

บทที่ 2

หลักการ แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ในการกำหนดโทษปรับทางปกครอง สำหรับความผิดตามพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507

ในการศึกษาทฤษฎีกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับการนำโทษปรับทางปกครองมาใช้ ประกอบการลงโทษตามพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 นั้น เป็นกฎหมายหลักการสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษตามพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 โดยคุณลักษณะและวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา นั้น เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ของการกำหนดโทษรุนแรงส่งผลกระทบต่อการดำเนินชีวิตของประชาชนในสังคมและกระทบต่อประชาชนโดยรวม อาจทำให้บุคคลที่ถูกกฎหมายอาญาบังคับเช่นว่านี้ โดนจำกัดสิทธิและเสรีภาพบางประการได้ อาทิเช่น โทษจำคุกหรือโทษปรับ เป็นต้น หากจะกล่าวถึงกฎหมายอาญา นั้น โดยส่วนใหญ่แล้วจะเข้าไปมีบทบาทสำคัญในการกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติต่างๆ หรือ กฎหมายทางเทคนิค โดยในบทที่ 2 นี้ ผู้วิจัยต้องการที่จะศึกษาถึงทฤษฎีการกำหนดความรับผิดตามกฎหมายอาญา โดยศึกษาหลักการ แนวคิด และทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องประกอบการพิจารณา เพื่อให้ทราบถึงแนวทางการลงโทษตามพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 ซึ่งมีการนำโทษในทางกฎหมายอาญามาใช้อย่างแท้จริง รวมทั้งศึกษาแนวคิดหลักการของมาตรการลงโทษทางอาญา และมาตรการนำโทษปรับทางปกครองมาใช้ในการลงโทษตามพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 ด้วย อันนำไปสู่การวิเคราะห์ความเหมาะสมในการกำหนดความรับผิดทางอาญา และเหตุผลการนำโทษปรับทางปกครองมาใช้แทนโทษทางอาญา ดังจะกล่าวต่อไปนี้

เมื่อศึกษาถึงแนวคิดของกฎหมายอาญานั้น บุคคลที่มีหน้าที่สำคัญคือ ฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่ออกกฎหมาย ซึ่งกฎหมายส่วนหนึ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติออก คือกฎหมายอาญาที่กำหนดบทห้ามมิให้กระทำและบทลงโทษการกระทำดังกล่าว ในบทนี้จะกล่าวถึงแนวคิดที่ฝ่ายนิติบัญญัตินำมาใช้ในการกำหนดความผิดอาญา เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดฐานความผิดมากขึ้นจนมีลักษณะกฎหมายอาญาที่มีมากเกินไปจนเป็นกฎหมายอาญาเพื่อ (over-criminalization) การยกเลิกความผิดอาญา (Decriminalization) หรือ การแปรรูปความผิดอาญา (administrativization) จะถูกนำมาใช้เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว

2.1 แนวคิดการกำหนดความผิดอาญา

แนวคิดในการบัญญัติความผิดอาญามีขึ้นเพื่ออธิบายว่าการกระทำใดควรเป็นความผิดทางอาญาซึ่งจะเริ่มจากวิวัฒนาการของการกำหนดความผิดอาญาแนวคิดในปัจจุบันและแนวโน้มของการนำหลักนิติเศรษฐศาสตร์มาช่วยกำหนดความผิดทางอาญา

2.1.1 วิวัฒนาการของการกำหนดความผิดอาญา

การกำหนดความผิดทางอาญามีวิวัฒนาการ 3 ช่วง¹ คือ ช่วงใช้เกณฑ์ทางศีลธรรมช่วงใช้เกณฑ์ทางสังคม และช่วงใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย

การใช้เกณฑ์ทางศีลธรรม ในสังคมดั้งเดิมการกำหนดว่าพฤติกรรมใดควรเป็นความผิดทางอาญาจะใช้มาตรวัดทางศีลธรรมกำกับ กล่าวคือ การใดเป็นการผิดศีลธรรม การนั้นก็คือการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาและจะถูกลงโทษ การใช้เกณฑ์ดังกล่าวสามารถใช้ได้อย่างดีกับสังคมพื้นฐานที่ยังไม่มีผู้คนอยู่มากนัก เพราะความจำเป็นในการใช้กฎหมายเทคนิคเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยยังไม่มี ความจำเป็น ดังนั้นในยุคนี้การผิดศีลธรรมกับการผิดกฎหมายอาญาจึงเป็นเรื่องเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อสังคมพัฒนาขึ้น มีผู้คนมากขึ้น ความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายอาญาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมจึงเกิดขึ้น กฎหมายจึงค่อยๆ เคลื่อนตัวออกจากศีลธรรมแต่ก็ไม่ได้แยกจากกันเด็ดขาด จนทำให้เกิดสภาวะของกฎหมายกับศีลธรรมความสัมพันธ์แบบ (intersection) กัน กล่าวคือ บางกรณีเป็นทั้งผิดกฎหมายและผิดศีลธรรม เช่น การฆ่าคน บางกรณีผิดศีลธรรมอย่างเดียวไม่ผิดกฎหมาย เช่น การพูดโกหก ที่ไม่ได้ไปซึ่งทรัพย์สิน มิเช่นนั้นจะเป็นความผิดฐานฉ้อโกง และบางกรณีผิดกฎหมายอย่างเดียวไม่ผิดศีลธรรม เช่น การจอดรถในที่ห้ามจอด

การใช้เกณฑ์ทางสังคม ในช่วงนี้มองว่า การกระทำความผิดคือการกระทำที่กระทบกระเทือนสังคมซึ่งการพิจารณาว่าอะไรคืออาชญากรรมก็มองจากการกระทำที่ทำให้สังคมเสียหายนั่นเอง Durkheim เสนอว่า “อาชญากรรมคือ การกระทำที่ทำลายสภาพสังคมที่เข้มแข็งของการรับรู้ร่วมกัน”² อาชญากรรมจึงเป็นสิ่งที่สังคมรับรู้ร่วมกันว่าการกระทำนั้นคืออาชญากรรม แต่อย่างไรก็ดี แนวคิดนี้ยังสร้างความไม่แน่นอนให้กับกฎหมายอาญา เพราะเวลาเกิดการกระทำใดเกิดขึ้นแล้วยากที่จะหาตัวแทนสังคมมาชี้ว่าการกระทำนั้นเป็นอาชญากรรมและควรถูกลงโทษหรือไม่

¹ Jean pradel. **Droit Penal General**. op.cit. pp. 20-21.

² E. Durkheim. (1910). **De la division du travail social**. 12 edition. pp. 35.

การใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย แนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยมองว่ากฎหมายที่ลงโทษผู้กระทำความผิดต้องออกมาจากรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนประชาชน ดังนั้น เมื่อรัฐสภาออกกฎหมายที่กำหนดความผิดออกมาแล้ว กฎหมายนั้นจะใช้บังคับได้ตามความประสงค์ของประชาชน แม้ว่ากฎหมายที่กำหนดความผิดฐานใหม่ขึ้นมาจะไม่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมเลยก็ตาม การใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย โดยยึดถือว่ารัฐสภาเห็นว่าการกระทำใดควรลงโทษ การกระทำนั้นก็เป็นความผิดอาญา อาจทำให้เกิดสภาวะการณ์ที่เรียกว่ากฎหมายอาญาเพื่อ (over-criminalization) ซึ่งในปัจจุบันฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดให้พฤติกรรมใดเป็นความผิดอาญาโดยดูจากการกระทำนั้นต้องขัดกับความสงบเรียบร้อยของสังคม

2.2 แนวคิดการกำหนดความผิดทางอาญาในปัจจุบัน

ในปัจจุบันแนวคิดในการกำหนดความผิดอาญาจะพิจารณาไปที่ความสงบเรียบร้อยของสังคม Bernard Bouloc กล่าวคือ “ปรากฏการณ์อาชญากรรม คือ การกระทำที่ถูกกำหนดและถูกลงโทษโดยกฎหมายอันเนื่องมาจากความเสียหายที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม (ordre social)”³ แนวคิดนี้มีความชัดเจนในตัวเองในเรื่องการยอมรับอำนาจนิติบัญญัติที่เป็นผู้กำหนดฐานความผิดและบทลงโทษ พร้อมกับให้แนวทางว่าจะต้องเป็นการลงโทษการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม

เมื่อความผิดอาญาถูกกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อลงโทษการกระทำที่กระทบกระเทือนความสงบเรียบร้อยของสังคม ความผิดอาญาจึงไม่ใช่การกระทำที่เป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบน (deviance)⁴ ที่การฝ่าฝืนอาจถูกลงโทษทางสังคม หรือ การกระทำที่ผิดศีลธรรมที่เป็นบาป (moral , peche) ซึ่งมีสภาพบังคับทางศาสนาหรือทางความรู้สึกรวมทั้งบางกรณีก็มีสภาพบังคับทางสังคม หรือการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายแพ่ง (ordre juridique privee) ซึ่งมีสภาพบังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่ง

2.3 แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์

นิติเศรษฐศาสตร์ (economic analysis of law) เป็นแนวคิดใหม่ที่นำหลักพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์มาอธิบายกฎหมาย โดยกำหนดให้รัฐก็เป็นผู้เล่นหนึ่งในสังคม และหากรัฐจะกำหนดความผิดอาญา รัฐจะต้องคำนึงถึง “ผลประโยชน์” (Benefits) และ “ต้นทุน” (costs) เช่นเดียวกัน

³ Bernard Bouloc. *Droit Penal General*. 21 edition, p.5.

⁴ Jean Pradel. *Droit penal General*. op.cit. p.21.

ปัจเจกชนที่คำนึงถึงปัจจัยทั้งสองด้านเมื่อจะดำเนินกิจกรรมใดๆ หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ทาง เศรษฐศาสตร์ การกำหนดว่าพฤติกรรมใดควรเป็นความผิดอาญาควรพิจารณาจากประโยชน์ สังคม (social benefits) และต้นทุนของสังคม (social costs) เป็นสำคัญ กล่าวคือ การกระทำใดที่ได้ ประโยชน์สังคมมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสังคม การกระทำนั้น ไม่ควรเป็นความผิดอาญา ดังนั้น การกระทำที่สร้างความเสียหายต่อสังคมมากกว่าผลประโยชน์ที่สังคมได้รับ การกระทำนั้น จะถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา ดังนั้น แนวคิดนี้จะกำหนดให้รัฐจะกำหนดความผิดทาง อาญาเมื่อการกระทำนั้นสร้างต้นทุนให้มากกว่าประโยชน์สังคม และรัฐจะไม่กำหนดความผิดอาญา เมื่อการกระทำนั้นสร้างประโยชน์ให้กับสังคมมากกว่าต้นทุน⁵

2.3.1 การบัญญัติความผิดเมื่อต้นทุนสังคมมากกว่าประโยชน์สังคม

การกระทำใดที่สร้างต้นทุนสังคมมากกว่าประโยชน์สังคม การกระทำนั้นจะถูกกำหนด เป็นความผิดทางอาญา ดังต่อไปนี้

ในฐานะความผิดอาญาทั่วไป เช่น การฆ่าคนตายโดยเจตนา การลักทรัพย์ สังคมไม่ได้ ประโยชน์ และสังคมเสียหายอย่างมากจากการกระทำนั้น จึงถูกกำหนดเป็นความผิด นอกจากนี้ใน ความผิดอาญาเทคนิค ก่อธิบายได้จากหลักเดียวกัน เช่น ยาเสพติด สังคมไม่ได้ประโยชน์จากการค้า ยาเสพติด และสังคมจะเสียหายจากพฤติกรรมค้ายาเสพติด จึงกำหนดเป็นความผิดอาญา

2.3.2 การไม่บัญญัติความผิดเมื่อประโยชน์สังคมมากกว่าต้นทุนสังคม

การกระทำใดที่สร้างประโยชน์สังคมมากกว่าหรือเท่ากับต้นทุนทางสังคม การกระทำนั้น จะไม่ถูกกำหนดเป็นความผิดอาญา

การประกอบอาชีพสุจริต สร้างประโยชน์ให้กับสังคมมากกว่าต้นทุนของสังคม ดังนั้นจึง ไม่เป็นความผิดอาญา การผิดสัญญาทางแพ่ง แม้จะเป็นการก่อให้เกิดต้นทุนกับเจ้าหน้าที่ในการ เรียกร้องค่าสินไหมทดแทน แต่ก็ไม่ก่อให้เกิดต้นทุนหรือประโยชน์สังคม เพราะเป็นความผูกพัน ของคู่สัญญาสองคน ผิดสัญญาทางแพ่งจึงไม่เป็นความผิดทางอาญา การฝ่าฝืนกฎหมายเล็กน้อยเพื่อ ทำสิ่งที่ดีสังคมปรารถนา ก็จะไม่เป็นความผิดหรือมีความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษ เช่น ฝ่าฝืนกฎหมายไฟ จราจรเพื่อส่งคนป่วยไปโรงพยาบาล

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น (1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ (2) เพราะเพื่อให้ ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้

⁵ Steven Shavell. (1992). *Criminal law and the optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent in Jules Coleman and Jeffrey Lange*. Law and economics, volume 1. Aldershot. Dartmouth, p. 472.

