

บันทึก

เรื่อง เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา*

เค้าโครงบันทึก

๑. ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับโทษทางปกครอง

- ๑.๑ ความหมายของโทษทางปกครอง
- ๑.๒ ประเภทของโทษทางปกครอง
- ๑.๓ โทษทางปกครองกับมาตรการอื่นที่คล้ายคลึงกัน
- ๑.๔ ความแตกต่างระหว่างโทษทางปกครองและโทษอาญา

๒. เหตุผลความเป็นมาในการใช้โทษทางปกครอง

- ๒.๑ การดำเนินนโยบายลด-เลิกโทษอาญา : กลุ่มประเทศที่มีแนวคิดที่ว่าด้วย
“การกระทำผิดทางปกครอง” (เยอรมัน โปรตุเกส อิตาลี)
- ๒.๒ การแทรกแซงของรัฐและประสิทธิภาพในการลงโทษ : กรณีของฝรั่งเศส

๓. การพัฒนาเกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษในระบบกฎหมายต่างประเทศ

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

๔. แนวทางการกำหนดโทษทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

- ๔.๑ ข้อเสนอให้ใช้ “มาตรการทางปกครอง” แทนโทษอาญา
- ๔.๒ เกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษของฝ่ายตำรา องค์การทางกฎหมาย
และผู้ตรากฎหมาย
- ๔.๓ ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางที่เหมาะสมในการเลือกกำหนดโทษ

*จัดทำโดยนายศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ ผู้อำนวยการฝ่ายพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง สำนักกฎหมาย

บทกำหนดโทษเป็นกลไกสำคัญที่ทำให้กฎหมายมีสภาพบังคับ เมื่อกล่าวถึงโทษตามกฎหมาย นักกฎหมายมักนึกถึงโทษอาญา เพราะมีแนวคิดที่ว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายว่าด้วยการลงโทษ (*jus puniendi*) แต่เดิมผู้ตรากฎหมายมักกำหนดให้การกระทำผิดกฎหมายมีโทษอาญา แต่ปัจจุบันเริ่มมีการนำมาตรการอื่น ๆ มาใช้แทนโทษอาญา ซึ่งมาตรการหนึ่ง คือ โทษทางปกครอง กฎหมายไทยหลายฉบับเริ่มกำหนดให้การกระทำผิดที่ไม่ร้ายแรงมี “โทษทางปกครอง” โดยเฉพาะโทษปรับทางปกครอง โดยฝ่ายปกครองมีอำนาจลงโทษผู้กระทำผิดได้เองโดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งทำให้กระบวนการลงโทษเป็นไปอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ ขณะเดียวกันผู้กระทำผิดก็ไม่ต้องบอปปช้ำและเสียประวัติเหมือนกับการถูกลงโทษอาญา

ปัจจุบันโทษทางปกครองยังถือเป็น “เรื่องใหม่” สำหรับวงการกฎหมายไทยและมีข้อสงสัยในทางวิชาการในหลายประเด็น โดยประเด็นหนึ่ง คือ แนวทางการกำหนดโทษทางปกครองซึ่งมีปัญหาต้องพิจารณาว่า การกระทำลักษณะใดควรกำหนดให้มีโทษทางปกครองและการกระทำลักษณะใดควรกำหนดให้มีโทษอาญา ในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีการวมทั้งในที่ประชุมฝ่ายร่างกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีการหยิบยกเรื่องนี้ขึ้นอภิปรายอยู่บ่อยครั้ง^๑ แต่ก็ไม่ได้ข้อสรุปที่ชัดเจนเป็นแนวทางปฏิบัติในการร่างกฎหมาย ในการประชุมฝ่ายร่างกฎหมาย ครั้งที่ ๗/๒๕๕๔ วันที่ ๒ กันยายน ๒๕๕๔ ที่ประชุมจึงมีมติมอบหมายให้สำนักกฎหมายปกครองดำเนินการศึกษาแนวทางในการกำหนดโทษทางปกครองว่ากรณีใดที่สมควรกำหนดให้มีโทษทางปกครองแทนโทษอาญา เพื่อประโยชน์ในการวาง “แบบ” เกี่ยวกับบทกำหนดโทษทางปกครองต่อไป

โดยที่ระบบกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศในแถบภาคพื้นยุโรปได้พัฒนา “องค์ความรู้” ในเรื่องโทษทางปกครองก้าวหน้าไปอย่างมาก โดยมีการศึกษาแนวทางในการกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญาจนสามารถกำหนดเกณฑ์พิจารณาที่ชัดเจนและเป็นระบบ ในบันทึกนี้จึงขอเสนอแนะเกณฑ์พิจารณาของระบบกฎหมายต่างประเทศซึ่งน่าจะเป็นประโยชน์แก่การพิจารณากำหนดแนวทางในการเลือกกำหนดโทษที่เหมาะสมสำหรับระบบกฎหมายไทยต่อไป บันทึกนี้มีเนื้อหาแบ่งเป็นสี่ส่วนด้วยกัน ส่วนที่หนึ่ง เป็นข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับโทษทางปกครอง ส่วนที่สอง ว่าด้วยเหตุผลความเป็นมาในการใช้โทษทางปกครอง ส่วนที่สาม เป็นการศึกษาเกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษทางปกครองของต่างประเทศ และส่วนที่สี่ เป็นการวิเคราะห์แนวทางในการกำหนดโทษทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

๑. ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับโทษทางปกครอง

๑.๑ ความหมายของโทษทางปกครอง

ฝ่ายตำราในฝรั่งเศสและเบลเยียมได้ให้ความหมายของ “โทษทางปกครอง” ไว้ว่าหมายถึง “มาตรการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งลงโทษการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย กฎระเบียบ”^๒ “โทษที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้บังคับแก่ประชาชนตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่

^๑เช่น การประชุมฝ่ายร่างกฎหมาย ครั้งที่ ๒/๒๕๕๐ วันที่ ๑๗ มกราคม ๒๕๕๐, ครั้งที่ ๔๑/๒๕๕๑ วันที่ ๑๙ พฤศจิกายน ๒๕๕๑ และครั้งที่ ๑๙/๒๕๕๒ วันที่ ๔ มิถุนายน ๒๕๕๒

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

กฎหมายบัญญัติไว้”^{๓๓} “คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ฝ่าฝืนหน้าที่ตามกฎหมาย”^{๓๔} หรือ “คำสั่งทางปกครองที่องค์กรฝ่ายปกครองทำขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยมีเนื้อหาเป็นการลงโทษการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย”^{๓๕} การลงโทษทางปกครองจึงมีลักษณะเด่นสามประการ คือ เป็นมาตรการที่มีมูลเหตุมาจากการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษการกระทำผิด และใช้วิธีการออกคำสั่งทางปกครอง^{๓๖}

สภาแห่งรัฐฝรั่งเศส (Conseil d'État)^{๓๗} ได้ให้คำจำกัดความของ “โทษทางปกครอง” (sanction administrative) ว่าหมายถึง “คำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้นโดยองค์กรฝ่ายปกครองในกรอบของการใช้อำนาจมหาชนเพื่อลงโทษการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือกฎหมายของฝ่ายบริหาร”^{๓๘} ซึ่งคณะมนตรีแห่งสภายุโรป (Council of Europe)^{๓๙} ได้กำหนดขอบเขตของ “โทษทางปกครอง” (administrative sanctions) ที่อยู่ภายใต้บังคับข้อเสนอแนะว่าด้วยการบังคับใช้โทษทางปกครองโดยรัฐภาคีสมาชิก^{๔๐} ไว้คล้ายคลึงกันว่า ได้แก่ “บรรดาคำสั่งทางปกครองที่เป็นการลงโทษบุคคลสำหรับการกระทำที่ขัดต่อกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นโทษปรับหรือมาตรการลงโทษอย่างอื่น ไม่ว่าจะเป็นการสั่งให้ชำระเงินหรือไม่ก็ตาม”^{๔๑}

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

^{๓๓}VAN LANG (A.), GONDOUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, (Paris : Armand Collin, 2002), p. 281.

^{๓๔}MOREAU (J.), *Droit administratif*, (Paris : P.U.F., 1989), p. 217.

^{๓๕}PUT (J.), *Administratieve sancties in het sociale zekerheidsrecht*, (Bruges : Die Keure, 1998), p. 35 อ้างใน GOFFAUX (P.), *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, (Bruxelles : Bruylant, 2006), p. 248.

^{๓๖}BOMBOIS (T.) et DÉOM (D.), “La définition de la sanction administrative”, in ANDERSEN (R.), DÉOM (D.) et RENDERS (D.), *Les sanctions administratives*, (Bruxelles : Bruylant, 2007), p. 26 et s.

^{๓๗}Conseil d'État, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, (Paris : La Documentation française, 1995), p. 35-36.

^{๓๘}“une sanction administrative est une décision unilatérale prise par une autorité administrative dans le cadre de prérogatives de puissance publique...[et] inflige une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlements”

^{๓๙}สภายุโรปเป็นองค์การระหว่างประเทศที่ส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประชาชาติในยุโรปในด้านกฎหมาย สิทธิมนุษยชน การพัฒนาประชาธิปไตย และวัฒนธรรม ปัจจุบันมีรัฐภาคีสมาชิกทั้งสิ้น ๔๗ ประเทศ สภายุโรปเป็นองค์กรที่แยกต่างหากจากสหภาพยุโรป (European Union) และไม่มีอำนาจออกกฎเกณฑ์ที่ผูกพันรัฐภาคีสมาชิกเช่นเดียวกับสหภาพยุโรป

^{๔๐}Recommendation N° R (91) 1 of the Committee of Ministers to member states on administrative sanctions (adopted by the Committee of Ministers on 13 February 1991, at the 452nd meeting of the Ministers' Deputies)

^{๔๑}“...administrative acts which impose a penalty on persons on account of conduct contrary to the applicable rules, be it a fine or any punitive measure, whether pecuniary or not.”

โทษทางปกครองเป็นมาตรการที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจลงโทษผู้กระทำความผิดได้เองด้วยการออกคำสั่งทางปกครอง โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งมีข้อแตกต่างจากการลงโทษอาญาซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาล (๒) **เกณฑ์ว่าด้วยวัตถุประสงค์** (critère finaliste) : โทษทางปกครองเป็นมาตรการที่มุ่งหมายลงโทษการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย จึงแตกต่างจากมาตรการอื่น ๆ ของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันแต่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษ

ในระบบกฎหมายไทย อาจสรุปได้ว่าโทษทางปกครอง ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจทำขึ้นเพื่อลงโทษการกระทำผิดกฎหมาย กฎ ระเบียบต่าง ๆ ดังที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเคยให้ความเห็นไว้ในเรื่องเสร็จที่ ๕๑/๒๕๔๘^{๑๒} ว่า การที่คณะกรรมการบริหารตามร่างระเบียบคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลฯ สั่งให้โรงงานชำระเบี้ยปรับแก่กองทุนอ้อยและน้ำตาลทราย “มิใช่การกำหนดค่าปรับในทางอาญา แต่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่ต้องชำระเบี้ยปรับ จึงเป็น “คำสั่งทางปกครอง...”” ซึ่งหากโรงงานไม่ชำระเบี้ยปรับซึ่งเป็นโทษทางปกครอง ก็ต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามมาตรา ๕๗ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ต่อไป

๑.๒ ประเภทของโทษทางปกครอง

แต่เดิมโทษทางปกครองมักมีขอบเขตจำกัดอยู่เฉพาะบุคคลที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์กับฝ่ายปกครองไว้ก่อนหน้าและเป็นโทษที่ระงับสิทธิตามกฎหมาย เช่น ผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการต่าง ๆ หากไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการอนุญาตหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมาย ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจลงโทษโดยสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต กฎหมายไทยได้กำหนดมาตรการทำนองนี้มานานแล้ว แม้จะไม่ได้ระบุว่าเป็น “โทษทางปกครอง” แต่ปัจจุบันก็เป็นที่ยอมรับกันแล้วว่าเป็น “โทษทางปกครอง”^{๑๓} หรือ “มาตรการลงโทษทางปกครอง”^{๑๔} อย่างหนึ่ง ส่วนโทษทางปกครองอื่น ๆ ที่ระงับสิทธิของบุคคล เช่น การเพิกถอนการรับรอง การสั่งห้ามประกอบกิจการหรือสั่งปิดสถานประกอบกิจการ การลบชื่อออกจากทะเบียนผู้ประกอบการ ฯลฯ

โทษทางปกครองอีกประเภทหนึ่ง คือ โทษที่บังคับเข้ากับทรัพย์สิน (sanctions patrimoniales) โดยมาตรการที่ใช้กันมาก คือ โทษปรับทางปกครอง กฎหมายเยอรมันให้อำนาจฝ่ายปกครองลงโทษการกระทำผิดที่เรียกว่า “Ordnungswidrigkeit” ซึ่งแปลตรงตัวว่า “การกระทำที่ละเมิดต่อกฎระเบียบ” หรือแปลเอาความได้ว่า “การกระทำผิดทางปกครอง” โดยฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำความผิดชำระค่าปรับที่เรียกว่า “Geldbuße” ซึ่งนักกฎหมายไทยสำนักเยอรมันแปลว่า

^{๑๒}บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง ปัญหาข้อกฎหมายตามร่างระเบียบคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทราย ว่าด้วยเบี้ยปรับสำหรับโรงงานน้ำตาลทรายที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามประกาศระเบียบ หรือพระราชบัญญัติอ้อยและน้ำตาลทราย พ.ศ. ๒๕๒๗ พ.ศ.

^{๑๓}บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ความรับผิดทางอาญากรณีผู้รับใบอนุญาตไม่ปฏิบัติตามกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา ๒๙ และมาตรา ๓๐ แห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. ๒๕๓๕ (เรื่องเสร็จที่ ๘๓๔/๒๕๕๑) : การพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตตามมาตรา ๔๓ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวในกรณีที่ได้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎกระทรวง ข้อกำหนด หรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในใบอนุญาต เป็น “โทษทางปกครอง”

^{๑๔}บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, รายงานฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การควบคุมผู้ดำเนินธุรกิจจัดส่งคนหางานไปทำงานในต่างประเทศตามพระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน พ.ศ. ๒๕๒๘, เสนอกรมการจัดหางาน กระทรวงแรงงาน กรกฎาคม ๒๕๔๘, หน้า ๑๙๓ : การเพิกถอนใบอนุญาตตามมาตรา ๗๐ แห่งพระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครองคนหางานฯ เป็น “มาตรการลงโทษทางปกครอง”

“พินัย”^{๑๕} “ปรับทางปกครอง”^{๑๖} หรือ “ค่าปรับทางปกครอง” ที่เป็น “โทษทางปกครองซึ่งเกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายปกครอง”^{๑๗} กฎหมายโปรตุเกสซึ่งได้รับอิทธิพลจากเยอรมันก็มีแนวคิดที่ว่าด้วย “การกระทำที่ละเมิดต่อกฎระเบียบ” (contra-ordenação)^{๑๘} หรือ “การกระทำผิดทางปกครอง” โดยผู้กระทำผิดต้องชำระค่าปรับที่เรียกว่า “coima” ในอิตาลี ค่าปรับทางปกครองก็เป็นโทษหลักสำหรับ “การกระทำผิดทางปกครอง” (illecito amministrativo) ทั้งนี้ ประเทศต่าง ๆ ใช้ถ้อยคำแตกต่างกันเพื่อแยก “ค่าปรับทางปกครอง”/“ค่าปรับอาญา” (เยอรมัน : Geldbuße/Geldstrafe ; โปรตุเกส : coima/multa ; อิตาลี : sanzione amministrativa pecuniaria/ammenda-multa^{๑๙}) ส่วนในฝรั่งเศสบทบัญญัติของกฎหมายก็มักจะระบุว่าค่าปรับในกรณีใดเป็น “ค่าปรับทางปกครอง” (amende administrative) เช่นเดียวกับกฎหมายไทยฉบับต่าง ๆ ที่ระยะหลังมักจะระบุว่าค่าปรับที่กำหนดไว้เป็น “โทษปรับทางปกครอง” หรือ “ค่าปรับทางปกครอง” มิใช่ค่าปรับอาญา^{๒๐}

อนึ่ง แม้จะมีแนวคิดที่ว่าโทษทางปกครองไม่มีลักษณะเป็นการประณามผู้กระทำผิดเช่นเดียวกับโทษอาญา แต่ในบางกรณีก็อาจเป็นโทษที่ทำให้ผู้กระทำผิดอับอายหรือเสื่อมเสียชื่อเสียงก็ได้ เช่น การตำหนิโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน^{๒๑}

๑.๓ โทษทางปกครองกับมาตรการอื่นที่คล้ายคลึงกัน

ปัญหาว่ามาตรการใด ๆ ของฝ่ายปกครองที่เป็นการ “ลงโทษ” บุคคลจะถือเป็น “โทษทางปกครอง” ทั้งหมดหรือไม่ นั้น กรณีการลงโทษทางวินัย (sanctions disciplinaires) ไม่ว่าจะการลงโทษทางวินัยข้าราชการหรือสมาชิกองค์กรวิชาชีพต่าง ๆ ฝ่ายตำราส่วนหนึ่งมีความเห็นว่าเป็นการลงโทษทางปกครองในความหมายอย่างกว้าง^{๒๒} แต่อีกส่วนหนึ่งแยกการลงโทษทางวินัยออกจาก การลงโทษทางปกครอง^{๒๓} ทั้งนี้ โดยที่โทษทางวินัยมีลักษณะพิเศษ โดยเป็นการลงโทษบุคคลที่เป็นสมาชิกขององค์กรหนึ่งซึ่งฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ภายในขององค์กรนั้นในเรื่องจริยธรรมในการประกอบวิชาชีพ

^{๑๕} คณิต ธิ นคร, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*, (พิมพ์ครั้งที่ ๗ : กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๔๙), หน้า ๔๖๗.

^{๑๖} กมลชัย รัตนสกววงศ์, *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๔), หน้า ๑๗๐.

^{๑๗} วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน*, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๔๙), หน้า ๑๗๑.

^{๑๘} คำว่า contra-ordenação ในภาษาโปรตุเกสแปลมาจากคำว่า Ordnungswidrigkeit ในภาษาเยอรมัน ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงอิทธิพลของกฎหมายเยอรมันได้เป็นอย่างดี

^{๑๙} ammenda เป็นค่าปรับสำหรับความผิดอาญาโทษ (contravvenzioni) ส่วน multa เป็นค่าปรับสำหรับความผิดอาญาระดับกลาง (delitti)

^{๒๐} พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔, พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๕, พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. ๒๕๔๖, พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. ๒๕๔๗, พระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. ๒๕๕๐, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๕๐, พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. ๒๕๕๐, พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. ๒๕๕๑, พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑, พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ และพระราชบัญญัติการแพทย์ฉุกเฉิน พ.ศ. ๒๕๕๑

^{๒๑} พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. ๒๕๔๖ มาตรา ๑๑๑ (๒)

^{๒๒} MOURGEON (J.), *La répression administrative*, (Paris : L.G.D.J., 1967)

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

ซึ่งแตกต่างจากโทษทางปกครองทั่วไปที่ลงโทษบุคคลใด ๆ ที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ในการศึกษาเกี่ยวกับโทษทางปกครอง โดยเฉพาะการศึกษาเปรียบเทียบกับโทษอาญา จึงมักจะไม่นรวมการลงโทษทางวินัยไว้ในขอบเขตการศึกษาด้วย^{๒๔} ส่วนการลงโทษคู่สัญญา (sanctions contractuelles) โดยหน่วยงานของรัฐนั้น แม้จะเป็นมาตรการของฝ่ายปกครองที่ลงโทษบุคคลเช่นเดียวกับโทษทางปกครอง แต่เนื่องจากเป็นเรื่องที่มีลักษณะเฉพาะเกี่ยวกับความรับผิดชอบตามสัญญา ซึ่งมีหลักกฎหมายที่ใช้บังคับแตกต่างจากการลงโทษทางปกครองทั่วไป จึงมักจะไม่นรวมเรื่องดังกล่าวไว้ในการศึกษาเกี่ยวกับโทษทางปกครองเช่นเดียวกัน

ทั้งนี้ มาตรการของฝ่ายปกครองที่มีเนื้อหาลักษณะเดียวกันอาจเป็นโทษทางปกครองหรือเป็นมาตรการอื่นก็ได้ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของมาตรการนั้น ๆ ระบบกฎหมายฝรั่งเศสแบ่งแยกโทษทางปกครองและมาตรการอย่างอื่นของฝ่ายปกครองที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษ ได้แก่

- “มาตรการรักษาความสงบเรียบร้อย” (mesure de police) เช่น การสั่งปิดสถานประกอบการ หากมีมูลเหตุมาจากการกระทำผิดกฎหมายและมีวัตถุประสงค์ลงโทษการกระทำผิด ย่อมเป็นโทษทางปกครอง แต่ถ้ามีวัตถุประสงค์ป้องกันมิให้มีการกระทำอันขัดต่อความสงบเรียบร้อย สุขอนามัย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมเป็นมาตรการรักษาความสงบเรียบร้อย^{๒๕}

- “มาตรการคู่ขนาน” (mesure symétrique) เช่น การเพิกถอนใบอนุญาต หากเจ้าหน้าที่เพิกถอนใบอนุญาตเนื่องจากผู้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติกฎหมาย ย่อมเป็นการลงโทษการกระทำผิดและเป็นโทษทางปกครอง แต่ถ้าเพิกถอนใบอนุญาตเนื่องจากผู้ได้รับใบอนุญาตขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนด การเพิกถอนใบอนุญาตย่อมเป็นเพียงมาตรการคู่ขนานกับการออกใบอนุญาตตามหลักอำนาจขนาน (principe de parallélisme des compétences) ที่ถือว่าเมื่อเจ้าหน้าที่มีอำนาจก่อตั้งสิทธิ (ออกใบอนุญาต) ก็มีอำนาจระงับสิทธิ (เพิกถอนใบอนุญาต) ได้ หากผู้ได้รับอนุญาตไม่เข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้สำหรับการอนุญาตอีกต่อไป โดยเจ้าหน้าที่ถูกผูกพันให้เพิกถอนใบอนุญาตโดยไม่มีดุลพินิจที่จะพิจารณาสั่งการเป็นอย่างอื่นไปได้ กรณีจึงไม่จำเป็นต้องรับฟังผู้รับใบอนุญาตก่อนออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตที่เป็นมาตรการคู่ขนาน ทั้งนี้ นำสังเกตว่ากฎหมายไทยบางฉบับได้กำหนดมาตรการที่มีลักษณะเป็น “มาตรการคู่ขนาน” ไว้ในบทบัญญัติที่ว่าด้วย “โทษทางปกครอง” ทั้งที่มาตรการดังกล่าวไม่มีวัตถุประสงค์ลงโทษการกระทำผิดกฎหมายและไม่ใช่โทษทางปกครอง^{๒๖}

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

^{๒๔}ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า “โทษทางปกครอง” ที่กำหนดไว้ในกฎหมายไทยบางฉบับนั้น แท้จริงแล้วมีลักษณะเป็น “โทษทางวินัย” ที่ใช้กับการกระทำผิดทางวินัยของเจ้าหน้าที่ของรัฐ มิใช่โทษทางปกครองที่ใช้กับการกระทำความผิดของประชาชนทั่วไป เช่น “โทษปรับทางปกครอง” สำหรับเจ้าหน้าที่ที่ฝ่าฝืนมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินของรัฐตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๕๒

^{๒๕}Conseil d'État, อ้างแล้วใน (๗), p. 38.

^{๒๖}เช่น พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ หมวด ๗ บทกำหนดโทษ ส่วนที่ ๑ โทษทางปกครอง มาตรา ๗๐ ที่กำหนดว่า ในกรณีที่ปรากฏภายหลังว่าผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโรงภาพยนตร์ผู้ใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม ให้นายทะเบียนมีอำนาจสั่งเพิกถอนใบอนุญาตของผู้รับใบอนุญาตดังกล่าว

ราชการ มิใช่โทษทางปกครอง^{๒๗} แต่ถ้ามีวัตถุประสงค์เพื่อ “ลงโทษผู้เสียหายที่เพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำเตือนให้ชำระภาษี” ย่อมเป็นโทษทางปกครอง^{๒๘} โดยหลักประกันในกฎหมายอาญา เช่น หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง ชอบที่จะนำมาปรับใช้กับโทษทางปกครอง แต่ไม่รวมถึงกรณีของ “เงินเพิ่มและดอกเบี้ยที่มีลักษณะเป็นการทดแทนความเสียหาย”^{๒๙}

มาตรการของฝ่ายปกครองอีกอย่างหนึ่งซึ่งคล้ายคลึงกับโทษทางปกครอง คือ “มาตรการบังคับทางปกครอง” (mesure de contrainte administrative directe ; mesure de co-action) ซึ่งเป็นมาตรการที่ใช้บังคับให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองเพื่อให้คำสั่งบรรลุวัตถุประสงค์ เช่น การสั่งให้ผู้รับคำสั่งชำระค่าปรับรายวันจนกว่าจะมีการปฏิบัติตามคำสั่ง หรือการที่ฝ่ายปกครองเข้าดำเนินการแทนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่ง ระบบกฎหมายของบางประเทศ เช่น ฝรั่งเศส ไม่มีแนวคิดในการแบ่งแยกโทษทางปกครองและมาตรการบังคับทางปกครองออกจากกันอย่างชัดเจน โดยฝ่ายตำราบางส่วนมองขอบเขตของ “การบังคับทางปกครอง” (contrainte administrative) ในนัยกว้าง โดยรวมถึงโทษทางปกครองซึ่งถือเป็นการบังคับทางปกครองทางอ้อม^{๓๐} แต่อีกส่วนหนึ่งเห็นควรแบ่งแยกโทษทางปกครองและมาตรการบังคับทางปกครองออกจากกัน เพราะมาตรการบังคับทางปกครองไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษ (finalité répressive) แต่บังคับให้มีการปฏิบัติตามเจตจำนงของฝ่ายปกครอง ขณะที่โทษทางปกครองมีวัตถุประสงค์ลงโทษผู้กระทำความผิด มิได้มุ่งหมายที่จะบังคับบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยตรงให้หันมาปฏิบัติให้ถูกต้อง^{๓๑}

ทั้งนี้ ระบบกฎหมายของบางประเทศได้แบ่งแยกมาตรการบังคับทางปกครองและโทษทางปกครองออกจากกันอย่างชัดเจน เช่น ระบบกฎหมายเยอรมันที่แบ่งแยกอำนาจของรัฐในการบังคับการ (Zwangsgewalt) และอำนาจในการลงโทษ (Strafgewalt)^{๓๒} โดยแยกมาตรการปรับของฝ่ายปกครองออกเป็น “ค่าปรับบังคับการ” (Zwangsgeld) และ “ค่าปรับทางปกครอง” (Geldbuß) โดยพิจารณาจาก “วัตถุประสงค์” ในการกำหนดค่าปรับ ค่าปรับบังคับการเป็นค่าปรับที่เจ้าหน้าที่กำหนดให้บุคคลที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองชำระเป็นรายวันไปจนกว่าจะมีการปฏิบัติตามคำสั่ง กรณีจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับพฤติกรรมของบุคคลในอนาคต ส่วนค่าปรับทางปกครองเป็นค่าปรับที่เจ้าหน้าที่กำหนดแก่บุคคลที่กระทำความผิดทางปกครอง จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษพฤติกรรมในอดีตและเป็นโทษทางปกครองอย่างหนึ่ง มาตรการปรับทั้งสองประเภทมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน โดยค่าปรับบังคับการอยู่ภายใต้บังคับรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับทางปกครอง (Verwaltungsvollstreckungsgesetz - VwVG) ส่วนค่าปรับทางปกครองอยู่ภายใต้บังคับรัฐบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeitengesetz - OWiG) ซึ่งเป็น “กฎหมายกลาง” ที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงโทษทางปกครอง

^{๒๗}C.E., 10 mai 1952, Sieur X, R. p. 250.

^{๒๘}C.E., 17 février 1992, Époux Vermeersch, R. p. 62.

^{๒๙}C.C., décision n° 82-155 DC du 30 décembre 1982.

^{๓๐}LUSSET-SEGUIN (C.), *La compétence administrative de contrainte*, Thèse Bordeaux I, 1993.

^{๓๑}MODERNE (F.), *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, (Paris : Économica, 1993), p. 86.

^{๓๒}เรื่องเดียวกัน, p. 87.

ในทำนองเดียวกัน ระบบกฎหมายเนเธอร์แลนด์ได้แบ่งแยกมาตรการปรับของฝ่ายปกครองออกเป็น “ค่าปรับบังคับการ” (dwangsom ; coercive sum) ซึ่งเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง และ “ค่าปรับทางปกครอง” (bestuurlijke boete ; administrative fine) ซึ่งเป็นโทษทางปกครอง ค่าปรับบังคับการเป็นค่าปรับรายวันที่เจ้าหน้าที่กำหนดแก่ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองจนกว่าจะปฏิบัติให้ถูกต้อง ส่วนค่าปรับทางปกครองเป็นโทษปรับที่มีเนื้อหาเช่นเดียวกับโทษปรับอาญา เพียงแต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจออกคำสั่งปรับได้เอง โดยฝ่ายตาราอธิบายว่าค่าปรับบังคับการมีวัตถุประสงค์บังคับให้มีการปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย ขณะที่ค่าปรับทางปกครองมุ่งลงโทษผู้กระทำความผิดให้เดือดร้อนเสียหาย^{๓๓} ทั้งนี้ พระราชบัญญัติกฎหมายปกครองทั่วไป ค.ศ. ๑๙๙๒ (Algemene wet bestuurecht - Awb) ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับค่าปรับบังคับการไว้ในหมวด ๕.๓ การบังคับทางปกครอง มาตรา ๕ : ๓๒ ถึงมาตรา ๕ : ๓๖ ส่วนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับค่าปรับทางปกครองกำหนดไว้ในหมวด ๕.๔ ค่าปรับทางปกครอง มาตรา ๕ : ๔๐ ถึงมาตรา ๕ : ๕๔

ระบบกฎหมายสเปนมีแนวคิดคล้ายคลึงกัน โดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินและวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. ๑๙๙๒ (Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común) ได้แบ่งแยกการปรับของฝ่ายปกครองทั้งสองประเภทออกจากกัน โดย “ค่าปรับบังคับการ” (multa coercitiva) ได้กำหนดไว้ในมาตรา ๙๙ ในหมวด ๕ ว่าด้วยการบังคับทางปกครอง (Ejecución) ส่วน “ค่าปรับทางปกครอง” (sanción pecunaria) ซึ่งเป็นโทษทางปกครองอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติว่าด้วยการลงโทษทางปกครอง (De la potestad sancionadora) ในมาตรา ๑๒๗ ถึงมาตรา ๑๓๘ โดยศาลรัฐธรรมนูญสเปน (Tribunal constitucional) เคยมีคำวินิจฉัยว่าค่าปรับบังคับการมิใช่การใช้อำนาจลงโทษของรัฐเพื่อลงโทษการกระทำความผิดกฎหมาย แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับให้ผู้ฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครองปฏิบัติให้ถูกต้องตามคำสั่งโดยเร็วเท่านั้น อันเป็นการ “ปกป้องอำนาจสั่งการของตนเองโดยฝ่ายปกครอง ” (autoprotection exécutoire de l’administration) ดังนั้น การสั่งให้ชำระค่าปรับบังคับการจึงไม่จำเป็นต้องมีหลักประกันที่เคร่งครัดเท่าเทียมกับการลงโทษทางปกครอง^{๓๔}

ระบบกฎหมายไทยไม่ได้แบ่งแยกมาตรการบังคับทางปกครองและโทษทางปกครองออกจากกันอย่างชัดเจน บางกรณีจึงมีการอธิบายว่ามาตรการบังคับทางปกครองเป็น “โทษทางปกครอง” เช่น “ค่าปรับทางปกครอง” ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็น “โทษปรับทางปกครอง”^{๓๕} ทั้งที่ค่าปรับดังกล่าวเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง (ค่าปรับบังคับการ) และในทางกลับกันก็มีการอธิบายว่า “โทษทางปกครอง” ที่กำหนดในกฎหมายฉบับต่าง ๆ เป็น “มาตรการบังคับทางปกครอง” อย่างหนึ่ง^{๓๖} ซึ่งคำอธิบายดังกล่าวอาจทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสับสนและบังคับใช้กฎหมายโดยไม่ถูกต้องได้ เช่น กรณีของมาตรา ๓๐ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องให้ออกาสคู่กรณีได้รับทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้ง

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

^{๓๔}MODERNE (F.), อ้างแล้วใน (๓๑), p. 87.

^{๓๕}“ความหมายของโทษปรับทางปกครอง”, <http://www.pub-law.net> วันอังคารที่ ๒๘ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๔๗ (ไม่ปรากฏชื่อผู้เขียน)

^{๓๖}สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *คู่มือแบบการร่างกฎหมาย*, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ดอกเบี๋ย, ๒๕๕๑), หน้า ๔๘๗ : “อาจจำแนกลักษณะของมาตรการบังคับทางปกครองได้ ดังนี้... (๒) โทษทางปกครอง...”

แสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของคู่กรณี โดยมีข้อยกเว้นไม่ต้องรับฟัง คู่กรณีตามที่กำหนดไว้ในวรรคสอง (๑) ถึง (๖) ซึ่งกรณีตาม (๕) คือ เมื่อเป็น*มาตรการบังคับทางปกครอง* ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่เข้าใจว่า “โทษทางปกครอง” ที่กฎหมายกำหนดเป็นมาตรการบังคับทางปกครองอย่างหนึ่ง ในการออกคำสั่งลงโทษทางปกครอง เจ้าหน้าที่ก็อาจไม่รับฟังคู่กรณีก่อนที่จะออกคำสั่งเพราะเข้าใจว่าเข้าใจข้อยกเว้นตามมาตรา ๓๐ วรรคสอง (๕) ซึ่งจะเป็นความบกพร่องในวิธีพิจารณาและอาจทำให้คำสั่งที่สร้างขึ้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้^{๓๖}

ทั้งนี้ คำอธิบายที่ว่า “โทษทางปกครอง” เป็น “มาตรการบังคับทางปกครอง” อาจมาจากแนวคิดที่ว่าโทษทางปกครองเป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่ทำให้กฎหมายมี “สภาพบังคับ” หรือเป็น “สภาพบังคับทางปกครอง” เพื่อความสะดวกในการใช้ถ้อยคำ จึงอธิบายว่าโทษทางปกครอง เป็น “มาตรการบังคับทางปกครอง” อย่างไรก็ดี โดยที่คำว่า “มาตรการบังคับทางปกครอง” ที่ใช้อยู่ในบทกฎหมาย ซึ่งได้แก่ บทบัญญัติว่าด้วยการบังคับทางปกครองในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เป็นถ้อยคำที่มีความหมายเฉพาะเจาะจง โดยหมายถึงมาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้บังคับ เพื่อให้คำสั่งทางปกครองบรรลุวัตถุประสงค์^{๓๗} กรณีจึงสมควรเลี้ยงที่จะกล่าวว่า “โทษทางปกครอง” เป็น “มาตรการบังคับทางปกครอง” เพราะอาจทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายดังที่กล่าวไว้แล้วข้างต้น

การที่ระบบกฎหมายไทยไม่ได้แบ่งแยกมาตรการบังคับทางปกครองและโทษทางปกครองออกจากกันอย่างชัดเจนนี้เป็นที่มาของความเคลือบคลุมในการใช้ถ้อยคำในหลายกรณีด้วยกัน เช่น คำว่า “**ค่าปรับทางปกครอง**” ที่กฎหมายฉบับต่าง ๆ ใช้เรียกมาตรการปรับของฝ่ายปกครองโดยรวม ทั้งค่าปรับที่เป็นโทษทางปกครองและค่าปรับที่เป็นมาตรการบังคับทางปกครอง โดย “ค่าปรับทางปกครอง” ที่มีสถานะเป็น “โทษทางปกครอง” ได้แก่ ค่าปรับทางปกครองที่กฎหมายฉบับต่าง ๆ กำหนดไว้ในบทกำหนดโทษทางปกครอง และเป็นค่าปรับที่องค์กรฝ่ายปกครองกำหนดให้บุคคลที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ชำระสำหรับการกระทำผิดในแต่ละกรรม^{๓๘} ในขณะที่ “ค่าปรับทางปกครอง” ที่มีสถานะเป็น “**มาตรการบังคับทางปกครอง**” เช่น ค่าปรับทางปกครองที่กำหนดในมาตรา ๕๘ (๒) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งเป็นค่าปรับที่เจ้าหน้าที่กำหนดให้ผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองต้องชำระเป็นรายวันตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนหรือจนกว่าจะปฏิบัติให้ถูกต้อง ทั้งนี้ โดยที่ค่าปรับรายวันดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง จึงสมควรเรียกว่า “**ค่าปรับบังคับการ**” เช่นเดียวกับบางประเทศที่บัญญัติศัพท์เฉพาะสำหรับค่าปรับที่เป็นมาตรการบังคับทาง

^{๓๖}โปรดดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ ๔๘๔/๒๕๔๘ ที่วินิจฉัยว่า คำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตตั้งโรงงานแปรรูปไม้เป็น “คำสั่งทางปกครอง” ไม่ใช่ “มาตรการบังคับทางปกครอง” จึงต้องดำเนินการตามขั้นตอนการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งตามมาตรา ๓๐ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เมื่อเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งโดยไม่ได้รับฟังคู่กรณี คำสั่งจึงจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองชั้นต้นจึงชอบที่จะสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งไว้ก่อน

^{๓๗}ซึ่งได้แก่ การดำเนินการแทนผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือการกำหนด “ค่าปรับทางปกครอง” ในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ (มาตรา ๕๘) หรือการยึดหรืออายัดทรัพย์สินและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน (มาตรา ๕๗)

^{๓๘}เช่น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๑๒๒ ที่กำหนดให้บุคคลที่ไม่มาให้คำชี้แจงหรือส่งมอบเอกสารเพื่อการตรวจสอบตามคำสั่งของนายทะเบียนพรรคการเมือง ต้องชำระค่าปรับทางปกครองไม่เกินห้าพันบาท

ปกครองและค่าปรับที่เป็นโทษทางปกครอง เช่น กฎหมายเยอรมัน (Zwangsgeld/Geldbuß) หรือ กฎหมายเนเธอร์แลนด์ (dwangsom/bestuurlijke boete) ซึ่งการใช้คำว่า “ค่าปรับบังคับการ” จะช่วยเน้นให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างค่าปรับประเภทนี้กับ “ค่าปรับทางปกครอง” ที่เป็น “โทษทางปกครอง” ได้เด่นชัดยิ่งขึ้น

นอกจาก “ค่าปรับทางปกครอง” ราชวันตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองแล้ว กฎหมายฉบับอื่น ๆ ก็กำหนด “ค่าปรับทางปกครอง” ซึ่งเป็น**ค่าปรับรายวัน**ในลักษณะเดียวกันไว้สำหรับการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ด้วย โดยบางกรณีก็กำหนดไว้ในบทบัญญัติว่าด้วย “การบังคับทางปกครอง”^{๔๐} แต่บางกรณีก็กำหนดไว้ในบทบัญญัติว่าด้วย “โทษทางปกครอง”^{๔๑} ซึ่งอาจทำให้เกิดข้อสงสัยว่าค่าปรับดังกล่าวมีสถานะเป็น “มาตรการบังคับทางปกครอง” หรือเป็น “โทษทางปกครอง” ทั้งนี้ แม้จะพิเคราะห์ได้ว่าค่าปรับรายวันดังกล่าวเป็นการลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง แต่โดยที่การกำหนดค่าปรับรายวันตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนหรือจนกว่าจะปฏิบัติให้ถูกต้องนั้นมิวัตถุประสงค์หลักในการบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งเช่นเดียวกับค่าปรับรายวันตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กรณีจึงสมควรถือว่าค่าปรับดังกล่าวเป็นมาตรการบังคับทางปกครองอย่างหนึ่ง ดังนั้น เจ้าหน้าที่จึงไม่อาจใช้ค่าปรับทางปกครอง (ราชวัน) ที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะ**ซ้ำซ้อน**กับค่าปรับทางปกครองที่กำหนดในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ เพราะมาตรา ๖๓ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้เลือกใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามกฎหมายเฉพาะหรือตามกฎหมายกลางอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น

ทั้งนี้ ปัจจุบันเริ่มมีการแบ่งแยก “มาตรการบังคับทางปกครอง” และ “โทษทางปกครอง” ออกจากกันอย่างชัดเจนยิ่งขึ้น โดยคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ให้ความเห็นในเรื่องเสรีที่ ๖๔๔/๒๕๕๑^{๔๒} ว่า โทษปรับรายวันกรณีผู้ได้รับอนุญาตให้เข้าทำประโยชน์หรืออยู่อาศัยในเขตป่าสงวนแห่งชาติไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในหนังสืออนุญาตตามที่กำหนดในร่างระเบียบกรมป่าไม้ฯ นั้นมิได้มีลักษณะเป็นมาตรการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เนื่องจากมิใช่การใช้มาตรการบังคับของเจ้าหน้าที่ภายหลังจากมีการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่ง แต่มีลักษณะเป็น “โทษปรับทางปกครอง” ดังนั้น เมื่อพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติฯ มิได้ให้อำนาจอกระเบียบเพื่อกำหนดโทษปรับทางปกครองไว้ การที่ร่างระเบียบกรมป่าไม้ฯ กำหนดโทษปรับทางปกครองจึงเป็นการตรากฎหมายลำดับรองเกินขอบเขตของกฎหมายแม่บท จากความเห็นดังกล่าวจึงอาจสรุปได้ว่า หากค่าปรับรายวันในกรณีใดมิใช่มาตรการที่ออกมาเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง แต่เพื่อลงโทษการกระทำผิดย่อมเป็นโทษทางปกครอง มิใช่มาตรการบังคับทางปกครอง

^{๔๐}พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. ๒๕๕๐ หมวด ๕ การบังคับทางปกครอง มาตรา ๑๒๘ บัญญัติให้คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานมีอำนาจกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการชำระ “ค่าปรับทางปกครอง” ไม่เกินห้าแสนบาทต่อวัน

^{๔๑}พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ หมวด ๗ บทกำหนดโทษ ส่วนที่ ๑ โทษทางปกครอง มาตรา ๖๙ วรรคสอง บัญญัติให้นายทะเบียนมีอำนาจกำหนด “ค่าปรับทางปกครอง” แก่ผู้รับใบอนุญาตที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งให้ระงับการกระทำที่ฝ่าฝืน แก่ไขปรับปรุง หรือปฏิบัติให้ถูกต้องในอัตราไม่เกินสองหมื่นบาทต่อวันตลอดเวลาที่ฝ่าฝืน

^{๔๒}บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การกำหนดมาตรการบังคับทางปกครอง กรณีร่างระเบียบกรมป่าไม้ ว่าด้วยการอนุญาตให้เข้าทำประโยชน์หรืออยู่อาศัยในเขตพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติ

๑.๕ ความแตกต่างระหว่างโทษทางปกครองและโทษอาญา

ข้อแตกต่างประการสำคัญระหว่างโทษทางปกครองและโทษอาญา คือ **องค์กรใช้อำนาจลงโทษ** โดยโทษทางปกครองเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจลงโทษผู้กระทำความผิด ด้วยการออกคำสั่งลงโทษทางปกครองซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครอง ในขณะที่โทษอาญาเป็นกรณีที่องค์กรตุลาการใช้อำนาจลงโทษด้วยการมีคำพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจลงโทษทางปกครองอาจเป็นองค์กรเดี่ยวหรือองค์กรกลุ่มในรูปคณะกรรมการ โดยอาจเป็นองค์กร “ดั้งเดิม” ในส่วนราชการ เช่น รัฐมนตรี อธิบดี หรือผู้ว่าราชการจังหวัด หรืออาจเป็นองค์กรฝ่ายปกครองรูปแบบใหม่ ๆ เช่น ในฝรั่งเศสที่มีการให้อำนาจ “องค์กรอิสระทางปกครอง” (autorités administratives indépendantes) ลงโทษการกระทำความผิดในเรื่องที่ควบคุมกำกับ ซึ่งกฎหมายไทยหลายฉบับก็บัญญัติให้การลงโทษทางปกครองเป็นอำนาจขององค์กรที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน และควบคุมกำกับกิจการต่าง ๆ ในลักษณะเดียวกัน เช่น คณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์^{๔๓} คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์^{๔๔} คณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์^{๔๕} หรือคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ^{๔๖}

ทั้งนี้ ข้อพิจารณาในเชิงองค์กรอาจทำให้เข้าใจได้ว่าการใช้อำนาจลงโทษของฝ่ายปกครองเป็นการลงโทษทางปกครองในทุกกรณีไป อย่างไรก็ดี บางกรณีแม้ว่าฝ่ายปกครองจะเป็นผู้ใช้อำนาจลงโทษ แต่ก็ไม่ถือเป็นการลงโทษทางปกครอง เช่น การใช้อำนาจเปรียบเทียบปรับ โดยในฝรั่งเศสมีการเปรียบเทียบปรับโดยให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำความผิดอาญาชำระค่าปรับที่เรียกว่า “amende forfaitaire” โดยกรณีที่ชำระค่าปรับ ถือว่าคดีอาญาเป็นอันเลิกกันสำหรับสถานะของการเปรียบเทียบปรับนั้น แม้ว่าฝ่ายตำรวจจะเน้นว่าเป็น “ขั้นตอนในทางปกครอง” (“une procédure administrative”)^{๔๗} แต่ก็หมายถึง “กระบวนการทางปกครองของการลงโทษการกระทำความผิดอาญา” (“un processus administratif de répression d’une infraction pénale”)^{๔๘} โดยฝ่ายตำรวจบางส่วนได้อธิบายชัดเจนไปอีกว่า การเปรียบเทียบปรับมิใช่อำนาจโดยแท้ของฝ่ายปกครอง แต่เป็นอำนาจที่ “ได้รับมอบ” มาจากผู้ใช้อำนาจลงโทษอาญาอีกชั้นหนึ่ง (pouvoir “délégué” par le pouvoir sanctionnateur pénal) โดยองค์กรฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจสั่งปรับผู้กระทำความผิด แต่หากไม่มีการชำระค่าปรับ ศาลก็ยังคงมีอำนาจพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดต่อไปได้ โดยนัยนี้ การเปรียบเทียบปรับโดยฝ่ายปกครองจึงเป็น “การปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม” (“une fonction judiciaire”) มิใช่การใช้อำนาจทางปกครอง หรืออีกนัยหนึ่ง คือเป็นเสมือน “กลไกทางปกครองของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา” (une “branche administrative du système pénal”)^{๔๙} ในทำนองเดียวกัน ระบบกฎหมายสวิสก็มีกลไกการเปรียบเทียบปรับ โดยเจ้าหน้าที่ฝ่าย

^{๔๓}พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔

^{๔๔}พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. ๒๕๔๖ และพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. ๒๕๕๐

^{๔๕}พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. ๒๕๕๑

^{๔๖}พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑

^{๔๗}LARGUIER (J.), *Procédure pénale*, 20e édition, (Paris : Dalloz, 2004), p. 220.

^{๔๘}DE GRAËVE (L.), *Essai sur le concept de droit de punir en droit interne*, Thèse Lyon III, 2006, p. 382.

^{๔๙}SYKIOTOU-ANDROULAKIS (A.), *Le mouvement de dépenalisation en France et en Grèce – L’alternative administrative*, (Athènes-Bruxelles : Sakkoulas/Bruylant, 1997), p. 53.

ปกครองมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำความผิดอาญาโทษ (contraventions) ชำระ “ค่าปรับเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย” (amende d'ordre ; Ordnungsbuß) ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในรัฐบัญญัติว่าด้วยค่าปรับเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (loi sur les amendes d'ordre - LAO ; Ordnungsbußengesetz - OBG) โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งปรับได้ทันทีเมื่อพบเห็นการกระทำผิด หากผู้กระทำผิดไม่ชำระค่าปรับภายในกำหนดเวลา เจ้าหน้าที่สามารถฟ้องคดีต่อศาลขอให้พิพากษาลงโทษผู้กระทำผิดต่อไป ซึ่งฝ่ายตำราได้ลงความเห็นว่าเป็น “ค่าปรับเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย” ถือเป็น “โทษอาญา” อย่างหนึ่ง ไม่ใช่โทษทางปกครองเช่นเดียวกับค่าปรับทางปกครอง (amendes administratives) ที่กำหนดในกฎหมายฉบับต่าง ๆ^{๕๐}

ที่ผ่านมาวางการกฎหมายไทยยังสับสนไม่น้อยในสถานะทางกฎหมายของการเปรียบเทียบปรับ โดยมีผู้อธิบายว่าการเปรียบเทียบปรับเป็น “โทษทางปกครอง” อย่างหนึ่ง^{๕๑} ทั้งนี้หากพิเคราะห์ให้ดีแล้ว จะพบว่า การเปรียบเทียบปรับและโทษทางปกครองเป็นมาตรการที่แตกต่างกัน เพราะการเปรียบเทียบปรับเป็นการใช้อำนาจในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งหากผู้กระทำความผิดไม่ชำระค่าปรับก็ต้องดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดต่อไป ส่วนการปรับทางปกครองเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายสั่งให้ผู้กระทำความผิดชำระค่าปรับด้วยการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหากไม่มีการชำระค่าปรับภายในระยะเวลาที่กำหนด ก็อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อบังคับชำระค่าปรับต่อไปได้เอง โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล กล่าวอีกนัยหนึ่ง การเปรียบเทียบปรับเป็นการใช้อำนาจลงโทษของรัฐในแดนของกฎหมายอาญาซึ่งอาจเรียกว่า “กฎหมายอาญาที่ใช้กลไกทางปกครอง” (droit pénal administratif) ขณะที่การลงโทษปรับทางปกครองเป็นการใช้อำนาจลงโทษของรัฐในแดนของกฎหมายปกครอง ซึ่งอาจเรียกว่า “กฎหมายปกครองว่าด้วยการลงโทษ” (droit administratif pénal) ซึ่งปัจจุบันศาลปกครองสูงสุดได้มีแนวคำวินิจฉัยเป็นที่ชัดเจนแล้วว่า การเปรียบเทียบปรับมิใช่การใช้อำนาจทางปกครอง แต่เป็น “การดำเนินการในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา” ไม่ว่าจะเป็นการเปรียบเทียบปรับตามกฎหมายจราจรทางบก^{๕๒} กฎหมายคุ้มครองแรงงาน^{๕๓} กฎหมายว่าด้วยอาหาร^{๕๔} หรือประมวลรัษฎากร^{๕๕} และคณะกรรมการกฤษฎีกาก็เคยวินิจฉัยว่าการเปรียบเทียบปรับตามกฎหมายควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นการลงโทษปรับตามประมวลกฎหมายอาญา^{๕๖} ทั้งนี้ กฎหมายไทยบางฉบับ เช่น พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวิดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ ได้กำหนดให้การกระทำผิดในบางฐานความผิดมีโทษทางปกครอง (ค่าปรับทางปกครอง)

^{๕๐}ROTH (R.), *Les sanctions administratives : un nouveau droit (pénal) sanctionnateur ?*, (Fribourg : Éditions universitaires, 1985), p. 125 s.

^{๕๑}คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ, รายงานการศึกษาและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญา, มีนาคม ๒๕๔๗, หน้า ๑๘ : “...มีการพัฒนาโทษทางปกครองรูปแบบใหม่ ๆ มาใช้ในกฎหมาย เช่น การเปรียบเทียบปรับ การปรับทางปกครอง การดำเนินคดีโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน...” (ผู้จัดทำบันทึกเป็นผู้เน้นข้อความ)

^{๕๒}คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ ๖๕/๒๕๕๓

^{๕๓}คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ ๒๐๙/๒๕๔๙

^{๕๔}คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ ๖๗๘/๒๕๕๐

^{๕๕}คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ ๔๘๔/๒๕๕๑

^{๕๖}บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การเปรียบเทียบตามมาตรา ๔๕ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑ (เรื่องเสร็จที่ ๕๗๓/๒๕๕๕)

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

ส่วนปัญหาว่าโทษอาญาและโทษทางปกครองมีข้อแตกต่างในแง่วัตถุประสงค์หรือไม่ นั้น โทษทั้งสองประเภทมีวัตถุประสงค์ไม่แตกต่างกัน เพราะมุ่งลงโทษการกระทำผิดกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำผิดและปราบปรามการกระทำผิดเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ฝ่ายตำราในฝรั่งเศสบางส่วนได้เสนอความเห็นว่าการลงโทษทางปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อ “ควบคุมกำกับ” มากกว่า “ลงโทษ” (*une action plutôt régulatrice que répressive*)^{๕๗} โดยเฉพาะการควบคุมกำกับกิจการต่าง ๆ โดยองค์กรอิสระทางปกครองที่มีอำนาจลงโทษทางปกครอง นอกจากนี้ แม้ว่าการลงโทษทางปกครองจะมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษการกระทำผิด แต่ก็มีได้มุ่งหมายที่จะ “แก้แค้น” (*finalité rétributive*) เหมือนกับการลงโทษทางอาญา เพราะกฎหมายปกครองมีภารกิจเพื่อบังคับให้ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย หากได้มี “เจตนาแก้แค้น” แฝงอยู่ในจิตใจสำนึกของฝ่ายปกครองแต่อย่างใดไม่ (*“absence de sentiment vindicatif dans le subconscient administratif”*)^{๕๘} อย่างไรก็ตาม ในภาพรวมแล้วโทษทางปกครองมีวัตถุประสงค์หลักไม่แตกต่างจากโทษอาญา เพราะมุ่งลงโทษการกระทำผิดกฎหมายเป็นสำคัญ แนวคิดนี้ปรากฏชัดในบรรดาประเทศที่นำโทษทางปกครองมาใช้ลงโทษการกระทำผิดซึ่งแต่เดิมมีโทษอาญา โดยเหตุที่โทษทั้งสองประเภทต่างมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกัน กฎหมายกลางว่าด้วยการลงโทษทางปกครองของหลายประเทศจึงมีหลักที่ไม่ยอมรับให้มีการใช้โทษอาญาและโทษทางปกครองควบคู่กันเพื่อลงโทษการกระทำผิดเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นเยอรมัน^{๕๙} โปรตุเกส^{๖๐} หรืออิตาลี^{๖๑} สำหรับประเทศไทย คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

^{๕๗}VARINARD (A.) et JOLY-SIBUET (E.), “Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre droit pénal et droit administratif pénal”, R.I.D.P. 1988, p. 189 s.

^{๕๘}DELLIS (G.), *Droit pénal et droit administratif*, (Paris : L.G.D.J., 1997), p. 46.

^{๕๙}Ordnungswidrigkeitengesetz มาตรา ๒๑ บัญญัติว่า “ในกรณีที่การกระทำผิดเดียวกันมีทั้งโทษทางปกครองและโทษอาญา ให้ใช้โทษอาญาลงแก่ผู้กระทำผิด เว้นแต่ไม่มีการลงโทษอาญา จึงจะใช้โทษทางปกครองได้”

^{๖๐}Decreto-Lei 433/1982 มาตรา ๒๐ บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำผิดเดียวกันเป็นทั้งความผิดอาญาและความผิดทางปกครอง ให้ใช้โทษอาญาลงแก่ผู้กระทำผิด แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนการใช้โทษทางปกครองเสริม โทษอื่นที่ไม่ใช่ค่าปรับทางปกครอง (coima) ซึ่งเป็นโทษหลัก ที่กำหนดไว้สำหรับความผิดทางปกครองนั้น”

^{๖๑}Legge n° 689/1981 มาตรา ๙ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในกรณีที่การกระทำผิดเดียวกันมีทั้งโทษทางปกครองและโทษอาญา หรือมีบทกำหนดโทษทางปกครองหลายบท ให้ใช้บทกำหนดโทษตามกฎหมายเฉพาะ” ซึ่งเป็นไปตาม “หลักกฎหมายเฉพาะ” (*principio di specialità*) เช่น ความผิดฐานฝ่าฝืนคำสั่งตำรวจจราจร ซึ่งมีโทษอาญาตามมาตรา ๖๕๐ แห่งประมวลกฎหมายอาญา และมีโทษทางปกครองตามมาตรา ๑๙๒ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายจราจรทางบก ย่อมต้องนำบทกำหนดโทษทางปกครองตามประมวลกฎหมายจราจรทางบกอันเป็นกฎหมายเฉพาะมาบังคับใช้

ได้ให้ความเห็นในไปในอีกทางหนึ่งว่า โทษทางปกครองและโทษอาญามีวัตถุประสงค์แตกต่างกัน โดย “โทษทางปกครองมีวัตถุประสงค์เป็นการกำหนดมาตรการบังคับทางกฎหมายให้มีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้มาตรการทางกฎหมายเหล่านั้นบรรลุผล อันจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพสมดังเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย จึงแตกต่างจากวัตถุประสงค์ของโทษทางอาญา” กรณีจึงอาจกำหนดให้การกระทำอย่างหนึ่งมีทั้งโทษอาญาและโทษทางปกครองได้ และแม้ว่าจะมีการดำเนินคดีอาญาแล้วและศาลพิพากษาว่าไม่มีการกระทำความผิดอาญา ก็ไม่ตัดอำนาจฝ่ายปกครองที่จะลงโทษทางปกครอง^{๖๒} ซึ่งความเห็นดังกล่าวเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่พิเคราะห์ว่าการใช้โทษทั้งสองประเภทควบคู่กันเพื่อลงโทษการกระทำผิดเดียวกันไม่ขัดต่อหลักไม่ลงโทษซ้ำ (*non bis in idem*)^{๖๓} อย่างไรก็ตาม สมควรตั้งเป็นข้อสังเกตไว้ว่า หลักกฎหมายฝรั่งเศสมีฐานคิดมาจากความเป็นอิสระของกระบวนการลงโทษทั้งสองประเภทที่ไม่ขึ้นแก่กัน (*principe de l'autonomie des répressions administrative et pénale*) และความแตกต่างในนิติเหตุแห่งการลงโทษ (*théorie des causes juridiques distinctes*) ขณะที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองอ้างเหตุผลเรื่องความแตกต่างในวัตถุประสงค์ของโทษทั้งสองประเภท^{๖๔}

หากพิจารณาในแง่เนื้อหาของโทษ โทษทางปกครองและโทษอาญาอาจเป็นมาตรการที่มีเนื้อหาลักษณะเดียวกัน เช่น เป็นโทษปรับ หรือหากพิจารณาในแง่ความรุนแรงของโทษ (*degrés de sévérité des sanctions*) โทษทางปกครองก็อาจมีความรุนแรงไม่แพ้โทษอาญาหรือรุนแรงกว่าเสียด้วยซ้ำ เช่น โทษปรับทางปกครองที่อาจมีจำนวนค่าปรับสูงกว่าโทษปรับอาญา ส่วนแนวคิดที่ว่าโทษอาญาเป็นมาตรการที่ทำให้ยับยั้งหรือเสื่อมเสียชื่อเสียง ขณะที่โทษทางปกครองไม่มีลักษณะเป็นการประณามในเชิงจริยธรรม ในทางปฏิบัติก็อาจไม่เป็นเช่นนั้นเสมอไป เพราะบางกรณีโทษทางปกครองอาจมีเนื้อหาที่ทำให้ยับยั้งหรือเสื่อมเสียชื่อเสียงก็ได้ เช่น การดำเนินคดีโดยเปิดเผยต่อสาธารณะ หากโทษทั้งสองประเภทจะมีเนื้อหาแตกต่างกันอยู่บ้าง ก็คงเป็นแง่ที่ว่าโทษทางปกครองต้องไม่เป็นมาตรการที่จำกัดเสรีภาพของบุคคล เช่น โทษกักขังหรือจำคุก โดยกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ไม่ยอมรับโทษทางปกครองที่จำกัดเสรีภาพของบุคคล เพราะมีแนวคิดที่ว่าองค์กรตุลาการเท่านั้นที่มีอำนาจลงโทษจำกัดเสรีภาพของบุคคล รัฐธรรมนูญอิตาลีบัญญัติหลักนี้ไว้อย่างชัดเจน^{๖๕}

^{๖๒}เรื่องเสรีจที่ ๕๑/๒๕๔๘, อ้างแล้วใน (๑๒) ซึ่งต่อมาคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ใช้เป็นแนวทางในการให้ความเห็นในเรื่องเสรีจที่ ๖๑๓/๒๕๕๒ (บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การขออนุญาตก่อสร้างทำเทียบเรือขนาดไม่ต่ำกว่า ๕๐๐ ตันกรอสและสะพานทางเดินเท้าฯ (กรณีโทษปรับทางอาญาและโทษปรับทางปกครอง))

^{๖๓}อย่างไรก็ดี คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้จำกัดขอบเขตในการใช้โทษทั้งสองประเภทควบคู่กัน โดยกรณีที่มีการกระทำผิดเดียวกันมีทั้งโทษปรับทางปกครองและโทษปรับอาญา ยอดค่าปรับทั้งหมดที่ผู้กระทำผิดต้องชำระจะต้องไม่เกินอัตราค่าปรับสูงสุดของโทษที่กำหนดค่าปรับไว้สูงสุด ทั้งนี้ ตามหลักความได้สัดส่วนของโทษ (*Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989*)

^{๖๔}สำหรับบทวิเคราะห์ในเรื่องนี้ โปรดดู อรรถสิทธิ์ กั้นมล, ปัญหาการนำโทษทางปกครองมาใช้ควบคู่กับโทษอาญา, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๔๙)

^{๖๕}รัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. ๑๙๔๘ บัญญัติในมาตรา ๑๓ ว่า “การควบคุมตัว การตรวจสอบ หรือตรวจค้นตัวบุคคลในรูปแบบใด ๆ รวมทั้งการจำกัดเสรีภาพส่วนบุคคล จะกระทำได้อีกแต่โดยคำสั่งขององค์กรตุลาการที่ระบุเหตุผลไว้ด้วย และเฉพาะในกรณีและตามรูปแบบที่กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้”

ขณะที่รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสบัญญัติไว้กว้าง ๆ ว่าศาลยุติธรรมเป็น “ผู้พิทักษ์เสรีภาพของบุคคล”^{๖๖} แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ตีความว่าเป็นข้อห้ามผู้ตรากฎหมายมิให้กำหนดโทษทางปกครองที่จำกัดเสรีภาพของบุคคล^{๖๗} ในบรรดาประเทศที่ใช้ค่าปรับทางปกครองเป็นโทษหลัก ก็มักจะไม่กำหนดให้มีการกักขังแทนค่าปรับ ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายโปรตุเกสหรืออิตาลี ส่วนกฎหมายเยอรมันแม้จะกำหนดให้มีการ “กักขังแทนค่าปรับ” (Erzwingungshaft) ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่ยินยอมชำระค่าปรับทางปกครอง (OWiG มาตรา ๙๖) แต่ก็กำหนดให้ร้องขอต่อศาลอาญาให้มีคำสั่งกักขังผู้กระทำความผิด (OWiG มาตรา ๖๘) กรณีจึงไม่ใช่การใช้อำนาจลงโทษของฝ่ายปกครอง แต่เป็นการลงโทษโดยองค์กรตุลาการ ทั้งนี้ ออสเตรียดูเหมือนจะเป็นประเทศเดียวที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองใช้โทษที่จำกัดเสรีภาพของบุคคล โดยสั่งกักขังผู้กระทำความผิดทางปกครองได้เอง ซึ่งปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียได้มีคำวินิจฉัยยอมรับว่าผู้ตรากฎหมายอาจกำหนดให้อำนาจดังกล่าวแก่ฝ่ายปกครองได้^{๖๘}

สำหรับหลักกฎหมายที่ใช้กับการลงโทษ การลงโทษทางปกครองมี “ระบบกฎหมาย” (régime juridique) ที่แตกต่างหากจากกฎหมายอาญา โดยในส่วนของหลักวิธีสบัญญัติกระบวนการพิจารณาโทษทางปกครองอยู่ภายใต้บังคับหลักกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง เช่น กรณีของประเทศไทย^{๖๙} และฝรั่งเศส^{๗๐} ขณะที่บางประเทศมีกฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษทางปกครองเป็นการเฉพาะแยกต่างหากจากกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น ออสเตรีย^{๗๑} เยอรมัน^{๗๒} อิตาลี^{๗๓} และโปรตุเกส^{๗๔} โดยกฎหมายของทุกประเทศ ล้วนมีหลักทำนองเดียวกันในกระบวนการลงโทษทางปกครอง โดยเฉพาะหลักการฟังความทุกฝ่ายและการให้เหตุผลประกอบคำสั่งลงโทษ ซึ่งถือเป็นหลักประกันสิทธิที่สำคัญสำหรับผู้ถูกลงโทษ ในส่วนของหลักสารบัญญัติ แม้ว่าโดยหลักแล้วการลงโทษทางปกครองจะไม่อยู่ภายใต้บังคับหลักกฎหมายอาญา แต่ในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ก็มีการนำหลักกฎหมายอาญาที่สำคัญ ๆ มา “ปรับใช้” กับการลงโทษทางปกครองเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล เช่น หลักต้องมีกฎหมายกำหนดความผิดและโทษ หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง หลักความรับผิดชอบเป็นการเฉพาะตัว หลักความได้สัดส่วนระหว่างการกระทำผิดและโทษ หลักการตีความอย่างเคร่งครัด โดยบางประเทศได้นำหลักกฎหมายอาญาดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการลงโทษทางปกครอง ส่วนประเทศที่ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษทางปกครอง เช่น ฝรั่งเศส คณะตุลาการรัฐธรรมนูญและสภาแห่งรัฐก็มี

^{๖๖}รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. ๑๙๕๘ มาตรา ๖๖ วรรคสอง

^{๖๗}C.C., décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989.

^{๖๘}MODERNE (F.), อ้างแล้วใน (๓๑), pp. 111-112.

