

ปัญหาการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎที่เป็นการกำหนดความผิด
หรือโทษทางอาญา
THE PROBLEM OF DELEGATING AUTHORITY TO THE EXECUTIVES
TO DEFINE CRIMINAL OFFENSE OR CRIMINAL PENALTY



¹วัชรกร ชาตะโปน

¹Watcharakorn Chaotapon

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ประเทศไทย

Thammasat University, Thailand

¹watcharakorn_art@hotmail.com

Received: July 12, 2023; Revised: July 25, 2023; Accepted: August 25, 2023

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาถึงปัญหาการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎที่เป็นการกำหนดความผิดหรือโทษทางอาญา โดยการศึกษาพบว่า ในทางปฏิบัติฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถที่จะตรากฎหมายให้ครอบคลุมได้ทุกเรื่อง คงทำได้เพียงการกำหนดหลักการของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป ส่วนรายละเอียดปลีกย่อยมอบให้ฝ่ายบริหารในฐานะผู้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเป็นผู้กำหนดให้เหมาะสมกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา และบางเรื่องเป็นเรื่องในทางเทคนิคโดยเฉพาะซึ่งฝ่ายบริหารมีความเชี่ยวชาญมากกว่าฝ่ายนิติบัญญัติ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันการมอบอำนาจดังกล่าวได้ขยายขอบเขตออกไปเป็นอย่างมาก โดยให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎเข้าไปก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยสามารถกำหนดองค์ประกอบความผิดหรือโทษทางอาญาได้ จึงมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎที่เป็นกำหนดการความผิดหรือโทษทางอาญานั้น ถูกต้องเหมาะสมหรือไม่ บทความฉบับนี้จึงได้ทำการศึกษาปัญหาการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎที่เป็นการกำหนดความผิดหรือโทษทางอาญาเป็นสำคัญ โดยนำแนวความคิดและทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องมาเป็นฐานในการศึกษา รวมทั้งศึกษาเปรียบเทียบกับกรมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎที่เป็นการกำหนดความผิดหรือโทษทางอาญาในสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อวิเคราะห์และนำเสนอแนวทางแก้ไขในปัญหาดังกล่าวที่เหมาะสมในทางวิชาการและทางปฏิบัติต่อไป

คำสำคัญ : การมอบอำนาจ, กฎ, การกำหนดความผิดอาญา

¹นักศึกษ สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Abstract

This article aims to study the issues raised from the delegation of authority from the legislative branch to the executive branch allowing them to define criminal offense or criminal penalty. In practice, the legislative branch may not be able to enact the laws covering every area, but simply providing the general principles. As for the details of each regulation, it is more appropriate to allow the executive branch as actual operators of their organisations to further formulate the rules in line with their changing contexts and technical expertise. However, granting the authority for the executive branch to define the criminal offense or criminal penalty could also be considered as the violation of the freedom of people. This has raised concern over the appropriateness of such delegation of authority. In this regard, this study employed relevant concepts and theories to analyze the issue of delegating the authority to the executive branch to define criminal offense or criminal penalty. The author also conducted a comparative study of such case in France and Germany and proposed both conceptual and practical solutions to the circumstance.

Keyword: Delegation of authority, Subordinate legislation, Criminal determination

บทนำ

ในการกำหนดความผิดอาญาของประเทศไทยเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการกำหนดองค์ประกอบของความผิดและโทษ โดยตราเป็นพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอพระราชบัญญัติ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันพบว่า มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาจำนวนมากไม่น้อยที่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎเพื่อกำหนดรายละเอียดขององค์ประกอบความผิดอาญาเพิ่มเติมจากที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย หรือกำหนดองค์ประกอบความผิดขึ้นใหม่ได้ เช่น พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 72 (1) ถึง (6) ได้บัญญัติให้สิ่งของหรือวัตถุใดเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมายไว้อย่างชัดเจนแล้ว แต่ใน (7) บัญญัติว่า “สิ่งของอื่นที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อเรือนจำหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งนี้ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” ซึ่งหมายความว่า ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายบริหาร (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ในฐานะผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้) มีอำนาจกำหนดให้สิ่งของอื่นใดที่ยังมิได้บัญญัติไว้ เป็นสิ่งที่ต้องห้ามเพิ่มเติมได้ โดยหากผู้ใดครอบครองใช้ประโยชน์ นำเข้าหรือส่งออกจากรือนจำซึ่งสิ่งของต้องห้ามตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 72 (1) ถึง (6) หรือที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงตาม (7) นั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือ

พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 มาตรา 6 วรรคสาม บัญญัติให้หน่วยงานของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่รับผิดชอบควบคุมดูแลและบำรุงรักษาทรัพยากรน้ำสาธารณะ มีอำนาจออกระเบียบ หรือข้อบัญญัติท้องถิ่น แล้วแต่กรณี เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การเข้าใช้สอย ทรัพยากรน้ำสาธารณะนั้น ตามกรอบแนวทางที่คณะกรรมการทรัพยากรน้ำแห่งชาติกำหนด หากผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามระเบียบหรือข้อบัญญัติท้องถิ่นดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหก เดือน หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

