

การใช้แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์กับความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ

โดย

นายธิตี คุ่มรักษ์

อัยการพิเศษฝ่ายคดีศาลสูง ๕

สำนักอัยการพิเศษฝ่ายคดีศาลสูง ๕

กระทรวงยุติธรรม

นักศึกษาวិทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร

หลักสูตรการป้องกันราชอาณาจักร รุ่นที่ 62

ประจำปีการศึกษา พุทธศักราช 2562 - 2563

หนังสือรับรอง

วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักรได้อนุมัติให้เอกสารวิจัย เรื่อง “การใช้แนวคิดนิติ เศรษฐศาสตร์กับความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ” ลักษณะวิชา การเมือง ของ นายธิตี คุ้มรักษ์ เป็น ส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร การป้องกันราชอาณาจักร รุ่นที่ 62 ประจำปีการศึกษา พุทธศักราช 2562 - 2563

พลโท

(พิสิทธิ์ ปฐมเอม)

ผู้อำนวยการวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร
สถาบันวิชาการป้องกันประเทศ

บทคัดย่อ

เรื่อง การใช้แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์กับความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ
ลักษณะวิชา การเมือง
ผู้วิจัย นายฉัตร คุ้มรักษ์ หลักสูตร วปอ. รุ่นที่ 62

ประเทศไทยได้รับความเสียหายจากอาชญากรรมทางเศรษฐกิจมาโดยตลอด ซึ่งนอกจากจะทำให้ประชาชนได้รับความเสียหายแล้วยังส่งผลเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศอย่างร้ายแรง สืบเนื่องจากคดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจมีลักษณะพิเศษที่ซับซ้อนซ่อนเงื่อน รวบรวมพยานหลักฐานดำเนินคดีได้ยากและก่อความเสียหายต่อเศรษฐกิจได้มาก เดิมประเทศไทยมีแนวความคิดที่ใช้โทษจำคุกเป็นโทษประธาน (ใช้คำว่าจำคุกและปรับ) เพราะอาชญากรรมมองว่าอาชญากรต้องถูกกีดกันออกจากสังคม จึงให้ลงโทษจำคุกเป็นหลักมากกว่าลงโทษปรับ เพราะไม่มีเงินจ่ายค่าปรับ การกำหนดโทษปรับตามกฎหมายก็มิได้มีการกำหนดมาจากความเสียหายแท้จริงที่เกิดขึ้น (กำหนดค่าปรับต่อโทษจำคุกปีละพันหรือปีละหมื่นบาท) ต่อมาก็มีการแก้ไขกำหนดโทษปรับเมื่อเปรียบเทียบกับโทษจำคุกให้สูงขึ้นและอิงความเสียหายที่แท้จริงมากขึ้น ในระยะแรกที่เศรษฐกิจไทยอยู่ระหว่างการพัฒนา อาชญากรรมทางเศรษฐกิจมักประทุร้ายต่อประชาชน มีการหลอกลวงให้ลงทุนเข้าสมัครเป็นสมาชิก รวมถึงให้กู้ยืมในลักษณะต่างๆ โดยเสนอผลตอบแทนที่สูง ซึ่งต่อมามีพัฒนาการให้ใกล้เคียงกับระบบขายตรง แต่มักไม่มีตัวสินค้าที่แท้จริงอยู่ในระบบ ซึ่งในระยะนี้กฎหมายถูกพัฒนาขึ้นเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ ได้แก่ พระราชกำหนดว่าด้วย การกู้ยืมอันเป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2522 ซึ่งจะกำหนดโทษจำคุกและโทษปรับในอัตราที่สูง โดยยังคงกำหนดให้โทษจำคุกเป็นโทษประธาน (ใช้คำว่าจำคุกและปรับ) พร้อมทั้งกำหนดบทบัญญัติสันนิษฐานการกระทำความผิดไว้ถึงสองลักษณะ ได้แก่ บทสันนิษฐานองค์ประกอบความผิด และบทสันนิษฐานการกระทำอันเป็นองค์ประกอบความผิด ต่อมาประเทศไทยมีพัฒนาการทางเศรษฐกิจมากขึ้น อาชญากรรมทางเศรษฐกิจย้ายไปประทุร้ายตลาดทุนแทน ได้แก่ คดีปั่นหุ้น คดีฉ้อฉลในการซื้อขายหลักทรัพย์หลายรูปแบบ ซึ่งตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยได้มีพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 บัญญัติไว้ โดยกำหนดโทษแก่อาชญากรรมเศรษฐกิจในประเทศนี้มีโทษถึงจำคุกและปรับ แต่โดยถือโทษจำคุกเป็นโทษอุปกรณ์ใช้คำว่า “จำคุกหรือปรับ” มิใช่โทษประธานอีกต่อไป และยังกำหนดมาตรการพิเศษต่างๆ ได้แก่ มาตรการลงโทษทางแพ่งและมาตรการปกครองอีกด้วย

กฎหมายคุ้มครองตลาดทุนจากอาชญากรรมทางเศรษฐกิจฉบับดังกล่าว ใช้บังคับอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการ กสท. อยู่หลายปีคงพบปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายอยู่บ้าง แต่พบว่า มาตรการทางปกครองแก้ไขปัญหาได้ดีกว่า ส่วนการบังคับใช้มาตรการลงโทษ ทางแพ่งนั้นยังพบปัญหาในการดำเนินคดีบางประการเกี่ยวกับลำดับการบังคับใช้มาตรการเกี่ยวกับโทษทางอาญา และมาตรการลงโทษทางแพ่ง หน้าที่นำสืบและภาระการพิสูจน์ ตลอดจนมาตรการลงโทษทางแพ่งถูกระงับไป เพราะความตายของผู้กระทำผิด เป็นต้น ในระยะหนึ่งถึงสองปีที่ผ่านมาได้มีการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัลมากขึ้นทั้งในรูปแบบศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล ซึ่งแพร่หลายไปพร้อมกับผู้ค้าสินทรัพย์ดิจิทัลผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล ซึ่งแพร่หลายพร้อมกับคริปโตเคอเรนซี

และบล็อกเชน ซึ่งเป็นธุรกิจที่อยู่ในตลาดเงินไม่ใช่ตลาดทุน ซึ่งความก้าวหน้าของเทคโนโลยีอาจทำให้อาชญากรเศรษฐกิจย้อนกลับไปประทุษร้ายต่อประชาชนอีกครั้งหนึ่ง กฎหมายที่คุ้มครองประชาชนจากอาชญากรเศรษฐกิจในตลาดเงินชนิดพิเศษนี้ ได้แก่ พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 โดยมีสาระสำคัญคล้ายกับพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 โดยให้คณะกรรมการเป็นผู้กำกับดูแลและกำหนดโทษจำคุกเป็นโทษอุปกรรม (ใช้คำว่า “จำคุกหรือปรับ”) แต่ยังคงเห็นว่า ปัญหาบางประการที่เกิดขึ้นในการดำเนินคดีกับอาชญากรเศรษฐกิจในตลาดทุนอาจเกิดขึ้นในลักษณะเดียวกันอีกได้ จึงเห็นควรเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายบางประการสำหรับกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว ในเรื่องมาตรการลงโทษทางแพ่งแตกต่างจากโทษทางอาญา จึงไม่ระงับเมื่อผู้กระทำความผิดความตาย

Abstract

Title : Economic crimes in Thailand

Field : Politics

Name : Mr.Thiti Koomrak **Course :** NDC **Class :** 62

Thailand has always been damaged by economic criminals. In addition to causing damage to Thai people, economic criminals also severely affects to the national economy. As a result of the economic criminal cases are so special and enigmatical that it is difficult to collect evidence and prosecute. Furthermore, it can cause considerable damage to the whole economy. In the past, Thailand had an idea of using prison sentences as a principle penalty. This is because criminals are considered to be excluded from society. So ,they are primarily sentenced to be imprisoned than fined because of lack of fine. The imposition of a fine by law based on the virtual damage that occurs. Latter, there was an amendment to imposing a fine compared to an imprisonment to be higher and based on more virtual damage.

In the first phase, Thai economy is under development. Therefore, economic criminals got to harm people by tricking to invest in membership and offering high return, including lending in various ways. Which later developed to be similar to the direct selling system but there often was no any actual product in the system. In this phase, laws have been advanced to prevent and suppress economic criminals, fraud loaning citizen act B.C. 2522 which impose high imprisonment and fine, while still imposing a prison sentence as a assumption of fault. As well as specifying the provisions of the offense to two characteristics, namely 1 and 2. Later, Thailand has gained more economic development. Economic criminals turn to rogue the capital market instead, such as stock spin-off cases and fraudulent cases in trading of various forms of securities. Therefore, The Stock Exchange of Thailand enacted an act of parliament of securities and stock exchange. By means of imposing penalties for economic criminals in this country to be imprisoned and fined but deeming the prison sentence as a monetary punishment using optimal fine, not imprisonment anymore. Furthermore, they also prescribe specific measures such as civil sanctions and administrative measures as well.

Capital market protection laws against economic criminals that have been under the supervision of the SEC for many years encounters some problems in law enforcement but found that administrative measures solve problems way better. As for enforcing sanctions, there are still some problems in prosecution regarding the

enforcement of criminal sanctions, civil sanctions, duty of proof as well as civil sanctions measures being suspended due to the death of the offender etc. In the past two to two years, more digital assets have been operated in the form of a digital asset trading center which is pervasive along with digital asset dealers ,system providers offering digital token sales that are widespread with crypto currencies and block chain. Generally, it is a business in the money market, not the capital market that the advancement of technology may encourage economic criminals to harm the people once again. The laws that protect people from economic criminals in this special type of money market is ... with importance similar to ... which the Board is responsible for overseeing and fixing prison sentences to be But it is found that some problems that arise in the prosecution of economic criminals in the capital market may occur in the same way again. Therefore, it is suggested to amend some laws for both mentioned laws. Regarding the enforcement of civil sanction measures, different from criminal penalties. Therefore it is not refrained when the offender dies.

คำนำ

การวิจัยการใช้แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์กับความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ โดยมีวัตถุประสงค์ของการวิจัย 5 ประการ คือ 1) การวิจัยเรื่องนี้เป็นการศึกษาถึงแนวความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ว่ามีความหมายอย่างไร มีจุดเริ่มต้นและพัฒนาการอย่างไร สามารถนำมาวิเคราะห์กับประเด็นต่างๆทางกฎหมายได้อย่างไร 2) ศึกษาวิเคราะห์การปรับใช้แนวความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์กับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นในทศวรรษที่ผ่านมาตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 3) ศึกษา รวมไปถึงพัฒนาการทางกฎหมายที่พัฒนาขึ้นเพื่อคุ้มครองสังคมจากอาชญากรรมทางเศรษฐกิจในทศวรรษที่ผ่านมาผ่านทางกฎหมายหลายฉบับ 4) ศึกษาถึงช่องว่างทางกฎหมายสำหรับการดำเนินมาตรการลงโทษทางแพ่งตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 และพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 5) ศึกษาหามาตรการทางกฎหมายในการอุดช่องว่างของกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว เพื่อให้มาตรการลงโทษทางแพ่งยังสามารถดำเนินการต่อไปได้เมื่อผู้กระทำความผิดตาย รวมทั้งสามารถนำองค์ความรู้ที่ได้รับไปปรับใช้เพื่อประโยชน์ต่อการพัฒนาการของนิติเศรษฐศาสตร์กับความผิดอาญาทางเศรษฐกิจให้มีประสิทธิผลต่อไป

งานวิจัยฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยความอนุเคราะห์จากผู้ให้ข้อมูลหลักหลายท่าน จึงขอขอบพระคุณมา ณ โอกาสนี้ และขอขอบคุณ คณาจารย์วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักรทุกท่าน ที่ได้กรุณาให้คำแนะนำที่สำคัญด้วยดีตลอดมา ผู้วิจัยหวังเป็นอย่างยิ่งว่างานวิจัยชิ้นนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการพัฒนานิติเศรษฐศาสตร์กับความผิดอาญาทางเศรษฐกิจในอนาคตไม่มากนักน้อย

(นายธิตี คุ้มรักษ์)
นักศึกษาวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร
หลักสูตร วปอ. รุ่นที่ 62
ผู้วิจัย

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	ก
Abstract	ค
คำนำ	จ
สารบัญ	ฉ
สารบัญตาราง	ช
บทที่ 1 บทนำ	1
ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
วัตถุประสงค์ของการวิจัย	2
ขอบเขตของการวิจัย	2
วิธีดำเนินการวิจัย	3
ประโยชน์ที่ได้รับจากการวิจัย	5
คำจำกัดความ	6
บทที่ 2 แนวคิด ทฤษฎี และงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง	7
แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง	7
การวิเคราะห์นิติเศรษฐศาสตร์กับสิ่งที่กฎหมายประสงค์คุ้มครอง	10
การวิเคราะห์นิติเศรษฐศาสตร์กับแรงจูงใจ	17
บทที่ 3 ปัญหาในการดำเนินคดีกับอาชญากรเศรษฐกิจ	32
ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดบทกำหนดโทษ	32
ปัญหาประสิทธิภาพในการดำเนินคดีกับอาชญากรเศรษฐกิจ	35
ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการทางแพ่งและการฟ้องร้องบังคับคดี	35
บทที่ 4 การนำแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์มาปรับใช้ในคดี	39
ปัญหาเรื่องของการกำหนดบทกำหนดโทษ	39
ปัญหาสืบเนื่องจากการกำหนดมาตรการลงโทษทางแพ่งและ	
การฟ้องร้องบังคับคดี	44
บทที่ 5 สรุปและข้อเสนอแนะ	47
สรุป	47
ข้อเสนอแนะ	48
บรรณานุกรม	51
ประวัติย่อผู้วิจัย	53

๒

สารบัญตาราง

		หน้า
ตารางที่		
4-1	สรุปผลการวิเคราะห์ข้อมูล	77

บทที่ 1

บทนำ

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

แนวคิดเรื่องทฤษฎีการวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์ หรือนิติเศรษฐศาสตร์ (Economics analysis of law) มิใช่ศาสตร์ใหม่ แต่เป็นการใช้แนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์มาประยุกต์และพัฒนามาในลักษณะสหวิทยาการ โดยมีวิธีการคือ จะใช้ระเบียบวิธีวิทยาทางเศรษฐศาสตร์ นี้ โอ คลาสสิก (Neoclassic economics) เป็นกรอบและเครื่องมือในการวิเคราะห์ประเด็นต่างๆในทางกฎหมาย ได้แก่ สิ่งที่ถูกกฎหมายประสงค์คุ้มครองคือ ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง และทรัพย์สิน แรงจูงใจในการกระทำความผิดและโทษและการบังคับโทษทางอาญาว่ามีความเหมาะสมในเชิงคุณค่าและมีประสิทธิภาพ (Efficiency) อย่างไรก็ตามความผิดอาญาทางเศรษฐกิจมักกระทำโดยอาชญากรเศรษฐกิจ ซึ่งมักเป็นผู้ที่มีความเฉลียวฉลาด มีศักยภาพทางการเงินสูงย่อมสามารถระมัดระวังปกป้องพยานหลักฐาน ทำให้แกะรอยได้ยาก การหาพยานหลักฐานมาเอาผิดในชั้นศาลย่อมทำได้ยาก นอกจากนี้คดีความผิดที่เกิดขึ้นมักจะเป็นคดีที่ซับซ้อนซ่อนเงื่อนเปิดทางต่อผู้คดีในศาลได้หลากหลายประเด็น ทั้งการที่ผู้กระทำความผิดมีศักยภาพทางการเงินสูงย่อมสามารถหาหนทางความที่เก่งมาต่อสู้คดีได้เท่าที่พยานหลักฐานทางคดีมักเป็นเพียงพยานบอกเล่า พยานชัดทอด และมักเป็นพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งทำให้อาชญากรทางเศรษฐกิจมักรอดตัวจากการดำเนินคดีโดยศาลพิพากษายกฟ้องอยู่เสมอ เช่น ในคดีปั่นหุ้น เป็นต้น ส่วนคดีที่มีประวัติการลงโทษก็เป็นคดีในลักษณะที่รัฐกำหนดนิยามในการกระทำผิดไว้แจ้งชัดเพราะเป็นคดีที่ก่อความเสียหายทางเศรษฐกิจสูงและส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของประชาชน เช่น คดีการกักขังเงินอันเป็นการฉ้อโกงประชาชน เป็นต้น

แนวคิดการใช้นิติเศรษฐศาสตร์ของไทยมีมานานแล้วโดยจะเป็นเบื้องหลังหรือเหตุผลของข้อวินิจฉัยหรือคำพิพากษา แต่ไม่เป็นที่เปิดเผยโดยชัดแจ้ง เพราะศาลลงโทษได้เท่าที่กฎหมายบัญญัติ การหลีกเลี่ยงการลงโทษที่ไม่เหมาะสมมาลงโทษจำคุกแทนมีให้เห็นอยู่เสมอและมีมานานแล้ว ในขณะที่เดียวกันการหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกโดยเฉพาะจำคุกกระยะสั้นและมาลงโทษปรับในอัตราอย่างสูงแทนมีให้เห็นอยู่โดยทั่วไป แม้คำว่า “นิติเศรษฐศาสตร์” จะหมายถึงการนำนิติศาสตร์มาผนวกกับเศรษฐศาสตร์ ซึ่งดูเหมือนกับว่าจะไปด้วยกันไม่ได้ เนื่องจากหัวใจของนิติศาสตร์อยู่ที่ความยุติธรรม (Justice) แต่หัวใจของเศรษฐศาสตร์อยู่ที่ความมีประสิทธิภาพ (Efficiency) แต่เนื่องจากทั้งสองสาขาเป็นศาสตร์จึงสามารถใช้วิธีการวิเคราะห์ปรับศาสตร์ทั้งสองเข้าหากันได้อย่างกลมกลืน โดยให้ทั้งสองสามารถตั้งเป็นเป้าหมายที่ส่งเสริมกัน

การทำงานร่วมกันของนักเศรษฐศาสตร์กับนักนิติศาสตร์ในอุดมคติมิใช่เป็นการเข้ายึดพื้นที่ของศาสตร์ตรงข้าม เมื่อปรับการวิเคราะห์กฎหมายด้วยเศรษฐศาสตร์แล้ว นักนิติศาสตร์ควรให้ความสำคัญมากขึ้น การวิเคราะห์ความสัมพันธ์ทางเศรษฐศาสตร์ แต่ทั้งนี้ควรทำโดยใช้ความ

ระมัดระวัง อย่างไรก็ตาม ข้อดีของการใช้แนวความคิดนี้มีลักษณะอ่อนตัวและสามารถหาคำตอบได้ โดยวิธีคำนวณทางเศรษฐศาสตร์สามารถนำไปกำหนดได้ถึงบทลงโทษที่เหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับค่าปรับตามมูลค่าความเสียหายทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริงได้ ปัจจุบันสถานการณ์การค้าและเศรษฐกิจมีการพัฒนาไปมากในทศวรรษนี้มีสินค้าทางการเงินเกิดขึ้นใหม่มากมาย เทคโนโลยีทางการเงินพัฒนาไปมาก ได้แก่ คริปโตเคอเรนซี และ บล็อกเชน อันถือได้ว่าเป็นสินทรัพย์ดิจิทัลตามกฎหมาย ยิ่งจะทำให้อาชญากรรมทางเศรษฐกิจมีช่องทางมากขึ้น และการควบคุมของรัฐย่อมยากเพิ่มขึ้นเป็นเงาตามตัว

ผู้วิจัยทำงานด้านกฎหมายโดยประกอบอาชีพพนักงานอัยการมา 30 ปี ศึกษาสนใจวิธีการอุดช่องโหว่ของกฎหมายมาโดยตลอด หากประสบการณ์ที่ผ่านมาพบว่า การดำเนินคดีกับอาชญากรรมเศรษฐกิจได้มีการพัฒนาแก้ไขใช้กฎหมายโดยอาศัยหลักนิติเศรษฐศาสตร์มาโดยตลอด แต่ก็ยังว่าในบางมาตรการยังมีช่องว่างทางกฎหมายอยู่ จึงได้ศึกษาหาแนวความคิดที่จะอุดช่องว่างทางกฎหมาย โดยเฉพาะอาจจะต้องถึงขั้นเสนอให้เรามีการแก้ไขกฎหมายในบางมาตรา เพื่อให้การดำเนินการกับอาชญากรรมเศรษฐกิจมีประสิทธิภาพสูงสุด

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. การวิจัยเรื่องนี้เป็นการศึกษาถึงแนวความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ว่ามีความหมายอย่างไร มีจุดเริ่มต้นและพัฒนาการอย่างไร สามารถนำมาวิเคราะห์กับประเด็นต่างๆทางกฎหมายได้อย่างไร ได้แก่ วิเคราะห์สิ่งที่กฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครอง วิเคราะห์แรงจูงใจในการกระทำผิด วิเคราะห์โทษที่เหมาะสม และการบังคับโทษดังกล่าวตลอดจนวิเคราะห์และพิจารณานำมาปรับใช้ในกรณีที่เป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ

2. การวิจัยเรื่องนี้จะเน้นศึกษาวิเคราะห์การปรับใช้แนวความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์กับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นในทศวรรษที่ผ่านมาตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 โดยใช้แนวความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ตอบปัญหาที่เกิดขึ้น โดยไม่เจาะลึกไปถึงรายละเอียดการดำเนินคดีเกี่ยวกับแผนยุทธศาสตร์ หรือแผนปฏิบัติการของสำนักงานอัยการสูงสุด

3. การวิจัยเรื่องนี้จะศึกษารวมไปถึงพัฒนาการทางกฎหมายที่พัฒนาขึ้นเพื่อคุ้มครองสังคมจากอาชญากรรมทางเศรษฐกิจในทศวรรษที่ผ่านมา มาผ่านทางกฎหมายหลายฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ที่แก้ไขเพิ่มเติม พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 เป็นต้น

4. ศึกษาถึงช่องว่างทางกฎหมายสำหรับการดำเนินมาตรการลงโทษทางแพ่งตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ซึ่งพบว่าการดำเนินมาตรการลงโทษทางแพ่งตามกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวยังมีช่องว่างทางกฎหมายในกรณีผู้กระทำความผิดตาย

5. ศึกษาหามาตรการทางกฎหมายในการอุดช่องว่างของกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว เพื่อให้มาตรการลงโทษทางแพ่งยังสามารถดำเนินการต่อไปได้เมื่อผู้กระทำความผิดตาย ซึ่งอาจถึงขั้นต้องเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในบางมาตรา

ขอบเขตของการวิจัย

1. ขอบเขตด้านเนื้อหาและบริบท เป็นการศึกษา วิเคราะห์ถึงอุปสรรคข้อขัดข้องในการดำเนินคดีของรัฐกับอาชญากรทางเศรษฐกิจตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 โดยเฉพาะในปัญหาที่ที่พบได้แก่การกำหนดบทกำหนดโทษที่เหมาะสม สะท้อนถึงความเสียหายที่แท้จริงที่เกิดขึ้น การกำหนดมาตรการลงโทษทางแพ่ง ปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินมาตรการลงโทษทางแพ่งดังกล่าว รวมถึงศึกษาหาแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหา ซึ่งอาจ ถึงขั้นเสนอแนวทางแก้ไขกฎหมายในบางข้อบางประเด็น

2. ขอบเขตของประชากร ศึกษาถึงสำนวนคดีในการดำเนินมาตรการทางกฎหมายกับอาชญากรเศรษฐกิจที่ผ่านมา ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 และพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 วิเคราะห์ สังเคราะห์อภิปรายผลการศึกษา และสัมภาษณ์เชิงลึกจากผู้เชี่ยวชาญทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรทางเศรษฐกิจและวิชานิติเศรษฐศาสตร์

3. ขอบเขตเวลา ดำเนินการรวบรวมข้อมูล สำนวนคดี สัมภาษณ์ โดยจัดเก็บทั้งข้อมูลปฐมภูมิและข้อมูลทุติยภูมิในห้วงเวลาดังแต่เดือนตุลาคมพ.ศ. 2562 ถึงเดือนมิถุนายนพ.ศ. 2563

วิธีการดำเนินวิจัย

การศึกษาเรื่องนี้ต้องการวิเคราะห์หลักเกณฑ์และความเหมาะสมการนำแนวความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์มาปรับใช้กับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจโดยเป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ร่วมกับการวิจัยเชิงพรรณนาและการสัมภาษณ์ (In depth interview) โดยมีรายละเอียดวิธีการดำเนินการดังนี้

1. การวิจัยเอกสาร โดยการศึกษา ค้นคว้ารวบรวมเอกสารข้อมูลต่างๆที่เกี่ยวข้อง ได้แก่กฎหมาย ระเบียบข้อบังคับ คำพิพากษาของศาล คำวินิจฉัยของศาล จดหมายเหตุ ตำราวารสารทางกฎหมาย บทความ รายงานวิจัย วิทยานิพนธ์ ข้อเขียน รายงานการประชุม และสำนวนคดีอาญาที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ และสำนวนคดีแพ่งที่สำนักงานคดีแพ่งได้รับจากคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยและผลการดำเนินการในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา ทั้งนี้เพื่อนำมาสร้างฐานความรู้ในการวิเคราะห์สังเคราะห์เปรียบเทียบและประมวลผลต่อไป

1.1 การรวบรวมข้อมูล ผู้วิจัยได้ทำการเก็บรวบรวมข้อมูลทางกฎหมายและเอกสารข้อมูลทางคดีต่างๆ ดังนี้

1.1.1 ข้อมูลปฐมภูมิ (Primary Data) ได้แก่ เอกสารต้นเรื่อง (Original Data) ได้แก่ ข้อมูลเบื้องต้นในทางคดี คำพิพากษาของศาล ส่วนวนคดีที่เกิดขึ้นในการปฏิบัติหน้าที่สถิตคดี รายงานการประชุมสัมมนาที่เกี่ยวข้อง บทสัมภาษณ์เชิงลึกของผู้เชี่ยวชาญ

1.1.2 ข้อมูลทุติยภูมิ (Secondary Data) ได้แก่ เอกสารข้อมูลที่ได้ผ่านการวิเคราะห์หรือตีความจากคนอื่นมาแล้ว ได้แก่ บทความหนังสือ ตำรา และบทบัญญัติทางกฎหมายและระเบียบต่างๆซึ่งแยกได้ ดังนี้

1.1.2.1 กฎหมายไทย โดยมีประมวลกฎหมายแพ่ง ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561

1.1.2.2 คำพิพากษาศาลไทย ได้แก่ คำพิพากษาของศาลที่มีลักษณะนำแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์มาใช้

1.1.2.3 คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ได้แก่ คำพิพากษาของศาลต่างประเทศที่มีลักษณะนำแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์มาใช้

1.2. การดำเนินวิเคราะห์เนื้อหา (Content analysis)

ผู้วิจัยทำการศึกษาตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นจริง วิเคราะห์เปรียบเทียบตำราทางวิชาการและเอกสารทางวิชาการต่างๆ สังเคราะห์ทฤษฎีแนวความคิด หลักการต่างๆนำมาประยุกต์ใช้กับกรณีที่เกิดขึ้นจริงในประเทศไทยตามแนวทางการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Data) ซึ่งเป็นการวิเคราะห์ข้อมูลเชิงพรรณนา (Descriptive) โดยใช้เทคนิควิเคราะห์เนื้อหาเนื้อสรุปประเด็นสำคัญดังต่อไปนี้

1.2.1 ประวัติแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับนิติเศรษฐศาสตร์

1.2.2 นิติเศรษฐศาสตร์กับความสัมพันธ์ระหว่างนิติศาสตร์กับเศรษฐศาสตร์

1.2.3 ข้อ จำกัด ของการใช้นิติเศรษฐศาสตร์

1.2.4 การวิเคราะห์นิติเศรษฐศาสตร์กับสิ่งที่กฎหมายประสงค์คุ้มครอง

1.2.5 การวิเคราะห์นิติเศรษฐศาสตร์กับแรงจูงใจ

1.2.6 การวิเคราะห์นิติเศรษฐศาสตร์กับโทษทางอาญา

1.2.7 การใช้แนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์กับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ

1.2.8 การใช้มาตรการทางอาญากับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ

1.2.9 การใช้มาตรการทางแพ่งกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ

1.2.10 การใช้มาตรการทางปกครองกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ

1.2.11 การใช้มาตรการพิเศษอื่น ๆ กับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ

2. การวิจัยภาคสนาม โดยการเก็บรวบรวมข้อมูลในเชิงคุณภาพจากผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ซึ่งมีความสำคัญต่อการบังคับใช้กฎหมาย โดยผู้วิจัยได้กำหนดวิธีวิจัยแบบการสัมภาษณ์เจาะลึก (In-depth Interview) โดยกำหนดกลุ่มเป้าหมายประชากรจากผู้ทรงคุณวุฒิในการปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องโดยตรง ทั้งนี้ โดยกำหนดวิธีการให้ผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวได้

ตอบคำถามและแสดงความคิดเห็นในทุกประเด็นของปัญหาอันจะทำให้ข้อมูลเชิงลึกโดยผู้วิจัยสามารถซักถามข้อเท็จจริงและรายละเอียดปลีกย่อยที่สำคัญและน่าสนใจได้อย่างใกล้ชิดผู้วิจัยได้แบ่งประชากรในส่วนนี้ออกเป็นสองกลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ 1 ผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายและนักวิชาการ

1.1 ผู้พิพากษา

1.2 พนักงานอัยการ

1.3 อาจารย์ในมหาวิทยาลัย

กลุ่มที่ 2 ข้าราชการในหน่วยผู้ปฏิบัติงาน

2.1 สำนักงานกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

2.2 สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง

ผู้วิจัยจะได้ดำเนินการวิเคราะห์ สังเคราะห์ และประมวลผลของข้อมูลตามแนวทางของการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Data) ซึ่งเป็นการวิเคราะห์ข้อมูลเชิงพรรณนา (Descriptive) โดยใช้เทคนิคการวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis) เพื่อแสวงหาข้อค้นพบตามวัตถุประสงค์ของงานวิจัย อันจะนำไปสู่วิธีการปรับใช้แนวความคิดทางนิติศาสตร์เข้ากับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ ตลอดจนแนวทางการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายและระเบียบของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้สอดคล้องกับพัฒนาการของอาชญากรรมทางเศรษฐกิจที่จะมีมากขึ้นและซับซ้อนอ่อนเงื่อนมากขึ้นในบริบทของความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่พัฒนาและเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว

ประโยชน์ที่ได้รับจากการวิจัย

1. จะได้ทราบถึงความเป็นมาและพัฒนาการของแนวความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ การนำความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ มาปรับใช้กับคดีที่เกี่ยวกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ ทำให้ลดความเสียหายที่ประเทศและประชาชนได้รับจากอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ

2. จะได้แนวทางในการพัฒนาการมาตรการทางกฎหมายต่างๆ โดยเฉพาะกรณีการบังคับใช้มาตรการลงโทษในทางแพ่งและในทางปกครอง ที่เหมาะสมและทันสมัย ทันพัฒนาการของอาชญากรรมทางเศรษฐกิจที่มีความซับซ้อนมากขึ้น เนื่องมาจากการพัฒนาการทางเทคโนโลยีที่เป็นไปได้ อย่างก้าวกระโดด

3. ได้ข้อเสนอแนะถึงแนวทางการกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจและการคลังที่เกี่ยวข้อง รวมถึงนโยบายทางการเมืองที่เกี่ยวข้องกับพัฒนาการของเทคโนโลยี ซึ่งอาจมีแนวโน้มในทางที่ทำให้เกิดอาชญากรรมทางเศรษฐกิจขึ้นได้

4. ได้ข้อเสนอแนะถึงช่องโหว่ในการดำเนินการบังคับมาตรการลงโทษทางแพ่งตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 พระราชกำหนดประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 และแนวทางแก้ไขช่องโหว่หรือข้อบกพร่องดังกล่าว

คำจำกัดความ

โทษ	หมายถึง	โทษทางอาญามีห้าชนิด ได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิ้น
นิติเศรษฐศาสตร์	หมายถึง	การศึกษากฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์ประยุกต์ โดยใช้ระเบียบวิธีทางเศรษฐศาสตร์ นิโคลาสสิกเป็นกรอบและเครื่องมือในการวิเคราะห์กฎหมายและหลักการทางกฎหมาย
มาตรการลงโทษทางแพ่ง	หมายถึง	มาตรการทางเลือกในการบังคับใช้กฎหมายเพิ่มเติมจากการดำเนินคดีอาญาสำหรับความผิดเกี่ยวกับการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการซื้อขายหลักทรัพย์ เช่น การซื้อขายหุ้นโดยอาศัยข้อมูลภายในและการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล การแสดงข้อมูลเท็จกรรมการหรือผู้บริหารไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายและยินยอมให้บุคคลอื่นใช้บัญชีซื้อขายหลักทรัพย์ ทั้งนี้คณะกรรมการพิจารณา ลงโทษทางแพ่งจะกำหนดมาตรการลงโทษทางแพ่งแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งได้แก่ ค่าปรับทางแพ่งหรือให้ชดใช้เงินในจำนวนที่เท่ากับผลประโยชน์ที่ได้รับหรือพึงได้รับการกระทำความผิด เป็นต้น ซึ่งหากผู้กระทำความผิดไม่ยินยอมปฏิบัติตามจะต้องถูกฟ้องต่อศาลแพ่ง โดยใช้วิธีการในการพิจารณาและพิพากษาคดีแพ่งมาบังคับใช้โดยอนุโลม
อาชญากรรมเศรษฐกิจ	หมายถึง	อาชญากรรมที่เกิดผลเสียหายแก่เศรษฐกิจของปัจเจกชนและประเทศชาติสังคมส่วนรวม โดยทำลายความเชื่อถือ และความมั่นคงทางเศรษฐกิจ