^{๖๙}ในระบบกฎหมายไทย กระบวนการพิจารณาลงโทษทางปกครองเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายเฉพาะในแต่ละเรื่องประกอบกับ “หลักเกณฑ์กลาง” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

^{๗๐}ในฝรั่งเศส กระบวนการออกคำสั่งลงโทษทางปกครองอยู่ภายใต้หลักตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองประกอบกับบทกฎหมายบางฉบับเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เช่น กฎหมายว่าด้วยการระบุนเหตุผลในคำสั่งทางปกครองและกฎหมายว่าด้วยการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและหน่วยงานทางปกครอง

^{๗๑}Verwaltungsstrafgesetz (VStG)

^{๗๒}Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG)

^{๗๓}Legge n° 689/1981

^{๗๔}Decreto-Lei 433/1982

แนวคำวินิจฉัยให้นำหลักกฎหมายอาญาต่าง ๆ มาปรับใช้กับการลงโทษทางปกครองเช่นกัน ซึ่งทำให้ “ระบบกฎหมายปกครองว่าด้วยการลงโทษ” มีหลักประกันใกล้เคียงกับกฎหมายอาญาในหลายเรื่อง^{๗๕}

๒. เหตุผลความเป็นมาในการใช้โทษทางปกครอง

การใช้โทษทางปกครองในประเทศต่าง ๆ เป็นผลสืบเนื่องจากเหตุปัจจัยสองประการด้วยกัน ประการแรก การตระหนักถึงปัญหา “กฎหมายอาญาเพื่อ” หรือการมีความผิดอาญามากเกินความจำเป็น ทำให้ผู้ตรากฎหมายลด-เลิกโทษอาญา และนำโทษทางปกครองมาใช้แทนโทษอาญาสำหรับการกระทำผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง ประการที่สอง การที่รัฐเข้าแทรกแซงและควบคุมกิจการต่าง ๆ มากขึ้นเรื่อย ๆ ได้นำมาซึ่งการวางกฎระเบียบทางปกครองและบทกำหนดโทษทางปกครอง ซึ่งมีข้อได้เปรียบเหนือโทษอาญาตรงที่มีกระบวนการพิจารณาที่เรียบง่ายรวดเร็ว ทำให้การลงโทษเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งยังเหมาะสมกับการกระทำผิดในเรื่องทางเทคนิคซึ่งศาลอาจจะไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเทียบเท่าองค์กรฝ่ายปกครองที่กำลังดูแลเรื่องนั้น ๆ

๒.๑ การดำเนินนโยบายลด-เลิกโทษอาญา : กลุ่มประเทศที่มีแนวคิดที่ว่าด้วย “การกระทำผิดทางปกครอง”

บรรดาประเทศที่ประสบภาวะ “กฎหมายอาญาเพื่อ” ได้พัฒนาแนวคิดที่ว่าด้วย “การกระทำผิดทางปกครอง” เพื่อนำโทษทางปกครองมาใช้แทนโทษอาญา รวมทั้งตรา “กฎหมายกลาง” ที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงโทษทางปกครองให้เป็นระบบระเบียบ โดยเยอรมันถือเป็นต้นแบบในเรื่องนี้และมีอิทธิพลต่อประเทศอื่น ๆ อย่างมาก

ในเยอรมันแนวคิดที่ว่าด้วย “การกระทำผิดทางปกครอง” (Ordnungswidrigkeit) มีรากฐานมาจาก “การกระทำผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย” โดยตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ ๑๖ นอกจากความผิดในประมวลกฎหมายอาญา ยังมีความผิดที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อย (police codes) ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการกระทำที่กระทบต่อประโยชน์ของประชาคมหรือสังคม^{๗๖} และมักมีโทษไม่รุนแรง เช่น โทษปรับหรือโทษกักขังระยะสั้น โดยฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งลงโทษผู้กระทำผิดได้เองโดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล อย่างไรก็ตามในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ ๑๙ เริ่มมีความเห็นคัดค้านอำนาจลงโทษของฝ่ายปกครอง โดยมองว่าขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ให้องค์กรตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระเป็นผู้มีอำนาจลงโทษการกระทำผิดกฎหมาย ดังนั้น ในการยกร่างประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ในปี ค.ศ. ๑๘๗๑ ผู้ตรากฎหมายจึงนำบรรดาความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยไปบัญญัติเป็นความผิดอาญาโทษ (Übertretung) ในประมวลกฎหมายอาญา และในช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ ๒๐ รัฐก็เริ่มวางกฎเกณฑ์ควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจและกำหนดโทษอาญาสำหรับการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในเรื่องต่าง ๆ มากขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งฝ่ายตุลาการมีความเห็นว่า โทษอาญา

^{๗๕} สำหรับบทวิเคราะห์เกี่ยวกับการนำหลักกฎหมายอาญามาปรับใช้กับการลงโทษทางปกครอง โปรดดู เกวลี มโนภินิเวศ, ปัญหาความสัมพันธ์ในการลงโทษทางปกครองและการลงโทษทางอาญา, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๕๑)

^{๗๖} MATTES (H.), *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, Vol. I, 1977, pp. 50-57. อ้างใน WEIGEND (T.), “Germany : The system of administrative and penal sanctions”, in *Études sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les États membres des Communautés européennes*, (Luxembourg : Office of Official Publications of the European Communities, 1994), volume 1 : rapports nationaux, p. 96.

ที่กำหนดนั้นไม่เหมาะสมกับการกระทำผิดบางประเภท จึงเสนอให้มีระบบกฎหมายที่ลงโทษการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของรัฐหรือ “การกระทำผิดทางปกครอง” เป็นการเฉพาะแยกต่างหากจากกฎหมายอาญา^{๗๗}

James Goldschmidt เป็นนักวิชาการคนแรก ๆ ที่เสนอแนวคิดดังกล่าว โดยเห็นว่า การกระทำผิดทางปกครองมีความแตกต่างในเชิงเนื้อหาจากการกระทำผิดอาญา เพราะมิได้กระทบต่อประโยชน์ของปัจเจกบุคคล เพียงแต่กระทบต่อประโยชน์ของทางราชการ และมีใช้การกระทำที่พึงตำหนิในเชิงจริยธรรม^{๗๘} ข้อแตกต่างระหว่างการกระทำผิดทั้งสองประเภทยังมีฐานคิดมาจากการที่บุคคลแต่ละคนมีสองฐานะ คือ ฐานะที่เป็นปัจเจกบุคคลและฐานะที่เป็นสมาชิกของสังคม โดยกฎหมายอาญามุ่งลงโทษการกระทำผิดของบุคคลในฐานะที่เป็นปัจเจกบุคคล ส่วนกฎหมายปกครองมุ่งลงโทษบุคคลในฐานะที่เป็นสมาชิกของสังคม^{๗๙} กล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายอาญาและกฎหมายปกครองมีภารกิจแตกต่างกัน โดยกฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองนิติสมบัติ (Rechtsgut) อันได้แก่สิทธิของปัจเจกบุคคลแต่ละคน ขณะที่กฎหมายปกครองมุ่งลงโทษการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งการของฝ่ายปกครองหรือถูกระเบียบในการใช้ชีวิตร่วมกันในสังคม^{๘๐} Eberhard Schmidt ได้นำแนวคิดดังกล่าวมาต่อยอดและเสนอว่าการกระทำผิดทางปกครองมีความเกี่ยวเนื่องกับการควบคุมกิจการทางเศรษฐกิจของรัฐ โดยเป็นการกระทำที่ก่อความเสียหายแก่ประโยชน์ของทางราชการ ซึ่งได้แก่การไม่ให้ความร่วมมือในการปฏิบัติตามกฎ ระเบียบ และคำสั่งของฝ่ายปกครอง และมีใช้ความผิดที่สังคมประณาม จึงสมควรกำหนดให้มีโทษอาญา แต่ชอบที่จะกำหนดให้มีโทษทางปกครอง โดยฝ่ายปกครองมีอำนาจลงโทษผู้กระทำผิดได้เอง^{๘๑}

แนวคิดของฝ่ายตำราข้างต้นได้มีอิทธิพลต่อการกำหนดนโยบายอาญาของรัฐ โดยในปี ค.ศ. ๑๙๔๙ ได้มีการตรารัฐบัญญัติแห่งสหพันธ์ลงวันที่ ๒๙ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๔๙ ว่าด้วยการลดความซับซ้อนของกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำผิดทางเศรษฐกิจ (Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrecht - WiSTG) โดยกฎหมายดังกล่าวได้แยก “การฝ่าฝืนกฎระเบียบในทางเศรษฐกิจ” ออกจากการกระทำที่เป็น “อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ” ตามแนวคิดที่ว่าอาชญากรรมทางเศรษฐกิจเป็นการกระทำที่เป็นภัยอันตรายร้ายแรงต่อประโยชน์อันสำคัญยิ่งของสังคม โดยบั่นทอนความเข้มแข็งทางเศรษฐกิจของประเทศ จึงสมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ขณะที่การกระทำที่เป็นเพียง “การฝ่าฝืนกฎระเบียบในทางเศรษฐกิจ” ไม่สมควรกำหนดให้อยู่ในแดนของกฎหมายอาญา แต่ควรกำหนดเป็น “การกระทำผิดทางปกครอง”^{๘๒} ซึ่งผู้กระทำผิดต้องชำระ “ค่าปรับทางปกครอง” (Geldbuße) อันเป็นมาตรการที่ไม่มีเนื้อหาประณามผู้กระทำผิด^{๘๓} โดยต่อมาในปี ค.ศ. ๑๙๕๒ ได้มีการตรารัฐบัญญัติแห่งสหพันธ์ ลงวันที่ ๒๕ มีนาคม ค.ศ. ๑๙๕๒ ว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง

^{๗๗}WEIGEND (T), อ้างแล้วใน (๗๖), p. 96.

^{๗๘}GOLDSCHMIDT (J.), *Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts*, pp.72, 81, 92. อ้างใน SYKIOTOU-ANDROULAKIS (A.), อ้างแล้วใน (๔๙), p. 177.

^{๗๙}GOLDSCHMIDT (J.), *Das Verwaltungsstrafrechts*, 1902, อ้างใน MODERNE (F.), อ้างแล้วใน (๓๑), p. 126.

^{๘๐}WOLF (E.), *“Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”*, Tubingen, 1950. (in Festgabe für Reinhard Frank zum 70), อ้างใน MODERNE (F.), อ้างแล้วใน (๓๑), p. 12.

^{๘๑}SCHMIDT (E.), *“Straftaten und Ordnungswidrigkeiten”*, *luristenzeitung* 1951, p. 101 et s. อ้างใน MODERNE (F.), อ้างแล้วใน (๓๑), p. 12.

^{๘๒}MODERNE (F.), อ้างแล้วใน (๓๑), p. 12.

^{๘๓}FISCHER (M.A.), *“La sanction administrative dans le droit allemand”*, p. 214.

(Ordnungswidrigkeitengesetz - OWiG) ขึ้นใช้บังคับเป็น “กฎหมายกลาง” (Rahmen Gesetz) ที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงโทษทางปกครองสำหรับการกระทำผิดทางปกครองที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะในเรื่องต่าง ๆ

ในขณะเดียวกันผู้ตรากฎหมายก็เริ่มลด-เลิกโทษอาญา โดยกำหนดให้การกระทำผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงเป็นการกระทำผิดทางปกครอง ไม่ว่าจะในเรื่องการจราจรทางบก การแข่งขันทางการค้า ผังเมือง หรือสิ่งแวดล้อม โดยในปี ค.ศ. ๑๙๗๕ มีการลด-เลิกโทษอาญาครั้งใหญ่ ด้วยการยกเลิกความผิดอาญาโทษ โดยการกระทำส่วนหนึ่งไม่ถือว่าเป็นความผิดอีกต่อไป เช่น การขอร้องและเร่ร่อนในที่สาธารณะ และอีกส่วนหนึ่งได้ปรับเปลี่ยนเป็นการกระทำผิดที่มีโทษปรับทางปกครอง ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการฝ่าฝืนกฎระเบียบเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เช่น การทำเสียงอื้ออึงในที่สาธารณะ เสพสุราจนรบกวนสติไม่ได้ในที่สาธารณะ ปล่อยปละละเลยไม่ควบคุมดูแลสัตว์อันตราย รวมทั้งการกระทำผิดในเรื่องทางเศรษฐกิจและสิ่งแวดล้อมที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง เช่น การเปิดสถานที่พักแรม (camping) โดยไม่จัดให้มีห้องสุขาตามจำนวนที่กฎหมายกำหนด ส่วนการกระทำผิดที่มีลักษณะร้ายแรง เช่น การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับส่วนผสมของผลิตภัณฑ์อาหารโดยก่ออันตรายแก่สุขภาพของบุคคล ยังคงกำหนดให้มีโทษอาญาต่อไป^{๘๔}

ในโปรตุเกส การใช้โทษทางปกครองก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากแนวคิดในการลด-เลิกโทษอาญา โดยฝ่ายตำราซึ่งได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายเยอรมันได้ผลักดันแนวคิดว่าด้วย “การกระทำที่ละเมิดต่อกฎระเบียบ” (contra-ordenação) หรือ “การกระทำผิดทางปกครอง” โดยนักวิชาการที่มีบทบาทสำคัญ คือ ศาสตราจารย์ Eduardo Correia แห่งมหาวิทยาลัย Coimbra ที่เสนอเกณฑ์ว่าด้วยเนื้อหาของการกระทำผิด (critério qualitativo de distinção) ในการแบ่งแยกการกระทำผิดอาญาและการกระทำผิดทางปกครอง โดยแยกการกระทำที่ไม่มีข้อตำหนิในเชิงจริยธรรม (condutas eticamente indiferente) ออกจากแดนของกฎหมายอาญาไปอยู่ในแดนของกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (direito do mera ordenação social) ที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการลงโทษการกระทำผิดทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ^{๘๕}

เมื่อศาสตราจารย์ Eduardo Correia ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ก็ได้ผลักดันให้มีการตรารัฐกำหนด ฉบับที่ ๒๓๒/๗๙ ลงวันที่ ๒๔ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๗๙^{๘๖} เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงโทษทางปกครอง โดยคำปรารภของรัฐกำหนดดังกล่าวได้อธิบายถึงเหตุผลความจำเป็นในการมีกฎหมายในเรื่องนี้ไว้ว่า เป็นการสร้างระบบกฎหมายว่าด้วยการลงโทษที่แตกต่างไปจากกฎหมายอาญา โดยโทษอาญาเป็นมาตรการที่พึงนำมาใช้เพื่อคุ้มครองคุณค่าทางจริยธรรมและทางสังคมอันสำคัญยิ่งเท่านั้น แต่สมควรเลิกโทษอาญาที่มีมากเกินไปจนความจำเป็นสำหรับการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ที่มีขึ้นเพื่อประสิทธิภาพในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง อันเป็นการกระทำผิดที่ไม่มีข้อตำหนิในเชิงจริยธรรม ซึ่งการลด-เลิกโทษอาญาจะช่วยให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสามารถอุทิศเวลาให้กับการป้องกันและปราบปรามการก่ออาชญากรรมได้อย่างเต็มที่ โดยเฉพาะกรณี

^{๘๔}BENMAKLOUF (A.) et FALETTI (F.), “Les "Ordnungswidrigkeiten" en République fédérale d'Allemagne”, A.P.C. 1984, p. 76 ; WEIGEND (T), อ้างแล้วใน (๗๖), p. 97.

^{๘๕}CORREIA (E.), *Direito penal e direito de mera ordenação social*, (Coimbra : Boletim da Faculdade de Direito, 1973), p. 268.

^{๘๖}Decreto-Lei 232/79, 24 julho 1979.

ที่เป็นอาชญากรรมร้ายแรง นอกจากนี้ โทษทางปกครองยังเป็นเครื่องมือที่สามารถนำมาใช้เพื่อลงโทษ การกระทำผิดให้เหมาะสมกับลักษณะและความร้ายแรงของการกระทำผิดในแต่ละกรณีอีกด้วย^{๘๗}

อย่างไรก็ดี โดยที่รัฐกำหนด ฉบับที่ ๒๓๒/๗๙ มีปัญหาข้อโต้แย้งเกี่ยวกับ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ต่อมาจึงได้มีการตรารัฐกำหนด ฉบับที่ ๔๓๓/๘๒ ลงวันที่ ๒๗ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๘๒^{๘๘} เพื่อวางระบบกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครองขึ้นใหม่อีกครั้งหนึ่ง โดยมีฐานะ เป็น “กฎหมายมหาชนว่าด้วยการลงโทษ” (direito sancionatório público) ที่กำหนดหลักเกณฑ์ ขึ้นใช้บังคับกับการลงโทษทางปกครองตามกฎหมายเฉพาะในเรื่องต่าง ๆ โดยคำปรารภของรัฐกำหนด ดังกล่าวระบุว่า^{๘๙} “เหตุผลความจำเป็นในการมีกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครองเป็นผล สืบเนื่องมาจากพัฒนาการของรัฐสมัยใหม่ที่เข้าแทรกแซงและควบคุมกิจการต่าง ๆ ในทางเศรษฐกิจ การศึกษา วัฒนธรรม สิ่งแวดล้อม ฯลฯ” ดังนั้น “เพื่อให้การสั่งการของรัฐในกิจการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง มีสภาพบังคับอย่างแท้จริง... รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้มีระบบกฎหมายพิเศษขึ้นเป็นการเฉพาะ”^{๙๐} กฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดให้การกระทำผิดทางปกครองมี “โทษปรับทางปกครอง” (coima) เป็น โทษหลัก และอาจมีโทษเสริมอื่น ๆ (sanções acessórias) เช่น การริบทรัพย์สิน การห้ามประกอบ วิชาชีพหรือประกอบกิจการ การเพิกถอนสิทธิรับเงินช่วยเหลือ การเพิกถอนสิทธิเข้าร่วมการจัดงาน จำหน่ายสินค้าหรือเข้าร่วมการแข่งขันกีฬา หรือการเพิกถอนใบอนุญาตต่าง ๆ

เมื่อมีการตรารัฐกำหนดฉบับที่ ๔๓๓/๘๒ ขึ้นใช้บังคับเป็น “กฎหมายกลาง” ว่าด้วยการลงโทษทางปกครอง ผู้ตรากฎหมายก็ปรับเปลี่ยนความผิดอาญาโทษ (contravenções) ในเรื่องต่าง ๆ ให้เป็นการกระทำผิดทางปกครอง (contra-ordenações) มาอย่างต่อเนื่องเป็นลำดับ โดยล่าสุดได้มีการตรารัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๓๐/๒๐๐๖ ลงวันที่ ๑๑ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๐๖^{๙๑} ปรับเปลี่ยน ความผิดโทษในกฎหมายหลายฉบับเป็นการกระทำผิดทางปกครอง^{๙๒} ขณะเดียวกันกฎหมายเฉพาะ ที่ตราขึ้นหลังปี ค.ศ. ๑๙๘๒ ก็กำหนดให้การฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในเรื่องต่าง ๆ จำนวนมากเป็นการ กระทำผิดทางปกครอง โดยการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นการกระทำผิดทางปกครองส่วนใหญ่ มีได้ก่อความเสียหายต่อประโยชน์ของปัจเจกบุคคลโดยตรง แต่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายที่ฝ่ายปกครอง ใช้ควบคุมกำกับเรื่องต่าง ๆ

^{๘๗}FERREIRA ANTUNES (M.A.), “Le système portugais d’infractions à caractère administratif (contra-ordenações)”, in *Études sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les États membres des Communautés européennes*, (Luxembourg : Office of Official Publications of the European Communities, 1994), volume 1 : rapports nationaux, p. 328.

^{๘๘}Decreto-Lei 433/82, 27 Outubro 1982, Regime geral do ilícito de mera ordenação social.

^{๘๙}FERREIRA ANTUNES (M.A.), อ้างแล้วใน (๘๗), p. 333.

^{๙๐}รัฐธรรมนูญโปรตุเกส ค.ศ. ๑๙๗๖ บัญญัติในมาตรา ๑๖๘-๑ ให้องค์กรนิติบัญญัติระดับชาติ และระดับแคว้นมีอำนาจกำหนด “ระบบกฎหมายทั่วไปของการกระทำผิดทางปกครอง” ซึ่งหมายถึงการกำหนด ฐานความผิดทางปกครองและโทษทางปกครอง

^{๙๑}Lei nº 30/2006 de 11 de Julho 2006 Procede à conversão em contra-ordenações de contravenções e transgressões em vigor no ordenamento jurídico nacional.

^{๙๒}เช่น การกระทำผิดเกี่ยวกับการประกอบกิจการโรงไฟฟ้า การประมงน้ำจืด การขนส่งน้ำมัน ดิบและโรงอุตสาหกรรมนม การป้องกันโรคระบาดสัตว์ การประกอบอาชีพนักแสดง ฯลฯ

ในอิตาลี การใช้โทษทางปกครองก็เป็นผลสืบเนื่องจากปัญหาโทษอาญาเพื่อ เช่นเดียวกับในเยอรมันและโปรตุเกส โดยฝ่ายตำราได้เสนอให้มีการลด-เลิกโทษอาญาและนำโทษทางปกครองมาใช้แทนโทษอาญาสำหรับการกระทำผิดที่ไม่ร้ายแรงซึ่งพิเคราะห์ว่าเป็น “**ความผิดทางปกครอง**” (illecito amministrativo)^{๓๓} รัฐบาลอิตาลีเริ่มดำเนินการลด-เลิกโทษอาญาอย่างจริงจัง นับตั้งแต่ทศวรรษ ๑๙๖๐ โดยนโยบายลด-เลิกโทษอาญา (depenalizzazione) มีวัตถุประสงค์เพื่อลดภาระของศาลในการพิจารณาคดีอาญาที่มีอัตราโทษเล็กน้อย และจำกัดการใช้โทษอาญาเพื่อคุ้มครองคุณค่าที่มีความสำคัญสูงสุดที่รับรองไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ^{๓๔} โดยระยะแรกการลด-เลิกโทษอาญายังมีขอบเขตจำกัดอยู่เฉพาะในบางเรื่อง เช่น การจราจรทางบกและการฝ่าฝืนข้อบัญญัติท้องถิ่นเกี่ยวกับการใช้ทางและการขนส่ง โดยต่อมาในปี ค.ศ. ๑๙๗๕ จึงมีการปรับเปลี่ยนความผิดอาญาโทษ (contravvenzioni) ที่มีโทษปรับสถานเดียวตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ ให้เป็นความผิดที่มีโทษปรับทางปกครอง ยกเว้นการกระทำผิดที่ก่อความเสี่ยงต่อสวัสดิภาพและสุขภาพของบุคคล เช่น ความผิดในเรื่องแรงงาน อาหาร สิ่งแวดล้อม หรือสุขอนามัยของประชาชน ยังคงกำหนดให้มีโทษอาญาต่อไป นอกจากนี้ ผู้ตรากฎหมายยังได้กำหนดโทษทางปกครองในกฎหมายที่ตราขึ้นใหม่ในเรื่องต่าง ๆ ด้วย เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการล่าสัตว์ การค้า การก่อสร้างและผังเมือง

เมื่อมีการนำโทษทางปกครองมาใช้มากขึ้นเรื่อย ๆ รัฐบาลอิตาลีก็ตระหนักถึงความจำเป็นในการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงโทษทางปกครองให้เป็นระบบและมีมาตรฐานเดียวกัน จึงได้มีการตรารัฐธรรมนูญ ฉบับที่ ๖๘๙ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน ค.ศ. ๑๙๘๑ ว่าด้วยการปรับปรุงระบบกฎหมายอาญา (Legge n° 689/1981 Modifiche al sistema penale) ขึ้นใช้บังคับเป็น “กฎหมายกลาง” เกี่ยวกับการลงโทษทางปกครอง โดยมีขอบเขตบังคับใช้กับการกระทำผิดที่มี “โทษปรับทางปกครอง” (sanzioni amministrative pecuniarie) ที่กำหนดในกฎหมายฉบับต่าง ๆ รวมทั้งโทษเสริม (sanzioni accessorie) ในแต่ละกรณี เช่น การริบทรัพย์สินหรือการห้ามประกอบกิจการ^{๓๕} แต่จะไม่ใช้บังคับกับการกระทำผิดในเรื่องภาษีอากร (violazioni finanziarie) เพราะมีกฎหมายเฉพาะบัญญัติหลักเกณฑ์และวิธีการลงโทษไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ทั้งนี้ นอกจากรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ ๖๘๙ ค.ศ. ๑๙๘๑ จะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงโทษทางปกครองแล้ว ยังกำหนดให้เลิกโทษอาญาและใช้โทษปรับทางปกครองแทนโทษอาญาสำหรับการกระทำผิดที่มีโทษปรับสถานเดียว ทั้งความผิดอาญาโทษ (contravvenzioni) ซึ่งมีโทษปรับที่เรียกว่า “ammenda” และความผิดอาญาระดับกลาง (delitti) ซึ่งมีโทษปรับที่เรียกว่า “multa” รวมทั้งการกระทำผิดที่มีทั้งโทษปรับและโทษจำคุกในบางเรื่อง เช่น การกระทำทารุณต่อสัตว์ หรือการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การกระทำผิดที่มีลักษณะร้ายแรงยังคงกำหนดให้มีโทษอาญาต่อไปเช่นเดิม เช่น การทำแท้ง การกระทำผิดเกี่ยวกับอาวุธปืน สุขภาพ หรืออาหาร

^{๓๓}GRASSO (G.), “Le système des sanctions administratives dans l’ordre juridique italienne”, in *Études sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les États membres des Communautés européennes*, (Luxembourg : Office of Official Publications of the European Communities, 1994), volume 1 : rapports nationaux, p. 267.

^{๓๔}VASSALLI (G.), “Les orientations actuelles de la politique criminelle italienne”, A.P.C., n° 6, 1983, p. 183.

^{๓๕}GRASSO (G.), อ้างแล้วใน (๙๓), pp. 270-271.

นโยบายลด-เลิกโทษอาญาในอิตาลีมีความมุ่งหมายสำคัญสามประการ ได้แก่ (๑) เพื่อกำหนดมาตรการที่เหมาะสมกับลักษณะการกระทำผิดโดยเลิกโทษอาญาสำหรับการกระทำผิดที่ไม่ร้ายแรง (๒) แบ่งเบาภาระในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล เพื่อให้ศาลพิจารณาคดีเกี่ยวกับการกระทำผิดร้ายแรงเท่านั้น ซึ่งจะช่วยให้การพิจารณาคดีมีความรวดเร็วยิ่งขึ้น และ (๓) นำโทษทางปกครองมาใช้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพให้การป้องกันและปราบปรามการกระทำผิด^{๖๖} ซึ่งจากการศึกษาผลการบังคับใช้กฎหมายในช่วงเวลาสองปีนับแต่วันที่รัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๖๘๙ ค.ศ. ๑๙๘๑ มีผลใช้บังคับ ปรากฏว่าการเลิกโทษอาญาเป็นผลดีแก่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาอย่างมาก โดยช่วยลดจำนวนคดีที่เข้าสู่ศาลลงถึงร้อยละ ๑๑ ทำให้ศาลสามารถพิพากษาคดีแล้วเสร็จเพิ่มขึ้นอีกร้อยละ ๑๓ รวมทั้งลดระยะเวลาพิจารณาคดีลงโดยเฉลี่ย ๒๑ วัน และขณะเดียวกันการฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งคำสั่งลงโทษทางปกครองก็ไม่มีจำนวนมากถึงขั้นที่จะสร้างภาระให้แก่ศาลยุติธรรมแต่อย่างใด^{๖๗} ปัจจุบันรัฐบาลอิตาลียังคงเดินหน้านโยบายลด-เลิกโทษอาญาต่อไป โดยในปี ค.ศ. ๑๙๙๙ ได้มีการเลิกโทษอาญาครั้งใหญ่ โดยรัฐกำหนด ฉบับที่ ๕๐๗ ลงวันที่ ๓๐ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๙๙^{๖๘} ได้ปรับเปลี่ยนความผิดอาญาไม่ร้ายแรง (reati minori) ที่กำหนดในกฎหมายฉบับต่าง ๆ ให้เป็นความผิดทางปกครอง (illeciti amministrativi) ที่มีโทษปรับทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นความผิดในกฎหมายว่าด้วยอาหาร การจราจรทางบก การเดินเรือ ภาษีอากร หรือธนาคารพาณิชย์

๒.๒ การแทรกแซงของรัฐและประสิทธิภาพในการลงโทษ : กรณีของฝรั่งเศส

การลงโทษทางปกครองในฝรั่งเศสมีมิติที่เชื่อมโยงกับ “บทบาทของรัฐ” ในยุคต่าง ๆ จนแยกจากกันไม่ออก แต่เดิมในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (L’Ancien Régime) การลงโทษทางปกครองถือเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองโดยแท้ เช่น ขุนนางในฐานะเจ้าหน้าที่ผู้ดูแลป่าไม่มีอำนาจสั่งลงโทษการกระทำผิดเกี่ยวกับป่าไม้ได้เอง ซึ่งอำนาจดังกล่าวได้ตกทอดมาถึงปัจจุบันโดยเป็นอำนาจของสำนักงานทรัพยากรน้ำและป่าไม้ (services des eaux et forêts) หลังการปฏิวัติใหญ่ในปี ค.ศ. ๑๗๘๙ อำนาจลงโทษของฝ่ายปกครองก็ยังดำรงคงอยู่ต่อไป โดยเฉพาะอำนาจลงโทษบุคคลที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์กับทางราชการไว้ก่อน เช่น ผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการต่าง ๆ โดยกรณีที่ว่าฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการอนุญาต ฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตได้นอกจากนี้ ฝ่ายปกครองยังมีอำนาจลงโทษประชาชนทั่วไปที่ฝ่าฝืนหน้าที่ตามกฎหมาย เช่น บุคคลที่กระทำผิดในเรื่องภาษีอากร ซึ่งอำนาจลงโทษของฝ่ายปกครองในเรื่องนี้มีรากฐานมาจากอำนาจในการจัดเก็บภาษีอันเป็นอำนาจพิเศษของรัฐนั่นเอง

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

^{๖๖}DOLCINI (E.), *“Italie : Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif pénal”*, R.I.D.P., vol. 57, 1988, p. 278 et p. 292.

^{๖๗}MANTOVANI (F.), *“Le “modifiche al sistema penale del 1981” : risultati ed indicazioni di una ricerca empirica”*, in *Indice penale* อ้างใน DOLCINI (E.), อ้างแล้วใน (๙๖), p. 293.

^{๖๘}decreto legislativo 30 dicembre 1999, n° 507. - Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell’articolo 1 della legge 25 giugno 1999, n° 205.

รัฐบาลวิชี (gouvernement de Vichy)^{๙๙} ซึ่งเป็นรัฐบาลเผด็จการในระหว่างปี ค.ศ. ๑๙๔๐ - ๑๙๔๔ ได้มีการกระชับอำนาจลงโทษของฝ่ายปกครองครั้งใหญ่ โดยมีการจัดตั้งองค์การระเบียบทางเศรษฐกิจและองค์กรควบคุมวิชาชีพซึ่งมีอำนาจลงโทษการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในเรื่องที่ควบคุม จนการลงโทษการกระทำผิดในเรื่องทางเศรษฐกิจซึ่งเคยเป็นอำนาจของศาลก็ตกอยู่ในมือของฝ่ายปกครองแทบทั้งสิ้น โดยในบางเรื่องมีมาตรการที่รุนแรงมาก เช่น การกักขังทางปกครอง (internement administratif) ที่กำหนดไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคง ไม่ว่าจะเป็กฎหมายในเรื่องคนต่างด้าว ชาวฮิว บุคคลที่รับฟังวิญูของต่างชาติ หรือการส่งกำลังบำรุง

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลงและมีการสถาปนาระบอบสาธารณรัฐขึ้นอีกครั้งหนึ่ง โทษทางปกครองก็ยังคงเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐในการแทรกแซงกิจการต่าง ๆ เพื่อฟื้นฟูและพัฒนาประเทศ โดยในช่วงทศวรรษที่ ๑๙๕๐ และ ๑๙๖๐ มีการกำหนดโทษทางปกครองในเรื่องต่าง ๆ จำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็เรื่องการขนส่ง การจราจรทางบก หรือแม้แต้การตอบแบบสอบถามของสำนักงานสถิติแห่งชาติ^{๑๐๐} ในช่วงทศวรรษที่ ๑๙๗๐ เมื่อมีการปรับเปลี่ยนแนวคิดเกี่ยวกับบทบาทของรัฐจากเดิมที่เป็ "รัฐสวัสดิการ" (État-Providence) ไปสู่ "รัฐที่ควบคุมกำกับ" (État régulateur) โทษทางปกครองก็เป็เครื่องมือของรัฐเพื่อควบคุมกำกับกิจการต่าง ๆ โดยมีการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐรูปแบบใหม่ที่เรียกกันว่ "องค์กรอิสระทางปกครอง" (autorités administratives indépendantes) ขึ้นทำหน้าที่ควบคุมกำกับเรื่องที่ต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลและป้องกันการแทรกแซงจากฝ่ายการเมือง เช่น เรื่องเกี่ยวกับข้อมูลข่าวสาร การประกอบกิจการวิทยุโทรทัศน์ หรือการแข่งขันทางการค้า ทั้งนี้ องค์กรอิสระทางปกครองเป็หน่วยงานที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร มีอำนาจอย่างกว้างขวาง ทั้งการให้ความเห็น มีข้อเสนอแนะ ออกกฎและคำสั่งทางปกครอง และที่สำคัญ คือ อำนาจในการลงโทษการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในเรื่องที่ควบคุมกำกับ โดยมองกันว่องค์กรดังกล่าวมีความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง จึงสามารถพิจารณาลงโทษการกระทำผิดในเรื่องที่ควบคุมกำกับได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากกว่าศาล การอุบัติขึ้นขององค์กรอิสระทางปกครองได้ส่งผลต่อพัฒนาการของโทษทางปกครองอย่างมาก ทั้งในแง่ของเรื่องที่มีการนำโทษทางปกครองมาใช้ซึ่งล้วนแต่เป็เรื่องที่มีความสำคัญในทางเศรษฐกิจและสังคม ในแง่องค์กรผู้ม่ออำนาจลงโทษซึ่งเป็องค์กรฝ่ายปกครองรูปแบบใหม่ มิใช่ฝ่ายปกครองดั้งเดิมในระบบราชการ และในแง่ประเภทของโทษ ซึ่งส่วนใหญ่เป็โทษปรับทางปกครองที่อาจมีจำนวนเงินค่าปรับสูงมาก

เมื่อมีการนำโทษทางปกครองมาใช้มากขึ้นเรื่อย ๆ ในทศวรรษที่ ๑๙๘๐ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงมีโอกาได้วินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทกำหนดโทษทาง

^{๙๙} "รัฐบาลวิชี" เป็ชื่อเรียกรัฐบาลโดยพฤตินัยซึ่งมีที่ทำการอยู่ที่เมืองวิชีทางตอนกลางของประเทศ โดยตั้งขึ้นภายหลังกองทัพเยอรมันเข้ายึดครองฝรั่งเศสในปี ค.ศ. ๑๙๔๐ และฝรั่งเศสยอมลงนามสงบศึกกับเยอรมัน มีจอมพล Philippe Pétain เป็ประมุขสูงสุดของรัฐ ปกครองแบบเผด็จการต่อต้านแนวคิดเสรีนิยม เน้นการจัดระเบียบทางเศรษฐกิจและสังคมอย่างเข้มงวด รวมทั้งมีนโยบายให้ความร่วมมือกับเยอรมัน (politique de collaboration) จึงมองกันว่เป็เพียง "รัฐบาลหุ่นเชิด" ของเยอรมันนาซี

^{๑๐๐} รัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๕๑-๗๑๑ ลงวันที่ ๗ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๕๑ มาตรา ๗ ได้บัญญัติให้อำนาจรัฐมนตรีว่การกระทรวงเศรษฐกิจและการคลังสั่งปรับทางปกครองบุคคลที่ไม่ตอบแบบสอบถามภายในเวลาที่กำหนดหรือจงใจตอบแบบสอบถามโดยให้ข้อมูลอันเป็เท็จ

ปกครอง โดยช่วงแรกคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีท่าทีเป็นปฏิปักษ์ต่ออำนาจลงโทษของฝ่ายปกครอง^{๑๐๑} ก่อนจะผ่อนคลายนโยบายลงตามลำดับ^{๑๐๒} และยอมรับอำนาจลงโทษของฝ่ายปกครองในที่สุดโดยวินิจฉัยว่า “หลักการแบ่งแยกอำนาจ รวมทั้งหลักอื่น ๆ ที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญ มิได้ห้ามมิให้องค์กรฝ่ายปกครอง [...] ใช้อำนาจลงโทษ หากโทษนั้นไม่มีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพ และในการใช้อำนาจลงโทษกฎหมายได้กำหนดมาตรการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญไว้ด้วย”^{๑๐๓}

นับจากอดีตถึงปัจจุบันโทษทางปกครองได้ขยายขอบเขตออกไปอย่างต่อเนื่อง โดยมีการนำมาใช้อย่างแพร่หลายในเรื่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นในด้านเศรษฐกิจ สาธารณสุข สิ่งแวดล้อม รวมทั้งเรื่องใหม่ ๆ อย่างเทคโนโลยีสารสนเทศ จนมีผู้กล่าวว่า “โทษทางปกครองกำลังเป็นที่นิยม” (*“La sanction administrative est à la mode”*)^{๑๐๔} บ้างก็ถึงกับมองว่าเป็น “ความปราชัย” ของกฎหมายอาญา^{๑๐๕} โดยเหตุผลสำคัญที่ผู้ตรากฎหมายใช้โทษทางปกครองแทนโทษอาญาเนื่องจากมีกระบวนการพิจารณาที่เรียบง่ายรวดเร็วทำให้การลงโทษมีประสิทธิภาพ และในช่วงหลังเริ่มมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการลด-เลิกโทษอาญาเข้ามาเป็น “เหตุผลเสริม” โดยมองว่าโทษทางปกครองเป็นมาตรการที่เหมาะสมกับการกระทำผิดที่ไม่ร้ายแรงถึงขั้นที่ควรกำหนดให้มีโทษอาญา จึงเป็นเครื่องมือที่ช่วยป้องกันมิให้มีการกำหนดโทษอาญาเกินความจำเป็น^{๑๐๖}

ที่ผ่านมาโทษทางปกครองที่ใช้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเป็นบทกำหนดโทษที่บัญญัติขึ้นตั้งแต่เริ่มแรกแบบ *ab origine* หรือ *ex novo* ในกฎหมายที่ตราขึ้นใหม่ มิใช่การนำโทษทางปกครองมาใช้แทนที่โทษอาญาสำหรับการกระทำที่เคยเป็นความผิดอาญาเช่นเดียวกับบรรดาประเทศที่มีนโยบายลด-เลิกโทษอาญา ซึ่งมีผู้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่าการที่ฝรั่งเศสมิได้ดำเนินการลด-เลิกโทษอาญาอย่างเป็นระบบโดยนำโทษทางปกครองมาใช้แทนที่โทษอาญานั้น เป็นเพราะฝรั่งเศสไม่มี “กฎหมายกลาง” เกี่ยวกับการลงโทษทางปกครองเช่นเดียวกับบางประเทศ เช่น เยอรมัน ทำให้ผู้ตรากฎหมายต้องกำหนดหลักเกณฑ์การลงโทษทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะในแต่ละเรื่อง ซึ่งทำให้การบัญญัติบทกำหนดโทษทางปกครองเป็นเรื่องค่อนข้างยุ่งยาก^{๑๐๗} อย่างไรก็ตาม ในช่วงหลังเริ่มมีการนำโทษทางปกครองมาใช้แทนที่โทษอาญาในกฎหมายฉบับต่าง ๆ มากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะกฎหมายในด้านเศรษฐกิจ เช่น กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าซึ่งผู้ตรากฎหมายได้ยกเลิกความผิดอาญาในบางฐานความผิดและบัญญัติให้เป็นความผิดที่มีโทษทางปกครองแทน

^{๑๐๑}décision n° 84-181 DC des 10-11 octobre 1984 : ผู้ตรากฎหมายไม่อาจบัญญัติให้อำนาจองค์กรอิสระทางปกครองลงโทษการกระทำผิดเกี่ยวกับสื่อสิ่งพิมพ์ได้ เพราะจะเป็นการก้าวล่วงไปในเรื่องซึ่งอยู่ในอำนาจขององค์กรตุลาการ และขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

^{๑๐๒}décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987.

