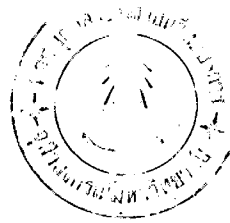


การใช้คุณสมบัติของกาลในการลงโทษ

นายแพทย์ โภธิรังสิยากร



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

ภาควิชานิติศาสตร์

บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

พ.ศ. ๒๕๒๔

115849600

007973

DISCRETION OF THE COURT TO IMPOSE PENALTIES

Mr. Nopporn Bhotirungsiyakorn

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School

Chulalongkorn University

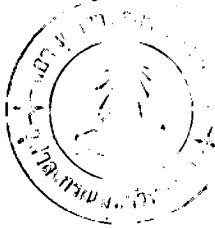
1988

หัวข้อวิทยานิพนธ์
โดย
ภาควิชา
อาจารย์ที่ปรึกษา

การใช้คุณพินิจของศาลในการลงโทษ
นายนพพร โปธิรังสียากร
นิติศาสตร์
ศาสตราจารย์ สรรเสริญ ไกรจิตติ

บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็น
ส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....
..... คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย
(รองศาสตราจารย์ ดร.สุประคิษฐ์ บุณนาค)



คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ จุฬา กุลบุศย์)

..... กรรมการ
(ศาสตราจารย์ สรรเสริญ ไกรจิตติ)

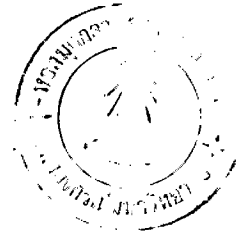
..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ มรุตตา วัฒนะสีวะกุล)

..... กรรมการ
(อาจารย์ วีระพงษ์ บุญโศภิต)

ลิขสิทธิ์ของบัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

| | |
|-------------------|--------------------------------|
| หัวข้อวิทยานิพนธ์ | การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ |
| ชื่อ นิสิต | นายนพพร โปธิรังสิยากร |
| อาจารย์ที่ปรึกษา | ศาสตราจารย์ สรร เสริญ ไกรจิตติ |
| ภาควิชา | นิติศาสตร์ |
| ปีการศึกษา | ๒๕๒๓ |

บทคัดย่อ



การใช้ดุลพินิจในทางกฎหมายนั้น เป็นสิ่งสำคัญ เคียงคู่กับกฎหมายทุกฉบับ ด้วย เหตุที่กฎหมายทุกฉบับจะต้องมีผลบังคับและ การบังคับการตามกฎหมายนี้เอง ดุลพินิจของผู้ใช้กฎหมายจะมีความสำคัญที่สุด และเป็นสิ่งกำหนดให้ความยุติธรรม ตามกฎหมาย เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ในการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาของศาลก็เช่นกัน กฎหมายไทยบัญญัติให้ ศาลจะต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงและพิพากษาลงโทษจำเลย ทำให้ผู้พิพากษาจะต้องใช้ ดุลพินิจของตนเข้ามา เกี่ยวข้องกับการลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างมากมาย ซึ่งแบ่งออก ได้เป็น ๓ ส่วนใหญ่ ๆ ก็คือ

๑. ดุลพินิจในการวินิจฉัยความผิด การที่ศาลจะลงโทษหรือไม่แก่จำเลย คนใดนั้น สิ่งสำคัญประการแรก เป็นเรื่องที่ศาลจะต้องคำนึงถึง จะเป็นการวินิจฉัย ซึ่งนำหนักพยาน การใช้ดุลพินิจของศาลในกรณีนี้ย่อม เป็นไปตามหลักกฎหมายลักษณะ พยาน แต่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏมีจำนวนไม่น้อยที่ศาลใช้ดุลพินิจผิดพลาด ลงโทษจำเลย ผู้บริสุทธิ์ไป อันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม (rule of law) ปัญหาของการใช้ดุลพินิจ ของศาลในชั้นนี้จึงอยู่ที่ว่า ศาลจะให้ความยืดหยุ่น และ เปิดโอกาสให้มีการพิสูจน์พยาน กว้างขวางขึ้นกว่าที่กฎหมายกำหนดมาน้อย เพียงใด

๒. คุณพินิจของศาลในการกำหนดโทษ แม้ว่าจะมีการพิสูจน์ความผิดของจำเลยไต่ความว่ากระทำผิดจริงตามฟ้องแล้วก็ตาม ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ ผู้กระทำผิดก็ยังคงต้องคิดตามมาอีก กล่าวคือประการแรก จะใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ เพียงใดแก่ผู้กระทำผิดที่จะเหมาะสมกับสภาพของข้อเท็จจริงและลักษณะการกระทำผิด ประการที่สอง การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษลงแก่ผู้กระทำผิดที่เหมือนกัน แต่ความสูง—ต่ำของอัตราโทษต่างกัน

ปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษนี้ เป็นปัญหาสำคัญที่สุดอย่างหนึ่ง เพราะเป็นสิ่งที่จะทำให้ผู้รับโทษรู้สึกได้ว่า คนได้รับ "ความยุติธรรม" หรือไม่ ปัญหาข้อซักข้อทั้ง ๒ ประการที่กล่าวมานั้น จะหมดสิ้นไป หากศาลได้รับข้อเท็จจริงในการประกอบใช้ดุลพินิจอย่างเพียงพอ และสิ่งสำคัญอีกประการก็คือ เมื่อผู้พิพากษาเองยอมรับและนำเอา ทฤษฎีการลงโทษผู้กระทำผิดมาใช้ให้กว้างขวางมากขึ้น

๓. คุณพินิจของศาลในการวินิจฉัยเหตุอื่น ๆ อันเกี่ยวกับการลงโทษ นอกจากที่ศาลจะคำนึงถึงการกำหนดโทษตามทฤษฎีการลงโทษ และสภาพแห่งข้อเท็จจริงแล้ว เหตุอื่น ๆ อันเกี่ยวกับการลงโทษยังเป็นสิ่งที่ศาลจะต้องพิจารณาอีกด้วย เหตุอื่น ๆ อันเกี่ยวกับการลงโทษนี้มีมากมาย แต่ที่เป็นปัญหาในทางปฏิบัติมากที่สุดก็คือ

- ก. รอกการลงโทษ
- ข. เหตุบรรเทาโทษ
- ค. ละเมิดอำนาจศาล

การใช้ดุลพินิจในการรอกการลงโทษ และการลดโทษ เพราะมีเหตุบรรเทาโทษนั้น มีปัญหาต่อคชของประชาชนทั่วไปว่า เป็นสาเหตุให้กฎหมายคลายความศักดิ์สิทธิ์ เพราะมีการลดหย่อนโทษและรอกการบังคับการตามโทษไป สิ่งที่จะต้องพิจารณาก็คือ ข้อกล่าวหา เช่นนั้น เป็นความจริงหรือไม่ อย่างไรก็ดี หากมีการใช้วิธีการรอกการลงโทษและลดโทษในเหตุบรรเทาโทษอย่างเหมาะสมแล้ว จะก่อประโยชน์ให้กับผู้กระทำผิดในชั้นการปรับปรุงแก้ไข ฉะนั้น แม้จะมีการคัดค้านการใช้อำนาจทั้ง ๒ ประการนี้

อย่างกว้างขวาง แต่ถ้านักผู้พิพากษา เลือกนำเอาวิธีกร ทั้ง ๒ มาใช้ อย่างเหมาะสม แล้ว ข้อคัดค้านคงกล่าวก็จะหมดไปเอง

เกี่ยวกับการ รลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาล คุณพิณิจของศาลในกรณีนี้ เป็นสิ่ง ที่ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวาง เพราะเป็นการใช้ดุลพินิจในการลงโทษที่ แตกต่างไปจากการลงโทษอื่น ๆ อย่างสิ้นเชิง กล่าวคืออำนาจการลงโทษในฐานนี้ เป็นเค็ดษาของศาล และมีทฤษฎีการลงโทษที่ต่างไปจากการลงโทษอื่น ๆ ที่คำนึงถึง สภาพแห่งข้อเท็จจริงและตัวผู้กระทำผิด แต่การลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาล เป็น การลงโทษ เพื่อรักษาศักดิ์ศรีและความศักดิ์สิทธิ์ เค็ดษาของศาลเอง

และไม่ว่า การลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาล จะได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่าง มากมายอย่างไรก็ดี อำนาจของศาลประการนี้ก็จะคงคงมีอยู่ต่อไป เพราะเป็น มาตรการสำคัญของศาล ที่จะทำให้นักบริหารนักพิพากษา อรรถคดีของศาล กำนันไป ไ้โดยเรียบร้อย แต่ศาลเองจะต้องใช้ความระมัดระวังในการใช้ดุลพินิจลงโทษฐาน ละเมิดอำนาจศาลให้มากขึ้นด้วย

Thesis Title Discretion of the court to impose penalties
Name Mr.Nopporn Bhotirungsiyakorn
Thesis Advisor Proffesor Sansern Krichitti
Department Law
Academic Year 1980

ABSTRACT

How to use the discretion in law is very important for every judicial process even Thai-judicial process which include consideration and judgement because it has to be in keeping with other laws.

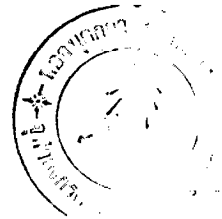
In passing judgement, the judge has to take into consideration the following factors, the discretion can be divided into three parts.

1. The discretion of judgement. At first the court must think of the burden of proof and it must depend upon the law of evidence. Most of the defendants face unfair judgement. The problem of discretion in this court is that the court has to give them to call for witness.

2. The discretion of imposing the penalties. In spite of the evidence, the defendant has been found guilty. It is necessary to impose the appropriate penalties according to the offense.

3. The suspension of punishment, the attenuating
circumstance and the contempt of court are the problem in consider-
ing about the penalties. If the consideration is appreciate
enough it will be useful for the defendant to improve but the
court must take precaution in using the discretion of these three
factors.

กิติกรรมประกาศ



ในการค้นคว้าวิจัย เพื่อทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ
ท่านศาสตราจารย์สรวิชัย ไกรจิตติ เป็นอย่างสูง ที่กรุณาสละเวลา เป็นอาจารย์
ที่ปรึกษาควบคุมการทำวิทยานิพนธ์ ทั้งได้ให้ความช่วยเหลืออนุเคราะห์ผู้เขียนทั้งใน
ด้านการศึกษา ค้นคว้า ตลอดจนให้คำแนะนำช่วยเหลืออย่างดียิ่ง จนทำให้การทำ
วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จไปได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์หญิง ภาไชยที่ไกรกรุณาให้
คำแนะนำ เสนอแนะและสนับสนุนให้ทำวิทยานิพนธ์เรื่องนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ ไชววิไลกุล และ
ท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุชาบดี สัตตบุศย์ ที่ได้ให้ความกรุณาแนะนำและแก้ไข
โครงร่างวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ มุรธา วัฒนะชีวะกุลและ
ท่านอาจารย์ระพงษ์ บุญไธยภาส ที่ได้ตรวจและแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ดร.วารี นาสกุล ท่าน
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ กำธร กำประเสริฐ ท่านอาจารย์ ดร.ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล
คุณพัชรี ไกรจิตติ และคุณประทุม ม่วงกุล ที่ได้อนุเคราะห์ช่วยเหลือในค้นคว้าและ
ภาษาต่างประเทศ ซึ่งเป็นส่วนสำคัญของการค้นคว้าจนวิทยานิพนธ์นี้สำเร็จไปได้ด้วยดี

นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์อุฉฉิ มโนทิโมภย์
ท่านอาจารย์สุเมธ จานประทีป และขอขอบคุณทุกท่านที่ได้ให้ความช่วยเหลือมาด้วยดี
นับตั้งแต่เริ่มการศึกษา ค้นคว้าให้ข้อมูลและให้กำลังใจจนวิทยานิพนธ์นี้สำเร็จได้ด้วยดี

การเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากมีคุณค่าและประโยชน์ในการศึกษาวิชา
นิติศาสตร์อยู่บ้าง ผู้เขียนขอกราบ เป็นกตเวทิตาคุณแก่บิดาและมารดา ตลอดจน
ผู้มีอุปการะคุณอื่น ๆ ที่ได้ให้ความรัก ความเมตตากรุณา รวมทั้งให้การศึกษาน
ผู้เขียนสำมา ารถจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ตามความมุ่งหมาย



| | |
|----------------------------------------------------|-----|
| บทคัดย่อภาษาไทย..... | ๗ |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ | ๖ |
| กิตติกรรมประกาศ | ๙ |
| บทนำ | |
| ภาค ๑ คุณพินิจของศาลในการวินิจฉัยความผิด | ๕ |
| บทที่ ๑ ความเบื้องต้นเกี่ยวกับคุณพินิจ | ๕ |
| ๑. คุณพินิจคืออะไร | ๕ |
| ๒. เมื่อใดจึงจะใช้คุณพินิจ | ๗ |
| ๓. ความสำคัญของคุณพินิจในกฎหมายอาญา | ๑๖ |
| ๔. โทษของคุณพินิจ | ๒๑ |
| ๕. คุณพินิจยุติธรรม | ๒๖ |
| ๒ คุณพินิจขั้นต้นในการลงโทษของศาล | ๔๑ |
| ๑. ประเภทพยาน | ๔๓ |
| ๒. ประเภทข้อเท็จจริง | ๕๐ |
| ๓ ข้อผิดพลาดเกี่ยวกับคุณพินิจในข้อเท็จจริง..... | ๕๔ |
| ๔ การแก้ไขข้อผิดพลาดของคุณพินิจในข้อเท็จจริง..... | ๘๑ |
| ๑. สาเหตุในทางกฎหมาย | ๘๒ |
| ๒. สาเหตุในทางข้อเท็จจริง | ๘๗ |
| ภาค ๒ คุณพินิจของศาลในการกำหนดโทษ | ๑๑๓ |
| บทที่ ๑ ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการใช้คุณพินิจ | ๑๑๓ |
| ๒ ทฤษฎีการลงโทษ | ๑๒๓ |

| | | |
|---------|-------------------------------------------------------------------|-----|
| | ๑. ลงโทษ เพื่อ เป็นการ รทดแทน | ๑๒๕ |
| | ๒. ลงโทษ เพื่อ เป็นการ รชมหมู่ | ๑๒๘ |
| | ๓. ลงโทษ เพื่อ เป็นการ รปรับปรุงแก้ไข | ๑๓๓ |
| ๓ | ข้อเท็จจริงที่ช่วยกำหนดการลงโทษ | ๑๔๘ |
| | ๑. ลักษณะของผู้กระทำผิด | ๑๕๐ |
| | ๒. ลักษณะของผู้เสียหาย | ๑๕๓ |
| | ๓. ผลของความผิด | ๑๕๘ |
| | ๔. ผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธา รณชน | ๑๖๒ |
| ๔ | ดุลพินิจในการวางโทษฐานต่าง ๆ | ๑๗๓ |
| | ๑. ดุลพินิจในการวางโทษ | ๑๗๔ |
| | ๒. วิธีการ เพื่อความปลอดภัย | ๑๘๖ |
| ๕ | การกำหนดโทษในทางปฏิบัติ | ๒๐๒ |
| | ๑. ศาลถือกำหนดตายตัว | ๒๐๔ |
| | ๒. ศาลถือกำหนดไม่ตายตัว | ๒๐๖ |
| | ๓. การแก้ไขข้อขัดข้อง | ๒๐๘ |
| ภาค ๓ | ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัย เหตุอื่น ๆ อันเกี่ยวกับการลงโทษ | ๒๒๖ |
| บทที่ ๑ | รอกการลงโทษ | ๒๒๖ |
| | ๒ เหตุบรรเทาโทษ | ๒๕๒ |
| | ๓ ละเมิดอำนาจศาล | ๒๗๖ |
| | บทสรุปและผลของการใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ | ๓๐๔ |
| | บรรณานุกรม | ๓๐๘ |
| | ประวัติการศึกษา | ๓๑๔ |

บทนำ

Judex acquitatem semper spectare debet

ผู้พิพากษาศาลควรมุ่งถึงความยุติธรรมเสมอ

การที่ศาลจะวินิจฉัยบรรดคดีที่มาสู่ศาลนั้น นอกจากจะต้องพิจารณาถึงปัญหาข้อกฎหมายที่มีบัญญัติอยู่แล้ว ยังจะต้องใช้ดุลพินิจใคร่ครวญไตร่ตรองถึงพฤติเหตุพฤติการณ์ต่าง ๆ ของข้อเท็จจริงที่ปรากฏรวมอยู่ในห้องสำนวนด้วย การใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับปัญหาข้อเท็จจริงเหล่านี้ เป็นอำนาจโดยแท้ของศาลด้วยเหตุที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติกำหนดไว้แน่นอนคง เช่นปัญหาข้อกฎหมาย และการใช้ดุลพินิจในท่านองนี้เอง สิ่งที่เป็นหลักอยู่เบื้องหลังก็คือ การที่ศาลหรือผู้พิพากษาต้องคำนึงถึงความยุติธรรมเสมอ เพื่อจะได้วินิจฉัยบรรดคดีตามที่ปรากฏในปัญหาข้อกฎหมายและปัญหาข้อเท็จจริงให้เป็นไปอย่างเที่ยงธรรม สมกับคำว่า "ศาลเป็นที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน"

สำหรับภารพิจารณาพิพากษาในคดีอาญานั้น แม้ว่าจะมีการวินิจฉัยพิจารณาใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นก็ตาม แต่กฎหมายอาญามีหลักที่เป็นพิเศษอยู่ในตัวเองคือ "กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด" เพราะเป็นกฎหมายที่กระทบถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยตรง หากปล่อยให้ศาลหรือองค์กรใช้ดุลพินิจมากเกินไปในการวินิจฉัยลงโทษ ย่อมจะมีโอกาสให้บุคคลได้รับความเสียหายได้โดยง่าย ด้วยเหตุนี้เอง การใช้กฎหมายอาญาจึงตรงกับภาษิตกฎหมายที่ว่า "กฎหมายที่ดีย่อมเป็นกฎหมายที่ให้โอกาสศาลใช้ดุลพินิจน้อยที่สุด"

ในกรณีกลับกัน การใช้กฎหมายอาญาหากจะใช้ให้เคร่งครัดตามบทบัญญัติของกฎหมายจะไต่หรือไม่ คำตอบคือ ไม่ไต่อีกเช่นกัน เพราะแน่นอนที่เกี่ยว หากคำวินิจฉัยการ ศาล ราชทัณฑ์ ปฏิบัติหน้าที่ของตนตามกฎหมายอาญาอย่างเคร่งครัดที่สุดแล้ว

กฎหมายอาญาก็จะเป็นระเบียบเรียบร้อย แต่ทว่าสังคมนั้นจะอยู่ในสภาพที่แทบจะทนทานไม่ได้ทีเดียว^๑ เหตุที่เป็นเช่นนั้นก็เพราะว่า ภาวะแวดล้อมในการกำหนดหรือจิตใจให้บุคคลกระทำความผิดแตกต่างกัน บางคนอาจจะต้องกระทำความผิดเพราะความจำเป็น หรือจำใจอันมีเหตุควรปราณี แต่บางคนกระทำความผิดนิสัยที่มีสันดานชั่วร้าย หากใช้กฎหมายอาญา เกรงครัตคามบัพผิยยุติทุกตัวอักษร ลงโทษผู้กระทำความผิดอันควรปราณีเป็นลักษณะเดียวกับผู้กระทำความผิดคินิสัยแล้ว แม้จะเป็นการลงโทษที่ชอบด้วยกฎหมายยิ่ง แต่ก็เป็นการลงโทษที่หาความเป็นธรรมไม่ได้เลย

ด้วยเหตุดังกล่าวมาแล้ว องค์ประกอบสำคัญของการใช้กฎหมายอาญา ไม่ว่าจะ เป็นองค์กรที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญาองค์กรใดก็ตาม หากต้องการให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ที่ได้รับผลจากกฎหมายอาญาแล้ว ย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงการใช้ดุลพินิจได้เช่น

พนักงานตำรวจปล่อยตัวผู้กระทำผิดกฎจราจรเล็ก ๆ น้อย ๆ ไป หลังจากที่ได้กล่าวตักเตือนแล้ว แทนที่จะเขียนใบสั่ง เพราะผู้กระทำผิดเป็นผู้ที่ประพฤติดีและมีได้เจตนากระทำผิด^๒

^๑ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, ดุลพินิจในการไม่ฟ้องคดีอาญาที่มีมูลของอัยการในสหรัฐอเมริกา (แผนปลิวคำบรรยายประกอบการศึกษาวิชาวิธีสันติยุติ เปรียบเทียบ, ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์), หน้า ๑ อ้างถึง Breitel, Controls in Primal Law Enforcement, 27 U. Chi.L. Rev. 427 (1960).

^๒ Kenneth Culp Davis, DISCRETIONARY JUSTICE, (2nd ed., Louisiana: Edwards Bros, Inc., 1969), p. 10 แต่ถาพนักงานตำรวจปล่อยตัวไป เพราะเพียงเป็นผู้มีชื่อเสียงดี ถือว่า เป็นการกระทำไม่ชอบ ดู Ibid, p. 12.

พนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้องผู้ให้สินบนข้าราชการ เพราะ เหตุที่ผู้นั้น ได้มอบตัว และ เป็นพยานสำคัญใน การฟ้องข้าราชการผู้รับสินบน °

พนักงานราชทัณฑ์ไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งของศาล ในการบังคับคดีจำคุก พระยอกเมืองขวาง เจ้า เมืองคำมวน เพราะ เหตุที่ถือว่า คำตัดสินของศาลมิได้ เป็นไป โดยชอบด้วยกฎหมาย ๒

ตัวอย่างขององค์กรทั้งสาม ที่ใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติตามกฎหมายอาญาต่างไป จากบทบัญญัติของกฎหมายนี้ เป็นตัวอย่างการ ใช้ดุลพินิจที่ถือกันว่าถูกต้องและทำให้ผู้ที่ได้รับผลตามกฎหมายได้รับความยุติธรรม สำหรับการใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษตามกฎหมายอาญานั้น ศาลเป็นองค์กรสำคัญและมีความเกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอาญา มากที่สุดขององค์กรหนึ่ง ปัญหาการใช้ดุลพินิจจึงย่อมมีมาก เช่นกัน อีกทั้งศาลเป็นสถาบันหลักในการวินิจฉัยกำหนดโทษตามกฎหมายอาญา เพื่อลดแก้นผู้กระทำความผิด ปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ จึง เป็นสิ่งที่ควรค่าแก่การพิจารณา เป็นอย่างยิ่ง ซึ่งหากจะพิจารณาถึงการใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ โดยละเอียดแล้ว สมควรที่จะแบ่งหัวข้อออกพิจารณา เป็นลำดับดังนี้

- ๑. ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยความผิด
- ๒. ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษ
- ๓. ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัย เหตุอื่น ๆ อันเกี่ยวกับ การลงโทษ

คำสั่งไม่ฟ้องนายสมฤกษ์ กิตติสุวรรณ พยานสำคัญในคดีรัฐมนตรีสุจริต จารุ เศรษฐ์ถูกฟ้องฐานรับสินบน รายละเอียดดู วิชาญ เกรืองาม, สังคมการเมืองสำหรับ นักกฎหมาย (พิมพ์ครั้งที่ ๒, กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๒๐), หน้า ๖๒ - ๖๕.

๒ รายละเอียดของคดีพระยอกเมืองขวาง ดู สุจริต ถาวรสุข. คดีพระยอกเมืองขวางเจ้า เมืองคำมวน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์รุ่งเรืองรัตน์, ๒๕๑๕), หน้า ๓๖๖ - ๓๖๗.

วัตถุประสงค์

- ๑. เปรียบเทียบปัญหาการใช้ดุลพินิจในการร้องโทษของศาลไทยและต่างประเทศ
- ๒. ค้นคว้าวิจัยหลักการใช้ดุลพินิจของศาลในการร้องโทษในแง่ต่าง ๆ เพื่อศึกษาและแนวทางในอนาคต

แนว เหตุผลทฤษฎีที่สำคัญหรือสมมุติฐาน

เพื่อค้นคว้าหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจของศาลในการร้องโทษผู้กระทำความผิด

การค้นคว้าและการวิจัย

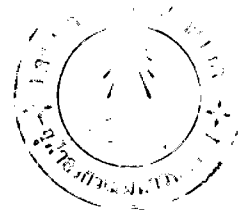
วิทยานิพนธ์นี้จะดำเนินการวิจัยแบบอาศัยเอกสาร (Documentary Research)

ความสำคัญหรือประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัยนี้

เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของศาลในการร้องโทษ
 เพื่อให้สอดคล้องกับทฤษฎีการร้องโทษ และการแก้ไขผู้กระทำความผิดหลัก
 อาชญาวิทยา เพื่อให้หน้าหลักเกณฑ์ที่ได้รับจากกรณีใช้เป็นหลักในการใช้ดุลพินิจ
 ในการร้องโทษให้กว้างขวาง

ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยความผิด

ความเบื้องต้นเกี่ยวกับดุลพินิจ



การที่จะพิจารณาถึงปัญหาต่าง ๆ เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ ไม่ว่าจะ เป็นการพิจารณาถึงปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยความผิดก็ดี การใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษก็ดี หรือการใช้ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยเหตุอื่น ๆ อันเกี่ยวกับการลงโทษก็ดี สิ่งสำคัญยิ่งที่ควรแก่การทำความเข้าใจ เป็นประการแรก ควรได้แก่การทำความเข้าใจกับคำว่า "ดุลพินิจ" และรวมถึงลักษณะต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับดุลพินิจอันจะเป็นประโยชน์และแนวทางในการทำความเข้าใจในหัวข้ออื่น ๆ ต่อไป

๑. ดุลพินิจคืออะไร

คำว่า "ดุลพินิจ" ความหมายตามความเข้าใจโดยทั่วไปหมายถึงการวินิจฉัยเห็นสมควร^๑ มีลักษณะเป็นคำนาม ตรงกับภาษาอังกฤษว่า "Discretion" ซึ่งมาจากรากศัพท์ภาษาลาตินว่า "Discretio"

สำหรับความหมายในทางกฎหมายนั้น มีความหมายว่า เป็นอำนาจหรือสิทธิพิเศษ (privilege) ของศาลที่จะพิจารณาหลักความยุติธรรม^๒ ซึ่งสิทธิ

^๑ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๔๘๓, พิมพ์ครั้งที่ ๑๑. (พระนคร: โรงพิมพ์การศาสนา, ๒๕๑๓), หน้า ๓๓๘.

^๒ Black's Law Dictionary, 4th ed. (St Paul, Minn: West Publishing Co., 1951), p. 553.

พิเศษหรืออำนาจที่พิจารณาไปตามภาวะแวดล้อมแห่งพฤติการณ์ (circumstances) และรวมถึงการใช้วิชา ญาณคติในการตัดสินคดีของตัวผู้พิพากษานั้นเอง โดยไม่ขึ้นกับ วิชา ญาณหรือการตัดสินของบุคคลอื่นใด (uncontrolled by the judgment or conscience of others.)

ความหมายในทางกฎหมายของ "ดุลพินิจ" มีกว้างกว่าที่กำหนดไว้รัดกุม มิได้จำกัดอยู่เพียงแค่นั้น เพราะยังมีความหมายเคยไปถึงการใช้ดุลพินิจในกระบวนการ พิจารณาคติวิธี การ รูปการ ความหนักเบาของข้อหา และองค์ประกอบอื่น ๆ อีก มาก^๑ ในบางครั้งการจะพิจารณาพิเคราะห์ถึงความหมายของคำว่า ดุลพินิจนั้น ยังมีความสับสนซับซ้อนอยู่ด้วย เช่นในการพิจารณาใช้ดุลพินิจ เกี่ยวกับกระบวนการ พิจารณ นอกเหนือจากการพิจารณาซึ่งนำหนักพยานแล้ว ยังต้องคาดคะเน เกี่ยวกับข้อเท็จจริง บางอย่างที่ยังไม่แจ่มแจ้ง และทำคำพิพากษา เกี่ยวกับกฎหมายที่เคลือบคลุมอยู่อีกด้วย (not only weighing desirability but also guessing about unknown facts and making a judgment about doubtful law)^๒

ในหลายครั้งที่ความหมายของคำว่า "ดุลพินิจ" อาจรวมหรือไม่รวมถึงคำ พิพากษาที่จะต้องพิจารณาค้นหาข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานที่ขัดแย้งกัน (conflicting evidence) อีกทั้งจำต้องปรับข้อเท็จจริง เหล่านั้นให้เข้ากับหลักกฎหมายที่ยัง เคลือบคลุม อยู่อีกด้วย^๓ แต่อย่างไรก็ดี ความหมายของดุลพินิจ ไม่ว่าจะในทางปฏิบัติจะมีมากมาย สับสนประการใดก็ตาม หากนำข้อเท็จจริง เกี่ยวกับปัญหาดุลพินิจทั้งหมดมาแยกพิจารณา แล้ว ความหมายของดุลพินิจคงมีอยู่เพียง ๓ ประการ เท่านั้นคือ

- ๑. ค้นหาข้อเท็จจริง (finds facts)

^๑ K.C. Davis, op.cit., p. 4.

^๒ Ibid.

^๓ Ibid, p. 5.

๒. ข้อมติข้อเท็จจริง เข้ากับหลักกฎหมาย (applies law)

๓. พิจารณา เกี่ยวกับพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ภายหลังจากที่ทราบ
ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายแล้ว (decides what is desirable in the
circumstances after the facts and the law are known)

องค์ประกอบ ๓ ประการของดุลพินิจนี้ เป็นที่ยอมรับกันว่าครอบคลุมความ
หมายทั้งหมดของคำว่า ดุลพินิจในทางกฎหมาย และมักเรียกองค์ประกอบทั้ง ๓ นี้รวมกัน
ว่า "พฤติกกรรมแห่งดุลพินิจ" (the exercise of discretion)^๑

ด้วยเหตุที่ดุลพินิจในทางกฎหมาย มีความหมายและพฤติกกรรมดังได้กล่าวไว้แล้ว
นี้เอง ทางปฏิบัติเกี่ยวกับบรรดาคดีในหลาย ๆ ครั้งจึงไม่มีความจำเป็นที่จะแยกข้อ
เท็จจริง ข้อกฎหมาย และดุลพินิจให้ออกจากกัน^๒ เพราะการค้นหาข้อเท็จจริง
ซึ่งบางครั้ง เป็นส่วนหนึ่งของกรากำหนดข้อบังคับกฎหมาย เช่นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคู่ความ
ที่จำต้องนำเอากฎหมายมาปรับใช้ ซึ่งเรียกว่า "adjudicative facts"^๓ ส่วน
ข้อเท็จจริงที่ใช้ในวัตถุประสงค์ของการกำหนดข้อบังคับกฎหมายหรือนโยบายหรือพฤติกกรรม
แห่งดุลพินิจเรียกว่า "legislative facts" และไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม
องค์ประกอบสำคัญที่จะทำให้กฎหมายอาญาดำเนินไปด้วยความราบรื่นและยุติธรรม
จำต้องประกอบขึ้นด้วยข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และดุลพินิจนี้เอง

๒. เมื่อใดจึงจะใช้ดุลพินิจ

ในคดีความผิดเกี่ยวกับกฎหมายอาญานั้น สิ่งสำคัญที่สุดก็คือตัวบทกฎหมายที่
จะใช้พิจารณาว่า ข้อเท็จจริงตามที่เกิดขึ้นนั้น จะต้องกับองค์ประกอบของกฎหมายใน

^๑ Ibid., p. 4.

^๒ Ibid.

^๓ Ibid., p. 5. อ้างถึง Davis, Administrative Law

บทภาคราใด จากนั้นศาลก็นำเอาบทกฎหมายดังกล่าวมาปรับบังคับใช้แก่ผู้กระทำความผิด เมื่อ เป็นดังนี้จะเห็นได้ว่าความผิดทางอาญานั้น เมื่อ เกิดขึ้น เป็นข้อเท็จจริงแล้ว ขั้นตอนต่อไป เป็นการวินิจฉัยกฎหมายปรับ เขาก็ข้อเท็จจริง หากเป็นเช่นนี้ เมื่อใดเวลาใดจริง จะใช้ดุลพินิจ

หากย้อนกลับไปพิจารณาถึงความหมายของดุลพินิจแล้ว จะเห็นว่า ดุลพินิจนั้น แทรกไข้อยู่ในขณะศาลพิจารณาค้นหาถึงข้อเท็จจริง หรือข้อกฎหมาย ด้วยเหตุที่เป็น การยากในบางครั้งที่จะแยกความสัมพันธ์ระหว่างข้อเท็จจริง กฎหมาย และดุลพินิจออกจากกัน เมื่อกล่าวเช่นนี้ เวลาที่จะใช้ดุลพินิจ ก็คือเวลาที่จะใช้กฎหมายนั่นเอง

แม้จะเป็นที่ทราบแล้วว่า เวลาที่จะใช้ดุลพินิจ เป็นเวลาที่ใช้กฎหมายปรับ เข้ากับข้อเท็จจริง หรือเวลาที่ใกล้เคียงกับเวลา เช่นนั้น แต่ก็มีเวลาที่จะใช้ดุลพินิจในกรณีอื่นที่สำคัญควรแก่การพิจารณา ซึ่งเป็นเวลาที่นอกเหนือจากความเข้าใจในเบื้องต้นนั้น กล่าวคือ

๒.๑ เมื่อไม่มีกฎหมาย เมื่อใดก็ตามที่สังคมต้องการ ความยุติธรรม ก็สามารถจะหาความเป็นธรรมได้จากบทบัญญัติต่าง ๆ ที่รัฐได้บัญญัติขึ้น แต่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นหรือกฎหมายที่มีที่มาอย่างอื่นนอกจากการบัญญัติตราขึ้นนั้น ย่อมมีช่องว่างซึ่งมิได้บัญญัติคลุมถึงไว้อยู่หลายประการ ไม่ว่าจะการไม่บัญญัติขึ้นนั้นจะเป็นด้วยจงใจหรือไม่ จงใจของฝ่ายนิติบัญญัติก็ตาม หากจะต้องมีการให้ความยุติธรรมเป็นเฉพาะกรณีไป (Individualized Justice) การใช้ดุลพินิจจะเริ่มต้นเมื่อนั้น กรณีเช่นนี้จะกล่าวให้รวบรัดก็คือ "เมื่อใดที่กฎหมายครอบคลุมไปไม่ถึง การใช้ดุลพินิจก็เริ่มต้น"

รองพล เจริญพันธ์, "การใช้ดุลพินิจในกฎหมายเยอรมัน." วารสาร นิติศาสตร์, ปีที่ ๘ ฉบับที่ ๔ (๒๕๒๑), หน้า ๓

คำกล่าวที่ว่า "เมื่อใดที่กฎหมายครอบคลุมไปไม่ถึง การใช้อุทธรณ์ก็เริ่มขึ้น" นี้ ฟังดูก็เป็นคำกล่าวที่ไร้เหตุผลยิ่ง เพราะตามหลักกฎหมายนั้น หากมีช่องว่างกฎหมายเกิดขึ้น ต้องเป็นหน้าที่ของศาลที่จะอุดช่องว่างกฎหมายไว้ด้วยวิธีอุดช่องว่างของกฎหมายนั้น อย่างไรก็ตาม การที่มีช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นแล้ว เป็นเหตุให้ศาลหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องจะใช้อุทธรณ์เพื่อปิดช่องว่างใค่นั้น ปกติเป็นเรื่องของกฎหมายอื่นนอกเหนือจากกฎหมายอาญา เช่นตามหลักกฎหมายปกครอง^๑ เป็นต้น ส่วนตามหลักกฎหมายอาญา หรือในการใช้กฎหมายอาญานั้น หลักดังกล่าวจะต้องเป็นไปอย่างระมัดระวัง และไม่ควรรใช้พร่ำเพรื่อ เพราะเหตุที่กฎหมายอาญานั้นมีหลักว่า "กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด" การจะปรับใช้กฎหมายอาญาต้องเป็นกรณี "มีกฎหมายจึงจะมีความผิด" ดังสุภาษิตกฎหมายที่ว่า "ไม่มีกฎหมาย ไม่มีผิด ไม่มีโทษ" (Nulla poena, nullum crimen, sine lege) เหตุที่หลักกฎหมายอาญา เป็นเช่นนี้ก็เพราะว่า กฎหมายอาญา เป็นกฎหมายที่กระทบถึงสิทธิส่วนบุคคลโดยตรง หากปล่อยให้องค์กรใดใช้กฎหมายอาญาโดยไม่มีขอบเขตแล้ว สิ่งที่ประชาชนได้รับนั้นจะมีสิทธิความยุติธรรม แต่จะเป็นการรกดขี่ ข่มเหงจากองค์กรหรือผู้มีอำนาจปฏิบัติกรตามกฎหมายอาญา และด้วยเหตุเช่นนี้เอง จึงได้มีคำกล่าวที่สำคัญ ๕ คำ สดักจาร์ก เคือนใจผู้ปฏิบัติตามกฎหมายอาญาอยู่ในก้นหิน หน้าที่ทำการกระทำความผิดนั้นบนถนนเพนซิลวาเนีย ในวอชิงตันว่า "Where law ends tyranny begins."^๒ ซึ่งหมายความว่า "เมื่อใดที่กฎหมายครอบคลุมไปไม่ถึงหรือยุติลง การรกดขี่อันไม่เป็นธรรมก็จะเริ่มขึ้น"

^๑ เรื่อง เคิม, และ K.C. Davis, op.cit., pp. 3 - 4.

^๒ รวงพล เจริญพันธ์, เรื่อง เคิม, หน้า ๒ - ๓, K.C. Davis, op.cit., p. 3 พฤติกรรมเช่นนี้ในทางปฏิบัติเกิดขึ้นมาก ในการปฏิบัติกรของ ตำรวจบางนาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรปฏิบัติกรตามกฎหมายว่าด้วยอันธพาลหรือภัยสังคม.

แม้จะมีถ้อยคำที่ว่า "Where law ends tyranny begins." ก็ตาม แต่
 ก็ เป็น เพียง การ เติมนก ไร่ ใช้ดุลพินิจของผู้ปฏิบัติกฎ หมาย กฎหมาย ก็ หวัง สันติ วร เพื่อ จะ ได้
 ใช้ดุลพินิจในทางถูกต้อง เท่านั้น ทว่า ไม่มีความหมายแต่เพียงว่า "tyranny begins"
 (การ รกชี่ ไม่ เป็นธรรม ก็ จะ เริ่มขึ้น) แต่ เปรียบ อย่าง เดียว ไม่ เพราะ ใน บาง โอกาส หรือ
 หลาย โอกาส แม้ เป็น การ ปฏิบัติ การ ตาม กฎหมาย อาญา และ เป็น ช่องว่าง ของ กฎหมาย
 เพื่อให้ เกิด ความ เป็น ธรรม ศาล หรือ องค์การ ที่ ปฏิบัติ ตาม กฎหมาย อาญา ก็ จำ ต้อง "ใช้
 ดุลพินิจ" เช่นกัน ซึ่ง ใน กรณี เช่น นี้ ก็ จะ เปลี่ยน จาก คำว่า "Where law ends tyranny
 begins" มา เป็น คำว่า "where law ends discretion begins" ° (เมื่อ ใด ที่
 กฎหมาย ครอบคลุม ไป ไม่ ถึง การ ใช้ดุลพินิจ ก็ เริ่มขึ้น) ซึ่ง การ ใช้ดุลพินิจ นี้ เอง อาจ เป็น
 ที่มา ของ ผล ประโยชน์ หรือ การ รกชี่, ยุติธรรม หรือ อยุติธรรม แม้ ว่าจะ ทั้ง การ มี เหตุผล
 หรือ ไร้ เหตุผล ๒ แล้ว แต่ ว่า ผู้ ใช้ดุลพินิจ จะ ใช้ เหตุผล หรือ อำนาจ ของ ตน ไป ใน ทาง
 ใด

เกี่ยวกับ กรณี ที่ ไม่ มี กฎหมาย แล้ว การ ใช้ดุลพินิจ ใน ทาง กฎหมาย อาญา นั้น
 ด้วย เหตุ ที่ กฎหมาย อาญา ย่อม มี อยู่ ใน สถานะ ที่ กฎหมาย ว่า "ไม่มีกฎหมาย ไม่มีผิด ไม่มี
 โทษ" ใน ทาง ปฏิบัติ จึง พบ เห็น การ ใช้ดุลพินิจ ใน กรณี ที่ ไม่ มี กฎหมาย น้อย มาก จะ กล่าว
 ว่า ไม่มี เสี่ยง เล็ก ก็ ไม่ ได้ และ ได้ เริ่ม มี ปัญหา ให้ นักนิติศาสตร์ บาง กลุ่ม ชบคิด กัน ซึ่ง เป็น
 กรณี ที่ ต้อง ใช้ดุลพินิจ ใน กรณี ที่ ไม่ มี กฎหมาย บัญญัติ อัน เป็น ตัวอย่าง ที่ ดี สำหรับ นำ มา พิจารณา
 คือ

ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๔๔ บัญญัติว่า "ผู้ใด ฆ่าผู้อื่น..."
 คำว่า "ผู้อื่น" ใน ที่ นี้ เป็น ที่ ยอมรับ กัน โดยทั่ว ไป ว่า จะต้อง เป็น ผู้ ที่มี ภาพบุคคล ตาม ที่ บัญญัติ ไว้
 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕ ว่า "สภาพบุคคลย่อม เริ่ม แต่ เมื่อ สลอบ

° Ibid.
 ๒ Ibid.

แล้วอยู่รอด เป็นทา รก..." สำหรับความหมายของคำว่า "คลออด" นั้น หมายถึงการ
 ออกมาจากห้องหรือครุ มักรก ณะนั้น การคลออดของบุคคลโดยธรรมชาติ ไม่ว่าโดย
 วิธีทางธรรมชาติหรือการ มา ตักก็ยังคงอยู่ในความหมายของ "คลออด" ต่อมา มีนักนิติศาสตร์
 บางกลุ่ม^๑ ตั้งปัญหาว่า หากต่อไปในอนาคตวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีก้าวหน้า
 มากขึ้น ใ ก้มีการ ผลิตประ ติน้ จูการ์ รสร้างทา รกขึ้นโดยมิได้ผ่านการตั้งคร มักรกของมารคา มา
 ก่อน เช่นน้ำ น้ำ เชื้อของบี กามารคา มาใส่ในตู้ทดลอง แล้วทำให้น้ำ เชื้อนั้นกลายเป็น
 ทา รกขึ้นมา ทา รกนั้นจะ เป็นบุคคลตามนัยแห่ง มาตรา ๑๕ หรือไม่ หากมีผู้ใดไปฆา
 ทา รกนั้น ผู้นั้นจะมีความผิดฐานฆา ต์ผู้อื่น ตาม มาตรา ๒๕๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา
 หรือไม่ ปัญหาหนักแน่น เกิดขึ้นมาจริง ก็จะเป็นกรณีพิพาทจะต้องใช้ดุลพินิจในการปรับ
 ข้อเท็จจริง เข้ากับหลักกฎหมาย (applies law)^๒ ซึ่ง เป็นการ ใช้ดุลพินิจอย่าง
 หนึ่ง

๒.๒ แม้มีกฎหมายแต่ใช้ดุลพินิจ เพราะให้ผลที่ดีกว่า ในการพิจารณาว่า
 เวลาใดควรจะใช้ดุลพินิจนี้ ลักษณะสำคัญของการทำความเข้าใจจะคาบ เกี่ยวกับการ
 พิจารณาถึงขอบ เขตแห่งดุลพินิจ (confining discretion) อยู่มาก การจะ
 พิจารณาว่า เมื่อถึง เวลา นั้นควรใช้ดุลพินิจอย่างไร เมื่อถึง เวลา นั้นควรใช้ดุลพินิจแบบนี้
 เช่นนี้ เป็น เรื่องของขอบ เขตแห่งการ ใช้ดุลพินิจ ซึ่ง เป็น เรื่องสำคัญที่จะกล่าวถึงต่อไป
 แต่ปัญหาการ พิจารณาว่า เมื่อใดควรจะใช้ดุลพินิจนี้ ต่างกับขอบ เขตแห่งดุลพินิจ เพราะ

โดย เฉพาะอย่างยิ่งในบรรดา อัจจา รยผู้สอนวิชา กฎหมายแพ่งและพาณิชย์
 ว่าด้วยบุคคล ในหลายสถาบัน ได้ยกตัวอย่างนี้ในการ อธิบายถึงความใน มาตรา ๑๕
 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นประจำ เช่นในการ บรรยายในคณะนิติศาสตร์
 มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

^๒ เป็นดุลพินิจอย่างไร ดูความหมายของดุลพินิจ ในบทที่ ๑ ข้อ ๑.

จะเป็นการพิจารณาโดยตรงว่า เมื่อนั้นจึงจะใช้ดุลพินิจ หากเป็นเวลานี้ยังไม่ต้องใช้ดุลพินิจ แต่ความแตกต่างของขอบ เขตแห่งดุลพินิจและกำหนดเวลา ใช้ดุลพินิจมีความใกล้เคียงกัน บางครั้งอาจทำให้สับสนได้ง่าย ฉะนั้นก่อนที่จะพิจารณาถึงกำหนดเวลาใช้ดุลพินิจในข้อนี้ จึงจำต้องแยกพิจารณาเสียก่อนระหว่างความคล้ายคลึงกันของลักษณะทั้งสองประการ

คงได้พิจารณาในข้อ ๒.๑ มาแล้วว่า กำหนดเวลาพิเศษในการที่จะเลือกใช้ดุลพินิจนั้น หลักสำคัญ เป็นกรณีที่ไม่มีความหมายบังคับครอบคลุมถึง ฉะนั้น เพื่อปิดช่องว่างของกฎหมายจึงจำต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาไปตามความเหมาะสม แต่สำหรับเวลาที่ใช้ดุลพินิจที่จะกล่าวถึงนี้ กฎเกณฑ์และวิธีการแตกต่างไปจากเดิมโดยสิ้นเชิง เพราะเป็นการให้ใช้ดุลพินิจ แม้ว่าจะมีกฎหรือกฎหมายอยู่ก็ตาม แต่การให้ดุลพินิจนั้นจะให้ผล (ความยุติธรรม) ที่ดีกว่า (A rule is undesirable when discretion will serve better)^๑

เวลาใช้ดุลพินิจในข้อนี้ เป็นการให้อย่างละเอียดอ่อนและเฉพาะกรณี โดยจะต้องใช้ความระมัดระวังในการเลือกโอกาสในการใช้ดุลพินิจมากกว่าการใช้ดุลพินิจในกรณีที่ไม่มีกฎหมาย และในกรณีเช่นนี้ ไม่ว่าจะเป็นการใช้กฎหมายหรือกฎอย่างใดก็ตาม ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา กฎหมายปกครองและอื่น ๆ ศาลหรือองค์กรเหล่านั้นจะต้องพึงใช้ความระมัดระวังการใช้ดุลพินิจแทนกฎเกณฑ์เป็นอย่างยิ่ง และจะพึงนำดุลพินิจมาใช้แทนกฎหรือกฎหมายก็เฉพาะเป็นที่เห็นว่า เมื่อใช้ดุลพินิจแล้ว จะอำนวยความยุติธรรม หรือ เป็นสาระประโยชน์ยิ่งกว่าการใช้กฎเกณฑ์หรือกฎหมาย เพราะฉนั้น หากใช้อย่างพร่ำเพรื่อ ไร้ขอบเขตแล้ว ดุลพินิจนั้นเองจะสร้าง ความยุติธรรมอย่างหาสิ่งเปรียบประมาณมิได้^๒

^๑ K.C. Davis, op.cit., p. 54.

^๒ ดูการควบคุมและกำหนดขอบเขตแห่งดุลพินิจในตอนต่อไป.

เมื่อใดก็ตามที่ศาลหรือองค์กรที่ใช้กฎหมาย ได้พิจารณาแล้ว เห็นว่ากฎ เกณฑ์ หรือกฎหมายที่มีบัญญัติไว้ ไม่อาจสนองตอบความยุติธรรมเฉพาะราย กรณีหรือเฉพาะบุคคล ได้ (individualized justice) ศาลหรือองค์กร เช่นนั้นก็อาจ เลือกใช้ดุลพินิจของตน แทนกฎหมายหรือกฎ เช่นนั้นได้ การเลือกใช้ดุลพินิจแทนกฎหรือกฎหมายนั้น หากสามารถ ให้ผลดีกว่าการใช้กฎหมายอย่างจริงจังแล้ว ดุลพินิจนั้น เองก็จะกลายเป็นกฎ เกณฑ์ขึ้นมา ในภายหลัง เช่น การที่ court of chancery ได้ใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยคดี โดยไม่ถือตามกฎ เกณฑ์ของ common law จนได้กลายมาเป็น Equity ซึ่งถือเป็นกฎหมายอีกประเภท ของอังกฤษในภายหลัง^๑ หรือในยุคทอง (classical period) แห่งกฎหมายของโรมันก็เช่นกัน ในขณะนั้น หลักกฎหมายของโรมคือ Ius Civile ซึ่งกำหนดให้การดำเนินกิจกรรมใดก็ตาม จะต้องทำถูกต้องตามแบบ (formula) มิเช่นนั้นนิติกรรมนั้น เป็นโมฆะ โดยมีได้พิจารณาถึง เจตนาของคู่ สัญญา เลย หลักกฎหมายใน Ius Civile นี้ สร้างความไม่เป็นธรรมให้กับ คู่สัญญา เป็นอย่างมาก ทำให้ Praetor ซึ่งเป็นผู้บริหารกฎหมายแห่งโรม ได้ ใช้ดุลพินิจพิจารณาให้สิทธิตามสัญญาแก่คู่กรณี โดยไม่พิจารณาถึงบทบัญญัติใน Ius Civile สร้างกฎ เกณฑ์ขึ้นใหม่ตามดุลพินิจของตน และให้ผลในความเป็นธรรม แก่คู่สัญญา เป็นอย่างยิ่ง ดุลพินิจของ Praetor นี้เอง เป็นที่มาของหลักกฎหมาย เกี่ยวกับสิทธิครอบครอง (possessio) มาตราบททุกวันนี้^๒

จะ เห็นได้ว่า การที่ศาลหรือองค์กรที่บริหารกฎหมาย เลือกใช้ดุลพินิจแทนการใช้กฎหมายหรือกฎ เกณฑ์ทางกฎหมายนั้น ได้มีมานานแล้วตั้งแต่ ๓๐๐ ปีก่อนคริสตกาล

^๑ Black's Law Dictionary, op.cit., pp. 634 - 635.

^๒ ความละเอียด คู Barry Nicholas, An Introduction to Roman Law (London: Oxford University Press, 1962), pp. 23 - 26.

และถือว่า หากการ เลือกใช้ดุลพินิจแทนกฎหมาย เป็นการกระทำด้วยใจบริสุทธิ์ มุ่งสร้าง ความยุติธรรมให้สังคมแล้ว ดุลพินิจ เช่นนั้นย่อมได้รับการยอมรับนับถือตลอดไป ไม่ว่าจะ เป็นเวลานานเท่าใดก็ตาม

การใช้ดุลพินิจแทนกฎ เกณฑ์หรือกฎหมายนี้ หากจะมีเฉพาะในอดีตกาลเท่านั้น แม้ในปัจจุบันศาลหรือองค์กรทางกฎหมาย หากพิจารณา เห็นว่าใช้ดุลพินิจแล้วจะให้เกิด ได้ดีกว่ากฎหมายที่บัญญัติไว้ ก็ยังคง เลือกที่จะใช้ดุลพินิจอยู่นั่นเอง เช่น ในคดี F.C.C.v.

RCA Communication, (1953)^๑ ข้อเท็จจริง เป็น เรื่องของนักธุรกิจที่ต้องการ จัดตั้งบริษัทใหม่ เพื่อทำการ ผลิตออกขายสาร เป็นบริการ แก่ประชาชน แต่เพราะติดขัด ในกฎ เกณฑ์การ จัดตั้ง เกี่ยวกับ "นโยบายรัฐ เกี่ยวกับการ สนับสนุนการ แข่งขัน" (the national policy in favor of competition) ศาลสูงสหรัฐต้องการ ความหมาย ของคำว่า "national policy" จึงได้ส่งรายละเอียดแห่งคดีไปให้ทำรายงานเกี่ยวกับ พฤติการณ์แห่งคดีที่ปรากฏนั้น เพื่อจะนำเอาข้อเท็จจริง เช่นนั้นมา กำหนดถึงความ เป็น "national policy" แทนการ เปิดดูในหลัก เกณฑ์เบื้องต้นของกฎหมายนั้นที่ได้นิยาม ความหมายของ "national policy" ไว้แล้ว โดยศาลสูงของสหรัฐ เห็นว่า ใน กรณีเช่นนี้หากใช้ดุลพินิจพิจารณา รายละเอียดเฉพาะคดี (ad hoc determination) แล้ว ให้ผลดีกว่าที่จะใช้บทบัญญัติกฎ เกณฑ์ที่ เขียนคลุมถึงหลาย ๆ กรณีไว้

สำหรับ การใช้ดุลพินิจแทนกฎหมายในประเทศไทยก็มีใช้เช่นกัน ดังปรากฏใน คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๑๘๘/๒๕๑๖ ข้อเท็จจริง เป็น เรื่องการ ลักลอบตัดไม้ในป่า สงวนแห่งชาติ โดยจำเลยใช้เครื่องมือในการ ลักลอบตัดไม้ของผู้อื่น ซึ่งมีใ้รู้ เห็นในการ กระทำความผิด บทบัญญัติในพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ ใ้บัญญัติให้รับทรัพย์สิน ที่นำมา เป็นเครื่องมือในการ ลักลอบตัดไม้ ไม่ว่าจะ เป็นทรัพย์สินของผู้อื่นที่ไม่รู้ เห็นใน การกระทำความผิดด้วยก็ตาม ประเด็นที่ขึ้นสู่ศาลฎีกาให้พิจารณาคือ ศาลจะรับทรัพย์

^๑ K.C. Davis, Loc. cit. อ้างถึงที่มาใน 346 U.S. 86 (1953).

ของผู้อื่นที่ไม่รู้ เห็นด้วยในการกระทำความคิดหรือไม่ หากพิจารณาตามข้อกฎหมายแล้ว แม้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๖ จะบัญญัติให้เจ้าของทรัพย์สินไม่รู้เห็นในการกระทำความคิดสามารถร้องขอทรัพย์สินได้ แต่มาตรา ๑๗ แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า เมื่อกฎหมายอื่นได้บัญญัติไว้อย่างแจ่มชัดกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ก็ให้ศาลใช้บทบัญญัติในกฎหมายอื่นนั้นบังคับกับคดี ในกรณีเช่นนี้ ตามหลักกฎหมาย ศาลจะต้องรับทรัพย์สิน ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ ในคดีนี้ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไม่รับทรัพย์ โดยอ้างว่า บทบัญญัติที่ให้รับทรัพย์สินของผู้อื่นที่มีใ้รู้เห็น เป็นใจในการกระทำความคิด เป็นบทบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยกฎ ปรกครองในระบบประชาธิปไตย และขัดกับหลัก เหตุผลทั่วไปในกฎหมายอาญา

ตามนัยแห่งคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ แสดงให้เห็นว่าศาลไม่ยอมใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายมาบังคับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น แต่ใช้ดุลพินิจของตนปล่อยทรัพย์สินนั้นเสีย ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลฎีกานี้ย่อมก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าของทรัพย์สินนั้น ด้วยเหตุที่ตนไม่ทราบว่า จะมีผู้นำเอาทรัพย์สินของตนไปใช้ในการกระทำผิด หากศาลยอมปฏิบัติบังคับการตามกฎหมายแล้ว ผลร้ายย่อมตกอยู่กับผู้บริสุทธิ์ การเลือกใช้ดุลพินิจของศาล เช่นนี้ จึง เป็นการวินิจฉัยที่เหมาะสมและทำให้ประชาชนอุ่นใจได้ว่า ศาลสถิตยยุติธรรม จะเป็นที่ยิ่งแห่งสุดท้ายให้กับคนได้

เป็นสิ่งที่จริงแท้แน่นอนว่า หากศาลหรือองค์กรผู้ใช้กฎหมาย ใช้กฎหมายในทางมุ่งสร้างความยุติธรรม ย่อมใช้ดุลพินิจที่เป็นธรรมแทนการใช้กฎหมายในบางกรณีอย่างเหมาะสมแล้ว ดุลพินิจ เช่นนั้นย่อมเป็นดุลพินิจที่แท้จริงตามความหมายของ Sir Edward Coke ที่ได้กล่าวไว้เป็นภาษาลาตินว่า "Discretio est discernere per legem quid sit justum" ซึ่งหมายความว่า ดุลพินิจคือการรู้รอบเรื่องกฎหมายว่า สิ่งใดควร เป็นธรรม

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

๓. ความสำคัญของดุลพินิจในกฎหมายอาญา

สิ่งที่ได้รับฟังมาอยู่เสมอ จนเป็นถ้อยคำที่ชินหูแล้วคือวลีที่กล่าวโดยปราชญ์ อริสโตเติล (Aristotle) ว่า "ที่ไหนมีสังคม ที่นั่นมีกฎหมาย" วลีนี้เป็นคำกล่าวที่ ชอบด้วยเหตุผลและยอมรับกันว่า ในสังคมทุกสังคม หากต้องการความสงบสุขภายใน สังคมแล้ว ย่อมจะปราศจากเสียซึ่งกฎหมายไม่ได้

กฎหมายทุกฉบับย่อมจะต้องมีดุลพินิจอยู่ด้วย หรืออาจกล่าวได้ว่า "ที่ไหนมี กฎหมาย ที่นั่นมีดุลพินิจ" ถ้อยคำวลีนี้อาจ เป็นสิ่งที่ยังใหม่อยู่ต่อบุคคลทั้งหลาย ซึ่งต่าง กับถ้อยคำแรกที่ว่าที่ไหนมีสังคม ที่นั่นมีกฎหมาย แต่แท้จริงแล้วถ้อยคำของวลีประโยค หลัง เป็นถ้อยคำที่มีชื่อเสียง ซึ่ง Cohen ได้กล่าวไว้ตั้งแต่ ค.ศ. ๑๘๓๓ แล้วว่า "เมื่อมีกฎ (หมาย) ก็ย่อมต้องมีดุลพินิจอยู่เคียงคู่" (Rules must be supplemented with discretion)^๑ เพราะเป็นสิ่งที่ยอมรับในข้อเท็จจริงกันว่า หากการบังคับใช้ กฎหรือกฎหมายใดโดยตรงเพียงประการเดียว สิ่งนั้นเป็นความอยุติธรรม เพราะไม่อาจ สนองตอบความยุติธรรมเฉพาะรายกรณีได้ สิ่งซึ่ง Cohen ถือว่าสามารถสนองความ ยุติธรรมได้อย่างแท้จริงนั้น จะต้องเป็นสิ่งที่สามารถสนองความยุติธรรมได้ทุกกรณี และสิ่งจะเป็นเครื่องช่วยกำหนดให้กฎหมายช่วยสนองความยุติธรรมรายกรณีได้นั้น ก็คือดุลพินิจนั่นเอง ซึ่ง Cohen เรียกดุลพินิจนี้ว่า "ชีวิตและความยืดหยุ่นได้" (the life and flexibility) ดังปรากฏในคำร้องพิเศษที่ Cohen นั้นเอง เคยกล่าวไว้ว่า "Legal history shows, if not alternating periods of justice according to law and justice without law, at least periodic waves of reform during which the sense of justice, natural law, or

^๑ K.C. Davis, op.cit., p. 19.

equity introduces life and flexibility into the law and makes it adjustable to its work. In course of time, however, under the social demand for certainty, equity gets hardened and reduced to rigid rules, so that after a while, a new reform wave is necessary.^๑

เมื่อ เป็นที่ยอมรับกันแล้วว่า กฎหมายที่จะ เป็นกฎหมายที่ดีได้นั้น จะต้องมีความยืดหยุ่นอยู่ด้วย เพื่อประโยชน์ในการ รวบรวมความยุติธรรม เฉพาะบุคคลหรือกรณี ด้วย เหตุที่จุดพินิจนั้นทำให้กฎหมาย "flexibility into law and makes it adjustable to its work" ฉะนั้น คำกล่าวที่ว่า "ที่ไหนมีกฎหมาย ที่นั่นย่อมมีจุดพินิจ" เป็นถ้อยคำที่มีใก้ล่ไปจากความจริง เลย

และเมื่อ เป็นที่ยอมรับกันว่ ที่ใดมีกฎหมายที่นั่นมีจุดพินิจ ฉะนั้น จากถ้อยคำที่ว่า "ที่ไหนมีสังคม ที่นั่นมีกฎหมาย" ก็ย่อมจะหมายความว่า "ที่ไหนมีสังคม ที่นั่นมีกฎหมายและจุดพินิจ" ด้วย

คำกล่าวในทำนองนี้เป็นความจริงทั้งในทางปฏิบัติ และทฤษฎี เพราะได้ปรากฏตามหลักฐานทางประวัติศาสตร์มาตลอดแล้วว่า ทุกสังคมนรัฐและทุกระบบกฎหมายย่อมมีทั้งกฎและจุดพินิจ (every governmental and legal system in world history has involved both rules and discretion)^๒ ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า ล่าพังจะมีเพียงกฎอย่าง เดียวไม่ได้ จะต้องมีความยืดหยุ่นช่วยเหลือให้ความยุติธรรม เป็นรายกรณี^๓ ยิ่งไปกว่านั้น การที่จะต้องมีจุดพินิจ เป็น เหตุผลจิตวิทยา รัฐศาสตร์

^๑ Ibid. อ้างถึง Law and the Social Order (1933), 261.

^๒ Ibid., p. 17.

^๓ Ibid.

และอื่น ๆ ไปด้วย เพราะเป็นที่ยอมรับกันว่า การจะเป็นสังคมรัฐนั้น จะประกอบด้วย กฎหมายและมนุษย์ (คูลพินิจ) ^๑ หากสังคมใดหรือระบบกฎหมายใด บังคับใช้แต่เพียงกฎหมายอย่างเดียว โดยไม่มีการใช้คูลพินิจด้วย นอกจากจะไม่มีความเป็นธรรมแล้ว ยังถือว่าประชาชนในสังคมนั้น ยินยอมให้ "คนตายปกครองคนเป็น" ^๒ หรือ ยอมให้คนตายมาตัดสินคนเป็น" ไปด้วยว่าคุณคนในสังคมนั้นไม่ได้ทำอะไรเลย นอกจากการพิจารณาให้ เป็นไปตามกฎหมายที่บรรพบุรุษ ซึ่งเป็น "คนตาย" ไปแล้ว บัญญัติไว้ เมื่อเป็นเช่นนี้ สังคมนั้นก็ย่อมจะหาความเจริญต่อไปไม่ได้ นอกจากจะ คงไว้ซึ่งอารยธรรมที่บรรพบุรุษสะสมไว้เท่านั้น ในกรณีกลับกัน การใช้คูลพินิจนั้น ย่อมเป็นการสร้างสรรค์วิวัฒนาการใหม่ ๆ เพื่อให้สังคมมีความเจริญก้าวหน้า ดังปรากฏ เป็นตัวอย่างแต่ครั้งอดีตกาล ที่ Praetor แห่งโรม ได้ใช้คูลพินิจของตนสร้าง หลักกฎหมาย jus praetorium หรือ ius honorarium ขึ้นนอกเหนือ จากหลักกฎหมายใน Ius Civile หรือการที่เหล่า Chancellor แห่ง อังกฤษตั้งศาล Court of Chancery ภายใต้การแต่งตั้งของกษัตริย์ เพื่อใช้ คูลพินิจในการตัดสินอรรถคดี นอกเหนือจากหลักกฎหมายใน common law จน กลายเป็นหลัก Equity ที่รู้จักกันในภายหลัง ^๓

^๑ a government of laws and of men. ราชละเอียดยก Ibid. อ้างถึงหลักเกณฑ์ของ Aristotle ใน Jerome Frank, If Men Were Angels, (1942), pp. 190 - 211.

^๒ ชุมพร พลวัณ. "การละเมิดกฎหมายในสังคมไทย" วารสารทนายความ ปีที่ ๑๕ เล่มที่ ๒, สิงหาคม ๒๕๑๖, หน้า ๑๑๘.

^๓ K.C. Davis, loc. cit., ซึ่งการสร้างหลักให้โดยคูลพินิจนี้ ในกฎหมาย ไทยก็มี เช่นการที่ศาลสร้างหลัก "สัญญาต่างตอบแทนที่มีค่ายิ่งกว่าสัญญา เช่ากรรมคา" ขึ้นมาจากคูลพินิจของตน ราชละเอียดยก มานะ พิทยาภรณ์, เช่าทรัพย์ พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพฯ: แสงทองการพิมพ์, ๒๕๑๖), หน้า ๑๕๘.

สำหรับการใช้ดุลพินิจในกฎหมายอาญาก็เช่นกัน แม้จะมีหลัก เกี่ยวกับการ กำหนดให้กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด หรือถือว่ากฎหมายที่ให้ผู้พิพากษาใช้ ดุลพินิจน้อยที่สุด เป็นกฎหมายอาญาที่ถือก็ตาม แต่จะถือว่ากฎหมายอาญา ไม่ควรใช้ ดุลพินิจ หรือจะต้องใช้ดุลพินิจในขอบเขตจำกัดก็เป็นความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องนัก เพราะ หากการใช้ดุลพินิจ เพื่อ เป็นการ รวบรวมของว่างของกฎหมาย เพื่อสร้างความเป็นธรรม หรือ ใช้ดุลพินิจ เสริมเนื้อหา ของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในโอกาสที่จะสร้าง ความยุติธรรมได้ ก็ เป็นความ จำเป็นที่จะต้องมี การใช้ดุลพินิจในขณะ เวลา เช่นนั้น แต่ถ้า เป็นการใช้ดุลพินิจ ที่ไม่ เป็นธรรมแล้ว ไม่เพียงแต่จะเป็นข้อห้ามในกฎหมายอาญา เท่านั้น ถือว่า เป็นสิ่ง ที่กฎหมายทุกไม่พึงปรารถนา

การใช้ดุลพินิจในกฎหมายอาญา เมื่อคำนึงถึงความต้องการ ยุติธรรม เฉพาะ กรณีหรือ เฉพาะบุคคล (individualized justice) แล้ว กฎหมายอาญากลับ เป็น กฎหมายที่ต้องการ มากที่สุด ด้วยเหตุที่ เป็นกฎหมายซึ่งกระทบถึงสิทธิ เสรีภาพส่วนบุคคล โดยตรง ฉะนั้น ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แวดล้อมกรณี ในกฎหมายอาญาจึงมีความ สำคัญยิ่ง หากจะกล่าวโดย เฉพาะแล้ว กฎหมายอาญาต้องการ ความยุติธรรม เฉพาะ บุคคลหรือ เฉพาะกรณี เพื่อช่วย เหลือการ บังคับใช้ตามกฎหมายดังนี้

๓.๑ การวินิจฉัยข้อเท็จจริง (find fact) ข้อเท็จจริงตามกฎหมาย อาญานั้น ถือว่ามีความสำคัญยิ่ง เพราะจะเป็น เครื่องช่วยกำหนดในการ ตัดสินใจของ ศาลหรือองค์คณะผู้ใช้กฎหมาย ว่าควร จะปฏิบัติต่อผู้ต้องหาหรือผู้กระทำผิดอย่างไร กับทั้ง ด้วยเหตุนี้ ศาลฎีกาจึงได้วางหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจในการ วินิจฉัยข้อเท็จจริงไว้ใน คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๓๑ - ๒๓๘/๒๕๕๒ ว่า "ในการวินิจฉัยพยานหลักฐานนั้น ศาล ทรงไว้ซึ่งอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจหยิบยกหลักฐานใดขึ้นพิจารณา ประกอบหลักฐานอื่นได้ ไม่จำต้องหยิบยกมาพิจารณา ทุกชั้นทุกอัน และกา รหยิบยกหรือไม่หยิบยก เช่นนี้ ไม่เป็น ข้อกฎหมายประกาศ ใด"

๓.๒ การใช้กฎหมาย (applies law) ในการพิจารณาใช้กฎหมายก็ เช่นกัน ศาลจำต้องใช้ดุลพินิจใช้อย่างเหมาะสม ว่าข้อเท็จจริง เช่นใดควรจะใช้ กฎหมายหรือควรจะใช้ดุลพินิจแทนกฎหมาย

๓.๓ การกำหนดโทษ (impose penalties) การใช้ดุลพินิจของศาล ในคดีอาญา เพื่อกำหนดโทษลงแก่ผู้กระทำความผิดนี้ ถือเป็นประเด็นที่สำคัญยิ่ง และจะเป็น หัวข้อในการพิจารณาโดยละเอียดต่อไป เพราะเหตุที่การกำหนดโทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจที่สำคัญ ๒ ประการ คือ

ก. พิจารณาลงโทษให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงตามพฤติเหตุแวดล้อม คดี การใช้ดุลพินิจในข้อนี้เอง ถือว่าเป็นการให้ความยุติธรรมเฉพาะกรณีมากที่สุด เพราะจะเป็นเครื่องช่วยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดคิดนึ้ยได้รับโทษตรงกับผู้กระทำผิด อันควรปราบถึงที่พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์ ผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายอาญาท่านหนึ่ง ได้เคยกล่าวเตือนไว้ว่า "ตัวอย่างต่อไปนี้ อาจ เป็นเครื่องสะกิดใจนักศึกษา

(๑) ก. เป็นกุยสะพานเหล็ก มีชื่อเสียงในทางฉกชิงวิ่งราวต่าง ๆ วันหนึ่ง ก. ไล่ทำบังอาจ เข้าฉวยเอาห่อขนมที่หญิงหาบมาในทาง เปลี่ยนแล้วพาขนม ไปนั่งกิน เสียตามชอบใจต่อหน้าต่อตา

(๒) ข. ไปรักษาตัวอยู่ที่โรงพยาบาลต่างจังหวัด พอหายก็เป็นปกติ จึงฉกฉวยกลับบ้าน ข. เดินมา กลางทาง เห็นยอนนอนมอยหลับไปที่ใต้ต้นไม้แห่งหนึ่ง มีคน ลักลวง เงินทองของเขา ไปหมด ข. เดินหัวโซเซมาในทาง เปลี่ยน เห็นหญิงหาบของมาก ก็แอบ เข้าฉวยห่อขนมจากหาบมากินโดยกำลังหัว

คดี ๒ เรื่องนี้ไม่ต้องสงสัย จำเลยคงมีความผิดละเมิดกฎหมายบทเดียวกัน แต่การกำหนดที่จะวางนั้น กระทำให้ต้องใช้ดุลพินิจจะลงโทษ เอาตามความพอใจ เหมือน กันไปหมดนั้น ยังไม่สมควรอยู่"

ข. พิจารณาลงโทษให้เหมาะสมกับทฤษฎีทางอาชญาวิทยาและการ ลงโทษวัตถุประสงค์ในการลงโทษนั้นมีหลายประการ แต่ละประการย่อมเป็น ผลประโยชน์ต่างกัน ฉะนั้น จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสม กับวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษนั้น ๆ เช่น

พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์, กฎหมายอาญาพิศดาร, (พระนคร : โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัย วิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, ๒๔๕๓), หน้า ๔๕ - ๔๖.

- (๑) ทำให้ไม่อาจกระทำความผิดได้อีก (incapacitation)
- (๒) เพื่อให้กลับใจแก้ไข เสียใหม่ (reformation)
- (๓) เพื่อข่มขู่ให้กลัวเกรง (intimidation)^๑

๔. โทษของดุลพินิจ

แม้ดุลพินิจจะเป็นเครื่องมือสำคัญในการสร้างความเป็นธรรมเฉพาะกรณีก็ตาม แต่หากพิจารณาในแง่กลับกันแล้ว จะเห็นได้ว่า สิ่งที่ทำให้กฎหมายไม่เป็นธรรมส่วนใหญ่มาจากการใช้ดุลพินิจอีกเช่นกัน ทั้งสืบเนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาด เช่นกรณีที่ศาลใช้ดุลพินิจลงโทษผู้กระทำความผิดคดีนี้สืบ เช่นเกี่ยวกับการลงโทษผู้กระทำความผิดอันมีเหตุควรปรานี เช่นนี้ถือว่า ไม่ยุติธรรมในแง่ความเป็นธรรมเฉพาะกรณี ทั้งนี้ทั้งนั้นก็สืบเนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจด้วยเหตุนี้เอง ดุลพินิจจึงอาจกล่าวได้ว่า เปรียบเสมือนกับขวาน ที่อาจสร้างประโยชน์ให้กับผู้ใช้และผู้อื่นอย่างมหันต์ แต่ก็อาจเป็นอาวุธอันตรายที่ใช้ทำร้ายหรือฆ่าฟันผู้คนได้เช่นกัน (like an axe, it can be a weapon for mayhem or murder)^๒

จะกล่าวโดยเฉพาะแล้ว ดุลพินิจนั้นมิได้มีอันตรายอยู่ในตัวเอง แต่อันตรายของดุลพินิจซึ่งจะเป็นโทษมหันต์อยู่ที่ตัวผู้ใช้ดุลพินิจนั่นเอง ว่าจะใช้พิจารณาหยิบยกเอาดุลพินิจมาใช้ในชั้นใดตอนใด เพราะในข้อเท็จจริงทุกเรื่องจะมีช่องทางให้ใช้ดุลพินิจหลายประการ และแต่ละประการนั้นอาจใช้ดุลพินิจได้หลายแบบดัง K.C. Davis ได้กล่าวว่า "ดุลพินิจนั้นประกอบด้วยมิติหลายมิติ"^๓ อันทำให้ผู้ที่ใช้ดุลพินิจนั่นเอง

^๑ Halsbury's Law of England, 3rd. ed., (London:

Butterworth Co. (Publishers) Ltd., 1955), p. 487.

^๒ K.C. Davis, *op.cit.*, p. 25.

^๓ *Ibid.*, p. 24.

ต้องพิจารณาอย่างรอบคอบว่า ข้อเท็จจริงเช่นใด จึงจะควรรักษาสิทธิในของคู่พิพาทมา บังคับ หากเลือกใช้คู่พิพาทใดถูกต้อง คู่พิพาทนั้นก็ย่อมสร้างความเป็นธรรมอันควร สรรเสริญ แต่ถ้าเลือกใช้ผิดคู่พิพาทนั้น ก็ เป็นความอยุติธรรม

ปัญหาการ เลือกใช้คู่พิพาทผิดพลาค่อนก่อนใหม่แก่ผู้ได้รับนี้ ส่วนใหญ่มาจากการตัดสินใจ เลือกใช้คู่พิพาทผิดพลาค หรือในบางครั้ง เป็นความจริงใจ ใช้คู่พิพาทที่ผิดพลาค ก็มี^๑ ที่เป็นเช่นนั้น สาเหตุใหญ่สืบเนื่องมาจากคู่พิพาทนั้น ไม่มีกฎเกณฑ์การ ใช้ที่แน่นอน จะวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการ ใช้คู่พิพาทไว้ให้แน่ชัด เพื่อป้องกันการใช้คู่พิพาทที่ผิดพลาคได้หรือไม่

คำถามนี้ K.C. Davis ให้คำตอบไว้ว่า^๒ การคิดตั้งกฎเกณฑ์การใช้คู่พิพาทนี้ ยังไม่ถูกต้องนัก เพราะควรคำนึงถึงโครงสร้างและขอบเขตของคู่พิพาทมากกว่า ซึ่งให้ผลในการควบคุมคู่พิพาทให้เป็นไปอย่าง เป็นธรรม ดีกว่าที่จะค้นหาวีธีวางกฎเกณฑ์ในการสร้างกฎในการ ใช้คู่พิพาท ด้วยเหตุที่คู่พิพาทนั้นมีประโยชน์เพื่อสนองความยุติธรรมเฉพาะกรณี โดยจะต้องอาศัยการพิจารณาพฤติ เหตุพฤติการ รัณแวดล้อม เป็นเครื่องช่วยกำหนด หากจะวางกฎ เกณฑ์ไว้จะสามารถสร้างกฎ เกณฑ์คลุมถึงทุกพฤติการ รัณได้หรือไม่ และแม้จะมีการสร้างกฎ เกณฑ์วางไว้ก็ยังต้องใช้คู่พิพาทอีกนั่นเอง เพราะให้ผลดีกว่า (Even when rules can be written, discretion is often better.)

ความข้อนี้เสด็จในกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ก็ทรง เห็นด้วยดังปรากฏในหนังสือกราบบังคมทูล ที่ ๑๐๒/๓๕๕๐ ลงวันที่ ๑๑ มีนาคม ร.ศ. ๑๒๑^๓ มีใจความว่า

ตัวอย่างการใช้คู่พิพาทผิดพลาค ทั้งจงใจและไม่จงใจ คู่ข้อ ๑, ๓, ๕, ๖, ๗, ๘, ๑๑ และ ๑๔ ใน Ibid., pp. 9 - 11,

^๒ Ibid., pp. 15 - 17.

^๓ รายละเอียดของหนังสือกราบบังคมทูล ดูชานันทร์ กรีวิเชียร, ภาษากฎหมายไทย (พระนคร : โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, ๒๕๑๔), หน้า ๑๔๓ - ๑๔๗.

"... เพราะเหตุนี้ ถ้ามีบัญญัติพระมหากษัตริย์ทรงอำนาจหนึ่ง และกำหนดโทษตารางหนึ่งมากกว่าในป็นก็ดี เกือนนี้ก็ดี การที่ผู้พิพากษากำหนดโทษนั้น จะ เป็นการสมควรหรือไม่ ก็ไม่มีประโยชน์อะไรนัก เพราะข้อที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยนั้นมีอีกหลายอย่างมาก เกินที่จะลงในตารางบัญญัติได้

ประมาณ ๘ ปีมาแล้ว ข้อที่ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้พระเจ้าแผ่นดินที่เมืองอังกฤษ มีสเตอร์แลนซ์แซ่โคกกล่าวขึ้นเหมือนกันในหนังสือพิมพ์ มีนามว่า 'ตรุท' มีสเตอร์แลนซ์แซ่โคกผู้พิพากษาที่กำหนดโทษเป็นคุณ ๆ กันไป ข้างหนึ่งกำหนดที่สูง เหลือเกินข้างหนึ่งต่ำเหลือเกิน เรื่องนี้ได้ออกในหนังสือพิมพ์ ตรุททุกอาทิตย์กว่าปี เรียกว่าลีเกิลบิลเลเจอร์ (ตอกชื่อผู้พิพากษา) ได้มีข้อพิพาทเถียงกันมาก แต่ถาดูในหนังสือพิมพ์อย่างเดียว การที่มีสเตอร์แลนซ์แซ่โคกกล่าวขึ้นนั้นก็ชอบกล จึงได้มีคนพิจารณา เลี้ยวคลงไปคนใดว่าตารางบัญญัติเช่นนี้จะยกขึ้น เป็น เกณฑ์ไม่ได้..."

แม้ว่าการใช้ดุลพินิจไม่อาจวางกฎเกณฑ์ลงไปตายตัวให้ใช้ได้ แต่การใช้ดุลพินิจนั้น ก็ย่อมมีพื้นฐานหรือหลักชี้้นำในการปฏิบัติ เช่นกัน และการใช้ดุลพินิจที่มีพื้นฐานหรือหลักนิติธรรม เป็นเครื่องช่วยกำหนดในการใช้ ก็คือสิ่งที่เรียกว่า "ดุลพินิจยุติธรรม" หรือ "Judicial Discretion, Legal Discretion" ^๑

สิ่งที่ จะ เรียกว่า เป็นดุลพินิจยุติธรรมตามความหมายนี้ มุ่งกำหนดให้ศาลหรือองค์กรผู้ใช้ดุลพินิจ พิจารณาถึงหลักพื้นฐานหรือหลักยุติธรรมเสียก่อน เพื่อจะได้ดุลพินิจที่เป็นคุณ เพราะหากใช้ปฏิบัติโดยไม่มีหลักประการใดชี้หน้าไว้เลย ดุลพินิจนั้นอาจเป็นโทษได้ ซึ่งสิ่งนี้ Hayek ได้กล่าวไว้เป็นเครื่องช่วยพิจารณาว่า ^๒

^๑ Black's Law Dictionary, Loc.cit., อ้างถึงคดี Griffin v. State, 12 Ga. App. 615, 77 S.E. 1080, 1083, discretion bounded by the rules and principles of law.

^๒ K.C. Davis, op.cit., pp. 32 - 33, อ้างถึง The Constitution of Liberty, (1960), 205, 206, 211, 213 - 214.

"...ในการพิจารณาเหตุผลการนั้น จะต้องมาจากหลักนิติธรรม (rules of Law) และพฤติการณ์แวดล้อมที่กฎหมายอ้างถึง (circumstances to which the law refers) ซึ่งคู่ความที่เกี่ยวข้องจะต้องทราบด้วย การพิจารณา เช่นนี้จะต้องไม่พิจารณาจากความรู้พิเศษที่ได้มาจากรัฐบาล หรือมาจากการตั้งเป้าหมายไว้แล้ว ไมวาจะเป็นเป้าหมายชั่วคราวหรือถาวรก็ตาม ทั้งรวมถึงการคิดที่จะกำหนดผล เกี่ยวเนื่องกันในบุคคลที่อยู่ในภาวะต่างกันด้วย"

และ Hayek ยังได้กล่าวต่อไปอีกว่า "อะไรก็ตามซึ่งเป็นความต้องการของหลักนิติธรรม ศาลย่อมมีอำนาจนำมาพิจารณาได้ หรือกฎหมายอาจกำหนดข้อเท็จจริงพิเศษไว้ให้ก็ได้" ๑

การที่ให้ศาลหรือองค์กรผู้ใช้ดุลพินิจจะต้องใช้ดุลพินิจบนพื้นฐานแห่งหลักนิติธรรมหรือหลักทั่วไปของกฎหมายนี้ นอกจากจะทำให้ผลการวินิจฉัย เป็นคุณแก่ผู้เกี่ยวข้องอย่างเต็มผลแล้ว ยังมีประโยชน์ในด้านความรู้ลึกของประชาชนที่สามารถจะหยั่งทราบได้ว่า เขาจะได้รับผลในลักษณะใด ในทางตรงกันข้าม หากการใช้ดุลพินิจ เป็นไปอย่างปราศจากหลักชี้แนะแล้ว นอกจากจะให้ผลเป็นโทษแก่ผู้เกี่ยวข้อง ยังทำให้ประชาชนไม่อาจทราบเลยว่า เขาจะถูกใช้ดุลพินิจให้กำหนดไปในทางใด แน่นนอนที่เหตุผลนี้เป็นสิ่งสำคัญ เพราะหากให้อำนาจของประชาชนแขวนอยู่กับความไม่แน่นอนแล้ว สิ่งนั้นคือเผด็จการที่ชั่วร้ายที่สุด ด้วยเหตุนี้เอง ในรายงานการประชุมของ the British Committee on Administrative Tribunals and Enquiries ในหัวข้อเรื่องหลักนิติธรรมและความไม่เป็นธรรม จึงแสดงเหตุผลไว้ว่า ๒

"The rule of law stands for the view that decisions should be made by the application of known principles or laws.

๑ Ibid.

๒

Ibid., p. 29 อ้างถึง 2 Report (1957), 6.

In general such decisions will be predictable, and the citizen will know where he is. On the other hand there is what is arbitrary. A decision may be made without principle, without any rules. It is therefore unpredictable, the antithesis of a decision taken in accordance with the rule of law."

หากศาลหรือองค์กรอื่นอันเป็นผู้ใช้ดุลพินิจ ใ้ปฏิบัติให้ เป็นไปตามหลักเกณฑ์ ดังกล่าวแล้ว โทษของดุลพินิจ ก็ย่อมจะไม่มีปรากฏให้เห็น หรืออาจมีบ้าง แต่ก็คงจะเล็กน้อยเท่านั้น และเกณฑ์ที่จะกำหนดให้การใช้ดุลพินิจ เป็นไปอย่าง เป็นธรรมตามที่กล่าวมาเดี๋ยวนี้นี้ หากจะสรุปเป็นข้อเท็จจริงอย่างสั้น ๆ แก่ผู้ใช้ ดุลพินิจ คงมีเพียง ๕ ประการ ดังที่ ศ.ดร. วิญญู ใ้กล่าวไว้
ว่า

จงอย่าละเลยที่จะคำนึงถึง เพียงความต้องการดุลพินิจหรือโทษของมัน แต่ จงพิจารณาถึงค่าแห่งทั้งประโยชน์และโทษของดุลพินิจ

"จงอย่าปฏิเสธที่จะใช้ดุลพินิจ แต่จงปฏิเสธการใช้ดุลพินิจที่ไม่มีความ จำเป็น

จงอย่าปฏิเสธต่อความยุติธรรม เฉพาะบุคคลที่ใช้โดยดุลพินิจ แต่จงอย่าให้ ผลประโยชน์เฉพาะบุคคลที่ไม่มีหลักความคุม

จงอย่าปฏิเสธที่จะใช้ดุลพินิจอันมีส่วนสมดุลงับงานของรัฐ แต่จงอย่าใช้ ดุลพินิจที่ไม่มีความสมดุลงับงานนั้น

จงอย่าปฏิเสธที่จะใช้ดุลพินิจยุติธรรมที่มีขอบเขตเหมาะสม มีทั้งโครงสร้าง และการควบคุม แต่จงปฏิเสธที่จะใช้ดุลพินิจอันไม่มีขอบเขต ไม่มีโครงสร้างและไม่มีการควบคุม"

๕. ดุลพินิจยุติธรรม

ดุลพินิจยุติธรรม หรือที่เรียกว่า Discretionary Justice, Judicial Discretion หรือ Legal Discretion นี้ เป็นดุลพินิจที่ให้คุณประโยชน์ต่อผู้เกี่ยวข้อง เพราะเหตุที่การจะเป็นดุลพินิจยุติธรรมได้นั้น ต้องมีลักษณะดังที่ K.C. Davis กล่าวไว้คือ^๑ มีทั้งความคิดริเริ่ม (initiating) การสืบเสาะ (investigating), ระเบียบวิธี (prosecuting), การตกลง (negotiating) การกำหนด (settling), สัญญา (contracting), การกระทำ (dealing), แนะนำ (advising), ขู่ (threatening), เผยแพร่ (publicizing), ปกปิด (concealing), แผนกำหนด (planning), แนะนำสนับสนุน (recommending), ตรวจสอบ (supervising) สิ่งต่าง ๆ ที่ได้กล่าวไว้ย่อมมีได้ทั้งที่เป็นประโยชน์และเป็นโทษ ซึ่งขึ้นอยู่กับการใช้

ในขั้นนี้ จะกล่าวถึง เฉพาะดุลพินิจที่เป็นประโยชน์หรือดุลพินิจยุติธรรมเท่านั้น ซึ่งการที่จะให้ผลสมบูรณ์เป็นดุลพินิจยุติธรรม ต้องขึ้นอยู่กับองค์ประกอบต่อไปนี้คือ

๑. ขอบเขตแห่งดุลพินิจ (confining discretion)
๒. การควบคุมดุลพินิจ (control of discretionary power)

๕.๑ ขอบเขตแห่งดุลพินิจ คำว่าขอบเขตแห่งดุลพินิจนี้ ได้เคยเกริ่นกล่าวถึงความหมายมาแล้ว ในการพิจารณาเทียบเคียงกับเวลาในการใช้ดุลพินิจ ซึ่งความหมายที่แท้จริงของขอบเขตแห่งดุลพินิจของขอบเขตแห่งดุลพินิจนั้น ก็หมายถึงอำนาจการเลือกใช้อำนาจดุลพินิจว่าจะมีมากน้อยเพียงใด สิ่งที่เป็นเครื่องกำหนดขอบเขตนั้นก็คือกฎหมายนั่นเอง โดยกฎหมายจะเป็นผู้กำหนดเปิดโอกาสให้ศาลหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจเลือกใช้อำนาจดุลพินิจในบางโอกาส หรือแม้กฎหมายจะมีได้เปิดโอกาสให้โดยตรงแต่อาจจะมีการใช้ดุลพินิจได้ ในกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติควบคุมไม่ถึงกรณีตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

^๑ Ibid., p. 22.

ขอบ เขตของดุลพินิจย่อมมีไว้ทั้งกว้างและแคบ และผลก็ผลเสียของการกำหนดขอบเขตแห่งดุลพินิจย่อมมีด้วยกันทั้งสิ้น ไม่ว่าจะ เป็นขอบเขตที่กว้างหรือแคบก็ตาม เพราะหากเปิดโอกาสให้ใช้ดุลพินิจในขอบเขตที่กว้างขวางแล้ว ก็เป็นการง่ายที่จะไถ่รับผลร้ายจากการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาด หรือไม่เป็นธรรม แต่หากกำหนดขอบเขตดุลพินิจไว้แคบ ปัญหาที่ศึกษามากก็คือผลร้ายที่ให้ความยุติธรรมเฉพาะกรณีได้ไม่เต็มผลนั้นเอง ซึ่งมีปัญหาที่มักจะพบมาครั้งจาก เหตุที่ขอบเขตแห่งดุลพินิจกำหนดไว้แคบนั้นก็คือการที่ผู้ใช้ดุลพินิจ เช่นศาล ได้ตัดสินใจใช้ดุลพินิจไปในทางที่ไม่เป็นธรรม และความไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นธรรมเช่นนั้น เป็นที่เห็นได้ชัดแจ้ง หากจะมีผู้ตั้งคำถามแก่ผู้ตัดสินใจนั้น ว่า เหตุใดจึงตัดสินใจไปในทำนองนั้น คำตอบมักจะเป็นไปในลักษณะเดียวกันคือ "ไม่มีทางเลือก กฎหมายได้กำหนดไว้เรียบร้อยแล้ว" ^๑

ด้วยเหตุที่ขอบเขตของดุลพินิจ ไม่ว่าจะกว้างหรือแคบก็ย่อมมีประโยชน์และโทษด้วยกันทั้งสิ้น ฉะนั้น การที่จะพิจารณากำหนดขอบเขตของดุลพินิจในแต่ละกรณีนั้น จึงต้องอาศัยหลักเกณฑ์ที่พิจารณาถึงประโยชน์ที่จะได้รับจากการใช้ดุลพินิจในแต่ละประการว่า กฎหมายอย่างไรควรจะใช้ดุลพินิจไปในลักษณะใด

ขอบเขตที่กำหนดไว้ ซึ่งเห็นได้ชัดแจ้งจะเห็นได้ว่า หากเป็นการใช้กฎหมายอาญานั้น กฎหมายจะกำหนดขอบเขตไว้หลายประการ ในแง่การพิจารณาคดีใช้กฎหมายขอบเขตของดุลพินิจจะกำหนดไว้ค่อนข้างแคบ ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากหลักที่ว่า "กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด" สำหรับกฎหมายปกครองนั้น กฎหมายหลายประเทศว่าขอบเขตของดุลพินิจไว้ในลักษณะกว้าง จนในบางครั้ง เรียกขอบเขตแห่งดุลพินิจ เช่นนี้ว่า ทฤษฎีดุลพินิจของฝ่ายปกครองการเมือง (the so-called administrative political discretion doctrine) ^๒ หลักเกณฑ์เช่นนี้ มีทั้งกฎหมายปกครองของเยอรมันและประเทศอื่น ๆ เช่นสหรัฐอเมริกา

^๑ Ibid., p. 52.

^๒ รองพล เจริญพันธ์, เรื่องเดิม, หน้า ๕.

รวมความแล้ว เกี่ยวกับการพิจารณาว่าควรกำหนดขอบเขตของดุลพินิจ
เช่นไร จะกว้างหรือจะแคบจึงขึ้นอยู่กับพื้นฐานหลายประการ แต่หลักสำคัญต้องคำนึง
ถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนว่าอยู่ในอันตรายหรือไม่^๑

และหากกรณีจะเป็นเช่นนี้ก็ตาม การใช้ดุลพินิจที่จะให้ผลไปอย่างยุติธรรม
อันแท้จริงแล้ว จะต้องขึ้นอยู่กับการควบคุมดุลพินิจอีกชั้นหนึ่ง เพราะเหตุที่การกำหนด
ขอบเขตแห่งดุลพินิจเพียงอย่างเดียวนั้น ไม่อาจครอบคลุมให้คุ้มครองประโยชน์ได้ทุกกรณีนั่นเอง

๕.๒ การควบคุมดุลพินิจ เพราะเหตุที่การใช้ดุลพินิจนั้น มีผลทั้งคุณและ
โทษ เนื่องจากความเห็นและทัศนคติในการเลือกใช้ดุลพินิจมีต่างกัน บางอาจเลือกใช้
ดุลพินิจได้อย่างถูกต้อง แต่ก็มิปรากฏในข้อเท็จจริง เป็นจำนวนไม่น้อยว่า มีการใช้
ดุลพินิจที่ผิดพลาดเกิดขึ้น ฉะนั้น เพื่อให้การใช้ดุลพินิจ เป็นไปอย่างเหมาะสม และเป็น
ธรรมมากที่สุด จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมการใช้ดุลพินิจอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งแน่นอนที่เดียว
ว่าหากการใช้ดุลพินิจ ได้ผ่านการกลั่นกรองตามขั้นตอนต่าง ๆ ครบถ้วนแล้ว ดุลพินิจ
นั้นจะ เป็นดุลพินิจยุติธรรมอย่างแท้จริง

หลักพื้นฐานในการควบคุมดุลพินิจมี ๒ ประการ ซึ่งจะแยกพิจารณาตามลำดับ
ไปดังนี้คือ

ก. โครงสร้างของดุลพินิจ (Structuring) โครงสร้างนี้หากจะกล่าว
ว่าเป็นโครงสร้างของดุลพินิจโดยตรงก็ยังไม่ถูกต้องนัก เพราะความหมายของโครงสร้าง
มีกว้างครอบคลุมออกไป กล่าวไปแล้วก็คือ สิ่งที่กำหนดขั้นตอนและวิธีการในการพิจารณา
เกี่ยวกับดุลพินิจ เป็นองค์สำคัญในการช่วยเหลือให้ดุลพินิจได้มาซึ่งข้อมูลต่าง ๆ อย่าง
เปิดเผยและยุติธรรม ดังนั้น โครงสร้างจึงมีความหมายรวมถึงแผนการ (plans)
นโยบายและกฎหมาย อีกทั้งยังประกอบด้วย ข้อเท็จจริงที่เปิดเผย กฎเกณฑ์ที่เปิดเผย
และกระบวนการพิจารณาที่เปิดเผยอีกด้วย^๒

^๑ เรื่องเดิม, หน้า ๔.

