# เอกสารประกอบการสัมมนา
# เรื่อง "หลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย"

วันศุกร์ ที่ ๒๙ กันยายน ๒๕๖๐

เวลา ๐๙.๐๐ - ๑๖.๐๐ น.

ณ ห้องประชุมปรีดี พนมยงค์ ชั้น ๓

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

# สารบัญ


| | | หน้า |
|---|---|---|
| **ส่วนที่ ๑** | ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย<br>โครงการสัมมนา เรื่อง หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางปกครอง<br>ในการตรากฎหมาย<br>(ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. กมลชัย รัตนสกาววงศ์) | ๑ |
| **ส่วนที่ ๒** | เกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครอง<br>(ดร. มานิตย์ วงศ์เสรี) | ๕ |
| **ส่วนที่ ๓** | เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษทางอาญา<br>(นายศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์ ผู้อำนวยการฝ่ายพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง<br>สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา) | ๕๘ |

**ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย**
**โครงการสัมมนา เรื่อง หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย**
**สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา**
**วันศุกร์ที่ ๒๙ กันยายน ๒๕๖๐**

โดย ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.กมลชัย รัตนสกาววงศ์

ส่วนที่ ๑ ความนำ

โทษทางปกครอง คือ สภาพบังคับ (sanction) สำหรับการกระทำที่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย หรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องกระทำ และข้อห้ามมิให้กระทำการ หรือบังคับให้ต้องกระทำการนั้น ยังมิใช่เรื่องที่ร้ายแรงถึงระดับผิดศีลธรรม หรือความสงบเรียบร้อยของสังคม หรือความมั่นคงของรัฐ หรือกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ผู้กระทำการที่ฝ่าฝืนกฎหมายที่มีโทษทางปกครอง มิใช่อาชญากร แต่เป็นการกระทำที่ผิดกฎระเบียบเล็กน้อยในสังคมเท่านั้น

คุณธรรมทางกฎหมายที่เกี่ยวกับข้อห้ามตามกฎหมายดังกล่าว โดยทั่วไปแล้วจะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองถึงประโยชน์ของส่วนรวม (Universalsrechtgut) ถือเป็นความผิดต่อแผ่นดิน ดังนั้น จึงมิใช่การกระทำที่จะระงับได้ด้วยการยอมความ

ในอดีต การกระทำที่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายจะมีสภาพบังคับทางอาญา เช่น มีโทษปรับสถานเดียว หรือในกฎหมายบางฉบับก็จะกำหนดโทษจำคุกเล็กน้อยไม่เกินหกเดือน และโทษปรับ ซึ่งถือว่าเป็นความผิดอาญาประเภทหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๑๘ การระงับคดีจึงต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ต่อมากฎหมายไทยหลายฉบับเริ่มมีแนวความคิดที่จะนำโทษปรับทางปกครองมาใช้ และได้กำหนดการกระทำที่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายให้มีโทษปรับทางปกครอง โดยกำหนดเป็นจำนวนเงินที่แน่นอน อาจให้ดุลพินิจแก่เจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายที่จะกำหนดจำนวนเงินค่าปรับทางปกครองไม่เกินที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนวิธีพิจารณาระงับโทษปรับทางปกครอง และการบังคับชำระเงินค่าปรับทางปกครองในกรณีที่ผู้ที่อยู่ภายใต้คำสั่งนั้นฝ่าฝืนไม่ชำระค่าปรับทางปกครอง

02

**ส่วนที่ ๒ ทฤษฎีและแนวความคิด**

ทฤษฎีและแนวความคิดเกี่ยวกับโทษปรับทางปกครองอาจแยกพิจารณาเป็นสามประเด็นสำคัญ

ประเด็นที่ ๑ ประเภทต่าง ๆ ของเงินที่รัฐอาศัยอำนาจตามกฎหมายบังคับเรียกจากประชาชน

ประเด็นที่ ๒ ในกรณีที่มีการกระทำฝ่าฝืนฐานความผิดในทางปกครอง จะมีหลักกฎหมายสารบัญญัติและวิธีพิจารณาระงับคดีอย่างไร

ประเด็นที่ ๓ เมื่อคดียุติแล้ว หากผู้กระทำผิดทางปกครองไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำพิพากษา แล้วแต่กรณี จะบังคับชำระเงินค่าปรับอย่างไร

<u>ประเด็นที่ ๑ ประเภทต่างๆ ของเงินที่รัฐอาศัยอำนาจตามกฎหมายบังคับเรียกจากประชาชน</u>

(๑) โทษปรับทางอาญา (Geldstrafe)

(๒) โทษปรับทางปกครอง (Geldsbuβe)

(๓) ค่าปรับรายวันเพื่อบังคับให้ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง (Zwangsgeld) เช่น มาตรา ๕๘ (๒) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

(๔) กฎหมายไทยยังมีโทษหรือสภาพบังคับแก่ประชาชนที่เป็นจำนวนเงิน เช่น

๑) ปรับรายวันที่ให้ศาลเป็นผู้กำหนดจนกว่าจำเลยจะปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลโดยไม่ถือว่าเป็นการกระทำหลายกรรมต่างกัน

๒) เงินเพิ่มในกรณีที่ชำระภาษีอากรไม่ครบถ้วน

๓) เงินเพิ่มในกรณีที่ผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองจะต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เจ้าหน้าที่เข้าดำเนินการแทน ตามมาตรา ๕๘ (๒) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ในอัตราร้อยละ ๒๕ ต่อปี ของค่าใช้จ่ายที่เจ้าหน้าที่ได้ดำเนินการไป

๔) เงินเพิ่มตามมาตรา ๘๖ วรรคสาม แห่ง พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ ในกรณีที่เจ้าของรถไม่ชำระภาษีภายในกำหนดเวลาที่ต้องชำระให้เสียเงินเพิ่มอีกร้อยละ ๑ ต่อเดือน หรือเศษของเดือนของภาษีที่ต้องชำระ

<u>ประเด็นที่ ๒ ในกรณีที่มีการกระทำฝ่าฝืนฐานความผิดในทางปกครองจะมีหลักกฎหมายสารบัญญัติและวิธีพิจารณาระงับคดีอย่างไร</u>

(๑) หลักกฎหมายสารบัญญัติ อาจนำหลักกฎหมายสารบัญญัติของการกระทำความผิดทางอาญาในเรื่องดังต่อไปนี้มาใช้บังคับแก่ความผิดในทางปกครองได้

๑) การกระทำ การงดเว้นการกระทำ

๒) การกระทำแทนบุคคลอื่น

๓) การกระทำโดยเจตนาและประมาท

๔) การสำคัญผิด

๕ ความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่น

๖) การพยายามกระทำความผิด

๗) การมีส่วนร่วมในการกระทำ (ตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน)

๘) การกระทำโดยการป้องกัน .

๙) การกระทำโดยความจำเป็น

ทั้งนี้ บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาที่ไม่นำมาใช้บังคับแก่โทษปรับทางปกครองมี ดังนี้

๑) มาตรการกักขังแทนค่าปรับตามมาตรา ๓๐ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

๒) อายุความตามมาตรา ๙๕ (๕) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ในระหว่างที่ยังไม่มีกฎหมายเรื่องมาตรการบังคับทางปกครองเป็นการเฉพาะ อายุความการบังคับโทษปรับทางปกครองมีความจำเป็นจะต้องนำอายุความ ๑ ปี มาใช้ แต่เนื่องจากค่าปรับทางปกครองอาจมีจำนวนเป็นเงินกว่าล้านบาท และคดีก็จะมีความซับซ้อน อายุความหนึ่งปีตามประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวอาจไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้ ในทางทฤษฎีมีความจำเป็นต้องกำหนดอายุความที่มีโทษปรับทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ตัวอย่าง เช่น กฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดกฎระเบียบของประเทศเยอรมนี (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - OWiG) มาตรา ๓๑ กำหนดอายุความไว้เป็นสี่ช่วง

- ช่วงที่ ๑ อายุความ สามปี สำหรับโทษปรับที่มีจำนวนเกินหนึ่งหมื่นห้าพันยูโร (เดิมกำหนดไว้เกินสามหมื่นมาร์ค)

- ช่วงที่ ๒ อายุความ สองปี สำหรับความผิดที่มีโทษปรับกว่าสองพันห้าร้อยยูโรแต่ไม่ถึงหนึ่งหมื่นห้าพันยูโร (เดิมมากกว่าสามพันมาร์ค แต่ไม่เกินสามหมื่นมาร์ค)

- ช่วงที่ ๓ อายุความ หนึ่งปี สำหรับความผิดที่มีโทษปรับกว่าหนึ่งพันยูโรแต่ไม่ถึงสองพันห้าร้อยยูโร (เดิมมากกว่าหนึ่งพันมาร์ค แต่ไม่เกินสามพันมาร์ค)

- ช่วงที่ ๔ อายุความ หกเดือน สำหรับความผิดที่มีโทษทางปกครองอื่นๆ

(๒) หลักกฎมายวิธีสบัญญัติ ในกรณีที่ผู้ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งในเรื่องโทษปรับทางปกครอง หรือมีข้อต่อสู้ว่าตนเองมิได้กระทำผิด วิธีพิจารณาที่จะระงับคดีดังกล่าวนั้น จะไม่นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้ เช่น การควบคุมตัวจำเลย การประกันตัวจำเลย การปรากฏตัวของจำเลยต่อหน้าศาล และอาจพิจารณาคดีโดยขาดนัดได้ เนื่องจากจำเลยมิใช่อาชญากร

ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำความผิดทางอาญาและความผิดที่มีโทษปรับทางปกครอง ซึ่งเป็นความผิดกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท และความผิดหลายบทหลายกระทงที่จะฟ้องร้องเป็นคดีเดียว

ส่วนองค์กรตุลาการที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีโทษปรับทางปกครองในประเทศเยอรมนีเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลแขวง (Amtsgericht) และผู้พิพากษาคดีเด็กและเยาวชน (Jugendrichter)

<u>ประเด็นที่ ๓ เมื่อคดียุติแล้ว หากผู้กระทำผิดทางปกครองไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำพิพากษา แล้วแต่กรณี จะบังคับชำระเงินค่าปรับอย่างไร</u>

เนื่องจากโทษปรับทางปกครองมิใช่การกระทำความผิดทางอาญา ดังนั้น หากจำเลยไม่ชำระค่าปรับทางปกครอง รัฐจะต้องดำเนินการบังคับชำระค่าปรับในลักษณะหนี้ทางแพ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยมิอาจที่จะใช้มาตรการกักขังแทนค่าปรับตามมาตรา ๓๐ แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้ มาตรการบังคับดังกล่าวจะมีหลักกฎหมายในการบังคับคดีเช่นเดียวกับการบังคับค่าปรับรายวันและค่าใช้จ่ายของเจ้าหน้าที่ที่กระทำการแทนผู้อยู่ภายใต้คำสั่งทางปกครองไปตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

04

**ส่วนที่ ๓ ความเห็นและข้อเสนอแนะ**

๑. การบังคับใช้กฎหมายที่เจ้าหน้าที่สั่งให้ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายชำระค่าปรับทางปกครองนั้น ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง จึงไม่อยู่ภายใต้กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

๒. ควรปรับปรุงและพัฒนากฎหมายของไทยให้สอดคล้องกับองค์ความรู้ใหม่ด้วยการตรากฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบทำนองเดียวกับกฎหมายของประเทศเยอรมนี (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - OWiG)

๓. จะต้องชำระสะสางกฎหมายเก่าโดยวางเกณฑ์ความผิดทางปกครองที่เป็นมาตรฐานและปรับฐานความผิดดังกล่าวตามกฎหมายเก่าให้เข้ากับกฎหมายใหม่

๔. การระงับข้อพิพาทในความผิดทางปกครองที่มีจำนวนเงินค่าปรับสูงกว่า ๓๐๐,๐๐๐ บาท ให้ระงับโดยศาลจังหวัดหรือศาลอาญา ฯลฯ ในกรุงเทพมหานคร และความผิดทางปกครองที่มีจำนวนเงินค่าปรับไม่เกิน ๓๐๐,๐๐๐ บาท ให้อยู่ในอำนาจของศาลแขวง

๕. ความผิดที่มีโทษปรับทางปกครองที่กระทำโดยเจตนาจะอยู่ในคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามที่จะดำรงตำแหน่งของภาครัฐหรือไม่ จะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป

๖. การแบ่งฐานความผิดทางอาญาและความผิดที่มีโทษปรับทางปกครอง โดยไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญาให้สอดคล้องกับทฤษฎีแนวความคิดที่เป็นสากล จะมีคุณูปการต่อการเจรจาความร่วมมือระหว่างประเทศทางอาญา โดยเฉพาะการทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน (Extradition) และการโอนตัวนักโทษ (Prisoners Transfer)

# เกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครอง

ดร. มานิตย์ วงศ์เสรี

๑. ความนำ

๒. การควบคุมทางสังคมโดยกฎหมาย

๓. เกณฑ์ประการที่หนึ่ง : ขอบเขตในการบัญญัติโทษทางอาญา

๓.๑ ลักษณะพิเศษของ “โทษทางอาญา”

๓.๑.๑ ความแตกต่างระหว่าง “โทษทางอาญา” และ “การลงโทษในทางแพ่ง”

๓.๑.๒ ความแตกต่างระหว่าง “ค่าปรับในทางอาญา (Geld*strafe*)” และ “การลงโทษปรับในทางปกครอง (Geld*buße*)”

๓.๑.๓ ความแตกต่างระหว่างโทษทางอาญา และ “โทษ” ทางวินัย

๓.๒ เกณฑ์การพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญา : ข้อจำกัดของการบัญญัติโทษทางอาญา

๓.๒.๑ คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง (Rechtsgut; legally protected right)

๓.๒.๒ กฎหมายอาญาในฐานะมาตรการสุดท้าย (Ultima Ratio)

๓.๓ ตัวอย่างเกณฑ์การพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดสภาพการบังคับใช้ทางกฎหมายอาญา (Strafrechtliche Sanktionen; criminal sanctions)

๓.๓.๑ การกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดฐานทำให้แท้งลูก

(๑) คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง (Rechtsgut)

(๑.๑) การกำหนดเนื้อหาสาระของคุณธรรมทางกฎหมาย : ภาระหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิ่งมีชีวิตที่จะพัฒนาเป็นมนุษย์

(๑.๒) ขอบเขตและข้อจำกัดของคุณธรรมทางกฎหมาย : สิทธิเสรีภาพของมารดาที่ตั้งครรภ์

(๒) กฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นทางเลือกสุดท้าย (Ultima Ratio)

(๒.๑) มาตรการหรือกลไกที่จะกำหนดไว้ในกฎหมายจะต้องมีประสิทธิภาพที่จะสามารถให้การคุ้มครองทารกในครรภ์มารดาจากการทำแท้งได้

(๒.๒) ต้องพิจารณานำมาตรการป้องกันมาใช้ก่อนที่จะใช้มาตรการลงโทษ (Vorrang der Prävention vor der Repression)

ก. ดุลพินิจของผู้ร่างกฎหมาย

ข. ปัญหาของการใช้มาตรการป้องกัน

(๒.๓) ความจำเป็นในการกำหนดสภาพบังคับใช้ทางกฎหมายอาญา

(๒.๔) ความชอบธรรมในการกำหนดโทษทางอาญา

(๒.๕) การคุ้มครองทารกในครรภ์มารดา

๓.๔ บทสรุปเกณฑ์ประการที่หนึ่ง : ข้อจำกัดของผู้ร่างกฎหมายในการกำหนดโทษทางอาญา

๓.๔.๑ การกำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมายและขอบเขตของคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครอง

๓.๔.๒ ความจำเป็นในการกำหนดให้มีโทษทางอาญา

(๑) คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองต้องมีความถูกต้องชอบธรรม (Legitimer Zweck; legitimate purpose)

(๒) หลักความสัมฤทธิ์ผล (Geeignetheit; Appropriateness)

(๓) หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit; necessity)

(๓.๑) กลไกควบคุมทางสังคมประเภทอื่นๆ

(๓.๒) การกำหนดองค์ประกอบโครงสร้างของความรับผิดและระวางโทษ

(๔) หลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn; Principle of proportionality in the narrow sense)

๓.๕ หลักเกณฑ์ที่หนึ่งที่นำมาพิจารณากำหนดโทษทางปกครอง : ข้อจำกัดของผู้ร่างกฎหมายในการกำหนดโทษทางอาญา เพื่อใช้เป็นสภาพบังคับสำหรับควบคุมสังคม

๔. เกณฑ์ประการที่สอง : สภาพบังคับทางกฎหมายปกครอง (Verwaltungsrechtliche Sanktionen; administrative sanctions)

๔.๑ ความทั่วไปว่าด้วยการตรา “กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz)” มาใช้บังคับแทนที่การกำหนดโทษทางอาญา

๔.๒ ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz)

๔.๓ ความทั่วไปว่าด้วยนโยบายเกี่ยวกับอาชญากรรม (Kriminalpolitik; criminal policy)

๔.๔ สภาพบังคับตามกฎหมายตำรวจ (Sanktionen im Polizeirecht; Sanctions in Police Law)

๔.๕ สรุปบทเรียนเกี่ยวกับเกณฑ์ประการที่สอง : สภาพบังคับทางกฎหมายปกครอง (Verwaltungsrechtliche Sanktionen; administrative sanctions)

๕. เกณฑ์ประการที่สาม : การกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeit; regulatory offences) ในฐานะที่เป็นกลไกในการควบคุมสังคมของฝ่ายปกครอง

๕.๑ ความเบื้องต้นเกี่ยวกับโทษทางปกครอง

๕.๑.๑ ทฤษฎีว่าด้วยลักษณะของความผิดทางปกครองและความผิดทางอาญา (Die qualitative Theorie)

๕.๑.๒ ทฤษฎีว่าด้วยความร้ายแรงของการกระทำความผิด (Die quantitative Theorie)

๕.๑.๓ แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

๕.๒ ความแตกต่างระหว่าง “ค่าปรับทางปกครอง (Zwangsgeld)” และ “การลงโทษปรับทางปกครอง (Geldbuβe)”

๕.๒.๑ ข้อความคิดทั่วไป

๕.๒.๒ กรณีตัวอย่างสภาพปัญหาเกี่ยวกับค่าปรับทางปกครอง (Zwangsgeld)

๖. บทสรุป

๖.๑ เกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครอง

๖.๑.๑ ความเข้าใจเบื้องต้นและขอบเขตเกี่ยวกับ “โทษทางปกครอง”

๖.๑.๒ หลักเกณฑ์ประการที่หนึ่ง : ขอบเขตในการบัญญัติโทษทางอาญา (criminal sanctions)

๖.๑.๓ หลักเกณฑ์ประการที่สอง : สภาพบังคับทางกฎหมายปกครอง (Verwaltungsrechtliche Sanktionen; administrative sanctions)

๖.๑.๔ หลักเกณฑ์ประการที่สาม : การกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeit; Regulatory Offences) ในฐานะที่เป็นกลไกของฝ่ายปกครอง ในการควบคุมสังคม

๖.๒ ความสัมพันธ์ระหว่าง “มาตรการบังคับทางปกครอง” “โทษทางปกครอง” และ “โทษทางอาญา”

# เกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครอง

ดร. มานิตย์ วงศ์เสรี*

## ๑. ความนำ

โดยทั่วไปความสัมฤทธิ์ผลและการบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายขึ้นอยู่กับองค์ประกอบสำคัญสองประการตามลำดับ คือ **องค์ประกอบที่หนึ่ง** การร่างกฎหมาย และ **องค์ประกอบที่สอง** การบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งขั้นตอนในการร่างกฎหมายนั้น เป็นกระบวนการที่นำเอาความต้องการ อุดมคติทางกฎหมาย หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย มากำหนดให้เป็นรูปธรรมในรูปแบบของหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย โดยในขั้นตอนการกำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมายให้มาอยู่ในรูปแบบของหลักเกณฑ์ทางกฎหมายนี้ ผู้ตราหรือผู้ร่างกฎหมายจะต้องพิจารณาว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายจะสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ตนเองต้องการได้หรือไม่ เช่น

(๑) กรณีที่ผู้ร่างกฎหมายต้องการคุ้มครองความปลอดภัยของผู้โดยสาร จึงได้มีการตราบทบัญญัติมาตรา ๑๐๗[๑] แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ ไว้ว่าห้ามมิให้ผู้ได้รับใบอนุญาตเป็นผู้ขับรถรับบรรทุกผู้โดยสารเกินจำนวนที่นั่งผู้โดยสารที่ได้ระบุหรือกำหนดไว้ในใบอนุญาต ในกรณีดังกล่าวนี้ ผู้ร่างกฎหมายจะต้องพิจารณาให้ได้ในเบื้องต้นก่อนแล้วว่าจำนวนผู้โดยสารที่กำหนดตามจำนวนที่นั่งผู้โดยสารที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตนั้น เป็นสิ่งที่สามารถทำให้เกิดความปลอดภัยต่อผู้โดยสารได้หรือไม่ หรือ

(๒) กรณีที่ผู้ร่างกฎหมายต้องการคุ้มครองความปลอดภัยของผู้ใช้อาคาร จึงได้มีการตราบทบัญญัติมาตรา ๔๖ ทวิ[๒] แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม

---

* นิติศาสตร์บัณฑิต (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), เนติบัณฑิตไทย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายเอกชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), ปริญญาโททางกฎหมายเปรียบเทียบ (Magister iuris comparativi), Doktor des Rechts (เกียรตินิยมดี), มหาวิทยาลัยบอนน์ (Bonn) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, ประกาศนียบัตรการศึกษาวิจัยกฎหมายมหาชน, Research Institute for Public Administration, German University of Administrative Sciences Speyer, ตุลาการศาลปกครองสูงสุด

[๑] มาตรา ๑๐๗ แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ บัญญัติว่า “ในการขนส่งประจำทางหรือการขนส่งไม่ประจำทางระหว่างจังหวัดหรือระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศ ห้ามมิให้ผู้ได้รับใบอนุญาตเป็นผู้ขับรถรับบรรทุกผู้โดยสารเกินจำนวนที่นั่งผู้โดยสารที่กำหนดไว้ในใบอนุญาต”

[๒] มาตรา ๔๖ ทวิ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๓ บัญญัติว่า “ในกรณีที่อุปกรณ์ประกอบต่าง ๆ เกี่ยวกับระบบไฟฟ้าและการจัดแสงสว่าง ระบบการเตือน การป้องกันและการระงับอัคคีภัย การป้องกันอันตรายเมื่อมีเหตุชุลมุนวุ่นวาย ระบบระบายอากาศ ระบบระบายน้ำ ระบบบำบัดน้ำเสีย ระบบเครื่องกล หรือระบบอื่น ๆ

(มีต่อหน้าถัดไป)

โดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๓ ไว้ว่า ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งห้ามมิให้เจ้าของอาคารหรือผู้ครอบครองอาคารใช้หรือยินยอมให้บุคคลใดใช้อุปกรณ์ประกอบต่าง ๆ เกี่ยวกับระบบไฟฟ้าและการจัดแสงสว่าง ระบบการเตือน การป้องกันและการระงับอัคคีภัย การป้องกันอันตรายเมื่อมีเหตุชุลมุนวุ่นวาย ระบบระบายอากาศ ระบบระบายน้ำ ระบบบำบัดน้ำเสีย ระบบเครื่องกล หรือระบบอื่น ๆ ของอาคารตามมาตรา ๓๒ ทวิ ที่มีสภาพหรือมีการใช้ที่อาจเป็นภยันตรายต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรืออาจไม่ปลอดภัยจากอัคคีภัย หรือก่อให้เกิดเหตุรำคาญ หรือกระทบกระเทือนต่อการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม และจัดให้มีเครื่องหมายแสดงการห้ามนั้นไว้ที่อุปกรณ์หรือบริเวณที่เปิดเผยและเห็นได้ง่ายที่อยู่ใกล้กับอุปกรณ์นั้น และให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งให้เจ้าของอาคารดำเนินการแก้ไขอุปกรณ์ประกอบต่าง ๆ นั้น ให้อยู่ในสภาพที่ปลอดภัยหรือสามารถใช้งานได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด ในกรณีดังกล่าวนี้ ผู้ร่างกฎหมายจะต้องพิจารณาให้ได้ในเบื้องต้นก่อนแล้วว่า การกำหนดให้อำนาจเจ้าพนักงานท้องถิ่นสามารถเข้าไปตรวจสอบและมีอำนาจออกคำสั่งห้ามใช้และมีอำนาจออกคำสั่งให้ดำเนินการแก้ไขอุปกรณ์ประกอบต่าง ๆ ของอาคารที่มีสภาพหรือมีการใช้ที่อาจเป็นภยันตรายต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินนั้น เป็นสิ่งที่จะสามารถคุ้มครองความปลอดภัยจากการใช้อุปกรณ์ประกอบต่าง ๆ ที่ชำรุดบกพร่องได้หรือไม่ หรือ

(๓) กรณีที่ผู้ร่างกฎหมายต้องการให้มีการส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าอย่างเป็นธรรม จึงได้มีการตราบทบัญญัติมาตรา ๕๕[๓] แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ ไว้ว่า

---

ของอาคารตามมาตรา ๓๒ ทวิ มีสภาพหรือมีการใช้ที่อาจเป็นภยันตรายต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรืออาจไม่ปลอดภัยจากอัคคีภัย หรือก่อให้เกิดเหตุรำคาญ หรือกระทบกระเทือนต่อการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจ ดังนี้

(๑) มีคำสั่งห้ามมิให้เจ้าของอาคารหรือผู้ครอบครองอาคารใช้ หรือยินยอมให้บุคคลใดใช้อุปกรณ์ประกอบต่าง ๆ และจัดให้มีเครื่องหมายแสดงการห้ามนั้นไว้ที่อุปกรณ์หรือบริเวณที่เปิดเผยและเห็นได้ง่ายที่อยู่ใกล้กับอุปกรณ์นั้น

(๒) มีคำสั่งให้เจ้าของอาคารดำเนินการแก้ไขอุปกรณ์ประกอบต่าง ๆ นั้น ให้อยู่ในสภาพที่ปลอดภัยหรือสามารถใช้งานได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่าสามสิบวัน ในกรณีมีเหตุอันสมควรเจ้าพนักงานท้องถิ่นจะขยายระยะเวลาดังกล่าวออกไปอีกก็ได้

ในกรณีที่ไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามวรรคหนึ่ง และหากอุปกรณ์ดังกล่าวมีผลทำให้อาคารนั้นมีสภาพหรือการใช้ที่อาจเป็นภยันตรายอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นสั่งห้ามใช้อาคารนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนไว้ก่อนก็ได้ และต้องจัดให้มีเครื่องหมายแสดงการห้ามนั้นไว้ในที่เปิดเผยและเห็นได้ง่าย ณ บริเวณอาคาร หรือบริเวณดังกล่าว”

[๓] มาตรา ๕๕ แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดใดตลาดหนึ่งในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(๑) กำหนดเงื่อนไขตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๕๔ (๑) (๒) หรือ (๔) ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่มิใช่คู่แข่งขันในตลาดเดียวกัน

ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาดหรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด ทำนองเดียวกันกับกรณี (๑) และ (๒) ข้างต้น ผู้ร่างกฎหมายก็จะต้องพิจารณาให้ได้ในเบื้องต้นก่อนแล้วว่า การกำหนดลักษณะของการผูกขาดหรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดตามที่ปรากฏในมาตรา ๕๕ (๑) ถึง (๕) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ นั้น จะสามารถทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าอย่างเป็นธรรมหรือไม่ เป็นต้น

หากบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย ยินยอมปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายอย่างเคร่งครัดแล้ว ปัจจัยที่จะสามารถนำมาใช้วัดความสัมฤทธิ์ผลของกฎหมายจึงต้องพิจารณาจากผลที่เกิดขึ้นในทางความเป็นจริงว่าเป็นไปตามวัตถุประสงค์หรืออุดมคติทางกฎหมายตามที่ผู้ร่างกฎหมายได้กำหนดไว้บทบัญญัติดังกล่าวหรือไม่ แต่ในโลกแห่งความเป็นจริงหรือในทางปฏิบัติย่อมต้องมีบุคคลที่ฝ่าฝืนหรือไม่ยินยอมปฏิบัติตามกฎหมายอยู่ด้วย ดังนั้นกรณีจึงเป็นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับขั้นตอนการบังคับให้บุคคลดังกล่าวต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือที่เรียกว่า **ขั้นตอนของการบังคับใช้กฎหมาย** โดยในขั้นตอนนี้จะมีการกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อบังคับบุคคลที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยในขั้นตอนนี้ผู้ร่างกฎหมายจะต้องพิจารณาว่า การกำหนดมาตรการบังคับต่าง ๆ นั้นจะสามารถทำให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้หรือไม่ เช่น ในกรณีที่ผู้ได้รับใบอนุญาตเป็นผู้ขับรถรับบรรทุกผู้โดยสารเกินจำนวนที่นั่งผู้โดยสารที่กำหนดไว้ในใบอนุญาต อันเป็นการดำเนินการที่ฝ่าฝืนมาตรา ๑๐๗ แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ กฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางบกจึงได้กำหนดสภาพบังคับไว้ให้**ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท** ตามมาตรา ๑๒๗[๔] แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก (ฉบับที่ ๘) พ.ศ. ๒๕๔๒ หรือในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่มีคำสั่งห้ามใช้หรือมีคำสั่งให้แก้ไขอุปกรณ์ต่าง ๆ ของอาคารที่มีสภาพหรือมีการใช้ที่อาจเป็นภยันตรายต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินอันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา ๔๖ ทวิ แห่งพระราชบัญญัติ

---

(๒) ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำลงกว่าที่เคยผลิตจำหน่ายหรือให้บริการ

(๓) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน

(๔) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการเพื่อให้ปฏิบัติตามที่ตกลงกัน

(๕) ความตกลงร่วมกันในลักษณะอื่น ๆ ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

[๔] มาตรา ๑๒๗ แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก (ฉบับที่ ๘) พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติว่า “ผู้ได้รับใบอนุญาตปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ประจำรถผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๒๖ วรรคสอง มาตรา ๑๐๑ มาตรา ๑๐๒ (๑) (๒) หรือ (๔) มาตรา ๑๐๓ มาตรา ๑๐๓ ทวิ มาตรา ๑๐๔ มาตรา ๑๐๕ มาตรา ๑๐๖ หรือมาตรา ๑๐๗ **ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท**”

ควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๓ กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารจึงได้กำหนดสภาพบังคับไว้ให้**ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสามหมื่นบาท และยังต้องระวางโทษปรับอีกวันละไม่เกินห้าพันบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนหรือจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง** ตามมาตรา ๖๕ จัตวา[๕] แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๓ หรือในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดอันมีลักษณะเป็นการประกอบธุรกิจที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา ๕๕ แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าจึงได้กำหนดสภาพบังคับไว้ให้มีโทษทางปกครองที่จะ**ต้องชำระค่าปรับทางปกครองในอัตราไม่เกินร้อยละสิบของรายได้ในปีที่กระทำความผิด ในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดในปีแรกของการประกอบธุรกิจให้ชำระค่าปรับทางปกครองในอัตราไม่เกินหนึ่งล้านบาท** ตามมาตรา ๘๒[๖] แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ จากกรณีที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้กำหนด “โทษ” สำหรับการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเอาไว้ และเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติที่มีบทกำหนด “โทษ” สำหรับการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว จะพบว่ามีจำนวนพระราชบัญญัติมากกว่า ๒๖๐ ฉบับ[๗] ซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการกำหนด “โทษทางอาญา” หรือกำหนดไว้ว่าเป็น “บทกำหนดโทษ” และเมื่อได้พิจารณาลักษณะของการกำหนดโทษที่ปรากฏตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ แล้ว จะพบว่าผู้ร่างกฎหมายได้มีการแบ่งแยก**บทกำหนดโทษ**ออกเป็นสองประเภทอย่างชัดเจนใน “หมวด ๖ บทกำหนดโทษ” คือ “โทษอาญา” ตามที่ปรากฏอยู่ใน “ส่วนที่ ๑ โทษอาญา” ตั้งแต่มาตรา ๗๑ ถึงมาตรา ๗๙ และ “โทษทางปกครอง” ตามที่ปรากฏอยู่ใน “ส่วนที่ ๒ โทษทางปกครอง” ตั้งแต่มาตรา ๘๐ ถึงมาตรา ๘๕ ประกอบกับเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ขึ้นมาใช้บังคับ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการสถาปนา “หลักกฎหมายปกครอง”

---

[๕] มาตรา ๖๕ จัตวา แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๓ บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา ๔๖ ทวิ **ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสามหมื่นบาท**

นอกจากต้องระวางโทษตามวรรคหนึ่งแล้ว ผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๔๖ ทวิ **ยังต้องระวางโทษปรับอีกวันละไม่เกินห้าพันบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนหรือจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง**”

[๖] มาตรา ๘๒ แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา ๕๕ มาตรา ๕๗ หรือมาตรา ๕๘ **ต้องชำระค่าปรับทางปกครองในอัตราไม่เกินร้อยละสิบของรายได้ในปีที่กระทำความผิด**

ในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดในปีแรกของการประกอบธุรกิจ **ให้ชำระค่าปรับทางปกครองในอัตราไม่เกินหนึ่งล้านบาท**”

[๗] บุรินทร์ โชคเกิด, นคร พจนวรพงษ์, พลตำรวจโทวุฒิ วิทิตานนท์ และณัฐกร วิทิตานนท์, ประมวลพระราชบัญญัติที่มีโทษอาญา (พ.ศ. ๒๔๕๖ – ๒๕๕๕), พิมพ์ครั้งที่ ๑๕, ๒๕๕๕

ขึ้นเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรและทำให้ผู้ร่างกฎหมายมีทางเลือกในการกำหนดสภาพหรือลักษณะของการบังคับใช้กฎหมายในทางปกครองเพิ่มขึ้นมาอีกหนึ่งทางเลือก ซึ่งแตกต่างไปจากเดิมที่ผู้ร่างกฎหมายสามารถเลือกใช้ได้แต่เฉพาะสภาพหรือลักษณะของการบังคับใช้กฎหมายในทางแพ่งและในทางอาญาเท่านั้น และในการกำหนดสภาพหรือลักษณะของการบังคับใช้กฎหมายในทางปกครองนี้ ผู้ร่างกฎหมายจะต้องคำนึงถึงการสร้างดุลยภาพระหว่างประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมายและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนภายใต้ระบบการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) เป็นสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของเกณฑ์ (Kriterien) ที่ผู้ร่างกฎหมายจะนำมาใช้พิจารณาเพื่อกำหนดโทษทางปกครอง บทความนี้เป็นการนำเสนอเกณฑ์ (Kriterien) ที่ผู้ร่างกฎหมายนำมาใช้ในการกำหนดสภาพการบังคับใช้กฎหมายในทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน เพื่อเป็นประโยชน์ในการที่จะนำเกณฑ์ดังกล่าวมาศึกษาวิเคราะห์เพื่อปรับใช้ในการกำหนดโทษทางปกครองในระบบกฎหมายไทยต่อไป

**๒. การควบคุมทางสังคมโดยกฎหมาย**

การควบคุมทางสังคม (Die Soziale Kontrolle; The social control) หมายความว่า การบังคับให้คนในสังคมปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่สังคมวางไว้ โดยอาศัยเครื่องมือ กลไก หรือกระบวนการทั้งหลายที่จะทำให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชนสามารถที่จะแก้ไขปัญหาความเห็นที่แตกต่างกัน ลดความตึงเครียดและความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นได้ในสังคมนั้น ๆ[๕] และแม้ว่ากฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานทางสังคมจะมีอยู่หลากหลายประการด้วยกัน แต่ในทางวิชาการสามารถแบ่งได้เป็น ๓ ประเภท คือ (๑) กฎเกณฑ์ตามวิถีประชาหรือวิถีชาวบ้าน (Folkways) (๒) กฎเกณฑ์ทางศีลธรรม (Morals) และ (๓) กฎหมาย (Laws) กรณีจึงทำให้มาตรการหรือเครื่องมือที่จะนำมาใช้บังคับให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชนปฏิบัติตามบรรทัดฐานทางสังคมย่อมต้องมีลักษณะความหลากหลายตามไปด้วย แต่ก็สามารถแบ่งมาตรการหรือเครื่องมือที่จะนำมาใช้ออกได้เป็นสองมาตรการด้วยกัน คือ (๑) มาตรการเชิงรุก (Aktive Kontrolle; active control) ได้แก่ มาตรการที่จะถูกนำมาใช้เพื่อป้องกันมิให้เกิดพฤติกรรมหรือการกระทำที่ไม่เป็นที่ต้องการ และ (๒) มาตรการเชิงรับ (Reaktive Kontrolle; reactive control) ได้แก่ มาตรการที่มุ่งจะลงโทษพฤติกรรมหรือการกระทำที่ไม่เป็นที่ต้องการ และไม่ว่าจะมีมาตรการบังคับใช้แบบใดก็ตาม ก็สามารถแบ่งแยกลักษณะแบบแผนของการกำหนดมาตรการของการบังคับใช้บรรทัดฐานทางสังคม ออกได้เป็นสี่ลักษณะด้วยกัน คือ (๑) มาตรการที่ให้ผลด้านบวกอย่างไม่เป็นทางการ เช่น การส่งรอยยิ้ม การโอบกอด เป็นต้น (๒) มาตรการที่ให้ผลด้านบวกอย่างเป็นทางการ เช่น การเลื่อนขั้นเงินเดือน การให้ใบประกาศเกียรติคุณ เป็นต้น (๓) มาตรการที่ให้ผลด้านลบอย่างไม่เป็นทางการ เช่น การส่งเสียงตะโกนการข่มขู่ เป็นต้น (๔) มาตรการที่ให้ผลด้านลบอย่างเป็นทางการ เช่น การที่ศาลมีคำพิพากษาให้ประหารชีวิต การที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งปรับ เป็นต้น ดังปรากฏตามรูป

---

[๕] Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Auflage 2009, S. 1.

| | มาตรการที่ให้ผลด้านบวก | มาตรการที่ให้ผลด้านลบ |
|---|---|---|
| **ไม่เป็นทางการ** | การส่งรอยยิ้ม การโอบกอด | การส่งเสียงตะโกน การข่มขู่ |
| **เป็นทางการ** | การเลื่อนขั้นเงินเดือน การให้ใบประกาศเกียรติคุณ | <u>การบังคับใช้กฎหมาย เช่น ศาลมีคำพิพากษาให้ประหารชีวิต หรือฝ่ายปกครองมีคำสั่งปรับ เป็นต้น</u> |

สำหรับการควบคุมทางสังคมโดยกฎหมายนั้น มีองค์ประกอบที่สำคัญสองประการด้วยกัน[๙] คือ **องค์ประกอบที่หนึ่ง** การมีอยู่ของบรรทัดฐานทางสังคมหรือปทัสถาน (Norm) ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชนต้องยึดถือปฏิบัติตามเพื่อรักษาหรือดำรงไว้ซึ่งความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม และ **องค์ประกอบที่สอง** การกำหนดมาตรการที่จะสามารถบังคับให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชนปฏิบัติตามบรรทัดฐานทางสังคมหรือปทัสถานนั้น ๆ หรือที่เรียกว่า **"การบังคับใช้กฎหมาย"** หรือ **"Sanctions"** และในการควบคุมทางสังคมโดยกฎหมายนั้น กฎหมายถือเป็นบรรทัดฐานทางสังคมหรือปทัสถาน (Norm) ให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชนต้องยึดถือเป็นกฎเกณฑ์ระเบียบแบบแผนของการดำรงอยู่ร่วมกัน โดยกฎหมายจะต้องสามารถบังคับให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชนปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ทางกฎหมายนั้น ๆ ด้วย หรือที่เรียกว่า "การบังคับใช้"หรือ"Sanctions" และการบังคับใช้กฎหมายจะขึ้นอยู่กับระบบกฎหมาย (Die Rechtsordnung; The legal system) ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในประเทศนั้น ๆ ด้วย โดยในบทความนี้จะศึกษาลักษณะของการบังคับใช้กฎหมายที่อยู่ภายใต้ระบบการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) เป็นสรณะในการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งลักษณะของการบังคับใช้กฎหมายจะปรากฏอยู่ในกฎหมายทุก ๆ ประเภทแตกต่างกันไป **ในระบบกฎหมายเอกชน** จะปรากฏในรูปของเบี้ยปรับ การชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการกระทำละเมิด เป็นต้น **ในระบบกฎหมายอาญา** จะปรากฏในรูปของการประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน เป็นต้น หรือ**ในระบบกฎหมายปกครอง** จะปรากฏในรูปของคำสั่งให้รื้อถอนอาคาร ค่าปรับทางปกครอง เป็นต้น โดยผู้ที่จะสามารถกำหนดมาตรการการบังคับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายแพ่งและอาญา ได้แก่ ศาล ในขณะที่ในระบบกฎหมายปกครอง ฝ่ายปกครองจะเป็นผู้กำหนดมาตรการบังคับใช้กฎหมายนั้นเอง สำหรับการพิจารณาเกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครองในบทความนี้ จะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับ "การบังคับใช้กฎหมาย (Sanctions)" ที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจในการดำเนินการเพื่อแสดงความไม่พึงพอใจในการกระทำหรือพฤติกรรมของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ไม่ได้ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น ๆ ซึ่งมีความหมายที่กว้างกว่าคำว่า "โทษ" ในความหมายทั่วไป และมีความหมายครอบคลุมไปถึง "มาตรการบังคับทางปกครอง" และ "การลงโทษทางปกครอง" ด้วย

---

[๙] เพิ่งอ้าง

**๓. เกณฑ์ประการที่หนึ่ง : ขอบเขตในการบัญญัติโทษทางอาญา**

**๓.๑ ลักษณะพิเศษของ "โทษทางอาญา"**

โดยทั่วไปแล้ววัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญา (Kriminalstrafe; criminal penalty) จะเป็นไปเพื่อเป็นการแก้แค้นตอบโต้ต่อการกระทำหรือพฤติกรรมที่ผู้กระทำผิดได้กระทำการอันเป็นการขัดต่อกฎหมายอาญา และยังเป็นการแสดงออกให้เห็นถึงการไม่ยอมรับในการกระทำหรือพฤติกรรมดังกล่าวและไม่ยอมรับในตัวของผู้กระทำผิดด้วย[๑๐] วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาเช่นนี้ทำให้โทษทางอาญามีความแตกต่างจาก "การบังคับใช้กฎหมาย (Sanctions)" ประเภทอื่น ๆ[๑๑] นอกจากนี้ ความเด่นชัดของ "โทษทางอาญา" ที่มีวัตถุประสงค์แสดงออกถึงเรื่องของ **"จริยธรรมทางสังคม (social ethics)"** และลักษณะพิเศษของ **"ความรุนแรงของการลงโทษของรัฐ (Die Ernst der staatlichen Strafe; The severity of the State penalty)"** ทำให้โทษทางอาญามีลักษณะแตกต่างไปจากการลงโทษอื่น ๆ ดังนี้

**๓.๑.๑ ความแตกต่างระหว่าง "โทษทางอาญา" และ "การลงโทษในทางแพ่ง"**

ความแตกต่างระหว่าง "โทษทางอาญา" และ "การลงโทษในทางแพ่ง" ที่เห็นได้อย่างชัดเจนก็คือ การลงโทษในทางแพ่งจะเป็นการกำหนดให้มีการชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทน ดังจะเห็นได้จากกรณีที่เกิดจากการกระทำผิดสัญญาหรือการกระทำละเมิด หรือในกรณีของการชำระเบี้ยปรับที่ในบางกรณีอาจจะมีมูลค่าทางการเงินที่สูงกว่าค่าปรับในทางอาญาหลายเท่าตัว แต่ไม่ว่าจะเป็นกรณีของการชดใช้ค่าเสียหาย ค่าสินไหมทดแทน หรือการชำระเบี้ยปรับที่แม้จะถือว่าเป็นลักษณะของ "การบังคับใช้กฎหมาย (Sanctions)" ในทางแพ่งก็ตาม แต่การบังคับใช้ดังกล่าวก็ไม่ได้มีการแสดงออกถึงเรื่องของ **"จริยธรรมทางสังคม (social ethics)"** ดังที่ปรากฏใน "โทษทางอาญา" แต่อย่างใด

**๓.๑.๒ ความแตกต่างระหว่าง "ค่าปรับในทางอาญา (Geldstrafe)" และ "การลงโทษปรับในทางปกครอง (Geldbuße)"**

ความแตกต่างระหว่างค่าปรับในทางอาญา (Geldstrafe) และการลงโทษปรับในทางปกครอง (Geldbuße) นั้น สามารถพิจารณาได้จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

---

[๑๐] แม้จะปรากฏว่าการลงโทษทางอาญายังมีวัตถุประสงค์ด้านอื่น ๆ อยู่ด้วยก็ตาม เช่น มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นให้สังคม หรือมีวัตถุประสงค์เป็นการข่มขู่มิให้บุคคลอื่น ๆ ในสังคมกระทำความผิด เป็นต้น แต่วัตถุประสงค์ดังกล่าวก็มิได้มีลักษณะเด่นชัดเท่ากับวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการแก้แค้นตอบโต้ต่อผู้กระทำผิด

[๑๑] Harro Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage 2004, § 1 Rn. 8.

แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน[๑๒] โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้มีคำวินิจฉัยไว้ว่า แม้ว่าค่าปรับในทางอาญา (Geldstrafe) และการลงโทษปรับในทางปกครอง (Geldbuße) จะส่งผลเสียหายในทางการเงินแบบเดียวกันก็ตาม แต่การลงโทษปรับในทางอาญานั้น ถือเป็นการลงโทษในทางอาญาที่เป็นการตัดสินใจให้มีการลงโทษต่อผู้กระทำความผิดที่กระทบต่อชื่อเสียงเกียรติยศของบุคคล และเป็นการตัดสินใจลงโทษที่เบ็ดเสร็จเด็ดขาดที่แสดงต่อพฤติกรรมและการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายของผู้กระทำความผิด ในขณะที่การลงโทษปรับทางปกครองนั้นเป็นเพียงการตักเตือนให้ทราบถึงหน้าที่ของบุคคล หาได้มีน้ำหนักของการลงโทษที่ไปกระทบต่อชื่อเสียงเกียรติยศของบุคคลไม่ เนื่องจากโทษปรับในทางปกครองขาดองค์ประกอบสำคัญที่เรียกว่า "ความรุนแรงของการลงโทษของรัฐ (Die Ernst der staatlichen Strafe; The severity of the State penalty)"[๑๓]

**๓.๑.๓ ความแตกต่างระหว่าง "โทษทางอาญา" และ "โทษ" ทางวินัย**

"โทษ" ทางวินัย มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นกลไกที่จะนำมาใช้เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่หรือบุคลากรในองค์การของรัฐนั้น ๆ กระทำการใดที่ก่อให้เกิดผลเสียหายและกระทบต่อการดำเนินกิจการขององค์การของรัฐ[๑๔] การดำเนินการทางวินัยกับเจ้าหน้าที่หรือบุคลากรในองค์การของรัฐจึงไม่ได้อยู่ในความหมายของ "การลงโทษ" ทั้งยังอยู่ในระดับที่ไม่ใช่เรื่องของการแก้แค้นหรือการลงโทษต่อความผิดดังที่ปรากฏอยู่ในการลงโทษทางอาญาแต่อย่างใด องค์การของรัฐจึงสามารถดำเนินการโดยใช้มาตรการทางวินัยควบคู่ไปกับการดำเนินการเพื่อลงโทษทางอาญาได้ หากการกระทำผิดวินัยของเจ้าหน้าที่หรือบุคลากรในองค์การของรัฐนั้นครบองค์ประกอบความผิดในทางกฎหมายอาญา

**๓.๒ เกณฑ์การพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญา : ข้อจำกัดของการบัญญัติโทษทางอาญา**

**๓.๒.๑ คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง (Rechtsgut; legally protected right)**

กฎหมายอาญาและการลงโทษทางอาญาต้องการที่คุ้มครองให้บุคคลสามารถดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างสงบสุขและพัฒนาตนเองในสังคมได้อย่างราบรื่น กฎหมายอาญาจึงมุ่งที่จะคุ้มครองหลักการพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันในสังคม (Rechtsgesellschaft; a law abiding society) โดยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพพื้นฐานมิให้ถูกลิดรอน ซึ่ง "พื้นที่ปริมณฑลหรือ

---

[๑๒] ในส่วนนี้ผู้เขียนจะนำเสนอความแตกต่างระหว่าง "ค่าปรับในทางอาญา (Geldstrafe)" และ "การลงโทษปรับในทางปกครอง (Geldbuße)" ในเบื้องต้น รายละเอียดในเรื่องนี้ผู้เขียนจะนำเสนอต่อไปในหัวข้อที่ ๕

[๑๓] BVerfGE 27, S. 33 อ้างใน Harro Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage 2004, § 1 Rn. 9.

[๑๔] Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1991, S. 57.

ขอบเขต" ที่บุคคลจะได้รับการคุ้มครองนี้ในทางกฎหมายอาญาเรียกว่า "คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง (Rechtsgut; legally protected right)"[๑๕] ดังนั้น เกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญาจึงจะต้องมีความแน่นอนชัดเจน และโดยทั่วไปแล้วการกำหนดคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองจะถือเอาบุคคลผู้ทรงสิทธิเป็นศูนย์กลางในการพิจารณา (monistisch-personale Rechtsgutlehre)[๑๖] กล่าวคือ คุณธรรมทางกฎหมายจะต้องมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองบุคคล แม้แต่คุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองเป็นการทั่วไป (Universalrechtsgut) ก็จะต้องมีจุดเชื่อมโยงมาที่การคุ้มครองบุคคลด้วยเช่นกัน แต่ในทางวิชาการก็มีความเห็นอีกฝ่ายหนึ่งที่เห็นว่า คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง (Rechtsgut; legally protected right) สามารถแยกได้เป็นสองประเภท (dualistische Rechtsgutslehre) คือ (๑) คุณธรรมทางกฎหมายประเภทที่มุ่งจะคุ้มครองบุคคล และ (๒) คุณธรรมทางกฎหมายประเภทที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองเป็นการทั่วไป[๑๗] อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน[๑๘] ไม่ได้ให้ความสำคัญกับการนำทฤษฎีว่าด้วยการกำหนดคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครองมาใช้ในการบัญญัติโทษทางอาญาแต่อย่างใด ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะให้น้ำหนักหรือความสำคัญในเรื่อง

---

[๑๕] Harro Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage 2004, § 1 Rn. 21ff.

[๑๖] Vgl. Hassemer/Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2005, vor § 1 Rn. 132 ff., 138; Hassemer, in: Hefendehl/v.Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Die Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel, 2003, S. 57. Zur Kritik an der personalen Rechtsgutslehre vgl.den Überblick bei Neumann, in: ders./Prittwitz (Hrsg.), „Personale Rechtsgutslehre" und „Opferorientierung" im Strafrecht, 2007, S. 85 ff. (90 ff.). in Fn. 11 Stefan Grotz, Die Grenzen der staatlichen Strafgewalt exemplifiziert am neuen Anti-Doping-Tatbestand, Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS) 3/2008, S. 244.

[๑๗] Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 113 ff., 119 f.; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 73 ff.; ders., GA 2002, 20 (24); Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 3Rn. 13. Zur Kritik an der dualistischen Rechtsgutslehre vgl.Hassemer/Neumann (Fn. 11), Vor § 1 Rn. 130. in Fn. 13 Stefan Grotz, Die Grenzen der staatlichen Strafgewalt exemplifiziert am neuen Anti-Doping-Tatbestand, Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS) 3/2008, S. 244.

[๑๘] Vgl. BVerfGE 88, 203 (257); 90, 145 (175, 184). Nach Vogel, StV 1996, 110 (111) Fn. 16, folgt das BVerfG der dualistischen Rechtsgutslehre. Für Marlie, ZJS 2008, 41 Fn. 7, aberist der Rechtsgüterschutz für das BVerfG kein Rechtmäßigkeitskriterium. in Fn. 16 Stefan Grotz, Die Grenzen der staatlichen Strafgewalt exemplifiziert am neuen Anti-Doping-Tatbestand, Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS) 3/2008, S. 244.

การคุ้มครอง **"คุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ (Die elementare Werte eines geordneten Gemeinschaftslebens)"** แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ ผู้ร่างกฎหมายมักจะนำทฤษฎีว่าด้วยการกำหนดคุณธรรมทางกฎหมายมาใช้เป็นเกณฑ์ในการบัญญัติโทษทางอาญาเสมอ ในกรณีที่ไม่มีความซับซ้อน กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ร่างกฎหมายต้องการที่จะคุ้มครองบุคคลเท่านั้น แต่สำหรับในกรณีที่จะคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือในกรณีของคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองเป็นการทั่วไปนั้น ผู้ร่างกฎหมายต้องอาศัย "เกณฑ์อื่น" มาใช้ประกอบการพิจารณาด้วย[๑๙] นอกจากนี้ การที่ผู้ร่างกฎหมายจะกำหนดคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองนั้น ผู้ร่างกฎหมายจะต้องพิจารณาไตร่ตรองชั่งน้ำหนักอย่างรอบคอบ เพราะเมื่อมีการกำหนดคุณธรรมทางกฎหมายไปแล้ว จะส่งผลให้ในทางหนึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของอำนาจรัฐในการลงโทษทางอาญา แต่ในอีกทางหนึ่งก็เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐในการลงโทษทางอาญาเช่นเดียวกัน ดังนั้น การกำหนดคุณธรรมทางกฎหมายจึงถือว่ามีความสำคัญมากต่อการกำหนดแนวทางการควบคุมสังคมโดยกฎหมาย เนื่องจากหากผู้ร่างกฎหมายตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยกำหนดคุณธรรมทางกฎหมายที่มีขอบเขตกว้างเกินไป หรือตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมาใช้บังคับทำให้มีการใช้การตีความคุณธรรมทางกฎหมายกว้างเกินไป เช่น การกำหนดคุณธรรมทางกฎหมายไว้ว่าเป็นเรื่องของความมั่นคงแห่งรัฐก็ดี หรือเรื่องของศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ดี กรณีอาจจะทำให้มาตรการหรือกลไกการควบคุมทางสังคมผ่านการตรากฎหมายไม่อาจจะสัมฤทธิ์ผลได้ ในทางกลับกัน แทนที่การตรากฎหมายจะสามารถกำหนดทิศทางให้สังคมมีความสงบสุขเรียบร้อยและสามารถพัฒนาต่อไปได้ก็อาจจะทำให้เกิดความวุ่นวายในสังคมขึ้นแทนก็เป็นไปได้

**๓.๒.๒ กฎหมายอาญาในฐานะมาตรการสุดท้าย (Ultima Ratio)**

เนื่องจากการลงโทษทางอาญาเป็นการตำหนิและแก้แค้น แสดงถึงการไม่ยอมรับในตัวผู้กระทำความผิดและพฤติกรรมที่ขัดต่อจริยธรรมทางสังคม ทำให้การลงโทษทางอาญาส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลอย่างรุนแรง และแม้ว่าการลงโทษทางอาญาจะเป็นเพียงการสั่งปรับเงินเท่านั้นก็ตาม แต่การปรับเงินที่เป็นการลงโทษทางอาญาก็แฝงไปด้วยวัตถุประสงค์ที่รุนแรงต้องการให้ผู้กระทำความผิดสำนึกผิดในบาปของตน ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า การลงโทษทางอาญาเป็นเพียงมาตรการหนึ่งใน "การบังคับใช้กฎหมาย (Sanctions)" เพื่อให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชนปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งเมื่อคำนึงถึงความรุนแรงของผลกระทบที่เกิดจากการลงโทษทางอาญาแล้ว โทษทางอาญาจึงจะต้องถูกนำมาใช้เฉพาะเท่าที่จำเป็น เกณฑ์ที่จะนำมาใช้พิจารณาว่าโทษทางอาญามีความจำเป็นหรือไม่ ก็อยู่ภายใต้กรอบการพิจารณาของ **"หลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeitsprinzip; Principle of proportionality)"** กล่าวคือ หากปรากฏว่า การนำมาตรการในทางแพ่ง มาตรการในทางปกครอง

---

[๑๙] โปรดดูในหัวข้อ ๓.๒.๒ กฎหมายอาญาในฐานะมาตรการสุดท้าย (Ultima Ratio)

หรือมาตรการทางสังคมอย่างไม่เป็นทางการอื่น ๆ มาใช้แล้วสามารถทำให้คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองบรรลุวัตถุประสงค์ได้ดีกว่าหรือทำนองเดียวกับการใช้มาตรการลงโทษทางอาญา และมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลน้อยกว่า การกำหนดให้การกระทำนั้นมีโทษทางอาญา จึงไม่มีความจำเป็น[๒๐] และการที่ผู้ร่างกฎหมายจะนำกฎหมายอาญามาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือคุณธรรมทางกฎหมายประเภทที่มุ่งประสงค์คุ้มครองเป็นการทั่วไป (Universalrechtsgut) แม้ผู้ร่างกฎหมายอาจจะเห็นว่าเป็นวิธีการที่สามารถจะข่มขู่บุคคลมิให้กระทำความผิด อันเป็นการป้องกันการกระทำความผิดได้ดีที่สุดก็ตาม แต่ผู้ร่างกฎหมายหรือรัฐที่เคารพต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลย่อมจะต้องคำนึงถึงด้วยว่า กฎหมายอาญาและการลงโทษทางอาญานั้นถือเป็นเครื่องมือที่สร้างความรุนแรงให้เกิดแก่สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลได้ ดังนั้น การที่ผู้ร่างกฎหมายหรือรัฐจะใช้กฎหมายอาญาและการลงโทษทางอาญาในฐานะ **"เครื่องมือประเภทแรก (prima ratio)"** ย่อมจะขัดต่อความเป็นนิติรัฐ และในกรณีที่ผู้ร่างกฎหมายหรือรัฐยังไม่มั่นใจหรือยังไม่อาจจะวินิจฉัยได้ว่า กฎหมายอาญาและการลงโทษทางอาญามีความจำเป็นต่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะโดยจะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลน้อยที่สุดได้หรือไม่ นั้น ให้ถือว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลนั้นต้องมาก่อนเสมอ (in dubio pro libertate) เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายหรือรัฐยังมีเครื่องมือหรือมาตรการในทางกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครองที่สามารถนำมาใช้ เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะได้เช่นเดียวกัน

### ๓.๓ ตัวอย่างเกณฑ์การพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดสภาพการบังคับใช้ทางกฎหมายอาญา (Strafrechtliche Sanktionen; criminal sanctions)[๒๑]

#### ๓.๓.๑ การกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดฐานทำให้แท้งลูก[๒๒]

**ข้อเท็จจริง :** รัฐสภาเยอรมันได้ผ่านร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา โดยมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดฐานทำให้แท้งลูก[๒๓] ซึ่งได้มีการกำหนดโทษทางอาญาใหม่ โดยมีประเด็นที่ถกเถียงกันอย่างมากคือการที่ร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวได้มีการปรับปรุงแก้ไขโดยกำหนดหลักการใหม่ให้มีการยกเว้นโทษทางอาญาสำหรับความผิดฐานทำให้แท้งลูก ในกรณีที่มีการทำแท้งภายในระยะเวลา ๑๒ สัปดาห์

---

[๒๐] Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1991, S. 48.

[๒๑] สรุปมาจาก Stefan Grotz, Die Grenzen der staatlichen Strafgewalt exemplifiziert am neuen Anti-Doping-Tatbestand, Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS) 3/2008, S. 244.

