

บทที่ 2

ความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการเรียไร

ผู้วิจัยได้ทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการเรียไร โดยศึกษาความเป็นมาของการเรียไรในอดีตจนถึงปัจจุบัน ตลอดจนแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่นำมาใช้ควบคุม เพื่อวิเคราะห์ว่าการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการเรียไรนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเหมาะสมหรือไม่ รวมทั้งโทษที่กำหนดสามารถป้องกันและปราบปรามการเรียไรที่ไม่ชอบได้หรือไม่

2.1 ความเป็นมาของการเรียไร

เดิมการเรียไรมักมีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณประโยชน์ โดยการขอรับเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดเพื่อไปทำประโยชน์ให้แก่ส่วนรวม ไม่ว่าจะเป็นการสร้างสะพาน โรงเรียน บูรณะปฏิสังขรณ์ ซุคบ่อ แต่ต่อมามีกลุ่มคนที่อาศัยความมีน้ำใจของผู้อื่น เพื่อจะหาประโยชน์ส่วนตัวจากการเรียไร ด้วยการหลอกลวงหรือข่มขู่จนกลายเป็นการก่ออาชญากรรมรูปแบบหนึ่ง เกิดเป็นแนวคิดที่ว่ารัฐจะต้องดำเนินการควบคุมและตรวจสอบการเรียไรโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือ

2.1.1 ประวัติและวิวัฒนาการของการเรียไร

ตามหลักฐานทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับการเรียไรของไทย พบว่ามีการเรียไรครั้งแรกในรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งมีการเผยแพร่ราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 21 พฤษภาคม ร.ศ.118 หรือ พ.ศ. 2442 กล่าวถึงการเรียไรเงินเพื่อซ่อมแซมสะพานข้ามคลองที่ชำรุดเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน¹ ปรากฏข้อความที่ตีพิมพ์ไว้ดังนี้

“ ด้วยมีพระบรมราชโองการ ดำรัสเหนือเกล้าฯ สั่งว่า พระยาสุนทรบุรี ข้าหลวงเทศาภิบาล สำเร็จราชการมณฑลนครไชยศรี มีใบบอกที่ 9, 414, ลงวันที่ 25 เมษายน ร.ศ, 118 กราบบังคมทูลทรงทราบฝ่าละอองธุลีพระบาทว่า ที่ตำบลปากคลองเจดีย์บูชา นั้น แต่เดิมมีสะพานซึ่งเจ้าพระยาทิพากรวงศ์ได้สร้างไว้สำหรับให้ราษฎรข้ามไปมาบัดนี้สะพานนั้นชำรุดหักพัง ไม่มีทางจะข้ามไปมาถึงกันได้ เป็นความลำบากของราษฎร ที่จะข้ามคลองไปมา พระยาสุนทรบุรีได้

¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 16/หน้า 115/21 พฤษภาคม 118.

คิดจัดการเรียรายผู้ว่าราชการเมืองกรมการ เจ้าภานีนายอากร แลรายธุรในมณฑลนครไชยศรีกับผู้มีบรรดาศักดิ์ในกรุงเทพฯ ได้เงิน 30 ชั่ง แล้วพระยาสุนทรบุรี ได้หาจ้างช่างมารับเหมาสร้างสพานตามจำนวนเงินที่เรียรายได้เป็นเงิน 30 ชั่ง ทำเป็นสพานหก กว้าง 6 ศอก ยาว 12 วา นายช่างได้ลงมือสร้างสพานแต่เดือนกรกฎาคม ศก 117 ถึงเดือนกุมภาพันธ์ ร.ศ. 117 แล้วเสร็จพระยาสุนทรบุรีได้เปิดให้รายธุรใช้สพานหก ปากคลองเจดีย์บูชาไปมาได้โดยสะดวกแล้ว พระยาสุนทรบุรีพร้อมด้วยผู้มีบรรดาศักดิ์ผู้ว่าราชการเมืองกรมการ เจ้าภานีนายอากร แลรายธุร บรรดาซึ่งได้ลงเงินเรียรายขอพระราชทานถวายพระราชกุศล แลขอรับพระราชทานนามสำหรับสพานนี้ด้วย

ซึ่งข้าหลวงเทศาภิบาล กับผู้มีบรรดาศักดิ์ พร้อมด้วยผู้ว่าราชการเมืองกรมการ เจ้าภานีนายอากร แลรายธุร พร้อมใจกันทำการกุศลลงเงินเรียราย สร้างสพานหกปากคลองเจดีย์บูชานั้น มีพระราชหฤทัยยินดี แลทรงพระอนุโมทนาในการกุศล แลได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ พระราชทานนามสพานนี้ว่า สพานสุนทรบุรี”

อย่างไรก็ตาม แม้การเรียไรในสมัยก่อนจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่บางครั้งมีการแอบอ้างการเรียไรเพื่อหลอกลวงประชาชน สร้างความเดือดร้อนรำคาญให้แก่ประชาชนทั่วไป กรมหลวงดำรงราชานุภาพ เสนาบดีกระทรวงมหาดไทย จึงรับพระบรมราชโองการเผยแพร่ "ประกาศ ข้อบังคับสำหรับการเรียรายในลานเจดีย์สถาน²" ซึ่งเป็นกำหนดกฎเกณฑ์ในการเรียไรทรัพย์สิน โดยผู้ที่จะเรียไรจะต้องได้รับอนุญาตให้ทำการเรียไรก่อน หากฝ่าฝืนจะต้องได้รับโทษทางอาญา ดังนี้

“พระเจ้าน้องยาเธอ กรมหลวงดำรงราชานุภาพ เสนาบดีกระทรวงมหาดไทยรับพระบรมราชโองการใส่เกล้าฯ ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศทราบทั่วกันว่า ได้ทรงทราบฝ่าลองธุลีพระบาทว่า ในสมัยนี้เวลาเทศกาลเมื่อรายธุรไปประชุมนมัสการเจดีย์สถานตามหัวเมืองคือพระพุทธรบาท เป็นต้น มีคนไปตั้งเรียรายในบริเวณเจดีย์สถานนั้น ๆ มากขึ้นกว่าแต่ก่อน และโดยมากไม่มีใครรู้ได้ว่า คนเหล่านั้นเรียรายจะเอาทรัพย์สินไปประกอบกิจการกุศลอย่างใด ๆ มีแต่เทียนหรือภาชนะไปตั้งให้สัปรุษย์เข้าใจว่าเรียราย ใครศรัทธาที่จะทำบุญทานก็ให้ทรัพย์สิน ครั้นเสร็จสิ้นเทศกาลแล้วผู้เรียรายก็พาทรัพย์สินสูญไปเสียโดยมาก เช่นนี้เป็นช่องทางที่คนโกงจะพ้อลวงเอาทรัพย์สินของสัปรุษย์ที่มีเจตนาในการกุศล หาสมควรไม่ จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ตั้งว่า แต่ต่อไปในเวลา นักขัตฤกษ์ที่รายธุรประชุมกันกระทำการสักการบูชาเจดีย์สถานทีใด ๆ ถ้าเป็นผู้อื่นนอกจากผู้เป็นเจ้าอาวาส หรือ เจ้าพนักงานผู้จัดการบำรุงรักษาเจดีย์สถานนั้น เรียรายเพื่อบำรุงรักษาเจดีย์สถานนั้นเองแล้ว ผู้อื่นหรือผู้ที่ตั้งเรียรายเพื่อการอย่างอื่น ต้องไปขออนุญาตต่อเทศาภิบาล คือข้าหลวง

² ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 23/หน้า 6/1 เมษายน 125.

เทศาภิบาลก็ดี ผู้ว่าราชการเมืองก็ดี นายอำเภอก็ดี ซึ่งเป็นหัวหน้ารักษาการท้องที่นั้นก่อน ให้เทศาภิบาลสอบถามจนเป็นที่พอใจว่า การที่เรียรายนั้นเป็นการกุศลสุจริตจริงแล้ว จึงให้ออกใบอนุญาต อันปรากฏชื่อผู้เรียราย และการกุศลที่จะไปทำด้วยทรัพย์ที่เรียรายได้ไปนั้น ไว้ในใบอนุญาตเป็นสำคัญ ใบหนึ่งหรือหลายใบเท่าจำนวน ซึ่งจะตั้งแยกกันเรียรายในที่ต่าง ๆ ในบริเวณนั้น ให้ผู้เรียรายเอาใบอนุญาตนี้ปิดไว้เป็นสำคัญให้แลเห็นได้ ณ ที่เรียรายนั้นทุก ๆ แห่ง ถ้าและผู้ใดไปเรียรายโดยไม่ขออนุญาตก็ดี ไม่ได้รับอนุญาตก็ดี หรือไม่ใช่ใบอนุญาตตามที่ว่ามาในประกาศนี้ก็ดี ผู้นั้นมีความผิดต้องระวางโทษปรับเป็นเงิน 20 บาท หรือจำคุก มีกำหนดเดือนหนึ่ง หรือทั้งจำและปรับด้วยทั้งสองสถาน ส่วนทรัพย์ที่เรียรายได้โดยผิดประกาศอันนี้ ให้เป็นของสำหรับเจดีย์สถานทีไปตั้งเรียรายนั้น แต่โทษที่ว่ามาทั้งนี้ไม่ลบล้างพระราชอาญาอันจะพึงมีแก่ผู้กระทำความผิดซึ่งไปตั้งเรียราย แม้โดยได้รับอนุญาตแล้ว เมื่อได้ความจริงว่าการเรียรายนั้นเป็นการพ้อลงมือเอาทรัพย์ของผู้อื่นอันมีถ้อยหนักกว่ากำหนดที่ได้ว่ามาแล้ว

ประกาศมาณ วันที่ 1 เมษายน รัตนโกสินทรศก 125 เป็นวันที่ 13655 ในรัชกาลปัตยุบันนี้
(ลงพระนาม) ดำรงราชานุภาพ
เสนาบดีกระทรวงมหาดไทย”

หลังจากนั้นเป็นต้นมาก็ยังคงมีประกาศการเรียไรของหน่วยงานต่าง ๆ อันเป็นการเรียไรเพื่อประโยชน์สาธารณะอีกเป็นจำนวนมาก ตัวอย่างเช่น ในรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวมีการสร้างสะพานพระพุทธรยอดฟ้าข้ามแม่น้ำเจ้าพระยาเชื่อมพระนครกับธนบุรีเข้าด้วยกัน เพื่อประโยชน์ด้านการคมนาคมสัญจรรองรับการขยายตัวของเมือง สร้างขึ้นเนื่องในโอกาสสถาปนากรุงเทพมหานครครบ 150 ปี รัฐบาลได้ประมาณการงบประมาณที่ใช้ในการก่อสร้างปฐมบรมราชานุสรณ์ไว้เป็นจำนวน 4,000,000 บาท พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงบริจาคพระราชทรัพย์ส่วนพระองค์จำนวนหนึ่ง รัฐบาลส่วนหนึ่ง ส่วนอีกจำนวนหนึ่งนั้นทรงพระราชดำริว่าควรบอกบุญเรียไรประชาชน เมื่อการก่อสร้างแล้วเสร็จ พระองค์เสด็จพระราชดำเนินทรงเปิดสะพานด้วยพระองค์เอง เมื่อวันที่ 6 เมษายน พ.ศ. 2475

ในช่วงเวลาเดียวกันนั้น พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อปฏิสังขรณ์วัดพระศรีรัตนศาสดารามให้ทันกับการสมโภชกรุงรัตนโกสินทร์ครบ 150 ปี ใน พ.ศ. 2475 เช่นกัน โดยมีสมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ เจ้าฟ้าบริพัตรสุขุมพันธุ์ กรมพระนครสวรรค์วรพินิต ทรงเป็นประธานคณะกรรมการในการปฏิสังขรณ์วัดพระศรีรัตนศาสดารามซึ่งต้องใช้เงินประมาณ 6 แสนบาทเศษ พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงมีพระราชศรัทธาอุทิศพระราชทรัพย์ส่วนพระองค์ 200,000 บาท รัฐบาลอนุญาตเงินแผ่นดิน 200,000 บาท ส่วนที่ยังขาดอยู่ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้กรรมการจัดดำเนินการเรียไรพระบรมวงศานุวงศ์ ข้าราชการ และ

ประชาชนทั่วไป เพื่อให้ได้มีโอกาสบำเพ็ญกุศลร่วมกัน โดยให้กระทรวงพระคลังมหาสมบัติ จัดพนักงานรับเรียไรที่กรมพระคลังสมบัติ วัดพระศรีรัตนศาสดาราม และที่ทำการคลังจังหวัดทั่วประเทศ โดยมีการออกใบเสร็จรับเงินสีขาวแก่ผู้บริจาค 1 บาท ใบเสร็จรับเงินสีเขียวใบไม้สำหรับผู้บริจาค 5 บาท ใบเสร็จรับเงินสีแดงสำหรับผู้บริจาค 20 บาท และใบเสร็จสีเหลืองสำหรับผู้บริจาค 100 บาท มีหมายเลขประจำใบเสร็จ และมีตราของกรมพระคลังมหาสมบัติประทับต้นขั้วกับใบเสร็จและมีลายเซ็นของเจ้าพนักงานด้วย นอกจากนี้มีการแจกเหรียญพระแก้วตอบแทนเป็นที่ระลึกตามชั้นและจำนวนเงินที่บริจาคด้วย³

จนกระทั่งเมื่อวันที่ 11 กันยายน พ.ศ. 2480 ในรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระปรเมนทรมหาอานันทมหิดล คณะผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ได้ตรากฎหมายขึ้นเพื่อควบคุมการเรียไร คือ “พระราชบัญญัติควบคุมการเรียไร พุทธศักราช 2480” ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 54 เมื่อวันที่ 20 กันยายน 2480 นำระบบการอนุญาตให้ทำการเรียไรมาใช้ ซึ่งจะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อนทำการเรียไร มีการกำหนดตัวบุคคลที่ไม่มีสิทธิเรียไร และกำหนดบทลงโทษทางอาญาไว้ด้วย ปรากฏว่าการควบคุมการเรียไรยังไม่รัดกุมเท่าที่ควร ในวันที่ 11 มกราคม พ.ศ. 2487 จึงมีการตรากฎหมายฉบับใหม่ขึ้น ชื่อว่า “พระราชบัญญัติควบคุมการเรียไร พุทธศักราช 2487” ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ตอนที่ 6 เล่ม 61 เมื่อวันที่ 18 มกราคม 2487 มีผลเป็นการยกเลิกพระราชบัญญัติฉบับพุทธศักราช 2480 กฎหมายฉบับใหม่ได้เปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ไปจากของเดิมหลายประการ⁴ เช่น การกำหนดให้มีคณะกรรมการควบคุมการเรียไรเพื่อเป็นผู้พิจารณาอนุญาตให้ทำการเรียไร นอกจากนี้ มีการกำหนดบทบัญญัติที่เป็นมาตรฐานทางกฎหมายในปัจจุบัน คือ หลักกฎหมายเกี่ยวกับเงื่อนไขของคำสั่งทางปกครองและการให้เหตุผลของคำสั่งทางปกครอง รวมทั้งการอุทธรณ์คำสั่งของคณะกรรมการที่สั่งไม่อนุญาตการเรียไรด้วย และพระราชบัญญัติควบคุมการเรียไร พุทธศักราช 2487 นี้ยังคงมีผลบังคับใช้จนถึงปัจจุบัน

2.1.2 ความหมายของการเรียไร

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้นิยามคำว่า “เรียไร” หมายถึง “ขอร้องให้ช่วยออกเงินทำบุญเป็นต้นตามสมัครใจ เช่น เรียไรสงเคราะห์เด็กกำพร้า”⁵

³ สรวิชญ์ ฤทธิจรูญโรจน์. (2563). *ย้อนรอยการเรียไรในสังคมไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://m.museumsiam.org/da-detail2.php?MID=3&CID=177&CONID=4225&SCID=242>. [2564, 16 มิถุนายน]

⁴ ณวรัตน์ ศิริพิพัฒน์. (2561). *กฎหมายควบคุมการเรียไร (ตอนที่ 1 intro)*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.xn--12ca3b1bb4cded8fvcua6a5l.com/2018/07/1-intro.html>. [2564, 19 มิถุนายน]

⁵ ราชบัณฑิตยสถาน. (2556). *พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คพับลิเคชันส์. หน้า 1014.