^{๑๐๓}décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 et n° 89-260 DC du 28 juillet 1989.

^{๑๐๔}CHAPUS (R.), *Droit administratif général - Tome 1*, (Paris : Montchrestien, 2001), pp. 10-11.

^{๑๐๕}ROBERT (J.-H.), “La dépenalisation”, A.P.D. n° 41, 1997, p. 197.

^{๑๐๖}RIBS (J.) et SCHWARTZ (R.), “L’actualité des sanctions administratives infligées par les autorités administratives indépendantes”, *Gazette du Palais*, 28-29 juillet 2000, p. 3.

^{๑๐๗}DELMAS-MARTY (M.) et GIUDICELLI-DELAGE (G.), *Droit pénal des affaires*, (Paris : P.U.F., 2000), p. 183.

๓. การพัฒนาเกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษในระบบกฎหมายต่างประเทศ

เมื่อมีการนำโทษทางปกครองมาใช้อย่างแพร่หลาย จึงมีการศึกษาถึงเกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา ฝ่ายตำราในเยอรมันได้ “จุดประเด็น” และพยายามหาคำตอบในเรื่องนี้ โดยเสนอเกณฑ์ความแตกต่างทางเนื้อหาของการกระทำผิดและเกณฑ์ความแตกต่างในระดับความร้ายแรงของการกระทำผิด ซึ่งประเทศอื่น ๆ ได้ใช้เกณฑ์ทำนองเดียวกันในการกำหนดโทษ ไม่ว่าจะเป็นโปรตุเกส ออสเตรเลีย หรือประเทศในแถบยุโรปตะวันออกที่ได้รับอิทธิพลจากเยอรมัน โดยรัฐบาลอิตาลีได้นำเกณฑ์เบื้องต้นของเยอรมันมาเป็นฐานในการ “ออกแบบ” เกณฑ์พิจารณาที่เป็นระบบยิ่งขึ้น เพื่อใช้เป็นเครื่องมือช่วยตัดสินใจสำหรับผู้ตรากฎหมาย และต่อมาคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสก็นำเกณฑ์พิจารณาของรัฐบาลอิตาลีมาพัฒนา “ต่อยอด” ให้ชัดเจนและแม่นยำยิ่งขึ้นอีก จนกล่าวได้ว่าเป็นเกณฑ์พิจารณาที่สมบูรณ์ที่สุดเท่าที่มีอยู่ในปัจจุบัน

๓.๑ เกณฑ์พิจารณาเบื้องต้นในระบบกฎหมายเยอรมัน

ฝ่ายตำราในเยอรมันพยายามค้นหาเกณฑ์พิจารณาในการแบ่งแยกการกระทำผิดอาญาและการกระทำผิดทางปกครองเพื่อกำหนดโทษให้เหมาะสมกับลักษณะของการกระทำผิด โดยช่วงแรกได้เสนอแนวคิดว่าการกระทำผิดทั้งสองประเภทมี “เนื้อหา” แตกต่างกัน ก่อนที่จะยอมรับในเวลาต่อมาว่าความผิดทั้งสองประเภทเพียงแต่แตกต่างกันใน “ระดับความร้ายแรง” เท่านั้น โดยศาสตราจารย์ Thomas Weigend แห่งมหาวิทยาลัย Köln ได้วิเคราะห์สรุปเกณฑ์พิจารณาของฝ่ายตำราไว้ ดังนี้^{๑๐๘}

(๑) เกณฑ์ความแตกต่างในเนื้อหา (qualitative criteria)

เดิมมีแนวคิดว่าการกระทำผิดอาญาเป็นสิ่งที่พึงตำหนิในทางจริยธรรม ผู้กระทำผิดจึงสมควรได้รับโทษอาญา ขณะที่การกระทำผิดทางปกครองเป็นสิ่งที่ไม่มีข้อพิจารณาในทางจริยธรรม จึงใช้วิธีการลงโทษปรับทางปกครองได้ อย่างไรก็ดี การพิจารณาว่าการกระทำหนึ่งเป็นสิ่งที่สมควรได้รับการตำหนิในเชิงจริยธรรมหรือไม่ก็ไม่มีข้อพิจารณาที่ชัดเจนแน่นอน ดังนั้น ฝ่ายตำราที่เชื่อว่าการกระทำผิดทั้งสองประเภทมี “เนื้อหา” แตกต่างกันจึงเสนอเกณฑ์พิจารณาที่ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยให้พิจารณาจากสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองและถูกล่วงละเมิด โดยในคริสต์ศตวรรษที่ ๑๙ Paul Johann Anselm von Feuerbach ได้เสนอว่าการละเมิดต่อสิทธิตามธรรมชาติของบุคคลถือเป็นอาชญากรรมหรือการกระทำผิดอาญา (*crimina*) ขณะที่การละเมิดกฎหมายที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ถือเป็นกรกระทำผิดไม่ร้ายแรง (*delicta*) หรือ “ความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (ทางปกครอง)” (“police (administrative) offences”)^{๑๐๙} ซึ่งข้อเสนอนี้คล้ายคลึงกับแนวคิดดั้งเดิมที่แยกการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเอง (*mala in se*) และการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด (*mala prohibita*)^{๑๑๐} ต่อมาในคริสต์ศตวรรษที่ ๒๐ James Goldschmidt ได้เสนอเกณฑ์ใหม่โดยให้พิจารณาว่าการกระทำผิดนั้นเป็นการละเมิดกฎหมาย (legal regulations) หรือเป็นการละเมิดกฎหมายทางปกครองของรัฐ (administrative state regulations) โดยมองว่ากฎหมายมีวัตถุประสงค์คุ้มครองการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลมิให้ถูกล่วงละเมิด

^{๑๐๘}WEIGEND (T.), “The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law”, R.I.D.P. 1984, p. 85 s.

^{๑๐๙}FEUERBACH (P.J.A.), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen Peinlichen Rechts*, 3d ed. Giessen 1805, p. 23.

^{๑๑๐}JAKOBS (G.), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin 1983, p. 41.

การละเมิดกฎหมายทางกฎหมายจึงถือเป็นการกระทำผิดอาญา ส่วนกฎหมายทางปกครองของรัฐ มีวัตถุประสงค์ระงับความผาสุกของสังคม โดยกำหนดหน้าที่ให้ประชาชนปฏิบัติ ซึ่งการไม่ให้ความร่วมมือแก่ทางราชการถือเป็นการไม่เชื่อฟังฝ่ายปกครอง จึงสมควรถูกลงโทษโดยฝ่ายปกครองเอง

แนวคิดของ Feuerbach และ Goldschmidt ต่างมีอิทธิพลอย่างมากในยุคนั้น แต่ฝ่ายตำรารุ่นหลังมีความเห็นว่าเป็นแนวคิดที่ใช้ได้กับยุคสมัยที่สังคมยังไม่ซับซ้อนและใช้ได้กับการกระทำผิดที่มีลักษณะไปในทางใดทางหนึ่งอย่างชัดเจน (“clear-cut cases”) แต่ในรัฐสมัยใหม่ มิใช่เรื่องง่ายที่จะแบ่งแยกได้อย่างเด็ดขาดว่าการกระทำหนึ่งเป็นการละเมิดต่อสิทธิของบุคคลหรือเป็นการละเมิดต่อกฎเกณฑ์ที่รัฐกำหนดขึ้น และแม้จะแบ่งแยกได้ ก็เป็นการพิจารณาตามอำเภอใจซึ่งขึ้นอยู่กับทัศนคติของแต่ละบุคคล ส่วนเกณฑ์ที่ว่าเป็นการละเมิดกฎหมายหรือกฎหมายทางปกครองของรัฐนั้น ในหลายกรณีกฎหมายทางกฎหมายก็ได้มีขอบเขตจำกัดอยู่เฉพาะการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล แต่มุ่งคุ้มครองความผาสุกของสังคมด้วย และในบางกรณีก็ยากที่จะพิเคราะห์ว่า บทบัญญัติกฎหมายมีวัตถุประสงค์คุ้มครองการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือความผาสุกของสังคม โดยนัยนี้ เกณฑ์ของ Feuerbach และ Goldschmidt จึงเป็นเพียงแนวคิดในทางปรัชญาที่ยังไม่แน่นอนพอที่จะใช้เป็นแนวทางสำหรับผู้ตรากฎหมายได้ในทางปฏิบัติ

ทั้งนี้ นอกจากเกณฑ์ว่าด้วยสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองแล้ว ยังมีเกณฑ์พิจารณาทางเนื้อหาอื่น ๆ เช่น **เกณฑ์ว่าด้วยลักษณะของการกระทำผิด** โดยกรณีที่เป็นการล่วงละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองอย่างเดียวกัน หากเป็นการกระทำโดยประมาทจะถือเป็น “การกระทำผิดทางปกครอง” แต่ถ้าเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือการกระทำผิดซ้ำ จะถือเป็น “การกระทำผิดอาญา” ซึ่งผู้ตรากฎหมายได้ใช้เกณฑ์ดังกล่าวในการกำหนดโทษในบางกรณี เช่น ความผิดเกี่ยวกับภาษีอากร หากเป็นการกระทำโดยเจตนา เช่น จงใจปกปิดข้อมูลหรือให้ข้อมูลอันเป็นเท็จหรือไม่ครบถ้วนแก่เจ้าหน้าที่เพื่อชำระภาษีน้อยลง เป็นการกระทำผิดอาญา^{๑๑๑} ขณะที่การกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ชำระภาษีน้อยลงเป็นการกระทำผิดทางปกครอง^{๑๑๒} ในทำนองเดียวกัน การค้าประเวณีในสถานที่ต้องห้ามเป็นการกระทำผิดทางปกครอง^{๑๑๓} แต่ถ้ากระทำผิดซ้ำแล้วซ้ำเล่า เป็นการกระทำผิดอาญา^{๑๑๔} อย่างไรก็ดี ถ้าฟังเกณฑ์ดังกล่าวเพียงอย่างเดียวไม่อาจใช้เป็นข้อพิจารณาเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในตัวเองได้ เพราะกรณีที่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเป็นคุณค่าที่มีความสำคัญอย่างยิ่งยวด แม้การกระทำผิดจะเป็นเพียงการกระทำโดยประมาท ก็ชอบที่จะกำหนดให้มีโทษอาญา ในทางกลับกัน หากสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเป็นคุณค่าลำดับรองที่ไม่สำคัญมากนัก เช่น การจอดรถในที่ห้ามจอด แม้การกระทำผิดจะมีลักษณะเป็นการกระทำโดยจงใจ ก็คงไม่ถึงขั้นที่ต้องกำหนดให้มีโทษอาญา

เกณฑ์ทางเนื้อหาอีกประการหนึ่งที่อาจใช้เป็นทางเลือก คือ **เกณฑ์ว่าด้วยการก่อกวนอันตรายของการกระทำผิด** โดยกรณีของการกระทำที่ก่อความเสี่ยงในการเกิดภัยอันตรายสมควรกำหนดเป็นการกระทำผิดทางปกครอง แต่ถ้าได้ก่อกวนอันตรายหรือคุกคามต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองแล้ว สมควรกำหนดเป็นการกระทำผิดอาญา ซึ่งผู้ตรากฎหมายได้ใช้เกณฑ์ดังกล่าวในการกำหนดโทษในบางกรณี เช่น การปล่อยให้สัตว์ร้ายสัญจรไปมาโดยอิสระเป็นการกระทำผิดทางปกครอง^{๑๑๕} แต่

^{๑๑๑}ประมวลรัษฎากร (Abgabeordnung) มาตรา ๓๖๙ และมาตรา ๓๗๐

^{๑๑๒}ประมวลรัษฎากร (Abgabeordnung) มาตรา ๓๗๘

^{๑๑๓}รัฐบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (OWiG) มาตรา ๑๒๐

^{๑๑๔}ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) มาตรา ๑๘๔ a

^{๑๑๕}รัฐบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (OWiG) มาตรา ๑๒๑

ถ้าสัตว์ร้ายซึ่งปราศจากการควบคุมได้ทำร้ายบุคคลอื่นเป็นการกระทำผิดอาญา^{๑๑๖} อย่างไรก็ตาม ถ้าฟังเกณฑ์ดังกล่าวก็ไม่อาจใช้เป็นเกณฑ์ทั่วไปได้เช่นเดียวกัน เพราะในกรณีที่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเป็นคุณค่าที่สำคัญยิ่ง เช่น ชีวิตของบุคคล แม้จะเป็นการกระทำที่เพียงแต่ก่อความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายก็สมควรกำหนดให้มีโทษอาญาแล้ว ในทางกลับกัน ใช่ว่าการกระทำที่ก่ออันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองจำต้องกำหนดให้เป็นการกระทำผิดอาญาเสมอไป แต่คงต้องพิจารณาด้วยว่าสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองนั้นเป็นคุณค่าที่มีความสำคัญมากน้อยเพียงใด

เมื่อไม่มีเกณฑ์ความแตกต่างทางเนื้อหาที่สามารถใช้แบ่งแยกการกระทำผิดอาญาและการกระทำผิดทางปกครองได้อย่างแน่นอนโดยลำพัง อันจะใช้เป็นเกณฑ์ทั่วไปสำหรับผู้ตรากฎหมายฝ่ายตารุ่นใหม่จึงล้มเลิกความพยายามในการค้นหาเกณฑ์ความแตกต่างทางเนื้อหา และลงความเห็นว่าการกระทำผิดทั้งสองประเภทเพียงแต่แตกต่างกันในระดับความร้ายแรงเท่านั้น

(๒) เกณฑ์ความแตกต่างในระดับความร้ายแรง (quantitative criteria)

ฝ่ายตารุ่นร่วมสมัยมีความเห็นสอดคล้องไปในทางเดียวกันว่าการกระทำผิดอาญาและการกระทำผิดทางปกครองไม่ได้มี “เนื้อหา” แตกต่างกัน แต่ต่างกันในระดับความร้ายแรงเท่านั้น โดยการกระทำที่ล่วงละเมิดหรือก่ออันตรายอย่างร้ายแรงต่อคุณค่าที่สำคัญและมีลักษณะพึงตำหนิในเชิงจริยธรรมสมควรกำหนดให้มีโทษอาญา ส่วนการกระทำอื่น ๆ ที่ร้ายแรงน้อยกว่าอาจกำหนดให้มีโทษปรับทางปกครอง อย่างไรก็ตาม เกณฑ์ดังกล่าวก็ไม่สู้เป็นประโยชน์ต่อผู้ตรากฎหมายเท่าใดนัก เพราะไม่ได้ให้คำตอบแน่นอนว่า “ใช่ หรือ ไม่ใช่” (Yes or No) เพียงแต่บอกว่า “มาก หรือ น้อย” (more or less) นอกจากนี้ ในการพิจารณาระดับความร้ายแรงของการกระทำผิด ก็ยังไม่ชัดเจนว่าจะวัดจากอะไร วัดที่ความสำคัญของคุณค่าที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง ระดับของการก่ออันตราย หรือลักษณะที่พึงตำหนิในเชิงจริยธรรม ฯลฯ และจะให้ “ค่าน้ำหนัก” กับข้อพิจารณาต่าง ๆ อย่างไร ยิ่งกรณีของการกระทำผิดที่มีลักษณะกลาง ๆ ไม่ได้ร้ายแรงเสียทีเดียว แต่ก็ไม่ใช่ความผิดเล็กน้อย ย่อมเป็นการยากที่จะหาคำตอบที่ชัดเจนได้

เมื่อเกณฑ์ว่าด้วยระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดไม่มีความชัดเจนแน่นอนพอที่จะใช้เป็น “เส้นแบ่ง” ระหว่างการกระทำผิดอาญาและการกระทำผิดทางปกครอง จึงยอมรับกันว่า ผู้ตรากฎหมายมี “ดุลพินิจ” ที่จะกำหนดโทษโดยพิจารณาถึง “ประโยชน์ในทางปฏิบัติ” เป็นสำคัญ เช่น ใช้ข้อพิจารณาว่าด้วยประสิทธิภาพในการลงโทษ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำวินิจฉัยจำกัดการใช้ดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายโดยวินิจฉัยว่า เมื่อมาตรา ๙๒ ของรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นขององค์กรตุลาการ การให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองพิจารณาเรื่องซึ่งเป็น “แก่นสาระ” ของกฎหมายอาญาจึงไม่อาจกระทำได้เพราะจะขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ^{๑๑๗} แต่ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ก็ยอมรับว่าผู้ตรากฎหมายมีดุลพินิจในระดับหนึ่งที่จะกำหนด “แก่นสาระ” ของกฎหมายอาญาได้ว่าครอบคลุมเรื่องใดบ้าง^{๑๑๘} ส่วนฝ่ายตาราก็พยายามเสนอเกณฑ์พิจารณาเพื่อจำกัดการใช้ดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายเช่นกัน โดยศาสตราจารย์ Klaus Tiedemann^{๑๑๙} เสนอให้พิจารณาระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดจากภัยอันตรายที่เกิดแก่

^{๑๑๖}ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) มาตรา ๒๒๓ และมาตรา ๒๓๐

^{๑๑๗}BVerfGE 22, p. 49, 81.

^{๑๑๘}BVerfGE 27, p. 18, 29-30 ; BVerfGE 51, p. 60, 74-76.

^{๑๑๙}TIEDEMANN (K.), *Kartellrechtsvertöße und Strafrecht*, Köln 1976, pp. 96-98,

สังคมและระบบเศรษฐกิจเป็น “ข้อพิจารณาสำคัญ” ในการกำหนดโทษ โดยการกระทำที่ก่ออันตรายร้ายแก่สังคมและระบบเศรษฐกิจอย่างรุนแรง สมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ส่วนประสิทธิภาพของการลงโทษมองว่าเป็น “ข้อพิจารณาลำดับรอง” เพราะไม่อาจประเมินประสิทธิภาพของการลงโทษแต่ละประเภทได้อย่างแน่นอน เว้นแต่กรณีที่ปรากฏชัดว่าโทษอาญาจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพ ก็อาจยอมรับให้ผู้ตรากฎหมายกำหนดให้การกระทำผิดนั้นมีโทษทางปกครอง แม้ว่าจะเป็นการกระทำที่ก่ออันตรายอย่างร้ายแรงก็ตามที่

๓.๒ การริเริ่มเกณฑ์พิจารณาที่เป็นระบบโดยรัฐบาลอิตาลี^{๑๒๐}

การศึกษาเกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษในอิตาลีเป็นผลสืบเนื่องจากนโยบายลด-เลิกโทษอาญาที่ส่งเสริมให้ใช้โทษทางปกครองแทนโทษอาญา แต่กลับไม่มีแนวทางที่ชัดเจนในการเลือกกำหนดโทษ ทำให้การกำหนดโทษในช่วงแรกเป็นไปอย่างสับสน^{๑๒๑} เพื่อให้การกำหนดโทษตามกฎหมายเป็นระบบระเบียบยิ่งขึ้น รัฐบาลอิตาลีจึงมอบหมายให้กระทรวงยุติธรรมศึกษาเกณฑ์ในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองและโทษอาญา และนำผลการศึกษามาจัดทำหนังสือเวียน ลงวันที่ ๑๙ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๘๓ ว่าด้วยเกณฑ์พิจารณาในการแบ่งแยกโทษอาญาและโทษทางปกครอง^{๑๒๒} หนังสือเวียนนี้มีได้มุ่งหมายจำกัดดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายในการเลือกกำหนดโทษ เพียงแต่เสนอเกณฑ์ที่เป็น “กรอบ” ในการพิจารณากำหนดโทษ เพื่อมิให้ผู้ตรากฎหมายใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจและเพื่อให้การกำหนดนโยบายอาญาของรัฐเป็นไปอย่างเหมาะสม โดยหลักสำคัญสองประการในการเลือกกำหนดโทษ ได้แก่ หลักความพอสมควรแก่เหตุ และหลักการใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสำรอง

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

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

^{๑๒๐}เนื้อหาในส่วนนี้เรียบเรียงจาก LORVELLEC (S.), “*Les frontières entre infraction pénale et infraction administrative en Italie*”, A.P.C., 1985, n° 8, p. 179 s.

^{๑๒๑}เช่น ในเรื่องการพนัน รัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๒๔ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๗๕ ได้เลิกโทษอาญาไปแล้ว แต่ต่อมารัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๒ สิงหาคม ค.ศ. ๑๙๘๒ กลับบัญญัติให้มีโทษอาญาอีก หรือในเรื่องการโฆษณาผลิตภัณฑ์อาหาร รัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน ค.ศ. ๑๙๘๑ ได้กำหนดให้มีโทษอาญาต่อไป แต่รัฐกำหนดลงวันที่ ๑๘ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๘๒ กลับเลิกโทษอาญาและกำหนดให้การกระทำผิดในเรื่องนี้มีโทษทางปกครอง

^{๑๒๒}Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 dicembre 1983 : Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, Gazzetta Ufficiale del 23 gennaio 1984, n° 22.

พื้นฐานของนิติรัฐทางสังคม เช่น ระบบการจัดเก็บภาษีอากร หรือสิ่งใด ๆ ที่จำเป็นแก่การดำเนินงานของรัฐ ส่วนระดับความเสียหายที่เกิดแก่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง ต้องพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่ก่อความเสียหายขึ้นแล้ว (illecito di lesione) หรือเป็นการกระทำที่ก่ออันตราย (illecito di pericolo) ซึ่งต้องพิจารณาต่อไปว่าก่ออันตรายโดยตรงหรือโดยอ้อมต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง

ทั้งนี้ หากพิจารณาถึงระดับความสำคัญของ “คุณค่า” หรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองประกอบกับระดับความเสียหายที่เกิดแก่คุณค่านั้นแล้ว ปรากฏว่าการกระทำผิดก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อคุณค่าระดับสูง กรณีสมควรกำหนดให้การกระทำผิดนั้นมีโทษอาญา (“แก่นสาระของความผิดอาญา”) แต่ถ้าการกระทำผิดก่อให้เกิดความเสียหายเล็กน้อยต่อคุณคาลำดับรอง สมควรกำหนดให้การกระทำผิดนั้นมีโทษทางปกครอง (“แก่นสาระของความผิดทางปกครอง”) ส่วนกรณีที่การกระทำผิดก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อคุณคาลำดับรอง หรือก่อให้เกิดความเสียหายเล็กน้อยต่อคุณค่าระดับสูง อันถือเป็นการกระทำผิดที่มีลักษณะก้ำกึ่งระหว่าง “แก่นสาระของความผิดอาญา” และ “แก่นสาระของความผิดทางปกครอง” ก็ต้องพิจารณาเลือกกำหนดโทษตามหลักการใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสำรอง (principio di sussidiarietà) โดยใช้โทษอาญาต่อเมื่อมาตรการอื่น ๆ ไม่มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกับโทษอาญา แต่ถ้ามีมาตรการอื่นที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดดีกว่าโทษอาญา ก็ชอบที่จะใช้มาตรการอื่นแทน เช่น โทษทางปกครอง

ตารางสรุปเกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษของรัฐบาลอิตาลี^{๑๒๓}

	คุณค่าระดับสูง	คุณคาลำดับรอง
ความเสียหายร้ายแรง	+	
ความเสียหายเล็กน้อย		-

- พื้นที่สีขาว คุณค่าระดับสูง + ความเสียหายร้ายแรง = โทษอาญา (+)
 คุณคาลำดับรอง + ความเสียหายเล็กน้อย = โทษทางปกครอง (-)
- พื้นที่สีเทา คุณคาลำดับรอง + ความเสียหายร้ายแรง
 คุณค่าระดับสูง + ความเสียหายเล็กน้อย
 ⇒ ใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสำรองหรือเป็นทางเลือกสุดท้าย

^{๑๒๓} นำมาจาก DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit*, (Paris : P.U.F., 1986), p. 280.

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

สำหรับ**หลักสารบัญญัติ** โทษทางปกครองอาจมีประสิทธิภาพมากกว่าโทษอาญาหลายประการ เช่น ในเรื่องบุคคลผู้ต้องรับผิด มาตรา ๖ แห่งรัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๖๘๙ ค.ศ. ๑๙๘๑ ได้กำหนดหลักความรับผิดชอบร่วมกันไว้กว้าง โดยไม่จำกัดเฉพาะตัวผู้กระทำผิดเท่านั้น แต่รวมถึงบุคคลอื่นที่อาจเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดในทางใดทางหนึ่งด้วย เช่น กำหนดให้บุคคลผู้เป็นเจ้าของวัตถุที่ใช้ในการกระทำผิดทางปกครองต้องร่วมรับผิดชอบด้วย (มาตรา ๖ วรรคหนึ่ง) ดังนั้น กรณีของการกระทำผิดที่จำต้องอาศัยวัตถุอย่างหนึ่งในการทำความผิดและการหาตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของวัตถุดังกล่าวง่ายกว่าการหาตัวผู้กระทำผิด การใช้โทษทางปกครองย่อมเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากกว่าโทษทางอาญา หรือในกรณีที่ผู้แทนนิติบุคคลทำความผิดทางปกครอง นิติบุคคลอาจต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้แทนนิติบุคคลด้วย (มาตรา ๖ วรรคสาม) ดังนั้น โทษทางปกครองจึงเหมาะสมกับการกระทำผิดที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของ**นิติบุคคล** นอกจากนี้ โดยที่มาตรา ๒๘ ได้กำหนด**อายุความ**ของการกระทำผิดทางปกครองไว้ห้าปี ซึ่งยาวกว่าอายุความตามมาตรา ๑๕๗ แห่งประมวลกฎหมายอาญาสำหรับความผิดลหุโทษ ประกอบกับวรรคสองของมาตรา ๒๘ กำหนดให้นำหลักการสะดุดหยุดลงของอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้กับอายุความของความผิดทางปกครอง โทษทางปกครองจึงน่าจะมีประสิทธิภาพมากกว่าโทษปรับอาญาสำหรับความผิดลหุโทษ อย่างไรก็ตาม โทษทางปกครองก็มีข้อด้อยในบางกรณี เช่น กรณีที่ผู้กระทำผิดทางปกครองไม่มีเงินเพียงพอแก่การชำระค่าปรับทางปกครองโดยถูกต้องครบถ้วน รัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๖๘๙ ค.ศ. ๑๙๘๑ ก็ได้กำหนดให้มีการ**กักขังแทนค่าปรับ**ในทำนองเดียวกันกับค่าปรับอาญา ดังนั้น โทษทางปกครองจึงแทบจะไม่มีประสิทธิภาพเลยสำหรับการกระทำผิดซึ่งกระทำโดย**บุคคลที่ไม่มีเงินชำระค่าปรับ** เช่น ความผิดเกี่ยวกับการขอลานหรือการเมาสุราในที่สาธารณะ ซึ่งผู้กระทำผิดส่วนใหญ่เป็นคนจรจัดที่ไม่มีรายได้

ในส่วนของ**หลักวิธีบัญญัติ** กระบวนการพิจารณาโทษทางปกครองมีข้อด้อยกว่าโทษอาญาในบางเรื่อง เป็นต้นว่า มาตรา ๑๓ วรรคหนึ่งและวรรคสี่ แห่งรัฐบัญญัติฉบับที่ ๖๘๙ ค.ศ. ๑๙๘๑ กำหนดว่าในการสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิดทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถตรวจค้นสถานที่ใด ๆ ได้ หากมีใบที่อยู่อาศัยของบุคคล^{๒๔} กรณีของการกระทำผิดที่มักจะทำในที่อยู่อาศัยของบุคคล จึงไม่สมควรกำหนดให้มีโทษทางปกครอง เพราะอาจจะมีปัญหาข้อขัดข้องในการสอบสวนและเป็นอุปสรรคแก่การลงโทษผู้กระทำผิด ในทางกลับกัน โทษทางปกครองก็มีข้อได้เปรียบบางประการเหนือโทษอาญา เพราะมีขั้นตอนที่เรียบง่ายและรวดเร็วกว่าการดำเนินคดีอาญา และไม่ทำให้ผู้กระทำผิดบอบช้ำ แต่ขณะเดียวกัน การพิจารณาโทษทางปกครองก็มีหลักประกันน้อยกว่าการพิจารณาคดีของศาล เช่น ในเรื่องการต่อสู้ป้องกันสิทธิ แม้ว่ารัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๖๘๙ ค.ศ. ๑๙๘๑ มาตรา ๑๘ วรรคหนึ่ง จะกำหนดให้คู่กรณีมีสิทธิชี้แจงโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานโดยทำเป็นหนังสือหรือชี้แจงด้วยวาจาต่อเจ้าหน้าที่ได้ แต่ก็ต้องใช้สิทธิภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิด

^{๒๔} การเข้าตรวจค้นสถานที่ซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยของบุคคลเป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมโดยต้องขอให้ศาลออกหมายค้นก่อน

โดยสรุป หนังสือเวียนของรัฐบาลอิตาลีได้ “ออกแบบ” เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษให้เป็นระบบยิ่งขึ้นเมื่อเทียบกับเกณฑ์พิจารณาในระบบกฎหมายเยอรมัน โดยมีจุดเด่นตรงที่นำเกณฑ์ว่าด้วยความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองและระดับความเสียหายที่เกิดขึ้นมาใช้พิจารณาประกอบกันเพื่อแบ่งแยกแ่กันสาระของความผิดอาญาและแ่กันสาระของความผิดทางปกครอง โดยกรณีของการกระทำผิดที่มีลักษณะกำกวม ก็พิจารณาหาข้อยุติในการเลือกกำหนดโทษโดยใช้ข้อพิจารณาว่าด้วยประสิทธิภาพในการลงโทษ ซึ่งต่อมาคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้นำเกณฑ์พิจารณาของรัฐบาลอิตาลีมาเป็นฐานในการพัฒนาเกณฑ์พิจารณาที่สมบูรณ์ยิ่งขึ้นอีกเพื่อเป็นเครื่องมือช่วยตัดสินใจสำหรับผู้ตรากฎหมายในการเลือกกำหนดโทษ

๓.๓ เกณฑ์พิจารณาที่สมบูรณ์ของคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

(๑) ความเป็นมาในการศึกษาเกณฑ์พิจารณา

แม้ว่าฝรั่งเศสจะไม่ได้ดำเนินนโยบายลด-เลิกโทษอาญาอย่างเป็นระบบเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ ในยุโรป แต่รัฐบาลฝรั่งเศสก็ตระหนักถึงปัญหาการมีโทษอาญามากเกินความจำเป็น โดยมีการจัดทำหนังสือเวียน ลงวันที่ ๗ มกราคม ค.ศ. ๑๙๘๕ ว่าด้วยการบัญญัติและการบังคับใช้บทกำหนดโทษอาญาในกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องทางเทคนิค^{๑๒๕} เพื่อให้แนวทางแ่กันส่วนราชการที่จะเสนอร่างกฎหมายว่าสมควรกำหนดโทษอาญาสำหรับการกระทำผิดที่ก่อความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อการจัดระเบียบของสังคมเท่านั้น หนังสือเวียนฉบับนี้มีที่มาจากรายงานการศึกษาวิจัยของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสที่เสนอต่อรัฐบาลในปี ค.ศ. ๑๙๘๔^{๑๒๖} โดยสภาแห่งรัฐได้ศึกษาวิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้โทษอาญาตามกฎหมายในเรื่องเทคนิค (กฎหมายด้านผังเมือง สิ่งแวดล้อม แรงงานสวัสดิการสังคม และการคุ้มครองผู้บริโภค) สรุปสาระสำคัญได้ว่า การที่กฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้บัญญัติโทษอาญาสำหรับการกระทำผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง ทำให้ในทางปฏิบัติมักจะไม่มีการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิด เนื่องจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเห็นว่าเป็นเรื่องเล็กน้อยและไม่สำคัญพอที่จะดำเนินคดี จึงมักจะเพิกเฉยไม่สอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิด หรือหากมีการส่งเรื่องให้พนักงานอัยการ พนักงานอัยการก็มักจะไม่ฟ้องคดี หรือหากมีการฟ้องคดีต่อศาล โดยที่ศาลไม่มีความรู้ความชำนาญในเรื่องทางเทคนิคประกอบกับความผิดที่มีโทษอาญาเป็นการกระทำที่ไม่ร้ายแรง ศาลจึงลังเลที่จะพิพากษาลงโทษผู้กระทำผิดหรือมีฉันทันทีใช้โทษที่เบาบางลงแ่กันผู้กระทำผิด ซึ่งมีผลทำให้การลงโทษไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดกฎหมาย^{๑๒๗}

เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว สภาแห่งรัฐจึงเสนอแนะให้ปรับเปลี่ยนแนวทางการกำหนดโทษตามกฎหมาย โดยเลิกโทษอาญาสำหรับการกระทำผิดบางประเภทและใช้โทษทางปกครองแทนโทษอาญา อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐได้ให้ข้อสังเกตไว้ด้วยว่า การลงโทษทางปกครองมีทั้งข้อดีและข้อด้อย เพราะแม้ว่ากระบวนการลงโทษจะมีขั้นตอนที่เรียบง่ายรวดเร็วและไม่ทำให้ผู้กระทำผิดต้องบอบช้ำและเสียประวัติ แต่ในอีกแ่กันหนึ่งก็มีหลักประกันสำหรับผู้ถูกกล่าวหาไม่น้อยกว่า

^{๑๒๕}Circulaire du Premier ministre du 7 janvier 1985 sur l'élaboration et la mise en oeuvre des dispositions pénales des législations et réglementations techniques, R.S.C., 1985, p. 397.