^๒ K.C. Davis, op.cit., p. 55.

เมื่อกล่าวถึงความหมายของโครงสร้างนี้ จะพบว่ามีคล้ายคลึงกันในหลายประการกับขอบ เขตแห่งดุลพินิจ แต่ที่แท้จริงแล้ว โครงสร้างและขอบ เขตแห่งดุลพินิจ มีความแตกต่างกันมาก ไม่ว่าจะในด้านการใช้ และความมุ่งหมาย แต่ในบางครั้งความหมายของทั้งสองประการนี้อาจ เกี่ยวพันกันอยู่บ้าง^๑ หากกล่าวถึงวัตถุประสงค์ในการใช้ขอบ เขตแห่งดุลพินิจแล้ว เป็นเรื่องของการพิจารณาว่าจะสามารถใช้ดุลพินิจได้มากน้อยเพียงใด โดยพิจารณาตามหลักกฎหมายหรือหลัก เกณฑ์พื้นฐานของกฎหมายในแต่ละเรื่อง ส่วนวัตถุประสงค์ของโครงสร้างนั้น เป็นการควบคุมและใช้อำนาจให้พฤติกรรมแห่งดุลพินิจ (exercise of discretionary power) สำเร็จผลภายในขอบ เขตที่กำหนด และสำเร็จผลตามกฎหมาย ประกาศ กฎ หลักเกณฑ์ในการปกครอง หรือกฎ เกณฑ์อื่นอันมีความหมายทำนองเดียวกัน ส่วนความเกี่ยวพันกันของโครงสร้างและขอบ เขตแห่งดุลพินิจนั้น จะเห็นได้จากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติสร้างกฎหมายขึ้นมา กฎหมายนี้จะทำให้มีผลกว้างหรือแคบนั้นมาจากการกำหนดขอบ เขตแห่งดุลพินิจ แต่การที่จะให้กฎหมายสำเร็จผลตามความมุ่งหมายของผู้ร่างกฎหมายหรือไม่ สิ่งนี้โครงสร้างของดุลพินิจจะเป็นผู้กำหนดช่วยเหลือ^๒

องค์ประกอบของโครงสร้าง องค์ประกอบสำคัญของโครงสร้างมีอยู่ด้วยกัน ๗ ประการคือ แผนการที่เปิดเผยม โน้บายที่เปิดเผยม กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่เปิดเผยม การสืบเสาะที่เปิดเผยม เหตุผลที่เปิดเผยม แบบอย่างที่เปิดเผยม และกระบวนการพิจารณาที่ขาวสะอาด^๓

^๑ Ibid., p. 97.

^๒ Ibid.

^๓ Ibid., p. 98.

เป็นที่น่าสังเกตว่า องค์ประกอบต่าง ๆ ของโครงสร้างนี้ ได้เข้าถึงคำว่า "เปิดเผย" (open) ไว้โดยตลอด ซึ่งจะทำให้การพิจารณาความสำคัญของคำว่า เปิดเผยในโอกาสต่อไป

องค์ประกอบทั้ง ๗ ประการของโครงสร้างแห่งดุลพินิจนี้ สามารถจัดแบ่งเป็นกลุ่มตามความสัมพันธ์ได้ดังนี้คือ ในเรื่องของแผนการณ์ นโยบายและกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ เป็นสิ่งที่มีจุดประสงค์เดียวกัน กล่าวคือ เป็นตัวกำหนดให้วัตถุประสงค์ของรัฐดำเนินไปตามครรลองยุติธรรมอย่างขาวสะอาด (clarify) เช่นเดียวกันกับการสืบเสาะและเหตุผล สำหรับการสืบเสาะนั้น เป็นการแสวงหาข้อเท็จจริง ซึ่งอาจมีกลวิธีต่างกันไปแล้วแต่ว่าจะเป็นการเสาะหาข้อเท็จจริงให้แก่องค์กรใดเพื่อใช้ดุลพินิจ หากเป็นการเสาะหาข้อเท็จจริงให้กับศาล ก็ได้แก่การวินิจฉัยสืบพยาน (hearing) ทั้งการสืบเสาะหาข้อเท็จจริงและเหตุผลนี้ เป็นสิ่งที่กำหนดให้ดุลพินิจ เป็นไปในรูปใดนั่นเอง ส่วนการใช้แบบอย่าง (precedents) เป็นหลักการสำคัญของกฎหมายในระบบ Common law ที่ถือเอาตัวอย่างคำวินิจฉัยอันมีมาก่อนมา เป็นเครื่องช่วยกำหนดให้ดุลพินิจสามารถที่จะพิเคราะห์หาข้อเท็จจริงอย่างใดควรใช้กฎหมายใด อันถือว่าเป็น "ทฤษฎีกำหนดตามแบบ" (Doctrine of precedent) และองค์ประกอบสุดท้าย กระบวนพิจารณา ซึ่งจะเป็นสิ่งที่ทำให้ดูความไต่ทาบและมีโอกาสต่อสู้แสดงหลักฐานต่าง ๆ อันเป็นข้อมูลในการใช้ดุลพินิจ

ในการใช้ดุลพินิจนั้น หลายครั้งต้องอาศัยองค์ประกอบของโครงสร้างทุกข้อ และในบางครั้งอาศัยองค์ประกอบบางข้อ เป็นเครื่องช่วยพิจารณาดุลพินิจ เท่านั้น ความสำคัญของการมีโครงสร้างต่าง ๆ ก็เพื่อจะช่วยให้การกำหนดดุลพินิจ เป็นไปอย่างมีแบบแผน และมีเหตุผล

ความสำคัญอง โครงสร้างในการที่จะเอื้ออำนวยให้การใช้ดุลพินิจ เป็นไปสม
 เจตนาธรรม^๑ ซึ่งมีทั้ง เหตุผลและความยุติธรรมนี้ อยู่ที่องค์ประกอบต่าง ๆ จะต้องมีลักษณะ
 ที่เปิดเผย (open) เพราะความเปิดเผยนี้ยอมหักล้างความไร้เหตุผลและหลีกเลี่ยง
 ความอยุติธรรมได้ (openness is the natural enemy of arbitrariness and
 a natural ally in the fight against injustice)^๑

เหตุผลสำคัญที่สนับสนุนให้องค์ประกอบต่าง ๆ ต้องเปิดเผยจะสามารถพบเห็น
 ได้บ่อยครั้ง ซึ่งในบางครั้งถึงกับเรียก "อาชวพิเศษ" ของดุลพินิจในการต่อสู้กับอาชกรรม^๒
 คั้งนั้น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาความของอารยประเทศต่าง ๆ จึงได้กำหนดค
 องค์ประกอบของโครงสร้างแห่งดุลพินิจไว้ให้มีลักษณะเปิดเผยทั้งสิ้น เช่นประมวล
 กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย มาตรา ๑๗๒, ๑๘๒ เป็นต้น ซึ่งเช่นเดียวกับ
 หลักการพิจารณาความของประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ common law ที่
 Wigmore ได้กล่าวว่า "ประเพณีการพิจารณาอรรถคดีของ common law
 นั้นต้อง เป็นการ เปิดประตูให้กว้าง"^๓

ผลร้ายขององค์ประกอบลับ องค์ประกอบต่าง ๆ ของโครงสร้างแห่ง
 ดุลพินิจนั้น ถ้าหาก เป็นการลับ เช่นแสดง เหตุผลที่ไม่ประจักษ์ ไม่มีการพิจารณาคดีที่
 เปิดเผย นำเอากฎ เกณฑ์หรือกฎหมายใดมาพิจารณาก็ไม่ปรากฏแล้ว ย่อมเป็นการ
 เสี่ยงต่อความบริสุทธิ์ของประชาชน เพราะหากมีการใช้แผนการฉ้อ นโยบายนหรือ
 กฎหมายที่ปกปิดไว้ ย่อมทำให้การใช้ดุลพินิจนั้นไม่อาจพิจารณาพบหนวนให้ถูกต้องได้
 หากเป็นการสืบ เสาะข้อเท็จจริงหรือแสดง เหตุผลที่ไม่เปิดเผย คู่ความย่อมไม่อาจ

^๑ Ibid.

^๒ Ibid., p. 111, One valuable weapon in the fight against arbitrary exercise of discretion is openness.

^๓ Ibid. อ้างถึง 6 Wigmore, Evidence, 1834 (3d.ed, 1940).

โต้แย้งหรือชี้แจงได้ว่าข้อเท็จจริงใดจริงหรือเท็จ ยิ่งหาก เป็นกระบวนการพิจารณาที่ไม่เปิดเผยและบริสุทธิ์ด้วยแล้ว นอกจากจะเป็นการเสียดายต่อการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาด ยังเป็นการร้ายที่จะใช้อำนาจหรือดุลพินิจที่ผิดกรรลองธรรมเนียมอีกด้วย^๑ เหตุผลต่าง ๆ เหล่านี้เองที่ทำให้ Edmund Burke จึงต้องกล่าวว่า "there mystery begins, justice ends"^๒; ซึ่งหมายความว่า เมื่อใดความลับปรากฏ ยุติธรรมก็เสื่อมหาย

การให้กระบวนการพิจารณาคดีอันใดหนึ่งปกปิดเป็นความลับ เช่นนี้ ปราชญ์แห่งวงการนิติศาสตร์ท่านหนึ่งคือ Jeremy Bentham ได้กล่าวถึงไว้ว่า

"... สมมติให้กระบวนการพิจารณาทั้งหมดเป็นความลับ และให้ศาลมีองค์คณะของผู้พิพากษาไม่เกิน ๑ นาย นั่นแหละ จะเกิดความไม่ยุติธรรม และเกียจคร้านขึ้นมาทันที ทั้งจะต้องมีการฉ้อฉลลึกลับของคู่ความ เพราะจะไม่มีการทบทวนด้วยเหตุที่จะไม่มีอะไรให้ทบทวนหรือถกเถียงได้..."^๓

เหตุที่ Bentham กล่าวเช่นนี้ ก็ เป็นเพราะว่า การพิจารณาคดีนั้น เอกสารทุกฉบับกฎหมายทุกบทที่นำมาใช้ประกอบพิจารณานั้น ไม่มีผู้ใดทราบเลย แต่ถ้าหากเป็นการพิจารณาที่เปิดเผยแล้ว เอกสารทุกฉบับกฎหมายทุกบทย่อมเป็นอันแสดงออกให้ทุกคนได้เห็นประจักษ์^๔

^๑ Ibid.

^๒ Judicature, Vol 59, No. 10, May, 1976, p. 463.

^๓ K.C. Davis. op.cit., p. 112 อ้างถึง 1 Bentham, Judicial Evidence 524 (1827)

^๔ Ibid., p. 113.

แม้จะเป็นสิ่งที่ยอมรับกันแล้วว่า องค์ประกอบต่าง ๆ ของโครงสร้างแห่ง
 คุณพินิจจะต้องเปิดเผย ไม่ว่าจะเป็นวิธีพิจารณา เหตุผล หรือการสืบพยานหาข้อ
 แท้จริง หรือสิ่งอื่นใดก็ตาม โดยเฉพาะการแสดงเหตุผลในการวิ ชักฎหมายและ
 คุณพินิจนั้น เป็นสิ่งจำเป็นยิ่ง เพราะเป็นการแสดงให้ทราบถึงสาเหตุว่าการใช้
 คุณพินิจไปเช่นนั้น มาจากสิ่งใดหรือกฎหมายใด ซึ่งจะเป็นสิ่งที่แสดงอยู่ในตัวเองว่า
 ใ้ใช้คุณพินิจนั้นภายใต้ขอบเขต หลักเกณฑ์อย่างไร อีกทั้งเป็นการง่ายที่จะทบทวน
 การใช้คุณพินิจอีกด้วย

ถึงกระนั้นก็ตาม ใ้มีข้อเท็จจริงของคดีเรื่องหนึ่งใ้ปรากฏสู่ศาลฎีกา
 ศาลฎีกาใ้ใช้เหตุผลในการปกปิดเหตุผล คดีนั้นคือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๕๐/๒๕๑๘
 ข้อเท็จจริง เป็นเรื่องที่น่ายศจำรวจและพลเรือนจำนวนหนึ่ง ใ้อาศัยเครื่องมือและปัจจัย
 หลายประการของทางราชการ เข้าไปล่าสัตว์ในป่าทุ่งใหญ่ ทำให้เกิดเป็นคดีที่นาย
 ศำรวจและพลเรือนเหล่านั้นต้องหา เป็นจำเลย ศาลฎีกาใ้พิพากษาคดีนี้แต่เพียงสั้น ๆ
 ในการพิจารณายกฟ้องและลงโทษจำเลยเหล่านั้น โดยมีใ้กล่าวถึงรายละเอียดแห่ง
 ข้อเท็จจริง หรือเหตุผลที่ใ้ในการวินิจฉัยเลย โดยศาลฎีกาอ้างว่า "คดีนี้เป็นคดี
 ที่กระทบกระเทือนความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ความปลอดภัยภายใน และความมั่นคง
 ของราชอาณาจักร...ศาลจะพิจารณา เป็นการลับใ้ และศาลมีสิทธิที่จะไม่กล่าวถึง
 รายละเอียดของบุคคลหรือสถานที่ที่ เกี่ยวข้องใ้ในคำพิพากษาใ้..."

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๕๐/๒๕๑๘ นี้ มีปัญหาที่ควรพิจารณาอยู่คือ
 การที่ศาลฎีกาใ้คุณพินิจไม่แสดง เหตุผลและข้อ แท้จริงที่ เกี่ยวข้องใ้ในคำพิพากษานี้
 เป็นคุณพินิจยุติธรรมหรือไม่ หากพิจารณาในแง่หลักการและหลักกฎหมายแล้ว จะเห็นว่า
 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาอาญา มาตรา ๑๘๒ วรรคสอง บัญญัติใ้แต่เพียง
 "ใ้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลโดยเปิดเผย..." เท่านั้น กฎหมายมิใ้บัญญัติใ้
 เลยว่า คำพิพากษาที่จะอ่านนั้นจะต้องแสดง เหตุผลโดยเปิดเผยใ้ด้วยหรือไม่ ทั้งนี้
 เมื่อใ้ที่กฎหมายครอบคลุมไปไม่ถึง การใช้คุณพินิจยอมเกิดขึ้น การที่ศาลใ้คุณพินิจ

ไม่ได้เหตุผล จึงทำได้โดยชอบตามหลักการพิจารณา เวลาในการใช้ดุลพินิจ อีกทั้งการ
จะเป็นดุลพินิจยุติธรรมนั้น หากปกปิดสิ่งที่ควรปกปิดก็เป็นการชอบด้วย^๑

หากพิจารณา เป็นรายละเอียดเฉพาะอย่าง โดยเฉพาะการปกปิดการแสดง
เหตุผลแห่งดุลพินิจ เช่นนี้ จะเป็นดุลพินิจที่สมควรหรือไม่ แม้การปกปิดในบางครั้งถือได้ว่า
ดุลพินิจยุติธรรมได้ก็ตาม แต่จะต้องมีวิธีการปกปิดการแสดง เหตุผลอย่าง เกิดขาด เพราะ
ถือ เป็นองค์ประกอบสำคัญของโครงสร้างแห่งดุลพินิจ อีกทั้ง เป็นสิ่งที่ถือกันว่า เหตุผลนั้น
จะต้องแสดงให้เห็นประจักษ์แจ้ง ดังปรากฏในคำแนะนำการพิพากษาอรรถคดีที่สำคัญ
ฉบับหนึ่งว่า

"... การเรียงคำพิพากษา เป็นกิจสำคัญอย่างหนึ่งในหน้าที่ผู้พิพากษา
ผู้ใดที่ชื่อว่า เป็นผู้พิพากษาที่ดีนั้น มีใจแต่เพียงตัดสินความโดยยุติธรรม และ
ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น จักของตัดสินใหญ่ไต่กันไต่ฟัง เห็นควายว่า
คำตัดสินนั้น เป็นยุติธรรมและชอบด้วยกฎหมาย การที่จะให้โดยผลอย่างนี้
ก็คือจักของชี้แจง แสดงเหตุผลในการตัดสินให้ชัดแจ้ง บทกฎหมายหรือ
คดีแบบอย่าง หรือหลักกฎหมาย ที่ควรหยิบยื่นอ้าง จะนำมาปรับแก้ก็ได้
หรือไม่ประการใด ควรกล่าวอธิบายไว้ เมื่อคุณได้ฟังคำพิพากษาแล้วให้
ทราบได้ว่า เขาชนะหรือแพ้ไปประเด็นข้อใด และเพราะเหตุใด การเรียง
คำพิพากษาโดยไม่แจ้งเหตุผล กล่าวความรวม ๆ แล้วรวบหัวรวบหางให้
ฝ่ายโน้นแพ้ ให้ฝ่ายนั้นชนะนั้น อาจเป็นเหตุให้ผู้ความเสียใจไปว่า เขาไม่ได้
รับความยุติธรรม..."^๒

^๑ ความหมายดุลพินิจยุติธรรม ซึ่งได้กล่าวไว้แล้ว.

^๒ ชานินทร์ กรัยวิเชียร, คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย (กรุงเทพมหานคร :
โรงพิมพ์การศาสนา, ๒๕๑๘), หน้า ๑๔๓ - ๑๔๔ อ้างถึง ชาวศาล, เล่ม ๒,
ฉบับที่ ๒๗, ๑๕ พฤศจิกายน ๒๕๑๕ (ไม่ปรากฏนามผู้เขียน).

เมื่อเป็นดังนี้ แม้ในคำพิพากษาฎีกาถึงกล่าวจะมีเหตุผลที่ดีในการรณการแสดง
เหตุผลและข้อเท็จจริงในอรรถกถาฎีกา โดยอ้างว่า " เป็นคดีที่กระทบกระเทือนความ
สัมพันธ์ระหว่างประเทศ ความปลอดภัยภายใน และความมั่นคงของราชอาณาจักร..."
แต่เมื่อคำนึงถึง เหตุผลในทางอุทธรณ์ฎีกา และผลักดันไปในการพิพากษาอรรถกถา
แล้ว โดยความเคารพอย่างสูง คุณพิณิจ เช่นนี้อาจทำให้บุคคลที่เกี่ยวข้อง เข้าใจศาลใน
ทางที่มีคหลวงคิดว่า ไม่ยุติธรรมก็ ก

และไม่ว่ากรณีจะเป็นเช่นใดก็ตาม การแสดงคำพิพากษาที่เปี่ยมด้วยเหตุผล
และข้อเท็จจริงควรมีอยู่ต่อไปโดยปราศจากการยกเว้น เพื่อให้สมกับที่ Blackstone
ปราชญ์ผู้ยิ่งใหญ่ทางกฎหมายท่านหนึ่งได้กล่าวไว้ว่า "การพิจารณาพิพากษาอรรถกถาโดย
เปิดเผย...จะเป็นสิ่งที่แสดงออกของมวลมนุษยชาติ" ๑

ข. การทบทวนคุณพิณิจ (Checking) คุณพิณิจยุติธรรมที่แท้จริงนั้น
นอกจากจะต้องมีขอบเขต โครงสร้าง และกฎเกณฑ์ขึ้นในการใช้คุณพิณิจแล้ว เพื่อให้
ผลสมกับความยุติธรรม จะต้องมื่อองค์กรอีกองค์กรหนึ่งคอยตรวจตราการใช้คุณพิณิจ
เพื่อเหตุผลสำคัญคือ ป้องกันการใช้คุณพิณิจผิดพลาด และไม่ยุติธรรม

ในการใช้คุณพิณิจนั้น หากจะแบ่งตามวิธีการทบทวนการใช้คุณพิณิจแล้ว
มี ๒ ประการด้วยกันคือ

๑. คุณพิณิจที่มีการทบทวน (checking discretion) คุณพิณิจที่มีการ
ทบทวนนี้ จะมีลักษณะที่สำคัญคือ ศาลหรือองค์กรผู้ใช้คุณพิณิจ จะใช้คุณพิณิจในการพิจารณา
อรรถกถาหรือข้อเท็จจริงตามอำนาจของตน แต่เมื่อมีการใช้คุณพิณิจ เช่นนั้นแล้ว จะมีอีก
องค์กรหนึ่งคอยควบคุมการใช้คุณพิณิจนั้น ซึ่งการควบคุมนี้ อาจเป็นไปในรูปของการ
อุทธรณ์ฎีกา (appeal) การตรวจทาน (supervision) หรือการควบคุม
มิให้ใช้กฎหมายที่ขัดกับหลักเกณฑ์ (judicial review) ๒

^๑K.C. Davis, *op.cit.*, p. 112 อ้างถึง Max Radin, The Right
to a Public Trial 6 Temp. L. Q. 381 (1932)

^๒Ibid., p. 55.

๒. คุณพิณิจเด็ดขาด (absolute discretion) เป็นคุณพิณิจที่มีความเด็ดขาดอยู่ในตัวเอง สมบูรณ์ในตัวเองโดยไม่มีการทบทวน และองค์กรอื่นใดก็ไม่มีอำนาจที่จะเข้ามาพิจารณาทบทวนได้ ซึ่งองค์กรที่จะใช้คุณพิณิจเด็ดขาดนี้จะต้องเป็นองค์กรที่มีความสำคัญในตัวเอง ในลักษณะที่มีความ "สูงสุด" อยู่ในตัว เช่นคุณพิณิจในการพิจารณาอภัยโทษ ซึ่งเป็นอำนาจของประมุขแห่งรัฐ เมื่อได้ใช้คุณพิณิจนี้ไปในทางใดแล้ว จะมีองค์กรใดมาทบทวนการใช้คุณพิณิจไม่ได้^๑ หรืออาจเป็นองค์กรที่มีวัตถุประสงค์ที่จะแสดงความเลื่อมใสศรัทธา เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย ในประเทศหรือหมู่คณะ เช่น การใช้คุณพิณิจของศาลทหาร เป็นต้น

การที่จะกำหนดให้การใช้คุณพิณิจอย่างใด เป็นคุณพิณิจเด็ดขาดอันไม่อาจมีองค์กรใดมาพิจารณาการใช้คุณพิณิจซ้ำอีกอัน เป็นการทบทวนนี้ จะต้องพิจารณาให้รอบคอบว่ามีเหตุผลที่จะให้ เป็นคุณพิณิจอย่างเด็ดขาด หากมีทางเลือกทางอื่นได้แล้วไม่ควรที่จะกำหนดให้ เป็นคุณพิณิจอย่างเด็ดขาด เพราะ เหตุที่คุณพิณิจที่ไม่มีการทบทวนนี้ อาจมีการผิดพลาดได้ เมื่อผิดแล้วก็จะไม่มีองค์กรใดคอยชี้ เพื่อให้แก้ไข สำหรับองค์กรบางอย่างหรือการใช้คุณพิณิจบางประการที่มี เหตุผลจำเป็นอันจะต้องใช้คุณพิณิจอย่างเด็ดขาดก็จำต้องมีต่อไป

เหตุที่ต้องกำหนดให้มีการใช้คุณพิณิจอย่างเด็ดขาดในบางจำกัก็ เพราะว่า คุณพิณิจเด็ดขาดที่ไม่มีองค์กรใดหรือผู้ใดจะสามารถมาชี้ได้ว่ากระทำโดยผิดพลาดหรือไม่เป็นธรรมนั้น ย่อมเป็นที่มาของความชั่วร้าย อยุติธรรม ดังที่ Mr. Justice Douglas ได้กล่าวไว้ในคดี United States v. Wunderlich, (1951)^๒ ว่า "กฎหมายจะถูกนำออกใช้นอกกฎหมาย จากบุคคลที่มีอำนาจใช้คุณพิณิจตามกฎหมาย

^๑ Ibid., pp. 152 - 153.

^๒ Ibid., p. 132 อ้างถึงที่มาใน 342 U.S. 98, 101 (1951).

จากพลเรือนหรือหน่วยทหาร จากองค์กรของรัฐ เมื่อเป็นการใช้ดุลพินิจศึกษาคน มนุษย์ จะพบแต่ความปวดทรมาน (man has always suffered) ดุลพินิจศึกษาจะทำลาย ซึ่งเสรีภาพยิ่งกว่าวิธีการอื่นใดของมนุษย์ " Mr. Justice Douglas ยังกล่าวแสดงความเห็นต่อไปอีกในคดี New York v. United States, (1951) ^๑ ว่า "ดุลพินิจศึกษาเปรียบเสมือนการฉ้อราษฎร์ เป็นเครื่องทลายแห่งการ เปิดรับจุกอบ แห่งเสรีภาพ" (Absolute discretion, like corruption, marks the beginning of the end of liberty)

การที่ Mr. Justice Douglas กล่าวเช่นนั้นก็ชอบด้วยเหตุผล เพราะเป็นที่ทราบแล้วว่า ดุลพินิจนั้นอาจเป็นไปได้ทั้งคุณและโทษ ซึ่งการมีคุณหรือโทษ เช่นนี้ อาจมาจากการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดทั้งโดยจงใจและไม่จงใจ ซึ่งการใช้ดุลพินิจอันเป็น โทษนี้ ย่อมมีได้ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะกระทำในขอบเขต แม้จะมีหลักเกณฑ์ หรือโครงสร้าง แห่งดุลพินิจ คอยชี้นำช่วยเหลืออยู่ก็ตาม หากการใช้ดุลพินิจนั้นมีศาลหรือองค์กรอื่น คอยตรวจทานทบทวนดุลพินิจแล้ว ข้อผิดพลาดนั้นก็ย่อมได้รับการแก้ไข แต่หากไม่มี องค์กรใดคอยทบทวนการใช้ดุลพินิจ ความผิดพลาดเช่นนั้นก็จะยังคงมีอยู่ต่อไป เมื่อ เป็นเช่นนั้น ความยุติธรรมจะมีอยู่ได้หรือ ดังนั้น จึงมีความเห็นที่ยอมรับกันในขณะนี้ว่า การใช้ดุลพินิจโดยไม่เป็นธรรมอาจจะกำจัดให้สิ้นไปได้โดยการให้ศาลทบทวนดุลพินิจ ให้มากที่สุด ^๒

วิธีการทบทวน วิธีการทบทวนดุลพินิจนั้นมีหลายวิธีการด้วยกัน โดยแต่ละ วิธีนั้น ย่อมมีวัตถุประสงค์สำคัญในการควบคุมให้การใช้ดุลพินิจ เป็นไปอย่าง เป็นธรรม และเพื่อปกป้องรักษาไว้ซึ่งสิทธิของปัจเจกชน ^๓

^๑ Ibid., อ้างถึงที่มาใน 342 U.S. 882, 884 (1951)

^๒ รวงพล เจริญพันธ์, เรื่อง เคิม, หน้า ๑๘.

^๓ เรื่อง เคิม, หน้า ๑๖, ๑๗.

วิธีการควบคุมการใช้ดุลพินิจมีอยู่ด้วยกันหลายวิธี ซึ่งแต่ละวิธีนั้นย่อมมีความสำคัญของการใช้เหมาะสมกับประโยชน์ของแต่ละโอกาส ดังนี้คือ

๑. การร้องอุทธรณ์ฎีกายังศาลสูง การร้องคัดค้านการใช้ดุลพินิจหรือคำวินิจฉัยโดยวิธีการร้องอุทธรณ์หรือฎีกาไปยังศาลสูงนี้ เป็นวิธีการที่มีประวัติพื้นฐานและความเป็นมาที่เก่าแก่อย่างหนึ่ง โดยเปิดโอกาสหรือจำกัดบางโอกาสให้ร้องคัดค้านคำวินิจฉัยของศาลล่าง

๒. กำหนดผู้ใช้อดุลพินิจมากมาย การทบทวนดุลพินิจนั้นมิใช่มีแต่เพียงการให้องค์กรอื่นนอกเหนือจากองค์กรผู้ใช้อดุลพินิจ เป็นผู้ทบทวน เท่านั้น แต่โดยแท้ที่จริงแล้ว การทบทวนหรือควบคุมการใช้ดุลพินิจ อาจมาจากในหมู่คณะขององค์กรที่ใช้อดุลพินิจนั่นเอง โดยการกำหนดให้้องค์คณะในการพิจารณาดุลพินิจจำนวนมากมาย เช่น การกำหนดให้คณะลูกขุน (jury) มีจำนวน ๑๒ นาย ย่อมมีผลดีกว่าลูกขุนนายเดียว เพราะสามารถควบคุมทบทวนซึ่งกันและกันในจุดอ่อน อารมณ์และแนวความคิดเห็น ผู้พิพากษาจำนวน ๕ นาย หรือ ๓ นายย่อมดีกว่าผู้พิพากษาเพียงนายเดียวก้วย เหตุผลเช่นเดียวกัน^๑ หากว่าบุคคลผู้เป็นองค์คณะเหล่านั้นมาจากสภาพแวดล้อม สภาพจิตใจ และตกอยู่ใต้อิทธิพลที่ต่าง ๆ เหตุผลในท่านองนี้เอง จึงเป็นพื้นฐานที่มาสำคัญของพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ที่ได้กำหนดองค์คณะของผู้พิพากษาไว้หลายนาย ส่วนอำนาจของผู้พิพากษานายเดียวที่จะมีไต่ถาม ก็ให้วินิจฉัยในเรื่องราวที่ไม่ค่อยสำคัญ และแม้จะกำหนดองค์คณะของผู้พิพากษาไว้แล้วก็ตาม กฎหมายก็ยังเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาอื่น ๆ นอกเหนือจากผู้ร่วมเป็นองค์คณะ เช่นหัวหน้าศาล อธิบดีผู้พิพากษา มีอำนาจลงนามในคำพิพากษานั้นด้วย^๒

^๑ K.C. Davis, op.cit., p. 143.

^๒

พระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา ๑๐, ๑๓, ๒๖, ๒๗.

๓. โดยออมบุสมาน ออมบุสมาน (ombudsman) เป็นคณะกรรมการ
ผู้มีอำนาจรับเรื่องราวร้องทุกข์จากประชาชนผู้ได้รับผลร้ายจากการปฏิบัติหน้าที่ของ
พนักงานรัฐ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือการงดเว้น (action or inaction) มีอำนาจใน
การสืบสวนค้นหาข้อเท็จจริง และวิจารณ์ อำนาจของออมบุสมานนี้จะมีขึ้นได้เมื่อมีการ
ร้องเรียนเกิดขึ้นแล้ว หากมีอำนาจที่จะพิจารณาสืบหาความยุติธรรมโดยตนเอง โดย
ตรงไม่ องค์กรทบทวนการไร้ดุลพินิจ เช่นนี้ มีใช้มากในกลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย และ
นิวซีแลนด์ สำหรับประเทศอังกฤษ ได้รับอิทธิพลทำให้มีการตั้งออมบุสมานในปี ค.ศ.
๑๙๖๖ นี้เอง^๑

การใช้ออมบุสมานคอยควบคุมและทบทวนการไร้ดุลพินิจนี้ ได้แพร่หลายไปยัง
นานาประเทศ เพราะเหตุที่ช่วยลดในการควบคุมและทบทวนการไร้ดุลพินิจของพนักงาน
รัฐได้เป็นอย่างดี และแม้กระทั่งในประเทศสหรัฐอเมริกาเอง ความคิดที่จะมีออมบุสมาน
ไว้คอยควบคุมการไร้ดุลพินิจได้เริ่มมีอิทธิพลมากขึ้น จนกระทั่งรัฐสภาและหลาย ๆ เมือง
ได้ยอมรับหลักการนี้ไว้ใช้ด้วย^๒ สำหรับในประเทศไทย การที่จะควรมีออมบุสมาน
หรือไม่ก็ได้ เคยเป็นที่ถกเถียงวิพากษ์วิจารณ์โดยเหล่าผู้ทรงคุณวุฒิในสภามาแล้ว เมื่อ
มีการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๑๗ ภาควิชารัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ได้เสนอเรื่องศาลปกครอง

๔. กำหนดองค์กรขึ้นพิจารณา ในการไร้ดุลพินิจของแต่ละสถาบันของ
องค์การรัฐ ย่อมต้องมีพื้นฐานและกฎเกณฑ์ของแต่ละประเด็นแตกต่างกันไป ฉะนั้น จึง
มีความจำเป็นที่จะต้องไขว่คว้าหาบุคคลที่มีความรอบรู้ เฉพาะเรื่อง เข้าทำการทบทวนการไร้
ดุลพินิจ การก่อตั้งองค์กรขึ้นพิจารณาการไร้ดุลพินิจในเรื่องใดโดยเฉพาะจึงมีความ
จำเป็นอีกทั้งสัมพันธ์ เหตุผลในทฤษฎีสมาพันธ์ (the theory of reconciliation)^๓

^๑ K.C. Davis, op.cit., p. 150.

^๒ Ibid.

^๓ รุ่งพล เจริญพันธ์, เรื่องเกม, หน้า ๑๘.

ที่เห็นความจำเป็นในการให้อำนาจในการใช้ดุลพินิจของพนักงานรัฐ แต่ในขณะเดียวกัน เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่เกิดขึ้น จึงจำต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจ เช่นนี้

การกำหนดองค์กฏขึ้นพิจารณาการใช้อำนาจดุลพินิจ เฉพาะ เรื่องที่มีการใช้แพร่หลายมากที่สุดก็คือ ศาลปกครอง ซึ่งหลายประเทศในภาคพื้นยุโรปได้ก่อตั้งขึ้น เช่นในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการทบทวนการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลไว้ ในมาตรา ๔๕ แห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้จัดแยกศาลสูงสุดพิเศษ (Federal Supreme Court) ไว้โดยให้อำนาจในการพิจารณาการกระทำของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองของเยอรมันมีด้วยกัน ๓ ระดับ โดยมีศาลสูงสุดพิเศษอยู่ที่นคร Berlin รองลงมา เป็น Court of Appeal และ Administrative Trial Court ซึ่งเป็นศาลของรัฐ^๑

วิธีการทบทวนการใช้อำนาจดุลพินิจเหล่านี้ เป็นวิธีที่มีการใช้แพร่หลายในปัจจุบัน ซึ่งนอกเหนือจากวิธีการเหล่านี้ก็ยังมีวิธีอื่น ๆ อยู่อีก เช่น การควบคุมโดยสภาหรือการที่สภากำหนดคดีองค์กรใดหนึ่งมีหน้าที่พิจารณาทบทวนการใช้อำนาจดุลพินิจแทนโดยเฉพาะ^๒ แต่ไม่ว่าจะเป็นวิธีในการควบคุมทบทวนเช่นใดก็ตาม หากเป็นการกระทำโดยชอบด้วยเหตุผล และชอบด้วยหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจดุลพินิจแล้ว สามารถกำจัดความอยุติธรรมที่มาจากการใช้อำนาจดุลพินิจได้

และการมีองค์กรที่คอยทบทวนการใช้อำนาจดุลพินิจ เช่นนี้เอง ทำให้การใช้อำนาจดุลพินิจเป็น ดุลพินิจยุติธรรม อันจะยังประโยชน์และความยุติธรรมให้แก่ประชาชนอย่างเต็มที่

^๑ เรื่องเดิม, หน้า ๖.

^๒ ดูรายละเอียดใน K.C. Davis, op.cit., pp. 146 - 150.

คุณพินิจขั้นต้นในการลงโทษของศาล

ในการพิจารณาวินิจฉัยลงโทษจำเลยนั้น ความสำคัญประการแรกก็คือ การวินิจฉัยเกี่ยวกับข้อเท็จจริง ว่าการกระทำของจำเลยนั้นจะมีลักษณะการกระทำ เป็นประการใด มีข้อเท็จจริงแห่งการกระทำเช่นใด ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๕๘ (๕) บัญญัติว่า

"การกระทำทั้งหลายที่อ้างว่าจำเลยได้กระทำผิด ข้อเท็จจริงและรายละเอียดที่เกี่ยวกับ เวลาและสถานที่ซึ่งเกิดการกระทำนั้น ๆ อีกทั้งบุคคลหรือสิ่งของ ที่เกี่ยวข้องด้วยพอสมควร เท่าที่จะให้จำเลยเข้าใจข้อหาได้ก็..."

ความในมาตรา ๑๕๘ นี้ เป็นจุดเริ่มแรกแห่งการนำคดีอาญาขึ้นสู่ศาล โดยเป็นการบรรยายฟ้องคดีอาญา จะเห็นได้ว่าในคำฟ้องนั้นสิ่งสำคัญที่สุด ซึ่งจะต้อง เสนอต่อศาลก็คือ ข้อเท็จจริงแห่งการกระทำของจำเลย รวมทั้งพฤติการณ์แวดล้อม ของการกระทำต่าง ๆ นั้นเอง เมื่อฟ้องคดีอาญาสู่ศาลแล้ว ขั้นตอนต่อไปก็คือการที่ ศาลจะต้องค้นหาข้อเท็จจริงตามที่โจทก์ได้กล่าวไว้ในฟ้องว่าจะ เป็นดังที่โจทก์ได้กล่าว อ้างหรือไม่ สิ่งที่ต้องนำมากล่าวอ้างหรือหักล้าง เหตุผลในชั้นพิจารณาคดีของศาลนี้เอง คือสิ่งที่เรียกว่า "พยานหลักฐานในคดี" และการที่ศาลจะ เชื่อหรือไม่ว่าพยานหลักฐาน ในคดีที่น่าสืบมานั้น เป็นความจริงที่ควรฟังได้เพียงใด เป็นปัญหาข้อเท็จจริง (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๘/๒๕๓๕)

เพราะเหตุที่ข้อเท็จจริงมีความสำคัญดังนี้เอง จึงเป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้อง ทำความเข้าใจกับความหมายของคำว่า "ข้อเท็จจริง" เพราะถ้อยคำคำนี้เป็นศัพท์ที่ใช้ แพร่หลายโดยเฉพาะในวงการกฎหมาย แต่กระนั้นก็เป็นคำที่เข้าใจง่าย เพราะมี

ความชัดเจนอยู่ในตัว โดยเอาคำสามัญสองคำมารวมกัน คือเท็จ คำหนึ่งกับจริงอีกคำหนึ่ง คำสองคำนั้นในทางสามัญไม่มีการใช้ร่วมกัน แยกกันใช้คนละทีเพราะมีความหมายตรงกันข้าม คือคำว่า "เท็จ" มีความหมายว่าเป็นของไม่แท้ เป็นของโกหก แต่คำว่า "จริง" มีความหมายว่าเป็นของแท้ ไม่ใช่โกหก ถ้าจะใช้ในลักษณะคำถามก็ต้องเติมคำว่า หรือไว้กลาง เช่น เท็จหรือจริง จริงหรือเท็จ ส่วนในทางการพิจารณาอรรถคดีมีความจำเป็นโดยแท้ ที่จะต้องใช้อยู่เสมอในระหว่างพิจารณาคดี เพราะเป็นเวลาที่ยังมีไต่สวนวินิจฉัยชี้ขาดว่า เป็นจริงหรือเป็นเท็จ เป็นเวลาที่ยังหุ้มเถียงกันอยู่ เป็นเวลาที่ยังมีปัญหาอยู่ว่า เป็นความจริงหรือความเท็จ ซึ่งอยู่ในระหว่างเวลาที่ เป็นลักษณะคำถาม เพราะฉะนั้น จึงต้องมีศัพท์ที่ใช้โดยเฉพาะ ให้เรียกรวมกันไปก่อนว่า ข้อเท็จจริง จนกว่าจะถึงเวลาตัดสินชี้ขาด จึงจะแยกเท็จกับจริงออกจากกันได้^๑

การที่ศาลจะใช้ดุลพินิจพิจารณาคดีคดีลงไปยังอย่างไร ขึ้นอยู่กับองค์ประกอบสำคัญ ๒ ประการคือ ข้อกฎหมาย และข้อเท็จจริงสำหรับข้อกฎหมาย ศาลสามารถพิจารณาได้โดยตรง โดยตรวจค้นจากบทบัญญัติต่าง ๆ ที่รัฐได้บัญญัติตราขึ้นไว้ ส่วนข้อเท็จจริงนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๗ บัญญัติว่า "ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชี้ขาดนักพยานหลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น

เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่า จำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย"

^๑ หลวงสถิตยุทธชำนานู, วิชาข้อเท็จจริง พิมพ์ครั้งที่ ๔ (ธนบุรี : โรงพิมพ์ประยูรวงศ์, ๒๕๐๘), หน้า ๘ - ๘.

หลักในการวินิจฉัยข้อเท็จจริง เพื่อประกอบในการใช้ดุลพินิจในการลงโทษนั้น มาตรา ๒๒๗ วางหลักเกณฑ์ไว้เป็นแนวทางแต่เพียงว่า ให้ศาลใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนัก พยาน และ

หากแน่ใจว่ามีกรกระทำผิดโดยจำเลยนั้น ให้ศาลลงโทษได้

หากมีความสงสัยว่าจำเลยจะกระทำผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แก่จำเลย

แนวทางของการที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา ๒๒๗ นี้ เป็นแนวทาง ที่กว้างขวางมาก เพราะการจะใช้ดุลพินิจว่าอย่างไรจึงจะแน่ใจว่าเป็นการกระทำ ความผิดนั้น พื้นฐานความเข้าใจหรือแน่ใจ ความหนักแน่น ความละเอียดรอบคอบ ของผู้พิพากษาแต่ละนายมีไม่เหมือนกัน ฉะนั้น จึงปรากฏในความเป็นจริงอยู่เสมอว่า คดีอย่างเดียวกันศาลใช้ดุลพินิจไม่เหมือนกัน

แม้ว่าบทบัญญัติในมาตรา ๒๒๗ จะบัญญัติไว้ให้ศาลมีแนวทางในการใช้ ดุลพินิจในการพิจารณาอย่างกว้างขวางก็ตาม แต่การใช้ดุลพินิจของศาลนั้นก็ยังคง ต้องกระทำไปตามหลักพื้นฐานของกฎหมายลักษณะพยาน จะใช้อำนาจของตนเพื่อกำหนด ดุลพินิจอย่างเสรีก็ตาม ไม่ ค้ำยเหตุนี้เอง สิ่งที่อยู่เบื้องหลังการใช้ดุลพินิจของศาล ในการพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงก็คือ หลักกฎหมายลักษณะพยาน ซึ่งมีหลักช่วยพิจารณา ที่สำคัญ ๒ ประการคือ

๑. ประเภทพยาน การแบ่งประเภทของพยานนั้น มีหลายประการ ค้ำยกัน ตามวัตถุประสงค์แห่งการใช้ เช่นอาจแบ่งออกเป็นพยานบุคคล พยาน เอกสาร พยานวัตถุ แต่สำหรับการพิจารณาประเภทของพยานในที่นี้จะพิจารณา เฉพาะ ประเภทพยานที่เป็นสิ่งช่วยดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยซึ่งน้ำหนักพยานเท่านั้น ซึ่งมี ดังนี้คือ

๑.๑ พยานชั้นหนึ่งและพยานชั้นสอง การแบ่ง เรียกพยานชั้นหนึ่ง และพยานชั้นสองนี้ เป็นการแบ่งตามหลักที่ว่า "กฎแห่งพยานที่ดีที่สุด (Best evidence rule.)" ซึ่งเป็นหลักที่ใช้อยู่ในประเทศอังกฤษประมาณ ค.ศ. ๑๗๐๐ คือ ฎีกาจะต้องนำพยานที่ดีที่สุดมาพิสูจน์ โดยหลักที่จริง เป็นเหตุให้ศาลไม่ยอมรับฟังคำ พยานบอกเล่า พยานชั้นสอง หรือพยานแวดล้อมถ้าพยานโดยตรงยังมีอยู่ แต่หลักการ นี้ได้อนคลายลงในประมาณ ค.ศ. ๑๘๐๐^๑ โดยยอมรับฟังพยานชั้นสองได้ แต่การรับฟังพยานชั้นสองนี้ ย่อมมีน้ำหนักให้เชื่อฟังน้อยกว่า^๒ เช่น การที่ หนังสือพิมพ์ฉบับหนึ่งลงข่าวตำหนิการดำเนินการค้าของโจทก์ เป็นเหตุให้คนไม่เข้าร้าน ถ้าโจทก์จะสืบเพียงแต่ว่า ตามบัญชีการเงินของโจทก์ การขายคดค่าไปมาก ย่อมจะ สู้อเอาตัวลูกค้ายาสูบ เหตุที่หยุดการซื้อไม่ได้^๓

ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ ย่อมถือเป็นหลักในการช่วยกำหนดดุลพินิจในการ ชั่งน้ำหนักแห่งพยานหลักฐานได้ว่า ในกรณีใดก็ตามถ้ามีพยานที่ใกล้ชิดกับ เหตุการณ์ โดยตรง ย่อมมีน้ำหนักควร เชื่อถือมากกว่าการรับฟังพยานที่ห่างไกลกับ เหตุการณ์ เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๐๘/๒๕๕๕ เด็กหญิงอายุ ๕ ขวบมา เป็นพยานชั้นศาล แต่ ตกประหลาดไม่กล้า เบิกความ หมกหนทางที่ศาลจะสืบ เด็กนั้น ศาลรับฟังคำให้การ

^๑ไอสด โกลิน, กฎหมายลักษณะพยาน พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพฯ-มหานคร : โรงพิมพ์ไทยเชรม, ๒๕๑๗), หน้า ๗๓.

^๒ประมูล สุวรรณศรี, กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ ๗ (กรุงเทพฯ-มหานคร: โรงพิมพ์กรุงธน, ๒๕๑๗), หน้า ๑๒.

^๓ไอสด โกลิน, เรื่องเดิม, หน้า ๗๔.

ของ เด็กในชั้นสอบสวนได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๕๕ ส่วนจะ เชื่อฟัง เพียงใ้คนั้น แล้วแต่ดุลพินิจของศาล

ตัวอย่างของพยานชั้นหนึ่งที่มีน้ำหนักมากกว่าพยานชั้นสองจนเห็นได้ชัด ได้ปรากฏตามคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๖๕/๒๕๐๓ ว่า "ในคดีหาว่าข่มขืนกระทำชำเรา โจทก์ไม่สามารถหาตัวผู้เสียหายและมารดา มาเบิกความ คงมีแต่คำให้การผู้เสียหาย และมารดาในชั้นสอบสวน ซึ่งให้การไว้ว่า จำเลยกับพวกได้ร่วมกันฉุดคร่าผู้เสียหาย ไป และผู้เสียหายให้การด้วยว่า จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย โดยมีพนักงานสอบสวน เบิกความประกอบ กับมีผู้ใหญ่บ้าน เบิกความว่า มารดาผู้เสียหายได้แจ้งความ ในคืนวันเกิด เหตุว่าจำเลยกับพวกได้ฉุดคร่าผู้เสียหายไป ดังนี้ ศาลยังรับฟังลงโทษ จำเลยไม่ได้ เหตุผลตามคำพิพากษาฎีกานี้ ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๔๐๔/๒๕๑๒ วินิจฉัยตาม

๑.๒ พยานโดยตรงและพยานเหตุผลหรือพยานแวดล้อมกรณี พยาน โดยตรงคือพยานหลักฐานอันเกี่ยวกับข้อเท็จจริง ซึ่งทูลเถียงกันโดยตรง อันสามารถบ่ง ระบุว่าข้อเท็จจริง เช่นว่านั้นได้มีอยู่ โดยไม่ต้องไปค้นหา เหตุผลสันนิษฐานอย่างใดต่อไป อีก เช่น ในกรณีที่ ก. ทำร้าย ข. ผู้ที่เห็นเหตุการณ์ในขณะที ก. กำลังทำร้าย ข. อยู่ นั้น เป็นพยานโดยตรง ส่วนผู้ที่ได้เห็น ก. วิ่งมา โดยมีร่างกายเปื้อนมีอาดูช เปราะเปื้อนโลหิตย่อม เป็นพยานเหตุผลหรือพยานแวดล้อมกรณีตั้งนั้น พยานแวดล้อมกรณี จึงหมายถึงพยานซึ่งแสดงข้อเท็จจริง อันอาจทำให้ศาลพึงอนุมานหรือสันนิษฐานถึง ข้อเท็จจริงในประเด็นได้

กล่าวไปแล้วพยานแวดล้อมกรณีนี้มีความสำคัญยิ่ง โดยเฉพาะการพิจารณา ประกอบว่าพยานโดยตรงนั้นควร เชื่อถือได้เพียงใด เช่นในคดี เรื่องผู้ร้ายของ เขา

เข้ามาลักทรัพย์ในห้องนอนของเจ้าทรัพย์ เจ้าทรัพย์ยืนยันว่าจำหน้าจำเลยได้ เพราะแสงไฟฟ้าในบ้านซึ่งเจ้าทรัพย์เปิดในขณะที่รู้สึกตัวตื่นขึ้น แต่มีพยานแวดล้อมกรณีชุดหนึ่ง ได้ความว่า ในคืนเกิดเหตุ นั้น ไฟฟ้าของโรงไฟฟ้าเสีย ไม่มีกระแสไฟตลอดคืน เช่นนี้ ก็ยอมทำลายน้ำหนักของพยานโดยตรงให้หมดไป^๑

ความสำคัญของพยานแวดล้อมกรณี นอกจากที่กล่าวมาแล้ว ยังมีความสำคัญในกรณีที่ไม่อาจหาพยานโดยตรงมาอ้างศาลได้ ศาลก็ยอมรับฟังความตามที่ปรากฏของพยานแวดล้อมกรณีได้ เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๒๕/๒๕๕๔ จำเลยต้องหาว่าลักเหล็กแหวนรถไฟโดยใช้กำลังหักไปจากรถ มีพยานเบิกความว่า เหล็กนั้นโยกหักได้ และมีพยานได้ยินเสียงดังปัง แล้วก็เห็นจำเลยถือเหล็กนั้นไปจากรถ ทั้งนี้ จึงลงโทษจำเลยฐานลักเหล็กนั้นได้

๑.๓ พยานโดยตรงและพยานบอกเล่า พยานโดยตรงนั้นเป็นที่ทราบมาจากข้อ ๑.๒ แล้วก็คือพยานที่ได้รับรู้ข้อเท็จจริงนั้นจากโสตประสาของ เขาเอง เช่นได้ยินมาเอง หรือได้เห็นมาเอง ส่วนพยานบอกเล่า นั้น เป็นพยานซึ่ง เพียงแต่ได้ทราบข้อเท็จจริงมาจากผู้อื่นที่เขา เล่าถึงข้อเท็จจริงนั้นมาอีกทอดหนึ่ง หรือหลายทอด^๒

เกี่ยวกับคำพยานบอกเล่านี้ ได้ถือ เป็นหลักมา โดยเฉพาะประเทศที่ใช้ระบบลูกขุน (Jury) ว่าไม่ควรรับฟัง^๓ สำหรับการพิจารณาคดีของศาลไทยนั้น

^๑ โอสถ โกสิน, เรื่องเดิม, หน้า ๗๕.

^๒ ประมุข สุวรรณศรี, เรื่องเดิม, หน้า ๑๔.

^๓ เรื่องเดิม, หน้าเดิม.

ก็เช่นกัน ถือว่าคำพยานบอกเล่า เป็นคำที่ไม่ควรรับฟัง แต่มีความเคร่งครัดน้อยกว่า ประเทศที่ใช้ลูกขุน เพราะระบบการศาลไทยนั้น ไม่มีการใช้ลูกขุน ผู้พิพากษา เป็นผู้ คัดเลือกซึ่งหากทั้งปัญหาข้อกฎหมายและปัญหาข้อเท็จจริง การให้อ่านศาลใช้ดุลพินิจ ว่าพยานบอกเล่าปากใดควรรับฟังหรือไม่รับฟัง หรือ เมื่อรับฟังแล้วมีน้ำหนัก เพียงใดย่อมอำนวยความสะดวกกรรมในเชิงคดีได้เต็มที่^๑ ถึงกระนั้นก็ตาม คำพยานบอกเล่าก็ยังมีน้ำหนักเบา และไม่ควรรับฟังอยู่นั่นเอง ทั้งนี้เพราะ

ก. ผู้ที่ให้ข้อเท็จจริงมากับพยานที่มา เบิกความนั้น มิได้สาบานตัวต่อศาล แม้ว่าพยานซึ่ง เป็นพยานบอกเล่าจะต้องสาบานตัวก็ดี แต่เมื่อผู้อ้างว่า ข้อเท็จจริงไม่ได้สาบานแล้ว ผลก็เท่ากับว่าการกล่าวถึงข้อเท็จจริงนั้น กล่าวกันโดยมิได้สาบาน^๒

ข. ผู้ที่ให้ข้อเท็จจริงแก่พยานบอกเล่าไม่มีทางจะถูกคุกคามอีกฝ่ายหนึ่งถามค้านได้ จึงเป็นการยากที่จะเชื่อถือ เพราะเท่ากับปล่อยให้ทุกข้างเดียว^๓ การให้โอกาสสู่ความฝ่ายตรงข้ามได้ตามค่านี เรียกว่า เป็นสิทธิอันสำคัญที่รัฐธรรมนูญของหลายประเทศได้กำหนดไว้ จนเรียกได้ว่าเป็น "right to confrontation"^๔

ค. เป็นการขัดกับหลักในเรื่องที่ว่า ศาลจะต้องฟังแต่พยานที่ดีที่สุด (Best evidence rule) ฉะนั้น จึงควรให้พยานที่เป็นต้นตอมาให้การ ไม่ใช่ฟังจากคำพยานบอกเล่าอีกต่อหนึ่ง^๕

^๑ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, "ศาลกับพยานบุคคล," วารสารกฎหมาย ปีที่ ๓, ฉบับที่ ๓, กันยายน - ธันวาคม ๒๕๒๐, หน้า ๗.

^๒ โอสถ โกสิน, เรื่องเดิม, หน้า ๗๖.

^๓ เรื่องเดิม, หน้า เดิม.

^๔ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, เรื่องเดิม, หน้า ๘.

^๕ โอสถ โกสิน, เรื่องเดิม, หน้า เดิม.

ง. คำพยานบอกเล่าที่ทำให้การต่อศาลนี้ อาจหาความแน่นอนไม่ได้ เพราะพยานอาจจำข้อเท็จจริงที่ไต่ถามมากไม่หมด หรือจำผิดพลาด ได้ยินมาอย่างหนึ่ง แต่ให้การไปอีกอย่างหนึ่ง^๑ ซึ่งการรับฟังมาผิดพลาดนี้ จะเห็นตัวอย่างไต่อย่างเด่นชัดในการเล่น "พรายกระซิบ" เรื่องราวที่คนแรกกระซิบให้คนที่สองฟัง แล้วคนที่สองกระซิบต่อให้คนที่สามฟัง และกระซิบต่อ ๆ กันไปอีกสี่ห้าคน เรื่องที่คนสุดท้ายเล่าให้ฟังนั้น แตกต่างไปจากเรื่องของคนแรกเล่า เป็นคนละเรื่อง เสมอ ยิ่งเป็นเรื่องคอขาดบาดตายอย่างคดีความในศาลด้วยแล้ว ถ้ามีความผิดพลาดมาก เช่นนี้คู่ความจะได้รับความยุติธรรมได้อย่างไร อย่าวาแควว่า เลาคอ ๆ กันมาหลายทอดเลย แม้แค่ทอดเดียวก็จะรับฟังว่า เป็นจริงตามนั้นได้ยากแล้ว^๒

จากเหตุผลหลายประการนี้เอง จึงทำให้น้ำหนักของพยานบอกเล่ารับฟังได้น้อยมาก ดังเช่นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๙๒/๒๕๕๕ "คำให้การพยานชั้นสอบสวนเป็นพยานบอกเล่า เมื่อไม่ได้ตัวผู้ให้การมา เบิกความที่ศาล เพราะตายเสียก่อน ก็อาจใช้ได้ แต่มีน้ำหนักน้อย และใช้เป็นคำประกอบคำเบิกความของพยานอื่นได้" ในบางกรณีคำพยานบอกเล่าไม่อาจรับฟัง เป็นพยานในคดีได้เลย เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๕๕/๒๕๔๗ พยานเบิกความถึง เรื่องการกระทำผิดที่จำเลยคนหนึ่ง เล่าให้ฟังนั้น จะรับฟัง เพื่อประกอบการลงโทษจำเลยอื่นไม่ได้ เพราะเป็นพยานบอกเล่า^๓

^๑ เรื่อง เกม, หน้า เกม.

^๒ ชานินทร์ ทรัพย์วิเชียร, เรื่อง เกม, หน้า ๗ - ๘.

^๓ เหตุที่ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๕๕/๒๕๔๗ ไม่อาจรับฟังแม้จะเป็นการประกอบหลักฐานอื่นนั้น เพราะตกอยู่ที่หลักที่ว่า ห้ามศาลฟังคำที่จำเลยขัดทอดกันเอง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๑๕/๒๕๓๕, ๖๕/๒๕๓๕, ๑๑๑๕/๒๕๔๐, ๕๔๔/๒๕๐๐, ๕๔๓/๒๕๐๕.

อย่างไรก็ดี คำพยานบอกเล่าซึ่งโดยปกติมีน้ำหนักน้อยนี้ ในบางกรณีมีความจำเป็นที่ศาลจะต้องรับฟัง เช่นกัน เพราะหากไม่รับฟังแล้วก็ไม่อาจจะหาหลักฐานจากพยานอื่นใดได้อีก เช่นคำบอกเล่าของผู้ใกล้ตาย ในกรณีเช่นนี้ ผู้ถูกทำร้ายได้กล่าวถ้อยคำถึงพฤติการณ์ที่ถูกทำร้ายตลอดจนบอกชื่อของบุคคลที่ทำร้ายตนก่อนตายนั้น ถือว่าศาลจะต้องรับฟัง เช่นกัน ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๐๒/๒๕๐๑ ว่า

"คำที่ผู้ถูกยิงร้องบอกกล่าวขึ้นทันทีที่ไม่มีเวลาคิดไตร่ตรอง รับฟัง เป็นพยานได้ คำที่ผู้ถูกยิงบอกแก่มารดาอีก ๓ - ๔ คำ เป็นการยืนยันว่าที่ร้องบอกกล่าวนั้น ไม่ใช่การสงสัยคำที่ผู้ถูกยิงบอกกำนัน โดยรู้ตัวว่าใกล้ตายว่า จำเลยยิง รับฟังประกอบได้"

ซึ่งคำบอกกล่าวของบุคคลก่อนตายเช่นนี้ ศาลฎีกาถือ เป็นหลักไว้ว่าให้รับฟังได้

(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๒๓/๒๔๘๒, ๒๘๓/๒๔๘๔, ๑๔๔๓/๒๕๑๔) แต่จะต้องมีข้อเท็จจริงปรากฏต่อศาลว่า คำกล่าว เช่นนั้นผู้กล่าวรู้ว่าตนใกล้ตายจึงจะรับฟังได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๑๕/๒๔๗๕) ถ้า เป็นกรณีที่ผู้ตายกล่าวโดยไม่คิดว่าตนเองจะใกล้ตายนั้น ศาลฎีกาถือว่า เป็นคำพยานบอกเล่าที่รับฟังไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๒๕/๒๔๗๕, ๑๔๕๓/๒๔๘๓, ๑๗๒๔/๒๔๘๗)

แม้ศาลจะถือว่าคำพยานบอกเล่าในกรณีที่ผู้กล่าวใกล้จะตายนั้น เป็นคำที่รับฟังได้ก็ตาม แต่ก็หาใช่เป็นการรับฟังได้โดยลำพังของคำบอกเล่านั้นเอง แต่ศาลจะต้องพิจารณาพยานแวดล้อมอื่น ๆ ประกอบอีกด้วย จึงจะรับฟังคำพยานบอกเล่าก่อนตายนั้นได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๐/๒๕๑๕)

สำหรับคำพยานบอกเล่าในกรณีอื่น ๆ นอกจากคำบอกกล่าวของผู้ใกล้ตายที่ศาลจะพิจารณารับฟังนั้นก็ยังมีอยู่ แต่ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจอย่างละเอียดว่า คำกล่าว เช่นนั้นมีลักษณะที่ควร เชื่อถือได้เพียงใด หากเป็นคำกล่าวที่ควร เชื่อถือได้แล้ว ศาลย่อมรับไว้เพื่อพิจารณาประกอบพยานอื่น ๆ ได้ เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๐๘/๒๕๐๐ คำรวจ เบิกความว่าพอ เกิด เหตุแล้ว จำเลยออกมาจากที่เกิดเหตุมากรรม มีผู้ตามจำเลย

ตีความข้อนี้ก็ให้จับใจเลยว่าแห่งผู้ตาย คำของคำรวมนั้นเป็นพยานชั้นหนึ่งไม่ใช่คำบอกเล่า แต่ถ้อยคำที่ผู้ตายมาบอกคำรวมนั้น เป็นคำบอกเล่า แต่เป็นคำบอกเล่าในขณะ กระชั้นชิดทันที ซึ่งตามธรรมเนียมยังไม่ทันจะมีช่องโอกาสคิดแก่งปรักปรำ ศาลรับฟัง ประกอบพหุคดี เหตุอื่น ๆ ลงโทษจำเลยฐานฆ่าคนโดยเจตนาได้

๒. ประเพณีข้อเท็จจริง ตามกฎหมายไทยนั้น ข้อเท็จจริง เกี่ยวกับพยาน หลักฐานที่เป็นพื้นฐานสำคัญในการที่ศาลจะใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าจำเลยกระทำความผิด ได้มีบัญญัติไว้ดังต่อไปนี้คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๑๐๔ บัญญัติว่า "ให้ศาลมีอำนาจเต็มที่ในอันที่จะวินิจฉัยว่า พยานหลักฐานที่คู่ความนำมาสืบนั้นจะ เกี่ยวกับ ประเด็นและเป็นอันเพียงพอให้เชื่อฟัง เป็นยุติได้หรือไม่ แล้วพิพากษาคดีไปตามนั้น"

ความตามมาตรา ๑๐๔ นี้ เป็นหลักที่นำมาใช้ในการพิจารณาคดี อาญาด้วย โดยมีความที่น่าสนใจก็คือ การกำหนดให้ศาลพิจารณาว่าข้อเท็จจริงตามที่สืบพยานนั้น เป็นข้อเท็จจริงในประเด็นหรือไม่โดยยอมให้ เป็นอำนาจ เต็มของศาลพิเคราะห์แล้ว อำนาจศาลออกจะมากและกว้าง เกี่ยวกับการกำหนดว่าอะไรควรจะอยู่ในประเด็นหรือนอกประเด็น เพราะไม่มีกฎหมายที่ช่วยชี้กำหนดให้เลยว่า อย่างไร เป็นข้อเท็จจริง ในประเด็นหรือนอกประเด็น มีผู้เห็นว่า ^๒ "ผู้ร่างกฎหมายคงเห็นว่าการที่จะใส่ หลักเกณฑ์ในเรื่องพยานหลักฐานใครรับฟังได้ และรับฟังไม่ไถ่ลงไปในประมวลด้วยแล้ว จะเป็นเรื่องออกกฎหมายไปบังคับศาล มีขัดบังคับประชาชน" ฟังแล้วย่อมรู้สึกผิดปกติ เพราะความเห็นเช่นนั้นคล้ายกับจะยอมให้ศาลอยู่เหนือกฎหมาย

อะไรควรจะเป็นข้อเท็จจริงนอกประเด็นที่ศาลไม่ควรนำมารับฟังในการ พิจารณาอาชญากรรมคดี เพื่อให้เข้าใจได้ง่ายว่าอะไร เป็นข้อเท็จจริงนอกประเด็นนั้น ย่อม

^๑ โดยอาศัยอำนาจมาตรา ๑๕ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.

^๒ ประมุข สุวรรณศรี, เรื่องเดิม, หน้า ๖๕.

ต้องพิจารณาเสียก่อนว่า อะไร เป็นข้อเท็จจริงในประเด็นที่ศาลจะรับฟังได้ และ เมื่อเข้าใจเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในประเด็นแล้ว การที่จะเข้าใจว่าอะไร เป็นข้อเท็จจริงนอกประเด็น ย่อมเป็นสิ่งที่กระทำโดยง่าย กล่าวคือ ก็ เป็นข้อเท็จจริงที่มีข้อเท็จจริงในประเด็นนั่นเอง

ที่เรียกว่าข้อเท็จจริงในประเด็นนั้น หมายถึงข้อเท็จจริง ๒ ประเภทด้วยกัน คือ ข้อเท็จจริงในประเด็นโดยตรง และข้อเท็จจริงอันมา เกี่ยวพันกับประเด็น

๒.๑ ข้อเท็จจริงในประเด็นโดยตรง หมายถึงข้อเท็จจริงที่คู่ความโต้เถียงกันอัน เป็นเหตุให้สืบพยาน ทั้งนี้ต้องพิเคราะห์คำฟ้องของโจทก์และคำให้การของจำเลยด้วย แต่คำพิพากษาให้การของจำเลยในคดีอาญาไม่ถือเป็นสิ่งที่จะกำหนดประเด็นได้ เพราะจำเลยจะให้การหรือไม่ให้การ หรือให้การและจะเปลี่ยนแปลงเสียก็ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๗๗/๒๕๔๔) แต่หลักสำคัญที่ถือว่า เป็นข้อเท็จจริงโดยตรงก็คือ ข้อเท็จจริงที่น่าจะพิสูจน์ได้ว่า จำเลยผิดหรือบริสุทธิ์เป็นสำคัญ ทั้งนี้ควรพิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาประกอบความเข้าใจบาง เรื่องคือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๓๓๔/๒๕๕๓ การฟ้องในความผิดฐานฉ้อโกงนั้น ถ้าไม่บรรยายฟ้องว่าผู้เสียหายได้ร้องทุกข์แล้ว อัยการก็ไม่มีอำนาจฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๓๖/๒๕๕๓ ฟ้องว่าจำเลยเล่นการพนันกึ่งปลาทำนองไปนั้นจะลงโทษฐานเล่นการพนันอย่างอื่นที่ไม่ระบุชื่อในกฎกระทรวงไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๕๕/๒๕๕๓ โจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยทำร้ายร่างกายโดยตีศีรษะแก่ชวา ทางพิจารณาได้ความว่าจำเลยตีศีรษะแก่ชวาครั้งนี้ ไม่ใช่แตกต่างในสาระสำคัญอันจะเป็นเหตุให้ยกฟ้อง

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๓๓๔/๒๕๕๗ จะเห็นว่า ข้อเท็จจริงในประเด็นของคดีนี้ นอกจากจะอยู่ที่ว่า จำเลยกระทำผิดฐานฉ้อโกงหรือไม่ ยังมีประเด็นข้อขึ้นมาก่อประการคือ โจทก์มีอำนาจฟ้องหรือไม่ สำหรับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๓๖/๒๕๕๗ นั้น ประเด็นโดยตรงอยู่ที่ว่า จำเลยเล่นการพนันกึ่งปลาทอนองโปป็นหรือไม่ การที่ศาลจะไปลงโทษจำเลยฐานเล่นการพนันชนิดอื่นนั้น ถือว่าผิดประเด็น ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๕๕/๒๕๕๗ เป็นตัวอย่างที่ชี้ของคำว่าข้อเท็จจริงในประเด็นโดยตรง เพราะคดีนี้ประเด็นอยู่ที่ว่า จำเลยทำร้ายผู้เสียหายจริงหรือไม่ ส่วนข้อผิดพลาดเล็กน้อยนั้นหาใช่ความสำคัญไม่ ซึ่งในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๕๐/๒๕๕๕ ก็เช่นเดียวกัน.

๒.๒ ข้อเท็จจริงอันเกี่ยวข้องกับประเด็น กล่าวไปแล้วข้อเท็จจริงอันเกี่ยวข้องกับประเด็นนี้ มีข้อเท็จจริงในประเด็นโดยตรง แต่มีความสำคัญที่ศาลจะต้องรับฟัง เช่นกัน เพราะจะเป็นข้อเท็จจริงที่นำไปสู่การพิสูจน์ข้อเท็จจริงในประเด็นได้ หรือเป็นข้อเท็จจริงที่จะทำให้ศาลใช้ดุลพินิจหา เหตุผลที่จะอนุমানหรือฟังข้อเท็จจริงในประเด็นได้ กล่าวไปแล้วข้อเท็จจริงอันเกี่ยวข้องกับประเด็นนี้ถึงข้อไปนี้คือ

(๑) ข้อเท็จจริงที่มีมาก่อนหรือหลังข้อเท็จจริงแห่งประเด็นข้อเท็จจริง เช่นนี้ อาจมีพฤติการณ์แห่งข้อเท็จจริงบางอย่างช่วยชี้ให้ข้อเท็จจริงในประเด็นแจ่มชัดขึ้น เช่นในคดีที่จำเลยเอาปืนมายิงเพื่อนตาย ถ้าในระยะกระชั้นชิดกับเวลาเกิดเหตุ จำเลยแสดงความอาฆาตมาดร้ายแก่ผู้ตายด้วยการคำเสียก่อน คำพูดนี้ เป็นข้อเท็จจริงที่มีมาก่อน อันจะประกอบให้เห็นได้ว่าจำเลยฆ่าคนตายโดยเจตนาก็ได้^๑ หรือตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๒๕๕/๒๕๒๒ ยิ่งผู้เสียหายโดยมีสาเหตุกล่าวคำอาฆาตไว้ก่อน ศาลฎีกาถือว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

ในการนี้กลับกัน การที่จำเลยฆ่าหรือทำร้ายผู้เสียหายโดยไม่ปรากฏสาเหตุหรือมีข้อเท็จจริง เช่นนี้มาก่อนเลย ย่อมนำมาประกอบให้เห็นว่าจำเลยไม่มีเจตนาฆ่าได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๗๕/๒๕๐๐, ๒๐๕/๒๕๑๐, ๑๐๔๘/๒๕๑๒) ซึ่งข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๐๕/๒๕๑๐ มีว่า "จำเลยและผู้เสียหายวิวาทกันด้วยเรื่องพุดผัดหูกันเพียงเล็กน้อยโดยไม่เคยมีสาเหตุโกรธเคืองกันมาก่อน ผู้เสียหายคือศิษย์จำเลย ๑ ที่ จำเลยใช้มีดปลายแหลมยาวทั้งค้ำมทั้งตัวประมาณ ๑ คืบ แหว่งไป ๑ ที่ ผู้เสียหายคือจำเลยก็แหว่งไปอีก ๑ ที่ ทั้งนี้เห็นได้ว่า จำเลยได้แทงผู้เสียหายในขณะที่ถูกศิษย์จำเลย ย่อมยอมมีนางอยู่ และขณะนั้นก็มีแสงไฟมุกขมัวไม่เห็นกันถนัด ไม่มีโอกาสที่จำเลยจะตั้งใจเลือกหรือกำหนดได้ว่า จะแหว่งไปให้ถูกบริเวณไหนของร่างกายได้ ทั้งเมื่อผู้เสียหายร้องขึ้นว่าถูกจำเลยแทง จำเลยก็ทิ้งมีดหนีไปโดยไม่ได้ทำร้ายซ้ำเติมอีก เช่นนี้ ยังไม่พอพียงว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้เสียหาย" ตามข้อเท็จจริงในคดีนี้ นอกจากจะไม่มีข้อเท็จจริงที่มีมาก่อนอันจะประกอบให้เห็นว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าแล้ว ยังมีข้อเท็จจริงที่เกิดภายหลัง เป็นเครื่องสนับสนุนว่าจำเลยมิได้มีเจตนาฆ่าอีกคือ "จำเลยก็ทิ้งมีดหนีไปโดยไม่ได้ทำร้ายซ้ำเติมอีก"

(๒) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับโอกาสในการกระทำความผิด ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับโอกาสในการกระทำความผิดนี้ จะเป็นเครื่องช่วยเสริมข้อเท็จจริงในประเด็นโดยตรงได้เป็นอย่างดีว่า ในภาวะเช่นนั้น จำเลยจะมีโอกาสกระทำความผิดได้หรือไม่ ถ้ามี เมื่อศาลพิจารณาประกอบหลักฐานอื่นอันพอเพียงแล้ว ก็ย่อมมาพิจารณาได้ว่า จำเลยกระทำความผิด แต่ถ้าข้อเท็จจริงเกี่ยวกับโอกาสนั้นชี้ให้เห็นว่าจำเลยไม่มีโอกาสในการกระทำความผิดเลย ก็ย่อมช่วยให้ศาลพิจารณาได้ว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๘๘/๒๕๐๐ ข้อเท็จจริงไต่ความว่าจำเลยเป็นผู้นำเงินหลายแสนบาทไปชำระค่าภาษีขา เข้าของสินค้า ซึ่งตั้งเข้ามาและได้รับสินค้าออกมาแล้ว ต่อมาความปรากฏว่า เงินภาษีนั้นมิได้เข้าบัญชีของกรมศุลกากร จึงเกิดตรวจค้นกันขึ้น

ได้ความว่าบรรดาไบเสร์รับเงินและเอกสารในการตรวจปล่อยสินค้า เป็นเอกสารปลอม จำเลยจึงถูกฟ้องฐานยักยอกเงินและใช้เอกสารปลอม ศาลอุทธรณ์ฟังว่าไบเสร์รับเงินค่าอากร เป็นหลักฐานในเบื้องต้นว่า ได้มีการชำระค่าอากรแล้ว และไบเสร์จนีอยู่ในความอารักขาของเจ้าหน้าที่ จำเลยหรือบุคคลภายนอกไม่มีช่องทางที่จะหยิบฉวยเอามาได้ ฯลฯ จึงทำให้มีช่องทางสงสัยได้ว่าจำเลยอาจชำระอากรให้แล้ว แต่เกิดมีการทุจริตขึ้นภายในงานยักยอกเงินไว้เป็นประโยชน์เสีย แล้วทำเอกสารถึงกล่าว แล้วปลอมขึ้นมอบให้ผู้นับใบรับสินค้าและผู้ชำระเงิน ซึ่งผู้นับใบไม่มีโอกาสจะรู้ได้ จึงพิพากษายกฟ้อง และศาลฎีกาพิพากษายืน

(๓) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเจตนา คดีแทบทุกคดีความสุจริต ไม่สุจริตของคู่ความยอม เป็นประเด็นในการวินิจฉัยอยู่เสมอ^๑ โดยเฉพาะในคดีอาญามีหลักสำคัญตามมาตรา ๕๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญาว่า ผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำโดยเจตนา

หากจะกล่าวไปแล้ว เรื่องของเจตนา เป็นสิ่งที่อยู่ในจิตใจของผู้กระทำ ฉะนั้น ศาลจะถือสิ่งใดเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเจตนาได้ ปัญหา เช่นนี้ยอมต้องเป็นไปตามหลักสุภาษิตลาตินที่ว่า "Acta aetiora indicate interiora secreta." ซึ่งหมายความว่า "กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา" (Act indicate intention) นั้นเอง

สิ่งที่เป็นปัญหาสำคัญในเรื่องเจตนา นี้ มักจะโต้แย้งเจตนาพิเศษ โดยเฉพาะเกี่ยวกับเรื่องเจตนาฆ่า ตามมาตรา ๒๕๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ปัญหาที่ศาลจะต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเจตนาฆ่าจึง เป็นเรื่องที่สำคัญควรแก่การพิจารณาถึง

^๑ ประมุข สุวรรณศรี, เรื่องเกม, หน้า ๒๘.

ศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาข้อเท็จจริงต่าง ๆ ซึ่งจะ
เป็นเครื่องชี้เจตนาไว้พอเป็นแนวทางดังนี้คือ

๑) พิจารณาความสำคัญของอาชุร หากอาชุรที่ใช้นั้นมีความ
ร้ายแรง เช่นเป็น ระเบิดแล้ว เป็นข้อเท็จจริงที่ถือว่าจำเลยมีเจตนาฆ่า (คำพิพากษา
ฎีกาที่ ๖๐๕/๒๕๐๐, ๖๐๐/๒๕๐๒, ๓๖/๒๕๐๓; ๑๓๘๓/๒๕๐๓, ๑๔๐๑/๒๕๑๒,
๑๕๓๑/๒๕๑๒, ๑๗๒๕/๒๕๑๒, ๑๔๔๔/๒๕๑๓) แต่ถาอาชุรนั้นไม่ร้ายแรง เช่นขวาน
เล็ก ๆ ถือว่าจำเลยมิได้มีเจตนาฆ่า (คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๓๗/๒๕๐๐)

๒) พิจารณาสาเหตุโกรธ เคืองกันมากอน หากเป็นกรณีที่ไม่
สา เหตุโกรธ เคืองกันมากอน ยอมรับมาพิจารณาประกอบได้ว่าจำเลยมีเจตนาฆ่า
(คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๒๗๕/๒๕๐๐, ๒๐๕/๒๕๑๐, ๑๐๔๔/๒๕๑๒, ๖๕๕/๒๕๑๗)

๓) พิจารณาพฤติการณ์ว่ายุติ เป็นเช่นใด ในข้อนี้หมายถึงการ
พิจารณาถึงข้อเท็จจริงแห่งการกระทำของจำเลยว่า การที่จำเลยแสดงออกเช่นนั้น
มีความหมายยุติแล้วว่า เป็นเจตนาฆ่า หรือยังจะมีความหมายเป็นอย่างอื่นได้ หาก
พฤติการณ์ของจำเลยอาจทำให้เข้าใจ เป็นอื่นได้แล้ว ยังไม่ถึงว่าจำเลยมีเจตนา เช่น
จำเลยชักปืนขึ้นมาจ้องทางผู้เสียหาย เช่นนี้พฤติการณ์ของจำเลยยังไม่ยุติในทางใด
แน่ชัด อาจ เป็นการจระฆ่า หรือขู่ก็ได้ เช่นนี้ถือว่าจำเลยมีเจตนาฆ่ายังไม่ได้ (คำ
พิพากษาฎีกาที่ ๑๖๔๗/๒๕๑๒, ๔๕๕/๒๕๑๓, ๑๓๒/๒๕๑๕)

๔) พิจารณาโอกาสเลือกทำ ในกรณีที่จำเลยกระทำกราด
ลงไปในาวาระที่ถูกละหุกคัมขัน ศาลฎีกาถือว่าแม้จะกระทำไปยังอวัยวะที่สำคัญของ
ร่างกายผู้เสียหาย ก็ยังถือว่ามิเจตนาฆ่าไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๐๕/๒๕๐๔,
๘๒๒/๒๕๑๐, ๑๐๔๔/๒๕๑๒) และในกรณีเดียวกัน หากจำเลยมีโอกาเลือกที่จะ
ทำร้ายในร่างกายนอกของผู้เสียหายก็ได้ แต่กลับกระทำไปยังอวัยวะที่ไม่สำคัญ
เช่น เลือดยิ่งที่ตาคุม ถือว่ามีเจตนาฆ่าไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๐๖/๒๕๐๑) และ
ในกรณีกลับกัน หากจำเลยอยู่ในวาระที่มีโอกาสเลือกกระทำ เช่นผู้เสียหายหรือผู้ตาย
ล้มลง แล้วจำเลยเลือกฟันยังที่คอ ถือว่ามีเจตนาฆ่า (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๒๑๕/๒๕๐๑,

๖๕๕-๖๐/๒๕๐๓, ๓๖/๒๕๐๓, ๘๓๑/๒๕๑๑, ๑๐๔๘/๒๕๑๒, ๑๕๕๗/๒๕๑๒, ๑๕๐๓/๒๕๑๒,
๕๐๓/๒๕๑๓, ๔๓๕/๒๕๑๔, ๒๐๕๘/๒๕๑๔, ๑๒๒๔/๒๕๑๕, ๖๑๖/๒๕๑๖)

(๔) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความประพฤติ ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความ
ประพฤตินี้ แบ่งออกพิจารณาตามฐานบุคคลในคดีได้ ๓ ประเภทคือ

๑) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความประพฤติของจำเลย โดยหลักแล้ว
ในคดีอาญานั้น การนำสืบถึงความประพฤติของจำเลยว่าจำเลย เป็นผู้ที่มีสันดานชั่วร้าย
ความประพฤติไม่คืบ เป็นข้อเท็จจริงนอกประเด็นที่ไม่ให้นำสืบ เพราะไม่อาจอ้าง
พิสูจน์ได้ว่าจำเลยได้กระทำความผิดในคดีที่ฟ้องหรือไม่^๑ แต่หากจำเลยจะขอสืบถึงข้อ
เท็จจริงเกี่ยวกับความประพฤติของจำเลยว่าเป็นคนดีแล้วยอมทำได้ เพราะตามหลัก
กฎหมายอาญานั้น ให้สิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลยอย่างเต็มที่ และศาลเองก็เคยใช้
เหตุผลของข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความประพฤติของจำเลยเพื่อยกฟ้องมาแล้ว เช่น
ใน ค.ศ. ๑๙๐๐ เคยมีเรื่องเกิดขึ้นในอังกฤษ เหตุเกิดในระหว่างการเมืองงาน
ออกบ้านเพื่อเก็บเงินบำรุงการกุศล มีเสียงร้องเอะอะว่ามีคนลักทรัพย์ ในทันทีคนร้าย
ก็รีบเอากระเป๋าต๋างค์หย่อนลงไปในกระเป๋าพระองค์หนึ่ง ศาลยกเอาความประพฤติ
ดีของพระชั้นวินิจฉัย และยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่พระไป^๒

๒) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความประพฤติของโจทก์ เกี่ยวกับ
ความประพฤติของโจทก์นี้ ศาลจะต้องวินิจฉัยอย่างระมัดระวังจะควรมิให้มีการนำสืบหรือไม่
เพราะบางกรณีการขอให้นำสืบเช่นนั้น หรือข้อเท็จจริงเหล่านั้นอาจมิใช่เรื่องในประเด็น
เลย แต่บางกรณีก็อาจเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดีได้ เช่นในกรณีที่จำเลย
อ้างว่าได้กระทำร้ายไป เพราะเป็นการป้องกัน ย่อมจะนำสืบถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับนิสัย

^๑ เรื่อง เดิม, หน้า ๗๐.

^๒ โอสถ โกสิน, เรื่อง เดิม, หน้า ๑๕๒.

ความประพฤติกของผู้ถูกทำร้ายว่าเป็นคนเกกมะเหรกเกเร เป็นอันขาดได้^๑

สำหรับในกรณีที่เป็นกรกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ เช่นการกระทำอนาจารหรือข่มขืนกระทำชำเรา หากจำเลยขอสืบเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในความประพฤติกของผู้เสียหายหรือโจทก์ เช่นเป็นหญิงโสเภณี หรือเป็นคนที่มากินกามคุณแล้วศาลต้องพิจารณาให้แน่ชัดเสียก่อนว่า การขอสืบเช่นนั้น จะเป็นประโยชน์แก่คดีโดยตรงจึงจะอนุญาตให้สืบ เพราะข้อเท็จจริงเช่นนี้ เป็นการประจานตัวโจทก์หรือผู้เสียหายอยู่ในตัว เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๓๓/๒๕๗๕ คดีนี้จำเลยถูกฟ้องว่าจับนมโจทก์ต่อหน้าธารกำนัล จำเลยจะขอสืบว่า จำเลยเคยจับนมโจทก์เนื่อง ๆ และโจทก์เป็นหญิงโสเภณีมากี่หลายตัว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ศาลมีอำนาจตัดสินลงโทษจำเลยได้โดยไม่ต้องยอมให้จำเลยสืบในข้อนี้ เพราะข้อที่จำเลยขอสืบนั้น เป็นไปในทางมุ่งเพื่อประจานโจทก์ และถึงจะได้ความสมจริงจำเลยก็ไม่พ้นผิด เพราะการกระทำอนาจารต่อหน้าธารกำนัลจะอ้างความยินยอมซึ่งเคยมาแต่ก่อนเพื่อให้พ้นผิดมิได้

ตามหลักพื้นฐานของกฎหมายลักษณะพยานที่ได้กล่าวโดยสังเขปมานี้ เป็นสิ่ง^๑ที่แสดงถึงพื้นฐานหรือหลักเกณฑ์ที่อยู่เบื้องหลังการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาชั้นนำหน้าพยานหลักฐาน

แต่อย่างไรก็ดี พื้นฐานตามหลักเกณฑ์ที่กล่าวมานี้ เป็นหลักเกณฑ์ที่มีใช้บังคับทำให้ศาลต้องปฏิบัติตามเสมอไป ดังนั้น การวินิจฉัยถึงพยานหลักฐานต่าง ๆ จึงยังคงเป็นดุลพินิจโดยแท้ของศาล ที่จะพิจารณาอย่างใดก็ได้ เช่นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๓๑-๔/๒๕๔๒ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า "ในการวินิจฉัยพยานหลักฐานนั้น ศาล

ทรงไว้ซึ่งอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจยับยั้งหลักฐานใดอื่นพิจารณาประกอบหลักฐานอื่นได้
ไม่จำเป็นต้องยับยั้งมาทุกชั้นทุกอัน และการยับยั้งหรือไม่ยับยั้งเช่นนี้ ไม่เป็นข้อ
กฎหมายประการใด"

ข้อผิดพลาดเกี่ยวกับดุลพินิจในข้อเท็จจริง

แม้ว่าการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงของศาล จะมีหลัก
พื้นฐานช่วยในการใช้ดุลพินิจก็ตาม แต่เนื่องเพราะมาตรา ๒๒๗ แห่งประมวล
กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งมีบัญญัติว่า "ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชั้นน้ำหนักพยาน
หลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีกรกระทำผิดจริง และจำเลย
เป็นผู้กระทำความผิดนั้น..."ก็ตาม แต่เพราะการใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยชั้นน้ำหนัก
พยานนี้ เป็นอำนาจแท้จริงของศาลในการที่จะหยิบยกหลักฐานใดขึ้นมาวินิจฉัยก็ได้
ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๓๗-๕/๒๕๕๒ ทำให้การใช้ดุลพินิจของศาลในการ
ชั้นน้ำหนักพยานอันเป็นปัญหาข้อเท็จจริงนี้ ยังไม่อยู่ในแบบแผนเดียวกัน ขึ้นอยู่กับดุลพินิจ
พิจารณาของผู้พิพากษาแต่ละนายเป็นสำคัญ ตัวอย่างที่จะเห็นได้อย่างชัดเจนในการใช้
ดุลพินิจชั้นวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงนี้ เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๔๔/๒๕๑๓ "ผู้เสียหาย
กำลังเอาข้าวให้ เบ็ดकिन จำเลยทั้งสองกระโจนเข้าใช้เหล็กแหลมแทงถูกที่บริเวณ
ศีรษะ สะบัก หลัง และแขน รวม ๑๔ แผล แพทย์เห็นว่าต้องรักษาประมาณ ๑๕ วัน
ชนิดและขนาดของ เหล็กแหลมนั้นก็ไม่ได้ปรากฏชัด เพราะไม่ได้มา เป็นของกลาง ยังถือ
ไม่ได้ว่าจำเลยมีเจตนาฆ่า" จากคำพิพากษาศาลฎีกานี้ พิเคราะห์เฉพาะความสำคัญ
ของอาวุธร้ายแรงเท่านั้น โดยไม่ได้พิจารณากรรมอื่น ๆ ของจำเลยประกอบ เช่น
การกระทำในขณะที่มีโอกาสเลือกทำ และบริเวณอวัยวะที่สำคัญ ทั้งที่ได้มีแนววินิจฉัย
ของศาลฎีกาวางบันทัดฐานไว้แล้วว่า การเลือกทำเพราะมีโอกาส บริเวณแห่งอวัยวะ
ที่สำคัญ ลักษณะบาดแผลเหล่านี้ชี้ให้เห็นถึงเจตนาฆ่าทั้งสิ้น โดยไม่ต้องคำนึงว่าอาวุธ
ที่ใช้จะร้ายแรงหรือไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๑๕/๒๕๐๑, ๒๕๕-๖๐/๒๕๐๓, ๓๖/๒๕๐๓,
๔๒/๒๕๐๔, ๗๗๗/๒๕๐๕, ๑๒๕๑/๒๕๐๘, ๑๕/๒๕๑๘, ๔๑๕/๒๕๐๘, ๖๓๒/๒๕๐๘,

๓๕๕/๒๕๐๘, ๘๓๑/๒๕๑๑, ๑๐๘๘/๒๕๑๒, ๑๔๘๗/๒๕๑๒, ๑๕๕๗/๒๕๑๒, ๑๖๐๓/๒๕๑๒, ๑๓๐๘/๒๕๑๓, ๑๕๘๒/๒๕๑๓, ๘๐๓/๒๕๑๓, ๘๓๕/๒๕๑๔, ๘๑๓/๒๕๑๔, ๑๒๖๔/๒๕๑๔, ๒๐๕๘/๒๕๑๔, ๒๒๘๗/๒๕๑๔, ๓๓๐๑/๒๕๑๔ (ณ), ๔๘/๒๕๑๕, ๑๘๑/๒๕๑๕, ๖๓๑/๒๕๑๕, ๑๒๒๔/๒๕๑๕, ๑๒๒๕/๒๕๑๕, ๑๕๐๘/๒๕๑๕, ๒๕๒๘/๒๕๑๕, ๖๑๖/๒๕๑๖) และปรากฏว่า จำเลยแห่งทำร้ายผู้เสียหายถึง ๑๔ แผล เพียงแค่หาของกลางที่ทำร้ายไม่ได้ ไม่พอที่จะวินิจฉัยว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าหรือไม่นั้น โดยความเคารพอย่างสูงต่อศาลฎีกา ข้อเท็จจริงอย่างอื่นที่ปรากฏนอกเหนือจากความร้ายแรงของอาวุธก็พอเพียงที่จะวินิจฉัยว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าได้เช่นกัน

ในการพิจารณาพิพากษารรตคดีที่ตก เป็นข้อวิพากษ์วิจารณ์อยู่ เสมอว่าคดีนี้โดยฉกฉพลาคันนั้น ส่วนใหญ่มาจากการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยซึ่งพยานในปัญหาข้อเท็จจริงฉกฉพลาคเสียหายส่วนใหญ่ และสิ่งที่ถือว่เป็นการใช้ดุลพินิจที่ฉกฉพลาคอย่างมหันต์ของศาล มาจากการที่ศาลตัดสินลงโทษจำเลยผู้บริสุทธิ์ ปัญหาเหล่านี้มีได้ในระบบศาลของนานาประเทศ และแม้กระทั่งในระบบศาลของประเทศไทย เช่นคดีหนึ่งที่เกิดขึ้นมานานปีแล้ว ข้อเท็จจริงในคดีนั้นีมีว่า ผู้เสียหายตื่นขึ้นมากลางดึก เพราะได้ยินเสียงก๊อกแก๊ก ๆ ที่ชั้นล่างของบ้าน ผู้เสียหายจึงลงไปดูผู้เสียหายเห็นคนร้ายกำลังชนของแล้วกำลังจะหลบหนีไปพอดี ผู้เสียหายจำหน้าคนร้ายได้ ผู้เสียหายไปแจ้งความที่สถานีตำรวจ พนักงานสอบสวนให้ผู้เสียหายให้การ เกี่ยวกับรูปพรรณสัณฐานของผู้กระทำผิด ผู้เสียหายพรรณนาถึงรูปร่างหน้าตาของคนร้ายว่ามีคำหึงน่าสัง เกตอย่างไร อ้วนผอม ผิวพรรณคำขาวอย่างไร แต่งกายอย่างไร ตัดผมอย่างไร หลังจากที่พนักงานสอบสวนฟังผู้เสียหายพรรณนาแล้ว ก็นึกออกว่าผู้ต้องหารายนี้ควรจะเป็นผู้ใด เพราะพนักงานสอบสวนเป็นเจ้าของท้องที่นั้นเอง ยอมรับว่ามีบุคคลอันธพาล นักเลงหัวไม้ พวกของ เบาที่โตบาง พนักงานสอบสวนลงความเห็นว่า ผู้ที่มีรูปพรรณสัณฐานเช่นนั้นคง เป็นผู้ต้องสงสัยผู้นั้นแน่ พนักงานสอบสวนจึงให้เจ้าหน้าที่ตำรวจ ไปจับตัวผู้ต้องสงสัยมาให้ผู้เสียหายดูตัว ผู้เสียหายดูแล้ว ก็ยังลังเลใจอยู่ จึงบอกแก่พนักงานสอบสวนว่า คนจำได้เพียงคล้ายคล้ายคล้ายว่า

อาจจะใช้คนร้ายที่เข้าไปย่อง เขาขโมยของบ้านตน พนักงานสอบสวนยั่วว่า ไม่มีใคร
 อีกแล้ว ต้องเป็นคนนี้แน่นอน ผู้เสียหายก็เลยว่า เมื่อพนักงานสอบสวนว่าต้องเป็น
 คนนี้ ก็ต้องเป็นคนนี้ พนักงานสอบสวนจึงทำสำนวนส่งอัยการ เพื่อฟ้องผู้ต้องสงสัย
 ผู้นั้น เป็นจำเลยต่อศาล พอคดีถึงศาล ผู้เสียหายก็เบิกความในฐานะ เป็นพยานโจทก์
 ศาลถามผู้เสียหายว่าจำคนร้ายได้หรือไม่ ผู้เสียหายแถลงว่าจำได้ ศาลถามต่อไปว่า
 คนร้ายอยู่ในศาลหรือไม่ ผู้เสียหายก็ชี้ตัวจำเลยว่าเป็นคนร้ายรายนั้น

เมื่อสืบพยานโจทก์เสร็จสิ้นแล้ว บัง เอื้อเจ้าหน้าที่ตำรวจไปจับตัวคนร้าย
 ที่ไปย่อง เขาบ้านผู้อื่นได้อีกรายหนึ่ง ทั้งยังค้นของกลางได้จากบ้านคนร้ายรายนี้เป็น
 จำนวนมาก ในบรรดาของกลางที่ยึดมาได้จากบ้านคนร้ายรายนั้นมีของของผู้เสียหาย
 รายนี้รวมอยู่ด้วยหลายรายการ เช่นนาฬิกา เครื่องวิทยุ และเครื่องไฟฟ้าอื่น ๆ
 ที่ถูกขโมยไปและยังไม่ได้รับคืน เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงนำคนร้ายไปให้ผู้เสียหายดูตัว
 อีกครั้งหนึ่ง ผู้เสียหายดูแล้วไม่ได้ตั้งใจแถมแค้นอย บอกรับเจ้าหน้าที่ตำรวจทันทีว่า
 นี้แหละคนร้ายที่ย่อง เขาบ้านตนแน่ เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงไปปรึกษาพนักงานอัยการว่า
 จะกระทำการอย่างไรกับจำเลยผู้บริสุทธิ์ เพราะสืบพยานโจทก์เสร็จสิ้นแล้ว พนักงาน
 อัยการคัดค้านว่าจะทำอะไรได้ ว่าแถลงต่อศาลตามจริง ต่างฝ่ายต่างก็ต้อง
 รับผิดชอบอาญาด้วยกันหมดทุกคน คือทั้งผู้เสียหาย พนักงานสอบสวนและพนักงาน
 อัยการ จำเป็นต้องปล่อยเลยตามเลย ในคดีนั้น จำเลยต้องรับโทษโดยไม่มีความผิด
 เลย ๑

คดีที่นี้ศาลใช้ผิดพลาด ข้อเท็จจริงที่ทำให้ศาลใช้ผิดพินิจผิดพลาดนั้น
 มีมากมายหลายประการ อาจมาจากพื้นฐานความคิดเห็นของผู้พิพากษาแต่ละนาย
 ประสบการณ์ ภาวะแวดล้อม หรืออาจมาจากการนำข้อเท็จจริงมาสู่ศาล อาจเป็น

๑ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, เรื่องเดิม, หน้า ๓๘ - ๓๙.