ส่วนพระราชบัญญัติควบคุมการเรียไร พุทธศักราช 2487 กำหนดนิยามคำว่า “การเรียไร” ไว้ในมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า “การเรียไร หมายความว่า ความรวมตลอดถึงการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ชดใช้ หรือบริการธรรมดา แต่เพื่อรวบรวมทรัพย์สินที่ได้มาทั้งหมดหรือบางส่วนไปใช้ในกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นด้วย”

เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าความหมายตามพจนานุกรมการทำให้ได้มาจะเป็นลักษณะการขอและสิ่งที่ได้จากการเรียไรจะเป็นตัวเงินเท่านั้น แต่ตามพระราชบัญญัติไม่ได้กล่าวถึงลักษณะการขอระบุแต่เพียงวิธีการที่ทำให้ได้มาซึ่งมีหลากหลายไม่ว่าซื้อขาย แลกเปลี่ยน ชดใช้ หรือบริการ ในขณะที่สิ่งที่ได้มาจะเป็นทรัพย์สินใดก็ได้ไม่จำกัดเฉพาะตัวเงินเท่านั้น

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการเรียไรของหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2544 ออกตามความในมาตรา 11 (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ให้ความหมายคำว่า “การเรียไร” หมายความว่า “การเก็บเงินหรือทรัพย์สิน โดยขอร้องให้ช่วยออกเงินหรือทรัพย์สินตามใจสมัคร และให้หมายความรวมถึงการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ชดใช้ หรือบริการซึ่งมีการแสดงโดยตรงหรือโดยปริยายว่ามีใช่เป็นการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ชดใช้หรือบริการธรรมดา แต่เพื่อรวบรวมเงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาทั้งหมดหรือบางส่วนไปใช้ในกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นด้วย” ซึ่งความหมายตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีนี้คล้ายกับความหมายตามพระราชบัญญัติควบคุมการเรียไร พุทธศักราช 2487 แต่อธิบายเพิ่มถึงลักษณะการกระทำที่เป็นการ “ขอร้องให้ช่วย” ผ่านวิธีการต่าง ๆ เพื่อให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ ยังมีลักษณะการกระทำที่คล้ายกับการเรียไร คือการขอกทานซึ่งพระราชบัญญัติควบคุมการขอกทาน พ.ศ. 2559 กำหนดให้การกระทำบางอย่างถือว่าเป็นการขอกทาน

มาตรา 13 บัญญัติว่า “ห้ามบุคคลใดทำการขอกทาน

การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นการขอกทาน

1) การขอเงินหรือทรัพย์สินจากผู้อื่นเพื่อเลี้ยงชีวิต ไม่ว่าจะเป็นการขอด้วยวาจา ข้อความ หรือการแสดงกิริยาอาการใด

2) การกระทำด้วยวิธีการใดให้ผู้อื่นเกิดความสงสารและส่งมอบเงินหรือทรัพย์สินให้ การแสดงความสามารถ ไม่ว่าจะเป็นการเล่นดนตรีหรือการแสดงอื่นใด เพื่อให้ได้มาซึ่งเงินหรือทรัพย์สินจากผู้ชมหรือผู้ฟัง การขอเงินหรือทรัพย์สินกันฐานญาติมิตร หรือการเรียไร ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการเรียไร ไม่ถือว่าเป็นการขอกทานตามพระราชบัญญัตินี้”

การกระทำที่ถือว่าเป็นการขอกทานตามพระราชบัญญัติควบคุมการขอกทาน พ.ศ. 2559 มีลักษณะคล้ายกับการเรียไร เพราะเป็นการ “ขอเงินหรือทรัพย์สิน” เช่นเดียวกับการเรียไร เพียงแต่การขอกทานจะมีองค์ประกอบในการกระทำอย่างอื่นด้วย เช่น การขอเพื่อเลี้ยงชีพ หรือการขอด้วย

วิธีการที่ทำให้ผู้อื่นเกิดความสงสัย จึงเห็นได้ว่า การเรียไรมีความหมายที่กว้างกว่าการขอกทาน เพราะการเรียไรมิใช่แต่เพียงการขอเงินหรือทรัพย์สินเท่านั้น แต่อาจเป็นการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ชาติใช้ หรือบริการก็ได้⁶ และไม่ได้จำกัดวัตถุประสงค์เพียงเพื่อเลี้ยงชีพเท่านั้น และมาตรา 13 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการขอกทาน พ.ศ. 2559 ได้บัญญัติให้การเรียไรมตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการเรียไรมิถือว่าเป็นการขอกทานตามพระราชบัญญัติควบคุมการขอกทาน พ.ศ. 2559 อีกด้วย

ดังนั้น คำว่า “การเรียไร” จึงหมายถึง การขอเงินหรือทรัพย์สินจากผู้อื่น ซึ่งอาจจะกระทำผ่านการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ชาติใช้ หรือบริการก็ได้ เพื่อนำเงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำเช่นนั้นไปใช้ในกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง

2.1.3 ประเภทของการเรียไร

การเรียไรแบ่งเป็นประเภทตามลักษณะของผู้ที่ทำการเรียไรออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ การเรียไรโดยบุคคลทั่วไป เอกชน มูลนิธิ หรือสมาคมต่าง ๆ การเรียไรโดยวัดหรือพระภิกษุสามเณร และการเรียไรโดยเจ้าหน้าที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐ

2.1.3.1 การเรียไรโดยบุคคลทั่วไป เอกชน มูลนิธิ หรือสมาคมต่าง ๆ

การเรียไรประเภทนี้อาจเรียกโดยรวมว่าเป็นการเรียไรโดยเอกชน ซึ่งต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติควบคุมการเรียไร พุทธศักราช 2487 ซึ่งกำหนดข้อห้ามไม่ให้จัดให้มีการเรียไรหรือทำการเรียไรในกิจการ 5 ประการ ดังนี้ การเรียไรเพื่อรวบรวมทรัพย์สินมาให้หรือ ชาติใช้แก่จำเลย เพื่อใช้เป็นค่าปรับ เว้นแต่จะเป็นการเรียไรในระหว่างวงศญาติของจำเลย การเรียไร โดยกำหนดเก็บเงินหรือทรัพย์สินอย่างอื่นเป็นอัตราโดยคำนวณตามเกณฑ์ปริมาณสินค้า ผลประโยชน์ หรือวัตถุอย่างอื่น การเรียไรอันอาจเป็นเหตุให้เสื่อมทรามแก่ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชน การเรียไรอันอาจเป็นเหตุกระทบกระเทือนอย่างรุนแรงถึงทางสัมพันธ์ไมตรีกับต่างประเทศ และการเรียไรเพื่อจัดหาทุพภิกขภัยให้แก่ต่างประเทศ

พระราชบัญญัติควบคุมการเรียไร พุทธศักราช 2487 กำหนดลักษณะการเรียไรที่จะต้องได้รับอนุญาต แบ่งเป็น 2 กรณี คือ กรณีแรก การเรียไรที่จะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการควบคุมการเรียไร สำหรับการเรียไรซึ่งอ้างว่าเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ เทศบาล หรือสาธารณประโยชน์ กรณีที่สอง การเรียไรที่จะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ สำหรับการเรียไรในถนนหลวงหรือในที่สาธารณะ การเรียไรโดยโฆษณาด้วยสิ่งพิมพ์ ด้วยวิทยุ

⁶ ศศิธร มุสิกะศิริ. (2559). *ความรับผิดชอบทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับขอกทาน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 15.

กระจายเสียง หรือด้วยเครื่องแปลงเสียง ส่วนวิธีการเรียไรรวมหมายไม่ได้กำหนดไว้ เพียงแต่ห้ามมิให้ใช้ถ้อยคำหรือวิธีการใด ๆ ซึ่งเป็นการบังคับผู้ถูกเรียไรรโดยตรงหรือปริยาย หรือซึ่งจะทำให้ผู้ถูกเรียไรรเกิดความหวาดหวั่นหรือเกรงกลัว

2.1.3.2 การเรียไรรโดยวัดหรือพระภิกษุสามเณร

ตามคำสั่งมหาเถรสมาคม เรื่อง ควบคุมการเรียไรร พ.ศ. 2539 ให้ความหมาย “การเรียไรร” หมายถึง การขอรวมตลอดถึงการซื้อขายแลกเปลี่ยน ชดใช้ หรือบริการ ซึ่งมีการแสดงโดยตรงหรือโดยอ้อม ว่ามิใช่เป็นการซื้อขายแลกเปลี่ยน ชดใช้ หรือบริการตามธรรมดา และให้มีความหมายถึงการออกเรียไรร การแจกซองฎีกา การบอกบุญบรรณโดยสาร การกัณฑ์รถโดยสาร การใช้จ่ายพาหนะบรรทุกฎกนิมิต พระพุทธรูปประพรมน้ำพระพุทธรมนต์ การตั้งองค์กฐินผ้าป่าตามสถานที่ต่าง ๆ การบอกบุญโดยใช้บาตรจำลอง กระบอกไม้ไผ่ กระป๋องผ้าป่า การโฆษณาบอกบุญทางสถานีวิทยุกระจายเสียง ทางสถานีโทรทัศน์ หรือทางสื่อมวลชนอื่น ๆ เพื่อรวบรวมทรัพย์สินที่ได้มาทั้งหมดหรือบางส่วนไปใช้ในกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง

ข้อ 5 ของคำสั่งมหาเถรสมาคม ห้ามมิให้วัดหรือพระภิกษุสามเณรทำการเรียไรร หรือมอบหมายหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำการเรียไรร ทั้งโดยทางตรงและโดยทางอ้อมเพื่อประโยชน์แก่วัดหรือพระศาสนา หรือเพื่อประโยชน์อย่างอื่นใดแก่คนหรือผู้อื่น เว้นแต่ในกรณีที่กำหนดไว้ในคำสั่งมหาเถรสมาคมนี้ ซึ่งข้อยกเว้นตามคำสั่งมหาเถรสมาคม มี 2 กรณี คือ กรณีที่มีการบำเพ็ญกุศลในวัด ซึ่งเป็นงานประจำปี หรืองานพิเศษ ถ้าจะมีการเรียไรร การโฆษณาเรียไรร และการรับเงิน หรือทรัพย์สินจากการเรียไรร ให้กระทำได้เฉพาะภายในบริเวณวัด ห้ามมิให้กระทำนอกบริเวณวัด และกรณีจำเป็นจะต้องทำการเรียไรรนอกบริเวณวัด เพื่อก่อสร้างหรือปฏิสังขรณ์ถาวรวัตถุใด ถาวรวัตถุ นั้นต้องได้มีการก่อสร้าง หรือปฏิสังขรณ์ไว้แล้วไม่น้อยกว่าครึ่งของงานก่อสร้าง หรือปฏิสังขรณ์ทั้งหมด และให้เจ้าอาวาสปฏิบัติตามคำสั่งมหาเถรสมาคมและตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการเรียไรรต่อไป

2.1.3.3 การเรียไรรโดยเจ้าหน้าที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐ

ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการเรียไรรของหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2544 “การเรียไรร” หมายความว่า การเก็บเงินหรือทรัพย์สินโดยขอร้องให้ช่วยออกเงิน หรือทรัพย์สินตามใจสมัคร และให้หมายความรวมถึงการซื้อขายแลกเปลี่ยน ชดใช้ หรือบริการซึ่งมีการแสดงโดยตรงหรือโดยปริยายว่ามิใช่เป็นการซื้อขายแลกเปลี่ยน ชดใช้ หรือบริการธรรมดา แต่เพื่อรวบรวมเงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาทั้งหมด หรือบางส่วนไปใช้ในกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นด้วย

“หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า ส่วนราชการหรือหน่วยงานที่อยู่ในกำกับดูแลของรัฐทุกระดับทั้งในราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น และรัฐวิสาหกิจ

“เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน และลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ

วัตถุประสงค์ในการเรียไร โดยเจ้าหน้าที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐ 4 ประการ คือ เป็นการเรียไรที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินการเพื่อประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐนั้นเองเป็นการเรียไรที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินการเพื่อประโยชน์แก่การป้องกันหรือพัฒนาประเทศเป็นการเรียไรที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินการเพื่อสาธารณประโยชน์ และเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการเรียไรของบุคคลหรือนิติบุคคลที่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการควบคุมการเรียไรตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการเรียไรแล้ว

นอกจากนี้ ระเบียบดังกล่าวยังได้กำหนดข้อห้ามเจ้าหน้าที่ของรัฐและหน่วยงานของรัฐดำเนินการเรียไรหรือเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการเรียไร ยกตัวอย่างเช่น การเรียไรที่กำหนดให้ผู้บริจาคต้องบริจาคตเงินหรือทรัพย์สินเป็นจำนวนหรือมูลค่าที่แน่นอน การเรียไรที่บังคับให้บุคคลใดทำการเรียไรหรือบริจาคต การเรียไรที่เจ้าหน้าที่รัฐใช้หรือแสดงตำแหน่งหน้าที่ให้ปรากฏในการดำเนินการ

2.1.4 วิธีการในการเรียไร

เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติควบคุมการเรียไร พุทธศักราช 2487 จะพบว่า กฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีการในการเรียไรไว้อย่างชัดเจน มีเพียงการกำหนดให้การเรียไรบางวิธีจะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อนจึงจะดำเนินการได้

มาตรา 8 บัญญัติว่า “การเรียไรในถนนหลวงหรือในที่สาธารณะ การเรียไรโดยโฆษณาด้วยสิ่งพิมพ์ ด้วยวิทยุกระจายเสียง หรือด้วยเครื่องเปล่งเสียง จะจัดให้มีหรือทำได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว

ข้อความในวรรคก่อนนี้มีให้ใช้บังคับแก่

- 1) การเรียไรซึ่งได้รับอนุญาตหรือได้รับยกเว้นตามมาตรา 6
- 2) การเรียไรเพื่อกุศลสงเคราะห์ในโอกาสที่บุคคลชุมนุมกันประกอบศาสนกิจ
- 3) การเรียไรโดยขายสิ่งของในงานออกร้าน หรือในที่นัดประชุมเฉพาะแห่งอันได้จัดให้ขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้ได้รับอนุญาตให้มีการออกร้าน หรือผู้จัดให้มีการนัดประชุมเป็นผู้จัดให้ขึ้น”

เมื่อวิเคราะห์ตามบทบัญญัติข้างต้น วิธีการเรียไรอาจแบ่งได้ 2 วิธี คือ การเรียไรต่อหน้าและการเรียไรผ่านสื่อ

2.1.4.1 การเรียไรต่อหน้า คือ การกระทำที่ผู้เรียไรไปทำการเรียไรยังสถานที่ต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นที่สาธารณะหรือที่รโหฐาน โดยอยู่ต่อหน้าผู้ถูกเรียไรและแจ้งวัตถุประสงค์ในการเรียไร

ของคุณ เพื่อขอรับเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดไปใช้ในกิจการที่แจ้งต่อผู้ถูกเรียไ ซึ่งตรงกับวิธีการเรียไในถนนหลวงหรือในที่สาธารณะ การเรียไเพื่อกุศลสงเคราะห์ในโอกาสที่บุคคลชุมนุมกัน ประกอบศาสนกิจ และการเรียไโดยขายสิ่งของในงานออกร้าน หรือในที่นัดประชุมเฉพาะแห่งในมาตรา 8

ประเทศไทยจะคุ้นเคยกับเจ้าหน้าที่ของมูลนิธิกุ๊ยกัยต่าง ๆ เดินขอรับเงินบริจาคเพื่อจัดซื้อโรงสพให้สพไร้ญาติ หรือรณแห่งของวัดเชญร่วมทำบุญสร้างโบสถ์ ในต่างประเทศก็มีการขอรับบริจาคแบบเคาะประตูบ้าน (Door-to-door fundraising) ที่ผู้เรียไขอรับบริจาคโดยการเดินเคาะประตูบ้านที่ละหลังเพื่อแจ้งวัตถุประสงค์ในการเรียไ

2.1.4.2 การเรียไผ่านสื่อ คือ การกระทำที่ผู้เรียไโฆษณาวัตถุประสงค์ในการเรียไผ่านสื่อต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ โทรคมนาคม หรือทางออนไลน์ เพื่อขอรับเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดไปใช้ในกิจการตามที่ตนได้โฆษณาไป โดยการเรียไผ่านสื่อผู้เรียไไม่ได้โฆษณาต่อผู้ถูกเรียไเป็นรายบุคคลเจาะจงเช่นเดียวกับการเรียไต่อหน้า แต่เป็นการโฆษณาแก่บุคคลทั่วไป หากบุคคลทั่วไปต้องการมอบเงินหรือทรัพย์สินให้ใช้ในกิจการนั้น ๆ จึงจะถือว่าเป็นผู้ถูกเรียไ

การเรียไผ่านสื่อเป็นวิธีการเรียไที่เกิดขึ้นใหม่ โดยอาศัยเทคโนโลยีสมัยใหม่เป็นตัวแปรในการทำให้บุคคลทั่วไปทราบถึงการเรียไและวัตถุประสงค์ของการเรียไนั้น โดยเฉพาะในยุคปัจจุบันที่โลกออนไลน์เข้ามามีส่วนใการใช้ชีวิตของคนมากขึ้น ข้อมูลข่าวสารถูกส่งต่อได้ง่ายและรวดเร็ว มีผู้รับข้อมูลข่าวสารจำนวนมาก ประกอบกับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และการขนส่งที่รวดเร็วช่วยทำให้ผู้ถูกเรียไสามารถมอบเงินหรือทรัพย์สินให้แก่ผู้เรียไได้อย่างสะดวกรวดเร็ว

เมื่อพิจารณาจากความหมาย ประเภท และวิธีการของการเรียไแล้ว พบว่าพระราชบัญญัติควบคุมการเรียไ พุทธศักราช 2487 มีบทบัญญัติที่ไม่ครอบคลุมกับการเรียไที่กระทำอยู่จริงในปัจจุบัน ทำให้การควบคุมและตรวจสอบการเรียไเป็นไปได้ยาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการเรียไมีเทคโนโลยีเข้ามามีส่วนทำให้เข้าถึงผู้ถูกเรียไได้ง่ายขึ้น มีผู้รับรู้ถึงการเรียไนั้นในวงกว้าง และผู้ถูกเรียไเองก็มีช่องทางที่จะมอบเงินหรือทรัพย์สินให้แก่ผู้เรียไได้โดยสะดวก จึงมักพบว่ามีกรเรียไที่กระทำโดยทุจริต ไม่ว่าจะเป็นการหลอกลวงถึงวัตถุประสงค์ในการเรียไหรือการนำเงินหรือทรัพย์สินที่ได้จากการเรียไไปใช้อย่างผิดวัตถุประสงค์ที่แจ้งต่อผู้ถูกเรียไในตอนแรก