[๒๒] สรุปมาจาก BVerfG : Verfassungsrechtliche Grenzen der Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs, NJW 1975, 573

[๒๓] Das Fünfte Gesetz zur Reform des Strafrechts (5. StrRG) v. 18. 6. 1974 (BGBl I, 1297) hat die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs neu geregelt. (การปฏิรูปประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ ๕ ลงวันที่ ๑๘.๖.๑๙๗๔ (ราชกิจจานุเบกษา I, หน้า ๑๒๙๗) ได้มีการกำหนดโทษอาญาเกี่ยวกับการทำแท้งใหม่)

นับแต่วันที่มีการปฏิสนธิ และในกรณีที่การทำแท้งได้กระทำโดยการปรึกษาแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ ในกรณีดังกล่าวผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษทางอาญา อย่างไรก็ตาม ต่อมา ได้มีการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันว่า บทบัญญัติตามรัฐบัญญัติดังกล่าวนั้นขัดต่อกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญของเยอรมันหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่ว่า "การกำหนดหลักการให้มีการยกเว้นโทษทางอาญาในความผิดฐานทำให้แท้งลูกในกรณีที่มีการทำแท้งภายในระยะเวลา ๑๒ สัปดาห์นับแต่วันที่มีการปฏิสนธิ"

**ข้อพิจารณา** : แม้ว่าประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันวินิจฉัยจะเป็นเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกำหนดหลักการให้มียกเว้นโทษทางอาญาก็ตาม แต่การที่ผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันในคดีนี้ คือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรส่วนหนึ่งที่มีความเห็นว่า สมควรกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดฐานการทำให้แท้งลูกไว้ในลักษณะเป็นหลักการทั่วไป ส่วนการกำหนดหลักการให้มีข้อยกเว้นสำหรับการกระทำความผิดฐานดังกล่าวว่า ในกรณีที่มีการทำแท้งภายในระยะเวลา ๑๒ สัปดาห์นับแต่วันที่มีการปฏิสนธิ ผู้กระทำความผิดได้รับการยกโทษนั้น เป็นหลักการที่ไม่เหมาะสม ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้วินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในคดีนี้ ซึ่งสามารถนำมาใช้เป็นตัวอย่างของเกณฑ์ในการพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดสภาพการบังคับใช้กฎหมายอาญาหรือการกำหนดโทษทางอาญาได้ ดังนี้

**(๑) คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง (Rechtsgut)**

การกำหนดขอบเขตแห่งการกำหนดโทษโดยการพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งที่ระบบกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ให้ความรับรองและคุ้มครอง จะทำให้ผู้ร่างกฎหมายสามารถสร้างหรือกำหนดขอบเขตระหว่างแดนที่ต้องการกำหนดให้มีโทษทางอาญาและแดนที่อยู่นอกเหนือไปจากการให้ความรับรองคุ้มครองซึ่งไม่จำต้องกำหนดโทษทางอาญาไว้ ดังปรากฏตามภาพ

ในการพิจารณาว่าสมควรจะกำหนดโทษหรือยกเว้นโทษในความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้หรือไม่ อย่างไร นั้น ในเบื้องต้นจึงต้องพิจารณาให้ได้ความเสียก่อนว่า คุณธรรมทางกฎหมายที่ผู้ร่างกฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครองนั้นคืออะไร และมีขอบเขตอย่างไร ซึ่งในกรณีนี้

ก็คือ การคุ้มครองทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาและยังไม่มีสภาพบุคคลนั้น จะอยู่ภายใต้การรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอย่างไร และมีขอบเขตเช่นใดบ้าง

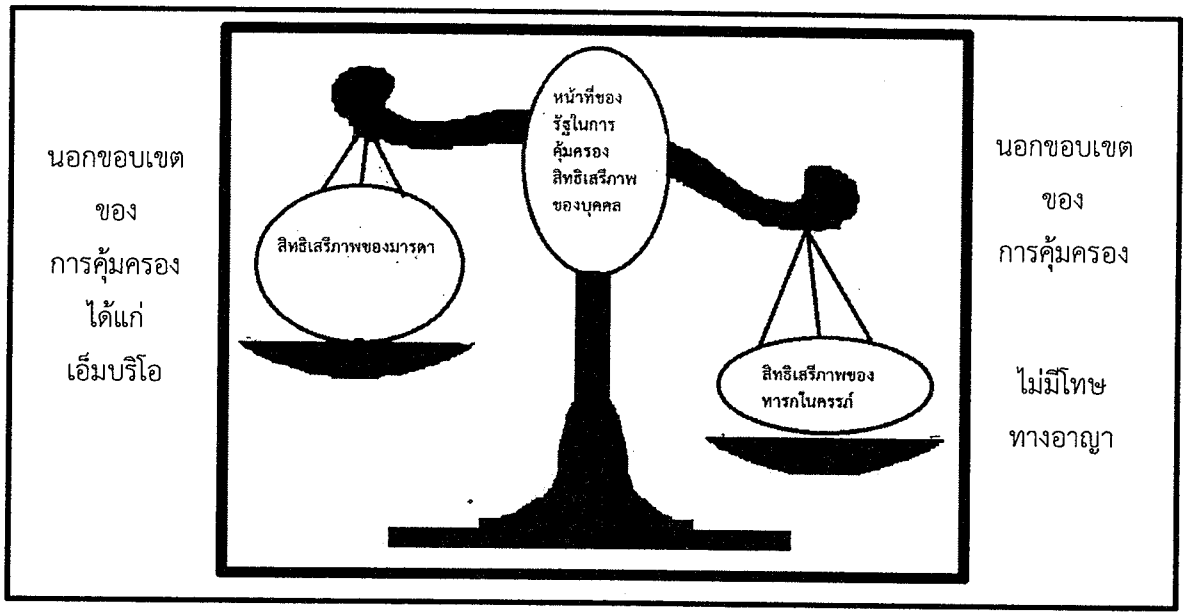
**(๑.๑) การกำหนดเนื้อหาสาระของคุณธรรมทางกฎหมาย : ภาระหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิ่งมีชีวิตที่จะพัฒนาเป็นมนุษย์**

แม้ทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาจะยังไม่มีสภาพบุคคล แต่ก็ถือได้ว่าเป็นผู้ทรงสิทธิเสรีภาพบางประการได้ กฎหมายจึงมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองทารกที่อยู่ในครรภ์มารดามิให้ถูกทำลาย ถือเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาที่สามารถตัดสินใจได้เองว่าจะคงอยู่ต่อไปหรือไม่ นอกจากนี้ หากไม่ให้การรับรองคุ้มครองสิ่งมีชีวิตที่จะพัฒนาเป็นมนุษย์เข้าไว้ด้วยแล้ว การคุ้มครองมนุษย์จากการถูกลิดรอนสิทธิเสรีภาพจากการล่วงละเมิดของรัฐก็จะไม่มีความสมบูรณ์ได้ อีกทั้งยังถือว่าเป็นหน้าที่ของรัฐในการให้การรับรองคุ้มครองชีวิตมนุษย์ เนื่องจาก ณ ที่แห่งใดก็ตามที่มีชีวิตของมนุษย์ถือกำเนิดขึ้น ณ ที่แห่งนั้น ก็จะปรากฏศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก็มิได้กำหนดไว้ว่า จะคุ้มครองแต่เฉพาะผู้ทรงสิทธิที่รู้ถึงสิทธิแห่งตนแล้วเท่านั้น ดังนั้น แม้ทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาจะมีสภาพเป็นเพียงสิ่งมีชีวิตที่จะพัฒนาต่อไปเป็นมนุษย์ ก็ย่อมถือได้ว่าสิ่งมีชีวิตนั้นอยู่ภายใต้การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยเช่นเดียวกัน และการคุ้มครองนี้ก็ไม่จำกัดอยู่แต่เพียงการป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจเข้าไปลิดรอนสิทธิเสรีภาพเท่านั้น แต่รัฐยังมีหน้าที่ปกป้องและคุ้มครองมิให้บุคคลอื่นเข้าไปล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพดังกล่าวอีกด้วย และในกรณีนี้ก็คือ การคุ้มครองทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาให้ปลอดภัยและรอดพ้นจากเงื้อมมือของมารดานั่นเอง

**(๑.๒) ขอบเขตและข้อจำกัดของคุณธรรมทางกฎหมาย : สิทธิเสรีภาพของมารดาที่ตั้งครรภ์**

เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างมารดาและทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาอยู่ในลักษณะความสัมพันธ์พิเศษ และการตั้งครรภ์ของมารดาก็อยู่ภายใต้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของมารดาด้วยเช่นเดียวกัน ดังนั้น มารดาที่ตั้งครรภ์จึงยังมีเสรีภาพในการกำหนดความเป็นไปของตนได้ ซึ่งทำให้แม้จะมีการปฏิสนธิแล้วก็ตาม หากแต่ยังเป็นเพียงเอ็มบริโอหรือสิ่งมีชีวิตที่จะพัฒนาเป็นมนุษย์ซึ่งเกิดขึ้นในช่วงระยะแรกของการเจริญเติบโตอยู่ เอ็มบริโอจึงถือเป็นเพียงส่วนหนึ่งของร่างกายมารดาที่ตั้งครรภ์ ดังนั้น การที่มารดาที่ตั้งครรภ์ขับเอ็มบริโอออกมาจากร่างกายในช่วงนี้ จึงยังไม่ถือว่าเป็นการทำแท้ง อย่างไรก็ตาม หากเอ็มบริโอพัฒนาจนกลายสภาพเป็นสิ่งมีชีวิตที่แยกออกมาต่างหากจากมารดาแล้ว ย่อมต้องอยู่ภายใต้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพด้วย ทำให้มารดาที่ตั้งครรภ์แม้จะมีเสรีภาพในการดำเนินการกับเนื้อตัวร่างกายของตนเองก็ตาม หากแต่ไม่อาจจะกระทำการใด ๆ ที่ไปกระทบต่อบุคคลอื่นได้ และเมื่อในกรณีนี้มีสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งของมารดาที่ตั้งครรภ์และทารกในครรภ์มารดา ผู้ร่างกฎหมายจึงจำเป็นต้องชั่งน้ำหนักความสำคัญของสิทธิเสรีภาพทั้งสองประการดังกล่าว เนื่องจากทั้งมารดาที่ตั้งครรภ์และทารกในครรภ์ของมารดาต่างก็ได้รับความคุ้มครองในเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกัน และเมื่อมนุษย์ต่างก็มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่าเทียมกันแล้ว การชั่งน้ำหนักความสำคัญ

ในเรื่องนี้ จึงไม่อาจจะชี้ชัดได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ใดมีความสำคัญหรืออยู่ในฐานะที่เหนือกว่ากัน อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในแง่มุมของการตีความเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานแล้ว เมื่อมารดาที่ตั้งครรภ์จะใช้สิทธิเสรีภาพของตนไปในลักษณะที่การทำลายชีวิตหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของทารกในครรภ์มารดาแล้ว จึงจะต้องตีความไปในทางที่เป็นการให้ความรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลก่อน ซึ่งจะมีผลทำให้การคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มารดามีคุณค่ามากกว่าสิทธิเสรีภาพของมารดาที่ตั้งครรภ์




**(๒) กฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นทางเลือกสุดท้าย (Ultima Ratio)**

เมื่อในกรณีนี้เป็นการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของทารกที่อยู่ในครรภ์มารดา อันเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายแล้ว การที่รัฐจะให้การคุ้มครองมากน้อยเพียงใด และอย่างใดนั้น จึงอยู่ในดุลพินิจของผู้ร่างกฎหมาย ซึ่งมีข้อพิจารณาคำนึงถึง ดังนี้

(๒.๑) มาตรการหรือกลไกที่จะกำหนดไว้ในกฎหมาย จะต้องมีประสิทธิภาพที่จะสามารถให้การคุ้มครองทารกในครรภ์มารดาจากการทำแท้งได้

(๒.๒) ต้องพิจารณานำมาตรการป้องกันมาใช้ก่อนที่จะใช้มาตรการลงโทษ (Vorrang der Prävention vor der Repression)[๒๔]

ก. ดุลพินิจของผู้ร่างกฎหมายที่จะกำหนดมาตรการในการช่วยเหลือ หรือนโยบายทางด้านสวัสดิการสังคม เพื่อที่จะให้ความช่วยเหลือมารดาที่ตั้งครรภ์ให้มีความพร้อมที่จะสามารถดูแลทารกในครรภ์ได้ การให้ความช่วยเหลือมารดาที่ตั้งครรภ์นี้ต้องถือเป็นหน้าที่หลัก เนื่องจากพัฒนาการเจริญเติบโตของทารกในครรภ์มารดาขึ้นอยู่กับสภาพของมารดาที่ตั้งครรภ์เป็นหลัก

---

[๒๔] BVerfGE 30, 336 (350).

ข. ปัญหาของการใช้มาตรการป้องกันเพื่อมิให้เกิดการทำแท้ง ส่วนใหญ่การใช้มาตรการป้องกันจะให้ผลทางอ้อมและใช้ระยะเวลานานที่จะทำให้เกิดความรู้ความเข้าใจ และสามารถเปลี่ยนแปลงทัศนคติของสังคมได้

(๒.๓) ความจำเป็นในการกำหนดสภาพบังคับใช้ทางกฎหมายโดยบัญญัติให้มีโทษทางอาญา กรณีนี้ไม่อาจจะพิจารณาเพียงแค่ว่ารัฐต้องกำหนดโทษทางอาญาสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งหรือไม่ แต่ต้องเป็นการพิจารณาในภาพรวมว่า การล่วงละเมิดคุณค่าของคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครอง ซึ่งในกรณีนี้คือทารกในครรภ์มารดา และขนาดความร้ายแรงของการกระทำที่สร้างความเสียหายให้เกิดขึ้นแก่สังคม โดยจะต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับโทษทางอาญาในกรณีที่ใกล้เคียงกันด้วย อีกทั้งยังจะต้องประเมินสถานะของกฎหมายอาญาในสภาพสังคมสมัยใหม่ รวมถึงสภาพบังคับใช้ทางกฎหมายอาญาในทางปฏิบัติว่าจะส่งผลเช่นใด ซึ่งจะต้องคำนึงถึงการกำหนดมาตรการบังคับทางกฎหมายประเภทอื่น ๆ ประกอบด้วย

(๒.๔) ความชอบธรรมในการกำหนดโทษทางอาญาตั้งอยู่บนพื้นฐานของการลงโทษพฤติกรรมหรือการกระทำของบุคคลที่สร้างความเสียหายให้แก่สังคม (sozialschädliche Handlung) อย่างร้ายแรง และการที่จะพิจารณาได้ว่าพฤติกรรมหรือการกระทำใดสร้างความเสียหายต่อสังคมอย่างร้ายแรงหรือไม่ นั้น ก็ขึ้นอยู่กับขอบเขตของคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครอง เมื่อคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองในกรณีการทำแท้งคือ “การคุ้มครองชีวิต” ของทารกที่อยู่ในครรภ์มารดา การทำแท้งคือการ “ทำลายชีวิต” ซึ่งถือว่ามีระดับของการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างรุนแรง ดังนั้น การกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดฐานทำให้แท้งลูกจึงมีความถูกต้องชอบธรรมแล้ว

(๒.๕) การคุ้มครองทารกในครรภ์มารดาจะต้องเป็นการคุ้มครองชีวิตทารกเอาไว้จนกว่าทารกจะคลอดออกมา ซึ่งเป็นการคุ้มครองชีวิตตลอดช่วงระยะเวลาที่มารดาตั้งครรภ์ อีกทั้งการคุ้มครองชีวิตทารกต้องมาก่อนเสรีภาพของมารดา ดังนั้น การที่ผู้ร่างกฎหมายกำหนดระยะเวลาที่จะให้มารดาสามารถทำลายชีวิตทารกได้โดยไม่ต้องมีโทษทางอาญานั้นจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญของเยอรมัน

**๓.๔ บทสรุปเกณฑ์ประการที่หนึ่ง : ข้อจำกัดของผู้ร่างกฎหมายในการกำหนดโทษทางอาญา**

ในการพิจารณากำหนดโทษทางอาญาไว้เพื่อเป็นกลไกควบคุมสังคมนั้น ด้วยเหตุที่โทษทางอาญามีลักษณะพื้นฐานที่ต้องการ “แก้แค้น (ลงโทษ)” ผู้กระทำความผิดหรือที่เรียกว่าอาชญากร ทำให้โทษทางอาญาเป็นกลไกควบคุมทางสังคมที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลรุนแรงมากที่สุด ดังนั้น ในการกำหนดสภาพการบังคับใช้ของกฎหมายที่อาศัยกลไกที่เป็นโทษทางอาญา ผู้ร่างกฎหมายจึงสมควรจะนำโทษทางอาญามาใช้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น โดยมีเกณฑ์ที่จะต้องพิจารณา ดังนี้

**๓.๔.๑ การกำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมายและขอบเขตของคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครอง**

การกำหนดขอบเขตของคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครอง สามารถพิจารณาแยกประเภทของคุณธรรมทางกฎหมายได้เป็นสองประเภท คือ

**หนึ่ง** คุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองบุคคล โดยถือเอาสิทธิของบุคคลเป็นศูนย์กลางในการกำหนดขอบเขตการให้ความคุ้มครอง (personale Rechtsgüter) เช่น ชีวิต (ความผิดเกี่ยวกับการฆ่าคนตาย) สุขภาพร่างกาย (ความผิดเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกาย) เสรีภาพ (ความผิดเกี่ยวกับการกักขังหน่วงเหนี่ยว) หรือกรรมสิทธิ์ (ความผิดเกี่ยวกับการลักทรัพย์) เป็นต้น

**สอง** คุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองเป็นการทั่วไป (Universalrechtsgüter) เช่น ความมั่นคงเกี่ยวกับระบบเงินตราของประเทศ (ความผิดเกี่ยวกับเงินตรา) หรือความมั่นคงของรัฐ (ความผิดเกี่ยวกับการปลุกปั่นประชาชน) เป็นต้น

โดยจะต้องพิจารณาแยกให้ได้ว่าสิ่งใดที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองและสิ่งใดที่กฎหมายไม่ประสงค์จะให้ความคุ้มครอง

**๓.๔.๒ ความจำเป็นในการกำหนดให้มีโทษทางอาญา**

(๑) คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองต้องมีความถูกต้องชอบธรรม (Legitimer Zweck; legitimate purpose) และไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญ เช่น การคุ้มครองพฤติกรรมหรือการกระทำที่กำหนดให้มีการทำลายชีวิตผู้อื่นได้ (ความผิดฐานทำให้แท้งลูก) เป็นต้น

(๒) หลักความสัมฤทธิ์ผล (Geeignetheit; Appropriateness) การกำหนดโทษทางอาญาจะต้องสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ต้องการได้ ซึ่งจะต้องพิจารณาว่าการกำหนดโทษทางอาญานั้น จะสามารถทำให้

ก. บรรลุวัตถุประสงค์ในการข่มขู่บุคคลอื่นมิให้กระทำความผิดในทำนองเดียวกัน (Generalprävention; general prevention) และ

ข. บรรลุวัตถุประสงค์เพื่อมิให้ผู้กระทำความผิดนั้นกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันนั้นซ้ำอีก โดยการลงโทษผู้นั้น (Spezialprävention; special prevention)

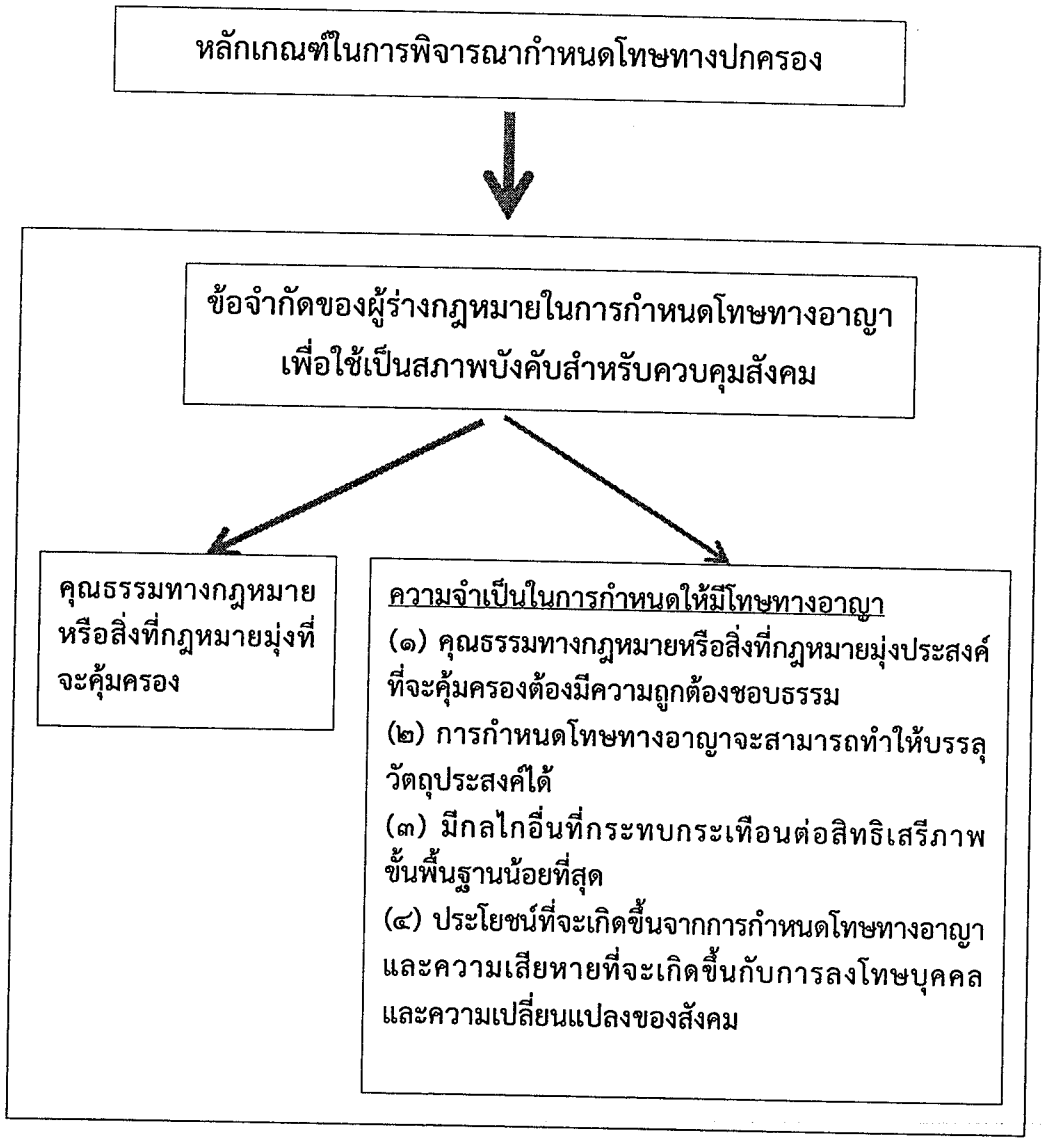
(๓) หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit; necessity) เมื่อการลงโทษทางอาญาเป็นกลไกควบคุมสังคมประเภทหนึ่งแล้ว ผู้ร่างกฎหมายจึงต้องพิจารณาด้วยว่ามีเครื่องมือหรือมาตรการบังคับใช้กฎหมายอื่นที่สามารถนำมาใช้เพื่อให้ได้ผลเช่นเดียวกับการกำหนดโทษทางอาญาและกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลน้อยกว่าโทษทางอาญาหรือไม่

(๓.๑) กลไกควบคุมทางสังคมประเภทอื่น ๆ ที่ส่งผลเช่นเดียวกับการกำหนดโทษทางอาญา เช่น สภาพการบังคับใช้ทางกฎหมายเอกชน เช่น การชดใช้ค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญาหรือการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นกรณีละเมิด เป็นต้น หรือสภาพบังคับทางกฎหมายปกครอง เช่น มาตรการบังคับทางปกครอง โทษปรับทางปกครอง เป็นต้น

(๓.๒) การกำหนดองค์ประกอบโครงสร้างของความรับผิดและระวางโทษ

(๔) การชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นจากการกำหนดโทษทางอาญาและความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับการลงโทษบุคคลและความเปลี่ยนแปลงของสังคม หรือที่เรียกว่า **"หลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn; Principle of proportionality in the narrow sense)"**

**๓.๕ หลักเกณฑ์ที่หนึ่งที่นำมาพิจารณากำหนดโทษทางปกครอง : ข้อจำกัดของผู้ร่างกฎหมายในการกำหนดโทษทางอาญา เพื่อใช้เป็นสภาพบังคับสำหรับควบคุมสังคม**



**๔. เกณฑ์ประการที่สอง : สภาพบังคับทางกฎหมายปกครอง (Verwaltungsrechtliche Sanktionen; administrative sanctions)**

**๔.๑ ความทั่วไปว่าด้วยการตรา "กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz)"[๒๕] มาใช้บังคับแทนที่การกำหนดโทษทางอาญา**

นอกเหนือไปจากการจำกัดขอบเขตของการกำหนดโทษทางอาญาโดยอาศัยการกำหนดขอบเขตของคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครอง และการนำโทษทางอาญามาใช้เป็นทางเลือกสุดท้าย (Ultima Ratio) ซึ่งหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้พิจารณาคือ หลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeitsprinzip; Principle of proportionality) หากปรากฏว่ามาตรการในทางแพ่ง มาตรการในทางปกครอง หรือมาตรการทางสังคมอย่างไม่เป็นทางการอื่น ๆ สามารถทำให้สิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองบรรลุวัตถุประสงค์ได้ดีกว่าหรือเช่นเดียวกับการลงโทษทางอาญา และกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลน้อยกว่า การกำหนดให้การกระทำนั้นมีโทษทางอาญา จึงไม่มีความจำเป็นอีก[๒๖] ซึ่งเป็นเกณฑ์การพิจารณาที่เป็นไปตามข้อจำกัดของการกำหนดโทษทางอาญาเพื่อควบคุมสังคมที่ว่า ผู้ร่างกฎหมายจะต้องพิจารณาใช้ **"มาตรการป้องกันก่อนที่จะใช้มาตรการลงโทษ (Vorrang der Prävention vor der Repression)"**

กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigetz) เป็นกฎหมายปกครองประเภทหนึ่งที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการในฐานะฝ่ายปกครอง ที่ใช้อำนาจในทางปกครองเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมโดยเป็นการป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น (prävention) ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างไปจากเจ้าหน้าที่ตำรวจ

---

[๒๕] "กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigetz)" หมายถึง กฎหมายที่ให้อำนาจตำรวจดำเนินการในฐานะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจในทางปกครองเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม ซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ดำเนินการตามกฎหมายอาญาเพื่อจับกุมและนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดย "กฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz)" แบ่งออกได้เป็น ๒ ประเภท (๑) กฎหมายตำรวจทั่วไป (Polizeirecht) ที่ให้อำนาจตำรวจใช้อำนาจทางปกครองเป็นการทั่วไปในการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม และ (๒) กฎหมายตำรวจเฉพาะเรื่องที่ให้อำนาจตำรวจใช้อำนาจทางปกครองตามที่กฎหมายเฉพาะนั้น ๆ กำหนดไว้ เช่น กฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ กฎหมายควบคุมอาคาร หรือ กฎหมายสถานบริการ เป็นต้น

[๒๖] Rüdiger Breuer, Empfehlen sich Änderungen des strafrechtlichen Umweltschutzes insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?, NJW 1988, 2072 (2076).

ที่ดำเนินการตามกฎหมายอาญาเพื่อจับกุมและนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (repression) แม้ว่ามาตรการการกำหนดโทษทางอาญาและมาตรการตามกฎหมายตำรวจจะมีวัตถุประสงค์เพื่อมิให้มีการกระทำการที่ขัดต่อกฎหมายเหมือนกันและสามารถนำมาใช้ควบคุมสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพเช่นเดียวกันก็ตาม แต่กฎหมายตำรวจเป็นกฎหมายที่ผู้ร่างกฎหมายต้องการบัญญัติขึ้นเพื่อใช้ป้องกันมิให้เกิด"การกระทำผิด" ในขณะที่มาตรการการกำหนดโทษทางอาญาเป็นกรณีที่ผู้ร่างกฎหมายต้องการบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อใช้โทษทางอาญานั้นมาข่มขู่มิให้มีการกระทำความผิดเช่นนั้นเกิดขึ้นอีก อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงสภาพบังคับ (sanctions) ทางกฎหมายปกครอง ที่มีลักษณะเป็นป้องกันมิให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายในลักษณะที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าไปดำเนินการจัดการกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและจัดการฟื้นฟูให้เกิดสภาพความชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้สังคมเกิดความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยอีกครั้งหนึ่ง (Wiederherstellung der Rechtsmäßigkeit) ในขณะที่สภาพบังคับในทางอาญาหรือโทษทางอาญามีลักษณะที่ต้องการ "แก้แค้น (ลงโทษ)" ต่อการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย ดังนั้น ในการพิจารณากำหนดโทษทางปกครอง จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่ผู้ร่างกฎหมายจะต้องพิจารณาเกี่ยวกับสภาพบังคับทางปกครองที่จะไปกำหนดภาระหน้าที่ของรัฐในทางปกครองในการป้องกันมิให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายและฟื้นฟูสภาพความชอบด้วยกฎหมาย เมื่อพิจารณาถึงลักษณะความรุนแรงของสภาพบังคับทางปกครอง (Verwaltungsrechtliche Sanktionen; administrative sanctions) ได้แก่ การกำหนดมาตรการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม และโทษทางปกครอง ซึ่งมีความรุนแรงต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยกว่าสภาพบังคับทางอาญา (Strafrechtliche Sanktionen; criminal sanctions) ดังนั้น การตรากฎหมายใดที่ผู้ร่างกฎหมายไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะตำหนิพฤติกรรมหรือการกระทำความผิดของผู้กระทำผิดอย่างรุนแรงดังเช่นอาชญากร แต่มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายและต้องการจัดการฟื้นฟูให้เกิดสภาพความชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้สังคมเกิดความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยอีกครั้งหนึ่ง ผู้ร่างกฎหมายก็ไม่สมควรที่จะมีการตรากฎหมายที่มีการกำหนดโทษทางอาญาเอาไว้ หากแต่สมควรที่จะกำหนดให้มีการสร้างกลไกควบคุมทางสังคมโดยกำหนดให้กฎหมายดังกล่าวมีสภาพบังคับในทางปกครองแทน

### ๔.๒ ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz)[๒๗]

ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและการป้องกันภัยต่าง ๆ ไม่ได้เป็นอำนาจและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจแต่เพียงหน่วยงานเดียว ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักที่ว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่ทั่วไปและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ๆ มีหน้าที่เฉพาะเรื่อง เพราะมีความเชี่ยวชาญพิเศษในด้านนั้น ๆ ดังนั้น จึงมีการให้อำนาจเจ้าหน้าที่

---

[๒๗] เนื้อหาในส่วนนี้ ผู้เขียนนำมาจากบทความ เรื่อง "ปัญหาความขัดแย้งของอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลกับการกระทำหน้าที่ตำรวจในระบบกฎหมายเยอรมัน" ของนายเชิดวุฒิ สินพิมลบูรณ์ ในวารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๙ ฉบับที่ ๑ (มกราคม – เมษายน) ๒๕๕๒, หน้า ๘๔ – หน้า ๑๐๐.

ฝ่ายปกครองต่าง ๆ เป็นการเฉพาะเรื่องโดยอาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติเฉพาะเรื่อง เช่น รัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุม (Versammlungsrecht) และรัฐบัญญัติว่าด้วยการประกอบกิจการทางพาณิชย์ (Gerwerbeordnung) เป็นต้น ส่วนเจ้าหน้าที่ตำรวจทำหน้าที่เพียงการรักษาความสงบเรียบร้อยโดยทั่วไป (allgemeiner Gefahrenabwehr) โดยอาศัยอำนาจตาม "กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz)" ซึ่งอำนาจการตรารัฐบัญญัติดังกล่าวเป็นอำนาจของมลรัฐ โดยกฎหมายตำรวจในระบบกฎหมายเยอรมันมีทั้งสิ้น ๑๖ ฉบับ ด้วยกันตามจำนวนของมลรัฐนั่นเอง อย่างไรก็ตาม เนื้อหาสาระสำคัญของกฎหมายตำรวจในมลรัฐต่าง ๆ ทั้ง ๑๖ มลรัฐ ไม่ได้มีความแตกต่างกันในเนื้อหาสาระสำคัญมากนัก เนื้อหาสาระสำคัญในกฎหมายตำรวจของแต่ละมลรัฐนั้น จะระบุถึงเรื่องอำนาจดำเนินการทั่วไปของเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมและอำนาจในการดำเนินการต่าง ๆ เฉพาะเรื่อง การกำหนดรูปแบบ เงื่อนไข ขั้นตอนและกระบวนในการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจรวมไปถึงการจัดรูปแบบขององค์กร เช่น ในมาตรา ๑ แห่งกฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมของมลรัฐนีเดอร์ซัคเซ่น หรือ Nds. SOG = nidersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่ในการป้องกันภัยภยันตรายร่วมกัน[๒๘] และในมาตรา ๑ วงเล็บ ๒ ประโยคที่หนึ่งแห่งกฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมของมลรัฐนีเดอร์ซัคเซ่น ได้กำหนดวิธีการแบ่งแยกหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจออกจากกันไว้[๒๙] บทบัญญัติมาตรานี้แสดงให้เห็นว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง และเจ้าหน้าที่ตำรวจจะสามารถเข้าไปดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อ

---

[๒๘] § 1 Aufgaben der Verwaltungsbehörden und der Polizei (Nds. SOG)

(1) Die Verwaltungsbehörden und die Polizei haben gemeinsam die Aufgabe der Gefahrenabwehr.

มาตรา ๑ แห่งกฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมของมลรัฐนีเดอร์ซัคเซ่น บัญญัติไว้ว่า

"หน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ตำรวจ

(๑) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่ในการป้องกันภัยภยันตรายร่วมกัน"

[๒๙] § 1 II 1 Nds. SOG

(2) Die Polizei wird in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 tätig, soweit die Gefahrenabwehr durch die Verwaltungsbehörden nicht oder nicht rechtzeitig möglich erscheint.

มาตรา ๑ วงเล็บ ๒ ประโยคที่หนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมของมลรัฐนีเดอร์ซัคเซ่น บัญญัติไว้ว่า

"(๒) เจ้าหน้าที่ตำรวจจะเข้าไปดำเนินการตามบทบัญญัติวงเล็บ ๑ ประโยคที่หนึ่งได้ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่สามารถป้องกันภัยภยันตรายนั้นได้ หรือไม่สามารถป้องกันภัยภยันตรายนั้นได้ทันท่วงที"

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นไม่สามารถป้องกันภัยภยันตรายได้เลย หรือไม่สามารถป้องกันภัยภยันตรายนั้นได้อย่างทันท่วงทีเท่านั้น นั่นก็หมายความว่า หากข้อเท็จจริงใดอยู่ในอำนาจหน้าที่หรือความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามที่รัฐบัญญัติเฉพาะเรื่องกำหนดไว้แล้ว ก็ต้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้รับมอบอำนาจหน้าที่หรือความรับผิดชอบนั้นกระทำการตามที่รัฐบัญญัตินั้นได้ระบุกำหนดอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบไว้เป็นสำคัญ เช่น รัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ (Versammlungsgesetz) ได้บัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ หรือรัฐบัญญัติว่าด้วยการประกอบกิจการทางพาณิชย์ (Gewerbeordnung) ได้บัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าดำเนินการในด้านการประกอบกิจการทางพาณิชย์ และเจ้าหน้าที่ตำรวจจะได้รับมอบหมายเป็นกรณี ๆ ไปตามแต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น ๆ จะร้องขอให้เข้าช่วยเหลือ

สำหรับการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจนั้น “กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigetz)” ได้บัญญัติเรื่องอำนาจและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจไว้ ซึ่งสามารถแบ่งอำนาจดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจออกได้เป็น ๒ ลักษณะ คือ (๑) อำนาจดำเนินการทั่วไปเพื่อป้องกันภัยภยันตราย[๓๐] และ (๒) อำนาจดำเนินการในลักษณะเฉพาะ[๓๑] เช่น การจับกุม คุมขัง ยึด ค้น พิมพ์ลายนิ้วมือ การสะกดรอยติดตาม ปรับ เป็นต้น โดย “กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigetz)” จะกำหนดลักษณะเงื่อนไข ขั้นตอนและกระบวนการในการดำเนินการไว้เป็นเฉพาะ การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

---

[๓๐] § 11 Nds. SOG

Die Verwaltungsbehörde und die Polizei können die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine Gefahr abzuwehren ...

มาตรา ๑๑ แห่งกฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมของมลรัฐนีเดอร์ซัคเซ่น บัญญัติไว้ว่า

“เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองและเจ้าพนักงานตำรวจสามารถใช้มาตรการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งที่จำเป็นเพื่อปกป้องภัยภยันตรายได้ ...”

[๓๑] ยกตัวอย่างเช่นใน § 18 Nds. SOG

Gewahrsam

(1) Die Verwaltungsbehörden und die Polizei können eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn dies ...

มาตรา ๑๘ แห่งกฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมของมลรัฐนีเดอร์ซัคเซ่น บัญญัติไว้ว่า

“การคุมขัง

(๑) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถคุมขังบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้เมื่อ ...”

โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวนั้น เป็นการดำเนินการทางปกครองและก็อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง หากแต่เจ้าหน้าที่ตำรวจก็สามารถอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาดำเนินการลักษณะเช่นเดียวกันได้ เช่น การจับกุม คุมขัง ปรับ เป็นต้น โดยให้ถือว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจนั้นอาจจะไม่สามารถระบุชัดเจนได้ว่าเป็นการดำเนินการตาม "กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigetz)" หรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อีกทั้งลักษณะการดำเนินการแทบไม่มีข้อแตกต่างกัน เช่น การจับกุม การสะกดรอยตาม เป็นต้น จึงเกิดประเด็นปัญหาทางด้านกฎหมายขึ้นในการระบุประเภทการดำเนินการ เนื่องจากการดำเนินการทั้งสองประเภทอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลที่แตกต่างกัน จึงเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องปัญหาอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้

ในระบบกฎหมายเยอรมันมีหลักการพิจารณาแบ่งแยกการดำเนินการทั้งสองลักษณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจออกจากกันไว้ดังนี้ คือ การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่เป็นการดำเนินการทางปกครองมีลักษณะเป็นการดำเนินการที่กระทำการไปเพื่อป้องกัน (präventiv) และรักษาไว้ซึ่งความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gefahrenabwehr)[๓๒] เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจคุมขังบุคคลที่เมาสุราอาละวาดเพื่อป้องกันอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้นกับประชาชนหรือบุคคลทั่วไป เป็นต้น ในขณะที่การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะมีลักษณะเป็นการดำเนินการที่กระทำการไปเพื่อปราบปราม (repressiv) และติดตามเพื่อดำเนินคดีทางอาญา (Strafrechtsverfolgung)[๓๓] เช่น การคุมขังบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อดำเนินคดีอาญาภายหลังที่บุคคลดังกล่าวนั้นได้กระทำความผิดอาญาไปแล้ว เป็นต้น

**๔.๓ ความทั่วไปว่าด้วยนโยบายเกี่ยวกับอาชญากรรม (Kriminalpolitik; criminal policy)**

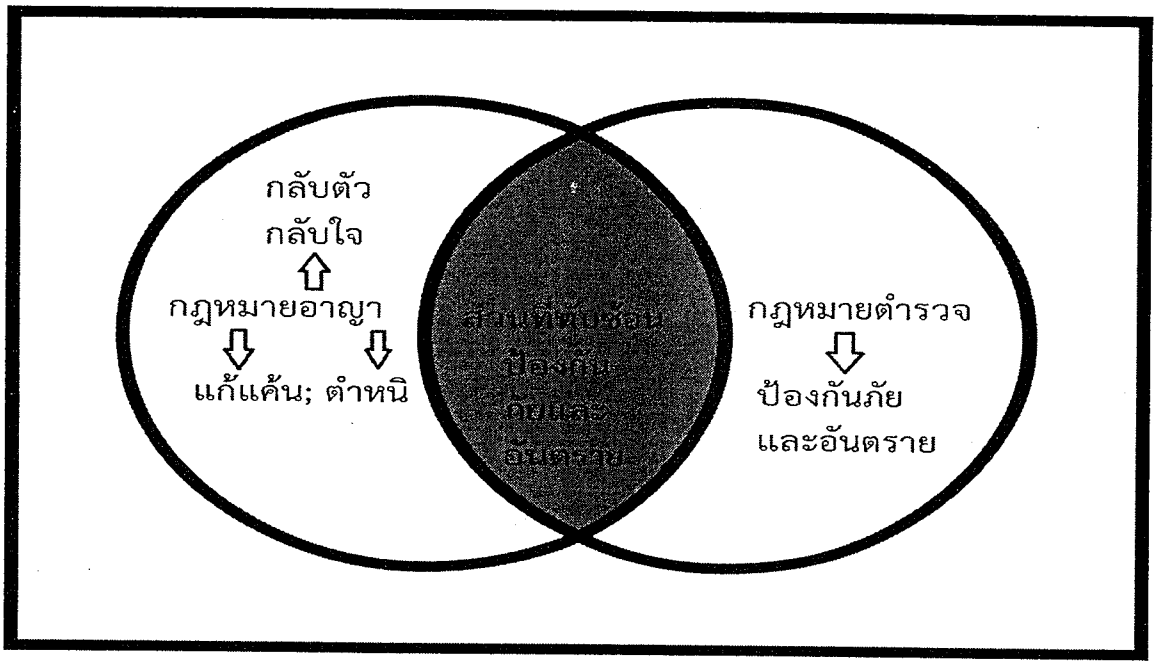
เมื่อรัฐต้องสร้างหลักประกันความคุ้มครองให้แก่ประชาชนในสังคมว่า รัฐจะต้องป้องกันภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ตลอดจนเสรีภาพของบุคคลแล้ว ทำให้กฎหมายอาญาและกฎหมายตำรวจที่แม้จะมีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันก็ตาม แต่ก็มีบางส่วนของเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ที่ทับซ้อนกันได้ นั้น คือ เป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ในส่วนของ **"การป้องกันภัยและอันตรายที่จะมีต่อสังคม (Prävention)"** กล่าวคือ กฎหมายอาญามีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ลงโทษผู้กระทำความผิดซึ่งมีลักษณะเป็นการแก้แค้น การตำหนิ

---

[๓๒] Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 18 Verwaltungsrechtsweg und zuständiges Gericht, Rdnr.63ff.

[๓๓] Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 18 Verwaltungsrechtsweg und zuständiges Gericht, Rdnr.63ff.

การกระทำ การทำให้ผู้กระทำความผิดหรืออาชญากรเปลี่ยนทัศนคติกลับตัวกลับใจเป็นคนดีไม่กระทำความผิดซ้ำอีก และ**การป้องกันภัยและอันตรายที่จะมีต่อสังคม (Prävention)** ซึ่งในส่วนของเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ในตอนท้ายว่าด้วยเรื่องการป้องกันภัยและอันตรายที่จะมีต่อสังคม (Prävention) นี้เอง เป็นวัตถุประสงค์ที่เด่นชัดที่สุดของกฎหมายอาญา และเป็นวัตถุประสงค์ในลักษณะทำนองเดียวกันกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายตำรวจที่มุ่งป้องกันภัยและอันตรายที่จะเกิดขึ้นเป็นสำคัญ (konkurrenzlose Zielbestimmung)[๓๔] ดังปรากฏตามภาพข้างล่าง




พัฒนาการที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญาในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น[๓๕] ในช่วงปี ค.ศ. ๑๙๗๐ – ค.ศ. ๑๙๘๐ เป็นยุคที่มีการยกเลิกโทษทางอาญาในหลากหลายความผิดและกลับไปใช้มาตรการทางกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครองในการควบคุมสังคมแทน แต่ในปัจจุบันนี้ รัฐพยายามที่จะแสดงให้ประชาชนได้เห็นถึงการจัดการด้วยความเฉียบขาดของรัฐเพื่อที่จะรักษาไว้ซึ่งความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมให้แก่ประชาชน โดยการกำหนดโทษทางอาญาเพิ่มมากขึ้น ทั้งการกำหนดโทษทางอาญาสามารถแสดงให้สังคมเห็นได้ว่า รัฐสามารถคุ้มครองความปลอดภัยให้แก่ประชาชนได้ โดยไม่กระทบต่องบประมาณของแผ่นดิน ทำให้รัฐบัญญัติโทษทางอาญาที่แต่เดิมประสงค์ที่จะลงโทษการกระทำ

---

[๓๔] Winfried Hassemer, Strafrecht, Prävention, Vergeltung, ZIS 7/2006, S. 266 – 273.

[๓๕] Bernd Heinrich, Zum heutigen Zustand der Kriminalpolitik in Deutschland, KriPoZ 2017, S. 4 - 20.

ความผิดที่ได้กระทำจนสำเร็จและก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแล้ว (Erfolgsdelikt) เท่านั้น แต่การกระทำในขั้นตอนของตระเตรียมการที่จะกระทำความผิดดังกล่าวนั้น โดยหลักแล้วจะไม่มีความผิด เนื่องจากการกระทำในขั้นตอนของการตระเตรียมการนั้นยังไม่มีการล่วงละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) หรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง แต่ในยุคหลังนี้รัฐมีแนวโน้มที่จะก้าวล่วงเข้าไปกำหนดโทษทางอาญาในขั้นตอนของการตระเตรียมการมากขึ้น (Gefährdungsdelikt) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องเกี่ยวกับความผิดฐานการก่อการร้าย นอกจากนี้การกำหนดโทษทางอาญายังมีแนวโน้มที่จะนำคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองสังคมโดยรวม (Universalrechtsgüter) มาใช้มากยิ่งขึ้น ซึ่งจะทำให้มีปัญหาเรื่องความแน่นอนชัดเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตของการกระทำหรือพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดว่า การกระทำหรือพฤติกรรมใดที่จะถือว่าเป็นพฤติกรรมที่มีโทษทางอาญา อันจะเป็นการทำลายหลักกฎหมายที่กำหนดให้รัฐใช้โทษทางอาญาเป็นมาตรการสุดท้ายเท่าที่จำเป็น (Ultima Ratio)[๓๖] และยังทำให้การแบ่งแยกระหว่างกฎหมายอาญาและกฎหมายตำรวจเกิดความสับสน ซึ่งแท้ที่จริงแล้วกฎหมายอาญามุ่งที่จะจัดการกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นแล้ว โดยการลงโทษทางอาญา ในขณะที่กฎหมายตำรวจมีวัตถุประสงค์ที่จะป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิด อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารัฐจะบัญญัติโทษทางอาญาเพิ่มมากขึ้นเท่าใดก็ตาม แต่ในทางสถิติแล้วพบว่า การกระทำความผิดทางอาญาไม่ได้เพิ่มจำนวนมากขึ้น ข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นว่า โทษทางอาญาที่มีอยู่นั้นเป็นเพียง "โทษทางอาญาในเชิงสัญลักษณ์ (Symbolisches Strafrecht)" เท่านั้น ไม่ได้มีประสิทธิภาพในการควบคุมสังคม หรือจะเรียกว่าเป็นกฎหมายอาญาที่ไม่มีประสิทธิภาพ (ineffektives Strafrecht)" ก็ย่อมได้ เมื่อพิจารณาแนวโน้มที่เกิดจากการที่มีการลบล้างหรือทำลายหลักการกำหนดโทษทางอาญาเป็นมาตรการสุดท้าย (Ultima Ratio) ที่จะต้องพิจารณาก่อนว่ามีมาตรการทางกฎหมายแพ่งหรือทางกฎหมายปกครองที่สามารถทำให้บรรลุผลเช่นเดียวกับโทษทางอาญาและกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุด ดังนั้น บทเรียนดังกล่าวที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมันแสดงให้เห็นได้ว่า การที่ผู้ร่างกฎหมายพยายามที่จะเพิ่มจำนวนของโทษทางอาญา โดยที่ไม่คำนึงถึงความจำเป็น ไม่ได้ทำให้การป้องกันภัยและอันตรายที่จะเกิดขึ้นในสังคมเกิดความสัมฤทธิ์ผล อีกทั้งเมื่อพิจารณาจากกลไกทางกฎหมายที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมันแล้ว จะเห็นได้ว่าไม่ได้มีเพียงแต่กฎหมายอาญาเท่านั้นที่จะสามารถป้องกันภัยและอันตรายที่จะขึ้นแก่สังคมได้ แต่ผู้ร่างกฎหมายยังมีเครื่องมือที่สำคัญอีกอย่างหนึ่งคือ "กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigetz)" ทั้งที่บัญญัติเป็น "กฎหมายตำรวจทั่วไป (Polizeigesetz)" ที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการในทางปกครอง และ "กฎหมายตำรวจเฉพาะเรื่อง"

---

[๓๖] Winfried Hassemer, Strafrecht, Prävention, Vergeltung, ZIS 7/2006, S. 266 - 273; Bernd Heinrich, Zum heutigen Zustand der Kriminalpolitik in Deutschland, KriPoZ 2017, S. 4 - 20. mwN.

เช่น กฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ กฎหมายสถานบริการ กฎหมายควบคุมอาคาร เป็นต้น ที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้อำนาจดำเนินการในทางปกครองตามที่กฎหมายเฉพาะนั้น ๆ กำหนดไว้ เพื่อป้องกันภัยและอันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่สังคมได้ โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยการกำหนดโทษทางอาญาเสมอไป

**๔.๔ สภาพบังคับตามกฎหมายตำรวจ (Sanktionen im Polizeirecht; Sanctions in Police Law)**

กฎหมายตำรวจมีเครื่องมือและกลไกในการควบคุมสังคม ผ่านการป้องกันภัยและอันตรายประเภทใดบ้าง และมีสภาพบังคับอย่างไรบ้างนั้น แยกพิจารณาได้ ดังนี้[๓๗]

๔.๔.๑ ลักษณะของภัยหรืออันตราย (Gefährdung) เช่น ปกติ เร่งด่วนฉุกเฉิน หรือหากปล่อยให้เนิ่นช้าออกไปจะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่สำคัญอย่างรุนแรง กฎหมายตำรวจจะกำหนดไว้ว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจจะสามารถใช้มาตรการที่รุนแรงได้มากน้อยเพียงใด

๔.๔.๒ มาตรการในการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามกฎหมายตำรวจ แยกออกเป็น ๒ ประเภท ได้แก่

**หนึ่ง** มาตรการทั่วไป (Allgemeine Befugnisse) ซึ่งกฎหมายตำรวจไม่ได้บัญญัติลักษณะของมาตรการเอาไว้ เพียงแต่บัญญัติไว้ในลักษณะเป็นการทั่วไป เพื่อรองรับช่องว่างที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในการดำเนินการจัดการเพื่อควบคุมสังคม

**สอง** มาตรการที่มีลักษณะเฉพาะ (Standardmaßnahme) ซึ่งจะมีรายละเอียดและความหลากหลายมาก ในที่นี้จะยกตัวอย่างเฉพาะมาตรการที่สำคัญๆ เช่น การเก็บข้อมูลส่วนบุคคล การใช้อุปกรณ์บันทึกข้อมูล (กล้องวงจรปิด) การใช้อุปกรณ์ดักฟัง การเชิญตัวบุคคล การกักขังบุคคล การให้บุคคลออกจากพื้นที่ การตรวจค้นบุคคล การตรวจค้นสถานที่ การยึดวัตถุสิ่งของ เป็นต้น เพื่อประโยชน์ที่จะนำไปพิจารณาเรื่องการใช้มาตรการบังคับต่อไป สามารถแยกมาตรการที่มีลักษณะเฉพาะ (Standardmaßnahme) ออกได้เป็น ๒ ลักษณะ ดังนี้

**ลักษณะที่หนึ่ง** มาตรการที่มีลักษณะของการกระทำที่มีผลในทางข้อเท็จจริงหรือปฏิบัติการทางปกครอง (Realakt) เช่น การจับบุคคล การตรวจค้น หรือการยึดวัตถุสิ่งของ เป็นต้น

**ลักษณะที่สอง** มาตรการที่มีลักษณะของการกระทำที่มีผลในทางกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง เช่น การออกคำสั่งเรียกให้บุคคลให้ข้อมูลส่วนตัวหรือให้มาแสดงตน การเชิญตัวบุคคล หรือการสั่งให้บุคคลออกนอกพื้นที่ เป็นต้น

๔.๔.๓ กรณีที่มีการขัดขืนไม่ปฏิบัติตามมาตรการของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจในการดำเนินการบังคับเพื่อให้มาตรการที่กล่าวมาแล้วข้างต้นบรรลุผล ซึ่งมาตรการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะนำมาใช้บังคับมีตั้งแต่เรื่องการจัดการแทนและเรียกให้ชดใช้ค่าใช้จ่าย (Ersatzvornahme) การสั่งปรับ (Zwangsgeld)

---

[๓๗] สำหรับในส่วนนี้ ผู้เขียนจะนำเสนอสภาพบังคับตามกฎหมายตำรวจในภาพรวมเท่านั้น โดยไม่ลงรายละเอียดในบทบัญญัติแห่งกฎหมายไว้

การกักขังแทนค่าปรับ (Ersatzzwangshaft) หรือการใช้กำลังบังคับโดยตรง (Unmittelbarer Zwang) ซึ่งการใช้กำลังบังคับโดยตรงหมายถึงการใช้กำลังทางกายภาพไปจนถึงการใช้อาวุธด้วย โดยในกฎหมายตำรวจแยกมาตรการบังคับในกรณีที่มีการขัดขืนไม่ปฏิบัติตามมาตรการของเจ้าหน้าที่ตำรวจออกเป็น ๒ ลักษณะ คือ

**ลักษณะที่หนึ่ง** มาตรการของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่มีการออกคำสั่งทางปกครองก่อน ซึ่งไม่ว่ามาตรการนั้นจะเป็นปฏิบัติการทางปกครองหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายตำรวจก็ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของ “หลักความได้สัดส่วน” และ”หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” ดังนั้น การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะใช้มาตรการบังคับเลยโดยไม่ออกคำสั่งทางปกครองก่อน จะใช้ในกรณีที่จำเป็นเท่านั้น สำหรับในกรณีทั่วไปแล้ว เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องดำเนินการโดยอย่างน้อยที่สุดต้องแจ้งคำสั่งทางปกครองก่อนเสมอ ไม่ว่าจะต้องทำด้วยหนังสือ วาจา สัญลักษณ์อื่นใดก็ตาม

**ลักษณะที่สอง** มาตรการของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ไม่จำเป็นต้องมีการออกคำสั่งทางปกครองก่อน[๓๘] ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

(๑) มาตรการที่จะต้องดำเนินการกับผู้ก่อความเดือดร้อน (Störer) ไม่อาจจะเป็นไปได้

**ตัวอย่าง** : ข้อเท็จจริงปรากฏว่า นาย ก มีเหตุชกต่อยกับนาย ข ในบริเวณเขตการก่อสร้างอาคารที่มีเสียงดังรบกวนจนไม่อาจจะสื่อสารกันได้ ซึ่งในขณะนั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจ ค ผ่านไปพบเหตุการณ์ และเห็นว่านาย ก กำลังจะใช้มีดแทงนาย ข เจ้าหน้าที่ตำรวจ ค จึงไม่อาจจะออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาสั่งให้นาย ก วางมีดลงได้ เนื่องจากบริเวณดังกล่าวมีเสียงดังมาก ในกรณีเช่นนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจ ค มีอำนาจตามกฎหมายที่จะดำเนินการระงับเหตุนี้ได้ทันที

(๒) มาตรการของเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่อาจจะใช้ได้ทันท่วงที

**ตัวอย่าง** : ในขณะที่นาย ก กำลังนำอาวุธปืนที่ตนเองซื้อมาใหม่ให้นาย ข ดู ที่ด้านหลังอาคารห้างสรรพสินค้าที่เป็นที่สาธารณะ เจ้าหน้าที่ตำรวจ ค ผ่านเข้าไปพบเห็น นาย ก จึงรีบวิ่งหนี ทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจ ค ไม่อาจจะแจ้งคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาได้ก่อน ดังนั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงมีอำนาจในการดำเนินมาตรการบังคับโดยการใช้กำลังจับกุมนาย ก ได้

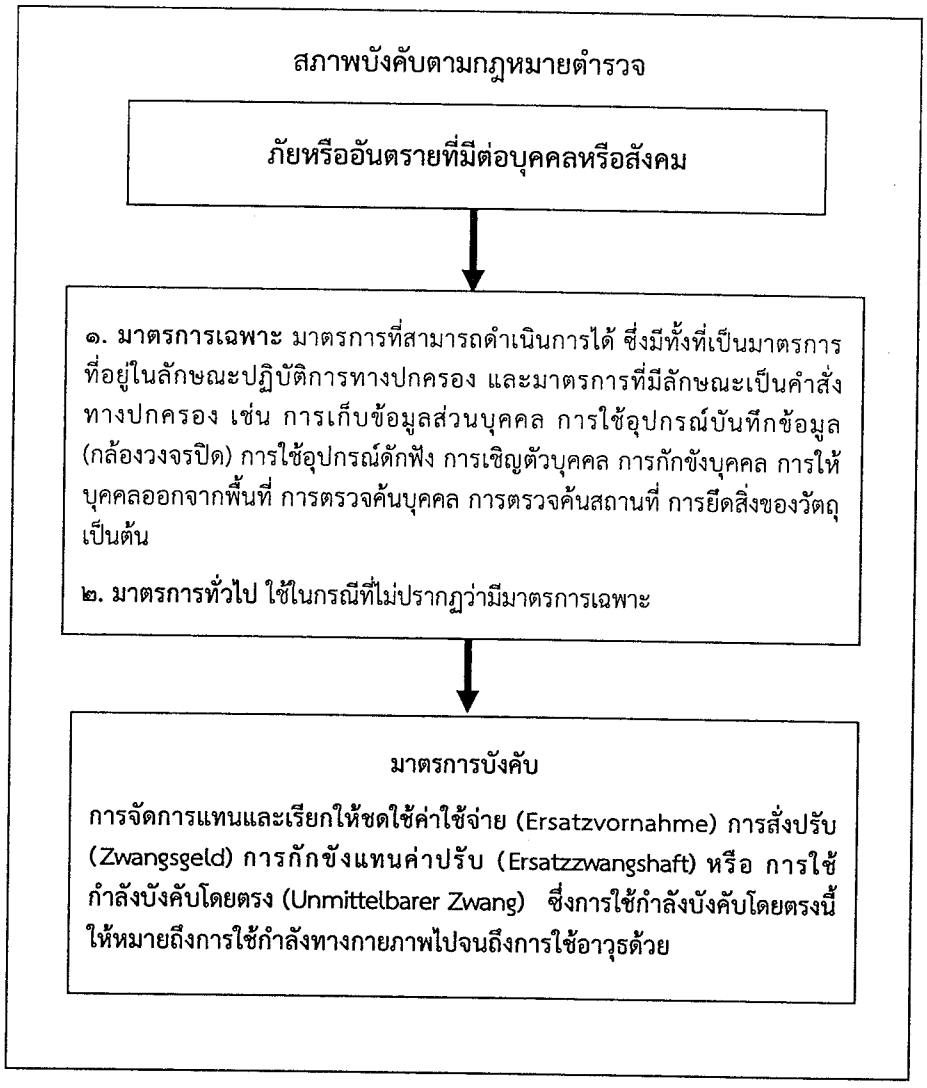
(๓) มาตรการที่ใช้ไม่อาจจะส่งผลสัมฤทธิ์ได้

**ตัวอย่าง** : ระหว่างการก่อสร้างโรงงานผลิตกระแสไฟฟ้าแห่งหนึ่ง นาย ก ซึ่งเป็นนักเคลื่อนไหวทางสังคมเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้ใช้โซ่ตรวนมัดตนเองไว้กับรางรถไฟ เพื่อมิได้มีการขนส่งวัสดุก่อสร้างไปใช้ในการก่อสร้างโรงงานผลิตกระแสไฟฟ้า การที่เจ้าหน้าที่

---

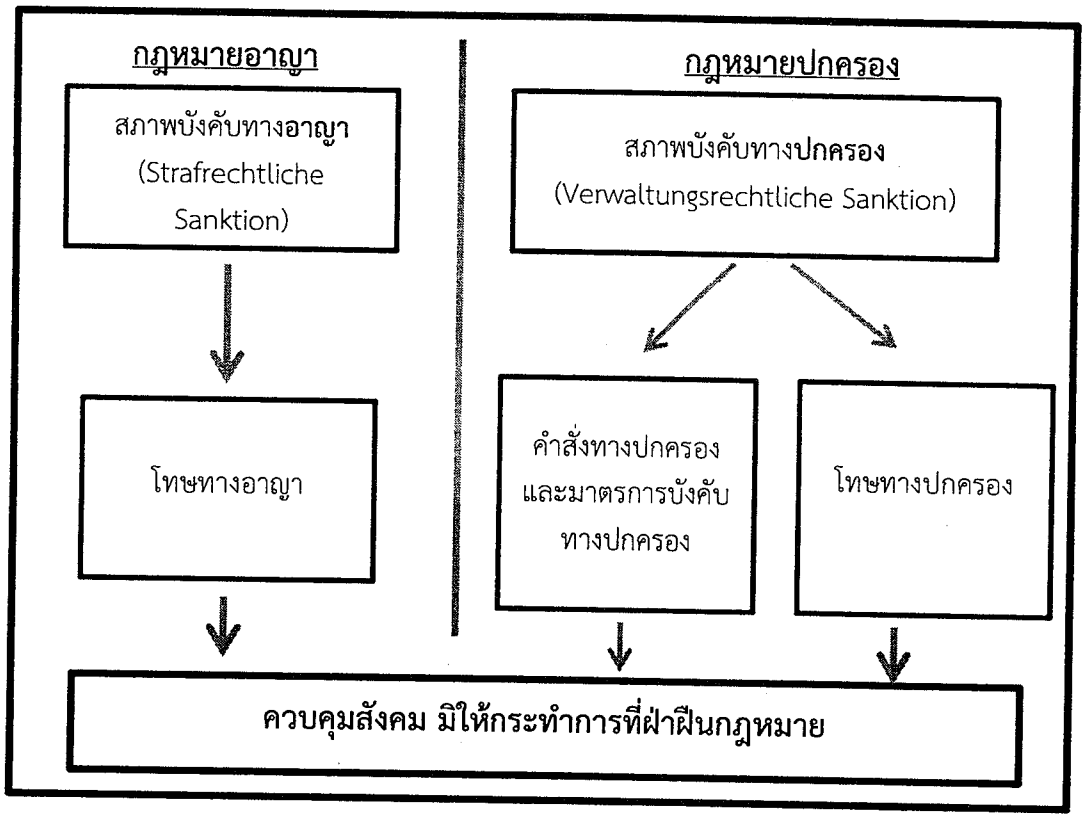
[๓๘] ในระบบกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จะกำหนดให้การใช้มาตรการบังคับทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องผ่านกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองก่อนเสมอ แต่ในระบบการใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามกฎหมายตำรวจนั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถใช้มาตรการที่ไม่จำต้องมีการออกคำสั่งทางปกครองก่อนได้ เนื่องจากต้องมีการระงับเหตุให้ทันท่วงที