หรือบทบัญญัติที่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารกำหนดโทษทางอาญาหรือเลือกใช้ระวางโทษ ทางอาญาได้ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ให้อำนาจ กรุงเทพมหานครโดยความเห็นชอบของสภากรุงเทพมหานครตราข้อบัญญัติ เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามหน้าที่และอำนาจของกรุงเทพมหานคร และอาจกำหนดโทษผู้ละเมิดข้อบัญญัติไว้ใน ข้อบัญญัติด้วยก็ได้ แต่มิให้กำหนดโทษจำคุกเกินหกเดือน และหรือปรับเกินหนึ่งหมื่นบาทหรือ พระราชบัญญัติรักษาคอลงรัตนโกสินทร์ พุทธศักราช 121 มาตรา 12 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้เสนาบดี กระทรวงเกษตรธิการ มีอำนาจที่จะตั้งกฎข้อบังคับสำหรับรักษาการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติ นี้ แต่ในกฎหมายฉบับนี้มีได้บัญญัติเกี่ยวกับโทษไว้ แต่กฎเสนาบดี กระทรวงเกษตรธิการ ตั้งไว้ ประกอบพระราชบัญญัติรักษาคอลงรัตนโกสินทร์ พุทธศักราช 121 ซึ่งอาศัยอำนาจตามมาตรานี้ได้ กำหนดความผิดและโทษไว้ ข้อ 13 ความว่า “ถ้าผู้หนึ่งผู้ใดทำผิดกฎเสนาบดี ข้อ 9 หรือข้อ 10 ผู้ นั้นมีความผิดฐานลหุโทษ ให้ปรับไม่เกินกว่า 12 บาท” จะเห็นได้ว่า ฝ่ายบริหารเป็นทั้งผู้บังคับใช้ กฎหมายและผู้บัญญัติกฎหมายในเวลาเดียว

นอกจากนี้ การมอบอำนาจดังกล่าวได้ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความเกี่ยวกับสถานะของ กฎด้วย กล่าวคือ ระหว่างการพิจารณา ปรากฏว่า แม้กฎหมายแม่บทที่มอบอำนาจให้ออกกฎยังมี ผลใช้บังคับอยู่ แต่กฎที่เป็นต้นเหตุแห่งคดีได้เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกไป จะถือว่าเป็นกฎหมายที่ เป็นคุณแก่จำเลยหรือไม่ ซึ่งแนวคำพิพากษาของศาลไทยเกี่ยวกับกรณีดังกล่าว แบ่งออกเป็น 2 แนว ดังนี้

(1) ศาลฎีกาเห็นว่า “กฎ” ไม่เป็นกฎหมาย แม้กฎขณะกระทำความผิดจะยกเลิกหรือ เปลี่ยนแปลงไปในภายหลัง ก็ไม่ทำให้ความผิดตามกฎหมายแม่บทเปลี่ยนแปลงไป เป็นเพียงการ เปลี่ยนแปลงรายละเอียดความผิดไม่ใช้การเปลี่ยนแปลงหลักการแห่งความผิด (เช่น คำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 10325/2550 หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 22097/2555)

(2) ศาลฎีกาเห็นว่า “กฎ” เป็นกฎหมาย เมื่อกฎในขณะกระทำความผิดยกเลิกหรือ เปลี่ยนแปลงไป การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดอีกต่อไป (เช่น พิพากษาศาลฎีกาที่ 955/2540 หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2124/2560)

จะเห็นได้ว่า คำพิพากษาของศาลฎีกาทั้งสองแนวยังไม่เป็นที่ยุติว่าศาลฎีกาจะถือตามแนว คำวินิจฉัยใด

จากตัวอย่างกฎหมายและแนวคำพิพากษาข้างต้น ได้นำมาซึ่งปัญหาที่สมควรจะได้ พิจารณาว่า การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎที่เป็นกำหนดการความผิดหรือโทษทางอาญานั้น ถูกต้องเหมาะสมและสอดคล้องกับหลักการกฎหมายที่สำคัญหรือไม่

วัตถุประสงค์การวิจัย

1. เพื่อศึกษาปัญหาการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎที่เป็นการกำหนดความผิดหรือโทษทางอาญาในระบบกฎหมายไทย
2. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎที่เป็นการกำหนดความผิดหรือโทษทางอาญาในต่างประเทศ
3. เพื่อวิเคราะห์ปัญหา และเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสม

วิธีดำเนินการวิจัย

ผู้เขียนได้ทำการค้นคว้าเอกสารวิชาการ หนังสือ วิทยานิพนธ์ รายงานวิจัย คำพิพากษาของศาล กฎหมาย กฎ และบทความที่เกี่ยวข้อง ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เพื่อนำมาปัญหา วิเคราะห์เปรียบเทียบ และเสนอแนวทางแก้ปัญหาและหลักการที่เหมาะสมในทางวิชาการและในทางปฏิบัติให้มีประสิทธิภาพต่อไป

ผลการวิจัย

จากการศึกษา เรื่อง ปัญหาการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎที่เป็นการกำหนดความผิดหรือโทษทางอาญา สรุปผลในประเด็น ดังนี้

