# หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย

# THE PRINCIPLE OF DEFINING CRIMINAL OFFENSE AND PRINCIPLES OF DEFINING CRIMINAL PENLTY IN ENACTING LAWS

Received: 23 July, 2021
Revised: 10 September, 2021
Accepted: 13 September, 2021

อัจฉรียา ชูตินันทน์*
Achariya Chutinun*

* รองศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
* Associate Professor in Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University
* Email: achariya__amp@hotmail.com

## บทคัดย่อ

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยฉบับแรกเรียกว่า “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” บัญญัติขึ้นในรูปแบบ“ประมวลกฎหมาย” เมื่อรัตนโกสิทรศก 127 (ร.ศ. 127) หรือตรงกับ พ.ศ. 2451 ซึ่งใช้บังคับตลอดมาจนถึงได้มี “ประมวลกฎหมายอาญา”ออกใช้บังคับแทนเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 และใช้บังคับจนถึงปัจจุบัน

หลักการกำหนดความผิดอาญาต้องคำนึงถึงหลักประกันในกฎหมายอาญาเสมอ โดยกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นที่สามารถกำหนดให้การกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นความผิด และกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นที่สามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งโดยเฉพาะ เมื่อการลงโทษทางอาญาถือว่าเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายอาญา ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเพื่อคุ้มครองและเกิดความเป็นธรรมแก่ประชาชน อนึ่ง การกำหนดโทษทางอาญาควรเป็นไปตามหลักความยุติธรรมให้ได้สัดส่วนความร้ายแรงของความผิดด้วย โดยการพิจารณาความร้ายแรงของความผิดอาญานอกเหนือจากการคำนึงถึงหลักการทางวิชาการแล้ว ยังต้องคำนึงถึงความสำนึกทางศีลธรรมของสมาชิกในสังคมในช่วงเวลานั้นๆประกอบด้วย เพราะประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายอาญายังขึ้นอยู่กับความสำนึกในทางศีลธรรมของบุคคลในสังคมซึ่งมีความเปลี่ยนแปลงแบบพลวัตและตามกาลเวลา


**คำสำคัญ:** การกำหนดความผิดอาญา การกำหนดโทษทางอาญา


## Abstract

The first Thai Penal Code is called "Criminal Laws R.E. 127" was established in the form of "Code" when Rattanakosit Era 127 (R.E. 127) or B.E 2451, which has been in force all the time until there has been The “Penal Code” came into force on January 1, B.E.2500 and is in force until the present.

The principle of defining a crime must always take into account the bail in the criminal law. Only by the law arising from the statute can any act be an offense. and only the laws arising from the statute can impose a penalty for a particular act. When criminal sanctions are considered the most severe measures applied by a state to citizens of the state, then in the enactment of criminal law. The legislature therefore has to enact criminal laws as clearly as possible in

order to protect and create justice for the people. In addition, the determination of criminal penalties should be in accordance with the principles of justice in proportion to the severity of the offense. by considering the seriousness of the crime in addition to taking into account the academic principles must also take into account the moral consciousness of the members of the society at that time. Because the effectiveness of criminal law enforcement also depends on the moral consciousness of individuals in a society that changes dynamically and over time.

**Keywords:** Criminal Determination, Criminal Penalty

**บทนำ**

กฎหมายในรัฐประชาธิปไตยมีหลักว่า “อำนาจรัฐต้องมีกฎหมายรับรอง” ถือว่าเป็นข้อเรียกร้องที่แรงกล้าและหนักแน่นว่ากฎหมายอาญาต้องเกิดจากการบัญญัติและกฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้มีความชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่สามารถทำได้ ซึ่งกฎหมายอาญาสมัยใหม่ของไทยเราได้บัญญัติขึ้นในรูปแบบของ “ประมวลกฎหมาย” ขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อรัตนโกสินทรศก 127 (ร.ศ. 127) ตรงกับ พ.ศ. 2451[1] ประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกนี้ เรียกว่า “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” ซึ่งใช้บังคับเรื่อยมาจนได้มี “ประมวลกฎหมายอาญา” ออกใช้บังคับแทนเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500[2] อนึ่ง บทบัญญัติในกฎหมายอาญาจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวพันระหว่างเอกชนกับรัฐ แม้การกระทำความผิดอาญาบางอย่างจะได้กระทำโดยตรงต่อเอกชนให้ได้รับอันตรายเสียหายก็ดี การกระทำความผิดนั้นยังได้ชื่อว่ากระทบกระเทือนต่อประชาชนส่วนรวมถึงขนาดที่รัฐต้องเข้าดำเนินการปราบปรามได้เองโดยไม่ต้องมีผู้ใดมาร้องทุกข์กล่าวโทษ ยกเว้นความผิดบางประเภทที่เรียกว่า ความผิดอันยอมความได้เท่านั้น ซึ่งเป็นความผิดที่มีลักษณะประกอบด้วยเหตุผลที่เป็นส่วนตัวของผู้เสียหายบางประการ รัฐจะเข้ามาดำเนินการก็ต่อเมื่อเอกชนผู้เสียหายได้ร้องทุกข์ขึ้นก่อน อนึ่ง การกระทำใดเป็นความผิดอาญาต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้ง สำหรับการกระทำในภายหน้าจะไม่มีผลย้อนหลังไปลงโทษการกระทำที่ได้เกิดขึ้นก่อนที่จะมีกฎหมายบัญญัติความผิดนั้นขึ้น สำหรับความผิดอาญาที่เป็นความผิดในตัวเอง (Mala in se) นั้นส่วนใหญ่กำหนดอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นความผิดอาญาร้ายแรงที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อย

---

[1] จาก กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 (พิมพ์ครั้งที่ 1). ซึ่งใช้บังคับเมื่อวันที่ 21 กันยายน พุทธศักราช 2451, คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์จัดพิมพ์ฉลองพระมหากรุณาธิคุณ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เนื่องในวาระคล้ายวันสวรรคตเป็นปีที่ 100 (23 ตุลาคม พุทธศักราช 2553). โดย คณพล จันทน์หอม, 2553. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ลิขสิทธิ์ 2553, โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

[2] ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 73 ตอนที่ 95 หน้า 1 (ฉบับพิเศษ) ลงวันที่ 15 พฤศจิกายน 2499.

หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างชัดเจน ส่วนความผิดอาญาที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดกฎหมายในทางเทคนิค (Mala prohibita) นั้นเป็นข้อยกเว้นเฉพาะกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผล หรือมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งได้ อย่างไรก็ดี เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดให้การกระทำหนึ่งการกระทำใดเป็นความผิดแล้วจะต้องบัญญัติบทระวางโทษทางอาญาไว้ด้วย โดยการกำหนดโทษทางอาญาควรเป็นไปตามหลักความยุติธรรมได้สัดส่วน (Proportional Justice) โดยในการกำหนดโทษอาญารัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง[3] เท่าที่จำเป็นเท่านั้น ดังนั้น กฎหมายอาญาควรมีเท่าที่จำเป็นเพื่อให้คนในสังคมเคารพกฎหมายอาญา การแปรรูปกฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็น[4] อาทิเช่น ความผิดอาญาบางลักษณะที่เป็นความผิดกฎหมายในทางเทคนิค (Mala prohibita) นั้นไปเป็นโทษทางปกครอง[5] จะช่วยทำให้กฎหมายอาญาศักดิ์สิทธิ์และคนในสังคมเคารพกฎหมายอาญา

บทความวิชาการนี้ ผู้เขียนขอกล่าวถึงเฉพาะหลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษอาญาเพื่อใช้เป็นกรอบในการตรากฎหมาย ดังนี้

**1. หลักการกำหนดความผิดอาญา**

การกำหนดความผิดอาญา ต้องคำนึงถึงหลักประกันในกฎหมายอาญา ที่เรียกว่า “หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” ภาษาลาตินเรียกหลักกฎหมายอาญา (Maxim) นี้ว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege”[6] ซึ่งหลักประกันในกฎหมายอาญานี้ถือว่าเป็นหลักการสากลที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง โดยเป็นหลักกฎหมายอาญาที่พัฒนามาจาก “หลักนิติรัฐ” (Legal State) ซึ่งเป็นแนวคิดทางการเมืองที่ต้องการจำกัดอำนาจรัฐ

---

[3] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77. ประกอบกับพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 มาตรา 21 (8).