เมื่อภัยอันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” หาก ก. ใช้ปืนจ่อศีรษะ ข. และบังคับให้ ข. ทำร้าย ค. กรณีดังกล่าว ข. ทำร้ายร่างกายด้วยความจำเป็นที่พอสมควรแก่เหตุ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 (1) ซึ่งเทียบเคียงได้กับ duress หากพิจารณาในมุมมองต้นทุนและประโยชน์ของสังคม การกระทำของ ก. มิแต่สร้างต้นทุนสังคมและไม่ก่อประโยชน์ ก. จึงต้องถูกลงโทษ ส่วน ข. แม้สร้างต้นทุนสังคมในกรณีทำร้ายร่างกาย ค. แต่เป็นต้นทุนสังคมที่ยังน้อยกว่าทางเลือกที่ยอมให้ตนเองตาย ซึ่งเป็นต้นทุนสังคมที่หนักกว่า ข. จึงไม่ควรถูกลงโทษ เช่นเดียวกันกับ ถ้า ก. ไปยิง ข. และ ข. ต้องทำลายประตูบ้าน ค. และเข้าไปหลบภายในบ้าน ค. กรณีนี้ ข. ทำให้เสียชีวิตและบุกรุก ค. ด้วยความจำเป็นที่ พอสมควรแก่เหตุเทียบได้กับ necessity ข. ได้สร้างประโยชน์สังคมจากการเอาชีวิตรอด มากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นคือบุกรุกและทำให้เสียชีวิต ดังนั้น ข. ก็ไม่ควรได้รับโทษเช่นกัน

2.4 หน้าที่ของกฎหมายอาญา

ดังที่กล่าวมาแล้วความผิดอาญาให้พิจารณาว่าการกระทำนั้นกระทบความสงบของสังคม (ordre social) หรือไม่ การศึกษาถึงหน้าที่ของกฎหมายอาญาจะทำให้เห็นแนวคิดในการกำหนดความผิดทางอาญาได้อีกส่วนหนึ่งในมุมมองที่ว่า การกระทำใดสมควรเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ ให้พิจารณาว่าการกระทำนั้นสอดคล้องกับหน้าที่ของกฎหมายอาญาหรือไม่ หากการกระทำนั้นสอดคล้องกับหน้าที่ของกฎหมายอาญา การกระทำนั้นก็สมควรที่จะเป็นความผิดทางอาญา ในทางตรงกันข้ามหากการกระทำนั้นไม่ตอบสนองต่อหน้าที่ของกฎหมายอาญา การกระทำนั้นก็ไมควรที่จะเป็นความผิดอาญา ซึ่งควรเป็นความรับผิดชอบอื่น หน้าที่ของกฎหมายอาญา มี 3 ประการ คือ

2.4.1 หน้าที่ในการลงโทษ (function repressive)

กฎหมายอาญามีหน้าที่ในการลงโทษ ซึ่งหน้าที่ในการลงโทษทางอาญามีขึ้นเพื่อลงโทษการกระทำที่เป็นอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม (ordre public) หรือการกระทำที่ขัดขวางความต้องการของผู้คนในสังคม (exigences de la vie en societe) หากกฎหมายใดไม่มีหน้าที่ในการลงโทษ กฎหมายนั้นก็ไม่อาจเป็นกฎหมายอาญาได้

พัฒนาการในเรื่องหน้าที่ในการลงโทษมีมาตั้งแต่ในอดีตถึงปัจจุบัน ต้นศตวรรษที่ 19 สำนัก neo classic⁶ ได้พัฒนาหน้าที่ของกฎหมายอาญาในการลงโทษ โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมและความจำเป็น โดยแนวคิดหลักของนักคิดกลุ่มนี้คือ “กฎหมายอาญาอยู่บนพื้นฐานของแนวคิด

⁶ Guizot ในหนังสือ *Traite de la peine de mort en matière politique.* (1822). p.23.

ที่ว่าสังคมไม่อาจลงโทษเกินไปกว่าความยุติธรรม หรือเกินไปกว่าความจำเป็น” การลงโทษต้องไม่ได้มีแค่การลงโทษ แต่ต้องมีขึ้นเพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้ปรับปรุงแก้ไขตนเอง ต่อมาช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 19 เกิดแนวคิดสำนัก positive ของ Lambroso Ferri และ Garofalo หลักคิดในการลงโทษได้เปลี่ยนไปเป็นแนววิทยาศาสตร์ โดยไม่สนใจแนวคิดทางศีลธรรมหรือนามธรรม พวก positive คิดว่าการลงโทษทางอาญาไม่ได้มีขึ้นเพื่อลงโทษการกระทำที่เป็นอันตรายหรือลงโทษจิตใจที่ชั่วร้ายของผู้กระทำ แต่การลงโทษทางอาญามีขึ้นเพื่อคุ้มครองสังคมจากบุคคลที่ปรากฏอย่างรูปธรรมว่าเป็นอันตราย โทษทางอาญาจึงถูกเปลี่ยนเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย ซึ่งเป็นนวัตกรรมของสำนักแนวคิด positive เช่น การกักขังผู้มีลักษณะอันตรายตลอดชีวิต แนวคิดของสำนัก positive ถูกนำมาใช้อย่างบิดเบือนโดยพวก Nazi ในสมัยสงครามโลกครั้งที่สอง หลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สอง ได้มีสำนักแนวคิดป้องกันสังคมรูปแบบใหม่ (defense sociale nouvelle) เกิดขึ้น โดย Marc Ancel ในปี 1954 ที่มีมิติของสิทธิมนุษยชน โดยสำนักป้องกันสังคมรูปแบบใหม่ได้หาหลักว่า การลงโทษทางอาญาไม่ได้มีขึ้นเพื่อแก้แค้น หรือตัดบุคคลจากสังคม แต่เป็นไปเพื่อการฟื้นฟูแก้ไขและนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม แม้แนวคิดของ Ancel จะส่งเสริมแนวคิดของสำนัก positive แต่แนวคิดของ Ancel ก็สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนและวัตถุประสงค์ในการลงโทษในปัจจุบัน

2.4.2 หน้าที่ในการแสดงออก (function expressive)

หน้าที่ในการแสดงออกของกฎหมายอาญาคือ หน้าที่ในการแสดงออกถึงคุณค่าที่จำเป็นของสังคม การละเมิดกฎหมายอาญาคือการละเมิดคุณค่าที่จำเป็นของสังคมที่สังคมพึงรักษาไว้ ตัวอย่างที่ชัดเจนของหน้าที่นี้ เช่น การเพิ่มโทษให้กับการกระทำของผู้เสียหายที่เป็นผู้บอบบาง (vulnerable victim) แม้จะมีการลงโทษการกระทำผิดกับผู้เสียหายทั้งปวงเหมือนกันแล้วก็ตาม แต่บทเพิ่มโทษสำหรับการกระทำของผู้เสียหายที่บอบบางเป็นหน้าที่ในการแสดงออกของกฎหมายอาญาที่คุ้มครองผู้ที่อยู่ในสถานะที่บอบบางของสังคม

การประสานกันระหว่างหน้าที่ในการลงโทษกับหน้าที่ในการแสดงออกถึงคุณค่าของสังคมเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการดำรงอยู่ของกฎหมายอาญา ในรายงานเหตุผลของการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ของฝรั่งเศส (nouveau Code penal) ได้ยกตัวอย่างของความสอดคล้องกันของหน้าที่ในการลงโทษและหน้าที่ในการแสดงออกไว้ตอนหนึ่งว่า “ในสถานการณ์ที่หน้าที่ในการลงโทษและหน้าที่ในการแสดงออกไม่สอดคล้องกัน เช่น มีการลงโทษผู้กระทำความผิด แต่คุณค่าที่เป็นฐานแห่งการลงโทษไม่ได้รับการยอมรับจากสังคม กฎหมายอาญาจะไม่เป็นที่พึงปรารถนา แต่กลับเป็นการทำร้ายความรู้สึกของสังคม เทียบได้กับการอยู่ไปแต่ไร้คุณค่า”⁷

⁷ Frederic Desportes et Francis Le Gunehec. Droit penal general. op.cit. p 26.

หน้าที่ในการแสดงออกถึงคุณค่าในสังคมอาจสะท้อนให้เห็นถึงความสมควรถูกลงโทษในแต่ละกรณี ซึ่งแม้ว่าตามตัวอักษรแล้วผู้กระทำความผิดได้ฝ่าฝืนกฎหมาย แต่ความสมควรถูกลงโทษหรือไม่เพียงใดเป็นปัจจัยที่จะต้องพิจารณาแต่ละกรณี

2.4.3 หน้าที่ในการปกป้อง (function protectrice)

กฎหมายอาญามีหน้าที่ในการปกป้องสังคมในมุมที่สร้างความปลอดภัยให้กับสังคม หากไม่มีกฎหมายอาญา เสรีภาพของบุคคลจะไม่สามารถที่จะถูกใช้ได้อย่างบริบูรณ์ ตัวอย่างเช่น หากมีโจรผู้ร้ายดักปล้นประชาชนในที่สาธารณะและกฎหมายอาญาไม่สามารถลงโทษโจรผู้ร้ายนั้น ได้สิทธิเสรีภาพของประชาชนในการเดินทาง ชีวิต ร่างกาย รวมทั้งทรัพย์สินก็ไม่อาจถูกใช้ได้อย่างบริบูรณ์ เช่นเดียวกับคนตาบอดที่ฆาตกรยังลอบย่นวล สิทธิในร่างกายของประชาชนทุกคนก็ไม่อาจได้รับความคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ นอกจากนี้ หลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา (principe de la legalite des delits et des peines) ที่ถือกำเนิดขึ้นโดยนักปราชญ์เสรีนิยม เช่น มองเตสกีเออ (Montesquieu) และแบคคาเรีย (Beccaria) เข้ามาเสริมหน้าที่ในการปกป้องโดยกฎหมายอาญา รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตราบทว่าที่ประชาชนไม่ละเมิดกฎหมาย ดังนั้น ประชาชนจะไม่ถูกลงโทษถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด และกฎหมายอาญาในอนาคตจะไม่ย้อนหลังมาเป็นผลร้ายให้ลงโทษประชาชนที่ใช้สิทธิเสรีภาพอย่างถูกต้อง

หากการกระทำใดที่ต้องการบัญญัติเป็นกฎหมาย และมีประเด็นว่าการกระทำนั้นควรเป็นอาญาหรือไม่ หากตอบได้ครบ 3 หน้าที่ของกฎหมายอาญาแล้ว การกระทำนั้นก็สมควรที่จะเป็นความผิดอาญา

หลักกฎหมายอาญาตามแนวคิดของแบคคาเรีย

ซีซาร์ แบคคาเรีย (Cesare Beccaria)¹⁷ นักอาชญาวิทยาชาวอิตาลีคนสำคัญ ที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นต้นกำเนิดของสำนักอาชญาวิทยาคลาสสิก ได้เขียนหนังสือชื่อ “อาชญากรรมและการลงโทษ” (Crime and Punishment) ความยาว 99 หน้า พูดถึงเรื่องความทารุณแห่งโทษ ในปี ค.ศ. 1764 สำนักอาชญาวิทยาคลาสสิก พัฒนารูปร่างมาจากปรัชญาพื้นฐาน 3 ปรัชญา ได้แก่ ปรัชญาสัญญาประชาคม (Social contract Philosophy) ปรัชญาลัทธิอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarian Philosophy) และปรัชญาฮีโดนิซึม (Hedonistic Philosophy) แบคคาเรียให้ทัศนะว่า มนุษย์มีเจตจำนง (Free Will) มีความเป็นอิสระ มีสิทธิที่จะเลือกกระทำการ หรือไม่กระทำการใดๆ นอกจากนี้มนุษย์ยังเป็นสัตว์โลกที่ “มีพร้อมด้วยเหตุผล” (being rational) ดังนั้น เมื่อมนุษย์ตัดสินใจทำอะไรลงไป ถือว่ามนุษย์สามารถชั่งน้ำหนักระหว่างการกระทำและผลที่ได้รับ เมื่อมนุษย์ใช้เหตุผลดีแล้ว และ

¹⁷ ชาญวิวัฒน์ สุทธิโยธิน. (2565). *ทฤษฎีการลงโทษ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.stou.ac.th/schools/slwt/upload/41716_6.pdf [2565, 27 มิถุนายน].

ตัดสินใจทำลงไป มนุษย์จึงย่อมต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้น แบบคาเรียเห็นว่าการกระทำผิดจะต้องได้รับการลงโทษให้สมกับลักษณะความผิดที่ได้กระทำลงไป ซึ่งนักปรัชญาด้านกฎหมายอาญา คนสำคัญในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 18 ได้เสนอแนวคิดที่เป็นการวางรากฐานกฎหมายอาญาไว้ว่า การที่รัฐสามารถออกกฎหมายกำหนดการกระทำใดที่รัฐห้ามมิให้กระทำ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวมได้นั้น เนื่องจาก “ทฤษฎีสัญญาประชาคม” (Social Contract) ที่ประชาชนยินยอมพร้อมในกันยกอำนาจของตนให้รัฐ เพื่อให้รัฐเป็นตัวแทนของตนในการทำหน้าที่ดูแลรักษาความสงบเรียบร้อย ประชาชนจึงต้องยินยอมที่จะจำกัดเสรีภาพของตนเองบางประการ โดยให้สัญญาว่าจะไม่กระทำการบางอย่าง หรืออาจต้องกระทำการบางอย่าง ที่จำเป็นต่อการรักษาความสงบของสังคมส่วนรวม เสรีภาพที่ประชาชนยอมเสียสละนี้รัฐได้บัญญัติออกมาเป็นสิ่งที่เรียกว่า “กฎหมาย” เพื่อกำหนดสิ่งที่ห้ามกระทำ และสิ่งที่บังคับให้กระทำ หากฝ่าฝืนจะมีบทลงโทษ รัฐจึงมีอำนาจที่จะออกกฎหมายเพื่อกำหนดข้อห้ามเพื่อควบคุมความประพฤติของมนุษย์ในสังคมไว้หากผู้ใดฝ่าฝืนจะถูกลงโทษ

สัญญาประชาคม (Social contract) ที่แบบคาเรียอธิบายไว้ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายอาญามีหลักการสำคัญคือ

ถ้าประชาชนดำรงชีวิตอยู่โดยไม่มีรัฐ ผลประโยชน์ของประชาชนก็จะประสบปัญหาความขัดแย้งไม่มีที่สิ้นสุด แล้วประชาชนจะไม่มี ความมั่นคงปลอดภัยและไม่มีความสุขเลยแม้แต่น้อย เมื่อเป็นดังนั้น ประชาชนจึงยินยอมพร้อมใจมอบเสรีภาพบางส่วนของตน เพื่อรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงปลอดภัยและความสุขโดยส่วนรวม ผลก็คือ ประชาชนต้องยินยอมให้สัญญาว่าตนเองจะต้องไม่กระทำการบางอย่าง และจะกระทำการบางอย่าง ข้อสัญญาดังกล่าวนี้ก็คือ กฎหมาย (Laws) นั่นเอง

2.5 กฎหมายอาญากับความเป็นมาตรการสุดท้าย

การบังคับใช้กฎหมายอาญามีต้นทุนสูงต่อสังคมและต่อผู้กระทำความผิด หากเปรียบเทียบกับ การบังคับใช้กฎหมายอื่น เช่น กฎหมายแพ่งหรือกฎหมายปกครอง ในการกระทำที่สมควรเป็นอาญา การบังคับใช้กฎหมายอาญาเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องลงทุน ในขณะที่การกระทำที่ไม่สมควรเป็นอาญา การบังคับใช้กฎหมายอาญาเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องลงทุน ในขณะที่การกระทำที่ไม่สมควรเป็นอาญา หากเลือกบังคับใช้กฎหมายรูปแบบอื่นและก่อให้เกิดความสงบของสังคม การบังคับใช้กฎหมายรูปแบบอื่นที่มีช่องทางอาญาข่มก่อกำให้เกิดประโยชน์กับสังคมมากกว่า เพราะประหยัดกว่า