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี วรรณกรรม และงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

1. แนวคิดเรื่องทฤษฎีการวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์หรือนิติเศรษฐศาสตร์ (Economic analysis of law)

แนวคิดพื้นฐานของการวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์ หรือการศึกษากฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์ประยุกต์ หรือนิติเศรษฐศาสตร์หมายถึงการวิเคราะห์โดยมีมุมมองว่าควรนำกฎหมายไปใช้เป็นเครื่องมือในการช่วยในการจัดสรรทรัพยากรในสังคมเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้เกิดสวัสดิการสังคมสูงสุด โดยอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องสร้างแรงจูงใจให้คนในสังคมปรับเปลี่ยนพฤติกรรมไปในทางที่เกิดประโยชน์สูงสุดต่อสังคมส่วนรวม¹

แนวความคิดนี้อาจขัดแย้งกับแนวคิดทางกฎหมายที่มุ่งเน้นสร้างความเป็นธรรมให้กับสังคม สร้างความยุติธรรมให้กับคู่กรณีอยู่บ้าง แต่ไม่ใช่ว่าแนวความคิดแขนงนี้จะถูกต้องหรือมีเหตุผลมากกว่า แต่การการใช้เศรษฐศาสตร์มาพัฒนากฎหมายในลักษณะสหวิทยาการน่าจะทำให้กฎหมายมีมุมมองที่แตกต่างออกไปและเป็นประโยชน์ในการพัฒนากฎหมาย

การวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์จะใช้ระเบียบวิธีหรือวิธีวิทยาทางเศรษฐศาสตร์นีโอ คลาสสิก (Neoclassical economies) เป็นกรอบและเครื่องมือในการวิเคราะห์ซึ่งเริ่มต้นมีพัฒนาการมาโดยลำดับ ก่อนหน้าทศวรรษที่ 1960 นั้นการวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์ จำกัด อยู่เฉพาะในสาขากฎหมายเศรษฐกิจและธุรกิจ ซึ่งมีความเกี่ยวพันโดยตรงกับวิชาเศรษฐศาสตร์ เช่น กฎหมายป้องกันการผูกขาด กฎหมายภาษีอากร ต่อมาในช่วงทศวรรษที่ 1960 มีการนำหลักเศรษฐศาสตร์ไปใช้กับกฎหมายที่ไม่ใช่กฎหมายเศรษฐกิจโดยตรง เช่น กฎหมายละเมิด กฎหมายอาญา ซึ่งเป็นพัฒนาการครั้งสำคัญของแนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์

ในประเทศสหรัฐอเมริกา นิติเศรษฐศาสตร์ ได้แพร่หลายอย่างมาก มีนักวิชาการชั้นนำที่ใช้นิติเศรษฐศาสตร์อยู่เสมอ ได้แก่ Guido Calabresi, Gary Becker, Richard A. Posner, William Landes, A. Mitchell Polinsky, Learned Hand เป็นต้น

นักวิชาการดังกล่าวได้นำแนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ไปใช้ในงานของตนอย่างกว้างขวางข้ามจากในภาคกฎหมายเอกชนไปสู่ภาคกฎหมายมหาชนด้วย ได้แก่ กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีการนำแนวคิดดังกล่าวไปใช้ระบบกระบวนการยุติธรรมด้วยอีกส่วนหนึ่ง

¹ รายงานการวิเคราะห์กฎหมายด้วยวิธีทางเศรษฐศาสตร์: การคิดค่าเสียหายในคดีละเมิด ดร. สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์และคณะ, สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย พ.ศ. 2553

ในปัจจุบันแนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์มีการแพร่หลายมากขึ้น ได้มีการนำไปสอนในมหาวิทยาลัยหลายแห่ง² จัดว่าเป็นสำนักทางความคิด (A School of Thought) สำนักหนึ่งในทางวิชาการและได้มีการแพร่หลายไปสู่หลายประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศในภาคพื้นยุโรปและในประเทศญี่ปุ่น ตามลำดับ

สำหรับในประเทศไทย แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ยังไม่แพร่หลายมากนัก การพัฒนาแนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ของสหรัฐอเมริกาใช้เวลาหลายสิบปีจึงก้าวมาถึงจุดที่เป็นอยู่เช่นทุกวันนี้ แต่ก็ยังมีได้เป็นยอมรับกันในวงกว้างจนถึงเป็นแนวคิดกระแสหลักในสหรัฐอเมริกา³ และโดยตัวของมันเองยังถูกโต้แย้งจากสำนักความคิดอีกสำนักหนึ่ง ได้แก่ สำนักความคิดวิจารณ์กฎหมาย (Critical Legal Studies) ในหลายกรณี และยังถูกโต้แย้งจากแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) ที่ไม่เห็นด้วยกับการกำหนดความหมายของคำว่า “ความเป็นธรรม” ว่าหมายถึงประโยชน์สูงสุดที่สังคมจะได้รับและโดยตัวของมันเองยังถูกโต้แย้งจากสำนักความคิดอีกสำนักหนึ่ง ได้แก่ สำนักความคิดวิจารณ์กฎหมาย (Critical Legal Studies) ในหลายกรณี และยังถูกโต้แย้งจากแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) ที่ไม่เห็นด้วยกับการกำหนดความหมายของคำว่า “ความเป็นธรรม” ว่าหมายถึงประโยชน์สูงสุดที่สังคมจะได้รับ

จากการศึกษาแนวคิด ทฤษฎีและวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องดังกล่าว พบว่าการศึกษาทำความเข้าใจ นิติเศรษฐศาสตร์นั้นจะต้องพยายามเข้าใจศาสตร์แต่ละศาสตร์ให้ถูกต้องโดยเฉพาะเรื่องแนวคิดซึ่งเป็นอิสระต่างหากจากกัน ทั้งสองศาสตร์ดังกล่าวมีหัวใจที่แตกต่างกัน ได้แก่ ประสิทธิภาพและความเป็นธรรม ซึ่งการวิจัยเรื่องการใช้แนวความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์กับอาชญากรรมเศรษฐกิจนั้นจะต้องศึกษาโดยพยายามทำความเข้าใจทั้งสองศาสตร์ดังกล่าวโดยมีข้อตกลงเบื้องต้นกันก่อนว่าผู้ศึกษาจะต้องเข้าใจว่า ทั้งสองศาสตร์มีได้แย้งพื้นที่ของกันและกัน

2. นิติเศรษฐศาสตร์และความสัมพันธ์ระหว่างนิติศาสตร์กับเศรษฐศาสตร์

วิชานิติเศรษฐศาสตร์ เป็นวิชาที่เน้นศึกษาถึงแรงจูงใจและพฤติกรรมของมนุษย์ในการแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตนภายใต้กฎกติกาต่าง ๆ หมายถึง มนุษย์มีเหตุผลในการเลือกดำเนินการในสิ่งที่เป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุด

บุคคลทั่วไปมองว่า กฎหมายเป็นเครื่องมือในการสร้างคุณธรรมในสังคม แต่นักเศรษฐศาสตร์มองว่า กฎหมายเป็นเครื่องมือในการสร้างแรงจูงใจให้คนปรับเปลี่ยนพฤติกรรมไปในทางที่มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

กฎหมายในอุดมคติของนักเศรษฐศาสตร์คือ กฎหมายที่มีประสิทธิภาพ (Efficiency) ซึ่งกฎหมายที่ทำให้เกิดการใช้ทรัพยากรของสังคมอย่างคุ้มค่าและบรรลุความยุติธรรมได้ตามมาตรฐานที่พึงปรารถนาโดยมีต้นทุนต่อสังคมต่ำที่สุดและใช้เวลาอย่างรวดเร็วที่สุด

²ได้แก่ Yale Law School, University of Chicago Law School, George Mason University School of Law, Vanderbilt University Law School

³ดร.ธรรมนุญ พิทยารณ์, มุมมองของนักกฎหมายต่อนิติเศรษฐศาสตร์, มปป. p3

นิติเศรษฐศาสตร์ เป็นชุดความรู้ที่เกิดที่สหรัฐอเมริกา มีสถานะเป็นทวิวิทยาการยังไม่ถึงขั้นเป็นสหวิทยาการ นักเศรษฐศาสตร์กับนักนิติศาสตร์จะทำงานร่วมกันโดยเรียนรู้ร่วมกันอย่างเปิดกว้าง มิใช่การมุ่งยึดพื้นที่ของศาสตร์ตรงข้าม หากแต่เป็นการเปิดรับจุดแข็งของศาสตร์ตรงข้ามมาประยุกต์วิเคราะห์เพื่อหาคำตอบในงานศึกษาวิจัยให้น่าสนใจมากยิ่งขึ้น

3. ข้อจำกัดของการใช้นิติเศรษฐศาสตร์

ข้อจำกัดของการใช้นิติเศรษฐศาสตร์มีหลายประการด้วยกันเนื่องจากการเป็นการผนวกรวมกันของสองศาสตร์และเกิดขึ้นจากการแก้ไขปัญหาของต่างประเทศจึงควรศึกษาและเข้าใจข้อจำกัด ดังต่อไปนี้

3.1 เนื่องจากนิติศาสตร์และเศรษฐศาสตร์ทั้งสองศาสตร์มีหัวใจที่แตกต่างกัน ได้แก่ “ความเป็นธรรม” กับ “ประสิทธิภาพ” นักนิติเศรษฐศาสตร์ได้กำหนดความหมายของ “ความเป็นธรรม” ว่าหมายถึงประโยชน์สูงสุดที่สังคมจะได้รับ ดังนั้นเมื่อนำแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ไปใช้ไม่ว่าในการบัญญัติกฎหมายการตีความกฎหมายการใช้กฎหมายหรือ ในการพิจารณาพิพากษาคดีจำเป็นต้องคำนึงถึงเหตุผลด้านความเป็นธรรมมากที่สุด

3.2 กฎหมายแต่ละฉบับมีวัตถุประสงค์หลายอย่าง มิติด้านประสิทธิภาพเป็นวัตถุประสงค์ด้านเดียวเท่านั้นในการบัญญัติกฎหมายซึ่งการใช้แนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์จึงต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ทุกอย่างของกฎหมายและศึกษาทุกมิติของกฎหมายให้ชัดเจนไม่วุ่นแม้แต่มิติเชิงศีลธรรมและจริยธรรม

3.3 แนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ที่มองว่ากฎหมายสร้างแรงจูงใจให้คนที่ใช้เหตุผลเลือกที่จะปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติในเรื่องต่าง ๆ นั้นจะไม่สามารถใช้ได้กับพฤติกรรมของคนในทุกกรณี เนื่องจากคนที่ไม่ใช้เหตุผลในการตัดสินใจก็มี คนที่ใช้อารมณ์ตัดสินใจก็มีและคนที่ทำอะไรโดยประมาทเลินเล่อหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงโดยไม่ต้องใช้แรงจูงใจเลยในการตัดสินใจก็มี

3.4 ระเบียบวิธีศึกษานิติเศรษฐศาสตร์เป็นกลไกเชิงกระด้าง ลดรูปความจริงจนง่ายเกินไปและอาจมีข้อสมมุติจากแบบจำลองซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับโลกแห่งความจริงทั้งไม่ให้ความสำคัญต่อมิติเชิงศีลธรรม จนถูกมองในทางไม่ดีว่านิติเศรษฐศาสตร์เป็นเครื่องมือที่ปราศจากศีลธรรมในการศึกษา วิเคราะห์และเสนอแนะนโยบายทางกฎหมาย (Amoral guide of legal policy) เช่นมองว่าการข่มขืนมีสถานะเป็นการล่วงละเมิดการแลกเปลี่ยนในตลาดความสัมพันธ์ทางเพศ ในขณะที่การลักทรัพย์มีสถานะเป็นการล่วงละเมิดการแลกเปลี่ยนในตลาดสินค้าและบริการ เป็นต้น

3.5 นิติเศรษฐศาสตร์เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีข้อมูลทางภูมิศาสตร์ สังคม วัฒนธรรม และระบบกฎหมายที่แตกต่างไปจากประเทศอื่น การนำผลลัพธ์ของการศึกษามาใช้เป็นข้อเสนอเชิงนโยบายในประเทศอื่นที่มีข้อมูลทางด้านต่าง ๆ และมีระบบกฎหมายที่แตกต่างกันจะต้องทำด้วยความระมัดระวัง

การวิเคราะห์นิติเศรษฐศาสตร์กับสิ่งที่กฎหมายประสงค์คุ้มครอง

สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายนั้น หมายถึง สิ่งที่กฎหมายยกระดับเฉพาะอย่างขึ้นมาคุ้มครองโดยมีคุณสมบัติบางอย่างแฝงอยู่⁴ ได้แก่ ชีวิตมนุษย์ ความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพในการกระทำ เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ความบริสุทธิ์สะอาดของอำนาจรัฐ ความเด็ดขาดของอำนาจรัฐ ความคงอยู่ของสถาบันต่าง ๆ ของรัฐและอื่น⁵

1. นิติเศรษฐศาสตร์กับการคุ้มครองชีวิตมนุษย์

นักเศรษฐศาสตร์มองว่าชีวิตเป็นสิ่งที่มีความอนันต์ (Infinity) การสูญเสียชีวิตเท่ากับสูญเสียโอกาสแสวงหาความสุขในชีวิต ซึ่งไม่สามารถประเมินค่าได้ ทฤษฎีที่นักเศรษฐศาสตร์นิยมใช้เป็นหลักในการคำนวณค่าของชีวิต ได้แก่ ทฤษฎีทุนมนุษย์ (Human capital approach) ซึ่งหมายถึงมูลค่าความเสียหายทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นจากการตายมีค่าเท่ากับมูลค่าของผลิตภาพในอนาคตที่สูญเสียไปของผู้ตาย (Lost future productivity) มูลค่าเสียหายทางเศรษฐกิจของผู้ตายจึงเท่ากับมูลค่าปัจจุบันของรายได้ในอนาคตที่ผู้ตายจะได้รับหากเขามีชีวิตอยู่

ผู้ได้รับความเสียหายจากการตายมีสองประเภทประเภทแรก ได้แก่ ความเสียหายทางเศรษฐกิจของผู้ตายเองและความเสียหายทางเศรษฐกิจของสมาชิกในครอบครัวของผู้ตาย

มูลค่าของชีวิตมิได้ครอบคลุมเพียงมูลค่าทางเศรษฐกิจที่บุคคลสร้างขึ้น แต่ยังคงครอบคลุมถึงความสุขที่ได้จากการชีวิต (Hedonic value) ด้วย

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 บัญญัติว่า ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290 ว่า ผู้ใดมิได้มีเจตนาฆ่า แต่ทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้นั้นถึงแก่ความตายต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงยี่สิบปี

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 บัญญัติว่าผู้ใดกระทำโดยประมาทและการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีและปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

การใช้นิติเศรษฐศาสตร์มาวิเคราะห์กฎหมายอาญาที่มุ่งประสงค์คุ้มครองชีวิตมนุษย์ จะพบว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญาคู่ครองชีวิตมนุษย์อย่างสูงสุด จึงกำหนดโทษสำหรับการฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาถึงกับชีวิตแลกดด้วยชีวิตโดยเฉพาะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 ซึ่งโทษปรับเข้าเกี่ยวข้องเฉพาะกรณีประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 เท่านั้นโดยใช้คำว่า “ และ ” ซึ่งหมายความว่า เป็นมาตรการเสริมเท่านั้นซึ่งหมายความว่า จะลงแต่โทษปรับไม่ได้

⁴ คณิต ฒ นครผู้เสียหายในคดีอาญาวารสารอัยการปีที่ 1 ฉบับที่ 1 มกราคม 2521

⁵ อ้างแล้ว

การกำหนดโทษทางอาญาสูงสุดถึงขั้นประหารชีวิต มุมมองของนิติเศรษฐศาสตร์มองว่าการกำหนดมูลค่าของชีวิตไม่สามารถทำได้โดยง่าย เนื่องจากคนเรามองเห็นว่าชีวิตค่าเป็นอนันต์ (Infinity) และคงไม่มีผู้ใดยอมตายโดยทันทีเพื่อแลกเปลี่ยนกับเงินไม่ว่าจะเป็นเงินจำนวนมากมายมหาศาลเพียงใดก็ตาม

แม้กระนั้นก็ตามนักเศรษฐศาสตร์มีหลักการคำนวณมูลค่าของชีวิตโดยอาศัยการสังเกตจำนวนเงินที่บุคคลที่มีเหตุผล (Reasonable person) เต็มใจที่จะแลกเปลี่ยนกับความเสียหายในการเสียชีวิต จะเห็นได้ว่า บุคคลที่มีเหตุผลจะเลือกที่จะยอมรับความเสี่ยงในการเสียชีวิตสูงขึ้น หากการยอมรับความเสี่ยงดังกล่าวทำให้เขาได้รับผลตอบแทนมากขึ้น เช่น บุคคลอาจยอมทำงานที่มีความเสี่ยงต่อการบาดเจ็บ หรือเจ็บป่วยสูงขึ้น เพื่อแลกกับค่าจ้างที่สูงขึ้นในทางตรงกันข้ามบุคคลยังอาจเต็มใจที่จะจ่ายเงินเพื่อลดความเสี่ยงในการเสียชีวิต เช่น บุคคลยอมจ่ายเงินซื้ออุปกรณ์ความปลอดภัยในรถยนต์เพื่อลดความเสี่ยงในการเสียชีวิตจากการเกิดอุบัติเหตุ นักเศรษฐศาสตร์คำนวณมูลค่าของชีวิตคือจำนวนเงินที่บุคคลที่มีเหตุผลเต็มใจที่จะแลกเปลี่ยนกับการเปลี่ยนแปลงความเสี่ยงในการเสียชีวิต ทารด้วยการเปลี่ยนแปลงของความเสี่ยงดังกล่าว

ตัวอย่าง หากบุคคลที่มีเหตุผลเต็มใจที่จะรับเงิน 10,000 บาทเพื่อแลกกับการต้องแบกรับความเสี่ยงในการตายเพิ่มขึ้น 1: 1000 มูลค่าชีวิต = 10,000 ทารด้วย $1/1000 = 10,000,000$ บาท แต่อย่างไรก็ตามบุคคลที่ยอมรับเงิน 10,000,000 บาท เพื่อแลกกับภาวะความเสี่ยงตาย 1:1000 มิได้หมายความว่าเราจะยอมรับเงิน 100,000,000 บาท เพื่อแลกกับภาวะความเสี่ยงตาย 1:100 นักเศรษฐศาสตร์ประมาณมูลค่าชีวิตตามพื้นฐานของหลักการดังกล่าวตามหลักเศรษฐมิติ (Econometric) ซึ่งใช้ประโยชน์จากความแตกต่างของจำนวนเงินที่คนในกลุ่มตัวอย่างเต็มใจที่จะแลกเปลี่ยนกับการเผชิญความเสี่ยงในการเสียชีวิตเพิ่มขึ้นหรือลดลง ซึ่งสังเกตได้จากปัจจัยภายนอกทุก ๆ ปัจจัย มูลค่าของชีวิตที่ประมาณได้จากวิธีการทางเศรษฐมิติเรียกว่ามูลค่าทางสถิติของชีวิต (Value of statistical life หรือ VSL) เนื่องจากเป็นมูลค่าเฉลี่ยของกลุ่มตัวอย่างที่วิเคราะห์ไม่ใช่มูลค่าของชีวิตของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาของไทยกำหนดคุณค่าของชีวิตไว้สูงสุดจึงกำหนดโทษสูงสุดถึงประหารชีวิตในมาตรา 289 และจำคุกตลอดชีวิตในมาตรา 288 และลดหย่อนลงมาตามมาตรา 290 ซึ่งก็มีเฉพาะโทษจำคุกล้วน ๆ โดยไม่มีโทษปรับเลยไม่ว่าจะเป็นโทษประหารหรือแม้แต่เป็นโทษอุปกรณ์ก็ตาม การกำหนดโทษปรับเพ็งจะมีให้เห็นตามมาตรา 291 ซึ่งเป็นกรณีซึ่งเป็นกรณีไม่มีเจตนาฆ่าทำร้ายหาก แต่เป็นการกระทำที่ขาดความระมัดระวังซึ่งส่งผลถึงชีวิตของผู้อื่น ตามมาตรา 291 กำหนดโทษจำคุกเป็นโทษประหารและกำหนดโทษปรับเป็นโทษอุปกรณ์เนื่องจากใช้คำว่า “และ” ซึ่งหมายถึงต้องลงโทษจำคุกด้วยเสมอจะลงโทษเฉพาะ แต่โทษปรับไม่ได้

หลักการกำหนดโทษสำหรับกรณีการกระทำความผิดที่ขาดความระมัดระวังนี้เป็น การกำหนดโทษสำหรับการกระทำที่ไม่มีเจตนาชั่วร้าย ตามหลักการนิติเศรษฐศาสตร์ มีว่ากฎหมายสามารถยับยั้งการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายโดยไม่เจตนาได้ โดยการกำหนดให้ ผู้ก่อความเสียหายต้องแบกรับความเสียหายที่ตนก่อแก่ผู้อื่น เสมือนว่าความเสียหายนั้นเกิดขึ้นแก่

ตนเอง ทฤษฎีทางนิติเศรษฐศาสตร์กล่าวต่อไปว่า การกำหนดให้ผู้ก่อความเสียหายต้องชดใช้ความเสียหายทั้งหมดที่ตนก่อขึ้นจะสร้างแรงจูงใจให้บุคคลที่มีเหตุผล ใช้ความระมัดระวังในระดับที่เหมาะสม ซึ่งเป็นระดับที่ทำให้ต้นทุนของอุบัติเหตุที่สังคมคาดว่าจะต้องแบกรับมีค่าต่ำที่สุด (Optimal deterrence) ทฤษฎีทางนิติเศรษฐศาสตร์ยืนยันว่า การเกิดอุบัติเหตุนั้นมีต้นทุนที่สังคมต้องแบกรับ โดยต้นทุนของอุบัติเหตุที่สังคมคาดว่าจะต้องแบกรับ (Expected social cost of accident) คือ ผลรวมของมูลค่าความเสียหายที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากอุบัติเหตุ (Expects loss) ต้นทุนของการใช้ความระมัดระวัง (Cost of care) และต้นทุนค่าบริการจัดการระบบทั้งหมด

ทฤษฎีนิติเศรษฐศาสตร์กล่าวต่อไปว่า บุคคลที่มีเหตุผล (reasonable person) จะเลือกระดับความระมัดระวัง โดยการเปรียบเทียบผลประโยชน์และต้นทุนในการใช้ความระมัดระวัง โดยผลประโยชน์จากการใช้ความระมัดระวังคือการลดลงของมูลค่าความเสียหายที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากอุบัติเหตุ ระดับความระมัดระวังของบุคคลที่มีเหตุผลเลือกจะเป็นระดับที่มีความเหมาะสม เนื่องจากเป็นระดับที่ทำให้ต้นทุนของการเกิดอุบัติเหตุที่สังคมคาดว่าจะต้องแบกรับมีค่าต่ำที่สุด (Optimal deterrence) การกำหนดโทษสำหรับกรณีที่ต้องใช้ความระมัดระวังเพื่อให้ต้นทุนของการเกิดอุบัติเหตุที่สังคมคาดว่าจะต้องแบกรับมีค่าต่ำที่สุดประการหนึ่ง ได้แก่ การกำหนดโทษปรับให้อยู่ในอัตราที่เหมาะสม (Optimal fine) ซึ่งเป็นเหตุผลหนึ่งในการกำหนดโทษปรับในความผิดอาญาต่อชีวิตเพียงมาตราเดียว ได้แก่ มาตรา 291

การกำหนดโทษปรับในกรณีความผิดโดยประมาทถึงแก่ชีวิตตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 291 เพียง“ และ” ปรับไม่เกินสองหมื่นบาทนั้น ทางนิติเศรษฐศาสตร์มีมุมมองว่าการกำหนดโทษปรับแก่กรณีเป็นเพียงมาตรการเสริม มิใช่กำหนดให้เป็นประธาน จึงได้ใช้คำว่า “และ” ซึ่งมีความหมายว่าจะต้องลงโทษจำคุกด้วยเสมอซึ่งแสดงถึงว่าโทษจำคุกเป็นโทษประธานไม่ลงโทษจำคุกแต่ปรับสถานเดียวไม่ได้ แต่ก็ยังมีข้อพิจารณาว่าโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาทเป็นอัตราโทษปรับที่เหมาะสม (Optimal fine) หรือไม่ซึ่งจะวิเคราะห์กันในข้อ 3.4 ต่อไป

2. นิติเศรษฐศาสตร์กับการคุ้มครองความปลอดภัยของร่างกาย

นักเศรษฐศาสตร์จะใช้ทฤษฎีทุนมนุษย์และหลักการคำนวณความเสียหายทางเศรษฐกิจจากการตายนนำมาปรับใช้กับการคำนวณมูลค่าของการสูญเสียรายได้ในอนาคตในกรณีบาดเจ็บได้ การคุ้มครองความปลอดภัยของร่างกายหมายถึง การคุ้มครองมูลค่าความสูญเสียที่สามารถทำให้ผู้เสียหายสามารถกลับสู่สภาพที่เสมือนว่าไม่มีการทำร้ายร่างกายเกิดขึ้นเลย แต่อย่างไรก็ดี ผลการทำร้ายอาจทำให้ผู้ถูกทำร้ายสูญเสียสมรรถภาพในการทำงานอย่างถาวร จนทำให้ไม่สามารถทำงานได้เลยหรือทำงานได้ แต่ไม่สามารถรักษาระดับรายได้จากการทำงานได้เท่าเดิม กรณีเช่นนี้จะต้องมีวิธีการกำหนดความคุ้มครองในรายละเอียดที่แตกต่างกันออกไป

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 บัญญัติว่า ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสี่พันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 296 กำหนดระวางโทษปรับและจำคุกเพิ่มขึ้นเป็น เหตุการณ์ จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297 กำหนดระวางโทษสำหรับผลการทำร้าย ร่างกายถึงสาหัส จำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปีโดยไม่กำหนดโทษปรับ

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 300 บัญญัติว่าผู้ใดกระทำโดยประมาท และการ กระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกิน หกพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 390 บัญญัติว่าผู้ใดกระทำโดยประมาทและการทำ นั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกิน หนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 391 บัญญัติว่า ผู้ใดใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นโดยไม่ถึงกับ เป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มุมมองทางนิติเศรษฐศาสตร์ ในการคุ้มครองความปลอดภัยของร่างกายมองว่าการ ทำร้ายร่างกายทุกระดับเป็นความผิดอาญาที่ยอมความไม่ได้ หรือความผิดต่อรัฐ ซึ่งรัฐจะดำเนินการ แทนผู้เสียหายทั้งสิ้น การทำร้ายร่างกายตั้งแต่บาดเจ็บสาหัสเป็นเรื่องราวแรงที่ผู้กระทำความผิด จะต้องถูกกันออกจากสังคม คือมีโทษจำคุกโดยรัฐไม่ยินยอมให้ผู้กระทำความผิดชดใช้เงินเป็นค่าปรับ ทดแทนได้ แต่การทำร้ายร่างกายที่เกิดผลที่รุนแรงน้อยกว่าบาดเจ็บสาหัส และการกระทำโดย ประมาทนั้น รัฐไม่ถือว่าเป็นเรื่องราวแรงที่ผู้กระทำความผิดจะต้องถูกกันออกจากสังคม จึงกำหนด โทษปรับควบคู่ไว้กับโทษจำคุก และกำหนดไปถึงว่า “หรือปรับ ... บาท” แล้วแต่กรณีความผิดซึ่งเป็นการ เปิดช่องให้ศาลลงโทษเพียงโทษปรับสถานเดียวก็ได้ อันแสดงถึงกำหนดให้โทษปรับเป็นโทษ ประธาน มิใช่โทษอุปกรณ์ แต่ก็ยังกำหนดให้ความสำคัญในการคุ้มครองความปลอดภัยของร่างกาย โดยไม่ให้เป็นการผิดที่ยอมความได้ทุกกรณี โทษปรับตามประมวลกฎหมายอาญาจะกำหนดโดย เปรียบเทียบกับโทษจำคุกโดยมักมีอัตราเทียบ ปีสองพันบาท จะเห็นได้จากบทบัญญัติตามประมวล กฎหมายอาญามาตรา 295, 296, 300 ส่วนบทบัญญัติตาม มาตรา 390 และ 391 มีโทษในอัตราของ ลหุโทษซึ่งมีอัตราเทียบเคียงไปในอีกทางหนึ่ง จากหลักอัตราเปรียบเทียบ ปีสองพันบาท เห็นได้ ทั่วไปในกฎหมายอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นที่น่าสงสัยว่ามีที่มาอย่างไร

สำหรับแนวทางการคำนวณความเสียหายจากความปลอดภัยของร่างกายนั้น นักนิติเศรษฐศาสตร์มีวิธีการคำนวณเช่นเดียวกับกรณีละเมิด โดยมีหลักการว่า การกำหนดค่าเสียหาย จะต้องเพียงพอที่จะทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สภาพที่เสมือนว่าไม่มีการละเมิดเกิดขึ้น ซึ่งรวมถึง ค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินหายที่เป็นตัวเงินซึ่งรวมถึงค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วและค่าเสียหายในอนาคต รวมถึงค่าขาดรายได้ในอนาคตและค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินอีกด้วย

3. นิติเศรษฐศาสตร์กับการคุ้มครองชื่อเสียงเกียรติคุณ

โดยปกติแล้วชื่อเสียงของบุคคลเป็นเรื่องส่วนตัวของผู้นั้น คดีหมิ่นประมาทในบางประเทศไม่ถูกกำหนดเป็นความผิดทางอาญา แต่สำหรับประเทศไทย การหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาเป็นความผิดทางอาญาและมีโทษปรับสูงถึงไม่เกินสองแสนบาท⁶ โดยมีการกำหนดโทษปรับในลักษณะเป็นโทษอุปกรรมเนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “และ” ซึ่งหมายความว่า จะต้องลงโทษปรับด้วยเสมอ แต่มีได้กำหนดอัตราโทษปรับขั้นต่ำไว้ สำหรับการหมิ่นประมาททั่วไปกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดอาญาเช่นกันโดยมีอัตราโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับจะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดโทษปรับแก่การหมิ่นประมาททั่วไปในลักษณะโทษประธาน โดยใช้คำว่า “หรือ” ซึ่งแสดงถึงทางเลือก แต่ก็ยังมีลงท้ายว่าหรือทั้งจำทั้งปรับ การวิเคราะห์โดยนิติเศรษฐศาสตร์สำหรับการคุ้มครองชื่อเสียง หรือความผิดฐานหมิ่นประมาทจะวิเคราะห์ถึงว่าการดำเนินคดีในลักษณะใดทำให้เกิดสวัสดิการสังคมมากที่สุด ซึ่งพิจารณาจากต้นทุนและผลประโยชน์ (Cost-benefit analysis) ทั้งของผู้เสียหายและสังคม ซึ่งจะมองทั้งมิติ เป็นความจริงหรือไม่ ยิ่งจริงยิ่งหมิ่น แต่ไม่ต้องรับโทษ (ม. 330) และเป็นประโยชน์แก่ประชาชนหรือไม่ ไม่เป็นประโยชน์สังคม ไม่ให้พิสูจน์ความจริง (ม. 330 วรรคท้าย)

ต้นทุนที่นำมาวิเคราะห์ ได้แก่ ต้นทุนการดำเนินคดี ผู้เสียหายอาจเลือกดำเนินคดีหมิ่นประมาทต่อชื่อเสียงได้ 4 แนวทาง ดังนี้

1. ฟ้องเป็นคดีแพ่งอย่างเดียว ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 447 คิดค่าเสียหาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 เสียค่าธรรมเนียมศาล ค่าจ้างทนายความ ค่าใช้จ่ายในการหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิด ค่าใช้จ่ายในการหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ค่าเสียหาย และค่าเสียโอกาสเสียเวลา (ใช้ต้นทุนค่าใช้จ่ายมากที่สุด)

2. ฟ้องเป็นคดีอาญาอย่างเดียว โดยฟ้องเอง ไม่มีค่าธรรมเนียมศาล เสียค่าจ้างทนายความ ค่าใช้จ่ายในการหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิด ค่าใช้จ่ายในการหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ค่าเสียหาย และค่าเสียโอกาสเสียเวลา (ใช้ต้นทุนค่าใช้จ่ายรองลงมา)