[4] จาก กฎหมายอาญาชั้นสูง (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 34). โดย ปกป้อง ศรีสนิท, 2563. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2563 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

[5] การดำเนินการโทษบังคับทางปกครองมีประสิทธิภาพและประหยัดค่าใช้จ่ายของรัฐมากกว่าการดำเนินคดีอาญา และมีกฎหมายหลายฉบับแปรรูปความรับผิดทางอาญาเป็นโทษทางปกครอง อาทิเช่น พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 หมวดที่ 9 ส่วนที่ 1 โทษทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรา 11 ได้จำแนกประเภทโทษปรับทางปกครองเป็นหลายลักษณะ ซึ่งบัญญัติว่า “โทษทางปกครอง มีดังนี้ (1) ภาคทัณฑ์ (2) ตำหนิโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน (3) ปรับทางปกครอง (4) จำกัดการประกอบการ (5) พักการประประกอบการที่ได้รับใบอนุญาต ที่ได้จดทะเบียน หรือที่ได้รับความเห็นชอบภายในระยะเวลาที่กำหนด (6) เพิกถอนใบอนุญาต การจดทะเบียน หรือการหีความเห็นชอบ” จาก กฎหมายอาญาชั้นสูง (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 35). โดย ปกป้อง ศรีสนิท, 2563. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2563 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

[6] จาก กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม) (น. 90), โดย คณิต ณ นคร. ก, 2563, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2563 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

“หลักนิติรัฐ” (Legal State) นี้เป็นคำที่แปลมาจากภาษาเยอรมันว่า “Rechtsstaat” โดยหลักนิติรัฐ[7] มีต้นกำเนิดมาจากประเทศเยอรมนีซึ่งพัฒนามาจากกฎหมายโรมัน กล่าวคือ ในการปกครองประเทศ รัฐถือกฎหมายเป็นใหญ่ ต่อมานักกฎหมายอาญาเยอรมัน คือ Anselm von Feuerbach จึงได้กำหนดเรื่อง “หลักประกันในกฎหมายอาญา” โดยอธิบายถึงเนื้อหาของหลักประกันในกฎหมายอาญาว่ามีหลักสำคัญ โดย 3 ประการ[8] ดังนี้ (1) การลงโทษต้องมีกฎหมาย (2) การลงโทษต้องขึ้นกับการมีอยู่ของการกระทำ (3) โทษที่จะลงต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย สำหรับประเทศไทยได้มีการปรับปรุงกฎหมายอาญาตามแบบอย่างประเทศตะวันตก และประเทศไทยก็ยอมรับ”หลักประกันในกฎหมายอาญา” ว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทย คือ “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127” ซึ่งตรงกับปี พ.ศ. 2451 อย่างไรก็ดี เมื่อประเทศไทยเปลี่ยนแปลงการปกครอง “หลักประกันในกฎหมายอาญา” นี้ก็ได้รับการบัญญัติทั้งในประมวลกฎหมายอาญา[9] และรัฐธรรมนูญ[10] หลักประกันในกฎหมายอาญานี้จึงถือว่าเป็น “หลักรัฐธรรมนูญ” ด้วย อนึ่ง เนื้อหาของหลักประกันในกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ในมาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” จากบทบัญญัติมาตรา 2 แสดงให้เห็นว่า “กฎหมายอาญาต้องเกิดจากการบัญญัติ” เท่านั้น ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงหลักสำคัญอยู่ 2 ประการ ดังนี้ (1) กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นที่สามารถกำหนดให้การกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นความผิด (nullum crimen sine lege) (2) กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นที่สามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งโดยเฉพาะ (nulla poena sine lege) ซึ่งหลักการทั้งสองประการต้องมีอยู่ก่อนการกระทำนั้น และเมื่อการลงโทษเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดที่รัฐใช้กับประชาชนในรัฐ รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้ คือ การบัญญัติกฎหมายอาญารัฐจึงต้องยึดหลัก “ความชัดเจนแน่นอน” ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองและเกิดความเป็นธรรมแก่ประชาชน ผู้เขียนจะกล่าวถึงหลักประกันในกฎหมายอาญาว่าประกอบด้วยหลักสำคัญ 4 ประการ ดังนี้

---

[7] หลักของ ”หลักนิติรัฐ” ภาษาเยอรมัน เรียกว่า Rechtsstaat หรือภาษาอังกฤษ เรียกว่า Legal State “หลักนิติรัฐ (Legal State) กับ “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law) จะพบว่า ทั้งสองหลักการมีความแตกต่างกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมนีเป็นต้นกำเนิดของหลักนิติรัฐ และประเทศอังกฤษต้นกำเนิดหลักนิติธรรม.

[8] กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 87). เล่มเดิม.

[9] ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” จาก ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง (พิมพ์ครั้งที่ 42) (น. 44), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2562, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2562 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

[10] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2561 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษในทางอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่การกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลากระทำความผิดมิได้”.

**(1) หลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา** กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ โดยพิจารณาจากบทบัญญัติ มาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า“บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 2 ใช้คำว่า “บัญญัติ” แสดงให้เห็นว่า กฎหมายอาญาต้องเป็น “กฎหมายเกิดจากการบัญญัติ” ดังนั้น “กฎหมายจารีตประเพณี”ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกันนั้น จึงเกิดจากการปฏิบัติแต่มิได้เกิดจากการบัญญัติ กฎหมายจารีตประเพณีจึงนำมาใช้ในกฎหมายอาญาไม่ได้ หมายความว่ากฎหมายจารีตประเพณีจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาไม่ได้ หรือจะนำกฎหมายจารีตประเพณีมาเพิ่มโทษทางอาญาก็ไม่ได้ (nullum poena sine lege scripta) หลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา คือ กฎหมายอาญาต้องเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติจึงเป็นหลักการที่สำคัญและมีความหนักแน่นกว่ากฎหมายอื่น โดยเฉพาะกฎหมายแพ่งเพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 วรรค 2 บัญญัติให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในกฎหมายแพ่งได้เมื่อไม่มีกฎหมายใดที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป ดังนั้น ในกฎหมายแพ่งนั้นกฎหมายจารีตประเพณีจึงถือว่า เป็นที่มาของกฎหมายแพ่งอย่างหนึ่งด้วย[11] ดังนั้น กฎหมายอาญานั้นต้องเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้น ซึ่งแสดงให้เห็นถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายอาญาทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 2 วรรคแรกแห่งประมวลกฎหมายอาญา

**(2) หลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา** กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติแสดงให้เห็นจากบทบัญญัติมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่ว่า “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้...” ดังนั้น เมื่อกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ การบัญญัติกฎหมายอาญาจึงต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน[12] ที่สุดเป็นไปตาม “หลักความชัดเจนแน่นอนของกฎมายอาญา” (nullum crimen sine lege certra) เนื่องจากการลงโทษทางอาญาแก่บุคคล

---

[11] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพรีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

[12] ตัวอย่างการบัญญัติกฎหมายอาญาเป็นไปตามหลักความชัดเจนแน่นอน อาทิเช่น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 217 บัญญัติว่า “ผู้ใดวางเพลิงเผาทรัพย์ผู้อื่น ต้องระวางโทษ..” คำพิพากษาฎีกาที่ 2829/2532 ความผิดสำเร็จฐานวางเพลิงเผาโรงเรือนนั้น ไม่หมายความว่า เอาเพลิงไปวางเท่านั้น หากต้องเป็นการเผาทำให้เกิดเพลิงไหม้โรงเรือนนั้นลุกติดไฟขึ้นด้วย เพียงแต่ฝาผนังบ้านอันเป็นส่วนหนึ่งของโรงเรือนมีรอยเขม่าดำแต่ยังไม่ไหม้ไฟ ยังไม่ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จ แม้จะมีทรัพย์อื่นหลายรายการ เช่นเครื่องเรือนถูกไฟลุกไหม้ไปด้วยก็ถือไม่ได้ว่าทรัพย์สินดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของโรงเรือนที่อยู่อาศัยได้ถูกไฟไหม้ไปด้วย จึงเป็นเพียงฐานพยายามเผาโรงเรือนที่อยู่อาศัยเท่านั้น

ถือว่าเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่สามารถทำได้ โดยการบัญญัติกฎหมายอาญาต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่กำกวม ไม่ชัดเจน หรือถ้อยคำที่อาจตีความได้หลายนัย ดังนั้น “หลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา” ย่อมเป็นหลักประกันว่า กฎหมายอาญาที่บัญญัตินั้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และยังเป็นเครื่องมือป้องกันมิให้ศาลใช้อำนาจตามความรู้สึกของตนในการตัดสินคดี อีกทั้งเพื่อสร้างความรู้สึกในทางที่ศาลยุติธรรมมีความเป็นกลาง ดังนั้น คำพิพากษาในคดีอาญาจำต้องตรวจสอบได้โดยกฎหมาย หลักการนี้จึงเป็นข้อเรียกร้องของหลักนิติรัฐในส่วนของกฎหมายอาญาที่มีความสำคัญที่สุด[13] อย่างไรก็ดี การตีความกฎหมายอาญามีความสำคัญต่อการปรับใช้กฎหมาย การปรับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายจึงเป็นของคู่กันเสมอโดยผู้ใช้กฎหมายจะใช้กฎหมายได้ถูกต้องต่อเมื่อรู้และเข้าใจความหมายแห่งบทกฎหมาย[14] นั้น ผู้เขียนพบว่าบทบัญญัติของกฎหมายอาญาบางฐานความผิดยังขาดความชัดแน่นอน อาทิเช่น กรณีเนื้อหาของบทบัญญัติความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 391[15] อันเป็นความผิดลหุโทษ กับความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามประมวลกฎหมายมาตรา 295[16] อันเป็นความผิดอาญาทั่วไป ปัญหาที่เกิดขึ้นจากความผิดอาญาทั้งสองฐาน คือ ผลของการทำร้ายแค่ไหนไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ และแค่ไหนถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจนั้นยังมีความสับสนในแง่ของกฎหมายอาญา[17] ซึ่งเป็นปัญหาอันเกิดจากความไม่ชัดเจนแน่นอนของบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว หรือกรณีเนื้อหาของบทบัญญัติความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนได้รับอันตรายสาหัสตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 297(4) ที่ว่า “หน้าเสียโฉมอย่างติดตัว” ก็เป็นเรื่องที่มีความเป็น “อัตวิสัย” (subjectivity) เพราะการลงความเห็นว่าเป็นอันตรายสาหัสหรือไม่ กลายเป็นเรื่องความรู้สึกของแต่ละบุคคลในการใช้ระยะห่างไกลของสายตาที่สามารถมองเห็นได้ชัดว่า “หน้าเสียโฉมอย่างติดตัว” แล้วหรือไม่เท่านั้น[18]