ข้อเท็จจริงที่ผิดพลาด หรือความประหมากลัวของพยาน เป็นต้น แต่ข้อเท็จจริงที่ทำให้ศาลใช้ดุลพินิจไปในทางที่ผิดพลาดมากที่สุดมีอยู่ ๔ ประการคือ

๑. ศาลวินิจฉัยผิดพลาดเอง ในบางกรณีศาลวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นตามท้องสำนวนผิดพลาดไปโดยการตัดสินใจที่ผิดพลาดของศาลเอง ดังนี้ปรากฏอยู่เสมอมา สาเหตุอาจสืบเนื่องมาจากระบบกฎหมายและการศาลของไทยไม่มีผู้พิพากษาเฉพาะสาขา ผู้พิพากษานายหนึ่ง ๆ มีโอกาสเป็นได้ทั้งผู้พิจารณาในคดีแพ่ง คดีอาญาคดีภาษีอากร ฯลฯ แล้วแต่จะมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าไปประจำศาลใด ดังนั้น ในบางกรณี ผู้พิพากษาที่ตัดสินในคดีอาญาก็สืบสน นำเอาวิธีการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับวิธีพิจารณาความอาญา เช่นในคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๑๕๕-๖๐/๒๕๐๔ ซึ่งผู้พิพากษาสืบสน เอาหลักการรับรองคุณธรรมตามวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา ๒๒๔ มาใช้แทนที่จะเป็นการอนุญาตให้คุณธรรมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๕๓ ทวิ

ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดจนว่าศาลใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดเอง เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๕๔/๒๕๕๐ ข้อเท็จจริงในคดีเป็นเรื่องที่ประจักษ์พยานเบิกความถึงวัน เดือน ปีของจีน ทำให้ศาลไม่เข้าใจและยกฟ้อง การใช้ดุลพินิจยกฟ้องในครั้งนี้ ศาลฎีกาไม่เห็นพ้องด้วย โดยถือว่า "เมื่อศาลไม่เข้าใจก็ควรให้ผู้อ้างนำคำหรือผู้รู้มาอธิบาย ไม่ควรยกฟ้องเสียทีเดียว"

๒. คุณความน่าเชื่อถือเท็จจริงที่ผิดพลาดมาสู่ศาล ในระบบศาลของไทย และรวมถึงระบบศาลของหลายประเทศ มีข้อเท็จจริงอันเป็นที่ยอมรับกันอยู่ว่า คุณความได้นำพยานเท็จ บันพยาน มาสู่ศาล^๑ ไม่ว่าจะเป็นการเสนอข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดโดยตั้งใจ หรือไม่ตั้งใจ ซึ่งปัญหาเรื่องการเสนอข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดนี้ จนเป็นปัญหาในการพิจารณาโดยละเอียดของบทต่อไป

^๑ เรื่อง เกม, หน้า ๔๐.

๓. กุลพิณิจอันคืบแคบของศาล ในหลายครั้งหลังจากศาลพิพากษาอรรถคดีแล้ว จะพบว่าภายใต้เหตุผลที่ศาลนำวาทินิจฉัยนั้น ศาลไม่ยอมรับรู้ในความเป็นจริงของข้อเท็จจริงบางอย่าง แล้วตัดสินไม่ตามทัศนคติอันคืบแคบของคน เช่น เคยปรากฏเป็นคดีในศาลของต่างประเทศว่า ในคดีที่จำเลยต้องหาว่าใช้ปืนยิงคนตาย พยานโจทก์เบิกความว่า เห็นจำเลยยิงผู้ตายด้วยปืนลูกของพก คดีนั้นศาลตัดสินยกฟ้องโดยอ้างเหตุผลว่า ปืนลูกของพกไม่มีในโลก มีแต่ลวดล่องยาว ๆ จะพกไม่ได้^๑ หรือในศาลของต่างประเทศอีกคดีหนึ่ง เป็นคดีที่จำเลยต้องหาว่าลักม้า พยานโจทก์เบิกความว่า เห็นจำเลยขี่ม้าหลังเปล่า (ไม่มีอาน) แล้ววิ่งหนีไปต่อหน้าพยาน ศาลไม่เชื่อพยานโจทก์ ตัดสินยกฟ้องโดยอ้างเหตุผลว่า ม้าหลังเปล่าโดยไม่มีอานนั้น คนจะขี่วิ่งหนีไปไม่ได้ ครั้นต่อมาท่านผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีนั้นไปเที่ยวชนบท เห็นราษฎรขี่ม้าหนีแข่งกันโดยไม่มีอาน จึงทำให้ผู้พิพากษานั้นรู้สึกตัวว่า ได้ตัดสินคดีผิดจากความจริงเสียแล้ว^๒

การใช้กุลพิณิจอันคืบแคบที่ผิดพลาดของศาล มิได้มีปรากฏในศาลของต่างประเทศเท่านั้น แม้ในศาลไทยเองก็ปรากฏข้อเท็จจริงที่ศาลใช้กุลพิณิจอันคืบแคบของตนเพื่อวินิจฉัยคดีอยู่เสมอ เช่น เคยมีผู้พิพากษาท่านหนึ่ง ท่านมีความเชื่อว่าไม่มีผู้ใดคิดจะลักรถจักรยานกันดอก ดังนั้น ในคดีลักรถจักรยาน แม้ฝ่ายโจทก์จะมีพยานหลักฐานสนับสนุนคำฟ้องเพียงใด ท่านก็ยกฟ้องเสมอมา เพราะท่านไม่เชื่อว่าจำเลยจะลักรถจักรยานของผู้เสียหาย จนกระทั่งอยู่มาวันหนึ่ง รถจักรยานที่บ้านของท่านเองถูกลักไป นั่นแหละท่านจึงได้คิดว่า การลักรถจักรยานนั้น เป็นเรื่องที่เป็นไปได้ นับว่าพนักงานสอบสวนจัดให้เรื่องการลักรถจักรยานที่บ้านท่านผู้พิพากษาเป็นไปได้^๓

^๑ หลวงสถิตยุทธชำนานู, เรื่องเดิม, หน้า ๔๕.

^๒ เรื่องเดิม, หน้า ๔๕.

^๓ ชานินทร์ กรัยวิเชียร, เรื่องเดิม, หน้า ๔๑.

เกี่ยวกับ เรื่องคุณพินิจอันคับแค้นของศาลนี้ มีคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ควร
 แก่การพิจารณาอยู่คดีหนึ่ง คือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๑๗/๒๕๕๕ ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า
 "โจทก์ฟ้องว่าจำเลย เป็นบรรณาธิการหนังสือพิมพ์ไทยรายวัน ได้ลงบทประพันธ์อันมี
 ข้อความหมิ่นประมาทอธิบดีกรมอัยการ เกี่ยวกับการดำเนินคดีกรณีสวรรคต ทั้งนี้โดย
 จำเลยมีเจตนาหมิ่นประมาทใส่ความหลวงอรรถปริชาชฎูปการ อธิบดีกรมอัยการ ฯลฯ
 จำเลยให้การต่อสู้ว่า ไม่มีเจตนาใส่ความหรือหมิ่นประมาทหลวงอรรถปริชาชฎูปการ
 หรืออธิบดีกรมอัยการ หรือผู้ใด และหลวงอรรถปริชาชฎูปการไม่ได้เสียหาย โจทก์
 ไม่มีอำนาจฟ้อง

โจทก์จำเลยแถลงรับกันบางข้อ ฝ่ายโจทก์จะขอสืบว่า ข้อความที่ปรากฏ
 ในหนังสือพิมพ์อาจทำให้หลวงอรรถปริชาชฎูปการอธิบดีกรมอัยการ เสียชื่อเสียงหรือ
 ถูกคนทั้งหลายดูหมิ่นเกลียดชังได้ ฝ่ายจำเลยจะขอสืบว่าการที่ลงพิมพ์เช่นนั้น เป็น
 สาธารณประโยชน์

ศาลแขวงพระนครใต้เห็นว่า ข้อความที่โจทก์จำเลยแถลงจะสืบนั้น เป็น
 เรื่องที่ศาลรับรู้เองหรือวินิจฉัยได้เอง จึงไม่สืบพยานคู่ความเสียแล้วพิพากษา
 ลงโทษจำเลย จำเลยอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า ปัญหาที่ว่าอธิบดีกรมอัยการที่ระบุไว้ในข้อความนั้น
 คือหลวงอรรถปริชาชฎูปการหรือไม่ เป็นปัญหาข้อเท็จจริง และไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่รู้
 กันอยู่ทั่วไป ศาลชั้นต้นจะฟังข้อเท็จจริงในเรื่องนี้เอาเอง หรือสันนิษฐานข้อ
 เท็จจริงเอาเอง โดยไม่ฟังจากพยานหลักฐานที่คู่ความนำมาสืบจึงไม่ชอบ จึงให้
 ยกคำพิพากษาศาลชั้นต้นและให้ดำเนินการพิจารณาต่อไป จำเลยฎีกาขอให้ยกฟ้อง

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คดีนี้โจทก์ฟ้องตอนต้นว่าจำเลยหมิ่นประมาทอธิบดี
 กรมอัยการและตอนท้ายกล่าวว่า ทั้งนี้โดยจำเลยเจตนาหมิ่นประมาทใส่ความ
 หลวงอรรถปริชาชฎูปการอธิบดีกรมอัยการ จำเลยมิได้ให้การรับว่าหลวงอรรถ-
 ปริชาชฎูปการ เป็นอธิบดีกรมอัยการ หลวงอรรถปริชาชฎูปการ เป็นอธิบดีกรมอัยการ

หรือไม่นั้น เป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องนำสืบมิใช่ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นที่รู้จักกันอยู่ทั่วไป ทั้งโจทก์ก็ได้นำสืบความข้อนี้ด้วยว่า หลวงธรรมาปรีชาชนูปการคืออธิบดีกรมอัยการ ซึ่งอาจเสียชื่อเสียถูกคนทั้งหลายดูหมิ่นเกลียดชังได้ ศาลชั้นต้นจึงยังไม่บังคับรวบรัดสั่งงดสืบพยานคู่ความเสียและพิพากษายืนตามศาลอุทธรณ์."

ข้อเท็จจริงในประวัติของคำพิพากษานี้ อยู่นอกการพิจารณาว่าศาลควรจะรับรู้ว่าใคร เป็นอธิบดีกรมอัยการหรือไม่ แต่ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาได้เห็น ว่าข้อเท็จจริง เช่นนี้ ไม่ใช่สิ่งที่ศาลรู้เองตามมาตรา ๔๔(๑) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นไปไต่หรือที่ศาลจะไม่รู้ว่าใคร เป็นอธิบดีกรมอัยการ อีกทั้งอธิบดีกรมอัยการนี้ เป็นหน่วยงานที่ติดต่อกับศาลโดยตรง การประกาศแต่งตั้งโดยพระบรมราชโองการ เป็นหลักฐานในหนังสือราชกิจจานุเบกษา เช่นนี้ ศาลมีอำนาจจะใช้ดุลพินิจในการค้นหาหลักฐานคือราชกิจจานุเบกษา เพื่อกระตุ่นเตือนความจำแล้วรับรู้ว่าข้อเท็จจริงนี้เสียเองไต่หรือไม่^๑

๔. อคติของผู้พิพากษา อคติหรือทัศนคติในแง่ใดแง่หนึ่งของผู้พิพากษานี้ เป็นอารมณ์สำคัญที่จะกำหนดการใช้ดุลพินิจไปในทางที่ผิดพลาดได้ง่าย เพราะเป็นอารมณ์ที่รักหรือชัง หากเกิดขึ้นภายในจิตใจของผู้พิพากษาแล้ว ผลร้ายในคดีนั้นจะต้องมี ต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน ด้วยเหตุนี้ กฎหมายลักษณะพยานของสมเด็จพระรามาธิบดีที่ ๑ พ.ศ. ๑๘๘๔ จึงได้กล่าวตักเตือนไว้ว่า "ให้ผู้พิพากษาตั้งสติปัญญาผูกพันในอารมณ์พิจารณาอุทธรณ์อันน้อย อันมีในภายในภายนอกสรรพการแห่งอัครมาภาพให้แจ้งในปัญญา ก่อน แล้วจึงให้ตั้งใจปลงฟังคำพยานจงหนัก อย่าให้ดูอำนาจแก่ใจอันเป็นบาปและพิพากษาว่ากล่าวประกอบด้วยปัญญาจงละเอียด"^๒

^๑ โอสถ โกสิน, เรื่อง เกม, หน้า ๓๘.

^๒ เรื่อง เกม, หน้า ๑๑.

สนิทกับโจนส์ไปแล้ว แต่เรื่องนี้คุณไม่มีอะไรจะต้องไปวิตกกังวลเกี่ยวกับเรื่องชื่อเสียงของคุณหรอก" มิสเตอร์ ซี. สเปนเนอร์ก็โหลแล้วตอบว่า "ผมเห็นด้วยกับที่คุณว่า แต่ผมกำลังวิตกกังวลอยู่กับชื่อเสียงของศาลสูงต่างหาก" ^๑

ทางออกของคู่ความในกรณีพิพาทคดีพิลาท ในหลายกรณีศาลได้ใช้ดุลพินิจพิลาท และผู้ที่มั่นใจว่าศาลใช้ดุลพินิจพิลาทก็คือตัวจำเลยผู้บริสุทธิ์นั่นเอง และเมื่อจำเลยเหล่านั้นมีความมั่นใจในความบริสุทธิ์ของตัวเอง เขาบางส่วนยินยอมรับชดเชยกรรมไปอย่างน่าสงสาร แต่ก็ยังมีจำเลยอีกบางส่วนที่ต้องค้นคว้าหาความยุติธรรมให้แก่ตัวเอง ทางออกที่จำเลยผู้บริสุทธิ์เหล่านั้นจะมีไว้ก็คือ

๑. อภัยโทษ อภัยโทษ เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ไทยที่ปวงชนชาวไทยถวายไว้ให้ ดังปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแทบทุกฉบับ และถือเป็นอำนาจเด็ดขาดของประมุขแห่งรัฐ ในรัฐที่มีวิธีการอภัยโทษทุกรัฐ การอภัยโทษนี้ จะเป็นทางออกอันสำคัญของจำเลยผู้บริสุทธิ์ เป็นอย่างก็ ในกรณีที่ได้ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยคดีพิลาท โดยการทูลเกล้าฯ ขอรับพระราชทานอภัยโทษ โดยผ่านทางรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ด้วยการแสดงพยานหลักฐานว่า เรื่องจริงเป็นอย่างไร ^๒

การอภัยโทษนี้ ตามประวัติศาสตร์ได้มีมาในประเทศไทยนานแล้ว โดยเริ่มขึ้นในสมัยรัชกาลที่ ๕ ^๓ และมีการอภัยโทษมากในกรณีที่มีการสิ้นแผ่นดิน

^๑ คณิง ภาไชย, คดีพิลาท (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เมืองอักษร, ๒๕๒๑), หน้า ๑๖๕.

^๒ ชานินทร์ กรัยวิเชียร, เรื่องเดิม, หน้า ๓๘.

^๓ อากา อมรบุตร, รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม วันที่ ๒๒ - ๒๖ ธันวาคม ๒๕๑๒, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์สถาบันวิจัยศาสตร์ประยุกต์แห่งประเทศไทย, ๒๕๑๕), หน้า ๑๗๓.

เมื่อผลิตแผ่นดินใหม่ก็จะมีการรอกย์โษให้ แต่มีผล เสียทำให้เหล่านักโษอยากให้มี การ
 สิ้นแผ่นดิน เพื่อจะได้รอกย์โษในการผลิตแผ่นดินใหม่ ทำให้รัชกาลที่ ๒ ได้ออก
 พระราชกำหนด วางระเบียบการรอกย์โษไว้หลายประการ รวมทั้งการรอกย์โษใน
 กรณีที่มีการผลิตแผ่นดินด้วย ^๑ ต่อมาการรอกย์โษมีวิวัฒนาการมากขึ้น โดยแบ่ง
 ออกเป็นสองประการ ในประการแรก เป็นการพระราชทานอภัยโษตามคดี เกาเถื่อตาม
 ประเพณีทั้งพุทธและพราหมณ์ร่วมกัน ^๒ เมื่อมีพระราชกรณียกิจที่สำคัญ หรือมี
 เหตุการณ์สำคัญของประเทศก็มีการพระราชทานอภัยโษ อีกกรณีคือการรอกย์โษ
 เฉพาะรายบุคคลในกรณีที่มีการผิดพลาดในคำพิพากษา ^๓ และจำเลยร้องขออภัยโษ
 นั้น ในชั้นนี้จะพิจารณา เฉพาะการรอกย์โษ เฉพาะรายบุคคลที่มีการร้องขอ เมื่อมีการ
 ผิดพลาดในคำพิพากษา เท่านั้น

ในกรณีที่มีร้องขออภัยโษในกรณีอภัยโษ เฉพาะรายบุคคลนี้ จำเลย
 กระทำไต่ทาบไต่หลักแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในมาตรา ๒๕๕,
 ๒๖๐ และ ๒๖๑ ดังนี้คือ

มาตรา ๒๕๕ "ผู้ต้องคำพิพากษาให้รับโษอย่างใด ๆ หรือผู้ที่มีประโยชน์
 เกี่ยวข้อง เมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว ถ้าจะพูด กล่าว ถวายเรื่องราวต่อพระมหากษัตริย์
 ขอรับพระราชทานอภัยโษ จะยื่นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยก็ได้"

มาตรา ๒๖๐ "ผู้ถวายเรื่องราวซึ่งต้องจำคุกอยู่ในเรือนจำ จะยื่น
 เรื่องราวต่อพิศคีหรือผู้บัญชาการ เรือนจำก็ได้ เมื่อได้รับเรื่องราวนั้นแล้ว ให้พิศคี
 หรือผู้บัญชาการ เรือนจำออกใบรับให้แก่ผู้ยื่นเรื่องราว แล้วให้รับส่ง เรื่องราวนั้นไป
 ยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย"

^๑ เรื่อง เติม.

^๒ เรื่อง เติม.

^๓ เรื่อง เติม.

มาตรา ๒๒๑ "รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีหน้าที่ถวายเรื่องราวต่อพระมหากษัตริย์ พร้อมทั้งถวายความเห็นว่าจะควรพระราชทานอภัยโทษหรือไม่..."

แม้ว่าหลัก เหตุการณ์ขออภัยโทษจะรวมอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรม แต่กึ่งหาใช่ เรื่องของศาลไม่ แต่ เป็น เรื่องที่ เกี่ยวพันกับฝ่ายบริหารที่จะกราบทูลต่อองค์พระมหากษัตริย์ โดยศาลมิได้เกี่ยวข้องเลย^๑ โดยวิธีการในการยื่นเรื่องราวขอพระราชทานอภัยโทษนั้น สามารถยื่นได้โดยตรงต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หรือหากตนต้องจำคุกอยู่ในเรือนจำ ตนจะยื่นเรื่องราวต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยผ่านพิศคี หรือผู้บัญชาการ เรือนจำก็ได้

การถวายเรื่องราวผ่านรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยนี้ เป็นสิ่งที่นักโทษต่าง ๆ หรือจำเลยได้ใช้ เป็นอันมาก เพราะเมื่อตนไม่อาจอุทธรณ์หรือฎีกาต่อไปยังชั้นศาลตามปกติ เช่นศาลฎีกาได้พิจารณาพิพากษาแล้ว หากจำเลยยังมี ความมั่นใจในข้อต่อสู้ของตนก็อาจถวายเรื่องราวการขออภัยโทษได้ หรือแม้ตนจะเป็นผู้ผิดจริงก็ตาม ก็ปรากฏว่ามีจำเลยไม่น้อยที่กระทำความผิดจริงแต่ขอรับพระราชทานอภัยโทษ

การพระราชทานอภัยโทษในกรณีเฉพาะบุคคลนี้ นอกจากจะเป็นหนทางที่จะช่วยเหลือนักโทษหรือจำเลยผู้บริสุทธิ์ได้เป็นอย่างดีแล้ว ในบางครั้งยังช่วยแก้อับอายของ ความยุติธรรมได้ด้วย เช่นเคยมีเรื่องที่เกิดขึ้นเป็นความจริงใน พ.ศ. ๒๕๑๘ ว่า ได้มีการกระทำความผิดฐานชิงทรัพย์ขึ้นโดยคนร้าย ๒ คน เป็นตัวการร่วมกันกระทำความผิด เจ้าหน้าที่ตำรวจจับผู้ต้องหาได้ ๑ คน ซึ่งเป็นหนึ่งในจำนวนคนร้ายนั่นเอง และทำการสอบสวนส่งสำนวนให้อัยการฟ้องคดีต่อศาล ศาลชั้นต้นพิพากษาคัดสินลงโทษจำเลยตามฟ้อง จำเลยอุทธรณ์ต่อไปยังศาลอุทธรณ์ในระหว่างนั้นเอง ตำรวจได้จับกุม

^๑ เรื่อง เกม, หน้า ๑๓๕.

คนร้ายที่เหลืออีก และทำสำนวนส่งให้ัยการฟ้องศาล ศาลตัดสินลงโทษจำคุก เช่นเดียวกับจำเลยคนแรก เพราะเป็นเหตุลักษณะคดีที่จำเลยทั้งสองเป็นตัวการร่วมกันกระทำความผิด ขณะเดียวกันศาลอุทธรณ์ยกฟ้องจำเลยคนแรก โดยอ้างเหตุผลว่าลักษณะการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย ก่อนที่จำเลยคนหลังจะอุทธรณ์ ได้มีการปฏิรูปการปกครองแผ่นดินขึ้น และได้มีการออกคำสั่งห้ามอุทธรณ์ในคดีบางประเภท โดยให้ถือว่าคำพิพากษาศาลล่างเป็นเด็ดขาด ซึ่งรวมทั้งคดีที่จำเลยถูกฟ้องลงโทษนี้ด้วย จำเลยคนหลังจึงตกอยู่ภายใต้ข้อห้ามอุทธรณ์ หากพิจารณาตามหลักกฎหมายและความยุติธรรมแล้ว กรณีเช่นนี้ เป็นเหตุลักษณะคดีที่จะต้องถือผลคำพิพากษาศาลอุทธรณ์มาบังคับแก่จำเลยคนหลังให้ได้รับประโยชน์ในการยกฟ้องด้วย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๑๓ และแม้จะพิจารณาในแง่สามัญสำนึก การที่บุคคล ๒ คนรวมกระทำการอย่างเดียวกัน บุคคลหนึ่งได้รับโทษ ในขณะที่อีกบุคคลหนึ่งได้รับการปลดปล่อยนั้นย่อมไม่เป็นธรรม

ต่อมาจำเลยคนที่สอง ได้วางเรื่องราวขอรับพระราชทานอภัยโทษ และได้รับพระมหากรุณาธิคุณอภัยโทษตามคำขอ ๑

ข้อควรพิจารณา เรื่องการอภัยโทษ จะเห็นว่าทางออกของจำเลยผู้บริสุทธิ์ในการขอรับพระราชทานอภัยโทษนั้น เป็นทางออกที่ดีในปัจจุบัน แต่มีข้อควรพิจารณาอยู่เกี่ยวกับการถวายคำขอของเหล่าจำเลย เพราะปรากฏเป็นข้อเท็จจริงอยู่จำนวนมากที่คำขอนั้นได้อ้างเหตุผลในคำขอรับพระราชทานอภัยโทษในลักษณะที่เป็นการ "คัดค้านคำพิพากษาของศาล" เมื่อเป็นเช่นนี้ย่อมจะเป็นการขัดกับบทบัญญัติแห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา ๒๐ วรรคท้าย ที่บัญญัติว่า "คดีใด

๑ ข้อเท็จจริงนี้ได้รับคำยืนยันว่าเป็นความจริงจาก ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ เครืองาม แตรายละเอียดและที่มาค้นไม่พบ.

ซึ่งศาลฎีกาได้พิจารณาพิพากษาแล้ว ความหาผิดที่ผิดจะหลุดเกล้าฯ ถวายฎีกาคัดค้าน คดีนั้นต่อไปอีกไม "

เหตุที่มาตรา ๒๐ วรรคท้ายได้บัญญัติไว้เช่นนี้ ก็เนื่องมาจากกรวินิจฉัย อรรถคดีนั้น ผู้พิพากษาได้กระทำไปภายใต้พระปรมาภิไธยแห่งพระมหากษัตริย์อยู่แล้ว อีกทั้ง เพื่อเป็นการธำรงไว้ซึ่งอิสระและความศักดิ์สิทธิ์ของศาลยุติธรรม จึงไม่ควร มีการคัดค้านคำวินิจฉัยของศาลฎีกาอีก

ขอเท็จจริงในการขอรับพระราชทานอภัยโทษยังปรากฏว่า มีจำเลยบางส่วน ถวายเรื่องราว "คัดค้านคำพิพากษา" ตั้งแต่เมื่อสิ้นสุดการพิจารณาในศาลชั้นต้น โดย มิได้ดำเนินการตามขั้นตอนตามระเบียบวิธีแห่งความยุติธรรม อันเป็นการไม่เชื่อถือในคุณพินิจ และความสำคัญของศาลยุติธรรม

ปัญหาที่นำมานี้เคยปรากฏมาแล้วในอดีต ที่จำเลยได้ถวายเรื่องราวขอรับ พระราชทานอภัยโทษ โดยเหตุผลในการขอรับพระราชทานอภัยโทษนั้น เป็นการคัด- ค้านคำพิพากษา อันเป็นเหตุให้พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ ๖ ได้ออก พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการรับพระราชทานอภัยโทษ กำหนดวิธีการขอรับพระราชทาน อภัยโทษว่า เหตุที่ขอรับพระราชทานอภัยโทษนั้น จะต้องเป็นการขอ "เมตตากรรม" มิใช่ขอ "ยุติธรรม" ด้วยเหตุที่ความยุติธรรมนั้นควรจะไปขอจากศาลยุติธรรม °

ขอเท็จจริงเกี่ยวกับการขอรับพระราชทานอภัยโทษในปัจจุบันนี้ จำเลย ส่วนใหญ่ยืนยันว่าตนเป็นผู้บริสุทธิ์ และคัดค้านคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแทบทั้งสิ้น ซึ่งเป็นสิ่งที่ผู้เกี่ยวข้องกับการขอรับพระราชทานอภัยโทษ ไม่ว่าจะ เป็นพนักหรือ ผู้บัญชาการเรือนจำ และแม้กระทั่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจะต้องแก้ไข ให้การขอรับพระราชทานอภัยโทษนั้น เป็นการขอ "เมตตากรรม" มิใช่ "ขอความ

°ความละเอียดคดี พระราชกฤษฎีกาวางระเบียบการหลุดเกล้าฯ ถวายฎีกา

ยุติธรรม" หากปรากฏว่ามีกรวดขายคำขอโดยอ้าง เหตุผลความถูกต้องของตนคัดค้าน คำวินิจฉัยของศาลแล้ว ควรชี้แจงให้ผู้กรวดขายคำขอ เปลี่ยนลักษณะคำขอเสียใหม่ เว้นแต่จะเป็นที่เห็นอย่างชัดเจนว่าควรจะให้คัดค้านคำพิพากษานั้นได้ เช่นกรณีถามตัวอย่างที่ยกไว้ข้างต้น

๒. กฎหมายรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ กฎหมายรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ ยังเป็นสิ่งที่ไม่มีใช้ในระบบกฎหมายของไทย แต่ก็ได้เคยมีอิทธิพลในแนวความคิดของนักกฎหมายไทย จนกระทั่งได้รับการบัญญัติวางหลักการไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๑๗^๑ มาแล้ว ตามผลของรัฐธรรมนูญนี้เอง รัฐบาลในขณะนั้นจึงได้มอบหมายให้คณะกรรมการกฤษฎีกา ยกร่างพระราชบัญญัติใหม่ ทางหากจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยใช้ชื่อว่า "ร่างพระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ."^๒ แต่เป็นที่น่าเสียดายที่ร่างพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้ประกาศใช้ เป็นกฎหมาย

เหตุผลสำคัญที่ทำให้หลาย ๆ ประเทศ เล็งเห็นความสำคัญของกฎหมาย รื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่นี้ก็ เพราะ เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า การใช้ดุลพินิจ ในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงของศาลมีการผิดพลาดได้ แม้ศาลจะบริสุทธิ์ยุติธรรมเพียงใด

มาตรา ๓๖ "บุคคลใดต้องรับโทษอาญา โดยคำพิพากษาถึงที่สุด หากปรากฏตามคำพิพากษาของศาลที่รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ ภายหลังว่า บุคคลนั้นมิได้ เป็นผู้กระทำความผิด ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับค่าทดแทน และได้รับสิทธิที่เสียไป เพราะผลแห่งคำพิพากษานั้นคืน ทั้งนี้ตามเงื่อนไขและวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ"

^๒ มาร์ต บุนนาค, "การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่," วารสารนายความ ปีที่ ๑๗ ฉบับที่ ๑, พฤษภาคม ๒๕๑๘, หน้า ๘.

จะได้พิจารณาอีกโดยละเอียดรอบคอบ มีการถกเถียงกันตามลำดับขั้นถึง ๓ ศาลก็ตาม^๑ อีกทั้งสาเหตุที่ทำให้ศาลวินิจฉัยข้อพิพาทผิดไปจากความเป็นจริงก็มาจากเหตุผลหลายอย่างหลายประการ เช่นการขาดสมรรถภาพในการทำสำนวนสอบสวนของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจและหน้าที่ การปลุกปล้ำทำพยานเท็จของผู้มีสาเหตุโกรธเคืองหรือของเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ การหลงผิดของเจ้าทุกข์หรือพยานโจทก์หรือศาลพิเศษที่ตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาดังโหม่งจำเลยในคดีการเมืองตามความประสงค์ของรัฐบาลแต่ละยุคแต่ละสมัย ฯลฯ เหล่านี้ ย่อมเป็นมูลเหตุอันสำคัญที่ทำให้คำพิพากษาของศาลคลาดเคลื่อนไปจากความเป็นจริงได้มากมายหลายคดี^๒

เมื่อเป็นสิ่งที่ยอมรับกันในข้อเท็จจริงแล้วว่า ศาลนั้นอาจตัดสินผิดพลาดได้ ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องมีการทบทวนหรือฟื้นคดีขึ้นพิจารณา เพราะการยินยอมให้มีการร้องฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง เป็นสิ่งจำเป็นในวงการยุติธรรม เป็นการสร้างศรัทธาให้แก่ประชาชนว่ายังมีความยุติธรรมอยู่ แต่ถ้าไม่มีกฎหมายหรือฟื้นคำพิพากษา ก็จะเป็นการปล่อยให้ความผิดพลาดที่เกิดขึ้นนั้นคงอยู่ต่อไปโดยไม่มีการแก้ไข ข้อผิดพลาดที่ปรากฏนั้นก็ทำให้ศรัทธาของประชาชนที่มีต่อการยุติธรรมเสื่อมคลายไปได้ จึงจำเป็นต้องยอมให้มีการร้องฟื้นคดีแก้ไขได้^๓

^๑ โกลแมน ภัทรภิมย์, "การร้องฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่," วารสารกฎหมาย ปีที่ ๒ ฉบับที่ ๓, กันยายน ๒๕๑๘, หน้า ๕๐.

^๒ มารุต บุนนาค, เรื่องเดิม, หน้า ๖.

^๓ โกลแมน ภัทรภิมย์, เรื่องเดิม, หน้า ๕๑.

เหตุผลสำคัญที่ควรมีกฎหมายรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่อีกก็คือ เพื่อให้ผสมผสานไปกับการขอภัยโทษ กล่าวไปแล้วแม้ว่าทางออกของการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดอาจกระทำได้โดยการขอภัยโทษก็ตาม แต่การขอภัยโทษนั้น คำพิพากษาที่ลงโทษยังคงอยู่เพียงแต่ไม่ต้องรับโทษ เท่านั้น^๑ ผลคำพิพากษาที่ลงโทษไปแล้วหาถูกลบล้างไม่ ทั้งตามสถิติของทางการความปรานีทำนองนี้ไม่ถึงร้อยละ ๑ ของคดีความทั้งหมด^๒ ฉะนั้น จำเลยผู้บริสุทธิ์ก็ยังคงมีชนกคึกคักอยู่ตลอดเวลาว่า เขา เป็นผู้กระทำความผิด แต่ถ้าหากมีกฎหมายรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ เขาสามารถพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของเขาได้อย่างเต็มที่ แน่นอน นอกจากจะกอบกู้ชื่อเสียงของจำเลยผู้บริสุทธิ์ไว้ได้แล้ว ยังเป็นหลักการที่กลมกลืนไปกับการขอภัยโทษ เพราะ เมื่อจำเลยต้องการคัดค้านคำพิพากษา จำเลยสามารถแสดง เหตุคัดค้านได้ในคดีที่ศาลรื้อฟื้นคดีของคดีขึ้นพิจารณา ไม่ต้องไปคัดค้านคำพิพากษาของศาลโดยการถวายเรื่องราวขอภัยโทษ อันเป็นการขัดกับหลักเกณฑ์ในมาตรา ๒๐ วรรคท้ายแห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรม เพื่อให้การขอภัยโทษเป็นไปตามประเพณีที่คั่งงามมาแต่เดิม คือเพื่อให้ "เมตตาธรรม" ได้อย่างเต็มที่

ลักษณะของการรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ เพราะกฎหมายรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ เป็นสิ่งสำคัญและเชื่อว่าในอนาคตอันใกล้ หลักการ เช่นนี้จะต้องมีในกฎหมายไทย จึงจะกล่าวถึงลักษณะของการรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ เพื่อเป็นแนวทางกว้าง ๆ โดยยึดถือตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ (Le pourvoi en révision) ของประเทศฝรั่งเศส ดังนี้

(๑) เจอนไซในการขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ คำพิพากษาในคดีที่จะขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ จะต้อง เป็นคำพิพากษาที่ถึงที่สุด ไม่อาจอุทธรณ์ฎีกาได้อีกต่อไป ทั้งนี้ไม่ว่าคำพิพากษานั้นจะถูกบังคับตามผลหรือไม่ก็ตาม เช่นมีการขอภัยโทษนิรโทษกรรม ก็ยังขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาได้^๓

^๑ เรื่อง เคิม.

^๒ มารุต มุนนาค, เรื่อง เคิม, หน้า เคิม.

^๓ โกลแมน ภัทรภรมย์, เรื่อง เคิม, หน้า ๕๒.

ลักษณะของคำพิพากษาที่จะขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่นั้น นอกจากคำพิพากษาในศาลพลเรือนแล้ว ในประเทศฝรั่งเศสยังยินยอมให้คำพิพากษาของศาลทหารและคำพิพากษาของศาลที่พิจารณาคดีเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ (La - Cour de sûreté d'Etat) มีการรื้อฟื้นขึ้นพิจารณาได้อีกด้วย^๑ ปัญหาของคำพิพากษา หรือถ้าวินิจฉัยของศาลอื่น หรือองค์กรอื่นอันมิใช่ศาลพลเรือนนี้ ในประเทศไทยยังจะไม่เป็นที่ยอมรับ ดังจะเห็นได้จากร่างพระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ที่ได้มีการยกร่างขึ้นในปี พ.ศ. ๒๕๑๘ ซึ่งในชั้นพิจารณาร่างนั้น ได้มีข้อถกเถียงของผู้ทรงคุณวุฒิ เกี่ยวกับสาระของคำพิพากษา ๒ ประการคือ

๑. ผู้ที่ถูกคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิวัติให้ถูกลงโทษทางอาญา โดยมิได้ผ่านการพิจารณาของศาลยุติธรรม
๒. ผู้ที่ถูกลงโทษทางอาญาตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรี ตามมาตรา ๑๗ แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. ๒๕๑๕ โดยมิได้ผ่านการพิจารณาของศาลยุติธรรม เช่นเดียวกับข้อ ๑^๒

ในชั้นพิจารณาร่าง กรรมการเห็นว่าลักษณะคำวินิจฉัยขององค์กรทั้งสองนั้น ไม่ควรจะคลุมถึงให้มีการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ แต่ถ้ามุ่งถึงด้านความผิดพลาดในการใช้ดุลพินิจแล้ว องค์กรทั้งสองนี้ใช้ดุลพินิจลงโทษโดยมิได้ผ่านการบวนการยุติธรรม ผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยไม่มีโอกาสฟังคำพยานหรือซักค้านพยานที่มาให้การ เป็นปฏิปักษ์ต่อเขาได้ การใช้ดุลพินิจ เป็นไปอย่างรวบรัดและฟังความข้างเดียวไปโดยตลอด ย่อมเป็นหนทางที่จะใช้ดุลพินิจผิดพลาดได้โดยง่าย อีกทั้งมีข้อเท็จจริงปรากฏเสมอว่า บางคดีนั้น ผู้ถูกจับกุมได้ถูกจับกุมโดยกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมาย การพิจารณาของพนักงานสอบสวน ขออำนาจศาลยุติธรรมในการฝากขังผู้ต้องหา มาตลอด เมื่อพนักงานสอบสวนทำส่วนวนสั่งให้อัยการ พนักงานอัยการทำความเข้าใจ

^๑ เรื่อง เค็ม.

^๒ มาตุศ บุนนาค, เรื่อง เค็ม, หน้า

ไม่ฟ้อง และสั่งให้ปล่อยตัวผู้ต้องหา ก็กลับนำผู้ต้องหาประเภทนี้ไปลงโทษตามคำสั่งหัวหน้าคณะปฏิวัติ หรือตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรี ตามมาตรา ๑๗ ของธรรมนูญการปกครอง โดยปราศจากความยุติธรรมและมนุษยธรรม^๑

(๒) กรณีของคำพิพากษาที่จะขอหรือฟื้นขึ้นพิจารณาใหม่ กรณีที่จะขอใหม่การหรือฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ มีกรณีสำคัญอยู่สี่กรณีดังนี้คือ^๒

๒.๑ กรณีที่ผู้ถูกอ้างว่าได้ถูกฆาตกรรมไปแล้วยังมีชีวิตอยู่ ภายหลังที่มีคำพิพากษาว่าจำเลยได้กระทำความผิดฐานฆาตกรรมโดยเจตนา หรือทำร้ายร่างกาย เป็นเหตุให้ถึงตาย หรือทำให้ตายโดยประมาทแล้ว

๒.๒ กรณีที่มีคำพิพากษาขัดแย้งกัน ภายหลังจากที่มีคำพิพากษาให้ลงโทษไปแล้ว ได้มีคำพิพากษาให้ลงโทษจำเลยอีกคนหนึ่งในการกระทำอันเดียวกันนั้น และคำพิพากษาที่ให้ลงโทษทั้งสองฉบับนั้นขัดแย้งกัน ซึ่งความขัดแย้งกันนั้น เป็นข้อพิพาทถึงความบริสุทธิ์ของผู้ที่ถูกลงโทษคนใดคนหนึ่ง

๒.๓ กรณีที่มีคำพิพากษาลงโทษฐานเบี่ยงความเท็จแก่พยานซึ่งได้ให้การเป็นผลร้ายแก่จำเลย หลังจากที่มีคำพิพากษาให้ลงโทษจำเลยแล้ว พยานคนใดคนหนึ่งที่ได้ให้การในคดีเป็นผลร้ายแก่จำเลย ได้ถูกศาลพิพากษาลงโทษฐานเบี่ยงความเท็จ

๒.๔ กรณีที่มี "ข้อเท็จจริงใหม่" เกิดขึ้นภายหลังจากที่มีคำพิพากษาว่าจำเลยผิด ซึ่งข้อเท็จจริงใหม่เพิ่งเกิดหรือเพิ่งปรากฏขึ้น หรือพยานหลักฐานที่ไม่ได้ปรากฏในการพิจารณาได้ปรากฏขึ้นในลักษณะที่แสดงถึงความบริสุทธิ์ของจำเลย

เกี่ยวกับคำว่า "ข้อเท็จจริงใหม่" นี้ เป็นพื้นฐานสำคัญในอันที่จำเลยผู้บริสุทธิ์จะไต่ร้องขอให้ศาลทบทวนอุทธรณ์เสียใหม่ได้ เพราะข้อเท็จจริงใหม่นี้หมายถึง

^๑ เรื่อง เกิม,

^๒ โกเมน ภัทรภิรมย์, เรื่อง เกิม, หน้า ๕๒ - ๕๘.

ข้อเท็จจริงที่มาสู่ศาลอันใหม่ โดยที่ข้อเท็จจริงนี้ไม่จำเป็นจะต้องเกิดขึ้นภายหลังคำพิพากษา แต่เป็นข้อเท็จจริงที่ยังไม่ได้ปรากฏสู่ศาลก็ถือว่า เป็นข้อเท็จจริงใหม่ เช่น คำรับสารภาพของบุคคลที่สามว่าตน เป็นผู้กระทำผิดไม่ใช่จำเลยกระทำความผิด, คำรับสารภาพของพยานที่ได้เคยให้การเท็จในคดีเป็นต้น^๑

(๓) ผลของคำพิพากษาที่รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ หลังจากที่ได้มีการรื้อฟื้นคดีพิจารณาใหม่แล้ว มีผลสำคัญเกิดขึ้น ๒ ประการคือ

๓.๑ ผลย้อนหลัง หากศาลพิพากษาว่าจำเลยไม่ได้เป็นผู้กระทำความผิด คำพิพากษานั้นย่อมจะมีผลย้อนหลังไป เสมือนหนึ่งว่า จำเลยไม่เคยต้องคำพิพากษาเลย ผลทุกอย่างที่เกิดจากคำพิพากษา เดิมจะถูกลบล้างหมดสิ้นไป การบังคับตามคำพิพากษาที่รอไว้ไม่อาจบังคับต่อไป ถ้าควบคุมอยู่ก็ต้องปล่อยตัว คำปรับค่าธรรมเนียมจะต้องคืนให้ ค่าเสียหายที่ไต่คดีใช้แก่ผู้เสียหายในคดีจะถูกยกเลิกไป แม้ว่าจะได้พิพากษาต่างหากในคดีแพ่งโดยศาลอื่นก็ตาม ถ้าหากได้จ่ายค่าเสียหายไปแล้ว ก็มีสิทธิเรียกร้องคืนในฐานะลาภมิควรได้จากผู้ที่ได้รับไว้ แต่ผลย้อนหลังนี้จะไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิของบุคคลที่สาม เช่น ถ้าคู่สมรสของผู้ต้องคำพิพากษาได้ฟ้องหย่า เพราะเหตุที่ผู้ต้องคำพิพากษาถูกจำคุกและสมรสใหม่แล้ว การหย่าการสมรสใหม่จะไม่มีผลกระทบกระเทือน เพราะเหตุที่ได้มีการรื้อฟื้นคดีและมีคำพิพากษาใหม่^๒

๓.๒ การชดเชยความเสียหายแก่ผู้ต้องคำพิพากษา ผู้ต้องคำพิพากษาไปโดยไม่มีความผิดนั้น ย่อมได้รับความเสียหายในหลาย ๆ ด้าน ทั้งนั้น จึงเป็นการสมควรที่เขาจะได้รับการชดเชยความเสียหาย ทั้งด้านการเงิน และด้านจิตใจ

^๑ เรื่อง เกม, หน้า ๕๔.

^๒ เรื่อง เกม, หน้า ๕๕ - ๕๖.

ในด้านการเงินนั้น เขาจะได้รับการชดเชยความเสียหายให้ และแม้ว่าเขาจะเสียชีวิตไปแล้วก็ตาม คู่สมรส ผู้สืบสันดานหรืออนุภคามีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยความเสียหายเช่นกัน^๑

ในทางจิตใจนั้น เขาจะได้รับการโฆษณาประกาศผลของคำพิพากษาใหม่ว่า เขาบริสุทธิ์ตามสถานที่ต่าง ๆ แล้วตามกฎหมายหรือศาลจะกำหนด

จะเห็นได้ว่า การรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณา นั้น นอกจากจะเป็นการประสาคความยุติธรรมได้เต็มที่แล้ว ยังมีผลดีต่อจำเลยผู้บริสุทธิ์อย่างยิ่ง เพราะเป็นการเรียกร้องความบริสุทธิ์ และสิทธิต่าง ๆ ที่เขาเสียไปให้กลับคืนมาได้ดีกว่าอย่างอื่น แม้จำเลยจะมีทางออกทางอื่น เช่นการขอรับพระราชทานอภัยโทษได้ แต่ทราบไปยังตรึงตราอยู่ตลอดเวลาว่า เขากระทำความผิด สิทธิต่าง ๆ ที่เสียไป เช่นสิทธิในการรับราชการ ก็ไม่อาจเรียกกลับคืนมาได้ และนอกจากผลดีต่อจำเลยโดยตรงแล้ว ยังมีผลดีต่อวงการยุติธรรมอีกด้วย เพราะจะทำให้บุคคลเกรงกลัวในการปั้นพยานหรือหลักฐานเท็จ เพราะเหตุที่การพิสูจน์ความจริงไม่สิ้นสุดไปตามคำพิพากษา หลักฐานความจริงอาจแสดงออกในภายหลังได้อีก อันอาจให้ผู้ปั้นพยานเท็จ เสียหาย ผลเช่นนี้ยังรวมเลยไปถึงตัวผู้พิพากษา ซึ่งจะต้องใช้ความระมัดระวังในการใช้ดุลพินิจพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงมากขึ้น ค่ายเกรงว่าในภายหน้าถ้าปรากฏหลักฐานว่าคำพิพากษาผิดไปจากความเป็นจริงอย่างชัดเจน จะเสียเกียรติยศและได้รับความอับอาย เป็นทางป้องกันมิให้ผู้พิพากษามีอคติใด ๆ ๒

และไม่ว่าผลจะเป็นอย่างไรก็ตาม การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ เพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของจำเลยนั้น เป็นสิ่งที่จำเลยผู้บริสุทธิ์ทุกคนแสวงหาไม่ว่าจะเป็นในโอกาสหรือเวลาที่เนิ่นนานเพียงใดก็ตาม ดังตัวอย่างซึ่งเคยเป็นคดี

^๑ เรื่อง เคิม, หน้า ๕๖.

^๒ หลวงสถิตยุทธชำนานู, เรื่อง เคิม, หน้า ๕๓.

ครีกโครมอย่างยี่งมาแล้วในประเทศญี่ปุ่น เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๐๖ ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า นายโยชิตะ ชายชราชาวญี่ปุ่นซึ่งมีอายุถึง ๘๓ ปี ได้เคยถูกศาลยุติธรรมของประเทศญี่ปุ่นพิพากษาว่ามีความผิดฐานฆาตกรรมโดยเจตนา เมื่อ ค.ศ. ๑๙๑๓ ศาลวินิจฉัยว่า จำเลยผู้นั้นฆ่าพ่อค้าขายไหมตาย และชโยยกกระเป๋ เงินมีมูลค่าประมาณ ๗๒ สตางค์ ในชั้นแรกศาลไคฉิงโตะประหารชีวิตจำเลย ต่อมาจำเลยอุทธรณ์ขอลดหย่อนโทษและได้รับการวินิจฉัยให้เหลือโทษจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งเป็นคำพิพากษาเมื่อประมาณ ๕๐ ปีมาแล้ว อย่างไรก็ตาม เมื่อจำเลยผู้นี้ได้รับคำพิพากษาลงโทษ ก็ได้ออกส่งตัวไปคุมขังที่เรือนจำโคสุเกะในกรุงโตเกียว เป็นเวลา ๔ ปี และถูกส่งตัวไปคุมขังที่เรือนจำอะบาชิริโนในภาคเหนือของเกาะฮอกไกโด ๗ ปี แล้วได้ออกนำส่งตัวไปคุมขังที่เรือนจำอคิตะในเมืองอคิตะอีก ๑๐ ปี ตลอดระยะเวลาที่อยู่ในเรือนจำต่าง ๆ ดังกล่าว จำเลยชาวญี่ปุ่นผู้นี้ได้ปฏิเสธตลอดเวลาว่า เขาไม่ได้กระทำความผิด หากแต่เขาเป็นผู้บริสุทธิ์และเขาไม่ได้รับความยุติธรรมจากคำพิพากษาของศาล เนื่องจากเขาถือว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ เขาไม่ยอมทำงานหนักทุกชนิดที่เรือนจำมอบหมายให้ ซึ่งเป็นผลให้ทางการเรือนจำไคฉิงโตะจำเลยฐานฝ่าฝืนระเบียบของ เรือนจำด้วยวิธีธรรมดาต่าง ๆ เกือบทุกชนิด รวมความว่า ตลอดเวลาที่เขาถูกคุมขังอยู่ในเรือนจำต่าง ๆ ถึง ๒๑ ปีนั้น เขาได้รับโทษธรรมดาจากทางการเรือนจำถึง ๕๓ ครั้ง ในระหว่างที่อยู่ในคุก โยชิตะผู้ถูกทรมานได้ยื่นคำร้องขอให้มีการพิจารณาคดีใหม่ถึง ๔ ครั้ง แต่ก็ปราศจากผล

ต่อมาในเดือนมีนาคม ค.ศ. ๑๙๓๕ โยชิตะได้รับการนิรโทษกรรมจากทางราชการภายใต้เงื่อนไขที่คับขัน ทันทีที่ได้รับอิสรภาพ โยชิตะได้ดำเนินการต่อสู้เพื่อสิทธิอันชอบธรรม และเพื่อทบทวนชื่อเสียงเกียรติยศของเขาทันที สิ่งแรกที่เขากระทำก็ได้แก่การค้นหาตัวยูมีตะและคิตาคาวา พยานโจทก์ซึ่งให้การบรักปราว่า เขาในการพิจารณาของศาล จากความพยายามของเขา ๆ ก็ได้พบบุคคลทั้งสอง และได้รับคำรับสารภาพ เป็นลายลักษณ์อักษรจากบุคคลทั้งสองว่า เบิกความในศาลที่อ้างว่ารู้เห็นการกระทำของโยชิตะนั้น เป็นเท็จทั้งสิ้น โยชิตะได้ยื่นคำร้องขอให้

พิจารณาใหม่อีกครั้งหนึ่ง เป็นครั้งที่ ๕ ในปี ค.ศ. ๑๘๖๑ ศาลสูงในเมืองนาโกยา ได้ยอมรับคำร้องขอให้พิจารณาใหม่ของ เขาค้วยคิ ค้วยเหคุนี้ การขอพิจารณาใหม่จึง ได้เริ่มอย่างจริงจัง เมื่อวันที่ ๒๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๐๖

ภายในห้องพิจารณาศาลยุติธรรมครั้งหลังนี้ โดยมีนายโจทก์ ซึ่งได้แก่ พนักงานอัยการของแผ่นดิน ๒ คน และนายจำเลยผู้มีชื่อเสียงรวม ๑๐ คน ซึ่ง ได้รับว่าความให้จำเลยผู้ชรา โดยมีความสงสารและเห็นแก่ความยุติธรรม มิได้คิด ค่าจ้างว่าความแต่อย่างใด ในการพิจารณาคดีพิเศษนี้ มีประชาชนให้ความสนใจ มาฟังการพิจารณาอย่างคับคั่ง เป็นประวัติการณ์ นอกจากประชาชนซึ่งมาฟังการ พิจารณาอย่างยัดเยียดแล้ว ยังมีนักท่องเที่ยวประมาณ ๑๕๐ คน รวมทั้ง ช่างภาพอีกมากมาย ศาลได้อนุญาตให้มีการตั้งกล้องโทรทัศน์ถ่ายทอดเหตุการณ์ใน ห้องพิจารณา ไปให้ประชาชนทั่วประเทศดูพร้อมกัน ซึ่งเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ การพิจารณาของศาลญี่ปุ่นที่มีการอนุญาต เช่นนี้

ผลแห่งการพิจารณาคดีของศาลครั้งหลังนี้ ผู้พิพากษาโคบายาชิ ได้อ่าน คำพิพากษาในท่ามกลางบรรยากาศอันเจียวกริบของคนนับพันว่า "ศาลเชื่อในการ อ้างฐานที่อยู่ของจำเลยในขณะที่เกิดเหตุ และศาลเชื่อต่อไปว่า คำให้การของพยาน โจทก์ คือโชทาโรคุมิตะ ซึ่งขณะนี้อายุได้ ๗๐ ปีเศษแล้ว และคำให้การของโยชิเนอึ คิตากาวา ซึ่งบัดนี้ได้ถึงแก่กรรมไปแล้ว เป็นคำให้การเท็จ" ศาลสรุปในคำพิพากษา ตอนท้ายว่า "ศาลขออภัยพรให้โยชิคะงูเฝ้า จึงมีความสุขความเจริญในบั้นปลาย ของชีวิตที่ยังหลงเหลืออยู่" ๑

๑ มารุต มุนาค, "ชะตากรรมของจำเลยผู้บริสุทธิ์," บทบัดพิศ เล่ม ๒๗ ตอน ๑, ปี พ.ศ. ๒๕๑๓, หน้า ๖๔ - ๖๖.

การแก้ไขข้อผิดพลาดของดุลพินิจในข้อเท็จจริง

การใช้ดุลพินิจผิดพลาดในการพิจารณาซึ่งนำนักพยานนั้น เป็นสิ่งที่ย่อมจะเกิดขึ้นเป็นอันได้ ทั้งนี้แม้ว่าศาลจะไต่สวนพยานอย่างถี่ถ้วนรอบคอบถึง ๓ ศาล ดังกล่าวแล้วก็ตาม ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากหลายสาเหตุ และในบางกรณีความยุติธรรมตามกฎหมายกับความยุติธรรมที่แท้จริงนั้น ไม่ใช้ความยุติธรรมที่ตรงกันเสมอไป เพราะการชี้ขาดคดีของศาลยุติธรรมจะเป็นการชี้ขาดแต่เพียงพยานหลักฐานในท้องสำนวนอย่างเดียวเท่านั้น โดยผู้ตัดสินชี้ขาดไม่มีหน้าที่รับฟังข้อเท็จจริงนอกสำนวนมาประกอบดุลพินิจในการพิจารณาคดีแต่อย่างใด

ความผิดพลาดจากการใช้ดุลพินิจของศาลในการซึ่งวินิจฉัยพยานเหล่านี้ จึงถือว่าเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาอย่างยิ่ง เพราะปัญหาข้อเท็จจริง เช่นนี้ เป็นองค์ประกอบสำคัญที่จะทำให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษตามกฎหมาย และผู้บริสุทธิ์ได้รับการปลดปล่อยอย่างแท้จริง

ข้อผิดพลาดเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงนี้ จะแก้ไขได้โดยประการใด

จะกล่าวไปแล้ว ความผิดพลาดทั้งหลายเกี่ยวกับปัญหาข้อเท็จจริงใน จะต้องทราบถึงสาเหตุสำคัญในการทำให้การใช้ดุลพินิจผิดพลาด ทราบถึงข้อบกพร่องเกี่ยวกับกลไกองค์ประกอบของการใช้ดุลพินิจเสียก่อน หากได้ทราบถึงเหตุเหล่านี้แล้ว ก็ย่อมจะหาทางป้องกันการผิดพลาดอันจะมีจะเป็นที่หลีกเลี่ยงลงหรือให้หมดสิ้นไปได้ ดังนั้น จึงจะแบ่งแยกสาเหตุอันมีส่วนให้การใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงผิดพลาด ออกพิจารณา เป็น ๒ ประการดังนี้

๑. สาเหตุในทางกฎหมาย
๒. สาเหตุในทางข้อเท็จจริง

๑. สาเหตุในทางกฎหมาย สาเหตุในทางกฎหมายเกี่ยวกับปัญหาข้อเท็จจริงที่สำคัญนั้น อยู่ที่บทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา วางข้อกำหนดห้ามอุทธรณ์ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง ปรากฏตามมาตราต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

มาตรา ๑๘๓ ทวิ ห้ามมิให้อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นในปัญหาข้อเท็จจริงในคดี ซึ่งอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่

- (๑) จำเลยต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก หรือให้ลงโทษกักขังแทนโทษจำคุก
- (๒) จำเลยต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก แต่ศาลรอกการลงโทษไว้
- (๓) ศาลพิพากษารว่า จำเลยมีความผิด แต่รอกการกำหนดโทษไว้ หรือ
- (๔) จำเลยต้องคำพิพากษาให้ลงโทษปรับ เกินกว่าห้าร้อยบาท

มาตรา ๒๑๘ ในคดีที่ศาลอุทธรณ์พิพากษายืนตามศาลล่าง หรือแต่เพียงแก้ไขเล็กน้อย และให้ลงโทษจำคุกจำเลยไม่เกินห้าปี หรือปรับหรือทั้งจำทั้งปรับ แต่โทษจำคุกไม่เกินห้าปี ห้ามมิให้อุทธรณ์ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง

มาตรา ๒๑๙ ในคดีซึ่งศาลชั้นต้นพิพากษาให้ลงโทษจำคุกจำเลยไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าศาลอุทธรณ์ยังคงลงโทษจำเลยไม่เกินกำหนดที่วามานี้ ห้ามมิให้อุทธรณ์ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง

มาตรา ๒๑๘ ตี ในคดีที่ศาลชั้นต้นลงโทษกักขังแทนโทษจำคุก หรือ เปลี่ยนโทษกักขัง เป็นโทษจำคุก หรือคดีที่เกี่ยวกับการกักขังแทนค่าปรับ หรือกักขัง เกี่ยวกับการวิทวีปสัน ถ้าศาลอุทธรณ์ได้พิพากษากลับคำพิพากษาศาลชั้นต้น ห้าม มีให้ดูความฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง

มาตรา ๒๒๐ ห้ามมีให้ดูความฎีกาในคดีซึ่งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ พิพากษายกฟ้องโจทก์โดยอาศัยข้อเท็จจริง

เหตุผลที่กฎหมายได้กำหนดห้ามมีให้ดูความอุทธรณ์หรือฎีกา ในปัญหาข้อเท็จจริงบางประการเหล่านี้ สืบมาจากการนำเอาวิธีการและหลักเกณฑ์การห้าม อุทธรณ์ฎีกาปัญหาข้อเท็จจริงมาจากประเทศที่ใช้ลูกขุน (Jury) เป็นผู้วินิจฉัย ข้อเท็จจริง การที่ลูกขุน ซึ่งเป็นประชาชนธรรมดาผู้มีคุณสมบัติพอที่จะ เป็นลูกขุนได้ ตามกฎหมาย ได้มานั่งวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริง โดยมีผู้พิพากษาคอย เป็นผู้แนะนำข้อควรทราบบางประการนี้เอง การวินิจฉัยข้อเท็จจริงส่วนใหญ่จึงกำหนดเด็ดขาด ไปตามคำวินิจฉัยของลูกขุน

เมื่อศาลไทยได้นำเอาวิธีการห้ามอุทธรณ์ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริงมาใช้ ผลประโยชน์ที่ได้รับส่วนใหญ่ มีโซ่มาจากการวินิจฉัยข้อเท็จจริงได้อย่างเที่ยงธรรม แต่ เป็น เรื่องการตัดสินปัญหาให้คดีความรกโรงรกศาล เป็นส่วนใหญ่ และจาก เหตุผล อันนี้เอง เมื่อใดที่เกิดมีการพิจารณาคดีล่าช้า ทางออกที่ผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหลายมักจะ คำนึงถึงก็คือ ต้องการให้มีข้อห้ามอุทธรณ์ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริงให้มากยิ่งขึ้นไปอีก

รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องการป้องกันและปราบปราม
อาชญากรรม, วันที่ ๒๒ - ๒๖ ธันวาคม ๒๕๑๒, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์
สถาบันวิจัยศาสตร์ประยุกต์แห่งประเทศไทย, ๒๕๑๔), หน้า ๑๐๘.

โดยมิได้พิจารณาเลยว่า การห้ามมิให้ผู้ทรงคุณวุฒิแก้ปัญหาข้อเท็จจริงนี้ เป็นการขัดหลักเกณฑ์ในเรื่องการควบคุมการใช้ดุลพินิจ เพราะการใช้ดุลพินิจในการตั้งวินิจฉัยข้อเท็จจริงของศาลนั้น จะยุติลงไปเพียงชั้นศาล เดียวหรือสองศาล เท่านั้น

แม้จะมีผู้กล่าวว่า การให้ผู้พิพากษาวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริง ให้ผลดีกว่าการใช้ดุลพินิจ ซึ่งเป็นประชาชนชาวบ้าน แต่แท้ที่จริงและตามเหตุผลแล้ว เป็นเช่นนั้นจริงหรือ เพราะผู้พิพากษาแม้จะเป็นผู้ทรงคุณวุฒิชำนาญ ใฝ่ศึกษาเล่าเรียนมากก็แต่เฉพาะวิชากฎหมายเท่านั้น แต่หาใฝ่ศึกษาเล่าเรียนในวิชาข้อเท็จจริงไม่ ความรู้พื้นฐานในวิชาข้อเท็จจริงระหว่างผู้พิพากษากับชาวบ้านธรรมดาในส่วนนี้จึงมิได้มีข้อแตกต่างกันแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น การวินิจฉัยข้อเท็จจริงของลูกขุน มีกฎหมายบัญญัติการรับฟังข้อเท็จจริงต่าง ๆ เป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจไว้โดยละเอียด ในขณะที่ตุลาการของไทย เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริง กฎหมายกลับมีบัญญัติไว้น้อยเหลือเกิน เปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจ เป็นส่วนใหญ่ หากจะกล่าวต่อไปว่า ผู้พิพากษา เป็นผู้ที่ถูกคล้อยอยู่กับปัญหาข้อเท็จจริงโดยตลอด ทำให้มีความรู้ความชำนาญมากกว่าชาวบ้านที่ไม่เคยได้ศึกษามาเลย ความข้อนี้ฟังดูมีเหตุผลยิ่ง แต่ในทางข้อเท็จจริงมิได้เป็นไปเช่นนั้น เพราะตามระบบงานยุติธรรมของศาลไทย หากได้กำหนดงานเฉพาะค่านิติกับผู้พิพากษาไม่ ผู้พิพากษาแต่ละนายในศาลชั้นต้น จะต้องเป็นผู้วินิจฉัยบรรดคดีทั้งในคดีแพ่ง อาญา ภาษี ฯลฯ จนเป็นที่ปรากฏมาแล้วว่า ผู้พิพากษาสับสน เวลาจะตัดสินคดีอาญาก็ใช้หลักทางแพ่งมาตัดสิน เช่น คังในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๕๕-๒๐/๒๕๐๘ ซึ่งได้กล่าวไว้ในตอนต้นแล้ว การกำหนดองค์คณะ เฉพาะค่านิติมากขึ้นจะมีก็ในชั้นศาลสูงขึ้นไป เท่านั้น

และสืบเนื่องมาจากการต้องห้ามอุทธรณ์ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริงนี้เอง ยังทำให้เป็นอุปสรรคในการสร้างสรรค์วิทยาการเกี่ยวกับปัญหาข้อเท็จจริงอีกด้วย เพราะนอกจากควมทกกฎหมายจะมีไ้บัญญัติไว้โดยละเอียดแล้ว การที่จะศึกษาแนววินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงที่ศาลสูงวางบันทึกฐานไว้ ก็หาได้ยากยิ่งอีกด้วย^๑

การที่กฎหมายกำหนดให้ข้อเท็จจริงนั้นต้องห้ามอุทธรณ์ฎีกา แต่ออกกฎหมายสามารถอุทธรณ์ฎีกาได้เช่นนั้น กล่าวไปแล้วชอบด้วยเหตุผลหรือไม่

การใช้ดุลพินิจพิจารณาคดีคดีใดก็ตาม เบื้องแรกต้องใช้ข้อเท็จจริงมาพิจารณาเสียก่อนว่า จำเลยได้กระทำความผิดข้อเท็จจริงที่กล่าวในฟ้องหรือไม่ ถ้าได้ความว่ากระทำความผิดจริง จึงจะใช้ข้อกฎหมายคดีเป็นขั้นที่สองต่อไปว่า การกระทำของจำเลยนั้นจะเป็นความผิดตามกฎหมายหรือไม่

ตามรูปการดังที่กล่าวมา เป็นเครื่องแสดงในเบื้องต้นว่า ข้อเท็จจริงนั้นสำคัญไม่น้อยกว่ากฎหมาย หรือจะสำคัญยิ่งกว่ากฎหมายอีกด้วย เพราะการตัดสินใช้ดุลพินิจผิดพลาดในทางข้อเท็จจริง ก่อผลเสียหายยิ่งกว่าการผิดพลาดในข้อกฎหมายด้วย เป็นทางให้จำเลยผู้บริสุทธิ์ต้องรับเคราะห์กรรมอันเป็นบาปอย่างมหันต์ ดังนั้นจึงมีสุภาษิตกฎหมายว่า "ปล่อยคนผิดสิบคน ดีกว่าลงโทษผู้บริสุทธิ์เพียงคนเดียว"

(It is better to prevent one false conviction than to ensure ten true one) ด้วยเหตุนี้ จึงมีผู้กล่าวว่าข้อเท็จจริงสำคัญกว่าข้อกฎหมายถึงสิบเท่า^๒

^๑ โอสถ โกสิน, เรื่องเกม, หน้า ๘๘.

^๒ หลวงสัจจพิทยธานาย, เรื่องเกม, คำนำหน้า ๓.

ยิ่งไปกว่านั้น เป็นที่ทราบแล้วว่าการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงนั้น กฎหมาย เปิดช่องทางให้ใช้ดุลพินิจโดยมิได้วางข้อกำหนดกฎเกณฑ์ไว้แน่นอน ไม่มีหลักสูตรการเรียนการสอนในชั้นใด ๆ ในขณะที่ข้อกฎหมายนั้นมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนแน่นอน มีทั้งตำราหรือหลักสูตรให้ศึกษา ไม่ว่าจะในระดับชั้นปริญญาตรีหรือ เนติบัณฑิต การจะวินิจฉัยว่าการกระทำอย่างใด เป็นการผิดกฎหมายหรือไม่ จึงง่ายกว่าการที่จะพิจารณาว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงหรือไม่

เมื่อ เป็นเช่นนี้ จึง เห็นได้ว่าในปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งมีความสำคัญยิ่ง และไม่มีหลักเกณฑ์บังคับไว้แน่นอน ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง กฎหมาย กลับไม่เปิดช่องทางให้ได้พิจารณาในหลายชั้นศาล ส่วนข้อกฎหมายมีบทบัญญัติไว้ชัดเจนกว่า กลับเปิดโอกาสให้พิจารณาได้ทุกชั้นศาล ซึ่งหมายความว่า ทางที่ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยผิดพลาดง่ายไม่ผ่านการพิจารณาหลายชั้น ส่วนทางที่จะใช้ดุลพินิจวินิจฉัยผิดพลาดยาก กฎหมายกลับปล่อยให้ผ่านการพิจารณาหลายชั้น อันเป็นการขัดต่อหลักเกณฑ์ของการควบคุมการใช้ดุลพินิจ (control of discretionary power) อย่างชัดเจน

ปัญหาข้อขัดข้อง เช่นนี้จะแก้ไขโดยวิธีใด

ข้อขัดข้องในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริง เช่นนี้ ย่อมมีทางแก้ไขได้คือการออกกฎหมายหรือสิ้นคดีอาญาชั้นพิจารณาใหม่ ซึ่งได้กล่าวไปแล้วข้างต้น การออกกฎหมายใหม่หรือสิ้นคดีอาญาชั้นพิจารณาใหม่นี้ เป็นทางควบคุมการใช้ดุลพินิจได้เป็นอย่างดี เพราะจะทำให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจวินิจฉัยคดีได้อย่างรอบคอบรัดกุมยิ่งขึ้น อีกทั้ง เป็นการช่วยเหลือเหล่าจำเลยผู้บริสุทธิ์ให้ได้รับความยุติธรรมอย่างเต็มที่ เพราะปรากฏเป็นข้อเท็จจริงในศาลนานาประเทศว่า ศาลยอมใช้ดุลพินิจผิดพลาดได้

ทางแก้ไขข้อขัดข้องในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงอีกประการก็คือ การวางหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจ เกี่ยวกับปัญหาข้อเท็จจริง ด้วยเหตุที่ประมวลกฎหมาย

วิธีพิจารณาความอาญา มิได้วางบทบัญญัติในการพิจารณาวินิจฉัย เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจ ในปัญหาข้อเท็จจริงไว้ แต่ปล่อยให้ เป็นอำนาจของผู้พิพากษา ฉะนั้นจึงก่อความสับสน ในทางปฏิบัติ และก่อความผิดพลาดขึ้นไม่น้อย สิ่งเหล่านี้ย่อมชี้ให้เห็นความจำเป็นใน การที่จะต้องวางบทบัญญัติ เกี่ยวกับกฎหมายลักษณะพยานให้รัดกุมยิ่งขึ้น

ทางแก้ไขข้อบกพร่องในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงที่สำคัญอีกประการก็คือ การสร้างทักษะและความชำนาญในการพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงให้กับศาล เพราะ นอกจากจะทำให้การใช้ดุลพินิจ เป็นไปด้วยความเหมาะสมแล้ว ยังแก้ไขปัญหาความ คิดอันคับแคบของผู้พิพากษาลงได้อีกด้วย เพราะเหตุที่ผู้พิพากษามีความเข้าใจใน พื้นฐานของวิชาข้อเท็จจริงมากขึ้น ซึ่งการสร้างทักษะและความชำนาญในปัญหาข้อเท็จจริงนั้นมีได้ ๒ ทางคือ

- (๑) ข้อเท็จจริงตาม เหตุผลสามัญ
- (๒) ข้อเท็จจริงตาม เหตุผลพิเศษ

๒. สาเหตุในทางข้อเท็จจริง การใช้ดุลพินิจผิดพลาดในการวินิจฉัย ปัญหาข้อเท็จจริงนั้น สาเหตุสำคัญสืบเนื่องมาจากข้อเท็จจริงด้วย ข้อเท็จจริงที่ ทำให้การใช้ดุลพินิจผิดพลาดนั้น มาจากสาเหตุหลายประการด้วยกัน แต่ที่เป็น สาเหตุสำคัญ ๆ มีอยู่ ๓ ประการคือ

(๑) นำข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดมาสู่ศาล การนำข้อเท็จจริงที่ผิดพลาด มาสู่ศาลนี้ เป็นสิ่งที่ปรากฏมากที่สุดในการทำให้การใช้ดุลพินิจวินิจฉัยผิดพลาดไปจาก ความเป็นจริง ไม่ว่าจะการนำข้อเท็จจริง เช่นนั้นจะโดยจงใจหรือไม่จงใจของคุณความ ฝ่ายที่เกี่ยวข้องก็ตาม

เกี่ยวกับการนำข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดมาสู่ศาลโดยที่คุณความมิได้จงใจนั้น เป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่ไม่น้อย ไม่ว่าในศาลไทยหรือวงการศาลของต่างประเทศก็ตาม เพราะในข้อเท็จจริงบางประการมี เหตุผลมาจากความบังเอิญ แม้พฤติการณ์ตาม ข้อเท็จจริงจะไม่ใช่ความจริงก็ตาม แต่ความบังเอิญ เช่นนั้นมีเหตุผลทำให้น่า เชื่อถือได้

ก็เป็นเหตุให้การวิชันดพิณิจฉพลาคไปจากความเป็นจริงได้ เช่นนาย ก. ลือเป็นเงินไป
ชুরะในเวลาค่า เดินผ่านทางหน้าบ้านนาย ข. ขณะนั้นมีคนร้ายปล้นทรัพย์สินนาย ข.
เมื่อนาย ก. ได้เห็นเหตุการณ์ดังนั้น จึงออกวิ่งหนีโดยกลัวจะวิ่งปล้น จากปล้นก็วิ่งหนี
ตามคิด ๆ กันไป ทันทีนั้นตำรวจมาจับจึงจับนาย ก.

สภาพการอย่างนี้ ถึงความจริงนาย ก. ไม่ได้เป็นผู้ปล้นด้วย แต่เหตุผล
ทั้งหลายที่แสดงว่าเป็นพวกปล้น มาสวมเข้ากับนาย ก. พอดี กรณีอย่างนี้ ถ้าผู้สอบสวน
หรือศาลพิเคราะห์เหตุผลไม่ละเอียดแล้ว นาย ก. อาจเป็นผู้กระทำผิดและมีโทษ
ทั้ง ๆ ที่ตนมิได้กระทำเลย เหตุผล เช่นนี้ เรียกว่า เหตุผลโดยบังเอิญถึงกล่าวแล้วและ
เหตุผล เช่นนี้จะได้พบบ่อย ๆ ในศาล *

ตัวอย่างการที่ศาลลงโทษตามข้อเท็จจริงที่ผิดพลาคโดยไม่ตั้งใจนั้นได้แก่
มีชายฝรั่ง เศรษฐคนหนึ่งได้ติดตามไปแต่งงานกับหญิงอเมริกันถึงประเทศอเมริกา ได้
เข้าทำงานในโรงสวดหลายปีไม่มีทางก้าวหน้า จึงลาออกและเดินทางไปหางานใหม่
ในเมืองอื่น ก่อนหน้าวันที่ชายฝรั่ง เศรษฐจะออกจากโรงสวดไป ได้มีคนร้ายลักถูก
เศรษฐี และภายหลังที่เขาออกจากโรงสวดไปวันเดียว ตำรวจได้ค้นพบศพถูก
เศรษฐีในตู้ ซึ่งอยู่ในโรงสวดนั้น เพราะเหตุที่ชายฝรั่ง เศรษฐออกจากโรงสวดไปโดย
กระตั้นหัน ตำรวจจึงออกติดตามจับชายฝรั่ง เศรษฐได้ และนำส่งศาล ๆ ตักสินจำคุก
ตลอดชีวิต

เมื่อเขาถูกจำคุกมาได้ ๒๕ ปี ทางกรมแห่งตำรวจอเมริกันจึงไต่หลักฐาน
แน่นอนว่า ความจริงชายฝรั่ง เศรษฐไม่ได้เป็นคนร้ายฆ่าถูกเศรษฐี จึงได้ปล่อยตัวเขา
พร้อมด้วยให้เงินค่าท้าวัญ ๑๖๐,๐๐๐ เหรียญ และ เมื่อเขากลับถึงฝรั่ง เศรษฐแล้ว
เขายังมีหนังสือไปขอจากรัฐบาลอเมริกันได้อีก ๕๐,๐๐๐ เหรียญ ^๒

* หลวงสถิตยุทธชำนานู, เรื่อง เกม, หน้า ๔๐ - ๔๑.

^๒ เรื่อง เกม, หน้า ๔๑ - ๔๒.

จะเห็นได้ว่า เหตุผลในการที่ให้ความน่าเชื่อถือจริงที่ผิดพลาดมาสู่ศาลโดย
 คุณความดีได้จริงใจนี้ ในหลายครั้งเหตุผลแนวคัมภีร์เชื่อและสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้
 กระทำความผิด โดยเฉพาะตามเหตุผลแห่งความบังเอิญ ซึ่งเป็นเรื่องที่ค่อนข้าง
 จะพิจารณาแยกแยะข้อเท็จจริงออกจากกันได้ยาก เพราะในบางกรณีมีเหตุผลให้
 ชวนคิดว่าเป็นไปเช่นนั้นจริง ๆ เช่น มีชายหนุ่มผู้ป่วน 2 คนพี่น้อง บิดามารคาคาย
 มาตั้งแต่เล็ก เขายากจนมาก เมื่อเขาโตขึ้น จึงพากันไปเช่าบ้านอยู่ คอมน้อง
 ค้มเจ็บลงไม่สามารถจะไปทำงานได้ วันหนึ่งเมื่ออีกสักมาจากทำงานได้นำอาหาร
 เข้าไปจะให้น้องในห้อง พอเข้าไปถึงก็มองเห็นน้องนอนจมโลดิห้อย และพยายาม
 ลุกขึ้นนั่งเมื่อได้เห็นพี่ชายเข้ามา ข้างพูดว่าฉันได้เชือดคอตนเองจะให้ตายแต่ยังไม่
 ตายมีกำลังคาเผละอยู่ ขอให้เอามันยิงเสียให้ตายโดยเร็ว เพื่อให้พ้นการทรมาน
 ขณะนั้นเขากำลังเอามือกุมที่คอไว้ และร้องครวญแวงด้วยความเจ็บปวด จะเชือด
 คอไปด้วยตนเองไม่ไหว เมื่อพี่ชายเห็นดังนั้น จึงถูกเขาลงดิ่งมีดออกจากถ้อง
 พอมีดหลุดออกมาถ้องก็หมดลมหายใจลง

ในขณะที่พี่ชายกำลังมีดออกจากถ้อง มีหญิงแก่เพื่อนบ้านได้มาเห็น
 เข้าใจว่าพี่เชือดถ้องตาย จึงแจ้งความแก่ตำรวจ ในที่สุดศาลฎีกาตัดสินจำคุก
 ตลอดชีวิตฐานฆาตกรรม 1

นอกจากการนำข้อเท็จจริงมาสู่ศาลโดยผิดพลาดโดยไม่ตั้งใจแล้ว ในทาง
 ปฏิบัติยังพบว่าความจงใจนำเอาข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดมาสู่ศาลอีกด้วย ซึ่งข้อเท็จ
 จริงที่ผิดพลาดเช่นนี้ อาจมาจากการใช้อำนาจอันมิชอบของพนักงานสอบสวนหรือ
 การปลุกปล้ำทำพยานเท็จของคุณความ หรือโดยวิธีอื่นใดก็ตาม แต่ปัญหาการนำข้อ
 เท็จจริงที่ผิดพลาดมาสู่ศาลโดยจงใจที่ปรากฏมากที่สุด ก็ได้แก่การใช้อำนาจอัน
 มิชอบของพนักงานสอบสวน และการปลุกปล้ำทำพยานเท็จของคุณความนี้เอง

1 เรื่องเกิม, หน้า 41 - 43.

การใช้อำนาจโดยมิชอบของพนักงานสอบสวนนี้ มีผู้ถือว่า เป็นมูล เหตุสำคัญ
อันที่ทำให้คำพิพากษาของศาลตลอดคดีนั้นไปจากความจริง ได้มากมายหลายคดี^๑
ด้วยเหตุนี้ การใช้อำนาจของพนักงานสอบสวนจึง เป็นผู้รวบรวมข้อเท็จจริง เพื่อเสนอ
ต่อศาล เป็นองค์การแรกนี้ จึงได้รับการพิจารณา เกี่ยวกับหน้าที่ที่ปฏิบัติมาก และใน
หลายกรณีพนักงานสอบสวนบางคนก็ได้ใช้อำนาจในการสอบสวนคดีอาญา เป็นไปใน
รูปการที่บิดเบือนจากความจริง ทำให้ เป็นปัญหาในชั้นการวินิจฉัยพิจารณาข้อเท็จจริง
ของศาลมาตลอด ปัญหา เช่นนี้ในรายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องการป้องกันและ
ปราบปรามอาชญากรรม เคยได้แสดงความคิดเห็นไว้ว่า "โดยเฉพาะอย่างยิ่งหน้าที่
ของพนักงานสอบสวน ถ้าหากว่าจะได้ปฏิบัติตามที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธี
พิจารณาความอาญาว่า พนักงานสอบสวนมีหน้าที่ที่จะต้องแสวงหาข้อเท็จจริง รวบรวม
หลักฐานต่าง ๆ เท่าที่มีอยู่เพื่อพิสูจน์ความผิด และเพื่อที่จะนำผู้กระทำความผิดฟ้องร้อง
ต่อศาล แต่ว่ามุ่งในประเด็นที่ว่า เพื่อพิสูจน์ความผิดแล้ว เราก็จะได้ความยุติธรรม
ที่ถูกต้องมากกว่า กล่าวคือ ถ้าหากว่ามีการจับกุมผู้ต้องหาในคดีใด หากว่าผู้ต้องหา
มีเหตุผลแห่งความยุติธรรมที่จะแสดงได้ เช่นต่อสู้ว่า เป็นเรื่องป้องกันตัว หรือว่า
ผู้ต้องหา เป็นผู้ที่มีความดีความชอบมาแต่ก่อน หรือว่า เป็นผู้ที่ยากจนจนขั้นแค่น สิ่งเหล่านี้
ควรอย่างยิ่งที่พนักงานสอบสวนควรที่จะแสดงให้ปรากฏในสำนวนการสอบสวน และ
ให้จำเลยได้รับโทษตามสมควร มิควรมุ่งแต่บิดเบือนข้อเท็จจริง ไม่นำสิ่งเหล่านั้น
ให้ปรากฏในสำนวนการสอบสวน เพียงหวังจะให้จำเลยได้รับโทษสถานหนัก เห็นว่า
เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยความยุติธรรม และมีคดีอยู่เป็นอันมาก เช่นมีคดีบาง เรื่อง
ที่นำตัวผู้ต้องหา ไปฟ้องหรือไปฝากขังยังศาล เช่นมีคนขับรถแท็กซี่รายหนึ่งขับรถเฉี่ยว

^๑ ปรากฏ บุนนาค, การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่, วารสารทนายความ
ปีที่ ๑๗, ฉบับที่ ๑, พฤษภาคม ๒๕๑๘, หน้า ๖.

ข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ ซึ่งตามข้อหาน่าจะเป็นเรื่องซบถโดยประมาณ เป็นเหตุให้คน
 บาดเจ็บ แต่ก็นำไปฝากซึ่งฐานพยายามฆาตคนตายโดยเจตนา เป็นต้น นี้ก็รู้สึก
 ว่าเป็นเรื่องที่รุนแรงเกินควร หรือถ้าหากว่าเป็นเรื่องที่ถูกข่มเหงด้วยประการใด ๆ
 ก็เป็นเรื่องที่ควรจะได้รับความเป็นธรรมจากพนักงานสอบสวน ในกรณีที่มีการทำร้าย
 ร่างกายโดยธรรมดา แต่ทว่าพนักงานสอบสวนตั้งรูปคดีเป็นทำร้ายร่างกายโดย
 บาดเจ็บสาหัส เพื่อที่จะให้ได้รับโทษสถานหนัก อันเป็นการช่วยเหลือผู้เสียหายจน
 เกินสมควร ส่วนในกรณีที่ช่วยเหลือผู้ต้องหาที่มีอยู่เป็นอันมาก..." *

ปัญหาการรวบรวมพยานหลักฐานตามข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดโดยจงใจของ
 พนักงานสอบสวนเพื่อปกปิดหรือช่วยเหลือจำเลยนี้ เป็นสิ่งที่ศาลจะต้องพิจารณา
 ข้อเท็จจริงต่าง ๆ อย่างละเอียดถี่ถ้วนยิ่ง เพราะจะเป็นทางช่วยเหลือผู้เสียหาย
 หรือจำเลย และสร้างคามยุติธรรมให้แก่นลสมความประสงค์

นอกจากปัญหาเรื่องการใช้อำนาจโดยมิชอบของพนักงานสอบสวนแล้ว
 ยังมีปัญหาในเรื่องการปลูกปล้ำพยานเท็จอยู่มากมาย หลายครั้งที่พยานเหล่านั้น
 ถูกฟ้องลงโทษฐานเบิกความเท็จ แต่ก็มีจำนวนไม่น้อยที่กระทำไ้แนบเนียนให้ศาล
 เชื่อดื้อได้ ซึ่งการป็นพยานเท็จเช่นนี้ เคยมีท่านผู้พิพากษาอาวุโสท่านหนึ่งถึงกับ
 ยอมรับว่า "การที่พยานเบิกความเท็จป็นน้ำเป็นคว หรือบิดเบือนข้อเท็จจริงเสีย
 บางส่วนนั้นมีอยู่เสมอ" ^๒ ซึ่งปัญหาในเรื่องการแสดงหลักฐานที่ผิดพลาดไป
 จากข้อเท็จจริง เช่นนี้จะต้องได้รับการแก้ไขให้หมดสิ้นไป

รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องการป้องกันและปราบปราม
อาชญากรรม, เรื่อง เติม, หน้า ๑๕๕ - ๑๕๖.

^๒ ชานินทร์ กรัยวิเชียร, "ศาลกับพยานบุคคล", วารสารกฎหมาย
 ปีที่ ๓ ฉบับที่ ๓, กันยายน - ธันวาคม ๒๕๒๐, หน้า ๕๐.

(๒) ทักษะหรืออคติของผู้พิพากษา ปัญหาทัศนะหรืออคติของผู้พิพากษาที่มีต่อข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นในส่วนวนความนั้น มีอิทธิพลไม่น้อยในกาทำให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจต่อข้อเท็จจริง เช่นนี้ ไปตามอคติ หรือทัศนะคติของคน ในหลายครั้งที่ผู้พิพากษาไม่ยินยอม เชื่อถือพยานหลักฐานข้อเท็จจริงที่ปรากฏ แต่ใช้ดุลพินิจของคนเป็นที่ตั้ง เช่นกาที่ผู้พิพากษาไม่ยอมเชื่อว่าจะมีการลักลอบจกรยาน หรือไม่เชื่อว่ามีการใช้ปืนของพก ทั้งข้อเท็จจริงเหล่านี้ ได้มีการนำสืบพยานกันอย่างชัดเจนในศาลแล้ว ว่าข้อเท็จจริงในคดีนั้น เป็นอย่างไร

กาที่ผู้พิพากษาใช้อคติหรือทัศนะคติของคนโดยไม่เห็นพ้องกับข้อเท็จจริงทั้งที่ปรากฏแจ้งชัดในส่วนวนความนี้เอง เป็นที่มาของอำนาจอุทธรณ์ ไม่ได้ใช้ดุลพินิจโดยการวินิจฉัยหวั่นพยานหลักฐาน แต่ตัดสินใจไปตามอำเภอใจของคนในบางครั้ง พยานหลักฐานในคดีไม่ชัดเจน ผู้พิพากษาก็ใช้ดุลพินิจของคนวินิจฉัยไปตามทัศนะคติ เคาราคเหตูกาเอาเอง โดยไม่มีพยานหลักฐานของข้อเท็จจริงมาสนับสนุน เช่นในคำพิพากษานับหนึ่ง มีใจความตอนหนึ่งว่า

"กาที่ผู้ตายกับจำเลยนั่งคุยกับหญิงโสเภณี ไม่มีเรื่องทะเลาะกัน จำเลยก็อาจยิงผู้ตายได้ เพราะเห็นว่ามัวแต่นั่งหัวเราะอยู่นานแล้ว จะกลับหรือพาเข้าห้องก็ไม่ทำ จำเลยอาจอยากชวนผู้หญิงเข้าห้อง แต่ระคากอายุผู้ตายหรือเห็นว่าผู้ตายมานั่งซัดจังหวะอยู่ก็ได้ ซึ่งเป็นเรื่องจิตใจของจำเลย จำเลยอาจจะเกิดอารมณ์วุ่นขึ้นมาในทันทีทันใด จึงได้ชักปืนออกมายิงผู้ตายแบบนึกเลง เหตุกาณ์เช่นนี้ย่อมจะมีขึ้นได้ มีใจว่าต้องทะเลาะกันก่อน แล้วจึงจะยิงเสมอไป"

(๓) ข้อเท็จจริงไม่เพียงพอ การใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดของศาลนั้น ในบางครั้งมาจากการที่ข้อเท็จจริงในคดีมีไม่ครบตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริง ทั้งนี้เพราะเหตุว่าศาลยุติธรรมยอมจำเป็นจะต้องพิจารณาพิพากษาคดีไปตามถ้อยคำสำนวนที่มีอยู่ในสำนวนศาล ศาลหาอาจที่จะรับฟังข้อเท็จจริงนอกสำนวนได้ไม่

เมื่อพยานหลักฐานในท้องสำนวนปรากฏว่าจำเลยผิดเช่นนั้น ไม่ว่าจะพยานหลักฐานจะเกิดขึ้นด้วยการปลอมปล้ำทำพยานเท็จของพนักงานสอบสวนผู้ไม่สุจริตบางคน หรือพยานโจทก์ที่มุ่งให้การปรับว่าจำเลยด้วยความอาฆาตมาดร้ายเป็นส่วนตัว หรือด้วยเข้าใจผิดประการใดก็ตาม ศาลยุติธรรมย่อมไม่อาจจะรับรู้ได้ หากพฤติการณ์เช่นนี้มิได้ปรากฏชัดแจ้งในท้องสำนวน เพียงพอที่ศาลจะนำหีบยกมา เป็นประโยชน์ให้จำเลยได้

ข้อเท็จจริง ๓ ประการอันเป็นสาเหตุสำคัญให้ใช้ดุลพินิจผิดพลาดไปจากความเป็นจริง เช่นนี้จะมีทางแก้ไขด้วยวิธีใด

เป็นที่ยอมรับอยู่ประการหนึ่งว่า สาเหตุในทางข้อเท็จจริงทั้ง ๓ ประการคือการนำข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดมาสู่ศาลก็คือ อกติของผู้พิพากษา เกี่ยวกับปัญหาข้อเท็จจริงก็คือ ข้อเท็จจริงปรากฏในสำนวนไม่เพียงพอที่ เกี่ยวข้องกับเหตุผลของความเป็นไปแต่ในปัญหาข้อเท็จจริงทั้งสิ้น หากศาลเข้าใจถึงเหตุผลเกี่ยวกับข้อเท็จจริง และข้อเท็จจริงที่ขัดต่อเหตุผลแล้ว ย่อมสามารถแก้ไขปัญหาคงกล่าวให้ลดน้อยลงหรือหมดสิ้นไปได้ กล่าวคือ หากผู้พิพากษาเข้าใจถึงเหตุผลเกี่ยวกับข้อเท็จจริง และข้อเท็จจริงอันขัดต่อเหตุผล ก็ย่อมจะแยกข้อ "เท็จ" และข้อ "จริง" ออกจากกันเพื่อพิจารณาเฉพาะ "ข้อจริง" เท่านั้น อันทำให้การเสนอข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดมาสู่ศาลได้รับการขจัดสิ้นไป เมื่อผู้พิพากษาเข้าใจถึงเหตุผลดังกล่าวก็ย่อมทำให้ทัศนคติในการพิจารณาข้อเท็จจริงต่าง ๆ กว้างขวางเหมาะสมกับสภาพแห่งข้อเท็จจริงนั้น ๆ อันเป็นการแก้ไขปัญหาอกติของผู้พิพากษา เกี่ยวกับข้อเท็จจริงไปได้ ประการสุดท้าย เมื่อศาลเข้าใจถึงเหตุผลของข้อเท็จจริง ย่อมทำให้ศาลสามารถใช้อำนาจและดุลพินิจได้อย่างเต็มที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เมื่อใดที่ข้อเท็จจริงตามท้องสำนวนมีไม่เพียงพอที่จะให้วินิจฉัย ศาลก็ย่อมจะใช้อำนาจตามมาตรา ๒๒๕ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีอำนาจสืบพยาน

มารุท มุนนาค, อดีตรองอธิบดีกรมของจำเลยผู้บริสุทธิ์, บทคดีคดี เล่ม ๒๓๗
ตอน ๑, พ.ศ. ๒๕๑๓, หน้า ๖๒.

