Code, which is a general chapter and also stipulates penalties in the Public Procurement and Supplies Administration Act B.E. 2017 which is a specific law. It is different from foreign laws that stipulate penalties for officials acting or refraining from performing duties illegally or dishonestly in the Criminal Code alone. which did not bring such an offense to be re-enacted in other specific laws. (3) The Punishment of Officers under the Public Procurement and Supplies Administration Act B.E. 2017 is characterized as requiring the actions of the officials involved with procurement and supplies management is a crime more than necessary, bring about to Over – criminalization. (4) The study authors agreed that there should be amended article 120 of the Punishment of Officers under the Public Procurement and Supplies Administration Act B.E. 2017 by abolishing criminal penalties and deemed appropriate to impose administrative fines other compulsory measures and the concept of punitive damages to use instead to make law enforcement more effective.

Keywords Punishment, Officer Public Procurement, Supplies Administration

กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความกรุณาเป็นอย่างสูงของรองศาสตราจารย์อาจารย์ มีอินทร์เกิด มีสิทธิ์ อาจารย์ที่ปรึกษา ซึ่งท่านได้ให้คำแนะนำทางวิชาการและแนวทางในการเขียน ตลอดจนตรวจแก้ไขข้อบกพร่องในการทำเล่มการศึกษา ค้นคว้าอิสระอย่างละเอียด ผู้ศึกษาขอน้อมรำลึกไว้ด้วยความเคารพ และขอขอบพระคุณไว้เป็นอย่างสูง ณ ที่นี้

ผู้ศึกษาขอขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปวีณี ไพรทอง ซึ่งท่านได้กรุณาให้เกียรติรับเป็นประธานกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ และได้ให้ข้อคิดเห็นอันเป็นประโยชน์ต่อการแก้ไขและปรับปรุงการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้ศึกษาใคร่ขอกราบขอบพระคุณบิดามารดา และทุกคนในครอบครัวของผู้ศึกษา ซึ่งได้สนับสนุนและเป็นกำลังใจที่สำคัญยิ่งในการเล่มการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้

สุดท้ายนี้ หากการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้ มีข้อผิดพลาดหรือบกพร่องประการใด ผู้ศึกษาขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

นายเมธานันท์ ผิวหลง

5 สิงหาคม 2565



สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา	11
3. สมมติฐานของการศึกษา	12
4. ขอบเขตของการศึกษา.....	12
5. วิธีดำเนินการศึกษา.....	13
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา.....	13
บทที่ 2 แนวคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ.....	14
1. แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์	14
2. ทฤษฎีการลงโทษและการกำหนดโทษทางอาญา	24
2.1 ความหมายของการลงโทษ	24
2.2 โทษทางอาญาและวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญา.....	26
2.3 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา.....	34
3. สภาพบังคับอย่างอื่นแทนการลงโทษทางอาญา.....	46
3.1 มาตรการบังคับทางแพ่ง	46
3.2 โทษทางปกครอง.....	50
3.3 ค่าเสียหายเชิงลงโทษ	55

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 3 กฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญาตามมาตรฐานสากล	
กฎหมายของต่างประเทศ และประเทศไทย.....	57
1. กฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญาตามมาตรฐานสากล.....	57
1.1 คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (Declaration of the Rights of the Man and of the Citizen of 1789).....	57
1.2 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948)	58
1.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR).....	60
2. กฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญาในต่างประเทศ.....	64
2.1 สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี.....	64
2.2 สาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	76
3. กฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญาในประเทศไทย.....	89
3.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	89
3.2 ประมวลกฎหมายอาญา.....	92
3.3 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม	93
3.4 พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560.....	94
3.5 คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญา ในกฎหมาย.....	95
4. ตารางเปรียบเทียบกฎหมายไทย กับกฎหมายต่างประเทศ	99

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 4 ปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่	
ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ.....	102
1. ปัญหาการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติ	
การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ	
ที่ขัดต่อหลักการลงโทษทางอาญา.....	103
2. ปัญหาการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อ	
จัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ กับสภาพการณ์กฎหมายอาญาเพื่อ.....	116
3. ปัญหาการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติ	
การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ	
ต่อแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์	121
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	128
1. บทสรุป.....	128
2. ข้อเสนอแนะ.....	132
บรรณานุกรม.....	137
ภาคผนวก	142
คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย	
เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย	142
ประวัติผู้ศึกษา.....	146

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

บทกำหนดโทษเป็นกลไกสำคัญที่ทำให้กฎหมายซึ่งถูกตราขึ้นเพื่อใช้บังคับ โดยมีวัตถุประสงค์ต่าง ๆ มีสภาพบังคับตามวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายนั้น ๆ ทั้งนี้ เมื่อก้าวถึงโทษตามกฎหมาย โดยทั่วไปแล้ว มักจะนึกถึงโทษทางอาญา ซึ่งหมายความรวมทั้งโทษดังที่กำหนดไว้ตามประมวลกฎหมายอาญา และโทษที่กำหนดไว้ตามกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ อันมีบทกำหนดโทษทางอาญา เนื่องจากมีแนวคิดว่าการกฎหมายอาญา เป็นกฎหมายว่าด้วยการลงโทษ การกำหนดบทลงโทษที่มีสภาพบังคับทางอาญา เป็นความจำเป็นของรัฐที่ประสงค์จะใช้กฎหมายเพื่อควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมเพื่อให้สามารถอยู่ร่วมกันได้โดยสงบสุข หากมีการกระทำใดอันต้องด้วยบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดเป็นความผิด ก็ต้องมีการลงโทษตามที่กฎหมายกำหนด การลงโทษจึงเป็นเครื่องมือส่งเสริมประสิทธิภาพของกฎหมายอย่างหนึ่ง และเป็นการใช้อำนาจบังคับโดยรัฐอันเป็นมาตรการบังคับทางอาญา ที่จะมุ่งลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำผิด ทั้งยังเป็นการป้องปรามหรือข่มขู่มิให้มีการกระทำความผิดอีกด้วย

โทษทางอาญา จึงหมายถึงผลที่ผู้กระทำความผิดต้องได้รับอันเนื่องมาจากการกระทำผิดกฎหมายหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายอาญา โดยการลงโทษทางอาญาเป็นการลงโทษที่รุนแรง และกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตร่างกาย และทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด จึงเป็นที่ยอมรับกัน โดยทั่วไปว่าโทษทางอาญาควรใช้กับการกระทำที่เป็นผลร้ายแรง เป็นการกระทำที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง หรือเป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผลและมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้ ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา ได้กำหนดโทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ ดังนี้¹

¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18.

- (1) ประหารชีวิต
- (2) จำคุก
- (3) กักขัง
- (4) ปรับ
- (5) ริบทรัพย์สิน

ทั้งนี้ ในการกำหนดโทษทางอาญาในกฎหมายฉบับต่าง ๆ นั้น มีคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายว่า การกำหนดให้การกระทำความผิดเป็นความผิดและมีโทษอาญา เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอย่างยิ่ง จึงต้องใช้ในกรณีที่ไม่ใช่มาตรการอื่นเพื่อให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้ หรือการลงโทษอย่างอื่นที่ไม่ใช่โทษอาญาไม่ทำให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัวเพราะได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจคุ้มค่ากว่าโทษที่ได้รับ หากมีมาตรการอื่นที่ทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้ ก็ควรใช้มาตรการดังกล่าว แต่ถ้ามาตรการดังกล่าวไม่อาจทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายอย่างได้ผลหรือมีประสิทธิภาพเพียงพอ กรณีจึงกำหนดให้การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวเป็นความผิด และมีโทษทางอาญา²

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารัฐจะตระหนักและทราบดีว่า โทษทางอาญา เป็นมาตรการทางกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างยิ่ง ทั้งยังมีบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 วรรคท้าย ได้วางหลักในการกำหนดโทษทางอาญาไว้อย่างชัดเจนว่า ให้พึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรงเท่านั้น แต่ในสภาพความเป็นจริงของระบบกฎหมายของไทยนั้น หากพิจารณาบทบัญญัติต่าง ๆ ในกฎหมายหลากหลายฉบับ จะพบว่า มีการกำหนดให้การกระทำความผิดต่าง ๆ เป็นความผิด และมีบทกำหนดโทษทางอาญา ก่อให้เกิดสภาวะการณ์การกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญามากมายจนเกินความจำเป็น วิธีใช้มาตรการทางอาญาเป็นหลักในการดำเนินการรองรับพฤติกรรมกระทำต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมจนเกินไป เกิดสภาวะการกระทำความผิดทางอาญาที่เพ้อ หรือกฎหมายอาญาเพ้อ ซึ่งการกระทำความผิดในบางลักษณะก็ไม่ควรกำหนดถึงขั้นเป็นความผิดทางอาญา เพราะเมื่อเป็นความผิดทางอาญาแล้วก็ต้องมีการดำเนินการหรือมีมติต่าง ๆ ทางอาญาเข้ามาเกี่ยวข้อง อาจเกิดผลกระทบติดตามมาในแง่ต่าง ๆ เช่น กฎหมายอาญามีความสำคัญน้อยลง มีการกล้าที่จะทำทนาย ฝ่าฝืน การบังคับใช้กฎหมายอาจไม่จริงจัง ไม่ทันการกับความผิด

² คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 132 ก วันที่ 27 พฤศจิกายน 2562 หน้า 18.

เกิดข้อจำกัดขัดข้องในการดำเนินธุรกิจหรือกิจกรรมต่าง ๆ เป็นต้น³ สภาวะการณ์กฎหมายอาญาเพื่อเป็นสภาพปัญหาอันเกิดจากการกำหนดให้การกระทำต่าง ๆ เป็นความผิดอาญามากเกินความจำเป็นด้วยความเชื่อว่าโทษทางอาญาจักสามารถทำให้ผู้คนเกรงกลัวที่จะกระทำความผิดได้ ทำให้ในการบัญญัติกฎหมายทั้งหลายนั้นนิยมกำหนดให้มีโทษทางอาญาจนนำมาซึ่งสภาวะการณ์กฎหมายอาญาเพื่อ การใช้กฎหมายอาญาที่ไม่เหมาะสม ทำให้เกิดปัญหาในการบริหารงานยุติธรรมทางอาญาก่อนการแก้ศาลยุติธรรมที่ต้องพิจารณาอรรถคดีจำนวนมาก อันเป็นเหตุให้การพิจารณาพิพากษาคดีมีความล่าช้า และทำให้การลงโทษผู้กระทำความผิดไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

กล่าวโดยเฉพาะตามประเด็นการศึกษาในสารนิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษากรณีปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐเป็นสำคัญ โดยในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุ หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจให้ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐนั้น เพื่อให้การปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุโดยใช้เงินงบประมาณเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพเกิดความคุ้มค่าต่อการกิจของรัฐ และป้องกันปัญหาการทุจริต ในปัจจุบัน ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้ตราพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 รวมถึงกฎกระทรวงฉบับต่าง ๆ ขึ้นมาใช้บังคับเพื่อให้หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติ รวมถึงการกำหนดบทลงโทษในกรณีที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ผู้ใดกระทำการใดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อไม่ปฏิบัติตามระเบียบนี้ หรือกระทำการ โดยมีเจตนาทุจริต หรือกระทำการ โดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ รวมถึงการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบในการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ โดยมีเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ หรือมีเจตนาเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น

จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ผู้ศึกษาพบว่า ในอดีต ก่อนการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ประเทศไทยมีการใช้บังคับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นกฎหมายหลักในการกำหนดหลักเกณฑ์ รูปแบบและวิธีการเกี่ยวกับการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งระเบียบดังกล่าวมีระยะเวลาการใช้บังคับ

³ สุพิศ ประณีตพลกรัง. *หลักและทฤษฎีกฎหมายอาญา*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม. 2562.

อย่างยาวนานเกือบ 30 ปี โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมจำนวน 6 ครั้ง การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดเป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2552 ซึ่งเมื่อศึกษาบทกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ดังกล่าว พบว่า ระเบียบนี้ มีการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ไว้ในหมวดที่ 1 ส่วนที่ 3 บทกำหนดโทษ อันมีสาระสำคัญ ดังนี้

“ผู้มีอำนาจหรือหน้าที่ดำเนินการตามระเบียบนี้ หรือผู้หนึ่งผู้ใดกระทำการใดโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อไม่ปฏิบัติตามระเบียบนี้ หรือกระทำการโดยมีเจตนาทุจริต หรือกระทำการโดยปราศจากอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ รวมทั้งมีพฤติกรรมที่เอื้ออำนวยแก่ผู้เข้าเสนอราคาหรือเสนองาน ให้มีการขัดขวางการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดวินัย ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการหรือตามกฎหมายเฉพาะของส่วนราชการนั้น ภายใต้อحكامโทษ ดังนี้

(1) ถ้าการกระทำมีเจตนาทุจริต หรือเป็นเหตุให้ทางราชการเสียหายอย่างร้ายแรง ให้ดำเนินการลงโทษอย่างต่ำปลดออกจากราชการ

(2) ถ้าการกระทำเป็นเหตุให้ทางราชการเสียหายแต่ไม่ร้ายแรง ให้ลงโทษอย่างต่ำตัดเงินเดือน

(3) ถ้าการกระทำไม่เป็นเหตุให้ทางราชการเสียหาย ให้ลงโทษภาคทัณฑ์หรือว่ากล่าวตักเตือน โดยทำคำสั่งเป็นลายลักษณ์อักษร

การลงโทษทางวินัยตาม (1) หรือ (2) ไม่เป็นเหตุให้ผู้กระทำหลุดพ้นจากความรับผิดชอบในทางแพ่งตามกฎหมายและระเบียบของทางราชการที่เกี่ยวข้องหรือความรับผิดทางอาญา (ถ้ามี)”⁴

ต่อมา เมื่อมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 จะพบว่า บทกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้เปลี่ยนแปลงไปจากบทกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ในอดีต โดยบทกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดไว้ในหมวด 15 บทกำหนดโทษ ดังนี้⁵

“ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่หรือเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุ ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุ

⁴ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ข้อ 10.

⁵ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 120.

ตามพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ โดยมีขอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุตามพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดเป็นผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ผู้นั้นต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดตามวรรคหนึ่ง”

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า บทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีความแตกต่างจากบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นอย่างมาก กล่าวคือ ในพฤติการณ์การกระทำความผิดเดียวกัน กล่าวโดยเฉพาะกรณีการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต บทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กำหนดไว้เพียงให้ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดวินัยตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการหรือตามกฎหมายเฉพาะของส่วนราชการ โดยมีโทษทางวินัยอย่างต่ำ คือ การปลดออก ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของการกระทำความผิด ในส่วนของโทษทางอาญาของผู้นั้น ก็เป็นไปตามกฎหมายอาญา ซึ่งได้กำหนดความรับผิดในทางอาญาไว้โดยเฉพาะแล้ว แต่เมื่อพิจารณาบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 จะเห็นได้ว่าตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็น โทษทางอาญา อันเป็นการกำหนดองค์ประกอบความผิดของการกระทำ รวมถึงบทลงโทษเช่นเดียวกับบทบัญญัติมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

การกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ตามกรณีดังกล่าว มีลักษณะเป็นการกำหนดให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ เป็นความผิดทางอาญามากเกินความจำเป็น กล่าวคือ การกระทำเดียวกัน ถูกกำหนดให้เป็นความผิดทั้งตามประมวลกฎหมายอาญา อันเป็นบททั่วไป และเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 อันเป็นกฎหมายเฉพาะ ก่อให้เกิดสภาวะการณกกฎหมายอาญาเพื่อ ซึ่งผู้ศึกษาจะขออธิบายถึงปัญหา

การกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 โดยพิเคราะห์เปรียบเทียบกับแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมาย ใน 3 ประเด็นปัญหาดังนี้

ปัญหาประการที่หนึ่ง ปัญหาการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ที่ขัดต่อหลักการลงโทษทางอาญา

ตามหลักการลงโทษทางอาญานั้น การที่จะพิจารณาว่าการกระทำใดสมควรกำหนดให้มีโทษทางอาญาหรือไม่ จำเป็นต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญา รวมถึงแนวคิดและทฤษฎีการลงโทษทางอาญาเป็นสำคัญ ซึ่งประกอบด้วย 5 แนวคิด ได้แก่ 1. การลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน ซึ่งเชื่อว่า มนุษย์มีอิสระที่จะคิด และมีอิสระที่จะกระทำตามลัทธิความเชื่อเรื่องเจตจำนงอิสระ ดังนั้น เมื่อมนุษย์ตัดสินใจที่จะทำอะไรลงไปย่อมต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตน เมื่อกระทำผิดจึงต้องได้รับโทษตอบแทนจากการกระทำผิดนั้นอย่างสาสมกับความผิดที่ทำลงไป 2. ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการชดเชยความผิด โดยมีความเชื่อว่ากฎข้อบังคับเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์หากกระทำผิดก็ต้องมีการชดเชยเพื่อลบล้างความผิด 3. ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่หรือปราบปราม เชื่อว่าคนเรากระทำผิดโดยเจตนา ก่อนกระทำจะคิดถึงผลดีผลเสียเพื่อป้องกันไม่ให้คนกระทำผิดรัฐจึงต้องออกกฎหมายกำหนดความผิดและโทษสำหรับความผิดนั้นไว้อย่างชัดเจนและเปิดเผยต่อสาธารณชน 4. ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันสังคม เป็นการลงโทษเพื่อป้องกันสังคมให้ปลอดภัยโดยแยกผู้กระทำผิดออกจากสังคมเพื่อตัดโอกาสไม่ให้ผู้กระทำผิดได้กระทำผิดเกิดขึ้นอีก และ 5. ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขหรือดัดนิสัย เป็นแนวคิดใหม่โดยมีแนวคิดว่าผู้กระทำผิดเป็นผู้ป่วยการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำผิดให้ปรับตัวเป็นคนดี⁶

นอกจากนี้ หากพิจารณาหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะเห็นได้ว่า ตามรัฐธรรมนูญกำหนดแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมายไว้ในมาตรา 77 ซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีหลักการสำคัญ คือ ให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเฉพาะที่จำเป็น และในวรรคสามของบทบัญญัติดังกล่าว ยังกำหนดให้รัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรงเท่านั้น⁷ ประกอบกับพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย

⁶ สัญญาพงศ์ ลิ้มประเสริฐ สุธีราภรณ์ แสงจันทร์ศรี และอนิสตา มานะทน. การลงโทษผู้กระทำผิดทางอาญา (Criminal Offenders' Punishment) งานประชุมวิชาการระดับชาติ มหาวิทยาลัยรังสิต ประจำปี 2562 วันที่ 26 เมษายน 2562.

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77.

พ.ศ. 2562 กำหนดให้ในการจัดทำร่างกฎหมาย หน่วยงานของรัฐพึงกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย เฉพาะความผิดร้ายแรง และให้คำนึงถึงหลักเกณฑ์ ดังนี้ (1) การกระทำนั้นต้องกระทบต่อความ มั่นคงหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน อย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวม และ (2) เป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใด เพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผลและมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติ ตามกฎหมายได้

จากการศึกษา ผู้ศึกษา พบว่า การกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติ การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 ในปัจจุบัน ที่กำหนดให้การกระทำความผิด ของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ มีโทษทางอาญา ได้แก่ โทษจำคุก หรือโทษปรับ เนื่องจากประสงค์ที่จะให้กฎหมายมีสภาพบังคับเพื่อป้องปรามการกระทำความผิด ของเจ้าหน้าที่ อันมีลักษณะเป็นการกำหนดบทลงโทษทางอาญาเพื่อแก้ไขปัญหาการบังคับใช้ กฎหมายตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 จากเดิมที่ไม่มีความศักดิ์สิทธิ์ หรือไม่มีผลเป็นการป้องปรามการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ได้เท่าที่ควร จึงนำไปสู่การกำหนด บทลงโทษทางอาญา เพื่อข่มขู่เจ้าหน้าที่มิให้กระทำความผิด ซึ่งกรณีดังกล่าวเมื่อพิจารณา เปรียบเทียบกับหลักการลงโทษทางอาญาดังที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า เมื่อการกระทำของ เจ้าหน้าที่อันมีลักษณะเป็นการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความ เสียหาย หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ได้ถูกกำหนดเป็นความผิดตามประมวล กฎหมายอาญา อันเป็นการกำหนดบทลงโทษที่ร้ายแรงเหมาะสมกับพฤติการณ์การกระทำความผิด ของเจ้าหน้าที่แล้ว กรณีก็ไม่มีความจำเป็นใดที่จะต้องกำหนดให้การกระทำความผิดดังกล่าว เป็นความผิด ที่ต้องได้รับโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 อันเป็นกฎหมายเฉพาะอีก การบังคับใช้กฎหมายลักษณะดังกล่าว จึงไม่ได้ก่อให้เกิดความเกรงกลัว หรือเป็นการป้องปรามการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่แต่อย่างใด ทั้งยังส่งผลทำให้กฎหมายอาญา ขาดประสิทธิภาพในการบังคับมิให้เกิดการกระทำความผิดได้อย่างแท้จริง ซึ่งในเรื่องดังกล่าว ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ให้ความเห็นที่เห็นว่า กฎหมายอาญาเป็นยาแรง ไม่ว่าจะด้วยความเข้าใจของ ผู้ร่างกฎหมาย ผู้บังคับใช้กฎหมาย หรือผู้ปฏิบัติตามกฎหมายก็ตาม หากต้องการให้ผู้คนเกรงกลัว ก็บัญญัติเป็นความผิดอาญาไว้ก่อน โดยไม่มีหน่วยงานกลางพิจารณาถ่วงถ่วงว่าสมควรออก กฎหมายที่มีโทษทางอาญานี้หรือไม่ อย่างไร เราคงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าปัจจัยที่ทำให้บุคคลตัดสินใจ กระทำความผิดนั้น มีหลายประการ ทั้งจิตสำนึก ศีลธรรม จารีตประเพณี หลักศาสนา กฎหมาย ตลอดจนประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรม และในความเป็นจริงนั้นกฎหมายอาญาก็เป็นเพียง เครื่องมือหนึ่งที่ใช้ในการจัดระเบียบความประพฤติของผู้คนที่อยู่ร่วมกันในสังคม เป็นเครื่องมือ

ในการสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นในความเป็นจริง การกำหนดฐานความผิดต่าง ๆ ที่ต้องรับโทษทางอาญา จึงควรมีหลักคิดที่ชัดเจนอย่างเป็นเหตุเป็นผล ให้นำทุกพฤติการณ์ที่อยากให้ผู้คนเกรงกลัวด้วยว่ามีโทษทางอาญามาบัญญัติไว้ในกฎหมาย อันจะนำไปสู่ที่มาของปัญหากฎหมายอาญาเพื่อหรือสภาพการณ์ที่มีการกำหนดความผิดอาญาที่มากเกินไป⁸ ทั้งนี้ การกำหนดกฎหมายอาญาเกินความจำเป็น นอกจากจะก่อให้เกิดภาระในทางกระบวนการยุติธรรมแล้ว ยังส่งผลเป็นการลดทอนความสำคัญของคุณค่าที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองให้ด้อยค่าลง หรือลดทอนความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายอีกด้วย ซึ่งผู้ศึกษาจะขอกล่าวโดยละเอียดในบทที่ 4 ต่อไป

ปัญหาประการที่สอง ปัญหาการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ กับสภาพการณ์กฎหมายอาญาเพื่อ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่า พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 120 กำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็นโทษทางอาญา อันเป็นการกำหนดองค์ประกอบความผิดของการกระทำรวมถึงบทลงโทษเช่นเดียวกับบทบัญญัติตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่กำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่หรือเจ้าพนักงานของรัฐกรณีการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ไว้ดังนี้

“ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า เมื่อมีการนำพฤติการณ์หรือการกระทำความผิดตามที่กำหนดเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มากำหนดเป็นฐานความผิดตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 อีก เป็นเหตุให้นำมาซึ่งปัญหาการกำหนดฐานความผิดซ้ำซ้อน โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายต่างฉบับกัน ทั้งยังเป็นการกำหนดความรับผิดทางอาญาเกินความจำเป็น อันนำไปสู่สภาพการณ์กฎหมายอาญาเพื่อ ซึ่งกรณีดังกล่าวคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย ได้ให้คำแนะนำว่า ความผิดที่บัญญัติไว้แล้วในประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด หากบทบัญญัติความผิดที่มีโทษอาญาในพระราชบัญญัติใดมีองค์ประกอบความผิด

⁸ คณิศ ฌ นคร. *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2560. หน้า 167, อ้างถึงใน สุภชาติ เทพหัสดิน ฌ อุษยา. *กฎหมายอาญาเพื่อ Over Criminalization. วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์*, 44(2), 2561. หน้า 9 – 33.

เหมือนหรือคล้ายคลึงกับความผิดที่กำหนดในภาคความผิดของประมวลกฎหมายอาญา มิให้กำหนดโทษอาญาในร่างกฎหมายนั้น เว้นแต่จะมีเหตุผลความจำเป็นพิเศษว่าเป็นกฎหมายเฉพาะจำเป็นต้องมีโทษสูงกว่าหรือมีโทษอุกฤษณ์ เช่น เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งหรือสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง และในกรณีที่ประสงค์จะกำหนดโทษอาญาที่มีโทษน้อยกว่าโดยมิให้นำประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับ จะต้องระบุในกฎหมายเฉพาะนั้นให้ชัดเจนว่า มิให้นำโทษสำหรับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับสำหรับการกระทำความผิดตามกฎหมายเฉพาะนั้น⁹

เมื่อพิจารณาความจำเป็นและความเหมาะสมของการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 ในกรณีดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่า เมื่อพฤติการณ์ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของเจ้าหน้าที่ได้ถูกกำหนดไว้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ในมาตรา 157 แล้ว กรณีย่อมไม่มีเหตุจำเป็นที่จะต้องนำมากำหนดเป็นบทลงโทษตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 ในมาตรา 120 อีก เนื่องจากการกำหนดบทบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าว ส่งผลทำให้เจ้าหน้าที่ซึ่งมีพฤติการณ์ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุในการกระทำความผิดคราวเดียวกันนั้น จะต้องด้วยบทกำหนดความผิดหรือบทกำหนดโทษตามกฎหมายหลายบทโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายสองฉบับ คือ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 120 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 หรือที่เรียกว่ากรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท ทั้งการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าว ยังเป็นการเปิดช่องให้มีการดำเนินคดีอาญากับผู้เสียหายได้ในหลายช่องทาง ทำให้มีคดีขึ้นสู่ศาลมากเกินความจำเป็น โดยในกรณีของการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างนั้น กรณีหนึ่งอาจเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยอาศัยมูลฐานความผิดตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และอีกกรณีหนึ่งอาจเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยผ่านทางกระบวนการตรวจสอบของหน่วยงานตรวจสอบ คือ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน และสำนักงานป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ซึ่งเป็นการตั้งมูลฐานความผิดโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 120 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 การกำหนดบทบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นการกำหนดกฎหมายที่มีบทลงโทษทางอาญาซ้ำซ้อน เกินความจำเป็น อันนำไปสู่สภาวะการณกฎหมายอาญาเพื่อ ซึ่งผู้ศึกษาจะขอกล่าวโดยละเอียดในบทที่ 4 ต่อไป

⁹ คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย ข้อ 3 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 132 ก วันที่ 27 พฤศจิกายน 2562 หน้า 18.

ปัญหาประการที่สาม ปัญหาการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ต่อแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์

หลักกฎหมายอาญาตามมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ มองว่า การกระทำความผิดทางอาญาเป็นการกระทำที่ผ่านการคำนวณมาแล้วว่าราคาที่ผู้กระทำผิดต้องจ่าย (การถูกลงโทษ) ต้องน้อยกว่าประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับจากการกระทำความผิดนั้น (ไม่ว่าทางกายภาพหรือทางจิตใจ) หากราคาที่ผู้กระทำผิดต้องจ่าย สูงกว่าประโยชน์ที่ได้จากการกระทำความผิด บุคคลย่อมไม่กระทำความผิด การลงโทษทางอาญา จึงถือเป็นสิ่งจำเป็นที่รัฐต้องนำมาใช้เพื่อเพิ่มต้นทุนที่ผู้กระทำความผิดจะต้องเสีย หรือเพิ่มราคาที่ผู้กระทำความผิดต้องจ่ายในการกระทำความผิด การบังคับใช้บทลงโทษทางอาญา ในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ ให้ความสำคัญกับมิติด้านประสิทธิภาพของกฎหมาย ระบบกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรมที่มีเป้าหมายเพื่อบรรลุผลสัมฤทธิ์ในทางสวัสดิการสังคมสูงสุดเป็นสำคัญ โดยที่กฎหมายต้องสามารถใช้กำกับควบคุมพฤติกรรมการกระทำความผิดของมนุษย์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ กฎหมายในมุมมองทางเศรษฐกิจจึงเป็นเครื่องมือในการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของคนในสังคมไปสู่แนวทางที่สังคมพึงปรารถนา ทั้งยังเป็นการป้องปรามยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่พึงปรารถนาของสังคมอีกด้วย

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า การบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดและสมควรได้รับโทษทางอาญา ประโยชน์ต่อสังคมที่ได้รับจะต้องมากกว่าราคาที่เสียไป แต่เมื่อวิเคราะห์การกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 ที่มีลักษณะเป็นการกำหนดบทลงโทษซึ่งซ้ำซ้อนกับฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาอันเป็นบททั่วไปแล้ว กรณีดังกล่าวอาจเป็นผลเสียต่อระบบการยุติธรรมมากกว่าผลดี เนื่องจากเมื่อการกระทำเดียวกัน ถูกกำหนดเป็นความผิดตามกฎหมายหนึ่งแล้ว แม้จะนำมากำหนดเป็นความผิดในอีกกฎหมายหนึ่งซึ่งเป็นบทเฉพาะอีก ก็ย่อมไม่มีผลเป็นการยับยั้งหรือป้องปรามการกระทำความผิด แต่กรณีดังกล่าว จะส่งผลเป็นการเพิ่มภาระในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ส่งผลทำให้การใช้กระบวนการทางอาญาในการยับยั้งการกระทำความผิดในลักษณะนี้ ไม่มีประสิทธิภาพและเป็นการฟุ่มเฟือยนำไปสู่การเบียดบังทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดไปใช้ในทางที่ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ ทำให้กระบวนการทางอาญาสูญเสียโอกาสที่จะใช้ทรัพยากรดังกล่าวในการป้องกันการกระทำความผิดที่เป็นภัยต่อสังคมมากกว่า อีกทั้งกระบวนการทางอาญาที่ไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างแท้จริง ย่อมทำให้สังคมมีผลต่อกระบวนการนั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่า หากการบังคับใช้กฎหมายอาญา ก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อสังคมมากกว่าประโยชน์ที่ได้รับ ถึงแม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิด ก็อาจไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะใช้ตัดสินว่าการกระทำนั้นสมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา การกำหนดบทลงโทษจึงควรมีความรุนแรง

เท่าที่จำเป็นสำหรับการยับยั้งการกระทำความผิด ซึ่งผู้ศึกษา มองว่าพฤติการณ์การกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างนั้น เมื่อมีการกำหนดเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา อันเป็นบททั่วไปแล้ว ก็ย่อมเพียงพอที่จะเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดแล้ว ไม่มีความจำเป็นใดที่จะต้องนำเอาพฤติการณ์การกระทำความผิดดังกล่าวมากำหนดเป็นบทลงโทษทางอาญาที่จะลงโทษกับเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิดในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 อันเป็นการเพิ่มภาระหรือเพิ่มต้นทุนในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของรัฐจากการกระทำความผิดในคราวเดียวกันนั้นอีก ซึ่งผู้ศึกษาจะขอกล่าวโดยละเอียดในบทที่ 4 ต่อไป

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้ศึกษาจึงมีความสนใจที่จะศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ โดยจะทำการศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ อันได้แก่ แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ ทฤษฎีการลงโทษและการกำหนดโทษทางอาญา หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการห้ามดำเนินคดีอาญาซ้ำ และสภาพบังคับอย่างอื่นแทนการลงโทษทางอาญา รวมถึงการศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายในการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามมาตรฐานสากล อันได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) ป ฎิ ญ ญา ส าก ล ว่า ดั วย สิ ท ธิ ม นุ ษ ย ช น แห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948) กฎหมายของต่างประเทศ และประเทศไทย และคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (Declaration of the Rights of the Man and of the Citizen of 1789) และกฎหมายของต่างประเทศ อันได้แก่ สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐฝรั่งเศส ทั้งนี้ เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 อันจะส่งผลทำให้สามารถแก้ไขปัญหากฎหมายอาญาเพื่อในระบบกฎหมายของไทยได้อย่างเป็นรูปธรรม

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

2.2 เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญาตามมาตรฐานสากล กฎหมายต่างประเทศ และประเทศไทย

2.3 เพื่อศึกษาปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

2.4 เพื่อเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาคำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

3. สมมติฐานของการศึกษา

การบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ในปัจจุบัน แม้จะส่งผลดีอันเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ที่ใช้บังคับในอดีต แต่เมื่อพิจารณาในส่วนของบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 จะเห็นได้ว่า มีลักษณะเป็นการกำหนดให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุเป็นความผิดทางอาญามากเกินความจำเป็น กล่าวคือ ในการกระทำเดียวกัน ถูกกำหนดให้เป็นความผิดทั้งตามประมวลกฎหมายอาญา อันเป็นบททั่วไป และเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 อันเป็นกฎหมายเฉพาะ ก่อให้เกิดสภาพการณ์กฎหมายอาญาเพื่อ ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ในมาตรา 120 โดยยกเลิกโทษอาญา และเห็นสมควรใช้โทษปรับทางปกครอง มาตรการบังคับอื่น และแนวคิดค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damage) ของระบบกฎหมาย Common Law มาใช้แทน เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ทั้งยังเป็นการช่วยลดภาระและผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐมิให้ต้องถูกจำกัดหรือถูกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพมากเกินความจำเป็น

4. ขอบเขตของการศึกษา

สารนิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 รวมถึงศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญาตามมาตรฐานสากลกฎหมายต่างประเทศ และประเทศไทย ตลอดจนศึกษาหาแนวทาง ข้อเสนอแนะ เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวในทางกฎหมายในการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง

และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ในประเทศไทย ให้เป็นไปอย่างถูกต้อง เหมาะสมตามหลักทฤษฎีทางกฎหมาย และสามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้อย่างแท้จริง

5. วิธีดำเนินการศึกษา

ในการศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับบทกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ตามสารนิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ศึกษาได้ดำเนินการศึกษาโดยวิธีการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) เป็นสำคัญ ซึ่งเป็นการศึกษาข้อมูลจากบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้อง รายงานการวิจัย หนังสือวิชาการ วิทยานิพนธ์ บทความวารสาร เอกสารต่าง ๆ รวมถึงข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

6.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

6.2 ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญาตามมาตรฐานสากล กฎหมายต่างประเทศ และประเทศไทย

6.3 ทำให้ทราบถึงผลการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

6.4 ทำให้ทราบถึงแนวทางในการแก้ไขปัญหาการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการกำหนดโทษ ของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ

ในบทนี้ จะกล่าวถึงแนวคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ได้แก่ แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ ทฤษฎีการลงโทษและการกำหนดโทษทางอาญา หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการห้ามดำเนินคดีอาญาซ้ำ และสภาพบังคับอย่างอื่นแทนการลงโทษทางอาญา อันมีสาระสำคัญ ดังนี้

1. แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์

แนวคิดหลักทางนิติเศรษฐศาสตร์ในการวิเคราะห์การกระทำความผิด คือ ทฤษฎีการก่ออาชญากรรมโดยเลือกอย่างมีเหตุผล (rational choice theory of crime) ซึ่งกล่าวว่า บุคคลจะตัดสินใจกระทำความผิดก็ต่อเมื่อประโยชน์ที่เขาคาดคะเน (expected benefits) จากการกระทำความผิดสูงกว่าต้นทุนที่คาดว่าจะเกิดขึ้น (expected costs) การที่เราใช้ค่าคาดคะเน (expected value) ก็เนื่องจากการกระทำความผิดมีความไม่แน่นอน (uncertainty) จากการดำเนินการสำเร็จ และการถูกลงโทษ จึงต้องนำความน่าจะเป็นที่ประโยชน์และต้นทุนจะเกิดขึ้นมาพิจารณาด้วย โดยประโยชน์ที่คาดคะเนไว้ก็คือ ประโยชน์ที่บุคคลคาดว่าจะได้จากการกระทำความผิด เช่น ในการลักทรัพย์ ประโยชน์ที่คาดคะเน คือ มูลค่าทรัพย์คู่กันกับความน่าจะเป็นที่ลักทรัพย์ผู้อื่นสำเร็จ เป็นต้น ส่วนต้นทุนที่คาดว่าจะเกิดขึ้น คือ ความน่าจะเป็นที่บุคคลที่กระทำความผิดจะถูกจับกุมด้วยบทลงโทษสำหรับฐานความผิดที่กระทำ เช่น ค่าปรับ หรือต้นทุนจากการถูกจำคุก เป็นต้น นอกจากนี้ ต้นทุนของผู้กระทำความผิดยังอาจรวมถึงต้นทุนค่าเสียโอกาสจากเวลาที่ใช้ไปในการ

เตรียมการและกระทำความผิด และรายจ่ายที่ใช้ในการเตรียมการกระทำความผิด เช่น ปืน หน้ากาก บัตรประจำตัวปลอม เป็นต้น¹⁰

ตามแนวคิดดังกล่าว แนวทางในการป้องปรามการกระทำความผิด คือ การลดประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดคาดหวังและการเพิ่มต้นทุนที่คาดว่าจะเกิดขึ้น ทั้งนี้ การเพิ่มต้นทุนที่คาดว่าจะเกิดขึ้นแก่ผู้กระทำความผิดอาจทำได้โดยการเพิ่มการลงโทษให้หนักขึ้นหรือการเพิ่มความน่าจะเป็นในการจับกุมผู้กระทำความผิดให้สูงขึ้น อย่างไรก็ตาม ในขณะที่การเพิ่มการลงโทษในบางรูปแบบ เช่น การปรับไม่ได้เพิ่มต้นทุนของรัฐ การเพิ่มความน่าจะเป็นในการจับกุมจะก่อให้เกิดต้นทุนมาก เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะมีต้นทุนเกิดขึ้นในทุกขั้นตอน นับตั้งแต่การจับกุม การฟ้องคดี การลงโทษ ซึ่งมีทั้งต้นทุนภาครัฐและเอกชนเกิดขึ้น ดังนั้นรัฐจึงควรจัดสรรทรัพยากรเพื่อใช้ในการจับกุมผู้กระทำความผิดตามความจำเป็นและสมควร ทั้งต้องกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสมเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด

นิติเศรษฐศาสตร์ให้ความสำคัญกับมิติด้านประสิทธิภาพ (Efficiency) ของกฎหมาย ระบบกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรม และมีเป้าหมายเพื่อบรรลุสวัสดิการสังคม (Social Welfare) สูงสุด โดยมุ่งเน้นการศึกษาผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างสิ่งจูงใจ (Incentive Structure) หรือ กฎ กติกา (Rule of the Game) ต่อพฤติกรรมของคน (Individual Behavior) ทั้งผู้บังคับใช้กฎหมาย และผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย รวมถึงการออกแบบกฎหมายให้สามารถใช้กำกับควบคุมพฤติกรรมของคนในโลกแห่งความเป็นจริงได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อยกระดับสวัสดิการของสังคม กฎหมายในมุมมองของนิติเศรษฐศาสตร์ คือ เครื่องมือในการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของคนในสังคมไปสู่แนวทางที่สังคมพึงปรารถนา เช่น ไม่สร้างความเดือดร้อนแก่สังคม ไม่ทำอันตรายต่อชีวิตและทรัพย์สินของผู้อื่น การออกแบบสัญญาที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ เป็นต้น และป้องปรามยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่พึงปรารถนาของสังคม เช่น การก่ออาชญากรรมด้านต่าง ๆ ผ่านบทลงโทษทางกฎหมาย ทั้งการลงโทษที่เป็นตัวเงิน (Monetary Sanction) ได้แก่ ค่าปรับ และการลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงิน (Nonmonetary Sanction) เช่น การจำคุก การภาคทัณฑ์ การกักบริเวณ การประหารชีวิต การประจานต่อสาธารณะ เป็นต้น¹¹

¹⁰ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ. รายงานการวิจัยนิติศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย. โครงการการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้านเศรษฐศาสตร์ (Economic Analysis of Criminal Laws). สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.). กรุงเทพมหานคร. 2554. หน้า 18.

¹¹ ปกป้อง จันวิทย์. *ความรู้เบื้องต้นว่าด้วยนิติเศรษฐศาสตร์*. บทความวิชาการประกอบการสัมมนาเรื่อง “การวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้านเศรษฐศาสตร์” จัดโดยสถาบันรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม ร่วมกับมูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย วันที่ 26 มกราคม 2553. หน้า 2.

การวิเคราะห์ทางนิติเศรษฐศาสตร์ข้างต้นยังชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างของการดำเนินคดีทางแพ่ง และการดำเนินคดีทางอาญาด้วย ในกรณีที่ผู้เสียหายสามารถเลือกดำเนินคดีได้ ทั้งทางแพ่งและทางอาญา การตัดสินใจของผู้เสียหายว่าจะเลือกดำเนินคดีอย่างไร จะขึ้นอยู่กับต้นทุนและประโยชน์ที่ได้รับในแต่ละแนวทาง ในด้านหนึ่ง การดำเนินคดีทางอาญาจะช่วยลดต้นทุนในการดำเนินคดีของผู้เสียหาย เพราะจะมีกลไกของรัฐทั้งตำรวจและอัยการเข้ามาช่วยเหลือ ซึ่งทำให้ผู้เสียหายมีแรงจูงใจในการดำเนินคดีมากกว่าระดับที่ไม่ได้รับการสนับสนุนจากรัฐ ในอีกด้านหนึ่ง ในการดำเนินคดีทางอาญาผู้เสียหายมักจะไม่ได้รับการเยียวยาที่ชดเชยความเสียหายของตนเมื่อชนะคดี เพราะการลงโทษทางอาญามักทำโดยการปรับหรือการจำคุก ในขณะที่ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายได้จากการดำเนินคดีทางแพ่งได้ ในทางปฏิบัติ ผู้เสียหายจึงอาจเลือกดำเนินคดีทางแพ่งและทางอาญาควบคู่กันไป โดยอาจเลือกฟ้องทางอาญา ซึ่งมีอายุความสั้นกว่าไปก่อน และถ้าเห็นว่า ตนมีโอกาสจะชนะคดีสูง ก็จะฟ้องแพ่งต่อไป หรือมิฉะนั้นผู้เสียหายก็อาจใช้สิทธิที่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนในคดีอาญาที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ได้ โดยผู้เสียหายยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีอาญาขอให้บังคับจำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตนแทนที่จะไปฟ้องร้องเป็นคดีแพ่งต่างหาก¹²

1.1 การให้เหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ต่อระบบการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญา

การให้เหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ต่อระบบการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญา จะให้ความสำคัญกับเรื่องต่าง ๆ ดังนี้¹³

1.1.1 ข้อจำกัดของจำนวนทรัพยากรที่มีอยู่

เศรษฐศาสตร์ ตระหนักถึงความจำกัดของทรัพยากร กล่าวคือ มีโลกทัศน์ว่าทรัพยากรมีอยู่อย่างจำกัดเมื่อเทียบกับความต้องการใช้ประโยชน์จากทรัพยากร ดังนั้น จึงต้องเลือกว่าจะใช้ทรัพยากรที่มีอยู่จำกัดอย่างไร ให้คุ้มค่าที่สุด เมื่อนำทรัพยากรจำนวนหนึ่งไปใช้ประโยชน์ในกิจกรรมหนึ่ง ก็ย่อมเสียโอกาสที่จะนำทรัพยากรจำนวนนั้นไปใช้ประโยชน์ในกิจกรรมอื่นที่ต้องการทำ การตัดสินใจเลือก จึงเป็นการแลกเปลี่ยนระหว่างเป้าหมายหนึ่งกับเป้าหมายอื่น ซึ่งต่างก็เป็นเป้าหมายที่พึงปรารถนาทั้งสิ้น การตัดสินใจทางเศรษฐศาสตร์ส่วนมาก จึงต้องเผชิญภาวะ “ได้อย่าง-เสียอย่าง” (Tradeoffs) อาจกล่าวได้ว่า หากทรัพยากรมีจำกัดเมื่อเทียบกับความต้องการใช้ประโยชน์ การตัดสินใจเลือกทางเศรษฐกิจย่อมมีต้นทุนเสมอ อย่างน้อยก็คือ ต้นทุนค่าเสียโอกาส (Opportunity Cost) หรือมูลค่าสูงสุดที่เป็นไปได้ของสิ่งที่ดีที่สุทธองลงมา

¹² สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ. รายงานการวิจัยนิติศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย. หน้า 18 – 19.

¹³ ปกป้อง จันวิทย์. ความรู้เบื้องต้นว่าด้วยนิติเศรษฐศาสตร์. หน้า 4 – 11.

ซึ่งไม่ได้เลือก แม้กิจกรรมหรือนโยบายที่เป็นประโยชน์ก็ล้วนมีต้นทุนด้วยกันทั้งสิ้น การตัดสินใจเลือกดำเนินกิจกรรมหรือนโยบายที่มีให้เลือกหลากหลายจึงไม่ควรอยู่บนฐานของการประเมินเฉพาะผลประโยชน์ของกิจกรรมหรือนโยบายเหล่านั้น แต่ควรอยู่บนฐานของการประเมินผลประโยชน์สุทธิ (Net Benefits) ซึ่งนำต้นทุน (Costs) มาหักลบออกจากผลประโยชน์ที่ได้เสียก่อน โดยคนหรือสังคมควรเลือกกิจกรรมหรือนโยบายที่ให้ผลประโยชน์สุทธิสูงสุด

1.1.2 การให้คุณค่ากับมิติด้านประสิทธิภาพ

เศรษฐศาสตร์ให้คุณค่าสูงยิ่งต่อมิติด้านประสิทธิภาพ (Efficiency) ซึ่งหมายถึง การที่สังคมได้รับประโยชน์สูงสุดจากทรัพยากรที่มี นักเศรษฐศาสตร์ มักเปรียบเทียบ “ประสิทธิภาพ” กับ “ขนาดของขนมพาย” สังคมที่มีประสิทธิภาพ คือ สังคมที่สามารถใช้ทรัพยากรที่มีในการผลิตขนมพายให้ได้ขนาดใหญ่ที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ หากสังคมมีเป้าหมายของการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรอย่างชัดเจน และมรรถวิธีสู่เป้าหมายดังกล่าวมีหลายทาง สังคมควรเลือกทางที่มีประสิทธิภาพที่สุด เช่น เลือกทางที่ให้ผลลัพธ์มากที่สุด ใช้ต้นทุนต่ำที่สุด สมาชิกในสังคมพึงพอใจมากที่สุด หรือสังคมได้รับสวัสดิการสูงสุด ตามแต่เป้าหมายที่สังคมต้องการ¹⁴

1.1.3 มนุษย์มีเหตุมีผลทางเศรษฐศาสตร์ และมีพฤติกรรมตอบสนองต่อสิ่งจูงใจ

เศรษฐศาสตร์สนใจศึกษาพฤติกรรมของคนในสังคม ไม่ใช่เฉพาะพฤติกรรมทางเศรษฐกิจเท่านั้น หากรวมถึงพฤติกรรมทางการเมือง สังคม กฎหมาย และวัฒนธรรม ด้วย ข้อสมมติตั้งต้นของทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ คือ คนเป็นสัตว์เศรษฐกิจ มีเหตุมีผลทางเศรษฐศาสตร์ และตอบสนองต่อสิ่งจูงใจ กล่าวคือ นักเศรษฐศาสตร์มองว่าคนแต่ละคนตัดสินใจ โดยแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตนสูงสุดเป็นสรณะ ภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดที่ตนเผชิญ คนที่มีเหตุมีผลทางเศรษฐศาสตร์จะตัดสินใจเลือกจากการเปรียบเทียบโครงสร้างผลประโยชน์และต้นทุนของทางเลือกต่าง ๆ โดยจะเลือกทางเลือกที่ให้ผลประโยชน์สุทธิสูงสุด หากโครงสร้างผลประโยชน์และต้นทุนมีการเปลี่ยนแปลง พฤติกรรมของคนก็จะตอบสนองต่อโครงสร้างสิ่งจูงใจที่เปลี่ยนแปลงไปนั้น¹⁵

1.1.4 ต้นทุนทางเศรษฐศาสตร์มีขอบเขตกว้างขวาง

หากทรัพยากรจำกัด เมื่อเทียบกับความต้องการใช้ประโยชน์ การตัดสินใจเลือกทางเศรษฐกิจทุกครั้งย่อมเกิดต้นทุนเสมอ อย่างน้อย คือ ต้นทุนค่าเสียโอกาส (Opportunity Cost) ซึ่งไม่ใช่ต้นทุนชัดเจนที่เป็นตัวเงิน เหมือนดังต้นทุนทางบัญชี การวิเคราะห์ต้นทุนทางเศรษฐศาสตร์จึงต้องนับรวมต้นทุนแอบแฝงที่ไม่เป็นตัวเงินเหล่านี้เข้าไปด้วย จึงจะเป็นการ

¹⁴ เรื่องเดียวกัน.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน.

วิเคราะห์ที่ครบถ้วนสมบูรณ์ ตัวอย่างเช่น ต้นทุนของการฟ้องร้องคดีหนึ่งมิได้มีแต่ค่าทนายความ ค่าเอกสาร ค่าเดินทางไปศาล เท่านั้น แต่ยังรวมถึงต้นทุนค่าเสียโอกาสในการใช้เวลาที่ต้องขึ้นศาล ไปทำกิจกรรมอื่น ค่าความเสื่อมเสียชื่อเสียง ค่าความทุกข์ใจกระจนกระจ่ายใจ เป็นต้น ทั้งนี้ นอกจากต้นทุนต่อตัวเอง (Private Cost) แล้ว เศรษฐศาสตร์ยังให้ความสำคัญแก่ ต้นทุนต่อสังคม (Social Cost) ด้วย ต้นทุนต่อสังคม คือ ต้นทุนที่นับรวมผลกระทบด้านลบต่อสังคมจากการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ซึ่งมักไม่ถูกนำมาพิจารณาในการตัดสินใจดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของปัจเจกบุคคลภายใต้กลไกตลาดปกติ เนื่องจากผู้สร้างความเสียหายต่อสังคมไม่ต้องจ่ายเป็นค่าเสียหายโดยตรง แต่ผลกระทักระต้นทุนเหล่านั้นให้ตกแก่สังคมส่วนรวม

1.1.5 คนคิดแบบ “ส่วนเพิ่ม” (Marginal thinking)

เศรษฐศาสตร์เชื่อว่าคนมีรูปแบบตัดสินใจแบบ “ส่วนเพิ่ม” กล่าวคือ ตัดสินใจโดยคำนึงถึงส่วนที่เพิ่มขึ้นจากฐานเดิม คนที่มีเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ตัดสินใจเลือกกระทำสิ่งใดขึ้นกับว่าผลประโยชน์ส่วนเพิ่ม (Marginal Benefit) จากกิจกรรมนั้นสูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่ม (Marginal Cost) หรือไม่ ตัวอย่างเช่น เมื่อศาลขึ้นต้นตัดสินยกฟ้อง โจทก์ตัดสินใจว่าจะอุทธรณ์ต่อดีหรือไม่ การตัดสินใจของโจทก์ขึ้นอยู่กับประเมินผลประโยชน์ที่จะได้รับเพิ่มขึ้นในชั้นอุทธรณ์ เช่น โอกาสที่อาจพลิกกลับมาชนะคดีจนได้รับค่าชดเชย) กับต้นทุนที่ต้องเสียเพิ่มขึ้นในชั้นอุทธรณ์ เช่น ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น ค่าเสียเวลาต่อ ถ้าประเมินแล้วโจทก์เห็นว่าผลประโยชน์ส่วนเพิ่มของการอุทธรณ์สูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มของการอุทธรณ์ โจทก์ก็จะตัดสินใจสู้คดีต่อ หรือหากกฎหมายกำหนดบทลงโทษการขโมยรถจักรยานยนต์ กับการขโมยรถยนต์เท่ากัน ไม่มีบทลงโทษส่วนเพิ่มสำหรับอาชญากรรมที่มีระดับความรุนแรงไม่เท่ากัน นักเศรษฐศาสตร์จะทำนายว่าโจรมีแนวโน้มที่จะขโมยรถยนต์เพิ่มมากขึ้น เพราะการขโมยรถยนต์สร้างผลประโยชน์ส่วนเพิ่มให้โจรมากกว่า ขณะที่ต้นทุนส่วนเพิ่มของการขโมยเท่ากับศูนย์ เพราะมีโทษเท่ากัน โจทก์ที่มีเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ย่อมตัดสินใจขโมยรถยนต์แทนรถจักรยานยนต์¹⁶

1.2 การป้องปรามโดยการลงโทษตามระบบนิติเศรษฐศาสตร์

การป้องปรามโดยการลงโทษตามระบบนิติเศรษฐศาสตร์ สามารถแยกประเภทการลงโทษได้ ดังนี้

1.2.1 การป้องปรามโดยการลงโทษที่เป็นตัวเงิน (deterrence with monetary sanction)

¹⁶ เรื่องเดียวกัน.