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการให้

พฤติกรรมการให้ความช่วยเหลือผู้อื่น หรือ Altruism ที่มีความหมายว่า ความเอื้อเฟื้อหรือความไม่เห็นแก่ตัว⁷ มีรากศัพท์มาจากภาษาละติน ซึ่งประกอบด้วยคำว่า alter แปลว่า ผู้อื่น และคำว่า ism แปลว่า การเข้าเผชิญหน้ากับผู้อื่น John Philippe Rushton นักจิตวิทยาชาวแคนาดา ได้อธิบายว่า Altruism หรือความเห็นอกเห็นใจผู้อื่น เป็นค่านิยมสากลอย่างแท้จริงในสังคมมนุษย์ทั้งหมดและเป็นหลักการพื้นฐานของศาสนา นักปฏิรูปสังคม และนักปฏิวัติส่วนใหญ่ของโลก⁸

Rushton ยังแบ่งการเสียสละเพื่อผู้อื่นออกเป็น 4 รูปแบบ⁹ คือ

รูปแบบที่ 1 การแบ่งปันทางวัตถุ (Object-related Activity) เช่น การให้ทรัพย์สินของและเงินแก่ผู้อื่น

รูปแบบที่ 2 การให้ความร่วมมือ (Cooperative Activity) เป็นการอาสาช่วยกันทำงานให้บรรลุจุดมุ่งหมาย

รูปแบบที่ 3 การให้ความช่วยเหลือทั่วไป (Helping Activity) เช่น การช่วยหิ้วหรือถือของ ช่วยจูงคนข้ามถนน หรือสละที่นั่งบนรถประจำทาง เป็นต้น

รูปแบบที่ 4 การแสดงความเห็นอกเห็นใจผู้อื่น (Empathic Activity) เป็นการช่วยให้คำแนะนำหรือเจรจาเป็นธุระให้สำเร็จประโยชน์เพื่อบำบัดทุกข์บำรุงสุขแก่ผู้อื่น หรือช่วยผูกปอบประโลมใจผู้อื่น

ตามปกติของสิ่งมีชีวิตย่อมมีสัญชาตญาณในการเอาตัวรอดเพื่อดำรงอยู่และสืบเผ่าพันธุ์ต่อไป ดังนั้น พฤติกรรมที่เห็นอกเห็นใจผู้อื่นจึงถือเป็นความท้าทายให้นักวิทยาศาสตร์หาคำตอบว่าเหตุใดมนุษย์ซึ่งเป็นหนึ่งในสิ่งมีชีวิตที่มีความรู้สึกและพฤติกรรมที่เห็นแก่ประโยชน์ของผู้อื่นมากกว่าตนในบางสถานการณ์ จึงมีผู้พยายามหาคำตอบมาสนับสนุนพฤติกรรมดังกล่าวไว้หลายแนวทาง

⁷ Cambridge Dictionary. *English-Thai*. (Online). Available: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-thai/altruism>. [2021, Nov 24]

⁸ J. Philippe Rushton (1982). *Altruism and Society: A Social Learning Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, Vol. 92, p. 425.

⁹ วัชรวิธาน เข้มทอง (2555). *ปัจจัยทางจิตและสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมเสียสละของนักเรียนระดับมัธยมศึกษาตอนปลาย อำเภอพุทธมณฑล จังหวัดนครปฐม*. ปรินญาณิพนธ์วิทยาศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชาการวิจัยพฤติกรรมศาสตร์ประยุกต์, มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ. หน้า 8.

เหตุผลทางชีววิทยา (biological reason) อธิบายตามหลักทฤษฎีวิวัฒนาการว่าด้วยการคัดเลือกโดยญาติ (Kin selection) มนุษย์มักจะช่วยเหลือคนที่สายเลือดเดียวกันมากกว่าคนอื่น เพราะความต้องการที่จะส่งต่อพันธุกรรมของเผ่าพันธุ์ตัวเองไปยังคนรุ่นถัดไป ดังนั้น altruism จึงมีบทบาทสำคัญต่อการสืบเผ่าพันธุ์มนุษย์ ยิ่งคนที่มีความใกล้ชิดทางสายเลือดมากเท่าไร ก็ยังมีแนวโน้มในการช่วยเหลือกันมากเท่านั้น¹⁰

เหตุผลด้านประสาทวิทยา (neurological reason) พบว่า ความเห็นอกเห็นใจคนอื่น (compassionate response) กระตุ้นสมองส่วนที่เกี่ยวข้องกับระบบการให้รางวัล ได้แก่ ส่วน Ventral tegmental และ Ventral striatum ทำให้เกิดความรู้สึกทางบวก และกระตุ้นให้ลงมือช่วยเหลือผู้อื่น หมายความว่า ความสุขที่ได้ให้เกิดจากการทำงานอย่างเป็นระบบของร่างกายและสมองนั่นเอง¹¹

2.2.1 เศรษฐศาสตร์การให้ (Economic of Giving)

อดัม สมิท (Adam Smith) ได้กล่าวถึงผลประโยชน์ของปัจเจกชนในสังคมไว้ในข้อความตอนหนึ่งของหนังสือความมั่งคั่งแห่งชาติ (The Wealth of Nation) ว่า “มิใช่เป็นความเกื้อการุณย์ของพ่อค้าเนื้อ คนหมักเบียร์ และคนอบขนมปัง ที่ทำให้เรามีอาหารรับประทาน แต่เป็นเพราะคนเหล่านั้นคำนึงถึงผลประโยชน์ของตนเองต่างหาก” เพราะมนุษย์มีการผลิตและการแลกเปลี่ยนสินค้าโดยมีพื้นฐานจากผลประโยชน์ส่วนตัวและความรักตัวเองของมนุษย์¹² ดังนั้น หากพิจารณาตามคำกล่าวนี้ พฤติกรรมการให้ของมนุษย์จะขัดแย้งกับทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ แต่ในสังคมที่อยู่ร่วมกันนั้น มนุษย์ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องเพียงแต่ตัวเองอย่างเดียว แต่ยังต้องเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่น ๆ ด้วยเช่นกัน นั่นเพราะมนุษย์มีความรู้สึกทางจริยธรรม (moral sentiments) เป็นปัจจัยหนึ่งในการกำหนดการดำเนินชีวิต นั่นคือ นอกจากอรรถประโยชน์ของแต่ละบุคคลจะขึ้นอยู่กับระดับการบริโภคสินค้าและบริการของตนเองแล้ว ยังขึ้นอยู่กับอรรถประโยชน์ของบุคคลอื่นในสังคมด้วย ซึ่งเมื่อบุคคลอื่นได้รับความพึงพอใจจากการบริโภคเพิ่มขึ้นแล้ว จะส่งผลย้อนกลับมาให้เราที่มีความพึงพอใจเพิ่มขึ้น¹³

¹⁰ Dawkins R. (1979). Twelve Misunderstandings of Kin Selection. *Zeitschrift fur Tierpsychologie*, Vol. 51. p. 184–200.

¹¹ Philipp Kanske. (2018). The social mind: disentangling affective and cognitive routes to understanding others. *Interdisciplinary Science Reviews*, Vol. 43. p.116.

¹² วสันต์ ภูวกัทรพร. (2562). *ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจก่อนยุคคลาสสิก*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 84.

¹³ ณพล สุกใส. (2553). เศรษฐศาสตร์ว่าด้วยการบริโภค. *ประชาชาติธุรกิจ*, หน้า 2.

Serge-Christophe Kolm นักเศรษฐศาสตร์ชาวฝรั่งเศส แบ่งรูปแบบของการให้ (giving) ซึ่งเป็นกิจกรรมพื้นฐานทางเศรษฐกิจเกี่ยวกับการโอนย้ายถ่ายสินค้าและบริการของคนในสังคม ออกเป็น 4 รูปแบบ¹⁴ ดังนี้

2.2.1.1 การเอาไป (taking) เป็นการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการโดยการขี้ดหรือขี้แยแย่งสิ่งของที่ไม่ได้เป็นของตนเองโดยเจ้าของสิ่งนั้นไม่เต็มใจ

2.2.1.2 การแลกเปลี่ยน (exchange) เป็นรูปแบบการได้มาซึ่งสินค้าและบริการที่ตั้งอยู่บนหลักการรักษาสผลประโยชน์ของตน (self-interest) เช่น การแลกเปลี่ยนผ่านกลไกตลาด (market exchange)

2.2.1.3 การช่วยเหลือเกื้อกูลกัน (reciprocity) เป็นรูปแบบการได้มาซึ่งสินค้าและบริการ โดยการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์กัน แต่อยู่บนหลักการของความเอื้ออาทรต่อกันและกัน มากกว่าการเน้นการรักษาสผลประโยชน์ของตนเป็นที่ตั้ง

2.2.1.4 การบริจาค (giving) หมายถึง การโอนย้ายถ่ายเท (transfer) สินค้าและบริการจากคนหนึ่งหรือหลายคนไปสู่คนอื่นโดยไม่มีเงื่อนไข รูปแบบการให้แบบนี้มีเหตุผลหลักมาจากการคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้อื่นมากกว่าผลประโยชน์ของตน (altruism)

บุคคลจะมีพฤติกรรมการให้เป็นไปในลักษณะใดขึ้นอยู่กับความเห็นแก่ตัว (selfish) ของแต่ละบุคคล หากบุคคลมีความเห็นแก่ตัว ลักษณะหรือรูปแบบของการให้ก็จะ เป็นไปในทางของการแลกเปลี่ยนที่มุ่งหวังผลประโยชน์แก่ตัวเอง ความพึงพอใจของบุคคลนั้นก็ จะเพิ่มขึ้นเมื่อได้รับสินค้าและบริการมาเพื่อการบริโภคของตนเองเพิ่มมากขึ้น แต่หากบุคคลใดเห็นแก่ประโยชน์ของบุคคลอื่น ๆ (altruism) เป็นที่ตั้ง รูปแบบการให้ก็จะเป็นการช่วยเหลือเกื้อกูลกัน ความพึงพอใจของบุคคลนั้นก็ จะเพิ่มขึ้นเมื่อสินค้าและบริการถูกกระจายไปถึงมือของบุคคลอื่น ๆ รอบข้างเพิ่มมากขึ้น

2.2.2 แรงจูงใจในการให้

คำถามที่ว่าอะไรเป็นแรงกระตุ้นให้ผู้คนบริจาค นักเศรษฐศาสตร์ได้หาคำตอบของปัญหา นี้โดยแบ่งแรงจูงใจออกเป็นสองกลุ่มหลัก ๆ ดังนี้

2.2.2.1 ทฤษฎีแรกนี้มองว่าการบริจาคเพื่อผู้อื่นนั้นเป็นความเอื้อเพื่อบริสุทธิ์ (pure altruism) กล่าวคือ สิ่งของหรือทรัพย์สินทุกอย่างที่ได้ให้ไปนั้นหวังผลให้เกิดประโยชน์ อกอภยทางสังคม เช่น ให้เด็กยากไร้ได้รับอาหาร ให้สัตว์จรจัดได้มีที่อยู่ หรือให้ผู้ประสบภัยได้รับความช่วยเหลือให้ผ่านพ้นวิกฤติไปได้ ตามทฤษฎีนี้ ผู้บริจาคจะไม่สนใจว่าสิ่งของที่บริจาคไปนั้น บริจาคโดยใครตราบดีที่การบริจาค่นั้นสามารถแก้ไขปัญหาที่ตนสนใจได้ ตัวอย่างเช่น มีผู้เปิดรับ

¹⁴ ณพล สุทธิ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 13. หน้า 21.

บริจาคเงินเพื่อแก้ปัญหาสุนัขจรจัด ต้องการเงิน 100,000 บาท ผู้บริจาคประสงค์จะบริจาค 2,000 บาท แต่ต่อมาทราบข่าวว่ามีผู้บริจากรายหนึ่งบริจาคคนเดียวจำนวน 100,000 บาท ครบตามที่ ผู้เปิดรับบริจาคต้องการ ผู้บริจากรายแรกจึงตัดสินใจไม่บริจาคตามความตั้งใจแรกเพราะเชื่อว่า บริจาคเพิ่มไปก็ไม่ได้ช่วยอะไร ผลกระทบนี้เรียกว่า (crowd out)¹⁵

ดังนั้น จากทฤษฎีนี้อาจสรุปได้ว่า หากมีผู้หนึ่งบริจาคสิ่งของเพิ่มมากขึ้นอีกบุคคล หนึ่งก็จะลดระดับการบริจาคของตนเองลง เพราะบุคคลสนใจเพียงว่าปริมาณสิ่งของบริจาค มวลรวมมีเพียงพอกับผู้รับบริจาคหรือไม่

2.2.2.2 James Andreoni ศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยแคลิฟอร์เนีย เห็นว่า แนวคิด pure altruism จะไม่สามารถอธิบายพฤติกรรมการบริจาคของบุคคลได้ทั้งหมด เพราะแม้ว่าของ บริจาคทั้งหมดจะเพียงพอต่อความต้องการแล้ว บุคคลก็ยังมีความต้องการบริจาคด้วยตัวเองอยู่ดี Andreoni จึงได้พิสูจน์ว่า ในความเป็นจริงแล้ว แรงจูงใจในการบริจาคมีลักษณะเป็นแบบ impure altruism คือ ผู้บริจาคจะได้รับความพึงพอใจเพิ่มสูงขึ้นจากการบริจาคเมื่อปริมาณสิ่งของบริจาคมวล รวมเพิ่มสูงขึ้น และขณะเดียวกันผู้บริจาคก็จะได้รับความพึงพอใจเพิ่มสูงขึ้นจากการบริจาค เมื่อปริมาณสิ่งของบริจาคเฉพาะของตนเองเพิ่มสูงขึ้นด้วย ดังนั้น แม้ว่าจะเกิดผลหักลด หรือ crowd out ก็เป็นการหักล้างที่ไม่สมบูรณ์ ผู้บริจาคยังคงต้องการบริจาคด้วยตนเอง ซึ่งจะสร้างความพึงพอใจได้ โดยตรง ในรูปของความภาคภูมิใจ ความสุขใจ หรือความรู้สึกยินดีที่ได้ให้

2.3 หน้าที่ของกฎหมายอาญา

แนวคิดในการกำหนดความผิดทางอาญาเป็นแนวคิดที่อธิบายว่าการกระทำใดควร ถูกกำหนดเป็นความผิดทางอาญา ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีหน้าที่ออกกฎหมายจึงต้องตระหนักถึงหน้าที่ ที่แท้จริงของกฎหมายอาญาซึ่งความผิดทางอาญานั้นต้องร้ายแรงเพียงพอที่จะได้รับการดำเนิน จากสังคมและสมควรได้รับการลงโทษ¹⁶ เพราะกฎหมายอาญาเป็นการกำหนดบทห้ามมิให้กระทำ และมีบทลงโทษการกระทำดังกล่าวซึ่งกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน หากฝ่ายนิติบัญญัติ กำหนดฐานความผิดมากเกินไป ความจำเป็นจะนำไปสู่ปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ (Over-

¹⁵ Paulo Reis Mourão. (2008). What has the economics of giving given to economics? The contemporary situation. *Braga: Journal of Economic and Social Research*, Vol. 10(1). p. 3-9.

¹⁶ A. Ashworth. (2008). Conceptions of Overcriminalization. *Ohio: State Journal of Criminal Law*, Vol. 5. p. 407.

criminalization) คือ การใช้กฎหมายอาญาไม่เหมาะสม ทำให้กฎหมายอาญาขาดประสิทธิภาพในการใช้บังคับกับการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยอย่างแท้จริงได้

ไนเจล วอล์กเกอร์ (Nigel Walker) ศาสตราจารย์ชาวอังกฤษ กล่าวว่า กฎหมายอาญาในปัจจุบัน ได้ถูกเปลี่ยนแปลง แก้ไข และเพิ่มเติมจนแทบแยกไม่ออกจากกฎหมายอาญาในปัจจุบันนั้น ทำหน้าที่อะไร แต่อย่างน้อยฝ่ายนิติบัญญัติที่คิดจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์หลักที่ว่ากฎหมายอาญานั้นต้องการที่จะทำให้บรรลุซึ่งวัตถุประสงค์อย่างน้อย 6 ประการ¹⁷ ต่อไปนี้

ประการที่ 1 กลุ่มครองป้องกันซึ่งตัวบุคคลจากการกระทำโดยเจตนา อันเป็นการโหดเหี้ยม ทารุณ หรือการประกอบกรรมทางเพศด้วยวิธีการอันไม่พึงประสงค์ต่าง ๆ กลุ่มครองป้องกันบุคคลจากภัยบางประการ อันเกิดจากการกระทำอันไม่เจตนา กลุ่มครองป้องกันกลุ่มบุคคลที่อาจถูกชักจูงให้หลงผิด ได้โดยง่ายจากการทำร้าย กดขี่ หรือขู่ครีต อันจะเกิดแต่บุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลเหล่านั้น

ประการที่ 2 กลุ่มครอง ป้องกันสภาวะจิตใจของสมาชิกในสังคมนั้น ๆ ให้รอดพ้นจากความกระทบกระเทือนของการกระทำที่แม้ว่าจะเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคลที่มีวุฒิภาวะ และยินยอมต่อการกระทำนั้นแล้ว แต่ถือว่าผิดธรรมชาติ เช่น ความสัมพันธ์ทางเพศอันผิดปกติ ป้องกันจากการกระทำบางประเภทซึ่งเมื่อกระทำต่อสาธารณชนแล้วจะกระทบกระเทือนจิตใจของผู้อื่นเป็นอย่างมาก รวมทั้งป้องกันพฤติกรรมบางประเภทอันอาจก่อให้เกิดความไม่สงบขึ้นในหมู่ประชาชน

ประการที่ 3 กลุ่มครองป้องกันซึ่งทรัพย์สินส่วนบุคคลจากการลักขโมย การฉ้อโกง หรือการทำให้เสียทรัพย์สิน และกรณีอื่น ๆ

ประการที่ 4 กลุ่มครองป้องกันสาธารณชนจากความไม่สะดวกสบายต่าง ๆ เช่น การปิดกั้น ทางสาธารณะ รวมทั้งใช้สภาพบังคับทางอาญาเพื่อเก็บรวบรวมภาษีอากร

ประการที่ 5 เพื่อป้องกันรักษาไว้ซึ่งสถาบันทางสังคม รวมทั้งเพื่อบังคับให้เกิดความเมตตากรุณาที่จำเป็น เช่น การช่วยเหลือผู้ที่อยู่ในภยันตราย

ประการที่ 6 เพื่อบังคับใช้วิธีการต่าง ๆ ที่จะทำให้วัตถุประสงค์ทั้งหลายเหล่านี้ บรรลุผล

อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาตามแนวคิดของวอล์กเกอร์เป็นหลักเกณฑ์ที่กว้างเพราะแทบจะรวมถึงพฤติกรรมทุกประเภทไว้ อีกทั้งยังคำนึงถึงแต่ลักษณะของการกระทำแต่

¹⁷ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2562). *ทฤษฎีอาญา ทฤษฎีโทษ และกระบวนการขั้นพื้นฐาน* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 49-50.