^{๑๒๖}Rapport du Conseil d'État du 8 mars 1984.

^{๑๒๗}BRESSON (J.-J.), "Inflation des lois pénales et législations et réglementations techniques", R.S.C., 1985, pp. 245-257.

กระบวนการพิจารณาดีของศาลและอาจมีการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบโดยฝ่ายปกครองได้ ดังนั้น ในการเลือกกำหนดโทษจึงต้องพิจารณาให้รอบคอบว่า การกระทำผิดลักษณะใดสมควรกำหนดให้มีโทษทางปกครอง และการกระทำผิดลักษณะใดสมควรกำหนดให้มีโทษอาญา ซึ่งสภาแห่งรัฐมีข้อเสนอแนะในเบื้องต้นว่า โทษอาญาสมควรนำมาใช้กับการกระทำที่กระทบต่อคุณค่าอันสำคัญของสังคม (atteinte aux valeurs essentielles de la société) ส่วนโทษทางปกครองสมควรนำมาใช้กับการกระทำที่กระทบต่อกฎเกณฑ์ในการจัดระเบียบสังคม (atteinte à l'organisation de la vie sociale) แต่ทั้งนี้ โทษทางปกครองจะต้องไม่มีลักษณะเป็นโทษที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล หรือหากเป็นโทษปรับก็ต้องไม่กำหนดจำนวนเงินค่าปรับไว้สูงเกินไป นอกจากนี้ สมควรเลี้ยงที่จะกำหนดให้การกระทำผิดเดียวกันมีทั้งโทษทางปกครองและโทษอาญาเพื่อมิให้เกิดปัญหาการลงโทษซ้ำ ส่วนกฎหมายในเรื่องใดสมควรกำหนดให้มีโทษทางปกครองหรือโทษอาญา เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษ (critères de choix) ย่อมแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับเนื้อหาของกฎหมายในแต่ละเรื่อง

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

(๒) เนื้อหาสาระของเกณฑ์พิจารณา

คณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาได้ศึกษาวิเคราะห์แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญา โดยเฉพาะเกณฑ์พิจารณาที่รัฐบาลอิตาลีเสนอแนะไว้ก่อนหน้านี้นี้แล้ว ได้เสนอเกณฑ์พิจารณาที่เป็นระบบในการเลือกกำหนดโทษ ดังนี้^{๒๘}

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

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

เกณฑ์ลำดับที่สาม เกณฑ์เทคนิค (critères techniques) ซึ่งเป็นการใช้หลักยุติธรรมและหลักอรรถประโยชน์ควบคู่กัน

สำหรับหลักในการพิจารณากำหนดโทษให้เหมาะสมกับการกระทำในกรณีหนึ่งนั้น ในเบื้องต้นจะพิจารณาโดยใช้เกณฑ์ลำดับที่หนึ่งเพื่อแบ่งแยกว่าการกระทำในกรณีนั้นสมควรกำหนดให้มีโทษอาญาหรือใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา โดยกรณีที่ยังไม่ได้ข้อสรุปแน่ชัดว่าสมควรใช้โทษอาญา ก็จะพิจารณาตามเกณฑ์ลำดับที่สองต่อไป ซึ่งหากได้ข้อสรุปว่าสมควรใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา ก็จะพิจารณาตามเกณฑ์ลำดับที่สามต่อไปให้ได้ข้อยุติว่า การกระทำในกรณีนั้นสมควรกำหนดให้มีโทษทางปกครองหรือโทษทางแพ่ง

^{๒๘} DELMAS-MARTY (M.), *Les grands systèmes de politique criminelle*, (Paris : P.U.F., 1992), pp. 286-292.

เกณฑ์ความร้ายแรงของการกระทำผิดเป็นการพิจารณาว่าการกระทำนั้นมีความร้ายแรงถึงขั้นที่สมควรกำหนดให้มีโทษอาญาหรือไม่ (ในทำนองเดียวกับการใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุตามหนังสือเวียนของรัฐบาลอิตาลี) ซึ่งการกระทำผิดจะมีระดับความร้ายแรงเพียงใดนั้น คณะกรรมการฯ ได้กำหนดให้พิจารณาจากตัวชี้วัด (indicateurs) สามประการประกอบกัน ได้แก่ (๑) ลักษณะการกระทำผิด (๒) ความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง และ (๓) ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง โดยแต่ละตัวชี้วัดจะมีเกณฑ์พิจารณา (critères) เพื่อพิจารณาถึงความเหมาะสมในการกำหนดโทษอาญาในระดับที่ลดหลั่นกันไป ตั้งแต่ระดับต่ำสุด (ค่าคะแนน ๑) ระดับปานกลาง (ค่าคะแนน ๒) จนถึงระดับสูงสุด (ค่าคะแนน ๓) โดยมีรายละเอียดตามตารางต่อไปนี้

เกณฑ์ลำดับที่หนึ่ง

เกณฑ์ความร้ายแรงของการกระทำผิด - หลักยุติธรรม (principe de justice)

ตัวชี้วัด	เกณฑ์พิจารณา	ระดับที่สมควรกำหนดเป็นความผิดอาญา
ลักษณะการกระทำผิด	การกระทำโดยเจตนา	๓
	การกระทำโดยประมาท	๒
	การผิดพลาดบกพร่อง	๑
สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง	คุณค่าระดับสูงที่มีอาจล่วงละเมิดได้	๓
	สิทธิเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดได้	๒
	กฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันในสังคม	๑
ความเสียหาย	ความเสียหายร้ายแรง	๓
	ความเสียหายเล็กน้อย	๒
	ความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหาย	๑

สำหรับตัวชี้วัดในเรื่องสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองนั้น คณะกรรมการฯ ได้ให้คำอธิบายไว้ ดังนี้

- “คุณค่าระดับสูงที่มีอาจล่วงละเมิดได้” หมายถึง คุณค่าที่รับรองโดยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งได้แก่ รัฐธรรมนูญหรือพันธกรณีระหว่างประเทศ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Pacte international relatif aux droits civiques et politiques) หรืออนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) ซึ่งตัวอย่างของคุณค่าระดับสูงที่มีอาจล่วงละเมิดได้ เช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์^{๑๒๙} ชีวิตของบุคคล^{๑๓๐} หรือบูรณภาพแห่งดินแดน^{๑๓๑}

^{๑๒๙} ข้อ ๓ § ๑ และ ข้อ ๔ § ๑ ของอนุสัญญายุโรปฯ

^{๑๓๐} ข้อ ๖ ของกติการะหว่างประเทศฯ

^{๑๓๑} ข้อ ๔ ของกติการะหว่างประเทศฯ, ข้อ ๑๕ ของอนุสัญญายุโรปฯ, มาตรา ๖ ของรัฐธรรมนูญ

- “สิทธิเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดได้” ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพส่วนใหญ่ที่รับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญหรือพันธกรณีระหว่างประเทศ แต่เป็นสิทธิและเสรีภาพที่มีข้อยกเว้นและอาจถูกจำกัดได้ เช่น เสรีภาพส่วนบุคคล ความปลอดภัยของบุคคล สิทธิในทรัพย์สิน ความเป็นอยู่ส่วนตัว และชีวิตครอบครัว การไม่เลือกปฏิบัติ ความเสมอภาค เสรีภาพในการนับถือศาสนาและแสดงความคิดเห็น สิทธิในการศึกษาอบรมและวัฒนธรรม และสิทธิในการมีสิ่งแวดล้อมที่ดี

- “กฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันในสังคม” ได้แก่ กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับบุคคลบางประเภท เช่น การเก็บรักษาทะเบียนการค้าหรือเอกสารสำคัญต่าง ๆ ในการประกอบธุรกิจหรือกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับการกระทำในบางเรื่อง เช่น การจอดรถกีดขวางทางจราจร หรือการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์การปิดร้านค้าในวันอาทิตย์ ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนกฎระเบียบแต่ไม่ก่ออันตรายแก่บุคคลอื่น

เมื่อนำตัวชี้วัดทั้งสามประการมาคำนวณประกอบกันแล้ว หากได้ค่ารวมมากกว่า ๗ เช่น กรณีที่การกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยเจตนา (ค่าคะแนน ๓) และก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรง (ค่าคะแนน ๓) ต่อคุณค่าระดับสูงที่มีอาจล่วงละเมิดได้ (ค่าคะแนน ๓) ค่ารวมจะเท่ากับ ๙ กรณีดังกล่าวสมควรกำหนดให้การกระทำนั้นมีโทษอาญา แต่กรณีที่ได้ค่ารวมต่ำกว่า ๕ เช่น เป็นการบกพร่องผิดพลาด (ค่าคะแนน ๑) ที่ทำให้เกิดความเสียหายที่จะเกิดความเสียหาย (ค่าคะแนน ๑) ต่อกฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันในสังคม (ค่าคะแนน ๑) ค่ารวมจะเท่ากับ ๓ กรณีสมควรใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา โดยมาตรการที่สมควรใช้จะเป็นโทษทางปกครองหรือโทษทางแพ่ง ต้องพิจารณาต่อไปโดยใช้เกณฑ์ลำดับที่สามหรือเกณฑ์เทคนิค ส่วนกรณีที่ค่ารวมอยู่ระหว่าง ๕-๗ เช่น เป็นการกระทำโดยประมาท (ค่าคะแนน ๒) ที่ก่อความเสียหายเล็กน้อย (ค่าคะแนน ๒) ต่อสิทธิหรือเสรีภาพที่อาจมีการจำกัดได้ (ค่าคะแนน ๒) ค่ารวมจะเท่ากับ ๖ ถือเป็นกรณีที่ยังกำกึ่งว่าสมควรใช้โทษอาญาหรือมาตรการอื่นแทนโทษอาญา (ทำนองเดียวกับการกระทำใน “โซนสีเทา” ตามหนังสือเวียนของรัฐบาลอิตาลี) ในกรณีเช่นนี้ ต้องพิจารณาโดยใช้เกณฑ์ลำดับที่สองหรือเกณฑ์ว่าด้วยความสัมพันธ์ผลของโทษต่อไปตามหลักอรรถประโยชน์ โดยพิจารณาถึงประสิทธิภาพของโทษและความพร้อมในการบังคับใช้โทษประกอบกัน ซึ่งการพิจารณาประกอบด้วยสองขั้นตอน ดังนี้

ในลำดับแรกจะพิจารณาประสิทธิภาพของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ในปัจจุบัน เพราะกรณีที่ผู้ตรากฎหมายจะกำหนดโทษอาญาสำหรับการกระทำในเรื่องหนึ่ง สมควรตรวจสอบเสียก่อนว่ากฎหมายได้กำหนดโทษประเภทอื่นไว้แล้วหรือไม่ และโทษที่กำหนดไว้นั้นมีประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดหรือไม่ หรือกรณีนั้นมีฐานความผิดอาญาทั่วไป (incrimination générale de droit commun) ที่อาจนำมาใช้กับการกระทำนั้นได้หรือไม่ และการใช้โทษอาญาดังกล่าวมีประสิทธิภาพหรือไม่ ในลำดับต่อไปจะพิจารณาถึงความพร้อมหรือศักยภาพในการบังคับใช้โทษอาญาที่จะกำหนดขึ้นใหม่ โดยหน่วยงานที่เสนอให้กำหนดโทษอาญาจะต้องศึกษาผลกระทบโดยประเมินจำนวนคดีที่จะขึ้นสู่ศาลหากมีการกำหนดโทษอาญา รวมทั้งประเมินความพร้อมของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ทั้งในส่วนของ การสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิด การพิจารณาพิพากษาคดีของศาล และการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาล โดยมีรายละเอียดตามตารางต่อไปนี้

เกณฑ์ลำดับที่สอง
เกณฑ์ความสัมฤทธิ์ผล - หลักอรรถประโยชน์ (principe d'utilité)

ตัวชี้วัด	เกณฑ์พิจารณา	ระดับที่สมควรกำหนด เป็นความผิดอาญา
ประสิทธิภาพของโทษอาญา ที่กำหนดในกฎหมาย	ไม่มีการกำหนดโทษอาญาไว้ โทษอาญาไม่มีประสิทธิภาพ โทษอาญามีประสิทธิภาพ	๓ ๒ ๑
ประสิทธิภาพของโทษอื่น ๆ นอกจากโทษอาญา	ไม่มีการกำหนดโทษอื่น ๆ ไว้ โทษอื่น ๆ ไม่มีประสิทธิภาพ โทษอื่น ๆ มีประสิทธิภาพ	๓ ๒ ๑
ความพร้อมในการบังคับใช้ โทษอาญา	พร้อมที่จะสืบสวนและพิจารณาคดี พร้อมสืบสวนแต่ไม่พร้อมพิจารณาคดี ไม่มีความพร้อมในการสืบสวน	๓ ๒ ๑

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

เมื่อใช้เกณฑ์พิจารณาลำดับที่หนึ่งซึ่งว่าด้วยความร้ายแรงของการกระทำผิด และเกณฑ์พิจารณาลำดับที่สองซึ่งว่าด้วยประสิทธิภาพในการลงโทษแล้ว ย่อมได้ข้อสรุปว่าการกระทำผิดในกรณีนั้น ๆ สมควรกำหนดให้มีโทษอาญาหรือใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา โดยกรณีที่สมควรใช้มาตรการอื่น ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าสมควรใช้**โทษทางปกครอง** (sanction administrative) **โทษทางแพ่ง** (sanction civile) หรือใช้วิธีการ**ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท** (médiation) โดยมีแนวคิดที่ว่าโทษทางปกครองเป็นเรื่องการควบคุมกำกับ (régulation) โทษทางแพ่งเป็นเรื่องการเยียวยาความเสียหาย (réparation) ส่วนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นเรื่องการสร้างความปลอดภัย (réconciliation) ทั้งนี้ในการพิจารณาเลือกมาตรการที่เหมาะสมกับการกระทำในแต่ละกรณี จะใช้เกณฑ์พิจารณาลำดับที่สามหรือ “เกณฑ์เทคนิค” ซึ่งจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นมีลักษณะเป็น “การกระทำผิดทางปกครอง” (infraction administrative) หรือว่าเป็น “การกระทำผิดทางแพ่ง” (infraction civile) โดยจะใช้ตัวชี้วัดสามประการประกอบกัน ได้แก่ (๑) **ลักษณะความเสียหาย** ซึ่งเป็นการพิจารณาว่าการกระทำนั้นได้ก่อความเสียหายแก่บุคคลเฉพาะรายแล้วหรือไม่ได้ก่อความเสียหายแก่ผู้ใด หรืออาจจะก่อความเสียหายขึ้นได้ (๒) **สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง** ซึ่งต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการล่วงละเมิดต่อประโยชน์ส่วนบุคคล ประโยชน์ของทางราชการ หรือเป็นการล่วงละเมิดต่อประโยชน์ส่วนรวมโดยทั่วไป และ (๓) **ลักษณะการกระทำผิด** ซึ่งจะพิจารณาว่าเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ทางแพ่ง หน้าที่ทาง

ปกครอง หรือเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ใด ๆ ที่มีลักษณะกลาง ๆ โดยเกณฑ์เทคนิคมีรายละเอียดปรากฏตามตารางต่อไปนี้

เกณฑ์ลำดับที่สาม
เกณฑ์เทคนิค – การใช้หลักยุติธรรมประกอบกับหลักอรรถประโยชน์

ตัวชี้วัด	เกณฑ์พิจารณา	ระดับที่สมควรกำหนดโทษ	
		โทษทางแพ่ง / การไกล่เกลี่ย ข้อพิพาท	โทษทางปกครอง
ความเสียหาย	ความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว	๓	๑
	ความเสียหายอาจเกิดขึ้นได้	๒	๒
	ไม่เกิดความเสียหายกับบุคคลเฉพาะราย	๑	๓
สิ่งที่มุ่งคุ้มครอง	ประโยชน์ส่วนบุคคล	๓	๑
	ประโยชน์สาธารณะ	๒	๒
	ประโยชน์ของทางราชการ	๑	๓
การกระทำผิด	การฝ่าฝืนหน้าที่ทางแพ่ง	๓	๑
	การกระทำใด ๆ	๒	๒
	การฝ่าฝืนหน้าที่ทางปกครอง	๑	๓

ดังนี้ กรณีที่เป็นการกระทำที่ก่อความเสียหายกับบุคคลเป็นการเฉพาะราย โดยเป็นการล่วงละเมิดต่อประโยชน์ของปัจเจกบุคคลและเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ทางแพ่ง ย่อมสมควรกำหนดให้มีโทษทางแพ่งหรือใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ส่วนกรณีการกระทำที่ไม่ได้ก่อความเสียหายกับบุคคลใดเป็นการเฉพาะ โดยเป็นการล่วงละเมิดต่อประโยชน์ของทางราชการและเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ทางปกครอง สมควรกำหนดให้มีโทษทางปกครอง^{๑๓๒}

ส่วนปัญหาว่าจะเลือกใช้โทษทางแพ่งหรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแตกต่างจากการลงโทษทางแพ่งตรงที่มองการกระทำผิดเป็น “ความขัดแย้งระหว่างบุคคล” มากกว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย และข้อตกลงที่เกิดจากกระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นการสร้างความปรองดองระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องมากกว่าเป็นการปกป้องกฎเกณฑ์ที่ถูกล่วงละเมิด ซึ่งการไกล่เกลี่ยเป็นวิธีการที่ใช้ได้ดีในกรณีที่ผู้กระทำผิดและผู้เสียหายมีสถานะทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมใกล้เคียงกัน และสามารถหาข้อยุติที่เหมาะสมกับแต่ละกรณีได้ดีกว่าการลงโทษทางแพ่ง

^{๑๓๒} สำหรับข้อพิจารณาอื่น ๆ ในการเลือกกำหนดโทษทางแพ่งและโทษทางปกครองนั้น ฝ่ายตำรา มีความเห็นว่าโทษทางแพ่งมีข้อดีเหนือโทษทางปกครองตรงที่มีหลักประกันในกระบวนการพิจารณาสูงกว่าเพราะเป็นการพิจารณาโดยองค์กรตุลาการ หากผู้ตรวจกฎหมายต้องการให้การลงโทษมีหลักประกันสูง ก็สมควรใช้โทษทางแพ่ง โปรดดู CARVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, (Paris : L.G.D.J., 1995), p. 254 s. และสำหรับแง่มุมเกี่ยวกับประสิทธิภาพของโทษทางแพ่ง โปรดดู COUTANT-LAPALUS (C.), “*La sanction civile*”, in *La sanction*, (Paris : L’Harmattan, 2007), pp. 211-224.

เมื่อพิจารณาเกณฑ์ในการกำหนดโทษของคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสแล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นเกณฑ์ที่ก้าวหน้ากว่าเกณฑ์พิจารณาที่เคยมีมาแต่ก่อนในประเทศอื่น ๆ เพราะมีการกำหนดขั้นตอนการพิจารณาอย่างเป็นระบบ โดยใช้เกณฑ์ความร้ายแรงของการกระทำผิดและเกณฑ์ประสิทธิภาพในการลงโทษในการแยกการกระทำผิดที่ควรกำหนดให้มีโทษอาญาและการกระทำผิดที่ควรใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา รวมทั้งเกณฑ์ในการเลือกใช้โทษทางปกครองและโทษทางแพ่ง โดยมีจุดเด่นอยู่ที่การใช้ “ตัวชี้วัด” หลายประการประกอบกัน (เช่น ลักษณะการกระทำผิด สิ่งที่ถูกกฎหมายมุ่งคุ้มครอง ความเสียหายที่เกิดขึ้น) ซึ่งแต่ละตัวชี้วัดยังมีเกณฑ์ที่ละเอียดลงไปอีกที่บ่งชี้ถึงระดับที่สมควรใช้โทษอาญา รวมทั้งมีการให้ “ค่าคะแนน” ซึ่งทำให้ได้ผลการพิจารณาที่แน่นอน กรณีจึงถือได้ว่าเป็นเกณฑ์พิจารณาที่สมบูรณ์ที่สุดเท่าที่มีอยู่ในปัจจุบัน

(๓) ข้อวิจารณ์เกณฑ์พิจารณาโดยฝ่ายตำรา

เกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการฯ เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางในแวดวงวิชาการ โดยศาสตราจารย์ Mireille Delmas-Marty ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายอาญาได้ให้ความเห็นว่าเกณฑ์ดังกล่าวสามารถใช้เป็นแนวทางในการลด-เลิกโทษอาญาอย่างเป็นระบบ โดยเป็นเครื่องมือช่วยตัดสินใจสำหรับส่วนราชการที่จัดทำร่างกฎหมายและช่วยผู้ตรากฎหมายในการกำหนดนโยบายอาญาอย่างเป็นเหตุเป็นผล^{๑๓๓} จึงสมควรที่ประเทศต่าง ๆ ในสหภาพยุโรปจะใช้เกณฑ์พิจารณานี้ในการกำหนดโทษตามกฎหมายเพื่อที่แนวทางการกำหนดโทษจะได้มีความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน^{๑๓๔} ทางด้านรองศาสตราจารย์ Emmanuel Breen ก็ให้ความเห็นว่า เกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการฯ เป็นเกณฑ์ที่มีได้ตีกรอบทางทฤษฎีผูกมัดส่วนราชการและผู้ตรากฎหมายจนเกินไป แต่ยืดหยุ่นพอที่จะนำไปใช้ได้จริงในทางปฏิบัติในการลด-เลิกโทษอาญา^{๑๓๕} นอกจากนี้ ฝ่ายตำรายังนำเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ศึกษาวิเคราะห์ความเหมาะสมในการกำหนดโทษในเรื่องต่าง ๆ ด้วย เช่น รองศาสตราจารย์ Florence Massias ที่ “ทดลอง” ใช้เกณฑ์ความร้ายแรงของการกระทำผิดเพื่อพิจารณากำหนดโทษสำหรับการเหยียดผิว (racisme) ซึ่งเมื่อพิจารณา “ตัวชี้วัด” ว่าด้วยลักษณะการกระทำผิด สิ่งที่ถูกกฎหมายมุ่งคุ้มครอง และความเสียหายที่เกิดขึ้นประกอบกันแล้ว ได้ข้อสรุปว่าสมควรกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญา เพราะการเหยียดผิวเป็นการกระทำโดยเจตนา (ค่าคะแนน ๓) ที่ล่วงละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นคุณค่าระดับสูง (ค่าคะแนน ๓) และโดยสภาพก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรง (ค่าคะแนน ๓) จึงได้คำนวณเท่ากับ ๙ ซึ่งเป็นกรณีของ “แก่นสาระของความผิดอาญา” ส่วนมาตรการอื่น ๆ เช่น โทษทางแพ่ง อาจนำมาใช้เสริมเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดแก่บุคคลที่ถูกละเมิด แต่ไม่อาจนำมาใช้แทนโทษอาญาได้^{๑๓๖}

อย่างไรก็ดี ฝ่ายตำราบางส่วนได้วิจารณ์เกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการฯ โดย Georges Dellis เสนอความเห็นเห็นว่าเกณฑ์พิจารณาดังกล่าวมี “จุดอ่อน” ในเรื่องต่อไปนี้^{๑๓๗}

^{๑๓๓} DELMAS-MARTY (M.), อ้างแล้วใน (๑๒๘), p. 291.

^{๑๓๔} DELMAS-MARTY (M.), “Harmonisation des sanctions et valeurs communes : la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité”, in DELMAS-MARTY (M.), GIUDICELLI-DELAGE (G.) et LAMBERT-ABDELGAWAD (E.) (sous la direction de) **L'harmonisation des sanctions pénales en Europe**, (Paris : Société de législation comparée, 2003), p. 583 s.

^{๑๓๕} BREEN (E.), **Gouverner et punir**, (Paris : P.U.F., 2003), pp. 83-84.

^{๑๓๖} MASSIAS (F.), “Faut-il pénaliser le racisme ?”, R.T.D.H. 2001, p. 601 s.

^{๑๓๗} DELLIS (G.), อ้างแล้วใน (๕๘), pp. 97-110.

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

อีกประการหนึ่ง การใช้เกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการฯ อาจให้ผลลัพธ์ที่ประหลาดในหลายกรณี โดย “ความผิดอาญาคลาสสิก” จำนวนหนึ่งจะไม่ถือเป็น “แก่นสาระของความผิดอาญา” อีกต่อไป ไม่ว่าจะเป็น (๑) การดูหมิ่นผู้อื่นโดยมิได้กระทำต่อหน้าธารกำนัล (๒) การปิดภาพลามกอนาจารในที่สาธารณะ (๓) การรบกวนบุคคลให้ร่วมประเวณี หรือ (๔) การกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บแต่ไม่ถึงกับหยุดการทำงาน ในสามกรณีแรก แม้จะเป็นการกระทำโดยเจตนา แต่โดยที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ร้ายแรงและคุณค่าที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองก็มีใช้ “คุณค่าระดับสูงที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้” กรณีจึงได้ค่าคะแนนรวมไม่พอที่จะกำหนดให้มีโทษอาญา ส่วนกรณีสุดท้าย แม้จะเป็นการล่วงละเมิดต่อคุณค่าระดับสูง คือ ร่างกายของบุคคล แต่ก็ยังเป็นเพียงการกระทำโดยประมาทและเกิดความเสียหายไม่ร้ายแรง จึงได้ค่าคะแนนรวมไม่ถึงขั้นที่จะกำหนดให้มีโทษอาญาเช่นกัน ดังนี้ การใช้เกณฑ์ของคณะกรรมการฯ จึงทำให้ความผิดที่โดยสภาพน่าจะเป็นความผิดอาญา กลายเป็นการกระทำที่มีลักษณะก้ำกึ่งและต้องใช้เกณฑ์อรรถประโยชน์หรือประสิทธิภาพในการลงโทษตัดสินว่าควรใช้โทษอาญาหรือมาตรการอื่นแทนโทษอาญา ทั้งที่การกระทำดังกล่าวควรถือเป็นแก่นสาระของความผิดอาญาตั้งแต่ต้น

นอกจากนี้ ตัวชี้วัดที่คณะกรรมการฯ กำหนดซึ่งโดยหลักแล้วน่าจะเป็น “จุดแข็ง” ของเกณฑ์พิจารณาก็กลับมีลักษณะ “อติวิสัย” โดยขึ้นอยู่กับความรู้สึกนึกคิดของแต่ละบุคคล เช่น การแบ่งแยกความเสียหาย “ร้ายแรง” กับความเสียหาย “เล็กน้อย” หรือตัวชี้วัดว่าด้วย “สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง” ซึ่งน่าจะเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญที่สุดแต่ก็กลับมีลักษณะอติวิสัยมากที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแบ่งแยก “คุณค่าระดับสูงที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้” และ “สิทธิเสรีภาพที่อาจจำกัดได้” นั้น ต่างเป็นคุณค่าที่รับรองไว้โดยกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติด้วยกันทั้งคู่ แต่กลับมีการจัดลำดับความสำคัญไว้ไม่เท่ากัน ทั้งที่คุณค่าต่าง ๆ อาจมีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกัน เช่น เสรีภาพส่วนบุคคล (ที่ถือเป็นเสรีภาพที่อาจจำกัดได้) ซึ่งมีความเชื่อมโยงกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (ที่ถือเป็นคุณค่าระดับสูงที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้)

- ในเรื่องแก่นสาระของความผิดทางปกครอง เกณฑ์พิจารณาที่กำหนด มีผลทำให้การกระทำผิดส่วนหนึ่งที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง “หลุด” ออกจากแดนของกฎหมายอาญาไปตั้งแต่ต้น ทั้งที่ในบางกรณีสมควร “เปิดช่อง” ให้ผู้ตรากฎหมายสามารถเลือกใช้โทษอาญาเพื่อลงโทษการกระทำผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงได้ เพราะโทษอาญาเป็นมาตรการที่ทำให้ผู้ที่กระทำผิดเกรงกลัวและน่าจะมีประสิทธิภาพในการป้องปรามการกระทำผิดได้ดีกว่าโทษทางปกครอง

ทั้งนี้ แม้ว่า Georges Dellis จะวิจารณ์เกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการฯ ในหลายประเด็น แต่ก็ยอมรับว่าเกณฑ์ดังกล่าวเป็นเครื่องมือที่เป็นประโยชน์แก่การลด-เลิกโทษอาญาอย่างเป็นระบบ ซึ่งจะทำให้เกิดความมั่นคงแน่นอนในทางกฎหมาย เพราะป้องกันมิให้ผู้ตรากฎหมาย

เลือกกำหนดโทษตามอำเภอใจซึ่งจะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ซึ่งหากพิจารณาระบบกฎหมายของประเทศอื่น ๆ แล้ว ก็ยังไม่พบเกณฑ์พิจารณาที่มีประสิทธิภาพทัดเทียมหรือเหนือกว่าเกณฑ์ของคณะกรรมการฯ แต่ขณะเดียวกัน Georges Dellis ก็เน้นย้ำว่าผู้ตรากฎหมายไม่ถูกผูกพันโดยเกณฑ์ดังกล่าวเสมอไป แต่สามารถเลือกกำหนดโทษให้เหมาะสมแก่กรณีได้^{๑๓๘} ซึ่งศาสตราจารย์ Mireille Delmas-Marty ก็มีมุมมองในทำนองเดียวกันว่าเกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการฯ มิได้ตัด “ดุลพินิจ” ของผู้ตรากฎหมาย ไม่ว่าเกณฑ์พิจารณาจะให้ข้อสรุปไปในทางใด ผู้ตรากฎหมายก็ยังมีอำนาจตัดสินใจที่จะกำหนดโทษเป็นอย่างอื่นได้^{๑๓๙} จึงมีผู้ลงความเห็นว่าเป็นขั้นสุดท้ายแล้วการเลือกกำหนดโทษเป็นปัญหาในเรื่อง “ความเหมาะสม” (choix d’opportunité) ซึ่งขึ้นอยู่กับผู้ตรากฎหมายที่จะใช้ดุลพินิจพิจารณาได้โดยอิสระ^{๑๔๐}

ในส่วนของผู้ตรากฎหมาย ปัจจุบันยังไม่ปรากฏชัดว่าเคยใช้เกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการฯ ในการเลือกกำหนดโทษตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ หรือไม่ แต่ในการศึกษาวิจัยเพื่อปรับปรุงกฎหมายในหลายเรื่องก็ได้อ้างถึงเกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการฯ เช่น ในการศึกษาวิจัยเพื่อกำหนดโทษในกฎหมายแรงงาน Jean Michel ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายประจำกระทรวงแรงงานได้เสนอแนะให้ใช้เกณฑ์ว่าด้วยความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในการเลือกกำหนดโทษ โดยโทษอาญาพึงนำมาใช้กับการกระทำที่ล่วงละเมิดต่อคุณค่าอันสำคัญยิ่งหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของลูกจ้าง เช่น สุขภาพ ร่างกาย จิตใจ ความปลอดภัย ชั่วโมงการทำงาน ค่าแรงขั้นต่ำ การจ่ายค่าจ้าง และสิทธิประโยชน์ สิทธิในการหยุดพักผ่อน สิทธินัดหยุดงาน หรือความเสมอภาคในการทำงาน^{๑๔๑} ส่วนการกระทำผิดในกรณีอื่น ๆ ที่ไม่ร้ายแรง โดยเฉพาะการฝ่าฝืนหน้าที่ตามกฎหมาย (violation d’obligations formelles) ย่อมชอบที่จะนำโทษทางปกครอง โดยเฉพาะโทษปรับทางปกครอง มาใช้แทนโทษปรับอาญา เช่น การไม่จัดให้มีตู้เสื้อผ้าส่วนตัวสำหรับลูกจ้างในห้องเปลี่ยนเครื่องแต่งกาย การทำสัญญาจ้างโดยไม่มีข้อความตามที่กฎหมายกำหนด หรือไม่ได้ส่งสำเนาสัญญาจ้างให้สำนักงานประกันสังคม หรือไม่จัดให้มีการอบรมพื้นที่กะในการทำงานสำหรับลูกจ้างที่หายจากอาการเจ็บป่วย และกลับเข้าทำงานใหม่ หรือไม่จัดให้มีเอกสารแสดงชั่วโมงการทำงานของลูกจ้างให้พนักงานตรวจแรงงานตรวจสอบ^{๑๔๒} ซึ่งมีผู้เสนอแนะแนวทางในการกำหนดนโยบายอาญาในด้านกฎหมายแรงงานไว้ทำนองเดียวกัน โดยเน้นใช้โทษอาญาสำหรับการกระทำผิดร้ายแรงเป็นหลัก ส่วนการกระทำที่เป็นความผิดอาญาละหุโทษอาจปรับเปลี่ยนไปใช้โทษทางปกครองแทน หากการลงโทษทางปกครองมีประสิทธิภาพมากกว่าการลงโทษอาญา^{๑๔๓}

นอกจากนี้ ในการสัมมนาทางวิชาการในระดับนานาชาติในหัวข้อเกี่ยวกับโทษทางปกครอง ก็ได้มีการเสนอแนะแนวทางในการเลือกกำหนดโทษไว้คล้ายคลึงกับเกณฑ์พิจารณา

^{๑๓๘} เรื่องเดียวกัน, p. 109.