อาจารย์รณกรณ์ บุญมี ได้ศึกษาหลักความเป็นมาตรการสุดท้ายของกฎหมายอาญา (Ultima ratio) ไว้ที่น่าสนใจ ซึ่งหลักดังกล่าวน่าจะสะท้อนจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 และนักกฎหมายหลายคนไม่ว่าจะเป็นทาง Common law หรือ Civil law ได้ต่อยอดหลักการดังกล่าว⁹

ความเป็นมาตรการสุดท้ายของกฎหมายอาญาแยกออกได้ 2 ประการ คือ

2.5.1 กฎหมายอาญาควรนำมาใช้เป็นมาตรการสุดท้าย

หากสามารถบังคับใช้ด้วยกฎหมายรูปแบบอื่นได้ ควรใช้กฎหมายอื่นไปก่อน เพราะเหตุว่า การใช้กฎหมายอาญาในทุกเรื่องจะมีผลทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายอาญา การบังคับใช้กฎหมายอาญาในทุกเรื่องเปลืองงบประมาณของรัฐในการดำเนินคดีอาญา เพราะการดำเนินคดีอาญาตั้งแต่ชั้นตำรวจ อัยการ ศาล รวมถึงราชทัณฑ์ คุมประพฤติกว้างก่อให้เกิดต้นทุนกับรัฐอย่างมาก และท้ายสุด กฎหมายอาญาควรเป็นมาตรการสุดท้ายเพราะเปลืองทรัพยากรมนุษย์เพราะในความผิดอาญาที่ไม่ร้ายแรง ผู้กระทำความผิดจะถูกบันทึกประวัติอาชญากร (criminal record) และเสียโอกาสในการประกอบอาชีพ

2.5.2 โทษจำคุกควรนำมาใช้เป็นมาตรการสุดท้าย

แม้จะให้เหตุผลได้แล้วว่าการกระทำหนึ่งสมควรจะถูกกำหนดเป็นความผิดทางอาญา แต่เมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาลแล้ว โทษจำคุกควรจะถูกนำมาใช้เป็นมาตรการสุดท้าย หากศาลลงโทษปรับหรือโทษอาญาอื่นแล้วก่อให้เกิดผลในการคุ้มครองสังคมได้ดีเหมือนกับโทษจำคุก การจำคุกจะเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็น เพราะเหตุว่า เปลืองงบประมาณรัฐในการควบคุมผู้ต้องขัง และเปลืองค่าเสียโอกาสของมนุษย์ในการเพิ่มผลผลิตด้วยการทำงาน

2.6 การแปรรูปความผิดทางอาญา

จากการใช้เกณฑ์ทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิดชอบอาญาทำให้เกิดกฎหมายอาญาเทคนิคขึ้นมากมายปรากฏตามพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญา กฎหมายอาญาเทคนิคที่มีมากขึ้นจนทำให้เกิดสถานการณ์กฎหมายอาญาเพื่อ นำไปสู่การทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายและทำให้เกิดการติดขัดของกระบวนการยุติธรรม แนวคิดในการแปรรูปความผิดทางอาญาออกเป็นความรับผิดชอบปกครองและมีโทษทางปกครอง (administrativization) จะช่วยทำให้ความผิดอาญาที่ไม่

⁹ รณกรณ์ บุญมี. (2561). *The criminal law as the ultima ratio: the principle that needs a qualification. กฎหมายอาญาต้องเป็นวิธีทางสุดท้าย : หลักการที่ต้องปรับปรุง. ใน นิติธรรมประจักษ์ สุรศักดิ์ 60 ปี.* กรุงเทพฯ: เดือนตุลา. หน้า 230 – 254.

จำเป็นถูกแปรรูปไปเป็นความผิดทางปกครองและโทษทางปกครองเพื่อสร้างประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายและรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายอาญา

2.6.1 เหตุผลในการแปรรูปความผิดอาญา

การแปรรูปความผิดอาญาไปเป็นความรับผิดทางปกครองและโทษทางปกครองมีเหตุผลดังต่อไปนี้

ด้วยความรู้ในปัจจุบันกฎหมายอาญาถูกนำมาใช้บังคับพฤติการณ์ของคนในสังคมทั้งที่มีมิใช่การฝ่าฝืนต่อศีลธรรม ซึ่งการกำหนดความผิดอาญาและดำเนินคดีอาญาเป็นสภาพบังคับที่มีประสิทธิภาพที่สุดเพราะความหวาดกลัวในโทษทางอาญา จึงทำให้ความผิดอาญาเทคนิคถูกกำหนดขึ้นอย่างมากมายและทำให้เกิดสถานการณ์กฎหมายอาญาเพื่อ (over – criminalization) ซึ่งสร้างปัญหากระบวนการยุติธรรมทางอาญาล่าช้า การแปรรูปความรับผิดทางอาญาที่ไม่ใช่ส่วนที่เกี่ยวกับศีลธรรม เช่น กลุ่มความผิดทางอาญาบางลักษณะที่เป็น Mala prohibita¹⁰ ไปเป็นโทษทางปกครองสามารถแก้ไขปัญหากฎหมายอาญาเพื่อและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาล่าช้าได้

สืบเนื่องจากสถานการณ์กฎหมายอาญาเพื่อที่สร้างปัญหาความล่าช้าในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแล้ว กฎหมายอาญาเพื่อยังสร้างปัญหาความไม่น่าเชื่อถือของกฎหมายอาญาอีกด้วย ดังคำกล่าวของ Portalis ที่ว่า กฎหมายควรจะมีเท่าที่จำเป็นจะทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายที่จำเป็น ดังนั้น กฎหมายอาญาควรจะมีเท่าที่จำเป็นเพื่อทำให้คนในสังคมเคารพกฎหมายอาญา โดยทำให้กฎหมายอาญาเป็นเพชร ไม่ใช่เป็นเหมือนกรวดทราย การแปรรูปกฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็น เช่น ความผิดอาญาบางลักษณะที่เป็น mala prohibita ไปเป็นโทษทางปกครองจะช่วยทำให้กฎหมายอาญาศักดิ์สิทธิ์ขึ้น

การดำเนินการบังคับโทษทางปกครองมีประสิทธิภาพและประหยัดค่าใช้จ่ายของรัฐมากกว่าการดำเนินคดีอาญา เพราะเจ้าพนักงานทางปกครองดำเนินการลงโทษทางปกครองได้เลย และหากไม่ชำระค่าปรับทางปกครอง ก็จะใช้มาตรการบังคับของฝ่ายปกครองหรือถูกฟ้องต่อศาลปกครอง โดยไม่ต้องใช้พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ

ในปัจจุบันมีกฎหมายหลายฉบับที่เริ่มแปรรูปความรับผิดทางอาญาเป็นโทษทางปกครอง ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 หมวด 6 ส่วนที่ 1 โทษ

¹⁰ Mala prohibita หมายถึง ความผิดอาญาที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดให้เป็นความผิดโดยไม่เกี่ยวข้องกับความคิดที่ผิดศีลธรรมที่เรียกว่า Mala in se โดยความคิด Mala prohibita เป็นที่โต้เถียงได้ว่าสมควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่ และไม่ใช่ลักษณะของการกระทำที่ทุกประเทศมองว่าเป็นความผิดอาญา อ้างถึงใน Sue Titus Ried. (1998). Criminal Law. 4 edition. McGraw. p. 10.

ทางปกครอง พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 หมวด 6 ส่วนที่ 2 โทษปรับทางปกครอง พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 หมวด 9 ส่วนที่ 1 โทษทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา 111 ได้จำแนกประเภทโทษปรับทางปกครองเป็นหลายลักษณะ ซึ่งบัญญัติว่า

“โทษทางปกครอง” มีดังต่อไปนี้

- 1) ภาคทัณฑ์
- 2) คำหนิโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน
- 3) ปรับทางปกครอง
- 4) จำกัดการประกอบการ
- 5) พักการประกอบการที่รับใบอนุญาต ที่ได้จดทะเบียน หรือที่ได้รับความเห็นชอบ ภายในระยะเวลาที่กำหนด

6) เพิกถอนใบอนุญาต การจดทะเบียน หรือการให้ความเห็นชอบ

เมื่อกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญา แล้วการที่มีผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายอาญาจะต้องได้รับการวินิจฉัยว่าผู้นั้นได้กระทำความผิดและได้รับโทษหรือไม่ ใดๆ ความผิดทางอาญาในส่วนนี้จะกล่าวถึง โครงสร้างความรับผิดทางอาญา ซึ่งเป็นเสมือนเครื่องมือชี้วัดว่าบุคคลที่กระทำการนั้นมีความผิดทางอาญาและต้องรับโทษหรือไม่ และหลักพื้นฐานกฎหมายอาญาเพื่อประกอบการวินิจฉัยดังกล่าว นอกจากนี้จะพิจารณาถึงรายละเอียดของโครงสร้างความรับผิดในบทต่อๆ ไปด้วย

2.7 หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา

หลักพื้นฐานกฎหมายอาญาเป็นสิ่งจำเป็นในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา หลักพื้นฐานนี้บางหลักได้รับการยอมรับนับถือเป็นหนึ่งในสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) หลักพื้นฐานกฎหมายอาญาประกอบด้วยหลักการดังต่อไปนี้

2.7.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของความผิดและโทษ

หลักพื้นฐานแรกของกฎหมายอาญา คือ “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” หรือ “Nullum crimen, nulla poena sine lege” มีค่าเป็นหลักการในและรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส โดยถือกำเนิดขึ้นจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1789 ข้อ 8 และปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights) ข้อ 11 (2) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิ

ทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights) ข้อ 15 (1) อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป ค.ศ. 1950 ข้อ 7 (1) ซึ่งหลักการดังกล่าวที่ปรากฏในสนธิสัญญาทั้งสามดูเหมือนแทบจะคัดลอกถ้อยคำกันมา เว้นแต่ในส่วนของกติการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ได้เพิ่มเติมหลักที่ว่ากฎหมายอาญาสามารถย้อนหลังเป็นคุณกับผู้กระทำความผิดนั้นไว้ด้วย ในส่วนกฎหมายภายในของประเทศไทยหลักการนี้ได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยในมาตรา 2 แล้ว และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 29 ความสำคัญของหลักการนี้สอดคล้องกับหลักเสรีนิยมประชาธิปไตย กล่าวคือ หากไม่มีกฎหมายห้ามไว้ รัฐจะลงโทษผู้กระทำความผิดใดที่แปลกใหม่ไม่ได้ นอกจากนี้การยึดมั่นในหลักการดังกล่าวน่าจะเป็นผลดีให้เกิดการสร้างนวัตกรรมให้กับสังคม ซึ่งผลส่งผลดีต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ด้วยเหตุที่ว่าหากอนุญาตให้รัฐลงโทษพฤติกรรมแปลกใหม่ที่ไม่มีความหมายห้ามไว้ เท่ากับเป็นการยับยั้งคนในสังคม ไม่ให้คิดการกระทำหรือนวัตกรรมใหม่ หรือเท่ากับเป็นการบังคับให้คนในสังคมเป็นคนอนุรักษ์แบบแผนหรือการกระทำแบบเดิมที่คนรุ่นก่อนทำไว้เท่านั้น

ตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสให้คำอธิบายว่า “เป็นความจำเป็นของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องให้คำนิยามความผิดอาญาให้ชัดเจนและชัดแจ้งเพื่อป้องกันการตีความตามอำเภอใจ” นอกจากนี้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2008 เป็นต้นมา ตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจชี้ขาดกฎหมายที่ประกาศใช้แล้วว่า ขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่า กฎหมายอาญาไม่ชัดเจนและขัดต่อหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญาที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญดัง ตัวอย่างดังต่อไปนี้

รัฐบัญญัติฉบับวันที่ 17 มกราคม ค.ศ. 2002 ได้แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 222-33 โดยบัญญัติว่า “การคุกคามบุคคลอื่น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อได้รับประโยชน์ทางเพศต้องระวางโทษจำคุกหนึ่งปีและปรับหนึ่งหมื่นห้าพันยูโร ศาลฎีกาได้ยื่นคำร้องมาที่ตุลาการรัฐธรรมนูญตามคำขอของนาย Gerard D. ให้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 222-33 ดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะเหตุว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ระบุชัดแจ้งถึงองค์ประกอบของการกระทำความผิด (elements constitutifs) จึงทำให้บทบัญญัตินี้ ขัดกับหลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา (principe de legalite des delits et des peines)¹¹ และหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมาย (principe de claret et precision de la loi)¹² และหลักการคาดหมายได้ล่วงหน้าของกฎหมาย¹³ ตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ฝ่ายนิติบัญญัติต้องเคารพหลักการของ

¹¹ หมายถึง ไม่มีความผิดทางอาญา ไม่มีโทษทางอาญา หากไม่มีกฎหมายบัญญัติ

¹² หมายถึง กฎหมายอาญาต้องบัญญัติอย่างชัดเจน และเฉพาะเจาะจง

¹³ กฎหมายอาญาต้องแน่นอน ไม่เปลี่ยนแปลงไปมาอย่างง่าย

รัฐธรรมนูญ มาตรา 34¹⁴ และหลักความชอบด้วยกฎหมายอาญาที่บัญญัติไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1789¹⁵ ข้อ 8 โดยจะต้องกำหนดกฎหมายอาญาให้มีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอ ดังนั้น บทบัญญัติของกฎหมายอาญามาตรา 222 ถึง 33 ไม่สอดคล้อง กับหลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา เพราะเป็นบทบัญญัติทางอาญาที่ไม่มีการกำหนดองค์ประกอบของความคิดให้มีความชัดเจนเพียงพอ โดยตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้มาตราดังกล่าวใช้บังคับไม่ได้ตั้งแต่วันที่ 5 พฤษภาคม ค.ศ. 2012 ซึ่งเป็นวันที่ประกาศคำวินิจฉัยในรัฐกิจจานุเบกษา และให้การสิ้นผลของมาตราดังกล่าวมีผลถึงคดีที่อยู่ในศาลฎีกาของผู้ขอ รวมทั้งคดีอื่นๆ ที่ยังไม่มีการพิพากษาถึงที่สุดในวันประกาศคำวินิจฉัย

ตุลาการรัฐธรรมนูญคงมองเรื่องนี้ว่า การบัญญัติว่า “การคุกคามบุคคลอื่น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะได้รับการประโยชน์ทางเพศ” เป็นการใช้อ้อยคำกว้างๆ ที่ไม่ชัดเจนว่าอย่างไรเป็นการคุกคามบุคคลอื่น ดังนั้นจึงเป็นการกำหนดความผิดอาญาที่ไม่ชัดเจนเพียงพอและขัดต่อรัฐธรรมนูญ ผลแห่งคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญเรื่องนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเรื่อง การคุกคามทางเพศ โดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 6 สิงหาคม ค.ศ. 2012 ด้วยการกำหนดองค์ประกอบความผิดไว้อย่างชัดเจนและละเอียด

2.7.2 หลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังเป็นผลร้าย

กฎหมายอาญาจะไม่มีผลย้อนหลังไปใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนที่กฎหมายมีผลใช้บังคับ ซึ่งหลักการดังกล่าวได้รับการรับรองทั้งในระดับระหว่างประเทศและระดับภายในประเทศที่เป็นส่วนต่อของหลัก Nullum crimen nulla poena sine lege หลักการนี้เป็นหลักการสมบูรณ์ (absolu) ที่ไม่มีข้อยกเว้น

อย่างไรก็ดี หลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายนี้ใช้เฉพาะเรื่อง “ความคิด” และ “โทษ” ซึ่งหมายถึง กฎหมายอาญาเชิงเนื้อหาสาระ (substantive) เท่านั้น หากเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือกฎหมายกำหนดเขตอำนาจศาล ที่เป็นกฎหมายเชิงวิธีการ (procedural) จะไม่อยู่ในบังคับของหลักการนี้ แต่จะใช้หลักหนึ่งที่ว่า “การบังคับใช้พื้นที่ของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งมีสาระสำคัญ¹⁶ คือ

¹⁴ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 34 กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจออกกฎหมายเพื่อกำหนดเรื่องต่างๆ หลายเรื่อง รวมทั้งเรื่องกำหนดฐานความผิดและโทษทางอาญา

¹⁵ มีสถานะเป็นรัฐธรรมนูญเช่นกัน

¹⁶ ปกป้อง ศรีสนิท. (2561). *หลักการบังคับใช้พื้นที่ของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. ในหนังสือที่ระลึก 60 ปี ศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 1.

กฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลและการจัดองค์กรศาลให้ใช้บังคับทันทีกับการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนกฎหมายมีผลใช้บังคับ เป็นแบบศาลชั้นต้นได้วินิจฉัยเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ฟ้อง

กฎหมายที่กำหนดรูปแบบของการฟ้องคดีและรูปแบบของวิธีพิจารณาคดีให้ใช้บังคับทันทีกับการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนกฎหมายมีผลใช้บังคับ

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบังคับโทษ ให้ใช้บังคับทันทีกับการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนกฎหมายมีผลใช้บังคับ อย่างไรก็ตาม หากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบังคับโทษมีผลให้โทษตามกฎหมายใหม่รุนแรงกว่าโทษที่กำหนดโดยคำพิพากษา กฎหมายใหม่จะบังคับใช้ได้เฉพาะการกระทำที่เกิดขึ้นหลังจากที่กฎหมายใหม่มีผลใช้บังคับแล้วเท่านั้น

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอายุความฟ้องคดี และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอายุความบังคับโทษ ให้มีผลใช้บังคับทันทีกับการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนกฎหมายมีผลใช้บังคับ เว้นแต่กรณีที่อายุความถึงกำหนดแล้ว

อายุความเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญารูปแบบหนึ่ง หากกฎหมายใหม่กำหนดอายุความแบบใหม่ที่ต่างจากกฎหมายที่ใช้ขณะที่ยังไม่เคยกระทำความผิด ให้พิจารณาในวันที่กฎหมายใหม่มีผลใช้บังคับ อายุความในคดีนั้นขาดไปแล้วหรือไม่ หากอายุความยังไม่ขาด กฎหมายใหม่ก็ใช้บังคับอายุความใหม่ได้ทันที หากอายุความขาดไปแล้ว กฎหมายใหม่ก็ไม่สามารถไปรื้อคดีที่ขาดอายุความแล้วกลับมาดำเนินคดีอีกได้ ซึ่งดูเหมือนว่าแนวคำพิพากษาศาลฎีกาไทยคือ คำพิพากษาศาลฎีกา 17905/2557¹⁷ ที่ 9955/2558¹⁸ และที่ 10166/2558¹⁹ ไม่ได้ถือตามแนวนี้นี้ โดยเฉพาะคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10166/2558 ได้อธิบายไว้ชัดเจนว่าอายุความต้องใช้กฎหมายในวันที่ผู้กระทำได้กระทำความผิด

อย่างไรก็ดี หลักการใช้บังคับทันทีของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็มีข้อยกเว้นอยู่สองประการ คือ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาใช้บังคับทันทีแต่ไม่กระทบสิทธิที่จำเลยได้รับมาแล้ว และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาใช้บังคับทันทีแต่ไม่กระทบการกระทำที่สมบูรณ์ไปแล้วตามกฎหมายเดิม²⁰

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกา 17905/2557

¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกา 9955/2558

¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกา 10166/2558

²⁰ ปกป้อง ศรีสนิท. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 16. หน้า 1.

2.7.3 หลักการบังคับใช้ทันทีของกฎหมายอาญาที่มีผลดีกับผู้กระทำ

หลักการบังคับใช้ทันทีของกฎหมายอาญาที่มีผลดีกับผู้กระทำ หรือเรียกอีกหลักหนึ่งว่า “หลักกฎหมายอาญาย้อนหลังเป็นคุณ”²¹ ตรงกับที่ได้บัญญัติรับรองไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรค 2 และมาตรา 3 หมายถึง กฎหมายอาญาสามารถใช้ย้อนหลังเป็นคุณกับผู้กระทำ ความผิดได้ แม้ในขณะที่ผู้กระทำได้กระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดจะกำหนดความผิด และโทษรุนแรงกว่ากฎหมายในขณะศาลจะตัดสินคดี ศาลย่อมจะใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณไม่ว่าในทางใด คือใช้ทั้งกฎหมายขณะตัดสินหรือกฎหมายในขณะที่ผู้กระทำกระทำความผิดในส่วนที่เป็นคุณกับผู้กระทำ ความผิด ซึ่งหมายถึงกฎหมายอาญาที่บัญญัติภายหลังย้อนหลังไปเป็นผลดีกับผู้กระทำ ความผิดนั้นเอง อย่างไรก็ตามในกรณีที่กฎหมายในขณะที่กระทำความผิดกับกฎหมายที่ออกมาภายหลังมีความแตกต่างกัน แม้กฎหมายฝรั่งเศสจะให้ศาลใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณไม่ว่าในทางใด แต่หลักการนี้จะไม่นำกฎหมายใหม่ที่เป็นคุณกว่าย้อนไปใช้กับกรณีที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายอาญาไทยมาตรา 2 วรรค 2 และมาตรา 3 ที่ดูเหมือนว่ากฎหมายไทยจะให้หลักการนี้ย้อนหลังไปทำลายคำพิพากษาที่ถึงที่สุดได้ด้วย

2.7.4 หลักการลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นเฉพาะตัว

หลักการลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นเฉพาะตัวอธิบายได้ว่ากฎหมายอาญาลงโทษผู้กระทำความผิดเท่านั้น ไม่ขยายไปลงโทษผู้เป็นทายาทหรือผู้ได้รับสิทธิจากผู้กระทำความผิด หลักการนี้มีที่มาจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง 1789 ข้อ 8 และข้อ 9 ซึ่งอธิบายได้ว่า “คนจะถูกลงโทษได้เฉพาะการกระทำของเขา” (nul n'est punissable que de son propre fait)

2.7.5 หลักความจำเป็นและได้สัดส่วนแห่งการลงโทษ

หลักการนี้ได้รับการรับรองไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง 1789 ข้อ 8 ที่บัญญัติว่า “กฎหมายต้องบัญญัติโทษทางอาญาที่จำเป็น” ดังนั้นโทษทางอาญาต้องประกอบด้วยสองลักษณะคือ “จำเป็น” (necessary) และ “ได้สัดส่วน” (proportionate) ซึ่งตรงกับคำกล่าวของ Cesare Beccaria ที่ว่า “เพื่อไม่ให้โทษทางอาญาใดก็ตามเป็นการกระทำที่รุนแรงโดยคนหนึ่งหรือหลายคนต่อประชาชน โทษทางอาญาจึงต้องเปิดเผย จำเป็น และรุนแรงน้อยที่สุดตามที่ปรากฏ และได้สัดส่วนกับความผิด และต้องเป็นโทษที่กำหนดโดยกฎหมาย” หลักการนี้แม้จะไม่มีบัญญัติหลักการนี้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญาของไทย แต่เราน่าจะอธิบายได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 26 วรรค 1²²

²¹ Frederic Desportes et Francis Le Gunehec. Droit penal General. op.cit. n 333 - 343.

²² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 26 วรรค 1.

2.7.6 หลักการปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน

หลักการปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคนได้รับการรับรองไว้ในข้อ 8 แห่งคำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองฝรั่งเศส 1789 โดยตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสให้อธิบายว่า “โทษทางอาญาจะถูกนำมาใช้เมื่อบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งโดยคำนึงถึงสถานการณ์ที่เหมาะสมในแต่ละการกระทำ” หลักการนี้ห้ามศาลใช้การลงโทษแบบอัตโนมัติ(peine automatique) ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลฝรั่งเศสต้องคำนึงถึงเหตุอติวิสัยและเหตุภาววิสัยก่อนจะกำหนดประเภทและความหนักเบาของโทษทุกกรณี แต่หลักการดังกล่าวมีข้อยกเว้นบางประการ เช่น หากฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดในกฎหมายให้ใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยสำหรับการกระทำความผิดบางฐานก็สามารถทำได้ไม่ขัดหรือแย้งกับหลักการนี้ เช่น กฎหมายกำหนดให้เพิกถอนใบขับขี่ในกรณีผู้กระทำความผิดบางฐานเกี่ยวกับการจราจร หรือในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดโทษขั้นต่ำในบางสถานการณ์ เช่น สถานการณ์ที่ผู้กระทำความผิดซ้ำซึ่ง (recidive) โดยทั่วไปแล้วกฎหมายฝรั่งเศสจะไม่กำหนดโทษขั้นต่ำเพราะจะแย้งกับหลักการปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน

“การกำหนดโทษให้เหมาะสมสำหรับผู้กระทำผิดเป็นรายๆ (Individualization)²³ เป็นทฤษฎีกฎหมายอาญาที่นำมาใช้ 3 ตอน ขั้นตอนแรก คือ การกำหนดขนาดของบทลงโทษในกฎหมาย ตัวอย่างเช่น การที่กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กหรือเยาวชนที่ได้รับการยกเว้นโทษ หรือให้ได้รับการลดโทษกึ่งหนึ่งหรือหนึ่งในสามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 ถึงมาตรา 76 ขั้นตอนที่สอง คือ การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษโดยคำพิพากษา หมายถึง ศาลมีดุลพินิจที่จะกำหนดโทษในคำพิพากษาให้จำเลยแต่ละคนโดยคำนึงถึงพฤติการณ์และคดีและลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิดแต่ละคน ซึ่งศาลไทยใช้ขั้นตอนนี้อาจจำกัดโดยการยึดถือ “ยึดถือ” เป็นหลักในการกำหนดโทษ ขั้นตอนที่สาม คือ การปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน หมายถึง เมื่อผู้กระทำความผิดรับโทษในเรือนจำ ศาลมีอำนาจที่จะปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับพฤติกรรมของนักโทษ เช่น การลดวันต้องโทษ การพักการลงโทษแบบเงื่อนไข ซึ่งในระบบกฎหมายของไทย ผู้ทำหน้าที่ปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับพฤติกรรมของนักโทษ คือ กรมราชทัณฑ์โดยไม่ใช้ระบบศาลแบบในประเทศฝรั่งเศส นอกจากนี้ยังน่าจะนำมาใช้ต่อนักโทษพ้น

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

²³ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2557). *หลักสัดส่วนในการกำหนดโทษ*. กรุงเทพฯ: มติชน. หน้า 24.

โทษแล้วผ่านกระบวนการลบหรือปกปิดประวัติอาชญากรสำหรับผู้กระทำความผิดที่กลับตัวได้แล้ว อีกด้วย²⁴

2.7.7 หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายอาญา

หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (Equality before law) คือ หลักการที่มนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกันและจะต้องได้รับการปฏิบัติโดยรูปแบบเดียวกันภายใต้กฎหมาย นอกจากนี้ยังรวมถึงหลักการเชิงปฏิเสธที่เรียกว่า “สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติ” หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายเป็นแนวคิดของนักปรัชญาเสรีนิยมที่ยึดมั่นในเรื่องความเท่าเทียมกันและเสรีภาพของบุคคล โดยหลักการดังกล่าวได้รับการรับรองใน “คำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองของประเทศฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 ในข้อแรกที่ว่า “บุคคลเกิดและตั้งอยู่อย่างอิสระ และเสมอภาคภายใต้กฎหมาย” นอกจากนี้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ได้รับการรับรองหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายในข้อ 7 ซึ่งบัญญัติว่า “ทุกคนเสมอภาคภายใต้กฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากการถูกเลือกปฏิบัติที่ละเมิดปฏิญญานี้และจากการกระตุ้นให้มีการเลือกปฏิบัติ”

ข้อความคิดเรื่องความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายเป็น “ความเสมอภาคทางโอกาส” (Equality of opportunity) ซึ่งแตกต่างจาก “ความเสมอภาคทางเป้าหมาย” (Equality of result) ความเสมอภาคทางโอกาส คือ ปฏิบัติกับบุคคลทุกคนด้วยวิธีการแบบเดียวกันและเท่าเทียมกันอย่างไรก็ตาม เมื่อปฏิบัติด้วยวิธีการที่เท่ากันแล้วย่อมทำให้เกิดความแตกต่างขึ้นมาระหว่างบุคคลเพราะบางคนจะได้รับทรัพยากรมากกว่าอีกคนหนึ่ง จึงมีแนวความคิดเรื่องความเสมอภาคทางเป้าหมายเข้ามาช่วยคนด้อยโอกาสในสังคม โดยผ่านกระบวนการที่เรียกว่า “การเลือกปฏิบัติอย่างเป็นธรรม” (discrimination positive หรือ affirmative action) กล่าวคือ คนสองคนอยู่ในสถานการณ์ที่ไม่เท่ากัน หากรัฐช่วยคนด้อยโอกาส โดยปฏิบัติต่างจากคนอื่น ย่อมถือว่าเป็น “ความเสมอภาค” เช่นเดียวกัน เช่นการเลือกปฏิบัติกับคนพิการ หรือคนด้อยโอกาสในสังคม ย่อมถือว่าเป็น “ความเสมอภาค” เช่นเดียวกัน แม้จะได้มีการ “เลือกปฏิบัติ” กับคนด้อยโอกาส แต่ก็ถือว่าเป็นการ “เลือกปฏิบัติอย่างเป็นธรรม” การเลือกปฏิบัติในความหมายนี้จึงมีสองด้าน หากเป็นการเลือกปฏิบัติเพื่อช่วยเหลือ จะเป็น “การเลือกปฏิบัติอย่างเป็นธรรม” แต่หากเป็นการเลือกปฏิบัติเพื่อกีดกัน จะเป็น “การเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม”

²⁴ ปกป้อง ศรีสนิท. (2561). การปฏิรูปทะเบียนประวัติอาชญากรกับแนวคิดการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด (Individualization). ในหนังสือที่ระลึก 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์รัตนกุล คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 1.

หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายถูกนำมาใช้ในบริบทกฎหมายอาญาเช่นกัน กล่าวคือ กฎหมายอาญาไม่อาจที่จะกำหนดโทษที่แตกต่างสำหรับการกระทำความผิดแบบเดียวกัน เว้นแต่จะเป็นเรื่องที่สามารถทำได้เพราะความแตกต่างของสถานการณ์ที่เกิดขึ้น โดยมีความสัมพันธ์โดยตรงกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

2.8 โทษอาญา

เมื่อบุคคลมีความรับผิดชอบทางอาญาแล้ว บุคคลนั้นจะถูกลงโทษทางอาญา โทษอาญาจะต้องมีประสิทธิภาพในการยับยั้งมิให้คนที่กระทำความผิดแล้วหวนกลับไปทำผิดอีก และจะต้องมีประสิทธิภาพในการที่จะยับยั้งมิให้คนอื่นเลียนแบบกระทำความผิดนั้น ในทางตรงข้าม หากโทษทางอาญาไม่มีประสิทธิภาพ ก็จะทำให้เกิดการทำความผิดซ้ำ (recidivism) หรืออาชญากรรมเลียนแบบ ซึ่งจะทำให้สังคมไม่สงบสุข และแสดงถึงความล้มเหลวทางกฎหมายอาญา

การศึกษาเรื่องโทษทางอาญาเพื่อพัฒนาให้มีประสิทธิภาพจึงเป็นเรื่องสำคัญยิ่ง ในภาคนี้ จะกล่าวถึง วัตถุประสงค์ในการลงโทษ หลักการลงโทษทางอาญา

2.9 วัตถุประสงค์ในการลงโทษ

วัตถุประสงค์ในการลงโทษเป็นเรื่องคลาสสิกเกิดขึ้นมากกว่า 3,700 ปี ตั้งแต่สมัยกฎหมาย Lex Talionis และมีการเพิ่มเติมเสริมเข้ามาจนยังคงใช้ได้อยู่ในปัจจุบัน วัตถุประสงค์ของการลงโทษ²⁵มีอยู่ 5 เรื่องคือ การแก้แค้นทดแทน การข่มขู่ยับยั้ง การตัดความสามารถผู้กระทำความผิด การฟื้นฟูแก้ไข และการนำกลับสู่สังคม

2.9.1 การแก้แค้นทดแทน

การแก้แค้นทดแทนเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษดั้งเดิมที่เกิดขึ้นในสมัยที่ยังไม่มีระบบรัฐทันสมัย การแก้แค้นส่วนตัว เป็นเรื่องที่ยอมรับได้ในสังคมดั้งเดิม (primitive society) กฎหมาย Lex Talionis หรือ Talion Law ได้จัดระเบียบการแก้แค้นให้ได้สัดส่วนโดยกำหนดว่า “อาชญากรควรได้รับการลงโทษเสมอกับการบาดเจ็บและความเสียหายที่อาชญากรก่อขึ้นให้กับผู้เสียหาย” กฎเกณฑ์ดังกล่าวต่อมาถูกเรียกว่า “กฎตาต่อตา” (an eye for eye principle) ซึ่งความเข้าใจในปัจจุบันอาจมองว่าเป็นกฎแห่งการตอบโต้ที่รุนแรง แต่แท้จริงแล้วกฎเกณฑ์นี้เป็นที่มาแห่ง

²⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2549). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. กรุงเทพฯ: จีระราชการพิมพ์. หน้า 846 - 848.

หลักความได้สัดส่วน (proportionality principle) ที่ยังปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายในปัจจุบัน และทำให้การแก้แค้นไม่เกินไปกว่าความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ

โทษประหารชีวิตในคดีฆาตกรรมโดยเจตนา ยังคงสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษข้อนี้ เพราะญาติผู้เสียหายคงมีความรู้สึกต้องการแก้แค้นฆาตกร แต่โทษประหารชีวิตก็ไม่ได้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ข้อนี้ทุกกรณี เช่น การประหารชีวิตผู้ค้ายาเสพติด ไม่ได้ตอบวัตถุประสงค์เรื่องการแก้แค้น แต่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์เรื่องการข่มขู่ยับยั้ง

ความรู้สึกแก้แค้นยังคงมีอยู่ในใจผู้เสียหายทุกสังคมตั้งแต่อดีตสู่ปัจจุบันความแตกต่างคือในอดีตเปิดให้ผู้เสียหายแก้แค้นผู้กระทำความผิดเอง ในขณะที่สังคมปัจจุบันได้ยอมรับว่า “การแก้แค้นที่ยอมรับได้ คือ การแก้แค้นในกระบวนการยุติธรรม” ผู้เสียหายที่ไม่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมและไปแก้แค้นส่วนตัวแบบดั้งเดิมก็จะได้รับการลงโทษทางอาญาเช่นกัน ดังนั้นหากกระบวนการยุติธรรมไม่สามารถที่จะให้ความเป็นธรรมกับผู้เสียหายได้เพราะความขาดประสิทธิภาพ หรือความไม่เที่ยงธรรม เพราะอำนาจเงิน อิทธิพล พวกพ้อง เมื่อนั้นผู้เสียหายก็จะกลับไปสู่การแก้แค้นส่วนตัวซึ่งทำให้สังคมวุ่นวายไม่มีที่สิ้นสุด

2.9.2 ข่มขู่ ยับยั้ง

การข่มขู่ ยับยั้ง เป็นวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อสร้างประโยชน์สังคม (social benefit) เพราะการลงโทษใดสามารถยับยั้งผู้กระทำความผิดมิให้กลับไปทำผิดอีกได้ และยับยั้งมิให้ผู้อื่นเลียนแบบการกระทำความผิดได้ การลงโทษนั้นจะเกิดประโยชน์ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิด “อรรถประโยชน์นิยม” (utilitarianism)

การประหารชีวิต กับการจำคุกระยะยาว มีลักษณะการข่มขู่ยับยั้ง การเขียนก็เป็นโทษที่ใช้ในสิงคโปร์ มาเลเซีย บรูไนที่ สอดคล้องกับการข่มขู่ยับยั้งได้เป็นอย่างดี และมีประสิทธิภาพในการยับยั้งผู้กระทำความผิดอย่างยิ่ง สังเกตได้จากการกระทำความผิดฐานขีดเจียนในที่สาธารณะให้เกิดความสกปรก ไม่ค่อยปรากฏให้เห็นในสิงคโปร์ เพราะสิงคโปร์จะเขียนคนที่กระทำการดังกล่าว แต่ในประเทศไทยปรากฏให้เห็นอยู่มากเพราะมีโทษแค่ปรับไม่เกิน 1,000 บาท ตามกฎหมายรักษาความสะอาด อย่างไรก็ตาม หากเพิ่มลักษณะของการข่มขู่ยับยั้งในการลงโทษให้มากขึ้นจะส่งผลให้ไปกระทบสิทธิมนุษยชนมากขึ้นเช่นกัน เช่น ในคดีกระหว่าประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ซึ่งประเทศไทยเป็นรัฐภาคี ข้อ 7 ได้กำหนดห้ามมิให้มีการลงโทษที่ทรมาน ทารุณ โหดร้าย หรือย่ำยีศักดิ์ศรี ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าลักษณะของการข่มขู่ยับยั้ง กับสิทธิมนุษยชน มักจะแปรผกผันกันเสมอ

2.9.3 การตัดความสามารถในการกระทำความผิด

การตัดความสามารถในการกระทำความผิด การจำคุกเป็นการตัดความสามารถมิให้ผู้กระทำได้กระทำความผิดอีกภายในระยะเวลาที่อยู่ในเรือนจำ เช่นเดียวกันกับการประหารชีวิตก็ตัดความสามารถมิให้ผู้กระทำความผิดตลอดไป การริบทรัพย์สินที่ได้ใช้หรือมิไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 33 อนุหนึ่ง สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ข้อนี้ เช่นเดียวกัน และการฉีดขาดความต้องการทางเพศให้กับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนก็เป็นการลงโทษรูปแบบใหม่ที่ใช้ในบางประเทศซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ข้อนี้

2.9.4 การฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด

การฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด เป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนมากที่สุด และหากการฟื้นฟูสำเร็จสังคมก็จะได้รับประโยชน์จากการลงโทษดังกล่าว เพราะผู้กระทำความผิดจะไม่หวนกลับไปทำผิดอีก ฝ่ายที่นิยมในวัตถุประสงค์ข้อนี้จะมองว่าอาชญากรทุกคนเป็นเสมือนผู้ป่วยที่สามารถฟื้นฟูแก้ไขรักษาได้ และสามารถให้อาชญากรที่แก้ไขแล้วกลับเข้าสู่สังคมได้ แต่อย่างไรก็ตามการฟื้นฟูอย่างเดียวอาจไม่มีผลถึงการยับยั้งอาชญากรรมเลยแบบ เพราะผู้ที่ไม่เคยทำผิดอาจไม่เกรงกลัวต่อมาตรการลงโทษที่มีแต่มีดีของฟื้นฟูแต่เพียงอย่างเดียว นอกจากนี้ การฟื้นฟูในเรือนจำที่ประสบความสำเร็จทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวกลับใจเป็นคนดีแล้ว แต่เมื่อพ้นโทษ เรือนจำก็ปล่อยให้พนักงานโทษนั้นออกไปเผชิญสภาพสังคมภายนอกเองโดยไม่มี การเตรียมตัว ผู้พ้นโทษก็จะถูกสังคมตีตราไป โดยเฉพาะนายจ้างก็ไม่รับเข้าทำงาน โอกาสที่ถูก โอดคิดเดียวและกลับไปทำผิดอีกก็จะมีมาก ดังนั้นการฟื้นฟูอย่างเดียวน่าจะช่วยแก้ปัญหาได้ จึงต้องมีแนวคิดในการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคมหรือที่เรียกว่า resocialization

2.9.5 การนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม

การนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม เป็นวัตถุประสงค์ที่ต่อยอดจากการฟื้นฟูผู้กระทำความผิด เป็นแนวคิดแห่งการให้โอกาสคนในสังคม ตัวอย่างของวิธีการนำผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคมเช่น ก่อนที่จะพ้นโทษ เรือนจำทำความตกลงกับนายจ้างให้รับนักโทษไปทำงานตอนกลางวัน และกลับมานอนเรือนจำตอนกลางคืน เพื่อเตรียมสังคม เตรียมงาน และสภาพแวดล้อมให้นักโทษ เมื่อพ้นโทษออกไปจะได้รับการยอมรับและไม่กลับมาทำผิดอีก นอกจากนี้ หลังจากที่พ้นโทษจากเรือนจำมาแล้วระยะหนึ่ง ควรมีระบบที่ทำให้พนักงานโทษสามารถร้องขอให้ล้างมลทินตนเองเพื่อให้ นายจ้างหรือคนในสังคมไม่สามารถทราบได้ว่าเค้าเคยติดคุกมาก่อน อย่างเช่นที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสมีการแยกทะเบียนประวัติอาชญากรเป็นหลายระดับ และในระดับที่เปิดเผยให้กับบุคคลภายนอกรวมทั้งนายจ้างทราบนั้น ผู้ที่พ้นโทษสามารถที่จะลบชื่อตนออกจาก

ทะเบียนในระดับดังกล่าวได้ เพื่อให้โอกาสแก่ผู้กระทำความผิดได้กลับตัวโดยหากเป็นคดีประเภท crime (จำคุกตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป) ผู้พ้นโทษสามารถร้องขอต่อศาลให้ลบทะเบียนประวัติได้เมื่อพ้นโทษมาแล้วห้าปี หากเป็นคดีประเภทจำคุกไม่เกิน 10 ปี ผู้พ้นโทษสามารถร้องขอต่อศาลให้ลบประวัติได้เมื่อผลโทษมาแล้วสามปี และหากเป็นคดีประเภทลหุโทษที่มีแต่โทษปรับและจำกัดสิทธิสามารถร้องขอให้ลบได้เมื่อพ้นโทษแล้วหนึ่งปี นอกจากนี้ยังมีการให้ลบทะเบียนประวัติโดยผลของกฎหมาย ซึ่งมีผลเป็นการลบประวัติเหมือนกันแต่ต้องรอเวลานานกว่าการยื่นขอต่อศาล ระบบกฎหมายฝรั่งเศสจะมีระบบบันทึกทะเบียนประวัติที่ให้โอกาสผู้พ้นโทษแล้วสามารถกลับเข้าสู่สังคมแบบที่สังคมไม่หวาดระแวง โดยมีทั้งระบบการลบชื่อจากทะเบียนประวัติแบบคำสั่งศาล กับแบบโดยผลของกฎหมาย ซึ่งการคัดแยกหรือลบชื่อออกอันเป็นการให้โอกาสผู้ต้องโทษในการกลับตัวคืนสู่สังคมดังกล่าว ยังไม่ปรากฏในประเทศไทย การทำให้นักโทษที่พ้นโทษมาระยะหนึ่งแล้ว และแสดงให้เห็นได้แล้วว่า เป็นคนดีไม่มีแนวโน้มกลับไปทำผิดอีก สามารถที่จะให้เขามีชีวิตใหม่อย่างแท้จริง

2.10 โทษทางปกครอง

2.10.1 แนวคิดพื้นฐานกฎหมายปกครอง

กฎหมายปกครอง คือ กฎหมายมหาชนที่วางหลักเกี่ยวกับการจัดระเบียบการปกครองของรัฐ และการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ รวมทั้งวางหลักความเกี่ยวพันในทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน

ความมุ่งหมายของกฎหมายปกรองนั้น มีความมุ่งหมาย ดังต่อไปนี้²⁶

1) กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่มุ่งหมายว่า ทำอย่างไร จึงจะทำให้กลไกของรัฐสมัยใหม่ทำงานได้ โดยให้พลเมืองยังคงมีเสรีภาพมากที่สุด ส่งผลให้กฎหมายปกครองมีหลักการที่สำคัญ คือ หลักความชอบด้วยกฎหมาย

2) กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่มุ่งหมายว่า ทำอย่างไรคำสั่งของฝ่ายปกครองจึงจะอยู่ภายใต้การควบคุมของศาล ส่งผลให้มีการสร้างระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองทั้งภายในฝ่ายปกครองและฝ่ายนอกฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะการจัดตั้งศาลปกครองเพื่อให้พิจารณาคดีปกครอง

3) กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่มุ่งหมายว่า ควรแบ่งหน้าที่การงานของรัฐบาลในระหว่างหน่วยงานของรัฐบาลกันอย่างไร ความเป็นอิสระของท้องถิ่นในการปกครองควรมาก่อน

²⁶ มานิตย์ จุมปา. (2546). *คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 56-57.