เพิ่มเติมโดยพลการได้ ซึ่งในทางปฏิบัติศาลก็ใช้วิธีสืบพยานเพิ่มเติมโดยพลการมาแล้วไม่น้อย เช่นการเรียกส่วนการสอบสวนประกอบพิจารณา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๘/๒๕๕๓, ๕๐๘/๒๕๖๕) แต่ทั้งนี้ การเรียกสืบพยานเพิ่มเติมเช่นนั้น จะต้องเป็นการกระทำไปเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเท่านั้น จะสืบพยานเพิ่มเติมให้เป็นที่เสียหายแก่รูปคดีของคุณความฝ่ายหนึ่ง โดยประสงค์จะช่วยเหลือคุณความอีกฝ่ายหนึ่ง หรือเป็นการกระทำไปโดยไม่มีเหตุผลแห่งความยุติธรรมแล้ว ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ

การสืบพยานโดยศาลเพิ่มเติมนั้น ย่อมกระทำได้หลายประการ อาจเป็นการส่งประเด็นไปเดิน เเขยดูสืบ หรือสืบเองโดยการซักถามพยาน หรือนำพยานมาหรือบุคคลอื่นมาสืบได้อีกด้วยตามสมควร (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๙๓/๒๕๕๐) ซึ่งอำนาจการเรียกสืบพยานเพิ่มเติมโดยพลการของศาลตามมาตรา ๒๒๕ นี้ จะกระทำในเวลาใด ๆ ก่อนศาลพิพากษาก็ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๕๕/๒๕๕๓) หากเป็นการกระทำไปเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมแล้ว เป็นสิ่งที่ควรสรรเสริญทั้งสิ้น ดังเช่นตัวอย่างการที่ศาลสืบพยานเองโดยการซักถามพยานในคดีเรื่องหนึ่งข้อเท็จจริงมีว่า

"เหตุเรื่องนี้เกิดที่ศาลจังหวัดปากพนัง เมื่อประมาณ ๒๐ ปีมาแล้ว ท่านผู้พิพากษาหัวหน้าศาลผู้หนึ่ง เล่าว่า สมัยท่านเป็นหัวหน้าศาลปากพนังนั้น มีพยานอาชีพ เป็นจำนวนมากรับจ้าง เป็นพยานทั้งโจทก์ ทั้งจำเลย มีผู้ใหญ่บ้านคนหนึ่ง สมมติว่าชื่อ "ผู้ใหญ่เชิด" ก็รวมอยู่ในจำนวนพยานอาชีพด้วย ผู้ใหญ่เชิดมาเป็นพยานที่ศาลบ่อย ๆ จนเป็นที่รู้จักกันทั่วไปของข้าราชการศาล วันหนึ่ง เป็นวันหยุดราชการ ท่านผู้พิพากษาหัวหน้าศาลกับมิตรสหายเอา เรือไปล่าจระเข้ที่คลองแห่งหนึ่ง เวลาเช้าเที่ยงวัน ท่านไปพบผู้ใหญ่เชิดกำลังรับประทานอาหารกลางวันอยู่ ท่านจึงสั่งให้เทียบ เรือกับ เรือผู้ใหญ่เชิดแล้วรับประทานอาหารกลางวันกันจนถึงบ่ายโมงเศษ จึงแยกเรือกันไป วันนั้น เป็นวันหยุดราชการพิเศษ ดูเหมือนจะเป็นวันเฉลิมพระชนมพรรษา

ต่อมาราว ๒ เดือน ผู้ใหญ่เช็กมา เป็นพยานจำเลยที่ศาลในคดีอาญา
เรื่องหนึ่ง ท่านผู้พิพากษาหัวหน้าศาลออกพิจารณาคดีนั้นเอง จำเลยถูกกล่าวหา
ว่ากระทำผิดในเวลาราวเที่ยงวันเศษ เมื่อวันนั้นตรงกับวันหยุดราชการ คือ
วันเฉลิมพระชนมพรรษา วันที่ท่านหัวหน้าศาลกับพรรคพวกไปลาจรรยา เช่นนั้นเอง

เมื่อผู้ใหญ่เช็ก เข้าคอกสาบานตัวแล้ว

ท่านหัวหน้า : พยานจะเบิกความอย่างไรว่าไป

ผู้ใหญ่เช็ก : วันเกิดเหตุจำเลยกับพวก ๒ - ๓ คน ไปช่วยดมมูง

หลังคา เรือนอยู่กับผมตลอดทั้งวัน

ท่านหัวหน้า : เอ๊ะ ก็วันนั้นผู้ใหญ่กินข้าวกลางวันด้วยกันที่คอก

ไม้ไผ่หรือ

ผู้ใหญ่เช็ก : ท่านจำได้ ร

ท่านหัวหน้า : ทำไมจะจำไม่ได้ เพราะเป็นวันหยุดพิเศษ

ผู้ใหญ่เช็ก : ถ้ากระนั้น ผมไม่ยอมเบิกความต่อไป

ว่าแล้วผู้ใหญ่เช็ก ก็เดินออกจากศาลไปโดยไม่ไ้กล่าวอะไร"

ก็อย่างคดีนี้แสดงให้เห็นว่า ในการที่ศาลสืบพยานเองนั้น เพื่อประโยชน์
แห่งความยุติธรรมแล้ว นอกจากจะแก้ปัญหาข้อเท็จจริงในท้องสำนวนไม่พอเพียงแล้ว
บางครั้งยังช่วยจับพยานเท็จได้ด้วย ซึ่งคำถามของผู้พิพากษาหัวหน้าศาลในคดีนี้
เป็นคำซักถามพยานเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมโดยแท้

ชานินทร์ กรัยวิเชียร, เรื่อง เกม, หน้า ๑๔ - ๒๐ อ้างถึง
นายสุพรรณ ในการประกวกรเกร็ดคดี, กฎหมาย, ปีที่ ๙ เล่ม ๒, กุมภาพันธ์
๒๕๐๓, หน้า ๒๑๖ - ๒๑๗.

เมื่อ เป็นเช่นนั้น จึง เป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึง เหตุผล เกี่ยวกับข้อ
เท็จจริงและข้อเท็จจริงที่หักต่อ เหตุผล ก็จะแยกพิจารณา คือ

- (๑) ข้อเท็จจริงตาม เหตุผลสามัญ
- (๒) ข้อเท็จจริงตาม เหตุผลพิเศษ
- (๓) ข้อเท็จจริงที่หักต่อ เหตุผล

(๑) ข้อเท็จจริงตาม เหตุผลสามัญ เหตุผลสามัญในที่นี้ คือความ
เป็นไปได้ของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยความเป็นไปได้นั้น สามารถพิเคราะห์ได้
ด้วยสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไปว่า หากมีข้อเท็จจริงนั้น ๆ เกิดขึ้นแล้วจะ เป็น
อย่างไร มาจากเหตุผลเช่นไร เช่น หากมีการปาไซลงกระทบหิน ไซยอมแตก
เช่นนี้เป็น เหตุผลที่บุคคลทั่วไปทราบ ด้วยเหตุนี้ เหตุผลสามัญกล่าวอีกอย่างก็คือ
เหตุผลเหล่านั้นตามธรรมดาบุคคลย่อมรู้จักและเข้าใจดี ไม่ต้องใช้ความรู้พิเศษ
อย่างใดก็เห็นหรือเข้าใจได้^๑

เหตุผลสามัญนี้ แบ่งพิจารณาออกได้ ๒ ประการด้วยกันคือ

๑.๑ เหตุผลจากศัพทภาษ เหตุผลสามัญที่ใช้ในการพิจารณาซึ่ง
นำหนักพยาน จากศัพทภาษนี้ เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณา เบื้องต้นว่า ข้อเท็จจริง
หรือนำหนักพยานนั้น จะมีเพียงพอให้ศาล เชื่อหรือไม่ เพราะผู้ที่ เป็นพยานในชั้น
ศาลนั้น นอกจากจะเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติตามกฎหมาย ไม่ตกอยู่ในข้อห้ามอย่างใด
แล้วก็ตาม แต่ในหลายกรณีปรากฏ อยู่เสมอมาว่า พยานนั้นให้การผิดพลาดจาก
ความเป็นจริง ไม่ว่าจะ เป็นการผิดพลาดโดยจงใจ หรือสำคัญผิดก็ตาม

สา เหตุจะทำให้พยานให้การผิดพลาดไปจากความเป็นจริงนั้น มีอยู่หลาย
สา เหตุ ซึ่งศาลจะต้องใช้ดุลพินิจวินิจฉัยตามเหตุผลสามัญว่า จะควร เชื่อถือด้วยคำ
พยานนั้นเพียงใดหรือไม่ ซึ่งมีข้อควรพิจารณาดังนี้คือ

^๑ หลวงสัจจพิทยทธานานู, เรื่อง เกม, หน้า ๘๓ - ๘๔.

๔. ระดับการศึกษา การสังเกตจดจำของผู้ที่ไร้การศึกษา กับผู้ที่มีการศึกษาสูงนั้นแตกต่างกัน ผู้ที่ไร้การศึกษาซึ่งรวมทั้ง เด็กอาจพิจารณาเหตุการต่าง ๆ ใกล้เคียงกันได้

๕. ความสนใจต่อเหตุการณ์ พยานบางคนอาจมีความสนใจเป็นพิเศษ หรือมีความรู้เป็นพิเศษกับสภาพที่เกิดขึ้นเป็นข้อเท็จจริงขึ้น ซึ่งความสนใจเป็นพิเศษนี้ ย่อมทำให้การสังเกตจดจำเหตุการณ์ใกล้เคียงกว่าปกติ เช่นผู้ที่ชอบเรื่องรถยนต์ เมื่อเห็นรถยนต์คันหนึ่งแล่นผ่านไป ย่อมจำและทราบรายละเอียดมากกว่าผู้ที่ไม่ได้สนใจเรื่องรถยนต์ เพราะเขาจะทราบว่ารถคันนั้นรุ่นอะไร สีอะไร ไซ้ล้ออะไร เช่นไซ้ล้อแม็ก (ล้อโลหะอัลลอย) บางครั้งยังจดจำได้แม้กระทั่ง เลขทะเบียน

จากเหตุผลสามข้อทั้ง ๕ ประการ ที่กล่าวมาแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่ชี้ให้เห็นได้ว่าพยานในบางกรณีแม้จะสุจริต แต่ก็อาจเกิดความผิดพลาดได้ แต่อย่างไรก็ดี การผิดพลาดเหล่านั้น จะเป็นการผิดพลาดในส่วนปลีกย่อย แต่สาระสำคัญแล้วมักจะจำได้ *

ในกรณีคล้ายกัน หากพยานคนใดเบิกความจำเหตุการณ์ต่าง ๆ ใกล้เคียงละเอียดถี่ถ้วน กลับเป็นการขัดต่อเหตุผลสามข้อว่าด้วยความจำของพยาน ดังตัวอย่างในคดีเรื่องหนึ่ง จำเลยต้องหาว่าดอบเอาปืนยิงคนยากเจ็บ พยานโจทก์เบิกความว่าในคืนเกิดเหตุ พยานเห็นจำเลยยืนแอบอยู่ พยานยังได้พูดจากัดถามจำเลย แล้วจำเลยจึงได้ยิงเจ้าทุกข์ พยานจำจำเลยและเครื่องบงหนมได้ละเอียดถี่ถ้วนยิ่งกว่าเวลากลางวัน คำพยานที่เบิกความชนิดนี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นคำพยานที่ไม่สมเหตุผล ไม่พอฟังลงโทษจำเลยได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๓๑/๒๕๖๓)

พยานเท็จ การ เบิกความให้ การของพยานที่ผิดพลาดไปจากความเป็นจริง เป็นสิ่งที่มีอยู่ในวงการศาลทั่วไป แม้ว่าการ เบิกความเท็จในสารสำคัญของคดีจะเป็นความผิดที่มีโทษอาญาที่กำหนดไว้ก็ตาม แต่ก็ยังปรากฏว่ามีผู้กระทำความผิดจะเป็นพยานเท็จอยู่มากมาย มาจากสาเหตุต่าง ๆ กัน ซึ่งได้มีท่านผู้รู้จักสาเหตุของการ เบิกความเท็จไว้ดังนี้คือ ๑

ก. ในเรื่องความรัก บุคคลบางคนเมื่อมีความรักอยู่กับบุคคลอื่นหรือสิ่งอื่นใด มักจะมีความลำเอียง เข้าข้างบุคคลนั้น ทั้งในทางที่ผิดและที่ถูกปล่อยความรักให้อยู่เหนือศีลธรรมหรือสิ่งอื่นใดทั้งหมด แม้แต่การ เป็นพยาน เขาก็กล้าที่จะ เบิกความเท็จได้ เพื่อให้เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายที่ตนรัก สาเหตุที่จะทำไห้บุคคล เกิดความรักมีหลายอย่าง เช่น

๑. เป็นญาติ เช่นบิดามารดา บุตร หลาน เป็นต้น
๒. มิตรและคนรัก มิตรนั้นอาจ เป็นบุคคลหรือหมู่คณะ
๓. มีบุญคุณมาก่อน เช่น เป็นครูบาอาจารย์ เป็นนายเป็นผู้มีอุปการคุณ
๔. มีประโยชน์ตอบแทน มีการให้น้ำใจ ให้สินบน เป็นต้น

ข. ในเรื่องความโกรธ บุคคลที่มีความโกรธแค้น หรือมีสาเหตุบาดหมางกันในทางส่วนตัวมาก่อน ย่อมมีสาเหตุในการที่จะ เบิกความเท็จ เพื่อปรักปรำผู้ที่ตนโกรธให้เสียหายได้

ค. ในเรื่องความกลัว ความกลัวนั้นมาจากหลายสาเหตุ อาจจะกลัวเกรงต่ออิทธิพลของผู้เป็นฝ่ายในคดี เกรงว่าถ้าตน เบิกความตามที่ เป็นจริงแล้วจะถูกทำร้ายได้ เป็นต้น บางครั้งกลัวว่าถ้ากล่าวความจริงตามที่ตนรู้เห็นไปแล้ว บุคคลอื่นอาจสงสัยว่าตน เป็นผู้สมคบในการกระทำความผิดด้วยก็ได้ ในบางครั้งความกลัวมี

สา เหตุมาจากความกลัวที่จะเสียเกียรติ เสียชื่อ เสียงกก็ได้ เช่นในคดีความผิด
 ข่มขืนกระทำชำเรา หญิงสาวที่รู้ความจริงเขาข่มขืนยอมบอกความจริง เป็นต้น

ง. ในเรื่องความเขลา ความผิดพลาดในคำให้การของพยานบางครั้ง
 มาจากความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ไม่รอบคอบหรือเดินเลอ ขาดความใคร่ครวญก็เป็น
 ทางทำให้ข้อเท็จจริงผิดพลาดคลาดเคลื่อนได้

การให้การเท็จของพยานนั้น ในหลายครั้งมีการชักจูงพยานก่อนไปศาล
 ในบางครั้งหมายความถึงขนาด เรียงคำพยานขึ้นให้พยานท่องจำขึ้นใจไป เบิกความใน
 ศาลก็มี แต่ก็มีเหมือนกันที่พยานบางคน เบิกความผิดตะกุกตะกัก เพราะตกใจหรือ
 ประหม่าจนลืมข้อความที่ตนท่องจำขึ้นใจมา^๑ แต่ทางแก้ไขของเหล่าทนาย
 ความ หรืออัยการก็มักจะใช้การตั้ง "คำถามนำ" ให้กับพยานของตน ซึ่งเป็นทาง
 ที่กระตุ้นเตือนความจำของพยานได้เป็นอย่างดี เช่นในกรณีที่ทนายความต้องการ
 ที่จะถามพยานของตนว่า "เห็นจำเลยวิ่งหนีไปทางไหน" เมื่อพยานตอบไม่ได้เพราะ
 ลืมข้อความที่ตนเคยท่องจำมา ทนายความหรืออัยการ เหล่านี้ก็จะใช้คำถามนำถาม
 พยานว่า "จำเลยวิ่งไปทางท้ายซอยใช่ไหม" คำถามเช่นนี้เอง ย่อมเป็นการเตือน
 ความทรงจำที่พยานได้ท่องจำคำให้การมาว่า ให้ตอบว่าจำเลยวิ่งหนีไปทางท้ายซอย
 จึงตอบคำถามเช่นนั้นได้ถูกต้องสมใจทนายความและอัยการ

การที่อัยการหรือทนายความได้ตั้งคำถามนำแก่พยานฝ่ายของตนนั้น เป็น
 การชักจูงกฎหมายอย่างชัดแจ้ง คือตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
 มาตรา ๑๑๘ วรรคแรก บัญญัติว่า "ในการที่คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานจะซักถาม
 พยานก็ดี หรือถามถึงพยานก็ดี ห้ามมิให้คู่ความฝ่ายนั้นใช้คำถามนำ เว้นแต่

^๑ ธานีรินทร์ ภัยวิเชียร, เรื่องเดิม, หน้า ๔๐.

คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งยินยอมหรือได้รับอนุญาตจากศาล" แต่ตามข้อเท็จจริงของการซักถามพยานโดยทั่วไป ได้มีการใช้คำถามนำเพื่อกระตุ้นความทรงจำของพยานจนเป็นประเพณีนิยมของวงการอัยการหรือทนายความ เพราะนั่นจะเป็นคำถามที่ขัดต่อกระบวนการพิจารณาความ แต่ศาลก็เพียงแต่ตั้งเตือนมิให้ทนายความใช้คำถามนำเช่นนั้นอีกเท่านั้น ส่วนรูปคดีของคู่ความได้ผลสมความตั้งใจของผู้ถามไปแล้วคือทำให้พยานจำข้อความที่ควรจะเบิกความได้ แม้ผู้ถามจะถูกศาลตำหนิและกลับมาตั้งคำถามใหม่ เป็นคำถามธรรมดา พยานก็ย่อมจะตอบตามเนื้อความที่ตนจดจำได้โดยถูกต้อง

เมื่อเป็นดังนี้ การสร้างพยานหลักฐานเท็จจึงยังคงมีปรากฏอยู่ต่อไป พฤติการณ์เช่นนี้ศาลควรจะต้องหาวิธีการแก้ไข เช่นการตั้งเตือนหรือกำหนดเป็นข้อห้ามไว้ก่อนที่จะเริ่มสืบพยานว่า มิให้คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานตั้งคำถามนำในกรณีเช่นนี้ ถือว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาล เพราะเป็นการขัดขืนไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๓๐ และ ๓๑ ได้ และรวมทั้งควรจะต้องถือว่าคำตอบของพยานในกรณีที่มีการตั้งคำถามนำแล้วเป็นคำให้การที่ไร้น้ำหนัก ซึ่งศาลไม่ควรรับฟังอีกด้วย

๑.๒ เหตุผลจากข้อเท็จจริง ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในศาลนั้น ย่อมมาจากการที่พยานได้สัมผัสกับข้อเท็จจริง เช่นนั้นมาด้วยอาการ ๓ ประการด้วยกัน คือ การรู้ การเห็น การจำได้ และจากองค์ประกอบ ๓ ประการนี้เองที่พยานจะมาเบิกความให้การต่อศาลว่าข้อเท็จจริงตามที่ตนรู้ เห็น จำได้นั้น มีเหตุผลสามัญ เช่น โคนับสนุนอยู่ ซึ่งเหตุผลสามัญที่จะสนับสนุนการรู้เห็นจำได้นั้นมีอยู่ด้วยกัน ดังนี้คือ

๑. รู้จากอะไร ประสาทสัมผัสที่จะรับรู้ เหตุการณ์ต่าง ๆ ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏนั้น จะต้องเป็นไปตามเหตุผลของความ เป็นไปได้อย่างสามัญ

การอ้างการรู้เห็นด้วยวิธีหรือเหตุผลที่เกินเลยจากความเป็นจริง ย่อมเป็นสิ่งพิสูจน์
อยู่ในตัวว่าพยานนั้นไม่ควรที่จะรับฟัง และประสาทที่จะรับความรู้ในข้อเท็จจริงใน
มีดังนี้

ก. ทา ตามนี้เป็นส่วนรับรู้ข้อเท็จจริงที่สำคัญที่สุดอย่างหนึ่ง ซึ่ง
พยานในศาลส่วนใหญ่จะรับรู้ข้อเท็จจริงด้วยการมองเห็นทั้งสิ้น เกี่ยวกับการมองเห็น
นี้ จะต้องเป็นการมองเห็นอย่างสามัญ กล่าวคือ บุคคลที่สายตาสั้น แต่ไม่ได้สวม
แว่นตา จะมองเห็นเหตุการณ์ในระยะไกลได้ก็เท่ากับผู้ที่มิมีสายตาก็ยอมไม่ได้
และผู้ที่มีสายตาก็ยอมจะมองเห็นเหตุการณ์ชัด เจนหรือละเอียดละออก็ยอมต้อง
ขึ้นอยู่กับสภาพแสง และระยะทางระหว่างสายตากับวัตถุด้วย หากพยานอ้างว่า
มองเห็นเหตุการณ์อย่างละเอียดในระยะไกลและเป็นเวลาค่าคืนที่มีแสงไฟสลัว ย่อม
เป็นการเบิกความที่มีเหตุผลขัดกับความจริง

ปัญหาว่าการมองเห็นที่เป็นการรับรู้เหตุการณ์ตามข้อเท็จจริง จะอยู่ใน
วิสัยของ เหตุผลสามัญหรือไม่ต้องพิจารณา เป็นรายกรณีไป เช่นในการสืบพยานของ
คดีเรื่องหนึ่ง พยานโจทก์เบิกความว่ารู้เห็นเหตุการณ์เพราะขณะเกิดเหตุ เป็น
คืนเดือนหงาย

ทนายจำเลย : พยานอยู่ห่างจากที่เกิดเหตุสักเท่าไร

พยาน : สี่ร้อย เมตรเศษ

ทนายจำเลย : ห่างขนาดนั้นพยานยังมองเห็นเหตุการณ์ได้เขียวหรือ

พยาน : พระจันทร์อยู่ไกลกว่าตั้งโยชน์ ผมยังเห็นชัดเลย^๑

ข. หู การรับฟังเรื่องราวตามข้อเท็จจริง ก็เป็นสิ่งสำคัญในชั้นพิจารณา
เบิกความของพยาน และในการที่จะเชื่อถือว่าผู้ที่ได้รับฟังมานั้น รับฟังมาจริงหรือไม่

^๑ เรื่อง เดิม, หน้า ๑๖ - ๑๗.

คาม เหตุผลสามัญ นอกจากจะพิจารณาถึงสภาพความปกติของหู เรายังมีผู้คนหูหนวกแล้ว ยังต้องคำนึงถึงสภาพเหล่านี้ด้วยคือ ความสงบของสถานที่ ความกังของเสียง ระยะทางที่เกิดเสียง เครื่องกำบังเสียง

ค. จมูก ข้ออ้างที่อ้างถึงกลิ่นนั้น อาจมีบ่อย ๆ เว้นในกรณีที่อ้างว่า ไค้กลิ่นศพ ซึ่งแสดงว่าคนไค้กายมาหลายวันจนมีกลิ่นเหม็นแล้ว หรือไค้กลิ่นยาพิษ กลิ่นน้ำมันก๊าด เป็นต้น

เคยปรากฏว่า ในคดีฆาตกรรมกระทำชำเราหญิงคนกลางให้การ เป็นพยานว่า พยานกำลังนอนหลับในมุ้ง พยานรู้สึกว่ามีคนมากอดกพยาน พยานจำกลิ่นตัวไค้ว่า ไม่ใช่สามีของพยาน พยานไค้เปิดไค้ขึ้น เห็นจำเลยคลานออกจากมุ้งออกจากห้องแล้ววิ่งหนีไปยังห้องจำเลย ตามตัวอย่างนี้ แสดงว่าพยานถือเอากลิ่นตัว เป็นข้ออ้าง

ง. ลิ่น เป็นการรับรู้ข้อเท็จจริงที่อาจมีไค้ในกรณีเกี่ยวกับยารักษาโรค หรือยาพิษ หรืออาหาร เป็นต้น

จ. ประสาทส่วนอื่น ๆ ของร่างกาย การรับรู้ข้อเท็จจริงอาจมาจากการสัมผัสโดยทางอื่นนอกจากที่กล่าวมาแล้วไค้ เช่นการจับฉวย การเหยียบ เป็นต้น

๒. เหตุไค้จึงมารู้เห็น สาเหตุที่จะมารู้เห็น เหตุการณ์ตามข้อเท็จจริงนั้น จะต้อง เป็นสาเหตุที่ประกอบด้วยเหตุผลสามัญ เพราะสาเหตุที่ไค้มารู้เห็น เหตุการณ์นี้ เป็นเรื่องพิสูจน์ความจริงแท้ไค้คืออย่างหนึ่ง ด้วยเหตุที่การรู้เห็น เหตุการณ์ตามข้อเท็จจริงจะมีความน่าเชื่อถือได้ จะต้องมีการสนับสนุนจากสาเหตุการรู้เห็นด้วย เช่นมีคดีในศาล เรื่องหนึ่ง เป็นคดีหาว่าจำเลยยิงผู้ว่าราชการจังหวัดตายที่จังหวัดพระประแดง (ปัจจุบัน เป็นอำเภอหรือเขตพระประแดง) พยานโจทก์คนหนึ่ง เบิกความว่า

เมื่อมีเสียงปั้งดังขึ้นที่บ้านผู้ตายแล้ว พยานได้เห็นจำเลยถือปืนวิ่งผ่านหน้าพยาน ๆ จำเลยได้ พยานให้การตอบทนายจำเลยต่อไปว่า ที่พยานเห็นจำเลยก็เพราะพยานไปนั่งถ่ายอุจจาระอยู่ข้างทางที่จำเลยวิ่งมา ที่พยานมานั่งถ่ายอุจจาระนั้น พยานมาจากบ้านของพยาน ครั้นถูกถามว่าบ้านอยู่ไหน พยานตอบว่า "อยู่ตำบลบางซื่อ จังหวัดพระนคร" ^๑

เหตุที่ตนมารู้ เห็น เหตุการณ์ตามข้อเท็จจริง

ก. เจตนามารู เห็น เหตุการณ์ เป็นกรณีพยานผู้นับประสงค์หรือรู้ตัว มาแต่คิดว่า ตนจะเป็นพยานในข้อเท็จจริง เช่นนั้น ทำให้ความจำ หรือการรู้เห็น เหตุการณ์ต่าง ๆ ของข้อเท็จจริง เป็นไปอย่างละเอียดกว่าพยานผู้มีเจตนามารู เห็น เช่นตำรวจไปจับผู้ลักลอบ เล่นการพนัน ตำรวจผู้นั้นเมื่อมา เป็นพยานในคดีย่อมจะเห็นรายละเอียดบางอย่าง เช่นเห็นจำเลย เห็นของกลางอย่างไรก็ได้ ถ้าหาก รายละเอียดสำคัญในคดี พยานเช่นนี้จำไม่ได้หรือไม่รู้เห็นแล้ว ย่อมทำให้น่าหนัก การซึ่งพยานลคน้อยลง ไม่น่า เลื่อมใส ถ้ายเหตุขัดต่อ เหตุผลสามัญว่าด้วยการรู้สำนึกตน ตัวอย่างของพยานผู้มีเจตนามารู เห็น เหตุการณ์ได้แก่ คดีฟ้องอดีตรัฐมนตรีสุจริต จารุเศรณี กับพวกในคดี "กินป่า" ซึ่งพยานสำคัญในคดีคือนายสมฤกษ์ กิตติสุวรรณ ซึ่งเป็นผู้ให้ สิบบนแก่อดีตรัฐมนตรีผู้นั้น รวมทั้ง เป็นผู้ร้องทุกข์กล่าวหาขอให้เจ้าพนักงานสอบสวน คดีมาแต่แรก ^๒ หรือในคดีที่นายชัยมระภา นพคุณถูกกล่าวหาว่าใช้ตำแหน่ง หน้าที่โดยมิชอบ โดยมีนายทองดี อิศรกุล เป็นผู้ให้ทรัพย์สินในการกระทำผิดของจำเลย

^๑ เรื่อง เกม, หน้า ๑๐๘.

^๒ รายละเอียดของคดี ดู วิชา กฎ เครื่องหมาย, สังคมการ เมืองสำหรับ นักกฎหมาย (พิมพ์ครั้งที่ ๒) (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัย รามคำแหง, ๒๕๒๐), หน้า ๖๒ - ๖๕.

และมา เป็นพยานในคดี^๑ พยานทั้งสองคดีนี้ เป็นพยานที่จงใจรู้เห็นเหตุการณ์ การ
จกจำรายละเอียดยกแห่งข้อเท็จจริงได้อย่างละเอียดละออจึงสมเหตุผล

ในกรณีข้างอย่าง แม้ว่าจะ เป็นพยานผู้จงใจมา รู้เห็นเหตุการณ์ แต่ดำตก
อยู่ภายใต้ภาวะบีบคั้นบางอย่าง เช่น เหตุการณ์หวาดเสียว หรือความฉุกเฉินใดๆ ก็
อาจจะจำข้อเท็จจริงปลีกย่อยคลาดเคลื่อนไปได้ แต่ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญของ
คดีจะต้องจกจำได้เสมอ มิเช่นนั้น เป็นการขัดต่อ เหตุผลสามัญ

ข. ไม่เจตนามา รู้เห็น เป็นกรณีที่พยานมาพบ เห็นข้อเท็จจริงโดยบังเอิญ
เหตุผลสามัญที่จะสนับสนุนการ รู้เห็นข้อเท็จจริงของพยานประเภทนี้ มีข้อควรพิจารณา
ดังนี้คือ

๑. มาอย่างไร พยานกำลังทำอะไรหรือจะไปไหนจึงได้มาพบ เห็น
เหตุการณ์ตามข้อเท็จจริง การพบ เหตุการณ์ของพยานนี้จะต้อง เป็นไปได้ตาม เหตุผล
สามัญ เช่น พยานอยู่บนบ้านของตน และพบ เห็น เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นหน้าบ้านของตน
เช่นนี้สม เหตุผล แต่ในกรณีกลับกัน การที่พยานมีบ้านอยู่บางชื่อ แต่มาบังถาย
อุจจาระที่พระประแดง ทำให้พบเห็น เหตุการณ์ตามข้อเท็จจริง เช่นนี้ ย่อม เป็นการขัด
กับ เหตุผลสามัญ

๒. แสงสว่าง ในขณะที่พบ เห็น เหตุการณ์นั้น เป็นเวลาใด หากเป็น
เวลากลางคืนแล้ว มีแสงสว่างพอที่จะให้พยาน เห็น เหตุการณ์ได้หรือไม่ และหาก
สามารถมองเห็น เหตุการณ์ได้แล้ว แสงสว่างนั้นมีพอเพียงที่จะให้พยานจำได้ว่า
ผู้กระทำความผิดคือตัวจำเลยหรือไม่

๓. ระยะไกลใกล้ ระหว่างพยานกับ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นมีความไกลใกล้
เพียงใด เป็น เหตุผลสามัญว่าด้วยการ รู้เห็นจกจำของพยานเช่นกัน เพราะถ้าหาก
พยานอยู่ในระยะที่ห่างไกลเกินไป ย่อมจะ เห็นข้อเท็จจริงไม่ครบถ้วน และอาจ

เข้าใจความหมายของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนึกไปค้วย ค้วย เหตุที่ไม่ทราบรายละเอียด และมีได้เห็นข้อเท็จจริงใกล้ชิด

๔. ใ้รู้เห็นนานเพียงใด การจะจดจำเหตุการณ์ตามที่ใ้รู้เห็นได้มาก หรือน้อยย่อมขึ้นอยู่กับระยะเวลาในการพบเห็นค้วย เพราะเป็นเหตุผลสำัญว่าหาก ข้อเท็จจริงนั้น พยานได้พบเห็นเป็นเวลานาน หรือบ่อยครั้งย่อมจะจดจำข้อเท็จจริง ได้ดีกว่าผู้พบเห็นในเวลาอันสั้น

ฉะนั้น หากพยานให้การว่า เห็นจำเลยวิ่งผ่านพยานไปเท่านั้น แต่พยาน จำได้ตลอดจนกระทั่งหมวก เสื้อ กางเกง รองเท้า และไม้เท้าถือในมือจำเลย เช่นนี้ เป็นการขัดต่อเหตุผล เพราะไม่มีผู้ใดจะสามารถจดจำในชั่วระยะเวลาจำกัด ได้อย่างละเอียดละอออย่างนั้น ดังนั้น คำพยานอย่างนี้ไม่ควรเชื่อถือ^๑

๕. พบเห็นแล้วพยานปฏิบัติตนอย่างไร หลังจากพบเห็น เหตุการณ์แล้ว หาก เป็นความผิดสำคัญ พยานจะต้องมีปฏิกริยาอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น เล่า เหตุการณ์ที่พบเห็นให้ผู้อื่นฟัง ไปแจ้งความ เป็นต้น

มีตัวอย่าง เกี่ยวกับการปฏิบัติตนของพยานในคดีเรื่องหนึ่งคือ ตามหลักฐาน ในสำนวนปรากฏว่า ผู้ตายได้หายไปจากบ้านไม่มีใครทราบวไปไหน บิดามารดา และญาติของผู้ตายได้สืบถามชาวบ้านใกล้ เคียงอยู่หลายวันไม่ไ้ข่าว เวลาล่วงมา ๑๐ วัน มีคนไปพบศพผู้ตายอยู่ในหนองห่างบ้านผู้ตายประมาณ ๑ กิโลเมตร เมื่อคดี ถึงศาล พยานโจทก์ได้ให้การว่า เห็นจำเลยฟันผู้ตายแล้วตัดเป็นท่อน ๆ ใส่ กระสอบหามไปทางหนองที่ไ้ศพนั้น โดยพยานเป็นญาติกับผู้ตาย บ้านอยู่ติดกับบ้าน ผู้ตาย พยานไม่เคยบอกกับใครว่าไ้เห็นจำเลยฟันผู้ตายใส่กระสอบ จนเมื่อไ้ศพ ผู้ตายแล้ว ตำรวจสอบสวนพยานจึงบอก

^๑ หลวงสถิตยพุทธชำนาญ, เรื่อง เกม, หน้า ๑๒๔.

คำพยานอย่างนี้ จะเชื่อว่าได้เห็นเหตุการณ์ตามที่อ้างไม่ได้ เพราะเมื่อได้
เห็นแล้ว มิได้ปฏิบัติกรอย่างใด ไม่ได้เล่าให้แก่ผู้ใด ตามธรรมเนียมบุคคลเมื่อเห็น
เหตุการณ์อันแปลกประหลาดน่าหวาดเสียว ย่อมจะต้องได้บอกเล่าผู้ใดคนหนึ่งให้ทราบ
อีกทั้งพยานเป็นญาติกับผู้ตายอีกด้วย จะไม่เจอบุคคลยอมเป็นการรั้คต่อเหตุผลธรรมดา^๑

(๒) ข้อเท็จจริงตามเหตุผลพิเศษ ข้อเท็จจริงตามเหตุผลพิเศษนี้
เป็น เหตุผลตามหลักวิชาพิเศษ ซึ่งจะต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญพิเศษ เฉพาะก้านมา เป็น
พยานในศาล เรียกว่า พยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งมีอยู่ ๓ ประเภทด้วยกันคือ

๑. ผู้เชี่ยวชาญของศาล คือผู้เชี่ยวชาญซึ่งขึ้นทะเบียนเป็นผู้เชี่ยวชาญ
ของศาล ณ กระทรวงยุติธรรมแล้ว ศาลเองอาจเรียกให้ไป เป็นพยานโดยแสดง
ความเห็นด้วยวาจา หรือ เป็นหนังสือก็ได้ หรือจากความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด จะขอให้ศาล
เรียกไปแสดงความคิดเห็นดังกล่าวแล้วก็ได้ หรือจากความทั้งสองฝ่ายจะตั้งผู้เชี่ยวชาญของ
ศาล เป็นพยานรวมก็ได้ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๑๒๕)

๒. ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะคดี ได้แก่ผู้ที่ศาลแต่งตั้งให้ เป็นผู้เชี่ยวชาญ
เฉพาะคดีโดยศาลจะให้ผู้เชี่ยวชาญประเภทนี้ทำความเห็น เป็นหนังสือก็ได้ แต่ต้องมา
ให้การ เบิกความประกอบหนังสือนั้น และให้ส่งสำเนาหนังสือดังกล่าวแก่คู่ความทราบ
ล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสามวัน ก่อนเบิกความ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
มาตรา ๒๔๓ วรรค ๒) ในทางอาญา เรียกพยานนี้ว่า ผู้ชำนาญการพิเศษ

๓. บุคคลผู้มีความรู้เชี่ยวชาญ หมายถึงบุคคลผู้มีความรู้เชี่ยวชาญ
ในศิลปวิทยา การฝีมือ การค้า หรือการงานที่ทำ หรือในกฎหมายต่างประเทศ
ซึ่งความเห็นของบุคคลประเภทนี้อาจ เป็นประโยชน์ในการพิจารณาวินิจฉัยประเด็น
ที่พิพาท ไม่ว่าบุคคลนั้น ๆ จะเป็นผู้มีอาชีพในการนั้นหรือไม่ก็ตาม คู่ความก็อาจอ้าง
บุคคลดังกล่าวมา เป็นพยานของตนได้^๒ พยานเช่นนี้ เรียกว่าผู้ชำนาญการพิเศษ เช่นกัน

^๑ เรื่องเดิม, หน้า ๑๓๐ - ๑๓๒.

^๒ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, เรื่องเดิม, หน้า ๘.

ในการสืบพยานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงตาม เหตุผลพิเศษนี้ โดยทั่วไปแล้ว ศาลจะเชื่อถือถ้อยคำของพยานผู้เชี่ยวชาญ เป็นสำคัญ และมีความเชื่อมากถึงขั้นว่า การอ้าง เหตุผลพิเศษของพยานหากผู้นั้นมิใช่พยานผู้เชี่ยวชาญแล้ว ศาลจะ ปฏิเสธไม่ยอมรับฟังเลย ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๒๕/๒๕๔๔ จำเลยอ้างพยาน มาสืบ เพื่อแสดงว่า เหล็กที่ถูกลักไม่สามารถหักออกเพื่อทำการลักด้วยแรงคนได้ แต่ไม่แสดงว่าพยานที่อ้างนั้น เป็นผู้ชำนาญการพิเศษ ดังนั้น ศาลจึงจะไม่สืบพยาน นั้นได้

แม้ว่ากฎหมายจะ เปิดช่องให้ เชื่อถือพยานผู้เชี่ยวชาญ หรือผู้ชำนาญการ พิเศษนี้ ให้น้ำหนัก และสามารถมี เอกสิทธิ์พิเศษบางประการ เช่นการส่งหนังสือ ประกอบคำเบิกความก็ตาม แต่ก็หาใช่ว่าคำเบิกความของพยานเช่นนี้จะเป็นสิ่งถูกต้อง เสมอไปไม่ แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า เมื่อมีการ เบิกความของพยานผู้เชี่ยวชาญแล้ว ไม่ค่อยมีปรากฏในส่วนนวนความเกี่ยวกับการถามค้านผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งอาจมาจาก ไม่เข้าใจถึง เหตุผลพิเศษ เช่นนั้นก็ได้อ ละนั่น ส่วนใหญ่แล้ว เมื่อผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ ชำนาญการ เบิกความอย่างไร ก็เชื่อถือกันไปตามนั้น เท่ากับ เป็นการให้ผู้เชี่ยวชาญ หรือผู้ชำนาญการมาคัดลั่นข้อเท็จจริงแทนศาล ด้วยเหตุนี้ จึงปรากฏอยู่เสมอว่า หาก เป็นการอ้างข้อเท็จจริงตามเหตุผลพิเศษบางอย่างแล้ว ศาลมักจะ เชื่อความเห็นของ ผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ชำนาญการพิเศษก่อน โดยไม่รับฟังความเห็นของผู้อื่นดังปรากฏแล้ว ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๒๕/๒๕๔๔ ยิ่งไปกว่านั้น แม้ศาลเองจะใช้ดุลพินิจวินิจฉัย เหตุผลพิเศษบางประการ เองก็ยังไม่กระทำไม่ได้ ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๑๖/๒๕๔๖ ว่า ในคดีอาญาความผิดฐานปลอมหนังสือ ศาลจะวินิจฉัยข้อเท็จจริง ด้วยการตรวจเทียบ เคียงลายมือเอาเอง แล้วพิพากษายกฟ้องโจทก์ โดยไม่ยอมให้ โจทก์สืบพยานผู้ชำนาญการพิเศษตามที่โจทก์ขอนั้นไม่ได้

กล่าวไปแล้ว ความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ชำนาญการพิเศษจะถือ ว่า เป็นความเห็นที่ถูกต้อง เสมอไปก็ยังไม่ถูกต้อง เพราะความเห็นเช่นนั้นอาจมีการ ผิดพลาดได้เช่นกัน ซึ่งเคยมีตัวอย่างมาแล้ว เช่นในคดี Danva1 แห่งประเทศ

ฝรั่งเศส ข้อเท็จจริงในคดีนี้ Danval เป็นเภสัชกร ได้ถูกศาลพิพากษาว่าฆาตรกรยา โดยการวางยาพิษ โดยใช้สารหนู เพราะภรรยาของ Danval มีอาการอย่างที่ยูตาย โดยสารหนู และจากการผ่าศพออกตรวจ ได้พบสารหนูจำนวนหนึ่งในศพด้วย และเป็นที่เชื่อกันในขณะนั้นว่าร่างกายของมนุษย์โดยปกติจะไม่รับสารหนูไว้ ต่อมาการค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์ได้พิสูจน์ว่า สารหนูอาจมีอยู่ในร่างกายมนุษย์ได้ และยิ่งกว่านั้น ได้มีการพบอาการของโรคชนิดใดหนอย่างหนึ่งที่แสดงอาการ เช่น เกี่ยวกับการถูกวางยาพิษด้วยสารหนู จึงได้มีการรื้อฟื้นคดีของ Danval ขึ้นพิจารณาใหม่ และศาลฎีกาได้พิพากษาให้ลดล้างคำพิพากษาเดิม °

ในการพิจารณาข้อเท็จจริงตามเหตุผลพิเศษนี้ แม้จะเป็นที่ยอมรับว่ามีความจำเป็น และเป็นพยานที่ควร เชื่อถือได้ก็ตาม แต่ศาลก็ควร เปิดโอกาสหรือใช้ดุลพินิจให้กว้างขวางกว่าเดิม โดยมีวิธีการควบคุมผู้ชำนาญการพิเศษให้มากขึ้น มีการค้นคว้าเกี่ยวกับหลักวิชาพิเศษอื่น เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในคดี ประกอบพิจารณาความเห็นของผู้ชำนาญการพิเศษด้วย มิใช่จะปล่อยให้ความเห็นของผู้ชำนาญการพิเศษถือ เป็นสิ่งถูกต้องเสมอไป เช่นในปัจจุบัน

(๓) ข้อเท็จจริงที่ชี้ค่อเหตุผล เมื่อได้พิจารณาแล้วว่าข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสำนวนความนั้น ย่อมมีเหตุผลสนับสนุนความเป็นไปได้ของข้อเท็จจริงนั้นอยู่ในตัวเอง หากข้อเท็จจริงที่ปรากฏนั้นไม่มี เหตุผลสนับสนุนหรือชี้ค่อกับเหตุผล ก็ย่อมจะทำให้หน้าหนักในการใช้ดุลพินิจของศาลที่จะรับฟังลดน้อยลง กล่าวไปแล้ว ข้อเท็จจริงที่ชี้ค่อเหตุผลนี้มี ๒ ประการด้วยกันคือ

° โกอเมน ภัทรภิมย์, "การรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่," วารสารกฎหมาย, ปีที่ ๒, ฉบับที่ ๓, กันยายน ๒๕๑๘, หน้า ๕๘.

ก. ชักเหตุผลของตนเอง การชักเหตุผลตนเองของข้อเท็จจริงนี้ หมายถึง ข้อเท็จจริง เช่นนั้นเอง ไม่มีเหตุผลสนับสนุน หรือชักกับเหตุผลสามัญ หรือ ชักกับข้อเท็จจริงอยู่ในตัวเอง ข้อเท็จจริง เช่นนี้ไม่ควรรับฟัง

ข้อเท็จจริงอย่างใดจึงจะถือว่าชักเหตุผลของตนเองนั้น ย่อมจะต้องพิจารณา เป็นรายกรณีไป เช่น

นาย ก. อ้างว่าได้ยินจำเลยยกนาย ข. แต่ไม่เห็นตัวจำเลย จำเลย จำเลยได้ จำเลยคนนั้นไม่เคยเห็นหน้ามาก่อน เพิ่งมาเห็นในศาลขณะเบิกความ เท่านั้น ข้อเท็จจริงเช่นนี้ ย่อมชักเหตุผลอยู่ในตัวเอง เพราะการอ้างว่าจำเลย จำเลยได้ทั้ง ๆ ที่ไม่เคยเห็นจำเลยมาก่อน ย่อมเป็นไปไม่ได้^๑

หรือในคดีหนึ่ง พยานโจทก์ปากหนึ่ง เบิกความว่า ก่อนเกิดเหตุเล็กน้อย พยานได้ยินเสียงคนถ่ายปัสสาวะ พยานจำได้ว่า เป็นเสียงจำเลยถ่ายปัสสาวะ ท่านเชื่อพยานโจทก์ปากนี้หรือไม่^๒

ในคดีอีกเรื่องหนึ่ง เจ้าหน้าที่ตำรวจไปจับจำเลยกับพวกซึ่งกำลัง เล่น การพนันอยู่ เจ้าหน้าที่ตำรวจยึดอุปกรณ์การเล่นมาเป็นของกลางทั้งหมด แต่ในขณะที่ จับกุมนั้น ไม่ได้ตัวเจ้าสำนัก อย่างไรก็ตาม ขณะที่เจ้าหน้าที่ออกจากบ้าน เหลือบไป เห็นเจ้าสำนักนั่งอยู่บนหลังคาบ้าน เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงถามว่า เหตุใดจึงไปนั่งบนหลังคา บ้าน เจ้าสำนักตอบว่า "บ้านของกิน ฉันจะนั่งที่ไหนก็ได้"^๓ ซึ่งพิจารณาแล้ว ย่อมทราบได้ว่า เป็นคำตอบที่สมเหตุผลหรือชักเหตุผล

^๑ หลวงสถิตย์พรชานาญ, เรื่องเดิม, หน้า ๒๗ - ๒๘.

^๒ ชานินทร์ กรัยวิเชียร, คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์การศาสนา, ๒๕๑๘), หน้า ๑๕๐.

^๓ ชานินทร์ กรัยวิเชียร, "ศาลกับพยานบุคคล" วารสารกฎหมาย ปีที่ ๓, ฉบับที่ ๓, กันยายน - ธันวาคม ๒๕๒๐, หน้า ๒๕.

นอกจากจะพบในกรณีสืบพยานคุณแล้ว ข้อเท็จจริงที่ขัดเหตุผลผู้อื่นนี้อาจพบ
ในกรณีที่คำเบิกความขัดกับพยานเอกสาร หรือขัดกับพยานวัตถุ หรือแม้แต่ขัดกับ
ข้อเท็จจริงของ เหตุผลพิเศษ อีกด้วย

เช่นพยานอ้างว่าคนเดิน เคียงคู่ไปกับผู้ตายในเวลากลางคืน ซึ่งบริเวณนั้น
ไม่มีแสงไฟ คอมาพยานได้ยินเสียงปืนดังปังและเห็นผู้ตายล้มลง พยานจึงเหลียวหลัง
ไปดู จากแสงไฟจากปลายกระบอกปืนจำได้ว่าผู้ยิงคือจำเลยคำพยานนี้ ถือว่าขัด
ต่อเหตุผลผู้อื่น คือขัดกับหลักวิทยาศาสตร์ที่ว่า แสงย่อมเร็วกว่า เสียง เมื่อพยาน
ได้ยินเสียงปืนแล้วหันหลังกลับไปยัง เห็นแสงจากปลายกระบอกปืนอยู่ ย่อมจะขัดกับ
เหตุผลอันไม่นา เชื่อถือ

หรือตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๖/๒๕๖๓ พยานโจทก์เบิกความว่า พยาน
เห็นจำเลยจ้องยิง เจ้าทุกข์ควายเป็นแกบในระยะประมาณ ๑ วา เมื่อปืนลั่นพยาน
เห็นหมอนปืน เป็นไฟแดง ไปติดอกเจ้าทุกข์ แต่ถูกกระสุนปืนหาถูกเจ้าทุกข์ไม่
คำพยานเช่นนี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เป็นถ้อยคำที่ไม่สมเหตุผลเชื่อไม่ได้ เพราะหาก
หมอนปืนซึ่ง เบากว่ากระสุนปืนไปถูกหน้าอก แต่ถูกกระสุนซึ่งปืน ซึ่งหนักกว่าไม่ถูกยอม
เป็นการขัดกันที่ไม่น่ารับฟัง

คุณพินิจของศาลในการกำหนดโทษ

ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการใช้คุณพินิจ

ในการพิจารณาพิพากษารรตคดีอาญาของศาล กล่าวโดยหลักแล้วศาลมีหน้าที่สำคัญอยู่ ๓ ประการด้วยกันคือ การค้นหาข้อเท็จจริง การปรับใช้กฎหมาย และการพิจารณากำหนดโทษ รวมเรียกกันว่า การลงโทษของศาล

ในการใช้คุณพินิจของศาลในการลงโทษนี้ ศาลจะใช้คุณพินิจด้วยกัน ๒ ส่วน คือ ว่าด้วยคุณพินิจในการพิจารณาข้อเท็จจริง และคุณพินิจในการกำหนดโทษ ส่วนการปรับใช้กฎหมายนั้น เป็นปัญหาข้อกฎหมายว่าด้วยการบังคับใช้และการตีความ ซึ่งตกอยู่ภายใต้หลักที่ว่ากฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด ด้วยเหตุนี้ในการปรับใช้กฎหมาย จึงเป็นส่วนที่ถือว่าจะต้อง กฎหมายอาญาที่ดีต้อง เป็นกฎหมายที่เปิดช่องให้ใช้คุณพินิจน้อยที่สุด แต่สำหรับในการค้นหาข้อเท็จจริง หรือการกำหนดโทษ กฎหมายเปิดช่องให้ผู้พิพากษาใช้คุณพินิจได้ตามความเหมาะสมอย่างเต็มที่ โดยในการค้นหาข้อเท็จจริงนั้น มาตรา ๒๒๓ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติไว้กว้าง ๆ เพียงว่า "ให้ศาลใช้คุณพินิจวินิจฉัยซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีกรกระทำผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำผิดนั้น" และในการใช้คุณพินิจกำหนดโทษ กฎหมายก็เปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาใช้คุณพินิจกำหนดโทษไว้หลายประการ เช่นโดยการกำหนดโทษขั้นสูงและขั้นต่ำ ให้ศาลเลือกใช้คุณพินิจลงโทษจำเลย ภายในกำหนดโทษนั้น หรือการกำหนดไว้เพียงอัตราโทษขั้นสูง เพื่อให้ศาลใช้คุณพินิจอย่างเต็มที่ในการกำหนดโทษ และในการให้ศาลใช้คุณพินิจเลือกโทษ

ว่าควรลงโทษอย่างไรจึงจะเหมาะสม เช่นในมาตรา ๒๕๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่กฎหมายกำหนดโทษไว้ให้ศาลเลือกใช้ คือโทษประหารชีวิต หรือโทษจำคุกตลอดชีวิต

เมื่อกฎหมาย เปิดช่องทางให้ศาลใช้ดุลพินิจ ในการกำหนดโทษไว้เช่นนี้ ในทางปฏิบัติจึง เกิดปัญหาติดตามมาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ คือปัญหาการใช้ดุลพินิจ ในการกำหนดโทษของศาลที่แตกต่างกันปัญหานี้ มีได้ในทุกระบบศาลและทุกระบบกฎหมายของทุกประเทศในโลก จนกระทั่งคณะกรรมการสภาสูงของสหรัฐอเมริกา ได้เสนอรายงานต่อสภาสูงในปี ค.ศ. ๑๙๕๘ ว่า

"มีคดีที่เกิดขึ้นจากฎีการะงับโทษที่คล้ายกัน มีภูมิหลังอย่างเดียวกันในความคิดเดียวกัน แต่การไต่รับโทษแตกต่างกัน... ไม่แปลกใจที่ผู้หนึ่งหรือใครก็ตามที่พบเห็นกรณีดังกล่าว เห็นว่าการลงโทษหนักหรือ เบาต่างกันนั้นเป็นความพอดี ความไม่เท่าเทียมกัน ความไม่ยุติธรรมย่อมจะปรากฏให้เห็น" ^๑

จากปัญหาการลงโทษต่างกันในความผิดฐานเดียวกันของศาลนี้ ก่อความสนใจให้กับบุคคลในวงการกฎหมายเป็นอย่างมาก และถือได้ว่าเป็นสิ่งที่ผู้พิพากษาถูกเพ่งเล็งมากที่สุด ^๒ ทำให้มีนักศึกษากฎหมายชั้นนำคนหนึ่ง ทำการค้นคว้าเกี่ยวกับดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาล และได้กล่าวไว้ในรายงานภาคินพนธ์ของเขาว่า "ผู้พิพากษาบางนายใช้วิธีคุมประพฤติเพียง ๑๐ เปอร์เซ็นต์หรือน้อยกว่าในคดีของเขา ในขณะที่ผู้พิพากษาอื่นใช้การคุมประพฤติสูงถึง ๗๐ หรือ ๘๐ เปอร์เซ็นต์ และนั่นเป็นความแตกต่างในระหว่างผู้พิพากษา" ^๓

^๑ K.C. Davis, Discretionary Justice, (2nd. ed., Louisiana: Edwards Bros, Inc, 1969), p. 134 อ้างถึง A Senate Committee Report in 1958.

^๒ สรรเสริญ ไกรจิตติ, "ดุลพินิจในการกำหนดโทษ," กฎหมาย, ปีที่ ๒๗ เล่ม ๑ มกราคม-กุมภาพันธ์ ๒๕๒๓, หน้า ๒๕.

^๓ K.C. Davis, Loc. cit. อ้างถึง Sol Rabin, Disparity and Equity of Sentences, 40 F.R.D. 55, 56 (1967).

ปัญหาการใช้ดุลพินิจที่แตกต่างกันของผู้พิพากษา มี การใช้จะปรากฏในคดีของศาลต่างประเทศเท่านั้น ในระบบศาลของไทยก็มีปรากฏเช่นกัน และมีปัญหามาเป็นเวลาเป็นนานแล้วอีกด้วย ปัญหา เช่นนี้ก่อให้เกิดความฉงนพระทัยแก่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้า เจ้าอยู่หัว และพระองค์ไกรี้หนังสือพระราชูจมา ไปยัง เสกัจนิกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ซึ่งเป็นเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมในขณะนั้นมาแล้ว ซึ่งในที่นี้จะขออัญเชิญความในหนังสือนั้นมากล่าวไว้คือ

"ถึง กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์

ด้วยกระทรวงมหาดไทยมีจดหมายมาว่า ข้าหลวงเทศาภิบาลมณฑลเพชรบูรณ์ ได้รับเรื่องราวอาย่องนักโทษ ซึ่งต้องจำคุก ๔ ปีกับ ๑๐ วัน ขอลดโทษที่ต้องหาว่าเป็นปราชิกศาลตักดินจำคุก ๑๐ ปี ข้าหลวงเทศาภิบาลว่าคดีอย่างเดียวกันชั้นหลังนี้ศาลกำหนดโทษเพียง ๕ ปีและ ๗ ปีเป็นที่สุด กระทรวงมหาดไทยว่าโทษปราชิกที่ศาลกำหนด ๑๐ ปีแรงอยู่ ที่อาย่องต้องรับโทษมา ๕ ปีเศษนั้น สมควรแก่ความผิดแล้ว จะขอให้อาย่องหลุดพ้นโทษไปครั้งหนึ่ง เรื่องกำหนดโทษนั้น เคียงนี้ดูไม่มีประมาณที่ใกล้เคียงกันเลยเหมือนอย่าง เรื่องนี้ ในใบบอกเมืองเพชรบูรณ์ว่าอาย่องต้องโทษกำหนด ๑๐ ปี เกินไป เห็นความชั้นหลังเคยลงโทษกันเพียง ๕ ปี ๗ ปี ฝ่ายกระทรวงมหาดไทยเห็นว่า ๔ ปีพอแล้ว เป็นตามแต่ใคร เห็นว่า เท่าใดจะพอ ยังมีเรื่องอื่นอีก เช่นโทษ เงินแดง รายงานไปลิสกล่าวว่างโทษ เบาหนักไม่พอที่จะระงับคนชั่วร้ายได้ ตัวอย่างซึ่ง เขายกขึ้นในรายงานนั้นก็ เห็นว่า เบา เหลือ เกินจริง ยิ่งกระทรวงมหาดไทยก็เคยบ่นในใบบอก แลรายงานต่าง ๆ ว่า การที่จะสืบหาพยานในเรื่องผู้ร้ายยากด้วยเหตุว่าราษฎรพากันกลัวว่าผู้ร้ายมาต้องโทษ อยู่มีกำหนดคนน้อย พ้นโทษขึ้นไปก็ผูกพยาบาท

ที่สุดจนผู้ร้ายเล็กน้อยซึ่งทำอันตราขายอยู่ในสวนกุหลาบนี้ ถึงจับได้ไปติดโทษอยู่เพียงน้อยวันก็กลับมาขโมยอีก การที่จะจับผู้ร้ายได้แต่ละครั้งก็ยาก ลงโทษเล็กน้อยไม่คุ้มแก่การล่าช้าที่จับ

การเรื่องนี้ได้เคยสนทนากับกรมหมื่นศิริราชพงศาวดาร เพราะเหตุที่ได้ความว่า ศาลฎีกาได้ลงโทษ เค็มตามตัวอย่างที่ได้กำหนดไว้แต่ก่อน เสมอ การที่ศาลอื่น ๆ ลงโทษ น้อยไปได้ เคยทวีโทษขึ้นทุกเรื่อง

เมื่อได้ความดังนั้นก็ เป็นอันสันนิษฐานได้ว่าทางที่จะแก่นั้นมีอยู่คือ ถ้าศาลลงโทษ น้อยไป อัยการหรือโจทก์ควรจะร้องอุทธรณ์ให้ตลอดถึงศาลฎีกา คงจะได้วางโทษตาม แบบอย่างทุกเรื่อง แต่การที่จะให้มาถึงศาลฎีกาในความทุกเรื่องก็จะเป็นความลำบาก อยู่ ด้วยอัยการเห็นพอเสียแล้ว ถ้าโจทก์ชี้ครั้นที่จะว่าให้ตลอดช่วยการ

อยากจะทราบว่าผู้พิพากษาเป็นหลักอันใดที่จะกำหนดโทษ ถ้า เป็นแต่ปล่อยตาม ความเห็นว่าสมควรอย่าง เดียว จะมีทางแก้อย่างหนึ่งอย่างใดนอกจากที่จะมาถึงศาล ฎีกาหรือไม่

แต่ในความเรื่องปราชิกนี้ บกมากกล่าวพอเป็นตัวอย่าง ว่าความเห็นต่าง ๆ กันเท่านั้น ในตัวอย่างนี้ได้ถามไปยังศาลฎีกาว่ากล่าวปราชิก เคยวางโทษ เท่าใดแล้ว

(พระบรมนามาภิไธย) สยามินทร์" ๑

ซึ่งเสด็จในกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ได้มีหนังสือกราบบังคมทูลดังนี้

ที่มา "ปัญหาวางโทษสูง-ต่ำไม่เท่ากัน," วันรพี ๒๕๒๒ วิทยาลัย
ธุรกิจบัณฑิตย์, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ประเสริฐศิริ, ๒๕๒๒), หน้า ๔ - ๘,
อ้างถึงหนังสือพระราชหัตถ์เลขาลงวันที่ ๖ มีนาคม ร.ศ. ๑๒๑.

หนังสือกราบบังคมทูล

ที่ ๑๐๒/๓๕๕๐

กระทรวงยุติธรรม

วันที่ ๑๑ มีนาคม รัตนโกสินทรศก ๑๒๑

ขอ เคารพฝ่าละอองธุลีพระบาทยกเกล้าปกราหม่อม

ทูลเกล้ารับพระราชทานลายพระราชนัดต เลขาลงวันที่ ๒ มีนาคม ร.ศ. ๑๒๑
เรื่องการกำหนดโทษโจรกรรมสูงบ้างต่ำบ้างไม่เสมอกัน พระเดชพระคุณหาที่สุดมิได้

ปัญหาข้อนี้ไม่ใช่ เป็นปัญหาใหม่ที่เพิ่ง เกิดในเมืองไทย เป็นสิ่งที่นักปราชญ์
ทั่วโลกได้พิจารณาวินิจฉัยมานาน ถ้าจะทรงทราบเรื่องโดยละเอียดแล้ว ข้าพระพุทธเจ้า
ขอพระราชทานอภัยในการที่จะต้องกราบบังคมทูลพระกรุณาโดยยาว

๑. วิธีที่จะตรวจจวักกำหนดโทษ เท่านั้นเท่านั้น จะสมควรกับโทษอย่างนั้น
อย่างนี้โดยคุณแต่กำหนดโทษอย่างเดียวกันไม่พอ เป็นต้น เช่นการทำผิดในฐานลักทรัพย์
ถ้าจะคันดูแล้วก็มีที่ เห็นได้ว่าในเรื่องหนึ่งคนต้องติดคุก ๓ ปี อีกเรื่องหนึ่งติดคุก ๗ วัน
ได้ฟัง เช่น ๆ ก็ต้องวินิจฉัยว่าการลงโทษอันไม่เป็นระ เบียบ เช่นนี้ เป็นการผิดยุติธรรม
ข้างใดข้างหนึ่ง แต่ถ้าวางไปละเอียดแล้ว บางที่จะเป็นยุติธรรมทั้ง ๒ เช่น
นักเลงสูบฝิ่นกินเหล้า เจาะหน้าคางเป็นที่ในบ้านลักทรัพย์ เช่นนี้ ๓ ปีก็พอควร แต่ถ้าคน
บ้านนอกเข้ามากรุง เทพา หลงทางหาอาหารจะบริโภคไม่ได้ เวลาหิวรย่น่าดูน่าหมิ่น
ของผู้อื่นไป ๗ วันก็ไม่ ไกลกลับที่อันควร เหตุที่จะวางโทษหนักๆ เบานั้นมีหลายพันอย่าง
เช่นจำเลยเป็นผู้ใหญ่ๆ เด็ก เป็นคนนักเลง ถ้าเป็นคนตีมาแต่เดิม เป็นคนผู้ดีที่รู้ลึก
โทษมาก ถ้าเป็นคนที่ด้นแก่โทษ เสียแล้ว ถ้าเป็นข้าราชการที่ได้ทำการดีต่อบ้านเมือง
มาแล้ว ฯลฯ เหตุเหล่านี้ ในกฎหมายเก่า ๒ เล่มของเรา มีเค้าที่บอกถึงผ่อนโทษทวีโทษ
เพราะเหตุนี้ ถ้ามีบัญญัติพื้นฐานโทษตารางหนึ่ง และกำหนดโทษตารางหนึ่งมาคู่กันในป็น
ก็ดี เคื่อนี้ก็ดี การที่ผู้พิพากษา กำหนดโทษนั้นจะเป็นการสมควรหรือไม่ ก็ไม่มี
ประโยชน์อะไรนัก เพราะข้อที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยนั้นมีอีกหลายอย่าง มาก เกินที่จะลง
ในตารางบัญญัติได้

ประมาณ ๘ ปีมาแล้ว ข้อที่ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ พระพุทธเจ้ามานที่เมืองอังกฤษ มีสเตอร์แลนุแซไค้กล่าวขึ้นเหมือนกันในหนังสือพิมพ์ มีนามว่า "ครุฑ" มีสเตอร์แลนุแซไค้ตีพิมพ์บัญชีกำหนดโทษ เป็นคู่ ๆ กันไป ข้างหนึ่งกำหนดที่สูง เหลือเกิน ข้างหนึ่งที่ต่ำเหลือเกิน เรื่องนี้ได้ออกในหนังสือพิมพ์ครุฑทุกอาทิตย์กว่าปี เรียกว่า ดีเกิดบิดเลอวี (ตอกชื่อผู้พิพากษา) โทมีข้อห่มเดียวกันมาก แต่คำดูในหนังสือพิมพ์อย่างเดียว การที่มีสเตอร์แลนุแซไค้กล่าวขึ้นนั้นก็ชอบกล จึงได้มีคนพิจารณาละเอียดลงไป ค้นคว้าตารางบัญชี เช่นนี้จะยกขึ้นเป็นเกณฑ์ไม่ได้

ในประการที่ ๑ ดังที่ได้กราบบังคมทูลพระกรุณานี้ เป็นเหตุอย่างหนึ่งที่กำหนดโทษสูงบ้างต่ำบ้างอันเข้าใจง่าย ยังมีอีกประการหนึ่งที่เข้าใจยาก และที่กลิ้งกว่าประการที่ ๑

๒. ใคร ๆ ก็ทราบอยู่แล้วว่า ในเรื่องราชการที่จะหาคน ๓ คนมีความเห็นว่าจะดำเนินราชการอย่างไรให้ถึงความเห็นพร้อมกันนั้น ก็ยากนักยากหนามิใช่ เหตุว่าที่เห็นไปต่าง ๆ นั้น เป็นการที่ทำได้ เพราะ เป็นใจที่ทั้ง ๓ คนจะต่างคนต่างเห็นถูก ทำไปอย่างใดอย่างหนึ่งคงได้ผลดี แต่ผลต่าง ๆ กัน ในตัวอย่างนี้ข้าพระพุทธเจ้ากราบบังคมทูลว่า ถึงคนน้อยก็ดี ความเห็นยังต้องยึดกันบ้าง แต่ผู้พิพากษาในเมืองไทยหาใช่ ๓ คนไม่ ต้องยึดซึ่งร้อยความเห็นที่จะแตกออกไปต้องแยกเป็นหลายสายทวีขึ้นทุกที ราชการธุรการอาหาร โดยมากเป็นการบังคับบัญชา ซึ่งจะใช้ในการทำราชการนั้น การบังคับบัญชามีโอกาสมากที่จะให้พวกธุรการและทหารทำการให้ใคร่ระ เบียบมากกว่าทางตุลาการ เพราะในการตุลาการความเห็นของข้าราชการนั้นแหละ เป็นราชการที่เขาได้ทำ คือธุรการและทหารใช้ก็ริยา ตุลาการใช้ตรงความเห็นในวิธีที่ทำการฉลองพระเดชพระคุณ การยากที่จะบังคับให้ความเห็นลงกันหมดเป็นระเบียบมากเท่าใด การบังคับบัญชาผู้พิพากษาให้วางโทษ แม้ระเบียบนั้นก็ยากเท่ากันมากกว่าหลักกฎหมายมิได้ แม้ร้อยเป็นพันเรื่อง ราชการที่จะต้องเถียงกันคงไม่เกิน ๑๐ สมัยโคตสมัยหนึ่ง

ก็จริงอยู่ที่มีมากที่การลงโทษนั้นหนักไปๆ เขาไปจนเหลือวิสัย ที่จะจับไป ก็เพียงจับได้แต่ในส่วนที่เหลือนิสัยเท่านั้นเอง จะจับเกินกว่านี้ขึ้นไปตามที ข้าพระพุทธเจ้าทราบนั้นทุกแห่งในโลกได้ออกเช็ค ๆ ข้อบัญญัติของกฎหมายในโลกนี้มีอยู่ ๒ อย่าง ๆ หนึ่งกำหนดอัตราอย่างสูงไม่กำหนดอัตราโทษอย่างต่ำด้วย เป็นต้น หลักทรัพย์ตามธรรมดาโทษไม่ให้เกิน ๓ ปี อีกอย่างหนึ่งกำหนดเขตสูงและเขตต่ำ ๒ อย่าง เช่นหลักทรัพย์ตามธรรมดาอย่างมากที่สุด ๓ ปี อย่างน้อย ๑ ปี วิธีกำหนดโทษอย่างสูงและอย่างต่ำด้วยนั้น เป็นวิธีที่นำไปเลียนที่ ๑ ได้ตั้งเป็นกฎหมาย แต่ในเมืองฝรั่งเศสเดี๋ยวนี้มีกฎหมายอีกอันหนึ่งที่เรียกว่า เบลอง เบลอ คือคนทำผิดบางอย่างครั้งแรก ไม่ให้ลงโทษ ถ้าอ่านกฎหมายไป เลียนกับกฎหมาย เบลอง เบลอรวมกันไป ถึงที่ท่าอยู่ในเมืองฝรั่งเศสเดี๋ยวนี้ วิธีกำหนดโทษ ๒ อย่างนั้น ตกลงคงคล้ายกัน จะค่อนข้างอยู่ก็ เพียงว่าผู้ที่จะจับให้วิธีกำหนดโทษ เป็นระเบียบ เช่นอย่างฝรั่งเศสครั้งนำไปเลียนนั้น กลับกลายเป็นหย่อน เขาจนถึงไม่มีทำโทษในสมัยนี้เลยวิธีอย่างนี้ ๑ ต่อไปอีก

การที่จะบำเพ็ญความยุติธรรมในบ้านเมืองนั้น ดูเขียนในกระดาษแล้วดูเหมือนว่าจะให้ความยุติธรรม เป็นไปได้ใสบริสุทธิ เหมือนอย่างฝัน เช่นนี้ เป็นแต่ความคิด การที่ทำได้จริงนั้น ทำได้แต่เพียงเดา ๆ เพราะเหตุว่าไม่มีเครื่องมือเหมือนอย่างปรอท ที่ยังว่าร้อนและเย็นเพียงไร การที่ทำไปได้ในโลกนี้ก็ เพราะด้วยความเดาทั้งสิ้น คือเดาว่าอายุนี้น่าผิดจริง ๆ หรือไม่ เทาว่าโทษ เทาใดจึงจะพอ ในเวลาที่ไม่มีความเที่ยง จะซึ่งโทษและผิดให้เสมอกัน การทั้งหลายที่ต้องใช้ความเดา เป็นพื้นที่ต้องคลาดเคลื่อน อยู่บ้าง เป็นธรรมดา แต่การคลาดเคลื่อน เช่นนี้มีอยู่ เป็นพื้นทุกบ้านทุก เมืองจนออกลิ้ม ๆ กันเสียหาย ในสมัยนี้จึงใจแต่เพียงให้มีระเบียบในหลักใหญ่ ๆ ของกฎหมายเท่านั้นเอง เช่นว่าลักขโมยให้มีโทษ แต่ในส่วนรายละเอียดว่าโทษจะเพียงไร จะกำหนดเป็นขั้นเข้า เมื่อใดมีผลร้ายมากกว่ามีผลดี ในระหว่างพวกที่รู้กฎหมายหลักสูตรแพ้นะระหลัก สูตรบัญญัติ เป็นสิ่งที่จับใจอย่าง เดียว ถ้าแพ้แล้วจะถูกจับจะต้อง เสียมากจากน้อยนั้น เป็นผลความ เพราะเหตุฉะนั้น ข้อที่ศาลสูงวางบทกฎหมายอย่างไรจึงจำเป็น ต้องให้ เป็นยุติ ศาลสูงจึง เป็นศาลสำคัญ มีโอกาสที่จะให้กฎหมายของบ้าน เมือง เป็นหลักแหล่ง

ลงระ เบียบที่จะให้ยุติธรรมใกล้วิสุทธิมากกว่า เสนาบดีหรือกองบัญชาการ แต่ที่ได้ทรงมีพระมหากรุณาธิคุณ ประสงค์จะให้ทุกสิ่งทุกอย่างในยุติธรรม เป็นระเบียบขึ้นกว่าเดิยวันนั้น พระเดชพระคุณเกราะสุวรรณีนาที่สุคมีได้ แต่การที่จะจับไปที่จะให้สมพระราชประสงค์นั้น เข้าอยู่ในบทเดียวกับแปรกคิดตัวอย่างที่จะเทียบนั้นก็คือ วิธีเกณฑ์แรงงานคน บางชนิดต้องเป็นทวาร ๓, ๔ ปีไม่มีเวลาออก บางชนิดเข้า ๓ เดือนออกปีหนึ่ง บางชนิดต้องเกณฑ์ตามหัวเมือง บางเมืองเกณฑ์มาก บางเมืองเกณฑ์น้อย บางเมืองไม่ได้เกณฑ์เลย จากการเก็บภาษีบางคนไม่ต้องเสียค่าราชการ บางคนต้องเสีย ๒ บาท บางคนเช่นอยู่ในป่า เสียน้อยลงไปกว่านั้นมาก เพราะเหตุต่าง ๆ หลายอย่างหลายสิ่งที่มีมากกว่าจะลงในบัญชีตารางได้ บางอย่างซึ่งเป็นพลีชีที่ควรแก้ไขให้ลงระ เบียบ บางอย่างถ้าจะแก้ไขให้ลงระ เบียบแล้วจะเป็นการรบกวนยุติธรรมไปที่เดียว เช่นอย่างพวกชาวป่า เป็นต้น

ในที่สุดเรื่องอ้ายอองปราชิกรายนี้ ข้าพระพุทธเจ้า เองก็เห็นด้วยเกล้าว่าคิดถูกต้อง ๑๐ ปีนั้นหนักเกินกว่าโทษ แต่คนชั้นเก่า เห็นว่าโทษปราชิกนั้นหนัก มีตัวอย่างมากที่ลงโทษหนัก เช่นนี้ ข้าพระพุทธเจ้า ดูเหมือนจะเป็นคนแรกที่คิดผ่อนโทษลงมา แต่ก็ทรงเห็นได้ว่าผู้พิพากษาในกระทรวงของข้าพระพุทธเจ้า เองมีความเห็นในทางกฎหมายผิดกันกับความเห็นของข้าพระพุทธเจ้า ได้เหมือนกัน ข้าพระพุทธเจ้า ตั้งใจว่าจะได้ร่างคำเตือนสติผู้พิพากษาในการกำหนดโทษแจกไปตามศาล แต่ที่จะหวังไม้ให้เหมือนนี้ต่อไปนั้น ก็คงเป็นไม้ได้อยู่เอง ตามเหตุการณ์อันยากที่ได้กราบบังคมทูลพระกรุณามาแล้ว

การจะควรประการใดสุดแล้วแต่จะทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อม
ขอ เคารวะ

(ลงพระนาม) รัชพัฒน์ศักดิ์ ๑

พระราชหัตถเลขา

ที่ ๔๑/๔๔๑๒

สวนกุหลาบ

วันที่ ๑๒ มีนาคม รัตนโกสินทรศก ๑๒๑

ถึงกรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์

ได้รับหนังสือที่ ๑๐๒/ม๕๕๐ ลงวันวานนี้ ชี้แจงเรื่องการกำหนดโทษ
ผู้ร้ายมานั้นทราบแล้ว

คำชี้แจงนี้เข้าใจชัดเจน ไม่มีความมุ่งหมายเลย แต่เมื่อเขียนหนังสือไป
นั้นว่าจะให้กำหนดโทษลง เป็นแน่นอนอย่างไร เพราะได้เคยเห็นอยู่ว่าทำเช่นนั้น
ไม่ได้ ทั้งเมื่อได้สนทนากับผู้พิพากษาศาลสูง เช่นกรมหมื่นศิริ ก็ยังเข้าใจอีกว่า
ศาลฎีกาได้ตั้งใจตรวจในข้อนี้ด้วย ก็เป็นที่พอใจชั้นหนึ่ง

ยังเหลือแต่ข้อความที่นึกสงสัยว่า ผู้พิพากษาจะมีความเห็นต่าง ๆ ไกล
กันมากน้อยอย่างไรบ้าง จึงมีผู้ที่มาบ่นให้ฟังบ้าง ถ้ามีโทษที่เห็นแตกต่างกันมาก ๆ
มาปรากฏ เฉพาะหน้า เช่นนี้บ้าง จึงมีความปรารถนาที่จะหาวิธี เสนอบดักระหวงยุติธรรม
ว่าจะมีทำทางอย่างไรบ้าง ซึ่งจะนำความเห็นแห่งผู้พิพากษาทั้งปวงให้แตกต่างกันได้
อย่างน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ ถ้าถ้าจะว่าโดยตรงก็นึกสงสัยอยู่บ้างว่าผู้พิพากษาหัวเมือง
ถ้าผู้พิพากษาใหม่ ๆ ซึ่งไม่คุ้นเคยแก่หน้าที่เมื่อไปอยู่ห่าง ๆ กัน จะต่างคนต่างถือ
ความศิกขของตัวเป็นหลักตามทีเห็นว่า เป็นการสมควรจริง แต่ความเห็นนั้นจะต่าง ๆ กัน
มาก เพราะอยู่ไกลกัน

ความที่คำนึงใจในเวลา เมื่อเขียนหนังสือว่า ถ้าพูดไป เช่นนี้ เสนอบก็จะทำ
อย่างไรจะ เป็นที่พอใจนั้น ไม่ได้มุ่งหมายว่า เสนอบก็จะร่างกฎหมายกำหนดโทษ
เข้ามาให้ แต่ได้มุ่งหมายว่าจะมีคำชักเสือนอย่างไร ซึ่งจะนำความคิดให้คิดคล้าย ๆ
กันเข้าได้มาก เช่นนั้นจะ เป็นที่พอใจแล้ว

เพราะฉะนั้น เมื่อเห็นในท้ายหนังสือนี้ ราวว่าจะทำคำเตือนสติเรื่องกำหนดโทษ แจกไปทุกศาลดังนี้ เป็นที่พอใจแล้ว

(พระบรมนามาภิไธย) สยามินทร์^๑

จากหนังสือกราบบังคมทูลของกรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ใ้แสดงถึงหลัก เกณฑ์ และปัญหาบางประการในการกำหนดโทษของผู้พิพากษา ซึ่งเป็นความจริงอยู่อย่างหนึ่งว่า การจะกำหนดโทษ เพื่อลงแก่ผู้กระทำความผิดให้คายตัวลงไปนี้กระทำมิได้ เพราะเป็นการขัดหลัก เกณฑ์สำคัญว่า ค้ำความยุติธรรม เฉพาะกรณี (individual justice) ค้ำย เหตุที่ เหตุผลและสภาพี ในการกระทำความผิดของแต่ละบุคคลย่อมจะแตกต่างกันไป ดังปรากฏในความของหนังสือกราบบังคมทูลตอนหนึ่งว่า "เหตุที่จะวางโทษหนักเบา นั้นมีหลายพันอย่าง"

และค้ำย เหตุเหล่านี้ จึง เป็นสิ่งสำคัญที่ศาลจะต้องทรงไว้ ซึ่งอำนาจที่จะ วางกำหนดโทษหนัก เบาตามดุลพินิจ เป็นกรณี ๆ ไป^๒ เพราะเหตุที่ในบางครั้งหาก จะบังคับการไปตามกฎหมายโดยเคร่งครัดแล้ว หรือมีการลงโทษหรือกำหนดโทษที่มิได้ คำนึงถึง เหตุต่าง ๆ เหล่านั้น แม้ในสายตาของบุคคลภายนอกที่มองอย่างฉาบฉวย เห็นว่า เป็นความยุติธรรม แต่แท้ที่จริงแล้วกลับ เป็นความ อยุติธรรม ที่ควรแก้ไขยิ่ง เมื่อ เป็น เช่นนี้จึงจำเป็นจะต้องพิจารณาถึง เหตุแห่งการกำหนดดุลพินิจในการลงโทษ ซึ่งมีสิ่งสำคัญอยู่ ๒ ประการค้ำยกันคือ

๑. ทฤษฎีการลงโทษ
๒. ข้อเท็จจริงที่ช่วยกำหนดการลงโทษ

^๑ที่มา เรื่องเดิม.

^๒พระยานิติศาสตร์ไพศาล, กฎหมายอาญาพิศการ, (พระนคร : โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, ๒๔๕๓), หน้า ๕๒.

ทฤษฎีของการลงโทษ

ในการกำหนดโทษทางอาญาลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น แต่ละชั้นหรือประเภทของโทษ หรือการกำหนดควาจำเลยควรจะได้รับโทษแค่ไหนเพียงใดนั้น ย่อมมีผลในทางทฤษฎีแตกต่างกัน กล่าวคือนอกจากจะให้ผู้กระทำความผิดได้รับผลร้ายแล้ว ยังมีผลสืบเนื่องไปถึงวิธีการหรือมาตรการในทางทฤษฎีของการลงโทษอีกด้วย

ทฤษฎีของการลงโทษนี้เอง จะเป็นสิ่งช่วยกำหนดการใช้ดุลพินิจของศาลได้อย่างสำคัญส่วนหนึ่ง เพราะถือว่าทฤษฎีนี้เป็นความประสงค์ของการลงโทษ^๑ ที่ผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึงเสมอ เพราะนอกจากจะทำให้การลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดมีผลสมดังที่ได้กำหนดไว้ตามทฤษฎีต่าง ๆ แล้ว ยังมีผลเกี่ยวโยงไปอีก ๒ ประการคือ

๑. ทำให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจกำหนดโทษลงแก่ผู้กระทำความผิดได้อย่างเหมาะสม อันเป็นประโยชน์แก่ทั้งตัวจำเลยเองและผลประโยชน์ของรัฐในการกำจัดอาชญากรรมลงไปได้

๒. ทำให้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาล เป็นไปในแนวทางเดียวกัน อันทำให้เกิดความแตกต่างในการใช้ดุลพินิจลงโทษน้อยลง

ทฤษฎีของการลงโทษนี้ แบ่งออกเป็นทฤษฎีต่าง ๆ หลายประการ ซึ่งขึ้นอยู่กับลักษณะและเหตุผลในการใช้ อันจำแนกออกได้ดังนี้คือ

^๑ สรรเสริญ ไกรจิตติ, เรื่อง เกม, หน้า เกม.

ทฤษฎีการลงโทษแบ่งออกเมื่อ ๓ ทฤษฎีอันประกอบด้วย

๑. ป้องกันมิให้มีความสามารถในการกระทำผิดอีก (incapacitation)
๒. ปรับปรุงแก้ไข (reformation)
๓. ข่มขู่ (intimidation)

การกำหนดทฤษฎีของการลงโทษดังกล่าวแล้วนี้ เป็นทฤษฎีที่ใช้ในระบบศาลอังกฤษ^๑ ซึ่งหากพิจารณาถึงทฤษฎีแห่งการลงโทษตามความเห็นอื่น ๆ แล้ว เห็นว่ามีความเห็นแตกต่างกันในเรื่องทฤษฎีการลงโทษบ้าง เพราะพระยานิติศาสตร์ไพศาล ให้ความเห็นจำแนกทฤษฎีของการลงโทษออกดังนี้

๑. เพื่อ เป็นการปราบปราม
๒. เพื่อ เป็นการป้องกันมิให้ความผิดเกิดขึ้นอีก
๓. เพื่อ เป็นการตัดสันดานผู้ร้าย
๔. เพื่อ เป็นการขจัดอันตรายเสียหายที่เกิดขึ้น^๒

แม้ทฤษฎีของการลงโทษจะแตกต่างกันไปบ้างในบางประการ แต่หากจะกล่าวถึงทฤษฎีที่สำคัญควรแก่การพิจารณาแล้ว มีอยู่เพียง ๓ ทฤษฎีคือ

๑. ลงโทษ เพื่อ เป็นการทดแทน (retribution)
๒. ลงโทษ เพื่อ เป็นการข่มขู่ (deterrence)
๓. ลงโทษ เพื่อ เป็นการปรับปรุงแก้ไข (reformation)

๑

Halsbury's Laws of England, (3 rd, vol 10, London: Butterworth & Co. (Publishers) Ltd., 1955.), p. 487.

๒

พระยานิติศาสตร์ไพศาล, เรื่องเดิม, หน้า ๔๓.

๑. ลงโทษ เพื่อ เป็นการทดแทน (retribution) การทดแทนหรือ retribution นี้ เป็นรากฐานที่มาจากแนวความคิดว่า เมื่อ เกิดความเสียหายขึ้น อย่างไม่ใดก็จะได้รับการทดแทนความเสียหายนั้น^๑ ฉะนั้น ตามทฤษฎีนี้ถือว่า การกระทำความผิดขึ้นอย่างไม่ใด ผู้กระทำผิดก็ต้องชดใช้กรรมอย่างนั้น เป็นการรับโทษ อย่าง เป็นสัดส่วนกัน

ความหมายของการให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษ เป็นสัดส่วนกันนี้ มีอยู่ ๒ ประการด้วยกัน

ประการแรก ถือส่วนสัดส่วนในการทดแทนโดยคำนึงจากความรุนแรงของการกระทำผิด มา เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาโทษ เช่นผู้กระทำผิดฆ่าผู้อื่น เขา จะต้องได้รับโทษโดยการประหารชีวิตเช่นกัน วิธีเช่นนี้เรียกว่า lex talionis^๒

ประการที่สอง ถือส่วนสัดส่วนในการกำหนดโทษต่างจากวิธีการแรก มิได้ คำนึงผลทางความร้ายแรงแห่งการกระทำผิด แต่พิจารณาสภาพจิตใจของผู้กระทำผิด เป็นสำคัญ ทั้งนี้เป็นการลงโทษโดยมุ่งให้บุคคลที่ประพฤติดีได้รับผลดี แต่ถ้า ประพฤติชั่ว เสียหายจะได้รับผลร้าย เป็นการตอบแทน

ความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีการลงโทษ เพื่อทดแทนนี้ มีอิทธิพลมาตั้งแต่โบราณกาล และได้รับการยืนยันพร้อมทั้งให้ เหตุผลและวางหลัก เกณฑ์อย่างจริงจังในช่วง คริสตศตวรรษที่ ๑๗ นี้เอง โดย Immanuel Kant ได้ให้เหตุผลว่า

^๑ Black's Law Dictionary, (4 ed, St. Paul Minn: West Publishing Co., 1951), p. 1480.

^๒

law of retaliation (กฎหมายตอบแทน).

การลงโทษ เป็นของคู่กับการกระทำความผิด เพื่อความยุติธรรมแล้ว ผู้ซึ่งจงใจกระทำ การอันไม่ชอบจะต้องถูกลงโทษอาญา ซึ่งได้สัดส่วนพอดีทั้งในสภาพและความหนักเบา ของความผิดเขา ถ้าสังคมไม่ลงโทษ เขาก็เท่ากับว่าสังคมยอมรับการกระทำของเขา และด้วยเหตุนี้ก็มีผล เสมือนว่าสังคม เห็นผู้นั้นสมควรให้กระทำความผิด^๑

อย่างไรก็ดี ทฤษฎีการลงโทษ เพื่อทดแทนนี้ ในปัจจุบันได้เสื่อมความนิยมลง เพราะมีผู้แสดงความเห็นคัดค้านไว้หลายประการคือ

๑. ทฤษฎีทดแทน เป็นการระงับยับยั้งไปสู่อดีต คือเอาการลงโทษ เป็นการ ทดแทนทดแทนสิ่งที่ได้กระทำไปแล้ว โดยมีได้พิจารณาถึงอนาคตว่าผู้ที่ได้รับโทษนั้น จะมีสภาพ หรือสามารถป้องกันมิให้เกิดอาชญากรรมได้ต่อไปในอนาคต หรือไม่ ดังที่ ศาสตราจารย์ โชค จารุจินคาได้กล่าวไว้ว่า "ความประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำผิด ในทางอาญานี้ ก็เพื่อผลอันสำคัญเป็นอย่างไรเกี่ยวกับหลายประการ...คงจะยอมรับกันว่า การลงโทษบุคคลผู้กระทำผิดนั้น เราไม่ได้มุ่งหมายไปในทางที่จะลงโทษ เพื่อแก้แค้น หรือเพื่อทดแทน..."^๒

๒. การลงโทษ เพื่อทดแทน ไม่ได้คำนึงถึงความต้องการของสังคม มุ่งแต่ คำนึงส่วนศักดิ์แห่งการกระทำผิดเท่านั้น เมื่อลงโทษผู้กระทำผิดครบตามส่วนศักดิ์แล้ว ก็จะปล่อยตัวไป โดยไม่ได้คำนึงเลยว่าผู้กระทำผิดนั้นอาจ เป็นอันตรายต่อสังคมอยู่

^๑ อุททิศ แสนโกสิก, "หลักกฎหมายอาญา : การลงโทษ," อุททิศอนุสรณ์ หนังสืออนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ ดร.อุททิศ แสนโกสิก, ๒๓ มีนาคม ๒๕๑๕, (นครหลวงกรุงเทพมหานครบุรี: โรงพิมพ์ธรรมสารพสามิต, ๒๕๑๕), หน้า ๖ - ๗.

^๒ รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม, วันที่ ๒๒ - ๒๖ ธันวาคม ๒๕๑๒. (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์สถาบันวิจัยศาสตร์ประยุกต์ แห่งประเทศไทย, ๒๕๑๕), หน้า ๑๒๓.

๓. การจะกำหนดโทษ เพื่อบรรเทาการกระทำผิดของ เขาใน
จะมีหลักในการพิจารณาส่วนศักดิ์แห่งความผิดและโทษ ใ่อย่างใดจึงจะถือว่าเป็นสัดส่วน
พอดีกัน เช่นทำร้ายร่างกายเขาโดยไม่มีศีลรียะเขาแตก ต้องรักษาอยู่ ๑๕ วัน จึง
หาย มีปัญหาว่า จะต้องลงโทษจำคุก ๑ เดือน ๒ เดือน ๓ เดือน หรือ ๒ เดือน
จึงจะได้สัดส่วนกับความผิดทำร้ายร่างกายดังกล่าว^๑

ถึงแม้ทฤษฎีทดแทนนี้ จะเป็นสิ่งที่ใช้ไม่ได้ในทางทฤษฎี แต่ในทางปฏิบัติ
ทฤษฎีนี้ก็ยังมีอิทธิพลอยู่ไม่น้อย ซึ่งมาจากเหตุผล ๒ ประการคือ

๑. ลักษณะอย่างหนึ่งของกฎหมายที่ดีย่อมมีผลบังคับอย่างแท้จริงก็คือ
กฎหมายนั้นจะต้องตรงกับความรู้สึกของประชาชน เมื่อประชาชนส่วนใหญ่ยังมีความคิด
อยู่ว่าผู้ใดกระทำผิดก็ควรได้รับโทษ แม้การทดแทน และการที่จะสมควรได้รับโทษ
เพียงใดนั้น มิได้ดูจากสภาพจิตใจของผู้กระทำผิดเท่านั้น แต่ดูจากผลของการกระทำ
ด้วย เช่นมีผู้ขับขี่รถโดยประมาทเดินเลออย่างแรงไปตามท้องถนน ๒ คนด้วยกัน คนหนึ่ง
เคราะห์ดีไม่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ใครเลย ส่วนอีกคนหนึ่งขับไม่ชนคนตายเพราะความ
ประมาทของตน ถ้าจะพิจารณาดังขนาดของความผิดแล้ว ควรจะเหมือนกัน เพราะ
ขับขี่รถด้วยความประมาทเดินเลออย่างร้ายแรงเหมือนกัน แต่ตามกฎหมายของประเทศ
ทั่ว ๆ ไปจะแยกความรับผิดชอบสำหรับ ๒ กรณีนี้หนัก เบากว่ากัน สำหรับกรณีแรกเป็นการ
ง่ายที่จะให้ความกรุณาคือถ้าจะลงโทษก็เป็นเพียงสถานเบา เพราะแม้การกระทำของ
เขาน่าจะเกิดอันตรายแก่ผู้อื่น แต่ในที่สุดก็ไม่มีอันตรายเกิดขึ้น สำหรับในกรณีหลัง
อันตรายที่เกิดจากการกระทำนั้น ทำให้เกิดความต้องการที่จะตอบโต้ด้วยโทษที่รุนแรง
ได้ส่วนกัน^๒

^๑ อุททิศ แสนโกสิก, เรื่องเดิม, หน้า ๑๑.

^๒ เรื่องเดิม, หน้า ๑๓ - ๑๔.

๒. กฎหมายโดยตัวมันเอง ไม่มีผลบังคับ แต่ต้องอาศัยบุคคลคือเจ้าหน้าที่ฝ่ายต่าง ๆ ถ้าเป็นการให้ เป็นไปตามกฎหมาย เจ้าหน้าที่เหล่านี้ก็มาจากประชาชนทั่วไปนั่นเอง จึงมีความรู้สึกเกี่ยวกับความยุติธรรม ท่านเอง เกี่ยวกับประชาชนทั่วไป ไม่แตกต่างกัน ความรู้สึก เช่นเดียวกับวิธีการติดต่อการปฏิบัติงานของ เจ้าหน้าที่ ดังนั้น แม้สมมติว่าจะได้มีกฏบัญญัติกฎหมายอาญาขึ้นมาโดยไม่มีลือตามวัฏฏะระงัดในการทดแทนเลย แต่เมื่อเจ้าหน้าที่ดำเนินการยังมีให้ เป็นไปตามกฎหมายนั้น ความรู้สึกว่าควรลงโทษผู้กระทำผิด เป็นการทดแทนก็ยังคงต้องมีอิทธิพลต่อการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่นั้น ๆ บ้าง^๑

๒. ลงโทษ เพื่อเป็นการข่มขู่ (deterrence) การข่มขู่ นั้น ตามทฤษฎีนี้มุ่ง เพื่อตัวผู้กระทำความผิดเองให้ เกรงกลัว เช็ดหลาบ และยังมุ่งข่มขู่ให้คนทั่วไปเกรงกลัวและทราบว่ เมื่อกระทำความผิดแล้วจะมีโทษดังนี้ ทฤษฎีการลงโทษนี้จึงมุ่งขู่ไม่ให้คนทั่วไปกระทำความผิด และเป็นเครื่องเตือนใจให้ผู้ร้ายรู้สำเหนียก การทำโทษผู้ร้ายจึงเป็นเครื่องแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำผิดจะได้รับผลร้ายเพราะเหตุนั้น ^๒

การลงโทษโดยข่มขู่นี้ ในสมัยก่อนถือเอาผลของการลงโทษ เป็นสำคัญ จะเห็นได้จากการลงโทษประหารชีวิต ก็ทำกันอย่าง เปิดเผยให้ประชาชนมีโอกาสได้ดู จะได้เกรงกลัวไม่เอา เบี่ยงอย่าง แต่ในปัจจุบันไม่นิยมกระทำกันแล้ว เพราะเป็นการขัดกับความคิดในเรื่องมนุษยธรรมและศักดิ์ศรีของมนุษย์

^๑ เรื่อง เกม, หน้า ๑๕.

^๒ พระยานิติศาสตร์ไพศาล, เรื่อง เกม, หน้า ๔๓.

ดังนั้น ในปัจจุบันจึงถือเอาการชุมนุมของโทะ เป็นสำคัญกว่าการลงโทะ คือ ถือเอาการบัญญัติกฎหมายเอาโทะแก่การกระทำผิด เป็น เรื่องชุมนุมไม่ให้คนกล้ากระทำผิด การลงโทะ เป็นเพียงทำให้การชุมนุมของโทะมีน้ำหนักยิ่งขึ้น^๑ ฉะนั้น จึงจะเห็นว่าในบางครั้งรัฐได้ตรากฎหมายกำหนดโทะที่รุนแรง เอาไว้มากมาย แต่ในการปฏิบัติ หาได้บังคับตามโทะ เหล่านั้นไม่ ดังปรากฏในพระราชบัญญัติตราขบุรีดังนี้"

"ในกฎหมายเดิม ๒ เล่ม โทะอาญาที่ได้บังคับไว้มีหลายประเภทที่ไม่ตรงกับกาลสมัย เดียวนี้ และที่จริงไม่ตรงกับกาลสมัยครั้งก่อนนัก ด้วยอ่านดูกฎหมายหนังสือแล้วทำให้ชนลูกชนพอง คาดหมายว่าคนชั้นเก่ามีใจเหี้ยมโหดมาก ปราศจากความเมตตากรุณา ชำนาญที่จะแสวงหาการทรมานทั้งหลายอันร้ายแรง ความคิดของคนที่ได้อ่านกฎหมายครั้งแรก นั้นนั้นหาถูกไม่ เพราะถึงแม้ว่ากฎหมายจะว่าอย่างไร การที่เป็นไปครั้งนั้นทุกเลากว่าที่ปรากฏเป็นตัวอักษรในกฎหมายมากกว่ามาก แต่จะกล่าวว่าไม่ผิดกันกับเดิวนั้นนั้น ไม่ได้ ร้ายกว่าก็จริง แต่ไม่ร้ายเหมือนกฎหมายว่า"^๒

ทฤษฎีการลงโทะ เพื่อชุมนุม ได้มีผู้ให้เหตุผลสนับสนุนไว้หลายประการด้วยกัน คือ

๑. เป็นการป้องกันไม่ให้บุคคลกระทำผิด เพราะเกรงกลัวอาญา เหตุผลของการสนับสนุนทฤษฎีชุมนุมนี้ ตรงกับความรู้สึกของประชาชนส่วนใหญ่ที่เข้าใจกันว่า หากตั้งโทะไว้รุนแรงแล้ว จะทำให้บุคคลเกรงกลัว ทำให้ผู้ที่คิดจะทำผิดจะได้เลิกล้มความตั้งใจไม่กล้ากระทำต่อไป

^๑ อุททิศ แส่นโกสิก, เรื่องเดิม, หน้า ๑๘.

