

ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์
ศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๑๗/๒๕๖๙ เรื่องพิจารณาที่ ๓/๒๕๖๙

วันที่ ๗ เดือน ตุลาคม พุทธศักราช ๒๕๖๙

ระหว่าง
ศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบภาค ๘ ผู้ร้อง
-
ผู้ถูกร้อง

เรื่อง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ เฉพาะในส่วนที่บัญญัติว่า “โดยมิชอบ” ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง หรือไม่

ศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบภาค ๘ ส่งคำโต้แย้งของจำเลย ๓ ราย (บริษัท ศรีจำรูญ จำกัด ที่ ๒ นายสุรศักดิ์ สมนาม ที่ ๓ และนายมนตรี สมนาม ที่ ๔) ในคดีอาญาหมายเลขดำที่ อท ๑๓๒/๒๕๖๘ เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒ ข้อเท็จจริงตามคำโต้แย้งและเอกสารประกอบ สรุปได้ดังนี้

พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีปราบปรามการทุจริต ๑ ภาค ๘ เป็นโจทก์ยื่นฟ้องนายการุณ ศรีเด่น นายกองค์การบริหารส่วนตำบลกมลา อำเภอกะทู้ จังหวัดภูเก็ต ที่ ๑ กับพวกรวม ๔ คน เป็นจำเลยต่อศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบภาค ๘ ในฐานความผิด



เป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในตำแหน่งหรือหน้าที่ หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๗/๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ และมาตรา ๑๙๒ โดยจำเลยที่ ๑ เป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายและเป็นเจ้าพนักงานท้องถิ่น มีหน้าที่จัดการการก่อสร้างภายในองค์การบริหารส่วนตำบลกมลาให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ และประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดเขตพื้นที่และมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในบริเวณพื้นที่จังหวัดภูเก็ต พ.ศ. ๒๕๕๓ ซึ่งต้องตรวจสอบความถูกต้องของอาคารโรงแรมกีมาลาให้เป็นไปตามแบบแปลนที่ได้รับอนุญาตให้ก่อสร้างหรือเป็นไปตามประกาศดังกล่าวก่อนออกใบรับรองการก่อสร้างอาคารให้แก่จำเลยที่ ๒ โดยจำเลยที่ ๑ ได้รับรายงานจากนายช่างเขตว่าตรวจสอบพบความผิดพลาดในการก่อสร้างอาคารดังกล่าว แต่จำเลยที่ ๑ กลับเร่งรัดออกใบรับรองการก่อสร้างอาคารให้แก่จำเลยที่ ๒ โดยไม่ปรากฏว่าจำเลยที่ ๑ ได้ตรวจสอบตามที่นายช่างเขตเสนอ การกระทำของจำเลยที่ ๑ เป็นการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต อันเป็นเหตุให้องค์การบริหารส่วนตำบลกมลาและราชการได้รับความเสียหาย จำเลยที่ ๒ เจ้าของกิจการโรงแรมกีมาลาเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด โดยรู้อยู่แล้วว่าการก่อสร้างอาคารโรงแรมกีมาลาไม่เป็นไปตามแบบแปลนที่ขอใบอนุญาตและรูปแบบเงื่อนไขในการก่อสร้างในพื้นที่ลาดชัน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีมติชี้มูลความผิดจำเลยที่ ๑ ต่อมาพนักงานอัยการยื่นฟ้องจำเลยที่ ๑ เป็นคดีอาญาหมายเลขดำที่ อท ๑๓๒/๒๕๖๘ และยื่นฟ้องจำเลยที่ ๒ ที่ ๓ และที่ ๔ ในฐานความผิดเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดของจำเลยที่ ๑ เป็นคดีอาญาหมายเลขดำที่ อท ๑๓๕/๒๕๖๘ ต่อศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบภาค ๘ ศาลมีคำสั่งให้รวมพิจารณาคดีและให้ถือสำนวนคดีอาญาหมายเลขดำที่ อท ๑๓๒/๒๕๖๘ เป็นสำนวนหลัก



ระหว่างการพิจารณาคดีของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบภาค ๘ จำเลยที่ ๒ ที่ ๓ และที่ ๔ โต้แย้งว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ ซึ่งบัญญัติความผิดในลักษณะเดียวกันเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด เป็นกฎหมายที่ขัดต่อหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา เนื่องจากไม่มีการบัญญัติบทนิยามคำว่า “โดยมิชอบ” ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาให้ชัดเจนดังเช่นที่มีการบัญญัติบทนิยามคำว่า “โดยทุจริต” ซึ่งปรากฏในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต การบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชัดเจนทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีแนวทางที่แตกต่างกัน เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ในขณะที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. ๒๕๕๙ ยืนยันหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายโดยบัญญัติบทนิยามคำว่า “ทุจริตต่อหน้าที่” และ “ประพฤติมิชอบ” ไว้ด้วย การที่มิได้บัญญัติบทนิยามการกระทำโดยมิชอบ ทำให้มีปัญหาการแยกว่าพฤติการณ์นั้นเป็นการปฏิบัติผิดพลาดหรือบกพร่องตามธรรมดาหรือเป็นการกระทำที่มีเจตนาพิเศษโดยมิชอบที่มุ่งให้เกิดความเสียหาย ทำให้ต้องมีการตีความคำว่า “โดยมิชอบ” ตามดุลพินิจของผู้บังคับใช้กฎหมาย ก่อให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือผิดพลาดคลาดเคลื่อน เป็นการให้อำนาจฝ่ายตุลาการใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าการกระทำลักษณะใดเป็นความผิดอาญาซึ่งมีลักษณะเป็นการสร้างกฎหมายอันเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติยกอำนาจในการตรากฎหมายให้แก่ฝ่ายตุลาการ ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ขัดต่อหลักนิติธรรม หลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมาย และหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕ วรรคหนึ่ง มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง จำเลยที่ ๒ ที่ ๓ และที่ ๔ ขอให้ศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบภาค ๘ ส่งคำโต้แย้งดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒

ศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบภาค ๘ เห็นว่า จำเลยที่ ๒ ที่ ๓ และที่ ๔ โต้แย้งว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ



ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ ซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕ วรรคหนึ่ง มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง และยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินี้ จึงส่งคำโต้แย้งดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒ วรรคหนึ่ง

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาเบื้องต้นมีว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำโต้แย้งของจำเลยที่ ๒ ที่ ๓ และที่ ๔ ไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒ วรรคหนึ่ง หรือไม่ เห็นว่า ศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบภาค ๘ ส่งคำโต้แย้งของจำเลยที่ ๒ ที่ ๓ และที่ ๔ เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ ซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕ วรรคหนึ่ง มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง หรือไม่ แม้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ เป็นบทบัญญัติที่ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๓ แต่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ เป็นบทบัญญัติที่คงหลักการเดิมตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มีบทเฉพาะกาล มาตรา ๑๙๒ ให้บรรดาการดำเนินการของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติที่ดำเนินการไปโดยชอบอยู่แล้วตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติมในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ ใช้บังคับ ให้เป็นอันใช้ได้ต่อไป เมื่อจำเลยที่ ๒ ที่ ๓ และที่ ๔ โต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินี้ กรณีเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒ วรรคหนึ่ง อย่างไรก็ดี ส่วนที่โต้แย้งว่าประมวลกฎหมาย



อาญา มาตรา ๑๕๗ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕ วรรคหนึ่ง หรือไม่ นั้น เห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๕ เป็นบททั่วไปที่วางหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ มิได้มีข้อความที่เป็นการคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพไว้เป็นการเฉพาะ ศาลรัฐธรรมนูญไม่จำต้องวินิจฉัย ในส่วนนี้ จึงมีคำสั่งรับไว้พิจารณาวินิจฉัยเฉพาะประเด็นที่ขอให้วินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง หรือไม่ เพื่อประโยชน์แห่งการพิจารณา ให้นำพยานหลักฐานในคดีเรื่องพิจารณาที่ ๔/๒๕๖๖ (คำวินิจฉัยที่ ๑๐/๒๕๖๖) เฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องมารวมสำนวนเพื่อใช้ในการพิจารณาวินิจฉัย และอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๒๗ วรรคสาม ให้หน่วยงานและบุคคลที่เกี่ยวข้องจัดทำความเห็นและจัดส่งสำเนาเอกสารหลักฐานยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญ

หน่วยงานและบุคคลที่เกี่ยวข้องจัดทำความเห็นและจัดส่งสำเนาเอกสารหลักฐานยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

๑. เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร แจ้งว่า จากการตรวจสอบเอกสารที่เกี่ยวข้องไม่พบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ และร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ ในชั้นสภาผู้แทนราษฎร

๒. เลขาธิการวุฒิสภา จัดส่งสำเนาเอกสารเกี่ยวกับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ((ฉบับที่ ๒๖) พ.ศ. ๒๕๖๐) (แก้ไขอัตราโทษปรับในภาค ๒ ความผิด) ประกอบด้วย สำเนาเอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (ฉบับคณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ) สำเนารายงานการประชุมและสำเนาบันทึกการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ ๗๔/๒๕๕๙ และครั้งที่ ๕/๒๕๖๐ สำเนารายงาน



การประชุมและสำเนาบันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ ๑/๒๕๕๙ ถึงครั้งที่ ๔/๒๕๕๙ และครั้งที่ ๑/๒๕๖๐ ถึงครั้งที่ ๒/๒๕๖๐ และสำเนารายงานของคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ สำเนาเอกสารเกี่ยวกับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ((ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๔) ประกอบด้วย สำเนารายงานการประชุมและสำเนาบันทึกการประชุมวุฒิสภา ครั้งที่ ๑๐ (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) วันจันทร์ที่ ๕ ตุลาคม ๒๕๕๒ ครั้งที่ ๑๖ (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) วันจันทร์ที่ ๒๓ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ ครั้งที่ ๑๗ (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) เป็นพิเศษ วันอังคารที่ ๒๔ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ ครั้งที่ ๑๗ (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) วันจันทร์ที่ ๒๒ พฤศจิกายน ๒๕๕๓ และครั้งที่ ๗ (สมัยสามัญทั่วไป) วันจันทร์ที่ ๗ มีนาคม ๒๕๕๔ สำเนารายงานการประชุมและสำเนาบันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... วุฒิสภา ครั้งที่ ๙/๒๕๕๒ และครั้งที่ ๑๑/๒๕๕๒ และสำเนารายงานของคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... วุฒิสภา และสำเนาเอกสารเกี่ยวกับการพิจารณาพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ ประกอบด้วย สำเนาเอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. .... (ฉบับคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ เป็นผู้เสนอ) สำเนารายงานการประชุมและสำเนาบันทึกการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ ๖๓/๒๕๖๐ และครั้งที่ ๗๒/๒๕๖๐ ถึงครั้งที่ ๗๔/๒๕๖๐ สำเนารายงานการประชุมและสำเนาบันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ ๒/๒๕๖๐ ครั้งที่ ๖/๒๕๖๐ ครั้งที่ ๘/๒๕๖๐ และครั้งที่ ๒๒/๒๕๖๐ ถึงครั้งที่ ๒๓/๒๕๖๐ และสำเนารายงานของคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. .... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ



๓. เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา จัดทำความเห็นและจัดส่งสำเนาเอกสารที่เกี่ยวข้อง สรุปได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ ประกาศใช้บังคับโดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๔๙๙ ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ ๑๕ พฤศจิกายน ๒๔๙๙ โดยปรับปรุงกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๐๒ มาตรา ๑๓ เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมอัตราโทษให้สูงขึ้นและกำหนดโทษขั้นต่ำเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดให้ได้ผลดียิ่งขึ้น ต่อมาคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาได้พิจารณายกร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... เพื่อปรับปรุงบทบัญญัติเกี่ยวกับอัตราโทษปรับในภาค ๒ ความผิด ให้สอดรับกับการปรับปรุงอัตราโทษสำหรับความผิดลหุโทษ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาการใช้บังคับโทษปรับที่ลักลั่น ส่วนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ เป็นบทบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๔ มาตรา ๖๕ ในส่วนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ เป็นกฎหมายที่จัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญและเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๗ ดังนั้น ข้อมูลเกี่ยวกับความเป็นมา หลักการ และเหตุผลหรือเจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าวไม่อยู่ในความครอบครองของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

๔. เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ จัดทำความเห็นและจัดส่งสำเนาเอกสารที่เกี่ยวข้อง สรุปได้ว่า การตีความคำว่า “โดยมิชอบ” ซึ่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑ มิได้กำหนดความหมายของถ้อยคำดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่าหมายถึงการกระทำในลักษณะใด ในชั้นยกร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ ก็มิได้หยิบยกประเด็นดังกล่าวขึ้นอภิปรายและกำหนดความหมายของถ้อยคำดังกล่าวไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับ ทำให้หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมหรือผู้มีหน้าที่และอำนาจพิจารณาวินิจฉัยต้องใช้ดุลพินิจตีความคำว่า “โดยมิชอบ” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปราม



การทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ โดยพิจารณาและเทียบเคียงจากแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้วางแนวไว้เป็นหลัก

๕. ศาสตราจารย์ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ จัดทำความเห็นสรุปได้ว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓ วางหลักการแบ่งอำนาจหน้าที่ไว้ กล่าวคือ การตรากฎหมายเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ นอกจากจะต้องบัญญัติกฎหมายที่ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมและรัฐธรรมนูญแล้ว ยังจะต้องบัญญัติถ้อยคำในกฎหมายให้ชัดเจน ไม่คลุมเครือ เพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายไม่ว่าจะเป็นประชาชนทั่วไป ผู้บังคับใช้กฎหมายทั้งหลายเข้าใจและตีความได้อย่างถูกต้อง ส่วนการดำเนินการให้เป็นไปตามบทบัญญัติอย่างเป็นทางการนั้นเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร หากมีปัญหาตีความบทบัญญัติหรือการวินิจฉัยข้อกฎหมายก็ให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยสุดท้าย การที่ศาลใช้ดุลพินิจตีความคำว่า “โดยมิชอบ” ของบทบัญญัติกฎหมายหรือข้อเท็จจริงและเหตุผลที่เป็นสาระสำคัญแห่งคดีที่แตกต่างกันไปในแต่ละเรื่องโดยปราศจากอคติเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลซึ่งเป็นองค์กรสุดท้ายในการชี้ขาด ดังนั้น ความแตกต่างของผลการตีความในแต่ละกรณีซึ่งอาจตั้งอยู่บนข้อเท็จจริงและเหตุผลที่แตกต่างกัน ไม่อาจถือได้โดยลำพังว่าเป็นการเลือกปฏิบัติหรือขัดต่อหลักความเสมอภาค

๖. ศาสตราจารย์เมธี ครองแก้ว จัดทำความเห็นสรุปได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ แยกออกเป็นสองส่วน คือ (๑) ส่วนที่ระบุถึงการปฏิบัติหรือการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ และ (๒) การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต คำว่า “โดยทุจริต” นั้น ไม่มีปัญหาการตีความ แต่ในส่วนของการปฏิบัติโดยชอบหรือโดยมิชอบนั้น มีปัญหาว่าเป็นการปฏิบัติในลักษณะใด หากพิจารณาจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริงในการทำงานของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติและศาลในช่วงหลายปีที่ผ่านมาจะเห็นได้ว่า การตีความการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ มีลักษณะในการมองภาพในองค์รวมมากกว่าการมองความผิดในมุมแคบ ข้อพิจารณาประการสำคัญ คือ การตัดสินว่าใครประพฤติชอบหรือไม่ชอบให้ใช้เงื่อนไขการขัดกันแห่งผลประโยชน์ (Conflict of Interests) เป็นมาตรวัด เจ้าหน้าที่ที่มีความโน้มเอียงจะถูกชี้มูลความผิดมักมีประเด็นผลประโยชน์ทับซ้อนอยู่เสมอ เมื่อเป็นเช่นนี้จึงเริ่มเปลี่ยนความคิดจากเดิมที่ว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ ควรจะแยกส่วนการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบออกจากส่วนที่เอาผิด



ต่อการกระทำโดยทุจริต ดังนั้น ความสำคัญระหว่างคำว่า “โดยทุจริต” กับ “โดยมิชอบ” จึงทัดเทียมกัน ในลักษณะนี้อาจมองได้ว่าเจตนารมณ์ของผู้ร่างมาตรานี้แต่ดั้งเดิมนั้นมองว่าการประพฤติโดยมิชอบและการประพฤติโดยทุจริตมีความสำคัญในระดับเดียวกัน

๗. รองศาสตราจารย์ปกป้อง ศรีสนิท จัดทำความเห็นสรุปได้ว่า หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (Equality Before The Law) เป็นหลักพื้นฐานทางกฎหมายอาญาที่มีหลักการว่ามนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกันและต้องได้รับการปฏิบัติโดยรูปแบบเดียวกันภายใต้กฎหมาย โดยรวมถึงหลักการเชิงปฏิเสธที่เรียกว่า สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติ (le droit à la non-discrimination) ส่วนคำว่า “โดยมิชอบ” เป็นถ้อยคำที่มีความชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนทราบ ไม่ได้ก่อให้เกิดการตีความหรือการบังคับใช้กฎหมายที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย ประชาชนที่อ่านน่าจะเข้าใจได้ว่าคำว่า “โดยมิชอบ” คือ การกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย ระเบียบ กฎเกณฑ์ ดังนั้น หากเจ้าพนักงานกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยเจตนาและครบองค์ประกอบอื่นของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ แล้ว เจ้าพนักงานก็มีความรับผิดทางอาญาอย่างเสมอภาคกัน โดยไม่ใช่เหตุแห่งการเลือกปฏิบัติและไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาค นอกจากนี้ คำว่า “โดยมิชอบ” ยังปรากฏอยู่ในฐานความผิดต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายอาญาอีกหลายมาตรา เช่น มาตรา ๑๔๘ มาตรา ๑๔๙ มาตรา ๒๐๑ มาตรา ๒๐๘ มาตรา ๒๕๓ มาตรา ๒๖๙/๕ มาตรา ๒๖๙/๖ มาตรา ๒๖๙/๑๑ มาตรา ๒๖๙/๑๕ มาตรา ๒๘๐/๑ และมาตรา ๓๒๐ จากที่กล่าวมาข้างต้นเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ ในส่วนคำว่า “โดยมิชอบ” ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย

๘. นายสุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์ จัดทำความเห็นสรุปได้ว่า แม้คำว่า “โดยมิชอบ” จะไม่มีบทนิยามเหมือนในกรณี “โดยทุจริต” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑ (๑) แต่กรณีดังกล่าวหาใช่เหตุผลที่จะกล่าวได้ว่าจะทำให้ศาลแปลกฎหมายแตกต่างกันไปในแต่ละคดี อันจะทำให้ขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือเป็นการเลือกปฏิบัติ เพราะแม้กฎหมายจะกำหนดบทนิยามคำว่า “โดยทุจริต” ไว้ ก็ไม่ได้หมายว่าศาลจะต้องตัดสินคดีเหมือนกันในทุกกรณี ดังนั้น ไม่ว่าจะมีบทนิยามหรือไม่ ศาลย่อมต้องแปลความกฎหมายอยู่เสมอ ในการแปลความกฎหมายของศาลแม้จะแปลความโดยใช้หลักกฎหมายอย่างเดียวกัน แต่ผลแห่งคดีย่อมต้องแตกต่างกันไปตามข้อเท็จจริง



แห่งคดีในแต่ละเรื่อง หรือในกรณีของการนิยามคำว่า “โดยทุจริต” ก็ต้องใช้หลักการแปลความกฎหมายที่กล่าวไว้เช่นเดียวกัน ดังนั้น แม้จะใช้หลักกฎหมายหลักเดียวกันในการวินิจฉัย และไม่ว่าหลักกฎหมายดังกล่าวจะมีบทนิยามหรือไม่ แต่ผลแห่งคดีกลับแตกต่างกันอันเนื่องมาจากข้อเท็จจริงในคดีแต่ละเรื่องไม่ตรงกัน ส่วนที่กล่าวว่าประเทศไทยเป็นระบบซีวิลลอว์ ศาลไม่ควรทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติเสียเองนั้น ในระบบซีวิลลอว์ไม่ได้หมายความว่าศาลจะไม่สามารถสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาได้ เพราะกฎหมายย่อมมีช่องว่าง การที่ศาลแปลกฎหมายให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่กระทำได้ เพราะฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจบัญญัติกฎหมายเพื่ออุดช่องว่างได้ในทุกกรณีและอาจไม่ทันต่อสถานการณ์ การใช้ช่องว่างของกฎหมายที่เกิดขึ้นเป็นช่องทางในการสร้างหลักกฎหมายขึ้นมา เป็นการพัฒนากฎหมายโดยฝ่ายศาล (die Rechtsfortbildung praeter legem) ดังนั้น ในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ไม่มีข้อห้ามที่ศาลจะพัฒนากฎหมายจากการที่มีช่องว่างของกฎหมาย

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำโต้แย้งของจำเลยที่ ๒ ที่ ๓ และที่ ๔ ความเห็นและข้อมูลของหน่วยงานและบุคคลที่เกี่ยวข้อง และเอกสารประกอบแล้วเห็นว่า คดีเป็นปัญหาข้อกฎหมายและมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้ จึงยุติการไต่สวนตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๕๘ วรรคหนึ่ง กำหนดประเด็นที่ต้องพิจารณาวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ เฉพาะในส่วนที่บัญญัติว่า “โดยมิชอบ” ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๙ เป็นบทบัญญัติในหมวด ๓ สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย” และมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า



“บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

ประมวลกฎหมายอาญาตราขึ้นโดยมีเจตนารมณ์มุ่งควบคุมพฤติกรรมของบุคคลในสังคม คุ้มครองความปลอดภัย รักษาความสงบสุข และเสริมสร้างความมั่นคงให้แก่สังคม บทบัญญัติในภาค ๒ ความผิด ลักษณะ ๒ ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณะเพื่อให้รัฐสามารถดำเนินกิจการบริการสาธารณะด้านต่าง ๆ โดยเจ้าพนักงานซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐให้เป็นไปอย่างราบรื่นและมีประสิทธิภาพ กฎหมายลักษณะนี้บัญญัติความผิดแยกออกเป็น ๒ หมวด ประกอบด้วย หมวด ๑ ความผิดต่อเจ้าพนักงาน และหมวด ๒ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ เนื่องจากการใช้อำนาจรัฐของเจ้าพนักงานอาจเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ไม่ว่าเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐและประชาชน หรือเป็นการใช้อำนาจโดยทุจริตเพื่อแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้เพื่อตนเองหรือผู้อื่น จึงบัญญัติความรับผิดทางอาญาแก่เจ้าพนักงานไว้เพื่อควบคุมมิให้เจ้าพนักงานกระทำมิชอบด้วยหน้าที่ มาตรา ๑๕๗ บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษ ...” ประกาศใช้บังคับโดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๔๙๙ โดยเป็นการปรับปรุงกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ มาตรา ๑๔๕ ซึ่งบัญญัติว่า “เจ้าพนักงานคนใด คิดร้ายต่อผู้อื่น แลมันกระทำการอันมิควรกระทำหรือละเว้นการอันมิควรเว้นในตำแหน่งหน้าที่ของมัน โดยเจตนาจะให้เกิดความเสียหายแก่เขาไซ้ ท่านว่ามันมีความผิด ถ้าแลความผิดของมันที่กระทำนั้น ไม่ต้องด้วยกฎหมายบทอื่น ท่านให้ลงโทษ จำคุกมันไม่เกินกว่าสองปี แลให้ปรับไม่เกินกว่าพันบาท ด้วยอิกโสดหนึ่ง”

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ บัญญัติว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในตำแหน่งหรือหน้าที่ หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหรือหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษ ...” เป็นบทบัญญัติที่เพิ่มขึ้นใหม่โดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ ๒)



พ.ศ. ๒๕๕๔ มาตรา ๖๕ ทั้งนี้ เพื่อให้ครอบคลุมเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจรัฐได้มากกว่าคำว่า “เจ้าพนักงาน” ตามประมวลกฎหมายอาญา ส่วนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานของรัฐผู้ใดปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในตำแหน่งหรือหน้าที่ หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหรือหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษ ...” เป็นบทบัญญัติที่คงหลักการเดิมตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ โดยมิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม นอกจากเปลี่ยนคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” เป็น “เจ้าพนักงานของรัฐ” เพื่อให้ครอบคลุมผู้ใช้อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ ทั้งนี้ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ ใช้บังคับแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐและเจ้าพนักงานของรัฐ แต่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ ที่ใช้บังคับเฉพาะเจ้าพนักงานตามบทนิยามในประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น