ไม่ได้พิจารณาถึงลักษณะอย่างอื่นที่กฎหมายอาญาควรจะเป็น หลักการข้างต้นจึงยังไม่สามารถใช้เป็นเกณฑ์ในการกำหนดความผิดทางอาญาได้

หลักความสงบเรียบร้อยของสังคม (ordre social) ถูกนำมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา กำหนดความผิดทางอาญา เมื่อการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมควรถูกกำหนด เป็นความผิดอาญา จึงต้องพิจารณาถึงหน้าที่ของกฎหมายอาญา หากการกระทำนั้นสอดคล้องกับ หน้าที่ของกฎหมายอาญาก็สมควรถูกกำหนดเป็นความผิดทางอาญา แต่หากการกระทำนั้นไม่ สอดคล้องกับหน้าที่ของกฎหมายอาญา ก็ไม่ควรถูกกำหนดเป็นความผิดอาญา โดยอาจกำหนดเป็น ความผิดอย่างอื่น

หน้าที่ของกฎหมายอาญา มี 3 ประการ¹⁸ คือ

2.3.1 หน้าที่ในการลงโทษ (fonction répressive)

หน้าที่ในการลงโทษทางอาญามีขึ้นเพื่อลงโทษการกระทำที่เป็นอันตรายต่อความสงบ เรียบร้อยของสังคม (ordre public) หรือการกระทำที่ขัดขวางความต้องการของผู้คนในสังคม (exigences de la vie en société) หากกฎหมายใดไม่มีหน้าที่ในการลงโทษ กฎหมายนั้นไม่อาจเป็น กฎหมายอาญาได้

หน้าที่ในการลงโทษของกฎหมายอาญาเริ่มพัฒนามาจากแนวคิดของสำนักอาชญาวิทยา กิ่ง ดั้งเดิม (Neo-Classical School) ที่มองว่าแนวคิดของสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม (Classical School) มีจุดอ่อนและเคร่งครัดเกินไปที่กำหนดโทษผู้กระทำความผิดไว้เป็นเกณฑ์เดียวกัน และให้ได้รับ โทษเท่าเทียมกันทั้งหมด โดยไม่คำนึงถึงประเภทและลักษณะของผู้กระทำความผิด สำนักอาชญา วิทยากิ่งดั้งเดิมจึงเสนอให้มีการนำสาเหตุปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอาชญากรรมและเหตุอัน ควรแก่การปราณิลดหย่อนผ่อนโทษของผู้กระทำความผิดมาพิจารณาด้วย¹⁹ แนวคิดหลักของสำนัก นี้คือ “กฎหมายอาญาอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดที่ว่าสังคมไม่อาจลงโทษเกินไปกว่าความยุติธรรม หรือเกินไปกว่าความจำเป็น”²⁰ ต่อมา สำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม (Positive School) เปลี่ยน ปรัชญาของการลงโทษจากการแก้แค้นทดแทนหรือข่มขู่ยับยั้งของสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม มาเป็น การแก้ไขและบำบัดรักษาฟื้นฟูจิตใจให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดีต่อไป Ferri หนึ่งในนัก คิดที่มีชื่อเสียงของสำนักนี้ ได้รวมตัวแปรอื่น ๆ มาใช้ประกอบการพิจารณาผู้กระทำความผิด โดยสรุปว่า ปัจจัยทางสังคม สิ่งแวดล้อม เศรษฐกิจและการเมือง มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีอิทธิพลให้เกิด

¹⁸ ปกป้อง ศรีสนิท. (2563). *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 31.

¹⁹ ประเทือง ธนนิผล. (2548). *อาชญาวิทยาและทัณฑ์วิทยา*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 54-55.

²⁰ ปกป้อง ศรีสนิท. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 32.

อาชญากรรมเท่า ๆ กับสาเหตุทางชีววิทยาหรือกรรมพันธุ์ Ferri จึงเชื่อว่า อาชญากรรมจะลดลงได้ก็ต่อเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของสังคมใหม่²¹

2.3.2 หน้าที่ในการแสดงออก (fonction expressive)

หน้าที่ในการแสดงออกของกฎหมายอาญา คือ หน้าที่ในการแสดงออกถึงคุณค่าที่จำเป็นของสังคม (valeur essentielles de la société) การละเมิดกฎหมายอาญาจึงเป็นการละเมิดคุณค่าที่จำเป็นของสังคมที่สังคมพึงรักษาไว้ เช่น การเพิ่มโทษให้การกระทำผิดต่อผู้เสียหายที่บอบบางที่ไม่สามารถต่อสู้หรือช่วยเหลือตนเองให้พ้นจากอันตรายที่เกิดจากการกระทำของผู้อื่นได้เพียงพอ เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เป็นเหตุจูงใจให้ผู้กระทำความผิดมุ่งหมายที่จะกระทำต่อกลุ่มคนเหล่านี้เป็นหลัก เนื่องจากสะดวกหรือง่ายแก่การกระทำความผิดสำเร็จ²²

กฎหมายอาญาลบใหม่ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ยกตัวอย่างความสอดคล้องกันของหน้าที่ในการลงโทษและหน้าที่ในการแสดงออกไว้ว่า “ในสถานการณ์ที่หน้าที่ในการลงโทษและหน้าที่ในการแสดงออกไม่สอดคล้องกัน เช่น มีการลงโทษผู้กระทำความผิด แต่คุณค่าที่เป็นรากฐานแห่งการลงโทษไม่ได้รับการยอมรับจากสังคม กฎหมายอาญาจะไม่เป็นที่พึงปรารถนา แต่กลับเป็นการทำร้ายความรู้สึกของสังคม เทียบได้กับการอยู่ไปแต่ไร้คุณค่า” ดังนั้น แม้ตามตัวบทกฎหมายผู้กระทำมิได้ฝ่าฝืนกฎหมาย แต่การสมควรถูกลงโทษหรือไม่ เพียงใดนั้น เป็นปัจจัยที่ต้องพิจารณาเป็นกรณีไป²³

2.3.3 หน้าที่ในการปกป้อง (fonction protectrice)

กฎหมายอาญาต้องมีขึ้นเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของสังคม เพราะสิทธิเสรีภาพของบุคคลจะถูกใช้อย่างสมบูรณ์ได้ สังคมนั้นต้องมีมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคล เช่น หากมีการทำร้ายร่างกายเกิดขึ้นในสังคม สิทธิในชีวิตและร่างกายของบุคคลย่อมถูกระทบกระเทือน หรือหากมีการลักทรัพย์ยอมทำให้เจ้าของทรัพย์ไม่สามารถใช้สิทธิในทรัพย์สินของตน ได้อย่างบริบูรณ์²⁴ นอกจากนี้ กฎหมายอาญามีหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality) ที่เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย (Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege)” กล่าวคือ

²¹ ประเทือง ธนิยผล. อังแล้วเชิงอรรถที่ 19. หน้า 63-64.

²² กนกพงศ์ อนันต์สันติวงศ์. (2563). การศึกษาเชิงเปรียบเทียบขอบเขตในการให้ความคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นประชากรกลุ่มเปราะบางตามประมวลกฎหมายอาญาไทย : ศึกษาประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย ฝรั่งเศส และเยอรมนี. *วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์*, 12(2). หน้า 223.

²³ ปกป้อง ศรีสนิท. อังแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 33.

²⁴ ปกป้อง ศรีสนิท. อังแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 33.

กฎหมายอาญาต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร (Lex Scripta) กฎหมายอาญาต้องไม่มีผลย้อนหลัง (Lex Praevia) กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน (Lex Certa) และกฎหมายอาญาห้ามเทียบ บทกฎหมายที่ใกล้เคียง อย่างยิ่ง (Lex Stricta)²⁵

การกระทำใดหากบัญญัติเป็นกฎหมายแล้วสอดคล้องกับหน้าที่ทั้ง 3 ประการของ กฎหมายอาญาข้างต้น การกระทำนั้นก็สมควรกำหนดเป็นความผิดอาญา

2.4 แนวคิดและหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดทางอาญา

ก่อนที่จะศึกษาประเด็นเรื่องการกำหนดความรับผิดทางอาญา ผู้วิจัยจะขอความหมาย ของกฎหมายอาญาขึ้นมาศึกษาก่อน เพื่อให้ทราบถึงลักษณะของกฎหมายอาญาและเข้าใจแนวคิด ในการกำหนดความรับผิดทางอาญาได้โดยง่าย

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้ให้คำนิยามของกฎหมายอาญาไว้ดังนี้ “กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิด และ กำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายอาญา คือ กฎหมาย ที่บัญญัติห้ามมิให้มีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด หรือบังคับให้มีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดโดย ผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามจะต้องได้รับโทษ²⁶”

ประเด็นที่ควรพิจารณาต่อไปคือ การเรียกรับควรถูกกำหนดให้เป็นความผิดตามกฎหมาย อาญาหรือไม่ ก่อนจะตอบคำถามข้อนี้ จะต้องทราบก่อนว่าหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิด ทางอาญานั้นมีว่าอย่างไร

2.4.1 หลักเกณฑ์การบัญญัติความผิดอาญาของ Herbert L. Packer

เซอร์เบิร์ต แอล. แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) ได้อธิบายขอบเขตในการลงโทษ ทางอาญา หรือขอบเขตในการพิจารณาว่าการกระทำใดสมควรที่จะถูกควบคุมด้วยกฎหมายอาญาไว้ ในหนังสือชื่อ “The Limits of the Criminal Sanction” โดยวางหลักเกณฑ์ไว้ 6 ประการ²⁷ ดังนี้

²⁵ ฌักทรี กูมิสันติ. (2560). *การตีความแบบขยายความในกฎหมายอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 1.

²⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินติ้ง. หน้า 1.

²⁷ Herbert L. Packer. (1968). *The Limits of the Criminal Sanction*. California: Stanford University Press. p.296.

- 1) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่า เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากไม่ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
- 2) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่าง ๆ
- 3) การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดทางอาญา จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป
- 4) หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน
- 5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ
- 6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

ในประเทศไทย ปัจจุบันมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดจำนวนรวมกันเกือบ 1,400 ฉบับ²⁸ จึงมีการเสนอยกเลิกกฎหมายที่ไม่ควรเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ควรมีสภาพบังคับทางอาญา หากการฝ่าฝืนไม่มีความร้ายแรงหรือไม่เข้าลักษณะที่จะเป็นความผิดอาญา²⁹ โดยพิจารณาเป็นลำดับดังนี้

ขั้นที่ 1 การแยกพฤติกรรมการกระทำความคิดที่มีลักษณะเป็นความคิดในตัวเอง (Mala In Se) เช่น เจตนาฆ่าผู้อื่น ทำร้ายร่างกาย ล่วงละเมิดทางเพศ ออกจากพฤติกรรมที่เป็นความคิดทั้งหมดก่อน เพราะการกระทำเหล่านี้เป็นความผิดร้ายแรงที่สอดคล้องกับการกำหนดเป็นความผิดทางอาญาอยู่แล้ว

ขั้นที่ 2 การแยกพฤติกรรมการกระทำความคิดที่บัญญัติขึ้นเพราะนโยบายของรัฐที่ต้องการควบคุมความประพฤติของปัจเจกชนไม่ให้ฝ่าฝืนระเบียบ แบบแผน หรือคำสั่งทางปกครองออกจากพฤติกรรมการกระทำความคิดทางอาญาที่เหลือ เนื่องจากโดยลักษณะของการกระทำที่ฝ่าฝืนระเบียบ แบบแผน ไม่ได้เกิดจากพื้นฐานของการที่มีจิตใจชั่วร้าย เป็นเพียงการที่รัฐต้องการใช้สภาพบังคับที่เข้มงวดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย

²⁸ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ. (2562). ปฏิรูปกฎหมายเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ. *BOT พระสยาม MAGAZINE*. ฉบับที่ 4. หน้า 26.

²⁹ ณรงค์ ใจหาญ. (2548). *แนววิเคราะห์ในการกำหนดความผิดทางอาญาที่เหมาะสมในประเทศ*. เอกสารประกอบการสัมมนาเพื่อพัฒนาระบบการบังคับใช้กฎหมาย “การกำหนดความผิดอาญาในกฎหมายไทย: ปัญหาที่ยังไม่ได้รับการแก้ไข” จัดโดยสถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม. หน้า 83-86.

ขั้นที่ 3 หากมีพฤติกรรมที่ไม่ใช่ทั้งสองกรณีข้างต้น แต่เข้าหลักเกณฑ์ทั้ง 6 ประการของ Herbert L. Packer จึงจะพิจารณาว่าพฤติกรรมใดที่ควรกำหนดเป็นความผิดทางอาญา และควรกำหนดโทษอย่างไรให้เหมาะสม

2.4.2 หลักกษัตริย์ (Principle of Harm)

หลักกษัตริย์มีข้อพิจารณาที่สำคัญว่า รัฐมีความชอบธรรมที่จะกำหนดความผิดอาญาสำหรับเฉพาะการกระทำใด ๆ ก็ตามที่เป็นอันตรายต่อผู้อื่น หรือการกระทำใด ๆ ก็ตาม ที่ทำให้เกิดความเสี่ยงต่ออันตรายอันไม่พึงปรารถนา (unacceptable risk of harm)³⁰

จอห์น สจิวต์ มิลล์ (John Stuart Mill) นักคิดแนวอรรถประโยชน์นิยมได้กล่าวว่า “วัตถุประสงค์สุดท้ายเพียงประการเดียวที่มนุษย์ชาติจักพึงได้รับการประกัน จากการล่วงเข้ามาเพื่อจำกัดเสรีภาพในการกระทำไม่ว่าเรื่องใดก็ตาม และไม่ว่าในทางส่วนบุคคล หรือในทางสาธารณะ ก็เพื่อความปลอดภัยส่วนบุคคลเท่านั้น การใช้อำนาจรัฐที่มีเหนือกว่าบังคับอันเป็นการฝ่าฝืนเจตจำนงสมาชิกคนใดคนหนึ่งของสังคมอารยะจะชอบธรรมก็ต่อเมื่อการใช้อำนาจเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์แต่เพียงประการเดียวคือ เพื่อปกป้องกษัตริย์ที่มีต่อผู้อื่นเท่านั้น ประโยชน์ที่จะมีขึ้นแก่เขาผู้นั้นไม่ว่าจะในทางวัตถุหรือเชิงศีลธรรม ไม่ใช่เหตุผลเพียงพอเพื่อการใช้อำนาจนั้น³¹”

หลักเกณฑ์นี้ทำให้ต้องแยกการกระทำที่ฝ่าฝืนศีลธรรม หรือการกระทำที่คนส่วนใหญ่ในสังคมไม่ยอมรับแต่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้อื่นออกไป จำกัดเพียงแต่การกระทำที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้อื่นเท่านั้นที่รัฐจะใช้อำนาจตราเป็นกฎหมายอาญาเพื่อใช้บังคับกับประชาชน อย่างไรก็ตาม หากทำให้เกิดกษัตริย์ต่อผู้อื่น โดยที่ผู้ถูกกระทำยินยอม การกระทำของผู้กระทำก็ไม่เป็นภัยต่อผู้ถูกกระทำอีกต่อไป แต่จะถือว่าการกระทำนั้นไม่มีความผิดเสียเลยไม่ได้ ต้องพิจารณาต่อไปว่า การก่อให้เกิดกษัตริย์นั้นเป็นสิ่งที่ผิด (wrongfulness) หรือไม่ กล่าวคือ การกระทำนั้นได้รู้กรานหรือข่มเหงสิทธิของปัจเจกชนผู้ถูกกระทำ อันเป็นการลดทอนการแสดงเจตจำนงโดยเสรีของผู้อื่นหรือไม่นั่นเอง³²

2.4.3 หลักคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut Theory)

คุณธรรมทางกฎหมาย (rechtsgut หรือ legal interest) เป็นหลักเกณฑ์ที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีใช้ในการกำหนดความผิดอาญา ซึ่งก็คือ “ประโยชน์ (interest)” หรือสิ่งที่เป็น

³⁰ Andrew Ashworth. (2006). *Principles of Criminal Law, 5th Edition*. Oxford: Oxford University Press. p. 25.

³¹ ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล. (2555). *กฎหมาย : ความรู้ฉบับพกพา*. กรุงเทพฯ: ภาพพิมพ์. หน้า 152-154. แปลจาก Raymond Wacks. (2008). *Law: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press.

³² Andrew Ashworth. *Supra note 29*. p.31.