^{๑๓๙} DELMAS-MARTY (M.), อ้างแล้วใน (๑๒๘), p. 291.

^{๑๔๐} ROSENFELD (E.) et VEIL (J.), “Sanctions administratives, sanctions pénales”, Pouvoirs n° 128, 2008, p. 64.

^{๑๔๑} MICHEL (J.), *Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail – Tome II*, (Paris : La Documentation française, 2004), pp. 271-274.

^{๑๔๒} เรื่องเดียวกัน, pp. 437-438.

^{๑๔๓} KAPP (T.), RAMACKERS (P.) et TERRIER (J.-P.), *Le système d’inspection du travail en France – Missions, statuts, moyens et fonctionnement*, (INTEFP Ed. Liaisons, 2009), pp. 39-40.

ของคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส เช่น ในการประชุมนานาชาติว่าด้วยกฎหมายอาญา (Congrès international de droit pénal) ครั้งที่ ๑๔ ระหว่างวันที่ ๒-๗ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๘๙ ที่กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย ที่ประชุมได้ข้อสรุปว่า การเลือกใช้โทษอาญาหรือโทษทางปกครองไม่มีเกณฑ์พิจารณาเป็นการทั่วไป แต่ขึ้นอยู่กับผู้ตรากฎหมายที่จะ “ตัดสินใจ” กำหนดโทษตามความเหมาะสม อย่างไรก็ตาม ในการกำหนดโทษ ผู้ตรากฎหมายพึงคำนึงถึงเกณฑ์พิจารณาบางประการ โดยเฉพาะคุณค่าของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง ความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการก่อกวนอันตราย ลักษณะของการกระทำ และระดับความร้ายแรงของความผิด^{๑๔๔} ซึ่งเป็นเกณฑ์ทำนองเดียวกันกับที่คณะกรรมการฯ ได้เสนอแนะไว้

๓.๔ เกณฑ์เชิงประสบการณ์นิยมของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส

เกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสดูเหมือนจะไม่ได้รับการตอบรับจากสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสเท่าใดนัก โดยในรายงานการศึกษาเกี่ยวกับการลงโทษทางปกครองในปี ค.ศ. ๑๙๙๔^{๑๔๕} สภาแห่งรัฐได้กล่าวถึงเกณฑ์พิจารณาของคณะกรรมการฯ ว่าเป็นเกณฑ์ที่ “เป็นระบบ” แต่ก็เลือกที่จะเสนอแนะเกณฑ์แบบประสบการณ์นิยม (empirique) มากกว่า^{๑๔๖} โดยเห็นว่านอกเหนือไปจาก “โทษทางปกครองโดยสภาพ” (sanction administrative par nature) ซึ่งเป็นมาตรการที่ใช้ลงโทษบุคคลที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์กับฝ่ายปกครองอยู่ก่อนแล้ว เช่น การเพิกถอนใบอนุญาตในกรณีที่ได้รับอนุญาตไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย การเลือกกำหนดโทษทางปกครองจะต้องพิจารณาถึง “ความเหมาะสม” และ “ประสิทธิภาพในการลงโทษ” เป็นสำคัญ โดยมีเกณฑ์พิจารณาสองประการดังต่อไปนี้

(๑) เกณฑ์ว่าด้วยสาระของเรื่อง (critère de la matière)

โทษทางปกครองมีความเหมาะสมสำหรับการกระทำผิดในบางเรื่อง เช่น

- การควบคุมกำกับภาคธุรกิจหรือการประกอบกิจการ องค์กรควบคุมกำกับสมควรมีอำนาจลงโทษการกระทำผิดได้เอง เพราะถือเป็นส่วนหนึ่งของ “อำนาจควบคุมกำกับ” (pouvoir de régulation) ซึ่งจะทำให้การลงโทษเป็นไปอย่างรวดเร็วและทำให้การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรมีประสิทธิภาพและน่าเชื่อถือ อย่างไรก็ตาม หากการกระทำผิดในกรณีใดมีความร้ายแรงมากก็อาจกำหนดให้มีโทษอาญาแทนที่จะเป็นโทษทางปกครอง

- เรื่องที่การสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิดต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านเป็นอย่างสูง และการพิจารณาความร้ายแรงของการกระทำผิดเพื่อบังคับใช้โทษที่เหมาะสมจำต้องอาศัยประสบการณ์ของผู้ที่คลุกคลีอยู่กับเรื่องนั้นและมีความรู้ทางเทคนิคเป็นอย่างดี เช่น การควบคุมกำกับตลาดเงินตลาดทุน

- เรื่องที่ศาลไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเพียงพอที่จะพิจารณาลักษณะของการกระทำผิดและความเสียหาย ซึ่งอาจทำให้ศาลลังเลที่จะลงโทษผู้กระทำผิดหรือใช้โทษโดยไม่เหมาะสมกับลักษณะของการกระทำผิด เช่น เรื่องเกี่ยวกับผังเมืองหรือสิ่งแวดล้อม

^{๑๔๔}R.I.D.P. vol. 61 3-4, 1990, p. 86 s.

^{๑๔๕}Conseil d'État, อ้างแล้วใน (๗), pp. 76-79.

^{๑๔๖}สมาชิกสภาแห่งรัฐบางท่านถึงกับให้ความเห็นว่า “ไม่มีระเบียบวิธีที่แน่นอนในการเลือกกำหนดโทษ เพราะเกณฑ์ว่าด้วยสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองก็ดี หรือเกณฑ์ว่าด้วยเจตนาในการกระทำผิดก็ดี มิใช่เกณฑ์ที่เหมาะสมและใช้ได้ผลเสมอไป...” โปรดดู SAUVÉ (J.-M.), “Les sanctions administratives en droit public français – État des lieux, problèmes et perspectives”, A.J.D.A. n° spécial 2001, p. 24.

ส่วนปัญหาว่าในเรื่องที่มีเนื้อหาทางเทคนิคข้างต้นนี้ สมควรกำหนดโทษทางปกครองที่มีความรุนแรงเพียงใด นั้น สภาแห่งรัฐได้ให้ข้อเสนอแนะไว้ว่า ผู้ตรากฎหมายควรกำหนดอัตราโทษปรับทางปกครองเป็นเงินจำนวนสูงไว้ก่อน โดยคำนึงถึงลักษณะและความร้ายแรงของการกระทำผิด รวมทั้งผลประโยชน์ที่ผู้กระทำผิดได้รับด้วย อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่กำหนดอัตราค่าปรับไว้สูงมาก ผู้ตรากฎหมายก็พึงกำหนดหลักประกันที่เข้มงวดในกระบวนการพิจารณาไว้ด้วยเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่กรณี เป็นต้นว่า กำหนดให้องค์กรที่มีความเป็นอิสระมากกว่าองค์กรฝ่ายปกครองทั่วไปเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งลงโทษปรับ เช่น องค์กรกลุ่มในรูปคณะกรรมการ หรือหากจะกำหนดให้เป็นอำนาจขององค์กรเดี่ยว ก็อาจกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งลงโทษปรับต้องขอความเห็นจากคณะกรรมการที่ปรึกษาซึ่งประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญก่อนที่จะออกคำสั่งลงโทษปรับทางปกครอง ซึ่งจะทำให้การพิจารณาลงโทษเป็นไปอย่างรอบคอบ

(๒) เกณฑ์ว่าด้วยการกระทำผิดที่แพร่หลาย (critère du contentieux de masse)

โทษทางปกครองเป็นมาตรการที่สมควรนำมาใช้กับกรณีที่มีการกระทำผิดแพร่หลายเป็นจำนวนมากจนเป็นภาระแก่ศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี หรือเป็นเรื่องที่ไม่มีการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดเลยในทางปฏิบัติ ในกรณีเช่นว่านี้สมควรลด-เลิกโทษอาญาและใช้โทษทางปกครองแทน^{๑๔๗} เว้นแต่เป็นการกระทำผิดที่ก่อความเสียหายต่อประโยชน์ของบุคคลหรือคุณค่าระดับสูง ก็อาจกำหนดให้มีโทษอาญาได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การกระทำผิดในเรื่องใดที่มีคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก หากมิใช่การกระทำผิดที่ก่อความเสียหายแก่ชีวิตร่างกายหรือสิทธิเสรีภาพของบุคคล และมีใช้การกระทำผิดที่กระทำโดยมีเจตนาร้ายหรือใช้กลฉ้อฉลแล้ว ผู้ตรากฎหมายสมควรกำหนดให้การกระทำผิดนั้นมีโทษทางปกครองแทนโทษอาญา

อนึ่ง ในคู่มือแบบการร่างกฎหมาย^{๑๔๘} ที่สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสได้จัดทำร่วมกับสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (secrétariat général du Gouvernement) ได้มีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับเกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษ สรุปได้ว่า นอกจากโทษที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล เช่น โทษจำคุก ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลแล้ว ผู้ตรากฎหมายสามารถกำหนดให้การกระทำผิดมีโทษอาญาหรือโทษทางปกครองก็ได้ โดยโทษทางปกครองมีข้อได้เปรียบบางประการเหนือโทษอาญา กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถออกคำสั่งลงโทษได้เองโดยไม่ต้องฟ้องคดีและกระบวนการลงโทษทางปกครองก็มีขั้นตอนที่เรียบง่ายรวดเร็วกว่าการพิจารณาคดีอาญาของศาล โทษทางปกครองจึงเหมาะสมกับการกระทำผิดที่แพร่หลายจำนวนมาก ซึ่งหากดำเนินคดีอาญาก็จะเป็นภาระแก่ศาล และโดยที่โทษทางปกครองไม่ทำให้ผู้ถูกลงโทษบอบช้ำและเสื่อมเสียชื่อเสียงเท่ากับ

^{๑๔๗} เช่น ความผิดฐานใช้สารกระตุ้นโดยนักกีฬา ซึ่งแต่เดิมรัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๑ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๖๕ กำหนดให้มีโทษอาญา แต่ปรากฏว่าในทางปฏิบัติแทบไม่มีการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดเลย ดังนั้น รัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๒๘ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๘๙ จึงได้กำหนดให้การกระทำผิดดังกล่าวมีโทษทางปกครองแทนโทษอาญา โดยให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการใช้สารกระตุ้นซึ่งเป็นองค์กรอิสระทางปกครองมีส่วนร่วมสอบสวนข้อเท็จจริงและพิจารณาลงโทษผู้กระทำผิดโดยสั่งห้ามเข้าร่วมการแข่งขันกีฬา โปรดดู BOYON (M.), “Le pouvoir de sanction du Conseil de prévention et de lutte contre le dopage”, A.J.D.A., n° spécial 2001, p. 116 s.

^{๑๔๘} Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires, 2e édition, 2007, p. 413 s.

โทษอาญา จึงเป็นที่ยอมรับได้ง่ายกว่าโทษอาญา นอกจากนี้ โทษทางปกครองยังเหมาะสมกับการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในเรื่องทางเทคนิคซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นอย่างดี และการประกอบกิจการที่รัฐต้องการควบคุมกำกับให้เป็นไปโดยถูกต้อง เช่น เรื่องเกี่ยวกับตลาดหลักทรัพย์ การแข่งขันทางการค้า การประกอบกิจการวิทยุโทรทัศน์ รวมทั้งการควบคุมการประกอบวิชาชีพโดยองค์กรควบคุมวิชาชีพต่าง ๆ

ทั้งนี้ นอกจากแนวทางในการพิจารณาเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญาแล้ว สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสยังได้ให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดโทษทางปกครองและโทษอาญาควบคู่กันว่า การกำหนดให้การกระทำความผิดมีโทษทั้งสองประเภทควบคู่กันพึงกระทำเพียงเท่าที่จำเป็น โดยอาจยอมรับให้กระทำได้ในสามกรณีดังต่อไปนี้^{๑๔๙}

(๑) กรณีที่ใช้โทษทางปกครองเป็นการชั่วคราวขณะรอการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาของศาล เช่น มาตรา L. 18-5 แห่งประมวลกฎหมายจราจรทางบก ที่บัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งพักใช้ใบอนุญาตขับขี่รถยนต์ของผู้กระทำความผิดกฎหมายได้ในลักษณะที่เป็น “มาตรการชั่วคราว” (mesure conservatoire) ในระหว่างรอผลการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ซึ่งหากศาลได้มีคำพิพากษาสั่งพักใช้ใบอนุญาตขับขี่ คำสั่งพักใช้ใบอนุญาตของฝ่ายปกครองย่อมสิ้นสุดผลลงและถูกแทนที่โดยโทษอาญา โดยในการลงโทษอาญาจะหักระยะเวลาที่ถูกพักใช้ใบอนุญาตโดยฝ่ายปกครองเพื่อคำนวณระยะเวลาการพักใช้ใบอนุญาตตามคำพิพากษาของศาลต่อไป โดยนัยนี้ โทษทางปกครองจึงเป็นมาตรการที่มีประโยชน์ในแง่ที่รักษาความสงบเรียบร้อยและป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดแก่ประชาชนสาธารณะในขณะรอผลการดำเนินคดีอาญา

(๒) กรณีที่โทษทางปกครองและโทษทางอาญาไม่มีลักษณะเดียวกัน หากผู้ตรากฎหมายประสงค์ที่จะกำหนดโทษสองประเภทควบคู่กันแล้ว โทษทั้งสองประเภทไม่ควรมีลักษณะเดียวกัน ตัวอย่างเช่น หากโทษประเภทหนึ่งเป็นโทษที่กำหนดให้ชำระเงิน (sanction pécuniaire) เช่น โทษปรับ โทษอีกประเภทหนึ่งก็ควรเป็นโทษลักษณะอื่นที่มีใช้โทษปรับ เช่น กำหนดให้การกระทำความผิดมีโทษปรับทางปกครองควบคู่กับโทษจำคุกหรือกำหนดมาตรการเพิกถอนใบอนุญาตโดยฝ่ายปกครองควบคู่กับโทษปรับอาญา อย่างไรก็ตาม น่าสังเกตว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางปกครองและโทษอาญาควบคู่กันว่า เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ กฎหมายไม่อาจบัญญัติให้ใช้โทษทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน (sanction administrative pécuniaire) ควบคู่กับโทษทางอาญา^{๑๕๐} ส่วนกรณีที่ผู้ตรากฎหมายกำหนดให้การกระทำความผิดกรณีเดียวกันมีทั้งโทษปรับทางปกครองและโทษปรับอาญา การใช้โทษทั้งสองประเภทควบคู่กันจะต้องอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วนของโทษ (principe de proportionnalité des peines) ด้วย โดยยอดเงินค่าปรับรวมทั้งหมดจะต้องไม่เกินอัตราค่าปรับสูงสุด^{๑๕๑} ตัวอย่างเช่น กฎหมายกำหนดให้การกระทำความผิดมีโทษปรับทางปกครองไม่เกิน ๕๐๐ ยูโร และโทษปรับอาญาไม่เกิน ๑,๐๐๐ ยูโร ในกรณีดังกล่าวหากจะสั่งให้ผู้กระทำความผิดชำระค่าปรับทั้งสองประเภทควบคู่กัน ยอดเงินค่าปรับทั้งหมดจะต้องไม่เกิน ๑,๐๐๐ ยูโร ดังนั้น หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้มีคำสั่งให้ผู้กระทำความผิดชำระค่าปรับไปแล้ว ๓๐๐ ยูโร ศาลอาญาจะมีอำนาจสั่งให้ชำระค่าปรับอาญาเพิ่มเติมได้อีก ๗๐๐ ยูโรเท่านั้น

^{๑๔๙}Conseil d'État, อ้างแล้วใน (๗), pp. 79-80.

^{๑๕๐}Décision n° 96-378 DC, 23 juillet 1996.

^{๑๕๑}Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989.

(๓) กรณีที่กำหนดโทษอาญาไว้ด้วยสำหรับความผิดที่มีลักษณะพิเศษ กรณีที่ผู้ตรากฎหมายกำหนดโทษทั้งสองประเภทควบคู่กัน ควรบัญญัติโทษทางปกครองเป็นโทษหลักที่ใช้กับการกระทำผิดทั่วไป และกำหนดโทษอาญาซึ่งอาจเป็นโทษปรับในอัตราสูงหรือโทษจำคุกไว้เป็น “โทษเสริม” ที่จะนำมาใช้ด้วยเฉพาะในกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีเจตนาฉ้อฉล (intention frauduleuse) หรือกระทำความผิดซ้ำ (récidive) เท่านั้น เพราะถือเป็นการกระทำที่มีลักษณะร้ายแรง

๓.๕ เกณฑ์พิจารณาของประเทศอื่น ๆ

ประเทศส่วนใหญ่ในภาคพื้นยุโรปมีเกณฑ์ในการเลือกกำหนดโทษทางปกครอง โดยพิจารณาจากระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นโปรตุเกส ออสเตรีย หรือฮังการี แต่ก็ยังไม่มีกำหนดเกณฑ์ที่ชัดเจนและเป็นระบบเท่าเทียมกับอิตาลีและฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศ เช่น เนเธอร์แลนด์ รัฐบาลได้เริ่มจัดทำข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดโทษตามกฎหมายเพื่อให้การกำหนดนโยบายอาญาของรัฐมีความเป็นระบบระเบียบยิ่งขึ้น

(๑) โปรตุเกส

ระบบกฎหมายโปรตุเกสที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายเยอรมันมีเกณฑ์พิจารณาทั่วไปในการกำหนดโทษโดยให้พิจารณาจากความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง โดยศาลรัฐธรรมนูญโปรตุเกสมีคำวินิจฉัยว่า กฎหมายอาญามีภารกิจในการคุ้มครองคุณค่าอันสำคัญยิ่งของสังคม โดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล ในขณะที่ค่าปรับทางปกครอง (coima) ตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครองเป็นมาตรการที่เพียงพอและเหมาะสมแก่การคุ้มครองคุณค่าลำดับรองของสังคมที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์ในการจัดระเบียบทางสังคมและเศรษฐกิจของรัฐ ในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง^{๑๕๒} ข้อพิจารณาดังกล่าวสอดคล้องกับแนวคิดที่ว่าด้วย “ความจำเป็นทางสังคม” (necessidade social) ตามที่บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา ๑๘ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ ที่กำหนดว่า “กฎหมายอาจจำกัดสิทธิเสรีภาพและหลักประกันต่าง ๆ ได้เฉพาะกรณีที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ บัญญัติให้กระทำได้ และการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นจะต้องกระทำเพียงเท่าที่จำเป็นแก่การคุ้มครองสิทธิหรือคุณค่าอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เท่านั้น” ซึ่งหากนำหลักดังกล่าวมาใช้ในการกำหนดนโยบายอาญาของรัฐก็อาจสรุปได้ว่า โทษอาญาควรนำมาใช้เฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นต้องคุ้มครองคุณค่าที่มีความสำคัญต่อสังคมและการดำรงชีวิตของบุคคล โดยเป็นมาตรการสุดท้ายที่พึงนำมาใช้เมื่อมาตรการอื่น ๆ ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์แล้วเท่านั้น^{๑๕๓} ดังนี้ “ความจำเป็นทางสังคม” จึงเป็น “มาตรวัด” ว่าการกระทำลักษณะใดที่สมควรกำหนดให้ใช้โทษอาญาเพื่อลงโทษการกระทำผิด^{๑๕๔} โดยโทษอาญาเป็นมาตรการที่พึงสงวนไว้สำหรับการปกป้องคุ้มครองคุณค่าทางกฎหมายขั้นพื้นฐาน ส่วนโทษทางปกครองนั้นชอบที่จะนำมาใช้เพื่อ “รักษากฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันในสังคมและเสริมสร้างประสิทธิภาพในการใช้อำนาจควบคุมกำกับของรัฐสังคม”^{๑๕๕}

^{๑๕๒} Acórdão do Tribunal constitucional n° 56/84, 12 Junho 1984, Diário da República, 9 Agosto 1984, n° 184, p. 2457 อ้างใน MODERNE (F.), อ้างแล้วใน (๓๑), p.175.

^{๑๕๓} FIGUEIREDO DIAS (J.), “Les nouvelles tendances de la politique criminelle au Portugal”, A.P.C., 1983, n° 6, p. 8.

^{๑๕๔} FIGUEIREDO DIAS (J.) et ALMEIDA COSTA (A.), “La réforme pénale portugaise”, R.D.P.C., 1985, n° 1, pp. 12-13.

^{๑๕๕} GOMES (D.), “L’expérience portugaise des sanctions administratives, Le droit d’ordonnance sociale”, Bulletin de liaison de l’association Villerme, Interd’ITS, 2001.

แนวทางการกำหนดโทษดังกล่าวปรากฏอย่างชัดเจนในบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องต่าง ๆ เช่น รัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๓๒/๒๐๐๖ ลงวันที่ ๒๖ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๐๖ ว่าด้วยเทคโนโลยีช่วยอนามัยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์^{๑๕๖} ที่กำหนดให้การกระทำที่มีลักษณะขัดต่อจริยธรรม เสรีภาพในร่างกายของบุคคล และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นความผิดอาญา (responsabilidade criminal) ที่มีโทษจำคุกหรือโทษปรับอาญา เช่น การทำสำเนาอสุจิจากตัวอ่อน การใช้เทคโนโลยีช่วยอนามัยเจริญพันธุ์เพื่อกำหนดเพศทารก การเก็บสารพันธุกรรมโดยปราศจากความยินยอมของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ฯลฯ ส่วนการกระทำที่เป็นความบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดอันเป็นความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง ได้บัญญัติให้เป็นความผิดทางปกครอง (Ilícito contra-ordenacional) ที่มีโทษปรับทางปกครอง เช่น การใช้เทคโนโลยีช่วยอนามัยเจริญพันธุ์โดยมิได้ตรวจสอบความจำเป็นโดยรอบคอบเสียก่อน เป็นต้นว่า ไม่ได้ทำการตรวจวินิจฉัยว่าบุคคลมีปัญหาในการมีบุตรหรือไม่ หรือการใช้เทคโนโลยีช่วยอนามัยเจริญพันธุ์โดยได้รับความยินยอมด้วยวาจาจากบุคคลที่เกี่ยวข้อง แทนที่จะทำเป็นหนังสือให้ความยินยอมตามที่กฎหมายกำหนด

กฎหมายอีกฉบับหนึ่งซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงแนวทางการกำหนดโทษอาญาและโทษทางปกครองได้เป็นอย่างดี คือ รัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๖๗/๙๘ ลงวันที่ ๒๗ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๙๘ ว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล^{๑๕๗} โดยกรณีการกระทำผิดที่มีลักษณะร้ายแรง ได้กำหนดให้เป็นความผิดอาญาที่มีโทษจำคุกหรือโทษปรับอาญา ได้แก่ กรณีกระทำหรือละเว้นกระทำโดยจงใจ เช่น ไม่แจ้งคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลก่อนประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลด้วยวิธีการอัตโนมัติหรือไม่ขออนุญาตคณะกรรมการฯ ก่อนประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ละเอียดอ่อน กรณีฝ่าฝืนกระทำผิดแม้จะได้รับการแจ้งเตือนแล้ว เช่น เปิดเผยให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลที่กระทำผิดกฎหมายเข้าถึงเครือข่ายข้อมูลส่วนบุคคลแม้จะได้รับการแจ้งเตือนจากคณะกรรมการฯ แล้ว กรณีการกระทำที่ก่อความเสียหายโดยตรงต่อบุคคล เช่น ลบ ทำลาย ทำให้เสียหาย หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของข้อมูลก่อน ส่วนการละเลยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามกฎหมายบัญญัติและไม่ก่อความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลโดยตรงจะกำหนดให้เป็นความผิดทางปกครองที่มีโทษปรับทางปกครอง เช่น การที่ผู้ควบคุมข้อมูลซึ่งมิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในโปรตุเกสไม่ได้แต่งตั้งผู้แทนผู้ควบคุมข้อมูล หรือการเก็บรักษาข้อมูลเพื่อประโยชน์ทางประวัติศาสตร์ สถิติ หรือวิทยาศาสตร์เกินระยะเวลาที่จำเป็นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

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

^{๑๕๖}Lei nº 32/2006 de 26 de Julho 2006 Procriação medicamente assistida.

^{๑๕๗}Lei nº 67/98 de 26 de Outubro 1998 Proteção dos dados pessoais.

(๒) ออสเตรีย

ระบบกฎหมายออสเตรียได้ยอมรับอำนาจลงโทษของฝ่ายปกครองมาช้านาน โดยมีการตรารัฐบัญญัติว่าด้วยการลงโทษทางปกครอง (Verwaltungsstrafgesetz - VStG) ขึ้นใช้บังคับนับตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๒๕ ซึ่งถือเป็นกฎหมายฉบับแรกเกี่ยวกับเรื่องนี้ที่ตราขึ้นในทวีปยุโรป ทั้งนี้ การแบ่งแยกการกระทำผิดทางปกครอง (administrative offences) และการกระทำผิดอาญา (criminal offences) จะใช้เกณฑ์ว่าด้วยระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดเป็นสำคัญ โดยพิจารณาจากระดับอันตรายของการกระทำผิด (degree of “dangerousness”) ความสำคัญของคุณค่าที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง (kind of the protected legal interest) และระดับความผิดของการกระทำ (degree of culpability) ประกอบกัน โดยการกระทำที่กำหนดให้มีโทษอาญาส่วนใหญ่มักจะเป็นการกระทำที่ก่ออันตรายขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมแล้ว มิใช่การกระทำที่มีความเสี่ยงที่จะก่ออันตราย (abstract danger) ตัวอย่างเช่น กฎหมายว่าด้วยการจราจรทางบกได้บัญญัติให้การฝ่าฝืนกฎจราจรและเกิดอุบัติเหตุทำให้มีผู้ได้รับบาดเจ็บเป็นความผิดที่มีโทษอาญา ขณะที่การฝ่าฝืนกฎจราจรในกรณีอื่น ๆ กำหนดให้เป็นความผิดที่มีโทษทางปกครอง นอกจากนี้ การกำหนดโทษยังพิจารณาจากระดับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คุณค่าที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง เช่น กฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรที่ใช้จำนวนเงินภาษีอากรที่ผู้กระทำความผิดหลบเลี่ยงไม่ชำระแก่ทางราชการเป็นเกณฑ์ในการกำหนดโทษว่าสมควรมีโทษอาญาหรือโทษทางปกครอง

การกระทำผิดที่มีโทษทางปกครองมักจะเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำหรือความบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย^{๑๕๘} ซึ่งโดยส่วนใหญ่เป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองใช้ควบคุมกำกับกิจการต่าง ๆ หรือการรักษาความสงบเรียบร้อยในเรื่องต่าง ๆ เช่น กฎระเบียบเกี่ยวกับการจราจร โดยเป็นการกระทำผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง แต่กรณีการกระทำผิดที่มีลักษณะร้ายแรงหรือเป็นการกระทำผิดเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย เพศ ทรัพย์สิน หรือเสรีภาพส่วนบุคคล หรือเป็นการกระทำผิดต่อเจ้าพนักงานหรือต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ กฎหมายจะกำหนดให้เป็นการกระทำผิดอาญา^{๑๕๙}

(๓) ฮังการี

ระบบกฎหมายฮังการีมีหลักในการกำหนดโทษโดยให้พิจารณาจากระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดเช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น^{๑๖๐} การกระทำผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินจะใช้มูลค่าของทรัพย์สินหรือมูลค่าความเสียหายเป็นเกณฑ์ในการกำหนดโทษ หากมูลค่าทรัพย์สินหรือมูลค่าความเสียหายมีจำนวนมากกว่า ๒,๐๐๐ ฟลอรินต์ หรือประมาณ ๔๐ เหรียญสหรัฐ ก็จะกำหนดให้มีโทษอาญา แต่ถ้าน้อยกว่านั้นก็จะกำหนดให้มีโทษทางปกครอง หรือกรณีการขับขี่ยานพาหนะในขณะมึนเมา ก็จะใช้ปริมาณแอลกอฮอล์ในกระแสเลือดของผู้ขับขี้นเป็นเกณฑ์ในการกำหนดโทษในทำนองเดียวกันกับในโปรตุเกส เช่น ถ้าสูงกว่า ๘๐ มิลลิกรัมเปอร์เซ็นต์ ก็จะกำหนดให้มีโทษอาญา แต่ถ้าต่ำกว่านั้นก็จะกำหนดให้มีโทษทางปกครอง หรือกรณีการขับรถโดยไม่ปฏิบัติตาม

^{๑๕๘}MIKLAU (R.), “Austria : The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law”, R.I.D.P., vol.59, 1988, p. 114.

^{๑๕๙}เรื่องเดียวกัน, p. 109.

^{๑๖๐}BEKES (I.), BITTO (M.), “Hongrie : Les problèmes posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif pénal”, R.I.D.P., vol.59, 1988, p. 238.

กฎจรรยาบรรณเหตุให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บ ก็พิจารณาว่าเป็นการบาดเจ็บร้ายแรงหรือไม่ หากบาดเจ็บสาหัสจะกำหนดให้มีโทษอาญา แต่ถ้าบาดเจ็บเล็กน้อยก็กำหนดให้มีโทษทางปกครอง

ทั้งนี้ น่าสังเกตว่าประเทศอื่น ๆ ในแถบยุโรปตะวันออกก็มีแนวคิดในการกำหนดโทษในทำนองเดียวกันกับฮังการี โดยระบบกฎหมายของ**อดีตยูโกสลาเวีย**^{๑๖๑} ได้ใช้**เกณฑ์ว่าด้วยระดับความร้ายแรงของการกระทำผิด**ในการแบ่งแยกการกระทำผิดทางปกครอง (administrative infractions) และการกระทำผิดอาญา (penal offences) โดยการกระทำผิดทางปกครองเป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ว่าด้วยความสงบเรียบร้อย (infraction of public order) ขณะที่การกระทำผิดอาญาเป็นพฤติกรรมที่ก่ออันตรายต่อสังคม (a socially dangerous conduct)^{๑๖๒} กล่าวอีกนัยหนึ่ง การกำหนดโทษจะใช้**เกณฑ์ว่าด้วยภัยอันตรายต่อสังคม** (social dangerousness) โดยพิจารณาระดับความสำคัญของคุณค่าทางสังคมที่กฎหมายคุ้มครอง (social values protected by law) และระดับความเสียหายที่เกิดแก่คุณค่านั้นประกอบกัน ดังนี้ การกระทำที่คุกคามต่อคุณค่าอันสำคัญยิ่งของสังคม (most important social values) และได้ก่อความเสียหายขึ้นแล้วสมควรกำหนดให้มีโทษอาญา ขณะที่การกระทำที่มีเพียงผลกระทบต่อระเบียบของสังคมหรือกฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันของพลเมือง (social or citizen's discipline) โดยมีเพียงความเสียหายที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย สมควรกำหนดให้มีโทษทางปกครอง^{๑๖๓} ซึ่งจะสังเกตได้ว่า หลักดังกล่าวที่ใช้เกณฑ์ย่อยสองประการประกอบกันมีความคล้ายคลึงกับการใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุในหนังสือเวียนของรัฐบาลอิตาลี

(๔) เนเธอร์แลนด์

ระบบกฎหมายเนเธอร์แลนด์มีแนวคิดที่ว่าโทษทางปกครองเป็นมาตรการทางเลือกหนึ่งที่น่านำมาใช้แทนโทษอาญา เนื่องจากมีประสิทธิภาพมากกว่าการลงโทษอาญาซึ่งมีกระบวนการพิจารณาที่ใช้เวลานานและมีค่าใช้จ่ายมาก ในปี ค.ศ. ๑๙๙๐ ได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยมาตรการคุ้มครองทางกฎหมายปกครองในเรื่องความผิดเกี่ยวกับการจราจร โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งปรับผู้กระทำความผิดไม่ร้ายแรงได้เอง^{๑๖๔} และต่อมาผู้ตรากฎหมายได้นำโทษทางปกครองไปใช้กับการกระทำผิดในเรื่องอื่น ๆ โดยเฉพาะการกระทำผิดทางเศรษฐกิจ ไม่ว่าในเรื่องแข่งขันทางการค้า โทรมนาคม สื่อสารมวลชน การคุ้มครองแรงงาน สวัสดิการสังคม การเงิน การธนาคาร หรือภาษีอากร ซึ่งต่างมีบทกำหนดโทษปรับทางปกครองด้วยกันทั้งสิ้น^{๑๖๕}

^{๑๖๑}ปัจจุบันได้แยกออกเป็นรัฐเอกราช ได้แก่ สโลวีเนีย บอสเนีย โครเอเชีย มาเซโดเนีย เซอร์เบีย มอนเตเนโกร และโคโซโว

^{๑๖๒}SELIH (A.), "Yougoslavia : The legal and practical problems posed by the difference between criminal law and administrative penal law", R.I.D.P., vol.59, 1988, p. 458.