ข้อโต้แย้งของจำเลยที่ ๒ ที่ ๓ และที่ ๔ ที่ว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ ที่บัญญัติในลักษณะเดียวกันเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด เป็นกฎหมายที่ขัดต่อหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา การวางบทกำหนดความผิดเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชัดเจน ทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปในแนวทางที่แตกต่างกัน เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย การที่กฎหมายดังกล่าวมิได้บัญญัติบทนิยามการกระทำโดยมิชอบ ทำให้มีปัญหาในการแยกว่าพฤติการณ์นั้นเป็นการปฏิบัติผิดพลาดหรือบกพร่องตามธรรมดาหรือเป็นการกระทำที่มีเจตนาพิเศษโดยมิชอบที่มุ่งให้เกิดความเสียหาย ดังนั้น คำว่า “โดยมิชอบ” ขัดต่อหลักนิติธรรม หลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมาย และหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง นั้น เห็นว่า การปฏิบัติหน้าที่ หมายถึง การที่ผู้ดำรงตำแหน่งมีหน้าที่และอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ การละเว้นการปฏิบัติหน้าที่



หมายความว่า การที่ผู้ดำรงตำแหน่งไม่กระทำการหรือละเลยไม่กระทำการตามที่กฎหมายกำหนดหน้าที่และอำนาจให้ต้องปฏิบัติ เมื่อพิจารณาคำว่า “โดยมิชอบ” แล้ว จะเห็นว่าเป็นวิธีการหรือเทคนิคในทางนิติบัญญัติที่ต้องการเปิดช่องให้บทบัญญัติกฎหมายนั้นครอบคลุมพฤติการณ์ของการกระทำความผิดที่มีความหลากหลายและเปลี่ยนแปลงไปตามบริบทของสังคม ซึ่งคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔/๒๕๕๙ เคยวางแนวคำวินิจฉัยว่า ในบางกรณีกฎหมายอาญาอาจใช้ถ้อยคำที่ชัดเจนแต่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง แต่เป็นถ้อยคำที่ประชาชนทั่วไปสามารถรู้และเข้าใจได้ว่าเป็นเหตุการณ์ในกรณีใด การกำหนดถ้อยคำในลักษณะดังกล่าวมีความจำเป็นเพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถพิจารณาพฤติการณ์ของการกระทำประกอบกับถ้อยคำตามองค์ประกอบความผิด และทำให้ได้ความหมายที่ถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์สำหรับการอำนวยความยุติธรรมอันควรแก่กรณี กรณีจึงไม่ขัดต่อหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” (Nullum crimen, nulla poena sine lege) เนื่องจากไม่ใช่กรณีที่กฎหมายบัญญัติความผิดอาญาโดยใช้ถ้อยคำที่คลุมเครือหรือไม่ชัดเจน คำว่า “โดยมิชอบ” มีความหมายที่วิญญูชนและเจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเข้าใจได้จากเจตนารมณ์และบริบทของกฎหมาย ทั้งการตีความคำว่า “โดยมิชอบ” ไม่สามารถพิจารณาถ้อยคำนี้เพียงลำพัง แต่ต้องตีความประกอบกับคำว่า “การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ หรือคำว่า “ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในตำแหน่งหรือหน้าที่ หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหรือหน้าที่โดยมิชอบ” ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ ดังนั้น คำว่า “โดยมิชอบ” จึงหมายความถึงการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือบรรทัดฐานทางปกครองเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ โดยแบ่งเป็น ๒ กรณี คือ กรณีปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ และกรณีการใช้หน้าที่และอำนาจในทางที่ขัดต่อกฎหมาย ระเบียบ หรือขั้นตอนที่กำหนดไว้โดยตรง โดยมีเจตนาพิเศษเพื่อให้เกิดความเสียหายเป็นผลของการกระทำซึ่งเป็นองค์ประกอบ นอกจากการตีความตามตัวอักษรเพื่อค้นหาเจตนารมณ์แล้ว ยังต้องคำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายหรือประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองซึ่งซ่อนอยู่ภายใต้บทบัญญัติที่ผู้ตีความต้องนำมาใช้ประกอบการตีความด้วยเช่นเดียวกัน หากกรณีมีข้อสงสัยในเจตนารมณ์ของกฎหมาย