3. ร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการฟ้องคดีอาญา ไม่มีค่าธรรมเนียม ไม่มีค่าจ้างทนายความ ไม่มีค่าใช้จ่ายในการหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดและพิสูจน์ค่าเสียหายคงมีหน้าที่เป็นพยาน และมีเฉพาะค่าเสียโอกาสเสียเวลา (opportunity cost) เช่น เสียเวลาไปให้การต่อศาล เท่านั้น (ใช้ต้นทุนค่าใช้จ่ายน้อยที่สุด)

4. ยื่นคำร้องขอรับคำสั่งใหม่ทดแทนทางแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 44/1 ลดต้นทุนค่าใช้จ่ายจากทางเลือกข้อ 1 และข้อ 2 เป็นอันมาก แต่จะใช้ทางเลือกนี้ได้เฉพาะกรณีพนักงานอัยการเป็นโจทก์ ตามข้อ 3 จะใช้ในกรณีข้อ 2 ฟ้องคดีเอาไม่ได้, คำร้องมีต้นทุนต่ำกว่าคำฟ้อง (ใช้ต้นทุนค่าใช้จ่ายน้อยและได้รับการเยียวยา ค่าเสียหายมาก)

⁶ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 328 แก้ไขเพิ่มเติมครั้งสุดท้ายโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2535 มาตรา 4

จากการวิเคราะห์ต้นทุนการดำเนินคดีดังกล่าว ผู้เสียหายจะเลือกแนวทางที่ 4 ซึ่งแม้จะเกิดประโยชน์สูงสุดแก่ผู้เสียหาย แต่เป็นภาระของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่รัฐต้องเป็นผู้ออกต้นทุนแทนผู้เสียหาย ซึ่งรัฐควรทำเฉพาะเมื่อผลประโยชน์ของผู้เสียหายสอดคล้องกับผลประโยชน์ของสังคมเท่านั้น เพื่อเท่านั้นเพื่อให้เกิดสวัสดิการสังคม (Social welfare) อันเป็นเป้าหมายหลักของนิติเศรษฐศาสตร์

การวิเคราะห์ทางนิติเศรษฐศาสตร์ดังกล่าวเกิดผลลัพธ์ ดังนี้

1. ความผิดฐานหมิ่นประมาททั่ว ๆ ไปไม่ควรเป็นความผิดอาญาเพราะเป็นความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ส่วนตัวอย่างแท้จริง ซึ่งสามารถเยียวยาได้โดยการฟ้องคดีแพ่ง ซึ่งไม่ต้องใช้ต้นทุนของรัฐจึงมีข้อเสนอทางนิติเศรษฐศาสตร์ว่า หากยกเลิกไม่เป็นความผิดอาญาไม่ได้ก็สมควรยกเลิกโทษจำคุกเสียคงให้เหลือไว้แต่โทษปรับ ซึ่งปัจจุบัน ป. อาญา ม. 326 กำหนดให้โทษปรับเป็นโทษประธานและเป็นทางเลือกแล้ว แต่ยังคงทำหรือทั้งจำทั้งปรับ

2. ความผิดฐานหมิ่นประมาทที่สมควรเป็นความผิดอาญาต้องเป็นประเภทที่กระทบกระเทือนความสงบเรียบร้อยของสังคม ทำให้เกิดความไม่สงบสุขในสังคมเช่น ป. อาญา ม.112 จึงจำเป็นที่รัฐต้องเข้ามาดำเนินการ ซึ่งมีข้อเสนอทางนิติเศรษฐศาสตร์ว่าศาลไทยมีแนวโน้มจำกัด การพิจารณากำหนดค่าเสียหายในคดีแพ่งโดยที่ยังไม่มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive damage) แต่ในกรณีที่เป็นความเท็จที่กระทบกระเทือนต่อสังคมสมควรที่จะนำหลักการเรื่องกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษมาบังคับแก่กรณี

แนวทางการคำนวณค่าเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติคุณนั้น กฎหมายไทยกำหนดให้ผู้เสียหายสามารถฟ้องร้องค่าเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติคุณและค่าขาดประโยชน์นำมาหาได้อันมีเหตุมาจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติคุณ โดยถือว่าความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติคุณเป็นความเสียหายที่สามารถคิดมูลค่าในรูปของตัวเงินได้

4. นิติเศรษฐศาสตร์กับการคุ้มครองเสรีภาพ

นักเศรษฐศาสตร์มองว่า แรงงานเป็นปัจจัยการผลิตที่สำคัญในระบบเศรษฐกิจ

นักนิติเศรษฐศาสตร์มองว่า หากพิจารณาในแง่ผู้ต้องโทษหรือครอบครัวของผู้กระทำความผิดหรือผู้ต้องโทษจะพบว่าการเสียเสรีภาพหรือการต้องถูกจำคุกเป็นการแยกนักโทษที่มีศักยภาพในการผลิต (Productive Labor) ออกจากตลาดแรงงานนักโทษจึงเผชิญต้นทุนค่าเสียโอกาสจากการถูกจำคุกรวมถึงมีโอกาสในการประกอบอาชีพและตั้งต้นชีวิตใหม่ในอนาคตเมื่อพ้นโทษน้อยลง เพราะต้องสูญเสียทักษะการทำงานและเครือข่ายการทำงานอย่างสิ้นเชิงในช่วงถูกคุมขัง

นอกจากนี้ เมื่อนักโทษออกมาจากเรือนจำย่อมมีผลิตภาพ (Productivity) และทุนมนุษย์ (Human capital) ต่ำลง ซ้ำร้ายยังถูกสังคมตีตราบาป (Stigma) ติดตัวทำให้หางานยากยิ่งขึ้น เพราะการเคยถูกจำคุกถูกมองให้เป็นบุคคลที่ไม่น่าเชื่อถือไม่น่าไว้วางใจ ด้วยเหตุนี้ นักนิติเศรษฐศาสตร์จึงสนับสนุนให้มีการลงโทษที่เป็นตัวเงินเช่นโทษปรับมากกว่าโทษจำคุก เพราะค่าปรับไม่ก่อให้เกิดต้นทุนเพิ่มขึ้นต่อสังคม การจำคุกควรใช้เป็นโทษเพื่อป้องปราม เป็นมาตรการเสริมหรือมาตรการอุปกรณ์หลังจากที่ใช้ค่าปรับอย่างเต็มที่ที่สุดแล้วเท่านั้น

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 309 บัญญัติว่า ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำการใด ไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใด โดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน ของผู้ถูกข่มขืนใจนั้นเองหรือของผู้อื่น หรือโดยใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้ถูกข่มขืนใจต้องกระทำการนั้นไม่กระทำการนั้น หรือจำยอมต่อสิ่งนั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 310 บัญญัติว่า ผู้ใดหน่วงเหนี่ยว หรือกักขังผู้อื่นหรือกระทำให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพในร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

จะเห็นได้ว่า ในความผิดต่อเสรีภาพ ไม่ว่าจะกระทำต่อจิตใจตามมาตรา 309 หรือกระทำต่อร่างกายตามมาตรา 310 นั้น กฎหมายได้กำหนดโทษปรับให้เป็นโทษประจานโดยใช้คำว่า “ หรือ ” ทำให้ลงโทษปรับสถานเดียว โดยไม่ลงโทษจำคุกด้วยก็ได้ แต่ก็ยังมี หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นการให้ดุลยพินิจของศาลอย่างกว้างขวาง แนวทางการคำนวณความเสียหายจากการสูญเสียเสรีภาพนั้น ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ทั้งค่าชดใช้การขาดแรงงาน ไม่ว่าจะการทำงานให้กับบุคคลในครัวเรือนหรือการทำงานให้กับบุคคลภายนอกครัวเรือนหรืออุตสาหกรรมของคนภายนอกครัวเรือนได้ นอกจากนี้ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินที่เป็นผลโดยตรงจากความเสียหายต่อเสรีภาพได้อีกได้อีกด้วย

5. นิติเศรษฐศาสตร์กับการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน

กรรมสิทธิ์ หมายถึง สิทธิความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน สิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินและได้ดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น รวมถึงมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินจากบุคคลผู้ไม่ผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ระบบกรรมสิทธิ์ อาจแบ่งได้ 3 ประเภท ได้แก่ กรรมสิทธิ์ส่วนบุคคลกรรมสิทธิ์ของรัฐ และกรรมสิทธิ์ชุมชนหรือสาธารณะ หลักเศรษฐศาสตร์เชื่อว่า ระบบกรรมสิทธิ์มีประโยชน์ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจโดยเฉพาะอย่างยิ่งระบบกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคล เนื่องจากกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคลก่อแรงจูงใจในการสะสมทุนของระบบเศรษฐกิจผ่านกระบวนการผลิตและแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการ กรรมสิทธิ์ส่วนบุคคลจึงเป็นรากฐานหลักของเศรษฐกิจทุนนิยม ทฤษฎีนิติเศรษฐศาสตร์เสนอว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินควรจะถูกจัดสรรไปยังผู้ที่ให้คุณค่าทรัพย์สินนั้นสูงที่สุดโดยวัดจากความยินดีจ่ายและความสามารถในการจ่ายทฤษฎีดังกล่าวส่งผลให้เกิดหลักเรื่องมูลค่าส่วนตัว (Subjective value) ขึ้น ซึ่งหมายความว่าทรัพย์สินเฉพาะสิ่งบางอย่างที่ไม่อาจซื้อได้ในตลาดทั่วไปหรืออาจไม่มีการซื้อขายในตลาดเลย เช่น วัตถุโบราณกฎหมายจะคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวเท่ากับมูลค่าส่วนตัวที่ผู้เสียหายให้คุณค่าแก่ทรัพย์สินนั้น

แต่อย่างไรก็ดี กรรมสิทธิ์ส่วนบุคคลย่อมถูกจำกัดโดยกรรมสิทธิ์ของรัฐ เพื่อประโยชน์สาธารณะได้ ได้แก่ การเวนคืน การควบคุมหรือ จำกัด การใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินจะต้องใช้ทฤษฎีหลักการเวนคืนและหลักการชดเชยที่เหมาะสม ซึ่งโดยทั่วไปค่าชดเชยการเวนคืนมักใช้ราคาเฉลี่ยที่ทรัพย์สินเดียวกันถูกซื้อขายในตลาดเป็นเกณฑ์พื้นฐานการคำนวณโดยละเลยการให้คุณค่า

ทรัพย์สินของเจ้าของแต่ละคน (Subjective value) แนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ ที่สำคัญเรื่องหนึ่ง ได้แก่ ทฤษฎีของโคส (Coase Theorem) ซึ่งอธิบายว่า หากมีข้อพิพาทระหว่างเจ้าของกรรมสิทธิ์ การเจรจาต่อรองของคู่กรณีผ่านกลไกตลาดเสรีย่อมสามารถแก้ปัญหาได้โดยภาครัฐไม่ต้องเข้ามาเกี่ยวข้องโดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า “ไม่มีต้นทุนธุรกรรมในการเจรจาต่อรองระหว่างคู่กรณี” ซึ่งตามทฤษฎีนี้ หากต้นทุนของการเจรจาต่อรองยิ่งน้อย การเจรจาต่อรองหรือการแลกเปลี่ยนอย่างสมัครใจ ภายใต้กลไกตลาดจะยิ่งทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นเท่านั้น

6. นิติเศรษฐศาสตร์กับการควบคุมการใช้ความระมัดระวัง

นักเศรษฐศาสตร์มองว่า อุบัติเหตุเป็นเหตุการณ์สุ่ม (Random) อันอาจเกิดจากการขาดการใช้ความระมัดระวังของบุคคล หากบุคคลควบคุมการใช้ความระมัดระวังได้หรือเพิ่มระดับความระมัดระวังให้มากขึ้น โอกาสในการเกิดอุบัติเหตุจะลดลงโดยเป็นอัตราส่วนผกผันกัน ทฤษฎีนิติเศรษฐศาสตร์กล่าวว่า กฎหมายละเมิดสามารถยับยั้งอุบัติเหตุซึ่งเกิดจากการทำละเมิดโดยประมาท เลินเล่อ หรือโดยไม่เจตนาได้โดยต้องกำหนดให้ผู้ก่อความเสียหายต้องแบกรับความเสียหายที่ตนก่อขึ้นแก่ผู้อื่น เสมือนว่าความเสียหายนั้นเกิดแก่ตนเอง (Cost internalization) เพื่อสร้างแรงจูงใจให้บุคคลที่มีเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ใช้ความระมัดระวังในระดับที่เหมาะสมซึ่งเป็นระดับที่ทำให้ต้นทุนของอุบัติเหตุที่สังคมคาดว่าจะต้องแบกรับมีค่าต่ำที่สุด (Optimal deterrence)

นักนิติเศรษฐศาสตร์ที่มีชื่อเสียงท่านหนึ่ง ได้แก่ ผู้พิพากษา Learned Hand ตัดสินคดีสร้างกฎของแฮนด์ (Hand Rule) ขึ้นในปี ค.ศ. 1947 สร้างนวัตกรรมในวงการยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาในยุคนั้น โดยเขียนกฎดังกล่าวเป็นสมการคณิตศาสตร์ว่า $B = PL$ (โดยที่ B คือ ต้นทุนของการใช้ความระมัดระวัง P คือการเปลี่ยนแปลงของความเสียหายในการเกิดความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงระดับความระมัดระวังและ L คือมูลค่าความเสียหาย ดังนั้น PL คือผลประโยชน์จากการใช้ความระมัดระวังนั่นเอง) กฎของแฮนด์กล่าวว่า ระดับการระมัดระวังที่เหมาะสมคือ ระดับที่ทำให้ต้นทุนของการเพิ่มการใช้ความระมัดระวังมีค่าเท่ากับผลประโยชน์ที่ได้รับโดยหากผู้ทำความเสียหายใช้ความระมัดระวังต่ำกว่าระดับที่เหมาะสมจะถือเป็นการกระทำโดยประมาทและมีความรับผิดชอบละเมิด

การวิเคราะห์นิติเศรษฐศาสตร์กับแรงจูงใจ

ดังที่กล่าวแล้วว่า นิติเศรษฐศาสตร์เป็นการวิเคราะห์กฎหมายหรือนิติศาสตร์โดยใช้วิธีการทางเศรษฐศาสตร์ซึ่งทั้งสองศาสตร์มีหัวใจที่แตกต่างกันกล่าวคือประสิทธิภาพ (Efficiency) กับความเป็นธรรม (Justice) ซึ่งรูปแบบการมองทั้งสองศาสตร์ก็จะมีมุมมองที่แตกต่างกันโดยนักเศรษฐศาสตร์มองที่ตัวเลข (Figure) แต่นักนิติศาสตร์จะมองเรื่องคุณค่า (Value) เป็นหลัก แนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ให้ความสำคัญกับแรงจูงใจมากในขณะที่นิติศาสตร์ให้ความสำคัญกับวัตถุประสงค์หรือเจตนาพิเศษ (Motive) ซึ่งเป็นคำเดียวกันแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์มองเป็นลำดับขั้นตอน ดังนี้

หลักที่ 1 มนุษย์มีเหตุผลในการเลือกดำเนินการในสิ่งที่เป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุด ตัวอย่าง ผู้เสียหายในคดีอาญาและคดีแพ่งเกี่ยวกับคดีอาญาสามารถดำเนินการได้หลายทางเลือก ได้แก่ แจ้งความร้องทุกข์ฟ้องคดีอาญาเองฟ้องคดีแพ่งยื่นคำขอเป็นโจทก์ร่วมและเรียกค่าเสียหาย มนุษย์มีเหตุผลย่อมต้องเลือกดำเนินการแจ้งความร้องทุกข์และยื่นคำขอเป็นโจทก์ร่วมและเรียกค่าเสียหาย ซึ่งเป็นหนทางเลือกที่เป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุดเนื่องจากการดำเนินคดีอาญาลดต้นทุนการดำเนินคดีของผู้เสียหาย ในขณะที่การฟ้องคดีอาญาเอง หรือการฟ้องคดีแพ่งเอง เป็นการใช้ทรัพยากรของผู้เสียหายเองการฟ้องคดีอาญาเองจะเป็นทางเลือกของผู้เสียหายก็ต่อเมื่อพนักงานอัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องคดีและการยื่นคำขอเป็นโจทก์ร่วมซึ่งทำเป็น “คำร้อง” จะมีค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นน้อยกว่า “คำฟ้อง”

หลักที่ 2 กฎหมายควรบังคับให้มีการดำเนินคดีโดยรัฐ เฉพาะแต่ในคดีต่าง ๆ เพื่อบรรลุสวัสดิการทางสังคมสูงสุดเท่านั้น ตัวอย่าง ผู้เสียหายในคดีอาญาที่เป็นความผิดต่อส่วนตัวควรจะต้องใช้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีอาญาของตนเอง หากกระบวนการยุติธรรมอนุญาตให้มีการดำเนินคดีโดยรัฐในข้อพิพาทส่วนบุคคลได้ ผู้เสียหายก็จะมีแรงจูงใจในการดำเนินคดีอาญามากกว่าที่ควรจะเป็น ซึ่งอาจสูงกว่าระดับที่เหมาะสมที่สุด ซึ่งหมายถึงระดับที่มีการสูญเสียทรัพยากรของสังคมน้อยที่สุด

การวิเคราะห์นิติเศรษฐศาสตร์กับแรงจูงใจอาจแยกวิเคราะห์ได้ ดังนี้

1. การวิเคราะห์แรงจูงใจในการตัดสินใจกระทำความผิด แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ข้อแรกในเรื่องนี้มีอยู่ว่า บุคคลหรือมนุษย์ในสังคมจะเคารพกฎหมายก็ต่อเมื่อคิดคำนวณแล้วพบว่าผลประโยชน์จากการเคารพกฎหมายสูงกว่าต้นทุนการเคารพกฎหมายแนวคิดข้อแรกนี้เป็นเหตุผลอยู่ในตัวเองแล้ว ซึ่งแม้มนุษย์จะเป็นสัตว์สังคม (Social Animal) และผ่านการกระบวนการขัดเกลาทางสังคม (Socialization) แล้ว แต่มนุษย์ส่วนใหญ่ก็ยังเป็นมนุษย์ที่มีเหตุผล (Reasonable person) อยู่ดีแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์เกี่ยวเนื่องกับการตัดสินใจกระทำผิดกฎหมายนั้นนักนิติเศรษฐศาสตร์มีข้อสมมุติฐานว่า ผู้กระทำผิดหรืออาชญากร เป็นสัตว์เศรษฐกิจมีเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ตอบสนองต่อสิ่งจูงใจ จะตัดสินใจกระทำผิดหรือก่ออาชญากรรมเมื่อประเมินได้ว่า ผลประโยชน์ที่เกิดจากการก่ออาชญากรรมสูงกว่าต้นทุนของการก่ออาชญากรรม

ตารางที่ 2-1 เปรียบเทียบผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้กับต้นทุนในการกระทำผิด

ผลประโยชน์คาดหวัง (Expected benefits)	ต้นทุนคาดหวัง (Expected cost)
- ทรัพย์สินที่ลักได้	- อุปรกรณ์, ปืน, หน้ากาก
- ความสุขจากการกระทำผิด (ข่มขืน)	- มูลค่าโทษปรับ
- ค่าไถ่	- โอกาสถูกจับกุม
	- ตราบาป

ที่มา : ผู้วิจัย, 2563.

งานวิจัยทางนิติเศรษฐศาสตร์จำนวนมากยืนยันการวิเคราะห์เช่นนี้ และยังชี้ต่อไปอีกว่า⁷ อาชญากรส่วนใหญ่ ไม่ว่าจะกระทำความผิดด้วยแรงจูงใจแบบใด มีฐานะทางการเงินเช่นใด มีระดับการศึกษาสูงต่ำเพียงใด ล้วนตอบสนองต่อแรงจูงใจ หรือโครงสร้างผลประโยชน์และต้นทุนที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น การเปลี่ยนแปลงของต้นทุนค่าเสียโอกาส ความรุนแรงของบทลงโทษและโอกาสในการถูกจับกุม ตามแนวคิดของนิติเศรษฐศาสตร์ กฎหมายคือเครื่องมือปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของคนในสังคมไปสู่แนวทางที่สังคมพึงปรารถนา ได้แก่ เคารพในสิทธิในชีวิตมนุษย์สิทธิในความปลอดภัยของร่างกาย สิทธิในชื่อเสียงเกียรติคุณ สิทธิในเสรีภาพของร่างกาย สิทธิในกรรมสิทธิ์ทรัพย์สิน สิทธิได้รับการใช้ความระมัดระวัง

แนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ต่อแรงจูงใจในการตัดสินใจกระทำความผิดของบุคคล เป็นแนวคิดเชิงป้องปราม (Deterrence) ซึ่งหมายถึง การป้องปรามไม่ให้เกิดอาชญากรรมผ่านการกำหนดบทลงโทษทางอาญา (Criminal sanction) ทั้งบทลงโทษที่เป็นตัวเงิน (Monetary Sanction) เช่น โทษปรับ ริบทรัพย์สิน และบทลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงิน (Non – monetary sanction) เช่น ประหารชีวิต จำคุกมุ่งวัตถุประสงค์สูง บทลงโทษทางอาญาที่เหมาะสม (Optimal criminal sanction) ซึ่งยังมีปัจจัยที่สำคัญที่ต้องพิจารณาประกอบด้วย ดังนี้

1. การเลือกใช้บทลงโทษ จะใช้โทษจำคุกเป็นโทษประธาน โทษปรับเป็นโทษอุปกรณ์ในเชิงทางเลือก (ใช้คำว่า “หรือ”) หรือเชิงบังคับ (ใช้คำว่า “และ”) หรือจะมีคำว่าและทั้งจำและปรับหรือไม่ อย่างไรจะเหมาะสม รวมทั้งค่าปรับที่เหมาะสม (Optimal fines) ควรเป็นเท่าใด ควรมีกำหนดโทษปรับขั้นต่ำหรือไม่ หากรัฐต้องการใช้โทษปรับตัดแรงจูงใจในการกระทำความผิดของผู้กระทำผิด จะต้องกำหนดอย่างไร จะใช้แนวคิดค่าเสียหายเชิงโทษมาประกอบได้แค่ไหนเพียงไร

2. หากผู้กระทำผิดมักยากแก่การจับกุมตัวมาดำเนินคดีได้ ในทุกครั้งที่กระทำความผิด หรืออัตราร้อยละของการจับกุมตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีได้ จะปรับขนาดการลงโทษอย่างไรจึงจะเหมาะสม

3. หากผู้กระทำผิดหลบหนีในอัตราร้อยละที่สูง สังคมควรจะทุ่มเททรัพยากรในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษในระดับใดจึงจะเหมาะสม

2. การวิเคราะห์แรงจูงใจในการตัดสินใจดำเนินคดี

นิติเศรษฐศาสตร์มีข้อสมมุติฐานสำหรับการฟ้องร้องดำเนินคดี (Economic Analysis of Litigations) ไว้ว่า ตัวละครต่าง ๆ ในกระบวนการฟ้องร้องดำเนินคดี ไม่ว่าจะโจทก์ จำเลย ทนายความ ศาลและผู้ที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ล้วนเป็นสัตว์เศรษฐกิจที่มีเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ และมีพฤติกรรมในเชิงยุทธศาสตร์ (Strategic behavior) คือแต่ละคนจะเลือกปฏิบัติการในทางที่ตนได้วางแผนไว้ แต่ผลลัพธ์มิได้เกิดจากการตัดสินใจหรือวางแผนของตนฝ่ายเดียว แต่ขึ้นอยู่กับ การตัดสินใจวางแผนหรือเลือกยุทธศาสตร์ของอีกฝ่ายด้วยโดยที่เราไม่สามารถควบคุมอีกฝ่ายหนึ่งได้ แนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์มองถึงกระบวนการยุติธรรมที่เหมาะสมจะต้องมีประสิทธิภาพ และใช้ทรัพยากรของสังคมอย่างเหมาะสมและยกระดับสวัสดิการของสังคมส่วนรวม โดยจะต้องมีองค์ประกอบทั้งความ

⁷ Polinsky and Shavell (2007)

ถูกต้องเพียงตรงความรวดเร็วฉับไวและมีต้นทุนที่ต่ำ หากไม่มีครบทั้งสามองค์ประกอบ นักนิติ เศรษฐศาสตร์ให้หันไปใช้กระบวนการยุติธรรมทางเลือก (Alternative justice) หรือกระบวนการ ระวังข้อพิพาทนอกศาล (Out of court settlement) จะเหมาะสมกว่า นักนิติเศรษฐศาสตร์มองว่า ระบบกฎหมายส่งผลโดยตรงในเรื่องแรงจูงใจในการตัดสินใจดำเนินคดีอาญาของผู้เสียหาย ระบบการ ดำเนินคดีอาญาโดยรัฐจะช่วยลดต้นทุนในการดำเนินคดีของผู้เสียหาย ส่งผลให้ผู้เสียหายมีแรงจูงใจใน การเลือกดำเนินคดีอาญาสูงกว่าระดับที่เหมาะสมที่สุด ซึ่งหมายถึงระดับที่มีการสูญเสียทรัพยากรของ สังคมน้อยที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้เสียหายได้สิทธิต่าง ๆ เช่น ได้รับ ค่าปรับกึ่งหนึ่งตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ได้รับเงินตามเช็คสำหรับคดีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิด อันเกิดจากการใช้เช็ค เช่นนี้ จะเพิ่มแรงจูงใจในการดำเนินคดีอาญาให้ผู้เสียหายสูงเกินจำเป็นจะ นำไปสู่สาเหตุประการหนึ่งของนักโทษล้นคุก แรงจูงใจในการตัดสินใจดำเนินคดีขึ้นอยู่กับประโยชน์ที่ ผู้เสียหายจะได้รับจากการฟ้องร้องดำเนินคดีหักด้วยต้นทุนในการดำเนินคดี ดังนั้นหากกระบวนการ ดำเนินคดีอาญาเฉพาะที่เป็นความผิดต่อแผ่นดินเท่านั้น จะถูกดำเนินคดีโดยรัฐจะลดแรงจูงใจในการ ดำเนินคดีอาญาของผู้เสียหายมาอยู่ในระดับที่เหมาะสมยิ่งขึ้นได้ เนื่องจากจะทำให้ต้นทุนในการ ดำเนินคดีของผู้เสียหายเข้าสู่ระดับที่ควรจะเป็น เนื่องจากรัฐไม่จำเป็นต้องแบกรับต้นทุนแทนผู้เสียหาย

3. ข้อจำกัดในการวิเคราะห์แรงจูงใจ

การที่นิติเศรษฐศาสตร์ให้ความสำคัญกับแรงจูงใจมากเช่นนี้ยังคงเป็นที่น่าสงสัยอยู่ ว่าการที่นักนิติเศรษฐศาสตร์มองว่ากฎหมายสร้างแรงจูงใจให้คนมีเหตุผลเลือกที่จะปฏิบัติหรือไม่ ปฏิบัติในเรื่องต่าง ๆ นั้นจะสามารถใช้ได้กับพฤติกรรมของมนุษย์ในทุกกรณีได้หรือไม่ซึ่งอาจแยก วิเคราะห์ไว้จากตัวแปรต่าง ๆ ดังนี้

3.1. มนุษย์ใช้เหตุผลในการตัดสินใจตัว มนุษย์มีทั้งพวกที่มีเหตุผล (Reasonable person) และมนุษย์ที่ไม่มีเหตุผล (Unreasonable man) รวมทั้งยังมีมนุษย์ที่เป็นโรคจิตบกพร่อง หรือจิตฟั่นเฟือนหรือโรคประสาทซึ่งไม่สามารถรู้สึกผิดชอบและไม่สามารถบังคับตนเองได้อีกส่วนหนึ่ง นอกจากนี้มนุษย์มีเหตุผลยังอาจมีความบกพร่องทางจิตใจที่เกิดจากการเสพสุราหรือเสพยาเสพติด ให้โทษหรือวัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตประสาทประเภทต่าง ๆ อีกด้วยทำให้การตัดสินใจมิได้เกิดจากการใช้ เหตุผล แต่เป็นเรื่องของความบกพร่องทางอารมณ์ที่ทำให้เกิดกรณีที่ไม่มีแรงจูงใจหรือใช้แรงจูงใจไม่ได้ เกิดขึ้น

3.2. มนุษย์ใช้อารมณ์ตัดสินใจ แม้ว่ามนุษย์ที่มีเหตุผล (Reasonable person) โดยปรกติยังมีหลายกรณีที่ตัดสินใจไปในทางที่ใช้อารมณ์ (Emotion) ก็ยังเกิดขึ้นได้เช่นผู้เช่าประมูล สู้ราคาทรัพย์สินในราคาสูงมาก ๆ

3.3. มนุษย์ไม่ได้ใช้แรงจูงใจในการตัดสินใจ ยังมีหลายกรณีที่บุคคลกระทำการสิ่ง หนึ่งสิ่งใดโดยมิได้มีเจตนาประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล แต่ได้กระทำการสิ่งใดลงไปเพราะความ ประมาทเลินเล่อหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

4. การวิเคราะห์นิติเศรษฐศาสตร์กับโทษทางอาญา

4.1 โทษประหารชีวิต โทษประหารชีวิตเป็นโทษสถานที่หนักที่สุดและมีมาแต่โบราณกาล มีผลกำจัดผู้กระทำความผิดได้อีกอย่างเด็ดขาด ภาครัฐเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการต่ำ เป็นโทษที่มีพลังในการป้องปรามอาชญากรรมสูงที่สุด นักนิติเศรษฐศาสตร์มองว่า ชีวิตมนุษย์มีค่าอนันต์ (Infinity) แต่อย่างไรก็ดีแม้ว่าแทบทุกประเทศจะยังคงมีโทษประหารชีวิตอยู่ แต่ด้วยวิธีการที่แตกต่างกัน งานวิจัยจำนวนมากยืนยันว่า การประหารชีวิตแต่ละครั้งจะทำให้ฆาตกรรมลดลง ได้แก่ งานวิจัยของ Ehrlich (1975) พบว่า การประหารชีวิตแต่ละครั้งส่งผลช่วยป้องปรามฆาตกรรมประมาณ 1-8 ครั้ง⁸ ซึ่งศึกษาข้อมูลระหว่างปี ค.ศ. 1932-1970 ต่อมาช่วงปี ค.ศ. 1977-1997 มีงานวิจัยของ Mocan and Gittings (2003) พบว่าครั้งลดฆาตกรรมลง 5 ครั้งในขณะเดียวกันการลดโทษ 1 ครั้งการประหารชีวิต 1 เพิ่มฆาตกรรมขึ้น 5 ครั้งเช่นกัน นักนิติเศรษฐศาสตร์ให้ความสำคัญกับประสิทธิภาพ (Efficiency) ของกฎหมายอาญา ซึ่งหมายถึงทั้งประสิทธิภาพของมาตรการป้องปรามอาชญากรรมและมาตรการปราบปรามอาชญากรรมด้วย และยังคงให้คุณค่าของกฎหมายอาญาว่ากฎหมายอาญาต้องสามารถคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคมและมุ่งไปสู่จุดมุ่งหมายให้เกิดสวัสดิการสูงสุดของสังคมส่วนรวม ดังนั้นนักนิติเศรษฐศาสตร์ส่วนใหญ่สนับสนุนให้คงมีโทษประหารชีวิต ซึ่งมีพลังในการป้องปรามอาชญากรรมสูงที่สุดไว้ นอกจากนี้ยังสนับสนุนให้มีการบังคับใช้โทษประหารชีวิตอย่างจริงจังด้วย โดยขอให้มีการบังคับใช้โทษอันทรงพลังนี้อย่างมีประสิทธิภาพเท่านั้น

4.2 โทษจำคุก โทษจำคุกเป็นโทษที่รองลงมาจากโทษประหารชีวิต ซึ่งอาจมีกำหนดระยะเวลาหรือกำหนดตลอดชีวิตก็ได้ซึ่งจะมีผลในการกำจัดหรือกักกันผู้กระทำความผิดจากสังคมอย่างถาวรหรือตามกำหนดเวลาได้เช่นกัน โทษชนิดนี้ถูกมองว่าเป็นเครื่องมือควบคุมอาชญากรรมได้เด็ดขาดเนื่องจากมีผลทั้งป้องปรามและกักกัน แต่อย่างไรก็ดีโทษจำคุกเป็นโทษที่มีต้นทุนสูงที่สุด มีงานวิจัยเชิงประจักษ์โดยทั่วไปชี้ว่า โทษจำคุกส่งผลในการป้องปรามอาชญากรรมโดยทำให้อัตราการเกิดอาชญากรรมลดลง ได้แก่ งานวิจัยของ Marvell and Moody (1994) พบว่าการที่มีผู้ถูกจำคุกเพิ่มขึ้นร้อยละ 10 ทำให้อัตราการเกิดอาชญากรรมลดลง ร้อยละ 1.5⁹ เช่นเดียวกับกับงานวิจัยของ Levitt (1996) พบในทางที่สนับสนุนส่งเสริมกันโดยมีผลการวิจัยว่าผลของการจำคุกต่อระดับการเกิดอาชญากรรมมีขนาดสูงกว่าที่ Marvell and Moody วิจัยไว้มากกว่า 2-3 เท่าและในทางที่ผกผันกันพบว่า การปล่อยนักโทษ 1 คนออกจากคุกจะทำให้เกิดอาชญากรรมเพิ่มขึ้น 15 ครั้ง ต่อปี¹⁰

นักนิติเศรษฐศาสตร์มองว่า โทษจำคุกเป็นโทษที่มีต้นทุนที่สูง ความคุ้มค่าของโทษจำคุกจึงขึ้นอยู่กับผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการจำคุก หากการจำคุกมีผลเชิงป้องปรามสูงจริงและ

⁸ Ehrlich, 1975 "The Deterrent Effect of Capital Punishment" American Economic Review. 65, 397-417

⁹ Marivell, T and C. Moody. 1994 "Prison Population Growth and Crime Reduction" Journal of Quantitative Criminology 10, 109-140

¹⁰ Levitt, S.D. 1996 "The Effect of Prison Population Size on Crime Rates" Quarterly Journal of Economic 111, 319-325

สามารถลดอันตรายต่อสังคมได้มากจริง ซึ่งส่งผลประการหนึ่งต่อการบรรลุสวัสดิการทางสังคมสูงสุด ก็นับว่าคุ้มค่า แต่อย่างไรก็ดีนักนิติเศรษฐศาสตร์ไม่ละเลยที่จะประเมินถึงประสิทธิภาพของโทษจำคุก กับต้นทุนที่สูงในการลงทุนและการบริหารจัดการ นักนิติเศรษฐศาสตร์มองต่อไปว่า ผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการจำคุกจะลดน้อยลงตามจำนวนผู้ถูกจำคุกที่เพิ่มขึ้นเนื่องจากนักโทษถูกลงโทษจำคุก คนหลัง ๆ เช่น คนที่แสน หรือคนที่ล้านจะมีอันตรายน้อยกว่านักโทษที่ถูกจำคุกคนแรก ๆ ดังนั้น หากมีจำนวนนักโทษในระบบโทษจำคุกสูงมากกว่าความสามารถของเรือนจำที่รองรับได้ไปเท่าใดย่อมสะท้อนว่าระดับการจำคุกที่เป็นอยู่เป็นระดับที่เกินเลยกว่าระดับที่เหมาะสมสำหรับสังคม (Socially optimal level) ไปแล้วเท่านั้น นอกจากนี้นักนิติเศรษฐศาสตร์มองว่า ในการลงโทษจำคุกต้นทุนค่าเสียโอกาสได้ตกอยู่ที่ตัวนักโทษและครอบครัวในอุปการะของนักโทษเท่านั้น ยังส่งผลกระทบต่อสังคมที่ต้องเผชิญต้นทุนค่าเสียโอกาสทางเศรษฐกิจด้วย เนื่องจากกำลังแรงงานที่มีศักยภาพในการผลิตถูกกันออกไปจากตลาดแรงงาน เศรษฐกิจจึงเผชิญกับภาวะผลผลิตและรายได้ที่ขาดหายไปตามจำนวนของผู้ต้องโทษ ซึ่งส่งผลกระทบต่ออัตราการเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ นักนิติเศรษฐศาสตร์ยังศึกษาพบว่า นักโทษที่พ้นคุกออกมาแล้วจะมีรายได้ในการทำงานน้อยกว่าผู้ที่กระทำ ความผิดและไม่เคยถูกจำคุกร้อยละ 10-30 ตลอดระยะเวลา 5-8 ปีหลังจากได้รับการปล่อยตัวจากคุก การที่นักโทษพ้นคุกมีรายได้ต่ำกว่าเดิมมากและเป็นระยะเวลาานานดังกล่าวจะทำให้ต้นทุนค่าเสียโอกาสของการก่ออาชญากรรมเมื่อพ้นโทษแล้วต่ำลงด้วย เนื่องจากคนเหล่านั้นไม่มีทางเลือกในชีวิตและไม่สามารถหารายได้ได้มากดังเดิมซึ่งส่งผลให้ผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษมีโอกาสก่ออาชญากรรมซ้ำอีกเพราะต้นทุนคาดคะเนของการประกอบอาชญากรรมอยู่ในระดับต่ำลงในสายตาของเขา

นักนิติเศรษฐศาสตร์เสนอแนวคิดที่ว่าด้วย บทลงโทษจำคุกที่เหมาะสม (Optimal Imprisonment) จะนำไปสู่ระบบการลงโทษที่มีประสิทธิภาพซึ่งแนวความคิดดังกล่าวแยกพิจารณาออกเป็นสองกรณี ดังนี้

4.2.1 กรณีความรับผิดเด็ดขาด ระยะเวลาของโทษจำคุกที่เหมาะสมจะต้องพิจารณาทั้งด้านผลประโยชน์ของการจำคุกที่มีส่วนช่วยให้คนที่มีเหตุผลตัดสินใจเลือกที่จะไม่กระทำความผิดเนื่องจากต้นทุนคาดคะเนจากการถูกลงโทษมากกว่าประโยชน์คาดคะเนที่คาดว่าจะได้รับการก่ออาชญากรรมและจะต้องพิจารณาถึงด้านต้นทุนของการจำคุกและการดูแลรักษาระบบคุกด้วย นอกเหนือจากต้นทุนส่วนตัวที่ตกอยู่กับผู้ถูกจำคุกเท่านั้น การกำหนดระยะเวลาโทษจำคุกที่เหมาะสมจะต้องพิจารณาทั้งด้านผลประโยชน์ส่วนเพิ่มและต้นทุนส่วนเพิ่มเพื่อให้สังคมบรรลุระดับสวัสดิการสังคมสูงสุด ระยะเวลาที่เหมาะสมของการจำคุกคือระดับที่ทำให้ผลประโยชน์ส่วนเพิ่มเท่ากับต้นทุนส่วนเพิ่ม หากตัดสินใจลงโทษจำคุกในระดับที่ต้นทุนส่วนเพิ่มมากกว่าผลประโยชน์ส่วนเพิ่มถือว่าเป็นโทษจำคุกที่มากเกินไป (Over deterrence) ซึ่งสร้างต้นทุนแก่สังคมมากเกินไป In หากตัดสินใจลงโทษจำคุกในระดับที่ผลประโยชน์ส่วนเพิ่มมากกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มถือว่าเป็นโทษจำคุกที่น้อยเกินไป (Under deterrence) การจำคุกมากขึ้นอีกจะทำให้ผลประโยชน์ตกแก่สังคมเพิ่มมากขึ้น ซึ่งควรที่จะทำแต่อย่างไรก็ดี การลงโทษจำคุกตามหลักความรับผิดเด็ดขาดไม่อาจนำพาสังคมบรรลุระดับสวัสดิการ

สูงสุดได้ เนื่องจากผู้กระทำความผิดถูกกำหนดให้ต้องรับผิดชอบและถูกลงโทษโดยไม่คำนึงถึงผลประโยชน์สุทธิของสังคมและการลงโทษจำคุกก่อให้เกิดภาระต้นทุนต่อสังคมจำนวนมาก

4.2.2 กรณีความรับผิดชอบบนฐานความผิด โทษจำคุกเป็นโทษที่มีต้นทุนสูง การลงโทษจำคุกตามหลักความรับผิดชอบบนฐานความผิดเท่านั้นที่จะสามารถนำพาสังคมสู่ระดับสวัสดิการสูงสุดได้ เนื่องจากการจำคุกจะเกิดขึ้นภายใต้เงื่อนไขที่ผลได้จากการกระทำความเสียหายต่ำกว่ามูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการกระทำนั้น

สูตรคำนวณ $g < h$

ผู้สร้างความเสียหายจะถูกลงโทษจำคุกเท่ากับ h ส่วนในกรณีที่ผลประโยชน์จากการกระทำสูงกว่ามูลค่าความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำนั้น หรือ $g > h$ จะไม่ถือว่ามีความผิดและไม่ถูกลงโทษจำคุก ซึ่งไม่สิ้นเปลืองทรัพยากรของสังคม

นักนิติเศรษฐศาสตร์เสนอแนวความคิดเรื่องขนาดของบทลงโทษทางอาญาที่เหมาะสมจะต้องประกอบด้วยค่าปรับที่เหมาะสมบทลงโทษจำคุกที่เหมาะสมและการผสมผสานระหว่างการลงโทษด้วยค่าปรับร่วมกับการจำคุกอย่างเหมาะสมเข้าด้วยกัน

4.2.3 โทษปรับเป็นโทษทางทรัพย์สินชนิดแรกที่รัฐบังคับกับผู้กระทำความผิดโทษปรับมีมา แต่โบราณกาลเรียกว่าการปรับเป็นสินไหมพินัยบางครั้งก็แบ่งให้แก่ผู้เสียหายและเป็นพินัยหลวงตามส่วนต่อมาโทษปรับเป็นการชำระเงินแก่รัฐโดยชำระต่อศาลส่วนสินไหมแยกเป็นค่าเสียหายส่วนแบ่งไป แต่ปัจจุบันยังมีกฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดให้แบ่งค่าปรับกึ่งหนึ่งแก่ผู้เสียหายอยู่ โทษปรับเป็นโทษที่รัฐไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการมาอย่างโทษจำคุกมีประสิทธิภาพในการป้องปรามการกระทำความผิดที่มีมูลเหตุจูงใจอยู่ที่ผลกำไรได้ดียิ่งขึ้นทั้งเป็นโทษที่สามารถแก้ไขได้ เมื่อปรับผิดก็คืนเงินค่าปรับให้ถูกต้องได้ โทษปรับส่งผลเสียในกรณีที่ค่าปรับจำนวนเท่ากันมีค่าแตกต่างกันระหว่างคนที่มีเงินไม่เท่ากัน ทั้งยังส่งผลกระทบต่อคนไปถึงบุคคลภายนอกซึ่งผู้ต้องโทษปรับอุปการะอยู่อีกด้วย ในมุมมองนักนิติเศรษฐศาสตร์มองว่า การลงโทษปรับเป็นโทษที่ไม่แน่นอน เนื่องจากผลเสียของค่าปรับดังกล่าวข้างต้นศาลพยายามวางหลักเกณฑ์การลงโทษปรับให้แน่นอนขึ้นภายในกรอบโทษปรับขั้นต่ำ และขั้นสูงที่กฎหมายกำหนดไม่ว่าหลักเกณฑ์การปรับตามราคาวัตถุแห่งความผิดหลักเกณฑ์การปรับเรียงตามรายตัวบุคคล (ต่อมาพัฒนาเป็นมาตรา 31 ของประมวลกฎหมายอาญาซึ่งกำหนดให้ศาลปรับเรียงตามรายตัวบุคคลหมายความว่าแยกปรับรายตัวมิใช่รวมปรับ) แต่อย่างไรก็ดียังไม่อาจสร้างความแน่นอนให้กับโทษปรับได้ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 20 จึงยังคงบัญญัติว่าบรรดาความผิดที่กฎหมายกำหนดให้ลงโทษทั้งจำคุกและปรับด้วยนั้นถ้าศาลเห็นสมควรจะลง แต่โทษจำคุกก็ได้ ซึ่งหมายความถึงกฎหมายกำหนดให้โทษจำคุกเป็นโทษประธานเสมอโทษปรับมีฐานะเป็นโทษอุปกรณ์เท่านั้น

แต่อย่างไรก็ดีกรณีที่มีกฎหมายอื่นบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้ศาลลงโทษทั้งจำคุกและปรับศาลจะใช้มาตรา 17 นำความในมาตรา 20 ไปใช้ไม่ได้จึงต้องบังคับตามคำว่า “และ” กล่าวคือ ต้องลงโทษทั้งจำคุกและปรับตามที่กฎหมายอื่นนั้นบัญญัติไว้ นักนิติเศรษฐศาสตร์มีแนวความคิดเห็นด้วยกับโทษปรับเนื่องจากเป็นโทษที่มีต้นทุนต่ำกว่าโทษชนิดอื่น แต่ก็ยังเห็นด้วยว่า

โทษจำคุกมีศักยภาพในการป้องปรามอาชญากรรมดีกว่า ซึ่งการถูกลงโทษเพียงการปรับเงินไม่อาจทดแทนได้โดยสมบูรณ์ สำหรับมหาเศรษฐีการถูกลงโทษปรับเงินไม่อาจส่งผลป้องปรามพฤติกรรมกระทำผิดกฎหมายของคนเหล่านี้ได้เพราะมีทรัพย์สินมากเสียจนทำให้คุณค่าของเงินหน่วยหลัง ๆ ลงต่ำลงเรื่อย ๆ จนไม่รู้สึกลาบากจากการถูกลงโทษปรับแนวความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ที่ให้ความสำคัญกับโทษจำคุกไม่ว่าตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 20 หรือทางปฏิบัติในการลงโทษของศาลที่มีแนวโน้มที่จะบังคับโทษแก่ผู้กระทำผิดด้วยมาตรการจำคุกมากกว่าการปรับเสมอทั้งในศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกานั้น มองว่าโทษจำคุกมีศักยภาพหรือประสิทธิภาพสูงกว่าโทษปรับเนื่องจากมนุษย์ทุกคนไม่ว่ารวยหรือจนต่างกลัวการสูญเสียอิสรภาพและความยากลำบากในคุก กระบวนการยุติธรรมที่เป็นธรรมไม่ควรเปิดโอกาสให้ผู้กระทำผิดที่มีฐานะร่ำรวยสามารถซื้ออิสรภาพได้ในทางตรงข้ามกระบวนการยุติธรรมที่เป็นธรรมไม่ควรกำหนดให้ผู้กระทำผิดที่มีฐานะยากจนต้องถูกจำคุก เนื่องจากมีทรัพย์สินไม่เพียงพอจ่ายค่าปรับนักนิติเศรษฐศาสตร์ส่วนใหญ่สนับสนุนให้ทุกฝ่ายให้ความสำคัญกับโทษปรับมากยิ่งขึ้นโดย Polinsky และ Shavel ให้เหตุผลว่า เหตุที่สนับสนุนการลงโทษที่เป็นตัวเงินอย่างค่าปรับมากกว่าการจำคุก เพราะค่าปรับไม่ก่อให้เกิดต้นทุนต่อสังคมการลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงินเช่น การจำคุกควรมีสถานะเพียงการป้องปรามเสริมหลังจากการใช้ค่าปรับอย่างเต็มที่ที่สุดแล้วเท่านั้น ส่วนนักนิติเศรษฐศาสตร์อีกท่าน ได้แก่ Becker เสนอว่าระบบการลงโทษที่พึงปรารถนาของสังคมคือ ระบบการลงโทษที่มีประสิทธิภาพหมายถึง การกำหนดค่าปรับในระดับสูงที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้และถ้าหากจำเป็นต้องลงโทษจำคุกก็ต้องกำหนดโทษจำคุกที่สูงที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ด้วยเช่นกันเนื่องจากโอกาสในการจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้มีความน่าจะเป็นในระดับค่อนข้างต่ำในทุกสังคม

จากการศึกษาดำรงทางนิติเศรษฐศาสตร์พบว่านักนิติเศรษฐศาสตร์นำเสนอแนวคิดด้วย ค่าปรับที่เหมาะสม (Optimal fines) ซึ่งเห็นว่า เป็นแนวความคิดที่เหมาะสมที่จะกำหนดระบบการลงโทษที่มีประสิทธิภาพ โดยยกตัวอย่างไว้สองกรณีในการเปรียบเทียบ ดังนี้

1. กรณีความรับผิดเด็ดขาด นักนิติเศรษฐศาสตร์มีแนวความคิดว่าในเมื่อผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบในผลเสียหายจากการกระทำความผิดอาญาของตนอย่างเด็ดขาด โดยไม่มีเงื่อนไขเสมือนหนึ่งว่าเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตนเองการกำหนดค่าปรับที่เหมาะสม สำหรับลงโทษผู้กระทำความผิดคือค่าปรับในระดับที่มีมูลค่าเท่ากับค่าความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดก่อขึ้นนับรวมทั้งมูลค่าที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน แต่ทั้งนี้จะต้องไม่มากไปกว่ามูลค่าของสินทรัพย์หรือความมั่นคงของผู้กระทำความผิดที่มีอยู่

$$\text{สูตรคำนวณ } f = h < w$$

โดยที่ f = ค่าปรับที่เหมาะสม

h = มูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้น

w = มูลค่าสินทรัพย์ของผู้กระทำผิด

ตัวอย่าง ผู้ต้องหาเมาแล้วขับรถชนผู้อื่นถึงแก่ความตายและทรัพย์สินผู้อื่นเสียหาย เช่นนี้ ค่าปรับที่เหมาะสมควรเท่ากับมูลค่าความเสียหายทั้งหมดที่ผู้กระทำผิด

ก่อกำแพง ได้แก่ ค่าสูญเสียชีวิต ค่าทรัพย์สินที่เสียหาย ค่ารักษาพยาบาล ค่าปลงศพรวม 2,000,000 บาท ค่าปรับที่เหมาะสม (f) จะมีมูลค่าเท่ากับ 2,000,000 บาท (h) หากค่าปรับต่ำกว่า 2,000,000 บาทจะเกิดการป้องปรามการกระทำผิดน้อยเกินไปหากค่าปรับสูงกว่า 2,000,000 บาทจะเกิดการป้องปรามมากเกินไป หากทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด (w) มีน้อยกว่า 2,000,000 บาท ผู้กระทำความผิดต้องถูกลงโทษจำคุกเพิ่มเติมในสัดส่วนที่เสมือนเป็นการชดเชยเงินค่าปรับในส่วนที่ตนไม่มีความสามารถที่จะจ่ายได้

2. กรณีมีความรับผิดตามฐานความผิด

นักนิติเศรษฐศาสตร์มีแนวความคิดในกรณีนี้ว่า ผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ตนก่อขึ้นเสมอไป จะต้องรับผิดตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น เงื่อนไขหนึ่งที่ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับผิดแม้จะเกิดความเสียหาย คือกรณีที่มูลค่าของผลประโยชน์คาดหวังจากการกระทำหนึ่งสูงกว่าต้นทุนคาดคะเนหรืออันตรายที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น

ค่าปรับที่เหมาะสมสำหรับลงโทษผู้กระทำความผิดในกรณีนี้ คือ ค่าปรับที่สะท้อนมูลค่าความเสียหายทั้งหมดที่เกิดขึ้น

$$\text{สูตรคำนวณ } f = g = h$$

โดยที่ f = ค่าปรับที่เหมาะสม

h = มูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้น

g = ระดับผลได้ที่เท่ากับระดับความเสียหายที่คาดว่าจะเกิดขึ้น

ซึ่งเป็นระดับผลได้ที่ขั้นต่ำที่ทำให้ไม่ต้องรับผิดตามกฎหมายไปตัวอย่างหากมูลค่าของความเสียหายคาดคะเนจากการกระทำหนึ่งมีมูลค่า 10,000 บาท ในขณะที่มูลค่าของผลประโยชน์คาดหวังจากการกระทำนั้นมีมูลค่า 6,000 บาท การกระทำดังกล่าวไม่ใช่การกระทำที่พึงปรารถนา และผู้กระทำถือว่ามีความผิดภายใต้หลักความรับผิดตามฐานความผิดบทลงโทษอันเป็นค่าปรับที่เหมาะสมต้องเท่ากับมูลค่าของอันตรายที่คาดว่าจะเกิดขึ้นคือ 10,000 บาทหากค่าปรับอยู่ในระดับต่ำกว่ามูลค่าของผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้ (6,000 บาท) ก็คุ้มที่จะกระทำความผิดหากมูลค่าผลได้คาดหวังจากการกระทำมีความเสียหายมีมูลค่าสูงถึง 15,000 บาทซึ่งมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นมูลค่า 10,000 บาทในกรณีนี้จะถือว่าผู้กระทำไม่มีความผิดตามหลักความรับผิดบนฐานความผิดซึ่งเขาจะกระทำและไม่ต้องรับภาระค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำมูลค่า 10,000 บาท แต่อย่างไร

แนวความคิดที่นักนิติเศรษฐศาสตร์นำเสนอเรื่องค่าปรับที่เหมาะสม (optimal fines) นั้นยังมีความสัมพันธ์กับโอกาสในการจับกุมผู้กระทำความผิดอีกด้วย นักนิติเศรษฐศาสตร์สมมุติให้ปัจจัยด้านระดับการป้องปรามอาชญากรรมคงที่โดยมีมูลค่าของค่าปรับตามคะแนนเท่ากับ 1,000 บาทมูลค่าค่าปรับคาดคะเนดังกล่าวอาจมีที่มาจากหลายกรณี ได้แก่

กรณีที่ 1 ผู้กระทำความผิดถูกจับกุมดำเนินคดีทุกครั้งที่เกิดการกระทำความผิดค่าปรับที่เหมาะสมที่จะต้องเสียเท่ากับ 1,000 บาทโดยมีโอกาหรือความน่าจะเป็นในการถูกจับกุมเท่ากับ 1

กรณีที่ 2 ผู้กระทำความผิด 10 ครั้งจะถูกจับกุมดำเนินคดี 1 ครั้งค่าปรับที่เหมาะสมที่จะต้องเสียเท่ากับ 10,000 บาทโดยมีโอกาหรือความน่าจะเป็นในการถูกจับกุมเท่ากับ 0.1

กรณีที่ 3 ผู้กระทำความผิดจะถูกจับกุมได้เพียง 1 ครั้งจากการกระทำความผิดถึง 1,000 ครั้งค่าปรับที่เหมาะสมที่จะต้องเสียเท่ากับ 1,000,000 บาทโดยมีโอกาสหรือความน่าจะเป็นในการถูกจับกุมเท่ากับ 0.001 เท่านั้น

ทั้งสามกรณีข้างต้น หากผู้กระทำความผิดมีลักษณะเป็นกลางต่อความเสี่ยงจะไม่มีความรู้สึกแตกต่างกันทั้งสามกรณีกล่าวคือแม้อัตราค่าปรับและโอกาสในการถูกจับกุมจะแตกต่างกัน แต่ก็ให้มูลค่าของค่าปรับคาดคะเนเท่ากันซึ่งส่งผลต่อการป้องปรามอาชญากรรมได้เท่ากัน ค่าปรับที่เหมาะสมเมื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์กับโอกาสในการจับกุมผู้กระทำความผิดจะมีค่าเท่ากับมูลค่าความเสียหายหารด้วยโอกาสในการจับกุม

$$\text{สูตรคำนวณ} \quad f = h \div p \quad \text{หรือ} \quad f \times p = h$$

f = ค่าปรับที่เหมาะสม

h = มูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้น

p = โอกาสที่จะถูกจับกุม

ขนาดของค่าปรับที่เหมาะสม (f) และความน่าจะเป็นในการจับกุม (p) จึงเป็นอัตราส่วนที่แปรผกผันกัน

การกำหนดค่าปรับหรือบทลงโทษที่เหมาะสมจะต้องผสมผสานระหว่างขนาดของค่าปรับและโอกาสในการจับกุมคนผิดมาลงโทษอย่างลงตัว หากโอกาสจับตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษมีน้อยค่าปรับต้องสูงขึ้นเพื่อป้องปราม หรือขู่ไม่ให้คนกล้ากระทำความผิด แต่ถ้ากฎหมายกำหนดค่าปรับไว้ในระดับต่ำกระบวนกรยุติธรรมจะเกิดภาระที่จะต้องสร้างโอกาสในการจับคนผิดมาลงโทษให้ได้สูง มิฉะนั้นกฎหมายจะมีผลในการป้องปรามอาชญากรรมได้น้อย หรือด้อยประสิทธิภาพ โอกาสในการถูกจับกุม (p) สามารถเปลี่ยนแปลงได้จากการเพิ่มต้นทุนรัฐ เช่น การจ้างตำรวจเพิ่ม หรือสร้างระบบสืบสวนจับกุมที่ดีขึ้นกระบวนกรยุติธรรมที่ดีต้องเพิ่มโอกาสในการจับกุมผู้กระทำความผิดให้สูงที่สุดจึงจะเป็นกระบวนกรยุติธรรมที่มีประสิทธิภาพ

จากตัวอย่างในสามกรณีดังกล่าวข้างต้นบุคคลทั่วไปในสังคมซึ่งมักจะไม่เป็นกลางต่อความเสี่ยง แต่จะเป็นผู้ที่ไม่ชอบความเสี่ยง หรือหลีกเลี่ยงความเสี่ยงบุคคลทั่วไปในสังคม จึงรู้สึกแตกต่างในสามกรณีที่กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยจะให้ความสำคัญกับขนาดของค่าปรับมากกว่าไม่ว่าโอกาสในการถูกจับกุมจะมีมากน้อยเพียงใดแม้การถูกปรับ 1,000,000 บาทจะมีโอกาสเพียงน้อยนิด แต่ก็ไม่กล้าเสี่ยงที่จะกระทำความผิดเพราะกลัวค่าปรับที่แพงลิบลွผลในการป้องปรามของทั้งสามกรณิดังกล่าวข้างต้น ซึ่งต่างก็ให้มูลค่าของค่าปรับคาดคะเนเท่ากันกลับไม่เท่ากันโดยกรณีที่มีค่าปรับอยู่ในระดับสูงที่สุดจะส่งผลต่อการป้องปรามอาชญากรรมมากที่สุด

นักนิติเศรษฐศาสตร์ศึกษาละเอียดลงไปอีกโดยวิเคราะห์ต้นทุนของรัฐในการเพิ่มขนาดของบทลงโทษและเพิ่มโอกาสในการจับกุมคนร้าย ซึ่งพบว่า การเพิ่มค่าปรับไม่ก่อให้เกิดต้นทุนต่อสังคมมากนักในขณะที่การเพิ่มโอกาสในการจับกุมผู้กระทำความผิดนั้น มีต้นทุนต่อสังคมที่สูงกว่ามาก และยังไม่ว่าต้นทุนส่วนที่เกิดขึ้นจากการเพิ่มความน่าจะเป็นในการจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษจะคุ้มค่ากับผลประโยชน์ส่วนเพิ่มหรือไม่ ดังนั้นนักนิติเศรษฐศาสตร์ทั้ง Becker และ Polinsky and

Shavell ต่างมีความเห็นพ้องกันว่าระบบการลงโทษที่พึงปรารถนาของสังคมคือการกำหนดค่าปรับในระดับสูงที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้เพื่อใช้บทลงโทษเป็นเครื่องมือในการป้องปรามการกระทำความผิดแทนที่จะมุ่งเน้นการลงทุนใช้จ่ายด้านการบังคับใช้กฎหมายเพื่อเพิ่มโอกาสในการจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษเนื่องจากวิธีแรกช่วยประหยัดทรัพยากรในการบังคับใช้กฎหมายและสร้างต้นทุนต่อสังคมไม่มากเท่ากับวิธีหลัง

จากการศึกษาถึงโทษปรับตามที่กฎหมายกำหนดตามความเป็นจริงตามที่กล่าวในข้อ 3.5 แม้จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้งยังเห็นได้ว่าค่าปรับตามประมวลกฎหมายอาญายังไม่สอดคล้องกับแนวคิดทฤษฎีที่ว่าค่าปรับต้องสะท้อนมูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากการกระทำความผิดนอกจากนี้ยังมีลักษณะที่เป็นค่าปรับที่ต่ำมากเมื่อเทียบกับสินทรัพย์ของผู้กระทำความผิด ดังนั้น เมื่อนำแนวความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์มาศึกษาแล้วภาครัฐควรสังคายนาโทษปรับเสียใหม่โดยปรับขึ้นค่าปรับให้สูงขึ้นเป็นเท่าทวี ซึ่งจะช่วยลดต้นทุนและประหยัดทรัพยากรในการบังคับใช้กฎหมายลงได้มากในขณะที่ยังสามารถรักษาระดับการป้องปรามการกระทำความผิดได้เท่ากับหรือดีขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน มาตรการทางกฎหมายในการขยายขนาดของโทษปรับที่สมควรกล่าวถึงเป็นพิเศษ ได้แก่ โทษตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ ซึ่งได้มีการแก้ไขอัตราโทษปรับให้สูงขึ้นกว่าเดิมเพื่อตัดแรงจูงใจในการกระทำความผิดจะเป็นการแก้ไขให้สอดคล้องกับหลักการกำหนดโทษปรับที่เหมาะสม (Optimal fines) หรือไม่จะได้พิจารณาในข้อ 3.6 ต่อไป มาตรการต่อมาที่เป็นมาตรการลงโทษในทางทรัพย์สินตามกฎหมายยาเสพติด ได้แก่ มาตรการยึดทรัพย์สินที่เป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษ มาตรการทั้งสองปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 ม. 19, 26, 27, 30 และพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 ม. 65, 66, 76/1 ซึ่งกำหนดโทษปรับอย่างสูงสำหรับกรณียาเสพติดให้โทษประเภทที่ 1 ถึงสามแสนบาท (ม. 66 2. แรก) และสี่แสนบาทถึงห้าแสนบาท (วรรคสอง) และหนึ่งล้านบาทถึงห้าล้านบาท (วรรคสาม) นอกเหนือจากโทษประหารชีวิตและจำคุกตลอดชีวิต

สำหรับผู้ค้ายาเสพติดให้โทษประเภทที่ 5 ยังคงมีโทษปรับในอัตราสี่หมื่นบาทถึงสองแสนบาท (ม. 76/1 วรรคแรก) และสองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท (วรรคสอง) การกำหนดโทษปรับดังกล่าวมีบทบัญญัติตามม. 66 วรรคสองนั่นเองใช้คำว่า “ และ ” ซึ่งหมายถึงให้ลงโทษปรับด้วยเสมอและมีบทบัญญัติตาม ม. 100/1 เน้นย้ำอีกว่าในกรณีที่มีโทษทั้งจำคุกและปรับให้ศาลลงโทษจำคุกและปรับด้วยเสมอโดยคำนึงถึงการลงโทษในทางทรัพย์สินเพื่อป้องปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษ เพื่อให้การบังคับคดีโทษปรับในอัตราอย่างสูงดังกล่าวมีผลบังคับประธานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดแห่งชาติได้ออกระเบียบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดว่าด้วยแนวทางการประสานงานคดียาเสพติด พ.ศ. 2553 ข้อ 22 กำหนดให้พนักงานอัยการร้องขอให้ศาลออกหมายบังคับคดีเพื่อแต่งตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของจำเลยโดยถือว่าสำนักงานป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับ

ยาเสพติดเป็นเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา การบังคับคดีโทษปรับในคดียาเสพติดเกิดปัญหาอย่างไรและมีแนวทางแก้ไขอย่างไรจะได้พิจารณาในข้อ 3.6 ต่อไป

3. โทษริบทรัพย์เป็นโทษที่มีมาแต่โบราณกาล ซึ่งในครั้งนั้นมีลักษณะเป็นโทษทัณฑ์เรียกว่า รับราชบาท ซึ่งหมายถึง ริบทรัพย์สินทั้งหมดของผู้กระทำความผิดเอาเป็นของรัฐทั้งสิ้น แต่มีลักษณะเป็นผลร้ายต่อครอบครัวของผู้ต้องโทษมากเกินไปจึงถูกยกเลิกและเปลี่ยนมาเป็นการริบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่เกี่ยวข้องกับความผิดเท่านั้น

การริบทรัพย์สินมีทั้งริบทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด มิให้ผู้กระทำความผิดได้รับผลจากการกระทำความผิดของตน ซึ่งมีลักษณะเป็นการลงโทษ และมีทั้งริบทรัพย์สินที่บุคคลมีไว้เพื่อใช้หรือได้ใช้ในการกระทำความผิด ซึ่งมีลักษณะคล้ายวิธีการเพื่อความปลอดภัย เพราะยังไม่มีมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นก็ได้ มุมมองของนักนิติเศรษฐศาสตร์ให้ความสำคัญกับการลงโทษในเชิงทรัพย์สินเสมอและมองว่าโทษที่ผู้กระทำความผิดพึงจะต้องได้รับจะต้องสะท้อนมูลค่าความเสียหายที่แท้จริงที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิด โดยนำไปเปรียบเทียบกับสินทรัพย์ทั้งหมดของผู้ที่กระทำความผิดอีกด้วย ดังนั้นนักนิติเศรษฐศาสตร์จึงมีความเห็นว่า ควรมีการบังคับใช้โทษริบทรัพย์ให้เป็นการแพร่หลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีการริบทรัพย์ที่ได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดโดยตรง หากแต่เป็นทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด เนื่องจากเป็นการตัดแรงจูงใจในการกระทำความผิด ซึ่งส่วนใหญ่เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเช่นกรณีตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ เมื่อมีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษเกิดขึ้นซึ่งแน่นอนว่าย่อมเป็นความผิดอาญาด้วยเสมอ กฎหมายมีแนวทางลงโทษริบทรัพย์และวิธีดำเนินการ ดังนี้

3.1 การลงโทษริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา ม. 32 และ ม. 33 สามารถบังคับริบทรัพย์สินที่เป็นทรัพย์สินที่มีไว้เป็นความผิด และทรัพย์สินที่ได้ใช้และมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดได้ ได้แก่ ยาเสพติดให้โทษเงินที่ได้มาจากการจำหน่ายยาเสพติดให้โทษในคดีนั้นโดยตรง ซึ่งมีวิธีการขอไปในคำขอท้ายฟ้องในคดีอาญาซึ่งริบทรัพย์ได้เฉพาะที่ถูกยึดเป็นของกลางเท่านั้นและผลการริบทรัพย์ตกไปเป็นของแผ่นดิน

3.2 การลงโทษริบทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ บทบัญญัติตาม พ.ร.บ.ยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ม. 102 บัญญัติว่าบรรดา ยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ประเภท 2 ประเภท 4 หรือประเภท 5 เครื่องมือเครื่องใช้ยานพาหนะหรือวัตถุอื่นซึ่งบุคคลได้ใช้ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษอันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ให้ริบเสียทั้งสิ้น วิธีดำเนินการขอไปในคำขอท้ายฟ้องคดีอาญาอ้างถึงบทบัญญัตินี้ซึ่งสามารถริบทรัพย์ได้เฉพาะที่ถูกยึดเป็นของกลางในคดีและผลการริบทำให้ทรัพย์สินตกไปเป็นของแผ่นดิน

3.3 การลงโทษริบทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 (มาตรการทั่วไป) ตามบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว ม.30 บัญญัติว่า บรรดาเครื่องมือเครื่องใช้ยานพาหนะเครื่องจักรกลหรือทรัพย์สินอื่นใดที่ใช้ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรือใช้เป็นอุปกรณ์ให้ได้รับผลในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้รับเสียทั้งสิ้น ไม่ว่าจะมิผู้ถูกลงโทษตามคำพิพากษาหรือไม่ก็ตาม มีวิธีดำเนินการขอไปในคำขอท้ายฟ้องในคดีอาญากับอ้างถึงบทบัญญัตินี้ในบทมาตราขอให้ลงโทษ แต่สามารถรับทรัพย์สินได้เฉพาะที่ถูกยึดเป็นของกลางในคดีเท่านั้นผลการรับทรัพย์สินทำให้ทรัพย์สินตกเป็นของกองทุนป้องกันและปราบปรามยาเสพติด

3.4. การลงโทษรับทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2534 (มาตรการพิเศษ) บทบัญญัติตามกฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจขยายกว้างขวางกว่าตามประมวลกฎหมายอาญาโดยให้อำนาจที่สามารถบังคับรับทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติดในกรณีดังต่อไปนี้

ตามมาตรา 22 ยึดอายัดทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดของผู้ต้องหาซึ่งรวมถึงหนี้ที่บุคคลภายนอกค้างชำระ ทรัพย์สินที่เปลี่ยนแปลงไป สิทธิเรียกร้องผลประโยชน์และดอกผลของทรัพย์สินดังกล่าวรวมถึงทรัพย์สินที่ขาย จำหน่าย โอน หรือยกย้ายไปเสียในระหว่างระยะเวลาสิบปีก่อนมีคำสั่งยึด หรืออายัด และภายหลังจากนั้น เว้นแต่ ผู้รับโอนหรือผู้รับประโยชน์จะพิสูจน์ต่อคณะกรรมการได้ว่าการโอน หรือการกระทำนั้นได้กระทำไปโดยสุจริตและมีค่าตอบแทน วิธีการดำเนินการยื่นคำร้องขอให้ศาลสั่งไต่สวนและสั่งรับทรัพย์สินตามคำสั่งคณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สินพร้อมคำฟ้องบังคับรับทรัพย์สินที่ถูกยึดขณะจับกุมและขยายผลตามพระราชบัญญัตินี้ผลการรับทรัพย์สินทำให้ทรัพย์สินตกเป็นของกองทุนป้องกันและปราบปรามยาเสพติด

ตามมาตรา 27 ยึดอายัดทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่พบหรือตรวจสอบปรากฏว่ามีเพิ่มว่ามีเพิ่มเติมขึ้นอีก เว้นแต่บุคคลที่อ้างว่าเป็นเจ้าของทรัพย์สินได้ยื่นคำร้องขอคืนก่อนคดีถึงที่สุดและแสดงให้เห็นได้ว่า ตนเป็นเจ้าของที่แท้จริงและทรัพย์สินนั้นไม่ได้เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดหรือตนเป็นผู้รับโอนหรือผู้รับประโยชน์และได้ทรัพย์สินมาโดยสุจริตและมีค่าตอบแทนหรือได้มาตามสมควรในทางศีลธรรมอันดีหรือในทางกุศลสาธารณะ

วิธีการดำเนินการยื่นคำร้องขอให้ศาลสั่งไต่สวนและสั่งรับทรัพย์สินภายในปีหนึ่งนับแต่วันที่ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาเว้นแต่จะมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ยกฟ้อง ผลการรับทรัพย์สินทำให้ทรัพย์สินตกเป็นของกองทุนป้องกันและปราบปรามยาเสพติด

3.5 โทษอุปกรรมหรือโทษผนวกอย่างอื่น ในคดีอาญาส่วนใหญ่มักเป็นคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา ซึ่งผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกร้องทรัพย์สินหรือราคาที่สูงสูญหายไป เนื่องจากการกระทำผิดคืน พนักงานอัยการจะต้องร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้คืนหรือใช้ราคาทรัพย์สินแทนผู้เสียหาย (ป.วิอาญา. 43) บางครั้งคำขอบังคับทางแพ่งเป็นมาตรการหรือวิธีการบังคับอย่างอื่นเพิ่มเติมโทษอาญาให้ศาลพิพากษาคดีอาญากำหนดเพิ่มเติมแก่ผู้กระทำความผิดอีกได้ เช่น ยึดทำลายวัตถุที่มีข้อความหมิ่นประมาท ชำระค่าโฆษณาคำพิพากษา (ป.อาญา ม.332) ให้ระงับเหตุร้ายอาญา (พ.ร.บ.สาธารณสุข 2484) รื้อถอนสิ่งปลูกสร้างต่าง ๆ หรือให้ จำกัด สิทธิเช่นเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งเหล่านี้ทางทฤษฎีถือเป็นโทษอุปกรรมอย่างหนึ่ง

เมื่อถือเป็นโทษอุปกรณ์และตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 50 ได้กำหนดให้ถือว่า ผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 43 เป็น เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาและมาตรา 44 วรรคท้ายบัญญัติว่า คำพิพากษาในส่วนเรียกทรัพย์สินหรือ ราคารวมเป็นส่วนหนึ่งแห่งคำพิพากษาในคดีอาญาซึ่งมีบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา มาตรา 245 บัญญัติรับอีกชั้นหนึ่งว่า เมื่อคดีถึงที่สุดแล้วให้บังคับคดีโดยไม่ชักช้า ปัญหาตามมาคือผู้มีอำนาจบังคับคดีตามคำพิพากษาในคดีอาญาในกรณีที่เป็นการลงโทษในทาง ทรัพย์สินคือใครเพราะอยู่นอกเหนือจากตามที่พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 ซึ่งเป็นปัญหา สำคัญประการหนึ่งของงานวิจัยฉบับนี้ซึ่งจะพิจารณาในข้อ 3.6 ต่อไป

3.5 นิติเศรษฐศาสตร์กับการกำหนดโทษอาญาตามนโยบายของรัฐ นักนิติศาสตร์ มองกฎหมายเป็นเครื่องมือในการผดุงความยุติธรรมของสังคม โดยเป็นสิ่งกำหนดกติกาว่าด้วยการอยู่ ร่วมกันในสังคมอย่างสงบสุขนโยบายของรัฐจะสร้างกลไกในการปกป้องสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ยุติข้อขัดแย้งกันอย่างสันติและเป็นธรรมและลงโทษผู้กระทำความผิดให้สาสมกับความผิดที่ก่อขึ้น เพื่อคืนความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหายและสังคม

นักเศรษฐศาสตร์จะตระหนักถึงความจำกัดของทรัพยากรโดยมองว่าโลกมี ทรัพยากรอยู่อย่างจำกัด เมื่อเทียบกับความต้องการใช้ทรัพยากรจึงต้องเลือกหรือจัดสรรทรัพยากรที่มี อยู่ จำกัด อย่างไรให้คุ้มค่าที่สุด การตัดสินใจเลือกทางเศรษฐกิจแต่ละครั้งย่อมมีต้นทุนเสมอ ได้แก่ ต้นทุนค่าเสียโอกาส (Opportunity cost) หรือมูลค่าสูงสุดที่เป็นไปได้ของสิ่งที่ดีที่สุดรองลงมา ซึ่งเรา ไม่ได้เลือก (Next best alternatives) ดังนั้นการที่รัฐเลือกดำเนินนโยบายอย่างใดจึงไม่ควรอยู่บน ฐานของการประเมินเฉพาะผลประโยชน์ (Benefit) แต่ควรอยู่บนฐานของการประเมินจาก ผลประโยชน์สุทธิ (Net benefit) ซึ่งหักต้นทุน (Cost) ออกเสียก่อนจึงจะเป็นนโยบายที่ให้ผล ประโยชน์สุทธิสูงสุดต่อสังคมอันเป็นเป้าหมายของนักนิติเศรษฐศาสตร์ มุมมองของนักนิติเศรษฐศาสตร์ ต่อนโยบายของรัฐ จะมองเชิงเปรียบเทียบโดยคำนึงถึงต้นทุนการเสียโอกาสเสมอ เช่น หากรัฐต้องการ ทำสงครามกับยาเสพติด จะต้องจ้างตำรวจมากขึ้นซื้ออุปกรณ์สืบสวนสอบสวนมากขึ้น แม้การลงทุน ดังกล่าวจะทำให้ปราบปรามยาเสพติดได้มากขึ้นอันเป็นประโยชน์ต่อสังคม แต่มองเปรียบเทียบ อีกด้านหนึ่งพบว่า มีต้นทุนเกิดขึ้นแก่สังคมเช่นกัน ต้นทุนนี้ยังรวมถึงต้นทุนค่าเสียโอกาสในการนำ งบประมาณเดียวกันไปทำกิจกรรมอื่นที่มีประโยชน์ต่อสังคมเช่นกัน รัฐหรือผู้กำหนดนโยบายจะต้อง ตัดสินในการเลือกว่าจะใช้งบประมาณที่มีจำกัด ในแต่ละปีอย่างไรให้คุ้มค่าที่สุด และสมาชิกของสังคม ได้รับความพึงพอใจหรือสวัสดิการสูงสุด

นักนิติเศรษฐศาสตร์มองว่าเป็น นโยบายของรัฐเช่นกันที่จะออกแบบกฎหมายที่พึง ประารถนาได้ เช่น หากรัฐต้องการลดการทุจริตคอร์รัปชัน ต้องออกแบบกฎหมายโดยใช้หลักคิดทาง เศรษฐศาสตร์คือ ต้องเพิ่มต้นทุนของการคอร์รัปชันให้สูงขึ้นเช่นเพิ่มบทลงโทษกำหนดไม่ให้มีอายุ ความจ้าง ปปช. มากขึ้น ทั้งนี้เพื่อให้มนุษย์ซึ่งเป็นสัตว์เศรษฐกิจและมีเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์เลือก ที่จะไม่โกงเพราะไม่คุ้มค่า การกำหนดโทษอาญาโดยรัฐเป็นนโยบายของรัฐประการหนึ่งที่จะเพิ่ม ต้นทุนของการกระทำความผิดต่อกฎหมายได้ง่ายเพียงแค่เพิ่มโทษและบทลงโทษเท่านั้นจะเห็นได้ว่า

เมื่อต้องการทำสงครามกับยาเสพติดรัฐได้แก้ไขพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษโดยกำหนดโทษปรับให้สูงขึ้นล่าช้าและหลายล่าช้า รวมทั้งกำหนดมาตรการริบทรัพย์เพิ่มขึ้นหลายกรณี เพื่อให้ตัดแรงจูงใจในการกระทำความผิด โทษตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้มีการแก้ไขมาหลายครั้งตามนโยบายของรัฐเช่นกันตั้งแต่ประกาศใช้เป็นครั้งแรกเมื่อ 15 พฤศจิกายน 2499 จนถึงปัจจุบันเป็นเวลาเกือบหกสิบปีได้มีการแก้ไขเรื่องโทษมาแล้วหลายครั้งแม้ว่านักเศรษฐศาสตร์บางคน¹¹ จะมองว่าโทษปรับตามกฎหมายไทยอยู่ในระดับที่ต่ำกว่าระดับที่เหมาะสมก็ตาม แต่หลักการทางนิติเศรษฐศาสตร์ยังมีข้อจำกัดอยู่มากตามที่กล่าวในข้อ 2.3 และมุมมองทางนิติบัญญัติคงมีศาสตร์อื่นเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยนอกเหนือจากเศรษฐศาสตร์จึงจะต้องศึกษาวิจัยเรื่องนี้ด้วยความระมัดระวัง

จากการศึกษาบทกำหนดโทษตามประมวลกฎหมายอาญาเมื่อเปรียบเทียบกับบทกำหนดโทษที่เหมาะสมตามแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ตามข้อ 3.4 แล้วจะพบว่า บทกำหนดโทษปรับตามประมวลกฎหมายอาญานั้นยังอยู่ในอัตราที่ต่ำมาก เมื่อสะท้อนภาพถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือแม้แต่ค่าเฉลี่ยของความเสียหายที่เกิดขึ้น

เมื่อเปรียบเทียบอัตราโทษจำคุกตามประมวลกฎหมายอาญาแต่ละมาตรากับโทษปรับที่แต่ละมาตราได้กำหนด เมื่อยังไม่แก้กฎหมายจะเห็นว่าอยู่ในอัตราโทษจำคุก 1 ปีต่อโทษปรับสองพันบาทเสมอ หรือที่เรียกง่าย ๆ ว่า “ปีละสองพัน” ซึ่งน่าสงสัยว่ามีที่มาอย่างไรสภาพนิติบัญญัติใช้หลักเกณฑ์ใดเป็นตัวกำหนด

จากการศึกษาถึงการแก้ไขโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2499 จนถึงปัจจุบันขอแบ่งเป็น 2 ช่วงระยะเวลา ดังต่อไปนี้

ช่วงแรก ตั้งแต่ปี พ.ศ.2500- พ.ศ.2525 ในช่วงแรกนี้การแก้ไขยังใช้หลักการ เปรียบเทียบโทษจำคุกกับโทษปรับได้ “ปีละสองพัน” เป็นการแก้ ม.136 (พ.ศ.2519) ม.138 (พ.ศ.2519) ม.140 (พ.ศ. 2514) ม.190 (พ.ศ. 2514) ม.191 (พ.ศ.2514) ม.198 (พ.ศ. 2519) ม.206 (พ.ศ. 2519) ม.271 (พ.ศ. 2522) ม.335 (พ.ศ. 2525) ม.335

¹¹ ดร. สมเกียรติตั้งกิจวานิชย์และคณะ, งานวิจัยเรื่องนิติเศรษฐศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย, สถาบันวิจัยเพื่อพัฒนาประเทศไทย, พ.ศ. 2554

บทที่ 3

ปัญหาในการดำเนินคดีกับอาชญากรเศรษฐกิจ

ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดบทกำหนดโทษ

1. กรอบกำหนดโทษทางอาญาของไทยอดีต-ปัจจุบัน

โทษเป็นวิธีการบังคับ (Sanction) ที่รัฐใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดโดยองค์กรตุลาการและโดยอำนาจตุลาการ (ฎ.117/2508) โทษจะต้องเป็นไปตามกฎหมาย¹และใช้แก่บุคคลโดยเสมอภาค² มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวบุคคล³ โทษแบ่งแยกออกได้เป็น 3 ชนิด ได้แก่ โทษประธาน (Principle) โทษอุปกรณ์ (Accessories) และโทษผนวก (Complement Aries)

โทษประธาน หมายถึง โทษหลักที่ศาลต้องลงแก่ผู้กระทำความผิดตามกฎหมายหรือโทษที่สำเร็จได้ด้วยตัวเองโดยไม่ต้องไปเป็นบทลงโทษประกอบกับโทษชนิดอื่น ซึ่งกฎหมายจะใช้คำว่า “และปรับตั้งแต่” หมายถึง ไม่ลงโทษประชาชนไม่ได้

โทษอุปกรณ์ หมายถึง โทษที่ต้องลงติดตามโทษประธานไปโดยผลของกฎหมาย ซึ่งกฎหมายจะใช้คำว่า “หรือปรับตั้งแต่” หมายถึง เลือกลงโทษได้

โทษผนวก หมายถึง โทษเพิ่มเติมที่ศาลอาจแก่ผู้กระทำความผิดอีกได้ตามที่กฎหมายบัญญัติ

ในสมัยกรุงศรีอยุธยาและรัตนโกสินทร์ซึ่งใช้กฎหมายตราสามดวงลักษณะอาญาหลวงมีกรอบการกำหนดโทษ 10 สถาน ตั้งแต่ ฟืนคอ ธิบเรื้อน ธิบราชบาท เอาลูกเมียเข้าคนที่ระบาท ธิบพิลิ่งของเอาเข้าท้องพระคลังเงินสิ้น

ลักษณะกระบดศึกมีโทษ 21 สถานและ 11 สถานเป็นอุกฤษฐมหันคมะนิมลโทษ

เมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาจนถึงปัจจุบัน โทษคดีมีเพียง 5 สถานตามประมวลกฎหมายอาญา ม.18 กำหนดไว้ ได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน เท่านั้น มาตรการลงโทษอื่นใดนอกจากนี้ไม่นับเป็นโทษทางอาญาทั้งสิ้น ไม่ว่าจะมาตรการลงโทษทางแพ่ง มาตรการในเรื่องวิธีการเพื่อความปลอดภัยต่างๆ

2. ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดบทกำหนดโทษ

2.1 บทกำหนดโทษที่ใช้มีลักษณะถูกกำหนดอยู่ในระดับต่ำเกินกว่าระดับที่เหมาะสมที่สุด (Optimal level) ไม่ปรับตามภาวะเงินเฟ้อ (Inflation) และไม่ได้คำนึงถึงมูลค่าความเสียหายแท้จริง

¹ จิตติตติงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 1, สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภาพิมพ์ครั้งที่ พ.ศ. 2525 หน้า 876

² อ้างแล้ว, หน้า 883

³ อ้างแล้ว, หน้า 884

นักนิติเศรษฐศาสตร์ท่านหนึ่ง⁴ กล่าวว่า การกำหนดค่าปรับสูงสุดตามกฎหมายไทยอยู่ในระดับต่ำกว่าระดับที่เหมาะสม (Optimal level) มากจนไม่สามารถป้องปรามอาชญากรรมได้ ต้องใช้การลงโทษด้วยการจำคุกเป็นหลัก ทั้งการกำหนดโทษปรับสูงสุดในกฎหมายไม่ได้คำนึงถึงเงินเฟ้อ ซึ่งทำให้โทษปรับที่แท้จริงเมื่อปรับด้วยเงินเฟ้อแล้ว (Inflation adjusted fine) ของกฎหมายที่บังคับใช้นาน มีค่าลดลงตามอัตราเงินเฟ้อ โดยคณะวิจัยของ ดร. สมเกียรติพบว่า ค่าของเงินค่าปรับสูงสุดตามกฎหมายตั้งแต่ปี พ.ศ.2499 เช่น ประมวลกฎหมายอาญา ควรปรับสูงขึ้น 8 เท่า มิฉะนั้นจะไม่มีผลในการป้องปรามการกระทำความผิดเลย

นอกจากปัญหาเรื่อง การกำหนดอัตราโทษปรับแล้ว นักนิติเศรษฐศาสตร์ท่านนี้มองว่า โทษตามกฎหมายไทยมีลักษณะใช้โทษจำคุกเป็นโทษประธานมากเกินไป โดยกำหนดว่าโทษจำคุกและปรับ ซึ่งหมายถึงศาลไม่ลงโทษจำคุกไม่ได้ ส่งผลให้โทษปรับเป็นโทษอุปกรณ์เท่านั้น จึงเห็นได้ว่า ระบบกระบวนการยุติธรรมไทยมีลักษณะเน้นการลงโทษอาญามากเกินไป (Over-criminalization) สมควรป้องปรามโดยการลงโทษที่เป็นตัวเงิน (Deterrence with monetary sanction) มากขึ้น เนื่องจากแนวทางการป้องปรามการกระทำความผิดคือ การลดประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดคาดหวัง และการเพิ่มต้นทุนที่คาดว่าจะเกิดขึ้น ปัญหาต่อมาได้แก่ การที่โทษปรับถูกกำหนดให้อยู่ในระดับต่ำกว่าระดับที่เหมาะสมที่สุดมีสาเหตุจากการยกร่างกฎหมาย ไม่เคยมีการศึกษาอย่างเป็นระบบถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนกฎหมาย ทำให้ไม่สามารถกำหนดโทษปรับได้อย่างเหมาะสมแก่กรณี⁵

นอกจากนี้ ยังมีปัญหาจากการกำหนดบทกำหนดโทษที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน อีกกว่าโทษปรับ ซึ่งเป็นโทษที่เป็นตัวเงินเป็นเพียงการถ่ายโอนทรัพย์สินจากผู้กระทำผิดมายังรัฐ อันเป็นการลงโทษประการหนึ่งและยังมีผลในการเพิ่มรายได้แก่รัฐอีกทางหนึ่งด้วย ทั้งยังไม่สิ้นเปลืองในการบริหารจัดการ น่าจะถูกสนับสนุนให้ใช้บังคับมากกว่าโทษจำคุกอันเป็นบทลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงิน ซึ่งแม้ว่าจะมีศักยภาพในการป้องปรามอาชญากรรม⁶ แต่ต้องใช้ทรัพยากรของสังคมจำนวนมาก ได้แก่ ต้นทุนก่อสร้างเรือนจำ ต้นทุนในการบำรุงรักษาเรือนจำ เป็นต้น โทษปรับในปัจจุบันมักไม่สะท้อนมูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากการกระทำความผิด หลายกรณีพบว่า บทลงโทษปรับอยู่ในระดับค่อนข้างสูงโดยมูลค่าของการลงโทษสูงกว่าความเสียหาย เช่น โจรขโมยของต้องถูกบทลงโทษที่มีมูลราคามากกว่าสิ่งของที่ถูกขโมย แต่โดยทั่วไป บทลงโทษจะมีลักษณะต่ำกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น เพราะค่าปรับตามกฎหมายในปัจจุบันยังคงต่ำมากเมื่อเทียบกับทรัพย์สินของผู้กระทำผิด ในมุมมองถึงปัญหานี้ นักนิติเศรษฐศาสตร์เสนอแนะให้ภาครัฐควรกำหนดค่าปรับขึ้นอีกเป็นเท่าทวี จะช่วยลดต้นทุนและประหยัดทรัพยากรในการบังคับใช้กฎหมายลงได้มาก ในขณะที่ยังสามารถรักษาระดับการป้องปรามอาชญากรรมได้เท่ากับที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

⁴ ดร. สมเกียรติ ตั้งกิจวานิช “ นิติศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย ” สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย สกว. (กุมภาพันธ์ 2554) หน้า 23

⁵ ดร. สมเกียรติ ตั้งกิจวานิช, นิติศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทยอ่างแล้ว หน้า 5

⁶ บทลงโทษที่มีพลังในการป้องปรามอาชญากรรมมากที่สุดโทษประหารชีวิต

3. บทกำหนดโทษของกฎหมายมีลักษณะถูกบัญญัติให้มีโทษทางอาญามากเกินความจำเป็น (Overcriminalization)

ปัจจุบันกฎหมายที่มีโทษทางอาญาโดยเฉพาะโทษจำคุกมีจำนวนมาก อันเกิดจากแนวความคิดที่พยายามสร้างมาตรการเพื่อดำเนินการกับผู้ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของสังคมที่วางไว้โดยมีลักษณะทำให้เกรงกลัว แต่ปรากฏการณ์ในลักษณะเช่นนี้มีข้อโต้แย้งจากนักนิติเศรษฐศาสตร์ไว้หลายประการ ดังนี้

3.1 การบัญญัติกฎหมายที่มีโทษจำคุกฟุ่มเฟือยเกินความจำเป็น จะทำให้เห็นเป็นเรื่องธรรมดา แทบจะไม่เกิดประโยชน์จากข้อหาหรือฐานความผิดที่กำหนดไว้

3.2 กฎหมายที่กำหนดโทษทางอาญาที่ถูกบัญญัติขึ้นนั้นจะมีคุณประโยชน์หรือความคุ้มค่าน้อยกว่าภาระหรือต้นทุนที่ต้องสูญเสียไปในการทำให้กฎหมายนั้นผลิตผลตามที่ต้องการ

3.3 การบัญญัติกฎหมายที่มีโทษทางอาญาโดยที่การกระทำที่บัญญัติให้เป็นความผิดอาญานั้นไม่สมควรที่จะให้เป็นความผิดอาญา เนื่องจากการกระทำผิดไม่ได้ ส่งผลกระทบต่อประชาชนหรือคนในสังคม การกระทำที่สมควรเป็นเพียงกระทำละเมิดทางแพ่งที่ให้ชดใช้ค่าเสียหายแก่กันก็เป็นการเพียงพอ เช่นนี้ไม่สมควรที่จะบัญญัติให้เป็นการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญา

3.4 ปัญหาการกำหนดความผิดบางประการให้เป็นความผิดต่อรัฐหรือต่อส่วนตัว นักนิติเศรษฐศาสตร์ให้ความสำคัญแก่ชีวิตและร่างกาย โดยมองว่าชีวิตเป็นสิ่งที่มีความอนันต์ (Infinity) และคำนวณค่าของชีวิตและร่างกายโดยใช้ทฤษฎีทุนมนุษย์ (Human Capital Approach) จึงกำหนดโทษในความผิดต่อชีวิตและร่างกายเป็นความผิดต่อรัฐทั้งสิ้น โดยกฎหมายใช้คำว่า “และ” ซึ่งแสดงถึงกำหนดโทษจำคุกเป็นโทษประธาน โดยรัฐไม่ยินยอมให้ผู้กระทำความผิดชดใช้ค่าปรับเป็นเงินทดแทนได้ ในกรณีความผิดต่อชีวิตหรือความผิดต่อร่างกายในทุกระดับ และรัฐจะเป็นผู้ดำเนินคดีแทนผู้เสียหายทั้งสิ้น

การกระทำความผิดที่เป็นอาชญากรรมเศรษฐกิจ ผู้กระทำความผิดมักจะมุ่งหมายถึงผลประโยชน์ในทางทรัพย์สิน (Monetary) โดยเฉพาะผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจจำนวนมาก ซึ่งเป้าหมายการประทุษร้ายของอาชญากรรมเศรษฐกิจมีลักษณะต่างกัน ได้แก่ เป้าหมายเฉพาะ เช่น ตลาดหลักทรัพย์หรือผู้ลงทุนในตลาดหุ้น หรือตลาดสินทรัพย์ดิจิทัล ซึ่งมีลักษณะเกิดความเสียหายในวงจำกัด เช่นนี้ นักนิติเศรษฐศาสตร์จะเห็นด้วยที่กำหนดให้เป็นความผิดส่วนตัว มิใช่ความผิดต่อรัฐ เพราะเป็นความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายในวงจำกัด แต่แม้จะเห็นด้วยที่กำหนดให้เป็นความผิดต่อส่วนตัว หรือความผิดอันยอมความได้ แต่ก็ยังสนับสนุนให้ลงโทษปรับที่มีลักษณะที่อยู่ในระดับที่เหมาะสมที่สุด (Optimal Level) และมีลักษณะคำนึงถึงมูลค่าความเสียหายที่แท้จริง นอกจากนี้ นักนิติเศรษฐศาสตร์เสนอแนะให้รัฐเพิ่มโทษปรับให้สูงขึ้นอีกเท่าทวี โดยคำนึงถึงมูลค่าทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด ยังเห็นด้วยให้เพิ่มลักษณะของโทษปรับให้มีลักษณะหลากหลายยิ่งขึ้น ได้แก่ โทษปรับรายวัน โทษปรับตามรายได้ เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ดี ความผิดที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมเศรษฐกิจที่ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม หรือมีเป้าหมายการประทุษร้ายเป็นบุคคลทั่วไปนั้น ยังคงต้องถูกกำหนดให้เป็นความผิดต่อรัฐอยู่ และต้องถูกกำหนดโทษปรับให้มีลักษณะอยู่ในระดับที่เหมาะสมที่สุด และมีลักษณะสอดคล้องกับมูลค่าความเสียหายที่แท้จริงเช่นกัน

ปัญหาประสิทธิภาพในการดำเนินคดีกับอาชญากรรมเศรษฐกิจ

ด้วยลักษณะพิเศษของอาชญากรรมทางเศรษฐกิจที่สำคัญ ได้แก่ เป็นคดีที่ซับซ้อนซ่อนเงื่อน หาพยานหลักฐานในการดำเนินคดีได้ยาก ผู้ต้องหาไม่มีความเฉลียวฉลาด ปิดทาลายพยานหลักฐาน ผู้ต้องหาไม่มีความซื่อสัตย์ทางเงินสูง สามารถว่าจ้างทนายความที่เก่งมาต่อสู้คดีได้จากลักษณะพิเศษดังกล่าว ประกอบกับคดีอาชญากรรมเศรษฐกิจเป็นคดีที่ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ โดยเกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหาย ซึ่งเป็นประชาชนในวงกว้าง รัฐบาลออกพระราชกำหนดมาทำการปราบปรามโดยหลักการของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็พระราชกำหนด หรือพระราชบัญญัติ ซึ่งออกใช้บังคับเป็นการทั่วไปก็ตาม มักจะมีบทบัญญัติสันนิษฐานความผิดเพื่อสะดวกในการนำสืบต่อศาล ทั้งนี้เพื่อลดความซับซ้อนซ่อนเงื่อนของคดีและป้องกันการปกปิดทาลายพยานหลักฐานและปิดทาลายต่อผู้ต้องหาที่นอกประเด็นของทนายความของผู้ต้องหา บทกฎหมายที่สันนิษฐานความผิดเช่นนี้ ได้แก่ พระราชกำหนดว่าด้วยการกักขังที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2534 ได้กำหนดนิยามศัพท์คำว่า “การกักขัง” และ “ผลประโยชน์ตอบแทน ” ไว้อย่างกว้างขวางและครอบคลุมถึงลักษณะทั่วไปในการกระทำความผิด

การกำหนดบทสันนิษฐานความผิดที่เห็นได้ชัดเจน ได้แก่ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ได้บทสันนิษฐานความผิดไว้สำหรับความผิดต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกัตลาดหลักทรัพย์ได้แก่

1. ความผิดฐานกระทำอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ตาม ม.240 ถึง 243 ซึ่งครอบคลุมถึงผู้ครอบครองข้อมูลภายใน (Insider) เปิดเผยข้อมูล มีบทสันนิษฐาน ตาม ม. 243, 244, 244 / 5-6,
2. ความผิดฐานปั่นหุ้นตาม ม. 244/3 มีบทสันนิษฐาน ตาม ม. 244/5 และ 244/6

ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการทางแพ่งและการฟ้องร้องบังคับคดี

นอกจากพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 จะได้กำหนดบทสันนิษฐานความผิดไว้แล้ว ยังกำหนดมาตรการลงโทษทางแพ่งไว้ในหมวด 12/1 โดยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดไม่ว่าฐานกระทำอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ ผู้ครอบครองข้อมูลภายในเปิดเผยข้อมูลหรือฐานปั่นหุ้นก็ตาม นอกจากจะมีโทษทางอาญาตามที่กฎหมายกำหนดในความผิดแต่ละฐาน ซึ่งกฎหมายถือโทษจำคุกเป็นโทษอุปกรณ (ใช้คำว่าหรือ) ส่วนหนึ่งแล้วยังมีการกำหนด มาตรการลงโทษทางแพ่งไว้อีกส่วนหนึ่งด้วย (ม. 317)

การกำหนดมาตรการลงโทษทางแพ่ง จะถูกกำหนดโดยคณะกรรมการพิจารณา มาตรการลงโทษทางแพ่ง ซึ่งได้แก่

1. อัยการสูงสุด ประธานกรรมการ
2. ปลัดกระทรวงการคลัง กรรมการ
3. อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ กรรมการ
4. ผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย กรรมการและเลขานุการ มาตรการการลงโทษทางแพ่ง ได้แก่

1. ค่าปรับทางแพ่ง ม. 317/5 ตกแก่แผ่นดิน

2. ชดใช้เงินในจำนวนที่เท่ากับผลประโยชน์ที่ได้รับหรือพึงได้รับจากการกระทำ ความผิด ซึ่งกรณีผู้ครอบครองข้อมูลภายในเปิดเผยข้อมูล (ม. 296) นอกจากจะต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินสองปี หรือปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงสองล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับแล้ว ยังมีโทษปรับทางแพ่ง อีกไม่เกินสองเท่าของผลประโยชน์ที่บุคคลนั้นได้รับ หรือพึงได้รับจากการกระทำความผิดนั้น แต่ไม่ ต่ำกว่าห้าแสนบาท และกรณีที่ไม่สามารถคำนวณผลประโยชน์ได้ ให้ปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึง สองล้านบาท

ส่วนกรณีกระทำความผิดฐานปั่นหุ้น (ม. 296/1) นอกจากจะต้องระวางโทษจำคุกไม่ เกินห้าปีหรือปรับตั้งแต่หนึ่งล้านบาทถึงห้าล้านบาทหรือทั้งจำทั้งปรับแล้วยังมีโทษปรับทางแพ่งอีกไม่ เกินสองเท่าของผลประโยชน์ที่บุคคลนั้นได้รับ หรือพึงได้รับจากการกระทำความผิดนั้นแต่ต้องไม่ ต่ำกว่าห้าแสนบาทกรณีที่ไม่สามารถคำนวณผลประโยชน์ได้ให้ปรับตั้งแต่ ห้าแสนถึง สองล้านบาท

จากการกำหนดบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการกำหนดค่าเสียหายตามกฎหมายมหาชน ซึ่งกำหนดให้ กสท. เป็นเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาและให้ยื่นฟ้องต่อศาลแพ่งโดยนำประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับแก่การพิจารณาพิพากษาและการบังคับคดีโดยอนุโลม (ม. 317/14) ปัญหาที่เกิดขึ้น ได้แก่ เมื่อคณะกรรมการพิจารณามาตรการลงโทษทางแพ่งกำหนดวิธีการบังคับ มาตรการลงโทษทางแพ่งแล้ว ในระหว่างดำเนินการบังคับมาตรการลงโทษทางแพ่งยังไม่แล้วเสร็จ หรือระหว่างที่อัยการได้ฟ้องร้องผู้ต้องหาต่อศาลแพ่งโดยใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยอนุโลมอยู่นั้นหากผู้ต้องหาได้ถึงแก่ความตายจะมีผลประการใด กรณีเช่นนี้ ศาลแพ่งเองในคดีฟ้อง บังคับตามมาตรการลงโทษทางแพ่งจะมีคำสั่งให้ยกฟ้องและจำหน่ายคดีโดยให้เหตุผลว่า สิทธิการ ดำเนินคดีอาญา ระบุเมื่อผู้ต้องหาหรือจำเลยตายตามนัย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ม. 39(1) โดยเห็นว่า แม้จะเรียกว่า มาตรการลงโทษทางแพ่งก็ตาม แต่ม. 317/1 อยู่ในหมวดที่ 12/1 ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ หมวด 12 เรื่องโทษทางอาญาอยู่ดี จึงต้องตกเป็นโทษทางอาญาไปด้วยและระบุ เมื่อผู้กระทำความผิดตาย

การวินิจฉัยเช่นนี้ส่งผลเสียหายเกิดความไม่คุ้มค่าแก่กระบวนการที่ได้ดำเนินการมาแล้ว ทั้งหมดในทางแพ่งตามมาตรการลงโทษทางแพ่งตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งปกติแล้วการฟ้องคดีหรือ ดำเนินการในทางแพ่งจะมีผลผูกพัน ต่อทรัพย์สินของผู้ต้องหาและจะไม่ระบุเมื่อผู้ต้องหาถึงแก่ความ ตายโดยจะผูกพันไปถึงกองมรดกของผู้นั้น ปัญหาเดียวกันนี้จะส่งผลไปถึงการบังคับใช้พระราช กำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 ในลักษณะเดียวกัน เนื่องจากได้กำหนดให้มี มาตรการลงโทษทางแพ่งไว้ในหมวดที่ 9 โดยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดไม่ว่าฐานกระทำการอันไม่ เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล หรือฐานแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความ จริง ซึ่งควรบอกให้แจ้งในสาระสำคัญ นอกจากจะมีโทษทางอาญาตามที่กฎหมายกำหนดในความผิด แต่ละฐานดังกล่าวแล้ว ซึ่งกฎหมายถือโทษจำคุกเป็นโทษอุปกรณ์ (ใช้คำว่าหรือ) เช่นกัน ในส่วนหนึ่ง แล้วยังได้มีการกำหนดมาตรการลงโทษทางแพ่งไว้อีกส่วนหนึ่งด้วย (ม.96)

การกำหนดมาตรการการลงโทษทางแพ่งตามกฎหมายฉบับนี้ จะถูกกำหนดโดย คณะกรรมการพิจารณามาตรการการลงโทษทางแพ่ง เช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วย หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ม.99 ซึ่งได้แก่

1. อัยการสูงสุด ประธานกรรมการ
2. ปลัดกระทรวงการคลัง กรรมการ
3. อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ กรรมการ
4. ผู้ว่าราชการนครแห่งประเทศไทย กรรมการและเลขานุการ

มาตรการลงโทษทางแพ่ง ได้แก่

1. ค่าปรับทางแพ่ง ม.98 ซึ่งตกแก่แผ่นดิน

2. ชดใช้เงินในจำนวนที่เท่ากับผลประโยชน์ที่ได้รับหรือพึงได้รับการกระทำความผิด

ซึ่งทำให้ผู้กระทำการอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล นอกจากจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี (ม.70)หรือไม่เกินห้าปี (ม.71) แล้วแต่กรณี หรือปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงสองล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (ม.70) หรือปรับตั้งแต่หนึ่งล้านบาทถึงห้าล้านบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ (ม.71) แล้วแต่กรณี ยังมีโทษปรับทางแพ่งอีกส่วนหนึ่งตามที่คณะกรรมการพิจารณามาตรการลงโทษทางแพ่งกำหนดกับทั้งยังต้องชดใช้เงินในจำนวนเท่ากับผลประโยชน์ที่ได้รับหรือพึงได้รับการกระทำความผิดอีกส่วนหนึ่งด้วย

นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติตาม ม. 72 กำหนดในส่วนโทษปรับนั้น ถ้าผู้กระทำความผิดได้รับหรือพึงได้รับผลประโยชน์จากการกระทำความผิดนั้น ให้ปรับเป็นเงินไม่เกินสองเท่าของผลประโยชน์ ทั้งนี้ค่าปรับดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่าค่าปรับขั้นต่ำที่บัญญัติไว้ใน ม.70 หรือ 71 แล้วแต่กรณีอีกด้วย การกำหนดบทบัญญัติดังกล่าว มีนัยเป็นการกำหนดค่าเสียหายตามกฎหมายมหาชนในลักษณะคล้ายกับที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 และยังได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติเรื่องมาตรการลงโทษ ทางแพ่งตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แก่ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับ 5) ที่ พ.ศ.2559 มาบังคับโดยอนุโลมอีกด้วย ม.99 ดังนั้นปัญหาจึงอาจเกิดได้ในลักษณะเดียวกัน ได้แก่ เมื่อคณะกรรมการพิจารณามาตรการลงโทษทางแพ่งได้กำหนดวิธีการบังคับมาตรการลงโทษทางแพ่งแล้ว ในระหว่างดำเนินการบังคับมาตรการลงโทษทางยังไม่แล้วเสร็จ หรือระหว่างที่อัยการฟ้องร้องผู้ต้องหาต่อศาลแพ่งแล้ว โดยใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอนุโลมอยู่นั้น หากผู้ต้องหาได้ถึงแก่ความตายจะมีผลประการใดกับคดีแพ่งซึ่งอยู่ในระหว่างดำเนินการอยู่นั้น แม้ว่าพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 จะมีการบัญญัติโดยกำหนดหมวดหมู่ของกฎหมายไว้แตกต่างกันกับต้นแบบคือพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์พ.ศ.2535 อยู่บ้าง โดยได้บัญญัติ เรื่องมาตรการลงโทษทางแพ่งเป็นส่วนหนึ่งของโทษอาญา (กล่าวคือหมวด 8 โทษทางอาญา หมวด 9 มาตรการลงโทษทางแพ่ง) แต่ก็มีข้อพิจารณาว่าหากผู้ต้องหาถึงแก่ความตายระหว่างดำเนินการมาตรการลงโทษทางแพ่ง ศาลคงจะวินิจฉัยคดีออกไปในลักษณะเดียวกัน ซึ่งจะส่งผลเสียหายต่อกระบวนการที่ได้ดำเนินการมาแล้วทั้งหมดในทางแพ่งในลักษณะสิ้นเปลืองเปล่าคล้ายกัน

การดำเนินคดีกับอาชญากรรมเศรษฐกิจของไทยพบว่า มีปัญหาที่นักนิติเศรษฐศาสตร์ ยกขึ้นเป็นประเด็นหลายประการ ได้แก่ บทกำหนดโทษที่กำหนดไว้โดยเฉพาะโทษปรับมีลักษณะถูกกำหนดอยู่ในระดับต่ำกว่าระดับที่เหมาะสมที่สุด และไม่ได้กำหนดให้สอดคล้องหรือคำนึงถึงมูลค่าความเสียหายที่แท้จริง นอกจากนี้นักนิติเศรษฐศาสตร์พบว่า บทกำหนดโทษทางอาญาโดยเฉพาะโทษจำคุกนั้นมีลักษณะมีโทษทางอาญามากเกินความจำเป็นซึ่งไม่เป็นผลดี

นักนิติเศรษฐศาสตร์เสนอแนะให้มีการลงโทษปรับที่มีลักษณะอยู่ในระดับเหมาะสมที่สุด (Optimal Level) โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดได้รับหรือพึงจะได้รับ และสอดคล้องกับมูลค่าความเสียหายที่แท้จริงที่อาจคำนวณได้โดยใช้วิธีคำนวณทางเศรษฐศาสตร์ นอกจากนี้ นักนิติเศรษฐศาสตร์ยังเสนอให้ใช้บทลงโทษที่เป็นตัวเงินเป็นหลักโดยให้ความสำคัญแก่โทษจำคุกลดลง และส่งเสริมให้มีการพัฒนาระบบโทษปรับใหม่ ๆ ขึ้นมา เช่น โทษปรับตามมูลค่าความเสียหาย โทษปรับรายวัน โทษปรับตามฐานรายได้ เป็นต้น เพื่อให้มีผลในการป้องปรามการกระทำความผิด โดยตัดแรงจูงใจในการกระทำความผิด เนื่องจากไม่คุ้มต้นทุน

กฎหมายที่ใช้ดำเนินคดีกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจของไทยรับแนวความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ผ่านสภานิติบัญญัติ โดยจะเห็นได้ว่า มีการกำหนดโทษปรับในอัตราอย่างสูงนับล้านหรือหลายล้านบาท มีการกำหนดโทษปรับที่คิดฐานจากผลประโยชน์ที่บุคคลผู้กระทำความผิดได้รับหรือพึงจะได้รับ มีการกำหนดโทษปรับทางแพ่ง รวมทั้งมาตรการลงโทษทางแพ่งแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งผู้วิจัยพบว่า มาตรการส่วนใหญ่ที่กำหนดให้สอดคล้องกับหลักนิติเศรษฐศาสตร์นั้น ส่วนใหญ่บังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ยกเว้น มาตรการลงโทษทางแพ่งซึ่งจะเกิดปัญหาการบังคับใช้เมื่อผู้กระทำความผิดตาย

บทที่ 4

การนำแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์มาปรับใช้ในคดี

จากปัญหาอุปสรรคในการดำเนินคดีกับอาชญากรเศรษฐกิจดังกล่าว ประเทศไทยได้มีการนำแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์มาใช้ในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น โดยลำดับโดยจะเห็นได้จากเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติแต่ละครั้งที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา หรือดูในเนื้อหาทางกฎหมายนั้นเองว่า สิ่งที่ถูกกฎหมายนั้นกำหนดให้คำนึงถึงเรื่องใดบ้าง ประกอบกับแนวคิดในการใช้มาตรการต่างๆ ซึ่งบางมาตรการก็มีประสิทธิผลดี บางมาตรการยังคงมีปัญหาในทางปฏิบัติอยู่บ้าง ซึ่งพิจารณาได้ตามลำดับ ดังนี้

ปัญหาเรื่องการกำหนดบทกำหนดโทษ

จากที่มีข้อโต้แย้งของนักนิติเศรษฐศาสตร์ว่า บทกำหนดโทษโดยเฉพาะโทษปรับอยู่ในระดับที่ต่ำเกินกว่าระดับที่เหมาะสมที่สุด (Optimal level) มากจนไม่สามารถป้องปรามอาชญากรรมได้ จะเห็นได้ว่า กฎหมายหลักในการดำเนินคดีกับอาชญากรเศรษฐกิจ ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา และกฎหมายเฉพาะต่างๆ เมื่อพิจารณาถึงการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในยุคต่างๆ จะเห็นแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ตามที่กล่าวในบทที่ 2 แฝงอยู่เสมอมา ซึ่งพิจารณาได้ ดังนี้

ช่วงแรกตั้งแต่ปี พ.ศ.2500-พ.ศ.2525 ในช่วงแรกนี้การแก้ไขยังใช้หลักการเปรียบเทียบกับโทษจำคุกได้ “ปีละสองพัน” เป็นการแก้ไข ม.136 (พ.ศ.2519) ม.138 (พ.ศ.2519) ม.140 (พ.ศ.2514) ม.190 (พ.ศ.2514) ม.191 (พ.ศ.2514) ม.198 (พ.ศ.2519) ม.206 (พ.ศ.2519) ม.271 (พ.ศ.2522) ม.335 (พ.ศ.2525) ม.335 ทวิ (พ.ศ.2525) ม.339 (พ.ศ.2514 และ พ.ศ.2525) ม.3 39 (พ.ศ.2514 และ พ.ศ.2525) ม.339 ทวิ (พ.ศ.2525) ม.340 ม.340 ทวิ (พ.ศ.2514) และ ม.360 ทวิ (พ.ศ.2512) และยังคงมีให้เห็นกระทั่งถึง ม.310 ทวิ (พ.ศ.2537) ม.312 ตรี (พ.ศ.2540) ม.313 (พ.ศ.2530) ม.315 (พ.ศ.2525) ม.317 (พ.ศ.2530) ม.318 (พ.ศ.2559 2530) ม.319 (พ.ศ.2530) ม.320 (พ.ศ.2525) ก็ยังคงใช้หลักการปีละสองพันประกอบคำว่า “และ”

ในช่วงแรกนี้จะเห็นได้ชัดเจนว่า ผู้บัญญัติกฎหมายได้บัญญัติสร้างแรงจูงใจให้เห็นว่าโทษจำคุกเป็นมาตรการที่สำคัญกว่าโทษปรับ ดังจะเห็นได้ว่า กฎหมายที่มีการแก้ไขในช่วงเวลานี้แม้กำหนดโทษอาญาสูงสุดถึงจำคุกตลอดชีวิตตามมาตรา 147 (แก้ไขพ.ศ.2502) มาตรา 150 มาตรา 251 (แก้ไข พ.ศ.2502) และกำหนดโทษอาญาสูงสุดถึงประหารชีวิตตามมาตรา 148 149 (แก้ไข พ.ศ.2502) และมาตรา 201 มาตรา 202 (แก้ไข พ.ศ.2502) ก็ยังมีบทบัญญัติกำหนดโทษปรับไว้ว่า “และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท” ซึ่งกฎหมายใช้คำว่า “และ” อันหมายถึงถึงลง แต่โทษปรับไม่ได้และไม่ลงโทษปรับก็ไม่ได้เช่นเดียวกัน แต่ค่าปรับที่กำหนดอยู่ในระดับต่ำจนแทบไม่มีความหมายในการป้องปรามอาชญากรรม และไม่สะท้อนถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง

ในการทำงานเดียวกัน การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาช่วง พ.ศ.2502 ในอัตราโทษที่ต่ำกว่าจำคุกตลอดชีวิตเช่นจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปีตาม ม.152 (แก้ไข พ.ศ.2502) และ ม.153 (แก้ไข พ.ศ.2502) ม.157 (แก้ไข พ.ศ.2502) ก็มีการลงโทษปรับต่อท้ายเช่นเดียวกันว่า “และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท” ซึ่งมีความหมายนัยเดียวกับที่กล่าวถึงข้างต้นเว้นแต่ตามประมวลกฎหมายอาญา ม.157 ได้บัญญัติแตกต่างออกไปโดยบัญญัติว่า หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท ซึ่งคำว่า “หรือ” ทำให้ศาลเลือกลงโทษปรับสถานเดียวได้ แต่อย่างไรก็ดียังคงมีบทบัญญัติต่อท้ายว่าหรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งหมายถึงให้ดุลยพินิจแก่ศาลอย่างเต็มที่ ตามประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติถึงโทษปรับไว้ในช่วงแรกนี้นั้น แม้ความผิดที่มุ่งประสงค์คุ้มครองความถูกต้องแท้จริงของเงินตราซึ่งผู้กระทำความผิดจะส่งผลเสียหายต่อเศรษฐกิจของชาติและผู้กระทำเป็นอาชญากรรมทางธุรกิจ (White collar Criminal) ซึ่งสมควรได้รับโทษทางทรัพย์สินสูงสุดประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติความผิดในส่วนโทษจำคุกสูงสุดถึงจำคุกตลอดชีวิต (ม.240, ม.241) ได้บัญญัติกำหนดโทษปรับไว้ว่า “และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท” ซึ่งมีความหมายตามนัยเดียวกับที่กล่าวถึงข้างต้นแตกต่างเพียงกำหนดโทษปรับขั้นต่ำสูงขึ้นจาก “สองพันบาท” เป็น “สองหมื่นบาท” เท่านั้น เมื่อเปรียบเทียบกับโทษจำคุกต่อปีซึ่งนักนิติเศรษฐศาสตร์มองว่า เป็นการกำหนดโทษทางทรัพย์สิน (monetary sanction) ที่ต่ำกว่าความเหมาะสมไปมาก

ช่วงที่สอง ตั้งแต่ พ.ศ.2525-2550 ในช่วงที่สองมีพัฒนาการในการแก้ไขบทลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา โดยมีแนวความคิดเพิ่มอัตราโทษปรับให้สูงขึ้นกว่าเดิมในกรณีที่เป็นอาชญากรรมที่ส่งผลต่อเศรษฐกิจ ได้แก่ ม.266 (แก้ไข พ.ศ.2535) บัญญัติกำหนดโทษปรับว่า “และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท” คำว่า “และ” มีความหมายนัยเดียวกับที่กล่าวถึงข้างต้นและยังเป็นการเน้นถึงการลงโทษทางอาญา (Overcriminalization) ตามความเห็นของนักนิติเศรษฐศาสตร์อยู่ ส่วนความผิดฐานหมิ่นประมาทมีการกำหนดโทษปรับ โดยใช้หลักการที่เปลี่ยนไปเป็น “ปีละสองหมื่น” และประกอบคำว่า “หรือ” แต่ก็ยังมีลงท้ายหรือทั้งจำและปรับเช่นเดิมจึงมีนัยอย่างเดียวกันตาม ม.326 (แก้ไข พ.ศ.2535) แต่ถ้าการกระทำอาจก่อความเสียหายได้มาก เช่น โดยการโฆษณา ม.328 ใช้หลักเกณฑ์ “ปีละแสน” โดยกำหนดโทษจำคุกไม่เกินสองปีและปรับไม่เกินสองแสนบาท ซึ่งจะเห็นได้ว่ายังคงใช้คำว่า “และ” ซึ่งมีความหมายนัยเดียวกันกล่าวคือโทษปรับยังคงเป็นโทษประธานอยู่ ซึ่งในส่วนนี้นักนิติเศรษฐศาสตร์มองว่า เป็นกรณีเน้นการลงโทษทางอาญามากเกินไป (Over - Criminalization) อย่างชัดเจน เพราะความผิดฐานหมิ่นประมาทเกิดความเสียหายต่อส่วนตัวผู้เสียหาย มิใช่เกิดต่อรัฐ ตามแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์สมควรที่ผู้เสียหายต้องดำเนินการฟ้องร้องคดีเอง ไม่สมควรที่จะใช้ทรัพยากรของรัฐในการดำเนินคดี เพราะไม่คุ้มค่า สำหรับโทษปรับที่ตามประมวลกฎหมายอาญามีการแก้ไขให้สูงมากขึ้นอันแสดงถึงว่าเริ่มเห็นความสำคัญของการลงโทษในทางทรัพย์สินด้วยการกำหนดโทษปรับถึงหลักล้านบาทหรือหลายแสนบาทขึ้นเมื่อมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติลักษณะ 1/1 ของประมวลกฎหมายอาญา เรื่องความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตาม ม.135/1 (แก้ไข พ.ศ.2546) กำหนดโทษปรับในอัตราที่สูงโดยบัญญัติว่า “และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงหนึ่งล้านบาท” ซึ่งหมายถึงต้องลงโทษปรับด้วยเสมอตามนัยที่กล่าวถึงนอกเหนือจากโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สามปีถึงยี่สิบปีตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว และมีบทบัญญัติอื่นที่สอดคล้องกัน

ได้แก่ ตาม ม.135/4 กำหนดระวางโทษปรับเมื่อเปรียบเทียบกับโทษจำคุกในอัตรา “ปีละสองหมื่นบาท” โดยกำหนดโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีและปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท

ในช่วงปี พ.ศ.2545 ได้มีการเพิ่มเติมมาตรการกำหนดโทษปรับในอัตราอย่างสูงนับล้านบาทและหลายล้านบาทในกฎหมายสำคัญอีกฉบับหนึ่ง ได้แก่ พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2545 โดยกำหนดโทษปรับในอัตราอย่างสูงแตกต่างกันไปตามข้อกล่าวหาว่ากระทำความผิดของผู้ต้องหา ในส่วนบทบัญญัติทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญาที่มีการแก้ไขในช่วงนี้ได้มีการกำหนดอัตราระวางโทษในอัตราที่สูงขึ้นเช่นกัน โดยเมื่อเปรียบเทียบกับระวางโทษจำคุกแล้วจะมีหลักกำหนด “ปีละสองหมื่นบาท” ในการเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาหมวด 4 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ตั้งแต่มาตรา 269/1 ถึง 269/7 (แก่ พ.ศ.2547) โดยมีรายละเอียดการกำหนดโทษปรับและจำคุกหนักเบาลดหย่อนกันไปตามความหนักเบาแห่งความผิด

ในกรณีที่กำหนดเป็นโทษหนักจะมีบทบัญญัติกำหนดต่อท้ายว่า “และปรับตั้งแต่ ...” ซึ่งมีความหมายนัยเดียวกันกับที่พิจารณากันมาคือถือโทษจำคุกเป็นโทษประธานใน ม.269 / 1-3 ส่วนในกรณีที่กำหนดเป็นโทษเบาจะมีบทบัญญัติต่อท้ายว่า “หรือปรับตั้งแต่ ...” ซึ่งมีความหมายในทางกำหนดให้โทษปรับให้เป็นโทษประธานแล้ว แต่ก็ยังมีต่อท้ายให้ดูลยพิณิจศาลว่า “หรือทั้งจำทั้งปรับ” อยู่เช่นเดิมใน ม.269 / 4-6 หลักการกำหนดอัตราระวางโทษปรับเมื่อเทียบกับโทษจำคุกเปรียบเทียบกันปีละสองหมื่นบาทยังคงใช้ต่อไปในการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาหมวด 5 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับหนังสือเดินทางตั้งแต่ ม.269/8 ถึง ม.269/15 ซึ่งมีการแก้ไขเมื่อ พ.ศ.2550 ซึ่งมีรายละเอียดการกำหนดโทษปรับและจำคุกหนักเบาลดหย่อนกันไปตามความหนักเบาแห่งความผิดเช่นกัน แต่ทุกมาตรามีการกำหนดให้โทษจำคุกเป็นโทษประธานทั้งสิ้น เนื่องจากใช้คำว่า “และปรับตั้งแต่” ทุกมาตราโดยไม่มีบทบัญญัติให้โทษปรับเป็นโทษประธานที่บัญญัติว่า “หรือปรับตั้งแต่” อยู่เลยสักมาตราเดียว

ช่วงที่สามตั้งแต่ปี พ.ศ.2550-2560 นอกจากอัตราโทษปรับซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติแล้วการนำโทษปรับไปใช้โดยฝ่ายตุลาการนั้นว่ามีความสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายโดยตรง ซึ่งมีข้อสำคัญที่ควรพิจารณา ดังนี้

สำหรับช่วงที่ 3 นี้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาหลายครั้งเกี่ยวกับโทษปรับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2558¹ ได้แก้ไขโดยเพิ่มอัตราโทษลหุโทษจากโทษปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทให้เป็นโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท แต่โทษจำคุกยังคงเดิมไม่มีการแก้ไขนับเป็นการแก้ไขที่สอดคล้องหลักทางเศรษฐศาสตร์เป็นอย่างมาก ตามมูลค่าของเงินปัจจุบันหรือ present value ตามหลักเศรษฐศาสตร์ดังนั้นกำหนดโทษปรับเมื่อเทียบกับจำคุกจึงไม่ใช่เดือนละพัน แต่เป็น “เดือนละหมื่น” แต่ยงถือโทษจำคุกเป็นโทษประธานอยู่ ส่วนโทษอื่น ๆ ที่กำหนดใหม่เช่นฐานชำเราศพและอนาจารศพได้กำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี และ 2 ปีตามลำดับและโทษปรับไม่เกินหกหมื่นบาทและสี่หมื่นบาทตามลำดับคงเทียบกับโทษจำคุกแล้วเรียกได้ว่า “ปีละสองหมื่น” อันเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมที่สอดคล้องกับหลักเศรษฐศาสตร์ดังกล่าวเช่นกันทั้งนี้โดยทำกฎหมายดังกล่าวให้เหตุผลการแก้ไขว่า “เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและ

¹ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 132 ตอนที่ 10 ก. ลงวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2558

สังคมของประเทศ”² ในที่สุดได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาฉบับที่ 26 พ.ศ. 2560³ ได้แก้ไขเพิ่มเติมอัตราโทษปรับสำหรับฐานความผิดทั้งหมดตามประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิดขึ้นใหม่ โดยใช้แนวความคิด “ปีละสองหมื่น” ทุกฐานความผิดอันเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมตามสอดคล้องกับหลักเศรษฐศาสตร์ดังกล่าวเช่นกัน ทั้งนี้โดยให้เหตุผลการแก้ไขว่า “บทบัญญัติเกี่ยวกับอัตราโทษปรับเดิมยังไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศในปัจจุบันสมควรปรับปรุงให้สอดคล้องกลับสภาพการณ์ในปัจจุบันรวมทั้งสมควรปรับปรุงความผิดที่ไม่มีโทษปรับให้มีโทษปรับด้วย” จึงเห็นได้ชัดเจนว่าการแก้ไขโดยเน้นเพิ่มเติมโทษปรับและเพิ่มเติมอัตราโทษอันเป็นพัฒนาการสอดคล้องกับแนวความคิดของนักนิติเศรษฐศาสตร์

นอกจากตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว กฎหมายเฉพาะต่างๆยังได้กำหนดบทกำหนดโทษในลักษณะที่สอดคล้อง กับแนวคิดของนิติเศรษฐศาสตร์ โดยเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวกับอาชญากรรมเศรษฐกิจ ได้แก่ พระราชกำหนดการกู้ยืมที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ.2527 ได้กำหนดบทลงโทษสำหรับการกระทำที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน ให้ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปีและปรับตั้งแต่ห้าแสนถึงหนึ่งล้านบาทและปรับอีกไม่เกินวันละห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่ (ใช้คำว่า “และ” มิใช่ หรือ แสดงถึงโทษจำคุก เป็นโทษประธานอยู่ โทษปรับเป็นเพียงโทษอุปกรณ์) ซึ่งจะเห็นว่า กฎหมายฉบับนี้เพียงแต่กำหนดโทษปรับให้สูงขึ้นอย่างมากตามหลักนิติเศรษฐศาสตร์ที่กล่าวในบทที่ 2 เท่านั้น แต่ยังมีได้กำหนดให้โทษปรับเป็นโทษประธานเพราะยังคงมองว่าเป็นคดีที่ส่งผลกระทบต่อประชาชนจำนวนมากและรัฐจำเป็นต้องปราบปรามอย่างเด็ดขาด กฎหมายที่มีลักษณะนำแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์มาใช้กับอาชญากรรมเศรษฐกิจที่ชัดเจนอีกชุดหนึ่ง ได้แก่ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย พ.ศ.2535 และพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 ซึ่งทั้งสองฉบับอยู่ภายใต้การกำกับของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ หรือคณะกรรมการ กสท. เช่นกัน

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ได้ใช้แนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์กำหนดโทษปรับไว้ในอัตรา อย่างสูงเป็นหลักอย่างต่ำแสนบาทถึงห้าล้านบาทในหลายบทมาตราแล้ว ยังพบแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์มาเกี่ยวข้องหลายกรณี ได้แก่

1. ได้กำหนดโทษจำคุกเป็นโทษอุปกรณ์ ดังจะเห็นว่า มีบทบัญญัติที่ใช้คำว่าต้องระวางโทษจำคุก.....ปี หรือ..... จำนวนมาก แม้กระทั่งโทษฐานปั่นหุ้นตาม ม.244 ม.296/1 ยังบัญญัติให้ผู้กระทำได้วางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับตั้งแต่ล้านบาทถึงห้าล้านบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ นอกจากนี้ยังกำหนดให้ผู้กระทำผิดฐานปั่นหุ้นที่ปฏิบัติตามมาตรการลงโทษทางแพ่งและชำระเงินครบแล้วถูกยุติคดี ทำให้สิทธิการดำเนินคดีอาญาระงับ (ม.317/7) เรื่องนี้สนับสนุนแนวคิดของนักนิติเศรษฐศาสตร์ในเรื่อง Over-criminalization อย่างชัดเจน คือ มิได้เน้นการลงโทษอาญาถึงจำคุกมากเกินไป

² เหตุผลท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 ลงวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2558

³ ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเล่มที่ 134 ตอนที่ 32 ก. ลงวันที่ 20 มีนาคม 2560

2. ได้กำหนดบทลงโทษโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ที่ผู้กระทำผิดได้รับ หรือพึงได้รับอยู่หลายมาตรา เช่น ในกรณีปิ่นหุ่น ม.296/2 ได้กำหนดในเรื่องการกำหนดโทษปรับ ถ้าผู้กระทำผิดได้รับ หรือพึงได้รับผลประโยชน์จากการกระทำความผิดนั้น ให้ปรับเป็นเงินไม่เกินสองเท่าของประโยชน์ ทั้งนี้ค่าปรับดังกล่าวไม่ต่ำกว่าค่าปรับขั้นต่ำที่กฎหมายบัญญัติไว้อีกด้วย การกำหนดบทลงโทษปรับ ในลักษณะเช่นนี้ จะสอดคล้องแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ที่ว่า จะมีผลในเรื่องลดประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดคาดหวังและเป็นการเพิ่มต้นทุนที่คาดว่าจะเกิด ซึ่งจะได้ผลด้านป้องปรามการกระทำความผิด

3. ได้กำหนดมาตรการพิเศษสำหรับการกำหนดค่าเสียหายมีข้อที่นักนิติเศรษฐศาสตร์โต้แย้งว่าโทษปรับมักถูกกำหนดไม่อยู่ในระดับที่เหมาะสมที่สุด (Optimal level) เนื่องจากการยกร่างกฎหมาย ไม่เคยมีการศึกษาอย่างเป็นระบบถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนกฎหมาย ทำให้ไม่สามารถกำหนดโทษปรับได้อย่างเหมาะสมแก่กรณี

จากหลักการที่พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์พ.ศ.2535 ได้กำหนดเรื่องมาตรการลงโทษทางแพ่ง โดยคณะกรรมการพิจารณามาตรการลงโทษทางแพ่ง ซึ่งประกอบด้วย อัยการสูงสุด ปลัดกระทรวงการคลัง อธิบดีกรมสอบสวนคดี ผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย เป็นคณะกรรมการ ซึ่งตำแหน่งที่ระบุข้างต้นนั้นเป็นตำแหน่งเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายและนักเศรษฐศาสตร์ที่สำคัญของประเทศ ซึ่งแน่นอนที่สุดว่าผู้มีตำแหน่งดังกล่าวย่อมสามารถกำหนดโทษปรับได้อย่างเหมาะสมแก่กรณี

4. มีการนำเรื่องมาตรการลงโทษทางแพ่งมาใช้บังคับ ซึ่งต่างจากโทษจำคุก หรือโทษปรับทางอาญา ซึ่งจะระงับเมื่อผู้กระทำความผิดตาย และเป็นเรื่องเกี่ยวกับค่าปรับทางแพ่งและกำหนดการปรับตามผลประโยชน์ ที่ได้รับหรือพึงได้รับดังกล่าวข้างต้น (ม.317 (1), (2)) เหตุผลที่เห็นว่า มาตรการทางแพ่งเป็นการใช้แนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์นั้นเห็นได้จากบทบัญญัติของ ม.317/1 ซึ่งบัญญัติถึงวิธีการใช้มาตรการดังกล่าวว่า ให้คำนึงถึงความร้ายแรงของการกระทำ ผลกระทบต่อตลาดทุนพยานหลักฐานที่อาจนำมาใช้พิสูจน์ความผิด และใช้ความคุ้มค่าในการดำเนิน มาตรการนั้นซึ่งเหตุผลดังกล่าวมีแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์ซ่อนอยู่ทั้งสิ้น

5. กรณีที่นักนิติเศรษฐศาสตร์โต้แย้งว่า การกำหนดโทษปรับตามกฎหมายนั้น มิได้คำนึงถึงมูลค่าความเสียหายที่แท้จริง อาจมีสาเหตุจากการยกร่างกฎหมายไม่ได้มีการศึกษาอย่างเป็นระบบถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนกฎหมาย ทำให้ไม่สามารถกำหนดโทษปรับได้อย่างเหมาะสมแก่กรณี

แนวความคิดนี้ของนักนิติเศรษฐศาสตร์ในประเด็นนี้ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ได้มีมาตรการกำหนดไว้ในมาตรา ม.281/2, 281/7 โดยกำหนดกรอบอัตราโทษปรับในกรณีกรรมการบริษัท หรือเลขานุการบริษัทปฏิบัติหน้าที่ผิดหน้าที่ โดยให้ปรับไม่เกินจำนวนค่าเสียหายที่เกิดขึ้น หรือผลประโยชน์ที่ได้รับแต่ต้องไม่ต่ำกว่าห้าแสนบาท และในกรณีที่กระทำโดยทุจริตจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่เกิดขึ้น หรือประโยชน์ที่ได้รับ แต่ไม่ต่ำกว่าหนึ่งล้านบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

จึงเห็นได้ว่า แนวความคิดที่กำหนดโทษปรับโดยคำนึงถึงความเสียหายที่แท้จริงตาม ทฤษฎีที่นักนิติเศรษฐศาสตร์ให้ความสำคัญนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติได้นำมาใช้แล้วตั้งแต่ปี พ.ศ.2551 ตาม พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2551 และมีผลใช้อยู่จนถึงปัจจุบัน

ปัญหาสืบเนื่องจากการกำหนดมาตรการลงโทษทางแพ่งและการฟ้องร้อง บังคับคดี

ดังที่กล่าวเบื้องต้นว่า ปัญหาประการหนึ่งที่เกิดขึ้นได้แก่ดำเนินการตามมาตรการลงโทษ ทางแพ่งไม่แล้วเสร็จผู้กระทำความผิดได้ถึงแก่ความตาย หากถือว่ามาตรการลงโทษทางแพ่งเป็นโทษอย่าง หนึ่งทางอาญาเพราะความตายของผู้กระทำความผิด ซึ่งจะส่งผลให้สิ่งที่ดำเนินการมาทั้งหมด โดยผู้ที่ เกี่ยวข้องไม่ว่าในชั้นใด ชั้นตอนใด ไม่ว่าจะการดำเนินคดีของพนักงานอัยการในศาลแพ่ง หรือการบังคับ คดียึดทรัพย์ของเจ้าพนักงานบังคับคดี ไม่ว่าจะคดีอยู่ในชั้นตอนใดย่อมยุติสิ้นผลลงทันที ในกรณีเช่นนี้ได้ มีความเห็นทางกฎหมายเป็นสองแนวทาง ได้แก่

แนวทางแรก เมื่อผู้กระทำความผิดตายการดำเนินการตามมาตรการลงโทษทางแพ่งที่ ยังไม่แล้วเสร็จไม่ว่าจะอยู่ในชั้นตอนใดย่อมยุติลงทันทีเนื่องจากความตายของผู้กระทำความผิดตามนัย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ม.39 (1) ดังจะเห็นได้จากมาตรการลงโทษทางแพ่งอยู่ใน หมวดที่ 12/1 เป็นส่วนย่อยของโทษทางอาญาซึ่งอยู่ในหมวดที่ 12 เรื่องโทษทางอาญา

แนวทางที่ 2 เมื่อเป็นมาตรการทางแพ่ง และใช้ ป.วิแพ่ง โดยอนุโลม จึงยังคงมีสิทธิและ หน้าที่ตามที่กฎหมายในทางแพ่งได้กำหนดไว้ โดยอนุโลมเช่นกัน กล่าวคือ การดำเนินบังคับมาตรการ ลงโทษทางแพ่งยังคงมีผลผูกพันกองมรดกของผู้กระทำความผิดได้ เมื่อผู้กระทำความผิดถึงแก่ความตาย

ความเห็นแนวทางที่ 2 ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายรองรับ แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายเรื่องหนี้ รงรับอยู่แต่ยังขาดกฎหมายรองรับอย่างชัดเจน เนื่องจากพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาด หลักทรัพย์ พ.ศ.2535 และพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 ล้วนเป็น กฎหมายมหาชน โดยเฉพาะหลักการทั่วไปตามกฎหมายมหาชนแตกต่างจากกฎหมายเอกชนคือถ้าไม่ มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งแล้ว่อมจะอ้างหลักกฎหมายมหาชนในส่วนนั้นไม่ได้ ดังนั้น ในปัจจุบันแนวความคิดแนวแรกจึงมีน้ำหนักมากกว่า และศาลแพ่งใช้อยู่

แต่อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยเห็นว่า ความเห็นตามแนวทางที่ 2 นี้ น่าจะเป็นแนวความคิดที่ สอดคล้องกับแนวความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ เนื่องจากเหตุผลสองประการดังนี้

ประการแรก การกระทำความผิดในตลาดหลักทรัพย์ตามที่กฎหมายว่าด้วย หลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ได้กำหนดให้ใช้มาตรการลงโทษทางแพ่งไว้ตาม ม.317/1 หรือการกระทำ ความผิดตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลที่กำหนดให้ใช้มาตรการลงโทษทาง แพ่งได้ ตาม ม.96 ได้แก่ ความผิดฐานการกระทำการอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ ความผิดฐานแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริง ซึ่งควรบอกให้แจ้งในสาระสำคัญตาม ม.278 หรือ ม.281/10 ความผิดฐานไม่ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการหรือผู้บริหารฯ ความผิดฐาน ยินยอมให้ผู้อื่นใช้บัญชีซื้อขายหลักทรัพย์ หรือบัญชีธนาคารที่ใช้ชำระค่าซื้อขายหลักทรัพย์ หรือใช้ บัญชีซื้อขายหลักทรัพย์หรือบัญชีธนาคารของบุคคลอื่นก็ดี ความผิดฐานการกระทำการอันไม่เป็น

ธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล ความผิดฐานแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริง ซึ่งควรบอกให้แจ้งในสาระสำคัญตาม ม.59 และ ม.65 ความผิดฐานยินยอมให้บุคคลอื่นใช้บัญชีซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล บัญชีธนาคาร บัญชีที่เปิดไว้กับผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล หรือบัญชีอื่นใดที่ใช้ชำระราคาซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล หรือใช้บัญชีซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล บัญชีธนาคาร บัญชีที่เปิดไว้กับผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล หรือบัญชีอื่นใดของบุคคลอื่นก็ดี ทั้งหมดที่กล่าวมาล้วนมีลักษณะร่วมกันที่สำคัญประการหนึ่งโดยล้วนเป็นความผิดที่มีเจตนาพิเศษ มุ่งประสงค์ต่อผลประโยชน์ในทางทรัพย์สิน (Monetary) เช่นเดียวกันทั้งสิ้น ซึ่งเป็นการกระทำที่มุ่งให้กองทรัพย์สินของตนเพิ่มพูนขึ้นโดยวิธีการที่มีขอบข่ายกฎหมาย ดังนั้นกองทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดควรที่จะเป็นประกันแก่รัฐในความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งนักนิติเศรษฐศาสตร์มองว่าในกรณีเช่นนี้ผู้กระทำความผิดสมควรได้รับโทษทางทรัพย์สินหรือโทษปรับอันสอดคล้องกับความเสียหายที่แท้จริงที่เกิดขึ้น โดยนักนิติเศรษฐศาสตร์มองทฤษฎีการป้องปรามด้วยการลงโทษที่เป็นตัวเงิน (Deterrence with Monetary Sanction) นั้น ค่าปรับควรจะทำให้สูงสุดจนกระทั่งเท่ากับทรัพย์สินทั้งหมดของผู้กระทำความผิด

เมื่อเป็นการลงโทษที่เป็นตัวเงิน สำหรับการกระทำความผิดที่มุ่งแสวงหาผลประโยชน์ที่ไม่ควรได้โดยชอบกฎหมายในเชิงทรัพย์สินย่อมมีเหตุผลอยู่ในตัวที่การลงโทษในทางทรัพย์สินไม่ควรยุติลงด้วยความตายของผู้กระทำความผิด

ประการที่ 2 นักนิติเศรษฐศาสตร์ให้ความสำคัญกับมิติด้านประสิทธิภาพ (Efficiency) ของกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมาย ปฏิเสธกิจกรรมที่เกิดการเปลืองเปล่า (Waste) รวมทั้งมองลึกต่อไปว่า การดำเนินมาตรการทางกฎหมายใดต้องคำนึงถึงต้นทุนค่าเสียโอกาส (Opportunity Cost) อีกด้วยซึ่งหมายถึง มูลค่าสูงสุดที่เป็นไปได้ของสิ่งที่ดีที่สุด รองลงมาซึ่งเราไม่ได้เลือก (Next Best Alternatives) แม้การดำเนินมาตรการตามกฎหมายใดก็ล้วนมีต้นทุนด้วยกันทั้งสิ้น การตัดสินใจเลือกดำเนินมาตรการหรือนโยบายที่มีให้เลือกหลากหลาย จึงไม่ควรอยู่บนฐานของการประเมินเฉพาะผลประโยชน์ (Benefit) ของมาตรการหรือนโยบายเหล่านั้น แต่ควรอยู่บนฐานการประเมินผลประโยชน์สุทธิ (Net Benefit) ซึ่งนำต้นทุน (Cost) มาหักลบออกจากผลประโยชน์ที่ได้เสียก่อน ทั้งนี้สังคมควรเลือกมาตรการหรือนโยบายที่ให้ผลประโยชน์สูงสุด

ตามแนวความคิดของนักนิติเศรษฐศาสตร์ซึ่งวิเคราะห์ถึงลักษณะของกระบวนการยุติธรรม มองว่ากระบวนการยุติธรรมที่เหมาะสมจะต้องมีประสิทธิภาพและใช้ทรัพยากรของสังคมที่เหมาะสม และยกระดับสวัสดิการของสังคมส่วนรวม ไร้ซึ่งความสิ้นเปลืองเปล่าของทรัพยากรโดยจะต้องมีองค์ประกอบทั้งความถูกต้องเที่ยงตรง ความรวดเร็วฉับไวและมีต้นทุนที่ต่ำ หากไม่มีครบทั้งองค์ประกอบทั้งสาม นักนิติเศรษฐศาสตร์ให้หันไปใช้กระบวนการยุติธรรมทางเลือก (Alternative Justive) หรือกระบวนการในการระงับข้อพิพาทนอกศาล (Out of Court Statement) จะดีกว่า การดำเนินมาตรการลงโทษทางแพ่งตามกฎหมายนั้น เริ่มต้นจากพนักงานสอบสวนแจ้ง กต. โดยเมื่อ กต. เห็นสมควรดำเนินมาตรการลงโทษทางแพ่งก็จะส่งเรื่องราวต่อให้คณะกรรมการพิจารณา มาตรการลงโทษทางแพ่งเป็นผู้พิจารณากำหนด จากนั้นหากผู้กระทำผิดไม่ปฏิบัติตาม กต. จะส่งเรื่องราวไปยังสำนักงานคดีแพ่งของสำนักงานอัยการสูงสุด เพื่อจัดพนักงานอัยการฟ้องร้องผู้กระทำความผิดเป็นคดีแพ่ง โดยใช้ ป.วิแพ่ง โดยอนุโลม ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นกิจกรรมที่มีต้นทุนทั้งสิ้น หากการ

ดำเนินมาตรการลงโทษทางแพ่งต้องมีอันสิ้นสุดลง เพราะความตายของผู้กระทำความผิด เช่นนี้ ย่อมทำให้มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ไม่มีประสิทธิภาพ และสิ้นเปลืองเปล่าอันไม่สอดคล้องกับแนวความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ ซึ่งมุ่งถึงการดำเนินมาตรการใดต้องให้เกิดความคุ้มค่า และสมาชิกของสังคมได้รับความพึงพอใจหรือสวัสดิการสูงสุด

จากการวิเคราะห์ดังกล่าวผู้วิจัยมีความเห็นว่า ความเห็นในแนวทางที่ 2 น่าจะมีเหตุผลมากกว่า โดยมีแนวความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ดังกล่าวสนับสนุน แต่อย่างไรก็ดีปัจจุบันศาลแพ่งยังมีคำตัดสินตามแนวทางที่ 1

บทที่ 5

สรุปและข้อเสนอแนะ

สรุป

ดังที่กล่าวไว้ว่า นิติเศรษฐศาสตร์ หรือ เศรษฐศาสตร์วิเคราะห์ด้วยกฎหมาย (Economic Analysis of Law) เป็นศาสตร์ที่ใช้ระเบียบวิธีวิทยา (Methodology) ของเศรษฐศาสตร์นีโอคลาสสิก เป็นกรอบวิเคราะห์ ซึ่งเน้นถึงความสำคัญกับมิติประสิทธิภาพ (Efficiency) ของกฎหมายและตัดแรงจูงใจ ในการกระทำผิดโดยให้เห็นว่าไม่คุ้มค่ากับต้นทุนการกระทำผิดซึ่งสูงขึ้นกฎหมายที่ดีจะมีผลโดยตรงในการป้องปรามยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่พึงปรารถนาของสังคม หากผู้กระทำความผิดยังคงตัดสินใจกระทำความผิด ก็จะได้รับบทลงโทษที่มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับต้นทุนของรัฐ โดยเน้นถึงการลงโทษที่เป็นตัวเงิน (Monetary sanction) ได้แก่ ค่าปรับที่อยู่ในระดับเหมาะสม (Optimal level) โดยให้ความสำคัญกับโทษปรับในหลายๆลักษณะ ได้แก่ โทษปรับที่เหมาะสม โทษปรับตามจำนวนวันที่กระทำความผิด ค่าปรับตามรายได้ ทั้งนี้ควรกำหนดโทษจำคุก ซึ่งมีต้นทุนสูงเป็นโทษอุปกรณ์ มิใช่กำหนดโทษจำคุกเป็นโทษประธาน (Principle) (กฎหมายใช้คำว่า “และ”) แต่ควรกำหนดโทษปรับซึ่งมีต้นทุนต่ำกว่าให้เป็นโทษประธานแทน โดยมีโทษจำคุกเป็นโทษอุปกรณ์ (Accessories) (กฎหมายใช้คำว่า “หรือ”) ด้วยเหตุผลที่ว่า จะได้ไม่เน้นการลงโทษทางอาญามากเกินไป (Over-criminalization) ซึ่งไม่เป็นผลดีต่อเศรษฐกิจแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ สนับสนุนการลงโทษผนวก (Complement Aries) ตามที่กฎหมายบัญญัติแก่ผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะที่มีลักษณะที่สะท้อนถึงความเสียหายที่แท้จริง และคำนึงถึงผลประโยชน์ผู้กระทำความผิดได้รับ หรือพึงจะได้รับด้วย

การดำเนินคดีกับอาชญากรเศรษฐกิจก็ย่อมต้องการความมีประสิทธิภาพ (Efficiency) และเช่นเดียวกัน นักนิติเศรษฐศาสตร์มองถึงผลประโยชน์สูงสุดที่สังคมจะพึงได้รับจากทรัพยากรที่มี และในขณะที่มีมรรควิธีสู่เป้าหมายดังกล่าวได้หลายทาง สังคมควรเลือกทางที่ให้ผลลัพธ์มากที่สุด ใช้ต้นทุนต่ำที่สุด และสมาชิกในสังคมพึงพอใจมากที่สุด ตามแต่เป้าหมายที่สังคมต้องการภายใต้ข้อจำกัดด้านทรัพยากรที่กำลังเผชิญอยู่ ประเทศไทยได้มีการแก้ไขกฎหมายอาญาหลายครั้ง ในระยะแรกมักจะให้ความสำคัญกับโทษจำคุกมากกว่า ทำให้เกิดภาวะการลงโทษทางอาญามากเกินความจำเป็น (Over-criminalization) ทำให้คนล้นคุกต่อมาก็มีการแก้ไขให้สอดคล้องกับแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์มากขึ้น รวมถึงการออกกฎหมายใหม่กำหนดนิยามศัพท์ของการกระทำอันเป็นความผิดเพื่อให้ชัดเจนขึ้นและสะดวกยิ่งขึ้น ในการดำเนินคดีกับอาชญากรเศรษฐกิจ รวมทั้งกำหนดมาตรการพิเศษอื่นๆ โดยมีวัตถุประสงค์ตัดแรงจูงใจในการกระทำความผิด กำหนดบทลงโทษปรับให้มีลักษณะอ่อนตัว โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดได้รับหรือพึงได้รับและมีลักษณะสะท้อนถึงความเสียหายที่แท้จริงมากขึ้น จากการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฉบับนี้มาร่วม 28 ปีเศษพบว่า กฎหมายฉบับนี้สามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ สามารถคุ้มครองประโยชน์ของผู้ลงทุนในตลาดหลักทรัพย์ได้อย่างมีประสิทธิภาพในระดับที่น่าพึงพอใจ

นอกจากนี้ยังเห็นว่า มาตรการทางปกครองที่กำหนดไว้ตามกฎหมายฉบับดังกล่าวยังสามารถใช้ได้เป็นอย่างดี เนื่องจากผู้ลงทุนยอมเคารพกติกา หากมีฉ้อฉลจะถูกลงโทษออกจากตลาด โดยห้ามเข้าซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ หรือศูนย์ซื้อขายหลักทรัพย์อีกต่อไป โดยมีกำหนดระยะเวลา ซึ่งเท่ากับเป็นการตัดทางทำมาหาได้ของตนเอง ซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดไม่กล้ากระทำความผิด เพราะต้นทุนการกระทำความผิดนั้นสูงเท่ากับทางทำมาหาได้ของตน มาตรการที่มีประสิทธิภาพอย่างหนึ่ง ได้แก่ มาตรการลงโทษทางแพ่ง ซึ่งจะมีขั้นตอนโดยสำนักงานคณะกรรมการ กต. จะสรุปเรื่องราวแจ้งการกำหนดมาตรการลงโทษทางแพ่ง รายการค่าปรับทางแพ่ง เงินที่ต้องชดใช้ พร้อมทั้งดอกเบี้ยมายังสำนักงานอัยการคดีแพ่ง ซึ่งต่อมาก็คงจะมีการฟ้องร้องผู้กระทำความผิดเป็นคดีแพ่งโดยมีคณะกรรมการ กต. เป็นโจทก์ต่อศาลแพ่งที่มีเขตอำนาจ ซึ่งการดำเนินการคดีแพ่งตามมาตรการลงโทษทางแพ่งนี้มีลักษณะเป็นมาตรการผสม (Hybrid) คือ ฟ้องที่ศาลแพ่งแต่มีกำหนดอายุความอย่างคดีอาญา และมีหน้าที่การนำสืบและการพิสูจน์เหมือนคดีอาญา แม้ว่าบทบัญญัติตาม ม. 317/14 จะได้กำหนดให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้แก่การพิจารณา การพิพากษาและการบังคับคดีด้วยก็ตาม การดำเนินคดีกับอาชญากรเศรษฐกิจตามที่กฎหมายกำหนดมาตรการพิเศษ ได้แก่ มาตรการลงโทษทางแพ่งนี้ ยังคงพบปัญหาในกรณีที่ผู้กระทำความผิดตายก่อนที่จะดำเนินการมาตรการลงโทษทางแพ่งแล้วเสร็จ กรณีเช่นนี้เห็นว่า แม้ว่าตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และเช่นเดียวกัน ตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ป้องกันและปราบปรามอาชญากรเศรษฐกิจเช่นเดียวกันและมี ลักษณะถอดแบบกันมา จะได้ใช้แนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์อยู่ในหลายกรณีดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 และ 4 ทั้งได้บัญญัติให้เห็นไว้โดยแจ้งชัดในความตอนท้ายของ ม.317/1 และ ม.96 วรรคท้าย ว่าให้คำนึงถึงความร้ายแรงของการกระทำ ผลกระทบต่อตลาดพยานหลักฐานที่อาจนำมาใช้พิสูจน์ความผิดและ ความคุ้มค่าในการดำเนินมาตรการนั้น อันเป็นแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์แฝงอยู่ทั้งสิ้น

แต่อย่างไรก็ดี การใช้แนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ยังคงมีข้อจำกัดอยู่หลายประการดังที่กล่าวในข้อ 2.3 ทำให้เป็นได้เพียงแนวคิดทฤษฎีที่อยู่เบื้องหลังและข้อคำนึงในการบังคับใช้กฎหมายเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี แนวคิดทฤษฎีดังกล่าวสามารถเป็นตัวผลักดันให้แก่ปัญหาที่เกิดขึ้นได้

ข้อเสนอแนะ

แนวทางที่ 1 เห็นว่า เมื่อผู้กระทำความผิดตายลง สิทธิการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดย่อมหมดสิ้นลง หรือระงับลง

ตามแนวความคิดนี้ได้เห็นว่า โทษทางอาญาย่อมระงับลงจากความตายของผู้กระทำความผิด มาตรการลงโทษทางแพ่งนั้นเป็นมาตรการที่มีข้อโต้แย้งได้ว่า สิทธิการดำเนินคดีที่ระงับลงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ม.39 (1) นั้นเป็นสิทธิการดำเนินคดีอาญาเท่านั้น มิใช่รวมถึงการดำเนินคดีผู้กระทำความผิดเป็นคดีแพ่ง ต่อศาลแพ่งด้วยทั้งเจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่งเน้นคุ้มครองสังคม และกำหนดค่าเสียหายคืนแก่สังคมอันเกิดจากการกระทำความผิดของอาชญากรเศรษฐกิจ ดังที่หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ระบุไว้ว่า “เป็นมาตรการในการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ลงทุนได้อย่างมีประสิทธิภาพ”

ตามแนวความคิดแนวทางที่ 1 ยังมีข้อโต้แย้งเพิ่มเติมได้อีกว่าอาชญากรเศรษฐกิจได้กระทำความผิดทางอาญาในตลาดหลักทรัพย์หรือในการซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลก็ดี มีวัตถุประสงค์หรือเจตนาพิเศษที่มุ่งหมายต่อผลประโยชน์ในทางทรัพย์สิน (Monetary) ซึ่งเมื่อผู้กระทำความผิดตายทรัพย์สินเหล่านั้นก็จะตกทอดไปสู่ทายาทในฐานะเป็นมรดก หากตีความว่าการดำเนินการตามมาตรการลงโทษทางแพ่งระงับไปเมื่อผู้กระทำความผิดตาย ย่อมทำให้ทายาทสามารถใช้และได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดตามกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวนี้ได้ โดยชอบกฎหมายอันไม่เป็นธรรมต่อสังคมและผู้ลงทุนในตลาดหลักทรัพย์และในสินทรัพย์ดิจิทัลจะไม่ได้รับการคุ้มครองผลประโยชน์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว

แนวทางที่ 2 เห็นว่า มาตรการโทษทางแพ่งเป็นหนึ่งชนิดหนึ่งตามกฎหมายมหาชน แม้ลูกหนี้ตายก็ไม่ระงับ

ตามความเห็นนี้ อ้างอิงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ซึ่งดูได้จากที่มาเหตุที่ตราขึ้นประกอบกับหลักกฎหมายเรื่องนี้ซึ่งกล่าวโดยเฉพาะเป็นหนึ่งตามกฎหมายมหาชน ความเห็นนี้มีข้อโต้แย้งได้ว่า จะอ้างเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นกฎหมายไม่ได้ ส่วนหลักกฎหมายเรื่องนี้ โดยเฉพาะหนึ่งตามกฎหมายมหาชนก็เป็นเรื่องที่ถูกกฎหมายมีได้บัญญัติถึงไว้โดยชัดแจ้งเช่นเดียวกัน

ตามความเห็นที่สองนี้ เห็นว่าการกำหนดให้หนึ่งทางแพ่งนี้ไม่ระงับลงด้วยความตายของผู้กระทำความผิดสอดคล้องกับหลักการของกฎหมายที่กำหนดให้ กสท. เป็นเจ้าหนี้ ตามคำพิพากษาซึ่งจะสามารถนำยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ได้กระทำความผิดและถูกลงโทษทางแพ่งมาขายทอดตลาดชำระหนี้ได้ ทั้งนี้ โดยหักค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบกระทำความผิดนั้นคืนแก่สำนักงานคณะกรรมการกสท. ก่อนได้ด้วย อันเป็นไปตามหลักการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ลงทุนและสามารถกำกับดูแลและพัฒนาตลาดทุนและตลาดสินทรัพย์ดิจิทัลได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นสมดังเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ความเห็นที่สองนี้ ยังถูกโต้แย้งเพิ่มเติมว่า ม.317/13 ให้นำอายุความฟ้องคดีอาญามาบังคับใช้แก่การฟ้องคดีเพื่อกำหนดการลงโทษทางแพ่ง จึงเห็นได้ว่า ใช้มูลฐานความผิดทางอาญามาเป็นตัวกำหนดอายุความฟ้องร้อง การระงับสิทธิทางอาญาเนื่องจากการตายของผู้กระทำความผิดจึงต้องนำมาบังคับใช้เช่นเดียวกันอีกด้วย ตามความเห็นที่สองนี้ อาจถูกสนับสนุนโดยความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ประการหนึ่งว่า ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์นั้นมุ่งจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุดโดยไม่สูญเสียเปล่า การที่คณะกรรมการพิจารณามาตรการลงโทษทางแพ่งได้พิจารณากำหนดมาตรการลงโทษทางแพ่งแล้ว ได้มีการฟ้องคดีแพ่งต่อศาลแล้ว หรือได้มีการบังคับคดีแพ่งตามคำพิพากษาของศาลแพ่งแล้วก็ตาม ในระหว่างดำเนินการในแต่ละขั้นตอนอยู่ผู้กระทำความผิดตายจะทำให้กระบวนการขั้นตอนต่างๆที่ดำเนินมาเป็นอันไร้ผลย่อมจะเป็นการสูญเสียเงินเปลืองไปเปล่า ไม่สอดคล้องกับหลักนิติเศรษฐศาสตร์

ผู้วิจัยจึงเห็นว่า มาตรการลงโทษทางแพ่งซึ่งทรงประสิทธิภาพ แต่ยังคงมีช่องว่างหรือช่องโหว่ทางกฎหมายอยู่ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดตายก่อนที่จะดำเนินการแล้วเสร็จ เพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้อีกในอนาคต รวมถึงในกรณีเช่นเดียวกัน ตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลด้วย เห็นควรเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั้งสองฉบับในประเด็น

เดียวกัน โดยเห็นควรให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติเป็นมาตรา ม.317/15 และ ม.99/1 ของพระราชบัญญัติและพระราชกำหนดดังกล่าวในลักษณะเช่นเดียวกัน ดังต่อไปนี้

ม.317/15 “มูลหนี้ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการตามมาตรการลงโทษทางแพ่งในหมวดนี้ เป็นหนี้ตามกฎหมายมหาชน หากระหว่างการดำเนินการบังคับตามมาตรการลงโทษทางแพ่งไม่แล้วเสร็จ ผู้ต้องหาถึงแก่ความตาย สิทธิการดำเนินคดีแพ่ง ตามมูลหนี้ดังกล่าวไม่ระงับให้เรียกกองมรดกของลูกหนี้เข้ามาดำเนินการต่อไป”

ม.99/1 เหมือนกัน “มูลหนี้ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการตามมาตรการลงโทษทางแพ่งในหมวดนี้เป็นหนี้ตามกฎหมายมหาชน หากระหว่างการดำเนินการบังคับตามมาตรการลงโทษทางแพ่งไม่แล้วเสร็จ ผู้ต้องหาถึงแก่ความตาย สิทธิการดำเนินคดีแพ่ง ตามมูลหนี้ดังกล่าวไม่ระงับให้เรียกกองมรดกของลูกหนี้เข้ามาดำเนินการต่อไป”

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- จิตติ ดิงศภัทย์. “คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1”. กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา, 2525.
- ชาญวิทย์ ยอดมณี. “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป”. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529.
- ธงทอง จันทรางศุ. “กฎหมายไทยในยุครัตนโกสินทร์ตอนต้น”. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2526.
- ประดิษมนูธรรม, หลวง. “สารบาญประชุมกฎหมายไทย”. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์นิติสาส์น, 2475.
- ร.แลงกาด์. “ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย”. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์. 2526, เล่ม 2.
- วรภัคดีพิบูลย์, พระ. “ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย”. กรุงเทพฯ : คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, 2512.
- สุปัน พูลพัฒน์. “คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1”. กรุงเทพมหานคร :
นิติบรรณการ, 2532, พิมพ์ครั้งที่ 6.
- สุทธีวาทนฤพุดิ, หลวง. “ประวัติศาสตร์กฎหมาย ชั้นปริญญาโท”. กรุงเทพฯ : พิมพ์แจก ในงานศพ
หลวงสุทธีวาทนฤพุดิ, 2529.
- หยุด แสงอุทัย ดร. “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป”. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527.

บทความ

- คณิต ฒ นคร, ดร. “ผู้เสียหายในคดีอาญา”. วารสารอัยการ. 1 ม.ค.2521.
- ธรรมบุญ พิทยาภรณ์, ดร. “มุมมองของนักกฎหมายต่อนิติเศรษฐศาสตร์”. มปป.
- บุญร่วม เทียมจันทร์. “ที่สุดของกฎหมาย”. วารสารอัยการ. 13 ก.ค.2533.

เอกสารไม่เผยแพร่

- สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ. “รายงานการวิเคราะห์กฎหมายกฎหมายด้วยวิธีทางเศรษฐศาสตร์
: การคิดค่าเสียหายในคดีละเมิด”. สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. 2553.
- สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ. “รายงานการวิจัยเรื่อง นิติเศรษฐศาสตร์ของระบบยุติธรรม
ทางอาญาของไทย”. สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศ. 2554.
- “ร่างประมวลกฎหมายอาญาของกรมการร่างกฎหมายหมาย”. คณะกรรมการกฤษฎีกา. ไมโครฟิล์ม

ภาษาต่างประเทศ

Books

L.B. Curzon. "Roman Law". London : M & E Handbook, Macdonald and Evans Ltd, 1966.

W.W. Buckland. A. "Text – book of Roman Law". Second Edition London : Cambridge UNIVERSITY Press, 1932.

Salmond. "Jurisprudence". London : Sweet and Maxwell Co., 1974.

Journals

Ehrlich. "The Deterrent Effect of Capital Punishment". American Economic Review. 1975.

Mocan, H.N. and R.K. "Gitting off Death Row" Journal of Law and Economic. 1982

Marivell, T and C.Moody. "WPrison Population Growth and Crime Reduction". Journal of Quantitative Criminology. 1994.

Levitt, S.D. "The Effect of Prison Population Size on Crime Rates" Quarterly Jouurnal of Economic. 1996.

ประวัติผู้วิจัย

ยศ-ชื่อ-นามสกุล	นายธิตี คุ้มรักษ์
วัน เดือน ปีเกิด	21 กรกฎาคม 2507
ประวัติการศึกษา	<ul style="list-style-type: none"> - นิติศาสตร์บัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ.2528 - เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 39 พ.ศ.2529 - Ph.D. (Candidate) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
ประวัติการทำงาน	<ul style="list-style-type: none"> - ที่ปรึกษากฎหมายและทนายความประจำสำนักงานกฎหมายอมร อนุรุทธิกร (บัญชี ภาษี ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์) พ.ศ.2529-2534 - อัยการจังหวัดผู้ช่วยจังหวัดระนอง พ.ศ.2535 - รองอัยการจังหวัดระนอง พ.ศ.2537 - อัยการจังหวัดประจำกรม สำนักงานอัยการจังหวัดสระแก้ว พ.ศ.2540 - อัยการจังหวัดประจำกรม สำนักงานอัยการจังหวัดสุราษฎร์ธานี พ.ศ.2545 - อัยการจังหวัดประจำกรม สำนักงานอัยการจังหวัดสุราษฎร์ธานี (เกาะสมุย) พ.ศ.2546 (รักษาการอัยการจังหวัดเกาะสมุย) - อัยการจังหวัด สคช. สำนักงานอัยการจังหวัดเกาะสมุย พ.ศ.2549 - อัยการผู้เชี่ยวชาญ สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีอาญา 5 (พระโขนง) พ.ศ.2550 - อัยการจังหวัดคดีศาลแขวงสุราษฎร์ธานี พ.ศ.2551-พ.ศ.2552 - อัยการจังหวัดไชยา พ.ศ.2553 – พ.ศ.2554 - อัยการจังหวัดสุราษฎร์ธานี พ.ศ.2554 – พ.ศ.2555 - อัยการผู้เชี่ยวชาญพิเศษ สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีอาญา 12 พ.ศ.2556 – พ.ศ.2561
ตำแหน่งปัจจุบัน	- อัยการพิเศษฝ่ายคดีศาลสูง 5

สรุปย่อ

ลักษณะวิชา การเมือง

เรื่อง การใช้แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์กับความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ
ผู้วิจัย นายธิตติ คุ้มรักษ์ หลักสูตร วปอ. รุ่นที่ 62
ตำแหน่ง อัยการพิเศษฝ่ายคดีศาลสูง 5

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

แนวคิดเรื่องทฤษฎีการวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์ หรือนิติเศรษฐศาสตร์ (Economics analysis of law) มิใช่ศาสตร์ใหม่ แต่เป็นการใช้แนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์มาประยุกต์และพัฒนากฎหมายในลักษณะสหวิทยาการ โดยมีวิธีการคือ จะใช้ระเบียบวิธีวิทยาทางเศรษฐศาสตร์ นิโอ คลาสสิก (Neoclassic economics) เป็นกรอบและเครื่องมือในการวิเคราะห์ประเด็นต่างๆในทางกฎหมาย ได้แก่ สิ่งที่ถูกกฎหมายประสงค์คุ้มครองคือ ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง และทรัพย์สิน แรงจูงใจในการกระทำความผิดและโทษและการบังคับโทษทางอาญาว่ามีความเหมาะสมในเชิงคุณค่าและมีประสิทธิภาพ (Efficiency) อย่างไรความผิดอาญาทางเศรษฐกิจมักกระทำโดยอาชญากรเศรษฐกิจ ซึ่งมักเป็นผู้ที่มีความเฉลียวฉลาด มีศักยภาพทางการเงินสูงย่อมสามารถระมัดระวังปกป้องพยานหลักฐาน ทำให้แกะรอยได้ยาก การหาพยานหลักฐานมาเอาผิดในชั้นศาลย่อมทำได้ยาก นอกจากนี้คดีความผิดที่เกิดขึ้นมักจะเป็นคดีที่ซับซ้อนซ่อนเงื่อนเปิดทางต่อผู้คดีในศาลได้หลากหลายประเด็น ทั้งการที่ผู้กระทำความผิดมีศักยภาพทางการเงินสูงย่อมสามารถหาทนายความที่เก่งมาต่อสู้คดีได้เท่าที่พยานหลักฐานทางคดีมักเป็นเพียงพยานบอกเล่า พยานชัดทอด และมักเป็นพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งทำให้อาชญากรทางเศรษฐกิจมักรอดตัวจากการดำเนินคดีโดยศาลพิพากษายกฟ้องอยู่เสมอ เช่น ในคดีปั่นหุ้น เป็นต้น ส่วนคดีที่มีประวัติการลงโทษก็เป็นคดีในลักษณะที่รัฐกำหนดนิยามในการกระทำผิดไว้แจ้งชัดเพราะเป็นคดีที่ก่อความเสียหายทางเศรษฐกิจสูงและส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของประชาชน เช่น คดีการกักเงินอันเป็นการฉ้อโกงประชาชน เป็นต้น

แนวคิดการใช้นิติเศรษฐศาสตร์ของไทยมีมานานแล้วโดยจะเป็นเบื้องหลังหรือเหตุผลของข้อวินิจฉัยหรือคำพิพากษา แต่ไม่เป็นที่เปิดเผยโดยชัดแจ้ง เพราะศาลลงโทษได้เท่าที่กฎหมายบัญญัติ การหลีกเลี่ยงการลงโทษที่ไม่เหมาะสมมาลงโทษจำคุกแทนมีให้เห็นอยู่เสมอและมีมานานแล้ว ในขณะที่เดียวกันการหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกโดยเฉพาะจำคุกกระยะสั้นและมาลงโทษปรับในอัตราอย่างสูงแทนมีให้เห็นอยู่โดยทั่วไป แม้คำว่า “นิติเศรษฐศาสตร์” จะหมายถึงการนำนิติศาสตร์มาผนวกกับเศรษฐศาสตร์ ซึ่งดูเหมือนกับว่าจะไปด้วยกันไม่ได้ เนื่องจากหัวใจของนิติศาสตร์อยู่ที่ความยุติธรรม (Justice) แต่หัวใจของเศรษฐศาสตร์อยู่ที่ความมีประสิทธิภาพ (Efficiency) แต่เนื่องจากทั้งสองสาขาเป็นศาสตร์จึงสามารถใช้วิธีการวิเคราะห์ปรับศาสตร์ทั้งสองเข้าหากันได้อย่างกลมกลืน โดยให้ทั้งสองสามารถตั้งเป็นเป้าหมายที่ส่งเสริมกัน

การทำงานร่วมกันของนักเศรษฐศาสตร์กับนักนิติศาสตร์ในอุดมคติมิใช่เป็นการเข้ายึดพื้นที่ของศาสตร์ตรงข้าม เมื่อปรับการวิเคราะห์กฎหมายด้วยเศรษฐศาสตร์แล้ว นักนิติศาสตร์ควรให้ความสำคัญมากขึ้น การวิเคราะห์ความสัมพันธ์ทางเศรษฐศาสตร์ แต่ทั้งนี้ควรทำโดยใช้ความระมัดระวัง อย่างไรก็ตาม ข้อดีของการใช้แนวความคิดนี้มีลักษณะอ่อนตัวและสามารถหาคำตอบได้ โดยวิธีคำนวณทางเศรษฐศาสตร์สามารถนำไปกำหนดได้ถึงบทลงโทษที่เหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับค่าปรับตามมูลค่าความเสียหายทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริงได้ ปัจจุบันสภาวะการณ์การค้าและเศรษฐกิจมีการพัฒนาไปมากในทศวรรษนี้มีสินค้าทางการเงินเกิดขึ้นใหม่มากมาย เทคโนโลยีทางการเงินพัฒนาไปมาก ได้แก่ คริปโตเคอเรนซี และ บล็อกเชน อันถือได้ว่าเป็นสินทรัพย์ดิจิทัลตามกฎหมาย ยิ่งจะทำให้อาชญากรรมทางเศรษฐกิจมีช่องทางมากขึ้น และการควบคุมของรัฐย่อมยากเพิ่มขึ้นเป็นเงาตามตัว

ผู้วิจัยทำงานด้านกฎหมายโดยประกอบอาชีพพนักงานอัยการมา 30 ปี ศึกษาสนใจวิธีการอุดช่องโหว่ของกฎหมายมาโดยตลอด หากประสบการณ์ที่ผ่านมาพบว่า การดำเนินคดีกับอาชญากรรมเศรษฐกิจได้มีการพัฒนาแก้ไขใช้กฎหมายโดยอาศัยหลักนิติเศรษฐศาสตร์มาโดยตลอด แต่ก็ยังว่าในบางมาตรการยังมีช่องว่างทางกฎหมายอยู่ จึงได้ศึกษาหาแนวความคิดที่จะอุดช่องว่างทางกฎหมาย โดยเฉพาะอาจจะต้องถึงขั้นเสนอให้เรามีการแก้ไขกฎหมายในบางมาตรา เพื่อให้การดำเนินการกับอาชญากรรมเศรษฐกิจมีประสิทธิภาพสูงสุด

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. การวิจัยเรื่องนี้เป็นการศึกษาถึงแนวความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ว่ามีความหมายอย่างไร มีจุดเริ่มต้นและพัฒนาการอย่างไร สามารถนำมาวิเคราะห์กับประเด็นต่างๆทางกฎหมายได้อย่างไร ได้แก่ วิเคราะห์สิ่งที่กฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครอง วิเคราะห์แรงจูงใจในการกระทำความผิด วิเคราะห์โทษที่เหมาะสม และการบังคับโทษดังกล่าวตลอดจนวิเคราะห์และพิจารณานำมาปรับใช้ในกรณีที่เป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ

2. การวิจัยเรื่องนี้จะเน้นศึกษาวิเคราะห์การปรับใช้แนวความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์กับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นในทศวรรษที่ผ่านมาตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 โดยใช้แนวความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ตอบปัญหาที่เกิดขึ้น โดยไม่เจาะลึกไปถึงรายละเอียดการดำเนินคดีเกี่ยวกับแผนยุทธศาสตร์ หรือแผนปฏิบัติการของสำนักงานอัยการสูงสุด

3. การวิจัยเรื่องนี้จะศึกษารวมไปถึงพัฒนาการทางกฎหมายที่พัฒนาขึ้นเพื่อคุ้มครองสังคมจากอาชญากรรมทางเศรษฐกิจในทศวรรษที่ผ่านมา ผ่านทางกฎหมายหลายฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ที่แก้ไขเพิ่มเติม พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 เป็นต้น

4. ศึกษาถึงช่องว่างทางกฎหมายสำหรับการดำเนินมาตรการลงโทษทางแพ่งตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ซึ่งพบว่าการดำเนินการมาตรการลงโทษทางแพ่งตามกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวยังมีช่องว่างทางกฎหมายในกรณีผู้กระทำความผิดตาย

5. ศึกษาหามาตรการทางกฎหมายในการอุดช่องว่างของกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว เพื่อให้มาตรการลงโทษทางแพ่งยังสามารถดำเนินการต่อไปได้เมื่อผู้กระทำความผิดตาย ซึ่งอาจถึงขั้นต้องเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในบางมาตรา

ขอบเขตของการวิจัย

1. ขอบเขตด้านเนื้อหาและบริบท เป็นการศึกษา วิเคราะห์ถึงอุปสรรคข้อขัดข้องในการดำเนินคดีของรัฐกับอาชญากรทางเศรษฐกิจตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 โดยเฉพาะในปัญหาที่ที่พบได้แก่การกำหนดบทกำหนดโทษที่เหมาะสม สะท้อนถึงความเสียหายที่แท้จริงที่เกิดขึ้น การกำหนดมาตรการลงโทษทางแพ่ง ปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินมาตรการลงโทษทางแพ่งดังกล่าว รวมถึงศึกษาหาแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหา ซึ่งอาจ ถึงขั้นเสนอแนวทางแก้ไขกฎหมายในบางข้อบางประเด็น

2. ขอบเขตของประชากร ศึกษาถึงสำนวนคดีในการดำเนินมาตรการทางกฎหมายกับอาชญากรเศรษฐกิจที่ผ่านมา ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 และพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 วิเคราะห์ สังเคราะห์ข้ออภิปรายผลการศึกษา และสัมภาษณ์เชิงลึกจากผู้เชี่ยวชาญทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรทางเศรษฐกิจและวิชานิติเศรษฐศาสตร์

3. ขอบเขตเวลา ดำเนินการรวบรวมข้อมูล สำนวนคดี สัมภาษณ์ โดยจัดเก็บทั้งข้อมูลปฐมภูมิและข้อมูลทุติยภูมิในห้วงเวลาตั้งแต่เดือนตุลาคมพ.ศ. 2562 ถึงเดือนมิถุนายนพ.ศ. 2563

วิธีการดำเนินวิจัย

การศึกษาเรื่องนี้ต้องการวิเคราะห์หลักเกณฑ์และความเหมาะสมการนำแนวความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์มาปรับใช้กับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจโดยเป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ร่วมกับการวิจัยเชิงพรรณนาและการสัมภาษณ์ (In depth interview) โดยมีรายละเอียดวิธีการดำเนินการดังนี้

1. การวิจัยเอกสาร โดยการศึกษา ค้นคว้ารวบรวมเอกสารข้อมูลต่างๆที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ กฎหมาย ระเบียบข้อบังคับ คำพิพากษาของศาล คำวินิจฉัยของศาล จดหมายเหตุ ตำราวารสารทางกฎหมาย บทความ รายงานวิจัย วิทยานิพนธ์ ข้อเขียน รายงานการประชุม และสำนวนคดีอาญาที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ และสำนวนคดีแพ่งที่สำนักงานคดีแพ่งได้รับจากคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยและผลการดำเนินการในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา ทั้งนี้เพื่อนำมาสร้างฐานความรู้ในการวิเคราะห์สังเคราะห์เปรียบเทียบและประมวลผลต่อไป

1.1 การรวบรวมข้อมูล ผู้วิจัยได้ทำการเก็บรวบรวมข้อมูลทางกฎหมายและเอกสารข้อมูลทางคดีต่างๆ ดังนี้

1.1.1 ข้อมูลปฐมภูมิ (Primary Data) ได้แก่ เอกสารต้นเรื่อง (Original Data) ได้แก่ ข้อมูลเบื้องต้นในทางคดี คำพิพากษาของศาล ส่วนวนคดีที่เกิดขึ้นในการปฏิบัติหน้าที่สถิตคดี รายงานการประชุมสัมมนาที่เกี่ยวข้อง บทสัมภาษณ์เชิงลึกของผู้เชี่ยวชาญ

1.1.2 ข้อมูลทุติยภูมิ (Secondary Data) ได้แก่ เอกสารข้อมูลที่ได้ผ่านการวิเคราะห์หรือตีความจากคนอื่นมาแล้ว ได้แก่ บทความหนังสือ ตำรา และบทบัญญัติทางกฎหมายและระเบียบต่างๆซึ่งแยกได้ ดังนี้

1.1.2.1 กฎหมายไทย โดยมีประมวลกฎหมายแพ่ง ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561

1.1.2.2 คำพิพากษาศาลไทย ได้แก่ คำพิพากษาของศาลที่มีลักษณะนำแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์มาใช้

1.1.2.3 คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ได้แก่ คำพิพากษาของศาลต่างประเทศที่มีลักษณะนำแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์มาใช้

1.2. การดำเนินวิเคราะห์เนื้อหา (Content analysis)

ผู้วิจัยทำการศึกษาตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นจริง วิเคราะห์เปรียบเทียบตำราทางวิชาการและเอกสารทางวิชาการต่างๆ สังเคราะห์ทฤษฎีแนวความคิด หลักการต่างๆนำมาประยุกต์ใช้กับกรณีที่เกิดขึ้นจริงในประเทศไทยตามแนวทางการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Data) ซึ่งเป็นการวิเคราะห์ข้อมูลเชิงพรรณนา (Descriptive) โดยใช้เทคนิควิเคราะห์เนื้อหาเนื้อสรุปประเด็นสำคัญดังต่อไปนี้

- 1.2.1 ประวัติแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับนิติเศรษฐศาสตร์
- 1.2.2 นิติเศรษฐศาสตร์กับความสัมพันธ์ระหว่างนิติศาสตร์กับเศรษฐศาสตร์
- 1.2.3 ข้อ จำกัด ของการใช้นิติเศรษฐศาสตร์
- 1.2.4 การวิเคราะห์นิติเศรษฐศาสตร์กับสิ่งที่กฎหมายประสงค์คุ้มครอง
- 1.2.5 การวิเคราะห์นิติเศรษฐศาสตร์กับแรงจูงใจ
- 1.2.6 การวิเคราะห์นิติเศรษฐศาสตร์กับโทษทางอาญา
- 1.2.7 การใช้แนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์กับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ
- 1.2.8 การใช้มาตรการทางอาญากับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ
- 1.2.9 การใช้มาตรการทางแพ่งกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ
- 1.2.10 การใช้มาตรการทางปกครองกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ
- 1.2.11 การใช้มาตรการพิเศษอื่น ๆ กับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ

2. การวิจัยภาคสนาม โดยการเก็บรวบรวมข้อมูลในเชิงคุณภาพจากผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ซึ่งมีความสำคัญต่อการบังคับใช้กฎหมาย โดยผู้วิจัยได้กำหนดวิธีวิจัยแบบการสัมภาษณ์เจาะลึก (In-depth Interview) โดยกำหนดกลุ่มเป้าหมายประชากรจากผู้ทรงคุณวุฒิในการปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องโดยตรง ทั้งนี้ โดยกำหนดวิธีการให้ผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวได้ตอบคำถามและแสดงความคิดเห็นในทุกประเด็นช่องปัญหาอันจะทำให้ข้อมูลเชิงลึกโดยผู้วิจัยสามารถ

ซักถามข้อเท็จจริงและรายละเอียดปลีกย่อยที่สำคัญและน่าสนใจได้อย่างใกล้ชิดผู้วิจัยได้แบ่งประชากรในส่วนนี้ออกเป็นสองกลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ 1 ผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายและนักวิชาการ

1.1 ผู้พิพากษา

1.2 พนักงานอัยการ

1.3 อาจารย์ในมหาวิทยาลัย

กลุ่มที่ 2 ข้าราชการในหน่วยผู้ปฏิบัติงาน

2.1 สำนักงานกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

2.2 สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง

ผู้วิจัยจะได้ดำเนินการวิเคราะห์ สังเคราะห์ และประมวลผลของข้อมูลตามแนวทางของการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Data) ซึ่งเป็นการวิเคราะห์ข้อมูลเชิงพรรณนา (Descriptive) โดยใช้เทคนิคการวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis) เพื่อแสวงหาข้อค้นพบตามวัตถุประสงค์ของงานวิจัย อันจะนำไปสู่วิธีการปรับใช้แนวความคิดทางนิติศาสตร์เข้ากับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ ตลอดจนแนวทางการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายและระเบียบของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้สอดคล้องกับพัฒนาการของอาชญากรรมทางเศรษฐกิจที่จะมีมากขึ้นและซับซ้อนอ่อนเงื่อนมากขึ้นในบริบทของความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่พัฒนาและเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว

ผลการวิจัย

เมื่อเป็นมาตรการทางแพ่ง และใช้ ป.วิแพ่ง โดยอนุโลม จึงยังคงมีสิทธิและหน้าที่ตามที่กฎหมายในทางแพ่งได้กำหนดไว้ โดยอนุโลมเช่นกัน กล่าวคือ การดำเนินบังคับมาตรการลงโทษทางแพ่งยังคงมีผลผูกพันกองมรดกของผู้กระทำความผิดได้ เมื่อผู้กระทำความผิดถึงแก่ความตาย

ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายรองรับ แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายเรื่องนี้รองรับอยู่แต่ยังขาดกฎหมายรองรับอย่างชัดเจน เนื่องจากพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 และพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 ล้วนเป็นกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะหลักการทั่วไปตามกฎหมายมหาชนแตกต่างจากกฎหมายเอกชนคือถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งแล้วย่อมจะอ้างหลักกฎหมายมหาชนในส่วนนั้นไม่ได้ ดังนั้นในปัจจุบันแนวความคิดแนวแรกจึงมีน้ำหนักมากกว่าและศาลแพ่งใช้ออยู่ น่าจะเป็นแนวความคิดที่สอดคล้องกับแนวความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ เนื่องจากเหตุผลสองประการดังนี้

ประการแรก การกระทำความผิดในตลาดหลักทรัพย์ตามที่กฎหมายว่าด้วย หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้กำหนดให้ใช้มาตรการลงโทษทางแพ่งไว้ตาม ม.317/1 หรือการกระทำความผิดตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลที่กำหนดให้ใช้มาตรการลงโทษทางแพ่งได้ ตาม ม.96 ได้แก่ ความผิดฐานการกระทำการอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ ความผิดฐานแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริง ซึ่งควรบอกให้แจ้งในสาระสำคัญตาม ม.278 หรือ ม.281/10 ความผิดฐานไม่ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการหรือผู้บริหารฯ ความผิดฐานยินยอมให้ผู้อื่นใช้บัญชีซื้อขายหลักทรัพย์ หรือบัญชีธนาคารที่ใช้ชำระค่าซื้อขายหลักทรัพย์ หรือใช้บัญชีซื้อขายหลักทรัพย์หรือบัญชีธนาคารของบุคคลอื่นก็ดี ความผิดฐานการกระทำการอันไม่เป็น

ธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล ความผิดฐานแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริง ซึ่งควรบอกให้แจ้งในสาระสำคัญตาม ม.59 และ ม.65 ความผิดฐานยินยอมให้บุคคลอื่นใช้บัญชีซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล บัญชีธนาคาร บัญชีที่เปิดไว้กับผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล หรือบัญชีอื่นใดที่ใช้ชำระราคาซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล หรือใช้บัญชีซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล บัญชีธนาคาร บัญชีที่เปิดไว้กับผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล หรือบัญชีอื่นใดของบุคคลอื่นก็ดี ทั้งหมดที่กล่าวมาล้วนมีลักษณะร่วมกันที่สำคัญประการหนึ่งโดยล้วนเป็นความผิดที่มีเจตนาพิเศษ มุ่งประสงค์ต่อผลประโยชน์ในทางทรัพย์สิน (Monetary) เช่นเดียวกันทั้งสิ้น ซึ่งเป็นการกระทำที่มุ่งให้กองทรัพย์สินของตนเพิ่มพูนขึ้นโดยวิธีการที่มีขอบข่ายกฎหมาย ดังนั้นกองทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดควรที่จะเป็นประกันแก่รัฐในความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งนักนิติเศรษฐศาสตร์มองว่าในกรณีเช่นนี้ผู้กระทำความผิดสมควรได้รับโทษทางทรัพย์สินหรือโทษปรับอันสอดคล้องกับความเสียหายที่แท้จริงที่เกิดขึ้น โดยนักนิติเศรษฐศาสตร์มองทฤษฎีการป้องปรามด้วยการลงโทษที่เป็นตัวเงิน (Deterrence with Monetary Sanction) นั้น ค่าปรับควรจะเพิ่มให้สูงสุดจนกระทั่งเท่ากับทรัพย์สินทั้งหมดของผู้กระทำความผิด

เมื่อเป็นการลงโทษที่เป็นตัวเงิน สำหรับการกระทำความผิดที่มุ่งแสวงหาผลประโยชน์ที่ไม่ควรได้โดยชอบกฎหมายในเชิงทรัพย์สินย่อมมีเหตุผลอยู่ในตัวที่การลงโทษในทางทรัพย์สินไม่ควรยุติลงด้วยความตายของผู้กระทำความผิด

ประการที่ 2 นักนิติเศรษฐศาสตร์ให้ความสำคัญกับมิติด้านประสิทธิภาพ (Efficiency) ของกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมาย ปฏิเสธกิจกรรมที่เกิดการเปลืองเปล่า (Waste) รวมทั้งมองลึกต่อไปว่า การดำเนินมาตรการทางกฎหมายใดต้องคำนึงถึงต้นทุนค่าเสียโอกาส (Opportunity Cost) อีกด้วยซึ่งหมายถึง มูลค่าสูงสุดที่เป็นไปได้ของสิ่งที่ดีที่สุด รองลงมาซึ่งเราไม่ได้เลือก (Next Best Alternatives) แม้การดำเนินมาตรการตามกฎหมายใดก็ล้วนมีต้นทุนด้วยกันทั้งสิ้น การตัดสินใจเลือกดำเนินมาตรการหรือนโยบายที่มีให้เลือกหลากหลาย จึงไม่ควรอยู่บนฐานของการประเมินเฉพาะผลประโยชน์ (Benefit) ของมาตรการหรือนโยบายเหล่านั้น แต่ควรอยู่บนฐานการประเมินผลประโยชน์สุทธิ (Net Benefit) ซึ่งนำต้นทุน (Cost) มาหักลบออกจากผลประโยชน์ที่ได้เสียก่อน ทั้งนี้สังคมควรเลือกมาตรการหรือนโยบายที่ให้ผลประโยชน์สูงสุด

ตามแนวความคิดของนักนิติเศรษฐศาสตร์ซึ่งวิเคราะห์ถึงลักษณะของกระบวนการยุติธรรม มองว่ากระบวนการยุติธรรมที่เหมาะสมจะต้องมีประสิทธิภาพและใช้ทรัพยากรของสังคมที่เหมาะสม และยกระดับสวัสดิการของสังคมส่วนรวม ไร้ซึ่งความสิ้นเปลืองเปล่าของทรัพยากรโดยจะต้องมีองค์ประกอบทั้งความถูกต้องเที่ยงตรง ความรวดเร็วฉับไวและมีต้นทุนที่ต่ำ หากไม่มีครบทั้งองค์ประกอบทั้งสาม นักนิติเศรษฐศาสตร์ให้หันไปใช้กระบวนการยุติธรรมทางเลือก (Alternative Justive) หรือกระบวนการในการระงับข้อพิพาทนอกศาล (Out of Court Statement) จะดีกว่า การดำเนินมาตรการลงโทษทางแพ่งตามกฎหมายนั้น เริ่มต้นจากพนักงานสอบสวนแจ้ง กกด. โดยเมื่อ กกด. เห็นสมควรดำเนินมาตรการลงโทษทางแพ่งก็จะส่งเรื่องราวต่อให้คณะกรรมการพิจารณา มาตรการลงโทษทางแพ่งเป็นผู้พิจารณากำหนด จากนั้นหากผู้กระทำผิดไม่ปฏิบัติตาม กกด. จะส่งเรื่องราวไปยังสำนักงานคดีแพ่งของสำนักงานอัยการสูงสุด เพื่อจัดพนักงานอัยการฟ้องร้องผู้กระทำความผิดเป็นคดีแพ่ง โดยใช้ ป.วิแพ่ง โดยอนุโลม ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นกิจกรรมที่มีต้นทุนทั้งสิ้น หากการ

ดำเนินมาตรการลงโทษทางแพ่งต้องมีอันสิ้นสุดลง เพราะความตายของผู้กระทำความผิด เช่นนี้ ย่อมทำให้มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ไม่มีประสิทธิภาพ และสิ้นเปลืองเปล่าอันไม่สอดคล้องกับแนวความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ ซึ่งมุ่งถึงการดำเนินมาตรการใดต้องให้เกิดความคุ้มค่า และสมาชิกของสังคมได้รับความพึงพอใจหรือสวัสดิการสูงสุด

ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเรื่อง เรื่อง การใช้แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์กับความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะดังนี้

แนวทางที่ 1 เห็นว่า เมื่อผู้กระทำความผิดตายลง สิทธิการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดย่อมหมดสิ้นลง หรือระงับลง

ตามแนวความคิดนี้ได้เห็นว่า โทษทางอาญาย่อมระงับลงจากความตายของผู้กระทำความผิด มาตรการลงโทษทางแพ่งนั้นเป็นมาตรการที่มีข้อโต้แย้งได้ว่า สิทธิการดำเนินคดีที่ระงับลงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ม.39 (1) นั้นเป็นสิทธิการดำเนินคดีอาญาเท่านั้น มิใช่รวมถึงการดำเนินคดีผู้กระทำความผิดเป็นคดีแพ่ง ต่อศาลแพ่งด้วยทั้งเจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่งเน้นคุ้มครองสังคม และกำหนดค่าเสียหายคืนแก่สังคมอันเกิดจากการกระทำความผิดของอาชญากรเศรษฐกิจ ดังที่หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ระบุไว้ว่า “เป็นมาตรการในการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ลงทุนได้อย่างมีประสิทธิภาพ”

ตามแนวความคิดแนวทางที่ 1 ยังมีข้อโต้แย้งเพิ่มเติมได้อีกว่าอาชญากรเศรษฐกิจได้กระทำความผิดทางอาญาในตลาดหลักทรัพย์หรือในการซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลก็ดี มีวัตถุประสงค์หรือเจตนาพิเศษที่มุ่งหมายต่อผลประโยชน์ในทางทรัพย์สิน (Monetary) ซึ่งเมื่อผู้กระทำความผิดตายทรัพย์สินเหล่านั้นก็จะตกทอดไปสู่ทายาทในฐานะเป็นมรดก หากตีความว่าการดำเนินการตามมาตรการลงโทษทางแพ่งระงับไปเมื่อผู้กระทำความผิดตาย ย่อมทำให้ทายาทสามารถใช้และได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดตามกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวนี้ได้ โดยชอบกฎหมายอันไม่เป็นธรรมต่อสังคมและผู้ลงทุนในตลาดหลักทรัพย์และในสินทรัพย์ดิจิทัลจะไม่ได้รับการคุ้มครองผลประโยชน์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว

แนวทางที่ 2 เห็นว่า มาตรการโทษทางแพ่งเป็นหนึ่งชนิดหนึ่งตามกฎหมายมหาชน แม้ลูกหนี้ตายก็ไม่ระงับ

ตามความเห็นนี้ อ้างอิงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ซึ่งดูได้จากหมายเหตุที่ตราขึ้นประกอบกับหลักกฎหมายเรื่องหนี้ ซึ่งกล่าวโดยเฉพาะเป็นหนี้ตามกฎหมายมหาชน ความเห็นนี้มีข้อโต้แย้งได้ว่า จะอ้างเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นกฎหมายไม่ได้ ส่วนหลักกฎหมายเรื่องหนี้ โดยเฉพาะหนี้ตามกฎหมายมหาชนก็เป็นเรื่องที่กฎหมายมิได้บัญญัติถึงไว้โดยชัดแจ้งเช่นเดียวกัน

ตามความเห็นที่สองนี้ เห็นว่าการกำหนดให้หนี้ทางแพ่งนี้ไม่ระงับลงด้วยความตายของผู้กระทำความผิดสอดคล้องกับหลักการของกฎหมายที่กำหนดให้ กลต. เป็นเจ้าหนี้ ตามคำพิพากษาซึ่งจะสามารถนำยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ได้กระทำความผิดและถูกลงโทษทางแพ่งมาขายทอดตลาดชำระหนี้ได้ ทั้งนี้ โดยหักค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบกระทำความผิดนั้นคืนแก่สำนักงานคณะกรรมการ

กลต. ก่อนได้ด้วย อันเป็นไปตามหลักการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ลงทุนและสามารถกำกับดูแลและพัฒนาตลาดทุนและตลาดสินทรัพย์ดิจิทัลได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นสมดังเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ความเห็นที่สองนี้ ยังถูกโต้แย้งเพิ่มเติมว่า ม.317/13 ให้นำอายุความฟ้องคดีอาญามา บังคับใช้แก่การฟ้องคดีเพื่อกำหนดการลงโทษทางแพ่ง จึงเห็นได้ว่า ใช้มูลฐานความผิดทางอาญามา เป็นตัวกำหนดอายุความฟ้องร้อง การระงับสิทธิทางอาญาเนื่องจากการตายของผู้กระทำความผิดจึง ต้องนำมาบังคับใช้เช่นเดียวกันอีกด้วย ตามความเห็นที่สองนี้ อาจถูกสนับสนุนโดยความคิดทางนิติ เศรษฐศาสตร์ประการหนึ่งว่า ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์นั้นมุ่งจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดอย่าง มีประสิทธิภาพสูงสุดโดยไม่สูญเสียเปล่า การที่คณะกรรมการพิจารณามาตรการลงโทษทางแพ่งได้ พิจารณากำหนดมาตรการลงโทษทางแพ่งแล้ว ได้มีการฟ้องคดีแพ่งต่อศาลแล้ว หรือได้มีการบังคับคดี แพ่งตามคำพิพากษาของศาลแพ่งแล้วก็ตาม ในระหว่างดำเนินการในแต่ละขั้นตอนอยู่ผู้กระทำความผิดตายจะทำให้กระบวนการขั้นตอนต่างๆที่ดำเนินมาเป็นอันไร้ผลย่อมจะเป็นการสูญเสียเปลือง ไปเปล่า ไม่สอดคล้องกับหลักนิติเศรษฐศาสตร์

ผู้วิจัยจึงเห็นว่า มาตรการลงโทษทางแพ่งซึ่งทรงประสิทธิภาพ แต่ยังคงมีช่องว่างหรือ ช่องโหว่ทางกฎหมายอยู่ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดตายก่อนที่จะดำเนินการแล้วเสร็จ เพื่อป้องกัน ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้อีกในอนาคต รวมถึงในกรณีเช่นเดียวกัน ตามพระราชกำหนดการประกอบ ธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลด้วย เห็นควรเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั้งสองฉบับในประเด็น เดียวกัน โดยเห็นควรให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติเป็นมาตรา ม.317/15 และ ม.99/1 ของ พระราชบัญญัติและพระราชกำหนดดังกล่าวในลักษณะเช่นเดียวกัน ดังต่อไปนี้

ม.317/15 “มูลหนี้ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการตามมาตรการลงโทษทางแพ่งในหมวดนี้ เป็นหนี้ตามกฎหมายมหาชน หากระหว่างการดำเนินการบังคับตามมาตรการลงโทษทางแพ่งไม่แล้ว เสร็จ ผู้ต้องหาถึงแก่ความตาย สิทธิการดำเนินคดีแพ่ง ตามมูลหนี้ดังกล่าวไม่ระงับให้เรียกกองมรดก ของลูกหนี้เข้ามาดำเนินการต่อไป”

ม.99/1 เหมือนกัน “มูลหนี้ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการตามมาตรการลงโทษทางแพ่ง ในหมวดนี้เป็นหนี้ตามกฎหมายมหาชน หากระหว่างการดำเนินการบังคับตามมาตรการลงโทษทาง แพ่งไม่แล้วเสร็จ ผู้ต้องหาถึงแก่ความตาย สิทธิการดำเนินคดีแพ่ง ตามมูลหนี้ดังกล่าวไม่ระงับให้เรียก กองมรดกของลูกหนี้เข้ามาดำเนินการต่อไป”