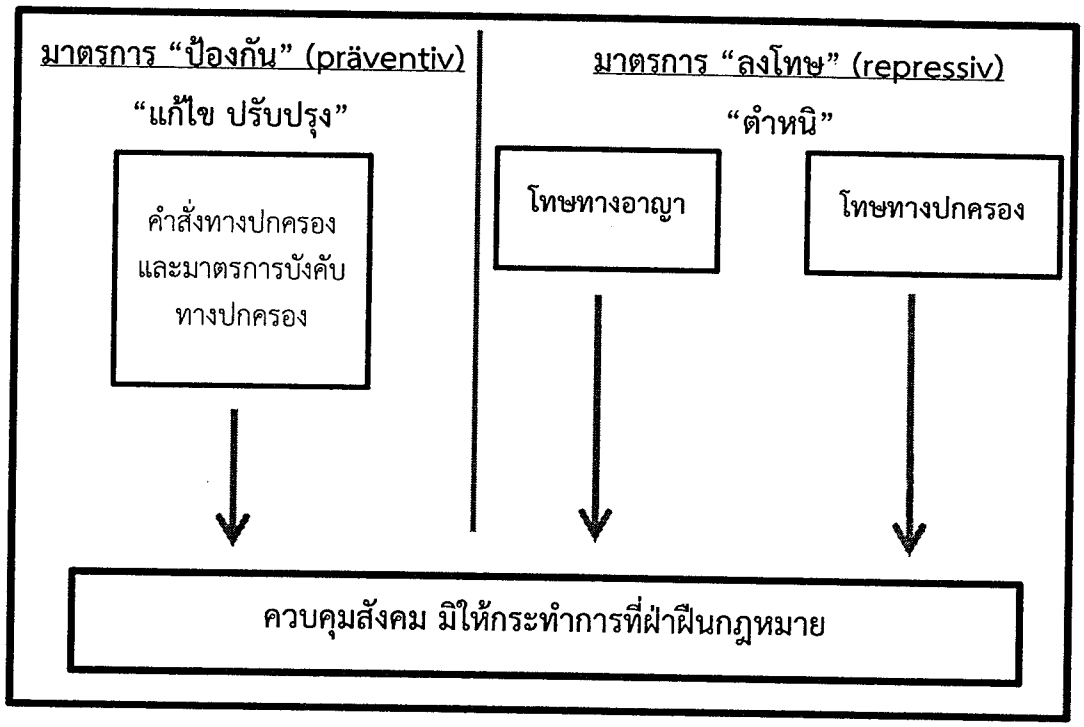
ตำรวจ ค จะออกคำสั่ง ทางปกครองให้บุคคลคือ นาย ก ในกรณีนี้ ออกไปนอกสถานที่หรือบริเวณที่กำหนดจึงไม่อาจจะสัมฤทธิ์ผลได้ ดังนั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจ ค จึงไม่ต้องออกคำสั่งทางปกครองก่อนได้ แต่สามารถดำเนินมาตรการบังคับโดยการใช้คีมตัดโซ่ตรวน และใช้กำลังเคลื่อนย้ายนาย ก ออกจากบริเวณรางรถไฟได้



**๔.๕ สรุปบทเรียนเกี่ยวกับเกณฑ์ประการที่สอง : สภาพบังคับทางกฎหมายปกครอง (Verwaltungsrechtliche Sanktionen; administrative sanctions)**

เมื่อพิจารณาจากเกณฑ์ประการที่หนึ่ง เรื่อง "ข้อจำกัดในการกำหนดโทษทางอาญา" แล้ว จะเห็นได้ว่า แม้โทษทางอาญาจะมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอย่างรุนแรงก็ตาม แต่ก็มิได้หมายความว่า เมื่อมีการกำหนดโทษทางอาญาแล้ว จะทำให้สามารถป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพแต่อย่างใด หรือในบางกรณีการกำหนดโทษทางอาญาก็แทบจะไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์ในการควบคุมสังคมได้เลย การกำหนดโทษทางอาญาจึงสมควรที่จะนำมาใช้ในฐานะมาตรการสุดท้าย (Ultima Ratio) เท่านั้น เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาที่ต้องการควบคุมสังคม มิให้มีการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายแล้ว จะพบว่า ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ผู้ร่างกฎหมายจะให้ความสำคัญกับกฎหมายตำรวจทั้งที่เป็นกฎหมายตำรวจทั่วไป และกฎหมายตำรวจเฉพาะเรื่อง โดยมีวัตถุประสงค์ไปที่การป้องกันมิให้มีการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายเป็นสำคัญ ดังนั้น มาตรการทางกฎหมายที่รัฐจะสามารถนำมาใช้ควบคุมสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพและกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยกว่าโทษทางอาญา ก็คือ การสร้างกลไกทางกฎหมายที่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการเพื่อ "ป้องกัน" มิให้มีการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ตลอดจนการกำหนดสภาพบังคับ (Sanctions) ที่สามารถทำให้มาตรการป้องกันนั้นบรรลุวัตถุประสงค์ได้ รัฐจึงสมควรคำนึงถึงการกำหนด "สภาพบังคับทางกฎหมายปกครอง (Verwaltungsrechtliche Sanktionen; administrative sanctions) ก่อนที่จะกำหนด "สภาพบังคับทางกฎหมายอาญา (Strafrechtliche Sanktionen; criminal sanctions) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อพิจารณาจากมาตรการตามกฎหมายตำรวจที่ให้อำนาจตำรวจกักขังบุคคล (Gewahrsam; custody) กฎหมายตำรวจจะบัญญัติระบุเหตุที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะใช้อำนาจกักขังบุคคลไว้ว่า "เจ้าหน้าที่ตำรวจจะทำการกักขังบุคคลได้ในกรณีที่จำเป็น เพื่อป้องกันมิให้บุคคลดังกล่าวกระทำความผิดทางอาญาหรือกระทำความผิดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยในฐานความผิดที่มีความสำคัญต่อส่วนรวม (Die Vollzugspolizei kann eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn das unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit.)" ซึ่งแสดงให้เห็นว่า "มาตรการป้องกัน" ต้องถูกนำมาใช้ก่อน "มาตรการปราบปราม" และมาตรการปราบปรามในที่นี้ (มาตรการกักขังบุคคล) หมายความรวมถึงโทษทางอาญาและโทษทางปกครองด้วย สำหรับในส่วนของโทษทางปกครองนั้น แม้จะถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของ "สภาพบังคับทางกฎหมายปกครอง (Verwaltungsrechtliche Strafrechtliche Sanktionen; administrative sanctions) ก็ตาม แต่โทษทางปกครองก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการที่เป็นการ "ตำหนิ" หรือ "ปราบปราม" (respressiv) ผู้กระทำความผิด มิใช่เป็นมาตรการเพื่อ "ป้องกัน" (präventiv) แต่อย่างใด


กฎหมายอาญา
สภาพบังคับทางอาญา (Strafrechtliche Sanktion)
โทษทางอาญา
กฎหมายปกครอง
สภาพบังคับทางปกครอง (Verwaltungsrechtliche Sanktion)
คำสั่งทางปกครองและมาตรการบังคับทางปกครอง
โทษทางปกครอง
ควบคุมสังคม มิให้กระทำการที่ฝ่าฝืนกฎหมาย


มาตรการ “ป้องกัน” (präventiv)
“แก้ไข ปรับปรุง”
คำสั่งทางปกครองและมาตรการบังคับทางปกครอง
มาตรการ “ลงโทษ” (repressiv)
“ตำหนิ”
โทษทางอาญา
โทษทางปกครอง
ควบคุมสังคม มิให้กระทำการที่ฝ่าฝืนกฎหมาย

**<u>กรณีตัวอย่างที่น่าสนใจเกี่ยวกับ</u> : การกำหนดหลักการทางกฎหมายโดยการนำ "มาตรการป้องกัน" มาใช้แทน "มาตรการลงโทษ" (Vorrang der Prävention vor der Repression)[๓๙]"**

**<u>กรณีที่หนึ่ง</u>** : กรณีที่เด็กปีนหน้าต่างบนตึกอาคารสูง ๑๐ ชั้น และหน้าต่างก็เปิดไว้อยู่ สมควรจะดำเนินการอย่างไร เพื่อไม่ให้เด็กตกลงมาจากหน้าต่างนั้น สมควรจะใช้มาตรการปิดหน้าต่าง หรือกำหนดมาตรการเป็นบทลงโทษ เพื่อให้เด็กเกิดความกลัวและออกห่างจากหน้าต่างนั้นด้วยตนเอง

**<u>กรณีที่สอง</u>** : กรณีที่บุคคลทั่วไปเห็นว่า การกระทำหรือพฤติกรรมของเด็กในวัยเยาว์นั้นแสดงให้เห็นได้ว่าต่อไปในอนาคตเมื่อเด็กคนดังกล่าวเติบโตขึ้นจะกระทำการหรือมีพฤติกรรมที่เป็นอันตรายต่อสังคม สมควรจะลงโทษเด็กคนนั้นในขณะนี้ได้หรือไม่ หรือจะต้องรอให้เด็กเจริญเติบโตเป็นผู้ใหญ่แล้วไปกระทำความผิดก่อนถึงจะลงโทษ

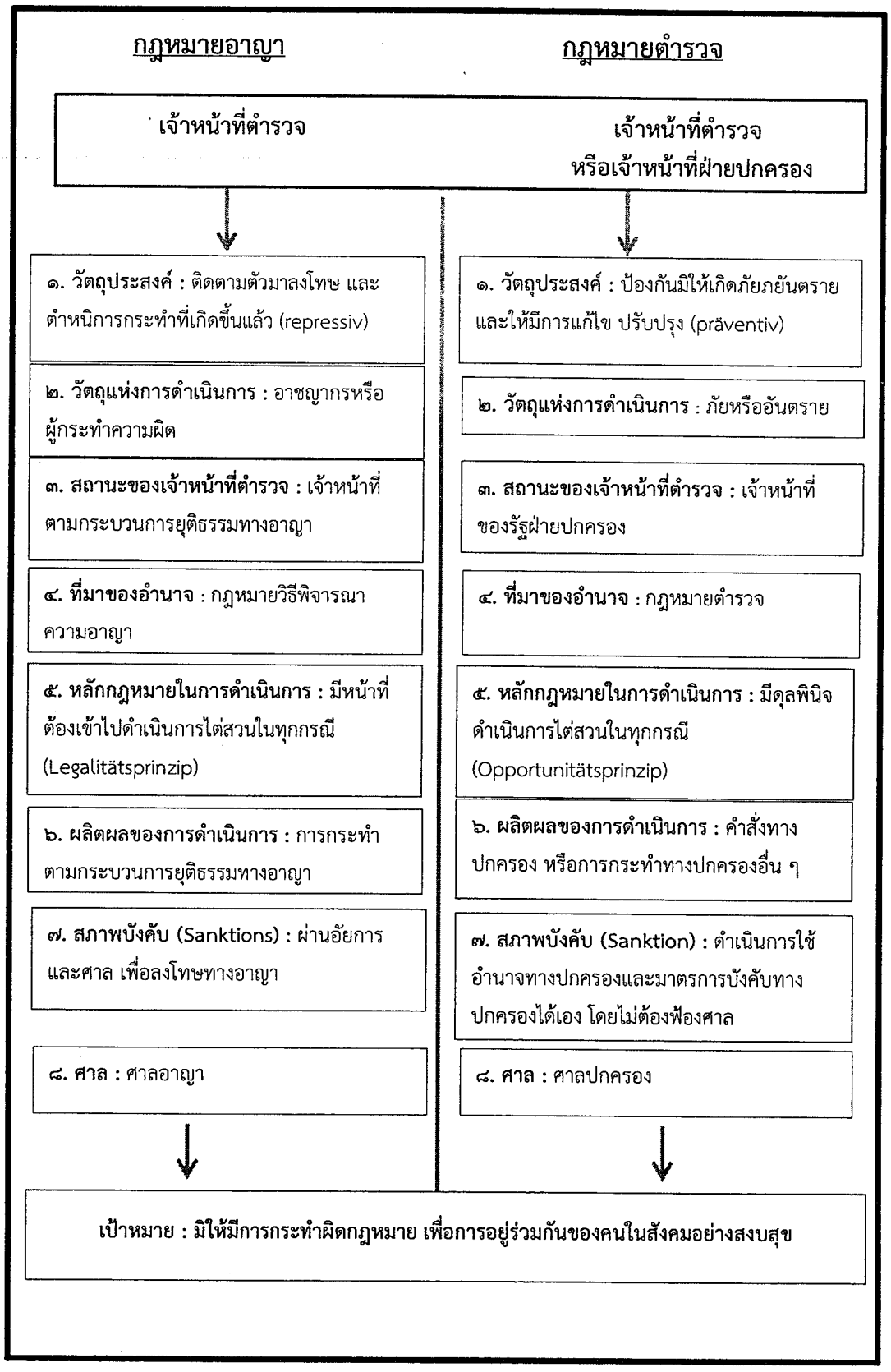
**<u>กรณีที่สาม</u>** : มาตรการใดจะมีประสิทธิภาพมากกว่าในการลดอุบัติเหตุที่อาจจะเกิดขึ้นจากการขับขี่รถยนต์ด้วยความเร็วเกินกว่ากฎหมายกำหนด (๑) เพิ่มโทษให้รุนแรงยิ่งขึ้น หรือ (๒) กำหนดห้ามมิให้มีการจำหน่ายรถยนต์ที่มีความเร็วเกินกว่าที่กำหนดไว้ หรือ (๓) กำหนดให้มีติดตั้งระบบอุปกรณ์ติดตามความเร็ว

กรณีตัวอย่างข้างต้น หากได้มีการนำมาตรการป้องกันมาใช้ จะทำให้เกิดความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมได้ดีและมีประสิทธิภาพมากกว่าการใช้มาตรการลงโทษ หรือในบางกรณีการใช้มาตรการลงโทษนั้นไม่ได้มีผลต่อการควบคุมพฤติกรรมของบุคคลเลยหรือการลงโทษเป็นไปไม่ได้เลย เนื่องจากลักษณะทางธรรมชาติของการใช้มาตรการลงโทษ (repressive Sanktion) นั้น เป็นมาตรการหรือกระบวนการที่ไปดำเนินการกับพฤติกรรมหรือการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นแล้ว แสดงให้เห็นว่า มาตรการลงโทษนั้นไม่อาจจะป้องกันความเสียหายได้อย่างจริงจังเท่าใดนัก เพราะมาตรการลงโทษไม่สามารถเปลี่ยนแปลงการกระทำความผิดในสิ่งที่เกิดขึ้นมาแล้วในอดีตได้นั่นเอง และเมื่อเกิดการกระทำความผิดที่กระทบกระเทือนต่อจิตใจความรู้สึกของสังคม เช่น การฆาตกรรม หรือการข่มขืน เป็นต้น เหตุการณ์ความรุนแรง ความเศร้าสลดใจที่เกิดขึ้นทำให้สังคมมักจะนำมาเรียกร้องอยู่เสมอว่าโทษทางอาญาสำหรับกรณีการกระทำผิดนั้น ๆ มีอัตราโทษเบาเกินไปไม่อาจจะป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดได้ กรณีจึงมีการเรียกร้องให้มีการเพิ่มอัตราโทษทางอาญาให้รุนแรงมากขึ้น รวมทั้งให้ขยายฐานความผิดทางอาญาออกไปให้กว้างขึ้นอีก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในความผิดที่แต่เดิมต้องเป็นการกระทำผิดที่ได้กระทำจนสำเร็จและก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแล้ว (Erfolgsdelikt) ต่อคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองแล้วเท่านั้น จึงต้องรับโทษทางอาญากลายมาเป็นการกำหนดฐานความผิดในขั้นตอนกับการตระเตรียมการ

---

[๓๙] Marcel Alexander NIGGLI, Vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht: Die Abkehr von der Ahndung begangener hin zur Verhinderung befürchteter Delikte, S.

มากยิ่งขึ้น และยิ่งรัฐมีการแก้ไขกฎหมายในลักษณะดังกล่าวมากยิ่งขึ้นเท่าใด ยิ่งสะท้อนให้เห็นว่ารัฐเป็นฝ่าย "ตั้งรับ" กับปัญหาที่เกิดขึ้นเพียงอย่างเดียว ทำให้รัฐต้องหันมาพิจารณาทบทวนหากลไกทางกฎหมายประเภทอื่นที่มีประสิทธิภาพและความเหมาะสมที่จะ "ป้องกัน" มิให้เกิดความเสียหายต่อคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครอง ดังนั้นรัฐจึงหันมาใช้ "กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigetz)" ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายปกครองที่สามารถจัดการกับปัญหาที่จะเกิดขึ้นได้ และนอกเหนือไปจากความแตกต่างในเรื่องของข้อพิจารณาเกี่ยวกับเวลาที่มีการกระทำความผิดซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาและกฎหมายตำรวจแล้ว ยังมีความแตกต่างในด้านอื่นๆ ของทั้งสองกฎหมาย เนื่องจากเจ้าหน้าที่ตำรวจในระบบกฎหมายเยอรมันสามารถใช้อำนาจที่จะดำเนินการได้ทั้งในฐานะเจ้าหน้าที่ตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษแล้ว เจ้าหน้าที่ตำรวจยังมีอำนาจดำเนินการตามกฎหมายตำรวจเพื่อป้องกันภัยและอันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่สังคม ซึ่งอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายปกครอง และกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งความความแตกต่างในด้านอื่นๆ ของการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจ สามารถสรุปให้เห็นได้ตามตาราง ดังนี้


กฎหมายอาญา
กฎหมายตำรวจ
เจ้าหน้าที่ตำรวจ
เจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง
๑. วัตถุประสงค์ : ติดตามตัวมาลงโทษ และตำหนิการกระทำที่เกิดขึ้นแล้ว (repressiv)
๒. วัตถุแห่งการดำเนินการ : อาชญากรหรือผู้กระทำความผิด
๓. สถานะของเจ้าหน้าที่ตำรวจ : เจ้าหน้าที่ตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
๔. ที่มาของอำนาจ : กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
๕. หลักกฎหมายในการดำเนินการ : มีหน้าที่ต้องเข้าไปดำเนินการไต่สวนในทุกกรณี (Legalitätsprinzip)
๖. ผลิตผลของการดำเนินการ : การกระทำตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
๗. สภาพบังคับ (Sanktions) : ผ่านอัยการและศาล เพื่อลงโทษทางอาญา
๘. ศาล : ศาลอาญา
๑. วัตถุประสงค์ : ป้องกันมิให้เกิดภัยภยันตรายและให้มีการแก้ไข ปรับปรุง (präventiv)
๒. วัตถุแห่งการดำเนินการ : ภัยหรืออันตราย
๓. สถานะของเจ้าหน้าที่ตำรวจ : เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง
๔. ที่มาของอำนาจ : กฎหมายตำรวจ
๕. หลักกฎหมายในการดำเนินการ : มีดุลพินิจดำเนินการไต่สวนในทุกกรณี (Opportunitätsprinzip)
๖. ผลิตผลของการดำเนินการ : คำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำทางปกครองอื่น ๆ
๗. สภาพบังคับ (Sanktion) : ดำเนินการใช้อำนาจทางปกครองและมาตรการบังคับทางปกครองได้เอง โดยไม่ต้องฟ้องศาล
๘. ศาล : ศาลปกครอง
เป้าหมาย : มิให้มีการกระทำผิดกฎหมาย เพื่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างสงบสุข

## ๕. เกณฑ์ประการที่สาม : การกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeit; regulatory offences) ในฐานะที่เป็นกลไกในการควบคุมสังคมของฝ่ายปกครอง

### ๕.๑ ความเบื้องต้นเกี่ยวกับโทษทางปกครอง

กฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeitsgesetz) ได้บัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeit; regulatory offences) และสภาพบังคับตามกฎหมายดังกล่าว ซึ่งเรียกกว่า "โทษทางปกครอง" ไว้ให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดโทษเพื่อตำหนิการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งแม้จะมีความคล้ายคลึงกับโทษทางอาญา กล่าวคือ เป็นการ "ตำหนิ" หรือ "ปราบปราม" การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย (repressiv) : แต่โทษทางปกครองก็มีลักษณะที่แตกต่างไปจากโทษทางอาญา ที่เด่นชัดที่สุดก็คือในแง่ของผู้ที่มีอำนาจลงโทษ เนื่องจากการกำหนดโทษทางอาญาสงวนไว้ให้ศาลเป็นผู้กำหนดเท่านั้น แต่โทษทางปกครองนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดบทลงโทษได้เอง โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการพิจารณาพิพากษาของศาล และเมื่อพิจารณาในเชิงองค์กรแล้ว จะพบว่าเมื่อองค์กรผู้ทำหน้าที่ลงโทษแตกต่างกันในนัยสำคัญแล้ว อีกทั้งในระบบกฎหมายเยอรมันมีกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeitengesetz) ขึ้นมาแยกต่างหากจากประมวลกฎหมายอาญา (Strafgesetzbuch) และแม้ว่าผู้ร่างกฎหมายมีดุลพินิจที่จะกำหนดว่าพฤติกรรมแบบใดที่เป็นความผิดทางอาญาและพฤติกรรมแบบใดเป็นความผิดทางปกครอง[๔๐] แต่เนื่องจากโทษทางอาญาสมควรที่จะนำมาใช้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น ดังนั้น ผู้ร่างกฎหมายจึงสามารถนำเรื่องการกำหนดความผิดทางปกครองมาใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมสังคมที่ให้ผลเช่นเดียวกับโทษทางอาญาได้เช่นกัน ทั้งยังกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยกว่า และเพื่อให้ผู้ร่างกฎหมายสามารถพิจารณาเลือกกำหนดได้ว่า พฤติกรรมแบบใดสมควรกำหนดเป็นความผิดทางอาญาหรือความผิดทางปกครอง กรณีจึงจำต้องพิจารณาในทางเนื้อหาว่าโทษทางอาญาและโทษทางปกครองมีความแตกต่างกันอย่างไร ในทางวิชาการปรากฏทฤษฎีการแบ่งแยกความผิดทางอาญาออกจากความผิดทางปกครอง ดังนี้[๔๑]

#### ๕.๑.๑ ทฤษฎีว่าด้วยลักษณะของความผิดทางปกครองและความผิดทางอาญา (Die qualitative Theorie)[๔๒]

---

[๔๐] Göhler JZ 1968, 583 (586). อ้างใน Jürgen-Peter Graf, BeckOK OWiG, beck-online, München 2017, Einleitung zum OWiG, Rn. 7.

[๔๑] Jürgen-Peter Graf, BeckOK OWiG, beck-online, München 2017, Einleitung zum OWiG, Rn. 1 - 13.

[๔๒] นายศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์ แปลคำว่า "Die qualitative Theorie" ว่า เกณฑ์ความแตกต่างในทางเนื้อหา, โปรดดู ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์, เกณฑ์การพิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษทางอาญา, หน้า ๒๔.

**Die qualitative Theorie** มีพื้นฐานทางความคิดมาจากหลักกฎหมายว่าด้วย "ความผิดทางปกครอง" (Verwaltungsunrecht; admintrative wrongs) ซึ่งเจมส์ โกลด์สมิดท์ (James Goldschmidt) ได้อธิบายไว้ในหนังสือ เรื่อง "Das Verwaltungsstrafrecht" หรือแปลเป็นไทยว่า "กฎหมายว่าด้วยโทษทางปกครอง" ซึ่งตีพิมพ์ในปี ค.ศ. ๑๙๐๒ โดยได้มีการอธิบายว่า ความผิดทางอาญามุ่งที่จะคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย (ของบุคคล) แต่ความผิดทางปกครองเป็นกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือไม่เชื่อฟังฝ่ายปกครอง โดยความผิดทางปกครองตั้งอยู่บนพื้นฐานของ "พฤติกรรมที่กระทบต่อหลักกฎหมายว่าด้วยการป้องกันภัยและอันตรายและการบริการสาธารณะ (Beeinträchtigungen der institutionellen Gefahren- und Daseinsvorsorge)" ความผิดทางอาญาเป็นการกระทำความผิดที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสิทธิของบุคคลอื่น ในขณะที่ความผิดทางปกครองเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อการควบคุมหรือกฎเกณฑ์ของรัฐ[๔๓] ความผิดทางปกครองโดยส่วนใหญ่แล้วจะปรากฏให้เห็นในลักษณะของพฤติกรรมที่มีการดำเนินการโดยไม่ได้รับอนุญาตจากรัฐ หรือมีพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือกรณีที่บุคคลละเลยไม่แจ้งข้อมูลบางประการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐทราบ ซึ่งความผิดทางปกครองนี้จะไม่มีลักษณะที่ไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองบุคคลเป็นการเฉพาะเลย (Individualrechtsgutsbeeinträchtigungen) ความผิดทางปกครองจึงมุ่งที่จะคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมเป็นสำคัญ ซึ่งแม้ว่าในทางกฎหมายอาญาจะมีฐานความผิดทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำที่ส่งผลต่อส่วนรวมอยู่ก็ตาม แต่ความผิดทางปกครองนี้เป็นความผิดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคม ซึ่งเนื้อหาสาระสำคัญของความผิดทางปกครองนี้จะปรากฏอยู่ใน "**ก ายว่า วยการกร ทำผิ ทางปก รอง (Ordnungswidrigkeitengesetz)**" โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากพิจารณาความแตกต่างระหว่างโทษปรับทางอาญาและโทษปรับทางปกครอง ซึ่งต่างก็แสดงการตำหนิพฤติกรรมออกมาเป็นจำนวนเงินแล้ว จะทำให้เห็นถึงลักษณะความแตกต่างระหว่างโทษทางอาญาและโทษทางปกครองดังนี้

**(๑) โท ปรับทางอา า (Geldstrafe)**

โทษปรับทางอาญานั้น มาตรา ๔๐ (๑) แห่งประมวลกฎหมายอาญา (Das Strafgesetzbuch-StGB)[๔๔] บัญญัติให้คิดคำนวณค่าปรับจากจำนวนวัน ซึ่งระบบการคิดค่าปรับ

---

[๔๓] Klesczewski OWiR Rn. 26. อ้างใน Jürgen-Peter Graf, BeckOK OWiG, beck-online, München 2017, Einleitung zum OWiG, Rn. 8.

[๔๔] § 40 StGB

(1) Die Geldstrafe wird in Tagessätzen verhängt. Sie beträgt mindestens fünf und, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, höchstens dreihundertsechzig volle Tagessätze.

มาตรา ๔๐ แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติไว้ว่า (๑) โทษปรับทางอาญานั้น ให้คำนวณเป็นจำนวนวัน โดยให้มีอัตราอย่างน้อยตั้งแต่ห้าวัน หรือกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ให้คิดได้ไม่เกินสามร้อยหกสิบวัน

ทางอาญาเป็นจำนวนวันเช่นนี้ มีนัยการลงโทษทางอาญาว่า จำนวนวันนั้นขึ้นอยู่กับความชั่วร้ายที่ผู้กระทำความผิดนั้นได้กระทำลงไปหนึ่งประการ และประการที่สอง จำนวนวันยังแสดงให้ผู้กระทำความผิดรู้สำนึกในการกระทำของตน และจะไม่กระทำผิดซ้ำอีก[๔๕] อันแสดงให้เห็นถึงโทษปรับและโทษจำคุกในทางอาญาที่สามารถนำมาบังคับใช้ทดแทนกันได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมาตรา ๔๓ แห่งประมวลกฎหมายอาญา (StGB)[๔๖] บัญญัติว่า ให้จำคุกแทนการปรับได้ โดยให้คำนวณว่า เมื่อปรับหนึ่งวันก็ให้จำคุกทดแทนการปรับหนึ่งวันนั้น ซึ่งลักษณะของการปรับทางอาญาเป็นการทำลายซึ่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (Aberkennung der Erwerbsrechtsfähigkeit) ซึ่งจะคล้ายคลึงกับโทษจำคุก อันเป็นการทำลายเสรีภาพในการเคลื่อนไหวของบุคคล เพื่อตำหนิการกระทำผิดนั่นเอง

**(๒) โทษปรับทางปกครอง (Geldbuße)**

สำหรับโทษปรับในทางปกครองนั้น ไม่ได้พิจารณาจากความรุนแรงในผลที่เกิดขึ้นจากการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น แต่โทษปรับในทางปกครองมุ่งที่จะไปจัดการกับประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดทางปกครองได้รับไปจากการฝ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งมาตรา ๑๗ (๔) แห่งกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeitengesetz)[๔๗] บัญญัติไว้โดยแสดงให้เห็นได้ว่า โทษปรับในทางปกครองนั้นไม่ได้ต้องการที่จะทำลายเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคล เหมือนกับวัตถุประสงค์ที่ปรากฏในการปรับทางอาญา ทำให้โทษปรับในทางปกครองเมื่อเทียบกับโทษปรับทางอาญาแล้ว จะขาดลักษณะความรุนแรงของการลงโทษ การปรับทางปกครองเป็นไปเพื่อให้บุคคลตระหนักว่า แม้ตนได้รับประโยชน์จากการฝ่าฝืนกฎหมาย แต่ก็มีค่าเท่ากันหรืออาจจะสูญเสียมากกว่า หากถูกปรับทางปกครอง ดังนั้น จึงสมควรที่จะปฏิบัติตน

---

[๔๕] Lackner/Kühl StGB § 40 Rn. 3; entsprechend BT-Drs. 16/11606, 6; Zipf JuS 1974, 137 (139) อ้างใน Jürgen-Peter Graf, BeckOK OWiG, beck-online, München 2017, Einleitung zum OWiG, Rn. 9.

[๔๖] § 43 StGB

An die Stelle einer uneinbringlichen Geldstrafe tritt Freiheitsstrafe. Einem Tagessatz entspricht ein Tag Freiheitsstrafe. Das Mindestmaß der Ersatzfreiheitsstrafe ist ein Tag.

มาตรา ๔๓ แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติไว้ว่า ให้ลงโทษจำคุกทดแทนการลงโทษปรับได้ โดยให้คิดคำนวณว่าโทษปรับหนึ่งวันมีค่าเท่ากับจำคุกหนึ่งวัน โดยให้ถือว่าการจำคุกหนึ่งวันเป็นอัตราขั้นต่ำของการจำคุกแทนการปรับ

[๔๗] § 17 OWiG

(4) Die Geldbuße soll den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen. Reicht das gesetzliche Höchstmaß hierzu nicht aus, so kann es überschritten werden.

มาตรา ๑๗ (๔) แห่งกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง บัญญัติว่า โทษปรับในทางปกครองควรจะสูงกว่าประโยชน์ในทางเศรษฐกิจที่ผู้กระทำความผิดได้รับจากการฝ่าฝืนกฎหมาย กรณีที่อัตราค่าปรับสูงมีอัตราที่น้อยกว่านั้น ให้สามารถปรับเกินไปกว่าอัตราค่าปรับขั้นสูงตามกฎหมายได้

ให้อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย ทำให้โทษปรับทางปกครองหาได้มีลักษณะความสัมพันธ์กับโทษจำคุกแต่อย่างใด

**๕.๑.๒ ทฤษฎีว่าด้วยความร้ายแรงของการกระทำความผิด (Die quantitative Theorie)**[๔๘]

ทฤษฎีว่าด้วยความร้ายแรงของการกระทำความผิด (Die quantitative Theorie) มองว่าการแบ่งแยกความผิดทางอาญาออกจากความผิดทางปกครองนั้นไม่อาจจะแยกได้ด้วยลักษณะความแตกต่างของการกระทำความผิด นักวิชาการที่มีความเห็นสนับสนุนในทฤษฎีนี้[๔๙] เห็นว่าลักษณะความผิดทางอาญาและความผิดทางปกครองไม่ได้มีความแตกต่างกัน ความผิดทางปกครองเป็นเพียงความผิดลหุโทษ (Bagatellstrafrecht) ในขณะที่ความผิดทางอาญาเป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงมากกว่าเท่านั้น เนื่องจากการกระทำผิดทางอาญามีผลไปกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม นักวิชาการที่เห็นด้วยกับทฤษฎีว่าด้วยความร้ายแรงของการกระทำความผิด (Die quantitative Theorie) ยังมีความเห็นอีกว่า โทษทางปกครองก็ไม่ได้มีลักษณะที่แตกต่างไปจากโทษทางอาญาเลย ดังนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองซึ่งที่มิใช่ "องค์กรตุลาการ" เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยการลงโทษทางปกครอง บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นย่อมขัดต่อกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญของเยอรมัน

**๕.๑.๓ แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน**

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้เคยพิจารณาเกี่ยวกับหลักกฎหมายว่าด้วยการแบ่งแยกความผิดทางปกครองออกจากความผิดทางอาญามาแล้วหลายคดี[๕๐] โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยวางเกณฑ์การพิจารณาแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างความผิดทางอาญาและความผิดทางปกครองให้ฝ่ายนิติบัญญัติไว้ว่า ในการบัญญัติโทษทางปกครองมีข้อพิจารณาคำนึงถึงประการใดบ้าง โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้วางเกณฑ์การพิจารณาไว้ให้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องแบ่งแยกระหว่าง "แก่นหรือสาระสำคัญของขอบเขตในการกำหนดความผิดทางอาญา (Kernbereich; Kern der Kriminalstrafe)" และ "อาณาเขตหรือเขตแดนของความผิดทางอาญา (Grenzbereich)"

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันวินิจฉัยว่า "แก่นหรือสาระสำคัญของขอบเขตในการกำหนดความผิดทางอาญา (Kernbereich; Kern der Kriminalstrafe)" หรือ

---

[๔๘] นายศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์ แปลคำว่า "Die quantitative Theorie" ว่า เกณฑ์ความแตกต่างในระดับความร้ายแรง, โปรดดู ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์, เกณฑ์การพิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษทางอาญา, หน้า ๒๖.

[๔๙] Bohnert OWiR Rn. 26; Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd. 1, 1977, 5 ff.; Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd. 2, 1982, 456; Schoreit GA 1967, 225 (226) อ้างใน Jürgen-Peter Graf, BeckOK OWiG, beck-online, München 2017, Einleitung zum OWiG, Rn. 10.

[๕๐] vgl. nur BVerfGE 9, 167; 22, 49; 27, 18; 45, 272; 51, 60; 80, 182.

"หัวใจของการกำหนดโทษทางอาญา" ก็คือ การพิจารณาว่าการกระทำหรือพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดมีผลกระทบต่อ "จริยธรรมทางสังคม (Social ethics)" หรือไม่ โดยในคดีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาของกระทรวงการคลังในความผิดเกี่ยวกับภาษีอากร[๕๑] นั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้พิจารณาวินิจฉัยว่า เนื่องจากการที่รัฐตราบทกฎหมายกำหนดโทษทางอาญาถือเป็นการที่รัฐเข้าไปดำเนินการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอย่างร้ายแรง การพิจารณาวินิจฉัยกำหนดโทษทางอาญาเป็นอำนาจที่สงวนไว้ให้แก่องค์กรตุลาการเท่านั้น ซึ่งรวมไปถึงการลงโทษปรับทางอาญาด้วย แม้โทษปรับทางอาญาจะส่งผลแต่เฉพาะกับทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษเท่านั้น แต่เนื่องจากความผิดทางอาญาที่เป็นฐานที่ใช้ในการลงโทษนั้นเป็นการตอบโต้ต่อการกระทำหรือพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎหมายที่มีความร้ายแรงต่อสังคม (Unwerturteil) จึงต้องสงวนเรื่องการพิจารณาวินิจฉัยเพื่อการลงโทษทางอาญาให้แต่เฉพาะองค์กรตุลาการเท่านั้น การที่กฎหมายภาษีอากรดังกล่าวบัญญัติให้เจ้าหน้าที่กระทรวงการคลังซึ่งเป็นฝ่ายปกครองมีอำนาจลงโทษทางอาญา โดยมีการบันทึกประวัติของผู้กระทำความผิดลงไปในทะเบียนอาชญากร นอกจากนี้ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่สามารถจะชำระค่าปรับได้ ผู้กระทำความผิดก็ต้องถูกจำคุก ดังนั้น การที่กฎหมายภาษีอากรบัญญัติกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของกระทรวงการคลังซึ่งเป็นฝ่ายปกครองสามารถกำหนดโทษทางอาญาได้ กฎหมายภาษีอากรดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญของเยอรมัน

นอกจากนี้ ในคดีที่ศาลชั้นต้นแห่งเมืองนิดดา (Amtsgericht Nidda) เห็นว่ากรณีที่มีการตรากฎหมายกำหนดหลักการโดยแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับการจราจรเป็นความผิดทางปกครอง และให้อยู่ในอำนาจของฝ่ายปกครองในการกำหนดโทษ นั้นขัดต่อกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญของเยอรมัน ศาลชั้นต้นดังกล่าวจึงได้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าว[๕๒] ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเห็นว่า กฎหมายที่มีบทกำหนดโทษให้รัฐสามารถใช้อำนาจเด็ดขาดเพื่อลงโทษทางอาญาได้นั้น จะต้องมีองค์ประกอบของเรื่องผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อ "จริยธรรมทางสังคม (social ethics)" ซึ่งผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อ "จริยธรรมทางสังคม (social ethics)" จะสะท้อนอยู่ในการกำหนดพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดและระวางโทษ หน้าที่ของกฎหมายอาญาคือ การคุ้มครอง "คุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างมีระเบียบ (Die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens)" ซึ่งถือเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายอาญา และในการพิจารณาว่ากรณีใดที่จะถือว่าเป็น "คุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างมีระเบียบ (Die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens)" นั้น ก็จะต้องพิจารณาผ่านการตีความและการให้คุณค่าต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นเรื่องๆ ไป และการกำหนดขอบเขตดังกล่าวก็เป็นดุลพินิจของ

---

[๕๑] BVerfGE 22, 49 (80).

[๕๒] BVerfGE 27, 18.

ฝ่ายนิติบัญญัติ ในการกำหนดให้พฤติกรรมที่แต่เดิมเป็นความผิดทางอาญาให้กลายมาเป็นความผิดในทางปกครองนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความเหมาะสมในเรื่องดังกล่าวได้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีอำนาจตรวจสอบได้แต่เพียงว่า การกำหนดหลักการตามบทบัญญัติดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เท่านั้น และเมื่อได้พิจารณาพัฒนาการของการเปลี่ยนแปลงความผิดทางอาญามาเป็นความผิดทางปกครองแล้วจะเห็นว่า เมื่อรัฐมีภารกิจต้องเข้าไปดำเนินการดูแลประชาชนในหลาย ๆ ด้านมากขึ้น รัฐจึงจำเป็นต้องกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นข้อจำกัด ข้อห้าม ข้อสั่งการบางอย่างเอาไว้ โดยจะต้องมีกลไกเกี่ยวกับสภาพบังคับ (sanctions) อยู่ด้วย ทำให้มีความเสี่ยงที่การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์หรือมาตรการควบคุมสังคมของรัฐจะอยู่ภายใต้ความผิดทางอาญามากจนเกินไป ทำให้ลักษณะเฉพาะของความผิดทางอาญาและโทษทางอาญาลดความสำคัญลง ต่อมา เมื่อมีการตรา “กฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeitengesetz)” ขึ้นมา ทำให้การแบ่งแยกระหว่างความผิดทางอาญาและความผิดทางปกครองมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ซึ่งก็รวมถึงความผิดเกี่ยวกับการจราจรด้วย ซึ่งเดิมเป็นความผิดทางอาญา แต่ด้วยผลของกฎหมายดังกล่าวจึงทำให้ความผิดเกี่ยวกับการจราจรเปลี่ยนมาเป็นความผิดทางปกครอง เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติพิจารณาแล้วเห็นว่า ความผิดเกี่ยวกับการจราจรในยุคสมัยใหม่จะเพิ่มจำนวนมากขึ้น และมีผลทำให้รัฐจะต้องรับมือกับการดำเนินคดีอาญามากขึ้นนั้น จึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกำหนดให้นำความผิดเกี่ยวกับการจราจรที่แต่เดิมเป็นโทษทางอาญามากำหนดให้เป็นความผิดทางปกครองแทน และการเปลี่ยนแปลงหลักการทางกฎหมายดังกล่าวก็ไม่ได้กระทบต่อ “แก่นหรือสาระสำคัญของขอบเขตในการกำหนดความผิดทางอาญา (Kernbereich; Kern der Kriminalstrafe)”แต่อย่างใด กฎหมายเกี่ยวกับการจราจรดังกล่าวจึงชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว

เมื่อพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันแล้วจะเห็นได้ว่า แก่นหรือสาระสำคัญหรือหัวใจของกฎหมายอาญาอยู่ที่การกำหนด “คุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างมีระเบียบ (Die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens)” ส่วนความผิดทางปกครองเป็นเพียงการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น ดังนั้น โทษปรับทางปกครองจึงเป็นเพียงการเตือนให้บุคคลปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น และจะไม่มีผลกระทบต่อชื่อเสียงเกียรติยศของบุคคล เกณฑ์ในการพิจารณาโทษทางปกครองของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจึงอยู่ที่ว่า ในส่วนที่เป็นแก่นหรือสาระสำคัญหรือหัวใจของกฎหมายอาญานั้น ฝ่ายนิติบัญญัติต้องมีความชัดเจนว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงความผิดทางอาญามาเป็นความผิดทางปกครองนั้น จะต้องไม่มีผลกระทบต่อสาระสำคัญของกฎหมายอาญาที่ต้องการคุ้มครอง “คุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคม” นั่นเอง ในส่วนที่ว่าคุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมจะมีลักษณะเป็นเช่นใดนั้น ก็สามารถพิจารณาจากการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในระบบกฎหมายนั้น ๆ ส่วนในกรณีของ “อาณาเขตหรือเขตแดนของการกำหนดความผิดทางอาญา (Grenzbereich)” ซึ่งเป็นกรณีที่ยังไม่ชัดเจนว่าสมควรจะบัญญัติให้เป็นความผิดทางอาญา

หรือไม่ นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติก็มีดุลพินิจพิจารณาตัดสินใจว่า สมควรที่จะกำหนดให้กรณีใดเป็นความผิดทางอาญาและกรณีใดเป็นความผิดทางปกครอง โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีจะถูกจำกัดอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบถึงเรื่องความเหมาะสมของการตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวที่เป็นอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ

**๕.๒ ความแตกต่างระหว่าง "ค่าปรับทางปกครอง (Zwangsgeld)" และ "การลงโทษปรับทางปกครอง (Geldbuße)"**

คำว่า "โทษ" ในบทความนี้มีความหมายเป็นการทั่วไปและมีขอบเขตอย่างกว้าง "โทษ" หมายความว่า เครื่องมือหรือกลไกในการควบคุมสังคมผ่านสภาพการบังคับใช้ของกฎหมาย (sanctions) "โทษ" จึงไม่ได้มีความหมายเพียงแค่การลงโทษอย่างเดียว แต่ยังหมายความรวมถึงสภาพการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะอื่นๆ ด้วย เมื่อพิจารณาในด้านความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนและการกำหนดสภาพบังคับทางปกครองแล้ว ความสำคัญของการใช้กฎหมายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง "กฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz)" ซึ่งเป็นกฎหมายปกครองทั่วไปในการป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิด (präventiv) และกฎหมายปกครองอื่นๆ ต่างก็มีเครื่องมือหรือกลไกในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งก็คือ "มาตรการบังคับทางปกครอง (Verwaltungsvollstreckung)" ซึ่งมาตรการบังคับทางปกครองอันมีผลต่อทรัพย์สินของบุคคล ได้แก่ "ค่าปรับทางปกครอง (Zwangsgeld)" นั่นเอง เมื่อพิจารณาในแง่ของการกำหนดสภาพบังคับที่มีผลกระทบต่อทรัพย์สินของบุคคลแล้ว "ค่าปรับทางปกครอง (Zwangsgeld)" "การลงโทษปรับทางปกครอง (Geldbuße)" และ "โทษปรับทางอาญา (Geldstrafe)" ต่างก็มีลักษณะความคล้ายคลึงกัน และเมื่อพิจารณาการแบ่งแยกโทษทางอาญาและโทษทางปกครองออกจากกันตามทฤษฎีและแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันข้างต้นแล้ว ทำให้ในการแบ่งแยกระหว่าง "โทษปรับทางอาญา (Geldstrafe)" และ "การลงโทษปรับทางปกครอง (Geldbuße)" ที่แม้จะมีวัตถุประสงค์ทำนองเดียวกันในการใช้เพื่อ "ตำหนิ (repressiv)" การกระทำหรือพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด อีกทั้งยังมีผลกระทบต่อทรัพย์สินของบุคคลเหมือนกันก็ตาม แต่ด้วยลักษณะที่ความผิดทางอาญาจะต้องเป็นการกระทำหรือพฤติกรรมที่มีผลกระทบกระเทือนต่อคุณค่าพื้นฐานการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคม ซึ่งมีลักษณะของความร้ายแรงมากกว่าโทษทางปกครอง ดังนั้น จึงจะต้องพิจารณาต่อไปว่า สามารถจะนำหลักเกณฑ์ใดบ้างมาใช้ในการพิจารณาเพื่อแยกความแตกต่างระหว่าง "ค่าปรับทางปกครอง (Zwangsgeld)" และ "การลงโทษปรับทางปกครอง (Geldbuße)"

**๕.๒.๑ ข้อความคิดทั่วไป**

เมื่อฝ่ายปกครองมีอำนาจดำเนินการโดยใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้เอง ทั้งในเรื่องของการใช้มาตรการ "ค่าปรับทางปกครอง (Zwangsgeld)" และ "การลงโทษปรับทางปกครอง (Geldbuße)" กรณีทั้งสองจึงถือเป็นสภาพบังคับตามกฎหมายปกครอง (administrative sanctions) แต่เนื่องจากค่าปรับทางปกครอง (Zwangsgeld) เป็นมาตรการบังคับทางปกครอง

กล่าวคือ เป็นมาตรการที่จะใช้เพื่อบังคับให้บุคคลดำเนินการหรือละเว้นการดำเนินการตามหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติหรือที่ต้องละเว้นตามคำสั่งหรือตามกฎหมาย กรณีจึงถือว่าค่าปรับทางปกครอง (Zwangsgeld) นั้นเป็นกลไกสภาพบังคับทางกฎหมายของกฎหมายปกครอง หรือกฎหมายตำรวจในการป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิด (präventiv) ในขณะที่ "การลงโทษปรับทางปกครอง (Geldbuße)" เป็นไปเพื่อ "ตำหนิ (repressiv)" การกระทำหรือพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดที่ได้กระทำความผิดสำเร็จแล้ว และเมื่อการลงโทษทางปกครองมีโครงสร้างที่คล้ายคลึงกับการลงโทษทางอาญาแล้ว การพิจารณา "การลงโทษทางปกครอง" จึงสามารถนำหลักการลงโทษตามกฎหมายอาญามาใช้ได้ โดยในมาตรา ๘๔ (๑)[๕๓] แห่งกฎหมายว่าด้วยว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeitengesetz) ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการลงโทษแก่บุคคลที่ได้กระทำผิดทางปกครองครั้งเดียว ด้วยการลงโทษทางปกครองถึงสองครั้ง ดังนั้น "โทษปรับทางปกครอง (Geldbuße)" จึงสามารถนำมาใช้ลงโทษการกระทำใดการกระทำหนึ่งที่เป็นความผิดได้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น ในขณะที่ "ค่าปรับทางปกครอง (Zwangsgeld)" นั้น เนื่องจาก "ค่าปรับทางปกครอง (Zwangsgeld)" เป็นมาตรการบังคับทางปกครอง ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจในการกำหนดค่าปรับทางปกครองได้หลายครั้ง จนกว่าบุคคลที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือกฎหมายจะยินยอมปฏิบัติตามหน้าที่ที่ปรากฏในคำสั่งหรือกฎหมาย และหากข้อเท็จจริงปรากฏว่า บุคคลที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือกฎหมายนั้นได้ดำเนินการหรือละเว้นการดำเนินการตามคำสั่งหรือกฎหมายนั้นแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ไม่อาจจะใช้มาตรการบังคับโดยให้ชำระค่าปรับทางปกครองได้อีกต่อไป เนื่องจากมาตรการบังคับทางปกครองขึ้นอยู่กับคำสั่งหรือกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ให้บุคคลต้องดำเนินการหรือละเว้นการดำเนิน เมื่อบุคคลนั้นได้มีการดำเนินการหรือละเว้นการดำเนินการตามคำสั่งหรือกฎหมายโดยชอบแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองอีกต่อไป แต่สำหรับการลงโทษทางปกครองนั้น เมื่อมีการสั่งลงโทษปรับทางปกครองแล้ว ย่อมต้องถือว่ากระบวนการ "ตำหนิ (repressiv)" การกระทำหรือพฤติกรรมของผู้กระทำผิดเป็นอันเสร็จสิ้นลง

---

[๕๓] § 84 OWiG

(1) Ist der Bußgeldbescheid rechtskräftig geworden oder hat das Gericht über die Tat als Ordnungswidrigkeit oder als Straftat rechtskräftig entschieden, so kann dieselbe Tat nicht mehr als Ordnungswidrigkeit verfolgt werden.

มาตรา ๘๔ (๑) แห่งกฎหมายว่าด้วยว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง บัญญัติไว้ว่า กรณีที่คำสั่งให้ลงโทษปรับทางปกครองมีผลผูกพันตามกฎหมาย โดยมิอาจจะโต้แย้งได้อีก หรือศาลได้มีคำวินิจฉัยถึงที่สุดแล้วว่าการกระทำนั้นถือเป็นความผิดทางปกครองหรือความผิดทางอาญาแล้ว ห้ามมิให้มีการลงโทษการกระทำในฐานะที่เป็นความผิดทางปกครองได้อีก

| ค่าปรับทางปกครอง (Zwangsgeld) | การลงโทษปรับทางปกครอง (Geldbuße) |
|---|---|
| ๑. มาตรการบังคับทางปกครอง(präventive) | ๑. มาตรการตำหนิ (repressive) |
| ๒. ปรับได้หลายครั้ง | ๒. ลงโทษได้ครั้งเดียว |
| ๓. บุคคลยินยอมพร้อมใจปฏิบัติตามคำสั่งหรือกฎหมาย ถือว่าสิ้นสุด | ๓. เมื่อมีการสั่งลงโทษปรับทางปกครองแล้ว ย่อมต้องถือว่ากระบวนการ “ตำหนิ” การกระทำผิดเป็นอันเสร็จสิ้นลง |

**๕.๒.๒ กรณีตัวอย่างสภาพปัญหาเกี่ยวกับค่าปรับทางปกครอง (Zwangsgeld)**

ตามที่ได้นำเสนอมาข้างต้นแล้วว่า “ค่าปรับทางปกครอง (Zwangsgeld)” เป็นมาตรการทางปกครองประเภทหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นมาตรการป้องกัน (präventiv) การกระทำผิดกฎหมายให้มีประสิทธิภาพ ซึ่งแตกต่างไปจาก “การลงโทษปรับทางปกครอง (Geldbuße)” ที่มีวัตถุประสงค์ที่จะตำหนิ (repressiv) การกระทำหรือพฤติกรรมของการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นแล้ว โดยทั่วไป มาตรการบังคับทางปกครองย่อมเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการป้องกันหากยังไม่ปรากฏว่ามีการกระทำผิดเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ในระบบของการกำหนดมาตรการบังคับทางปกครองกลับปรากฏว่า อาจมีกรณีที่มีการกำหนดค่าปรับทางปกครองภายหลังจากที่มีการกระทำที่เกิดขึ้นแล้ว (nachträgliches Zwangsgeld) ทำให้มีประเด็นทางกฎหมายที่จะต้องวินิจฉัยว่าการนำมาตรการบังคับทางปกครองไปใช้ในกรณีที่เกิดการกระทำขึ้นแล้วจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือสมควรจะกำหนดให้มีการใช้โทษทางปกครองกับกรณีดังกล่าว[๕๔] ยกตัวอย่างเช่น

**กรณีที่หนึ่ง[๕๕]**: หน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับอาหารและสัตว์ได้ตรวจสอบพบว่า นาย ก ได้ใช้ฮอร์โมนกระตุ้นความเจริญเติบโตกับวัว จำนวน ๓๐ ตัว เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองดังกล่าวได้มีคำสั่งห้ามมิให้นาย ก ส่งวัวทั้ง ๓๐ ตัว ที่ได้ตรวจพบเจอฮอร์โมนกระตุ้นความเจริญเติบโตโดยการทำเครื่องหมายกำหนดไว้แล้ว ไปที่โรงฆ่าสัตว์ และได้กำหนดให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลบังคับทันที และได้กำหนดไว้ในคำสั่งดังกล่าวด้วยว่าหากมีการฝ่าฝืน ให้ปรับเป็นจำนวนเงิน ๒,๐๐๐ ยูโร ต่อวัวหนึ่งตัว ข้อเท็จจริงปรากฏว่า นาย ก ไม่ได้ใส่ใจกับคำสั่งห้ามดังกล่าว ในทางกลับกัน นาย ก ได้ส่งวัวทั้งหมดของตนไปยังโรงฆ่าสัตว์ เช่นนี้ เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองยังมีอำนาจสั่งปรับเงินเป็นจำนวนเงิน ๖๐,๐๐๐ ยูโร

---

[๕๔] Thomas Dünchheim, Vom Zwangsgeld zurück zur Zwangsstrafe?, NVwZ 1996, 117 ff.

[๕๕] OVG Münster, NVwZ-RR 1992, 517. อ้างใน Thomas Dünchheim, Vom Zwangsgeld zurück zur Zwangsstrafe?, NVwZ 1996, 117 ff.

และดำเนินการใช้มาตรการยึดหรืออายัดทรัพย์สินขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระค่าปรับดังกล่าวได้ หรือไม่

**กรณีที่สอง**[๕๖]: นาย ก ซึ่งเป็นเกษตรกรต้องการจัดงานและออกร้านเกี่ยวกับเครื่องจักรและอุปกรณ์ทางการเกษตร และมีการขายอาหารและเครื่องดื่มด้วยเป็นระยะเวลาทั้งสิ้น ๑๐ วัน และได้ยื่นคำร้องขอจัดงานดังกล่าวต่อหน่วยงานทางปกครองที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุมการจัดงานออกร้าน แต่หน่วยงานดังกล่าวได้ปฏิเสธที่จะออกใบอนุญาตให้แก่นาย ก และได้มีคำสั่งห้ามจัดให้มีการออกร้านและห้ามมีการขายอาหารและเครื่องดื่ม ซึ่งหากนาย ก ฝ่าฝืนคำสั่งดังกล่าว หน่วยงานทางปกครองได้กำหนดว่าจะมีการปรับเป็นจำนวนเงิน ๕,๐๐๐ ยูโร ซึ่งนาย ก ก็ไม่ใส่ใจที่จะปฏิบัติตามคำสั่งห้ามดังกล่าว หน่วยงานทางปกครองจึงมีคำสั่งปรับนาย ก เป็นจำนวนเงิน ๕,๐๐๐ ยูโร และมีคำสั่งว่าจะปรับนาย ก เพิ่มอีกเป็นจำนวนเงิน ๑๐,๐๐๐ ยูโร ต่อวัน หากยังดำเนินการออกร้านและยังมีการขายอาหารและเครื่องดื่มต่อไป ซึ่งนาย ก ก็หาได้ใส่ใจคำสั่งห้ามดังกล่าวแต่อย่างใด และได้ดำเนินการออกร้านและมีการขายอาหารและเครื่องดื่มต่อไปอีก ๓ วัน จนจบงาน หน่วยงานทางปกครองยังมีอำนาจกำหนดค่าปรับทางปกครองจำนวน ๓๐,๐๐๐ ยูโร (๑๐,๐๐๐ ยูโร ต่อวัน) และดำเนินการใช้มาตรการยึดหรืออายัดทรัพย์สินขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระค่าปรับดังกล่าวได้ หรือไม่

เมื่อได้พิจารณาข้อเท็จจริงตามตัวอย่างที่ปรากฏในคดีพิพาททั้งสองคดีข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า แม้ว่าเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองในทั้งสองคดีจะมีคำสั่งทางปกครองที่ห้ามกระทำการแล้วก็ตาม แต่ผู้รับคำสั่งทางปกครองก็เพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งห้ามดังกล่าว กรณีตัวอย่างที่หนึ่ง คือ คำสั่งห้ามฆ่าวัว และกรณีตัวอย่างที่สอง คือ คำสั่งห้ามออกร้านขายอาหารและเครื่องดื่ม ซึ่งหลังจากที่มีการฆ่าวัว และมีการจัดงานออกร้านเสร็จสิ้นไปแล้ว กรณีจึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า การกำหนดค่าปรับทางปกครองในข้อเท็จจริงที่เสร็จสิ้นไปแล้วและไม่ปรากฏว่าจะมีการกระทำเช่นว่านั้นในอนาคตอีก จะยังคงเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของมาตรการบังคับทางปกครองที่ต้องการโน้มน้าวให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองยินยอมที่จะปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง ด้วยการอาศัยแรงกดดันจากมาตรการบังคับทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดค่าปรับทางปกครองเนื่องจากการฆ่าวัว และงานเทศกาลได้สิ้นสุดไปแล้ว ย่อมไม่สิ่งที่จะโน้มน้าวผู้รับคำสั่งทางปกครองได้อยู่อีกต่อไป ซึ่งในกรณีนี้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ เมืองมุนสเตอร์ ได้วินิจฉัยในทั้งสองคดีว่าเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองยังคงมีอำนาจกำหนดค่าปรับทางปกครองได้ และดำเนินการใช้มาตรการยึดหรืออายัดทรัพย์สินขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระค่าปรับดังกล่าว เนื่องจากเจ้าหน้าที่หน่วยงานทางปกครองได้มีคำสั่งห้ามไปก่อนแล้ว ซึ่งมีผลบังคับห้ามมิให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองฆ่าวัวหรือจัดงานเทศกาล แล้วแต่กรณี และในระหว่างที่คำสั่งห้ามยังมีผลทางกฎหมายอยู่นั้น และภายหลังจากที่ได้มีการเตือนเกี่ยวกับการฝ่าฝืนและค่าปรับทางปกครองไปแล้ว ซึ่งต่อมาภายหลัง ข้อเท็จจริงปรากฏว่าได้มีการดำเนินการที่ฝ่าฝืนคำสั่งดังกล่าว

---

[๕๖] คดีของ OVG Münster, NVwZ-RR 1993, 671. อ้างใน Thomas Dünchheim, Vom Zwangsgeld zurück zur Zwangsstrafe?, NVwZ 1996, 117 ff.

ก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะแสดงให้เห็นถึงลักษณะของมาตรการบังคับทางปกครองที่จะถูกใช้เป็นเครื่องมือในการโน้มน้าวให้บุคคลปฏิบัติตามข้อห้ามที่ปรากฏในคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งการเตือนเกี่ยวกับการปรับทางปกครอง ทำให้ผู้ที่มีหน้าที่ปฏิบัติตามคำสั่งยังคงอยู่ในสถานะที่จะต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่ปรากฏในคำสั่งทางปกครองนั้น และหากไม่มีกระบวนการกำหนดค่าปรับทางปกครอง และการดำเนินการใช้มาตรการยึดหรืออายัดทรัพย์สินขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระค่าปรับดังกล่าวแล้ว การเตือนและสภาพบังคับก็ไม่อาจจะเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ เมืองมุนสเตอร์ แล้ว จึงสรุปได้ว่า แม้การกำหนดค่าปรับทางปกครองจะมีขึ้นภายหลังที่มีการกระทำที่ฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครองไปแล้วก็ตาม แต่โดยสภาพของคำสั่งทางปกครอง การเตือน และลักษณะของการโน้มน้าวให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองดำเนินการหรือละเว้นการดำเนินการตามที่คำสั่งกำหนด ก็เพียงพอแล้วที่จะแสดงให้เห็นถึงลักษณะสำคัญของมาตรการบังคับทางปกครองอยู่ดังเดิม

## ๖. บทสรุป

### ๖.๑ เกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครอง

#### ๖.๑.๑ ความเข้าใจเบื้องต้นและขอบเขตเกี่ยวกับ “โทษทางปกครอง”

เมื่อพิจารณาบทกำหนดโทษท้ายพระราชบัญญัติทั้งหลายที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทยแล้ว จะพบว่าพระราชบัญญัติจำนวนหลายฉบับมีบทบัญญัติที่กำหนดให้มีการลงโทษทางอาญาหากมีการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายนั้น ๆ และเมื่อการควบคุมสังคมโดยกฎหมาย ประกอบไปด้วยบรรทัดฐานทางสังคมหรือปทัสถาน (Norm) และมาตรการที่ใช้บังคับให้มีการปฏิบัติตามบรรทัดฐานทางสังคมหรือปทัสถาน (sanctions) แล้ว จะแสดงให้เห็นถึงกระบวนทัศน์ (paradigm) ของผู้ร่างกฎหมายไทยที่ต้องการบังคับให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชนปฏิบัติตามกฎหมายด้วยการข่มขู่ด้วย “โทษทางอาญา” อย่างไรก็ตาม เมื่อได้พิจารณาเครื่องมือที่ผู้ร่างกฎหมายสามารถนำมาใช้บังคับให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชนปฏิบัติตามกฎหมายแล้ว จะพบว่า นอกจากการใช้มาตรการทางกฎหมายอาญาด้วย “โทษทางอาญา” แล้ว ยังมีเครื่องมือหรือกลไกทางกฎหมายเอกชน เช่น ความเป็นโมฆะของสัญญา ค่าเสียหายอันเกิดจากการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง ค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิด เป็นต้น หรือมาตรการทางกฎหมายปกครอง เช่น คำสั่งทางปกครองและมาตรการบังคับทางปกครองโทษทางปกครอง เป็นต้น การกำหนด “โทษ” จึงเป็นเพียงส่วนหนึ่งของกลไก “การบังคับใช้กฎหมาย (legal sanctions)” เท่านั้น ขอบเขตของ “โทษทางปกครอง” จึงมีความหมายที่กว้างกว่าคำว่า “โทษ” ในความหมายทั่วไป “สภาพบังคับทางกฎหมายปกครอง (Verwaltungsrechtliche Sanktionen; administrative sanctions)” จึงมีความหมายครอบคลุมทั้ง “มาตรการบังคับทางปกครอง” และ “การลงโทษทางปกครอง” ด้วย เกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครองจึงหมายความถึง หลักในการพิจารณาตัดสินใจหรือวินิจฉัยของผู้ร่างกฎหมายในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายปกครองที่จะสามารถบังคับให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชน ปฏิบัติตาม

เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ผู้ร่างกฎหมายกำหนดไว้ในบทบัญญัติต่างๆ ของกฎหมายปกครอง และเมื่อกฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนเช่นเดียวกับกฎหมายอาญา ดังนั้น การวิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างการบังคับใช้กฎหมายอาญา (criminal sanctions) กับการบังคับใช้กฎมายปกครอง (administrative sanctions) จะทำให้เห็นถึงวัตถุประสงค์และสาระสำคัญของมาตรการทางกฎหมายในแต่ละประเภท และทำให้ผู้ร่างกฎหมายสามารถเลือกใช้มาตรการทางกฎหมายให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละประเภท และก่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดที่จะจากผลของการบังคับใช้กฎหมายนั้นๆ ได้

**๖.๑.๒ หลักเกณฑ์ประการที่หนึ่ง : ขอบเขตในการบัญญัติโทษทางอาญา (criminal sanctions)**

แม้ว่าบทความเรื่อง "เกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครอง" นี้จะเป็นบทความที่มีความเกี่ยวพันโดยตรงกับเรื่องโทษทางปกครองก็ตาม แต่เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายของไทยตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ จะมีความเกี่ยวโยงอยู่กับการกำหนดโทษทางอาญาเป็นส่วนใหญ่ ดังนั้น การที่ผู้ร่างกฎหมายจะสามารถตัดสินใจหรือวินิจฉัยกำหนดมาตรการทางกฎหมายปกครองที่เหมาะสมในการให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชน ปฏิบัติตาม จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะผู้ร่างกฎหมายจะต้องทำความเข้าใจถึงขอบเขตและข้อจำกัดของกฎหมายอาญา เมื่อความผิดทางอาญาและโทษทางอาญาสามารถส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้อย่างรุนแรง ทำให้การกำหนดลักษณะความผิดทางอาญาและการกำหนดโทษทางอาญาจะนำมาใช้ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพที่สุด ดังนั้น หากกระบวนทัศน์ (paradigm) ของผู้ร่างกฎหมายตั้งอยู่บนสมมุติฐานที่ว่า "ยิ่งกฎหมายกำหนดโทษไว้รุนแรงมากเพียงใด จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นเท่านั้น" ผู้ร่างกฎหมายก็นำกฎหมายอาญามาใช้ในฐานะเป็นเครื่องมือลำดับแรก (prima ratio) ในการควบคุมสังคม ซึ่งก็จะมีผลจนก่อให้เกิดสภาพความเฟ้อของกฎหมายอาญา (Inflation of criminal law) ทำให้ความผิดทางอาญาและโทษทางอาญามีมากเกินไป และแทรกเข้าไปอยู่ในชีวิตประจำวันของคนในสังคมมากจนเกินสมควร และสะท้อนให้เห็นถึงความเบ็ดเสร็จเด็ดขาดของรัฐที่จะกระทำต่อประชาชนในปกครองของตน บทเรียนและประสบการณ์ที่ได้จากการศึกษานโยบายเกี่ยวกับอาชญากรรมของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีทำให้เห็นได้ว่า ในช่วงยุคสมัยการเปลี่ยนผ่านเข้าสู่ระบบกฎหมายอาญาสมัยใหม่ รัฐได้ยกเลิกความผิดทางอาญาในหลากหลายฐานความผิด และพยายามที่จะใช้มาตรการทางกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครองในการควบคุมสังคมแทน ซึ่งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมีความน่าสนใจสำหรับผู้ร่างกฎหมายไทยเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตในการบัญญัติโทษทางอาญา โดยข้อความคิดพื้นฐานที่กฎหมายอาญาก่อให้เกิดผลกระทบที่รุนแรงต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงจะต้องนำมาใช้เท่าที่จำเป็นในฐานะมาตรการสุดท้าย (Ultima Ratio) เท่านั้น ซึ่งมีข้อพิจารณาในการกำหนดความผิดทางอาญา ดังนี้

(๑) คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครอง (Rechtsgut) คือ คุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ (Die elementare Werte

eines geordneten Gemeinschaftslebens) ซึ่งผู้ร่างกฎหมายจะต้องพิจารณาผ่านระบบกฎหมายของรัฐประกอบกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลว่า คุณธรรมทางกฎหมายในลักษณะใดที่มีผลกระทบกระเทือนต่อคุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ

(๒) ความจำเป็นของกฎหมายอาญาในฐานะเครื่องมือควบคุมสังคม ผู้ร่างกฎหมายจะต้องพิจารณาผ่าน "หลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeitsprinzip)" ให้ได้ความว่า

ก. ความผิดทางอาญาที่บัญญัติขึ้นมานั้นสามารถที่จะคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่ผู้ร่างกฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองได้หรือไม่

ข. มาตรการป้องกันมิให้มีการกระทำความผิด (präventiv) จะต้องถูกนำมาใช้ก่อนมาตรการการลงโทษ (repressiv) เสมอ และหากมีมาตรการตามกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายปกครองที่จะสามารถป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพและกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยกว่ากฎหมายอาญาแล้ว สมควรที่จะต้องใช้มาตรการตามกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายปกครองก่อน

ค. การชั่งน้ำหนักหรือดุลยภาพระหว่างประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นจากการกำหนดโทษทางอาญาและความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับการลงโทษบุคคลและความเปลี่ยนแปลงของสังคม

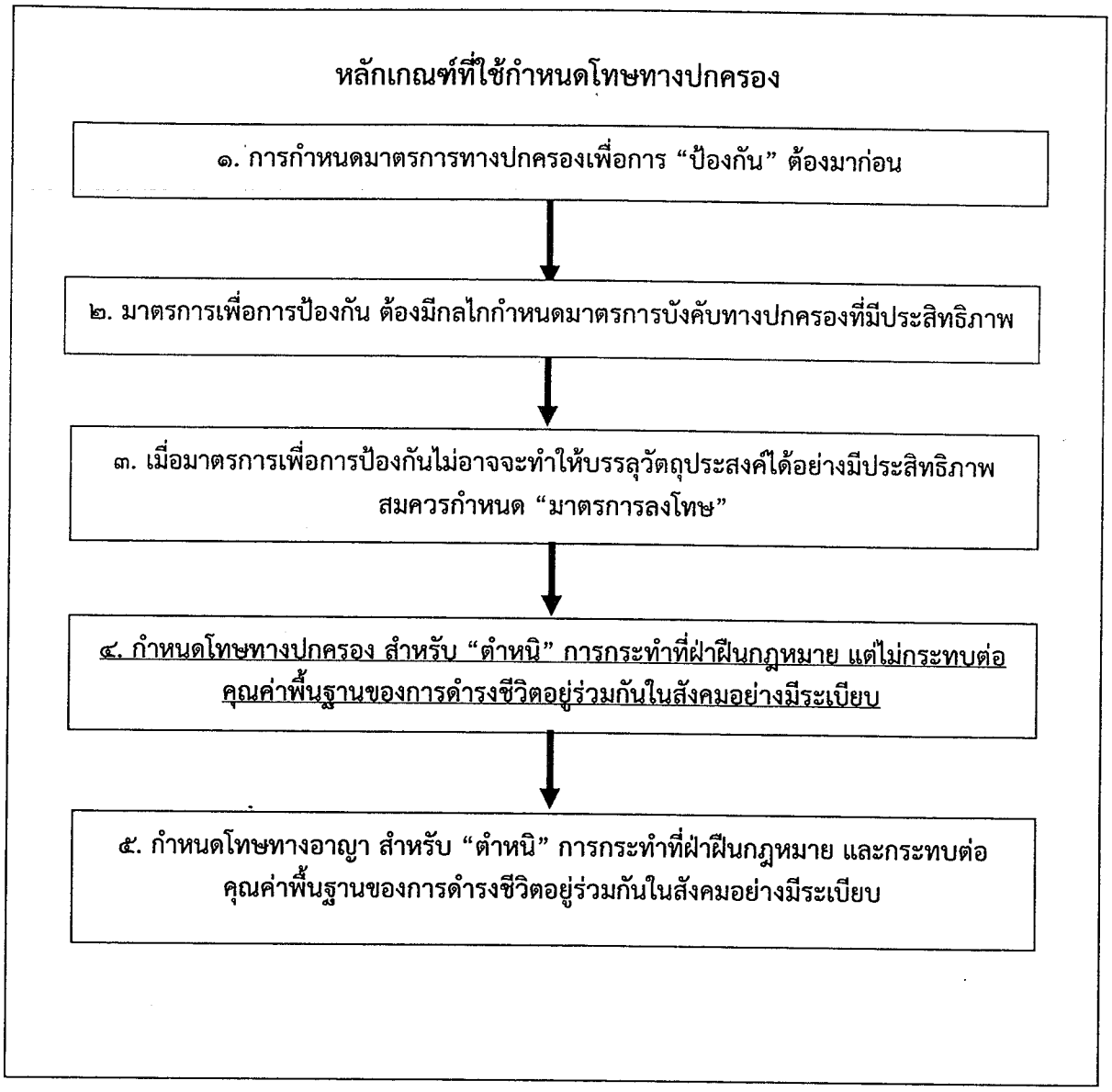
**๖.๑.๓ หลักเกณฑ์ประการที่สอง : สภาพบังคับทางกฎหมายปกครอง (Verwaltungsrechtliche Sanktionen; administrative sanctions)**

เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญานั้นจะให้ความสำคัญกับการลงโทษ (repressiv) และลักษณะทางธรรมชาติของการลงโทษ (repressive Sanktion) ก็เป็นกระบวนการที่มุ่งไปดำเนินการกับพฤติกรรมหรือการกระทำที่เกิดขึ้นแล้ว ทำให้การลงโทษไม่อาจจะป้องกันความเสียหายได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากการลงโทษไม่อาจจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสิ่งที่เกิดขึ้นมาแล้วในอดีตได้ หากรัฐมีการตรากฎหมายเพิ่มลักษณะของความผิดทางอาญาและโทษทางอาญามากยิ่งขึ้นเท่าใด ยิ่งสะท้อนให้เห็นว่ารัฐยอมที่จะเป็นฝ่าย "ตั้งรับ" กับปัญหาอาชญากรรมที่เกิดขึ้น ทำให้รัฐสมัยใหม่ต้องหันมาใช้กลไกทางกฎหมายประเภทอื่นที่มีประสิทธิภาพมากกว่ากฎหมายอาญาในอันที่จะสามารถนำมาใช้เพื่อ "ป้องกัน" มิให้เกิดการกระทำความผิดได้ และเมื่อพิจารณาระบบกฎหมายปกครองเยอรมันแล้ว จะพบว่า ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันได้มีการสถาปนาระบบกฎหมายตำรวจในทางปกครองขึ้น เพื่อใช้เป็นเครื่องมือป้องกันมิให้มีการกระทำความผิด ซึ่งกฎหมายตำรวจที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการทางปกครองได้แบ่งออกเป็น ๒ ประเภท คือ **หนึ่ง** กฎหมายตำรวจทั่วไป (Polizeigesetz) อันเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการทางปกครอง เพื่อป้องกันมิให้เกิดภัยหรืออันตรายต่อการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบเป็นการทั่วไป โดยไม่มีวัตถุประสงค์ว่ามุ่งที่จะคุ้มครองสิ่งใดเป็นการเฉพาะเจาะจง และ **สอง** กฎหมายตำรวจเฉพาะเรื่อง อันเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะและให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง เช่น กฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ หรือ กฎหมายควบคุมอาคาร เป็นต้น ซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจตามกฎหมายตำรวจมีอำนาจดำเนินการคล้ายคลึงกับการดำเนินการ

ของเจ้าหน้าที่ตามตำรวจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามกฎหมายตำรวจถือว่าเป็นการดำเนินการภายใต้ขอบเขตของกฎหมายปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการป้องกัน ดังนั้น มาตรการตามกฎหมายตำรวจจึงเป็นมาตรการ “เชิงรุก” เพื่อป้องกันมิให้เกิดภัยหรืออันตรายต่อการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ ซึ่งจะให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปดำเนินการหรือจัดการกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและจัดการฟื้นฟูสภาพความชอบด้วยกฎหมาย โดยการบังคับใช้กฎหมายตำรวจนั้น กฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการสั่งให้บุคคลหรือผู้ครอบครองทรัพย์ที่อาจจะก่อให้เกิดภัยหรืออันตราย ให้มีการแก้ไขปรับปรุงให้ชอบด้วยกฎหมาย หรือสั่งให้บุคคลละเว้นการดำเนินการใดๆ ที่อาจจะก่อให้เกิดสภาพความไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหากบุคคลดังกล่าวไม่ยินยอมพร้อมใจที่จะปฏิบัติตามการสั่งการของเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว กฎหมายตำรวจก็กำหนดสภาพการบังคับใช้กฎหมาย (sanctions) เอาไว้ โดยให้เจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ ซึ่งได้แก่ การจัดการแทนและเรียกให้ชดใช้ค่าใช้จ่าย (Ersatzvornahme) การสั่งปรับ (Zwangsgeld) การกักขังแทนค่าปรับ (Ersatzzwangshaft) หรือการใช้กำลังบังคับโดยตรง (Unmittelbarer Zwang) ซึ่งการใช้กำลังบังคับโดยตรงนี้ให้หมายถึงการใช้กำลังทางกายภาพตลอดไปจนถึงการใช้อาวุธด้วย เมื่อพิจารณาบทเรียนและประสบการณ์จากระบบกฎหมายเยอรมันแล้ว จะพบว่าในระบบกฎหมายเยอรมันแยกการบังคับใช้กฎหมายออกเป็น ๒ ประเภท คือ การบังคับใช้กฎหมายเพื่อป้องกัน (preventive sanctions) และการบังคับใช้กฎหมายเพื่อลงโทษ (repressive sanctions) และด้วยเหตุที่ภารกิจของรัฐที่เปลี่ยนไปจากการการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยอาศัยกลไกการบังคับใช้กฎหมายเพื่อลงโทษ (repressive sanctions) มาเป็นการกำหนดมาตรการเชิงรุกในการส่งเสริมการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยอาศัยกลไกการบังคับใช้กฎหมายเพื่อป้องกัน (preventive sanctions) และเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย จะพบว่า ภารกิจของรัฐไทยยังคงแสดงออกว่ารัฐให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลผ่านการกำหนดโทษไว้ในกฎหมายต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก กรณีจึงสมควรที่จะทบทวนภารกิจของรัฐไทยในยุคสมัยใหม่ว่าจะเปลี่ยนผ่านไปสู่รัฐที่เข้าไปให้ความช่วยเหลือให้ความคุ้มครองส่งเสริมสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างไร แต่สำหรับผู้ร่างกฎหมายแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า “การป้องกันย่อมที่จะดีกว่าการปราบปราม” ดังนั้น การกำหนดกลไกการบังคับใช้กฎหมายต้องนำมาตรการป้องกันมาใช้บังคับก่อนมาตรการลงโทษ อีกทั้งในระบบกฎหมายไทยยังขาดกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการในทางปกครองเพื่อป้องกันมิให้เกิดภัยหรืออันตรายต่อการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ แต่จะปรากฏหลักการดังกล่าวอยู่ในกฎหมายเฉพาะ เช่น กฎหมายการชุมนุมสาธารณะ กฎหมายควบคุมอาคาร เป็นต้น กรณีจึงสมควรจะทบทวนกลไกตามกฎหมายเฉพาะต่างๆ ว่าอยู่ในสภาพที่รัฐจะสามารถนำมาใช้เพื่อควบคุมสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ เพียงใด

**๖.๑.๔ หลักเกณฑ์ประการที่สาม : การกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeit; Regulatory Offences) ในฐานะที่เป็นกลไกของฝ่ายปกครอง ในการควบคุมสังคม**

เมื่อผู้ร่างกฎหมายได้คำนึงถึงมาตรการการบังคับใช้กฎหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำผิดกฎหมาย ผ่านกลไกของการบังคับใช้กฎหมายปกครอง เพื่อตอบสนองต่อภารกิจของรัฐที่มีความหลากหลายในการส่งเสริมสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้ว กรณีจึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า หากจะยังคงกำหนดให้มีการลงโทษสำหรับพฤติกรรมที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายแล้ว ผู้ร่างกฎหมายสมควรที่จะกำหนดให้การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายเป็นการกระทำความผิดทางอาญาหรือทางปกครอง เพื่อที่จะทำให้สามารถทบทวนได้ว่าความผิดทางอาญาที่มีอยู่ยังมีความจำเป็นหรือไม่ ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมันมีการตรา “กฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeitengesetz)” ขึ้นมา เพื่อนำมาใช้ทดแทนความผิดทางอาญา เนื่องจากการที่รัฐมีภารกิจมากยิ่งขึ้น ทำให้การฝ่าฝืนกฎหมายหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ย่อมที่จะเพิ่มจำนวนมากขึ้นตามไปด้วย และการที่รัฐจะกำหนดให้การฝ่าฝืนกฎหมายหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการกระทำความผิดทางอาญาทั้งหมด ก็จะไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา ซึ่งเกณฑ์ที่จะนำมาใช้พิจารณาว่าการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐในลักษณะใดจะเป็นความผิดทางอาญานั้น ผู้ร่างกฎหมายจะมีดุลพินิจกว้างแคบแตกต่างกันไป ซึ่งเมื่อใดที่มีการกระทำความผิดที่ไปกระทบต่อแก่นสาระสำคัญของกฎหมายอาญา กล่าวคือ เมื่อการกระทำมีความร้ายแรงถึงขนาดที่กระทบต่อคุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบแล้ว ผู้ร่างกฎหมายย่อมมีดุลพินิจไม่มากเท่าใดนักในการพิจารณากำหนดฐานความผิด เพราะกรณีดังกล่าวสมควรกำหนดให้การกระทำที่ส่งผลเสียหายต่อสังคมอย่างร้ายแรงเป็นความผิดทางอาญา แต่สำหรับการกระทำความผิดที่ไม่กระทบต่อแก่นสาระสำคัญของกฎหมายอาญาแล้ว ผู้ร่างกฎหมายจะมีดุลพินิจอย่างมากในการกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญาหรือความผิดทางปกครอง


หลักเกณฑ์ที่ใช้กำหนดโทษทางปกครอง
๑. การกำหนดมาตรการทางปกครองเพื่อการ “ป้องกัน” ต้องมาก่อน
๒. มาตรการเพื่อการป้องกัน ต้องมีกลไกกำหนดมาตรการบังคับทางปกครองที่มีประสิทธิภาพ
๓. เมื่อมาตรการเพื่อการป้องกันไม่อาจจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ สมควรกำหนด “มาตรการลงโทษ”
๔. กำหนดโทษทางปกครอง สำหรับ “ตำหนิ” การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย แต่ไม่กระทบต่อคุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ
๕. กำหนดโทษทางอาญา สำหรับ “ตำหนิ” การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย และกระทบต่อคุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ

**๖.๒ ความสัมพันธ์ระหว่าง "มาตรการบังคับทางปกครอง" "โทษทางปกครอง" และ "โทษทางอาญา"**

เมื่อพิจารณาลักษณะของมาตรการบังคับทางปกครอง โทษทางปกครอง และโทษทางอาญา แล้วจะเห็นว่า มาตรการควบคุมทางสังคมทั้ง ๓ ประการ ต่างก็มีคุณลักษณะที่แตกต่างกันออกไป ดังนี้

**มาตรการบังคับทางปกครอง** มีวัตถุประสงค์ที่จะบังคับโน้มน้าวให้บุคคลปฏิบัติตามกฎหมายหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเป็นมาตรการเพื่อ "ป้องกัน" มิให้มีการกระทำผิดกฎหมายหรือฝ่าฝืนคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

เช่น กรณีที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่ให้แก้ไขอุปกรณ์ต่างๆ อันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา ๔๖ ทวิ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๓ กฎหมายจึงกำหนดสภาพบังคับไว้ให้ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสามหมื่นบาท และยังต้องยังต้องระวางโทษปรับอีกวันละไม่เกินห้าพันบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนหรือจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามมาตรา ๖๕ จัตวา แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๓ กรณีเช่นนี้แสดงให้เห็นว่า มาตรการปรับดังกล่าวต้องการโน้มน้าวให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่น ซึ่งจะเปิดช่องให้มีการแก้ไขการกระทำของบุคคลให้เป็นไปตามกฎหมาย ดังนั้น การปรับในกรณีนี้จึงมีลักษณะเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง

**โทษทางปกครอง** มีวัตถุประสงค์ที่จะ "ตำหนิ" การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย แต่ไม่กระทบต่อคุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ

เช่น กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการอันเป็นการผูกขาด อันเป็นการประกอบธุรกิจที่ฝ่าฝืนมาตรา ๕๕ แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ กฎหมายจึงกำหนดสภาพบังคับให้มีโทษทางปกครองที่จะต้องชำระค่าปรับทางปกครองในอัตราไม่เกินร้อยละสิบของรายได้ในปีที่กระทำความผิดตามมาตรา ๘๒ แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ แสดงให้เห็นว่า ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดอันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา ๕๕ เป็นการตกลงกันในทางธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งมีปัจจัยในทางเศรษฐกิจเข้ามาเกี่ยวข้อง การที่จะกำหนดให้การฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวเป็นโทษทางอาญาอาจจะทำให้การขับเคลื่อนเศรษฐกิจเป็นไปด้วยความยากลำบาก การกระทำดังกล่าวจึงยังไม่อาจจะได้ว่าถือเป็นการกระทบต่อคุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ การปรับดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นการลงโทษปรับทางปกครอง เพื่อตำหนิการฝ่าฝืนกฎหมาย ที่ไม่กระทบต่อคุณค่าพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ

**โทษทางอาญา** วัตถุประสงค์ที่จะ "ตำหนิ" การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย และกระทบต่อคุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ

เช่น กรณีที่ผู้ได้รับใบอนุญาตเป็นผู้ขับรถบรรทุกผู้โดยสารเกินจำนวนที่นั่งผู้โดยสารที่กำหนดไว้ในใบอนุญาต อันเป็นการดำเนินการที่ฝ่าฝืนมาตรา ๑๐๗ แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ กฎหมายจึงกำหนดสภาพบังคับไว้ให้ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท ตามมาตรา ๑๒๗ แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก (ฉบับที่ ๘) พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งความปลอดภัยในชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ย่อมถือเป็นคุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ อันเป็นแก่นสาระสำคัญของกฎหมายอาญา ดังนั้น โทษปรับดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นโทษปรับทางอาญา

อนึ่ง เนื่องจากลักษณะของมาตรการบังคับทางปกครอง โทษทางปกครอง และโทษทางอาญามีความแตกต่างกัน แต่ก็มีวัตถุประสงค์เดียวกัน ก็คือ เป็นการควบคุมสังคมโดยกลไกทางกฎหมาย ดังนั้น ผู้ร่างกฎหมายอาจจะกำหนดมาตรการทั้งสามประเภทเอาไว้ในกฎหมายเดียวกันก็ได้ แต่จะต้องคงลักษณะเฉพาะอันเป็นแก่นสาระสำคัญของมาตรการแต่ละประเภทเอาไว้ด้วย

# เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา*

*ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์***

**เค้าโครงบทความ**

**๑. ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับโทษทางปกครอง**
- ๑.๑ ความหมายของโทษทางปกครอง
- ๑.๒ ประเภทของโทษทางปกครอง
- ๑.๓ โทษทางปกครองกับมาตรการอื่นที่คล้ายคลึงกัน
- ๑.๔ ความแตกต่างระหว่างโทษทางปกครองและโทษอาญา

**๒. เหตุผลความเป็นมาในการใช้โทษทางปกครอง**
- ๒.๑ การดำเนินนโยบายลด-เลิกโทษอาญา : กลุ่มประเทศที่มีแนวคิดว่าด้วย "การกระทำผิดทางปกครอง" (เยอรมัน โปรตุเกส อิตาลี)
- ๒.๒ การแทรกแซงของรัฐและประสิทธิภาพในการลงโทษ : กรณีของฝรั่งเศส

**๓. การพัฒนาเกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษในระบบกฎหมายต่างประเทศ**
- ๓.๑ เกณฑ์พิจารณาเบื้องต้นในระบบกฎหมายเยอรมัน
  - (๑) เกณฑ์ความแตกต่างในเนื้อหาของการกระทำผิด
  - (๒) เกณฑ์ความแตกต่างในระดับความร้ายแรงของการกระทำผิด
- ๓.๒ การริเริ่มเกณฑ์พิจารณาที่เป็นระบบโดยรัฐบาลอิตาลี
- ๓.๓ เกณฑ์พิจารณาที่สมบูรณ์ของคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส
  - (๑) ความเป็นมาในการศึกษาเกณฑ์พิจารณา
  - (๒) เนื้อหาสาระของเกณฑ์พิจารณา
  - (๓) ข้อวิจารณ์เกณฑ์พิจารณาโดยฝ่ายตำรา
- ๓.๔ เกณฑ์เชิงประสบการณ์นิยมของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส
- ๓.๕ เกณฑ์พิจารณาของประเทศอื่น ๆ (โปรตุเกส ออสเตรีย ฮังการี เนเธอร์แลนด์)

**๔. แนวทางการกำหนดโทษทางปกครองในระบบกฎหมายไทย**
- ๔.๑ ข้อเสนอให้ใช้ "มาตรการทางปกครอง" แทนโทษอาญา
- ๔.๒ เกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษของฝ่ายตำรา องค์กรทางกฎหมาย และผู้ตรากฎหมาย
- ๔.๓ ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางที่เหมาะสมในการเลือกกำหนดโทษ

---

*เอกสารประกอบการบรรยายตามโครงการสัมมนา เรื่อง หลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย วันศุกร์ ที่ ๒๙ กันยายน ๒๕๖๐ ณ ห้องปรีดี พนมยงค์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

**ผู้อำนวยการฝ่ายพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

บทกำหนดโทษเป็นกลไกสำคัญที่ทำให้กฎหมายมีสภาพบังคับ เมื่อกล่าวถึงโทษตามกฎหมาย นักกฎหมายมักนึกถึงโทษอาญา เพราะมีแนวคิดว่ากฎหมายอาญาเป็น**กฎหมายว่าด้วยการลงโทษ** (*jus puniendi*) แต่เดิมผู้ตรากฎหมายมักกำหนดให้การกระทำผิดกฎหมายมีโทษอาญา แต่ปัจจุบันเริ่มมีการนำมาตรการอื่น ๆ มาใช้แทนโทษอาญา ซึ่งมาตรการหนึ่ง คือ โทษทางปกครอง กฎหมายไทยหลายฉบับเริ่มกำหนดให้การกระทำผิดที่ไม่ร้ายแรงมี "โทษทางปกครอง" โดยเฉพาะโทษปรับทางปกครอง โดยฝ่ายปกครองมีอำนาจลงโทษผู้กระทำผิดได้เองโดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งทำให้กระบวนการลงโทษเป็นไปอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ ขณะเดียวกันผู้กระทำผิดก็ไม่ต้องบอบช้ำและเสียประวัติเหมือนกับการถูกลงโทษอาญา

ปัจจุบันโทษทางปกครองยังถือเป็น "เรื่องใหม่" สำหรับวงการกฎหมายไทยและมีข้อสงสัยในทางวิชาการในหลายประเด็น แต่ประเด็นที่มีความสำคัญควรแก่การพิจารณาเป็นลำดับแรกสำหรับผู้ร่างกฎหมาย ก็คือ การกระทำลักษณะใดควรกำหนดให้มีโทษทางปกครองและการกระทำลักษณะใดควรกำหนดให้มีโทษอาญา ในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีการวมทั้งในที่ประชุมฝ่ายร่างกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีการหยิบยกเรื่องนี้ขึ้นอภิปรายอยู่บ่อยครั้ง[๓] แต่ก็ไม่ได้ข้อสรุปที่ชัดเจนเป็นแนวทางปฏิบัติในการร่างกฎหมาย ในการประชุมฝ่ายร่างกฎหมาย ครั้งที่ ๗/๒๕๕๔ วันที่ ๒ กันยายน ๒๕๕๔ ที่ประชุมจึงมีมติเห็นควรให้มีการศึกษาวิเคราะห์เรื่องดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนได้รับมอบหมายให้เป็นผู้รับผิดชอบและจัดทำเอกสารวิชาการเสนอที่ประชุมฝ่ายร่างกฎหมาย โดยในการจัดทำเอกสารนี้ได้ใช้ข้อมูลจากหนังสือ ตำรา และข้อเขียนทางวิชาการจำนวนมากที่ได้รวบรวมมาอย่างต่อเนื่อง ซึ่งส่วนหนึ่งเป็น "ข้อมูลเชิงลึก" ที่ต้องไปค้นคว้าที่ประเทศฝรั่งเศส โดยเฉพาะที่สถาบันกฎหมายเปรียบเทียบแห่งกรุงปารีส (Institut de Droit Comparé de Paris) ทั้งนี้ โดยที่ปัญหาเกี่ยวกับการเลือกกำหนดโทษตามกฎหมายเป็นประเด็นที่นักกฎหมายโดยเฉพาะผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการจัดทำกฎหมายสมควรรับรู้รับทราบไว้ ผู้เขียนจึงได้นำเอกสารที่จัดทำเสนอที่ประชุมฝ่ายร่างกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามาปรับปรุงเป็นบทความซึ่งหวังว่าคงจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ปฏิบัติงานด้านกฎหมาย รวมทั้งผู้ที่สนใจใคร่รู้ในเรื่องนี้บ้างตามสมควร บทความนี้มีเนื้อหาแบ่งเป็นสี่ส่วนด้วยกัน ส่วนที่หนึ่ง เป็นข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับโทษทางปกครอง ส่วนที่สอง ว่าด้วยเหตุผลความเป็นมาในการใช้โทษทางปกครอง ส่วนที่สาม เป็นการศึกษาเกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษของต่างประเทศที่ได้พัฒนาเกณฑ์พิจารณาที่ชัดเจนและเป็นระบบ และส่วนที่สี่ เป็นการวิเคราะห์แนวทางในการกำหนดโทษทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

**๑. ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับโทษทางปกครอง**

**๑.๑ ความหมายของโทษทางปกครอง**

ฝ่ายตำราในฝรั่งเศสและเบลเยียมได้ให้ความหมายของ "โทษทางปกครอง" ไว้ว่าหมายถึง *"มาตรการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งลงโทษการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย กฎระเบียบ"*[๒] *"โทษที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้บังคับแก่ประชาชนตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่*

---

[๓] เช่น การประชุมฝ่ายร่างกฎหมาย ครั้งที่ ๒/๒๕๕๐ วันที่ ๑๗ มกราคม ๒๕๕๐, ครั้งที่ ๔๑/๒๕๕๑ วันที่ ๑๙ พฤศจิกายน ๒๕๕๑ และครั้งที่ ๑๙/๒๕๕๒ วันที่ ๔ มิถุนายน ๒๕๕๒

[๒] CORNU (G.), **Vocabulaire juridique**, 4e édition mise à jour, (Paris : P.U.F, 2003), p. 813.

*กฎหมายบัญญัติไว้"*[๓] *"คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ฝ่าฝืนหน้าที่ตามกฎหมาย"*[๔] หรือ*"คำสั่งทางปกครองที่องค์กรฝ่ายปกครองทำขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยมีเนื้อหาเป็นการลงโทษการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย"*[๕] การลงโทษทางปกครองจึงมีลักษณะเด่นสามประการ คือ เป็นมาตรการที่**มีมูลเหตุ**มาจากการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย มี**วัตถุประสงค์**เพื่อลงโทษการกระทำผิด และใช้**วิธีการ**ออกคำสั่งทางปกครอง[๖]

สภาแห่งรัฐฝรั่งเศส (Conseil d'État)[๗] ได้ให้คำจำกัดความของ "โทษทางปกครอง" (sanction administrative) ว่าหมายถึง *"คำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้นโดยองค์กรฝ่ายปกครองในกรอบของการใช้อำนาจมหาชนเพื่อลงโทษการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือกฎหมายของฝ่ายบริหาร"*[๘] ซึ่งคณะมนตรีแห่งสภายุโรป (Council of Europe)[๙] ได้กำหนดขอบเขตของ "โทษทางปกครอง" (administrative sanctions) ที่อยู่ภายใต้บังคับข้อเสนอแนะว่าด้วยการบังคับใช้โทษทางปกครองโดยรัฐภาคีสมาชิก[๑๐] ไว้คล้ายคลึงกันว่า ได้แก่ *"บรรดาคำสั่งทางปกครองที่เป็นการลงโทษบุคคลสำหรับการกระทำที่ขัดต่อกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นโทษปรับหรือมาตรการลงโทษอย่างอื่น ไม่ว่าจะเป็นการสั่งให้ชำระเงินหรือไม่ก็ตาม"*[๑๑]

จากคำจำกัดความข้างต้น มาตรการใดจะมีลักษณะเป็นโทษทางปกครองจึงมีเกณฑ์พิจารณาสองประการประกอบกัน ได้แก่ (๑) **เกณฑ์ว่าด้วยองค์กร** (critère organique) :

---

[๓] VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), **Dictionnaire de droit administratif**, (Paris : Armand Collin, 2002), p. 281.

[๔] MOREAU (J.), **Droit administratif**, (Paris : P.U.F., 1989), p. 217.

[๕] PUT (J.), **Administratieve sancties in het sociale zekerheitsrecht**, (Bruges : Die Keure, 1998), p. 35 อ้างใน GOFFAUX (P.), **Dictionnaire élémentaire de droit administratif**, (Bruxelles : Bruylant, 2006), p. 248.

[๖] BOMBOIS (T.) et DÉOM (D.), *"La définition de la sanction administrative"*, in ANDERSEN (R.), DÉOM (D.) et RENDERS (D.), **Les sanctions administratives**, (Bruxelles : Bruylant, 2007), p. 26 et s.

[๗] Conseil d'État, **Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions**, (Paris : La Documentation française, 1995), p. 35-36.

[๘] *"une sanction administrative est une décision unilatérale prise par une autorité administrative dans le cadre de prérogatives de puissance publique...[et] inflige une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlements"*

[๙] สภายุโรปเป็นองค์การระหว่างประเทศที่ส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประชาชาติในยุโรปในด้านกฎหมาย สิทธิมนุษยชน การพัฒนาประชาธิปไตย และวัฒนธรรม ปัจจุบันมีรัฐภาคีสมาชิกทั้งสิ้น ๔๗ ประเทศ สภายุโรปเป็นองค์กรที่แยกต่างหากจากสหภาพยุโรป (European Union) และไม่มีอำนาจออกกฎเกณฑ์ที่ผูกพันรัฐภาคีสมาชิกเช่นเดียวกับสหภาพยุโรป

[๑๐] Recommendation N° R (91) 1 of the Committee of Ministers to member states on administrative sanctions (adopted by the Committee of Ministers on 13 February 1991, at the 452nd meeting of the Ministers' Deputies)

[๑๑] *"...administrative acts which impose a penalty on persons on account of conduct contrary to the applicable rules, be it a fine or any punitive measure, whether pecuniary or not."*

โทษทางปกครองเป็นมาตรการที่*องค์กรฝ่ายปกครอง*ใช้อำนาจลงโทษผู้กระทำผิดได้เองด้วยการออกคำสั่งทางปกครอง โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งมีข้อแตกต่างจากการลงโทษอาญาซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาล (๒) **เกณฑ์ว่าด้วยวัตถุประสงค์** (critère finaliste) : โทษทางปกครองเป็นมาตรการที่มุ่งหมาย*ลงโทษ*การกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย จึงแตกต่างจากมาตรการอื่น ๆ ของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันแต่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษ

ในระบบกฎหมายไทย อาจสรุปได้ว่าโทษทางปกครอง ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจทำขึ้นเพื่อลงโทษการกระทำผิดกฎหมาย กฎ ระเบียบต่าง ๆ ดังที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเคยให้ความเห็นไว้ในเรื่องเสร็จที่ ๕๑/๒๕๔๘[๑๒] ว่า การที่คณะกรรมการบริหารตามร่างระเบียบคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลฯ สั่งให้โรงงานชำระเบี้ยปรับแก่กองทุนอ้อยและน้ำตาลทราย *"มิใช่การกำหนดค่าปรับในทางอาญา แต่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่ต้องชำระเบี้ยปรับ จึงเป็น "คำสั่งทางปกครอง..."* ซึ่งหากโรงงานไม่ชำระเบี้ยปรับซึ่งเป็นโทษทางปกครอง ก็ต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามมาตรา ๕๗ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ต่อไป

**๑.๒ ประเภทของโทษทางปกครอง**

แต่เดิมโทษทางปกครองมักมีขอบเขตจำกัดอยู่เฉพาะบุคคลที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์กับฝ่ายปกครองไว้ก่อนหน้าและเป็น**โทษที่ระงับสิทธิตามกฎหมาย** เช่น ผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการต่าง ๆ หากไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการอนุญาตหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมาย ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจลงโทษโดยสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต กฎหมายไทยได้กำหนดมาตรการทำนองนี้มานานแล้ว แม้จะไม่ได้ระบุว่าเป็น "โทษทางปกครอง" แต่ปัจจุบันก็เป็นที่ยอมรับกันแล้วว่าเป็น *"โทษทางปกครอง"*[๑๓] หรือ *"มาตรการลงโทษทางปกครอง"*[๑๔] อย่างหนึ่ง ส่วนโทษทางปกครองอื่น ๆ ที่ระงับสิทธิของบุคคล เช่น การเพิกถอนการรับรอง การสั่งห้ามประกอบกิจการหรือสั่งปิดสถานประกอบกิจการ การลบชื่อออกจากทะเบียนผู้ประกอบกิจการ ฯลฯ

โทษทางปกครองอีกประเภทหนึ่ง คือ **โทษที่บังคับเอากับทรัพย์สิน** (sanctions patrimoniales) โดยมาตรการที่ใช้กันมาก คือ **โทษปรับทางปกครอง** กฎหมายเยอรมันให้อำนาจฝ่ายปกครองลงโทษการกระทำผิดที่เรียกว่า "Ordnungswidrigkeit" ซึ่งแปลตรงตัวว่า "การกระทำที่ละเมิดต่อกฎระเบียบ" หรือแปลเอาความได้ว่า "การกระทำผิดทางปกครอง" โดยฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำผิดชำระค่าปรับที่เรียกว่า "Geldbuße" ซึ่งนักกฎหมายไทยสำนักเยอรมันแปลว่า

---

[๑๒] บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง ปัญหาข้อกฎหมายตามร่างระเบียบคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทราย ว่าด้วยเบี้ยปรับสำหรับโรงงานน้ำตาลทรายที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามประกาศ ระเบียบ หรือพระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. ๒๕๒๗ พ.ศ. ....

[๑๓] บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ความรับผิดทางอาญากรณีผู้รับใบอนุญาตไม่ปฏิบัติตามกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา ๒๙ และมาตรา ๓๐ แห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. ๒๕๓๕ (เรื่องเสร็จที่ ๘๓๔/๒๕๕๑) : การพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตตามมาตรา ๔๓ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎกระทรวง ข้อกำหนด หรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในใบอนุญาต เป็น *"โทษทางปกครอง"*

[๑๔] บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, **รายงานฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การควบคุมผู้ดำเนินธุรกิจจัดส่งคนหางานไปทำงานในต่างประเทศตามพระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน พ.ศ. ๒๕๒๘**, เสนอกรมการจัดหางาน กระทรวงแรงงาน กรกฎาคม ๒๕๔๘, หน้า ๑๙๓ : การเพิกถอนใบอนุญาตตามมาตรา ๗๐ แห่งพระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครองคนหางานฯ เป็น *"มาตรการลงโทษทางปกครอง"*

*"พินัย"*[๑๕] *"ปรับทางปกครอง"*[๑๖] หรือ *"ค่าปรับทางปกครอง"* ที่เป็น *"โทษทางปกครองซึ่งเกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายปกครอง"*[๑๗] กฎหมายโปรตุเกสซึ่งได้รับอิทธิพลจากเยอรมันก็มีแนวคิดว่าด้วย "การกระทำที่ละเมิดต่อกฎระเบียบ" (contra-ordenação)[๑๘] หรือ "การกระทำผิดทางปกครอง" โดยผู้กระทำผิดต้องชำระค่าปรับที่เรียกว่า "coima" ในอิตาลี ค่าปรับทางปกครองก็เป็นโทษหลักสำหรับ "การกระทำผิดทางปกครอง" (illecito amministrativo) ทั้งนี้ ประเทศต่าง ๆ ใช้ถ้อยคำแตกต่างกันเพื่อแยก "ค่าปรับทางปกครอง"/"ค่าปรับอาญา" (เยอรมัน : Geldbuße/Geldstrafe ; โปรตุเกส : coima/multa ; อิตาลี : sanzione amministrativa pecuniaria/ammenda-multa[๑๙]) ส่วนในฝรั่งเศสบทบัญญัติของกฎหมายก็มักจะระบุว่าค่าปรับในกรณีใดเป็น "ค่าปรับทางปกครอง" (amende administrative) เช่นเดียวกับกฎหมายไทยฉบับต่าง ๆ ที่ระยะหลังมักจะระบุว่าการปรับที่กำหนดไว้นั้นเป็น "โทษปรับทางปกครอง" หรือ "ค่าปรับทางปกครอง" มิใช่ค่าปรับอาญา[๒๐]

อนึ่ง แม้จะมีแนวคิดว่าโทษทางปกครองไม่มีลักษณะเป็นการประณามผู้กระทำผิดเช่นเดียวกับโทษอาญา แต่ในบางกรณีก็อาจเป็น**โทษที่ทำให้ผู้กระทำผิดอับอายหรือเสื่อมเสียชื่อเสียง**ก็ได้ เช่น การตำหนิโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน[๒๑]

**๑.๓ โทษทางปกครองกับมาตรการอื่นที่คล้ายคลึงกัน**

ปัญหาว่ามาตรการใด ๆ ของฝ่ายปกครองที่เป็นการ "ลงโทษ" บุคคลจะถือเป็น "โทษทางปกครอง" ทั้งหมดหรือไม่ นั้น กรณี**การลงโทษทางวินัย** (sanctions disciplinaires) ไม่ว่าการลงโทษทางวินัยข้าราชการหรือสมาชิกองค์กรวิชาชีพต่าง ๆ ฝ่ายตำราส่วนหนึ่งมีความเห็นว่าเป็นการลงโทษทางปกครอง*ในความหมายอย่างกว้าง*[๒๒] แต่อีกส่วนหนึ่งแยกการลงโทษทางวินัยออกจากการลงโทษทางปกครอง[๒๓] ทั้งนี้ โดยที่โทษทางวินัยมีลักษณะพิเศษ โดยเป็นการลงโทษบุคคลที่เป็นสมาชิกขององค์กรหนึ่งที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ภายในขององค์กรนั้นในเรื่องจริยธรรมในการประกอบวิชาชีพ

---

[๑๕]คณิต ณ นคร, **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา**, (พิมพ์ครั้งที่ ๗ : กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๔๙), หน้า ๔๖๗.

[๑๖]กมลชัย รัตนสกาววงศ์, **หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน**, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๔), หน้า ๑๗๐.

[๑๗]วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน**, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๔๙), หน้า ๑๗๑.

[๑๘]คำว่า contra-ordenação ในภาษาโปรตุเกสแปลมาจากคำว่า Ordnungswidrigkeit ในภาษาเยอรมัน ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงอิทธิพลของกฎหมายเยอรมันได้เป็นอย่างดี

[๑๙]ammenda เป็นค่าปรับสำหรับความผิดอาญาลหุโทษ (contravvenzioni) ส่วน multa เป็นค่าปรับสำหรับความผิดอาญาระดับกลาง (delitti)

[๒๐]พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔, พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๕, พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. ๒๕๔๖, พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. ๒๕๔๗, พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. ๒๕๕๐, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๕๐, พระราชบัญญัติจดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. ๒๕๕๐, พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. ๒๕๕๑, พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑, พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ และพระราชบัญญัติการแพทย์ฉุกเฉิน พ.ศ. ๒๕๕๑

[๒๑]พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. ๒๕๔๖ มาตรา ๑๑๑ (๒)

[๒๒]MOURGEON (J.), **La répression administrative**, (Paris : L.G.D.J., 1967)

[๒๓]AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), **Traité du contentieux administratif**, (Paris : Dalloz, 1984)

ซึ่งแตกต่างจากโทษทางปกครองทั่วไปที่ลงโทษบุคคลใด ๆ ที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ในการศึกษาเกี่ยวกับโทษทางปกครอง โดยเฉพาะการศึกษาเปรียบเทียบกับโทษอาญา จึงมักจะไม่รวมการลงโทษทางวินัยไว้ในขอบเขตการศึกษาด้วย[๒๔] ส่วน**การลงโทษคู่สัญญา** (sanctions contractuelles) โดยหน่วยงานของรัฐนั้น แม้จะเป็นมาตรการของฝ่ายปกครองที่ลงโทษบุคคลเช่นเดียวกับโทษทางปกครอง แต่เนื่องจากเป็นเรื่องที่มีลักษณะเฉพาะเกี่ยวกับความรับผิดตามสัญญา ซึ่งมีหลักกฎหมายที่ใช้บังคับแตกต่างจากการลงโทษทางปกครองทั่วไป จึงมักจะไม่รวมเรื่องดังกล่าวไว้ในการศึกษาเกี่ยวกับโทษทางปกครองเช่นเดียวกัน

ทั้งนี้ มาตรการของฝ่ายปกครองที่มีเนื้อหาอย่างเดียวกันอาจเป็นโทษทางปกครองหรือเป็นมาตรการอื่นก็ได้ขึ้นอยู่กับ**วัตถุประสงค์**ของมาตรการนั้น ๆ ระบบกฎหมายฝรั่งเศสแบ่งแยกโทษทางปกครองและมาตรการอย่างอื่นของฝ่ายปกครองที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษ ได้แก่

- **"มาตรการรักษาความสงบเรียบร้อย"** (mesure de police) เช่น การสั่งปิดสถานประกอบการ หากมีมูลเหตุมาจากการกระทำผิดกฎหมายและมีวัตถุประสงค์*ลงโทษ*การกระทำผิด ย่อมเป็นโทษทางปกครอง แต่ถ้ามีวัตถุประสงค์*ป้องกัน*มิให้มีการกระทำอันขัดต่อความสงบเรียบร้อย สุขอนามัย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมเป็นมาตรการรักษาความสงบเรียบร้อย[๒๕]

- **"มาตรการคู่ขนาน"** (mesure symétrique) เช่น การเพิกถอนใบอนุญาต หากเจ้าหน้าที่เพิกถอนใบอนุญาตเนื่องจากผู้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติกฎหมาย ย่อมเป็นการลงโทษการกระทำผิดและเป็นโทษทางปกครอง แต่ถ้าเพิกถอนใบอนุญาตเนื่องจากผู้ได้รับใบอนุญาตขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนด การเพิกถอนใบอนุญาตย่อมเป็นเพียงมาตรการคู่ขนานกับการออกใบอนุญาตตามหลักอำนาจขนาน (principe de parallélisme des compétences) ที่ถือว่าเมื่อเจ้าหน้าที่มีอำนาจก่อตั้งสิทธิ (ออกใบอนุญาต) ก็มีอำนาจระงับสิทธิ (เพิกถอนใบอนุญาต) ได้ หากผู้ได้รับอนุญาตไม่เข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้สำหรับการอนุญาตอีกต่อไป โดยเจ้าหน้าที่ถูกผูกพันให้เพิกถอนใบอนุญาตโดยไม่มีดุลพินิจที่จะพิจารณาสั่งการเป็นอย่างอื่นไปได้ กรณีจึงไม่จำเป็นต้องรับฟังผู้รับใบอนุญาตก่อนออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตที่เป็นมาตรการคู่ขนาน ทั้งนี้ น่าสังเกตว่ากฎหมายไทยบางฉบับได้กำหนดมาตรการที่มีลักษณะเป็น "มาตรการคู่ขนาน" ไว้ในบทบัญญัติที่ว่าด้วย "โทษทางปกครอง" ทั้งที่มาตรการดังกล่าวไม่มีวัตถุประสงค์ลงโทษการกระทำผิดกฎหมายและไม่ใช่โทษทางปกครอง[๒๖]

- **มาตรการทดแทนความเสียหาย** (mesure restitutive) เช่น เงินเพิ่มและดอกเบี้ยกรณีชำระภาษีล่าช้า หากคำนวณจำนวนเงินที่ต้องชำระตามเวลาที่ล่าช้า (*prorata temporis*) ก็พิเคราะห์ว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาผลประโยชน์ของรัฐและทดแทนความเสียหายที่เกิดแก่ทาง

---

[๒๔] ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า "โทษทางปกครอง" ที่กำหนดไว้ในกฎหมายไทยบางฉบับนั้น แท้จริงแล้วมีลักษณะเป็น "โทษทางวินัย" ที่ใช้กับการกระทำผิดทางวินัยของเจ้าหน้าที่ของรัฐ มิใช่โทษทางปกครองที่ใช้กับการกระทำความผิดของประชาชนทั่วไป เช่น "โทษปรับทางปกครอง" สำหรับเจ้าหน้าที่ที่ฝ่าฝืนมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินของรัฐตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๔๒

[๒๕] Conseil d'État, อ้างแล้วใน (๗), p. 38.

[๒๖] เช่น พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ หมวด ๗ บทกำหนดโทษ ส่วนที่ ๑ โทษทางปกครอง มาตรา ๗๐ ที่กำหนดว่า ในกรณีที่ปรากฏภายหลังว่าผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโรงภาพยนตร์ผู้ใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม ให้นายทะเบียนมีอำนาจสั่งเพิกถอนใบอนุญาตของผู้รับใบอนุญาตดังกล่าว

าชการ มิใช่โทษทางปกครอง[๒๗] แต่ถ้ามีวัตถุประสงค์เพื่อ *"ลงโทษผู้เสียภาษีที่เพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำเตือนให้ชำระภาษี"* ย่อมเป็นโทษทางปกครอง[๒๘] โดยหลักประกันในกฎหมายอาญา เช่น หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง ชอบที่จะนำมาปรับใช้กับโทษทางปกครอง แต่ไม่รวมถึงกรณีของ *"เงินเพิ่มและดอกเบี้ยที่มีลักษณะเป็นการทดแทนความเสียหาย"*[๒๙]

มาตรการของฝ่ายปกครองอีกอย่างหนึ่งซึ่งคล้ายคลึงกับโทษทางปกครอง คือ **มาตรการบังคับทางปกครอง"** (mesure de contrainte administrative directe ; mesure de co-action) ซึ่งเป็นมาตรการที่ใช้บังคับให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองเพื่อให้คำสั่งบรรลุวัตถุประสงค์ เช่น การสั่งให้ผู้รับคำสั่งชำระค่าปรับรายวันจนกว่าจะมีการปฏิบัติตามคำสั่ง หรือการที่ฝ่ายปกครองเข้าดำเนินการแทนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่ง ระบบกฎหมายของบางประเทศ เช่น ฝรั่งเศส ไม่มีแนวคิดในการแบ่งแยกโทษทางปกครองและมาตรการบังคับทางปกครองออกจากกันอย่างชัดเจน โดยฝ่ายตำราบางส่วนมองขอบเขตของ "การบังคับทางปกครอง" (contrainte administrative) *ในนัยกว้าง* โดยรวมถึงโทษทางปกครองซึ่งถือเป็นการบังคับทางปกครอง*ทางอ้อม*[๓๐] แต่อีกส่วนหนึ่งเห็นควรแบ่งแยกโทษทางปกครองและมาตรการบังคับทางปกครองออกจากกัน เพราะมาตรการบังคับทางปกครองไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษ (finalité répressive) แต่บังคับให้มีการปฏิบัติตามเจตจำนงของฝ่ายปกครอง ขณะที่โทษทางปกครองมีวัตถุประสงค์ลงโทษผู้กระทำผิด มิได้มุ่งหมายที่จะบังคับบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยตรงให้หันมาปฏิบัติให้ถูกต้อง[๓๑]

ทั้งนี้ ระบบกฎหมายของบางประเทศได้แบ่งแยกมาตรการบังคับทางปกครองและโทษทางปกครองออกจากกันอย่างชัดเจน เช่น ระบบกฎหมายเยอรมันที่แบ่งแยกอำนาจของรัฐในการบังคับการ (Zwangsgewalt) และอำนาจในการลงโทษ (Strafgewalt)[๓๒] โดยแยกมาตรการปรับของฝ่ายปกครองออกเป็น **"ค่าปรับบังคับการ"** (Zwangsgeld) และ **"ค่าปรับทางปกครอง"** (Geldbuß) โดยพิจารณาจาก "วัตถุประสงค์" ในการกำหนดค่าปรับ ค่าปรับบังคับการเป็นค่าปรับที่เจ้าหน้าที่กำหนดให้บุคคลที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองชำระเป็นรายวันไปจนกว่าจะมีการปฏิบัติตามคำสั่ง กรณีจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับพฤติกรรมของบุคคลในอนาคต ส่วนค่าปรับทางปกครองเป็นค่าปรับที่เจ้าหน้าที่กำหนดแก่บุคคลที่กระทำความผิดทางปกครอง จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษพฤติกรรมในอดีตและเป็นโทษทางปกครองอย่างหนึ่ง มาตรการปรับทั้งสองประเภทมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน โดยค่าปรับบังคับการอยู่ภายใต้บังคับรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับทางปกครอง (Verwaltungsvollstreckungsgesetz - VwVG) ส่วนค่าปรับทางปกครองอยู่ภายใต้บังคับรัฐบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeitengesetz - OWiG) ซึ่งเป็น "กฎหมายกลาง" ที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงโทษทางปกครอง

---

[๒๗] C.E., 10 mai 1952, Sieur X, R. p. 250.

[๒๘] C.E., 17 février 1992, Époux Vermeersch, R. p. 62.

[๒๙] C.C., décision n° 82-155 DC du 30 décembre 1982.

[๓๐] LUSSET-SEGUIN (C.), **La compétence administrative de contrainte,** Thèse Bordeaux I, 1993.

[๓๑] MODERNE (F.), **Sanctions administratives et justice constitutionnelle,** (Paris : Économica, 1993), p. 86.

[๓๒] เรื่องเดียวกัน, p. 87.

ในทำนองเดียวกัน ระบบกฎหมายเนเธอร์แลนด์ได้แบ่งแยกมาตรการปรับของฝ่ายปกครองออกเป็น **"ค่าปรับบังคับการ"** (dwangsom ; coercive sum) ซึ่งเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง และ **"ค่าปรับทางปกครอง"** (bestuurlijke boete ; administrative fine) ซึ่งเป็นโทษทางปกครอง ค่าปรับบังคับการเป็นค่าปรับรายวันที่เจ้าหน้าที่กำหนดแก่ผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองจนกว่าจะปฏิบัติให้ถูกต้อง ส่วนค่าปรับทางปกครองเป็นโทษปรับที่มีเนื้อหาเช่นเดียวกับโทษปรับอาญา เพียงแต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจออกคำสั่งปรับได้เอง โดยฝ่ายตำราอธิบายว่าค่าปรับบังคับการมีวัตถุประสงค์บังคับให้มีการปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย ขณะที่ค่าปรับทางปกครองมุ่งลงโทษผู้กระทำผิดให้เดือดร้อนเสียหาย[๓๓] ทั้งนี้ พระราชบัญญัติกฎหมายปกครองทั่วไป ค.ศ. ๑๙๙๒ (Algemene wet bestuurecht - Awb) ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับค่าปรับบังคับการไว้ในหมวด ๕.๓ การบังคับทางปกครอง มาตรา ๕ : ๓๒ ถึงมาตรา ๕ : ๓๖ ส่วนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับค่าปรับทางปกครองกำหนดไว้ในหมวด ๕.๔ ค่าปรับทางปกครอง มาตรา ๕ : ๔๐ ถึงมาตรา ๕ : ๕๔

ระบบกฎหมายสเปนมีแนวคิดคล้ายคลึงกัน โดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินและวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๙๒ (Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común) ได้แบ่งแยกการปรับของฝ่ายปกครองทั้งสองประเภทออกจากกัน โดย **"ค่าปรับบังคับการ"** (multa coercitiva) ได้กำหนดไว้ในมาตรา ๙๙ ในหมวด ๕ ว่าด้วยการบังคับทางปกครอง (Ejecución) ส่วน**"ค่าปรับทางปกครอง"** (sanción pecunaria) ซึ่งเป็นโทษทางปกครองอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติว่าด้วยการลงโทษทางปกครอง (De la potestad sancionadora) ในมาตรา ๑๒๗ ถึงมาตรา ๑๓๘ โดยศาลรัฐธรรมนูญสเปน (Tribunal constitucional) เคยมีคำวินิจฉัยว่าค่าปรับบังคับการมิใช่การใช้อำนาจลงโทษของรัฐเพื่อลงโทษการกระทำผิดกฎหมาย แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับให้ผู้ที่ฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครองปฏิบัติให้ถูกต้องตามคำสั่งโดยเร็วเท่านั้น อันเป็นการ "ปกป้องอำนาจสั่งการของตนเองโดยฝ่ายปกครอง" (autoprotection exécutoire de l'administration) ดังนั้น การสั่งให้ชำระค่าปรับบังคับการจึงไม่จำเป็นต้องมีหลักประกันที่เคร่งครัดเท่าเทียมกับการลงโทษทางปกครอง[๓๔]

ระบบกฎหมายไทยไม่ได้แบ่งแยกมาตรการบังคับทางปกครองและโทษทางปกครองออกจากกันอย่างชัดเจน บางกรณีจึงมีการอธิบายว่ามาตรการบังคับทางปกครองเป็น "โทษทางปกครอง" เช่น "ค่าปรับทางปกครอง" ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็น "โทษปรับทางปกครอง"[๓๕] ทั้งที่ค่าปรับดังกล่าวเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง (ค่าปรับบังคับการ) และในทางกลับกันก็มีการอธิบายว่า "โทษทางปกครอง" ที่กำหนดในกฎหมายฉบับต่าง ๆ เป็น "มาตรการบังคับทางปกครอง" อย่างหนึ่ง ซึ่งคำอธิบายดังกล่าวอาจทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสับสนและ

---

[๓๓] STROINK (F.), VAN DER LINDEN (E.), **Judicial lawmaking and administrative law**, (Antwerpen : Intersentia, 2005), p. 237.

