การใช้และการตีความกฎหมายอาญา: ศึกษาเฉพาะกรณีมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

Implementation and interpretation in criminal law: study on section 6 of act on legislative drafting and evaluation of law b.e. 2562

*ชุติภา สุขเนียม**

Chutipa Sukniam

▣ บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 (ซึ่งต่อจากนี้ในบทความนี้จะย่อว่า “พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ”) นั้น เป็นบทบัญญัติที่ถูกประกาศขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ มาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่บัญญัติว่า “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนสามารถเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามได้อย่างถูกต้อง” และเพื่อให้หน่วยงานรัฐใช้เป็นกรอบหรือแนวทางการดำเนินการจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายอย่างมีหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น

---

* *นักศึกษาปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*

Graduate student of Masters of Laws program in Criminal Law, Faculty of Law, Thammasat University

Received: *June 18, 2020* ***Revised:*** *October 23, 2020* ***Accepted:*** *October 26, 2020*

อย่างไรก็ดีพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ มาตรา 6 นั้น ได้มีการให้อำนาจแก่ศาลในการพิจารณาถึงความจำเป็นของกฎหมาย กรณีหากมีการบังคับใช้บทบัญญัติใด ๆ แก่คดีและบทบัญญัตินั้น เป็นบทบัญญัติที่มีโทษอาญา โทษทางปกครอง หรือสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายอื่นแก่ผู้ฝ่าฝืน หากศาลเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวนั้นไม่มีความจำเป็นอีกต่อไป ก็ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ตุลาการพระธรรมนูญ ในศาลทหารสูงสุด ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด สามารถที่จะวินิจฉัยไม่ลงโทษ หรือจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือจะกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วแต่กรณีก็ได้ ในประเด็นนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายต่อไปในอนาคต เนื่องจากการที่ศาลวินิจฉัยไม่ลงโทษ หรือลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือการที่ศาลสามารถกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ตามถ้อยคำในมาตรา 6 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ นั้น อาจเป็นการให้อำนาจฝ่ายตุลาการเกินขอบอำนาจที่ฝ่ายตุลาการจะทำได้ และเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่าถ้อยคำ ในมาตรา 6 นี้ จะก่อให้เกิดปัญหาต่าง ๆ คือ (1) ปัญหาบทบัญญัติขัดต่อ “นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์” (2) ปัญหาบทบัญญัติขัดต่อ “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” และ (3) ปัญหาบทบัญญัติขัดต่อ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ในอนาคตหรือไม่

จากการศึกษาพบว่าเนื้อความตามมาตรา 6 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯขัดต่อ “นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์” เนื่องจากประเทศไทยนั้นเป็นระบบซีวิลลอว์ ซึ่งยึดถือตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ ดังนั้น ศาลมีหน้าที่เพียงใช้และตีความกฎหมายเท่าที่มีอยู่เท่านั้น ศาลไม่อาจสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่ได้ แต่ด้วยถ้อยคำตามบทบัญญัติในมาตรา 6 เสมือนหนึ่งเป็นการให้อำนาจศาลในการวางหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่ ซึ่งขัดต่อนิติวิธีในระบบซีวิลลอว์ อีกทั้งเนื้อความตามมาตรา 6 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ ขัดต่อ “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” เนื่องจากเนื้อความตามมาตรา 6 ให้อำนาจแก่ฝ่ายตุลาการในการกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงเสมือนหนึ่งว่าฝ่ายตุลาการสามารถกำหนดโทษขึ้นมาใหม่เองได้ ซึ่งแท้จริงแล้วอำนาจนี้เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ นอกจากนี้เนื้อความตามมาตรา 6 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ ขัดต่อ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” อีกด้วยเนื่องจากกฎหมายอาญานั้นจะต้องมีความชัดเจนแน่นอนเป็นลายลักษณ์อักษรตีความอย่างเคร่งครัดและไม่มีผลย้อนหลัง แต่เนื้อความตามมาตรา 6 นั้นทำให้เห็นว่าการที่ฝ่ายตุลาการสามารถกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ ทำให้กฎหมายนั้นขาดความชัดเจนแน่นอน ทำให้ขณะที่ผู้กระทำผิดได้กระทำการใด ๆ ในเวลานั้น ไม่อาจล่วงรู้ได้เลยว่าตนจะได้รับผลร้ายอะไร เสมือนหนึ่งว่าบทบัญญัตินี้รับรองว่าศาลสามารถกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายอย่างอื่นนอกจากที่บัญญัติไว้ในกฎหมายย้อนไปเป็นโทษแก่ผู้กระทำความผิดได้

ดังนั้นแล้วจึงเห็นว่าเมื่อถ้อยคำตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ นั้นอาจก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องนิติวิธีในระบบซีวิลลอว์ การแบ่งแยกอำนาจ และหลักประกันในกฎหมายอาญา เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในเรื่องของการบังคับใช้กฎหมายดังที่กล่าวมาข้างต้นในอนาคต จึงเห็นควรให้มีการยกเลิก มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ อย่างไรก็ดีเมื่อการจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายนั้นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญในปัจจุบัน ดังนั้นแล้วหากยังคงหลักการไว้ ก็เห็นสมควรให้มีการจัดตั้งองค์กรกลางทำหน้าที่เฉพาะในการรับผิดชอบในเรื่องดังกล่าว มิใช่ให้อำนาจแก่ฝ่ายตุลาการในการพิจารณาในเรื่องความจำเป็นของกฎหมาย ดังที่ถ้อยคำในมาตรา 6 ได้ให้อำนาจเอาไว้

คำสำคัญ: การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย, การแบ่งแยกอำนาจ, นิติวิธี, หลักประกันในกฎหมายอาญา

Abstract

The Act on Legislative Drafting and Evaluation of Law B.E. 2562 (2019) is the regulation enacted for the purpose by virtue of Section 77 of the Constitution of the Kingdom of Thailand which states that "The State should introduce laws only to the extent of necessity, and repeal or revise laws that are no longer necessary or unsuitable to the circumstances, or are obstacles to livelihood or engagement in occupations, without delay, so as to abstain from the imposition of burdens upon the public. The State should also undertake to ensure that the public has convenient access to the laws and are able to understand them easily in order to correctly comply with the laws." and to provide the framework or guidelines to government sector to prepare the bill and conduct regulatory impact assessment with much clearer criteria and guidelines.

