

บทที่ 2

แนวความคิดเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายอาญา

ในการทำให้ปัจเจกบุคคลประพฤติปฏิบัติตามปทัสสถานและความคาดหวังของกลุ่ม สังคม แต่ละสังคม ได้สร้างและพัฒนาวิธีการควบคุมขึ้นหลายวิธี มีทั้งลักษณะที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ เช่น กฎหมาย ระเบียบข้อบังคับ การอบรมเลี้ยงดู การข่มขู่เกียรติคุณ และการตำหนิติเตียนจากกลุ่ม กฎหมายอาญาเป็นวิธีการควบคุมสังคมอย่างหนึ่ง มีลักษณะเป็นกระบวนการที่เป็นทางการ และในวิธีการควบคุมสังคมทั้งหมด กฎหมายอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุด¹ และเป็นมาตรการขั้นสูงสุดหรือขั้นสุดท้ายที่นำมาใช้²

ลักษณะของกฎหมายอาญา

ในเบื้องต้น อาจกล่าวได้ว่า ลักษณะโดยทั่วไปของกฎหมายอาญาคือการเป็นกฎหมายที่วาดด้วยความผิดและโทษ แต่เมื่อพิจารณาจากกฎหมายอาญาในความสัมพันธ์กับสังคม กฎหมายอาญาและกฎหมายอื่น ๆ ทั้งหมดเป็นรูปแบบและวิธีขององค์การทางสังคม ที่มีวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของมนุษย์กำกับอยู่ ในแง่นี้กฎหมายอาญาจึงเป็นวิธีการหรือกระบวนการในการกระทำ การอย่างใดอย่างหนึ่ง และวิธีการหรือกระบวนการเช่นว่านี้มีลักษณะดังที่ Henry M. Hart, Jr. ได้กล่าวไว้ คือ

¹ Nigel Walker, Crime and punishment in Britain (Edinburgh : Edinburgh University Press, 1965), p. 3.

² Herbert L. Packer, The limits of the criminal sanction (Stanford, CA. : Stanford University Press, 1968), p. 250.

1. คำเนิรการโดยชุดของคำสั่งหรือคำบัญชา ซึ่งบัญญัติไว้ เป็นลือขคำทัวไป ให้กระทำการหรือไม่ให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด
2. คำสั่งหรือคำบัญชานั้นเมผลใช้บังคับและผูกมัดทุกคนซึ่งอยู่ภายใต้บทบัญญัติ ตามเวลาที่กำหนด ด้วยเกียรติศักดิ์และกำลังอำนาจทั้งมวลของชุมชนแห่งนั้น
3. มีมาตรการบังคับซึ่งสังคมพร้อมที่จะ ใช้กับการไม่เชื่อฟังคำสั่งหรือคำบัญชา เช่นว่า
4. มาตรการบังคับมีลักษณะเฉพาะ คือ เป็นการตำหนิของชุมชนต่อการกระทำนั้น เป็นการแสดงออกซึ่งความเกลียด ความกลัว หรือการดูถูกเหยียดหยามของชุมชนต่อการถูกตัดสินว่าได้กระทำการดังกล่าว โดยเหตุนี้ ความผิดอาญาจึงมิใช่เพียงแต่การกระทำที่ถูกกำหนดให้มีโทษทางอาญาเท่านั้น แต่ "ความผิดอาญา" คือการกระทำที่ก่อให้เกิดการตำหนิเตียนในทางศีลธรรมจากชุมชนอย่างเป็นทางการและรุนแรง
5. ก่อให้เกิดหรือชู่ว่าจะเกิดผลทางกายภาพที่เป็นความไม่สุขสบาย หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่าโทษ แต่ที่จริงโทษ กอปรขึ้นจากการชู่หรือการแสดงออกซึ่งการตำหนิเตียนของชุมชนต่อการกระทำดังกล่าวประกอบเข้ากับผลทางกายภาพที่เป็นความไม่สุขสบาย³

Encyclopedia of Crime and Justice ได้กำหนดลักษณะของกฎหมายอาญาคล้ายกับที่กล่าวมาข้างต้น คือ

1. มาตรการบังคับเป็นการแสดงออกซึ่งการตำหนิเตียนในทางศีลธรรมของชุมชนต่อพฤติกรรมนั้น ๆ และสิ่งที่เป็นลักษณะเด่นซึ่งจำแนกมาตรการบังคับทางอาญาออกจากมาตรการทางกฎหมายอื่น ๆ คือการก่อให้เกิดมลทินโทษ
2. เนื่องจากมาตรการบังคับมีความรุนแรงและก่อให้เกิดมลทิน จึงต้องใช้กระบวนการพิจารณาที่เคร่งครัด
3. ใช้หน่วยงานเฉพาะในการบังคับใช้⁴

³ Henry M. Hart, Jr., "The aims of the criminal law," in Criminal law : theory and process, Joseph Goldstein, Alan M. Dershowitz and Richard D. Schwartz (New York : The Free Press, 1974), pp. 314 - 316.

⁴ Richard S. Frase, "Criminalization and decriminalization," Encyclopedia of Crime and Justice 2(1983) : 439.

แนวความคิดในการบัญญัติกฎหมายอาญา

แต่เดิมนั้น การใช้กฎหมายอาญาของทุกสังคมจำกัดแต่เฉพาะการกระทำผิดต่อหัวหน้าผู้มีอำนาจสูงสุดในแผ่นดินเท่านั้น ไม่มีการใช้โทษทางอาญากับความผิดอื่น⁵ สำหรับในประเทศไทย เสด็จในกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ทรงอธิบายว่า

ในครั้งโบราณโทษที่เรียกกันว่าอาชญาเด็ยนั้นเกือบไม่มี ใช้ปรับเป็นเงิน ครั้งแรกที่วางบทอาชญาขึ้น ก็แต่ในส่วนการผิดต่อพระเจ้าแผ่นดินหรือในราชการ ซึ่งจะเห็นได้ชัดในกฎหมายอาชญาไทยตามกฎหมาย 2 เล่มเท่านั้น ความผิดที่เรียกว่าอาชญาเด็ยนั้นน้อยกว่าในกฎหมายของประเทศอื่นที่ได้ดำเนินเจริญมากกว่าเมืองไทย ในสิ่งที่เขาเรียกว่าอาชญาตามกฎหมาย 2 เล่ม เรียกแต่ว่าแพ่ง การที่ทำผิดต่อพระเจ้าแผ่นดินและราชการให้ดูลักษณะอาชญาหลวง ซึ่งกล่าวถ้อยความโดยละเอียดถึงเรื่องข้าราชการหรือถึงการที่จะทำให้เกิดจลาจลขึ้นในแผ่นดิน ส่วนทำผิดต่อบุคคลคนเดียว เช่น ลักขโมย หรือตีกันนั้นน้อยหรือไม่มีเลย เมื่อบ้านเมืองเจริญขึ้น จึงรู้สึกว่าการที่คนทำผิดบางอย่างนั้นจะทำโทษแต่ทางแพ่งอย่างเดียวหาเพียงพอไม่ กฎหมายลงโทษอาชญาจึงได้ขยายออกคล้ายกับที่ปรากฏในลักษณะโจร และตั้งแต่ลงมือขยายออกแล้วก็มากขึ้นทุกที

จนถึงปัจจุบัน กฎหมายอาญาก็ยังขยายขอบเขตออกไปเรื่อย ๆ จนมีบทบาทในการตอบสนองวัตถุประสงค์ต่าง ๆ อย่างกว้างขวาง แทนจะรวมเอาพฤติกรรมเกือบทุกชนิดเอาไว้⁷

⁵ม.ธ.ก., "กฎหมายอาญาพิศดาร" ใน กฎหมายอาญาและแห่งพาณิชย์พิศดาร ปริญญาโท (ม.ป.ท., 2478), หน้า 2.

⁶กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, คำอธิบายว่าด้วยแพ่งและอาชญา (ม.ป.ท., ม.ป.ป.), หน้า 9 - 10, อ้างถึงใน พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาชญา ภาค 1 (พระนคร : โรงพิมพ์อักษรนิติ, 2475), หน้า 8 - 9.

⁷โปรดดูใน อภิวัตน์ เพ็ชรศิริ และ พรทิพย์ เพ็ชรศิริ, "ขอบเขตของกฎหมายอาญา", วารสารนิติศาสตร์ 9(2521) : 103 - 105. หรือ Nigel Walker, Punishment, danger and stigma (Oxford : Basil Blackwell, 1980), pp. 2 - 4.

แต่กฎหมายอาญามีไข่มุมมาตรการควบคุมสังคมเพียงอย่างเดียวที่สังคมมีและใช้ควบคุมปัจเจกบุคคลให้ประพฤติปฏิบัติตามปทัสสถาน ความคาดหวัง และค่านิยมของกลุ่ม และนอกจากนี้กฎหมายอาญายังเป็นมาตรการที่มีความสิ้นเปลืองสูงทั้งทางด้านเศรษฐกิจและจิตใจ^๕ ดังนั้น ปัญหาประการหนึ่งที่เกิดขึ้นอยู่เสมอในการบังคับใช้กฎหมายอาญา ทั้งในขั้นการบัญญัติกฎหมายและหลังจากที่กฎหมายนั้นออกมาใช้บังคับแล้ว คือ ปัญหาในเรื่องขอบเขตของกฎหมายอาญา หรือปัญหาว่าพฤติกรรมชนิดใดที่สมควรถูกควบคุมโดยกฎหมายอาญา

แนวความคิดหรือหลักการที่ใช้เป็นข้อพิจารณาต่อปัญหาดังกล่าว อาจแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มที่ใช้ปรัชญาในทางศีลธรรมและการเมืองในการวินิจฉัยว่าควรใช้กฎหมายอาญากับการกระทำใดกระทำหนึ่งหรือไม่ ที่เรียกว่า ข้อพิจารณาในเชิงหลักเกณฑ์ (Arguments of Principle) กับกลุ่มที่ใช้ข้อพิจารณาในเชิงปฏิบัติ (Arguments of Practicality) วินิจฉัยคือ นอกจากจะพิจารณาถึงความชอบธรรมของสังคมในการห้ามการกระทำนั้น ๆ แล้ว ยังพิจารณาต่อไปถึงผลดีผลเสียที่สังคมจะได้รับจากการใช้กฎหมายอาญากับการกระทำนั้นด้วยว่าจะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าประโยชน์ที่จะได้รับหรือไม่^๖ ดังจะกล่าวถึงแนวความคิดของทั้ง 2 กลุ่ม ตามลำดับ

ก. แนวความคิดในเชิงหลักเกณฑ์

แนวความคิดหรือหลักการที่จัดอยู่ในกลุ่มนี้มีอยู่หลายหลักการด้วยกัน ประเด็นปัญหาที่ทุกหลักการพิจารณาคือ บทบาทหรือขอบเขตของกฎหมายในการจำกัดเสรีภาพในการกระทำของปัจเจกบุคคล โดยที่บางหลักการได้พิจารณาบทบาทหรือขอบเขตของกฎหมายอาญารวมไปกับกฎหมายอื่นโดยทั่วไป แต่บางหลักการพิจารณาแต่เฉพาะบทบาทของกฎหมายอาญา

1. Anarchistic Principle หลักการนี้ถือว่า สังคมและรัฐควรจะให้เสรีภาพแก่ทุกคนอย่างเต็มที่ ในการกระทำสิ่งใดก็ตามที่เขาปรารถนา ปัญหาของการปฏิบัติตาม

^๕Nigel Walker, Punishment, danger and stigma, p. 17.