คุณค่า (value)” ในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง³³ หากการกระทำใดไม่กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมาย การกระทำนั้นก็ไม่สมควรที่จะถูกกำหนดเป็นความผิดอาญา การนำคุณธรรมทางกฎหมายมาเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดทางอาญามีที่มาจากหลักสัดส่วนและมีรากฐานแนวความคิดมาจากหลักนิติรัฐ³⁴ กล่าวคือ

2.4.3.1 การกระทำที่ถูกระบุบัญญัติขึ้นเป็นความผิดอาญานั้นควรค่าแก่การถูกลงโทษ เนื่องจากโทษทางอาญาเป็นเครื่องมือที่รุนแรงที่สุดของรัฐในการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย และการถูกพิพากษาลงโทษนั้นก่อให้เกิดตราบาป (stigma)

2.4.3.2 การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นเรื่องจำเป็นที่จะต้องลงโทษ กฎหมายอาญาอาจถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือของฝ่ายนิติบัญญัติได้เป็นวิถีทางสุดท้าย (Ultima Ratio) และจะถูกนำมาใช้ก็ต่อเมื่อวิธีการอื่น ๆ ที่มีความรุนแรงน้อยกว่า คือกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครองใช้ไม่ได้ผลแล้ว

ดังนั้น หลักคุณธรรมทางกฎหมายจึงเป็นหลักที่วางนโยบายทางอาญามากกว่าเป็นข้อบัญญัติบังคับ ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดความผิดอาญาเพื่อให้มีความเหมาะสมและบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาได้ เกิดเป็นแนวทางการกำหนดความผิดที่สำคัญ 2 ประการ คือ การกระทำที่เป็นแต่เพียงการขัดต่อศีลธรรมอันดี ไม่เป็นความผิดอาญา และการกระทำที่เป็นแต่การละเมิดต่อระเบียบ ไม่เป็นความผิดอาญา³⁵

2.4.4 แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ (economic analysis of law)

ปัจจุบันมีการวิเคราะห์กฎหมายด้วยเศรษฐศาสตร์ (economic analysis of law) หรือที่เรียกว่า “นิติเศรษฐศาสตร์” หลักกฎหมายอาญาตามมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ของริชาร์ด พอสเนอร์ (Richard A. Posner)³⁶ เชื่อว่าการกระทำความผิดทางอาญาเป็นการหลีกเลี่ยงการทำงานของตลาด

³³ Markus D Dubber. (2011). “Policing Morality: Constitutional Law and the Criminalization of Incest”. *University of Toronto Law Journal*, vol. 61. p. 746.

³⁴ Krey and Volker. (2002). *German criminal law general part : textbook in German and English, Vol. 1*. Stuttgart: W. Kohlhammer, p. 15, 17, 19. อ้างถึงใน เมษยา โรจนอารีย์. (2559). *การ้อลลทางวิชาการ : ศึกษาการกำหนดความผิดอาญาฐานรับจ้างทำวิทยานิพนธ์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 40.

³⁵ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2548). การกำหนดความผิดอาญาตามกฎหมายเยอรมัน. *ข่าวเนติบัณฑิตยสภา*, ฉบับที่ 192. หน้า 11-12.

³⁶ ผู้พิพากษาชาวอเมริกันและเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการผลักดันการวิเคราะห์กฎหมายโดยใช้หลักการทางเศรษฐศาสตร์

กฎหมายอาญาจึงช่วยสนับสนุนความมีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจด้วยการยับยั้งไม่ให้เกิดการหลีกเลี่ยงการทำงานของตลาด พอसनอร์เห็นว่า การกระทำความผิดอาญาเป็นการกระทำที่ผ่านการคำนวณมาแล้ว หากราคาที่ผู้กระทำความผิดต้องจ่าย (โทษที่จะได้รับ) สูงกว่าประโยชน์ที่ได้จากการกระทำความผิด บุคคลย่อมไม่กระทำความผิด ซึ่งตามทฤษฎีของพอसनอร์ ความรุนแรงของโทษทางอาญาจะต้องคำนึงถึงปัจจัยหลายอย่าง เช่น ค่าใช้จ่ายในการบังคับใช้กฎหมาย หากกำหนดความรุนแรงของโทษโดยไม่คำนึงถึงปัจจัยอื่น ๆ อาจส่งผลให้บุคคลไม่หยุดการกระทำผิดไว้เพียงแต่ความผิดเล็กน้อย ในเมื่อต้องรับโทษที่มีความรุนแรงอยู่แล้ว ดังนั้น การกำหนดบทลงโทษจึงควรมีความรุนแรงเท่าที่จำเป็นสำหรับการยับยั้งการกระทำความผิด (marginal deterrence)³⁷ นิติเศรษฐศาสตร์จึงสอดคล้องกับแนวคิดทางนิติปรัชญาของทั้งสำนักกฎหมายธรรมชาติ³⁸ และสำนักกฎหมายบ้านเมือง³⁹ ที่สนับสนุนการทำให้เกิดความมั่งคั่งสูงสุด (Wealth-Maximization) โดยมองกฎหมายเป็นเครื่องมือในการนำพา ให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสังคม

จุดเริ่มต้นของนิติเศรษฐศาสตร์ปรากฏในงานเขียนของสองนักคิดคนสำคัญ ผลงานแรกเป็นของเซซาร์ เบคคาเรีย (Cesare Beccaria) ว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ (On Crimes and Punishments) ปี ค.ศ. 1767 และผลงานของเจเรมีเบนแธม (Jeremy Bentham) เรื่องความรู้เกี่ยวกับหลักการของศีลธรรมและกฎหมาย (An Introduction to the Principles of Morals and Legislation) ปี ค.ศ. 1789 ซึ่งนำเสนอแนวคิดที่ว่า บทลงโทษทางกฎหมายส่งผลต่อพฤติกรรมของคนในสังคม กฎหมายจึงควรมุ่งเน้นการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยเจตนาเป็นหลัก แต่การศึกษานิติเศรษฐศาสตร์ในช่วงเวลานั้น เป็นการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับเศรษฐกิจในระดับมหภาค ยังไม่ได้แยกเป็นสาขาวิชาที่ชัดเจน⁴⁰

³⁷ Richard A. Posner. (1985). "An Economic Theory of the Criminal Law". *Columbia: Law Review*, Vol. 85. p. 1207.

³⁸ มาร์คัส ตูลลิอุส ซีเซโร (Marcus Tullius Cicero) นักนิติศาสตร์คนสำคัญของสำนักกฎหมายธรรมชาติหรือสำนักธรรมนิยม (Natural Law School) อธิบายถึงความคิดกฎหมายธรรมชาติว่า "กฎหมายที่แท้จริงคือเหตุผลที่ถูกต้อง สอดคล้องกับธรรมชาติ แผ่ซ่านไปในทุกสิ่งทุกอย่าง สม่่าเสมอเป็นนิรันดร์ ก่อให้เกิดหน้าที่ที่จะต้องไม่บัญญัติกฎหมายให้ขัดแย้งกับกฎหมายนี้ เราไม่อาจยกเลิกหรือทำให้กฎหมายนี้เสื่อมทรามลงได้"

³⁹ จอห์น ออสติน (John Austin) ผู้ตั้งและสอนวิชา Jurisprudence ในประเทศอังกฤษ บุคคลผู้มีความสำคัญต่อสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law School) เชื่อมั่นว่าการจัดการบ้านเมืองให้รุ่งเรืองจะต้องกระทำโดยอำนาจสิทธิขาดของรัฐ อันเป็นที่มาของข้อความคิดทางกฎหมายที่ว่า "กฎหมายเป็นคำสั่งของรัฐบาลปิตัย"

⁴⁰ ปาวีศร เลิศธรรมเทวี. (2564). นิติปรัชญาว่าด้วยการวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์: บทวิเคราะห์เบื้องต้น. *วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 39(1). หน้า 148.

เป้าหมายของระบบยุติธรรมทางอาญาตามแนวคิดของนิติเศรษฐศาสตร์ คือ การป้องปรามไม่ให้เกิดอาชญากรรม (deterrence) ผ่านการกำหนดบทลงโทษ (sanction) ทางกฎหมาย ทั้งบทลงโทษ ที่เป็นตัวเงิน (monetary sanction) เช่น ค่าปรับ และบทลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงิน (nonmonetary sanction) เช่น การจำคุก การประหารชีวิต เป็นต้น ประเด็นหลักที่นิติเศรษฐศาสตร์ ต้องการคำตอบจึงเป็นหลักคิดว่าด้วยบทลงโทษทางอาญาที่เหมาะสม (optimal criminal sanction) ไม่ว่าจะเป็น การกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสม การตัดสินใจเลือกใช้วิธีการลงโทษ การใช้ทรัพยากรเพื่อจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษ กล่าวโดยสรุปได้ว่า ประเด็นศึกษาของนิติเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับกฎหมายอาญาในแง่การป้องปรามอาชญากรรมมีอยู่ 4 ประการ⁴¹ ได้แก่

ประการที่ 1 หลักกำหนดความรับผิดชอบและการลงโทษต่อผู้กระทำความผิด (sanctioning rule) ระหว่างหลักความรับผิดชอบเด็ดขาด (Strict Liability) และหลักความรับผิดชอบบนฐานความผิด (Fault-based Liability)

ประการที่ 2 รูปแบบวิธีการลงโทษ (form of sanction) ระหว่างการลงโทษที่เป็นตัวเงิน เช่น ค่าปรับ และการลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงิน เช่น การจำคุก รวมถึงการผสมผสานวิธีการลงโทษทั้งสองแบบเข้าด้วยกัน

ประการที่ 3 ขนาดของบทลงโทษ (magnitude of sanction) กล่าวคือ ระดับการลงโทษที่เหมาะสมและปัจจัยที่ร่วมกันกำหนดขนาดของบทลงโทษที่เหมาะสม

ประการที่ 4 โอกาสในการจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษ (probability of detecting offenders and imposing sanctions) ซึ่งเกี่ยวข้องกับการลงทุนด้านทรัพยากรของสังคมเพื่อจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ยิ่งลงทุนด้านการบังคับใช้กฎหมายมาก ก็ยิ่งเพิ่มโอกาสในการจับกุมคนร้ายมาลงโทษ แต่อีกด้านหนึ่งก็เป็นการสร้างต้นทุนของสังคมเพิ่มขึ้นด้วย

นิติเศรษฐศาสตร์จึงเป็นแนวคิดใหม่ที่นำหลักพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์มาอธิบายกฎหมาย รัฐที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของสังคม หากจะกำหนดความผิดอาญา จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ (benefits) และต้นทุน (costs) ในขณะที่บุคคลเมื่อจะกระทำความผิดใด ๆ ก็ต้องคำนึงถึงปัจจัยทั้งสองอย่างเช่นกัน เมื่อนำหลักเกณฑ์ทางเศรษฐศาสตร์มาพิจารณาในการกำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิดอาญาต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สังคม (social benefits) และต้นทุนของสังคม (social costs) เป็นสำคัญ กล่าวคือ การกระทำที่สร้างประโยชน์ให้แก่สังคมมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นในสังคม การกระทำนั้นไม่ควรถูกกำหนดเป็นความผิดอาญา

⁴¹ ปกป้อง จันวิทย์. (2554). *การวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์: แนวคิดและวรรณกรรมปริทัศน์*. รายงานการวิจัย เล่มที่ 2. กรุงเทพฯ: มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. หน้า 17-18.

ในทางกลับกัน การกระทำที่สร้างความเสียหายต่อสังคมมากกว่าผลประโยชน์ที่สังคมได้รับการกระทำนั้นจะถูกกำหนดเป็นความผิดอาญา ดังนั้น แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์จะกำหนดให้รัฐกำหนดความผิดทางอาญาเมื่อการกระทำนั้นสร้างต้นทุนให้มากกว่าประโยชน์สังคม และรัฐจะไม่กำหนดความผิดอาญาเมื่อการกระทำนั้นสร้างประโยชน์ให้กับสังคมมากกว่าต้นทุน⁴²

2.4.4.1 การบัญญัติความผิดเมื่อต้นทุนสังคมมากกว่าประโยชน์สังคม

การกระทำใดสร้างต้นทุนของสังคมมากกว่าประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากการกระทำนั้น การกระทำนั้นจะถูกกำหนดเป็นความผิดอาญา ดังนี้

$$\text{การกำหนดความผิดทางอาญา} = \text{ต้นทุนของสังคม} > \text{ประโยชน์ที่สังคมได้รับ}$$

ในความผิดอาญาทั่วไปที่เป็นความผิดในตัวเอง (Mala In Se) เช่น การลักทรัพย์ การฆ่าคนตายโดยเจตนา สังคมไม่ได้ประโยชน์จากการกระทำเหล่านั้นเลย แต่กลับเสียหายอย่างมากจากการกระทำนั้น นอกจากนี้ ความผิดอาญาที่กฎหมายกำหนดหรือความผิดเทคนิค (Mala Prohibita) ก็อธิบายได้จากหลักเดียวกัน เช่น ความผิดเกี่ยวกับสารเสพติด สังคมไม่ได้ประโยชน์และต้องเสียหายจึงกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญา⁴³

2.4.4.2 การไม่บัญญัติความผิดเมื่อประโยชน์สังคมมากกว่าต้นทุนสังคม

การกระทำใดสร้างประโยชน์ให้แก่สังคมมากกว่าหรือเท่ากับต้นทุนของสังคม การกระทำนั้นจะไม่ถูกกำหนดเป็นความผิดอาญา ดังนี้

$$\text{การไม่กำหนดความผิดทางอาญา} = \text{ประโยชน์ที่สังคมได้รับ} \geq \text{ต้นทุนของสังคม}$$

ตัวอย่างเช่น การผิดสัญญาทางแพ่ง แม้จะเป็นการก่อให้เกิดต้นทุนกับเจ้าหนี้ในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน แต่ก็ไม่ก่อให้เกิดต้นทุนของสังคม เพราะสัญญาทางแพ่งเป็นเรื่องระหว่างเอกชน ผูกพันกันระหว่างคู่สัญญา อีกทั้ง การทำสัญญาทางแพ่งมักเป็นไปเพื่อการประกอบอาชีพ ซึ่งหากกระทำโดยสุจริตแล้วยอมสร้างประโยชน์ให้แก่สังคม การผิดสัญญาทางแพ่งจึงไม่เป็นความผิดทางอาญา

⁴² ปกป้อง ศรีสนิท. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 28.

⁴³ ปกป้อง ศรีสนิท. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 29.

บางกรณี การกระทำอาจถูกกำหนดเป็นความผิดอาญาแต่ไม่ต้องรับโทษหากเป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์เพื่อทำสิ่งที่ดีที่สังคมปรารถนา เทียบกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67⁴⁴ หากนาย ก. ไล่ยิงนาย ข. ทำให้นาย ข. ต้องทำลายประตูบ้านนาย ค. เพื่อเข้าไปหลบภัยในบ้านนาย ค. กรณีเช่นนี้ หากพิจารณาในมุมมองต้นทุนและประโยชน์ของสังคม การกระทำของนาย ก. มีแต่จะสร้างต้นทุนของสังคมและไม่ก่อประโยชน์อันใดเลย นาย ก. จึงต้องถูกลงโทษ ส่วนนาย ข. แม้สร้างต้นทุนของสังคมด้วยการทำลายทรัพย์สินของนาย ค. แต่เป็นต้นทุนของสังคมที่ยังน้อยกว่าทางเลือกที่ยอมให้ตนเองถูกทำร้ายหรือถูกฆ่าซึ่งเป็นต้นทุนของสังคมที่หนักกว่า หรืออาจกล่าวได้ว่า นาย ข. ได้สร้างประโยชน์ของสังคมในการเอาชีวิตรอดมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นคือการบุกรุกและทำให้นาย ค. เสียทรัพย์สิน ดังนั้น นาย ข. จึงไม่ควรได้รับโทษ⁴⁵

2.4.5 หลักเกณฑ์ The Minimalist Approach

เป็นการนำแนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล (principle of autonomy) เกณฑ์การคุ้มครองสังคม (principle of welfare) และเกณฑ์การควบคุมสังคมอื่น มาใช้ในการพิจารณาร่วมกับการกำหนดความผิดทางอาญา ซึ่งมีข้อพิจารณา 4 ข้อ⁴⁶ ดังนี้

2.4.5.1 การเคารพลีขิทธิมนุษยชน ในการบัญญัติความผิดอาญาจะต้องคำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชนด้วย อย่างไรก็ตาม สิทธิดังกล่าวจะถูกแทรกแซงได้หากเป็นกรณีจำเป็นพอสมควรในสังคมประชาธิปไตยเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐ

2.4.5.2 สิทธิที่จะไม่ถูกลงโทษโดยรัฐ การบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาเป็นการกำหนดให้รัฐมีอำนาจในการลงโทษ เนื้อหาของกฎหมายจึงเป็นการละเมิดสิทธิของประชาชน ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายอาญาจึงต้องมีความชอบธรรมเป็นอย่างยิ่ง และผู้ที่กำหนดความผิดทางอาญานั้นจะต้องพิสูจน์ถึงความชอบธรรมดังกล่าวด้วย

2.4.5.3 หลักความเป็นมาตรการสุดท้าย การบังคับใช้กฎหมายอาญามีต้นทุนสูงกว่าการบังคับใช้กฎหมายอื่น เพราะขั้นตอนในการดำเนินคดีทางอาญานั้นเริ่มตั้งแต่ชั้นตำรวจ อัยการ ศาล จนถึงราชทัณฑ์ นอกจากนี้ยังมีมาตรการทางสังคมอื่น ไม่ว่าจะเป็นมาตรการทางแพ่ง หรือ

⁴⁴ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 67 บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น (1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ (2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่ออันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ.