1. จากการศึกษาและวิเคราะห์ ปัญหาการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎที่เป็นการกำหนดความผิดหรือโทษทางอาญาในระบบกฎหมายไทย พบว่า ในทางปฏิบัติฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถที่จะทำหน้าที่ได้มากไปกว่าการกำหนดหลักการของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป ส่วนรายละเอียดปลีกย่อยนั้นมอบให้ฝ่ายบริหารในฐานะผู้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเป็นผู้กำหนดให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และมีแนวโน้มที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎมากยิ่งขึ้น แต่การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎที่เป็นการกำหนดความผิดหรือโทษทางอาญานั้น ได้มาซึ่งปัญหาหลายประการ ได้แก่ ความไม่สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักประกันในกฎหมายอาญา และแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญา

2. จากการศึกษาการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎที่เป็นการกำหนดความผิดหรือโทษทางอาญาในต่างประเทศ พบว่า

2.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ได้แบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารออกจากกันอย่างชัดเจน โดยมาตรา 34 กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจตรารัฐบัญญัติในการกำหนดความผิดอาญาชั้นอุกฤษโทษ (Crimes) และมัจยโทษ (Délits) ส่วนความผิดลหุโทษ (Contravention) ซึ่งมีเฉพาะโทษปรับ เป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร (รัฐกฤษฎีกาของสภาแห่งรัฐ) ตามนัยมาตรา 37 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน แต่ในระบบกฎหมาย

ไทย ไม่ปรากฏบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายฉบับใดให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองในการกำหนดความผิดหรือโทษทางอาญาได้

2.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ไม่ยอมรับให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจนิติบัญญัติเป็นของตนเอง การกำหนดความผิดอาญาเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้พัฒนาหลักการเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ว่า เรื่องที่จะกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญของประชาชนซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองหรือคุ้มครองไว้ จะต้องถูกตัดสินโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น โดยสรุป การใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นองค์กรใช้อำนาจในการบัญญัติกฎหมาย การมอบอำนาจดังกล่าวให้กับองค์กรอื่น ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการจำกัดอยู่เฉพาะเรื่องที่ไม่ได้มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเท่านั้น อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากประวัติศาสตร์ซึ่งให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิของประชาชนเป็นหลัก

3. เสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสม

3.1 การกำหนดความผิดอาญาต้องเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและบัญญัติเป็นพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอพระราชบัญญัติเท่านั้น

การบัญญัติความผิดและโทษทางอาญาต้องบัญญัติโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติตามหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักประชาธิปไตย และเฉพาะกฎหมายที่ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่ พระราชบัญญัติ และประมวลกฎหมายอาญา รวมทั้งพระราชกำหนดซึ่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจฝ่ายบริหารตราขึ้นใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติเท่านั้นที่จะบัญญัติความผิดและโทษทางอาญาได้ ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเป็นผู้บัญญัติความผิดและโทษทางอาญาด้วยตนเองให้ครบถ้วนในกฎหมายและไม่อาจมอบอำนาจในการบัญญัติความผิดและโทษทางอาญาให้องค์กรอื่นเป็นผู้กำหนดได้ โดยไม่มีข้อยกเว้น

3.2 การแก้ไขบทบัญญัติที่เป็นการมอบอำนาจฝ่ายบริหารออกกฎเป็นการกำหนดความผิดหรือโทษทางอาญา ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารควรที่จะพิจารณาแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายที่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎที่เป็นการกำหนดความผิดหรือโทษทางอาญาให้กลับมาเป็นอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติความผิดและโทษทางอาญา และในการตรากฎหมายอาญาทุกฉบับฝ่ายนิติบัญญัติควรที่จะบัญญัติองค์ประกอบของความผิดและโทษให้สมบูรณ์ที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ โดยไม่เปิดช่องหรือมอบอำนาจให้องค์กรอื่นเป็นผู้กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมได้ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงหลักประกันในกฎหมายอาญาเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม หากสภาพสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นผลให้ความผิดดังกล่าวไม่เหมาะสมสอดคล้องกับสภาพการณ์ในขณะนั้น ก็ควรเป็นหน้าที่และอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะเป็นผู้พิจารณาตัดสินแก้ไขเพิ่มเติม หรือยกเลิกความผิดนั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ไม่อาจแบ่งอำนาจดังกล่าวให้องค์กรอื่นเข้ามามีส่วนร่วมได้

3.3 การตีความและวินิจฉัยสถานะกฎหมายของศาล เห็นควรที่ศาลฎีกาจะได้พิจารณาวางแนวคำพิพากษาให้เป็นที่ยุติเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยสถานะของกฎที่ออกโดยฝ่ายบริหารที่ไม่มี ความเกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดหรือโทษทางอาญา เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการตีความ และเป็นบรรทัดฐานในคดีต่อไป ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ศาลควรพิจารณาว่า กฎดังกล่าวเป็น

เพียงข้อบังคับของฝ่ายบริหารอย่างหนึ่ง มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อกำหนดรายละเอียด มิใช่การใช้อำนาจนิติบัญญัติที่จะกำหนดความผิดหรือโทษทางอาญาได้ และเมื่อภายหลังกฎดังกล่าวได้ยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงไปแล้ว ศาลก็สมควรที่จะยกฟ้องเพราะการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 185 จะเป็นการเหมาะสมกว่า

3.4 การพัฒนาระบบมาตรการบังคับอื่นเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายบริหาร เห็นควรที่ประเทศไทยจะได้มีการแบ่งแยกความผิดอาญาและความผิดปกครองออกจากกันอย่างจริงจัง โดยความผิดที่เป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์หรือกฎระเบียบของทางราชการ ซึ่งเป็นความผิดเล็กน้อยและมีโทษอาญากรรมร้ายแรง สมควรที่จะกำหนดให้เป็นเพียงการละเมิดต่อระเบียบเท่านั้น ไม่ถือเป็นการกระทำความผิดที่จะนำมาตราการบังคับทางอาญามาใช้ ดังเช่น รัฐบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดทางปกครอง (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG)) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยนำหลักเกณฑ์การแบ่งแยกความผิดอาญาและความผิดทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาเป็นแนวทางในการพิจารณา ทั้งนี้ ความผิดอาญาควรสงวนไว้เฉพาะความผิดที่ร้ายแรง ตามนัยมาตรา 77 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย

อภิปรายผล

จากการศึกษา เรื่อง ปัญหาการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎที่เป็นการกำหนดความผิดหรือโทษทางอาญา ได้อภิปรายตามประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

1. กรณีศึกษาการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎเพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับความผิดหรือโทษทางอาญาในประเทศไทย

ปัจจุบันกฎหมายส่วนใหญ่มักจะกำหนดมาตรการบังคับทางอาญาหรือโทษทางอาญาไว้เพื่อบังคับให้บุคคลหวาดกลัวและปฏิบัติตามกฎหมาย โดยมีได้คำนึงถึงวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของโทษทางอาญา และนำมาซึ่งปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ (Over-criminalization) อย่างไรก็ตามการศึกษากฎหมายในปัจจุบัน ผู้เขียนพบว่า มีกฎหมายเทคนิคจำนวนมากไม่น้อยได้กำหนดให้โทษทางอาญาเป็นเครื่องมือสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพ แม้จะเป็นเรื่องเล็กน้อยหรือเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของฝ่ายปกครองก็ตาม และในขณะเดียวกันกฎหมายได้เปิดโอกาส หรือกล่าวอีกนัยมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองในฐานะผู้ปฏิบัติหรือผู้บังคับใช้กฎหมายดังกล่าวมีส่วนร่วมในการกำหนดหลักเกณฑ์ ข้อห้ามหรือข้อควรปฏิบัติตามกฎหมาย และกฎหมายฉบับเดียวกันนั้นรับรองหรือบัญญัติให้ผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์นั้น มีความผิดและกำหนดโทษอาญาไว้ เช่น พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 มาตรา 28 ห้ามมิให้ผู้ใดขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในวัน หรือเวลาที่นายกรัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการคณะกรรมการนโยบายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แห่งชาติ ทั้งนี้ ประกาศดังกล่าวจะกำหนดเงื่อนไขหรือข้อยกเว้นใด ๆ เท่าที่จำเป็นไว้ด้วยก็ได้ โดยบทบัญญัตินี้ มิให้ใช้บังคับกับการขายของผู้ผลิต ผู้นำเข้า หรือตัวแทนของผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าไปยังผู้ขายซึ่งได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยสุรา ฉะนั้น ฝ่ายบริหารจึงมีอำนาจที่จะ

กำหนดวันหรือเวลาห้ามขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ได้ตามที่จะเห็นสมควร เช่น ห้ามขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในวันมาฆบูชา วันวิสาขบูชา วันอาสาฬหบูชา วันเข้าพรรษาและวันออกพรรษา เป็นต้น โดยหากผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัตินี้ จะเห็นได้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติได้วางหลักการเพียงว่า ห้ามขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ แต่รายละเอียดเกี่ยวกับวันหรือเวลาที่จะห้ามขายนั้น เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารจะเป็นผู้กำหนด ซึ่งถือเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งที่ศาลจะนำมาวินิจฉัยลงโทษผู้กระทำความผิด เป็นต้น

2. ปัญหาความสอดคล้องหลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจของประเทศไทยได้แบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยหรือแบ่งแยกภารกิจออกจากกัน เพื่อป้องกันมิให้อำนาจอยู่กับบุคคลหรือคณะบุคคลใดอย่างเบ็ดเสร็จ อันอาจจะนำมาซึ่งการใช้อำนาจอย่างเกินขอบเขต หรือใช้อำนาจตามอำเภอใจ แต่เนื่องจากในทางปฏิบัติฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถที่จะทำหน้าที่ได้มากไปกว่าการกำหนดหลักการของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไป ส่วนรายละเอียดปลีกย่อยนั้นมอบให้ฝ่ายบริหารในฐานะผู้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเป็นผู้กำหนดให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และมีแนวโน้มที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายยิ่งขึ้น แต่การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายเพื่อกำหนดรายละเอียดที่มีลักษณะเป็นการกำหนดสาระสำคัญขององค์ประกอบความผิดหรือโทษทางอาญานั้น ผู้เขียนเห็นว่า ตามวัตถุประสงค์ของหลักการแบ่งแยกอำนาจมีเจตนารมณ์ในการกระจายอำนาจมิให้อำนาจรวมอยู่องค์กรใดองค์กรหนึ่งอย่างเบ็ดเสร็จ โดยมุ่งหมายให้อำนาจแต่ละอำนาจควบคุมตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกัน เพื่อให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครองจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ กล่าวคือ ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองจะดำเนินการหรือกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่มีผลเป็นการก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติได้ใช้อำนาจนิติบัญญัติควบคุมตรวจสอบและถ่วงดุลมิให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจตามอำเภอใจ แต่ในทางกลับกัน หากฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจหรือแบ่งอำนาจนิติบัญญัติในการกำหนดให้บุคคลต้องกระทำการหรือไม่กระทำการใด หรือกำหนดโทษทางอาญาให้แก่ฝ่ายบริหารแล้ว เช่นนี้ ฝ่ายบริหารอาจออกกฎหมาย (ไม่ต้องผ่านการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใด) เพื่อกำหนดให้การกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นความผิดได้ตามอำเภอใจและในขณะเดียวกันก็มีอำนาจที่จะเข้าบังคับหรือแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ดังนั้น การที่ฝ่ายบริหารมีทั้งอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติในเวลาเดียวกัน ย่อมขัดกับวัตถุประสงค์ของการแบ่งแยกอำนาจอย่างชัดเจน

ส่วนการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายในต่างประเทศ ผู้เขียนได้ทำการศึกษาสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว โดยมีข้อนำพิจารณาดังนี้

1) สาธารณรัฐฝรั่งเศส รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ได้แบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารออกจากกันอย่างชัดเจน เพื่อให้มีอิสระและมีอำนาจอย่างเพียงพอในการปฏิบัติหน้าที่ของแต่ละองค์กรผู้ใช้อำนาจ โดยมาตรา 34 ได้กำหนดขอบเขตอำนาจในทางนิติบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) ให้สามารถตรากฎหมายหรือรัฐบัญญัติเฉพาะเรื่องที่

ได้ระบุไว้ และจะบัญญัติได้เฉพาะที่เป็นกฎเกณฑ์หรือเป็นหลักการขั้นมูลฐานเท่านั้นจะบัญญัติรายละเอียดมิได้ นอกเหนือจากนั้น อยู่ในขอบเขตอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะออกรัฐกฤษฎีกาตาม นัยมาตรา 37 ในส่วนการกำหนดความผิดอาญา ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการกำหนดความผิด อาญาชั้นอุกฤษโทษ และความผิดมัธยโทษ ส่วนความผิดลหุโทษ (Contravention) ซึ่งมีเฉพาะโทษ ปรับ เป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร (รัฐกฤษฎีกาของสภาแห่งรัฐ) ตามนัยมาตรา 37 โดยในระบบ กฎหมายไทย หาได้มีบทบัญญัติเช่นนั้นไม่

2) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่ยอมรับให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจนิติบัญญัติเป็นของตนเอง ฝ่ายบริหารจะสามารถตรากฎหมายหรือออกกฎเกณฑ์มาใช้บังคับกับประชาชนได้ก็ต่อเมื่อ รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจ ซึ่งมีความแตกต่างจากกรณีของสาธารณรัฐ ฝรั่งเศสที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจการออกกฎเกณฑ์เป็นของตนเอง ดังนั้น เฉพาะกฎหมายที่ตราโดย ฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้นที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน การมอบอำนาจให้องค์กรอื่น จำกัคอยู่เฉพาะเรื่องที่ไม่ได้มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเท่านั้น และปัจจุบัน ประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีความผิดอาญา 2 ประเภท คือ (1) ความผิดอาญาโทษอุกครรรจ์ (Verbrechen) โทษจำคุกขั้นต่ำตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป หรือระวางโทษ หนักกว่านั้น และ (2) ความผิดอาญาโทษปานกลาง (Vergehen) โทษจำคุกที่เบากว่าความผิด อาญาโทษครรรจ์ หรือโทษปรับ ไม่มีความผิดลหุโทษเนื่องจากเห็นว่าความผิดลหุโทษเป็นเพียงการ กระทำที่ขัดต่อระเบียบ (Ordnungswidrigkeiten) หรือโทษทางปกครอง จึงได้นำไปบัญญัติไว้ในรัฐ บัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG))

3. ปัญหาความสอดคล้องหลักประกันในกฎหมายอาญา

ตามหลักประกันในกฎหมายอาญา บุคคลจะมีความผิดและโทษทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อ มีกฎหมายบัญญัติไว้ โดยบทบัญญัติของกฎหมายอาญาจะต้องมีความชัดเจนเพียงพอให้บุคคลได้ ทราบล่วงหน้าว่า การกระทำการหรือไม่กระทำการใดเป็นความผิด และบุคคลสามารถกำหนด พฤติกรรมของตนได้ เนื่องจากกฎหมายอาญามีมาตรการหรือบทลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนรุนแรงที่สุด หากบทบัญญัติกฎหมายอาญาไม่ชัดเจนแน่นอนแล้ว สิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็ย่อมมี ความไม่แน่นอนเช่นกัน รวมทั้งป้องกันมิให้ผู้มีอำนาจใช้อำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งการมอบอำนาจให้ ฝ่ายบริหารออกกฎเพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับความผิดหรือโทษทางอาญานั้น แม้ฝ่ายบริหาร จะได้ทำตามเงื่อนไขและวิธีการที่กำหนดในกฎหมายและมีเนื้อตามขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ แล้วก็ตาม แต่โดยสภาพของกฎที่ออกโดยฝ่ายบริหารสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาตาม อำนาจของผู้มีอำนาจ แม้ฝ่ายบริหารจะมีขั้นตอนในการพิจารณาหลายชั้นหรือหลายหน่วยงาน เช่น ต้องผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา หรือคณะรัฐมนตรีต้องมีมติ เห็นชอบก่อนประกาศใช้บังคับ (กรณีพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวง) แต่กฎในระดับของ ระเบียบ ประกาศหรือข้อบังคับ ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง เช่น รัฐมนตรีซึ่งรักษาการตาม กฎหมายแม่บทออกประกาศกระทรวง หรืออธิบดีออกระเบียบ โดยหลักสามารถออกกฎดังกล่าวได้ เอง ไม่จำเป็นต้องผ่านการตรวจพิจารณาหรือได้รับความเห็นชอบจากองค์กรอื่นแต่อย่างใด เพราะฉะนั้น ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองจึงสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎได้อยู่ตลอดเวลา ซึ่งจะ

ไม่ถูกตรวจสอบจากองค์กรภายนอกจนกว่าจะมีการฟ้องคดีขอให้ศาลพิจารณาความชอบของกฎดังกล่าว หรือการตรวจสอบทางการเมืองในรัฐสภา (การตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรีผู้รักษาการหรือรับผิดชอบหน่วยงานที่ออกกฎ) ด้วยเหตุนี้ หากมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับความผิดหรือโทษทางอาญาได้อย่างเสรีเช่นนี้ ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหาร (ซึ่งเป็นทั้งผู้บังคับใช้กฎหมายและเป็นผู้บัญญัติความผิดหรือโทษในเวลาเดียวกัน) บิดเบือนหรือใช้อำนาจตามอำเภอใจกลั่นแกล้งประชาชนให้ได้รับความเดือนร้อน จึงขัดต่อหลักประกันในกฎหมายอาญา แต่ในทางกลับกัน หากการกำหนดองค์ประกอบความผิดและโทษทางอาญาได้กระทำเบ็ดเสร็จในกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย มีกระบวนการในการตรวจสอบพิจารณาหลายขั้นตอน หลายหน่วยงานและประกาศให้ประชาชนได้ทราบล่วงหน้า จะมีผลบังคับใช้ ซึ่งเป็นหลักประกันได้อย่างแน่นอนว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ผ่านการพิจารณาอย่างไตร่ตรองรอบคอบและหนักแน่นแน่นอน เพื่อให้ประชาชนมั่นใจในสิทธิหน้าที่ของตน ทำให้ไม่อาจวางแผนชีวิตได้เหมาะสมตามควร ซึ่งเป็นไปตามหลักประกันในกฎหมายอาญา

4. ปัญหาความสอดคล้องกับแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญา

หลักเกณฑ์สำคัญในการกำหนดให้การกระทำการหรือไม่กระทำการใดเป็นความผิดอาญา จะต้องเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม หรือเป็นการกระทำที่น่าตำหนิ และสังคมไม่อาจยอมรับได้ โดยการกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญานั้น จะต้องมิใช่เรื่องที่กำหนดขึ้นมาเพียงเพื่อให้บุคคลต้องเชื่อฟังและปฏิบัติตามเท่านั้น แต่จะต้องเป็นเรื่องที่ได้ก่อผลร้ายต่อสังคมหรือเสียหายต่อบุคคลอื่น ซึ่งรัฐจำเป็นจะต้องไปแทรกแซงหรือจำกัดการกระทำนั้น ไม่เป็นภาระหรือทำให้กระบวนการยุติธรรมไร้ประสิทธิภาพ และไม่มีความมาตรการอื่นที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพในการบังคับนอกจากมาตรการบังคับทางอาญาแล้ว ซึ่งกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองนั้น ส่วนใหญ่เป็นเรื่องของการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง หรือเป็นการดำเนินกิจการสาธารณะ หรือละเมิดต่อหลักเกณฑ์หรือระเบียบที่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้นเท่านั้น เช่น ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามประกาศกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืชที่ออกตามความในมาตรา 18 วรรคสอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามพระราชบัญญัติงาช้าง พ.ศ. 2558 เป็นต้น ซึ่งมีได้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ข้างต้นแต่อย่างใด เนื่องจากเหตุผล ดังต่อไปนี้