---

[13] จาก “ความผิดฐานวางเพลิงกรณีพิเศษ,” โดย สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์, 2539, ดุลพาห. 43(3), น. 132-141. ลิขสิทธิ์ 2539 โดย สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ เจ้าของลิขสิทธิ์

[14] จาก “นิติวิธีในการตีความกฎหมายอาญาของประเทศไทย,” โดย อัจฉรียา ชูตินันทน์, 2562, วารสารสุทธิปริทัศน์, 33(107), น. 249. สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์เจ้าของลิขสิทธิ์.

[15] ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 391 บัญญัติว่า “ผู้ใดใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นโดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” จาก ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับหัวเรื่องเรียงมาตรา แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2560. (พิมพ์ครั้งที่ 8) (น. 167) โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, 2561, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2561 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

[16] ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่น จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” จาก ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับหัวเรื่องเรียงมาตรา แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2560. (น. 132.) เล่มเดิม.

[17] คำพิพากษาฎีกาที่ 2536/2519, คำพิพากษาฎีกาที่ 116/2503, คำพิพากษาฎีกาที่ 149/2520

[18] คำพิพากษาฎีกาที่ 1663/2494, คำพิพากษาฎีกาที่ 589/2510, คำพิพากษาฎีกาที่ 3088/2527.

ซึ่งเป็นปัญหาที่เกิดจากความไม่ชัดเจนแน่นอนของบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว กรณีเนื้อหาของบทบัญญัตินิยามความหมายคำว่า “กระทำชำเรา”[19] ที่ว่า หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากผู้อื่น” ผู้เขียนเห็นว่า จากบทนิยามความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ตามที่กฎหมายบัญญัติคำว่า “กระทำชำเรา” จึงต้องมีการ “ล่วงล้ำ” (Penetretion) โดยต้องเป็นกรณีที่ “ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตน” “ล่วงล้ำ”เท่านั้น ดังนั้นผู้กระทำชำเราด้วยตัวเองจึงต้องเป็นชายที่มีลึงค์เท่านั้น ปัญหาที่ตามมาคือ หากหญิงแปลงเพศเป็นชาย “การใช้อวัยวะเพศชายจากการแปลงเพศ” “ล่วงล้ำ” อวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากผู้อื่น จะถือว่าเป็น “อวัยวะเพศของผู้กระทำ” ตามมาตรา 1(18) อันเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 หรือไม่ หรือจะถือว่าเป็นการใช้ “วัตถุอื่นใด” “ล่วงล้ำ” อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น อันเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 วรรคสอง[20] หรือไม่ หรือในทางกลับกัน หากหญิงบังคับให้ชายใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิง[21] จะเป็นการ “กระทำชำเรา” ตามความหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(18) หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า “หลักความชัดเจนแน่นอน” เป็นหลักกฎหมายอาญาที่มีความสำคัญที่สุด ในทางกลับกันอาจกล่าวได้ว่า ความไม่ชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติกฎหมายอาญาถือว่าเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงอันมีผลกระทบต่อหลักประกันในกฎหมายอาญา

---

[19] ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (18) กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่27) พ.ศ. 2562 (ราชกิจจานุเบกษา) เล่ม 136 ตอนที่ 69 ก หน้าที่ 127 วันที่ 27 พฤษภาคม 2562) จาก ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง (พิมพ์ครั้งที่ 42) (น. 27), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2562, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2562 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

[20] ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นถึงสี่แสนบาท” จาก ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง (พิมพ์ครั้งที่ 42) (น. 472). เล่มเดิม.

[21] การกระทำชำเรา ตามความหมายดั้งเดิมหมายถึง การร่วมประเวณีโดยการที่อวัยวะเพศชาย ”ล่วงล้ำ” หรือ ”สอดใส่” อวัยวะเพศหญิงแต่ตามบทนิยามความหมายคำว่า “กระทำชำเรา” มาตรา 1(8) ได้นิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้กว้างกว่าความหมายตามรูปศัพท์เดิมโดยขยายขอบเขตของวัตถุที่ถูกกระทำออกไป ไม่จำเป็นต้องกระทำด้วยอวัยวะเพศของชายต่ออวัยวะเพศของหญิงตามแบบแนวคิดดั้งเดิม กล่าวคือ ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำอวัยวะเพศ หรือทวารหนักหรือช่องปากผู้อื่น เช่น ชายใช้อวัยวะเพศสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง หรือชายใช้อวัยวะเพศสอดใส่เข้าไปในช่องปากของชายอีกคนหนึ่ง หรือหญิงใชเอวัยวะเพศของตนล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของชายเป็นต้น จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1 (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 546-547). โดย คณพล จันทน์หอม, 2563, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2563 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

**(3) หลักการห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล** เป็นหลักกฎหมายอาญาที่ห้ามใช้กฎหมายอาญาที่เกินเลยขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จากการตีความกฎหมาย การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคลมีความเกี่ยวข้องกับตีความกฎหมายอาญาอย่างใกล้ชิด[22] หมายถึง ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 กฎหมายห้ามใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งกำหนด หรือขยายบทกฎหมายอาญาที่มีอยู่แล้วในทางที่เป็นโทษ รวมตลอดถึงห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางเพิ่มโทษทางอาญา คือ หากกรณีใดที่มีกฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแล้ว ในกรณีนั้นก็ต้องใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณเสมอ อาทิเช่น กรณีการห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในกรณีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ตามมาตรา 358 โดยความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ กฎหมายมุ่งคุ้มครองการกระทำที่กระทบต่อตัวเนื้อวัตถุของทรัพย์นั้น ได้แก่ การทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งทรัพย์ของผู้อื่น ดังนั้น การปล่อยลมยางรถจักรยานของผู้อื่น จึงเป็นการทำให้ทรัพย์ของผู้อื่นไร้ประโยชน์ จึงเป็นความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ แต่ถ้าหากเอาจักรยานของผู้อื่นไปซ่อนเพื่อให้เจ้าของไม่อาจติดตามเอาทรัพย์กลับมาได้ กรณีจึงไม่เป็นการทำให้เสียหาย หรือทำลาย ไม่ได้ทำให้ทรัพย์นั้นเสื่อมค่าหรือไร้ประโยชน์ เพราะการเอาทรัพย์ไปซ่อนไม่ได้เป็นการกระทำที่กระทบต่อตัวเนื้อวัตถุแห่งทรัพย์นั้น การกระทำดังกล่าวจึงไม่เป็นความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ดังนั้น หากมีการลงโทษการซ่อนสิ่งของเครื่องใช้ของผู้อื่นในความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ก็จะเป็นการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคลซึ่งต้องห้ามในกฎหมายอาญา หรือกรณีเรื่องการลักกระแสไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์[23] จากการที่ศาลพิพากษาลงโทษในกรณีดังกล่าวนั้นเป็นการใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาลงโทษทางอาญาแก่บุคคล[24] ศาลจึงชอบที่จะพิพากษายกฟ้องและปล่อยให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ การที่ศาลพิพากษาลงโทษจึงเป็นการใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาลงโทษทางอาญาแก่บุคคล[25] อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายอาญาอาจมีช่องว่างได้ เพราะในการบัญญัติกฎหมายนั้นฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถบัญญัติให้ครอบคลุมไปทุกเรื่องได้เนื่องจากสภาพสังคมโลกและเทคโนโลยีเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว ดังนั้น หากในกรณีที่กฎหมายอาญามีช่องว่าง ศาลจะต้องพิพากษายกฟ้อง และปล่อยให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องตัดสินใจต่อไป

---

[22] จาก กฎหมายอาญาภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 16) (น. 44-45), โดย หยุด แสงอุทัย, 2537, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2537 โดยสำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

[23] คำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501 จาก ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง (พิมพ์ครั้งที่ 42) (น. 599). เล่มเดิม.

[24] จาก “ข้อสังเกตเกี่ยวกับความผิดฐานลักทรัพย์,” โดย คณิต ณ นคร ข, 2514, อัยการนิเทศ, 33(4), น. 328. สำนักพิมพ์วิญญูชน เจ้าของลิขสิทธิ์.

[25] จาก “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” โดย คณิต ณ นคร ค, 2523, วารสารอัยการ, 3(25), น. 60. สำนักพิมพ์วิญญูชนเจ้าของลิขสิทธิ์.

