

บทที่ 2

หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายกับการดำเนินคดีในความผิด ฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ

หากจะกล่าวถึง หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย หรือที่เรียกว่ากันว่าหลัก “Nulla poena sine lege” นั้น ถือเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาที่มีรูปแบบการปกครองในรัฐประชาธิปไตย เพื่อป้องกันการถูกระงับหรือการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลในรัฐนั้น ที่มีการนำมาใช้ในส่วนองกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นรูปแบบของหลักนิติรัฐ¹ เช่นกัน และอีกประการหนึ่งกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากกฎหมายประเภทอื่น เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองความสงบสุข ความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบุคคลที่อยู่ร่วมกันในสังคม ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนก็จะต้องมีการถูกลงโทษ อันส่งผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ ในทางร่างกายและทรัพย์สิน ด้วยเหตุนี้กฎหมายอาญาจึงต้องมีลักษณะพิเศษที่ใช้เฉพาะในทางกฎหมายอาญา หรืออาจกล่าวได้ว่ามีเอกลักษณ์ของกฎหมายโดยเฉพาะ เพื่อให้การบังคับใช้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของหลักกฎหมายอาญานั้นเอง

2.1 หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย

2.1.1 ที่มาและสาระสำคัญของหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย

2.1.1.1 ที่มาของหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย

หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย หรือที่เรียกว่า “หลักประกันในกฎหมายอาญา” นี้มีที่มาสืบเนื่องมาจากสภาพสังคมในช่วงก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 18 การปกครองของประเทศภาคพื้นยุโรปส่วนใหญ่เป็นระบบศักดินาสวามิภักดิ์ (Feudalism) การใช้กฎหมายอาญาสมัยนั้นเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นโดยผู้ปกครองรัฐ จารีตประเพณีท้องถิ่น และกฎหมายโรมัน โดยไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคล อีกทั้งการพิจารณาตัดสินคดีของศาลมักจะมีอคติขึ้นใหม่ และการลงโทษเป็นไปอย่างไร้กฎเกณฑ์

ครั้นถึงยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาการ คือในราวคริสต์ศตวรรษที่ 18 อันเป็นช่วงเวลาที่มีประวัติศาสตร์ได้พัฒนาไปสู่ความเป็นรัฐสมัยใหม่ (Modern State) ได้เกิดแนวความคิดต่อต้านการ

¹ คณิต ฌ นคร. (2524). หลักประกันในกฎหมายอาญา. หน้า 53.

ปกครองระบบศักดินาสวามิภักดิ์ โดยนักคิดและนักนิติศาสตร์ในยุโรปได้เสนอให้ใช้ระบบการปกครองภายใต้กฎหมายตามทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract) อีกทั้งมีแนวคิดต่อต้านการลงโทษบุคคลโดยปราศจากหลักเกณฑ์ โดยถือว่ารัฐหรือผู้มีอำนาจจะจับกุมลงโทษประชาชนโดยอ้างว่ากระทำความผิดอย่างๆ ลอย และปราศจากข้อจำกัดมิได้ แนวคิดนี้นำไปสู่หลักที่ว่า การลงโทษอาญาต่อการกระทำใดๆ ของบุคคล จะทำได้เมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าเป็นการกระทำที่ผิดและให้ลงโทษได้ ทั้งนี้เพื่อให้กำหนดแนวความคิดในกฎหมายให้มีความแน่นอน เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจเกินขอบเขต บุคคลสำคัญในการริเริ่มความคิดนี้ คือ Montesquieu ซึ่งมีความเห็นว่าเป็นสิ่งจำเป็นที่กฎหมายต้องมีความแน่นอน ปราศจากความเคลือบคลุม และไม่เปิดโอกาสให้ศาลได้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ ความเห็นดังกล่าวนี้สืบเนื่องมาจากทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจ (The Theory of the Separation of power) โดย Montesquieu เห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ ซึ่งลักษณะของการทำผิดและบทลงโทษ ที่ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจะต้องเป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ หากศาลลงโทษบุคคลโดยอาศัยการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) หรือกฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law) ก็เท่ากับว่าศาลได้ล่วงละเมิดขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ

แนวความคิดที่ว่า การลงโทษจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ เป็นที่ยอมรับกันเรื่อยมาประกอบกับแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่ต้องการสร้างกฎหมายที่มีความสมบูรณ์ จึงเป็นแรงผลักดันให้มีการจัดทำประมวลกฎหมาย (Codification) ขึ้นในยุโรป และในประเทศฝรั่งเศส ได้บัญญัติไว้ในประกาศสิทธิมนุษยชนของฝรั่งเศส (The French Declaration of the Rights of Man) และต่อมาได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1810 และในคริสต์ศตวรรษที่ 19 หลักการนี้เป็นที่ยอมรับในรัฐธรรมนูญของประเทศภาคพื้นยุโรปเกือบทุกประเทศ

ในยุคปัจจุบัน หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายนี้ ถือเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานประการหนึ่งของหลักนิติธรรม (One of the basic guarantees of the rule of law) เป็นหลักประกันที่สำคัญของกฎหมายอาญา ดังที่ Professor Frans von Liszt เรียกว่า เป็น “ธรรมนูญของอาชญากร” (Magna Charta des verbrechers)² และเป็นที่ยอมรับทั้งในรัฐธรรมนูญของนานาอารยประเทศ ตลอดจนในปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนด้วย³

² แหล่งเดิม. หน้า 54.

³ ปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งประกาศใช้โดยสมัชชาแห่งสหประชาชาติ ในปี ค.ศ. 1948 มาตรา 11 (2) บัญญัติว่า “No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed.”

สำหรับประเทศไทยในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ยอมรับหลักไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย และบัญญัติไว้ใน มาตรา 7 ว่า “บุคคลควรรับอาญาต่อเมื่อมันได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาทีกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และอาญาที่จะใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น ก็ไม่ควรใช้อาญาอย่างอื่น นอกจากอาญาที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” และในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติหลักการนี้ไว้ใน มาตรา 2 ว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ฉบับปัจจุบันได้บัญญัติรองรับหลักการดังกล่าวนี้ไว้ใน มาตรา 39 บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาทีกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาทีกระทำความผิดมิได้ ...”

ซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักการนี้ ในปัจจุบันเป็นหลักสากลที่ประเทศส่วนมากได้ดำเนินถึงและถือเป็นแนวทางที่สำคัญและต้องมีการปฏิบัติอย่างเคร่งครัดมิเช่นนั้นจะเป็นผลร้ายต่อประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครองของประเทศนั้น ซึ่งการบัญญัติหลักการนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นก็เป็นสิ่งบ่งบอกว่า หลักการดังกล่าวนี้เป็นสิ่งสำคัญที่จำเป็นต้องรับรองไว้ในกฎหมายสูงสุดเพื่อให้ความคุ้มครองในสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เป็นอย่างดีวิธีหนึ่งด้วย

2.1.1.2 สาระสำคัญของหลักไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย

เนื่องจากกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเป็นเพียงสิ่งเดียวที่จะกำหนดว่าการกระทำใดของบุคคลที่จะถือว่าเป็นความผิดที่ต้องรับโทษหรือไม่ อีกทั้งเป็นหลักประกันว่าบุคคลจะไม่ต้องรับโทษ หากไม่ได้กระทำเกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งหลักไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายนี้ เปรียบเสมือนเครื่องมือจำกัดอำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐในการดำเนินคดีและลงโทษบุคคล โดยมีสาระสำคัญที่ต้องพิจารณา 4 ประการด้วยกัน คือ

ประการที่หนึ่ง: กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน

หลักการนี้เป็นหลักการที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ฉะนั้นการบัญญัติถ้อยคำในกฎหมายจึงต้องบัญญัติให้มีความชัดเจนและแน่นอนเพื่อให้บุคคลได้ทราบล่วงหน้าว่าการกระทำใด หรือการไม่กระทำการใดนั้น เป็นความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

ประการที่สอง: การลงโทษโดยกฎหมายจารีตประเพณีจะกระทำมิได้

กฎหมายจารีตประเพณีเป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับ⁴ แต่การที่กฎหมายจารีตประเพณีนั้น มิได้เกิดจากการบัญญัติกฎหมายขึ้นมา จึงเป็นสิ่งที่ต้องห้ามมิให้นำมาใช้ในกฎหมายอาญา เพื่อลงโทษให้เป็นผลร้ายกับบุคคลได้นั่นเอง แต่กฎหมายจารีตสามารถนำมาใช้ได้ในกรณีที่เป็นการกระทำที่เป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย โดยถือเป็นเรื่องที่ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย

ประการที่สาม: การลงโทษโดยกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะกระทำมิได้

หลักการใช้กฎหมายเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งเรียกว่า “Analogy” หมายถึง การใช้เหตุผลโดยอ้างความคล้ายคลึงกัน⁵ หลักนี้สามารถนำมาปรับใช้ได้ ในทางกฎหมายแพ่ง ดังบัญญัติ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ว่า “อันกฎหมายนั้น ท่านว่าต้องใช้ในบรรดากรณี ซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนี้ก็ไม่มีความคล้ายคลึงกัน ท่านให้วินิจฉัยตามหลักทั่วไป” ด้วยเหตุนี้ การกระทำใดที่เป็นความผิดและจะต้องรับโทษทางอาญา จะต้องบัญญัติไว้ โดยเฉพาะ จะนำเอากฎหมายที่มีลักษณะใกล้เคียงกันแม้จะอย่างยิ่งก็ไม่ได้ การใช้กฎหมายอาญาจึงมีความแตกต่างกับกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่หลักการในการใช้กฎหมายเทียบเคียงอย่างยิ่งนี้จะต้องห้ามเฉพาะในทางที่เป็นโทษกับบุคคลเท่านั้น แต่ในทางกลับกันหากใช้ในทางเป็นคุณกับบุคคลนั้นแล้วก็สามารถนำมาใช้ได้

แต่หากพิจารณาให้ดีแล้ว กฎหมายห้ามการใช้บทบัญญัติกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่ไม่ใช่กรณีการตีความโดยการขยายความ (Extensive interpretation) ซึ่งมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การตีความโดยการขยายนั้น เป็นกรณีที่มีบทกฎหมายในเรื่องนั้นๆ อยู่แล้ว แต่บัญญัติไว้ไม่กว้างพอที่จะครอบคลุมของเรื่องนั้น ส่วนการใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงนั้นเป็นเรื่องที่กฎหมายในเรื่องนั้น ไม่ได้บัญญัติไว้เลย ไม่ว่าจะตีความขยายไปกว้างเพียงใดก็ตาม ดังนั้นการตีความโดยการขยายความนั้นไม่ได้เปลี่ยนแปลงความหมายของบทบัญญัตินั้นๆ แต่อย่างไร หากเป็นเพียงการทำให้ความหมายที่ขาดไปกลับสมบูรณ์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ได้ร่างไว้ ซึ่งการใช้กฎหมายเช่นนี้จะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501 ซึ่งได้วินิจฉัยเรื่องกระแสไฟฟ้า ตามมาตรา 334 วรรคหนึ่ง

⁴ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป. หน้า 21.

⁵ แหล่งเดิม. หน้า 22.

ประการสุดท้าย: กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษ

หลักที่ว่า “กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง” (Expost facto) เป็นหลักที่มีการยอมรับมานานแล้ว ซึ่งเห็นได้จากหลักกฎหมายโรมันที่ว่า “Nova constitutione futuris formam imponere debet non praeteritis” ซึ่งหมายความว่า กฎหมายใหม่ต้องใช้บังคับแต่การที่จะได้กระทำลงในอนาคต จะใช้บังคับสิ่งที่ได้กระทำมาแล้วแต่ก่อนจะใช้กฎหมายใหม่นั้นไม่ได้ กล่าวคือ โดยทั่วไปกฎหมายลายลักษณ์อักษรใช้บังคับเป็นการทั่วไป ตั้งแต่วันเริ่มใช้จนถึงวันยกเลิก ฉะนั้นกฎหมายจึงใช้บังคับแต่เหตุการณ์หรือการกระทำอันได้เกิดขึ้นหรือกระทำขึ้นขณะที่กำลังใช้กฎหมายนั้นอยู่ แต่ไม่ใช่บังคับกับเหตุการณ์หรือการกระทำอันเกิดขึ้นก่อนวันใช้กฎหมายนั้น หรือเกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้ยกเลิกกฎหมายแล้ว⁶

อย่างไรก็ดี การห้ามมิให้ใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังนั้น เป็นการต้องห้ามเฉพาะการใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังในทางที่เป็นโทษหรือเป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดเท่านั้น แต่ไม่ต้องห้ามในกรณีที่น่ากฎหมายอาญาที่ออกในภายหลังมาใช้ย้อนหลังในทางที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดนั่นเอง

จากหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายดังกล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าขอบเขตของอำนาจรัฐที่มีต่อบุคคลในรัฐนั้นมีอยู่อย่างจำกัดและจำเป็นเท่านั้นจริงๆ ซึ่งต้องได้รับการประกันสิทธิ เสรีภาพของประชาชนเช่นกัน เพื่อป้องกันมิให้ถูกล่วงล้ำโดยไม่มีกฎหมายกำหนดไว้

2.1.2 หลักกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน

จากหลักที่ว่า การจะลงโทษบุคคลทางอาญาได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติว่า การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด และกฎหมายที่กำหนดนั้นจะต้องบัญญัติโดยชัดเจนว่าการกระทำใดเป็นความผิด ด้วยเหตุนี้กฎหมายอาญาจึงต้องการความชัดเจนแน่นอนของถ้อยคำมากที่สุดเพื่อให้บุคคลผู้อยู่ภายใต้กฎหมายได้มีโอกาสทราบล่วงหน้าว่าการกระทำ หรืองดเว้นการกระทำของบุคคลผู้นั้นเป็นความผิดหรือไม่ เพราะหากด้วยบทกฎหมายที่บัญญัติไว้มีความคลุมเครือไม่ชัดเจน จนไม่สามารถเข้าใจได้แล้ว หากมีการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะเช่นนั้น บุคคลนั้นก็อาจจะขัดข้องหรือมีความรู้สึกอันเป็นปฏิกิริยา โดยถือว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากรัฐ นอกจากนี้การที่รัฐไม่ยอมให้บุคคลอ้างความไม่รู้กฎหมายขึ้นเป็นข้อแก้ตัวแล้ว รัฐก็ย่อมมีหน้าที่ต้องบัญญัติกฎหมายที่มีความชัดเจนแน่นอนให้ประชาชนสามารถทราบและเข้าใจได้เป็นอย่างดีด้วย มิใช่ออกกฎหมายในลักษณะคลุมเครือเป็นช่องว่างให้มีการอาศัยความไม่รู้ของประชาชนมาเอาผิดในการกระทำของ

⁶ ประภาพรชน อุดมจรรยา. (2521). กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง. หน้า 3.



สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ
 ห้องสมุดงานวิจัย
 วันที่..... 0 4 ต.ค. 2555
 เลขทะเบียน..... 249005
 เลขเรียกหนังสือ.....

บุคคลนั้น เพราะหากกฎหมายมีความคลุมเครือก็ย่อมไม่เป็นธรรมที่รัฐจะไม่ยอมให้บุคคลอ้างความไม่รู้กฎหมายเป็นข้อแก้ตัวได้

เหตุผลสำคัญอีกประการหนึ่งคือ หากกฎหมายอาญามีความแน่นอนแล้ว ก็จะเป็นการลดอำนาจการตีความ การใช้กฎหมาย หรืออาศัยช่องว่างของกฎหมาย มาเลือกปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติ โดยอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้พอสมควร⁷ รวมทั้งลดการใช้ดุลพินิจโดยไม่จำกัดของผู้ปฏิบัติ ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันว่าสิทธิ เสรีภาพของบุคคลจะถูกกระทบกระเทือนภายในขอบเขตเท่าใด

เรื่องขอบเขตความหมายของถ้อยคำที่ใช้ในนั้น แม้ว่าในทางภาษาศาสตร์และในความเป็นจริงจะต้องยอมรับว่า การใช้ภาษาและถ้อยคำในการสื่อสารนั้นไม่สามารถหาความแน่นอนได้ในทุกกรณี แต่ทางนิติศาสตร์การวินิจฉัยคดีต่างๆ นั้น ขึ้นอยู่กับขอบเขตของบทบัญญัติในหลักกฎหมายที่บัญญัติไว้ จึงจำเป็นต้องสร้างขอบเขตของกฎหมายให้มีความชัดเจนที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยเฉพาะทางกฎหมายอาญา มีข้อเรียกร้องในเรื่องความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายมากกว่ากฎหมายอื่นๆ

2.1.2.1 หลักการและแนวความคิดเรื่องความชัดเจนแน่นอนของกฎหมาย

หลักการของเรื่องความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา (nullum crimen sine lege certa)⁸ นั้น เป็นหลักประกันที่เป็นข้อเรียกร้องของกฎหมายอาญา ซึ่งสามารถพิจารณาได้ 2 ประการ ดังนี้

(1) หลักการเรื่องการมีโอกาสหลีกเลี่ยงในการกระทำความผิดหรือ Fair warning

จากประวัติการเมืองการปกครองของประเทศภาคพื้นยุโรปได้ก่อให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องสร้างหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายขึ้นมาเพื่อคุ้มครองปัจเจกชน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น แต่สำหรับในประเทศอังกฤษเวลานั้น ระบบสังคมเศรษฐกิจและการเมืองมีความเจริญมากกว่าประเทศในภาคพื้นยุโรป รัฐบาลภายใต้กฎหมายของอังกฤษมีรากฐานมาจากจารีตประเพณีอันเก่าแก่ อีกทั้งมี Magna charta เป็นข้อจำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์ และมีหลักนิติธรรม (Rule of Law) เป็นเครื่องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน บทบาทของศาลคอมมอนลอว์ของอังกฤษจึงมีอิสระในการคุ้มครองแก่ประชาชน ต่างจากศาลของประเทศภาคพื้นยุโรปในยุคเดียวกันนั้น

มาตรการที่ใกล้เคียงกับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย ที่ศาลคอมมอนลอว์ของอังกฤษใช้ในการคุ้มครองประชาชน คือ การห้ามฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายเป็นพิเศษเพื่อ

⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2548). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 20.

⁸ Wayne R. La Fave and Rustin W.Scott. (1972). **Handbook on Criminal law.** pp. 87-88.

⁹ Vgl.Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des strafrechts: Allgemeiner Teil, S.122; Claus Roxin,

ลงโทษการกระทำที่เกิดขึ้นในอดีต (Prohibited Bill of Attainder) และหลักการตีความโดยห้ามกฎหมายมีผลย้อนหลัง นอกจากนั้นหลักการตีความกฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษรโดยเคร่งครัด (The rule of strict construction of penal statutes) ก็เป็นหลักที่ศาลคอมมอนลอว์สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของจำเลยในช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 18 นั่นเอง

สำหรับข้อเรียกร้องตามหลัก Fair warning ก็คือ รัฐจะต้องให้บุคคลมีโอกาสหลีกเลี่ยงการกระทำความผิด โดยจะต้องมีการเตือนล่วงหน้าด้วยบทกฎหมายที่ชัดเจนเพื่อให้บุคคลทราบถึงข้อห้ามที่รัฐกำหนดไว้ หากไม่มีการเตือนที่ชัดเจนนี้แล้ว การลงโทษของรัฐย่อมเป็นการทำลายหลักความยุติธรรมขั้นมูลฐาน ด้วยเหตุนี้สาระสำคัญของหลัก Fair warning จึงสอดคล้องและสนับสนุนหลักการที่ว่า กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอนนั่นเอง

(2) หลักความเป็นโมฆะของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ไม่ชัดเจน

สำหรับหลักการเรื่องนี้ จะเป็นการกล่าวถึงเรื่องระดับความชัดเจนของถ้อยคำที่ใช้ในการบัญญัติกฎหมายที่มีความสำคัญเช่นกัน และมักจะสร้างปัญหาให้กับศาลหรือผู้ใช้กฎหมายได้ไม่น้อย ในศตวรรษที่ 18 ศาลสูงสหรัฐได้แก้ไขปัญหานี้ โดยการตัดสินว่าบทกฎหมายที่ไม่ชัดเจน (vague) นั้นไม่มีผลใช้บังคับ และต่อมาในต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 แนวปฏิบัติดังกล่าวได้ถูกรับรองเป็นหลักเกณฑ์ของกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยเรียกว่า “หลักความเป็นโมฆะของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ไม่ชัดเจน” (The void for Vagueness Doctrine) และตั้งแต่ปี ค.ศ. 1914 ศาลสูงสหรัฐได้ถือเสมือนว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยสหรัฐ หรือมลรัฐ หากกำหนดความผิดอาญาไว้อย่างไม่ชัดเจน ถือว่าขัดต่อหลักนิติธรรม และถือว่าเป็นการขัดต่อหลักรัฐธรรมนูญ และด้วยหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ ศาลสหรัฐสามารถตัดสินในกฎหมายที่ไม่ชัดเจนนั้นเป็นโมฆะ และต้องยกเลิกกระบวนการพิจารณาคดีนี้ทั้งหมด¹⁰ แต่สำหรับศาลอังกฤษไม่มีอำนาจตัดสินว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญและเป็นโมฆะ

หลักความเป็นโมฆะของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ไม่ชัดเจนไม่เพียงแต่ใช้กับกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายขาดความชัดเจนเท่านั้น แต่ยังใช้ครอบคลุมถึงกรณีที่ถ้อยคำของกฎหมายมีความชัดเจน แต่มีการนำไปใช้ในความหมายที่กว้างมากจนกระทบกระเทือนถึงการกระทำที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญด้วย เช่น กฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการปราศรัยการชุมนุม เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นบางประการในเรื่องความชัดเจนของกฎหมายภายใต้หลัก Fair Warning และหลักความเป็นโมฆะของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ไม่ชัดเจน กล่าวคือ เนื่องจากประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์นั้น ความผิดอาญาตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใช้ใน

¹⁰ La Fave and Scott. (1975). *Handbook on Criminal Law*. p. 87.

ปัจจุบันมีรากฐานมาจากกฎหมายจารีตประเพณีที่ใช้อยู่เดิม ฉะนั้น แม้ว่าถ้อยคำตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะใช้ถ้อยคำที่บุคคลทั่วไปอาจจะไม่เข้าใจ แต่ถ้าพิจารณาตามความหมายของกฎหมายจารีตประเพณีเดิมแล้วได้ความหมายได้ชัดเจน ก็จะถือว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นชัดเจนเพียงพอและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

จากที่ได้กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่าระบบกฎหมายทั้งของไทยและต่างประเทศได้ให้ความสำคัญแก่การใช้ถ้อยคำในการบัญญัติกฎหมายให้มีความแน่ชัด ซึ่งแม้ว่าแต่ละระบบกฎหมายหรือแต่ละประเทศจะเลือกใช้หลักการหรือวิธีการแตกต่างกันไม่ว่าจะเป็นหลักไม่มีโทษโดยไม่มีการกฎหมาย หลัก Fair Warning หรือหลักความเป็นโมฆะของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ไม่ชัดเจน แต่โดยสาระสำคัญของหลักการทั้งสองก็คือ การยอมรับในหลักเกณฑ์ที่ว่า “กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน” นั่นเอง

2.1.2.2 ลักษณะการบัญญัติถ้อยคำในกฎหมาย

การบัญญัติถ้อยคำในกฎหมายนั้น อาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ¹¹

(1) การบัญญัติองค์ประกอบของความผิดที่เป็นการพรรณนาลักษณะ (descriptive Tatbestandsmerkmal) กล่าวคือ การบัญญัติองค์ประกอบลักษณะนี้ สามารถเข้าใจได้โดยตรงจากความนึกคิดประสบการณ์แห่งชีวิต หรือลักษณะที่แสดงออกของลักษณะนั้น เช่น ผู้ใดฆ่าผู้อื่น คำว่าเวลากลางคืน เป็นต้น

(2) การบัญญัติองค์ประกอบของความผิดในทางปทัสสถาน (normatives Tatbestandsmerkmal) กล่าวคือ เป็นการบัญญัติถ้อยคำที่ผู้พิพากษาจะต้องใช้ดุลพินิจอย่างกว้างในการวินิจฉัย โดยถือหลักเกณฑ์ของกฎหมายในเรื่องนั้น เช่น ประมาท อนาจาร สิ่งลามก เป็นต้น

โดยหลักของการบัญญัติกฎหมาย ควรหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่จะนำไปสู่การตัดสินใจที่ขึ้นอยู่กับความรู้สึกของผู้ตัดสินเองที่เป็นอัตวิสัย (Subjective) และอำเภอใจของผู้พิพากษาคดี แต่ทั้งนี้การเลือกใช้ถ้อยคำในกฎหมายให้มีถ้อยคำที่ชัดเจนและแน่นอนในทุกกรณีนั้นย่อมเป็นไปได้ เนื่องจากมีข้อจำกัดในการใช้ภาษาและถ้อยคำ เพราะมีถ้อยคำไม่มากที่จะแสดงความหมายได้เฉพาะเจาะจง และผู้ออกกฎหมายไม่สามารถคาดเดาล่วงหน้าได้ทั้งหมด ดังนั้นหลักเกณฑ์ที่ว่า กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอนนั้น จึงอาจทำได้เพียงบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจนแน่นอนพอสมควร (reasonably definite)

¹¹ คณิต ฅ นคร. (2524). หลักประกันในกฎหมายอาญา. หน้า 54.

2.1.3 หลักการตีความกับการขยายความในกฎหมายอาญา

2.1.3.1 หลักการตีความกฎหมายอาญาทั่วไป

หลักการตีความกฎหมาย (Interpretation of law) นั้น หมายถึง การค้นหาความหมายของกฎหมายที่มีถ้อยคำไม่ชัดเจน กำกวม หรืออาจแปลได้หลายทาง เพื่อทราบว่าถ้อยคำในกฎหมายนั้นมีความหมายอย่างไร¹² เหตุที่ต้องมีการตีความกฎหมายก็เพราะว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถรู้ล่วงหน้าถึงเหตุการณ์ที่ในภายหน้าได้ทุกกรณี จึงไม่สามารถบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมทุกกรณี นอกจากนั้นฝ่ายนิติบัญญัติอาจมีความผิดพลาดในเรื่องการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับได้ เช่น บัญญัติกฎหมายไว้เคลือบคลุม หรือขัดแย้งกันเอง เช่นนี้แล้วการใช้กฎหมายจึงต้องมีการตีความกฎหมาย โดยพิเคราะห์ถึงตัวอักษร และพิเคราะห์ถึงความมุ่งหมายของกฎหมาย (เจตนารมณ์ของกฎหมาย) นั้นเอง

สำหรับกฎหมายอาญานั้น ก็เหมือนกับกฎหมายอื่นๆ กล่าวคือ ในบางกรณีที่เกิดข้อสงสัยขึ้น เพราะถ้อยคำที่ใช้ในนั้นมีลักษณะกำกวม หรือมีความหมายได้หลายทาง ซึ่งผู้ใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลนั้นก็ต้องตีความกฎหมายอาญานั้นด้วยเช่นกัน ซึ่งเช่นเดียวกับการตีความกฎหมายอื่นๆ ก็ต้องตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นๆ เพียงแต่ว่ากฎหมายอาญาต้องมีการตีความที่เป็นพิเศษเพิ่มขึ้นไปกว่ากฎหมายอื่นๆ

ในต่างประเทศนั้น จะมีความแตกต่างกันไปตามระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งสามารถแยกออกได้เป็น 2 ระบบกฎหมาย คือ การตีความกฎหมายอาญาของประเทศระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) ซึ่งเป็นประเทศในภาคพื้นยุโรป หรือประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย รวมถึงประเทศไทยด้วย ที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายโรมันเดิม ซึ่งในกลุ่มประเทศเหล่านี้ ปัญหาที่ว่า การกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ย่อมแล้วแต่ว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติความผิดไว้หรือไม่ ถ้าไม่บัญญัติไว้ก็ไม่เป็นความผิด ส่วนคำพิพากษาของศาลหรือจารีตประเพณีจึงไม่มีทางที่จะสร้างความผิดอาญาขึ้นได้ ด้วยเหตุนี้ความสำคัญจึงอยู่ที่ตัวบทแห่งมาตรานั้น จะสร้างหลักเกณฑ์นอกเหนือจากตัวบทไม่ได้ ดังนั้นหลักการตีความกฎหมายอาญาของประเทศในภาคพื้นยุโรปที่อยู่ในระบบซีวิลลอว์อาจสรุปหลักการสำคัญๆ ได้ 2 ประการคือ หลักการตีความตามตัวอักษร ที่เรียกว่า Grammatical (Literal) Interpretation และหลักการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่เรียกว่า Logical Interpretation ซึ่งจะมีขอบเขตใน 2 ลักษณะ ส่วนแรกคือการตีความที่แท้จริง ได้แก่ การตีความตามตัวอักษร และการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งผลที่ได้รับอาจมีลักษณะจำกัดความ หรือขยายความก็ได้ และส่วนที่สองคือ การตีความที่ไม่แท้จริง

¹² กองทุนศาสตราจารย์จิติ ดิงสกีทีย์. (2552). การใช้การตีความกฎหมาย. หน้า 238.

เช่น การใช้กฎหมายใกล้เคียง จารีตประเพณี หรือหลักกฎหมายทั่วไป จะนำมาใช้เพื่อลงโทษจำเลยไม่ได้

อีกระบบกฎหมายหนึ่ง คือ การตีความกฎหมายอาญาของประเทศระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) ซึ่งเป็นระบบกฎหมายอังกฤษ โดยมีประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย อินเดีย และประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากการปกครองของประเทศอังกฤษ และเป็นประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษเกือบทั้งหมด ซึ่งในประเทศเหล่านี้ การกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในคอมมอนลอว์ ซึ่งไม่ได้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่เป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล แต่ก็มีกฎหมายอาญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่า Statute เพื่อบัญญัติความผิดไว้ให้ชัดเจนในกรณีที่คอมมอนลอว์ยกเลิกไป ฉะนั้นตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ การที่จะทราบว่ากระทำความผิดอย่างไรจะเป็นความผิดอาญา จึงต้องอาศัยการศึกษาคำพิพากษาของศาลที่ได้ตัดสินไว้เป็นแบบแผน โดยเหตุนี้ในประเทศที่ได้จัดทำประมวลกฎหมายอาญาในรูปของประมวลกฎหมายอาญา ความผิดในทางกฎหมายอาญาจึงต้องอาศัยแบบแผนคำพิพากษาของศาลนำมาเปรียบเทียบกับคดีที่เกิดขึ้น

2.1.3.2 หลักการตีความกฎหมายอาญาในประเทศไทย

ในประเทศไทยหลักการตีความกฎหมายอาญามีหลักเช่นเดียวกับหลักการตีความในกฎหมายอื่นๆ กล่าวคือ จะต้องตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นๆ เพียงแต่กฎหมายอาญามีหลักการตีความหมายพิเศษโดยเฉพาะเพิ่มขึ้นอีกส่วนหนึ่งด้วย นั่นคือกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด เพื่อเป็นหลักประกันว่าประชาชนผู้อยู่ภายใต้การใช้บังคับกฎหมายจะได้รับความเป็นธรรม ซึ่งในที่นี้จะได้แยกพิจารณาหลักการตีความได้ 8 แนวทางดังนี้

(1) การตีความตามตัวอักษร

จากที่มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญา ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้น บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย...” ซึ่งหมายความว่ากฎหมายอาญาจะต้องตีความอย่างเคร่งครัด ในเมื่อกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิดและต้องรับโทษในทางอาญาแล้ว ก็ต้องถือว่าการกระทำนั้นๆ เท่านั้นที่เป็นความผิดและผู้กระทำความผิดจะต้องถูกลงโทษ จะรวมถึงการกระทำอื่นๆ ด้วยไม่ได้ ด้วยเหตุนี้จึงจะต้องตีความตามตัวอักษร หรือตามถ้อยคำในตัวบทกฎหมายอย่างเคร่งครัด

การตีความตามตัวอักษรนั้น ถ้อยคำทั่วไปในตัวบทกฎหมายจะต้องถือว่าผู้บัญญัติกฎหมายได้ตั้งใจจะให้ถ้อยคำนั้นๆ มีความหมายตามที่บุคคลสามัญชนทั่วไปสามารถเข้าใจได้ แต่หากในกรณีใดที่ผู้บัญญัติกฎหมายเห็นว่า ถ้อยคำของกฎหมายไม่ควรจะถ้อยคำเข้าใจได้อย่างภาษาสามัญธรรมดา หรือที่เรียกว่า ภาษาเทคนิค ผู้บัญญัติกฎหมายก็จะได้กำหนดบทวิเคราะห์ศัพท์

หรือบทนิยามไว้ กรณีเช่นนี้ถ้อยคำดังกล่าว ย่อมมีความหมายพิเศษตามที่ได้กำหนดไว้ในบทวิเคราะห์ศัพท์หรือบทนิยามนั้น ดังจะเห็นได้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 ซึ่งได้บัญญัติคำนิยามไว้ 13 ข้อด้วยกัน แต่ทั้งนี้การตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัดอาจมีความหมายไปในทางที่เป็นโทษแก่จำเลยได้

(2) การตีความตามเจตนารมณ์

ในบางกรณีการตีความกฎหมายอาญาตามตัวอักษรแต่เพียงอย่างเดียว ยังไม่อาจทำให้เข้าใจความหมายที่แท้จริงของบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย หรือในกรณีที่หากการตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษรจะทำให้เกิดผลประหลาด ก็ต้องตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นอย่างเคร่งครัดเช่นกัน อย่างไรก็ตามหากถ้อยคำในคัตวบทกฎหมายชัดเจนอยู่แล้วก็ไม่มีทางที่จะตีความเป็นอย่างอื่นได้ และไม่สามารถอ้างเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อแสดงว่ากฎหมายมีความผิดไปกว่าถ้อยคำอันชัดเจนนั้นได้

(3) การตีความกรณีเป็นที่สงสัย

ในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายอาญามีปัญหา “กรณีเป็นที่สงสัย” กล่าวคืออาจตีความกฎหมายได้เป็นหลายนัย ศาลจะตีความตามนัยที่เป็นประโยชน์หรือเป็นผลดีแก่จำเลยได้หรือไม่ เพียงใดนั้น ได้มีความเห็นของบุคคลต่างๆ อธิบายไว้ดังนี้

ความเห็นแรก ศาสตราจารย์พระยาอรรถการีย์นิพนธ์ กล่าวไว้ว่า “การตีความตามคัตวบทกฎหมายต่างกับการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริง เราพบบ่อยๆ ว่าศาลยกประโยชน์แก่จำเลย เพราะกรณีเป็นที่สงสัย แต่การตีความตามคัตวบท ศาลจะลงความเห็นว่าสงสัยไม่แน่นอนไม่ได้ ต้องค้นหาหลักฐานและตีความ ไปให้เสร็จ นอกจากนี้คำใดในกฎหมายที่สงสัยศาลจะแปลไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่จำเลยโดยขยายไปไม่ได้ เพราะศาลไม่มีหน้าที่ช่วยจำเลย มีแต่ลงโทษคนผิด และไม่ลงโทษผู้ไม่ผิด...”