1) การกำหนดให้การกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นความผิดอาญานั้น จะต้องเป็นกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม หรือเป็นการกระทำที่น่าตำหนิและสังคมไม่อาจยอมรับได้ แต่กรณีดังกล่าว ส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานหรือการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ อาทิ ไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นมา แต่การฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ กลับมีโทษทางอาญา ซึ่งเป็นการกระทำที่กระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดินหรือประโยชน์ในการดำเนินงานของรัฐในบางเรื่องเท่านั้น มิใช่กระทบกระเทือนต่อสังคมอย่างร้ายแรงหรือเป็นการกระทำที่น่าตำหนิและสมควรที่รัฐจะต้องแทรกแซงโดยมาตรการบังคับทางอาญาแต่อย่างใด

2) ประสิทธิภาพในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา จากการศึกษาพบว่า การที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองเป็นผู้อำนาจกำหนดกฎเกณฑ์ให้บุคคลกระทำการหรือไม่กระทำการ และหากบุคคลใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายบริหารกำหนดนั้น มีความผิดอาญา เมื่อกฎหมายให้อำนาจกับเจ้าหน้าที่ของรัฐเช่นว่านั้น ย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจจะใช้อำนาจดังกล่าวกำหนดกฎเกณฑ์ออกมาให้ประชาชนถือปฏิบัติจำนวนมากและไม่อาจบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้ประชาชนขาดความเคารพต่อกฎหมาย ทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายอาญา รวมทั้งทำให้ประมาทคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญามากขึ้น เกิดปัญหาคดีล้นระบบศาล นักโทษล้นเรือนจำ ผู้กระทำความผิดอาชญากรรมติดตัว และรัฐต้องสิ้นเปลืองทรัพยากรในการดำเนินการด้วย

3) มาตรการบังคับทางอาญาต้องเป็นวิธีทางสุดท้าย แม้กฎหมายอาญาจะตั้งอยู่บนพื้นฐานในการคุ้มครองคุณค่าหรือประโยชน์ก็ตาม แต่ก็ทำให้ว่ากฎหมายอาญาจะตราขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณค่าหรือประโยชน์ในทุก ๆ เรื่อง มิฉะนั้นแล้ว กฎหมายอาญาย่อมไม่ต่างกับการเป็นเครื่องมือให้รัฐขยายอำนาจบังคับแก่ประชาชน คุณค่าหรือประโยชน์ที่จะต้องตรากฎหมายอาญาคคุ้มครองนั้น จึงต้องเป็นเรื่องที่สำคัญ และเนื่องจากมาตรการบังคับทางอาญาเป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากที่สุด จึงควรจะนำมาใช้ได้ต่อเมื่อมาตรการบังคับอื่นๆ ที่รุนแรงน้อยกว่ามาตรการบังคับทางอาญาใช้ไม่ได้ผลหรือไม่อาจบรรลุได้ตามวัตถุประสงค์ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า การนำเรื่องที่ถูกกฎหมายการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองออกกฎเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์นั้นเป็นเพียงความผิดที่เล็กน้อยหรือเป็นเรื่องการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามระเบียบของทางราชการเท่านั้น แต่โทษที่บุคคลฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามนั้นกลับมีความรุนแรง ไม่สอดคล้องและไม่ได้สัดส่วน ซึ่งกรณีดังกล่าวยังไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ก่อนที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดมาตรการบังคับเป็นโทษทางอาญานั้น ได้นำมาตรการบังคับอื่นมาใช้แล้วหรือไม่ จึงเห็นว่าไม่อาจบรรลุผลตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้เท่ากับการใช้มาตรการบังคับทางอาญาแต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า ความผิดดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามระเบียบของทางราชการเท่านั้น ซึ่งเป็นความผิดที่เล็กน้อยหรือเป็นอาชญากรรมที่รุนแรงเพียงพอที่จะใช้มาตรการบังคับทางอาญา และสมควรที่รัฐจะใช้มาตรการบังคับอื่นก่อน เช่น มาตรการบังคับทางแพ่ง มาตรการบังคับทางปกครอง หรือโทษปรับเป็นพินัย เป็นต้น ทั้งนี้ มาตรการบังคับทางอาญาสมควรเป็นมาตรการสุดท้ายที่รัฐจะพึงใช้บังคับเฉพาะความผิดที่ร้ายแรงตามเจตนารมณ์ของมาตรา 77 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย

5. ปัญหาการใช้และการตีความของศาลเกี่ยวกับกฎที่เป็นการกำหนดความผิดหรือโทษทางอาญา

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดต่อไป ให้ผู้ที่ได้กระทำการนั้นพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิดและถ้าได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษแล้ว ก็ให้ถือว่าผู้นั้นไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดนั้น ถ้ารับโทษอยู่ก็ให้การลงโทษนั้นสิ้นสุดลง” ซึ่ง “บทบัญญัติของ