^๒ พระยานิติศาสตร์ไพศาล, เรื่องเดิม, หน้า ๕๘.

ยังมีผลต่อมคิมหาชนด้วย เพราะทำให้ผู้กระทำคามผิดเกรงว่าจะได้รับการเหยียด
หยามประนามจากมหาชน ทำให้บุคคลทั่วไป เข้าใจได้ก็ขึ้นว่าอะไร เป็นสิ่งที่ควรทำ
หรือไม่ควรทำ ถึงที่มีผู้กล่าวว่า "พอเป็นการข่มขู่ของการลงโทษควรมีสองทาง คือ
ควรจะทำให้ประชาชนทั่วไป รู้จัก เป็นการป้องกันและ เป็นการ เตือนแต่ละบุคคลไม่ให้
กระทำผิดขึ้นอีก แต่ประโยชน์ใหญ่ยิ่งของการข่มขู่ว่าจะลงโทษนั้น อยู่ที่เป็นการอบรม
เกี่ยวกับความรู้สึกนึกคิดในเรื่องชีวิตโดยทั่วไปของประชาชน การกำหนดว่าการกระทำ
เช่นนั้น เช่นนี้ เป็นความผิดซึ่งถ้าผู้ใดกระทำนั้นจะถูกรัฐลงโทษ จะทำให้เกิดความรู้สึก
ขึ้นแก่คนทั่วไปว่าการกระทำเช่นนั้นไม่เหมาะสม ไม่เป็นที่ยอมรับนับถือ เป็นที่เสียหาย
และขัดกับหน้าที่ของประชาชน ถึงกับ การป้องกันโดยทั่วไปจึงดำเนินไปอย่าง เงียบ ๆ
ช้า ๆ และลึกซึ้ง ทำให้ความรู้สึกว่าอะไรชอบอะไรควรแถมแจ้งขึ้นพอกพูนความรู้สึก
ทั่วไป เกี่ยวกับความดีความชั่ว และมีผลในทางอบรมยิ่งกว่าจะเป็นการข่มขู่โดยตรง" ๒

แม้ว่าจะมี เหตุผลสนับสนุนทฤษฎีชุมชนหลายประการก็ตาม แต่ก็มิได้แสดง
ความคิดเห็นคัดค้านทฤษฎีชุมชนไว้หลายประการคือ

๑ อุตทิศ แสตนโกดิก, เรื่อง เดิม, หน้า เดิม.

๒ เรื่อง เดิม, หน้า ๑๘ อ้างถึงถ้อยคำของ Aschaffenburg แต่ไม่
ปรากฏที่มา.

๑. ความมุ่งหมายของทฤษฎีการลงโทษ เพื่อข่มขู่ ที่มุ่งให้บุคคลกลัวเกรง ไม่กล้ากระทำความผิดนั้น มิได้ให้ผลเต็มที่ เพราะการที่บุคคลจะเคารพกฎเกณฑ์หรือกฎหมายมิได้มาจากการเกรงกลัวโทษอย่างเดียว อิทธิพลอื่นนอกจากการลงโทษ ย่อมมีส่วนป้องกันไม่ให้บุคคลกระทำความผิดด้วย เช่นศาสนา การอบรมสั่งสอนในครอบครัวและโรงเรียน ฯลฯ และในกรณีกลับกัน การกำหนดโทษอย่างสูงนั้น มิได้ทำให้บุคคลเกรงกลัวการกระทำความผิดอย่างใดผลนัก เพราะจะเห็นได้จากตัวอย่างในทางประวัติศาสตร์ ต้นสมัยรัชกาลที่ ๕ ซึ่งขณะนั้นมีเจ้าพระยาศรีสุริยวงศ์ เป็นผู้สำเร็จราชการแผ่นดิน ได้พยายามที่จะปราบปรามโจรผู้ร้าย ซึ่งกำลังมีชุกชุมอยู่ให้หมดสิ้นไปให้ได้ โจรผู้ร้ายในขณะนั้นมีมาก เหลือเกิน โดยเฉพาะที่จังหวัดพระนครศรีอยุธยา เจ้าพระยาศรีสุริยวงศ์นำคณะศาล เรียกว่า "ศาลรับสั่งพิเศษ" ขึ้นไปตัดสินคดีที่มีโจรผู้ร้ายชุกชุมในจังหวัดอยุธยา เมื่อจับตัวหัวหน้าโจรมา ได้พิจารณาได้ความสัตย์ว่าได้กระทำความผิดจริง ก็ตัดสินประหารชีวิต แต่ว่าอยากจะให้บุคคลทั้งหลายเกรงกลัวในพระราชอาญา เมื่อมีการกระทำผิดและใช้คนหลาย จึงได้จัดการลงโทษประหารชีวิตโดยวิธีการที่ทารุณที่สุด โหดร้ายที่สุด ทั้งได้ข่าวประกาศให้คนทั้งหลายมาดูการประหารชีวิตนักโทษรายนี้ การประหารชีวิตนั้นกระทำด้วยการใช้ขวานจามร่างกายนักโทษประหารให้ขาดเป็น ๒ ท่อนที่หน้า เพื่อยกลดองข้าง แต่ไม่ช้าไม่นานก็เกิดคดีขึ้นอีกที่จังหวัดพระนครศรีอยุธยา เหมือนกันที่บ้านฉักไ้ ศาลรับสั่งพิเศษของเจ้าพระยาศรีสุริยวงศ์ก็ตัดสินประหารชีวิตจาเลย แล้วข่าวประกาศ เรียกร้องให้ผู้คนมาดูการประหารชีวิตอีกครั้งหนึ่ง คราวนี้ใช้วิธีการประหารโดยการผ่าอกนักโทษคนนี้ ซึ่งทำให้ไม่มีโจรผู้ร้ายที่จังหวัดพระนครศรีอยุธยา เลยชั่วระยะหนึ่ง แต่อีกไม่นานก็กลับมีขึ้นอีก แสดงให้เห็นว่าการลงโทษหนักรุนแรงได้ผลเหมือนกัน แต่ได้ผลเพียงชั่วระยะหนึ่ง ๑

๑ รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม,
เรื่องเดิม, หน้า ๑๓๔ - ๑๓๕.

นอกจากการชุมนุมจะได้ผลในการทำให้บุคคลทั้งหลายกลัวเกรงโทษไม่เต็มผล
ที่ประสงค์ก็กล่าวมาแล้ว แม้กระทั่งในปัจจุบันนี้ก็ตาม การชุมนุมโดยการลงโทษก็เป็น
สิ่งที่ไม่ได้ผลเช่นกัน ดังสถิติของศาลอาญาที่ศาสตราจารย์โรด จารูจินดา ในขณะที่
ดำรงตำแหน่งอธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา ได้นำมาเปิดเผยว่า "แม้ในปัจจุบันนี้มีความผิด
บางฐานได้กำหนดอัตราโทษไว้สูงมากที่เกี่ยวข้อง เป็นอันว่าความผิดที่เราเรียกกันตาม
ภาษาสามัญว่า เจ้าพนักงานกินสินบน ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๑๔๕ ก็มี
ระวางโทษจำคุกไม่เกิน ๗ ปี และปรับไม่เกิน ๑๔,๐๐๐ บาท ต่อมาได้แก้ไข เป็น
จำคุกตั้งแต่ ๕ ปีถึง ๒๐ ปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่ ๒,๐๐๐ บาทถึง
๔๐,๐๐๐ บาท หรือประหารชีวิตก็มีพระราชบัญญัติฯ เสพติดให้โทษ มาตรา ๒๐ ทวิ
บัญญัติว่า ผู้ใดขาย จำหน่ายหรือแจกจ่ายหรือมิไว้เพื่อขาย จำหน่าย หรือจ่ายแจกขี้
ยา เสพติดให้โทษชนิดเฮโรอีน ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ ๕ ปีถึงจำคุกตลอดชีวิต
และปรับตั้งแต่ ๕๐,๐๐๐ บาท ถึง ๕๐๐,๐๐๐ บาท ท่านจะเห็นว่าโทษตามความผิดทั้ง
สองประการนี้กฎหมายบัญญัติไว้รุนแรงมาก แต่ว่าความผิดฐานเจ้าพนักงานกินสินบนก็ดี
หรือความผิดฐานจำหน่ายเฮโรอีนก็ดี ก็หาได้หนักไปหรือว่าลดน้อยลงไม่ ตามสถิติ
คดีที่เกิดขึ้นเฉพาะในศาลอาญาในปี พ.ศ. ๒๕๐๑ ความผิดฐานเจ้าพนักงานกินสินบน
หรือตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๑๔๕ นั้น เกิดขึ้น ๒๒ เรื่องโดยประมาณ
พ.ศ. ๒๕๐๒ ซึ่งเป็นปีที่แก้ไขกฎหมายให้สูงขึ้น คดีเกิด ๒๕ เรื่องลดลงมา
เพียงเรื่องเดียว พ.ศ. ๒๕๐๓ เกิด ๔๒ เรื่องกลับสูงขึ้นไปอีก ความผิดฐาน
จำหน่ายเฮโรอีน พ.ศ. ๒๕๐๓ เกิด ๕๑๔ เรื่อง พ.ศ. ๒๕๐๔ ซึ่งเป็นปีที่
แก้กฎหมายเพิ่มโทษให้สูงขึ้นถึงจำคุกตลอดชีวิต คดีลดลงเหลือ ๑๔๒ เรื่อง แต่พอ
ในปี พ.ศ. ๒๕๐๕ เพิ่มขึ้นเป็น ๔๓๐ เรื่อง และเพิ่มขึ้นเรื่อยมาจนกระทั่งบัดนี้
สูงกว่าที่เป็นอยู่เดิม นี่ก็เป็นเรื่องที่แสดงหรือ เป็นอุทธาหารให้เห็นว่า การกำหนด
โทษตามกฎหมายไว้สูง เพียงประการเดียว ไม่ได้ช่วยให้การกระทำผิดความผิดนั้น ๆ
หนักไปหรือลดน้อยลงอย่างจริงจัง" ๑

๒. ทฤษฎีข่มขู่นี้วางจุดประสงค์ไว้ในลักษณะที่ไม่อาจจะใช้ในทางปฏิบัติได้ เช่นมุ่งกำหนดโทษสูง เพื่อให้คนได้ยับยั้งชั่งใจไม่กล้ากระทำความผิด ซึ่งเป็นการมองในแง่ร้ายเกินความเป็นจริง เพราะในขณะที่คนตกลงใจกระทำผิดนั้น ย่อมไม่ได้คิดแต่แง่ทางใต้ทาง เสียเกี่ยวกับโทษและผลดีที่จะได้รับจากการกระทำความผิดเท่านั้น แต่จะคำนึงถึงเหตุอื่น ๆ อีกมากมายด้วย และในบางกรณีอาจไม่ได้คำนึงถึงทางใต้ทางเสียเกี่ยวกับโทษเลย เช่นคนกระทำความผิดขณะบันดาลโทสะ อาจกระทำโดยไม่ทันยั้งคิดว่าถ้าทนายจะไม่จะถูกลงโทษ เป็นต้น^๑ ดังนั้น การลงโทษจึงไม่มีผลข่มขู่ไว้ให้คนกระทำความผิดเสมอไป

๓. การลงโทษทางอาญาที่ถูกถกข้อนั้น จะต้องคำนึงถึงการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดให้เป็นคนดีด้วย ดังที่มีคำกล่าวว่า "การที่จะลงโทษนั้น ในทางอาญาถือหลักว่า จะเอาแต่ความรุนแรงอย่าง เดียวไม่ได้ จะต้องเพ่ง เล็งไปถึงในการป้องกันสังคมในทางที่จะปรับปรุงทัศนคติคนผู้นั้น เพื่อให้กลับมาต่อสู้กับสังคมได้อีก"^๒ แต่ทฤษฎีข่มขู่นี้ ไม่มีวัตถุประสงค์ในทำนองนี้เลย มุ่งแต่การลงโทษจำเลยอย่างรุนแรงให้หลายจำ โดยไม่มีหลักการที่จะเปลี่ยนแปลงชีวิตของผู้ต้องโทษให้เหมาะสมในอันจะดำรงชีวิตในสังคมได้ตามกฎหมาย

ยิ่งไปกว่านั้น การลงโทษตามทฤษฎีข่มขู่นี้ ไม่ได้คำนึงถึงการช่วยเหลือหลังจากพ้นโทษ ทั้ง ๆ ที่บุคคลผู้ได้รับการปลดปล่อยภายหลังจากถูกลงโทษมาแล้วนั้น ย่อมจะดำรงชีพในสังคมได้ลำบากกว่าผู้ไม่เคยต้องโทษ เพราะย่อมเป็นที่รังเกียจของคนทั่วไป แม้กระทั่งระบบราชการที่ห้ามผู้ต้องโทษ เข้ารับราชการ ซึ่งเป็นปัญหาที่

^๑ อุททิศ แส่นโกติก, เรื่องเดิม, หน้า ๒๔.

^๒ "การอธิบายเรื่องโทษอาญาซึ่งเป็นปัญหาทางสังคม," วารสารทนายความ ปีที่ ๑๖ เล่มที่ ๔, กุมภาพันธ์ ๒๕๑๔, หน้า ๕.

ทฤษฎีการลงโทษควรจะมีให้ด้วยความสนใจ แต่ทฤษฎีข่มขู่มิได้ให้ด้วยความสนใจในเป้าหมายนี้เลย

แม้ว่าทฤษฎีการลงโทษโดยข่มขู่จะมีข้อดีด้านหลายประการ แต่นัก
 นิติตาสตรผู้สนับสนุนทฤษฎีนี้ ก็ยังมีความเชื่อมั่นว่าทฤษฎีข่มขู่นี้สามารถให้ผลในการ
 ป้องกันการกระทำผิดได้อย่างสมบูรณ์ แต่ก็ยอมรับว่าการที่จะหามาตรการในการ
 การป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดที่ไกลเกินที่นั่น เป็นไปได้อย่างยากไม่ว่าจะด้วยทฤษฎี
 หรือวิธีการใดก็ตาม ฉะนั้น ผู้สนับสนุนทฤษฎีนี้จึงถือว่าทฤษฎีข่มขู่ให้ผลในการ
 กระทำผิด แม้ไม่ได้ทุกกรณีแต่ก็มีอะไรจะไม่มีผลเสียเลย และเหตุที่ทฤษฎีข่มขู่ไม่อาจ
 ข่มขู่บุคคลให้เกรงกลัวอาญาได้ทุกคนนั้น เป็นเพราะตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขต่าง ๆ
 ดังนี้คือ

๑. ตัวบุคคล การลงโทษนั้น ย่อมไม่อาจข่มขู่บุคคลให้กลัวเกรงได้
 ทุกคน เพราะเหตุผลหลายประการ บางคนอาจไม่เข้าใจถึงผลของการกระทำผิด เช่น
 เป็นเด็ก เป็นคนวิกลจริต บ้างเข้าใจถึงผลของการกระทำผิด แต่ยังมีความมั่นใจว่า
 จะสามารถวิ่งเต้นได้ หรือ เป็นผู้ร้ายที่มีความซาชินต่อการลงโทษ เสียแล้ว
 เป็นต้น

หากกล่าวโดยทั่วไปแล้ว บุคคลทั่ว ๆ ไปย่อมจะมีความเกรงกลัวใน
 กฎหมาย โดยเฉพาะผู้ที่ชื่อเสียงหรือฐานะดีไม่กล้ากระทำผิดเพราะเกรงจะเสีย
 ชื่อเสียง เนื่องจากการถูกตัดสินลงโทษมากกว่า เกรงว่าจะได้รับความยากลำบาก
 จากการลงโทษเอง °

อิทธิพลของการข่มขู่ของโทษนั้น ถือว่ามีอิทธิพลสูงต่อบุคคลที่ยังไม่เคยถูก
 ลงโทษทำให้เกรงกลัวในการกระทำผิดกฎหมาย แต่สำหรับบุคคลที่เคยได้รับโทษ
 มาแล้ว อิทธิพลของโทษที่มีผลในการข่มขู่ เขาย่อมลดน้อยลงไปตามลำดับ ๒

° อุททิศ แสตนโกสติก, เรื่อง เคิม, หน้า ๓๗.

๒ เรื่อง เคิม, หน้า ๕๔.

๒. ประเภทความคิด โห้ ไม่มีผลข่มขู่เท่า เทียมกันทุกประเภท
 ความคิด บางประเภทความคิดการข่มขู่ของกฎหมายอาจมีผลมาก เช่นในความคิดที่
 ไม่เกี่ยวกับหรือขัดกับศีลธรรมและสังคม ในกรณีเช่นนี้หากไม่มีการกำหนดโทษแล้ว
 ก็จะไม่อาจป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดขึ้นได้เลย เช่นในความคิดเกี่ยวกับการ
 จรรยาบรรณ ทุกคนมีโอกาสทำผิดได้ หากไม่มีการกวัดขังโทษอย่างจริงจังแล้ว
 อีกไม่นานก็คงจะไม่มีผู้ใดยอมปฏิบัติตามกฎหมาย

ในทางตรงกันข้าม สำหรับความคิดบางประเภทซึ่งการกระทำเป็นการ
 ขัดต่อความรู้สึกในทางศีลธรรมอย่างรุนแรง เช่นความคิดเกี่ยวกับเพศบางชนิด
 บุคคลทั่ว ๆ ไปย่อมไม่กระทำผิดแม้จะไม่มีกฎหมายลงโทษก็ตาม ส่วนผู้ที่กระทำ
 ความผิดในฐานะเหล่านี้มักจะ เนื่องมาจากมีจิตใจไม่เหมือนคนทั่วไป^๑

๓. ลักษณะการกระทำ แบ่ง เป็น ๒ กรณีคือ ผู้กระทำมีเวลาคิด
 ไตรตรองก่อนการกระทำผิดหรือไม่ และการกระทำผิดโดยเจตนาที่ประมาท

ก. ผู้กระทำผิดมีเวลาคิดไตรตรองก่อนการกระทำผิดหรือไม่
 การกระทำผิดที่ผู้กระทำมีเวลาคิดไตรตรองนานก่อนจะลงมือ โห้ก็อาจมีผลข่มขู่ไม่ให้
 กระทำได้อีก เพราะผู้กระทำมีเวลาคิดถึงผลได้ผลเสียในการกระทำได้อีก
 ตรงกันข้าม ในกรณีที่การกระทำผิดโดยอารมณ์รุนแรง เป็นเครื่องชักจูงการลงโทษย่อม
 มีผลเป็นการข่มขู่ได้น้อย หรืออาจไม่มีผลเลยก็ได้ เพราะเมื่อกระทำผิดโดยอารมณ์
 รุนแรงชักจูง ปกติย่อมกระทำผิดโดยฉับพลันในขณะนั้น ไม่ทันมีเวลายังคิดถึงผลได้
 ผลเสีย นอกจากนั้น อารมณ์ยังเป็นเครื่องจูงไม่ให้คิดถึงผลเสียของการที่จะถูก
 ลงโทษอีกด้วย^๒

^๑ เรื่อง เกม, หน้า ๒๔ - ๒๕.

^๒ เรื่อง เกม, หน้า ๓๐.

๓. การกระทำความผิดโดยเจตนาและโดยประมาท การลงโทษมีผลเป็นการข่มขู่ไม่ให้กระทำความผิดโดยประมาทมากกว่ากระทำโดยเจตนา ทั้งนี้เป็นเพราะในการกระทำความผิดโดยเจตนา ผู้กระทำความผิดรู้สำนึกในการกระทำ และยอมรับว่าการกระทำจะกระทำโดยเจตนาเป็นความผิด จึงมีโอกาสตรึงครองทางใต้ทางเสียได้มาก ในขณะที่การกระทำโดยประมาทนั้น ผู้กระทำมักจะไม่คิดว่า การกระทำของตนจะเกิดผลร้าย หรือเป็นการผิดกฎหมายขึ้น ฉะนั้น จึงมีโอกาสที่จะตรึงครองว่าควรกระทำหรือไม่น้อยลง

๔. การลงโทษจะมีผลข่มขู่ไม่ให้บุคคลกระทำผิดได้มาก ถ้าหากได้มีการลงโทษอย่างแน่นอน และรวดเร็ว หลังจากมีการกระทำผิด หรือกล่าวอีกนัยว่า ถ้ามีการกระทำผิดครั้งใด ผู้กระทำผิดถูกจับตัวมาดำเนินคดีทุกครั้งและได้รับโทษโดยทันที บุคคลทั่วไปก็เกรงกลัวไม่กล้าทำผิด เพราะเห็นตัวอย่างอยู่แล้วว่า ถ้ากระทำผิดครั้งใดก็จะถูกลงโทษทุกครั้งไป ด้วยเหตุนี้เอง ทำให้ Jeremy Bentham นักปรัชญาชาวอังกฤษให้ความเห็นไว้ว่า "ความแน่นอนและรวดเร็วของการลงโทษ มีผลในการป้องกันการทำผิดยิ่งกว่าความรุนแรงของโทษเสียอีก"^๑

การที่ Jeremy Bentham กล่าวไว้เช่นนั้นก็ขอมยกเหตุผลหนึ่ง ซึ่งได้มีความเห็นของ ม.ร.ว. คึกฤทธิ์ ปราโมช แสดงเหตุผลในเรื่องนี้ไว้ว่า "เป็นที่น่าสังเกตว่า ชาวอาชญากรรมในหนังสือพิมพ์เมืองไทยนั้น ตามความเห็นส่วนตัวของกระผมเอง เห็นว่า เป็นชาวที่มีผลในทางชั่วทำให้แก่อาชญากรรมอย่างเดียว ทั้งนี้เพราะเหตุว่าในขบวนการยุติธรรมของไทยเรา การพิจารณาคดีนั้นล่าช้ากินเวลาเป็นปี ๆ หนังสือพิมพ์จึงเสนอให้แก่ตนเหตุอาชญากรรม หรืออาชญากรรมอะไรเกิดขึ้น แต่ไม่ได้เสนอผลของอาชญากรรมว่ามีผลร้ายต่อผู้ประพฤตินั้นปฏิบัติอย่างไร

^๑ เรื่อง เดิม, หน้า ๓๒.

ในต่างประเทศถ้าหากว่า เกิดคดีอาชญากรรมฆ่าคนตายแล้ว ศาลจะพิจารณาคดีด้วยลูกขุน อย่างนานเป็นเวลา ๗ วันหรือ ๑๕ วันรู้ผลแล้ว ศาลสั่งตัดฉันทประหารชีวิตแล้วหรือ สั่งจำคุกแล้ว หนังสือพิมพ์ก็ติดตามข่าวได้โดยตลอดเวลา ๗ วันหรือ ๑๕ วัน โดยคนอ่าน ยังไม่เบื่อ แต่ถ้าเกิดมีข่าวอาชญากรรมในเมืองไทยขึ้นแล้ว จะให้หนังสือพิมพ์ติดตาม ข่าวนั้นไปจนกว่าคดีจะ เสร็จสิ้น ๓ ศาลแล้วไม่มีคนอ่าน ไม่มีใครสนใจหรือลืมแล้ว เพราะฉะนั้น คนอ่านข่าวอาชญากรรมก็จะรู้แต่เพียงว่าใคร เป็นขุนโจร ใคร เป็นผู้ โด่งดังสามารถฆ่าคนได้ ลักทรัพย์ได้เป็นจำนวนมาก ส่วนผลที่จะเกิดขึ้นแก่คนนั้น ต่อไปไม่มีใครทราบ ด้วยเหตุนี้คนที่มีการศึกษาอันจิตใจอ่อน หรือจิตใจมีสันดาน เป็น อาชญากรอยู่แล้ว หรือแม้แต่เพียงว่ามีอกุศลมูลซึ่งกระทบงาย เกิดเป็นฝุ่นละอองขึ้นมา ใต้ง่ายก็อาจกลายเป็นอาชญากรไปได้^๑

ตามความเห็นของ ม.ร.ว. คึกฤทธิ์ ปราโมชนั้นแสดงให้เห็นว่า การ พิจารณาอรรถคดีโดยลาชานั้น นอกจากจะเป็นอุปสรรคขัดขวางการขมขู่ของโทษแล้ว ยังอาจ เป็นผลให้ประชาชนทั่วไปขาดความยำเกรงในกฎหมายมากขึ้นอีกด้วย

กล่าวไปแล้วการที่ศาลไม่มีวิธีการลงโทษผู้กระทำผิดได้อย่างรวดเร็วและ แน่นนอนแล้ว ทฤษฎีการลงโทษเพื่อขมขู่ก็แทบจะไม่มีผลต่อความรู้สึกของประชาชนเลย

๓. การลงโทษ เพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข (reformation) การลง โทษตามทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขนี้ มีจุดประสงค์เพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำผิดความผิดมา แล้ว มากระทำความผิดซ้ำอีก ดังนั้น ความมุ่งหมายของการลงโทษตามทฤษฎีนี้จึงแคบ

^๑ รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง การป้องกันและปราบปรามอาชญา -
กรรม. เรื่อง เดิม, หน้า ๓๕.

กว่าการลงโทษตามทฤษฎีชัมชู คุ้ม เหตุที่ทฤษฎีชัมชูมุ่งป้องกันทั้งคนทั่วไปและผู้กระทำผิดให้เกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิด แต่ตามทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขมุ่งป้องกันเฉพาะผู้กระทำผิดเท่านั้นมิให้กระทำความผิดอีก

การลงโทษตามทฤษฎีนี้ เป็นทฤษฎีการลงโทษที่มีอยู่ในปัจจุบัน โดยมิวัตถุประสงค์สำคัญที่จะกระทำอย่างไรก็ตามก็จะให้ผู้กระทำผิดแล้ว ไม่มีความคิดที่จะกระทำความผิดในฐานใด ๆ อีก ๑ คุ้ม เหตุนี้จึงมีผู้เห็นเลยไปว่าไม่ควรใช้คำว่า การลงโทษ (punishment) แต่ควรรู้จักว่าการบำบัด (treatment) แทน การทำให้ได้รับความยากลำบากหรือได้รับผลร้ายด้วยการลงโทษ ไม่น่าจะทำให้บุคคลประพฤติชั่วซ้ำ ซึ่งก็ยังคงเป็นปัญหาให้ถกเถียงกันอยู่ต่อไป^๒

แม้ว่าทฤษฎีชัมชูและทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขจะมีวัตถุประสงค์ที่ใกล้เคียงกัน กล่าวคือ เป็นการทำให้ผู้กระทำผิด ไม่กระทำความผิดอีก แต่ทฤษฎีชัมชูนั้นไม่มีวิธีการช่วยให้ผู้กระทำความผิดมีความสามารถที่จะกลับตัวได้เลย เมื่อบุคคลประสงค์จะกลับตัวแต่ไม่มีความสามารถ โอกาสที่จะกระทำผิดอีกจึงยังคงมีอยู่ ดังนั้น ตามทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขจึงมีวิธีการในการสร้างความสามารถในการต่อต้านการกระทำความผิดให้กับบุคคลในวิธีต่าง ๆ ซึ่งวิธีเหล่านี้บางประเทศอาจนำเอาวิธีการไปใช้หลายอย่าง แต่บางประเทศก็นำไปใช้เพียงบางวิธีการ อย่างไรก็ตาม การจะเลือกใช้วิธีการเช่นใดนั้น เป็นสิ่งที่จะต้องคำนึงสภาพแวดล้อม สถานะแต่ตัวผู้กระทำผิด ประกอบด้วย วิธีการเหล่านั้นมีดังนี้คือ

๑. หลีกเลียงไม่ให้ผู้กระทำผิดประสบกับสิ่งที่จะทำลายคุณลักษณะประจำตัวของเขา เพราะการที่ผู้กระทำผิดได้มาถูกคุมขังอยู่ในเรือนจำอย่างน้อย

^๑ Halsbury's Laws of England, loc.cit.

^๒ อุททิศ แส่นโกติก, เรื่อง เกม, หน้า ๓๖.

ทำให้ชื่อเสียงและฐานะของเขาเสื่อมลงในสายตาของผู้อื่น อีกทั้งยังมีโอกาสใกล้ชิดกับผู้กระทำผิดที่เป็นอาชญากรอาชีพ ซึ่งทำให้รับอิทธิพลในทางผิดได้ง่าย ทำให้โอกาสในการกลับตัวของผู้กระทำผิดเป็นไปได้โดยยาก ภัยเหตุนี้นี้จึงต้องมีวิธีป้องกัน คือ

๑.๑ หลักเรื่องการจำคุกระยะสั้น การจำคุกจำเลยในระยะสั้น ๆ นั้น ถือว่าไม่มีประโยชน์ในการแก้ไขกลับตัวผู้กระทำผิดความผิดให้เป็นคนดีได้ ทั้งนี้เพราะระยะเวลาในการจำคุกมีสั้น ฉะนั้น การจำคุกในระยะสั้นนอกจากจะไม่มีประโยชน์ในแง่แก้ไขผู้กระทำผิดความผิดแล้ว ยังจะทำให้ผู้กระทำผิดได้รับอิทธิพลในทางชั่วมากขึ้น ภัยเหตุนี้นี้ ระบบกฎหมายต่าง ๆ จึงได้มีวิธีการหลีกเลี่ยงการจำคุกระยะสั้นขึ้น เช่นในระบบกฎหมาย Common Law ของอังกฤษ มีวิธีปล่อยตัวผู้กระทำผิดไป เมื่อศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยความเหมาะสมแล้ว ซึ่งเรียกว่า "discharge" ^๑ หรือตามกฎหมายไทยได้มีบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญากำหนดให้ศาลใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยหลีกเลี่ยงการจำคุกจำเลยในระยะสั้นไว้

๓ ประการคือ

ก. การกักขังแทนจำคุก ซึ่งมาตรา ๒๓ บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุก และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสาม เดือน ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อน แต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ศาลจะพิพากษาให้ลงโทษกักขังไม่เกินสาม เดือนแทนโทษจำคุกนั้นก็ได้"

๑

Halsbury's Laws of England, op.cit., p. 365.

ข. การรอกำหนดโทษแก่โทษไว้ มาตรา ๕๖ บัญญัติว่า "ถ้าโทษจำคุกที่ผู้กระทำความผิดจะต้องรับมีกำหนดเวลา เพียงสามเดือนหรือน้อยกว่าศาลจะกำหนดโทษจำคุกให้น้อยลงอีกก็ได้" หรือถ้าโทษจำคุกที่ผู้กระทำความผิดจะต้องรับมีกำหนดเวลา เพียงสามเดือนหรือน้อยกว่าจะโทษปรับด้วย ศาลจะกำหนดโทษจำคุกให้น้อยลง หรือจะยกโทษจำคุกเสียทั้งหมดไว้รับแต่อย่างใดก็ได้"

ค. การรอกำหนดโทษและรอกำหนดโทษ ตามมาตรา ๕๖ ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุก และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสองปี ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อน แต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ เมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพและสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือเหตุอื่นอันควรปรานีแล้ว เห็นเป็นการสมควร จะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิด แต่รอกำหนดโทษไว้ หรือกำหนดโทษ แต่รอกำหนดโทษไว้แล้วปล่อยตัวไป เพื่อให้โอกาสผู้นั้นกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนด แต่ต้องไม่เกินห้าปี นับแต่วันที่ศาลพิพากษา โดยจะกำหนดเงื่อนไข เพื่อคุ้มครองประพฤติก่อนผู้นั้นด้วยหรือไม่ก็ได้"

๑.๒ การจำคุกที่ไม่มีกำหนดเวลาแน่นอน (Indeterminate sentence) เป็นการกำหนดโทษจำคุกไว้โดยไม่มีกำหนดแน่นอนลงไปว่า จำเลย จะได้รับการปล่อยตัวเมื่อใด ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากแนวความคิดว่า ศาลไม่อยู่ในฐานะที่จะรู้ได้ในขณะที่สิ้นสุดการพิจารณาว่า ผู้กระทำความผิดควรจะถูกจองจำไว้ เป็นเวลานานเท่าใดจึงจะกลับตัว เป็นคนดีได้ ซึ่ง Ferri นักอาชญาวิทยาชาวอิตาลี เขียนกล่าวว่า "ไม่มีแพทย์คนใดที่จะกำหนดแน่นอนตั้งแต่แรกว่าคนไข้จะต้องอยู่ในโรงพยาบาลนานเท่าใด เพราะคนไข้จะต้องอยู่นานเท่าใดยอมแล้วแต่ว่าเขาจะหายป่วยเมื่อใด เพราะฉะนั้น สำหรับผู้กระทำความผิดก็เช่นกัน บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการบัญญัติ

ต่อผู้กระทำผิดควรจะไม่ตายตัวลงไปทีเดียว แต่ให้เปลี่ยนแปลงได้โดยคำนึงถึงว่าเขากลับตัวได้แล้วหรือยังประกอบด้วย" ๑

วิธีการกำหนดโทษจำคุกที่ไม่กำหนดระยะเวลาแน่นอนนั้น ส่วนใหญ่ประเทศที่ใช้วิธีการนี้ กฎหมายที่บัญญัติถึงความผิดจะกำหนดโทษขั้นสูงและขั้นต่ำไว้สำหรับความผิดต่าง ๆ เมื่อศาลวินิจฉัยว่าจำเลยกระทำผิดจริง ศาลไม่ต้องวางกำหนดโทษ แต่จะถือเอาอัตราขั้นสูงและขั้นต่ำที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นเกณฑ์โดยอัตโนมัติ ส่วนจำเลยจะต้องถูกจำคุกนานเท่าใด จะมีคณะกรรมการ เป็นผู้พิจารณา ระหว่างจำคุกนั้นเองว่ามีความเหมาะสมหรือยังที่จะปล่อยจำเลยไปจากกรรจำคุก ๒

๑.๓ การปล่อยตัวจำเลยก่อนรับโทษจำคุกครบกำหนด แม้ศาลจะได้พิพากษาให้จำคุกจำเลยผู้กระทำผิด ทำให้เขาต้องประสบกับสภาพอันจะทำลายคุณลักษณะประจำตัวของ เขาก็ตาม ก็ยังมีวิธีการที่จะทำให้เขาต้องประสบกับอิทธิพลดังกล่าว เพียงชั่วระยะเวลาสั้น โดยให้ได้รับการปลดปล่อยไปจากการจำคุก ก่อนที่อิทธิพลเหล่านั้นจะมีผลทำความเสียหายแก่เขาได้มาก คือวิธีให้อำนาจเจ้าพนักงานที่จะพิจารณาปลดปล่อยผู้ต้องโทษก่อนรับโทษครบกำหนดได้ หากเห็นว่าความเหมาะสมในอันจะมีชีวิตอยู่ในสังคมของผู้นั้นจะเสื่อมทรามลง หากจำคุกอยู่ในเรือนจำต่อไป และการปล่อยตัวผู้นั้นจะไม่เป็นอันตรายแก่สังคม แต่วิธีการ เช่นนี้จะไม่ใช้แก่ผู้กระทำ ความผิดกรณีร้ายฐาน เช่นฆาตกรโดยเจตนา หรือกบฏ เป็นต้น วิธีการปล่อยตัวผู้กระทำผิดก่อนครบกำหนดโทษนี้ อาจมีเงื่อนไข เพื่อดูความประพฤติชั่วระยะเวลาหนึ่ง หลังจากที่ได้รับการปล่อยตัวก็ได้ ๓

๑ อุตทิศ แสตนโกสติก, เรื่อง เกม, หน้า ๔๓.

๒ เรื่อง เกม, หน้า ๔๓ - ๔๔.

๓ เทียบกับวิธีการพักการลงโทษ (parole) ตาม พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๔๙๕ มาตรา ๔๓ ซึ่งมีรายละเอียดอยู่ในกฎกระทรวงมหาดไทย ออกตามความในมาตรา ๕๕ แห่งกฎหมายดังกล่าว

๑.๔ กำหนดวิธีปรับปรุงตัวผู้ต้องโทษในระหว่างถูกจำคุก ในการที่จะแก้ไขผู้กระทำผิดให้กลับตัว เป็นคนดีได้นั้น ปัจจัยสำคัญของการแก้ไขจะต้องอยู่ที่กลไกการจัดทำภายในสถานจองจำนั่นเองว่าจะมีวิธีการอย่างไรที่เป็นการช่วยเหลือผู้กระทำผิดให้กลับตัว เป็นคนดีได้หรือไม่ ซึ่งเป็นปัญหาที่ทางอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา แด่องค์ประกอบสำคัญที่ราชทัณฑ์ควรจัดให้แก่ักโทษผู้กระทำผิดนั้น ไม่ควรจะขาดเสียซึ่ง

- ก. การฝึกหัดอาชีพ
- ข. การศึกษาโดยทั่วไป
- ค. การอบรมทางศาสนาและศีลธรรม
- ง. การรักษาพยาบาลในกรณีที่มีการกระทำผิดนั้นมาจากความ

บกพร่องในทางร่างกายหรือจิตใจ

๑.๕ การให้ความช่วยเหลือหลังจากพ้นโทษ ผู้ที่พ้นโทษใหม่ ๆ ย่อมต้องการคำแนะนำในการดำเนินชีวิตและความช่วยเหลือในการหาอาชีพ ที่สำคัญคือต้องการทรัพย์เพื่อที่จะจับจ่ายก่อนที่จะมีงานทำและรายได้ หากไม่ได้รับความช่วยเหลือในเรื่องเหล่านี้ แม้ผู้พ้นโทษมาอยากจะทำประกอบอาชีพสุจริตก็อาจเกิดความจำเป็นที่จะหันไปหาทางทุจริตอีก ในบางแห่งจึงมีวิธีการตั้งกองทุนเป็นเงินจำนวนหนึ่ง เพื่อให้ผู้พ้นโทษกู้ยืมไปใช้ในการก่อสร้างตัว และมีบริการให้คำแนะนำและจัดหาอาชีพให้^๑

แม้ว่าทฤษฎีการลงโทษ เพื่อปรับปรุงแก้ไขนี้ จะเป็นวิธีการใหม่และเป็นวิธีการที่นักอาชญาวิทยาสมัยใหม่ มีความเห็นว่าจะเป็นทางป้องกันมิให้ผู้กระทำผิดมากกระทำผิดอีกอย่างใด ผลก็ตาม แต่ก็ยังมีข้อที่ควรสังเกตุดังนี้

^๑ อุตทิศ แสนโกดิก, เรื่องเดิม, หน้า ๔๒.

๑. ไ้กล่าวมาแล้วว่าทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขมุ่งที่จะให้บุคคลต่อ
 เฉพาะผู้ที่ไ้กระทำผิดมาแล้ว แต่ไม่ไ้คำนึงถึงบุคคลทั่วไปที่อาจจะกระทำผิดขึ้นมั่ง
 ดังนั้น หากจะไ้ใช้วิธีการปรับปรุงแก้ไขอย่างเดียวกัน ก็ปัญหาว่จะมีอะไร เป็นเครื่อง
 จูงใจให้บุคคลทั่วไปไม่กระทำผิด และนี่ เป็นเหตุหนึ่งให้การลงโทษยังคงมีอยู่
 ส่วนวิธีการปรับปรุงแก้ไขไ้ เป็นเพียงส่วนประกอบของการลงโทษประการที่สอง ซึ่ง
 การปรับปรุงแก้ไขย่อมมีไ้ไ้ผลแตกต่างกันไป เป็นรายกรณี หาก เป็นกรณีของผู้นกระทำ
 ผิดคดีเดียว โอกาสจะปรับปรุงแก้ไขก็มีน้อยลง

อุปสรรคในการที่จะนำวิธีการปรับปรุงแก้ไขมาใช้แก่ผู้กระทำผิดมีอยู่หลาย
 ประการที่สำคัญคือ ทั่วไปแล้ว เมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้น และพบตัวผู้กระทำผิด
 ประชาชนมักเกิดความรู้สึกอยากแก้แค้นผู้กระทำผิดให้สาสมรุนแรง กรณีเช่นนี้ เป็นการ
 ยากที่จะชักชวนให้ประชาชนเห็นความสำคัญของวิธีการปรับปรุงแก้ไข และในระบอบ
 ประชาธิปไตย ความคิดเห็นของประชาชนย่อม เป็นส่วนสำคัญต่ออิทธิพลในการบัญญัติ
 กฎหมาย เมื่อประชาชนยังไม่เห็นคุณค่าของวิธีการปรับปรุงแก้ไขอย่างแท้จริงแล้ว
 ก็ย่อม เป็นอุปสรรคในการที่จะนำวิธีการดังกล่าวมาใช้ให้กว้างขวาง

๒. การที่จะนำวิธีการปรับปรุงแก้ไขมาใช้ให้ไ้ผลอย่างจริงจัง
 ต้องการเจ้าพนักงานที่มีความรู้ความสามารถ และต้องใช้ความนึกคิดมากกว่าที่จะไ้ใช้
 วิธีการลงโทษ เพื่อทดแทนหรือเพื่อข่มขู่ ทั้งนี้เพราะการลงโทษ เพื่อข่มขู่ นั้นไม่จำเป็นต้อง
 คำนึงถึงปัญหาว่า ทำไมผู้กระทำผิดจึงไ้กระทำผิดขึ้น และผู้กระทำผิดน่าจะกระทำผิดขึ้นอีก

อุททิศ แส่นโกติก, โโกเมนทร์ ภัทรภิรมย์, กฎหมายอาญา เปรียบเทียบ
อาชญาวิทยา ๒, (แผนปลิวคำบรรยายชั้นปริญญาโท, จักรพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์
 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์, หน้า ๑๖.

หรือไม่ หากมีกรณีที่น่าจะทำได้ขึ้นอีกหรือไม่นี้ ไม่เป็นประเด็นที่จะวินิจฉัย หากเป็นการลงโทษเพื่อข่มขู่ เพราะลงโทษก็เพื่อไม่ให้บุคคลเอาเยี่ยงอย่าง แม้ว่าผู้กระทำผิดไม่ทำอะไรก็ขึ้นอีกก็ยังคงมีการลงโทษอยู่นั่นเอง แต่ถ้าเป็นการลงโทษเพื่อแก้ไข จะต้องคำนึงถึงปัญหาเหล่านี้เกี่ยวกับผู้กระทำผิดแต่ละคน เพื่อจะวินิจฉัยว่าควรจะใช้วิธีการอย่างไรปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดนั้น ๆ และวิธีการปฏิบัติจะต้องไม่ตายตัว สามารถเปลี่ยนแปลงได้เพื่อความเหมาะสมของผู้กระทำความผิด สิ่งเหล่านี้เป็นความลำบากยากที่จะทำให้เจ้าหน้าที่ เบื่อหน่าย และนำวิธีการลงโทษ เพื่อปรับปรุงแก้ไขมาใช้ น้อยกว่าที่สังคมต้องการ ^๑

๓. การจะใช้วิธีการปรับปรุงแก้ไขให้ก่อผลดีนั้น จะต้องมีการระบบ เรือนจำที่ดี มีผู้คุมเพียงพอที่จะดูแลนักโทษได้ทั่วถึง แต่สภาพในปัจจุบันนี้ เรือนจำส่วนใหญ่มีขนาดใหญ่ มีนักโทษ เป็นจำนวนมาก จึงทำให้การใช้วิธีการปรับปรุงแก้ไขกระทำแทบไม่ได้ผลเลยในทางปฏิบัติ

๔. การแก้ไขทัศนคติของสังคม เป็นความจริงอยู่อย่างหนึ่งว่าบุคคลทั่วไปมีความรู้สึก เป็นปฏิปักษ์กับผู้กระทำผิด และคิดว่าผู้กระทำผิดและได้รับการลงโทษไปแล้ว เป็นปรปักษ์ของสังคม ความคิดเช่นนี้ Bentham เรียกว่า "Principle of less Eligibility" ^๒ จึงทำให้ผู้กระทำผิดที่ได้รับโทษถูกจำกัดสิทธิหลาย ๆ อย่างโดยสังคม ซึ่งเป็นข้อขัดข้องในการที่จะปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดอย่างหนึ่ง

การลงโทษตามทฤษฎีต่าง ๆ ที่กล่าวไปแล้วนั้น เป็นสิ่งที่ศาลหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษจะต้องใช้ดุลพินิจใช้โทษลงแก่ผู้กระทำความผิดให้เหมาะสม

^๑ เรื่อง เกม, หน้า ๑๖ - ๑๗.

^๒ เรื่อง เกม, หน้า ๑๗.

เพราะผู้กระทำความผิดแต่ละบุคคลย่อมจะต้องได้รับการ เยียวยามปรับค่าต่างกับ บางรายนั้น ไม่อยู่ในภาวะที่จะเยียวยามปรับค่าได้ เช่น เป็นผู้กระทำความผิดชนิดร้ายที่ไม่อาจแก้ไขได้ ศาล ย่อมจะต้องใช้การลงโทษแบบทดแทน เพื่อสร้างขวัญให้กับประชาชนทั่ว ๆ ไป ให้ ยอมรับว่ากฎหมายยังมีผลบังคับที่จะ เป็นที่พึ่งของเขาได้ แต่บุคคลเหล่านี้เองจึงตรงกับ ถ้อยคำที่ว่า "กฎหมายอาญามุ่งให้ความยุติธรรมเป็นรายกรณี (individual justice)" ที่ปรากฏในหลายโอกาสมาแล้ว เป็นเวลานาน

ข้อพิจารณาว่าคว่ำกฎหมายที่ติดกับโทษฎีกาลงโทษ ตามประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา ๕๑ บัญญัติว่า "เมื่อปรากฏว่าผู้ใดได้กระทำการอันเป็นความผิด หลายกรรมต่างกัน ให้ศาลลงโทษผู้นั้นทุกกรรมเป็นกระทงความผิดไป ถ้าความผิด กระทงใดมีอัตราโทษจำคุกตลอดชีวิต ให้เปลี่ยนโทษจำคุกตลอดชีวิต เป็นโทษจำคุก ห้าสิบปี

ความตามมาตรา ๕๑ นี้ เป็นบทบัญญัติที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงใหม่ โดย ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ ๑๑, ๒๕๑๔ ข้อ ๒ ซึ่งความตามบทบัญญัติ เดิมมีบัญญัติ ว่า "เมื่อศาลพิพากษาลงโทษผู้ใด และปรากฏว่าผู้นั้นได้กระทำการ เป็นความผิด หลายกรรมต่างกัน ศาลจะลงโทษผู้นั้นทุกกรรม เป็นกระทงความผิดไป หรือจะลงโทษ เฉพาะกระทงที่หนักที่สุดก็ได้ แต่ไม่ว่าจะ เป็นกรณีใด โทษจำคุกทั้งสิ้นจะต้องไม่เกิน ยี่สิบปี เว้นแต่ เป็นโทษจำคุกตลอดชีวิต"

ตามผลของมาตรา ๕๑ นี้ เป็นการกำหนดคบทวางโทษลงแก่ผู้กระทำความผิด หลายกระทง ซึ่งตามกฎหมายเดิมนั้น ให้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะ เลือกเอาว่า จะ ลงโทษ เรียงกระทงหรือลงโทษ เฉพาะกระทงที่หนักที่สุด วิธีการเช่นนี้ ศาลสามารถ มีทางเลือกได้สองทาง โดยพิจารณาจากความเหมาะสมจากตัวจำเลยเอง หรือ จากภาวะแวดล้อมกรณี

เพราะจะเห็นได้ว่า บุคคลกระทำความผิดฐานลักขโมยทรัพย์ ศาลลงโทษจำคุกถึง ๓๗๐ ปี ในขณะที่บุคคลกระทำความผิดฐานฆาตกรรมโดยเจตนาอาจลงโทษจำคุกเพียง ๒๐ ปี หากพิจารณาถึงความร้ายแรงแห่งการกระทำ เจตนากระทำผิด ผลที่กระทบ กระเทือนต่อสังคมแล้ว การทำผิดฐานฆาตกรรมมีผลมากกว่าการกระทำผิดฐานลักขโมย เมื่อเป็นเช่นนี้ การที่มาตรา ๕๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญามีบัญญัติไว้เช่นนี้ จึงเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ไร้เหตุผลยิ่ง

กฎหมายที่มุ่งกำหนดวางโทษโดยรุนแรงอย่างเกี่ยว โดยไม่คำนึงถึงสภาพแวดล้อม ลักษณะการกระทำ หรือสิ่งอื่นอันเป็นปัจจัยแห่งยุติธรรมแล้ว ในเวลาไม่นาน ประชาชนจะเสื่อมความนิยม และเมื่อเสื่อมความนิยมแล้ว จะก่อผลสำคัญแก่ตัวกฎหมายเองคือ ทำให้กฎหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์ และผลแห่งการที่กฎหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์นี้เอง จะเป็นทางให้ประชาชนไม่เกรงกลัวกฎหมายดังที่ทฤษฎีการลงโทษ เพื่อข่มขู่ ต้องการ ตัวอย่างที่กฎหมายกำหนดโทษไว้สูงเกินไปจนทำให้ประชาชนไม่เห็นด้วยนั้นมีมากมาย เช่นประเทศอังกฤษในสมัยศตวรรษ ๑๘ ความผิดฐานลักทรัพย์ ซึ่งประกอบด้วยเหตุฉกรรจ์ตามที่กฎหมายกำหนด รวมทั้งการลักทรัพย์ที่มีราคา เกินกว่า ๑๒ เพนนี (grand larceny) มีโทษถึงประหารชีวิต แต่ทั้งผู้พิพากษาและลูกขุนช่วยกันหาทางหลีกเลี่ยง ดังในคดีหนึ่งเมื่อ ค.ศ. ๑๗๕๕ Vriah Pearles ถูกฟ้องว่าลักม้าราคา ๒๓ ชิลลิง ๖ เพนนี อันเป็นความผิดโทษประหาร แต่โดยคำแนะนำของผู้พิพากษา ลูกขุนวินิจฉัยว่าม้าที่ถูกลักมีราคาเพียง ๑๒ เพนนี เป็นความผิดลักทรัพย์ธรรมดา จึงไม่ถูกลงโทษประหารชีวิต (2 East, P.C. 741)^๑

บทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษที่ไม่มีประโยชน์ทางทฤษฎีเช่นนี้จึงควรแก้ไขให้หมดไป เพื่อมุ่งไว้ซึ่งความยุติธรรมหรือไม่

^๑ อุททิศ แสตนโกลิก, เรื่องเกม, หน้า ๓๕.

ข้อเท็จจริงที่ช่วยกำหนดการลงโทษ

การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษลงแก่จำเลยของศาลนั้น เป็นสิ่งที่ถือว่าศาลได้รับการ พึ่ง เล็งมากที่สุด^๑ เพราะเหตุที่การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาล มีข้อเท็จจริงอยู่ประการหนึ่งก็คือ มีความแตกต่างกันในการระวางโทษ และในกรณีกลับกัน หากศาลจะวางบทลงโทษในทุกกรณีให้เป็นไปในแบบอย่างเดียวกัน ในอัตราโทษ เท่ากัน ก็จะเป็นความไม่ยุติธรรมอีก เพราะจะเป็นการทำให้จำเลย ผู้กระทำผิดอันควรปราณี ต้องได้รับโทษ เช่นเดียวกับจำเลยผู้กระทำผิดชนิดเดียวกันมี สันดานชั่วร้าย

จากเหตุดังกล่าวนี้เอง ทำให้พระองค์เจ้าชายรพีพัฒนศักดิ์ ในขณะดำรงพระยศกรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ซึ่งเป็นเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้มีหนังสือกราบบังคมทูล เรื่องปัญหาการวางโทษสูงต่ำไม่เท่ากัน ความตอนหนึ่งว่า "วิธีที่จะตรวจว่ากำหนดโทษ เท่ากัน เท่านี้ จะสมควรกับโทษอย่างนั้นอย่างนี้โดยดูแต่กำหนดโทษอย่าง เดียวนั้นไม่พอ เป็นต้น เช่น การทำผิดในฐานลักทรัพย์ ถ้าจะคันดูแล้ว ก็จะมีที่เห็นได้ว่าในเรื่องหนึ่งคนต้องติดคุก ๓ ปี อีกเรื่องหนึ่งติดคุก ๘ วัน ได้มั่ง เงิน ๆ ก็จะต้องวินิจฉัยว่าการลงโทษอันไม่ เป็นระเบียบ เช่นนี้เป็นการผิดยุติธรรมข้างใดข้างหนึ่ง แต่ถ้าตรวจลงไปละเอียดแล้ว บางทีจะเป็นยุติธรรมทั้ง ๒ เช่น นักเลงสูบฝิ่นกินเหล้า เจาะหน้าค้างป็นขึ้นบ้าน

^๑ สรร เสริฐ ไกรจิตติ, เรื่อง เคมี, หน้า เคมี.

ลัทธิพหุ เช่นนี้ ๓ ปีก็พอควร แต่อาศัยบ้านนอกเข้างามกรุง เพาะ หลงทางหาอาหาร จะบริโภคไม่ได้ เวลาหิวฉวยน้ำหนะของผู้อื่นไป ๗ วันก็ไม่ไกลกับที่อื่นควร เหตุที่จะวางโทษหนักๆ เบนนั้นมีหลายพันอย่าง^๑

เหตุผลที่ทรงอธิบายโดยยืดยาวในหนังสือรามมังคมนตรีนั้น เหล่านักกฎหมายถือกันว่าเป็นที่พอใจทั่ว ๆ ไป^๒ เพราะการที่จะใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาล จะต้องพิจารณาภาวะต่าง ๆ ที่แวดล้อมจำเลยอยู่ด้วยทั้งปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๐๘/๒๕๐๐ ว่า "ศาลฎีกาเห็นว่า เป็นการสมควรแก่โทษานุโทษแล้ว การที่จะยึดถือเอาอัตรากำหนดที่คิดกันขึ้น แล้วอ้างว่าเป็นมาตรฐานโดยไม่คำนึงถึงพฤติการณ์ประกอบการกระทำผิดตามหลักวิชาธรรมศาสตร์นั้น อาจจะทำให้เกิดการยุติธรรมได้ง่าย และ เมื่อปรากฏว่าศาลสูงกว่าไม่เห็นด้วยในดุลพินิจในการพิพากษาคดี เช่นเดียวกันนั้นแล้ว ศาลชั้นต้นก็ชอบที่จะรับ เป็นข้อควรคำนึงในการที่จะอำนวยความยุติธรรมต่อไป คำพิพากษาที่ผิดพลาดไปแล้ว เมื่อไม่มีการอุทธรณ์ขึ้นมาก็จำเป็นอยู่เองที่จะต้อง เป็นยุติธรรมนั้น"

วิธีการที่ให้ใช้ดุลพินิจโดยกำหนดโทษตามข้อเท็จจริงแวดล้อมต่าง ๆ เป็นเครื่องช่วยพิจารณานั้น ถือว่าเป็นสิ่งที่จะอำนวยความยุติธรรมเฉพาะบุคคล (individual justice) อย่างดีที่สุด^๓ ซึ่งเป็นหลักที่องค์กรต่าง ๆ ยอมรับกันโดยทั่วไป ข้อเท็จจริง เหล่านั้นแยกพิจารณาได้ดังนี้คือ

^๑ หนังสือรามมังคมนตรีที่ ๑๐๒/๓๕๕๐ ลงวันที่ ๑๑ มีนาคม ร.ศ. ๑๒๑ ที่มา "ปัญหาทางโทษสูง-ค่าไม่เท่ากัน" วันรพี ๒๕๒๒ วิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตศึกษา (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ประเสริฐศิริ, ๒๕๒๒), หน้า ๑๐.

^๒ พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์, เรื่อง เกม, หน้า ๕๒.

^๓ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, ดุลพินิจในการไม่ฟ้องคดีอาญาที่มีมูลของอัยการในสหรัฐอเมริกา (แผนผังประกอบคำบรรยายจัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า ๘.

๑. ลักษณะของผู้กระทำผิด การคำนึงถึงลักษณะของผู้กระทำผิดเพื่อประกอบดุลพินิจในการลงโทษ ถือว่า เป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดตามทฤษฎีการลงโทษ เพราะหากจำเลยมีสภาพแวดล้อมหรือข้อเท็จจริงอย่างไรนั้น เป็นสิ่งที่จะทำให้ศาลกำหนดโทษได้ถูกต้องตามทฤษฎีการลงโทษ ซึ่งจำเลยแต่ละคนนั้น ย่อมมีสภาพที่ต่างกัน ควรใช้ทฤษฎีการลงโทษ เพื่อความเหมาะสมต่างกันไป เบื่กรณี เช่นหากจำเลย เป็นบุคคลที่มีสันดานชั่วร้ายไม่อาจจะแก้ไขได้ ศาลก็ควรใช้ทฤษฎีการลงโทษในแบบตัดมิให้เขามีโอกาสกระทำผิดอีก (incapacitation)^๑ ในกรณีกลับกัน หากจำเลยเป็นบุคคลที่ควร เมตตากรุณา เช่นกระทำไป เพราะความจำเป็นบางอย่างบังคับ ศาลย่อมวินิจฉัยกำหนดลดโทษลงมา ซึ่งตัวอย่างการใช้ดุลพินิจในเรื่องนี้ พระยานิติศาสตร์ไพศาล ไถยกตัวอย่างที่ควรพิจารณาไว้ดังนี้

"ตัวอย่างต่อไปนี้อาจ เป็น เครื่องสะกิดใจนักศึกษา

(๑) ก. เป็นกุยสะพานเหล็ก มีชื่อเสียงในทางฉกชิงวิ่งราวต่าง ๆ วันหนึ่ง ก. ได้ทำบังอาจ ชาญยเอาห่อขนมที่หญิงหาบมาในทาง เปลี่ยนแล้วพาขนมไปนั่งกิน เสียตามชอบใจหน้าต่อตา

(๒) ข. ไปรักษาตัวอยู่ที่โรงพยาบาลทางจังหวัด พอหายดี เป็นปกติจึง จักแจกลับบ้าน ข. เดินมากกลางทาง เหมือนนอนมอยหลับไปที่ใต้ต้นไม้แห่งหนึ่ง มีคนลักลวงเงินทองของเขาไปหมด ข. เดินหิวโซ เสดมาในทาง เปลี่ยน เห็นหญิงหาบของมากก็แอบ ชาญยห่อขนมจากหาบมากินโดยกำลั้งหิว

คดี ๒ เรื่องนี้ไม่ต้องสงสัย จำเลยคงมีความผิดละเมิดกฎหมายเท่าเดียวกัน แต่การกำหนดที่จะวางนั้นกระทำให้ของระวางใช้ดุลพินิจ จะวางโทษ เอาตามความพอใจ เหมือนกันไปหมดนั้น ยังไม่สมควรอยู่"^๒

^๑ Halsbury's Laws of England, loc.cit.

^๒ พระยานิติศาสตร์ไพศาล, เรื่องเดิม, หน้า ๔๕ - ๔๖.

ตามตัวอย่างดังกล่าว เป็นเครื่องแสดงให้เห็นว่ามีความจำเป็นเพียงใด ที่จะต้องพิจารณองคประกอบและสิ่งแวดล้อม เกี่ยวกับตัวผู้กระทำผิด โดยจะต้องวาง โทษให้เหมาะสมกับสภาพของจำเลยเป็นกรณีไป ด้วยเหตุนี้ จึงมีผู้เปรียบเทียบว่า "แพทย์จะรักษาคนไข้ทุกชนิดด้วยยาอย่าง เดียวไม่ได้วิเศษ ผู้พิพากษาก็ไม่อาจใช้ หลัง เดียวในการลงโทษจำเลย ซึ่งมีผิดในการกระทำผิดต่างกันฉันนั้น"^๑

เกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่เป็นเครื่องช่วยพิจารณาจำเลยอย่างกว้าง ๆ นั้น ได้มีหลักกว้าง ๆ ซึ่ง Inbau^๒ ได้วางหลักไว้ดังต่อไปนี้คือ

๑. คุณลักษณะของผู้กระทำผิด ผู้กระทำผิดเป็นคนชนิดใด มีสันดานอย่างไร การคบหาสมาคมอย่างไร เป็นคนวางนอนส่อนง่ายที่จะแก้ไขได้ หรือไม่ สำหรับจำเลยที่มีลักษณะนิสัยหยาบช้ำ หรือไม่เกรงกลัวต่ออาญา ศาลยอม พิจารณาลงโทษในอัตราที่หนักกว่าจำเลยที่มีคุณลักษณะที่ดี ดังคำพิพากษาฎีกาที่ ๘๒๘/๒๔๕๕ "แม้จำเลยไม่ได้กลับคำอำยวน (ปิดบัง, อ้าพราง) เป็นส่วนวนเอาเท็จ มาแก้ตัวสารภาพอยู่ตาม เดิมแล้ว ก็ควรได้รับความปรานีบ้าง แต่ที่มา เชื่อเจ้าถ้อย หมอความดูไม่รู้หนักเบาในคดี ทำให้เสียความปรานีไปสิ้น ไม่มีเหตุที่ควรกรุณาให้ โทษ เบาลงได้" แต่อย่างไรก็ดี การที่ศาลจะพิจารณาโทษในอัตราสูงนั้น ศาล จะต้องคำนึงถึงองค์ประกอบหลาย ๆ อย่างรวมกัน เพราะการกำหนดโทษอัตราอย่าง สูงพร่ำเพรื่อจะเป็นการยากแก่ผู้พิพากษาเอง เมื่อมีความผิดที่ร้ายแรงในภายหลัง"^๓

^๑ สรรเสริญ ไกรจิตติ, เรื่อง เดิม, หน้า ๓๐.

^๒ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, เรื่อง เดิม, หน้า ๑๐ อ้างถึง Inbau, Thompson, Haddad, Zagel, Starkman, Cases and Comments on Criminal Procedure, 484 (1974).

^๓ สรรเสริญ ไกรจิตติ, เรื่อง เดิม, หน้า ๒๕.

ในกรณีกลับกัน หากจำเลยเป็นผู้มีลักษณะพิเศษที่ควรปรานี เช่น เป็นเด็ก เป็นคนชรา มีบุตรหลายคน เคยรับราชการทหารและทำประโยชน์ให้แก่ทางราชการ ทหารอย่างคึกคัก มีคุณความดีมาก่อน ไม่เคยมีประวัติอาชญากรรมมาก่อน เจ็บป่วยมาก หรือมีจิตบกพร่อง^๑ เหล่านี้ย่อม เป็นเครื่องช่วยให้ศาลกำหนดโทษที่ลดหลั่นลงมาได้ ดังปรากฏตัวอย่างในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๒๔/๒๕๕๔ จำเลยเป็นคนเรียบร้อย ไม่เคย กระทำผิดมาก่อน ศาลมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจตามควรแก่กรณีลดโทษให้จำเลยได้

๒. หากผู้กระทำความผิดได้รับโทษมาพอควรแก่การที่จะมีผล เป็นการยับยั้ง (deterrence) ตนเองหรือผู้อื่นมิให้เอา เยี่ยงอย่างหรือ เป็นการสาสมแล้ว ศาลอาจพิจารณาโทษให้ลดน้อยลง หรืออาจไม่ลงโทษ เลยก็ได้ เช่นนักธุรกิจผู้หนึ่ง เมาสู่ราและเสี่ยงล้มเหลวต่าง ๆ บนเครื่องบิน ใ้ถูกจับและขังที่สถานีตำรวจอยู่ คับหนึ่ง อาจถือว่าเป็นการลงโทษที่เพียงพอแล้ว สำหรับการกระทำของบุคคลใน ฐานะเช่นนั้น^๒

ในกรณีที่ถือว่าผู้กระทำความผิดได้รับผลร้ายจากการกระทำความผิดของตน เพียงพอแล้ว จนเป็นเหตุให้ศาลลดโทษหรือปล่อยตัวไปนั้น เคยปรากฏเป็นคดีใน ศาลของไทยมาแล้ว ซึ่งถือว่าเป็นตัวอย่างการใช้ดุลพินิจที่ดียิ่งของศาล เรื่องหนึ่ง ข้อเท็จจริงในคดีมีอยู่ว่า มีหญิงท้องแก่คนหนึ่งได้เดินทาง เข้ากรุงเทพฯ แต่ไม่มีเงิน ที่จะ เป็นค่าพาหนะกลับจังหวัดของตน จึงหยิบฉวยลักทรัพย์ของแม่ค้าคนหนึ่ง เข้า ทำให้ถูกจับกุมดำเนินคดีต่อศาล ในคดีนี้ ศาลได้วินิจฉัยว่าจำเลยมีความผิดจริง แต่ได้ใช้ดุลพินิจลงโทษที่น้อยที่สุด และปล่อยตัวจำเลยไป โดยเห็นว่าได้มีการชังใน ชั้นสอบสวนมาพอสมควรกับโทษแล้ว^๓

^๑ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, เรื่อง เติม, หน้า เติม อ้างถึง Inbau, op.cit., p. 487.

^๒ เรื่อง เติม, หน้า เติม.

^๓ "โทษทางอาญาซึ่ง เป็นปัญหาทางสังคม" วารสารทนายความ ปีที่ ๑๖ เล่มที่ ๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๑๔, หน้า ๖ - ๗.

๓. หากผู้กระทำความผิดได้ดูแลโทษต่อ เจ้าพนักงาน หรือให้ความร่วมมือกับเจ้าพนักงานในการสืบสวน สอบสวน หรือฟ้องร้องคดี การที่ผู้กระทำความผิดได้ดูแลโทษต่อ เจ้าพนักงาน หรือให้ความร่วมมือกับพนักงานเจ้าหน้าที่เช่นนี้ เป็นการแสดงอยู่ในตัวเองว่ามีความรู้สำนึกผิดในการกระทำของตน ว่าเป็นสิ่งที่ไม่สมควร และก็ได้ปฏิบัติตัวช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นการตอบแทนการกระทำผิดของตนแล้ว บุคคล เช่นนี้ การที่จะลงโทษต่อ เขาโดยไม่มีความประสงค์ในทางทฤษฎีข่มขู่ หรือทฤษฎีปรับปรุงแก้ไข ซึ่งเป็นทฤษฎีลงโทษที่สำคัญ ภัย เหตุที่ เขายอมรับผิดโดยปริยายในการกระทำของเขาแล้ว กรณีเช่นนี้ ศาลย่อมมิใช่ดุลพินิจกำหนดโทษน้อยกว่าปกติได้

เกี่ยวกับการที่ผู้กระทำความผิดได้ดูแลโทษ และให้ความช่วยเหลือต่อเจ้าพนักงานนี้ ได้มีตัวอย่างการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการในการที่สั่งไม่ฟ้องผู้กระทำความผิดมาแล้ว ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่น่าสนใจยิ่ง

ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า อนุสนธิมาจากคดี "กินป่า" ซึ่งพนักงานอัยการได้ฟ้อง พลเอกสุรจิต จารุเศรณีกับพวกในฐานะรับสินบนและใช้อำนาจโดยมิชอบ ซึ่งคดีถึงที่สุดและศาลได้ตัดสินลงโทษจำคุกจำเลยไปแล้ว หลังจากนั้นได้มีข่าวอื้อฉาวว่าอธิบดีกรมอัยการมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องพ่อค้าผู้ให้สินบนจริงใจ เจ้าพนักงาน ซึ่งเป็นผู้ที่กระทำผิดกฎหมายอาญา เช่นกัน เพราะเป็นผู้ให้สินบนแก่พลเอกสุรจิต จารุเศรณี และมาเป็นพยานสำคัญในคดีดังกล่าว หากพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว อธิบดีกรมอัยการมีอำนาจใช้ดุลพินิจชี้ขาดให้ฟ้องหรือไม่ฟ้อง และไม่ว่าจะใช้ดุลพินิจไปทางใดก็เป็นการชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น แต่ปัญหาที่ติดตามมามีอยู่ว่า การใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีเช่นนี้ ชอบด้วยความยุติธรรมหรือไม่ ท่ามกลางเสียงวิพากษ์วิจารณ์นั้นเอง อธิบดีกรมอัยการได้เปิดใจแถลงเหตุผลของการใช้ดุลพินิจของการสั่งไม่ฟ้องคดีนี้ว่า

"นายสมฤกษ์ กิตติสุวรรณ เป็นผู้ที่ได้ร้องทุกข์กล่าวหาขอให้เจ้าพนักงานสอบสวนดำเนินคดีมาแต่แรก... พนักงานอัยการได้อ้างนายสมฤกษ์ กิตติสุวรรณเป็นพยาน

สำคัญ และได้นำเข้า เบิกความซึ่งในที่สุดศาลฎีกาก็ได้พิพากษาลงโทษพล เอกสุรจิต จารุ เศรษฐีกับพวก คดีถึงที่สุดไปแล้ว พนักงานอัยการในฐานะ เป็นผู้แทนของรัฐในการ อำนวยบริการ คือดำเนินคดีจนเจ้าพนักงานกับผู้ร่วมกระทำผิดได้รับโทษไปแล้ว ก็จะต้องใช้อำนาจหน้าที่ดังกล่าวโดยชอบด้วยศีลธรรม คือไม่ควรจะกลับไปฟ้องบุคคลผู้ซึ่ง ในครั้งหนึ่งได้รับอนุญาตให้เข้าขอเท็จจริงให้การ เป็นพยาน เป็นประจักษ์ต่อบุคคลผู้ร่วม ในความผิดนั้นซ้ำอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งในกรณีอย่างนี้ตามหลักกฎหมายของอังกฤษถือว่า บุคคลผู้ เป็นพยานในลักษณะดังกล่าว เป็น King's Evidence ซึ่งหมายถึงผู้กระทำ ผิดที่มีไต่ถูกฟ้องร้องโดยได้รับอนุญาตจากรัฐมาให้การ เป็นพยาน เป็นประจักษ์ต่อบุคคล อื่นซึ่งร่วมกระทำผิดอาญากับตน (The Concise Law Dictionary By Osborn P. 298)

มีคดีอาญา เป็นจำนวนมากที่ไต่เคยกัน เขาผู้ต้องหาว่าได้ร่วมกระทำผิด บางคนมา เป็นพยาน เพื่อฟังลงโทษผู้ต้องหาอื่น และก็ไม่เคยปรากฏว่าในภายหลัง กลับสอบสวนพยาน เหล่านั้นมาฟ้องอีกครั้งหนึ่ง แม้แต่คดีที่มีลักษณะกรีกโครมและ เป็นที่สนใจของประชาชน ซึ่งศาลฎีกาได้ตัดสินลงโทษจำเลยไปแล้ว เมื่อไม่นาน มานี้ คือคดีเรื่องนายชัยประภา นพคุณ จำเลย ต่อหาว่ากรรโชกและใช้ตำแหน่ง หน้าที่ในทางทุจริต ฯลฯ นายทองดี อิศรกุลผู้ให้ทรัพย์สินแก่จำเลยและเป็นพยาน สำคัญของพนักงานอัยการในคดีนั้น ก็มีไต่ถูกสอบสวนในข้อกล่าวหาว่าได้ร่วมในการกระทำ ผิดขอข้อหา เรื่อง เกี่ยวกั๊งกล่าวแต่อย่างใด (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๓๓/๒๕๐๔) ดังนั้น การที่พนักงานอัยการจะกลับไปฟ้องนายสมฤกษ์ กิตติสุวรรณ ผู้ต้องหาในคดีนี้ นอกจากจะ เป็นการใช้อำนาจหน้าที่ไม่สอดคล้องตามหลักการของพนักงานอัยการโดยนัยดังกล่าว มาแล้ว ยังจะส่งผลกระทบกระเทือนให้ประชาชนผู้ถูกเจ้าพนักงาน เรียกร้องหรือรับ ทรัพย์สินในตำแหน่งหน้าที่โดยทุจริตเกิดความ เกรงกลัวไม่กล้าที่จะ เสียงตนที่อาจจะถูก ฟ้องกลับในภายหลังอย่าง เช่นในกรณีนี้ผู้ถูกช่วย ข้อที่อ้างว่าการดำเนินคดีนี้จะเป็นผล การป้องกันดียิ่งกว่าการปราบปรามนั้น ข้าพเจ้ากลับมีความเห็นว่า จะเป็นผลร้าย อย่างยิ่งแก่รัฐที่จะทำให้เกิดความผิดเช่นนี้ไม่เกิดเป็นคดีขึ้น ในเมื่อผู้ให้สินบนต่างก็จะไม่กล้า

แสดงข้อเท็จจริงหรือ เบิกความเป็นพยานเพราะตนจะต้องถูกฟ้องในภายหลัง เป็นอันว่าคดีประเภทนี้จะไม่มีผู้เสียหาย และ เมื่อไม่มีผู้เสียหายก็จะมีคดี ไม่มีทางลงโทษเจ้าพนักงานผู้กระทำความผิดได้อีกในกาลต่อไป

อนึ่ง ความผิดฐานให้สินบนเจ้าพนักงานนั้น จะเกิดขึ้นในเมื่อมีผู้ให้และมีผู้รับเพียงแต่มีความคิดจะให้เขาหา เป็นความผิดไม่ ฉะนั้น ในการสอบสวนทำเป็นคดี การฟ้องคดีประเภทนี้จึงต้องวินิจฉัยในเบื้องต้นว่าประสงคฺจะเอาผิดแก่ผู้ให้หรือผู้รับ หรือจะเอาผิดแก่ทั้งสองฝ่าย ซึ่งการที่จะวินิจฉัยเลือกเอาอย่างใดนั้น ก็ย่อมขึ้นอยู่กับความสามารถจะสืบสวนหรือสอบสวนพยานหลักฐานได้เพียงใด ถ้ามีพยานหลักฐานแต่เพียงฝ่ายผู้ให้ที่จะแสดงความผิดของผู้รับได้ ก็ฟ้องผู้รับโดยอ้างผู้ให้ เป็นพยานซึ่งในกรณีทั่ว ๆ ไปอย่างนี้ก็อาศัยหลักฐานในลักษณะเพียง เท่านั้น เพราะประสงคฺจะปราบปรามเจ้าพนักงานผู้ทุจริต แต่ถ้ามหาพยานอัน เป็นกลางที่จะแสดงความผิดของทั้งสองฝ่ายได้ การที่จะฟ้องทั้งผู้ให้และผู้รับไปด้วยกันก็ เป็นการชอบด้วย เหตุผล และความยุติธรรม ในทางกลับกัน ถ้าอาศัยผู้ให้มาแสดง เป็นพยานหลักฐานฟ้องให้ลงโทษฝ่ายผู้รับ (อย่างคดีนี้) แล้วภายหลังจะย้อนกลับฟ้องผู้ให้อีกจะ เป็นการเสียความยุติธรรม และ เสียศีลธรรมซึ่งโดยหลักการของพนักงานอัยการ พนักงานอัยการไม่อาจอำนาจบริการ เช่นนั้นได้

ข้อที่อ้างในความเห็นแย้งว่า การที่ผู้ต้องหาจะควรได้รับโทษ เพียงใดหรือสมควรมอบให้ เป็นดุลพินิจของศาลตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ เป็นการ เหมาะสมกว่านั้น คึงที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การวินิจฉัยในการสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้อง พนักงานอัยการ เป็นกึ่งตุลาการ พนักงานอัยการจึงจะต้องใช้ดุลพินิจในชั้นที่จะฟ้องหรือไม่ฟ้อง เสียก่อนว่าบุคคลใดสมควรจะถูกฟ้องหรือไม่ เพราะเหตุใด เมื่อการที่พนักงานอัยการใช้อำนาจหน้าที่โดยชอบด้วยลักษณะของพนักงานอัยการ และกอรปด้วยเหตุผลโดยสมควรคึงที่วินิจฉัย เช่นนั้น ก็นับว่า เป็นที่ชอบที่ควรแล้ว

จากการวินิจฉัยในประการแรกว่า พนักงานอัยการควรจะฟ้องนายสมฤกษ์ กิติสุวรรณ ผู้ต้องหาในคดีนี้ ซึ่งเป็นพยานของพนักงานอัยการได้นำสืบต่อศาลไปแล้ว

หรือไม่ มีนัยดังกล่าวมา เช่นนี้ ประเด็นในปัญหาที่ว่าพยานหลักฐานจะพอ เพียงแก่การ พิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาในคดีนี้หรือไม่ (ตามความเห็นแย้งใน ๑) นั้น ผู้ตรวจก็ ได้กล่าวไว้โดยละเอียดแล้ว ซึ่งข้าพเจ้าก็ เห็นชอบด้วยและเห็นต่อไปว่า ไม่จำเป็นต้อง กล่าวซ้ำต่อไปในที่นี้

จึงชี้ขาดไม่ฟ้องนายสมุทญ์ กิตติสุวรรณ ผู้ต้องหาคดีนี้" ๑

ตัวอย่างที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยกำหนดโทษตามสภาพของตัวจำเลยนั้นมีมากมายด้วยกัน เช่น เจ้าพนักงานใช้อำนาจ เป็นเครื่องมือกระทำความผิด ศาลลงโทษหนัก (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๘๓/๒๔๙๐) จำเลยอายุ ๒๒ ปี ชีบรถยนต์ประมาททำให้ บาดเจ็บสาหัส ยังหย่อนในความรอบคอบบกพร่องในความระมัดระวัง ศาลลงโทษ สถานกลางคือปรับ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๙๔/๒๔๙๖) ผนว เมียตีกันบาดเจ็บแล้วฟ้องหย่า อายุยังน้อย ศาลลงโทษ เบาขงโทษจำคุก (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๔๙/๒๔๕๕) หรือกำหนดกระทำความผิดโดยใช้ เล่ห์เหลี่ยมอุบาย ผู้คดีมีชั้นเชิง ไม่น่าหนักในการกระทำผิด อัตราโทษกฎหมายบัญญัติไว้ตามมาตรา ๒๐๐ จำคุกตั้งแต่ ๒ เดือนถึง ๙ ปี ศาลล่างลงโทษ ๑ ปีเบาไป ศาลฎีกาแก้เป็นลงโทษจำคุก ๓ ปี (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๕๔/๒๕๐๓) ตัวอย่าง เหล่านี้ ศาลฎีกาได้คำนึงสภาพข้อเท็จจริงมา มีส่วนในการ กำหนดโทษทั้งสิ้น

เกี่ยวกับการวินิจฉัยถึงข้อเท็จจริงต่าง ๆ อันเป็นเครื่องช่วยให้ศาลวาง บทกำหนดโทษให้เป็นไปด้วยความเหมาะสมในกรณีพิจารณาถึงลักษณะของผู้กระทำความผิด ศาลอาจคำนึงถึง เหตุบางประการหรือหลายประการรวมกัน และไม่ว่าจะใช้ เหตุผลอย่างใด หากเป็นการกระทำเพื่อคำนึงถึงความยุติธรรม เฉพาะกรณีแล้ว สิ่งนั้นถือ เป็นดุลพินิจยุติธรรม (discretionary justice) ทั้งสิ้น

ที่มา วิษณุ เครืองาม, สังคมการเมืองสำหรับนักกฎหมาย (พิมพ์ครั้งที่ ๒, กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๒๐), หน้า ๖๓ - ๖๕.

๒. ลักษณะของผู้เสียหาย ลักษณะของผู้เสียหายนี้ถือว่าเป็นสิ่งที่ศาลจะต้องคำนึงประกอบการพิจารณากำหนดโทษด้วย เพราะหากพิจารณตามบทบัญญัติในกฎหมาย จะเห็นความประสงค์ของกฎหมายต้องการลงโทษผู้กระทำความผิดอันเนื่องมาจากลักษณะของผู้เสียหายอยู่หลายประการ เช่นในคดีฆ่าผู้อื่นโดยทรนหรือโดยกระทำทารุณโหดร้าย ตามมาตรา ๒๕๘(๕) แห่งประมวลกฎหมายอาญาหรือตามมาตรา ๒๕๙(๔) ทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำร้ายรับอันตรายสาหัส โดยทำให้ทุพพลภาพ หรือป่วยเจ็บด้วยอาการทุกข์ เวทนา เกินกว่ายี่สิบวัน หรือจนประกอบกรณียกิจตามปกติไม่ได้ เกินกว่ายี่สิบวัน เป็นต้น กฎหมายบัญญัติให้ลงโทษมากกว่ากำหนดโทษธรรมดาที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น

เมื่อพิจารณาทามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว จึงพอจะทราบเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ว่า มุ่งคุ้มครองบุคคลและชื่อเสียงของผู้เสียหายมา เป็นเกณฑ์พิจารณากำหนดโทษด้วย ดังนั้น หากมีกรณีที่เกี่ยวข้องกัน เช่นนี้ แต่ไม่เข้า เกณฑ์ตั้งที่กฎหมายบัญญัติไว้ เป็นพิเศษ ก็ควรใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เข้ากับแนวที่กฎหมายบัญญัติไว้ จะได้ตรงตามความประสงค์กฎหมาย^๑

ลักษณะของผู้เสียหายที่ถือว่าเป็นแนวเดียวกันกับบทบัญญัติดังกล่าวที่ศาลควรพิจารณากำหนดโทษหนักกว่าปกติได้แก่ การพิจารณาสภาพว่าผู้เสียหาย เป็นผู้หญิงหรือผู้ชาย เป็นเด็กหรือเป็นผู้ใหญ่ สิ่งเหล่านี้มีความสำคัญเพราะการช่มเหงหรือทำร้ายผู้หญิงหรือ เด็กหรือคนทุพพลภาพ ย่อมทำได้ง่ายกว่าผู้ชายธรรมดา จึงควรกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดต่อผู้เสียหาย เช่นนี้พอ เป็นบทเรียน^๒

^๑ สรร เสริญ ไกรจิตติ, เรื่อง เดิม, หน้า ๓๐ - ๓๑.

^๒ เรื่อง เดิม, หน้า ๓๐.

การกำหนดโทษให้พอเพียงกับการกระทำผิดของจำเลย ในกรณีที่ผู้เสียหาย เป็นผู้หญิงหรือเด็ก หรือคนทุพพลภาพนี้ ถือเป็นเกณฑ์กำหนดโทษที่สำคัญของระบบศาล ทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ ศาลตำรว ไรจึง เหนืออย่างกวักขัน^๑

นอกจากลักษณะของผู้เสียหายดังกล่าวแล้ว ยังมีผลในกรณีอื่น ๆ ที่ศาลจะ ต้องใช้ดุลพินิจให้เหมาะสมกับสภาพข้อเท็จจริงอีกด้วย ในบางกรณีการกระทำผิดของ จำเลยอาจก่อผลร้ายให้กับผู้เสียหายผู้หรืออย่างมากมาย ในขณะที่หากเป็นการ กระทำต่อผู้เสียหายอีกคนหนึ่ง ผลของความเสียหายอาจเกิดขึ้นไม่มากนัก กรณี เหล่านี้ ศาลจะต้องวางโทษกำหนดให้เหมาะสม เป็นรายกรณีไป เกี่ยวกับผลร้ายที่ เกิดแก่ผู้เสียหายไม่เท่ากันที่ศาลจะต้องคำนึงถึงนี้ พระยานิติศาสตร์ไพศาลได้วางตัว อย่าง เป็นเครื่องช่วยพิจารณาไว้ดังนี้

ในที่สุด ข้าพเจ้าขอให้ตัวอย่างในเรื่องความเสียหายของผู้ถูกกระทำร้าย ไว้ล่องคิดดู

- (๑) ก. เป็นคนพอมืออันจะกิน ถูกจำเลยขโมยเงินไป ๕ บาท และ
- (๒) ข. เป็นคนพอมืออันจะกินอยู่บ้าง ถูกขโมยเงินไป ๕๐,๐๐๐ บาทและ
- (๓) ก. เป็นคนมีอันจะกินอย่างฟุ่มเฟือย ถูกขโมยเงินไป ๒๐๐ บาท

เกือบหมดตัว หรือ

- (๔) ข. เป็นคนยากจนเชื่องใจ ถูกขโมยเงินไป ๒๐๐ บาท ซึ่งเป็น เงินทั้งตัวที่ ข. รวบรวมไว้ตั้งแต่เด็กจนแก่

ความเสียหายของ ก. และข. นั้นผิดกัน ข.อาจได้รับผลแห่งการร้าย ถึงกับลมจมนับหายวายวอดได้ ส่วน ก. คงไม่รู้สึกรับความลำบากเพียงใดนัก

^๑ พระยานิติศาสตร์ไพศาล, เรื่องเดิม, หน้า ๔๗.

แม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติ เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ว่า การชโยเงิน ๕๐,๐๐๐ บาทนั้น
 ปรึกษากับการชโยเงิน ๕ บาท และการชโยเงินจากคนจนปรึกษากับการชโยเงินคน
 มั่งมีก็ดี กฎหมายก็ยิ่งหวังอยู่ว่าผู้พิพากษามีหน้าที่จะต้องใช้ดุลพินิจ ในการวางกำหนด
 โทษ เพื่อให้เหมาะแก่รูปคดีเป็น เรื่อง ๆ ไป^๑

๓. ผลของความผิด การกระทำผิดทางอาญานั้น บทบัญญัติส่วนใหญ่
 บัญญัติถึงผลการกระทำเป็นองค์ประกอบความผิดไว้ไม่น้อย ซึ่งหากกระทำไม่สำเร็จ
 ผลก็จะมีผลเพียงพยายาม แต่อย่างไรก็ดี ความหมายของคำว่าผลในที่นี้ กว้าง
 ไกลกว่าผลในองค์ประกอบของกฎหมาย เพราะมีความหมายเลยไปอีกว่า เกี่ยวข้อง
 กับสภาพอย่างไร และกระทำแล้วจะมีสิ่งใดติดตาม

กล่าวไปแล้วผลจากการกระทำผิดมีอยู่ ๓ ระดับด้วยกัน ซึ่งผู้พิพากษาจะต้อง
 แบ่งออกพิจารณา เพื่อกำหนดโทษ คือผลร้ายมาก ผลร้ายปานกลาง หรือเป็นผล เพียง
 เล็กน้อย การแยกพิจารณาตามผลนี้ เป็นการกำหนดโทษโดยมุ่งพิจารณาตามความ
 มุ่งหมายของกฎหมาย เช่นกัน เพราะการกระทำที่มีผลร้ายแรงนั้น กฎหมายจะกำหนด
 โทษไว้แตกต่างจากการกระทำที่มีผลเพียงปานกลางหรือเล็กน้อย เช่นทำร้ายร่างกาย
 โดยตีศีรษะแตกกับแทง เขาตาบอด กฎหมายวางกำหนดโทษไว้คนละบท อัตรโทษ
 หนักและเบาต่างกัน กรณีแรกเป็นเพียงความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ในขณะที่กรณี
 หลัง เป็นการทำร้ายร่างกายได้รับอันตรายสาหัส หรือในการลักทรัพย์ หากเป็นการ
 ลักทรัพย์ราคา เพียง ๕ หรือ ๑๐ บาท ย่อมมีความรุนแรงแตกต่างกับการลักทรัพย์
 เป็นจำนวนหมื่นจำนวนแสนบาท ในเรื่องนี้มีกฎหมายกำหนดแนวทางอยู่ เช่นตามมาตรา
 ๓๓๕ วรรคท้าย ลักทรัพย์โดยเป็นการกระทำโดยความจำใจ หรือความยากจน
 เหลือทนทาน และทรัพย์นั้นมีราคา เล็กน้อย ศาลจะลงโทษตามมาตรา ๓๓๕ อัน
 เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ธรรมดาได้ เป็นต้น

^๑ พระยานิติศาสตร์ไพศาล, เรื่องเกม, หน้า ๔๘ - ๔๙.

จากความมุ่งหมายของกฎหมายที่ต้องการกำหนดบทลงโทษแก่ผู้กระทำ ความผิดที่มีผลร้ายแรงมากกว่าผลปานกลาง และให้ลงโทษการกระทำที่มีผลปานกลาง มากกว่าการกระทำที่มีผล เพียงเล็กน้อยนี้เอง จึงเป็นเครื่องช่วยให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจต่อไปได้ว่า แม้มีการกระทำผิดที่กฎหมายมิได้วางบทกำหนดโทษลดหลั่นลงไป ตามผลของการกระทำผิด แต่การที่ศาลจะกำหนดโทษ ก็จำต้องคำนึงถึงความร้ายแรงหนักเบาของผลแห่งการกระทำผิดด้วยเช่นกัน เช่น ก. ผู้ร้ายลอบพัน ข. เพียง ๑ แผล และ ค. ผู้ร้ายลอบพัน ง. ถึง ๑๐ แผล บาดแผลของ ข. และ ง. นั้นมีลักษณะ สันฐานเท่า ๆ กันทุกแผล ซึ่งต้องถือว่า ง. ได้รับความร้ายแรงกว่า ข. แน่แน่นอน การวางกำหนดโทษ ก. และ ค. จึงเป็นสิ่งที่ควรคิด^๑ อีกทั้งการพิจารณาถึงผลร้ายแรงหรือไม่นี้ เป็นสิ่งที่จะเป็นเครื่องเตือนสติผู้พิพากษาในการวางโทษไว้ว่า การกำหนดโทษอัตราอย่างสูงพว่ เพราะจะเป็นการยากแก่ผู้พิพากษาเอง เมื่อมีความผิดที่ร้ายแรงในภายหลัง^๒

นอกจากจะต้องพิจารณาถึงความร้ายแรงหนักเบาของผลการกระทำผิด เพื่อประกอบการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษแล้ว ในกรณีคล้ายกัน ศาลอาจใช้ผลของการกระทำผิด เป็นสิ่งพิจารณากำหนด เพื่อลดโทษหรือปล่อยตัวจำเลยไปก็ได้ หลักการเช่นนี้ แม้จะเป็นสิ่งที่ศาลไทยคำนึงถึง เป็นส่วนน้อย แต่ก็ เป็นวิธีการที่ดีที่ศาลของต่างประเทศนิยมใช้

^๑ เรื่อง เกม, หน้า ๕๑

^๒ สรรเสริญ ไกรจิตติ, เรื่อง เกม, หน้า ๒๕.

หากการกระทำผิดนั้น ก่อผลเสียหายต่อผู้กระทำผิดร้ายแรง ถึงขนาดที่หาก
แม่ศาลจะลงโทษต่อไปก็ไร้ผล เพราะถือว่าผู้กระทำผิดได้รับการแก้ไขแล้วแห่งการ
กระทำของตนไปแล้ว ซึ่งโดยมีบัญญัติไว้ในมาตรา ๑๖ แห่งประมวลกฎหมายอาญา
ของเยอรมัน อย่างไรก็ตามการที่จะพิจารณาปล่อยตัวจำเลยหรือผู้กระทำผิดไม่โดย
ไม่ลงโทษเลย เพราะพิจารณาว่าผู้กระทำผิดได้รับผลร้ายจากการกระทำของตน
เพียงพอแล้วนี้ จำกักใช้ เฉพาะความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกิน ๑ ปี เท่านั้น

บทบัญญัติเช่นนี้ ระบบกฎหมายของเยอรมันได้แนวความคิดจากวิธีปฏิบัติของ
ศาล เยอรมัน ที่ผู้พิพากษาพยายามบรรลุเป้าหมายอย่างเดียวกัน โดยการลงโทษ
จำคุกอย่างเบาสำหรับผู้กระทำผิดในลักษณะเหล่านี้ และเมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายที่
บัญญัติวางบทยอมรับการใช้ดุลพินิจของศาลว่าชอบด้วยกฎหมายไว้ในปี ค.ศ. ๑๘๖๘
ทำให้ศาลตีความหลัก "ผู้กระทำผิดได้รับผลเพียงพอแล้ว" อย่างค่อนข้างกว้างขวาง
หมายความรวมถึงการบาดเจ็บทางกายหรือจิตใจ หรือความสูญเสียทางการเงิน
นอกจากนั้น ยังคำนึงถึงผลร้ายที่มีต่อญาติหรือผู้ใกล้ชิดผู้กระทำด้วย เช่นเดียวกัน
ดังปรากฏในคำตัดสินของ High State Court of Appeals of Celle, 1971
Neue Juristische Wochenschrift 575 คำตัดสินของ High State Court of
Appeals of Frankfurt, 1971 Neue Juristische Wochenschrift 767
เหตุผลในการไม่ลงโทษผู้กระทำผิดในกรณีเหล่านี้ มีไว้เพราะว่า เป็นความผิดเล็ก ๆ
น้อย ๆ แต่ด้วยเหตุผลที่ว่า การลงโทษต่อไปก็จะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ
ต่อไปอีก ๑

^๑ Joachim Hermann, The Rule of Compulsory Prosecution
and the Scope of Prosecutorial Discretion in Germany, แปลโดย
เกียรติชจร วัจนะสวัสดิ์, (แผนปลิวระกอบคำบรรยาย จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า ๓๑ - ๓๒.

ตัวอย่างการใช้ดุลพินิจในท่านองนี้ที่มีปรากฏมาก เช่น มารดาทำบุตรทารก ซึ่งคนกำลังอุ้มตก แต่มิได้พาไปหาแพทย์ สองสามวันต่อมา เด็กทารกตายเพราะ ภาวะโหลกศีรษะแตก ซึ่งหากแพทย์รักษาทันเวลาแล้ว เด็กอาจไม่ตายก็ได้ หรือผู้ ชีบขี้นานพาหนะที่ก่อให้เกิดอุบัติเหตุโดยประมาท และตนเองหรือผู้อื่นได้รับบาดเจ็บ อย่างร้ายแรงเช่นกัน หรือแม้ว่าผู้ชี่บขี้นั้นจะมีได้รับบาดเจ็บเอง แต่เพียงสนิทได้รับ บาดเจ็บ และผู้กระทำมีความรู้สึกตระหนกตกใจอย่างสุดซึ้งซึ่งในการกระทำของคน ก็ เป็นเหตุให้ศาลพิจารณาลดโทษได้^๑

ในบางกรณี แม้ว่า เป็นการกระทำโดยประมาท เลินเล่ออย่างร้ายแรงและ ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากก็ตาม เช่น เมื่อภรรยาของชาวนาผู้หนึ่งประมาท เลินเล่อทิ้งกลองไม้ซีกไว้ในครัว บุตรจึงจุดเล่นไม้ซีกนั้น และจุดไฟไหม้บ้านหรือ เจ้าของร้านขายสินค้าแห่งหนึ่ง ซึ่งลืมปิดเครื่องให้ความร้อนไฟฟ้า จนทำให้เกิดเพลิงไหม้ร้านและสินค้าทั้งหมดในร้าน เช่นนี้ก็ถือว่าผู้กระทำผิดได้รับผลร้ายจาก การกระทำของตนเพียงพอแล้ว^๒

ปัญหาการใช้ดุลพินิจในท่านองนี้ แม้ว่าจะ เป็นสิ่งใหม่สำหรับวงการ ยุติธรรมของไทย แต่ก็ เป็นข้อที่ควรพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษได้ เช่นกัน

ในบางกรณี นอกจากศาลจะคำนึงถึงผลของการกระทำผิดแล้ว ยังจะต้อง คำนึงสภาพจิตใจของผู้กระทำอีกด้วยว่า ต้องการกระทำลงไปด้วยเจตนาจะก่อ ผลคืออย่างไร ซึ่งการ เช่นนี้แม้จะไม่อาจพ้นความผิดไปได้ แต่ก็ เป็นสิ่งที่ศาลควรจะ

^๑ เรื่อง เคิม, หน้า ๓๒.

