



ความทั่วไปเกี่ยวกับ "ดุลพินิจ"

ก่อนที่จะพิจารณาถึงปัญหาต่าง ๆ เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของอัยการในการดำเนินคดีอาญา สิ่งสำคัญที่ควรทำความเข้าใจเป็นประการแรก คือ ความหมายของคำว่า "ดุลพินิจ" และลักษณะต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคำ ๆ นี้ อันเป็นประโยชน์และแนวทางในการทำความเข้าใจหัวข้ออื่น ๆ ต่อไป

2.1 ความหมายของคำว่า "ดุลพินิจ"

คำว่า "ดุลพินิจ" โดยทั่วไปหมายถึงการวินิจฉัยเห็นสมควร¹ มีลักษณะเป็นคำนาม ตรงกับคำศัพท์ในภาษาอังกฤษว่า "Discretion" ซึ่งมีรากศัพท์มาจากภาษาละตินว่า "Discretio" มีความหมายในทางกฎหมายว่า เป็นอำนาจหรือสิทธิพิเศษ (privilege) ของศาลที่จะพิจารณาคำหลักความยุติธรรม² หรือขององค์กรอื่นที่มีอำนาจในการพิจารณาใช้ตามหลักความยุติธรรมเช่นว่านั้น ซึ่งสิทธิพิเศษหรืออำนาจนี้จะมีการพิจารณานำไปใช้ตามภาวะแวดล้อมแห่งพฤติการณ์ (circumstances) และรวมถึงการใช้วิจารณญาณในการตัดสินคดีของตัวผู้พิพากษาหรือของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในนั้นเอง โดยไม่ขึ้นกับวิจารณญาณหรือการตัดสินของบุคคลอื่นใด (uncontrolled by the judgment or conscience of others)

ความหมายในทางกฎหมายของ "ดุลพินิจ" มีกว้างกว่าที่กำหนดไว้อีกมาก มิได้จำกัดอยู่เพียงแค่นั้น เพราะยังมีความหมายเลยไปถึงการใช้ดุลพินิจในกระบวนการพิจารณาความ วิจัยการ ฎีกาการ

¹พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493 พิมพ์ครั้งที่ 11, (พระนคร : โรงพิมพ์การศาสนา, 2513), หน้า 374.

²Black's Law Dictionary, 4th ed. (st. Paul, Minn : West Publishing Co., 1951) p.553.

ความหนักเบาของข้อหาและองค์ประกอบอื่น ๆ อีกมาก¹ ในบางครั้งการจะพิจารณาถึง
ถึงความหมายของคำว่า "ดุลพินิจ" นั้นยังมีความสับสนซับซ้อนอยู่ด้วย เช่น ในการพิจารณาใช้ดุลพินิจ
เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณา นอกเหนือจากการพิจารณาซึ่งนำหนักพยานแล้ว ยังต้องคาดคะเนเกี่ยวกับ
ข้อเท็จจริงบางอย่างที่ยังไม่แจ่มแจ้ง และทำคำพิพากษาเกี่ยวกับกฎหมายที่เคลือบคลุมอีกด้วย
(not only weighing desirability but also guessing about unknown
facts and making a judgment about doubtful)²

ในบางครั้งความหมายของคำว่า "ดุลพินิจ" อาจรวมหรือไม่รวมถึงคำพิพากษาที่จะต้อง
พิจารณาค้นหาข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานที่ขัดแย้งกัน (conflicting evidence)
อีกทั้งจำต้องปรับข้อเท็จจริงเหล่านั้นให้เข้ากับกฎหมายที่ยังเคลือบคลุมอยู่อีกด้วย³ แต่อย่างไรก็ตาม
ความหมายของดุลพินิจ ไม่ว่าจะในทางปฏิบัติจะมีมากมายสับสนประการใดก็ตาม หากนำข้อเท็จจริง
เกี่ยวกับปัญหาดุลพินิจทั้งหมดมาแยกพิจารณาแล้ว ความหมายของดุลพินิจคงมีอยู่เพียง 3 ประการ
เท่านั้น คือ

1. ค้นหาข้อเท็จจริง (finds facts)
2. ปรับข้อเท็จจริงเข้ากับหลักกฎหมาย (applies law)
3. พิจารณาเกี่ยวกับเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ภายหลังจากที่ทราบข้อเท็จจริงและ
ข้อกฎหมายแล้ว (decides is desirable in the circumstances after the
facts and the law are known)

¹ Kenneth Culp Davis, Discretionary Justice, (2nd, ed.,
Louisiana: Edwards Bros, Inc., 1969), p.6.

² Ibid.

³ Ibid, p.5.

องค์ประกอบ 3 ประการของดุลพินิจ¹ เป็นที่ยอมรับกันว่าครอบคลุมความหมายทั้งหมดของคำว่าดุลพินิจในทางกฎหมาย และมักเรียกองค์ประกอบทั้ง 3 นี้รวมกันว่า "พฤติกรรมแห่งดุลพินิจ"¹

กัยเหตุที่ดุลพินิจในทางกฎหมาย มีความหมายและพฤติกรรมดังใดกล่าวไว้แล้วนี้เอง ทางปฏิบัติเกี่ยวกับบรรดคดีในหลาย ๆ ครั้งจึงไม่มีความจำเป็นที่จะแยกข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และดุลพินิจให้ออกจากกัน² เพราะการค้นหาข้อเท็จจริงซึ่งบางครั้งเป็นส่วนหนึ่งของการกำหนดปรับใช้กฎหมาย เช่น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความที่จำต้องนำเอากฎหมายมาปรับใช้ ซึ่งเรียกว่า "adjudicative facts"³ ส่วนข้อเท็จจริงที่ใช้ในวัตถุประสงค์ของการกำหนดปรับใช้กฎหมายหรือนโยบายหรือพฤติกรรมแห่งดุลพินิจ เรียกว่า "legislative facts" และไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็ตามองค์ประกอบสำคัญที่จะทำให้กฎหมายอาญาคำ เนินไปด้วยความราบรื่น และยุติธรรมจำต้องประกอบขึ้นด้วยข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และดุลพินิจ¹เอง

2.2 ความสำคัญของดุลพินิจ

มีภามิตรกฎหมายยอดเยี่ยมหนึ่งซึ่งกล่าวโดย อริสโตเติล (Aristotle) ปราชญ์ชาวกรีกว่า "ที่ใหม่มีสังคม ที่เก่ามีกฎหมาย" เพราะเป็นที่ยอมรับกันดีในทุกสังคมว่า หากต้องการความสงบสุขภายในสังคมแล้วยอมจะปราศจากเสรีซึ่งกฎหมายไม่ได้

จากภามิตรกฎหมายดังกล่าวนี้อีก ต่อมาใน ค.ศ. 1933 Cohen ได้กล่าวว่า "เมื่อมีกฎ(หมาย) ก็ย่อมต้องมีดุลพินิจอยู่เคียงคู่" (Rules must be supplemented with discretion)⁴ เพราะ เป็นสิ่งที่ยอมรับกันว่า หากจะบังคับใช้กฎหมายโดยตรงแต่ประการเดียวก็จะทำให้เกิดความยุติธรรม เพราะไม่อาจสนองความยุติธรรมเป็นรายกรณีได้

¹ Ibid., p.4.

² Ibid.

³ Ibid., p.5 อ้างถึง Davis, Administrative Law Treatise (1958).

⁴ Ibid., p.19.

ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกเฉพาะบุคคลหรือกรณีจึงควรให้ดุลพินิจซึ่ง Cohen เรียกว่า "ชีวิตและความยืดหยุ่นได้" (The life and flexibility) มีส่วนร่วมอยู่ในการใช้กฎหมายด้วย

เมื่อเป็นที่ยอมรับกันว่า "ที่ไทม์มีสังคม ที่นั่นมีกฎหมาย" และ "ที่ไทม์มีกฎหมาย ที่นั่นมีดุลพินิจ" จึงเกิดรูปประโยคใหม่ที่มีความหมายว่า "ที่ไทม์มีสังคม ที่นั่นมีกฎหมายและดุลพินิจ" ด้วย

ซึ่งคำกล่าวในทำนองนี้เป็นความจริงทั้งในทางปฏิบัติ และทฤษฎีเพราะได้ปรากฏตามหลักฐานทางประวัติศาสตร์มาตลอดแล้วว่าทุกสังคมและทุกระบบกฎหมายย่อมมีทั้งกฎและดุลพินิจ (every government and legal system in world history has involved both rules and discretion)

ตามที่กล่าวไว้แล้วว่า ลำพังจะมีเพียงกฎอย่างเดียวไม่ได้ จะต้องมีดุลพินิจคอยช่วยเหลือให้ความยุติธรรมเป็นรายกรณี² ยิ่งไปกว่านั้นการที่จะต้องมีดุลพินิจเป็นเหตุผลในทางจิตวิทยา รัฐศาสตร์ และอื่น ๆ ด้วย เพราะเป็นที่ยอมรับกันว่าควรจะเป็นสังคมนั้น จะต้องประกอบด้วยกฎหมายและมนุษย์ (ดุลพินิจ)³ หากสังคมใดหรือระบบกฎหมายใด บังคับใช้แต่เพียงกฎหมายอย่างเดียว โดยไม่มีการใช้ดุลพินิจด้วย นอกจากจะไม่มีความเป็นธรรมแล้ว ยังถือว่าประชาชนในสังคมนั้นไม่ได้กระทำอะไรขึ้นใหม่เลย นอกจากการพิจารณาให้เป็นไปตามกฎหมายที่บรรพบุรุษ ซึ่งเป็นคนตายไปแล้วบัญญัติไว้ เมื่อเป็นเช่นนี้ สังคมนั้นก็ย่อมจะหาความเจริญต่อไปไม่ได้ นอกจากจะคงไว้ซึ่งอารยธรรมที่บรรพบุรุษสะสมไว้ให้เท่านั้น ในกรณีกลับกัน การใช้ดุลพินิจนั้นย่อมเป็นการสร้างสรรค์วิทยาการใหม่ ๆ เพื่อให้สังคมมีความเจริญก้าวหน้า ดังปรากฏเป็นตัวอย่างแต่ครั้งอดีตกาลที่

¹ Ibid., p;17.

² Ibid.

³ a government of laws and of men. รายละเอียดดู Ibid.

อ้างอิงหลักเกณฑ์ของ Aristotle ใน Jerome Frank, If Men were Angles, (1942) pp. 190-211.

Practor แห่งโรม ได้ใช้ดุลพินิจของตนสร้างหลักกฎหมาย Jus praetorium หรือ Jus honorarium ขึ้นนอกเหนือจากหลักกฎหมายใน Jus Civile หรือการที่เหล่า Chancellor แห่งอังกฤษตั้งศาล Court of Chancery ภายใต้การแต่งตั้งของกษัตริย์ เพื่อใช้ดุลพินิจในการ ตัดสินอรรถคดี นอกเหนือจากหลักกฎหมายใน common law จนกลายเป็นหลัก Equity ที่รู้จักกันในภายหลัง

2.3 ขอบเขตและวิธีการใช้ดุลพินิจเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

ตามปกติบทบัญญัติของกฎหมายมักจะให้อำนาจใช้ดุลพินิจออกมาในลักษณะที่ว่าจะทำหรือไม่ทำก็ได้ และถ้าจะทำ จะทำอย่างไร (whether to act, and if so, how to act) โดยจะปรากฏออกมามีคำหรือวลี เช่นว่า "น่าจะ" (may) "กรณีนี้จะชอบด้วยกฎหมาย" (it shall be lawful) "ถ้าพิจารณาเห็นชอบ" (if he think fit) หรือ "ตามที่พิจารณาเห็นสมควร" (as he think fit)

เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจ ใ้ปรากฏโดยคำที่คมคายจากคดี R;v.Walcott ว่า "อะไรก็ตามที่มีดุลพินิจเข้ามา เกี่ยวข้องก็ย่อมเป็นแค่โดยคำที่เอื้ออำนวยต่อการกระทำตามอำเภอใจเท่านั้น" (...discretionary...is only a softer words of arbitrary". ในคดีของอังกฤษเมื่อไม่นานมานี้ การที่มีการใช้ดุลพินิจที่ไม่เหมาะสมซึ่งอาจจะถูกโต้แย้งได้นั้น Lord Reid ได้วางหลักพิจารณาทั่วไปไว้ 2 ประการ คือ

1. ใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ (bad faith)
2. ใช้ดุลพินิจโดยหาเหตุผลไม่ได้ (unreasonable)

ทั้ง 2 ประการนี้แสดงว่าพฤติกรรมของดุลพินิจไม่ได้เป็นไปในทางที่เป็นจริงโดยประการทั้งปวง² ดังนั้น จึงมีปัญหาว่าจะต้องกำหนดขอบเขตและวิธีการใช้ดุลพินิจอย่างไรจึงจะทำให้เกิดประโยชน์แก่ความยุติธรรมมากที่สุด ซึ่งจะโต้แย้งพิจารณาดังต่อไปนี้

¹Zaim M.Medjati, J.E.Trice and A.A.Dashwood, English and Continent Systems of Administrative Law, (Amsterdam-New York Oxford; North Holland Publishing Co., 1978).p.92.

²Ibid.

2.3.1 ขอบเขตแห่งคุณพินิจ คำว่า ขอบเขตของคุณพินิจก็คือ กฎหมายนั่นเอง โดยกฎหมายจะเป็นผู้กำหนดเปิดโอกาสให้ศาลหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจ เลือกใช้คุณพินิจในบางโอกาสหรือแม้กฎหมายจะมีได้เปิดโอกาสให้โดยตรง แต่อาจจะมีการใช้คุณพินิจได้ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติครอบคลุมไม่ถึงกรณีตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

ขอบเขตของการเลือกใช้คุณพินิจย่อมมีไต่ทั้งกว้างและแคบ ซึ่งก่อให้เกิดผลเสียไต่ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นขอบเขตของคุณพินิจที่กว้างหรือแคบก็ตาม เพราะหากเปิดโอกาสให้ใช้คุณพินิจในขอบเขตที่กว้างขวางแล้วก็เป็นการง่ายที่จะได้รับผลร้ายจากการใช้คุณพินิจที่ผิดพลาดหรือไม่เป็นธรรม แต่หากกำหนดขอบเขตคุณพินิจไว้แคบปัญหาที่ติดตามมาคือผลร้ายที่ใหญ่กว่าอันจะความยุติธรรมเฉพาะกรณีได้ไม่เต็มที่นั่นเอง ดังนั้น จึงมีปัญหาคำพิพากษาว่ากฎหมายใดควรจะใช้คุณพินิจไปในลักษณะใด

คำตอบคือ การจะกำหนดขอบเขตของคุณพินิจเช่นไรจะกว้างขวาง หรือคับแคบขึ้นอยู่กับพื้นฐานหลายประการ แต่หลักสำคัญคือ ต้องคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนว่าอยู่ในอันตรายหรือไม่ นอกจากนี้การใช้คุณพินิจเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมแท้จริง จะต้องขึ้นอยู่กับความคุ้มครองคุณพินิจอีกชั้นหนึ่ง เพราะเหตุที่การกำหนดขอบเขตคุณพินิจเพียงอย่างเดียวนั้นไม่อาจครอบคลุมให้คุณประโยชน์ไต่ทุกกรณีนั่นเอง

2.3.2 เมื่อใดจึงจะใช้คุณพินิจ

ในกรณีความผิดทางอาญา มีปัญหาว่าเมื่อใดจึงจะนำคุณพินิจมาใช้กับกฎหมายอาญา หากหวนกลับไปพิจารณาถึงความหมายของคุณพินิจแล้ว จะเห็นว่าคุณพินิจนั้นแทรกไข้อยู่ในขณะศาลหรือองค์กรอื่นพิจารณาค้นหาถึงข้อเท็จจริง หรือข้อกฎหมาย ด้วยเหตุที่เป็นการยากในบางครั้งที่จะแยกความสัมพันธ์ระหว่างข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และคุณพินิจออกจากกัน ดังนั้น จึงอาจจะสรุปได้ว่า เวลาที่จะใช้คุณพินิจเป็นเวลาที่กฎหมายปรับเข้ากับข้อเท็จจริง หรือเวลาที่ใกล้เคียงกับเวลาเช่นนั้น นอกจากนี้ยังมีเวลาที่จะใช้คุณพินิจในกรณีอื่นที่สำคัญควรแก่การพิจารณา ซึ่งเป็นเวลาที่นอกเหนือจากความเข้าใจในเบื้องต้นนั้น กล่าวคือ

ก. เมื่อไม่มีกฎหมาย มีคำกล่าวที่ว่า "เมื่อใดที่กฎหมายครอบคลุมไปไม่ถึง การใช้คุณพินิจก็เริ่มขึ้น" ซึ่งฟังก็ก็เป็นคำกล่าวที่มีเหตุผลยิ่ง เพราะตามหลักกฎหมายนั้น หากมีช่องว่างกฎหมายเกิดขึ้นต้อง เป็นหน้าที่ของศาลหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องที่จะต้องเลือกใช้คุณพินิจวางกฎเกณฑ์หาวิธี