กฎหมาย” ดังกล่าวนั้น มีความหมายอย่างไร ครอบคลุมกฎของฝ่ายบริหารที่เป็นการกำหนด ความผิดหรือโทษทางอาญาด้วยหรือไม่ หากต่อมากฎซึ่งกำหนดองค์ประกอบความผิดหรือโทษทาง อาญาได้ถูกยกเลิกไป จะมีผลเป็นการยกเลิกความผิดตั้งเช่นกฎหมายตามนัยมาตรา 2 หรือไม่ ซึ่งจากการศึกษาค้นคว้าแนวคำพิพากษาของศาลไทยเกี่ยวกับกรณีดังกล่าว แบ่งออกเป็น 2 แนว ดังที่กล่าวมาแล้วนั้น

ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพรุนแรงที่สุด ฉะนั้น “กฎหมาย” ที่จะสามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ อันได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และ พระราชบัญญัติ หรือจะต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารตามกระบวนการที่กำหนดไว้ใน รัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีค่าบังคับตั้งเช่นพระราชบัญญัติ อันได้แก่ พระราชกำหนด และพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งกฎที่ออกโดยฝ่ายบริหารนั้นมิได้ใช้กฎหมายตาม นัยดังกล่าว จึงไม่อาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ และมีใช้กฎหมายตามนัยบทบัญญัติ มาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาด้วย อย่างไรก็ตาม แม้กฎที่ฝ่ายบริหารได้อาศัยอำนาจตาม กฎหมายออกมำหนดความผิดหรือโทษทางอาญานั้น จะมีใช้กฎหมายตามนัยมาตรา 2 แห่ง ประมวลกฎหมายอาญาดังที่ได้กล่าวข้างต้นก็ตาม แต่หากพิจารณาตามเจตนารมณ์แห่ง ประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 2 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 29 ประสงค์ที่จะคุ้มครองหรือประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา มาตรา 185 ให้อำนาจแก่ศาลที่จะยกฟ้องไม่ลงโทษจำเลยได้ ถ้าศาลเห็นว่าการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด เมื่อกฎในขณะกระทำความผิดได้ถูกยกเลิกไป เช่นนี้ย่อมถือ ว่า ไม่มีการกระทำอันเป็นความผิดอีกต่อไป ศาลจึงชอบที่จะยกฟ้องและถือว่าจำเลยพ้นจากการ กระทำความผิดอาญา ดังนั้น เมื่อกฎที่ฝ่ายบริหารออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อกำหนด ความผิดและมีโทษทางอาญาได้ยกเลิกไปแล้ว ศาลสมควรที่พิพากษายกฟ้อง ด้วยเหตุที่ว่า การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดอีกต่อไป ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 185 จะเป็นการเหมาะสมกว่าการพิพากษาว่า จำเลยพ้นความผิดเนื่องจากนัยประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 2 หรือวินิจฉัยว่าจำเลยหาได้พ้นผิดไปไม่ เพราะกฎหมายยังคงมีผลใช้บังคับ อยู่ คงมีเพียงแต่กฎเท่านั้นที่เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกไป ซึ่งไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของหลัก กฎหมายอาญาที่คุ้มครองหรือเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น การบัญญัติให้ การกระทำใดเป็นความผิดและมีโทษทางอาญานั้น จึงสมควรเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรที่มี อำนาจตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่สมควรให้มีการกำหนดความผิดหรือ โทษทางอาญาด้วยวิธีการอื่น เช่น กฎหมายที่ตราขึ้นแบบไม่สมบูรณ์และไม่ระบุความผิดให้ชัดเจน แต่มอบอำนาจให้องค์กรอื่นซึ่งมิใช่องค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชนเป็นผู้กำหนดอีกทอดหนึ่ง แต่ อย่างไรก็ตาม หากมีการกำหนดความผิดหรือโทษทางอาญาไม่ว่าจะรูปแบบใดก็ตามแล้ว แต่หากใน ภายหลังได้มีการยกเลิกความผิดนั้นไปแล้ว ศาลก็สมควรที่จะยกฟ้องเพราะการกระทำของจำเลยไม่ เป็นความผิด ตามนัยมาตรา 185 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

เอกสารอ้างอิง

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2562), *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน,
- คณิต ฒ นคร. (2562), *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน,
- คณพล จันทร์หอม. (2563), *หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน,
- ทศมัญช์ ใจหาญ. (2559), *ความผิดฐานใช้สัตว์ประกอบกามกิจ* บัณฑิตวิทยาลัย : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, คณะนิติศาสตร์.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2548), *คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน,
- ปกป้อง ศรีสนิท. (2563), *กฎหมายอาญาชั้นสูง*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน,
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2564), *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน,
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2564), *รูปแบบการกำหนดความผิดอาญา : ศีษากรณีของประเทศไทย*. (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- สุเจตน์ สถาพรนานนท์. (2545), *การควบคุมการออกกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย*. บัณฑิตวิทยาลัย : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, คณะนิติศาสตร์.
- สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. (2551), *กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี*. กรุงเทพฯ: บริษัท พี. เพรส จำกัด,
- หทัยรัตน์ เนาว์พิริยวัฒน์. (2552), *การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง*. บัณฑิตวิทยาลัย : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, คณะนิติศาสตร์.
- อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2556), *ทฤษฎีกฎหมายอาญา*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน,