

บทที่ 2

แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายอาญา

ในการอยู่ร่วมกันในสังคมจำเป็นจะต้องมีกลไกในการควบคุมให้สังคมอยู่อย่างเป็นระเบียบเป็นระบบ กฎหมายอาญาเป็นวิธีการควบคุมสังคมอย่างหนึ่ง มีลักษณะเป็นกระบวนการที่เป็นทางการ มีมาตรการบังคับที่รุนแรง เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความผิดและโทษ กฎหมายอาญา จึงเป็นมาตรการขั้นสูงสุดและขั้นสุดท้ายที่นำมาบังคับใช้ ต้องกระทำเฉพาะเท่าที่จำเป็นและหลีกเลี่ยงไม่ได้เท่านั้น

2.1 ลักษณะของกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญา หมายถึง บรรดากฎหมายทั้งหลายที่ระบุถึงความผิดอาญา โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาอื่น และเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาอื่นนั้น⁹

กฎหมายอาญามีหลักที่สำคัญที่เป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาคือ หลัก “nullum crimen, nulla poena sine lege”¹⁰ หรือ “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” หลักนี้แสดงให้เห็นว่า กฎหมายอาญามีหลักความสำคัญมาจากการบัญญัติกฎหมาย การบัญญัติกฎหมายอาญามีผลมาจากอำนาจการลงโทษของรัฐ เนื่องจากรัฐมีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเพื่อควบคุมดูแลการอยู่ร่วมกันของคนในรัฐ ไม่ให้มีการกระทบกระเทือนได้โดยง่าย¹¹

กฎหมายอาญาเป็นมาตรการบังคับทางสังคม มีจุดมุ่งหมายในการปกป้องภัยอันตรายให้กับสังคมส่วนรวม¹² และมีลักษณะเฉพาะคือ เป็นการดำเนินของชุมชนต่อการกระทำนั้น เป็นการแสดงออกว่า การกระทำที่เป็นความผิดอาญาคือการกระทำที่ก่อให้เกิดการดำเนินคดีในทางศีลธรรมอย่างร้ายแรง เป็นสิ่งที่วิญญูชนเห็นว่าเป็นการกระทำชั่ว จึงมีการกำหนดโทษมาเป็นมาตรการบังคับทางอาญา โดยรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจในการลงโทษเพื่อเป็นการตอบแทนผู้กระทำ

⁹ คณิต ฅ นคร ข (2543). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 26.

¹⁰ Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Jr. (1986). *Criminal Law* (2 nd ed.). p.8.

¹¹ คณิต ฅ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 29.

¹² Wayne R. LaFave and Austin W.Scott, Jr. *Op.cit.* p. 10.

ความผิดให้ต้องได้รับผลในทางร้ายเมื่อมีการฝ่าฝืนกฎหมายบ้านเมือง เนื่องจากเกิดความเสียหายขึ้น (harmful result)¹³ ซึ่งถ้าพิจารณาตามหลัก “ไม่มีการลงโทษโดยปราศจากความเสียหาย” (no punishment without harm)¹⁴ อันเป็นหลักกฎหมายอาญาหลักหนึ่งในตำรากฎหมายอาญาในปัจจุบัน คือ กล่าวถึงการลงโทษว่าไม่อาจจะกระทำได้ หากการกระทำนั้นไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่ได้รับการคุ้มครองอยู่¹⁵

ลักษณะเฉพาะอีกอย่างของกฎหมายอาญา คือ มีการบังคับใช้โทษที่รุนแรง ทำให้กฎหมายอาญาต่างจากกฎหมายประเภทอื่น ตรงมีจุดมุ่งหมายในการใช้โทษเพื่อลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด¹⁶ ก่อให้เกิดมลทินแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งแต่เดิมในอดีต การใช้กฎหมายอาญาเป็นการใช้ในวงที่จำกัด คือใช้เฉพาะการกระทำผิดที่กระทำต่อหัวหน้า หรือผู้มีอำนาจสูงสุดในแผ่นดินเท่านั้น ไม่ใช้ในการกระทำความผิดอาญาอื่น ต่อมา ได้มีการขยายขอบเขตออกไปเรื่อย ๆ จนแทบจะรวมพฤติกรรมเกือบทุกชนิดเอาไว้ เพื่อเป็นหลักในการอยู่ร่วมกันในสังคม และเป็นมาตรการควบคุมสังคม และควบคุมบุคคลให้ประพฤติตามปทัสถาน

สำหรับประเทศไทย มีการบัญญัติใช้กฎหมายอาญากับความผิดทุกความผิดที่กระทำความผิดต่อบุคคล ต่อทรัพย์ ต่อสังคม หรือกระทำความผิดต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ รัฐมีหน้าที่ควบคุมดูแลความสงบเรียบร้อยของคนในรัฐนั้น รัฐจึงได้กำหนดกฎหมายเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย นั่นคือการบัญญัติกฎหมายอาญา ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายอาญา มีการกำหนดโทษ จึงมีคุณสมบัติพิเศษในการที่จะทำให้บรรลู่ถึงจุดมุ่งหมายดังกล่าวได้ โดยเริ่มจากการบัญญัติเป็นประมวลกฎหมายอาญาเมื่อปี ร.ศ.127 เรียกว่า “กฎหมายลักษณะอาญา” ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายอาญารูปแบบแรกของประเทศไทย ใช้บังคับจนมี “ประมวลกฎหมาย” ออกใช้บังคับแทนเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500

อย่างที่กล่าวไว้ข้างต้นว่า ประเทศไทยได้บัญญัติความผิดอาญาทุกความผิดที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสังคมทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดต่อชีวิต ต่อทรัพย์ ต่อบุคคล หรือว่าเป็นการกระทำความผิดต่อส่วนรวม ดังนั้น บรรดาความผิดเล็กน้อยหรือความผิดที่

¹³ Atsushi Yamaguchi. (1989). *Basic Problems in Japanese Criminal Law*. p. 30.

¹⁴ Ibid. (บางตำราใช้คำว่า “no crime without harm” รายละเอียดโปรดดู Wayne R. LaFave and Austin W.Scott, Jr. Op.cit. p. 8)

¹⁵ “A further distinction is made between offences which injure or place in jeopardy persons or property protected by law (Rechtsgut) , according to whether the law imposes sanctions only for actual injury or for danger to the Rechtsgut.” (K. Neumann, 1952 : 78)

¹⁶ Thomas J. Gardner and Terry M. Anderson. (n.d.). *Criminal Law* (8 th ed.). p. 21.

ไม่รุนแรงได้ถูกรวบรวมไว้ในประมวลกฎหมายอาญานี้ด้วย และถูกบัญญัติไว้ในภาคกฎหมาย
ปัจจุบัน ปัญหาที่ตามมา คือ ความผิดทุกความผิดที่บัญญัติขึ้นเป็นความผิดอาญา เพียงเพราะรัฐ
ต้องการให้เป็นมาตรการบังคับให้บุคคลในสังคมปฏิบัติตามปทัสถาน โดยไม่คำนึงถึงขอบเขตของ
กฎหมายอาญาและไม่คำนึงถึงความเหมาะสมของการกระทำความผิดว่าสมควรเป็นความผิดอาญา
หรือไม่

2.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญา

แนวคิดในการบัญญัติกฎหมายอาญาต้องคำนึงถึงปัญหาในเรื่องขอบเขตของกฎหมาย
อาญาและปัญหาในการพิจารณาการกระทำว่าการกระทำใดเหมาะสมให้เป็นความผิดอาญา

แนวความคิดที่เป็นพื้นฐานในการพิจารณาว่าการกระทำใดควรเป็นความผิดอาญา แบ่ง
ออกเป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มที่ใช้ปรัชญาในทางศีลธรรมและการเมืองมาวินิจฉัยว่าควรใช้กฎหมาย
อาญากับการกระทำความผิดประเภทใดๆ นั้นหรือไม่ เรียกว่า แนวคิดในเชิงหลักเกณฑ์ (Arguments
of Principle) กับกลุ่มที่ใช้ข้อพิจารณาในเชิงปฏิบัติว่า การบังคับใช้กฎหมายกับการกระทำนั้นแล้ว
จะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าประโยชน์ที่จะได้รับหรือไม่ เรียกว่า แนวคิดในเชิงปฏิบัติ (Arguments
of Practicality)¹⁷

2.2.1 แนวความคิดในเชิงหลักเกณฑ์ (Arguments of Principle)

แนวความคิดที่จัดอยู่ในกลุ่มนี้มีอยู่หลายหลักการ ประเด็นที่เป็นปัญหาในการนำมา
พิจารณา คือ บทบาทหรือขอบเขตของการใช้กฎหมายอาญา ซึ่งบางหลักใช้พิจารณาถึงกฎหมายอื่น
นอกจากกฎหมายอาญาด้วย

2.2.1.1 หลักอนาธิปไตย (Anarchistic Principle) หลักการนี้ เน้นเรื่องบทบาทหรือ
ขอบเขตของกฎหมายในการจำกัดเสรีภาพในการกระทำของมนุษย์ โดยวางหลักในการให้เสรีภาพ
แก่คนในสังคมอย่างเต็มที่ แต่เสรีภาพนั้นจะต้องไม่ทำความเสียหายแก่บุคคลอื่นใด เป็นการส่งเสริม
เสรีภาพแก่ทุกคน แต่การมีเสรีภาพนี้ย่อมไม่มั่นคงต่อผู้ที่อ่อนแอกว่าในรัฐ¹⁸ และไม่ได้คำนึงถึงกรณี
ที่มีการกระทบกระทั่งเสรีภาพของบุคคลในสังคม

¹⁷ Richard S. Frase. (อ้างถึงใน พรรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์, 2535 : 11)

¹⁸ Joel Feinberg. (1973). *Social Philosophy*. p.23.

2.2.1.2 หลักการยึดระเบียบแบบแผน (Formalistic Principle) เป็นหลักการที่มีแนวความคิดคล้ายกันกับหลักอนาธิปไตย (Anarchistic Principle) คือเน้นเรื่องการให้ทุกคนมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ ให้ทุกคนมีเสรีภาพเท่าๆ กัน ไม่เฉพาะแต่ผู้ที่แข็งแรงกว่า เป็นการไม่เลือกปฏิบัติ จึงเกิดปัญหาว่า ขอบเขตของเสรีภาพมีมาก จนไม่มีแนวทางว่า เมื่อใดควรมีการจำกัดเสรีภาพ¹⁹ ทำให้เกิดมีแนวคิดของพวกหลักศีลธรรมทางกฎหมาย (Legal Moralism) ขึ้น

2.2.1.3 หลักศีลธรรมทางกฎหมาย (Legal Moralism) มีแนวคิดว่าคุณคนทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพในการปฏิบัติ แต่ก็มีสิทธิในการสงวนสิทธิของตนให้ทรงคุณค่าไว้ในทางศีลธรรม และให้ทุกคนในสังคมเชื่อมั่นและเคารพในสิทธินี้ด้วย ทำให้ต่างคนต่างยึดมั่นในสิทธิของตนเองมากเกินไป ทำให้มีการโต้แย้งสิทธิเกิดขึ้นกันมาก

2.2.1.4 หลักกษัยนตราย (Harm Principle) จอห์น สจิวต์ มิลล์ (John Stuart Mill) เป็นผู้ต้นคิดหลักการนี้ โดยมีแนวคิดว่าการจำกัดเสรีภาพเป็นสิ่งไม่ถูกต้อง ควรจะมีการจำกัดเสรีภาพก็ต่อเมื่อมันเป็นสิ่งจำเป็นในการป้องกันภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับบุคคลอื่น และเห็นว่าสังคมควรเข้าไปมีบทบาทแทรกแซงเสรีภาพของบุคคลในสังคมด้วย แต่เฉพาะเรื่องที่เป็นภัยอันตรายต่อบุคคลอื่นเท่านั้น²⁰ ซึ่งหลักการนี้มีข้อโต้แย้งอยู่มาก กล่าวคือ การกระทำทุกอย่างแทบจะเป็นการกระทำที่มีความเสี่ยงในการก่อภัยอันตรายแก่บุคคลอื่นแทบทั้งสิ้น และไม่สามารถกำหนดขอบเขตของคำว่า “ภัยอันตรายต่อบุคคลอื่น” ได้ว่ามีขอบเขตจำกัดเพียงใด จึงเกิดหลักการที่เสริมหลักกษัยนตราย (Harm Principle) ขึ้นมาโดยอาศัยความรู้สึกของวิญญูชน

2.2.1.5 หลักการกระทำความผิด (Offence Principle) เป็นหลักการที่สนับสนุนการใช้กฎหมายจำกัด มีการวางแนวทางว่าให้ใช้กฎหมายจำกัดขอบเขต ซึ่งแม้ว่าการกระทำนั้นอาจจะยังไม่ก่อภัยอันตรายแก่บุคคลอื่น แต่หากการกระทำนั้นบุคคลทั่วไปเห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่สมควรก็ถือเป็นความผิด เจื่อนใจของหลักการนี้อยู่ที่พิจารณาจากการกระทำนั้น หากก่อให้เกิดความรู้สึกถูกล่วงเกิน รู้สึกขัดเคืองใจ (offence) ในการกระทำนั้น และพิจารณาจากการกระทำนั้นแล้ววิญญูชนสามารถหลีกเลี่ยงได้เล็กน้อยเพียงใด เช่น การเปลือยกายในที่สาธารณะ จะเห็นว่า หากพิจารณาตามหลักกษัยนตราย (Harm Principle) แล้วอาจเห็นว่าไม่เป็นความผิดอาญา เพราะการกระทำเช่นนี้นี้อาจไม่ก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่บุคคลใด แต่หากพิจารณาตามหลักการกระทำความผิด (Offence Principle) แล้ว จะเห็นว่า การเปลือยกายในที่สาธารณะ แม้ไม่ก่อให้เกิด

¹⁹ L.T. Hobhouse. (1911). *Liberalism*. pp.63-64.