^{๑๖๓}เรื่องเดียวกัน, p. 468.

^{๑๖๔}DE WAARD (B.W.N.) et DE MOOR VAN VUGT (A.J.C.), "Les changements récents dans le droit administratif néerlandais", in MARCOU (G.) (sous la direction de), **Les mutations du droit de l'administration en Europe - Pluralisme et convergence**, (Paris : L'Harmattan, 1995), pp. 237 et 238.

^{๑๖๕}JANSEN (O.J.D.M.L.), "La loi néerlandaise sur les infractions économiques et le développement d'un système des sanctions administratives",

<http://wiarda.library.uu.nl/publish/articles/000023/article.htm>

เมื่อมีการกำหนดโทษปรับทางปกครองในกฎหมายฉบับต่าง ๆ มากขึ้นเรื่อย ๆ ประกอบกับบทบัญญัติกฎหมายในแต่ละเรื่องได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาโทษไว้แตกต่างกัน รัฐบาลเนเธอร์แลนด์จึงตระหนักถึงความจำเป็นในการกำหนด “หลักเกณฑ์กลาง” ในการลงโทษปรับทางปกครอง ในปี ค.ศ. ๒๐๐๙ จึงมีการตรากฎหมาย^{๑๖๖} เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติกฎหมายปกครองทั่วไป (Algemene wet bestuurecht – Awb) โดยเพิ่มหมวด ๕.๔ ว่าด้วย “ค่าปรับทางปกครอง” (bestuurlijke boete ; administrative fines) มาตรา ๕ : ๔๐ ถึงมาตรา ๕ : ๕๔^{๑๖๗}

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

ในการนี้รัฐบาลเนเธอร์แลนด์ได้เสนอแนะเกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษปรับทางปกครองไว้ ดังนี้

๑. โทษปรับทางปกครองสมควรนำมาใช้เฉพาะในกรณีของการฝ่าฝืนกฎหมายในเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับคุณค่าอันสำคัญยิ่ง

๒. กฎเกณฑ์นั้นจะต้องมีการกำหนดไว้อย่างแน่นอนชัดเจน เพื่อให้กระบวนการลงโทษเป็นไปโดยเรียบง่ายและมีประสิทธิภาพ หรือหากกรณีใดไม่อาจกำหนดกฎหมายไว้แน่นอนชัดเจนได้ ก็สมควรยอมรับให้มีการใช้โทษปรับทางปกครองได้เฉพาะในกรณีที่ต้องคัดกรซึ่งมีความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษเป็นผู้ใช้อำนาจลงโทษเท่านั้น

จากเกณฑ์ข้างต้นรัฐบาลจึงเห็นว่า ชอบที่จะนำโทษปรับทางปกครองมาใช้กับกฎหมายในบางเรื่อง โดยเฉพาะกฎหมายที่อยู่นอกเหนือ “แก่นสาระของกฎหมายอาญา” เช่น

- กฎเกณฑ์ลำดับรองที่มีขึ้นเพื่อประโยชน์ในการควบคุมกำกับกิจการต่าง ๆ โดยฝ่ายปกครอง

- กฎเกณฑ์ที่กำหนดหน้าที่ของบุคคลในการชำระเงินหรือหน้าที่ในทางปกครองซึ่งไม่มีเหตุผลความจำเป็นต้องกำหนดให้การฝ่าฝืนมีโทษอาญาเพื่อให้การลงโทษการกระทำผิดมีประสิทธิภาพ

- กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการควบคุมกำกับกิจการทางเศรษฐกิจ

^{๑๖๖}Wet van 25 juni 2009, Stb. 264 (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht)

^{๑๖๗}สำหรับหลักเกณฑ์การลงโทษปรับทางปกครอง โปรดดู VAN BUUREN (P.J.J.), “Les sanctions administratives aux Pays-Bas”, in *Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas – Analyse comparée*, 2011, pp. 59-63.

นอกจากนี้ กรณีของความผิดเกี่ยวกับ “การก่อเหตุเดือดร้อนรำคาญเล็กน้อยต่อความปลอดภัยในท้องถิ่น” รัฐบาลก็เห็นว่า อาจกำหนดให้เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้ผู้ฝ่าฝืนข้อบัญญัติท้องถิ่นชำระค่าปรับทางปกครองได้เช่นกัน

ทั้งนี้ น่าสังเกตว่าฝ่ายตำรวจมีความเห็นเกี่ยวกับแนวทางการกำหนดโทษในทำนองเดียวกับรัฐบาลเนเธอร์แลนด์ โดยศาสตราจารย์ Rob Widdershoven แห่งมหาวิทยาลัย Utrecht ได้ให้ทัศนะว่าสมควรนำโทษทางปกครองมาใช้แทนโทษอาญาในเรื่องดังต่อไปนี้^{๑๖๘}

๑. เรื่องเกี่ยวกับการจัดระเบียบภายในองค์กรซึ่งไม่มีผลกระทบต่อระบบกฎหมายโดยรวม และเป็นความผิดที่ไม่จำเป็นต้องกำหนดให้มีโทษจำคุก

๒. เรื่องที่มีการกระทำผิดจำนวนมากและเป็นการกระทำผิดไม่ร้ายแรง ฝ่ายปกครองย่อมมีความพร้อมที่จะลงโทษผู้กระทำผิดได้รวดเร็วกว่าศาลซึ่งมีภาระในการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นจำนวนมาก

๓. เรื่องที่มีลักษณะเทคนิค เช่น การแข่งขันทางการค้าหรือกิจการโทรคมนาคม เพราะองค์กรควบคุมกำกับทางปกครองที่มีความอิสระและมีความเชี่ยวชาญในเรื่องดังกล่าวย่อมมีความรู้ความสามารถที่จะพิจารณาลงโทษผู้กระทำผิดได้เหมาะสมมากกว่าศาลซึ่งมีความรู้ทั่วไปทางกฎหมายเท่านั้น

๔. แนวทางการกำหนดโทษทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

๔.๑ ปัญหากฎหมายอาญาเพื่อและข้อเสนอให้ใช้ “มาตรการทางปกครอง” แทนโทษอาญา

แม้ว่าประเทศไทยจะไม่มีนโยบายลด-เลิกโทษอาญาที่ชัดเจนเช่นเดียวกับประเทศในภาคพื้นยุโรป แต่หน่วยงานของรัฐและแวดวงวิชาการต่างตระหนักถึงปัญหาการมีโทษอาญามากเกินความจำเป็น โดยปัจจุบันมีกฎหมายที่กำหนดโทษอาญาเป็นจำนวนมาก ทั้งที่การกระทำผิดในบางเรื่องควรใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา ซึ่งปัญหา “กฎหมายอาญาเพื่อ” ได้ก่อภาระแก่ศาลยุติธรรมที่ต้องพิจารณาอรรถคดีจำนวนมาก อันเป็นเหตุให้การพิจารณาพิพากษาคดีมีความล่าช้าและทำให้การลงโทษผู้กระทำผิดไม่มีประสิทธิภาพ ด้วยเหตุนี้ จึงมีข้อเสนอจากหลายภาคส่วนให้ปรับเปลี่ยนนโยบายอาญาของรัฐเสียใหม่ โดยนำมาตรการอื่น ๆ มาใช้แทนโทษอาญาสำหรับการกระทำผิดบางประเภท^{๑๖๙} โดยในบางเรื่อง สมควรใช้ “มาตรการทางปกครอง” ไม่ว่าจะเป็นโทษทางปกครองหรือมาตรการบังคับทางปกครองแทนโทษอาญา

ในส่วนของมาตรการบังคับทางปกครอง คณะรัฐมนตรีเคยมีมติในคราวประชุมเมื่อวันที่ ๑๕ มิถุนายน ๒๕๔๗ สรุปได้ว่า โดยที่ร่างพระราชบัญญัติบางฉบับที่เสนอต่อคณะรัฐมนตรีเป็นร่างกฎหมายที่กำหนดให้ผู้ฝ่าฝืนมีความผิดอาญา ซึ่งกรณีที่เป็นความผิดเล็กน้อย

^{๑๖๘} WIDDERSHOVEN (R.), “Encroachment of criminal law in administrative law in the Netherlands”, vol. 6.4 Electronic Journal of Comparative Law (December 2002)

<http://www.ejcl.org/64/art64-25.html>

^{๑๖๙} อรรถชัย วงศ์อุดมมงคล, การใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดบางประเภท, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๔๙) และสำหรับบทวิเคราะห์ปัญหากฎหมายอาญาเพื่อในแง่มุมทางเศรษฐศาสตร์ รวมทั้งข้อเสนอให้ใช้มาตรการอื่น โดยเฉพาะมาตรการทางแพ่งแทนโทษอาญาสำหรับความผิดในบางเรื่อง โปรดดู สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ, รายงานฉบับสมบูรณ์ตามโครงการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์, ๒๕๕๒

และมีโทษปรับ หากจะต้องดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดก็อาจยุ่งยากและไม่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคม โดยกรณีและผู้ฝ่าฝืนไม่ยินยอมให้เปรียบเทียบปรับ ก็จะต้องมีการควบคุมตัว จัดทำประวัติและลายพิมพ์นิ้วมือ การกักขังแทนโทษปรับ ทั้งทำให้คดีอาญาที่มีอัตราโทษเพียงเล็กน้อยขึ้นสู่ศาลโดยไม่จำเป็น จึงสมควรที่กระทรวง หน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้อง และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะได้พิจารณานำบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ส่วนที่ ๘ การบังคับทางปกครอง มาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ และมาตรา ๖๑ ประกอบกับกฎกระทรวง ฉบับที่ ๙ (พ.ศ. ๒๕๔๒) และฉบับที่ ๑๐ (พ.ศ. ๒๕๔๒) มาใช้บังคับหรือปรับปรุงกฎหมายให้สามารถนำมาตราการดังกล่าวมาใช้บังคับให้มากยิ่งขึ้น^{๑๗๐} ซึ่งน่าสังเกตว่า โดยที่มาตรการบังคับทางปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น การกระทำผิดที่จะนำมาตราการบังคับทางปกครองมาใช้ได้จึงต้องเป็นการกระทำผิดที่มีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ หรือหากเป็นกรณีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่บทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้ ผู้ตรากฎหมายก็ต้องบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองที่จะใช้เป็นฐานในการบังคับเสียก่อน จึงจะใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้โดยมีคำสั่งให้ปฏิบัติให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่กำหนด หากผู้รับคำสั่งฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งและเจ้าหน้าที่ได้มีคำเตือนแล้ว เจ้าหน้าที่จึงจะเข้าดำเนินการแทน หรือกำหนดให้ชำระค่าปรับทางปกครอง (ค่าปรับบังคับการ) ได้

ในทำนองเดียวกัน สภาพที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติได้ตระหนักถึงปัญหาการใช้โทษอาญามากเกินความจำเป็น ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ จึงจัดให้มีการศึกษาเพื่อวางแนวทางการกำหนดโทษอาญาที่เหมาะสมและมีข้อเสนอแนะต่อนายกรัฐมนตรี^{๑๗๑} โดยเห็นว่าอาจนำมาตรการทางปกครองมาใช้แทนหรือใช้เสริมโทษอาญาได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(๑) ความผิดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๓๕ ควรมีการปรับปรุงโทษปรับอาญาให้สัมพันธ์กับความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมและผลประโยชน์เชิงเศรษฐกิจที่ผู้กระทำความผิดได้รับ และควรมีการใช้มาตรการทางปกครองที่เหมาะสมให้มากขึ้น^{๑๗๒}

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

^{๑๗๐} สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้แจ้งเวียนมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวให้ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องทราบและถือปฏิบัติ เช่น หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร ๐๕๐๓/ว ๑๓๔ ลงวันที่ ๒๘ มิถุนายน ๒๕๔๗ ถึงสำนักงานอัยการสูงสุด

^{๑๗๑} หนังสือสำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ที่ สศ ๐๐๐๑/๑๑๙ ลงวันที่ ๒๘ มกราคม ๒๕๔๘ ถึงนายกรัฐมนตรี

^{๑๗๒} สำหรับข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการบังคับที่เหมาะสมในด้านกฎหมายสิ่งแวดล้อม ในภาพรวม โปรดดู สมศักดิ์ เจริญจรูญกุล, “ความสับสนของมาตรการบังคับตามกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมไทย”, วารสารกฎหมายสู่ไทยธรรมาธิราช ปีที่ ๑๐ ฉบับที่ ๒ (ธันวาคม ๒๕๔๑), หน้า ๔๔-๕๔.

มากกว่าโทษอาญา แต่ทั้งนี้ จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่มีความใกล้เคียงหรือซ้ำซ้อนกับความผิดลหุโทษดังกล่าวให้สอดคล้องกันด้วย

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

มีข้อควรสังเกตว่า ข้อเสนอแนะของสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติข้างต้นใช้ทั้งคำว่า “มาตรการทางปกครอง” และ “มาตรการบังคับทางปกครอง” ปะปนกัน ซึ่งหากพิจารณาโดยตลอดแล้ว จะเห็นได้ว่า “มาตรการทางปกครอง” ที่กล่าวถึงนั้น หมายถึง การให้อำนาจเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งให้แก้ไขปรับปรุงหรือปฏิบัติให้ถูกต้อง ซึ่งหากไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่ง ก็จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งต่อไป กรณีจึงเป็นข้อเสนอแนะให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครอง ไม่ใช่กำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดซึ่งมีโทษทางปกครอง

สำหรับข้อเสนอแนะที่ให้นำ “มาตรการทางปกครอง” (ซึ่งหมายถึงมาตรการบังคับทางปกครอง) มาใช้กับการกระทำที่เป็นความผิดอาญาลหุโทษนั้น มีความเห็นทางวิชาการที่เห็นพ้องด้วยกับแนวทางดังกล่าว โดยมีผู้เสนอแนะให้มีการยกเลิกความผิดอาญาลหุโทษในบางฐานความผิดและใช้ “มาตรการปรับทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แทน^{๑๗๓} นอกจากนี้ ยังมีความเห็นทางวิชาการที่เสนอให้นำ “โทษทางปกครอง” มาใช้แทนโทษอาญาสำหรับความผิดอาญาลหุโทษ โดยมีความเห็นว่า ความผิดอาญาลหุโทษบางฐานความผิดไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาโดยแท้ เพราะมิใช่การกระทำที่มีความรุนแรง ผู้กระทำผิดมีจิตใจชั่วร้าย หรือมีลักษณะเป็นอาชญากรรม แต่เป็นการฝ่าฝืนระเบียบข้อห้ามในการอยู่ร่วมกันในสังคมโดยไม่ก่อความเสียหายแก่บุคคลโดยตรง อันเป็นความผิดที่มีเนื้อหาในทางปกครอง คือ ปกป้องสาธารณประโยชน์ และรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม จึงสมควรปรับเปลี่ยนเป็น “ความผิดที่ฝ่าฝืนต่อกฎระเบียบ” หรือ “ความผิดทางปกครอง” ที่มี “โทษปรับทางปกครอง” ตามแนวทางของระบบกฎหมายเยอรมัน^{๑๗๔} ได้แก่ ความผิดฐานไม่ยอมบอกชื่อที่อยู่ต่อเจ้าพนักงานหรือแกล้งบอกเท็จ (มาตรา ๓๖๗) ความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน (มาตรา ๓๖๘) ความผิดฐานทำให้ประกาศโฆษณาของทางราชการเสียหาย (มาตรา ๓๖๙) ความผิดฐานทะเลาะกันอย่างอื้ออึงในที่

^{๑๗๓} สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ โครงการวิจัย เรื่อง “ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา”, เสนอต่อสำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม มิถุนายน ๒๕๔๙, หน้า ๒๘๙-๒๙๐ : นำสังเกตว่าผู้วิจัยยังเข้าใจสับสนว่า “มาตรการบังคับทางปกครอง” ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็น “โทษทางปกครอง” เห็นได้จากการมีข้อเสนอแนะว่า “ควรมีการพัฒนาแนวคิดในการแยกโทษทางปกครองจากโทษอาญาให้ชัดเจนขึ้น หากฐานความผิดใดควรเป็นโทษปรับทางปกครอง ก็ควรยกเลิกแล้วไปใช้มาตรการปรับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙” (ผู้จัดทำบันทึกเป็นผู้เน้นข้อความ)

^{๑๗๔} เกษมวาที ศุภกัญญาพงศ์, การปรับเปลี่ยนความผิดลหุโทษที่ไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญา โดยแท้เป็นความผิดต่อกฎระเบียบของสังคม : ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษในประมวลกฎหมายอาญา, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ๒๕๕๓)

สาธารณสุข (มาตรา ๓๗๒) ความผิดฐานทำให้ร่างกายน้ำสาธารณสุขขัดข้อง (มาตรา ๓๗๕) ความผิดฐานทำให้เกิดสิ่งปฏิกูลแก่บ่อน้ำสาธารณสุข (มาตรา ๓๘๐) ความผิดฐานกระทำทารุณกรรมต่อสัตว์ (มาตรา ๓๘๑) ความผิดฐานใช้สัตว์ทำงานจนเกินสมควร (มาตรา ๓๘๒) ความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลโดยเปลือยกายหรือกระทำลามก (มาตรา ๓๘๘) และความผิดฐานทิ้งซากสัตว์ในหรือริมทางสาธารณสุข (มาตรา ๓๙๖) อย่างไรก็ตาม มีความเห็นทางวิชาการในทางกลับกันที่เสนอให้นำความผิดอาญาโทษในบางฐานความผิดไปบัญญัติเป็นความผิดอาญาทั่วไปรวมทั้งปรับปรุงอัตราโทษให้รุนแรงขึ้น โดยเห็นว่า การกระทำบางอย่างที่กำหนดเป็นความผิดอาญาโทษมิใช่ความผิดแบบ *Mala prohibita* ที่มีความมุ่งหมายในทางปกครองเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม แต่เป็นการกระทำที่มีข้อตำหนิในทางศีลธรรมอย่างรุนแรง มีความก้าวร้าว ส่งผลกระทบต่อบุคคลอื่นหรือสังคมส่วนรวมมาก และคุณธรรมทางกฎหมายที่ถูกละเมิดก็เป็นเรื่องส่วนตัวไม่เกี่ยวกับประโยชน์ของรัฐ ทั้งผู้กระทำผิดยังกระทำผิดด้วยจิตใจที่ชั่วร้ายเช่นเดียวกับการกระทำที่กำหนดเป็นความผิดอาญาทั่วไป^{๑๗๕} โดยความผิดโทษที่เห็นควรนำมาบัญญัติเป็นความผิดอาญาทั่วไปมีอยู่หลายกรณี^{๑๗๖} ซึ่งรวมถึงความผิดที่มีผู้เสนอให้ปรับเปลี่ยนเป็น “ความผิดทางปกครอง” ด้วย เช่น ความผิดฐานไม่ยอมบอกชื่อที่อยู่ต่อเจ้าพนักงานหรือแกล้งบอกเท็จ (มาตรา ๓๖๗) ความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน (มาตรา ๓๖๘) ที่เห็นควรนำมาบัญญัติไว้ในหมวดความผิดต่อเจ้าพนักงาน หรือความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลโดยเปลือยกายหรือกระทำลามก (มาตรา ๓๘๘) ก็เห็นควรนำมาบัญญัติเป็นความผิดอาญาทั่วไปและมีโทษรุนแรงยิ่งขึ้น เพราะส่งผลกระทบต่อวัฒนธรรมอันดีของชาติ กรณีจึงเห็นได้ว่าความผิดอาญาโทษในบางฐานความผิดเป็นเรื่องที่มีปัญหาทางนโยบายอาญา โดยมีความเห็นทางวิชาการไม่ลงรอยกันว่าสมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา (ทั่วไป) หรือปรับเปลี่ยนเป็นความผิดทางปกครองที่มีโทษทางปกครอง โดยนัยนี้ การมีเกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษที่ชัดเจนและเป็นระบบจึงเป็นสิ่งสำคัญและจำเป็น เพราะจะช่วยให้ผู้ตรากฎหมายสามารถ “ตัดสินใจ” กำหนดความผิดและโทษให้เหมาะสมยิ่งขึ้นได้

๔.๒ เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษของฝ่ายตำรา องค์การทางกฎหมายและผู้ตรากฎหมาย

บรรดานักวิชาการที่สนใจศึกษาเกี่ยวกับนโยบายอาญาของรัฐได้พยายามค้นหาเกณฑ์พิจารณาในการกำหนดความผิดอาญาและการนำมาตราการอื่น โดยเฉพาะโทษทางปกครองมาใช้แทนโทษอาญา

^{๑๗๕}วิภากร เนติจิรโชติ, การบัญญัติความผิดอาญาโทษให้เป็นความผิดทั่วไป ศึกษาเฉพาะความผิดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ๒๕๔๘)

^{๑๗๖}เช่น ความผิดฐานไม่ช่วยเจ้าพนักงานระงับเพลิงไหม้หรือสาธารณภัย (มาตรา ๓๘๓) ความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ (มาตรา ๓๙๐) ความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นโดยไม่เป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ (มาตรา ๓๙๑) ความผิดฐานทำให้อื่นกลัวหรือตกใจโดยการขู่เข็ญ (มาตรา ๓๙๒) ความผิดฐานรังแกหรือข่มเหงผู้อื่นในที่สาธารณะ (มาตรา ๓๙๗) และความผิดฐานกระทำทารุณต่อเด็กคนป่วยเจ็บ หรือคนชรา (มาตรา ๓๙๘) ควรนำมาบัญญัติไว้ในหมวดความผิดต่อร่างกาย ความผิดฐานไม่ช่วยผู้ที่ตกอยู่ในภัยอันตรายแห่งชีวิต (มาตรา ๓๗๔) ควรนำมาบัญญัติไว้ในหมวดความผิดต่อชีวิต หรือความผิดฐานดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณา (มาตรา ๓๙๓) ควรนำมาบัญญัติไว้ในหมวดความผิดฐานหมิ่นประมาท

รองศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญ ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายอาญา ได้เสนอเกณฑ์ ในการกำหนดความผิดอาญาไว้โดยพิจารณาเป็นสามขั้นตอนดังนี้^{๑๗๗}

ขั้นที่ ๑ แยกพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง (*Mala in se*) เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ทำร้ายร่างกาย ช่มชู้ ออกจากพฤติกรรมที่เป็นความผิดทั้งหมดก่อน เพราะ ความผิดที่ร้ายแรงเช่นนี้ถือเป็นความผิดอาญาที่สอดคล้องกับการบัญญัติความผิดแล้ว

ขั้นที่ ๒ แยกพฤติกรรมที่เป็นความผิดซึ่งบัญญัติขึ้นตามนโยบายของรัฐ ที่ต้องการควบคุมความประพฤติของคนมิให้ฝ่าฝืนระเบียบ แบบแผน คำสั่งทางปกครอง ออกจาก พฤติกรรมการกระทำผิดอาญาที่เหลือเนื่องจากเป็นความผิดที่มีได้เกิดจากพื้นฐานการมีจิตใจชั่วร้าย หรือนำดำเนินในตัวเอง แต่ต้องการที่จะใช้สภาพบังคับที่เข้มงวด รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพในการ บังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย เช่น การปรับในทางปกครอง

ขั้นที่ ๓ หากมีพฤติกรรมอื่นที่มีใช้ทั้งสองกรณีข้างต้น ก็ต้องใช้หลัก ๖ ประการ ของศาสตราจารย์ Herbert L. Packer แห่งมหาวิทยาลัย Stanford สหรัฐอเมริกา ที่เสนอแนะเกณฑ์ ในการพิจารณาว่าพฤติการณ์ใดควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ดังนี้

๑. การกระทำนั้นเห็นชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือน ต่อสังคมและไม่อาจให้อภัยได้

๒. ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้วจะไม่ขัดกับวัตถุประสงค์ในการ ลงโทษ (คือ ทำให้การกระทำผิดลดลง)

๓. ถ้าการกำหนดให้เป็นความผิดอาญาจะไม่มีผลทำให้สังคมลดความเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งไม่ถูกต้อง

๔. หากเป็นความผิดอาญาแล้วจะมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและ เท่าเทียมกัน

๕. การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาต้องมีประสิทธิภาพในการพิสูจน์ ความผิดและลงโทษผู้กระทำผิด โดยไม่ก่อภาระแก่การดำเนินกระบวนการจนเกินขอบเขตทั้งด้าน คุณภาพและปริมาณ

๖. ไม่มีทางเลือกอื่นที่เหมาะสมกว่าการลงโทษอาญา

อย่างไรก็ดี รองศาสตราจารย์ ณรงค์ฯ ยอมรับว่าการพิจารณาตามเกณฑ์ข้างต้น มิใช่เรื่องง่าย เพราะต้องคำนึงถึงค่านิยม พื้นฐานทางวัฒนธรรม ความยึดถือของคนในแต่ละสังคม และต้องอาศัยผู้มีความรู้ทั้งในด้านกฎหมาย สังคมวิทยา อาชญาวิทยา ผู้ปฏิบัติในกระบวนการยุติธรรม ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกักฎหมายด้านนั้น ๆ รวมทั้งความคิดเห็นของประชาชนทั่วไป ซึ่งการพิจารณา ในขั้นตอนสุดท้ายนี้อาจเกิดข้อถกเถียง และได้ผลลัพธ์แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ เนื่องจากมีความแตกต่างในด้านขนบธรรมเนียม สังคม เศรษฐกิจ และสภาพแวดล้อม

เกณฑ์พิจารณาของ รองศาสตราจารย์ ณรงค์ฯ นี้ถือว่า “คลาสสิก” เพราะ สองขั้นตอนแรกเป็นการแยก *Mala in se* (โทษอาญา) / *Mala prohibita* (โทษทางปกครอง) ตาม แนวคิดดั้งเดิม โดย “คัดกรอง” การกระทำที่เห็นได้ชัดว่าเป็นความผิดประเภทใด (clear-cut cases)

^{๑๗๗}ณรงค์ ใจหาญ, “แนววิเคราะห์ในการกำหนดความผิดอาญาที่เหมาะสมในประเทศไทย”, ใน สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, เอกสารประกอบการ สัมมนาเพื่อพัฒนาระบบการบังคับใช้กฎหมาย เรื่อง “การกำหนดความผิดอาญาในกฎหมายไทย : ปัญหาที่ยัง ไม่ได้รับการแก้ไข”, วันที่ ๑๕ มีนาคม ๒๕๔๘ ณ โรงแรมสยามซิตี้ กรุงเทพฯ, หน้า ๘๓-๘๖.

ออกไปก่อน ซึ่งหากการกระทำใดมิใช่ทั้ง “แก่นสาระของความผิดอาญา” และ “แก่นสาระของความผิดทางปกครอง” กล่าวคือ เป็นการกระทำที่มีลักษณะก้ำกึ่ง ก็จะใช้หลัก ๖ ประการของศาสตราจารย์ Packer มาตัดสินว่าสมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา หรือสมควรใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา โดยเฉพาะโทษทางปกครอง

องค์อาสน์ เจริญสุข ซึ่งศึกษาวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการแบ่งแยกความผิดอาญา (crime) และความผิดทางปกครอง (administrative offence) ได้เสนอแนะเกณฑ์พิจารณาในอีกแนวทางหนึ่ง โดยให้แบ่งแยกความผิดทั้งสองประเภทจากเกณฑ์ ๕ ประการประกอบกัน ได้แก่ (๑) **จิตใจของผู้กระทำผิด** : ความผิดอาญาต้องพิจารณาถึงจิตใจของผู้กระทำผิด ในขณะที่ความผิดทางปกครองจะไม่มีพิจารณาองค์ประกอบในเรื่องจิตใจของผู้กระทำผิด (๒) **ลักษณะและผลของการกระทำผิด** : ความผิดอาญาเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายรุนแรงมากกว่าความผิดทางปกครอง (๓) **คุณธรรมของกฎหมายที่ประสงค์จะคุ้มครองหรือนิติสมบัติ** : ความผิดอาญาควรใช้กับคุณธรรมส่วนบุคคล ขณะที่ความผิดทางปกครองคุ้มครองคุณธรรมที่เกิดขึ้นภายหลังมีรัฐแล้ว (๔) **ผู้เสียหายหรือผู้ได้รับผลกระทบในสังคม** : ความผิดอาญาใช้กับการกระทำที่ส่งผลกระทบในสังคมเป็นอันมาก และ (๕) **การใช้โทษอาญาเป็นวิธิต่างสุดท้าย** เนื่องจากเป็นมาตรการที่มีสภาพรุนแรงที่สุด^{๑๗๘}

เกณฑ์ขององศาสน์ฯ มี “ฐานคิด” ไม่ต่างจากเกณฑ์ของรองศาสตราจารย์ ฌรงค์ฯ เพราะใช้ระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดเป็น “เส้นแบ่ง” ระหว่างความผิดอาญาและความผิดทางปกครอง อย่างไรก็ตาม ขณะที่รองศาสตราจารย์ ฌรงค์ฯ ยังใช้แนวคิดทั่วไปในเรื่อง *Mala in se / Mala prohibita* องค์อาสน์ฯ ได้เสนอแนะแนวทางการพิจารณาที่ละเอียดขึ้นไปอีกขั้นหนึ่ง โดยให้ใช้เกณฑ์ ๔ ประการประกอบกัน ได้แก่ จิตใจของผู้กระทำผิด ลักษณะการกระทำผิด นิติสมบัติที่ถูกล่วงละเมิด และความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งคล้ายคลึงกับหลักความพอสมควรแก่เหตุของรัฐบาลอิตาลีและหลักกฤษฎีธรรมของคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส โดยกรณีที่ไม่อาจตัดสินว่าสมควรกำหนดให้เป็นความผิดประเภทใด ก็เสนอให้ใช้หลักการ**ใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสุดท้าย** อันเป็นการใช้ข้อพิจารณาว่าด้วยประสิทธิภาพในการลงโทษ ทั้งนี้ ในทำนองเดียวกันกับหลักการ**ใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสำรอง**ของรัฐบาลอิตาลีและหลักอรรถประโยชน์ของคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาเปรียบเทียบเกณฑ์ที่เสนอโดยรองศาสตราจารย์ ฌรงค์ฯ และองศาสน์ฯ ข้างต้นกับเกณฑ์พิจารณาของรัฐบาลอิตาลีและคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสแล้ว จะเห็นได้ว่าเกณฑ์ของนักวิชาการไทยยัง “หยวบ” ไม่ละเอียดเทียบเท่าเกณฑ์พิจารณาของต่างประเทศ โดยเฉพาะเกณฑ์ของฝรั่งเศสที่มีการกำหนด “ตัวชี้วัด” ในเรื่องความร้ายแรงของการกระทำผิดไว้อย่างชัดเจน และมีเกณฑ์พิจารณาย่อยลงไปอีกสำหรับแต่ละตัวชี้วัด เช่น กรณีของ “สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง” ที่แยกย่อยออกเป็น คุณค่าระดับสูงที่มีอาจล่วงละเมิดได้ สิทธิเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดได้ และกฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันในสังคม ซึ่งมีคำอธิบายด้วยว่าหมายถึงคุณค่าหรือกฎเกณฑ์ที่มีเนื้อหาสาระอย่างไร ขณะที่รองศาสตราจารย์ ฌรงค์ฯ ยังใช้แนวคิดทั่วไปในเรื่อง *Mala in se / Mala prohibita* ซึ่งเป็นแนวคิดเก่า และองศาสน์ฯ ใช้เกณฑ์ว่าด้วย “คุณธรรมส่วนบุคคล” และ “คุณธรรมที่เกิดขึ้นภายหลังมีรัฐ” ในทำนองเดียวกับฝ่ายตำราเยอรมันในยุคแรก เช่น Feuerbach (สิทธิตามธรรมชาติของบุคคล/กฎเกณฑ์ที่รัฐกำหนดขึ้น) และ

^{๑๗๘} องค์อาสน์ เจริญสุข, เกณฑ์การแบ่งแยกความผิดอาญาและความผิดทางปกครอง, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๕๓), หน้า ๑๐๘-๑๑๐.

Goldschmidt (กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล/กฎเกณฑ์ทางปกครองของรัฐที่มุ่งจรรโลงความผาสุกของสังคม) ซึ่งเป็นเกณฑ์ที่ไม่ชัดเจนและใช้ไม่ได้ผลเท่าใดนักในยุคสมัยปัจจุบัน นอกจากนี้ เกณฑ์ของนักวิชาการไทยยังขาด “ความเป็นระบบ” เพราะมิได้ให้แนวทางว่าจะใช้เกณฑ์ต่าง ๆ ประกอบกันอย่างไร ให้ค่าน้ำหนักเท่าใด และในส่วนของการใช้โทษอาญาเป็นมาตรการสุดท้ายก็ไม่มีเกณฑ์พิจารณาใด ๆ ที่ชัดเจนเช่นเดียวกับหลักการผลประโยชน์ของฝรั่งเศสที่มี “ตัวชี้วัด” ในเรื่องประสิทธิภาพของโทษต่าง ๆ และความพร้อมในการบังคับใช้โทษอาญา

ในส่วนขององค์กรทางกฎหมายนั้น สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเคยเสนอแนะแนวทางในการกำหนดโทษตามกฎหมายไว้กว้าง ๆ ว่า โทษทางปกครองอาจนำมาใช้กับการฝ่าฝืนกฎหมายซึ่งมิใช่เป็นเจตนาร้ายที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชน^{๑๗๙} ส่วนคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศได้มีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษตามกฎหมายไว้ว่า โทษที่จะกำหนดแก่ผู้กระทำความผิดควรแบ่งเป็นสองประเภทคือ โทษทางปกครองและโทษอาญา โดยโทษทางปกครองควรใช้แก่การกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำที่ไม่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้อื่น ขณะที่โทษอาญาควรใช้แก่การกระทำที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือต่อสังคมเป็นส่วนรวมหรือระบบเศรษฐกิจของประเทศ หรือเมื่อการใช้โทษทางปกครองแก่การกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครองไม่อาจทำให้การบังคับการตามคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ^{๑๘๐} ซึ่งน่าสังเกตว่า ข้อเสนอแนะดังกล่าวใช้เกณฑ์ว่าด้วยระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดเช่นเดียวกับข้อเสนอของนักวิชาการโดยมุ่งพิจารณาถึง “สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง” (ชีวิตร่างกายของบุคคล ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ระบบเศรษฐกิจของประเทศ) และความเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดและมีข้อพิจารณาว่าด้วยประสิทธิภาพในการลงโทษโดยเสนอให้ใช้โทษอาญาหากโทษทางปกครองไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ แต่เกณฑ์ที่ดูจะคลุมเครือ คือ การเสนอให้ใช้โทษทางปกครองสำหรับ “การกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง” เนื่องจากเกณฑ์ดังกล่าวมิได้มีความสัมพันธ์กับระดับความร้ายแรงของการกระทำผิด เพราะคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ทำขึ้นอาจมุ่งคุ้มครองคุณค่าที่สำคัญยิ่งหรือเป็นเพียงคุณค่าลำดับรองก็ได้ หรือหาก “โทษทางปกครอง” ที่คณะกรรมการฯ กล่าวถึงนั้นหมายถึง “มาตรการบังคับทางปกครอง” เพื่อบังคับให้ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง เช่น ค่าปรับบังคับการ ก็เป็นเรื่องน่าแปลก เพราะโดยปกติมาตรการบังคับทางปกครองและโทษอาญามีวัตถุประสงค์แตกต่างกันและใช้เสริมกันได้ โดยผู้ตรากฎหมายอาจกำหนดให้การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองเป็นความผิดอาญา (หากการกระทำนั้นมีผลกระทบต่อคุณค่าระดับสูงอย่างรุนแรง) และขณะเดียวกันฝ่ายปกครองก็ใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งได้อยู่แล้วโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

สำหรับแนวทางในการกำหนดโทษของผู้ตรากฎหมายนั้น หากพิจารณาถึงบทบัญญัติของกฎหมายฉบับต่าง ๆ ที่กำหนดโทษอาญาและโทษทางปกครองไว้ อาจสรุปได้ว่าผู้ตรากฎหมายใช้ระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดเป็นเกณฑ์พิจารณาสำคัญในการเลือกกำหนดโทษ โดยพิจารณาถึงความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองว่าการกระทำนั้นล่วงละเมิดต่อคุณค่า

^{๑๗๙} สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, อ้างแล้วใน (๓๖), หน้า ๔๘๗.