^๖Richard S. Frase, "Criminalization and decriminalization," pp. 440 - 441.

หลักการนี้จึงเกิดขึ้นเมื่อมีบุคคลหลายคนพยายามที่จะให้ได้มาซึ่งสิ่งที่มีให้คน ๆ เดียว และในกรณีที่เสรีภาพของบุคคลหนึ่งเป็นไปได้ก็แต่โดยการละเมิดเสรีภาพของบุคคลอีกคนหนึ่ง หลักการนี้จึงได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าจะเป็นไปได้ก็แต่เฉพาะในโลกที่ไม่มีความขัดแย้ง ซึ่งหาไม่ได้ การให้เสรีภาพอย่างเต็มที่ตามหลักการนี้ย่อมหมายถึง เสรีภาพมากสำหรับคนที่แข็งแรง เสรีภาพน้อยสำหรับคนที่อ่อนแอ และไม่มีเสรีภาพที่มั่นคงสำหรับใครสักคน¹⁰

2. Formalistic Principle ถือว่าสังคมควรให้เสรีภาพแก่ทุกๆ คนอย่างเต็มที่ ในการทำสิ่งที่เขาพอใจ ตราบเท่าที่เขาไม่ยุ่งเกี่ยวกับเสรีภาพอย่างเดียวกันนั้นของผู้อื่น หลักการนี้มีข้อดีในส่วนที่ส่งเสริมการไม่เลือกปฏิบัติในการให้เสรีภาพ แต่มิได้ให้แนวทางในการบัญญัติกฎหมายว่า เมื่อใดควรจำกัดเสรีภาพ¹¹

3. Legal Moralism แนวความคิดนี้ถือว่ารัฐสามารถใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือบังคับให้ประชาชนปฏิบัติตามอยู่ภายในกรอบและมาตรฐานทางศีลธรรมที่สังคมยึดถืออยู่¹² โดยที่บางความคิดถือว่ารัฐได้รับอนุญาตให้ใช้กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็กฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นใดในการบังคับ แต่บางความคิดถือว่านี่เป็นพันธะผูกมัดที่รัฐต้องกระทำ¹³ แนวความคิดในกลุ่มนี้ อย่างน้อยที่สุดอาจแบ่งออกได้เป็น 2 พวก คือ

ก. Conservative Thesis พวกนี้ยืนยันว่าคนส่วนใหญ่ในสังคมไม่ได้มีเพียงแต่สิทธิที่จะประพฤติปฏิบัติตามความเชื่อมันทางศีลธรรมของตนเท่านั้น แต่ยังมีสิทธิที่จะสงวน

¹⁰ Joel Feinberg, Social philosophy (Englewood Cliffs : Prentice - Hall, 1973), p. 23, อ้างถึงใน กอบกุล ราชชนะนคร, "หลักการในการจำกัดเสรีภาพ", รัฐศาสตร์ปริทัศน์ 7 (มิถุนายน - พฤศจิกายน 2528) : 8.

¹¹ กอบกุล ราชชนะนคร, "หลักการในการจำกัดเสรีภาพ", หน้า 8 - 9.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

¹³ Richard S. Frase, "Criminalization and decriminalization,"

รักษาไว้ซึ่งสภาวะแวดล้อมทางศีลธรรม (moral environment) ของตน ในฐานะที่เป็นสิ่งที่ทรงคุณค่า และมีสิทธิที่จะยืนยันให้สมาชิกทุกคนในสังคมปฏิบัติตามความเชื่อมั่นนั้นด้วย¹⁴

ข. Disintegration Thesis พวกนี้เห็นว่าศีลธรรมของชุมชนเป็นสิ่งที่ผนึกสังคมเข้าไว้ด้วยกัน จึงต้องดำรงรักษาไว้เพื่อป้องกันสังคมไม่ให้แตกแยก¹⁵ ศีลธรรมนี้ทำตัวเป็นเส้นใยที่มองไม่เห็น ยึดบุคคลไว้รวมกันในสังคม การทำลายเส้นใยเหล่านี้ ณ จุดใดจุดหนึ่ง มีผลทำให้เส้นใยอ่อนแอไปทั้งหมด¹⁶ สังคมไม่อาจละเลยเพิกเฉยต่อศีลธรรมของปัจเจกบุคคล เช่นเดียวกับที่ไม่อาจละเลยเพิกเฉยต่อความจงรักภักดีของคนเหล่านั้น สังคมจะเจริญรุ่งเรืองได้จะต้องมีทั้งสองสิ่งนี้ หากขาดสิ่งใดสิ่งหนึ่ง สังคมย่อมพบจุดจบ¹⁷

แนวความคิดนี้ได้รับการโต้แย้งว่า แม้ศีลธรรมที่บุคคลยึดถือร่วมกันเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการดำรงอยู่ของสังคม แต่สังคมกับศีลธรรมเป็นสิ่งที่แยกจากกัน และไม่จำเป็นว่าการเปลี่ยนแปลงในเรื่องของศีลธรรม จะต้องยังผลให้สังคมต้องแยกสลาย¹⁸ และแม้ว่าแนวความคิดนี้จะยอมรับ

¹⁴Ibid, quoting H.L.A. Hart, "Social Solidarity and the enforcement of morality," University of Chicago Law Review 35 (1967) : 2.

¹⁵Ibid, quoting H.L.A. Hart, "Social solidarity and the enforcement of morality," p. 1.

¹⁶กอบกุล ราชชนะนคร, "หลักการในการจำกัดเสรีภาพ." หน้า 17, อ้างจาก Patrick Devlin, The enforcement of morals (London : Oxford University Press, 1965).

¹⁷Richard S. Frase, "Criminalization and decriminalization," p. 441, quoting Patrick Devlin, The enforcement of morals (New York : Oxford University Press, 1965), p. 22.

¹⁸กอบกุล ราชชนะนคร, "หลักการในการจำกัดเสรีภาพ", หน้า 17, อ้างจาก H.L.A. Hart, Law, liberty and morality (Oxford : Oxford University Press, 1978).

ว่าปัจเจกบุคคลควรได้รับเสรีภาพมากที่สุดเท่าที่ไม่ขัดกับบูรณภาพของสังคม การจำกัดเสรีภาพในการกระทำควรทำต่อเมื่อคนส่วนใหญ่รู้สึกตำหนิ รังเกียจ ชุ้นเคือง และไม่อดกลั้นต่อการกระทำนั้นอย่างแท้จริง¹⁹ แต่การยึดเอาความคิดเห็นของคนส่วนใหญ่หรือเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ แม้จะเป็นลักษณะของประชาธิปไตย แต่ประชาธิปไตยยังมีลักษณะอื่น ๆ ซึ่งรวมทั้งการเคารพเสรีภาพของบุคคล ไม่ว่าจะกลุ่มเล็กหรือกลุ่มใหญ่ สิทธิเสรีภาพไม่อาจถูกริดรอนไปได้ด้วยความเชื่อของคนส่วนใหญ่ โดยความรู้สึกที่ตั้งอยู่บนความลำเอียง หรือความรังเกียจเป็นส่วนตัว²⁰ นอกจากนี้การใช้แนวความคิดนี้ยังเป็นปัญหาในทางปฏิบัติว่า ศิลธรรมที่ว่าเป็นคือศิลปะของใคร และจะใช้กฎหมายในการบังคับมากน้อยแค่ไหน ในสังคมที่มีความซับซ้อนแบบสังคมปัจจุบัน ยากที่จะหาความคิดที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในเรื่องมาตรฐานทางศิลปะธรรมได้²¹

4. Harm principle หลักการนี้ถือว่าสังคมควรเข้าไปแทรกแซงเสรีภาพในการกระทำของปัจเจกบุคคลเฉพาะในกรณีเพื่อป้องกันอันตรายต่อบุคคลอื่นเท่านั้น John Stuart Mill เสนอความคิดนี้ไว้ในเรื่องความว่าด้วยเสรีภาพว่า

วัตถุประสงค์ของเรื่องความนี้ ก็เพื่อที่จะเสนอหลักเกณฑ์ที่ง่ายสักหลักเกณฑ์หนึ่ง ซึ่งเหมาะสมที่จะนำมาใช้ ในการที่สังคมจะควบคุมบุคคลในสังคมด้วยวิธีการต่าง ๆ ไม่ว่าวิธีการที่สังคมนั้นใช้อยู่ จะเป็นวิธีการใช้กำลังในรูปของโทษตามกฎหมาย หรือการขู่บังคับทางศิลปะธรรมโดยประชามติ หลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ปกป้องตนเอง เป็นหลักเกณฑ์ที่มีเป้าหมายเพื่อคุ้มครองมนุษยชาติไม่ว่าจะเป็นราชบุคคล หรือโดยส่วนรวมจากการถูกข่มขู่ซึ่งเสรีภาพ โดยการกระทำของบุคคลในสังคมนั้น ในสังคมที่เจริญแล้วนั้น การใช้กำลังอำนาจเหนือสมาชิกในสังคมของตน จะถือเป็นการถูกต้อง ก็ต่อเมื่อมี

¹⁹Richard S. Frase, "Criminalization and decriminalization," p. 441.