Nonetheless, Article 6 of the Act on Legislative Drafting and Evaluation of Law authorizes the courts to consider the necessity of the laws in case that application of any provision to the case and such provision contains criminal or administration penalty, or enforcement that cause negative impact in case of violation, and the court deems that such provision is no longer necessary, then the general meeting of the Supreme Court, the general meeting of the Supreme Military Court, or the general meeting of the Supreme Administrative Court, may giving judgment not to punish, or decrease the punishment to be lower than the provision of law, or imposing different criminal sanction from the provision of law, as the case may be. Authorizing the court with such power may create law enforcement issue in the future since the court decision not to punish, or decrease the punishment to be lower than

the provision of law, of imposing different enforcement from the provision of law according to Article 6 of such Act may entitle the judicial body the power beyond their scope, and may cause further issue that the provision in this Article 6 may (1) contradict with the "Civil Law Juristic Method" (2) contradict with the "Separation of powers theory"; and (3) contradict with "No penalty without law" principle.

From the research, the provision in the Article 6 of the Act on Legislative Drafting and Evaluation of Law contradict with the "Civil Law Juristic Method". Since Thailand use Civil law system, which shall rely on written statutes, and the court merely apply and interpret such written statutes and may not create new legal principle by themselves. The Article 6, however, authorizing the court to create new legal principle, which directly contradicts the civil law juristic method. In addition, the provision of Article 6 of the Act on Legislative Drafting and Evaluation of Law also contradicts with the "Separation of powers" theory since the provision of Article 6 authorizes the judicial body to impose sanction with negative impact that is difference from the written statutes, and therefore the judicial body is granted the power to impose new penalty, which should be only in the scope of legislative body. Furthermore, the provision of the Article 6 of the Act on Legislative Drafting and Evaluation of Law also contradicts with the "No Penalty without Law" principle, which criminal law must be exact, written, well-defined, and non ex-post facto, but the provision of Article 6 authorizing the judicial body to impose sanction with negative impact different from the provision of law, which defies the legal certainty, and causing the perpetrator to be unable to understand exactly the negative impact that will be imposed to themselves, and the provision in Article 6 had authorized the courts to indicate enforcement with negative impact other than those prescribed in the provision of laws and cause the judicial body to possess the power to create ex post facto law at any time.

Therefore, since the provision of Article 6 of theAct on Legislative Drafting and Evaluation of Law may contradict with the Civil Law Juristic Method, the Separation of Powers theory, and No Penalty without Law principle, and to prevent the occurrence of law enforcement issue as described above, the revocation of the Article 6 of theAct on Legislative Drafting and Evaluation of Law is suggested. However, due to the high importance of Act on Legislative Drafting and Evaluation of Law, if the ex-post amendment of the laws is still necessary, then the establishment of the central agency with specific objectives to be responsible for such mission is recommended, instead of

authorizing judicial body to consider the necessity of the laws as prescribed in Article 6 of the Act.

Keywords: evaluation of law, Separation of Power, Judicial Method, No Penalty without Law

▣ บทนำ

เนื่องจากสถานการณ์ที่มีปริมาณกฎหมายเกินความจำเป็นจึงเกิดแนวคิดที่จะพิจารณาปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมาย หรือกฎ ข้อบังคับที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีพหรือการประกอบอาชีพ เพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 พระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง พ.ศ. 2493 และบรรดาพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติในการยื่นขอใบอนุญาตในกิจการต่าง ๆ ซึ่งแนวคิดนี้ได้ปรากฏอยู่ในหมวดแนวนโยบายแห่งรัฐของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 ซึ่งได้วางหลักไว้ว่า รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชนและดำเนินการให้ประชาชนสามารถเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามได้อย่างถูกต้อง

จากมาตรา 77 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงนำมาสู่การจัดทำพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ ซึ่งคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้มีการจัดทำเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย การรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องและการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย เพื่อประกอบการจัดทำร่างกฎหมาย และหลักเกณฑ์การตรวจสอบเนื้อหาของร่างกฎหมาย ตลอดจนกำหนดหลักเกณฑ์การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายภายหลังจากกฎหมายได้ถูกประกาศและมีผลใช้บังคับแล้ว เพื่อพัฒนากฎหมายให้ทันสมัย สอดคล้องกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลง อีกทั้งไม่ทำให้ประชาชนเกิดภาระจากกฎหมายมากจนเกินไป ดังที่ปรากฏในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ ซึ่งได้วางหลักไว้ว่า หน่วยงานของรัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้า เพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน ซึ่งเป็นไปตามแนวนโยบายแห่งรัฐใน มาตรา 77 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

อย่างไรก็ดีพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ มาตรา 6 นั้น ได้มีการกล่าวถึงกรณีที่หากมีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัตินี้ กล่าวคือกรณีที่ศาลเห็นว่าบทบัญญัติไม่มีความจำเป็นอีกต่อไปแล้ว ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา อาจวินิจฉัย

ไม่ลงโทษ หรือจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือจะกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วแต่กรณี ก็ได้ ในประเด็นดังกล่าวข้างต้นนี้ จึงเป็นปัญหาที่บทความนี้จะทำการวิเคราะห์ว่า ตามถ้อยคำในมาตรา 6 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ นั้น เป็นการให้อำนาจฝ่ายตุลาการเกินขอบเขต จนอาจก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องการขัดต่อนิติวิธีในระบบซีวิลลอว์การขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ การขัดต่อหลักประกันในกฎหมายอาญาหรือไม่

▣ ข้อมูล/ประเด็นสำคัญ

ความเป็นมาพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ

เนื่องด้วยประเทศไทยในปัจจุบันนั้นประสบปัญหากฎหมายเฟ้อ จึงทำให้เกิดมีแนวความคิดในการนำเรื่องนี้มาบัญญัติในรัฐธรรมนูญ โดยได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 และเพื่อให้การบังคับใช้มาตรา 77 เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ คณะรัฐมนตรีจึงได้มีมติเมื่อวันที่ 4 เมษายน 2560 เห็นชอบการกำหนดแนวทางการจัดทำและเสนอร่างกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำและการเสนอร่างกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 77 ตามที่สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอ ซึ่งต่อมาก็คือ “พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562” ซึ่งมีเนื้อหาที่ครอบคลุมหลักเกณฑ์ทั้งหมดที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 77 ซึ่งมีอยู่ 8 ประการคือ (1) การให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง (2) การจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง (3) การวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ (4) การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง (5) การใช้ระบบอนุญาตเฉพาะกรณีที่จำเป็น (6) การใช้ระบบคณะกรรมการเฉพาะกรณีที่จำเป็น (7) การกำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐ และ (8) การกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560ข)

นอกจากนี้ ในขณะที่มีการร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้มีการสืบค้นหาตัวอย่างของต่างประเทศในประเทศที่ได้มีการจัดทำการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย (regulatory impact analysis) ซึ่งในขณะนั้นก็ได้ยกตัวอย่างประเทศเกาหลีใต้ขึ้นมาว่า ประเทศเกาหลีใต้นั้นมีหน่วยงานกลางซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบเกี่ยวกับการจัดทำการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย ได้แก่ Regulatory Reform Committee (RRC) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่อยู่ภายใต้สังกัด Office of the president และ Regulatory Reform Office ซึ่งทั้งสองหน่วยงานอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ Office of Prime Minister (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560ค) และยังได้มีความเห็นว่าพระราชบัญญัติ Framework Act on Administrative Regulation 1997 ของประเทศเกาหลีใต้นั้น ทำให้ประเทศเกาหลีใต้สามารถยกเลิกและปรับปรุงกฎหมายที่ล้าสมัยและสร้างภาระเกินความจำเป็นไปได้จำนวนมาก

อีกทั้งพระราชบัญญัติดังกล่าวมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์ในการวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมายและประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย คล้ายกับสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ ของประเทศไทย (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560ง) อย่างไรก็ดีไม่ปรากฏว่าประเทศเกาหลีใต้นั้นได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายตุลาการในการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย กล่าวคือ สำหรับประเทศไทยนั้นหลักเกณฑ์การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายปรากฏในบทบัญญัติ มาตรา 6 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ โดยให้อำนาจแก่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดและที่ประชุมใหญ่ตุลาการพระธรรมนูญในศาลทหารสูงสุด ในการพิจารณาความจำเป็นของกฎหมาย อีกทั้งยังสามารถที่จะวินิจฉัยไม่ลงโทษ หรือจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือจะกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ ในกรณีบทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับใช้ในคดีพิพาทนั้นไม่มีความจำเป็นอีกต่อไปแล้ว ซึ่งในส่วนนี้แสดงถึงการให้อำนาจแก่องค์กรตุลาการในการทำหน้าที่ประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายพร้อมทั้งตีความปรับใช้กฎหมายในทางที่แตกต่างจากสิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติเอาไว้ ซึ่งแตกต่างจากในประเทศเกาหลีใต้ที่ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการ Regulatory Reform Commission (RRC) ซึ่งเป็นองค์กรกลางขึ้นมาทำหน้าที่ประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายมิได้ให้อำนาจฝ่ายตุลาการเข้ามามีหน้าที่ในการพิจารณาเรื่องดังกล่าวดังเช่นประเทศไทย ดังนั้นอาจตั้งข้อสังเกตได้ว่าถึงแม้จะมีการยกประเทศเกาหลีใต้ขึ้นมาเป็นตัวอย่างประเทศที่ประสบความสำเร็จในการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในชั้นร่างพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560ก) แต่ในท้ายที่สุดแล้วในเรื่องขององค์กรที่ทำหน้าที่ ในการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายนั้น ประเทศไทยก็เลือกที่จะให้อำนาจฝ่ายตุลาการในการทำหน้าที่ดังกล่าว

จากนั้นก็ได้มีการนำร่างพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ นี้ พิจารณาในชั้นสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และได้มีการประกาศเป็นกฎหมายลงในราชกิจจานุเบกษาในวันที่ 31 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 และมีการบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2562 เป็นต้นมาจวบจนถึงปัจจุบัน

มาตรา 6 แห่ง พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ บทบัญญัติมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ นั้น ได้บัญญัติว่า

"ในการที่ศาลยุติธรรมจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีโทษอาญา โทษทางปกครองหรือสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายอื่นแก่ผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลและศาลเห็นว่าเป็นเหตุผลอันสมควรว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นไม่สอดคล้องกับมาตรา 5 วรรคหนึ่งและมิใช่กรณีที่บทบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญและยังไม่มีคำวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นว่านั้นต่อประธานศาลฎีกาเพื่อเสนอต่อที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเพื่อวินิจฉัยในระหว่างนั้นให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้ แต่ให้รอ

การพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ในกรณีที่ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวไม่สอดคล้องกับมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ศาลจะไม่ลงโทษ หรือจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือจะกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วแต่กรณีก็ได้ คำวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดไม่สอดคล้องกับมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ให้ใช้ได้กับคดีทั้งปวงที่ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี และในการนี้ให้ผู้รักษาการตามกฎหมายดังกล่าว ดำเนินการเพื่อให้มีการแก้ไขกฎหมายนั้นให้สอดคล้องกับมาตรา 5 วรรคหนึ่งโดยเร็วต่อไป”

บทบัญญัติในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ นี้ เป็นเรื่องเกี่ยวกับกลไกการโต้แย้งหรือตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีโทษอาญา โทษทางปกครองหรือสภาพบังคับที่มีผลร้ายอื่นแก่ผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม เพื่อให้ศาลนำมาประกอบการพิจารณาคดี โดยมาตรา 6 นั้นถูกตราขึ้นด้วยความมุ่งหมายให้เป็นกลไกในการดำเนินการปรับปรุงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ให้สอดคล้องกันกับมาตรา 77 และเพื่อให้เกิดช่องทางในการบรรเทาและเยียวยาผลร้ายจากการบังคับใช้กฎหมายที่มีลักษณะดังกล่าวที่อาจเกิดขึ้นกับประชาชน โดยกฎหมายที่อยู่ในบังคับของมาตรา 6 ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ ประมวลกฎหมาย และหมายความรวมถึงประกาศหรือบรรดาคำสั่งที่มีผลใช้บังคับเช่นเดียวกับกฎหมายด้วย (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2562)

ถ้อยคำในมาตรา 6 นั้นได้ผ่านการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลายต่อหลายครั้ง รวมถึงได้ถูกตัดออกในชั้นคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย (ซึ่งต่อจากนี้ในบทความนี้จะย่อว่า “คณะกรรมาธิการวิสามัญฯ”) เนื่องจากเสียงส่วนใหญ่ของคณะกรรมาธิการวิสามัญเห็นว่า (1) การที่ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยอัตราโทษ หรือบทบัญญัติของกฎหมายแตกต่างจากบทบัญญัติที่ผ่านสภาที่ทำหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นการที่ศาลก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและ (2) อาจขัดต่อหลักกฎหมายอาญา คือ กฎหมายอาญากำหนดว่าต้องลงโทษจำเลยในกฎหมายอาญาที่มีอยู่ในวันที่จำเลยกระทำความผิด ถ้าหากมีการเปลี่ยนแปลงโทษในภายหลังและเป็นผลดีกับจำเลย ก็ต้องเปลี่ยนแปลงโทษที่เป็นผลดีให้แก่จำเลย ซึ่งในประเด็นนี้ได้มีการสอบถามไปยังผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และได้รับคำตอบว่าถ้อยคำดังกล่าวนั้นไม่มีผลถึงคดีที่ถึงที่สุดแล้ว กล่าวคือ เป็นเรื่องที่ต้องดำเนินการแก้ไขกฎหมายก่อนจึงจะมีผลดีกับคดีเหล่านั้น ซึ่งในส่วนนี้คณะกรรมาธิการวิสามัญฯ เสียงส่วนใหญ่ยังให้ความเห็นต่อไปว่า ในส่วนนี้อาจเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างบุคคลที่ยังอยู่ในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลกับบุคคลที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว ดังนั้น จึงเป็นการออกกฎหมายที่ขัดต่อหลักนิติธรรม (สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, 2562ก)

นอกจากนี้ ในการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 17/2562 เป็นพิเศษ (สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, 2562ข) ก็ได้มีการถกเถียง

ในประเด็นตามมาตรา 6 ขึ้นอีกครั้ง เนื่องจากข้อสรุปเกี่ยวกับมาตรา 6 ในชั้นคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ที่ให้ตัดมาตรา 6 ออกนั้น มีมติที่ไม่เป็นเอกฉันท์ โดยที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติมีข้อสรุปคือยังคงถ้อยคำตามมาตรา 6 เอาไว้แต่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของถ้อยคำ ดังนั้นแล้ว พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ ฉบับที่ได้มีการบังคับใช้ในปัจจุบันนั้น ก็ยังคงปรากฏถ้อยคำตามมาตรา 6 ซึ่งแม้จะได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงถ้อยคำในชั้นพิจารณาร่างในการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 17/2562 เป็นพิเศษ แต่ยังคงหลักการเดิมเอาไว้ และได้มีการตั้งข้อสังเกตโดยคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ว่าการนำกลไกตามมาตรา 6 มาใช้นั้นควรให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ และระมัดระวังมิให้เป็นการก้าวล่วงหรือใช้อำนาจที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นอำนาจของฝ่ายนั้น ๆ โดยตรงอยู่แล้ว ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าถ้อยคำตามมาตรา 6 นั้น ข้อถกเถียงตั้งแต่ในชั้นกระบวนการร่างและพิจารณากฎหมาย อันเป็นที่น่าสังเกตว่าเมื่อมีการใช้บังคับมาตรา 6 นั้น อาจจะเกิดปัญหาตามที่ได้มีการเถียงกันในชั้นกระบวนการร่างและพิจารณากฎหมาย

ปัญหามาตรา 6 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ ขัดนิติวิธีในระบบซีวิลลอว์

กรณีบทบัญญัติตามมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ ที่ให้อำนาจศาลในการกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายที่แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วยถ้อยคำนี้จะทำให้การตีความแบบขยายความของศาลและส่งผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดกลายเป็นเรื่องที่มีกฎหมายรับรองให้ทำได้โดยชอบ กล่าวคือจากการที่ได้ศึกษาตัวอย่างการตีความแบบขยายความในกฎหมายอาญาของศาลไทยจะพบว่า ที่ผ่านมานั้นศาลมีการตีความแบบขยายความอยู่บ้าง ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องในการใช้กฎหมายอาญาของระบบซีวิลลอว์ แต่พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ ได้มีถ้อยคำที่ทำให้เรื่องการใช้กฎหมายอาญาที่ไม่ถูกต้องตามนิติวิธีของระบบซีวิลลอว์ดังกล่าว กลายเป็นสิ่งที่กฎหมายบัญญัติรับรองให้สามารถทำได้

นอกจากนี้ เห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวนี้ทำให้เสมือนหนึ่งว่าคำพิพากษาของศาลนั้นเป็นที่มาแห่งกฎหมาย ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นนิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์มิใช่แบบซีวิลลอว์ อย่างไรก็ตามระบบคอมมอนลอว์ในช่วงหลังมานั้น คำพิพากษาของศาลก็ไม่ได้เป็นบ่อเกิดหลักของกฎหมายอีกต่อไป เพราะมีการตราเป็นบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่การใช้กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรของศาลคอมมอนลอว์ก็จะใช้ได้อย่างจำกัด กล่าวคือจะใช้เฉพาะเป็นกรณีข้อยกเว้นที่ไม่มีคำพิพากษาของศาลเป็นบรรทัดฐานเท่านั้น เพราะศาลคอมมอนลอว์ยังคงอยากรักษาหลักกฎหมายจากคำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานนั้นไว้อยู่

อีกทั้งในบทบัญญัติมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัตินี้ยังมีถ้อยคำที่บัญญัติต่อไปอีกด้วยว่า "คำวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดไม่สอดคล้องกับมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ให้ใช้ได้กับคดีทั้งปวงที่ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี" กล่าวคือ หากศาลตัดสินเกี่ยวกับคดีใด ๆ แล้ว ถ้อยคำตามมาตรานี้กำหนดเสมือนหนึ่งว่าคำตัดสินจะกลายเป็นบรรทัดฐาน (precedent)

กับคดีอื่นด้วย ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวนี้ได้เน้นย้ำอีกว่าบทบัญญัตินี้ได้ให้อำนาจศาลไทยเฉกเช่นเดียวกับศาลในระบบคอมมอนลอว์ คือสามารถนำผลการวินิจฉัยของคดีหนึ่ง ไปใช้กับคดีอื่น ๆ ที่ตามมาได้ ซึ่งส่วนนี้จะทำให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าบทบัญญัตินี้มีถ้อยคำที่ขัดต่อนิติวิธี ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ปัญหามาตรา 6 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ ขัดหลักการแบ่งแยกอำนาจ

โดยปกติแล้วจะเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อบังคับใช้กับประชาชน เพราะถือว่าฝ่ายนิติบัญญัตินั้นเป็นตัวแทนของประชาชน ดังนั้นหากจะมีการตรากฎหมายใดขึ้นมาแล้วกฎหมายนั้นกระทบสิทธิของประชาชน กฎหมายดังกล่าวก็ควรจะถูกตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้นแล้วการที่บทบัญญัติ ได้ให้อำนาจศาลในการกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายที่แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดนั้น อาจเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ เนื่องจากเป็นการให้อำนาจฝ่ายตุลาการในการใช้อำนาจนิติบัญญัติในการกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายขึ้นมาเองทั้ง ๆ ที่การกำหนดดังกล่าวควรเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะการกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายนั้นแน่นอนว่าเป็นการกระทำที่กระทบสิทธิประชาชน ดังนั้นแล้ว ฝ่ายตุลาการควรมีหน้าที่เพียงใช้และตีความกฎหมายที่ถูกตราขึ้นมาโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น ไม่ควรจะมีอำนาจที่สามารถกำหนดในเรื่องเหล่านี้ได้เอง

อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงกระบวนการตรากฎหมายแต่ละฉบับแล้วจะเห็นได้ว่า มีกระบวนการที่หลากหลายขั้นตอนตั้งแต่ในชั้นร่างกฎหมายได้มีการวิเคราะห์และพิจารณาให้ความเห็นจากหลายภาคส่วน จะเห็นได้ว่ากว่าที่กฎหมายแต่ละฉบับจะได้ถูกประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาได้ผ่านกระบวนการที่หลากหลายซึ่งใช้ระยะเวลาเป็นเวลานานกว่าจะประกาศใช้ได้จริง การที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ให้อำนาจแก่ศาลในการพิจารณาถึงความจำเป็นหรือความเหมาะสมของกฎหมาย ไม่มีแม้กระทั่งระยะเวลาว่ากฎหมายที่ศาลสามารถที่จะนำมาพิจารณาถึงความจำเป็นได้นั้น คือกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วอย่างน้อยกี่ปี กล่าวคือ แม้จะเป็นกฎหมายที่มีการประกาศใช้เมื่อไม่กี่วันที่ผ่านมา แต่หากศาลมีดุลพินิจเห็นว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวนั้นหมดความจำเป็นไปแล้ว ก็เท่ากับว่าเป็นการทำลายสิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้สร้างกฎหมายนั้น ๆ ขึ้นมาเพียงพริบตาเดียว (สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, 2562ข) หรือมองอีกมุมหนึ่งก็คือมาตรา 6 นี้เป็นการให้อำนาจศาลในการเลือกที่จะใช้กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติในทางใดก็ได้ อย่างไรก็ดีฝ่ายตุลาการเองก็มีความกังวลใจเกี่ยวกับอำนาจดังกล่าวที่ได้รับมาเฉกเช่นเดียวกัน ว่าจะเป็นไปในทิศทางใด (มติชนออนไลน์, 2563) ซึ่งส่วนนี้อาจมองได้ว่าทางฝ่ายตุลาการเองอาจไม่ได้ต้องการที่จะเป็นผู้วินิจฉัยในเรื่องของความจำเป็นของกฎหมายเช่นกันเนื่องด้วยข้อจำกัดต่าง ๆ

นอกจากนี้จะเห็นได้ว่าการที่คณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ได้ทำการตั้งข้อสังเกตว่า การนำกลไกตามมาตรา 6 มาใช้นั้น ควรให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ และระมัดระวังมิให้เป็นการก้าวล่วงหรือใช้อำนาจที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นอำนาจของฝ่ายนั้น ๆ โดยตรงอยู่แล้ว ก็ยิ่งแสดงให้เห็นว่าโดยถ้อยคำของบทบัญญัติมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้

อาจมีปัญหาในเรื่องของการแบ่งแยกอำนาจ จึงต้องบังคับใช้ด้วยความระมัดระวัง

ยิ่งไปกว่านั้นประเทศเกาหลีใต้ซึ่งเป็นประเทศที่ประสบความสำเร็จในการปฏิรูปกฎหมาย และชั้นพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ผู้ร่างก็ได้นำประเทศเกาหลีใต้มาเป็นต้นแบบในการร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ นั้นประเทศเกาหลีใต้ตราพระราชบัญญัติ Framework Act on Administrative Regulation 1997 ขึ้นในปีพุทธศักราช 2540 เพื่อวางรากฐานในการปฏิรูปกฎหมายอีกทั้งเป็นหนึ่งในมาตรการที่สำคัญในการฟื้นตัวของเศรษฐกิจในประเทศเกาหลีใต้อีกด้วย นอกจากนี้ยังมีการจัดตั้งคณะกรรมการ Regulatory Reform Commission (RRC) และหน่วยธุรการ Regulatory Reform Office (RRO) ขึ้นในปีถัดมา เพื่อทำหน้าที่เป็นหน่วยงานหลักในการกำกับดูแลและขับเคลื่อนการปฏิรูปกฎหมายของประเทศมาจนถึงปัจจุบัน (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560ก) โดยในการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายนั้นจะเป็นการพิจารณาภายหลังที่ได้ตรากฎหมายออกมาแล้วก็เพื่อพิจารณาว่ากฎหมายนั้น ๆ ยังคงมีความจำเป็นอยู่หรือไม่ โดยพิจารณาจากเศรษฐกิจ สภาพสังคม และการบังคับใช้กฎหมายนั้นในปัจจุบันประกอบด้วย สำหรับวิธีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายนั้นประเทศเกาหลีใต้จะตั้งหน่วยงานกลาง คือ คณะกรรมการ Regulatory Reform Commission (RRC) ซึ่งกล่าวไปแล้วในข้างต้น ทำหน้าที่ในการรับความเห็นจากองค์กรที่เกี่ยวข้อง หรือภาคประชาชนที่เกี่ยวข้อง เพื่อที่คณะกรรมการจะได้นำมาวิเคราะห์เพื่อตรวจสอบประสิทธิภาพ กล่าวคือ ทบทวนว่ากฎหมายนั้นได้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อประชาชนคิดเป็นมูลค่าแล้วมากกว่าก่อให้เกิดภาระค่าใช้จ่ายหรือไม่ รวมทั้งมีการตรวจสอบวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (initial objectives) ว่ายังมีความเท่าทันต่อสถานการณ์หรือไม่ และมีทางเลือกอื่น (alternatives) ที่ดีกว่าเพื่อให้บรรลุซึ่งวัตถุประสงค์หรือไม่ อย่างไรก็ดีเนื่องจากรัฐมีทรัพยากรที่จำกัด จึงไม่อาจดำเนินการประเมินผลการใช้กฎหมายกับกฎหมายทุกฉบับได้ จึงจำเป็นที่จะต้องเลือกว่าจะทำการประเมินกฎหมายฉบับใด และควรทำการประเมินละเอียดเพียงใด ทั้งนี้ ควรใช้หลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) เพื่อจัดลำดับความสำคัญของกฎหมายที่จะนำมาประเมิน (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2560ก)

ปัญหามาตรา 6 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ ขัดหลักประกันในกฎหมายอาญา

กรณีถ้อยคำตามมาตรา 6 ที่บัญญัติว่า "ในกรณีที่ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวไม่สอดคล้องกับมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ศาลจะไม่ลงโทษ หรือจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือจะกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้" ขัดกับหลักประกันในกฎหมายอาญา ซึ่งประกอบด้วย (1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษอาญาแก่บุคคล (2) การห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษอาญาแก่บุคคล (3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน (4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง หรือไม่สามารถแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้ (คณิต ณ นคร, 2560)

กรณีคำว่า "ศาลจะไม่ลงโทษ" เมื่อพิจารณาในเรื่องหลักประกันในกฎหมายอาญาจะพบว่า กรณีถ้อยคำที่ว่า "ศาลจะไม่ลงโทษ"นั้น ไม่ขัดกับหลักประกันในกฎหมายอาญา ทั้งในเรื่องการห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล การห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษอาญาแก่บุคคล และกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง เนื่องจากบทบัญญัตินี้ให้ผลเป็นคุณกับผู้กระทำความผิดจึงเป็นข้อยกเว้นใน 3 หลักการย่อยดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดีถ้อยคำในส่วนนี้อาจขัดต่อหลักการย่อยในเรื่องกฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน เพราะข้อยกเว้นเรื่องผลในทางกฎหมายเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ไม่ใช่ข้อยกเว้นของหลักกฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน เพราะประชาชนไม่อาจที่จะรับรู้ได้ว่าการกระทำแบบใดที่รัฐมุ่งประสงค์จะลงโทษอาญานอกจากนี้กรณีดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักการกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง (lex praevia) เช่นกัน เนื่องจากหลักการดังกล่าวมีข้อยกเว้นไว้ว่ากรณีเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด สามารถที่จะใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังไปเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดได้

กรณี "ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด" หากพิจารณาในเรื่องหลักประกันในกฎหมายอาญา จะพบว่า กรณีถ้อยคำที่ว่า "ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด" นั้น ไม่ขัดกับหลักการดังกล่าว ทั้งในเรื่องการห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล การห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษอาญาแก่บุคคล และกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง เนื่องจากบทบัญญัตินี้ให้ผลเป็นคุณกับผู้กระทำความผิดจึงเป็นข้อยกเว้นใน 3 หลักการย่อยดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดีถ้อยคำในส่วนนี้อาจขัดต่อหลักการย่อยในเรื่องกฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน เนื่องจากการที่บทบัญญัตินี้ให้อำนาจศาลลงโทษน้อยกว่ากำหนด แต่ก็เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าการที่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดนั้นสามารถลงโทษได้น้อยถึงเพียงใด ทำให้ในส่วนนี้ขัดกับหลักกฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน เพราะหากศาลมีอำนาจกระทำเช่นนี้ได้จะทำให้ประชาชนไม่อาจทราบว่าการกระทำการหรือละเว้นการกระทำการใดของตนจึงจะผิดกฎหมาย และไม่ทราบถึงอัตราโทษที่ตนจะได้รับว่ามากน้อยเพียงใด จึงอาจส่งผลให้ประชาชนไม่อาจที่จะกำหนดพฤติกรรมของตนเองได้ นอกจากนี้ก็ไม่ขัดกับหลักการกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง (lex praevia) เนื่องจากการที่ "ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด" เป็นเพียงการใช้การตีความของศาลตามการกระทำตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น อีกทั้งคำวินิจฉัยของศาลก็เป็นคุณแก่จำเลย จึงเข้าข้อยกเว้นให้สามารถที่จะใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังไปเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดได้

กรณี "ศาลจะกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วแต่กรณี" หากพิจารณาในเรื่องหลักประกันในกฎหมายอาญาจะพบว่า การที่บทบัญญัติในมาตรา 6 บัญญัติถ้อยคำว่า "ศาลจะกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วแต่กรณี" นั้นขัดต่อหลักประกันในทางอาญาอย่างมาก เนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวนี้ขาดความชัดเจนว่าสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายดังกล่าวนั้นมีความเข้มข้นที่มาก กว่าหรือน้อยกว่าโทษที่ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับนั้น ๆ กล่าวคือ บทบัญญัติ

ในมาตรานี้เปิดโอกาสให้ศาลอาจมีดุลพินิจในการใช้และการตีความกฎหมายถ้อยคำในส่วนนี้กว้างเป็นอย่างมาก เพราะบทบัญญัตินี้มิได้มีกรอบอย่างชัดเจนว่าสภาพบังคับดังกล่าวคืออะไร จะใช้ในอัตราเท่าใด และแน่นอนว่าดุลพินิจของแต่ละคนนั้นมีความแตกต่างกัน ดังนั้น การที่บทบัญญัติเช่นนี้ได้ถูกบัญญัติขึ้นโดยปราศจากกรอบในการใช้และการตีความ นับว่าเป็นเรื่องที่อันตรายต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก เนื่องจากปราศจากความแน่นอนว่าบุคคลที่กระทำความผิดจะได้รับโทษอะไรในอัตราโทษเท่าใด ทำให้ประชาชนไม่อาจล่วงรู้ได้เลยว่าตนกำลังจะได้รับผลร้ายอย่างไรจากการกระทำผิดของตน กรณีดังกล่าวจึงขัดต่อหลักประกันในกฎหมายอาญาซึ่งเป็นหลักที่มุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างมาก เพราะประหนึ่งว่าข้อความในมาตรา 6 นั้นให้อำนาจศาล ในการบัญญัติในเรื่องโทษขึ้นมาใหม่ไม่ใช่เพียงใช้ดุลพินิจกำหนดอัตราโทษเท่านั้น ซึ่งในส่วนนี้จะเกินเลยจากการที่ศาลสามารถตีความกฎหมายได้แล้ว

นอกจากนี้ ในกรณีนี้มีความแตกต่างจากสองกรณีแรก เพราะสองกรณีแรกยังอยู่ในขอบข่ายการวินิจฉัยโดยยึดบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก จึงอาจมองได้ว่าเป็นเรื่องการตีความของศาลที่ตีความเป็นคุณแก่จำเลย กรณีจึงไม่ขัดต่อหลักการกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง (lex praevia) แต่ในกรณีนี้แตกต่างกัน เพราะการที่บทบัญญัติในมาตรา 6 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ วางหลักว่า “ศาลจะกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วแต่กรณี” ในกรณีที่ศาลเห็นว่าบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญานั้นเป็นบทบัญญัติที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ ในกรณีนี้ประหนึ่งว่าศาลสามารถกำหนดสภาพบังคับทางอาญาได้เองแม้สภาพบังคับดังกล่าวไม่ได้ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายเลย ซึ่งหากศาลใช้อำนาจดังกล่าว ก็เท่ากับว่าหลักประกันทางอาญาของบุคคลนั้นถูกกระทบกระเทือน บุคคลจะไม่สามารถล่วงรู้ได้เลยว่า การกระทำของตนนั้นจะเกิดผลร้ายอย่างไรบ้าง เพราะในขณะที่ตนกระทำความผิด ตนไม่อาจล่วงรู้ถึงโทษที่ตนอาจได้รับในขณะกระทำความผิดได้เลย หากศาลใช้บทบัญญัติดังกล่าว ดังนั้นแล้วถ้อยคำว่า “ศาลจะกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วแต่กรณี” นี้นั้น ขัดต่อหลักการกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง (lex praevia) อย่างชัดเจน เพราะเป็นการใช้สภาพบังคับที่เป็นผลร้ายไปเอาผิดแก่การกระทำของจำเลยที่เกิดขึ้นในอดีต และสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายนั้นก็ไม่ได้ถูกบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในขณะที่จำเลยกระทำความผิดดังกล่าวอีกด้วย นอกจากนี้บทบัญญัติดังกล่าวยังขาดความชัดเจนถึงขนาดที่ไม่สามารถล่วงรู้ได้ว่าสภาพบังคับดังกล่าวจะให้คุณหรือจะให้โทษแก่ประชาชนมากกว่า กรณีนี้จึงไม่สามารถพิจารณาได้ว่าถ้อยคำนี้แท้จริงแล้วขัดต่อหลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังหรือไม่ หรือจะเข้าข้อยกเว้นของหลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังหรือไม่

การที่บทบัญญัติในมาตรา 6 นั้นกำหนดให้ศาลมีอำนาจกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายที่แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ได้นั้น

ในประเด็นนี้แน่นอนว่าเป็นการขัดต่อหลักความแน่นอนของกฎหมาย เนื่องจากประชาชนไม่อาจรู้ได้ว่าในขณะกระทำความผิดตนเองจะได้รับผลร้ายอย่างไรบ้างจากการกระทำดังกล่าว ทำให้ไม่อาจระวังพฤติกรรมของตนเองได้ว่าควรหรือไม่ควรกระทำความผิดเนื่องจากผลร้ายที่อาจได้รับนั้นมีความไม่แน่นอน ยิ่งไปกว่านั้นหากพิจารณาถึงเรื่องการขัดต่อหลักกฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน ยังมีอีกประเด็นหนึ่งคือการที่มาตรา 6 นั้นได้กำหนดว่า "คำวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดไม่สอดคล้องกับมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ให้ใช้ได้กับคดีทั้งปวงที่ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี" นั้น ในส่วนนี้ขัดต่อหลักความแน่นอนของกฎหมายเช่นกัน เนื่องจากหากศาลตัดสินเกี่ยวกับคดีใด ๆ แล้ว ถ้อยคำตามมาตรานี้กำหนดเสมือนหนึ่งว่าคำตัดสินจะกลายเป็นบรรทัดฐาน (Precedent) กับคดีอื่นด้วย ซึ่งในส่วนนี้จะเกิดความไม่แน่นอนของกฎหมายเกิดขึ้น เพราะกลายเป็นหน้าที่ของประชาชนในการตามคำพิพากษา หากต้องการตรวจสอบว่าตนกระทำการใดแล้วเป็นความผิดและจะได้รับโทษอย่างไร ซึ่งคำพิพากษานั้นอาจจะไม่นิ่งเท่ากับการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เนื่องจากแต่ละคดีนั้นมีข้อเท็จจริงที่เป็นรายละเอียดปลีกย่อยที่มีความแตกต่างกัน ยิ่งไปกว่านั้นยังขัดต่อนิติวิธีในระบบซีวิลลอว์อีกด้วย

▣ สรุปและข้อเสนอแนะ

แม้ว่าพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ นั้นจะเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นสำหรับประเทศไทยในปัจจุบัน เนื่องจากเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย ให้มีกฎหมายใช้บังคับเพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดีแม้แนวความคิดดังกล่าวจะเป็นแนวความคิดที่ดี แต่ด้วยถ้อยคำในมาตรา 6 นั้นเป็นถ้อยคำที่อาจเกิดปัญหาในเรื่องการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ต่อไปในอนาคต เนื่องจากขาดความชัดเจน อีกทั้งถ้อยคำตามมาตรา 6 ยังขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการป้องกันมิให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจมากเกินสมควร ซึ่งโดยปกติอำนาจทั้งสามฝ่ายควรที่จะสามารถตรวจสอบและถ่วงดุล ซึ่งกันและกัน แต่ถ้อยคำตามมาตรา 6 นั้นกลับให้อำนาจแก่ฝ่ายตุลาการให้มีหน้าที่เสมือนหนึ่งว่าฝ่ายตุลาการสามารถที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขที่ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนแห่งเจตนารมณ์ของประชาชนที่ได้ทำขึ้น อีกทั้งก็เป็นฝ่ายตุลาการที่เป็นผู้ใช้กฎหมายดังกล่าวเอง จึงจะเห็นได้ว่า การที่มาตรา 6 ให้อำนาจฝ่ายตุลาการเช่นนี้ ทำให้เกิดการกระทบกระเทือนต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างชัดเจน อีกทั้งยังเป็นการสร้างความไม่แน่นอนให้กับบุคคลที่ถูกบังคับใช้โดยกฎหมายฉบับนี้อันเป็นการขัดต่อหลักประกันในกฎหมายอาญา เพราะประชาชนเหล่านั้นไม่อาจล่วงรู้เลย

ได้ว่าตนเองจะได้รับผลร้ายอะไร จากการกระทำความผิดของตนในครั้งนั้น จึงเป็นการกระทบกระเทือนต่อหลักประกันในกฎหมายอาญาซึ่งมุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนี้แล้วจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ นี้เป็นเสมือนดาบสองคม ซึ่งแม้ผู้ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้จะมีเจตนารมณ์ที่ดีในการที่ประสงค์จะประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย ให้มีเพียงกฎหมายที่จำเป็นเท่านั้นที่ลงโทษบุคคลได้ จึงได้เกิดเป็นบทบัญญัติมาตรา 6 นี้ขึ้นมา แต่ในอีกด้านหนึ่งนั้นก็ควรที่จะพิจารณาต่อไปด้วยว่า ถ้อยคำมาตรา 6 ดังกล่าวก็อาจเกิดเป็นผลร้ายแก่บุคคลผู้ถูกกฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับเช่นกัน เนื่องจากการที่ถ้อยคำในมาตรา 6 นั้นขาดความชัดเจนจึงส่งผลให้หลักประกันในกฎหมายอาญาซึ่งมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นถูกกระทบกระเทือนจากผลแห่งมาตราเดียวกัน ตามเหตุผลที่กล่าวไปข้างต้น

จากเหตุผลทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้นจึงมีข้อเสนอว่า ควรที่จะยกเลิกบทบัญญัติในมาตรา 6 ที่ให้อำนาจฝ่ายตุลาการในการพิจารณาถึงความจำเป็นของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดีในเรื่องการพิจารณาความจำเป็นของกฎหมายนั้นยังคงเป็นเรื่องที่สำคัญในประเทศไทยขณะนี้ ดังนั้นแล้วจึงเห็นว่าแม้มีการยกเลิกมาตรา 6 ไปแต่หากประสงค์ให้หลักการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายนี้ยังคงมีอยู่ ก็เห็นควรให้มีการจัดตั้งองค์กรกลาง ทำหน้าที่ประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายเป็นการเฉพาะดังเช่นในประเทศเกาหลีใต้ มิใช่ให้อำนาจฝ่ายตุลาการในการทำหน้าที่ดังกล่าวดังที่มาตรา 6 บัญญัติให้อำนาจไว้ในปัจจุบัน

▣ บรรณานุกรม

คณิต ณ นคร. (2560). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

มติชนออนไลน์. (2563). *'ไสลเกษ' รับงานหินศาล หลัง พ.ร.บ.ประเมินผลสัมฤทธิ์ฯ บังคับใช้.* ค้นเมื่อ 20 มกราคม 2563, จาก https://www.matichon.co.th/news-monitor/news_1860002

สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. (2562ก). *บันทึกการประชุม คณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ....* ครั้งที่ 14/2562. กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. (2562ข). *รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 17/2562 เป็นพิเศษ.* กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2560ก). *การปฏิรูปกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้.* กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2560ข). *รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการดำเนินการศึกษาแนวทางการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมายตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560 ครั้งที่ 10-7/2560.* กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2560ค). *รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการดำเนินการศึกษาแนวทางการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมายตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560 ครั้งที่ 12-9/2560.* กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2560ง). *รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการดำเนินการศึกษาแนวทางการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมายตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560 ครั้งที่ 15-12/2560.* กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2562). *คำอธิบายสาระสำคัญของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562.* ค้นเมื่อ 10 พฤษภาคม 2563, จาก https://bit.ly/2R0c0D6