^{๑๘๐} คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ, อ้างแล้วใน (๕๑), หน้า ๒๐.

ระดับสูงหรือคุณค่าลำดับรอง เช่น กรณีของการกระทำผิดตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ หากเป็นการกระทำที่กระทบต่อคุณค่าอันสำคัญยิ่งของสังคมก็จะกำหนดให้มีโทษอาญา เช่น การกระทำที่กระทบต่อความมั่นคงของประเทศหรือสวัสดิภาพของเยาวชน เป็นต้นว่า การสร้างภาพยนตร์ที่เป็นการบ่อนทำลาย ชัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงและเกียรติภูมิของประเทศหรือฉายภาพยนตร์ที่ห้ามเผยแพร่ ในราชอาณาจักร (มาตรา ๗๗) การฉายภาพยนตร์ที่ห้ามผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีดูหรือฉายภาพยนตร์ที่เหมาะสมกับผู้ที่มีอายุตั้งแต่สิบแปดปีขึ้นไปทางโทรทัศน์นอกเวลาที่คณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์ แห่งชาติกำหนด (มาตรา ๗๘) หรือการที่ผู้ประกอบกิจการโรงภาพยนตร์ยินยอมหรือปล่อยให้พลละเลย ให้ผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีเข้าไปในโรงภาพยนตร์ในระหว่างฉายภาพยนตร์ที่ห้ามผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีดู (มาตรา ๘๐) ส่วนโทษทางปกครองจะใช้กับการกระทำผิดที่มีได้กระทบต่อคุณค่าอันสำคัญยิ่งของสังคมแต่เป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในการควบคุมของรัฐ เช่น การที่ผู้ประกอบกิจการโรงภาพยนตร์ฉายภาพยนตร์ไทยน้อยกว่าสัดส่วนที่คณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติกำหนด (มาตรา ๖๘) หรือการที่ผู้ประกอบกิจการโรงภาพยนตร์ไม่แสดงใบอนุญาต ณ สถานที่ประกอบกิจการ หรือไม่ยื่นขอ ใบแทนใบอนุญาตที่สูญหายหรือถูกทำลาย หรือไม่แจ้งประเภทของภาพยนตร์ที่นำออกฉายในบริเวณ โรงภาพยนตร์ และเมื่อนายทะเบียนสั่งให้ปฏิบัติให้ถูกต้องก็ไม่ปฏิบัติตาม (มาตรา ๖๙) อย่างไรก็ตามหากการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในการควบคุมของรัฐอาจมีผลกระทบต่อคุณค่าอันสำคัญยิ่งของสังคม โดยเฉพาะความมั่นคงและเกียรติภูมิของประเทศ ผู้ตรากฎหมายก็กำหนดให้มีโทษอาญา เช่น การสร้างภาพยนตร์ต่างประเทศในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณา ภาพยนตร์และวีดิทัศน์ (มาตรา ๗๕) หรือการส่งภาพยนตร์ที่สร้างขึ้นในราชอาณาจักรออกไปนอก ราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ (มาตรา ๗๘) หรือแม้แต่กรณีการกระทำผิดที่เป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในการควบคุมของรัฐ มิได้กระทบต่อคุณค่า ระดับสูงโดยตรง แต่มองว่ามีลักษณะร้ายแรงเป็นพิเศษ ผู้ตรากฎหมายก็เลือกที่จะกำหนดให้มีโทษ อาญา เช่น การประกอบกิจการโรงภาพยนตร์หรือประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย ภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต (มาตรา ๗๙)

กรณีพระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. ๒๕๕๐ ผู้ตรากฎหมายก็ใช้หลัก เดียวกันโดยกำหนดให้การกระทำที่กระทบต่อคุณค่าระดับสูงเป็นความผิดที่มีโทษอาญา เช่น การ ฝ่าฝืนคำสั่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติที่ห้ามส่งเข้าหรือนำเข้าเพื่อเผยแพร่ในราชอาณาจักรซึ่งสิ่งพิมพ์ ที่เป็นการหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงอาฆาตมาดร้ายสถาบันพระมหากษัตริย์ หรือจะกระทบต่อ ความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (มาตรา ๒๗) หรือการถือหุ้นแทนบุคคลซึ่งมิได้มีสัญชาติไทยในนิติบุคคลที่เป็นเจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์ (มาตรา ๒๖)^{๑๘๑} ส่วนการกระทำที่เป็นเพียงการฝ่าฝืนหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดจะบัญญัติให้เป็นความผิด ที่มีโทษทางปกครอง เช่น การที่ผู้พิมพ์ ผู้โฆษณา บรรณาธิการ หรือเจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์ไม่แสดง ข้อความในหนังสือพิมพ์ตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ไม่แสดงชื่อผู้พิมพ์และที่ตั้งโรงพิมพ์ หรือชื่อของ บรรณาธิการหนังสือพิมพ์ (มาตรา ๑๙ และมาตรา ๒๓ (๑)) หรือการที่ผู้พิมพ์หรือผู้โฆษณาสิ่งพิมพ์ ที่มีใช้หนังสือพิมพ์มิได้ส่งสิ่งพิมพ์จำนวนสองฉบับให้หอสมุดแห่งชาติภายในสามสิบวันนับแต่วัน เผยแพร่ (มาตรา ๑๙ และมาตรา ๒๓ (๑)) อย่างไรก็ตาม แม้กรณีของการกระทำที่มีได้กระทบต่อคุณค่า

^{๑๘๑} กฎหมายกำหนดให้เจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์ที่เป็นนิติบุคคลต้องมีบุคคลซึ่งมีสัญชาติไทย ถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ ๗๐ ของหุ้นทั้งหมด

ระดับสูงโดยตรง แต่เป็นการกระทำโดยเจตนาและมองว่ามีความร้ายแรงเป็นพิเศษ ผู้ตรากฎหมายก็กำหนดให้เป็นความผิดที่มีโทษอาญา เช่น การออกหนังสือพิมพ์โดยยังไม่ได้รับจดแจ้งจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นผู้พิมพ์ ผู้โฆษณา บรรณาธิการ หรือเจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์ โดยรู้ว่าตนไม่มีคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนด (มาตรา ๒๕)

กฎหมายอีกฉบับหนึ่งซึ่งน่าสนใจ คือ พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. ๒๕๔๗ โดยผู้ตรากฎหมายกำหนดให้การกระทำที่พิจารณาว่ามีลักษณะร้ายแรง โดยเฉพาะการกระทำโดยเจตนาเป็นความผิดที่มีโทษอาญา เช่น การประกอบธุรกิจโรงแรมโดยไม่ได้รับอนุญาต (มาตรา ๕๙) การเป็นผู้จัดการโรงแรมโดยไม่มีคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนด (มาตรา ๖๐) การแจ้งรายการเท็จลงในทะเบียนผู้พัก (มาตรา ๖๑) หรือขัดขวางหรือไม่อำนวยความสะดวกให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการเข้าไปในโรงแรมเพื่อตรวจสอบหรือเรียกผู้ประกอบธุรกิจโรงแรม ผู้จัดการหรือเจ้าหน้าที่ของโรงแรมมาให้ถ้อยคำ ชี้แจง หรือส่งเอกสาร (มาตรา ๖๑) ส่วนการกระทำที่เป็น **การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ในการควบคุมของรัฐหรือหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ปฏิบัติ** จะกำหนดให้เป็นความผิดที่มีโทษทางปกครอง เช่น การที่ผู้ประกอบธุรกิจโรงแรมเปลี่ยนแปลงประเภทของโรงแรม (มาตรา ๕๐) หรือเปลี่ยนชื่อโรงแรม (มาตรา ๕๑) ไม่ขอยื่นใบแทนใบอนุญาตภายในระยะเวลาที่กำหนดหรือไม่แจ้งเลิกกิจการ (มาตรา ๕๒) ไม่ส่งสำเนาทะเบียนผู้พักให้นายทะเบียน (มาตรา ๕๖) หรือการที่ผู้จัดการโรงแรมไม่บันทึกรายละเอียดเกี่ยวกับผู้พักในทะเบียนผู้พักให้ครบถ้วน (มาตรา ๕๗) อย่างไรก็ดี การกระทำอีกส่วนหนึ่งที่กำหนดให้มีโทษทางปกครองมีปัญหาว่ามีความเหมาะสมแล้วหรือไม่ เช่น การที่ผู้ประกอบธุรกิจโรงแรมหรือผู้จัดการโรงแรมฝ่าฝืนหน้าที่ในการดำเนินการต่าง ๆ ตามที่กำหนดในมาตรา ๓๔ ซึ่งมาตรา ๕๕ กำหนดให้มีโทษทางปกครอง นั้น หากเป็นการไม่จัดให้มีป้ายชื่อโรงแรม ไม่แสดงใบอนุญาต ไม่จัดให้มีเลขที่ประจำห้องพัก หรือเอกสารแสดงอัตราค่าที่พัก ก็พอเข้าใจได้ว่าเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ปฏิบัติและไม่กระทบต่อคุณค่าอันสำคัญยิ่ง แต่กรณีการไม่จัดให้มีแผนผังแสดงการหนีไฟและป้ายทางออกฉุกเฉินนั้น น่าคิดว่าสมควรกำหนดให้มีโทษทางปกครองหรือไม่ หรือสมควรกำหนดให้มีโทษอาญาเพื่อป้องปรามการกระทำผิด เพราะแม้ว่าจะเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ปฏิบัติ และมีได้ก่อความเสียหายแก่คุณค่าใดโดยตรง แต่ก็อาจมีผลกระทบต่อชีวิตของบุคคลซึ่งเป็นคุณค่าอันสำคัญยิ่งได้ ทำนองเดียวกัน การไม่ดูแลและอำนวยความสะดวกให้กับผู้พักในกรณีเกิดอัคคีภัย อุทกภัย หรืออันตรายใด ๆ ในโรงแรม หรือไม่ดูแลมิให้บุคคลหลบซ่อนหรือมั่วสุมในเขตโรงแรมในลักษณะที่จะก่อความไม่สงบในบ้านเมืองหรือกระทำ ความผิดอาญาหรือไม่แจ้งพนักงานเจ้าหน้าที่ในกรณีที่มีการหลบซ่อนหรือมั่วสุมในลักษณะดังกล่าว อันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา ๓๔ (๑๐) และมาตรา ๓๘ ซึ่งมาตรา ๕๖ กำหนดให้มีโทษทางปกครองนั้นก็น่าคิดว่ามีความเหมาะสมแล้วหรือไม่ เพราะเป็นการกระทำที่อาจมีผลกระทบต่อชีวิตและร่างกายของบุคคลหรือความมั่นคงของประเทศ อันเป็นคุณค่าที่สำคัญยิ่ง นอกจากนี้ การกระทำอีกส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดความเสียหายในการก่อกองอันตรายแก่บุคคล ก็น่าคิดว่าโทษอาญาจะเหมาะสมกว่าโทษทางปกครองหรือไม่ เช่น การไม่แจ้งให้นายทะเบียนทราบถึงความเสียหายที่เกิดแก่โรงแรมอันเนื่องมาจากเหตุอัคคีภัยหรือภัยอันตรายร้ายแรงอื่น ๆ เพื่อที่นายทะเบียนจะได้สั่งให้แก้ไขหรือสั่งหยุดดำเนินการโรงแรม (มาตรา ๕๒)

พระราชบัญญัติการแพทย์ฉุกเฉิน พ.ศ. ๒๕๕๑ เป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งซึ่งมีปัญหามาพิจารณาเกี่ยวกับการเลือกกำหนดโทษ เช่น บทบัญญัติมาตรา ๓๘ ที่กำหนดให้ผู้ที่ใช้ระบบสื่อสารและเทคโนโลยีสารสนเทศที่จัดไว้สำหรับการปฏิบัติการฉุกเฉินโดยประการที่จะทำให้เกิดความ

เสียหายแก่การปฏิบัติการฉุกเฉินต้องระวางโทษปรับทางปกครองนั้น หากพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดแก่การปฏิบัติการฉุกเฉินอาจเป็นอุปสรรคแก่การช่วยเหลือผู้ป่วยฉุกเฉินให้พ้นภาวะฉุกเฉินและส่งผลกระทบต่อชีวิตของบุคคลอื่นเป็นคุณค่าที่สำคัญยิ่ง กรณีย่อมน่าจะคิดว่าโทษอาญาจะเป็นมาตรการที่สมควรนำมาใช้มากกว่าโทษทางปกครองหรือไม่

ทั้งนี้ ในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาในหลายกรณีก็มีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการเลือกกำหนดโทษอาญาและโทษทางปกครอง โดยบางกรณีมีการเปลี่ยนแปลงแนวทางการกำหนดโทษที่หน่วยงานเจ้าของร่างเสนอไว้ เช่น กรณีร่างพระราชบัญญัติคลังสินค้า ไซโล และห้องเย็น พ.ศ. ความผิดกรณีประกอบกิจการคลังสินค้าฯ โดยไม่ได้รับอนุญาตร่างเดิมที่เสนอโดยกระทรวงพาณิชย์ได้กำหนดให้มีโทษทางปกครอง ได้แก่ การดำเนินโดยเปิดเผยต่อสาธารณชนและโทษปรับทางปกครอง เนื่องจากมิได้เป็นการก่ออาชญากรรม แต่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๑) เห็นว่าการอนุญาตให้ประกอบกิจการคลังสินค้าฯ เป็นมาตรการควบคุมการประกอบกิจการที่สำคัญและเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม การฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวจึงมีลักษณะร้ายแรงที่สมควรลงโทษหนักกว่าโทษทางปกครองซึ่งเป็นการลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วนกัน จึงสมควรกำหนดให้การกระทำผิดดังกล่าวมีโทษอาญาแทนโทษทางปกครอง^{๑๘๒} กรณีจึงเห็นได้ว่า หากมีเกณฑ์พิจารณาที่ชัดเจนและเป็นระบบในการกำหนดโทษตามกฎหมาย ก็จะทำให้บรรดาผู้เกี่ยวข้องกับการจัดทำกฎหมายสามารถเลือกกำหนดโทษในแนวทางที่สอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันมากยิ่งขึ้น

๔.๓ ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดโทษ

เมื่อปัจจุบันระบบกฎหมายไทยเริ่มนำโทษทางปกครองมาใช้อย่างจริงจังและเป็น “ทางเลือก” หนึ่งแทนโทษอาญา^{๑๘๓} เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษจึงเป็นสิ่งจำเป็น เพราะแม้ว่าการกำหนดโทษจะเป็น “ดุลพินิจ” ของผู้ตรากฎหมายและหลายกรณีถือเป็นเรื่องในทาง “นโยบาย” แต่หากปล่อยให้ผู้ตรากฎหมายใช้ดุลพินิจได้ตามอำเภอใจโดยไม่มี “กรอบแนวคิด” ในทางหลักวิชาการแล้ว ย่อมสุ่มเสี่ยงที่จะมีการกำหนดโทษโดยไม่เหมาะสมกับลักษณะการกระทำผิด เช่น กำหนดให้การกระทำผิดที่ไม่ร้ายแรงมีโทษอาญา ซึ่งจะไม่เป็นผลดีต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือกำหนดให้การกระทำผิดที่ร้ายแรงมีโทษทางปกครองแทนที่จะกำหนดเป็นความผิดอาญา^{๑๘๔} ซึ่งจะมีผลเป็นการลดทอนความสำคัญของคุณค่าที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองให้ด้อยค่าลง และหากผู้ตรากฎหมายเปลี่ยนแนวทางการกำหนดโทษกลับไปกลับมาในแต่ละกรณีด้วยแล้ว ก็ยิ่งกระทบต่อความมั่นคงแน่นอนในทางกฎหมาย นอกจากนี้ การไม่มีเกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษอาจทำให้ผู้ตรากฎหมายกำหนดโทษแตกต่างกันสำหรับการกระทำผิดลักษณะเดียวกันและมีความร้ายแรงเท่ากัน เพียงแต่บัญญัติในกฎหมายคนละฉบับคนละเรื่อง (ที่ตราขึ้นต่างยุคต่างสมัย ...หรือแย้ไปกว่านั้น เป็น

^{๑๘๒}บันทึกการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๑) ร่างพระราชบัญญัติคลังสินค้า ไซโล และห้องเย็น พ.ศ. ครั้งที่ ๑๐ (๒๕/๒๕๕๐) ๑๖/๒๕๕๐ วันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๐ (เรื่องเสร็จที่ ๘๑๘/๒๕๕๐)

^{๑๘๓}นอกจากพระราชบัญญัติที่ได้ประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายตามที่อ้างใน (๒๐) แล้ว ยังมีร่างพระราชบัญญัติอีกหลายฉบับที่กำหนดให้การกระทำผิดมีโทษทางปกครอง เช่น ร่างพระราชบัญญัติคลังสินค้า ไซโล และห้องเย็น พ.ศ. (เรื่องเสร็จที่ ๘๑๘/๒๕๕๐), ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. (เรื่องเสร็จที่ ๕๑๕/๒๕๕๒), ร่างพระราชบัญญัติควบคุมการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬา พ.ศ. (เรื่องเสร็จที่ ๑๗๔/๒๕๕๔) และร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมกีฬาอาชีพ พ.ศ. (เรื่องเสร็จที่ ๕๓/๒๕๕๕)

^{๑๘๔}โดยที่การลงโทษทางปกครองมีกระบวนการที่เรียบง่ายรวดเร็วกว่าการลงโทษอาญาจึงอาจเป็นเหตุจูงใจให้ผู้ตรากฎหมายเลือกที่จะกำหนดให้การกระทำผิดมีโทษทางปกครองทั้งที่เป็นการกระทำที่มีลักษณะร้ายแรง

กฎหมายที่ตราขึ้นในช่วงเวลาเดียวกัน !) เช่น การไม่ขอใบแทนใบอนุญาตที่ชำรุดหรือสูญหาย หรือ ไม่แสดงใบอนุญาตไว้ในสถานประกอบกิจการ โดยเรื่องหนึ่งกำหนดให้มีโทษอาญา แต่อีกเรื่องหนึ่ง กลับกำหนดให้มีโทษทางปกครอง ย่อมเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เท่าเทียมกัน เพราะโทษทั้งสอง ประเภทมีหลักประกันในกระบวนการพิจารณาและมีผลกระทบต่อผู้ถูกลงโทษแตกต่างกัน

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงสมควรกำหนดเกณฑ์พิจารณาในการเลือก กำหนดโทษเพื่อเป็น “เครื่องมือช่วยตัดสินใจ” สำหรับส่วนราชการที่จัดทำร่างกฎหมายและรัฐสภา ซึ่งที่ผ่านมาถึงแม้จะมีข้อเสนอแนะในการกำหนดโทษ ทั้งโดยฝ่ายตุลาการและองค์กรทางกฎหมายต่าง ๆ แต่ก็เป็นเพียงแนวคิดทั่วไปที่ยังไม่ชัดเจน กรณีจึงสมควรมีเกณฑ์พิจารณาที่เป็นระบบยิ่งขึ้น ซึ่งเกณฑ์ พิจารณาของคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสชอบที่จะนำมา “ปรับใช้” กับ ระบบกฎหมายไทยได้ เพราะอยู่บนพื้นฐานของหลักวิชาการทางนิติศาสตร์และมีขั้นตอนพิจารณาที่เป็นระบบ โดยในลำดับแรกจะใช้ “เกณฑ์ว่าด้วยความร้ายแรงของการกระทำผิด” ในการแบ่งแยก แยกสาระของความผิดอาญาและการกระทำที่ควรใช้มาตรการอื่นแทนโทษอาญา โดยในการนี้จะใช้ ตัวชี้วัดสามประการประกอบกัน ได้แก่ ลักษณะการกระทำผิด ความสำคัญของสิ่งที่กฎหมายมุ่ง คุ้มครอง และระดับความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยในส่วนของการจัดระดับความสำคัญของคุณค่าต่าง ๆ หากเป็นคุณค่าที่รับรองไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นคุณค่าระดับสูงที่มีอาจล่วงละเมิดได้ เช่น บุรณภาพแห่งดินแดน (มาตรา ๑) สถาบันพระมหากษัตริย์ (มาตรา ๘) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (มาตรา ๔ และมาตรา ๒๖) สิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคล (มาตรา ๓๒) ฯลฯ รวมทั้ง คุณค่าบางอย่างที่มีได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่คนหมู่มากเห็นพ้องต้องกันว่าเป็นคุณค่าระดับสูง เช่น ความมั่นคงของประเทศ ศาสนา มรดกทางวัฒนธรรม หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยเฉพาะความปลอดภัยและสุขอนามัยของประชาชน ส่วนเสรีภาพที่อาจจำกัดได้ เช่น เสรีภาพ ในการเดินทาง (มาตรา ๓๔) เสรีภาพในการสื่อสาร (มาตรา ๓๖) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (มาตรา ๔๕) ฯลฯ และกฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันในสังคม เช่น กฎระเบียบของทางราชการที่ กำหนดไว้เพื่อควบคุมกิจการต่าง ๆ โดยกรณีการกระทำผิดที่ได้ค่าคะแนนรวมไม่ถึงเกณฑ์ที่ควร กำหนดให้มีโทษอาญา แต่เป็นเรื่องที่สังคมเห็นว่าร้ายแรงควรแก่การประณามและแก้แค้นผู้กระทำผิด ก็อาจยอมรับให้ผู้ตรากฎหมายกำหนดให้มีโทษอาญาได้เป็นกรณีพิเศษดังที่ฝ่ายตุลาการในฝรั่งเศส บางส่วนได้เสนอแนะไว้ ทั้งนี้ ในกรณีของการกระทำผิดที่มีลักษณะก้ำกึ่งไม่อาจหาข้อยุติได้ว่าควร กำหนดให้มีโทษอาญาหรือใช้มาตรการอื่น ก็จะใช้ “เกณฑ์ว่าด้วยประสิทธิภาพในการลงโทษ” เพื่อ ชี้ขาดต่อไป โดยใช้ตัวชี้วัดสามประการประกอบกัน ได้แก่ ประสิทธิภาพของโทษอาญาที่กำหนดไว้ใน กฎหมาย (ฐานความผิดอาญาทั่วไปที่อาจนำมาใช้ลงโทษการกระทำผิดเฉพาะเรื่อง) ประสิทธิภาพของ โทษอื่น ๆ นอกจากโทษอาญา และความพร้อมในการบังคับใช้โทษอาญาที่จะกำหนดขึ้นใหม่เป็นการ เฉพาะ โดยในการพิจารณาถึงประสิทธิภาพของการลงโทษ อาจนำเกณฑ์พิจารณาที่เสนอโดยสภา แห่งรัฐฝรั่งเศสมาประกอบการพิจารณาด้วยก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นเกณฑ์ว่าด้วยการกระทำผิดที่แพร่หลาย หรือเกณฑ์ว่าด้วยสาระของเรื่องที่ควรกำหนดให้มีโทษทางปกครอง (การควบคุมกำกับประกอบ กิจการ เรื่องที่การสอบสวนเกี่ยวกับการกระทำผิดต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน เรื่องที่ศาล ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญพอที่จะพิจารณาได้อย่างเหมาะสม) และสำหรับการกระทำที่มีใช้แก่สาระ ของความผิดอาญาหรือไม่ควรกำหนดให้มีโทษอาญาเพราะจะไม่มีประสิทธิภาพในการลงโทษ ก็จะใช้ “เกณฑ์เทคนิค” ในการพิจารณาต่อไปว่าสมควรใช้โทษทางแพ่งหรือโทษทางปกครอง โดยใช้ตัวชี้วัด สามประการประกอบกัน ได้แก่ ความเสียหายที่เกิดขึ้น (ความเสียหายได้เกิดขึ้นแล้ว ไม่เกิดความ

เสียหายแก่ผู้ใดเป็นการเฉพาะ หรืออาจเกิดความเสียหายขึ้นได้) สิ่งที่ถูกหมายมุ่งคุ้มครอง (ประโยชน์ส่วนบุคคล ประโยชน์ของทางราชการ หรือประโยชน์สาธารณะทั่วไป) และลักษณะการกระทำผิด (เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ทางแพ่ง หน้าที่ทางปกครอง หรือเป็นการกระทำใด ๆ) ซึ่งการที่เกณฑ์พิจารณาในแต่ละขั้นตอนมี “ตัวชี้วัด” ที่ชัดเจนซึ่งใช้พิจารณาประกอบกัน พร้อมทั้งมีการให้ค่าน้ำหนักกับตัวชี้วัดในแต่ละเรื่อง ย่อมทำให้ได้คำตอบที่แน่นอนในการกำหนดโทษตามกฎหมาย จึงน่าจะเป็น “กรอบ” ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษสำหรับผู้ตรากฎหมายได้ แต่ไม่ถึงกับตัดดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายที่จะกำหนดโทษในแนวทางที่แตกต่างจากผลลัพธ์ของการใช้เกณฑ์พิจารณา หากมีเหตุผลความจำเป็นในเรื่อง “ความเหมาะสม” ทั้งนี้ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในฐานะองค์กรกลางทางกฎหมายของประเทศสมควรมี “บทบาท” ในการเสนอแนะเกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษตามกฎหมาย โดยอาจจัดทำ “คู่มือตรวจสอบความเหมาะสมในการกำหนดโทษตามกฎหมาย”^{๑๘๕} หรือพิจารณาปรับปรุงคู่มือแบบการร่างกฎหมายของสำนักงานฯ ในส่วนที่ว่าด้วย “มาตรการบังคับทางกฎหมาย” โดยเพิ่มเติมเนื้อหาในเรื่องเกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษ ซึ่งเกณฑ์พิจารณาที่เสนอแนะนี้น่าจะเป็นเครื่องมือช่วยตัดสินใจสำหรับส่วนราชการที่จัดทำร่างกฎหมายรวมทั้งรัฐสภาไม่ว่าจะในการพิจารณากำหนดโทษตามกฎหมายที่จะตราขึ้นใหม่ หรือการพิจารณาลด-เลิกโทษอาญาที่มีอยู่แต่เดิมในกฎหมายฉบับต่าง ๆ หากในอนาคตประเทศไทยจะดำเนินนโยบายลด-เลิกโทษอาญาอย่างจริงจังเช่นเดียวกับในต่างประเทศ นอกจากนี้ เกณฑ์พิจารณาในการกำหนดโทษตามกฎหมายย่อมเป็นปัจจัยหนึ่งที่จะช่วยให้การกำหนดนโยบายอาญาของรัฐในภาพรวมมีความเป็นระบบและเป็นเหตุเป็นผลยิ่งขึ้นด้วย

ท้ายที่สุด มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ในการพิจารณาเลือกกำหนดโทษนั้น เกณฑ์ว่าด้วยประสิทธิภาพในการลงโทษถือเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญ โดยเฉพาะการกระทำผิดที่มีลักษณะก้ำกึ่งซึ่งต้องใช้ประสิทธิภาพในการลงโทษเป็นตัวตัดสิน ก็มีแนวคิดที่ว่าโทษทางปกครองมี “ข้อได้เปรียบ”เหนือโทษอาญาตรงที่ฝ่ายปกครองสามารถลงโทษผู้กระทำผิดได้เองซึ่งทำให้การลงโทษเป็นไปอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ โดยกรณีของโทษที่ต้องมีการบังคับ เช่น โทษปรับทางปกครอง ฝ่ายปกครองสามารถบังคับชำระค่าปรับได้เองโดยไม่ต้องร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้^{๑๘๖} อย่างไรก็ตาม กรณีของประเทศไทยนั้น ที่ผ่านมามีปัญหาในการบังคับทางปกครองมาโดยตลอด โดยเฉพาะการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน (ซึ่งรวมถึงคำสั่งลงโทษปรับทางปกครอง) เนื่องจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มิได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ และหน่วยงานของรัฐก็ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ในเรื่องนี้ ทำให้มีปัญหาข้อขัดข้องในการบังคับทางปกครองเป็นอันมาก^{๑๘๗} และแม้ว่าในปัจจุบันจะยังไม่ปรากฏ

^{๑๘๕}ซึ่งจะช่วยเสริม “คู่มือตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย” ที่ได้จัดทำขึ้นตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๗

^{๑๘๖}ในฝรั่งเศส บทกฎหมายที่กำหนดโทษปรับทางปกครองมักจะระบุว่าการบังคับชำระค่าปรับให้ใช้วิธีการบังคับชำระหนี้ของรัฐบาลนอกเหนือไปจากหนี้ภาษีอากรและหนี้จากการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของแผ่นดิน สำหรับวิธีการบังคับตามคำสั่งให้ชำระค่าปรับทางปกครองซึ่งเป็นคำสั่งให้ชำระเงินอย่างหนึ่ง โปรดดู ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์, รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การบังคับทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส, เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กุมภาพันธ์ ๒๕๕๒, หน้า ๓๐-๔๖.

^{๑๘๗}โดยเฉพาะการบังคับตามคำสั่งให้ชำระเงินตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙

ปัญหาในการบังคับตามคำสั่งลงโทษปรับทางปกครอง^{๑๘๘} แต่ในกฎหมายบางฉบับที่มีโทษปรับทางปกครอง ผู้ตรากฎหมายก็ชิง “ป้องกัน” ปัญหาโดยกำหนดให้ฝ่ายปกครองสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อบังคับชำระค่าปรับ โดยศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งปรับ และพิจารณาพิพากษาและบังคับให้มีการยึดหรืออายัดทรัพย์สินขายทอดตลาดเพื่อชำระค่าปรับ^{๑๘๙} ซึ่งแนวทางดังกล่าวไม่น่าจะถูกต้องตามหลักในทางกฎหมายปกครอง^{๑๙๐} ทั้งยังทำให้การบังคับทางปกครองมีความล่าช้าเพราะต้องผ่านกระบวนการทางศาล ซึ่งจะมีผลลดทอนประสิทธิภาพของการลงโทษทางปกครองเป็นอันมาก^{๑๙๑} ในระยะยาวจึงควรแก้ไขปัญหาลักษณะเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองโดยกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้เป็นการเฉพาะให้ชัดเจนและมีหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบการบังคับทางปกครอง^{๑๙๒} ซึ่งหากแก้ไขปัญหาลักษณะเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองได้ ก็จะทำให้การลงโทษทางปกครองมีประสิทธิภาพ และเป็น “ทางเลือก” แทนโทษอาญาได้อย่างแท้จริง

^{๑๘๘} เพราะบางกรณีผู้กระทำผิดยินยอมชำระค่าปรับโดยดี ทำให้ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับทางปกครอง เช่น การลงโทษปรับทางปกครองโดยคณะกรรมการ ก.ล.ต. ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. ๒๕๔๖ และบางกรณีเจ้าหน้าที่ยังไม่เคยมีคำสั่งลงโทษปรับทางปกครอง จึงยังไม่มีปัญหาในการบังคับทางปกครอง เช่น การลงโทษปรับทางปกครองตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑

^{๑๘๙} เช่น พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๕๘, พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. ๒๕๔๗ มาตรา ๔๙ วรรคสาม และพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๔๑ วรรคสอง

^{๑๙๐} น่าสังเกตว่าคณะกรรมการกฤษฎีกาหลายคณะไม่เห็นด้วยกับ “แบบกฎหมาย” ที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อบังคับชำระค่าปรับทางปกครอง เช่น คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๑) ในการตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล พ.ศ.

^{๑๙๑} “ความรวดเร็ว” เป็นข้อพิจารณาสำคัญประการหนึ่งของการลงโทษตามที่ Cesare Beccaria ปรัชญาเมธีอิตาลีเคยกล่าวไว้ว่า “ยิ่งลงโทษได้รวดเร็วทันการณ์มากเท่าใด การลงโทษก็ยิ่งเป็นธรรมและบรรลุผลมากเท่านั้น” (Dei dilitti e delle pene, 1764)

^{๑๙๒} ข้อเสนอดังกล่าวปรากฏอยู่ในร่างพระราชบัญญัติการบังคับทางปกครอง พ.ศ. ซึ่งจัดทำโดยนายโกมล จิรัชย์สุทธิกุล กรรมการร่างกฎหมายประจำ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำหรับรายละเอียดของร่างกฎหมายดังกล่าว โปรดดู โกมล จิรัชย์สุทธิกุล, “แนวความคิดและทิศทางในการตรากฎหมายเกี่ยวกับการบังคับทางปกครอง”, www.krisdika.go.th