²⁰กอบกุล ราชะนาคร, "หลักการในการจำกัดเสรีภาพ," หน้า 18, อ้างจาก Ronald Dworkin, Taking rights seriously (London Duckworth, 1977) chap. 10.

²¹Richard S. Frase, "Criminalization and decriminalization," p. 441.

จุดประสงค์ที่จะป้องกันอันตรายอันจะเกิดแก่บุคคลอื่นในสังคมนั้น ภัยอันตรายที่จะเกิดแก่ตนเอง โดยมิได้มีบุคคลอื่นเป็นผู้ก่อให้เกิด ไม่ว่าจะ เป็นทางกายภาพ หรือทางจริยธรรมแล้ว ย่อมไม่เป็นข้ออ้างที่เพียงพอ สำหรับการจำกัดเสรีภาพในการกระทำของมนุษย์²²

Mill เชื่อว่าปัจเจกบุคคลต้องได้รับเสรีภาพและอิสรภาพในการกำหนดการกระทำของตนเอง ในระดับที่มากที่สุดตราบเท่าที่ไม่ขัดแย้งกับสิทธิของบุคคลอื่น อิสรภาพและสิทธิในการตัดสินใจเป็นสิทธิที่อยู่เหนือสิทธิอื่น จะเป็นรองก็แต่เพียงประโยชน์สูงสุดของคนส่วนใหญ่เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม Mill ยอมรับว่าหลักการนี้ต้องได้รับการยกเว้นเมื่อนำไปใช้กับเด็กและบุคคลที่มีความอ่อนแอทางจิตใจ

นักคิดสมัยใหม่หลายคนเห็นด้วยกับหลักการนี้ในแง่ที่ว่า สังคมไม่ควรเข้าไปแทรกแซงเสรีภาพในการกระทำของปัจเจกบุคคล โดยเหตุเพื่อประโยชน์ในทางจริยธรรมของบุคคลผู้นั้นเอง แต่ในส่วนของประโยชน์ในทางกายภาพ นักคิดสมัยใหม่ส่วนใหญ่ยอมรับการใช้หลักบิดาธรรม (Legal Paternalism) ซึ่งสนับสนุนให้ใช้กฎหมายห้ามบุคคลมิให้กระทำในสิ่งที่จะเป็นภัยแก่ตัวเอง หรือบังคับให้บุคคลกระทำในสิ่งที่จะเป็นผลดีแก่ตัวเอง เพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์หรือชักนำกลุ่มที่มีความอ่อนแอไปในทางที่ผิด ไม่ว่าความอ่อนแอนั้นจะเป็นความอ่อนแอทางร่างกาย จิตใจ การด้อยประสิทธิภาพ หรืออยู่ในภาวะพิเศษทางกายภาพ ตำแหน่งหน้าที่ หรือทางเศรษฐกิจที่ต้องพึ่งพาผู้อื่น

การใช้หลักภัยอันตรายต่อบุคคลอื่นในการจำกัดเสรีภาพในการกระทำของบุคคล มีปัญหาอยู่หลายประการ กล่าวคือ ประการแรก การกระทำแทบทุกอย่างสามารถหาข้อกล่าวอ้างได้ว่ามีความเสี่ยงที่จะเกิดภัยอันตรายต่อบุคคลอื่น ได้ทั้งสิ้น หากที่จะหาการกระทำที่จะไม่ก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อบุคคลอื่นเลย นอกจากตัวผู้กระทำเอง ประการที่สอง การใช้หลักการนี้ขึ้นอยู่กับขอบเขตของการกำหนดความหมายคำว่า "ภัยอันตรายต่อบุคคลอื่น" และจะรับรองการใช้หลักบิดาธรรมในการบัญญัติกฎหมายอย่างไร ประการที่สาม การตีความปรัชญาของ Mill ยังวาง

²² John Stuart Mill, On liberty (n.p., 1859), อ้างถึงใน อภิรัตน์ เพ็ชรศิริและ พรทิพย์ เพ็ชรศิริ, "ขอบเขตของกฎหมายอาญา," หน้า 108.

พื้นฐานอยู่บนทฤษฎีทางจริยธรรมหรือสิทธิมนุษยชนของแต่ละบุคคล การใช้หลักการนี้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายจึงมีความเคลือบคลุมและขึ้นอยู่กับอัตวิสัยมาก ประการที่สี่ หลักการนี้ปฏิเสธการแทรกแซงเสรีภาพในการกระทำของปัจเจกบุคคล ไม่ว่าจะด้วยมาตรการชนิดใด มิได้จำกัดแต่เฉพาะการใช้มาตรการทางอาญาหรือทางแพ่งเท่านั้น ดังนั้น หลักการนี้จึงให้แนวทางในการเลือกใช้มาตรการอย่างอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายอาญาไว้น้อยมาก และประการสุดท้าย หลักการนี้ไม่ได้ให้เหตุผลว่าทำไมการบัญญัติกฎหมายจึงต้องพิจารณาแต่เฉพาะหลักการในทางศีลธรรม โดยไม่พิจารณาถึงข้อเสียที่จะเกิดขึ้นในทางปฏิบัติด้วย²³

5. Offense Principle เป็นหลักการที่สนับสนุนการใช้กฎหมายจำกัดเสรีภาพในการกระทำ ซึ่งแม้จะไม่ก่ออันตรายต่อบุคคลอื่น แต่การกระทำนั้นทำให้เกิดการล่วงเกินต่อความรู้สึกของคนทั่วไป หลักการนี้ถูกยกขึ้นมาใช้มากที่สุดในการใช้กฎหมายปราบปรามการกระทำลามกอนาจารและการวางขายสิ่งพิมพ์ลามก

การยอมรับหลักการนี้ อาจนำไปสู่การแทรกแซงเสรีภาพในการกระทำของปัจเจกบุคคลได้อย่างกว้างขวาง จึงมีผู้เสนอเงื่อนไข 2 ประการ ในการจำกัดขอบเขตของ Offense Principle คือ ประการแรก ให้พิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่จะก่อให้เกิดความรู้สึกถูกล่วงเกินหรือไม่ และประการที่สอง ให้พิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่คนทั่วไปสามารถหลีกเลี่ยงได้มากเพียงใด ถ้าเขาไม่ต้องการประสพกับการกระทำนั้น²⁴

ข. แนวความคิดในเชิงปฏิบัติ

กลุ่มที่ใช้ข้อพิจารณาในเชิงปฏิบัติมาเป็นแนวคิดในการบัญญัติกฎหมายอาญา อาจแยกออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มที่เห็นว่า ควรยกเลิกความผิดที่ไม่มีผู้เสียหาย กับกลุ่มที่

²³ Richard S. Frase, "Criminalization and decriminalization," pp. 441 - 443.

²⁴ Joel Feinberg, Social Philosophy, pp. 44 - 45, อ้างถึงใน กอบกุล ราชนาคร, "หลักการในการจำกัดเสรีภาพ," หน้า 11 - 13.

ใช้วิธีการเปรียบเทียบถึงผลลัพธ์เสียที่จะเกิดจากการบัญญัติความผิดนั้น ๆ มาเป็นแนวทางในการพิจารณา

1. ความผิดที่ไม่มีผู้เสียหาย (Victimless Crime) กลุ่มนี้ได้เสนอแนวทางในการลดขอบเขตการใช้กฎหมายอาญา โดยการยกเลิกความผิดที่ไม่มีผู้เสียหาย โดยให้ความหมาย "ความผิดที่ไม่มีผู้เสียหาย" ว่าหมายถึงความผิดอาญาที่ขาดผู้เสียหายที่จะมาร้องขอความคุ้มครองจากกระบวนการทางอาญา²⁵ ตัวอย่างของความผิดประเภทนี้ ได้แก่ การเมาสุราในที่สาธารณะ การผิดประเวณี การค้าประเวณี การติดยา โดยยกปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติจากการบังคับใช้กฎหมายประเภทนี้ มาเป็นเหตุผลในการยกเลิกความผิด เช่น เป็นการเลือกปฏิบัติในการบังคับใช้เป็นช่องทางให้เกิดการรับสินบนของเจ้าพนักงาน เป็นต้น

แนวความคิดนี้ได้รับคำวิจารณ์ว่า มีประโยชน์น้อยมากในการนำมาใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญา เนื่องจากเกณฑ์ "ความผิดที่ไม่มีผู้เสียหาย" ที่ใช้ยังขาดความชัดเจน ไม่อาจครอบคลุมถึงความผิดที่จัดอยู่ในกลุ่มนี้ได้หมด และในขณะที่เดียวกันยังกินความไปถึงความผิดที่ไม่ต้องการให้ยกเลิกอีกด้วย ความผิดที่จัดว่าเป็นความผิดที่ไม่มีผู้เสียหาย ส่วนใหญ่อาจถูกโต้แย้งได้ว่าจริง ๆ แล้วเป็นความผิดที่มีผู้เสียหาย ไม่ว่าจะเป็นตัวผู้กระทำผิดเอง ญาติพี่น้อง ผู้เสียหาย และสังคมส่วนรวม ปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในการบังคับใช้ความผิดพวกนี้ หลาย ๆ ปัญหาเกิดขึ้นในการบังคับใช้ความผิดอื่นที่ไม่จัดอยู่ในกลุ่มนี้ หรือมิได้ต้องการให้ยกเลิกเช่นเดียวกัน การจัดให้ความผิดใดเป็นความผิดที่ไม่มีผู้เสียหายนั้น เป็นเพียงจุดเริ่มต้นของกระบวนการประเมินปัจจัยต่าง ๆ ทั้งที่เป็นข้อเท็จจริงในเชิงประจักษ์และที่เป็นคุณค่าพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจบัญญัติกฎหมายอาญาที่แนวความคิดในเชิงปฏิบัติอีกกลุ่มหนึ่งได้นำมาพิจารณาอีกหลายประการ²⁶

²⁵ Hawkins, "In defense of decriminalization : A reply to Dallin Oaks," in The criminal justice system : Materials on the administration and reform of the criminal law, eds. Franklin E. Zimring and Richard S. Frase (Boston : Little, Brown and Company, 1980) p. 114.

²⁶ Richard S. Frase, "Criminalization and decriminalization," p. 443.