ความเห็นที่สอง ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย กล่าวไว้ว่า “นอกจากนี้ยังมีหลักการตีความอีกข้อหนึ่งว่า ถ้ากรณีเป็นที่สงสัย ศาลจะต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหา มากกว่าศาลพึงจะเลือกตีความในทางที่เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหา แต่ทั้งนี้หมายความว่าเมื่อข้อสงสัยเกิดขึ้น ซึ่งศาลจะต้องตีความเช่นนั้นเท่านั้น ศาลไม่มีหน้าที่ที่จะพิจารณาหาช่องทางช่วยเหลือผู้ต้องหาในกรณีที่ไม่มีข้อสงสัยอันจะทำให้ศาลต้องตีความ และแม้ศาลจะมีความเห็นว่าจำเลยไม่ควรรับโทษ แต่เมื่อปรากฏว่าตามกฎหมายจำเลยได้กระทำความผิดและต้องรับโทษแล้ว ศาลต้องลงโทษจำเลย”

(4) การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

สำหรับการบังคับใช้กฎหมายอาญานั้น การตีความบทบัญญัติกฎหมายจะนำหลักการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้บังคับเป็นผลร้ายมิได้ ซึ่งนักนิติศาสตร์ทั้งหลายมีความเห็นเป็นแนวเดียวกัน ดังนี้

ศาสตราจารย์พระยาอรรถการีย์นิพนธ์ กล่าวไว้ว่า “การแปลกฎหมายอาญามีหลักต่างจากกฎหมายแพ่ง เช่น เทียบกับบทกฎหมายใกล้เคียงไม่ได้ อาทิ ตัวยกกฎหมายว่า ผู้ใดกระทำโดยเจตนาให้ผู้หนึ่งผู้ใดถึงแก่ความตาย ท่านว่ามันฆ่าคน โดยเจตนา แต่ถ้าฆ่าตนเองจะนำบทนี้มาลงโทษไม่ได้ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติโดยตรงว่าผิด ทั้งนี้อย่าลืมว่าเป็นคนละเรื่องกับการตีความของศาล ไม่มีอะไรห้ามมิให้ศาลตีความ”

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย กล่าวไว้ว่า “ศาลอาจเอาบทใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้เพื่อประโยชน์แก่ผู้ต้องหาได้ แต่จะนำหลักนี้มาใช้เพื่อให้เป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องหาไม่ได้ เช่น การหลอกลวงด้วยโดยแสดงข้อความเท็จจนได้ไปซึ่งบริการจากผู้ถูกหลอกลวง เช่น การขูดบ่อน้ำ ให้ไม่เป็นความผิดอาญา ศาลจะพิจารณาว่าการได้ไปซึ่งบริการก็เหมือนกับทรัพย์สิน ฉะนั้น จึงลงโทษผู้กระทำฐานฉ้อโกง โดยอาศัยหลักเทียบเคียงอย่างยิ่งมาใช้ไม่ได้ เพราะว่าเป็นการนำบทเทียบเคียงมาใช้เป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องหา”

(5) การตีความโดยขยายความ

สำหรับกรณีของการ “ขยายความ” กับ “การเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” นั้น เป็นการยากที่จะแบ่งแยกออกจากกันได้โดยสำเร็จ ด้วยเหตุผลดังกล่าวนักนิติศาสตร์ทั้งหลายจึงมีความเห็นในเรื่องการตีความโดยขยายความว่าจะกระทำได้หรือไม่ได้เพียงใดนั้น มีดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์พระยาอรรถการีย์นิพนธ์ กล่าวไว้ว่า “ทางอาญาการตีความต้องใช้หลักเคร่งครัด ไม่ใช่ต้องตีความโดยเด็ดขาด ไม่ใช่ขยายความ โดยหลักนี้ศาลมีอำนาจจะค้นหาเจตนาของผู้ร่างว่า ผู้ร่างมีความมุ่งหมายอย่างไร แต่ศาลจะตีความให้ฝ่าฝืนลายลักษณ์อักษรที่เขียนไว้ไม่ได้ ต้องตีความภายในลายลักษณ์อักษร”

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย กล่าวไว้ว่า “ไม่หมายความว่าศาลจะต้องดำเนินตามตัวอักษรเป็นเถรตรง การแปลโดยเคร่งครัดอาจทำให้ต้องตีความโดยขยายความในบางกรณีได้ หลักการตีความโดยเคร่งครัดเป็นแต่การห้ามมิให้ศาลขยายความตามใจชอบเท่านั้น แต่ถ้าการตีความเป็นแต่ตีความตรงตามความมุ่งหมายแห่งกฎหมายตามที่ปรากฏจากตัวบทกฎหมายเองแล้ว ศาลยุติธรรมก็ชอบที่จะทำได้”

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้ความเห็นว่า “หลักที่ว่าต้องตีความกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัด จะขยายความไม่ได้ นั้น หมายความว่าเฉพาะกรณีที่หากขยายความในตัวบทออกไป

จะเป็นผลร้ายแก่จำเลย หรือผู้ต้องหาเท่านั้น ไม่หมายความถึงการตีความโดยขยายความในเมื่อเป็นความประสงค์ของตัวบทกฎหมายนั้นๆ ได้”

(6) การตีความโดยพิเคราะห์ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์

ในการค้นหาเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นอาจมีความจำเป็นที่จักต้องค้นหาความเข้าใจถึงประวัติศาสตร์ของกฎหมายในเรื่องนั้นไว้ด้วย ทั้งนี้เพราะกฎหมายมิใช่มาจากเจตจำนงของบุคคลเท่านั้น แต่เป็นผลมาจากการวิวัฒนาการมาเป็นเวลานานในอดีต จากแหล่งที่แตกต่างกัน

(7) การตีความโดยพิเคราะห์ความสัมพันธ์ของบทบัญญัติของกฎหมาย

นอกจากการพิเคราะห์ถึงตัวอักษรกับการค้นหาความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายตลอดจนพิเคราะห์ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ดังกล่าวแล้ว การพิเคราะห์ความสัมพันธ์ของบทบัญญัติกฎหมายก็เป็นหลักเกณฑ์อีกประการหนึ่งที่จะช่วยในการตีความกฎหมายได้ เพราะการพิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายเท่ากับเป็นการค้นหาสิ่งที่เป็นภาพรวมของบทบัญญัตินั้นๆ เช่น พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างความผิดฐานลักทรัพย์กับความผิดฐานยักยอก จะพบว่าความผิดทั้งสองมีเนื้อหาที่คล้ายคลึงกัน แต่แตกต่างกันที่ใครครอบครองทรัพย์เท่านั้น

(8) การตีความโดยพิเคราะห์จากคุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

ในบทบัญญัติของความผิดฐานต่างๆ จะมีส่วนที่กฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครองแฝงอยู่ ซึ่งเรียกว่าคุณธรรมทางกฎหมาย การตีความโดยคำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัติจะทำให้เกิดความแน่นอนในการวินิจฉัยเรื่องนั้นๆ เช่น การลักกระแสไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์หรือไม่ เป็นต้น

เมื่อกฎหมายได้รับการบัญญัติขึ้นแล้ว จึงย่อมถือว่าเจตจำนงของประชาชนได้แสดงออกทางกฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้น การตีความกฎหมายจึงต้องกระทำให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่มีอยู่ในกฎหมาย ผู้ใช้กฎหมายโดยเฉพาะศาลจะต้องผูกมัดกับความหมายของตัวบทกฎหมายที่หยั่งรู้ได้โดยหลักเกณฑ์การตีความของกฎหมายที่ยอมรับกันทั่วไปเท่านั้น และโดยการตีความเช่นนั้นจะสามารถนำไปใช้ได้กับทุกกรณีที่เหมือนกัน ความถูกต้องและความชอบธรรมของคำพิพากษาจึงอยู่ที่ความสอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่ได้แสดงออกทางบทบัญญัติของกฎหมาย แม้ว่าผู้พิพากษาจะมีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่ผู้พิพากษาก็ต้องเคารพกฎหมายหรือต้องอยู่ในอาณาเขตของกฎหมาย หน้าที่ของผู้พิพากษาในการตีความกฎหมาย ก็คือ การหาความหมายของกฎหมายในการวินิจฉัยคดีเฉพาะกรณี ในการตีความกฎหมายผู้พิพากษาจึงต้องกระทำหน้าที่ให้ดีที่สุด กล่าวคือ จะต้องกระทำหน้าที่ให้ดีที่สุด ถึงขนาดจนเป็นที่คาดหมายได้ว่าในเรื่องทำนองเดียวกันผู้พิพากษาก็ต้องวินิจฉัยไปในทำนองเดียวกัน



2.1.3.3 หลักการตีความกฎหมายอาญาตามแนวคิดของนักนิติศาสตร์

จากที่บทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้วางหลักเรื่องการตีความกฎหมายอาญาไว้จากการศึกษาพบว่าทางตำราได้มีการอธิบายถึงหลักการตีความกฎหมายอาญาไว้เช่นกัน และมีนักนิติศาสตร์ของไทยได้อธิบายประกอบไว้ด้วย ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 3 แนวทาง ดังนี้

(1) หลักการตีความกฎหมายอาญาต้องตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด โดยไม่พิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมาย

หลวงอรรถโกวิทที กล่าวไว้ว่า “ในคดีอาญาศาลย่อมยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้เป็นผลดีแก่จำเลย...บุคคลจะต้องรับอาชญาต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติว่าการนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 7 ของกฎหมายลักษณะอาญา เพราะฉะนั้นจึงกล่าวได้ว่าหลักเกณฑ์ของกฎหมายลักษณะอาญาเกิดโดยตรงจากตัวบทเท่านั้น และการที่ตีความในบทบัญญัติทั้งหลายนั้นจะต้องตีความโดยจำกัดเคร่งครัด กล่าวคือ จะต้องพิเคราะห์ว่าสิ่งที่กล่าวมาเป็นความผิดนั้น จะต้องอยู่ในความหมายปกติธรรมดาของถ้อยคำทั้งหลายที่ใช้ในกฎหมายนั้น ศาลจะขยายถ้อยคำนั้นยืดออกโดยอ้างว่าสิ่งที่กล่าวหาเป็นความผิดเพราะเป็นการประทุษร้าย ซึ่งอยู่ในความมุ่งหมายของกฎหมายเรื่องนั้น หากแต่ถ้อยคำของบทบัญญัตินั้นคลอนแคลนหรือขาดตกไปนั้นหาได้ไม่”

(2) หลักการตีความกฎหมายอาญาต้องตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด แต่เมื่อการตีความตามตัวอักษรนั้นทำให้เกิดผลประหลาดจึงมาพิจารณาถึงเจตนารมณ์

ศาสตราจารย์ธานีรินทร์ กรีวิเชียร อธิบายว่า “การตีความกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษร ถ้าการตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษรจะทำให้เกิดผลประหลาดจะต้องตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นอย่างเคร่งครัดคู่กัน มาตรา 2 ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติว่า บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้... ซึ่งมาตรานี้ก็มาจากหลักทั่วไปที่ว่ากฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด เมื่อมีข้อสงสัยเคลือบคลุมจะนำมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ได้หรือไม่ เห็นว่านำมาใช้ได้บางส่วน กล่าวคือ ตีความตามความมุ่งหมายได้แต่ต้องตีความโดยเคร่งครัดภายในวงจำกัดที่สุด และจะนำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นหรือหาบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ไม่ได้”

ศาสตราจารย์ ดร. โทเมน ภัทรภิรมย์ อธิบายไว้ว่า “การตีความตามตัวหนังสือหรือลายลักษณ์อักษรหมายความว่า จะแปลกฎหมายหรือตีความกฎหมายไปตามตัวอักษรที่เป็นบทบัญญัตินั้น คือ ตัวอักษรที่เป็นบทบัญญัตินั้นเขียนไว้อย่างไร เราก็แปลหรือเราก็ตีความไปตามตัวหนังสือ นั้น วิธีนี้เป็นวิธีที่ใช้มากที่สุด แต่ในบางครั้งแปลไม่ออกหรือตีความไม่ออก คือ อาจจะไม่ชัดเจนพอก็จึงใช้วิธีที่สอง คือ ตีความตามวัตถุประสงค์หรือตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย คือ

พยายามหาวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นๆ แต่เมื่อหาวัตถุประสงค์ไม่ได้ก็จะต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้ผู้ที่ถูกกล่าวหาไป”

(3) หลักการตีความกฎหมายอาญาต้องตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ของกฎหมายไปพร้อมๆ กัน

พระยาอรรถการีย์นิพนธ์ อธิบายว่า “ทางอาญาการตีความต้องใช้หลักเคร่งครัด... โดยหลักนี้ศาลมีอำนาจจะค้นหาเจตนารมณ์ของผู้ร่างว่าผู้ร่างมีความมุ่งหมายอย่างไร แต่ศาลจะตีความให้ฝ่าฝืนลายลักษณ์อักษรที่เขียนไว้ไม่ได้ แต่ต้องตีความภายในลายลักษณ์อักษร”

ศาสตราจารย์จิติ ดิงสภักดิ์ อธิบายว่า “อย่างที่บอกว่าประมวลกฎหมายอาญามันไม่ได้เขียนไว้ว่าการตีความให้ทำอย่างไร เป็นแต่เพียงว่าการลงโทษเท่านั้นต้องมีตัวบทกฎหมายมาลงโทษ เมื่อมีตัวบทกฎหมายออกมาก็ต้องตีความถึงตัวบทกฎหมายอันนี้ว่า ได้เขียนมาอย่างไร หมายความว่าอย่างไร เราจะตีความโดยอาศัยหลักอะไรมันก็จะกลับไปหาบทมาตรา 4 ของประมวลกฎหมายแพ่งอีก ก็คือทำให้ตีความตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมาย การตีความตัวอักษรและเจตนารมณ์ คือที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ตอนแรกๆ แม้จะเป็นบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ก็มีหลักใช้ได้ทั่วไปในกฎหมายอาญาด้วย ในกฎหมายอาญาของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ใช้หลักการตีความตามตัวอักษรกับการตีความตามเจตนารมณ์ของตัวบทกฎหมายไปด้วยกัน ไม่ใช่หลักอันใดก่อนอันใดหลัง และไม่ใช้ในทางลงโทษหรือยกเว้นโทษ จะเป็นคุณหรือโทษอย่างไรก็ใช้หลักการตีความทั้งสองนี้ด้วยกันได้ คือตีความตามตัวอักษรภายในขอบเขตเจตนารมณ์ ภายในขอบเขตตัวอักษร”

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายว่า “การตีความกฎหมายอาญาก็มีหลักการตีความเช่นเดียวกับกฎหมายอื่นๆ กล่าวคือ จะต้องตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นๆ เป็นแต่กฎหมายอาญามีหลักการตีความพิเศษเพิ่มขึ้นอีก... มีข้อควรสังเกตว่า ถ้อยคำของกฎหมายชัดอยู่แล้วก็ไม่มีทางจะต้องตีความเป็นอย่างอื่นได้ และไม่สามารถอ้างเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อแสดงว่ากฎหมายมีความหมายผิดไปกว่าถ้อยคำอันชัดแจ้งนั้นได้”

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร แสดงทัศนคติว่า “ในส่วนของกฎหมายอาญานั้น หัวใจอยู่ที่มาตรา 2 ซึ่งหลักในมาตรา 2 ก็มีหลักอยู่ 4 ประการที่กล่าวแล้วคือ ความแน่นอนอนิจจังของตัวบท ห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี ห้ามใช้บทเทียบเคียงและกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง ที่เรียกว่า Nulla poena sine lege เป็นข้อสาระสำคัญในกฎหมายอาญาอย่างยิ่ง ไม่ได้เป็นตัวห้ามการตีความ”

ศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส อธิบายว่า “...กฎหมายอาญาก็เช่นเดียวกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นๆ ที่จะต้องตีความเพื่อให้การวินิจฉัยคดีเกิดความถูกต้องตรงตามความหมายที่แท้จริงของบทบัญญัติ แม้ว่าในกฎหมายอาญาไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การใช้กฎหมาย

และการตีความกฎหมายทำนองเดียวกันกับมาตรา 4 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม แต่หากพิเคราะห์จากตัวบทกฎหมายอาญาก็จะพบว่าการตีความกฎหมายอาญาต้องเป็นไปโดยคำนึงถึงหลักเกณฑ์ของมาตรา 2 ด้วย ซึ่งก็คือ หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายดังที่ได้กล่าวมา”

ศาสตราจารย์ ดร.อัคราทร จุฬารัตน์ อธิบายไว้ว่า “หลักการตีความตามตัวอักษรควบคู่กับการค้นหาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายไปพร้อมๆ กัน นอกจากนี้วิธีการที่ประเทศต่างๆ ในระบบประมวลกฎหมายใช้เป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายและเป็นที่ยอมรับเหมือนกันในทุกประเทศก็จะเริ่มจากการวิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายนั้นทั้งหมดที่มีส่วนสัมพันธ์เชื่อมโยงกับสิ่งที่เกิดปัญหา หรือด้วยการพิจารณาจากโครงสร้างของกฎหมายนั้น ซึ่งอาจทำให้เห็นเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ได้อย่างชัดเจนขึ้น ในประการต่อมาอาจพิเคราะห์จากประวัติความเป็นมาของการจัดทำกฎหมายนั้นๆ ซึ่งสามารถค้นหาได้จากตัวร่างกฎหมายที่เสนอต่อสถาบันที่กักการและเหตุผล บันทึกชี้แจงในการเสนอร่างกฎหมาย ตลอดจนจากรายงานของคณะกรรมการของรัฐสภา ...นอกจากการใช้วิธีการข้างต้นแล้ว ในกรณีที่ปรากฏว่าภายหลังจากการที่ได้ตรากฎหมายออกมาใช้บังคับแล้ว เมื่อมีปัญหาการตีความกฎหมายเกิดขึ้นอันสืบเนื่องจากมีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นที่ไม่คาดเห็นล่วงหน้าเกิดขึ้น ซึ่งบทบัญญัติในกฎหมายไม่ได้กล่าวถึงอย่างชัดเจน จะตีความกฎหมายอย่างไร ซึ่งในกรณีนี้ระบบกฎหมาย Civil law เป็นที่ยอมรับว่าอาจใช้บทบัญญัตินั้นแก่กรณีที่เกิดขึ้นในภายหลังได้ โดยมีแนวทางการตีความที่เรียกว่า Teleological interpretation... ซึ่งแปลว่าความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั่นเอง...”

2.1.3.4 ปัญหากรณีการตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ของกฎหมายโดยไม่ต้องการตีความโดยขยายความมีแนวความคิดของนักนิติศาสตร์ สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 แนวความคิด

แนวความคิดแรก คือ การตีความกฎหมายอาญาต้องห้ามมิให้ตีความโดยขยายความ เช่น ศาสตราจารย์พระยาอรรถกรีย์นิพนธ์ อธิบายว่า “การตีความตัวบทกฎหมายต่างกับการวินิจฉัยข้อเท็จจริง ในส่วนที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงเราพบอยู่บ่อยๆ ว่าศาลยกประโยชน์ให้แก่จำเลย เพราะกรณีเป็นที่สงสัย แต่การตีความไปให้เสร็จ นอกจากนี้ คำใดในกฎหมายที่สงสัยศาลจะแปลไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่จำเลยโดยขยายความไปไม่ได้ เพราะศาลไม่มีหน้าที่ช่วยจำเลยมีแต่ลงโทษและไม่ลงโทษผู้ไม่ผิด...”

แนวคิดที่สอง คือ การตีความกฎหมายอาญาต้องห้ามมิให้ตีความโดยขยายความในกรณีที่เป็นผลร้ายกับผู้กระทำความผิด

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายว่า “การตีความกฎหมายอาญาก็เหมือนกับ การตีความกฎหมายอื่นๆ กล่าวคือต้องตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ เป็นแต่กฎหมายอาญามีหลักการตีความเป็นพิเศษ กล่าวคือ ต้องตีความโดยเคร่งครัด จะตีความให้ขยายความให้มีผล

เป็นการลงโทษบุคคลไม่ได้ ในกรณีที่เป็นที่สงสัยศาลต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหาและ ไม่หมายความว่าศาลจะต้องดำเนินการตามตัวอักษรเป็นตรง การแปลโดยเคร่งครัดอาจทำให้ต้องตีความโดยขยายความในบทนั้นได้ หลักการตีความโดยเคร่งครัดเป็นการห้ามมิให้ศาลขยายความตามใจชอบเท่านั้น แต่ถ้ามีการขยายความเป็นการตีความตรงตามความมุ่งหมายแห่งกฎหมายตามที่ปรากฏจากตัวบทกฎหมายเองแล้ว ศาลยุติธรรมก็จะทำได้”

ศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร อธิบายว่า “...จริงอยู่ที่ศาลไม่อาจจะแปลตัวบทกฎหมายไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่จำเลยโดยการขยายความ แต่ในกรณีที่มีข้อสงสัยในเจตนารมณ์ของกฎหมายและอาจตีความบทบัญญัติของกฎหมายได้หลายนัย ศาลย่อมตีความในแง่ที่เป็นประโยชน์แก่จำเลยมากที่สุดได้เสมอ ไม่มีเหตุผลอันใดที่จะจำกัดให้ประโยชน์แก่จำเลยในคดีอาญา แต่เฉพาะปัญหาข้อเท็จจริง แม้แต่ในปัญหาข้อกฎหมายโดยเฉพาะในการตีความกฎหมาย ศาลย่อมให้ประโยชน์แห่งความสงสัยแก่จำเลยคู่กัน

อนึ่ง ศาลอังกฤษก็ถือหลักการตีความกฎหมายที่มีโทษทางอาญาในแง่ที่ว่าถ้าหากบทบัญญัติของกฎหมายเคลือบคลุม ต้องตีความไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่จำเลยเสมอ”

แนวคิดที่สาม คือ การตีความกฎหมายอาญาไม่ต้องห้ามตีความโดยขยายความ

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ อธิบายว่า “...การตีความในบทกฎหมายที่ยกเว้นโทษให้แคบ หรือตีความในตัวบทที่บัญญัติความผิดให้กว้าง ซึ่งเป็นผลร้ายแก่จำเลย ทั้ง 2 ประการนั้น ในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายอาจทำได้ แต่ก็จำกัดเฉพาะการตีความ ไม่ได้หมายความว่ากฎหมายอาญานั้น จะต้องตีความโดยจำกัดหรือตีความแคบๆ เมื่อไรจะตีความอย่างกว้างก็อาจจะไปดูความมุ่งหมายว่าเรื่องนี้กฎหมายต้องการให้ใช้ตามความหมายตามตัวอักษรอย่างแคบหรือว่าใช้ตามความหมายของตัวอักษรอย่างกว้าง...”

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร อธิบายว่า “การที่เราจะยึดหลักว่าห้ามตีความโดยขยายความให้ตีความได้เพียงการตีความอย่างแคบหรือเคร่งครัดหรือจำกัดนั้น เราจะเห็นว่ามันไม่ได้ความแน่นอนหรือความถูกต้อง ถ้อยคำของกฎหมายหรือถ้อยคำของตัวบทเองนั้น อาจมีลักษณะแคบหรือกว้างก็แล้วแต่รูปเรื่องของมัน ทีนี้ก็ขึ้นอยู่กับเราจะเรียกว่า เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายอาญาอะไรก็แล้วแต่ การตีความนั้นเป็นการขยายความหรือเป็นการตีความโดยขยายความคงพูดไม่ได้ ผลที่สุดก็จะมีแต่เพียงการตีความที่ถูกต้องเท่านั้นที่อยู่อย่างเดียว หลักกฎหมายในการตีความไม่มีว่าตีความโดยเคร่งครัด ตีความโดยจำกัด ตีความโดยขยายความ มีแต่ตีความที่ถูกต้อง มันคืออะไรก็ตามความหมายของกฎหมายที่ถูกต้อง”

ศาสตราจารย์ ดร. อักษราทร จุฬารัตน์ อธิบายว่า “สำหรับกฎหมายที่มีโทษทางอาญา และบทกฎหมายที่เป็นข้อยกเว้นนั้น คงห้ามแต่เพียงการใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงเท่านั้น แต่ไม่ห้ามการตีความโดยขยายความ และการตีความโดยขยายความสำหรับนักกฎหมายที่มีโทษทาง

อาญานั้น ย่อมทำได้ เนื่องจากไม่ได้เปลี่ยนแปลงความหมายของบทบัญญัตินั้นๆ แต่อย่างไร หากแต่เป็นเพียงการทำให้ความหมายที่ขาดไปเนื่องจากไม่สมบูรณ์ดังกล่าว สมบูรณ์ตามเจตนาของผู้ร่างเท่านั้นเอง...”

ศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส อธิบายว่า “หากพิจารณาหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญา จะเห็นว่าหลักในการตีความกฎหมายก็คือ ต้องยึดหลักการตีความตามตัวอักษรกับการตีความตามความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัตินั้นๆ มิใช่ว่ากฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัดหรือตีความแคบเสมอไป การตีความกว้างหรือขยายความก็อาจจะทำได้ถ้าไม่ได้เปลี่ยนแปลงความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัตินั้น สิ่งที่กฎหมายอาญาห้ามคงห้ามแต่การใช้เทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเท่านั้น ไม่ได้ห้ามการตีความโดยขยายความ และหลักดังกล่าวก็เป็นที่ยอมรับกันในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ส่วนประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ มีความเห็นแตกต่างกันไปอีกอย่างหนึ่ง โดยถือว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมคอมมอนลอว์จึงเป็นบทยกเว้นต้องตีความโดยเคร่งครัด”

รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ อธิบายว่า “การตีความโดยขยายความทางอาญานั้น จะขยายความจนถึงกับขัดแย้งกับตัวอักษรแห่งบทบัญญัติในเรื่องนั้นๆ อย่างแจ้งชัดคงไม่ได้ มิฉะนั้นจะเป็นการใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงลงโทษ”

รองศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ อธิบายว่า “การตีความโดยขยายความนั้น หมายความว่าถึงกรณีที่มิบบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยเรื่องที่ต้องพิจารณาอยู่แล้ว เพียงแต่ว่าบทบัญญัตินั้นๆ ที่มีอยู่นั้นจะมีความหมายรวมถึงกรณีที่ปัญหาหรือไม่ จึงต้องตีความแบบขยายความ เช่น คำว่าอาวุธจะขยายไปถึงเข็มหรือไม้จิ้มฟันที่ใช้ทำกับคนถึงอันตรายนั้นด้วยหรือไม่...”

2.2 แนวความคิดพื้นฐาน ประวัติความเป็นมา และวัตถุประสงค์ของการกำหนดความผิดฐาน

เจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ และโดยทุจริต

2.2.1 แนวความคิดพื้นฐาน และประวัติความเป็นมาของความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ

สำหรับความผิดฐานนี้ มีแนวความคิดมาจากการควบคุมเจ้าพนักงานหรือผู้ใช้อำนาจรัฐที่ได้รับมอบหมายอำนาจจากผู้ปกครองมิให้ใช้อำนาจหน้าที่ ตำแหน่งที่ได้รับมาไปใช้ในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ผู้ปกครองรัฐ และประชาชนผู้อยู่ใต้การปกครองที่ได้รับผลจากการปฏิบัติหน้าที่ เพราะเมื่อบุคคลมีคุณสมบัติเป็นเจ้าพนักงานแล้ว เปรียบเสมือนมีบทบาทในบุคคลเดียว กล่าวคือ บทบาทในฐานะเป็นบุคคลธรรมดาเป็นเรื่องส่วนตัวโดยแท้ กับบทบาทของเจ้าพนักงานที่มีอำนาจ หน้าที่ และตำแหน่ง ที่เหนือกว่าบุคคลอื่น จึงจำเป็นต้องมีการจัดองค์กร โดยจัด

สถาบันอำนาจรัฐให้แยกออกจากตัวตน จึงต้องมีการควบคุมมิให้มีการนำเอาอำนาจ หน้าที่ และ ตำแหน่งที่ตนมิได้ไปใช้โดยมิเจตนาส่วนตัวที่จะทำให้อื่นได้รับความเสียหาย จากผู้มาทำการแทนรัฐ คือ ข้าราชการทั้งหลายหรือเจ้าพนักงานของรัฐนั่นเอง เมื่อกฎหมายต้องการให้แยกส่วนตัวออกจาก เรื่องของรัฐ ก็จำเป็นต้องบัญญัติหลักนี้ขึ้นมา เป็นข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อความสงบเรียบร้อย หรือรัฐประศาสนโนบาย กฎหมายที่ออกมาบังคับให้เป็นไปตามนี้ได้แก่ กฎหมายอาญา โดยบัญญัติ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการไว้ตั้งแต่มาตรา 147 ถึงมาตรา 166 เป็นการกระทำของเจ้า พนักงานงานของรัฐที่เกี่ยวกับประชาชนโดยตรง เช่น การเรียกรับสินบน และที่เป็นการกระทำที่เกิด จากลำพังตัวของเจ้าพนักงานของรัฐ แต่ประชาชนเป็นผู้ได้รับความเสียหาย เช่น การปฏิบัติหน้าที่ โดยมิชอบ ซึ่งแนวคิดเหล่านี้ได้เกิดขึ้นเปลี่ยนแปลงและวิวัฒนาการไปตามรูปแบบของสังคมและ การเมืองการปกครองในแต่ละสมัย ดังนี้

2.2.1.1 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น มีความเป็นมาหรือแนวคิดของการยกร่าง กฎหมายของสยามสมัย ร.ศ. 127¹³ ได้มีการพยายามที่จะประสานความต้องการในลักษณะพิเศษของ สังคมที่แตกต่างกันไประหว่างสังคมของประเทศยุโรปให้เข้ากับแนวความคิดที่มีแนวโน้มจะ กลายเป็นหลักทั่วไปในทางกฎหมายในโลกสมัยใหม่ กล่าวคือ เป็นความพยายามที่จะพัฒนา กฎหมายอาญาของประเทศที่มีต้นกำเนิดจากเชื้อสายมองโกลและมีอารยธรรมอารยัน โดยใช้ วิธีการทางนิติศาสตร์ของตะวันตก ความพยายามเช่นนี้อาจเทียบได้กับการที่อังกฤษได้จัดทำ ประมวลกฎหมายอาญาของอินเดีย ค.ศ. 1860 และญี่ปุ่นซึ่งเพิ่งร่างกฎหมายอาญาขึ้นใหม่อีกครั้ง ฉะนั้นจึงอาจจะพบบทบัญญัติที่ก่อให้เกิดความประหลาดใจ เนื่องจากไม่ตรงกับแนวความคิดทาง กฎหมายของตน เพราะบทบัญญัติเหล่านี้ไม่ได้บัญญัติขึ้นตามแนวคิดหรือหลักปฏิบัติของสยาม โดย แท้ ประมวลกฎหมายที่นำมาอ้างอิงถึงในการยกร่างกฎหมายอาญาของสยาม คือ ประมวลกฎหมาย อาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1810 และประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1870 พร้อมทั้งความเห็นทาง กฎหมายที่มีต่อประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าว และประมวลกฎหมายที่นำมาอ้างอิงมากเป็นพิเศษ ได้แก่ประมวลกฎหมายอาญาฮังการี ว่าด้วยความผิดอุกฤษโทษ และมัทยโทษ ลงวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 1878 ว่าด้วยความผิดหลุโทษ ลงวันที่ 14 มิถุนายน ค.ศ. 1879 ประมวลกฎหมายอาญาของ เนเธอร์แลนด์ ลงวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 1881 ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี ลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 1880 และประมวลกฎหมายอาญาอียิปต์ สำหรับศาลที่พิจารณาคดีสำหรับคนพื้นเมือง ฉบับแก้ไข เพิ่มเติม ลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1904 สำหรับประมวลกฎหมายอาญาของอินเดีย (พระราช บัญญัติ ฉบับที่ 45 ค.ศ. 1860 ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมบางประการในภายหลัง) ได้ให้ข้อเปรียบเทียบที่

¹³ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2546). บันทึกของนายยอร์ช ปาอูซ์ เกี่ยวกับการร่างกฎหมาย ลักษณะ อาญา ร.ศ. 127. หน้า 49.

นำสนใจหลายประการในการนำหลักกฎหมายของยุโรปมาใช้แก่ชนเผ่าเอเชีย และได้เอาผลงานในการแก้ไขกฎหมายอาญาญี่ปุ่น โดยเฉพาะร่างประมวลกฎหมายอาญา ฉบับปรับปรุงแก้ไข ค.ศ. 1903 และร่างที่ได้ตรวจชำระแล้ว ค.ศ. 1907 แต่อย่างไรก็ตาม การยกร่างไม่ได้ผูกพันที่จะใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใดฉบับหนึ่งโดยเฉพาะ แม้ว่าจะได้มีการเอาแบบอย่างจากประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี และประมวลกฎหมายอาญาของเนเธอร์แลนด์เป็นอย่างมากก็ตาม (บันทึกของ นายยอร์ช ปาดูซ์ (G.Padoux) เกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127)

สำหรับความผิดในลักษณะต่างๆ ของประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2¹⁴ เป็นบทบัญญัติที่ด้วยลักษณะความผิดและบทกำหนดโทษ โดยการแบ่งส่วนในภาค 2 นี้ มีลักษณะใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี แต่ผู้ร่างกฎหมายก็ได้มีการหลีกเลี่ยงบางหมวดเช่นกัน เช่น ความผิดที่กระทำต่อคุณค่าความน่าเชื่อถือของสิ่งต่างๆ และยังมีการแบ่งส่วนอย่างเก่าของประเทศฝรั่งเศส ที่แบ่งความผิดออกเป็นความผิดที่กระทบต่อคุณค่าต่างๆ ที่เป็นสาธารณะกับความผิดที่กระทำต่อเอกชนที่ไม่ได้นำมาพิจารณา เพราะมักจะไม่วุ่นวาย

ในส่วนที่มาของหลักกฎหมายอาญาในมาตรา 157 ฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต¹⁵ มีที่มาจากหลักกฎหมายลักษณะอาญาร.ศ. 127 มาตรา 145 ที่นายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux.) ได้นำประมวลกฎหมายของอิตาลีมาเป็นต้นแบบ¹⁵ โดยบัญญัติว่า “เจ้าพนักงานคนใดคิดร้ายต่อผู้อื่น แลมันกระทำการอันมิควรกระทำ หรือละเว้นการอันมิควรเว้นในตำแหน่งหน้าที่ของมัน โดยเจตนาจะให้เกิดความเสียหายแก่เขาไซ้ ท่านว่ามันมีความผิด ถ้าแลความผิดของมันที่กระทำนั้น ไม่ต้องด้วยกฎหมายบทอื่น ท่านให้ลงโทษจำคุกมันไม่เกินกว่าสองปี แลให้ปรับไม่เกินกว่าสองพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”¹⁶ ซึ่งมีข้อสังเกต 3 ประการ ดังนี้

ข้อสังเกตประการแรก กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 145 นี้เป็นบทบัญญัติที่มุ่งใช้กับเจ้าพนักงานที่ไม่ได้กระทำความผิดตามมาตรานี้เท่านั้น ซึ่งในมาตรา 157 ของประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน ได้มีการตัดคำลักษณะดังกล่าวออกไป เพราะมีโทษต่ำกว่าโทษในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการในมาตราอื่นๆ ที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว

¹⁴ แหล่งเดิม. หน้า 86.

¹⁵ Art 145 Voir Code pen italien (ast. 175) et pen des indes (ast. 166)

¹⁶ Code penal du royaume de Siam promulgue le 1 juin 1908 จัดทำโดย Georges Padoux. Act 145

“Tout fonctionnaire qui exerce indument on s’abstient indument d’ exercer ses fonctions dans le dessein de nuire a autrui , ledit acte ne tombant pas autrement sous le coup de ia loi, sere puni de l’emprisonnement de deux ans an plus et de l’amende jusqu’a mille ticaux.

ข้อสังเกตประการที่สอง กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 145 ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าให้ใช้บุคคลผู้ที่เป็นเจ้าพนักงานที่ได้กระทำการ “คิดร้ายต่อผู้อื่น” ซึ่งแสดงเจตนาพิเศษของเจ้าพนักงานอยู่ในตัวว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่มีขอบด้วยกฎหมายโดยเป็นการนำเรื่องส่วนตัวได้แก่ “การคิดร้าย” เข้ามาพัวพันกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการ ซึ่งคำว่า “คิดร้ายต่อผู้อื่น” ได้ถูกตัดออกไปในประมวลกฎหมายอาญฉบับปัจจุบัน

ข้อสังเกตประการที่สาม กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 145 นี้ลงโทษแต่เจ้าพนักงานที่ปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบโดยคิดร้ายกับผู้อื่น แต่ไม่ได้กล่าวถึงเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต แต่ในมาตรา 157 ได้บัญญัติในส่วนของกรปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตรวมไว้ด้วย

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาของมาตรา 145¹⁷ ได้แก่ คำพิพากษาฎีกาที่ 177/2463 ผู้พิพากษาซึ่งสั่งยกคำร้องในหน้าที่ผู้พิพากษาโดยทุจริตไม่ผิดตามมาตรานี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 747/2471 นาย ก. ยกที่ดินบางส่วนให้แก่รัฐบาลปลูกสร้างที่ว่าการอำเภอ แต่ไม่ได้แยกโฉนด จำเลยเป็นนายอำเภอมีเรื่องกับ นาย ก. จึงเอาไม้หลักไปปักเป็นเขตอำเภอรुकกล้าที่ดินของ ก. โดยผลการของตนเอง และสั่งว่าใครมาถอนให้จับ ต่อมา นาย ก. นำผู้ใหญ่บ้านมาถอนหลัก จำเลยสั่งขัง นาย ก. ตัดสินว่าจำเลยมีความผิดตามมาตรานี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 228/2472¹⁸ มีลิกที่ตำบลแห่งหนึ่ง ราษฎรที่ไปคูลิกเกิดทำร้ายกันขึ้น ผู้ถูกทำร้ายเรียกให้จำเลยซึ่งเป็นตำรวจจับตัวผู้กระทำผิดแล้วไม่จับ ทางพิจารณาคดีไม่ได้ความว่าจำเลยได้มารักษาการณ์ในงานนี้ และไม่ได้ความว่าจำเลยมีสาเหตุโกรธเคืองคิดร้ายต่อผู้ถูกกระทำร้ายอย่างไร ดังนั้นจำเลยยังไม่มีผิดตาม มาตรา 145 นี้

2.2.1.2 กฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2476

ต่อมาเมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ. 2476 เลขานุการคณะรัฐมนตรี ได้มีหนังสือถึงเลขาธิการกรมร่างกฎหมาย เนื่องจากทางราชการมีความประสงค์จะให้ลงโทษข้าราชการผู้ละเลยหน้าที่ และข้าราชการที่ทุจริตต่อหน้าที่ให้แรงกว่าที่เป็นอยู่ โดยสั่งการให้กรมร่างกฎหมายดำเนินการตรวจพิจารณาและยกร่างกำหนดโทษข้าราชการที่ละเลยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ จนเกิดการเสียหายแก่ราชการ และตรวจพิจารณาแก้ไขกำหนดอัตราโทษข้าราชการทุจริตต่อหน้าที่ เช่น โกงเงินหลวง ให้แรงจนถึงโทษจำคุกตลอดชีวิต เพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาต่อไป

¹⁷ หยุค แสงอุทัย. (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. หน้า 284.

¹⁸ หลวงวิจารณ์ราชสุตม์ เนติบัณฑิต. (2478). กฎหมายอาญาพิสดาร. หน้า 428.

ต่อมาในวันที่ 30 สิงหาคม 2476 กรมร่างกฎหมายได้มีหนังสือถึงเลขาธิการคณะรัฐมนตรี แจ้งให้ทราบว่า นออาร์. กียอง ที่ปรึกษาในการร่างกฎหมายได้ตรวจพิจารณาร่างบันทึกเรื่องการลงโทษข้าราชการเมื่อกระทำทุจริตต่อหน้าที่มาให้พิจารณาแล้ว โดยบันทึกดังกล่าวมีรายละเอียดดังนี้¹⁹

“ตามกฎหมายอาญา ข้าราชการผู้กระทำผิดอาญา เนื่องในการที่ปฏิบัติหน้าที่นั้น ได้ชื่อว่ากระทำความผิด “ฐานใช้อำนาจและตำแหน่งหน้าที่ในทางทุจริต” บรรดาความผิด ใช้น้ำที่ในทางทุจริตนี้มีปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา²⁰ ในประเทศสยามของเราก็มีกล่าวถึงเรื่องนี้ กฎหมายลักษณะอาญา ตั้งแต่มาตรา 129 ถึง 146 ในกรณีทั้งหลายที่กล่าวมาแล้ว ถ้าข้าราชการ “ละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนจนเกิดเสียหายแก่ราชการ” ดังที่กล่าวในหนังสือเลขาธิการคณะรัฐมนตรีแล้ว ตามธรรมดาโทษมีอยู่ดังต่อไปนี้ ลงโทษฐานผิดวินัย ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน ในเมื่อการกระทำนั้นยังไม่เป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายอาญา

ความรับผิดเป็นเงินเป็นทองของข้าราชการเพื่อชดใช้ความเสียหายของรัฐบาลนั้น ตามธรรมดาต้องแล้วแต่กฎหมายทั่วไปในเรื่องความรับผิดในทางแพ่งโดยฟ้องเป็นคดีแพ่งอย่างเดียว หรือฟ้องคดีแพ่งร่วมกับคดีอาญาเมื่อเกิดการกระทำผิดขึ้น แต่อาจมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นได้ในเรื่องความรับผิดทางแพ่งดังกล่าวแล้ว ในเมื่อปรากฏว่าข้าราชการนั้นมีความผิดเพียงฐานประมาทเลินเล่อ หรือขาดความรอบคอบเท่านั้น เพราะฉะนั้นตามกฎหมายใหม่ที่สุดในเรื่องนี้ (กฎหมายสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 1927 เกี่ยวกับข้าราชการพลเรือน) จึงเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะระบุไว้ว่า ข้าราชการทุกคนายจำต้อง “ชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่รัฐ (แผ่นดิน) เมื่อตนได้ละเลยหน้าที่ในระหว่างเวลารับราชการ ไม่ว่าจะเป็โดยประมาทเลินเล่อ หรือขาดความรอบคอบ” ทั้งยังยอมให้รัฐไล่เบี้ยเอาจากข้าราชการได้ เมื่อรัฐเองถูกคำพิพากษาให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลภายนอก เพราะความผิดของข้าราชการ หลักการดังกล่าวข้างบนนี้ดูเหมือนได้บัญญัติรวบรวมไว้เพียงพอแล้วในกฎหมายแพ่งของไทย ตามมาตรา 420 และต่อๆ ไป (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 425 และ 426) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีได้มีข้อยกเว้นเมื่อการละเมิดได้เกิดขึ้นจากการที่ลูกจ้างของรัฐหรือลูกจ้างชนิดอื่นเป็นผู้กระทำ และตามความเห็นของเรา ศาลก็ควรแปลความหมายให้เป็นอย่างเดียวกับกฎหมายสหรัฐ

¹⁹ บันทึกเรื่องการลงโทษข้าราชการ เมื่อกระทำทุจริตต่อหน้าที่ ตามหนังสือของกรมร่างกฎหมายที่ 95/209 ฉบับลงวันที่ 30 สิงหาคม 2476.

²⁰ กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 138 วรรค 2 ความผิดที่กระทำหรือละเว้น ไม่กระทำนั้นนอกเหนือ เหลือกันมิชอบด้วยอำนาจและหน้าที่ของมัน และมาตรา 145 กระทำการอันมิควรกระทำหรือละเว้นการอันมิควร เว้นในตำแหน่งหน้าที่ของมัน โดยเจตนาจะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง.

โทษฐานผิดวินัยและความรับผิดชอบในทางแพ่งนั้น ได้มีบัญญัติไว้ในกฎหมายไทยแล้ว ปัญหาอีกข้อเดียวที่ใครจะขอทราบก็คือว่า ความผิดในเรื่อง “การใช้อำนาจหน้าที่ในทางทุจริต” ในกฎหมายลักษณะอาญานั้นครบบริบูรณ์หรือไม่ ตามที่ปรากฏหนังสือเลขานุการคณะรัฐมนตรีนั้น กล่าวถึงโดยเฉพาะเรื่องที่ว่าราชการ “ผู้ซึ่งละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่จนเกิดเสียหายแก่ราชการ” จึงเป็นการแน่นอนว่าจะบัญญัติเรื่องเช่นนี้ให้เป็นความผิดอาญาต้องระวางโทษจำคุกและปรับก็ย่อมทำได้ ฉะนั้นถ้ารัฐบาลเห็นเป็นการสมควร เนื่องจากพฤติการณ์แห่งท้องถิ่น และมีความเห็นว่าโทษฐานผิดวินัยไม่เพียงพอกับเหตุการณ์ดังนั้นแล้วไซ้ร ก็อาจนำบทบัญญัติเพิ่มเติมมาใส่ไว้ในกฎหมายอาญาไทย ให้ลงโทษจำคุกหรือปรับ “ข้าราชการผู้ใดซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ของตนโดยจงใจ (หรือโดยประมาทเลินเล่อ) ได้ละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่อันสมควรและถูกต้อง และเพราะเหตุนั้นได้กระทำให้เกิดเสียหายแก่ราชการ”

แต่ขอให้ระลึกถึงข้อต่อไปนี้ด้วย

(1) รัฐบาลต้องวินิจฉัยชี้ขาดว่าข้าราชการนั้นจะต้องกระทำความผิดโดยจงใจอย่างเดียว หรือว่าจะให้ลงโทษในกรณีที่ข้าราชการนั้นกระทำความผิดโดยประมาทเลินเล่อเท่านั้นด้วย (คู่มือสาระสำคัญของมาตรา 43 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา)²¹ ตามความประสงค์ของคณะรัฐมนตรีที่ส่งมานั้น กล่าวถึงการละเลยหน้าที่ราชการทั้งหลาย ไม่ว่าจะโดยตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อ ในเรื่องที่ทำโดยประมาทเลินเล่อ นั้น ย่อมเป็นสิ่งซึ่งโดยปกติไม่บัญญัติให้เป็นความผิดอาญา และตามธรรมดา โทษฐานผิดวินัยก็เห็นว่าเพียงพอแล้ว

(2) ผลโดยตรงของร่างที่กล่าวมาข้างต้นนี้ก็คือให้มีการลงโทษการกระทำ ซึ่งตามที่เรียกกันในต่างประเทศว่า “sabotage” กล่าวคือ การทำงานตามแบบโดยอาการที่ทำให้กิจการ

²¹ มาตรา 43 ต่อผู้ใดกระทำโดยเจตนา ผู้นั้นจึงควรรับอาญา ถ้าแลมันมิได้มีใจเจตนาที่จะกระทำ ท่านว่าอย่าให้ลงอาญาแก่มันเลย เว้นแต่เมื่อมันกระทำโดยประมาท ต้องตามลักษณะที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่ามีโทษ ท่านจึงให้ลงอาญาแก่มัน ฐานกระทำการโดยประมาท

ที่ว่ากระทำโดยเจตนา นั้น ท่านอธิบายว่าบุคคลกระทำโดยตั้งใจแลประสงค์ต่อผล หรืออาจจะแลเห็นผลแห่งการที่กระทำนั้นได้ อย่างนี้ชื่อว่ากระทำโดยเจตนา

ที่ว่ากระทำโดยประมาทนั้น ท่านอธิบายว่าบุคคลกระทำโดยมิได้ตั้งใจ แต่กระทำโดยอาการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังว่าต่อไปนี้คือ

- (1) กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง อันควรเปนวิสัยของปรกติชนก็ดี
 - (2) ผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปะศาสตร์ ในกิจการอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น เปนหมอหรือเปนช่าง เปนต้น ละเลยอันการอันควรต้องทำให้ดีในทางศิลปะศาสตร์นั้นเสียก็ดี
 - (3) ทำฝ่าฝืนกฎหมาย ขอบบังคับหรือคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี
- เหล่านี้ถึงกระทำให้โดยมิได้ตั้งใจ ท่านก็ว่ากระทำโดยฐานประมาท

ดำเนินซักช้า หรือทำให้เสื่อมเสียสมรรถภาพของราชการ แต่ตรงกันข้าม เราจะถือว่าความผิดเล็กๆ น้อยๆ ที่ข้าราชการทำ (เช่นมาทำงานสายไปหนึ่งชั่วโมง แม้ถึงว่าการมาสายนั้นจะเกิดเสียหายก็ดี) นั้น ควรต้องลงโทษอาญาหรือไม่ ซึ่งทุกประเทศเขาลงโทษฐานผิดวินัย ถ้าตกลงเช่นนั้นร่างข้างต้น นี้ก็ควรแก้ไขใหม่ ให้ลงโทษข้าราชการ “ข้าราชการผู้ใดในการปฏิบัติหน้าที่โดยจงใจ (หรือโดยประมาทเลินเล่อ) ได้ละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่อันควรและถูกต้อง และโดยเหตุนั้นได้กระทำให้เกิดเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ราชการหรือทำให้รัฐบาลต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนในการละเมิด”

ส่วนในปัญหาข้อ 2 (เรื่องเพิ่มโทษที่กฎหมายลักษณะอาญากำหนดไว้ในเรื่อง ข้าราชการทำศรทุจริตต่อหน้าที่) นั้น ขอเสนอการตรวจแก้และเพิ่มอัตราโทษต่อรัฐบาลตามใบแนบท้ายบันทึกนี้เพื่อพิจารณา...”

ด้วยเหตุนี้เมื่อรัฐบาลมีคำสั่งให้กรมร่างกฎหมายตรวจพิจารณาและยกร่างกำหนดโทษข้าราชการผู้ละเลยหน้าที่และข้าราชการที่ทุจริตต่อหน้าที่ แล้ว กรมร่างกฎหมายก็ได้ให้นายอาร์. กียอง ที่ปรึกษาในการร่างกฎหมาย จัดทำบันทึกความเห็นและทำบัญชีเรียงมาตราในกฎหมายลักษณะอาญาที่ควรแก้ไขแนบท้ายเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณา จนกระทั่งได้มีการร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พุทธศักราช 247... ได้ความดังนี้

มาตรา 1 พระราชบัญญัตินี้ให้เรียกว่า “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พุทธศักราช 247...”

มาตรา 2 ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้ตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา 3 ให้เติมข้อความอีกมาตราหนึ่งต่อไปนี้เข้าเป็นมาตรา 146 ทวิ แห่งกฎหมายลักษณะอาญา

“เจ้าพนักงานผู้ใดในเวลากระทำการตามหน้าที่ เจตนาละเลยไม่ปฏิบัติให้สมควรและถูกต้องตามหน้าที่เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ราชการ หรือเป็นเหตุให้แผ่นดินต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือต้องรับผิดอย่างอื่นๆ ไซ้รู้ ท่านว่ามีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีและปรับไม่เกินสองพันบาท”

มาตรา 4 ให้ยกเลิกอัตราโทษบรรดาที่ระบุไว้ในภาค 2 ส่วนที่ 2 หมวดที่ 2 (ความผิดฐานใช้อำนาจและตำแหน่งหน้าที่ในทางทุจริต) แห่งกฎหมายลักษณะอาญา และใช้อัตราโทษต่อไปนี้แทน ... มาตรา 145 จำคุกไม่เกินสี่ปี และปรับไม่เกินสองพันบาท

ซึ่งในที่สุด วันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2477 ก็ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2477 ว่าด้วยเรื่อง ความผิดฐานใช้

อำนาจและตำแหน่งหน้าที่ในทางทุจริตคือแก้อัตราโทษในมาตรา 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 142, 143, 144, 145 และ 146 ให้สูงขึ้น²² นั่นเอง

2.2.1.3 ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2484

ต่อมาในวันที่ 25 มีนาคม พ.ศ. 2484 ได้มีการประกาศใช้พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พุทธศักราช 2484 ว่าด้วยเรื่อง ความผิดฐานใช้อำนาจและตำแหน่งหน้าที่ในทางทุจริต คือแก้ไขอัตราโทษในมาตรา 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137 และ 138 ให้สูงขึ้น และนอกจากนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา ยังได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา โดยให้มีการร่างกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบนี้ในประมวลกฎหมายอาญาดำ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีการพิจารณาตั้งแต่ชื่อหมวดและที่ประชุมพิจารณาให้มีการแก้ไขชื่อหมวด 2 จากที่ใช้คำว่า “ความผิดฐานใช้อำนาจและตำแหน่งหน้าที่ในทางมิชอบ” มาเป็นคำว่า “ความผิดฐานเจ้าพนักงานกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่” และก่อนที่จะมีการพิจารณาในส่วนตั้งแต่ มาตรา 129 เป็นต้นไปนั้น เนื่องจากที่ประชุมเห็นว่าความผิดในหมวดนี้บางอย่างไม่มีทุจริต จึงได้ตกลงให้แก่ชื่อหมวดใหม่นั้นเอง และเนื่องจากในที่ประชุมพิจารณาพบว่าความผิดต่างๆ ประปนกันอยู่และเป็นการยากแก่การแปล เช่น มีปัญหาเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเงินหรือทรัพย์สินและไม่ใช้ทรัพย์สิน จึงได้ตกลงที่จะเรียงลำดับมาตราใหม่เพื่อให้ต้องตามตรรกวิทยามากขึ้น

ที่ประชุมได้พิจารณาร่างมาตรา 141จ. ซึ่งเป็นร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบนั่นเอง ซึ่งในร่างมาตรา 141 จ. มีข้อความที่เสนอที่ประชุมว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นปฏิบัติการในตำแหน่งหน้าที่อันเป็นการมิควรโดยเจตนาจะให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ถ้าการนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดไว้ มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสี่ปี และปรับไม่เกินสองพันบาท”

ในที่ประชุมบางท่านได้เสนอความเห็นว่าเป็นมาตรานี้จะต้องเติมคำว่า “หรือโดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่หาประโยชน์อย่างใดๆ” ที่ได้ตัดออกจากมาตรา 136 มาด้วยหรือไม่ ที่ประชุมได้เสนอความเห็นว่าเป็นกรณีเจ้าพนักงานหาเงินได้สิ้นสุดลงไปแล้ว ในมาตรานี้เป็นเรื่องของ abuse of office²³ or power ไม่เกี่ยวข้องกับเงิน ซึ่งมี 2 วิธี ที่จะร่างมาตรานี้ คือจะลงโทษเฉพาะที่เกี่ยวกับมี

²² พัทน์ นิลพัฒนานนท์. (2497). กฎหมายลักษณะอาญาพร้อมด้วยบันทึกความสำคัญประกอบ. หน้า (ข).

²³ กรณีกฎหมายต่างประเทศ จะลงโทษ abuse of office โดยไม่ต้องมี injury ในกฎหมายต่างประเทศ abuse of office เป็นความผิดในตัวเอง คือลงโทษ arbitrary act เช่น กฎหมายญี่ปุ่น กฎหมายจีน กฎหมายฝรั่งเศส กฎหมายอิตาลี และกฎหมายโปแลนด์

“Abuse” หมายถึง ใช้ในทางที่ผิดหรือเสียหาย.

เจตนาจะให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือจะลงโทษเมื่อผู้กระทำไม่เอาประโยชน์ส่วนตัว โดยที่ประชุมได้สอบถามถึงตัวอย่างในต่างประเทศว่ามีหรือไม่ อย่างไร ซึ่งที่ประชุมแจ้งว่าสำหรับกฎหมายต่างประเทศเป็นคนละปัญหา เพราะตามกฎหมายของต่างประเทศลงโทษเรื่อง abuse of office โดยไม่ต้องมี injury

ในที่สุดที่ประชุมคณะอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา เห็นควรให้เติมความคำว่า “หรือโดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่หาประโยชน์อย่างใดๆ” ในมาตรา 141 แต่ให้มีการแก้ไขถ้อยคำที่จะใช้ เป็น คำว่า “อันเป็นการมิควร” และให้ตัดคำว่า “ถ้าการนั้นไม่มีกฎหมายกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดไว้” โดยที่ประชุม²⁴ ได้มีมติให้ใช้ข้อความในร่างมาตรา 141 จ. ดังนี้ “ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่อันเป็นการมิควร เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือเพื่อให้ผู้หนึ่งผู้ใดได้รับประโยชน์ มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้า และปรับไม่เกินสองพันบาท” ส่วนอัตราโทษจะเป็นจำคุกไม่เกินสี่ปี หรือห้าปีนั้นให้พิจารณาใหม่อีกครั้ง เมื่อได้พิจารณามาตราต่างๆ เสร็จสิ้นแล้ว

2.2.1.4 ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2500

เมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 ก็ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พุทธศักราช 2500 และได้มีการบัญญัติการกระทำความผิดในส่วนของความผิดต่อตำแหน่งราชการไว้ในมาตรา 157 มีข้อความว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสี่ปี หรือปรับไม่เกินแปดพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” และในปี พ.ศ. 2502 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา ในส่วนของมาตรา 157 ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2502 มาตรา 13 ให้ยกเลิกความในมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน “มาตรา 157 ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” จากนั้นก็ได้มีการบังคับใช้มาจนถึงปัจจุบัน

2.2.2 วัตถุประสงค์ของการกำหนดความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ

จากแนวความคิดพื้นฐานของความผิดฐานนี้ มาจากหลักการจัดองค์กรรัฐ และการมอบอำนาจรัฐให้แก่บุคคลเข้าไปปฏิบัติหน้าที่ราชการแทน “รัฐ” เมื่อการมอบอำนาจแล้วจึงจำเป็นต้องมี

²⁴ มติของที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 186/152/2484 วันที่ 20 พฤษภาคม 2484.

การควบคุมการใช้อำนาจของผู้รับมอบคือ ตัวเจ้าพนักงาน กล่าวคือ ในการมอบอำนาจรัฐให้แก่บุคคลที่เป็นตัวแทนรัฐ ผู้มีฐานะเป็นเจ้าพนักงานมีคุณสมบัติพิเศษตามที่กฎหมายกำหนดให้นั้น อาจสามารถกระทำการที่กระทบกระเทือนต่อผู้อื่นได้มากกว่าประชาชนทั่วไป จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายที่กำหนดความผิดลงโทษแก่เจ้าพนักงานเป็นพิเศษจากกฎหมายที่บังคับกับบุคคลธรรมดา คือ ความผิดของเจ้าพนักงานในเรื่องเกี่ยวกับหน้าที่ โดยการกำหนดความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ รวมถึงการลงโทษเจ้าพนักงานให้หนักขึ้นในความคิดที่บุคคลธรรมดาอาจมีความผิดได้เหมือนกัน เช่น การยกยอกทรัพย์ตามมาตรา 147

ความประสงค์ของกฎหมายในการกำหนดความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่รวมถึงการลงโทษเจ้าพนักงานให้หนักขึ้น และการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเป็นความผิดและก็เพื่อรักษาไว้หรือผดุงซึ่งเกียรติคุณแห่งหน้าที่โดยให้เจ้าพนักงานซื่อสัตย์ สุจริต และรักษาหน้าที่ของตนอย่างเข้มงวด เพราะมาจากหลักการที่ว่าประเทศจะมีการปกครองที่ดี ก็ต่อเมื่อเจ้าพนักงานของประเทศปฏิบัติหน้าที่ที่ดีและเป็นที่ยอมรับในหมู่ประชาชนว่าซื่อสัตย์และรู้สึกในหน้าที่ของตน หากเจ้าพนักงานที่ทุจริตย่อมนำความเสียหายแก่การปกครองบ้านเมือง และเป็นความเสียหายแก่ประเทศด้วย

2.2.2.1 วัตถุประสงค์การกำหนดความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ

บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาในส่วนของความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ และความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ซึ่งบัญญัติขึ้นมาเพื่อควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานก็โดยมุ่งหมายให้เจ้าพนักงาน ซึ่งเป็นสื่อกลางระหว่างรัฐกับประชาชนนั้น ปฏิบัติหน้าที่โดยชอบ เพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เจตนารมณ์ดั้งเดิมของผู้ร่างมาตรา 157 ก็เพื่อให้เป็นลักษณะมหาชนที่มีความเกี่ยวข้องระหว่างรัฐบาลและประชาชน แต่รัฐก็เป็นนามธรรมที่สมมติกันขึ้นมา เพราะรัฐก็ต้องมีบุคคลเข้าไปทำงาน คือราชการประจำและการเมือง จึงต้องมีการมอบหมายหน้าที่ โดยรัฐแยกอำนาจรัฐออกจากตัวเจ้าพนักงาน การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน จึงต้องเป็นการกระทำโดยถูกต้องตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ กล่าวคือ การเป็นเจ้าพนักงานต้องมีตำแหน่งหน้าที่และอำนาจเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่นั้น ลุล่วงไป โดยกฎหมายอาญาไม่ต้องการให้บุคคลเข้าไปอยู่ในตำแหน่งและใช้อำนาจหน้าที่เพื่อประโยชน์ส่วนตัว หรือใช้อำนาจหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงต้องมีการลงโทษผู้ที่กระทำการหาประโยชน์ใส่ตัวเอง คังนั้นจึงต้องตรากฎหมายตามความในมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เพื่อเป็นหลักประกันให้กับประชาชนทุกๆ คน

นอกจากนี้แล้วยังมีผู้ให้ความเห็นว่า ตามหลักการของมาตรา 157 นั้น เข้าใจว่าผู้ร่างคงจะมีได้คำนึงถึงหลักกฎหมายปกครอง แต่ต้องปราบปรามเจ้าพนักงานของรัฐที่ทำตัวอยู่

เหนือกฎหมาย จะปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนกับใครผู้ใดก็ได้ ใครจะเสียหายก็ช่าง²⁵ การที่กฎหมายมุ่งลงโทษเจ้าพนักงานในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการให้หนักกว่าการกระทำของประชาชนโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความบริสุทธิ์แห่งอำนาจรัฐ เพื่อมิให้เจ้าพนักงานอาศัยอำนาจรัฐในการกระทำความผิด อันจะทำให้อำนาจและตำแหน่งเสื่อมเสียไป ประกอบกับการกำหนดให้การกระทำความผิดโดยอาศัยอำนาจรัฐ ตำแหน่งและหน้าที่ไปในทาง “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” เป็นความผิดนั้น ก็เพื่อคุ้มครองประชาชนมิให้ได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าพนักงาน

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ในการบัญญัติความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ตามมาตรา 157 นั้น มีวัตถุประสงค์อยู่ 2 ประการที่สอดคล้องกัน คือคุ้มครองความบริสุทธิ์ของอำนาจรัฐมิให้เจ้าพนักงานปฏิบัติในทางมิชอบ และมุ่งคุ้มครองประชาชนจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าพนักงาน โดยเป็นบทบัญญัติที่อุดช่องว่างของความผิดในบทเฉพาะของเจ้าพนักงานนั่นเอง

2.2.2.2 วัตถุประสงค์ของการกำหนดให้เป็นความผิดบททั่วไป

การร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น ได้บัญญัติความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเป็นมาตราवादกอง กล่าวคือ การกระทำต่างๆ ของเจ้าพนักงาน ถ้าไม่มีความผิดเฉพาะเรื่องแล้ว ก็จะเข้าลักษณะเป็นความผิดมาตรานี้²⁶ ซึ่งลักษณะการบัญญัติเช่นนี้ จะเห็นได้ชัดเจนจากเดิม ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 145 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาที่ว่า “เจ้าพนักงานคนใดคิดร้ายต่อบุคคลอื่น และมันกระทำการอันมิควรกระทำ หรือเว้นการอันมิควรเว้น... ท่านว่า มันมีความผิด ถ้าแลความผิดของมันที่กระทำนั้นไม่ต้องด้วยกฎหมายบทอื่น...” และเมื่อได้มีการนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ก็ไม่ได้คงส่วนของ “ถ้าแลความผิด... ไม่ต้องด้วยกฎหมายบทอื่น” เอาไว้ในปัจจุบันนั้นถือว่า มาตรา 157 เป็นบททั่วไปการที่บัญญัติมาตรานี้ขึ้นไว้กฎหมายป้องกันที่จะไม่ให้เกิดความบกพร่อง และทำให้มีอาการฟ้องร้องในการกระทำทุกอย่าง ซึ่งเมื่อกระทำอันผิดต่อหน้าที่อยู่ กล่าวคือ เพื่อให้ครอบคลุมถึงการกระทำที่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานทุกคนทุกตำแหน่งหน้าที่ อันมีลักษณะของการกระทำที่ไม่สามารถกำหนดเฉพาะเจาะจงได้ทุกการกระทำ โดยให้ผู้พิพากษาเป็นผู้พิจารณาจากพฤติการณ์ของการกระทำเป็นกรณีๆ ไป

การบัญญัติกฎหมายลักษณะอาญา ตามความผิดฐานมาตรา 145 นี้ มีผู้เห็นว่าทำให้มีอุปสรรคอยู่ในข้อที่เป็นบทกว้างเกินไปกว่าที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดได้ และเป็นข้อยกเว้น

²⁵ สมพร พรหมศิลาธร. (2536). “ปอ. ม.157.” วารสารสภาพนายความ, 3. หน้า 50.

²⁶ หุค แสงอุทัย. (2515). คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา. หน้า 284.

หนึ่งของหลักกฎหมายที่ว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายย่อมไม่มีโทษ” มาตรฐานโดยปกติแล้วนำไปใช้ได้ยาก และบางเวลาเป็นภัยแก่เสรีภาพของบุคคลมาก การที่วางบทบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เท่ากับให้ศาลเป็นผู้กำหนดและชี้ขาดว่าการกระทำเป็นความผิดหรือไม่ หรือมีอำนาจทำได้ จึงไม่ใช่การที่กฎหมายกำหนดความผิดของบุคคลไว้แต่อย่างใด แม้ในเวลาปกติอาจรับได้ว่าศาลมีหน้าที่กำหนดหรือใช้กฎหมายให้เกิดความยืดหยุ่น เพื่อประโยชน์แก่สังคม แต่ถ้าพิจารณาในแง่ฝ่ายนิติบัญญัติแล้วเท่ากับเป็นการสละอำนาจหรือให้อำนาจฝ่ายตุลาการในการออกกฎหมายในบังคับใช้นั้นเอง ซึ่งเป็นการขัดกับหลักแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งต้องการให้แบ่งแยกอำนาจต่างๆ ออกจากกัน

2.2.2.3 วัตถุประสงค์ในการให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในมาตรา 157

‘ ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบนั้น จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างจากความผิดฐานของเจ้าพนักงานในฐานะอื่นๆ ที่จะมีภาระบุเหือหาของการกระทำความผิดไว้ค่อนข้างชัดเจน แต่มาตรา 157 ในความผิดฐานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ โดยที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ว่า “โดยมิชอบ” หมายถึงการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะอย่างไร จึงเป็นกรณีที่กฎหมายให้ศาลเป็นผู้พิจารณาโดยใช้ “ดุลพินิจ” กำหนดถึงการปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า มาตรา 157 มีลักษณะเป็น “บทกฎหมายที่ยุติธรรม หมายความว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่ให้ผู้พิพากษามีดุลพินิจบางประการที่จะวินิจฉัยให้ผลในทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น หรือบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งมิได้บังคับว่าผลในทางกฎหมายอันใดอันหนึ่งจะต้องเกิดจากเหตุการณ์ที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างแคบๆ ที่เดียว บทกฎหมายที่ยุติธรรมเป็นบทบัญญัติให้ผู้พิพากษาพิจารณาพฤติการณ์เฉพาะเป็นกรณีๆ ไป เพื่อจะได้มีคำพิพากษาโดยเจตจำนงที่ดี คือเป็นความยุติธรรม โดยอาจบัญญัติด้วยถ้อยคำที่มีความหมายไม่แน่นอน เพื่อที่จะให้เป็นบทบัญญัติที่ยืดหยุ่น และให้ศาลมีโอกาสใช้ดุลพินิจได้มากขึ้น ซึ่งความยืดหยุ่นนี้อาจอยู่ที่องค์ประกอบของกฎหมายก็ได้ หรืออยู่ที่ผลในทางกฎหมายก็ได้ แต่บทบัญญัติของกฎหมายเช่นนี้มีข้อเสียคือ อาจจะเป็นบทบัญญัติที่ส่งเสริมให้เป็นความหรือฟ้องร้องดำเนินคดีกัน เนื่องจากคู่กรณีไม่ทราบฐานะในทางกฎหมายได้ชัดเจนแน่นอน และในความคิดเห็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบนั้น การพิจารณาว่าการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบพฤติการณ์อย่างไร จึงจะเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ จึงมีความจำเป็นต้องอาศัยการพิจารณาจากพฤติการณ์ของการกระทำนั้นเป็นกรณีๆ ไป เพื่อให้สามารถใช้กฎหมายนี้ต่อการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบได้ทุกกรณี เพื่อให้มาตรฐานนี้สามารถควบคุมการกระทำความผิดในลักษณะที่เป็นบททั่วไปได้

2.2.3 การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต

สำหรับกรณีการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต นั้น คำว่า “ทุจริต” ได้บัญญัติความหมายไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (1) ว่า “เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนหรือผู้อื่น”

เจตนาทุจริตนั้น เป็นเจตนาพิเศษเช่นเดียวกับเจตนาเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ผู้ใดกระทำความผิดส่วนแรกเช่นกัน ซึ่งปัญหาที่ว่าจำเลยมีเจตนาแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนหรือผู้อื่นหรือไม่ ซึ่งต้องอาศัยหลักกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา เช่นเดียวกัน คือการใช้อำนาจในหน้าที่เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเอง หรือผู้อื่นจากการปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่นั้น สิ่งสำคัญคือ “ต้องมีหน้าที่” คือ การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ต้องอยู่ในหน้าที่ ดังนั้นหากไม่อยู่ในหน้าที่หรืออยู่ในหน้าที่แต่ทำโดยชอบและโดยสุจริต ก็ไม่มีความผิดตามมาตรา นี้ การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต สามารถพบได้ในหลายกรณี เช่น พนักงานที่คืนไม่ไอน์ที่คืนตามคำสั่งนายอำเภอ โดยทุจริตและอาจเสียหายแก่ผู้อื่น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 955/2512)²⁷ เจ้าพนักงานเทศบาลมีหน้าที่เก็บเงินลักเอาใบเสร็จเก็บค่ากระแสไฟฟ้าซึ่งอยู่ในความดูแลของเจ้าหน้าที่อีกผู้หนึ่งไป เพื่อไปเรียกเก็บค่ากระแสไฟฟ้าแล้วเอาเป็นประโยชน์ส่วนตัวเสีย ถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 700/2503)²⁸ หรือนายตำรวจจับคนนำพลอยหนีภาษี ไม่นำส่งดำเนินคดี เอาพลอยไว้เสียเอง เป็นการปฏิบัติและละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต

(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1677/2525)²⁹

การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต มีลักษณะคล้ายคลึงกับการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ แต่มีข้อแตกต่างอยู่ที่ว่าการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบที่จะเป็นความผิดได้นั้น จะต้องเป็นการกระทำเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นผู้ใด หากการกระทำนั้นไม่เกิดความเสียหายแล้วย่อมจะไม่เป็นความผิดตามมาตรา 157 ในขณะที่การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตไม่ต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงว่าการกระทำนั้น มีจุดมุ่งหมายที่จะให้ผู้อื่นเสียหายหรือไม่ แม้ไม่เกิดความเสียหายก็ยังคงถือว่าเป็นการกระทำความผิดได้

²⁷ เนติบัณฑิตยสภา. คำพิพากษาศาลฎีกาประจำพุทธศักราช 2512, ตอน 3. หน้า 1278.

²⁸ เนติบัณฑิตยสภา. คำพิพากษาศาลฎีกาประจำพุทธศักราช 2503, ตอน 1. หน้า 716.

²⁹ ศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารศาลฎีกา. แผ่นบันทึกข้อมูล (CD) รวมคำพิพากษาศาลฎีกา ปี 2550 (version.1).

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1532/2543³⁰ จำเลยเป็นเจ้าของพนักงานมีหน้าที่รับคำขอต่างๆ เกี่ยวกับการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมที่ดินทุกประเภท รวมทั้งงานในด้านเกี่ยวกับการเงินและบัญชี โดยมีหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้อง การกรอกข้อความในเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องของหนังสือแสดงสิทธิที่ดิน แล้วนำเสนอผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้น โดยได้ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวมาก่อนเกิดเหตุนานประมาณ 7 ปี พุทธการณนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยยอมทราบและคำนวณค่าใช้จ่ายในการจดทะเบียนที่ดินในพื้นที่ที่อยู่ในความรับผิดชอบเป็นอย่างดี การที่จำเลยเรียกหรือรับเงินจำนวน 7,800 บาท ไว้แล้วนิ่งเฉย แสดงโดยชัดแจ้งว่าจำเลยมีเจตนาเรียกหรือรับเอาเงินส่วนที่เกินไว้สำหรับตนเองโดยมิชอบ เพื่อกระทำการในตำแหน่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 304/2507³¹ วินิจฉัยในทำนองเดียวกันว่า พนักงานที่ดินอำเภอรับเงินค่าธรรมเนียมและค่าพาหนะในการรังวัดจากผู้ที่มายื่นเรื่องราวขอจดทะเบียนสิทธิทำนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ภายในเขตท้องที่อำเภอของตน โดยมีได้ออกใบเสร็จรับเงินให้แก่ผู้ที่มายื่นเรื่องราวและมีได้นำเงินลงบัญชีไว้เป็นหลักฐาน ทั้งมิได้ดำเนินการให้เรื่องราวของผู้มาติดต่อถูกลงไป จนกระทั่งย้ายไปอยู่ที่อื่นก็ไม่ได้คืนเงินให้แก่ผู้ยื่นเรื่องราวเหล่านั้น พุทธการณเช่นนี้ถือว่าเจ้าพนักงานผู้ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต อันเป็นความผิดตามมาตรา 157 นั้นเอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 38/2524³² วินิจฉัยว่า กำนันซึ่งเป็นเจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 ได้รับแต่งตั้งเป็นประธานกรรมการ โครงการสร้างถนนเข้าหมู่บ้าน เบิกเงินมาเพื่อจ่ายแก่ผู้รับเหมาทำถนนในขณะที่ถนนยังไม่เสร็จ ตอนเบิกไม่ถือว่ามีเจตนาทุจริต เพราะเบิกมาเพื่อจะจ่ายให้ผู้รับเหมาทำงานต่อไปได้ ไม่เช่นนั้นจะต้องส่งเงินคืนคลัง แต่เมื่อรับมาแล้วกำนันละเว้นไม่ดำเนินการให้ผู้รับเหมาทำงานต่อไปให้เสร็จตามสัญญา จึงถือว่าเป็นการทุจริตให้ผู้อื่นได้รับประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว จะเห็นได้ว่าความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 เป็นความผิดที่กำหนดองค์ประกอบความผิดไว้กว้างๆ มีหลักสำคัญคือ หากข้าราชการหรือผู้ดำรงตำแหน่งเกี่ยวกับราชการ หรือผู้ที่อยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยความผิดอาญาในหมวดเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำทุจริตนั้น จะต้องมีความผิดและต้องได้รับโทษ หากศาลพิจารณาและพิพากษาแล้วว่าการกระทำผิดจริง

³⁰ สำนักงานส่งเสริมตุลาการ. คำพิพากษาศาลฎีกาประจำพุทธศักราช 2543, เล่ม 4. หน้า 58.

³¹ เนติบัณฑิตยสภา. คำพิพากษาศาลฎีกาประจำพุทธศักราช 2507, ตอน 2. หน้า 594.

³² เนติบัณฑิตยสภา. คำพิพากษาศาลฎีกาประจำพุทธศักราช 2524, ตอน 1. หน้า 33.

ดังนั้น ความหมายของความผิดส่วนที่สองนี้คือ การที่เจ้าพนักงานตามกฎหมาย ซึ่งมีหน้าที่โดยตรงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ มีการปฏิบัติหน้าที่ไม่ชอบ คือไม่สุจริตหรือไม่ตรงไปตรงมา หรือมีการปฏิบัติหน้าที่เพื่อเอื้อให้ตัวเองได้รับประโยชน์ หรือมีการกระทำทุจริตในลักษณะได้เงินได้ทองจากการปฏิบัติหน้าที่ของตน หรือละเลยหน้าที่อันเป็นการแสวงหาผลประโยชน์ให้กับตนเองหรือของผู้อื่นก็ตาม ก็ต้องเป็นความผิดทั้งสิ้น ซึ่งในส่วนนี้จุดประสงค์หลักก็คือ การได้มาซึ่งผลประโยชน์นั่นเอง ด้วยเหตุนี้หากจะเปรียบเทียบถึงองค์ประกอบในการกระทำความผิดในส่วนแรกของมาตรา 157 กับส่วนที่สองนี้ ก็น่าจะถือว่าองค์ประกอบความผิดในส่วนที่สองนี้มีความชัดเจนมากกว่า

2.3 ขอบเขตความรับผิดของเจ้าพนักงานในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย

สำหรับมาตรการในการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตามกฎหมายนั้น มีอยู่จำนวนหลายประการที่เจ้าพนักงานจะต้องรับผิดชอบในลักษณะที่แตกต่างกันไป ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดทางอาญา ความรับผิดทางแพ่ง ความรับผิดทางวินัย ความรับผิดทางปกครอง และความรับผิดตามกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น การควบคุม คุณสมบัติและสถานะ โดยการลงโทษตัวเจ้าพนักงานในตำแหน่งหน้าที่ราชการเรื่องทางวินัย หรือการเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และแก้ไขให้ถูกต้องในทางปกครอง ดังนั้น การจะนำคดีมาดำเนินการทางศาลหรือดำเนินคดีตามกฎหมายจะต้องคำนึงถึงเนื้อหาของการกระทำว่าอยู่ในขอบเขตหรือความรับผิดตามกฎหมายใด ให้ชัดเจน เพื่อจะใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องในการพิจารณาถึงการกระทำในเรื่องนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้เพราะกฎหมายแต่ละสาขามีเจตนารมณ์ที่แตกต่างกันไป จึงจำเป็นต้องมีการบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้มีประสิทธิภาพสูงสุด โดยสามารถแบ่งได้ดังนี้

2.3.1 ความรับผิดในทางแพ่ง

ตามปกติแล้วเมื่อเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่แล้วเกิดความผิดขึ้นก็ย่อมต้องมีความรับผิดของเจ้าพนักงานในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายแพ่งด้วยเช่นกัน โดยพิจารณาได้ดังนี้

2.3.1.1 ลักษณะของการกระทำที่ต้องรับผิดทางแพ่ง

ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน หากการกระทำใดของเจ้าพนักงานเกิดความเสียหายแก่ประชาชน เจ้าพนักงานต้องรับผิดฐานละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติไว้มี 2 กรณี ได้แก่ ความรับผิดเป็นส่วนตัว และความรับผิดในฐานะเป็นเจ้าพนักงาน โดยพิจารณาถึงความรับผิด ดังนี้

หากการที่ข้าราชการ (เจ้าพนักงาน) มีความผิดนั้น เป็นการกระทำในหน้าที่ ศาลก็จะตัดสินให้หน่วยราชการต้องรับผิดในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน และหน่วยงานราชการให้



รับผิดชอบผู้เสียหาย หากไม่ใช้การกระทำในหน้าที่ราชการแล้ว หน่วยงานก็ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบแต่อย่างใด เช่นการกระทำนอกหน้าที่ หรือในหน้าที่แต่มีเจตนาส่วนตัว

2.3.1.2 ลักษณะของความรับผิดทางแพ่ง

ความรับผิดในทางละเมิด ในกรณีที่เจ้าพนักงานกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ราชการเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก โดยผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้อง หรือฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ โดยตรงจากเจ้าพนักงาน ซึ่งเจ้าพนักงานต้องร่วมรับผิดชอบค่าใช้จ่ายส่วนตัวแก่ผู้เสียหาย รวมทั้งกรณีหน่วยงานรับผิดชอบไปก่อนแล้วมาไล่เบี้ยเต็มจำนวนจากเจ้าหน้าที่ในภายหลัง ดังนั้นจะเห็นได้ว่าความรับผิดของเจ้าพนักงานในเรื่องละเมิด คือการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด ซึ่งความมุ่งหมายในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนก็คือ การให้ผู้เสียหายได้กลับสู่สถานะเดิมเหมือนขณะที่ยังไม่มีการกระทำละเมิดนั่นเอง โดยวัตถุประสงค์ คือการชดเชยค่าเสียหายมิใช่การลงโทษ ดังนั้นในทางแพ่งเป็นการคำนึงถึงความเสียหายของผู้เสียหาย เพราะเป็นการเยียวยาผู้เสียหายที่ถูกทำละเมิดให้กลับคืนสู่สถานะเดิม

2.3.2 ความรับผิดทางวินัย

สำหรับความรับผิดทางวินัยนั้น เป็นการควบคุมตามหลักการบริหารงานบุคคล ซึ่งมีหลักอยู่ว่าบุคคลที่เป็นข้าราชการต้องขอมลสิทธิความเป็นมนุษย์ของตนให้ต่ำกว่าบุคคลธรรมดาทั่วไป กล่าวคือ ข้าราชการต้องอยู่ภายใต้บทบังคับแห่งกฎหมาย ระเบียบ แบบแผน ธรรมเนียมปฏิบัติ หรือกฎ ข้อบังคับ ฯลฯ ดังนั้นจึงมีการกำหนดข้อปฏิบัติ หรือข้อบังคับ สำหรับควบคุมความประพฤติของบุคคลในกลุ่มอาชีพ ที่เรียกว่า “วินัย” ซึ่งได้แก่ ควบคุมความประพฤติ ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมด้วยตัวเอง หรือโดยบุคคลอื่น หรือด้วยเครื่องมือใดๆ เช่น คำสั่ง กฎหมาย การฝึกรอบรม หรือด้วยประการใดๆ อันเกี่ยวข้องกับความประพฤติ นั้นเอง

2.3.2.1 ลักษณะของการกระทำที่ต้องรับผิดทางวินัย

ในส่วนของเจ้าพนักงานมีการกำหนดลักษณะของการกระทำหรือการปฏิบัติหน้าที่ของตนในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานไว้ หากไม่ปฏิบัติตามย่อมต้องรับโทษทางวินัยที่ได้บัญญัติไว้ของแต่ละหน่วยงานแล้ว

2.3.2.2 ลักษณะของความรับผิดทางวินัย

ความรับผิดทางวินัยเป็นความรับผิดที่มีโทษการกำหนดไว้ เพื่อให้วินัยนั้นมีสภาพบังคับที่ผู้เป็นข้าราชการต้องปฏิบัติตาม ในปัจจุบันโทษทางวินัย ตามระเบียบข้าราชการพลเรือน มาตรา 100 บัญญัติโทษทางวินัยไว้ 5 สถาน คือ ภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน ลดขั้นเงินเดือน ปลดออกและไล่ออก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับและคำสั่ง เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่นั้นมีประสิทธิภาพไม่ก่อให้เกิดความ

เสียหายแก่ทางราชการหรือรัฐ คังนั้นโดยแท้จริงแล้ววินัยของข้าราชการหรือเจ้าพนักงานมุ่งคุ้มครององค์กร หรือราชการของรัฐมากกว่าการมุ่งคุ้มครองบุคลากรของรัฐ

2.3.3 ความรับผิดชอบทางอาญา

2.3.3.1 ลักษณะของการปฏิบัติหน้าที่ ที่ต้องรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าพนักงานนั้นก็มีการบัญญัติอยู่ในหลายมาตราและในหลายลักษณะของการกระทำความผิดต่างๆ รวมถึงการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าพนักงานนี้ด้วยโดยมีลักษณะการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานที่ใช้อำนาจตำแหน่งหน้าที่ไปในทางก่อให้เกิดความเสียหายไม่ว่าแก่รัฐหรือเอกชน โดยสามารถแบ่งความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าพนักงานตามการบัญญัติกฎหมายได้ 2 ส่วน คือ

(1) ความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา

สำหรับความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญานั้น เป็นบทบัญญัติในทางควบคุมเจ้าพนักงาน บุคคลธรรมดาซึ่งกระทำการเช่นเดียวกันนี้เพียงลำพังย่อมไม่มีความผิด ซึ่งความผิดในส่วนนี้ได้มีการบัญญัติไว้ตั้งแต่ มาตรา 147 จนถึงมาตรา 166 โดยแบ่งได้เป็นบทเฉพาะกับบททั่วไป (มาตรา 157) ที่มีความหมายกว้างขวางครอบคลุมการกระทำความผิดมากกว่าความผิดฐานอื่นๆ เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย

(2) ความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัติต่างๆ

ความผิดทางอาญาของเจ้าพนักงานนั้น นอกจากจะมีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ยังมีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติต่างๆ เช่น ในพระราชบัญญัติป้องกันปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเกี่ยวกับการกระทำความผิดของเจ้าพนักงานป้องกันปราบปรามการทุจริต และยังมีในส่วนของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ (ป.ป.ท.) ด้วยนั่นเอง

2.3.3.2 ลักษณะของความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าพนักงาน

ลักษณะของความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าพนักงานนั้น เป็นความรับผิดชอบส่วนตัว

โดยแท้ ที่เจ้าพนักงานกระทำความผิด ต้องรับผิดชอบและถูกลงโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งโทษที่กำหนดในหมวดความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ได้แก่ โทษจำคุกและโทษปรับ โดยเป็นความรับผิดชอบที่กำหนดแก่ผู้ที่มีคุณสมบัติเป็นเจ้าพนักงานเท่านั้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการลงโทษตัวเจ้าพนักงานที่ปฏิบัติหน้าที่ในทางที่เกิดความเสียหายที่รุนแรงมากกว่าการควบคุมเจ้าพนักงานตามกฎหมายอื่น ทั้งในลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดเฉพาะของเจ้าพนักงานและการลงโทษหนักขึ้นกว่าการกระทำความผิดของประชาชน รวมถึงการบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาด้วย

2.4 คุณธรรมหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง และองค์ประกอบของความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ

2.4.1 คุณธรรมหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง

สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือความบริสุทธิ์แห่งอำนาจรัฐหรือแห่งตำแหน่ง³³

2.4.2 องค์ประกอบของความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ

สำหรับความผิดในมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน ได้บัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับการที่เจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบไว้ใน มาตรา 157 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ...” สามารถแยกการกระทำได้เป็นสองส่วน คือ

ส่วนที่ 1 การกระทำแรก คือ การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด สามารถแยกองค์ประกอบได้ ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก

สำหรับความผิดฐานนี้ องค์ประกอบภายนอก คือ การที่เจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ และโดยมิเหตุจงใจ

1) ผู้กระทำความผิดต้องเป็น “เจ้าพนักงาน”³⁴ และถือเป็นคุณสมบัติที่สำคัญอย่างหนึ่ง เพราะเป็นความผิดที่ใช้บังคับกับเจ้าพนักงาน โดยเฉพาะ หากผู้กระทำความผิดไม่ใช่

³³ คณิต ฌ นคร. (2545). กฎหมายอาญาภาคความผิด. หน้า 631.

³⁴ ความหมายของคำว่า “เจ้าพนักงาน” ในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการนั้น ไม่ได้มีบัญญัติกำหนดไว้เฉพาะในประมวลกฎหมายอาญาว่าเป็นอย่างไร แต่ได้มีผู้อธิบายถึงความหมายไว้ ดังนี้

1) ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์. (คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. หน้า 1170-1209) ได้อธิบาย ซึ่งสามารถสรุปได้ว่า เจ้าพนักงานหมายความถึง ผู้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ โดยได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมาย คือ

- การแต่งตั้งโดยกฎหมายเฉพาะ หมายความว่า ต้องมีกฎหมายระบุถึงวิธีการแต่งตั้งไว้ และได้มีการแต่งตั้งถูกต้องตามกฎหมายที่ระบุไว้

- การแต่งตั้งโดยกฎหมายทั่วไป ได้แก่ การแต่งตั้งโดยกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดิน เช่น พระราชบัญญัติบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และยังคงต้องประกอบด้วยข้อกำหนดหน้าที่ตามกฎหมาย.

2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 700/2490 ได้ให้ความหมายไว้ว่า “คำว่าเจ้าพนักงานตามความหมายของกฎหมายลักษณะอาญานั้น ย่อมมีความหมายถึง ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยทางการของรัฐไทย ให้ปฏิบัติราชการของรัฐไทย” ตามคำวินิจฉัยนี้มีหลักเกณฑ์สำคัญ 2 ประการ คือ (1) จะต้องมีการแต่งตั้ง และ (2) จะต้องมีการปฏิบัติราชการ กล่าวคือ ถ้าไม่มีการแต่งตั้งแม้จะได้ปฏิบัติราชการก็ไม่ใช่เจ้าพนักงาน.

เข้าพนักงานแล้ว ความผิดฐานนี้ย่อมไม่สามารถเกิดขึ้นได้ในตัวเอง แต่อาจจะเป็นความผิดฐานสนับสนุนก็ได้หากมีพฤติการณ์อย่างอื่นประกอบข้อเท็จจริง

2) ต้องมีองค์ประกอบในส่วนของกรกระทำผิดคือ “การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ” กล่าวคือ ต้องมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นด้วย หรืออาจจะเป็นในลักษณะของการงดเว้นการกระทำตามมาตรา 59 วรรคท้าย³⁵ อันเป็นการบัญญัติใช้คำว่า “ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่” แต่ในทางข้อกฎหมายก็ต้องเป็นการงดเว้น ตามมาตรา 59 ด้วยนั่นเอง ซึ่งต้องเป็นการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติเฉพาะหน้าที่ของเจ้าพนักงาน โดยตรงตามที่ได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่นั้นๆ เท่านั้น ถ้าไม่เกี่ยวกับหน้าที่ของเจ้าพนักงานผู้นั้น โดยตรงแล้วย่อมไม่มีความผิดฐานนี้

องค์ประกอบภายใน

สำหรับองค์ประกอบภายในของความผิดนี้ สามารถแบ่งออกเป็นได้สองส่วนด้วยกัน ดังนี้

1) เจตนาปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบกล่าวคือ ผู้กระทำต้องรู้ถึงหน้าที่ของตนที่ชอบ และผู้กระทำต้องปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่นั้น และ

2) มูลเหตุชกุงใจในการกระทำไปโดยมิชอบคือเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด³⁶ ซึ่งในส่วนนี้ ได้มีนัยกฎหมายและศาลฎีกา ให้คำอธิบายไว้หลายประการด้วยกัน ดังนี้

ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย³⁷ อธิบายว่า “การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หมายความว่า โดยมิชอบด้วยหน้าที่ซึ่งเจ้าพนักงานมีอยู่ตามกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ คำสั่งของคณะรัฐมนตรี ระเบียบ แบบแผนของทางราชการ ซึ่งออกโดยชอบด้วยกฎหมาย ความสำคัญอยู่ที่มูลเหตุชกุงใจ เพื่อกลั่นแกล้งให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น โดยรวมไปถึงความเสียหายแก่ชื่อเสียง เสรีภาพด้วย เป็นต้น หาใช่เพียงเฉพาะความเสียหายทางด้านทรัพย์สินเท่านั้นไม่ศาลฎีกา³⁸ ได้ให้ความหมายของการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ไว้ว่า “การปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญา” มาตรา 157 หมายถึงหน้าที่ของเจ้าพนักงานผู้นั้น โดยตรงตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่นั้นๆ เท่านั้น ถ้าไม่เกี่ยวกับหน้าที่ของเจ้าพนักงานผู้นั้น โดยตรงแล้ว ย่อมไม่มีความผิดตามมาตรานี้” ซึ่งมีความสอดคล้องกับ ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย เช่นกัน

³⁵ มาตรา 59 วรรคท้าย บัญญัติว่า “การกระทำที่หมายรวมถึงความผิด การให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้น โดยงดเว้นการที่จกต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย.”

³⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 2348/2515 และ 2907/2526.

³⁷ หยุด แสงอุทัย. (2523). คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายอาญา ภาค 2-3. หน้า 97.

³⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1033/2533.

หลักสำคัญในการพิจารณาความผิดฐานนี้ คือ การกระทำความผิดต้องเกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ที่เจ้าพนักงานผู้นั้นมีตามกฎหมายโดยตรง หากมิได้กระทำในอำนาจหน้าที่แต่อาศัยโอกาสตามอำนาจหน้าที่ที่ตนมีในการกระทำความผิดฐานอื่นก็ไม่เป็นความผิดฐานนี้ แต่จะเป็นความผิดฐานอื่นที่ผู้กระทำได้เป็นเจ้าพนักงาน อันเป็นการกระทำความผิดในฐานนี้ แต่จะเป็นความผิดในฐานอื่นที่ผู้กระทำได้เป็นเจ้าพนักงาน อันเป็นการกระทำความผิดทัวไป และหากการกระทำโดยอาศัยความเป็นเจ้าพนักงานกระทำไปเกินขอบเขตนอกเหนืออำนาจหน้าที่โดยมิชอบ³⁹ แต่มีคำพิพากษาฎีกาในบางเรื่อง⁴⁰ แม้เป็นเจ้าพนักงานแต่ไม่มีหน้าที่โดยตรงในการกระทำก็เป็นความผิดฐานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ แต่คำพิพากษาฎีกานี้ก็ไม่เป็นที่ได้รับการยอมรับเป็นบรรทัดฐานแต่อย่างใด จึงไม่สามารถยึดหลักตามฎีกานี้ได้

การกระทำบางกรณีเป็นเรื่องของกฎหมายให้อำนาจ หรือใช้อำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมายโดยมิได้กำหนดเป็นหน้าที่ที่จะต้องกระทำการไม่ใช่อำนาจไม่ถึงว่าเป็นการละเว้น การปฏิบัติหน้าที่⁴¹ ส่วนลักษณะการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบนั้น เป็นกรณีที่กฎหมายมิได้บัญญัติความหมายของคำว่า “โดยมิชอบ” ไว้ จึงเป็นกรณีที่ให้อำนาจหรือดุลพินิจแก่ศาลเป็นผู้พิจารณาจากพฤติการณ์ต่างๆ ว่าการกระทำใดเป็นการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานอย่างถูกต้องหรือไม่ หรือเป็นการใช้อำนาจเกินความจำเป็น

สำหรับคำว่า “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด” เป็นถ้อยคำที่แสดงให้เห็นว่าความผิดฐานนี้ต้องมีเจตนา สองส่วน คือเจตนาธรรมดา และเจตนาพิเศษ หรือมูลเหตุจูงใจ ในการกระทำนั้นๆ โดยเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดนี้ เป็นเจตนาพิเศษที่ต้องมีลักษณะทำให้เกิดผลโดยตรงเท่านั้น ไม่รวมถึงการเล็งเห็นผลแต่อย่างใด ผู้กระทำต้องมุ่งประสงค์ต่อข้อเท็จจริงอันเป็นผลอย่างใดอย่างหนึ่งที่จะเกิดขึ้นเพราะการกระทำนั้น คือ กระทำความผิดเพื่ออะไร แต่ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องเกิดความเสียหายขึ้นจริงก็ได้ เพียงแต่เพื่อให้เกิดความเสียหายก็เข้าองค์ประกอบของความผิดแล้ว

ส่วนที่ 2 การกระทำที่สอง คือ การปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตสามารถแยกองค์ประกอบได้ ดังนี้

³⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 34/2510 1403/2512 117/2515 415/2523 และ 2533/2523.

⁴⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 119-120/2518 มีข้อความโดยย่อว่า ล.เลขานุการแขวง มีหน้าที่ตรวจสอบภาษีบำรุงท้องที่ว่ารายการถูกต้องหรือไม่ พึงจงใจให้ผู้เสียภาษีอากรมอบเงินค่าภาษีให้เกินจำนวนที่ต้องเสียภาษีแล้วเอาเงินส่วนที่เกินไว้เสีย ล.ไม่มีหน้าที่รับเงิน ไม่เป็นความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานกร โจรทรัพย์ ตามมาตรา 148 แต่เป็นความผิดตามมาตรา 157 เท่านั้น.

⁴¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 753/2513, 2570/2515, 2725/2522, 2411/2525, 3508/2531 และ 1074//532.

องค์ประกอบภายนอก

สำหรับองค์ประกอบภายนอกของความผิดส่วนนี้นั้น สามารถเทียบเคียงได้เช่นเดียวกับความผิดในส่วนที่ 1 เนื่องจากมีลักษณะอย่างเดียวกัน

องค์ประกอบภายใน

สำหรับองค์ประกอบภายในของความผิดส่วนนี้นั้น คือ

1) เจตนาปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดต้องรู้ว่าหน้าที่ของตนมีอย่างไร และผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนหน้าที่นั้น และ

2) เป็นการกระทำโดยทุจริต หรือมูลเหตุจูงใจโดยทุจริต กล่าวคือ เป็นการกระทำที่แสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น⁴²

กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ไม่จำเป็นต้องเป็นการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติโดยชอบหรือโดยมิชอบแต่อย่างใด เพียงแต่ถ้าเป็นการกระทำในทางทุจริตที่มีลักษณะเป็นการแสวงหาหรือได้มาซึ่งผลประโยชน์โดยมิควรได้มาหรือโดยมิชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากหน้าที่ของตนเองเพื่อสำหรับตนเองหรือผู้อื่นก็ตาม เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1161/2538 นั้นเอง.

2.5 ความเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ

การดำเนินคดีอาญานั้น ผู้เสียหายก็ถือว่าเป็นหัวใจสำคัญประการหนึ่งในการที่จะดำเนินคดีอาญาเช่นกัน โดยสมัยก่อนที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีการใช้คำอยู่หลายคำที่มักใช้ในการเรียกผู้เสียหายในคดีอาญา เช่น เจ้าทุกข์ ผู้ถูกทำร้าย ผู้ได้รับบาดเจ็บ เจ้าทรัพย์ คู่กรณี เป็นต้น ในกรณีที่ผู้เสียหายถูกทำร้ายถึงตาย ก็เคยใช้คำว่า“ผู้ตาย” แทนคำว่าผู้เสียหายได้เช่นกัน และบางครั้งทางตำราหรือหลักกฎหมายของไทยก็เรียกว่า ผู้เสียหายโดยตรงเช่นกัน จนกระทั่งในปัจจุบันประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) ได้ให้นิยามของคำว่า “ผู้เสียหาย” หมายถึง ผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งผู้ที่มีอำนาจจัดการแทนได้ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6 ซึ่งเมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายและตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา ก็สามารถสรุปหลักเกณฑ์ของ คำว่า “ผู้เสียหาย” ได้ 3 ประการ คือ

2.5.1 มีการกระทำความผิดทางอาญาเกิดขึ้นต่อบุคคลนั้นฐานใดฐานหนึ่ง

กล่าวคือ จะต้องมีการกระทำความผิดอาญาขึ้นก่อน จึงปรากฏผู้เสียหายได้ หากกรณีที่เกิดขึ้นไม่ใช่การกระทำความผิดทางอาญา หรือกรณีเป็นเพียงการกระทำในทางแพ่ง ผู้เสียหายก็ไม่มีอำนาจฟ้องหรือร้องทุกข์ให้ดำเนินคดีอาญาได้

⁴² มาตรา 1 คำว่า “โดยทุจริต” หมายความว่า เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น.

และหากการกระทำเป็นความผิดอาญาแล้ว ย่อมมีผู้เสียหายที่จะฟ้อง หรือร้องทุกข์ได้ และความผิดอาญาต้องได้กระทำต่อบุคคลที่อ้างว่าเป็นผู้เสียหาย ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ตัวอย่างเช่น โจทก์ร่วมเป็นธนาคาร จำเลยปลอมลายมือชื่อของเจ้าของบัญชีเงินฝากในคำขอใช้บริการบัตรเครดิต เอ.ที.เอ็ม. จากนั้นได้ลักบัตรเครดิต เอ.ที.เอ็ม. ไปถอนเงินจากธนาคาร ถือว่าเงินที่ได้มานั้นเป็นของธนาคาร ไม่ใช่เงินของลูกค้ายูเอสบีเอ (เพราะลูกค้ายูเอสบีเอไม่ได้เป็นผู้ขอออกบัตรเครดิต) ธนาคารจึงเป็นผู้เสียหาย ในความผิดฐานลักทรัพย์ ปลอมเอกสารและใช้เอกสารปลอม

2.5.2 บุคคลนั้นได้รับความเสียหาย เนื่องจากการกระทำผิดอาญานั้น

คำว่า ความเสียหาย ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานี้ เป็นหัวใจของเรื่อง ผู้เสียหายทางอาญา ซึ่งถ้าหากไม่พิจารณาถึงแก่นแท้แล้ว การวินิจฉัยความหมายของผู้เสียหายทางอาญาที่มีสิทธิฟ้องหรือร้องทุกข์นี้ จะก่อให้เกิดความผิดพลาดและปัญหาแก่ผู้ปฏิบัติหรือผู้ใช้กฎหมายเป็นอย่างมาก

ความเสียหายในทางอาญานั้น เป็นแต่เพียงเมื่อมีคดีอาญาเกิดขึ้นมีผลกระทบกระเทือนต่อบุคคลนั้นหรือไม่ ถ้ามีผลกระทบกระเทือนถึงผู้นั้น ย่อมได้รับความเสียหาย ไม่จำเป็นต้องพิจารณาคำนวณเป็นเงินหรือราคาแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามหากพิจารณาด้อยค่าในประมวลวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 4 (2) ก็ไม่ได้บัญญัติไว้ชัดให้เห็นว่าเป็นความเสียหายเฉพาะทางอาญาดังกล่าว ซึ่งในเรื่องความเสียหายนี้ มีความเห็นของนักกฎหมาย ให้ความเห็นไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช ได้บันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 972/2481 ว่า “...ความใน...มาตรา 2 (4) เปิดช่องให้เถียงได้โดยฝ่ายหนึ่งอาจเถียงว่า ความในตอนแรกกล่าวถึงบุคคลผู้ได้รับความเสียหาย เนื่องจากการกระทำผิดไม่ได้ใช้คำว่า ผู้ถูกประทุษร้าย...ไม่ได้จำกัดว่า จะต้องเสียหายตามหลักกฎหมายอะไร จึงชอบที่จะเอาหลักเสียหายในทางแพ่งมาวัดได้ แต่อีกฝ่ายหนึ่งอาจแย้งได้ด้วยเหตุที่ถือว่าอำนาจที่จะฟ้องคดีอาญานั้น โดยหลักควรอยู่แก่อัยการ ที่ยอมให้เอกชนฟ้องได้เป็นข้อยกเว้น ควรแปลโดยจำกัดอย่างยิ่ง... ดังนี้ถึงแม้ว่า มาตรา 2 (4) จะไม่ได้ใช้คำว่าผู้ถูกประทุษร้ายก็ต้องเข้าใจโดยนัยเช่นนั้น จะเอาหลักความเสียหายในทางแพ่งมาวัดไม่ได้ เพราะมีความมุ่งหมายต่างกัน โดยในทางแพ่งเป็นเรื่องมุ่งหมายจะชดใช้ความเสียหายเป็นเงินค่าสินไหมทดแทน ผู้เสียหายที่จะมาฟ้องได้จึงมีได้มากกว่า แต่คดีอาญาเป็นเรื่องที่จะเอาผิดเอาโทษกัน ควรจำกัดให้ฟ้องได้แต่ผู้ที่ถูกประทุษร้ายหรือผู้แทนที่กฎหมายยอมให้ฟ้องได้ในกรณีจำเป็น...”

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้บันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 771/2493 ว่า “...เจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแสดงให้เห็นว่าไม่ต้องการให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้อง... ฉะนั้นถ้าจะตีความคำว่า “ผู้เสียหาย”...ให้ขัดแย้งกับกฎหมายอาญา...น่าจะคลาดเคลื่อนอยู่...มูลแห่งความผิด...ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็

เป็นเรื่องส่วนแพ่ง กฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญาไม่ประสงค์ให้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย”

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศรัทย์ ได้บันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 52/2520 ว่า “...ความเสียหายทางอาญาอันจะทำให้เป็นผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องได้นั้น ต้องแยกพิจารณากับการที่ต้องเสียหายไปแล้วในทางแพ่ง หรืออีกนัยหนึ่งอำนาจฟ้องคดีอาญาจะมีอยู่หรือไม่ มิได้อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายลักษณะหนี้ทางแพ่ง หากอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอีกส่วนหนึ่ง...”

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า ความเสียหายในมาตรา 2 (4) นั้น หมายถึงความเสียหายในทางอาญาไม่พิจารณาถึงความในทางแพ่งแต่อย่างใด เพราะวิธีพิจารณาความอาญาเป็นเรื่องศึกษากันในความรับผิดทางอาญา จะนำทางแพ่งมาพิจารณาประกอบไม่ได้ อีกทั้งยังมีข้อความว่าความเสียหายเนื่องจากการกระทำผิดฐานใดฐานหนึ่ง จึงเป็นเรื่องเนื่องมาจากการกระทำผิดอาญาเกิดขึ้นกับบุคคลนั้น ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือได้รับความกระทบกระเทือนจากการกระทำผิดนั้น ซึ่งนักกฎหมายเรียกว่า ความเสียหายโดยตรงหรือความเสียหายนั้นต้องเป็นผลโดยตรงอันเกิดจากการกระทำความผิด

สำหรับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่จะถือว่าบุคคลใดได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดหรือไม่ นั้นมีหลักกฎหมายทั่วไปและคำพิพากษาศาลฎีกา 2 กรณี⁴³ ดังนี้

กรณีที่ 1 บุคคลนั้นเป็นบุคคลประเภทที่กฎหมายนั้นประสงค์จะคุ้มครองหรือไม่

หากพิจารณาในส่วนนี้แล้ว ถ้าบทบัญญัติของหลักกฎหมายบทใด มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองบุคคลประเภทใดแล้ว การฝ่าฝืนบทบัญญัตินั้นเป็นการกระทำผิดต่อบุคคลนั้น บุคคลนั้นจึงเป็นผู้เสียหาย หากกฎหมายไม่ประสงค์จะคุ้มครองบุคคลใดแล้ว บุคคลนั้นย่อมไม่เป็นผู้เสียหาย ซึ่งต้องพิจารณาถึงความประสงค์ของความคิดแต่ละฐานเป็นเกณฑ์ ตัวอย่างเช่น ล.รับราชการเป็นพนักงานควบคุมอาคาร ไปตรวจร้านแล้วเรียกให้ จ. ลูกจ้างร้านมอบเงินให้แล้วจะไม่รายงานว่าต่อเติมตัดแปลงอาคารฯ จ. ไม่ใช่ผู้เสียหายที่จะฟ้อง ล. ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 149, 157 เพราะตามพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2497 ผู้ที่จะถูกลงโทษและรื้อถอน คือผู้ที่ปลูกสร้าง จ. ไม่ใช่เจ้าของหรือผู้ปลูกสร้าง และเงินก็เป็นของร้าน⁴⁴

แต่หากบทบัญญัติของกฎหมายบทใด มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองแก่เจ้าพนักงานของรัฐหรือกิจการในราชการของรัฐ เมื่อมีการฝ่าฝืนกฎหมาย โดยทั่วไปเจ้าพนักงานหรือรัฐเท่านั้นเป็นผู้เสียหาย เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร

⁴³ คะเนิง ภาไชย. (2543). คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. หน้า 2-9.

⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2123/2519.

ตั้งแต่มาตรา 107-135 ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง ตั้งแต่มาตรา 136-166 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม ตั้งแต่มาตรา 167-205 หรือความผิดว่าด้วยพนักงานในองค์การของรัฐ พ.ศ. 2505 เป็นต้น เหล่านี้ถือว่าเจ้าพนักงานหรือรัฐเท่านั้น เป็นผู้ได้รับความเสียหาย เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดเอง แต่มีข้อยกเว้นว่าหากเอกชนผู้ใดได้รับความเสียหายด้วยเป็นพิเศษ เนื่องจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติเช่นนั้น ก็ถือว่าเป็นผู้เสียหายด้วย มีอำนาจฟ้องหรือร้องทุกข์ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ ตัวอย่างเช่น ในความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบและโดยทุจริต ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ตามปกติรัฐเป็นผู้เสียหาย แต่ถ้าผู้ใดได้รับความเสียหายเป็นพิเศษย่อมเป็นผู้เสียหายได้ การที่เจ้าหน้าที่ที่กรอกข้อความขอพระราชทานวิสุงคามสีมาไม่ชอบ เป็นเหตุให้วัด ข. ได้รับวิสุงคามสีมา และผู้กรอกข้อความมีเจตนาทุจริตเพื่อให้วัด ข. ได้ที่ดินของวัด ก. ดังนี้ วัด ก. ไม่ใช่ผู้เสียหาย ผู้ที่ได้รับความเสียหายคือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการพิจารณาเรื่องราวที่ยื่นนั้น⁴⁵

ส่วนกรณีบทบัญญัติของกฎหมายบทใดกำหนดหรือจำกัดห้ามการกระทำใดๆ เพื่อประโยชน์ในทางการปกครอง การฝ่าฝืนบทบัญญัตินั้นรัฐเท่านั้นเป็นผู้เสียหาย เอกชนคนอื่นใดไม่อาจเป็นผู้เสียหายได้ บทบัญญัติเหล่านี้จะสังเกตได้คือ การกระทำการนั้นต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานนั่นเอง เช่น ความผิดตามพระราชบัญญัติการพนัน พระราชบัญญัติรถยนต์ พระราชบัญญัติจราจรทางบก พระราชบัญญัติป่าไม้ เป็นต้น ตัวอย่างเช่น ราษฎรไม่มีอำนาจฟ้องผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติยาสูบ แม้จะเป็นผู้ซื้อขายยาสูบที่จำหน่ายเกินราคา ซึ่งผู้จำหน่ายมีความผิด ผู้ซื้อไม่เป็นผู้เสียหาย⁴⁶

กรณีที่ 2 การฝ่าฝืนบทบัญญัตินั้นความเสียหายได้เกิดต่อผู้เสียหายหรือไม่

หลักนี้เป็นกรณีที่ความเสียหายนั้นต้องเป็นผลโดยตรงอันเกิดจากการกระทำความผิดหรือหรือที่เรียกว่าความเสียหายโดยตรง กล่าวคือ เมื่อได้ความว่ากฎหมายบทนั้นมุ่งประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองบุคคลประเภทใดแล้ว และผู้เสียหายเป็นบุคคลในประเภทนั้นแล้วก็ตาม กรณีจะต้องได้ความว่าการฝ่าฝืนกฎหมายบทนั้นได้กระทำต่อผู้เสียหาย ถ้าหากความเสียหายไม่ได้เกิดแก่ผู้นั้นแล้วย่อมไม่เป็นผู้เสียหาย หลักนี้ถือความแน่ชัดของบุคคลผู้เสียหายนั้น

2.5.3 บุคคลนั้นต้องเป็นผู้เสียหาย โดยนิรนัย

หลักเกณฑ์ข้อนี้ไม่มีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 2 (4) แต่ได้มีคำพิพากษาของศาลสูงวางแบบอย่างเป็นบรรทัดฐานไว้ แม้ว่าบุคคลจะเป็นผู้เสียหายโดยหลักเกณฑ์ครบถ้วนแล้วก็ตาม กรณีจะต้องได้ความว่าเป็นผู้เสียหายโดยนิรนัยด้วย คือต้องเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายประกอบด้วย

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1569/2517.

⁴⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1613/2492.

หมายความว่า บุคคลนั้นจะต้องไม่เป็นผู้มีส่วนร่วม รู้เห็น ยินยอมสมัครใจ ช่วยเหลือ หรือก่อให้เกิดการกระทำความผิด หรือการกระทำผิดนั้นจะต้องมิได้มีมูลมาจากการที่ตนเองมีเจตนาฝ่าฝืนกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมถึงกรณีของตนเองทุจริตด้วย

การยินยอมให้ผู้อื่นกระทำผิดต่อตนนั้น มีบางกรณีก็เป็นความผิดทางอาญา บางกรณีก็ไม่ใช่ความผิดทางอาญา สำหรับกรณีที่ไม่ใช่ความผิดทางอาญา ปัญหาผู้เสียหายย่อมไม่เกิดขึ้นคงมีปัญหาเฉพาะในเมื่อเป็นความผิดทางอาญา ความยินยอมนั้นต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ได้มาโดยเสรี ใจจริง ชัดแจ้ง นั่นเอง