⁴⁵ ปกป้อง ศรีสนิท. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 30.

⁴⁶ Andrew Ashworth and Jeremy Horder. (2013). *Principles of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press. p. 31-35. อ้างถึงใน เมษยา โรจนอารีย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 32. หน้า 44.

มาตรการทางปกครอง ดังนั้น หากเลือกบังคับใช้กฎหมายอื่นและสามารถก่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคมได้ก็ควรบังคับใช้กฎหมายอื่นที่มีใช้กฎหมายอาญา โดยกฎหมายอาญาควรถูกนำมาใช้เป็นมาตรการสุดท้ายสำหรับพฤติกรรมที่ร้ายแรง

2.4.5.4 หลักการไม่กำหนดเป็นความผิดอาญา หากการกำหนดความผิดทางอาญาจะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าการไม่กำหนดเป็นความผิดอาญา

การบัญญัติกฎหมายขึ้นมาแต่ละฉบับย่อมต้องมีเหตุผลและความจำเป็นในการบัญญัติกฎหมายที่แท้จริง โดยเฉพาะกฎหมายอาญาซึ่งมีบทลงโทษที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ยิ่งต้องวิเคราะห์ว่าในการกำหนดให้การกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นความผิดทางอาญานั้น จะเกิดประโยชน์ต่อสังคมหรือสร้างภาระให้แก่สังคมในการบังคับใช้กฎหมายนั้นมากกว่า และมีมาตรการอื่นนอกจากโทษทางอาญาอีกหรือไม่ที่จะสามารถป้องกันและปราบปรามการกระทำนั้นได้ หากกำหนดให้การกระทำต่างๆ เป็นความผิดอาญามากเกินความจำเป็นด้วยความเชื่อที่ว่าโทษทางอาญาซึ่งเป็นโทษที่ลงต่อเนื้อตัวร่างกายเป็นโทษที่รุนแรงทำให้คนเกรงกลัวที่จะกระทำความผิดได้ในความเป็นจริง กฎหมายอาญาไม่สามารถควบคุมการกระทำความผิดได้เพราะสถานะที่เรียกว่ากฎหมายอาญาเพื่อ (Over-criminalization) เนื่องจากการกำหนดและใช้กฎหมายอาญาไม่เหมาะสม

การเรียไรไม่มีลักษณะเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากไม่ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น เพราะสังคมไทยยังยอมรับการเรียไรหรือการขอรับบริจาค เนื่องมาจากพื้นฐานของคนไทยที่มีน้ำใจ ซื่อสัตย์ ประกอบกับความเหลื่อมล้ำที่ทำให้ประชากรในประเทศมีโอกาสดังเศรษฐกิจต่างกัน นอกจากนี้ หากมีการใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการเรียไร ย่อมจะเกินขีดความสามารถของรัฐที่จะป้องกันและปราบปราม ดังนั้น การเรียไรทั่วไปไม่ควรถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา แต่หากเป็นกรณีการเรียไรโดยไม่ชอบการกระทำได้กล่าวข่มสร้างความสะดวกหรือราคา และก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมส่วนรวมได้ ถือเป็นภาระลบลอกหลวงเพื่อให้ผู้อื่นหลงเชื่อและมอบเงินหรือทรัพย์สินให้ ในกรณีนี้ การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับผู้ที่แสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบจากการเรียไร จะทำให้เกิดความคุ้มค่าในการปราบปรามผู้กระทำความผิด และไม่มีมาตรการอื่นใดที่เหมาะสมกับการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ ผู้เขียนจึงเห็นควรกับการกำหนดให้ การเรียไรโดยไม่ชอบเป็นความผิดทางอาญา

2.5 หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาจัดเป็นกฎหมายมหาชนเพราะบัญญัติถึงความเกี่ยวพันระหว่างรัฐและเอกชน แม้การกระทำบางอย่างจะทำให้เอกชนเสียหายโดยตรง แต่หากเป็นการกระทำที่

กระทบกระเทือนต่อความสงบสุขของมหาชนส่วนรวม รัฐจำเป็นต้องเข้าดำเนินการป้องกันและปราบปรามเพื่อเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม เมื่อกฎหมายอาญาเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่รัฐใช้บังคับเพื่อควบคุมความประพฤติของปัจเจกชนเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม ในอีกด้านหนึ่งกฎหมายอาญานั้นก็อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน หลักพื้นฐานกฎหมายอาญาจึงจำเป็นต่อการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญา

2.5.1 หลักความชอบด้วยกฎหมาย (The Principle of Legality)

หลักความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายอาญามาจากสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “Nullum crimen, nulla poena sine lege” หรือ “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” ซึ่งเป็นหลักการที่ถือกำเนิดขึ้นจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1789 ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และยังปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ⁴⁷ หลักการนี้กำหนดให้บุคคลไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา หากการกระทำนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในขณะกระทำว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ มีสาระสำคัญ 4 ประการ⁴⁸ ดังนี้

2.5.1.1 การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล หมายถึงห้ามกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดหรือกำหนดโทษโดยกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายแพ่ง⁴⁹ อย่างไรก็ดีตาม หากกฎหมายจารีตประเพณีเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดสามารถนำกฎหมายจารีตประเพณีที่เป็นคุณนั้นมาใช้ได้

2.5.1.2 การห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล หมายถึงห้ามกำหนดหรือขยายบทกฎหมายที่มีอยู่โดยใช้หลักกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง รวมทั้ง ห้ามใช้เพิ่มโทษด้วย แต่ไม่รวมถึงการขยายความและการใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด

2.5.1.3 กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นนั้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติ และเพื่อให้ประชาชนทราบล่วงหน้า ป้องกันไม่ให้ศาลใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือตามความรู้สึกของตน รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจน

⁴⁷ ปกป้อง ศรีสนิท. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 139.

⁴⁸ นรเศรษฐ์ สุว้างแจ้ง. (2556). *ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคล: ศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 21-22.

⁴⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 4 บัญญัติว่า กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป.

แน่นอนที่สุดเท่าที่สามารถทำได้ โดยการบัญญัติกฎหมายอาญาต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่กำกวม ไม่แน่นอนซึ่งหลักความชัดเจนแน่นอนนี้ Hans Welzel⁵⁰ เห็นว่ามีความสำคัญยิ่งกว่าข้อห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง จนมีคำกล่าวที่ว่า “อันตรายที่แท้จริงที่คุกคามหลักประกันกฎหมายอาญา ไม่ได้เกิดจากการใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่เกิดจากความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา”

2.5.1.4 กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง หมายถึง ถ้าบุคคลใดได้กระทำการอย่างใด ในขณะที่การกระทำนั้น ไม่เป็นความผิดและไม่มีโทษ แม้ต่อมามีการบัญญัติกฎหมายอาญา กำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิด ก็ไม่อาจใช้กฎหมายอาญาที่บัญญัติภายหลังนั้นมากำหนด ความผิด กำหนดโทษ หรือเพิ่มโทษแก่บุคคลนั้น ได้ ทั้งนี้ ไม่รวมถึงการย้อนหลังที่เป็นคุณแก่ ผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ดี หลักกฎหมายอาญาไม่ย้อนหลังเป็นผลร้ายนี้ใช้เฉพาะการกำหนด ความผิดและโทษเท่านั้น หมายถึง กฎหมายอาญาสารบัญญัติ (substantive law) เท่านั้น หากเป็น กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่เป็นกฎหมายสบัญญัติ (Procedural Law) จะไม่อยู่ในบังคับของ หลักการนี้

2.5.2 หลักการกระทำ (The Principle of Conduct)

บุคคลจะต้องรับผิดชอบอาญาที่ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้กระทำการหรือแสดงพฤติกรรมซึ่งถือเป็นองค์ประกอบภายนอกอันฝ่าฝืนต่อกฎหมายอาญา ถ้าขาดการกระทำ ความรับผิดชอบเริ่มไม่ได้⁵¹ เพราะหากเป็นเพียงความคิดย่อมไม่อาจส่งผลกระทบต่อหรือสร้างความเสียหายต่อสังคมได้

“การกระทำ” หมายความว่า การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวของร่างกายหรือกล้ามเนื้อ ภายใต้จิตใจบังคับ (willed movement) ซึ่งคำว่า “จิตใจบังคับ” นี้ ยังไม่ถึงขั้นเจตนา เพียงแต่ผู้กระทำ ได้กระทำลงไปโดยรู้สึกตัวว่ากำลังทำอะไรอยู่ที่เพียงพอ ทั้งการเคลื่อนไหวร่างกาย (bodily movement) จะต้องมีพฤติการณ์ประกอบอิริยาบถ (circumstances movement) นั้นด้วย ส่วนการรู้สำนึก ในการกระทำนั้นประกอบด้วยขั้นตอน 3 ขั้นตอน คือ การคิด การตกลงใจว่าจะกระทำตามที่คิด และการกระทำตามที่คิดและตกลงใจนั้น⁵²

⁵⁰ ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายชาวเยอรมัน

⁵¹ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ์. (2556). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 15). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 43.

⁵² หยุต แสงอุทัย. (2551). *กฎหมายอาญา 1* (พิมพ์ครั้งที่ 20). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 69-89.

2.5.3 หลักความนำตำหนิ (The Principle of Culpability)

เมื่อบุคคลใดได้กระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดแล้ว ยังต้องพิจารณาว่าบุคคลนั้นได้กระทำการดังกล่าวด้วยจิตใจอันควรนำตำหนิหรือไม่ ตัวอย่างเช่น ผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายโดยเจตนากับผู้ที่กระทำการโดยประมาท ย่อมมีความนำตำหนิต่างกัน หรือผู้กระทำอาจมีลักษณะที่ไม่ควรตำหนิ เช่น เด็ก ผู้ไร้ความสามารถ กฎหมายก็ไม่อาจลงโทษได้เนื่องด้วยลักษณะของตัวผู้กระทำเอง⁵³

2.5.4 หลักความรับผิดชอบเฉพาะตัว (The Principle of Personal Liability)

กฎหมายอาญาลงโทษผู้กระทำความผิดเท่านั้น ไม่ขยายไปลงโทษผู้เป็นทายาทหรือผู้ได้รับสิทธิจากผู้กระทำความผิด⁵⁴ ดังนั้น บุคคลอื่นใดที่ไม่ได้กระทำหรือมีส่วนในการกระทำที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดจึงไม่อาจรับผิดชอบทางอาญาได้ หรืออาจกล่าวได้ว่า บุคคลย่อมไม่ต้องรับผิดชอบโดยอาศัยการกระทำของบุคคลอื่น (act of others) หรือสถานะ (status) ของบุคคลนั้นเป็นเงื่อนไข ในความรับผิดชอบทางอาญา หากบุคคลนั้นไม่ได้กระทำหรือมีส่วนการกระทำความผิดอาญานั้นเอง⁵⁵

2.5.5 หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (Equality before law)

มนุษย์ทุกคนย่อมมีความเท่าเทียมกันและจะต้องได้รับการปฏิบัติโดยรูปแบบเดียวกันภายใต้กฎหมาย (equality before law) หรืออีกนัยหนึ่งคือ “สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติ” ที่ยึดถือเรื่องความเท่าเทียมกันและสิทธิเสรีภาพของบุคคล

อย่างไรก็ตาม ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายอาญาเป็น “ความเสมอภาคทางโอกาส” (equality of opportunity) ซึ่งแตกต่างจาก “ความเสมอภาคทางเป้าหมาย” (equality of result) ความเสมอภาคทางโอกาส คือ การปฏิบัติกับบุคคลทุกคนด้วยวิธีการแบบเดียวกันและเท่าเทียมกัน เมื่อปฏิบัติด้วยวิธีการที่เท่ากันแล้วย่อมทำให้เกิดความแตกต่างขึ้นมาระหว่างบุคคล เพราะบางคนจะได้รับทรัพยากรมากกว่าอีกคนหนึ่ง จึงมีแนวความคิดเรื่องความเสมอภาคทางเป้าหมายเข้ามาช่วยผู้ที่ด้อยโอกาสในสังคม โดยผ่านกระบวนการที่เรียกว่า การเลือกปฏิบัติอย่างเป็นทางการหรือการเลือกปฏิบัติเชิงบวก (discrimination positive หรือ affirmative action)⁵⁶ กล่าวคือ องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลาย

⁵³ นรเศรษฐ์ สว่างแจ้ง, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 48, หน้า 23.

⁵⁴ ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18, หน้า 145.

⁵⁵ นรเศรษฐ์ สว่างแจ้ง, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 48, หน้า 24.

⁵⁶ ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18, หน้า 148.

ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญให้แตกต่างกันออกไปตามลักษณะของแต่ละคน⁵⁷

หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย เมื่อถูกนำมาใช้ในบริบทของกฎหมายอาญาจะเป็นความเสมอภาคทางโอกาส เพราะกฎหมายอาญาไม่อาจที่จะกำหนดโทษที่แตกต่างกันสำหรับการกระทำความผิดแบบเดียวกัน เว้นแต่เป็นเรื่องที่กระทำได้เพราะความแตกต่างของสถานการณ์ที่เกิดขึ้นโดยมีความสัมพันธ์โดยตรงกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย⁵⁸ ซึ่งในประเด็นนี้ตามสนธิสัญญาสมัชชาประชาชนยุโรป (ECHR) อธิบายว่า ความแตกต่างของการปฏิบัติที่จะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัตินั้นไม่เพียงจะต้องมีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมาย (legitimate aim) เท่านั้น แต่ยังต้องมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลและได้สัดส่วนระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการที่นำมาใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์นั้นด้วย⁵⁹

2.5.6 หลักความได้สัดส่วนแห่งการลงโทษ (The Principle of Proportionality)

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการพื้นฐานภายใต้หลักนิติธรรม (Rule of Law) โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการนำกฎหมายมาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อการคุ้มครองสังคม หลักความได้สัดส่วนสำหรับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจำเป็นต้องคำนึงถึงตั้งแต่กระบวนการตรากฎหมายให้ การกระทำใดเป็นความผิดและต้องมีบทกำหนดโทษเช่นไรจึงเหมาะสมได้สัดส่วนกับความผิดนั้น การที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายขึ้นมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมของมาตรการว่ามีความจำเป็นในการกำหนดให้การกระทำเป็นความผิดหรือไม่ และหากมีการกำหนดเป็นความผิดแล้ว กฎหมายนั้นจะต้องก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนน้อยที่สุด หลักความได้สัดส่วนจึงเป็นหลักการสำคัญเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน และสร้างสมดุลระหว่างการใช้อำนาจรัฐและเสรีภาพของประชาชน⁶⁰

เซซาร์ เบคคาเรีย (Cesare Beccaria) กล่าวว่า “เพื่อไม่ให้โทษทางอาญาใดก็ตามเป็นการกระทำที่รุนแรงโดยคนหนึ่งหรือหลายคนต่อประชาชน โทษทางอาญาจึงต้องเปิดเผย จำเป็น และรุนแรงน้อยที่สุดตามสถานการณ์ที่ปรากฏ และได้สัดส่วนกับความผิด และต้องเป็นโทษที่

⁵⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: ธรรมสาร. หน้า 34-35.

⁵⁸ ปกป้อง ศรีสนิท. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 148.

⁵⁹ คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ. (2560). *กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ*. รายงานการศึกษาวิจัย. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. หน้า 209.

⁶⁰ กิติมา แก้วนะรา. (2559). *หลักความได้สัดส่วนกับบทกำหนดโทษที่เหมาะสมสำหรับผู้กระทำความผิดในคดีอาญา*. ศึกษารณิแอมเฟตามีน. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริธีพนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 4.

กำหนดโดยกฎหมาย”⁶¹ ดังนั้น การกำหนดมาตรการใด ๆ ที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นที่แน่นอนและคาดได้ว่ามาตรการนั้นสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้จริง โดยพิจารณาซึ่งน้ำหนักว่าประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นแก่สาธารณะจากการใช้มาตรการนั้นมีความคุ้มค่ามากกว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการไปลดรอนสิทธิของปัจเจกบุคคลถึงขนาดต้องใช้มาตรการดังกล่าว⁶²

2.6 มาตรการลงโทษทางอาญา

เมื่อบุคคลมีความรับผิดชอบทางอาญาแล้ว บุคคลนั้นจะถูกลงโทษทางอาญา โทษอาญาจะต้องมีประสิทธิภาพในการยับยั้งมิให้ผู้กระทำผิดกลับไปกระทำผิดซ้ำอีก และจะต้องสามารถยับยั้งมิให้ผู้อื่นเลียนแบบการกระทำที่เป็นความผิดนั้นด้วย หากโทษทางอาญาไม่มีประสิทธิภาพก็จะทำให้เกิดการกระทำซ้ำ (recidivism) หรืออาชญากรรมเลียนแบบ ซึ่งทำให้ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ต้องการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมแสดงถึงความล้มเหลวของกฎหมายอาญานั้น⁶³

พระราชบัญญัติควบคุมการเรียไร พุทธศักราช 2487 ได้กำหนดโทษทางอาญาไว้เพียง 2 ประการ ได้แก่ โทษจำคุกและโทษปรับ ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจึงจะศึกษาในเรื่องวัตถุประสงค์การลงโทษเสียก่อน เพื่อให้เข้าใจที่มาของการกำหนดโทษทางอาญา และจะศึกษาโทษจำคุกและโทษปรับในลำดับต่อไป

2.6.1 วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญา

เดิมการลงโทษทางอาญาจะมีเป้าหมายเพื่อการแก้แค้นทดแทน ต่อมาเมื่อสังคมได้วิวัฒนาการขึ้นเรื่อย ๆ การแก้แค้นทดแทนไม่ใช่จุดมุ่งหมายสุดท้ายของการลงโทษ แต่จะต้องคำนึงถึงลักษณะและสภาพความผิด ผู้กระทำความผิด รวมทั้งประโยชน์ที่สังคมส่วนรวมจะได้รับ

⁶¹ Beccaria's summary statement, *On Crimes and Punishments* (1986). “In order that any punishment should not be an act of violence committed by one person or many against a private citizen, it is essential that it should be public, prompt, necessary, the minimum possible under the given circumstances, proportionate to the crimes, and established by law.”