การรักษาไว้ซึ่งรูปแบบเดียวกันแห่งชาติ ส่งผลให้มีการส่งเสริมให้มีการกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่นในทุกๆ ทาง เพื่อให้ท้องถิ่นปกครองตนเอง

4) กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่มุ่งหมายว่า ในกรณีที่ต้องก่อตั้งธุรกิจซึ่งรัฐผูกขาดเพื่อประโยชน์ของประชาชนส่วนรวม กรณีใดธุรกิจเหล่านี้ควรอยู่ภายใต้การควบคุมของนักการเมืองหรือนักบริหารหรือศาล การควบคุมนี้ควรมีขอบเขตเพียงใด

กฎหมายปกครองที่วางระเบียบการปกครองของรัฐ²⁷

กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่วางระเบียบการปกครองรัฐในทางปกครอง หรือที่รู้จักกันในนามของการจัดระเบียบราชการบริหาร ซึ่งถือเป็นเพียงส่วนหนึ่งของคณะรัฐมนตรี เพราะคณะรัฐมนตรีนี้มีสองสถานะทับซ้อนกันอยู่ คือ

1) คณะรัฐมนตรีในฐานะรัฐบาลที่จะต้องรับผิดชอบในการบริหารงานของประเทศต่อรัฐสภา และเป็นตัวแทนของประเทศไทยในเวทีต่างประเทศ ซึ่งในฐานะนี้จะถูกควบคุมและกำหนดโดยกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญกำหนดว่าเมื่อจะทำสนธิสัญญาใดที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตหรือเขตอำนาจรัฐหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา (มาตรา 224 วรรค 2)

2) คณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายปกครอง ในฐานะนี้รัฐมนตรีแต่ละคนจะเป็นผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ของรัฐในกระทรวงต่างๆ ที่แต่ละรัฐมนตรีเป็นผู้รับผิดชอบดูแล ซึ่งถือได้ว่าในส่วนนี้จัดว่าเป็นฝ่ายปกครองทั้งหมด ซึ่งในฐานะนี้เองที่กฎหมายปกครองโดยกฎหมายเกี่ยวกับการจัดระเบียบราชการบริหารจะเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยกำหนดโครงสร้างในฝ่ายปกครองว่าราชการบริหารมีราชการบริหารส่วนกลาง โดยจะมีกระทรวงจำนวนเท่าใด และแต่ละกระทรวงจะมีกรมอยู่จำนวนเท่าใด ราชการบริหารส่วนภูมิภาค จะมีจังหวัด อำเภอ ตำบล ฯลฯ และราชการส่วนท้องถิ่น จะมีองค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล ฯลฯ เป็นต้น ซึ่งจะได้ศึกษาต่อไป

อนึ่ง กฎหมายปกครองนั้น มีความสำคัญ²⁸ คือ

ประการแรก เพื่อให้การดำเนินการบริหารประเทศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและอยู่ในแนวทางเดียวกัน ทั้งนี้ เพราะการบริหารราชการแผ่นดินของประเทศไทยมีลักษณะการบริหารที่เป็นองค์กรขนาดใหญ่ และมีองค์กรที่เป็นส่วนประกอบอีกมาก มีข้าราชการที่ทำหน้าที่ในองค์กรต่างๆ เหล่านั้นเป็นจำนวนมาก จึงจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายวางระเบียบการปกครองกำหนดอำนาจ

²⁷ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 26. หน้า 56-58.

²⁸ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. (2530). เอกสารการสอนชุดวิชา หลักกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการไทย หน่วยที่ 1-8. หน้า 99.

หน้าที่ของแต่ละองค์กร ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรและข้าราชการในองค์กรเหล่านั้น
ต่อกัน

ประการที่สอง เพื่อให้การปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและประโยชน์ของประชาชน
ทั้งนี้ เพราะการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการย่อมกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน
ผู้รับบริการ จึงต้องมีกฎหมายมากำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐว่า สามารถก้าวล่วง
เข้าไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้มากน้อยเพียงใด

ในการพิจารณาแนวคิดหลักของโทษทางปกครองนั้น ผู้วิจัยต้องการที่จะศึกษาถึง
ความหมายของโทษทางปกครอง ความเป็นมาของโทษทางปกครอง แนวคิดเกี่ยวกับโทษทาง
ปกครอง วัตถุประสงค์ของโทษทางปกครอง องค์กรที่มีอำนาจลงโทษทางปกครอง เกณฑ์การ
กำหนดความผิดที่มีโทษทางปกครอง และรูปแบบลักษณะของโทษทางปกครองและการใช้โทษ
ทางปกครอง ดังจะกล่าวต่อไปนี้

โดยที่มีแนวคิดที่ว่าให้ผู้กระทำความผิดกระทำการบางอย่างแทนการลงโทษพัฒนามา
จากแนวคิดให้ผู้กระทำความผิดทำงานบริการสังคมซึ่งมีแนวคิดพื้นฐานมาจากการใช้แรงงานทาส
ให้ไปทำงานในอาณานิคมของอังกฤษ ซึ่งเป็นวิธีที่ถือปฏิบัติกันมาช้านานในสมัยพระนางเจ้า
อลิซาเบธที่ 1 ที่ได้มีการส่งผู้กระทำความผิดที่มีจิตใจชั่วร้าย หรือกระทำความผิดร้ายแรงมาก
ลักษณะต่าง ๆ ไปเป็นทาสใช้งานหนักในหน้าที่พลกรรเชียงสำหรับเรือเดินทะเล เพื่อให้ทราบถึง
ประโยชน์และตระหนักถึงคุณค่าของการให้ผู้กระทำความผิดทำงานบริการสังคมหรือทำงาน
สาธารณประโยชน์แทนการลงโทษในทางกฎหมายอาญา

การทำงานบริการสังคม หมายถึง มาตรการลงโทษผู้กระทำความผิดแนวใหม่ซึ่งใช้
วิธีปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดที่ศาลสั่ง พร้อมทั้งกำหนดเงื่อนไขทำงานบริการสังคมแทนวิธีการ
ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

การทำงานบริการสังคม หมายถึง รูปแบบการใช้แรงงานของผู้กระทำความผิด โดยมิ
ความมุ่งหมายเพื่อหลีกเลี่ยงผลเสียของการลงโทษผู้กระทำความผิดในระยะสั้น โดยการจัดให้
ผู้กระทำความผิดในคดีที่มีโทษเล็กน้อย ในพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 ให้ทำงาน
สาธารณประโยชน์ทดแทนการถูกลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นมาตรการที่สอดคล้อง
กับปรัชญาพื้นฐานของการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดโดยไม่ใช้เรือนจำ ทั้งยังเป็นการทำความ
เข้าใจกับประชาชนและสังคม ทำให้เกิดการยอมรับว่าผู้กระทำความผิดรู้สึกผิดชอบชั่วดี และยังสามารถ
ทำประโยชน์ให้แก่สังคมได้อีกด้วย

นอกจากนี้ มาตรการโทษทางปกครอง จึงอาจถือได้ว่า เป็นการบังคับทางปกครอง
หรือการบังคับตามคำสั่งทางปกครองก็คือ วิธีการเดียวกัน เพราะโดยส่วนใหญ่แล้วการบังคับทาง

ปกครองก็ต้องมีคำสั่งทางปกครองก่อน เมื่อผู้อยู่ในคำสั่งทางปกครองไม่ยินยอมปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติตามคำสั่ง เจ้าหน้าที่ก็อาจจะต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครอง หรือการลงโทษในทางปกครองได้

การบังคับทางปกครอง หมายถึง กฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น ดังนั้น หากมีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติก็ต้องมีการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งการบังคับดังกล่าวเรียกว่า “คำสั่งทางปกครอง” ซึ่งเจ้าหน้าที่สามารถบังคับได้เองโดยไม่ต้องไปฟ้องศาลให้บังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง เพราะทั้งศาลและเจ้าหน้าที่ต่างก็เป็นผู้ใช้อำนาจรัฐเช่นกัน ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่สั่งให้เจ้าของอาคารรื้อถอนอาคารที่ชำรุด ถ้าไม่ปฏิบัติตาม เจ้าหน้าที่ข้อมสามารถเข้ารื้ออาคารได้ เมื่อได้ปฏิบัติถูกต้องตามมาตรการบังคับทางปกครองแล้ว โดยไม่ต้องไปฟ้องร้องคดียังศาลให้เสียเวลาและคดีรกรงศาล

คำสั่งทางปกครองนั้นเชื่อว่าทุกคำสั่งจะต้องมีการบังคับทางปกครองเสมอไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับประเภทของคำสั่งทางปกครองนั่นเอง โดยที่นี้อาจจำแนกคำสั่งทางปกครองเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาถึงเรื่องการบังคับทางปกครองได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องมีการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เช่น ใบอนุญาตที่ออกให้ หนังสือรับรองการเป็นนิติบุคคล เป็นต้น คำสั่งทางปกครองประเภทนี้เมื่อออกแล้วย่อมมีผลทันที ไม่มีความจำเป็นในการบังคับตามคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด

2) คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งเรียกให้ชำระเงิน คำสั่งให้รื้อถอนอาคาร เป็นต้น คำสั่งทางปกครองประเภทนี้เมื่อออกแล้วย่อมมีผลทันที ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบังคับตามคำสั่งนั้นต่อไป เพื่อให้คำสั่งนั้นมีผลอย่างแท้จริง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การบังคับทางปกครองไว้ในมาตรา 55-63 แต่การบังคับทางปกครองนี้ไม่ใช้กับเจ้าหน้าที่ด้วยตนเอง เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น (มาตรา 55) กล่าวคือ มาตรการบังคับทางปกครองเป็นการที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครองในการที่จะบังคับเอาแก่เอกชนผู้รับคำสั่ง ดังนั้น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ (หน่วยงานของรัฐ) เป็นผู้รับคำสั่งทางปกครองจะไม่ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เช่น ราชการส่วนกลางออกคำสั่งไปยังราชการส่วนท้องถิ่นในฐานะที่กำกับดูแลแล้ว ราชการส่วนท้องถิ่นไม่ปฏิบัติตาม เช่นนี้จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองไม่ได้

หลักการสำคัญของการบังคับทางปกครอง

ด้วยเหตุที่การบังคับทางปกครองนี้ ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการได้เองโดยไม่ต้องฟ้องร้องคดีอาัยอำนาจศาล ดังนั้น จึงต้องมีหลักที่จะกำกับการใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้รับคำสั่งทางปกครอง ดังนี้

1) การบังคับทางปกครองต้องใช้เท่าที่จำเป็น

การใช้มาตรการบังคับทางปกครองเจ้าหน้าที่ต้องใช้เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง โดยกระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุด (มาตรา 55 วรรคท้าย)

2) ก่อนใช้การบังคับทางปกครองต้องเตือนก่อน

ก่อนใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เจ้าหน้าที่จะต้องมีคำเตือนเป็นหนังสือให้มีการกระทำหรือละเว้นกระทำตามคำสั่งทางปกครองภายในระยะเวลาที่กำหนดตามสมควรแก่กรณี คำเตือนดังกล่าวจะกำหนดไปพร้อมกับคำสั่งทางปกครองก็ได้ (มาตรา 59)

คำเตือนนั้นจะต้องระบุ

1) มาตรการบังคับทางปกครองที่จะใช้ให้ชัดเจน แต่จะกำหนดมากกว่าหนึ่งมาตรการในคราวเดียวกันไม่ได้

2) ค่าใช้จ่ายในการที่เจ้าหน้าที่เข้าดำเนินการด้วยตนเอง หรือมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทน หรือจำนวนค่าปรับทางปกครองแล้วแต่กรณี อนึ่ง การกำหนดค่าใช้จ่ายในคำเตือนไม่เป็นการตัดสิทธิที่จะเรียกค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น หากจะต้องเสียค่าใช้จ่ายจริงมากกว่าที่ได้กำหนดไว้

3) การบังคับทางปกครองต้องมีความแน่นอนชัดเจน

ในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองนั้น จะต้องมีภาระระบุไว้ให้ชัดเจนในคำเตือนว่าจะใช้มาตรการใด และจะใช้มาตรการมากกว่าหนึ่งมาตรการในคราวเดียวกันไม่ได้ (มาตรา 59) นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่จะต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามที่กำหนดไว้ในคำเตือนเท่านั้น การเปลี่ยนแปลงมาตรการจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่ามาตรการที่กำหนดไว้ไม่บรรลุตามวัตถุประสงค์ (มาตรา 60)

4) การบังคับทางปกครองอาจถูกโต้แย้งได้

ผู้ถูกดำเนินการตามมาตรการบังคับทางปกครองอาจอุทธรณ์การบังคับทางปกครองนั้นได้ โดยใช้หลักเกณฑ์และวิธีการเดียวกันกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง (มาตรา 62)

รูปแบบของมาตรการบังคับทางปกครอง

ดังนั้น การดำเนินการของเจ้าหน้าที่โดยใช้มาตรการบังคับทางปกครองกับประชาชนที่มีภาระผูกพันต้องปฏิบัติตามหน้าที่เพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง โดยคำสั่งทางปกครองที่มีผลต่อผู้รับคำสั่งทางปกครอง 2 ลักษณะ คือ มีผลในตัว ซึ่งไม่ต้องมีการบังคับทางปกครอง กับไม่มีผลในตัวต้องมีการปฏิบัติทางกายภาพ หรือบังคับให้มีการกระทำทางกายภาพ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองในการบังคับประชาชนให้ปฏิบัติตามความประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง โดยมีคำอธิบายดังต่อไปนี้ คำสั่งทางปกครองที่มีผลในตัว เป็นคำสั่งทาง