2. Cost-Benefit Approach เป็นแนวความคิดในเชิงปฏิบัติอีกกลุ่มหนึ่ง ซึ่งแนวความคิดนี้ใช้วิธีการประเมินหรือเปรียบเทียบเทียบผลดีผลเสียที่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมาย อาศัยกับการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นแนวทางในการพิจารณานับญัตติกฎหมาย โดยพิจารณาทั้ง สิ่งที่เป็นรูปธรรมและไม่เป็นรูปธรรม โดยมีความเห็นว่าแม้โดยหลักการ สังคมจะมีความชอบธรรม ที่จะบังคับใช้กฎหมายอาญากับการกระทำนั้น แต่ถ้าประโยชน์ที่จะได้รับมีน้อยกว่าสิ่งที่ต้องเสียไปก็ ไม่สมควรที่จะบัญญัติกฎหมายนั้น²⁷

การบังคับใช้กฎหมายอาญากับการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด อาจก่อให้เกิดผลเสีย ดังต่อไปนี้

- ก) สูญเสียงบประมาณของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ในการ บังคับใช้กฎหมายนั้น ๆ
- ข) เสียค่าใช้จ่ายของเอกชนในการดำเนินคดี เช่น ค่าจ้างนักกฎหมาย และ ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ
- ค) ผู้กระทำผิดหรือผู้ต้องหาต้องสูญเสียอิสรภาพ ความสะดวกสบาย เสรีภาพ ในการกระทำ ต้องประสบกับภาวะคับข้องใจต่าง ๆ ถูกสังคมคว่ำบาตร ต้องเสียโอกาสในการหา รายได้เลี้ยงชีพในระหว่างการดำเนินคดี ระหว่างการต้องโทษ และอาจจะตลอดชีวิตของบุคคลนั้น
- ง) สิ่งต่าง ๆ ที่บุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องต้องเสียไป เช่น ค่าใช้จ่ายของพยาน ความไม่สะดวกสบายที่ได้รับ เป็นต้น
- จ) แนวโน้มที่จะก่อให้เกิดพฤติกรรมที่สังคมไม่พึงปรารถนามากขึ้น เช่น การ รับสินบนของเจ้าพนักงาน การรีดเอาทรัพย์สิน การเลือกปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะกับคน บางกลุ่ม การให้อภิสิทธิ์กับผู้มีอิทธิพล การใช้วิธีการที่มิชอบในการรวบรวมพยานหลักฐาน เป็นต้น
- ฉ) การประณตมิชอบของเจ้าพนักงานในการบังคับใช้กฎหมาย จะส่งผลทำให้เกิดข้อเสียประการต่อมา คือ ทำให้ความเคารพกฎหมายของประชาชนลดลง โดยเฉพาะในกลุ่มที่ รู้สึกแปลกแยกกับสังคม

²⁷ Ibid, pp. 443 - 444.

ข) ในกรณีที่กฎหมายนั้นเกี่ยวข้องกับสินค้า บริการ หรือกิจกรรมบางประเภทซึ่งเป็นที่ต้องการสูง เช่น ยาเสพติด การพนัน เหล้า อาวุธเถื่อน การค้าประเวณี การทำแท้ง หนังสือลามก การออกข้อห้ามกับสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ เป็นการจำกัดความสามารถในการตอบสนองความต้องการของตลาดมากกว่าจำกัดความต้องการของผู้ซื้อ จึงทำให้เกิดตลาดมืดและเป็นการผูกขาดผลกำไรให้กับเฉพาะผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมาย และในกรณีเช่นนี้ การรวมตัวกันเป็นองค์กรอาชญากรรมจะแสวงหาผลประโยชน์จากตลาดมืดได้มากกว่า จึงมีผลทำให้องค์กรอาชญากรรมเติบโตและเข้มแข็งขึ้น และมีแนวโน้มว่าองค์กรอาชญากรรมเหล่านี้จะหันเหไปสู่การก่ออาชญากรรมรูปแบบอื่นเพิ่มขึ้นด้วย

ในกรณีที่ความต้องการสินค้าหรือบริการนั้นมีมากและรุนแรง ในขณะที่ราคาแพง เนื่องจากเป็นสินค้าหรือบริการที่ต้องห้ามตามกฎหมาย จะเป็นการผลักดันให้ผู้ที่มีความต้องการกระทำความผิดเพื่อให้ได้เงินมาซื้อสิ่งที่ตนเองต้องการ หรือเป็นการผลักดันให้คนเหล่านี้ซึ่งโดยปกติเป็นผู้ที่ประพฤติปฏิบัติตามกฎหมายเข้าไปเกี่ยวข้องกับอาชญากรรม ซึ่งตอบสนองความต้องการของเขาได้ ในไม่ช้า บุคคลเหล่านี้ก็จะมองว่าตนเองนั้นเป็นอาชญากรไปด้วย ตามที่สังคมได้ตราหน้าเขาว่าเป็นกลุ่มวัฒนธรรมย่อยของอาชญากร (criminal subculture) ความเคารพกฎหมายของบุคคลเหล่านี้จะหมดไป และอาจก้าวล่วงเข้าไปกระทำความผิดอื่น ๆ อีก

ข) เป็นการสร้างอุปสรรคหรือสิ่งกีดขวางต่อการให้บริการทางสังคม หรือความคุ้มครองแก่ผู้กระทำความผิด เช่น กฎหมายห้ามการทำแท้ง ผลักดันให้หญิงมีครรภ์ที่ไม่ต้องการมีบุตรต้องเสี่ยงต่อความตาย เสี่ยงต่อการติดเชื้อเนื่องจากการทำแท้งโดยไม่กล้าเข้ารับการรักษาพยาบาลเนื่องจากกลัวความผิด

ค) การทำให้หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญารับภาระงานที่มากเกินไป กำลังด้วยคดีเล็ก ๆ น้อย ๆ มีข้อเสียคือ ทำให้เกิดการเข้าใจผิดว่าปัญหาสังคมในเรื่องนั้น ๆ ได้รับความเอาใจใส่ดูแลแล้ว และไม่ส่งเสริมการพัฒนาประสิทธิภาพของมาตรการควบคุมประเภทอื่น

ง) การบังคับใช้กฎหมายอาญาบางเรื่อง อาจเป็นการละเมิดหลักความเสมอภาคตามกฎหมายได้แม้ไม่ตั้งใจ

ฎ) การบังคับใช้กฎหมายอาญากับการกระทำที่คนทั่วไปถือว่าไม่ผิดศีลธรรม หรือที่คนส่วนใหญ่ประพฤติปฏิบัติ มีผลทำให้มลทิน (stigma) ที่เกิดจากมาตรการบังคับของกฎหมายอาญาลดลงโดยทั่วไป และส่งผลต่อมาถึงประสิทธิภาพของกฎหมายอาญาในการบังคับใช้กับการกระทำที่ร้ายแรงมากกว่า และการปราศจากข้อตำหนิในทางศีลธรรมของชุมชนยังมีผลทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปได้ยาก ประโยชน์ที่จะได้รับจากบทบัญญัตินั้นจึงมีจำกัด²⁸

ในส่วนประโยชน์ที่ได้รับจากการบัญญัติกฎหมายอาญา บางทฤษฎีเห็นว่า ได้แก่ การป้องกันอันตรายอย่างใดอย่างหนึ่งที่จะเกิดต่อสังคมหรือปัจเจกบุคคล การจะได้รับประโยชน์เช่นว่านี้ขึ้นอยู่กับปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้

- ก) โอกาสที่การกระทำนั้นจะถูกพบโดยบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ตัวผู้กระทำเอง
- ข) โอกาสที่จะมีการรายงานถึงการกระทำนั้นต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และการดำเนินการกับผู้กระทำผิด
- ค) โอกาสที่จะจับกุมผู้กระทำผิดได้ และดำเนินคดีต่อไปตามมาตรฐานทางกฎหมายเรื่องการพิสูจน์ความผิด และการรับฟังพยานหลักฐาน
- ง) ความเป็นไปได้ที่การตัดสินคดีจะมีผลในการลดการเกิดพฤติกรรมนั้นในอนาคต
- จ) ความเป็นไปได้ที่การลดการเกิดพฤติกรรมดังกล่าวในอนาคต จะมีผลในการลดอันตรายที่ต้องการป้องกัน²⁹

อย่างไรก็ตาม ในทฤษฎีของพวกเขา "Retributive" ซึ่งมีความคิดว่าการลงโทษผู้กระทำผิดอาญาเป็นสิ่งที่เหมาะสมอยู่ในตัวเอง ประโยชน์ที่จะได้รับจากการบัญญัติกฎหมายอาญาตามทฤษฎีนี้ จึงไม่ขึ้นอยู่กับปัจจัยในเรื่องความเป็นไปได้ที่จะลดการเกิดพฤติกรรมนั้นในอนาคต หรือความเป็นไปได้ที่จะลดอันตรายที่ต้องการจะป้องกัน แต่ขึ้นอยู่กับความเป็นไปได้ที่จะมีการตัดสินคดีและความร้ายแรงของอาชญากรรมเท่านั้น

²⁸ Ibid, pp. 444 - 445

²⁹ Ibid.



ตามความคิดของพวก "Retributive" ไม่ว่าจะมีการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติหรือไม่ก็ตาม เพียงแค่การมีอยู่ของบทบัญญัติของกฎหมายอาญาก็ให้ประโยชน์ โดยก่อให้เกิดผลทางอ้อมต่อการเกิดพฤติกรรมและภัยอันตรายที่ต้องการจะป้องกันแล้ว การตราหน้าพฤติกรรมหรือการกระทำใดว่าเป็นอาชญากรรมเป็นการแสดงออกซึ่งคำพิพากษาของสังคม ว่าการกระทำนั้นผิดศีลธรรมหรืออย่างน้อยที่สุดก็เป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนา และคำพิพากษานี้จะช่วยเสริมสร้างความรู้สึกอย่างเดียวกันที่มีอยู่ในตัวปัจเจกบุคคลให้แข็งแกร่งยิ่งขึ้น ผลที่ว่าจะเกิดขึ้นมากน้อยแค่ไหนขึ้นอยู่กับการตระหนักรับรู้ถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำที่ถูกห้ามกับอันตรายที่จะเกิดขึ้น ว่ามีมากน้อยเพียงไร

อย่างไรก็ตามมีความคิดของกลุ่มอื่นที่เห็นว่ากฎหมายถ้าไม่มีการบังคับใช้ก็ควรจะยกเลิกไป กลุ่มนี้มีความเห็นว่ากฎหมายที่ไม่มีการบังคับใช้จะทำให้ความเคารพกฎหมายของประชาชนลดลง กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพียงเพื่อเป็นสัญลักษณ์หรือเป็นเครื่องแสดงออกซึ่งคำพิพากษาของสังคมต่อการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง จึงอาจก่อผลเสียมากกว่าผลดี³⁰

ตามความคิดของพวก Cost - Benefit Approach แม้แต่ในกรณีที่ประโยชน์ที่จะได้รับจากการบัญญัติกฎหมายอาญามีมากกว่าสิ่งที่จะต้องเสียไป การตัดสินใจที่จะจำกัดเสรีภาพในการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ควรจะได้พิจารณาถึงมาตรการควบคุมอื่น ๆ ที่ยังมีอยู่อีกหลายอย่าง เช่น มาตรการทางแพ่ง มาตรการทางการบริหารการปกครอง หรือระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ ที่อาจให้ประสิทธิผลได้มากกว่า หรือสิ้นเปลืองน้อยกว่าการใช้กฎหมายอาญา มาตรการใดให้ประโยชน์มากกว่าสิ่งที่เสียไปได้มากที่สุดจึงใช้มาตรการนั้น และถ้าไม่มีมาตรการใดเลยที่จะให้ประโยชน์ได้มากกว่าสิ่งที่ต้องเสียไป กลุ่มนี้มีความเห็นว่าควรใช้ทางเลือกสุดท้ายคือ การไม่ทำอะไรกับพฤติกรรมนั้น ๆ เลย³¹

เหตุผลที่สนับสนุนว่า เหตุใดมาตรการประเภทอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายอาญาจึงอาจให้ประสิทธิผลสูงกว่า หรือสิ้นเปลืองน้อยกว่าการใช้กฎหมายอาญามีหลายประการ กล่าวคือ การบังคับใช้มาตรการเหล่านั้นไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้กระบวนการพิจารณาที่เคร่งครัด ดังเช่นที่ใช้กับการดำเนินคดี

³⁰ Ibid., pp. 445 - 446.

³¹ Ibid.

อาญา บุคคลลากรที่บังคับใช้มาตรการเหล่านี้ ไม่จำเป็นต้องได้รับการฝึกอบรมมากเท่าเจ้าพนักงานของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และอาจจ่ายค่าตอบแทนให้ในระดับที่ต่ำกว่า และในกรณีที่มีการกำหนดความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) หรือความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น (vicarious liability) กรณีเหล่านี้ได้สร้างปัญหาในการบังคับใช้บทบัญญัตินั้น ๆ เนื่องจากขาดข้อตำหนิในทางศีลธรรม จากผู้ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการบังคับตามกฎหมายทุกฝ่าย การบังคับใช้โทษทางอาญาจึงเป็นไปอย่างไม่เต็มที่ หรือในบางกรณีที่แม้จะมีข้อตำหนิในทางศีลธรรมอยู่ด้วย แต่เป็นกรณีที่สังคมให้ความเห็นอกเห็นใจต่อผู้กระทำผิด เช่น กรณีการทำแท้ง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีเหล่านี้อาจทำให้ผู้บัญญัติกฎหมายและผู้บังคับใช้กฎหมายเกิดความไม่เต็มใจที่จะใช้โทษทางอาญา มาตรการบังคับประเภทอื่นซึ่งไม่ใช่มาตรการทางกฎหมายอาญาจึงอาจเป็นการประนีประนอมอย่างเหมาะสม ระหว่างการตำหนิและการให้อภัยต่อการกระทำนั้น และประการสุดท้าย กระบวนการที่ไม่ใช่กระบวนการทางอาญา อาจใช้ควบคุมการกระทำที่มีลักษณะต่อเนื่องได้ดีกว่า ตัวอย่างเช่น กระบวนการที่เรียกว่า "กระบวนการออกคำสั่ง" (injunction proceeding) ซึ่งใช้วิธีวางระเบียบหรือกฎเกณฑ์ให้ประพฤติปฏิบัติตามความเหมาะสมของแต่ละกรณี แล้วใช้การพิจารณาโดยรวบรัดในแต่ละครั้งที่มีการละเมิดระเบียบที่วางไว้³²

มาตรการอื่นที่มีไม่มาตรการทางกฎหมายอาญานี้ไม่จำเป็นว่าจะต้องให้ผลลัพธ์ที่ดีกว่าหรือสิ้นเปลืองน้อยกว่าการใช้กฎหมายอาญาเสมอไป ผลเสียหลาย ๆ ประการที่เกิดขึ้นจากการใช้กฎหมายอาญาอาจเกิดขึ้นจากการใช้มาตรการอย่างอื่นได้เช่นเดียวกัน นอกจากนี้ การใช้มาตรฐานที่ต่ำกว่าในเรื่องการพิสูจน์ความผิดและกระบวนการพิจารณา ยังมีผลทำให้กระบวนการอื่นมีความน่าเชื่อถือน้อยกว่ากระบวนการดำเนินคดีอาญา และถูกใช้ไปในทางที่ผิดได้ง่ายกว่าอีกด้วย

ประเด็นสุดท้าย และน่าจะเป็นประเด็นสำคัญที่สุดของการวิเคราะห์ในแนว Cost - Benefit Approach คือ การตระหนักว่าในสถานที่ที่ทรัพยากรต่าง ๆ ในการบังคับใช้กฎหมายและของสังคมมีจำกัด การจะนำทรัพยากรที่มีอยู่ไปใช้เพื่อควบคุมการกระทำใด ไม่ว่าจะด้วยมาตรการทางกฎหมายอาญาหรือมาตรการอื่นใด ให้พิจารณาด้วยว่าทรัพยากรจำนวนเดียวกันนั้นจะ

³² Ibid.

ทำประโยชน์ได้มากกว่าหรือไม่ ถ้าจะนำไปใช้เพื่อควบคุมการกระทำอื่น หรือใช้ในกิจกรรมอื่น ๆ ของสังคม³³

ในทางทฤษฎี Cost - Benefit Approach มีข้อดีในส่วนที่ได้พิจารณาถึงปัจจัยทุกอย่างที่เกี่ยวข้องในการบังคับใช้กฎหมายอาญา และวางพื้นฐานอยู่บนสิ่งที่สามารถตรวจสอบได้ โดยการใช้การสังเกต³⁴ แต่แนวความคิดนี้มีปัญหาอยู่ที่การประเมินปัจจัยต่าง ๆ ที่ระบุว่าเป็นผลดีหรือผลเสียของการบัญญัติกฎหมายออกมาในเชิงปริมาณอย่างเบ็ดเสร็จวิสัย และมีความเที่ยงตรงแน่นอน³⁵ และมีปัญหาในการเปรียบเทียบปัจจัยแต่ละอย่างที่มีความแตกต่างกัน การคำนวณที่มีความซับซ้อนมากเกินไป และง่ายต่อการถูกรวบงำจากการให้ความสำคัญกับปัจจัยบางด้านมากกว่าปัจจัยอื่น ๆ และถึงแม้ว่าปัญหาในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายจะเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณา แต่สิ่งนี้ต้องไม่อยู่เหนือสิ่งที่เป็นคุณค่ามูลฐาน (fundamental value) ต่าง ๆ ทั้งในเรื่อง วัตถุประสงค์อันชอบธรรมของการบัญญัติข้อห้ามในสังคมเสรี ดุลยพินิจที่ผู้บัญญัติกฎหมายพึงมีมากหรือน้อยในการบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับเป้าหมายที่ชอบธรรม ตลอดจนความสำคัญของปัจจัยต่าง ๆ ในการบัญญัติกฎหมายที่ไม่อาจประเมินได้ในเชิงปริมาณ³⁶

³³ Ibid, p. 447.

³⁴ Ibid.

³⁵ Kadish, "More on overcriminalization : A reply to Professor Junker," in The criminal justice system : Materials on the administration and reform of the criminal law, eds. Franklin E. Zimring and Richard S. Frase, p. 121.

³⁶ Richard S. Frase, "Criminalization and decriminalization", pp. 447 - 448.

แนวความคิดต่าง ๆ ดังที่ได้กล่าวมา ต่างได้เสนอข้อพิจารณาหรือหลักเกณฑ์เพื่อใช้ในการบัญญัติกฎหมายอาญา เกณฑ์ต่าง ๆ เหล่านี้แม้จะแตกต่างกันออกไปตามเหตุผลและปรัชญาของแต่ละแนวความคิด แต่สิ่งหนึ่งที่เป็นที่ยอมรับร่วมกัน คือ การยอมรับว่าการใช้กฎหมายอาญาเป็นมาตรการควบคุมความสงบเรียบร้อยและพฤติกรรมของบุคคลในสังคมนั้นต้องมีขอบเขต และสามารถกำหนดได้ด้วยหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมที่สามารถนำไปใช้พิจารณาการบัญญัติความผิดอาญาได้ทุกความผิด

การจำแนกประเภทความผิดอาญา

ความผิดอาญาอาจจำแนกออกเป็นประเภทต่าง ๆ ได้หลายวิธี ตามความมุ่งหมายหรือปริทัศน์ที่ใช้ ดังเช่น การจำแนกตามลำดับความหนักเบาของความผิด การจำแนกตามความชั่วร้ายทางศีลธรรม การจำแนกตามกระบวนการในการดำเนินคดี และการจำแนกตามภัยอันตรายต่อสังคม³⁷ ดังจะได้กล่าวต่อไปตามลำดับ³⁸

ก. การจำแนกประเภทความผิดอาญาตามลำดับความหนักเบาของความผิด

การจำแนกความผิดด้วยวิธีนี้ อาจแบ่งความผิดออกเป็นประเภทต่าง ๆ ได้ 3 ประเภท คือ Treason, Felonies, และ Misdemeanors แต่โดยมากมักจะแบ่งความผิดอาญาออกเพียง 2 ประเภทเท่านั้น คือ Felonies และ Misdemeanors และมีเขตอำนาจศาล

³⁷ Allen Z. Gammage and Charles F. Hemphill, Basic criminal law. (New York : McGraw - Hill, 1974), p. 56.

³⁸ การจำแนกประเภทความผิดอาญาโดยวิธีการอื่น ดูได้ใน จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1 (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2506), หน้า 14 - 29 ; คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), หน้า 12 - 15.

บางเขตที่ได้กำหนดให้ความผิดอาญาซึ่งมีความร้ายแรงน้อยกว่า Misdemeanors เป็นความผิดอีกประเภทหนึ่ง มีชื่อเรียกต่าง ๆ กัน เช่น Infractions, Police Regulations³⁹ เป็นต้น

1. Treason ตามกฎหมายคอมมอนลอว์เดิมของประเทศอังกฤษ ความผิด treason แบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ High Treason และ Petit Treason

High Treason คือการกระทำความผิดเป็นการต่อต้านพระมหากษัตริย์

Petit Treason คือ การฆาตกรรมผู้ปกครองหรือผู้อยู่เหนือ โดยผู้อยู่ใต้อำนาจ เช่น ภรรยาฆ่าสามี บ่าวฆ่านาย เป็นต้น แต่ในปัจจุบันไม่มีความผิด Petit Treason อยู่ อีกต่อไป การกระทำที่เดิมเป็น Petit Treason ในปัจจุบันคือความผิดฐานฆ่าคนตาย

ในประเทศสหรัฐอเมริกา Treason คือความผิดฐานเป็นกบฏ เป็นความผิดเฉพาะอย่าง เช่นเดียวกับความผิดฐานอื่น ๆ โดยทั่วไป มีเพียง 2 - 3 รัฐเท่านั้นที่จำแนก Treason เป็นประเภทของความผิดประเภทหนึ่ง นอกเหนือไปจาก Felonies และ Misdemeanors⁴¹

2. Felonies เป็นความผิดที่จัดว่ามีความร้ายแรงอยู่ในลำดับถัดมาจาก ความผิดประเภท Treason⁴²

ความหมายของ Felonies มีความแตกต่างกันไปในแต่ละที่ ส่วนมากจะกำหนดความหมายสำหรับความผิด Felonies โดยพิจารณาจากระวางโทษของความผิด เช่น กฎหมายของรัฐอลาแบมา จอร์เจีย อินเดียนา ไอโอวา มิชิแกน มิซซิสซิปปี วอร์ชิงตัน และเวอร์จิเนีย ตะวันตก ในประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดว่า Felonies คือความผิดที่มีระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกในเรือนจำของรัฐ หรือให้เนรเทศไว้ไกล่เคียงกับคำนิยามนี้ ในบางรัฐ เช่น ฮาวาย

³⁹ Allen Z. Gammage and Charles F. Hemphill, Basic criminal law, p. 56, 59.

⁴⁰ Justin Miller, Handbook of criminal law, 35th ed. (St. Paul, MN.: Publishing, 1975), p. 41.

⁴¹ Allen Z. Gammage and Charles F. Hemphill, Basic criminal law, p. 56.

⁴² Ibid.

กำหนดว่า Felonies คือความผิดที่มีระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป ในบางรัฐ เช่น อารีโซนา แคลิฟอร์เนีย ไฮดาโฮ และ โอเรกอน กำหนดว่าในกรณีที่ความผิดนั้นมีระวางโทษจำคุกในเรือนจำของรัฐ หรือในคุกกึ่งของเมือง (county jail) หรือปรับ ศาลมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจกำหนดให้การกระทำความผิดนั้นเป็น Misdemeanors ได้⁴³ บางรัฐกฎหมายที่บัญญัติความผิดจะกำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่าให้ความผิดนั้นเป็นความผิด Felonies หรือ Misdemeanors ในกรณีเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายนั้นๆ กำหนด โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงระวางโทษของความผิดนั้น⁴⁴ และมีบางรัฐ เช่น เซาท์คาโรไลนา ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าความผิดใดบ้างที่เป็นความผิด Felonies ความผิดอื่นๆ นอกจากนั้นทั้งหมดเป็นความผิด Misdemeanors⁴⁵ นอกจากนี้มีกฎหมายของบางรัฐ เช่น แคลิฟอร์เนีย ที่กำหนดว่าความผิดซึ่งมีระวางโทษจำคุกในเรือนจำของรัฐ หรือ ในคุกกึ่งของเมือง การกระทำความผิดนั้นจะเป็น Felonies เป็นที่แน่นอนเมื่อศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกจำเลยในเรือนจำของรัฐ แต่หากศาลพิพากษาให้จำคุกจำเลยในคุกกึ่งของเมือง การกระทำความผิดนั้นจะเป็น Misdemeanors นับแต่เวลาที่มีคำพิพากษาเป็นต้นไป⁴⁶

ความหมายของ Felonies ส่วนมากกำหนดโดยพิจารณาจากระวางโทษของความผิดนั้นมากกว่าจะพิจารณาจากธรรมชาติและลักษณะของความผิด⁴⁷ หรือโทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดจริง ๆ⁴⁸ ดังนั้นผู้กระทำความผิด Felonies จึงอาจได้รับโทษในความเป็นจริงเบากว่าผู้กระทำ

⁴³Robert W. Ferguson, "Classification and application of crimes," in Concepts of criminal law : Selected reading, ed. Robert W. Ferguson (St. Paul, MN. : West Publishing, 1975), p. 312.

⁴⁴Justin Miller, Handbook of criminal law, p. 44.

⁴⁵Robert W. Ferguson, "Classification and application of crimes," p. 313.

⁴⁶Justin Miller, Handbook of criminal law, pp. 43 - 44.

⁴⁷Ibid., p. 42.

⁴⁸Robert W. Ferguson, "Classification and application of crimes," p. 313.

ความผิด Misdemeanors นอกจากนี้ เกณฑ์ต่าง ๆ ที่แต่ละรัฐกำหนดขึ้นเพื่อใช้ในการจำแนกความผิด Felonies ยังผลให้ความผิดบางอย่างซึ่งเป็น Felonies ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ เป็นความผิด Misdemeanors ในบางรัฐ และในทำนองเดียวกัน ความผิดซึ่งเป็น Misdemeanors ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ กลายเป็น Felonies ในบางรัฐ⁴⁹ สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ ทำให้การจำแนกระหว่าง Felonies และ Misdemeanors ถูกส่งสัยในความชอบด้วยเหตุผล⁵⁰

ในตอนต้น ความหมายดั้งเดิมของ Felonies นั้น มีความเกี่ยวข้องกับระบบ Feudalism กล่าวคือ หมายถึงการกระทำอันเป็นการทำลายความซื่อสัตย์ ความจงรักภักดีที่พึงมีในระหว่างผู้เช่าที่ดินกับ lord จึงมีผลทำให้การถือครองที่ดินถูกริบคืน lord ททรัพย์สมบัติอื่น ๆ ถูกริบเป็นของกษัตริย์ แต่ในสมัยต่อมาความหมายของ Felonies ที่แสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่าง lord กับผู้เช่าในระบบ Feudalism ได้สูญหายไป Felonies ได้กลายมาเป็นบัญชีความผิดซึ่งมีความร้ายแรงเป็นอย่างยิ่ง จนกระทั่งชีวิตและทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดเหล่านั้นตกอยู่ภายใต้ความกรุณาของกษัตริย์ ความผิดที่ว่านี้มีจำนวนเพียงเล็กน้อย และมีได้มีความเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่าง lord กับผู้เช่าในระบบ Feudalism แต่อย่างใด สิ่งที่เหมาะสมกับ Felonies ในความหมายดั้งเดิม คือผลในเรื่องของการริบที่ดินเท่านั้น⁵¹

ในยุคก่อนหน้าที่ความผิดประเภท Felonies จะเป็นที่รู้จัก กฎหมายแองโกล-แซกซอน ได้จำแนกความผิดอาญาออกเป็น 2 ประเภท คือ ความผิดประเภทที่ระงับไปได้โดยผู้กระทำผิด ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง โดยชำระเป็นเงินตรา หรือที่เรียกว่า Emendable Crimes และความผิดที่ไม่อาจระงับไปได้โดยวิธีชดใช้ค่าเสียหายได้ ที่เรียกว่า Botless Crimes ความผิดประเภทนี้ผู้กระทำผิดจะต้องถูกลงโทษโดยการประหารชีวิต หรือตัดอวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใด

⁴⁹Justin Miller, Handbook of criminal law, p. 44.

⁵⁰Robert W. Ferguson, "Classification and application of crimes," p. 313.

⁵¹S.F.C. Milson, Historical foundations of the Common Law (London : Butterworths, 1969), p. 355.

ของร่างกาย และริบทันย์สินต่าง ๆ เป็นของกษัตริย์⁵² และความผิดที่เรียกว่า Botless Crimes นี้เองที่ต่อมาได้กลายเป็นความผิด Felonies⁵³

Sir Edward Coke ได้สันนิษฐานว่า คำว่า fellone - m มาจากภาษาลาติน fell -, fel ซึ่งหมายถึงความขมขื่น ชุ่มแค้น นัยของคำคำนี้แต่แรกหมายถึงผู้เต็มไปด้วยความขมขื่น เคียดแค้น คำว่า felon เป็นคุณศัพท์ที่ให้ความหมายถึง ความอามืด ความดูร้าย รุนแรง เลวทราม บาบงนา ต่ำช้า felon เป็นคำที่เลวที่สุดเท่าที่จะสามารถใช้กับมนุษย์หรือสิ่งอื่นใด และคำว่า Felony ได้กลายมาเป็นชื่อของความผิดที่เลวร้ายที่สุด และไม่อาจจะจับไปโดยการใช้ค่าเสียหายได้⁵⁴ แต่อย่างไรก็ตาม เกี่ยวกับที่มาของคำว่า Felony นี้ Sir Henry Spelman มีความเห็นเป็นอีกอย่างหนึ่งว่า คำว่า felon มีที่มาจากภาษา Teutonic หรือภาษาเยอรมัน 2 คำ คือ fee ซึ่งหมายถึงที่ดินที่ได้รับพระราชทานมาจากกษัตริย์ และ lon ซึ่งหมายถึง ราคา หรือคุณค่า รวมแล้วหมายถึงราคาที่ดิน หรือการกระทำที่มีค่าเท่ากับที่ดินของผู้อื่น⁵⁵

ในสมัยต่อ ๆ มา ความผิดประเภท Felonies ได้เพิ่มจำนวนขึ้นเรื่อย ๆ โดยรวมเอาความผิดที่มีความร้ายแรงน้อยกว่า Felonies เดิมเข้ามาเป็นความผิดนี้ด้วย⁵⁶ และหลังจากที่มีการยกเลิกโทษริบทันย์ทั้งในอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ความหมายของคำว่า Felonies ก็เริ่มขาดความชัดเจนและไม่แน่นอนเป็นอย่างมาก⁵⁷

⁵² สุนัย มิโน้มยุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ (กรุงเทพมหานคร : บริษัทประจักษ์วงค์ จำกัด, ม.ป.ป.), หน้า 4 - 5.

⁵³ Theodore F.T. Plucknett, A concise history of the Common Law, 5th. ed. (Boston : Little, Brown and Company, 1956), p. 455.

⁵⁴ Sir Frederick Pollock and Frederic William Maitland, The history of English Law before the time of Edward I, 2nd. ed. (Cambridge : University Press, 1968), 2 : 464 - 465.

⁵⁵ Robert W. Ferguson, "Classification and application of crimes," pp. 311 - 312.

⁵⁶ Ibid., p. 313.

⁵⁷ Justin Miller, Handbook of criminal law, p. 42.

ในตอนต้นการจำแนกระหว่าง Felonies และ Misdemeanors เป็นการจำแนกตามความหนักเบา และความเลวร้ายของความผิดอย่างแท้จริง แต่เมื่อความผิด Felonies ได้เพิ่มจำนวนมากขึ้น รวมเอาความผิดทั้งที่ร้ายแรงและไม่ร้ายแรงเข้ามาไว้ด้วย ความผิดที่เป็น Misdemeanors บางความผิดกลับมีความร้ายแรงมากกว่า และได้รับโทษรุนแรงกว่าความผิดที่เป็น Felonies บางความผิด⁵⁸ ความชอบด้วยเหตุผลในการจำแนกความผิดทั้งสองประเภทนี้ ซึ่งมีอยู่แต่แรกจึงสูญสิ้นไป ประกอบกับการเป็นความผิด Felonies หรือ Misdemeanors ก่อให้เกิดผลที่แตกต่างกันหลายประการ จึงทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมขึ้นจากการจำแนกความผิดด้วยวิธีการนี้⁵⁹

ความแตกต่างระหว่างการเป็นความผิด Felonies หรือ Misdemeanors มีอาทิเช่น เจ้าพนักงานตำรวจมีอำนาจจับผู้กระทำความผิดที่เป็น Felonies ซึ่งหน้าได้โดยไม่ต้องมีหมาย การพิจารณาคดี Felonies ต้องกระทำต่อหน้าจำเลย แต่ถ้าเป็นคดีความผิด Misdemeanors จำเลยอาจสมัครใจไม่อยู่ร่วมในการพิจารณาได้ จำเลยที่ถูกตัดสินว่าได้กระทำความผิด felonies ต้องสูญเสียสิทธิบางอย่าง เช่น สิทธิในการออกเสียง การเป็นข้าราชการ การเป็นลูกขุน ในขณะที่ผู้กระทำความผิด Misdemeanors ไม่ต้องสูญเสียสิทธิต่าง ๆ เหล่านี้เป็นต้น⁶⁰

ในปัจจุบัน การจำแนกความผิดออกเป็น Felonies และ Misdemeanors ได้ถูกยกเลิกไปในบางประเทศ เช่น อังกฤษยกเลิกไปในปี ค.ศ. 1967⁶¹ ญี่ปุ่นยกเลิกไปในปี ค.ศ.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Robert W. Ferguson, "Classification and application of crimes," p. 313.

⁶⁰ Ibid., p. 314.

⁶¹ J.C. Smith and Brian Hogan, Criminal law, 3rd.ed. (London : Butterworths, 1973), p. 23.

1907⁶² และแคนาดายกเลิกในปี ค.ศ. 1892⁶³ แต่ยังคงมีอยู่ในสหรัฐอเมริกา โดยต้นแบบประมวลกฎหมายอาญา (Model Penal Code) ได้บัญญัติว่าความผิดอาญาใดจะเป็นความผิด Felonies เมื่อได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายนี้ หรือเมื่อความผิดนั้นเป็นความผิดที่มีระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ขึ้นไป⁶⁴

3. Misdemeanors เป็นความผิดอาญาที่มีความร้ายแรงอยู่ในลำดับรองลงมาจากความผิด Felonies

Misdemeanors มีต้นกำเนิดมาจากความผิดที่เรียกว่า Trespasses ซึ่งในช่วงศตวรรษที่ 13 ในความหมายอย่างกว้างหมายถึงการกระทำความผิดทุกชนิด จึงรวมถึง felonies ด้วย แต่ในความหมายอย่างแคบ Trespasses หมายถึงความผิดอื่น ๆ ซึ่งไม่ใช่ Felonies⁶⁵ ความผิดเหล่านี้อาจดำเนินคดีในลักษณะคดีอาญา เช่นเดียวกับความผิด Felonies และในลักษณะคดีแพ่ง ดังนั้นเพื่อป้องกันความสับสนและเพื่อแยก Trespasses ซึ่งดำเนินคดีใน

⁶²Kenichi Nakayama, "Japan," in Major criminal justice systems : A comparative survey, 2nd. ed., eds. George F. Cole, Stainslaw J. Frankowski and Marc G. Gertz (California : Sage Publications, 1987) p. 172.

⁶³Don Stuart, Canadian criminal law, 2nd. ed. (Toronto : The Carswell Company, 1987), p. 46.

⁶⁴Model Penal Code : Official draft and Explanatory notes Section 1.01 (2)

A crime is a felonies if it is so designated in this Code or if persons convicted thereof may be sentenced (to death or) to imprisonment for a term that, apart from an extended term, is in excess of one year

⁶⁵Sir Pollock and Maitland, The history of English Law before the time of Edward II, 2 : 512.

ลักษณะคดีอาญา ออกจาก Trespasses ซึ่งดำเนินคดีในลักษณะคดีแพ่ง จึงเปลี่ยนมาเรียกว่า Misdemeanors นับตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 16 เป็นต้นมา^{๕๕}

โดยทั่วไป Misdemeanors หมายถึงความผิดอาญาอื่นที่ไม่ใช่ Treason และ Felonies กฎหมายสมัยปัจจุบันมักจะนิยาม Misdemeanors โดยพิจารณาจากกระวางโทษของความผิดเป็นเกณฑ์ แต่กฎหมายบางฉบับอาจกำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่าให้ความผิดตามกฎหมายนั้นเป็น Misdemeanors^{๕๖}

ต้นแบบประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกาจำแนก Misdemeanors ออกเป็น 2 ประเภท คือ Misdemeanors และ Petty Misdemeanors

ความผิดอาญาใดจะเป็นความผิดประเภท Misdemeanors จะถูกกำหนดโดยต้นแบบประมวลกฎหมายอาญา หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่น^{๕๗} และนอกจากนี้ ความผิดอาญาใดซึ่งกฎหมายที่บัญญัติให้เป็นความผิดมิได้กำหนดประเภทของความผิดไว้ ไม่ว่าจะโดยกฎหมายนั้น หรือโดยคำพิพากษา ก็ให้ความผิดนั้นเป็นความผิด Misdemeanors^{๕๘}

^{๕๕}Milson, Historical foundations of the Common Law, p. 354 ;
Plucknett, A concise history of the Common Law, p. 459.

^{๕๖}Justin Miller, Handbook of criminal law, pp. 45 - 46.

^{๕๗}Model Penal Code : Official draft and explanatory notes
Section 1.04 (3)

A crime is a misdemeanors if it is so designated in this Code or in a statute other than this Code enacted subsequent thereto.

^{๕๘}Model Penal Code : Official draft and explanatory notes
Section 1.04 (6)

Any offense declared by law to constitute a crime, without specification of the grade thereof or of the sentence authorized upon conviction, is a misdemeanors.

Petty Misdemeanors ได้แก่ ความผิดอาญาซึ่งต้นแบบประมวลกฎหมายอาญา หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นกำหนดให้เป็นความผิดประเภท Petty Misdemeanors หรือเป็นความผิดที่มีระวางโทษจำคุกอย่างสูง ต่ำกว่า 1 ปี⁷⁰

4. Minor หรือ Petty Offences การจำแนกความผิดอาญาตามลำดับความหนักเบาของความผิดนี้ บางรัฐหรือบางเขตอำนาจศาล นอกจากจะจำแนกออกเป็น Felonies และ Misdemeanors แล้ว ยังได้จำแนกความผิดที่มีลักษณะเบากว่าความผิด Misdemeanors ออกเป็นอีกประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ มีชื่อเรียกต่าง ๆ กันเช่น Police Regulations, Public Torts,⁷¹ Infractions, County Ordinances⁷² เป็นต้น ความผิดประเภทนี้มีประเด็นปัญหาว่าเป็นความผิดอาญาหรือไม่ โดยจะนำไปกล่าวไว้ในบทที่ 3 ต่อไป

ข. การจำแนกประเภทความผิดอาญาตามความชั่วร้ายทางศีลธรรม

แบ่งความผิดอาญาออกเป็น 2 ประเภท คือ ความผิดในตัวเอง (Mala In Se) กับความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม (Mala Prohibita)

ความผิดในตัวเอง (Mala In Se) คือ การกระทำที่มีความชั่วร้ายเลวทรามในทางศีลธรรมอยู่โดยธรรมชาติที่แท้จริงของการกระทำนั้น ๆ เอง เช่น การฆ่าคนตาย การลักทรัพย์

⁷⁰Model Penal Code : Official draft and explanatory notes
Section 1.04 (4)

A crime is a petty misdemeanors if it is so designated in this Code or in a statute other than this Code enacted subsequent thereto or if it is defined by a statute other than this Code that now provides that persons convicted thereof may be sentenced to imprisonment for a term of which the maximum is less than one year.

⁷¹Justin Miller, Handbook of criminal law, pp. 47 - 48.

⁷²Allen Z. Gammage and Charles F. Hemphill, Basic criminal law, p. 59.

ความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม (Mala Prohibita) คือ การกระทำที่เป็นความผิดเพียงเพราะมีกฎหมายห้าม ความผิดประเภทนี้ไม่ใช่การกระทำที่ชั่วร้าย หรือผิดศีลธรรมโดยธรรมชาติ ตัวอย่างเช่น การเดินข้ามถนนโดยฝ่าฝืนสัญญาณไฟจราจร⁷³

การจำแนกความผิดอาญาออกเป็นความผิดในตัวเอง และความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามนี้ มีมาตั้งแต่ก่อนศตวรรษที่ 15⁷⁴ โดยอิทธิพลของความคิดที่ว่ากฎหมายบ้านเมืองมีเนื้อหาซึ่งวางพื้นฐานอยู่บนกฎหมายธรรมชาติ⁷⁵ ศาสตราจารย์ Rollin M. Perkins นักนิติศาสตร์ชาวอเมริกัน ได้จำแนกความแตกต่างของความผิดทั้งสองประเภทนี้ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ไว้ดังนี้

1. ในกรณีที่เป็นการกระทำที่เป็นความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม มีข้อยกเว้นสำหรับพระมหากษัตริย์ที่ทรงกระทำได้โดยไม่เป็นความผิด แต่ข้อยกเว้นนี้ไม่ใช่กับกรณีความผิดในตัวเอง
2. ในกรณีของความผิดฐานฆ่าคนตาย ซึ่งกฎหมายคอมมอนลอว์ แบ่งเป็น Murder และ Manslaughter ถ้าการกระทำที่เป็นเหตุของความตายโดยไม่เจตนาเป็นความผิดในตัวเอง ผู้กระทำผิดฐาน Murder แต่ถ้าการกระทำที่เป็นเหตุของความตายนั้นเป็นความผิดประเภท Mala Prohibita ผู้กระทำผิดฐาน Manslaughter
3. การกระทำที่เป็นความผิดในตัวเองทุกความผิดต้องมี Mens Rea แต่สำหรับความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามนั้น ไม่จำเป็น วันแต่จะ ได้มีบทกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงจึงยกขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ได้เฉพาะในกรณีที่เป็นการผิดในตัวเองเท่านั้น จะยกขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ในกรณีความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามได้เฉพาะในกรณีที่ความผิดนั้นมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าต้องมี Mens Rea เท่านั้น

⁷³Allen Z. Gammage and Charles F. Hemphill, Basic criminal laws, p. 65.

⁷⁴Rollin M. Perkins, Perkins on criminal law, 2nd. ed. (Mineola, NY. : The Foundation Press, 1969), p. 784.

⁷⁵Klaus Lüderssen, "Petty Offences," The American Journal of Comparative Law 24 (Fall 1976) : 756.

4. หลักความรับผิดชอบของนายจ้างหรือตัวการ (respondeat superior) ซึ่งกำหนดให้นายจ้างหรือตัวการ ต้องรับผิดชอบเมื่อลูกจ้างหรือตัวแทนได้กระทำการอันเป็นความผิด เมื่อการกระทำนั้นได้กระทำในกิจธุระของนายจ้างหรือตัวการ และอยู่ในขอบข่ายของการว่าจ้างหรือการมอบหมายให้กระทำการแทน หลักนี้ใช้ได้เฉพาะกับความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามเท่านั้น ไม่นำมาใช้กับความผิดประเภทความผิดในตัวเอง

5. ระดับของการพิสูจน์ถึงความผิดของจำเลย ในความผิดที่เป็นความผิดในตัวเอง ต้องพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยตามสมควร แต่สำหรับความผิดเพราะกฎหมายห้ามใช้การซึ่งนำหลักพยานหลักฐาน

6. ในกรณีที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงว่าจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ถ้าการกระทำนั้นเป็นความผิดในตัวเอง ผู้ที่ตกลงว่าจะกระทำการนั้นมีความผิดฐาน Conspiracy ไม่ว่าจะรู้หรือไม่ก็ตามว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมาย แต่ในกรณีที่การกระทำนั้นเป็นความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม การตกลงว่าจะกระทำการนั้นจะเป็นความผิดฐาน Conspiracy ก็ต่อเมื่อผู้ตกลงรู้หรือควรจะได้รู้ว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายห้าม

7. การยอมความของผู้เสียหาย ในกรณีความผิดในตัวเอง ไม่ทำให้สิทธิในการฟ้องคดีของรัฐระงับลง เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ส่วนความผิดประเภทความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามนั้น โดยทั่วไปเป็นความผิดที่กระทบกระเทือนต่อสังคมส่วนรวมมากกว่าปัจเจกบุคคล เฉพาะราย แต่ในกรณีที่ความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามนั้น ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง การยอมความของบุคคลนั้นจะมีผลทำให้สิทธิการดำเนินคดีระงับลง⁷⁶

ข้อแตกต่างเหล่านี้ ศาสตราจารย์ Rollin M. Perkins ได้กล่าวว่า ทำให้ต้องสรุปและตระหนักว่าความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามนั้น ไม่ใช่ความผิดอาญา⁷⁷ ความผิดในตัวเองและความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามนั้น ไม่ได้มีความแตกต่างกันเพียงแต่ความหนักเบาเท่านั้น แต่ความผิดทั้งสองเป็นความผิดคนละชนิด คนละประเภทเลขที่เดียว⁷⁸

⁷⁶ Rollin M. Perkins, Perkins on criminal law, pp. 784 - 788.

⁷⁷ Ibid., p. 790.

⁷⁸ Ibid., p. 784.

ในสมัยต่อมา การจำแนกความผิดอาญาออกเป็นความผิดในตัวเองและความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม ได้เลื่อมความนิยมลงไป โดยเหตุผลที่ว่า การจำแนกความผิดด้วยวิธีการนี้ไม่ได้วางพื้นฐานอยู่บนหลักการที่มีเหตุผล ขาดหลักเกณฑ์ในการจำแนกที่ชัดเจน แน่นอน และนำมาใช้ไม่ได้ในทางปฏิบัติ⁷⁹

อย่างไรก็ตาม ความคิดที่ยังตกทอดมาถึงปัจจุบันคือ การยอมรับว่าความผิดบางอย่างไม่ใช่ความผิดอาญาที่แท้จริง⁸⁰ มีการให้ชื่อความผิดประเภทนี้ต่าง ๆ กัน เช่น การละเมิดสาธารณะ (Public Torts) ความผิดต่อสวัสดิภาพสาธารณะ (Public Welfare Offences) ความผิดต่อข้อห้ามของกฎหมาย (Prohibitory Laws) การกระทำที่ถูกห้าม (Prohibited Acts) ความผิดระเบียบ (Regulatory Offences) ระเบียบตำรวจ (Police Regulations) ความผิดขนาดกลางในการปกครอง (Administrative Misdemeanors) ความผิดกึ่งอาญา (Quasi Crimes) ความผิดทางแพ่ง (Civil Offences)⁸¹ และความผิดในทางการปกครอง (Ordnungswidrigkeiten หรือ Administrative Offences) ดังที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายและต้นแบบกฎหมายของบางประเทศ เช่น Gesetz uber Ordnungswidrigkeiten (OWiG) ของประเทศเยอรมนี และ Model Penal Code ของสหรัฐอเมริกา⁸³ เป็นต้น

ค. การจำแนกประเภทความผิดอาญาตามกระบวนการในการดำเนินคดี

การจำแนกประเภทความผิดอาญาตามความมุ่งหมายนี้ เป็นการสะท้อนถึงการจำแนกความผิดอาญาตามความหนักเบาของความผิด⁸⁴ ในอีกแง่หนึ่ง โดยใช้กระบวนการในการดำเนินคดีที่ต่างกันเป็นตัวจำแนก ดังเช่นประเทศอังกฤษ ได้แบ่งความผิดอาญาตามวิธีการนี้ออก

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Ibid., p. 791.

⁸² Klaus Lüderssen, "Petty Offences," p. 757.

⁸³ Model Penal Code : Official draft and explanatory notes (Philadelphia, PA. : The American Law Institute, 1985), p. 6.

⁸⁴ J.C. Smith and Brian Hogan, Criminal law, p. 26.

เป็น 3 ประเภท คือ ความผิดที่ต้องพิจารณาโดยวิธี Indictment ความผิดที่ต้องพิจารณาโดยใช้วิธี Summary และความผิดที่อาจพิจารณาโดยวิธี Indictment หรือ Summary⁸⁵

1. ความผิดที่ต้องพิจารณาโดยวิธี Indictment ได้แก่ ความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ที่มีอัตราโทษสูง การพิจารณาต้องกระทำใน Crown Court โดยใช้ลูกขุน ได้แก่ ความผิดตามกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา

2. ความผิดที่ต้องพิจารณาโดยวิธี Summary Trial ได้แก่ ความผิดอาญาที่มีโทษเล็ก ๆ น้อย ๆ เดิมเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าให้พิจารณาโดยวิธี Summary Trial ซึ่งต่อมาได้นำมารวมไว้ใน Criminal Law Act 1977 ความผิดประเภทนี้พิจารณาใน Magistrate Court

3. ความผิดที่อาจพิจารณาโดยวิธี Indictment หรือ Summary ความผิดประเภทนี้ก่อนพิจารณาคดี Magistrate Court จะพิจารณาก่อนว่าวิธีพิจารณาแบบใดจะเหมาะสมที่สุด โดยการสอบถามจากโจทก์และจำเลย พิจารณาจากลักษณะของความผิดว่ามีสภาพเป็นความผิดอุกฉกรรจ์หรือไม่ โทษที่จำเลยควรได้รับอยู่ในอำนาจของตนหรือไม่ รวมถึงสภาพแวดล้อมอื่น ๆ ว่าคดีควรพิจารณาโดยวิธี Indictment หรือ Summary Trial ยกเว้นคดีที่ฟ้องโดย Attorney - General, Solicitor General หรือ Director of Public Prosecutions และบุคคลเหล่านี้ยื่นคำขอให้พิจารณาโดย Indictment⁸⁶

ง. การจำแนกประเภทความผิดอาญาตามยกขึ้นตราข้อตั้ง

การจำแนกประเภทความผิดอาญาตามวิธีการนี้ใช้ยกขึ้นตราข้อตั้ง ซึ่งเป็นผลจากการกระทำความผิดอาญาเป็นเกณฑ์ในการจำแนก⁸⁷ ดังเช่นที่ประมวลกฎหมายอาญาไทยได้แบ่งความผิดออกเป็น ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ความผิดเกี่ยวกับการ

⁸⁵ สุนัย มโนชัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, หน้า 177.

⁸⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 178.

⁸⁷ Allen Z. Gammage and Charles F. Hemphill, Basic criminal laws, p. 67.

ปกครอง ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม ความผิดเกี่ยวกับศาสนา ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุข
ของประเทศ ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการปลอม
และการแปลง ความผิดเกี่ยวกับการค้า ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย
ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน เป็นต้น



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย