

ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์
ศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๑๗/๒๕๖๙ **เรื่องพิจารณาที่ ๓/๒๕๖๙**

วันที่ ๗ เดือน ตุลาคม พุทธศักราช ๒๕๖๙

ระหว่าง **ศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบภาค ๘** **ผู้ร้อง**

- **ผู้ถูกร้อง**

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

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

พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีปราบปรามการทุจริต ๑ ภาค ๘ เป็นโจทก์ยื่นฟ้อง นายการุณ ศรีเด่น นายกองค์การบริหารส่วนตำบลกมลา อำเภอกะทู้ จังหวัดภูเก็ต ที่ ๑

กับพวก รวม ๔ คน เป็นจำเลยต่อศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบภาค ๘ ในฐานความผิดเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในตำแหน่งหรือหน้าที่ หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ และมาตรา ๑๙๒ โดยจำเลยที่ ๑ เป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายและเป็นเจ้าพนักงานท้องถิ่น มีหน้าที่จัดการการก่อสร้างภายในองค์การบริหารส่วนตำบลกมลาให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ และประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดเขตพื้นที่และมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในบริเวณพื้นที่จังหวัดภูเก็ต พ.ศ. ๒๕๕๓ ซึ่งต้องตรวจสอบความถูกต้องของอาคารโรงแรมกีมาลาให้เป็นไปตามแบบแปลนที่ได้รับอนุญาตให้ก่อสร้างหรือเป็นไปตามประกาศดังกล่าวก่อนออกใบรับรองการก่อสร้างอาคารให้แก่จำเลยที่ ๒ โดยจำเลยที่ ๑ ได้รับรายงานจากนายช่างเขตว่าตรวจสอบพบความผิดพลาดในการก่อสร้างอาคารดังกล่าว แต่จำเลยที่ ๑ กลับเร่งรัดออกใบรับรองการก่อสร้างอาคารให้แก่จำเลยที่ ๒ โดยไม่ปรากฏว่าจำเลยที่ ๑ ได้ตรวจสอบตามที่นายช่างเขตเสนอ การกระทำของจำเลยที่ ๑ เป็นการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต อันเป็นเหตุให้องค์การบริหารส่วนตำบลกมลาและราชการได้รับความเสียหาย จำเลยที่ ๒ เจ้าของกิจการโรงแรมกีมาลาเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด โดยรู้อยู่แล้วว่าการก่อสร้างอาคารโรงแรมกีมาลาไม่เป็นไปตามแบบแปลนที่ขอใบอนุญาตและรูปแบบเงื่อนไขในการก่อสร้างในพื้นที่ลาดชัน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีมติชี้มูลความผิดจำเลยที่ ๑ ต่อมาพนักงานอัยการยื่นฟ้องจำเลยที่ ๑ เป็นคดีอาญาหมายเลขดำที่ อท ๑๓๒/๒๕๖๘ และยื่นฟ้องจำเลยที่ ๒ ที่ ๓ และที่ ๔ ในฐานความผิดเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดของจำเลยที่ ๑ เป็นคดีอาญาหมายเลขดำที่ อท ๑๓๕/๒๕๖๘ ต่อศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบภาค ๘ ศาลมีคำสั่งให้รวมพิจารณาคดีและให้ถือสำนวนคดีอาญาหมายเลขดำที่ อท ๑๓๒/๒๕๖๘ เป็นสำนวนหลัก

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

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

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

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

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

หน่วยงานและบุคคลที่เกี่ยวข้องจัดทำความเห็นและจัดส่งสำเนาเอกสารหลักฐานยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญดังนี้

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

๒. เลขาธิการวุฒิสภาจัดส่งสำเนาเอกสารเกี่ยวกับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ((ฉบับที่ ๒๖) พ.ศ. ๒๕๖๐) (แก้ไขอัตราโทษปรับในภาค ๒ ความผิด) ประกอบด้วย สำเนาเอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (ฉบับคณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ) สำเนารายงานการประชุมและสำเนาบันทึกการประชุม

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

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

๔. เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติจัดทำความเห็นและจัดส่งสำเนาเอกสารที่เกี่ยวข้อง สรุปได้ว่า การตีความคำว่า “โดยมิชอบ” ซึ่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑ มิได้กำหนดความหมายของถ้อยคำดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่าหมายถึงการกระทำในลักษณะใดในชั้นยกร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ ก็มิได้หยิบยกประเด็นดังกล่าวขึ้นอภิปรายและกำหนดความหมายของถ้อยคำดังกล่าวไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับ ทำให้หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมหรือผู้มีหน้าที่และอำนาจพิจารณาวินิจฉัยต้องใช้ดุลพินิจตีความคำว่า “โดยมิชอบ” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปราม

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

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

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

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

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

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

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

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

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

บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

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

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

พ.ศ. ๒๕๕๔ มาตรา ๖๕ ทั้งนี้ เพื่อให้ครอบคลุมเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจรัฐได้มากกว่าคำว่า “เจ้าพนักงาน” ตามประมวลกฎหมายอาญา ส่วนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานของรัฐผู้ใดปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในตำแหน่งหรือหน้าที่ หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหรือหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษ ...” เป็นบทบัญญัติที่คงหลักการเดิมตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๗/๑ โดยมิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม นอกจากเปลี่ยนคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” เป็น “เจ้าพนักงานของรัฐ” เพื่อให้ครอบคลุมผู้ใช้อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ ทั้งนี้ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ ใช้บังคับแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐและเจ้าพนักงานของรัฐ แต่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ ที่ใช้บังคับเฉพาะเจ้าพนักงานตามบทนิยามในประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น

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

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

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

ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๒๓/๑ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๗๒ เฉพาะในส่วนที่บัญญัติว่า “โดยมิชอบ”

จึงเป็นบทบัญญัติที่มีความชัดเจนแน่นอน ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล ไม่ขัดต่อหลักไม่มีความผิดไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ไม่ทำให้บุคคลต้องรับโทษทางอาญาโดยไม่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และไม่เป็นการลงโทษทางอาญาแก่บุคคลหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลากระทำความผิด ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง

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

นายอุดม สิทธิวิรัชธรรม
ประธานศาลรัฐธรรมนูญ

นายวิรุฬห์ แสงเทียน
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

นายจิรนิติ หะวานนท์
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

นายนภดล เทพพิทักษ์
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

นายบรรจงศักดิ์ วงศ์ปราชญ์
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

นายอุดม รัฐอมฤต
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

นายสุเมธ รอยกุลเจริญ
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

นายสราวุธ ทรงศิวิไล
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

พลตำรวจโท จักรพงศ์ วิวัฒน์วานิช
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