ปกครองประเภทที่ไม่ต้องมีการบังคับทางปกครอง คำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการกระทำทางกายภาพ เป็นคำสั่งทางปกครองประเภทที่ต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของการออกคำสั่งทางปกครอง แบ่งออกได้ 2 อย่าง คือ

1) คำสั่งให้ใช้ชำระเงิน ตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539²⁹ ซึ่งฝ่ายปกครองสั่งให้ชำระเงิน เช่น สั่งให้ชำระค่าธรรมเนียมภาษี ชำระค่าเงินเพิ่ม เบี้ยปรับ เช่นนี้เมื่อฝ่ายปกครองสั่งแล้ว ถ้าผู้ที่มีหน้าที่ชำระไม่ชำระให้ถูกต้องครบถ้วนเจ้าหน้าที่มีการปฏิบัติทางกายภาพ เพื่อให้กฎหมายมีความศักดิ์สิทธิ์ คือการใช้มาตรการบังคับเพื่อให้ชำระหนี้ อันนี้จำเป็นที่กฎหมายต้องให้อำนาจฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจบังคับ

2) คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ ตามมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539³⁰ เช่น สั่งให้รื้อถอนอาคาร หรือสิ่งปลูกสร้างในอุทยานแห่งชาติ หรือสั่งให้รื้อถอน ทำลาย หรือขนย้ายสิ่งที่ตั้งค้าง แขนว วาง หรือกองไว้ในเขตทางหลวง ถ้าผู้เป็นเจ้าของไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง เจ้าหน้าที่จะต้องใช้มาตรการบังคับ ซึ่งการบังคับอย่างนี้กฎหมายต้องเขียนให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ไว้เป็นการเฉพาะ โดยวิธีการที่กฎหมายเขียนไว้ทำ 3 อย่าง คือ

(ก) เจ้าหน้าที่เข้าดำเนินการเอง

(ข) มอบหมายให้ผู้อื่นกระทำการแทน

(ค) กำหนดค่าปรับทางปกครอง เจ้าหน้าที่ผู้ใดมีอำนาจกำหนดค่าปรับจำนวนเท่าใด เป็นไปตามกฎกระทรวงฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2542)

หลักการที่สำคัญของการบังคับทางปกครอง³¹ คือ การบังคับทางปกครองเป็นมาตรการที่จะต้องกระทบกระเทือนถึงสิทธิของประชาชน ดังนั้นเจ้าหน้าที่จะต้องใช้ดุลยพินิจเลือกใช้มาตรการบังคับทางปกครอง โดยคำนึงถึงหลักการที่สำคัญ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

หลักความสมเหตุสมผล

หลักการบังคับทางปกครองเท่าที่จำเป็น

หลักความแน่นอนและชัดเจน

ซึ่งหลักการที่สำคัญเหล่านี้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายแล้ว คือ หลักความสมเหตุสมผลและหลักการบังคับทางปกครองเท่าที่จำเป็น ตามบทบัญญัติความในมาตรา 56 วรรคสาม แห่ง

²⁹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 57.

³⁰ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 58.

³¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ส่วนหลักของความแน่นอนและชัดเจนได้ถูกกำหนดไว้ตามความในมาตรา 59 วรรคสอง และมาตรา 60 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539³²

หลักสำคัญที่เกี่ยวกับการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ประกอบด้วย 3 ประการ

ประการแรก มาตรการบังคับทางปกครองนั้น ต้องสมเหตุสมผล และบังคับเท่าที่จำเป็นตามมาตรา 56 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้วางหลักไว้ว่า ในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองนั้น ให้เจ้าหน้าที่ใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองโดยกระทบกระเทือนผู้อยู่บังคับของคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุด

ประการที่สอง การใช้มาตรการบังคับทางปกครอง จะต้องมีความชัดเจนแน่นอนตามมาตรา 59 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในเรื่องของการใช้มาตรการบังคับเกี่ยวกับการกระทำการ หรือละเว้นกระทำการนั้น จะต้องมิหนังสือเดือนแล้วระบุมมาตรการบังคับที่ชัดเจน และต้องใช้มาตรการหนึ่งมาตรการใดเท่านั้น จะกำหนดใช้มาตรการมากกว่า 1 มาตรการในคราวเดียวกันไม่ได้

ประการที่สาม การใช้มาตรการบังคับในทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือจะใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามกฎหมายเฉพาะกฎหมายได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจได้ ถ้ามาตรการตามกฎหมายเฉพาะมีลักษณะที่เกิดผลน้อยกว่ามาตรการบังคับทางปกครอง ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ตามบทบัญญัติมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

สำหรับขอบเขตของการบังคับทางปกครองนั้น การบังคับทางปกครองมุ่งใช้คำสั่งทางปกครองในเรื่องที่มีเนื้อหาเจาะจง ดังนี้

คำสั่งในทางปกครองนั้น มีเนื้อหาที่สอดคล้องกับ การบังคับให้ผู้กระทำความผิดชำระค่าเสียหายในทางปกครองด้วยเงิน

คำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการกำหนดให้ผู้ใดกระทำการ หรือละเว้นกระทำการ

คำสั่งทางปกครองดังกล่าวต้องมีการดำเนินการทางกายภาพ เช่น การให้หรือถอนอาคาร หรือสิ่งปลูกสร้าง การให้หรือถอนหรือเคลื่อนย้ายสิ่งกีดขวางการจราจร หรือการให้หรือถอนสิ่งถูกล้ำทางสาธารณะ ถ้าผู้ที่อยู่ในคำสั่งทางปกครองไม่ปฏิบัติตาม เจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่ต้องมีหนังสือเดือนให้ชำระราคา ให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ แล้วแต่กรณีอย่างใดอย่างหนึ่งในระยะเวลา

³² พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. มาตรา 56 วรรคสาม มาตรา 59 วรรคสอง และมาตรา 60 วรรคหนึ่ง.

ที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่า 7 วัน ถ้ายังไม่ชำระอีกเจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองดังกล่าวได้

การแปรรูปความคิดทางอาญาไปเป็นโทษทางปกครองทำให้เกิดประโยชน์หลายประการ แต่โทษทางปกครองยังเป็นสิ่งใหม่ในประเทศไทย ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสมีพัฒนาการเรื่องโทษทางปกครองมาพอสมควร ซึ่งแยกพิจารณาได้เป็น หลักการของโทษทางปกครอง เปรียบเทียบโทษทางอาญากับโทษทางปกครอง หลักพื้นฐานกฎหมายอาญาที่ต้องนำไปใช้กับโทษทางปกครอง ความผ่อนปรนของหลักพื้นฐานกฎหมายอาญาที่นำมาใช้กับโทษทางปกครอง วิธีพิจารณาคดีโทษทางปกครอง และการดำเนินคดีชำระระหว่างโทษทางอาญาและโทษทางปกครอง

2.10.2 หลักการของโทษทางปกครอง

ตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของโทษทางปกครองโดยวินิจฉัยว่า “ไม่มีหลักการหรือกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญใดที่ขัดขวางฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจในการลงโทษ แต่การกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจลงโทษต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขสองประการคือ ประการที่หนึ่ง โทษทางปกครองต้องไม่มีโทษที่มีลักษณะลิดรอนเสรีภาพ (ซึ่งหมายถึงโทษจำคุกหรือกักขัง) และ ประการที่สอง การใช้โทษทางปกครองต้องดำเนินการภายใต้กฎหมายที่มีมาตรการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง” นอกจากนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยังรับรองว่าโทษทางปกครองไม่ได้ขัดหรือแย้งกับอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป แต่ต้องมีมาตรการที่เคารพต่อกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรมที่รับรอง (fair trial) ที่รับรองไว้ในข้อ 6 ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป³³

2.10.3 เปรียบเทียบโทษทางอาญากับโทษทางปกครอง

โทษทางอาญาโทษทางปกครองสามารถแยกความแตกต่างและทางเลือกในการลงโทษได้ดังนี้

โทษอาญามีโทษจำคุกได้ แต่โทษทางปกครองไม่อาจมีโทษจำคุกหรือกักขังหรือจำกัดเสรีภาพได้ โทษทางปกครองจึงมีโทษปรับ หรือโทษจำกัดสิทธิต่างๆ

โทษทางปกครองมีลักษณะบังคับการทันที โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องศาล และมีวิธีการสั่งการที่เรียบง่ายกว่าโทษทางอาญา ในขณะที่โทษทางอาญาต้องมีการยื่นฟ้องต่อศาลเพื่อมีคำพิพากษาลงโทษ เช่น ในประเทศฝรั่งเศส มีการใช้โทษทางปกครองในการเพิกถอนใบขับขี่ตามกฎหมายจราจรซึ่งมีผู้ถูกลงโทษกว่า 1 ล้านคนต่อปี รวมทั้งการลงโทษทางปกครองในความคิดเกี่ยวกับการ

³³ คำวินิจฉัยตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส หมายเลข 89 – 260 DC ลงวันที่ 28 กรกฎาคม 1989 อ้างถึงใน Premier Ministre et Conseil d’Etat. (2017). Guide de legistique. 3 edition. La documentation Francaise. p. 612.

คลังซึ่งมีการลงโทษกว่า 2 ล้านคดีต่อปี จะเห็นว่า ปริมาณคดีดังกล่าวเป็นไปได้ยากที่จะใช้วิธีการทางอาญาที่เคร่งครัดเนิ่นนานกว่าและไม่อาจดำเนินคดีที่มีปริมาณมากได้อย่างมีประสิทธิภาพ

โทษทางอาญามีลักษณะการสร้างตราบาป (stigma) และสร้างความทุกข์ทน (traumatisant) มากกว่าโทษทางปกครอง ผู้กระทำความผิดอาญาจะถูกบันทึกประวัติอาชญากรแต่ผู้ถูกลงโทษทางปกครองจะไม่ถูกบันทึกลงในประวัติอาชญากร ผลแห่งการนี้ ผู้ถูกลงโทษทางปกครองมีแนวโน้มที่จะยอมรับการลงโทษมากกว่าการยอมรับการถูกลงโทษทางอาญา และเป็นผลให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายที่มีประสิทธิภาพมากกว่า

กระบวนการลงโทษทางอาญามีลักษณะเปิดเผย แต่กระบวนการลงโทษทางปกครองมีลักษณะการดำเนินการแบบไม่เปิดเผย

อย่างไรก็ตามกฎหมายอาญาหลายเรื่องก็พยายามปรับปรุงวิธีการลงโทษให้รวดเร็วและมีประสิทธิภาพขึ้นในความผิดเล็กน้อยที่ไม่ต้องมีวิธีพิจารณาความที่เคร่งครัด ตัวอย่างเช่นในประเทศไทยมีการกำหนดให้เปรียบเทียบปรับในคดีอาญาหลายโทษหรือคดีความผิดอาญาอื่นที่กฎหมายกำหนดให้เปรียบเทียบได้โดยพนักงานสอบสวนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ เพื่อทำให้กระบวนการดำเนินคดีอาญายุติในชั้นพนักงานสอบสวนหรือชั้นพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยไม่ต้องไปฟ้องศาล หรือในกฎหมายฝรั่งเศส โทษอาญาหลายโทษ (contravention) ซึ่งเป็นความผิดอาญาที่มีโทษปรับหรือโทษจำคุกสิทธิ มีการกำหนดวิธีการดำเนินคดีในชั้นศาลที่รวดเร็วโดยพนักงานอัยการสามารถฟ้องผู้กระทำความผิดที่ศาล Tribunal de Police ได้ฝ่ายเดียวด้วยวิธีพิจารณาที่เรียบง่ายโดยไม่ต้องมีตัวจำเลย หากศาลพิพากษาแล้ว ศาลจะออกคำพิพากษาที่เรียกว่า ordonnance penale จำเลยมีสิทธิคัดค้านคำพิพากษาได้ภายใน 30 วันที่เรียกว่า opposition หากไม่คัดค้านคำพิพากษาของศาลสามารถบังคับใช้ได้เลย แต่หากจำเลยคัดค้าน ศาล Tribunal de Police จะเปิดการพิจารณาคดีเต็มรูปแบบโดยรับฟังความทางฝ่ายอัยการและจำเลยเพื่อทำคำพิพากษาใหม่

2.10.4 หลักพื้นฐานกฎหมายอาญาที่ต้องนำไปใช้กับโทษทางปกครอง

การแปรรูปความผิดทางอาญาเป็นโทษทางปกครองส่งผลดีกับรัฐหลายประการ แต่ในมิติแห่งการคุ้มครองสิทธิผู้ถูกดำเนินคดียังคงต้องนำหลักประกันสิทธิในทางอาญาไปใช้กับการดำเนินการกับผู้ถูกลงโทษทางปกครองด้วย หลักพื้นฐานกฎหมายอาญาที่ต้องนำไปใช้กับโทษทางปกครองประกอบด้วย

1) หลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา หมายถึง ไม่มีโทษทางปกครองหากไม่มีกฎหมายกำหนดความผิดและโทษไว้ล่วงหน้า³⁴

³⁴ คำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส หมายเลข 2013-332 qpc ลงวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ. 2013 หมายเลข 2014-385 qpc ลงวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ. 2014 เป็นต้น

2) หลักกฎหมายอาญาไม่ย้อนหลังเป็นผลร้ายกับผู้กระทำความผิดและหลักกฎหมายอาญาย้อนหลังเป็นคุณได้ หมายถึง โทษทางปกครองย้อนหลังเป็นผลร้ายไม่ได้ และหากโทษทางปกครองใดเป็นผลดีกว่าโทษที่กำหนดในขณะกระทำความผิด ให้โทษทางปกครองที่เป็นผลดีกว่าย้อนหลังได้³⁵

3) หลักการลงโทษที่จำเป็นและได้สัดส่วน หมายถึงการลงโทษทางปกครองต้องเป็นการลงโทษที่จำเป็นและได้สัดส่วนกับความรุนแรงของการกระทำที่ละเมิดกฎหมาย³⁶

4) หลักการการปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน หมายถึงแม้เป็นโทษทางปกครอง แต่ศาลยังมีดุลพินิจที่ต้องกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้ฝ่าฝืนกฎหมายแต่ละคน ไม่ใช่การใช้โทษแบบเดียวกันกับทุกคนที่ฝ่าฝืนกฎหมาย

