

บทที่ 2

ทฤษฎี แนวคิดและหลักการ เกี่ยวกับการนำวิธีการ เพื่อความปลอดภัย มาใช้เพื่อการพิทักษ์ทรัพยากรธรรมชาติประเภทป่าไม้

ผลจากการพัฒนาระบบเศรษฐกิจของนานาประเทศภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เพื่อให้ภาวะเศรษฐกิจของประเทศหลุดพ้นจากความยากจนและความล้าหลังทางเศรษฐกิจ นั้น ได้สร้างผลกระทบต่อระบบสิ่งแวดล้อมทำให้รัฐบาลที่เข้าเป็นผู้ทำหน้าที่บริหารปกครอง ประเทศแต่ละยุคสมัยต้องแก้ไขเยียวยากันอย่างยาวนานใหญ่ โดยเฉพาะปัญหาการร่อยหรอ หมดไปของทรัพยากรธรรมชาติ ปัญหาการเสื่อมโทรมของระบบสิ่งแวดล้อม ไม่ว่าจะเป็น ในลักษณะของการลดลงของพื้นที่ป่าธรรมชาติ การเสียความสมดุลในระบบนิเวศที่เกิดขึ้น จึงเป็นปรากฏการณ์ที่ขึ้นันถึงพฤติกรรมการบริโภคทรัพยากรธรรมชาติของนักลงทุนและ ประชาชนทั่วไปในยุคอุตสาหกรรมนิยม ซึ่งเป็นระบบที่รัฐบาลนำมาใช้ในการพัฒนาเศรษฐกิจ ของประเทศ โดยไม่ได้วางแผนการป้องกันผลกระทบต่อระบบสิ่งแวดล้อมไว้ก่อนล่วงหน้า อย่างรอบคอบ

การดำเนินการแก้ไขฟื้นฟูให้ระบบสิ่งแวดล้อมที่ตกอยู่ในสภาพเสียหายหรือ เสื่อมโทรมกลับคืนสู่สภาพเดิม ตลอดจนการป้องกันการรุกรานขยายตัวของปัญหาการ ทำลายทรัพยากรธรรมชาติ จึงเป็นปัญหาที่ท้าทายความสามารถของมนุษยชาติทุกสาขา อาชีพที่มีจิตสำนึกและห่วงใยในคุณค่าของระบบสิ่งแวดล้อม เพื่อประโยชน์ในการดำรง ชีวิตอย่างมีคุณภาพ ได้พยายามคิดค้นแสวงหาแนวทางปฏิบัติหลายรูปแบบ เพื่อรองรับกับ ปัญหาที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะรัฐซึ่งเป็นกลไกหลักในการบริหารปกครองสังคมให้มีความเป็น ระเบียบเรียบร้อยและมีความสุขเกิดขึ้นในการดำรงชีพจะต้องเร่งรัดพิจารณาและ จัดหามาตรการต่าง ๆ ทั้งในรูปของนโยบายและกฎหมาย เข้ามาใช้เป็นกลยุทธในการ พัฒนาระบบทรัพยากรธรรมชาติในสิ่งแวดล้อม ให้ฟื้นกลับคืนสู่สภาพเดิม

แนวคิด ในการพิทักษ์สิ่งแวดล้อม จึงเป็นมิติที่มีจุดมุ่งหมายสุดท้ายอยู่ที่คุณภาพ ของระบบสิ่งแวดล้อมและความมีคุณภาพของระบบสิ่งมีชีวิตในโลกนี้ ที่รัฐจะต้องให้การ

สนับสนุนในการศึกษาวิเคราะห์ คิดค้น เพื่อประกอบการกำหนดเป็นแนวนโยบายและ
มาตรการต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น ทุกศาสตร์ ทุกสาขาวิชาไม่ว่าจะเป็นทฤษฎี แนวคิด
หลักการในเรื่องของอำนาจรัฐ (Police Power Theory) ทฤษฎีการลงโทษ
(Punishment Theory) และทฤษฎีป้องกันสังคม (Social Defence Theory) ฯลฯ

ทฤษฎีการใช้อำนาจรัฐ (Police Power Theory)¹

มนุษย์เมื่ออยู่รวมกันเป็นสังคมรัฐ และต่างมีสัญญาประชาคม (social
contract) มอบอำนาจความเป็นใหญ่ให้กับผู้ปกครอง (pactum subjectionis)
ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า กษัตริย์หรือผู้ปกครองรัฐ จะต้องใช้อำนาจนั้นเพื่อประโยชน์และ
ความสงบสุขของประชาชน และ G.W.F.Hegel ได้ให้ความเห็นในเรื่องการใช้
อำนาจรัฐว่ารัฐเป็นตัวแทนสังคมในด้านเอกภาพ การที่รัฐเข้าไปแทรกแซงสังคม ก็เพื่อ
เข้าไปแก้ไขความอยุติธรรมหรือความไม่เท่าเทียมกันของสังคม เช่น การที่ชนชั้นหนึ่ง
ใช้อำนาจครอบงำชนชั้นบางจำพวกมากไปจนเป็นการเอารัดเอาเปรียบผู้ด้อยโอกาส
ในสังคม เป็นต้น และเพื่อป้องกันปัญหาที่รวมทั้งเป็นการส่งเสริมผลประโยชน์ของ
สาธารณชน รัฐจึงต้องทำหน้าที่กำหนดสิ่งที่เป็นประโยชน์ของสาธารณชน ทำให้รัฐสามารถ
อ้างเหตุผลในการใช้อำนาจทางการเมืองบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ออกมาใช้บังคับแก่สมาชิก
ในสังคมได้ ต่อมาในที่สุดก็ได้เข้าไปแทรกแซงครอบงำวิถีชีวิตของสมาชิกในสังคมได้ค่อนข้าง
กว้างขวางขึ้น² ซึ่งการใช้อำนาจรัฐแต่เดิมนั้นเคยจำกัดภารกิจอยู่เฉพาะการรักษาความสงบ
ภายในประเทศ ป้องกันการรุกรานจากนอกประเทศ และอำนวยความยุติธรรมให้ประชาชน
แต่เนื่องจากสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป มีความสลับซับซ้อนมากขึ้นตามกาลเวลาภารกิจ

¹Edward S. Corwin, "The constitution and what it means today," 13 : p.388.

²ชัยอนันต์ สมุทวณิช, รัฐกับสังคม : ไตรลักษณ์รัฐไทยในพุทธสังคมสยาม
(กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 75.

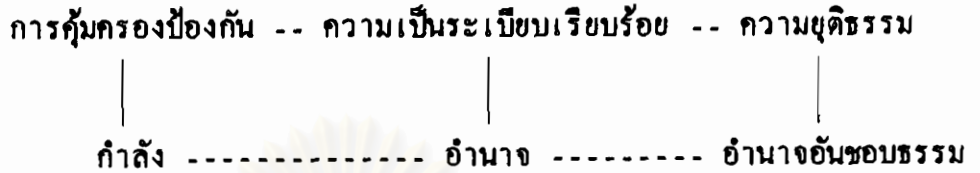
ของรัฐก็เริ่มขยายกว้างออกไปมากขึ้นตามลำดับ และรัฐได้เข้าไปแทรกแซงวิถีชีวิตของประชาชนมากขึ้น ทั้งในด้านสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรม เป็นต้น ในที่สุดรูปแบบการปกครองของรัฐส่วนใหญ่ จึงเป็นรูปแบบของรัฐสวัสดิการ (welfare state) และด้วยข้ออ้างภารกิจด้านการอำนวยความสะดวกให้กับสังคมดังกล่าวรัฐจึงใช้อำนาจบังคับและควบคุมประชาชนให้กระทำหรืองดเว้นการกระทำอันเป็นการล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้มากขึ้น เช่น อำนาจในการควบคุมพฤติกรรมการบริโภคทรัพยากรธรรมชาติของปัจเจกชน ด้วยการจำกัดสิทธิของปัจเจกชนไว้ภายใต้กฎหมายต่าง ๆ อาทิ การจำกัดสิทธิเข้าไปในพื้นที่ที่รัฐได้จัดสงวนไว้โดยเฉพาะในลักษณะของป่าสงวนหรือป่าอนุรักษ์ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการพิทักษ์ทรัพยากรธรรมชาติประเภทป่าไม้ อันเป็นทรัพยากรที่สำคัญของชาติและรัฐก็อาจบัญญัติกฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพบางประการของผู้ประกอบการ ในรูปของกฎหมายที่มุ่งควบคุมการใช้ประโยชน์จากไม้ เช่น การทำไม้หรือแปรรูปไม้ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 หรือในรูปของกฎหมายที่มุ่งอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติป่าไม้ อันได้แก่พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 และพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 เป็นต้น³ ซึ่งอำนาจรัฐโดยทั่วไปนี้ หมายถึง อำนาจโดยทั่วไปของรัฐ ในการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และในทฤษฎีนี้หมายถึงอำนาจในการดูแลรักษาบ้านเมือง

โดยเฉพาะเมื่อช่วงเวลาได้ผ่านพ้นไป นับตั้งแต่หลังจากสงครามโลกครั้งที่สองได้เกิดภาวะเศรษฐกิจตกต่ำไปทั่วโลก เมื่อประเทศต่าง ๆ ได้หันมาใช้กิจการอุตสาหกรรมเป็นภาคนำของการพัฒนาและฟื้นฟูเศรษฐกิจนั้น ทำให้อุตสาหกรรมขยายตัวอย่างรวดเร็ว มีการใช้ทรัพยากรอย่างสิ้นเปลือง จนก่อให้เกิดปัญหาผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติและความสมดุลในระบบนิเวศน์อย่างรุนแรง จนก่อให้เกิดผลพวงของความเสียหายต่อวิถีชีวิตของประชาชนในสังคมดังจะเห็นได้จากกรณีอุทกภัยครั้งยิ่งใหญ่ ที่ตำบลกะทูน

³ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : แสงสุทธิการพิมพ์, 2530), หน้า 653.

อำเภอพิบูล จังหวัดนครศรีธรรมราช เมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน พ.ศ.2531 ทำให้ประชาชนเสียชีวิตหลายร้อยคนและบ้านเรือนกว่าห้าร้อยหลังคาเรือนพังเสียหาย เป็นเพราะป่าไม้ถูกทำลายเกือบหมด จนไม่มีพื้นที่ป่าเป็นเครื่องชะลอหรือเก็บกักกระแสน้ำไว้ น้ำไหลป่าอย่างรุนแรงรวดเร็ว พัดพาขุ่นไม้จำนวนมากจากต้นน้ำลำธารมาทำลายบ้านเรือนและชีวิตชาวตำบลกะทูนดังกล่าว หรือกรณีเกิดภาวะน้ำท่วมใหญ่อย่างรุนแรงทั่วประเทศเมื่อเร็ว ๆ นี้ (ช่วงกันยายน-พฤศจิกายน พ.ศ.2538) ตลอดจนเกิดภาวะฝนแล้ง ขาดแคลนน้ำ เพราะไม่มีความชื้นเพียงพอ จนทำให้เกิดผลกระทบต่อสภาพความเป็นอยู่ที่ดีของประชาชน ซึ่งรัฐจำต้องยื่นมือเข้ามาสอดส่องดูแล ตลอดจนใช้อำนาจบังคับตามกฎหมาย เพื่อให้ปัญหาที่เกิดขึ้นเบาบางหรือหมดไป เพื่อความสงบสุขของประชาชน แนวคิดในเรื่องรัฐใช้อำนาจยื่นมือเข้าแทรกแซงเพื่อจำกัดสิทธิของปัจเจกชนนี้เริ่มปรากฏชัดขึ้นเป็นลำดับ ดังจะเห็นได้จากในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยแต่ละฉบับ ก็ยังได้กำหนดภาระหน้าที่นี้เอาไว้เป็นแนวนโยบายที่จะต้องดำเนินการ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ.2521 ในมาตรา 65 ซึ่งระบุว่า "รัฐพึงบำรุงรักษาความสมดุลของสภาพแวดล้อมและพึงขจัดสิ่งเป็นพิษที่ทำลายสุขภาพและอนามัยของประชาชน" จนกระทั่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (ฉบับ พ.ศ.2534) ก็ยังได้กำหนดขึ้นจนถึงภาระหน้าที่ดังกล่าวของรัฐไว้ในหมวดว่าด้วยนโยบายแห่งรัฐ มาตรา 78 ว่า "รัฐพึงบำรุงรักษาสภาพแวดล้อม ความสมดุลของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งทดแทน และพึงป้องกันและขจัดมลพิษและวางแผนการใช้ดินและน้ำให้เหมาะสม" อันเป็นความชอบธรรมทางการเมืองในการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะที่รัฐย่อมกระทำได้ เพื่อให้เกิดความสงบสุขในสังคม ซึ่งถือว่าเป็นบริการสาธารณะ (public service) หรือสวัสดิการสังคม อันเป็นปัจจัยพื้นฐานที่ประชาชนพึงได้รับเพื่อการดำรงชีวิตอยู่ภายใต้สิ่งแวดล้อมที่มีคุณภาพ และจากความเกี่ยวพันของการใช้อำนาจรัฐเพื่อดำเนินการต่อปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมปัจจุบันนี้

Lipson ได้แสดงความเกี่ยวพันระหว่างกำลังอำนาจ อำนาจอันชอบธรรม การคุ้มครองป้องกัน ความเป็นระเบียบเรียบร้อย และความยุติธรรมในสังคมไว้ ดังนี้⁴



จากกรณีความเสื่อมโทรมของทรัพยากรธรรมชาติประเภทป่าไม้ที่เกิดขึ้นในสังคมไทยทุกวันนี้ มิใช่เกี่ยวพันระหว่างคู่กรณี 2 ฝ่าย คือ ระหว่างผู้เป็นต้นเหตุก่อให้เกิดความเสื่อมโทรมสิ่งแวดล้อมกับประชาชนผู้ได้รับผลกระทบเท่านั้น แต่ยังเกี่ยวข้องกับคู่กรณีฝ่ายที่สามคือองค์กรของรัฐด้วย ในฐานะที่รัฐมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยและความสงบสุขให้แก่สังคม ทั้งในด้านป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ (calamity) ด้านความปลอดภัย (safety) ศีลธรรม (moral) สุขภาพอนามัย (promotion of public health) ตลอดจนสวัสดิการอื่น ๆ (general welfare) ซึ่งศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้ยืนยันอำนาจในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุหลักการ ในทฤษฎีการใช้อำนาจรัฐไว้ว่า "เป็นอำนาจของรัฐบาลและรัฐสภา สุดแท้แต่ที่ฝ่ายใดจะสามารถดำเนินการได้ เพื่อส่งเสริมสุขภาพอนามัยของสาธารณชน เพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ..."⁵ กล่าวคือ โดยปกติการเสนอร่างกฎหมายเพื่อใช้บังคับแก่ประชาชนนั้น เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชน (representative) แต่ในบางสถานการณ์ก็ต้องยอมให้ฝ่ายบริหารสามารถเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภา ตลอดจนออกกฎหมายลำดับรอง เช่น กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เพื่อกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ ในการปฏิบัติตามที่ฝ่ายบริหารเห็นว่าจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณชน หรือแม้

⁴Leslie Lipson, The great issues of politics (England Cliffs, N.J. Prentice Hall, 1960), p.60.

⁵License Case, 5 How, 504, 583 (1847).