⁶² บรรเจิด สิงคะเนติและคณะ. (2558). *หลักความได้สัดส่วนในการตรวจสอบขอเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)*. รายงานการศึกษาวิจัย. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม. หน้า 2.

⁶³ ปกป้อง ศรีสนิท. *อั้งแล้วเชิงอรรถที่ 18*. หน้า 201.

จากการลงโทษนั้นด้วย ทำให้วัตถุประสงค์ในการลงโทษอาจแตกต่างกันไปตามพฤติการณ์และสภาพสังคม

วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญา มีดังนี้

2.6.1.1 การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (retribution)

การแก้แค้นทดแทนเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เก่าแก่ที่สุด ในสมัยก่อน การแก้แค้นเป็นเรื่องที่ยอมรับได้ในสังคม เห็นได้จากกฎหมาย Talion Law ที่กำหนดว่า “อาชญากรควรได้รับการลงโทษเสมอกับการบาดเจ็บและความเสียหายที่อาชญากรก่อขึ้นให้กับผู้เสียหาย”⁶⁴ หรือที่เรียกว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (an eye for an eye, a tooth for a tooth) อธิบายได้ว่า เมื่อปฏิบัติต่อผู้อื่นอย่างไรก็ควรได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกันตอบแทน (let the punishment fit the crime)⁶⁵

ปัจจุบัน เมื่อกล่าวถึงการแก้แค้นจะนึกถึงความโหดร้ายป่าเถื่อน แต่ในความเป็นจริงแล้ว วัตถุประสงค์นี้หมายถึงการที่จำกำหนดกฎหมายหรือมาตรวัด เพื่อให้การลงโทษนั้นทำได้แต่พอเหมาะสม กล่าวคือการแก้แค้นต้องไม่เกินไปกว่าความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ เช่น การฆ่าคนตายโดยเจตนา มีโทษประหารชีวิต เป็นการกำหนดโทษไม่เสมอกับความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่บางกรณีก็มีการกำหนดโทษที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ เช่น กำหนดโทษประหารชีวิตสำหรับความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด⁶⁶

ผลของการลงโทษตามวัตถุประสงค์นี้ นอกจากจะมีส่วนที่ทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับผลร้ายเพื่อทดแทนต่อความผิดที่ตนได้กระทำความผิดแล้ว ยังมีส่วนที่ทำให้ผู้กระทำความผิดมีความรู้สึกสำนึกว่าสิ่งที่ตนกำลังได้รับเป็นโทษที่เขาควรจะได้รับจากการกระทำความผิดของเขาด้วย หมายความว่า ผู้กระทำความผิดยอมเข้าใจได้ว่าการได้รับโทษนี้เพราะเป็นผลที่เสมอกับความผิดที่ได้กระทำความผิดไปนั่นเอง รวมทั้ง บุคคลทั่วไปก็จะยอมรับการลงโทษที่มีผลไม่เกินกว่าความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดได้ก่อให้เกิดขึ้น⁶⁷

2.6.1.2 การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (deterrence)

การข่มขู่ยับยั้งนี้ อีกนัยหนึ่งก็คือการป้องปราม เพราะมนุษย์มีเจตจำนงอิสระ (free will) ที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำให้สิ่งใดก็ได้ โดยมนุษย์จะเลือกกระทำในสิ่งที่ตนพอใจและได้รับประโยชน์ แต่ไม่เลือกทำในสิ่งที่ทำให้เกิดความทุกข์หรือเจ็บปวด เมื่อมองในด้านของ

⁶⁴ ปกป้อง ศรีสนิท. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 203.

⁶⁵ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ. (2554). *นิติศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย*. รายงานการศึกษาวิจัย เล่มที่ 1. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย. หน้า 41.

⁶⁶ ปกป้อง ศรีสนิท. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 203.

⁶⁷ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 17. หน้า 88.

การกระทำความผิด มนุษย์จะกล้าเสี่ยงกระทำความผิดหากเห็นว่าได้ประโยชน์มากกว่าโทษที่จะได้รับ แต่หากโทษที่จะได้รับนั้นเจ็บปวดมากกว่าความพอใจในการกระทำความผิด มนุษย์ก็จะหลีกเลี่ยงการกระทำความผิด

การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งจึงเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อสร้างประโยชน์สังคม เพราะเกิดผลได้ 2 ประการ คือ

ประการแรก ข่มขู่บุคคลทั่วไป (general deterrence) ซึ่งในสมัยก่อนการลงโทษมักจะกระทำในที่สาธารณะ เพื่อให้เป็นตัวอย่างแก่คนในสังคมว่า เมื่อกระทำความผิดแล้วจะต้องได้รับโทษอย่างไร เป็นการข่มขู่หรือป้องปรามไม่ให้คนในสังคมเอาเป็นเยี่ยงอย่าง

ประการที่สอง ข่มขู่บุคคลเฉพาะราย (special deterrence) เป็นการข่มขู่ผู้กระทำความผิดนั้นเองให้เกรงกลัวและเจ็บปวด ไม่กลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก

การลงโทษตามวัตถุประสงค์นี้มุ่งถึงผลในอนาคต ดังนั้น การกำหนดโทษจึงมีความรุนแรงมากกว่าผลร้ายที่จะเกิดจากการกระทำความผิด แต่ในอีกแง่หนึ่ง การจะวัดระดับความกลัวของแต่ละบุคคลเป็นไปได้ยาก เพราะเป็นเรื่องภายในจิตใจ การกำหนดโทษที่รุนแรงจึงอาจจะไม่เป็นธรรมต่อผู้กระทำความผิด⁶⁸ เพราะยังเพิ่มลักษณะของการข่มขู่ยับยั้งในการลงโทษมากขึ้นเท่าไร ก็จะกระทบต่อสิทธิมนุษยชนมากขึ้นเท่านั้น เช่น การเหมียน (caning) ซึ่งเป็นโทษที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำความผิดฐานขีดเขียนในที่สาธารณะให้เกิดความสกปรก (graffiti) ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ซึ่งมีประสิทธิภาพในการข่มขู่ผู้กระทำความผิด ทำให้ในสาธารณรัฐสิงคโปร์แทบไม่ได้พบเห็นการขีดเขียนในที่สาธารณะเลย⁶⁹

2.6.1.3 การลงโทษเพื่อตัดความสามารถในการกระทำความผิด (incapacitation)

การตัดความสามารถในการกระทำความผิด เป็นการป้องกัน (prevention) สังคมให้พ้นจากอันตรายในระหว่างที่ผู้กระทำความผิดถูกตัดขาดจากสังคมและไม่มีโอกาสไปกระทำผิดซ้ำได้อีก ซึ่งการตัดโอกาสนี้อาจเป็นการชั่วคราว เช่น การจำคุก หรือเป็นการตัดโอกาสอย่างถาวร เช่น การประหารชีวิต ก็ได้ อย่างไรก็ตาม หากใช้การลงโทษตามวัตถุประสงค์นี้โดยไม่มี การปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดควบคู่ไปด้วย อาจทำให้ผู้ที่ได้รับโทษรู้สึกเกลียดชังและเป็นปฏิปักษ์ต่อสังคม หากเป็นการตัดออกจากสังคมชั่วคราว เมื่อกลับเข้าสู่สังคมก็มีแนวโน้มจะกระทำความผิดซ้ำอีก

⁶⁸ สุทธิณี รัตนวราห. (2535). *กฎหมายอาญา 2*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 2.

⁶⁹ ปกป้อง ศรีสนิท. *อั้งแล้วเชิงอรรถที่ 18*. หน้า 204.

2.6.1.4 การลงโทษเพื่อฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด (rehabilitation)

การลงโทษตามวัตถุประสงค์นี้มีความมุ่งหมายเฉพาะตัวผู้กระทำความผิดมีลักษณะเป็นการบำบัดฟื้นฟู (treatment) มากกว่าลงโทษ (punishment)⁷⁰ โดยหาสาเหตุที่ทำให้เกิดการกระทำความผิดและการแก้ไขสาเหตุนั้น ซึ่งเป็นเรื่องเฉพาะบุคคล ทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกสำนึกไม่อยากจะกระทำความผิดอีกและมีความยับยั้งชั่งใจด้วยตัวเอง และนำเอาการฝึกฝนอบรม การฝึกอาชีพ การอบรมจิตใจมาใช้ เพื่อให้ผู้กระทำความผิดปรับปรุงเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของตนเอง เปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดได้กลับตัวและกลับเข้าสู่สังคมได้อย่างปลอดภัย

วัตถุประสงค์ในการลงโทษที่กล่าวมาข้างต้นมีข้อดีข้อเสียแตกต่างกันไป ดังนั้นการลงโทษทางอาญาจะมุ่งลงโทษเพื่อวัตถุประสงค์ประการใดประการหนึ่งเพียงอย่างเดียวไม่ได้ แต่จะต้องพิจารณาถึงความมุ่งหมายหลายประการประกอบกัน ประเด็นหนึ่งที่สำคัญคือ หากผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับเข้าสู่สังคมเมื่อพ้นโทษ ผู้พ้นโทษจะถูกสังคมตีตรา (stigma) ถูกโดดเดี่ยวจากสังคมเมื่อกลับเข้าสู่สังคมไม่ได้ก็มีโอกาสกลับไปกระทำผิดซ้ำอีก จึงเกิดแนวความคิดในการนำผู้กระทำความผิดกลับเข้าสู่สังคม (resocialization) ซึ่งมีความมุ่งหมายในการให้โอกาสผู้กระทำความผิดได้กลับตัวและกลับเข้าสู่สังคมได้อย่างแท้จริง ตามแนวคิดนี้ นอกจากการฟื้นฟูผู้กระทำความผิดแล้ว ยังต่อ ยอดไปยังการลบล้างการกระทำความผิดและโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษแล้ว มีผลเสมือนการคืนสิทธิให้แก่บุคคลนั้น ได้เข้าไปใช้ชีวิตในสังคม เช่นเดียวกับคนทั่วไปที่มาเคยกระทำความผิดหรือเคยต้องโทษมาก่อน⁷¹ หรือที่เรียกว่า “การล้างมลทิน”

แนวคิดในการล้างมลทิน เชื่อว่าเมื่อมีการลงโทษครบบริบูรณ์แล้ว เครื่องหมายหรือตราแห่งการกระทำผิด (mark or brand of crime) ควรจะถูกลบล้างไปด้วย⁷² เนื่องจากโทษที่บุคคลได้รับควรจะมีวันสิ้นสุด ไม่ควรให้ผลอันเนื่องมาจากการลงโทษคงเป็นตราบาปหรือรอยมลทินแก่บุคคลนั้นตลอดไป เพื่อให้ผู้กระทำความผิดที่ได้รับโทษครบถ้วนแล้วได้มีโอกาสกลับเข้าสู่สังคมต่อไป

การใช้การลงโทษเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดจะต้องกระทำเพื่อให้เกิดความรู้สึกต่อทั้งผู้กระทำความผิดและบุคคลทั่วไป การลงโทษจึงควรกระทำเพื่อให้ผู้กระทำ

⁷⁰ ศศิธร มุสิกะศิริ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 46.

⁷¹ ศิริสา พูลสนอง. (2543). *การล้างมลทินในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 18.

⁷² Stephen Schafer. (1976). *Introduction to Criminology*. Michigan: Reston Publishing. p. 246. อ้างถึงใน วาสนารอดเยี่ยม. (2524). *การลบล้างคำพิพากษาลงโทษจำคุก*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 118.

ความผิดเห็นว่าสังคมส่วนรวมจะไม่ยิ่งดูค้ายกับการกระทำเช่นนั้น และเพื่อเตือนบุคคลทั่วไปในสังคมนั้นด้วยว่า ถ้ามีการกระทำเช่นนั้นขึ้นอีกก็จะต้องได้รับโทษเช่นเดียวกัน นอกจากนี้การลงโทษจะต้องกระทำเท่าที่เหมาะสมกับความผิดและความชั่วของผู้กระทำความผิด เพื่อให้เขาได้มีโอกาสแก้ไขปรับปรุงตนเองไม่กระทำความผิดเช่นนั้นซ้ำอีกและเพื่อให้กลับเข้าสู่สังคมได้ด้วย เพราะหากสามารถกลับเข้าสู่สังคมและใช้ชีวิตได้อย่างปกติ โอกาสในการกลับไปกระทำความผิดซ้ำจะยิ่งลดลง ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษข้อใด ผลสุดท้ายคือความสงบสุขต่อสังคมส่วนรวมที่จะไม่มีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเพราะทุกฝ่ายพึงพอใจในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

2.6.2 โทษจำคุก

โทษจำคุกเป็นโทษที่มีความรุนแรงรองจากโทษประหารชีวิต และมีประสิทธิภาพในการยับยั้งอาชญากรรม เพราะเป็นการตัดโอกาสไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับมาก่อทำผิดซ้ำอีกในช่วงระยะเวลาที่ถูกจำคุก ขณะเดียวกันก็เป็นโทษที่สร้างต้นทุนให้กับสังคมมากที่สุด เนื่องจากต้องใช้ทรัพยากรจำนวนมากในการบริหารจัดการ ไม่ว่าจะเป็นค่าใช้จ่ายในระหว่างที่ผู้กระทำผิดรับโทษอยู่ในเรือนจำ รวมทั้งต้นทุนค่าเสียโอกาสในการที่นักโทษไม่สามารถไปทำงานได้ เมื่อเทียบกับโทษปรับหรือโทษริบทรัพย์ ที่รัฐจะได้ประโยชน์จากค่าปรับหรือทรัพย์สินที่ตกเป็นของแผ่นดินและผู้กระทำความผิดก็ยังสามารถทำงานหาเลี้ยงชีพเองได้

อย่างไรก็ตาม โทษจำคุกก็ยังคงมีความจำเป็นสำหรับการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมบางประเภท จึงต้องเลือกใช้โทษจำคุกให้เหมาะสมกับความผิดด้วย ในประเด็นนี้ Shavell Steven⁷³ แนะนำว่าการจำคุกควรจะถูกนำมาใช้ใน 5 กรณีที่จำเป็น⁷⁴ ดังต่อไปนี้

2.6.2.1 เมื่อผู้กระทำความผิดเป็นคนไม่มีทรัพย์เพียงพอสำหรับโทษปรับ ซึ่งในกรณีนี้จะทำให้โทษปรับไม่มีผลใด ๆ ในการยับยั้งการกระทำความผิดเลย

2.6.2.2 เมื่ออัตราการหลบหนีจากการถูกดำเนินคดีมีมากขึ้น เมื่อใดก็ตามที่ผู้กระทำความผิดมีโอกาสหลบหนีจากการถูกดำเนินคดีสูงขึ้น โทษปรับก็ต้องสูงตามขึ้นเรื่อย ๆ ดังนั้นถ้าโอกาสที่จะหลบหนีมีเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ จนทำให้โทษปรับสูงจนเกินทรัพย์สินของผู้กระทำผิดโทษปรับสำหรับผู้กระทำความผิดนั้นก็จะไม่เป็นผล และต้องบังคับใช้โทษจำคุกแทน

2.6.2.3 เมื่อผลประโยชน์ส่วนตัวของผู้กระทำความผิด (private benefits) ที่ได้รับจากการกระทำความผิดมีจำนวนมาก โทษปรับที่เหมาะสมก็ต้องเป็นจำนวนค่าปรับที่สูงมาก

⁷³ ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายและเศรษฐศาสตร์ที่ Harvard Law School

⁷⁴ Shavell Steven. (1992). Criminal law and the optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent. *Law and Economics*, volume 1. p.467. อ้างถึงใน ปกป้อง จันวิทย์. อังแล้วเชิงอรรถที่ 41. หน้า 519-520.

เช่นเดียวกัน และเมื่อค่าปรับสูงเกินกว่าทรัพย์สินที่ผู้กระทำความผิดมี โทษปรับก็ไม่ได้ผลสำหรับการยับยั้งการกระทำความผิดนั้น การยับยั้งอาชญากรรมที่สร้างผลประโยชน์มูลค่ามหาศาลให้แก่ผู้กระทำความผิดจึงต้องเป็นโทษจำคุก

2.6.2.4 เมื่ออาชญากรรมมีความเป็นไปได้สูงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคม ค่าปรับไม่สามารถยับยั้งอาชญากรรมได้ จึงต้องใช้โทษจำคุก

2.6.2.5 เมื่อขนาดความเสียหายต่อสังคม (magnitude of harm) มีสูงมากอาชญากรรมที่ร้ายแรงสร้างความเสียหายให้กับสังคมอย่างมาก เช่น การฆาตกรรม การยับยั้งอาชญากรรมนั้นไม่สามารถใช้โทษปรับได้ จึงต้องใช้โทษจำคุก

เมื่อมีการปรับใช้โทษจำคุกแล้ว การลงโทษจะต้องอยู่บนพื้นฐานของการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย เนื่องจากอิทธิพลทางความคิดเกี่ยวกับการลงโทษเปลี่ยนจากการแก้แค้นทดแทนไปสู่การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดแล้ว การบังคับโทษจำคุกจึงไม่ได้มุ่งหวังให้เกิดผลร้ายต่อร่างกายและจิตใจของผู้ต้องโทษจำคุก แต่เพื่อให้ผู้กระทำความผิดสำนึกถึงความผิดที่ได้กระทำและส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นภายหลังพ้นโทษจำคุก ช่วยให้สามารถกลับเข้าไปอยู่ในสังคมได้โดยไม่กลับไปกระทำความผิดอีก⁷⁵

2.6.3 โทษปรับ

โทษปรับเป็นโทษทางอาญาที่มีมาตั้งแต่สมัยโบราณ ในสมัยที่การลงโทษทางอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อแก้แค้นทดแทน โทษปรับถูกกำหนดขึ้นเพื่อลดทอนโทษของผู้เสียหายในการแก้แค้นผู้กระทำความผิดเสียเอง⁷⁶

เมื่อรัฐเข้ามามีบทบาทในการบริหารความยุติธรรมมากขึ้น รัฐกำหนดให้คู่กรณีจ่ายส่วนหนึ่งของค่าไถ่โทษที่ผู้เสียหายจะได้รับให้แก่รัฐ เพื่อเป็นการตอบแทนที่รัฐเข้ามาจัดการดูแลความยุติธรรมให้ต่อมา มีการแยกโทษปรับออกจากการใช้ค่าเสียหาย และนำโทษปรับมาใช้คู่กับโทษจำคุก โดยให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลพินิจลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่าง⁷⁷ นอกจากนี้ ยังมี การนำโทษปรับมาใช้ลงโทษในความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ หรือที่เรียกว่า “ความผิดลหุโทษ” (petty crimes) ในกรณีที่มีการลงโทษประการอื่นจะเป็นการทารุณ โหดร้ายและไม่เหมาะสมกับความผิด

⁷⁵ สลทร คงหวาน. (2562). แนวคิดของการบังคับโทษจำคุกสมัยใหม่ต่อแนวทางการพัฒนามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับโทษจำคุกของราชอาณาจักรไทย. *วารสารวิชาการมหาวิทยาลัยปทุมธานี*, 11(1). หน้า 95-96.

⁷⁶ โกเมน ภัทรภิรมย์. (2534). โทษปรับ. *วารสารอัยการ*, 163(14). หน้า 455.

⁷⁷ กานดา ปานคำ. (2557). *การบังคับโทษปรับ : ศึกษากรณีบังคับให้ทำงานแทนค่าปรับ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 21.

ที่ได้กระทำ เพื่อหลีกเลี่ยงโทษจำคุกกระยะสั้น⁷⁸ และยังเป็นการประหยังบประมาณของรัฐที่ต้อง
เลี้ยงดูผู้ต้องโทษอีกด้วย

โทษปรับมีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้

2.6.3.1 โทษปรับเป็นโทษที่บังคับเอาแก่ทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด ซึ่งทรัพย์สิน
ที่จะบังคับเอานั้นคือ เงิน หากเป็นการบังคับเอาทรัพย์สินอื่น จะไม่ใช่โทษปรับ ยกเว้นในกรณีที่
ผู้กระทำความผิดไม่มีเงินเสียค่าปรับ ก็อาจถูกยึดทรัพย์สินได้

2.6.3.2 ค่าปรับต้องตกเป็นของแผ่นดิน เนื่องจากรัฐเข้ามาเป็นผู้เสียหายหรือเป็น
ผู้จัดการแทนผู้เสียหาย อันมาจากแนวความคิดระบบความยุติธรรมโดยรัฐ

2.6.3.3 โทษปรับเป็นโทษที่อาจใช้เป็นเอกเทศ หรือใช้ควบคู่ไปกับโทษอย่างอื่นก็ได้
ปัจจุบันโทษปรับสถานเดียวมักนำมาใช้กับความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ หรือใช้กับความผิดใหม่ ๆ
ที่ถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญา เช่น ความผิดเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค ความผิดเกี่ยวกับการ
การค้าที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งโทษปรับในกรณีหลังนี้มักเป็นโทษปรับที่รุนแรง กำหนดค่าปรับไว้สูง
เนื่องจากความผิดจำพวกนี้เป็นความผิดทางเศรษฐกิจที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เสถียรภาพ
ทางเศรษฐกิจโดยรวม

อาจกล่าวได้ว่า โทษปรับเสมือนเป็นโทษที่ใช้แทนโทษที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายและ
เสรีภาพของผู้กระทำความผิด โดยเห็นว่า ถ้าความผิดที่ผู้กระทำความผิดได้ทำลงไม่ควรลงโทษถึง
ขนาดลิดรอนเสรีภาพของผู้นั้น ก็ให้ลงโทษต่อทรัพย์สินด้วยโทษปรับแทน⁷⁹

2.6.4 การเปรียบเทียบโทษจำคุกและโทษปรับ

โทษจำคุกเป็นบทลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงิน แม้จะมีผลเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจาก
สังคม แต่ก็ต้องใช้ทรัพยากรของสังคมจำนวนมาก ได้แก่ ต้นทุนในการสร้างเรือนจำ การบริหาร
จัดการเรือนจำ เป็นต้น นอกจากนี้ยังเป็นการแยกผู้กระทำความผิดที่มีศักยภาพในการผลิตออกจาก
ตลาดแรงงานอีกด้วย และการกลับมาประกอบอาชีพหลังรับโทษก็จะลดลงเพราะตราบาปที่คิดตัว
ทำให้หางานได้ยากขึ้น ในขณะที่โทษปรับ ผู้กระทำความผิดต้องโอนทรัพย์สินมายังภาครัฐ มีผล
เป็นการเพิ่มรายได้แก่รัฐด้วย

ดังนั้น แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์จึงสนับสนุนการลงโทษที่เป็นตัวเงินอย่างค่าปรับมากกว่า
การจำคุก เพราะค่าปรับไม่ก่อให้เกิดต้นทุนทางสังคม หากผู้กระทำความผิดมีทรัพย์สินมากกว่า

⁷⁸ วีระพล ปานะบุตร. (2522). โทษปรับในสวีเดน. *วารสารอัยการ*. 14(2). หน้า 27.

⁷⁹ พิรุฬห์ ไตสุกุลวรรณ. (2532). *การลงโทษปรับทางอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 21.

ระดับค่าปรับที่เหมาะสม ควรลงโทษด้วยการปรับเท่านั้น แต่หากทรัพย์สินไม่เพียงพอต่อการชำระค่าปรับที่เหมาะสมตามความผิด ก็ต้องเพิ่มโทษจำคุกเข้าไปด้วย เพื่อให้การลงโทษเหมาะสมกับความผิดที่ก่อ⁸⁰

2.6.5 ค่าปรับที่เหมาะสม (Optimal fine)

แม้โทษปรับจะเป็นโทษที่ไม่ได้สร้างต้นทุนให้กับสังคมมากนัก แต่หากการกำหนดค่าปรับไม่เหมาะสมกับโทษแล้ว การลงโทษด้วยค่าปรับก็อาจจะไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษได้ เนื่องจากผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวต่อโทษปรับ

หลักเกณฑ์กำหนดค่าปรับที่เหมาะสมแยกพิจารณาภายใต้หลักกำหนดความรับผิด (Rule of Liability) 2 รูปแบบ⁸¹ คือ หลักความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability) และหลักความรับผิดบนฐานความผิด (Fault-based Liability) ดังนี้

2.6.5.1 หลักความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability)

หลักความรับผิดเด็ดขาดกำหนดให้ผู้ก่อความเสียหายต้องรับโทษเมื่อเกิดความเสียหาย โดยต้องรับผิดในค่าเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น โดยไม่มีเงื่อนไข กล่าวคือ การกำหนดค่าปรับตามหลักความรับผิดเด็ดขาดนี้ ค่าปรับจะมีมูลค่าเท่ากับค่าความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดก่อขึ้น ทั้งมูลค่าที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน แต่ทั้งนี้ต้องไม่มากไปกว่ามูลค่าทรัพย์สินหรือความมั่งคั่ง (wealth) ของผู้กระทำความผิด หากทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดมีน้อยกว่าค่าปรับที่เหมาะสมสำหรับความเสียหายที่ตนได้ก่อขึ้น ผู้กระทำความผิดก็ต้องถูกลงโทษจำคุกเพิ่มเติมเพื่อชดเชยค่าปรับในส่วนที่ไม่มีความสามารถในการจ่าย

ตัวอย่างเช่น ค่าปรับที่เหมาะสมสำหรับความเสียหายจากการเมาแล้วขับเป็นเหตุให้ผู้อื่นเสียชีวิตหรือบาดเจ็บ ต้องเท่ากับมูลค่าความเสียหายทั้งหมดที่ผู้กระทำความผิดก่อขึ้น เช่น ค่าสูญเสียชีวิต ค่าทรัพย์สินที่เสียหาย ค่ารักษาพยาบาล ค่าทำขวัญ เป็นต้น

2.6.5.2 หลักความรับผิดบนฐานความผิด (Fault-based Liability)

ตามหลักความรับผิดบนฐานความผิด ผู้ก่อความเสียหายไม่จำเป็นต้องรับผิดและรับการลงโทษเสมอไป แต่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขของกฎหมาย ซึ่งเงื่อนไขหนึ่งที่ผู้ก่อความเสียหายไม่ต้องรับผิดคือ กรณีที่มูลค่าของผลประโยชน์คาดคะเนจากการกระทำหนึ่งสูงกว่าต้นทุนคาดคะเนหรืออันตรายที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการกระทำ

⁸⁰ ปกป้อง จันวิทย์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 41. หน้า 23.

⁸¹ ปกป้อง จันวิทย์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 41. หน้า 28-30.

ตัวอย่างเช่น มูลค่าของความเสียหายคาดคะเนจากการกระทำความผิดหนึ่งเท่ากับ 1,000 บาท ส่วนผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดคาดว่าจะได้รับจากการก่อความเสียหายเท่ากับ 600 บาท บทลงโทษที่เหมาะสมสำหรับกรณีนี้ต้องเท่ากับมูลค่าของความเสียหายหรืออันตรายที่คาดว่าจะเกิดขึ้น คือ 1,000 บาท ซึ่งจะทำให้บุคคลนั้นเลือกที่จะไม่กระทำความผิดสร้างความเสียหาย เนื่องจากไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ตน แต่หากค่าปรับอยู่ต่ำกว่ามูลค่าของผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดคาดว่าจะได้รับ บุคคลนั้นก็จะตัดสินใจก่อให้เกิดความเสียหาย เพราะคุ้มค่าที่จะทำ เมื่อหักส่วนค่าปรับที่ต้องชำระแล้ว ผู้กระทำความผิดยังคงได้ประโยชน์จากการก่อความเสียหายนั้น

การกำหนดอัตราค่าปรับที่เหมาะสมภายใต้หลักความรับผิดชอบบนฐานความผิด จึงต้องพิจารณาผลได้ที่เกิดจากการกระทำประกอบด้วย ต่างจากกรณีของหลักความรับผิดชอบที่ลงโทษเท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม การกำหนดค่าปรับที่เหมาะสมตามหลักความรับผิดชอบทั้งสองกรณีนั้นอาจจะไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องปรามการกระทำความผิดได้ หากผู้กระทำความผิดมีทรัพย์สินน้อยกว่าค่าปรับที่ต้องจ่ายก็จะต้องชดเชยค่าปรับส่วนที่ขาดด้วยการจำคุกอยู่ดี หรือกรณีที่กำหนดค่าปรับให้อยู่ในระดับสูงเพื่อให้มากกว่ามูลค่าที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับ แต่หากผู้กระทำความผิดมีทรัพย์สินมาก ประโยชน์ที่เป็นตัวเงินอาจจะไม่ใช่ปัจจัยเดียวที่ผู้กระทำความผิดตัดสินใจจะก่อความเสียหาย หมายความว่า แม้ประโยชน์ที่จะได้รับจากการกระทำความผิดจะน้อยกว่าค่าปรับที่อาจจะต้องเสีย แต่ผู้กระทำความผิดที่มีความสามารถในการจ่ายค่าปรับก็อาจตัดสินใจกระทำความผิดอยู่ดี

2.6.6 โทษปรับตามรายได้ (Day Fines)

การลงโทษปรับตามรายได้ เป็นบทลงโทษทางเศรษฐกิจ (economic sanction) ประเภทหนึ่งที่บังคับเอากับทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องปรามไม่ให้เกิดการกระทำผิดซ้ำอีก โทษปรับตามรายได้แตกต่างจากโทษปรับทั่วไปตรงที่ขนาดของค่าปรับจะสอดคล้องตามความร้ายแรง (seriousness) หรือความหนักเบา (gravity) ของความผิด ซึ่งนอกจากจะสะท้อนความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว ยังขึ้นอยู่กับรายได้ของผู้กระทำความผิดอีกด้วย

ค่าปรับตามรายได้ถูกออกแบบมาเพื่อรักษาดุลยภาพระหว่างประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจและความเป็นธรรม (fairness) ของผู้ที่มีรายได้ต่างกัน โดยเฉพาะในประเทศที่มีความเหลื่อมล้ำทางรายได้สูง โทษปรับตามรายได้จะสามารถป้องปรามคนทุกระดับรายได้ในการกระทำความผิดได้อย่างเท่าเทียม นอกจากนี้ ข้อดีอีกประการหนึ่งคือ การกำหนดระดับค่าปรับตามรายได้ หมายความว่า

ค่าปรับจะถูกปรับเพิ่มตามอัตราเงินเฟ้อโดยอัตโนมัติตามรายได้ของผู้ถูกปรับ เพราะค่าจ้างแรงงานของคนกลุ่มต่าง ๆ มักถูกกำหนดโดยระดับค่าครองชีพหรืออัตราเงินเฟ้ออยู่แล้ว⁸²

การบังคับโทษปรับตามรายได้ มี 4 ขั้นตอน⁸³ ดังนี้

2.6.6.1 การคิดคำนวณค่าปรับ

การคำนวณค่าปรับต้องมีการกำหนดหน่วยวันปรับ (day-fine unit) ตามความร้ายแรงของการกระทำความผิด ประวัติของผู้กระทำความผิด รวมทั้งสภาพแวดล้อมของการกระทำความผิด เช่น การทำร้ายร่างกายต่อเหยื่อที่อ่อนแอกว่า อย่างเด็กหรือคนพิการ หน่วยวันปรับก็จะมากกว่าการทำร้ายร่างกายบุคคลทั่วไป

2.6.6.2 การประเมินรายได้สุทธิต่อวันของผู้กระทำความผิด

รายได้ของผู้กระทำความผิดที่จะนำมาประเมินนั้นมักจะเป็นรายได้สุทธิ หมายความว่าหักรายจ่ายที่จำเป็นต่อการดำรงชีพออกไปแล้ว เพื่อให้ผู้ถูกปรับยังคงใช้ชีวิตได้โดยไม่เดือดร้อนเกินไป

2.6.6.3 การจัดเก็บค่าปรับ

ประเด็นสำคัญคือ การกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมในการจ่ายค่าปรับโดยศาลอาจสั่งให้ผู้กระทำความผิดชำระค่าปรับส่วนหนึ่งทันที และกำหนดระยะเวลาในการผ่อนชำระส่วนอื่นได้

2.6.6.4 การลงโทษเสริม

การบังคับโทษปรับมักเกิดกรณีที่ผู้ถูกปรับไม่มีความสามารถในการชำระค่าปรับได้ ซึ่งตามปกติโทษเสริมที่นำมาใช้คือการกักขังแทนค่าปรับ แต่หลักการในการกำหนดโทษเสริมที่เหมาะสมคือ โทษนั้นจะต้องมีผลกระทบใกล้เคียงกับโทษปรับ ตัวอย่างเช่น การให้ทำงานบริการชุมชนตามเวลาที่กำหนด การกำหนดให้ผู้กระทำความผิดมารายงานตัวและทำกิจกรรมที่กำหนดหรือการกักขังในที่อยู่อาศัย ทั้งนี้ ต้องมีการกำหนดอัตราแลกเปลี่ยนระหว่างโทษเสริมดังกล่าวและค่าปรับด้วย เช่น กำหนดว่าการทำงานบริการชุมชน 1 วัน เท่ากับโทษปรับจำนวนเท่าไร เป็นต้น

ระบบกฎหมายไทยนำโทษทางอาญามาใช้กับการกระทำความผิดลักษณะต่าง ๆ มากเกินไป จนเกิดเป็นปัญหากฎหมายอาญาเฟ้อ (Over-criminalization) และยังมีแนวโน้มในการลงโทษโดยการจำคุกมากกว่าการลงโทษด้วยการปรับ การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญานอกจากการยกเลิกโทษทางอาญา (Decriminalization) สำหรับความผิดที่ควรจะเป็นความผิด

⁸² ดารารัตน์ พรหมแก้ว. (2562). *การบังคับใช้โทษปรับทางอาญาในความผิดสุจริตโทษ : กรณีปรับตามวันและรายได้*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต กลุ่มวิชากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 78.

⁸³ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ. *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 65*. หน้า 42-47.

ทางแพ่งหรือทางปกครองแล้ว อีกทางหนึ่งคือการบังคับโทษสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรง ควรลงโทษปรับแทนการลงโทษจำคุก ซึ่งโทษปรับที่เหมาะสมกับการกระทำความผิดและมีประสิทธิภาพในการป้องปรามการกระทำความผิดซ้ำก็ควรเป็นการลงโทษปรับตามรายได้แทนการปรับแบบตายตัว เพื่อความเป็นธรรมต่อผู้ที่มีระดับรายได้ต่างกันและเพื่อให้สอดคล้องกับสถานะเศรษฐกิจในช่วงเวลานั้นด้วย