[๓๔] MODERNE (F.), อ้างแล้วใน (๓๑), p. 87.

[๓๕] *"ความหมายของโทษปรับทางปกครอง"*, http ://www.pub-law.net วันอังคารที่ ๒๘ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๔๗ (ไม่ปรากฏชื่อผู้เขียน) และ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, **รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ โครงการวิจัย เรื่อง "ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา"**, เสนอต่อสำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม มิถุนายน ๒๕๔๙, หน้า ๒๘๙-๒๙๐ : *"ควรมีการพัฒนาแนวคิดในการแยกโทษทางปกครองจากโทษอาญาให้ชัดเจนขึ้น หากฐานความผิดใดควรเป็นโทษปรับทางปกครอง ก็ควรยกเลิกแล้วไปใช้มาตรการปรับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙"* (ผู้เขียนเป็นผู้เน้นข้อความ)

บังคับใช้กฎหมายโดยไม่ถูกต้องได้ เช่น กรณีของมาตรา ๓๐ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องให้โอกาสคู่กรณีได้รับทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของคู่กรณี โดยมีข้อยกเว้นไม่ต้องรับฟังคู่กรณีตามที่กำหนดไว้ในวรรคสอง (๑) ถึง (๖) ซึ่งกรณีตาม (๕) คือ เมื่อเป็น*มาตรการบังคับทางปกครอง* ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่เข้าใจว่า "โทษทางปกครอง" ที่กฎหมายกำหนดเป็นมาตรการบังคับทางปกครองอย่างหนึ่ง ในการออกคำสั่งลงโทษทางปกครอง เจ้าหน้าที่ก็อาจไม่รับฟังคู่กรณีก่อนที่จะออกคำสั่งเพราะเข้าใจว่าเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา ๓๐ วรรคสอง (๕) ซึ่งจะเป็นความบกพร่องในวิธีพิจารณาและอาจทำให้คำสั่งที่ทำขึ้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้[๓๖] ทั้งนี้ คำอธิบายที่ว่า "โทษทางปกครอง" เป็น "มาตรการบังคับทางปกครอง" อาจมาจากแนวคิดที่ว่าโทษทางปกครองเป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่ทำให้กฎหมายมี "สภาพบังคับ" หรือเป็น "สภาพบังคับทางปกครอง" เพื่อความสะดวกในการใช้ถ้อยคำ จึงอธิบายว่าโทษทางปกครองเป็น "มาตรการบังคับทางปกครอง" อย่างไรก็ดี โดยที่คำว่า "มาตรการบังคับทางปกครอง" ที่ใช้อยู่ในบทกฎหมาย ซึ่งได้แก่ บทบัญญัติว่าด้วยการบังคับทางปกครองในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เป็นถ้อยคำที่มีความหมายเฉพาะเจาะจงโดยหมายถึงมาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้บังคับเพื่อให้คำสั่งทางปกครองบรรลุวัตถุประสงค์[๓๗] กรณีจึงสมควรเลี่ยงที่จะกล่าวว่า "โทษทางปกครอง" เป็น "มาตรการบังคับทางปกครอง" เพราะอาจทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายดังที่กล่าวไว้แล้วข้างต้น

การที่ระบบกฎหมายไทยไม่ได้แบ่งแยกมาตรการบังคับทางปกครองและโทษทางปกครองออกจากกันอย่างชัดเจนนี้เป็นที่มาของความเคลือบคลุมในการใช้ถ้อยคำในหลายกรณีด้วยกัน เช่น คำว่า **"ค่าปรับทางปกครอง"** ที่กฎหมายฉบับต่าง ๆ ใช้เรียกมาตรการปรับของฝ่ายปกครองโดยรวม ทั้งค่าปรับที่เป็นโทษทางปกครองและค่าปรับที่เป็นมาตรการบังคับทางปกครอง โดย "ค่าปรับทางปกครอง" ที่มีสถานะเป็น **"โทษทางปกครอง"** ได้แก่ ค่าปรับทางปกครองที่กฎหมายฉบับต่าง ๆ กำหนดไว้ในบทกำหนดโทษทางปกครอง และเป็นค่าปรับที่องค์กรฝ่ายปกครองกำหนดให้บุคคลที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ชำระสำหรับการกระทำผิดในแต่ละกรรม[๓๘] ในขณะที่ "ค่าปรับทางปกครอง" ที่มีสถานะเป็น **"มาตรการบังคับทางปกครอง"** เช่น ค่าปรับทางปกครองที่กำหนดในมาตรา ๕๘ (๒) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งเป็นค่าปรับที่เจ้าหน้าที่กำหนดให้ผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองต้องชำระเป็นรายวันตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนหรือจนกว่าจะปฏิบัติให้ถูกต้อง ทั้งนี้ โดยที่ค่าปรับรายวันดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง จึงสมควรเรียกว่า **"ค่าปรับบังคับการ"** เช่นเดียวกับบางประเทศที่บัญญัติศัพท์เฉพาะสำหรับค่าปรับที่เป็นมาตรการบังคับทาง

---

[๓๖]โปรดดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ ๔๘๔/๒๕๔๘ : คำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตตั้งโรงงานแปรรูปไม้เป็น "คำสั่งทางปกครอง" ไม่ใช่ "มาตรการบังคับทางปกครอง" จึงต้องดำเนินการตามขั้นตอนการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งตามมาตรา ๓๐ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เมื่อเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งโดยไม่ได้รับฟังคู่กรณี คำสั่งจึงน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองชั้นต้นจึงชอบที่จะสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งไว้ก่อน

[๓๗]ซึ่งได้แก่ การดำเนินการแทนผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือการกำหนด "ค่าปรับทางปกครอง" ในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ (มาตรา ๕๘) หรือการยึดหรืออายัดทรัพย์สินและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน (มาตรา ๕๗)

[๓๘]เช่น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๑๒๒ ที่กำหนดให้บุคคลที่ไม่มาให้คำชี้แจงหรือส่งมอบเอกสารเพื่อการตรวจสอบตามคำสั่งของนายทะเบียนพรรคการเมืองต้องชำระค่าปรับทางปกครองไม่เกินห้าพันบาท

ปกครองและค่าปรับที่เป็นโทษทางปกครอง เช่น กฎหมายเยอรมัน (Zwangsgeld/Geldbuß) หรือกฎหมายเนเธอร์แลนด์ (dwangsom/bestuurlijke boete) ซึ่งการใช้คำว่า "ค่าปรับบังคับการ" จะช่วยเน้นให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างค่าปรับประเภทนี้กับ "ค่าปรับทางปกครอง" ที่เป็น "โทษทางปกครอง" ได้เด่นชัดยิ่งขึ้น

นอกจาก "ค่าปรับทางปกครอง" รายวันตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองแล้ว กฎหมายฉบับอื่น ๆ ก็กำหนด "ค่าปรับทางปกครอง" ซึ่งเป็น**ค่าปรับรายวัน**ในลักษณะเดียวกันไว้สำหรับการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ด้วย โดยบางกรณีก็กำหนดไว้ในบทบัญญัติว่าด้วย "การบังคับทางปกครอง"[๓๙] แต่บางกรณีก็กำหนดไว้ในบทบัญญัติว่าด้วย "โทษทางปกครอง"[๔๐] ซึ่งอาจทำให้เกิดข้อสงสัยว่าค่าปรับดังกล่าวมีสถานะเป็น "มาตรการบังคับทางปกครอง" หรือเป็น "โทษทางปกครอง" ทั้งนี้ แม้จะพิเคราะห์ได้ว่าค่าปรับรายวันดังกล่าวเป็นการลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง แต่โดยที่การกำหนดค่าปรับรายวันตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนหรือจนกว่าจะปฏิบัติให้ถูกต้องนั้นมีวัตถุประสงค์หลักในการบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งเช่นเดียวกับค่าปรับรายวันตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กรณีจึงสมควรถือว่าค่าปรับดังกล่าวเป็นมาตรการบังคับทางปกครองอย่างหนึ่ง ดังนั้น เจ้าหน้าที่จึงไม่อาจใช้ค่าปรับทางปกครอง (รายวัน) ที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะ*ซ้ำซ้อน*กับค่าปรับทางปกครองที่กำหนดในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ เพราะมาตรา ๖๓ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้เลือกใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามกฎหมายเฉพาะหรือตามกฎหมายกลางอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น

ทั้งนี้ ปัจจุบันเริ่มมีการแบ่งแยก "มาตรการบังคับทางปกครอง" และ "โทษทางปกครอง" ออกจากกันอย่างชัดเจนยิ่งขึ้น โดยคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ให้ความเห็นในเรื่องเสร็จที่ ๖๙๔/๒๕๕๑[๔๑] ว่า โทษปรับรายวันกรณีผู้ได้รับอนุญาตให้เข้าทำประโยชน์หรืออยู่อาศัยในเขตป่าสงวนแห่งชาติไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในหนังสืออนุญาตตามที่กำหนดในร่างระเบียบกรมป่าไม้ฯ นั้นมิได้มีลักษณะเป็นมาตรการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เนื่องจากมิใช่การใช้มาตรการบังคับของเจ้าหน้าที่ภายหลังจากมีการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่ง แต่มีลักษณะเป็น *"โทษปรับทางปกครอง"* ดังนั้น เมื่อพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติฯ มิได้ให้อำนาจออกระเบียบเพื่อกำหนดโทษปรับทางปกครองไว้ การที่ร่างระเบียบกรมป่าไม้ฯ กำหนดโทษปรับทางปกครองจึงเป็นการตรากฎหมายลำดับรองเกินขอบเขตของกฎหมายแม่บท จากความเห็นดังกล่าวจึงอาจสรุปได้ว่า หากค่าปรับรายวันในกรณีใดมิใช่มาตรการที่ออกมาเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง แต่เพื่อลงโทษการกระทำผิดย่อมเป็นโทษทางปกครอง มิใช่มาตรการบังคับทางปกครอง

---

[๓๙]พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. ๒๕๕๐ **หมวด ๕ การบังคับทางปกครอง** มาตรา ๑๒๘ บัญญัติให้คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานมีอำนาจกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการชำระ "ค่าปรับทางปกครอง" ไม่เกินห้าแสนบาทต่อวัน

[๔๐]พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ **หมวด ๗ บทกำหนดโทษ ส่วนที่ ๑ โทษทางปกครอง** มาตรา ๖๙ วรรคสอง บัญญัติให้นายทะเบียนมีอำนาจกำหนด "ค่าปรับทางปกครอง" แก่ผู้รับใบอนุญาตที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งให้ระงับการกระทำที่ฝ่าฝืน แก้ไขปรับปรุง หรือปฏิบัติให้ถูกต้องในอัตราไม่เกินสองหมื่นบาทต่อวันตลอดเวลาที่ฝ่าฝืน

[๔๑]บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การกำหนดมาตรการบังคับทางปกครอง กรณีร่างระเบียบกรมป่าไม้ ว่าด้วยการอนุญาตให้เข้าทำประโยชน์หรืออยู่อาศัยในเขตพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติ

### ๑.๔ ความแตกต่างระหว่างโทษทางปกครองและโทษอาญา

ข้อแตกต่างประการสำคัญระหว่างโทษทางปกครองและโทษอาญา คือ **องค์กรผู้ใช้อำนาจลงโทษ** โดยโทษทางปกครองเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจลงโทษผู้กระทำผิดด้วยการออกคำสั่งลงโทษทางปกครองซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครอง ในขณะที่โทษอาญาเป็นกรณีที่องค์กรตุลาการใช้อำนาจลงโทษด้วยการมีคำพิพากษาลงโทษผู้กระทำผิด ทั้งนี้ องค์กรฝ่ายปกครองผู้ใช้อำนาจลงโทษทางปกครองอาจเป็นองค์กรเดี่ยวหรือองค์กรกลุ่มในรูปคณะกรรมการ โดยอาจเป็นองค์กร "ดั้งเดิม" ในส่วนราชการ เช่น รัฐมนตรี อธิบดี หรือผู้ว่าราชการจังหวัด หรืออาจเป็นองค์กรฝ่ายปกครองรูปแบบใหม่ ๆ เช่น ในฝรั่งเศสที่มีการให้อำนาจ "องค์กรอิสระทางปกครอง" (autorités administratives indépendantes) ลงโทษการกระทำผิดในเรื่องที่ควบคุมกำกับ ซึ่งกฎหมายไทยหลายฉบับก็บัญญัติให้การลงโทษทางปกครองเป็นอำนาจขององค์กรที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านและควบคุมกำกับกิจการต่าง ๆ ในลักษณะเดียวกัน เช่น คณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์[๔๒] คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์[๔๓] คณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์[๔๔] หรือคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ[๔๕]

ทั้งนี้ ข้อพิจารณาในเชิงองค์กรอาจทำให้เข้าใจได้ว่าการใช้อำนาจลงโทษของฝ่ายปกครองเป็นการลงโทษทางปกครองในทุกกรณีไป อย่างไรก็ดี บางกรณีแม้ว่าฝ่ายปกครองจะเป็นผู้ใช้อำนาจลงโทษ แต่ก็ไม่ถือเป็นการลงโทษทางปกครอง เช่น การใช้อำนาจ**เปรียบเทียบปรับ** โดยในฝรั่งเศสมีการเปรียบเทียบปรับโดยให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำความผิดอาญาชำระค่าปรับที่เรียกว่า "amende forfaitaire" โดยกรณีที่ชำระค่าปรับ ถือว่าคดีอาญาเป็นอันเลิกกัน สำหรับสถานะของการเปรียบเทียบปรับนั้น แม้ว่าฝ่ายตำราจะเน้นว่าเป็น "ขั้นตอนในทางปกครอง" (*"une procédure administrative"*)[๔๖] แต่ก็หมายถึง *"กระบวนการทางปกครองของการลงโทษการกระทำความผิดอาญา"* (*"un processus administratif de répression d'une infraction pénale"*)[๔๗] โดยฝ่ายตำราบางส่วนได้อธิบายชัดขึ้นไปอีกว่า การเปรียบเทียบปรับมิใช่*อำนาจโดยแท้*ของฝ่ายปกครอง แต่เป็นอำนาจที่ *"ได้รับมอบ"* มาจากผู้มีอำนาจลงโทษอาญาอีกชั้นหนึ่ง (pouvoir *"délégué"* par le pouvoir sanctionnateur pénal) โดยองค์กรฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจสั่งปรับผู้กระทำผิด แต่หากไม่มีการชำระค่าปรับ ศาลก็ยังคงมีอำนาจพิพากษาลงโทษผู้กระทำผิดต่อไปได้ โดยนัยนี้ การเปรียบเทียบปรับโดยฝ่ายปกครองจึงเป็น *"การปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม"* (*"une fonction judiciaire"*) มิใช่การใช้อำนาจทางปกครอง หรืออีกนัยหนึ่ง คือเป็นเสมือน *"กลไกทางปกครองของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา"* (une *"branche administrative du système pénal"*)[๔๘] ในทำนองเดียวกัน ระบบกฎหมายสวิสก็มีกลไกการเปรียบเทียบปรับ โดยเจ้าหน้าที่ฝ่าย

---

[๔๒] พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔

[๔๓] พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. ๒๕๔๖ และพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. ๒๕๕๐

[๔๔] พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. ๒๕๕๑

[๔๕] พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑

[๔๖] LARGUIER (J.), **Procédure pénale**, 20e édition, (Paris : Dalloz, 2004), p. 220.

[๔๗] DE GRAËVE (L.), **Essai sur le concept de droit de punir en droit interne**, Thèse Lyon III, 2006, p. 382.

[๔๘] SYKIOTOU-ANDROULAKIS (A.), **Le mouvement de dépénalisation en France et en Grèce – l'alternative administrative**, (Athènes-Bruxelles : Sakkoulas/Bruylant, 1997), p. 53.

ปกครองมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำความผิดอาญาลหุโทษ (contraventions) ชำระ "ค่าปรับเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย" (amende d'ordre ; Ordnungsbuß) ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในรัฐบัญญัติว่าด้วยค่าปรับเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (loi sur les amendes d'ordre - LAO ; Ordnungsbußengesetz - OBG) โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งปรับได้ทันทีเมื่อพบเห็นการกระทำผิด หากผู้กระทำผิดไม่ชำระค่าปรับภายในกำหนดเวลา เจ้าหน้าที่สามารถฟ้องคดีต่อศาลขอให้พิพากษาลงโทษผู้กระทำผิดต่อไป ซึ่งฝ่ายตำราได้ลงความเห็นว่า "ค่าปรับเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย" ถือเป็น "โทษอาญา" อย่างหนึ่ง ไม่ใช่โทษทางปกครองเช่นเดียวกับค่าปรับทางปกครอง (amendes administratives) ที่กำหนดในกฎหมายฉบับต่าง ๆ[๔๙]

ที่ผ่านมาสถานะทางกฎหมายของการเปรียบเทียบปรับในระบบกฎหมายไทยดูจะคลุมเครืออยู่ไม่น้อย โดยมีผู้เข้าใจว่าการเปรียบเทียบปรับเป็น "โทษทางปกครอง" อย่างหนึ่ง[๕๐] แต่หากพิเคราะห์ให้ดี จะพบว่าการเปรียบเทียบปรับและโทษทางปกครองเป็นมาตรการที่แตกต่างกัน เพราะการเปรียบเทียบปรับเป็นการใช้อำนาจในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งหากผู้กระทำผิดไม่ชำระค่าปรับก็ต้องดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดต่อไป ส่วนการปรับทางปกครองเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายสั่งให้ผู้กระทำผิดชำระค่าปรับด้วยการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหากไม่มีการชำระค่าปรับภายในระยะเวลาที่กำหนด ก็อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อบังคับชำระค่าปรับต่อไปได้เอง โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล กล่าวอีกนัยหนึ่ง การเปรียบเทียบปรับเป็นการใช้อำนาจลงโทษของรัฐใน**แดนของกฎหมายอาญา**ซึ่งอาจเรียกว่า **"กฎหมายอาญาที่ใช้กลไกทางปกครอง"** (droit pénal *administratif*) ขณะที่การลงโทษปรับทางปกครองเป็นการใช้อำนาจลงโทษของรัฐใน**แดนของกฎหมายปกครอง** ซึ่งอาจเรียกว่า **"กฎหมายปกครองว่าด้วยการลงโทษ"** (droit administratif *pénal*) ซึ่งปัจจุบันศาลปกครองสูงสุดได้มีแนวคำวินิจฉัยเป็นที่ชัดเจนแล้วว่าการเปรียบเทียบปรับมิใช่การใช้อำนาจทางปกครอง แต่เป็น *"การดำเนินการในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา"* ไม่ว่าจะเป็นการเปรียบเทียบปรับตามกฎหมายจราจรทางบก[๕๑] กฎหมายคุ้มครองแรงงาน[๕๒] กฎหมายว่าด้วยอาหาร[๕๓] หรือประมวลรัษฎากร[๕๔] และคณะกรรมการกฤษฎีกาก็เคยวินิจฉัยว่าการเปรียบเทียบปรับตามกฎหมายควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นการลงโทษปรับตามประมวลกฎหมายอาญา[๕๕] ทั้งนี้ กฎหมายไทยบางฉบับ เช่น พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ ได้กำหนดให้การกระทำผิดในบางฐานความผิดมีโทษทางปกครอง (ค่าปรับทางปกครอง)

---

[๔๙] ROTH (R.), **Les sanctions administratives : un nouveau droit (pénal) sanctionnateur ?**, (Fribourg : Éditions universitaires, 1985), p. 125 s.

[๕๐] คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ, **รายงานการศึกษาและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญา**, มีนาคม ๒๕๔๗, หน้า ๑๘ : *"...มีการพัฒนาโทษทางปกครองรูปแบบใหม่ ๆ มาใช้ในกฎหมาย เช่น การเปรียบเทียบปรับ การปรับทางปกครอง การตำหนิโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน..."* (ผู้เขียนเป็นผู้เน้นข้อความ)

[๕๑] คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ ๖๕/๒๕๕๓

[๕๒] คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ ๒๐๙/๒๕๔๙

[๕๓] คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ ๖๗๘/๒๕๕๐

[๕๔] คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ ๔๘๔/๒๕๕๑

[๕๕] บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การเปรียบเทียบตามมาตรา ๔๕ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑ (เรื่องเสร็จที่ ๕๗๓/๒๕๕๕)

และขณะเดียวกันก็กำหนดให้การกระทำผิดในบางฐานความผิดมีโทษอาญา (โทษปรับ) ซึ่งอาจเปรียบเทียบปรับได้โดยคณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงข้อแตกต่างระหว่างโทษปรับทางปกครองและการเปรียบเทียบปรับได้เป็นอย่างดี ดังนี้ ในกรณีที่ผู้ตรากฎหมายกำหนดให้การกระทำผิดมีโทษทางปกครอง ย่อมเป็นกรณีที่เห็นว่าการกระทำในกรณีนั้นไม่สมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญาเพราะมิใช่การกระทำที่มีลักษณะร้ายแรง แต่กรณีใดที่กำหนดให้การกระทำผิดอาจมีการเปรียบเทียบปรับได้ ย่อมเป็นกรณีที่ผู้ตรากฎหมายเห็นว่า การกระทำในกรณีนั้นยังสมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญาอยู่ เพียงแต่ว่าเป็นความผิดลหุโทษหรือมีอัตราโทษเล็กน้อย จึงให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเปรียบเทียบปรับได้เอง เพื่อที่จะได้ไม่ต้องฟ้องคดีให้เป็นภาระแก่ศาล

ส่วนปัญหาว่าโทษอาญาและโทษทางปกครองมีข้อแตกต่างในแง่**วัตถุประสงค์**หรือไม่นั้น โทษทั้งสองประเภทมีวัตถุประสงค์ไม่แตกต่างกัน เพราะมุ่ง**ลงโทษ**การกระทำผิดกฎหมายเพื่อ**ป้องกัน**มิให้มีการกระทำผิดและ**ปราบปราม**การกระทำผิดเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ดี ฝ่ายตำราในฝรั่งเศสบางส่วนได้เสนอความเห็นว่า การลงโทษทางปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อ **"ควบคุมกำกับ"** มากกว่า "ลงโทษ" (une action plutôt régulatrice que répressive)[๕๖] โดยเฉพาะการควบคุมกำกับกิจการต่าง ๆ โดยองค์กรอิสระทางปกครองที่มีอำนาจลงโทษทางปกครอง นอกจากนี้ แม้ว่าการลงโทษทางปกครองจะมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษการกระทำผิด แต่ก็มิได้มุ่งหมายที่จะ **"แก้แค้น"** (finalité rétributive) เหมือนกับการลงโทษทางอาญา เพราะกฎหมายปกครองมีภารกิจเพื่อบังคับให้ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย หาได้มี "เจตนาแก้แค้น" แฝงอยู่ในจิตใต้สำนึกของฝ่ายปกครองแต่อย่างใดไม่ (*"absence de sentiment vindicatif dans le subconscient administratif"*)[๕๗] อย่างไรก็ตาม ในภาพรวมแล้วโทษทางปกครองมีวัตถุประสงค์หลักไม่แตกต่างจากโทษอาญา เพราะมุ่งลงโทษการกระทำผิดกฎหมายเป็นสำคัญ แนวคิดนี้ปรากฏชัดในบรรดาประเทศที่นำโทษทางปกครองมาใช้ลงโทษการกระทำผิดซึ่งแต่เดิมมีโทษอาญา โดยเหตุที่โทษทั้งสองประเภทต่างมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกัน กฎหมายกลางว่าด้วยการลงโทษทางปกครองของหลายประเทศจึงมีหลักที่ไม่ยอมรับให้มีการใช้โทษอาญาและโทษทางปกครองควบคู่กันเพื่อลงโทษการกระทำผิดเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นเยอรมัน[๕๘] โปรตุเกส[๕๙] หรืออิตาลี[๖๐] สำหรับประเทศไทย คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

---

[๕๖]VARINARD (A.) et JOLY-SIBUET (E.), *"Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre droit pénal et droit administratif pénal "*, R.I.D.P. 1988, p. 189 s.

[๕๗]DELLIS (G.), **Droit pénal et droit administratif**, (Paris : L.G.D.J., 1997), p. 46.

[๕๘]Ordnungswidrigkeitengesetz มาตรา ๒๑ บัญญัติว่า *"ในกรณีที่การกระทำผิดเดียวกันมีทั้งโทษทางปกครองและโทษอาญา ให้ใช้โทษอาญาลงแก่ผู้กระทำผิด เว้นแต่ไม่มีการลงโทษอาญา จึงจะใช้โทษทางปกครองได้"*

[๕๙]Decreto-Lei 433/1982 มาตรา ๒๐ บัญญัติว่า *"ถ้าการกระทำผิดเดียวกันเป็นทั้งความผิดอาญาและความผิดทางปกครอง ให้ใช้โทษอาญาลงแก่ผู้กระทำผิด แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนการใช้โทษทางปกครองเสริม* (โทษอื่นที่ไม่ใช่ค่าปรับทางปกครอง (coima) ซึ่งเป็นโทษหลัก) *ที่กำหนดไว้สำหรับความผิดทางปกครองนั้น"*

[๖๐]Legge n° 689/1981 มาตรา ๙ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า *"ในกรณีที่การกระทำผิดเดียวกันมีทั้งโทษทางปกครองและโทษอาญา หรือมีบทกำหนดโทษทางปกครองหลายบท ให้ใช้บทกำหนดโทษตามกฎหมายเฉพาะ"* ซึ่งเป็นไปตาม "หลักกฎหมายเฉพาะ" (principio di specialità) เช่น ความผิดฐานฝ่าฝืนคำสั่งตำรวจจราจร ซึ่งมีโทษอาญาตามมาตรา ๖๕๐ แห่งประมวลกฎหมายอาญา และมีโทษทางปกครองตามมาตรา ๑๙๒ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายจราจรทางบก ย่อมต้องนำบทกำหนดโทษทางปกครองตามประมวลกฎหมายจราจรทางบกอันเป็นกฎหมายเฉพาะมาบังคับใช้

ได้ให้ความเห็นในไปในอีกทางหนึ่งว่า โทษทางปกครองและโทษอาญามีวัตถุประสงค์แตกต่างกัน โดย *"โทษทางปกครองมีวัตถุประสงค์เป็นการกำหนดมาตรการบังคับทางกฎหมายให้มีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้มาตรการทางกฎหมายเหล่านั้นบรรลุผล อันจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพสมดังเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย จึงแตกต่างจากวัตถุประสงค์ของโทษทางอาญา"* กรณีจึงอาจกำหนดให้การกระทำอย่างหนึ่งมีทั้งโทษอาญาและโทษทางปกครองได้ และแม้ว่าจะมีการดำเนินคดีอาญาแล้วและศาลพิพากษาว่าไม่มีการกระทำความผิดอาญา ก็ไม่ตัดอำนาจฝ่ายปกครองที่จะลงโทษทางปกครอง[๖๑] ซึ่งความเห็นดังกล่าวเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่พิเคราะห์ว่าการใช้โทษทั้งสองประเภทควบคู่กันเพื่อลงโทษการกระทำผิดเดียวกันไม่ขัดต่อหลักไม่ลงโทษซ้ำ (*non bis in idem*)[๖๒] อย่างไรก็ดี สมควรตั้งเป็นข้อสังเกตไว้ว่า หลักกฎหมายฝรั่งเศสมีฐานคิดมาจากความเป็นอิสระของกระบวนการลงโทษทั้งสองประเภทที่ไม่ขึ้นแก่กัน (principe de l'autonomie des répressions administrative et pénale) และความแตกต่างในนิติเหตุแห่งการลงโทษ (théorie des causes juridiques distinctes) ขณะที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองอ้างเหตุผลเรื่องความแตกต่างใน*วัตถุประสงค์*ของโทษทั้งสองประเภท[๖๓]

หากพิจารณาในแง่**เนื้อหาของโทษ** โทษทางปกครองและโทษอาญาอาจเป็นมาตรการที่มีเนื้อหาอย่างเดียวกัน เช่น เป็นโทษปรับ หรือหากพิจารณาในแง่**ความรุนแรงของโทษ** (degrés de sévérité des sanctions) โทษทางปกครองก็อาจมีความรุนแรงไม่แพ้โทษอาญาหรือรุนแรงกว่าเสียด้วยซ้ำ เช่น โทษปรับทางปกครองที่อาจมีจำนวนค่าปรับสูงกว่าโทษปรับอาญา ส่วนแนวคิดที่ว่าโทษอาญาเป็นมาตรการที่ทำให้อับอายหรือเสื่อมเสียชื่อเสียง ขณะที่โทษทางปกครองไม่มีลักษณะเป็นการประณามในเชิงจริยธรรม ในทางปฏิบัติก็อาจไม่เป็นเช่นนั้นเสมอไป เพราะบางกรณีโทษทางปกครองอาจมีเนื้อหาที่ทำให้อับอายหรือเสื่อมเสียชื่อเสียงก็ได้ เช่น การตำหนิโดยเปิดเผยต่อสาธารณะ หากโทษทั้งสองประเภทจะมีเนื้อหาแตกต่างกันอยู่บ้าง ก็คงเป็นแง่ที่ว่าโทษทางปกครองต้องไม่เป็น**มาตรการที่จำกัดเสรีภาพของบุคคล** เช่น โทษกักขังหรือจำคุก โดยกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ไม่ยอมรับโทษทางปกครองที่จำกัดเสรีภาพของบุคคล เพราะมีแนวคิดว่าองค์กรตุลาการเท่านั้นที่มีอำนาจลงโทษจำกัดเสรีภาพของบุคคล รัฐธรรมนูญอิตาลีบัญญัติหลักนี้ไว้อย่างชัดเจน[๖๔]

---

[๖๑]เรื่องเสร็จที่ ๕๑/๒๕๔๘, อ้างแล้วใน (๑๒) ซึ่งต่อมาคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ใช้เป็นแนวทางในการให้ความเห็นในเรื่องเสร็จที่ ๖๑๓/๒๕๕๒ (บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การขออนุญาตก่อสร้างท่าเทียบเรือขนาดไม่ต่ำกว่า ๕๐๐ ตันกรอสและสะพานทางเดินเท้าฯ (กรณีโทษปรับทางอาญาและโทษปรับทางปกครอง))

[๖๒]อย่างไรก็ดี คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้จำกัดขอบเขตในการใช้โทษทั้งสองประเภทควบคู่กัน โดยกรณีที่การกระทำผิดเดียวกันมีทั้งโทษปรับทางปกครองและโทษปรับอาญา ยอดค่าปรับทั้งหมดที่ผู้กระทำผิดต้องชำระจะต้องไม่เกินอัตราค่าปรับสูงสุดของโทษที่กำหนดค่าปรับไว้สูงสุด ทั้งนี้ ตามหลักความได้สัดส่วนของโทษ (Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989)

[๖๓]สำหรับบทวิเคราะห์ในเรื่องนี้ โปรดดู อรรถสิทธิ์ กันมล, **ปัญหาการนำโทษทางปกครองมาใช้ควบคู่กับโทษอาญา**, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๔๙)

[๖๔]รัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. ๑๙๔๘ บัญญัติในมาตรา ๑๓ ว่า *"การควบคุมตัว การตรวจสอบ หรือตรวจค้นตัวบุคคลในรูปแบบใด ๆ รวมทั้งการจำกัดเสรีภาพส่วนบุคคล จะกระทำได้ก็แต่โดยคำสั่งขององค์กรตุลาการที่ระบุเหตุผลไว้ด้วย และเฉพาะในกรณีและตามรูปแบบที่กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้"*

ขณะที่รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสบัญญัติไว้กว้าง ๆ ว่าศาลยุติธรรมเป็น*"ผู้พิทักษ์เสรีภาพของบุคคล"*[๖๕] แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ตีความว่าเป็นข้อห้ามผู้ตรากฎหมายมิให้กำหนดโทษทางปกครองที่จำกัดเสรีภาพของบุคคล[๖๖] ในบรรดาประเทศที่ใช้ค่าปรับทางปกครองเป็นโทษหลัก ก็มักจะไม่กำหนดให้มี**การกักขังแทนค่าปรับ** ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายโปรตุเกสหรืออิตาลี ส่วนกฎหมายเยอรมันแม้จะกำหนดให้มีการ "กักขังแทนค่าปรับ" (Erzwingungshaft) ในกรณีที่ผู้กระทำผิดไม่ยินยอมชำระค่าปรับทางปกครอง (OWiG มาตรา ๙๖) แต่ก็กำหนดให้ร้องขอต่อศาลอาญาให้มีคำสั่งกักขังผู้กระทำผิด (OWiG มาตรา ๖๘) กรณีจึงไม่ใช่การใช้อำนาจลงโทษของฝ่ายปกครอง แต่เป็นการลงโทษโดยองค์กรตุลาการ ทั้งนี้ ออสเตรียดูเหมือนจะเป็นประเทศเดียวที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองใช้โทษที่จำกัดเสรีภาพของบุคคลโดยสั่งกักขังผู้กระทำความผิดทางปกครองได้เอง ซึ่งปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียได้มีคำวินิจฉัยยอมรับว่าผู้ตรากฎหมายอาจกำหนดให้อำนาจดังกล่าวแก่ฝ่ายปกครองได้[๖๗]

สำหรับ**หลักกฎหมายที่ใช้กับการลงโทษ** การลงโทษทางปกครองมี "ระบบกฎหมาย" (régime juridique) ที่แยกต่างหากจากกฎหมายอาญา โดยในส่วนของ**หลักวิธีสบัญญัติ** กระบวนวิธีพิจารณาโทษทางปกครองอยู่ภายใต้บังคับหลักกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง เช่น กรณีของประเทศไทย[๖๘] และฝรั่งเศส[๖๙] ขณะที่บางประเทศมีกฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษทางปกครองเป็นการเฉพาะแยกต่างหากจากกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น ออสเตรีย[๗๐] เยอรมัน[๗๑] อิตาลี[๗๒] และโปรตุเกส[๗๓] โดยกฎหมายของทุกประเทศ ล้วนมีหลักทำนองเดียวกันในกระบวนการลงโทษทางปกครอง โดยเฉพาะหลักการฟังความทุกฝ่ายและการให้เหตุผลประกอบคำสั่งลงโทษ ซึ่งถือเป็นหลักประกันสิทธิที่สำคัญสำหรับผู้ถูกลงโทษ ในส่วนของ**หลักสารบัญญัติ** แม้ว่าโดยหลักแล้วการลงโทษทางปกครองจะไม่อยู่ภายใต้บังคับหลักกฎหมายอาญา แต่ในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ก็มีการนำหลักกฎหมายอาญาที่สำคัญ ๆ มา "ปรับใช้" กับการลงโทษทางปกครองเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล เช่น หลักต้องมีกฎหมายกำหนดความผิดและโทษ หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง หลักความรับผิดเป็นการเฉพาะตัว หลักความได้สัดส่วนระหว่างการกระทำผิดและโทษ หลักการตีความอย่างเคร่งครัด โดยบางประเทศได้นำหลักกฎหมายอาญาดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการลงโทษทางปกครอง ส่วนประเทศที่ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษทางปกครอง เช่น ฝรั่งเศส คณะตุลาการรัฐธรรมนูญและสภาแห่งรัฐก็มี

---

[๖๕] รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. ๑๙๕๘ มาตรา ๖๖ วรรคสอง

[๖๖] C.C., décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989.

[๖๗] MODERNE (F.), อ้างแล้วใน (๓๑), pp. 111-112.

[๖๘] ในระบบกฎหมายไทย กระบวนการพิจารณาลงโทษทางปกครองเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายเฉพาะในแต่ละเรื่องประกอบกับ "หลักเกณฑ์กลาง" ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

[๖๙] ในฝรั่งเศส กระบวนการออกคำสั่งลงโทษทางปกครองอยู่ภายใต้หลักตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองประกอบกับบทกฎหมายบางฉบับเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เช่น กฎหมายว่าด้วยการระบุเหตุผลในคำสั่งทางปกครองและกฎหมายว่าด้วยการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและหน่วยงานทางปกครอง

[๗๐] Verwaltungsstrafgesetz (VStG)

[๗๑] Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG)

[๗๒] Legge n° 689/1981

[๗๓] Decreto-Lei 433/1982

แนวคำวินิจฉัยให้นำหลักกฎหมายอาญาต่าง ๆ มาปรับใช้กับการลงโทษทางปกครองเช่นกัน ซึ่งทำให้ "ระบบกฎหมายปกครองว่าด้วยการลงโทษ" มีหลักประกันใกล้เคียงกับกฎหมายอาญาในหลายเรื่อง[๗๔]

**๒. เหตุผลความเป็นมาในการใช้โทษทางปกครอง**

การใช้โทษทางปกครองในประเทศต่าง ๆ เป็นผลสืบเนื่องจากเหตุปัจจัยสองประการด้วยกัน ประการแรก การตระหนักถึงปัญหา "กฎหมายอาญาเฟ้อ" หรือการมีความผิดอาญามากเกินความจำเป็น ทำให้ผู้ตรากฎหมายลด-เลิกโทษอาญา และนำโทษทางปกครองมาใช้แทนโทษอาญาสำหรับการกระทำผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง ประการที่สอง การที่รัฐเข้าแทรกแซงและควบคุมกิจการต่าง ๆ มากขึ้นเรื่อย ๆ ได้นำมาซึ่งการวางกฎระเบียบทางปกครองและบทกำหนดโทษทางปกครอง ซึ่งมีข้อได้เปรียบเหนือโทษอาญาตรงที่มีกระบวนพิจารณาที่เรียบง่ายรวดเร็ว ทำให้การลงโทษเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งยังเหมาะสมกับการกระทำผิดในเรื่องทางเทคนิคซึ่งศาลอาจจะไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเทียบเท่าองค์กรฝ่ายปกครองที่กำกับดูแลเรื่องนั้น ๆ

**๒.๑ การดำเนินนโยบายลด-เลิกโทษอาญา : กลุ่มประเทศที่มีแนวคิดว่าด้วย "การกระทำผิดทางปกครอง"**

บรรดาประเทศที่ประสบภาวะ "กฎหมายอาญาเฟ้อ" ได้พัฒนาแนวคิดว่าด้วย "การกระทำผิดทางปกครอง" เพื่อนำโทษทางปกครองมาใช้แทนโทษอาญา รวมทั้งตรา "กฎหมายกลาง" ที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงโทษทางปกครองให้เป็นระบบระเบียบ โดยเยอรมันถือเป็นต้นแบบในเรื่องนี้และมีอิทธิพลต่อประเทศอื่น ๆ อย่างมาก

**ในเยอรมัน**แนวคิดว่าด้วย "การกระทำผิดทางปกครอง" (Ordnungswidrigkeit) มีรากฐานมาจาก "การกระทำผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย" โดยตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ ๑๖ นอกจากความผิดในประมวลกฎหมายอาญา ยังมีความผิดที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อย (police codes) ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการกระทำที่กระทบต่อประโยชน์ของประชาคมหรือสังคม[๗๕] และมักมีโทษไม่รุนแรง เช่น โทษปรับหรือโทษกักขังระยะสั้น โดยฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งลงโทษผู้กระทำผิดได้เองโดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล อย่างไรก็ดี ต่อมาในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ ๑๙ เริ่มมีความเห็นคัดค้านอำนาจลงโทษของฝ่ายปกครอง โดยมองว่าขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ให้องค์กรตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระเป็นผู้มีอำนาจลงโทษการกระทำผิดกฎหมาย ดังนั้น ในการยกร่างประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ในปี ค.ศ. ๑๘๗๑ ผู้ตรากฎหมายจึงนำบรรดาความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยไปบัญญัติเป็นความผิดอาญาลหุโทษ (Übertretung) ในประมวลกฎหมายอาญา และในช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ ๒๐ รัฐก็เริ่มวางกฎเกณฑ์ควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจและกำหนดโทษอาญาสำหรับการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในเรื่องต่าง ๆ มากขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งฝ่ายตำรามีความเห็นว่า โทษอาญา

---

[๗๔] สำหรับบทวิเคราะห์เกี่ยวกับการนำหลักกฎหมายอาญามาปรับใช้กับการลงโทษทางปกครอง โปรดดู เกวลี มโนภินิเวศ, **ปัญหาความสัมพันธ์ในการลงโทษทางปกครองและการลงโทษทางอาญา**, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๕๑)

[๗๕] MATTES (H.), **Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten**, Vol. I, 1977, pp. 50-57. อ้างใน WEIGEND (T.), *"Germany : The system of administrative and penal sanctions"*, in **Études sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les États membres des Communautés européennes**, (Luxembourg : Office of Official Publications of the European Communities, 1994), volume 1 : rapports nationaux, p. 96.

ที่กำหนดนั้นไม่เหมาะสมกับการกระทำผิดบางประเภท จึงเสนอให้มีระบบกฎหมายที่ลงโทษการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของรัฐหรือ "การกระทำผิดทางปกครอง" เป็นการเฉพาะแยกต่างหากจากกฎหมายอาญา[๗๖]

James Goldschmidt เป็นนักวิชาการคนแรก ๆ ที่เสนอแนวคิดดังกล่าว โดยเห็นว่า การกระทำผิดทางปกครองมีความแตกต่างในเชิง**เนื้อหา**จากการกระทำผิดอาญา เพราะมิได้กระทบต่อประโยชน์ของปัจเจกบุคคล เพียงแต่กระทบต่อประโยชน์ของทางราชการ และมิใช่การกระทำที่พึงตำหนิในเชิงจริยธรรม[๗๗] ข้อแตกต่างระหว่างการกระทำผิดทั้งสองประเภทยังมีฐานคิดมาจากการที่บุคคลแต่ละคนมีสองฐานะ คือ ฐานะที่เป็นปัจเจกบุคคลและฐานะที่เป็นสมาชิกของสังคม โดยกฎหมายอาญามุ่งลงโทษการกระทำผิดของบุคคลในฐานะที่เป็นปัจเจกบุคคล ส่วนกฎหมายปกครองมุ่งลงโทษบุคคลในฐานะที่เป็นสมาชิกของสังคม[๗๘] กล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายอาญาและกฎหมายปกครองมีภารกิจแตกต่างกัน โดยกฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองนิติสมบัติ (Rechtgut) อันได้แก่ สิทธิของปัจเจกบุคคลแต่ละคน ขณะที่กฎหมายปกครองมุ่งลงโทษการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามการสั่งการของฝ่ายปกครองหรือกฎระเบียบในการใช้ชีวิตร่วมกันในสังคม[๗๙] Eberhard Schmidt ได้นำแนวคิดดังกล่าวมาต่อยอดและเสนอว่าการกระทำผิดทางปกครองมีความเกี่ยวเนื่องกับการควบคุมกิจการทางเศรษฐกิจของรัฐ โดยเป็นการกระทำที่ก่อความเสียหายแก่ประโยชน์ของทางราชการ ซึ่งได้แก่ การไม่ให้ความร่วมมือในการปฏิบัติตามกฎ ระเบียบ และคำสั่งของฝ่ายปกครอง และมิใช่ความผิดที่สังคมประณาม จึงไม่สมควรกำหนดให้มีโทษอาญา แต่ชอบที่จะกำหนดให้มีโทษทางปกครอง โดยฝ่ายปกครองมีอำนาจลงโทษผู้กระทำผิดได้เอง[๘๐]

แนวคิดของฝ่ายตำราข้างต้นได้มีอิทธิพลต่อการกำหนดนโยบายอาญาของรัฐ โดยในปี ค.ศ. ๑๙๔๙ ได้มีการตรารัฐบัญญัติแห่งสหพันธ์ลงวันที่ ๒๙ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๔๙ ว่าด้วยการลดความซับซ้อนของกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำผิดทางเศรษฐกิจ (Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrecht - WiSTG) โดยกฎหมายดังกล่าวได้แยก "การฝ่าฝืนกฎระเบียบในทางเศรษฐกิจ" ออกจากการกระทำที่เป็น "อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ" ตามแนวคิดที่ว่าอาชญากรรมทางเศรษฐกิจเป็นการกระทำที่เป็นภยันตรายร้ายแรงต่อประโยชน์อันสำคัญยิ่งของสังคม โดยบั่นทอนความเข้มแข็งทางเศรษฐกิจของประเทศ จึงสมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ขณะที่การกระทำที่เป็นเพียง "การฝ่าฝืนกฎระเบียบในทางเศรษฐกิจ" ไม่สมควรกำหนดให้อยู่ในแดนของกฎหมายอาญา แต่ควรกำหนดเป็น "การกระทำผิดทางปกครอง"[๘๑] ซึ่งผู้กระทำผิดต้องชำระ "ค่าปรับทางปกครอง" (Geldbuße) อันเป็นมาตรการที่ไม่มีเนื้อหาประณามผู้กระทำผิด[๘๒] โดยต่อมาในปี ค.ศ. ๑๙๕๒ ได้มีการตรารัฐบัญญัติแห่งสหพันธ์ ลงวันที่ ๒๕ มีนาคม ค.ศ. ๑๙๕๒ ว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง

---

[๗๖] WEIGEND (T), อ้างแล้วใน (๗๕), p. 96.

[๗๗] GOLDSCHMIDT (J.), **Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts**, pp.72, 81, 92. อ้างใน SYKIOTOU-ANDROULAKIS (A.), อ้างแล้วใน (๔๘), p. 177.

[๗๘] GOLDSCHMIDT (J.), **Das Verwaltungsstrafrechts**, 1902, อ้างใน MODERNE (F.), อ้างแล้วใน (๓๑), p. 126.

[๗๙] WOLF (E.), *"Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtsystem"*, Tubingen, 1950. (in Festgabe für Reinhard Frank zum 70), อ้างใน MODERNE (F.), อ้างแล้วใน (๓๑), p. 12.

[๘๐] SCHMIDT (E.), *"Straftaten und Ordnungswidrigkeiten"*, Iuristenzeitung 1951, p. 101 et s. อ้างใน MODERNE (F.), อ้างแล้วใน (๓๑), p. 12.

[๘๑] MODERNE (F.), อ้างแล้วใน (๓๑), p. 12.

[๘๒] FISCHER (M.A.), *"La sanction administrative dans le droit allemand"*, p. 214.

(Ordnungswidrigkeitengesetz - OWiG) ขึ้นใช้บังคับเป็น "กฎหมายกลาง" (Rahmen Gesetz) ที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงโทษทางปกครองสำหรับการกระทำผิดทางปกครองที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะในเรื่องต่าง ๆ

ในขณะเดียวกันผู้ตรากฎหมายก็เริ่มลด-เลิกโทษอาญา โดยกำหนดให้การกระทำผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงเป็นการกระทำผิดทางปกครอง ไม่ว่าจะในเรื่องการจราจรทางบก การแข่งขันทางการค้า ผังเมือง หรือสิ่งแวดล้อม โดยในปี ค.ศ. ๑๙๗๕ มีการลด-เลิกโทษอาญาครั้งใหญ่ด้วยการยกเลิกความผิดอาญาลหุโทษ โดยการกระทำส่วนหนึ่งไม่ถือว่าเป็นความผิดอีกต่อไป เช่น การขอทานและเร่ร่อนในที่สาธารณะ และอีกส่วนหนึ่งได้ปรับเปลี่ยนเป็นการกระทำผิดที่มีโทษปรับทางปกครอง ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการฝ่าฝืนกฎระเบียบเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เช่น การทำเสียงอื้ออึงในที่สาธารณะ เสพสุราจนครองสติไม่ได้ในที่สาธารณะ ปล่อยปละละเลยไม่ควบคุมดูแลสัตว์อันตราย รวมทั้งการกระทำผิดในเรื่องทางเศรษฐกิจและสิ่งแวดล้อมที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง เช่น การเปิดสถานที่พักแรม (camping) โดยไม่จัดให้มีห้องสุขาตามจำนวนที่กฎหมายกำหนด ส่วนการกระทำผิดที่มีลักษณะร้ายแรง เช่น การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับส่วนผสมของผลิตภัณฑ์อาหารโดยก่ออันตรายแก่สุขภาพของบุคคล ยังคงกำหนดให้มีโทษอาญาต่อไป[๘๓]

**ในโปรตุเกส** การใช้โทษทางปกครองก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากแนวคิดในการลด-เลิกโทษอาญา โดยฝ่ายตำราซึ่งได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายเยอรมันได้ผลักดันแนวคิดว่าด้วย **"การกระทำที่ละเมิดต่อกฎระเบียบ"** (contra-ordenação) หรือ **"การกระทำผิดทางปกครอง"** โดยนักวิชาการที่มีบทบาทสำคัญ คือ ศาสตราจารย์ Eduardo Correia แห่งมหาวิทยาลัย Coimbra ที่เสนอเกณฑ์ว่าด้วยเนื้อหาของการกระทำผิด (critério qualitative de distinção) ในการแบ่งแยกการกระทำผิดอาญาและการกระทำผิดทางปกครอง โดยแยกการกระทำที่ไม่มีข้อตำหนิในเชิงจริยธรรม (condutas eticamente indifferente) ออกจากแดนของกฎหมายอาญาไปอยู่ในแดนของกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (direito do mera ordenação social) ที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการลงโทษการกระทำผิดทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ[๘๔]

เมื่อศาสตราจารย์ Eduardo Correia ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ก็ได้ผลักดันให้มีการตรารัฐกำหนด ฉบับที่ ๒๓๒/๗๙ ลงวันที่ ๒๔ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๗๙[๘๕] เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงโทษทางปกครอง โดยคำปรารภของรัฐกำหนดดังกล่าวได้อธิบายถึงเหตุผลความจำเป็นในการมีกฎหมายในเรื่องนี้ไว้ว่า เป็นการสร้างระบบกฎหมายว่าด้วยการลงโทษที่แตกต่างไปจากกฎหมายอาญา โดยโทษอาญาเป็นมาตรการที่พึงนำมาใช้เพื่อคุ้มครองคุณค่าทางจริยธรรมและทางสังคมอันสำคัญยิ่งเท่านั้น แต่สมควรเลิกโทษอาญาที่มีมากเกินความจำเป็นสำหรับการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ที่มีขึ้นเพื่อประสิทธิภาพในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง อันเป็นการกระทำผิดที่ไม่มีข้อตำหนิในเชิงจริยธรรม ซึ่งการลด-เลิกโทษอาญาจะช่วยให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสามารถอุทิศเวลาให้กับการป้องกันและปราบปรามการก่ออาชญากรรมได้อย่างเต็มที่ โดยเฉพาะกรณี

---

[๘๓] BENMAKLOUF (A.) et FALETTI (F.), *"Les "Ordnungswidrigkeiten" en République fédérale d'Allemagne"*, A.P.C. 1984, p. 76 ; WEIGEND (T), อ้างแล้วใน (๗๕), p. 97.

[๘๔] CORREIA (E.), **Direito penal e direito de mera ordenação social**, (Coimbra : Boletim da Faculdade de Direito, 1973), p. 268.

[๘๕] Decreto-Lei 232/79, 24 julho 1979.

ที่เป็นอาชญากรรมร้ายแรง นอกจากนี้ โทษทางปกครองยังเป็นเครื่องมือที่สามารถนำมาใช้เพื่อลงโทษการกระทำผิดให้เหมาะสมกับลักษณะและความร้ายแรงของการกระทำผิดในแต่ละกรณีอีกด้วย[๘๖]

อย่างไรก็ดี โดยที่รัฐกำหนด ฉบับที่ ๒๓๒/๗๙ มีปัญหาข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ต่อมาจึงได้มีการตรารัฐกำหนด ฉบับที่ ๔๓๓/๘๒ ลงวันที่ ๒๗ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๘๒[๘๗] เพื่อวางระบบกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครองขึ้นใหม่อีกครั้งหนึ่ง โดยมีฐานะเป็น "กฎหมายมหาชนว่าด้วยการลงโทษ" (direito sancionatório público) ที่กำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับกับการลงโทษทางปกครองตามกฎหมายเฉพาะในเรื่องต่าง ๆ โดยคำปรารภของรัฐกำหนดดังกล่าวระบุว่า[๘๘] *"เหตุผลความจำเป็นในการมีกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครองเป็นผลสืบเนื่องมาจากพัฒนาการของรัฐสมัยใหม่ที่เข้าแทรกแซงและควบคุมกิจการต่าง ๆ ในทางเศรษฐกิจ การศึกษา วัฒนธรรม สิ่งแวดล้อม ฯลฯ"* ดังนั้น *"เพื่อให้การสั่งการของรัฐในกิจการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องมีสภาพบังคับอย่างแท้จริง... รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้มีระบบกฎหมายพิเศษขึ้นเป็นการเฉพาะ"*[๘๙] กฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดให้การกระทำผิดทางปกครองมี "โทษปรับทางปกครอง" (coima) เป็นโทษหลัก และอาจมีโทษเสริมอื่น ๆ (sanções acessórias) เช่น การริบทรัพย์สิน การห้ามประกอบวิชาชีพหรือประกอบกิจการ การเพิกถอนสิทธิรับเงินช่วยเหลือ การเพิกถอนสิทธิเข้าร่วมการจัดงานจำหน่ายสินค้าหรือเข้าร่วมการแข่งขันกีฬา หรือการเพิกถอนใบอนุญาตต่าง ๆ

เมื่อมีการตรารัฐกำหนดฉบับที่ ๔๓๓/๘๒ ขึ้นใช้บังคับเป็น "กฎหมายกลาง" ว่าด้วยการลงโทษทางปกครอง ผู้ตรากฎหมายก็ปรับเปลี่ยนความผิดอาญาลหุโทษ (contravenções) ในเรื่องต่าง ๆ ให้เป็นการกระทำผิดทางปกครอง (contra-ordenações) มาอย่างต่อเนื่องเป็นลำดับ โดยล่าสุดได้มีการตรารัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๓๐/๒๐๐๖ ลงวันที่ ๑๑ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๐๖[๙๐] ปรับเปลี่ยนความผิดลหุโทษในกฎหมายหลายฉบับเป็นการกระทำผิดทางปกครอง[๙๑] ขณะเดียวกันกฎหมายเฉพาะที่ตราขึ้นหลังปี ค.ศ. ๑๙๘๒ ก็กำหนดให้การฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในเรื่องต่าง ๆ จำนวนมากเป็นการกระทำผิดทางปกครอง โดยการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นการกระทำผิดทางปกครองส่วนใหญ่มิได้ก่อความเสียหายต่อประโยชน์ของปัจเจกบุคคลโดยตรง แต่เป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองใช้ควบคุมกำกับเรื่องต่าง ๆ

---

[๘๖]FERREIRA ANTUNES (M.A.), *"Le système portugais d'infractions à caractère administratif (contra-ordenações)"*, in **Études sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les États membres des Communautés européennes**, (Luxembourg : Office of Official Publications of the European Communities, 1994), volume 1 : rapports nationaux, p. 328.

[๘๗]Decreto-Lei 433/82, 27 Outobro 1982, Regime geral do ilícito de mera ordenação social.

[๘๘]FERREIRA ANTUNES (M.A.), อ้างแล้วใน (๘๖), p. 333.

[๘๙]รัฐธรรมนูญโปรตุเกส ค.ศ. ๑๙๗๖ บัญญัติในมาตรา ๑๖๘-๑ ให้องค์กรนิติบัญญัติระดับชาติและระดับแคว้นมีอำนาจกำหนด *"ระบบกฎหมายทั่วไปของการกระทำผิดทางปกครอง"* ซึ่งหมายถึงการกำหนดฐานความผิดทางปกครองและโทษทางปกครอง

[๙๐]Lei nº 30/2006 de 11 de Julho 2006 Procede à conversão em contra-ordenações de contravenções e transgressões em vigor no ordenamento jurídico nacional.

[๙๑]เช่น การกระทำผิดเกี่ยวกับการประกอบกิจการโรงไฟฟ้า การประมงน้ำจืด การขนส่งน้ำนมดิบและโรงอุตสาหกรรมนม การป้องกันโรคระบาดสัตว์ การประกอบอาชีพนักแสดง ฯลฯ

ในอิตาลี การใช้โทษทางปกครองก็เป็นผลสืบเนื่องจากปัญหาโทษอาญาเฟ้อ เช่นเดียวกับในเยอรมันและโปรตุเกส โดยฝ่ายตำราได้เสนอให้มีการลด-เลิกโทษอาญาและนำโทษทางปกครองมาใช้แทนโทษอาญาสำหรับการกระทำผิดที่ไม่ร้ายแรงซึ่งพิเคราะห์ว่าเป็น **"ความผิดทางปกครอง"** (illecito amministrativo)[๙๒] รัฐบาลอิตาลีเริ่มดำเนินการลด-เลิกโทษอาญาอย่างจริงจังนับตั้งแต่ทศวรรษ ๑๙๖๐ โดยนโยบายลด-เลิกโทษอาญา (depenalizzazione) มีวัตถุประสงค์เพื่อลดภาระของศาลในการพิจารณาคดีอาญาที่มีอัตราโทษเล็กน้อย และจำกัดการใช้โทษอาญาเพื่อคุ้มครองคุณค่าที่มีความสำคัญสูงสุดที่รับรองไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ[๙๓] โดยระยะแรกการลด-เลิกโทษอาญายังมีขอบเขตจำกัดอยู่เฉพาะในบางเรื่อง เช่น การจราจรทางบกและการฝ่าฝืนข้อบัญญัติท้องถิ่นเกี่ยวกับการใช้ทางและการขนส่ง โดยต่อมาในปี ค.ศ. ๑๙๗๕ จึงมีการปรับเปลี่ยนความผิดอาญาลหุโทษ (contravvenzioni) ที่มีโทษปรับสถานเดียวตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ ให้เป็นความผิดที่มีโทษปรับทางปกครอง ยกเว้นการกระทำผิดที่ก่อความเสี่ยงต่อสวัสดิภาพและสุขภาพของบุคคล เช่น ความผิดในเรื่องแรงงาน อาหาร สิ่งแวดล้อม หรือสุขอนามัยของประชาชน ยังคงกำหนดให้มีโทษอาญาต่อไป นอกจากนี้ ผู้ตรากฎหมายยังได้กำหนดโทษทางปกครองในกฎหมายที่ตราขึ้นใหม่ในเรื่องต่าง ๆ ด้วย เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการล่าสัตว์ การค้า การก่อสร้างและผังเมือง

เมื่อมีการนำโทษทางปกครองมาใช้มากขึ้นเรื่อย ๆ รัฐบาลอิตาลีก็ตระหนักถึงความจำเป็นในการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงโทษทางปกครองให้เป็นระบบและมีมาตรฐานเดียวกัน จึงได้มีการตรารัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๖๘๙ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน ค.ศ. ๑๙๘๑ ว่าด้วยการปรับปรุงระบบกฎหมายอาญา (Legge n° 689/1981 Modifiche al sistema penale) ขึ้นใช้บังคับเป็น "กฎหมายกลาง" เกี่ยวกับการลงโทษทางปกครอง โดยมีขอบเขตบังคับใช้กับการกระทำผิดที่มี "โทษปรับทางปกครอง" (sanzioni amministrativi pecuniarie) ที่กำหนดในกฎหมายฉบับต่าง ๆ รวมทั้งโทษเสริม (sanzioni accessorie) ในแต่ละกรณี เช่น การริบทรัพย์สินหรือการห้ามประกอบกิจการ[๙๔] แต่จะไม่ใช้บังคับกับการกระทำผิดในเรื่องภาษีอากร (violazioni finanziarie) เพราะมีกฎหมายเฉพาะบัญญัติหลักเกณฑ์และวิธีการลงโทษไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ทั้งนี้ นอกจากรัฐบัญญัติฉบับที่ ๖๘๙ ค.ศ. ๑๙๘๑ จะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงโทษทางปกครองแล้ว ยังกำหนดให้เลิกโทษอาญาและใช้โทษปรับทางปกครองแทนโทษอาญาสำหรับการกระทำผิดที่มีโทษปรับสถานเดียว ทั้งความผิดอาญาลหุโทษ (contravvenzioni) ซึ่งมีโทษปรับที่เรียกว่า "ammenda" และความผิดอาญาระดับกลาง (delitti) ซึ่งมีโทษปรับที่เรียกว่า "multa" รวมทั้งการกระทำผิดที่มีทั้งโทษปรับและโทษจำคุกในบางเรื่อง เช่น การกระทำทารุณต่อสัตว์ หรือการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย อย่างไรก็ดี การกระทำผิดที่มีลักษณะร้ายแรงยังคงกำหนดให้มีโทษอาญาต่อไปเช่นเดิม เช่น การทำแท้ง การกระทำผิดเกี่ยวกับอาวุธปืน สุขภาพ หรืออาหาร

---

[๙๒] GRASSO (G.), *"Le système des sanctions administratives dans l'ordre juridique italienne"*, in **Études sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les États membres des Communautés européennes**, (Luxembourg : Office of Official Publications of the European Communities, 1994), volume 1 : rapports nationaux, p. 267.

[๙๓] VASSALLI (G.), *"Les orientations actuelles de la politique criminelle italienne"*, A.P.C., n° 6, 1983, p. 183.

[๙๔] GRASSO (G.), อ้างแล้วใน (๙๒), pp. 270-271.

นโยบายลด-เลิกโทษอาญาในอิตาลีมีความมุ่งหมายสำคัญสามประการ ได้แก่ (๑) เพื่อกำหนดมาตรการที่เหมาะสมกับลักษณะการกระทำผิดโดยเลิกโทษอาญาสำหรับการกระทำผิดที่ไม่ร้ายแรง (๒) แบ่งเบาภาระในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล เพื่อให้ศาลพิจารณาคดีเกี่ยวกับการกระทำผิดร้ายแรงเท่านั้น ซึ่งจะช่วยให้การพิจารณาคดีมีความรวดเร็วยิ่งขึ้น และ (๓) นำโทษทางปกครองมาใช้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพให้การป้องกันและปราบปรามการกระทำผิด[๙๕] ซึ่งจากการศึกษาผลการบังคับใช้กฎหมายในช่วงเวลาสองปีนับแต่วันที่รัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๖๘๙ ค.ศ. ๑๙๘๑ มีผลใช้บังคับ ปรากฏว่าการเลิกโทษอาญาเป็นผลดีแก่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาอย่างมาก โดยช่วยลดจำนวนคดีที่ขึ้นสู่ศาลลงถึงร้อยละ ๑๑ ทำให้ศาลสามารถพิพากษาคดีแล้วเสร็จเพิ่มขึ้นอีกร้อยละ ๑๓ รวมทั้งลดระยะเวลาพิจารณาคดีลงโดยเฉลี่ย ๒๑ วัน และขณะเดียวกันการฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งคำสั่งลงโทษทางปกครองก็ไม่มีจำนวนมากถึงขั้นที่จะสร้างภาระให้แก่ศาลยุติธรรมแต่อย่างใด[๙๖] ปัจจุบันรัฐบาลอิตาลียังคงเดินหน้าลด-เลิกโทษอาญาต่อไป โดยในปี ค.ศ. ๑๙๙๙ ได้มีการเลิกโทษอาญาครั้งใหญ่ โดยรัฐกำหนด ฉบับที่ ๕๐๗ ลงวันที่ ๓๐ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๙๙[๙๗] ได้ปรับเปลี่ยนความผิดอาญาไม่ร้ายแรง (reati minori) ที่กำหนดในกฎหมายฉบับต่าง ๆ ให้เป็นความผิดทางปกครอง (illeciti amministrativi) ที่มีโทษปรับทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นความผิดในกฎหมายว่าด้วยอาหาร การจราจรทางบก การเดินเรือ ภาษีอากร หรือธนาคารพาณิชย์

**๒.๒ การแทรกแซงของรัฐและประสิทธิภาพในการลงโทษ : กรณีของฝรั่งเศส**

การลงโทษทางปกครองในฝรั่งเศสมีมิติที่เชื่อมโยงกับ "บทบาทของรัฐ" ในยุคต่าง ๆ จนแยกจากกันไม่ออก แต่เดิมในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (L'Ancien Régime) การลงโทษทางปกครองถือเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองโดยแท้ เช่น ขุนนางในฐานะเจ้าหน้าที่ผู้ดูแลป่าไม้มีอำนาจสั่งลงโทษการกระทำผิดเกี่ยวกับป่าไม้ได้เอง ซึ่งอำนาจดังกล่าวได้ตกทอดมาถึงปัจจุบันโดยเป็นอำนาจของสำนักงานทรัพยากรน้ำและป่าไม้ (services des eaux et forêts) หลังการปฏิวัติใหญ่ในปี ค.ศ. ๑๗๘๙ อำนาจลงโทษของฝ่ายปกครองก็ยังดำรงคงอยู่ต่อไป โดยเฉพาะอำนาจลงโทษบุคคลที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์กับทางราชการไว้ก่อน เช่น ผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการต่าง ๆ โดยกรณีที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการอนุญาต ฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตได้ นอกจากนี้ ฝ่ายปกครองยังมีอำนาจลงโทษประชาชนทั่วไปที่ฝ่าฝืนหน้าที่ตามกฎหมาย เช่น บุคคลที่กระทำผิดในเรื่องภาษีอากร ซึ่งอำนาจลงโทษของฝ่ายปกครองในเรื่องนี้มีรากฐานมาจากอำนาจในการจัดเก็บภาษีอันเป็นอำนาจพิเศษของรัฐนั่นเอง

ในช่วงระหว่างสงครามโลกทั้งสองครั้ง (l'entre deux guerres) หรือระหว่างปี ค.ศ. ๑๙๑๘ - ๑๙๓๙ เริ่มมีการนำโทษทางปกครองมาใช้อย่างจริงจัง เนื่องจากรัฐได้ขยายภารกิจในทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม และให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะด้านต่าง ๆ ซึ่งหากเอกชนฝ่าฝืนข้อกำหนดในการจัดทำบริการสาธารณะ ก็จะมีการลงโทษทางปกครองโดยเพิกถอนการรับรองให้เป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ ต่อมาในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองภายใต้

---

[๙๕] DOLCINI (E.), *"Italie : Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif pénal"*, R.I.D.P., vol. 57, 1988, p. 278 et p. 292.

[๙๖] MANTOVANI (F.), *"Le "modifiche al sistema penale del 1981" : risultati ed indicazioni di una ricerca empirica"*, in Indice penale อ้างใน DOLCINI (E.), อ้างแล้วใน (๙๕), p. 293.

[๙๗] decreto legislativo 30 dicembre 1999, n° 507. - Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell'articolo 1 della legge 25 giugno 1999, n° 205.

79

รัฐบาลวิชี (gouvernement de Vichy)[๙๘] ซึ่งเป็นรัฐบาลเผด็จการในระหว่างปี ค.ศ. ๑๙๔๐ - ๑๙๔๔ ได้มีการกระชับอำนาจลงโทษของฝ่ายปกครองครั้งใหญ่ โดยมีการจัดตั้งองค์กรจัดระเบียบทางเศรษฐกิจและองค์กรควบคุมวิชาชีพซึ่งมีอำนาจลงโทษการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในเรื่องที่ควบคุม จนการลงโทษการกระทำผิดในเรื่องทางเศรษฐกิจซึ่งเคยเป็นอำนาจของศาลก็ตกอยู่ในมือของฝ่ายปกครองแทบทั้งสิ้น โดยในบางเรื่องมีมาตรการที่รุนแรงมาก เช่น การกักขังทางปกครอง (internement administratif) ที่กำหนดไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคง ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายในเรื่องคนต่างด้าว ชาวยิว บุคคลที่รับฟังวิทยุของต่างชาติ หรือการส่งกำลังบำรุง

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลงและมีการสถาปนาระบอบสาธารณรัฐขึ้นอีกครั้งหนึ่ง โทษทางปกครองก็ยังคงเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐในการแทรกแซงกิจการต่าง ๆ เพื่อฟื้นฟูและพัฒนาประเทศ โดยในช่วงทศวรรษที่ ๑๙๕๐ และ ๑๙๖๐ มีการกำหนดโทษทางปกครองในเรื่องต่าง ๆ จำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการขนส่ง การจราจรทางบก หรือแม้แต่การตอบแบบสอบถามของสำนักงานสถิติแห่งชาติ[๙๙] ในช่วงทศวรรษที่ ๑๙๗๐ เมื่อมีการปรับเปลี่ยนแนวคิดเกี่ยวกับบทบาทของรัฐจากเดิมที่เป็น "รัฐสวัสดิการ" (État-Providence) ไปสู่ "รัฐที่ควบคุมกำกับ" (État régulateur) โทษทางปกครองก็เป็นเครื่องมือของรัฐเพื่อควบคุมกำกับกิจการต่าง ๆ โดยมีการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐรูปแบบใหม่ที่เรียกกันว่า **"องค์กรอิสระทางปกครอง"** (autorités administratives indépendantes) ขึ้นทำหน้าที่ควบคุมกำกับเรื่องที่ต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลและป้องกันการแทรกแซงจากฝ่ายการเมือง เช่น เรื่องเกี่ยวกับข้อมูลข่าวสาร การประกอบกิจการวิทยุโทรทัศน์ หรือการแข่งขันทางการค้า ทั้งนี้ องค์กรอิสระทางปกครองเป็นหน่วยงานที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร มีอำนาจอย่างกว้างขวาง ทั้งการให้ความเห็น มีข้อเสนอแนะ ออกกฎและคำสั่งทางปกครอง และที่สำคัญ คือ อำนาจในการลงโทษการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในเรื่องที่ควบคุมกำกับ โดยมองกันว่าองค์กรดังกล่าวมีความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง จึงสามารถพิจารณาลงโทษการกระทำผิดในเรื่องที่ควบคุมกำกับได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากกว่าศาล การอุบัติขึ้นขององค์กรอิสระทางปกครองได้ส่งผลต่อพัฒนาการของโทษทางปกครองอย่างมาก ทั้งในแง่ของเรื่องที่มีการนำโทษทางปกครองมาใช้ซึ่งล้วนแต่เป็นเรื่องที่มีความสำคัญในทางเศรษฐกิจและสังคม ในแง่องค์กรผู้มีอำนาจลงโทษซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายปกครองรูปแบบใหม่ มิใช่ฝ่ายปกครองดั้งเดิมในระบบราชการ และในแง่ประเภทของโทษ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นโทษปรับทางปกครองที่อาจมีจำนวนเงินค่าปรับสูงมาก

เมื่อมีการนำโทษทางปกครองมาใช้มากขึ้นเรื่อย ๆ ในทศวรรษที่ ๑๙๘๐ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงมีโอกาสได้วินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทกำหนดโทษทาง

---

[๙๘] "รัฐบาลวิชี" เป็นชื่อเรียกรัฐบาลโดยพฤตินัยซึ่งมีที่ทำการอยู่ที่เมืองวิชีทางตอนกลางของประเทศ โดยตั้งขึ้นภายหลังกองทัพเยอรมันเข้ายึดครองฝรั่งเศสในปี ค.ศ. ๑๙๔๐ และฝรั่งเศสยอมลงนามสงบศึกกับเยอรมัน มีจอมพล Philippe Pétain เป็นประมุขสูงสุดของรัฐ ปกครองแบบเผด็จการ ต่อต้านแนวคิดเสรีนิยม เน้นการจัดระเบียบทางเศรษฐกิจและสังคมอย่างเข้มงวด รวมทั้งมีนโยบายให้ความร่วมมือกับเยอรมัน (politique de collaboration) จึงมองกันว่าเป็นเพียง "รัฐบาลหุ่นเชิด" ของเยอรมันนาซี

[๙๙] รัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๕๑-๗๑๑ ลงวันที่ ๗ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๕๑ มาตรา ๗ ได้บัญญัติให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเศรษฐกิจและการคลังสั่งปรับทางปกครองบุคคลที่ไม่ตอบแบบสอบถามภายในเวลาที่กำหนดหรือจงใจตอบแบบสอบถามโดยให้ข้อมูลอันเป็นเท็จ

ปกครอง โดยช่วงแรกคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีท่าทีเป็นปฏิปักษ์ต่ออำนาจลงโทษของฝ่ายปกครอง[๑๐๐] ก่อนจะผ่อนคลายจุดยืนลงตามลำดับ[๑๐๑] และยอมรับอำนาจลงโทษของฝ่ายปกครองในที่สุดโดยวินิจฉัยว่า *"หลักการแบ่งแยกอำนาจ รวมทั้งหลักอื่น ๆ ที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญ มิได้ห้ามมิให้องค์กรฝ่ายปกครอง [...] ใช้อำนาจลงโทษ หากโทษนั้นไม่มีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพ และในการใช้อำนาจลงโทษกฎหมายได้กำหนดมาตรการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญไว้ด้วย"*[๑๐๒]

นับจากอดีตถึงปัจจุบันโทษทางปกครองได้ขยายขอบเขตออกไปอย่างต่อเนื่อง โดยมีการนำมาใช้อย่างแพร่หลายในเรื่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะในด้านเศรษฐกิจ สาธารณสุข สิ่งแวดล้อม รวมทั้งเรื่องใหม่ ๆ อย่างเทคโนโลยีสารสนเทศ จนมีผู้กล่าวว่า *"โทษทางปกครองกำลังเป็นที่นิยม" ("La sanction administrative est à la mode")*[๑๐๓] บ้างก็ถึงกับมองว่าเป็น "ความปราชัย" ของกฎหมายอาญา[๑๐๔] โดยเหตุผลสำคัญที่ผู้ตรากฎหมายใช้โทษทางปกครองแทนโทษอาญาเนื่องจากมีกระบวนการพิจารณาที่เรียบง่ายรวดเร็วทำให้การลงโทษมีประสิทธิภาพ และในช่วงหลังเริ่มมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการลด-เลิกโทษอาญาเข้ามาเป็น "เหตุผลเสริม" โดยมองว่าโทษทางปกครองเป็นมาตรการที่เหมาะสมกับการกระทำผิดที่ไม่ร้ายแรงถึงขั้นที่ควรกำหนดให้มีโทษอาญา จึงเป็นเครื่องมือที่ช่วยป้องกันมิให้มีการกำหนดโทษอาญาเกินความจำเป็น[๑๐๕]

ที่ผ่านมาโทษทางปกครองที่ใช้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเป็นบทกำหนดโทษที่บัญญัติขึ้นตั้งแต่เริ่มแรกแบบ *ab origine* หรือ *ex novo* ในกฎหมายที่ตราขึ้นใหม่ มิใช่การนำโทษทางปกครองมาใช้แทนที่โทษอาญาสำหรับการกระทำที่เคยเป็นความผิดอาญาเช่นเดียวกับบรรดาประเทศที่มีนโยบายลด-เลิกโทษอาญา ซึ่งมีผู้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่าการที่ฝรั่งเศสมิได้ดำเนินการลด-เลิกโทษอาญาอย่างเป็นระบบโดยนำโทษทางปกครองมาใช้แทนที่โทษอาญานั้น เป็นเพราะฝรั่งเศสไม่มี "กฎหมายกลาง" เกี่ยวกับการลงโทษทางปกครองเช่นเดียวกับบางประเทศ เช่น เยอรมัน ทำให้ผู้ตรากฎหมายต้องกำหนดหลักเกณฑ์การลงโทษทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะในแต่ละเรื่อง ซึ่งทำให้การบัญญัติบทกำหนดโทษทางปกครองเป็นเรื่องค่อนข้างยุ่งยาก[๑๐๖] อย่างไรก็ดี ในช่วงหลังเริ่มมีการนำโทษทางปกครองมาใช้แทนที่โทษอาญาในกฎหมายฉบับต่าง ๆ มากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะกฎหมายในด้านเศรษฐกิจ เช่น กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าซึ่งผู้ตรากฎหมายได้ยกเลิกความผิดอาญาในบางฐานความผิดและบัญญัติให้เป็นความผิดที่มีโทษทางปกครองแทน

---

[๑๐๐] décision n° 84-181 DC des 10-11 octobre 1984 : ผู้ตรากฎหมายไม่อาจบัญญัติให้อำนาจองค์กรอิสระทางปกครองลงโทษการกระทำผิดเกี่ยวกับสื่อสิ่งพิมพ์ได้ เพราะจะเป็นการก้าวล่วงไปในเรื่องซึ่งอยู่ในอำนาจขององค์กรตุลาการ และขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

[๑๐๑] décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987.

[๑๐๒] décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 et n° 89-260 DC du 28 juillet 1989.

[๑๐๓] CHAPUS (R.), **Droit administratif général - Tome 1**, 15e édition (Paris : Montchrestien, 2001), p. 1172.

[๑๐๔] ROBERT (J.-H.), *"La dépénalisation"*, A.P.D. n° 41, 1997, p. 197.

[๑๐๕] RIBS (J.) et SCHWARTZ (R.), *"L'actualité des sanctions administratives infligées par les autorités administratives indépendantes"*, Gazette du Palais, 28-29 juillet 2000, p. 3.

[๑๐๖] DELMAS-MARTY (M.) et GIUDICELLI-DELAGE (G.), **Droit pénal des affaires**, (Paris : P.U.F., 2000), p. 183.

### ๓. การพัฒนาเกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษในระบบกฎหมายต่างประเทศ

เมื่อมีการนำโทษทางปกครองมาใช้อย่างแพร่หลาย จึงมีการศึกษาถึงเกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา ฝ่ายตำราในเยอรมันได้ "จุดประเด็น" และพยายามหาคำตอบในเรื่องนี้ โดยเสนอเกณฑ์ความแตกต่างทางเนื้อหาของการกระทำผิดและเกณฑ์ความแตกต่างในระดับความร้ายแรงของการกระทำผิด ซึ่งประเทศอื่น ๆ ได้ใช้เกณฑ์ทำนองเดียวกันในการกำหนดโทษ ไม่ว่าจะเป็นโปรตุเกส ออสเตรีย หรือประเทศในแถบยุโรปตะวันออกที่ได้รับอิทธิพลจากเยอรมัน โดยรัฐบาลอิตาลีได้นำเกณฑ์เบื้องต้นของเยอรมันมาเป็นฐานในการ "ออกแบบ" เกณฑ์พิจารณาที่เป็นระบบยิ่งขึ้น เพื่อใช้เป็นเครื่องมือช่วยตัดสินใจสำหรับผู้ตรากฎหมาย และต่อมาคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสก็นำเกณฑ์พิจารณาของรัฐบาลอิตาลีมาพัฒนา "ต่อยอด" ให้ชัดเจนและแม่นยำยิ่งขึ้นอีก จนกล่าวได้ว่าเป็นเกณฑ์พิจารณาที่สมบูรณ์ที่สุดเท่าที่มีอยู่ในปัจจุบัน

#### ๓.๑ เกณฑ์พิจารณาเบื้องต้นในระบบกฎหมายเยอรมัน

ฝ่ายตำราในเยอรมันพยายามค้นหาเกณฑ์พิจารณาในการแบ่งแยกการกระทำผิดอาญาและการกระทำผิดทางปกครองเพื่อกำหนดโทษให้เหมาะสมกับลักษณะของการกระทำผิด โดยช่วงแรกได้เสนอแนวคิดว่าการกระทำผิดทั้งสองประเภทมี "เนื้อหา" แตกต่างกัน ก่อนที่จะยอมรับในเวลาต่อมาว่าความผิดทั้งสองประเภทเพียงแต่แตกต่างกันใน "ระดับความร้ายแรง" เท่านั้น โดยศาสตราจารย์ Thomas Weigend แห่งมหาวิทยาลัย Köln ได้วิเคราะห์สรุปเกณฑ์พิจารณาของฝ่ายตำราไว้ ดังนี้[๑๐๗]

##### (๑) เกณฑ์ความแตกต่างในเนื้อหา (qualitative criteria)

เดิมมีแนวคิดว่าการกระทำผิดอาญาเป็น**สิ่งที่พึงตำหนิในทางจริยธรรม** ผู้กระทำผิดจึงสมควรได้รับโทษอาญา ขณะที่การกระทำผิดทางปกครองเป็นสิ่งที่ไม่มีข้อพิจารณาในทางจริยธรรม จึงใช้วิธีการลงโทษปรับทางปกครองได้ อย่างไรก็ดี การพิจารณาว่าการกระทำหนึ่งเป็นสิ่งที่สมควรได้รับการตำหนิในเชิงจริยธรรมหรือไม่ก็ไม่มีข้อพิจารณาที่ชัดเจนแน่นอน ดังนั้น ฝ่ายตำราที่เชื่อว่าการกระทำผิดทั้งสองประเภทมี "เนื้อหา" แตกต่างกันจึงเสนอเกณฑ์พิจารณาที่ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยให้พิจารณาจาก**สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองและถูกล่วงละเมิด** โดยในคริสต์ศตวรรษที่ ๑๙ Paul Johann Anselm von Feuerbach ได้เสนอว่าการละเมิดต่อสิทธิตามธรรมชาติของบุคคลถือเป็นอาชญากรรมหรือการกระทำผิดอาญา (*crimina*) ขณะที่การละเมิดกฎเกณฑ์ที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ถือเป็นการกระทำผิดไม่ร้ายแรง (*delicta*) หรือ "ความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (ทางปกครอง)" ("police (administrative) offences")[๑๐๘] ซึ่งข้อเสนอนี้คล้ายคลึงกับแนวคิดดั้งเดิมที่แยกการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเอง (*mala in se*) และการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด (*mala prohibita*)[๑๐๙] ต่อมาในคริสต์ศตวรรษที่ ๒๐ James Goldschmidt ได้เสนอเกณฑ์ใหม่โดยให้พิจารณาว่าการกระทำผิดนั้นเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (legal regulations) หรือเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ทางปกครองของรัฐ (administrative state regulations) โดยมองว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายมีวัตถุประสงค์คุ้มครองการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลมิให้ถูกล่วงละเมิด

---

[๑๐๗] WEIGEND (T.), *"The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law"*, R.I.D.P. 1984, p. 85 s.

[๑๐๘] FEUERBACH (P.J.A.), **Lehrbuch des gemeinen in Deustchland gultigen Peinlichen Rechts,** 3d ed. Giessen 1805, p. 23.

[๑๐๙] JAKOBS (G.), **Strafrecht Allegemeiner Teil,** Berlin 1983, p. 41.

การละเมิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายจึงถือเป็นการกระทำผิดอาญา ส่วนกฎเกณฑ์ทางปกครองของรัฐมีวัตถุประสงค์จรรโลงความผาสุกของสังคม โดยกำหนดหน้าที่ให้ประชาชนปฏิบัติ ซึ่งการไม่ให้ความร่วมมือแก่ทางราชการถือเป็นการไม่เชื่อฟังฝ่ายปกครอง จึงสมควรถูกลงโทษโดยฝ่ายปกครองเอง

แนวคิดของ Feuerbach และ Goldschmidt ต่างมีอิทธิพลอย่างมากในยุคนั้น แต่ฝ่ายตำรารุ่นหลังมีความเห็นว่าเป็นแนวคิดที่ใช้ได้กับยุคสมัยที่สังคมยังไม่ซับซ้อนและใช้ได้กับการกระทำผิดที่มีลักษณะไปในทางใดทางหนึ่งอย่างชัดเจน *("clear-cut cases")* แต่ในรัฐสมัยใหม่ มิใช่เรื่องง่ายที่จะแบ่งแยกได้อย่างเด็ดขาดว่าการกระทำหนึ่งเป็นการละเมิดต่อสิทธิของบุคคลหรือเป็นการละเมิดต่อกฎเกณฑ์ที่รัฐกำหนดขึ้น และแม้จะแบ่งแยกได้ ก็เป็นการพิจารณาตามอำเภอใจซึ่งขึ้นอยู่กับทัศนคติของแต่ละบุคคล ส่วนเกณฑ์ที่ว่าเป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ทางปกครองของรัฐนั้น ในหลายกรณีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายก็มิได้มีขอบเขตจำกัดอยู่เฉพาะการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล แต่มุ่งคุ้มครองความผาสุกของสังคมด้วย และในบางกรณีก็ยากที่จะพิเคราะห์ว่าบทบัญญัติกฎหมายมีวัตถุประสงค์คุ้มครองการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือความผาสุกของสังคม โดยนัยนี้ เกณฑ์ของ Feuerbach และ Goldschmidt จึงเป็นเพียงแนวคิดในทางปรัชญาที่ยังไม่แน่นอนพอที่จะใช้เป็นแนวทางสำหรับผู้ตรากฎหมายได้ในทางปฏิบัติ

ทั้งนี้ นอกจากเกณฑ์ว่าด้วยสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองแล้ว ยังมีเกณฑ์พิจารณาทางเนื้อหาอื่น ๆ เช่น **เกณฑ์ว่าด้วยลักษณะของการกระทำผิด** โดยกรณีที่เป็นการล่วงละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองอย่างเดียวกัน หากเป็นการกระทำโดยประมาทจะถือเป็น "การกระทำผิดทางปกครอง" แต่ถ้าเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือการกระทำผิดซ้ำ จะถือเป็น "การกระทำผิดอาญา" ซึ่งผู้ตรากฎหมายได้ใช้เกณฑ์ดังกล่าวในการกำหนดโทษในบางกรณี เช่น ความผิดเกี่ยวกับภาษีอากร หากเป็นการกระทำโดยเจตนา เช่น จงใจปกปิดข้อมูลหรือให้ข้อมูลอันเป็นเท็จหรือไม่ครบถ้วนแก่เจ้าหน้าที่เพื่อชำระภาษีน้อยลง เป็นการกระทำผิดอาญา[๑๑๐] ขณะที่การกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ชำระภาษีน้อยลงเป็นการกระทำผิดทางปกครอง[๑๑๑] ในทำนองเดียวกัน การค้าประเวณีในสถานที่ต้องห้ามเป็นการกระทำผิดทางปกครอง[๑๑๒] แต่ถ้ากระทำผิดซ้ำแล้วซ้ำเล่า เป็นการกระทำผิดอาญา[๑๑๓] อย่างไรก็ดี ลำพังเกณฑ์ดังกล่าวเพียงอย่างเดียวไม่อาจใช้เป็นข้อพิจารณาเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในตัวเองได้ เพราะกรณีที่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเป็นคุณค่าที่มีความสำคัญอย่างยิ่งยวด แม้การกระทำผิดจะเป็นเพียงการกระทำโดยประมาท ก็ชอบที่จะกำหนดให้มีโทษอาญา ในทางกลับกัน หากสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเป็นคุณค่าลำดับรองที่ไม่สำคัญมากนัก เช่น การจอดรถในที่ห้ามจอด แม้การกระทำผิดจะมีลักษณะเป็นการกระทำโดยจงใจ ก็คงไม่ถึงขั้นที่ต้องกำหนดให้มีโทษอาญา

เกณฑ์ทางเนื้อหาอีกประการหนึ่งที่อาจใช้เป็นทางเลือก คือ **เกณฑ์ว่าด้วยการก่อภยันตรายของการกระทำผิด** โดยกรณีของการกระทำที่ก่อความเสี่ยงในการเกิดภยันตรายสมควรกำหนดเป็นการกระทำผิดทางปกครอง แต่ถ้าได้ก่อภยันตรายหรือคุกคามต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองแล้ว สมควรกำหนดเป็นการกระทำผิดอาญา ซึ่งผู้ตรากฎหมายได้ใช้เกณฑ์ดังกล่าวในการกำหนดโทษในบางกรณี เช่น การปล่อยให้สัตว์ดุร้ายสัญจรไปมาโดยอิสระเป็นการกระทำผิดทางปกครอง[๑๑๔] แต่

---

[๑๑๐] ประมวลรัษฎากร (Abgabeordnung) มาตรา ๓๖๙ และมาตรา ๓๗๐

[๑๑๑] ประมวลรัษฎากร (Abgabeordnung) มาตรา ๓๗๘

[๑๑๒] รัฐบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (OWiG) มาตรา ๑๒๐

[๑๑๓] ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) มาตรา ๑๘๔ a

[๑๑๔] รัฐบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (OWiG) มาตรา ๑๒๑

ถ้าสัตว์ดุร้ายซึ่งปราศจากการควบคุมได้ทำร้ายบุคคลอื่นเป็นการกระทำผิดอาญา[๑๑๕] อย่างไรก็ดี ลำพังเกณฑ์ดังกล่าวก็ไม่อาจใช้เป็นเกณฑ์ทั่วไปได้เช่นเดียวกัน เพราะในกรณีที่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเป็นคุณค่าที่สำคัญยิ่ง เช่น ชีวิตของบุคคล แม้จะเป็นการกระทำที่เพียงแต่ก่อความเสี่ยงที่จะเกิดภยันตรายก็สมควรกำหนดให้มีโทษอาญาแล้ว ในทางกลับกัน ใช่ว่าการกระทำที่ก่อภยันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองจำต้องกำหนดให้เป็นการกระทำผิดอาญาเสมอไป แต่คงต้องพิจารณาด้วยว่าสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองนั้นเป็นคุณค่าที่มีความสำคัญมากน้อยเพียงใด

เมื่อไม่มีเกณฑ์ความแตกต่างทางเนื้อหาที่สามารถใช้แบ่งแยกการกระทำผิดอาญาและการกระทำผิดทางปกครองได้อย่างแน่นอนโดยลำพัง อันจะใช้เป็นเกณฑ์ทั่วไปสำหรับผู้ตรากฎหมายฝ่ายตำรารุ่นใหม่จึงล้มเลิกความพยายามในการค้นหาเกณฑ์ความแตกต่างทางเนื้อหา และลงความเห็นว่าการกระทำผิดทั้งสองประเภทเพียงแต่แตกต่างกันในระดับความร้ายแรงเท่านั้น

**(๒) เกณฑ์ความแตกต่างในระดับความร้ายแรง (quantitative criteria)**

ฝ่ายตำราร่วมสมัยมีความเห็นสอดคล้องไปในทางเดียวกันว่าการกระทำผิดอาญาและการกระทำผิดทางปกครองไม่ได้มี "เนื้อหา" แตกต่างกัน แต่ต่างกันในระดับความร้ายแรงเท่านั้น โดยการกระทำที่ล่วงละเมิดหรือก่อภยันตรายอย่างร้ายแรงต่อคุณค่าที่สำคัญและมีลักษณะพึงตำหนิในเชิงจริยธรรมสมควรกำหนดให้มีโทษอาญา ส่วนการกระทำอื่น ๆ ที่ร้ายแรง*น้อยกว่า*อาจกำหนดให้มีโทษปรับทางปกครอง อย่างไรก็ดี เกณฑ์ดังกล่าวก็ไม่สู้เป็นประโยชน์ต่อผู้ตรากฎหมายเท่าใดนัก เพราะไม่ได้ให้คำตอบแน่นอนว่า *"ใช่ หรือ ไม่ใช่"* (Yes or No) เพียงแต่บอกว่า *"มาก หรือ น้อย"* (more or less) นอกจากนี้ ในการพิจารณาระดับความร้ายแรงของการกระทำผิด ก็ยังไม่ชัดเจนว่าจะวัดจากอะไร วัดที่ความสำคัญของคุณค่าที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง ระดับของการก่อภยันตราย หรือลักษณะที่พึงตำหนิในเชิงจริยธรรม ฯลฯ และจะให้ "ค่าน้ำหนัก" กับข้อพิจารณาต่าง ๆ อย่างไร ยิ่งกรณีของการกระทำผิดที่มีลักษณะกลาง ๆ ไม่ได้ร้ายแรงเสียทีเดียว แต่ก็ไม่ใช่ความผิดเล็กน้อย ย่อมเป็นการยากที่จะหาคำตอบที่ชัดเจนได้

เมื่อเกณฑ์ว่าด้วยระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดไม่มีความชัดเจนแน่นอนพอที่จะใช้เป็น "เส้นแบ่ง" ระหว่างการกระทำผิดอาญาและการกระทำผิดทางปกครอง จึงยอมรับกันว่า ผู้ตรากฎหมายมี **"ดุลพินิจ"** ที่จะกำหนดโทษโดยพิจารณาถึง "ประโยชน์ในทางปฏิบัติ" เป็นสำคัญ เช่น ใช้ข้อพิจารณาว่าด้วยประสิทธิภาพในการลงโทษ อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำวินิจฉัยจำกัดการใช้ดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายโดยวินิจฉัยว่า เมื่อมาตรา ๙๒ ของรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นขององค์กรตุลาการ การให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองพิจารณาเรื่องซึ่งเป็น *"แก่นสาระ"* ของกฎหมายอาญาจึงไม่อาจกระทำได้เพราะจะขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ[๑๑๖] แต่ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ก็ยอมรับว่าผู้ตรากฎหมายมีดุลพินิจในระดับหนึ่งที่จะกำหนด "แก่นสาระ" ของกฎหมายอาญาได้ว่าครอบคลุมเรื่องใดบ้าง[๑๑๗] ส่วนฝ่ายตำราก็พยายามเสนอเกณฑ์พิจารณาเพื่อจำกัดการใช้ดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายเช่นกัน โดยศาสตราจารย์ Klaus Tiedemann[๑๑๘] เสนอให้พิจารณาระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดจากภยันตรายที่เกิดแก่

---

[๑๑๕] ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) มาตรา ๒๒๓ และมาตรา ๒๓๐

[๑๑๖] BVerfGE 22, p. 49, 81.

[๑๑๗] BVerfGE 27, p. 18, 29-30 ; BVerfGE 51, p. 60, 74-76.

[๑๑๘] TIEDEMANN (K.), **Kartellrechtsvertöße und Strafrecht**, Köln 1976, pp. 96-98, 176-177.

สังคมและระบบเศรษฐกิจเป็น "ข้อพิจารณาสำคัญ" ในการกำหนดโทษ โดยการกระทำที่ก่อภยันตรายแก่สังคมและระบบเศรษฐกิจอย่างรุนแรง สมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ส่วนประสิทธิภาพของการลงโทษมองว่าเป็น "ข้อพิจารณาลำดับรอง" เพราะไม่อาจประเมินประสิทธิภาพของการลงโทษแต่ละประเภทได้อย่างแน่นอน เว้นแต่กรณีที่ปรากฏชัดว่าโทษอาญาจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพ ก็อาจยอมรับให้ผู้ตรากฎหมายกำหนดให้การกระทำผิดนั้นมีโทษทางปกครอง แม้ว่าจะเป็นการกระทำที่ก่อภยันตรายอย่างร้ายแรงก็ตามที

**๓.๒ การริเริ่มเกณฑ์พิจารณาที่เป็นระบบโดยรัฐบาลอิตาลี**[๑๑๙]

การศึกษาเกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษในอิตาลีเป็นผลสืบเนื่องจากนโยบาย ลด-เลิกโทษอาญาที่ส่งเสริมให้ใช้โทษทางปกครองแทนโทษอาญา แต่กลับไม่มีแนวทางที่ชัดเจนในการเลือกกำหนดโทษ ทำให้การกำหนดโทษในช่วงแรกเป็นไปอย่างสับสน[๑๒๐] เพื่อให้การกำหนดโทษตามกฎหมายเป็นระบบระเบียบยิ่งขึ้น รัฐบาลอิตาลีจึงมอบหมายให้กระทรวงยุติธรรมศึกษาเกณฑ์ในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองและโทษอาญา และนำผลการศึกษามาจัดทำหนังสือเวียน ลงวันที่ ๑๙ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๘๓ ว่าด้วยเกณฑ์พิจารณาในการแบ่งแยกโทษอาญาและโทษทางปกครอง[๑๒๑] หนังสือเวียนนี้มิได้มุ่งหมายจำกัดดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายในการเลือกกำหนดโทษ เพียงแต่เสนอเกณฑ์ที่เป็น "กรอบ" ในการพิจารณากำหนดโทษ เพื่อมิให้ผู้ตรากฎหมายใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจและเพื่อให้การกำหนดนโยบายอาญาของรัฐเป็นไปอย่างเหมาะสม โดยหลักสำคัญสองประการในการเลือกกำหนดโทษ ได้แก่ หลักความพอสมควรแก่เหตุ และหลักการใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสำรอง

- **หลักความพอสมควรแก่เหตุ (principio di proporzione)** เรียกร้องให้โทษที่กำหนดจะต้องได้สัดส่วนกับระดับความร้ายแรงของการกระทำผิด ซึ่งการพิจารณาว่าการกระทำผิดมีความร้ายแรงระดับใด ต้องพิจารณาจาก**ความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง** (rango del interesse tutelato) ควบคู่ไปกับ**ความร้ายแรงของการกระทำผิด** (gravità dell'offesa) ซึ่งเป็นการพิจารณาถึงระดับความเสียหายที่เกิดแก่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง

สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองหรือ "คุณค่า" ในเรื่องใดถือเป็น "คุณค่าระดับสูง" จะพิจารณาจากความสำคัญของสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ โดย **"คุณค่าระดับสูง"** (interesse del rango primario) ได้แก่ (๑) สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล (libertà personale) ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติว่าเป็นสิ่งที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ (๒) นิติสมบัติส่วนบุคคล (beni individuali) ที่จำเป็นอย่างยิ่งแก่การดำรงอยู่ของบุคคล เช่น ชีวิต สุขภาพ เสรีภาพ เกียรติยศชื่อเสียง ที่อยู่อาศัย ความเป็นอยู่ส่วนตัว และอาชีพการงาน (๓) นิติสมบัติของกลุ่มบุคคล (beni superindividuali) เช่น เสรีภาพในการรวมกลุ่มเป็นสมาคม และ (๔) นิติสมบัติมหาชน (beni pubblici) ซึ่งเป็นองค์ประกอบ

---

[๑๑๙]เนื้อหาในส่วนนี้เรียบเรียงจาก LORVELLEC (S.), *"Les frontières entre infraction pénale et infraction administrative en Italie"*, A.P.C., 1985, n° 8, p. 179 s.

[๑๒๐]เช่น ในเรื่องการพนัน รัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๒๔ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๗๕ ได้เลิกโทษอาญาไปแล้ว แต่ต่อมารัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๒ สิงหาคม ค.ศ. ๑๙๘๒ กลับบัญญัติให้มีโทษอาญาอีก หรือในเรื่องการโฆษณาผลิตภัณฑ์อาหาร รัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน ค.ศ. ๑๙๘๑ ได้กำหนดให้มีโทษอาญาต่อไป แต่รัฐกำหนด ลงวันที่ ๑๘ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๘๒ กลับเลิกโทษอาญาและกำหนดให้การกระทำผิดในเรื่องนี้มีโทษทางปกครอง

[๑๒๑]Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 dicembre 1983 : Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, Gazzetta Ufficiale del 23 gennaio 1984, n° 22.

พื้นฐานของนิติรัฐทางสังคม เช่น ระบบการจัดเก็บภาษีอากร หรือสิ่งใด ๆ ที่จำเป็นแก่การดำเนินงานของรัฐ ส่วนระดับความเสียหายที่เกิดแก่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง ต้องพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่ก่อความเสียหายขึ้นแล้ว (illecito di lesione) หรือเป็นการกระทำที่ก่อภยันตราย (illecito di pericolo) ซึ่งต้องพิจารณาต่อไปว่าก่อภยันตรายโดยตรงหรือโดยอ้อมต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง

ทั้งนี้ หากพิจารณาถึงระดับความสำคัญของ "คุณค่า" หรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองประกอบกับระดับความเสียหายที่เกิดแก่คุณค่านั้นแล้ว ปรากฏว่าการกระทำผิดก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อคุณค่าระดับสูง กรณีสมควรกำหนดให้การกระทำผิดนั้นมี**โทษอาญา** ("แก่นสาระของความผิดอาญา") แต่ถ้าการกระทำผิดก่อให้เกิดความเสียหายเล็กน้อยต่อคุณค่าลำดับรอง สมควรกำหนดให้การกระทำผิดนั้นมี**โทษทางปกครอง** ("แก่นสาระของความผิดทางปกครอง") ส่วนกรณีที่การกระทำผิดก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อคุณค่าลำดับรอง หรือก่อให้เกิดความเสียหายเล็กน้อยต่อคุณค่าระดับสูง อันถือเป็น**การกระทำผิดที่มีลักษณะก้ำกึ่ง**ระหว่าง "แก่นสาระของความผิดอาญา" และ "แก่นสาระของความผิดทางปกครอง" ก็ต้องพิจารณาเลือกกำหนดโทษตาม**หลักการใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสำรอง (principio di sussidiarietà)** โดยใช้โทษอาญาต่อเมื่อมาตรการอื่น ๆ ไม่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกับโทษอาญา แต่ถ้ามีมาตรการอื่นที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดดีกว่าโทษอาญา ก็ชอบที่จะใช้มาตรการอื่นแทน เช่น โทษทางปกครอง

**ตารางสรุปเกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษของรัฐบาลอิตาลี**[๑๒๒]

| | **คุณค่าระดับสูง** | **คุณค่าลำดับรอง** |
|---|---|---|
| **ความเสียหายร้ายแรง** | + | |
| **ความเสียหายเล็กน้อย** | | – |

**พื้นที่สีขาว** **คุณค่าระดับสูง + ความเสียหายร้ายแรง = โทษอาญา (+)**
**คุณค่าลำดับรอง + ความเสียหายเล็กน้อย = โทษทางปกครอง (–)**

**พื้นที่สีเทา** **คุณค่าลำดับรอง + ความเสียหายร้ายแรง**
**คุณค่าระดับสูง + ความเสียหายเล็กน้อย**
**⇒ ใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสำรองหรือเป็นทางเลือกสุดท้าย**

---

[๑๒๒] นำมาจาก DELMAS-MARTY (M.), **Le flou du droit**, (Paris : P.U.F., 1986), p. 280.

อนึ่ง ในการพิเคราะห์ว่าโทษทางปกครองมี**ประสิทธิภาพ**ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดได้ดีกว่าโทษอาญาหรือไม่ นั้น จำต้องเปรียบเทียบหลักเกณฑ์และวิธีการบังคับใช้โทษทั้งสองประเภท ทั้งหลักสารบัญญัติและหลักวิธีสบัญญัติ ว่ามีข้อดีข้อด้อยอย่างไร

สำหรับ**หลักสารบัญญัติ** โทษทางปกครองอาจมีประสิทธิภาพมากกว่าโทษอาญาหลายประการ เช่น ในเรื่องบุคคลผู้ต้องรับผิด มาตรา ๖ แห่งรัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๖๘๙ ค.ศ. ๑๙๘๑ ได้กำหนดหลักความรับผิดร่วมกันไว้กว้าง โดยไม่จำกัดเฉพาะตัวผู้กระทำผิดเท่านั้น แต่รวมถึงบุคคลอื่นที่อาจเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดในทางใดทางหนึ่งด้วย เช่น กำหนดให้บุคคลผู้เป็นเจ้าของวัตถุที่ใช้ในการกระทำความผิดทางปกครองต้องร่วมรับผิดด้วย (มาตรา ๖ วรรคหนึ่ง) ดังนั้น กรณีของการกระทำผิดที่จำต้องอาศัยวัตถุอย่างหนึ่งในการกระทำความผิดและการหาตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของวัตถุดังกล่าวง่ายกว่าการหาตัวผู้กระทำผิด การใช้โทษทางปกครองย่อมเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากกว่าโทษทางอาญา หรือในกรณีที่ผู้แทนนิติบุคคลกระทำความผิดทางปกครอง นิติบุคคลอาจต้องรับผิดในการกระทำของผู้แทนนิติบุคคลด้วย (มาตรา ๖ วรรคสาม) ดังนั้น โทษทางปกครองจึงเหมาะสมกับการกระทำผิดที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของ**นิติบุคคล** นอกจากนี้ โดยที่มาตรา ๒๘ ได้กำหนด**อายุความ**ของการกระทำผิดทางปกครองไว้ห้าปี ซึ่งยาวกว่าอายุความตามมาตรา ๑๕๗ แห่งประมวลกฎหมายอาญาสำหรับความผิดลหุโทษ ประกอบกับวรรคสองของมาตรา ๒๘ กำหนดให้นำหลักการสะดุดหยุดลงของอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้กับอายุความของความผิดทางปกครอง โทษทางปกครองจึงน่าจะมีประสิทธิภาพมากกว่าโทษปรับอาญาสำหรับความผิดลหุโทษ อย่างไรก็ดี โทษทางปกครองก็มีข้อด้อยในบางกรณี เช่น กรณีที่ผู้กระทำผิดทางปกครองไม่มีเงินเพียงพอแก่การชำระค่าปรับทางปกครองโดยถูกต้องครบถ้วน รัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๖๘๙ ค.ศ. ๑๙๘๑ ก็มิได้กำหนดให้มีการ**กักขังแทนค่าปรับ**ในทำนองเดียวกันกับค่าปรับอาญา ดังนั้น โทษทางปกครองจึงแทบจะไม่มีประสิทธิภาพเลยสำหรับการกระทำผิดซึ่งกระทำโดย**บุคคลที่ไม่มีเงินชำระค่าปรับ** เช่น ความผิดเกี่ยวกับการขอทานหรือการเมาสุราในที่สาธารณะ ซึ่งผู้กระทำผิดส่วนใหญ่เป็นคนจรจัดที่ไม่มีรายได้

ในส่วนของ**หลักวิธีสบัญญัติ** กระบวนการพิจารณาโทษทางปกครองมีข้อด้อยกว่าโทษอาญาในบางเรื่อง เป็นต้นว่า มาตรา ๑๓ วรรคหนึ่งและวรรคสี่ แห่งรัฐบัญญัติฉบับที่ ๖๘๙ ค.ศ. ๑๙๘๑ กำหนดว่าในการสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิดทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถตรวจค้นสถานที่ใด ๆ ได้ หากมิใช่ที่อยู่อาศัยของบุคคล[๑๒๓] กรณีของการกระทำผิดที่มักจะกระทำในที่อยู่อาศัยของบุคคล จึงไม่สมควรกำหนดให้มีโทษทางปกครอง เพราะอาจจะมีปัญหาข้อขัดข้องในการสอบสวนและเป็นอุปสรรคแก่การลงโทษผู้กระทำผิด ในทางกลับกัน โทษทางปกครองก็มีข้อได้เปรียบบางประการเหนือโทษอาญา เพราะมีขั้นตอนที่เรียบง่ายและรวดเร็วกว่าการดำเนินคดีอาญา และไม่ทำให้ผู้กระทำผิดบอบช้ำ แต่ขณะเดียวกัน การพิจารณาโทษทางปกครองก็มีหลักประกันน้อยกว่าการพิจารณาคดีของศาล เช่น ในเรื่องการต่อสู้ป้องกันสิทธิ แม้ว่ารัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๖๘๙ ค.ศ. ๑๙๘๑ มาตรา ๑๘ วรรคหนึ่ง จะกำหนดให้คู่กรณีมีสิทธิชี้แจงโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานโดยทำเป็นหนังสือหรือชี้แจงด้วยวาจาต่อเจ้าหน้าที่ได้ แต่ก็ต้องใช้สิทธิภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิด

---

[๑๒๓] การเข้าตรวจค้นสถานที่ซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยของบุคคลเป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมโดยต้องขอให้ศาลออกหมายค้นก่อน

โดยสรุป หนังสือเวียนของรัฐบาลอิตาลีได้ "ออกแบบ" เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษให้เป็นระบบยิ่งขึ้นเมื่อเทียบกับเกณฑ์พิจารณาในระบบกฎหมายเยอรมัน โดยมีจุดเด่นตรงที่นำเกณฑ์ว่าด้วยความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองและระดับความเสียหายที่เกิดขึ้นมาใช้พิจารณาประกอบกันเพื่อแบ่งแยกแก่นสาระของความผิดอาญาและแก่นสาระของความผิดทางปกครอง โดยกรณีของการกระทำผิดที่มีลักษณะก้ำกึ่ง ก็จะพิจารณาหาข้อยุติในการเลือกกำหนดโทษโดยใช้ข้อพิจารณาว่าด้วยประสิทธิภาพในการลงโทษ ซึ่งต่อมาคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้นำเกณฑ์พิจารณาของรัฐบาลอิตาลีมาเป็นฐานในการพัฒนาเกณฑ์พิจารณาที่สมบูรณ์ยิ่งขึ้นอีกเพื่อเป็นเครื่องมือช่วยตัดสินใจสำหรับผู้ตรากฎหมายในการเลือกกำหนดโทษ

**๓.๓ เกณฑ์พิจารณาที่สมบูรณ์ของคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส**

**(๑) ความเป็นมาในการศึกษาเกณฑ์พิจารณา**

แม้ว่าฝรั่งเศสจะไม่ได้ดำเนินนโยบายลด-เลิกโทษอาญาอย่างเป็นระบบเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ ในยุโรป แต่รัฐบาลฝรั่งเศสก็ตระหนักถึงปัญหาการมีโทษอาญามากเกินความจำเป็น โดยมีการจัดทำหนังสือเวียน ลงวันที่ ๗ มกราคม ค.ศ. ๑๙๘๕ ว่าด้วยการบัญญัติและการบังคับใช้บทกำหนดโทษอาญาในกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องทางเทคนิค[๑๒๔] เพื่อให้แนวทางแก่ส่วนราชการที่จะเสนอร่างกฎหมายว่าสมควรกำหนดโทษอาญาสำหรับการกระทำผิดที่ก่อความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อการจัดระเบียบของสังคมเท่านั้น หนังสือเวียนฉบับนี้มีที่มาจากรายงานการศึกษาวิจัยของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสที่เสนอต่อรัฐบาลในปี ค.ศ. ๑๙๘๔[๑๒๕] โดยสภาแห่งรัฐได้ศึกษาวิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้โทษอาญาตามกฎหมายในเรื่องเทคนิค (กฎหมายด้านผังเมือง สิ่งแวดล้อม แรงงาน สวัสดิการสังคม และการคุ้มครองผู้บริโภค) สรุปสาระสำคัญได้ว่า การที่กฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้บัญญัติโทษอาญาสำหรับการกระทำผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง ทำให้ในทางปฏิบัติมักจะไม่มีการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิด เนื่องจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเห็นว่าเป็นเรื่องเล็กน้อยและไม่สำคัญพอที่จะดำเนินคดี จึงมักจะเพิกเฉยไม่สอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิด หรือหากมีการส่งเรื่องให้พนักงานอัยการ พนักงานอัยการก็มักจะไม่ฟ้องคดี หรือหากมีการฟ้องคดีต่อศาล โดยที่ศาลไม่มีความรู้ความชำนาญในเรื่องทางเทคนิคประกอบกับความผิดที่มีโทษอาญาเป็นการกระทำที่ไม่ร้ายแรง ศาลจึงลังเลที่จะพิพากษาลงโทษผู้กระทำผิดหรือมิฉะนั้นก็ใช้โทษที่เบามากลงแก่ผู้กระทำผิด ซึ่งมีผลทำให้การลงโทษไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดกฎหมาย[๑๒๖]

เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว สภาแห่งรัฐจึงเสนอแนะให้ปรับเปลี่ยนแนวทางการกำหนดโทษตามกฎหมาย โดยเลิกโทษอาญาสำหรับการกระทำผิดบางประเภทและใช้โทษทางปกครองแทนโทษอาญา อย่างไรก็ดี สภาแห่งรัฐได้ให้ข้อสังเกตไว้ด้วยว่า การลงโทษทางปกครองมีทั้งข้อดีและข้อด้อย เพราะแม้ว่ากระบวนการลงโทษจะมีขั้นตอนที่เรียบง่ายรวดเร็วและไม่ทำให้ผู้กระทำผิดต้องบอบช้ำและเสียประวัติ แต่ในอีกแง่หนึ่งก็มีหลักประกันสำหรับผู้ถูกกล่าวหาน้อยกว่า

---

[๑๒๔] Circulaire du Premier ministre du 7 janvier 1985 sur l'élaboration et la mise en oeuvre des dispositions pénales des législations et réglementations techniques, R.S.C., 1985, p. 397.

[๑๒๕] Rapport du Conseil d'État du 8 mars 1984.

[๑๒๖] BRESSON (J.-J.), *"Inflation des lois pénales et législations et réglementations techniques"*, R.S.C., 1985, pp. 245-257.

กระบวนการพิจารณาคดีของศาลและอาจมีการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบโดยฝ่ายปกครองได้ ดังนั้น ในการเลือกกำหนดโทษจึงต้องพิจารณาให้รอบคอบว่า การกระทำผิดลักษณะใดสมควรกำหนดให้มีโทษทางปกครอง และการกระทำผิดลักษณะใดสมควรกำหนดให้มีโทษอาญา ซึ่งสภาแห่งรัฐมีข้อเสนอแนะในเบื้องต้นว่า โทษอาญาสมควรนำมาใช้กับการกระทำที่กระทบต่อคุณค่าอันสำคัญยิ่งของสังคม (atteinte aux valeurs essentielles de la société) ส่วนโทษทางปกครองสมควรนำมาใช้กับการกระทำที่กระทบต่อกฎเกณฑ์ในการจัดระเบียบสังคม (atteinte à l'organisation de la vie sociale) แต่ทั้งนี้ โทษทางปกครองจะต้องไม่มีลักษณะเป็นโทษที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล หรือหากเป็นโทษปรับก็จะต้องไม่กำหนดจำนวนเงินค่าปรับไว้สูงเกินไป นอกจากนี้ สมควรเลี่ยงที่จะกำหนดให้การกระทำผิดเดียวกันมีทั้งโทษทางปกครองและโทษอาญาเพื่อมิให้เกิดปัญหาการลงโทษซ้ำ ส่วนกฎหมายในเรื่องใดสมควรกำหนดให้มีโทษทางปกครองหรือโทษอาญา เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษ (critères de choix) ย่อมแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับเนื้อหาสาระของกฎหมายในแต่ละเรื่อง

รัฐบาลฝรั่งเศสได้พิจารณาข้อเสนอแนะของสภาแห่งรัฐแล้ว เห็นว่ามีความจำเป็นต้องศึกษาวิเคราะห์แนวทางที่เหมาะสมในการนำมาตรการอื่นมาใช้เป็นทางเลือกแทนโทษอาญา จึงมอบหมายให้กระทรวงยุติธรรมศึกษาวิเคราะห์และจัดทำข้อเสนอแนะในเรื่องนี้ ซึ่งคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา (Commission de révision du code pénal) ได้ดำเนินการศึกษาและกำหนดหลักปฏิบัติในการลด-เลิกโทษอาญา (principes directeurs de dépénalisation) เพื่อเสนอแนะเกณฑ์พิจารณาสำหรับผู้ตรากฎหมายในการเลือกกำหนดโทษให้เหมาะสมกับการกระทำผิดในเรื่องต่าง ๆ

**(๒) เนื้อหาสาระของเกณฑ์พิจารณา**

คณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาได้ศึกษาวิเคราะห์แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญา โดยเฉพาะเกณฑ์พิจารณาที่รัฐบาลอิตาลีเสนอแนะไว้ก่อนหน้านี้แล้ว ได้เสนอเกณฑ์พิจารณาที่เป็นระบบในการเลือกกำหนดโทษ ดังนี้[๑๒๗]

**เกณฑ์ลำดับที่หนึ่ง** เกณฑ์ความร้ายแรงของการกระทำผิด (critères de gravité) ซึ่งเป็นการใช้หลักยุติธรรม (principe de justice)

**เกณฑ์ลำดับที่สอง** เกณฑ์ความสัมฤทธิ์ผลของโทษ (critères d'efficacité et d'effectivité) ซึ่งเป็นการใช้หลักอรรถประโยชน์ (principe d'utilité)

**เกณฑ์ลำดับที่สาม** เกณฑ์เทคนิค (critères techniques) ซึ่งเป็นการใช้หลักยุติธรรมและหลักอรรถประโยชน์ควบคู่กัน

สำหรับหลักในการพิจารณากำหนดโทษให้เหมาะสมกับการกระทำในกรณีหนึ่งนั้น ในเบื้องแรกจะพิจารณาโดยใช้เกณฑ์ลำดับที่หนึ่งเพื่อแบ่งแยกว่าการกระทำในกรณีนั้นสมควรกำหนดให้มีโทษอาญาหรือใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา โดยกรณีที่ยังไม่ได้ข้อสรุปแน่ชัดว่าสมควรใช้โทษอาญา ก็จะพิจารณาตามเกณฑ์ลำดับที่สองต่อไป ซึ่งหากได้ข้อสรุปว่าสมควรใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา ก็จะพิจารณาตามเกณฑ์ลำดับที่สามต่อไปให้ได้ข้อยุติว่า การกระทำในกรณีนั้นสมควรกำหนดให้มีโทษทางปกครองหรือโทษทางแพ่ง

---

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

เกณฑ์ความร้ายแรงของการกระทำผิดเป็นการพิจารณาว่าการกระทำนั้นมีความร้ายแรงถึงขั้นที่สมควรกำหนดให้มีโทษอาญาหรือไม่ (ในทำนองเดียวกับการใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุตามหนังสือเวียนของรัฐบาลอิตาลี) ซึ่งการกระทำผิดจะมีระดับความร้ายแรงเพียงใดนั้น คณะกรรมการฯ ได้กำหนดให้พิจารณาจาก**ตัวชี้วัด** (indicateurs) สามประการประกอบกัน ได้แก่ (๑) ลักษณะการกระทำผิด (๒) ความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง และ (๓) ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง โดยแต่ละตัวชี้วัดจะมี**เกณฑ์พิจารณา** (critères) เพื่อพิเคราะห์ถึงความเหมาะสมในการกำหนดโทษอาญาในระดับที่ลดหลั่นกันไป ตั้งแต่ระดับต่ำสุด (ค่าคะแนน ๑) ระดับปานกลาง (ค่าคะแนน ๒) จนถึงระดับสูงสุด (ค่าคะแนน ๓) โดยมีรายละเอียดตามตารางต่อไปนี้

**เกณฑ์ลำดับที่หนึ่ง**
**เกณฑ์ความร้ายแรงของการกระทำผิด - หลักยุติธรรม (principe de justice)**

| ตัวชี้วัด | เกณฑ์พิจารณา | ระดับที่สมควรกำหนดเป็นความผิดอาญา |
|---|---|---|
| **ลักษณะการกระทำผิด** | การกระทำโดยเจตนา<br>การกระทำโดยประมาท<br>การผิดพลาดบกพร่อง | ๓<br>๒<br>๑ |
| **สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง** | คุณค่าระดับสูงที่มิอาจล่วงละเมิดได้<br>สิทธิเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดได้<br>กฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันในสังคม | ๓<br>๒<br>๑ |
| **ความเสียหาย** | ความเสียหายร้ายแรง<br>ความเสียหายเล็กน้อย<br>ความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหาย | ๓<br>๒<br>๑ |

สำหรับตัวชี้วัดในเรื่องสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองนั้น คณะกรรมการฯ ได้ให้คำอธิบายไว้ ดังนี้

- **"คุณค่าระดับสูงที่มิอาจล่วงละเมิดได้"** หมายถึง คุณค่าที่รับรองโดยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งได้แก่ รัฐธรรมนูญหรือพันธกรณีระหว่างประเทศ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Pacte international relatif aux droits civiques et politiques) หรืออนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) ซึ่งตัวอย่างของคุณค่าระดับสูงที่มิอาจล่วงละเมิดได้ เช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์[๑๒๘] ชีวิตของบุคคล[๑๒๙] หรือบูรณภาพแห่งดินแดน[๑๓๐]

---

[๑๒๘] ข้อ ๓ § ๑ และ ข้อ ๔ § ๑ ของอนุสัญญายุโรปฯ

[๑๒๙] ข้อ ๖ ของกติการะหว่างประเทศฯ

[๑๓๐] ข้อ ๔ ของกติการะหว่างประเทศฯ, ข้อ ๑๕ ของอนุสัญญายุโรปฯ, มาตรา ๖ ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

- **"สิทธิเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดได้"** ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพส่วนใหญ่ที่รับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญหรือพันธกรณีระหว่างประเทศ แต่เป็นสิทธิและเสรีภาพที่มีข้อยกเว้นและอาจถูกจำกัดได้ เช่น เสรีภาพส่วนบุคคล ความปลอดภัยของบุคคล สิทธิในทรัพย์สิน ความเป็นอยู่ส่วนตัวและชีวิตครอบครัว การไม่เลือกปฏิบัติ ความเสมอภาค เสรีภาพในการนับถือศาสนาและแสดงความคิดเห็น สิทธิในการศึกษาอบรมและวัฒนธรรม และสิทธิในการมีสิ่งแวดล้อมที่ดี

- **"กฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันในสังคม"** ได้แก่ กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับบุคคลบางประเภท เช่น การเก็บรักษาทะเบียนการค้าหรือเอกสารสำคัญต่าง ๆ ในการประกอบธุรกิจ หรือกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับการกระทำในบางเรื่อง เช่น การจอดรถกีดขวางทางจราจร หรือการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์การปิดร้านค้าในวันอาทิตย์ ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนกฎระเบียบแต่ไม่ก่ออันตรายแก่บุคคลอื่น

เมื่อนำตัวชี้วัดทั้งสามประการมาคำนวณประกอบกันแล้ว หากได้ค่ารวมมากกว่า ๗ เช่น กรณีที่การกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยเจตนา (ค่าคะแนน ๓) และก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรง (ค่าคะแนน ๓) ต่อคุณค่าระดับสูงที่มิอาจล่วงละเมิดได้ (ค่าคะแนน ๓) ค่ารวมจะเท่ากับ ๙ กรณีดังกล่าวสมควรกำหนดให้การกระทำนั้นมี**โทษอาญา** แต่กรณีที่ได้ค่ารวมต่ำกว่า ๕ เช่น เป็นการบกพร่องผิดพลาด (ค่าคะแนน ๑) ที่ทำให้เกิดความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหาย (ค่าคะแนน ๑) ต่อกฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันในสังคม (ค่าคะแนน ๑) ค่ารวมจะเท่ากับ ๓ กรณีสมควรใช้**มาตรการอื่นแทนโทษอาญา** โดยมาตรการที่สมควรใช้จะเป็นโทษทางปกครองหรือโทษทางแพ่ง ต้องพิจารณาต่อไปโดยใช้เกณฑ์ลำดับที่สามหรือเกณฑ์เทคนิค ส่วนกรณีที่ค่ารวมอยู่ระหว่าง ๕-๗ เช่น เป็นการกระทำโดยประมาท (ค่าคะแนน ๒) ที่ก่อความเสียหายเล็กน้อย (ค่าคะแนน ๒) ต่อสิทธิหรือเสรีภาพที่อาจมีการจำกัดได้ (ค่าคะแนน ๒) ค่ารวมจะเท่ากับ ๖ ถือเป็นกรณีที่ยัง**ก้ำกึ่ง**ว่าสมควรใช้โทษอาญาหรือมาตรการอื่นแทนโทษอาญา (ทำนองเดียวกับการกระทำใน "โซนสีเทา" ตามหนังสือเวียนของรัฐบาลอิตาลี) ในกรณีเช่นนี้ ต้องพิจารณาโดยใช้เกณฑ์ลำดับที่สองหรือเกณฑ์ว่าด้วยความสัมฤทธิ์ผลของโทษต่อไปตามหลักอรรถประโยชน์ โดยพิจารณาถึง**ประสิทธิภาพของโทษ**และ**ความพร้อมในการบังคับใช้โทษ**ประกอบกัน ซึ่งการพิจารณาประกอบด้วยสองขั้นตอน ดังนี้

ในลำดับแรกจะพิจารณา**ประสิทธิภาพของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ในปัจจุบัน** เพราะกรณีที่ผู้ตรากฎหมายจะกำหนดโทษอาญาสำหรับการกระทำในเรื่องหนึ่ง สมควรตรวจสอบเสียก่อนว่ากฎหมายได้กำหนดโทษประเภทอื่นไว้แล้วหรือไม่ และโทษที่กำหนดไว้นั้นมีประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดหรือไม่ หรือกรณีนั้นมีฐานความผิดอาญาทั่วไป (incrimination générale de droit commun) ที่อาจนำมาใช้กับการกระทำนั้นได้หรือไม่ และการใช้โทษอาญาดังกล่าวมีประสิทธิภาพหรือไม่ ในลำดับต่อไปจะพิจารณาถึง**ความพร้อมหรือศักยภาพในการบังคับใช้โทษอาญา**ที่จะกำหนดขึ้นใหม่ โดยหน่วยงานที่เสนอให้กำหนดโทษอาญาจะต้องศึกษาผลกระทบโดยประเมินจำนวนคดีที่จะขึ้นสู่ศาลหากมีการกำหนดโทษอาญา รวมทั้งประเมินความพร้อมของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ทั้งในส่วนของการสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิด การพิจารณาพิพากษาคดีของศาล และการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาล โดยมีรายละเอียดตามตารางต่อไปนี้

**เกณฑ์ลำดับที่สอง**
**เกณฑ์ความสัมฤทธิ์ผล - หลักอรรถประโยชน์ (principe d'utilité)**

| ตัวชี้วัด | เกณฑ์พิจารณา | ระดับที่สมควรกำหนดเป็นความผิดอาญา |
|---|---|---|
| **ประสิทธิภาพของโทษอาญาที่กำหนดในกฎหมาย (ฐานความผิดอาญาทั่วไป)** | ไม่มีการกำหนดโทษอาญาไว้<br>โทษอาญาไม่มีประสิทธิภาพ<br>โทษอาญามีประสิทธิภาพ | ๓<br>๒<br>๑ |
| **ประสิทธิภาพของโทษอื่น ๆ นอกจากโทษอาญา** | ไม่มีการกำหนดโทษอื่น ๆ ไว้<br>โทษอื่น ๆ ไม่มีประสิทธิภาพ<br>โทษอื่น ๆ มีประสิทธิภาพ | ๓<br>๒<br>๑ |
| **ความพร้อมในการบังคับใช้โทษอาญา** | พร้อมที่จะสืบสวนและพิจารณาคดี<br>พร้อมสืบสวนแต่ไม่พร้อมพิจารณาคดี<br>ไม่มีความพร้อมในการสืบสวน | ๓<br>๒<br>๑ |

ทั้งนี้ ในกรณีใดที่ยังไม่มีการกำหนดโทษอาญาไว้ (ค่าคะแนน ๓) และไม่มีการกำหนดโทษอื่น ๆ ไว้เช่นกัน (ค่าคะแนน ๓) และกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีความพร้อมในการสืบสวนและพิจารณาคดี (ค่าคะแนน ๓) ค่ารวมจะเท่ากับ ๙ กรณีสมควรกำหนดให้การกระทำนั้นมีโทษอาญา แต่กรณีที่ฐานความผิดอาญาทั่วไปมีประสิทธิภาพอยู่แล้ว (ค่าคะแนน ๑) และโทษอื่น ๆ ที่กำหนดไว้ก็มีประสิทธิภาพ (ค่าคะแนน ๑) ซึ่งหากกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นฐานความผิดอาญาใหม่เป็นการเฉพาะ จะไม่มีความพร้อมในการสืบสวน (๑) ค่ารวมจะเท่ากับ ๓ กรณีย่อมไม่สมควรกำหนดให้การกระทำนั้นมีโทษอาญาเป็นการเฉพาะอีก

เมื่อใช้เกณฑ์พิจารณาลำดับที่หนึ่งซึ่งว่าด้วยความร้ายแรงของการกระทำผิดและเกณฑ์พิจารณาลำดับที่สองซึ่งว่าด้วยประสิทธิภาพในการลงโทษแล้ว ย่อมได้ข้อสรุปว่าการกระทำผิดในกรณีนั้น ๆ สมควรกำหนดให้มีโทษอาญาหรือใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา โดยกรณีที่สมควรใช้มาตรการอื่น ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าสมควรใช้**โทษทางปกครอง** (sanction administrative) **โทษทางแพ่ง** (sanction civile) หรือใช้วิธีการ**ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท** (médiation) โดยมีแนวคิดว่าโทษทางปกครองเป็นเรื่องการควบคุมกำกับ (régulation) โทษทางแพ่งเป็นเรื่องการเยียวยาความเสียหาย (réparation) ส่วนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นเรื่องการสร้างความปรองดอง (réconciliation) ทั้งนี้ในการพิจารณาเลือกมาตรการที่เหมาะสมกับการกระทำในแต่ละกรณี จะใช้เกณฑ์พิจารณาลำดับที่สามหรือ "เกณฑ์เทคนิค" ซึ่งจะพิเคราะห์ว่าการกระทำนั้นมีลักษณะเป็น "การกระทำผิดทางปกครอง" (infraction administrative) หรือว่าเป็น "การกระทำผิดทางแพ่ง" (infraction civile) โดยจะใช้ตัวชี้วัดสามประการประกอบกัน ได้แก่ (๑) **ลักษณะความเสียหาย** ซึ่งเป็นการพิจารณาว่าการกระทำนั้นได้ก่อความเสียหายแก่บุคคลเฉพาะรายแล้วหรือไม่ได้ก่อความเสียหายแก่ผู้ใด หรืออาจจะก่อความเสียหายขึ้นได้ (๒) **สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง** ซึ่งต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการล่วงละเมิดต่อประโยชน์ส่วนบุคคล ประโยชน์ของทางราชการ หรือเป็นการล่วงละเมิดต่อประโยชน์ส่วนรวมโดยทั่วไป และ (๓) **ลักษณะการกระทำผิด** ซึ่งจะพิจารณาว่าเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ทางแพ่ง หน้าที่ทาง

ปกครอง หรือเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ใด ๆ ที่มีลักษณะกลาง ๆ โดยเกณฑ์เทคนิคมีรายละเอียดปรากฏตามตารางต่อไปนี้

**เกณฑ์ลำดับที่สาม**
**เกณฑ์เทคนิค – การใช้หลักยุติธรรมประกอบกับหลักอรรถประโยชน์**

| ตัวชี้วัด | เกณฑ์พิจารณา | ระดับที่สมควรกำหนดโทษ | |
|---|---|---|---|
| | | โทษทางแพ่ง /การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท | โทษทางปกครอง |
| **ความเสียหาย** | ความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว | ๓ | ๑ |
| | ความเสียหายอาจเกิดขึ้นได้ | ๒ | ๒ |
| | ไม่เกิดความเสียหายกับบุคคลเฉพาะราย | ๑ | ๓ |
| **สิ่งที่มุ่งคุ้มครอง** | ประโยชน์ส่วนบุคคล | ๓ | ๑ |
| | ประโยชน์สาธารณะ | ๒ | ๒ |
| | ประโยชน์ของทางราชการ | ๑ | ๓ |
| **การกระทำผิด** | การฝ่าฝืนหน้าที่ทางแพ่ง | ๓ | ๑ |
| | การกระทำใด ๆ | ๒ | ๒ |
| | การฝ่าฝืนหน้าที่ทางปกครอง | ๑ | ๓ |

ดังนี้ กรณีที่เป็นการกระทำที่ก่อความเสียหายกับบุคคลเป็นการเฉพาะรายโดยเป็นการล่วงละเมิดต่อประโยชน์ของปัจเจกบุคคลและเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ทางแพ่ง ย่อมสมควรกำหนดให้มีโทษทางแพ่งหรือใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ส่วนกรณีการกระทำที่ไม่ได้ก่อความเสียหายกับบุคคลใดเป็นการเฉพาะ โดยเป็นการล่วงละเมิดต่อประโยชน์ของทางราชการและเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ทางปกครอง สมควรกำหนดให้มีโทษทางปกครอง[๑๓๑]

ส่วนปัญหาว่าจะเลือกใช้โทษทางแพ่งหรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแตกต่างจากการลงโทษทางแพ่งตรงที่มองการกระทำผิดเป็น “ความขัดแย้งระหว่างบุคคล” มากกว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย และข้อตกลงที่เกิดจากกระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นการสร้างความปรองดองระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องมากกว่าเป็นการปกป้องกฎเกณฑ์ที่ถูกล่วงละเมิด ซึ่งการไกล่เกลี่ยเป็นวิธีการที่ใช้ได้ดีในกรณีที่ผู้กระทำผิดและผู้เสียหายมีสถานะทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมใกล้เคียงกัน และสามารถหาข้อยุติให้เหมาะสมกับแต่ละกรณีได้ดีกว่าการลงโทษทางแพ่ง

---

[๑๓๑] สำหรับข้อพิจารณาอื่น ๆ ในการเลือกกำหนดโทษทางแพ่งและโทษทางปกครองนั้น ฝ่ายตำรามีความเห็นว่าโทษทางแพ่งมีข้อดีเหนือโทษทางปกครองตรงที่มีหลักประกันในกระบวนพิจารณาสูงกว่าเพราะเป็นการพิจารณาโดยองค์กรตุลาการ หากผู้ตรากฎหมายต้องการให้การลงโทษมีหลักประกันสูง ก็สมควรใช้โทษทางแพ่ง โปรดดู CARVAL (S.), **La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée**, (Paris : L.G.D.J., 1995), p. 254 s. และสำหรับแง่มุมเกี่ยวกับประสิทธิภาพของโทษทางแพ่ง โปรดดู COUTANT-LAPALUS (C.), *“La sanction civile”*, in **La sanction**, (Paris : L’Harmattan, 2007), pp. 211-224.

เมื่อพิจารณาเกณฑ์ในการกำหนดโทษของคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสแล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นเกณฑ์ที่ก้าวหน้ากว่าเกณฑ์พิจารณาที่เคยมีมาแต่ก่อนในประเทศอื่น ๆ เพราะมีการกำหนดขั้นตอนการพิจารณาอย่างเป็นระบบ โดยใช้เกณฑ์ความร้ายแรงของการกระทำผิดและเกณฑ์ประสิทธิภาพในการลงโทษในการแยกการกระทำผิดที่ควรกำหนดให้มีโทษอาญาและการกระทำผิดที่ควรใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา รวมทั้งเกณฑ์ในการเลือกใช้โทษทางปกครองและโทษทางแพ่ง โดยมีจุดเด่นอยู่ที่การใช้ "ตัวชี้วัด" หลายประการประกอบกัน (เช่น ลักษณะการกระทำผิด สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง ความเสียหายที่เกิดขึ้น) ซึ่งแต่ละตัวชี้วัดยังมีเกณฑ์ที่ละเอียดลงไปอีกที่บ่งชี้ถึงระดับที่สมควรใช้โทษอาญา รวมทั้งมีการให้ "ค่าคะแนน" ซึ่งทำให้ได้ผลการพิจารณาที่แน่นอน กรณีจึงถือได้ว่าเป็นเกณฑ์พิจารณาที่สมบูรณ์ที่สุดเท่าที่มีอยู่ในปัจจุบัน

**(๓) ข้อวิจารณ์เกณฑ์พิจารณาโดยฝ่ายตำรา**

เกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการฯ เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางในแวดวงวิชาการ โดยศาสตราจารย์ Mireille Delmas-Marty ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายอาญาได้ให้ความเห็นว่าเกณฑ์ดังกล่าวสามารถใช้เป็นแนวทางในการลด-เลิกโทษอาญาอย่างเป็นระบบ โดยเป็นเครื่องมือช่วยตัดสินใจสำหรับส่วนราชการที่จัดทำร่างกฎหมายและช่วยผู้ตรากฎหมายในการกำหนดนโยบายอาญาอย่างเป็นเหตุเป็นผล[๑๓๒] จึงสมควรที่ประเทศต่าง ๆ ในสหภาพยุโรปจะใช้เกณฑ์พิจารณานี้ในการกำหนดโทษตามกฎหมายเพื่อที่แนวทางการกำหนดโทษจะได้มีความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน[๑๓๓] ทางด้านรองศาสตราจารย์ Emmanuel Breen ก็ให้ความเห็นว่า เกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการฯ เป็นเกณฑ์ที่มิได้ตีกรอบทางทฤษฎีผูกมัดส่วนราชการและผู้ตรากฎหมายจนเกินไป แต่ยืดหยุ่นพอที่จะนำไปใช้ได้จริงในทางปฏิบัติในการลด-เลิกโทษอาญา[๑๓๔] นอกจากนี้ ฝ่ายตำรายังนำเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ศึกษาวิเคราะห์ความเหมาะสมในการกำหนดโทษในเรื่องต่าง ๆ ด้วย เช่น รองศาสตราจารย์ Florence Massias ที่ "ทดลอง" ใช้เกณฑ์ความร้ายแรงของการกระทำผิดเพื่อพิจารณากำหนดโทษสำหรับการเหยียดผิว (racisme) ซึ่งเมื่อพิจารณา "ตัวชี้วัด" ว่าด้วยลักษณะการกระทำผิด สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง และความเสียหายที่เกิดขึ้นประกอบกันแล้ว ได้ข้อสรุปว่าสมควรกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญา เพราะการเหยียดผิวเป็นการกระทำโดยเจตนา (ค่าคะแนน ๓) ที่ล่วงละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นคุณค่าระดับสูง (ค่าคะแนน ๓) และโดยสภาพก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรง (ค่าคะแนน ๓) จึงได้ค่ารวมเท่ากับ ๙ ซึ่งเป็นกรณีของ "แก่นสาระของความผิดอาญา" ส่วนมาตรการอื่น ๆ เช่น โทษทางแพ่ง อาจนำมาใช้เสริมเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดแก่บุคคลที่ถูกละเมิด แต่ไม่อาจนำมาใช้แทนโทษอาญาได้[๑๓๕]

อย่างไรก็ดี ฝ่ายตำราบางส่วนได้วิจารณ์เกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการฯ โดย Georges Dellis เสนอความเห็นว่าเกณฑ์พิจารณาดังกล่าวมี "จุดอ่อน" ในเรื่องต่อไปนี้[๑๓๖]

---

[๑๓๒] DELMAS-MARTY (M.), อ้างแล้วใน (๑๒๗), p. 291.

[๑๓๓] DELMAS-MARTY (M.), *"Harmonisation des sanctions et valeurs communes : la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité"*, in DELMAS-MARTY (M.), GIUDICELLI-DELAGE (G.) et LAMBERT-ABDELGAWAD (E.) (sous la direction de) **L'harmonisation des sanctions pénales en Europe**, (Paris : Société de législation comparée, 2003), p. 583 s.

[๑๓๔] BREEN (E.), **Gouverner et punir**, (Paris : P.U.F., 2003), pp. 83-84.

[๑๓๕] MASSIAS (F.), *"Faut-il pénaliser le racisme ?"*, R.T.D.H. 2001, p. 601 s.

[๑๓๖] DELLIS (G.), อ้างแล้วใน (๕๗), pp. 97-110.

**- ในเรื่องแก่นสาระของความผิดอาญา** เกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการฯ เดินตามแนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมือง (positivisme) ที่ถือว่าผู้ตรากฎหมายสามารถใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญาได้ตามที่เห็นสมควร ซึ่งเป็นการมองข้าม "ภารกิจในเชิงสัญลักษณ์" (fonction symbolique) ของโทษอาญาที่ตอบสนอง "ความรู้สึก" ของสังคมได้ดีกว่ามาตรการอื่น ๆ โดยทำให้ผู้ถูกลงโทษบอบช้ำหรืออับอาย กรณีจึงชอบที่จะกำหนดให้การกระทำที่สังคมประณามมีโทษอาญาต่อไปเพื่อตอบสนองปฏิกิริยาของสังคม กล่าวอีกนัยหนึ่ง การเลือกกำหนดโทษไม่อาจอาศัยการวิเคราะห์เชิงนิติศาสตร์เพียงอย่างเดียว แต่ต้องสำรวจตรวจสอบ "ความรู้สึก" หรือ "สัญชาติญาณ" ของผู้คนในสังคมด้วยว่าต้องการแก้แค้นผู้กระทำผิดหรือไม่ อย่างไร ด้วย

อีกประการหนึ่ง การใช้เกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการฯ อาจให้ผลลัพธ์ที่ประหลาดในหลายกรณี โดย "ความผิดอาญาคลาสสิก" จำนวนหนึ่งจะไม่ถือเป็น "แก่นสาระของความผิดอาญา" อีกต่อไป ไม่ว่าจะเป็น (๑) การดูหมิ่นผู้อื่นโดยมิได้กระทำต่อหน้าธารกำนัล (๒) การปิดภาพลามกอนาจารในที่สาธารณะ (๓) การรบเร้าบุคคลให้ร่วมประเวณี หรือ (๔) การกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บแต่ไม่ถึงกับหยุดทำการงาน ในสามกรณีแรก แม้จะเป็นการกระทำโดยเจตนา แต่โดยที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ร้ายแรงและคุณค่าที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองก็มิใช่ "คุณค่าระดับสูงที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้" กรณีจึงได้ค่าคะแนนรวมไม่พอที่จะกำหนดให้มีโทษอาญา ส่วนกรณีสุดท้าย แม้จะเป็นการล่วงละเมิดต่อคุณค่าระดับสูง คือ ร่างกายของบุคคล แต่ก็เป็นเพียงการกระทำโดยประมาทและเกิดความเสียหายไม่ร้ายแรง จึงได้ค่าคะแนนรวมไม่ถึงขั้นที่จะกำหนดให้มีโทษอาญาเช่นกัน ดังนี้ การใช้เกณฑ์ของคณะกรรมการฯ จึงทำให้ความผิดที่โดยสภาพน่าจะเป็นความผิดอาญากลายเป็นการกระทำที่มีลักษณะก้ำกึ่งและต้องใช้เกณฑ์อรรถประโยชน์หรือประสิทธิภาพในการลงโทษตัดสินว่าควรใช้โทษอาญาหรือมาตรการอื่นแทนโทษอาญา ทั้งที่การกระทำดังกล่าวควรถือเป็นแก่นสาระของความผิดอาญาตั้งแต่ต้น

นอกจากนี้ ตัวชี้วัดที่คณะกรรมการฯ กำหนดซึ่งโดยหลักแล้วน่าจะเป็น "จุดแข็ง" ของเกณฑ์พิจารณาก็กลับมีลักษณะ "อัตวิสัย" โดยขึ้นอยู่กับความรู้สึกนึกคิดของแต่ละบุคคล เช่น การแบ่งแยกความเสียหาย "ร้ายแรง" กับความเสียหาย "เล็กน้อย" หรือตัวชี้วัดว่าด้วย "สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง" ซึ่งน่าจะเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญที่สุดแต่ก็กลับมีลักษณะอัตวิสัยมากที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแบ่งแยก "คุณค่าระดับสูงที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้" และ "สิทธิเสรีภาพที่อาจจำกัดได้" นั้น ต่างเป็นคุณค่าที่รับรองไว้โดยกฎเกณฑ์ที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติด้วยกันทั้งคู่ แต่กลับมีการจัดลำดับความสำคัญไว้ไม่เท่ากัน ทั้งที่คุณค่าต่าง ๆ อาจมีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกัน เช่น เสรีภาพส่วนบุคคล (ที่ถือเป็นเสรีภาพที่อาจจำกัดได้) ซึ่งมีความเชื่อมโยงกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (ที่ถือเป็นคุณค่าระดับสูงที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้)

**- ในเรื่องแก่นสาระของความผิดทางปกครอง** เกณฑ์พิจารณาที่กำหนดมีผลทำให้การกระทำผิดส่วนหนึ่งที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง "หลุด" ออกจากแดนของกฎหมายอาญาไปตั้งแต่ต้น ทั้งที่ในบางกรณีสมควร "เปิดช่อง" ให้ผู้ตรากฎหมายสามารถเลือกใช้โทษอาญาเพื่อลงโทษการกระทำผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงได้ เพราะโทษอาญาเป็นมาตรการที่ทำให้ผู้ที่จะกระทำผิดเกรงกลัวและน่าจะมีประสิทธิภาพในการป้องปรามการกระทำผิดได้ดีกว่าโทษทางปกครอง

ทั้งนี้ แม้ว่า Georges Dellis จะวิจารณ์เกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการฯ ในหลายประเด็น แต่ก็ยอมรับว่าเกณฑ์ดังกล่าวเป็นเครื่องมือที่เป็นประโยชน์แก่การลด-เลิกโทษอาญาอย่างเป็นระบบ ซึ่งจะทำให้เกิดความมั่นคงแน่นอนในทางกฎหมาย เพราะป้องกันมิให้ผู้ตรากฎหมาย

เลือกกำหนดโทษตามอำเภอใจซึ่งจะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ซึ่งหากพิจารณาระบบกฎหมายของประเทศอื่น ๆ แล้ว ก็ยังไม่พบเกณฑ์พิจารณาที่มีประสิทธิภาพทัดเทียมหรือเหนือกว่าเกณฑ์ของคณะกรรมการฯ แต่ขณะเดียวกัน Georges Dellis ก็เน้นย้ำว่าผู้ตรากฎหมายไม่ถูกผูกพันโดยเกณฑ์ดังกล่าวเสมอไป แต่สามารถเลือกกำหนดโทษให้เหมาะสมแก่กรณีได้[๑๓๗] ซึ่งศาสตราจารย์ Mireille Delmas-Marty ก็มีมุมมองในทำนองเดียวกันว่าเกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการฯ มิได้ตัด **"ดุลพินิจ"** ของผู้ตรากฎหมาย ไม่ว่าเกณฑ์พิจารณาจะให้ข้อสรุปไปในทางใด ผู้ตรากฎหมายก็ยังมีอำนาจตัดสินใจที่จะกำหนดโทษเป็นอย่างอื่นได้[๑๓๘] จึงมีผู้ลงความเห็นว่าในชั้นสุดท้ายแล้วการเลือกกำหนดโทษเป็นปัญหาในเรื่อง **"ความเหมาะสม"** (choix d'opportunité) ซึ่งขึ้นอยู่กับผู้ตรากฎหมายที่จะใช้ดุลพินิจพิจารณาได้โดยอิสระ[๑๓๙]

ในส่วนของผู้ตรากฎหมาย ปัจจุบันยังไม่ปรากฏชัดว่าเคยใช้เกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการฯ ในการเลือกกำหนดโทษตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ หรือไม่ แต่ในการศึกษาวิจัยเพื่อปรับปรุงกฎหมายในหลายเรื่องก็ได้อ้างถึงเกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการฯ เช่น ในการศึกษาวิจัยเพื่อกำหนดโทษในกฎหมายแรงงาน Jean Michel ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายประจำกระทรวงแรงงานได้เสนอแนะให้ใช้**เกณฑ์ว่าด้วยความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง**ในการเลือกกำหนดโทษโดยโทษอาญาพึงนำมาใช้กับการกระทำที่ล่วงละเมิดต่อคุณค่าอันสำคัญยิ่งหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของลูกจ้าง เช่น สุขภาพ ร่างกาย จิตใจ ความปลอดภัย ชั่วโมงการทำงาน ค่าแรงขั้นต่ำ การจ่ายค่าจ้างและสิทธิประโยชน์ สิทธิในการหยุดพักผ่อน สิทธินัดหยุดงาน หรือความเสมอภาคในการทำงาน[๑๔๐] ส่วนการกระทำผิดในกรณีอื่น ๆ ที่ไม่ร้ายแรง โดยเฉพาะการฝ่าฝืนหน้าที่ตามกฎหมาย (violation d'obligations formelles) ย่อมชอบที่จะนำโทษทางปกครอง โดยเฉพาะโทษปรับทางปกครอง มาใช้แทนโทษปรับอาญา เช่น การไม่จัดให้มีตู้เสื้อผ้าส่วนตัวสำหรับลูกจ้างในห้องเปลี่ยนเครื่องแต่งกาย การทำสัญญาจ้างโดยไม่มีข้อความตามที่กฎหมายกำหนด หรือไม่ได้ส่งสำเนาสัญญาจ้างให้สำนักงานประกันสังคม หรือไม่จัดให้มีการอบรมฟื้นทักษะในการทำงานสำหรับลูกจ้างที่หายจากอาการเจ็บป่วยและกลับเข้าทำงานใหม่ หรือไม่จัดให้มีเอกสารแสดงชั่วโมงการทำงานของลูกจ้างให้พนักงานตรวจแรงงานตรวจสอบ[๑๔๑] ซึ่งมีผู้เสนอแนะแนวทางในการกำหนดนโยบายอาญาในด้านกฎหมายแรงงานไว้ทำนองเดียวกัน โดยเน้นใช้โทษอาญาสำหรับการกระทำผิดร้ายแรงเป็นหลัก ส่วนการกระทำที่เป็นความผิดอาญาลหุโทษอาจปรับเปลี่ยนไปใช้โทษทางปกครองแทน หากการลงโทษทางปกครองมีประสิทธิภาพมากกว่าการลงโทษอาญา[๑๔๒]

นอกจากนี้ ในการสัมมนาทางวิชาการในระดับนานาชาติในหัวข้อเกี่ยวกับโทษทางปกครอง ก็ได้มีการเสนอแนะแนวทางในการเลือกกำหนดโทษไว้คล้ายคลึงกับเกณฑ์พิจารณา

---

[๑๓๗] เรื่องเดียวกัน, p. 109.

[๑๓๘] DELMAS-MARTY (M.), อ้างแล้วใน (๑๒๗), p. 291.

[๑๓๙] ROSENFELD (E.) et VEIL (J.), *"Sanctions administratives, sanctions pénales"*, Pouvoirs n° 128, 2008, p. 64.

[๑๔๐] MICHEL (J.), **Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail – Tome II**, (Paris : La Documentation française, 2004), pp. 271-274.

[๑๔๑] เรื่องเดียวกัน, pp. 437-438.

[๑๔๒] KAPP (T.), RAMACKERS (P.) et TERRIER (J.-P.), **Le système d'inspection du travail en France – Missions, statuts, moyens et fonctionnement**, (INTEFP Ed. Liaisons, 2009), pp. 39-40.

ของคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส เช่น ในการประชุมนานาชาติว่าด้วยกฎหมายอาญา (Congrès international de droit pénal) ครั้งที่ ๑๔ ระหว่างวันที่ ๒-๗ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๘๙ ที่กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย ที่ประชุมได้ข้อสรุปว่า การเลือกใช้โทษอาญาหรือโทษทางปกครองไม่มีเกณฑ์พิจารณาเป็นการทั่วไป แต่ขึ้นอยู่กับผู้ตรากฎหมายที่จะ "ตัดสินใจ" กำหนดโทษตามความเหมาะสม อย่างไรก็ดี ในการกำหนดโทษ ผู้ตรากฎหมายพึงคำนึงถึงเกณฑ์พิจารณาบางประการ โดยเฉพาะคุณค่าของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง ความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการก่อภยันตราย ลักษณะของการกระทำ และระดับความร้ายแรงของความผิด[๑๔๓] ซึ่งเป็นเกณฑ์ทำนองเดียวกันกับที่คณะกรรมการฯ ได้เสนอแนะไว้

**๓.๔ เกณฑ์เชิงประสบการณ์นิยมของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส**

เกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสดูเหมือนจะไม่ได้รับการตอบรับจากสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสเท่าใดนัก โดยในรายงานการศึกษาเกี่ยวกับการลงโทษทางปกครองในปี ค.ศ. ๑๙๙๔[๑๔๔] สภาแห่งรัฐได้กล่าวถึงเกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการฯ ว่าเป็นเกณฑ์ที่ *"เป็นระบบ"* แต่ก็เลือกที่จะเสนอแนะเกณฑ์แบบประสบการณ์นิยม (empirique) มากกว่า[๑๔๕] โดยเห็นว่านอกเหนือไปจาก **"โทษทางปกครองโดยสภาพ"** (sanction administrative par nature) ซึ่งเป็นมาตรการที่ใช้ลงโทษบุคคลที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์กับฝ่ายปกครองอยู่ก่อนแล้ว เช่น การเพิกถอนใบอนุญาตในกรณีที่ผู้ได้รับอนุญาตไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย การเลือกกำหนดโทษทางปกครองจะต้องพิจารณาถึง "ความเหมาะสม" และ "ประสิทธิภาพในการลงโทษ" เป็นสำคัญ โดยมีเกณฑ์พิจารณาสองประการดังต่อไปนี้

**(๑) เกณฑ์ว่าด้วยสาระของเรื่อง (critère de la matière)**

โทษทางปกครองมีความเหมาะสมสำหรับการกระทำผิดในบางเรื่อง เช่น

- **การควบคุมกำกับภาคธุรกิจหรือการประกอบกิจการ** องค์กรควบคุมกำกับสมควรมีอำนาจลงโทษการกระทำผิดได้เอง เพราะถือเป็นส่วนหนึ่งของ "อำนาจควบคุมกำกับ" (pouvoir de régulation) ซึ่งจะทำให้การลงโทษเป็นไปอย่างรวดเร็วและทำให้การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรมีประสิทธิภาพและน่าเชื่อถือ อย่างไรก็ดี หากการกระทำผิดในกรณีใดมีความร้ายแรงมากก็อาจกำหนดให้มีโทษอาญาแทนที่จะเป็นโทษทางปกครอง

- **เรื่องที่การสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิดต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านเป็นอย่างสูง** และการพิจารณาความร้ายแรงของการกระทำผิดเพื่อบังคับใช้โทษที่เหมาะสมจำต้องอาศัยประสบการณ์ของผู้ที่คลุกคลีอยู่กับเรื่องนั้นและมีความรู้ทางเทคนิคเป็นอย่างดี เช่น การควบคุมกำกับตลาดเงินตลาดทุน

- **เรื่องที่ศาลไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเพียงพอที่จะพิจารณาลักษณะของการกระทำผิดและความเสียหาย** ซึ่งอาจทำให้ศาลลังเลที่จะลงโทษผู้กระทำผิดหรือใช้โทษโดยไม่เหมาะสมกับลักษณะของการกระทำผิด เช่น เรื่องเกี่ยวกับผังเมืองหรือสิ่งแวดล้อม

---

[๑๔๓] R.I.D.P. vol. 61 3-4, 1990, p. 86 s.

[๑๔๔] Conseil d'État, อ้างแล้วใน (๗), pp. 76-79.

[๑๔๕] สมาชิกสภาแห่งรัฐบางท่านถึงกับให้ความเห็นว่า *"ไม่มีระเบียบวิธีที่แน่นอนในการเลือกกำหนดโทษ เพราะเกณฑ์ว่าด้วยสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองก็ดี หรือเกณฑ์ว่าด้วยเจตนาในการกระทำผิดก็ดี มิใช่เกณฑ์ที่เหมาะสมและใช้ได้ผลเสมอไป..."* โปรดดู SAUVÉ (J.-M.), *"Les sanctions administratives en droit public français – État des lieux, problèmes et perspectives"*, A.J.D.A. n° spécial 2001, p. 24.

ส่วนปัญหาว่าในเรื่องที่มีเนื้อหาทางเทคนิคข้างต้นนี้ สมควรกำหนดโทษทางปกครองที่มีความรุนแรงเพียงใด นั้น สภาแห่งรัฐได้ให้ข้อเสนอแนะไว้ว่า ผู้ตรากฎหมายควรกำหนดอัตราโทษปรับทางปกครองเป็น**เงินจำนวนสูง**ไว้ก่อน โดยคำนึงถึงลักษณะและความร้ายแรงของการกระทำผิด รวมทั้ง**ผลประโยชน์**ที่ผู้กระทำผิดได้รับด้วย อย่างไรก็ดี ในกรณีที่กำหนดอัตราค่าปรับไว้สูงมาก ผู้ตรากฎหมายก็พึงกำหนดหลักประกันที่เข้มงวดในกระบวนพิจารณาไว้ด้วยเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่กรณี เป็นต้นว่า กำหนดให้องค์กรที่มีความเป็นอิสระมากกว่าองค์กรฝ่ายปกครองทั่วไปเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งลงโทษปรับ เช่น องค์กรกลุ่มในรูปคณะกรรมการ หรือหากจะกำหนดให้เป็นอำนาจขององค์กรเดี่ยว ก็อาจกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งลงโทษปรับต้องขอความเห็นจากคณะกรรมการที่ปรึกษาซึ่งประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญก่อนที่จะออกคำสั่งลงโทษปรับทางปกครอง ซึ่งจะทำให้การพิจารณาลงโทษเป็นไปอย่างรอบคอบ

**(๒) เกณฑ์ว่าด้วยการกระทำผิดที่แพร่หลาย (critère du contentieux de masse)**

โทษทางปกครองเป็นมาตรการที่สมควรนำมาใช้กับกรณีที่มีการกระทำผิดแพร่หลายเป็นจำนวนมากจนเป็นภาระแก่ศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี หรือเป็นเรื่องที่ไม่มีการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดเลยในทางปฏิบัติ ในกรณีเช่นว่านี้สมควรลด-เลิกโทษอาญาและใช้โทษทางปกครองแทน[๑๔๖] เว้นแต่เป็นการกระทำผิดที่ก่อความเสียหายต่อประโยชน์ของบุคคลหรือคุณค่าระดับสูง ก็อาจกำหนดให้มีโทษอาญาได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การกระทำผิดในเรื่องใดที่มีคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก หากมิใช่การกระทำผิดที่ก่อความเสียหายแก่ชีวิตร่างกายหรือสิทธิเสรีภาพของบุคคล และมิใช่การกระทำผิดที่กระทำโดยมีเจตนาร้ายหรือใช้กลฉ้อฉลแล้ว ผู้ตรากฎหมายสมควรกำหนดให้การกระทำผิดนั้นมีโทษทางปกครองแทนโทษอาญา

อนึ่ง ใน**คู่มือแบบการร่างกฎหมาย**[๑๔๗] ที่สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสได้จัดทำร่วมกับสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (secrétariat général du Gouvernement) ได้มีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับเกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษ สรุปได้ว่า นอกจากโทษที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล เช่น โทษจำคุก ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลแล้ว ผู้ตรากฎหมายสามารถกำหนดให้การกระทำผิดมีโทษอาญาหรือโทษทางปกครองก็ได้ โดยโทษทางปกครองมีข้อได้เปรียบบางประการเหนือโทษอาญา กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถออกคำสั่งลงโทษได้เองโดยไม่ต้องฟ้องคดี และกระบวนการลงโทษทางปกครองก็มีขั้นตอนที่เรียบง่ายรวดเร็วกว่าการพิจารณาคดีอาญาของศาล โทษทางปกครองจึงเหมาะสมกับการกระทำผิดที่แพร่หลายจำนวนมาก ซึ่งหากดำเนินคดีอาญาก็จะเป็นภาระแก่ศาล และโดยที่โทษทางปกครองไม่ทำให้ผู้ถูกลงโทษบอบช้ำและเสื่อมเสียชื่อเสียงเท่ากับ

---

[๑๔๖]เช่น ความผิดฐานใช้สารกระตุ้นโดยนักกีฬา ซึ่งแต่เดิมรัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๑ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๖๕ กำหนดให้มีโทษอาญา แต่ปรากฏว่าในทางปฏิบัติแทบไม่มีการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดเลย ดังนั้น รัฐบัญญัติลงวันที่ ๒๘ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๘๙ จึงได้กำหนดให้การกระทำผิดดังกล่าวมีโทษทางปกครองแทนโทษอาญา โดยให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการใช้สารกระตุ้นซึ่งเป็นองค์กรอิสระทางปกครองมีส่วนร่วมสอบสวนข้อเท็จจริงและพิจารณาลงโทษผู้กระทำผิดโดยสั่งห้ามเข้าร่วมการแข่งขันกีฬา โปรดดู BOYON (M.), *"Le pouvoir de sanction du Conseil de prévention et de lutte contre le dopage"*, A.J.D.A., n° spécial 2001, p. 116 s.

[๑๔๗]**Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires**, 2e édition, 2007, p. 413 s.

โทษอาญา จึงเป็นที่ยอมรับได้ง่ายกว่าโทษอาญา นอกจากนี้ โทษทางปกครองยังเหมาะสมกับการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในเรื่องทางเทคนิคซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นอย่างดี และการประกอบกิจการที่รัฐต้องการควบคุมกำกับให้เป็นไปโดยถูกต้อง เช่น เรื่องเกี่ยวกับตลาดหลักทรัพย์ การแข่งขันทางการค้า การประกอบกิจการวิทยุโทรทัศน์ รวมทั้งการควบคุมการประกอบวิชาชีพโดยองค์กรควบคุมวิชาชีพต่าง ๆ

**๓.๕ เกณฑ์พิจารณาของประเทศอื่น ๆ**

ประเทศส่วนใหญ่ในภาคพื้นยุโรปมีเกณฑ์ในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองโดยพิจารณาจากระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นโปรตุเกส ออสเตรีย หรือฮังการี แต่ก็ยังไม่มีการกำหนดเกณฑ์ที่ชัดเจนและเป็นระบบเท่าเทียมกับอิตาลีและฝรั่งเศส อย่างไรก็ดี ในบางประเทศ เช่น เนเธอร์แลนด์ รัฐบาลได้เริ่มจัดทำข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดโทษตามกฎหมายเพื่อให้การกำหนดนโยบายอาญาของรัฐมีความเป็นระบบระเบียบยิ่งขึ้น

**(๑) โปรตุเกส**

ระบบกฎหมายโปรตุเกสที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายเยอรมันมีเกณฑ์พิจารณาทั่วไปในการกำหนดโทษโดยให้พิจารณาจาก**ความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง** โดยศาลรัฐธรรมนูญโปรตุเกสมีคำวินิจฉัยว่า กฎหมายอาญามีภารกิจในการคุ้มครองคุณค่าอันสำคัญยิ่งของสังคม โดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล ในขณะที่ค่าปรับทางปกครอง (coima) ตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครองเป็นมาตรการที่เพียงพอและเหมาะสมแก่การคุ้มครองคุณค่าลำดับรองของสังคมที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์ในการจัดระเบียบทางสังคมและเศรษฐกิจของรัฐในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง[๑๔๘] ข้อพิจารณาดังกล่าวสอดคล้องกับแนวคิดว่าด้วย “ความจำเป็นทางสังคม” (necessidade social) ตามที่บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา ๑๘ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ ที่กำหนดว่า *“กฎหมายอาจจำกัดสิทธิเสรีภาพและหลักประกันต่าง ๆ ได้เฉพาะกรณีที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้กระทำได้ และการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นจะต้องกระทำ<u>เพียงเท่าที่จำเป็น</u>แก่การคุ้มครองสิทธิหรือคุณค่าอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เท่านั้น”* ซึ่งหากนำหลักดังกล่าวมาใช้กับการกำหนดนโยบายอาญาของรัฐก็อาจสรุปได้ว่า โทษอาญาควรนำมาใช้เฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นต้องคุ้มครองคุณค่าที่มีความสำคัญต่อสังคมและการดำรงชีวิตของบุคคล โดยเป็นมาตรการสุดท้ายที่พึงนำมาใช้เมื่อมาตรการอื่น ๆ ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์แล้วเท่านั้น[๑๔๙] ดังนี้ “ความจำเป็นทางสังคม” จึงเป็น “มาตรวัด” ว่าการกระทำลักษณะใดที่สมควรกำหนดให้ใช้โทษอาญาเพื่อลงโทษการกระทำผิด[๑๕๐] โดยโทษอาญาเป็นมาตรการที่พึงสงวนไว้สำหรับการปกป้องคุ้มครองคุณค่าทางกฎหมายขั้นพื้นฐาน ส่วนโทษทางปกครองนั้นชอบที่จะนำมาใช้เพื่อ *“รักษากฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันในสังคมและเสริมสร้างประสิทธิภาพในการใช้อำนาจควบคุมกำกับของรัฐสังคม”*[๑๕๑]

---

[๑๔๘] Acórdão do Tribunal constitucional nº 56/84, 12 Juhno 1984, Diário da República, 9 Augusto 1984, nº 184, p. 2457 อ้างใน MODERNE (F.), อ้างแล้วใน (๓๑), p.175.

[๑๔๙] FIGUEIREDO DIAS (J.), *“Les nouvelles tendances de la politique criminelle au Portugal”*, A.P.C., 1983, nº 6, p. 8.

[๑๕๐] FIGUEIREDO DIAS (J.) et ALMEIDA COSTA (A.), *“La réforme pénale portugaise”*, R.D.P.C., 1985, nº 1, pp. 12-13.

[๑๕๑] GOMES (D.), *“L’expérience portugaise des sanctions administratives, Le droit d’ordonnance sociale”*, Bulletin de liaison de l’association Villermé, Interd’ITS, 2001.

แนวทางการกำหนดโทษดังกล่าวปรากฏอย่างชัดเจนในบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องต่าง ๆ เช่น รัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๓๒/๒๐๐๖ ลงวันที่ ๒๖ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๐๖ ว่าด้วยเทคโนโลยีช่วยอนามัยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์[๑๕๒] ที่กำหนดให้การกระทำที่มีลักษณะขัดต่อจริยธรรม เสรีภาพในร่างกายของบุคคล และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นความผิดอาญา (responsabilidade criminal) ที่มีโทษจำคุกหรือโทษปรับอาญา เช่น การทำสำเนามนุษย์จากตัวอ่อน การใช้เทคโนโลยีช่วยอนามัยเจริญพันธุ์เพื่อกำหนดเพศทารก การเก็บสารพันธุกรรมโดยปราศจากความยินยอมของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ฯลฯ ส่วนการกระทำที่เป็นความบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดอันเป็นความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง ได้บัญญัติให้เป็นความผิดทางปกครอง (Ilícito contra-ordenacional) ที่มีโทษปรับทางปกครอง เช่น การใช้เทคโนโลยีช่วยอนามัยเจริญพันธุ์โดยมิได้ตรวจสอบความจำเป็นโดยรอบคอบเสียก่อน เป็นต้นว่า ไม่ได้ทำการตรวจวินิจฉัยว่าบุคคลมีปัญหาในการมีบุตรหรือไม่ หรือการใช้เทคโนโลยีช่วยอนามัยเจริญพันธุ์โดยได้รับความยินยอมด้วยวาจาจากบุคคลที่เกี่ยวข้อง แทนที่จะทำเป็นหนังสือให้ความยินยอมตามที่กฎหมายกำหนด

กฎหมายอีกฉบับหนึ่งซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงแนวทางการกำหนดโทษอาญาและโทษทางปกครองได้เป็นอย่างดี คือ รัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๖๗/๙๘ ลงวันที่ ๒๗ ตุลาคม ค.ศ.๑๙๙๘ ว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล[๑๕๓] โดยกรณีการกระทำผิดที่มีลักษณะร้ายแรง ได้กำหนดให้เป็นความผิดอาญาที่มีโทษจำคุกหรือโทษปรับอาญา ได้แก่ กรณีกระทำหรือละเว้นกระทำโดยจงใจ เช่น ไม่แจ้งคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลก่อนประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลด้วยวิธีการอัตโนมัติหรือไม่ขออนุญาตคณะกรรมการฯ ก่อนประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ละเอียดอ่อน กรณีฝ่าฝืนกระทำความผิดแม้จะได้รับการแจ้งเตือนแล้ว เช่น เปิดเผยให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลที่กระทำผิดกฎหมายเข้าถึงเครือข่ายข้อมูลส่วนบุคคลแม้จะได้รับการแจ้งเตือนจากคณะกรรมการฯ แล้ว กรณีการกระทำที่ก่อความเสียหายโดยตรงต่อบุคคล เช่น ลบ ทำลาย ทำให้เสียหาย หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของข้อมูลก่อน ส่วนการละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติและไม่ก่อความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลโดยตรงจะกำหนดให้เป็นความผิดทางปกครองที่มีโทษปรับทางปกครอง เช่น การที่ผู้ควบคุมข้อมูลซึ่งมิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในโปรตุเกสไม่ได้แต่งตั้งผู้แทนผู้ควบคุมข้อมูล หรือการเก็บรักษาข้อมูลเพื่อประโยชน์ทางประวัติศาสตร์ สถิติ หรือวิทยาศาสตร์เกินระยะเวลาที่จำเป็นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

ทั้งนี้ ในบางกรณีการกระทำผิดที่มีโทษทางปกครองและโทษอาญาอาจเป็นการกระทำลักษณะเดียวกัน เพียงแต่มีระดับความร้ายแรงแตกต่างกันเท่านั้น เช่น ความผิดฐานขับขี่ยานพาหนะในขณะมึนเมาตามประมวลกฎหมายจราจรทางบก (Código de Estrada) ผู้ตรากฎหมายจะใช้ปริมาณแอลกอฮอล์ในกระแสเลือดของผู้ขับขี่เป็นเกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษ กล่าวคือ กรณีที่มีปริมาณแอลกอฮอล์ระหว่าง ๕๐ ถึง ๘๐ มิลลิกรัมเปอร์เซ็นต์ เป็นความผิดทางปกครองร้ายแรง (contra-ordenação grave) ระหว่าง ๘๐ ถึง ๑๒๐ มิลลิกรัมเปอร์เซ็นต์ เป็นความผิดทางปกครองร้ายแรงมาก (contra-ordenação muito grave) และระดับแอลกอฮอล์เกิน ๑๒๐ มิลลิกรัมเปอร์เซ็นต์เป็นความผิดอาญา (crime)

---

[๑๕๒] Lei nº 32/2006 de 26 de Julho 2006 Procriação medicamente assistida.

[๑๕๓] Lei nº 67/98 de 26 de Outobro 1998 Proteção dos dados pessoais.

**(๒) ออสเตรีย**

ระบบกฎหมายออสเตรียได้ยอมรับอำนาจลงโทษของฝ่ายปกครองมาช้านาน โดยมีการตรารัฐบัญญัติว่าด้วยการลงโทษทางปกครอง (Verwaltungsstrafgesetz - VStG) ขึ้นใช้บังคับนับตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๒๕ ซึ่งถือเป็นกฎหมายฉบับแรกเกี่ยวกับเรื่องนี้ที่ตราขึ้นในทวีปยุโรป ทั้งนี้ การแบ่งแยกการกระทำผิดทางปกครอง (administrative offences) และการกระทำผิดอาญา (criminal offences) จะใช้**เกณฑ์ว่าด้วยระดับความร้ายแรงของการกระทำผิด**เป็นสำคัญ โดยพิจารณาจาก**ระดับภยันตรายของการกระทำผิด** (degree of "dangerousness") **ความสำคัญของคุณค่าที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง** (kind of the protected legal interest) และ**ระดับความผิดของการกระทำ** (degree of culpability) ประกอบกัน โดยการกระทำที่กำหนดให้มีโทษอาญาส่วนใหญ่มักจะเป็นการกระทำที่ก่อภยันตรายขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมแล้ว มิใช่การกระทำที่มีความเสี่ยงที่จะก่อภยันตราย (abstract danger) ตัวอย่างเช่น กฎหมายว่าด้วยการจราจรทางบกได้บัญญัติให้การฝ่าฝืนกฎจราจรและเกิดอุบัติเหตุทำให้มีผู้ได้รับบาดเจ็บเป็นความผิดที่มีโทษอาญา ขณะที่การฝ่าฝืนกฎจราจรในกรณีอื่น ๆ กำหนดให้เป็นความผิดที่มีโทษทางปกครอง นอกจากนี้ การกำหนดโทษยังพิจารณาจาก**ระดับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คุณค่าที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง** เช่น กฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรที่ใช้จำนวนเงินภาษีอากรที่ผู้กระทำผิดหลบเลี่ยงไม่ชำระแก่ทางราชการเป็นเกณฑ์ในการกำหนดโทษว่าสมควรมีโทษอาญาหรือโทษทางปกครอง

การกระทำผิดที่มีโทษทางปกครองมักจะเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำหรือความบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย[๑๕๔] ซึ่งโดยส่วนใหญ่เป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองใช้ควบคุมกำกับกิจการต่าง ๆ หรือการรักษาความสงบเรียบร้อยในเรื่องต่าง ๆ เช่น กฎระเบียบเกี่ยวกับการจราจร โดยเป็นการกระทำผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง แต่กรณีการกระทำผิดที่มีลักษณะร้ายแรงหรือเป็นการกระทำผิดเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย เพศ ทรัพย์ หรือเสรีภาพส่วนบุคคล หรือเป็นการกระทำผิดต่อเจ้าพนักงานหรือต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ กฎหมายจะกำหนดให้เป็นการกระทำผิดอาญา[๑๕๕]

**(๓) ฮังการี**

ระบบกฎหมายฮังการีมีหลักในการกำหนดโทษโดยให้พิจารณาจาก**ระดับความร้ายแรงของการกระทำผิด**เช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น[๑๕๖] การกระทำผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินจะใช้มูลค่าของทรัพย์สินหรือมูลค่าความเสียหายเป็นเกณฑ์ในการกำหนดโทษ หากมูลค่าทรัพย์สินหรือมูลค่าความเสียหายมีจำนวนมากกว่า ๒,๐๐๐ ฟลอรินท์ หรือประมาณ ๔๐ เหรียญสหรัฐ ก็จะกำหนดให้มีโทษอาญา แต่ถ้าน้อยกว่านั้นก็จะกำหนดให้มีโทษทางปกครอง หรือกรณีการขับขี่ยานพาหนะในขณะมึนเมา ก็จะใช้ปริมาณแอลกอฮอล์ในกระแสเลือดของผู้ขับขี่เป็นเกณฑ์ในการกำหนดโทษในทำนองเดียวกันกับในโปรตุเกส เช่น ถ้าสูงกว่า ๘๐ มิลลิกรัมเปอร์เซ็นต์ ก็จะกำหนดให้มีโทษอาญา แต่ถ้าต่ำกว่านั้นก็จะกำหนดให้มีโทษทางปกครอง หรือกรณีการขับรถโดยไม่ปฏิบัติตาม

---

[๑๕๔] MIKLAU (R.), *"Austria : The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law"*, R.I.D.P., vol.59, 1988, p. 114.

[๑๕๕] เรื่องเดียวกัน, p. 109.

[๑๕๖] BEKES (I.), BITTO (M.), *"Hongrie : Les problèmes posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif pénal"*, R.I.D.P., vol.59, 1988, p. 238.

กฎจราจรเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บ ก็จะพิจารณาว่าเป็นการบาดเจ็บร้ายแรงหรือไม่ หากบาดเจ็บสาหัสจะกำหนดให้มีโทษอาญา แต่ถ้าบาดเจ็บเล็กน้อยก็กำหนดให้มีโทษทางปกครอง

ทั้งนี้ น่าสังเกตว่าประเทศอื่น ๆ ในแถบยุโรปตะวันออกก็มีแนวคิดในการกำหนดโทษในทำนองเดียวกันกับฮังการี โดยระบบกฎหมายของ**อดีตยูโกสลาเวีย**[๑๕๗] ได้ใช้**เกณฑ์ว่าด้วยระดับความร้ายแรงของการกระทำผิด**ในการแบ่งแยกการกระทำผิดทางปกครอง (administrative infractions) และการกระทำผิดอาญา (penal offences) โดยการกระทำผิดทางปกครองเป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ว่าด้วยความสงบเรียบร้อย (infraction of public order) ขณะที่การกระทำผิดอาญาเป็นพฤติกรรมที่ก่อภยันตรายต่อสังคม (a socially dangerous conduct)[๑๕๘] กล่าวอีกนัยหนึ่ง การกำหนดโทษจะใช้**เกณฑ์ว่าด้วยภยันตรายต่อสังคม** (social dangerousness) โดยพิจารณาระดับความสำคัญของคุณค่าทางสังคมที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง (social values protected by law) และระดับความเสียหายที่เกิดแก่คุณค่านั้นประกอบกัน ดังนี้ การกระทำที่คุกคามต่อคุณค่าอันสำคัญยิ่งของสังคม (most important social values) และได้ก่อความเสียหายขึ้นแล้วสมควรกำหนดให้มีโทษอาญา ขณะที่การกระทำที่มีเพียงผลกระทบต่อระเบียบของสังคมหรือกฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันของพลเมือง (social or citizen's discipline) โดยมีเพียงความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย สมควรกำหนดให้มีโทษทางปกครอง[๑๕๙] ซึ่งจะสังเกตได้ว่า หลักดังกล่าวที่ใช้เกณฑ์ย่อยสองประการประกอบกันมีความคล้ายคลึงกับการใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในหนังสือเวียนของรัฐบาลอิตาลี

**(๔) เนเธอร์แลนด์**

ระบบกฎหมายเนเธอร์แลนด์มีแนวคิดว่าโทษทางปกครองเป็นมาตรการทางเลือกหนึ่งที่อาจนำมาใช้แทนโทษอาญา เนื่องจากมีประสิทธิภาพมากกว่าการลงโทษอาญาซึ่งมีกระบวนพิจารณาที่ใช้เวลานานและมีค่าใช้จ่ายมาก ในปี ค.ศ. ๑๙๙๐ ได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยมาตรการคุ้มครองทางกฎหมายปกครองในเรื่องความผิดเกี่ยวกับการจราจร โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งปรับผู้กระทำความผิดไม่ร้ายแรงได้เอง[๑๖๐] และต่อมาผู้ตรากฎหมายได้นำโทษทางปกครองไปใช้กับการกระทำผิดในเรื่องอื่น ๆ โดยเฉพาะการกระทำผิดทางเศรษฐกิจ ไม่ว่า ในเรื่องแข่งขันทางการค้า โทรคมนาคม สื่อสารมวลชน การคุ้มครองแรงงาน สวัสดิการสังคม การเงิน การธนาคาร หรือภาษีอากร ซึ่งต่างมีบทกำหนดโทษปรับทางปกครองด้วยกันทั้งสิ้น[๑๖๑]

---

[๑๕๗] ปัจจุบันได้แยกออกเป็นรัฐเอกราช ได้แก่ สโลวีเนีย บอสเนีย โครเอเชีย มาเซโดเนีย เซอร์เบีย มอนเตเนโกร และโคโซโว

[๑๕๘] SELIH (A.), *"Yougoslavia : The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law"*, R.I.D.P., vol.59, 1988, p. 458.

[๑๕๙] เรื่องเดียวกัน, p. 468.

[๑๖๐] DE WAARD (B.W.N.) et DE MOOR VAN VUGT (A.J.C.), *"Les changements récents dans le droit administratif néerlandais"*, in MARCOU (G.) (sous la direction de), **Les mutations du droit de l'administration en Europe - Pluralisme et convergence**, (Paris : L'Harmattan, 1995), pp. 237 et 238.

[๑๖๑] JANSEN (O.J.D.M.L.), *"La loi néerlandaise sur les infractions économiques et le développement d'un système des sanctions administratives"*,
http://wiarda.library.uu.nl/publish/articles/000023/article.htm

เมื่อมีการกำหนดโทษปรับทางปกครองในกฎหมายฉบับต่าง ๆ มากขึ้นเรื่อย ๆ ประกอบกับบทบัญญัติกฎหมายในแต่ละเรื่องได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาลงโทษไว้แตกต่างกัน รัฐบาลเนเธอร์แลนด์จึงตระหนักถึงความจำเป็นในการกำหนด "หลักเกณฑ์กลาง" ในการลงโทษปรับทางปกครอง ในปี ค.ศ. ๒๐๐๙ จึงมีการตรากฎหมาย[๑๖๒] เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติกฎหมายปกครองทั่วไป (Algemene wet bestuurecht – Awb) โดยเพิ่มหมวด ๕.๔ ว่าด้วย "ค่าปรับทางปกครอง" (bestuurlijke boete ; administrative fines) มาตรา ๕ : ๔๐ ถึงมาตรา ๕ : ๕๔[๑๖๓]

สำหรับเกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญานั้น ในปี ค.ศ. ๑๙๙๖ รัฐบาลได้ตั้งคณะกรรมการพิจารณามาตรการคุ้มครองในทางกฎหมายปกครองและมาตรการคุ้มครองในทางกฎหมายแพ่งขึ้นศึกษาเกณฑ์ในการกำหนดโทษที่เหมาะสม โดยในปี ค.ศ. ๒๐๐๑ รัฐบาลได้พิจารณารายงานการศึกษาที่คณะกรรมการฯ เสนอแล้ว ได้ให้ข้อสังเกตในเบื้องต้นว่า *"โทษปรับทางปกครองมิใช่ยาครอบจักรวาลสำหรับปัญหาในทุกเรื่อง แต่ในบางเรื่องโทษปรับทางปกครองอาจเป็นประโยชน์และเป็นมาตรการเสริมสำหรับเรื่องซึ่งมิใช่แก่นสาระของกฎหมายอาญา เพราะโทษปรับทางปกครองอาจช่วยเสริมเติมเต็มมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่แล้วได้ แต่ทั้งนี้ มาตรการในทางอาญาและมาตรการในทางปกครองที่ลงโทษการฝ่าฝืนกฎหมายในเรื่องหนึ่งจะต้องมีความเชื่อมโยงกันด้วย"* ทั้งนี้ *"ในเรื่องที่มีลักษณะเฉพาะหรือกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะยิ่งสมควรใช้โทษปรับทางปกครอง ซึ่งน่าจะช่วยให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายโดยเคร่งครัดยิ่งขึ้น..."*

ในการนี้รัฐบาลเนเธอร์แลนด์ได้เสนอแนะเกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษปรับทางปกครองไว้ ดังนี้

๑. โทษปรับทางปกครองสมควรนำมาใช้เฉพาะในกรณีของการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับคุณค่าอันสำคัญยิ่ง

๒. กฎเกณฑ์นั้นจะต้องมีการกำหนดไว้อย่างแน่นอนชัดเจน เพื่อให้กระบวนการลงโทษเป็นไปโดยเรียบง่ายและมีประสิทธิภาพ หรือหากกรณีใดไม่อาจกำหนดกฎเกณฑ์ไว้แน่นอนชัดเจนได้ ก็สมควรยอมรับให้มีการใช้โทษปรับทางปกครองได้เฉพาะในกรณีที่องค์กรซึ่งมีความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษเป็นผู้ใช้อำนาจลงโทษเท่านั้น

จากเกณฑ์ข้างต้นรัฐบาลจึงเห็นว่า ชอบที่จะนำโทษปรับทางปกครองมาใช้กับกฎเกณฑ์ในบางเรื่อง โดยเฉพาะกฎเกณฑ์ที่อยู่นอกเหนือ "แก่นสาระของกฎหมายอาญา" เช่น

- กฎเกณฑ์ลำดับรองที่มีขึ้นเพื่อประโยชน์ในการควบคุมกำกับกิจการต่าง ๆ โดยฝ่ายปกครอง

- กฎเกณฑ์ที่กำหนดหน้าที่ของบุคคลในการชำระเงินหรือหน้าที่ในทางปกครองซึ่งไม่มีเหตุผลความจำเป็นต้องกำหนดให้การฝ่าฝืนมีโทษอาญาเพื่อให้การลงโทษการกระทำผิดมีประสิทธิภาพ

- กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการควบคุมกำกับกิจการทางเศรษฐกิจ

---

[๑๖๒] Wet van 25 juni 2009, Stb. 264 (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht)

[๑๖๓] สำหรับหลักเกณฑ์การลงโทษปรับทางปกครอง โปรดดู VAN BUUREN (P.J.J.), *"Les sanctions administratives aux Pays-Bas"*, in **Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas – Analyse comparée**, 2011, pp. 59-63.

นอกจากนี้ กรณีของความผิดเกี่ยวกับ "การก่อเหตุเดือดร้อนรำคาญเล็กน้อยต่อความปลอดภัยในท้องถิ่น" รัฐบาลก็เห็นว่า อาจกำหนดให้เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้ผู้ฝ่าฝืนข้อบัญญัติท้องถิ่นชำระค่าปรับทางปกครองได้เช่นกัน

ทั้งนี้ น่าสังเกตว่าฝ่ายตำรามีความเห็นเกี่ยวกับแนวทางการกำหนดโทษในทำนองเดียวกับรัฐบาลเนเธอร์แลนด์ โดยศาสตราจารย์ Rob Widdershoven แห่งมหาวิทยาลัย Utrecht ได้ให้ทัศนะว่าสมควรนำโทษทางปกครองมาใช้แทนโทษอาญาในเรื่องดังต่อไปนี้[๑๖๔]

๑. เรื่องเกี่ยวกับการจัดระเบียบภายในองค์กรซึ่งไม่มีผลกระทบต่อระบบกฎหมายโดยรวม และเป็นความผิดที่ไม่จำต้องกำหนดให้มีโทษจำคุก

๒. เรื่องที่มีการกระทำผิดจำนวนมากและเป็นการกระทำผิดไม่ร้ายแรง ฝ่ายปกครองย่อมมีความพร้อมที่จะลงโทษผู้กระทำผิดได้รวดเร็วกว่าศาลซึ่งมีภาระในการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นจำนวนมาก

๓. เรื่องที่มีลักษณะเทคนิค เช่น การแข่งขันทางการค้าหรือกิจการโทรคมนาคม เพราะองค์กรควบคุมกำกับทางปกครองที่มีความอิสระและมีความเชี่ยวชาญในเรื่องดังกล่าวย่อมมีความรู้ความสามารถที่จะพิจารณาลงโทษผู้กระทำผิดได้เหมาะสมมากกว่าศาลซึ่งมีความรู้ทั่วไปทางกฎหมายเท่านั้น

**๔. แนวทางการกำหนดโทษทางปกครองในระบบกฎหมายไทย**

**๔.๑ ปัญหากฎหมายอาญาเฟ้อและข้อเสนอให้ใช้ "มาตรการทางปกครอง" แทนโทษอาญา**

แม้ว่าประเทศไทยจะไม่มีนโยบายลด-เลิกโทษอาญาที่ชัดเจนเช่นเดียวกับประเทศในภาคพื้นยุโรป แต่หน่วยงานของรัฐและแวดวงวิชาการต่างตระหนักถึงปัญหาการมีโทษอาญามากเกินความจำเป็น โดยปัจจุบันมีกฎหมายที่กำหนดโทษอาญาเป็นจำนวนมาก ทั้งที่การกระทำผิดในบางเรื่องควรใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา ซึ่งปัญหา "กฎหมายอาญาเฟ้อ" ได้ก่อภาระแก่ศาลยุติธรรมที่ต้องพิจารณาอรรถคดีจำนวนมาก อันเป็นเหตุให้การพิจารณาพิพากษาคดีมีความล่าช้าและทำให้การลงโทษผู้กระทำผิดไม่มีประสิทธิภาพ ด้วยเหตุนี้ จึงมีข้อเสนอจากหลายภาคส่วนให้ปรับเปลี่ยนนโยบายอาญาของรัฐเสียใหม่ โดยนำมาตรการอื่น ๆ มาใช้แทนโทษอาญาสำหรับการกระทำผิดบางประเภท[๑๖๕] โดยในบางเรื่อง สมควรใช้ **"มาตรการทางปกครอง"** ไม่ว่าจะเป็นโทษทางปกครองหรือมาตรการบังคับทางปกครองแทนโทษอาญา

ในส่วนของ**มาตรการบังคับทางปกครอง** คณะรัฐมนตรีเคยมีมติในคราวประชุมเมื่อวันที่ ๑๕ มิถุนายน ๒๕๔๗ สรุปได้ว่า โดยที่ร่างพระราชบัญญัติบางฉบับที่เสนอต่อคณะรัฐมนตรีเป็นร่างกฎหมายที่กำหนดให้ผู้ฝ่าฝืนมีความผิดอาญา ซึ่งกรณีที่เป็น**ความผิดเล็กน้อย**

---

[๑๖๔] WIDDERSHOVEN (R.), *"Encroachment of criminal law in administrative law in the Netherlands"*, vol. 6.4 Electronic Journal of Comparative Law (December 2002) http://www.ejcl.org/64/art64-25.html

[๑๖๕] อรรถชัย วงศ์อุดมมงคล, **การใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดบางประเภท**, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๔๙) และสำหรับบทวิเคราะห์ปัญหากฎหมายอาญาเฟ้อในแง่มุมทางเศรษฐศาสตร์ รวมทั้งข้อเสนอให้ใช้มาตรการอื่น โดยเฉพาะมาตรการทางแพ่งแทนโทษอาญาสำหรับความผิดในบางเรื่อง โปรดดู สมเกียรติ ตั้งกิจวาณิชย์ และคณะ, **รายงานฉบับสมบูรณ์ตามโครงการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์**, ๒๕๕๒

**และมีโทษปรับ** หากจะต้องดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำผิดก็อาจยุ่งยากและไม่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคม โดยกรณีที่ผู้ฝ่าฝืนไม่ยินยอมให้เปรียบเทียบปรับ ก็จะต้องมีการควบคุมตัว จัดทำประวัติและลายพิมพ์นิ้วมือ การกักขังแทนโทษปรับ ทั้งทำให้คดีอาญาที่มีอัตราโทษเพียงเล็กน้อยขึ้นสู่ศาลโดยไม่จำเป็น จึงสมควรที่กระทรวง หน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้อง และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะได้พิจารณานำบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ส่วนที่ ๘ การบังคับทางปกครอง มาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ และมาตรา ๖๑ ประกอบกับกฎกระทรวง ฉบับที่ ๙ (พ.ศ. ๒๕๔๒) และฉบับที่ ๑๐ (พ.ศ. ๒๕๔๒) มาใช้บังคับหรือปรับปรุงกฎหมายให้สามารถนำมาตรการดังกล่าวมาใช้บังคับให้มากยิ่งขึ้น[๑๖๖] ซึ่งน่าสังเกตว่า โดยที่มาตรการบังคับทางปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น การกระทำผิดที่จะนำมาตรการบังคับทางปกครองมาใช้ได้จึงต้องเป็นการกระทำผิดที่มีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ หรือหากเป็นกรณีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่บทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้ ผู้ตรากฎหมายก็ต้องบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองที่จะใช้เป็นฐานในการบังคับเสียก่อน จึงจะใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ โดยมีคำสั่งให้ปฏิบัติให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่กำหนด หากผู้รับคำสั่งฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งและเจ้าหน้าที่ได้มีคำเตือนแล้ว เจ้าหน้าที่จึงจะเข้าดำเนินการแทน หรือกำหนดให้ชำระค่าปรับทางปกครอง (ค่าปรับบังคับการ) ได้

ในทำนองเดียวกัน สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติได้ตระหนักถึงปัญหาการใช้โทษอาญามากเกินความจำเป็น ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ จึงจัดให้มีการศึกษาเพื่อวางแนวทางการกำหนดโทษอาญาที่เหมาะสมและมีข้อเสนอแนะต่อนายกรัฐมนตรี[๑๖๗] โดยเห็นว่าอาจนำมาตรการทางปกครองมาใช้**แทน**หรือใช้**เสริม**โทษอาญาได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(๑) **ความผิดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๓๕** ควรมีการปรับปรุงโทษปรับอาญาให้สัมพันธ์กับความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมและผลประโยชน์เชิงเศรษฐกิจที่ผู้กระทำผิดได้รับ และควรมีการใช้มาตรการทางปกครองที่เหมาะสมให้มากขึ้น[๑๖๘]

(๒) **ความผิดอาญาลหุโทษตามมาตรา ๓๖๗ ถึงมาตรา ๓๙๘ แห่งประมวลกฎหมายอาญา** สมควรยกเลิกโทษอาญาในบทบัญญัติดังกล่าว และนำมาตรการทางปกครอง มาตรการทางบริหาร หรือมาตรการทำงานบริการสังคม มาใช้แทนโทษอาญา เช่น ให้เจ้าพนักงานมีอำนาจออกคำสั่งให้กระทำการ ระงับการกระทำการ หรือแก้ไขเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการกระทำผิด ซึ่งการนำมาตรการทางปกครองมาใช้จะทำให้เกิดประสิทธิผลในการบังคับใช้กฎหมาย

---

[๑๖๖] สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้แจ้งเวียนมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวให้ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องทราบและถือปฏิบัติ เช่น หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร ๐๕๐๓/ว ๑๓๔ ลงวันที่ ๒๘ มิถุนายน ๒๕๔๗ ถึงสำนักงานอัยการสูงสุด

[๑๖๗] หนังสือสำนักงานสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ที่ สศ ๐๐๐๑/๑๑๙ ลงวันที่ ๒๘ มกราคม ๒๕๔๘ ถึงนายกรัฐมนตรี

[๑๖๘] สำหรับข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการบังคับที่เหมาะสมในด้านกฎหมายสิ่งแวดล้อมในภาพรวม โปรดดู สมศักดิ์ เธียรจรูญกุล, *"ความสับสนของมาตรการบังคับตามกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมไทย"*, **วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมาธิราช** ปีที่ ๑๐ ฉบับที่ ๒ (ธันวาคม ๒๕๔๑), หน้า ๔๔-๕๔.

มากกว่าโทษอาญา แต่ทั้งนี้ จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่มีความใกล้เคียงหรือซ้ำซ้อนกับความผิดลหุโทษดังกล่าวให้สอดคล้องกันด้วย

(๓) สมควรนำมาตรการบังคับทางปกครองมาใช้สำหรับความผิดบางประเภท เช่น **ความผิดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมหรือความผิดตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒** เนื่องจากการกำหนดเพียงโทษอาญาไว้ ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชนให้สัมฤทธิ์ผลได้จริง แต่มาตรการทางปกครองบางประการอาจช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้มากกว่า เช่น ให้บุคคลภายนอกกระทำการแทน ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้กำลังทางกายภาพเข้าปฏิบัติการเอง หรือออกคำสั่งทางปกครองให้ปฏิบัติให้ถูกต้อง แต่ทั้งนี้ จะต้องเพิ่มประสิทธิภาพของเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายในการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองด้วย

มีข้อควรสังเกตว่า ข้อเสนอแนะของสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติข้างต้นใช้ทั้งคำว่า *"มาตรการทางปกครอง"* และ *"มาตรการบังคับทางปกครอง"* ปะปนกัน ซึ่งหากพิจารณาโดยตลอดแล้ว จะเห็นได้ว่า *"มาตรการทางปกครอง"* ที่กล่าวถึงนั้น หมายถึง การให้อำนาจเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งให้แก้ไขปรับปรุงหรือปฏิบัติให้ถูกต้อง ซึ่งหากไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่ง ก็จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งต่อไป กรณีจึงเป็นข้อเสนอแนะให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ไม่ใช่กำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดซึ่งมีโทษทางปกครอง

สำหรับข้อเสนอแนะที่ให้นำ *"มาตรการทางปกครอง"* (ซึ่งหมายถึงมาตรการบังคับทางปกครอง) มาใช้กับการกระทำที่เป็น**ความผิดอาญาลหุโทษ**นั้น มีความเห็นทางวิชาการที่เห็นพ้องด้วยกับแนวทางดังกล่าว โดยมีผู้เสนอแนะให้มีการยกเลิกความผิดอาญาลหุโทษในบางฐานความผิดและใช้ *"มาตรการปรับทางปกครอง"* ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แทน[๑๖๙] นอกจากนี้ ยังมีความเห็นทางวิชาการที่เสนอให้นำ **"โทษทางปกครอง"** มาใช้แทนโทษอาญาสำหรับความผิดอาญาลหุโทษ โดยมีความเห็นว่า ความผิดอาญาลหุโทษบางฐานความผิดไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาโดยแท้ เพราะมิใช่การกระทำที่มีความรุนแรง ผู้กระทำผิดมีจิตใจชั่วร้าย หรือมีลักษณะเป็นอาชญากรรม แต่เป็นการฝ่าฝืนระเบียบข้อห้ามในการอยู่ร่วมกันในสังคมโดยไม่ก่อความเสียหายแก่บุคคลโดยตรง อันเป็นความผิดที่มีเนื้อหาในทางปกครอง คือ ปกป้องสาธารณประโยชน์และรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม จึงสมควรปรับเปลี่ยนเป็น *"ความผิดที่ฝ่าฝืนต่อกฎระเบียบ"* หรือ *"ความผิดทางปกครอง"* ที่มี *"โทษปรับทางปกครอง"* ตามแนวทางของระบบกฎหมายเยอรมัน[๑๗๐] ได้แก่ ความผิดฐานไม่ยอมบอกชื่อที่อยู่ต่อเจ้าพนักงานหรือแกล้งบอกเท็จ (มาตรา ๓๖๗) ความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน (มาตรา ๓๖๘) ความผิดฐานทำให้ประกาศโฆษณาของทางราชการเสียหาย (มาตรา ๓๖๙) ความผิดฐานทะเลาะกันอย่างอื้ออึงในที่สาธารณะ (มาตรา ๓๗๒) ความผิดฐานทำให้รางระบายน้ำสาธารณะขัดข้อง (มาตรา ๓๗๕) ความผิดฐานทำให้เกิดสิ่งปฏิกูลแก่บ่อน้ำสาธารณะ (มาตรา ๓๘๐) ความผิดฐานกระทำทารุณกรรมต่อสัตว์ (มาตรา ๓๘๑) ความผิดฐานใช้สัตว์ทำงานจนเกินสมควร (มาตรา ๓๘๒) ความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลโดยเปลือยกายหรือกระทำลามก (มาตรา ๓๘๘) และความผิดฐานทิ้งซากสัตว์ในหรือริมทางสาธารณะ (มาตรา ๓๙๖) อย่างไรก็ดี มีความเห็นทางวิชาการในทางกลับกัน

---

[๑๖๙] สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อ้างแล้วใน (๓๔), หน้า ๒๘๙-๒๙๐.

[๑๗๐] เกษมาวดี ศุภภิญโญพงศ์, **การปรับเปลี่ยนความผิดลหุโทษที่ไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาโดยแท้เป็นความผิดต่อกฎระเบียบของสังคม : ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษในประมวลกฎหมายอาญา**, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ ๒๕๕๓)

ที่เสนอให้นำความผิดอาญาลหุโทษในบางฐานความผิดไปบัญญัติเป็น**ความผิดอาญาทั่วไป**รวมทั้งปรับปรุงอัตราโทษให้รุนแรงขึ้น โดยเห็นว่า การกระทำบางอย่างที่กำหนดเป็นความผิดอาญาลหุโทษมิใช่ความผิดแบบ *Mala prohibita* ที่มีความมุ่งหมายในทางปกครองเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม แต่เป็นการกระทำที่มีข้อตำหนิในทางศีลธรรมอย่างรุนแรง มีความก้าวร้าว ส่งผลกระทบต่อบุคคลอื่นหรือสังคมส่วนรวมมาก และคุณธรรมทางกฎหมายที่ถูกละเมิดก็เป็นเรื่องส่วนตัวไม่เกี่ยวกับประโยชน์ของรัฐ ทั้งผู้กระทำผิดยังกระทำผิดด้วยจิตใจที่ชั่วร้ายเช่นเดียวกับการกระทำที่กำหนดเป็นความผิดอาญาทั่วไป[๑๗๑] โดยความผิดลหุโทษที่เห็นควรนำไปบัญญัติเป็นความผิดอาญาทั่วไปมีอยู่หลายกรณี ซึ่งรวมถึงความผิดที่มีผู้เสนอให้ปรับเปลี่ยนเป็น **"ความผิดทางปกครอง"** ด้วย เช่น ความผิดฐานไม่ยอมบอกชื่อที่อยู่ต่อเจ้าพนักงานหรือแกล้งบอกเท็จ (มาตรา ๓๖๗) ความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน (มาตรา ๓๖๘) ที่เห็นควรนำมาบัญญัติไว้ในหมวดความผิดต่อเจ้าพนักงาน หรือความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลโดยเปลือยกายหรือกระทำลามก (มาตรา ๓๘๘) ก็เห็นควรนำมาบัญญัติเป็นความผิดอาญาทั่วไปและมีโทษรุนแรงยิ่งขึ้น เพราะส่งผลกระทบต่อวัฒนธรรมอันดีของชาติ กรณีจึงเห็นได้ว่าความผิดอาญาลหุโทษในบางฐานความผิดเป็นเรื่องที่มีปัญหาทาง**นโยบายอาญา** โดยมีความเห็นทางวิชาการไม่ลงรอยกันว่าสมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา (ทั่วไป) หรือปรับเปลี่ยนเป็นความผิดทางปกครองที่มีโทษทางปกครอง โดยนัยนี้ การมีเกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษที่ชัดเจนและเป็นระบบจึงเป็นสิ่งสำคัญและจำเป็น เพราะจะช่วยให้ผู้ตรากฎหมายสามารถ "ตัดสินใจ" กำหนดความผิดและโทษให้เหมาะสมยิ่งขึ้นได้

**๔.๒ เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษของฝ่ายตำรา องค์กรทางกฎหมาย และผู้ตรากฎหมาย**

บรรดานักวิชาการที่สนใจศึกษาเกี่ยวกับนโยบายอาญาของรัฐได้พยายามค้นหาเกณฑ์พิจารณาในการกำหนดความผิดอาญาและการนำมาตรการอื่น โดยเฉพาะโทษทางปกครองมาใช้แทนโทษอาญา

รองศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญ ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายอาญา ได้เสนอเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาไว้โดยพิจารณาเป็นสามขั้นตอนดังนี้[๑๗๒]

**ขั้นที่ ๑** แยกพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็น**ความผิดในตัวเอง (*Mala in se*)** เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ทำร้ายร่างกาย ข่มขืน ออกจากพฤติกรรมที่เป็นความผิดทั้งหมดก่อน เพราะความผิดที่ร้ายแรงเช่นนี้ถือเป็นความผิดอาญาที่สอดคล้องกับการบัญญัติความผิดแล้ว

**ขั้นที่ ๒** แยกพฤติกรรมที่เป็น**ความผิดซึ่งบัญญัติขึ้นตามนโยบายของรัฐ** ที่ต้องการควบคุมความประพฤติของคนมิให้ฝ่าฝืนระเบียบ แบบแผน คำสั่งทางปกครอง ออกจากพฤติกรรมการกระทำผิดอาญาที่เหลือเนื่องจากเป็นความผิดที่มิได้เกิดจากพื้นฐานการมีจิตใจชั่วร้าย

---

[๑๗๑] วิภาพร เนติจิรโชติ, **การบัญญัติความผิดอาญาลหุโทษให้เป็นความผิดทั่วไป ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา**, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ ๒๕๔๘)

[๑๗๒] ณรงค์ ใจหาญ, *"แนววิเคราะห์ในการกำหนดความผิดอาญาที่เหมาะสมในประเทศไทย"*, ใน สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, **เอกสารประกอบการสัมมนาเพื่อพัฒนาระบบการบังคับใช้กฎหมาย เรื่อง "การกำหนดความผิดอาญาในกฎหมายไทย : ปัญหาที่ยังไม่ได้รับการแก้ไข"**, วันที่ ๑๕ มีนาคม ๒๕๔๘ ณ โรงแรมสยามซิตี้ กรุงเทพฯ, หน้า ๘๓-๘๖.

หรือน่าตำหนิในตัวเอง แต่ต้องการที่จะใช้สภาพบังคับที่เข้มงวด รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย เช่น การปรับในทางปกครอง

**ขั้นที่ ๓** หากมี**พฤติกรรมอื่นที่มิใช่ทั้งสองกรณีข้างต้น** ก็ต้องใช้หลัก ๖ ประการของศาสตราจารย์ Herbert L. Packer แห่งมหาวิทยาลัย Stanford สหรัฐอเมริกา ที่เสนอแนะเกณฑ์ในการพิจารณาว่าพฤติการณ์ใดควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ดังนี้

๑. การกระทำนั้นเห็นชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมและไม่อาจให้อภัยได้

๒. ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้วจะไม่ขัดกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษ (คือ ทำให้การกระทำผิดลดลง)

๓. ถ้าการกำหนดให้เป็นความผิดอาญาจะไม่มีผลทำให้สังคมลดความเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งไม่ถูกต้อง

๔. หากเป็นความผิดอาญาแล้วจะมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน

๕. การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาต้องมีประสิทธิภาพในการพิสูจน์ความผิดและลงโทษผู้กระทำผิด โดยไม่ก่อภาระแก่การดำเนินกระบวนการจนเกินขอบเขตทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ

๖. ไม่มีทางเลือกอื่นที่เหมาะสมกว่าการลงโทษอาญา

อย่างไรก็ดี รองศาสตราจารย์ ณรงค์ฯ ยอมรับว่าการพิจารณาตามเกณฑ์ข้างต้นมิใช่เรื่องง่าย เพราะต้องคำนึงถึงค่านิยม พื้นฐานทางวัฒนธรรม ความยึดถือของคนในแต่ละสังคม และต้องอาศัยผู้มีความรู้ทั้งในด้านกฎหมาย สังคมวิทยา อาชญวิทยา ผู้ปฏิบัติในกระบวนการยุติธรรม ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายด้านนั้น ๆ รวมทั้งความคิดเห็นของประชาชนทั่วไป ซึ่งการพิจารณาในขั้นตอนสุดท้ายนี้อาจเกิดข้อถกเถียง และได้ผลลัพธ์แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ เนื่องจากมีความแตกต่างในด้านขนบธรรมเนียม สังคม เศรษฐกิจ และสภาพแวดล้อม

เกณฑ์พิจารณาของ รองศาสตราจารย์ ณรงค์ฯ นี้ถือว่า “คลาสสิก” เพราะสองขั้นตอนแรกเป็นการแยก *Mala in se* (โทษอาญา) / *Mala prohibita* (โทษทางปกครอง) ตามแนวคิดดั้งเดิม โดย “คัดกรอง” การกระทำที่เห็นได้ชัดว่าเป็นความผิดประเภทใด (clear-cut cases) ออกไปก่อน ซึ่งหากการกระทำใดมิใช่ทั้ง “แก่นสาระของความผิดอาญา” และ “แก่นสาระของความผิดทางปกครอง” กล่าวคือ เป็นการกระทำที่มีลักษณะก้ำกึ่ง ก็จะใช้หลัก ๖ ประการของศาสตราจารย์ Packer มาตัดสินว่าสมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา หรือสมควรใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา โดยเฉพาะโทษทางปกครอง

องค์อาสน์ เจริญสุข ซึ่งศึกษาวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการแบ่งแยก**ความผิดอาญา** (crime) และ**ความผิดทางปกครอง** (administrative offence) ได้เสนอแนะเกณฑ์พิจารณาในอีกแนวทางหนึ่ง โดยให้แบ่งแยกความผิดทั้งสองประเภทจากเกณฑ์ ๕ ประการประกอบกัน ได้แก่ (๑) **จิตใจของผู้กระทำผิด** : ความผิดอาญาต้องพิจารณาถึงจิตใจของผู้กระทำผิด ในขณะที่ความผิดทางปกครองจะไม่มีการพิจารณาองค์ประกอบในเรื่องจิตใจของผู้กระทำผิด (๒) **ลักษณะและผลของการกระทำผิด** : ความผิดอาญาเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายรุนแรงมากกว่าความผิดทางปกครอง (๓) **คุณธรรมของกฎหมายที่ประสงค์จะคุ้มครองหรือนิติสมบัติ** : ความผิดอาญาควรใช้กับคุณธรรม

ส่วนบุคคล ขณะที่ความผิดทางปกครองคุ้มครองคุณธรรมที่เกิดขึ้นภายหลังมีรัฐแล้ว (๔) **ผู้เสียหายหรือผู้ได้รับผลกระทบในสังคม** : ความผิดอาญาใช้กับการกระทำที่ส่งผลกระทบในสังคมเป็นอันมาก และ (๕) **การใช้โทษอาญาเป็นวิถีทางสุดท้าย**เนื่องจากเป็นมาตรการที่มีสภาพรุนแรงที่สุด[๑๗๓]

เกณฑ์ขององค์อาสน์ฯ มี "ฐานคิด" ไม่ต่างจากเกณฑ์ของรองศาสตราจารย์ ณรงค์ฯ เพราะใช้**ระดับความร้ายแรงของการกระทำผิด**เป็น "เส้นแบ่ง" ระหว่างความผิดอาญาและความผิดทางปกครอง อย่างไรก็ดี ขณะที่รองศาสตราจารย์ ณรงค์ฯ ยังใช้แนวคิดทั่วไปในเรื่อง *Mala in se / Mala prohibita* องค์อาสน์ฯ ได้เสนอแนะแนวทางการพิจารณาที่ละเอียดขึ้นไปอีกขั้นหนึ่ง โดยให้ใช้เกณฑ์ ๔ ประการประกอบกัน ได้แก่ จิตใจของผู้กระทำผิด ลักษณะการกระทำผิด นิติสมบัติที่ถูกล่วงละเมิด และความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งคล้ายคลึงกับหลักความพอสมควรแก่เหตุของรัฐบาลอิตาลีและหลักยุติธรรมของคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส โดยกรณีที่ไม่อาจตัดสินว่าสมควรกำหนดให้เป็นความผิดประเภทใด ก็เสนอให้ใช้**หลักการใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสุดท้าย** อันเป็นการใช้ข้อพิจารณาว่าด้วยประสิทธิภาพในการลงโทษ ทั้งนี้ ในทำนองเดียวกันกับหลักการใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสำรองของรัฐบาลอิตาลีและหลักอรรถประโยชน์ของคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

ในส่วนของ**องค์กรทางกฎหมาย**นั้น **สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา**เคยเสนอแนะแนวทางในการเลือกกำหนดโทษตามกฎหมายไว้ว่า *โทษทางปกครองอาจนำมาใช้กับการฝ่าฝืนกฎหมายซึ่งมิใช่เป็นเจตนาร้ายที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชน*[๑๗๔] ส่วน**คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ**ได้มีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษตามกฎหมายไว้ว่า โทษที่จะกำหนดแก่ผู้กระทำความผิดควรแบ่งเป็นสองประเภท คือ โทษทางปกครองและโทษอาญา โดยโทษทางปกครองควรใช้แก่การกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำที่ไม่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้อื่น ขณะที่โทษอาญาควรใช้แก่การกระทำที่มีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือต่อสังคมเป็นส่วนรวมหรือระบบเศรษฐกิจของประเทศ หรือเมื่อการใช้โทษทางปกครองแก่การกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครองไม่อาจทำให้การบังคับการตามคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ[๑๗๕] ซึ่งน่าสังเกตว่า ข้อเสนอแนะดังกล่าวใช้เกณฑ์ว่าด้วยระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดเช่นเดียวกับข้อเสนอของนักวิชาการโดยมุ่งพิจารณาถึง "สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง" (ชีวิตร่างกายของบุคคล ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ระบบเศรษฐกิจของประเทศ) และความเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดและมีข้อพิจารณาว่าด้วยประสิทธิภาพในการลงโทษโดยเสนอให้ใช้โทษอาญาหากโทษทางปกครองไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ แต่เกณฑ์ที่ดูจะคลุมเครือ คือ การเสนอให้ใช้โทษทางปกครองสำหรับ *"การกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง"* เนื่องจากเกณฑ์ดังกล่าวมิได้มีความสัมพันธ์กับระดับความร้ายแรงของการกระทำผิด เพราะคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ทำขึ้นอาจมุ่งคุ้มครองคุณค่าที่สำคัญยิ่งหรือเป็นเพียงคุณค่าลำดับรองก็ได้ หรือหาก "โทษ

---

[๑๗๓] องค์อาสน์ เจริญสุข, **เกณฑ์การแบ่งแยกความผิดอาญาและความผิดทางปกครอง**, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๕๓), หน้า ๑๐๘-๑๑๐.

[๑๗๔] สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, **คู่มือแบบการร่างกฎหมาย**, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ดอกเบี้ย, ๒๕๕๑), หน้า ๔๘๗.

[๑๗๕] คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ, อ้างแล้วใน (๕๐), หน้า ๒๐.

ทางปกครอง" ที่คณะกรรมการฯ กล่าวถึงนั้นหมายถึง "มาตรการบังคับทางปกครอง" เพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง เช่น ค่าปรับบังคับการ ก็เป็นเรื่องน่าแปลก เพราะโดยปกติมาตรการบังคับทางปกครองและโทษอาญามีวัตถุประสงค์แตกต่างกันและใช้เสริมกันได้ โดยผู้ตรากฎหมายอาจกำหนดให้การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองเป็นความผิดอาญา (หากการกระทำนั้นมีผลกระทบต่อคุณค่าระดับสูงอย่างรุนแรง) และขณะเดียวกันฝ่ายปกครองก็ใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งได้อยู่แล้วโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

สำหรับแนวทางในการกำหนดโทษของ**ผู้ตรากฎหมาย**นั้น หากพิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายฉบับต่าง ๆ ที่กำหนดโทษอาญาและโทษทางปกครองไว้ อาจสรุปได้ว่าผู้ตรากฎหมายใช้**ระดับความร้ายแรงของการกระทำผิด**เป็นเกณฑ์พิจารณาสำคัญในการเลือกกำหนดโทษ โดยพิจารณาถึง**ความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง**ว่าการกระทำนั้นล่วงละเมิดต่อคุณค่าระดับสูงหรือคุณค่าลำดับรอง เช่น กรณีของการกระทำผิดตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ หากเป็นการกระทำที่กระทบต่อ**คุณค่าอันสำคัญยิ่งของสังคม**ก็จะกำหนดให้มีโทษอาญา เช่น การกระทำที่กระทบต่อความมั่นคงของประเทศหรือสวัสดิภาพของเยาวชน เป็นต้นว่า การสร้างภาพยนตร์ที่เป็นการบ่อนทำลาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงและเกียรติภูมิของประเทศหรือฉายภาพยนตร์ที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักร (มาตรา ๗๗) การฉายภาพยนตร์ที่ห้ามผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีดูหรือฉายภาพยนตร์ที่เหมาะสมกับผู้มีอายุตั้งแต่สิบแปดปีขึ้นไปทางโทรทัศน์นอกเวลาที่คณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติกำหนด (มาตรา ๗๘) หรือการที่ผู้ประกอบกิจการโรงภาพยนตร์ยินยอมหรือปล่อยปละละเลยให้ผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีเข้าไปในโรงภาพยนตร์ในระหว่างฉายภาพยนตร์ที่ห้ามผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีดู (มาตรา ๘๐) ส่วนโทษทางปกครองจะใช้กับการกระทำผิดที่มิได้กระทบต่อคุณค่าอันสำคัญยิ่งของสังคมแต่เป็นการฝ่าฝืน**กฎเกณฑ์ในการควบคุมของรัฐ** เช่น การที่ผู้ประกอบกิจการโรงภาพยนตร์ฉายภาพยนตร์ไทยน้อยกว่าสัดส่วนที่คณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติกำหนด (มาตรา ๖๘) หรือการที่ผู้ประกอบกิจการโรงภาพยนตร์ไม่แสดงใบอนุญาต ณ สถานที่ประกอบกิจการ หรือไม่ยื่นขอใบแทนใบอนุญาตที่สูญหายหรือถูกทำลาย หรือไม่แจ้งประเภทของภาพยนตร์ที่นำออกฉายในบริเวณโรงภาพยนตร์ และเมื่อนายทะเบียนสั่งให้ปฏิบัติให้ถูกต้องก็ไม่ปฏิบัติตาม (มาตรา ๖๙) อย่างไรก็ดี หากการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในการควบคุมของรัฐอาจมีผลกระทบต่อคุณค่าอันสำคัญยิ่งของสังคม โดยเฉพาะความมั่นคงและเกียรติภูมิของประเทศ ผู้ตรากฎหมายก็กำหนดให้มีโทษอาญา เช่น การสร้างภาพยนตร์ต่างประเทศในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ (มาตรา ๗๕) หรือการส่งภาพยนตร์ที่สร้างขึ้นในราชอาณาจักรออกไปนอกราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ (มาตรา ๗๘) หรือแม้แต่กรณีการกระทำผิดที่เป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในการควบคุมของรัฐ มิได้กระทบต่อคุณค่าระดับสูงโดยตรง แต่มองว่ามีลักษณะร้ายแรงเป็นพิเศษ ผู้ตรากฎหมายก็เลือกที่จะกำหนดให้มีโทษอาญา เช่น การประกอบกิจการโรงภาพยนตร์หรือประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต (มาตรา ๗๙)

กรณีพระราชบัญญัติจดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. ๒๕๕๐ ผู้ตรากฎหมายก็ใช้หลักเดียวกันโดยกำหนดให้**การกระทำที่กระทบต่อคุณค่าระดับสูง**เป็นความผิดที่มีโทษอาญา เช่น การฝ่าฝืนคำสั่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติที่ห้ามสั่งเข้าหรือนำเข้าเพื่อเผยแพร่ในราชอาณาจักรซึ่งสิ่งพิมพ์

ที่เป็นการหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงอาฆาตมาดร้ายสถาบันพระมหากษัตริย์ หรือจะกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (มาตรา ๒๗) หรือการถือหุ้นแทนบุคคลซึ่งมิได้มีสัญชาติไทยในนิติบุคคลที่เป็นเจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์ (มาตรา ๒๖)[๑๗๖] ส่วนการกระทำที่เป็นเพียง**การฝ่าฝืนหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด**จะบัญญัติให้เป็นความผิดที่มีโทษทางปกครอง เช่น การที่ผู้พิมพ์ ผู้โฆษณา บรรณาธิการ หรือเจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์ไม่แสดงข้อความในหนังสือพิมพ์ตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ไม่แสดงชื่อผู้พิมพ์และที่ตั้งโรงพิมพ์ หรือชื่อของบรรณาธิการหนังสือพิมพ์ (มาตรา ๑๙ และมาตรา ๒๓ (๑)) หรือการที่ผู้พิมพ์หรือผู้โฆษณาสิ่งพิมพ์ที่มิใช่หนังสือพิมพ์มิได้ส่งสิ่งพิมพ์จำนวนสองฉบับให้หอสมุดแห่งชาติภายในสามสิบวันนับแต่วันเผยแพร่ (มาตรา ๑๙ และมาตรา ๒๓ (๑)) อย่างไรก็ดี แม้กรณีของการกระทำที่มิได้กระทบต่อคุณค่าระดับสูงโดยตรง แต่เป็นการกระทำโดยเจตนาและมองว่ามีความร้ายแรงเป็นพิเศษ ผู้ตรากฎหมายก็กำหนดให้เป็นความผิดที่มีโทษอาญา เช่น การออกหนังสือพิมพ์โดยยังไม่ได้รับจดแจ้งจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นผู้พิมพ์ ผู้โฆษณา บรรณาธิการ หรือเจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์ โดยรู้ว่าตนไม่มีคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนด (มาตรา ๒๕)

กฎหมายอีกฉบับหนึ่งซึ่งน่าสนใจ คือ พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. ๒๕๔๗ โดยผู้ตรากฎหมายกำหนดให้**การกระทำที่พิจารณาว่ามีลักษณะร้ายแรง โดยเฉพาะการกระทำโดยเจตนา**เป็นความผิดที่มีโทษอาญา เช่น การประกอบธุรกิจโรงแรมโดยไม่ได้รับอนุญาต (มาตรา ๕๙) การเป็นผู้จัดการโรงแรมโดยไม่มีคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนด (มาตรา ๖๐) การแจ้งรายการเท็จลงในทะเบียนผู้พัก (มาตรา ๖๑) หรือขัดขวางหรือไม่อำนวยความสะดวกให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการเข้าไปในโรงแรมเพื่อตรวจสอบหรือเรียกผู้ประกอบธุรกิจโรงแรม ผู้จัดการหรือเจ้าหน้าที่ของโรงแรมมาให้ถ้อยคำ ชี้แจง หรือส่งเอกสาร (มาตรา ๖๑) ส่วนการกระทำที่เป็น**การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในการควบคุมของรัฐหรือหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ปฏิบัติ** จะกำหนดให้เป็นความผิดที่มีโทษทางปกครอง เช่น การที่ผู้ประกอบธุรกิจโรงแรมเปลี่ยนแปลงประเภทของโรงแรม (มาตรา ๕๐) หรือเปลี่ยนชื่อโรงแรม (มาตรา ๕๑) ไม่ขอยื่นใบแทนใบอนุญาตภายในระยะเวลาที่กำหนดหรือไม่แจ้งเลิกกิจการ (มาตรา ๕๒) ไม่ส่งสำเนาทะเบียนผู้พักให้นายทะเบียน (มาตรา ๕๖) หรือการที่ผู้จัดการโรงแรมไม่บันทึกรายละเอียดเกี่ยวกับผู้พักในทะเบียนผู้พักให้ครบถ้วน (มาตรา ๕๗) อย่างไรก็ดี การกระทำอีกส่วนหนึ่งที่กำหนดให้มีโทษทางปกครองมีปัญหาว่ามีความเหมาะสมแล้วหรือไม่ เช่น การที่ผู้ประกอบธุรกิจโรงแรมหรือผู้จัดการโรงแรมฝ่าฝืนหน้าที่ในการดำเนินการต่าง ๆ ตามที่กำหนดในมาตรา ๓๔ ซึ่งมาตรา ๕๕ กำหนดให้มีโทษทางปกครอง นั้น หากเป็นการไม่จัดให้มีป้ายชื่อโรงแรม ไม่แสดงใบอนุญาต ไม่จัดให้มีเลขที่ประจำห้องพัก หรือเอกสารแสดงอัตราค่าที่พัก ก็พอเข้าใจได้ว่าเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ปฏิบัติและไม่กระทบต่อคุณค่าอันสำคัญยิ่ง แต่กรณีการไม่จัดให้มีแผนผังแสดงการหนีไฟและป้ายทางออกฉุกเฉินนั้น น่าคิดว่าสมควรกำหนดให้มีโทษทางปกครองหรือไม่ หรือสมควรกำหนดให้มีโทษอาญาเพื่อป้องปรามการกระทำผิด เพราะแม้ว่าจะเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ปฏิบัติ และมิได้ก่อความเสียหายแก่คุณค่าใดโดยตรง แต่ก็อาจมีผลกระทบต่อชีวิตของบุคคลซึ่งเป็นคุณค่าอันสำคัญยิ่งได้ ทำนองเดียวกัน การไม่ดูแลและอำนวยความสะดวกให้กับผู้พักในกรณีเกิดอัคคีภัย อุทกภัย หรืออันตรายใด ๆ ในโรงแรม หรือไม่ดูแลมิให้บุคคลหลบซ่อนหรือมั่วสุมในเขตโรงแรมในลักษณะที่จะก่อความไม่สงบในบ้านเมืองหรือกระทำ

---

[๑๗๖] กฎหมายกำหนดให้เจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์ที่เป็นนิติบุคคลต้องมีบุคคลซึ่งมีสัญชาติไทยถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ ๗๐ ของหุ้นทั้งหมด

ความผิดอาญาหรือไม่แจ้งพนักงานเจ้าหน้าที่ในกรณีที่มีการหลบซ่อนหรือมั่วสุมในลักษณะดังกล่าว อันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา ๓๔ (๑๐) และมาตรา ๓๘ ซึ่งมาตรา ๕๖ กำหนดให้มีโทษทางปกครองนั้น ก็น่าคิดว่ามีความเหมาะสมแล้วหรือไม่ เพราะเป็นการกระทำที่อาจมีผลกระทบต่อชีวิตและร่างกายของบุคคลหรือความมั่นคงของประเทศ อันเป็นคุณค่าที่สำคัญยิ่ง นอกจากนี้ การกระทำอีกส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดความเสี่ยงในการก่อภยันตรายแก่บุคคล ก็น่าคิดว่าโทษอาญาจะเหมาะสมกว่าโทษทางปกครองหรือไม่ เช่น การไม่แจ้งให้นายทะเบียนทราบถึงความเสียหายที่เกิดแก่โรงแรมอันเนื่องมาจากเหตุอัคคีภัยหรือภยันตรายร้ายแรงอื่น ๆ เพื่อที่นายทะเบียนจะได้สั่งให้แก้ไขหรือสั่งหยุดดำเนินกิจการโรงแรม (มาตรา ๕๒)

พระราชบัญญัติการแพทย์ฉุกเฉิน พ.ศ. ๒๕๕๑ เป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งซึ่งมีปัญหาน่าพิจารณาเกี่ยวกับการเลือกกำหนดโทษ เช่น บทบัญญัติมาตรา ๓๘ ที่กำหนดให้ผู้ที่ใช้ระบบสื่อสารและเทคโนโลยีสารสนเทศที่จัดไว้สำหรับการปฏิบัติการฉุกเฉินโดยประการที่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่การปฏิบัติการฉุกเฉินต้องระวางโทษปรับทางปกครองนั้น หากพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดแก่การปฏิบัติการฉุกเฉินอาจเป็นอุปสรรคแก่การช่วยเหลือผู้ป่วยฉุกเฉินให้พ้นภาวะฉุกเฉินและส่งผลกระทบต่อชีวิตของบุคคลอันเป็นคุณค่าที่สำคัญยิ่ง กรณีย่อมน่าคิดว่าโทษอาญาจะเป็นมาตรการที่สมควรนำมาใช้มากกว่าโทษทางปกครองหรือไม่

ทั้งนี้ ในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาในหลายกรณีก็มีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการเลือกกำหนดโทษอาญาและโทษทางปกครอง โดยบางกรณีมีการเปลี่ยนแปลงแนวทางการกำหนดโทษที่หน่วยงานเจ้าของร่างเสนอไว้ เช่น กรณีร่างพระราชบัญญัติคลังสินค้า ไซโล และห้องเย็น พ.ศ. .... ความผิดกรณีประกอบกิจการคลังสินค้าฯ โดยไม่ได้รับอนุญาต ร่างเดิมที่เสนอโดยกระทรวงพาณิชย์ได้กำหนดให้มีโทษทางปกครอง ได้แก่ การตำหนิโดยเปิดเผยต่อสาธารณชนและโทษปรับทางปกครอง เนื่องจากมิได้เป็นการก่ออาชญากรรม แต่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๑) เห็นว่าการอนุญาตให้ประกอบกิจการคลังสินค้าฯ เป็นมาตรการควบคุมการประกอบกิจการที่สำคัญและเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม การฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวจึงมีลักษณะร้ายแรงที่สมควรลงโทษหนักกว่าโทษทางปกครองซึ่งเป็นการลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วนกัน จึงสมควรกำหนดให้การกระทำผิดดังกล่าวมีโทษอาญาแทนโทษทางปกครอง[๑๗๗] กรณีจึงเห็นได้ว่า หากมีเกณฑ์พิจารณาที่ชัดเจนและเป็นระบบในการกำหนดโทษตามกฎหมาย ก็จะทำให้บรรดาผู้เกี่ยวข้องกับการจัดทำกฎหมายสามารถเลือกกำหนดโทษในแนวทางที่สอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันมากยิ่งขึ้น

**๔.๓ ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดโทษ**

เมื่อปัจจุบันระบบกฎหมายไทยเริ่มนำโทษทางปกครองมาใช้อย่างจริงจังและเป็น “ทางเลือก” หนึ่งแทนโทษอาญา[๑๗๘] เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษจึงเป็นสิ่งจำเป็น เพราะแม้ว่าการกำหนดโทษจะเป็น “ดุลพินิจ” ของผู้ตรากฎหมายและหลายกรณีถือเป็นเรื่องในทาง

---

[๑๗๗] บันทึกการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๑) ร่างพระราชบัญญัติคลังสินค้า ไซโล และห้องเย็น พ.ศ. .... ครั้งที่ ๑๐ (๒๕/๒๕๕๐) ๑๖/๒๕๕๐ วันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๐ (เรื่องเสร็จที่ ๘๑๙/๒๕๕๐)

[๑๗๘] นอกจากพระราชบัญญัติที่ได้ประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายตามที่อ้างใน (๒๐) แล้ว ยังมีร่างพระราชบัญญัติอีกหลายฉบับที่กำหนดให้การกระทำผิดมีโทษทางปกครอง เช่น ร่างพระราชบัญญัติคลังสินค้า ไซโล และห้องเย็น พ.ศ. .... (เรื่องเสร็จที่ ๘๑๙/๒๕๕๐), ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. .... (เรื่องเสร็จที่ ๕๑๕/๒๕๕๒), ร่างพระราชบัญญัติควบคุมการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬา พ.ศ. .... (เรื่องเสร็จที่ ๑๗๔/๒๕๕๔) และร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมกีฬาอาชีพ พ.ศ. .... (เรื่องเสร็จที่ ๕๓/๒๕๕๕)

"นโยบาย" แต่หากปล่อยให้ผู้ตรากฎหมายใช้ดุลพินิจได้ตามอำเภอใจโดยไม่มี "กรอบแนวคิด" ในทางหลักวิชาการแล้ว ย่อมสุ่มเสี่ยงที่จะมีการกำหนดโทษโดยไม่เหมาะสมกับลักษณะการกระทำผิด เช่น กำหนดให้การกระทำผิดที่ไม่ร้ายแรงมีโทษอาญา ซึ่งจะไม่เป็นผลดีต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือกำหนดให้การกระทำผิดที่ร้ายแรงมีโทษทางปกครองแทนที่จะกำหนดเป็นความผิดอาญา[๑๗๙] ซึ่งจะมีผลเป็นการลดทอนความสำคัญของคุณค่าที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองให้ด้อยค่าลง และหากผู้ตรากฎหมายเปลี่ยนแนวทางการกำหนดโทษกลับไปกลับมาในแต่ละกรณีด้วยแล้ว ก็ยิ่งกระทบต่อความมั่นคงแน่นอนในทางกฎหมาย นอกจากนี้ การไม่มีเกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษอาจทำให้ผู้ตรากฎหมายกำหนดโทษแตกต่างกันสำหรับการกระทำผิดลักษณะเดียวกันและมีความร้ายแรงเท่ากัน เพียงแต่บัญญัติในกฎหมายคนละฉบับคนละเรื่อง (ที่ตราขึ้นต่างยุคต่างสมัย ...หรือแย่ไปกว่านั้น เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นในช่วงเวลาเดียวกัน !) เช่น การไม่ขอใบแทนใบอนุญาตที่ชำรุดหรือสูญหาย หรือไม่แสดงใบอนุญาตไว้ในสถานประกอบกิจการ โดยเรื่องหนึ่งกำหนดให้มีโทษอาญา แต่อีกเรื่องหนึ่งกลับกำหนดให้มีโทษทางปกครอง ย่อมเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เท่าเทียมกัน เพราะโทษทั้งสองประเภทมีหลักประกันในกระบวนพิจารณาและมีผลกระทบต่อผู้ถูกลงโทษแตกต่างกัน

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงสมควรกำหนดเกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษเพื่อเป็น "เครื่องมือช่วยตัดสินใจ" สำหรับส่วนราชการที่จัดทำร่างกฎหมายและรัฐสภา ซึ่งที่ผ่านมาถึงแม้จะมีข้อเสนอแนะในการกำหนดโทษ ทั้งโดยฝ่ายตำราและองค์กรทางกฎหมายต่าง ๆ แต่ก็เป็นเพียงแนวคิดทั่วไปที่ยังไม่ชัดเจน กรณีจึงสมควรมีเกณฑ์พิจารณาที่เป็นระบบยิ่งขึ้น ซึ่งเกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสชอบที่จะนำมา "ปรับใช้" กับระบบกฎหมายไทยได้ เพราะอยู่บนพื้นฐานของหลักวิชาการทางนิติศาสตร์และมีขั้นตอนพิจารณาที่เป็นระบบ โดยในลำดับแรกจะใช้ **"เกณฑ์ว่าด้วยความร้ายแรงของการกระทำผิด"** ในการแบ่งแยกแก่นสาระของความผิดอาญาและการกระทำที่ควรใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา โดยในการนี้จะใช้ตัวชี้วัดสามประการประกอบกัน ได้แก่ ลักษณะการกระทำผิด ความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง และระดับความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยในส่วนของการจัดระดับความสำคัญของคุณค่าต่าง ๆ หากเป็นคุณค่าที่รับรองไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นคุณค่าระดับสูงที่มิอาจล่วงละเมิดได้ เช่น บูรณภาพแห่งดินแดน (มาตรา ๑) สถาบันพระมหากษัตริย์ (มาตรา ๘) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (มาตรา ๔ และมาตรา ๒๖) สิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคล (มาตรา ๓๒) ฯลฯ รวมทั้งคุณค่าบางอย่างที่มิได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่คนหมู่มากเห็นพ้องต้องกันว่าเป็นคุณค่าระดับสูง เช่น ความมั่นคงของประเทศ ศาสนา มรดกทางวัฒนธรรม หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยเฉพาะความปลอดภัยและสุขอนามัยของประชาชน ส่วนเสรีภาพที่อาจจำกัดได้ เช่น เสรีภาพในการเดินทาง (มาตรา ๓๔) เสรีภาพในการสื่อสาร (มาตรา ๓๖) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (มาตรา ๔๕) ฯลฯ และกฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันในสังคม เช่น กฎระเบียบของทางราชการที่กำหนดไว้เพื่อควบคุมกิจการต่าง ๆ โดยกรณีการกระทำผิดที่ได้ค่าคะแนนรวมไม่ถึงเกณฑ์ที่ควรกำหนดให้มีโทษอาญา แต่เป็นเรื่องที่สังคมเห็นว่าร้ายแรงควรแก่การประณามและแก้แค้นผู้กระทำผิด ก็อาจยอมรับให้ผู้ตรากฎหมายกำหนดให้มีโทษอาญาได้เป็นกรณีพิเศษดังที่ฝ่ายตำราในฝรั่งเศสบางส่วนได้เสนอแนะไว้ ทั้งนี้ ในกรณีของการกระทำผิดที่มีลักษณะก้ำกึ่งไม่อาจหาข้อยุติได้ว่าควรกำหนดให้มีโทษอาญาหรือใช้มาตรการอื่น ก็จะใช้ **"เกณฑ์ว่าด้วยประสิทธิภาพในการลงโทษ"** เพื่อ

---

[๑๗๙] โดยที่การลงโทษทางปกครองมีกระบวนการที่เรียบง่ายรวดเร็วกว่าการลงโทษอาญาจึงอาจเป็นเหตุจูงใจให้ผู้ตรากฎหมายเลือกที่จะกำหนดให้การกระทำผิดมีโทษทางปกครองทั้งที่เป็นการกระทำที่มีลักษณะร้ายแรง

ชี้ขาดต่อไป โดยใช้ตัวชี้วัดสามประการประกอบกัน ได้แก่ ประสิทธิภาพของโทษอาญาที่กำหนดไว้ในกฎหมาย (ฐานความผิดอาญาทั่วไปที่อาจนำมาใช้ลงโทษการกระทำผิดเฉพาะเรื่อง) ประสิทธิภาพของโทษอื่น ๆ นอกจากโทษอาญา และความพร้อมในการบังคับใช้โทษอาญาที่จะกำหนดขึ้นใหม่เป็นการเฉพาะ โดยในการพิจารณาถึงประสิทธิภาพของการลงโทษ อาจนำเกณฑ์พิจารณาที่เสนอโดยสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสมาประกอบการพิจารณาด้วยก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นเกณฑ์ว่าด้วยการกระทำผิดที่แพร่หลาย หรือเกณฑ์ว่าด้วยสาระของเรื่องที่ควรกำหนดให้มีโทษทางปกครอง (การควบคุมกำกับการประกอบกิจการ เรื่องที่การสอบสวนเกี่ยวกับการกระทำผิดต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน เรื่องที่ศาลไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญพอที่จะพิจารณาได้อย่างเหมาะสม) และสำหรับการกระทำที่มิใช่แก่นสาระของความผิดอาญาหรือไม่ควรกำหนดให้มีโทษอาญาเพราะจะไม่มีประสิทธิภาพในการลงโทษ ก็จะใช้ "เกณฑ์เทคนิค" ในการพิจารณาต่อไปว่าสมควรใช้โทษทางแพ่งหรือโทษทางปกครอง โดยใช้ตัวชี้วัดสามประการประกอบกัน ได้แก่ ความเสียหายที่เกิดขึ้น (ความเสียหายได้เกิดขึ้นแล้ว ไม่เกิดความเสียหายแก่ผู้ใดเป็นการเฉพาะ หรืออาจเกิดความเสียหายขึ้นได้) สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง (ประโยชน์ส่วนบุคคล ประโยชน์ของทางราชการ หรือประโยชน์สาธารณะทั่วไป) และลักษณะการกระทำผิด (เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ทางแพ่ง หน้าที่ทางปกครอง หรือเป็นการกระทำใด ๆ) ซึ่งการที่เกณฑ์พิจารณาในแต่ละขั้นตอนมี **"ตัวชี้วัด"** ที่ชัดเจนซึ่ง**ใช้พิจารณาประกอบกัน** พร้อมทั้งมีการ**ให้ค่าน้ำหนัก**กับตัวชี้วัดในแต่ละเรื่อง ย่อมทำให้ได้คำตอบที่แน่นอนในการกำหนดโทษตามกฎหมาย จึงน่าจะเป็น "กรอบ" ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษสำหรับผู้ตรากฎหมายได้ แต่ไม่ถึงกับตัดดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายที่จะกำหนดโทษในแนวทางที่แตกต่างจากผลลัพธ์ของการใช้เกณฑ์พิจารณา หากมีเหตุผลความจำเป็นในเรื่อง "ความเหมาะสม" ทั้งนี้ เกณฑ์พิจารณาดังกล่าวน่าจะเป็นเครื่องมือช่วยตัดสินใจสำหรับส่วนราชการที่จัดทำร่างกฎหมายรวมทั้งรัฐสภา ไม่ว่าจะในการเลือกกำหนดโทษตามกฎหมายที่จะตราขึ้นใหม่ หรือการพิจารณาสด-เลิกโทษอาญาที่มีอยู่เดิมในกฎหมายฉบับต่าง ๆ หากในอนาคตประเทศไทยจะดำเนินนโยบายลด-เลิกโทษอาญาอย่างจริงจังเช่นเดียวกับในต่างประเทศ นอกจากนี้เกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษตามกฎหมายย่อมเป็นปัจจัยหนึ่งที่จะช่วยให้การกำหนดนโยบายอาญาของรัฐในภาพรวมมีความเป็นระบบและเป็นเหตุเป็นผลยิ่งขึ้นด้วย

ท้ายที่สุด มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ในการพิจารณาเลือกกำหนดโทษนั้น **เกณฑ์ว่าด้วยประสิทธิภาพในการลงโทษ**ถือเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญ โดยเฉพาะการกระทำผิดที่มีลักษณะก้ำกึ่งซึ่งต้องใช้ประสิทธิภาพในการลงโทษเป็นตัวตัดสิน ก็มีแนวคิดว่าโทษทางปกครองมี "ข้อได้เปรียบ" เหนือโทษอาญาตรงที่ฝ่ายปกครองสามารถลงโทษผู้กระทำผิดได้เองซึ่งทำให้การลงโทษเป็นไปอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ โดยกรณีของโทษที่ต้องมีการบังคับ เช่น โทษปรับทางปกครอง ฝ่ายปกครองสามารถบังคับชำระค่าปรับได้เองโดยไม่ต้องร้องขอให้ศาลมีคำบังคับให้[๑๘๐] อย่างไรก็ดี กรณีของประเทศไทยนั้น ที่ผ่านมามีปัญหาในการบังคับทางปกครองมาโดยตลอด โดยเฉพาะการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน (ซึ่งรวมถึงคำสั่งลงโทษปรับทางปกครอง) เนื่องจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มิได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับทางปกครอง

---

[๑๘๐] ในฝรั่งเศส บทกฎหมายที่กำหนดโทษปรับทางปกครองมักจะระบุว่าการบังคับชำระค่าปรับให้ใช้วิธีการบังคับชำระหนี้อย่างอื่นของรัฐนอกเหนือไปจากหนี้ภาษีอากรและหนี้จากการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของแผ่นดิน สำหรับวิธีการบังคับตามคำสั่งให้ชำระค่าปรับทางปกครองซึ่งเป็นคำสั่งให้ชำระเงินอย่างหนึ่ง โปรดดู ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์, **รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การบังคับทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส,** เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กุมภาพันธ์ ๒๕๕๒, หน้า ๓๐-๔๖.

ไว้เป็นการเฉพาะ และหน่วยงานของรัฐก็ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ในเรื่องนี้ ทำให้มีปัญหาข้อขัดข้องในการบังคับทางปกครองเป็นอันมาก[๑๘๑] และแม้ว่าในปัจจุบันจะยังไม่ปรากฏปัญหาในการบังคับตามคำสั่งลงโทษปรับทางปกครอง[๑๘๒] แต่ในกฎหมายบางฉบับที่มีโทษปรับทางปกครอง ผู้ตรากฎหมายก็ชิง "ป้องกัน" ปัญหาโดยกำหนดให้ฝ่ายปกครองสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อบังคับชำระค่าปรับ โดยศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งปรับและพิจารณาพิพากษาและบังคับให้มีการยึดหรืออายัดทรัพย์สินขายทอดตลาดเพื่อชำระค่าปรับ[๑๘๓] ซึ่งแนวทางดังกล่าวไม่น่าจะถูกต้องตรงตามหลักในทางกฎหมายปกครอง ทั้งยังทำให้การบังคับทางปกครองมีความล่าช้าเพราะต้องผ่านกระบวนการทางศาล ซึ่งจะมีผลลดทอนประสิทธิภาพของการลงโทษทางปกครองเป็นอันมาก[๑๘๔] ในระยะยาวจึงควรแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองโดยกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้เป็นการเฉพาะให้ชัดเจนและมีหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบการบังคับทางปกครอง[๑๘๕] ซึ่งหากแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองได้ ก็จะทำให้การลงโทษทางปกครองประสิทธิภาพ และเป็น "ทางเลือก" แทนโทษอาญาได้อย่างแท้จริง

---

[๑๘๑] โดยเฉพาะการบังคับตามคำสั่งให้ชำระเงินตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙

[๑๘๒] เพราะบางกรณีผู้กระทำผิดยินยอมชำระค่าปรับโดยดี ทำให้ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับทางปกครอง เช่น การลงโทษปรับทางปกครองโดยคณะกรรมการ ก.ล.ต. ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. ๒๕๔๖ และบางกรณีเจ้าหน้าที่ยังไม่เคยมีคำสั่งลงโทษปรับทางปกครอง จึงยังไม่มีปัญหาในการบังคับทางปกครอง เช่น การลงโทษปรับทางปกครองตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวิดีทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑

[๑๘๓] เช่น พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๕๘, พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. ๒๕๔๗ มาตรา ๔๙ วรรคสาม และพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๔๑ วรรคสอง

[๑๘๔] "ความรวดเร็ว" เป็นข้อพิจารณาสำคัญประการหนึ่งของการลงโทษดังที่ Cesare Beccaria ปรัชญาเมธีอิตาเลียนเคยกล่าวไว้ว่า *"ยิ่งลงโทษได้รวดเร็วทันการณ์มากเท่าใด การลงโทษก็ยิ่งเป็นธรรมและบรรลุผลมากเท่านั้น"* (Dei dilitti e delle pene, 1764)

[๑๘๕] ข้อเสนอดังกล่าวปรากฏอยู่ในร่างพระราชบัญญัติการบังคับทางปกครอง พ.ศ. .... ซึ่งจัดทำโดยนายโกมล จิรชัยสุทธิกุล กรรมการร่างกฎหมายประจำ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำหรับรายละเอียดของร่างกฎหมายดังกล่าว โปรดดู โกมล จิรชัยสุทธิกุล, *"แนวความคิดและทิศทางในการตรากฎหมายเกี่ยวกับการบังคับทางปกครอง"*, www.krisdika.go.th