²⁰ J.S. Mill. (1977). *Utilitarianism On Liberty, Representative Government*. pp.72-73.

ภยันตรายแก่บุคคลใดโดยตรง แต่การกระทำเป็นสิ่งที่วิญญูชนรู้สึกขัดเคืองใจที่เห็น จึงถือว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ผิด ไม่สมควรกระทำ

2.2.2 แนวความคิดในเชิงปฏิบัติ (Argument of Practicality)

แนวความคิดนี้วางหลักการพิจารณาว่าการกระทำใดควรบัญญัติให้เป็นกฎหมายอาญาหรือไม่ แบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มที่เห็นว่าควรยกเลิกความผิดที่ไม่มีผู้เสียหาย (Victimless Crime) กับกลุ่มที่ใช้วิธีการประเมินผลดีผลเสียในการบัญญัติกฎหมายนั้น มาเป็นแนวทางในการพิจารณา

2.2.2.1 ความผิดที่ไม่มีผู้เสียหาย (Victimless Crime) แนวความคิดของกลุ่มนี้เห็นว่าควรยกเลิกความผิดที่ไม่มีผู้เสียหาย โดยแนวความคิดของกลุ่มนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก เนื่องจากขาดความชัดเจน เพราะมีความผิดบางประเภทที่ไม่มีผู้เสียหาย แต่ยังต้องการให้มีผลบังคับใช้อยู่ เพื่อเป็นการป้องกันประโยชน์ของสังคมโดยรวม

ความผิดที่ไม่มีผู้เสียหาย (Victimless Crime) หมายถึง ความผิดที่ไม่มีผู้เสียหายในการจะมาร้องขอให้คุ้มครองตามกระบวนการทางอาญา หรือความผิดที่ยังไม่อาจระบุได้ว่าเป็นความผิดอาญา เนื่องจากไม่มีผลกระทบต่อบุคคลโดยตรง²¹ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ความผิดที่จัดว่าเป็นความผิดประเภทที่ไม่มีผู้เสียหาย (Victimless Crime) มีดังต่อไปนี้²²

ความผิดฐานมึนเมาสุรา (Drunkeness)

ความผิดฐานติดยาเสพติด (Narcotic and Drug abuse)

ความผิดเกี่ยวกับการพนัน (Gambling)

ความผิดเกี่ยวกับคนจรจัด (Vagrancy)

ความผิดเกี่ยวกับการทำแท้ง (Abortion)

ความผิดเกี่ยวกับเพศหรือการค้าประเวณี (Sexual Behavior)

แนวความคิดของกลุ่มที่เห็นว่าควรยกเลิกความผิดที่ไม่มีผู้เสียหาย (Victimless Crime) นี้ นอกจากจะได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก เนื่องจากขาดความชัดเจนแล้ว ยังมีการโต้แย้งอีกว่า ในกรณีที่มีการยกตัวอย่างว่า ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด (Narcotic and Drug abuse) เป็นความผิดที่ไม่มีผู้เสียหาย เพราะว่าเป็นความผิดที่ไม่มีผลกระทบต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่นโดยตรงอย่างกรณีฆ่าผู้อื่นถึงแก่ความตายหรือลักทรัพย์ แต่ในทางกลับกัน แนวความคิดนี้ถูกโต้แย้ง

²¹ Thomas J. Gardner and Terry M. Anderson. (n.d.). **Criminal Law** (8 th ed.). p.10.

²² Franklin E. Zimring and Richard S. Frase. (n.d.). **The Criminal Justice System**. p.99.

ว่า หากลองพิจารณาถึงกระบวนการค้ายาเสพติด (Drug Trade) แล้ว ถือได้ว่า ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเป็นความผิดที่ส่งผลให้มีผู้เสียหายจำนวนมากทีเดียว²³ และยังอาจเป็นต้นเหตุที่ก่อให้เกิดอาชญากรรมอื่นๆ ตามมา

2.2.2.2 วิธีการประเมินผลดีผลเสีย (Cost-Benefit Approach) กลุ่มนี้มีแนวคิดให้ใช้วิธีการประเมินผลดีผลเสีย โดยประเมินจากการบังคับใช้กฎหมายกับการกระทำที่บัญญัติให้เป็นความผิดอาญา ในทุก ๆ ด้าน ทั้งที่เป็นรูปธรรมและนามธรรม ไม่ว่าจะเป็นค่าใช้จ่ายของรัฐ ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ความสูญเสียอิสรภาพของผู้กระทำความผิด ความรู้สึกของคนในสังคม การถูกตราว่าเป็นอาชญากร และประโยชน์ที่จะได้รับจากการบังคับโทษ การข่มขู่ไม่ให้มีผู้กระทำความผิด เป็นต้น หากประโยชน์ที่ได้รับมีน้อยกว่าสิ่งที่จะต้องเสียไป ก็ไม่สมควรจะบัญญัติกฎหมายนั้นขึ้น แนวความคิดนี้เป็นที่นิยมอย่างแพร่หลาย แต่จะต้องใช้แนวความคิดนี้ประกอบการพิจารณาถึงมาตรการควบคุมอื่นด้วย ซึ่งในทางทฤษฎี กลุ่มที่มีแนวคิดใช้วิธีการประเมินผลดีผลเสีย (กลุ่ม Cost-Benefit Approach) นั้น มีข้อดีในส่วนที่พิจารณาถึงปัจจัยทุกด้าน แต่มีปัญหาอยู่ที่ผลของการเปรียบเทียบข้อดีข้อเสียให้เห็นแตกต่างกันอย่างชัดเจน และการคำนวณที่ยุ่งยากซับซ้อน

แนวความคิดต่าง ๆ ดังที่ได้กล่าวมา นักกฎหมาย นักปรัชญาและนักสังคมวิทยา ต่างได้เสนอข้อพิจารณาหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการบัญญัติกฎหมายอาญา เนื่องจากกฎหมายอาญา เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องโทษและกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในสังคมโดยตรง จึงได้พยายามสร้างหลักเกณฑ์ว่าด้วยข้อจำกัดของกฎหมายอาญาไว้หลายประการ ต่อมาได้มีนักวิชาการท่านหนึ่งได้เขียนบทความที่เป็นประโยชน์อย่างมากเกี่ยวกับกฎหมายอาญา ซึ่งกล่าวถึงการวางหลักที่สำคัญ²⁴ คือ ไม่ควรบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์และสถานการณ์บางประการโดยไม่คำนึงถึงขอบเขตดังต่อไปนี้

1) รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาเพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการแก้แค้นตอบแทนแก่ผู้กระทำความผิด โดยใช้โทษมาเป็นเครื่องมือ

แนวความคิดนี้มาจากแนวความคิดของซีซาร์ แบคคาเรีย (Cesare Beccaria) นักปราชญ์ชาวอิตาลี ผู้ก่อตั้งแนวความคิดอาชญวิทยาดั้งเดิม (Classical Criminology) โดยซีซาร์ แบคคาเรีย วิพากษ์วิจารณ์เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใช้กฎหมายในแถบยุโรป ดำเนินการโดยปราศจากความยุติธรรม ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการรักษาอำนาจปกครอง จึงเห็นสมควรให้มีการปรับเปลี่ยน

²³ Thomas J. Gardner and Terry M. Anderson. Loc.cit.

²⁴ บทสรุปแนวความคิดของ cf. Walker (อ้างถึงใน ประธาน วัฒนาวณิชย์, 2541 : 9-34)

กระบวนการยุติธรรมเสียใหม่และให้ยึดหลักปรัชญา “เจตจำนงเสรี” (Free Will)²⁵ ที่มุ่งเน้นการป้องกันอาชญากรรมมากกว่าการปราบปราม

2)- รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาลงโทษความประพฤตินี้ที่ไม่ก่อให้เกิดอันตราย ทั้งนี้เห็นว่า ถ้าการกระทำนั้นไม่มีความชั่วร้าย ก็ไม่เห็นว่ามีเหตุผลสมควรอันใด ให้การกระทำนั้นต้องบัญญัติให้เป็นความผิดกฎหมายหรือสมควรมีโทษ

3) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ และหากมีมาตรการอื่นใดซึ่งสามารถบรรลุได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานน้อยกว่า ก็ควรใช้มาตรการนั้น

4) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาในกรณีที่เกิดร้ายอันเกิดจากการลงโทษมีมากกว่าผลร้ายที่เกิดจากการกระทำความผิด

5) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์ในการบังคับให้บุคคลทุกคนกระทำเพื่อประโยชน์แก่ตนเองเท่านั้น

จอห์น สจ๊วต มิลล์ (John Stuart Mill) เป็นผู้เสนอแนวความคิดนี้ โดยมีความเห็นว่ารัฐไม่ควรละเมิดเสรีภาพของประชาชนหรือจำกัดสิทธิโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้าการกระทำนั้นไม่ได้แสดงความรุนแรงหรือกระทำอันตรายต่อบุคคลอื่น

6) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาห้ามการกระทำซึ่งไม่ได้รับการสนับสนุนอย่างจริงจังจากสาธารณชน

7) รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดซึ่งบังคับใช้ไม่ได้ไว้ในกฎหมายอาญา

หลักเกณฑ์ในข้อนี้ หมายถึง ไม่สมควรบัญญัติความผิดไว้ในกฎหมายอาญา หากปรากฏว่า ผู้ที่กระทำความผิดหรือถูกดำเนินคดี รวมถึงผู้ลงโทษมีเพียงเล็กน้อยเท่านั้น

เหตุผลสำคัญของหลักการนี้คือ กฎหมายที่บังคับใช้ไม่ได้ ย่อมไม่สมควรคงไว้ในกฎหมายอาญา เพราะจะนำมาซึ่งการขาดความเคารพกฎหมาย และทำให้กฎหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์ไปเลยทีเดียว แต่หลักเกณฑ์ในข้อนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาตามมาว่า จำนวนเท่าใดจึงถือว่าเป็นจำนวนเล็กน้อย จนไม่สมควรบัญญัติไว้เป็นความผิดอาญา

จากการมีบทบัญญัติกฎหมายอาญาที่ไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาโดยแท้ ไม่สมตามเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายอาญาและวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญา ส่งผลให้เกิดความไม่ยุติธรรมในการบังคับใช้กฎหมายและเกิดภาวะอื่นตามมา เช่น คดีล้นศาล คนล้นคุก ซึ่ง

²⁵ พรชัย ชันดี และคณะ. (2543). ทฤษฎีและงานวิจัยทางอาญาวิทยา. หน้า 16.

ต่อมาได้มีการวางหลักเกณฑ์การบัญญัติกฎหมายอาญาอย่างมีขอบเขตจำกัด โดยรวมแนวความคิดต่าง ๆ ทั้งหมด เพื่อให้กฎหมายอาญาเป็นมาตรการในการควบคุมความสงบเรียบร้อยอย่างมีประสิทธิภาพ และมีขอบเขตอย่างเหมาะสม โดยคำนึงถึงความเหมาะสมของการบัญญัติกฎหมายที่สมควรให้มีโทษทางอาญาหรือสมควรที่จะมีโทษอย่างอื่นที่ไม่มีลักษณะเป็นโทษทางอาญา เช่น โทษทางปกครอง หรือเป็นเพียงความผิดที่ฝ่าฝืนต่อกฎระเบียบของสังคม ทั้งนี้ ในการบัญญัติกฎหมายอาญาควรคำนึงถึงลักษณะความรุนแรงและผลกระทบที่เกิดจากการกระทำของผู้กระทำความผิดด้วยว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาโดยแท้และสมควรที่จะได้รับโทษทางอาญาหรือไม่

หลักการที่จะถือว่าการกระทำนั้นควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่ พอสรุปได้ ดังนี้²⁶

1. การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อบุคคลหรือสังคม และสังคมมีอาจให้อภัยต่อการกระทำนั้น
2. กรณีที่การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาแล้ว การกระทำนั้นไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ
3. การที่ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้ลดน้อยลงไป
4. หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาค เท่าเทียมกัน
5. การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดอาญานั้น ไม่มีผลต่อการทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถ ทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ
6. ไม่มีมาตรการที่เหมาะสมอย่างอื่นแล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

2.3 การจำแนกประเภทความผิดอาญา

การจำแนกประเภทความผิดอาญา อาจแบ่งได้หลายวิธี เช่น จำแนกตามความร้ายแรงของการกระทำความผิด ตามความชั่วร้ายของศีลธรรม ตามขั้นตอนการดำเนินคดี ตามการก่อภัยอันตรายต่อสังคม หรือการจำแนกตามคุณธรรมทางกฎหมาย

²⁶ Herbert L. Packer. (อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 2546 : 4 -5)

2.3.1 การจำแนกประเภทความผิดอาญาตามความร้ายแรงของการกระทำความผิด

การจำแนกความผิดอาญาตามความร้ายแรงของการกระทำความผิดนี้ ในบางประเทศอาจจำแนกออกเป็น 3 ประเภท²⁷ คือ ความผิดฐานเป็นกบฏหรือความผิดที่กระทำต่อเบื้องสูง (Treason), ความผิดประเภทร้ายแรง (Felonies) และ ความผิดประเภทไม่ร้ายแรงหรือความผิดลหุโทษ (Misdemeanors) เช่น ประเทศอังกฤษ แต่บางประเทศอาจจำแนกออกเป็น 2 ประเภท คือ ความผิดประเภทร้ายแรง (Felonies) และ ความผิดประเภทไม่ร้ายแรงหรือความผิดลหุโทษ (Misdemeanors) เช่น สหรัฐส่วนใหญ่ในสหรัฐอเมริกา

บางประเทศมีการจำแนกความผิดอาญาที่มีความร้ายแรงน้อยกว่าความผิดประเภทไม่ร้ายแรง (Misdemeanors) ออกไปอีก ซึ่งอาจเรียกแตกต่างกัน เช่น ความผิดลหุโทษ (Petty offence), ความผิดเล็กน้อย (Petty Misdemeanors)²⁸, ความผิดละเมิดกฎระเบียบ (Administrative Misdemeanors), (Police Regulations)²⁹ หรือละเมิดกฎระเบียบสาธารณะ (Public Torts)

2.3.1.1 ความผิดฐานเป็นกบฏหรือความผิดต่อเบื้องสูง (Treason)

ภายใต้กฎหมายอาญาเดิมของประเทศอังกฤษ ความผิดต่อเบื้องสูง (Treason) แบ่งออกเป็นความผิดที่กระทำต่อพระมหากษัตริย์ (High Treason) และความผิดที่กระทำต่อผู้บังคับบัญชา (Petit Treason)³⁰

1) High Treason³¹ คือ ความผิดที่กระทำต่อพระมหากษัตริย์ หรือประมุขของประเทศ ในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) เมื่อครั้งประวัติศาสตร์ หมายรวมถึง การปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์ หรือการก่อการปฏิวัติในราชอาณาจักร รวมถึงการปลอมตราประจำราชสำนักด้วย

2) Petit Treason³² คือ ความผิดที่กระทำต่อผู้บังคับบัญชา หรือผู้ที่อยู่เหนือกว่า โดยผู้กระทำเป็นผู้ที่ได้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้ที่อยู่ใต้อำนาจ เช่น ลูกจ้างฆ่านายจ้าง ภรรยาฆ่าสามี พวกสอนศาสนาฆ่าบาทหลวง เป็นต้น ในประเทศอังกฤษ ความผิดประเภทนี้ ถูกยกเลิกในปี ค.ศ.1828 เนื่องจาก จุดประสงค์ของความผิดที่กระทำต่อผู้บังคับบัญชา (Petit Treason) คือให้มีการลงโทษที่รุนแรง เพราะเห็นว่าเป็นการกระทำที่ป่าเถื่อน แต่ความผิดประเภทนี้แทบจะไม่เคยปรากฏ

²⁷ Rollin M. Perkin and Ronald N. Boyce. (1982). *Criminal Law* (3rd ed.). p.13.

²⁸ Jerome Hall. (1960). *General Principles of Criminal Law* (2nd ed.). p.341.

²⁹ Justin Miller. (1975). *Handbook of Criminal Law* (35th ed.). p.47-48.

³⁰ Rollin M. Perkin and Ronald N. Boyce. Loc.cit.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

อันมีสาเหตุมาจากการจ้างวานให้ผู้อื่นกระทำความผิดแทน และในปัจจุบันความผิดประเภทนี้เป็นความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ความผิดที่กระทำต่อเบื้องสูง (Treason) เป็นความผิดฐานกระทำการอันเป็นปรีภัยต่อประเทศ หรือความผิดฐานเป็นกบฏ

2.3.1.2 ความผิดประเภทร้ายแรง (Felonies)

ความผิดประเภทร้ายแรง (Felonies) เป็นความผิดที่มีความร้ายแรงของการกระทำ ความผิดเป็นอันดับรองลงมาจากความผิดฐานเป็นกบฏ (Treason) ³³ และความผิดประเภทร้ายแรง (Felonies) เป็นความผิดที่มีโทษรุนแรงจนถึงโทษปานกลาง

เดิมภายใต้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ความผิดประเภทร้ายแรง (Felonies) เป็นความผิดที่มีโทษประหารชีวิต ยกเว้น การกระทำความผิดที่เป็นการประทุษร้ายโดยเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัส หรือหากเป็นความผิดประเภทร้ายแรงเล็กน้อยให้ลงโทษผู้กระทำความผิดโดยการโบยหรือเชียนตี³⁴ ซึ่งต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงบทลงโทษในหลายยุคหลายสมัย และมีการเพิ่มบทลงโทษโดยเพิ่มการลงโทษปรับ

ความผิดประเภทร้ายแรง (Felonies) จึงเป็นการกระทำความผิด เช่น การฆ่าผู้อื่นถึงแก่ความตาย การวางเพลิง การข่มขืนกระทำชำเรา การลักทรัพย์ การย่องเบา การลักเล็กขโมยน้อย การแหกคุก เป็นต้น (ต่อมาความผิดฐานแหกคุกได้ถูกยกเลิกจากความผิดประเภทนี้) ³⁵

2.3.1.3 ความผิดลหุโทษ (Misdemeanors)

ความผิดลหุโทษ (Misdemeanors) เป็นความผิดที่มีความรุนแรงน้อย³⁶ และเป็นความผิดที่มีความร้ายแรงน้อยกว่า ความผิดฐานเป็นกบฏ (Treason) และความผิดประเภทร้ายแรง (Felonies) ลงมาอีก เป็นความผิดที่มีโทษปานกลางจนถึงโทษสถานเบา ความผิดลหุโทษ (Misdemeanors) จะเป็นความผิดที่มีการกำหนดโทษเบากว่าความผิดประเภทร้ายแรง (Felonies) ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้ว

³³ Allen Z. Gammage and Charles F. Hemphill. (1974). **Basic Criminal Law**. p.56.

³⁴ Rollin M. Perkin and Ronald N. Boyce. Op.cit. p.14.

³⁵ Ibid.

³⁶ Thomas J. Gardner and Terry M. Anderson. (n.d.). Op.cit. p.8.

จะไม่มีโทษจำคุก³⁷ หรือหากมีโทษจำคุก จะเป็นโทษจำคุกในสถานที่กักกันตัวหรือในห้องขัง ไม่ใช่ในเรือนจำ และระยะเวลาการจำคุกน้อยกว่า 1 ปี³⁸

โดยทั่วไปคำว่า “Misdemeanors” หมายถึง ความผิดอาญาอื่น ที่ไม่ใช่ความผิดฐานเป็นกบฏ (Treason) และความผิดประเภทร้ายแรง (Felonies) แต่กฎหมายส่วนใหญ่ในปัจจุบันมักจะนิยามคำว่า “Misdemeanors” หรือความผิดลหุโทษ โดยพิจารณาจากระวางโทษของความผิดเป็นเกณฑ์ หรือกฎหมายบางฉบับอาจกำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่าให้ความผิดตามกฎหมายนั้นเป็นความผิดประเภทลหุโทษ (Misdemeanors) และมีบางประเทศที่กำหนดว่าความผิดลักษณะใดเป็นความผิดประเภทลหุโทษไว้เลย เช่น การกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายของประเทศ หรือโดยคำพิพากษาของศาลให้ความผิดนั้นเป็นความผิดประเภทลหุโทษ ในบางประเทศ เห็นว่า ความผิดประเภทลหุโทษนี้ ไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญา แต่มีลักษณะเป็นความผิดทางแพ่ง โดยกำหนดบทลงโทษเป็นโทษปรับ หรือใช้วิธีหักคะแนนความประพฤติ แต่ไม่ใช่ความผิดอาญา³⁹ และเห็นว่าความแตกต่างระหว่าง ความผิดประเภทร้ายแรง (Felonies) และความผิดประเภทลหุโทษ (Misdemeanors) อยู่ที่โทษที่นำมาใช้กับผู้กระทำความผิด แต่ในปัจจุบัน ความแตกต่างของทั้งสองความผิดอยู่ที่วิธีการดำเนินคดีของความผิดทั้งสองประเภท

การจำแนกความผิดอาญาตามลำดับความหนักเบาของความผิดนั้น นอกจากจะจำแนกออกเป็นความผิดประเภทร้ายแรง (Felonies) และความผิดลหุโทษ (Misdemeanors) แล้ว บางรัฐหรือบางเขตอำนาจศาลยังได้จำแนกความผิดที่มีลักษณะเบากว่าความผิดประเภทลหุโทษ (Misdemeanors) ออกเป็นอีกประเภทหนึ่งโดยเฉพาะมีชื่อเรียกต่างๆ กัน เช่น Minor offences, Petty offences, Police Regulations, Public Torts, Infractions, Violation, Country Ordinances เป็นต้น

ความผิดลหุโทษเป็นความผิดอาญาประเภทหนึ่งที่ถูกกำหนดไว้ในต้นแบบประมวลกฎหมายอาญา (Model Penal Code) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้จำแนกประเภทความผิดออกเป็น 4 กลุ่ม⁴⁰ ได้แก่

กลุ่มที่ 1. ความผิดประเภทร้ายแรง (Felonies)

กลุ่มที่ 2. ความผิดประเภทไม่ร้ายแรงหรือความผิดลหุโทษ (Misdemeanors)

กลุ่มที่ 3. ความผิดเล็กน้อย (Petty Misdemeanors)

³⁷ Rollin M. Perkin and Ronald N. Boyce. Op.cit. p.15.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid. p.8.

⁴⁰ Ibid. p.18.

กลุ่มที่ 4. ความผิดที่ละเมิดต่อกฎระเบียบ (Violation)

ในการจำแนกประเภทความผิดออกเป็น 4 กลุ่มนี้ เพื่อเป็นแนวทางในการแบ่งแยกลักษณะความผิด โดยบัญญัติให้ ความผิดกลุ่มที่ 1-3 เป็นความผิดอาญา ส่วนกลุ่มที่ 4 ไม่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญา แต่เป็นความผิดทางแพ่ง (Civil Offences) มีบทบังคับโทษทางแพ่ง และต้นแบบประมวลกฎหมายอาญา (Model Penal Code) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ยังแบ่งความผิดประเภทไม่ร้ายแรง (Misdemeanors) ออกเป็น ความผิดลหุโทษ (Misdemeanors) และความผิดเล็กน้อย (Petty Misdemeanors)⁴¹

ความผิดประเภทลหุโทษ (Misdemeanors) ได้แก่ ความผิดที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่น และนอกจากนี้ความผิดอาญาใดซึ่งกฎหมายที่บัญญัติให้เป็นความผิดมิได้กำหนดประเภทของความผิดไว้ ไม่ว่าจะโดยกฎหมายนั้น หรือโดยคำพิพากษา ก็ให้ถือว่าความผิดนั้น เป็นความผิดลหุโทษ (Misdemeanors)

ส่วนความผิดเล็กน้อย (Petty Misdemeanors) ได้แก่ ความผิดอาญาซึ่งต้นแบบประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นกำหนดให้เป็นความผิดเล็กน้อย (Petty Misdemeanors) เป็นการกระทำที่ละเมิดกฎระเบียบ หรือเป็นความผิดที่มีระวางโทษจำคุกอย่างสูงต่ำกว่า 1 ปี และไม่ต้องใช้กระบวนการดำเนินคดีเหมือนการดำเนินคดีที่เป็นความผิดอาญา⁴²

2.3.2 การจำแนกประเภทความผิดอาญาตามความชั่วร้ายทางศีลธรรม

การจำแนกประเภทความผิดอาญาตามความชั่วร้ายทางศีลธรรมแบ่งความผิดอาญาออกเป็น 2 ประเภท⁴³ คือ ความผิดในตัวเอง (mala in se) กับความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม (mala prohibita)

ความผิดในตัวเอง (mala in se)⁴⁴ คือ การกระทำที่มีความชั่วร้ายเลวทรามในทางศีลธรรมอยู่โดยธรรมชาติที่แท้จริงของการกระทำนั้นๆ เอง เช่น การฆ่าคนตาย การลักทรัพย์ เป็นต้น

ความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม (mala prohibita)⁴⁵ คือ การกระทำที่เป็นความผิดเพียงเพราะมีกฎหมายห้ามไว้ ความผิดประเภทนี้ไม่ใช่การกระทำที่ชั่วร้าย หรือผิดศีลธรรมโดยธรรมชาติ

⁴¹ Ibid. p.18.

⁴² Wayne R. LaFave and Austin W.Scott, Jr. Op.cit. p.36.

⁴³ Ibid. p.32.

⁴⁴ Ibid. Loc.cit.

⁴⁵ Ibid. p.34.

ตัวอย่าง เช่น การเดินข้ามถนนโดยฝ่าฝืนสัญญาณไฟจราจร การจอดรถในที่ห้ามจอด การขับรดในขณะมีเมฆาสุรา การล่าสัตว์โดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นต้น

การจำแนกความผิดอาญาออกเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) และความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม (mala prohibita) นี้ มีมาตั้งแต่ก่อนศตวรรษที่ 15 ⁴⁶ โดยอิทธิพลของความคิดที่ว่ากฎหมายบ้านเมือง มีเนื้อหาซึ่งวางพื้นฐานอยู่บนกฎหมายธรรมชาติ ศาสตราจารย์เพอร์กินส์ (Rollin M. Perkins) นักนิติศาสตร์ชาวอเมริกันได้จำแนกความแตกต่างของความผิดทั้งสองประเภทนี้ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ไว้ดังนี้⁴⁷

1. ในกรณีที่เป็นความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม มีข้อยกเว้นสำหรับพระมหากษัตริย์ที่จะทรงกระทำได้โดยไม่เป็นความผิด แต่ข้อยกเว้นนี้ไม่ใช่กับกรณีความผิดในตัวเอง
2. ในกรณีของความผิดฐานฆ่าผู้อื่นถึงแก่ความตาย ซึ่งตามกฎหมายคอมมอนลอว์ แบ่งออกเป็น Murder และ Manslaughter ถ้าการกระทำที่เป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายโดยเจตนา ถือเป็นความผิดในตัวเอง ผู้กระทำความผิดฐาน Murder แต่ถ้าวการกระทำที่เป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายนั้นกระทำโดยไม่เจตนา ถือเป็นความผิดประเภทที่มีกฎหมายห้ามไว้ ผู้กระทำความผิดฐาน Manslaughter
3. การกระทำที่เป็นความผิดในตัวเอง ทุกความผิดต้องมีเจตนาหรือองค์ประกอบภายใน (mens rea) แต่สำหรับความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม นั้น ไม่จำเป็นต้องมีเจตนา ก็เป็นความผิด เว้นแต่จะมีบทกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ส่วนความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงสามารถยกขึ้นมาเป็นข้อโต้แย้งได้เฉพาะในกรณีที่เป็นการผิดในตัวเองเท่านั้น จะยกขึ้นมาเป็นข้อโต้แย้งในกรณีความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามไม่ได้
4. การพิสูจน์การกระทำความผิดของจำเลย ในความผิดที่เป็นความผิดในตัวเอง ต้องถือว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ ผู้กล่าวหาต้องพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจนปราศจากข้อสงสัยตามสมควร แต่สำหรับความผิดเพราะกฎหมายห้าม ให้ใช้การชี้แจงน้ำหนักจากพยานหลักฐาน
5. หลักความรับผิดชอบของนายจ้างหรือตัวการ (respondent superior) ซึ่งกำหนดให้นายจ้างหรือตัวการ ต้องรับผิดชอบเมื่อลูกจ้างหรือตัวแทนได้กระทำการอันเป็นความผิด เมื่อการกระทำนั้นได้กระทำในกิจธุระของนายจ้างหรือตัวการ และอยู่ในขอบเขตของการว่าจ้างหรือการมอบหมายให้กระทำการแทน หลักนี้ใช้ได้เฉพาะกับความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามเท่านั้น ไม่นำมาใช้กับความผิดประเภทความผิดในตัวเอง

⁴⁶ Rollin M. Perkins a (1969). *Perkins on Criminal law* (2 nd ed.). p.784.

⁴⁷ Ibid. pp.784 – 788.

6. ในกรณีที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงว่าจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ถ้าการกระทำนั้นเป็นการกระทำความผิดที่เป็นความผิดในตัวเอง ผู้ที่ตกลงว่าจะกระทำการนั้นมีความผิดฐานเป็นพวกการ (conspiracy) ไม่ว่าจะรู้หรือไม่ก็ตามว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมาย แต่ในกรณีที่การกระทำนั้นเป็นความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม การตกลงว่าจะกระทำการนั้นจะเป็นความผิดฐานเป็นพวกการ (conspiracy) ก็ต่อเมื่อผู้ตกลงรู้หรือควรจะได้ ว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายห้าม

7. การขอมความของผู้เสียหายในกรณีความผิดในตัวเอง ไม่ทำให้สิทธิในการฟ้องคดีโดยรัฐระงับสิ้นไป เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ส่วนความผิดประเภทความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามนั้น โดยทั่วไปเป็นความผิดที่กระทบกระเทือนต่อสังคมส่วนรวมมากกว่าปัจเจกบุคคลเฉพาะราย แต่หากเป็นกรณีที่ความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามนั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง การขอมความของบุคคลนั้นมีผลทำให้สิทธิการดำเนินคดีโดยรัฐระงับสิ้นไป

ข้อแตกต่างเหล่านี้ ศาสตราจารย์เพอร์กินส์ (Rollin M. Perkins) จึงทำหมายเหตุนำมาเป็นข้อหักล้างเกี่ยวกับความผิดอาญาในตัวเองและความผิดอาญาเพราะมีกฎหมายห้าม⁴⁸ และสรุปว่าความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามนั้นไม่ใช่ความผิดอาญา⁴⁹ ความแตกต่างระหว่างความผิดในตัวเองและความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามนั้น ไม่ได้มีความแตกต่างกันเพียงแต่ความหนักเบาเท่านั้น แต่ความผิดทั้งสองเป็นความผิดคนละชนิด คนละประเภทกันเลยทีเดียว⁵⁰

ในสมัยต่อมา การจำแนกความผิดอาญาออกเป็นความผิดในตัวเองและความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม ได้เสื่อมความนิยมลงไป โดยเหตุผลที่ว่า การจำแนกความผิดด้วยวิธีการนี้ไม่ได้วางพื้นฐานอยู่บนหลักการที่มีเหตุผล ขาดหลักเกณฑ์ในการจำแนกความผิดที่ชัดเจน แน่นนอน และนำมาใช้ไม่ได้ในทางปฏิบัติ⁵¹

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดที่ยังคงทอต่อมาถึงปัจจุบัน คือ การยอมรับว่าความผิดบางอย่างไม่ใช่ความผิดอาญาโดยแท้ เนื่องจากไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาอย่างแท้จริง และมีการเรียกชื่อความผิดประเภทนี้ต่างๆ กัน เช่น การละเมิดสาธารณะ (Public Torts), ความผิดต่อสวัสดิภาพสาธารณะ (Public Welfare Offences)⁵², ความผิดต่อข้อห้ามของกฎหมาย (Prohibitory Laws), ความผิดต่อการกระทำที่ถูกห้าม (Prohibited Acts), ความผิดต่อระเบียบ (Regulatory

⁴⁸ Ibid. p.788.

⁴⁹ Ibid. p.790.

⁵⁰ Ibid. Loc.cit.

⁵¹ Ibid. p.784.

⁵² Jerome Hall. (1960). *General Principles of Criminal Law*. p.329.

offences), ความผิดต่อกฎระเบียบตำรวจ (Police Regulations), ความผิดระดับกลางที่มีลักษณะในทางปกครอง (Administrative Misdemeanors), ความผิดกึ่งอาญา (Quasi Crimes), ความผิดทางแพ่ง (Civil Offences)⁵³, และการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎระเบียบสังคมหรือความผิดในทางปกครอง (ภาษาเยอรมันใช้คำว่า Ordnungswidrigkeiten หรือในภาษาอังกฤษใช้คำว่า Administrative Offences) ดังที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายและต้นแบบกฎหมายของบางประเทศ เช่น กฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎระเบียบของสังคม (ภาษาเยอรมันเรียกว่า Gesetz über Ordnungswidrigkeiten หรือ OWiG) ของประเทศเยอรมนี และประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา (Model Penal Code) เป็นต้น

2.3.3 การจำแนกประเภทความผิดอาญาตามขั้นตอนการดำเนินคดี

การจำแนกประเภทความผิดอาญาตามความมุ่งหมายนี้ เป็นการสะท้อนถึงการจำแนกความผิดอาญาตามความหนักเบาของความผิด ในอีกแง่หนึ่งโดยใช้กระบวนการในการดำเนินคดีที่ต่างกันเป็นตัวจำแนก ดังเช่น ประเทศอังกฤษ แต่เดิมได้วางหลักการดำเนินคดีความผิดต่างๆ โดยคณะลูกขุน (Grand-Jury Indictment) ผลปรากฏว่าการพิจารณาคดีเป็นไปด้วยความล่าช้า จึงกำหนดวิธีพิจารณาคดีโดยรวบรัด และกำหนดว่า การพิจารณาคดีโดยลูกขุน ไม่ใช้กับความผิดประเภท (Petty Offences)⁵⁴

ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ค.ศ. 1977 มาตรา 15 บัญญัติแบ่งประเภทความผิดอาญา ตามวิธีการดำเนินคดีออกเป็น 3 ประเภท⁵⁵ คือ ความผิดที่ต้องพิจารณาโดยวิธียื่นคำฟ้องต่อศาล (Offences triable only Indictment) ความผิดที่ต้องพิจารณาโดยใช้วิธีรวบรัด (Offences triable only Summary) และความผิดที่อาจเลือกพิจารณาโดยวิธียื่นคำฟ้องต่อศาลหรือวิธีรวบรัดวิธีใดวิธีหนึ่ง (Indictment or Summary either way)

2.3.3.1 ความผิดที่ต้องพิจารณาโดยวิธียื่นคำฟ้องต่อศาล (Offences triable only indictment) คือ ความผิดที่ต้องพิจารณาโดยวิธีที่ต้องมีคำฟ้อง (Indictment) ได้แก่ ความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ที่มีอัตราโทษสูง การพิจารณาคดีต้องกระทำใน Crown Court โดยใช้คณะลูกขุน (Grand-Jury Indictment) ได้แก่ ความผิดตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนา ความผิดฐานปล้นทรัพย์ เป็นต้น

⁵³ ความผิดนี้ เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า การกระทำละเมิด หรือ Violation.

⁵⁴ Rollin M. Perkin and Ronald N. Boyce. Op.cit. p.14.

⁵⁵ สุนัย มโนมัยอุดม. (2531). ระบบกฎหมายอังกฤษ. หน้า 177-178.

2.3.3.2 ความผิดที่ต้องพิจารณาโดยวิธีรวบรัด (Offences triable only Summary) ได้แก่ ความผิดอาญาที่มีโทษเล็กๆ น้อยๆ เดิมเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยชัดแจ้งว่าให้พิจารณาโดยวิธีรวบรัด (Offences triable only Summary) ซึ่งต่อมาได้นำมารวมไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1977 (Criminal Law Act 1977) ความผิดประเภทนี้พิจารณาใน Magistrate Court โดยไม่ต้องมีคำฟ้อง และในความผิดเล็กน้อยที่มีเพียงโทษปรับหรือจำคุกไม่เกิน 3 เดือน หากผู้กระทำความผิดยอมรับสารภาพ (Pleading guilty by Post) ศาลจะพิจารณาลงโทษกลับหลังจำเลยโดยที่จำเลยไม่ต้องมาที่ศาลก็ได้ เช่น ความผิดเกี่ยวกับกฎหมายจราจร เป็นต้น

2.3.3.3 ความผิดที่อาจเลือกพิจารณาโดยวิธีขึ้นคำฟ้องต่อศาลหรือวิธีรวบรัดวิธีใดวิธีหนึ่ง (Offences triable Indictment or Summary either way) ความผิดประเภทนี้ ก่อนเริ่มพิจารณาคดี Magistrate Court จะพิจารณาก่อนว่า วิธีพิจารณาแบบใดจะเหมาะสมที่สุด โดยการสอบถามจากโจทก์และจำเลย พิจารณาจากลักษณะของความผิดว่ามีสภาพเป็นความผิดอุกฉกรรจ์หรือไม่ โทษที่จำเลยควรได้รับอยู่ในอำนาจของตนหรือไม่ รวมถึงสภาพแวดล้อมอื่นๆ ว่าคดีควรพิจารณาโดยวิธีขึ้นคำฟ้องต่อศาล (Offences triable only Indictment) หรือโดยวิธีรวบรัด (Offences triable only Summary) ยกเว้นคดีที่ฟ้องโดย Attorney-General, Solicitor General หรือ Director of Public Prosecutions และบุคคลเหล่านี้ยื่นคำขอให้พิจารณาคดีโดยวิธีขึ้นคำฟ้องต่อศาล (Offences triable only Indictment) เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ เป็นต้น

2.3.4 การจำแนกประเภทความผิดอาญาตามภัยอันตรายต่อสังคม

การจำแนกประเภทความผิดอาญาตามวิธีการนี้ใช้ภัยอันตรายต่อสังคม ซึ่งเป็นผลจากการกระทำความผิดอาญาเป็นเกณฑ์ในการจำแนกเป็นกลุ่ม⁵⁶ และเมื่อเกิดการกระทำความผิดขึ้นสามารถแยกความผิดนั้นได้ว่าอยู่ในกลุ่มความผิดประเภทใด เช่น ความผิดต่อบุคคล ความผิดที่อยู่อาศัย ความผิดต่อทรัพย์สิน ความผิดต่อศีลธรรมอันดี ความผิดต่อความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ ความผิดต่อเจ้าพนักงาน เป็นต้น

ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ได้จำแนกประเภทความผิดอาญาออกเป็น หลายกลุ่ม ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม ความผิดเกี่ยวกับศาสนา ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประเทศ ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง ความผิด

⁵⁶ Rollin M. Perkins and Ronald N. Boyce. Op.cit. p.23.

เกี่ยวกับการค้า ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ และชื่อเสียง ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน เป็นต้น

2.4 การแบ่งประเภทความผิดอาญา

จะเห็นได้ว่า การจำแนกความผิดอาญาเป็นประโยชน์ในการศึกษาถึงประเภทความผิดอาญา แต่ไม่อาจตีความบทบัญญัติแต่ละความผิดหรือวินิจฉัยการกระทำความผิดได้ และเพื่อให้เข้าใจถึงวัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎหมายอาญาขึ้น การแบ่งประเภทความผิดอาญาอาจเป็นประโยชน์ในการตีความและวินิจฉัยความผิดได้ ดังนั้น ในส่วนนี้จึงขอกล่าวถึงการแบ่งประเภทความผิดอาญาที่ทำให้เข้าใจถึงบทบัญญัติกฎหมายอาญา

การแบ่งประเภทความผิดอาญา อาจแบ่งตามความผิดในแง่ผู้กระทำ หรือแบ่งตามเจตนา หรือแบ่งในแง่ของการดำเนินคดี ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาถึงการปรับเปลี่ยนความผิดที่ไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาโดยแท้ เป็นความผิดทางปกครองหรือเป็นความผิดที่ฝ่าฝืนต่อกฎระเบียบของสังคม ของประเทศอื่นทั้งในระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) เช่น ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อเป็นแนวทางในการปรับเปลี่ยนความผิดลหุโทษบางฐานความผิดที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายของประเทศไทย ให้เป็นความผิดที่ฝ่าฝืนกฎระเบียบของสังคม ในส่วนที่เป็นแนวคิดในการแบ่งประเภทความผิดอาญา จึงขอกล่าวถึงเฉพาะแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาเท่านั้น โดยขอแบ่งแนวคิดในการแบ่งประเภทความผิดอาญาคือ

2.4.1 การแบ่งประเภทความผิดอาญาแบบดั้งเดิม

2.4.2 การแบ่งประเภทความผิดอาญาตามหลักคุณธรรมทางกฎหมาย

2.4.1 การแบ่งประเภทความผิดอาญาแบบดั้งเดิม

แนวความคิดตามแบบดั้งเดิม เป็นแนวคิดเกี่ยวกับการแบ่งความผิดอาญาตามความชั่วร้ายทางศีลธรรม มีการแยกความผิดออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ ความผิดในตัวเอง (mala in se) และความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม (mala prohibita)

2.4.1.1 ความผิดในตัวเอง (mala in se) หมายถึง ความผิดอาญาที่เป็นการกระทำที่ผิดต่อศีลธรรมอันดี และเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อความรู้สึกผิดชอบชั่วดี ถือได้ว่าเป็นความผิดที่มี

ความชั่วร้ายอยู่ตามธรรมชาติ (inherently evil)⁵⁷ โดยผู้กระทำสามารถรู้ได้ด้วยตนเองว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด⁵⁸ เป็นการกระทำที่มีความชั่วร้ายเลวทรามตามธรรมชาติของการกระทำนั้น เช่น การฆ่าผู้อื่นถึงแก่ความตาย การข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น

2.4.1.2 ความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม (mala prohibita) ไม่ถือว่าเป็นความผิดตามธรรมชาติ แต่เป็นความผิดที่มีบทบัญญัติกฎหมายห้ามกระทำ⁵⁹ หรือการกระทำนั้นเป็นความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามไว้ หรือมีข้อห้ามที่มีลักษณะเป็นข้อตกลงระหว่างคนในสังคมด้วยกัน เพื่อเป็นการจัดระเบียบความเรียบร้อยในสังคม มิใช่ความผิดที่มีความชั่วร้ายโดยธรรมชาติ⁶⁰ เช่น ความผิดว่าด้วยการจอดรถในที่ห้ามจอดหรือจอดเกินในเวลาที่กฎหมายกำหนด การทิ้งขยะมูลฝอยลงในที่สาธารณะ เป็นต้น

เนื่องจากเกณฑ์ในการแบ่งแยกความผิดตามแบบดั้งเดิมนี้มีลักษณะเป็นนามธรรมศาลในระบบคอมมอนลอว์ จึงพยายามวางหลักให้เป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น เช่น วางหลักให้ความผิดที่เป็นความผิดตามระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) และให้ความผิดที่บัญญัติขึ้นมา (Statutory Crime) เป็นความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามไว้ (mala prohibita) และมีการวางหลักเจตนา (mens rea) หรือองค์ประกอบภายในของการกระทำความผิด

เมื่อสังคมมีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว พฤติกรรมของมนุษย์มีรายละเอียดปลีกย่อย มากขึ้น แนวความคิดแบบดั้งเดิมที่แบ่งประเภทความผิดอาญาเป็นความผิดในตัวเอง กับความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามไว้จึงเปลี่ยนแปลงไป จากพื้นฐานความคิดในการแบ่งความผิดอาญาเป็นแบบดั้งเดิม โดยแบ่งเป็นความผิดในตัวเอง และความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามไว้ นั้น นักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์เห็นว่าไม่สามารถแยกแยะความผิดอาญาได้อย่างชัดเจนเพียงพอ จึงได้แยกการกระทำที่มีลักษณะเป็นการละเมิดระเบียบสาธารณะ (Public Torts) ออกจากความผิดอาญาที่แท้จริง (Real Crimes) ความผิดเหล่านี้เทียบได้กับความผิดในทางแพ่งหรือความผิดตามบทบัญญัติทางแพ่ง ได้แก่ ความผิดที่กระทำต่อทรัพย์สินสาธารณะ การรบกวนหรือก่อความรำคาญแก่สาธารณะ และความผิดต่อการปฏิบัติงานของตำรวจ เป็นต้น ความผิดที่เป็นการละเมิดระเบียบสาธารณะ (Public Torts) นั้น เป็นความผิดที่ผู้ร่างกฎหมายมีจุดมุ่งหมายในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม แต่หากมีผู้ฝ่าฝืนความผิดที่กำหนดขึ้นมานั้น ผู้ร่างกฎหมายมีเจตนาเพียงให้

⁵⁷ Wayne R. LaFave and Austin W.Scott, Jr. Op.cit. p.32.

⁵⁸ Jerome Hall. Op.cit. p.337.

⁵⁹ Wayne R. LaFave and Austin W.Scott, Jr. Loc.cit.

⁶⁰ Jerome Hall. Op.cit. p.338.

ผู้กระทำความผิดชดใช้ค่าเสียหายแก่รัฐ ไม่ต้องการให้มีการลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างความผิดอาญาโดยแท้

ปัจจัยที่สามารถนำมาชี้ให้เห็นถึงเจตนาของผู้ร่างกฎหมายคือ บทกำหนดโทษตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) การละเมิดระเบียบสาธารณะ (Public Torts) จะมีบทกำหนดโทษเพียงโทษปรับหรือโทษอื่นที่เล็กน้อย เพื่อเป็นการชดใช้ค่าเสียหาย (Compensation) คืนให้กับรัฐ ดังนั้น การกระทำความผิดใดที่มีบทกำหนดโทษให้ลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิด จึงแสดงให้เห็นว่า ผู้ร่างกฎหมายมีเจตนารมณ์ให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอาญา การละเมิดระเบียบสาธารณะจึงเป็นการรวมรูปแบบการกระทำความผิดต่อรัฐทั้งหมดที่ฟ้องได้ในทางอาญา แต่โทษที่กำหนดไว้มิได้เจตนาให้เป็นการลงโทษทางอาญา

เมื่อมีการจำแนกความผิดตามความหนักเบาของความผิด จึงเกิดแนวคิดที่เห็นว่าความผิดบางอย่างไม่ใช่ความผิดอาญาโดยแท้ (Real Crimes) เนื่องจากขาดคุณลักษณะของความผิดอาญา เช่น เป็นความผิดซึ่งมีลักษณะเป็นความผิดเล็กน้อยเกินกว่าจะเป็นความผิดอาญา ทำให้มีการกำหนดความผิดแต่ละประเภทขึ้นใหม่ โดยจำแนกความผิดที่ไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาโดยแท้ ออกจากความผิดอาญา อาจมีการใช้ชื่อความผิดที่แยกมานี้ใหม่ต่าง ๆ กันไป และได้ปรากฏว่ามีการแบ่งประเภทความผิดเช่นนี้ ทั้งในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์

ในการจำแนกความผิดอาญาออกจากความผิดที่ไม่ใช่ความผิดอาญาที่แท้จริง ศาสตราจารย์เพอร์กินส์ (Rollin M. Perkins) ได้สรุปลักษณะเฉพาะของความผิดที่ไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาที่แท้จริงไว้ 3 ประการ⁶¹ คือ

1. เป็นความผิดที่ไม่ใช่ความผิดอาญาตามระบบคอมมอนลอว์
2. เป็นการกระทำความผิดที่ไม่ส่งผลกระทบต่อบุคคลใด
3. เป็นความผิดที่คนในสังคมไม่เห็นว่าเป็นเรื่องที่สมควรดำเนิน

ศาสตราจารย์กอสวิตซ์ (Gausewitz) ได้เสนอหลักเกณฑ์ 3 ประการเช่นเดียวกับศาสตราจารย์เพอร์กินส์ (Rollin M. Perkins) และอธิบายเพิ่มเติมดังนี้⁶²

1. ถ้าการกระทำความผิดนั้นเป็นความผิดตามระบบคอมมอนลอว์ ความผิดนั้นเป็นความผิดอาญา ยกเว้นในกรณีที่ความผิดประเภทก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่สาธารณะ ซึ่งตามระบบคอมมอนลอว์ ถือว่าเป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาเพียงรูปแบบในการดำเนินคดีเท่านั้น แต่โดยเนื้อหามิใช่ความผิดทางแพ่ง (Civil offence)

⁶¹ Rollin M. Perkins b (1952). "The Civil Offence." *The University of Pennsylvania Law Review* , 100. p. 843.

⁶² Rollin M. Perkins a Op.cit. p.791.

2. ถ้าการกระทำความผิดที่มีลักษณะที่ชี้ชัดว่าเป็นการก่อให้เกิดอันตราย การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา

3. ถ้าการกระทำความผิดนั้น วิญญูชนเห็นว่าเป็นสิ่งที่เลวทราม ดำหนิได้ หรือสมควรลงโทษ การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา

หากการกระทำใดไม่ใช่ความผิดอาญา ตามหลักเกณฑ์ 3 ประการนี้ การกระทำนั้นไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญาโดยแท้ (Real Crime) และให้ถือว่าเป็นความผิดต่อระเบียบสาธารณะ (Public Torts) หรือถือว่าเป็นความผิดที่ละเมิดต่อกฎระเบียบในทางบริหาร (Administrative Offence) หรือความผิดที่ฝ่าฝืนต่อกฎระเบียบของสังคม

การแบ่งแยกความผิดที่ละเมิดต่อกฎระเบียบในทางบริหาร (Administrative Offence) หรือความผิดที่ฝ่าฝืนต่อกฎระเบียบออกจากความผิดอาญาโดยแท้ (Real Crime) นั้น ทำให้เกิดแนวทางสำคัญ 4 ประการ⁶³ ดังนี้

1. ในการพิจารณาความรับผิดในทางอาญาของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้น โดยทั่วไปจะต้องมีเจตนาร้าย (mens rea) เป็นองค์ประกอบภายในของทุกฐานความผิด แต่สำหรับความผิดที่ละเมิดกฎระเบียบในทางบริหาร (Administrative Offence) พิจารณาเพียงว่าการกระทำนั้นผิดบทบัญญัติหรือไม่ โดยไม่คำนึงถึงเจตนาร้าย

2. ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ความผิดที่ละเมิดกฎระเบียบในทางบริหาร (Administrative Offence) ไม่อยู่ในบังคับให้ต้องมีการพิจารณาโดยคณะลูกขุนเหมือนวิธีพิจารณาความอาญาทั่วไป

3. ไม่นำหลักการดำเนินคดีซ้ำในการกระทำความผิดเดียวกันมาใช้ (Double Jeopardy) แต่หากผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดที่เป็นความผิดที่ละเมิดกฎระเบียบในทางบริหาร (Administrative Offence) ซ้ำอีก รัฐสามารถดำเนินคดีอาญาผู้กระทำความผิดอีกได้

4. ไม่นำหลักเรื่องการพิจารณาคดีโดยให้ผู้กล่าวหาพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัย (Prove beyond a reasonable doubt) สำหรับความผิดอาญาทั่วไป มาใช้กับความผิดที่ละเมิดกฎระเบียบในทางบริหาร (Administrative Offence)

จากแนวความคิดนี้จะเห็นว่า นักกฎหมายระบบคอมมอนลอว์มีความพยายามจะแยกความผิดอาญาทั่วไปกับความผิดที่เป็นการละเมิดกฎระเบียบทางปกครอง (Administrative Offence) ออกจากกัน ซึ่งจุดนี้เองที่ถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการปรับเปลี่ยนความผิดอาญาที่ไม่มีลักษณะเป็น

⁶³ Rollin M. Perkins b Op.cit. p.463.

ความผิดอาญาโดยแท้ และไม่เหมาะสมที่จะบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาออกจากความผิดอาญาอย่างแท้จริง

ตามแนวคิดของนักกฎหมายในระบบชีวิตลอร์เห็นว่า การแบ่งแยกความผิดเป็นแบบดั้งเดิม ไม่มีคุณค่าในทางวิชาการมากนัก และมีผลในทางทฤษฎีน้อย จึงมีแนวคิดเกี่ยวกับความผิดทางอาญาโดยมุ่งถึงสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” (ภาษาเยอรมันใช้คำว่า *Rechtsgut*)⁶⁴

คุณธรรมทางกฎหมายไม่ใช่สิ่งที่เป็นรูปธรรมที่สามารถจับต้องได้ แต่เป็นสิ่งที่ปรากฏในทางความคิดหรือเป็นสิ่งที่เป็นามธรรม เป็นสิ่งที่เป็ประโยชน์ (ภาษาเยอรมันใช้คำว่า *Interesse* หรือภาษาอังกฤษใช้คำว่า *Interest*) หรือเป็นสิ่งที่เป็คุณค่า (ภาษาเยอรมันใช้คำว่า *Wert* หรือ *Value* ในภาษาอังกฤษ) ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมาย จึงหมายถึง ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง⁶⁵

2.4.2 การแบ่งประเภทความผิดอาญาตามหลักคุณธรรมทางกฎหมาย

ในการบัญญัติความผิดอาญาแต่ละฐาน จะมีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นพื้นฐานในทางความคิดเสมอ แม้จะไม่ได้กำหนดคุณธรรมทางกฎหมายก่อนบัญญัติความผิดนั้นก็ตาม แต่เพราะความผิดอาญามาจากปทัสถาน และปทัสถานมาจากคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองอยู่ในทุกฐานความผิด⁶⁶ สิ่งทีกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองอยู่ เรียกว่า คุณธรรมทางกฎหมาย (ภาษาเยอรมันใช้คำว่า *Rechtsgut*)⁶⁷ เช่น ปทัสถานว่าไม่สมควรมีการฆ่าเอาชีวิตมนุษย์ เพราะชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งที่เป็คุณค่าที่ชอบที่จะคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา ดังนั้น จึงมีการบัญญัติความผิดอาญาฐานฆ่าผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 288 คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานฆ่าผู้อื่นถึงแก่ความตาย คือ ชีวิตมนุษย์ เป็นต้น กฎหมายอาญาจึงมีหน้าที่สำคัญประการหนึ่ง คือ คุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย คุณธรรมทางกฎหมายไม่ใช่สิ่งทีเป็นรูปธรรมที่สามารถจับต้องได้ แต่เป็นสิ่งที่เป็คุณค่า (ภาษาเยอรมันใช้คำว่า *Wert*) การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย คือ การที่กฎหมายอาญาระดับของสมบัติ (ภาษาเยอรมันใช้คำว่า *Gut*) เฉพาะอย่างขึ้น เป็คุณธรรมทางกฎหมาย กล่าวคือ ในปทัสถาน (Norm) ทั้งหลายนั้น มีสมบัติหลายอย่างแฝงอยู่และเป็สิ่งที่ควรหวงแหนไว้ ความผิดอาญาแต่ละฐานได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายนั้นๆ

⁶⁴ คณิต ณ นคร ข (2543). เล่มเดิม. หน้า 92.

⁶⁵ แหล่งเดิม. หน้า 94.

⁶⁶ แหล่งเดิม. หน้า 92.

⁶⁷ แหล่งเดิม.

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม บุคคลในสังคมจะต้องเคารพและไม่ละเมิดสิ่งที่เป็นคุณค่าที่ควรหวงแหนไว้นั้น

คุณธรรมทางกฎหมาย ตามคำรากกฎหมายเยอรมันกล่าวว่า คุณธรรมทางกฎหมายเป็นผลิตผลของทฤษฎีกฎหมายอาญาในศตวรรษที่ 19 ทฤษฎีกฎหมายอาญาในขณะนั้นกล่าวว่ากฎหมายอาญาดังอยู่บนหลักการคุ้มครองสิทธิ สมบัติทั้งหลายทั้งที่เป็นทรัพย์สินสมบัติและสมบัติอื่นๆ (สมบัติในทางความคิด) ของบุคคล ชอบที่จะได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา และเห็นว่ากฎหมายอาญาไม่มีหน้าที่นอกเหนือจากนี้

ความคิดอาญาแต่ละฐานได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันใดอันหนึ่งหรือหลายอัน คุณธรรมที่กฎหมายต้องการจะคุ้มครอง นอกจากชีวิตมนุษย์แล้วยังมีความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพในการกระทำความปลอดภัยในทุก ๆ ด้าน และสมบัติที่จำเป็นในการอยู่ร่วมกันในสังคม

ประโยชน์ที่ได้จากการศึกษาคุณธรรมทางกฎหมาย

1. คุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของความคิดอาญาฐานต่าง ๆ ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายจึงเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายอาญาได้

2. การศึกษาคุณธรรมทางกฎหมายช่วยในการแบ่งแยกจัดหมวดหมู่ประเภทของความคิดเพื่อการศึกษา ซึ่งในคำรากกฎหมายอาญาภาคความคิดของเยอรมันได้จัดหมวดหมู่ประเภทความคิดตามคุณธรรมทางกฎหมายเช่นกัน

3. โดยที่คุณธรรมทางกฎหมาย มีทั้ง “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ เกิดริเป็นต้น และ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” (Universalrechtsgut) เช่น ความปลอดภัยของพื้นที่สาธารณะ ความปลอดภัยของการจราจร การรักษาไว้ซึ่งความลับของประเทศในทางทหาร การบริหารประเทศชาติ เป็นต้น ซึ่งการแบ่งแยกคุณธรรมทางกฎหมายออกเป็นสองประเภทดังกล่าว นอกจากจะช่วยให้การวินิจฉัยปัญหาเรื่องผู้เสียหายในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนแล้ว ยังมีผลต่อการพิจารณาปัญหาที่ว่า ในกรณีใดบุคคลจึงจะสามารถป้องกันสิทธิของตนได้⁶⁸ ในปัญหานี้กล่าวโดยรวมก็คือ เอกชนอาจป้องกันได้เฉพาะสิทธิหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเท่านั้น นอกจากนี้ การแบ่งแยกคุณธรรมทางกฎหมายออกดังกล่าวยังช่วยในการวินิจฉัยปัญหาความยินยอมของผู้เสียหายอีกด้วย

⁶⁸ คณิต ฒ นคร ค (2523, มกราคม). “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา.” วารสารอัยการ, 3, 25. หน้า 59-61.

ในสังคมปัจจุบันมีการบัญญัติความผิดลหุโทษและความผิดเล็กน้อยออกมาบังคับใช้เป็นจำนวนมาก และส่วนใหญ่ความผิดลหุโทษได้บัญญัติขึ้นเพื่อประโยชน์ในการบริหารสังคม จึงเป็นความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut) ดังนั้น ประโยชน์ที่สำคัญอีกประการของการแบ่งแยกคุณธรรมทางกฎหมาย คือการสามารถแบ่งการกระทำความผิดที่ไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาออกจากความผิดอาญาโดยแท้

2.5 ความผิดลหุโทษ

ความผิดลหุโทษ เป็นความผิดประเภทหนึ่งที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย ตั้งแต่สมัยที่เริ่มมีการบัญญัติเป็นประมวลกฎหมายอาญาเมื่อปี ร.ศ.127 เรียกว่า “กฎหมายลักษณะอาญา”^{๑๑} ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายอาญารูปแบบแรกของประเทศไทย ใช้บังคับจนมี “ประมวลกฎหมายอาญา” ออกใช้บังคับแทน เมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 และกฎหมายลหุโทษได้บัญญัติไว้ในลักษณะ 3 จนถึงปัจจุบัน

ความผิดลหุโทษ กฎหมายถือกำหนดโทษของความผิดเป็นเกณฑ์ กล่าวคือไม่ว่าจะเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา หรือที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอื่น แต่หากมีอัตราโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ถือว่าเป็นความผิดลหุโทษทั้งสิ้น

2.5.1 ลักษณะของความผิดลหุโทษ

บทบัญญัติความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 369-398 และได้บัญญัติความหมายของคำว่าความผิดลหุโทษ ไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 102 คือ ความผิดซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ความผิดลหุโทษจึงใช้อัตราโทษเป็นเกณฑ์ในการแบ่งความผิดอาญาทั่วไปกับความผิดลหุโทษ ดังนั้น ไม่เพียงแต่ความผิดที่บัญญัติไว้ในภาค 3 แห่งประมวลกฎหมายอาญา หากความผิดจะบัญญัติไว้ในกฎหมายอื่นใด มีบทกำหนดโทษ จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ถือว่าความผิดนั้นเป็นความผิดลหุโทษทั้งสิ้น

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 104-106 แห่งประมวลกฎหมายอาญา จะเห็นว่าความผิดลหุโทษมีลักษณะแตกต่างไปจากความผิดอาญาทั่วไป คือ การกระทำความผิดลหุโทษ

^{๑๑} หุตุ แสงอุทัย. (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 (พิมพ์ครั้งที่ 6). หน้า 127.

ตามประมวลกฎหมายอาญา แม้กระทำได้โดยไม่มีเจตนาก็เป็นความผิด และการพยายามกระทำความผิดลหุโทษ หรือการสนับสนุนการกระทำความผิดลหุโทษ ผู้กระทำได้ไม่ต้องรับโทษ

เดิมเห็นว่า ความผิดลหุโทษ มีความจำเป็นที่ต้องบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา และให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษทางอาญา เนื่องจากเห็นว่า แม้จะเป็นความผิดที่มีโทษเล็กน้อย แต่การกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าว เป็นการกระทำความผิดที่มีผลกระทบต่อสังคมโดยรวม ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการจัดวางระเบียบกฎหมายของการอยู่ร่วมกัน และเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม รัฐจึงบัญญัติให้ความผิดลหุโทษเป็นความผิดทางอาญา ดังนั้น ย่อมมองเห็นเจตนารมณ์ของการบัญญัติความผิดลหุโทษไว้ว่า ต้องการป้องกันอาชญากรรมจากการกระทำความผิดที่ละเมิดต่อกฎระเบียบสาธารณะ (Crimes Public Torts) หรือกฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันในสังคม ซึ่งอาจเทียบได้กับความผิดในทางแพ่ง เช่น การทำลายทรัพย์สินสาธารณะ การรบกวนสาธารณะ เป็นต้น ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิของรัฐที่จะฟ้องผู้กระทำความผิดในทางอาญาได้เพื่อประโยชน์ในการบริหารงานของรัฐ⁷⁰ และให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษทางอาญา แต่ได้กำหนดโทษของความผิดลหุโทษไว้แต่น้อย อันเป็นไปได้ว่า ผู้ที่ทำการบัญญัติกฎหมายเห็นว่าความผิดลหุโทษไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาโดยแท้ เพราะความผิดลหุโทษเป็นความผิดที่มีเนื้อหาในทางบริหารหรือปกครอง หรือเกี่ยวกับการกระทำที่ละเมิดต่อกฎระเบียบของสังคม

2.5.2 การแบ่งความผิดลหุโทษ

การแบ่งความผิดลหุโทษแบ่งออกเป็น

2.5.2.1 ความผิดลหุโทษที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

2.5.2.2 ความผิดลหุโทษที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ

2.5.2.1 ความผิดลหุโทษที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

เมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาของความผิดลหุโทษ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 369 ถึง มาตรา 398 นี้ จะเห็นได้ว่า โดยส่วนมากจะเป็นความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นกระทำความผิดต่อสังคมส่วนรวม และเป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดเล็กน้อย ไม่มีความรุนแรงเหมือนความผิดอาญาทั่วไป ไม่มีลักษณะความเป็นอาชญากรรม ซึ่งส่วนใหญ่มีอัตราโทษปรับหรือมีโทษจำคุกกระชั้นเท่านั้น ประเทศไทยในอดีต มีการดำเนินคดีความผิดลหุโทษอยู่ อาทิเช่น ในราว ร.ศ.110 (พ.ศ. 2434) ผู้มีอำนาจเต็มที่ในการดำเนินคดีความผิด

⁷⁰ อธิธิ นุทิศพงษ์. (2534). การดำเนินคดีความผิดเล็กน้อย. หน้า 18.

ลหุโทษ คือ เจ้าพนักงานตำรวจที่เรียกว่า “พลตระเวร” ทำหน้าที่จับกุมตัวผู้กระทำความผิดมาส่ง ณ ที่ทำการของพลตระเวร⁷¹ และมีอำนาจในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด หรือในราว ร.ศ.111 (พ.ศ.2435) มีการจัดตั้งรัฐสภาเป็นศาลกองตระเวรสำหรับกรุงเทพมหานคร ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาล มีหน้าที่พิจารณาคดีที่เป็นความผิดลหุโทษ เป็นต้น และในปัจจุบัน ผู้ที่มีอำนาจในการ ดำเนินคดีความผิดลหุโทษตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา คือ เจ้าหน้าที่ตำรวจ เช่นเดียวกับในอดีต ดังนั้น จะเห็นได้ว่าขั้นตอนการดำเนินคดีของความผิดลหุโทษไม่ต่างไปจาก การดำเนินคดีความผิดอาญาทั่วไป โดยเริ่มเข้าสู่การดำเนินคดีโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ เป็นชั้นแรก ต่อมาเป็นชั้นพนักงานอัยการ และศาลเป็นชั้นสูงสุด

2.5.2.2 ความผิดลหุโทษที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ

พระราชบัญญัติ เป็นกฎหมายพิเศษที่กำหนดในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของประชาชน การมีสิทธิ หรือถูกตัดสิทธิ การกำหนดโทษหรือกำหนดความผิด การเพิ่มภาระหน้าที่จะต้อง มีกฎหมายในลำดับนี้กำหนดไว้ เช่น การพิจารณาความผิดของบุคคลจะต้องเป็นไปตามประมวล กฎหมายอาญา รัฐจะกำหนดความผิดขึ้นมาใหม่ก็แต่โดยกฎหมายในลำดับเดียวกับกฎหมายอาญา คือในลำดับศักดิ์พระราชบัญญัติเท่านั้น

ส่วนความผิดตามพระราชบัญญัตินั้น ก็มีลักษณะที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองในลักษณะ ทางเดียวกัน คือ เป็นสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองประโยชน์ในด้านการจัดความเป็นระเบียบเรียบร้อยใน รัฐเพื่อประโยชน์ในการปกครองบริหาร ความผิดเหล่านี้เกี่ยวข้องกับกิจการต่างๆ ที่คนทั่วไปอยู่ ร่วมกันในสังคมจะต้องประสบอยู่ในการดำเนินชีวิตประจำวัน ซึ่งมีความต้องการที่จะยกระดับ มาตรฐานของความปลอดภัย ป้องกันความไม่สุจริตระหว่างกัน และการใช้ความรุนแรงที่อาจ เกิดขึ้นจากการอยู่ร่วมกัน เช่น กฎหมายว่าด้วยการจราจร กฎหมายว่าด้วยเรื่องการแข่งขัน กฎหมาย เกี่ยวกับการทะเบียนราษฎร เป็นต้น ความผิดเหล่านี้รัฐเท่านั้นที่ผู้เสียหาย จึงเป็นเรื่องของรัฐที่ จะดำเนินการคุ้มครองการบริหารราชการ⁷² ในปัจจุบัน ความผิดลหุโทษถูกบัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติที่มีผลบังคับใช้จำนวนมาก เนื่องจากการกระทำความผิด แต่เป็นการ กระทำความผิดเพียงเล็กน้อยเท่านั้น และมีเนื้อหาไปในทางปกครอง เช่น ความผิดตาม

⁷¹ ธีร อติกันนิษฐ. (2517). คำบรรยายการว่าความในชั้นศาลแขวงรวมทั้งศาลอาญา ศาลจังหวัด ศาล แพ่ง กระบวนพิจารณา ศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกา เล่ม 1. หน้า 1.

⁷² อธิ มุสิกะพงษ์. เล่มเดิม. หน้า 19.

พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ความผิดตามพระราชบัญญัติสุทธการ พ.ศ. 2469 ความผิดตามพระราชบัญญัติจราจร พ.ศ. 2522 เป็นต้น

2.6 โทษ

ในการอยู่ร่วมกันเป็นสังคม ย่อมต้องมีมาตรการควบคุมความประพฤติให้สังคมมีความสงบเรียบร้อย และเมื่อมีการฝ่าฝืนกฎระเบียบที่วางเอาไว้ มาตรการสำคัญที่จะนำมาใช้ คือ มาตรการลงโทษ ซึ่งถือเป็นหลักที่ปฏิบัติต่อกันมา ในการที่จะกระทำต่อผู้กระทำความผิด และเป็นมาตรการที่แสดงออกถึงการไม่เห็นด้วยต่อการกระทำที่สังคมไม่ยอมรับโดยมุ่งที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยและกฎเกณฑ์ของสังคมไว้ และกฎเกณฑ์ดังกล่าวมีรากฐานมาจากศีลธรรม

2.6.1 ความหมายของโทษ

คำว่า “โทษ” ตามความหมายในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน⁷³ หมายถึง ความผิด ผลแห่งความผิดที่ต้องรับผลร้าย ส่วนคำว่า “โทษ” ในทางกฎหมาย หมายถึง มาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดอาญา

ศาสตราจารย์ฮาร์ท (H.L.A. Hart) ให้ความหมายของคำว่า “โทษ” โดยโทษจะต้องประกอบไปด้วยสาระสำคัญ 5 ประการ⁷⁴ ดังนี้

1. โทษจะต้องก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือผลอย่างใดอย่างหนึ่งอันไม่น่าพึงพอใจ
2. โทษจะต้องใช้ตอบแทนการกระทำผิด
3. โทษต้องลงแก่ผู้กระทำความผิด หรือสงสัยว่าเป็นผู้กระทำความผิด
4. โทษเป็นวิธีการสำหรับผู้ซึ่งไม่ใช่ผู้กระทำความผิดนำมาใช้
5. ผู้กำหนดโทษต้องเป็นเจ้าพนักงานที่กฎหมายให้อำนาจลงโทษ เพื่อตอบแทนการกระทำผิดอาญา

ศาสตราจารย์เฮอเบิร์ต พาร์คเกอร์ (Herbert L. Packer) ได้วิเคราะห์ความคิดของนักปรัชญาในอดีตจำนวนมากและให้คำจำกัดความเกี่ยวกับคำว่า “โทษ” ไว้ว่า⁷⁵

⁷³ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน. (2525). หน้า 414.

⁷⁴ H.L.A. Hart. (1968). *Punishment and Responsibility*. pp.4-5.

⁷⁵ Herbert L. Packer. (1968). *The Limits of The Criminal Sanction*. p.21.

ความหมายของการลงโทษที่แท้จริง หมายถึง การใช้กฎหมายทำให้ผู้ที่ต้องรับโทษต้องประสบความทุกข์ยากลำบากหรือเหตุการณ์รูปแบบอื่นๆ ซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นสถานะที่ไม่พึงปรารถนา ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดผลจากการกระทำที่ถูกกำหนดว่าเป็นความผิดกฎหมาย

2.6.2 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

นักนิติศาสตร์ได้คิดทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษไว้มากมาย ทั้งนี้ เพื่อให้ทราบถึงวัตถุประสงค์ในการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด (On punishments) ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษที่สำคัญมีดังนี้ การลงโทษเพื่อเป็นการทดแทน (retribution) การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ (deterrence) การลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟู (reformation and rehabilitation) การลงโทษเพื่อเป็นการไม่กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก (incapacitation) การลงโทษเพื่อเยียวยาความเสียหาย (restitution) การลงโทษทางกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (restorative justice)

2.6.2.1 การลงโทษเพื่อเป็นการทดแทน (retribution)

ทฤษฎีนี้เห็นว่า การลงโทษต้องเป็นการกระทำเพื่อทดแทนความรู้สึกของผู้เสียหาย และต้องได้สัดส่วนต่อความเสียหายหรือผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดได้รับ เพื่อให้สาสมกับการกระทำผิด เป็นการลงโทษที่มีมาตั้งแต่สมัยโบราณ ตามหลัก “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (an eye for an eye and a tooth for a tooth) ซึ่งตามหลักการนี้ ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับผลในทำนองเดียวกับที่กระทำต่อผู้เคราะห์ร้าย การลงโทษตามทฤษฎีนี้ จึงเป็นการลงโทษที่หนักและสาสมกับความผิด

2.6.2.2 การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ (deterrence)

เป็นทฤษฎีที่เน้นการป้องกันอาชญากรรมไม่ให้เกิดขึ้น จึงมีการกำหนดโทษให้สูงเพื่อเป็นการข่มขู่ให้เกิดความเกรงกลัว ไม่กล้า กระทำความผิด และเห็นว่าเจตนาของการลงโทษ ไม่น่าจะเป็นการทรมานผู้กระทำความผิด หรือเป็นการแก้แค้นผู้กระทำความผิด แต่ควรจะมีการป้องกันไม่ให้ผู้อื่นกระทำความผิดเช่นนั้น การลงโทษจึงควรมีความรุนแรงเพียงพอที่จะยับยั้งไม่ให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น การข่มขู่มีสองลักษณะ คือ การข่มขู่โดยเฉพาะ หมายถึง การลงโทษเป็นการข่มขู่ตัวผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษแล้ว ไม่ให้กระทำความผิดอีก อีกลักษณะคือ การข่มขู่ทั่วไป หมายถึง ทำให้คนในสังคมทั่วไปเห็นการลงโทษแล้วเกิดความกลัว ไม่กล้าจะกระทำความผิดนั้น

อย่างไรก็ดี ซีซาร์ เบคคาเรีย (Cesare Beccaria) ซึ่งเห็นว่า หลักการลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่เป็นการป้องกันอาชญากรรม ย่อมดีกว่าการลงโทษอาชญากร แต่ควรจะยกเลิกการลงโทษที่

รุนแรงป่าเถื่อน เพื่อให้สังคมมีความเจริญหรือศิวิไลซ์มากขึ้น⁷⁶ นอกจากนี้ เจอรามี เบนแธม (Jeremy Bentham) นักปราชญ์ชาวอังกฤษซึ่งเป็นผู้สานต่อความคิดของเบคคาเรีย เห็นว่า การลงโทษที่มีผลเป็นการข่มขู่ยับยั้ง ไม่ได้หมายถึงการกำหนดโทษที่รุนแรงเท่านั้น แต่ต้องมีองค์ประกอบ 4 ประการ คือ การบังคับโทษต้องแน่นอน ต้องรุนแรงพอที่จะยับยั้งไม่ให้กระทำความผิด การลงโทษ ต้องรวดเร็ว และประการสุดท้าย ต้องเปิดเผยต่อสาธารณชน⁷⁷ และเบนแธมยังได้นำเสนอวัตถุประสงค์ของการลงโทษจะต้องประกอบด้วยหลักสำคัญ 4 ประการ คือ เพื่อเป็นการป้องกัน ประการที่สอง หากไม่สามารถป้องกันได้ ก็ต้องทำให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดไม่ร้ายแรง ประการที่สาม เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดใช้กำลังประทุษร้ายเกินความจำเป็น ประการที่สี่ คือ เพื่อป้องกันอาชญากรรมในลักษณะที่รัฐเสียค่าใช้จ่ายน้อยที่สุด⁷⁸

2.6.2.3 การลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟู (reformation and rehabilitation)

ทฤษฎีนี้เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิด โดยมีการเน้นปฏิบัติที่ตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง อบรมจิตใจไม่ให้กลับมากระทำความผิดโดยสมัครใจ เป็นการฟื้นฟูปรับปรุงพฤติกรรม โดยเล็งเห็นถึงผลในอนาคต เป็นการบำบัดรักษาจิตใจแทนการลงโทษเพื่อทดแทนหรือข่มขู่ วิธีการบำบัดไม่เน้นการลงโทษในเรือนจำ แต่ใช้มาตรการบำบัดทางจิตใจให้เห็นว่า การกระทำความผิดเป็นเรื่องบาป และหากกระทำความผิดไปแล้วผู้กระทำต้องสำนึกบาป โดยอาจอบรมทางศาสนา และมุ่งให้ผู้กระทำความผิดกลับมาเป็นคนดีในสังคม

2.6.2.4 การลงโทษเพื่อเป็นการไม่กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก (incapacitation)

ทฤษฎีนี้เห็นว่า การลงโทษควรมีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษมีโอกาสกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก เป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม แม้การลงโทษจะคล้ายกับทฤษฎีการข่มขู่และทฤษฎีการแก้ไขฟื้นฟูในส่วนที่ไม่ประสงค์ให้ผู้กระทำความผิดกลับมาทำผิดซ้ำอีก แต่ต่างกันตรงที่ทฤษฎีการข่มขู่ มุ่งให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดอีก และทฤษฎีการแก้ไขฟื้นฟู มุ่งอบรมผู้กระทำความผิดไม่ให้กลับมากระทำความผิดโดยสมัครใจ แต่สำหรับทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการไม่กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก เป็นการทำให้ผู้กระทำความผิดหมดโอกาสที่จะกระทำความผิดได้ เช่น การลงโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือกักกัน จึงได้มีการเริ่มใช้โทษจำคุกเพื่อเป็นการกักตัวผู้กระทำความผิดออกจากสังคม

2.6.2.5 การลงโทษเพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย (restitution)

⁷⁶ พรชัย ชันดี และคณะ. (2543). ทฤษฎีและงานวิจัยทางอาชญาวิทยา. หน้า 18.

⁷⁷ ณรงค์ ใจหาญ. (2543). กฎหมายอาญา ว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย. หน้า 29.

⁷⁸ แหล่งเดิม. หน้า 19.

แนวความคิดในการลงโทษเพื่อชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายนี้ มีผลมาจากแนวความคิดเรื่องการตกเป็นผู้เสียหาย (Victimology)⁷⁹ ซึ่งเป็นแนวคิดที่ให้ความสำคัญกับผู้เสียหายหรือเหยื่อจากการกระทำความผิดที่จะได้รับความเสียหายในทางกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งเดิมเห็นว่าการดำเนินคดีเป็นเรื่องระหว่างผู้กระทำความผิดกับรัฐเท่านั้น ผู้เสียหายเรียกร้องได้ทางแพ่ง แต่ทฤษฎีนี้เห็นว่า ถ้าผู้เสียหายได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากผู้กระทำความผิดแล้ว โทษที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับนั้น จะลดลงตามสัดส่วน

2.6.2.6 การลงโทษทางกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (restorative justice)

แนวความคิดนี้พัฒนามาจากแนวความคิดลงโทษเพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย (restitution) แตกต่างตรงที่แนวความคิดนี้เน้นการลงโทษแบบประนีประนอมยอมความกันในคดีอาญา โดยเน้นให้มีการสื่อสารทำความเข้าใจถึงผลความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับและให้ผู้กระทำความผิดดำเนินการเพื่อให้ผู้เสียหายได้รับสิ่งที่สูญเสียกลับคืน เช่น การทำงานชดเชยให้ผู้เสียหาย เป็นต้น ประโยชน์เพื่อให้ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายสามารถอยู่ร่วมกันในสังคมได้อย่างสมานฉันท์ ไม่มีกรณีพิพาทกันอีกต่อไป

อย่างไรก็ดี แนวความคิดในการลงโทษดังกล่าว ในแต่ละประเทศนำทฤษฎีและแนวความคิดมาใช้แตกต่างกันออกไป ทำให้พบบัญญัติความผิด บทลงโทษ หรืออัตราโทษของความผิดแตกต่างกันออกไป ซึ่งผู้เขียนจะนำกฎหมายอาญาของไทยและกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องมาพิจารณาในบทต่อไป

2.6.3 การแบ่งประเภทของโทษ

เพื่อให้สามารถนำหลักการแบ่งประเภทของโทษมาใช้เปรียบเทียบประกอบการศึกษาค้นคว้าหัวข้อวิทยานิพนธ์นี้ จึงขอแบ่งประเภทของโทษออกเป็น 3 ประเภท คือ โทษทางอาญา โทษทางแพ่ง และโทษทางปกครอง

2.6.3.1 โทษทางอาญา คือโทษที่ลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 บัญญัติถึงโทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิด มีดังนี้ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน

2.6.3.2 โทษทางแพ่ง ได้แก่ ชดเชยค่าเสียหาย จ่ายค่าสินไหมทดแทน

2.6.3.3 โทษทางปกครอง ได้แก่ โทษปรับ

⁷⁹ Andrew Karmen. (2001). *Crime Victims : An Introduction to Victimology* (4 th ed.). pp.8-20.

ในการบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดจะต้องมีการกำหนดบทกำหนดโทษสำหรับการกระทำผิดนั้นๆ ไว้ด้วย เนื่องจากเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ผู้ใดฝ่าฝืนสมควรได้รับโทษ แต่การกำหนดโทษทางอาญาสำหรับการกระทำผิด ทำให้การบังคับใช้กฎหมายอาญาไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมาย ทั้งนี้ ผู้บัญญัติกฎหมายที่ผ่านๆ มา ให้เหตุผลว่า เหตุที่จำเป็นต้องบัญญัติให้การกระทำนั้นๆ มีโทษทางอาญา หากมีเช่นนั้นแล้วจะบังคับโทษกับผู้กระทำความผิดไม่ได้ เป็นการนำเอาโทษทางอาญามาเพื่อเป็นการข่มขู่ไม่ให้เกิดการกระทำความผิด จึงถือเป็นแนวในการบัญญัติกฎหมายของไทยมาเป็นเวลานาน นอกจากจะเห็นถึงความไม่เหมาะสมของบทลงโทษแล้ว ยังเป็นการเพิ่มปัญหาในการดำเนินคดี เกิดปัญหายุ่งยาก ทั้งที่บางความผิดเป็นความผิดเล็กน้อย ไม่สมควรมีโทษทางอาญา จึงมีแนวความคิดว่า ควรปรับเปลี่ยนความผิดอาญาที่ไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญา โดยแยกออกจากกฎหมายอาญา และหามาตรการอื่นที่เหมาะสมเข้ามาแทน ทั้งนี้ ให้การกระทำผิดนั้นเป็นความผิดและสามารถมีผลบังคับใช้และมีบทกำหนดโทษเช่นเดียวกับความผิดอาญา มาตรการที่นำมาใช้ในหลายประเทศ คือ การบัญญัติว่า ความผิดใดที่มีลักษณะเป็นความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ให้มีมาตรการอื่นมาใช้บังคับแทนมาตรการลงโทษทางอาญา มาตรการที่เข้ามาบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายและประสบความสำเร็จ คือ มาตรการลงโทษทางปกครอง

วัตถุประสงค์ของการลงโทษทางปกครอง มีวัตถุประสงค์ให้ผู้ถูกลงโทษดำเนินการให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด บทบังคับโทษมีเพียงโทษปรับหรือมาตรการบังคับอื่น เช่น ทำประโยชน์แก่สาธารณะ เท่านั้น หรือหากมีโทษจำคุกก็เป็นโทษจำคุกกระยะสั้น โดยใช้อำนาจลงโทษทางปกครองและวิธีการดำเนินคดีที่ใช้ในการลงโทษเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ศาลและคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทภายในฝ่ายปกครองไม่สามารถตรวจสอบความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังกล่าวได้ แต่สามารถตรวจสอบได้ว่าการใช้ดุลพินิจนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ การดำเนินคดีที่เป็นความผิดทางปกครองจึงเป็นการดำเนินคดีที่รวดเร็ว ไม่มีขั้นตอนมากมายเช่นความผิดอาญาทั่วไป

2.7 การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎระเบียบสังคม

ในการจำแนกความผิดอาญาที่ไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาโดยแท้ออกจากความผิดความผิดอาญา (Real Crime) ศาสตราจารย์เพอร์กินส์ (Rollin M. Perkins) ได้สรุปลักษณะเฉพาะของความผิดที่ไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาโดยแท้ไว้ 3 ประการ⁸⁰

1. เป็นความผิดที่ไม่ใช่ความผิดอาญาตามระบบคอมมอนลอว์
2. เป็นการกระทำความผิดที่ไม่ส่งผลกระทบต่อบุคคลใด
3. เป็นความผิดที่คนในสังคมไม่เห็นว่าเป็นเรื่องที่สมควรดำเนิน

ศาสตราจารย์เกอเซวิทซ์ (Gausewitz) เห็นด้วยกับหลักการของศาสตราจารย์เพอร์กินส์ และได้เสนอหลักเกณฑ์ 3 ประการเช่นเดียวกันกับศาสตราจารย์เพอร์กินส์ (Rollin M. Perkins) และอธิบายเพิ่มเติมดังนี้⁸¹

1. ถ้าการกระทำความผิดนั้นเป็นความผิดตามระบบคอมมอนลอว์ ความผิดนั้นเป็นความผิดอาญา ยกเว้นในกรณีที่ความผิดประเภทก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่สาธารณะ ซึ่งตามระบบคอมมอนลอว์ ถือว่าเป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาเพียงรูปแบบในการดำเนินคดีเท่านั้น แต่โดยเนื้อหาสาระเป็นความผิดทางแพ่ง (Civil offence)
2. ถ้าการกระทำความผิดที่มีลักษณะที่ชี้ชัดว่าเป็นการก่อให้เกิดอันตราย การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา
3. ถ้าการกระทำความผิดนั้น วิญญูชนเห็นว่าเป็นสิ่งที่เลวทราม ดำเนินได้ หรือสมควรลงโทษ การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา

หากการกระทำใดไม่มีลักษณะตามหลักเกณฑ์ 3 ประการนี้ การกระทำนั้นไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญาโดยแท้ (Real Crime) และให้ถือว่าเป็นความผิดต่อสาธารณะ (Public Torts) หรือความผิดที่ละเมิดต่อกฎระเบียบสังคม (Administrative Offence) หรือความผิดที่ฝ่าฝืนต่อกฎระเบียบของสังคม

ความผิดอาญาที่ไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาโดยแท้ดังที่กล่าวนี้มีการเรียกชื่อความผิดประเภทนี้ต่างๆ กัน เช่น การละเมิดสาธารณะ (Public Torts) ความผิดต่อสวัสดิภาพสาธารณะ (Public Welfare Offences)⁸² ความผิดต่อข้อห้ามของกฎหมาย (Prohibitory Laws)

⁸⁰ Rollin M. Perkins a Op.cit. p.791.

⁸¹ Ibid. Loc.cit.

⁸² Jerome Hall. (1960). *General Principles of Criminal Law*. p.329.

ความผิดต่อการกระทำที่ถูกระงับ (Prohibited Acts) ความผิดต่อกฎระเบียบ (Regulatory offences) ความผิดต่อกฎระเบียบตำรวจ (Police Regulations) ความผิดระดับกลางที่มีลักษณะในการปกครอง (Administrative Misdemeanors) ความผิดกึ่งอาญา (Quasi Crimes) ความผิดทางแพ่ง (Civil Offences)⁸³ และการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎระเบียบสังคม ซึ่งมีเพียงโทษปรับ (Administrative Offences หรือภาษาเยอรมันใช้คำว่า Ordnungswidrigkeiten) ดังที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎระเบียบของสังคม (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten หรือ OWiG) ของประเทศเยอรมนี ซึ่งในปี ค.ศ.1968 นักนิติศาสตร์ของประเทศเยอรมนี มีแนวคิดในการปลดปล่อยความผิดอาญาที่มีมากเกินไป และความผิดเล็กน้อยที่ไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาโดยแท้ โดยใช้วิธีการยกเลิกความผิดที่มีลักษณะเป็นการละเมิดกฎหมายเล็ก ๆ น้อย ๆ (petty offenses) และเนื้อหาของการกระทำความผิดเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาโดยแท้ โดยใช้วิธีลดถอนความผิดที่ไม่ใช่ความผิดอาญาโดยแท้ออกจากกฎหมายอาญา และปรับเปลี่ยนให้เป็นความผิดในทางปกครอง (administrative infraction) หรือ เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎระเบียบสังคม (Ordnungswidrigkeit) แทน⁸⁴ และกำหนดบทลงโทษสำหรับความผิดประเภทนี้เป็นเพียงโทษปรับเท่านั้น เช่น การกระทำความผิดเกี่ยวกับกฎหมายจราจร ยกเว้นความผิดที่มีผลมาจากผู้ขับขี่เมาสุราหรือเสพยาเสพติด และไม่มีใบอนุญาตขับขี่ ยังคงเป็นความผิดอาญา⁸⁵ และรวมไปถึงความผิดประเภทที่เป็นความผิดต่อส่วนรวม (Public Order) เช่น การก่อให้เกิดเสียงดังในที่สาธารณะ การขว้างปาก้อนหินหรือสิ่งสกปรกใส่บุคคลหรือบ้านเรือน เป็นต้น

การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎระเบียบสังคม หมายถึง การกระทำความผิดที่ไม่ใช่ความผิดอาญา บทบัญญัติการกระทำมีเนื้อหาเป็นการกระทำต่อส่วนรวม ไม่กระทบต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยตรง หรือเป็นความผิดเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ คำว่า “การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎระเบียบสังคม” (Administrative Offences) ได้รับแนวคิดมาจากการปรับเปลี่ยนความผิดลหุโทษเป็นความผิดทางปกครองหรือการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎระเบียบสังคม (Ordnungswidrigkeiten) ของประเทศเยอรมนี ซึ่งแต่เดิม ความผิดลหุโทษที่ถูกปรับเปลี่ยนเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎระเบียบสังคมนี้เป็นความผิดอาญา (Strafen) ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษทางอาญา แต่เนื่องจากความผิดดังกล่าวเป็นความผิดเล็กน้อย จึงปรับเปลี่ยนเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎระเบียบสังคม และมี

⁸³ ความผิดนี้ เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า การกระทำละเมิด หรือ Violation.

⁸⁴ Michael Tonry and Richard S. Frase . (2001). Op.cit. p.192.

⁸⁵ Ibid. p.213.

เพียงโทษทางปกครอง (die Geldbusse) ซึ่งถือว่าเป็นมาตรการบังคับหลักของกฎหมายว่าด้วยการฝ่าฝืนต่อกฎระเบียบของสังคม⁸⁶ ผู้กระทำความผิดจะต้องมีหน้าที่ชำระเงินโทษปรับ และโทษปรับทางปกครองสามารถบังคับคดีได้ด้วยตัวมันเอง ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดต้องชำระค่าปรับแล้วไม่ชำระ จะมีมาตรการบังคับให้ชำระค่าปรับเช่นเดียวกับความผิดอาญา (die Vollstreckungsbehörde) โดยเจ้าพนักงานคดีสามารถทำการจับกุมตัวได้ ดังที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 96 แห่งกฎหมายว่าด้วยการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎระเบียบของสังคม (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten หรือ OWiG) ของประเทศเยอรมนี

ข้อแตกต่างระหว่างความผิดอาญาและการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎระเบียบของสังคม นอกจากเรื่องบทบังคับโทษที่มีเพียงโทษปรับทางปกครองแล้ว อีกประการหนึ่งคือ ผลกระทบในแง่ของการแปลกแยกจากสังคมที่น้อยกว่า (dem schwächeren Diskriminierungseffekt) กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดที่เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎระเบียบจะไม่ได้รับการดำเนินในแง่ของจริยศาสตร์สังคม⁸⁷ นอกจากนี้ แม้การบัญญัติความผิดอาญาจะเป็นสิ่งจำเป็นในการป้องกันระเบียบกฎหมายเพื่อให้ประชาชนเกิดความเชื่อมั่น เนื่องจากกฎหมายอาญามีมาตรการบังคับโทษที่รุนแรง มีบทบังคับโทษที่มีประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมาย แต่จากเหตุผลดังกล่าวไม่ได้หมายความว่า การบัญญัติความผิดอาญาหรือการลงโทษทางอาญาจะเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับทุกการกระทำความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคม ในทางตรงกันข้าม หากมีมาตรการอื่นที่นำมาปรับใช้แล้ว มีผลให้การบังคับใช้กฎหมายอาญาใช้เฉพาะกับความผิดที่เป็นความผิดอาญา โดยแท้ สมตามเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายอาญา และมีการนำมาตราการลงโทษอื่นที่ไม่ใช่มาตรการลงโทษทางอาญากับความผิดที่เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนระเบียบของสังคม เช่น โทษปรับทางปกครอง ที่นำมาใช้แล้วเป็นการลดขั้นตอนการดำเนินคดีและผลกระทบในแง่ของการแปลกแยกจากสังคมสำหรับผู้กระทำความผิด ส่งผลให้เกิดประสิทธิภาพในการใช้กฎหมายมากยิ่งขึ้น แสดงให้เห็นว่า การบัญญัติความผิดอาญาและมีบทบังคับโทษทางอาญาในทุกการกระทำความผิด ไม่เว้นแม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นเพียงการกระทำความผิดที่ฝ่าฝืนต่อกฎระเบียบของสังคม จะยังทำให้เชื่อมั่นของประชาชนที่มีต่อความศักดิ์สิทธิ์กฎหมายต้องสั่นคลอนลง

⁸⁶ เรียกอีกอย่างว่า กฎหมายว่าด้วยการละเมิดต่อกฎระเบียบของสังคม รายละเอียดโปรดดู คณะวิจัยสถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาทางวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2549, มิถุนายน). ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา (รายงานการวิจัย). หน้า 207.

⁸⁷ แหล่งเดิม.