และอาจตีความบทบัญญัติได้เป็นหลายนัย ศาลย่อมตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่จำเลย ดังนั้น จึงมิใช่กรณีที่กฎหมายขาดความชัดเจนแน่นอน

ส่วนที่จำเลยที่ ๒ ที่ ๓ และที่ ๔ โต้แย้งว่า คำว่า “โดยมิชอบ” เป็นการตีความตามดุลพินิจของผู้บังคับใช้กฎหมายก่อให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ และการให้ฝ่ายตุลาการเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่าการกระทำใดสมควรปรับบทว่าเป็นความผิดอาญา มีลักษณะเป็นการสร้างกฎหมายขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ นั้น เห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓ วางหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยมีหลักการทั่วไปคือการตรากฎหมายเป็นหน้าที่และอำนาจของรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนการดำเนินการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายเป็นหน้าที่และอำนาจของฝ่ายบริหาร เมื่อมีปัญหาในการตีความบทบัญญัติหรือการวินิจฉัยข้อกฎหมายก็ให้ศาลเป็นผู้มีหน้าที่และอำนาจวินิจฉัย หากเจ้าพนักงานกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยเจตนาและครบองค์ประกอบความผิดของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ แล้ว เจ้าพนักงานมีความรับผิดทางอาญาได้ โดยการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะเป็นความผิดพลาดหรือความบกพร่องตามธรรมดา หรือเป็นการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือไม่นั้น เป็นกรณีที่ศาลต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาตามข้อเท็จจริงแต่ละเรื่อง การตีความคำว่า “โดยมิชอบ” ของบทบัญญัติกฎหมายเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลซึ่งเป็นองค์กรสุดท้ายที่จะชี้ขาด ผลการตีความในแต่ละกรณีจึงแตกต่างกันไปตามข้อเท็จจริงและเหตุผลของแต่ละเรื่อง มิใช่การใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ การตีความหรือการใช้ดุลพินิจในการลงโทษผู้กระทำความผิดของศาลเป็นอำนาจตามกฎหมายขององค์กรตุลาการ มิใช่การสร้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายขึ้นมาใหม่ การบังคับใช้กฎหมายของศาลมิได้หมายความว่าศาลจะสร้างบรรทัดฐานในการตีความที่เห็นว่าถูกต้องและเป็นธรรมไม่ได้ เนื่องจากกฎหมายอาจมีช่องว่าง และฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถตรากฎหมายเพื่ออุดช่องว่างในทุกกรณีได้และในบางครั้งอาจไม่ทันต่อสถานการณ์ ดังนั้น การตีความกฎหมายของศาลจึงเป็นไปเพื่อให้การใช้อำนาจรัฐคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยศาลต้องปรับใช้หลักความยุติธรรมที่ว่าโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ไม่สามารถตีความโดยขยายความในทางที่เป็นโทษได้ การวินิจฉัยของศาลจึงเป็นหน้าที่และอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด หาใช่เป็นการสร้างกฎหมายอันจะเป็นการขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ หรือขัดต่อหลักไม่มีความผิดไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย

ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ เฉพาะในส่วนที่บัญญัติว่า “โดยมิชอบ” จึงเป็นบทบัญญัติที่มีความชัดเจนแน่นอน ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล ไม่ขัดต่อหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ไม่ทำให้บุคคลต้องรับโทษทางอาญาโดยไม่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และไม่เป็นการลงโทษทางอาญาแก่บุคคลหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลากระทำความผิด ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ เฉพาะในส่วนที่บัญญัติว่า “โดยมิชอบ” ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง

(นายอดม สิทธิวิรัชธรรม)
ประธานศาลรัฐธรรมนูญ

(คำวินิจฉัยที่ ๑๗/๒๕๖๙)

(นายวิรุฬห์ แสงเทียน)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(นายจิรนิติ หะวานนท์)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(นายนภดล เทพพิทักษ์)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(นายบรรจงศักดิ์ วงศ์ปราชญ์)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญ

(นายอุดม รัฐอมฤต)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(นายสุเมธ รอยกุลเจริญ)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(นายสราวุธ ทรงศิวิไล)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

พลตำรวจโท
(จักรพงศ์ วิวัฒน์วานิช)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