ออกช่องว่างของกฎหมายนั้น ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว เป็นเรื่องของกฎหมายอื่น ๆ นอกเหนือจากกฎหมายอาญา เช่น กฎหมายปกครอง¹ เป็นต้น แต่ในการใช้กฎหมายอาญานั้น หากจะมีการใช้ดุลพินิจวางกฎเกณฑ์เพื่อออกช่องว่างจะต้องกระทำด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่ง เพราะเหตุที่เป็นกฎหมายที่กระทบถึงสิทธิส่วนบุคคลโดยตรง หากปล่อยให้องค์กรใดใช้กฎหมายอาญาโดยไม่มีขอบเขตแล้ว สิ่งที่ประชาชนได้รับนั้นจะมีใช้ความยุติธรรม แต่จะเป็นการรกดขี่ข่มเหงจากองค์กรหรือผู้อำนาจปฏิบัติการตามกฎหมายอาญา และภัยเหตุเช่นนี้เองจึงได้มีคำกล่าวที่สำคัญ 5 คำ สลักจารึกเตือนใจผู้ปฏิบัติตามกฎหมายอาญาอยู่ในกณหินหน้าทำการกระทรวงยุติธรรมบนถนนพิษณุโลกเนีย ในวอชิงตันว่า "Where law ends tyranny begins."² ซึ่งหมายความว่า "เมื่อใดที่กฎหมายครอบคลุมไปไม่ถึงหรือยุติลงการรกดขี่อันไม่เป็นธรรมก็จะเริ่มขึ้น"

แม้จะมีถ้อยคำว่า "Where law ends tyranny begins." ก็ตาม แต่ก็เพียงเป็นการเตือนการใช้ดุลพินิจของผู้ปฏิบัติกรตามกฎหมายให้พึงสังวรเพื่อจะได้ใช้ดุลพินิจในทางถูกต้องเท่านั้น หากตีความหมายแต่เพียงว่า "tyranny begins" (การรกดขี่ไม่เป็นธรรมก็จะเริ่มขึ้น) แต่เพียงอย่างเดียวไม่ เพราะในบางโอกาสหรือหลายโอกาส แม้เป็นการปฏิบัติการตามกฎหมายอาญาและเป็นช่องว่างของกฎหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม ศาลหรือองค์กรที่ปฏิบัติตามกฎหมายอาญาก็ต้อง "ใช้ดุลพินิจ" เช่นกัน ซึ่งในกรณีเช่นนี้ก็จะเปลี่ยนจากคำว่า "Where law ends tyranny begins" มาเป็นคำว่า "Where law ends discretion begins"³ (เมื่อใดที่กฎหมายครอบคลุมไปไม่ถึง การใช้ดุลพินิจก็เริ่มขึ้น) ซึ่งการใช้ดุลพินิจนี้เองอาจเป็นที่มาของผลประโยชน์หรือการรกดขี่, ยุติธรรมหรืออยุติธรรม แม้กระทั่งการมีเหตุผลหรือไร้เหตุผล แล้วแต่ว่าผู้ใช้ดุลพินิจจะใช้เหตุผลหรืออำนาจของตนไปในทางใด

ข. แม้มีกฎหมายแต่ใช้ดุลพินิจเพราะให้ผลที่ดีกว่า (A rule is undesirable when discretion will serve better)⁵

¹ เรื่องเดียวกัน, และ K.C.Davis, op.cit, pp3-4.

² รอดพล เจริญพันธ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 2 - 3, K.C.Davis Ibid, p.3.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid., p.54.

เวลาใช้ดุลพินิจในข้อนี้ เป็นการใช้อย่างละเอียดและเฉพาะกรณี โดยจะต้องใช้ความระมัดระวังในการเลือกโอกาสใช้ดุลพินิจมากกว่าการใช้ดุลพินิจในกรณีที่ไม่มีความหมาย และในกรณีเช่นนี้ ไม่ว่าจะเป็นการใช้กฎหมายหรือกฎอย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา กฎหมายปกครอง และอื่น ๆ ศาลหรือองค์กรเหล่านั้นจะต้องพึงใช้ความระมัดระวังการใช้ดุลพินิจแทนกฎเกณฑ์เป็นอย่างยิ่ง และจะพินิจนำดุลพินิจมาใช้แทนกฎหรือกฎหมายก็เฉพาะเป็นที่เห็นว่า เมื่อใช้ดุลพินิจแล้ว จะอำนวยความสะดวกหรือเป็นสาระประโยชน์ยิ่งกว่าการใช้กฎเกณฑ์หรือกฎหมาย เพราะมีเช่นนั้น หากใช้อย่างพร่ำเพรื่อไร้ขอบเขตแล้วดุลพินิจนั้นเองจะสร้างความยุติธรรมอย่างหาสิ่งเปรียบประมาดมิได้¹

เมื่อใดก็ตามที่ศาลหรือองค์กรที่ใช้กฎหมาย ได้พิจารณาแล้วเห็นว่ากฎเกณฑ์หรือกฎหมายที่มีบัญญัติไว้ ไม่อาจสนองต่อความยุติธรรมเฉพาะรายกรณี หรือเฉพาะบุคคลใด (individualized justice) ศาลหรือองค์กรเช่นนั้นก็อาจเลือกใช้ดุลพินิจของตนแทนกฎหมายหรือกฎเช่นนั้นได้ การเลือกใช้ดุลพินิจแทนกฎหมายนั้น หากสามารถให้ผลดีกว่าการใช้กฎหมายอย่างจริงจังแล้ว ดุลพินิจนั้นเองก็จะกลายเป็นกฎเกณฑ์ขึ้นมา ซึ่งย่อมเห็นกันใ้ความยุติธรรมเช่นนี้ เป็นดุลพินิจที่แท้จริงตามความหมายของ Sir Edward Coke ที่กล่าวไว้เป็นภาษาละตินว่า "Discretio est discernere pe ligum que sit justum"² ซึ่งหมายความว่าดุลพินิจคือการรอบรู้เรื่องกฎหมายว่าสิ่งใดควรเป็นธรรม

2.3.3 การควบคุมดุลพินิจ

แม้ดุลพินิจจะเป็นเครื่องมือสำคัญในการสร้างความยุติธรรมเฉพาะกรณีก็ตามแต่ถ้าทำให้กฎหมายสามารถอำนวยความสะดวกได้โดยสมบูรณ์ก็ตาม แต่หากพิจารณาในแง่กลับกันแล้ว จะเห็นได้ว่าสิ่งที่ทำให้กฎหมายไม่เป็นธรรมส่วนใหญ่สืบเนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจโดยผิดพลาดอีกเช่นกัน ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า ดุลพินิจเปรียบเหมือนขวานที่อาจสร้างประโยชน์ให้กับผู้ใช้และผู้อื่นอย่างเข่นก้อนหิน แต่ก็เป็นอาวุธอันตรายที่ใช้ทำร้ายหรือฆ่าฟันผู้คนได้อย่างมหันต์ เช่นกัน (like an axe it can be a weapon for mayhem or murder)³

¹ นพพร โพรวิงลิยากร, การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ แผนกวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2524, หน้า 12

² Black's Law Dictionary, op., cit., p.553.

³ K.C. Davis., op. cit., p.25.

จึงกล่าวได้ว่า คุณลักษณะนั้นไม่ใช่ต้นทรายอยู่ในตัวเองแต่ต้นทรายของคุณลักษณะซึ่งจะเป็นโทษอย่างมหันตอยู่ที่ตัวผู้ใช้คุณลักษณะนั้นเองว่าจะใช้พิจารณาคุณภาพแยกเอาคุณลักษณะมาใช้ในชั้นใดตอนใด เพราะในข้อเท็จจริงทุกเรื่องจะมีช่องทางให้ใช้คุณลักษณะหลายประการ และแต่ละประการนั้นอาจใช้คุณลักษณะหลายแบบดัง K.C. Davis ได้กล่าวไว้ว่า "คุณลักษณะนั้นประกอบด้วยมิตินานาชนิดอันทำให้ผู้ที่ใช้คุณลักษณะนั้นเองต้องพิจารณาอย่างรอบคอบว่าข้อเท็จจริงเช่นใด จึงจะควรใช้มิติไหนของคุณลักษณะมาบังคับ หากเลือกใช้คุณลักษณะไม่ถูกต้องคุณลักษณะนั้นก็จะเป็นความอยุติธรรม ฉะนั้น เพื่อให้การใช้คุณลักษณะเป็นไปอย่างเหมาะสมและเป็นธรรมที่สุด จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมการใช้คุณลักษณะอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งแน่นอนที่เคียวว่า หากการใช้คุณลักษณะใดผ่านทางการถ่วงรอกตามโครงสร้าง และกฎเกณฑ์หน้าในการใช้คุณลักษณะแล้ว เพื่อให้สอดคล้องกับความยุติธรรมจะต้องมีองค์กรหนึ่งคอยตรวจสอบการใช้คุณลักษณะนี้ เพื่อผลสำคัญคือ ป้องกันการใช้คุณลักษณะผิดหลักและไม่ยุติธรรม

หลักพื้นฐานในการควบคุมคุณลักษณะมี 2 ประการ ซึ่งจะแยกพิจารณาตามลำดับไปดังนี้ คือ

ก. โครงสร้างของคุณลักษณะ (Structuring) ซึ่งหมายถึงสิ่งที่กำหนดขั้นตอนและวิธีการในการพิจารณา เกี่ยวกับคุณลักษณะเป็นองค์สำคัญในการช่วยเหลือให้คุณลักษณะเข้ามาซึ่งข้อมูลต่าง ๆ อย่างเปิดเผยและยุติธรรม ดังนั้น โครงสร้างจึงมีความหมายรวมถึงแผนการ นโยบาย ข้อเท็จจริง เหตุผล การสืบเสาะและกระบวนการพิจารณา²

องค์ประกอบทั้ง 7 ประการของโครงสร้างแห่งคุณลักษณะนี้ สามารถจัดแบ่งเป็นกลุ่มตามความสัมพันธ์ได้ดังนี้ คือ ในเรื่องของแผนการ นโยบายและกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ เป็นสิ่งที่มีจุดประสงค์เดียวกัน กล่าวคือ เป็นตัวกำหนดให้วัตถุประสงค์ของรัฐดำเนินไปตามครรลองยุติธรรมอย่างขาวสะอาด (clarify) เช่น เกี่ยวกับการสืบเสาะและเหตุผล สำหรับการสืบเสาะนั้นเป็นการแสวงหาข้อเท็จจริง ซึ่งอาจมีกลวิธีต่าง ๆ กันไปแล้วแต่ว่าจะเป็นการเสาะหาข้อเท็จจริงให้แก่องค์กรใดเพื่อใช้คุณลักษณะ หากเป็นการเสาะหาข้อเท็จจริงให้กับอัยการก็ได้แก่การสอบสวนทั้งการสืบเสาะหาข้อเท็จจริงและเหตุผล¹ เป็นสิ่งที่จะกำหนดให้คุณลักษณะเป็นไปในรูปใดนั่นเอง

¹ Ibid., p. 24.

² Ibid., p. 55.

ส่วนการใช้แบบอย่าง (precedents) เป็นหลักการสำคัญของกฎหมายในระบอบ Common law ที่ถือเอาตัวอย่างคำวินิจฉัยชั้นมีมาก่อนมาเป็น เรื่องช่วยกำหนดให้คู่กรณีสามารถที่จะพิจารณาข้อเท็จจริงอย่างใดควรใช้กฎหมายใด อันดีว่าเป็น "ทฤษฎีกำหนดความแบบ" (Doctrine of precedent) และองค์ประกอบสุดท้าย กระบวนพิจารณา ซึ่งจะเป็นสิ่งที่ทำให้ความถี่และความถี่มีโอกาสต่อสู้แสดงหลักฐานต่าง ๆ อันเป็นข้อมูลในการใช้คู่กรณี¹

ในการใช้คู่กรณีนั้น หลายครั้งของอาศัยองค์ประกอบของโครงสร้างทุกข้อ และในบางครั้งอาศัยองค์ประกอบบางข้อเป็น เครื่องช่วยพิจารณาคู่กรณีเท่านั้น ความสำคัญของการมีโครงสร้างต่าง ๆ ก็เพื่อจะช่วยให้การกำหนดคู่กรณีเป็นไปอย่างมีแบบแผนและมีเหตุผล

ข. การทบทวนคู่กรณี (checking)

ในการใช้คู่กรณีนั้น หากจะแบ่งตามวิธีการทบทวนการใช้คู่กรณีแล้วมี 2 ประการด้วยกัน คือ

1. คู่กรณีที่มีการทบทวน (Checking Discretion) คู่กรณีที่มีการทบทวนนี้จะมีลักษณะที่สำคัญ คือ ศาลหรือองค์กรที่ใช้คู่กรณีในการพิจารณา อรรถคดี หรือข้อเท็จจริงตามอำนาจของตน แต่เมื่อมีการใช้คู่กรณีแล้วจะมีองค์กรหนึ่งคอยควบคุมการใช้คู่กรณีนั้น ซึ่งการควบคุมนี้อาจเป็นไปในรูปของการอุทธรณ์ (appeal) การตรวจทาน (supervision)² หรือการควบคุมมิให้ใช้กฎหมายที่ขัดกับหลักเกณฑ์ (judicial review)

2. คู่กรณีเด็ดขาด (absolute discretion) เป็นคู่กรณีที่มีความเด็ดขาดอยู่ในตัวเองสมบูรณ์ในตัวเอง โดยไม่มีการทบทวน และองค์กรอื่นใดที่ไม่มีอำนาจที่จะเข้ามาพิจารณาทบทวนได้ ซึ่งองค์กรที่จะใช้คู่กรณีเด็ดขาดนี้จะต้องเป็นองค์กรที่มีความสำคัญในตัวเองในลักษณะที่มีความ "สูงสุด" อยู่ในตัว เช่น คู่กรณีในการพิจารณาอภัยโทษ ซึ่งเป็นอำนาจของประมุขแห่งรัฐ เมื่อใดที่คู่กรณีนี้ไปทางใดแล้ว จะมีองค์กรอื่นใดมาทบทวนการใช้คู่กรณีไม่ได้³ หรืออาจเป็นองค์กรที่มีวัตถุประสงค์ที่จะแสดงความเจียมใจแก่กันเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย

¹ Ibid.

² Ibid., p. 22 ref. Max Radin, The Right to a Public Trial

6 Temp. L.Q. 381 (1932)

³ Ibid. p. 152-153

ในประเทศหรือหมู่คณะ เช่นการใช้ดุลพินิจของศาลทหาร เป็นต้น

การที่จะกำหนดให้การใช้ดุลพินิจอย่างใดเป็นดุลพินิจเด็ดขาดอันไม่อาจมีองค์กรใดมาพิจารณาการใช้ดุลพินิจซ้ำอีกอันเป็นการทบทวนนี้ จะต้องพิจารณาให้รอบคอบว่ามีเหตุที่จะให้เป็นดุลพินิจอย่างเด็ดขาด หากมีทางเลือกทางอื่นใดแล้ว ไม่ควรที่จะกำหนดให้เป็นดุลพินิจเด็ดขาด เพราะเหตุดุลพินิจที่ไม่มีการทบทวนนี้อาจมีการผิดพลาดได้ เมื่อผิดแล้วก็ไม่มีองค์กรใดคอยชี้เพื่อให้แก้ไขสำหรับองค์กรบางอย่าง หรือการใช้ดุลพินิจบางประการที่มีเหตุจำเป็นอันจะต้องใช้ดุลพินิจอย่างเด็ดขาดก็จำต้องมีต่อไป

เหตุที่ต้องกำหนดให้ดุลพินิจเด็ดขาดในวงจำกัด ก็เพราะว่าดุลพินิจเด็ดขาดซึ่งไม่มีองค์กรใดหรือผู้ใดสามารถมาชี้ว่ากระทำโดยผิดพลาดหรือไม่เป็นธรรมนั้นย่อมเป็นที่มาของความชั่วร้ายอยู่ศีลธรรม ดังที่ Mr. Justice Douglas ได้กล่าวไว้ในคดี United States v. Wunderlich, (1951) 1 ว่า "กฎหมายจะถูกนำออกนอกกฎหมาย จากบุคคลที่มีอำนาจใช้ดุลพินิจตามกฎหมายจากพลเรือนหรือหน่วยทหารจากองค์กรของรัฐ เมื่อเป็นการใช้ดุลพินิจเด็ดขาดมนุษย์จะพบแต่ความปวดร้าว ดุลพินิจเด็ดขาดจะทำลายเสรีภาพยิ่งกว่าวิธีการอื่นใดของมนุษย์ และยิ่งได้แสดงความเห็นต่อไปในคดี New York v. United States, (1952) 2 ว่า "ดุลพินิจเด็ดขาดเปรียบเสมือนการฆาตกรรม เป็นเครื่องหมายแห่งการเปิดรับจุกจบแห่งเสรีภาพ"

2.4 ที่มาแห่งอำนาจการใช้ดุลพินิจของอัยการ

การที่จะเข้าสู่เนื้อหาในเรื่องนี้จำเป็นจะต้องทราบหลักการอันเป็นแนวทางในการดำเนินคดีอาญาของอัยการเสียก่อน เพราะมีความสำคัญยิ่งในฐานะที่เป็นปัญหาของกระบวนการสอบสวน และฟ้องร้องของเจ้าพนักงาน กล่าวคือ เมื่อมีปัญหามีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น เจ้าพนักงานมีหน้าที่ต้องสอบสวนดำเนินคดีเสมอไปทุก ๆ เรื่องหรือไม่ และถ้าหากข้อเท็จจริงได้จากการสอบสวนว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจริงโดยการกระทำของผู้ต่องานนั้น เจ้าพนักงานจะต้องฟ้องร้องผู้ต่องานนั้นต่อไป ในทุก ๆ กรณีหรือไม่

¹ Ibid., p.132.

² Ibid.

โดยนัยดังกล่าว หลักการดำเนินคดีอาญาที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันจึงมีอยู่ 2 ประเภท คือ หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย (Legality หรือ Compulsory Prosecution) และหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ (Opportunity Prosecution)

2.4.1 หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย (Legality หรือ Compulsory Prosecution) หลักการดำเนินคดีอาญาประเภทนี้ถือว่า เมื่อทราบว่ามีกรกระทำผิดเกิดขึ้น เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหน้าที่สอบสวนจะต้องทำการสอบสวนดำเนินคดีเสมอ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะได้มีการร้องทุกข์หรือกล่าวโทษโดยผู้ใดแล้วหรือไม่ และเมื่อการสอบสวนได้เสร็จสิ้นลงแล้ว เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหน้าที่ฟ้องร้อง ซึ่งในประเทศทั้งหลาย คือ อัยการ เห็นว่ามีเหตุควรเชื่อว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดจริง² และได้พิจารณาจนแน่ใจแล้วว่ามีทางที่จะพิสูจน์ถึงความผิดของผู้ต้องหาในชั้นศาลใดแผน ๆ (provable criminal liability) อัยการก็มีหน้าที่ทำการฟ้องร้องผู้ต้องหาต่อศาลเสมอไป และเมื่อฟ้องคดีแล้วจะถอนฟ้องคดีนั้นไม่ได้⁴

¹ หลักการดำเนินคดีอาญานี้มีนักวิชาการบางคน เช่น Joachim Hermann เรียกว่า "Compulsory Prosecution" และ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ เรียกว่า "หลักการฟ้องคดีอาญาเชิงบังคับ" ดู เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, หลักการฟ้องคดีอาญาเชิงบังคับ และขอบเขตการใช้ดุลพินิจของอัยการเยอรมัน, แผนบลิเวิ์ เผยแพร่ในการอภิปรายทางวิชาการ เรื่อง "การชะลอการฟ้องในทัศนะอาจารย์มหาวิทยาลัย" ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, วันศุกร์ที่ 29 กันยายน 2521.

² คณิต ๗ นคร, ปัญหาในการใช้ดุลพินิจของอัยการ, การปรับปรุงระบบงานอัยการ และแนวความคิดในการพัฒนาต่อไป, หน้า 25.

³ ความแน่ใจเช่นนี้จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่ออัยการได้ทำการชั่งน้ำหนักของพยานหลักฐานทั้งหลายแล้วว่าเพียงพอจะให้ศาลลงโทษหรือไม่ เป็นประการที่หนึ่ง และประการที่สอง คือ การกระทำของผู้ต้องหาครบถ้วนตามองค์ประกอบความผิดอาญาหรือไม่

⁴ กุลพล พลวัน, ข้อสังเกตเกี่ยวกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา, วารสารอัยการ ฉบับที่ 1, ปีที่ 1, พ.ศ. 2520.

หลักการคำ เน้นคดีอาญาประเภทนี้มีผู้วิจารณ์ว่า มีข้อเสียตรงที่เป็นทำนองเดียวกับความคิดในการแทนและขาดความยืดหยุ่น ทำให้ไขกฎหมายอย่างกระตังเกินไป² แต่ก็มีข้อดีตรงที่เป็นหลักประกันความเสมอภาคต่อการบังคับใช้กฎหมาย ป้องกันเจ้าพนักงานใช้อำนาจโดยมิชอบ และนอกจากนี้ยังเป็นเสมือนเกราะคุ้มครองป้องกันมิให้มีการใช้อิทธิพลที่มิชอบ ควบคุมความยุติธรรมต่อเจ้าพนักงานอีกด้วย⁴

ประเทศที่ใช้หลักการคำ เน้นคดีอาญาตามกฎหมาย ได้แก่ เยอรมันตะวันตก อิตาลี สเปน สวีเดน และประเทศในกลุ่มคอมมิวนิสต์ เช่น โปแลนด์ เช็กโกสโลวาเกีย

2.4.2 หลักการคำ เน้นคดีอาญาตามคุณพินิจ (Opportunity Prosecution)

หลักการคำ เน้นคดีอาญาประเภทนี้ตรงกันข้ามกับหลักการคำ เน้นคดีอาญาตามกฎหมาย แต่อาจเรียกได้ว่า เป็นที่มาแห่งอำนาจการใช้คุณพินิจของอัยการ กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น เจ้าพนักงานผู้หน้าที่ในการสอบสวนอาจไม่ทำการสอบสวนได้ และหากสอบสวนแล้วเห็นว่าผู้ต้องหากระทำความผิดจริง อัยการก็อาจไม่ฟ้อง⁵ หรือไม่ดำเนินคดีด้วยวิธีการใด ๆ ก็ได้ โดยอ้างเหตุที่นักกฎหมายทางยุโรปเรียกว่า expediency ground หรือที่นักกฎหมายชาวอเมริกันเรียกว่า "หลักยุติธรรม" (equitable ground) เช่นว่า เป็นความผิดเล็กน้อย ๆ หรืออาจจะกระทบกระเทือนต่อ



¹ คณิต ฃ นคร, ปัญหาในการใช้คุณพินิจของอัยการ, การปรับปรุงระบบงานอัยการและแนวความคิดในการพัฒนาต่อไป, หน้า 25.

² กุลพล พลวัน, หลักการทั่วไปของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, วารสารอัยการ, ปีที่ 3, ฉบับที่ 36, ธันวาคม 2523, หน้า 37.

³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, หลักการฟ้องคดีเชิงบังคับและขอบเขตการใช้คุณพินิจของอัยการ, หน้า 3.

⁴ คณิต ฃ นคร, ปัญหาในการใช้คุณพินิจของอัยการ, การปรับปรุงระบบงานอัยการและแนวความคิดในการพัฒนาต่อไป, หน้า 25.

⁵ เรื่องเดียวกัน.

ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ¹ เป็นต้น

ระบบนี้มีผู้กล่าวว่า เป็นที่นิยมชมชอบของอัยการ แต่ทั้งนี้ไม่ใช่เพราะทำให้อัยการมีอำนาจมากขึ้น แต่เพราะทำให้อัยการสามารถใช้ดุลพินิจปรับเข้ากับสภาพความผิด ผู้กระทำผิด และความเปลี่ยนแปลงของสังคม จริงอยู่ที่หลักการค้ำเนินคดีอาญามีว่า การฝ่าฝืนกฎหมายที่มีโทษทางอาญานั้น จะต้องถูกฟ้องร้องคดีเป็นคดี ทั้งนี้เพราะอัยการเป็นเจ้าหน้าที่ผู้รักษากฎหมาย² แต่ปัจจุบันนี้ ทฤษฎีการลงโทษได้เปลี่ยนแปลงไป ประเทศต่าง ๆ ใ้เลือกใช้ทฤษฎีการแก้แค้น และเห็นว่าการลงโทษนั้นควรมีจุดประสงค์เพื่อการ "ป้องกันทั่วไป" กล่าวคือ การลงโทษควรกระทำเพื่อให้ผู้กระทำผิดเห็นว่าสังคมส่วนรวมจะไม่นิ่งเฉยกับการกระทำผิดเช่นนั้น และเพื่อเตือนบุคคลทั่วไปในสังคมนั้นว่า ถ้ามีการกระทำ เช่นนั้นอีกก็จะต้องได้รับโทษ เช่นเดียวกันกับเห็นว่าการลงโทษนั้นควรมีจุดประสงค์เพื่อ "การป้องกันพิเศษ" กล่าวคือ การลงโทษนั้นจะต้องให้เหมาะสมกับความผิด และความชั่วของผู้กระทำผิดเพื่อให้เขาได้มีโอกาสได้แก้ไขปรับปรุงตัวเอง ไม่กระทำผิดเช่นนั้นซ้ำขึ้นอีก และสามารถกลับตัวเป็นคนดีในสังคมได้³

โดยที่จุดมุ่งประสงค์ของการลงโทษ เปลี่ยนจากการแก้แค้นมาสู่การป้องกันทั่วไป และการป้องกันพิเศษดังกล่าวมาแล้ว หลักการค้ำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจในปัจจุบันจึงได้รับความสนใจมากขึ้น

¹ Mirjan Damaska, Reality of Prosecutorial Discretion:

Comments on a German Monograph, The American Journal of Comparative Law, Volumn 29, Number 1, Winter 1981., p.120./

² กุลพล พลวัน, ข้อสังเกตเกี่ยวกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา, วารสารอัยการ, หน้า 10.

³ คณิต อนุคร, ปัญหาการใช้ดุลพินิจของอัยการ, การปรับปรุงระบบงานอัยการ และแนวความคิดในการพัฒนาต่อไป, หน้า 26.

แม้ในประเทศเยอรมันตะวันตกซึ่งไรท์หลักการค่าเป็นคคืออาญาตามกฎหมายก็ได้มีการบ่อน
 คลายความเข้มงวดลงไปอีกมาก โดยได้มีการบัญญัติกฎหมายให้มีกรณีต่าง ๆ ที่เจ้า-
 พนักงานอาจใช้ดุลพินิจไม่ค่าเป็นคดีหรือไม่ฟ้องคดีจนความเคร่งครัดของหลักการค่าเป็น
 คคืออาญาตามกฎหมายเดิมได้หมดสิ้นไปแล้ว¹

ประเทศที่ไรท์หลักการค่าเป็นคคืออาญาตามดุลพินิจได้แก่อังกฤษ สหรัฐอเมริกา
 ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส มอลตา สาธารณรัฐอาหรับ เนเธอร์แลนด์ ออสเตรเลีย ไทย ฯลฯ²

แต่อย่างไรก็ดีอาจมีผู้โต้แย้งว่าหลักการค่าเป็นคคืออาญาตามดุลพินิจอาจก่อให้เกิด
 เกิดความไม่เสมอภาคตามกฎหมายได้ ทั้งนี้ ก็น่าจะคิดว่า การที่จะให้มีความเสมอภาคตาม
 กฎหมายโดยเคร่งครัด โดยไม่คำนึงถึงความเหมาะสมกับคนอื่นเลยไม่ใช่เป็นสิ่งที่ถ้าสมมุ
 และไม่ตรงกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน หรืออาจจะหรือไม่ว่าจะปฏิบัติให้เหมาะสม
 กับความเป็นจริงโดยระมัดระวังไม่ให้เสียความยุติธรรมด้วย

¹ เรื่องเดียวกัน.

² กุลพล พลวัน, ข้อสังเกตเกี่ยวกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา
 วารสารธัญการ, หน้า 37 .