การป้องปรามโดยการลงโทษที่เป็นตัวเงินนั้น สมมติว่ามีการกระทำความผิดโดยประโยชน์ (gain) ต่อผู้กระทำความผิดนั้น คือ 80 หน่วย และความเสียหายที่เกิดขึ้น (harm) คือ 100 หน่วย ในกรณีนี้ ความเสียหายสูงกว่าประโยชน์จากการกระทำความผิด ในทางนิติเศรษฐศาสตร์ รัฐจึงควรป้องปรามการกระทำความผิดนี้¹⁷ สมมติให้ความน่าจะเป็นในการจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษเท่ากับ 1 ซึ่งหมายความว่าจับกุมได้แน่นอน ค่าปรับสำหรับการกระทำความผิดนี้ที่เหมาะสมที่สุดทางทฤษฎี จะเท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้น คือ 100 หน่วย อย่างไรก็ตาม ความน่าจะเป็นในการจับกุมผู้ฝ่าฝืนกฎหมายมาลงโทษมักน้อยกว่า 1 เช่น สมมติให้ความน่าจะเป็นในการจับกุมผู้ฝ่าฝืนกฎหมายเท่ากับร้อยละ 50 และให้ค่าปรับเท่ากับ 100 หน่วย ดังนั้น ค่าปรับที่ผู้กระทำความผิดคาดคะเนไว้ (Expected fine) จะเท่ากับ 50 หน่วย จะเห็นว่าในกรณีนี้ประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดคาดคะเนไว้สูงกว่าต้นทุนที่คาดคะเนว่าจะเกิดขึ้น ซึ่งทำให้เกิดแรงจูงใจในการกระทำความผิด ดังนั้น เพื่อจะป้องปรามไม่ให้มีการกระทำความผิด รัฐควรตั้งค่าปรับไว้ที่ 200 หน่วย หรือเท่ากับความเสียหายหารด้วยความน่าจะเป็นในการจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

สำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นกลางต่อความเสี่ยง (Risk neutral)¹⁸ ส่วนผสมของการลงโทษปรับและความน่าจะเป็นในการจับกุมมาลงโทษที่ให้ผลลัพธ์เป็นค่าคาดคะเนที่เท่ากันจะส่งผลป้องปรามที่เหมือนกัน เช่น ถ้าความเสียหายจากการกระทำความผิดเท่ากับ 100 หน่วย เมื่อความน่าจะเป็นในการจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษเท่ากับร้อยละ 50 ค่าปรับควรเท่ากับ 200 หน่วย แต่หากความน่าจะเป็นในการจับกุมลดลงเหลือร้อยละ 10 ค่าปรับควรเพิ่มขึ้นเป็น 1,000 หน่วย ซึ่งจะทำให้บุคคลที่เป็นกลางต่อความเสี่ยงไม่รู้สึกรู้สีกแตกต่าง (indifferent) ระหว่าง 2 กรณีข้างต้น เพราะการลงโทษที่คาดว่าจะเกิดขึ้นเท่ากับ 100 หน่วยเท่ากันทั้งสองกรณี¹⁹

¹⁷ ในทางทฤษฎี รัฐควรจะป้องปรามการกระทำความผิดที่ต้นทุนทางสังคม (social cost) สูงกว่าประโยชน์ของสังคม (social benefit) ที่เกิดจากการกระทำความผิดนั้น ในทางตรงกันข้าม หากประโยชน์จากการกระทำความผิดสูงกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น รัฐไม่ควรป้องปรามการกระทำความผิดนั้น

¹⁸ ในกรณีที่มีความเสี่ยง (risk) หรือความน่าจะเป็น (probability) มาเกี่ยวข้องกับ การตัดสินใจของบุคคล ในทางเศรษฐศาสตร์จะแบ่งบุคคลออกเป็น 3 ประเภท คือ บุคคลที่เป็นกลางต่อความเสี่ยง (risk neutral) บุคคลที่ไม่ชอบความเสี่ยง (risk aversion) และบุคคลที่ชอบเสี่ยง (risk lover)

¹⁹ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ. รายงานการวิจัย, โครงการการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์ (Economic Analysis of Criminal Laws). หน้า 19 - 20.

ผลกระทบสำคัญของการใช้บทลงโทษที่ใช้ค่าปรับ คือ การมีต้นทุนทางสังคมเกิดขึ้นต่ำ เนื่องจากการปรับเป็นเพียงการโอน (Transfer) ทรัพย์สินจากผู้กระทำความผิดไปให้แก่รัฐ ซึ่งมีต้นทุนในการจัดเก็บไม่สูงมากนัก โดยเฉพาะเมื่อเทียบกับการจำคุก ดังนั้นบทลงโทษที่มีประสิทธิภาพ ในทางทฤษฎี คือ การปรับให้สูงที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และความน่าจะเป็นในการจับกุมต่ำที่สุดเพื่อลดต้นทุน เช่น รัฐควรปรับผู้กระทำความผิด 1,000 หน่วย ด้วยความน่าจะเป็นในการจับกุมร้อยละ 10 มากกว่าที่จะปรับ 200 หน่วย ด้วยความน่าจะเป็นร้อยละ 50 เพราะในสายตาของผู้กระทำความผิดที่เป็นกลางต่อความเสี่ยง ทั้งสองกรณีมีผลป้องปรามไม่แตกต่างกัน แต่สำหรับรัฐแล้ว กรณีแรกจะมีต้นทุนต่ำกว่ากรณีที่สอง ดังนั้น ในทางทฤษฎีแล้วค่าปรับควรจะให้สูงสุดจนกระทั่งเท่ากับทรัพย์สินทั้งหมดของผู้กระทำความผิด เนื่องจากความน่าจะเป็นในการจับกุมมักจะมีค่าต่ำ และการเพิ่มขึ้นของค่าปรับไม่ได้เพิ่มต้นทุนแก่สังคมแต่อย่างใด²⁰

1.2.2 การป้องปรามโดยการลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงิน (deterrence with non-monetary sanction)

การลงโทษที่ไม่ใช่ตัวเงิน ได้แก่ การจำคุก การภาคทัณฑ์ การประหารชีวิต การระงับใบอนุญาต การลงโทษโดยชุมชน การเปิดเผยชื่อของผู้กระทำความผิดเพื่อประจานให้เกิดความอับอาย เป็นต้น ทั้งนี้ รูปแบบของการลงโทษที่ไม่ใช่ตัวเงินที่นิยมใช้มากที่สุด คือ การจำคุก การลงโทษที่ไม่ใช่ตัวเงินแตกต่างจากการลงโทษด้วยการปรับ ในแง่ที่ทำให้เกิดต้นทุนทางสังคม (social cost) ในการบังคับใช้ โดยเฉพาะการจำคุกจะก่อให้เกิดต้นทุนสูง เพราะจะต้องสร้างเรือนจำเพื่อคุมขังนักโทษ ตลอดจนมีค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในระหว่างที่นักโทษถูกคุมขัง นอกจากนี้ โดยทั่วไปแล้วต้นทุนความทุกข์ยาก (disutility) ของผู้ถูกลงโทษจากการจำคุก มักจะสูงกว่าโทษปรับ อีกทั้งนักโทษที่ถูกคุมขังยังถูกแยกออกจากตลาดแรงงาน ซึ่งทำให้เกิดต้นทุนค่าเสียโอกาส (opportunity cost) จากกำลังแรงงานที่หายไปจากระบบเศรษฐกิจ นอกจากนี้ นักโทษมักจะมีประสิทธิภาพในการผลิต (productivity) น้อยลงหลังจากที่ได้รับการปล่อยตัวจากคุก เนื่องจากถูกแยกออกจากตลาดแรงงานเป็นเวลานาน และมีตราบาป (stigma) จากการที่เคยถูกจำคุก ซึ่งส่งผลให้หางานได้ยาก การลดลงของประสิทธิภาพในการทำงานและการหางานได้ยากอาจทำให้ลดต้นทุนค่าเสียโอกาสของการกระทำอาชญากรรม และเพิ่มความน่าจะเป็นที่บุคคลจะกลับไปประกอบอาชญากรรมอีกครั้ง โดยหลักแล้ว การลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงินควรใช้เสริมกับการลงโทษด้วยการปรับเท่านั้น เนื่องจากการลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงิน โดยเฉพาะการจำคุกจะก่อให้เกิดต้นทุนทางสังคม

²⁰ เรื่องเดียวกัน.

ที่สูง กล่าวคือ หากผู้กระทำความผิดมีทรัพย์สินมากกว่าค่าปรับที่เหมาะสมที่สุด ผู้กระทำความผิดนั้นควรถูกลงโทษด้วยการปรับเท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากผู้กระทำความผิดมีทรัพย์สินน้อยกว่าค่าปรับที่เหมาะสมที่สุด บทลงโทษที่ควรใช้ก็คือ การปรับทรัพย์สินทั้งหมดบวกกับการลงโทษโดยการจำคุก กรณีนี้มักจะเกิดขึ้นหากการกระทำผิดก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมาก เช่น การก่ออาชญากรรมต่าง ๆ จนค่าปรับอย่างเดียวอาจไม่สามารถป้องปรามได้ หรือกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นคนยากจน²¹

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า เป้าหมายหลักของระบบยุติธรรมทางอาญา คือ การป้องปรามไม่ให้เกิดอาชญากรรม (Deterrence) ผ่านบทลงโทษทางกฎหมาย ทั้งบทลงโทษที่เป็นตัวเงิน และไม่เป็นตัวเงิน โดยการออกแบบระบบลงโทษทางอาญาที่เหมาะสมจำต้องเข้าใจลักษณะแบบแผนของพฤติกรรมของอาชญากรเสียก่อน เพื่อให้สามารถออกแบบโครงสร้างสิ่งจูงใจเพื่อปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของอาชญากรได้อย่างมีประสิทธิภาพ

Becker บุกเบิกการศึกษานิติศาสตร์ด้วยการใช้เครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์ ได้อธิบายเกี่ยวกับแบบจำลองว่าด้วยการเลือกอย่างมีเหตุมีผลมาอธิบายโลกอาชญากรรมไว้ในบทความ Crime and Punishment: An Economic Approach ของ Gary Becker (1968)²² ดังนี้

แบบจำลองดังกล่าวอธิบายพฤติกรรมของอาชญากร โดยมีข้อสมมติตั้งต้นว่า อาชญากรเป็นสัตว์เศรษฐกิจ มีความมีเหตุมีผลทางเศรษฐศาสตร์ และตอบสนองต่อสิ่งจูงใจ หรือเป็นนักคิดคำนวณที่มีเหตุมีผลเหมือนดังเช่นปัจเจกชนทั่วไป อาชญากรจะตัดสินใจก่ออาชญากรรมหากประเมินว่าผลประโยชน์ของการก่ออาชญากรรมสูงกว่าต้นทุนของการก่ออาชญากรรม กระนั้น ผลประโยชน์และต้นทุนของการก่ออาชญากรรมอยู่บนพื้นฐานของความไม่แน่นอนในอนาคต เช่น การได้รับผลประโยชน์ของการก่ออาชญากรรมขึ้นอยู่กับความสำเร็จของปฏิบัติการ ซึ่งไม่แน่นอนว่าจะทำสำเร็จเสมอหรือไม่ ขณะที่ต้นทุนของการก่ออาชญากรรมขึ้นอยู่กับประเมินความเสี่ยงที่จะถูกจับกุม และโดนลงโทษทางกฎหมาย

ดังนั้น การประเมินผลประโยชน์และต้นทุนของอาชญากรจึงต้องเป็นการเปรียบเทียบ “ผลประโยชน์คาดคะเน” (Expected Benefits) กับ “ต้นทุนคาดคะเน” (Expected Costs) ตัวอย่างเช่น ในการลักทรัพย์ ผลประโยชน์คาดคะเน คือ มูลค่าทรัพย์สินคูณกับโอกาสหรือความน่าจะเป็น (Probability) ที่จะลักทรัพย์สำเร็จ ส่วนต้นทุนคาดคะเน คือ มูลค่าโทษปรับ (หรือการประเมินต้นทุนจากการถูกจำคุก) คูณกับโอกาสที่จะถูกจับกุม เป็นต้น หากอาชญากรประเมินว่า

²¹ เรื่องเดียวกัน.

²² Becker, Gary, Crime and Punishment: An Economic Approach. Journal of Political Economy 76: 169 – 217.

ผลประโยชน์คาดคะเนสูงกว่าต้นทุนคาดคะเน ก็จะประกอบอาชีพการงาน หากอาชีพการตัดสินใจ เลือกว่าจะประกอบอาชีพการงานอะไร เขาก็จะเลือกการก่ออาชีพการงานที่ให้ผลประโยชน์คาดคะเน สูงสุดแก่ตัวเขาสูงที่สุด²³

โดยทั่วไป ผลประโยชน์ที่ได้รับจากการก่ออาชีพการงาน ได้แก่

- (1) เงินที่ได้จากการก่ออาชีพการงาน
 - (2) ความสุขที่ได้จากการก่ออาชีพการงาน
- ส่วนต้นทุนของการก่ออาชีพการงาน ได้แก่

- (1) ค่าใช้จ่ายในการทำความผิด
- (2) บทลงโทษ เช่น ค่าปรับ การถูกจำคุก
- (3) ต้นทุนค่าเสียโอกาสของการเตรียมการ การก่ออาชีพการงาน และการถูกจำคุก

ในกรณีที่โดนจับกุมและถูกตัดสินใจมีความผิด เช่น การเสียโอกาสในการทำงาน การสูญเสียรายได้

- (4) トラบาปติดตัว เช่น การมีประวัติอาชญากร ซึ่งส่งผลกระทบต่อโอกาส

ในการประกอบอาชีพและการใช้ชีวิตภายนอกหน้า เป็นต้น

แนวคิดหลักในการป้องปรามอาชญากรรมโดยภาครัฐ คือ การเพิ่มต้นทุนคาดคะเนของ อาชญากรในการก่ออาชญากรรม ได้แก่

- (1) การเพิ่มบทลงโทษให้หนักขึ้น
- (2) การเพิ่มโอกาสหรือความน่าจะเป็นในการจับกุมมาดำเนินคดี
- (3) การเพิ่มต้นทุนในการเข้าถึงเครื่องมือในการประกอบอาชญากรรม
- (4) การเพิ่มต้นทุนค่าเสียโอกาสของอาชญากรในการก่ออาชญากรรม โดยการเพิ่ม

มูลค่าของทางเลือกอื่นที่เขาเผชิญให้สูงขึ้น

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบบทลงโทษทางกฎหมายเพื่อป้องปรามอาชญากรรมทั้งที่กล่าว มาข้างต้น กล่าวโดยเฉพาะกรณีของบทลงโทษที่เป็นตัวเงิน คือ ค่าปรับ และบทลงโทษที่ไม่เป็น ตัวเงิน คือ การจำคุก จะเห็นได้ว่า บทลงโทษที่เป็นตัวเงิน เช่น การปรับเงิน ไม่สิ้นเปลืองทรัพยากร ของสังคม เพราะเป็นเพียงการจ่ายโอนทรัพย์สินระหว่างผู้กระทำความผิดกับภาครัฐ ในทางตรงกัน ข้าม กลับสร้างรายได้แก่รัฐด้วย ส่วนกรณีบทลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงิน เช่น การจำคุก แม้อาจจะมี ศักยภาพในด้านการป้องปรามการก่ออาชญากรรม แต่สร้างต้นทุนต่อสังคมในการบังคับใช้ ต้องใช้ ทรัพยากรของสังคมจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งโทษจำคุกซึ่งมีต้นทุนในการก่อสร้างเรือนจำ ต้นทุนในการบริหารจัดการเรือนจำ ต้นทุนในการบำรุงรักษาเรือนจำ เป็นต้น นอกจากนี้

²³ ปกป้อง จันวิทย์. ความรู้เบื้องต้นว่าด้วยนิติเศรษฐศาสตร์. หน้า 18 - 19.

หากพิจารณาในแง่ของผู้รับโทษ การจำคุกเป็นการแยกนักโทษที่มีศักยภาพในการผลิตออกจากตลาดแรงงาน นักโทษจึงเผชิญต้นทุนค่าเสียโอกาสจากการถูกจำคุก ได้แก่ รายได้ที่ขาดหายไป ระหว่างการถูกจำคุก รวมถึงเผชิญโอกาสในการประกอบอาชีพ และตั้งต้นชีวิตใหม่ในอนาคต เมื่อพ้นโทษลดน้อยลง เพราะในช่วงถูกคุมขัง เครือข่ายการทำงานต้องสูญเสียไป ทักษะในการทำงานก็ถดถอยลง เมื่อออกจากคุกจึงมีผลิตภาพและทุนมนุษย์ต่ำลง อีกทั้ง トラบาปที่ติดตัวทำให้หางานได้ยากขึ้น ทั้งหมดนี้ ทำให้ต้นทุนค่าเสียโอกาสของการก่ออาชญากรรมเมื่อพ้นโทษต่ำลง ส่งผลให้ผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษมีโอกาสกลับมาก่ออาชญากรรมซ้ำอีก ทั้งนี้ ต้นทุนค่าเสียโอกาสมิได้เกิดขึ้นเฉพาะนักโทษเท่านั้น ดังคมก็เผชิญต้นทุนค่าเสียโอกาสทางเศรษฐกิจด้วย เนื่องจากกำลังแรงงานที่มีศักยภาพในการผลิตถูกกันออกไปจากตลาดแรงงาน เศรษฐกิจจึงเผชิญผลิตผลและรายได้ที่ขาดหายไป ซึ่งส่งผลกระทบต่ออัตราการเติบโตทางเศรษฐกิจ

ด้วยหลักการดังกล่าว นิติเศรษฐศาสตร์จึงสนับสนุนการลงโทษที่เป็นตัวเงิน อย่างค่าปรับ เพราะไม่ก่อต้นทุนต่อสังคม การลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงิน เช่น การจำคุก ควรมีสถานะเพียงการป้องปราม “เสริม” จากค่าปรับเท่านั้น หากผู้กระทำความผิดมีทรัพย์สินมากกว่าระดับค่าปรับที่เหมาะสม ควรลงโทษด้วยการปรับเท่านั้น แต่หากทรัพย์สินไม่เพียงพอต่อการชำระค่าปรับที่เหมาะสมตามความคิด ก็ต้องบวกเพิ่มโทษจำคุกเข้าไปด้วย หลังจากปรับทรัพย์สินทั้งหมด เพื่อให้คู่ควรแก่ความผิดที่ก่อ ส่วนในกรณีเป็นอาชญากรรมที่รุนแรงมาก อันตรายมาก หรือสร้างความเสียหายมากจนค่าปรับโดยลำพังมีอาจป้องปรามได้ ก็ควรใช้โทษจำคุกเป็นเครื่องมือในการป้องปราม

อย่างไรก็ตาม แม้โทษจำคุกจะดูเสมือนว่าไม่มีความคุ้มค่าในเชิงนิติเศรษฐศาสตร์ เมื่อเทียบกับการจ่ายค่าปรับ แต่หน้าที่ทางสังคมและทางกฎหมายของการจำคุกก็ยังคงมีความสำคัญ เพราะโทษจำคุกมีศักยภาพในการป้องปรามการก่ออาชญากรรมอย่างที่การลงโทษด้วยค่าปรับมีอาจทดแทนได้โดยสมบูรณ์ สำหรับผู้มีฐานะทางการเงินที่ดี การถูกลงโทษเพียงการปรับเงินอาจไม่ส่งผลต่อการป้องปรามพฤติกรรมกระทำความผิดกฎหมายของคนเหล่านี้ได้ เพราะมีเงินมากเสียจนทำให้คุณค่าของเงินหน่วยหลัง ๆ ลดต่ำลงเรื่อย ๆ จนอาจไม่รู้สึกลาบากจากการถูกปรับ โทษจำคุกจึงมีประโยชน์ในการป้องปรามอาชญากรรมบางประเภทกับคนบางประเภท ด้วยเหตุที่มนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะรวยหรือจน ต่างกลัวการสูญเสียอิสรภาพและการเผชิญชีวิตความเป็นอยู่ที่ยากลำบากในคุก กระบวนการยุติธรรมที่เป็นธรรมไม่ควรเปิดโอกาสให้ผู้กระทำผิดที่มีฐานะร่ำรวยสามารถซื้ออิสรภาพได้ในขณะที่ผู้กระทำผิดที่มีฐานะยากจนต้องถูกจำคุกเนื่องจากมีทรัพย์สินไม่เพียงพอจ่ายค่าปรับ

นอกจากนี้ บทลงโทษที่เหมาะสมต้องคำนึงถึงแนวคิดการป้องปรามส่วนเพิ่ม (Marginal Deterrence) ด้วย กล่าวคือ หลักการป้องปรามอาชญากรรมต้องกำหนดบทลงโทษให้แตกต่างกันตามประเภทของอาชญากรรมที่มีระดับความรุนแรงและความเสียหายไม่เท่ากัน โดยกำหนดบทลงโทษสูงที่สุดแก่อาชญากรรมประเภทที่มีความรุนแรงมากที่สุด แล้วกำหนดบทลงโทษลดหลั่นกันลงมาตามขนาดความรุนแรงของอาชญากรรมจากการฆ่าคนตายไล่ลงมาถึงการลักเล็กขโมยน้อย เพื่อเพิ่มต้นทุนส่วนเพิ่มแก่การประกอบอาชญากรรมที่มีระดับความรุนแรงสูงขึ้น ทำให้อาชญากรไม่กล้ากระทำความผิดที่รุนแรงขึ้น มิเช่นนั้น อาชญากรจะมีแรงจูงใจที่จะประกอบอาชญากรรมที่มีระดับความรุนแรงสูงมากกว่าที่ต่ำหากกำหนดบทลงโทษของอาชญากรรมต่างประเภทไว้เท่าเทียมกัน

2. ทฤษฎีการลงโทษและการกำหนดโทษทางอาญา

ในคดีอาญาเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นย่อมต้องมีการลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิด เพื่อป้องกันมิให้มีการก่ออาชญากรรมและเป็นการป้องปรามมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นอีก เพื่อให้คนในสังคมอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข ทั้งนี้ การลงโทษทางอาญานั้นมีทั้งโทษที่บังคับเอากับชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด ซึ่งมีจุดประสงค์ในการลงโทษที่แตกต่างกันไป และในการลงโทษนั้นจะต้องมีการบังคับคดีเป็นขั้นตอนสุดท้ายภายหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุด ไม่ว่าจะเป็นการบังคับคดีแพ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือการบังคับคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ก็มีจุดประสงค์เหมือนกันคือ เพื่อให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือจำเลยต้องถูกบังคับชำระหนี้หรือได้รับโทษสำหรับความผิดที่ตนได้ก่อขึ้น

2.1 ความหมายของการลงโทษ

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ กล่าวถึง “โทษ” ไว้ว่า เป็นวิธีการบังคับ (Sanction) ที่รัฐใช้ปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดอาญา ซึ่งมีลักษณะสำคัญ ดังต่อไปนี้²⁴

- (1) โทษต้องเป็นไปตามกฎหมาย
- (2) โทษต้องเป็นไปโดยเสมอภาค
- (3) โทษต้องมีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวของบุคคล

²⁴ พยงค์ สินธุหนาว. การศึกษา เรื่อง การสืบเสาะและพินิจเชิงเปรียบเทียบ. เอกสารประกอบผลงานการกรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม. (2555). หน้า 6 - 7.

การลงโทษ คือ การปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งที่ทำให้ผู้ที่ได้รับการปฏิบัตินั้น ต้องได้รับผลร้าย เนื่องจากได้ฝ่าฝืนแนวปฏิบัติอันเป็นกติกาของสังคม โดยรัฐจะเป็นผู้ทำหน้าที่ จัดการให้ผู้กระทำความผิดได้รับผลร้ายนั้น ๆ การลงโทษเป็นรูปแบบหนึ่งของการป้องกันสังคม จากผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ การป้องกันแบ่งออกเป็น “การป้องกันทั่วไป” คือ การลงโทษตามมาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นมาตรการบังคับทางอาญาที่ใช้ข่มขู่ไม่ให้บุคคลอื่นกระทำความผิดในทางเดียวกัน หรือเป็นแบบอย่างซึ่งบังคับจิตใจของบุคคลทั่วไปที่คิดจะกระทำความผิดอย่างเดียวกัน ได้งดความคิดนั้น ๆ และ “การป้องกันพิเศษหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัย” เป็นมาตรการบังคับทางอาญา ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการป้องกันพิเศษ เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ที่เคยกระทำความผิดกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก และเพื่อป้องกันไม่ให้มีการกระทำความผิดที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคมอีกในอนาคต โดยใช้มาตรการฟื้นฟูและป้องกันประเภทต่าง ๆ ซึ่งศาลสามารถมีคำสั่งใช้ควบคู่ไปกับการลงโทษ เพื่อตอบสนองต่อภารกิจหลักในการคุ้มครองสังคมและป้องกันการกระทำความผิดกฎหมายอาญา²⁵

กฎหมายอาญาคู่ขนาน (Zweispuriges Strafrecht) ไม่มุ่งเน้นเพียงแต่การใช้ “โทษ” เป็นมาตรการบังคับทางอาญาเพื่อลงโทษแก่บุคคลที่กระทำความผิด แต่ให้โอกาสบุคคลที่จะแก้ไขพฤติกรรมเสียให้กลับเป็นคนดีและกลับคืนสู่สังคมโดยการเลือกใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย เป็นมาตรการป้องกันพิเศษอีกประการหนึ่ง โดยการนำมาบังคับใช้แทนมาตรการลงโทษทางอาญา เพื่อใช้ควบคู่กันไปเพื่อการดำเนินคดีอาญา และการอำนวยความสะดวกทางอาญาสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ ทั้ง 2 ประการของกฎหมายอาญา ได้แก่²⁶

ประการที่หนึ่ง การป้องกันทั่วไป (Generalprävention/general prevention) เป็นวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการหนึ่งที่ได้รับการยอมรับในทางกฎหมายอาญา กล่าวคือ เป็นการใช้โทษเพื่อการข่มขู่ผู้อื่นมิให้กระทำความผิดในทำนองเดียวกันนั้น หรือเพื่อให้เป็นแบบอย่างซึ่งบังคับจิตใจบุคคลทั่วไปที่คิดจะกระทำความผิดอย่างเดียวกันในห้วงวันความคิดนั้น ๆ เสีย²⁷ เป็นการลงโทษการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายเพื่อให้ผู้กระทำความผิดทราบว่าได้กระทำ

²⁵ ธาณี วรภัทร์. *หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2558. หน้า 33 – 34.

²⁶ เรื่องเดียวกัน.

²⁷ หยุด แสงอุทัย. *กฎหมายอาญา ภาค 1*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2537. หน้า 251. อ้างถึงใน คณิต ณ นคร. *กฎหมายอาญากฎทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2551. หน้า 377.

ในสิ่งที่สังคมไม่ยอมรับและให้บุคคลอื่นเห็นว่าหากมีการกระทำเช่นนี้เกิดขึ้น การกระทำนั้นก็จะไม่เป็นที่ยอมรับบุคคลย่อมจำต้องได้รับโทษจากการกระทำที่ผิดต่อกฎหมาย

ประการที่ สอง การป้องกัน พิเศษ (Spezialprävention/special prevention) เป็นวัตถุประสงค์อีกประการหนึ่งของกฎหมายอาญาที่จะป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดนั้นกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันนั้นซ้ำอีก²⁸ ทั้งนี้ โดยการลงโทษผู้นั้นหรือโดยการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยแก่ผู้นั้น เป็นการป้องกันมิให้ผู้ที่เคยกระทำความผิดกลับมาก่ออันตรายต่อสังคมอีกในอนาคต โดยการใช้มาตรการฟื้นฟูและป้องกันประเภทต่าง ๆ

2.2 โทษทางอาญา และวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญา

“โทษ” คือ เครื่องมือทางกฎหมาย เป็นวิธีการที่มนุษย์สร้างขึ้นมาใช้กับมนุษย์ด้วยกันที่ฝ่าฝืนหรือล่วงละเมิดต่อระเบียบสังคมที่มีฐานะเป็นกฎหมายอาญา อันเป็นการกระทำที่ผลกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายของบุคคล หรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม มีผลตอบสนองต่อเหยื่อผู้ได้รับความเสียหาย คนในสังคมและรัฐ เพื่อให้มีผลในการรักษาความสงบเรียบร้อยและการดำรงชีวิตที่ปกติในสังคม ดังนี้ โทษจึงต้องสร้างความเกรงกลัวและก่อผลร้ายที่ผู้กระทำได้รับเนื่องจากผลร้ายที่เขาได้ก่อให้เกิดขึ้น ซึ่งอาจเป็นไปในทางทรัพย์สิน เสรีภาพ ชีวิต ร่างกาย เป็นต้น เช่นนี้การใช้ “โทษ” จึงต้องตอบสนองทางสังคม ว่าโทษจะนำมาใช้กับบุคคลเมื่อมีการกระทำตามผิดกฎหมาย โดยจะต้องถูกกำหนดและใช้โดยผู้ที่มีอำนาจที่แสดงถึงการดำเนินผู้กระทำผิดโทษถูกกำหนดขึ้นโดยผู้ที่มีอำนาจในการลงโทษ และทำให้ผู้ได้รับโทษได้รับผลร้ายในทางกฎหมายอาญานั้น เนื้อความของกฎหมายจะกำหนดว่าอะไรบ้างเป็นโทษ ซึ่งนอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติแล้วก็จะไม่ใช่โทษและรัฐเท่านั้นที่จะเป็นผู้ลงโทษตามกฎหมาย ทั้งนี้ ต้องเป็นไปตามวิธีที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย ดังที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ความว่า²⁹

“บุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

²⁸ เรื่องเดียวกัน.

²⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2.

เช่นเดียวกับในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่ว่าอำนาจตามกฎหมายที่ทำให้รัฐสามารถที่จะลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดได้นั้น เริ่มมาจากประมวลกฎหมายอาญา³⁰ มาตรา 1³¹ บทบัญญัตินี้คือ หลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (nullum crimen, nulla poena sine lege) หรือหลักนี้ในทางวิชาการเรียกว่า “หลักไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” อันเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา” และเป็น “หลักกฎหมายในรัฐธรรมนูญ”

ศาสตราจารย์ฮาร์ท (H.L.A.Hart) ศาสตราจารย์เบ็น (S.I.Benn) และศาสตราจารย์ฟูล (A. Flew) ได้ให้ความหมายของโทษอาญาไว้ว่า โทษทางอาญา ต้องมีลักษณะสำคัญ 5 ประการได้แก่³²

- (1) โทษจะต้องมีผลให้ผู้ที่ได้รับโทษ ได้รับความทุกข์ทรมานอย่างใดอย่างหนึ่ง อาจเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพทางร่างกาย การได้รับความเจ็บปวดทางกาย หรือการสูญเสียทรัพย์สินอื่น ๆ
- (2) โทษจะต้องใช้ต่อผู้กระทำความผิดกฎหมาย หมายถึง ผู้กระทำความผิดกฎหมายเท่านั้น ที่จะต้องถูกลงโทษ จะนำบุคคลอื่นที่มีได้กระทำความผิดมารับโทษมิได้
- (3) โทษจะต้องมีขึ้นเมื่อมีการกระทำความผิดกฎหมาย หมายถึง ต้องมีการกระทำความผิดกฎหมายเสียก่อนจึงจะลงโทษได้ หากไม่มีการกระทำความผิดกฎหมายก็ลงโทษไม่ได้
- (4) โทษจะต้องเป็นวิธีการซึ่งบุคคลใดบุคคลหนึ่งนอกจากตัวผู้กระทำความผิดนำมาใช้กับผู้กระทำความผิดนั้น หากผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำความผิดนั้นเอง ย่อมไม่นับเป็นโทษทางอาญาตามนัยนี้
- (5) โทษจะต้องเกิดจากผู้มีอำนาจที่จะกระทำให้เกิดผลร้ายนั้นขึ้นมาได้ หมายถึง โทษนั้นต้องผ่านกระบวนการตามกฎหมาย ผู้มีอำนาจตามกฎหมายจึงจะเป็นผู้ให้ผลร้ายได้

³⁰ Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB). As promulgated on 13 November 1998 Federal Law Gazette I, p.945, p. 3322. อ้างถึงใน ธานี วรภัทร์. เอกสารวิชาการส่วนบุคคล เรื่อง หลักนิติธรรมกับการใช้มาตรการบังคับทางอาญา. หลักสูตร หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 1 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. 2556. หน้า 5.

³¹ Section 1 No punishment Without a Law.

³² สัญญาพงศ์ ลิ้มประเสริฐ สุธีราภรณ์ แสงจันทร์ศรี และอนิสมา มานะทน. การลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญา (Criminal Offenders' Punishment) งานประชุมวิชาการระดับชาติ มหาวิทยาลัยรังสิต ประจำปี 2562. วันที่ 26 เมษายน 2562. หน้า 1484 – 1493.

ปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยได้บัญญัติในเรื่องโทษทางอาญาไว้ซึ่งสามารถจำแนกโทษทางอาญาออกเป็น 5 ประเภท ได้แก่³³

- (1) โทษประหารชีวิต
- (2) โทษจำคุก
- (3) โทษกักขัง
- (4) โทษปรับ
- (5) โทษริบทรัพย์สิน

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า โทษทางอาญา สามารถแบ่งตามสภาพบังคับทางอาญาได้ ดังนี้

โทษทางอาญาที่บังคับกับชีวิต ได้แก่ โทษประหารชีวิต โทษดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่จะตัดโอกาสในการกระทำความผิดของอาชญากรให้หมดไปจากสังคมอย่างถาวรและเป็นการทดแทนการกระทำความผิดที่บุคคลดังกล่าวได้ก่อขึ้นแก่สังคม ซึ่งโทษประหารชีวิตมักจะใช้กับผู้กระทำความผิดที่ประกอบอาชญากรรมที่มีลักษณะรุนแรง มีผลกระทบต่อความรู้สึกของสังคมค่อนข้างสูง เช่น ความผิดเกี่ยวกับชีวิต หรือความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ เป็นต้น

โทษทางอาญาที่บังคับกับเสรีภาพ ได้แก่ โทษจำคุกและโทษกักขัง โดยโทษดังกล่าวจะมีวัตถุประสงค์ไปในทางแก้แค้นทดแทนผู้กระทำความผิดให้แก่ผู้เสียหายและสังคมที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิด และเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเป็นการชั่วคราว ทั้งนี้ ระหว่างที่ผู้กระทำความผิดได้รับโทษอยู่นั้นก็จะมีมาตรการในการฟื้นฟูสภาพจิตใจของผู้ต้องโทษ รวมทั้งการฝึกอาชีพและอบรมความรู้เพื่อให้บุคคลดังกล่าวสามารถกลับเข้าสู่สังคมได้อีกครั้งหนึ่ง

โทษทางอาญาที่บังคับกับทรัพย์สิน ได้แก่ โทษปรับและโทษริบทรัพย์สิน ซึ่งโทษริบทรัพย์สินนั้น มีวัตถุประสงค์ที่จะบังคับเอากับบรรดาทรัพย์สินที่ผู้กระทำความผิดได้มาจากการกระทำความผิด โดยถือว่าทรัพย์สินเงินทองเหล่านั้นผู้กระทำความผิดไม่ควรได้รับเพราะเป็นทรัพย์สินที่ได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งทรัพย์สินบางประเภทยังเป็นสิ่งที่โดยสภาพของตัวทรัพย์สินนั่นเองเป็นของที่ผิดกฎหมาย เช่น ยาเสพติด อาวุธสงคราม สื่อลามกอนาจาร เป็นต้น หรือในความผิดบางประเภทที่มีลักษณะไม่รุนแรงก็อาจบังคับใช้โทษปรับแก่ผู้กระทำความผิดเพื่อให้เกิดความเข็ดหลาบ เป็นต้น

³³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18.

ในทางทฤษฎีหรือปรัชญาการลงโทษ ใช้อธิบายถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญาไว้ ดังนี้³⁴

2.2.1 การลงโทษเพื่อเป็นการทดแทน³⁵ (Retribution)

ตามวัตถุประสงค์ข้อนี้ การลงโทษจะเป็นไปเพื่อความยุติธรรม ผู้ใดกระทำความผิดก็จะต้องได้รับโทษเป็นการทดแทน กล่าวคือ การกระทำความผิดเป็นกรรมชั่ว เมื่อผู้ใดกระทำความผิดก็ต้องชดใช้กรรมของตนโดยการรับโทษ นักปรัชญาชาวเยอรมัน Immanuel Kant ได้ให้เหตุผลสนับสนุนความคิดตามทฤษฎีนี้ และยังมีความคิดว่า ถ้าสังคมไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดก็เท่ากับสังคมยอมรับรองการกระทำของเขา และด้วยเหตุนี้ก็มีผลเสมือนว่าสังคมเป็นผู้สนับสนุนให้กระทำผิด และท่านได้กล่าวไว้ในหนังสือ Philosophy of Law ว่า “จะใช้การลงโทษเป็นเพียงเครื่องมือเพื่อให้เกิดประโยชน์อย่างอื่นไม่ได้ ไม่ว่าจะเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ลงโทษเองหรือแก่สังคมเป็นส่วนรวมก็ตาม

วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนก็มีจุดอ่อนหลายประการ คือ³⁶

1) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนไม่ได้พิจารณาถึงประโยชน์ในอนาคต คือ ไม่ได้พิจารณาถึงว่าการลงโทษนั้นจะมีผลในการป้องกันไม่ให้มีการกระทำผิดเกิดขึ้นอีกหรือไม่ การลงโทษเพื่อการทดแทนมิได้ทำให้เกิดผลอะไรกลับคืนมาในเชิงความคิดในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมในอนาคต

2) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนไม่ได้คำนึงถึงความจำเป็นของสังคม แต่คำนึงถึงความเหมาะสมของโทษกับความผิดที่กระทำ ฉะนั้นเมื่อได้ลงโทษผู้กระทำตามอัตราโทษแล้ว ก็ต้องปล่อยตัวออกมาทั้ง ๆ ที่ยังเป็นอันตรายต่อสังคมอยู่ หรือเช่นกรณีการตัดมือผู้กระทำความผิดฐานลักทรัพย์ สังคมจะไม่ได้อะไรจากการลงโทษดังกล่าว นอกจากคนพิการที่สังคมจะต้องเป็นภาระเลี้ยงดูต่อไป

3) เป็นการยากมากที่จะวัดขนาดความรุนแรงของโทษกับความผิดว่ามีความเท่าเทียมกันจริงหรือไม่ เพราะในสภาพความเป็นจริง สังคมยังไม่สามารถมีมาตรการใด ๆ ที่จะลงโทษให้ได้สัดส่วนกับความผิดอย่างแท้จริงได้ เช่น กรณีการลักทรัพย์ การจะลงโทษอย่างไรจึงจะสาสม หากจะใช้โทษจำคุกจะต้องจำคุกกี่ปีจึงจะทดแทนกันได้ เป็นเรื่องของความรู้สึกทั้งสิ้น

³⁴ อุททิศ แสตนโกติก. “หลักกฎหมายอาญา: การลงโทษ” อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ. ณ วัดธาตุทอง 23 มีนาคม 2515. ม.ร.พ. อ้างถึงใน ชานี วรภัทร์. หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2553. หน้า 32 - 36.

³⁵ Clemens Bartollas. *Invitation to Corrections*. Boston: USA. Allyn & Bacon, 2002. P. 71 - 72.

³⁶ นันทิ จิตสว่าง. *หลักทัณฑ์วิทยา*. กรุงเทพมหานคร: กรมราชทัณฑ์. ม.ป.พ.. หน้า 24 - 25.

ยังไม่มีมาตรฐานใด ๆ ที่วัดได้ว่าทดแทนกันได้ ปัญหาจึงเกิดว่าผู้กระทำผิดถูกลงโทษอย่างยุติธรรม หรือผู้เสียหายได้รับการตอบแทนที่ยุติธรรมหรือไม่

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นตอบแทน (Retribution) เป็นทฤษฎีการลงโทษที่เก่าแก่ที่สุดอย่างหนึ่ง ตามแนวความคิดในการลงโทษเพื่อแก้แค้นผู้กระทำความผิด โดยมีพื้นฐานความคิดมาจากลัทธิเจตจำนงเสรีที่เรียกว่า Free Will ลัทธินี้มีความเชื่อว่า มนุษย์ที่เกิดมาบนโลกใบนี้ทุกคน ล้วนแต่มีเหตุและมีผล มีอิสระและเสรีภาพในทางความคิด มีเสรีภาพที่จะกระทำการใด ๆ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความคิด ความเชื่อ และการตัดสินใจของตนเอง นอกจากนี้ มนุษย์ยังมีความสามารถในการใช้เหตุผล การกระทำการใด ๆ มนุษย์ย่อมมีเหตุผลเป็นของตนเอง ดังนั้น มนุษย์จึงต้องรับผิดชอบต่อสิ่งต่าง ๆ อันเกิดจากการกระทำของตน หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ดี เขาย่อมได้รับผลตอบแทนที่ดี แต่หากเป็นการกระทำที่ไม่ดีหรือเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์ของสังคม เขาสมควรได้รับการตำหนิ หรือได้รับการลงโทษจากสังคมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ การที่สังคมลงโทษ เพราะเหตุผลที่มาจากกระทำความผิดของเขา หาใช่สิ่งอื่นใดไม่ เมื่อเขากระทำผิดเขาย่อมสมควรถูกลงโทษ การลงโทษจึงเป็นการทดแทนการกระทำผิดของเขา

ผู้ที่สนับสนุนทฤษฎีนี้ ได้ให้ความเห็นว่า การลงโทษเป็นของคู่กับการกระทำผิด ถ้าสังคมไม่ลงโทษผู้กระทำผิดก็เท่ากับสังคมยอมรับการกระทำของเขา และด้วยเหตุนี้ก็มีผลเหมือนว่าสังคมเป็นผู้สนับสนุนให้กระทำผิด และการลงโทษในทุกกรณีจะต้องเนื่องมาจากเหตุที่ว่าบุคคลซึ่งถูกลงโทษได้กระทำความผิดเท่านั้น และจะใช้การลงโทษเป็นเครื่องมือเพื่อประโยชน์อย่างอื่นไม่ได้ ไม่ว่าจะเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ถูกลงโทษเอง ผู้เสียหาย หรือแก่สังคมเป็นส่วนรวมก็ตาม แต่นักอาชญาวิทยา มีความเห็นว่า ทฤษฎีนี้ ไม่เหมาะสมและไร้มนุษยธรรม ไม่เปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดได้กลับตัวเป็นคนดีเพื่อกลับคืนสู่สังคม การใช้ความรุนแรงเพียงอย่างเดียวโดยไม่คำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่ทำให้ผู้นั้นกลายเป็นผู้กระทำความผิด เป็นการลงโทษที่ไม่เกิดผลดีต่อสังคม

อย่างไรก็ดี อาจกล่าวได้ว่า ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นหรือเพื่อทดแทนนั้น มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อให้เกิดความยุติธรรมต่อผู้เสียหายและสังคม โดยโทษที่ลงแก่ผู้กระทำผิดนั้นจะต้องเป็นสัดส่วนกับความผิดที่เกิดขึ้น เพื่อความยุติธรรมแล้วผู้ซึ่งจงใจกระทำการอันไม่เป็นธรรมจะต้องถูกลงโทษด้วยโทษที่ได้สัดส่วนพอดี ทั้งในสภาพและความหนักเบากับความผิดของเขา ซึ่งการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนเน้นการลงโทษที่มองไปที่อดีต เหตุผลของการลงโทษเป็นไปเพื่อการแก้แค้น ด้วยเหตุดังกล่าวนี้เอง ทำให้วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนลดความสำคัญลงในปัจจุบันแต่ก็ยังคงมีอยู่ ทั้งนี้ เพราะยังสอดคล้องกับความรู้สึกของผู้เสียหายและประชาชนทั่วไปในการที่จะทำให้ผู้กระทำผิดได้รับการลงโทษเพื่อทดแทนให้สาสมกัน

2.2.2 การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่³⁷ (Deterrence)

มีหลักการว่า การลงโทษจะคำนึงถึงแต่เพียงผลของการลงโทษต่อตัวผู้กระทำความผิดเท่านั้นไม่ได้ แต่ต้องคำนึงถึงผลต่อประชาชนทั่วไปด้วย วัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดก็เพื่อประโยชน์ 2 ประการ คือ

- 1) มีผลแก่ตัวผู้กระทำความผิด ทำให้ผู้กระทำความผิดซึ่งถูกลงโทษมีความเข็ดหลาบไม่กล้ากระทำอีก
- 2) เป็นตัวอย่างให้กับคนทั่วไปเห็นว่าเมื่อกระทำผิดแล้วจะต้องได้รับโทษเพื่อคนทั่วไปจะได้ทราบจะได้เกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดขึ้นบ้าง ทำให้เกิดความยับยั้งชั่งใจไม่กล้ากระทำความผิดเช่นนั้นอีก

การข่มขู่ดังกล่าวทำให้เกิดความกลัวที่จะถูกลงโทษ จะทำให้หลายคนไม่กล้ากระทำความผิดแล้ว ยังมีผลทำให้คนทั่วไปคิดว่าการกระทำความผิดเป็นสิ่งที่พึงหลีกเลี่ยง

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่หรือปราบปราม (Deterrence) ตั้งอยู่บนความเชื่อพื้นฐานว่า คนเรากระทำผิดโดยเจตนา และก่อนจะลงมือกระทำนั้นก็ได้พิจารณาใคร่ครวญถึงผลดีผลเสียแล้วจึงจะลงมือทำ หากเขาพิจารณาแล้ว เห็นว่าการกระทำความผิดจะเกิดผลดีมากกว่าก็จะตัดสินใจกระทำผิด ถ้าเห็นว่าจะเกิดผลเสียมากกว่าก็จะไม่กระทำความผิด เพราะฉะนั้นเพื่อป้องกันมิให้คนกระทำผิด รัฐจึงต้องออกกฎหมายกำหนดความผิดและโทษสำหรับความผิดนั้นไว้ให้ชัดเจนและเปิดเผยต่อสาธารณชน เพื่อป้องกันความผิดที่จะเกิดขึ้น โดยคำนึงถึงหลักการของความสุขขึ้นชมยินดี และความเจ็บปวดทุกข์ทรมานมาใช้ประกอบการพิจารณาเพื่อควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ด้วย เมื่อมีผู้กระทำความผิดหรือฝ่าฝืนกฎหมายก็ต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ทั้งนี้ การลงโทษจะต้องกระทำอย่างรวดเร็ว แน่แน่นอน เสมอภาคกัน และรุนแรงตามความเหมาะสมของโทษที่กำหนดไว้ การลงโทษดังกล่าวย่อมมีประโยชน์ต่อสังคมในด้านการลดอาชญากรรมและการกระทำความผิดอาญาอื่น ๆ ตลอดจนเป็นการส่งเสริมให้คนทั่วไปเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย³⁸

³⁷ Stephen Livingstone and Tim Owen, *Prison Law*, 2nd ed. New York: Oxford, 1999. P. 415-416. And Clemens Bartollas, *Invitation to Corrections*. Boston: USA. Allyn & Bacon. 2002. P. 28 - 29.

³⁸ ศัญญาพงศ์ ลิ้มประเสริฐ สุธีราภรณ์ แสงจันทร์ศรี และอนิสมา มานะทน. *การลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญา (Criminal Offenders' Punishment)* งานประชุมวิชาการระดับชาติ มหาวิทยาลัยรังสิต ประจำปี 2562. วันที่ 26 เมษายน 2562. หน้า 1484 – 1493.

นอกจากนี้ การกระทำผิดที่เกิดขึ้นในสังคม เมื่อเกิดขึ้นแล้ว ไม่สามารถที่จะย้อนเวลากลับไปไม่ให้เกิดการกระทำนั้นเกิดขึ้นอีกได้ ดังนั้น เมื่อเกิดการกระทำผิดขึ้นจึงต้องให้ความสำคัญกับการหาทางป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดลักษณะนั้นเกิดขึ้นมาอีกมากกว่าที่จะมุ่งแก้แค้นทดแทนผู้กระทำผิด ทฤษฎีนี้จึงมุ่งใช้วิธีการลงโทษอย่างหนักแน่นแก่ผู้กระทำความผิด เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเข็ดหลาบไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำอีก และเพื่อเป็นเยี่ยงอย่างให้บุคคลอื่นเห็นว่าถ้ากระทำความผิดฐานนั้น ๆ แล้ว จะต้องได้รับโทษอย่างเดียวกัน เมื่อคนทั่วไปเห็นตัวอย่างแล้วก็จะเกิดความกลัว ไม่กล้ากระทำความผิด ซึ่งตามทฤษฎีนี้ ถือว่าเป็นการปลูกฝังศีลธรรมให้แก่บุคคลในสังคมไปด้วย

การที่จะทำให้การลงโทษมีผลในการข่มขวัญและยับยั้งจะต้องทำให้การลงโทษนั้น เรย์ เจฟฟอรีย์ กล่าวไว้ว่าจะต้องมีความแน่นอน รวดเร็ว เสมอภาค และโทษที่เหมาะสม กล่าวคือ มีลักษณะ 4 ประการ³⁹

1) การลงโทษต้องมีความแน่นอนในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นแล้วจะต้องทำให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสหลุดรอดจากการถูกจับกุมลงโทษไปได้ยาก ซึ่งจะมีผลในการข่มขวัญและยับยั้งในคนทั่วไป และผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเสี่ยงกระทำความผิดขึ้นอีก เพราะทำผิดแล้วต้องถูกจับก็ไม่คุ้มค่า

2) การลงโทษจะต้องสามารถกระทำได้อย่างรวดเร็ว เมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นแล้ว จะต้องสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้อย่างรวดเร็วให้ “เห็นผลทันตา” จึงจะทำให้ผู้กระทำความผิดและคนทั่วไปเห็นเป็นตัวอย่างว่าเมื่อกระทำผิดแล้วจะได้รับผลร้ายเช่นไร ในทางตรงกันข้าม หากมีการกระทำผิดเกิดขึ้นแล้ว อีก 3 ปี ต่อมาจึงสามารถจับกุมตัวผู้กระทำความผิดได้ หรืออีก 5 ปี ต่อมาศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิด ก็จะทำให้คนทั่วไปลืมถึงเรื่องราวการกระทำผิดที่เกิดขึ้น และทำให้การลงโทษไม่มีผลในการข่มขวัญยับยั้งเพราะไม่เห็นผลทันตา ดังนั้น หากเป็นกรณีการกระทำผิดในคดีที่สะเทือนขวัญประชาชนหรือคดีที่ประชาชนให้ความสนใจ กระบวนการยุติธรรมโดยตำรวจ อัยการ ศาล อาจารย์ร่วมมือกันในการเร่งดำเนินคดีเพื่อให้ผู้ต้องหาได้รับการพิจารณาตัดสินโดยเร็ว ก็จะทำให้การลงโทษมีผลในการข่มขวัญยับยั้งมากขึ้น

3) การลงโทษต้องมีความเสมอภาค โดยผู้ที่กระทำความผิดต้องถูกลงโทษเท่าเทียมกัน ไม่มีการเลือกปฏิบัติ ซึ่งจะมีผลให้ผู้กระทำความผิดหรือผู้ที่คิดจะทำผิดไม่มีโอกาสแก้ตัวหรือหาทางหลีกเลี่ยงหรือหาข้อยกเว้นจากการถูกลงโทษถ้าทำผิด การลงโทษจึงจะมีผลในการข่มขวัญยับยั้งหากเมื่อมีการกระทำผิดแล้วบางคนได้รับโทษ บางคนมีข้อยกเว้น ก็จะทำให้การลงโทษ

³⁹ นัทธี จิตสว่าง. *หลักทัณฑ์วิทยา*. กรุงเทพมหานคร: กรมราชทัณฑ์. ม.ป.พ. หน้า 26 – 27.

ไม่ศักดิ์สิทธิ์ ทำให้ต่างหาช่องทางที่จะหลบหนีหรือหาข้อยกเว้นที่ไม่ต้องรับโทษทำให้ไม่มีความเกรงกลัวต่อโทษ

4) การลงโทษจะต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสมและตัดเทียมกับความผิด หากบทลงโทษเบาเกินไปไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำผิด ก็จะทำให้ผู้กระทำผิดและคนทั่วไปไม่เกิดความเกรงกลัวและคุ้มค่าที่จะเลี่ยงกระทำผิด แต่หากบทลงโทษหนักเกินไปก็จะทำให้ผู้กระทำผิดพยายามปกปิดการกระทำผิดของตนเอง โดยการทำร้ายเหยื่อหรือทำให้เหยื่อได้รับผลร้ายมากขึ้น เช่น หากใช้โทษประหารชีวิตกับการปล้นหรือข่มขืน จะกระตุ้นให้มีการปล้นแล้วฆ่าเจ้าทุกข์หรือข่มขืนแล้วฆ่าเพื่อปกปิดการกระทำผิดของตนเองเพราะโทษเท่ากัน ในขณะที่เดียวกัน กระบวนการยุติธรรมจะต้องทำงานหนักมากขึ้นในการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ เพราะยังมีโทษหนักยิ่งต้องมีการพิสูจน์หรือมีพยานหลักฐานที่ชัดเจน ศาลจึงจะสั่งลงโทษ หากพยานหลักฐานหรือการฟ้องร้องดำเนินคดีไม่รัดกุมพอก็จะเป็นโอกาสให้ผู้กระทำผิดหลุดรอดจากการถูกลงโทษไปได้ ดังนั้น โทษจึงต้องมีความเหมาะสมและตัดเทียมกับการกระทำผิด ซึ่งจะมีผลในการข่มขวัญยับยั้ง

2.2.3 การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข⁴⁰ (Rehabilitation)

การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขนั้น มีแนวคิดว่าการลงโทษตามทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขประสงค์เพียงเพื่อจะป้องกันไม่ให้บุคคลที่ได้กระทำผิดมาแล้ว กลับมากระทำผิดซ้ำอีก พยายามหาทางให้ผู้ที่ได้กระทำผิดมาแล้วเกิดความยับยั้งไม่กระทำผิดซ้ำขึ้นอีก ซึ่งทฤษฎีนี้เกิดขึ้นภายหลังทฤษฎีที่ 1 และ 2 ที่กล่าวมาแล้ว แนวคิดทฤษฎีนี้ เห็นว่าการทำให้ผู้กระทำผิดได้รับความยากลำบาก หรือได้รับผลร้ายด้วยการลงโทษแต่เพียงอย่างเดียวไม่น่าจะทำให้คนประพฤติตัวดีขึ้น หรือสำนึกในการกระทำที่ไม่ดีของตนเอง ประกอบกับเห็นว่าการลงโทษเพื่อการข่มขู่ไม่มีผลเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้กระทำผิดที่ได้รับโทษแล้วกลับใจไม่กระทำผิดซ้ำอีก ไม่เป็นสิ่งที่ช่วยให้ผู้กระทำความผิดมีความสามารถที่จะกลับตัวเป็นคนดีได้เลย

ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีการลงโทษทฤษฎีใหม่ ที่มีแนวคิดพื้นฐานว่าผู้กระทำความผิดเป็นผู้ป่วย และมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดี ไม่ให้บุคคลที่ได้กระทำความผิดมาแล้วกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก ไม่ได้มุ่งหมายจะให้ผลถึงบุคคลอื่นโดยตรง รวมทั้งพยายามที่จะช่วยให้ผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคมได้ตามปกติ และนอกจากนี้ จะพยายามหาทางให้ผู้ที่ได้กระทำผิดมาแล้วเกิดความประสงค์ที่จะยับยั้งไม่กระทำผิดซ้ำอีกแล้ว ยังจะต้องทำให้ผู้นั้นเกิดความสามารถที่จะยับยั้งเช่นนั้นด้วย และก่อให้เกิดบุคคลที่ได้

⁴⁰ Stephen Livingstone and Tim Owen. Prison Law. 2nd ed. New York: Oxford, 1999. P. 452.

กระทำผิดมาแล้วเกิดความสำนึกว่าอาชญากรรมให้ประโยชน์ไม่คุ้มกับโทษที่ได้รับ รวมทั้งการทำลายนิสัยต่าง ๆ ที่อาชญากรได้สร้างขึ้นมามีด้วย

2.2.4 การลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสกระทำผิดได้อีก⁴¹ (Incapacitation)

การลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสกระทำผิดได้อีก เป็นวัตถุประสงค์หรือแนวคิดที่ทำให้ผู้กระทำความผิดหมดโอกาสกระทำผิด อาจได้แก่ การจำคุกผู้กระทำความผิดไว้ตลอดชีวิต จำคุกมีกำหนดระยะเวลา การประหารชีวิต เป็นต้น โดยประสงค์จะกำจัดผู้กระทำความผิดให้ออกไปจากสังคมอย่างถาวรหรือชั่วคราวก็ตาม อันเป็นการป้องกันให้คนในสังคมอยู่ได้อย่างปลอดภัย ไม่ต้องหวาดระแวงภัยจากบุคคลนั้น ๆ อีกต่อไป⁴² ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันสังคม (Protection of Society)

การลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสกระทำผิดได้อีก เป็นไปตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันสังคม (Protection of Society) ทฤษฎีนี้มุ่งเน้นการรักษาความสงบและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม เป็นการแสดงเจตจำนงร่วมกันของคนในสังคมในข้อที่ว่าแม้จะเป็นการกระทำผิดระหว่างสมาชิกต่อสมาชิกในสังคมเฉพาะรายก็ตาม ถือว่าเป็นการกระทำผิดต่อสังคมโดยตรง หาใช่ความผิดส่วนตัวไม่ แต่เป็นเรื่องของส่วนรวมของคนในสังคมทุกคน ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ได้พัฒนาเป็นแนวคิดพื้นฐานของทฤษฎีการลงโทษเพื่อปกป้องคุ้มครองสังคม โดยมีหลักการที่สำคัญคือ

- 1) จะต้องมีการมองวิธีดำเนินการกับผู้กระทำความผิดอย่างเป็นระบบ โดยมุ่งคุ้มครองสังคมจากอาชญากรรมมากกว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล
- 2) การลงโทษผู้กระทำความผิด ไม่อาจใช้หลักกฎหมายเพียงอย่างเดียวได้ แต่จำเป็นจะต้องศึกษาพฤติกรรมของผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคลและสถานการณ์อาชญากรรมของสังคม เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาด้วย

2.3 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา

การกำหนดความผิดอาญานั้นเป็นการพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำนั้นว่าสมควรจะบัญญัติไว้เป็นความผิดหรือไม่ ส่วนการกำหนดโทษเป็นการพิจารณาว่าอัตราโทษนั้นเหมาะสมกับการกระทำที่ถูกกำหนดไว้เป็นความผิดหรือไม่ ซึ่งการกำหนดความผิดและโทษนั้นจะเป็นการช่วยอธิบายว่าความผิดนั้นควรบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือไม่ อันจะส่งผลในทางรูปแบบกฎหมายอาญา

⁴¹ Clemens Bartollas. *Invitation to Corrections*. Boston: USA. Allyn & Bacon. 2002. P. 71 – 75.

⁴² ธาณี วรภัทร์. *หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2553. หน้า 36.

2.3.1 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญา

สำหรับหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญานั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจอย่างครอบคลุมในเรื่องการกำหนดความผิดอาญา ผู้ศึกษาจึงเลือกศึกษาแนวคิดในการกำหนดความผิดอาญาของเซอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ และแนวคิดในการกำหนดความผิดอาญาตามนิติศาสตร์แนวพุทธของพระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ.ปยุตฺโต) ดังนี้

1) แนวคิดในการกำหนดความผิดอาญาของเซอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer)

สำหรับแนวคิดในการกำหนดความผิดอาญาของเซอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) นั้นได้มีการอธิบายในหนังสือเรื่อง *The Limits of the Criminal Sanction* ว่าการกระทำเช่นใดควรกำหนดเป็นความผิดอาญานั้น จะต้องเข้าเกณฑ์ดังต่อไปนี้ คือ⁴³

(1) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น

(2) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่าง ๆ

(3) การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญาจะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป

(4) หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน

(5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ

(6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น⁴⁴

⁴³ Herbert L. Packer. *The Limits of the Criminal Sanction*. California: Stanford University Press. 1968, p. 296.

⁴⁴ อย่างไรก็ตาม พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์ ได้อธิบายว่า หลักเกณฑ์ที่จะถือว่าความผิดชนิดใดเป็นอาญาและความผิดอาญามีอะไรบ้างนั้น ย่อมอาศัยแล้วแต่ความเจริญแห่งบ้านเมืองตามยุคสมัย และสุดแล้วแต่บ้านเมืองในเวลานั้น ๆ จะพิจารณาเห็นสมควรตราลงไว้เป็นกฎหมาย (ดู พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา, พ.ศ. 2475, น. 8.

2) แนวคิดการกำหนดความผิดอาญาตามนิติศาสตร์แนวพุทธ โดยพระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ.ปยุตโต)

สำหรับแนวคิดในการกำหนดความผิดอาญาตามนิติศาสตร์แนวพุทธนั้น พระพรหมคุณาภรณ์ได้อธิบายโดยสรุปความได้ว่า โดยปกติแล้วเมื่อคนมาอยู่ร่วมกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป ก็ต้องมีการตกลงว่าจะทำอะไรได้หรือไม่ได้บ้าง เพื่อให้ชีวิตแห่งการอยู่ร่วมกันดำเนินไปด้วยดี เพราะฉะนั้นในสังคมที่พัฒนาดีแล้วจะเข้าใจข้อตกลงแห่งการเป็นอยู่ร่วมกันว่าเป็น “ข้อหมายรู้” หรือข้อกำหนดที่หมายรู้ในการอยู่ร่วมกัน โดยในภาวะเช่นนี้ข้อหมายรู้หรือกฎหมายจะเป็นเพียงข้อตกลง หรือกติกาทางปัญญา⁴⁵ อย่างไรก็ตาม เมื่อคนขาดการศึกษาที่ถูกต้อง ไม่ได้พัฒนาตน เขาจึงไม่เข้าใจความหมายของกฎหมายและไม่พร้อมที่จะปฏิบัติ จึงทำให้คนไม่ปฏิบัติตามข้อหมายรู้ จึงทำให้ต้องมีการบัญญัติข้อกฎหมายที่มีลักษณะเป็น “ข้อบังคับ” ที่มีการกำหนดความผิดและการลงโทษเพิ่มขึ้น ๆ จนในที่สุดกลายเป็นว่ายังมีการบัญญัติข้อกฎหมายมาก ชีวิตและสังคมกลับยิ่งเสื่อมโทรม และในกรณีเช่นนี้ การมีกฎหมายในความหมายว่าเป็นข้อบังคับมาก กลับกลายเป็นเครื่องบงชี้ถึงความเสื่อมโทรมของชีวิตและสังคม⁴⁶

ดังนั้น ในสังคมที่มีการศึกษาถูกต้อง พัฒนาตนดีแล้ว ก็จะมีกฎหมายแต่เพียงที่เป็นข้อหมายรู้ ไม่ต้องเลยไปถึงข้อบังคับ ในทางตรงข้ามสังคมที่ไม่พัฒนา คนขาดการศึกษา หรือเมื่อการศึกษาเสื่อมลง กฎหมายที่มีความหมายเป็นข้อบังคับ ก็จะเพิ่มมากขึ้น ๆ โดยที่แม้จะจำเป็นเพื่อกันไม่ให้เสื่อมโทรมลงไปอีก แต่ก็ไม่ช่วยให้ชีวิตและสังคมดีขึ้นเลย เพราะฉะนั้นกฎหมายที่ดีที่สุด และการปกครองที่ดีที่สุด ต้องบรรลุจุดหมายโดยใช้อาชญากรรมให้น้อยที่สุด

โดยนัยนี้ แนวทางในการทำกฎหมายจึงมี 2 ทาง คือ ในระบบสังคมที่การปกครองเป็นจุดหมายในตัว และในระบบที่ถือคิดว่าการปกครองเป็นการสร้างสังคมที่ดีขึ้น โดยในระบบสังคมที่การปกครองเป็นจุดหมายในตัว การปกครองเพื่อให้สังคมสงบเรียบร้อยจะเป็นการปกครองด้วยอำนาจหรือนั้นการใช้อำนาจ จึงมีผลทำให้การออกกฎหมายนั้นจะมุ่งเน้นไปในทางบังคับและควบคุม และเน้นการกำจัดคนชั่วด้วยการลงโทษคนทำความผิด ส่วนในระบบที่ถือคิดว่าการปกครองเป็นการสร้างสังคมที่ดีขึ้น การบัญญัติกฎหมายก็จะเน้นการสร้างคนดี

⁴⁵ พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ.ปยุตโต). *นิติศาสตร์แนวพุทธ*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2555. หน้า 99.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน.

เพราะเป็นเครื่องมือฝึกมนุษย์ให้ขึ้นไปสู่ชีวิตที่ดีงาม ดังนั้น ในระบบนี้ จึงเน้นกฎหมายในการสร้างคนดีกำจัดคนชั่ว⁴⁷

อีกทั้ง ในการบัญญัติกฎหมายนั้นจะเพียงแต่เอาการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมมาบัญญัติเป็นกฎหมายนั้นอาจเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เช่น เราจะเอาศีล 5 มาบัญญัติเป็นกฎหมายกำหนดความผิดอาญานั้น จะเห็นได้ว่าศีล 5 เป็นเพียงข้อฝึกคนเท่านั้น ไม่ใช่ข้อบังคับ ดังนั้น เราจะเอากฎหมายมาบังคับให้คนมีศีล 5 นั้น จึงเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง⁴⁸

ฉะนั้น หากการกระทำใดไม่เข้าหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญา ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น การกระทำนั้นก็ไม่สมควรที่จะกำหนดเป็นความผิดอาญา แต่จะต้องพิจารณาในลำดับถัดไปว่าการกระทำเช่นนั้นควรจะเป็นอย่างใดเพียงความผิดทางปกครอง หรือเป็นความรับผิดชอบทางแพ่ง ทั้งนี้ก็เพื่อคงความศักดิ์สิทธิ์ในการบังคับใช้กฎหมาย

สำหรับการกระทำที่สมควรแปรรูปจากความผิดอาญาเป็นความผิดทางปกครองนั้นควรจะเป็นการกระทำที่ทางรัฐประสงค์จะให้ผู้อยู่ภายใต้ปกครองอยู่ร่วมกันอย่างสงบเรียบร้อย ทางรัฐจึงได้ออกกฎหมายมาเพื่อห้ามมิให้ผู้อยู่ภายใต้การปกครองกระทำการเช่นนั้น (Mala prohibita)⁴⁹ ซึ่งโดยปกติการแล้วมักจะเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนคำสั่งการทำงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ เช่น การที่ผู้ประกอบการธุรกิจไม่ดำเนินการส่งเอกสารเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามที่สำนักงานหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์สั่งให้ส่งเป็นครั้งคราวตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2549 มาตรา 19 ผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องรับผิดชอบในทางปกครองตามมาตรา 114 ประกอบมาตรา 111⁵⁰

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁹ ปกป้อง ศรีสนิท. *กฎหมายอาญาชั้นสูง*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2559. หน้า 33 - 34.

⁵⁰ พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 มาตรา 111 ได้จำแนกโทษทางปกครองไว้หลายลักษณะดังนี้

- (1) ภาคทัณฑ์
- (2) คำหานิโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน
- (3) ปรับทางปกครอง
- (4) จำกัดการประกอบการ
- (5) พักการประกอบการที่ได้รับใบอนุญาต ที่ได้จดทะเบียน หรือที่ได้รับความเห็นชอบภายในระยะเวลาที่กำหนด
- (6) เพิกถอนใบอนุญาต การจดทะเบียน หรือการให้ความเห็นชอบ

ส่วนการกระทำใดที่ไม่เป็นความผิดในตัวเอง (Mala in se) หรือไม่เป็นความผิดตามที่กฎหมายห้าม (Mala prohibita) แต่การกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน การกระทำนั้นก็ควรเป็นความรับผิดชอบในทางแพ่งเท่านั้น⁵¹ เช่น นาย ก. ขับรถโดยประมาทชนร้านของ นาย ข. ทำให้นาย ข.เสียหาย การกระทำของนาย ก. เป็นการละเมิดต่อนาย ข. ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ดังนี้ นาย ข. มีสิทธิเรียกร้องให้นาย ก. ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการที่ นาย ก. กระทำละเมิดต่อนาย ข. ได้ตามมาตรา 438 วรรคสอง

ในปัจจุบันแนวคิดในการกำหนดความผิดอาญาจะพิจารณาไปที่ความสงบเรียบร้อยของสังคม Bernard Bouloc กล่าวว่า “ปรากฏการณ์อาชญากรรม คือ การกระทำที่ถูกกำหนดและถูกลงโทษโดยกฎหมายอันเนื่องมาจากความเสียหายที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม (ordre social)”⁵² ฉะนั้น เมื่อความผิดอาญาถูกกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อลงโทษการกระทำที่กระทบกระเทือนความสงบเรียบร้อยของสังคม ความผิดอาญาจึงไม่ใช่การกระทำที่เป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบน (déviance)⁵³

3) มิติในทางนิติบัญญัติในการกำหนดความผิดอาญา

โดยทั่วไปแล้วฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้มีอำนาจกำหนด “ความผิดอาญา” ว่าการกระทำลักษณะใดเป็นความผิดอาญาบ้างและมีมาตรการบังคับอย่างไร ประกาศบังคับใช้กับประชาชนในรัฐนั้น ๆ โดยเนื้อหาของกฎหมายจะกำหนดกรอบหรือขอบเขตของการลงโทษ⁵⁴ ซึ่งการออกแบบกฎหมาย (law design) หรือการจัดรูปแบบกฎหมาย (form of law) ของกฎหมายอาญานั้น ทางฝ่ายนิติบัญญัติต้องออกแบบกฎหมายโดยคำนึงถึงเรื่องดังต่อไปนี้⁵⁵

(1) การออกแบบกฎหมายอาญานั้นจะต้องนำไปใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา ที่ต้องการคุ้มครองสังคมและการส่งเสริมการมีชีวิตที่ดีงามของคนในสังคม

(2) การออกแบบกฎหมายอาญานั้นจะต้องให้ความสำคัญกับระบบ (System) ของกระบวนการทางกฎหมายที่ต้องสอดคล้องกับนิติวิธี

⁵¹ จี๊ด เศรษฐบุตร. *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด*. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2550. หน้า 33.

⁵² Bernard Bouloc, *Droit Pénal Général*, 21^e édition. Paris : Dalloz. 2009. p. 5 อ้างถึงใน ปกป้อง ศรีสนิท. *กฎหมายอาญาชั้นสูง*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2559. หน้า 21.

⁵³ Jean Pradel, *Droit Pénal Général*. 14^e édition. Paris: Cujas. 2002. p. 21.

⁵⁴ ธาณี วรรณทร์. *หลักกฎหมายมาตรการบังคับทางอาญา*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2557. หน้า 38.

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน.

(3) การออกแบบกฎหมายอาญาจะต้องให้ความสำคัญกับทฤษฎีต่าง ๆ ในกฎหมายอาญา

(4) การออกแบบกฎหมายอาญาจะต้องให้ความสำคัญกับสภาพสังคม นั้น ทั้งนี้เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพของการนำไปใช้ได้จริงในสังคม

การกำหนด “ความผิดอาญา” มีความสำคัญมาก เพราะมีผลกระทบต่อ เนื้อตัวร่างกายสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ การกำหนดความผิดอาญาจึงต้องใช้เฉพาะกับการกระทำ ที่เป็นอาชญากรรมเท่านั้น และ “เท่าที่จำเป็น” กล่าวคือ ถ้าการกำหนดความผิดอาญาเกินความ จำเป็นก็จะมีผลกระทบต่อปัจเจกบุคคล หลักนิติธรรม สักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กระบวนการ ยุติธรรม ซึ่งจะก่อให้เกิดผลกระทบเสียหายอย่างมาก⁵⁶ ซึ่งในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือสาธารณรัฐฝรั่งเศส นอกจากจะจำแนกความผิดอาญาตามลำดับความผิดแล้ว ความผิดบางอย่าง ไม่ได้เป็นความผิดอาญาที่แท้จริงก็จะถูกแยกออกจากความผิดอาญา กำหนดเป็นความผิดลักษณะ ใหม่ เช่น ความผิดในทางปกครอง (administrative misdemeanors)⁵⁷ ดังนั้น มิติทางนิติบัญญัติ จึงมี “หลักการลดทอนการใช้มาตรการทางอาญา” (decriminalization) มาใช้ลดทอนความเป็น อาชญากรรมลงในการกระทำที่ถูกบัญญัติเป็นความผิดทางอาญาเกินสมควร (over-criminalization)⁵⁸

4) แนวความคิดในการกำหนดความผิดอาญาในประเทศไทย⁵⁹

การกำหนดความผิดอาญาของประเทศไทยแบ่งออกเป็น

(1) การกำหนดความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา

การกำหนดความผิดตามประมวลกฎหมายอาญานั้นได้มีการจำแนก ประเภททางอาญาแบ่งออกเป็นสองประการ คือ

ก. ความผิดตามหลักเกณฑ์จารีตประเพณีหรือความผิดในตัวเอง (Mala in Se) กล่าวคือ การที่จะเป็นความผิดอาญาประเภทนี้ได้จะต้องเป็นการกระทำที่สังคม

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน.

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน.

⁵⁹ ณรงค์ ใจหาญ. *แนวทางในการกำหนดความผิดอาญาในประเทศไทย*. เอกสารประกอบการสัมมนา เพื่อพัฒนาระบบการบังคับใช้กฎหมาย เรื่อง “การกำหนดความผิดอาญาในกฎหมายไทย: ปัญหาที่ยังไม่ได้รับการ แก้ไข” วันอังคารที่ 15 มีนาคม 2548 ณ ห้องกมลทิพย์ โรงแรมซีดี ถนนศรีอยุธยา เขตพญาไท กรุงเทพมหานคร. กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม. 2548. หน้า 20.

มีความรู้สึกต่อต้านหรือตำหนิการกระทำนั้น และเป็นพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมส่วนรวม ซึ่งความผิดดังกล่าวมักจะมี ความใกล้ชิดกับหลักศีลธรรมหรือปทัสถานของสังคม ซึ่งหากเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนหลักดังกล่าวหากร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อสังคมแล้วก็จะกำหนดเป็นความผิด โดยประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดความผิดดังกล่าวไว้ ซึ่งได้แก่ ความผิดเกี่ยวเพศ ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน เสรีภาพ ชื่อเสียง⁶⁰

ข. ความผิดตามกฎหมายเทคนิคหรือความผิดตามที่กฎหมายห้าม (Mala in Prohibita) กล่าวคือ การกำหนดความผิดทางอาญานั้นอาจเป็นเพียงแต่ฝ่าฝืนข้อห้ามหรือข้อกำหนดที่ต้องการปรับความประพฤติของคนในสังคมให้มีความเป็นระเบียบเรียบร้อย และรัฐหรือผู้บัญญัติกฎหมายต้องการให้มีการบังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจัง รวมถึงการให้ประชาชนเชื่อฟังและปฏิบัติตาม จึงใช้การลงโทษเป็นมาตรการบังคับ โดยประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดความผิดดังกล่าวไว้ ซึ่งได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง การยุติธรรม การศาสนา ความสงบสุขของประชาชน⁶¹

(2) การกำหนดความผิดในพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญา

การตราพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาส่วนใหญ่ นั้น ย่อมแสดงให้เห็นอยู่ในตัวของกฎหมายเองว่า กฎหมายต้องการหรือมีวัตถุประสงค์เรื่องใดเป็นพิเศษ ดังนั้น การกำหนดความผิดทางอาญาจึงมีความมุ่งหมายให้เป็นการอาศัยเทคนิคในการบังคับใช้กฎหมาย เพื่อให้สอดคล้องและรองรับเงื่อนไขพิเศษทางสังคมและเศรษฐกิจเป็นสำคัญ เช่น ความผิดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เป็นต้น⁶²

อย่างไรก็ตาม สถานการณ์ของประเทศไทยในปัจจุบัน ได้มีการกำหนดความผิดอาญาประเภทตามที่กฎหมายห้ามไว้เป็นจำนวนมาก จนก่อให้เกิดปรากฏการณ์กฎหมายอาญาเพื่อ (over criminalization) อีกทั้ง แม้ว่าประเทศไทยจะใช้กฎหมายตามระบบซีวิลลอว์ (civil law system) ที่ยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ โดยได้รับอิทธิพลมาจากภาคพื้นยุโรป เช่น ฝรั่งเศส สเปน แต่ประเทศไทยก็ยังได้รับเอาอิทธิพลของกฎหมายต่างประเทศมาใช้โดยไม่ได้เกิดจากการสังสม ลองผิด ลองถูก เพื่อประยุกต์ให้เหมาะสมกับประเทศของเราเองนั้น จึงทำให้ประเทศไทยไม่มีแนวคิดในการกำหนดความผิดอาญาอย่างชัดเจน แนวทางบัญญัติกฎหมายมักเกิดจากอำนาจรัฐจารีตปฏิบัติกำหนดให้เหมาะสมและตอบสนองความต้องการของสังคมในเวลา

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน.

⁶¹ เรื่องเดียวกัน.

⁶² เรื่องเดียวกัน.

นั้น ๆ หรือบางครั้งการกำหนดความผิดอาญาเพื่อตอบสนองและสอดคล้องกับกระแสแรงกดดันจากนานาประเทศ ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อระบบกฎหมายที่กำหนดความผิดอาญาในประเทศไทย

2.3.2 การกำหนดโทษอาญา

1) ลักษณะของโทษ

เนื่องจากโทษ หมายถึง ผลร้ายที่ผู้กระทำได้รับเนื่องจากผลร้ายที่เขาได้ก่อให้เกิดขึ้น (Malum passionis quod infigitur ob malum actionis) ฉะนั้น โทษในทางอาญาจึงมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ ดังนี้

(1) โทษต้องเป็นผลร้ายซึ่งตอบแทนแก่ผู้กระทำผิดอันมีลักษณะที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดแก่ร่างกายหรือผลอันไม่พึงพอใจอื่น ๆ เช่น การสูญเสียเสรีภาพทางร่างกายหรือการสูญเสียทรัพย์สิน โดยผลร้ายดังกล่าวเป็นผลตอบแทนที่ผู้กระทำผิดได้กระทำโดยสมัครใจและเป็นการเฉพาะตัว⁶³

(2) ผู้มีอำนาจกำหนดโทษ ต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายบัญญัติให้มีอำนาจลงโทษ โดยปกติก็คือ ศาล และต้องมีวิธีพิจารณาความที่จะบังคับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ⁶⁴

(3) ความประสงค์ของการลงโทษ ต้องเป็นการตอบแทนการกระทำผิดของผู้กระทำอันมีลักษณะตำหนิผู้กระทำว่าได้กระทำในสิ่งที่ไม่สมควรในสังคมและไม่ควรกระทำอีก⁶⁵

2) ทฤษฎีการลงโทษ

ทฤษฎีการลงโทษโดยรัฐในปัจจุบันมี 2 ทฤษฎีใหญ่ ๆ คือ ทฤษฎีทดแทน (Retributive theory) และทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarian theory) ซึ่งทฤษฎีทดแทนนั้นเน้นถึงการที่ผู้กระทำผิดจะต้องชดใช้ต่อสิ่งที่เขากระทำลง ส่วนทฤษฎีอรรถประโยชน์เน้นที่วิธีการป้องกันมิให้เกิดความผิดอาญาขึ้นอีกในอนาคต

(1) ทฤษฎีทดแทน (Retributive theory)⁶⁶

⁶³ ณรงค์ ใจหาญ. *กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2543. หน้า 15.

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁵ ALF Ross, *On Guilt, Responsibility and Punishment*. London : Steven & Sons Limited. 1975. p. 36 อ้างถึงใน สหชน รัตน์ไพจิตร. *ความประสงค์ของการลงโทษอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร. 2527. หน้า 8.

ก. การลงโทษต้องเป็นการทดแทนความเสียหาย (vindication) กล่าวคือ การลงโทษได้กระทำไปเพื่อแก้แค้นทดแทนให้แก่เหยื่อหรือผู้เสียหายจากการที่ผู้กระทำผิดได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น และทำให้เหยื่อหรือผู้เสียหายพอใจว่าการลงโทษนั้นยุติธรรมแล้ว ซึ่งการลงโทษผู้กระทำผิดนี้เป็นหน้าที่ของรัฐโดยดำเนินการผ่านทางกระบวนการยุติธรรม⁶⁷

ข. การลงโทษต้องกระทำเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม (fairness) กล่าวคือ การลงโทษมีขึ้นเพื่อให้กฎหมายมีผลคุ้มครองประโยชน์แก่ส่วนรวม โดยคนทุกคนจะต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย การที่มีผู้กระทำผิดฝ่าฝืนกฎหมายเป็นการเอาเปรียบบุคคลอื่นที่เชื่อฟังกฎหมาย ดังนั้น ผู้กระทำความผิดจึงต้องถูกลงโทษ⁶⁸

ค. การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความผิด (proportionality of punishment) กล่าวคือ จำนวนโทษที่ผู้กระทำผิดควรจะได้รับจะต้องเท่ากันกับความเสียหายที่เขาได้กระทำลงจากการกระทำผิดนั้น⁶⁹ ประกอบกับความร้ายแรงของความเสียหายในทางการกระทำ และผลต่อสังคมอันเกิดจากการกระทำผิดนั้น⁷⁰

(2) ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarian theory)

มุมมองตามทฤษฎีอรรถประโยชน์ มองลักษณะของสังคมมนุษย์ และกฎหมายอาญา ดังนี้⁷¹

ก. ตัวมนุษย์ได้พยายามแสวงหาความพอใจและหลีกเลี่ยงความเจ็บปวด

ข. สังคมควรจะมีการดำเนินการตามหลักประโยชน์สูงสุดเพื่อมวลสมาชิกจำนวนสูงสุด

ค. ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายอาญาคงพิจารณาถึงความร้ายแรงของความผิดแต่ละฐาน ควรพิจารณาจากความเสียหายซึ่งกระทำต่อสังคม

⁶⁶ Sir Robert Cross and Andrew Ashworth. *The English Sentencing System*. 3rd ed. London : Butter worths. 1981. p. 128 - 132.

⁶⁷ *Ibid*, p. 128 - 129.

⁶⁸ *Ibid*, p. 130.

⁶⁹ อุททิศ แสนโกสติก. *กฎหมายอาญา ภาค 1*. กรุงเทพมหานคร: ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กองวิชาการ กรมอัยการ. 2525. หน้า 20

⁷⁰ ณรงค์ ใจหาญ. *กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิญญูชน. 2543. หน้า 23.

⁷¹ Graeme Newman. *The Punishment Response*. Philadelphia : J.B. Lippincott Company. 1978. p. 163.

ผลดีของการลงโทษตามทฤษฎีอรรถประโยชน์

ก. เพื่อข่มขู่หรือยับยั้ง (Deterrence) โดยการข่มขู่หรือยับยั้งนี้มีผลต่อผู้กระทำผิด และต่อประชาชนทั่วไปที่คิดจะกระทำผิด ฉะนั้น การข่มขู่จึงเป็นการข่มขู่เฉพาะตัวผู้กระทำผิด (specific deterrence) ซึ่งหมายความว่า การลงโทษมีผลเป็นการข่มขู่ผู้กระทำผิดให้กลัว ไม่กล้าจะกระทำผิดฐานเดียวกันนี้อีก ส่วนการข่มขู่โดยทั่วไป (general deterrence) หมายถึง การลงโทษบุคคลผู้กระทำผิดเพื่อให้เป็นตัวอย่างแก่คนทั่วไป หรือคนที่มีความคิดจะกระทำผิดได้เห็นว่า เมื่อผู้ใดทำจะต้องถูกลงโทษเยี่ยงบุคคลผู้กระทำผิดนี้ และจะทำให้ประชาชนทุกคนมีความเกรงกลัวโทษไม่กล้ากระทำผิด⁷²

ข. เพื่อแก้ไขหรือฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำผิด (Reformation and Rehabilitation) ซึ่งการลงโทษด้วยวัตถุประสงค์นี้มุ่งหมายต่อผู้กระทำผิดโดยตรง โดยมีเป้าหมายที่จะใช้การลงโทษเพื่อแก้ไขหรือเยียวยารักษาจิตใจของผู้กระทำผิดให้ลดความรู้สึกต่อต้านกฎหมาย และกลับมามีความเห็นดีเห็นชอบด้วยการปฏิบัติตามกฎหมาย ตลอดจนมีความสามารถยับยั้งตนเองมิให้คิดหรือกระทำการอันเป็นความผิดอีกต่อไป

ค. เพื่อตัดโอกาสมิให้ผู้นั้นกระทำผิด (Incapacitation) กล่าวคือ เป็นการลงโทษเพื่อตัดโอกาสมิให้ผู้นั้นกระทำผิดอีก โดยพิจารณาว่าการลงโทษจะทำให้บุคคลนั้นหมดความสามารถที่จะกระทำผิดและทำให้สังคมปลอดภัยจากการกระทำผิด เช่น การลงโทษประหารชีวิต การเนรเทศ หรือจำคุกมีกำหนดเวลากว่าที่จะแน่ใจว่าผู้นั้นไม่เป็นอันตรายแก่สังคมอีก⁷³

2.3.3 แนวคิดในการกำหนดโทษทางอาญา (Criminal Sanction)

แม้จะมีการกำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิดได้ (criminalization) แต่การกำหนดโทษอาญา (criminal sanction) จะทำได้ต่อเมื่อมีความจำเป็นอย่างยิ่งยวดเท่านั้น⁷⁴

⁷² ณรงค์ ใจหาญ. *กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2543. หน้า 28.

⁷³ เรื่องเดียวกัน.

⁷⁴ ดู DECLARATION OF HUMAN RIGHTS OF 26 AUGUST 1789

Article 8 The Law must prescribe only the punishments that are strictly and evidently necessary; and no one may be punished except by virtue of a Law drawn up and promulgated before the offense is committed, and legally applied.

และต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่าลักษณะของโทษควรเป็น โทษทางอาญา โทษทางปกครอง โทษทางการเมือง หรือโทษทางวินัย เป็นต้น⁷⁵

ในกรณีที่จะกำหนดโทษ (sanction) เป็นโทษทางอาญานั้น (criminal sanction) แล้วสิ่งที่จะต้องพิจารณาในลำดับถัดไปก็คือว่า ในความผิดแต่ละฐานนั้นควรกำหนดระวางโทษสถานใด ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา 18⁷⁶ ซึ่งจากมาตรา 18 นั้น มีโทษหลักที่ทางฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดได้ 3 ประการ คือ ประหารชีวิต จำคุก หรือปรับ และหากโทษนั้นเป็นโทษจำคุกหรือปรับนั้น เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องกำหนดว่าโทษจำคุกหรือปรับนั้นจะต้องมีสัดส่วนแค่ไหนเพียงไร เพื่อจะได้จะได้สอดคล้องกับหลักสัดส่วนในการกำหนดโทษ⁷⁷ ซึ่งการกำหนดบทรวางโทษโดยฝ่ายนิติบัญญัติ โดยหลักแล้วควรเป็นไปตามหลักความยุติธรรมที่ได้สัดส่วน (proportional justice) ซึ่งหมายความว่าโทษทางอาญาจะต้องได้สัดส่วน (proportion) กับความร้ายแรงของความผิด (severity of the crime) ฉะนั้น การกำหนดบทรวางโทษจะต้องคำนึงถึงฐานความผิดซึ่งเป็นการพิจารณาในด้านภาวะวิสัยเป็นหลัก (objective)⁷⁸

ดังนั้น การกำหนดระวางโทษจึงต้องมีการพิจารณาถึง “คุณธรรมทางกฎหมาย”⁷⁹ โดยจะต้องมีการพิจารณาเปรียบเทียบกันว่าเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมหรือมหาชน (Universalrectsgut) หรือเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล

Article 9 As every man is presumed innocent until he has been declared guilty, if it should be considered necessary to arrest him, any undue harshness that is not required to secure his person must be severely curbed by Law.

⁷⁵ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. หลักสัดส่วนในการกำหนดโทษ. วารสาร รพี 2557. กองบรรณาธิการหนังสือพิมพ์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 15.

⁷⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิด มีดังนี้

- (1) ประหารชีวิต
- (2) จำคุก
- (3) กักขัง
- (4) ปรับ
- (5) ริบทรัพย์สิน

⁷⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. หลักสัดส่วนในการกำหนดโทษ. วารสาร รพี 2557. กองบรรณาธิการหนังสือพิมพ์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 16.

⁷⁸ เรื่องเดียวกัน.

⁷⁹ คณิต ฌ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2554. หน้า 151 - 157.

หรือเอกชน (Individualrechtsgut)⁸⁰ เป็นหลัก การเปรียบเทียบความร้ายแรงของความผิด จึงเป็นพื้นฐานของการพิจารณาในการกำหนดบทระวางโทษ ตัวอย่างเช่น ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288⁸¹ ย่อมมีผลของการกระทำที่รุนแรงกว่าความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295⁸²

อีกทั้ง ในการกำหนดบทระวางโทษนั้นจะต้องมีการบัญญัติโทษให้ สอดคล้องกัน ในกรณีที่เป็นเรื่องในทำนองเดียวกัน⁸³ เพื่อความเป็นเอกภาพในการลงโทษที่จะยับยั้ง มิให้มีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น ดังนั้น หากทางฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดบทระวางโทษ ที่ไม่สอดคล้องกันในกรณีเดียวกัน อาจก่อให้เกิดปัญหาความไม่เป็นเอกภาพของกฎหมาย ที่จะส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมายที่กำหนดความผิดอาญา (systems of criminal law) หรือปัญหา กฎหมายอาญาเพื่อ (over-criminalization)

กล่าวโดยสรุป หลักการในการกำหนดบทระวางโทษของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น จะต้องอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วน (proportionality) ของโทษกับความร้ายแรง (criminality) ของความผิด และคำนึงถึงความเป็นภาวะวิสัย (objectivity) ของฐานความผิดเป็นหลัก โดยจะต้อง พิจารณาถึง “คุณธรรมทางกฎหมาย” เปรียบเทียบกันว่าเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม หรือส่วนบุคคล อีกทั้ง จะต้องมีการบัญญัติโทษให้สอดคล้องกัน ในกรณีที่เป็นเรื่องในทำนอง เดียวกัน

⁸⁰ คณิต ฒ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิญญูชน. 2555. หน้า 120.

⁸¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288

ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี

⁸² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295

ผู้ใดทำร้ายผู้อื่น จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐาน ทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁸³ ภูมินทร์ บุตรอินทร์. การใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์ (Legal Reasoning). ปทุมธานี: โครงการตำรา และเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2553. หน้า 23.

3. สภาพบังคับอย่างอื่นแทนการลงโทษทางอาญา

มาตรการอื่นทางอาญา โดยทั่วไปนั้น แม้จะมีความมุ่งหมายที่ตัวผู้กระทำความผิด เป็นสำคัญเช่นเดียวกับโทษ แต่ในทางกลับกัน มาตรการอื่นทางอาญากลับพิจารณาถึงเหตุการณ์ ในอนาคตเช่นเดียวกับวิธีการเพื่อความปลอดภัย และมีได้มุ่งที่จะตอบแทนการกระทำความผิด แต่มีความมุ่งหมายในการแก้ไขฟื้นฟูตัวผู้กระทำความผิดเองเพื่อให้กลับคืนสู่สังคมและใช้ชีวิตได้ ตามปกติ โดยการให้ฝึกอบรม เข้ารับการศึกษ การฝึกอาชีพ เพื่อให้กลับตนเป็นคนดี และเป็น การสนับสนุนการปรับปรุงแก้ไขตัวบุคคลที่มีสภาพอันตรายไม่ให้ไปกระทำความผิดขึ้นอีก หลักสำคัญ ในการบังคับใช้มาตรการอื่นทางอาญา มีดังต่อไปนี้

(1) เป็นมาตรการที่ใช้ควบคุมกับโทษที่ได้รับในช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่งเพื่อให้สภาพ ที่เป็นอันตรายของบุคคลที่อาจก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยแก่ประชาชนในสังคมสิ้นสุดลงก่อน ที่จะกลับมาใช้ชีวิตในสังคมอย่างเป็นปกติ

(2) เป็นมาตรการที่ใช้แทนโทษ สำหรับการกระทำหรือพฤติกรรมบางอย่างที่กฎหมาย ไม่ได้บัญญัติว่าเป็นความผิดและไม่ได้กำหนดบทลงโทษไว้ แต่เป็นการกระทำหรือพฤติกรรมที่มี แนวโน้มว่าจะเกิดการกระทำผิดขึ้นได้ แต่ไม่สามารถเอาผิดกับบุคคลที่มีพฤติกรรมเหล่านี้ได้ เนื่องจากยังไม่มีอาการกระทำผิดกฎหมาย

(3) เป็นการปรับปรุงแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด มาตรการอื่นทางอาญา บางมาตรการมุ่งให้การบำบัดรักษา การปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับตัวเป็น คนดีและอยู่ร่วมในสังคมได้

3.1 มาตรการบังคับทางแพ่ง

มาตรการบังคับทางแพ่ง หรือมาตรการลงโทษทางแพ่ง เป็นกระบวนการทางเลือก ในการบังคับใช้กฎหมายรูปแบบใหม่ โดยมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดเหมือนกับ มาตรการทางอาญาและเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายด้วยการกำหนดผลร้ายเนื่องจากการ กระทำฝ่าฝืนกฎหมายภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยเน้นการลงโทษไปที่ตัวเงิน หรือทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด ซึ่งเงินหรือทรัพย์สินดังกล่าวไม่ได้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อเป็นการ เยียวยาแก่ผู้เสียหายอันเป็นการเยียวยาความเสียหายในทางแพ่งจึงไม่ต้องกำหนดตามความเสียหาย

ที่แท้จริง⁸⁴ แต่เป็นการเยียวยาสังคมส่วนรวม โดยรัฐจะนำเงินกลับคืนแก่แผ่นดินและการดำเนินการบังคับนั้นต้องกระทำในรูปแบบคำพิพากษาของศาลยุติธรรม มาตรการลงโทษทางแพ่งจึงมีลักษณะผสมผสานระหว่างกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา เพื่อที่จะเพิ่มเติมมาตรการทางเลือกให้เหมาะสมกับการกระทำผิดที่เป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจบางประเภทที่มีปัญหาในกระบวนการทางอาญา⁸⁵

ปัจจุบัน มาตรการลงโทษทางแพ่งถูกนำมาใช้กับพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2559 และพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลฯ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายเนื่องจากในอดีตการดำเนินคดีอาญาในความผิดเกี่ยวกับหลักทรัพย์มีความสลับซับซ้อน พยานหลักฐานส่วนใหญ่จะอยู่ที่ตัวผู้กระทำผิด ดังนั้นการรวบรวมพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่จึงมีเพียงพยานแวดล้อม ซึ่งเป็นปัญหาอย่างมากในการพิสูจน์ความผิดของจำเลยให้สิ้นสงสัยได้ตามมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีอาญา ดังนั้นเมื่อนำมาตรการลงโทษทางแพ่งมาใช้และกำหนดให้ใช้หลักเกณฑ์การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเป็นเรื่องที่ศาลจะชั่งน้ำหนักความน่าเชื่อถือจากพยานหลักฐานของทั้งสองฝ่ายว่าฝ่ายใดน่าเชื่อถือมากกว่ากัน การนำมาตรการทางเลือกอันได้แก่ มาตรการทางแพ่งเข้ามาใช้บังคับในกระบวนการบังคับใช้ทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ย่อมช่วยให้การบังคับใช้กฎหมายตลาดหลักทรัพย์รวดเร็วยิ่งขึ้น มีประสิทธิภาพมากขึ้น และช่วยเพิ่มความน่าเชื่อถือให้แก่ตลาดทุนได้เพิ่มขึ้น⁸⁶

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2559 กำหนดให้นำมาตรการทางแพ่งมาใช้บังคับได้กับความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดอันไม่เป็นกรรมในการซื้อขายหลักทรัพย์ความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลเท็จหรือปกปิดข้อความจริงในร่างหนังสือชี้ชวนหรือรายงานฐานะทางการเงินความผิดเกี่ยวกับกรรมการหรือผู้บริหารของบริษัทจดทะเบียนไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ระมัดระวัง และซื่อสัตย์สุจริต (fiduciary duty) และความผิด

⁸⁴ หทัยภัทร อนันตะธา. มาตรการลงโทษทางแพ่ง (Civil Penalty) : แนวคิดการลงโทษในความผิดเกี่ยวกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร. 2541. หน้า 40.

⁸⁵ ปุรณีย์ เหล่าอรุณปริชา. มาตรการลงโทษทางแพ่งและมาตรการทางอาญาต่อกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์, 12(4), ตุลาคม-ธันวาคม 2562. หน้า 646.

⁸⁶ ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกวุฒิสภา. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า. 2564. หน้า 75.

เกี่ยวกับการใช้หรือยอมให้ใช้บัญชีตัวแทน (nominee) ในการกระทำอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์⁸⁷ ซึ่งเป็นลักษณะเดียวกับฐานความผิดที่สามารถนำมาตราการลงโทษทางแพ่งมาใช้ได้ตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561⁸⁸ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย ทั้งนี้ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์สามารถนำมาตราการลงโทษทางแพ่งมาใช้กับผู้กระทำความผิดได้ก็ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการพิจารณาตราการลงโทษทางแพ่ง (ค.ม.พ.)⁸⁹ นอกจากคณะกรรมการพิจารณาตราการลงโทษทางแพ่ง (ค.ม.พ.)

⁸⁷ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 317/1 บัญญัติว่า ให้การกระทำความผิดดังต่อไปนี้ เป็นการกระทำความผิดที่อาจดำเนินมาตราการลงโทษทางแพ่งกับผู้กระทำความผิดนั้นได้

(1) กระทำการอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์อันเป็นความผิดตามมาตรา 296 หรือมาตรา 296/1

(2) แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งในสาระสำคัญอันเป็นความผิดตามมาตรา 278 หรือมาตรา 281/10

(3) ไม่ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการหรือผู้บริหารตามมาตรา 89/7 อันเป็นความผิดตามมาตรา 281/2 วรรคหนึ่ง

(4) ยินยอมให้บุคคลอื่นใช้บัญชีซื้อขายหลักทรัพย์หรือบัญชีธนาคารที่ใช้ชำระค่าซื้อขายหลักทรัพย์หรือใช้บัญชีซื้อขายหลักทรัพย์หรือบัญชีธนาคารของบุคคลอื่นอันเป็นความผิดตามมาตรา 297

การนำมาตราการลงโทษทางแพ่งมาใช้บังคับแก่ผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ให้คำนึงถึงความร้ายแรงของการกระทำ ผลกระทบต่อตลาดทุน พยานหลักฐานที่อาจนำมาใช้พิสูจน์ความผิดและความคุ้มค่าในการดำเนินมาตราการนั้น

⁸⁸ มาตรา 96 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลฯ กำหนดโทษต่อไปนี้ ให้สามารถนำมาตราการลงโทษทางแพ่งมาใช้บังคับได้

(1) แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งในสาระสำคัญ

(2) กระทำการอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล

(3) ยินยอมให้บุคคลอื่นใช้บัญชีซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล บัญชีธนาคาร บัญชีที่เปิดไว้กับผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลหรือบัญชีอื่นใดที่ใช้ชำระราคาซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล หรือใช้บัญชีซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล บัญชีธนาคาร บัญชีที่เปิดไว้กับผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล หรือบัญชีอื่นใดของบุคคลอื่น

⁸⁹ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 317/3

“ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่ง เรียกว่า “คณะกรรมการพิจารณาตราการลงโทษทางแพ่ง” ประกอบด้วยอัยการสูงสุด เป็นประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงการคลัง อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ ผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย และเลขาธิการ เป็นกรรมการ ให้เลขาธิการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของสำนักงานคนหนึ่งเป็นเลขานุการ

กรรมการตามวรรคหนึ่งอาจมอบหมายให้ผู้ดำรงตำแหน่งรองมาประชุมแทนได้

ให้นำความในมาตรา 12 และมาตรา 13 มาใช้บังคับแก่การประชุมของคณะกรรมการพิจารณาตราการลงโทษทางแพ่งโดยอนุโลม

จะเป็นผู้เห็นชอบให้ใช้มาตรการลงโทษทางแพ่งแล้ว ยังเป็นผู้กำหนดมาตรการลงโทษทางแพ่งที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดด้วย ซึ่งมาตรการลงโทษทางแพ่งมีทั้งสิ้น 5 มาตรการ ดังต่อไปนี้⁹⁰

- (1) ปรับทางแพ่ง
- (2) ชดใช้เงินเท่ากับผลประโยชน์ที่ได้รับหรือพึงได้รับจากการกระทำผิด
- (3) ห้ามเข้าซื้อขายหลักทรัพย์หรือสัญญาซื้อขายล่วงหน้าเป็นเวลาไม่เกิน 5 ปี
- (4) ห้ามเป็นกรรมการหรือผู้บริหารของบริษัทจดทะเบียนหรือบริษัทหลักทรัพย์เป็นเวลาไม่เกิน 10 ปี

(5) ชดใช้ค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบให้กับสำนักงาน ก.ล.ต.

ทั้งนี้ คณะกรรมการพิจารณามาตรการลงโทษทางแพ่ง (ค.ม.พ.) สามารถใช้มาตรการลงโทษทางแพ่งให้เหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีได้โดยไม่จำเป็นต้องใช้ให้ครบทั้ง 5 มาตรการในทุกกรณี⁹¹

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดยินยอมปฏิบัติตามมาตรการลงโทษทางแพ่งที่คณะกรรมการพิจารณามาตรการลงโทษทางแพ่ง (ค.ม.พ.) กำหนดผู้กระทำความผิดต้องตกลงทำบันทึกการยินยอมปฏิบัติตามมาตรการลงโทษทางแพ่งตามที่คณะกรรมการพิจารณามาตรการลงโทษทางแพ่ง (ค.ม.พ.) กำหนด (“บันทึกการยินยอม”) กับ ก.ล.ต. และเมื่อชำระเงินครบถ้วนตามบันทึกการยินยอมแล้ว สิทธิในการดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดนั้นจะสิ้นสุดลง แต่หากไม่ชำระหรือชำระไม่ครบถ้วน ก.ล.ต. สามารถร้องขอต่อศาลแพ่งเพื่อขอให้ศาลบังคับให้ผู้กระทำความผิดชำระเงินตามบันทึกการยินยอมได้ ส่วนในกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่ยินยอมปฏิบัติตามมาตรการลงโทษทางแพ่งที่ ค.ม.พ. กำหนด ก.ล.ต. มีอำนาจฟ้องบุคคลดังกล่าวต่อศาลแพ่งเพื่อขอให้ศาลพิจารณากำหนดมาตรการลงโทษทางแพ่ง ให้จำเลยปฏิบัติ ซึ่งศาลสามารถกำหนดดอกเบี้ยบนค่าปรับทางแพ่งและค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบของสำนักงานได้ตั้งแต่วันฟ้องจนกว่าจะชำระแล้วเสร็จ ทั้งนี้ การดำเนินคดีและการบังคับคดีในกรณีนี้จะอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนข้อตกลงในบันทึกการยินยอมหรือคำพิพากษาของศาลที่ห้ามเข้าซื้อขายหลักทรัพย์หรือสัญญาซื้อขายล่วงหน้าหรือห้าม

ให้คณะกรรมการพิจารณามาตรการลงโทษทางแพ่งได้รับประโยชน์ตอบแทนตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. กำหนด และให้ถือเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานของสำนักงาน”

⁹⁰ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์พ.ศ. 2535 มาตรา 317/4

⁹¹ ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกวุฒิสภา. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า. 2564. หน้า 77.

เป็นกรรมการหรือผู้บริหารของบริษัทจดทะเบียนหรือบริษัทหลักทรัพย์การฝ่าฝืนดังกล่าว ถือเป็นความผิดอาญาข้อหาใหม่⁹²

กล่าวโดยสรุป การนำมาตราการลงโทษทางแพ่งมาใช้กับความผิดอาญา แม้จะสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้และทำให้กระบวนการรวดเร็วมากขึ้น แต่มีข้อที่ควรระวังในการนำมาใช้เนื่องจากความผิดที่นำมาตราการลงโทษทางแพ่งมาใช้แล้วโดยสภาพยังคงเป็นความผิดอาญาซึ่งโดยปกติจะต้องมีกระบวนการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในคดีอาญาต่าง ๆ ดังนั้นแล้ว เมื่อนำมาตราการลงโทษทางแพ่งมาใช้กับบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาก็ควรจะมีมาตราการที่สามารถคุ้มครองสิทธิของบุคคลดังกล่าวไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน ซึ่งในปัจจุบันยังไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ

3.2 โทษทางปกครอง

โทษทางปกครอง (Sanctions administrative) เป็นมาตราการลงโทษรูปแบบหนึ่ง มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดเนื่องจากฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับโทษทางอาญา แต่โทษทางปกครองนั้นมักจะนำมาใช้กับการกระทำความผิดที่มีลักษณะการละเมิดหน้าที่ตามกฎหมายที่บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำเพื่อประโยชน์แห่งการจัดทำบริการสาธารณะ โดยลักษณะของความผิดดังกล่าวจะไม่มีลักษณะเป็นความชั่วร้ายหรือกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี⁹³ นอกจากนี้ โทษทางปกครองยังมีลักษณะพิเศษบางประการที่แตกต่างไปจากมาตราการลงโทษลักษณะอื่น คือ เมื่อมีผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเหล่านั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการวินิจฉัยสั่งลงโทษผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายได้เองโดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อวินิจฉัยสั่งการ

3.2.1 ความหมายของโทษทางปกครอง

ศาสตราจารย์เรอเน่ ชาปูล์ (René Chapus) และศาสตราจารย์ฌอง ริเวโร (Jean Rivero) อธิบายความหมายของ “โทษทางปกครอง” ไว้ว่า โทษทางปกครอง เป็นวิธีการหนึ่งในการทำให้ประชาชนปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง โดยนอกเหนือจากการดำเนินการทางอาญาแล้ว ฝ่ายปกครองอาจกำหนดโทษทางปกครอง และใช้การบังคับทางปกครองเพื่อให้มีการปฏิบัติตาม

⁹² ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม, หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกรัฐสภา, กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2564. น. 77.

⁹³ อรรถสิทธิ์ กันมล. ปัญหาการนำโทษทางปกครองมาใช้ควบคู่กับโทษทางอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร. 2549. หน้า 15.

คำสั่งทางปกครองได้ ซึ่งการกำหนดโทษทางปกครอง ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองเองได้กำหนดโทษทางปกครองแก่ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งแทนหรือเพิ่มเติมจากการดำเนินคดีอาญา⁹⁴

สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้วางแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความหมายของ “โทษทางปกครอง” (sanction administrative) ว่า หมายถึง คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่จัดทำขึ้นภายในเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองเพื่อลงโทษการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับต่าง ๆ ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะเป็นกรณีการละเมิดหน้าที่ทางปกครอง (obligations administratives) อัน ได้แก่ หน้าที่ตามกฎหมายที่บุคคลพึงกระทำหรืองดเว้นกระทำเพื่อประโยชน์แห่งการจัดทำบริการสาธารณะ⁹⁵

คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา อธิบายว่า “โทษทางปกครอง” หมายถึง โทษที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองลงแก่ผู้กระทำอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ และคำสั่งทางปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริการสาธารณะสามารถดำเนินการต่อไปได้⁹⁶

3.2.2 วัตถุประสงค์ของโทษทางปกครอง

วัตถุประสงค์ของการลงโทษทางปกครองคล้ายคลึงกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญา คือ เป็นการลงโทษสำหรับการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้⁹⁷ โดยผู้ซึ่งมีอำนาจลงโทษจะต้องมีอำนาจตามที่กำหนดและผลร้ายจากการลงโทษนั้นเป็นการตอบแทนการฝ่าฝืนกฎหมายที่ผ่านพ้นไปแล้ว โดยทั่วไปโทษทางปกครองจะนำมาใช้กับการกระทำความผิดที่เป็นการฝ่าฝืนกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับซึ่งมีลักษณะเป็นแบบแผน (norm) ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป หรือการฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครอง และการกระทำความผิดนั้นไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ความผิดที่กำหนดให้มีโทษ

⁹⁴ กฤษณ์ วสินนท์. ร่างรายงานการวิจัยมาตรการบังคับทางปกครอง: ศึกษากรณีการแยกการปรับทางปกครองออกจากโทษปรับทางอาญาของประเทศฝรั่งเศส. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. กรุงเทพมหานคร. 2547. หน้า 20.

⁹⁵ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. บันทึกเสนอผลการศึกษาค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศ “การใช้โทษทางปกครองและโทษทางอาญาควบคู่กันในระบบกฎหมายฝรั่งเศส. เอกสารเสนอคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เพื่อพิจารณาในการประชุมวันที่ 24 พฤศจิกายน 2547. อันสำเนา.

⁹⁶ คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. รายงานการศึกษาและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญา. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. กรุงเทพมหานคร. 2547. หน้า 12.

⁹⁷ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. รายงานการศึกษาวินิจฉัย เรื่อง “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน. คณะกรรมการกฤษฎีกา. กรุงเทพมหานคร. 2548. หน้า 99.

ทางปกครองส่วนใหญ่จึงเป็นความผิดตามที่กฎหมายกำหนดในเชิงเทคนิค (mala prohibita) มากกว่าที่จะเป็นการกระทำความผิดในตัวเอง (mala in se) ซึ่งมีความชั่วร้ายหรือผู้กระทำความผิดเป็นอาชญากรเช่นเดียวกับลักษณะของการกระทำความผิดที่กำหนดให้มีโทษทางอาญา

นอกจากวัตถุประสงค์ของการกำหนดโทษทางปกครองข้างต้นแล้ว หลักการลงโทษทางปกครองของบางประเทศ เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส เห็นว่าการกำหนดโทษทางปกครองในบางกรณีอาจมีวัตถุประสงค์เป็นการกำหนดมาตรการเพื่อความสงบเรียบร้อยรวมอยู่ด้วย⁹⁸ เช่น การออกคำสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานที่ปล่อยมลพิษ นอกจากจะเป็นการลงโทษการฝ่าฝืนผู้ประกอบการที่กระทำความผิดกฎหมายแล้ว โทษดังกล่าวยังเป็นมาตรการห้ามมิให้มีการกระทำความผิดซึ่งส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของสาธารณชน เป็นการควบคุมพฤติกรรมในอนาคตไปพร้อมกันได้ด้วย

3.2.3 รูปแบบของโทษทางปกครอง

การกำหนดประเภทของโทษทางปกครองจะแตกต่างกันตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และจะสอดคล้องกับสภาพของบริการสาธารณะที่มุ่งคุ้มครอง ปัจจุบันประเทศต่าง ๆ นำโทษทางปกครองไปกำหนดไว้ในกฎหมายหลายด้าน โดยอาจแบ่งรูปแบบของโทษทางปกครองได้ ดังนี้⁹⁹

1) โทษทางการเงิน

โทษทางการเงินเป็นโทษทางปกครองที่มีการนำมาใช้อย่างกว้างขวาง โดยกระทำในรูปของโทษปรับทางปกครอง หรือการมีคำสั่งระงับการจ่ายหรือให้หักเงินช่วยเหลือตามกฎหมายก็ได้ การกำหนดโทษปรับทางปกครองมักจะกำหนดโทษปรับที่มีอัตราสูง เพื่อให้ผู้ที่คิดจะฝ่าฝืนกฎหมายเกรงกลัว และมักจะกำหนดโทษขั้นต่ำสุดจนถึงสูงสุดเอาไว้เพื่อให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจตามความเหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี

2) โทษที่เป็นการเพิกถอนสิทธิ

โทษในลักษณะนี้จะกำหนดควบคู่ไปกับการประกอบกิจการประเภทที่ต้องมีการควบคุมหรือตรวจสอบโดยฝ่ายปกครองและการเริ่มต้นประกอบกิจการนั้น จะต้องมีการขออนุญาต ขอดจดทะเบียน หรือเมื่อได้ประกอบกิจการแล้วจะต้องแจ้งให้เจ้าพนักงานตามกฎหมายรับรู้ สำหรับโทษทางปกครองประเภทนี้ อาจแบ่งรูปแบบออกไปตามความรุนแรงของโทษ

⁹⁸ ฌุสตีวีนท์. ร่างรายงานการวิจัยมาตรการบังคับทางปกครอง: ศึกษากรณีการแยกการปรับทางปกครองออกจากโทษปรับทางอาญาของประเทศไทย. หน้า 28.

⁹⁹ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. บันทึกเสนอผลการศึกษาค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศ “การใช้โทษทางปกครองและโทษทางอาญาควบคู่กัน เพื่อลงโทษการกระทำความผิดกรรมเดียว”. หน้า 4.

ที่จะกำหนด โดยเริ่มจากการมีคำสั่งจำกัดการประกอบการ การพักใช้ใบอนุญาตหรือการจดทะเบียน หรือการให้ความเห็นชอบ หรือการตัดสิทธิในการประกอบการ ซึ่งได้แก่ คำสั่งห้ามดำเนินการ ห้ามประกอบการ คำสั่งยกเลิกเพิกถอนใบอนุญาตหรือการจดทะเบียนหรือการให้ความเห็นชอบ แต่การออกคำสั่งเพิกถอนสิทธิในลักษณะนี้จะไม่รวมถึงกรณีที่มีการเพิกถอนสิทธิเพราะคำสั่งที่ก่อตั้งสิทธิในการประกอบกิจการนั้นออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย

3) โทษที่กระทบต่อชื่อเสียง

การประกอบกิจการบางประเภทจำเป็นต้องอาศัยความน่าเชื่อถือ ชื่อเสียงของผู้ประกอบการเป็นสำคัญ เพราะฉะนั้น การกำหนดโทษทางปกครองที่จะทำให้ชื่อเสียง หรือความน่าเชื่อถือของผู้ประกอบการต้องเสียไปจึงนำมาใช้กับกรณีนี้ได้ เช่น กรณีที่กฎหมาย กำหนดให้ฝ่ายปกครองประกาศหรือแจ้งให้ผู้มีส่วนได้เสียหรือสาธารณชนทราบถึงการกระทำ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้กระทำความผิด หรือการดำเนินโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน

4) การเปรียบเทียบคดีตามใบสั่ง

เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะเปรียบเทียบ คดีเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด โดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล ทั้งนี้ เพื่อลดภาระของศาลในการ พิจารณาคดีเล็กน้อย โดยเมื่อมีผู้กระทำการอันกฎหมายห้าม เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจออก ใบสั่งแจ้งข้อกล่าวหาให้บุคคลดังกล่าวทราบและให้มาชำระค่าปรับตามจำนวนที่เปรียบเทียบ ซึ่งต้องไม่เกินเพดานที่กฎหมายกำหนด หากบุคคลดังกล่าวไม่ชำระค่าปรับตามที่เปรียบเทียบ เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องฟ้องบุคคลดังกล่าวเป็นคดีต่อศาล

3.2.4 ความแตกต่างระหว่างโทษทางปกครองและโทษทางอาญา

1) วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

โทษทางปกครองกับโทษทางอาญา มีวัตถุประสงค์เป็นการลงโทษ การกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับ ซึ่งผู้กระทำความผิดได้กระทำล่วงมาแล้ว เหมือนกัน แต่ลักษณะของความผิดที่กำหนดให้มีโทษทางอาญา กับโทษทางปกครองแตกต่างกัน กล่าวคือ การกระทำที่เป็นความผิดอาญา จะมีลักษณะเป็นความผิดโดยสภาพ คือ เป็นสิ่งที่สังคม หรือวิญญูชนถือกันว่าเป็นความชั่วร้าย หรือมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ของประชาชน เช่น การฆ่าผู้อื่น การลักทรัพย์ แต่ในขณะที่ความผิดที่กำหนดให้มีโทษทางปกครอง เป็นการละเมิดต่อคุณค่าระดับรองของสังคมที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์ด้านเศรษฐกิจและสังคมของรัฐ มิใช่การละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล หรือมิใช่เป็นสิ่งชั่วร้าย หากแต่กฎหมาย ประสงค์จะไม่ให้มีการกระทำนั้น ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะเพื่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ บางประการ และด้วยความแตกต่างกันของลักษณะของการกระทำความผิดดังกล่าว ทำให้ต้องนำ

กระบวนการพิจารณาโทษและการกำหนดโทษ รวมทั้งการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกลงโทษที่แตกต่างกันมาใช้บังคับ¹⁰⁰

2) องค์กรที่มีอำนาจลงโทษ

เนื่องจากความผิดที่กำหนดให้มิโทษทางปกครองเกิดจากการที่บุคคลละเมิดหน้าที่ทางปกครองในอันที่จะกระทำหรืองดเว้นกระทำเพื่อประโยชน์แห่งการจัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองโดยแท้ กฎหมายจึงกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาและลงโทษผู้กระทำผิดได้เอง โดยกฎหมายอาจกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจลงโทษนั้นเป็นเจ้าหน้าที่ที่ออกคำสั่งทางปกครอง หรืออาจกำหนดให้เป็นอำนาจของผู้ทบทวนคำสั่งทางปกครอง หรืออาจเป็นเจ้าหน้าที่อื่น ซึ่งตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการเปรียบเทียบโทษทางปกครองโดยเฉพาะในรูปของบุคคลหรือคณะบุคคลก็ได้ ในขณะที่โทษทางอาญาเป็นโทษที่กฎหมายกำหนดให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณาพิพากษาลงโทษ การที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งลงโทษทางปกครองได้เองนั้นก็เพื่อให้กระบวนการลงโทษเป็นไปอย่างรวดเร็ว หรือเพื่อให้ทันต่อการทำความผิดบางประเภท ซึ่งหากมีความล่าช้าจะก่อให้เกิดความเสียหายมากขึ้น

3) ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับกับกระบวนการลงโทษ

ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับกับกระบวนการลงโทษทางปกครอง ทั้งของประเทศที่มีการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อบังคับใช้กับโทษทางปกครองและประเทศที่ไม่มีการตรากฎหมายดังกล่าว จะกำหนดให้นำหลักกฎหมายที่แตกต่างไปจากกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับกับการพิจารณาโทษทางปกครอง เช่น ในรัฐบัญญัติว่าด้วยการละเมิดต่อกฎ ระเบียบ ค.ศ. 1987 กำหนดมิให้นำหลักในเรื่องอำนาจสอบสวนของพนักงานสอบสวนตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบางประการมาใช้กับการสอบสวนการกระทำผิดทางปกครอง หรือการยกเว้นการสืบพยานต่อหน้าจำเลยมาใช้กับการพิจารณาโทษทางปกครอง ตลอดจนความแตกต่างในเรื่องการบังคับโทษทางปกครอง ซึ่งก็ได้กำหนดให้นำกฎหมายว่าด้วยการบังคับทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่มาใช้บังคับโดยอนุโลม¹⁰¹

¹⁰⁰ อรรถสิทธิ์ กันมล. ปัญหาการนำโทษทางปกครองมาใช้ควบคู่กับโทษทางอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร. 2549. หน้า 21 – 22.

¹⁰¹ เรื่องเดียวกัน.

3.3 ค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damage) คือ รูปแบบค่าปรับซึ่งถูกกำหนดขึ้นเพื่อลงโทษการกระทำที่น่าตำหนิ (reprehensible conduct) และป้องปราม (deter) การกระทำ ความผิดที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต¹⁰² ซึ่งเป็นส่วนที่เพิ่มเติมจากค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง¹⁰³ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นอัตราส่วนเดียวกับค่าเสียหายที่แท้จริง หรือกล่าว ในอีกมุมมองหนึ่งก็คือค่าเสียหายเชิงลงโทษพิจารณาที่ลักษณะการกระทำ ความผิดของจำเลย โดยมีได้พิจารณาความเสียหายที่แท้จริงที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหาย¹⁰⁴

การนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้มีวัตถุประสงค์หลายประการ ได้แก่¹⁰⁵

ในด้านการป้องปราม : ด้วยจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษที่สูงกว่าค่าเสียหายที่แท้จริงตามปกติสามารถป้องปรามผู้ละเมิดและผู้อื่นในสังคมไม่ให้กระทำความผิดได้

ในด้านการลงโทษ : การนำค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ถือเป็นการส่งสัญญาณให้กับสังคมเห็นว่าผู้ทำความผิดเป็นผู้ที่ควรได้รับการตำหนิและค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นช่องทางให้สามารถกำหนดค่าเสียหายอื่น ๆ ที่กฎหมายไม่ครอบคลุม รวมถึงค่าทนายความและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ของโจทก์ด้วย

ในปัจจุบันกฎหมายไทยได้นำเอาหลักเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558 เป็นต้น

¹⁰² ถูกให้ความหมายไว้โดยศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาในคดี Gertz v. Welch, 418 U.S. 323, 350 (1974) อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, รายงานวิจัย เรื่อง การนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้กฎหมายไทย, ทุนวิจัยกองทุน รัชดาภิเษกสมโภช จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, มีนาคม 2555, หน้า 22.

¹⁰³ Michael Polinsky and Steven Shavell. In Boudewijin Bouckaert & Gerrit De Grest (Ed). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham. UK : Edward Elgar. 2000. Volume II, at 764. อ้างถึงใน ศักดา ธนิตกุล, รายงานการวิจัย เรื่อง การนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้กฎหมายไทย, หน้า 22.

¹⁰⁴ เรื่องเดียวกัน.

¹⁰⁵ ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. *หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกวุฒิสภา*. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า. 2564. หน้า 79.

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า การนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบัญญัติไว้ในกฎหมายจะประกอบด้วยหลักเกณฑ์ที่สำคัญ ๆ อย่างน้อย 3 ประการ ดังนี้¹⁰⁶

ประการที่หนึ่ง ขอบเขตการใช้บังคับค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพื่อเป็นกรอบในการพิจารณาว่าการกระทำละเมิดลักษณะใดบ้างที่จะเข้าช่วยให้มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ เช่น เป็นการกระทำโดยจงใจหรือมีเจตนาถั่นแกล้ง หรือเจตนาเอาเปรียบ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นต้น ซึ่งเป็นการนำพฤติกรรมการกระทำละเมิดที่ร้ายแรงกว่าปกติมากำหนดเป็นขอบเขตการใช้บังคับค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ประการที่สอง การประเมินจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษ ซึ่งพระราชบัญญัติทุกฉบับที่ได้นำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ดังกล่าวมาข้างต้น ล้วนแล้วแต่ได้กำหนดให้อำนาจศาลเป็นผู้ประเมินจำนวนค่าเสียหายเชิงลงโทษทั้งสิ้น

ประการที่สาม มาตรการควบคุมค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพื่อเป็นการควบคุมจำนวนค่าเสียหายชนิดนี้ ไม่ให้เป็นจำนวนที่มากเกินไปจนไม่สามารถควบคุมได้ เช่น การกำหนดเพดานสูงสุดของค่าเสียหายเชิงลงโทษที่ศาลจะกำหนดไว้ว่าต้องไม่เกิน 2 เท่า ของค่าเสียหายที่แท้จริง เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป ค่าเสียหายเชิงลงโทษเป็นสภาพบังคับอย่างอื่นนอกเหนือไปจากโทษทางอาญาที่น่าสนใจในการนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทย โดยในเบื้องต้น ลักษณะของการกระทำผิดทางอาญาที่เข้าข่ายที่จะปรับใช้ค่าเสียหายเชิงลงโทษได้ควรจะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของค่าเสียหายเชิงลงโทษ คือ ต้องสามารถป้องปรามผู้กระทำผิดและผู้อื่นไม่ให้กระทำผิดนั้นอีกในอนาคต โดยอาจเป็นการกระทำความผิดที่ส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยของสังคม โดยที่ผู้กระทำประมาทเลินเล่อหรือไม่ใช่ดีในผลนั้นและไม่คำนึงถึงสิทธิของผู้อื่น เช่น ความเสียหายต่อสังคมหรือสิ่งแวดล้อม หรืออาจนำมาใช้กับกรณีความผิดอื่นที่ผู้กระทำผิดหลบหนี เพื่อเป็นการสร้างต้นทุนที่สูงขึ้นของผู้กระทำผิดหากคิดจะหลบหนี อย่างไรก็ตาม การนำหลักเรื่องค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้ในการกระทำความผิดอาญาจะต้องมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน เหมาะสม และได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด¹⁰⁷

¹⁰⁶ วรชัย แสตนสิระ. การนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษตามกฎหมายต่างประเทศมาบังคับใช้กับคดีละเมิดตามกฎหมายไทย. วารสารจตุรนิติ, ม.ค – ก.พ. 60, หน้า 133 – 140.

¹⁰⁷ ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกวุฒิสภา. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า. 2564. หน้า 80.

บทที่ 3

กฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญาตามมาตรฐานสากล กฎหมายของต่างประเทศ และประเทศไทย

ในบทนี้ จะทำการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญาตามมาตรฐานสากล อันได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948) กฎหมายของต่างประเทศ และประเทศไทย และคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (Declaration of the Rights of the Man and of the Citizen of 1789) มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญาในต่างประเทศ อันได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐฝรั่งเศส รวมถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญาในประเทศไทย อันได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประมวลกฎหมายอาญา ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย ดังนี้

1. กฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญาตามมาตรฐานสากล

1.1 คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (Declaration of the Rights of the Man and of the Citizen of 1789)

คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (Declaration of the Rights of the Man and of the Citizen of 1789) ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งเป็นต้นแบบของการประกาศสิทธิอื่น ๆ มีการกำหนดรายละเอียดเรื่องการกำหนดโทษอาญาไว้ในข้อ 4 ข้อ 5 และ ข้อ 8 ดังนี้

ข้อ 4 เสรีภาพ ได้แก่ ความสามารถ (ของบุคคล)ที่จะกระทำการใด ๆ ได้โดยไม่ก่ออันตรายเสียหายแก่ผู้อื่น ด้วยเหตุนี้การใช้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคนนั้นย่อมถูกจำกัดลงได้แต่เฉพาะที่จะให้การประกันแก่ผู้เป็นสมาชิกคนอื่น ๆ ในสังคมเพื่อที่จะสามารถใช้สิทธิ

อย่างเดียวกันนั้นได้ด้วย ข้อจำกัดทั้งหลายในการใช้สิทธิเหล่านี้จะกระทำได้อีกแต่โดยอาศัยบทกฎหมายเท่านั้น¹⁰⁸

ข้อ 5 บทกฎหมายมีสิทธิจะห้ามได้ก็แต่การกระทำซึ่งอาจก่ออันตรายเสียหายแก่สังคม การใดซึ่งมิได้ถูกห้ามไว้โดยบทกฎหมาย การนั้น (บุคคล) ย่อมสามารถจะกระทำได้ และบุคคลจะถูกบังคับให้กระทำการที่บทกฎหมายมิได้บัญญัติไว้ (ให้บุคคลต้องกระทำการเช่นนั้น) มิได้¹⁰⁹

ข้อ 8 กฎหมายจะกำหนดบทลงโทษใด ๆ ได้ก็แต่เฉพาะเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่ง และเห็นเป็นที่ประจักษ์ชัดเท่านั้น ผู้ใดจะถูกลงโทษได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่บัญญัติขึ้นและประกาศใช้ก่อนหน้าการกระทำอันเป็นความผิด และได้ใช้บทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ โดยชอบแล้วเท่านั้น¹¹⁰

1.2 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948)

สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกประเทศต่าง ๆ ได้ลงมติรับรองและประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เพื่อเป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาคมโลก เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 ณ กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส และถึงแม้ว่าปฏิญญาฉบับนี้จะไม่ใช่สนธิสัญญาระหว่างประเทศแต่ก็จัดเป็นกฎหมายจารีตระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่สำคัญที่สุด ซึ่งประเทศต่าง ๆ จำต้องเคารพต่อหลักการสิทธิมนุษยชนที่ได้ตราไว้ในปฏิญญาฉบับนี้ โดยที่ปฏิญญาฉบับนี้ยังเป็นพื้นฐานสำคัญของสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ อีกหลายฉบับ รวมทั้งกติการะหว่างประเทศ

¹⁰⁸ The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, 1789

IV. Political liberty consists in the power of doing whatever does not injure another. The exercise of the natural rights of every man, has no other limits than those which are necessary to secure to every other man the free exercise of the same rights; and these limits are determinable only by the law.

¹⁰⁹ The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, 1789

V. The law ought to prohibit only actions hurtful to society. What is not prohibited by the law, should not be hindered; nor should any one be compelled to that which the law does not require.

¹¹⁰ The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, 1789

VIII. The law ought to impose no other penalties but such as are absolutely and evidently necessary; and no one ought to be punished, but in virtue of a law promulgated before the offence, and legally applied.

อ้างอิงใน คณศ เต็งสุวรรณ. ปัญหาการจัดระบบกฎหมายที่กำหนดความผิดอาญาในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร. 2558. หน้า 27 – 28.

ว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948 หรือ UDHR) ได้กำหนดมาตรฐานสากลในเรื่องความรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญาไว้ ดังนี้

ข้อ 15 (1) บุคคลย่อมไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาเพราะกระทำหรืองดเว้นกระทำการใด ซึ่งในขณะที่กระทำไม่มีความผิดอาญาตามกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ และจะลงโทษให้หนักกว่าโทษที่มีอยู่ในขณะที่ได้กระทำความผิดอาญาไม่ได้ หากภายหลังการกระทำความผิดนั้น ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดโทษเบาลงผู้กระทำผิดย่อมได้รับประโยชน์จากบทบัญญัตินั้น

(2) ความในข้อนี้ย่อมไม่กระทบต่อการพิจารณาคดี และการลงโทษบุคคล ซึ่งได้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการใดอันเป็นความผิดอาญาตามหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่รับรองโดยประชาคมนานาชาติในขณะที่มีการกระทำนั้น

นอกจากนี้ ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 ยังได้กำหนดมาตรฐานสากลในการกำหนดความผิดอาญาไว้ ดังนี้¹¹¹

“ในการใช้สิทธิเสรีภาพ ทุกคนจะต้องถูกจำกัดอยู่ภายใต้เท่าที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น สำหรับวัตถุประสงค์ของการรักษาความปลอดภัยระหว่างการยอมรับและเคารพในสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของความสงบเรียบร้อย สันติธรรมอันดี และสวัสดิการสังคมทั่วไป ในสังคมประชาธิปไตย”

จากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง และตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติดังกล่าวข้างต้น จึงสามารถกล่าวได้ว่า ในการกำหนดความผิดอาญาตามมาตรฐานสากล รัฐจะจำกัดเสรีภาพของบุคคลได้เพียงเฉพาะเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่งโดยชัดแจ้งเท่านั้น โดยการกำหนดความผิดดังกล่าวต้องเป็นการทำเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและสันติธรรมอันดี และสวัสดิการในสังคมประชาธิปไตย ดังนั้น การกำหนดความผิดอาญาจึงทำได้เฉพาะในกรณีที่มีการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่รบกวนความสงบสุขของผู้คนในสังคมเท่านั้น หากการกระทำใดที่ไม่เป็นการรบกวนความสงบสุขของผู้คนในสังคม การกระทำนั้นก็ไม่ควรที่จะกำหนดเป็นความผิดอาญา¹¹²

¹¹¹ Universal Declaration of Human Rights 1948 Article 29 (2)

¹¹² คณิศ เต็งสุวรรณ. ปัญหาการจัดระบบกฎหมายที่กำหนดความผิดอาญาในประเทศไทย. หน้า 27 – 28.

1.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966

(International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR)

ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) ได้กำหนดสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมไว้ในข้อ 14 โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้¹¹³

(1) บุคคลทุกคนย่อมมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันในการพิจารณาของศาลและคณะตุลาการ ในการพิจารณาคดีอาญา ซึ่งตนต้องหาว่ากระทำผิด หรือการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของตน บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการพิจารณาอย่างเปิดเผยและเป็นธรรม โดยคณะตุลาการซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย มีอำนาจ มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง สื่อมวลชนและสาธารณชน อาจถูกห้ามเข้าฟังการพิจารณาคดีทั้งหมดหรือบางส่วนก็ด้วยเหตุผลทางศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือความมั่นคงของชาติในสังคมประชาธิปไตยหรือเพื่อความจำเป็นเกี่ยวกับส่วนได้เสียในเรื่องชีวิตส่วนตัวของกลุ่ม หรือในสภาพการณ์พิเศษซึ่งศาลเห็นว่าจำเป็นอย่างยิ่ง เมื่อการพิจารณาโดยเปิดเผยนั้นอาจเป็นการเสื่อมเสียต่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม แต่คำพิพากษาในคดีอาญา หรือคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีอื่นต้องเปิดเผย เว้นแต่จำเป็นเพื่อประโยชน์ของเด็กและเยาวชน หรือเป็นกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับข้อพิพาทของกลุ่มสมรสในเรื่องการเป็นผู้ปกครองเด็ก¹¹⁴

¹¹³ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR). 1 พฤษภาคม 2565 จาก https://deepsouthwatch.org/sites/default/files/archives/docs/iccpr_th.pdf

¹¹⁴ International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR Article 14

1. All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law. The press and the public may be excluded from all or part of a trial for reasons of morals, public order (ordre public) or national security in a democratic society, or when the interest of the private lives of the parties so requires, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice; but any judgement rendered in a criminal case or in a suit at law shall be made public except where the interest of juvenile persons otherwise requires or the proceedings concern matrimonial disputes or the guardianship of children.

(2) บุคคลทุกคนซึ่งต้องหว่ากระทำผิดอาญา ต้องมีสิทธิได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีความผิดตามกฎหมาย¹¹⁵

(3) ในการพิจารณาคดีอาญา บุคคลทุกคนซึ่งต้องหว่ากระทำผิดย่อมมีสิทธิที่จะได้รับหลักประกันขั้นต่ำ ดังต่อไปนี้ โดยเสมอภาค¹¹⁶

ก. สิทธิที่จะได้รับแจ้งโดยพลันซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับสภาพและเหตุแห่งความผิดที่ถูกกล่าวหา ในภาษาซึ่งบุคคลนั้นเข้าใจได้

ข. สิทธิที่จะมีเวลา และได้รับความสะดวกเพียงพอแก่การเตรียมการเพื่อต่อสู้คดี และติดต่อกับทนายความที่ตนเลือกได้

ค. สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยไม่ชักช้าเกินความจำเป็น

ง. สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาต่อหน้าบุคคลนั้น และสิทธิที่จะต่อสู้คดีด้วยตนเอง หรือโดยผ่านผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายที่ตนเลือก สิทธิที่บุคคลได้รับแจ้งให้ทราบถึงสิทธิในการมีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย หากบุคคลนั้น ไม่มีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย ในกรณีใด ๆ

¹¹⁵ International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR Article 14

2. Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law.

¹¹⁶ International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR Article 14

3. In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality:

(a) To be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him;

(b) To have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing;

(c) To be tried without undue delay;

(d) To be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it;

(e) To examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

(f) To have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court;

(g) Not to be compelled to testify against himself or to confess guilt.

เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมบุคคลนั้นมีสิทธิที่จะมีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย ซึ่งมีการแต่งตั้งให้โดยปราศจากค่าตอบแทน ในกรณีที่บุคคลนั้นไม่สามารถรับภาระในการจ่ายค่าตอบแทน

(จ) สิทธิที่จะซักถามพยานซึ่งเป็นปรักษ์ต่อตน และขอให้เรียกพยานฝ่ายตนมาซักถามภายใต้เงื่อนไขเดียวกับพยานซึ่งเป็นปรักษ์ของตน

(ฉ) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากล่ามโดยไม่คิดมูลค่า หากไม่สามารถเข้าใจหรือพูดภาษาที่ใช้ในศาลได้

(ช) สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้เบิกความเป็นปรักษ์ต่อตนเอง หรือให้รับสารภาพผิด

4. ในกรณีของบุคคลที่เป็นเด็กหรือเยาวชน วิธีพิจารณาความให้เป็นไปโดยคำนึงถึงอายุ และความปรารถนาที่จะส่งเสริมการแก้ไขฟื้นฟูความประพฤติของบุคคลนั้น¹¹⁷

5. บุคคลทุกคนที่ต้องคำพิพากษาลงโทษในความผิดอาญา ย่อมมีสิทธิที่จะให้คณะตุลาการระดับเหนือขึ้นไป พิจารณาทบทวนการลงโทษและคำพิพากษาโดยเป็นไปตามกฎหมาย¹¹⁸

6. เมื่อบุคคลใดต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษในความผิดอาญา และภายหลังจากนั้นมีการกลับคำพิพากษาที่ให้ลงโทษบุคคลนั้น หรือบุคคลนั้นได้รับอภัยโทษ โดยเหตุที่มีข้อเท็จจริงใหม่หรือมีข้อเท็จจริงที่ได้ค้นพบใหม่อันแสดงให้เห็นว่าได้มีการดำเนินกระบวนการยุติธรรมที่มีชอบ บุคคลที่ได้รับความทุกข์อันเนื่องมาจากการลงโทษตามผลของคำพิพากษาลงโทษ เช่นว่า ต้องได้รับการชดเชยตามกฎหมายเว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า การไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงที่ยังไม่รู้ให้ทันเวลาเป็นผลจากบุคคลนั้นทั้งหมด หรือบางส่วน¹¹⁹

¹¹⁷ International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR Article 14

4. In the case of juvenile persons, the procedure shall be such as will take account of their age and the desirability of promoting their rehabilitation.

¹¹⁸ International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR Article 14

5. Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law.

¹¹⁹ International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR Article 14

6. When a person has by a final decision been convicted of a criminal offence and when subsequently his conviction has been reversed or he has been pardoned on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated according to law, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to him.

7. บุคคลย่อมไม่ถูกพิจารณา หรือลงโทษซ้ำในความผิดซึ่งบุคคลนั้น ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษ หรือให้ปล่อยตัวแล้วตามกฎหมายและวิธีพิจารณาความอาญาของแต่ละประเทศ¹²⁰

หลักการห้ามดำเนินคดีซ้ำ ได้รับการยอมรับว่าเป็นหนึ่งในสิทธิมนุษยชน อันทรงคุณค่าอันเป็นรากฐานในการบริหารงานยุติธรรมของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา จากแนวความคิดของ O'Neill และคณะ ซึ่งปรากฏในบทความกฎหมายด้านสิทธิมนุษยชน ในประเทศออสเตรเลียที่ว่า “ไม่มีใครจะต้องรับผิดโดยถูกดำเนินคดีหรือถูกลงโทษซ้ำสำหรับการกระทำความผิดเดียวกัน ซึ่งมีคำตัดสินในที่สุดให้ปล่อยตัวเขาหรือมีคำตัดสินที่เกิดขึ้นตามกฎหมายเอง โกล-ออสเตรเลีย” (No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which they have already either been finally acquitted or convicted is well established in Anglo Australian law.)

หลักการอันเป็นมาตรฐานที่กำหนดในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อ 14 (7) เป็นข้อกำหนดที่มีแนวทางมาจากอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 ในพิธีสารฉบับที่ 7 ข้อ 4 (Article 4P7 ECHR) แต่ตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 ในพิธีสารฉบับที่ 7 ข้อ 4 อนุญาตให้มีการดำเนินคดีใหม่ได้ หากปรากฏว่ามีพยานหลักฐานใหม่ที่สามารนำมาใช้ พิสูจน์ความผิดของจำเลยได้ ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายตามพระราชบัญญัติ กระบวนการยุติธรรมทางอาญา (The Criminal Justice Act 2003) ในส่วนที่ 10 ตอนท้าย¹²¹

นอกจากกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อ 14 (7) ที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกอยู่ได้กำหนด กฎเกณฑ์ในเรื่องข้อห้ามการดำเนินคดีซ้ำไว้ ยังมีกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ อีกที่ได้กำหนด ข้อตกลงเรื่องข้อห้ามการดำเนินคดีซ้ำไว้ ได้แก่ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพ ขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 (Convention for the Protection of Human Right and Fundamental Freedoms-ECHR) หรือที่เรียกทั่วไปว่า European Convention on Human Rights ใน พิธีสาร

¹²⁰ International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR Article 14

7. No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.

¹²¹ ญาณิสสา เนียมประดิษฐ์. ข้อห้ามการดำเนินคดีอาญาซ้ำตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39(4): ศึกษาจากวัตถุประสงค์ในคดีอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, กรุงเทพมหานคร. 2561. หน้า 41 – 43.

ฉบับที่ 7 ข้อ 4 เรียกโดยย่อว่า Article 4P7 ECHR ได้กำหนดว่า “ไม่มีบุคคลใดต้องถูกดำเนินคดีหรือถูกลงโทษซ้ำสำหรับการดำเนินคดีอาญาในเขตอำนาจของศาลในรัฐเดียวกัน ในความผิดที่มีคำตัดสินถึงที่สุดให้ปล่อยตัวหรือให้ลงโทษตามกฎหมายและกระบวนการพิจารณาคดีของรัฐนั้น” ซึ่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 ในพิธีสารฉบับที่ 7 ข้อ 4 ได้กำหนดข้อตกลงไว้ใน The Convention Proper¹²² โดยมีขอบเขตเกี่ยวกับการฟ้องร้องดำเนินคดีซ้ำสองไว้อย่างกว้าง ๆ

2. กฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญาของเจ้าหน้าที่ในต่างประเทศ

2.1 สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี เป็นประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งเป็นต้นแบบที่ในหลาย ๆ ประเทศลอกเลียนแบบมาใช้ มีแนวคิดทฤษฎีและหลักการต่าง ๆ ที่เป็นแนวทางในการดำเนินการทางกฎหมายที่น่าสนใจหลายประการ รวมตลอดถึงเรื่องของการบังคับโทษ อำนาจตามกฎหมายที่ทำให้สามารถที่จะลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดได้นั้น เริ่มมาจากประมวลกฎหมายอาญา¹²³ มาตรา 1¹²⁴ บทบัญญัตินี้เป็นหลัก “ไม่มีความคิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (nullum crimen, nulla poena sine lege) หรือหลักนี้ในทางวิชาการเรียกว่า “หลักไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” อันเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา” และเป็น “หลักรัฐธรรมนูญ” ประกอบกับโทษจำคุกเป็นโทษชนิดหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น อำนาจในการที่ศาลพิพากษา

¹²² Article 4 of Protocol 7 to the Convention:

1. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of the State.

2. The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the re-opening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.

3. No derogation from this Article shall be made under Article 15 of the Convention.

อ้างถึงใน ญานิสานีเยมประดิษฐ์. ข้อห้ามการดำเนินคดีอาญาซ้ำตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39(4): ศึกษาจากวัตถุแห่งคดีในคดีอาญา. หน้า 41 – 43.

¹²³ Criminal Code (Strfgesetzbuch, StGB). As promulgated on 13 November 1998 Federal Law Gazete I, p. 945, p. 3322. อ้างถึงใน ธาณี วรภัทร์. กฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก. หน้า 152.

¹²⁴ Section 1 No punishment without a Law.

ลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดได้ อันเป็นผลให้บุคคลหนึ่งต้องถูกบังคับโทษจำคุกในเรือนจำจะต้องมาจากหลักพื้นฐานของหลักรัฐธรรมนูญ และหลักประกันในกฎหมายอาญา เมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายอาญากำหนดฐานความผิดและโทษไว้อย่างชัดเจน ศาลก็มีอำนาจพิพากษาได้

ตามประมวลกฎหมายอาญาฉบับปี ค.ศ. 1871 ของประเทศเยอรมนี จึงได้มีการจัดระดับความผิดอาญาโดยการแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่¹²⁵

(1) ความผิดอาญาโทษอุกฉกรรจ์ (Verbrechen) คือ ความผิดที่มีระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป

(2) ความผิดอาญาโทษปานกลาง (Vergehen) คือ ความผิดที่มีระวางโทษจำคุกหรือปรับ

(3) ความผิดลหุโทษ (Übertretungen) คือ ความผิดที่มีระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 สัปดาห์หรือปรับไม่เกิน 500 DM เช่น การก่อให้เกิดเสียงดังเกินควร การก่อความรำคาญในที่สาธารณะการใช้ชื่อปลอม เป็นต้น¹²⁶

ระบบการลงโทษของเยอรมนีในปัจจุบันได้ให้ความสำคัญในเรื่องสิทธิมนุษยชน โดยได้นำหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (German Constitutional Law) กับอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The European Convention of Human Rights) ผสมผสานเข้าด้วยกันในการพิจารณากำหนดโทษทางอาญา โดยกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมนีได้ห้ามการลงโทษประหารชีวิตซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญาฯ พิธีสาร ฉบับที่ 5 (Nov 1444) นอกจากนั้น ยังได้กำหนดห้ามการลงโทษที่เป็นการทรมานชั่วคราว โหดเหี้ยม และปฏิบัติที่ต่ำช้า (มาตรา 3) ซึ่งความดังกล่าวเป็นกฎเกณฑ์อันสำคัญในการนำไปสู่การบังคับใช้โทษในเยอรมนี เช่น คดี Tyrer ในเรื่องการลงโทษต่อร่างกาย ศาล Strasbourg ได้เข้ามาผลักดันในเรื่องของนโยบายดังกล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยได้กล่าวว่า “ในส่วนของความเชื่อในการลงโทษต่อร่างกายของศาลนั้น จะเป็นการป้องปราบอาชญากรรมจนต้องถูกชี้ให้เห็นว่า การลงโทษนั้นไม่ได้ลดลักษณะที่ต่ำช้าของมันเลย และการลงโทษนั้นเป็นการป้องปราบหรือการช่วยเหลือที่มีประสิทธิผลในการควบคุมอาชญากรรม” แสดงให้เห็นถึงแนวทางของศาลในการบังคับใช้โทษว่า การที่ศาลจะลงโทษจำคุกอันเป็นการจำกัดเสรีภาพ

¹²⁵ คณิต ณ นคร. “อัยการเยอรมันและการดำเนินคดีอาญาของอัยการเยอรมันก่อนฟ้อง” ในอัยการกับการสอบสวนคดีอาญา รวมบทความเกี่ยวกับการสอบสวนคดีอาญาในนานาประเทศ, โดยศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กรมอัยการ. ห้างหุ้นส่วนจำกัดชุดุติมาการพิมพ์. กรุงเทพมหานคร. หน้า 74 และพรรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์. ความเหมาะสมในการบัญญัติความผิดลหุโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญา. หน้า 46.

¹²⁶ ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกวุฒิสภา. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า. 2564. หน้า 49.

ของบุคคลใด ศาลจะต้องมีเหตุผลมากพอในการอนุญาตให้จำคุกบุคคลนั้น โดยศาลจะต้องคำนึงถึงหลักสำคัญสองประการ คือ หลักความเท่าเทียมกัน ซึ่งหมายถึงการใช้เหตุผลที่ดี โดยจะต้องมีการพิจารณาอย่างละเอียดเกี่ยวกับเนื้อหาเฉพาะแต่ละคดีไปและหลักความได้สัดส่วน ซึ่งหมายถึงการลงโทษที่ไม่สาหัสจนเกินไป

2.1.1 เกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษในระบบกฎหมายเยอรมัน¹²⁷

ฝ่ายตำราในเยอรมันพยายามค้นหาเกณฑ์พิจารณาในการแบ่งแยกการกระทำผิดอาญาและการกระทำผิดทางปกครองเพื่อกำหนดโทษให้เหมาะสมกับลักษณะของการกระทำผิด โดยช่วงแรกได้เสนอแนวคิดว่าการกระทำผิดทั้งสองประเภท มี “เนื้อหา” แตกต่างกัน ก่อนที่จะยอมรับในเวลาต่อมาว่าความผิดทั้งสองประเภทเพียงแต่แตกต่างกันใน “ระดับความร้ายแรง” เท่านั้น โดยศาสตราจารย์ Thomas Weigend แห่งมหาวิทยาลัย Köln ได้วิเคราะห์สรุปเกณฑ์พิจารณาของฝ่ายตำราไว้ ดังนี้¹²⁸

1) เกณฑ์ความแตกต่างในเนื้อหา (qualitative criteria)

เดิมมีแนวคิดว่าการกระทำผิดอาญาเป็นสิ่งที่พึงดำเนินในทางจริยธรรม ผู้กระทำผิดจึงสมควรได้รับโทษอาญา ขณะที่การกระทำผิดทางปกครองเป็นสิ่งที่ไม่มีข้อพิจารณาในทางจริยธรรม จึงใช้วิธีการลงโทษปรับทางปกครองได้ อย่างไรก็ดี การพิจารณาว่าการกระทำหนึ่งเป็นสิ่งที่สมควรได้รับการดำเนินในเชิงจริยธรรมหรือไม่ก็ไม่มีข้อพิจารณาที่ชัดเจนแน่นอน ดังนั้น ฝ่ายตำราที่เชื่อว่าการกระทำผิดทั้งสองประเภทมี “เนื้อหา” แตกต่างกันจึงเสนอเกณฑ์พิจารณาที่ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยให้พิจารณาจากสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองและถูกล่วงละเมิด โดยในคริสต์ศตวรรษที่ 19 Paul Johann Anselm von Feuerbach ได้เสนอว่าการละเมิดต่อสิทธิตามธรรมชาติของบุคคล ถือเป็นอาชญากรรมหรือการกระทำผิดอาญา (crimina) ขณะที่การละเมิดกฎหมายที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ถือเป็น การกระทำผิดไม่ร้ายแรง (delicta) หรือ “ความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (ทางปกครอง)” (“police (administrative) offences”)¹²⁹

¹²⁷ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. *บันทึก เรื่อง เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา*. (การประชุมสัมมนา เรื่อง หลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย ส่วนที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560. หน้า 24 – 27.

¹²⁸ เรื่องเดียวกัน.

¹²⁹ FEUERBACH (P.J.A.). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen Peinlichen Rechts*. 3d ed. Giessen 1805. p. 23.

ซึ่งข้อเสนอนี้คล้ายคลึงกับแนวคิดดั้งเดิมที่แยกการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) และการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด (mala prohibita)¹³⁰

ต่อมาในคริสต์ศตวรรษที่ 20 James Goldschmidt ได้เสนอเกณฑ์ใหม่ โดยให้พิจารณาว่าการกระทำผิดนั้นเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (legal regulations) หรือเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ทางปกครองของรัฐ (administrative state regulations) โดยมองว่า กฎเกณฑ์ทางกฎหมายมีวัตถุประสงค์คุ้มครองการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลมิให้ถูกล่วงละเมิด การละเมิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายจึงถือเป็นการกระทำผิดอาญา ส่วนกฎเกณฑ์ทางปกครองของรัฐ มีวัตถุประสงค์จรรโลงความผาสุกของสังคม โดยกำหนดหน้าที่ให้ประชาชนปฏิบัติ ซึ่งการไม่ให้ความร่วมมือแก่ทางราชการ ถือเป็นการไม่เชื่อฟังฝ่ายปกครอง จึงสมควรถูกลงโทษ โดยฝ่ายปกครองเอง¹³¹

แนวคิดของ Feuerbach และ Goldschmidt ต่างมีอิทธิพลอย่างมาก ในยุคนั้น แต่ฝ่ายตำรวจหลังมีความเห็นว่าเป็นแนวคิดที่ใช้ได้กับยุคสมัยที่สังคมยังไม่ซับซ้อน และใช้ได้กับการกระทำผิดที่มีลักษณะไปในทางใดทางหนึ่งอย่างชัดเจน (“clear-cut cases”) แต่ในรัฐสมัยใหม่ มิใช่เรื่องง่ายที่จะแบ่งแยกได้อย่างเด็ดขาดว่าการกระทำหนึ่งเป็นการละเมิดต่อสิทธิของบุคคลหรือเป็นการละเมิดต่อกฎเกณฑ์ที่รัฐกำหนดขึ้น และแม้จะแบ่งแยกได้ ก็เป็นการพิจารณาตามอำเภอใจ ซึ่งขึ้นอยู่กับทัศนคติของแต่ละบุคคล ส่วนเกณฑ์ที่ว่าเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ทางปกครองของรัฐนั้น ในหลายกรณีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายก็มีได้ มีขอบเขตจำกัดอยู่เฉพาะการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล แต่มุ่งคุ้มครองความผาสุกของสังคมด้วย และในบางกรณีก็ยากที่จะพิเคราะห์ว่าบทบัญญัติกฎหมายมีวัตถุประสงค์คุ้มครองการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือความผาสุกของสังคม โดยนัยนี้เกณฑ์ของ Feuerbach และ Goldschmidt จึงเป็นเพียงแนวคิดในทางปรัชญาที่ยังไม่แน่นอนพอที่จะใช้เป็นแนวทางสำหรับผู้ตรากฎหมายได้ในทางปฏิบัติ¹³²

ทั้งนี้ นอกจากเกณฑ์ว่าด้วยสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองแล้ว ยังมีเกณฑ์พิจารณาทางเนื้อหาอื่น ๆ เช่น เกณฑ์ว่าด้วยลักษณะของการกระทำผิด โดยกรณีที่เป็นการล่วงละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองอย่างเดียวกัน หากเป็นการกระทำโดยประมาทจะถือเป็น “การกระทำผิดทางปกครอง” แต่ถ้าเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือการกระทำผิดซ้ำ จะถือเป็น

¹³⁰ JAKOBS (G.). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin 1983, p. 41.

¹³¹ สุภวัณน์ สิงห์สุวรรณ. *บันทึก เรื่อง เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา*. หน้า 24 – 27.

¹³² เรื่องเดียวกัน.

“การกระทำผิดอาญา” ซึ่งผู้ตรากฎหมายได้ใช้เกณฑ์ดังกล่าวในการกำหนดโทษในบางกรณี เช่น ความผิดเกี่ยวกับภาษีอากร หากเป็นการกระทำโดยเจตนา เช่น จงใจปกปิดข้อมูลหรือให้ข้อมูลอันเป็นเท็จหรือไม่ครบถ้วนแก่เจ้าหน้าที่เพื่อชำระภาษีน้อยลง เป็นการกระทำผิดอาญา¹³³ ขณะที่การกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ชำระภาษีน้อยลงเป็นการกระทำผิดทางปกครอง¹³⁴ ในทำนองเดียวกัน การค้าประเวณีในสถานที่ต้องห้ามเป็นการกระทำผิดทางปกครอง แต่ถ้ากระทำผิดซ้ำแล้วซ้ำเล่า เป็นการกระทำผิดอาญา¹³⁵

อย่างไรก็ดี ถ้าฟังเกณฑ์ดังกล่าวเพียงอย่างเดียวไม่อาจใช้เป็นข้อพิจารณาเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในตัวเองได้ เพราะกรณีที่สิ่งทีกฎหมายมุ่งคุ้มครองเป็นคุณค่าที่มีความสำคัญอย่างยิ่งยวด แม้การกระทำผิดจะเป็นเพียงการกระทำโดยประมาท ก็ชอบที่จะกำหนดให้มีโทษอาญา ในทางกลับกัน หากสิ่งทีกฎหมายมุ่งคุ้มครองเป็นคุณค่าลำดับรองที่ไม่สำคัญมากนัก เช่น การจอดรถในที่ห้ามจอด แม้การกระทำผิด จะมีลักษณะเป็นการกระทำโดยจงใจ ก็คงไม่ถึงขั้นที่ต้องกำหนดให้มีโทษอาญา

เกณฑ์ทางเนื้อหาอีกประการหนึ่งที่อาจใช้เป็นทางเลือก คือ เกณฑ์ว่าด้วยการก่อกวนอันตรายของการกระทำผิด โดยกรณีของการกระทำที่ก่อความเสี่ยงในการเกิดอันตรายสมควรกำหนดเป็นการกระทำผิดทางปกครอง แต่ถ้าได้ก่อกวนอันตรายหรือคุกคามต่อสิ่งทีกฎหมายมุ่งคุ้มครองแล้ว สมควรกำหนดเป็นการกระทำผิดอาญา ซึ่งผู้ตรากฎหมายได้ใช้เกณฑ์ดังกล่าวในการกำหนดโทษในบางกรณี เช่น การปล่อยให้สัตว์ร้ายสัญจรไปมาโดยอิสระเป็นการกระทำผิดทางปกครอง¹³⁶ แต่ถ้าสัตว์ร้ายซึ่งปราศจากการควบคุมได้ทำร้ายบุคคลอื่นเป็นการกระทำผิดอาญา¹³⁷ อย่างไรก็ดี ถ้าฟังเกณฑ์ดังกล่าวก็ไม่อาจใช้เป็นเกณฑ์ทั่วไปได้ เช่นเดียวกัน เพราะในกรณีที่สิ่งทีกฎหมายมุ่งคุ้มครองเป็นคุณค่าที่สำคัญยิ่ง เช่น ชีวิตของบุคคล แม้จะเป็นการกระทำที่เพียงแต่ก่อความเสี่ยงที่จะเกิดก่อกวนอันตราย ก็สมควรกำหนดให้มีโทษอาญาแล้ว ในทางกลับกัน ใช่ว่าการกระทำที่ก่อกวนอันตรายต่อสิ่งทีกฎหมายมุ่งคุ้มครองจำต้องกำหนด

¹³³ ประมวลรัษฎากร (Abgabeordnung) มาตรา 369 และมาตรา 370

¹³⁴ ประมวลรัษฎากร (Abgabeordnung) มาตรา 378

¹³⁵ ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) มาตรา 184 a

¹³⁶ รัฐบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (OWiG) มาตรา 121

¹³⁷ ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) มาตรา 223 และมาตรา 230

ให้เป็นการกระทำผิดอาญาเสมอไป แต่คงต้องพิจารณาด้วยว่าสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองนั้นเป็นคุณค่าที่มีความสำคัญมากน้อยเพียงใด¹³⁸

เมื่อไม่มีเกณฑ์ความแตกต่างทางเนื้อหาที่สามารถใช้แบ่งแยกการกระทำผิดอาญาและการกระทำผิดทางปกครองได้อย่างแน่นอน โดยลำพัง อันจะใช้เป็นเกณฑ์ทั่วไปสำหรับผู้ตรากฎหมาย ฝ่ายตำรารุ่นใหม่จึงล้มเลิกความพยายามในการค้นหาเกณฑ์ความแตกต่างทางเนื้อหา และลงความเห็นว่าการกระทำผิดทั้งสองประเภทเพียงแต่แตกต่างกันในระดับความร้ายแรงเท่านั้น¹³⁹

2) เกณฑ์ความแตกต่างในระดับความร้ายแรง (quantitative criteria)

ฝ่ายตำราร่วมสมัยมีความเห็นสอดคล้องไปในทางเดียวกันว่าการกระทำผิดอาญาและการกระทำผิดทางปกครองไม่ได้มี “เนื้อหา” แตกต่างกัน แต่ต่างกันในระดับความร้ายแรงเท่านั้น โดยการกระทำที่ล่วงละเมิดหรือก่อกวนตรายเป็นอย่างร้ายแรงต่อคุณค่าที่สำคัญและมีลักษณะพึงตำหนิในเชิงจริยธรรมสมควรกำหนดให้มีโทษอาญา ส่วนการกระทำอื่น ๆ ที่ร้ายแรงน้อยกว่าอาจกำหนดให้มีโทษปรับทางปกครอง อย่างไรก็ตาม เกณฑ์ดังกล่าวก็ไม่ใช่เป็นประโยชน์ต่อผู้ตรากฎหมายเท่าใดนัก เพราะไม่ได้ให้คำตอบแน่นอนว่า “ใช่ หรือ ไม่ใช่” (Yes or No) เพียงแต่บอกว่า “มาก หรือ น้อย” (more or less) นอกจากนี้ ในการพิจารณาระดับความร้ายแรงของการกระทำผิด ก็ยังไม่ชัดเจนว่าจะวัดจากอะไร วัดที่ความสำคัญของคุณค่าที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง ระดับของการก่อกวนตราย หรือลักษณะที่พึงตำหนิในเชิงจริยธรรม ฯลฯ และจะให้ “ค่าน้ำหนัก” กับข้อพิจารณาต่าง ๆ อย่างไร ยิ่งกรณีของการกระทำผิดที่มีลักษณะกลาง ๆ ไม่ได้ร้ายแรงเสียทีเดียว แต่ก็ไม่ใช่ความผิดเล็กน้อย ย่อมเป็นการยากที่จะหาคำตอบที่ชัดเจนได้¹⁴⁰

เมื่อเกณฑ์ว่าด้วยระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดไม่มีความชัดเจนแน่นอนพอที่จะใช้เป็น “เส้นแบ่ง” ระหว่างการกระทำผิดอาญาและการกระทำผิดทางปกครอง จึงยอมรับกันว่า ผู้ตรากฎหมายมี “ดุลพินิจ” ที่จะกำหนดโทษ โดยพิจารณาถึง “ประโยชน์ในทางปฏิบัติ” เป็นสำคัญ เช่น ใช้ข้อพิจารณาว่าด้วยประสิทธิภาพในการลงโทษ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำวินิจฉัยจำกัดการใช้ดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายโดยวินิจฉัยว่าเมื่อมาตรา 92 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นขององค์กรตุลาการให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองพิจารณาเรื่อง ซึ่งเป็น “แก่นสาระ” ของกฎหมายอาญาจึงไม่อาจ

¹³⁸ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. บันทึก เรื่อง เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา. หน้า 24 – 27.

¹³⁹ เรื่องเดียวกัน.

¹⁴⁰ เรื่องเดียวกัน.

กระทำได้เพราะจะขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ¹⁴¹ แต่ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ก็ยอมรับว่าผู้ตรากฎหมายมีดุลพินิจในระดับหนึ่งที่จะกำหนด “แก่นสาระ” ของกฎหมายอาญาได้ว่าครอบคลุมเรื่องใดบ้าง¹⁴²

ส่วนฝ่ายคำราก็พยายามเสนอเกณฑ์พิจารณาเพื่อจำกัดการใช้ดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายเช่นกัน โดยศาสตราจารย์ Klaus Tiedemann¹⁴³ เสนอให้พิจารณาระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดจากภัยอันตรายที่เกิดแก่สังคมและระบบเศรษฐกิจ เป็น “ข้อพิจารณาสำคัญ” ในการกำหนดโทษ โดยการกระทำที่ก่อภัยอันตรายแก่สังคมและระบบเศรษฐกิจอย่างรุนแรงสมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ส่วนประสิทธิภาพของการลงโทษมองว่าเป็น “ข้อพิจารณาลำดับรอง” เพราะไม่อาจประเมินประสิทธิภาพของการลงโทษแต่ละประเภทได้อย่างแน่นอน เว้นแต่กรณีที่ปรากฏชัดว่าโทษอาญาจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพ ก็อาจยอมรับให้ผู้ตรากฎหมายกำหนดให้การกระทำผิดนั้นมีโทษทางปกครอง แม้ว่าจะเป็นการกระทำที่ก่อภัยอันตรายอย่างร้ายแรงก็ตาม¹⁴⁴

2.1.2 บทกำหนดโทษของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

1) ความหมายของข้าราชการตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ตามมาตรา 77 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (BBG) กำหนดว่า ข้าราชการที่กระทำการอันเป็นการละเมิดหน้าที่ที่ผูกพันความเป็นข้าราชการ ถือว่าข้าราชการผู้นั้นกระทำความผิดวินัย ในส่วนการกระทำที่อยู่นอกขอบเขตหน้าที่ราชการนั้นเป็นความผิดวินัยได้เฉพาะกรณีที่การกระทำนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อความเคารพและความน่าเชื่อถือต่อตำแหน่งหน้าที่หรือเกียรติของข้าราชการ โดยหน้าที่ของข้าราชการอาจแบ่งได้ออกเป็น 9 เรื่อง ดังนี้¹⁴⁵

¹⁴¹ BVerfGE 22, p. 49, 81.

¹⁴² BVerfGE 27, p. 18, 29-30 ; BVerfGE 51, p. 60, 74-76.

¹⁴³ TIEDEMANN (K.), Kartellrechtsverträge und Strafrecht, Köln 1976, pp. 96-98, 176-177.

¹⁴⁴ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณย์. บันทึก เรื่อง เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา. หน้า 24 – 27.

¹⁴⁵ อรณิข สุขบาล. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยข้าราชการพลเรือน ซึ่งกระทำการทุจริตในภาครัฐตามมติชี้มูลความผิดของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต) มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, กรุงเทพมหานคร. 2563. หน้า 76 – 78.

- (1) หน้าที่ทั่วไปของข้าราชการ
- (2) หน้าที่ในการปฏิบัติงาน
- (3) ข้อจำกัดในการกระทำในนามของทางราชการ
- (4) หน้าที่ในการรักษาความลับของทางราชการ
- (5) การทำงานอื่นนอกเหนือจากงานราชการและการประกอบอาชีพ

หลังจากสิ้นสุดความเป็นข้าราชการ

- (6) ข้อห้ามในการรับสิ่งของต่าง ๆ
- (7) เวลาทำงาน
- (8) ที่พัก
- (9) เครื่องแบบ

2) ประเภทของโทษ

ตามมาตรา 5 ของกฎหมายว่าด้วยวินัยของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้กำหนดโทษทางวินัยไว้สำหรับข้าราชการทั่วไป 5 สถาน ดังนี้¹⁴⁶

- (1) ภาคทัณฑ์
- (2) ปรับ
- (3) ลดเงินเดือน
- (4) ย้ายไปอยู่ในตำแหน่งที่มีสายงานเดียวกัน แต่มีเงินเดือนลดลง
- (5) ให้ออกจากราชการ

3) กระบวนการลงโทษทางวินัย

กระบวนการลงโทษทางวินัย แบ่งเป็น 2 กระบวนการ คือ

(1) กระบวนการพิจารณาแบบไม่เป็นทางการ กรณีที่มีข้อเท็จจริงที่ก่อให้เกิดความสงสัยว่ามีการกระทำความผิดที่เป็นโทษทางวินัยหรือไม่ ให้ผู้บังคับบัญชาของข้าราชการผู้นั้นดำเนินการสอบสวนเพื่อให้เกิดความชัดเจน รวมถึงพิจารณาพฤติการณ์ที่มีความสำคัญที่นำไปสู่การลงโทษทางวินัยด้วย ในขั้นสอบสวนหากการสอบสวนไม่เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว ต้องเปิดโอกาสให้ข้าราชการผู้นั้นได้มีโอกาสชี้แจงแสดงเหตุผลด้วย ก่อนการเปิดรับฟังความในครั้งแรกต้องให้ข้าราชการผู้นั้นทราบถึงข้อหา และต้องแจ้งให้ข้าราชการผู้นั้นทราบว่าตนเองอาจให้ความเห็นโดยวาจาหรือโดยลายลักษณ์อักษรหรืออาจไม่แสดงความคิดเห็นใด ๆ ก็ได้ อย่างไรก็ตาม ต้องถามข้าราชการผู้นั้นด้วยว่าต้องการที่ปรึกษาหรือไม่ สำหรับ

¹⁴⁶ เรื่องเดียวกัน.

ผลการสอบสวนให้แจ้งข้าราชการผู้นั้นและอัยการ ข้าราชการผู้นั้นอาจยื่นคำร้องให้ดำเนินการสอบสวนต่อไป ให้หัวหน้าหน่วยงานนั้นเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยว่าให้ดำเนินการสอบสวนต่อไปหรือไม่ หากผู้บังคับบัญชาของข้าราชการผู้นั้นเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไม่อาจลงโทษทางวินัยได้ ก็ให้ยุติการสอบสวนเสีย แต่การให้ยุติการสอบสวนไม่ผูกพันผู้บังคับบัญชาที่สูงขึ้นไปที่มีอำนาจลงโทษได้ หรือเจ้าหน้าที่ริเริ่มกระบวนการพิจารณาแบบเป็นทางการอาจดำเนินการตามกระบวนการต่อไปได้ หากผู้บังคับบัญชาเห็นว่า ผลการสอบสวนเป็นกรณีที่ตั้งลงโทษทางวินัยได้ ให้ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งลงโทษทางวินัยหรือให้ดำเนินการกระบวนการพิจารณาแบบเป็นทางการ หรืออาจเสนอเรื่องเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาลำดับสูงขึ้นไปพิจารณาวินิจฉัย สำหรับคำสั่งลงโทษทางวินัยตามกระบวนการนี้ ผู้บังคับบัญชาอาจสั่งลงโทษได้ 2 สถานเท่านั้น คือ โทษภาคทัณฑ์ หรือโทษปรับ

(2) กระบวนการพิจารณาแบบเป็นทางการ เริ่มต้นด้วยการเสนอเรื่องของเจ้าหน้าที่ริเริ่มเรื่องทางวินัย ทำคำร้องในการเสนอเรื่องต่อศาลให้ส่งให้ข้าราชการผู้นั้นและอัยการทางวินัยของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในกระบวนการพิจารณาแบบเป็นทางการแยกออกได้เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่เป็นการแสวงหาข้อเท็จจริงกับส่วนที่เป็นการพิจารณาในศาล โดยกำหนดให้มีศาลวินิจฉัยของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีขึ้น สำหรับกระบวนการพิจารณาแบบเป็นทางการ¹⁴⁷

2.1.3 หลักการกำหนดโทษปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โทษที่รัฐนำมาใช้แก่ผู้กระทำความผิดอาจเป็นโทษอาญา หรือโทษทางปกครอง¹⁴⁸ ขึ้นอยู่กับลักษณะและระดับความ

¹⁴⁷ เรื่องเดียวกัน.

¹⁴⁸ มาตรา 1 แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดทางปกครองของเยอรมัน บัญญัติไว้ชัดเจนว่า ความผิดทางปกครองตามกฎหมายนี้ หมายความว่าความผิดที่กฎหมายบัญญัติให้มีโทษปรับทางปกครองเท่านั้น มาตรการหลักในการลงโทษผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนกฎหมายของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน คือ การสั่งลงโทษปรับ อันมีผลเป็นการก่อให้เกิดภาระในการชำระเงินแก่ผู้ถูกปรับตามจำนวนที่เจ้าหน้าที่กำหนด ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายไทยหลายฉบับที่มีการกำหนดมาตรการเพิกถอนหรือพักใช้ใบอนุญาต รวมถึงการห้ามออกหรือต่ออายุใบอนุญาตเป็นระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในบทบัญญัติในส่วน “บทลงโทษ” หรือ “โทษทางปกครอง” ด้วย ซึ่งสาเหตุที่กฎหมายเยอรมันไม่ได้พิจารณาให้มาตรการเกี่ยวกับการมีผลหรือสิ้นผลลงของใบอนุญาตดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เป็นโทษทางปกครองนั้น ก็เนื่องมาจากใบอนุญาตที่ออกให้แก่ผู้ประกอบการควบคุมที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด แต่ต่อมาปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ประกอบการควบคุมรายนั้นไม่อาจรักษาคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามที่มีอยู่ในขณะยื่นขอรับใบอนุญาตให้มีต่อไปตลอดระยะเวลาที่ได้รับใบอนุญาตได้ จึงได้มีการเพิกถอนใบอนุญาต

ร้ายแรงแห่งพฤติการณ์ของการกระทำความผิดในแต่ละกรณี การกระทำความผิดใดที่กระทบต่อจริยธรรมทางกฎหมายอันมีข้อพึงดำเนินในระดับที่ร้ายแรง (ผู้ร่าง) กฎหมายจะกำหนดโทษอาญาสำหรับความผิดนั้น โดยมีหลักประกันความเป็นธรรมให้แก่ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทั้งในเรื่องหลักเกณฑ์การตีความเพื่อบังคับใช้บทบัญญัติต่าง ๆ ที่เป็นองค์ประกอบความผิดหรือเงื่อนไขในการลงโทษตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา รวมถึงหลักประกันความเป็นธรรมในกระบวนการสอบสวนแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ซึ่งจะกระทำได้อต่อเมื่อพยานหลักฐานปรากฏชัดเจนว่าจำเลยกระทำความผิดจริงตามฟ้อง หากพยานหลักฐานไม่เพียงพอหรือยังเป็นที่ยสงสัยว่าจำเลยกระทำความผิดอาญาหรือไม่ ศาลจะต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลยโดยพิพากษายกฟ้อง (in dubio pro reo) ส่วนความผิดที่มีโทษทางปกครองนั้นมีมูลเหตุจากการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎระเบียบของทางราชการเพียงเล็กน้อย แม้การบังคับใช้กฎหมายและหลักเกณฑ์ในทางวิธีสบัญญัติยังคงยึดโยงและถอดแบบมาจากการดำเนินคดีอาญา แต่ก็เป็นที่ไปในลักษณะที่เรียบง่ายรวดเร็ว โดยลดขั้นตอนที่เป็นแบบพิธีเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการลงโทษให้เกิดประสิทธิผลมากยิ่งขึ้น เนื่องจากพัฒนาการของการนำโทษปรับทางปกครองมาใช้ควบคู่กับโทษทางอาญาของเยอรมันนั้น เกิดจากแนวความคิดที่พยายามจะลดการใช้มาตรการทางอาญา อันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกลงโทษอย่างรุนแรง โดยถือว่าการฝ่าฝืนข้อห้ามต่าง ๆ ในกฎระเบียบที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้น เป็นความบกพร่องในเรื่องทางเทคนิคที่ไม่กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมาย จึงไม่สมควรนำโทษอาญามาใช้บังคับแก่การกระทำความผิด (Entkriminalisierungsgedanke) ทั้งนี้ การกระทำความผิดใดจะมีโทษอาญาหรือโทษปรับทางปกครองนั้นถือเป็นดุลพินิจ โดยแท้ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องพิจารณาเลือกใช้มาตรการที่เหมาะสมจำเป็น ตลอดจนได้สัดส่วนกับความผิด ซึ่งอาจถูกตรวจสอบได้โดยศาลรัฐธรรมนูญอย่างจำกัด (die politische Einschätzungsprärogative)¹⁴⁹

สำหรับการพิจารณาความผิดที่มีโทษปรับทางปกครองนั้น โดยที่ในระบบกฎหมายเยอรมันได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยความผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeitengesetz) ขึ้นเป็นหลักเกณฑ์กลางในการพิจารณาความผิดและกำหนดโทษปรับทางปกครอง กลไกในการบังคับใช้กฎหมายจึงมีความแตกต่างจากระบบกฎหมายไทยที่แม้ในระยะหลังมีแนวโน้มในการตรา

การดำเนินการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อคัดกรองบุคคลที่อาจกระทำการอันเป็นอันตรายต่อประโยชน์สาธารณะ ออกจากระบบ โดยถือเป็นมาตรการเชิงป้องกันอย่างหนึ่ง ไม่ใช่มาตรการเชิงลงโทษ

¹⁴⁹ นางพัชณา จิตรมัทธา และคณะ. *หลักเกณฑ์ในการลงโทษปรับทางปกครองตามกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส และแนวทางในการกำหนดโทษปรับทางปกครองในกฎหมายไทย*. 1 พฤษภาคม 2565 จาก <http://www.krisdika.go.th/data/activity/act13704.pdf>

กฎหมายเพื่อยกเลิกโทษอาญาสำหรับความผิดบางลักษณะที่ไม่ร้ายแรงและนำโทษปรับทางปกครองมาใช้บังคับมากยิ่งขึ้น แต่ก็ยังไม่มีกฎหมายใดที่กำหนดหลักเกณฑ์ในทางวิธีสบัญญัติเกี่ยวกับการสอบสวนพิจารณาความผิด รวมถึงการกำหนดโทษไว้โดยเฉพาะ ทำให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องประสบปัญหาการดำเนินการในเรื่องต่าง ๆ เมื่อตรวจสอบพบการกระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นกรณีอายุความโทษปรับทางปกครองหรือวิธีการบังคับชำระเงินกับผู้กระทำความผิดที่ถูกปรับแต่ไม่ยินยอมชำระค่าปรับ ทั้งนี้กฎหมายว่าด้วยความผิดทางปกครองของเยอรมันแบ่งออกได้เป็น 3 ส่วน

ส่วนที่หนึ่ง (มาตรา 1 ถึงมาตรา 34) เป็นการกำหนดหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางปกครอง กล่าวคือ บุคคลจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำอันกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น (มาตรา 4)¹⁵⁰ และลักษณะของการกระทำที่เป็นเหตุให้ต้องรับผิดชอบจะต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา เว้นแต่กฎหมายได้กำหนดโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทไว้เป็นการเฉพาะ (มาตรา 10) และการพยายามกระทำความผิดก็อาจมีโทษได้เช่นกัน (มาตรา 13) รวมทั้งการดำเนินคดีที่มีโทษปรับทางปกครอง

¹⁵⁰ หลัก “ไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมายกำหนด” ซึ่งปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา ได้นำมาใช้บังคับกับโทษปรับทางปกครองด้วยในระดับความเคร่งครัดที่ลดหลั่นลงกันไป ในทางวิชาการเป็นที่ยอมรับกัน โดยทั่วไปว่ากฎหมายที่มีโทษอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน ทั้งในส่วนขององค์ประกอบความผิดและบทลงโทษ ซึ่งจะต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น การที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารกำหนดองค์ประกอบความผิดได้เอง ในลักษณะที่ต้องมีการออกกฎหมายลำดับรองเสียก่อน ความผิดตามกฎหมายแม่บทจึงจะมีผลใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์นั้น จะกระทำไม่ได้เพราะนอกจากจะก่อให้เกิดความไม่มั่นคงแน่นอนในการบังคับใช้กฎหมายที่มีโทษอาญาแล้ว ยังขัดต่อหลักการถ่วงดุลอำนาจด้วย แต่ในกรณีความผิดที่มีโทษปรับทางปกครองนั้น การกำหนดเงื่อนไขในการลงโทษไว้ในกฎหมายลำดับรอง แม้จะยังมีข้อถกเถียงในปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ก็ได้รับการผ่อนปรนให้กระทำได้ เช่น มาตรา 24 แห่งกฎหมายว่าจากราชทรงบทที่กำหนดให้การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 6 วรรคหนึ่ง เป็นความผิดที่มีโทษปรับทางปกครอง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในขั้นนี้มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ในระบบกฎหมายไทยแม้กระทั่งในกฎหมายที่มีโทษอาญา การแยกกำหนดองค์ประกอบความผิดในเรื่องเดียวกันไว้ในกฎหมายแม่บทและกฎหมายลำดับรอง ก็สามารถกระทำได้ ดังความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 11) ในเรื่องเสร็จที่ 369/2552 และเรื่องเสร็จ 788/2559 สำหรับศาลปกครองสูงสุด ได้วางแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจสั่งลงโทษปรับทางปกครองของเจ้าหน้าที่ว่า การสั่งลงโทษปรับทางปกครองแก่ผู้กระทำการฝ่าฝืนกฎหรือข้อบังคับของฝ่ายปกครองเป็นมาตรการที่กระทบต่อทรัพย์สินของผู้รับคำสั่งอันเป็นโทษ ซึ่งจะกระทำได้ต่อเมื่อมีบทกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน การที่คณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ออกข้อบังคับและประกาศเพื่อกำหนดให้ตนเองมีอำนาจที่จะลงโทษปรับบุคคลที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ รวมทั้งได้มีการออกคำสั่งลงโทษปรับด้วยแล้วจึงเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.224/2561)

จะต้องกระทำภายในอายุความที่กฎหมายกำหนดซึ่งแตกต่างกันตามระวางโทษปรับสูงสุดด้วย (มาตรา 31) ส่วนที่ 2 (มาตรา 35 ถึงมาตรา 110c) เป็นกฎหมายในส่วนวิธีสบัญญัติเริ่มตั้งแต่การสอบสวนแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดโดยใช้ระบบไต่สวนจนกระทั่งการออกคำสั่งปรับทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ (มาตรา 35 ถึงมาตรา 66) สิทธิในการอุทธรณ์และการวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งปรับทางปกครอง รวมทั้งการส่งเรื่องให้พนักงานอัยการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมเพื่อสั่งปรับผู้กระทำความผิด (มาตรา 67 ถึงมาตรา 70) การพิจารณาคดีในชั้นศาล (มาตรา 71 ถึงมาตรา 88) การบังคับตามผลคำพิพากษา (มาตรา 89 ถึงมาตรา 104) และค่าฤชาธรรมเนียม (มาตรา 105 ถึงมาตรา 109a)

ส่วนที่สาม (มาตรา 111 ถึงมาตรา 130) เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับฐานความผิดเฉพาะซึ่งเทียบได้กับความผิดลหุโทษในระบบกฎหมายไทย โดยการกระทำที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดในส่วนนี้จะเป็นพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญต่อสาธารณชนหรือเป็นการดำเนินการที่ไม่เหมาะสม เช่น การทำเสียงดังรบกวนผู้อื่น (มาตรา 117) การกระทำอนาจารในที่สาธารณะ (มาตรา 119) การค้าประเวณีในสถานที่หรือในช่วงเวลาที่ไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย (มาตรา 120) หรือการใช้ธงชาติโดยไม่ได้รับอนุญาต (มาตรา 124) เป็นต้น¹⁵¹

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี “โทษทางปกครอง” จะขึ้นอยู่กับบริบทของการลงโทษสำหรับการกระทำผิดทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะฉบับต่าง ๆ และที่กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยการละเมิดต่อกฎ ระเบียบ ค.ศ. 1987 โดยมาตรา 1 แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าวให้ความหมายของการกระทำผิดทางปกครองว่าหมายถึงการกระทำผิดกฎหมายที่ต้องระวางโทษทางการเงินหรือโทษปรับ (Geldbusse) ดังนั้น ในทางกลับกัน โทษทางปกครอง จึงหมายถึง โทษทางการเงิน หรือโทษปรับที่กำหนดขึ้นสำหรับการกระทำผิดทางปกครอง

การลงโทษทางปกครองมิได้มีจุดประสงค์ที่มุ่งคุ้มครองนิติสมบัติ (Rechtsgut) อันได้แก่สิทธิของปัจเจกบุคคลอย่างเช่นกฎหมายอาญา แต่มุ่งลงโทษการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎ ระเบียบหรือคำสั่งของฝ่ายปกครองหรือกฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันในสังคม

¹⁵¹ นางพัชมา จิตรมหีมา และคณะ. *หลักเกณฑ์ในการลงโทษปรับทางปกครองตามกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส และแนวทางในการกำหนดโทษปรับทางปกครองในกฎหมายไทย*. 1 พฤษภาคม 2565 จาก <http://www.krisdika.go.th/data/activity/act13704.pdf>

อันไม่ใช่กรณีที่สังคมเห็นควรประณามในทางจริยธรรม โดยอาจสรุปหลักการกำหนดโทษปกครองได้จาก 2 ด้าน ได้แก่¹⁵²

(1) เนื้อหาของการกระทำผิดทางปกครอง ซึ่งพิจารณาจาก

ก. สิ่งที่ถูกหมายมุ่งคุ้มครอง โดยการกระทำนั้นมักไม่ใช่สิ่งที่พึงดำเนินในทางจริยธรรมหรือละเมิดต่อสิทธิตามธรรมชาติของบุคคล แต่เป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ทางการปกครองที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือเพื่อจรโงความผาสุกของสังคม

ข. ลักษณะของการกระทำผิด โดยการกระทำนั้นมักไม่ใช่การกระทำผิดโดยเจตนาหรือกระทำผิดซ้ำซาก และ

ค. ภัยอันตรายที่เกิดจากการกระทำ โดยการกระทำนั้นมักเป็นเพียงการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงในการเกิดภัยอันตรายเท่านั้น

(2) ระดับของความร้ายแรง เป็นดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายที่จะพิจารณาจากระดับของคุณค่าของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง ระดับการก่อกองภัยอันตราย ความรุนแรงของลักษณะที่พึงดำเนินในทางจริยธรรม ประสิทธิภาพในการลงโทษ และข้อพิจารณาอื่น ๆ ซึ่งหากเป็นเรื่องร้ายแรงก็มักเป็นความผิดทางอาญามากกว่าความผิดทางปกครอง

2.2 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

2.2.1 การแบ่งประเภทความผิด

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีการออกแบบประเภทการกระทำผิดอาญาไว้อย่างเป็นระบบและมีเอกลักษณ์เฉพาะตัว โดยแบ่งประเภทการกระทำผิดอาญาเป็นแบบไตรภาค (Tripartite Classification) ตามความร้ายแรงของความผิด และสัมพันธ์ต่อรูปแบบการดำเนินคดีในชั้นถัดไปด้วย ไม่ว่าจะเป็นในชั้นพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ ศาล โดยการกระทำผิดอาญา จะแบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม ดังนี้¹⁵³

1) ความผิดอุกฤษฎ์โทษ (Les crimes)

ความผิดอุกฤษฎ์โทษเป็นความผิดที่จะต้องผ่านการไต่สวนจากผู้พิพากษาไต่สวน (juge d'instruction) ก่อนเสมอ หลังจากผู้พิพากษาไต่สวนเสร็จแล้ว หากเห็นว่าคดีมีมูลก็จะส่งต่อไปยังศาลพิจารณาคดีที่ศาลลูกขุน (Cour d'assises) ซึ่งจะเป็นศาลที่มีผู้พิพากษา

¹⁵² Australian Law Reform Commission, "Principled Regulation: Federal Civil and Administrative Penalties in Australia (ALRC Report 95)", 13th March 2003 from <https://www.alrc.gov.au/sites/default/files/pdfs/publications/ALRC95.pdf>

¹⁵³ ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกรัฐสภา. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า. 2564. หน้า 46 - 47.

อาชีพนั่งพิจารณาร่วมกับลูกขุนซึ่งเป็นประชาชนทั่วไปที่ได้รับการคัดเลือกมาทำหน้าที่ความผิด อุกฤษฏ์โทษเป็นความผิดที่มีระวางโทษจำคุก ตั้งแต่ 15 ปี ถึงจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งเป็นโทษสูงสุดในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและโทษปรับธรรมดาตั้งแต่ 3,750 ยูโรขึ้นไป นอกจากนี้ ยังสามารถ นำโทษเสริม (Peines complémentaires) มาปรับใช้ได้ เช่น คำสั่งให้ทำงานบริการสาธารณะ การเพิกถอนสิทธิบางประการ คำสั่งให้เข้ารับการบำบัดรักษา หรือคำสั่งให้ปิดสถานประกอบการ เป็นต้น ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสความผิดอุกฤษฏ์โทษมีอายุความทั่วไปในการฟ้องร้องคดี 20 ปี

2) ความผิดมัชฌิมโทษ (Les délits)

ความผิดมัชฌิมโทษ เป็นความผิดระดับกลางซึ่งโดยปกติแล้วความผิดประเภทนี้ไม่จำเป็นต้องผ่านการไต่สวนจากผู้พิพากษาไต่สวนก่อน เว้นแต่ในกรณีที่พนักงานอัยการเห็นว่าคดีมีความยุ่งยากซับซ้อนจึงจะส่งให้ผู้พิพากษาไต่สวนทำการไต่สวนเสียก่อน ในกรณีทั่วไปที่คดีมิได้มีความยุ่งยากซับซ้อนเมื่อพนักงานอัยการสรุปสำนวนและพิจารณาแล้วเห็นควรสั่งฟ้องก็จะส่งฟ้องไปยังศาลที่พิจารณาคดีซึ่งคือ ศาล Tribunal Correctionnel ซึ่งจะเป็นศาลที่มีแต่ผู้พิพากษาอาชีพเท่านั้นในการพิจารณาคดีความผิดมัชฌิมโทษเป็นความผิดที่มีระวางโทษจำคุก ตั้งแต่ 2 เดือนถึง 10 ปี และโทษปรับธรรมดาตั้งแต่ 3,750 ยูโรขึ้นไป นอกจากนี้ ยังมีโทษประเภทอื่น ๆ อีก เช่น โทษปรับรายวัน โทษทำงานบริการสาธารณะ รวมไปถึงโทษเสริม (Peines complémentaires) ซึ่งมีลักษณะเดียวกับโทษเสริมของความผิดอุกฤษฏ์โทษมาปรับใช้ได้ ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ความผิดมัชฌิมโทษ มีอายุความทั่วไปในการฟ้องร้องคดี 6 ปี

3) ความผิดลหุโทษ (Les contraventions)

ความผิดลหุโทษเป็นกลุ่มความผิดที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด ความผิดลหุโทษสามารถแบ่งประเภทความผิดได้เป็น 5 ชั้น โดยไล่เรียงไปตั้งแต่ความผิดลหุโทษชั้นที่ 1 ซึ่งเป็นความผิดที่รุนแรงน้อยที่สุดไปจนถึงความผิดลหุโทษชั้นที่ 5 ซึ่งเป็นความผิดที่รุนแรงมากที่สุด ในส่วนรูปแบบการดำเนินคดีสำหรับความผิดลหุโทษ จะมีการดำเนินคดีที่คล้ายกับ ความผิดมัชฌิมโทษคือ คดีไม่จำเป็นต้องผ่านการไต่สวนจากผู้พิพากษาไต่สวนก่อน เว้นแต่ในกรณีที่พนักงานอัยการเห็นว่าคดีมีความยุ่งยากซับซ้อนจึงจะส่งให้ผู้พิพากษาไต่สวนทำการไต่สวนเสียก่อน ในกรณีทั่วไปที่คดีมิได้มีความยุ่งยากซับซ้อนเมื่อพนักงานอัยการสรุปสำนวนและพิจารณาแล้วเห็นควรสั่งฟ้องก็จะส่งฟ้องไปยังศาลที่พิจารณาคดีคือศาล Tribunal de police ซึ่งจะเป็นศาล

ที่มีแต่ผู้พิพากษาอาชีพเท่านั้น ลักษณะที่สำคัญประการหนึ่งของความผิดลหุโทษ คือ เป็นความผิดที่ไม่มีโทษจำคุก โทษหลักที่นำมาใช้กับความผิดลหุโทษ คือ โทษปรับธรรมดา¹⁵⁴

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดซ้ำ และในกรณีดังกล่าวมีกฎ (Le règlement) ให้สามารถเพิ่มโทษ ได้ก็ให้เพิ่มอัตราโทษสูงสุดเป็น 3,000 ยูโร นอกเสียจากว่าในกรณีดังกล่าวมีกฎหมายกำหนดเป็นการเฉพาะให้การกระทำความผิดซ้ำในกรณีนั้นกลายเป็นความผิดซ้ำมิโทษซึ่งก็ให้นำโทษสำหรับความผิดซ้ำมิโทษมาปรับใช้

ความผิดลหุโทษ (Les contraventions) เป็นความผิดที่แม้ผู้กระทำความผิดไม่มีเจตนาละเมิดกฎหมายหรือปราศจากความประมาทเลินเล่อผู้นั้นก็ยังคงต้องรับผิดในผลแห่งการกระทำที่กฎหมายห้ามและกำหนดโทษไว้ โดยไม่อาจยกพยานหลักฐานสนับสนุนข้ออ้างของตนได้ซึ่งหากผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนความผิดลหุโทษ ผู้นั้นย่อมระวางโทษเพียงสถานเบาและไม่นำไปสู่การดำเนินทางศีลธรรมแต่อย่างใด แม้ว่าโดยทั่วไปความผิดลหุโทษเป็นความผิดที่ไม่ต้องการเจตนา แต่ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศสก็มีบางฐานความผิดลหุโทษที่ต้องการเจตนา เช่นเดียวกันอันเป็นข้อยกเว้น เช่น ความผิดฐานประทุษร้ายต่อร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้เสียหายไม่สามารถประกอบการทำงานตามปกติได้เป็นระยะเวลาต่ำกว่าแปดวันตามมาตรา 625-1 และมีบางฐานความผิดลหุโทษที่ต้องการความประมาทเลินเล่อ เช่น ฐานประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้ผู้เสียหายไม่สามารถประกอบการทำงานตามปกติได้เป็นระยะเวลาต่ำกว่าสามเดือนตามมาตรา 625-2¹⁵⁵

2.2.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงของประเทศฝรั่งเศส

หลักเกณฑ์ของประเทศฝรั่งเศส สำหรับเกณฑ์ความร้ายแรงของการกระทำความผิดเป็นการพิจารณาว่าการกระทำนั้นมีความร้ายแรงถึงขั้นที่สมควรกำหนดให้มีโทษอาญาหรือไม่ ซึ่งการกระทำผิดจะมีระดับความร้ายแรงเพียงใดนั้นจะต้องพิจารณาจากตัวชี้วัด (indicateurs) 3 ประการ ประกอบกัน ได้แก่¹⁵⁶

- (1) ลักษณะการกระทำผิด
- (2) ความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง และ

¹⁵⁴ ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 131-13 อ้างถึงใน ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. *หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกวุฒิสภา*. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า. 2564. หน้า 48.

¹⁵⁵ เรื่องเดียวกัน.

¹⁵⁶ DELMAS-MARTY (M.), *Les grands systèmes de politique criminelle* (Paris : P.U.F. 1992) 286-292. อ้างถึงใน สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. *บันทึก เรื่อง เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา*. หน้า 31 - 36.

(3) ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง โดยแต่ละตัวชี้วัด จะมีเกณฑ์พิจารณา (critères) ถึงความเหมาะสมในการกำหนดโทษอาญาในระดับที่ลดหลั่นกันไป ตั้งแต่ระดับต่ำสุด (ค่าคะแนน 1) ระดับปานกลาง (ค่าคะแนน 2) จนถึงระดับสูงสุด (ค่าคะแนน 3) โดยมีรายละเอียดตามตาราง ต่อไปนี้¹⁵⁷

ตัวชี้วัด	เกณฑ์การพิจารณา	ระดับที่สมควรกำหนด เป็นความผิดอาญา
ลักษณะการกระทำผิด	การกระทำโดยเจตนา	3
	การกระทำโดยประมาท	2
	การผิดพลาดบกพร่อง	1
สิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง	คุณค่าระดับสูงที่มีอาจล่วงละเมิดได้	3
	สิทธิเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดได้	2
	กฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันในสังคม	1
ความเสียหาย	ความเสียหายร้ายแรง	3
	ความเสียหายเล็กน้อย	2
	ความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหาย	1

สำหรับตัวชี้วัดในเรื่องสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองนั้น คณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้ให้คำอธิบายไว้ ดังนี้¹⁵⁸

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

(2) “สิทธิเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดได้” ได้แก่ เสรีภาพส่วนบุคคล ความปลอดภัยของบุคคล สิทธิในทรัพย์สิน ความเป็นอยู่ส่วนตัวและชีวิตครอบครัว การไม่เลือก

¹⁵⁷ พติน วรเนติโพธิ์. การกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง: ศึกษาเฉพาะพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาตามกฎหมายไทย. วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์, 14(2), เดือน เมษายน – มิถุนายน 2564, หน้า 301 - 326.

¹⁵⁸ เรื่องเดียวกัน.

ปฏิบัติ ความเสมอภาค เสรีภาพในการนับถือศาสนา และแสดงความคิดเห็น สิทธิในการศึกษา
อบรมและวัฒนธรรม และสิทธิในการมีสิ่งแวดล้อมที่ดี

(3) “กฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันในสังคม” ได้แก่ กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับ
บุคคลบางประเภท เช่น การเก็บรักษาทะเบียนการค้าหรือเอกสารสำคัญต่าง ๆ ในการประกอบธุรกิจ
หรือกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับการกระทำในบางเรื่อง เช่น การจอดรถกีดขวางทางจราจร หรือการปิด
ร้านค้าในวันอาทิตย์ โดยทั้งนี้ เมื่อนำตัวชี้วัดทั้งสามประการข้างต้นมาคำนวณประกอบกันแล้วกับ
ความผิดใดความผิดหนึ่งแล้วสามารถรวมผลคำนวณได้ค่ามากกว่า 7 เช่น กรณีที่การกระทำนั้น
เป็นการกระทำโดยเจตนา (ค่าคะแนน 3) และก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรง (ค่าคะแนน 3)
ต่อคุณค่าระดับสูงที่มีอาจล่วงละเมิดได้ (ค่าคะแนน 3) ค่ารวมจะเท่ากับ 9 กรณีดังกล่าวนี้สมควร
กำหนดให้การกระทำผิดนั้นมีโทษอาญา แต่หากการกระทำใดที่เมื่อรวมผลแล้วได้ค่าน้อยกว่า 5
กรณีดังกล่าวนี้สมควรใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา โดยจะนำมาตราการลงโทษทางปกครอง
หรือโทษทางแพ่งมาใช้บังคับนั้นจะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดต่อไป¹⁵⁹

2.2.3 บทกำหนดโทษของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายของสาธารณรัฐ

ฝรั่งเศส

จากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) และศาลชี้ขาดอำนาจ
หน้าที่ระหว่างศาล (Tribunal des conflits) “ข้าราชการ” หมายถึง เจ้าหน้าที่ซึ่งได้ถูกแต่งตั้งให้
ปฏิบัติหน้าที่หนึ่งหน้าที่ใดเป็นการถาวรในหน่วยงานหนึ่งหน่วยงานใดของฝ่ายปกครอง¹⁶⁰
ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ข้าราชการสามารถถูกจำแนกได้ออกเป็นสามประเภท คือ¹⁶¹

- (1) ข้าราชการที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของส่วนกลาง (le fonctionnaire de l'Etat)
- (2) ข้าราชการส่วนท้องถิ่น (le fonctionnaire des collectivités territoriales)
- (3) ข้าราชการในสถานพยาบาลของรัฐ (le fonctionnaire hospitalier)

ในกรณีที่ข้าราชการไม่ปฏิบัติตามกฎระเบียบ หรือหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย
จะได้รับผลจากการกระทำในหลาย ๆ ด้าน อาทิ อาจต้องรับผิดชอบทางแพ่งเป็นการส่วนตัว (les fautes
personnelles détachables du service) ต่อบุคคลภายนอกโดยตรง หรือต้องรับผิดชอบในค่าเสียหาย
ที่หน่วยงานต้นสังกัดได้ชดใช้ให้กับผู้เสียหายไปในกรณีที่หน่วยงานต้องรับผิดชอบร่วมด้วย

¹⁵⁹ เรื่องเดียวกัน.

¹⁶⁰ เจตน์ สถาวรศิลป์พร. สถาบันข้าราชการ กับระบบวินัยและการลงโทษทางวินัย : ประสพการณ์
ของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส. วารสารวิชาการศาลปกครอง, 6(2) พฤษภาคม - สิงหาคม 2549.

¹⁶¹ พัฒน์พงษ์ อมรวัฒน์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยข้าราชการส่วนท้องถิ่นในประเทศ
ฝรั่งเศส. 10 สิงหาคม 2565 จาก <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1905>

และในกรณีของการกระทำความผิดที่เข้าข่ายกรณีความผิดทางอาญา นอกจากข้าราชการผู้นั้น จะต้องถูกดำเนินคดีอาญาอันเป็นความผิดทั่วไปแล้ว บุคคลดังกล่าวยังอาจถูกดำเนินการทางวินัยควบคู่กันไปด้วย โดยมีหลักเกณฑ์ ดังนี้¹⁶²

1) การกระทำผิดวินัย (*la faute disciplinaire*)

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางวินัยของข้าราชการ ไม่มีฉบับใดที่แจ่มแจ้งหรือให้คำจำกัดความเอาไว้ว่าการกระทำผิดลักษณะใดที่สมควรต้องรับโทษทางวินัย ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของบุคคลหรือองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยเรื่องทางวินัยที่จะประเมินข้อเท็จจริงหรือการกระทำแต่ละเรื่องที่ข้าราชการผู้นั้นถูกกล่าวโทษ โดยพิจารณาว่ามีการกระทำส่วนต่าง ๆ ที่ประกอบกันขึ้นเป็นความผิด และความผิดนั้นสมควรต้องดำเนินการทางวินัยหรือไม่

อย่างไรก็ดี มีข้อพิจารณาบางประการที่ผู้มีอำนาจสั่งลงโทษจะต้องนำมาพิจารณาประกอบการมีคำสั่งลงโทษข้าราชการ อาทิเช่น

(1) การกระทำผิดวินัยจะต้องเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ หรือโดยอาศัยโอกาสในการปฏิบัติหน้าที่ (*la faute commise dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice des fonctions*) ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1983

(2) การกระทำผิดวินัยเป็นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี (*l'obligation*) เช่น พันธกรณีหรือภาระผูกพันที่จะไม่ดำรงตำแหน่งราชการหลาย ๆ ตำแหน่ง หรือหลาย ๆ ที่ในเวลาเดียวกัน (*l'interdiction du cumul d'activités publiques*) ทั้งนี้ ตามมาตรา 1 และ 7 แห่งรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ. 1936 หรือต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสีย (*l'obligation de désintéressement*) กับบริษัทเอกชนที่เข้าร่วมจัดทำหรือได้รับมอบอำนาจให้จัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้ เป็นไปตามความในมาตรา 25 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1983 หรือพันธกรณีที่จะต้องเชื่อฟังผู้บังคับบัญชา (*l'obéissance*) ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 28 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1983 เป็นต้น¹⁶³

2) กระบวนการพิจารณาทางวินัย (*la procédure disciplinaire*)

สภาแห่งรัฐ (*Conseil d'État*) ยอมรับกระบวนการประการหนึ่งในการดำเนินการทางวินัยของข้าราชการ กล่าวคือ การดำเนินการสอบสวนลงโทษทางวินัยในกรณีที่เป็นความผิดร้ายแรง จะเริ่มต้นด้วยการให้ข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาโทษออกจากราชการไว้

¹⁶² ปิยะสาสตร์ ไชว์พันธุ์. *การดำเนินการทางวินัยข้าราชการในประเทศไทย*. 10 สิงหาคม 2565 จาก https://admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/Academic/Academic_191212_163216.pdf

¹⁶³ เรื่องเดียวกัน.

ก่อน (la suspension préalable) ในระหว่างรอการสอบสวนลงโทษ และให้มีระยะเวลาสูงสุดไม่เกิน 4 เดือน ทั้งนี้ การให้ข้าราชการผู้ถูกลงโทษต้องหยุดการปฏิบัติหน้าที่ไว้ก่อน ก็โดยสมมติฐานว่า เพื่อมิให้ผู้กระทำหรือการกระทำนั้น ๆ ไปมีผลกระทบหรือเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อการปฏิบัติราชการ อย่างไรก็ตาม ระยะเวลาให้ออกจากราชการไว้ก่อนเป็นเวลา 4 เดือนนี้อาจขยายออกไปอีกได้ในกรณีที่ข้าราชการผู้นั้นถูกดำเนินคดีอาญาควบคู่ไปด้วย

3) โทษทางวินัย (la sanction disciplinaire)

รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 มกราคม ค.ศ. 1984 ว่าด้วยสถานะของข้าราชการ จำแนกโทษทางวินัยไว้ 10 ประการ และจัดเป็นกลุ่มได้ 4 กลุ่มด้วยกัน

(1) โทษกลุ่มที่ 1

ก. ตักเตือน (l'avertissement)

ข. ภาคทัณฑ์ (le blâme)

โทษทั้ง 2 ชนิดนี้ ไม่มีผลต่อการพิจารณาความดีความชอบ หรือความก้าวหน้าในทางราชการของข้าราชการผู้นั้น และไม่จำเป็นต้องทำรายงานเสนอเพื่อขอความเห็นชอบจากคณะกรรมการวินัย แต่ถึงแม้ว่าจะมีรูปแบบไม่เคร่งครัดนัก ก็ยังต้องแจ้งผู้ลงโทษให้ทราบและเปิดโอกาสให้เขาได้เข้าตรวจสอบสำนวนทั้งหมด ผู้ถูกลงโทษสามารถมีที่ปรึกษา หรือทนายเพื่อช่วยเหลือในการต่อสู้คัดค้านข้อกล่าวหาได้ หากมิได้ปฏิบัติดังที่กล่าวมา ต้องถือว่า คำเตือนหรือคำสั่งภาคทัณฑ์นั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) โทษกลุ่มที่ 2

ก. ตัดออกจากบัญชีผู้ที่จะได้รับพิจารณาเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง (la radiation du tableau d'avancement)

การลงโทษวิธีนี้มีผลครอบคลุมระยะเวลาอันจำกัดอยู่เพียง 1 ปี เท่ากับรอบอายุของบัญชีรายชื่อฉบับหนึ่ง ๆ

ข. ลดขั้นเงินเดือน (l'abaissement d'échelon)

ข้าราชการที่ถูกลดขั้นเงินเดือนยังสามารถได้รับประโยชน์จากการบรรจุแต่งตั้งในตำแหน่งอื่น ๆ ตามปกติ ในขั้นเงินเดือนใหม่ (ขั้นที่ถูกลดลงไปอยู่ในปัจจุบัน) ข้าราชการผู้นั้นมีสิทธินับอายุราชการรวมเข้ากับอายุราชการที่เคยได้รับในขั้นสูงกว่าก่อนที่จะถูกลดลงมาด้วย

ค. พักราชการชั่วคราว (l'exclusion temporaire des fonctions) เป็นระยะเวลาไม่เกิน 15 วัน โดยไม่ได้รับเงินเดือน

กรณีมีคำสั่งให้รอการลงโทษ (un sursis) ใด ๆ เอาไว้ทั้งหมด หรือแต่บางส่วน และภายในระยะเวลา 5 ปี หลังจากนั้น ได้มีคำสั่งลงโทษตามชนิดของโทษ ในกลุ่มที่ 2 นี้ คำสั่งลงโทษดังกล่าวมีผลเป็นการยกเลิกการรอการลงโทษ

ง. ถูกโยกย้าย (le déplacement d'office)

(3) โทษกลุ่มที่ 3

ก. ลดชั้นลดตำแหน่ง (la rétrogradation)

ข. พักราชการชั่วคราว เป็นเวลา 3 เดือน ถึง 2 ปี สำหรับข้าราชการทั่วไป หรือเป็นเวลา 6 เดือนถึง 2 ปี สำหรับข้าราชการในสถานพยาบาล หรือเป็นเวลา 16 วัน ถึง 6 เดือน สำหรับราชการส่วนท้องถิ่น

(4) โทษกลุ่มที่ 4

ก. ให้ออกจากราชการ (mise à la retraite)

ข. ไล่ออกจากราชการ (la révocation)

การลงโทษทั้ง 2 ชนิดนี้ เป็นกลุ่มของโทษที่รุนแรงที่สุด เพราะมีผลให้ข้าราชการผู้นั้นสิ้นสถานะความเป็นข้าราชการ¹⁶⁴

2.2.4 การลงโทษทางปกครองในฝรั่งเศส

สภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ได้ให้ความหมายไว้ว่า โทษทางปกครอง หมายถึง คำสั่งทางปกครอง (décision unilatérale) ที่ทำขึ้น โดยองค์กรฝ่ายปกครองในกรอบของการใช้อำนาจมหาชนเพื่อลงโทษการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ (loi) หรือกฎหมายของฝ่ายบริหาร (règlement)¹⁶⁵

การลงโทษทางปกครองในฝรั่งเศส มีมิติที่เชื่อมโยงกับ “บทบาทของรัฐ” ในยุคต่าง ๆ จนแยกจากกันไม่ออก แต่เดิมในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (L'Ancien Régime) การลงโทษทางปกครองถือเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองโดยแท้ เช่น ขุนนางในฐานะเจ้าหน้าที่ผู้ดูแลป่าไม่มีอำนาจสั่งลงโทษการกระทำผิดเกี่ยวกับป่าไม้ได้เอง ซึ่งอำนาจดังกล่าวได้ตกทอดมาถึงปัจจุบัน โดยเป็นอำนาจของสำนักงานทรัพยากรน้ำและป่าไม้ (services des eaux et forêts) หลังการปฏิวัติใหญ่ ในปี ค.ศ. 1789 อำนาจลงโทษของฝ่ายปกครองก็ยังคงอยู่ต่อไป โดยเฉพาะอำนาจลงโทษบุคคลที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์กับทางราชการไว้ก่อน เช่น ผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการ

¹⁶⁴ เรื่องเดียวกัน.

¹⁶⁵ Conseil d'État, Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, (Paris : La Documentation française, 1995), p. 35-36. อ้างถึงใน ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. *บันทึก เรื่อง เภมทัฬหวิจารณ์ในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา*. หน้า 3.

ต่าง ๆ โดยกรณีที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการอนุญาต ฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งพักใช้ หรือเพิกถอนใบอนุญาตได้ นอกจากนี้ ฝ่ายปกครองยังมีอำนาจลงโทษประชาชนทั่วไปที่ฝ่าฝืน หน้าที่ตามกฎหมาย เช่น บุคคลที่กระทำผิดในเรื่องภาษีอากร ซึ่งอำนาจลงโทษของฝ่ายปกครอง ในเรื่องนี้มีรากฐานมาจากอำนาจในการจัดเก็บภาษีอันเป็นอำนาจพิเศษของรัฐนั่นเอง¹⁶⁶

ในช่วงระหว่างสงครามโลกทั้งสองครั้ง (l'entre deux guerres) หรือระหว่าง ปี ค.ศ. 1918 - 1939 เริ่มมีการนำโทษทางปกครองมาใช้อย่างจริงจัง เนื่องจากรัฐได้ขยายภารกิจ ในทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม และให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการ สาธารณะด้านต่าง ๆ ซึ่งหากเอกชนฝ่าฝืนข้อกำหนดในการจัดทำบริการสาธารณะ ก็จะมีการลงโทษ ทางปกครอง โดยเพิกถอนการรับรองให้เป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ ต่อมาในช่วงสงครามโลก ครั้งที่สองภายใต้รัฐบาลวิชี (gouvernement de Vichy) ซึ่งเป็นรัฐบาลเผด็จการในระหว่าง ปี ค.ศ. 1940 - 1944 ได้มีการกระชับอำนาจลงโทษของฝ่ายปกครองครั้งใหญ่ โดยมีการจัดตั้ง องค์กรจัดระเบียบทางเศรษฐกิจ และองค์กรควบคุมวิชาชีพ ซึ่งมีอำนาจลงโทษการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ ในเรื่องที่ควบคุม จนการลงโทษการกระทำผิดในเรื่องทางเศรษฐกิจ ซึ่งเคยเป็นอำนาจของศาล ก็ตกอยู่ในมือของฝ่ายปกครองแทบทั้งสิ้น โดยในบางเรื่องมีมาตรการที่รุนแรงมาก เช่น การกักขัง ทางปกครอง (internement administratif) ที่กำหนดไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคง ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายในเรื่องคนต่างด้าว ชาวยิว บุคคลที่รับฟังวิทยุของต่างชาติหรือการส่งกำลังบำรุง

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลงและมีการสถาปนาระบบอบ สาธารณรัฐขึ้นอีกครั้งหนึ่ง โทษทางปกครองก็ยังคงเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐในการแทรกแซง กิจการต่าง ๆ เพื่อฟื้นฟูและพัฒนาประเทศ โดยในช่วงทศวรรษที่ 1950 และ 1960 มีการกำหนดโทษ ทางปกครองในเรื่องต่าง ๆ จำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการขนส่ง การจราจรทางบก หรือแม้แต่ การตอบแบบสอบถามของสำนักงานสถิติแห่งชาติ ในช่วงทศวรรษที่ 1970 เมื่อมีการปรับเปลี่ยน แนวคิดเกี่ยวกับบทบาทของรัฐจากเดิมที่เป็น “รัฐสวัสดิการ” (État-Providence) ไปสู่ “รัฐที่ควบคุม กำกับ” (État régulateur) โทษทางปกครองก็เป็นเครื่องมือของรัฐเพื่อควบคุมกำกับกิจการต่าง ๆ โดยมีการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐรูปแบบใหม่ ที่เรียกกันว่า “องค์กรอิสระทางปกครอง” (autorités administratives indépendantes) ขึ้นทำหน้าที่ควบคุมกำกับเรื่องที่ต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ของบุคคลและป้องกันการแทรกแซงจากฝ่ายการเมือง เช่น เรื่องเกี่ยวกับข้อมูลข่าวสาร การประกอบกิจการวิทยุโทรทัศน์ หรือการแข่งขันทางการค้า ทั้งนี้ องค์กรอิสระทางปกครอง

¹⁶⁶ สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. บันทึก เรื่อง เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา. หน้า 21 - 23.

เป็นหน่วยงานที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร มีอำนาจอย่างกว้างขวาง ทั้งการให้ความเห็น มีข้อเสนอแนะ ออกกฎและคำสั่งทางปกครอง และที่สำคัญคืออำนาจในการลงโทษการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในเรื่องที่ควบคุมกำกับ โดยมองกันว่าองค์กรดังกล่าวมีความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง จึงสามารถพิจารณาการกระทำผิดในเรื่องที่ควบคุมกำกับได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากกว่าศาล การอุบัติขึ้นขององค์กรอิสระทางปกครองได้ส่งผลต่อพัฒนาการของโทษทางปกครองอย่างมาก ทั้งในแง่ของเรื่องที่มีการนำโทษทางปกครองมาใช้ ซึ่งล้วนแต่เป็นเรื่องที่มีความสำคัญในทางเศรษฐกิจและสังคม ในแง่องค์กรผู้มีอำนาจลงโทษ ซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายปกครองรูปแบบใหม่ มิใช่ฝ่ายปกครองดั้งเดิมในระบบราชการ และในแง่ประเภทของโทษ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นโทษปรับทางปกครองที่อาจมีจำนวนเงินค่าปรับสูงมาก¹⁶⁷

เมื่อมีการนำโทษทางปกครองมาใช้มากขึ้นเรื่อย ๆ ในทศวรรษที่ 1980 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงมีโอกาสดำเนินงานถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทกำหนดโทษทางปกครอง โดยช่วงแรกคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีท่าทีเป็นปฏิปักษ์ต่ออำนาจลงโทษของฝ่ายปกครองก่อนจะผ่อนคลายเป็นลำดับ และยอมรับอำนาจลงโทษของฝ่ายปกครองในที่สุดโดยวินิจฉัยว่า “หลักการแบ่งแยกอำนาจ รวมทั้งหลักอื่น ๆ ที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญ มิได้ห้ามมิให้องค์กรฝ่ายปกครอง [...] ใช้อำนาจลงโทษ หากโทษนั้นไม่มีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพ และในการใช้อำนาจลงโทษกฎหมายได้กำหนดมาตรการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญไว้ด้วย”

นับจากอดีตถึงปัจจุบัน โทษทางปกครองได้ขยายขอบเขตออกไปอย่างต่อเนื่อง โดยมีการนำมาใช้อย่างแพร่หลายในเรื่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นในด้านเศรษฐกิจ สาธารณสุข สิ่งแวดล้อมรวมทั้งเรื่องใหม่ ๆ อย่างเทคโนโลยีสารสนเทศ จนมีผู้กล่าวว่า “โทษทางปกครองกำลังเป็นที่นิยม” (“La sanction administrative est à la mode”) บ้างก็ถึงกับมองว่าเป็น “ความปราชัย” ของกฎหมายอาญา โดยเหตุผลสำคัญที่ผู้ตรากฎหมายใช้โทษทางปกครองแทนโทษอาญาเนื่องจากมีกระบวนการพิจารณาที่เรียบง่ายรวดเร็วทำให้การลงโทษมีประสิทธิภาพ และในช่วงหลังเริ่มมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการลด-เลิกโทษอาญาเข้ามาเป็น “เหตุผลเสริม” โดยมองว่าโทษทางปกครองเป็นมาตรการที่เหมาะสมกับการกระทำผิดที่ไม่ร้ายแรงถึงขั้นที่ควรกำหนดให้มีโทษอาญา จึงเป็นเครื่องมือที่ช่วยป้องกันมิให้มีการกำหนดโทษอาญาเกินความจำเป็น

¹⁶⁷ เรื่องเดียวกัน.

ที่ผ่านมาโทษทางปกครองที่ใช้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเป็นบทกำหนดโทษที่บัญญัติขึ้นตั้งแต่เริ่มแรกแบบ ab origine หรือ ex novo ในกฎหมายที่ตราขึ้นใหม่ มิใช่การนำโทษทางปกครองมาใช้แทนที่โทษอาญาสำหรับการกระทำที่เคยเป็นความผิดอาญาเช่นเดียวกับบรรดาประเทศที่มีนโยบายลด-เลิกโทษอาญา ซึ่งมีผู้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่าการที่ฝรั่งเศสมิได้ดำเนินการลด-เลิกโทษอาญาอย่างเป็นระบบโดยนำโทษทางปกครองมาใช้แทนที่โทษอาญานั้น เป็นเพราะฝรั่งเศสไม่มี “กฎหมายกลาง” เกี่ยวกับการลงโทษทางปกครองเช่นเดียวกับบางประเทศ เช่นเยอรมันทำให้ผู้ตรากฎหมายต้องกำหนดหลักเกณฑ์การลงโทษทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะในแต่ละเรื่อง ซึ่งทำให้การบัญญัติบทกำหนดโทษทางปกครองเป็นเรื่องค่อนข้างยุ่งยาก อย่างไรก็ตามในช่วงหลังเริ่มมีการนำโทษทางปกครองมาใช้แทนที่โทษอาญาในกฎหมายฉบับต่าง ๆ มากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะกฎหมายในด้านเศรษฐกิจ เช่น กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าซึ่งผู้ตรากฎหมายได้ยกเลิกความผิดอาญาในบางฐานความผิดและบัญญัติให้เป็นความผิดที่มีโทษทางปกครองแทน¹⁶⁸

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า แต่เดิมนั้น สาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่มีแนวความคิดเกี่ยวกับโทษทางปกครองเพราะทฤษฎีการลงโทษส่วนใหญ่เริ่มพัฒนามาจากโทษทางอาญา แต่ต่อมาเมื่อสภาพสังคมและเศรษฐกิจมีความเปลี่ยนแปลงไป การบังคับใช้โทษอาญากับการทำความผิดบางประเภทไม่สามารถป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดได้อย่างแท้จริง จึงได้มีการพัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับโทษทางปกครอง ซึ่งเป็นมาตรการลงโทษตามที่กฎหมายบัญญัติโดยฝ่ายปกครองมีอำนาจวินิจฉัยและบังคับโทษได้เอง ในกรณีที่มีผู้ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายหรือคำสั่งที่ฝ่ายปกครองออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย โดยโทษทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสปัจจุบัน หมายถึง มาตรการลงโทษที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นเพื่อลงโทษบุคคลตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้โดยองค์กรฝ่ายปกครองนี้อาจเป็นองค์กรฝ่ายปกครองที่เป็นอิสระ (Autorité administrative indépendante) หรือองค์กรฝ่ายปกครองในความหมายทั่วไป¹⁶⁹

¹⁶⁸ เรื่องเดียวกัน.

¹⁶⁹ เกวลี มโนภินิเวศ. ปัญหาความสัมพันธ์ในการลงโทษทางปกครองและการลงโทษทางอาญา. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร. 2551. หน้า 4 - 7.

1) การแบ่งประเภทของโทษทางปกครอง

สาธารณรัฐฝรั่งเศส แบ่งประเภทของโทษทางปกครองได้เป็น 4 ประเภทใหญ่ ดังนี้¹⁷⁰

- (1) โทษทางการเงิน (Monetary penalty and charge) ได้แก่ โทษปรับทางปกครอง (Amende administrative) และการที่รัฐมีคำสั่งระงับการจ่ายหรือให้หักเงินช่วยเหลือ
- (2) โทษที่กระทบต่อสิทธิของผู้กระทำความผิด ได้แก่ การพักใช้ ยกเลิก เพิกถอน ใบอนุญาต การหักคะแนน
- (3) โทษที่กระทบต่อกิจการหรือกิจกรรมของผู้กระทำความผิด ได้แก่ โทษสั่งห้ามดำเนินการหรือห้ามประกอบอาชีพการเปรียบเทียบคดีตามใบสั่ง ชั่วคราวหรือถาวร
- (4) (Infringement notice) เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะเปรียบเทียบคดีเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดโดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล ทั้งนี้ เพื่อลดภาระของศาลในการพิจารณาคดีเล็กน้อย โดยกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจออกใบสั่ง (Infringement notice) แจ้งข้อกล่าวหาให้บุคคลดังกล่าวทราบและให้มาชำระค่าปรับตามจำนวนที่เปรียบเทียบได้ซึ่งต้องไม่เกินเพดานที่กฎหมายกำหนด หากบุคคลดังกล่าวไม่มาชำระค่าปรับตามที่เปรียบเทียบ เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องฟ้องบุคคลดังกล่าวเป็นคดีต่อศาล

เนื่องจากการลงโทษทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง ซึ่งหากผู้อยู่ภายใต้คำสั่งฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวแล้ว ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งซึ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานกลางที่บังคับใช้แก่การบังคับทางปกครองตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ ในทำนองเดียวกันกับระบบกฎหมายของบางประเทศ ดังนั้น หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับการโดยฝ่ายปกครองในแต่ละเรื่องจึงเป็นไปตามที่กำหนดในกฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับ หากบทบัญญัติกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ในการบังคับการไว้แล้ว ฝ่ายปกครองย่อมต้องดำเนินการบังคับตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

¹⁷⁰ ภัทรพงศ์ ลือชัย. ปัญหาการกำหนดโทษและมาตรการบังคับโทษ: ศึกษากรณีร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. 1 พฤษภาคม 2565 จาก <https://grad.dpu.ac.th/%20upload/content/files/%E0%B8%9B%E0%B8%B5%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B9%88%206%20%E0%B8%89%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B9%88%201/%E0%B8%A7%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%AA%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%93%E0%B8%91%E0%B8%B4%E0%B8%95%E0%B8%A8%E0%B8%B6%E0%B8%81%E0%B8%A9%E0%B8%B2-60.pdf>

2) หลักเกณฑ์ในการลงโทษปรับทางปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส การลงโทษทางปกครอง มีวัตถุประสงค์ในลักษณะเดียวกับการลงโทษทางอาญาคือต่างก็เป็นการลงโทษต่อการไม่ปฏิบัติ หรือละเมิดหน้าที่หากแต่การลงโทษทางปกครองกับโทษทางอาญามีข้อแตกต่างกัน โดยที่การลงโทษทางปกครองจะกระทำโดยฝ่ายปกครองไม่ใช่องค์กรตุลาการ นอกจากนี้ในการพิจารณาว่าการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์กรณีใดจะต้องนำโทษทางอาญาหรือโทษทางปกครองมาใช้ จะต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้น เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นความผิดที่สังคมหรือวิญญูชนทั่วไปถือว่าเป็นความชั่วร้าย (mala in se) หรือเป็นการกระทำที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นความผิด (mala prohibita) ซึ่งโทษทางปกครองจะนำมาใช้กับการกระทำที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นความผิดเท่านั้น¹⁷¹

จากที่กล่าวมาแล้วในข้างต้นว่า การนำโทษทางปกครองมาใช้ในประเทศฝรั่งเศสนั้น สืบเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงบทบาทของรัฐ โดยในระหว่างปี ค.ศ. 1918 - 1939 รัฐได้ขยายบทบาทของรัฐในทางเศรษฐกิจสังคม และวัฒนธรรม และให้เอกชนมีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะด้านต่าง ๆ ซึ่งหากเอกชนมีการฝ่าฝืนข้อกำหนดในการจัดทำบริการสาธารณะก็จะมีบทลงโทษทางปกครองโดยการเพิกถอนการรับรองให้เป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ ต่อมาในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองได้มีการจัดตั้งองค์กรระเบียบทางเศรษฐกิจและองค์กรควบคุมวิชาชีพซึ่งมีอำนาจลงโทษการฝ่าฝืนกฎหมายในเรื่องที่ควบคุม ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองในช่วงทศวรรษที่ 1970 มีการปรับเปลี่ยนแนวคิดจากรัฐสวัสดิการ (État-Providence) ไปสู่รัฐที่ควบคุมกำกับ (État régulateur) โดยมีการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐรูปแบบใหม่ที่เรียกกันว่า “องค์กรอิสระทางปกครอง” (autorités administratives indépendantes) ขึ้นทำหน้าที่ควบคุมกำกับเรื่องที่ต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลและป้องกันการแทรกแซงจากฝ่ายการเมือง เช่น การประกอบกิจการวิทยุโทรทัศน์หรือการแข่งขันทางการค้าซึ่งมีอำนาจในการลงโทษการฝ่าฝืนกฎหมายในเรื่องที่ควบคุมกำกับ จนในปัจจุบันได้มีการนำโทษปรับทางปกครองมาใช้อย่างแพร่หลายในเรื่องต่าง ๆ ทั้งด้านเศรษฐกิจ สาธารณสุข สิ่งแวดล้อมและเทคโนโลยีสารสนเทศ¹⁷²

¹⁷¹ นางพัชมา จิตรมหีมา และคณะ. หลักเกณฑ์ในการลงโทษปรับทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส และแนวทางในการกำหนดโทษปรับทางปกครองในกฎหมายไทย. 1 พฤษภาคม 2565 จาก <http://www.krisdika.go.th/data/activity/act13704.pdf>

¹⁷² ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. บันทึก เรื่อง เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา. หน้า 21 – 23.

ในการลงโทษปรับทางปกครองนั้น เมื่อพบว่ามีกระทำความผิดจริง เจ้าหน้าที่จะมีคำสั่งให้ผู้กระทำผิดชำระค่าปรับทางปกครอง โดยการออกคำสั่งเรียกให้บุคคล ชำระเงิน (titre de perception) ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีสถานะเป็นคำสั่งบังคับ (titre exécutoire) ที่นำไปบังคับชำระหนี้ได้ทันทีโดยไม่ต้องขอให้ศาลออกหมายบังคับคดีให้อีก หากผู้ได้รับคำสั่ง ปรับทางปกครองไม่ชำระค่าปรับ กฎหมายส่วนใหญ่จะกำหนดให้บังคับชำระค่าปรับ ตามกระบวนการบังคับตามสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ของอื่นของรัฐที่มีใช้หนี้ภาษีอากรหรือหนี้ ที่เกิดจากการใช้ประโยชน์ในสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (recouvrement des créances de l'État étrangères à l'impôt et au domaine) ซึ่งมีหลักเกณฑ์กำหนดไว้ในรัฐกฤษฎีกา ฉบับที่ 63-608 ลงวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ. 1963 โดยเจ้าหน้าที่บัญชีภาครัฐ (comptables directs du Trésor) ซึ่งได้รับ มอบหมายให้จัดเก็บภาษีอากรเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่บังคับให้เป็นไปตามคำสั่งเรียกให้ชำระเงิน โดยปฏิบัติหน้าที่ภายใต้การกำกับควบคุมของคลังจังหวัด (trésoriers-payeurs généraux)

3. กฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษทางอาญาในประเทศไทย

3.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

จากการศึกษารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พบว่า มีการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการออกกฎหมายของรัฐ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของประชาชน โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้¹⁷³

(1) รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมาย ที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการ ประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัว บทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมาย ได้อย่างถูกต้อง

(2) ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐจึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็น ของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้ง เปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการ พิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอนเมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐจึงจัดให้มีการ ประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกกรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง

¹⁷³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77.

ประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

(3) รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณี ที่จำเป็น ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดกลไกการปฏิรูปด้านกฎหมายไว้อย่างเป็นระบบในมาตรา 77 โดยสามารถแบ่งออกเป็น 4 มาตรการสำคัญ¹⁷⁴ ได้แก่¹⁷⁵

(1) มาตรการทั่วไป กล่าวคือ รัฐพึงมีกฎหมายเท่าที่จำเป็น ยกเลิก หรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวก และสามารถเข้าใจได้ง่าย

(2) มาตรการก่อนตรากฎหมาย กล่าวคือ รัฐพึงรับฟังความคิดเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบ ที่เกิดขึ้นจากกฎหมาย รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็น และผลการวิเคราะห์ดังกล่าวต่อประชาชน และนำมาพิจารณาประกอบในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน

(3) มาตรการภายหลังการตรากฎหมาย กล่าวคือ รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย ทุกกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย

(4) มาตรการควบคุมเนื้อหาของกฎหมาย กล่าวคือ รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการ ในกฎหมายเฉพาะเท่าที่จำเป็น กำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

¹⁷⁴ อานันท์ เกียรติสารพิภพ. การดำเนินการตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. 30 เมษายน 2565 จาก https://library2.parliament.go.th/giventake/content_royrueng/2561/r2561-apr5.pdf

¹⁷⁵ ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกวุฒิสภา. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า. 2564. หน้า 33 – 34.

อย่างไรก็ตาม ในส่วนกลไกการปฏิรูปด้านกฎหมายอาญาตามรัฐธรรมนูญ ที่ออกแบบมานั้น มิได้กำหนดคำอธิบายโดยละเอียดไว้ว่าการกระทำในลักษณะใดที่ถือว่าเป็น ความผิดร้ายแรงที่ควรบังคับใช้โทษทางอาญาแก่ผู้กระทำ ซึ่งต่อมาคณะอนุกรรมการดำเนินการศึกษาและปรับปรุงกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ประโยชน์จากโทษทางอาญาตามกฎหมาย ที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งเป็นคณะอนุกรรมการฯ ภายใต้คณะกรรมการ กฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา จึงได้จัดทำข้อเสนอหลักเกณฑ์การกำหนดโทษ อาญาในการตรากฎหมายและแนวทางดำเนินการกับกฎหมายที่มีโทษทางอาญาที่ไม่ได้เป็นไปตาม หลักเกณฑ์ ดังกล่าวเสนอต่อคณะรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบหลักเกณฑ์ดังกล่าว ไปเมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2561 โดยหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญาสำหรับกฎหมาย ที่จะตราขึ้นในอนาคต มีสาระสำคัญ 3 ประการ ได้แก่

(1) เป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชนอย่างร้ายแรงและมีผลกระทบต่อส่วนรวม

(2) เป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผล หรือมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้ และ

(3) ความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวหรือที่มีโทษจำคุกและเปรียบเทียบปรับ ทำให้คดีอาญาระงับได้หากโดยสภาพแล้วไม่ใช่ความผิดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชนอย่างกว้างขวาง สมควรใช้โทษปรับทางปกครองแทนหรือวิธีการอื่นแทนการปรับ

จากหลักเกณฑ์ทั้ง 3 ประการข้างต้นจะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ในข้อที่ (1) มีความ สอดคล้องกับหลักสากลในการกำหนดโทษทางอาญาที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น กล่าวคือ โทษทาง อาญาควรนำมาใช้สำหรับการกระทำที่รบกวนความสงบสุขของผู้คนในสังคมและเพื่อรักษาความ สงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีเท่านั้น หากการกระทำใดที่ไม่เป็นการรบกวนความสงบสุข ของผู้คนในสังคมหรือไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีแล้ว การกระทำนั้น ก็ไม่ควรที่นำโทษทางอาญามาใช้ อย่างไรก็ตาม จะพบว่าหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญา ที่คณะอนุกรรมการฯ ภายใต้คณะกรรมการกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้จัดทำขึ้น มีความละเอียดมากกว่าหลักสากลในการกำหนดโทษทางอาญา กล่าวคือ การกระทำ ที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและมีผลกระทบต่อส่วนรวม จะต้องมิลักษณะที่เป็นการกระทำที่มีลักษณะร้ายแรงด้วย นอกจากนี้ หลักเกณฑ์ที่ได้จัดทำขึ้นใหม่ มีหลักเกณฑ์ในข้อ (2) และ (3) ช่วยในการพิจารณาด้วย¹⁷⁶

¹⁷⁶ เรื่องเดียวกัน.

3.2 ประมวลกฎหมายอาญา

ตามประมวลกฎหมายอาญา ได้กำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่หรือเจ้าพนักงานของรัฐกรณีการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ไว้ดังนี้¹⁷⁷

“ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า เนื้อหาตามความในบทบัญญัติมาตรา 157 สามารถแยกออกได้เป็น 2 ส่วน

ส่วนแรก เจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เจตนา “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” คือ การคิดร้ายกลั่นแกล้งเพื่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งไม่ใช่ผลแห่งการกระทำแต่เป็นมูลเหตุจูงใจหรือเจตนา

ส่วนที่สอง เจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดย “ทุจริต”

บทบัญญัติมาตรานี้ ถือเป็นกฎหมายที่เรียกได้ว่า “มาตรากวาดทอง” กล่าวคือ การกระทำต่าง ๆ ของเจ้าพนักงาน ถ้าไม่เป็นความผิดเฉพาะเรื่องก็มักจะเป็นความผิดตามมาตรา

คำว่า “โดยมิชอบ” หมายความว่า โดยมิชอบด้วยหน้าที่ ซึ่งเจ้าพนักงานมีอยู่ตามกฎหมาย กฎ ข้อบังคับบัญชา คำสั่งของคณะรัฐมนตรี คำสั่งของผู้บังคับบัญชา หรือ ระเบียบแบบแผนของทางราชการ ซึ่งออกได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ความสำคัญอยู่ที่มูลเหตุจูงใจคือ ต้องกระทำเพื่อแกล้งให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น

อนึ่ง ความเสียหายในที่นี้ไม่จำกัดเฉพาะความเสียหายในทางทรัพย์สินเท่านั้น รวมถึงความเสียหายอื่น ๆ เช่น ความเสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเสียหายต่อเสรีภาพ เป็นต้น ซึ่งเป็นกรณีที่เจ้าพนักงานมีเจตนาจะแกล้งผู้อื่น

บทบัญญัติมาตรานี้ เป็นการป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบ โดยพิจารณาจากฐานความผิดที่ต้องการลงโทษเจ้าหน้าที่ที่มีเจตนาไม่ดี ถ้าไม่มีฐานความผิดก็จะทำให้เจ้าหน้าที่ทำงานตามอำเภอใจ จึงเป็นเรื่องสมควรถือฐานความผิดที่จำกัด และมีบทลงโทษผู้ที่กระทำผิดจริง

¹⁷⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

3.3 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

ในอดีต ก่อนการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ประเทศไทยมีการใช้บังคับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นกฎหมายหลักในการกำหนดหลักเกณฑ์ รูปแบบ และวิธีการเกี่ยวกับการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งระเบียบดังกล่าวมีระยะเวลาการใช้บังคับอย่างยาวนานเกือบ 30 ปี โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมจำนวน 6 ครั้ง การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุด เป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2552 ซึ่งเมื่อศึกษาบทกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ดังกล่าว พบว่า ระเบียบนี้ มีการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ไว้ในหมวดที่ 1 ส่วนที่ 3 บทกำหนดโทษ อันมีสาระสำคัญ ดังนี้

“ผู้มีอำนาจหรือหน้าที่ดำเนินการตามระเบียบนี้ หรือผู้หนึ่งผู้ใดกระทำการใดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อไม่ปฏิบัติตามระเบียบนี้ หรือกระทำการโดยมีเจตนาทุจริต หรือกระทำการโดยปราศจากอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ รวมทั้งมีพฤติกรรมที่เอื้ออำนวยแก่ผู้เข้าเสนอราคาหรือเสนองาน ให้มีการขัดขวางการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม ถือว่าผู้นั้นกระทำผิดวินัยตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการหรือตามกฎหมายเฉพาะของส่วนราชการนั้น ภายใต้อحكامนี้ ดังนี้

(1) ถ้าการกระทำมีเจตนาทุจริต หรือเป็นเหตุให้ทางราชการเสียหายอย่างร้ายแรง ให้ดำเนินการลงโทษอย่างต่ำปลดออกจากราชการ

(2) ถ้าการกระทำเป็นเหตุให้ทางราชการเสียหายแต่ไม่ร้ายแรง ให้ลงโทษอย่างต่ำตัดเงินเดือน

(3) ถ้าการกระทำไม่เป็นเหตุให้ทางราชการเสียหาย ให้ลงโทษภาคทัณฑ์หรือว่ากล่าวตักเตือน โดยทำคำสั่งเป็นลายลักษณ์อักษร

การลงโทษทางวินัยตาม (1) หรือ (2) ไม่เป็นเหตุให้ผู้กระทำหลุดพ้นจากความรับผิดชอบในทางแพ่งตามกฎหมายและระเบียบของทางราชการที่เกี่ยวข้องหรือความรับผิดชอบทางอาญา (ถ้ามี)”¹⁷⁸

¹⁷⁸ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ข้อ 10.

3.4 พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ถูกตราขึ้น โดยมีเหตุผลเพื่อให้การดำเนินการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ มีกรอบการปฏิบัติงานที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน โดยการกำหนดเกณฑ์มาตรฐานกลางเพื่อให้หน่วยงานของรัฐทุกแห่งนำไปใช้เป็นหลักปฏิบัติ โดยมุ่งเน้นการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณชนให้มากที่สุด เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม มีการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างที่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการทำงานเป็นสำคัญ ซึ่งจะก่อให้เกิดความคุ้มค่าในการใช้จ่ายเงิน มีการวางแผนการดำเนินงานและมีการประเมินผลการปฏิบัติงาน ซึ่งจะทำให้การจัดซื้อจัดจ้างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล รวมทั้งเพื่อให้เป็นไปตามหลักธรรมาภิบาล มีการส่งเสริมให้ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งเป็นมาตรการหนึ่งเพื่อป้องกันปัญหาการทุจริตและประพฤติมิชอบในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ประกอบกับมาตรการอื่น ๆ เช่น การจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งจะก่อให้เกิดความโปร่งใสในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ อันจะเป็นการสร้างความเชื่อมั่นให้กับสาธารณชน และก่อให้เกิดผลดีกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ให้เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้¹⁷⁹

จากการศึกษาพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 พบว่า บทกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้เปลี่ยนแปลงไปจากบทกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ในอดีต โดยบทกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดไว้ในหมวด 15 บทกำหนดโทษ ดังนี้¹⁸⁰

“ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่หรือเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุ ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุตามพระราชบัญญัตินี้ ฝ่าฝืนหรือประมาท ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ โดยมีขอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุตามพระราชบัญญัตินี้ ฝ่าฝืนหรือประมาท ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹⁷⁹ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

¹⁸⁰ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 120.

ผู้ใดเป็นผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ผู้นั้นต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดตามวรรคหนึ่ง”

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า บทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีความแตกต่างจากบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นอย่างมาก กล่าวคือ ในพฤติการณ์การกระทำความผิดเดียวกัน กล่าวโดยเฉพาะกรณีการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต บทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กำหนดไว้เพียงให้ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดวินัยตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการหรือตามกฎหมายเฉพาะของส่วนราชการ โดยมีโทษทางวินัยอย่างต่ำคือ การปลดออก ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของการกระทำความผิด ในส่วนของโทษทางอาญาของผู้นั้น ก็เป็นไปตามกฎหมายอาญา ซึ่งได้กำหนดความรับผิดในทางอาญาไว้โดยเฉพาะแล้ว แต่เมื่อพิจารณาบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 จะเห็นได้ว่าตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็น โทษทางอาญา อันเป็นการกำหนดองค์ประกอบความผิดของการกระทำ รวมถึงบทลงโทษเช่นเดียวกับบทบัญญัติมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

3.5 คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย

โดยที่มาตรา 5 และมาตรา 21 (8) แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 กำหนดให้ในการจัดทำร่างกฎหมายหน่วยงานของรัฐพึงกำหนดโทษอาญาในกฎหมายเฉพาะความผิดร้ายแรง และให้คำนึงถึงหลักเกณฑ์ ดังนี้ (1) การกระทำนั้นต้องกระทบต่อความมั่นคงหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวม และ (2) เป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผลและมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 คณะกรรมการพัฒนากฎหมายโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี จึงออกคำแนะนำเกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญาในกฎหมายดังต่อไปนี้¹⁸¹

การกำหนดโทษอาญาในกฎหมายสำหรับการกระทำความผิดใดจะต้องยึดหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

(1) การกระทำที่เป็นความผิดร้ายแรงนั้น เป็นการกระทำที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง ทั้งนี้ หน่วยงานของรัฐต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมาย หากเป็นไปได้เพื่อคุ้มครองสิ่งต่อไปนี้¹⁸² อาจกำหนดเป็นโทษอาญาได้

ก. เป็นการกระทำที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความปลอดภัยของประเทศ ได้แก่ การกระทำที่อาจทำให้เกิดความไม่มั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการเมือง การปกครอง หรือเป็นการกระทำที่อาจทำให้เกิดความไม่ปลอดภัยของประเทศหรือประชาชน อาจกำหนดเป็นความผิดอาญาได้ตามความร้ายแรงของการกระทำนั้น ๆ

ข. เป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public order) หรือกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง (good morals) หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง ซึ่งต้องคำนึงถึงสภาพสังคมและเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป ในการพิจารณาดังกล่าวให้ถือหลัก ดังต่อไปนี้¹⁸³

ความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public order) คือ กฎเกณฑ์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย มุ่งคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมหรือในประเทศชาติ เพื่อให้เกิดความมั่นคง (security) ความสงบสุข (tranquility) สันติภาพ (peace) และสุขภาพ (public health) ร่วมกันของคนในสังคม การกระทำใดที่ทำให้เกิดความไม่มั่นคง ความไม่สงบสุข ความวุ่นวายหรือบ่อนทำลายสุขภาพอันจะมีผลต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม การกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น ย่อมกำหนดเป็นความผิดอาญาได้ตามความร้ายแรงแห่งการกระทำและเจตนา

¹⁸¹ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 132 ก หน้า 20 วันที่ 27 พฤศจิกายน 2562

¹⁸² คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย ข้อ 1.

¹⁸³ คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย ข้อ 1.

ศีลธรรมอันดีของประชาชน (good morals) คือ กฎเกณฑ์ที่คนในสังคมส่วนใหญ่ถือปฏิบัติตามความเชื่อ ตามประเพณี หรือศาสนา และถือว่าเป็นเครื่องวินิจฉัยความประพฤติว่าถูกต้องหรือไม่ ปกติการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมทำให้นิติกรรมเสียไป แต่การกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนจะเป็นความผิดอาญาที่ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นเรื่องร้ายแรงและกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอันอาจทำให้เกิดความไม่มั่นคง ความไม่สงบสุข ความวุ่นวายในสังคมได้ศีลธรรมอันดีของประชาชนนี้อาจมีวิวัฒนาการได้ตามยุคสมัยและตามพื้นที่ การกระทำที่กระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงย่อมกำหนดเป็นความผิดอาญาได้ตามยุคสมัย

การกระทำที่มีผลกระทบต่อส่วนรวม คือ การกระทำที่ส่งผลร้ายต่อประชาชนในวงกว้างในด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมืองการปกครอง หรือสิ่งแวดล้อม หรือผลกระทบที่เป็นผลร้ายอื่นที่ไม่เพียงแต่เป็นการกระทบต่อปัจเจกบุคคลเป็นการส่วนตัว

ทั้งนี้ ในการพิจารณาหลักเกณฑ์ตาม (1) และ (2) หน่วยงานของรัฐต้องตระหนักว่าเกณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะเป็นพลวัตจึงต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับยุคสมัย สภาพสังคม เศรษฐกิจ การเมืองการปกครอง วัฒนธรรม และประเพณีที่เปลี่ยนแปลงไป รวมถึงตลอดถึงความก้าวหน้าของเทคโนโลยีและปัจจัยอื่น ๆ

(2) เป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผล และมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้¹⁸⁴

การกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดและโทษอาญาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอย่างยิ่ง จึงต้องใช้ในกรณีที่ไม่มีมาตรการอื่นเพื่อให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้หรือการลงโทษอย่างอื่นที่ไม่ใช่โทษอาญาไม่ทำให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัวเพราะได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจคุ้มค่ากว่าโทษที่ได้รับ หากมีมาตรการอื่นที่ทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้ เช่น มาตรการจูงใจเพื่อให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมาย หรือการอำนวยความสะดวกให้การกระทำที่รัฐอยากให้การกระทำ การกำหนดมาตรการบังคับทางปกครอง การกำหนดสภาพบังคับทางเศรษฐกิจ เช่น การกำหนดโทษปรับเป็นพินัย¹⁸⁵ หรือการกำหนดให้เอกชนฟ้องร้องดำเนินคดีได้เอง เห็นสมควรใช้มาตรการดังกล่าว แต่ถ้ามาตรการดังกล่าวไม่อาจ

¹⁸⁴ คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย ข้อ 2

¹⁸⁵ โทษปรับเป็นพินัย เป็นแนวทางหนึ่งในการกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายกรณีไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย และไม่ใช้โทษอาญาหรือโทษทางปกครอง ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาอยู่ระหว่างการศึกษาและจัดทำร่างกฎหมายเพื่อที่จะเสนอเรื่องต่อไป

ทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายอย่างได้ผลหรือมีประสิทธิภาพเพียงพอ กรณีนี้จึงกำหนดให้ การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวเป็นความผิดและมีโทษอาญา

(3) ความผิดที่บัญญัติไว้แล้วในประมวลกฎหมายอาญาคความผิดที่มีโทษอาญา ในพระราชบัญญัติใดมีองค์ประกอบความผิดเหมือนหรือคล้ายคลึงกับความผิดที่กำหนดในภาค ความผิดของประมวลกฎหมายอาญา มิให้กำหนดโทษอาญาในร่างกฎหมายนั้น เว้นแต่จะมีเหตุผล ความจำเป็นพิเศษว่าเป็นกฎหมายเฉพาะจำเป็นต้องมีโทษสูงกว่าหรือมีโทษอุกฤษณ์ เช่น เพิกถอน สิทธิเลือกตั้งหรือสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ประสงค์จะกำหนดโทษอาญาที่มีโทษ น้อยกว่าโดยมิให้นำประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับจะต้องระบุในกฎหมายเฉพาะนั้นให้ชัดเจน ว่า มิให้นำโทษสำหรับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับสำหรับการกระทำความผิด ตามกฎหมายเฉพาะนั้น¹⁸⁶

(4) ในกรณีที่มิมีพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันประเทศไทย เช่น สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี กำหนดพันธกรณีให้ประเทศ ไทยต้องตรากฎหมายที่มีโทษอาญาตามที่กำหนดไว้ในพันธกรณีนั้น ให้กำหนดโทษอาญาได้ ตามความจำเป็นและเหมาะสมและมีเพดานโทษ (threshold) ที่ชัดเจนด้วย ทั้งนี้ ในการตรากฎหมาย ที่กำหนดโทษอาญาตามพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นจะต้องอ้างข้อความในพันธกรณีที่ระบุให้ กำหนดโทษอาญาให้ชัดเจนด้วยมิใช่แค่เป็นข้อเสนอแนะตามพันธกรณีว่าอาจกำหนดเป็น โทษ อาญาเท่านั้น¹⁸⁷

(5) การกระทำใดที่เป็นกรรมเดียวและมีโทษอาญาอยู่แล้ว จะกำหนดให้การ กระทำกรรมเดียวกันนั้นมีโทษอย่างอื่นด้วย เพื่อจูงใจให้ยอมรับโทษอย่างอื่นนั้นเพื่อระงับคดี ย่อมกระทำมิได้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหลายที่กำหนด “มาตรการลงโทษทางแพ่ง” เช่น กฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ต้องเปลี่ยนบทบัญญัติเป็นสภาพบังคับอื่น ที่เหมาะสม เช่น โทษปรับทางปกครอง หรือโทษปรับเป็นพินัย เว้นแต่โดยสภาพของความผิด สมควรมีโทษอาญา เพราะเรื่องทางแพ่งในระบบประมวลกฎหมาย หมายถึงเรื่องระหว่างเอกชน กับเอกชนเท่านั้น แต่การละเมิดกฎหมายดังกล่าวข้างต้น ไม่ใช่เรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชน หากแต่เป็นเรื่องระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ซึ่งต้องรักษาความสงบเรียบร้อยให้กับบุคคล จึงไม่ใช่เรื่องทางแพ่งและการเปลี่ยนโทษทางแพ่งมาเป็นโทษปรับเป็นพินัยย่อมคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของผู้ถูกลงโทษมากกว่า¹⁸⁸

¹⁸⁶ คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย ข้อ 3.

¹⁸⁷ คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย ข้อ 4.

¹⁸⁸ คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย ข้อ 5.

4. ตารางเปรียบเทียบกฎหมายไทย กับกฎหมายต่างประเทศ

ลำดับที่	มาตรการทางกฎหมาย	กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966	ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948	คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789	สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี	สาธารณรัฐฝรั่งเศส	ประเทศไทย
1.	การลงโทษทางอาญา	ในการกำหนดความผิดอาญา รัฐจะจำกัดเสรีภาพของบุคคลได้เพียงเฉพาะเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่งโดยชัดแจ้งเท่านั้น โดยการกำหนดความผิดดังกล่าวต้องเป็นการทำเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี และสวัสดิการในสังคมประชาธิปไตย	ในการกำหนดความผิดอาญา รัฐจะจำกัดเสรีภาพของบุคคลได้เพียงเฉพาะเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่งโดยชัดแจ้งเท่านั้น ผู้ใดจะถูกลงโทษได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่บัญญัติขึ้นและประกาศใช้ก่อนหน้าการกระทำอันเป็นความผิด และได้ใช้บทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ โดยชอบแล้วเท่านั้น	กฎหมายจะกำหนดบทลงโทษใด ๆ ได้ก็แต่เฉพาะเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่งและเห็นเป็นที่ประจักษ์ชัดเท่านั้น ผู้ใดจะถูกลงโทษได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่บัญญัติขึ้นและประกาศใช้ก่อนหน้าการกระทำอันเป็นความผิด และได้ใช้บทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ โดยชอบแล้วเท่านั้น	การลงโทษทางอาญา จะพิจารณาระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดจากอันตรายที่เกิดแก่สังคมและระบบเศรษฐกิจเป็นข้อสำคัญ โดยการกระทำที่ก่ออันตรายแก่สังคมและระบบเศรษฐกิจอย่างรุนแรงสมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา เว้นแต่กรณีที่ปรากฏชัดว่าโทษอาญาจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพ	การพิจารณาว่าการกระทำใดมีความร้ายแรงถึงขั้นที่สมควรกำหนดให้มีโทษอาญาหรือไม่ ต้องพิจารณาจากตัวชี้วัด 3 ประการ ประกอบกัน ได้แก่ 1. ลักษณะการกระทำผิด 2. ความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง และ 3. ความเสียหายที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ แต่ละตัวชี้วัดจะมีเกณฑ์พิจารณาถึงความเหมาะสมในการกำหนดโทษอาญาในระดับที่ลดหลั่นกันไป	คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญา ได้แก่ 1. เป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงและมีผลกระทบต่อส่วนรวม 2. เป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผล หรือมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้

ลำดับ ที่	มาตรการทางกฎหมาย	กติการะหว่างประเทศว่า ด้วยสิทธิพลเมืองและ สิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966	ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิ มนุษยชนแห่ง สหประชาชาติ ค.ศ. 1948	คำประกาศสิทธิมนุษยชน และพลเมือง ค.ศ. 1789	สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี	สาธารณรัฐฝรั่งเศส	ประเทศไทย
2.	การห้ามดำเนินคดีอาญาซ้ำ	บุคคลย่อมไม่ถูกพิจารณาหรือลงโทษซ้ำในความคิดซึ่งบุคคลนั้นต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษ หรือให้ปล่อยตัวแล้วตามกฎหมายและวิธีพิจารณาความอาญาของแต่ละประเทศ			บุคคลย่อมไม่ถูกพิจารณาหรือลงโทษซ้ำในความคิดซึ่งบุคคลนั้นได้กระทำเพียงครั้งเดียว	บุคคลย่อมไม่ถูกพิจารณาหรือลงโทษซ้ำในความคิดซึ่งบุคคลนั้นได้กระทำเพียงครั้งเดียว	บุคคลย่อมไม่ถูกพิจารณาหรือลงโทษซ้ำในความคิดซึ่งบุคคลนั้นได้กระทำเพียงครั้งเดียว
3.	การกำหนดโทษทางปกครอง				พัฒนาการของการนำโทษปรับทางปกครองมาใช้ควบคู่กับโทษทางอาญาของเยอรมันนั้น เกิดจากแนวความคิดที่พยายามจะลดการใช้มาตรการทางอาญาอันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกลงโทษอย่างรุนแรง โดยถือว่าการฝ่าฝืนข้อห้ามต่าง ๆ ในกฎระเบียบที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้น เป็นความบกพร่องในเรื่องทางเทคนิคที่ไม่กระทบต่อคุณธรรมทาง	เดิมนั้น สาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่มีแนวความคิดเกี่ยวกับโทษทางปกครองเพราะทฤษฎีการลงโทษส่วนใหญ่เริ่มพัฒนามาจากโทษทางอาญา แต่ต่อมาเมื่อสภาพสังคมและเศรษฐกิจมีความเปลี่ยนแปลงไป การบังคับใช้โทษอาญากับการกระทำความผิดบางประเภทไม่สามารถป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดได้อย่างแท้จริง จึงได้มีการพัฒนา	ตามระบบกฎหมายไทย มีการแยกโทษทางอาญา และโทษทางปกครองออกจากกันโดยชัดเจน โดยปัจจุบัน ประเทศไทยได้มีการนำโทษทางปกครองมาใช้บังคับแทนการลงโทษสำหรับการกระทำความผิดที่มีลักษณะเป็นความคิดทางอาญาในบางกรณี เช่น กรณีความคิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ แต่สำหรับกรณีการกระทำความผิดของ

ลำดับ ที่	มาตรการทางกฎหมาย	กติการะหว่างประเทศว่า ด้วยสิทธิพลเมืองและ สิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966	ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิ มนุษยชนแห่ง สหประชาชาติ ค.ศ. 1948	คำประกาศสิทธิมนุษยชน และพลเมือง ค.ศ. 1789	สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี	สาธารณรัฐฝรั่งเศส	ประเทศไทย
					กฎหมาย ไม่สมควรนำโทษ อาญามาใช้บังคับแก่การกระทำ ความผิด แต่จะเปลี่ยนมาใช้โทษ ทางปกครองแทน	แนวคิดเกี่ยวกับ โทษ ทาง ปกครอง โดยฝ่ายปกครอง มีอำนาจวินิจฉัยและบังคับโทษ ได้เอง โดยแบ่ง โทษ ทาง ปกครอง ออกเป็น 4 ประเภท ใหญ่ ๆ คือ 1. โทษทางการเงิน 2. โทษที่กระทบต่อสิทธิ ของผู้กระทำความผิด ได้แก่ การพักใช้ ยกเลิก เพิกถอน ใบอนุญาต 3. โทษที่กระทบต่อกิจการ หรือกิจกรรมของผู้กระทำความ ผิด ได้แก่ โทษสั่งห้าม ดำเนินการ 4. การเพริชชเยียมคติ ตามใบสั่ง	เจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติ การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหาร พัสดุภาครัฐ นั้น กฎหมาย กำหนดให้ต้องรับโทษทางอาญา โดยมิได้กำหนดให้มีโทษทาง ปกครองเหมือนดังเช่น บทกำหนดโทษดังที่กำหนดไว้ เดิม ตาม ระเบียบ สำนัก นายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แต่อย่างไร

บทที่ 4

ปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

จากการที่ผู้ศึกษาได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 1 ว่า บทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน มีความแตกต่างจากบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งใช้บังคับในอดีตเป็นอย่างมาก กล่าวคือ ในพฤติการณ์การกระทำความผิดเดียวกัน กล่าวโดยเฉพาะกรณีการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหาย หรือการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต บทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กำหนดไว้เพียงให้ถือว่าผู้นั้นกระทำผิดวินัยตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการหรือตามกฎหมายเฉพาะของส่วนราชการ โดยมีโทษทางวินัยอย่างต่ำ คือ การปลดออก ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของการกระทำความผิด ในส่วนของโทษทางอาญาของผู้นั้น ก็เป็นไปตามกฎหมายอาญา ซึ่งได้กำหนดความรับผิดในทางอาญาไว้โดยเฉพาะแล้ว แต่เมื่อพิจารณาบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 จะเห็นได้ว่า ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหาย หรือการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็นโทษทางอาญา อันเป็นการกำหนดองค์ประกอบของการกระทำความผิด รวมถึงบทลงโทษเช่นเดียวกับบทบัญญัติ มาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ก่อให้เกิดปัญหาความซ้ำซ้อนของการบัญญัติกฎหมาย รวมไปถึงปัญหาการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติที่ส่งผลทำให้เกิดการดำเนินคดีซ้ำซ้อน โดยอาศัยบทบัญญัติกฎหมายต่างฉบับกัน กล่าวคือ กรณีการฟ้องร้องดำเนินคดีโดยอาศัยบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา อันเป็นบททั่วไป และกรณีการฟ้องร้องดำเนินคดีโดยอาศัยบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นบทเฉพาะ

ดังนั้น ในบทนี้ ผู้ศึกษาจะขอกล่าวถึงปัญหาการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ โดยจะแยกวิเคราะห์ในประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง ปัญหาการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ที่ขัดต่อหลักการลงโทษทางอาญา

ประเด็นที่สอง ปัญหาการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ กับสภาพการณ์กฎหมายอาญาเพื่อ

ประเด็นที่สาม ปัญหาการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ต่อแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์

1. ปัญหาการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ที่ขัดต่อหลักการลงโทษทางอาญา

บทกำหนดโทษเป็นกลไกสำคัญที่ทำให้กฎหมายซึ่งถูกตราขึ้นเพื่อใช้บังคับ โดยมีวัตถุประสงค์ต่าง ๆ มีสภาพบังคับตามวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายนั้น ๆ ทั้งนี้ เมื่อกล่าวถึงโทษตามกฎหมาย โดยทั่วไปแล้ว มักจะนึกถึงโทษทางอาญา ซึ่งหมายรวมทั้งโทษดังที่กำหนดไว้ตามประมวลกฎหมายอาญา และโทษที่กำหนดไว้ตามกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ อันมีบทกำหนดโทษทางอาญา เนื่องจากมีแนวคิดกฎหมายอาญา เป็นกฎหมายว่าด้วยการลงโทษ การกำหนดบทลงโทษที่มีสภาพบังคับทางอาญา เป็นความจำเป็นของรัฐที่ประสงค์จะใช้กฎหมายเพื่อควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมเพื่อให้สามารถอยู่ร่วมกันได้โดยสงบสุข หากมีการกระทำใดอันต้องด้วยบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดเป็นความผิด ก็ต้องมีการลงโทษตามที่กฎหมายกำหนด การลงโทษจึงเป็นเครื่องมือส่งเสริมประสิทธิภาพของกฎหมายอย่างหนึ่ง และเป็นการใช้อำนาจบังคับโดยรัฐ อันเป็นมาตรการบังคับทางอาญา ที่จะมุ่งลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำผิด ทั้งยังเป็นการป้องปรามหรือข่มขู่มิให้มีการกระทำความผิดอีกด้วย

โทษทางอาญา จึงหมายถึงผลที่ผู้กระทำความผิดต้องได้รับอันเนื่องมาจากการกระทำผิดกฎหมายหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายอาญา โดยการลงโทษทางอาญาเป็นการลงโทษที่รุนแรง และกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตร่างกาย และทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด จึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าโทษทางอาญาควรใช้กับการกระทำที่เป็นผลร้ายแรง เป็นการกระทำที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง

หรือเป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผลและมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้

ทั้งนี้ ในการกำหนดโทษทางอาญาในกฎหมายฉบับต่าง ๆ นั้น มีคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 132 ก วันที่ 27 พฤศจิกายน 2562 หน้า 18 ระบุว่า

“การกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดและมีโทษอาญา เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอย่างยิ่ง จึงต้องใช้ในกรณีที่ไม่มิมาตรการอื่นเพื่อให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้ หรือการลงโทษอย่างอื่นที่ไม่ใช่โทษอาญาไม่ทำให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัวเพราะได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจสูงกว่าโทษที่ได้รับ หากมีมาตรการอื่นที่ทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้ ก็ควรใช้มาตรการดังกล่าว แต่ถ้ามาตรการดังกล่าวไม่อาจทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายอย่างได้ผลหรือมีประสิทธิภาพเพียงพอ กรณีจึงกำหนดให้การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวเป็นความผิด และมีโทษทางอาญา¹⁸⁹

ทั้งยังมีบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการออกกฎหมายของรัฐ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันมีสาระสำคัญ ดังนี้¹⁹⁰

(1) รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

(2) ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐจึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกชั้นตอนเมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐจึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

¹⁸⁹ คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย ข้อ 2.

¹⁹⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77.

(3) รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่ทำเป็น ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตาม ขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารัฐจะตระหนักและทราบดีว่า โทษทางอาญา เป็นมาตรการทางกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างยิ่ง ทั้งยังมีบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 วรรคท้าย ได้วางหลักในการกำหนดโทษทางอาญาไว้อย่างชัดเจนว่า ให้พึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรงเท่านั้น แต่ในสภาพความเป็นจริงของระบบกฎหมายของไทยนั้น หากพิจารณาบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะ หรือพระราชบัญญัติหลากหลายฉบับ จะพบว่า มีการกำหนดให้การกระทำต่าง ๆ เป็นความผิดและมีบทกำหนดโทษทางอาญาจำนวนมาก ก่อให้เกิดสภาวะการณ์การกำหนด การกระทำที่เป็นความผิดทางอาญามากเกินความจำเป็น ทั้งที่การกระทำผิดในบางลักษณะ ก็ไม่ควรกำหนดถึงขั้นเป็นความผิดทางอาญา เพราะเมื่อเป็นความผิดทางอาญาแล้วก็ต้องมีการ ดำเนินการหรือมีมิติต่าง ๆ ทางอาญาเข้ามาเกี่ยวข้อง อาจเกิดผลกระทบติดตามมาในแง่ต่าง ๆ เช่น กฎหมายอาญามีความสำคัญน้อยลง มีการกล่าวโทษที่ง่ายเกินไป การบังคับใช้กฎหมายอาจไม่จริงจัง ไม่ทันการกับความผิด เกิดข้อจำกัดขัดข้องในการดำเนิน ธุรกิจหรือกิจกรรมต่าง ๆ เป็นต้น¹⁹¹ การกำหนดให้การกระทำต่าง ๆ เป็นความผิดอาญามากเกินความจำเป็น ด้วยความเชื่อว่าโทษ ทางอาญาจักสามารถทำให้ผู้คนเกรงกลัวที่จะกระทำความผิดได้ ทำให้ในการบัญญัติกฎหมาย ทั้งหลายนั้นนิยมกำหนดให้มีโทษทางอาญาจนนำมาซึ่งสภาวะการณ์กฎหมายอาญาเพื่อ การใช้ กฎหมายอาญาที่ไม่เหมาะสม ทำให้เกิดปัญหาในการบริหารงานยุติธรรมทางอาญา ก่อภาระแก่ศาล ยุติธรรมที่ต้องพิจารณาอรรถคดีจำนวนมาก อันเป็นเหตุให้การพิจารณาพิพากษาคดีมีความล่าช้า และทำให้การลงโทษผู้กระทำความผิดไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

กล่าวโดยเฉพาะตามประเด็นการศึกษาในสารนิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษา กรณีปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อ จัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐเป็นสำคัญ โดยในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่ เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุ หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจให้ปฏิบัติ หน้าที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐนั้น เพื่อให้การปฏิบัติ เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุโดยใช้เงินงบประมาณเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

¹⁹¹ สุพิศ ประณีตพลกรัง. *หลักและทฤษฎีกฎหมายอาญา*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ นิติธรรม. 2562.

เกิดความคุ้มครองภารกิจของรัฐ และป้องกันปัญหาการทุจริต ในปัจจุบัน ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้ตราพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 รวมถึงกฎกระทรวงฉบับต่าง ๆ ขึ้นมาใช้บังคับ เพื่อให้หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติ รวมถึงการกำหนดบทลงโทษ ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ผู้ใดกระทำการใดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อไม่ปฏิบัติตามระเบียบนี้ หรือกระทำการโดยมีเจตนาทุจริต หรือกระทำการโดยปราศจากอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ รวมถึงการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบในการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุโดยมีเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ หรือมีเจตนาเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น

จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ผู้ศึกษาพบว่า ในอดีต ก่อนการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ประเทศไทยมีการใช้บังคับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นกฎหมายหลักในการกำหนดหลักเกณฑ์รูปแบบ และวิธีการเกี่ยวกับการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ซึ่งระเบียบดังกล่าวมีระยะเวลาการใช้บังคับอย่างยาวนานเกือบ 30 ปี โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมจำนวน 6 ครั้ง การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดเป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2552 ซึ่งเมื่อศึกษาบทกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ดังกล่าว พบว่า ระเบียบนี้ มีการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ไว้ในหมวดที่ 1 ส่วนที่ 3 บทกำหนดโทษ อันมีสาระสำคัญ ดังนี้

“ผู้มีอำนาจหรือหน้าที่ดำเนินการตามระเบียบนี้ หรือผู้หนึ่งผู้ใดกระทำการใดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อไม่ปฏิบัติตามระเบียบนี้ หรือกระทำการโดยมีเจตนาทุจริต หรือกระทำการโดยปราศจากอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ รวมทั้งมีพฤติกรรมที่เอื้ออำนวยแก่ผู้เข้าเสนอราคา หรือเสนองาน ให้มีการขัดขวางการแข่งขันราคาอย่างเป็นธรรม ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดวินัยตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการหรือตามกฎหมายเฉพาะของส่วนราชการนั้น ภายใต้อحكامโทษ ดังนี้

(1) ถ้าการกระทำมีเจตนาทุจริต หรือเป็นเหตุให้ทางราชการเสียหายอย่างร้ายแรง ให้ดำเนินการลงโทษอย่างต่ำปลดออกจากราชการ

(2) ถ้าการกระทำเป็นเหตุให้ทางราชการเสียหายแต่ไม่ร้ายแรง ให้ลงโทษอย่างต่ำตัดเงินเดือน

(3) ถ้าการกระทำไม่เป็นเหตุให้ทางราชการเสียหาย ให้ลงโทษภาคทัณฑ์หรือว่ากล่าวตักเตือน โดยทำคำสั่งเป็นลายลักษณ์อักษร

การลงโทษทางวินัยตาม (1) หรือ (2) ไม่เป็นเหตุให้ผู้กระทำหลุดพ้นจากความรับผิดชอบในทางแพ่งตามกฎหมายและระเบียบของทางราชการที่เกี่ยวข้องหรือความรับผิดชอบทางอาญา (ถ้ามี)”¹⁹²

ต่อมา เมื่อมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 จะพบว่า บทกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้เปลี่ยนแปลงไปจากบทกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ในอดีต โดยบทกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดไว้ในหมวด 15 บทกำหนดโทษ ดังนี้¹⁹³

“ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่หรือเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุ ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุตามพระราชบัญญัตินี้ ฝ่าฝืนหรือประมาท หรือประมาทที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ โดยมีชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุตามพระราชบัญญัตินี้ ฝ่าฝืนหรือประมาทที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดเป็นผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ผู้นั้นต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดตามวรรคหนึ่ง”

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า บทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีความแตกต่างจากบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นอย่างมาก กล่าวคือ ในพฤติการณ์การกระทำความผิดเดียวกัน กล่าวโดยเฉพาะกรณีการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ โดยมีชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต บทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 กำหนดไว้เพียงให้ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดวินัยตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการหรือตามกฎหมายเฉพาะของส่วนราชการ โดยมีโทษทางวินัยอย่างต่ำ คือ การปลดออก ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของการกระทำความผิดในส่วนของโทษทางอาญาของผู้นั้น ก็เป็นไปตามกฎหมายอาญา ซึ่งได้กำหนดความรับผิดชอบในทางอาญา

¹⁹² ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ข้อ 10.

¹⁹³ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 120.

ไว้โดยเฉพาะแล้ว แต่เมื่อพิจารณาบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 จะเห็นได้ว่า ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ ซึ่งเป็นโทษทางอาญา อันเป็นการกำหนดองค์ประกอบความผิดของการกระทำ รวมถึงบทลงโทษเช่นเดียวกับบทบัญญัติ มาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวคิด ทฤษฎีทางกฎหมาย ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 จะเห็นได้ว่า การที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ กำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุให้ต้องรับโทษทางอาญา โดยที่การกระทำในลักษณะดังกล่าว มีการบัญญัติเป็นความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นบทกฎหมายทั่วไปอยู่แล้วนั้น ย่อมไม่สอดคล้องกับหลักการทางกฎหมาย อันได้แก่ หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ซึ่งมีหลักการพื้นฐานว่า การลงโทษทางอาญาต้องใช้กับกรณีการกระทำนั้น คุกคามหรือเป็นอันตรายร้ายแรงต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม โดยมีลักษณะเป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่มีผลกระทบต่อความปลอดภัยของบุคคลและสังคม การลงโทษทางอาญาต้องทำให้การกระทำผิดนั้น ๆ ลดน้อยลง การลงโทษทางอาญาต้องไม่ทำให้พฤติกรรมที่พึงประสงค์ของสังคมต้องลดน้อยลง หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะสามารถบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน ทั้งโดยต้องคำนึงถึงประสิทธิภาพในการสืบหา และจับกุมผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ กระบวนการยุติธรรมทางอาญาต้องมีประสิทธิภาพในการพิสูจน์ความผิดและลงโทษผู้กระทำความผิด โดยไม่ก่อให้เกิดภาระแก่การดำเนินกระบวนการจนเกินขอบเขต ทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ และมาตรการลงโทษทางอาญา ต้องใช้กับกรณีที่ไม่มีความเลือกอื่นที่เหมาะสมกว่าการลงโทษทางอาญาเท่านั้น ดังนั้น การกำหนดให้นำเอาบทลงโทษทางอาญา มาบังคับใช้กับการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุ ซึ่งแต่เดิมนั้นกำหนดให้เป็นโทษทางวินัย ทั้งพฤติการณ์การกระทำความผิด ในกรณีดังกล่าว ได้มีการบัญญัติเป็นความผิดและมีการกำหนดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา อันเป็นบททั่วไปอยู่แล้ว ถือเป็นการกำหนดบทลงโทษที่ไม่สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษทางอาญาดังกล่าวข้างต้น

นอกจากนี้ หากพิจารณาหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญาตามบทบัญญัติของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะเห็นได้ว่า ตามรัฐธรรมนูญกำหนด แนวนโยบายพื้นฐานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมายไว้ในมาตรา 77 ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าว

มีหลักการสำคัญ คือ ให้รัฐดำเนินการจัดให้มีการตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับได้แต่ในกรณีที่มีความจำเป็นเท่านั้น และในวรรคสามของบทบัญญัติดังกล่าว ยังกำหนดให้รัฐกำหนดให้มีบทลงโทษทางอาญาแต่ในกรณีที่เป็นการร้ายแรงเท่านั้น ประกอบกับในการจัดทำร่างกฎหมาย หน่วยงานของรัฐจะกำหนดโทษอาญาในกฎหมายเฉพาะความผิดร้ายแรง และให้คำนึงถึงหลักเกณฑ์ ดังนี้

(1) การกระทำนั้นต้องกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของประเทศ หรือเป็นสิ่งที่กระทบต่อความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวม และ

(2) เป็นกรณีที่ไม่สามารถนำมาตราหรือสภาพบังคับอื่นใดมาบังคับใช้ เพื่อให้กฎหมายสามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลเพียงพอ ในอันที่จะเป็นการยับยั้งหรือป้องปรามให้ประชาชนไม่กระทำความผิด และในอันที่จะบังคับให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้

จากการศึกษา ผู้ศึกษา พบว่า การกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 ในปัจจุบัน ที่กำหนดให้การกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ มีโทษทางอาญา ได้แก่ โทษจำคุกหรือโทษปรับ เนื่องจากประสงค์ที่จะให้กฎหมายมีสภาพบังคับเพื่อป้องปรามการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ อันมีลักษณะเป็นการกำหนดบทลงโทษทางอาญาเพื่อแก้ไขปัญหาการบังคับใช้กฎหมายตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 จากเดิมที่ไม่มีควมศักดิ์สิทธิ์หรือไม่มีผลเป็นการป้องปรามการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ได้เท่าที่ควร จึงนำไปสู่การกำหนดบทลงโทษทางอาญา เพื่อข่มขู่เจ้าหน้าที่มิให้กระทำความผิด ซึ่งกรณีดังกล่าวเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักการลงโทษทางอาญาดังที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า เมื่อการกระทำของเจ้าหน้าที่อันมีลักษณะเป็นการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหาย หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ได้ถูกกำหนดเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา อันเป็นการกำหนดบทลงโทษที่ร้ายแรงเหมาะสมกับพฤติการณ์การกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่แล้ว กรณีที่ไม่มีควมจำเป็นใดที่จะต้องกำหนดให้การกระทำความผิดดังกล่าว เป็นความผิดที่ต้องได้รับโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 อันเป็นกฎหมายเฉพาะอีก อีกทั้ง จะเห็นได้ว่า หากมีการฟ้องร้องดำเนินคดี โดยมีคำขอให้ศาลพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157¹⁹⁴ และพระราชบัญญัติ

¹⁹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

“... ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 120¹⁹⁵ ศาลก็จะพิพากษาลงโทษจำเลย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 หรือพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ ภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 120 ก็ได้ โดยเลือกลงโทษตามบทหนึ่งบทใดในสองบทนั้น¹⁹⁶ ทั้งนี้ ตามความมุ่งหมายของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90 เนื่องจากบทบัญญัติกฎหมายทั้งสองกรณี ดังกล่าว มีการกำหนดระวางโทษไว้เช่นเดียวกัน คือ “... ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” แต่หากกรณีดังกล่าว ประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 157 มีบทกำหนดโทษที่หนักกว่าบทบัญญัติมาตรา 120 แห่งพระราชบัญญัติ การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ศาลก็จะพิพากษาลงโทษจำเลย ตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 157 อันเป็นบทหนักกว่า ทั้งนี้ เป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90¹⁹⁷ เพราะเป็นการกระทำในลักษณะของกรรมเดียว ผิดต่อกฎหมายหลายบท ดังนั้น การบังคับใช้ กฎหมายลักษณะดังกล่าว จึงไม่ได้ก่อให้เกิดความเกรงกลัวหรือเป็นการป้องปรามการกระทำ ความผิดของเจ้าหน้าที่อื่นเนื่องมาจากการเพิ่มโทษหรือเพิ่มมาตรการบังคับทางอาญาแต่อย่างใด ด้วยเหตุที่แม้ว่าจะไม่มีการเพิ่มบทลงโทษของผู้กระทำความผิด โดยการกำหนดบทลงโทษทางอาญา ตามมาตรา 120 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 การกระทำดังกล่าว ก็เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ซึ่งผู้กระทำความผิด ต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาอยู่แล้ว และแม้จะมีการเพิ่มบทลงโทษ ของผู้กระทำความผิด โดยการกำหนดบทลงโทษทางอาญา ตามมาตรา 120 แห่งพระราชบัญญัติ การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เมื่อมีการฟ้องร้องดำเนินคดีโดยอาศัย บทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองฉบับในคราวเดียวกัน ผู้กระทำความผิด ก็คงได้รับ โทษเพียง บทบัญญัติมาตราใดมาตราหนึ่ง หรือได้รับโทษตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งเท่านั้น

¹⁹⁵ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 120

“... ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ”

¹⁹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 871/2506

การกระทำของจำเลยเป็นกรรมเดียวแต่ผิดกฎหมายหลายบท หากศาลล่างลงโทษจำเลยมาทุกบท ศาลฎีกา ก็พิพากษาแก้ลงบทที่มีโทษหนักที่สุดให้ถูกต้องได้ หากบทกฎหมายที่จำเลยกระทำผิดกรรมเดียวมีอัตราโทษ หนักที่สุดเท่ากัน อยู่ 2 บท ศาลก็ลงโทษจำเลยตามบทหนึ่งบทใดในสองบทนั้นได้

¹⁹⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90

“เมื่อการกระทำใดอันเป็นกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบทให้ใช้กฎหมายบทที่มีโทษหนักที่สุด ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด

ทั้งกรณีดังกล่าวยังส่งผลทำให้กฎหมายอาญาขาดประสิทธิภาพในการบังคับมิให้เกิดการกระทำความผิดได้อย่างแท้จริง ซึ่งในเรื่องดังกล่าวศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌ นคร ได้อธิบายว่ากฎหมายอาญาเป็นเรื่องที่ถือว่ามีความร้ายแรง เป็นบทกฎหมายที่มีสภาพบังคับอย่างร้ายแรงต่อผู้กระทำความผิด ดังนั้น เมื่อใดก็ตามที่ผู้ร่างกฎหมาย หรือผู้บังคับใช้กฎหมาย ประสงค์จะให้ประชาชนเกรงกลัวต่อสิ่งใด หรือไม่ประพฤติปฏิบัติในสิ่งใด ผู้ร่างกฎหมายหรือผู้บังคับใช้กฎหมายก็จะนำเรื่องดังกล่าวมาบัญญัติเป็นความผิดอาญาหรือบัญญัติเป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญาคาดหมายว่าการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวจะมีส่วนช่วยในการป้องปรามการกระทำความผิด โดยที่ไม่มีการจัดตั้งหน่วยงานใดขึ้นมาพิจารณาหรือกลั่นกรองว่าในเรื่องนั้น ๆ มีเหตุผลอันสมควรที่จะตราเป็นกฎหมายที่มีบทลงโทษในทางอาญาหรือไม่ ซึ่งในสภาพความเป็นจริงแล้วสาเหตุที่ทำให้บุคคลใดเลือกที่จะกระทำความผิดนั้น เกิดขึ้นได้จากสาเหตุต่าง ๆ หลายกรณี ไม่ว่าจะเป็นสภาพทางจิตใจ จารีตประเพณี รวมถึงสาเหตุอันเกิดมาจากความบกพร่องหรือความไม่มีประสิทธิภาพของการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา นอกจากนี้ การกำหนดบทลงโทษทางอาญา เป็นสิ่งที่รัฐนำมาใช้ในการควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคม เป็นเครื่องมือที่รัฐนำมาใช้ในการสร้างความสงบเรียบร้อยในสังคม ดังนั้น การกำหนดฐานความผิดต่าง ๆ ที่มีโทษทางอาญาจึงควรตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการทางอาญาที่มีเหตุผลความจำเป็นอย่างยิ่งยวดเท่านั้น มิใช่การนำทุกพฤติการณ์ที่ประสงค์จะให้คนเกรงกลัวว่าจะต้องรับโทษในทางอาญามาบัญญัติไว้ในกฎหมาย อันจะนำไปสู่ที่มาของปัญหาการกำหนดความผิดทางอาญาที่มากเกินไป¹⁹⁸ ทั้งนี้ การกำหนดกฎหมายอาญาเกินความจำเป็น นอกจากจะก่อให้เกิดภาระในทางกระบวนการยุติธรรมแล้วยังส่งผลเป็นการลดทอนความสำคัญของคุณค่าที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองให้ด้อยค่าลง หรือลดทอนความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย ทำให้ประชาชนผู้อยู่ใต้บังคับของกฎหมาย ไม่เกรงกลัวต่อสภาพบังคับทางกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นอีกด้วย

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์การลงโทษจำคุก จะเห็นได้ว่า ในยุคก่อนการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยใช้วิธีการลงโทษจำคุกแก่ผู้กระทำความผิด มีเหตุผลสำคัญเพื่อทดแทน โดยการใช่วิธีการในการลงโทษผู้กระทำผิดด้วยการทารุณอย่างโหดเหี้ยมร้ายแรงอันมีมาแต่ดั้งเดิม และเพื่อเป็นการแทนการประหารชีวิตในความผิดที่ร้ายแรง ซึ่งจะเห็นได้ในทางหลักการและทฤษฎีว่าการนำโทษจำคุกมาใช้แทนการลงโทษที่ทารุณโหดร้ายต่าง ๆ นั้นเป็นการตอบสนองวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษเพื่อแก้แค้นนั่นเอง เพราะหากแม้ผู้กระทำความผิดจะไม่ได้

¹⁹⁸ คณิต ฌ นคร. *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2560. หน้า 167, อ้างถึงใน สุภัสสรี เทพหัสดิน ฌ อยุรยา. *กฎหมายอาญาเพื่อ Over Criminalization. วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์*, 44(2), 2561. หน้า 9 – 33.

ถูกลงโทษด้วยวิธีการที่เป็นการทรมานเหมือนดังในยุคก่อน แต่ก็ถูกจำกัดอิสรภาพ มีสภาพความเป็นอยู่ที่ไม่น่าพึงพอใจ ไม่มีความสะดวกสบาย และไม่สามารถดำเนินชีวิตอย่างมีอิสระเสรีได้ตามต้องการ การลงโทษจำคุกนั้น จึงเป็นการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนผู้กระทำความผิด ด้วยการตัดโอกาสมิให้กระทำความผิดอีก ซึ่งโดยลักษณะแห่งการลงโทษแล้ว โทษจำคุกเป็นการควบคุมตัวผู้กระทำความผิดเอาไว้ในเรือนจำอันเป็นบริเวณจำกัดภายใต้การควบคุมดูแลของเจ้าหน้าที่ ดังนั้น ในระหว่างที่ถูกควบคุมตัวผู้กระทำความผิดจึงไม่สามารถกระทำความผิดได้อันเป็นการป้องกันสังคมมิให้เกิดอาชญากรรมโดยการควบคุมตัวผู้กระทำความผิดไว้ การลงโทษเพื่อตัดโอกาสมิให้กระทำความผิดจึงเป็นแนวความคิดที่รองรับความชอบธรรมของการลงโทษจำคุก ด้วยเหตุว่าผู้กระทำความผิดย่อมไม่มีอิสรภาพที่จะไปกระทำความผิดอีกตราบเท่าที่ยังถูกควบคุมตัวอยู่ในเรือนจำ¹⁹⁹

อย่างไรก็ตาม การลงโทษจำคุก แม้จะมีข้อดี คือ เป็นวิธีการที่คุ้มครองในเรื่องของความปลอดภัยให้แก่ชุมชนและสังคมได้เป็นอย่างดีเมื่อเปรียบเทียบกับการลงโทษแบบอื่น เนื่องจากผู้กระทำความผิดไม่มีโอกาสที่จะออกมาสร้างความไม่สงบและก่อความเดือดร้อนให้แก่ชุมชนและสังคมในช่วงเวลาที่ถูกลงโทษจำคุก แต่โทษจำคุกไม่เหมาะแก่ผู้กระทำความผิดที่มีได้เป็นอาชญากรโดยอาชีพ เพราะอาจทำให้ผู้กระทำความผิดมีพฤติกรรมที่เปลี่ยนไปได้รับการถ่ายทอดวิธีการกระทำที่ผิดกฎหมายในรูปแบบต่าง ๆ จากนักโทษคนอื่น ๆ ที่ถูกคุมขังร่วมกัน โทษจำคุกเป็นโทษที่สร้างตราบาปให้แก่ผู้กระทำความผิด ทำให้ผู้กระทำความผิดถูกตราหน้าว่าเป็นคนชั่วคุณหรือถูกมองว่าเป็นอาชญากร หากที่สังคมจะให้โอกาสทำให้ต้องหวนกลับไปกระทำความผิดอีกหรือเป็นปัจจัยที่ทำให้กระทำความผิดอีกได้โดยง่าย ในการบัญญัติกฎหมายอาญาใด ๆ จำเป็นต้องพิจารณาถึงผลที่ตามมาจากการกำหนดโทษทางอาญาด้วย เนื่องจากหากผลที่ตามมาจากการกำหนดโทษทางอาญาก่อให้เกิดพฤติกรรมที่สังคมไม่พึงปรารถนามากขึ้นหรือเลวร้ายกว่าพฤติกรรมที่กฎหมายอาญาต้องการจะจำกัด หรือเป็นช่องทางให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายอย่างไม่เป็นธรรมและเสมอภาค หรือเป็นช่องทางให้เจ้าหน้าที่ของรัฐทุจริตหรือเลือกปฏิบัติได้แล้ว ก็ไม่สมควรนำโทษทางอาญามาใช้เพราะจะเป็นการที่แก้ปัญหาหนึ่ง แต่ส่งผลให้เกิดอีกปัญหาหนึ่งตามมา ซึ่งสภาพการณ์ดังกล่าวไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์ในภาพรวมแต่อย่างใด ในกรณีดังกล่าวรัฐควรหามาตรการหรือเครื่องมืออื่น ๆ มาใช้ในการแก้ปัญหา

¹⁹⁹ กรมราชทัณฑ์ กระทรวงมหาดไทย. *ประวัติการราชทัณฑ์แห่งประเทศไทยและการปรับปรุงกิจการราชทัณฑ์ในปัจจุบัน*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พิชการพิมพ์. 2519. หน้า 90 - 91.

นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่า การที่บทบัญญัติมาตรา 120 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 กำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ให้ต้องรับผิดชอบทางอาญา โดยกำหนดเป็นโทษจำคุก อันเป็นโทษที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเจ้าหน้าที่ การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในลักษณะนี้จะเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐเจ้าหน้าที่ อาจไม่กล้าตัดสินใจดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ด้วยเกรงว่าการกระทำของตนหรือการตัดสินใจดำเนินการใด ๆ อาจเข้าองค์ประกอบความผิดตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าว และเกรงกลัวความรับผิดชอบทางอาญาที่อาจจะเกิดแก่ตน ส่งผลกระทบต่อระบบราชการ ทั้งต่อหน่วยงานของรัฐโดยรวมและเจ้าหน้าที่ เพราะทำให้กฎหมายอาญาขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กับพฤติกรรมที่เป็นภัยคุกคามอย่างแท้จริง ทำให้เกิดปัญหาการบริหารงานยุติธรรมทางอาญา ซึ่งต้องมีขนาดค่อนข้างใหญ่เพื่อรองรับปริมาณคดีจำนวนมากและทำให้มีค่าใช้จ่ายสูงมาก ทำให้เกิดปัญหาคดีล้นศาล และนักโทษล้นเรือนจำ รวมไปถึงการรับผิดชอบทางอาญาที่ไม่เหมาะสม ทำให้ผู้กระทำความผิดที่รับโทษอาญาโดยที่ไม่สมควร จะได้รับผลกระทบไปถึงการประกอบอาชีพหรือการค้าทางธุรกิจในหลายเรื่อง เนื่องจากมีประวัติอาชญากรติดตัวและท้ายที่สุดแล้ว การบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าว ก็จะส่งผลโดยตรงต่อระบบการบริหารราชการภายในหน่วยงานของรัฐ ที่จะส่งผลกระทบต่อการขับเคลื่อนประเทศในภาพรวมต่อไป

ในเรื่องการกำหนดบทลงโทษทางอาญานั้น ผู้ศึกษาได้ศึกษามาตรการในการกำหนดบทลงโทษทางอาญาตามระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐฝรั่งเศส พบว่า ในปัจจุบัน ระบบกฎหมายของทั้งสองประเทศดังกล่าว ได้มีการเบี่ยงเบนการลงโทษทางอาญา โดยการนำมาตรการลงโทษที่เป็นโทษปรับทางปกครองมาใช้บังคับแทน โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อมิให้การลงโทษต้องกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล หรือกระทบกระเทือนต่อประโยชน์สาธารณะโดยรวมเกินสมควร ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางปกครอง ดังนี้

(1) หลักเกณฑ์ในการลงโทษปรับทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โทษที่รัฐนำมาใช้แก่ผู้กระทำความผิดอาจเป็นโทษอาญา หรือโทษทางปกครอง²⁰⁰ ตามแต่ลักษณะและระดับความร้ายแรงแห่งพฤติการณ์ของการกระทำความผิดในแต่ละกรณีการกระทำความผิดใดที่กระทบต่อจริยธรรมทางกฎหมายอันมีข้อพึงดำเนินในระดับที่ร้ายแรง (ผู้ร้าย) กฎหมายจะกำหนดโทษอาญา

²⁰⁰ มาตรา 1 แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดทางปกครองของเยอรมัน บัญญัติไว้ชัดเจนว่า ความผิดทางปกครองตามกฎหมายนี้ หมายความว่าความผิดที่กฎหมายบัญญัติให้มีโทษปรับทางปกครองเท่านั้น มาตราหลักในการลงโทษผู้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน คือ การสั่งลงโทษปรับ อันมีผลเป็นการก่อให้เกิดภาระในการชำระเงินแก่ผู้ถูกปรับตามจำนวนที่เจ้าหน้าที่กำหนด

สำหรับความผิดนั้น โดยมีหลักประกันความเป็นธรรมให้แก่ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด ทั้งในเรื่องหลักเกณฑ์การตีความเพื่อบังคับใช้บทบัญญัติต่าง ๆ ที่เป็นองค์ประกอบความผิด หรือเงื่อนไขในการลงโทษตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา รวมถึงหลักประกันความเป็นธรรมในกระบวนการสอบสวนแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ซึ่งจะกระทำได้อีกเมื่อพยานหลักฐานปรากฏชัดเจนว่าจำเลยกระทำความผิดจริงตามฟ้อง

ส่วนความผิดที่มีโทษทางปกครองนั้นมิมีมูลเหตุจากการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎระเบียบของทางราชการเพียงเล็กน้อย แม้การบังคับใช้กฎหมายและหลักเกณฑ์ในทางวิธีสบัญญัติยังคงยึดโยงและถอดแบบมาจากการดำเนินคดีอาญา แต่ก็เป็นที่เรียบร้อยรวดเร็วโดยลดขั้นตอนที่เป็นแบบพิธีเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการลงโทษให้เกิดประสิทธิผลมากยิ่งขึ้น เนื่องจากพัฒนาการของการนำโทษปรับทางปกครองมาใช้ควบคู่กับโทษทางอาญาของเยอรมันนั้น เกิดจากแนวความคิดที่พยายามจะลดการใช้มาตรการทางอาญา อันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกลงโทษอย่างรุนแรง โดยถือว่าการฝ่าฝืนข้อห้ามต่าง ๆ ในกฎระเบียบที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นเป็นความบกพร่องในเรื่องทางเทคนิคที่ไม่กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมาย จึงไม่สมควรนำโทษอาญามาใช้บังคับแก่การกระทำความผิด ทั้งนี้ การกระทำความผิดใดจะมีโทษอาญาหรือโทษปรับทางปกครองนั้นถือเป็นดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องพิจารณาเลือกใช้มาตรการที่เหมาะสมจำเป็น ตลอดจนได้สัดส่วนกับความผิด ซึ่งอาจถูกตรวจสอบได้โดยศาลรัฐธรรมนูญอย่างจำกัด²⁰¹

(2) หลักเกณฑ์ในการลงโทษปรับทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส การลงโทษทางปกครองมีวัตถุประสงค์ในลักษณะเดียวกับการลงโทษทางอาญาคือต่างก็เป็นการลงโทษต่อการไม่ปฏิบัติหรือละเมิดหน้าที่ หากแต่การลงโทษทางปกครองกับโทษทางอาญามีข้อแตกต่างกันโดยที่การลงโทษทางปกครองจะกระทำโดยฝ่ายปกครองไม่ใช่องค์กรตุลาการ นอกจากนี้ในการพิจารณาว่าการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์กรณีใดจะต้องนำโทษทางอาญาหรือโทษทางปกครองมาปรับใช้จะต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้น เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นความผิดที่สังคมหรือวิญญูชนทั่วไปถือว่าเป็นความชั่วร้าย (mala in se) หรือเป็นการกระทำที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นความผิด

²⁰¹ นางพัชมา จิตรมัทธา และคณะ. หลักเกณฑ์ในการลงโทษปรับทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส และแนวทางในการกำหนดโทษปรับทางปกครองในกฎหมายไทย. 1 พฤษภาคม 2565 จาก <http://www.krisdika.go.th/data/activity/act13704.pdf>

(mala prohibita) ซึ่งโทษทางปกครองจะนำมาใช้กับการกระทำที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นความผิดเท่านั้น²⁰²

ในการลงโทษปรับทางปกครองนั้น เมื่อพบว่ามีกรกระทำผิดจริงเจ้าหน้าที่จะมีคำสั่งให้ผู้กระทำผิดชำระค่าปรับทางปกครอง โดยการออกคำสั่งเรียกให้บุคคลชำระเงิน (titre de perception) ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีสถานะเป็นคำสั่งบังคับ (titre exécutoire) ที่นำไปบังคับชำระหนี้ได้ทันทีโดยไม่ต้องขอให้ศาลออกหมายบังคับคดีให้อีก หากผู้ได้รับคำสั่งปรับทางปกครองไม่ชำระค่าปรับ กฎหมายส่วนใหญ่จะกำหนดให้บังคับชำระค่าปรับตามกระบวนการบังคับตามสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ของรัฐบาลที่มีใช้หนี้ภาษีอากรหรือหนี้ที่เกิดจากการใช้ประโยชน์ในสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (recouvrement des créances de l'État étrangères à l'impôt et au domaine) ซึ่งมีหลักเกณฑ์กำหนดไว้ในรัฐกฤษฎีกา ฉบับที่ 63-608 ลงวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ. 1963 โดยเจ้าหน้าที่บัญชีภาครัฐ (comptables directs du Trésor) ซึ่งได้รับมอบหมายให้จัดเก็บภาษีอากรเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่บังคับให้เป็นไปตามคำสั่งเรียกให้ชำระเงิน โดยปฏิบัติหน้าที่ภายใต้การกำกับควบคุมของคลังจังหวัด (trésoriers-payeurs généraux)

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้ศึกษาจึงเห็นควรให้ประเทศไทย มีการแก้ไขบทลงโทษตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ที่กำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ให้ต้องถูกบังคับโทษทางอาญา อันมีลักษณะเป็นการกำหนดองค์ประกอบความผิดเช่นเดียวกับบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด ทั้งยังเป็นการกำหนดบทลงโทษเท่ากับบทลงโทษฐานเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 โดยมีลักษณะของการกำหนดบทลงโทษทางอาญาที่ซ้ำซ้อน และไม่ก่อให้เกิดผลเป็นการป้องปรามการกระทำความผิดได้อย่างแท้จริง ในทางปฏิบัติ โดยเห็นควรให้นำแนวคิดในเรื่องการกำหนดบทลงโทษปรับทางปกครองตามระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาใช้บังคับ ทั้งนี้ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมาย โดยมีเจตนารมณ์เพื่อป้องปรามการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ สามารถใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ และสามารถป้องปรามการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ได้อย่างแท้จริง

²⁰² เรื่องเดียวกัน.

2. ปัญหาการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ กับสถานการณ์กฎหมายอาญาเพื่อ

กฎหมายเป็นเครื่องมือที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อควบคุมความประพฤติของบุคคลในสังคม โดยกำหนดกรอบการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองและคุ้มครองไว้ มิให้ก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น หรือกระทบกระเทือนต่อประโยชน์สาธารณะโดยรวมในลักษณะที่เป็นการกำหนดให้บุคคลต้องกระทำการ หรือห้ามมิให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด จึงจำเป็นต้องมีสภาพบังคับเพื่อให้มีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนด อันจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผลสมดังเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย ซึ่งสภาพบังคับของการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น อาจบัญญัติไว้ในลักษณะที่เป็นมาตรการเชิงป้องกัน เพื่อควบคุมพฤติกรรมของบุคคลในอนาคตมิให้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย หรือมาตรการเชิงลงโทษ อันเป็นกลไกในการโน้มน้าวความประพฤติของบุคคลให้อยู่ภายในกรอบกฎหมายด้วยการกำหนดบทลงโทษ²⁰³

จากการศึกษา ผู้ศึกษา พบว่า การกำหนดโทษอาญาตามกฎหมายของประเทศไทยนั้น สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ กรณีการกำหนดโทษอาญาในประมวลกฎหมายอาญา และกรณีการกำหนดโทษอาญาในพระราชบัญญัติต่าง ๆ โดยอธิบายได้ ดังนี้

(1) การกำหนดโทษอาญาในประมวลกฎหมายอาญา โดยจะต้องพิจารณาก่อนว่า การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาจากการกระทำซึ่งถือเป็นโครงสร้างความรับผิดในทางอาญา อันมีสาระสำคัญ ดังนี้²⁰⁴

- ก. การกระทำนั้นจะต้องครบ “องค์ประกอบ” ตามที่กฎหมายบัญญัติ
- ข. การกระทำนั้น ไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด และ
- ค. ผู้กระทำนั้น ไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

²⁰³ นางพัชชา จิตรมหีมา และคณะ. *หลักเกณฑ์ในการลงโทษปรับทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส และแนวทางในการกำหนดโทษปรับทางปกครองในกฎหมายไทย*. 1 พฤษภาคม 2565 จาก <http://www.krisdika.go.th/data/activity/act13704.pdf>

²⁰⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ผลสยามพรีนติ้ง (ประเทศไทย). 2551. หน้า 86 – 95.

โดยประเภทของโทษตามประมวลกฎหมายอาญานั้นได้มีการกำหนดไว้เป็น 5 ประเภท ได้แก่²⁰⁵

- ก. โทษประหารชีวิต
- ข. โทษจำคุก
- ค. โทษกักขัง
- ง. โทษปรับ และ
- จ. โทษริบทรัพย์

(2) การกำหนดโทษอาญาในพระราชบัญญัติ

การกำหนดโทษอาญานั้นไม่ได้ถูกบัญญัติไว้แต่เฉพาะในประมวลกฎหมายอาญาเพียงอย่างเดียว ซึ่งจะเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายของไทยในอดีตจนถึงปัจจุบันมีการนำโทษทางอาญามาบัญญัติและใช้บังคับในพระราชบัญญัติต่าง ๆ ด้วย ซึ่งพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาเหล่านี้เสมือนเป็นกฎหมายพิเศษที่แยกออกมาเฉพาะเรื่องจากประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาในพระราชบัญญัติ จึงมีความมุ่งหมายในการบัญญัติเพื่อเป็นกฎหมายเทคนิคในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับเงื่อนไขพิเศษของสังคมในขณะนั้น ซึ่งประเภทของโทษอาญาในพระราชบัญญัติเหล่านี้ก็ได้แตกต่างจากโทษอาญาในประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใด โดยตัวอย่างพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญา อาทิ พระราชบัญญัติการทะเบียนคนต่างด้าว พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พระราชบัญญัติการพนัน พระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พระราชบัญญัติการเล่นแชร์ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสบภัยจากรถ และพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน เป็นต้น โดยสาเหตุที่ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติที่มีโทษอาญาจำนวนมาก เนื่องจากความคิดในทางระบบราชการ ที่ประสงค์จะจัดตั้งหน่วยงานเพิ่มเติมเพื่อให้มีอำนาจในการดำเนินคดีด้วยตนเอง²⁰⁶ ซึ่งแนวคิดของการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาในพระราชบัญญัติเช่นนี้เป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้เกิดการบัญญัติกฎหมายที่ซ้ำซ้อน และมีการกำหนดความผิดและกำหนดโทษทางอาญาดังที่ปรากฏในบทบัญญัติต่าง ๆ ในพระราชบัญญัติอันเป็นกฎหมายเฉพาะหลากหลายฉบับมากมายเกินความจำเป็น ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

²⁰⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18.

²⁰⁶ คณิต ฒ นคร. *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2559. หน้า 66.

แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่กำหนดให้รัฐกำหนดให้มีโทษทางอาญาได้เฉพาะกรณีความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงเท่านั้น²⁰⁷

สำหรับกรณีการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 อันเป็นกฎหมายเฉพาะ นอกเหนือจากบทกำหนดโทษตามประมวลกฎหมายอาญานั้น จากการศึกษา จะพบว่า ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว มีการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็นโทษทางอาญา อันเป็นการกำหนดองค์ประกอบความผิดของการกระทำ รวมถึงบทลงโทษเช่นเดียวกับบทบัญญัติตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่กำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่หรือเจ้าพนักงานของรัฐกรณีการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ไว้ดังนี้

“ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า เมื่อมีการนำพฤติการณ์หรือการกระทำความผิดตามที่กำหนดเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มากำหนดเป็นฐานความผิดตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 อีก เป็นเหตุให้นำมาซึ่งปัญหาการกำหนดฐานความผิดซ้ำซ้อน หรือการกระทำความคิดในคราวเดียวกัน ต้องรับผิดตามบทบัญญัติของกฎหมายหลายบท โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายต่างฉบับกัน ทั้งยังเป็นการกำหนดความรับผิดทางอาญาเกินความจำเป็น อันนำไปสู่สภาวะการกักกฎหมายอาญาเพื่อ ซึ่งกรณีดังกล่าวคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย ได้ให้คำแนะนำว่า ความผิดที่บัญญัติไว้แล้วในประมวลกฎหมายอาญา ภาคความผิดทางอาญาความผิดที่มีโทษอาญาในพระราชบัญญัติใดมีองค์ประกอบความผิดเหมือนหรือคล้ายคลึงกับความผิดที่กำหนดในภาคความผิดของประมวลกฎหมายอาญา มิให้กำหนดโทษอาญาในร่างกฎหมายนั้น เว้นแต่จะมีเหตุผลความจำเป็นพิเศษว่าเป็นกฎหมายเฉพาะจำเป็นต้องมีโทษสูงกว่าหรือมีโทษอุปกรณ เช่น เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งหรือสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง และในกรณีที่ประสงค์จะกำหนดโทษอาญาที่มีโทษน้อยกว่าโดยมิให้นำประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับ

²⁰⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

จะต้องระบุในกฎหมายเฉพาะนั้นให้ชัดเจนว่า มิให้นำโทษสำหรับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับสำหรับการกระทำความผิดตามกฎหมายเฉพาะนั้น²⁰⁸

เมื่อพิจารณาความจำเป็นและความเหมาะสมของการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 ในกรณีดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่า เมื่อพฤติการณ์ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของเจ้าหน้าที่ได้ถูกกำหนดไว้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ในมาตรา 157 แล้ว กรณีย่อมไม่มีเหตุจำเป็นที่จะต้องนำมากำหนดเป็นบทลงโทษตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 ในมาตรา 120 อีก เนื่องจากการกำหนดบทบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าว ส่งผลทำให้เจ้าหน้าที่ซึ่งมีพฤติการณ์ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุในการกระทำความผิดคราวเดียวกันนั้น จะต้องด้วยบทกำหนดความผิดหรือบทกำหนดโทษตามกฎหมายหลายบทโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายสองฉบับ คือ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 120 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 หรือที่เรียกว่ากรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท ทั้งการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าว ยังเป็นการเปิดช่องให้มีการดำเนินคดีอาญากับผู้เสียหายได้ในหลายช่องทาง ทำให้มีคดีขึ้นสู่ศาลมากเกินความจำเป็น โดยในกรณีของการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างนั้น กรณีหนึ่งอาจเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยอาศัยมูลฐานความผิดตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และอีกกรณีหนึ่งอาจเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยผ่านทางกระบวนการตรวจสอบของหน่วยงานตรวจสอบ คือ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน และสำนักงานป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ซึ่งเป็นการตั้งมูลฐานความผิดโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 120 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 การกำหนดบทบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นการกำหนดกฎหมายที่มีบทลงโทษทางอาญาซ้ำซ้อน เกินความจำเป็น อันนำไปสู่สภาพการฉกฉวยกฎหมายอาญาเพื่อ

นอกจากนี้ หากพิจารณาบทนิยามความหมายของคำว่า “เจ้าหน้าที่” ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 ดังที่กำหนดไว้ในมาตรา 4 ดังนี้

“เจ้าหน้าที่” หมายความว่า ผู้มีหน้าที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุ หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจให้ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐ

²⁰⁸ คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย ข้อ 3 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 132 ก วันที่ 27 พฤศจิกายน 2562 หน้า 18.

เปรียบเทียบกับนิยามความหมายของคำว่า “เจ้าพนักงาน” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (6) ดังนี้

“เจ้าพนักงาน” หมายความว่า บุคคลซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นเจ้าพนักงานหรือได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ ไม่ว่าจะประจำหรือครั้งคราว และไม่ว่าจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่

จะเห็นได้ว่า ตามนิยามความหมายของคำว่า “เจ้าหน้าที่” ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 ที่กำหนดให้หมายถึง ผู้มีหน้าที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุ หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจให้ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐ ย่อมมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “เจ้าพนักงาน” ตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งหมายความถึง บุคคลซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นเจ้าพนักงานหรือได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ ดังนั้น การกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุ ย่อมสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ตามประมวลกฎหมายอาญา ในฐานะที่บุคคลดังกล่าวเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา หรือในกรณีที่สถานะของบุคคลดังกล่าว ไม่เข้ากรณีตามนิยามความหมายของคำว่า เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งถือว่าบุคคลดังกล่าวไม่ใช่เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา อันจะต้องรับผิดชอบเจ้าพนักงานกระทำความผิดตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา บุคคลดังกล่าว ก็ย่อมต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นผู้สนับสนุน ซึ่งต้องถูกลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญาในฐานะความผิดนั้น ๆ เช่นเดียวกัน เพียงแต่มีโทษน้อยกว่าผู้ที่เป็นตัวการกระทำความผิด ดังนั้น ไม่ว่าจะกรณีจะเป็นเช่นไร บุคคลผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุ ก็ย่อมต้องถูกลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญาในฐานะความผิดนั้น ๆ กรณีจึงไม่มีความจำเป็นอันใดที่จะนำบทกฎหมายที่มีสภาพบังคับเป็นโทษทางอาญามาลงแก่ผู้กระทำความผิดในเรื่องเดียวกันนั้นตามบทกฎหมายเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 อีก

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า แม้ว่าการที่จะบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพ มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐจะต้องกำหนดบทลงโทษหรือบทกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด เพื่อเป็นเครื่องมือของเจ้าหน้าที่รัฐในการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายนั้น ๆ แต่การที่รัฐกำหนดสภาพบังคับทางกฎหมายของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 โดยกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ให้ต้องรับโทษทางอาญา อันมีลักษณะการกำหนดองค์ประกอบความรับผิดเช่นเดียวกับความรับผิดของเจ้าหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีลักษณะของการบัญญัติกฎหมายที่ก่อให้เกิดความซ้ำซ้อนในการบังคับใช้กฎหมาย

นับเป็นการบัญญัติกฎหมายที่มีโทษทางอาญาฟุ่มเฟือยเกินความจำเป็น โดยหาประโยชน์จากข้อหาหรือฐานความผิดที่กำหนดไว้ไม่ได้ ทำให้การใช้อำนาจของรัฐตามกฎหมายสร้างความเดือดร้อนให้แก่ประชาชนเกินความจำเป็น เนื่องจากบุคคลผู้กระทำความผิดอาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีสองครั้งจากการกระทำความผิดในครั้งเดียวกัน โดยอาศัยบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐในการดำเนินคดีต่างฉบับกัน คือ บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา ในฐานความผิดเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหาย หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต และอาศัยบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐในการดำเนินคดีตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ดังนั้น เมื่อกรณีการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหาย หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ได้บัญญัติไว้เป็นความผิดและมีบทกำหนดโทษตามประมวลกฎหมายอาญาอันเป็นบทกฎหมายทั่วไปแล้ว กรณีไม่มีความจำเป็นที่รัฐจะตรากฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพของบุคคลผู้กระทำความผิด โดยการตราบทบัญญัติที่กำหนดความผิดและกำหนดโทษอันมีสภาพบังคับทางอาญาตามพระราชบัญญัติ อันเป็นบทกฎหมายเฉพาะอีก อันเป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินความจำเป็นเพื่อคุ้มครองสังคม หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม

3. ปัญหาการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ต่อแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์

แนวคิดหลักนิติเศรษฐศาสตร์ในการวิเคราะห์การกระทำความผิด คือ ทฤษฎีการก่ออาชญากรรม โดยเลือกอย่างมีเหตุผล (rational choice theory of crime) ซึ่งกล่าวว่า บุคคลจะตัดสินใจกระทำความผิดก็ต่อเมื่อประโยชน์ที่เขาคาดคะเน (expected benefits) จากการกระทำความผิดสูงกว่าต้นทุนที่คาดว่าจะเกิดขึ้น (expected costs) การที่เราใช้ค่าคาดคะเน (expected value) ก็เนื่องจากการกระทำความผิดมีความไม่แน่นอน (uncertainty) จากการดำเนินการสำเร็จ และการถูกลงโทษ จึงต้องนำความน่าจะเป็นที่ประโยชน์และต้นทุนจะเกิดขึ้นมาพิจารณาด้วย โดยประโยชน์ที่คาดคะเนไว้ก็คือ ประโยชน์ที่บุคคลคาดว่าจะได้จากการกระทำความผิด เช่น ในการลักทรัพย์ ประโยชน์ที่คาดคะเน คือ มูลค่าทรัพย์สินกับความน่าจะเป็นที่ลักทรัพย์ผู้อื่นสำเร็จ เป็นต้น ส่วนต้นทุนที่คาดว่าจะเกิดขึ้น คือ ความน่าจะเป็นที่บุคคลที่กระทำความผิดจะถูกจับกุมด้วยบทลงโทษสำหรับฐานความผิดที่กระทำ เช่น ค่าปรับ หรือต้นทุนจากการถูกจำคุก เป็นต้น นอกจากนี้ ต้นทุนของผู้กระทำความผิดยังอาจรวมถึงต้นทุนค่าเสียโอกาสจากเวลาที่ใช้ไปในการ

เตรียมการและกระทำความผิด และรายจ่ายที่ใช้ในการเตรียมการกระทำความผิด เช่น ปืน หน้ากาก บัตรประจำตัวปลอม เป็นต้น²⁰⁹

ตามแนวคิดดังกล่าว แนวทางในการป้องปรามการกระทำความผิด คือ การลดประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดคาดหวังและการเพิ่มต้นทุนที่คาดว่าจะเกิดขึ้น ทั้งนี้ การเพิ่มต้นทุนที่คาดว่าจะเกิดขึ้นแก่ผู้กระทำความผิดอาจทำได้โดยการเพิ่มการลงโทษให้หนักขึ้นหรือการเพิ่มความน่าจะเป็นในการจับกุมผู้กระทำความผิดให้สูงขึ้น อย่างไรก็ตาม ในขณะที่การเพิ่มการลงโทษในบางรูปแบบ เช่น การปรับไม่ได้เพิ่มต้นทุนของรัฐ การเพิ่มความน่าจะเป็นในการจับกุมจะก่อให้เกิดต้นทุนมาก เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะมีต้นทุนเกิดขึ้นในทุกขั้นตอน นับตั้งแต่การจับกุม การฟ้องคดี การลงโทษ ซึ่งมีทั้งต้นทุนภาครัฐและเอกชนเกิดขึ้น ดังนั้นรัฐจึงควรจัดสรรทรัพยากรเพื่อใช้ในการจับกุมผู้กระทำความผิดตามความจำเป็นและสมควร ทั้งต้องกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสมเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด

นิติเศรษฐศาสตร์ให้ความสำคัญกับมิติด้านประสิทธิภาพ (Efficiency) ของกฎหมาย ระบบกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรม และมีเป้าหมายเพื่อบรรลุสวัสดิการสังคม (Social Welfare) สูงสุด โดยมุ่งเน้นการศึกษาผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างสิ่งจูงใจ (Incentive Structure) หรือ กฎ กติกา (Rule of the Game) ต่อ พฤติกรรม ของ คน (Individual Behavior) ทั้งผู้บังคับใช้กฎหมาย และผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย รวมถึงการออกแบบกฎหมายให้สามารถใช้กำกับควบคุมพฤติกรรมของคนในโลกแห่งความเป็นจริงได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อยกระดับสวัสดิการของสังคม กฎหมายในมุมมองของนิติเศรษฐศาสตร์ คือ เครื่องมือในการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของคนในสังคมไปสู่แนวทางที่สังคมพึงปรารถนา เช่น ไม่สร้างความเดือดร้อนแก่สังคม ไม่ทำอันตรายต่อชีวิตและทรัพย์สินของผู้อื่น การออกแบบสัญญาที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ เป็นต้น และป้องปรามยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่พึงปรารถนาของสังคม เช่น การก่ออาชญากรรมด้านต่าง ๆ ผ่านบทลงโทษทางกฎหมาย ทั้งการลงโทษที่เป็นตัวเงิน (Monetary Sanction) ได้แก่ ค่าปรับ และการลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงิน (Nonmonetary Sanction) เช่น การจำคุก การภาคทัณฑ์ การกักบริเวณ การประหารชีวิต การประจานต่อสาธารณะ เป็นต้น²¹⁰

²⁰⁹ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ. รายงานการวิจัย นิติศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย. โครงการการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้านเศรษฐศาสตร์ (Economic Analysis of Criminal Laws). สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) กรุงเทพมหานคร. 2554. หน้า 18.

²¹⁰ ปกป้อง จันวิทย์. ความรู้เบื้องต้นว่าด้วยนิติเศรษฐศาสตร์. บทความวิชาการประกอบการสัมมนา เรื่อง “การวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้านเศรษฐศาสตร์” จัดโดยสถาบันรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม ร่วมกับมูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย วันที่ 26 มกราคม 2553. หน้า 2.

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า การบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิด และสมควรได้รับโทษทางอาญานั้น ประโยชน์ที่รัฐจะได้รับจากการลงโทษผู้กระทำความผิด หรือประโยชน์ที่ได้จากการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของรัฐ จะต้องมากกว่าราคา หรือต้นทุนที่รัฐต้องเสียไปจากการดำเนินกระบวนการยุติธรรมในกรณีดังกล่าว แต่เมื่อพิจารณาถึง กรณีการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหาร พัสดุภาครัฐตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 ที่มีลักษณะเป็น การกำหนดบทลงโทษซึ่งซ้ำซ้อนกับฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาอันเป็นบททั่วไปแล้ว กรณีดังกล่าวนับได้ว่าก่อให้เกิดผลเสียต่อระบบการยุติธรรมทางอาญา และก่อให้เกิดต้นทุน หรือภาระแก่รัฐในการดำเนินการมากกว่าผลดีหรือประโยชน์ที่รัฐจะได้รับจากการดำเนินการ ดังกล่าว เนื่องจากเมื่อการกระทำเดียวกัน ถูกกำหนดเป็นความผิดและกำหนดบทลงโทษไว้ ตามกฎหมายหรือพระราชบัญญัติหนึ่งแล้ว แม้จะนำมากำหนดเป็นความผิดและกำหนดบทลงโทษ ในกฎหมายหรือพระราชบัญญัติอีกฉบับหนึ่งซึ่งเป็นบทเฉพาะ ก็ย่อมไม่มีผลเป็นการยับยั้งหรือป้องปรามการกระทำความผิด และไม่ก่อให้เกิดต้นทุนในการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด ที่เพิ่มขึ้นผ่านบทลงโทษทางอาญา เนื่องจากการกระทำเดียวกันหรือกรรมเดียวกัน แม้จะต้องด้วย บทบัญญัติความผิดของกฎหมายต่างบทกันหรือต่างฉบับกัน ผู้กระทำก็ย่อมต้องรับโทษแต่เพียง เฉพาะตามบทบัญญัติบทใดบทหนึ่งเพียงบทเดียวเท่านั้น แต่กรณีดังกล่าวจะส่งผลเป็นการเพิ่มภาระ ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแก่รัฐ เนื่องจากการบัญญัติให้อำนาจรัฐในการ ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด โดยอาศัยบทบัญญัติกฎหมายต่างฉบับกัน อาจทำให้รัฐต้องเข้ามา แทรกแซงในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมผ่านการดำเนินคดีมากกว่าหนึ่งครั้ง จากการกระทำ ความผิดของบุคคลเดียวกันในคราวเดียวกัน ส่งผลทำให้การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญา ในการยับยั้งการกระทำความผิดในลักษณะนี้ ไม่มีประสิทธิภาพประสิทธิผล และเป็นการฟุ่มเฟือย นำไปสู่เบียดบังทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดไปใช้ในทางที่ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ ทำให้กระบวนการ ทางอาญาสูญเสียโอกาสที่จะใช้ทรัพยากรดังกล่าวในการป้องกันการกระทำความผิดที่เป็นภัย ต่อสังคมมากกว่า อีกทั้งกระบวนการทางอาญาที่ไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างแท้จริง ย่อมทำให้สังคมเมินเฉยต่อกระบวนการนั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่า หากการบังคับใช้กฎหมายอาญา ก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อสังคมมากกว่าประโยชน์ที่ได้รับ ถึงแม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็น ความผิด ก็อาจไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะใช้ตัดสินว่าการกระทำนั้นสมควรกำหนดให้เป็นความผิด อาญา การกำหนดบทลงโทษจึงควรมีความรุนแรงเท่าที่จำเป็นสำหรับการยับยั้งการกระทำความผิด ซึ่งผู้ศึกษา มองว่าพฤติการณ์การกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการ บริหารพัสดุภาครัฐนั้น เมื่อมีการกำหนดเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา อันเป็นบททั่วไป

แล้ว ก็ข้อมเพียงพอที่จะเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดแล้ว ไม่มีความจำเป็นใดที่จะต้องนำเอา พุทธการณการกระทำความผิดดังกล่าวมากำหนดเป็นบทลงโทษทางอาญาที่จะลงโทษกับเจ้าหน้าที่ ผู้กระทำความผิดในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 อันเป็นการ เพิ่มภาระหรือเพิ่มต้นทุนในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของรัฐจากการกระทำความผิดในคราวเดียวกันนั้นอีก

นอกจากนี้ ในการดำเนินคดีอาญาเรื่องใด ในแต่ละเรื่อง รัฐจำเป็นต้องมีภาระค่าใช้จ่าย ที่ต้องเสียไปสำหรับการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเสมอ เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะมีต้นทุนเกิดขึ้นในทุกขั้นตอนนับตั้งแต่การจับกุม การฟ้องคดี การลงโทษ ซึ่งมีทั้ง ต้นทุนภาครัฐและเอกชนเกิดขึ้น ทั้งนี้ จากการศึกษา พบว่า ประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศ ที่พึ่งพาการลงโทษในรูปแบบการลงโทษจำคุกในอัตราที่สูงมากประเทศหนึ่งแม้โทษจำคุกจะเป็น โทษที่มีผลในการยับยั้งอาชญากรรมและสอดคล้องกับการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดแต่โทษ จำคุกเป็นโทษที่มีต้นทุนที่สูงเมื่อเปรียบเทียบกับโทษอื่น ๆ ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้โทษจำคุก อย่างเกินความจำเป็น คือ ปัญหานักโทษล้นเรือนจำ จากรายงานสถิติของกรมราชทัณฑ์ พบว่า ในปี 2565 ประเทศไทย มีรายงานสถิติผู้ต้องราชทัณฑ์ทั่วประเทศ ดังนี้²¹¹

รายงานสถิติผู้ต้องราชทัณฑ์ทั่วประเทศ

สำรวจ ณ วันที่ 1 พฤษภาคม 2565

ประเภท	ชาย	หญิง	รวม	ร้อยละ (%)
1. นักโทษเด็ดขาด	184,286	24,230	208,516	78.804
2. ผู้ต้องขังระหว่าง	47,458	6,399	53,857	20.354
2.1 อุทธรณ์-ฎีกา	26,112	3,239	29,351	11.093
2.2 ใต้สวน-พิจารณา	8,690	1,504	10,194	3.853
2.3 สอบสวน	12,656	1,656	14,312	5.409
3. เยาวชนที่ฝากขัง	17	2	19	0.007
4. ผู้ถูกกักกัน	40	7	47	0.018
5. ผู้ต้องกักขัง	1,904	258	2,162	0.817
รวมผู้ต้องราชทัณฑ์ทั้งสิ้น	233,705	30,896	264,601	100.00

²¹¹ กรมราชทัณฑ์. รายงานสถิติผู้ต้องราชทัณฑ์ทั่วประเทศ. 1 พฤษภาคม 2565 จาก

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ระบบยุติธรรมทางอาญาของไทยเป็นระบบราชการที่มีขนาดใหญ่และใช้ทรัพยากรมากเมื่อวัดจากงบประมาณรายจ่ายภาครัฐ ระบบที่ประกอบไปด้วย ตำรวจ อัยการ ศาล ราชทัณฑ์กระบวนการทางอาญาใช้ทรัพยากรของรัฐกระบวนการยุติธรรมของไทยทำให้เกิดการฟ้องคดีมากเกินไป เพราะการกำหนดโทษทางอาญาต่อการกระทำใดทำให้รัฐเข้ามาแทรกแซงการดำเนินคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำนั้น ซึ่งทำให้ต้นทุนในการดำเนินคดีของผู้เสียหายต่ำกว่าที่ควรจะเป็น ในขณะที่รัฐต้องแบกรับต้นทุนแทนผู้เสียหาย

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวคิด ทฤษฎีทางกฎหมาย ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 จะเห็นได้ว่า การกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซ้ำซ้อนกับบทบัญญัติความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต อันมีลักษณะขององค์ประกอบความรับผิดเดียวกัน และกำหนดบทลงโทษที่เท่ากัน อันไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อป้องปรามการทำความผิดของเจ้าหน้าที่อันเนื่องมาจากความผิดดังกล่าว แม้จะไม่มีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ ก็ย่อมเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาอยู่แล้ว การบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับหลักการทางกฎหมาย อันได้แก่ ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์หรือนิติเศรษฐศาสตร์ ซึ่งเป็นแนวคิดใหม่ที่นำหลักพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์มาอธิบายกฎหมาย โดยกำหนดให้รัฐเป็นผู้เล่นหนึ่งในสังคม และหากรัฐจะกำหนดความผิดอาญา รัฐจะต้องคำนึงถึง “ผลประโยชน์” (benefits) และ “ต้นทุน” (costs) เช่นเดียวกับปัจเจกชนที่คำนึงถึงปัจจัยทั้งสองด้านเมื่อจะดำเนินกิจกรรมใด ๆ หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ทางเศรษฐศาสตร์ การกำหนดว่าพฤติกรรมใดควรเป็นความผิดอาญาควรพิจารณาจากประโยชน์สังคม (social benefits) และต้นทุนของสังคม (social costs) เป็นสำคัญ กล่าวคือ การกระทำใดที่ได้ประโยชน์สังคมมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสังคม การกระทำนั้น ไม่ควรเป็นความผิดอาญา แต่หากการกระทำใดที่สร้างความเสียหายให้กับสังคมมากกว่าประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นกับสังคม การกระทำนั้นจึงสมควรเป็นความผิดอาญา²¹² ดังนั้น แนวคิดนี้จะกำหนดให้รัฐจะกำหนดความผิดทางอาญาเมื่อการกระทำนั้นสร้างต้นทุนให้มากกว่าประโยชน์สังคม และรัฐจะไม่กำหนดความผิดอาญาเมื่อการกระทำนั้นสร้างประโยชน์ให้กับสังคมมากกว่าต้นทุน²¹³

²¹² ปกป้อง ศรีสนิท. *กฎหมายอาญาชั้นสูง*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2561. หน้า 24 - 25.

²¹³ Steven Shavell. *Criminal law and optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent*. In Jules Coleman and Jeffrey Lange, *Law and economics* (volume 1, Aldershot, Dartmouth 1992) 472. อ้างถึงใน ปกป้อง ศรีสนิท. *กฎหมายอาญาชั้นสูง*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2561. หน้า 24.

นอกจากนี้ หากพิจารณาตามเนื้อหาของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 120 จะเห็นได้ว่า เมื่อผู้บัญญัติกฎหมายทราบดีอยู่แล้วว่าการกระทำดังกล่าวถูกบัญญัติเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น เจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายที่กำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุให้ต้องรับผิดทางอาญา จึงมิได้มีเจตนารมณ์ที่จะบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวเพื่อมุ่งคุ้มครองที่ผลกระทบที่มีลักษณะร้ายแรงอันเนื่องมาจากการกระทำผิดดังกล่าว เพราะตามลักษณะของพระราชบัญญัติข้างต้นมิได้เป็นเรื่องที่อาจสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างได้ ดังนั้น การที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ กำหนดบทลงโทษทางอาญาสำหรับความผิดดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัตินั้นคงมีเพียงวัตถุประสงค์เดียว คือ เพื่อข่มขู่ ไม่ให้ผู้ใดกล้าที่จะฝ่าฝืนหรือกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินั้นเท่านั้น อีกทั้งหากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษด้วยวิธีการจำคุกกับความผิดดังกล่าวแล้ว จะพบว่า ความผิดดังกล่าวได้ถูกบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดบทลงโทษจำคุกตามประมวลกฎหมายอาญาอยู่แล้ว การบัญญัติบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ก็ย่อมไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีลักษณะรุนแรงถึงขนาดต้องกันผู้กระทำความผิดออกจากสังคม หรือต้องลงโทษจำคุกบุคคลดังกล่าวตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวอีก การลงโทษจำคุกกับความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ เนื่องจากรัฐจะต้องคำนึงถึง “ผลประโยชน์ของสังคม” และ “ต้นทุนในการจัดการความผิด” ซึ่งความผิดข้างต้นนี้เมื่อมีการบัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว แม้จะบัญญัติเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐอีก ก็มิได้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมเพิ่มขึ้นจากการบังคับโทษทางอาญา แต่อย่างไรก็ตามความผิดดังกล่าวก็ยังมี ความจำเป็นที่จะต้องนำมาตราการลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่งมาใช้บังคับเพื่อป้องกันมิให้บุคคลใดกล้าที่จะฝ่าฝืน โดยผู้ศึกษาเห็นว่า ควรนำมาตราการลงโทษทางปกครองมาใช้บังคับซึ่งมาตรการที่เหมาะสมกับความผิดดังกล่าวก็คือ “โทษปรับทางปกครอง” ซึ่งหากพิจารณาจากที่มาของบทบัญญัติความผิดเหล่านี้แล้วจะพบว่าความผิดนั้น ๆ สามารถนำมาตราการลงโทษอย่างอื่นมาใช้บังคับได้อย่างเหมาะสม จึงไม่มีความจำเป็นใดที่จะต้องนำบทลงโทษทางอาญามาใช้บังคับอันสอดคล้องกับหลักที่ว่า “การจะนำโทษอาญามาใช้บังคับก็ต่อเมื่อไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น” อันเป็นหลักของวิธีทางสุดท้ายในการควบคุมพฤติกรรมอันไม่พึงประสงค์แก่สังคม ซึ่งถือว่ามีความเหมาะสมแล้วในเรื่องของการใช้โทษกับความผิด

ทั้งนี้ ผู้ศึกษา เห็นว่า บทลงโทษที่เหมาะสมกับกรณีดังกล่าว คือ การกำหนดโทษปรับทางปกครอง เนื่องจากการใช้บทลงโทษที่เป็นโทษปรับทางปกครอง ก่อให้ต้นทุนในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมที่ค่อนข้างต่ำ ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับบทลงโทษทางกฎหมายเพื่อป้องปรามอาชญากรรมทั้งที่กล่าวมาในบทที่ 2 กล่าวโดยเฉพาะกรณีของบทลงโทษที่เป็นตัวเงิน คือ การปรับ และบทลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงิน คือ การจำคุก จะเห็นได้ว่า บทลงโทษที่เป็นตัวเงิน คือ การปรับ ไม่สิ้นเปลืองทรัพยากรของสังคม เพราะเป็นเพียงการจ่ายโอนทรัพย์สินระหว่างผู้กระทำความผิดกับภาครัฐ ในทางตรงกันข้าม กลับสร้างรายได้แก่รัฐด้วย ส่วนกรณีบทลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงิน คือ การจำคุก แม้อาจจะมีศักยภาพในด้านการป้องปรามการก่ออาชญากรรม แต่สร้างต้นทุนต่อสังคมในการบังคับใช้ ต้องใช้ทรัพยากรของสังคมจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งโทษจำคุก ซึ่งมีต้นทุนในการก่อสร้างเรือนจำ ต้นทุนในการบริหารจัดการเรือนจำ ต้นทุนในการบำรุงรักษาเรือนจำ เป็นต้น นอกจากนี้ หากพิจารณาในแง่ของผู้รับโทษ การจำคุกเป็นการแยกนักโทษที่มีศักยภาพในการผลิตออกจากตลาดแรงงาน นักโทษจึงเผชิญต้นทุนค่าเสียโอกาสจากการถูกจำคุก ได้แก่ รายได้ที่ขาดหายไประหว่างการถูกจำคุก รวมถึงเผชิญโอกาสในการประกอบอาชีพ และตั้งต้นชีวิตใหม่ในอนาคตเมื่อพ้นโทษลดน้อยลง เพราะในช่วงถูกคุมขัง เครือข่ายการทำงานต้องสูญเสียไป ทักษะในการทำงานก็ถดถอยลง เมื่อออกจากคุกจึงมีผลิตภาพและทุนมนุษย์ต่ำลง อีกทั้ง トラบาปที่ติดตัวทำให้หางานได้ยากขึ้น ทั้งหมดนี้ ทำให้ต้นทุนค่าเสียโอกาสของการก่ออาชญากรรมเมื่อพ้นโทษต่ำลง ส่งผลให้ผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษมีโอกาสกลับมาก่ออาชญากรรมซ้ำอีก ทั้งนี้ ต้นทุนค่าเสียโอกาสมิได้เกิดขึ้นเฉพาะนักโทษเท่านั้น สังคมก็เผชิญต้นทุนค่าเสียโอกาสทางเศรษฐกิจด้วย เนื่องจากกำลังแรงงานที่มีศักยภาพในการผลิตถูกกันออกไปจากตลาดแรงงาน เศรษฐกิจจึงเผชิญผลผลิตและรายได้ที่ขาดหายไป ซึ่งส่งผลกระทบต่ออัตราการเติบโตทางเศรษฐกิจด้วย หลักการดังกล่าว นิติเศรษฐศาสตร์จึงสนับสนุนการลงโทษที่เป็นตัวเงินอย่างค่าปรับมากกว่าการลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงินอย่างโทษจำคุก เพราะการลงโทษด้วยการปรับไม่ก่อต้นทุนต่อสังคม การลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงินด้วยการจำคุกผู้กระทำความผิด ควรมิสาดานะเพียงการป้องปราม “เสริมจากค่าปรับเท่านั้น หากทรัพย์สินที่ผู้กระทำความผิดมีอยู่ไม่เพียงพอต่อการชำระค่าปรับที่เหมาะสมตามความเหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดก็ต้องบวกเพิ่มโทษจำคุกเข้าไปด้วยหลังจากปรับทรัพย์สินทั้งหมด เพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้ก่อขึ้น แต่หากเป็นกรณีของการก่ออาชญากรรมที่รุนแรงมาก อันตรายมาก หรือสร้างความเสียหายมากจนค่าปรับโดยลำพังมีอาจป้องปรามได้ จึงจะใช้โทษจำคุกเป็นเครื่องมือในการป้องปรามการกระทำความผิด

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

ในการศึกษาปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ผู้ศึกษาได้ศึกษาโดยแยกการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาเป็น 3 ประเด็นปัญหา ดังนี้

1.1 ปัญหาการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ที่ขัดต่อหลักการลงโทษทางอาญา

จากการศึกษา ผู้ศึกษา พบว่า การกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 ในปัจจุบัน ที่กำหนดให้การกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ มีโทษทางอาญา ได้แก่ โทษจำคุก หรือโทษปรับ เนื่องจากประสงค์ที่จะให้กฎหมายมีสภาพบังคับเพื่อป้องปรามการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ อันมีลักษณะเป็นการกำหนดบทลงโทษทางอาญาเพื่อแก้ไขปัญหการบังคับใช้กฎหมายตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 จากเดิมที่ไม่มีความศักดิ์สิทธิ์ หรือ ไม่มีผลเป็นการป้องปรามการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ได้เท่าที่ควร จึงนำไปสู่การกำหนดบทลงโทษทางอาญา เพื่อข่มขู่เจ้าหน้าที่มิให้กระทำความผิด ซึ่งกรณีดังกล่าวเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักการลงโทษทางอาญาดังที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า เมื่อการกระทำของเจ้าหน้าที่อันมีลักษณะเป็นการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหาย หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ได้ถูกกำหนดเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา อันเป็นการกำหนดบทลงโทษที่ร้ายแรงเหมาะสมกับพฤติการณ์การกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่แล้ว กรณีที่ไม่มีเจตนาจำเป็นใดที่จะต้องกำหนดให้การกระทำความผิดดังกล่าว เป็นความผิดที่ต้องได้รับโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 อันเป็นกฎหมายเฉพาะอีก การบังคับใช้กฎหมายลักษณะดังกล่าว จึงไม่ได้ก่อให้เกิดความเกรงกลัวหรือเป็นการป้องปรามการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่แต่อย่างใด ทั้งยังส่งผลทำให้กฎหมายอาญาขาดประสิทธิภาพในการบังคับมิให้เกิดการกระทำความผิดได้อย่างแท้จริง ซึ่งในเรื่องดังกล่าว ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้อธิบายว่า กฎหมายอาญาเป็นเรื่องที่ถือว่ามีความร้ายแรง เป็นบท

กฎหมายที่มีสภาพบังคับอย่างร้ายแรงต่อผู้กระทำความผิด ดังนั้น เมื่อใดก็ตามที่ผู้ร่างกฎหมาย หรือผู้บังคับใช้กฎหมาย ประสงค์จะให้ประชาชนเกรงกลัวต่อสิ่งใด หรือไม่ประพฤติปฏิบัติ ในสิ่งใด ผู้ร่างกฎหมายหรือผู้บังคับใช้กฎหมาย ก็จะนำเรื่องดังกล่าวมาบัญญัติเป็นความผิดอาญา หรือบัญญัติเป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญาคด้วยคาดหมายว่าการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าว จะมีส่วนช่วยในการป้องปรามการกระทำความผิด โดยที่ไม่มีการจัดตั้งหน่วยงานใดขึ้นมาพิจารณา หรือกลั่นกรองว่าในเรื่องนั้น ๆ มีเหตุผลอันสมควรที่จะตราเป็นกฎหมายที่มีบทลงโทษในทางอาญา หรือไม่ ซึ่งในสภาพความเป็นจริงแล้ว สาเหตุที่ทำให้บุคคลใดเลือกที่จะกระทำความผิดนั้น เกิดขึ้นได้จากสาเหตุต่าง ๆ หลายกรณี ไม่ว่าจะเป็นสภาพทางจิตใจ จารีตประเพณี รวมถึงสาเหตุ อันเกิดมาจากความบกพร่องหรือความไม่มีประสิทธิภาพของการดำเนินกระบวนการยุติธรรม ทางอาญา นอกจากนี้ การกำหนดบทลงโทษทางอาญา เป็นสิ่งที่รัฐนำมาใช้ในการควบคุมพฤติกรรม ของคนในสังคม เป็นเครื่องมือที่รัฐนำมาใช้ในการสร้างความสงบเรียบร้อยในสังคม ดังนั้น การกำหนดฐานความผิดต่าง ๆ ที่มีโทษทางอาญา จึงควรตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการทางอาญา ที่มีเหตุผลความจำเป็นอย่างยั้งยวดเท่านั้น มิใช่การนำทุกพฤติกรรมที่ประสงค์จะให้คนเกรงกลัว ว่าจะต้องรับโทษในทางอาญามาบัญญัติไว้ในกฎหมาย อันจะนำไปสู่ที่มาของปัญหาการกำหนด ความผิดทางอาญาที่มากเกินไป ทั้งนี้ การกำหนดกฎหมายอาญาเกินความจำเป็น นอกจาก จะก่อให้เกิดภาระในทางกระบวนการยุติธรรมแล้ว ยังส่งผลเป็นการลดทอนความสำคัญ ของคุณค่าที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองให้ด้วยค่าลง หรือลดทอนความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายอีกด้วย

1.2 ปัญหาการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ กับสภาวะการณ์กฎหมายอาญาเพื่อ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่า พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 120 กำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหรือละเว้น การปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติ หน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาท ถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็นโทษทางอาญา อันเป็นการกำหนดองค์ประกอบความผิด ของการกระทำ รวมถึงบทลงโทษเช่นเดียวกับบทบัญญัติตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมาย อาญา ที่กำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่หรือเจ้าพนักงานของรัฐกรณีการปฏิบัติหรือละเว้น การปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ไว้ดังนี้

“ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิด ความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า เมื่อมีการนำพฤติการณ์หรือการกระทำความผิดตามที่กำหนด เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มากำหนดเป็นฐานความผิดตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อ จัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 อีก เป็นเหตุให้นำมาซึ่งปัญหาการกำหนดฐานความผิด ซ้ำซ้อน โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายต่างฉบับกัน ทั้งยังเป็นการกำหนดความรับผิด ทางอาญาเกินความจำเป็น อันนำไปสู่สภาวะการณกฎหมายอาญาเพื่อ ซึ่งกรณีดังกล่าวคณะกรรมการ พัฒนากฎหมาย ได้ให้คำแนะนำว่า ความผิดที่บัญญัติไว้แล้วในประมวลกฎหมายอาญา ภาคความผิด หากบทบัญญัติความผิดที่มีโทษอาญาในพระราชบัญญัติใดมีองค์ประกอบความผิด เหมือนหรือคล้ายคลึงกับความผิดที่กำหนดในภาคความผิดของประมวลกฎหมายอาญา มิให้กำหนด โทษอาญาในร่างกฎหมายนั้น เว้นแต่จะมีเหตุผลความจำเป็นพิเศษว่าเป็นกฎหมายเฉพาะจำเป็นต้อง มีโทษสูงกว่าหรือมีโทษอุปกรณ เช่น เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งหรือสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง และในกรณี ที่ประสงค์จะกำหนดโทษอาญาที่มีโทษน้อยกว่าโดยมิให้นำประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับ จะต้องระบุในกฎหมายเฉพาะนั้นให้ชัดเจนว่า มิให้นำโทษสำหรับความผิดตามประมวลกฎหมาย อาญามาใช้บังคับสำหรับการกระทำความผิดตามกฎหมายเฉพาะนั้น

เมื่อพิจารณาความจำเป็นและความเหมาะสมของการกำหนดบทลงโทษ ของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 ในกรณีดังกล่าว แล้ว จะเห็นได้ว่า เมื่อพฤติการณ์ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหาร พสดุของเจ้าหน้าที่ ได้ถูกกำหนดไว้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ในมาตรา 157 แล้ว กรณีย่อมไม่มีเหตุจำเป็นที่จะต้องนำมากำหนดเป็นบทลงโทษตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 ในมาตรา 120 อีก เนื่องจากการกำหนดบทบัญญัติกฎหมาย ในลักษณะดังกล่าว ส่งผลทำให้เจ้าหน้าที่ซึ่งมีพฤติการณ์ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับการจัดซื้อ จัดจ้างและการบริหารพัสดุในการกระทำความผิดคราวเดียวกันนั้น จะต้องด้วยบทกำหนดความผิด หรือบทกำหนดโทษตามกฎหมายหลายบทโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายสองฉบับ คือ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 120 และประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 157 หรือที่เรียกว่ากรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท ทั้งการบัญญัติกฎหมาย ในลักษณะดังกล่าว ยังเป็นการเปิดช่องให้มีการดำเนินคดีอาญากับผู้เสียหายได้ในหลายช่องทาง ทำให้มีคดีขึ้นสู่ศาลมากเกินความจำเป็น โดยในกรณีของการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติ หน้าที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างนั้น กรณีหนึ่งอาจเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยอาศัยมูลฐาน ความผิดตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และอีกกรณีหนึ่งอาจเป็นการดำเนินคดีอาญา โดยผ่านทางกระบวนการตรวจสอบของหน่วยงานตรวจสอบ คือ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน และสำนักงานป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ซึ่งเป็นการตั้งมูลฐานความผิดโดยอาศัย

บทบัญญัติตามมาตรา 120 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 การกำหนดบทบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นการกำหนดกฎหมายที่มีบทลงโทษทางอาญาซ้ำซ้อน เกินความจำเป็น อันนำไปสู่สภาพการณกฎหมายอาญาเพื่อ ซึ่งผู้ศึกษาจะขอกล่าวโดยละเอียดในบทที่ 4 ต่อไป

1.3 ปัญหาการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ต่อแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์

ในกระบวนการดำเนินคดีทางอาญานั้น สิ่งสำคัญประการหนึ่ง คือ บทลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิด การลงโทษทางอาญา ถือเป็นสิ่งจำเป็นที่รัฐต้องตระหนักและนำมาใช้เป็นเงื่อนไขในการเพิ่มต้นทุนของผู้กระทำความผิด อันเป็นการเพิ่มราคาหรือต้นทุนที่ผู้กระทำความผิดจะต้องเสียหรือจ่ายในการกระทำความผิด ดังนั้น การบังคับใช้บทลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดในเรื่องใดเรื่องหนึ่งนั้น ตามแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์ จะให้ความสำคัญกับมิติด้านประสิทธิภาพของกฎหมาย ระบบกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรมที่มีเป้าหมายเพื่อบรรลุผลสัมฤทธิ์ในทางสวัสดิการสังคมสูงสุดเป็นสิ่งสำคัญ โดยมองว่า กฎหมายที่ตราขึ้นมาเพื่อใช้บังคับนั้น จะต้องสามารถใช้ในการควบคุมกำกับพฤติกรรมการกระทำความผิดของคนในสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพ กฎหมายในมุมมองทางเศรษฐกิจจึงเป็นเครื่องมือในการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของคนในสังคมไปสู่แนวทางที่สังคมพึงปรารถนา

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า การบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดและสมควรได้รับโทษทางอาญา ประโยชน์ต่อสังคมที่ได้รับจะต้องมากกว่าราคาที่เสียไป แต่เมื่อวิเคราะห์การกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 ที่มีลักษณะเป็นการกำหนดบทลงโทษซึ่งซ้ำซ้อนกับฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาอันเป็นบททั่วไปแล้ว กรณีดังกล่าวอาจเป็นผลเสียต่อระบบการยุติธรรมมากกว่าผลดี เนื่องจากเมื่อการกระทำเดียวกัน ถูกกำหนดเป็นความผิดตามกฎหมายหนึ่งแล้ว แม้จะนำมากำหนดเป็นความผิดในอีกกฎหมายหนึ่งซึ่งเป็นบทเฉพาะอีก ก็ย่อมไม่มีผลเป็นการยับยั้งหรือป้องปรามการกระทำความผิด แต่กรณีดังกล่าว จะส่งผลเป็นการเพิ่มภาระในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ส่งผลทำให้การใช้บัญญัติกฎหมายโดยมีเจตนาเพื่อข่มขู่หรือป้องปรามการกระทำความผิดในลักษณะนี้ ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งผู้ศึกษา เห็นว่า เมื่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุนั้น ได้มีการกำหนดเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา อันเป็นบททั่วไปแล้ว ก็ย่อมเพียงพอที่จะเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดแล้ว ไม่มีความจำเป็นใดที่จะต้องนำเอาพฤติการณ์การกระทำความผิดดังกล่าวมากำหนดเป็นบทลงโทษทางอาญาที่จะลงโทษ

กับเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิดในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2560 อันเป็นการเพิ่มภาระหรือเพิ่มต้นทุนในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของรัฐจากการกระทำความผิดในคราวเดียวกันนี้อีก

2. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อและการบริหารพัสดุภาครัฐ ผู้ศึกษาขอเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังนี้

2.1 เห็นควรยกเลิกบทกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามบทบัญญัติมาตรา 120 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน เนื่องจากการกำหนดบทลงโทษทางอาญา เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิด ย่อมต้องใช้เฉพาะในกรณีที่เป็นกรณีก่อการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง และมีผลกระทบต่อส่วนรวม และต้องเป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผลหรือมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้เท่านั้น ประการสำคัญ คือ หากเป็นกรณีความผิดที่บัญญัติไว้แล้ว ในประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย มิให้กำหนดโทษอาญาในกฎหมายเฉพาะหรือในพระราชบัญญัติใด ๆ อันมีบทบัญญัติความผิดที่มีโทษทางอาญาเช่นเดียวกันนี้อีก เว้นแต่มีเหตุผลจำเป็นพิเศษว่ากฎหมายเฉพาะจำเป็นต้องมีโทษสูงกว่า หรือมีโทษอุปกรณ ดังนั้น เมื่อกรณีความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ ได้ปฏิบัติหรือละเว้นหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหาย หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตด้วยประการใด ๆ อันบัญญัติไว้เป็นความผิดและกำหนดบทลงโทษตามมาตรา 120 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้มีการบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ตามประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิดแล้ว ซึ่งในกรณีที่บุคคลกระทำความผิดในพฤติการณ์ดังกล่าว บุคคลผู้กระทำความผิดย่อมต้องถูกดำเนินคดีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปอยู่แล้ว กรณีจึงไม่มีความจำเป็นใดที่จะต้องนำเอาพฤติการณ์การกระทำความผิดในกรณีดังกล่าวมาบัญญัติเป็นความผิดที่มีโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุอีก อันก่อให้เกิดความซ้ำซ้อนของการบัญญัติกฎหมาย อีกทั้งการกำหนดบทลงโทษทางอาญาต่อการกระทำใด จะมีผลให้รัฐ

ต้องเข้ามาแทรกแซงหรือเข้ามาทำหน้าที่ในการดำเนินคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำนั้น ซึ่งทำให้รัฐต้องแบกรับต้นทุนในการดำเนินคดีทางกฎหมาย กฎหมายจึงควรพิจารณากำหนดบทลงโทษทางอาญา โดยเฉพาะโทษจำคุก ให้เหลือเฉพาะเท่าที่จำเป็นในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมเท่านั้น นอกจากนี้ ในการบัญญัติกฎหมายอาญาใด ๆ จะต้องพิจารณาว่ารัฐสามารถใช้มาตรการอื่นใดแทนการลงโทษทางอาญาและสามารถควบคุมพฤติกรรมเหล่านั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ เช่น มาตรการทางแพ่ง มาตรการทางปกครอง มาตรการทางเศรษฐกิจสังคม เป็นต้น หากสามารถใช้มาตรการบังคับอื่นแทนการลงโทษทางอาญาได้ ก็ควรที่จะใช้มาตรการดังกล่าวยิ่งกว่าการกำหนดมาตรการลงโทษทางอาญาที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้กระทำความผิด ซึ่งในประเด็นนี้ ศาสตราจารย์ ดร. คณพล จันทน์หอม ได้ให้ความเห็นไว้ว่า

“กฎหมายอาญาหาได้มีขอบเขตกว้างขวางอย่างที่หลายคนเข้าใจไม่ ทั้งนี้ เพราะนอกจากกฎหมายอาญาแล้วยังมีมาตรการควบคุมสังคมอย่างอื่น ทั้งที่เป็นทางการ (เช่น กฎหมายแพ่ง กฎหมายปกครอง) และที่ไม่เป็นทางการ (เช่น ศีลธรรม ศาสนา จารีตประเพณี) เพื่อใช้จัดการกับผู้ผิดธรรมดาไม่เพียงประสงค์ในสังคม กฎหมายอาญาไม่ใช่มาตรการควบคุมทางสังคมที่รัฐจะสามารถนำไปเป็นลำดับแรกแต่จะใช้เฉพาะกรณีที่รัฐไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดบังคับได้อีกแล้ว ในฐานะเป็นที่พึ่งสุดท้าย (ultima ratio) เท่านั้น เพราะกฎหมายอาญามีสภาพบังคับรุนแรงที่สุดในบรรดามาตรการควบคุมทางสังคมที่รัฐใช้กำจัดหรือควบคุมพฤติกรรมที่ไม่อาจยอมรับหรือให้อภัยได้”

ทั้งนี้ กรณีการบัญญัติบทลงโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุดังกล่าว แม้จากการศึกษาจะพบว่า เหตุที่ผู้ร่างกฎหมาย กำหนดให้การกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ในกรณีดังกล่าว ต้องรับโทษในทางอาญา หรือโทษที่มีสภาพบังคับทางอาญา ก็เนื่องจากเห็นว่าบทกำหนดโทษเดิมที่เป็นเพียงบทลงโทษทางวินัย และโทษปรับทางปกครอง ไม่มีผลเป็นการป้องปรามการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ แต่ในความคิดเห็นของผู้ศึกษา เห็นว่า การที่รัฐประสงค์จะให้พฤติกรรมของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างเปลี่ยนแปลงไปในทางที่รัฐปรารถนาโดยอาศัยสภาพบังคับทางกฎหมาย หรือการที่รัฐประสงค์จะใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะร้ายแรงบังคับกับผู้กระทำความผิด เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัว และเป็นการป้องปรามบุคคลอื่นมิให้กระทำความผิดในลักษณะเช่นเดียวกันนั้น อาจจะไม่ใช่สิ่งที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อรัฐเท่าที่ควร เนื่องจากกรณีดังกล่าวก่อให้เกิดต้นทุนในการดำเนินคดีของรัฐ ซึ่งการกำหนดมาตรการบังคับเพื่อป้องปรามการกระทำความผิด รัฐไม่เพียงพิจารณาแต่เพียงมาตรการในด้านการควบคุมหรือลงโทษเท่านั้น เพราะในบางกรณีรัฐอาจใช้มาตรการจูงใจส่งเสริมหรือสนับสนุนให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติตามที่รัฐ

ปรารถนาได้เช่นกัน เนื่องจากมาตรการทางอาญาเป็นมาตรการที่มีต้นทุนและผลกระทบที่สูง เมื่อเทียบกับมาตรการหรือเครื่องมืออื่น ๆ ของรัฐ ดังนั้น ในการนำมาตราทางอาญามาใช้กับเรื่องใดหรือไม่ นั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าควรนำมาพิจารณาเป็นมาตรการสุดท้ายหลังจากที่ได้พิจารณามาตรการหรือเครื่องมืออื่น ๆ ของรัฐที่มีต้นทุนและผลกระทบที่ต่ำกว่ามาก่อนแล้ว โดยที่ผู้ร่างกฎหมายอาญาจำเป็นต้องคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้ด้วย ได้แก่ การกำหนดโทษทางอาญานั้น มีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์การลงโทษหรือไม่ หรือเมื่อกำหนดโทษทางอาญาแล้วต้นทุนในกระบวนการยุติธรรมเพิ่มขึ้นหรือไม่ หรือมีผลเสียที่ตามมาจากการกำหนดโทษทางอาญามากกว่าการไม่กำหนดโทษทางอาญาหรือไม่ และสุดท้ายกฎหมายอาญานั้นเข้าช้อนกับกฎหมายที่มีอยู่แล้วหรือไม่ การบังคับใช้กฎหมายอาญา หรือบทบัญญัติกฎหมายที่มีโทษทางอาญาจึงจะมีประสิทธิภาพ และสอดคล้องกับหลักการกำหนดโทษทางอาญาอย่างแท้จริง

2.2 เห็นควรให้มีการบัญญัติบทกำหนดโทษของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ใหม่ โดยนำแนวคิดเกี่ยวกับโทษทางปกครอง หรือค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damage) มาใช้บังคับแทนกรณีการกำหนดโทษทางอาญา กับเจ้าหน้าที่ เพื่อพัฒนาประสิทธิภาพในการบังคับการตามกฎหมาย ลดภาระและผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน จากเดิมที่บัญญัติไว้ในมาตรา 120 ว่า

“ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่หรือเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุ ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุตามพระราชบัญญัตินี้ ฎกกระทวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ โดยมีขอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุตามพระราชบัญญัตินี้ ฎกกระทวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดเป็นผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ผู้นั้นต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดตามวรรคหนึ่ง”

เห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย โดยการกำหนดบทลงโทษใหม่ ดังนี้

“ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่หรือเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุ ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุตามพระราชบัญญัตินี้ ฎกกระทวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ โดยมีขอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการ

จัดซื้อจัดจ้างหรือการบริหารพัสดุตามพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้โดยทุจริต ต้องระวางโทษปรับทางปกครอง

อัตราโทษปรับทางปกครองมี 4 ชั้น ดังต่อไปนี้²¹⁴

- (1) โทษชั้นที่ 1 โทษปรับไม่เกินเงินเดือน 1 เดือน
- (2) โทษชั้นที่ 2 โทษปรับเท่ากับเงินเดือนตั้งแต่ 2 เดือน ถึง 4 เดือน
- (3) โทษชั้นที่ 3 โทษปรับเท่ากับเงินเดือนตั้งแต่ 5 เดือน ถึง 8 เดือน
- (4) โทษชั้นที่ 4 โทษปรับเท่ากับเงินเดือนตั้งแต่ 9 เดือน ถึง 12 เดือน

การลงโทษตามวรรคหนึ่ง ไม่เป็นเหตุให้ผู้กระทำหลุดพ้นจากความรับผิดชอบในทางแพ่งตามกฎหมายและระเบียบของทางราชการที่เกี่ยวข้อง หรือความรับผิดทางอาญา (ถ้ามี)”

ทั้งนี้ เนื่องจากการศึกษาเกี่ยวกับโทษปรับทางปกครอง ผู้ศึกษา พบว่าโทษปรับทางปกครอง เป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจทางปกครองในการดำเนินการลงโทษผู้กระทำความผิด โดยมีลักษณะเป็นการออกคำสั่งทางปกครองรูปแบบหนึ่ง กรณีจะมีความแตกต่างจากการลงโทษทางอาญา ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องศาลเป็นผู้ใช้อำนาจลงโทษด้วยการทำคำพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดผ่านการฟ้องร้องดำเนินคดีทางศาล โดยการกำหนดโทษทางปกครองมีเจตนารมณ์เพื่อกำหนดมาตรการให้เจ้าหน้าที่หรือประชาชนที่เกี่ยวข้องต้องดำเนินการหรือปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ คำสั่งต่าง ๆ ที่กำหนด เพื่อให้สามารถบรรลุผลตามเจตนารมณ์ในการตรากฎหมาย อันจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเกิดผลสัมฤทธิ์ตามเจตนารมณ์แห่งการตรากฎหมาย แตกต่างจากเจตนารมณ์ในการลงโทษทางอาญา ดังนั้นในพฤติการณ์การกระทำความผิดเดียวกัน จึงสามารถกำหนดให้มีทั้งโทษอาญาและโทษทางปกครองได้ กล่าวคือ แม้กรณีการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ จะเป็นความผิดและมีโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 แล้ว ก็สามารถนำมากำหนดเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ โดยกำหนดให้มีโทษปรับทางปกครองได้เพิ่มเติมจากโทษที่บัญญัติไว้

²¹⁴ เทียบเคียงกับอัตราโทษปรับทางปกครอง ในความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 ซึ่งปัจจุบัน กรณีการกระทำผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ มีบทบัญญัติกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 โดยการตั้งลงโทษทางปกครองนั้น บทบัญญัติตามมาตรา 80 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งกำหนดว่า ในกรณีที่ข้อบกพร่องที่ตรวจพบจากการตรวจสอบมีลักษณะเป็นการทุจริต ให้ผู้ว่าการส่งเรื่องให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจต่อไป มิได้มีการกำหนดบทลงโทษทางอาญาแต่อย่างใด

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ได้ อันเป็นการกำหนดมาตรการบังคับโทษส่วนเพิ่มที่ผู้กระทำความผิดจะพึงต้องรับจากผลของการกระทำความผิด และกรณีดังกล่าว เมื่อได้มีการฟ้องร้องและดำเนินคดีอาญาในฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว องค์การฝ่ายปกครองก็ยังคงอาศัยอำนาจในการลงโทษทางปกครองได้²¹⁵ ไม่ถือเป็นการดำเนินคดีซ้ำในทางอาญา เนื่องจากเป็นความผิดคนละประเภทกัน สอดคล้องกับระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่ยอมรับการลงโทษทางปกครองควบคู่ไปกับการดำเนินคดีและลงโทษทางอาญา เพื่อให้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในปี ค.ศ. 2014 โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้มีการวางแนวคำวินิจฉัยในเรื่องนี้โดยกำหนดให้สามารถลงโทษทางปกครองควบคู่กับโทษทางอาญาได้ในบางกรณีที่ถือเป็นการผิดร้ายแรงเท่านั้น²¹⁶

อย่างไรก็ตาม กรณีการนำโทษปรับทางปกครองมาใช้แทนโทษอาญา จำเป็นที่จะต้องมีการตรากฎหมายว่าด้วยการดำเนินการปรับและระงับคดีที่มีโทษปรับทางปกครองเป็นการเฉพาะ ในลักษณะเป็นกฎหมายกลางหรือกฎหมายพิเศษ เนื่องจากการสั่งลงโทษปรับทางปกครองแก่ผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนกฎหรือข้อบังคับของฝ่ายปกครองเป็นมาตรการที่กระทบต่อทรัพย์สินของผู้รับคำสั่งอันเป็นโทษ ซึ่งจะกระทำได้ต่อเมื่อมีบทกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น กรณีจึงเห็นควรให้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษปรับทางปกครอง อันมีสาระสำคัญ ได้แก่ การกำหนดเกณฑ์กลางในการใช้โทษทางปกครอง ครอบคลุมถึงวิธีการปรับและการจัดการเงินที่ปรับ รวมถึงการกำหนดให้มีหน่วยงานกลางในการบังคับใช้กฎหมายที่มีโทษปรับทางปกครองเป็นผู้มีหน้าที่ และมีอำนาจลงโทษปรับทางปกครองโดยเฉพาะ²¹⁷ เพื่อให้การดำเนินคดีที่มีโทษปรับทางปกครอง เป็นไปในทิศทางเดียวกัน มีแบบแผนมาตรฐานเดียวกัน เช่นเดียวกับระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่มีการตรากฎหมายว่าด้วยความผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeitengesetz) ขึ้นบังคับใช้โดยเฉพาะ โดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์กลางในการพิจารณาความผิดและกำหนดโทษปรับทางปกครอง อันเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้กระทำความผิดมิให้ต้องถูกบังคับโทษเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำตามสภาพและพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิด

²¹⁵ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 51/2548

²¹⁶ นางพัชมา จิตรมहिมา และคณะ. หลักเกณฑ์ในการลงโทษปรับทางปกครองตามกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส และแนวทางในการกำหนดโทษปรับทางปกครองในกฎหมายไทย, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2565, จาก <http://www.krisdika.go.th/data/activity/act13704.pdf>

²¹⁷ เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง “หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย” วันที่ 13 กันยายน 2560 จัดทำโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 2.

บรรณานุกรม

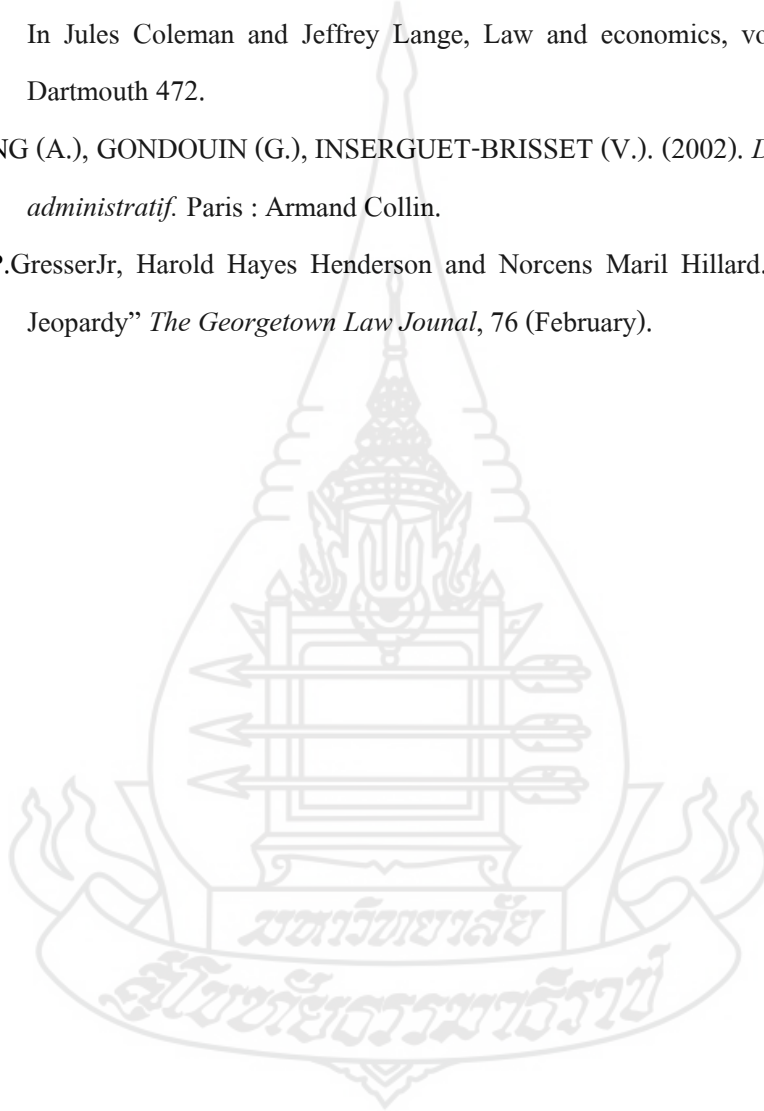
- กมลชัย รัตนสกวาวงศ์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- กรรณิรมย์ โกมลารชุน. (2557). วัตถุประสงค์ในคดีอาญาคืออะไร. *วารสารกระบวนการยุติธรรม*, 7(2).
- กฤษณ์ วสินนท์. (2547). *ร่างรายงานการวิจัย เรื่อง มาตรการบังคับทางปกครอง: ศึกษากรณีการแยกการปรับทางปกครองออกจากโทษปรับทางอาญาของประเทศฝรั่งเศส*. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. กรุงเทพมหานคร.
- กิตติพงษ์ สิริโรจน์. (2529). *ฟ้องชำในคดีอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท)* มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. (พิมพ์ครั้งที่ 10) กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ผลสยามพรีนติ้ง (ประเทศไทย).
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2553). *คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยการดำเนินคดีในชั้นก่อนการพิจารณา*. กรุงเทพมหานคร: พลสยามพรีนติ้ง (ประเทศไทย).
- โกเมน ภัทรภิรมย์. (2534). *การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่*. วารสารอัยการ, 163(14).
- คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ. (2547). *รายงานการศึกษาและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญา*.
- คณิต ฌ นคร. “อัยการเยอรมันและการดำเนินคดีอาญาของอัยการเยอรมันก่อนฟ้อง” ในอัยการกับการสอบสวนคดีอาญา รวบรวมบทความเกี่ยวกับการสอบสวนคดีอาญานานาชาติ โดยศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กรมอัยการ. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด ชุติมาการพิมพ์.
- คณิต ฌ นคร. (2549). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. (พิมพ์ครั้งที่ 7) กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- คณิต ฌ นคร. (2560). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 6) กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- คณิต ฌ นคร. (2561). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. (พิมพ์ครั้งที่ 9) กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- คณิศ เต็งสุวรรณ. (2558). *ปัญหาการจัดระบบกฎหมายที่กำหนดความผิดอาญาในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท)* มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.

- เจตน์ สถาวรนสีลพร. (2549). สถาบันข้าราชการ กับระบบวินัยและการลงโทษทางวินัย : ประสพการณ์ของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 6(2) .
- ฉันทนา เรื่องวิเศษทรัพย์. (2539). *การขอเข้าร่วมเป็นโจทก์และการรวมพิจารณาคดีอาญา*. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.
- ณรงค์ ใจหาญ. (2543). *กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ธานี วรภัทร์. (2553). *หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก*. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- นพนธิ สุริยะ. (2537). *สิทธิมนุษยชน*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- นัทธี จิตสว่าง. (ม.ป.พ.) *หลักทัณฑ์วิทยา*. กรุงเทพมหานคร: กรมราชทัณฑ์.
- ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. (2564). *หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญาภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกวุฒิสภา*. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า.
- ปกป้อง จันวิทย์. “ความรู้เบื้องต้นว่าด้วยนิติเศรษฐศาสตร์.” บทความวิชาการประกอบการสัมมนา เรื่อง “การวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์” จัดโดยสถาบันรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม ร่วมกับมูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย วันที่ 26 มกราคม 2553.
- ปกป้อง ศรีสนิท. (2561). *กฎหมายอาญาชั้นสูง*. (พิมพ์ครั้งที่ 2) กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ปुरुณ เหล่าอรอดปรีชา. (2562). *มาตรการลงโทษทางแพ่งและมาตรการทางอาญาต่อกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์*. *วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์*, 12(4).
- ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์. (2565). *การดำเนินการทางวินัยข้าราชการในประเทศไทย*. สืบค้นจาก https://admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/Academic/Academic_191212_163216.pdf
- พรรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์. (2535). *ความเหมาะสมในการบัญญัติความผิดลหุโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. บัณฑิตวิทยาลัย, กรุงเทพมหานคร.
- พยนต์ ลินธุนาวา. (2555). *การศึกษา เรื่อง การสืบเสาะและพินิจเชิงเปรียบเทียบ*. เอกสารประกอบผลงานกรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม

- พศิน วรเนติโพธิ์. (2564). การกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง: ศึกษาเฉพาะพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาตามกฎหมายไทย. *วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์*, 14(2).
- พัฒน์พงศ์ อมรวัฒน์. (2565). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยข้าราชการส่วนท้องถิ่นในประเทศฝรั่งเศส. สืบค้นจาก <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1905>
- มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง. (2529). *ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์.
- ร. แลงกาด์. (2526). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2*. (พิมพ์ครั้งที่ 3) กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิชย์.
- วรชัย แสนสิระ. (2560). การนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษตามกฎหมายต่างประเทศมาบังคับใช้กับคดีละเมิดตามกฎหมายไทย. *วารสารจตุรนิติ*.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). วิถีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ศักดิ์ ธานีกุล. (2555). รายงานวิจัย เรื่อง การนำหลักค่าเสียหายเชิงลงโทษมาใช้กฎหมายไทย. *ทุนวิจัยกองทุนรัชดาภิเษกสมโภช*. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. กรุงเทพมหานคร.
- ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณย์. บันทึกเสนอผลการศึกษาค้นคว้ากฎหมายต่างประเทศ “การใช้โทษทางปกครองและโทษทางอาญาควบคู่กันในระบบกฎหมายฝรั่งเศส,” เอกสารเสนอคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง เพื่อพิจารณาในการประชุมวันที่ 24 พฤศจิกายน 2547. (อันสำเนา).
- สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ. (2554). *รายงานการวิจัย นิติศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย*. โครงการการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์ (Economic Analysis of Criminal Laws). สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.). กรุงเทพมหานคร:
- สมศักดิ์ ประกอบแสงสวย. (2537). *การดำเนินคดีอาญาชั้นเจ้าพนักงานเป็นกระบวนการเดียวกัน* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร.
- สัญญาพงศ์ ลิ่มประเสริฐ สุธีราภรณ์ แสงจันทร์ศรี และอนิสา มานะทน. การลงโทษผู้กระทำผิดทางอาญา (Criminal Offenders' Punishment) งานประชุมวิชาการระดับชาติ มหาวิทยาลัยรังสิต ประจำปี 2562. วันที่ 26 เมษายน 2562.
- สุธิดา กาญจนะวงศ์. (2550). *การดำเนินคดีอาญาชั้นเจ้าพนักงาน* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. กรุงเทพมหานคร.

- สุพิศ ประณีตพลกรัง. (2562). *หลักและทฤษฎีกฎหมายอาญา*. (พิมพ์ครั้งที่ 2) กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- สุภัสดี เทพหัสดิน ณ อยุธยา. (2561). กฎหมายอาญาเพื่อ Over Criminalization. *วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์*, 44(2): 9 – 33.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2557). หลักสัดส่วนในการกำหนดโทษ. *วารสารวันรพี* กองบรรณาธิการหนังสือพิมพ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2559). *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญชีอ้างอิง*. (พิมพ์ครั้งที่ 16) กรุงเทพมหานคร: สำนักงานพิมพ์วิญญูชน.
- หยุด แสงอุทัย. (2537). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อรรถสิทธิ์ กัณมล. (2549). *ปัญหาการนำโทษทางปกครองมาใช้ควบคู่กับโทษทางอาญา*. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.
- อรณิชา สุขบาล. (2563). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยข้าราชการพลเรือนซึ่งกระทำการทุจริตในภาครัฐตามมติชี้มูลความผิดของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, กรุงเทพมหานคร.
- อานันท์ เกียรติสารพิภพ. (2565). *การดำเนินการตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*. สืบค้นจาก https://library2.parliament.go.th/giventake/content_royrueng/2561/tr2561-apr5.pdf
- Australian Law Reform Commission. (2022). *“Principled Regulation: Federal Civil and Administrative Penalties in Australia (ALRC Report 95)”*. Retrieved from <https://www.alrc.gov.au/%20sites/default/files/pdfs/publications/ALRC95.pdf>
- Clemens Bartollas. (2002). *Invitation to Corrections*. Boston: USA. Allyn & Bacon.
- Conseil d’État. (1995). *Les pouvoirs de l’administration dans le domaine des sanctions*. Paris : La Documentation française.
- DELLIS (G.). (1997). *Droit pénal et droit administratif*. Paris : L.G.D.J.
- Herbert L. Packer. (1968). *The Limits of the Criminal Sacntion*.
- LARGUIER (J.). (2004). *Procédure pénale. 20e édition*. Paris : Dalloz.
- MOREAU (J.). (1989). *Droit administratif*. Paris : P.U.F.
- PUT (J.). (1998). *Administratieve sancties in het sociale zekerheidsrecht*. Bruges : Die Keure.
- R. A. Posner. (1985). An Economic Theory of the Criminal Law. *Columbia Law Review*, 6: 85

- Robert S. Hunter. (1974). *Federal Trial Handbook*. New York : The Lawyers Co-Operative Publishing Co.,
- Stephen Livingstone and Tim Owen. (1999). *Prison Law*. 2nd ed. New York: Oxford.
- S. H. Kadish. (1968). The Crisis of Overcriminalization, *American Criminal Law Quarterly*, 7:24.
- Steven Shavell. (1992). Criminal law and optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent”
In Jules Coleman and Jeffrey Lange, *Law and economics*, volume 1, Aldershot, Dartmouth 472.
- VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.). (2002). *Dictionnaire de droit administratif*. Paris : Armand Collin.
- William P.Gresser Jr, Harold Hayes Henderson and Norcens Maril Hillard. (1988). “Double Jeopardy” *The Georgetown Law Journal*, 76 (February).



ภาคผนวก



คำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย

เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย

โดยที่มาตรา ๕ และมาตรา ๒๑ (๘) แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒ กำหนดให้ในการจัดทำร่างกฎหมาย หน่วยงานของรัฐพึงกำหนดโทษอาญาในกฎหมายเฉพาะความผิดร้ายแรง และให้คำนึงถึงหลักเกณฑ์ ดังนี้ (๑) การกระทำนั้นต้องกระทบต่อความมั่นคงหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวม และ (๒) เป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผลและมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒ คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี จึงออกคำแนะนำเกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย ดังต่อไปนี้

การกำหนดโทษอาญาในกฎหมายสำหรับการกระทำความผิดใดจะต้องยึดหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

ข้อ ๑ การกระทำที่เป็นความผิดร้ายแรงนั้นเป็นการกระทำที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง

หน่วยงานของรัฐต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมาย หากเป็นไปเพื่อคุ้มครอง สิ่งต่อไปนี้ อาจกำหนดเป็นโทษอาญาได้

(๑) เป็นการกระทำที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ได้แก่ การกระทำที่อาจทำให้เกิดความไม่มั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการเมืองการปกครอง หรือเป็นการกระทำที่อาจทำให้เกิดความไม่ปลอดภัยของประเทศหรือประชาชน อาจกำหนดเป็นความผิดอาญาได้ตามความร้ายแรงของการกระทำนั้น ๆ

(๒) เป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public order) หรือกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง (good morals) หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง ซึ่งต้องคำนึงถึงสภาพสังคมและเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป

ในการพิจารณาดังกล่าวให้ถือหลัก ดังต่อไปนี้

ความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public order) คือ กฎเกณฑ์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย มุ่งคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมหรือในประเทศชาติ เพื่อให้เกิดความมั่นคง (security) ความสงบสุข (tranquility) สันติภาพ (peace) และสุขภาพ (public health) ร่วมกันของคนในสังคม การกระทำใดที่ทำให้เกิดความไม่มั่นคง ความไม่สงบสุข ความวุ่นวายหรือบ่อนทำลายสุขภาพ

อันจะมีผลต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม การกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นย่อมกำหนดเป็นความผิดอาญาได้ตามความร้ายแรงแห่งการกระทำและเจตนา

ศีลธรรมอันดีของประชาชน (good morals) คือ กฎเกณฑ์ที่คนในสังคมส่วนใหญ่ถือปฏิบัติ ตามความเชื่อ ตามประเพณี หรือศาสนา และถือว่าเป็นเครื่องวินิจฉัยความประพฤติว่าถูกต้องหรือไม่ ปกติการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมทำให้นิติกรรมเสียไป แต่การกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนจะเป็นความผิดอาญาที่ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นเรื่องร้ายแรงและกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอันอาจทำให้เกิดความไม่มั่นคง ความไม่สงบสุข ความวุ่นวายในสังคมได้ ศีลธรรมอันดีของประชาชนนี้อาจมีวิวัฒนาการได้ตามยุคสมัยและตามพื้นที่ การกระทำที่กระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงย่อมกำหนดเป็นความผิดอาญาได้ตามยุคสมัย

การกระทำที่มีผลกระทบต่องานรวม คือ การกระทำที่ส่งผลร้ายต่อประชาชนในวงกว้าง ในด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมืองการปกครอง หรือสิ่งแวดล้อม หรือผลกระทบที่เป็นผลร้ายอื่นที่ไม่เพียงแต่เป็นการกระทบต่อปัจเจกบุคคลเป็นการส่วนตัว

ทั้งนี้ ในการพิจารณาหลักเกณฑ์ตาม (๑) และ (๒) หน่วยงานของรัฐต้องตระหนักว่า เกณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะเป็นพลวัตจึงต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับยุคสมัย สภาพสังคม เศรษฐกิจ การเมือง การปกครอง วัฒนธรรม และประเพณีที่เปลี่ยนแปลงไป รวมตลอดถึงความก้าวหน้าของเทคโนโลยี และปัจจัยอื่น ๆ

ข้อ ๒ เป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผลและมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้

การกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดและโทษอาญาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอย่างยิ่ง จึงต้องใช้ในกรณีที่ไม่มีมาตรการอื่นเพื่อให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้ หรือการลงโทษอย่างอื่นที่ไม่ใช่โทษอาญาไม่ทำให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัวเพราะได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจคุ้มค่ากว่าโทษที่ได้รับ หากมีมาตรการอื่นที่ทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้ เช่น มาตรการจูงใจเพื่อให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมาย หรือการอำนวยความสะดวกให้กระทำการที่รัฐอยากให้กระทำ การกำหนดมาตรการบังคับทางปกครอง การกำหนดสภาพบังคับทางเศรษฐกิจ เช่น การกำหนดโทษปรับเป็นพินัย* หรือการกำหนดให้เอกชนฟ้องร้องดำเนินคดีได้เอง เห็นสมควรใช้มาตรการดังกล่าว แต่ถ้ามาตรการดังกล่าวไม่อาจทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายอย่างได้ผลหรือมีประสิทธิภาพเพียงพอ กรณีนี้จึงกำหนดให้การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวเป็นความผิดและมีโทษอาญา

*โทษปรับเป็นพินัย เป็นแนวทางหนึ่งในการกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายกรณีไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย และไม่ใช้โทษอาญาหรือโทษทางปกครอง ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาอยู่ระหว่างการศึกษาและจัดทำร่างกฎหมายเพื่อที่จะเสนอเรื่องต่อไป

ข้อ ๓ ความผิดที่บัญญัติไว้แล้วในประมวลกฎหมายอาญา ภาคความผิด หากบทบัญญัติความผิดที่มีโทษอาญาในพระราชบัญญัติใดมีองค์ประกอบความผิดเหมือนหรือคล้ายคลึงกับความผิดที่กำหนดในภาคความผิดของประมวลกฎหมายอาญา มิให้กำหนดโทษอาญาในร่างกฎหมายนั้น เว้นแต่จะมีเหตุผลความจำเป็นพิเศษว่าเป็นกฎหมายเฉพาะจำเป็นต้องมีโทษสูงกว่าหรือมีโทษอุกฤษณ์ เช่น เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งหรือสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ประสงค์จะกำหนดโทษอาญาที่มีโทษน้อยกว่าโดยมิให้นำประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับจะต้องระบุในกฎหมายเฉพาะนั้นให้ชัดเจนว่า มิให้นำโทษสำหรับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับสำหรับการกระทำความผิดตามกฎหมายเฉพาะนั้น

ข้อ ๔ ในกรณีที่มีพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันประเทศไทย เช่น สนธิสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี กำหนดพันธกรณีให้ประเทศไทยต้องตรากฎหมายที่มีโทษอาญาตามที่กำหนดไว้ในพันธกรณีนั้น ให้กำหนดโทษอาญาได้ตามความจำเป็นและเหมาะสม และมีเพดานโทษ (threshold) ที่ชัดเจนด้วย ทั้งนี้ ในการตรากฎหมายที่กำหนดโทษอาญาตามพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นจะต้องอ้างข้อความในพันธกรณีที่ระบุให้กำหนดโทษอาญาให้ชัดเจนด้วย มิใช่แค่เป็นข้อเสนอแนะตามพันธกรณีว่าอาจกำหนดเป็นโทษอาญาเท่านั้น

ข้อ ๕ การกระทำใดที่เป็นกรรมเดียวและมีโทษอาญาอยู่แล้ว จะกำหนดให้การกระทำกรรมเดียวกันนั้นมีโทษอย่างอื่นด้วย เพื่อจูงใจให้ยอมรับโทษอย่างอื่นนั้นเพื่อระงับคดียอมกระทำมิได้

บทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหลายที่กำหนด “มาตรการลงโทษทางแพ่ง” เช่น กฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ต้องเปลี่ยนบทบัญญัติเป็นสภาพบังคับอื่นที่เหมาะสม เช่น โทษปรับทางปกครอง หรือโทษปรับเป็นพินัย เว้นแต่โดยสภาพของความผิดสมควรมีโทษอาญา เพราะเรื่องทางแพ่งในระบบประมวลกฎหมาย หมายถึงเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชนเท่านั้น แต่การละเมิดกฎหมายดังกล่าวข้างต้นไม่ใช่เรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชน หากแต่เป็นเรื่องระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ซึ่งต้องรักษาความสงบเรียบร้อยให้กับบุคคล จึงไม่ใช่เรื่องทางแพ่งและการเปลี่ยนโทษทางแพ่งมาเป็นโทษปรับเป็นพินัยย่อมคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกลงโทษมากกว่า

ตัวอย่างของการกระทำที่ไม่ควรกำหนดเป็นโทษอาญาตามหลักเกณฑ์ข้อ ๑ และข้อ ๒

(๑) การกระทำความผิดเล็กน้อย เช่น ผิดกฎจราจรเล็กน้อย โดยการจอดรถในที่ห้ามจอด ขับรถทับเส้นทึบ (เครื่องหมายจราจรบนผิวทาง) หรือก่อเหตุเดือดร้อนรำคาญที่กระทำต่อปัจเจกชน อาจกำหนดเป็นโทษปรับเป็นพินัยได้ ซึ่งต่างจากการกระทำผิดกฎจราจรที่อาจกระทบต่อความปลอดภัยของผู้อื่นซึ่งต้องกำหนดเป็นโทษอาญา เช่น การขับรถโดยไม่มีใบอนุญาต การขับรถฝ่าไฟแดง (สัญญาณไฟจราจร)

(๒) การทำการฝ่าฝืนกฎหมายเศรษฐกิจที่ไม่มีผลกระทบรุนแรง อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองหรือมาตรการบังคับอื่นแทน เช่น สั่งให้หยุดหรือแก้ไขให้ถูกต้อง หรือการใช้มาตรการบังคับทางแพ่งในกรณีการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่ได้มีความมุ่งหมายทางการค้า

(๓) การฝ่าฝืนไม่ต่ออายุใบอนุญาตหรือต่ออายุใบอนุญาตเกินกำหนด ไม่แจ้งเปลี่ยนสถานที่ประกอบการ

(๔) ความผิดเกี่ยวกับการแต่งเครื่องแต่งกายโดยไม่มีสิทธิ เช่น แต่งกายแสดงวิถยฐานะของสถาบันอุดมศึกษาโดยไม่มีสิทธิ แต่การแต่งเครื่องแบบเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายโดยไม่มีสิทธิควรกำหนดเป็นโทษอาญาเพราะจะทำให้ประชาชนเข้าใจผิดว่าเป็นเจ้าพนักงาน



ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อ	นายเมธานีย์ ผิวหลง
วัน เดือน ปีเกิด	19 ธันวาคม 2536
สถานที่เกิด	จังหวัดอุตรดิตถ์
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
สถานที่ทำงาน	องค์การบริหารส่วนตำบลวังหมัน อำเภอสามเงา จังหวัดตาก
ตำแหน่ง	นิติกร