แต่จะออกพระราชกำหนดซึ่งเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์เทียบเท่าพระราชบัญญัติ ในกรณี เหตุฉุกเฉินหรือต้องการแก้ไขปัญหาโดยเร่งด่วน ฝ่ายบริหารก็สามารถดำเนินการออกเป็นพระราชกำหนดได้ ดังจะเห็นได้จากกรณีเกิดอุทกภัยครั้งยิ่งใหญ่ที่ภาคใต้เมื่อ พ.ศ. 2531 ทำให้ทรัพย์สินเสียหายและชีวิตของประชาชนล้มตายจำนวนมาก สาเหตุจากการทำลายทรัพย์สินธรรมชาติจนเสียความสมดุลทางธรรมชาติ รัฐจึงได้ออกพระราชกำหนดยกเลิกสัมปทานป่าไม้ทั่วประเทศเมื่อวันที่ 17 มกราคม พ.ศ. 2532 เพื่อแก้ไขปัญหาค่าตัดไม้ทำลายป่าในอนาคต เป็นต้น การที่กฎหมายยอมให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจเสนอร่างกฎหมาย และมีอำนาจออกกฎหมายลำดับรองได้ ก็เนื่องจากเห็นว่าฝ่ายบริหารเป็นผู้ปฏิบัติและเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย จึงย่อมรู้สภาพปัญหาต่าง ๆ ได้เป็นอย่างดี และในบางกรณี หากปล่อยล่าช้า อาจไม่ทันการณ์ เกิดการเสียหายเป็นที่เดือดร้อนแก่ประชาชนได้ ดังนั้น เพื่อให้การบริหารประเทศบรรลุเป้าหมายตามแนวนโยบายของรัฐบาล กฎหมายต่าง ๆ จึงต้องเปิดช่องยินยอมให้ฝ่ายบริหารออกกฎเกณฑ์ กฎข้อบังคับต่าง ๆ มาเสริมกฎหมายแม่บทได้บ้าง ในยามจำเป็นเร่งด่วน หรือเมื่อเกิดข้อขัดข้องขึ้นในการบริหารราชการให้เป็นไปตามกฎหมาย นอกจากนี้ ในตัวบทกฎหมายแต่ละฉบับ ฝ่ายนิติบัญญัติยังเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจได้ ดังเช่น ในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 9 ซึ่งให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจใช้ดุลพินิจสั่งให้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจหรือบุคคลซึ่งได้รับอันตรายหรือความเสียหายอันเนื่องมาจากภัยธรรมชาติ ซึ่งหากปล่อยไว้เช่นนั้นจะเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อชีวิต ร่างกาย หรือสุขภาพอนามัยของประชาชน หรือก่อความเสียหายต่อทรัพย์สินของประชาชนหรือของรัฐเป็นอันมาก กระทำหรือร่วมกระทำอันเป็นการควบคุมหรือระงับหรือบรรเทาผลร้ายได้ทัน่วงที ในเหตุการณ์ฉุกเฉินหรือเหตุอันตรายต่อสาธารณชนนั้น ๆ ได้ ทั้งนี้ เพราะฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจถึงเห็นคำสั่งของฝ่ายบริหารที่เหมาะสมแก่กรณีได้ล่วงหน้า ประกอบกับสภาพสังคมและพฤติกรรมของสมาชิกในสังคมเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา จึงสมควรให้ฝ่ายบริหารซึ่งอยู่ใกล้ชิดกับกรณีเฉพาะเรื่อง สามารถใช้สติปัญญาและเหตุผล ตลอดจนความซัดเซงในการบริหารแสวงหาคำสั่ง เช่นว่านั้นได้ เพื่อให้การวินิจฉัยสั่งการทางการบริหารเกิดความถูกต้อง อำนวยความยุติธรรมให้แก่สังคมในทุกกรณีได้อย่างเหมาะสม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือการวินิจฉัยสั่งการทางการบริหารการปกครองที่ตนนั้น

จะต้องสามารถตอบสนองข้อเรียกร้องต้องการในประโยชน์สาธารณะ (public interest) หรือรักษาผลประโยชน์ของสาธารณชนได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุดนั่นเอง ด้วยเหตุนี้ การใช้ "ดุลพินิจ" จึงจำเป็นแก่การดำเนินการกิจของรัฐอย่างหนึ่ง จนกล่าวได้ว่าเป็น "สารัตถะของรัฐสมัยใหม่"⁶ โดยถือว่ารัฐสมัยใหม่ต้องใช้อำนาจในการปกครองดูแลบำบัดทุกข์บำรุงสุขและอำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชนในชาติ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าบทบาทของรัฐในการรักษาผลประโยชน์ของสาธารณชน จะได้รับการยอมรับว่ามีความจำเป็นและสำคัญก็ตาม แต่ขอบเขตของการใช้อำนาจรัฐอย่างถูกต้องเหมาะสมก็เป็นปัญหาเช่นกัน ดังเช่น การใช้อำนาจรัฐเกี่ยวกับการบังคับ กระทบ (regulatory state power) หรือการใช้อำนาจรัฐในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายกำหนดกับประชาชนเป็นกรณีเฉพาะราย (individual) หรือเฉพาะเรื่อง (concrete) เพื่อกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ใด ๆ ให้กับเอกชน นับว่าเป็นการเข้าไปควบคุมพฤติกรรมของสมาชิกในสังคมที่อาจเป็นช่องทางนำไปสู่การใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ (arbitrary) หรือไม่ชอบธรรม กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ดังนั้น เพื่อป้องกันการใช้อำนาจรัฐอย่างไม่ถูกต้องดังกล่าว รัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลาย จึงกำหนดการใช้อำนาจรัฐ จะต้องอยู่ในกรอบที่กฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยรัฐสภาเห็นชอบระบุไว้เท่านั้น ทั้งนี้ โดยมีนักกฎหมายและนักรัฐศาสตร์เป็นผู้วางกรอบระบบของอำนาจหรือจัดระเบียบอำนาจรัฐ และองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐอย่างเป็นระบบ (well organized) ซึ่งอาจจะกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครองต่าง ๆ เพื่อแสดงให้เห็นว่ารัฐมีอำนาจอย่างไร แค่ไหน เพียงไร กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ได้ในกรณีใดภายในขอบเขตเพียงใด ตลอดจนวิธีการแก้ไขเยียวยากรณีใช้อำนาจผิดพลาดและเสียหายแก่ผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง ดังนั้น หากรัฐจะใช้อำนาจในการบังคับการตามกฎหมายใดแก่เอกชนรายใดหรือเรื่องใด จะต้องแสดงให้เห็นปรากฏว่าเอกชนรายนั้นตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติกฎหมายนั้น ๆ อันเป็นเหตุให้ตนตัดสินใจใช้อำนาจอนุญาตหรือบังคับการแล้วแต่กรณี

⁶Harold J. Laski. "The growth of administrative discretion," Journal of Public Administration 1 (1923) : 92.

แก่เอกชนรายนั้นให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใด ๆ จากนั้นจึงค่อยลงมือปฏิบัติการให้เป็นไปตามข้อกำหนดของกฎหมาย⁷ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 มาตรา 9 ซึ่งจำกัดขอบเขตไว้ให้นายกรัฐมนตรีใช้อำนาจควบคุมระดับหรือบรรเทาผลร้ายจากเหตุภัยอันตรายต่อสาธารณชนในกรณีฉุกเฉิน ฯลฯ หรือในกรณีให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ อันได้แก่ กรณีกรมป่าไม้โดยอธิบดีกรมป่าไม้หรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายให้ออกใบอนุญาต จะเสนอรัฐมนตรีสั่งเพิกถอนใบอนุญาตแก่ผู้รับอนุญาตตั้งโรงงานแปรรูปไม้โดยใช้เครื่องจักรกลรายใด ก็ต้องแสดงเจตนาให้ปรากฏว่าผู้รับอนุญาตตั้งโรงงานแปรรูปไม้รายนั้น ได้ละเมิดข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการควบคุมการแปรรูปไม้ด้วยเครื่องจักรกลเสียก่อน ต่อจากนั้นจึงตัดสินใจใช้อำนาจสั่งลงโทษแก่ผู้รับอนุญาตตั้งโรงงานแปรรูปไม้รายนั้น โดยเพิกถอนใบอนุญาตแล้วแจ้งคำสั่งลงโทษให้ผู้รับอนุญาตตั้งโรงงานแปรรูปไม้ทราบ เพื่อลงมือดำเนินการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำสั่ง เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อป้องกันการใช้อำนาจเกินขอบเขตหรือบิดเบือนอำนาจ (abuse of power) ในลักษณะของการกลั่นแกล้งหรือแสวงหาประโยชน์ให้ตนเองจนทำให้สภาพการณ์กลับกลายเป็นว่ารัฐใช้อำนาจละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน อันเป็นการผิดหลักการใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อบำบัดทุกข์บำรุงสุขให้แก่ประชาชนและสิ่งสำคัญยิ่งเหนืออื่นใดก็คือการใช้อำนาจรัฐกับสมาชิกในสังคม จะต้องเป็นไปอย่างเหมาะสมและจำเป็นและจะต้องได้สัดส่วนกับเหตุแห่งการละเมิด หรือฝ่าฝืนกฎหมาย อันสร้างผลกระทบต่อสาธารณชนโดยตรง ตามหลักการของทฤษฎีเรื่องการใช้อำนาจรัฐอย่างได้สัดส่วนเหมาะสม (Principle of Proportionality)⁸ ซึ่งถือว่าเป็นหลักการขั้นพื้นฐานแห่งความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ใต้อำนาจ และเจ้าหน้าที่

⁷วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ," วารสารกฎหมายปกครอง 8 (เมษายน 2531) : 34-35.

⁸Yoriaki Narita, "Administrative guidance," trans. James L. Anderson Law in Japan : Annual 2 (1968) : 67-68.

ของรัฐสามารถใช้อำนาจรัฐบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายได้ ดังเช่น กรณีตามมาตรา 59 ของพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 ซึ่งบัญญัติว่า

"ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งพักใช้ใบอนุญาตที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ได้ดังต่อไปนี้

(1) เมื่อปรากฏว่าผู้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวง ข้อกำหนด หรือเงื่อนไขในการอนุญาต หรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งสั่งตามพระราชบัญญัตินี้ จะสั่งพักใช้ใบอนุญาตได้ไม่เกินหนึ่งร้อยยี่สิบวัน

(2) เมื่อมีการฟ้องผู้รับใบอนุญาตต่อศาลว่าได้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ จะสั่งพักใช้ใบอนุญาตจนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดก็ได้"

หรือกรณีตามมาตรา 61 ซึ่งมีใจความว่า

"ในกรณีที่เหตุแห่งการสั่งพักใช้ใบอนุญาตตาม มาตรา 59 ปรากฏแก่รัฐมนตรี หรือเมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้สั่งพักใช้ใบอนุญาตตามมาตรา 59 แล้วถ้ารัฐมนตรีเห็นสมควรจะสั่งเพิกถอนใบอนุญาตที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้เสียก็ได้"

จากกรณีทั้งในมาตรา 59 และมาตรา 61 ได้กำหนดมาตรการในการออกคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้หลายรูปแบบ ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจวินิจฉัย สั่งการได้ตามที่เห็นสมควร ไม่ว่าจะเป็นการสั่งเพิกถอนใบอนุญาตหรือพักใช้ใบอนุญาตก็ตาม เจ้าหน้าที่ของรัฐส่วนเลือกสั่งใช้ตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ได้ทั้งสิ้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้อง คำนึงถึงความถูกต้อง ความยุติธรรม ตลอดจนกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด โดยก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนให้มากที่สุดหรือเป็นไปได้ ก็จะต้องเลือกออกคำสั่งที่ทำให้สาธารณชนเสียหายน้อยที่สุด แม้จะต้องทำให้เอกชนส่วนน้อยเสียหายบ้างก็ต้องกระทำ ทั้งนี้ เพราะถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้ดุลพินิจตามความจำเป็นที่เหมาะสมกับสภาพการณ์ ตามหลักการแห่งความจำเป็น (Principle of Necessary) ซึ่งเป็นหลักการหนึ่งของทฤษฎีการใช้อำนาจรัฐอย่างได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

หลักการบังคับใช้กฎหมาย (Law Enforcement Principle)

ในการบริหารหรือปกครองประเทศให้บรรลุตามแนวนโยบายต่าง ๆ ของรัฐนั้น รัฐมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องดำเนินกิจกรรมทางการเมือง โดยใช้ทั้งกำลัง (force) และอำนาจ (power) ควบคู่กันไป ทั้งนี้และทั้งนั้นก็โดยมีกฎหมายเป็นตัวรองรับและกำหนดขอบเขตของการใช้กำลังและอำนาจดังกล่าว ให้เป็นไปโดยถูกต้องชอบธรรม (legitimacy) ในการควบคุมพฤติกรรมสมาชิกของสังคม อันสมาชิกของสังคมและผู้ปกครองต่างหากทุกคนจะต้องปฏิบัติตั้งแต่เกิดจนตาย เมื่อกฎหมายได้ผ่านกระบวนการทางนิติบัญญัติจนรัฐบาลได้ประกาศใช้แล้ว กฎหมายนั้นก็จะมีผลใช้บังคับกับสมาชิกในสังคมทันที โดยเฉพาะกฎหมายมหาชน (public law) ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคม เพื่อมิให้สมาชิกของสังคมมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนไปจากกติกาหรือปทัสฐาน (norm) ของสังคม จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่กฎหมายนี้จะต้องมีสภาพบังคับ (sanction) โดยเฉพาะอย่างยิ่งสภาพบังคับทางอาญา อันได้แก่ มาตรการปราบปราม ซึ่งก็คือโทษ (punishment) ที่เป็นมาตรการที่รัฐนิยมใช้บังคับแก่สมาชิกในสังคมและมาตรการป้องกัน (prevention) ผลร้ายที่อาจจะเกิดขึ้นหรือสภาพบังคับในทางเยียวยาผู้เสียหายโดยตรง (specific relief)⁹ ทั้งนี้ ก็โดยมีหน่วยงานของรัฐเป็นกลไกบังคับใช้กฎหมายเหล่านี้

การบังคับใช้กฎหมาย (Law Enforcement) จึงเป็นการนำตัวบทกฎหมายระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ ที่เป็นถ้อยคำอยู่ในหนังสือหรือในราชกิจจานุเบกษา ใช้บังคับแก่สมาชิกในสังคมให้เกิดผลบังคับตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐ¹⁰ ซึ่งอาจจะเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรฝ่ายบริหารเอง และมีเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็น

⁹วิษณุ เครืองาม, กฎหมายกับสภาพบังคับในกฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงสังคม (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สารมวลชน จำกัด, 2528), หน้า 182-197.

¹⁰อมร จันทรสมบูรณ์, "LAW ENFORCEMENT : มิติที่ 3 ของกฎหมาย," วารสารกฎหมายปกครอง 9 (เมษายน 2533) : 11.

กลไกสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายในแต่ละประเภท ทั้งนี้ เพราะกฎหมายแต่ละกลุ่ม แต่ละสาขาย่อมมีเจตนารมณ์ต่างกัน กลไกการบังคับการให้เป็นไปตามตัวบทกฎหมาย ก็ย่อมแตกต่างกันหากรัฐประสงค์จะบังคับใช้ไม่ว่ากฎหมายสาขาใด ก็จำเป็นจะต้องศึกษา ถึงระบบงานและการจัดระบบเจ้าหน้าที่ ตลอดจนความสัมพันธ์ในการใช้อำนาจหน้าที่ของแต่ละหน่วยงานให้มีความสอดคล้องและถ่วงดุลซึ่งกันและกันได้อย่างเหมาะสม เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายก้าวไปสู่เป้าหมายเดียวกัน (ไม่ใช่เพื่อคอยจับข้อบกพร่องหรือแก่งแย่งอำนาจซึ่งกันและกัน) การบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ได้อย่างแท้จริงนี้ นับว่าเป็นปัญหาใหญ่ที่หลายประเทศต่างประสบมาแล้วทั้งสิ้น เพราะการบังคับใช้กฎหมายแต่ละประเภทแต่ละสาขา ล้วนแต่เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่หลายขั้นตอนและหลายฝ่าย ได้แก่¹¹

1. เจ้าหน้าที่ฝ่ายรักษากฎหมายในเบื้องต้น ซึ่งมีจำนวนมากมายหลายขั้นตอน และหลายสังกัด บางกรณีอยู่ในหน่วยงานของรัฐต่างกระทรวง ทบวง กรม กัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่ทางหน่วยงานเจ้าของเรื่องกำหนดไว้ในกฎหมาย กฎกระทรวง ข้อกำหนด หรือระเบียบในกฎหมายที่เกี่ยวข้องแต่ละฉบับ ดังเช่น การขออนุญาตทำไม้หวงห้าม จะต้องขออนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ตามนัยพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 มาตรา 11 โดยมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการยื่นขออนุญาตตามนัยกฎกระทรวง ฉบับที่ 24 (พ.ศ.2518) ลงวันที่ 28 พฤศจิกายน พ.ศ.2518 หรือการขออนุญาตแปรรูปไม้หวงห้าม จะต้องขออนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 มาตรา 48 มาตรา 58 โดยมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 25 (พ.ศ.2519) ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ.2519 ซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอนุญาตในที่นี้ หมายถึง พนักงานเจ้าหน้าที่ป่าไม้ แล้วยังหมายรวมถึงบุคคล 3 ระดับ ได้แก่ ระดับอำเภอ คือ นายอำเภอหรือผู้ที่นายอำเภอมอบหมาย ระดับจังหวัด คือ ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือผู้ที่ผู้ว่าราชการจังหวัดมอบหมาย และระดับกรม

¹¹ โภคิน พลกุล, ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์การพิมพ์พลชัย, 2529), หน้า 137-140.

คือ อธิบดีกรมป่าไม้หรือผู้ที่อธิบดีกรมป่าไม้มอบหมาย ตามนัยพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 มาตรา 4 (16) มาตรา 75 และประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ลงวันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ.2518 เรื่อง แต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484* หรือกรณีเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องกับการอนุญาตแปรรูปไม้หวงห้าม ซึ่งได้แก่ พนักงานเจ้าหน้าที่ป่าไม้ ฝ่ายปกครอง และกรมโรงงาน ซึ่งมีการอนุญาตเป็น 2 ขั้นตอน โดยตอนแรกจะต้องขออนุญาตตั้งโรงงานกับทางกรมโรงงานเสียก่อนแล้ว ขั้นตอนต่อมา จึงจะมายื่นขออนุญาตแปรรูปไม้โดยใช้เครื่องจักร ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องกับการอนุญาต ก็คือเจ้าหน้าที่ป่าไม้ โดยผู้มีอำนาจอนุญาตในส่วนกลาง คือ อธิบดีกรมป่าไม้หรือผู้ที่ อธิบดีกรมป่าไม้มอบหมาย และในส่วนภูมิภาคคือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแล้วแต่กรณี ทั้งนี้ เป็นไปตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 มาตรา 48 มาตรา 58 มาตรา 4(16) มาตรา 75 กฎกระทรวง ฉบับที่ 25 (พ.ศ.2519) และประกาศกระทรวงเกษตรฯ ลงวันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ.2518 เรื่องแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าว เป็นต้น

2. เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตัดสินใจหรือวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในกรณีทรัพยากรธรรมชาติ ประเภทป่าไม้ กฎหมายได้กำหนดระบบการสั่งการหรือการวินิจฉัยชี้ขาดขั้นสุดท้ายไว้ แตกต่างกันดังนี้คือ บางกรณีการสั่งการขั้นสุดท้ายจะสิ้นสุดลงด้วยการชี้ขาดของข้าราชการประจำ อาทิ ผู้ว่าราชการจังหวัด ดังเช่น กรณีนายกรัฐมนตรีมอบอำนาจให้ ผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิบัติราชการแทนภายในเขตจังหวัด มีอำนาจสั่งการในกรณี มีเหตุฉุกเฉินหรือเหตุอันตรายต่อสาธารณชน อันเนื่องมาจากภัยธรรมชาติ ซึ่งหากปล่อยไว้เช่นนั้นจะเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อชีวิต ร่างกาย หรือก่อความเสียหายต่อ ทรัพย์สินของประชาชนหรือของรัฐเป็นอันมากได้ตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติ ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 แต่ส่วนใหญ่การสั่งการหรือ การตัดสินใจชี้ขาดสิ้นสุดลงด้วยการชี้ขาดตัดสินของข้าราชการฝ่ายการเมือง ในระดับ

*ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 92 ตอนที่ 176 วันที่ 1 กันยายน 2518 (ดู จรรยา แววจุลินันท์, คำอธิบายกฎหมายป่าไม้ (กรุงเทพมหานคร : อักษรการพิมพ์, 2522), หน้า 575).

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรฯ หรือนายกรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี อาทิเช่น ในระดับ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรฯ ได้แก่ กรณีผู้ขออนุญาตทำไม้หรือแปรรูปไม้ ถูกพักใช้ ใบอนุญาตตามนัยมาตรา 58 หรือมาตรา 59 แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรฯ อาจสั่งเพิกถอนใบอนุญาตเสียได้ ตามพระราชบัญญัติ ป่าไม้ พ.ศ.2484 มาตรา 61 หรือกรณีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรฯ มีอำนาจ วินิจฉัยอุทธรณ์ในเรื่องที่ผู้อื่นขออนุญาต แต่พนักงานเจ้าหน้าที่ไม่อนุญาต หรือผู้ขออนุญาต ถูกพนักงานเจ้าหน้าที่สั่งพักใช้ใบอนุญาตตามมาตรา 59 คำวินิจฉัยชี้ขาดของรัฐมนตรี ถือเป็นที่สุดตามนัยมาตรา 62 แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 และในระดับ นายกรัฐมนตรี ได้แก่ กรณีตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพ สิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 ที่กำหนดไว้ว่าเมื่อมีเหตุฉุกเฉินหรือเหตุอันตรายต่อ สาธารณชนอันเนื่องมาจากภัยธรรมชาติ ซึ่งหากปล่อยไว้เช่นนั้นจะเป็นอันตรายอย่าง ร้ายแรงต่อชีวิต ร่างกายหรือก่อความเสียหายต่อทรัพย์สินของประชาชนหรือของรัฐบาล เป็นอันมาก ให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการอันจะมีผลเป็นการควบคุม ระงับ หรือ บรรเทาผลร้ายจากอันตรายและความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นได้อย่างทันท่วงที เป็นต้น แต่ในบางกรณีก็สิ้นสุดลงที่คำพิพากษาของศาลยุติธรรม เช่น กรณีศาลอาจมีคำสั่งจับไล่ ผู้บุกรุกครอบครองพื้นที่ป่าพร้อมบริวารออกจากป่าหรือเขตพื้นที่ป่าสงวน ตามมาตรา 72 ตรี วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ฯ และมาตรา 31 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติ ป่าสงวนฯ แล้วแต่กรณีได้

ความหลากหลายของรูปแบบการสั่งการหรือวินิจฉัยชี้ขาดขั้นสุดท้าย มีสาเหตุ มาจากระบบงานที่อยู่ใต้อำนาจของข้าราชการหรือหน่วยงานเหล่านั้น หรือกิจการบางอย่าง ต้องการความชำนาญหรือคุณสมบัติของผู้มีอำนาจสั่งการหรือของคณะกรรมการเพื่อความถูกต้อง และเป็นกลางในทางวิชาการ ดังเช่น กรณีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ได้มีคำสั่งกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ที่ 32/2532 ลงวันที่ 17 มกราคม พ.ศ.2532 ให้สัมปทานทำไม้หวงห้ามทุกชนิด (เว้นสัมปทานทำไม้ป่าชายเลน) สิ้นสุดลง หากผู้รับ สัมปทานรายใดเสียหาย ก็ให้ยื่นเรื่องขอรับเงินชดเชยจากคณะกรรมการพิจารณา เงินชดเชยค่าเสียหาย อันเนื่องมาจากการสัมปทานทำไม้สิ้นสุดลง ซึ่งคณะกรรมการ ดังกล่าวประกอบด้วยผู้แทนกรมสรรพากร 1 คน ผู้แทนสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน 1 คน

บุคคลภายนอกผู้มีความรู้ความสามารถในการตีราคาทรัพย์สิน 1 คน และเจ้าหน้าที่กรมป่าไม้ 1 คน ตามนัยพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 มาตรา 68 นว. แต่กิจการบางอย่างก็ต้องการความสะดวกรวดเร็วและเด็ดขาด เช่น กรณีรัฐบาลได้ตราพระราชกำหนด พ.ศ.2532 มาตรา 4 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 มาตรา 68 ให้การสัมปทานป่า (บก) ทั่วประเทศสิ้นสุดลงและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ได้มีคำสั่งที่ 32/2532 ลงวันที่ 17 มกราคม พ.ศ.2532 ให้การสัมปทานป่าไม้ (บก) ทั่วประเทศสิ้นสุดลงดังกล่าวข้างต้นแล้ว แต่ในกิจการบางอย่างก็ต้องการการตัดสินใจทางการเมือง ดังเช่น โครงการสร้างเขื่อนปากมูล จังหวัดอุบลราชธานี ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้อนุมัติและอยู่ในระหว่างการก่อสร้าง หรือโครงการสร้างเขื่อนแก่งเสือเต้น จังหวัดแพร่ ขณะนี้คณะรัฐมนตรียังไม่ได้อนุมัติ แต่อยู่ระหว่างการพิจารณาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เป็นต้น นอกจากนี้การที่จะสั่งการหรือวินิจฉัยชี้ขาดอย่างใด ๆ ในบางกรณียังต้องเผชิญกับปัญหาต่าง ๆ หลายด้านในขณะเดียวกัน กล่าวคือนอกจากผู้ใช้อำนาจสั่งการหรือวินิจฉัยชี้ขาด จะต้องพิจารณาถึงตัวบทกฎหมายแล้ว ยังต้องพิจารณาปัญหาอื่น ๆ ด้วย เช่น สภาพทางเศรษฐกิจ สังคมของท้องถิ่น และสภาพปัญหาทางการเมือง ตลอดจนกระแสความเคลื่อนไหวต่าง ๆ ทางการเมืองด้วย เช่น การเคลื่อนไหวเรียกร้องของประชาชนกรณีโครงการสร้างเขื่อนทั้งสองดังกล่าว เป็นต้น จึงกล่าวได้ว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทนี้มีบทบาทต่อการบังคับใช้กฎหมายและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนค่อนข้างสูง เพราะเป็นผู้มีอำนาจ (authority) ทั้งในด้านการตีความกฎหมาย และควบคุมการใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้รักษากฎหมายให้เกิดความชอบธรรมอีกด้วย

การบังคับใช้กฎหมาย (Law Enforcement) จึงเป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่จะส่งผลให้กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ ของรัฐเกิดประสิทธิภาพ ถ้าหากเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ละฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายดังกล่าวข้างต้น บังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด และมีความเสมอภาค ตลอดจนการดำเนินการกับผู้ฝ่าฝืนหรือผู้กระทำความผิดอย่างเฉียบพลันทันทีไม่ล่าช้าแล้ว ก็จะมีผลต่อจิตใจแก่บุคคลอื่น ๆ ทำให้เกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิด เพราะหากกระทำความผิดจะได้รับผลร้ายอย่างแน่นอนทุกราย ไม่มีเว้น และรับโทษทันทีไม่ชักช้า ก็จะทำให้สังคมมีความสงบเรียบร้อยในที่สุด

แต่อย่างไรก็ดี การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐ จะต้องเข้าใจถึงจุดมุ่งหมายของสภาพบังคับ (sanction) ของกฎหมายแต่ละประเภท ที่นำมาใช้เป็นอดีเสียก่อน เพราะสภาพบังคับของกฎหมายแต่ละฉบับ ย่อมมีจุดมุ่งหมาย ที่แตกต่างกัน กล่าวโดยเฉพาะมาตรการทางปกครอง อันเป็นสภาพบังคับทางกฎหมายมหาชน (public law sanction) ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องระหว่างรัฐกับประชาชนโดยตรง เพื่อมุ่งรักษาผลประโยชน์ของสังคม (common good) โดยถือว่ารัฐเป็นผู้อยู่ในฐานะ สูงกว่า และมีอำนาจออกกฎระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ให้ประชาชนถือปฏิบัติตาม ขอบเขตของกฎหมายประเภทนี้จึงต้องขยายกว้างขึ้นมี ความละเอียดและมีความสำคัญมากขึ้น กฎหมายประเภทนี้จึงมีหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็น ในลักษณะที่เป็นสภาพบังคับทางกฎหมายมหาชนประเภทกฎหมายปกครองทั่วไปหรือประเภท จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ¹²

1. ระบบอนุญาต (licensing) เป็นระบบที่นำมาใช้กันอย่างแพร่หลาย มากที่สุดโดยกำหนดให้กิจการบางประเภท จะดำเนินการได้แต่เฉพาะผู้ที่ได้รับอนุญาตจาก เจ้าหน้าที่ของรัฐแล้วเท่านั้น เช่น การขออนุญาตทำไม้หรือขออนุญาตแปรรูปไม้ ดังความ ในพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 มาตรา 11 และมาตรา 48 เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อจะได้ ควบคุมการกระทำต่าง ๆ ให้อยู่ภายในเงื่อนไขที่ทางราชการกำหนดหากฝ่าฝืนเงื่อนไขหรือ ขัดกำหนดในใบอนุญาตก็อาจถูกทางราชการคัดต่ออายุใบอนุญาต พักใช้ใบอนุญาตและเพิกถอน ใบอนุญาตตามมาตรา 59 หรือมาตรา 61 แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 และ ข้อกำหนด ฉบับที่ 18 (พ.ศ.2532) ออกตามความในพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 มาตรา 58 แล้วแต่กรณี และในขณะเดียวกันก็อาจถูกลงโทษจำคุกและปรับ ตามมาตรา 73 ทวิ อีกส่วนหนึ่งด้วย

2. ระบบออกคำสั่ง (order) เช่น เป็นกรณีที่รัฐตราไว้ซึ่งอำนาจในการ ดำเนินการออกคำสั่ง เพื่อให้เกิดการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลง หรือระงับซึ่งสิทธิของ

¹²ชัชวรัตน์ วงศ์วัฒนสานต์, "การร่างกฎหมาย," วารสารปกครอง 7 (เมษายน 2535) : 25.

ปัจเจกชน หรือผู้เกี่ยวข้องได้ในบางกรณี ทั้งนี้ การใช้อำนาจสั่งการใด ๆ จะต้องกระทำภายในขอบเขตกฎหมายได้ระบุให้อำนาจไว้เท่านั้น เช่น ออกคำสั่งให้ปฏิบัติ (affirmative order) อันได้แก่ สั่งให้ผู้ใดผู้หนึ่งออกจากป่าสงวนแห่งชาติ หรืองดเว้นกระทำใด ๆ ในป่าสงวนฯ หรือสั่งให้รื้อถอนแก่สิ่งที่เป็นอันตรายหรือสิ่งที่ทำให้เสื่อมสภาพในเขตป่าสงวนแห่งชาติ ภายในเวลาที่กำหนดให้ ตามนัยมาตรา 25(1) มาตรา (2) แห่งพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 ผู้ที่ขัดคำสั่งพนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมมีโทษตามมาตรา 33 ทวิ หรือกรณีห้ามผู้ใดกระทำให้เกิดการเสียหายหรือทำลายหลักเขต ป้าย เครื่องหมายแนวเขตป่าสงวนฯ ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติป่าสงวนฯ ผู้ที่ฝ่าฝืนย่อมมีโทษตามมาตรา 33 เป็นต้น

3. การตรวจค้น (inspection) เป็นอำนาจสืบสวน ค้นหา ตรวจสอบ ว่ามีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือเงื่อนไขข้อกำหนดตามที่ขออนุญาตไว้หรือไม่ ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 ความว่า "เพื่อที่จะดูว่าผู้รับอนุญาตตามความในหมวดนี้ ได้ปฏิบัติถูกต้องตามพระราชบัญญัตินี้หรือไม่ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจตรวจการแปรรูปไม้และกิจการของผู้รับอนุญาตได้ ผู้รับอนุญาตต้องอำนวยความสะดวกและตอบคำถามแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการนี้" ผู้ที่ฝ่าฝืนย่อมมีโทษตามมาตรา 71 ทวิ

4. ขอให้ส่งข้อเท็จจริงหรือมาให้ข้อมูล เพื่อให้เจ้าหน้าที่มีข้อมูลในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งมีกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 20 ความว่า "ในการปฏิบัติหน้าที่ คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ คณะกรรมการ ผู้ชำนาญการ หรือคณะอนุกรรมการ อาจเชิญบุคคลใดมาให้ข้อเท็จจริง คำอธิบาย ความเห็น หรือคำแนะนำทางวิชาการได้เมื่อเห็นสมควร และอาจขอความร่วมมือจากบุคคลใดเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงหรือเพื่อสำรวจกิจการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม" อย่างไรก็ตาม ผู้ที่ฝ่าฝืนมาตรา 20 นี้ กลับไม่มีสภาพบังคับ

5. ขอให้เปิดเผยข้อมูลและข่าวสาร ซึ่งได้มีกำหนดไว้ในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ความว่า "บุคคลอาจมีสิทธิและหน้าที่ (1) ได้รับทราบข้อมูลและข่าวสารจากทางราชการในเรื่องเกี่ยวกับการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เว้นแต่ข้อมูลหรือข่าวสาร

ที่ทางราชการถือว่าเป็นความลับเกี่ยวข้องกับการรักษาความมั่นคงแห่งชาติ หรือเป็นความลับเกี่ยวข้องกับสิทธิส่วนบุคคล สิทธิในทรัพย์สิน หรือสิทธิในทางการค้าหรือกิจการของบุคคลใดที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย" หรือกรณีคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ มีอำนาจให้บุคคลหรือหน่วยงานใด ๆ ส่งเอกสารหรือข้อมูล อันอาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมได้ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 อย่างไรก็ดี ผู้ที่ฝ่าฝืนมาตรา 19 นี้ กลับไม่มีบทลงโทษ เป็นต้น

นอกจากนี้ยังมีมาตรการอย่างอื่น ๆ อีกหลายรูปแบบ ทั้งมาตรการที่เป็นเครื่องจูงใจ และไม่จูงใจ (incentive and disincentive measures) แต่ขึ้นอยู่กับสภาพของเหตุการณ์ว่ามีความเหมาะสมหรือไม่และมีความชอบธรรมเพียงใด ดังเช่นกรณีกรมประชาสัมพันธ์ กระทรวงและกรมส่งเสริมสหกรณ์ ได้อพยพประชาชนผู้อยู่ในพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติ ให้ไปอยู่ในพื้นที่ที่กำหนด โดยกรมประชาสัมพันธ์ได้กำหนดพื้นที่เป็นรูปนิคมสร้างตนเอง และกรมส่งเสริมสหกรณ์ได้กำหนดพื้นที่เป็นนิคมสหกรณ์ อันเป็นการดำเนินการตามพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ.2511 ด้วยการออกเป็นพระราชกำหนดเพิกถอนสภาพป่าบริเวณพื้นที่ที่กำหนดเป็นนิคมทั้งสองดังกล่าว แล้วออกหนังสืออนุญาตให้ประชาชนเข้าอยู่อาศัยและทำประโยชน์ในที่ดินที่กำหนดเป็นนิคมดังกล่าวได้ หรือกรณีบางแห่งก็มีโครงการปรับปรุงป่าสงวนแห่งชาติ โดยการอพยพราษฎรที่อยู่ในเขตอนุรักษ์ออกมาอยู่หมู่บ้านป่าไม้ ซึ่งทางราชการจัดรองรับไว้ให้ตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 29 เมษายน พ.ศ.2518 ซึ่งเป็นโครงการจูงใจคล้าย ๆ กับการเพิกถอนสภาพป่าจัดให้เป็นนิคมเพื่อประชาชนจะได้อยู่อาศัยและใช้ทำประโยชน์ดังกล่าว โดยรัฐจัดให้มีสวัสดิการต่าง ๆ ในเขตนิคมหรือหมู่บ้านป่าไม้ ตลอดจนจ่ายเงินค่าเสียหายเป็นค่าอพยพขนย้ายจากพื้นที่ป่าอนุรักษ์ เข้ามาอยู่ในเขตนิคมหรือหมู่บ้านป่าไม้ อันเป็นการจูงใจ ในขณะที่เดียวกันรัฐก็จะทำการขับไล่บุคคลที่บุกรุก หรือสั่งให้ผู้ปลูกสร้างหรือถอนสิ่งปลูกสร้างที่เป็นอันตรายแก่สภาพของป่าสงวนหรือป่าอนุรักษ์ที่ไม่ให้ความร่วมมืออพยพออกไปอยู่เขตนิคมหรือหมู่บ้านป่าไม้ดังกล่าว โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.2507 ในกรณีผู้ได้รับคำสั่งขับไล่หรือให้รื้อถอนไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง ก็จะมีความผิดฐานฝ่าฝืนคำสั่งขับไล่หรือรื้อถอนของเจ้าพนักงาน ตามนัยมาตรา 33 ทวิ

แห่งพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.2507 อันเป็นการบีบบังคับตามกฎหมายกับราษฎร บางกลุ่มที่ไม่ยอมให้ความร่วมมือไปด้วยพร้อม ๆ กัน เป็นต้น

เราจะเห็นว่ามาตรการต่าง ๆ ที่เป็นสภาพบังคับ (sanction) ของกฎหมาย อันเป็นสาระสำคัญของการบังคับใช้กฎหมายมีหลายลักษณะด้วยกัน แต่ละลักษณะยังมีจุดมุ่งหมาย หรือวัตถุประสงค์และผลแตกต่างกัน สภาพบังคับบางลักษณะก็มีวัตถุประสงค์เพื่อจูงใจ ให้ประชาชนปฏิบัติตามและเกรงกลัวต่อการกระทำผิดหรือฝ่าฝืนกฎหมาย โดยกลัวว่า จะถูกลงโทษหรือจะถูกบังคับให้ชดใช้ค่าเสียหาย ดังเช่น มาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติ ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 ที่ว่า "ผู้ใดกระทำหรือละเว้น กระทำด้วยประการใดโดยมิชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการทำลายหรือทำให้สูญหายหรือเสียหาย แก่ทรัพยากรธรรมชาติ มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายให้แก่รัฐตามมูลค่าที่เสียหาย" เป็นต้น ซึ่งส่วนเป็นมาตรการที่มีอิทธิพลต่อพฤติกรรมของมนุษย์ ทั้งในด้านจิตวิทยา สังคมวิทยาและสภาพบังคับบางลักษณะก็มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกัน (prevention) มิให้เกิดผลร้าย หากเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถคาดการณ์หรือสังเกตเห็นได้ว่าการกระทำใด น่าจะก่อให้เกิดอันตรายขึ้น ก็อาจจะมีการห้ามหรือให้หยุดการกระทำนั้น ๆ เสียได้ด้วย วิธีการตามกฎหมาย เช่น การงดต่ออายุใบอนุญาต หรือพักการใช้ใบอนุญาตหรือเพิกถอน ใบอนุญาต ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 เป็นต้น แต่ในสภาพบังคับบางประการ ก็มีวัตถุประสงค์เพื่อการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่น การให้ชดใช้ค่าเสียหาย ให้แก่รัฐ ดังมาตรา 97 ดังกล่าวข้างต้น เป็นต้น

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกลุ่มกฎหมายที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อการพิทักษ์รักษาสิ่งแวดล้อม ตามชาตินั้น จัดว่าเป็นกฎหมายมหาชน (public law) ที่รัฐได้ตราขึ้นในลักษณะ ที่มีการกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย โดยมีเจตนารมณ์ สำคัญเพื่อการพิทักษ์รักษาสิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศน์ทางธรรมชาติให้คงไว้ซึ่งดุลยภาพ เพื่อการดำรงชีวิตของประชาชน ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐก็จะต้องใช้ดุลพินิจในการ บังคับใช้กฎหมาย ซึ่งเป็นการตัดสินใจระหว่างความปลอดภัยของสังคมกับสิทธิเสรีภาพ ของปัจเจกชนที่จะต้องดำเนินกิจกรรมบางประการในสังคมอาทิการสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือเพิกถอนใบอนุญาต หากเอกชนรายใดยังฝ่าฝืนอาจถูกจำคุกและปรับด้วยโทษทางอาญา ซึ่งกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 มาตรา 73 ตรี อีกส่วนหนึ่งด้วย เป็นต้น

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะผูกคามต่อสิทธิเสรีภาพ ก่อนข้างสูงนั้น จะเป็นกฎหมายที่เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง โดยปราศจากกรอบอำนาจที่ชัดเจน ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจได้ "ตามอำเภอใจ" โดยไม่ได้คำนึงถึงหลักนิติธรรม (Rule of Law) หรือหลักสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) หรือสิทธิในการป้องกันหรือโต้แย้งจากผู้ต้องหาหรือจำเลย แต่อย่างใด นอกเหนือจากด้วยบทกฎหมายเกิดปัญหาดังกล่าวนี้แล้ว ยังปรากฏว่าการ บังคับใช้กฎหมาย ในทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ก็มักจะอาศัยช่องทางของกฎหมายดังกล่าว หาผลประโยชน์โดยมิชอบให้กับตนเอง โดยไม่คำนึงถึงผลเสียหายที่จะตามมา บางครั้ง เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้บังคับใช้กฎหมายร่วมรู้เห็นได้ประโยชน์กับผู้มีอิทธิพลหรือนายทุน เมื่อ กลุ่มผลประโยชน์เหล่านี้กระทำความผิดกฎหมาย เจ้าหน้าที่ก็จะไม่บังคับใช้กฎหมายหรือบังคับใช้ กฎหมายในลักษณะเอื้อประโยชน์หรือช่วยเหลือปล่อยให้บุคคลเหล่านี้อยู่เหนือกฎหมาย ตรงกันข้ามหากเป็นประชาชนธรรมดาที่ไม่มีอิทธิพลหรือพลังอำนาจใด ๆ คอยสนับสนุน ก็จะถูกเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจไปในทางกั้นกั๊กข่มเหงอยู่ตลอดเวลา ซึ่งมักจะ ตรงกันข้ามกับหลักการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2538 มาตรา 25 ที่ว่า "บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน" ดังนั้น หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และหลักการ บังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพเป็นไปอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน จึงเป็น เพียงความฝันเท่านั้น

ความรู้ความเข้าใจพื้นฐาน ตลอดจนเจตจำนงในเรื่องทรัพยากรธรรมชาติของ เจ้าหน้าที่ของรัฐ นับว่าเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมทาง ธรรมชาติสัมฤทธิ์ผล ตามเจตนารมณ์ที่กฎหมายตราไว้ เจ้าหน้าที่ของรัฐก็จะสามารถใช้ ดุลพินิจ (discretion) ได้อย่างสอดคล้องเหมาะสมกับเจตนาของกฎหมายในการ พิทักษ์สิ่งแวดล้อมและผลประโยชน์ของสาธารณชน การปกป้องคุ้มครองสังคมให้เป็น ระเบียบเรียบร้อย จึงจะบังเกิดขึ้นได้ ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทุกฝ่ายประสบผลหรือไม่ มีประสิทธิผลหรือไม่ เพียงใด จำเป็นจะต้องศึกษา ติดตาม วิเคราะห์ และประเมินผลการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่แต่ละฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ในทุกระดับ และทุกประเภท เพื่อให้ได้มาซึ่งคำตอบที่ใกล้เคียงกับความเป็นจริงที่สุด

การศึกษา ติดตาม วิเคราะห์ และประเมินผลประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐนี้ ในประเทศที่พัฒนาแล้วจะมีการติดตาม วิเคราะห์ ประเมินผลโดยนักวิชาการ นักศึกษา นักเขียน จากมหาวิทยาลัยหรือสื่อมวลชนแขนงต่าง ๆ เพื่อสะท้อนถึงความเป็นจริงในสังคมของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ไม่ใช่ภาพลวงตาซึ่งในประเทศที่กำลังพัฒนา ที่สังคมขาดการติดตาม วิเคราะห์ ประเมินผลเรื่องเหล่านี้ อย่างจริงจัง ทั้งยังเปิดโอกาสให้ผู้ที่เกี่ยวข้องปกปิดและกลบเกลื่อน "ข้อบกพร่องของระบบ" โดยการนำเอาผลงานชิ้นหนึ่งมาตีแผ่โฆษณาชวนเชื่อถึงจุดสนใจของสังคมเพื่อใช้เบี่ยงเบนไปจาก "ปัญหาที่แท้จริง"¹³

ทฤษฎีการลงโทษ

ทฤษฎีการลงโทษโดยรัฐในปัจจุบันนี้แบ่งออกเป็น 2 ทฤษฎีใหญ่ ๆ คือ ทฤษฎีทดแทน (Retributive theory) และทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarian theory)

1. ทฤษฎีทดแทน (Retributive Theory)

การลงโทษที่ชอบธรรมตามหลักของทฤษฎีทดแทนนี้ จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ คือ ประการแรก จะต้องกระทำเพื่อทดแทนความรู้สึกของผู้เสียหายที่สูญเสียไปเนื่องจากการกระทำผิด ประการที่สอง การลงโทษจะต้องกระทำเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม (fairness) และประการสุดท้าย การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด

1.1 การลงโทษต้องเป็นการทดแทนความเสียหาย (vindication)

หมายถึง ความถูกต้องของการลงโทษจะต้องกระทำไปเพื่อเป็นการทดแทนหรือแก้แค้นให้แก่ผู้เสียหายจากการที่ผู้กระทำผิดได้ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น

¹³อมร จันทรสมบูรณ์, "LAW ENFORCEMENT : มิติที่ 3 ของกฎหมาย," วารสารกฎหมายปกครอง 9 : 27.

ยิ่งไปกว่านั้นจะต้องเป็นการทำให้ผู้เสียหายรู้สึกพอใจและคิดว่าเป็นการกระทำที่ยุติธรรมแล้ว
ทฤษฎีนี้ชี้ว่า การละเลยเรื่องความรู้สึกของผู้เสียหายที่ต้องการแก้แค้นแก่ผู้กระทำผิดนั้น
เป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เพราะจะทำให้ผู้เสียหายหรือญาติพี่น้องของเขา รู้สึกเสื่อมศรัทธาต่อรัฐ
ว่าไม่อาจเยียวยาความเสียหายให้เขาได้ การลงโทษโดยคำนึงถึงความพอใจของ
ผู้เสียหายนี้ จะทำให้ผู้เสียหายยอมรับว่าการลงโทษโดยรัฐเป็นความชอบธรรมและ
ยอมรับว่าการแก้แค้นผู้กระทำผิดไม่ใช่หน้าที่ของเอกชน แต่เป็นหน้าที่ของรัฐ

1.2 การลงโทษจะต้องกระทำเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม (fairness)

ทฤษฎีนี้มีหลักว่าการจะให้กฎหมายมีผลคุ้มครองประโยชน์สุขแก่
ส่วนรวม คนทุกคนจะต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย การที่ผู้กระทำผิดฝ่าฝืนกฎหมายอาญา
แต่ละครั้ง เท่ากับว่าผู้กระทำผิดเอาเปรียบบุคคลอื่นที่เชื่อฟังกฎหมาย และข้อได้เปรียบนี้
จะเห็นได้ชัดเจนยิ่งขึ้น ถ้าเป็นการกระทำผิดอาญาที่รู้กันอย่างแพร่หลาย ดังนั้น การลงโทษ
ผู้กระทำผิดจึงเป็นการที่ทำให้ผู้กระทำผิดและบุคคลที่เชื่อฟังกฎหมายตระหนักว่า บุคคล
ที่ละเมิดกฎหมายจะต้องถูกดำเนินคดีและผู้ที่ได้เปรียบจากการฝ่าฝืนกฎหมายจะต้องถูกลงโทษ
ด้วยเหตุนี้ การลงโทษแก่ผู้กระทำผิดจึงควรมีความรุนแรงเทียบเท่ากับความได้เปรียบ
ที่ผู้กระทำได้รับจากการฝ่าฝืนกฎหมายนั้น¹⁴

1.3 การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความผิด (proportionality of punishment)

ทฤษฎีนี้เห็นว่าจำนวนโทษที่ผู้กระทำผิดควรจะได้รับ จะต้องเท่ากับ
กับความเสียหายที่เขาได้กระทำลงจากการกระทำผิดนั้น ปัญหาว่าจะถือหลักใดมาพิจารณา
ว่าโทษจำนวนเท่าใดจึงจะได้สัดส่วนกับความผิดที่ผู้กระทำได้ก่อให้เกิดขึ้น ในประเด็นนี้
Immanuel Kant เห็นว่า "โทษที่ผู้กระทำได้รับจะต้องได้สัดส่วนพอดีทั้งสภาพและ

¹⁴Jeffrie G. Murphy, Retribution, Justice and Therapy
(Dordrecht : D.Reidel Publishing Company, 1979), p.84.

ความหนักเบาของความผิดของเขา"¹⁵ สภาพและความหนักเบาของความผิดนี้พิจารณาได้จาก "ความร้ายแรงทางศีลธรรมของความผิดแต่ละฐาน และพิจารณาจากความน่าตำหนิจากพฤติการณ์ของการกระทำในแต่ละเรื่อง นอกจากนี้ยังรวมถึงความร้ายแรงที่ผู้กระทำก่อให้เกิดขึ้น อันเกิดจากการกระทำโดยเจตนา ประมาท และในบางกรณีจะต้องพิจารณาถึงความร้ายแรงที่เกิดขึ้นต่อสังคม ซึ่งผู้กระทำได้ก่อขึ้นจากการกระทำผิดด้วย"¹⁶ ดังนั้น หลักการพิจารณาในเรื่องสัดส่วนของไทยจะพิจารณาถึงสภาพและความหนักเบาของความผิด ซึ่งประกอบด้วยความร้ายแรงของความเสียหายในทางการกระทำ และผลต่อสังคมอันเกิดจากการกระทำผิดนั้น

โดยสรุป ทฤษฎีการลงโทษเพื่อทดแทน เป็นทฤษฎีที่พยายามนำแนวความคิดในเรื่องการแก้แค้น ซึ่งเป็นความคิดดั้งเดิมของมนุษยชาติมาผสมผสานกับหลักความยุติธรรมในปัจจุบัน โดยเสนอว่าการลงโทษเป็นการทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเพื่อให้ผู้เสียหายพอใจ และเพื่อเป็นการข่มขู่ให้ทุกคนเชื่อและปฏิบัติตามกฎหมาย โดยถือว่าเป็นหน้าที่ต้องผูกพันในสังคม

2. ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theory)

ทฤษฎีอรรถประโยชน์ มองลักษณะของสังคมมนุษย์และกฎหมายอาญาว่ามีลักษณะ 3 ประการ คือ ประการแรก มนุษย์พยายามแสวงหาความพอใจและหลีกเลี่ยงความเจ็บปวด ประการที่สอง สังคมควรจะมีการดำเนินการตามหลักประโยชน์สูงสุดเพื่อมวลสมาชิกจำนวนสูงสุด และประการสุดท้าย ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายอาญา

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁵อุททิศ แสนโกศิก, กฎหมายอาญา ภาค 1 (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กองวิชาการ กรมอัยการ, 2525, หน้า 20.

¹⁶Sir Rupert Cross and Andrew Ashworth, The English Sentencing System, third edition (London : Butterworths, 1981), p. 132.

การพิจารณาถึงความร้ายแรงของความผิดแต่ละฐานะ ควรจะพิจารณาจากความเสียหายซึ่งกระทำต่อสังคม¹⁷

2.1 เพื่อข่มขู่หรือยับยั้ง (deterrence)

ผลดีประการหนึ่งของการลงโทษคือ การข่มขู่หรือยับยั้งบุคคลมิให้กระทำความผิดอาญาขึ้นอีกในอนาคต การข่มขู่หรือยับยั้งนี้มีผลต่อผู้กระทำความผิดและต่อประชาชนทั่วไปที่คิดจะกระทำความผิด ดังนั้นการข่มขู่จึงเป็นการข่มขู่เฉพาะตัวผู้กระทำความผิด (individual deterrent) ซึ่งหมายความว่า การลงโทษมีผลเป็นการข่มขู่ผู้กระทำความผิดให้กลัวไม่กล้าจะกระทำความผิดฐานเดียวกันนี้อีก ส่วนการข่มขู่โดยทั่วไป (general deterrent) หมายถึง การลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดเพื่อให้เป็นตัวอย่างแก่คนทั่วไปหรือคนที่มีความคิดจะกระทำความผิดได้เห็นว่า เมื่อผู้ใดกระทำความผิด จะต้องถูกลงโทษเชิงบุคคลผู้กระทำความผิดนี้ และจะก่อผลทำให้ประชาชนทุกคนมีความเกรงกลัวโทษไม่กล้ากระทำความผิด

อย่างไรก็ตาม Bentham ยังกล่าวด้วยว่า การจะทำให้ประชาชนกลัวไม่กล้ากระทำความผิดอาญานั้น จะต้องบังคับโทษโดยมีลักษณะ 4 ประการ ดังนี้

1. การลงโทษจะต้องแน่นอน (certainty) หมายความว่า จะต้องลงโทษแก่บุคคลทุกคนที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ดังนั้นบุคคลใดที่ทำความผิดจะต้องถูกฟ้องและลงโทษตามกฎหมาย
2. การลงโทษจะต้องมีความรุนแรง (severity) หมายความว่า ความร้ายแรงของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด จะต้องร้ายแรงพอที่จะยับยั้งความต้องการในการทำความผิด
3. การลงโทษต้องกระทำโดยฉับไว (celerity) หมายความว่า กระบวนการพิจารณาและลงโทษนั้น จะต้องกระทำไปโดยรวดเร็ว มิใช่รอไว้เป็นเวลานานจนคนทั่วไปลืมว่าบุคคลนี้ได้กระทำความผิดอย่างไร

¹⁷Graeme Newman, The Punishment Response (Philadelphia : J.B. Lippincott Company, 1978), p.163.

4. การลงโทษจะต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน (publicity) หมายความว่า การลงโทษจะต้องกระทำให้สาธารณชนได้เห็นหรือรับทราบ เพื่อผลของการข่มขู่บุคคลทั่วไป

2.2 เพื่อแก้ไขหรือฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำผิด (reformation and rehabilitation)

การลงโทษเพื่อแก้ไขหรือฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำผิด มุ่งหมายต่อตัวผู้กระทำผิดโดยตรงมิได้ต้องการให้มีผลถึงบุคคลอื่น โดยมีเป้าหมายที่จะใช้การลงโทษเป็นวิธีการเปลี่ยนหรือแก้ไขหรือเชี่ยวชาญรักษาสติใจของผู้กระทำให้ลดความรู้สึกต่อต้านกฎหมาย และกลับมามีความเห็นดีเห็นชอบด้วยกับการปฏิบัติตามกฎหมาย ตลอดจนมีความสามารถยับยั้งตนเองมิให้คิดหรือกระทำการอันเป็นความผิดอีกต่อไป ผลของการลงโทษในลักษณะนี้ จึงคล้ายคลึงกับการข่มขู่โดยเฉพาะตัวผู้กระทำผิด เพราะมีความประสงค์จะมีให้บุคคลนั้นกระทำผิดขึ้นอีก แต่ต่างกันตรงที่การสร้างแรงจูงใจมิให้กระทำผิด กล่าวคือ การข่มขู่ใช้การลงโทษที่รุนแรงเป็นวิธีทำให้ผู้นั้นกลัวและเข็ดหลาบ ไม่กล้ากระทำผิดอีก เมื่อนึกถึงโทษที่ตนเคยได้รับกับผลดีที่จะได้จากการกระทำผิด แต่การแก้ไขฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำผิดใช้โทษเป็นเครื่องมือทำให้จิตใจของผู้นั้นยอมรับว่าการกระทำผิดเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องและตัดสินใจเลือกปฏิบัติตามกฎหมายแทนการกระทำผิด¹⁸

พื้นฐานของแนวความคิดของการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำผิดคือ การที่บุคคลกระทำความผิด เกิดขึ้นจากการที่จิตใจของผู้นั้นเห็นว่าเป็นสิ่งที่เขาทำเป็นสิ่งถูกต้องจึงกระทำลงไปโดยไม่รู้ว่าการกระทำนั้นฝ่าฝืนบทบัญญัติของสังคม เหตุที่ทำให้เขามีทัศนคติที่ผิดเช่นนี้ เนื่องจากสภาพแวดล้อมของผู้นั้นหรือสภาพจิตใจของเขาเองมีความเห็นที่ผิดไป ดังนั้น หากผู้กระทำผิดได้รับการแก้ไขหรือเชี่ยวชาญจิตใจให้มีค่านิยมและทัศนคติที่ถูกต้องตรงกับบทบัญญัติของสังคม ก็จะทำให้ผู้นั้นหลีกเลี่ยงไม่กระทำผิดอีกต่อไป

¹⁸C.L. Ten, Crime, Guilt, and Punishment (Oxford : Clarendon Press, 1987), p.8.

วิธีการลงโทษที่ทำให้เกิดผลดี เป็นการแก้ไขหรือฟื้นฟูจิตใจ ผู้กระทำความผิดอาจกระทำได้หลายวิธีขึ้นอยู่กับลักษณะและพื้นฐานทางจิตใจของผู้กระทำความผิด การลงโทษตามความมุ่งหมายนี้ จึงมีลักษณะ เป็นการแก้ไขผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล (individualization) และมุ่งเน้นที่การบำบัดรักษา (treatment) แทนการลงโทษ เพื่อให้ได้รับการเจ็บปวดทรมาน (punishment) ตามแนวความคิดนี้ โทษประหารชีวิต และโทษจำคุก มิได้ก่อให้เกิดผลเป็นการแก้ไขความประพฤติของผู้กระทำความผิด กล่าวคือ โทษประหารชีวิตทำให้ผู้นั้นหมดโอกาสกลับตัวเป็นคนดี ส่วนโทษจำคุกนั้นทำให้คุณลักษณะประจำตัวของความเป็นคนเสื่อมสลายลง เนื่องจากการถูกคุมขังในเรือนจำ มีผลให้ฐานะ และชื่อเสียงของผู้นั้นเสื่อมลงในสายตาผู้อื่น และมักจะได้รับการปฏิเสธให้เข้าทำงานหรือเข้าสังคมของคนทั่วไป จึงทำให้ผู้ต้องโทษเสียโอกาสที่จะประพฤติตนและประกอบอาชีพ โดยสุจริตต่อไป เหตุอีกประการหนึ่ง คือ การที่มีได้แยกขังบุคคลที่กระทำความผิดติดนิสัยกับบุคคลซึ่งเพิ่งต้องโทษจำคุกเป็นครั้งแรก ก่อให้เกิดการถ่ายทอดพฤติกรรมของการก่ออาชญากรรมและวิธีหลบหนีให้พ้นจากการจับกุมหรือลงโทษ จึงทำให้เรือนจำกลายเป็น โรงเรียนฝึกหัดอาชญากรอาชีพมากกว่าโรงเรียนฝึกรบมจิตใจ เพื่อให้ผู้ต้องโทษออกไปเป็นพลเมืองที่มีวินัยและ เชื่อฟังกฎหมายด้วยเหตุผลดังกล่าว ผู้ที่มีความคิดตามทฤษฎีนี้ จึงเสนอแนวทางแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งดังนี้

1. แยกประเภทนักโทษ เพื่อการแก้ไขให้เหมาะสมกับลักษณะของนักโทษแต่ละราย
2. พยายามหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกในระยะเวลาอันสั้น และใช้วิธีการอื่นแทน เช่น กักขัง รอกการลงโทษหรือปรับ เป็นต้น ทั้งนี้เพราะการลงโทษจำคุกในระยะเวลาอันสั้นนั้น นอกจากจะไม่เกิดผลเป็นการแก้ไขเพราะมีเวลาน้อย ยังจะก่อให้เกิดผลเสียแก่ผู้ต้องโทษ เพราะถูกตราหน้าว่าเป็นคนคุกมาก่อน
3. ใช้วิธีการปลดปล่อยผู้ต้องโทษซึ่งได้รับการแก้ไขแล้วก่อนครบกำหนดเวลาในคำพิพากษา เช่น การพักการลงโทษ (parole)
4. กำหนดวิธีการแก้ไขปรับปรุงผู้ต้องโทษขณะอยู่ในเรือนจำ เช่น ฝึกหัดอาชีพ อบรมทางการศึกษาและศีลธรรม หรือให้การรักษาพยาบาล เพื่อแก้ไขจิตใจผู้นั้นให้มีทัศนคติที่สอดคล้องกับปทัสถานของสังคมเมื่อออกจากเรือนจำ

ปัญหาของการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดนี้ อยู่ที่ความจำเป็น ต้องแก้ไขผู้กระทำผิดเป็นราย ๆ ไป จึงจะเกิดประสิทธิภาพ เพราะปัญหาของแต่ละคนย่อมมีความแตกต่างกัน ดังนั้นการใช้เรือนจำเป็นสถานที่แก้ไขบำบัดผู้กระทำผิดจำนวนมาก ประกอบกับการขาดความเข้าใจของเจ้าหน้าที่เรือนจำและอัตรากำลัง ซึ่งไม่เพียงพอต่อการดูแลผู้ต้องโทษเฉพาะรายนั้น ทำให้การแก้ไขบำบัดผู้กระทำผิดไม่ประสบผลสำเร็จตามเป้าหมายเท่าที่ควร คนที่เคยต้องโทษมีจำนวนไม่น้อยที่กลับเข้ามาในเรือนจำอีก จนทำให้เกิดปัญหานักโทษล้นคุก ต้นเปลืองงบประมาณในการบำบัดรักษา และในท้ายที่สุดประชาชนโดยทั่วไปจึงเสื่อมศรัทธาต่อระบบความยุติธรรมทางอาญา ซึ่งไม่อาจแก้ไขบุคคลให้กลับตัวเป็นคนดีได้ อย่างไรก็ตามแนวคิดในการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำผิดนี้ มีอิทธิพลอย่างมากในประมวลกฎหมายอาญาของไทย และแนวทางปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดในเรือนจำ

2.3 เพื่อตัดโอกาสมิให้ผู้นั้นกระทำความผิด (incapacitation)

การลงโทษเพื่อตัดโอกาสมิให้ผู้นั้นกระทำความผิดอีก พิจารณาว่าการลงโทษ ทำให้บุคคลนั้นหมดความสามารถที่จะกระทำความผิด สังคมจึงปลอดภัยจากการกระทำความผิดซึ่งเกิดจากบุคคลผู้ต้องโทษนั้น ทั้งนี้แม้ว่าผู้ต้องโทษจะเกรงกลัวโทษหรือจะได้รับการแก้ไขฟื้นฟูจิตใจให้กลับตัวเป็นคนดีจากการรับโทษหรือไม่ ก็ไม่สำคัญ แต่ในระหว่างที่ผู้ต้องโทษได้รับโทษอยู่ จะถูกตัดความสามารถในการกระทำความผิดอีก ความมุ่งหมายตามแนวความคิดนี้ จึงคล้ายกับการลงโทษ เพื่อขังขู่หรือเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด แต่ต่างกันตรงที่แนวความคิดนี้มุ่งป้องกันการกระทำความผิดซ้ำโดยวิธีการทำให้หมดโอกาสในการกระทำความผิด¹⁹

วิธีการลงโทษตามแนวความคิดนี้ จะต้องเป็นวิธีที่ทำให้ผู้นั้นหมดโอกาสกระทำความผิดตลอดไป เช่น การประหารชีวิตหรือจำคุกมีกำหนดเวลายาวกว่าจะแน่ใจว่าผู้นั้นไม่เป็นอันตรายแก่สังคมอีก เป็นต้น การประหารชีวิตถือได้ว่าเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด เพราะผู้ต้องโทษไม่มีโอกาสกระทำความผิดได้อีกต่อไป ส่วนการจำคุกโดยมีกำหนดเวลาตราบเท่าที่จะแน่ใจว่าผู้นั้นไม่กระทำความผิดอีกนี้ อาจมีปัญหาเพราะตราบใดที่ผู้นั้นยังสามารถติดต่อกับผู้อื่นได้ แม้จะอยู่ในเรือนจำ ก็อาจกระทำความผิดต่อ

¹⁹C.L. Ten, Crime, Guilt and Punishment, p.8.

เจ้าหน้าที่เรือนจำหรือนักโทษด้วยกันเองหรือเป็นผู้บังคับการหรือใช้ให้บุคคลอื่นซึ่งอยู่นอกเรือนจำกระทำผิดได้

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันกฎหมายไทยคงมีเพียงโทษประหารชีวิต ส่วนการจำคุกจนกว่าจะแน่ใจว่าผู้นั้นไม่เป็นอันตรายต่อสังคม คงมีแต่บทบัญญัติที่ว่าด้วยการเพิ่มโทษบุคคลซึ่งกระทำผิดซ้ำ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 92 มาตรา 93 อันมีแนวความคิดมาจากทฤษฎีนี้²⁰

โดยสรุป ทฤษฎีอรรถประโยชน์ปฏิเสธการลงโทษโดยการทดแทนหรือเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากความผิดที่ผ่านมาแล้ว ซึ่งเป็นรากฐานของทฤษฎีการลงโทษโดยทดแทน แต่มุ่งเน้นที่ผลในอนาคตของการลงโทษ โดยมุ่งประสงค์จะลดจำนวนอาชญากรรม ทั้งนี้โดยถือว่าการลงโทษเป็นวิธีการที่จะทำให้บุคคลผู้กระทำผิดกลัว ไม่กล้ากระทำผิด หรือทำให้บุคคลอื่นกลัวการถูกลงโทษเยี่ยงผู้ต้องโทษ หรือการลงโทษเป็นวิธีแก้ไขฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำผิดให้กลับตัวเป็นคนดี หรือลงโทษเพื่อตัดความสามารถของผู้กระทำผิดที่จะก่ออาชญากรรมขึ้นอีก

ปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไป คือ เราควรจะยึดถือทฤษฎีใดเป็นหลักในการลงโทษ ทั้งนี้ เพราะทั้งสองทฤษฎีมีทั้งข้อดีและข้อบกพร่องอยู่ในตัวเอง ตามที่ได้กล่าวข้างต้น ได้มีนักทฤษฎีหลายท่านพยายามประสานความคิดของทั้งสองทฤษฎีเข้าด้วยกัน โดยนำมาพิจารณาประกอบในการลงโทษ ทั้งนี้โดยให้คำนึงถึงความจำเป็นธรรมในการลงโทษ และผลในอนาคตจากการลงโทษนั้นแต่การประสานกันนั้นกระทำโดยถือทฤษฎีหนึ่งเป็นหลักและใช้อีกทฤษฎีหนึ่งเสริม²¹ ส่วนความเห็นทางตำรา

²⁰อุททิศ แสตนโกติก, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 41.

²¹เช่น Jerome Hall, Leon Radzinowicz, H.L.A.Hart, Helen Silving, Cross เป็นต้น ดูรายละเอียดใน สทธรณ รัตนไพจิตร, "ความประสงค์ของการลงโทษอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 81-92.

ของไทย"มีความเห็นส่วนใหญ่ว่าควรต้องพิจารณาสมกันไปถึงจะก่อให้เกิดผลดี แต่มิได้ให้เหตุผลในการพิจารณารวมกันไว้ และส่วนใหญ่มิได้กล่าวว่ควรใช้ทฤษฎีใดเป็นหลัก และทฤษฎีใดมาเสริม เว้นแต่ความเห็นของศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ซึ่งเห็นว่าควรใช้ทฤษฎีทดแทนเป็นหลัก และของศาสตราจารย์อุทิศ แสนโกศิก ซึ่งเห็นว่าควรใช้ทฤษฎีป้องกัน (ทฤษฎีอรรถประโยชน์) การกระทำผิดเป็นหลัก"²² ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าในปัจจุบันนี้มีความเห็นของนักวิชาการที่ปรากฏในคำรากฎหมาย ส่วนใหญ่ได้พยายามประสานแนวความคิดทางการลงโทษในทฤษฎีทั้งสองเข้าด้วยกัน โดยเห็นว่า จะก่อให้เกิดผลดีในการลงโทษมากกว่าที่จะยึดทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่ง

ทฤษฎีป้องกันสังคม (Social Defence Theory)

นักอาชญาวิทยายุคคลาสสิก (classical school) ซึ่งเป็นนักอาชญาวิทยา ยุคดั้งเดิมมีความเห็นว่า มนุษย์มีเจตน์จำนงอิสระที่จะเลือกกระทำสิ่งใด ๆ ทั้งดีและชั่ว การที่เขาจะกระทำผิด จึงควรถูกลงโทษเป็นการแก้แค้นตอบแทนการกระทำของเขา ต่อมาเมื่อศาสตร์ทางด้านอาชญาวิทยาได้เจริญมากขึ้น แนวความคิดที่จะใช้การลงโทษ เพื่อคุ้มครองป้องกันสังคมเข้ามาแทนที่การลงโทษเพื่อแก้แค้นหรือข่มขู่ โดยมีนักอาชญาวิทยาชาวเยอรมันชื่อฟรันซ์ฟอนลิสท์ (Franz Fon Liszt) และนักอาชญาวิทยาชาวฮอลันดา ชื่อ แวน ฮาเมล (Van Hamel) เป็นต้นกำเนิดความคิดทฤษฎีการป้องกันสังคม²³ มีจุดมุ่งหมายที่จะให้เกิดความแน่ใจในความปลอดภัยในชีวิต ทรัพย์สินและชื่อเสียงของบุคคลในสังคมโดยหันมาพิจารณาถึงความเป็นอันตรายของผู้กระทำความผิด (dangerousness of offenders) มากกว่าการที่จะมุ่งเน้นเรื่องเจตน์จำนงเสรีอิสระของผู้กระทำความผิด ดังนักกฎหมายยุคคลาสสิกกระทำ ดังนั้น มาตรการที่จะนำมาใช้

²²เรื่องเดียวกัน, หน้า 112.

²³Marc Ancel, Social defence, (London : Routledge & Reagan Paul, 1965), pp.44-70.

คุ้มครองป้องกันสังคม จึงออกมาในรูปของมาตรการป้องกัน (preventive measure) มากกว่าการลงโทษ และในที่สุดก็ได้พัฒนาแนวคิดเป็นมาตรการป้องกันก่อนการกระทำ ความผิด (ante delictum)

การป้องกันสังคม หมายถึง การป้องกันการทำลายความสงบสุขของบ้านเมือง หรือป้องกันการกระทำที่ผิดกฎหมาย การป้องกันสังคมด้วยวิธีการลงโทษผู้กระทำผิดนั้น เป็นลักษณะการแก้ไขหลังจากที่เกิดการกระทำผิดขึ้นแล้ว เป็นการวิ่งตามปัญหาในลักษณะ ที่ตรงกับคำพังเพยที่ว่า "วัวหายแล้วล้อมคอก" ในปัจจุบันมีรัฐต่าง ๆ จึงมุ่งที่จะป้องกัน และแก้ไขผู้มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการกระทำผิดเสียก่อนที่จะปล่อยให้เกิดการกระทำผิด ขึ้นแล้ว

วัตถุประสงค์ในการลงโทษมีดังนี้

1. เพื่อเป็นการตอบแทนต่อการกระทำผิด นัยหนึ่งก็คือ เป็นการแก้แค้นทดแทน ซึ่งเป็นวิสัยของปุถุชนคนธรรมดาตนเอง
2. เพื่อป้องกันสังคม ซึ่งอาจเป็นการป้องกันทั่วไป (general prevention) ได้แก่
 - ก. การป้องกันข่มขู่ (deterence) ไม่ให้ผู้กระทำผิดนั้นเกิดทำผิดขึ้นอีก ไม่ให้คนอื่นเขาอย่างทำผิดอย่างนั้นขึ้นบ้าง²⁴ เพื่อปราบปรามให้เกรงขามและรักษาความสงบเรียบร้อยโดยทั่วไป
 - ข. ความมั่นคงของชุมชน (protection prevention social solidarity) โดยแสดงให้เห็นว่าชุมชนไม่ยอมให้มีการกระทำผิดเช่นนั้นเกิดขึ้น หรือ อาจเป็นการป้องกันโดยเฉพาะ (special prevention) ได้แก่
 - ก) ตัดโอกาสมิให้กระทำความผิดอีก (incapacitation) อาจจะโดยตลอดไป เช่น ประหารชีวิต หรืออาจจะโดยชั่วคราว เช่น จำคุกไว้มีกำหนด เวลา

²⁴คำพิพากษาฎีกาที่ 195/2497, คำพิพากษาฎีกาประจำพุทธศักราช 2497
จัดพิมพ์โดยเนติบัณฑิตยสภา (พระนคร : โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2497), หน้า 261.

ข) การปรับปรุงแก้ไข (reformation) กล่าวคือ มีความมุ่งหมายเพียงจะป้องกันไม่ให้บุคคลที่ได้กระทำผิดมาแล้ว กลับกระทำผิดซ้ำขึ้นอีก ไม่ได้มุ่งหมายจะให้ผลถึงบุคคลอื่นโดยตรง อย่างวัตถุประสงค์ของการป้องกันข่มขู่ (deterrence)²⁵ วิธีการตามทฤษฎีนี้ว่าโดยย่อ ๆ ก็คือ นอกจากจะพยายามหาทางให้ผู้ที่ได้กระทำผิดมาแล้ว เกิดความประสงค์ที่จะยับยั้งไม่กระทำผิดซ้ำอีกแล้ว ยังจะต้องทำให้ผู้นั้นเกิดความสามารถที่จะยับยั้ง เช่นกันเองได้ด้วย²⁶

จะเห็นได้ว่าการป้องกันมิให้เกิดความผิดขึ้นในอนาคตโดยการป้องกันโดยทั่วไป (general prevention) ได้แก่ การป้องกันข่มขู่ แสดงให้เห็นว่าชุมชนนั้นไม่ยอมให้มีการกระทำผิดเช่นนั้นขึ้น ซึ่งในที่นี้ก็คือหลักการป้องกันล่วงหน้าไว้ก่อน (Precautionary Principle) หรือการป้องกันก่อนการทำความผิด (ante delictum) จะได้กล่าวต่อไป และการป้องกันมิให้เกิดความผิดขึ้นในอนาคตโดยการป้องกันเฉพาะบุคคล (special prevention) ได้แก่ การตัดโอกาสมิให้กระทำความผิดอีกและการปรับปรุงแก้ไข ซึ่งในที่นี้ก็คือวิธีการเพื่อความปลอดภัย (Measure of Safety) นั้นเอง

มูลเหตุที่ต้องมีวิธีการเพื่อความปลอดภัย เพราะยังมีบุคคลเฉพาะรายที่ไทยไม่อาจกีดกันการกระทำของเขาได้ หรือไทยไม่อาจกระทำแก่บุคคลเหล่านั้นได้ เช่น คนกระทำความผิดติดนิสัย คนจรจัดไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่งและมีได้ประกอบการทำมาหากินเลี้ยงชีพ ผู้กระทำความผิดเพราะเสพสุราเป็นอาณัติ เพราะเสพยาเสพติดให้โทษ ผู้กระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ เด็กทำผิดที่ไม่ต้องรับโทษตามกฎหมายคนวิกลจริต

²⁵ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 1 แก้ไขเพิ่มเติม, พิมพ์ครั้งที่ 5 (พระนคร : แสงทองการพิมพ์, 2517), หน้า 12-13. ; อุททิศ แสณโกศิก, "วัตถุประสงค์ของการลงโทษ," บทคดีคดี เล่มที่ 27 ประจำปี 2513 ตอนที่ 2 : 271-272.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 286-288.

ดังนั้น วิธีการเพื่อความปลอดภัยจึงจัดว่าเป็นมาตรการทางกฎหมายอาญาที่รัฐใช้กับ บุคคลซึ่งมีสภาพหรือพฤติกรรมที่เป็นอันตรายต่อสังคม เพื่อควบคุมมิให้ผู้นั้นกระทำความผิดกฎหมาย ทั้งนี้ โดยมุ่งประสงค์เพื่อให้สังคมปลอดภัยจากการกระทำความผิด มาตรการดังกล่าวจึงอาจนำมาใช้แก่บุคคลทุกประเภทได้ ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะยังไม่ได้กระทำความผิดหรือได้กระทำความผิดแล้ว แต่มีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดขึ้นอีกในอนาคต

วิธีการเพื่อความปลอดภัย จึงเป็นมาตรการที่มีลักษณะแตกต่างและความคล้ายคลึงกับ มาตรการลงโทษทางอาญาทั่วไป ในลักษณะของการลงโทษจำคุก ปรับ เป็นต้น ซึ่งอาจจะแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. ข้อแตกต่างระหว่างโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย

1.1. ข้อแตกต่างทางทฤษฎี

ก. โทษเป็นผลสืบเนื่องมาจากการประพฤติดำเนินกฎหมาย ลักษณะของการลงโทษจึงมุ่งหมายให้ผู้กระทำความผิดได้รับความทุกข์ยาก

วิธีการเพื่อความปลอดภัย มีความมุ่งหมายเพื่อป้องกันสังคม ไม่มีความมุ่งหมายให้ผู้กระทำความผิดได้รับความทุกข์ยากเช่นโทษ²⁷

ข. การลงโทษนั้นคำนึงถึงเจตนาของผู้กระทำความผิด วิธีการเพื่อความปลอดภัย ใช้บังคับโดยไม่คำนึงถึงความรับผิดชอบทางอาญาของผู้กระทำความผิด แต่คำนึงถึงลักษณะหรือสภาพของบุคคลหรือสิ่งของที่เรียกว่า "สภาพที่เป็นอันตราย"²⁸

ค. เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อเป็นการทดแทนโทษจึงมีลักษณะในการลงโทษให้ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงแห่งความผิด คือ มองย้อนไป

²⁷พิพัฒน์ จักรางกูร, "ริบทรัพย์สิ้นเป็นโทษหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัย," กฎหมาย เล่ม 10 ปีที่ 14 (ตุลาคม 2510) : 24-25.

²⁸โกเมน ภัทรภิรมย์, คำบรรยายวิชากฎหมายอาญาเปรียบเทียบและอาญาวิทยา (แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2519), หน้า 13. (อัคราเนนา).

หาคิด การที่ศาลลงโทษหนักเบาประการใด ต้องมองย้อนไปในอดีต ดูการกระทำ ผลของการกระทำ ความเสียหายของผู้เสียหาย ความเคียดแค้น

วิธีการเพื่อความปลอดภัย ไม่ได้กำหนดตามความหนักเบา แห่งความผิด แต่ขึ้นอยู่กับสภาพที่เป็นอันตรายของผู้กระทำผิด คือ มองไปข้างหน้าหาอนาคต การที่จะใช้บังคับวิธีการเพื่อความปลอดภัยอย่างไร เพียงใด ต้องคำนึงถึงกาลข้างหน้า เพื่อความปลอดภัยของชุมชน

ง. โทษคือผลร้ายโดยจงใจให้เป็นผลร้าย ดังนั้น การลงโทษ ย่อมจงใจทำให้ผู้ถูกลงโทษเสียเกียรติ ลำบากทางกายและทรัพย์สิน

วิธีการเพื่อความปลอดภัย ไม่ได้เป็นไปในทางเช่นนี้²⁹

1.2. ข้อแตกต่างในวัตถุประสงค์

โทษนั้นมีวัตถุประสงค์เพ่งเล็งถึงการตอบแทนต่อการกระทำผิด (expiation) การป้องกันมิให้เกิดความผิดขึ้นในอนาคตโดยการป้องกันโดยทั่วไป (general prevention) อันได้แก่ การป้องกันข่มขู่ แสดงให้เห็นว่าชุมชนนั้นไม่ยอม ให้มีการกระทำผิดเช่นนั้นขึ้น และการป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นในอนาคต โดยการป้องกันเฉพาะบุคคล (special prevention) ได้แก่ การตัดโอกาสมิให้ กระทำผิดอีก และการปรับปรุงแก้ไข

ส่วนวิธีการเพื่อความปลอดภัย มีวัตถุประสงค์เพ่งเล็งถึงการป้องกัน มิให้เกิดความผิดขึ้นในอนาคต โดยการป้องกันเฉพาะบุคคล (special prevention) เพียงประการเดียว

แม้วัตถุประสงค์ของ โทษจะเพ่งเล็งถึงการป้องกันมิให้เกิด ความผิดขึ้นในอนาคตโดยการป้องกันเฉพาะบุคคล (special prevention) เช่นเดียวกับวิธีการเพื่อความปลอดภัย ซึ่งเพ่งเล็งถึงการป้องกันมิให้เกิดความผิดขึ้น ในอนาคต โดยการป้องกันเฉพาะบุคคล (ทั้งในกรณีตัดโอกาสมิให้กระทำความผิดอีก

²⁹พิพัฒน์ จักรางกูร, "ริบทรัพย์สินเป็นโทษหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัย,"

และการปรับปรุงแก้ไข) นี้ ก็ได้มุ่งประสงค์เพื่อตอบสนองความผิดที่ได้กระทำขึ้นแล้ว และเพื่อป้องกันข่มขู่ด้วย กล่าวคือ การป้องกันมิให้เกิดความผิดขึ้นในอนาคต โดยการป้องกันเฉพาะบุคคลด้วยวิธีการตัดโอกาสมิให้กระทำความผิดอีก เช่น ประหารชีวิต จำคุก นั้น ก็เพื่อตอบสนองความผิดที่ได้กระทำขึ้น และเพื่อป้องกันข่มขู่ด้วยการพิจารณาจะให้ประหารชีวิตหรือจำคุกเป็นระยะเวลาอันเท่าใดนั้น ก็พิจารณาให้ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงแห่งความผิด สำหรับการปรับปรุงแก้ไข ซึ่งบางประเทศนำไปใช้นั้น ก็ใช้ควบคู่กับการลงโทษ และเพื่อป้องกันข่มขู่³⁰ เช่น ระหว่างการลงโทษจำคุก ก็มีการให้การปฏิบัติ (treatment) ปรับปรุงแก้ไขไปด้วย ซึ่งความประสงค์เพื่อตอบสนองความผิดและเพื่อป้องกันข่มขู่ไม่มีอยู่เลย ในการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย

1.3. ข้อแตกต่างในทางปฏิบัติ

ก. การกระทำที่ต้องถูกลงโทษ ต้องมีกฎหมายในขณะที่กระทำความผิดบัญญัติว่า การกระทำนั้นเป็นความผิด (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2)

วิธีการเพื่อความปลอดภัย ไม่จำเป็นว่าขณะที่มีเหตุการณ์เกิดขึ้น จะมีกฎหมายกำหนดวิธีการเพื่อความปลอดภัยไว้หรือไม่ แต่ถ้าหากในเวลาที่เกิดเหตุการณ์ได้มีวิธีการเพื่อความปลอดภัยแล้ว ศาลก็สามารถใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยนั้นได้ ถึงแม้ว่าขณะที่มีเหตุการณ์เกิดขึ้นไม่มีกฎหมายกำหนดวิธีการเพื่อความปลอดภัยนั้นไว้ กล่าวคือ หลักที่ว่ากฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง ไม่ใช้กับวิธีการเพื่อความปลอดภัย (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 12)

ข. โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดจะต้อง เป็นโทษที่กฎหมายในขณะที่กระทำความผิดกำหนดไว้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติในภายหลัง ลงโทษเบากว่า (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 มาตรา 3)

วิธีการเพื่อความปลอดภัยต้อง ใช้บังคับตามที่บัญญัติในขณะที่ศาลพิพากษา (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 12)

³⁰ อุททิศ แสตนโกศิก, "วัตถุประสงค์ของการลงโทษ," : 288.

- ค. หลักเรื่องการไม่ลงโทษความผิดซ้อน ไม่ใช้กับวิธีการเพื่อความปลอดภัย
- ง. โทษนั้นเมื่อมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว ไม่มีการเปลี่ยนแปลงแต่วิธีการเพื่อความปลอดภัยนั้น เปลี่ยนแปลงได้ตามสภาพที่เป็นอันตรายของผู้ถูกบังคับใช้ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 16)
- จ. ไม่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เพื่อเอาไปบังคับตามวิธีการเพื่อความปลอดภัย
- ฉ. นิรโทษกรรมมักไม่ใช้กับวิธีการเพื่อความปลอดภัย
- ช. การลงโทษจะทำได้ต่อเมื่อได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วก่อนที่ผู้ใดจะได้กระทำความผิดขึ้น แม้จะมีพฤติการณ์ที่น่ากลัวอันตราย แสดงว่าผู้นั้นจะกระทำความผิดขึ้นก็ดี ยังไม่มีทางที่จะลงโทษผู้นั้นได้
- วิธีการเพื่อความปลอดภัย นำมาใช้บังคับในกรณีเช่นนี้ได้ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 46)
- ซ. โทษนั้นต้องให้ศาลเป็นผู้กำหนด
- วิธีการเพื่อความปลอดภัย กฎหมายอาจให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารตั้งใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยบางชนิดได้³¹
2. ข้อขัดแย้งถึงกันของโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย
- ก. โทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย ต่างก็เป็นสภาพบังคับ (sanction) ที่รัฐ ใช้ปฏิบัติต่อบุคคล
- ข. โทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย จะนำมาใช้ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 มาตรา 12)

³¹ คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ ค.1/2513. ราชกิจจานุเบกษา (แผนกราชกิจจานุ) เล่ม 87 ตอนที่ 4 : 181.

ค. โทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย ต่างก็ให้ผู้ถูกบังคับใช้ได้รับผลของกฎหมาย ซึ่งบัญญัติภายหลังที่เป็นคุณ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรค 2 วรรค 3 มาตรา 13 มาตรา 14 มาตรา 15)

ง. การอภัยโทษอาจใช้กับวิธีการเพื่อความปลอดภัยได้เช่นเดียวกับโทษ ในข้อนี้มีเหตุผลว่า เพราะไม่อาจจะจำกัดอำนาจประมุขแห่งรัฐที่จะใช้อำนาจพิเศษในการให้อภัยโทษนี้ได้³²

การริบทรัพย์สิน (forfeiture of property หรือ confiscation) เป็นทั้งโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย บางประเทศก็บัญญัติให้การริบทรัพย์สินเป็นโทษ เช่น ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น³³ ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน³⁴ บางประเทศก็บัญญัติให้ริบทรัพย์สินเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย เช่น ประมวลกฎหมายอิตาลี³⁵ ร่างประมวลกฎหมายอาญาของไทย พ.ศ. 2491³⁶

ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ได้บัญญัติถึงการริบทรัพย์สินไว้ในมาตรา 32 มาตรา 33 มาตรา 34 และริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 บัญญัติว่าเป็นโทษ แต่เนื่องจากลักษณะของโทษดังกล่าวมาแล้วข้างต้นมุ่งหมายทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับความทุกข์ยาก ทำให้ผู้ถูกลงโทษต้องเสียเกียรติ และทรัพย์สิน และ

³²Andenaes Johannes, The General Part of the Criminal Law of Norway (London : The Eastern Press Ltd., 1965), p.13.

³³The Criminal Code of Japan, Trans. Thomas L. Blakemore (Second edition revised, Fuji Printing Company, 1954).

³⁴"The German Penal Code," The American Series of Foreign Penal Code (London : The Eastern Press Ltd., 1961).

³⁵Penal Code of the Kingdom of Italy as approved by Royal Degree of October, 19, 1930, (London : His Majesty's stationary office, 1931).

³⁶ร่างประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเคยเสนอสภาผู้แทนราษฎรเมื่อ พ.ศ. 2491.

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ก็บัญญัติว่า "บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญา ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย" ซึ่งหมายความว่าผู้ที่จะถูกลงโทษได้นั้นต้องเป็นผู้กระทำความผิด จึงเห็นได้ว่าการริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 33 (ยกเว้นทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด) และมาตรา 34 มีลักษณะเป็นการลงโทษ เพราะจะทำให้ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินต้องได้รับความทุกข์ยาก ต้องสูญเสียทรัพย์สินของตนไป หรือมิให้ผู้กระทำความผิดได้รับผลจากการกระทำความผิดของตน โดยริบสิ่งที่ได้มาจากการกระทำความผิด ส่วนมาตรา 32 นั้น บัญญัติให้ริบทรัพย์สิน ไม่ว่าจะเป็นผู้กระทำความผิด และมีผู้ถูกลงโทษตามคำพิพากษาหรือไม่ ซึ่งเป็นการบังคับทั้งแก่ผู้ที่ไม่ได้กระทำความผิดและต่อผู้ที่ไม่ต้องถูกลงโทษตามกฎหมาย ข้อที่มาตรา 32 บัญญัติให้ริบทรัพย์สินชนิดนี้ จึงไม่ใช่เป็นความมุ่งหมายให้ผู้กระทำความผิดได้รับความทุกข์ยาก หรือจงใจให้เป็นผลร้ายต่อผู้กระทำความผิดอันเป็นลักษณะของโทษ แต่ลักษณะการริบทรัพย์สินเช่นว่านี้ เป็นหลักการเพื่อความปลอดภัย เพราะเป็นการริบโดยคำนึงถึงสภาพที่เป็นอันตรายของทรัพย์สิน เนื่องจากทรัพย์สินที่ต้องริบตามมาตรา 32 นั้น เป็นทรัพย์สินที่กฎหมายบัญญัติว่า ผู้ใดทำหรือมีไว้เป็นความผิด ซึ่งก็คือเป็นทรัพย์สินที่มีลักษณะเป็นอันตรายต่อความเป็นอยู่ของชุมชน ทำให้ชุมชนได้รับความเสียหายเป็นการกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นอย่างมาก เพื่อป้องกันรักษาความปลอดภัยให้แก่ชุมชนและป้องกันมิให้ผู้ใดมีไว้เป็นความผิดอีก จึงต้องริบทรัพย์สิน เช่นว่านั้น ลักษณะการริบทรัพย์สินที่ทำหรือมีไว้เป็นความผิดดังกล่าวนี้ จึงมีลักษณะเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย³⁷ และการริบทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดตาม มาตรา 33 (1) ตอนท้ายนั้น หมายถึง ทรัพย์สินที่โดยสภาพเป็นสิ่งที่ใช้เพื่อกระทำความผิด ไม่หมายความว่าถึงทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อใช้ในกิจธุระธรรมดา แต่ประสงค์ใช้กระทำความผิดเป็น

³⁷ โทเม กัททริทซ์, คำบรรยายวิชากฎหมายอาญาเปรียบเทียบและอาญาวิทยา (แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2519), หน้า 13. (อัคราเนา).

ครั้งคราว ซึ่งจะถือว่าเป็นทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดไม่ได้³⁸ ดังนั้น การริบทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดนี้ จึงเป็นการริบทรัพย์สินโดยเพ่งเล็ง ถึงสภาพของสิ่งของซึ่งเป็นอันตราย (เช่น กรรไกรที่ทำไว้เพื่อลอกปลัดขันธ์รอยคอ กุญแจมี สำหรับไขในการลักทรัพย์) เพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นอีก อันมีลักษณะเป็น วิธีการเพื่อความปลอดภัย หนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 39 กำหนดวิธีการ เพื่อความปลอดภัยไว้ 5 ประเภท คือ กักกัน ห้ามเข้าเขตกำหนด เรียกประกันบุคคลนั้น คุมตัวไว้ในสถานพยาบาล และห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง

หลักการป้องกันไว้ล่วงหน้าก่อน (Precautionary Principle)

ในปัจจุบันนี้รัฐต่าง ๆ มุ่งที่จะป้องกันและแก้ไขผู้ที่มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการ กระทำความผิดเสียก่อนที่จะปล่อยให้เกิดการกระทำความผิดแล้ว โดยสร้างมาตรการที่สำคัญ 2 มาตรการ เพื่อป้องกันสังคม คือ มาตรการแรกเป็นการป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น ในอนาคตโดยป้องกันเฉพาะ (special prevention) ได้แก่ การโอกาสมิให้กระทำ ความผิด และการปรับปรุงแก้ไข นับว่าเป็นการป้องกันในความหมายอย่างแคบ อันเป็น วิธีการเพื่อความปลอดภัยในทางอาญา ซึ่งได้กล่าวไว้แล้วในทฤษฎีป้องกันสังคมดังกล่าว และมาตรการที่สองเป็นการป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นในอนาคตในลักษณะของการ ป้องกันโดยทั่วไป (general prevention) อันได้แก่ การป้องกันข่มขู่แสดงให้เห็นว่า ชุมชนนั้นไม่ยอมให้มีการกระทำเช่นนั้นขึ้น³⁹ ซึ่งเป็นการป้องกันในความหมายอย่างกว้าง

³⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 1 (แก้ไขเพิ่มเติม), หน้า 932-933.

³⁹ ถาวร พานิชพันธ์, "วิธีการเพื่อความปลอดภัย," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520), หน้า 16.

หลักการป้องกันไว้ก่อนล่วงหน้า⁴⁰ นี้มีการเผยแพร่มาหลายปี โดยเฉพาะมาตรการป้องกันในความหมายอย่างกว้างนั้น ได้ถูกนำมาปรับใช้กับการพิทักษ์รักษาสิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นปัญหาที่กำลังคงอยู่ในภาวะวิกฤติในขณะนี้⁴¹ จนในที่สุดได้รับการยอมรับโดยที่ประชุมนานาชาติ (The First International Conference on the Protection of the North Sea in 1984 and The Second International Conference in 1984) ถึง 2 ครั้งด้วยกัน คือ ในปี พ.ศ.2527 และ พ.ศ.2530 ว่าเป็นหลักการที่ดีและเหมาะสมต่อการพิทักษ์รักษาสิ่งแวดล้อมที่ควรได้รับการสนับสนุนให้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของแต่ละประเทศขึ้นรองรับอีกขั้นตอนหนึ่งด้วย หลักการป้องกันไว้ก่อนล่วงหน้า นี้จะเป็นวิถีทางที่มีประสิทธิภาพมากกว่า โดยเฉพาะการรักษาสภาพสิ่งแวดล้อมตามธรรมชาติและทรัพยากรที่นำมาใช้ในการผลิต มิให้ต้องเสื่อมโทรมลงหรือได้รับความเสียหาย ทำให้ลดการขาดแคลนทรัพยากรธรรมชาติ และทำให้เสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการแก้ไขปัญหาในภายหลังได้เป็นอย่างดี นอกจากนี้ การปล่อยให้เกิดปัญหาเสียหายขึ้นแล้ว ก็ยากที่จะฟื้นฟูให้กลับคืนสู่สภาพเดิมได้อย่างสมบูรณ์

การเสาะหามาตรการป้องกันสิ่งแวดล้อมด้วยการคาดคะเนหรือประเมินสถานการณ์ในอนาคตอย่างสุ่มรอบคอบ เป็นวิธีการของหลักการดังกล่าวนี้ เพื่อกระตุ้นเตือนให้เกิดการวางแผนในคุณค่าของทรัพยากรธรรมชาติมากขึ้น จึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญอย่างหนึ่งของหลักการป้องกันไว้ก่อนล่วงหน้า ดังนั้น การคาดคะเนหรือประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมตามธรรมชาติเอาไว้ก่อนล่วงหน้า เพื่อหามาตรการที่เหมาะสมมาใช้อย่างจริงจังก่อนที่จะ

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴⁰United Nations Environment Programme, Regional seas (GESAM : The state of the marine environment, UNEP Regional Programme Activity Center, 1990), p.85.

⁴¹สุณีย์ มัลลิกะมาลย์, "การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมเพื่อการพัฒนาแบบยั่งยืน," เอกสารสรุปผลการสัมมนาระหว่างวันที่ 9-10 กุมภาพันธ์ 2538 ณ โรงแรม สยามซิตี, หน้า 14.

อนุญาตให้เริ่มดำเนินการ จึงเป็นวิธีการที่ควรจะได้รับ การสนับสนุนให้มีการปฏิบัติโดย
เจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างเคร่งครัด

แนวความคิดของหลักการดังกล่าว จึงเป็นกลไกสำคัญที่จะผลักดันให้การประยุกต์
ใช้กฎหมายโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการพิทักษ์รักษาสิ่งแวดล้อมตามธรรมชาติดำเนินไป
อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น และประการสำคัญก็คือการพิทักษ์รักษาสิ่งแวดล้อมตาม
ธรรมชาตินี้ ควรกระทำอย่างครบวงจรหรือพิทักษ์รักษาคุณภาพระบบนิเวศน์ตามธรรมชาติ
เอาไว้ จึงจะเป็นผลให้การพิทักษ์รักษาสิ่งแวดล้อมตามธรรมชาติบรรลุตามเป้าหมายของ
หลักการดังกล่าวนี้ได้⁴²

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหลักการป้องกันไว้ก่อนล่วงหน้านี้ จึงเป็นหลักการที่ตั้งอยู่บน
พื้นฐานการประเมินหรือการคาดคะเนสถานการณ์ในภายภาคหน้า เพื่อให้ได้มาซึ่งแนวทาง
และมาตรการที่เหมาะสมในการควบคุมป้องกันมิให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมตามธรรมชาติ
จึงเป็นหลักการที่ต้อง ใช้ความสันทัดัดเงินในประสพการณ์ และความรู้ความเข้าใจใน
ศาสตร์ทางด้านสิ่งแวดล้อมตามธรรมชาติ รวมทั้งศาสตร์แขนงอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง การจัดทำ
รายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม (EIA) เป็นวิธีการหนึ่งที่ถูกเลือกมาใช้
ประกอบการประเมิน และวิเคราะห์โครงการ หรือกิจการอุตสาหกรรมบางประเภทที่มี
ศักยภาพความเสี่ยงค่อนข้างสูง โดยมีเหตุผลว่ารายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมนั้น
นอกจากจะเป็นรายงานที่ต้องศึกษาและประเมินผลกระทบจากโครงการที่จะเกิดแก่ระบบ
ทรัพยากรธรรมชาติ สังคม และเศรษฐกิจอย่างครบถ้วนแล้ว รายงานดังกล่าวนี้ยังต้อง
ประเมินผลกระทบที่จะเกิดต่อกระบวนการผลิตทดแทนทางธรรมชาติและคุณภาพของ
สิ่งแวดล้อมตามธรรมชาติอีกด้วย ดังนั้น การจัดทำรายงานประเภทนี้จึงต้องอาศัยข้อมูล
ข่าวสารต่าง ๆ อย่างสมบูรณ์ เพื่อให้การปรับปรุงแก้ไขในรูปแบบต่าง ๆ รวมทั้งการ
กำหนดการตัดสินใจและการประเมินของเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ

⁴²Bernhard Glaeser, Environmental policy : the example of the Federal Public of Germany in the international contract (Germany : GFD, 1988), pp.23-24.

เพราะข้อมูลเหล่านี้สามารถนำไปใช้ทำนายปัญหาต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต และสามารถใช้ในการวิเคราะห์หาช่องทางในการปฏิบัติงานที่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด ต่อสังคม ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าอย่างน้อยที่สุดรายงานนี้ก็อาจบ่งชี้แนวทางที่จะเป็นวิธีการ หลีกเลี่ยงการทำลายหรือสร้างความเสียหายแก่สิ่งแวดล้อม และการทำให้ระบบทรัพยากร ธรรมชาติหรือระบบนิเวศน์ตามธรรมชาติต้องสูญเสียความสมดุลไป ซึ่งผลที่จะติดตามมา อย่างต่อเนื่อง ก็คือ ทำให้การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมในประเทศ สามารถดำเนินไปได้ อย่างต่อเนื่อง โดยไม่ขัดแย้งกับนโยบายการพิทักษ์รักษาสิ่งแวดล้อมตามธรรมชาติ เนื่องจากมีการจัดวางแผนงานอย่างมีความเหมาะสม⁴³

แต่อย่างไรก็ตาม โดยนัยความหมายของการป้องกันไว้ก่อนล่วงหน้านี้ หากได้ ศึกษาถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับการพิทักษ์รักษาทรัพยากรธรรมชาติที่บังคับใช้อยู่ ทุกวันนี้ อาทิ พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 และพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.2507 ฯลฯ เป็นต้น เราจะเห็นว่าหน่วยงานของรัฐได้คอยระมัดระวังในการ ควบคุมตรวจสอบการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติโดยปัจเจกชนไว้ไม่น้อยต่อเนื่องมา ตั้งแต่ในอดีต ด้วยเหตุผลในทำนองเดียวกับที่ว่า ภายหลังจากที่รัฐได้สนับสนุนให้ใช้ระบบ ทุนนิยมเข้ามาสู่กระบวนการปรับโครงสร้างทางเศรษฐกิจแล้ว ทำให้เกิดการขยายตัว ทางสังคมและเศรษฐกิจอย่างรวดเร็ว ซึ่งเกี่ยวพันไปถึงอัตราส่วนของการบริโภค ทรัพยากรธรรมชาติที่เพิ่มมากขึ้น จนทำให้ระบบสิ่งแวดล้อมไม่อาจฟื้นตัวปรับสภาพความ สมดุลทางธรรมชาติได้ทันกับภาวะการทำลายล้าง จนในที่สุดรัฐได้ยื่นมือเข้าจัดการระงับ ยับยั้งการบริโภคทรัพยากรธรรมชาติที่เกิดขึ้น โดยการหวงกั้นทรัพยากรธรรมชาติไว้ ภายใต้อกฎหมายต่าง ๆ ดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้ความเสียหาย ความเสื่อมโทรม ของทรัพยากรธรรมชาติถูกกลืนไปสู่พื้นที่อื่นที่ยังคงมีความอุดมสมบูรณ์อยู่ แต่ในขณะที่เดียวกัน รัฐก็ยังมีภารกิจที่จะต้องพัฒนาระบบเศรษฐกิจของประเทศภายใต้แผนพัฒนาเศรษฐกิจและ

⁴³ โกลเมท ทองัญญาไชย, "การใช้กฎหมายในการป้องกันและแก้ไขมลพิษจาก โรงงานอุตสาหกรรม," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), หน้า 84-85.

สังคมแห่งชาติให้สำเร็จลุล่วง เพื่อคุณภาพชีวิตของสังคมในประเทศ การนำเอา
 ทรัพยากรธรรมชาติมาใช้ในการพัฒนาประเทศ จึงยัง เป็นความจำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐ
 ไม่อาจปฏิเสธเช่นกัน รัฐจึงจำเป็นต้องเสาะแสวงหามาตรการบางอย่างมาใช้บังคับ
 เพื่อป้องกันมิให้กระบวนการพัฒนาประเทศต้องถูกความความอุดมสมบูรณ์ของระบบสิ่งแวดล้อม
 จนสูญเสียสภาพความสมดุลหรือต้องคงอยู่ภาวะที่เสื่อมโทรม ในลักษณะของการควบคุม
 ตรวจสอบ ก่อนที่จะนำเอาทรัพยากรธรรมชาติมาใช้ในการกระบวนการพัฒนา เศรษฐกิจของ
 ประเทศไม่ว่าจะเป็นการควบคุมตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ขอสิทธิใช้ประโยชน์หรือด้วย
 วิธีการกำหนดเป็นพื้นที่หวงห้ามกระทำการใด ๆ

หลักการควบคุมตรวจสอบโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อป้องกันไว้ก่อนล่วงหน้า
 มีกำหนดไว้ในกฎหมาย ระเบียบ หรือเงื่อนไขการอนุญาตตามกฎหมายป่าไม้ อันได้แก่
 พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 และพระราชบัญญัติป่าสงวน พ.ศ.2507 พอสรุปได้ดังนี้

1. ระบบอนุญาต เป็นระบบที่ถูกนำมาใช้เพื่อตรวจสอบถึงความจำเป็นในการ
 บริโภคทรัพยากรธรรมชาติหรือการใช้พื้นที่บางแห่งที่มีความอุดมสมบูรณ์ตามธรรมชาติ
 โดยบังคับใช้กับทุกหน่วยงาน ไม่ว่าจะ เป็นหน่วยงานของภาครัฐ ตามนัยกฎระเบียบ
 ที่เกี่ยวข้อง เช่น ระเบียบของกรมป่าไม้ ว่าด้วยหลักเกณฑ์เงื่อนไขการอนุญาตให้ทำ
 ประโยชน์และอยู่อาศัยในเขตปรับปรุงป่าสงวนแห่งชาติพ.ศ.2530 ลงวันที่ 20 มกราคม
 พ.ศ.2530 เป็นต้น หรือหน่วยงานของเอกชน ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. เกี่ยวกับไม้ การทำไม้หรือทำอันตรายด้วยประการใด ๆ แก่
 ไม้หวงห้ามตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 มาตรา 11 กิติ การตั้งโรงงาน
 แปรรูปไม้ ตามมาตรา 48 กิติ การเก็บหาของป่าหรือกระทำอันตรายด้วยประการใด ๆ
 แก่ของป่าหวงห้ามในป่า ตามมาตรา 29 กิติ จะต้องขออนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่

ข. เกี่ยวกับป่าสงวนแห่งชาติ การเข้าทำประโยชน์หรืออยู่อาศัยในเขต
 ป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.2507 มาตรา 16 กิติ หรือการเข้าไป การผ่าน หรือการใช้ทาง
 และการนำหรือปล่อยสัตว์เลี้ยงเข้าไปในเขตป่าสงวนแห่งชาติ ตามระเบียบกรมป่าไม้
 ว่าด้วยการใช้ ประโยชน์เกี่ยวกับเรื่องการเข้าไป การผ่าน หรือการใช้ทางฯ ภายใน
 เขตป่าสงวนแห่งชาติ ปีพ.ศ.2530 ลงวันที่ 3 กันยายน พ.ศ.2530 ออกตามความใน

มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.2507 กิติ จะต้องขออนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่

ค. เกี่ยวกับเลื่อยโซ่ ซึ่งได้มีมติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 23 พฤษภาคม พ.ศ.2532 กำหนดมาตรการควบคุมเลื่อยโซ่ โดยให้กระทรวงพาณิชย์ระงับการอนุญาตนำเลื่อยโซ่ ประเภทใช้เครื่องยนต์เป็นต้นกำลังและประเภทใช้มอเตอร์ไฟฟ้าเป็นต้นกำลังเข้ามาในราชอาณาจักร⁴⁴ เพื่อป้องกันการบุกรุกตัดไม้ทำลายป่า

2. การกำหนดพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม ได้ออกกฎกระทรวงฉบับที่ 1 ฉบับที่ 2 และฉบับที่ 3 (พ.ศ.2535) ลงวันที่ 30 กันยายน พ.ศ.2535 ทั้ง 3 ฉบับ โดยอาศัยอำนาจออกตามความในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 มาตรา 11 มาตรา 43 มาตรา 44 กำหนดพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม เพื่อพิทักษ์รักษาต้นน้ำลำธาร และระบบนิเวศน์ตามธรรมชาติในเขตจังหวัดชลบุรี จังหวัดภูเก็ต และจังหวัดกระบี่ ตามลำดับ และหากผู้ใดบุกรุกหรือครอบครองที่ดินของรัฐโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเข้าไปกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการทำลาย ทำให้สูญหายหรือเสียหายแก่ทรัพยากรธรรมชาติในเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม ตามมาตรา 43 ย่อมมีโทษตาม มาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴⁴ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, "มติคณะรัฐมนตรี ที่ นร. 0202/7609 เรื่อง มาตรการควบคุมเลื่อยโซ่," 25 พฤษภาคม 2532.