**(4) หลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง** เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในมาตรา 2 วรรคหนึ่งที่ว่า “กฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำบัญญัติเป็นความผิด” แสดงให้เห็นชัดถึงข้อห้ามย้อนหลังของกฎหมายอาญา หลักประกันข้อนี้แสดงให้เห็นถึง “หลักนิติรัฐ” “การห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง” หมายความว่า ถ้าบุคคลได้กระทำการอย่างใดลงและในขณะกระทำนั้นการกระทำนั้นไม่มีโทษทางอาญาแล้ว ย่อมไม่อาจจะบัญญัติให้ย้อนหลังว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ต้องรับโทษในทางอาญาได้โดยเด็ดขาด หลักกฎหมายที่ว่ากฎหมายไม่มีผลย้อนหลังไม่รวมถึงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยศาลฎีกาเคยกล่าวตรงกันว่า“หลักกฎหมายที่ว่ากฎหมายไม่มีผลย้อนหลังไม่ใช้ในกรณีที่เป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ”[26] อาทิเช่น เรื่องอายุความร้องทุกข์นั้นเป็นเงื่อนไขในการดำเนินคดี จึงเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หากมีการออกกฎหมายขยายเวลาร้องทุกข์ออกไปจากที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน กฎหมายนี้ย่อมย้อนหลังได้ แต่ถ้าคดีขาดอายุความไปแล้วก่อนกฎหมายใหม่มีผลใช้บังคับ กรณีจะไม่มีผลย้อนหลังไปขยายอายุความที่ขาดไปแล้วอีกได้ การเปลี่ยนสภาพของความผิดจากความผิดอันยอมความได้เป็นความผิดอาญาแผ่นดินก็เป็นเรื่องของกฎหมายวิธีพิจารณาความ กรณีจึงมีผลย้อนหลังได้ นอกจากนี้วิธีเพื่อความปลอดภัยย้อนหลังได้เมื่อมีเหตุผลตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 12 เพื่อความปลอดภัยจึงใช้บังคับได้ทันทีเพื่อให้สังคมปลอดภัยจากผู้กระทำความผิดในเวลาเร็วที่สุด[27]

**2. แนวคิดการกำหนดความผิดอาญา**

แนวคิดในการบัญญัติความผิดอาญามีขึ้นเพื่ออธิบายว่าการกระทำใดควรเป็นความผิดอาญาซึ่งการกำหนดความผิดอาญามีวิวัฒนาการ ดังนี้ ช่วงแรกเริ่มจากการใช้เกณฑ์ทางศีลธรรม[28] โดยกฎหมายอาญาและศีลธรรมมีความเกี่ยวข้องกันและความผิดอาญาร้ายแรงก็ล้วนแต่ผิดศีลธรรมทั้งสิ้น[29] กล่าวคือ การใดเป็นการผิดศีลธรรม การนั้นคือการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาและมีความสมควรลงโทษ อย่างไรก็ดี การใช้เกณฑ์ดังกล่าวสามารถใช้ได้อย่างดีกับสังคมพื้นฐานที่ยังไม่มีผู้คนอยู่มากนัก เพราะการใช้กฎหมายเทคนิคเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยยังไม่มีความจำเป็นในยุคนั้น ดังนั้น การผิดศีลธรรมกับผิดกฎหมายจึงเป็นเรื่องเดียวกัน[30] ต่อมาการใช้เกณฑ์ทางสังคมเริ่มมีบทบาทมากขึ้นเมื่อผู้คนมากขึ้นและสังคมพัฒนาขึ้น ความจำเป็นที่ต้องออกกฎหมายอาญาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมจึงเกิดขึ้น กฎหมายจึงค่อยๆ เคลื่อนตัว

---

[26] คำพิพากษาฎีกาที่ 3342/2525 จาก กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม) (น. 104), แหล่งเดิม.

[27] กฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 16) (น. 213). เล่มเดิม.

[28] กฎหมายอาญาชั้นสูง (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 19). เล่มเดิม.

[29] จาก คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 11) (น. 2), โดย เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 2562, กรุงเทพฯ: พลสยาม พริ้นติ้ง ประเทศไทย. ลิขสิทธิ์ 2562 โดยสำนักพิมพ์พลสยาม พริ้นติ้ง ประเทศไทย.

[30] กฎหมายอาญาชั้นสูง (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 19-20). เล่มเดิม.

ออกจากศีลธรรมแต่มิได้แยกจากกันเด็ดขาดกล่าวคือ บางกรณีผิดกฎหมายและผิดศีลธรรม เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น[31] ความผิดฐานฆ่าบุพการี[32] เป็นต้น แต่ก็มีอีกหลายกรณีที่ถือว่าผิดศีลธรรม แต่ไม่ผิดกฎหมายอาญา เช่น การดื่มสุรา เป็นต้น หรือบางกรณีมีการกระทำบางอย่างที่ไม่ผิดศีลธรรมแต่ผิดกฎหมายอาญา เช่น ความผิดฐานพาอาวุธไปในเมือง[33] เป็นต้น กรณีดังกล่าวนี้ศีลธรรมกับกฎหมายอาญานั้นไม่ได้สอดคล้องกันทุกกรณี ดังนี้ จะใช้ศีลธรรมเป็นเครื่องกำหนดความผิดอาญาตายตัวไม่ได้[34] แต่ปัจจุบันแนวคิดการกำหนดความผิดอาญาจะพิจารณาไปที่ความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย[35] โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดให้พฤติกรรมใดเป็นความผิดอาญาและมีความสมควรลงโทษนั้น การกระทำนั้นต้องกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นหลักสำคัญ อย่างไรก็ดี การกำหนดความผิดอาญาของ Packer ได้ให้หลักการไว้ 6 ประการ ในการพิจารณาว่าการกระทำเรื่องนั้นควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่[36] ดังนี้ 1) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น 2) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่าง ๆ 3) การปราบปรามการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญานั้นจะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป 4) หากเป็นความผิดอาญาแล้วจะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน 5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ

---

[31] ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 บัญญัติว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี” จาก ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับหัวเรื่องเรียงมาตรา. แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2560 (พิมพ์ครั้งที่ 8) (น. 130), โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, 2561, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2560 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

[32] ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 บัญญัติว่า “ผู้ใดฆ่า (1) บุพการี ต้องระวางโทษประหารชีวิต” การบัญญัติความผิดฐานนี้ให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นนั้นเพราะอิทธิพลของศาสนา เนื่องจากศาสนาพุทธถือว่าบิดามารดาเป็นพรหมของบุตร จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 11) (น. 117), โดย คณิต ณ นคร, 2559, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2559 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

[33] ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 371 บัญญัติว่า “ผู้ใดพาอาวุธไปในเมือง หมู่บ้านหรือทางสาธารณะ โดยเปิดเผย หรือโดยไม่มีเหตุสมควร หรือพาไปในชุมนุมชนที่ได้จัดให้มีขึ้นเพื่อนมัสการ การรื่นเริงหรือการอื่นใด ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท และให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ริบอาวุธนั้น” ความผิดฐานนี้เป็น“ความผิดที่เป็นการก่ออันตราย” คุณธรรมทางกฎหมายจึงเป็นการคุ้มครอง“ภยันตรายอันเกิดจากการใช้อาวุธ” จาก กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม) (น. 215). เล่มเดิม.

[34] From Criminal Law (p. 9-10), by LaFave, W. R., & Scott Jr, A. W., 1972, St. Paul, Copyright 1972 by Mnn: West Publishing.

[35] กฎหมายอาญาชั้นสูง (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 21). เล่มเดิม.

[36] Packer, H. L. (1968). The Limits of the Criminal Sanction. p. 296. California: Standford University Press. จาก คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1 (พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขเพิ่มเติม) (น. 4-5). เล่มเดิม.

6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ดี มีแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ซึ่งเป็นแนวคิดใหม่ที่นำหลักพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์มาอธิบายว่าพฤติการณ์ใดควรเป็นความผิดอาญานั้น ควรพิจารณาจากประโยชน์สังคม (social benefits) และต้นทุนสังคม (social cost) เป็นสำคัญ แนวคิดนี้สนับสนุนให้รัฐกำหนดความผิดอาญาก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นสร้างต้นทุนให้กับสังคม คือ การกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นกับสังคมมากกว่าสังคมได้ประโยชน์[37] จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้จะช่วยแก้ปัญหาการเกิดกฎหมายอาญาเฟ้อ (Overcriminalization) ขึ้นได้ เพราะหากรัฐมุ่งแต่จะควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือโดยไม่พิจารณาถึงประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกของรัฐที่จะใช้บังคับกฎหมายอาญาแล้ว กฎหมายจะไร้ความหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์และเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐที่ประพฤติมิชอบมีโอกาสแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเอง

**3. แนวคิดการกำหนดความผิดอาญาให้เป็นความผิดอันยอมความได้**

ความผิดอาญาใดเป็น “ความผิดอันยอมความ” ได้นั้นเป็นเรื่องที่กฎหมายจะบัญญัติโดยระบุว่าความผิดนั้นเป็นความผิดอันยอมความได้ไว้โดยเฉพาะ สำหรับความผิดใดที่กฎหมายมิได้ระบุไว้ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ไว้เป็นการเฉพาะ ความผิดนั้นย่อมเป็น “ความผิดอาญาแผ่นดิน” อนึ่ง “ความผิดอันยอมความได้” หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ความผิดต่อส่วนตัว” นั้นมักเป็นความผิดอาญาที่เป็นการประทุษร้ายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นเรื่องส่วนบุคคลอย่างแท้จริง แนวคิดในการกำหนดความผิดอาญาให้เป็นความผิดอันยอมความได้นั้น รัฐต้องคำนึงถึงเจตจำนงของผู้เสียหายเป็นสำคัญ หากผู้เสียไม่ติดใจดำเนินคดี รัฐก็ไม่อาจดำเนินการใดๆในคดีนั้นได้อีก ดังนั้น ความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งควรบัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้หรือไม่มีปัจจัยสำคัญ 3 ประการ ดังนี้ [38]ประการแรกคือ เป็นความผิดอาญาที่มีความเป็นอาชญากรรมค่อนข้างน้อย ประการที่สอง คือ เป็นความผิดที่กระทบต่อชีวิตส่วนตัวของบุคคลมากการดำเนินคดีอาญาจึงเป็นเรื่องเจตจำนงของผู้เสียหายโดยตรง ประการที่สาม คือ เป็นความผิดที่คุ้มครองเหยื่ออาชญากรรมมากโดยการดำเนินคดีนั้นจะถือเป็นการซ้ำเติมเหยื่ออาชญากรรมให้ได้รับทุกข์หนักขึ้นไปอีก เมื่อความผิดอันยอมความได้เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับอำนาจฟ้องของผู้เสียหายโดยตรง การร้องทุกข์ของผู้เสียหายจึงเป็นเงื่อนไขในการดำเนินคดีอาญา[39] หากผู้เสียหายมิได้ร้องทุกข์ภายในสามเดือนนับแต่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด คดีนั้น

---

[37] กฎหมายอาญาชั้นสูง (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 22). เล่มเดิม.

[38] กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม) (น. 170). เล่มเดิม.

[39] ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 96 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 95 ในกรณีความผิดอันยอมความได้ถ้าผู้เสียหายมิได้ร้องทุกข์ภายในสามเดือน นับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด เป็นอันขาดอายุความ”.

ก็เป็นอันขาดอายุความ[40] หรือหากผู้เสียหายร้องทุกข์ภายในกรอบระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดแล้ว ผู้เสียหายก็สามารถมาถอนคำร้องทุกข์ได้ในทุกชั้นศาล ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นคดีที่ผู้เสียหายได้มอบอำนาจให้รัฐดำเนินการหรือคดีที่ผู้เสียหายฟ้องเองก็ตาม อย่างไรก็ดี ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย การบัญญัติให้ความผิดฐานใดเป็นความผิดอันยอมความได้ยังขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอน อาทิเช่น ความผิดฐานฉ้อโกงการประกันวินาศภัยตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 347 โดยผลของมาตรา 348[41] กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคุณธรรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองครองความผาสุกของประชาชน ประกอบกับลักษณะของการทำสัญญาประกันวินาศภัยโดยเฉพาะสัญญาทางธุรกิจการค้าพาณิชย์ย่อมเป็นเรื่องกระทบต่อความสงบสุขและการดำรงชีวิตของประชาชนในวงกว้าง เมื่อพิจารณาแล้วยังพบว่า ความผิดฐานฉ้อโกงการประกันวินาศภัยเริ่มต้นมาจากผู้เอาประกันภัยหรือผู้รับประโยชน์ฝ่าฝืนหลักสุจริตอย่างยิ่งของการประกันภัย ไม่ว่าโดยทางธุรกิจการค้าพาณิชย์หรือกรณีการฉ้อโกงสัญญาประกันวินาศภัยกรณีทั่วไปก็ไม่ควรกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้อีกต่อไปเพราะนอกจากผู้รับประกันภัยจะได้รับความเสียหายแล้ว ประชาชนก็ได้รับความเสียหายด้วย เนื่องจากเบี้ยประกันภัยที่บริษัทได้มานั้นมิใช่ของผู้รับประกันภัย แต่เป็นเงินจำนวนมากที่อยู่ในกองทุนซึ่งมาจากผู้เอาประกันภัยที่มาร่วมเสี่ยงภัยด้วยและนำมาชดใช้ให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากสัญญาประกันวินาศภัยกฎหมายจึงไม่ควรบัญญัติให้ความผิดฐานฉ้อโกงกสัญญาประกันวินาศภัยเป็นความผิดอันยอมความได้อีกต่อไป โดยเฉพาะการฉ้อโกงสัญญาประกันวินาศภัยทางธุรกิจการค้าพาณิชย์ ควรกำหนดเป็นเหตุเพิ่มโทษให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการฉ้อโกงสัญญาประกันวินาศภัยกรณีทั่วไป

---

[40] คำพิพากษาฎีกาที่ 7114/2553 การนับอายุความร้องทุกข์ซึ่งมีกำหนดเวลาสามเดือนเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาตาม ป.พ.พ. มาตรา 193/3 วรรคสอง ที่มิให้นับวันแรกแห่งระยะเวลานั้นรวมเข้าด้วย การที่ธนาคารตามเช็คปฏิเสธการจ่ายเงินตามเช็คที่จำเลยชำระหนี้แก่โจทก์ ในวันที่ 1 มิถุนายน 2542 อายุความในการฟ้องคดีนี้ซึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้จึงต้องเริ่มนับตั้งแต่วันที่ 2 มิถุนายน 2542 และเมื่อวันเริ่มต้นนับระยะเวลาเป็นวันที่ 2 มิถุนายน จึงไม่ต้องด้วยมาตรา 193/5 วรรคหนึ่งที่ให้คำนวณเดือนตามปีปฏิทิน เมื่อระยะเวลามิได้กำหนดนับตั้งแต่วันต้นแห่งเดือน จึงต้องด้วยมาตรา 193/5 วรรคสอง ที่ให้ถือระยะเวลาสิ้นสุดในวันก่อนจะถึงวันแห่งเดือนสุดท้ายอันเป็นวันตรงกับวันเริ่มระยะเวลานั้น เมื่อวันเริ่มระยะเวลา คือ วันที่ 2 มิถุนายน 2542 ระยะเวลาสิ้นสุดลงก่อนหน้าวันจะถึงวันแห่งเดือนสุดท้ายอันเป็นวันตรงกับวันเริ่มระยะเวลานั้นก็คือ วันที่ 1 กันยายน 2542 จาก ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง (พิมพ์ครั้งที่ 42) (น. 300-301). เล่มเดิม.

[41] ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 348 บัญญัติว่า “ความผิดในหมวดนี้ นอกจากความผิดตามมาตรา 343 เป็นความผิดอันยอมความได้” จาก ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง (พิมพ์ครั้งที่ 42) (น. 664). เล่มเดิม.

**4. แนวคิดในการกำหนดความผิดอาญาที่เป็นเหตุฉกรรจ์**

แนวคิดและหลักการลงโทษทางอาญามีขึ้นก็เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและประกันผลประโยชน์ของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม เมื่อพิจารณาในแต่ละฐานความผิดในประมวลกฎหมายอาญาย่อมมีบทลงโทษที่มีความรุนแรงแตกต่างกันไปซึ่งขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของการกระทำหรือผลของการกระทำ ดังนั้น สัดส่วนของโทษจึงมีความเกี่ยวข้องกับเหตุฉกรรจ์หรือพฤติการณ์ของการกระทำที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น อนึ่ง นักนิติศาสตร์ไทยศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ได้อธิบายความของ “เหตุฉกรรจ์” ว่าหมายถึง เหตุที่ทำให้รับโทษหนักขึ้น[42] อนึ่ง แนวความคิดในการรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์เป็นแนวคิดในการรับโทษหนักขึ้นตามพฤติการณ์หรือเหตุจูงใจ[43] เหตุฉกรรจ์จึงไม่ใช่บทเพิ่มโทษแต่เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นจากบทบัญญัติพื้นฐาน ซึ่งแนวคิดนี้ความหนักเบาของโทษจะกำหนดตามความร้ายแรงของอันตรายของการกระทำความผิด อันเป็นแนวคิดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้แค้น ข่มขู่และเพื่อยับยั้งอาชญากรรมอันเป็นการตอบแทนความร้ายแรงของการกระทำความผิดตามแนวคิดของสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม[44] (Classical School of Criminology) อย่างไรก็ดี แม้ปัจจุบันการลงโทษจะมุ่งไปแนวทางเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าความรู้สึกของคนส่วนใหญ่ในสังคมต้องการให้อาชญากรได้รับโทษหนักเท่ากับความร้ายแรงของอาชญากรรม กฎหมายจึงไม่อาจละเลยวัตถุประสงค์ของการแก้แค้น และการข่มขู่เพื่อยับยั้งและป้องกันอาชญากรรมลงได้โดยจะใช้มาตรการต่างๆ ควบคู่กันไปอย่างเหมาะสม ประกอบกับในสภาวการณ์ของสังคมไทยปัจจุบัน สถิติการก่ออาชญากรรมมีแนวโน้มสูงขึ้นและทวีความรุนแรงในรูปแบบที่หลากหลายมากขึ้น จึงมีความจำเป็นที่ประมวลกฎหมายอาญาของไทยจะต้องกำหนดให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์ อันเป็นแนวคิดหลักของกฎหมายอาญาอันเป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยและหลักประกันการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม

**5. หลักการกำหนดโทษอาญา**

**5.1 หลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนกับลักษณะของการกระทำความผิด** แนวคิดเรื่องหลักการลงโทษที่เหมาะสมกับความผิด มีทฤษฎีที่สนับสนุนแนวคิดและหลักการนี้ ดังนี้

---

[42] จาก กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3 (พิมพ์ครั้งที่ 3) (น. 2085), โดย จิตติ ติงศภัทิย์, 2532, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. ลิขสิทธิ์ 2532 โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

[43] กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3 (พิมพ์ครั้งที่ 3) (น. 2203). แหล่งเดิม.

[44] นิติวิธีในการตีความกฎหมายอาญาของประเทศไทย (น. 108). เล่มเดิม.

**(1) ทฤษฎีเจตจำนงอิสระ (Free Will Theory)** โดยทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่าการพิจารณาบทลงโทษผู้กระทำความผิดควรมีความเหมาะสมกับลักษณะความผิด[45] (Equal punishment for the same crime) คือ ต้องไม่มากจนโหดร้ายทารุณ และต้องไม่น้อยเกินไปจนทำให้ผู้กระทำความผิดคิดว่าคุ้มค่าที่จะได้ผลประโยชน์จากการประกอบอาชญากรรม ทฤษฎีนี้ถือว่ามนุษย์ทุกคนมีเจตจำนงอิสระ (Free Will) และมนุษย์ทุกคนมีอิสระในการเลือกกระทำสิ่งใดๆในสิ่งที่เห็นว่าเป็นประโยชน์มากกว่าเสียประโยชน์ เช่นเดียวกันกับการประกอบอาชญากรรม ดังนั้น หลักการกำหนดโทษทางอาญาจึงต้องมีพิจารณาหลักความได้สัดส่วนคือ การกำหนดโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นด้วย

**(2) ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarianism Theory)** ทฤษฎีนี้มีแนวคิดทางจริยธรรมสังคมว่า การออกกฎหมายต้องให้สอดคล้องกับกฎธรรมชาติโดยต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในรัฐ[46] ทฤษฎีนี้เชื่อว่า กฎธรรมชาติ 2 อย่าง คือความพึงพอใจ (Pleasure) และความเจ็บปวด (Pain) เป็นตัวกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์ ดังนั้น ก่อนที่มนุษย์จะตัดสินใจทำสิ่งใดก็ต้องนำกฎธรรมชาติ 2 อย่าง มาชั่งน้ำหนักก่อนเสมอ ดังนั้น ในการประกอบอาชญากรรมก็เช่นเดียวกัน ก่อนที่มนุษย์จะตัดสินใจกระทำความผิดก็ต้องชั่งน้ำหนักโดยใช้กฎธรรมชาติ 2 อย่างเสมอ และหากบุคคลนั้นชั่งน้ำหนักแล้ว ผลที่จะได้รับจะทำให้บุคคลนั้นเกิดความพึงพอใจมากกว่า บุคคลนั้นก็เลือกที่จะประกอบอาชญากรรมนั้น ทฤษฎีนี้จึงยึดถือ “ความสุขของคนในสังคม” เป็นเกณฑ์พื้นฐานในการตัดสินว่าอะไรควรหรือไม่ควร คือ ความถูกต้องของการกระทำขึ้นอยู่กับแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความสุขของคนส่วน ดังนั้น หลักการกำหนดโทษทางอาญาจึงต้องมีพิจารณาหลักความได้สัดส่วนคือ การกำหนดโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นด้วย

**(3) ทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrace Theory)** ทฤษฎนี้มีแนวคิดว่า ในการกำหนดกำหนดโทษต้องให้มีความเหมาะสมกับความร้ายแรงของอาชญากรรม[47] ทฤษฎีนี้เป็นแนวคิดของ ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) และ เจรีมี เบนธัม (Jeremy Bentham) ซึ่งเป็นผู้คิดค้นทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory) ในศตวรรษที่ 18 ทฤษฎีนี้มีวัตถุประสงค์ 2 ประการ ประการแรก เพื่อลดอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดซ้ำ และประการที่สอง

---

[45] ซีซาร์ เบ็คคาเรีย Cesare Beccaria เป็นนักปราชญ์คนสำคัญในศตวรรษที่ 18 และผู้คิดค้นแนวคิดเรื่องหลักการลงโทษที่เหมาะสมกับความผิดภายใต้ทฤษฎีเจตจำนงอิสระ เพื่อนำมาใช้เป็นแนวความคิดพื้นฐานทางสาขาอาชญาวิทยาในการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญา จาก อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (พิมพ์ครั้งที่ 4) (น. 107), โดย อัจฉรียา ชูตินันทน์, 2563, กรุงเทพฯ: วิญญชน. ลิขสิทธิ์ 2563 โดยสำนักพิมพ์วิญญชน.

[46] เจรีมี เบนธัม (Jeremy Bentham) เป็นนักปราชญ์คนสำคัญในศตวรรษที่ 18 และเป็นผู้ก่อตั้งทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarianism) จาก อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (พิมพ์ครั้งที่ 4) (น. 109-110). แหล่งเดิม.

[47] ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) และ เจรีมี เบนธัม (Jeremy Bentham) เป็นผู้คิดค้นทฤษฎีการยับยั้งข่มขู่ (Deterrence Theory) ในศตวรรษที่ 18 ทฤษฎีนี้มีวัตถุประสงค์ 2 ประการ ประการแรก เพื่อลดอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดซ้ำ และประการที่สอง เพื่อข่มขู่ไม่ให้ประชาชนเอาเยี่ยงอย่าง จากอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (พิมพ์ครั้งที่ 4) (น. 220-221). เล่มเดิม.

เพื่อข่มขู่ไม่ให้ประชาชนเอาเยี่ยงอย่าง เพราะการลงโทษถือว่าเป็นมาตรการทางอาญาที่จำเป็นเพื่อข่มขวัญยับยั้งการกระทำความผิดให้ผู้อื่นเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่างและเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หนึ่งของการลงโทษในปัจจุบัน ดังนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดแล้วจะต้องบัญญัติบทระวางโทษทางอาญาไว้ด้วย โดยการกำหนดโทษทางอาญาควรเป็นไปตามหลักความยุติธรรมได้สัดส่วน (Proportional Justice) ซึ่งหมายความว่า โทษทางอาญาต้องได้สัดส่วน (Proportion) กับความร้ายแรงของความผิดนั้น (Serverity of the crime) ดังนั้น ในการกำหนดโทษจึงต้องคำนึงถึงฐานความผิดซึ่งพิจารณาในด้านภาวะวิสัย (Objective) เป็นหลัก

**5.2 หลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด (Individualization of punishment)** หลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด หลักการนี้ คือ การลงโทษต้องให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล[48] (Individualization of punishment) ไม่ใช่ลงโทษโดยทัดเทียมกันตามลักษณะของการกระทำความผิดนั้น (Punishment to fit the criminal) เนื่องจากต้องพิจารณาถึงความเป็นจริงที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความสามารถรู้ผิดชอบไม่เท่าเทียมกัน หรืออาจมีความแตกต่างจากบุคคลทั่วๆไป จึงไม่สามารถกำหนดเจตจำนงอิสระได้ทัดเทียมกับบุคคลอื่น อาทิเช่น เด็กที่มีอายุน้อย ผู้มีจิตบกพร่อง จิตฟั่นเฟือน เป็นต้น บุคคลเหล่านี้เป็นบุคคลที่อ่อนแอเปราะบางที่รัฐควรเข้ามาปกป้องเป็นพิเศษ จึงควรได้รับการลดโทษหรือยกเว้นโทษแล้วแต่กรณี จะเห็นได้ว่า แนวความคิดนี้มุ่งเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง[49] แนวคิดเรื่องหลักการลงโทษที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด มีทฤษฎีที่สนับสนุนแนวคิดและหลักการนี้ ดังนี้

**(1) ทฤษฎีเจตจำนงประสงค์ (Determinism Theory)** ทฤษฎีเจตจำนงประสงค์เป็นแนวคิดนิยัตินิยมของสำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม (Positive School) แนวความคิดนี้เกิดขึ้นปลายศตวรรษที่ 19 โดยแนวคิดนิยัตินิยมมักจะถูกนำมาเปรียบเทียบว่าเป็นแนวคิดที่ตรงกันข้ามกับแนวคิดเรื่องเจตจำนงอิสระ (Free Will)[50] แนวความคิดนิยัตินิยมไม่เห็นด้วยการกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิดโดยใช้เกณฑ์เดียวกัน เนื่องจากมนุษย์ทุกคนต่างอยู่ภายใต้อิทธิพลของสิ่งแวดล้อมภายนอกจึงทำให้มนุษย์ขาดเจตจำนงอิสระในการตัดสินใจเลือกกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งได้อย่างเสรีซึ่งอาจนำไปสู่พฤติกรรมที่เบี่ยงเบนหรือจำต้องกระทำโดยความจำเป็นหรือกระทำความผิดได้ ดังนั้น การกระทำความผิดของมนุษย์ที่ขาดเจตจำนงอิสระ สังคมควรเข้ามามีส่วนรับผิดชอบต่อผู้กระทำความผิดนั้นด้วย

---

[48] อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (พิมพ์ครั้งที่ 4) (น. 221). เล่มเดิม.

[49] Form “The Shaping of Chance: Actuarial Models and Criminal Profiling at the Twenty – First Century,” by Harcourt, Bernard E., 2003, University of Chicago Law Review, 70(1), pp. 1-24. Copyright by The University of Chicago Law Review.

[50] อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (พิมพ์ครั้งที่ 4) (น. 22). เล่มเดิม.

**(2) ทฤษฎีความชั่ว (nulla poena sine culpa)** ทฤษฎีความชั่ว หรือเรียกว่า “หลักไม่มีโทษ โดยไม่มีความชั่ว” หลักกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้ในภาษาลาตินเรียกว่า “nulla poena sine culpa” และเป็นหลักกฎหมายอาญาที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศออสเตรีย โดยหลักกฎหมายอาญานี้ถือว่า “ความชั่ว” เป็นพื้นฐานในการลงโทษ[51] ความชั่ว (Schuld) ในประมวลกฎมายอาญาเป็นเรื่องความคิดของนักกฎหมายเยอรมัน ศาสตราจารย์ ดร. หยุดแสงอุทัย เป็นนักนิติศาสตร์ไทยคนแรกที่กล่าวถึงความชั่วในกฎหมายอาญา โดยศาสตราจารย์ ดร. หยุดแสงอุทัย ได้กล่าวถึงเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นการชั่วร้าย อาทิเช่น การที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงโดยถูกบังคับขู่เข็ญให้กระทำ ผู้กระทำความผิดนั้นได้กระทำโดยความจำเป็น หรือผู้กระทำความผิดได้กระทำตามคำสั่งโดยเชื่อว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย[52]เป็นต้น อย่างไรก็ดี ประมวลของไทยแม้จะไม่ได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้โดยตรงก็ตาม แต่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความชั่ว[53] ซึ่งพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทยเรา คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 56 บัญญัติว่า “ถ้าเด็กอายุไม่ถึงเจ็ดขวบกระทำความผิด ท่านว่ามันยังมิรู้ผิดและชอบอย่าให้ลงอาญาแก่มันเลย” จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทยได้กล่าวถึง “ความไม่รู้ผิดและชอบ” ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันก็ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้เช่นเดียวกันโดยเรียกว่า “ความรู้ผิดชอบ”[54] ซึ่งเป็นข้อสาระสำคัญของ “ความชั่ว” หรือ “ความชั่วร้าย” ประมวลกฎหมายอาญาของไทยเราปัจจุบันแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาตั้งอยู่บนพื้นฐานของความชั่วปรากฏในมาตรา 73 และมาตรา 74 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดความสามารถทำชั่วโดยพิจารณาที่อายุขณะกระทำความผิดตามกฎหมาย เพราะเป็นเด็ก หรือเยาวชน และมาตรา 65 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดความสามารถทำชั่วโดยพิจารณาที่ความสมบูรณ์ของจิต โดยกฎหมายจะไม่ลงโทษ

---

[51] ความชั่วในกฎหมายอาญามีความหมายแตกต่างจากความชั่วในความหมายทั่วไป กล่าวคือ ความชั่วในความหมายทั่วไป คือ ความไม่ดีไม่งามอันเกิดจากการฝ่าฝืนศีลธรรมหรือขนมธรรมเนียมประเพณี แต่สำหรับความชั่วในกฎหมายอาญา หมายถึง การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ และเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายนั้นจะเป็นการกระทำที่ชั่วหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของผู้กระทำในขณะกระทำความผิดนั้น ผู้ที่มีความรู้ผิดชอบและแยกแยะได้ว่าอะไรผิดอะไรถูก ย่อมไม่กระทำการใดอันเป็นความผิดกฎหมาย เมื่อผู้กระทำขาดสติและได้กระทำการใดอันเป็นความผิดกฎหมายลงไป การกระทำของบุคคลนั้นย่อมได้รับการถูกตำหนิจากสังคมในกฎหมายอาญาจึงถือว่าผู้นั้นมีความชั่ว จาก กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 7) (น. 292). เล่มเดิม.

[52] จาก การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา (น. 232), โดย หยุด แสงอุทัย, 2483, บทบัณฑิตย์, 11, น. 232. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภาในพระบรมราชูปถัมภ์ ลิขสิทธิ์ 2483 โดยสำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภาในพระบรมราชูปถัมภ์.

[53] กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 7) (น. 293). เล่มเดิม.

[54] ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 75.

ผู้วิกลจริตเพราะเป็นบุคคลที่ปราศจากความชั่ว อย่างไรก็ดี หลักไม่โทษโดยไม่มีความชั่ว (nulla poena sine culpa) ยังรวมถึงจะลงโทษบุคคลเกินกว่าความชั่วของบุคคลนั้นไม่ได้ เป็นหลักเดียวกันกับ “หลักการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล” (Individualization of Punishment) อาทิเช่น มาตรา 75 มาตรา 76 และมาตรา 65 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย สรุปได้ว่า “หลักไม่มีโทษ โดยไม่มีความชั่ว” (nulla poena sing culpa) มีสาระสำคัญ 2 ประการดังนี้ คือ ประการแรก หลักนี้จะไม่ลงโทษบุคคลโดยปราศจากความชั่ว (Schuld) คือจะลงโทษบุคคลที่ขาดความรู้ผิดชอบไม่ได้ ประการที่สอง หลักนี้จะลงโทษบุคคลเกินความชั่ว (Schuld) คือ เกินกว่าความรู้ผิดชอบของบุคคลนั้นไม่ได้

## 6. หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77[55] รัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง โดยได้วางหลักการใหม่ในการปฏิรูปกระบวนการจัดทำและการเสนอร่างกฎหมายอย่างเป็นระบบ กล่าวคือ ในการจัดให้มีกฎหมายฉบับใหม่ขึ้นใช้บังคับ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น สำหรับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่นั้น หากหมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิต หรือการประกอบอาชีพ รัฐพึงยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายฉบับนั้นเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายได้โดยสะดวก และสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่าย ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องตรากฎหมายใหม่ หรือแก้ไขเพิ่มเติมหรือปรับปรุง หรือยกเลิกกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบและเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชนและนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายฉบับใดมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย ทั้งนี้ เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดโทษอาญาในกฎหมายพึงทำได้เฉพาะความผิดร้ายแรงหรือโทษทางการเมือง ทั้งนี้เพราะโทษประหารชีวิต จำคุก หรือการกักขังนั้นเป็นโทษทางอาญา[56] ที่มุ่งกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของ

---

[55] ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 40 ก หน้า 20 วันที่ 6 เมษายน 2560.

[56] ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18.

ผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะโทษจำคุก[57] และโทษการกักขัง[58] ต่างเป็นโทษจำกัดเสรีภาพในร่างกายของผู้กระทำความผิด[59] ส่วนโทษปรับเป็นโทษหลักสถานหนึ่ง แต่เนื่องจากบุคคลมีฐานะทางเศรษฐกิจต่างกัน โทษปรับเป็นจำนวนเงินจำนวนใดจำนวนหนึ่งนี้จึงกระทบต่อบุคคลไม่เท่าเทียมกัน จากข้อบกพร่องของโทษปรับเป็นจำนวนเงิน นักนิติศาสตร์ชาวสแกนดิเนเวียจึงได้เสนอโทษปรับลักษณะใหม่ที่เรียกว่า Day-fine ขึ้นใช้บังคับแทน โทษปรับแบบ

Day-fine อาจเรียกว่า "โทษปรับที่กำหนดวันกักขังและกำหนดค่าปรับ"[60] โทษปรับนี้ไม่ใช่โทษปรับรายวัน แต่เป็นการกำหนดค่าปรับโดยคำนวณจากรายได้ของผู้กระทำความผิดและกำหนดวันที่จะต้องถูกกักขังหากไม่ชำระค่าปรับ สำหรับระบบกฎหมายของไทยนอกจากใช้โทษปรับเป็นจำนวนเงินจำนวนใดจำนวนหนึ่งแล้ว ยังมีการปรับรายวัน เช่น โทษปรับตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร[61] โทษปรับตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์[62] เป็นต้น ดังนั้น โทษปรับจึงเป็นโทษที่ควรนำมาใช้กับผู้กระทำความผิด เพราะเป็นโทษที่ไม่ก่อให้เกิดต้นทุนทางสังคม (Social Costs)[63] เนื่องจากเป็นการโอนทรัพย์ของบุคคลมาสู่รัฐ ส่วนโทษจำคุกแม้เป็นโทษที่มีประสิทธิภาพที่สุดที่จะทำให้ผู้ต้องโทษกลับตัวเป็นคนดีแต่โทษจำคุกก็เป็นโทษที่สร้างต้นทุนแก่รัฐเป็นอย่างมากด้วยเช่นกัน สำหรับโทษริบทรัพย์สินเป็นโทษข้างเคียง[64] ซึ่งเป็นโทษที่มีผลทำให้ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดที่ถูกริบตกเป็นของแผ่นดิน ปัจจุบันกฎหมายอาญาถูกนำมาใช้บังคับกับพฤติการณ์ของคนในสังคมทั้งที่มิใช่การฝ่าฝืนศีลธรรม ซึ่งการกำหนดความผิดอาญาและดำเนินคดีอาญานั้นเป็นสภาพบังคับที่มีประสิทธิภาพที่สุดเพราะประชาชนจะเกิดความหวาดกลัวในโทษทางอาญา จึงทำให้ความผิดอาญาเทคนิคถูกกำหนดขึ้น

---

[57] "โทษจำคุก" เป็นโทษหลักและเป็นโทษมีกำหนดเวลา "โทษจำคุก" สูงสุดตามกฎหมายไทยเรา คือ 20 ปี แต่ในกรณีที่มีการเพิ่มโทษหรือความผิดหลายกระทงอาจจำคุกสูงสุดได้ถึง 50 ปี เปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายออสเตรีย มาตรา 18 วรรคสอง กำหนดโทษจำคุกสูงสุดไว้ 20 ปี ทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย แต่ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 38 วรรคสอง กำหนดโทษจำคุกสูงสุดได้เพียง 15 ปี จาก กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม) (น. 451). เล่มเดิม.

[58] "โทษกักขัง" เป็นโทษที่จำกัดเสรีภาพของผู้กระทำความผิดเช่นเดียวกับโทษจำคุก ซึ่ง"โทษกักขัง" เป็นโทษที่ไม่เคยมีในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาก่อน จึงเป็นโทษที่บัญญัติขึ้นใหม่ในประมวลกฎหมายอาญา จาก กฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 16) (น. 188). เล่มเดิม.

[59] กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม) (น. 441). เล่มเดิม.

[60] กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม) (น. 460). เล่มเดิม.

[61] พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 65 ถึง มาตรา 65 จัตวา เป็นต้น.

[62] พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 268 เป็นต้น.

[63] กฎหมายอาญาชั้นสูง (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 22). เล่มเดิม.

[64] คณิต ณ นคร. ก. (2563). เล่มเดิม. น. 466.

อย่างมากมายและทำให้เกิดสถานการณ์กฎหมายอาญาเฟ้อ[65] (Overcriminalization) ซึ่งสร้างปัญหาความล่าช้าในกระบวนการยุติธรรมและความไม่น่าเชื่อถือของกฎหมายอาญาอีกด้วย ดังคำกล่าวของ Portalis ที่ว่า “กฎหมายควรจะมีเท่าที่จำเป็น เพราะกฎหมายที่ไม่จำเป็นจะทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายที่จำเป็น”[66] ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงได้วางหลักการเกี่ยวกับการกำหนดโทษในทางอาญาไว้ว่า “รัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง” เพื่อใช้เป็นกรอบในการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย ทั้งนี้เพื่อลดปัญหาการบริหารงานยุติธรรมทางอาญาซึ่งที่ต้องรองรับปริมาณคดีจำนวนมากและทำให้มีค่าใช้จ่ายสูงมาก ซึ่งทำให้เกิดปัญหาคดีล้นศาลและนักโทษล้นเรือนจำ รวมไปถึงความรับผิดทางอาญาที่ไม่เหมาะสม ทำให้ผู้กระทำความผิดที่รับโทษอาญาโดยที่ไม่สมควรได้รับ จะได้รับผลกระทบไปถึงการประกอบอาชีพหรือการดำรงชีพในหลายเรื่องเนื่องจากมีประวัติอาชญากรติดตัว (criminal record) ในการนี้ เพื่อให้การตรากฎหมายที่มีโทษทางอาญาสอดคล้องและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ประโยชน์จากโทษอาญาตามกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยในการตรากฎหมายที่มีโทษทางอาญาต้องคำนึงถึงบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งมีสาระสำคัญ 3 ประการดังนี้ (1) เป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงและมีผลกระทบต่อส่วนรวม (2) เป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผล หรือมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้ (3) ความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวหรือที่มีโทษจำคุกและเปรียบเทียบปรับทำให้คดีอาญาระงับได้ หากโดยสภาพแล้วไม่ใช่ความผิดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงก็สมควรใช้โทษปรับทางปกครองแทน หรือวิธีการอื่นแทนค่าปรับ

---

[65] กฎหมายอาญาชั้นสูง (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 23). เล่มเดิม.

[66] กฎหมายอาญาชั้นสูง (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 24). เล่มเดิม.

**บทสรุปและข้อเสนอแนะ**

แนวคิดทางทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดทางอาญามีแนวคิดตรงกันว่าการกระทำความผิดที่ควรมีโทษอาญานั้นจะต้องเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมอย่างร้ายแรงหรือในวงกว้าง ความผิดอาญาที่เป็นความผิดในตัวเอง (Mala in se) นั้นส่วนใหญ่กำหนดอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นความผิดที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างชัดเจน สำหรับความผิดอาญาที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด (Mala prohibita) นั้นเป็นกฎหมายในทางเทคนิค มีวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อให้บรรลุผลได้จึงจำเป็นต้องกำหนดให้มีโทษอาญาเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายบรรลุตาม โดยการกำหนดโทษอาญาควรเป็นไปตามหลักความยุติธรรมได้สัดส่วน (Proportional Justice) แต่เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่มีกฎหมายที่กำหนดโทษในทางอาญาจำนวนมาก แต่ในการบังคับใช้กฎหมายปรากฏว่าประสบกับปัญหากฎหมายอาญาเฟ้อ กล่าวคือ มีการใช้กฎหมายอาญา ที่ไม่เหมาะสมและทำให้เกิดปัญหาในการบริหารงานยุติธรรมทางอาญา ส่งผลทำให้กฎหมายอาญา ขาดประสิทธิภาพในการใช้บังคับกับพฤติกรรมที่เป็นภัยคุกคามอย่างแท้จริง ดังนั้น รัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น เพื่อให้คนในสังคมเคารพกฎหมายอาญา การแปรรูปกฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็น อาทิเช่น ความผิดอาญาบางลักษณะที่เป็นความผิดทางเทคนิค (Mala prohibita) นั้นไปเป็นโทษทางปกครองจะช่วยทำให้กฎหมายอาญามีความศักดิ์สิทธิ์ขึ้น

## บรรณานุกรม


เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2562). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1* (พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: พลสยาม พริ้นติ้ง ประเทศไทย.

คณพล จันทน์หอม. (2553). *กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทร์ ศก 127.* กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

คณพล จันทน์หอม. (2563). *กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

คณิต ณ นคร. (2514). ข้อสังเกตเกี่ยวกับความผิดฐานลักทรัพย์. *อัยการนิเทศ, 33*(4), 328.

คณิต ณ นคร. (2523). คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา. *วารสารอัยการ, 3*(25), 60.

คณิต ณ นคร. (2559). *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

คณิต ณ นคร. (2563). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

จิตติ ติงศภัทิย์. (2532). *กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

จิตติ ติงศภัทิย์. (2548). *กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2562). *ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง* (พิมพ์ครั้งที่ 42). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ปกป้อง ศรีสนิท. (2563). *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522. (2522, 14 พฤษภาคม). *ราชกิจจานุเบกษา.* เล่ม 96 ตอนที่ 80.

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535. (2535, 12 มีนาคม). *ราชกิจจานุเบกษา.* เล่ม 109 ตอนที่ 22.

ราชบัณฑิตยสถาน. (2525). *พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน.* กรุงเทพฯ: อักษรเจริญทัศน์.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2561). *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับหัวเรื่องเรียงมาตรา* พ.ศ. 2560 (พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์. (2539). ความผิดฐานวางเพลิงกรณีพิเศษ. *ดุลพาห, 43*(3), 132-141.

หยุด แสงอุทัย. (2483). การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา. *บทบัณฑิตย์,* 11, 232.

หยุด แสงอุทัย. (2537). *กฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 16). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อัจฉรียา ชูตินันทน์. (2562). นิติวิธีในการตีความกฎหมายอาญาของประเทศไทย. *วารสารสุทธิปริทัศน์, 33*(107), 249.

อัจฉรียา ชูตินันทน์. (2563). *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

Harcourt, Bernard E. (2003). The shaping of chance: Actuarial models and criminal profiling at the turn of the twenty-first century. *University of Chicago Law Review, 70*(1), 1-24.

LaFave, W. R., & Scott Jr, A. W. (1972). *Criminal law.* St. Paul, Minn: West.

Packer, H. L. (1968). *The limits of the criminal sanction.* California: Stanford University Press.