5) หลักการลงโทษเฉพาะบุคคลที่กระทำความผิด หมายถึง โทษอาญาจะลงกับผู้กระทำความผิดเท่านั้น ไม่ตกทอดเป็นมรดกกับทายาท ซึ่งนำมาใช้กับโทษทางปกครองด้วย ดังนั้นโดยหลักทั่วไป ทายาทของผู้ตายไม่ต้องรับผิดทางปกครอง กรณีที่เจ้ามรดกเป็นผู้ฝ่าฝืนกฎหมายที่กำหนดโทษทางปกครอง อย่างไรก็ตาม ฝายนิติบัญญัติอาจกำหนดให้ให้โทษปรับทางภาษีที่ถึงกำหนดแล้วตกทอดต่อไปได้ ในกรณีที่ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายถึงแก่ความตายหรือชำระบัญชีแล้วในกรณีเป็นนิติบุคคล

6) หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย หมายถึง บุคคลทุกคนจะเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมายและจะถูกปฏิบัติเหมือนกันและไม่ถูกเลือกปฏิบัติ

กรณีศึกษาที่หลักพื้นฐานกฎหมายอาญาต้องนำมาใช้กับโทษทางปกครองด้วย ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปและตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ดังต่อไปนี้

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปคดี Ozturk c. Allermagne 21 กุมภาพันธ์ 1984 วางหลักว่า “แม้ว่าจะเรียกชื่อมาตรการแบบใดในกฎหมายภายในประเทศ หากเป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาทางอาญาแล้ว การปรับใช้มาตรการดังกล่าว ต้องเคารพต่อหลักประกันทางอาญาที่ได้รับการยอมรับโดยอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปมาตรา 6 ด้วย” โดย “เนื้อหาทางอาญา” หมายถึง “มาตรการทั้งปวงที่มีผลเป็นการป้องกันและลงโทษ

คดี Bendenoun v. France 24 กุมภาพันธ์ 1994 ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิพากษาว่า “มาตรการปรับคดีภาษีที่อยู่บัญญัติในประมวลรัษฎากรให้ถือว่าเป็นเนื้อหาทางอาญา”

³⁵ คำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส หมายเลข 88-248 dc ลงวันที่ 17 มกราคม ค.ศ. 1989 และ คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด หมายเลข 307957 SNG saint Honore ลงวันที่ 27 พฤษภาคม ค.ศ. 2009.

³⁶ คำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส หมายเลข 87-237 dc ลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1987.

คดี Malige c/ France 23 กันยายน 1998 ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิพากษาว่า “การหักคะแนนใบขับขี่ที่เนื้อหาทางอาญา”

ตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil Constitutionnel) เมื่อ 30 ธันวาคม 1987 ได้วินิจฉัยว่า “โทษปรับทางภาษีสูงเกินส่วนขัดกับหลักการลงโทษที่ได้สัดส่วนตามประกาศสิทธิมนุษยชน 1789 ข้อ 8”

ตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสยืนยันเมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 1992 ว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักโทษไม่มีผลย้อนหลัง ขยายไปใช้กับการลงโทษทุกประเภทแม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติให้เป็นอำนาจขององค์กรอื่นที่ไม่ใช่ศาลเป็นผู้ออกคำสั่ง”

2.10.5 ความผ่อนปรนของหลักพื้นฐานกฎหมายอาญาที่นำมาใช้กับโทษปกครอง

แม้จะต้องนำหลักการพื้นฐานทางอาญามาใช้กับโทษทางปกครองตามแนวคำวินิจฉัยตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสรวมทั้งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป แต่หลักพื้นฐานกฎหมายอาญาดังกล่าวจะถูกตีความให้เบาลงเมื่อนำมาใช้กับโทษทางปกครอง ทั้งๆ ที่หลักพื้นฐานกฎหมายอาญาดังกล่าวจะนำไปใช้อย่างเคร่งครัดเมื่อเป็นกรณีโทษทางอาญา การปรับหลักพื้นฐานกฎหมายอาญาให้เบาลงและยืดหยุ่นมากขึ้นเมื่อนำมาใช้กับการดำเนินคดีที่มีโทษทางปกครองนั้นสามารถอธิบายได้ดังนี้

หลักความชอบด้วยกฎหมายอาญาในส่วนที่ว่ากฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอนอนนำมาใช้อย่างผ่อนคลายเป็นการกำหนดการกระทำความผิดที่มีโทษทางปกครอง หมายถึงนำมาใช้แต่การกำหนดความผิดทางปกครองอาจกำหนดการกระทำอย่างกว้างๆ ได้มากกว่าทางอาญา

หลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ นำมาใช้อย่างผ่อนคลายเป็นการดำเนินการลงโทษทางปกครอง ในคดีอาญาจะลงโทษผู้กระทำความผิดได้ก็ต่อเมื่อมีการกระทำครบองค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายใน ดังนั้น หากเป็นกรณีการลงโทษอื่นที่มีโทษความผิดอาญา กฎหมายอาจลงโทษการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่โดยไม่ต้องพิสูจน์เจตนาหรือประมาทได้

หลักการลงโทษเฉพาะบุคคลที่กระทำความผิด หากเป็นโทษทางปกครอง หลักการดังกล่าวอาจมีข้อยกเว้นได้โดยเฉพาะในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการปรับนิติบุคคลด้วยโทษทางปกครองกับนิติบุคคลที่รับโอนทรัพย์สินจากนิติบุคคลที่กระทำความผิดกฎหมายได้

2.10.6 วิธีพิจารณาคดีโทษทางปกครอง

แม้ว่าการดำเนินคดีทางอาญาหรือการดำเนินคดีทางปกครองยังคงต้องเคารพหลักกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรม (fair trial) ที่รับรองไว้ในข้อ 6 ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป แต่การดำเนินการลงโทษทางปกครองนั้นมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากการดำเนินคดีอาญาคือการดำเนินคดีโทษทางปกครองไม่จำเป็นต้องให้ศาลมีคำพิพากษาลงโทษ ฝ่ายปกครองสามารถออกคำสั่งลงโทษได้เลย เว้นแต่กรณีผู้ถูกลงโทษจากคำสั่งทางปกครองจะใช้สิทธิอุทธรณ์ได้ต่อศาล

ปกครอง นอกจากนี้ในกรณีองค์กรอิสระ ที่มีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์และบังคับใช้กฎหมายเอง และตัดสินลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมายเองการดำเนินคดีลงโทษทางปกครองต้องแยกให้เห็นกลไกการแยกอำนาจดำเนินคดีกับอำนาจออกคำสั่งลงโทษออกจากกัน

2.10.7 การดำเนินคดีชำระระหว่างโทษทางอาญาและโทษทางปกครอง

การกระทำความผิดที่ผิดกฎหมายอาญาหลายบท ผู้กระทำความผิดอาญาจะต้องถูกลงโทษบทเดียวไม่ว่าจะบทหนักสุดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90 หรือบทเฉพาะหรือบทบรรณาธิซึ่งเป็นไปตามหลัก non bis in idem ที่ได้รับการรับรองไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4) และ ICCPR ข้อ 14 (7) เช่นเดียวกันหากมีการกระทำความผิดที่ผู้กระทำถูกลงโทษทางปกครองไปแล้ว ผู้กระทำดังกล่าวก็ไม่อาจถูกลงโทษทางปกครองซ้ำอีกได้เพราะเป็นไปตามกฎหมายทั่วไป ที่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสนำมาใช้กับการดำเนินคดีที่มีโทษทางปกครองเช่นกันแม้ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เขียนไว้ก็ตาม เมื่อมีการกำหนดโทษทางปกครองหรือมีการแปรรูปความผิดอาญาเดิมให้กลายเป็นโทษทางปกครอง ปัญหาสำคัญประการหนึ่งคือ การกระทำความผิดที่เป็นความผิดทั้งกฎหมายอาญาเดิมและผิดทั้งกฎหมายที่กำหนดโทษทางปกครองใหม่จะต้องดำเนินคดีอย่างไรจะถือว่ากรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบทที่ต้องลงโทษบทหนักสุด (ไม่ว่าจะเป็นโทษทางปกครองหนักกว่าโทษทางอาญา หรือโทษทางอาญาหนักกว่าโทษทางปกครอง) หรือเป็นกรณีที่สามารถดำเนินคดีโทษทางอาญาแยกต่างหากจากการดำเนินคดีที่มีโทษทางปกครองได้ ปัญหาดังกล่าวมีหลักการที่ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ให้หลักการไว้ว่า “จะมีการดำเนินคดีทางอาญาและโทษทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อเข้ากรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้”

เมื่อการใช้โทษทางปกครองเป็นการชั่วคราวเพื่อรอการลงโทษทางอาญาในอนาคต เช่น ลงโทษทางปกครองระงับใบขับขี่ชั่วคราว เพื่อรอการลงโทษจำคุกหรือปรับทางอาญาที่กำลังดำเนินคดีอยู่

เมื่อปรากฏลักษณะการลงโทษที่ต่างกันระหว่างโทษทางปกครองกับโทษทางอาญา เช่น การกระทำความผิดมีโทษปรับทางปกครอง แต่ในทางอาญามีโทษจำคุก

เมื่อโทษทางอาญามีลักษณะพิเศษแยกต่างหากได้อย่างชัดเจนจากการลงโทษทางปกครอง เช่น การลงโทษทางอาญากับผู้กระทำโดยเจตนาทุจริต สามารถแยกลงโทษจากการลงโทษทางปกครองได้

อย่างไรก็ตาม ตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสดูเหมือนจะเปิดกว้างเรื่องนี้มากกว่าศาลปกครองสูงสุด โดยตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเห็นเป็นหลักว่าการดำเนินคดีอาญากับการดำเนินคดีทางปกครองสามารถดำเนินการไปพร้อมๆ กันได้ แต่มีข้อยกเว้นบางเรื่องที่น่าถือว่าเป็นการดำเนินคดีซ้ำกันที่ต้องห้าม โดยตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสให้หลักการว่า “โดยหลักแล้วการ

ดำเนินคดีทางปกครองกับการดำเนินคดีอาญาสามารถแยกกันได้ไม่ขัดกับหลักความจำเป็นและได้สัดส่วนตามรัฐ ธรรมนูญด้วยเหตุที่ลักษณะการดำเนินคดีต่างกัน จุดมุ่งหมายของการลงโทษที่แตกต่างกัน และกฎหมายที่บัญญัติไว้ต่างกัน แต่มีข้อยกเว้น คือหากการกระทำใดมีการดำเนินคดีอาญากับการดำเนินคดีทางปกครองพร้อมกันที่ครบเงื่อนไขสามข้อต่อไปนี้ จะถือว่าเป็นการดำเนินคดีที่ซ้ำซ้อนกันที่ต้องห้ามตามหลัก non bis in idem

1) การกระทำความผิดนั้นเข้าองค์ประกอบความผิดทางกฎหมายอาญาและกฎหมายปกครองที่บัญญัติองค์ประกอบไว้เหมือนกัน หมายถึง องค์ประกอบความผิดทางอาญากับองค์ประกอบความผิดทางปกครองเหมือนกัน ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 138 กำหนดลงโทษการต่อสู้อัตโนมัติของเจ้าพนักงาน ในขณะที่พระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญากำหนดลงโทษทางปกครองสำหรับผู้ขับขี่รถจักรยานยนต์อื่น เช่นนี้ถือว่าเป็นการกระทำที่กฎหมายอาญาและกฎหมายปกครองกำหนดองค์ประกอบความผิดที่เหมือนกัน แต่หากพระราชบัญญัติกำหนดให้ลงโทษทางปกครองสำหรับผู้ไม่อำนวยความสะดวกแก่เจ้าพนักงาน เช่นนี้ถือว่า องค์ประกอบความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 138 แตกต่างจากกฎหมายปกครองที่กำหนดองค์ประกอบเรื่องการไม่อำนวยความสะดวก

2) โทษที่ลงมีลักษณะเดียวกัน เช่น โทษอาญามีโทษปรับ โทษทางปกครองก็มีโทษปรับแบบเดียวกัน

3) ประโยชน์สังคม ที่กฎหมายอาญาและกฎหมายปกครองมุ่งคุ้มครองคือสิ่งเดียวกัน

กล่าวโดยสรุป การดำเนินคดีอาญากับคดีที่มีโทษทางปกครองซ้ำในการกระทำความผิดเดียวในมุมมองกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกำหนดว่า “ทำได้” เป็นหลัก แต่มีข้อยกเว้นที่ “ทำไม่ได้” ถ้าเข้าเงื่อนไขสามประการที่ขัดกับหลัก non bis in idem ตามที่กล่าวมา แต่หากในมุมมองของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสเห็นว่า การดำเนินคดีอาญากับคดีที่มีโทษทางปกครองซ้ำในการกระทำความผิดเดียวโดยหลัก “ทำไม่ได้” เพราะขัดกับหลัก non bis in idem แต่ก็มีข้อยกเว้นที่สามารถดำเนินคดีซ้ำระหว่างคดีอาญากับคดีโทษทางปกครองได้ในกรณีใดกรณีหนึ่งที่กล่าวมา

ดังนั้นหากนำแนวทางของตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกับแนวทางของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสมาพิจารณาแล้ว อาจสรุปได้ว่า การดำเนินคดีอาญากับการดำเนินคดีที่มีโทษทางปกครองสำหรับผู้กระทำความผิดกรรมเดียวกันนั้น โดยทั่วไปสามารถทำได้พร้อมกันไม่ขัดกับหลัก non bis in idem แต่ให้พิจารณา ประเด็นดังต่อไปนี้

ความผิดอาญากับความผิดที่มีโทษทางปกครองเป็นลักษณะการคุ้มครองประโยชน์สังคมแบบเดียวกันหรือไม่ ถ้ากฎหมายทั้งสองคุ้มครองประโยชน์ต่างกัน ก็สามารถดำเนินคดีต่างกันได้ ถ้ากฎหมายทั้งสองคุ้มครองประโยชน์เดียวกัน

โทษทางอาญากับโทษทางปกครองมีลักษณะแบบเดียวกันหรือไม่ ถ้าไม่ใช่ ก็ดำเนินคดีต่างกันได้

องค์ประกอบความผิดที่มีโทษทางปกครองกับองค์ประกอบความผิดที่มีโทษทางอาญาเหมือนกันหรือไม่ ถ้าไม่ใช่ ก็ดำเนินคดีต่างกันได้ ถ้าใช่ ก็ถือว่าเป็นการดำเนินคดีซ้ำ ต้องห้ามตามหลัก non bis in idem