^๒ เรื่อง เคิม, หน้า เคิม.

คำนึงถึง เช่นผู้ขายตกต้นไม้ส่วน ทอหะลุถึงคอบอยไม่มีทางจะรอดตายได้ ผู้ขายทนทุกข์ เวทนาด้วยความเจ็บปวด จึงร้องสั่งให้จำเลยผู้บุตรเอาปืนยิง บุตรไคยีนบิการ้องครวญครางด้วยความทรมาน และเห็นไม่มีทางที่จะช่วยชีวิตบิกาได้ จึงเอาปืนที่ถืออยู่นั้นยิงไปตามคำสั่งของบิกา ๆ ภายด้วยพิษปืนก่อนถึง เวลาที่ควรตาย กรณีเช่นนี้ แม้ว่าจำเลยจะมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา ๒๕๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่ก็มีผู้เห็นว่า ศาลจะต้องระลึกถึงคุณพินิจในการกำหนดโทษอย่างแนนอน

๔. ผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณชน กฎหมายอาญานั้นถือว่า เป็นกฎหมายมหาชนที่มีวัตถุประสงค์ไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคมรัฐด้วยเหตุนี้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำที่กระทบต่อผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณชนจึงเป็นสิ่งจำเป็นในการที่ศาลจะต้องคำนึงถึงอีกประการหนึ่ง

ข้อพิจารณา เกี่ยวกับผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณชนนี้ แบ่งออกพิจารณาได้ ๓ ประการด้วยกันคือ

๑. สถานที่กระทำความผิด สถานที่กระทำความผิดนี้ กฎหมายได้แสดงเจตนารมณ์ให้เห็นอย่างเด่นชัดไว้ในหลายมาตรากด้วยกัน เช่นในมาตรา ๒๑๔ วางเพลิงเผาทรัพย์ในสถานที่สำคัญตามที่กำหนดไว้ มาตรา ๓๓๕ ลักทรัพย์ในเคหสถานหรือสถานที่อื่นใดตามที่กำหนดไว้ มาตรา ๓๓๕ ทวิ วรรคหลัง ลักทรัพย์ที่เป็นพระพุทธรูปหรือวัตถุในทางศาสนาในวัด สำนักสงฆ์ สถานอันเป็นที่เคารพในทางศาสนา เป็นต้น

ตามบทบัญญัติต่าง ๆ เหล่านี้ แสดงให้เห็นว่า กฎหมายถือว่าการกระทำผิดในสถานที่ที่มีลักษณะเป็นที่เคารพหรือเป็นสถานที่ราชการ หรือ เป็นย่านชุมนุมชนที่มี

๑ สรรเสริญ ไกรจิตติ, เรื่อง เคิม, หน้า ๓๒ และพระยานิติศาสตร์ไพศาล, เรื่อง เคิม, หน้า ๕๑.

บุคคลพบเห็นการกระทำความผิดมากมาย หรือสถานที่อื่นใดที่ท่านองนั้นนั้น เกี่ยวกับ
 กระทบกระเทือนขวัญและสวัสดิภาพของสาธารณชน ซึ่งจะต้องพิจารณากำหนดโทษ
 หนักกว่าการกระทำผิดในสถานที่ทั่ว ๆ ไป

แม้ว่าการกระทำผิดในบางกรณี จะกระทำในสถานที่ซึ่งกฎหมายมิได้
 บัญญัติให้ลงโทษหนักกว่าปกติก็ตาม แต่หาก เป็นที่ เห็นได้ว่าการกระทำผิดในสถานที่
 ที่เช่นนั้น จะ เป็นการกระเทือนต่อขวัญของสาธารณชนแล้ว ศาลย่อมมีดุลพินิจที่จะกำหนด
 โทษแก่ผู้กระทำผิดหนักกว่าปกติได้ เช่นการกระทำผิดอย่างอุกอาจต่อหน้าชารก้านัด
 โดยการฆ่าผู้อื่นเช่นนี้ ย่อม เป็นการกระทบกระเทือนต่อรัฐและขวัญของประชาชนโดย
 ทั่วไป

นอกจากนั้น การที่สถานที่ใดมีการกระทำผิดมาก จนก่อความหวาด
 วิตกให้กับประชาชนทั่วไปแล้ว เกรง ไม่กล้า เข้าไปในบริเวณดังกล่าว เช่นนี้ ย่อม
 สร้างความเสียหายให้แก่รัฐอย่างใหญ่หลวง ซึ่งศาลจะต้องใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ
 ในการกระทำผิด เช่นนี้ให้พอควรกับลักษณะของความผิด

๒. เวลาในการกระทำผิด เวลาในการกระทำผิดนั้นย่อม เป็น เครื่อง
 แสดงถึงความอุกอาจร้ายแรงของการกระทำผิดในตัวเอง เช่นการที่จำเลย
 ได้ทำร้ายผู้อื่นท่ามกลางชุมนุมชน ลักษณะเช่นนี้เป็นการแสดงความอุกอาจก้าวร้าว
 ไม่เกรงกลัวต่ออาญาแผ่นดิน และ เป็นการทำลายขวัญของสาธารณชน เป็นอย่างยิ่ง
 ด้วยเหตุนี้ ศาลฎีกาของไทยถือว่าจะต้องลงโทษให้สมกับการกระทำผิด ดังปรากฏ
 ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๓๑/๒๔๘๘ จำเลยรับว่าแทงเพื่อต่อสู้ป้องกันและช่วยโทษ
 แต่ฟังไม่ได้ และ เหตุเกิดต่อหน้าคนโดยเปิดเผยเวลากลางวัน ถึงจะรับหรือไม่รับ
 ก็เท่านั้น ไม่ควรลดโทษให้ หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๑/๒๕๑๐ (ประชุมใหญ่)
 จำเลยยิงคนตายถึง ๒ คน ชั้นแรกยิงคนละ ๒ นัด และยิงไล่ยิง จ. อิก บิงใน
 ร้านกาแฟในตลาดกว้างทาง ซึ่งมีคนสัญจรไปมาในเวลา เช้า แล้วยังกลับมายิงผู้ตาย
 ซ้ำอีก ๒ นัด.... เช่นนี้ ไม่มีเหตุบรรเทาโทษให้จำเลย

ตามตัวอย่างคำพิพากษาฎีกากึ่งกล่าว แสดงให้เห็นว่าความฉุกเฉินที่ผู้
กระทำผิดกระทำต่อหน้าสาธารณชนในเวลาที่ประชาชนสัญจรไปมา เห็น เหตุการณ์
เช่นนี้ เป็นสิ่งที่ศาลไม่ควรแสดง เมตตาให้กับผู้กระทำผิด แม้ว่าผู้กระทำผิดจะรับ
สารภาพก็ตาม แต่ก็ เป็นเพราะจำนวนข้อหลักฐาน จึงไม่มีเหตุที่ศาลจะลดโทษให้
(คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๖๑๘/๒๕๑๓) ยิ่งไปกว่านั้น ยังจะ เป็นเหตุให้ศาลใช้ดุลพินิจ
ลงโทษกำหนดโทษในอัตราที่สูงกว่าปกติอีกด้วย

นอกจากที่กล่าวมาแล้ว ในบางกรณีกฎหมายจะกำหนดบทลงโทษแก่ผู้
กระทำผิดที่ได้กระทำลงในบางโอกาสให้ได้รับโทษหนักกว่าปกติอีกด้วย เช่นตาม
มาตรา ๓๓๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา การลักทรัพย์ในเวลากลางคืน ในที่หรือ
บริเวณที่มีเหตุเพลิงไหม้ การระเบิด ฯลฯ ต้องรับโทษที่หนักกว่าการลักทรัพย์ใน
เวลาธรรมดา เหตุผลที่กฎหมายวางบทบัญญัติไว้ เช่นนี้ ก็เพื่อปกป้องรักษาผลประโยชน์
ของรัฐและสาธารณชนนั่นเอง เพราะในสภาพและ เวลา เช่นนั้นย่อมก่อความระส่ำ
ระสายให้กับประชาชนอยู่แล้ว หากมีการกระทำความผิดซ้ำซ้อนขึ้นมาอีก ย่อมจะทำให้
สาธารณชน เกิดความหวุ่นหวาดต่อภัยที่จะ เกิดขึ้นอย่างซ้ำซ้อน

ด้วยเหตุดังกล่าวนี้เอง ได้เคยมีตัวอย่างปรากฏขึ้นมาแล้วในระหว่าง
เกิดสงครามโลกครั้งที่ ๒ ซึ่งในขณะนั้นประเทศไทยได้รับการโจมตีทางอากาศจาก
เหล่ากลุ่มประเทศสัมพันธมิตร และในเวลาประชาชนกำลังซุกซ่อนหลบภัยทาง
อากาศนั้น ได้ปรากฏอย่างมากมายว่ามีบุคคลหลายคนฉวยโอกาสในเวลาที่มีความ
ระส่ำระสายเช่นนั้น กระทำความผิดต่าง ๆ มากมาย เช่นการลักทรัพย์ เป็นต้น
การกระทำความผิดโดยอาศัยโอกาส เช่นนั้นถือว่าก่อผลเสียหายให้กับรัฐและสาธารณ
ชน ยิ่ง ด้วยเหตุนี้ พระยาอรรถการีย์สุนทร อธิบดีกรมอัยการในขณะนั้น จึงได้มีหนังสือ
คำสั่งที่ ๕/๒๔๘๔ ลงวันที่ ๒๕ มกราคม พ.ศ. ๒๔๘๔ ออกคำสั่งเรื่องให้
อัยการแถลงขอให้ศาลใช้ดุลพินิจลงโทษจำเลยที่กระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสที่กำลัง
มีการป้องกันภัยทางอากาศ เนื้อความในคำสั่ง เป็นการแสดงว่า ได้มีการกระทำผิด

ในขณะที่ประชาชนกำลังหลบภัยทางอากาศ ซึ่งการกระทำผิดเช่นนี้ เป็นการก่อผล
กระทบต่อสาธารณชน เป็นอย่างยิ่ง อธิบดีกรมอัยการหลวงอรรถการีย์บัณฑิตจึงได้ออกคำสั่งให้
อัยการแสดง เหตุผลและข้อเท็จจริงว่า จำเลยได้กระทำความผิดในเวลาที่
การป้องกันภัยทางอากาศ เพื่อจะให้ศาลใช้ดุลพินิจลงโทษจำเลยให้สมกับความผิดใน
โอกาสเช่นนั้น

เมื่อความตามคำสั่งดังกล่าว เป็นตัวอย่างที่แสดงถึงการกระทำผิดใน
เวลาที่กระทบกระเทือนต่อสาธารณชน ที่ศาลควรจะใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ
หนักกว่าปกติ แต่อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าสังเกตว่า การที่ศาลจะใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ
ในสภาพเช่นนี้ กลับเกิดขึ้นมาจากการที่อัยการแถลงความเห็นต่อศาล ทั้งที่อำนาจ
การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ เป็นเรื่องของศาล เมื่อเป็นเช่นนี้ ต่อไปในภายหน้าหากมี
กรณีเช่นนี้เกิดขึ้นอีก ศาลคงจะเป็นผู้ที่พิจารณาใช้ดุลพินิจกำหนดโทษอย่างเหมาะสม
ได้เอง โดยไม่ต้องให้ผู้ใดมาแถลงชี้แจงให้อีก

๓. การกระทำผิดนั้นกระทบกระเทือนต่อผู้เสียหายหรือรัฐ เพียงใด
การกระทำผิดบางอย่างที่เป็นการกระทบกระเทือนต่อผู้เสียหายหรือรัฐอย่าง
รุนแรงนั้น ศาลจำเป็นต้องใช้ดุลพินิจลงโทษแก่ผู้กระทำผิดให้สมกับความผิดของ
เขา เช่นกัน ซึ่งเจตนารมณ์ของกฎหมายในการลงโทษ ก็ได้แสดงถึงความต้องการ
ที่จะให้จำเลยได้รับโทษจากการกระทำที่มีผลต่อผู้เสียหายในลักษณะที่ร้ายแรงหรือ
รุนแรงนี้มากกว่าการกระทำที่มีผลต่อผู้เสียหายอย่างธรรมดาอยู่แล้ว ดังปรากฏใน
มาตรา ๒๕๗ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ในการการทำร้ายร่างกายได้รับอันตราย
จนผู้เสียหายต้องทนทุกข์ เว้นหากว่า ๒๐ วัน กฎหมายวางกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้
กระทำผิดไว้สูงกว่าการทำร้ายร่างกายตามมาตรา ๒๕๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา
เป็นต้น

จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า กฎหมายมีความมุ่งประสงค์หรือ
เจตนารมณ์อย่างใด สิ่งนี้นักกฎหมายจะต้องคำนึงถึงด้วย และการใช้ดุลพินิจในการ
กำหนดโทษนั้น หากมีข้อเท็จจริงปรากฏในสำนวน แม้ว่าจะมีลักษณะที่ไม่ตรงกับ

บทบัญญัติของกฎหมาย แต่เป็นที่เห็นไว้ว่าอยู่ในวัตถุประสงค์กฎหมายต้องการแล้ว ศาลก็จะต้องใช้ดุลพินิจที่เหมาะสมตามความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น เช่นกัน

เช่นผู้เสียหายถูกทำร้ายต้องทนทุกข์ เวทนา เพียง ๑๘ วัน ควรกำหนดโทษให้ใกล้เคียงกับที่กฎหมายกำหนดไว้ สำหรับผู้ทนทุกข์ เวทนา กว่า ๒๐ วันด้วย ^๑

นอกจากที่จะคำนึงถึงผลอันกระทบกระเทือนต่อผู้เสียหายแล้ว บางกรณีรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องป้องกันเพื่อประโยชน์ของสาธารณชน จึงเป็นเหตุให้มีกฎหมายกำหนดโทษร้ายแรงสำหรับความผิดเหล่านี้ เช่นความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษ ซึ่งเป็นการกระทำที่ให้อหังคมเดือดร้อน ความผิดเกี่ยวกับการลักลอบตัดไม้ ซึ่งทำให้ทรัพยากรและเศรษฐกิจของประเทศเสียหาย เป็นต้น ความผิดที่กฎหมายถือว่ากระทบกระเทือนต่อรัฐโดยตรงเช่นนี้ ศาลควรถือแนวกำหนดโทษ เป็นการปราบปรามและป้องกันมิให้กระทำความผิดเกิดขึ้นอีก ^๒

แม้ในการกระทำความผิดบางฐานที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ เป็นพิเศษว่าให้กำหนดโทษหนักกว่าปกติ เพราะมีผลกระทบต่อรัฐโดยตรงก็ตาม แต่ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาเสมอว่า ข้อเท็จจริงอย่างไรที่จะมีผลกระทบกระเทือนต่อรัฐหรือประชาชนหรือไม่ หากการทำความผิดอย่างใดมีลักษณะที่กระทบกระเทือนต่อขวัญของประชาชนหรือรัฐแล้ว แม้กฎหมายจะมิได้กำหนดโทษไว้ เป็นกรณีพิเศษก็ตาม แต่ก็ เป็นอำนาจของศาลที่จะใช้ดุลพินิจกำหนดโทษในลักษณะที่ตนเอง เกี่ยวพันกับบทบัญญัติเช่นนั้นได้

เช่น เคยมีตัวอย่างซึ่งศาสตราจารย์ชานินทร์ กรัยวิเชียรพิพากษาคัดสินคดีไว้ และ เปิดเผยในภายหลังว่า "ที่ว่าผู้ร้ายสำคัญควรจะได้รับโทษหนักนั้น เพื่อ

^๑ สรรเสริญ ไกรจิตติ, เรื่องเดิม, หน้า ๓๓๖.

^๒ เรื่องเดิม, หน้าเดิม.

ประโยชน์แห่งรัฐหรือ เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมนี้มีหรือไม่... ถ้าหากว่ามีข้อเท็จจริงในคดีแล้ว ศาลก็ใช้ดุลพินิจตามสมควรแก่รูปคดี ยกตัวอย่างให้ฟังสักเรื่องหนึ่ง คดีที่กระหม่อมพิจารณาเอง คดีปล้นทรัพย์ที่วัดพระธาตุคอกยสุเทพ จังหวัดเชียงใหม่ เราจะเห็นได้ว่ามีคนร้ายขึ้นไปปล้นอย่างนี้ เรียกตามภาษาชาวบ้านต้อง เที้ยว เลยหมายความว่าลงโทษ เติมความอัตรากตามที่ถูกกฎหมายกำหนดเลย แต่ทั้งนั้นและทั้งนี้ก็ปรากฏข้อเท็จจริงในสำนวน จะไปลงโทษนอกสำนวนไม่ได้ อย่างปล้นวัดอย่างนี้เป็นวัดที่เคารพบูชาพุทธศาสนิกชน ศาลใช้ดุลพินิจได้โดยอย่างนี้เป็นต้น ลงโทษได้เต็มที่นี้ประโยชน์ของรัฐโดยเฉพาะ หรือว่า เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม เพื่อรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรมโดยแท้ทีเดียว" ๑

เกี่ยวกับดุลพินิจของศาลในการลงโทษ คดีที่กระหม่อมกระเถือนต่อขวัญของประชาชนหรือรัฐ ที่กฎหมายมิได้บัญญัติบทลงโทษหนักไว้ เป็นกรณีพิเศษนี้ เป็นความจำเป็นที่ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาอย่างรอบคอบว่า ข้อเท็จจริงอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำความผิดของประชาชนหรือรัฐ และสิ่งที่ศาลจะคำนึงข้อเท็จจริงเช่นนั้นก็คือ ข้อเท็จจริงนั้นจะต้องปรากฏอยู่ในสำนวนความ ที่คู่ความทั้งสองฝ่ายนำสืบต่อศาลนั่นเอง

ข้อเท็จจริงที่ศาลจะพิจารณาว่าสิ่งใดการกระทำอย่างไรจึงจะเรียกว่ากระทำความผิดต่อรัฐหรือประชาชนนี้ เพราะเหตุที่ศาลจะต้องพิจารณาคดีที่ปรากฏในท้องสำนวนความ ตามหลักกฎหมายลักษณะพยานนี้เอง จึงทำให้การใช้ดุลพินิจในการลงโทษของศาล กำหนดโทษลงแก่ผู้กระทำความผิดในลักษณะที่ขัดกับความรู้สึก

๑
รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง การป้องกันและปราบปราม
อาชญากรรม, เรื่อง เกม, หน้า ๒๔๘.

ของประชาชนอยู่เสมอมา จนเป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่เสมอว่า ศาลาใช้ดุลพินิจลงโทษเบา หรือกฎหมายชราภาพ หรือกฎหมายไม่กักกิลีทรี^๑ ซึ่งจะพบข้อวิพากษ์วิจารณ์อยู่เสมอตามบทวิจารณ์ในหนังสือพิมพ์รายวันหรือรายสัปดาห์ทั่วไป

นอกจากประชาชนทั่วไปจะมีความเห็นขัดแย้งกับการใช้ดุลพินิจของศาลแล้ว ยังปรากฏอยู่เสมอว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นหน่วยงานเกี่ยวข้องกับศาลเอง ก็ยังมีความคิดขัดแย้งและกีดกันการใช้ดุลพินิจของศาลด้วยเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากความเห็นของผู้ช่วยอธิบดีกรมตำรวจ พลตำรวจโท สงวน จิตกาลาน^๑ ใ้กล่าวไว้ว่า "สาเหตุของเรื่องที่จะอภิปรายกัน ก็เนื่องมาจากว่าคดีอาญาที่เกิดขึ้นไม่ลดเลย มีแต่เพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ และนับวันจะเพิ่มขึ้นอีก ทั้งนี้เป็นเพราะอะไร จะเป็นเพราะเหตุที่ว่าคนไม่กลัวกฎหมายหรือว่าไม่กลัวการลงโทษ หรือว่าทำผิดแล้วรับสารภาพต่อศาลเสียศาลก็ลงโทษน้อย เรื่องที่ควรจะต้องมีโทษถึงตายก็ไม่ต้องตายเหล่านี้เป็นต้น ทั้ง ๆ ที่เรื่องบางเรื่องเป็นที่เขย่าขวัญประชาชนเป็นอันมาก เป็นเรื่องที่ยืดเยื้อมากมาย พอส่งไปฟ้องศาลจำเลยรับสารภาพศาลตัดสินจำคุกเพียง ๑๒ ปี ๑๕ ปี หรือ ๒๐ ปี หรือจำคุกตลอดชีวิต แต่เรื่องที่จะต้องถึงตายนั้นหายาก อันนี้เป็นเหตุที่ทำให้เราต้องพูดกัน และเพราะเหตุว่าประชาชนมีความสนใจอยู่มากกว่าทำไมศาลจึงลงโทษจำเลยน้อยเกินไป ยกตัวอย่างเช่นคดีเรื่องหมออธิปกับนวลฉวีก็ดี หรือคดีนางสาวเคือนใจก็ดี^๒ ชั่วฉับแต่เป็นคดีซึ่งอีกทีก็กรีกโครมทั้งสิ้น เรื่องเหล่านี้ประชาชน

^๑ ยศและตำแหน่งในปี พ.ศ. ๒๕๑๒.

^๒ คดีที่ปรากฏเป็นข่าวกรีกโครมเมื่อหลายปีมาแล้วที่นางสาวเคือนใจถูกข่มขืนและฆ่า ซึ่งได้มีผู้นำเรื่องราวตามข้อเท็จจริงมาสร้างเป็นบทภาพยนตร์ในเวลาต่อมา.

สนใจและเป็นห่วงกันมาก แม้แต่เจ้าหน้าที่ตำรวจ เองก็เป็นห่วง และรู้สึกหวาดหวั่นไปด้วยกันทั้งนั้น นอกจากนั้น ทางตำรวจ เองซึ่งเป็นพนักงานสอบสวนก็คาดคะเนว่า ได้ทำการสอบสวนอย่างดีที่สุด และเชื่อว่า เรื่องอย่างนี้ศาลจะลงโทษจำเลยอย่างสมกับความผิดที่จำเลยได้กระทำไป แต่ทว่าภายหลังจากที่ศาลได้พิพากษาคดีถึงที่สุดแล้วก็ปรากฏว่าความหวังของประชาชนก็ดี ความคาดคะเนของพนักงานสอบสวนก็ดี ต่างเลือนหายไปหมด อย่างเช่นคดีเคื่อนใจ ปรากฏว่าจำเลยรับสารภาพชั้นสอบสวน แต่ก่อนที่จำเลยจะรับสารภาพ จำเลยก็ปฏิเสธยื่นกระดาษขาดเดี่ยว ไม่ยอมที่จะร่วมมือกับพนักงานสอบสวนเลย พนักงานสอบสวนต้องอาศัยการสืบสวนที่ดีเยี่ยม ต้องอาศัยวิทยากรตำรวจ เข้าช่วย ต้องทำงานอย่างตัว เป็นเกลียวอย่างสมนุกสมมันทีเดียว จนกระทั่งผลที่สุดจำเลย เห็นว่าจะไปไม่รอดแล้ว จึงยอมรับสารภาพในชั้นสอบสวน แต่พอส่งสำนวนไปฟ้องศาลจำเลยกลับปฏิเสธอีก ปรากฏว่าคดีนี้หลังจากศาลพิพากษาแล้ว ศาลสั่งจำคุก ๑๕ ปี

คดีหมอลอชิปา ก็เหมือนกัน ซึ่งเป็นคดีที่อื้อฉาวโศกถึงมากท่านเอง เกี่ยวกันจำเลยไม่รับแม้แต่ชั้นพนักงานสอบสวน จำเลยก็ไม่รับ แต่เมื่อไปถึงศาล ๆ พิพากษาจำคุกจำเลย ๒๐ ปี^๑ ซึ่งผลคดีที่เกิดขึ้นทั้งสองคดีอย่างนี้ผมว่ามานี้ ปรากฏว่ามีคนวิพากษ์วิจารณ์กัน เป็นอันมากกว่าทำไมเป็นอย่างนั้น พนักงานสอบสวนบางคนก็มาถามข้าพเจ้าและประชาชนบางคนก็ทุกคน ข้าพเจ้าก็ได้พยายามอธิบายให้ฟังในเรื่องคุณพินิจ

ข้อความที่รายงานนี้คลาดเคลื่อนต่อความเป็นจริง เพราะศาลได้ตัดสินลงโทษประหารชีวิต แต่ขณะนั้นประจวบเป็นเวลาที่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวได้เสด็จนิวัติกลับพระนครและฝ่ายบริหารได้ทูลเกล้าถวายขอพระราชทานอภัยโทษ และได้รับพระราชทานอภัยโทษ เป็นจำคุกตลอดชีวิต.

ของศาล... อันที่สุกนี้แล้ว แต่ความกรุณาปรานีของศาลที่จะให้แก้จำเลย หรือนัยหนึ่ง
 ว่าเป็นดุลพินิจของศาลที่ศาลเห็นว่า เขาไหนจึงจะสมควร ที่เป็นการยากเหลือเกิน
 ที่ใคร ๆ จะรู้ว่า เขาไปถึงจะเหมาะ แล้วก็ไม่มีเกณฑ์อะไรที่จะวางไว้ให้ นอกจาก
 ศาลท่านจะวาของทานคนเถียวว่าอย่างนี้เหมาะแล้ว ท่านสมควรแล้ว ความจริง
 ความมุ่งหมายในการลงโทษผู้กระทำผิดนั้น ในหลักอาชญาวิทยา เรารู้กันว่า เราทำ
 เพื่อตอบแทนการกระทำผิด เพื่อปราบปราม เพื่อป้องกัน เพื่อบำบัดคดีนิสัยให้ เป็นคนดี
 แต่ว่าหลัก เรื่องการตอบแทนการกระทำผิดนี้ ประชาชนเป็นอันมากยัง เห็นว่า เท่าที่ศาล
 ลงโทษไปนั้น ไม่สมกับความผิด ก็อยากจะให้ศาลลงโทษจำเลยให้ร้ายแรงขึ้นไปอีก
 เพื่อให้สาสมกับความผิด เพราะว่าความผิดที่จำเลยกระทำนั้น มีโทษ เป็นความเสียหาย
 ต่อเจ้าทุกข์แต่เพียงคนเดียว เป็นการทำลายความสงบสุขของบ้านเมืองอย่างร้ายแรง
 ภัย เพราะฉะนั้น ประชาชนทั้งหลายจึงอยาก จะเห็นการลงโทษของศาลให้รุนแรงขึ้น" ๑

ข้อความดังกล่าวมานี้ ถือว่า เป็นถ้อยคำที่ตรงกับความรู้สึกของประชาชน
 ส่วนใหญ่ ที่มุ่งต้องการให้ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดโทษในการกระทำผิดที่กระทบกระเทือน
 ต่อขวัญของประชาชนหรือรัฐ ซึ่งปรากฏ เป็นข่าวครึกโครมในหนังสือพิมพ์รายวัน ใน
 ลักษณะที่รุนแรงสมกับการกระทำความผิด

ดังที่ทราบแล้วว่า ดุลพินิจของศาลในการที่จะกำหนดโทษให้ เหมาะสมนั้น
 ศาลได้มีหลักที่ควรคำนึงอยู่แล้วว่า หาก เป็นคดีที่กระทบกระเทือนต่อขวัญของประชาชน
 ต่อผู้เสียหายหรือต่อรัฐโดยตรงแล้ว ศาลย่อมจะต้องใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้สมกับ
 การกระทำผิดของจำเลย แต่ตามคำพิพากษาที่ปรากฏอยู่ในหลายคดีนั้น ศาลใช้
 ดุลพินิจในการกำหนดโทษที่ผลความรุนแรงของโทษ ไม่ตรงกับความต้องการของ
 ประชาชนโดยทั่วไป

^๑ รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม,
 เรื่อง เดิม, หน้า ๑๖๑ - ๑๖๓.

เหตุนี้จึง เป็นเช่นนั้น

หากพิจารณาถึงทฤษฎีการลงโทษแล้ว การลงโทษของศาลขึ้นอยู่กับทฤษฎีหลายประการ เช่นการป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดอีก การปราบปราม การชดเชย การทดแทน และการปรับปรุงแก้ไขให้จำเลยกลับตัวเป็นคนดี ฉะนั้น ในบางกรณีศาลจะต้องคำนึงถึงความเหมาะสมแห่งโทษที่จะลงแก่จำเลย เป็นรายกรณี จะลงโทษอย่างรุนแรง เสมอไป ย่อมเป็นการลงโทษตามทฤษฎีทดแทน ที่วิชาการสมัยใหม่ถือว่าไม่เหมาะสม และเหตุผลที่สำคัญอีกประการก็คือ ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจพิจารณากำหนดโทษตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามสำนวนความ

จริงอยู่ แม้ว่าจะยอมรับกันว่าในคดีที่กรีกโครมกระทบกระ เพื่อสนองขวัญของประชาชนหรือของรัฐ ศาลควรที่จะกำหนดโทษให้รุนแรง เหมาะสมกับความผิดก็ตาม แต่ศาลจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามสำนวนความเท่านั้น ซึ่งข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามสำนวนความ ย่อมมาจากรากฐานของความยุติธรรม ที่คู่ความทั้งสองฝ่ายมีโอกาสแสดงพยานหลักฐานและนำสืบหักล้างซึ่งกันและกัน หากศาลจะใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ไปตามข่าวที่ปรากฏกรีกโครมตามหนังสือพิมพ์ทั่วไปแล้ว ย่อมจะทำให้ความยุติธรรมของศาลสูญสิ้นไป ด้วยเหตุนี้เมื่อใดนักหนังสือพิมพ์ต้องการให้ศาลลงโทษหนักแก่ผู้กระทำผิดรายใด ก็สามารถประโคมข่าวให้เป็นที่กรีกโครมเพื่อจะให้ศาลใช้อำนาจลงโทษผู้กระทำผิดอย่างรุนแรง หากเป็นเช่นนั้นสภาพของสังคมและสิทธิของประชาชนก็จะสูญสิ้นไป ต้องตกอยู่ภายใต้หลักการตัดสินที่ไร้กฎเกณฑ์ เมื่อเป็นเช่นนั้น ผู้ที่จะประสบความสำเร็จอย่างยั่งยืน ก็คือราษฎรผู้ประสงค์จะให้ศาลตัดสินลงโทษรุนแรงตามความกรีกโครมแห่งคดีนั้นเอง ด้วยเหตุนี้ แม้ศาลจะประสงค์ลงโทษผู้กระทำผิดที่มีผลกระทบต่อเสียหายหรือรัฐ ด้วยส่วนสำคัญที่พอเพียงกับการกระทำผิดก็ตาม แต่ก็ต้องยึดมั่นอยู่บนรากฐานแห่งความยุติธรรม สมกับด้อยคำว่า "จงประสพความยุติธรรม แม้ฟ้าจะถล่มก็ตาม" (Let justice be done, though the heavens fall.)"

จากที่กล่าวมา เกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่ช่วยกำหนดการลงโทษให้กับศาล ซึ่งมีอยู่หลายประการนี้ สิ่งสำคัญที่สุดที่ศาลจะต้องคำนึงก็คือ ข้อเท็จจริงต่าง ๆ จะต้องปรากฏอยู่ในสำนวนความ และศาลจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยประกอบด้วย เพราะการกำหนดโทษที่นั่น จะต้องมีความเหมาะสมกับตัวจำเลยด้วยว่าจำเลย เช่นใดสมควรจะได้รับการกำหนดวางโทษอย่างไร อันเป็นการลงโทษที่พิจารณาความเหมาะสมของตัวจำเลยและพฤติกรรมการลงโทษในแบบต่าง ๆ มาพิจารณาเคียงคู่กับข้อเท็จจริงที่เป็นเครื่องช่วยให้ศาลกำหนดโดยตามหัวข้อต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาแล้ว เมื่อเป็นเช่นนี้จึงจะเห็นได้ว่า การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาล เป็นงานที่ต้องอาศัยทั้งศิลปวิทยาการ และทักษะความสุ่มรอบคอบประกอบกันด้วยเหตุนี้ การกำหนดโทษ เช่นนี้แม้ เป็นภาระแก่ผู้พิพากษาอยู่มาก เพราะมิได้อยู่ใกล้ติดกับตัวผู้กระทำผิด ได้แต่พิจารณาจากถ้อยคำสำนวนประกอบบุคคลลักษณะและอาการปฏิกิริยาของจำเลยที่อยู่ต่อหน้า เป็นใหญ่^๑ อย่างไรก็ตาม การพิจารณาริยาอาการของคุณความทั้งหลายช่วยประกอบในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิดของจำเลย ทั้งในทางโทษและข้อเท็จจริงนี้ แม้จะมีส่วนช่วยได้เพียงเล็กน้อย แต่ก็ เป็นสิ่งสำคัญที่ศาลจะต้องคำนึงถึงตลอดเวลาที่จะมีการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ดังที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๔๑/๒๔๕๕ ได้แสดงความสำคัญของเรื่องนี้ไว้ว่า "วิธีวางโทษผู้กระทำผิดนั้น ถ้าศาลล่างไม่ไ้วางกำหนดนิศพลาคนเหลือเกินแล้ว ศาลสูงไม่ควรแก้ไข ด้วยเหตุที่ว่าศาลล่าง เป็นผู้วินิจฉัยพิจารณา ย่อมเห็นกริยาอาการพยานโจทก์จำเลยได้ด้วยตา อาจซึ่งหนักเบาใกล้ถวน สุชุม ใกล้ยุติธรรมกว่าศาลอุทธรณ์ ซึ่งได้พิเคราะห์แต่สำนวน"

^๑ สรร เสริญ โกรจิตติ, เรื่อง เกม, หน้า ๓๐.

คุณพินิจในการวางโทษฐานต่าง ๆ

โทษ เป็นวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่จะเป็นเครื่องกำหนดว่าผู้กระทำความผิดจะได้รับผิดร้ายอย่างไร ซึ่งการกำหนดโทษในแต่ละความผิดนั้น ย่อมแตกต่างกันไป แล้วแต่สภาพของความผิด ด้วยเหตุนี้ โทษแต่ละสถานจึงมีความหมายอยู่ในตัวเองว่า กฎหมายนั้น ๆ จะมีวัตถุประสงค์อย่างไร หรือมีรากฐานการลงโทษจากพฤติกรรมการลงโทษ เช่นใด

การลงโทษหรือการกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดแต่ละบุคคลย่อมมีความแตกต่างกันไป แล้วแต่สภาพความผิดของบุคคลในแต่ละบุคคลนั้น และแม้ในปัจจุบันนี้ก็ตาม โทษของแต่ละประเทศก็ย่อมจะแตกต่างกันไป ซึ่งยอมแล้วแต่วัตถุประสงค์แห่งการลงโทษและพฤติกรรมการลงโทษในแต่ละประเทศ แต่หากจะหมาย ความคลุมคำว่า "โทษ" โดยทั่วไปแล้ว โทษหมายถึงความเจ็บปวด ความทนทุกข์ทรมาน หรือการกำหนดขอบเขตในการดำรงชีวิตของบุคคล โดยรัฐ หรือคำพิพากษาของศาล ที่ได้ตอบการกระทำหรืองดเว้นการกระทำตามที่กฎหมายกำหนด

ความหมายของโทษดังที่กล่าวไว้นั้น ในปัจจุบันแตกต่างไปจากเดิม เพราะความมุ่งหมายในการลงโทษ และพฤติกรรมการลงโทษได้เปลี่ยนแปลงไป จากแนวความคิดที่มุ่งจะตอบแทนผู้กระทำความผิดให้ได้รับผลร้ายแต่เพียงอย่างเดียว มา เป็นแนวความคิดที่ต้องการจะปราบปรามและป้องกันมิให้เกิดอาชญากรรมขึ้น

Black's Law Dictionary, 4th ed. (St. Paul, Minn;

West Publishing Co., 1951), p. 1398.

และด้วยเหตุนี้ ต่อมา เพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ดังกล่าว โทษจึงได้มีการพัฒนาการ
ขึ้นเป็นปฏิกริยาของสังคม ที่มีต่อการกระทำผิดในทางปราบปรามและป้องกัน โดย
กำหนดให้มิโทษ เป็นมาตรการในการปราบปรามการกระทำผิด และมีวิธีการ เพื่อ
ความปลอดภัยเป็นมาตรการในการป้องกันการกระทำผิด^๑

ดังนั้น ในระบบการของโทษของนานาประเทศ จึงจะพบว่ามิโทษกำหนด
ตอบแทนผู้กระทำผิดความผิดอยู่ ๒ ลักษณะด้วยกัน โดยมีบทกำหนดโทษ และวิธี
เพื่อความปลอดภัย ซึ่งในระบบการลงโทษตามกฎหมายไทยก็เช่นกัน

๑. คุณพินิจในการวางโทษ การที่ศาลจะกำหนดวางโทษชนิดใดลง
ลงแก่จำเลยนั้น สิ่งสำคัญที่สุดที่จะต้องพิจารณาก็คือ อัตรโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้
เพราะหลักในกฎหมายอาญานั้น การที่ศาลจะลงโทษต้อง เป็นไปตามหลักที่ว่า จำเลย
กระทำการที่กฎหมายบัญญัติ เป็นผิดและมีโทษ และโทษที่จะลงต้อง เป็นโทษตามกฎหมาย^๒

การที่ศาลจะคำนึงถึงหลักการลงโทษตามทฤษฎีและสภาพข้อเท็จจริงแล้ว
แล้ว เพื่อให้สอดคล้องกับหลักดังกล่าว จึงจำเป็นต้องคำนึงถึงระดับโทษต่าง ๆ ที่
กฎหมายได้กำหนดไว้ด้วย ซึ่งโทษต่าง ๆ นั้นได้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา
มาตรา ๕ ว่า "โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำผิดมีดังนี้

- ๑. ประหารชีวิต
- ๒. จำคุก

^๑ โทเมน ภทรภิมย์, กฎหมายอาญา เปรียบ เทียบและอาชญาวิทยา,
(แผนผังประกอบคำบรรยาย จิตพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า ๑.

^๒ จากหลักกฎหมายที่ว่า "Nulla poena, nullum crimen."
ซึ่งกฎหมายไทยได้บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา ๒ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

๓. กักขัง
๔. ปรับ
๕. ริบทรัพย์สิน

ความหนักเบาของโทษถือตามลำดับในมาตรา ๑๕ นี้ เช่นโทษจำคุกย่อมหนักกว่าโทษปรับ เป็นต้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๔๔-๕/๒๕๐๑) โดยกฎหมายจะบัญญัติให้การกระทำความผิดในแต่ละฐานจะต้องรับโทษสถานหนึ่งหรือหลายสถาน เพื่อศาลคำนึงถึงข้อเท็จจริงและทฤษฎีการลงโทษแล้ว ก็จะกำหนดโทษตามที่กฎหมายบัญญัติลงแก่ผู้กระทำความผิดให้เหมาะสม และการที่จะกำหนดโทษสถานใดจึงจะเหมาะสมนี้ จำต้องพิจารณาลักษณะของโทษแต่ละประการด้วยว่ามีลักษณะเช่นใด ดังนี้

๑.๑ โทษประหารชีวิต โทษประหารชีวิตเป็นโทษที่มีประวัติดังกล่าวและวิวัฒนาการมานาน ถึงกับเชื่อกันว่าได้ก่อกำเนิดขึ้นพร้อม ๆ กับที่ได้เกิดระบบสังคมขึ้นในโลก * ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำคัญ เป็นการทดแทนการกระทำผิดและข่มขู่

แต่เดิมโทษประหารชีวิตของนานาประเทศมีวิธีการประหารที่ป่าเถื่อนไร้ศีลธรรม ซึ่งตามกฎหมายไทยแต่ครั้งโบราณก็เช่นกัน ดังปรากฏจากกฎหมายลักษณะอาญาหลวงและกฎหมายลักษณะยกบฏว่า มีวิธีประหารต่าง ๆ เช่น "เอาเหล็กไฟเผามันสมองจนตาย" ๑ "ลอกหนังศีรษะทิ้งเล็กออกให้ตาย" ๑ "เอาไฟเผาในปากจนตาย" ๑ "เผาทั้งเป็น" ๑ ฯลฯ

จุฬารัตน์ วงศ์ทองสรณ์, โทษประหารชีวิต, วารสารนิติศาสตร์
ปีที่ ๓ ฉบับที่ ๓, ภาค ๑ พ.ศ. ๒๕๒๐, หน้า ๑๐๓.

ความคิดเกี่ยวกับโทษประหารและวิธีการประหารในปัจจุบันนี้ถือว่า การประหารชีวิตนั้นไม่ควรกระทำอย่างทารุณโหดร้าย แต่ควรมีมนุษยธรรม คือไม่ว่าจะเป็นวิธีประหารอย่างใดก็ตาม สิ่งสำคัญที่สุดจะต้องให้ผู้ถูกประหารถึงแก่ความตายทันที^๑ วิธีการประหารนี้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕ บัญญัติว่า "ผู้ใดต้องโทษประหารชีวิต ให้เอาไปยิง เสียให้ตาย"

ในการที่ศาลจะเลือกใช้โทษประหารชีวิตกำหนดลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นที่น่าสังเกตว่า โทษประหารชีวิตจะมีบัญญัติไว้เป็น ๒ ลักษณะด้วยกัน กล่าวคือ หากการกระทำความผิดนั้นมีผลกระทบกระเทือนอย่างร้ายแรงต่อรัฐและประชาชนโดยตรง เช่นความผิดเกี่ยวกับพระมหากษัตริย์ หรือความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงภายในของรัฐ กฎหมายจะกำหนดโทษประหารชีวิตไว้สถานเดียว เมื่อใดก็ตามที่กฎหมายกำหนดโทษประหารชีวิตไว้สถานเดียวนั้น ศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเป็นอื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ ก็จำต้องลงโทษประหารชีวิตไปตามกฎหมายในประการที่ ๒ หากการกระทำความผิดนั้น มีลักษณะการกระทำร้ายแรงรองลงมาจากที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น แต่มีความเสียหายกระทบกระเทือนต่อรัฐและประชาชนโดยตรงแล้ว กฎหมายจะบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษหลายสถาน เช่นประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกยี่สิบปี ดังปรากฏในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา ๒๘๘ แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น การที่กฎหมายบัญญัติกำหนดโทษหลายสถานรวมทั้งโทษประหารชีวิตไว้เช่นนี้ เป็นการเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจได้ว่า สภาพของตัวจำเลยและข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง จะสมควรได้รับโทษประหารชีวิตหรือไม่

ในกรณีที่ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจในความผิดที่กำหนดโทษหลายสถานรวมทั้งโทษประหารชีวิตไว้ด้วย มีข้อควรสังเกตว่า เมื่อใดที่จำเลยกระทำความผิดในความผิด

^๑ โโก เมน ภัทรภิมย์, กฎหมายอาญา เปรียบ เทียบและอาชญาวิทยา ๒, (แผนปลิวประกอบคำบรรยาย จักรพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า ๕.

ที่กำหนดโทษประหารชีวิตไว้ด้วยนั้น ประชาชนทั่วไปต้องการให้ศาลลงโทษประหารชีวิต หากศาลเลือกกำหนดโทษสถานอื่นแล้ว มักมีข้อวิพากษ์วิจารณ์เสมอว่า "กฎหมายชราภาพ" หรือ "กฎหมายไม่ศักดิ์สิทธิ์" หรือ "ประชาชนมีความผิดหวังในดุลพินิจของศาล" ๑ ความรู้สึกของประชาชนเช่นนี้ นักกฎหมายหลาย ๆ ท่านก็คิดเห็นสนับสนุนด้วย ปัญหาที่น่าพิจารณาก็คือ การใช้ดุลพินิจของศาล ในการกระทำผิดที่กำหนดโทษประหารชีวิตไว้ด้วยนั้น ศาลจะเลือกใช้การกำหนดโทษประหารอย่างเคร่งครัดมากน้อยเพียงใด สิ่งเหล่านี้ย่อมขึ้นอยู่กับเหตุผลต่อไปนี้คือ

๑. การลงโทษประหารชีวิต เป็นการตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำผิด กระทำผิดได้อีก ตามเหตุผลข้อนี้ถือว่าเป็นไปตามทฤษฎีการลงโทษที่มีวัตถุประสงค์ เป็นการป้องกันการกระทำผิด ซึ่งถือว่าการประหารชีวิตผู้กระทำผิดจะเป็นการปฏิบัติตามทฤษฎีการลงโทษนี้อย่างได้ผลที่สุด

แต่ในทางตรงกันข้าม เป็นที่ยอมรับความจริงกันว่า การใช้ดุลพินิจในการ วินิจฉัยความผิดของศาลมีการผิดพลาดเกิดขึ้นได้ ศาลในแทบทุกประเทศได้เคย กระทำการ "ผิดพลาดทางกระบวนการยุติธรรม" โดยวินิจฉัยลงโทษจำเลยผู้บริสุทธิ์ เป็นอันมาก และหากเป็นการลงโทษจำเลยในสถานอื่นนอกเหนือจากประหารชีวิต จำเลยผู้บริสุทธิ์ยังมีโอกาสได้รับการแก้ไขให้ได้รับความยุติธรรม แต่ถ้าหากเป็นการ ลงโทษประหารชีวิตแล้ว ความผิดพลาดเช่นนั้น จะไม่มีโอกาสได้รับการแก้ไขให้ ถูกต้องได้เลย ตัวอย่างของความผิดพลาดในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและจำเลย ได้รับความประหารชีวิตนั้นมีมากมาย เช่นนักโทษในคดีต้องหาวาลักถูกพัน เอกซาลส์- ลินเบอร์ นักบินผู้มีชื่อเสียงของอเมริกา ไปฆ่า ขณะที่กำลังนั่งอยู่บนเก้าอี้ไฟฟ้า

รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง การป้องกันและปราบปราม

อาชญากรรม, เรื่องเดิม, หน้า ๑๖๒.

รอเวลาที่ เพชฌฆาตจะกดสวิชประหารชีวิตตามคำพิพากษานั้น กรรมการควบคุมการประหารชีวิตได้ถามว่า "ท่านได้กระทำผิดจริงถึงใจทักฟองหรือไม่"

นักโทษผู้นั้นตอบว่า "ข้าพเจ้ามิได้กระทำผิดเลย ข้าพเจ้าถูกประหารชีวิตด้วยเหตุผลโดยบังเอิญแท้ ๆ แต่การที่ข้าพเจ้าจะตายในครั้งนี่ ข้าพเจ้ามิได้เสียดายชีวิต เพราะข้าพเจ้าหวังว่าชีวิตของข้าพเจ้าจะเป็นตัวอย่างให้โลกเลิกการประหารชีวิตกันต่อไป ซึ่งจะเป็นคุณแก่จำเลยในภายหน้าอย่างยิ่ง"^๑

หรือเมื่อวันที่ ๑๗ ตุลาคม ๑๙๐๑ ได้เกิดคดีฆาตกรรมขึ้นใน Palatka, Florida เจ้าหน้าที่ได้จับ J.B. Brown ไว้เป็นผู้ต้องสงสัยว่าฆ่า Wesson และจากการสอบสวนก็ได้หลักฐานมีค้ำว่า Brown เป็นผู้กระทำผิด จากการพิจารณาพิพากษาของศาลก็ตัดสินให้ลงโทษประหารชีวิต Brown โดยการแขวนคอในวันประหารนั้น ขณะที่นักโทษประหารถูกสวมเชือกลงที่คอและฟังกาลังประหารชีวิตอยู่นั้นเอง ก็เกิดมีข้อบกพร่องในค้ำลังประหารขึ้น Brown จึงถูกนำกลับไปขังไว้ก่อน จากเหตุการณ์นี้เอง Brown ถูกลดหย่อนโทษลงเหลือจำคุกตลอดชีวิต จากนั้นอีก ๑๐ ปีต่อมา มีชายคนหนึ่งชื่อ Johnson ก่อนตายเล็กน้อย เขาได้สารภาพว่า เขา เป็นคนฆ่า Wesson เอง Brown จึงได้รับการปลดปล่อย^๒

อีกคดีหนึ่ง ในปี ๑๘๘๓ ที่เมือง Marion, Mississippi Will Buckley ถูกฆาตตายและ Will Purvis ถูกจับและถูกพิพากษาให้รับโทษประหารชีวิตโดยมีประจักษ์พยาน Jim Buckley น้องชายผู้ตายยืนยันว่า เห็น

^๑ หลวงสถลายุทธชำนานู, วิชาข้อเท็จจริง พิมพ์ครั้งที่ ๔ (ธนบุรี : โรงพิมพ์ประยูรวงศ์, ๒๕๐๔), หน้า ๔๓ - ๔๔.

^๒ จตุพร วงศ์ทองสรวิศ, เรื่องเดิม, หน้า ๑๑๔ อ้างถึง Sutherlands Cressey, Principles of Criminology, 211(1966).

Purvis ทำพี่ชายของคน ในขณะที่ Purvis ถูกนำไปประหารในที่สาธารณะ โดยการแขวนคอตัน ยังไม่ทันคล้อง เชือก เขาก็กับคอตันโทษประหาร สลักสำหรับปล่อยให้นักโทษตกลงมาก็ถูกดึง เสียก่อน ประชาชนที่เฝ้าดูอยู่จึงไม่ยอมให้ทำการประหารนักโทษใหม่อีก Purvis ถูกนำกลับไปยังและได้กำหนดวันประหารใหม่ ทำให้เกิดพวกสนับสนุนให้มีการประหารใหม่ และอีกพวกต้องการให้มีการลดโทษ ซึ่งจากการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง ปรากฏว่าพวกสนับสนุนให้มีการลดโทษ เป็นฝ่ายชนะ ได้รับเลือกให้เป็นผู้ว่าการรัฐ Purvis จึงถูกลดโทษ เป็นจำคุกตลอดชีวิต หลังจากเหตุการณ์ประหารชีวิตนั้นมาอีก ๒๓ ปี Joe Beard ก็ได้สารภาพขอขมาว่า เขากับ Louis Thornhill เป็นคนฆ่า Will Buckley เอง^๑

ข้อเท็จจริงตามตัวอย่างต่าง ๆ นี้ แสดงถึงความผิดพลาดทางกระบวนการยุติธรรมนั้น ย่อมเกิดขึ้นได้เสมอ ซึ่งในกรณีเช่นนี้หากศาลเลือกวิธีกำหนดโทษ โดยการประหารชีวิตแล้ว ความผิดพลาดเช่นนี้ก็ย่อมจะไม่อาจได้รับการเยียวยาให้จำเลยได้รับความเป็นธรรมได้เลย

๒. การที่ศาลจะกำหนดโทษประหารชีวิตนั้น ถือกันว่า^๒อย่างยิ่งในทางทฤษฎี^๓ ทำให้ประชาชนเกิดความเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดอาญา เหตุผลในข้อนี้ มีผู้สนับสนุนมากมายว่า การมีโทษประหารชีวิตจะเป็นตัวอย่างที่ดีที่จะทำให้บุคคลทั่วไป เกรงกลัว ตัวอย่างที่มีมักจะยกขึ้นมาสนับสนุนข้ออ้าง เช่นนี้ได้แก่ การที่รัฐบาลสมัยจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ได้ใช้อำนาจพิเศษตามธรรมนูญการปกครองประเทศ มาตรา ๑๗ สั่งประหารชีวิตผู้กระทำความผิดในคดีค้าเฮโรอีนและวางเพลิง เป็นต้น มีผู้อ้างว่า คดีวางเพลิงได้เกิดขึ้นชุกชุมมากในเขตกรุงเทพฯ แต่หลังจากที่ได้มีการประหารชีวิตผู้วางเพลิงแล้ว ๓ ราย การวางเพลิงก็ได้หยุดลงในทันที^๒

^๑ เรื่องเดิม, หน้าเดิม, อ้างถึง T. Sellin (ed), Capital Punishment, 211(1967).

^๒ เรื่องเดิม, หน้า ๑๒๑ อ้างถึง N. Setabutr, The Role of the Military in Thailand. 60(1971).

แต่จากสถิติที่แท้จริงจากหลาย ๆ แห่ง ถือกันว่าการลงโทษหนักแต่ประการ
เกียวนั้น ไม่อาจแก้ไขปัญหาอาชญากรรมได้อย่างจริงจัง ซึ่งในประเทศไทยก็เคย
มีตัวอย่างมาแล้วตั้งแต่ต้นรัชสมัยรัชกาลที่ ๕ ที่ได้มีการตั้งศาลรับสั่งพิเศษ พิจารณา
โทษและให้มีการประหารชีวิตผู้กระทำความผิดด้วยวิธีการรุนแรงและทารุณโหดร้าย แต่ก็
หาเป็นผลในค่านปราบปรามอาชญากรรมได้อย่างจริงจังเลย^๑ หรือในรัฐ

Washington ได้ยกเลิกโทษประหารชีวิตในระหว่างปี ค.ศ. ๑๘๑๓ ถึง ๑๘๑๕
คดีฆาตกรรมเพิ่มสูงขึ้น อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะได้นำเอาโทษประหารชีวิตกลับมาใช้
ใหม่แล้ว คดีฆาตกรรมก็ยังคงเพิ่มขึ้นอีก^๒ ตัวอย่างดังกล่าวเหล่านี้ ชี้ให้เห็นว่า
การมุ่งข่มขู่บุคคลให้เกรงกลัวการกระทำผิดโดยกำหนดโทษประหารแต่เพียงอย่างเดียว
นั้น หาได้มีผลสมกับที่ตั้งเป้าหมายเอาไว้เลย

ปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลเกี่ยวกับการกำหนดโทษประหารชีวิตนี้ ถือเป็น
ปัญหาสำคัญที่ได้มีการถกเถียงกันมาอย่างกว้างขวางมากมาย โดยเฉพาะการเรียกร้อง
ให้มีการยกเลิกโทษประหาร ซึ่งต่างก็มีเหตุผลสนับสนุนและคัดค้านหลายประการ
ด้วยกันคือ

๑. การที่ต้องการให้ยกเลิกโทษประหาร เพราะหากมีการนิรโทษ
เกี่ยวกับการวินิจฉัยข้อเท็จจริงของศาลแล้ว จะเป็นความเสียหายแก่จำนวนบริสุทธิ์
เป็นอย่างยิ่ง แต่ความเห็นเช่นนี้ ได้รับการคัดค้านจากฝ่ายนิยมให้มีโทษประหารว่า
ถ้าหากมีความผิดพลาดทางการยุติธรรมนั้น โทษจำคุกก็แก้ไขไม่ได้เช่นเดียวกัน
เพราะแม้จะชดเชยค่าเสียหายอย่างไรก็ไม่คุ้มกับการที่เข้าไปจองจำอยู่ในคุก^๓

^๑ คุรายละ เอียคินภาค ๒ บทที่ ๒ ข้างต้น.

^๒ จตุพร วงศ์ทองสรณ์, เรื่องเดิม, หน้า ๑๐๓ - ๑๐๔.

^๓ โทแมน กัทธกรมย์, เรื่องเดิม, หน้า ๔.

๒. โทษประหารชีวิต เป็นโทษที่ลง เพื่อการแก้แค้นทดแทนเท่านั้น
 หากมีผลในทางคดีนิสัยหรือปรับปรุงแก้ไขตัวผู้กระทำผิดแต่อย่างใดไม่ ซึ่ง เป็นการขัด
 กับทฤษฎีการลงโทษแผนใหม่ การประหารชีวิตจึง เป็นตัวอย่างอันทารุณแก่บุคคลอื่น
 ที่รัฐกลับ เป็นผู้ฆ่าคน เสียเองอย่าง เลือดเย็น แต่ความเห็นนี้ก็ ได้มีการคัดค้านว่า
 วัตถุประสงค์แห่งการลงโทษมีไว้แต่เพียงการคดีนิสัยอย่าง เดียว ผลที่ได้ในทาง
 อื่นยังมีอีก โดยเฉพาะ เช่นผลในทางกำจัดและปราบปราม ซึ่งไม่มีโทษอื่นจะใช้แทน
 ที่ได้ในแง่ปราบปรามนี้ ส่วนในแง่กำจัดหรือป้องกันมิให้ผู้นั้นกระทำความผิดขึ้นอีก
 แม้จะจำคุกไว้จนตลอดชีวิตได้ก็ไม่ว่าจะไม่หลุดพ้นออกมา เป็นภัยแก่ชุมชนได้อีก
 และตัวอย่างตามสถิติของนานาประเทศได้เป็นที่ประจักษ์ชัดแล้วว่า การกระทำผิดของ
 ผู้ที่กระทำผิดและรับโทษจำคุกมาแล้ว มิได้ลดน้อยลง เลย ^๒ ในกรณีเช่นนี้ หากใช้
 วิธีการประหารชีวิตผู้กระทำผิดเสีย กลับจะ เป็นผลดีต่อรัฐในแง่ของงบประมาณแผ่นดิน
 ที่จะต้องนำมาใช้จ่ายเลี้ยงดูผู้กระทำผิดในขณะจ้องจาร์ับโทษอยู่อีกด้วย

๓. การลงโทษประหารชีวิตไม่มีประโยชน์ในแง่ปราบปรามอย่าง
 จริงจัง เพราะทั้ง ๆ ที่ใช้โทษประหารชีวิตมาแต่ไหนแต่ไร ความผิดอาชญา ก็ยังคง
 มีอยู่เช่นเดิม ในข้อนี้แม้จะเป็นความจริงที่การลงโทษประหารชีวิตไม่ทำให้ความผิด
 อาชญาสูญสิ้นไป แต่ก็เป็นความจริงว่ามีหลายประเทศที่เลิกโทษประหารชีวิตแล้วกลับ
 ต้องใช้โทษประหารชีวิตอีก ^๓

^๑ จิตติ คิงส์คีย์, ประมวลกฎหมายอาชญาภาค ๑ ตอนที่ ๒ พิมพ์ครั้งที่ ๓
 (กรุงเทพฯ : จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๑๔).
 หน้า ๒๕๑๔.

^๒ อุททิศ แส่นโกสติก. "หลักกฎหมายอาญา : การลงโทษ," อุททิศอนุสรณ์
 หนังสืออนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ ดร.อุททิศ แส่นโกสติก, ๒๓ มีนาคม ๒๕๑๕,
 (นครหลวงกรุงเทพธนบุรี : โรงพิมพ์กรรมสรวรพสามิต, ๒๕๑๕), หน้า ๓๘.

^๓ จิตติ คิงส์คีย์, เรื่องเดิม, หน้า ๓๒๕.

ในขณะที่เดียวกัน ตัวอย่างที่มักจะยกอ้างอยู่เสมอในการ เสนอให้ยกเลิก เลิก โทษประหารชีวิตก็คือ ข้อเท็จจริงที่ว่า ในหลาย ๆ ประเทศที่มีการยกเลิกโทษ ประหารชีวิตแล้ว และสถิติอาชญากรรมมิได้เพิ่มขึ้นเลย แต่ในความเป็นจริงแล้ว ประเทศที่มีการยกเลิกโทษประหารมักจะกระทำในขณะที่สถิติอาชญากรรมลดลงและ ได้มีการยกเลิกการใช้โทษประหารในทางปฏิบัติก่อนหน้าที่จะมีการยกเลิกโดยกฎหมาย เป็นเวลานาน การยกเลิกโทษประหารโดยออกกฎหมายจึงมักไม่มีผลต่อสถิติ อาชญากรรมเท่าใดนัก นอกจากนั้น การยกเลิกโทษประหารมักจะทำกันในขณะที่สภาพ บ้านเมือง ทางสังคม และทาง เศรษฐกิจของประเทศอยู่ในสภาพที่ดี ซึ่งเป็นธรรมดา อยู่เองที่สถิติอาชญากรรมจะลดลงในสภาพเช่นนี้^๑ สำหรับประเทศหรือรัฐที่ยัง ไม่มีความพร้อมทางด้านสังคม หรือการเมือง การ เศรษฐกิจ เมื่อได้ยกเลิกโทษ ประหารชีวิตไปแล้ว กลับมีสถิติอาชญากรรมพุ่งสูงขึ้นจนต้องนำโทษประหารกลับมาใช้ อีกเป็นจำนวนไม่น้อย

และในปัจจุบันนี้ แม้ว่าในหลาย ๆ ประเทศจะมีโทษประหารอยู่ก็ตาม แต่การนำโทษประหารมาใช้ในทางปฏิบัติมีเป็นจำนวนน้อย เป็นการเลือกใช้อย่าง พิถีพิถัน และยิ่งไปกว่านั้น เป็นหลักควบคู่กับการมีโทษประหารก็คือการให้ประมุข ของรัฐให้อภัยโทษแก่ผู้ต้องโทษประหารอีกด้วย จึงทำให้สถิติการประหารชีวิตอย่าง จริงจังมีจำนวนไม่มากนัก เช่นในประเทศฝรั่งเศสระหว่างปี ค.ศ. ๑๙๖๐-๑๙๖๖ มีการลงโทษประหารชีวิต ๑๑๙ ราย ที่ประหารจริง ๆ มีเพียง ๙ ราย ในปี ค.ศ. ๑๙๘๘ คำพิพากษาให้ประหารชีวิตมี ๒ ราย ในปี ค.ศ. ๑๙๖๙ มีเพียง ๓ ราย^๒ สถิติเหล่านี้ เป็นข้อยืนยันได้ว่า แม้จะไม่มีกการยกเลิกโทษประหาร ชีวิต แต่ในทางปฏิบัติก็ได้มีการนำโทษประหารชีวิตมาใช้เป็นจำนวนไม่มากนัก ข้อเสียของโทษประหารที่ฝ่ายอหิมีการยกเลิกโทษประหารจึงมีไม่มากจนน่ากลัว เกินไป

^๑ โโกเมน ภัทรภิรมย์, เรื่องเดิม, หน้า ๔.

^๒ เรื่องเดิม, หน้าเดิม.

ในขณะที่เดียวกัน การที่มีโทษประหารอยู่ยังสามารถ เป็นสิ่งที่ข่มขู่ให้บุคคลกลัว เกรงอยู่ในที่ไม่มากนักน้อย อีกทั้งการมีโทษประหารชีวิต เป็นสิ่งยืนยันว่ากฎหมายนั้นสนองความต้องการของสังคม เพราะข้อเท็จจริงที่ปรากฏโดยทั่วไปนั้น ประชาชนยังต้องการให้มีโทษประหารอยู่^๑ การที่รัฐจะยกเลิกโทษประหารไป เสียยอมก่อความรู้สึกให้กับประชาชนว่า เขาได้รับการทดแทนจากรัฐไม่พอเพียง ดังนั้น จึงมีตัวอย่าง เกิดขึ้นในรัฐโคโลราโด สหรัฐอเมริกา มีสถิติของการประหารที่ผู้กระทำผิดสูงมาก เมื่อยกเลิกโทษประหารชีวิต แต่สถิตินี้ก็กลับลดลงอย่างมากมาย เมื่อรัฐกลับนำเอาโทษประหารชีวิตมาใช้^๒ สิ่งเหล่านี้แสดงให้เห็นถึงความต้องการหรือความประสงค์ของประชาชน เป็นอย่างถี่ถ้วน กฎหมายที่คืบคลานจะมาจากความต้องการของประชาชนด้วย

การยกเลิกโทษประหารชีวิตไปเสีย นั้น ในบางกรณีหาก เกิดการกระทำผิดที่ร้ายแรงยิ่งขึ้นมาแล้ว เมื่อไม่มีบทลงโทษทดแทนการกระทำผิดอย่างพอเพียงโดยรัฐ ย่อมจะเกิดการหาทางออกของประชาชน ซึ่งจะเป็นผลเสียในด้านการรักษาความสงบของรัฐมากกว่า และการมีโทษประหารชีวิตอยู่ก็มีการนำออกใช้ในทางปฏิบัติอย่างรัดกุม มิได้ใช้พร่ำเพรื่อให้เกิดผลเสียถึงข้ออ้างต่าง ๆ แต่ประการใด ด้วยเหตุเหล่านี้ การจะยังคงโทษประหารไว้จึงยังมีประโยชน์อยู่ โดยเฉพาะในประเทศที่มีสภาพทางการเมือง ทางสังคม เศรษฐกิจที่ไม่ดีพอ และประชาชนในสังคมยังมีความต้องการโทษประหารชีวิต เช่นดังในประเทศไทย

^๑ จากการสำรวจที่เมือง Buffalo ในรัฐ New York พบว่า ๘๐ % ของประชาชนต้องการให้มีโทษประหารชีวิต ดู Bird: Albany Introduces Death Penalty Bill. The New York Times, June 14, 1977, p. 28.

^๒ จตุพร วงศ์ทองสรรค์, เรื่องเดิม, หน้า ๑๒๑ อ้างถึง Vedder, Keing, Clark, Criminology, 544 (1953).

แม้ว่าจะเห็นสมควรให้มีโทษประหารชีวิตอยู่ก็ตาม แต่การใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาสำหรับโทษฐานนี้ พึงต้องกระทำด้วยความระมัดระวังยิ่ง เพราะจากเสียงคัดค้านให้ยกเลิกโทษสถานนี้มีอยู่ทุกมุมโลก ย่อมเป็นเครื่องชี้ให้เห็นภัยจากการใช้โทษประหารนิคพลาต ซึ่งแน่นอนที่สุดไม่ว่านักกฎหมายท่านใดก็ตาม ย่อมต้องการให้การดำเนินการตามกฎหมายเป็นไปอย่างยุติธรรมที่สุด เมื่อโทษประหารมีทั้งคุณและโทษอย่างมากมายเช่นนี้ จึงต้องมีการใช้ดุลพินิจกันอย่างรอบคอบและระมัดระวังที่สุด

๑.๒ โทษจำคุก จำคุก เป็นโทษลำดับสองในประมวลกฎหมายอาญามีมาแต่โบราณกาล ตั้งแต่มนุษย์เริ่มหาวิธีลงโทษที่แน่นอนคลายจากการประหารชีวิตหรือขับไล่นักกระทำผิดให้พ้นไปจากชุมชน เป็นโทษชนิดจำกัดเสรีภาพ ซึ่งอาจมีกำหนดเวลาชั่วระยะหนึ่งมีกำหนดอย่างสูงไม่เกิน ๒๐ ปี หรือไม่มีกำหนดเวลา คือจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งจะเห็นได้จากมาตรา ๕๑ และ ๕๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรือในกรณีที่เปลี่ยนโทษจากประหารชีวิตเป็นจำคุกในกรณีนี้โทษต่อ การกำหนดเวลาจำคุกอาจยาวนานถึง ๕๐ ปีก็ได้ อย่างไรก็ตาม ใด ๆ ก็ กฎหมายถือเป็นหลักไว้ในบทบัญญัติโทษตามความผิดต่าง ๆ ให้อัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน ๒๐ ปี เพราะการกำหนดโทษจำคุกยาวเกินไป แทนที่จะเป็นผลดีในทางกีดกันผู้ต้องโทษ กลับจะมีผลให้ผู้ต้องโทษถูกตัดขาดจากสังคมภายนอกเรื้อรังยาวนานเกินไป จนไม่สามารถกลับเข้าสู่สังคมอีกได้ตามปกติ กลับกลายเป็นการทารุณแก่ผู้นั้นเกินไป ๑

โทษจำคุก เป็นการลงโทษที่มีลักษณะพิเศษคือ สามารถสนองความประสงค์ในการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษได้ทุกประการ ทั้งการทดแทนป้องกันปราบปราม และปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำผิด เพราะการเอาตัวผู้กระทำผิดไปจำคุกไว้จะต้อง

ปฏิบัติคือนั้นในทางฝึกและอบรมให้กลับตัว เป็นพล เมืองก็มีอาชีพสุจริตต่อไป โหระจ่าถูก
จึง เป็นโหระที่มีปัญหาและหลักการที่ต้องคำนึงในค่านาชาตวิทยามากที่สุด

การใช้ดุลพินิจกำหนดโหระจ่าคุกของศาลนี้ การคำนึงว่าระยะเวลาในการ
ที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดย่อมต้อง เป็นไปตามทฤษฎีการลงโทษ และสภาพข้อเท็จจริง
ในการกระทำผิดว่า จำเลยคนใดควรจะได้รับโทษมากน้อยเท่าใด แต่อย่างไรก็ดี
ปัญหาในการใช้ดุลพินิจของศาลวางอัตราโทษจ่าคุกของศาลหาได้เป็นอัตราโทษที่
ตายตัวตามความเป็นจริงไม่ จำเลยอาจได้รับการจองจำอยู่ยาว หรือสั้นยอม
ขึ้นอยู่กับสภาพทางค่านาชาตวิทยาและทัณฑวิทยา ซึ่งเจ้าหน้าที่และผู้คุมในเรือนจำ
จะเป็นผู้พิจารณาสภาพและความประพฤติอีกครั่งว่า จำเลยผู้ต้องโทษนั้นควรจะได้รับ
การจ่าคุกหรือควรได้รับการปลดปล่อยก่อนครบกำหนดตามคำพิพากษา

ปัญหาการปลดปล่อยลคโทษในระหว่างที่ผู้ต้องโทษถูกคุมขังอยู่นี้เอง เป็น
ปัญหาที่บุคคลเป็นจำนวนมากหรือแม้แต่กฏหมายหลายท่านมีความสงสัยอยู่ว่า หาก
ผู้ต้องโทษจะได้รับลคโทษ เพราะ เป็นนักโทษผู้มีความประพฤติดีก็ตาม หรือลคโทษ เนื่อง
ในโอกาสพิเศษ เช่นวันเฉลิมพระชนมพรรษาก็ตาม เหล่านี้ ศาลได้คำนึงไว้ก่อนและ
เพิ่มโทษไปจากเดิม เพื่อจะได้ชดเชยกับการลคโทษตามเหตุเหล่านั้นหรือไม่ เพราะ
สิ่งเหล่านี้เป็นเหตุให้การกำหนดโทษของศาลมิได้ เป็นไปตามที่ทฤษฎีการลงโทษหรือ
สภาพข้อเท็จจริงกำหนด อันอาจเสียความยุติธรรมได้

ปัญหานี้ได้รับคำตอบโดยศาสตราจารย์ชานินทร์ กรัยวิเชียรว่า

"ความจริง เวลาที่ศาลตัดสินนั้น ศาลก็จะต้องระมัดระวังตัดสินอยู่ในขอบข่าย
ของกฎหมายและภายในอำนาจหน้าที่ของศาลเท่านั้น ส่วนการที่จะได้รับวันลคโทษหรือ
ไม่ประการใดนั้น เมื่อศาลได้ตัดสินไปแล้วก็ไปอยู่กับฝ่ายบริหาร เป็นหน้าที่ของฝ่าย
บริหารที่จะจัดทำตามกรอบของกฎหมายที่มีอยู่ ส่วนศาลนี้ก็ใช้ดุลพินิจของศาลตามที่
กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น" ^๑

^๑ รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง การป้องกันและปราบปราม

อาชญากรรม, เรื่องเดิม, หน้า ๑๓๑ - ๑๓๒.

และนายอากา ภมรบุตรแห่งกรมราชทัณฑ์ก็ได้ให้ความเห็นว่า

"สมมติว่าถ้า เราไม่มีการจัดชั้นหรือว่ามีระบบการอภัยโทษ นักโทษที่อยู่ในเรือนจำก็จะไม่พยายามประพฤติตนเป็นคนดี จะปล่อยชีวิตให้เป็นไปตามยถากรรม เพราะว่า เป็นอาชญากร ที่นี้เราจะดูตัวอย่างในประเทศอังกฤษมีระบบหนึ่ง เรียกว่า ระบบวันลดโทษ หรือเรียกว่า Limitation System ถ้า เขาอยู่ในชั้นนี้ก็ไว้วันลดโทษเรื่อย ๆ ไป เช่นลงโทษจำคุก ๑๐ ปี ถ้ามีความดีความชอบก็อาจจะอยู่เพียง ๗ - ๘ ปี ก็ออกไปเช่นนี้ ระบบดังกล่าวนี้แต่ละประเทศทั้งในยุโรป ในสหรัฐอเมริกา ในเอเชีย และในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ได้ใช้กันหมดทั้งนั้น วิชาตามประเพณีท้องถิ่น แต่ system ไม่เหมือนกัน เปลี่ยนแปลงกันไปตามรูป เช่นญี่ปุ่นเขาใช้ระบบ Probation กับ Parole มากที่สุด เพราะเขาสื่อว่าจะพยายามสร้าง เรือนจำให้น้อย"

จากการชี้แจงดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า อำนาจการใช้ดุลพินิจของศาลในการวางโทษจำคุกผู้กระทำความผิด จะคำนึงถึงแต่สภาพข้อเท็จจริงและความเหมาะสมของตัวผู้กระทำความผิดควรจะได้รับโทษตามทฤษฎีใดเท่านั้น ปัญหาปลีกย่อยนอกเหนือจากหลักการดังกล่าว ศาลจะไม่คำนึงถึงทั้งสิ้น โดยเฉพาะการพิจารณาว่าโทษที่กำหนดจะลง เมื่อการลดโทษหรืออภัยโทษในระหว่างจองจำนั้น เป็นสิ่งที่ยอมรับกันว่ามิใช่ประเด็นที่ศาลจะพิจารณา แต่เป็นเรื่องของฝ่ายบริหารจะพิจารณาให้ตัวผู้ต้องโทษตามหลักทฤษฎีในภายหลัง และหากศาลไปคำนึงข้อเท็จจริงเหล่านี้เข้าแล้ว กลับจะเป็นการขัดหลักการลงโทษ ซึ่งจะเป็นความเสียหายมากกว่า เป็นคุณ เพราะหากศาลไปเพิ่มกำหนดโทษจากที่ควรจะเป็น เพื่อกันเวลาลดโทษ หรืออภัยโทษแล้ว และผู้ต้องโทษนั้นมิได้รับการพิจารณาจากฝ่ายบริหารให้ได้รับการลดโทษหรืออภัยโทษ ผู้ต้องโทษนั้นก็จะได้รับการจำคุกในกำหนดระยะเวลาที่ยาวนานเกินไป อันเป็นผลเสียทั้งในตัวผู้ต้องโทษและระบบการลงโทษของศาลเอง

ปัญหาการไร้ชู้ดพินิจของศาลในการกำหนดเวลาจำคุกจำเลยนั้น ความยุ่งยาก ส่วนใหญ่จะอยู่ที่การคำนึงถึงตัวผู้ต้องโทษว่าจะควรไร้ชู้ดพินิจการลงโทษี ตราบังคับและ จะควรพิจารณาโทษสูงต่ำมากน้อยเพียงใด เป็นไปตามสภาพแวดล้อมของข้อเท็จจริง ที่ปรากฏ กระนั้นก็ตาม สิ่งที่ยังจะเป็นปัญหาในประการต่อไปก็คือ การไร้ชู้ดพินิจ หลีก เลี่ยงการจำคุกในระยะสั้นของศาล

แม้ว่าการพิจารณากำหนดโทษจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ตั้งไว้แล้ว แต่ในบางกรณีหากเป็นการลงโทษจำคุกในระยะสั้นแล้ว ผลที่ได้จากการจำคุกกลับจะเป็นผลเสียแก่ตัวผู้ต้องโทษมากกว่า เพราะการจำคุกนั้นเป็นการทำให้เสียชื่อเสียง มีโอกาสได้รับอิทธิพลในทางชั่วร้ายคิดตัวมาได้ง่าย และการจำคุกในระยะสั้นก็ไม่อาจสนองเจตนารมณ์ของทฤษฎีการลงโทษไม่ว่าจะเป็นการข่มขู่ ทดแทน หรือปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดได้ เพราะระยะเวลาจำคุกสั้นเกินไปนั่นเอง ด้วยเหตุนี้จึงมีแนวความคิดในการที่จะหลีก เลี่ยงการจำคุกในระยะสั้นอย่างกว้างขวาง เพราะเห็นผลดีกว่าการจำคุก หากได้พิจารณาสภาพต่าง ๆ ของจำเลยแล้ว

เป็นสิ่งที่ยอมรับกันในทางข้อเท็จจริงว่า ในหลายกรณีที่จำเลยกระทำผิดเล็กน้อยและศาลได้ลงโทษจำคุกในระยะสั้น กลับจะสร้างความเสียหายให้กับผู้กระทำความผิดและสังคมมากกว่า เช่นในตัวอย่างเรื่องหนึ่ง ผู้กระทำความผิดคือนายเครือ ทองกล้า อายุ ๔๕ ปี อยู่บ้านเลขที่ ๒๕ ตำบลหันตรา อำเภอวังน้อย จังหวัดพระนครศรีอยุธยา เมื่อบายวันที่ ๓๑ สิงหาคม ๒๕๒๐ ศาลจังหวัดพระนครศรีอยุธยา โดยนายกอบเกียรติ วัฒนพานิช ผู้พิพากษา พิเคราะห์ระหว่างอัยการโจทก์ นายเครือ ทองกล้าจำเลย ข้อหาฆ่าผู้อื่น ๒๒ ไว้ในครอบครองโดยมิได้รับอนุญาต

อุททิศ แสนโกสสิก. คำอธิบายกฎหมายอาญา พิมพ์ครั้งที่ ๒ (โดยแผนกตำราและคำบรรยาย คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๑๖), หน้า ๒๐๑ - ๒๐๒.

เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติอาวูฐปี พ.ศ. ๒๔๕๐ และประกาศคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ ๔๔ ลงวันที่ ๒๑ ตุลาคม ๒๕๑๕ ศาลพิจารณแล้วเห็นว่า จำเลยผิดตามฟ้องจริง จึงให้จำคุกจำเลย ๒ ปี แต่จำเลยรับสารภาพลดโทษกึ่งหนึ่ง คงให้จำคุก ๑ ปี

ระหว่างที่ศาลพิจารณานี้ เพื่อนบ้านนำลูก ๆ ของนายเครือ ๔ คนไป ฟังคำพิพากษาด้วย คือ กช. สมควร อายุ ๑๓ ปี คณ. สายฝน อายุ ๑๐ ปี คณ. สายรุ่ง อายุ ๖ ปี และ คณ. ลักขณา อายุ ๓ ปี ลูก ๆ และนายเครือออกกัน ร้องให้กระจองอแง เมื่อสิ้นคำพิพากษา เป็นที่เวทนาแก่ผู้พบเห็นอย่างยิ่ง ข้อเท็จจริง เกี่ยวกับชีวิตส่วนตัวของนายเครือมีว่า เขามีอาชีพเป็นกรรมกรแบกหามรับจ้างทั่วไป โดยแต่งงานอยู่กับนางสาวประมาณ ๑๕ ปี ต่อมา เมื่อ ๒ ปีมานี้นางสาวหนีตาม ชายชู้ไป เพราะทนความลำบากในสภาพครอบครัวไม่ไหว ทั้งลูก ๆ ให้เขารับผิดชอบ ผู้เดียว เมื่อวันที่ ๑๐ สิงหาคม ตำรวจ ส.ภ.อ. วังน้อย ไปตรวจค้นบ้านพักของเขา เพื่อหาสุรา เดือนต่อไปพบปืน ๒๒ ไม่มีกระสุนที่เขาซื้อไว้นานแล้ว ตำรวจจึง นำตัวไปสอบสวนและฟ้องศาลข้อหาเป็นเดือนไว้ในครอบครอง จนได้รับโทษดังกล่าว และต้องเข้าไปรับโทษจำคุกอยู่เป็นเวลา ๑ ปี โดยทิ้งให้ลูก ๆ ทั้ง ๔ คนหาเลี้ยง ตนเองเอง

การหลีกเลี่ยงการจำคุกกระยะสั้นนั้น ถือว่า เป็นสิ่งที่ศาลควรจะให้ ความสนใจและใช้ดุลพินิจอย่างเหมาะสมด้วย เพราะแม้กฎหมายเองก็ได้บัญญัติ เปิดทาง ให้ศาลใช้ดุลพินิจในการหลีกเลี่ยงการจำคุกกระยะสั้นอยู่แล้ว คือในประมวลกฎหมาย อาญามาตรา ๒๓ โทษกักขัง มาตรา ๕๕ การยกเลิกโทษจำคุกที่มีกำหนด

หนังสือพิมพ์ไทยรัฐรายวัน, ฉบับหลัง, วันศุกร์ที่ ๒ กันยายน ๒๕๒๐,
หน้า ๑, ๑๖.

ไม่เกิน ๓ เดือนให้คงไว้แต่โทษปรับ มาตรา ๕๖ การรอกการลงโทษและรอกการกำหนดโทษ

๑.๓ โทษกักขัง โทษกักขังนี้เป็นโทษที่บัญญัติขึ้นใหม่ในประมวลกฎหมายอาญา ไม่เคยมีมาก่อนในกฎหมายลักษณะอาญา เดิม เป็นโทษที่ไม่มีบทกฎหมายให้ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งโดยเฉพาะเหมือนโทษอื่น ๆ แต่เป็นโทษที่ใช้สำหรับเปลี่ยนจากโทษจำคุกระยะสั้นไม่เกิน ๓ เดือนมา เป็นโทษกักขังได้ไม่เกิน ๓ เดือน

วัตถุประสงค์ของกฎหมายในการหลีกเลี่ยงการจำคุกระยะสั้น อันเป็นการกำหนดให้ศาลใช้ดุลพินิจ เลือกจะลงโทษหรือไม่ในกรณีที่จะลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดไม่เกิน ๓ เดือนนั้น ศาลมีทางเลือกอยู่ ๒ ประการด้วยกันคือ

มาตรา ๒๓ "ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุก และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อนหรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อน แต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ศาลจะพิพากษาให้ลงโทษกักขังไม่เกินสามเดือนแทนโทษจำคุกนั้นได้"

มาตรา ๕๕ "ถ้าโทษจำคุกที่ผู้กระทำความผิดจะต้องรับมีกำหนดเวลาเพียงสามเดือนหรือน้อยกว่า ศาลจะกำหนดโทษจำคุกให้น้อยลงอีกก็ได้ หรือถ้าโทษจำคุกที่ผู้กระทำความผิดจะต้องรับมีกำหนดเวลาเพียงสามเดือนหรือน้อยกว่า และมีโทษปรับด้วย ศาลจะกำหนดโทษจำคุกให้น้อยลง หรือจะยกโทษจำคุกเสีย คงให้ปรับแต่อย่างเดียวกันก็ได้"

เมื่อพิจารณาทั้งมาตรา ๒๓ และมาตรา ๕๕ ในเรื่องการเปลี่ยนโทษจำคุก เป็นกักขัง และการยกโทษจำคุกให้คงแต่โทษปรับแล้ว จะเห็นว่าประเด็นสำคัญส่วนใหญ่จะเป็นไปในแนวเดียวกัน กล่าวคือ บทบัญญัติทั้งสองมีวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงการจำคุกระยะสั้นด้วยกัน แต่มีวิธีให้ศาลเลือกใช้ต่างกัน โดยการ

กักขังนั้น เป็นการเปลี่ยนโทษจำคุกไม่ว่าจะมีโทษอื่นรวมอยู่ด้วยก็ตาม และในคดีนั้น ศาลจะลงโทษไม่เกินสามเดือน หากพิจารณาแล้วเห็นว่าจำเลยอยู่ในเงื่อนไขที่กำหนด คือ ไม่เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือเคยรับโทษจำคุกมาแล้ว แต่เป็นโทษสำหรับ ความผิดที่กระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ ศาลย่อมมีใช้ดุลพินิจ เปลี่ยนจากโทษจำคุก เป็น กักขังได้

สำหรับการยกโทษจำคุก เสียในมาตรา ๕๕ นั้น มีหลักใหญ่คล้ายโทษกักขัง เป็นกรณีศาลลงโทษจำคุกไม่เกิน ๓ เดือนเช่นกัน แต่ขอเขตของกฎหมายให้ดุลพินิจ ศาลมากกว่า กล่าวคือมีไต่บังคับไว้เลยว่า จะห้ามการยกโทษในกรณีใด กังนั้น แม้นผู้ กระทำผิดจะ เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน และมีใช้โทษสำหรับความผิดที่กระทำโดย ประมาทหรือลหุโทษก็ตาม ศาลก็ยังใช้ดุลพินิจยกโทษจำคุกเสียได้ หากโทษจำคุกที่ จะลงแก่ผู้กระทำความผิดมีโทษปรับด้วย และหากไม่มีโทษปรับศาลยังเหลือทางใช้ดุลพินิจ ที่ เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดอีก คือลดโทษจำคุกที่จะลงนั้นให้เหลือน้อยเท่าใด แม้แต่ให้ เหลือ เพียงวันเดียวก็ได้

การที่ศาลจะเลือกใช้การหลัก เลี่ยงการจำคุกระยะสั้นในกรณีนี้เพียงใดนั้น ย่อม เป็นอิสระในการใช้ดุลพินิจของศาล แต่หากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย แล้ว การให้ศาลยกโทษจำคุกให้คงแต่โทษปรับนั้น เป็นกรณีที่กฎหมายเห็นว่า ข้อเท็จจริงในการกระทำความผิดไม่ร้ายแรง และจำเลยรู้สำนึกในการกระทำความผิดแล้ว หรืออาจได้รับผลร้ายจากการกระทำความผิดพอ เพียงแล้ว

สำหรับการใช้ดุลพินิจกักขัง เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติในมาตรา ๕๔, มาตรา ๕๕ และมาตรา ๕๗ จะเห็นว่า ผู้กระทำความผิดนั้นกฎหมายยังประสงค์ใน การขัดเกลานิสัยของผู้กระทำความผิดอยู่ เพราะกฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำความผิดจะต้อง ปฏิบัติตนตามระเบียบของสถานที่กักขัง และศาลอาจมีข้อกำหนดบางประการให้ผู้ ต้องโทษปฏิบัติด้วย หากฝ่าฝืนระเบียบข้อกำหนดดังกล่าว ศาลอาจเปลี่ยนโทษกักขัง เป็นโทษจำคุกอีกได้ตามมาตรา ๕๗

ศาลจะพึงใช้ดุลพินิจหลีกเลี่ยงการจำคุกในระยะสั้นเหล่านี้ เป็นไปในสถานใดนั้น ย่อมแล้วแต่สภาพข้อเท็จจริงแห่งการกระทำผิดและลักษณะของตัวผู้ต้องโทษเอง แม้ว่าโทษดังกล่าวจะเป็นโทษจำคุกในระยะเวลานั้นสั้นก็ตาม แต่หากจะใช้บังคับให้ใคร่ลดสมตามความมุ่งหมายของกฎหมายแล้ว ก็เป็นสิ่งที่ศาลจะต้องคำนึงถึงอย่างรอบคอบเช่นกัน

๑.๔ โทษปรับ เป็นโทษที่บังคับในทางทรัพย์สินคงที่มาตรา ๒๕ บัญญัติว่า "ผู้ใดต้องโทษปรับ ผู้นั้นจะต้องชำระเงินตามจำนวนที่กำหนดไว้ในคำพิพากษาคือศาล" โทษปรับนี้มีมาแต่โบราณกาล ในกฎหมายเก่าของเรามีการปรับ เป็นสินไหมคือบางที่ก็แบ่งให้แก่ผู้เสียหายและเป็นพินัยหลวงตามส่วน แต่ต่อมาโทษปรับเป็นการชำระเงินแก่รัฐโดยชำระต่อศาล ส่วนสินไหมแยก เป็นกรณีส่วนแบ่งไป

ประโยชน์ของโทษปรับ เมื่อเทียบกับโทษจำคุกก็คือ ไม่ทำให้มีการถ่ายทอดนิสัยชั่วร้ายระหว่างผู้ต้องโทษในระหว่างที่ต้องถูกจำคุกปะปนกัน ไม่ทำให้เป็นผู้กานต่อ การลงโทษอย่างจำคุก ซึ่งปรากฏว่ายิ่งถูกลงโทษจำคุกนานและบ่อยเท่าใด ความเคยชินต่อโทษยิ่งมากขึ้น ความละอายและเกรงกลัวต่อโทษยิ่งลดน้อยลงทุกที ตรงกันข้ามกับโทษปรับความรู้สึก เช่นนี้ไม่มี เป็นโทษที่รัฐไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการคุมขังมากอย่างโทษจำคุก เป็นโทษที่ป้องกันการกระทำผิดเพื่อหวังประโยชน์เป็นผลกำไร และเป็นโทษที่แก้ไขได้ภายหลัง ถ้าหากปรากฏขึ้นมาว่ามีการนิคผลาติในการช้ขาด คัดสินก็คืนเงินค่าปรับให้ได้ แต่โทษปรับมีข้อเสียอยู่ว่าค่าปรับจำนวนเท่ากันมีค่าต่างกันระหว่างคนที่มีเงินไม่เท่ากัน และมีผลกระทบกระเทือนไปถึงคนอื่นที่ผู้ต้องโทษปรับต้องอุปการะ บางที่ผู้ต้องโทษปรับก็ไม่สามารถชำระค่าปรับหรือหลีกเลี่ยงไม่สามารถชำระค่าปรับได้ กลายเป็นโทษที่ไม่แน่นอนเพราะต้องใช่วิธีอื่น เช่นกักขังแทน^๑

^๑ จิตติ ติงศภัทิย์, เรื่องเกม, หน้า ๗๕๓ - ๗๕๔.

๑.๕ โทษรับทรัพย์สิน ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติโทษรับทรัพย์สินไว้ ๓ มาตราด้วยกัน คือในมาตรา ๓๒, ๓๓ และ ๓๔ แต่ลักษณะของการรับทรัพย์สินแบ่งออกเป็น ๒ ประเภทด้วยกันคือ ตามมาตรา ๓๒ และ ๓๔ นั้น เป็นบทบังคับให้ศาลรับทรัพย์อย่างเด็ดขาด จะใช้ดุลพินิจรับหรือไม่รับไม่ได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงดังที่กฎหมายต้องการขึ้นมาแล้ว ศาลจะต้องรับทรัพย์สิน ส่วนในมาตรา ๓๓ นั้น เป็นบทบัญญัติที่กฎหมายเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจได้ว่า จะควรรับทรัพย์สินนั้นหรือไม่ ด้วยเหตุนี้ ในการพิจารณาดุลพินิจในการลงโทษของศาลจึงจะพิจารณาเฉพาะในปัญหาของมาตรา ๓๓ เท่านั้น

มาตรา ๓๓ บัญญัติว่า "ในการรับทรัพย์สิน นอกจากศาลจะมีอำนาจรับตามกฎหมายที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้ว ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้รับทรัพย์สินดังต่อไปนี้ อีกด้วยคือ

๑. ทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้ใช้ หรือมีไว้ เพื่อใช้ในการกระทำความผิด
๒. ทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้มา โดยกระทำความผิด

เว้นแต่ทรัพย์สิน เหล่านี้ เป็นทรัพย์สินของผู้อื่น ซึ่งมีได้รู้ เห็น เป็นใจด้วยในการกระทำความผิด"

การใช้ดุลพินิจรับทรัพย์สินนี้ โดยลักษณะของตัวทรัพย์สินนั้นเอง มิได้เป็นความผิดอยู่ในตัว ต่างกับบทบัญญัติที่บังคับให้รับทรัพย์สินโดยเด็ดขาดที่ความผิดอยู่ที่ตัวทรัพย์สินนั้นเอง เช่นผิดหรือเป็นเถื่อน แต่เป็นการรับเพราะทรัพย์สินนั้นได้ใช้หรือได้มา เพราะการกระทำความผิด ด้วยเหตุนี้จึงมีข้อแตกต่างกับการบังคับให้รับทรัพย์สินอย่างเด็ดขาดคือ ทรัพย์สินที่จะรับได้ในกรณีนี้ จะต้อง เป็นทรัพย์สินของตัวผู้กระทำความผิดเอง หรือหาก เป็นของบุคคลอื่น เจ้าของทรัพย์สินจะต้องรู้ เห็น เป็นใจในการกระทำความผิดด้วย มิเช่นนั้นศาลจะรับไม่ได้ และหากศาลสั่งรับไปแล้ว เจ้าของแท้จริงก็ย่อมร้องขอคืนทรัพย์สินได้ตามมาตรา ๓๖.

ในกรณีที่เป็นทรัพย์สินซึ่งได้ใช้ มีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด หรือได้มาด้วยการกระทำความผิดนี้ ศาลจะควรใช้ดุลพินิจไปในทำนองใด เพราะเมื่อกฎหมายบัญญัติให้ เป็นดุลพินิจ ย่อมจะต้องพิจารณาตามสภาพข้อเท็จจริงและเจตนาของผู้กระทำความผิดเป็นเรื่อง ๆ ไป (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๓๑/๒๕๒๘)

หากพิจารณาถึง เหตุผลในบทบัญญัตินี้ จะเห็นว่ากฎหมายมุ่งหมายในการป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น โดยให้ทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำความผิดหรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดนั้นถูกริบไปเสีย เพราะมิให้จำเลยนำไปใช้ในการกระทำความผิดอีก และในการริบทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดก็เพื่อเป็นการตัดนิสัยผู้กระทำความผิดไปในตัว เพราะเมื่อจำเลยกระทำความผิดเพื่อประสงค์ต่อทรัพย์สินแต่ไม่ได้ตัวทรัพย์สินนั้นและกลับถูกลงโทษ ย่อมเป็นทางตัดนิสัยของจำเลยไปในตัว ด้วยเหตุนี้จึงกล่าวได้ว่า เหตุผลของการริบทรัพย์สินก็เพื่อพยายามหาทางขัดขวางทุกทางเท่าที่จะทำได้ เพื่อมิให้จำเลยกระทำความผิดขึ้นใหม่อีก และอีกประการหนึ่งก็คือ เอาผลอันได้จากการกระทำความผิดนั้นมาเสียเพื่อมิให้ทำผิดกันหลายครั้งไม่เช็ดหลาย อนึ่ง การริบทรัพย์สิน ใช้เป็นการทดแทนรัฐในค่าใช้จายในการฟ้องร้องพิจารณาพิพากษาและการคุมขังผู้กระทำความผิดนั้น^๑

ด้วยเหตุนี้ การจะริบทรัพย์สินสิ่งใดประการใด จึงจะต้องยึดมั่นอยู่ภายใต้ที่กฎเกณฑ์และเหตุผลของกฎหมายดังกล่าวแล้ว เรื่องนี้กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้กล่าวเตือนไว้ว่า "มีปรากฏขึ้นว่า มีศาลหลายแห่ง เข้าใจว่าถ้าได้ตัดสินลงโทษคนแล้ว เครื่องมือนั้นต้องรับเสมอ ไม่ได้สังเกตว่าค่าที่ใช้ในมาตรา ๒๗^๒ นี้ ไม่ได้บังคับให้ศาลจำเป็นต้องริบ มีว่า "ศาลมีอำนาจริบได้" อำนาจที่จะริบหรือไม่ริบนี้ มีในคดี

^๑ พระยานิติศาสตร์ไพศาล, เรื่องเดิม, หน้า ๗๗.

^๒ บทบัญญัติในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ซึ่งตรงกับมาตรา ๓๓ แห่งประมวลกฎหมายอาญา.

ทุกเรื่อง เป็นพื้น เว้นแต่บางเรื่องที่จะมีบง เป็นพิเศษในโคตนี้... มีตัวอย่างเกิดขึ้นแล้ว ๒ เรื่อง ตัวอย่างพม่าคุม เกวียนสินค้า เดินทางบุกป่ามาจากเขตแดนเมืองพม่า เข้ามาในประเทศไทยขรรคมคาคนคุมสินค้าแล้วต้องมีเป็นผาอาวุธติดตัวมาด้วย และเป็นเหล่านั้น บางทีก็เป็นคืบบรรจุกระสุนได้เร็ว บางทีก็เป็นปืนโบราณบรรจุกระสุนยาก กินเวลาช้า เจ้าของจึงบรรจุไว้เสมอ ซากแต่ใส่แก๊ป ถึงแม้ว่าคนเหล่านั้นจะได้ทำผิดตามตัวกฎหมายเรื่องถือปืนเข้าเมืองก็ดี ศาลไม่ควรริบป็นเป็นของหลวง เพราะพวกนี้ไม่ได้คิดร้ายอะไร ตัวอย่างนายแดงนายคำมีป็นไปยิงนก นายแดงนายคำได้ยิงใกล้หลังโรงตระเวรในแถวบางระมาด ศาลตัดสินว่านายคำนายแดงไม่ควรริบนกที่บางระมาด เพราะได้ทำให้คนตื่นตกใจ ตัดสินว่าได้กระทำความผิดกฎหมายที่ห้ามไม่ให้คนยิงปืนในหมู่บ้าน ตามมาตรา ๓๓๕ ข้อ ๑๑ ของโคตนี้ ความเช่นนี้ศาลไม่ควรริบป็นด้วยเหตุว่า นายแดงนายคำไม่ได้เป็นผู้ร้าย การยิงนกไม่ใช่เป็นการผิดกฎหมาย หากเผลอไป ด้วยเข้าใกล้หมู่บ้าน คนเกินควร เท่านั้นเอง ความประสงค์ของกฎหมายนั้นจะปราบโจรปราบผู้ร้าย ไม่ใช่จะกตัญญูคนที่ไม่ได้เป็นโจรผู้ร้าย ตัวอย่าง นายแดงขับรถในถนนไม่จุดโคมไฟ ผิดตามมาตรา ๓๓๖ ข้อ ๗ ของโคตนี้ ถ้าศาลริบรถนายแดงด้วยแล้ว คงเห็นได้ว่าตัดสินผิด เรื่องริบรถกับเรื่องจะริบป็นยิงนกใกล้บ้านคนเกินไปใน ตัวอย่างที่ให้เมื่อกันมี เกณฑ์เดียวกัน "ถ้าริบป็นได้ก็ต้องริบรถได้" ๑

จากหลัก เจตนารมณ์ของกฎหมายและคำแนะนำดังกล่าว การใช้ซุกุฬินิจ ริบทรัพย์สินก็เป็นโทษอีกประการหนึ่งที่จะต้องคำนึงพฤติการณ์เป็น เรื่อง ๆ ไป (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๑๑/๒๔๘๖, ๒๑๕/๒๕๐๖) ตัวอย่างการใช้ซุกุฬินิจในกรณีเช่น พวกป็นไปในที่สาธารณะชุมนุมชนแต่เพราะผู้ร้ายซุกุฬินิจและไป เก็บ เงินเป็นจำนวนมาก เพื่อใช้ป้องกันตัวและทรัพย์สินโดยสุจริต ไม่สมควรริบป็น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๖๑/๒๕๓๑)

หรือเข้ายื่นข้อต่อสู้ป้องกันตัว เกินสมควรแก่ เหตุศาลไม่รับเป็น (คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๒๘/๒๔๙๗, ๕๐๘/๒๔๙๗, ๓๓๓/๒๔๙๖, ๘๗๒/๒๕๑๐)

เพื่อความเข้าใจในการใช้ดุลพินิจในการรับทรัพย์สิน สมควรที่จะพิจารณา ปัญหาตามคำพิพากษาฎีกาต่อไปนี้ด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๘๕/๒๕๐๘ อาวุธปืนของกลาง เป็นปืนที่มีใบอนุญาตแล้ว จึงไม่ใช่วัตถุที่ผิดกฎหมายอันจะต้องริบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๒ การที่จำเลยพกพาอาวุธไปในที่ชุมนุมชนไม่ทำให้ปืนที่มีใบอนุญาตกลายเป็นปืนที่ผิดกฎหมาย ไปด้วย แต่เป็นวัตถุแห่งการกระทำผิด ต้องอยู่ในดุลพินิจของศาลที่จะสั่งริบหรือไม่ แล้วแต่คดีเป็นเรื่อง ๆ ไป

คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๖๑๑/๒๕๐๐ ฟ้องว่าใช้อาวุธปืนและมีดพยายามฆ่าคน จับได้พร้อมด้วยปืนและมีด ขอให้ลงโทษฐานพยายามฆ่าคนและริบของกลาง พิเคราะห์ ได้ความว่า จำเลยกระทำโดยป้องกันตัวพอสมควรแก่ เหตุ จึงพิพากษายกฟ้อง ปืนของกลาง แม้ได้ความจากพยานโจทก์ที่ เบิกความถึงว่า ไม่มีทะเบียน เมื่อโจทก์ไม่ได้ บรรยายเป็นประเด็นมาในฟ้องว่าเป็นมีทะเบียนหรือไม่ศาลไม่รับ

คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๑๑/๒๕๐๘ (ประชุมใหญ่) จำเลยยิงขณะที่ผู้เสียหาย ยกมีดจะฟันจำเลย มีคนนั้นขนาดใหญ่อ้าปืนก็อาจ เป็นอันตรายถึงชีวิต จำเลยยิงนัดเดียว ดังนี้ เป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ ไม่มีความผิด ส่วนปืนที่ใช้เป็นปืนแก๊ปไม่มี ทะเบียน ผู้ใดมีไว้เป็นความผิด จึงต้องริบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๒ แต่อยู่ในระหว่างใช้พระราชบัญญัติอาวุธปืน (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๐๑ ซึ่งมีมาตรา ๕ ผ่อนผันให้เอาอาวุธปืนไปขออนุญาตได้ ดังนี้ จะสั่งริบอาวุธปืนนั้นเพราะเหตุจำเลย มีไว้ยังไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๓๘/๒๕๑๕ จำเลยถือปืนสั้นมาพู่กันจะยิงผู้เสียหาย ผู้เสียหายหนีจำเลยขึ้นไปอยู่บนบ้าน จำเลยตามถึงบันไดบ้านผู้เสียหาย ซึ่งอยู่ติด

ทางเดิน จะขึ้นไปบนบ้านก็มีคนเข้กอดคิงจำเลยไว้ แสดงว่าจำเลยมีเจตนาจะ
 บุกรุกเข้าไปในบ้านผู้เสียหาย แต่จำเลยกระทำไปไม่ตลอด การกระทำของจำเลย
 จึง เป็นความผิดฐานพยายามบุกรุกโดยมีอาวุธปืนติดตัว อาวุธปืนจึง เป็นทรัพย์สินที่จำเลย
 ใช้ในการกระทำผิด ศาลมีอำนาจจับได้

จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา เหล่านี้ เป็นการแสดงถึงข้อเท็จจริงในแง่มุม
 ต่าง ๆ ที่ศาลควรจะพิจารณาว่าจะริบทรัพย์สินหรือไม่ ซึ่งเป็นตัวอย่างการใช้
 ดุลพินิจที่ดี สอดตามความมุ่งหมายของกฎหมายทุกประการ การใช้ดุลพินิจในการ
 ริบทรัพย์สินนั้น อาจมีข้อเท็จจริงแตกต่างกันไปนานับประการ แต่หากศาลได้ใช้
 ดุลพินิจไปตามบันทัดฐานที่ศาลฎีกาให้ไว้ ก็น่าจะเป็นที่มั่นใจได้ว่าปวงชาวประชาจะ
 ได้รับแต่ความยุติธรรม

๒. วิธีการเพื่อความปลอดภัย วิธีการเพื่อความปลอดภัย เป็นบทบัญญัติ
 ในหมวดประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งตามกฎหมายลักษณะอาญา เดิมไม่มี แต่บทบัญญัติ
 โทษบางฐานของกฎหมายลักษณะอาญา ได้เป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยในปัจจุบัน
 เช่นการ เรียกประกันทัณฑ์บน และห้ามเข้า เขตกำหนด

เหตุที่แบ่งแยกวิธีการปลอดภัยออกจากโทษ เสียนี้ เป็นเพราะตามหลัก
 นิติศาสตร์ (criminal science) ถือว่าการบังคับตามหลักการลงโทษ เพื่อป้องกัน
 และแก้ไขอาชญากรรมที่ได้ผลอย่างแท้จริงแล้ว จะต้องมีทั้งวิธีการปราบปรามมิให้
 การกระทำผิด และหากมีผู้ใดกระทำผิดขึ้นก็จะต้องมีการป้องกันมิให้กระทำผิดซ้ำอีก
 การปฏิบัติการณ์ทางปราบปรามคือการลงโทษ ส่วนในทางป้องกันได้แก่วิธีการ เพื่อ
 ความปลอดภัย °

ประมวลกฎหมายอาญา ใ้บัญญัติเกี่ยวกับวิธีการ เพื่อความปลอดภัยไว้ใน
มาตรา ๓๘ ว่า "วิธีการ เพื่อความปลอดภัยมีดังนี้

๑. กักกัน
๒. ห้าม เข้า เขตกำหนด
๓. เรียกประกันทัณฑ์บน
๔. คุมตัวไว้ในสถานพยาบาล
๕. ห้ามการประกอบอาชีพบางอย่าง"

แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญาจะใ้บัญญัติถึงวิธีการ เพื่อความปลอดภัยไว้
เป็นเวลานานแล้วก็ตาม แต่ปรากฏอยู่เสมอมาว่ามีการใช้ ในทางปฏิบัติ น้อยมาก
และจะมีการนำวิธีการ เพื่อความปลอดภัยมาใช้ก็เพียงบางวิธีการ เช่นกักกัน ทั้ง ๆ
ที่วิธีการ เพื่อความปลอดภัยข้ออื่น ๆ ก็เป็นประโยชน์ในการป้องกันการกระทำผิด
ทั้งสิ้น

และหากจะมีการใช้วิธีการ เพื่อความปลอดภัยอย่างจริงจัง และมีผลดีในทาง
ปฏิบัติแล้ว ศาลควรจะต้องคำนึงถึงปัญหาต่อไปนี้ ประกอบการใช้ดุลพินิจด้วยคือ

๑. อากาศที่เป็นอันตรายของผู้กระทำผิด วัตถุประสงค์สำคัญของวิธีการ
เพื่อความปลอดภัยเป็นการป้องกันเฉพาะบุคคลมิให้กระทำความผิด ฉะนั้น สิ่งที่ศาล
จะคำนึงในการใช้ดุลพินิจกำหนดวิธีการ เพื่อความปลอดภัย จึงจำต้องพิจารณาถึงอากาศ
ที่เป็นอันตราย ความหมายของคำว่าอากาศที่เป็นอันตรายนี้ ในทางอาชญาวิทยา
หมายความรวมถึงทั้งความสามารถในการกระทำผิด และการที่บุคคลนั้นจะปรับปรุง
แก้ไขให้ดีขึ้นได้ ซึ่งจะต้องพิจารณารวมกันไป ในอันที่จะกำหนดมาตรการที่จะปฏิบัติ
ต่อผู้นั้น

แนวความคิดเช่นนี้ มาจากนักกฎหมายสำนัก Positive ซึ่งได้เสนอ
ในการประชุมระหว่างประเทศ เกี่ยวกับกฎหมายอาญา (I'Union internationale
de droit penal) ว่า บุคคลซึ่งโดยประวัติทางกรรมพันธุ์ โดยลักษณะการดำรงชีวิต

ของผู้นั้น หรือโดยอาการทางสรีระวิทยาบางอย่าง มีอาการ เป็นอันตรายซึ่งอาจทำให้บุคคลนั้น เป้าภัยต่อสังคม ซึ่งอาการนี้อาจตรวจพบได้โดยทางการแพทย์ ก่อนที่บุคคลนั้น จะกระทำผิดหากตรวจพบก็เพียงพอที่จะดำเนินการใช้วิธีการ เพื่อความปลอดภัยได้^๑

แนวความคิดเช่นนี้แม้จะเป็นสิ่งที่มีหลักการดี แต่ในการใช้ทางปฏิบัตินั้น ยังกระทำไม่ได้เต็มยลนัก เพราะปรากฏว่าการตรวจพิสูจน์ทางการแพทย์และจิตวิทยา ยังไม่อาจกระทำได้ถึงขั้นนั้น แต่อย่างไรก็ดี แนวความคิดเช่นนี้ทำให้หลายประเทศ ออกกฎหมายกำหนดลักษณะบางอย่างที่จะเป็นอาการอันตรายไว้ เพื่อให้ศาลใช้วิธีการ เพื่อความปลอดภัยก่อนมีการกระทำผิดได้ เช่นกฎหมาย Vogos Y, Maleantes ปี ๑๙๓๓ มาตรา ๒ ของประเทศสเปน กฎหมายประเทศโคลัมเบีย ลงวันที่ ๓๑ มีนาคม ๑๙๓๖ (มาตรา ๑) กฎหมายป้องกันสังคมของคิวบา กฎหมายของชิลวาเคอร์ ลงวันที่ ๑๘ กรกฎาคม ๑๙๔๐ กฎหมายของอุรุกวัย ลงวันที่ ๒๒ ตุลาคม ๑๙๔๑ (มาตรา ๒) กฎหมายของเวเนซุเอลา ลงวันที่ ๒๒ ธันวาคม ๑๙๕๐ (มาตรา ๑) หรือกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา ๒๖๔ ใต้บัญญัติให้คนจรจัด เป็นความผิดที่นำมา ใช้วิธีการ เพื่อความปลอดภัย ทั้งนี้วัตถุประสงค์แท้จริงของกฎหมายก็คือการระงับอันตรายนั่นเอง^๒

ปัญหาที่ติดตามมาในการพิจารณาอาการอันตรายนั้นก็คือ หากไม่มีกฎหมาย กำหนดลักษณะที่เป็นอันตรายไว้โดยเฉพาะ ปล่อยให้ เป็นดุลพินิจของศาล หรือองค์กรใด พิจารณาโดยเฉพาะแล้ว เมื่อทางการแพทย์และจิตวิทยาไม่อาจตรวจพบอาการอันตราย

^๑ โกลแมน กัทธกริมย์, เรื่องเดิม, หน้า ๒๐.

^๒ เรื่องเดิม, หน้า ๒๑.

นี้ได้อย่างจริงจัง หากปล่อยยี่ห่องครีควินิจัยได้เองแล้ว จะ เป็นการเสี่ยงต่อการ
ใช้อำนาจโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐไว้

๒. การใช้วิธีการ เพื่อความปลอดภัยควบคู่ไปกับโทษ และการใช้วิธีการ เพื่อ
ความปลอดภัยแต่อย่าง เดียว ในกรการใช้วิธีการ เพื่อความปลอดภัยนี้ ได้มีแนวความคิด
ใหม่ ต้องการให้ใช้วิธีการ เพื่อความปลอดภัยแทนการใช้โทษ ซึ่งเป็นวิธีการที่ประเทศ
แถบสแกนดิเนเวียบัญญัติให้ผู้พิพากษามีอำนาจ ำช้ดุลพินิจกำหนดลด การลงโทษ แต่ให้
ใช้วิธีการ เพื่อความปลอดภัยแทน เช่นในประมวลกฎหมายอาญา เดนมาร์ค มาตรา ๑๗
ที่บัญญัติว่า ในกรณีที่มีความผิดใดกระทำโดยบุคคลไม่ปกติ ผู้พิพากษาจะต้องวินิจฉัยว่า
ผู้กระทำผิดนั้นมีทางแก้ไขโดยการลงโทษได้หรือไม่ ถ้าโดยผู้พิพากษาจะลงโทษ แต่ถ้า
แก้ไขไม่ได้จะใช้วิธีการ เพื่อความปลอดภัย เป็นต้น^๑

ส่วนการใช้วิธีการ เพื่อความปลอดภัยควบคู่ไปกับการลงโทษนี้ ถือว่าผู้กระทำ
ผิดยังมีลักษณะความเป็นอันตรายต่อสังคม ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายอาญา
มาตรา ๔๐ ที่ให้เพิ่มการกักกันต่อจากโทษ แต่การใช้วิธีการ เพื่อความปลอดภัย
ควบคู่ไปกับการลงโทษนี้ มีผู้โต้แย้งว่า โทษและวิธีการ เพื่อความปลอดภัยต่างก็เป็น
วิธีการในการจำกัดเสรีภาพ ฉะนั้น หากใช้การลงโทษก่อนยอมจะทำให้การบกพร่อง
ทางจิตมีมากขึ้น เพราะระบบภายในเรื้อนจำ แต่หากจะใช้วิธีการ เพื่อความปลอดภัย
ก่อน ก็จะเป็นการทารุณแก่บุคคลผู้ไม่มีอาการ เป็นอันตรายแล้ว อย่างไรก็ตาม ข้อ
โต้แย้งนี้จะเป็นจริงได้ก็แต่เฉพาะกรณีของผู้วิกลจริต ซึ่งต้องได้รับการรักษา เท่านั้น
แต่ในบางกรณี การใช้ทั้งโทษและวิธีการ เพื่อความปลอดภัยกลับ เป็นวิธีที่ดี เช่นการ
รักษาการศึกษา เสพติด จะกระทำได้อย่างสะดวกในระหว่างการคุมขัง^๒

^๑ เรื่องเดิม, หน้า ๒๒.

^๒ เรื่องเดิม, หน้า ๒๓.

อย่างไรก็ดี เป้าหมายของการกำหนดกฎหมายอาญาก็เพื่อหาวิธีการ
ทุกอย่างที่จะระงับป้องกันการกระทำผิด เพื่อประโยชน์ของสังคม และเพื่อ
ประโยชน์ของผู้กระทำความผิดด้วย ในแง่ เช่นนี้ทั้งโทษและวิธีการเพื่อความ
ปลอดภัยย่อมสามารถที่จะใช้ได้เท่าเทียมกัน ในบางกรณีจะต้องใช้โทษ ใน
บางกรณีจะต้องใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย จึงจะบังคับบรรเทาการกระทำผิดให้
ลดลงไปได้ เหตุผลเหล่านี้ คงจะกำหนดค่าของศาลต่อวิธีการเพื่อความปลอดภัย
เสียใหม่ ยินยอมพิจารณาใช้ดุลพินิจกำหนดใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยให้มากขึ้น
ซึ่งจะเป็นการปฏิบัติให้ถูกต้องตรง เจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างแท้จริง

การกำหนดโทษในทางปฏิบัติ

ในการกำหนดโทษลงแก่ผู้กระทำความผิดทางอาญา ได้มีหลักคอบคอบคุมช่วยเหลือการใช้ดุลพินิจของศาลอยู่หลายประการ ไม่ว่าจะหลักการในทางทฤษฎี คือ ทฤษฎีการลงโทษในแบบต่าง ๆ เป็นต้นว่า ทฤษฎีทดแทน ทฤษฎีข่มขู่หรือทฤษฎีปรับปรุงแก้ไข หรือในคำสอนข้อเท็จจริง การจะกำหนดโทษลงแก่ผู้กระทำความผิดมากหรือน้อย หนักหรือเบาประการใด ย่อมขึ้นอยู่กับสภาพของข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีว่าจะสร้างความเสียหายให้กับรัฐหรือประชาชนมากน้อยเท่าใด จากนั้นศาลจึงจะนำหลักวิชาทางคำทฤษฎีและข้อเท็จจริงมาพิจารณาว่า จำเลยคนใด ควรจะได้รับโทษสถานใดเพียงใด อันเป็นวิธีการที่เป็นการอำนวยความสะดวกความยุติธรรมเฉพาะกรณีนั้นเอง

แม้ว่าการใช้ดุลพินิจในการลงโทษของศาล จะมีหลักเกณฑ์ในทางทฤษฎี และข้อเท็จจริงคอยช่วยเหลืออยู่ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติ ข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่เสมอมาเห็นได้ว่าการกำหนดโทษของศาล ยังเป็น "ดุลพินิจ" โดยแท้จริง ที่ไม่ได้ขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์อย่างใดเลย แม้ระบบการศาลของไทยจะมีศาลสูงคือศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกาคอยตรวจตราควบคุมการใช้ดุลพินิจอยู่ก็ตาม แต่ในทางข้อเท็จจริงแล้วมีคดีจำนวนไม่น้อย ที่กำหนดโทษในลักษณะที่ไร้กฎเกณฑ์ใด ๆ ทั้งสิ้น

เมื่อศาลอาศัยการลงโทษที่ปราศจากหลักเกณฑ์ ย่อมทำให้การวินิจฉัยลงโทษในแต่ละคดี เป็นไปตามเอกลักษณ์ของผู้พิพากษาแต่ละบุคคล เมื่อเป็นดังนี้ จึงทำให้แนวทางในการกำหนดโทษแตกต่างกันอย่างมากมายจนเห็นได้ชัด ปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษแตกต่างกันนี้ เป็นที่ยอมรับโดยทั่วกันว่าเมื่ออยู่เป็นประจำ^๑

^๑ ดูรายละเอียดหนังสือพระราชหัตถเลขาและหนังสือกราบบังคมทูลที่ไต่ถามแล้วในบทที่ ๑ และสรรเสริญ ไกรจิตติ, เรื่องเดิม, หน้า ๒๕.

ปัญหา เช่นนี้มิได้ปรากฏในวงตุลาการของไทยเท่านั้น ในนานาประเทศก็ถือว่าเป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาแก้ไขเช่นกัน ดังปรากฏในรายงานคณะกรรมการสภาสูงของสหรัฐอเมริกา ในปี ๑๙๕๕ ว่า

"คณะกรรมการราชทัณฑ์ (The Bureau of Prisons) ได้แสดงข้อเท็จจริงต่อคณะกรรมการว่า จากการตรวจสอบคดีเก่า ๆ และสถิติของศาลชี้ให้เห็นว่า ได้มีการจำคุกมากขึ้น โดยเฉพาะในศาลของสหรัฐ (Federal judges) ระหว่างปี ค.ศ. ๑๙๕๗ มีการจำคุกมากขึ้นในคดีทุกประเภท เฉลี่ยแล้วจาก ๘.๘ เดือนในรัฐนิวแฮมป์เชียร์ถึง ๕๔.๖ เดือนในรัฐเวสต์เทรินโอลาโฮมา หลังจากที่คณะกรรมการได้ศึกษาคดีเก่า ๆ แล้ว ความแตกต่างในคำพิพากษาได้ทวีสูงขึ้นเรื่อย ๆ คดีความผิดเกี่ยวกับการไปรษณีย์หรือยาเสพติด... ผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษจำคุก ๖ เดือน ในขณะที่การกระทำความผิดเกี่ยวกับไปรษณีย์ที่กระทำโดยมีเบื้องหลังซับซ้อน ได้รับโทษจำคุก ๓ ปีในคดี ๒ คดีที่มีลักษณะเหมือนกัน อันเป็นการปลอมเช็ค (check forgery) จำเลยคนหนึ่งได้รับโทษจำคุก ๓ ปี ในขณะที่จำเลยอีกคนหนึ่งได้รับโทษจำคุก ๒๔ ปี... แม้กระทั่งการตัดสินให้ผู้กระทำความผิดได้รับการคุมประพฤติสำหรับการกระทำผิดต่าง ๆ จาก ๑๕.๓ เปอร์เซ็นต์ในเวสต์เทรินเท็กซัสถึง ๖๕ เปอร์เซ็นต์ในเวอร์มอนต์ ได้มีความแตกต่างกันอย่างมาก ความแตกต่างเช่นนี้ทำให้เกิดความสงสัยว่า จะมีความยุติธรรมจริงหรือไม่ และเกิดความท้อแท้และเสื่อมความนับถือในกฎหมายลง"

การใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษนั้น ถือเป็นความเห็นที่บุคคลย่อมจะมีการใช้แตกต่างกันไปบ้าง แล้วแต่ภูมิหลัง หรือภาวะแวดล้อมปลีกย่อยของแต่ละบุคคล แต่การแตกต่างเช่นนี้ควรจะเป็นการแตกต่างกันในส่วนรายละเอียดปลีกย่อย มิใช่แตกต่างกันในสาระสำคัญ เพราะในส่วนสาระสำคัญแล้ว ผู้พิพากษาทุกท่านย่อมจะใช้ดุลพินิจไปเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม สมกับคำว่า ผู้พิพากษา

K.C. Davis, Discretionary Justice, (2 nd, ed., Louisiana: Edwards Bros, Inc., 1969), pp. 133 - 134.

ควรคำนึงถึงความยุติธรรมเสมอ (*Judex acquitatem semper spectare debet*)

อย่างไรก็ดี ตามแนววินิจฉัยกำหนดโทษของศาลโดยทั่วไปในปัจจุบันนี้ เป็นที่เห็นได้ชัดเจนว่า ความแตกต่างในการวางบทกำหนดโทษของศาล เป็นการแตกต่างในส่วนสาระสำคัญ ซึ่งความแตกต่าง เช่นนี้ได้สร้างข้อกังขาให้กับบุคคลผู้เกี่ยวข้องโดยทั่วไป สาเหตุสำคัญที่ทำให้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษแตกต่างกัน เช่นนี้มีอยู่ คือ

๑. ศาลถือกำหนดตายตัว ในทางปฏิบัติของศาลหลาย ๆ ศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในศาลชั้นต้น จะมีวิธีการกำหนดโทษอย่างหนึ่ง ซึ่งจะกำหนดอัตราโทษไว้ล่วงหน้าว่า การกระทำความผิดในฐานใดควรจะได้รับโทษอย่างไร เช่น ในการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๓๓๘ กำหนดโทษไว้ว่า "ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีและปรับไม่เกินหกพันบาท" แต่ศาลจะมีข้อกำหนดไว้เป็นที่ทราบในทางปฏิบัติกันเองว่า หากมีการกระทำความผิดในฐานนี้ขึ้น ศาลจะต้องกำหนดโทษในอัตราใด เช่นอาจกำหนดให้จำเลยต้องรับโทษจำคุก ๑ ปี เป็นต้น เมื่อมีข้อกำหนดไว้เช่นนี้ไม่ว่าการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์นั้นจะมีสภาพอย่างไร ภูมิหลังจำเลยเป็นอย่างใดก็ตาม ศาลจะลงโทษเท่าเทียมกันคือ จำคุก ๑ ปีเสมอไป วิธีการเช่นนี้เรียกว่าบัญญัติอัตราโทษหรือที่เรียกกันทั่วไปว่า "ยี่ตอก" ๑

๑ สุจริต ถาวรสุข, วิทยาคูลาการ (พิมพ์ครั้งที่ ๕, กรุงเทพมหานคร : แสงทองการพิมพ์, ๒๕๒๑), หน้า ๖๖๗.

การมีบัญญัติอัตราโทษหรือยึดคุกนี้ ถือว่า เป็นวิธีการต้องการให้วางโทษ เป็นอย่างเดียวกัน^๑ ซึ่ง เป็นการแก้ไขปัญหาการวางโทษสูง-ต่ำไม่เท่ากันที่ได้ผลอย่างยิ่ง ด้วยเหตุนี้จึงจะพบว่าในทางปฏิบัติ ได้มีการตีความยึดคุกในศาลแทบทุกศาล

การลงโทษกำหนดโทษผู้กระทำความผิดโดยวิธียึดคุกนี้ แม้จะมีประโยชน์ในการตัดปัญหาการวางโทษสูงต่ำไม่เท่ากันให้สิ้นไปได้ก็ดี แต่หากพิจารณาให้ละเอียดลงไปแล้ว การวางโทษในความผิดฐานเดียวกันในอัตราโทษ เท่ากัน มิได้หมายความว่า จะให้ความยุติธรรมแก่บุคคลผู้กระทำความผิดเท่าเทียมกันไปทุกคน แม้ว่าการพิจารณาโดยผิวเผินจะเห็นว่าบุคคลผู้กระทำความผิดฐานเดียวกันได้รับโทษ เท่า เทียมกัน เป็นการถูกต้องก็ตาม แต่สิ่งที่ จะเอื้ออำนวยความยุติธรรมตามหลักการลงโทษนั้น จะต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริงหลายประการ ต้องคำนึงว่าสภาพของตัวจำเลย เป็นเช่นไร ควรจะใช้ทฤษฎีการลงโทษ เช่นใดมาบังคับ สภาพข้อเท็จจริง เกี่ยวกับการกระทำผิดของจำเลยกระทบกระเทือนต่อประชาชนหรือรัฐมากน้อยเพียงใด สิ่งเหล่านี้จะต้องนำมาพิจารณาประกอบการกระทำผิดของจำเลย เพื่อใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษทั้งสิ้น

แต่ที่แท้จริงแล้ว การกำหนดยึดคุกไว้นั้นหาได้ชี้ชัดวางต่อการลงโทษที่คำนึงถึงความยุติธรรมเฉพาะบุคคลไม่ เพราะการลงโทษนั้น มีหลักเกณฑ์สำคัญอยู่ ๒ ประการคือ

๑. ลงโทษโดยคำนึงถึงนโยบายของรัฐ (policy)

๒. ลงโทษโดยคำนึงถึงสภาพเฉพาะบุคคล (individual)

ความผิดอาญานั้น แบ่งออกเป็นส่วนใหญ่ ๆ คือ มุ่งป้องกันและลงโทษผู้กระทำความผิดที่ต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะตัวบุคคล อีกกรณีก็คือการลงโทษที่กฎหมายประสงค์จะปราบปรามการกระทำความผิดที่มีลักษณะ เป็นไปอย่างเดียวกัน ซึ่งความผิดเช่นนี้ไม่ต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะบุคคลของผู้กระทำความผิด เช่นความผิดเกี่ยวกับอาวุธปืน ลักลอบตัดไม้ ยาเสพติด โสเภณี ฯลฯ ความผิดเหล่านี้จึงถือเป็นนโยบายรัฐที่จะต้องปราบปรามและลงโทษผู้กระทำความผิดให้ เป็นไปในแนวเดียวกัน การมียึดคุกไว้จึง เป็นสิ่งสำคัญในการช่วยกำหนดการใช้ดุลพินิจลงโทษผู้กระทำความผิด เป็นไปในแนวเดียวกันตามประสงค์ของกฎหมาย เพราะความผิดตามบัญญัติยึดคุกนั้น เป็นการกำหนดความผิดที่คำนึงถึงนโยบายของรัฐทั้งสิ้นมิได้กำหนดความผิดที่ต้องคำนึงถึงสภาพเฉพาะบุคคลไว้เลย

^๑ สรร เสริฐ โกรจิติ, เรื่อง เกม, หน้า ๓๔.

๒. ศาลก็กำหนดไม่ตายตัว ปรากฏในข้อเท็จจริงอยู่เสมอว่า การลงโทษของศาลก็กำหนดโทษในคดีต่าง ๆ โดยไม่มีกำหนดตายตัว ไม่มีหลักเกณฑ์อย่างใด เป็นเครื่องกำหนดการลงโทษ ไม่ว่าจะ เป็นหลักทฤษฎีการลงโทษ สภาพข้อเท็จจริงทั้งตัวจำเลย ผู้เสียหาย หรือผลของการกระทำผิด การใช้ดุลพินิจ เช่นนี้ของศาล ก่อให้เกิดปัญหาการวางโทษสูงค่าไม่เท่ากันของคดีที่กระทำความผิดฐานเดียวกัน และมีสภาพข้อเท็จจริงคล้ายกัน ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาการวางโทษสูงค่าไม่เท่ากันนี้ให้กับวงการยุติธรรมตลอดมา

เป็นที่ทราบมาแล้วว่า การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษนั้น ศาลจะต้องคำนึงถึงสภาพตัวจำเลย ลักษณะการกระทำและผลของการกระทำ รวมทั้งทฤษฎีการลงโทษประกอบด้วย ซึ่งกรณีเช่นนี้ย่อมจะทำให้การกำหนดโทษลงแก่ผู้กระทำผิดแตกต่างกันไป เป็นรายกรณี และในกรณีกลับกัน หากการกระทำความผิดของจำเลยมีลักษณะใกล้เคียงกัน มีสภาพภูมิหลังของตัวจำเลย ลักษณะการกระทำผิด รวมทั้งผลแห่งการกระทำผิดใกล้เคียงกันแล้ว โทษที่จะกำหนดลงแก่จำเลยควร เป็นไปในทำนองเดียวกัน จึงจะ เป็นความยุติธรรม แต่ในทางปฏิบัติจะพบการลงโทษแก่จำเลยที่มีลักษณะการกระทำผิดใกล้เคียงกัน กลับได้รับโทษแตกต่างกันเป็นจำนวนมาก เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๘/๒๕๒๒ ข้อเท็จจริงมีว่า จำเลยคดีนี้กับนายบุญโนชานอน เป็นชาวอิตาเลียน และเป็นนักศึกษาบัญชีปีที่ ๔ ของโรงเรียนเดียวกัน เดินทางมาทัศนจรประเทศไทยพร้อมกัน ถูกเจ้าพนักงานตำรวจจับกุมได้พร้อมกัน มีเฮโรอีนจำนวนใกล้เคียงกันในเวลาต่อเนื่องใกล้ซีกกัน เมื่อบุคคลทั้งสองถูกฟ้องศาลในวันเดียวกัน ก็รับสารภาพเช่นเดียวกัน ศาลชั้นต้นวางโทษจำคุก เมื่อลบกแล้วคนละ ๓ ปี เท่ากัน บุคคลทั้งสองอุทธรณ์ขอให้ศาลอุทธรณ์ลดหย่อนโทษลงอีกและให้รอกการลงโทษ ศาลอุทธรณ์พิพากษาคดีนายบุญโนชานอน จำคุก ๔ ปี ลดโทษกึ่งหนึ่ง เหลือจำคุก ๒ ปี และให้รอกการลงโทษมีกำหนด ๒ ปี ส่วนคดีเฉพาะจำเลยนี้ ศาลอุทธรณ์พิพากษาจำเลยจึงฎีกาโดยผู้พิพากษาศาลชั้นต้นอนุญาตให้ฎีกา ซึ่ง

ศาลฎีกาเห็นว่า กรณีเช่นนี้พอถือว่าเป็นปัญหาสำคัญอันควรสู่ศาลสูงสุดได้ และวินิจฉัยว่า จำเลยนี้กับนายบุญโน ชานอนต่าง เป็นคนอิตา เลียนคล้ายกัน และเป็นนักศึกษาสถาบันเดียวกัน ชั้นเดียวกัน มาที่ศึกษาจรรยาประเทศไทยด้วยกัน อายุ ๒๗ ปีเท่ากัน เฮอร์อื่นที่จับได้จำนวนใกล้เคียงกัน ทั้งไม่ปรากฏว่าจำเลยเคยต้องโทษจำคุกมาก่อน เช่นเดียวกับนายบุญโน ชานอน จำเลยยังศึกษาเล่าเรียนไม่จบ สมควรให้โอกาสจำเลยได้กลับไปศึกษาเล่าเรียนต่อจนจบและประพฤติตนเป็นคนดีต่อไป คดีมีเหตุผลหย่อนผ่อนโทษให้จำเลยลงอีก และรอการลงโทษไว้ เช่นเดียวกับนายบุญโน ชานอน

การลงโทษที่ไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอนเลย เช่นนี้ กล่าวไปแล้ว เป็นผลเสียยิ่งกว่าการลงโทษโดยถือกำหนดตายตัว เช่นการ "คิดยี่ตอก" เป็นอันมาก เพราะนอกจากจะไม่มีประโยชน์แก่ทฤษฎีการลงโทษ และการลงโทษโดยตรง อันเป็นความยุติธรรมแล้ว ยังก่อกวนคดีที่ไม่ดีให้กับศาลเอง เพราะการที่ศาลลงโทษลงโทษแตกต่างกัน เช่นนี้ ประชาชนทั่วไปย่อมมองเห็นความยุติธรรมได้ชัดเจนกว่า

เหตุผลหลายประการที่ทำให้การกำหนดโทษของศาล เป็นไปโดยไร้หลักเกณฑ์ แต่สิ่งที่เป็นต้นเหตุอันแท้จริงมาจากตัวของผู้พิพากษาเอง ว่ามีพื้นฐาน แนวความคิดและคติอย่างไร เช่นเคยมีตัวอย่างในสมัยที่ยังมีศาลไปริสภายู่นั้น มีผู้พิพากษานายหนึ่ง ท่านเลี้ยงไก่ไว้ที่บ้านเป็นจำนวนมาก แต่ก็ถูกลักขโมยไปเรื่อย ๆ บางคราวถูกลักไปทั้งแล้ว เวลาคลักไก่ขึ้นสู่ศาล ท่านผู้พิพากษานี้ตัดสินใจ ท่านจะลงโทษ เต็มตามอัตราโทษสูงสุดที่กฎหมายกำหนดให้สำหรับความผิดลักทรัพย์เสมอ ไม่ว่าจำเลยจะถูกฟ้องว่าลักไก่เพียงตัวเดียวหรือทั้งแล้ว ยิ่งกว่านั้น ในบางคดีท่านลงโทษ เกินกว่าอัตราสูงสุดที่กฎหมายกำหนดให้ด้วยซ้ำไป จึงต้องมีการอุทธรณ์กันเสมอ^๑

^๑ ธานีทร ทรัพย์วิเชียร, "ศาลกับพยานบุคคล," วารสารกฎหมาย ปีที่ ๓ ฉบับที่ ๓, กันยายน - ธันวาคม ๒๕๒๐, หน้า ๔๑.

การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ โดยกำหนดตามอัตราโทษ เช่นนี้ จะพบในทางปฏิบัติ อยู่เนื่องเนือง ซึ่งแน่นอนที่สุดที่การใช้ดุลพินิจ เช่นนี้จะ เป็นการสร้างความ เสื่อมถอย ให้กับวงการตุลาการเอง เพราะแม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดคดีให้ ผู้พิพากษาวางโทษ ไปเท่าใด คงบัญญัติอัตราโทษชั้นสูงชั้นต่ำไว้ ให้เป็นอำนาจของ ผู้พิพากษาที่จะเลือกกำหนดตามดุลพินิจของตน แต่การใช้ดุลพินิจ เช่นนั้นจะต้องมี พื้นฐานหรือหลักนิติธรรม เป็น เครื่องช่วยกำหนดในการใช้ ดังปรากฏในคดี Griffin v. State ๑ ว่า "Discretion bounded by the rules and principles of Law" ๑ จึงจะสม เป็นดุลพินิจยุติธรรม

แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงมากมายในการกำหนดผิดพลาดไปจากที่ควร เป็นไป แต่ก็มีข้อควรสังเกตว่า การกำหนดโทษ เป็นดุลพินิจของศาล ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ ต้องห้ามอุทธรณ์ฎีกา ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๒๖/๒๕๐๓ ว่า "คดีที่ฎีกา ได้เฉพาะข้อกฎหมาย โจทก์ฎีกาว่าศาลวางบทผิด และวางโทษเบาไป ศาลฎีกา วินิจฉัยว่าข้อกฎหมายศาลวางบทถูกแล้ว ส่วนเรื่องการกำหนดโทษ เป็นการใช้ ดุลพินิจต้องห้ามฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๑๘" และแม้บางคดีศาลสูงจะรับอุทธรณ์ฎีกา และวินิจฉัยข้อกำหนดโทษ ศาลสูงก็มักจะถือว่า ตามปกติศาลชั้นต้นย่อมอยู่ในฐานะที่ใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจำเลย ในคดีนั้นได้โดยถูกต้อง ดังที่ศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๑๓/๒๕๔๘ ว่า "ส่วนที่จำเลยว่า ศาลลงโทษแรงไปนั้น เรื่อง เช่นนี้ศาลชั้นต้นย่อมทราบดีในท้องที่ ซึ่งศาลตั้งอยู่ จึงลงโทษสมควรแก่รูปเรื่อง และไม่มีเหตุที่ศาลฎีกาจะพิพากษาแก้ไข ในเรื่องโทษ"

๑

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

จากความเป็นจริงในหลายคดีที่ศาลชั้นต้นวางโทษจำเลยในลักษณะไม่สมควร แต่ศาลกลับไม่รับรู้ และคงถือไปตามดุลพินิจของศาลล่าง เช่นนี้ ย่อมเป็นการขัดต่อหลักการควบคุมการใช้ดุลพินิจ ทั้ง ๆ ที่ศาลฎีกาเองก็เคยวางหลักเกณฑ์ไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๓/๒๕๕๔ ว่า "อนึ่ง เมื่อว่าถึงกำหนดโทษที่ศาลกำหนดอยู่แล้ว ข้าพระพุทธเจ้ามีเหตุผลสมควรที่จะกราบบังคมทูลพระกรุณาว่า ในคดีมา เฉพาะหน้า ข้าพระพุทธเจ้าพิพากษานั้น โดยมากข้าพระพุทธเจ้า เห็นด้วยเกล้าว่า ศาลหากคอยใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจำเลยให้ต้องตามบทพระอัยการที่ห้ามบัญญัติไว้ไม่ ดูเป็นการกำหนดเอาตามใจ ไม่ได้อาศัยหลักเกณฑ์ตามกฎหมายเสียโดยมาก... การเรื่องนี้เป็นหน้าที่ข้าพระพุทธเจ้าโดยแท้ที่จะระวังศาลล่างให้ใช้ดุลพินิจในการพิพากษาคดี เพื่อให้บรรดาคดีทั้งหลายได้เป็นไปโดยถูกต้องสมควรแก่ความยุติธรรมตามพระราชกำหนดกฎหมาย ถ้าข้าพระพุทธเจ้าผู้ซึ่งได้ทรงพระมหากรุณาไว้วางพระราชหฤทัยให้ลดลงพระ เกษพระคุณี ในหน้าที่อันสำคัญ เช่นนี้ละเลยการอันนี้เสียแล้ว ใครเล่าจะเป็นผู้ลดลงพระ เกษพระคุณีให้ราชการแผนกนี้ดำเนินไปโดยสมควรได้ ด้วยเหตุว่าเป็นการน้อยนักหนาที่คดีเหล่านี้จะไ้มีชื่อของทรงมาถึงพระ เนตรพระภรรณได้ โดยว่าได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ข้าพระพุทธเจ้า เป็นเจ้าหน้าที่ในการนี้อยู่แล้ว"

เมื่อความผิดพลาดในการใช้ดุลพินิจ มีปรากฏอยู่โดยตลอดเช่นนี้ จึงเป็นความจำเป็นที่จะต้องหาทางแก้ไข เพื่อจะได้เป็นไปตามความยุติธรรม

๓. การแก้ไขข้อขัดข้อง ข้อขัดข้องในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่ไม่มีไ้ เป็นไปตามหลัก เกณฑ์แห่งความยุติธรรม เช่นนี้ เป็นปัญหาบางอย่าง เน้นหนักในวงการยุติธรรมทั่วไป และปัญหานี้แม้ในวงการตุลาการของไทยจะมีกระคิดแก้ไข ตั้งแต่วันที่ ๑๑ มีนาคม ร.ศ. ๑๒๑ ซึ่งกรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมได้มีหนังสือกราบบังคมทูล เรื่องปัญหาทางโทษสูงต่ำไม่เท่ากัน ตอนหนึ่งความว่า "ข้าพระพุทธเจ้าตั้งใจว่าจะไ้ร่างคำ เสนอสดิผู้พิพากษาในการกำหนดโทษแจกไปตามศาล แต่ที่หวังไม่ไ้มี เช่นนี้ต่อไปนั้น ก็คงไม่ไ้ได้อยู่เอง" ก็ยังมีปัญหาปรากฏอยู่ในทางปฏิบัติตามเดิม

ข้อชี้แจงในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษนี้ ไม่ว่าจะเป็นการวางโทษ เครื่องกัก
ตามบัญญัติตราโทษ หรือลงโทษตามความเห็นโดยแท้ของผู้พิพากษา ย่อมมาจากเหตุผล
สำคัญ ๓ ประการด้วยกันคือ

๓.๑ ข้อเท็จจริงไม่เพียงพอ เป็นปัญหาที่ปรากฏตามมาภายหลัง
จากที่ได้มีคำพิพากษาแล้วไม่น้อยกว่า จำเลยควรจะได้รับโทษที่ผิดไปจากคำวินิจฉัยของ
ศาล เพราะเหตุที่มีพฤติการณ์บางอย่างเกี่ยวกับลักษณะการกระทำผิด ที่เป็นคุณหรือ
เป็นโทษแก่จำเลย เช่นการกระทำผิดของจำเลยที่มีลักษณะร้ายแรงกระทันหัน
ต่อชีวิตของประชาชน แต่ข้อเท็จจริงนี้มิได้ปรากฏเข้ามาในส่วนของศาล และเพื่อ
ประโยชน์แห่งความยุติธรรม ศาลจะใช้ดุลพินิจวินิจฉัยบรรดคดีได้ก็จากข้อเท็จจริง
ที่ปรากฏในส่วนวนเท่านั้น^๑ ด้วยเหตุนี้ การกำหนดโทษในหลาย ๆ ครั้งของ
ศาลจึงผิดพลาดไปจากที่ควรจะเป็น ทั้ง ๆ ที่ศาลพร้อมที่จะอำนวยความสะดวกตาม
ทฤษฎีของการลงโทษ และพฤติการณ์แห่งข้อเท็จจริงอยู่แล้ว เมื่อเป็นเช่นนี้ จึงก่อ
ปัญหาขึ้นมาว่า ศาลจะมีอำนาจพิจารณาข้อเท็จจริงพิเศษ เหล่านี้เพียงใด ในกรณี
ที่ไม่มีการนำสืบข้อเท็จจริง เหล่านั้น เข้ามาในส่วนของความ^๒

ในทางปฏิบัติทั่วไปของศาล หากไม่มีการนำข้อเท็จจริงที่จะเป็นเครื่องช่วย
กำหนดการใช้ดุลพินิจของศาลนำสืบเข้ามาในส่วนของความแล้ว ศาลจะพิจารณา
ข้อเท็จจริงนั้นเองไม่ได้ แม้ประสงค์จะนำข้อเท็จจริง เช่นนั้นมาพิจารณาก็ตาม^๓

^๑ รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง การป้องกันและปราบปราม
อาชญากรรม, เรื่อง เดิม, หน้า ๑๖๗.

^๒ เรื่อง เดิม, หน้า ๒๕๗.

^๓ เรื่อง เดิม, หน้า เดิม.

เหตุผลที่เป็นเช่นนี้เพราะถือว่า เพื่อความยุติธรรม พยานหลักฐานทุกชิ้น ข้อเท็จจริง
ทุกประการจะต้องนำมาแสดงอย่าง เปิดเผยต่อหน้าศาล เพื่อให้คู่ความทั้งสองฝ่ายมี
โอกาสโต้แย้งคัดค้านความถูกต้องได้ กวดยเหตุนี้หากนำพยานหลักฐานหรือข้อเท็จจริง
ใดที่ไม่ได้มีการซักค้านความถูกต้อง มาประกอบการพิจารณาแล้ว บ่อม เท่ากับศาลฟัง
ความข้างเดียวอันเป็นความอยุติธรรมที่ไม่ควรบัง เกิดขึ้นในวงการยุติธรรมได้ก็ตาม
แต่ความ เหล่านี้เว้นไว้แต่ศาลจะกระทำการ เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมและรักษา
ความสงบของศาลพิจารณาคดีสืบหลังคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

การไม่ยินยอมพิจารณาข้อเท็จจริงนอกสำนวนมาประกอบพิจารณาการใช้
ดุลพินิจนี้ แนวปฏิบัติของศาลไทยยึดถือในลักษณะที่เคร่งครัดพอสมควร จึงทำให้การ
วินิจฉัยกำหนดโทษในหลายครั้งคลาดเคลื่อนไปจากที่ควร เป็นอย่างน่า เสียหาย เพราะ
ศาลจะต้องรอให้คู่ความ เป็นผู้นำข้อเท็จจริง เหล่านั้น เข้ามาสู่สำนวนความตั้ง เช่นที่
กรมอัยการโดยหลวงอรรถการีย์นพนธ์อธิบดีกรมอัยการ ได้เคยมีคำสั่งที่ ๕/๒๔๔๘
ลงวันที่ ๒๕ มกราคม พ.ศ. ๒๔๔๘ ในอัยการแถลงขอให้ศาลใช้ดุลพินิจลงโทษ
จำเลยที่กระทำผิดโดยอาศัยโอกาสที่กำลังมีการป้องกันภัยทางอากาศมาแล้ว

แนวปฏิบัติที่มีคดีว่าจะไม่พิจารณาข้อเท็จจริงนอกสำนวนมาประกอบดุลพินิจ
ในลักษณะเคร่งครัดเช่นนี้ ได้ปรากฏให้เห็นในคำพิพากษาหลายเรื่องอาทิ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๕๖/๒๔๓๕ โจทก์ฟ้องว่าจำเลยมีเครื่องกระสุนปืน
ไว้ใช้เฉพาะในการสงคราม จำเลยให้การรับว่าได้มีกระสุนปืนไว้จริง แต่ข้อที่ว่า
เป็นเครื่องกระสุนไว้ใช้ในการสงครามหรือไม่นั้น จำเลยมิได้ให้การรับ ทั้งโจทก์
ก็มิได้นำสืบในข้อนี้ ดังนี้ ศาลคงฟังแต่เพียงว่า เป็นเครื่องกระสุนปืนธรรมดา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๘๐/๒๔๔๐ อัยการฟ้องว่าจำเลยทำร้ายร่างกายผู้อื่น
บาดเจ็บสาหัส แต่มิได้ยื่นคำร้องขออ้างรายงานบาดแผลหรือนำสืบพยานบุคคลใน
ข้อนี้ เป็นแต่เมื่อเจ้าทุกข์มา เบิกความเป็นพยานได้นำรายงานบาดแผลของตนส่ง
ต่อศาล แล้วอัยการจึงได้อ้าง เป็นหลักฐานดังที่ศาลบันทึกไว้ ดังนี้ ศาลจะรับฟัง
รายงานนั้นเป็นพยานหลักฐานไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๑๗/๒๕๑๓ ศาลชั้นต้น เพียงแต่ตรวจสอบส่วนสอบสวน
ทราบ เหตุแห่งการกระทำผิด โดยมีได้เรียกส่วนการสอบสวนมารวมส่วนไว้เพื่อ
ใช้ประกอบการวินิจฉัย และโจทก์มิได้ส่งหรือขออ้างข้อศาลในฐานะ เป็นพยานเอกสาร
ยอมรับฟังไม่ได้ว่า สาเหตุแห่งการกระทำผิดมีอยู่อย่างไร

แนววินิจฉัยที่ปฏิเสธการรับฟังข้อเท็จจริงนอกส่วนประกอบพิจารณา
ในลักษณะที่เคร่งครัด เช่นนี้ K.C. Davis ได้ให้ความเห็นว่า การคัดโอกาสในการ
พิจารณา เช่นนี้ เปรียบเสมือน "การใช้ดุลพินิจที่ไม่มีการมองหาเหตุผลในการตัดสิน
ซึ่งผู้พิพากษาจะตัดสินมาโดยไม่มีการหาข้อเท็จจริง ไม่มีเหตุผล ไม่มีลักษณะความ
สัมพันธ์ระหว่างคำพิพากษาอันที่มีมากอนกับคำพิพากษาในภายหลัง หรือสัมพันธ์กับ
ความเห็นของคำพิพากษาโดยผู้พิพากษานายอื่น อำนาจการใช้ดุลพินิจ เช่นนี้จำเป็นต้อง
มีการอุทธรณ์เพื่อตรวจสอบทบทวนอีก เป็นอันมาก" ๑

เป็นที่ยอมรับในทางข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งว่า การจะยึดถือหลักอย่างหนึ่งใด
ตายตัวลงไปอย่างเคร่งครัด ย่อมก่อให้เกิดผลเสียขึ้น ด้วยเหตุนี้แม้ว่าจะมีความ
จำเป็นในการพิจารณาข้อเท็จจริงต่าง ๆ ในส่วนที่มาจาก การนำสืบหักล้างกันตาม
กระบวนการยุติธรรม แต่จะต้องมีความยืดหยุ่นยอมรับข้อเท็จจริงอื่น ๆ ในบางโอกาส
ดังที่ Hayek ได้กล่าวเตือนไว้ว่า "...ในการพิจารณาหาเหตุผลนั้น จะต้อง
มาจากหลักนิติธรรม (rules of law) และพฤติการณ์แวดล้อมที่กฎหมายต้องการ
(circumstances to which the law refers) ซึ่งคู่ความจะต้องทราบด้วย
การพิจารณา เช่นนี้จะต้องไม่พิจารณาจากความรู้พิเศษที่ได้จากรัฐบาลหรือมาจากการ
ตั้งเป้าหมาย (อคติ) ไว้แล้ว ไม่ว่าจะ เป็นเป้าหมายชั่วคราวหรือถาวรก็ตาม ทั้ง

๑

K.C. Davis, op.cit., pp. 137 - 138.

รวมถึงการคิดที่จะกำหนดผล เกี่ยวเนื่องกันในบุคคลที่อยู่ในภาวะที่ต่างกันอย่าง" ^๑
 และ Hayek ได้กล่าวต่อไปอีกว่า "อะไรก็ตามซึ่ง เป็นความต้องการของหลัก
 นิติธรรม ศาลย่อมมีอำนาจนำมาพิจารณาได้ หรือกฎหมายอาจกำหนดข้อเท็จจริง
 พิเศษไว้ก็ได้" ^๒

ความเห็นของ Hayek นี้ ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธี
 พิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๕ ก็เป็นไปในแนวเดียวกัน โดยให้ศาลมีอำนาจ
 โดยผลการ หรือคู่ความฝ่ายใดร้องขอ ศาลมีอำนาจสืบพยานเพิ่มเติม จะสืบเอง
 หรือส่งประเด็นก็ได้ หลักการเช่นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็ยอมรับ
 ว่า เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ศาลมีอำนาจรับฟังพยานหลักฐานหรือข้อ
 เท็จจริงใด โดยมีได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายลักษณะพยานก็ทำได้ ดังปรากฏ
 ในมาตรา ๔๖ วรรคท้ายและมาตรา ๔๗(๒) ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ดังที่ Hayek
 กล่าวไว้คือ "เมื่อ เป็นความต้องการของหลักนิติธรรม"

และจากเหตุผลดังกล่าวมา ในทางปฏิบัติจึงจะพบว่าศาลเองก็ได้ยอม
 รับฟังข้อเท็จจริงอย่างอื่นประกอบการพิจารณาอยู่ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๗๑๑/๒๔๘๗ ศาลอาญารับฟังคำพยานชั้นสอบสวน
 ประกอบการพิจารณาได้ ไม่มีกฎหมายห้าม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๑/๒๔๘๘ คำพยานโจทก์ชั้นสอบสวนรับฟังดังคำพยาน
 ในศาลไม่ได้ แต่อาจฟังได้ว่าเคยให้การไว้เช่นนั้น เมื่อพิเคราะห์ข้อเท็จจริงถึง
 ข้อเท็จจริงอย่าง เช่น เอกสารทางราชการอื่น

^๑ Ibid., pp. 32 - 33 อ้างถึง The Constitution of Liberty,
 (1960), 205, 206, 211, 213-214.

^๒

Ibid.

คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๘๖/๒๕๑๔ ผู้เสียหายได้รับอนุญาตให้เข้าเป็นโจทก์
ร่วมในคดีแล้ว แม้ภายหลังศาลอุทธรณ์จะยกคำร้องขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมเสีย ก็ไม่
ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของโจทก์ร่วมที่ได้กระทำระหว่าง เป็นคู่ความในคดี
เสียเปล่าไป พยานหลักฐานที่โจทก์ร่วมได้อ้างอิงไว้ ย่อมใช้เป็นพยานหลักฐานสำหรับ
โจทก์และโจทก์ร่วมคนอื่น เพื่อประมวลวินิจฉัยข้อเท็จจริงแห่งคดีได้

แม้ว่าทางปฏิบัติศาลจะยินยอมรับฟังข้อเท็จจริงนอกสำนวนมาประกอบการ
พิจารณาบ้าง แต่ก็หาใช้ในทางปฏิบัติโดยแพร่หลายไม่ ข้อเท็จจริงหลายประการที่
ศาลควรรับฟังประกอบดุลพินิจของศาล ที่มีให้นำมาสู่สำนวนความ ศาลยังคงปฏิเสธ
การรับฟัง ทั้ง ๆ ที่ข้อเท็จจริงเหล่านั้น เป็นสิ่งสำคัญที่ช่วยกำหนดการนำดุลพินิจให้
ถูกต้อง ข้อชี้ข้อข้อง เช่นนี้จะแก้ไขได้ด้วยวิธีการ เช่นใด

เมื่อพิจารณาถึงระบบการยุติธรรมของหลาย ๆ ประเทศ จะเห็นได้ว่า
ในหลายประเทศได้เล็งเห็นความจำเป็นของความบกพร่องในการเสนอข้อเท็จจริง
ต่อศาลของคู่ความ หากจะ เปิดโอกาสให้ศาลนำดุลพินิจพิจารณาข้อเท็จจริงนอก
สำนวนได้อย่างกว้างขวาง ก็จะเป็นการทำลายความยุติธรรมได้อีกเช่นกัน เพราะ
ศาลจะรับฟังข้อเท็จจริงนอกสำนวนอย่างไม่มีที่ยุติ และ เมื่อ เป็นเช่นนั้นก็จะ เป็นการ
ตัดสินใจไปตามอารมณ์หรือ เสียงของหนังสือพิมพ์^๑ ยิ่งไปกว่านั้น หากการรับฟัง
ข้อเท็จจริงนอกสำนวนนั้น เป็นผลร้ายแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นย่อมมีความ
รู้สึกที่ศาลมีอคติกับคู่ความ ลำเอียงหาข้อเท็จจริงช่วยสนับสนุนคู่ความฝ่ายตรงข้าม
ก็ได้ ซึ่งหากมีความรู้สึกเช่นนี้เกิดขึ้นมากเข้า ก็จะเป็นการบ่อนทำลายศรัทธาของ
ประชาชนได้ แม้ว่าการ เปิดรับข้อเท็จจริงนอกสำนวนเช่นนั้น เป็นไปเพื่อประโยชน์

^๑ Ibid., p. 137.

แห่งความยุติธรรมก็ตาม ทั้งที่ศาลได้เคยรับฟังคำอัยการยื่นทักเสียดของจำเลยมา ประกอบการพิจารณาใช้ดุลพินิจ และจำเลยได้ต่อสู้คัดค้านว่าการใช้ดุลพินิจรับฟังเพียบพันทักเสียดเช่นนั้น เป็นการไม่ถูกต้อง (รายละเอียดดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๑๒๓/๒๕๐๘ (ประชุมใหญ่))

แม้ว่าการยอมรับฟังข้อเท็จจริงนอกสำนวนมาใช้ประกอบดุลพินิจ อาจมีข้อโต้แย้งจากคู่ความได้บ้าง และอาจเป็นทางทำให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจรับฟังข้อเท็จจริงนอกสำนวนอย่างกว้างขวางก็ตาม แต่ในหลายโอกาสการที่ศาลจะรับฟังข้อเท็จจริงนอกสำนวนประกอบการใช้ดุลพินิจนั้น เป็นความจำเป็นอย่างยิ่งโดยเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการกำหนดโทษให้ถูกต้องตามทฤษฎีการลงโทษ และสภาพข้อเท็จจริงดังนั้น จากความจำเป็นดังกล่าว ในประเทศสหรัฐอเมริกา จึงได้มีการตรากฎหมายออกบังคับใช้คือ The Model Sentencing Act. ซึ่งมีสาระสำคัญตอนหนึ่งความว่า "ให้มีการสอบสวนข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องประกอบการพิจารณาในคดีที่สำคัญและเปิดโอกาสให้จำเลยคัดค้านสำนวนการสอบสวนนั้นได้ เมื่อมีเหตุผล"

การยินยอมให้ศาลพิจารณาคำขอการสอบสวนประกอบการใช้ดุลพินิจ เช่นนี้ เป็นการทำให้ศาลกำหนดโทษได้ใกล้เคียงกับความต้องการของกฎหมายและความยุติธรรมอย่างแท้จริง ด้วยเหตุที่การจะพิจารณา เฉพาะในสำนวนการพิจารณา ซึ่งคู่ความนำสืบอย่างเดียว ไม่มีข้อเท็จจริงจะให้ศาลกำหนดโทษอย่างถูกต้องได้ เพราะการนำข้อเท็จจริงมาสืบหักล้างกันในศาลนั้น ส่วนใหญ่เป็นการถกเถียงกันว่า จำเลย "ผิดจริงหรือไม่" เท่านั้น แต่การที่ศาลจะใช้ดุลพินิจกำหนดโทษนั้น ต้องการข้อเท็จจริงมากกว่านั้น เพราะจะต้องพิจารณาทั้งสภาพการกระทำผิดและข้อเท็จจริง

แวดล้อมทั้งหลายประกบด้วย และข้อเท็จจริง เช่นนี้เองที่คำพิพากษาในคดี R.v. Stratton (๑๙๘๐) ให้ความสำคัญถึงกับเรียกว่า "หลักพื้นฐานในการตัดสินคดีอาญา" (The fundamental rule of criminal judicature) ^๑ ซึ่งจะทำให้ศาลสามารถกำหนดโทษได้ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏ เช่นหากจำเลยเป็นผู้ที่ประพฤติก่อนและกระทำผิดเพียงเล็กน้อย เพราะมีสาเหตุจากนายจ้างกำลังจะปลดเขาออกจากงาน ศาลก็อาจกำหนดโทษแค่เพียงเล็กน้อยพอเป็นพิธี (คดี R.v. Francis (๑๙๐๘) ^๒ แต่ถ้านายจ้างกระทำผิดนั้น เป็นการกระทำผิดอีก ซึ่งจำเลยไม่หลบจำในทางอาญาแล้ว ศาลพึงต้องลงโทษให้หนักเพื่อให้เข็ดหลาบ (คดี R.v. Morton (๑๙๐๘) และคดี (R.v. Myland (๑๙๑๑)) ^๓

ส่วนวนสืบสวนข้อเท็จจริงเหล่านี้ อาจเป็นการสั่งให้สืบค้นตามคำสั่งศาล หรือเป็นส่วนวนการสอบสวนของตำรวจ และคำให้การของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนก็ได้ ^๔ ซึ่งในการพิจารณาส่วนวนการสอบสวนประกอบคดีพินิจนี้ กฎหมายไทยเองก็ได้ยอมรับ ดังปรากฏในมาตรา ๑๙๕ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติว่า "เมื่อโจทก์สืบพยานเสร็จแล้ว ถ้าเห็นสมควรศาลมีอำนาจเรียกส่วนวนการสอบสวนจากพนักงานอัยการมาเพื่อประกอบการวินิจฉัยได้" เมื่อเป็นเช่นนั้น ในทาง

๑

Halsbury's Law of England Vol 10, 3 rd.ed., (London: Butterworth & Co. (Publishers) Ltd., 1955), p. 488

๒

Ibid.

๓

Ibid.

๔

Ibid., pp. 489 - 490.

ปฏิบัติ เพื่อความยุติธรรม ศาลย่อมมีอำนาจที่จะพิจารณาส่ววนการสอบสวนของตำรวจ ประกอบการวินิจฉัยได้ตามมาตรา ๑๗๕ และอาจสืบหาข้อเท็จจริงอันเป็นสภาพแวดล้อม ในการกำหนดการกระทำผิดของจำเลยได้อีกตามนัยแห่งมาตรา ๒๒๕ แห่งกฎหมาย ดังกล่าว เพื่อให้ประกอบการพิจารณากำหนดโทษจำเลยให้ถูกต้องตามครรลอง นิติธรรม

๒. พื้นฐานความคิดของผู้พิพากษา การที่จะพิจารณากำหนดโทษให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ในทางทฤษฎีการลงโทษ หรือสภาพข้อเท็จจริงที่ปรากฏอย่างแท้จริงนั้น สิ่งสำคัญจะต้องมาจากตัวผู้พิพากษาเอง เพราะตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏการวิชิตติ คัดลินิกดิ์ หรือการถืออัตราโทษ เกรงครัดตามยึดตอกยอมมาจากความคิดพื้นฐานของตัว ผู้พิพากษาเองทั้งสิ้นว่าจะยอมรับสภาพข้อเท็จจริงและทฤษฎีการลงโทษ เช่นนั้นมากน้อย เพียงใด

การแก้ไขปัญหานวนความคิดผู้พิพากษานี้ จะต้องกระทำโดยการให้ผู้พิพากษา ยอมรับ และ เห็นความสำคัญของทฤษฎีการลงโทษและข้อเท็จจริงแห่งการลงโทษ ว่ามี ความสำคัญและจำเป็นอย่างยั้งที่จะขาดไม่ได้ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณากำหนดโทษในคดี ไคก็ตาม การแก้ไข เช่นนี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการแก้ไขให้ผู้พิพากษามีแนว ความคิดในการยอมรับทฤษฎีกำหนดโทษกว้างขวางกว่า เดิม โดยนำผู้พิพากษาระดับสูง มาอภิปรายหาสาเหตุแก้ไขปัญหาดังกล่าว และที่ประชุมดังกล่าวได้วางหลักเกณฑ์เป็น รากฐานในการกำหนดโครงสร้างแห่งอำนาจการพิจารณาลงโทษของผู้พิพากษา มีความ ว่า "เพื่อวัตถุประสงค์ของสิ่งที่จะต้องศึกษา การถกเถียง และวางระเบียบหลักเกณฑ์ นโยบายมาตรฐานในการลงโทษ... เพื่อหาทางวางมาตรฐานและหลักเกณฑ์ในการ ลงโทษ" ๑

๑

K.C. Davis, op.cit., p. 134.

จากการประชุมพิจารณาแก้ไขบทกฎหมายที่ใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาในครั้งนั้น เป็นที่มาสำคัญของการบัญญัติกฎหมายคือ U.S.C. (๑๙๕๘) ซึ่งในปี ๑๙๖๗ ผู้พิพากษา Edward J. Devitt ได้กล่าวถึงเบื้องหลังที่มาของกฎหมายดังกล่าวว่า

"การกำหนดโทษที่แตกต่างกันอย่างไม่เป็นธรรม เป็นสิ่งสำคัญที่ได้รับการร้องทุกข์ตลอดมา และหากจะดูไปแล้วพบว่ามีค่าตัดสินของพวกเขามากมายที่สมควรจะนำมาถกเถียงในระหว่างพวกเขา สภาพข้อเท็จจริง ข้อมูลสถิติที่ได้รับ มีผลสืบเนื่องมาถึงความแตกต่างในการลงโทษในคดีที่เหมือนกันของบุคคลผู้มีสภาพแวดล้อมประวัติและภูมิหลัง เช่นเดียวกัน... สิ่งที่ยปรากฏในคำพิพากษามีจำนวนไม่น้อยที่มีได้เป็นไปในทางที่ควรจะเป็น ผลที่ได้รับไม่ตรงกับเป้าหมาย หรือมีค่าน้อยที่สุดที่จะมีผลต่อตัวผู้กระทำความผิด"

ผู้พิพากษา Devitt ได้กล่าวสรุปในตอนท้ายว่า

"ผมขอแนะนำในปัญหาการวางโทษสูงต่ำไม่เท่ากันอันไม่เป็นธรรมนี้ จะต้องมีการจำกัดอำนาจในการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาลง เพราะจากความเป็นจริงดังกล่าว ผู้พิพากษาศาลสหรัฐ (Federal District Judges) จาก ๓๔๑ แห่ง มีความรู้แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นในก้านภูมิหลัง ประสบการณ์ ทักษะคดีเกี่ยวกับอาญาและการลงโทษ แต่ก็ยังสามารถคาดหวังได้ว่าจะมีการวางโทษที่ใกล้เคียงกันในคดีที่คล้ายกันได้" ^๒

สิ่งที่ถือว่าเป็นพื้นฐานสำคัญในการแก้ไขความแตกต่างอันไม่เป็นธรรมในชั้นแรก จะต้องเป็นการแก้ไขตัวผู้พิพากษาจากการใช้ดุลพินิจที่ไม่มีการชั่งน้ำหนักการ

^๑ Ibid., pp. 134 - 135 อ้างถึง 42 F.R.D. 218, 220(1967).

^๒

Ibid., p. 135.

แนะนำในการใช้ดุลพินิจ และให้การอบรมศึกษาแก่ผู้พิพากษา เกี่ยวกับสิ่งควรทราบในการใช้ดุลพินิจ ความคิดเหล่านี้ได้มีการปฏิบัติอย่างจริงจัง มีการอบรมให้ความรู้เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษา เริ่มต้นจากรัฐแคลิฟอร์เนีย นิวยอร์ค และเพนซิลวาเนีย และต่อจากนั้นไม่นานรัฐอื่น ๆ อีกหลายรัฐก็เริ่มปฏิบัติตาม^๑

บทบัญญัติที่ทำให้ความเห็นของผู้พิพากษา เป็นไปในร่องรอยเดียวกันมากขึ้น และอยู่ภายใต้เงื่อนไขของทฤษฎีการลงโทษและสภาพข้อเท็จจริงมากขึ้น เช่นนี้ มีหลักช่วยกำหนดการใช้ดุลพินิจของศาลที่สำคัญอยู่ ๗ ประการ ซึ่งมีบัญญัติไว้ในกฎหมาย ๒ ฉบับคือ **The Model Sentencing Act** และ **Penal Code** ดังมีโครงสร้างของดุลพินิจทั้ง ๗ ประการคือ^๒

๑. วางแผนงานเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง
๒. ใช้เหตุผลและหลักเบื้องต้นของจิตวิทยา เพื่อพิจารณาใช้การคุมประพฤติมากกว่าที่จะให้ลงโทษจำคุก ในบทบัญญัติของ **The Model Act** ใ้ระบุให้ผู้กระทำความผิดไม่ร้ายแรง ได้รับการพิจารณาใช้การคุมประพฤติ รอการลงโทษหรือปรับ หากกรณีปรากฏว่ามีเหตุผลในทางป้องกันสังคม (ในกรณีที่มีได้ใช้ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันสังคม) หรือเป็นการกำหนดโทษต่อผู้กระทำความผิดในระยะเวลายาวอันสั้น
๓. สืบสวนหาข้อมูลและข้อเท็จจริงโดยละเอียดเป็นพิเศษ
๔. เปิดโอกาสให้จำเลยคัดค้านรายงานสอบสวนเช่นนั้นได้ ในกรณีแสดงเหตุผลอันสมควร
๕. แยกประเภทของผู้กระทำความผิด เช่นผู้กระทำความผิดฉุกเฉิน (dangerous offenders) ผู้กระทำความผิดอุกฤษโหด (atrocious crimes) สำหรับ **The Model Act** และแยกประเภทผู้กระทำความผิดอีก (a persistent offender) ผู้กระทำความผิด

^๑ Ibid.

^๒

Ibid., pp. 136 - 137.

โดยอาชีพ (a profession criminal) ผู้กระทำผิดร้ายแรงเพราะจิตไม่ปกติ
(dangerous mentally abnormal person) ผู้กระทำผิดหลายบทหลายกระทง
(a multiple offender) สำหรับ the Penal Code

๖. กำหนดความหมายแห่งการกระทำผิดและกำหนดโทษในกรณีต่าง ๆ
โดยละเอียด

๗. ต้องแสดง เหตุผลสำคัญในคำพิพากษา อันมีเหตุผลสนับสนุนการใช้
ดุลพินิจในคดีนั้น ดังปรากฏใน The Model Sentencing Act. มาตรา ๑๐ ว่า
"คำพิพากษาของศาลจะต้องแสดงสิ่งที่กฎหมายต้องการ อันเป็นการแสดงข้อเท็จจริง
โดยสรุป และเหตุผลของคำวินิจฉัยที่จะใช้ประกอบการลงโทษ"

เหตุผลต่าง ๆ อันเป็นโครงสร้างแห่งการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษา
เป็นสิ่งช่วยให้ผู้พิพากษาคำนึงถึงข้อเท็จจริง และมีความระมัดระวังในการกำหนด
ดุลพินิจมากขึ้น การใช้ดุลพินิจที่ไร้อัตนคติอันเป็นดุลพินิจโดยแท้ตามอำเภอใจของ
ผู้พิพากษา เริ่มลดน้อยลง ดังที่ผู้พิพากษา Theodore Levin กล่าวว่

"เรายอมรับและรวมกันเข้า เป็นกรรมการ มีจุดประสงค์สำคัญในการ
วิเคราะห์การใช้ดุลพินิจในหมู่พวกเรา โดยพิจารณาจากสภาพข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง
ในคำพิพากษาและการซึ่งน้ำหนักในคดี...และเริ่มคลุกคลีกับปรัชญาแผนใหม่...
ช่องว่างของความแตกต่างในการใช้ดุลพินิจได้เริ่ม เล็กลง เรื่อย ๆ เราเริ่มมี
ประสบการณ์มากขึ้น เมื่อมีการถกเถียงโต้แย้งอย่างไม่เห็นด้วยกับรูปแบบความเห็น
ของกรรมการ...แต่เหล่ากรรมการก็เริ่มพัฒนาแนวความคิดในการกำหนดการลงโทษ
เข้าสู่ทฤษฎีสมัยใหม่มากขึ้น และในขณะเดียวกัน ระยะเวลาในการจำคุกก็ลดลง"

^๑ Ibid., p. 135 อ้างถึง Theodore Levin, Toward a

More Enlightened Sentencing Procedure, 45 Neb.L.Rev. 499, 505,
507(1966).

แนวปฏิบัติที่ได้ดำเนินไปประเทศสหรัฐอเมริกา เช่นนี้ สิ่งสำคัญมาจากการที่ผู้พิพากษายอมรับข้อบกพร่องของตน และร่วมกันคิดหาวิธีการแก้ไข ทั้งได้วางข้อกำหนดและโครงสร้างในการใช้ดุลพินิจอีกหลายประการที่จะช่วยให้ผู้พิพากษาได้กำหนดโทษได้อย่างใกล้เคียงกับวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษ ความเป็นไปในทางปฏิบัติของการกำหนดโทษในศาลไทย เป็นที่ยอมรับกันว่ายังมีความแตกต่างซับซ้อนกันอยู่ เป็นอันมากในการใช้ดุลพินิจ และแน่นอน ความแตกต่าง เช่นนี้ย่อมมาจากการใช้ดุลพินิจที่ไม่มีหลักเกณฑ์หรือทฤษฎีทางวิชาการ เป็นหลักนำ ซึ่งหากผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจโดยยึดถือทฤษฎีการลงโทษและสภาพข้อเท็จจริง เป็นเครื่องช่วยกำหนดแล้ว แนวทางการกำหนดดุลพินิจย่อมจะต้อง เป็นไปในรูปแบบเดียวกันอย่างแน่นอน ดังที่เหล่าผู้พิพากษาของสหรัฐอเมริกาประสบความสำเร็จมาแล้ว ซึ่งทำให้ผู้พิพากษา Joseph C. Zavatt ซึ่งเข้าไปคลุกคลีกับการกำหนดโทษอาญา เป็นเวลา ๕ ปี มีความเห็นว่า

"มีข้อน่าสังเกตุว่า ภายในเวลา ๕ ปีมานี้ ผู้พิพากษาที่ถูกเรียกว่าผู้พิพากษาใจแข็ง (tough judges) ได้ลดความใจแข็งลง และเหล่าผู้พิพากษาที่ถูกเรียกว่าผู้พิพากษาใจอ่อน (lenient judges) ก็เริ่มเข้มแข็งขึ้น เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะว่าผู้พิพากษาส่วนใหญ่ได้ยอมรับและมีเหตุผลมากขึ้น" ^๑

๓. เวลาในการใช้ดุลพินิจ การจะให้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้ผลอย่างจริงจังนั้น เป็นที่ทราบแล้วว่านอกจากศาลจะต้องพิจารณารายละเอียดในข้อเท็จจริงทั้งในสำนวนและนอกสำนวน (ในบางกรณี) แล้ว ศาลจะต้องคำนึงต่อไปอีกว่าข้อเท็จจริงที่ได้รับนั้น เหมาะสมที่จะใช้ทฤษฎีการลงโทษ เช่นใด และโทษที่ควรจะลง

^๑ Ibid., p. 136 อ้างถึง 41 F.R.D. 469, 480(1957) และ Talbot Smith, "The Sentencing Council and the Problem of Disproportionate Sentences," 11 The Practical Lawyer 12 (Feb. 1965).

แก่ผู้กระทำความผิดควรจะเป็นโทษสถานใดเพียงใด สิ่งเหล่านี้ย่อมจะต้องอาศัย เวลาพอสมควรจึงจะทำให้การวิจัยของศาล เป็นไปได้ได้อย่างรอบคอบและ ละเอียดถ้วน

สำหรับกฎหมายของไทย โดยเฉพาะระยะเวลาในการจัดทำคำตัดสินคดี อาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๘๒ วรรค ๒ บัญญัติว่า "ให้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งในศาลโดยเปิดเผยในวันเสร็จการพิจารณา หรือภายใน เวลาสามวันนับแต่เสร็จคดี ถ้ามีเหตุอันสมควร จะเลื่อนไปอ่านวันอื่นก็ได้ แต่ต้อง จดรายงานเหตุนั้นไว้"

ตามบทบัญญัติแห่งวรรค ๒ ของมาตรา ๑๘๒ วรรค ๒ กฎหมายกำหนด เวลาให้ศาลอ่านคำพิพากษาไว้คือ

๑. ในวันเสร็จสิ้นการพิจารณา
๒. ภายในสามวันนับแต่เสร็จคดี
๓. เลื่อนอ่านภายหลัง เวลา ๓ วันได้ หากมีเหตุอันสมควร

ระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้มานี้ กล่าวไปแล้ว เป็นระยะเวลาที่สั้นเกินไป ทำให้ในทางข้อเท็จจริงศาลต้องใช้วิธีการขอเลื่อนการอ่านคำพิพากษา อยู่เสมอมา ระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้ หาก เป็นกรณีพิพากษาแล้วได้ความ ชัดเจนอยู่ในตัวเองว่าฟ้องของโจทก์ไม่สมบูรณ์ หรือคดีได้ความชัดเจนว่าจำเลย มิได้กระทำความผิด ซึ่งศาลจะต้องตัดสินยกฟ้องแล้ว ก็ย่อมสามารถอ่านคำ พิพากษาได้ภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ถ้าหาก เป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงกำกึ่งว่า สมควรจะถือว่าการกระทำของจำเลยผิดหรือไม่แล้ว ระยะเวลาดังกล่าวสั้นเกินไป ที่จะกำหนดชตาชีวิตของบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้อ่านคำพิพากษาในวันที่ พิพากษาคดีเสร็จ เพราะศาลจะต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงต่าง ๆ อย่างถี่ถ้วน ไม่ว่า

นำนักพยานหลักฐานหรือข้อเท็จจริงอื่นใด ด้วยเหตุที่การพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริง
 ในชั้นนี้ เป็นการใช้ดุลพินิจที่สำคัญที่สุด หากศาลใช้ดุลพินิจผิดพลาดเคลื่อนไป
 แม้เพียง เล็กน้อย จะกลายเป็นการลงโทษผู้บริสุทธิ์ได้ ซึ่งการลงโทษผู้บริสุทธิ์นี้เอง
 ถือว่า เป็นการผิดพลาดอย่างยิ่งใหญ่ของกระบวนการยุติธรรม จึงได้มีสภาธิกกฎหมาย
 เคื่อนใจไว้ว่า "ปล่อยคนผิดสิบคนก็กว่ำลงโทษผู้บริสุทธิ์เพียงคนเดียว" (It is
 better to prevent one false conviction than to ensure ten true
 one) การใช้ดุลพินิจในกรณีนี้จึงไม่อาจ เป็นไปได้อย่างสมบูรณ์ หากจะต้องตกอยู่
 ภายใต้ระยะเวลาเพียง ๓ วัน

แม้การใช้ดุลพินิจซึ่งนำนักพยานหลักฐานดังกล่าว สามารถกระทำได้
 อย่างเที่ยงธรรมถูกต้อง ภายใต้ระยะเวลา ๓ วันก็ตาม แต่ถ้าเป็นการพิจารณ
 ลงโทษจำเลย เพราะเป็นผู้กระทำผิดจริงตามฟ้องแล้ว ปัญหาการใช้ดุลพินิจอย่าง
 ละเอียดย่อมต้องคิดตามไปอีก การจะใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแต่เพียงอย่างเดียว
 ก็จะต้องใช้เวลาเกินกว่า ๓ วัน แล้วจึงจะให้ผลที่ดี อันเป็นการตรวจสอบทั้งสภาพ
 ข้อเท็จจริงและใช้เวลาพิจารณาว่าควรจะใช้โทษฎีกการลงโทษอย่างไร และควรจะ
 ลงโทษจำเลยเพียงใด สถานใดจึงจะเหมาะสม เพื่อเป็นเช่นนี้ กำหนดเวลาที่
 กฎหมายวางไว้ ย่อมเป็นเวลาที่สั้นเกินกว่าจะใช้ดุลพินิจให้เหมาะสมได้

ด้วยเหตุที่ระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดให้ใช้ดุลพินิจในการลงโทษ เป็น
 ระยะเวลาที่สั้นไปเช่นนี้ จึงทำให้นักกฎหมายหลายท่านมีความเห็นว่า ควรจะมีการ
 แก้ไขกำหนดเวลาในการทำคำพิพากษา เสียใหม่ ให้มีกำหนดเวลานานกว่าที่เป็นอยู่
 แต่ความคิดที่จะขยายกำหนดเวลาในการทำคำพิพากษานี้ ได้ถูกคัดค้านไว้ว่า

"การเลื่อนคดีออกไปชั่วระยะหนึ่ง เพื่อให้ศาลมีเวลาไตร่ตรองในการ
 กำหนดโทษจำเลยให้รอบคอบขึ้นนั้น เป็นวิธีปฏิบัติของศาลอังกฤษ โดยศาลมี
 เจ้าหน้าที่ออกไปสืบเสาะรวบรวมข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่จะ เป็นประโยชน์ในการใช้

คุณพินิจมา เสนอศาล ซึ่งเรื่องนี้ประเทศอังกฤษดำเนินการได้ดี เพราะมีเจ้าหน้าที่ซึ่งฝึกอบรมมาอย่างดี สำหรับประเทศไทยนั้น สภาพการณ์ไม่เหมาะสม คือไม่มีเจ้าหน้าที่ดังกล่าว หากจะให้เลื่อนการตัดสินคดีออกไป ก็ยังจะต้องทำให้คดีล่าช้า และถ้าคดีที่ศาลจะต้องตัดสิน เป็นคดีเล็กน้อย ถ้าจะต้องเลื่อนคดีไป จำเลยก็จะได้รับความเดือดร้อน เช่นจะต้องขอประกันตัว เป็นต้น ฝ่ายที่สองเห็นว่าศาลควรเลื่อนคดีไปสักระยะหนึ่ง เพื่อให้ศาลมีเวลาไตร่ตรองใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้เหมาะสมประการหนึ่ง กับอีกประการหนึ่งคือ ในกรณีที่โจทก์ฟ้องโดยมิได้เสนอข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุ หรือปัจจัยของการลดโทษในฟ้อง และคดีนั้นจำเลยรับสารภาพคู่ความ จะไม่มีโอกาสแสดงเหตุหรือปัจจัย เช่นว่านั้น ให้เป็นประเด็นก่อนที่ศาลจะพิพากษาคดี ฝ่ายที่สามมีความเห็นว่า ความเห็นของทั้งสองฝ่ายต่างก็มีเหตุผล จึงเสนอว่าการจะเลื่อนคดีหรือไม่ ควรพิจารณาข้อเท็จจริง เป็นรายคดี คือถ้า เป็นคดีเล็กน้อย มีโทษปรับสถานเดียวก็ไม่ควรเลื่อน ถ้า เป็นคดีสำคัญมีโทษถึงจำคุกก็น่าจะให้เป็นดุลพินิจของศาลว่าจะเลื่อนหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้กฎหมายของไทยก็ให้อำนาจศาลที่จะเลื่อนคดีไปได้ คือไม่ต้องตัดสินภายใน ๓ วัน ถ้าคดีนั้นมีเหตุผลสมควรเลื่อน"^๑

ข้อโต้แย้งดังกล่าวก็มีเหตุผลที่ดี โดยเฉพาะการปล่อยให้ระยะเวลาในการทำคำพิพากษาคงเดิมไว้คือ ๑วัน ๓ วัน หรือเลื่อนไปได้ในเวลามีเหตุสมควร อันเป็นการปล่อยให้ เป็นอำนาจการใช้ดุลพินิจของศาลเองว่า ข้อเท็จจริงในคดี เช่นใดควร จะอาศัยระยะเวลาอย่างน้อยเพียงใดในการใช้ดุลพินิจ ทั้งนี้หากระบบการยุติธรรมของ ไทยสามารถแก้ไขข้อขัดข้องดังกล่าวไว้ข้างต้น คือทำให้ผู้พิพากษามีทัศนคติต่อการ ลงโทษที่จะต้องพิจารณาพฤติการณ์การลงโทษ และข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องได้อย่าง

^๑ รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม, เรื่องเดิม, หน้า ๒๒๘.

เหมาะสมแล้ว ปัญหาว่าข้อเท็จจริงในคดีเช่นใดควรจะใช้ระยะเวลาในการจัดทำคำพิพากษามากน้อยเพียงใดย่อมจะหมกไป

ในกรณีดังกล่าว ศาลวงการค้าการยังมองไม่เห็นความสำคัญของการพิจารณารายละเอียดของข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง และทฤษฎีในการกำหนดโทษแล้ว แม้จะเลื่อนกำหนดเวลาในการทำคำพิพากษาออกไปนานเท่าใด ก็หาเป็นประโยชน์อย่างใดกับความยุติธรรมที่จะควรมีเป็นไปไม่ได้

ด้วยเหตุนี้ ข้อขัดข้องในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ไม่ว่าจะ เป็นกรณีเกี่ยวกับตัวผู้พิพากษาเองก็ดี การมีข้อเท็จจริงที่เพียงพอก็ดี เป็นสิ่งที่บุคคลในวงการยุติธรรมจะให้ความสำคัญ และแก้ไขวางโครงสร้างที่เกี่ยวข้องให้เป็นไปในทิศทางที่ดีกว่าเดิม หากเป็นเช่นนั้นได้ ประชาชนทุกคนก็จะกล่าวว่า "ศาลเป็นที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน" อย่างแท้จริง

คุณพินิจของศาลในการวินิจฉัย เหตุอื่น ๆ อันเกี่ยวกับการลงโทษ

การลงโทษของศาลที่เป็นปัญหาในการใช้ดุลพินิจนั้น นอกจากการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและพิจารณากำหนดโทษ ซึ่งเป็นปัญหาสำคัญทั้งสองประการแล้ว การใช้ดุลพินิจของศาลก็ยังมีอีกต่อไป เพราะเงื่อนไขการกำหนดโทษยังมีองค์ประกอบอื่น ๆ อีกหลายประการ ที่ประสานกันทำให้การลงโทษของศาล เป็นไปตามความมุ่งหมายของกฎหมายอย่างแท้จริง องค์ประกอบอื่น ๆ ที่มีส่วนสำคัญในการลงโทษของศาลนี้มีสิ่งที่เป็นปัญหาได้เถียงในทางปฏิบัติ เป็นอย่างมากอยู่ ๓ ประการด้วยกันคือ

๑. การใช้ดุลพินิจรอการลงโทษ
๒. การใช้ดุลพินิจลดโทษตาม เหตุบรรเทาโทษ
๓. การใช้ดุลพินิจลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาล

บทที่ ๑

รอการลงโทษ

การรอการลงโทษ เป็นวิธีการที่ศาลใช้ เพื่อหลีกเลี่ยงผลร้ายของโทษจำคุกระยะสั้น สำหรับผู้ที่ต้องโทษจำคุกกระยะที่ไม่ยาวนาน คือไม่เกิน ๒ ปี ทั้งนี้เป็นเหตุผลมาจากทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิด ที่ไม่ต้องการให้บุคคล เข้าไปรับอิทธิพลในทางเสียหายจากในเรือนจำ และการจำคุกกระยะสั้นไม่อาจทำการปรับปรุงแก้ไขให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวได้โดยสมบูรณ์ระหว่างอยู่ในเรือนจำนั้น

การรอกการลงโทษนี้ เริ่มขึ้นขึ้นในประเทศฝรั่งเศส โดยสมาชิกสภาสูง ชื่อ Berenger ได้เสนอความคิดที่จะหลีกเลี่ยงการจำคุกกระยะสั้นโดยให้ศาลรอกการลงโทษไว้ก่อนต่อสภาสูงของฝรั่งเศสในปี ค.ศ. ๑๘๘๔ ในการเสนอร่างกฎหมายฉบับนี้ในชั้นแรกได้มีการอภิปรายถกเถียงกันอย่างกว้างขวาง แต่ไม่เป็นที่ยุติ ในปีถัดมา คือ ค.ศ. ๑๘๘๕ ซึ่งมีการจัดประชุมทางอาชญาวิทยาที่กรุงโรม การอภิปรายในครั้งนั้นมีผู้ทางไปโนแ่งที่คี่ ทำให้นักกฎหมายชาว เบล เยี่ยมได้นำเอาหลักการนี้เข้าไปรับใช้ในกฎหมายลงวันที่ ๓๑ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๘๘๘ เหตุการณ์ดังกล่าว ทำให้สภาสูงของฝรั่งเศสได้พิจารณาข้อเสนอของ Berenger อีกครั้ง จนกระทั่งได้ออกกฎหมายลงวันที่ ๒๖ มีนาคม ค.ศ. ๑๘๘๑ บัญญัติให้สอดคล้องเพิ่มเติมเล็กน้อยว่าด้วยเรื่องรอกการลงโทษไว้ในมาตรา ๗๓๔ - ๗๓๗ ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส และได้เพิ่มเติมอย่างสมบูรณ์ในภายหลังในมาตรา ๕๕๑ - ๕๕๕ ๑

การที่ของเสนอของ Berenger ได้รับการโต้แย้งคัดค้านในการเสนอสู่สภาในครั้งแรกนั้น เป็นเพราะแม้วิธีการรอกการลงโทษจะเป็นการให้ผู้ที่กระทำผิดหลีกเลี่ยงจากการจำคุกในเรือนจำอันเป็นสถานที่เลว โดยเฉพาะเข้าไปปะปนกับคนเลวจึงควรมีการปล่อยชั่วคราวแก่ผู้ที่ได้รับผลร้าย แต่ความคิดที่คัดค้านนั้นเห็นว่า การปล่อยชั่วคราวเป็นการให้คู่แค้นผู้กระทำผิดความผิดครั้งแรก โดยให้เสียค่าปรับ ซึ่งต่างกับผู้กระทำผิดอีกที่จะต้องลงโทษอย่างเข้มงวด ในขณะเดียวกัน แม้ว่าการรอก

๑

Pierre Bouzat; Traite de droit penal et de Criminologie,
Deuxieme Edition, (Paris: Libraire Dalloz, 1970), p. 785.

การลงโทษจะ เป็นไป เพื่อประโยชน์แก่ผู้ถูกลงโทษอย่างสูง เพื่อให้ประพฤติดีและกลับตัวได้ แต่ก็มีข้อคัดค้านว่า เป็นการสร้างความแตกต่างในบุคคลที่กระทำผิดอย่างเดียวกัน แต่ได้รับการปฏิบัติทางโทษต่างกัน อย่างไรก็ตาม ข้อคัดค้าน เช่นนี้มีได้พิจารณาในชั้นให้ความยุติธรรมเฉพาะบุคคลเลย^๑

แนวความคิดเกี่ยวกับการรอกการลงโทษนี้ ได้แพร่หลายไปยังประเทศต่าง ๆ อย่างรวดเร็ว เพราะ เป็นบทกำหนดที่ เหมาะสมตามทฤษฎีการลงโทษแผนใหม่ โดยได้รับไว้ใช้ในรัฐเจนีวา และลักเซมเบอร์ก ในปี ค.ศ. ๑๘๘๒ ในประเทศโปรตุเกส ปี ค.ศ. ๑๘๘๓ ประเทศนอร์เวย์ ปี ค.ศ. ๑๙๐๒ เป็นต้น ในประเทศไทยเอง ขณะที่ประเทศฝรั่งเศส เริ่มประกาศใช้กฎหมายเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการรอกการลงโทษ เข้าไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในปี ค.ศ. ๑๘๘๑ ซึ่งตรงกับ พ.ศ. ๒๔๓๔ แต่หลังจากนั้น เพียง ๑๑ ปี ก็ได้เริ่มเข้ามา เป็นอิทธิพลในแนวความคิดของนักกฎหมายไทย ดังปรากฏในหนังสือกราบบังคมทูลที่กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เสนอบทการกระทรวงยุติธรรมได้ทูลถวายแก่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ตามหนังสือกราบบังคมทูล กระทรวงยุติธรรมที่ ๑๐๒/๓๕๕๐ ลงวันที่ ๑๑ มีนาคม ร.ศ. ๑๒๑ (พ.ศ. ๒๔๔๕) ความตอนหนึ่งว่า "แต่ในเมืองฝรั่งเศส เดียวนี้มีกฎหมายอีกอันหนึ่งที่เรียกว่า เบดองเยล^๒ คือคนทำความผิดบางอย่าง ครั้งแรกไม่ให้ลงโทษ"^๓ หลังจากนั้นอีก เพียง ๖ ปีก็ได้มีบทบัญญัติ เกี่ยวกับการรอกการลงโทษไว้ในมาตรา ๔๑ แห่งกฎหมายลักษณะอาญา

^๑ Ibid.

^๒ Beronger ผู้เสนอความคิดในการรอกการลงโทษต่อสภาสูงฝรั่งเศส.

^๓ ที่มา "ปัญหาทางโทษสูง-ต่ำไม่เท่ากัน," วันระพี ๒๕๒๒ วิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ระเสวีรัฐศิริ, ๒๕๒๒), หน้า ๑๑.

ข้อพิจารณาว่าด้วยการรอกการลงโทษตามกฎหมายไทย ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๘๖ บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุก และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสองปี ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อนหรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อน แต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ เมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การอบรมศึกษา สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพและสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิดหรือเหตุอื่นอันควรปรานีแล้ว เห็นเป็นการสมควร ศาลจะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิด แต่รอกการกำหนดโทษไว้ หรือกำหนดโทษแต่รอกการลงโทษไว้ แล้วปล่อยตัวไป เพื่อให้โอกาสผู้นั้นกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้อำนาจกำหนด แต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษาโดยจะกำหนดเงื่อนไข เพื่อคุ้มครองความประพฤติของผู้กระทำความผิดนั้นด้วยหรือไม่ก็ได้"

เงื่อนไข เพื่อคุ้มครองความประพฤติของผู้กระทำความผิดนั้น ศาลอาจกำหนดข้อเดียวหรือหลายข้อ ดังต่อไปนี้

๑. ให้ไปรายงานตัวต่อเจ้าพนักงานที่ศาลระบุไว้ เป็นครั้งคราว เพื่อเจ้าพนักงานจะได้สอบถาม แนะนำช่วยเหลือหรือตักเตือนตามที่เห็นสมควรในเรื่องความประพฤติและการประกอบอาชีพ
๒. ให้ฝึกหัดหรือทำงานอาชีพอันเป็นกิจลักษณะ
๓. ให้ละเว้นการคบหาสมาคม หรือการประพฤติใดอันอาจนำไปสู่การกระทำความผิด เช่น เดียวกันนั้นอีก

เงื่อนไขตามที่ศาลได้กำหนดตามความในวรรคก่อนนั้น ถ้าภายหลังความปรากฏแก่ศาลตามคำขอของผู้กระทำความผิด ผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้นั้น ผู้อนุบาลของผู้นั้น พนักงานอัยการหรือเจ้าพนักงานว่า พพฤติการณ์ที่เกี่ยวแก่การควบคุมความประพฤติของผู้กระทำความผิดได้เปลี่ยนแปลงไป เมื่อศาลเห็นสมควร ศาลอาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือเพิกถอนข้อหนึ่งข้อใดเสียก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขข้อใด ตามที่กล่าวในวรรคก่อนที่ศาลมิได้กำหนดไว้ เพิ่มเติมขึ้นอีกก็ได้"

การรอกการลงโทษตามมาตรา ๘ นี้ มีลักษณะซ้อนกันอยู่ ๔ ประการ
ที่ควรพิจารณาคือ

๑. การรอกการลงโทษ
๒. การรอกการกำหนดโทษ
๓. การรอกการลงโทษ กำหนดโทษธรรมดา
๔. การรอกการลงโทษกำหนดโทษโดยมีการคุมประพฤติ

ในชั้นแรกนี้จะพิจารณาจุดพินิจในการรอกการลงโทษและรอกการกำหนดโทษ ส่วนการ
พิจารณารอกการลงโทษและกำหนดโทษว่าควรจะมีการคุมประพฤติหรือไม่ จะกล่าว
เมื่อถึงการคุมประพฤติในภายหลัง

การรอกการลงโทษ เป็นการที่ศาลได้กำหนดโทษไว้ก่อน แต่รอกการบังคับ
การตามโทษไว้ วิธีการเช่นนี้เป็นวัตถุประสงค์ตามที่ Berenger ได้เสนอต่อ
สภาสูงฝรั่งเศส และวิธีการเช่นนี้ได้แพร่หลายไปยังประเทศต่าง ๆ แม้กระทั่งใน
ประเทศอังกฤษก็ได้รับเอาลักษณะเช่นนี้ไปใช้^๑

ส่วนการรอกการกำหนดโทษ เป็นกรณีที่ศาลเห็นว่าจำเลยกระทำผิดจริง
แต่ศาลยังไม่กำหนดโทษให้ไว้กับจำเลย โดยรอกการกำหนดโทษไปก่อนจนกว่าจะ
ครบระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้ หากจำเลยผู้นั้นมิได้กระทำความผิดขึ้นอีกภายใน
กำหนด ศาลก็จะไม่กำหนดโทษ แต่หากจำเลยกระทำผิดอีก ศาลจะกำหนดโทษ
และลงโทษที่ศาลรอกการกำหนดนั้นแก่จำเลย วิธีการเช่นนี้ เป็นวิธีที่ระบบกฎหมาย

^๑

Halsbury's Laws of England; Cumulative Supplement 1975,
4th ed. Vol. 1 - 8 and 3 rd ed. Vol 10 - 19, (London: Butterworth
& Co. (Publishers) Ltd., 1975), p. 146.

อังกฤษบังคับมาใช้มา เป็นเวลานานในรูปของ discharge^๑

ปัญหาที่ศาลจะคำนึงในประการแรกนี้คือ เมื่อใดที่ศาลจะควร เลือกใช้การรอกการกำหนดโทษ และเมื่อใดจะเลือกใช้การรอกการลงโทษ ปัญหาการใช้ดุลพินิจ เช่นนี้มีปัญหาที่จะพิจารณาจากข้อเท็จจริง แต่เป็นปัญหาที่ศาลจะต้องพิจารณาจากเหตุผลของกฎหมาย เพราะไม่ว่าจะเป็นรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษ ต่างก็มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกันคือ

๑. เป็นการหลีกเลี่ยงการจำคุกระยะสั้น

๒. มีผลในทางข่มขู่ผู้กระทำผิดตลอดระยะเวลาที่ศาลรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษอยู่ ทำให้ผู้ได้รับการรอลงอาญานั้นมีความสำนึกเสมอว่า หากไปกระทำผิดในเวลาที่ยศาลกำหนด ตนจะต้องถูกลงโทษทั้งสำหรับความผิดครั้งแรกและครั้งหลัง

แม้การรอกการลงโทษและรอกการกำหนดโทษจะมีลักษณะและวัตถุประสงค์ใกล้เคียงกันก็ตาม แต่ในการ เลือกใช้การรอกการลงโทษและรอกการกำหนดโทษนี้มีผลแตกต่างกันในแง่ เหตุผลทางกฎหมายอยู่หลายประการ ซึ่งเป็นสิ่งที่ศาลจะต้องคำนึง เสมอในเวลาที่จะใช้ดุลพินิจ เลือกใช้การรอลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษคือ

๑. การรอกการลงโทษนั้น ศาลกำหนดโทษไว้แล้ว ผู้กระทำผิดความผิดจึงรู้ได้แน่นอนว่าถ้าตนกระทำผิดอีก ตนจะต้องได้รับโทษสำหรับการกระทำ ความผิดครั้งก่อนที่ได้รับการรอลงโทษไว้แล้วเท่าใด หากศาลกำหนดโทษไว้สูงก็จะมีผลในทางข่มขู่ผู้กระทำผิดได้มาก แต่ถ้ามกำหนดโทษไว้ต่ำ เช่นกำหนดโทษจำคุกไว้เดือนเดียว ผลในทางข่มขู่ผู้กระทำผิดให้เกรงกลัวอาญาก็มีน้อย แต่การรอกการ

๑

Halsbury's Laws of England, Vol 10, 3ed. (London:

Butterworth & Co. (Publishers) Ltd., 1955) pp. 498 - 499.

กำหนดโทษนั้น ผู้กระทำผิดไม่อาจรู้ได้แน่นอนว่า ถ้าตนกระทำผิดขึ้นอีก จะได้รับโทษสำหรับความผิดครั้งก่อนที่ได้รับการรอกการกำหนดโทษเท่าใด ความไม่แน่นอนนี้มีผลในทางข่มขู่ผู้กระทำผิดให้เกรงกลัวไม่กล้ากระทำผิดได้มากกว่าการรอกการลงโทษที่ศาลกำหนดโทษไว้ต่ำ แต่น้อยกว่าการรอกการลงโทษที่กำหนดโทษไว้สูง *

๒. ในกรณีที่มีการรอกการกำหนดโทษนั้น เมื่อได้มีการกระทำความผิดขึ้นตรงกับลักษณะที่จะต้องลงโทษสำหรับความผิดครั้งแรกที่ได้รับการกำหนดโทษไว้ ก็เป็นหน้าที่ของศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดีที่กระทำความผิดครั้งหลัง จะต้องกำหนดโทษสำหรับการกระทำความผิดครั้งก่อนด้วย ปัญหาที่ติดตามมาในทางปฏิบัติก็คือ ศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดีความผิดครั้งหลังอาจเป็นคนละศาลกับที่พิจารณาพิพากษาคดีความผิดครั้งก่อน และแม้จะเป็นศาลเดียวกันก็อาจเป็นผู้พิพากษาคณะคนก็ได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ก็ย่อมไม่รู้ข้อเท็จจริงในคดีก่อน จึงอาจกำหนดโทษสูงหรือต่ำเกินที่ควรได้ ^๒

สิ่งที่ศาลถือเป็นเรื่องสำคัญที่จะละเลยไม่ได้ก็คือ การกำหนดโทษที่ลงแก่ผู้กระทำผิดให้เหมาะสมกับสภาพข้อเท็จจริงทั้งในค่าน้ำผู้กระทำผิดและลักษณะการกระทำ จนกระทั่งศาลฎีกาเองได้ยืนยันไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๕๑/๒๔๕๕ ว่า "วิธีวางโทษผู้กระทำผิดนั้น ถ้าศาลล่างไม่ได้วางกำหนดนิโทษพลาจนเหลือเกินแล้ว ศาลสูงไม่ควรแก้ไข ด้วยเหตุที่ว่าศาลล่างเป็นผู้วินิจฉัย ย่อมเห็นกริยาอาการพยานโจทก์ จำเลยได้ช่วยตา อาจซึ่งหนักเบาได้ถี่ถ้วน สุขุม ไกล่ยุติธรรมกว่าศาลอุทธรณ์ ซึ่งได้พิเคราะห์แต่ส่วนวน" และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๑๓/๒๔๕๔ ว่า "ส่วนที่จำเลยว่า ศาลลงโทษแรงไปนั้น เรื่อง เช่นนี้ศาลชั้นต้นย่อมทราบคดีในท้องที่ซึ่งศาลตั้งอยู่ จึงลงโทษสมควรแก่รูปเรื่อง และไม่มีเหตุที่ศาลฎีกาจะพิพากษาแก้ไขในเรื่องโทษ"

* อุตทิศ แสนโกสิก, คำอธิบายกฎหมายอาญา พิมพ์ครั้งที่ ๒ (แผนกตำราและคำบรรยาย คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๑๖), หน้า ๒๐๔

^๒ เรื่องเดิม, หน้า ๒๐๔ - ๒๐๕.

คำพิพากษากฎีกาทั้ง ๒ ฉบับได้ยืนยันความสำคัญของการลงโทษโดยคณะผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาคดีว่า จะให้ความยุติธรรมในการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำผิดได้มากกว่าผู้พิพากษาอื่น ไม่ว่าจะ เป็นผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์ (คำพิพากษากฎีกาที่ ๒๕๑/๒๕๕๕) หรือแม้กระทั่งศาลฎีกา (คำพิพากษากฎีกาที่ ๕๑๓/๒๕๕๔) ด้วยเหตุนี้เอง เพื่อให้การลงโทษและกำหนดโทษ เป็นการใช้ดุลพินิจที่ถูกต้องความหลัก เกณฑ์แห่งความยุติธรรม เฉพาะบุคคลอย่างแท้จริง การหลีกเลี่ยงต่อการให้ผู้พิพากษาต่างองค์คณะที่มีได้พิจารณาคดี มากำหนดโทษจึงจะเป็นวิธีการที่ดีที่สุด ด้วยเหตุนี้เอง ในทางปฏิบัติศาลจึง เลือกที่จะใช้วิธีการกำหนดโทษผู้กระทำผิดแต่รอการลงโทษไว้ ซึ่งเป็นการกระทำที่จะให้ความยุติธรรมแก่ผู้กระทำผิดความผิดได้มากกว่าการรอการกำหนดโทษ

ปัญหาการใช้ดุลพินิจ เกี่ยวกับรอการลงโทษและรอการกำหนดโทษ ในการพิจารณาปัญหา เกี่ยวกับการรอการลงโทษและรอการกำหนดโทษต่อไปนี้เป็นปัญหาร่วมที่มีทั้งการรอการลงโทษและรอการกำหนดโทษ ฉะนั้นต่อไปนี้จะเรียกรวมกันไปว่า การรอการลงโทษ

การใช้ดุลพินิจ เกี่ยวกับการรอการลงโทษนี้ เป็นปัญหาที่วิพากษ์วิจารณ์กัน ในทางปฏิบัติอย่างกว้างขวางมากมาย การวิพากษ์วิจารณ์การใช้ดุลพินิจ เช่นนี้ หากกล่าวไปแล้ว มีปัญหาที่ควรพิจารณาอยู่เพียง ๒ ประการเท่านั้นคือ

๑. ปัญหาขอบเขตการใช้ดุลพินิจ
๒. ปัญหาความสับสนของดุลพินิจ

๑. ปัญหาขอบเขตการใช้ดุลพินิจ การรอการลงโทษแม้ว่าจะ เป็นวิธีการที่อ่านนัยประโยชน์ให้กับผู้กระทำผิดอย่างมากมาย แต่ก็ เป็นวิธีการที่ขัดกับทฤษฎีข่มขู่และทดแทน ซึ่งทฤษฎีการลงโทษทั้งสองนี้ เป็นทฤษฎีที่ตรงกับความรู้สึกของประชาชนส่วนใหญ่ที่ต้องการให้มีการลงโทษผู้กระทำผิดอย่าง เด็ดขาดและรุนแรงสมกับการกระทำผิด ด้วยเหตุนี้ การรอการลงโทษจึงจะต้องพิจารณาอย่างละเอียดอ่อนว่า ข้อเท็จจริง เช่นไรจึงจะควรมีการรอการลงโทษ เพราะหากมีการใช้การรอการ

ลงโทษมากเกินไปแล้ว จะเกิดความรู้สึกขัดแย้งกับมติมหาชน อันจะเป็นผลเสียต่อระบบการลงโทษและศาลเอง

ข้อเท็จจริงที่จะกำหนดว่าการกระทำผิดอย่างไร แคไหน เพียงใดควรจะได้รับ การลงโทษนี้เอง เป็นขอบเขตการใช้ดุลพินิจที่ศาลจะต้องคำนึงถึงตลอดเวลา เพราะหากใช้การลงโทษมากเกินไปแล้ว จะก่อกวนคดีที่ขัดแย้งคัดค้านการลงโทษได้ ดังที่เคยปรากฏ เป็นปัญหาในประเทศฝรั่งเศสมาแล้ว เมื่อมีการใช้วิธีลงโทษอย่างพรว้าเพรื่อ ทำให้มีแนวความคิดคัดค้านการลงโทษ และเริ่มคิดหาวิธีที่จะจำกัดการใช้ดุลพินิจของศาลเกี่ยวกับการลงโทษขึ้น จนกระทั่งได้ออกกฎหมายลงวันที่ ๑๑ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๑๙๕๑ จำกัดอำนาจการใช้ดุลพินิจในการลงโทษโดยลงโทษลง^๑

ขอบเขตการใช้ดุลพินิจในการลงโทษนี้ เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในทุกประเทศที่นำเอาการลงโทษไปใช้ ด้วยเหตุที่การลงโทษขัดแย้งกับความรู้สึกของประชาชนในการลดความรุนแรงลงนั่นเอง ด้วยเหตุนี้ หากมีการใช้ดุลพินิจลงโทษที่ปราศจากหลักเกณฑ์ และใช้อย่างพรว้าเพรื่อเกินไปแล้ว อาจมีปัญหาคอระบบการลงโทษ เหมือนดังปรากฏในประเทศฝรั่งเศสหรือยิ่งกว่านั้น ก็เป็นได้

ปัญหาใหญ่เกี่ยวกับขอบเขตของการใช้ดุลพินิจนี้คือการที่ศาลได้ใช้การลงโทษมากเกินไป การลงโทษมากเกินไปในที่นี้ หมายถึงการที่ศาลเลือกที่จะใช้กับข้อเท็จจริงต่าง ๆ ไม่ว่าจะมีความผิดสมควรหรือไม่มากเกินควรนั่นเอง ซึ่งการที่ศาลใช้การลงโทษกับคดีต่าง ๆ อย่างมากมาย โดยไม่คำนึงถึงสภาพข้อเท็จจริงว่ามีความเหมาะสมที่จะใช้การลงโทษหรือไม่ หากเป็นการกระทำผิด

^๑

Pierre Bouzat, op.cit., p. 786.

ครั้งแรกหรือไม่ปรากฏว่ามีกรกระทำผิดมาก่อนแล้ว ให้รอกการลงโทษ เสมอไปนั้น ย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่สมควร และปรากฏว่าในทางข้อเท็จจริงศาลได้ใช้ดุลพินิจ เช่นนี้ไป เป็นจำนวนไม่น้อย จนทำให้มีหนังสือพิมพ์อังกฤษ ถึงกับเรียกการใช้ดุลพินิจ เช่นนี้ว่า "The dog being allowed a first bite" ซึ่งหมายความว่า "สุนัขมีสิทธิกัดคนครั้งแรกโดยชอบ"^๑ คำกล่าวเช่นนี้ แม้ว่าจะมีนักกฎหมายบาง ท่านไม่เห็นด้วย ถึงกับกล่าวว่า "โดยความผิดและความโง่เขลาที่มีหนังสือพิมพ์บาง ฉบับ เป็นภาษาอังกฤษตีเตียนวิธีรอกการลงอาญาน้อย่างรุนแรง โดยอ้างว่าเป็นช่องทาง ที่กฎหมายยอมให้ทำผิดได้โดยไม่ได้รับโทษอะไรเลย" ยอมให้สุนัขกัดได้เปล่าหนึ่งหน ในครั้งแรก" นี้เป็นคำกล่าวของหนังสือพิมพ์นั้น แต่ว่าหาเสียกายอยู่ที่การตีโดยไม่มี เหตุผลนี้ ทำให้วิธีกรรอกการลงอาญาเสื่อมไป และกระทบความรู้สึกของตุลาการ อย่างรุนแรง"^๒ แต่อย่างไรก็ดี ถ้อยคำที่กล่าวนี้ย่อมเป็นเครื่องเตือนสติในการ ใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษา เป็นอย่างดี เพราะในการใช้ดุลพินิจรอกการลงโทษในทาง ปฏิบัติโดยทั่วไปเพื่อมิได้ปรากฏอย่างมากมาย จนกระทั่งในบางครั้งศาลเองพิจารณาถึง การใช้ดุลพินิจให้รอกการลงโทษแต่เพียงดูว่าจำเลยกระทำผิดความผิดมาก่อนหรือไม่เท่านั้น เช่นปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๔๕/๒๔๖๘ ว่า "จำเลยอั้งโจงทรัพย์ ศาลอุทธรณ์ ตัดสินให้รอกการลงอาญาจำเลย โดยอ้างว่าเป็นความผิดส่วนตัว และเป็นความผิดครั้งแรก ศาลฎีกาตัดสินว่า ศาลต้องใช้ดุลพินิจเป็นเรื่อง ๆ ไป ถ้าแปลอย่างศาลอุทธรณ์จะกลายเป็น

^๑ สิริ อัสวนนท์, "ปัญหาเรื่องรอกการลงอาญาจำเลย," บทคดีพิชัย เล่ม ๑๒ ตอน ๑, มิถุนายน ๒๔๘๓, หน้า ๑๘๑ อ้างถึงหนังสือพิมพ์อังกฤษแต่ไม่ปรากฏที่มา.

^๒ พระยานิติศาสตรไพศาล, กฎหมายอาญาพิศการ (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, ๒๔๕๓), หน้า ๘๘.

เป็นยอมให้คนทุกคนทำผิดส่วนตัวได้คนละครั้ง ซึ่งผิดความประสงค์ของกฎหมาย เรื่องนี้จำเลยได้อุบายซับซ้อนลึกซึ้ง มีเหตุผลที่จะรอกการลงอาญาได้ "การกำหนดใช้ดุลพินิจตามความเข้าใจของศาลอุทธรณ์เอง เป็นสิ่งที่การโจมตีว่า "สุนช์มีสิทธิ กัดคนครั้งแรกโดยชอบ" มีเหตุผลได้เช่นกัน

ขอเหตุผลของการใช้ดุลพินิจว่าควรจะมีการรอกการลงโทษหรือไม่นั้น ในตัวบทกฎหมายมาตรา ๕๖ นั้นเอง ได้วางขอบเขตให้ศาลพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจดังนี้คือ "เมื่อศาลได้คำนึงถึง อายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพและสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือ เหตุอันอันควรปรานีแล้ว เห็น เป็นการสมควร"

เมื่อพิจารณาขอบเขตของกฎหมายแล้ว จะเห็นว่าการใช้ดุลพินิจนั้น จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ดังนี้ประกอบคือ

- ๑. เหตุผลสมควรและ
- ๒. ภัยต่อชุมชน

๑. เหตุผลสมควร เหตุผลสมควรในที่นี้ หมายถึงสิ่งที่กฎหมายกำหนดให้ศาลต้องคำนึงถึงว่า เป็นการสมควรหรือไม่ตามมาตรา ๕๖ นั้นเอง แม้ว่าจะกฎหมายจะเป็นช่องให้การพิจารณาใช้การรอกการลงโทษอยู่ในดุลพินิจของศาลโดยแท้ก็ตาม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๑๒/๒๔๗๓) แต่เมื่อพิจารณาโดยถ่องแท้แล้ว การใช้ดุลพินิจนั้นยังคงต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวัตถุประสงค์ที่กฎหมายต้องการ สิ่งที่กฎหมายต้องการให้ศาลคำนึงเหล่านี้เอง เรียกว่า "เหตุผลสมควร" ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๑/๑๒๕ ว่า "การรอกการลงอาญาจำเลย ต้องมีเหตุผลพอสมควรกับความผิด ไม่ใช่เพราะไม่เคยต้องโทษอย่างเกี่ยว มิฉะนั้น จะไม่มีคดีใดไม่ควรรอก นอกจากผู้ร้ายเก่า"

เจตนาของกฎหมายที่ต้องการให้ศาลคำนึงถึงเหตุผลบางอย่างนี้ เป็นไปตามความมุ่งหมายเริ่มแรกที่ต้องการให้มีการหลีกเลี่ยงการจำคุกระยะสั้น เพื่อมิให้

ผู้กระทำผิดเล็กน้อยต้องได้รับอิทธิพลในทางเสียหายภายในเรือนจำ การใช้ดุลพินิจ
รอกการลงโทษโดยการพิจารณา เหตุผลสมควร จึงจะละเลยการพิจารณาความเหมาะสม
ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเสียไม่ได้ เพราะเหตุผลต่าง ๆ ที่ให้ศาลคำนึงถึง
เหล่านี้ เป็นเครื่องชี้ให้เห็นว่าผู้กระทำผิดคนใดควรจะได้รับประโยชน์จากการรอก
ลงโทษ เหตุผลสมควร เหล่านี้ก็คือ

อายุ อายุของผู้กระทำผิดเป็นสิ่งศาลจะต้องคำนึงถึง เป็นอันดับแรก
เพราะกฎหมายให้ดูแลผู่อ่อนอายุ หรือผู้ที่มีอายุสูง เพราะบุคคลทั้ง ๒ ประเภทแรก
ยังอ่อนต่อประสบการณ์ของโลก และยังมีอยู่ในวัยที่จะปรับปรุงแก้ไข หักล้างตัว เป็นคนดี
ได้ ส่วนประเภทหลังบุคคลผู้สูงอายุนั้น ความสามารถหรือสภาพทางร่างกายและจิตใจ
ย่อมมีความเสื่อมถอยลงจากปกติ จึงเป็นบุคคลที่กฎหมายควรปรานี เช่นกัน ซึ่งศาล
ฎีกาเองก็ได้ใช้ดุลพินิจในการรอกการลงโทษตามเหตุผลดังกล่าวมาแล้ว เช่น คนมีอายุ
๒๒ ปีวิวาทกัน ศาลรอกการลงโทษ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๑๒/๒๔๕๗) อายุ ๒๔ ปี
ทำให้คนตายโดยประมาท ซึ่งคนอื่นก็ประมาทด้วย ศาลรอกการลงโทษ (คำพิพากษา
ฎีกาที่ ๑๔๗๓/๒๔๕๗) อายุ ๑๕ ปี ให้คนนั่งซ้อนท้ายจักรยานยนต์ตามที่เคยกระทำ
แต่เกิดเหตุและตัวเองก็บาดเจ็บด้วย ศาลรอกการลงโทษ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๕๒/๒๕๐๗)

ประวัติ ในการรอกการลงโทษ บางครั้งมีเหตุผลมาจากประวัติของผู้กระทำ
ผิดด้วย เพราะหากผู้กระทำผิดเป็นผู้ที่มีประวัติดีงาม เคยทำคุณความดีมาก่อน
กฎหมายย่อมเห็นใจ การที่กฎหมายให้เหตุผลในการพิจารณาประวัติคุณความดีของ
ผู้กระทำผิดนี้ นอกจากตามเหตุผลสามัญอัน เป็นการตอบแทนการทำความดีแล้ว
ยังแฝงด้วยเหตุผลทางจิตวิทยาด้วย เพราะเป็นการแสร้งให้บุคคลทั่วไปเห็นว่า การ
ประกอบคุณความดีไว้นั้น ในบางครั้งอาจช่วยเหลือผู้อื่นให้พ้นหนักร เป็น เขาได้
อันจะเป็นเยี่ยงอย่างที่ดีให้ประพฤติกฎปฏิบัติความดีกันไปในทางอ้อม

เหตุผลที่รอกการลงโทษ เพราะผู้กระทำผิดประพฤติก่อนหน้านี้ ศาลฎีกาได้
นำมา เป็นข้อพิจารณาอยู่เสมอ เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๓๑/๒๔๗๓ เคยทำกรรมดี มี

สัมมาอาชีวะมาก่อน เป็นปกติ เคยรับราชการมาโดยเรียบร้อย ๒๖ ปี ทำความผิดฐานปลอมใบสำคัญ ล้อโกง เงินจำนวน ๑๐ บาท ศาลรอกการลงโทษ หรือคำพิพากษาฎีกาที่ ๓๔๔/๒๕๐๑ นายอำเภอเถลไฉนได้ส่งผู้ต้องหา เป็นความผิด แต่ไม่มีเจตนาแกล้ง เป็นส่วนตัว หากทำเพื่อปราบปรามเจ้ามือสลากรับรวบ ผู้บังคับบัญชารับรองว่า เป็นนายอำเภอเข้มแข็ง และมีความประพฤติดี ศาลให้รอกการลงโทษ

ในกรณีกลับกัน หากประวัติดังกล่าวผู้กระทำผิดมีการกระทำอันออกไปในทางมิชอบ อันแสดงถึงลักษณะที่ไม่ดีแล้ว ศาลไม่ควรรอกการลงโทษ เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๓๕/๒๕๖๑ สรรพากรจังหวัดทำอุบายขายบ้านแล้ว เบิกค่าเช่าบ้านนั้น เป็นความผิดฐานฉ้อโกง ศาลจำคุก ๖ เดือน ให้กระทำความผิดโดยรู้ระเบียบราชการคืออยู่แล้ว เคยถูกภาคทัณฑ์เรียกเงินคืนมาครั้งหนึ่งแล้ว ศาลไม่รอกการลงโทษ

ความประพฤติ ความประพฤติก็เป็นข้อเท็จจริงเท่านั้น เกี่ยวกับประวัติ กล่าวคือ ถ้า เป็นผู้มี ความประพฤติดี ก็ เป็นเหตุให้ศาลใช้ดุลพินิจรอกการลงโทษให้ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๓๔/๒๕๐๑) แต่หากปรากฏว่า เป็นผู้มี ความประพฤติไม่ดี ศาลก็ไม่อาจจะให้รอกการลงโทษได้ เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ ๔๔๔/๒๕๐๐ เดิมจำเลยมีชื่อโกรธ เคียงอยู่กับผู้เสียหาย และจำเลยที่ ๒ เคยชกผู้เสียหายจนถูกปรับไปครั้งหนึ่งแล้วในวันเกิดเหตุ จำเลยทั้งสามได้เข้ากลุ่มรวมทำร้ายและตอยจนผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บสาหัส และในระหว่างที่จำเลยได้ประกันตัวไปจากศาลในคดีนี้ จำเลยที่ ๓ ยังได้ชกผู้เสียหายในบ้านของผู้มีชื่ออีกครั้งหนึ่ง ศาลฎีกาเห็นว่าจำเลยทั้งสามเป็นคนวันชพาด จึงไม่รอกการลงโทษให้

สติปัญญา ในที่นี้หมายถึงความโง่เขลาเบาปัญญา หรือความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ จึงจะควร เป็นเหตุปราณีให้ได้รับการรอกการลงโทษ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๔๕/๒๔๙๑, ๒๕๕/๒๔๙๑)

การอบรมศึกษา หมายถึงระดับการศึกษาของผู้กระทำผิดว่า หากได้รับโทษจำคุกในระยะไปแล้ว จะเกิดผลเสียหายกับตัวผู้นั้นมากมายเพียงใด และเป็นผู้ที่มีความรู้ ความคิดพอที่จะกลับตัวได้ แม้จะไม่จำคุกได้หรือไม่

สุขภาพ ภาวะแห่งจิต ความบกพร่องทางร่างกายและจิตใจของผู้กระทำ ความผิด เป็นเหตุที่กฎหมายให้ความปรานีตลอดมาคงจะเห็นได้จากมาตรา ๒๕ ผู้กระทำผิดวิกลจริต มาตรา ๒๖ มีนัยเบก หรือมาตรา ๓๒ ผู้กระทำผิดเพราะบันดาลโทสะ เป็นต้น เหตุผลเหล่านี้ นอกจากจะเป็นเหตุให้ศาลลดโทษไว้ตามความในมาตรานั้น ๆ อยู่แล้ว ยัง เป็นเหตุผลสมควรที่ศาลจะนำมาประกอบการใช้ดุลพินิจในการรอกการลงโทษไว้ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๖๓/๒๕๐๔ โจทก์ฟ้องว่าจำเลย ชีขึ้นพักยิงภริยาโดยเจตนาฆ่า จำเลยให้การว่าจำเลย เป็นโรคเส้นประสาทยิงภริยาในขณะที่วิกลจริต ศาลฎีกาฟังข้อเท็จจริงว่าที่จำเลยยิงผู้ตายก็โดยจิตบกพร่อง แต่ยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง และโดยเหตุที่จำเลยมีบุตรอยู่ในความเลี้ยงดูของจำเลยอีก ๘ คน หากจำเลยต้องถูกโทษแล้ว บุตรของจำเลยซึ่งยังเป็น เด็กจะขาดผู้ให้ความอุปการะและอบรมสั่งสอนสมควรจะรอกการลงโทษจำเลยไว้สักครั้ง เพื่อให้จำเลยเลี้ยงดูบุตรและกลับตัว เป็นคนดี ตลอดจนรักษาตัวของจำเลยให้ดีขึ้น ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์แก่เด็กในอนาคตด้วย

นอกจาก เหตุผลสมควรในเรื่องวิกลจริตแล้ว ศาลฎีกายัง เห็นว่าการที่ภาวะแห่งจิตของผู้กระทำผิดบกพร่องไป เพราะบันดาลโทสะยังเป็นสิ่งที่ศาลควรรอกการลงโทษไว้ หากมีพฤติการณ์ที่สมควรประกอบ เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๓๕/๒๕๐๔ ผู้ตายรู้อยู่ว่าหญิง เป็นภริยาจำเลยแล้วยังพยายามคิกตอทางขู่ว่าเอาไป เป็นภริยาจนได้ จำเลยยังมีเยื่อใยติดตามไปพบภริยาและผู้ตายเดินมาด้วยกัน จำเลยวิ่งวอนให้ภริยากลับไปอยู่กับตน ผู้ตายกลับสยปรมาทว่า เป็นหน้าตัวเมีย ผู้หญิงเขาไม่รักจะตามมาทำไม ดังนั้น ถือว่ารุนแรงสำหรับกรณีเช่นนี้ เป็นเหตุให้บันดาลโทสะเพราะถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุไม่เป็นธรรม ตามมาตรา ๓๒ แห่งประมวลกฎหมายอาญา จำเลยยิงผู้ตายตาย จึงได้รับประโยชน์ตามมาตรา ๓๒ และเป็นเหตุให้ศาลรอกการลงโทษไว้ตามมาตรา ๕๖ ได้

ข้อเท็จจริง เกี่ยวกับการกระทำผิด เพราะบัณฑิตโทสะที่มีเหตุผลควรรีบทรับ การรอกการลงโทษนี้ ศาลฎีกาถือเป็นหลักวินิจฉัยเป็นประจำเสมอมา ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ ๔๔๘/๒๔๖๘, ๒๗๖/๒๔๘๒, ๑๘/๒๕๐๐, ๔๓๕/๒๕๐๐ เป็นต้น

นิสัย อาชีพและสิ่งแวดล้อม สภาพข้อเท็จจริง เหล่านี้ก็มีส่วนในการให้ศาล กำหนดคุณพินิจได้ เช่นกันว่าจะควรรอกการลงโทษหรือไม่ เช่นอาชีพการงานและสิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิด มีส่วนช่วยให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นได้หรือไม่ เพราะสถานที่บางแห่งอาจ เป็นแหล่งมีวุ่นวายในที่ ๆ มีการกระทำความผิดเสมอ ๆ ได้^๑

สภาพความผิด สภาพข้อเท็จจริง เกี่ยวกับการกระทำผิดนี้ เป็นสิ่งที่ศาล จะต้องคำนึง เป็นพิเศษต่างจากข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่เป็นเหตุผลสมควรให้ศาลใช้คุณพินิจ อย่างเกี่ยว แต่สภาพความผิดเป็นสิ่งที่ศาลจะต้องพิจารณาในชั้น เกี่ยวกับภัยต่อ ชุมชนด้วย จึงจะกล่าวถึง เรื่องนี้ในภายหลัง

เหตุอันอันควรปราณี เหตุผลสมควรในการที่สุดท้ายนี้ กฎหมายเปิด โอกาสให้ศาลใช้คุณพินิจได้อย่างกว้างขวาง เพราะในบางกรณีที่มีข้อเท็จจริง เกิดขึ้น นอกเหนือจากเหตุผลสมควรที่กฎหมายกำหนดไว้ ย่อมทำให้ศาลสามารถใช้คุณพินิจใน ทางให้รอกการลงโทษได้ เพื่อเป็นที่เห็นได้ว่าการกระทำหรือสภาพของตัวจำเลยมี ลักษณะที่ควรให้ความปราณี

ส่วนใหญ่ที่ศาลฎีกาถือว่าควรให้ความปราณีมักจะเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้ กระทำไปโดยไม่มีเจตนาร้าย แต่กระทำไป เพราะมีความตั้งใจดี หรือรู้เท่าไม่ถึง การณ์ ทำให้เป็นความผิดขึ้น เหตุผลเกี่ยวกับการไม่มีเจตนาร้ายนี้ ศาลฎีกาให้รอก

^๑ จิตติ คิงศกัณฑ์, เรื่อง เกม, หน้า ๘๖๘.

การลงโทษไว้ เป็นจำนวนมากด้วยกัน เช่นหญิงทำความผิดฐานรับของโจร โดยมีกระป๋อง
 แสดงความบริสุทธิ์ไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๐๐/๒๔๗๔) หญิงขอความช่วยเหลือคน
 อนาคตโดยยื่นคำร้องเท็จ เพราะความตระหนี่ ไม่ใช่มีจิตใจ เป็นโจรหรือขโมยทรัพย์สิน
 เป็นผู้มีส่วนอาชญา เป็นหลักแหล่งโดยเหตุผลทั่วไป ศาลรอกการลงโทษให้ (คำพิพากษา
 ฎีกาที่ ๔๗๔/๒๔๗๔) หญิงทำความผิด เพราะสามีใช้ ศาลรอกการลงโทษ (คำพิพากษา
 ฎีกาที่ ๘๒๔๖/๒๕๐๖) ปลัดอำเภอเกณฑ์ช่างคนเกินอำนาจโดยโหดจรรยาไป ๑ วัน
 เมื่อผิดไปแล้ว เคยทำสำนวนว่าผู้นั้นหลบหนี และต่อผู้เจ้าพนักงาน ศาลตัดสินว่าไม่ควร
 ลงโทษให้เสียคน จึงให้รอกการลงโทษไว้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๔๕/๒๔๘๒)

เหตุผลที่ศาลรอกการลงโทษด้วย เหตุอื่นอันควรปรานี เกี่ยวกับการพิจารณา
 เจตนาร้ายของผู้กระทำนี้ มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ควรพิจารณาอย่างยิ่งอยู่คดีหนึ่ง ซึ่งเป็น
 ตัวอย่างการใช้ดุลพินิจที่ดีของศาล และเป็นตัวอย่างของความไม่มีเจตนาร้ายที่คิดที่สุด
 ด้วย คือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๐๒-๔๐๖/๒๔๘๘ ปลัดอำเภอเรียกเงินจากรษฎรผู้มา
 คิดคดีอันหน้าที่ราชการของอำเภอโดยไม่มีอำนาจ เป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ
 แต่เรียกเงินมา เพื่อสร้างที่พักตามความคึกคักของคณะกรรมการอำเภอ แต่ถูกฟ้องคนเกี่ยว
 ศาลรอกการลงโทษ

นอกจากเหตุผลในเรื่อง เจตนาร้ายแล้ว ในบางครั้ง เหตุการณ์ที่เกิดขึ้น
 ภายหลังกระทำผิดศาลก็นำมาพิจารณาในการรอกการลงโทษได้เช่นกัน เช่น
 กระทำความผิดฐานไม่ไปศึกเลือกเข้ารับราชการทหาร ศาลชั้นต้นลงโทษปรับ
 ระหว่างอุทธรณ์จำเลยอุปสมบทโดยเจ้าหน้าที่อนุญาตไปโดยหลงลืม เมื่อศาลสูง
 ตัดสินลงโทษจำคุกก็อาจรอกการลงโทษได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๘๒/๒๔๕๘)

ยกยอกทรัพย์เป็นความผิดอันยอมความได้ ระหว่างอุทธรณ์ได้ใช้ทรัพย์ให้
 ผู้เสียหายแล้ว ศาลรอกการลงโทษได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๕๕/๒๔๖๓, ๒๖/๒๕๐๖)
 แต่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ควรพิจารณาก็คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๓๘-๙/๒๕๑๘ จำเลย
 เป็นหญิง ใ้ช้เงินที่ยกยอก ๓,๕๐๐,๐๐๐ บาทให้เป็นที่พอใจผู้เสียหาย และ

ถอนคำร้องทุกข์ไม่คิดใจเอาโทษไปแล้ว ศาลรอกการลงโทษฐานใช้เอกสารปลอม
 ตามคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๒๓๘-๘/๒๕๑๘ นี้ ศาลใช้ดุลพินิจรอกการลงโทษที่ต่างไปจาก
 หลักข้างต้นตามคำพิพากษาฎีกาที่ ๘๕๘/๒๕๖๓, ๘๒๖/๒๕๐๖ เพราะการชดใช้ความ
 เสียหายนั้น เป็นการยอมรับผิดต่อความผิดต่อส่วนตัวที่ตนกระทำผิด แต่ตามนัยคำ
 พิพากษาฎีกาที่ ๑๒๓๘-๘/๒๕๑๘ นี้ การยอมรับผิดนั้น เป็นการยินยอมต่อความผิดใน
 ฐานหนึ่งคือยกยอม แต่ศาลใช้ดุลพินิจยินยอมรอกการลงโทษในความผิดอีกฐาน คือใช้
 เอกสารปลอม ซึ่ง เป็นการพิจารณา เหตุผลที่แตกต่างไปจากหลักตามคำพิพากษาก่อน ๆ
 คือพิจารณาความเป็นเหตุควรปราบัติโดยแท้

เหตุผลอื่น ๆ อันเกี่ยวกับความมรณีย่อมมีอีกมากมาย แล้วแต่พฤติการณ์
 ของข้อเท็จจริงจะปรากฏต่อศาลว่าจำเลยผู้ใดควรปราบัติ แต่หลักเกณฑ์อันสำคัญว่า
 การกระทำผิดความผิดเช่นใดจึงจะควรปราบัตินั้น จะมาจากการยอมรับผิดหรือลักษณะ
 การกระทำที่ไม่มีเจตนาร้ายเป็นส่วนใหญ่ ในทางตรงกันข้าม หากการกระทำผิด
 ของจำเลยมีลักษณะรุนแรง ไม่เกรงต่อกฎหมาย หรือมีกวีธีในการกระทำผิด ชับซ้อน
 เพื่อหวังจะหลีกเลี่ยงมิให้ถูกจับกุมได้ หรือข้อเท็จจริงอื่นใดที่ตนเองเกี่ยวกันนี้ มิใช่
 เหตุอันควรปราบัติที่จะรอกการลงโทษ แต่กลับจะเป็นเหตุที่ศาลควรลงโทษหนักอีกด้วย
 เช่นลักทรัพย์โดยใช้หญิง เป็นเครื่องมือให้ เป็นความสะดวกในการลักทรัพย์ (คำพิพากษา
 ฎีกาที่ ๑๐๓๐/๒๕๖๓) พอดำใหญ่ฉ้อโกงทรัพย์เป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ได้ใช้
 อุบายซับซ้อนแสดงความคิดความหมายอย่างลึกซึ้ง หาใช่ความผิดอันเกิดขึ้นโดยปัจจุบัน
 ทันด่วน หรือโดยเหตุฉุกละหุก ๆ อันควรเห็นใจฝ่ายผู้กระทำผิดประการใดเลย (คำ
 พิพากษาฎีกาที่ ๑๑๕๕/๒๕๖๔) ฐานะความมั่งคั่งไม่ใช่เหตุที่จะอ้างขึ้นรอกการลงโทษ
 ถ้ากระทำความผิดโดยทงขมเหง กลับควรปราบปรามยิ่งกว่าหญิง (คำพิพากษาฎีกา
 ที่ ๘๓๓/๒๕๓๕) นายตำรวจชั้นผู้ใหญ่ไม่จับผู้กระทำผิดกลับช่วยให้หลบหนี เป็นการ
 กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่เสียเอง เป็นการมิบังคับอย่างยิง (คำพิพากษาฎีกา
 ที่ ๑๐๘๘/๒๕๓๕) บุกไปรษณีย์ลอบเปิดผนึกจดหมายราชการดูความลับ อาจเกิดผล
 เสียหายร้ายแรง (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๕๕/๒๕๕๐) ปลอมเอกสารโดยแก้ราคา

หน้าปกหนังสือแบบเรียน ทำให้เกิดข้อพิพาทขึ้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๕๓/๒๕๔๒) ใช้เอกสารปลอมโดยวางแผนหลอกลวง เจ้าพนักงานหลายครั้งไม่ใช่เพราะความโง่เขลา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๗๕/๒๕๕๕) เป็นต้น

เหตุผลสมควรต่าง ๆ ที่กฎหมายต้องการให้ศาลพิจารณารับประกอบการใช้ดุลพินิจรอกการลงโทษนี้ ศาลอาจพิจารณาเพียงประการเดียวหรือประกอบด้วยเหตุหลายประการด้วยกันก็ได้ เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๔๕๕/๒๕๒๒ "ศาลฎีกาเห็นว่า เสรอื่นที่จำเลยมีไว้ในความครอบครองและจะนำติดตัวไปนั้น มีจำนวนเล็กน้อย จำเลยยังเป็นนักศึกษาอยู่ และไม่ปรากฏว่าจำเลยเคยต้องโทษจำคุกมาก่อน นอกจากโทษจำคุกแล้ว จำเลยยังถูกปรับอีก ๒๐,๐๐๐ บาท ทั้งจำเลยได้รับโทษจำคุกมาแล้ว ๗ เดือนเศษ สมควรรอกการลงโทษจำคุกให้แก่จำเลย"

การกำหนดให้ศาลต้องคำนึงสภาพข้อเท็จจริงต่าง ๆ เหล่านี้ประกอบการใช้ดุลพินิจนั้น ก็เพื่อวางขอบเขตการใช้ดุลพินิจให้เป็นไปโดยถูกต้องนั่นเอง มิเช่นนั้นจะกลายเป็นการรอนุญาตให้บุคคลกระทำความผิดเล็กน้อยได้หนึ่งหนกึ่งที่มีผู้กล่าวว่า "สุนัขมีสิทธิกัดคนครั้งแรกโดยชอบ" ฉะนั้น ศาลจะรอกการลงโทษโดยไม่อ้างเหตุผลสมควรอย่างใดไม่ได้ อย่างน้อยที่สุดศาลก็อ้างว่าเป็นพฤติการณ์ทั่ว ๆ ไปในคดีสมควรรอกการลงโทษ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๗๓/๒๕๕๒) และที่สำคัญที่สุดก็คือ เหตุผลสมควรที่ศาลจะนำมาพิจารณาในการรอกการลงโทษได้หรือไม่นั้น จะต้องเป็นไปตามที่มาตรา ๕๖ กำหนดไว้ในเหตุต่าง ๆ เหล่านั้นเท่านั้น จะอ้างเอาเหตุอื่นใดนอกเหนือจากที่มีบัญญัติไว้มา เป็นเหตุพิจารณารอกการลงโทษไม่ได้ เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๕/๒๕๑๕ มีน้ำศาลทรายขาว ๓๐ กระสอบไม่แจ้งปริมาณ ผิดพระราชบัญญัติป้องกันการค้ำกำไร เกินควร ศาลจำคุก ๓ เดือน ปรับ ๑๐๐๐ บาท เหตุที่อ้างว่ามีได้นำไปต่างประเทศมิใช่ เหตุอันสมควรรอกการลงโทษ

๒. ภัยต่อชุมชน การกระทำความผิดที่มีลักษณะรุนแรง หรือสื่อความเป็นภัยต่อชุมชนอันเป็นการชุกชิวัญประชาชนถือเป็นหลักในการลงโทษของศาล เสมอมาว่า

ศาลจะต้องลงโทษการกระทำผิดที่มีข้อเท็จจริง เช่นนี้ ในลักษณะรุนแรงสาสมกับการกระทำผิด (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๗๑/๒๕๕๗, ๑๖๑/๒๕๒๐ (ประชุมใหญ่), ๑๖๑๔/๒๕๑๓) การวินิจฉัยว่าควรจะรอกการลงโทษให้แก่ผู้กระทำผิดหรือไม่ก็เช่นกัน ศาลจะต้องพิจารณาสภาพความผิดที่ได้กระทำลงไปด้วย เพราะหากศาลยอมรับการลงโทษให้กับการกระทำผิดที่ร้ายแรง เป็นภัยต่อชุมชนแล้ว อาจได้รับการคัดค้านจากมติมหาชนด้วย เพราะตามสภาพของการรอกการลงโทษนั้น เป็นการขัดแย้งต่อความรู้สึกของประชาชนโดยทั่วไปอยู่แล้ว

การให้ศาลคำนึงถึงสภาพความเป็นภัยต่อชุมชนเช่นนี้ ในเหตุผลสมควรตามมาตรา ๕๖ ก็กำหนดให้ศาลจะต้องพิจารณาค้วยเช่นกัน คือการพิจารณาดัง "สภาพความผิด" ในการพิจารณาดังสภาพความผิดนี้เอง เป็นสิ่งที่ศาลจะต้องพึงระลึกและนำมาใช้ในการพิจารณา เกี่ยวกับการรอกการลงโทษทุกครั้งและไม่ว่าผู้กระทำผิดจะมีเหตุผลสมควรในข้อใดประการใดมาแล้วก็ตาม หากสภาพการกระทำผิด เป็นภัยร้ายแรงต่อชุมชนแล้ว ศาลไม่ควรพิจารณารอกการลงโทษให้แก่ผู้กระทำผิด

การพิจารณาเกี่ยวกับภัยต่อชุมชนนี้ เป็นสิ่งที่มักถูกหมายได้พิจารณามาเป็นเวลานานแล้ว ดังปรากฏในคำสอนกฎหมายลักษณะอาญาของนายเออูต์ว่า "การรอลงอาญาจำเลยต้องมีเหตุผลสมควรว่า เป็นภัยแก่ชุมชนเล็กน้อยเพียงไร" ^๑ ซึ่งศาลฎีกาเองก็ได้ยึดถือแนววินิจฉัยเช่นนี้ เช่น

คำพิพากษาที่แสดงถึงความไม่ เป็นภัยร้ายแรงต่อชุมชน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๓๐/๒๕๗๒ ผู้ใหญ่บ้านยิงผู้ร้ายแล้วไปถูกคนตายโดยประมาท เป็นการกระทำตามหน้าที่โดยพลาดพลั้งไปบ้าง

^๑ ศิริ อัสวนนท์, เรื่อง เคิม, หน้า ๑๕๖ อ้างถึงคำบรรยายกฎหมายลักษณะอาญาของนายเออูต์ แต่ไม่ปรากฏที่มา.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๕๐/๒๕๔๒ กระทำคำหน้าที่แต่เกินเหตุไปบ้าง โดยความหวังดีต่อราชการไม่ได้มีความประสงค์ร้าย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๓๓/๒๕๓๕ กระทำการป้องกันสิทธิ แต่เกินสมควรแก่เหตุ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๐๘/๒๕๓๓, ๕๐๘/๒๕๔๓, ๕๓๕/๒๕๔๐ วินิจฉัยตาม)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๑๒/๒๕๔๓ ทำร้ายร่างกายในการวิวาทต่อสู้กันโดยปัจจุบันไม่ร้ายแรง หรือว่าร้ายแรงถึงสาหัสแต่ได้ให้อภัยซึ่งกันและกันแล้ว (ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๑๔/๒๕๔๘)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๖๖/๒๕๓๕ ทำตรวจคอยตรวจด้วยกันบนสถานีตำรวจไม่เป็นเรื่องร้ายแรง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๕/๒๕๔๕ แยงกันทำนาปนกัน เลยเกี่ยวเอาข้าวไปหมก ศาลรอกการลงโทษ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๕๑/๒๕๐๕ อายุ ๖๐ ปี เป็นบุพบุรุษกวัด เป็นกรรมการโรงเรียน ทำความผิดเล็กน้อย ยังคงได้เป็นผู้ใหญ่บ้านอยู่ ไม่ควรทำลายความดีแต่เดิมมา เสีย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๔๓/๒๕๑๒ มีอาวุธปืนของกลาง เล็กน้อย ชั่งมาแล้ว ๒ เคียน ศาลรอกการลงโทษ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่แสดงถึงความ เป็นภัยต่อชุมชน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๘๔/๒๕๓๕ วิวาทกันจนเป็นอันควายสาหัส แม้ไม่ปรากฏว่าได้ทำร้ายผู้ใด ถ้า เป็นการรุนแรงมีบาดเจ็บฝ่ายละหลายแห่ง ศาลไม่รอกการลงโทษ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๕๕/๒๕๔๐ นุญชไประณีย์ลอบ เปิดฉนีกจกหมายราชการดูความลับ อาจ เกิดผล เสียหายร้ายแรง

๒. ปัญหาความสับสนของดุลพินิจ แม้วามาตรา ๘๖ จะกำหนดเหตุสมควรรให้ศาลคำนึงในการใช้ดุลพินิจอยู่หลายประการคือ อายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพและสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น สภาพความผิด หรือเหตุอื่นอันควรปรานี แต่มีข้อน่าสังเกตว่า สิ่งที่กฎหมายกำหนดให้พิจารณา นั้น ศาลควรจะใช้ดุลพินิจไปในทำนองใด เช่นการศึกษาอบรมของผู้กระทำผิด ศาลควรจะคำนึงในทำนองใด เพราะในบางครั้งศาลเห็นว่าการมีความรู้สูงควรรอกการลงโทษ ในขณะที่เดียวกัน ในศาลอื่นหรือศาลเดียวกันโดยผู้พิพากษาอื่นกลับเห็นว่าการมีความรู้สูงแสดงว่า เป็นผู้มีความขี้คิดกลับมากกระทำผิดเสียเอง ไม่เป็นเหตุให้รอกการลงโทษ ทั้งนี้เป็นต้น ทั้งนี้ควรพิจารณาคำพิพากษากฎีกา ๒ ฉบับนี้คือ

คำพิพากษากฎีกาที่ ๘๒๕-๓๐/๒๕๐๕ จำเลยทำร้ายร่างกายผู้อื่นบาดเจ็บ ซึ่งจำเลยเป็นนักศึกษาธรรมศาสตร์ จะบ่อนอนาคตจำเลยลงเสียในขณะนี้ก็เป็นที่น่าเสียตาย จึงให้รอกการลงโทษไว้

คำพิพากษากฎีกาที่ ๒๗๕/๒๕๑๐ จำเลยกระทำผิดขณะเรียนหนังสืออยู่ชั้นมัธยมศึกษาปีที่ ๔ สายสามัญ เป็นการแสดงว่าจำเลยเป็นผู้มีความรู้สูง การที่จำเลยกล้ากระทำความผิดยอมแสดงว่าจำเลยไม่หวั่นเกรงอาญาใด จึงไม่ควรให้รอกการลงโทษ

หากพิจารณาคำวินิจฉัยของคำพิพากษากฎีกาทั้ง ๒ ฉบับแล้ว จะเห็นความสับสนในการใช้ดุลพินิจของศาล เพราะจำเลยในคดีที่ ๒ ศึกษาอยู่เพียงชั้นมัธยมศึกษาปีที่ ๔ ซึ่งต่ำกว่าการเป็นนักศึกษาธรรมศาสตร์ หากศาลฎีกาถือว่าจำเลยในคดีที่ ๒ เป็นผู้มีความรู้สูง จำเลยในคดีแรกก็ต้องยิ่งเป็นผู้มีความรู้สูงยิ่งกว่า และน่าที่จะได้รับการลงโทษมากกว่าจำเลยในคดีที่ ๒

ปัญหาความสับสนในการใช้ดุลพินิจ เช่นนี้ปรากฏเป็นข้อเท็จจริงขึ้นอย่างมากมายตามคำพิพากษาทั่วไป ซึ่งก่อให้เกิดความสับสนในหมู่ผู้ซึ่งกฎหมายมาตลอด

เหตุการณ์ เช่นนี้ทำให้นักกฎหมายท่านหนึ่งถึงกับกล่าวว่า ไม่อาจจะยึดถือความแน่นอนในการใช้ดุลพินิจของศาลได้ เพราะมีหลายคดีที่จำเลยรับราชการมา เป็นเวลานานจนเป็นข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ แต่มากกระทำผิดผิดเข้า ศาลถือว่าเป็นเหตุรอกการลงโทษ เพราะเป็นผู้ที่มีคุณความดีต่อราชการมาก่อน ในขณะที่อีกหลายคดีศาลตัดสินว่าการที่จำเลยรับราชการมานานเช่นนี้ ย่อมเป็นผู้มีความรับผิดชอบชีวิต รู้ที่ควรและไม่ควร กลับมากกระทำผิดเสียเอง ไม่ควรที่จะรอกการลงโทษ^๑

ยิ่งไปกว่านั้น เพราะความสับสนของดุลพินิจศาลท่านเอง ทำให้ให้นักกฎหมายบางท่านยอมรับความสับสน เช่นนี้ไว้ว่า "ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการอบรมศึกษา ถ้าจำเลยได้รับการศึกษาเพียงขั้นต่ำ จึง เป็นเหตุให้ไปกระทำผิดขึ้น ศาลก็อาจถือเป็นเหตุให้รอกการลงโทษ เพราะ เป็นความผิดของรัฐที่ไม่ให้การศึกษาอบรมแก่ราษฎรให้ดีพอสมควรจะได้ไม่ต้องไปกระทำผิดคิด หรือจำเลยได้รับการศึกษาสูง มีความรู้ย่างที่ ศาลอาจถือเป็นเหตุไม่รอกการลงโทษ เพราะ เมื่อมีความรู้และการศึกษาอย่างที่ดีก็ควรจะมีความรู้สำนึกผิดชอบดี และไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกระทำผิดคิด เมื่อยังไปกระทำผิดคิดนั้นก็สมควรได้รับความกรุณาหรือศาลอาจถือเป็นเหตุให้รอกการลงโทษ เพราะ เมื่อมีความรู้และการศึกษาอย่างที่ดีก็ย่อมมีอนาคตอย่างสดใสอยู่ข้างหน้า ไม่สมควรจะไม่ทำลายอนาคตถึงกล่าว เสียด้วยการลงโทษจำคุกทั้งนี้ เป็นต้น"^๒

^๑ ภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, สรุปผลการสัมมนาปัญหาจริยธรรม (กรุงเทพฯ : บพิธการพิมพ์, ๒๕๒๒), หน้า ๒๕๕ - ๒๕๘.

^๒ อุตทิศ แสนโกสติก. เรื่อง เกม. หน้า ๒๐๘.

การพิจารณาตามสภาพข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุสมควรให้ศาลรอกการลงโทษหรือไม่ ไม่ว่าจะพิจารณาไปในทางใดก็ตาม จะเห็นว่ายอมมีเหตุผลด้วยกันทั้งสิ้น แต่จะเป็นความยุติธรรมแก่คู่ความหรือที่แนววินิจฉัยของศาลยังคงกว้างไกลโดยไม่มีหลักไปในทำนองเดียวกันเช่นนี้

หากจะแบ่งเหตุผลสมควรในการพิจารณาลงโทษหรือรอกการลงโทษนี้จะมีด้วยกัน ๓ ประเภทเท่านั้นคือ

๑. สภาพส่วนตัวของผู้กระทำความผิด ได้แก่ อายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพและสิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิด

๒. สภาพแห่งความผิด

๓. เหตุอันอันควรปราณี^๑

เหตุผลสมควรทั้ง ๓ ประเภทนี้มีเหตุผลให้ศาลรอกการลงโทษหรือไม่แตกต่างกัน โดยประเภทที่ ๒ สภาพแห่งความผิดนั้น หากเป็นความผิดร้ายแรงศาลย่อมไม่พิจารณารอกการลงโทษ ประเภทที่ ๓ เมื่อมีเหตุผลที่ศาลเห็นว่าควรปราณีแก่จำเลย เพราะเป็นผู้กระทำความผิดโดยไม่มีเจตนาร้ายหรือพยายามบรรเทาผลร้ายไม่ว่าโดยลักษณะใด ศาลก็ควรพิจารณารอกการลงโทษให้ แต่ประเภทแรกนั้น เป็นปัญหาในทางปฏิบัติที่ศาลอยู่เสมอมาว่าจะใช้ดุลพินิจวินิจฉัยไปในทางใดจึงจะช่วยด้วยเหตุผลและเป็นไปในแนวเดียวกันไม่สับสนอย่างเช่นในปัจจุบัน

หากพิจารณาเจตนารมณ์ของการรอกการลงโทษแล้ว กฎหมายมุ่งประสงค์ในเหตุ ๒ ประการ คือ หลีกเลี้ยงการจำคุกระยะสั้น เพื่อมิให้ไปรับอิทธิพลและนิสัยชั่วร้ายจากภายในเรือนจำ และเพื่อผลเปลี่ยนแปลงนิสัยให้เป็นคนดี อันเป็นผลในทาง

^๑ เรื่อง เกิม, หน้า ๒๐๗.

บังคับจิตใจ^๑ จากเหตุผลดังกล่าว แสดงได้ว่า เหตุผลสมควรในประเภทแรกนั้น จะต้องพิจารณาให้สอดคล้องไปกับหลักการดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ เมื่อจะพิจารณาอายุที่ย่อมคงคว่า เป็นเด็กผู้อยู่ออนอายุ หรือผู้ชราภาพอันเพียงพอที่จะอบรมให้กลับตัวได้หรือไม่ สำหรับประวัติและความประพฤตินั้น ย่อมเป็นเครื่องแสดงว่า หากผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่มีความประพฤติและประวัติที่ดีมาก่อน ย่อมเป็นเหตุสมควรให้ศาลรอกการลงโทษได้เช่นกัน แต่หากประวัตินั้นแสดงแต่เพียงว่าเป็นข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ชั้นผู้ใหญ่ของรัฐ เท่านั้น มิใช่เหตุผลสมควรที่ศาลจะรอกการลงโทษ เมื่อพิจารณาถึงสติปัญญาและการศึกษาอบรม ผู้ที่ควรจะได้รับ การรอกการลงโทษควรจะเป็นผู้โง่เขลาเบาปัญญาหรือมีการศึกษาน้อย ทำให้ไม่รู้ถึงความผิดชอบบางประการที่กฎหมายควรถือโทษ^๒ สำหรับผู้ที่มีการศึกษาสูงแล้ว มิได้อยู่ในความหมายของเหตุผลสมควรข้อนี้ แต่หากมีข้อเท็จจริงอันควรปราณีอย่างอื่นก็อาจได้รับรอกการลงโทษได้ ดังนี้ เป็นต้น

จะเห็นว่า เพื่อมิให้การใช้ดุลพินิจในการพิจารณา เหตุผลสมควรสับสนไขว้เขวไปแล้ว ศาลจะต้องคำนึงถึงสภาพความรู้สึกนึกชอบ และสิ่งที่ควรให้อภัยของจำเลยเป็นหลัก แก่อ่างไรก็ดี การใช้ดุลพินิจของศาลจะเป็นไปประการใดนั้น ย่อมต้องขึ้นอยู่กับสภาพข้อเท็จจริงในคดี และเมื่อศาลเห็นเป็นการสมควรเพื่อความยุติธรรม จะใช้ดุลพินิจไปในทำนองใดก็ถือว่าชอบทั้งสิ้น (ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๗๓/๒๕๕๒) ด้วยเหตุนี้เอง การกำหนดให้ศาลใช้ดุลพินิจไปอย่างไร ก็ไม่ควรเกี่ยวข้องกับอย่าง เกรงครีตกอาจมีข้อความยุติธรรมเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงและรายละเอียดที่ต่างกัน

^๑ ศิริ อิศวณท์, เรื่องเดิม, หน้า ๑๕๐.

^๒ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาพร้อมด้วยตัวบทประมวลกฎหมายอาญา พิมพ์ครั้งที่ ๔ (พระนคร : โอเกียนส์โตร์, ๒๕๑๔), หน้า ๘๘.

รอกการลงโทษธรรมดา และรอกการลงโทษโดยมีการคุมประพฤติ ความใน มาตรา ๕๖ ใ้บัญญัติไว้มีทั้งการลงโทษธรรมดา และโดยวิธีใ้มีการคุมประพฤติด้วย ทั้งแล้วแต่ดุลพินิจของศาลจะเลือกเอาการคุมประพฤตินาใ้หรือไม

กล่าวไปแล้ว บทบัญญัติเกี่ยวกับการรอกการลงโทษตามมาตรา ๕๖ ในส่วน การคุมประพฤตินี้ อยู่ในดุลพินิจโดยแท้ของศาลว่าจะเลือกใ้การคุมประพฤติกัวย หรือไม เพราะในระบบการรอกการลงโทษของต่างประเทศนั้น จะแบบการรอกการ ลงโทษธรรมดา และการรอกการลงโทษโดยมีการคุมประพฤติไว้ต่างจากกัน แม้กระทั่ง ระบบไม่เือง (discharge) ของอังกฤษก็เช่นกัน มีการแบ่งแยกออกเป็น absolute discharge การปล่อยตัวผู้กระทำความผิดไปอย่างเด็ดขาด และ conditional discharge อันเป็นการปล่อยตัวโดยมีเงื่อนไขคุมประพฤติไว้^๑

ระบบรอกการลงโทษของฝรั่ง เสสก็เช่นกัน ใ้แบ่งออกเป็นรอกการลงโทษ ธรรมดา (Le sursis simple) และการรอกการลงโทษชนิดใ้มีการคุมประพฤติ (Le sursis avec Mise a l'epreuve)^๒ โดยแยกออกจากกัน

การรอกการลงโทษของไทยแต่เดิมไมมีการบัญญัติเกี่ยวกับการคุมประพฤติไว้ จนกระทั่ง เมื่อประเทศไทยดำริจะจัดตั้งศาลคดีเด็กและ เยาวชนขึ้น จึงใ้มีการเพิ่มเติม บทบัญญัติในกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา ๔๑ ใ้มีวิธีการคุมประพฤตินั้น ตามพระ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา ฉบับที่ ๑๔ พ.ศ. ๒๔๘๔ ทั้งนี้ ก็เพื่อผลในการคุมประพฤตินาคคีเด็กและ เยาวชนเป็นสำคัญ แต่หาใ้มีวิธีปฏิบัติ เกี่ยวกับการคุมประพฤตินุ้ใหญ่มากเลยไม จนกระทั่งปี พ.ศ. ๒๕๒๒ ใ้มีการประกาศใ้

^๑ ดูรายละเอียดใน Halsburys laws of England, op.cit., p. 503.

^๒

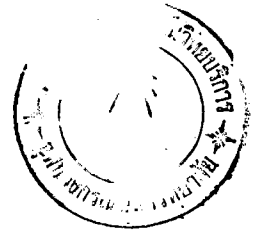
Pierre Bouzat., op.cit., p. 784.

พระราชบัญญัติวิธีดำเนินการคุ้มครองความประพฤติตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๒๒ โดยให้กองคุมประพฤติ สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม เป็นผู้ มีหน้าที่รับผิดชอบในการคุ้มครองความประพฤติของผูกระทำผิดให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่ศาล กำหนดในคำพิพากษา^๑

กล่าวไปแล้ว ระบบการคุมประพฤติผู้ใหญ่นี้ยังเป็นของใหม่ในวงการยุติธรรม ของไทย แต่ในทางปฏิบัติการตุลาการของไทยไ้คุ้นเคยกับวิธีการคุมประพฤตินี้ มาเป็นเวลานานแล้วในศาลคดีเด็กและเยาวชน อย่างไรก็ตาม การวิจัยและปฏิบัติการ เกี่ยวกับการคุมประพฤติผู้ใหญ่ เป็นสิ่งที่สมควรติดตามศึกษาวิธีการใน ทางปฏิบัติกันต่อไป

^๑ การคุ้มครองความประพฤติผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ใหญ่, เอกสารสำนักงาน คุมประพฤติกลาง ลงวันที่ ๓๑ กรกฎาคม ๒๕๒๒.

เหตุบรรเทาโทษ



เหตุบรรเทาโทษ เป็นวิธีการที่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดได้ไม่เกินครึ่งหนึ่งของโทษ ซึ่งได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๘๕ ว่า "เมื่อปรากฏว่ามีเหตุบรรเทาโทษ ไม่ว่าจะได้มีการเพิ่มหรือการลดโทษตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ หรือกฎหมายอื่นแล้ว หรือไม่ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดโทษ ไม่เกินครึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ได้"

เหตุบรรเทาโทษนั้นได้แก่ผู้กระทำความผิด เป็นผู้โศกเศร้า เมาปัญญา ตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส มีคุณความดีมาแต่ก่อน รู้สึกความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น ลดโทษต่อเจ้าพนักงานหรือให้ความรู้แก่ศาลอื่น เป็นประโยชน์แก่การพิจารณา หรือ เหตุอื่นที่ศาล เห็นว่ามีลักษณะทำนองเดียวกัน"

หลักการนี้เกี่ยวกับให้ศาลใช้ดุลพินิจพิจารณาลดโทษลงแก่ผู้กระทำความผิด เป็นสิ่งที่ปรากฏมาในประวัติศาสตร์เป็นเวลายาวนานแล้ว ดังปรากฏใน *digesto* ว่า การเพิ่มโทษและลดโทษ เป็นอำนาจของผู้เป็นจักรพรรดิ เมื่อคำนึงถึงลักษณะความผิดอาญา โดยคำนึง เหตุที่เกิด บุคคล สถานที่ เวลา ลักษณะและเหตุอื่นของความผิดประกอบด้วย ซึ่งหลักการเช่นนี้เอง เป็นที่ยอมรับในเวลาต่อมาโดย *San Tommaso d'Aquino* นักทฤษฎีศาสนาโรมันคาทอลิกได้นำมา แยกแยะและสนับสนุนวิธีการเช่นนี้ ทำให้ *Pope Alexander III* ได้ตราทฤษฎีการวางหลักชัดเจนไว้ให้พิจารณาลดโทษผู้กระทำความผิด จะต้องคำนึงถึงอายุ ความสามารถ เพศและเงื่อนไขอื่น ๆ ด้วย อิทธิพลของแนวความคิดเช่นนี้ได้มีการนำมาใช้ปฏิบัติอย่างจริงจังแพร่หลายในสมัยกลาง เมื่อกฎหมายพระ (cannon Law) ได้บัญญัติวิธีการต่าง ๆ เกี่ยวกับ

การพิจารณาลงโทษไว้อย่างละเอียดชัดเจน จนได้กลายเป็นที่มาของ เหตุบรรเทาโทษ ในยุคปัจจุบัน^๑

การใช้ เหตุบรรเทาโทษนี้ ในชั้นแรกนานาประเทศ เห็นว่า เป็นสิ่งที่ไม่จำเป็น เพราะการที่ศาลจะลงโทษจำเลยแค่ไหนเพียงใด ย่อมอยู่ในดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลอยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ดี แนวความคิดนี้ก็ได้เสื่อมคลายลงจน นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส เสนอขอยกบัญญัติ เกี่ยวกับ เหตุบรรเทาโทษนี้ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ปี ค.ศ. ๑๘๑๐ เพราะเหตุผลที่ว่า แม้ศาลจะมีดุลพินิจกำหนดโทษมากน้อยเพียงใด เพื่อให้เหมาะสมกับลักษณะสภาพความผิดรวมทั้งพฤติการณ์การลงโทษก็ตาม แต่การที่กฎหมายบัญญัติอัตราโทษชั้นสูงและชั้นต่ำไว้ ย่อมเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อการลงโทษที่เหมาะสม ในกรณีที่จำเลยควรจะได้รับโทษน้อยกว่ากำหนดชั้นต่ำที่กฎหมายกำหนด^๒

ในประเทศไทยเอง ชั้นแรกบทบัญญัติในทำนองลดโทษ เช่นนี้ไม่มีบัญญัติไว้ จนกระทั่งได้มีความคิดที่จะร่างกฎหมายอาญาขึ้นมา เสียใหม่ ให้มีแบบแผนที่ดีดังเช่นอารยประเทศทั่วไป พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงโปรดเกล้าแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายลักษณะอาญาขึ้น ในชั้นนี้เอง ได้มีผู้นำ

^๑ รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม, วันที่ ๒๒ - ๒๖ ธันวาคม ๒๕๑๒, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์สถาบันวิจัยศาสตร์ประยุกต์แห่งประเทศไทย, ๒๕๑๕), หน้า ๒๓๐ - ๒๓๑ และรายละเอียดอยู่ใน Munroe Smith, The Development of European Law, (New York: Columbia University Press, 1928), pp. 191 - 207.

^๒ Pierre Bouzat, Traite de Droit Penal et de Criminologie, Droit Penal General, Deuxieme Edition (Paris: Librairie Dalloz, 1970), p. 645.

เอาวิธีการตามเหตุบรรเทาโทษ เข้ามามีพิจารณาในที่ประชุมร่างกฎหมาย เป็นเหตุให้
กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมในขณะนั้นไม่พอพระทัย
ดังปรากฏในหนังสือ "เรื่องของเจ้าพระยามหิธร" ตอนหนึ่งว่า "ประมวลกฎหมาย
อาญานั้น แต่เดิมใ้มอบให้กรรมการร่างกฎหมาย ๒ คน กรมหลวงราชบุรี เป็น
ประธาน เป็นผู้ทำแต่ยังตรวจไม่เสร็จ ครั้นปี ร.ศ. ๑๒๓ (พ.ศ. ๒๔๔๗) ดร.
ยอร์ช ปาคูส์ หมอกฎหมายฝรั่ง เสด็จเข้ารับราชการในตำแหน่งที่ปรึกษาในการร่าง
กฎหมาย จึงโปรดเกล้าฯ ตั้งกรรมการชุดใหม่ขึ้นอีกชุดหนึ่งประกอบด้วย ดร.ยอร์ช
ปาคูส์ เป็นประธาน ให้รับร่างเดิมที่กรรมการชุดแรกทำไว้มารวบรวมแก้ไขอีก
ครั้งหนึ่ง แล้วจึงนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย รัชกาลที่ ๕ ทรงตั้งเสนาบดี ๔ ท่าน
ประกอบด้วยกรมหลวงดำรงราชานุภาพ เป็นประธาน ร่วมกันตรวจชำระเป็นขั้นที่สุด
อีกครั้งหนึ่ง เริ่มแต่ ร.ศ. ๑๒๕ ครั้นถึง ร.ศ. ๑๒๖ (พ.ศ. ๒๔๕๐) กรมหลวง
ราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ตามเสด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวไปยุโรป จึงโปรดเกล้าฯ ตั้ง
กรรมการผู้อื่นแทน... การที่กรมหลวงราชบุรีฯ ตามเสด็จไปยุโรปเสียในคราวนั้น
เจ้าพระยามหิธร เล่าว่า เป็นเพราะไม่พอพระทัยในร่างกฎหมายอาญานับใหม่
ที่ ดร.ปาคูส์ร่างขึ้น และกรมหลวงดำรงราชานุภาพทรงเป็นประธานในการตรวจร่าง
ทรงให้เหตุผลว่ากฎหมายฉบับนี้ร่างขึ้นตามพระประสงค์ของกรมหลวงดำรงราชานุภาพ
ซึ่งเป็นนักปกครองจึงได้มีวิธีการจงใจให้จำเลยรับสารภาพ เพื่อจะได้ลดโทษตาม
มาตรา ๕๕ เพื่อให้คดีเสร็จไปโดยเร็ว ซึ่งกรมหลวงราชบุรีฯ ทรงเห็นว่า ไม่
เป็นการยุติธรรม ไม่ชอบด้วยหลักการที่นักนิติศาสตร์จะยอมรับได้ จึงทรงหลีกเลี่ยง
เสียเพราะไม่ต้องการจะรับผิดชอบกฎหมายนี้" ๑

๑ วันรพี ๒๕๒๒ วิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์
ประเสริฐศิริ, ๒๕๒๒), หน้า ๒๘ - ๓๐ อ้างถึงหนังสือ "เรื่องของเจ้าพระยา
มหิธร" แต่ไม่ปรากฏที่มา.

คานิยมของสังคมนอก เหตุบรรเทาโทษ การที่ศาลได้ใช้ เหตุบรรเทาโทษ เพื่อลดโทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดอย่างกว้างขวางนี้เอง เป็นสิ่งที่ดีที่สังคมเริ่มมีปฏิกริยาในทางค้ำค้ำ โดยเฉพาะผู้พิณิจดโทษในกรณีเจ้าเลยรับสารภาพจนเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ของ เหล่านักหนังสือพิมพ์ทั่วไปว่า "กฎหมายชราภาพ" หรือ "กฎหมายไม่ศักดิ์สิทธิ์" หรือล้อยคำอื่นที่ที่ท่านอง เกี่ยวกันที่มีอยู่คาบคั้นในเวลา

ข้อค้ำค้ำในท่านองนี้ เป็นสิ่งที่นักกฎหมายจะต้องพึงเอาใจใส่และซัดปัญหา เพราะกฎหมายที่จะมีความศักดิ์สิทธิ์มากน้อยเพียงใด ย่อมต้องอาศัยการสนับสนุนของประชาชนด้วย หากกฎหมายใดที่ประชาชนขาดความเชื่อมั่นใสนับสนุนไม่ว่าจะเป็นกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นใด แม้แต่รัฐธรรมนูญก็ยอมจะถูกล้มเลิกไปในที่สุด ยิ่งไปกว่านั้น การที่ศาลได้ใช้ผู้พิณิจดโทษอย่างกว้างขวางมากมาย ในอดีตได้มีผู้หาทางออกด้วยวิธีการที่ขาดศรัทธาต่อระบบงานยุติธรรมมาแล้ว โดยเมื่อครั้งมีการปฏิวัติยึดอำนาจการปกครองพระราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๐๒ นั้น นายกรัฐมนตรีมีความเห็นว่าศาลใช้ผู้พิณิจดโทษ ไม่สมกับความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้ผู้พิณิจดโทษ เมื่อเจ้าเลยรับสารภาพ ด้วยเหตุนี้เอง ในช่วงที่รัฐบาลใช้อำนาจปฏิวัติอยู่จึงใช้ผู้พิณิจไม่ยอมมี หักคดีที่มีลักษณะร้ายแรงหลายคดีมาสู่ศาล แต่จะใช้อำนาจพิเศษที่ธรรมนูญการปกครองให้ไว้ วินิจฉัยและลงโทษอย่างรุนแรงเสียเอง ๑

การที่ฝ่ายบริหาร เข้ามามากกว่าฝ่ายการใช้อำนาจของทางตุลาการ เพราะเหตุผลที่ทให้ศาลใช้ผู้พิณิจดโทษ เพราะ เหตุบรรเทาโทษอย่างกว้างขวางไม่ได้ เช่นนี้ เป็นสิ่งที่นักกฎหมายจะต้องคำนึงถึง เพราะการกระทำเช่นนั้น เป็นผลเสีย

๑ รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง "การป้องกันและปราบปราม อาชญากรรม, เรื่อง เกม, หน้า ๑๘๓.

โดยเฉพาะอย่างยิ่งศรัทธาที่ประชาชนมีต่อระบบงานยุติธรรม ยิ่งไปกว่านั้น การที่ฝ่ายบริหาร เข้ามามากกว่างานตุลาการในตำแหน่งนี้ กลับ เป็นสิ่งที่ประชาชนโดยทั่วไป เห็นว่าเป็นการกระทำที่ถูกต้องสมเจตนาของประชาชน^๑

ความเข้าใจหรือทัศนคติของประชาชนที่มีต่อ เหตุบรรเทาโทษในตำแหน่งนี้ ควรจะแก้ไขไปในทางใด

แนวกำหนดคุณพินิจในเหตุบรรเทาโทษของศาล แม้ว่ากรณีชู้คุณพินิจลดโทษในเหตุบรรเทาโทษของศาลจะได้รับการคัดค้านจากมติมหาชนอย่างกว้างขวาง เป็นเวลานาน แต่หากพิจารณาถึงผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการลดโทษนี้ก็มีอยู่หลายประการด้วยกัน แต่สิ่งที่เป็นหลักสำคัญก็คือ การแก้ไขข้อบกพร่องในกรณีที่ผู้กระทำผิดมีเหตุผลบางประการที่ควรจะได้รับโทษน้อยกว่ากำหนดอัตราขั้นต่ำของกฎหมาย^๒ ศาลก็ย่อมมีชู้คุณพินิจลดโทษลงจากกำหนดขั้นต่ำให้เหมาะสมกับสภาพการกระทำผิด และเหตุอันควรปรานีนั้นได้

สิ่งที่ถือว่าเป็น เครื่องช่วยพินิจของศาลในการกำหนดโทษให้แก่ผู้กระทำผิดอย่างเหมาะสมและยุติธรรมนั้น นอกจากทฤษฎีการลงโทษต่าง ๆ แล้ว ศาลจะต้องคำนึงถึงสภาพการกระทำและข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องด้วย เพื่อวางกำหนดโทษให้แก่ผู้กระทำผิดให้เหมาะสมเป็นรายกรณีไป ด้วยเหตุนี้เอง เหตุผลควรปรานีที่มาจากตัวผู้กระทำผิดจึงควรที่ศาลจะระงับพิจารณา เช่นกัน

สิ่งที่ถือว่าเป็น เครื่องช่วยพินิจของศาลในการกำหนดโทษให้แก่ผู้กระทำผิดอย่างเหมาะสมและยุติธรรมนั้น นอกจากทฤษฎีการลงโทษต่าง ๆ แล้ว ศาลจะ

^๑ เรื่อง เกม, หน้า เกม.

^๒ Pierre Souzat, loc.cit.

ต้องคำนึงถึงสภาพการกระทำและข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องด้วย เพื่อวางกำหนดโทษให้ แก่ผู้กระทำผิดให้เหมาะสม เป็นรายกรณีไป ด้วยเหตุนี้เอง เหตุผลควรปราศที่มาจาก ตัวผู้กระทำผิดจึงควรที่ศาลจะต้องพิจารณา เช่นกัน

เหตุผลอันควรบรรเทาโทษให้กับผู้กระทำผิดนั้น ย่อมแตกต่างกันไป และ แด่สภาพแวดล้อมและชนบทกรรม เป็ยประเพณีของแต่ละท้องถิ่น ในประเทศฝรั่งเศส นั้น เหตุบรรเทาโทษ (circumstances atténuantes) ได้กำหนด เหตุลดโทษ (les excuses) ไว้กว้างขวางรวมไปถึงเหตุบันดาลโทสะด้วย^๑ หรือใน ประเทศยุโรปอื่น ๆ เช่นสวีต สเปนหรือแม้แต่ในฟิลิปปินส์ เมื่อกล่าวถึง เหตุบรรเทา โทษ (extenuating circumstances) กลับมีความหมายรวมถึงการลดโทษ ในทุกเหตุ^๒ สำหรับ เหตุบรรเทาโทษที่ศาลจะลดโทษได้ตามกฎหมายไทยนั้น มีได้ในกรณีดังต่อไปนี้ตามมาตรา ๙๖ แห่งประมวลกฎหมายอาญาคือ

๑. ผู้กระทำผิดเป็นผู้โง่เขลา เมาปัญญา ค้นร่างฉบับภาษาอังกฤษ ในกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา ๕๕ ใช้อธิบายว่า *Weakness of mind, faiblesse d'esprit* ซึ่งหมายถึงจิตไม่ปกติ แต่ไม่ถึงกับเป็นเหตุยกโทษตาม มาตรา ๖๕^๓ หรือ เป็นผู้ขอยับยั้งที่ไม่รู้ข้อเท็จจริงบางอย่าง อาจจะเป็น เพราะทำไปตามคำแนะนำของผู้อื่น ด้วยความพาเชื่อถือจึงกระทำไป อันเป็นความผิด (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๑๑/๒๔๕๖) หรือเมื่อก่อการกระทำผิดเพราะนิสัยที่ไม่ดี อันผู้กระทำ

^๑ Ibid., pp. 637 - 640.

^๒ รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม เรื่องเดิม, หน้า ๒๓๑.

^๓ จิตติ กิ่งศรัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค ๑ ตอนที่ ๒, (กรุงเทพฯ : จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๑๔), หน้า ๖๔๔.

ผิดได้รับจากสภาพแวดล้อมที่เลวร้ายตั้งแต่เยาว์วัย ศาลฝรั่งเศสก็ถือว่า เป็นเหตุ
ลดโทษได้เช่นกัน^๑

เหตุผลที่ศาลลดโทษให้แก่วุ่กระทำผิดนี้ เป็นเพราะแรงงให้เห็นว่า การ
ที่ผู้กระทำผิดได้กระทำความผิดไปมีสาเหตุ เพราะมีสันดานเป็นผู้ร้ายโดยแท้ แต่กระทำไป
ด้วยไม่รู้เท่าถึงการดี บุคคล เช่นนี้ ในทางทฤษฎีลงโทษ โดยเฉพาะทฤษฎีปรับปรุง
แก้ไข (rehabilitation) ถือว่ายังเป็นบุคคลที่อบรมมโนสำนึกกลับตัวเป็นคนดีได้
ดัง เห็นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๔๔/๒๕๓๖ "ต.ก. และ ช.มิได้เป็นคนเหตุทำร้าย
ผู้อื่นถึงตายด้วย แต่เข้าช่วยกลุ่มรวมทำร้ายโดยมิได้สอบถามให้แน่นอน เสียก่อนว่า
ผู้ตายเป็นผู้ร้ายจริงหรือไม่ น่าจะเป็นโดยโง่เขลา แบบปัญญา คนทั้งสามนี้หากิน
โดยสุจริตไม่เคยทำความผิดมาก่อน ศาลลดโทษฐานปราณีให้ถึงหนึ่ง" ข้อเท็จจริง
ตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวแสดงให้เห็นได้ว่า การกระทำผิดที่เกิดขึ้นนั้นมิได้มา
จากเจตนาชั่วร้ายของผู้กระทำ ด้วยเหตุนี้เพื่อให้รู้สึกถึงความปราณีและให้มีความ
รู้สึกอ่อนโยนลงพร้อมที่จะรับการอบรมมโนสำนึกเพื่อกลับตัวในเวลาข้างหน้า ศาลจึง
ลดโทษให้

๒. ตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส เหตุข้อนี้เป็นบทบัญญัติใหม่ที่ไม่มีใน
กฎหมายลักษณะอาชญามาตรา ๕๕ เหตุผลในการลดโทษนี้เป็นเช่นเดียวกันกับ
ข้อแรก อันเป็นข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นได้เช่นกันว่าผู้กระทำผิดได้กระทำไป เพราะ
ไม่มีสันดานเป็นผู้ร้าย ด้วยเหตุนี้เอง ก่อนที่จะประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา
แม้ว่ากฎหมายลักษณะอาญาจะมีบัญญัติถึงข้อเท็จจริง เกี่ยวกับความทุกข์อย่างสาหัส
ศาลฎีกาก็เคยใช้ดุลพินิจลดโทษในฐานปราณีให้แก่ผู้กระทำผิด เพราะ เหตุเช่นนี้มาแล้ว
เช่นการลดโทษให้ผู้วิเวกที่ถูกทำร้ายบาดเจ็บสาหัส (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๒๗/๒๕๒๗)

๑

Pirre Bouzat, op.cit., p. 647.

หรือถูกทำร้ายบาดเจ็บสาหัสแต่มีไต่กระทำความผิดในขณะนั้น ไม่เป็นเหตุบันดาลโทษแก่ศาลที่ยังลดโทษในฐานะปรานี (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๓๐/๒๕๔๒)

๓. มีคุณงามความดีมาแต่ก่อน การลดโทษเพราะเหตุมีคุณงามความดีมาก่อน อันหมายถึงก่อนการกระทำความผิดนี้ เป็นเหตุผลที่กฎหมายทั่วไปลดโทษให้กับผู้กระทำความผิด^๑ ทั้งนี้ด้วยเหตุผลสำคัญ ๒ ประการคือ ประการแรก เป็นไปตามหลักจิตวิทยาที่กฎหมายมุ่งส่งเสริมให้บุคคลทั่วไปทำความดี เพราะอย่างน้อยบุคคลทั้งหลายก็เห็นว่า การสร้างสมความดีไว้นั้น เป็นสิ่งที่ทุกคนสรรเสริญ แม้กระทั่งกฎหมายก็เห็นใจและลดโทษให้ เหตุผลอีกประการก็เช่นเดียวกันกับในข้ออื่น ๆ กล่าวคือ เป็นข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นศาลเห็นว่า ผู้กระทำความผิดมิได้ เป็นผู้ที่มิสันดานชั่วร้ายมาก่อน หากกระทำความผิดเพราะเหตุผลจำเป็นบางประการ จึงเป็นการควรยิงที่จะลดหย่อนโทษให้เพื่อสำนึกถึงคุณค่าที่เคยทำความดีมาแต่ก่อน

ด้วยเหตุนี้เองศาลฎีกาจึงใช้ดุลพินิจลดโทษในกรณีที่มีคุณความดีมาก่อนอย่างเหมาะสมกับลักษณะความผิดมาแล้ว เช่นรับราชการโดยเรียบร้อยมานาน ๒ ปี จึงมากกระทำความผิดฐานปลอมใบสำคัญ เบิกเงินค่าพาหนะเดินทางตรวจท้องที่จำนวนเล็กน้อย ศาลลดโทษฐานปรานีให้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๓๑/๒๕๓๓) หรือรับราชการมา ๓๐ ปี จึงกระทำความผิดฐานยกยอกในหน้าที่ แต่มีเหตุควรกรุณาอยู่บ้าง โดยถูกสั่งให้ลาออกมีโอกาสยกยอกเงินอีกแต่ไม่กระทำ ศาลลดโทษฐานปรานี (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๕๕/๒๕๔๒)

อย่างไรก็ดี การที่ศาลจะใช้ดุลพินิจลดโทษเพราะเหตุมีคุณความดีมาก่อนนี้ ศาลจะลดโทษเสมอไปก็หาไม่ สิ่งสำคัญที่จะต้องพิจารณาอยู่เสมอก็คือ

๑

Ibid.

เหตุผลของการลดโทษในข้อนี้ กฎหมายต้องการตอบแทนความดีที่มีมาแต่ก่อนและ
การกระทำดีนั้นมิได้มาจาก เจตนาร้าย เป็นสำคัญ แต่อาชญากรรม เปลี่ยนแปลงไป
(*rebus sic stantibus*) หากการกระทำดีของจำเลย เป็นการร้ายแรงจนลบล้าง
ความดีที่มีมาก่อน หรือสื่อให้เห็นเจตนาร้ายในการกระทำดี ลักษณะเช่นนี้แม้จะเป็น
กรณีศาลจะใช้ดุลพินิจลดโทษให้ได้ แต่ก็ย่อมขัดกับ เจตนารมณ์ของกฎหมายซึ่งศาลไม่
ควรจะลดโทษ ดังนั้น ข้อเท็จจริงในทำนองนี้ศาลฎีกาจึงใช้ดุลพินิจในการไปลดโทษ
ให้ เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๔๓/๒๕๖๕ ผู้ที่อาสาไปสงครามควรใช้ความดีนั้นกระทำ
การที่ดี แต่กลับทำการตรงข้ามโดยยกพวกไปลอบระดมยิงผู้หนึ่ง ซึ่งอยู่ เป็นปกติสุข
ในบ้านของเขา ดังนั้น ความดีที่เคยทำไม่พอเป็น เหตุอันควรลดโทษ หรือคำพิพากษาศาลฎีกา
ที่ ๑๔๔/๒๕๗๒ เคยประพฤติเรียบร้อยไม่เคยมีประวัติในทาง เสียชื่อเสียง แต่มา
กระทำความผิดโดยหนองอาจารย์ตักแล้วก็ยิง เขาซึ่งหน้า ไม่เป็นเหตุลดโทษ หรือคำ
พิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๓ - ๔/๒๕๕๑ ผู้ใหญ่บ้านใช้เล่ห์เหลี่ยมฆาตกร ศาลไม่ลดโทษให้
เป็นต้น

๔. รู้สึกความผิดและพยายามบรรเทาผลร้าย เหตุลดโทษในข้อนี้ ข้อ
เท็จจริงได้ชี้ชัดแล้วว่าผู้กระทำความผิดมีความสำนึกในการกระทำความผิดของตน จึงได้
พยายามบรรเทาให้ผลร้ายจากการกระทำผิดของตนลดน้อยลง การที่บุคคลสำนึกใน
ความผิดเช่นนี้ เป็นสิ่งที่ควรจะให้ยกย่องจึง เป็นเหตุผลที่กฎหมายให้ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษให้

แต่ถ้อยคำของมาตรา ๗๕ จะใช้ควบคู่กันไประหว่างคำว่า "รู้สึกผิดและ
พยายามบรรเทาผลร้าย" แต่แนวปฏิบัติของศาลไทยให้ความสำคัญกับคำว่าพยายาม
บรรเทาผลร้าย มากกว่าคำว่า รู้สึกผิด ต่างกับแนวปฏิบัติในศาลฝรั่ง เสด็จให้ความสำคัญ
สำคัญกับคำว่า รู้สึกผิด ๑ กว่ยเหตุนี้จึงจะพบ เห็นข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำความผิดพยายาม

บรรเทาความร้ายแต่ไม่รู้ลึกซึ้ง เช่นยังให้การปฏิเสธอยู่ แต่ศาลลดโทษให้เพราะเหตุพยายามบรรเทาความร้าย เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๔/๒๔๕๔ นุศครานหญิงแล้วขอมาเลี้ยง เป็นภรรยา คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๑๔-๕/๒๔๖๕ ทำร้ายร่างกายเขาแล้วช่วยนำผู้ถูกทำร้ายไปให้แพทย์รักษา คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๕๖/๒๔๗๐ วางเพลิงเผาบ้านเขาแล้วมาช่วยดับ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๘๘/๒๔๗๒ ยักยอกเงินหลวงแล้วกลับแก้ไขบอกให้ผู้บังคับบัญชาจริง เรียกให้ผู้ที่เอาเงินไปคืน เงินมาได้ หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๕๒/๒๔๘๔ ลักทรัพย์ไปแล้ว เจ้าของขอคืน ก็คืนให้โดยดี เป็นต้น

๕. จูแก่โทษต่อเจ้าพนักงาน การที่ผู้กระทำความผิดจูแก่โทษต่อเจ้าพนักงานนี้ เป็นข้อเท็จจริงอีกประการหนึ่ง ที่แสดงว่าผู้กระทำความผิดได้สำนึกผิดและพร้อมที่จะรับโทษแล้ว ความหมายของการจูแก่โทษต่อเจ้าพนักงานนั้น เป็นการที่ผู้กระทำความผิดยอมรับว่ามีความผิดหรือยอมรับโทษ เช่นการให้การรับสารภาพต่อเจ้าพนักงาน^๑ ซึ่งศาลฎีกาเองก็เห็นเช่นนั้น ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๖๔/๒๕๐๘ แต่ในการปฏิบัติโดยทั่วไปกลับมิได้เป็นไปเช่นนั้น ศาลคำนึงแต่เพียงการยินยอมมอบตัวเข้าเป็นผู้ต้องหาต่อเจ้าพนักงานก็พอ ทั้งนี้เพราะมีผู้เห็นว่าคตินิยมภาษาอังกฤษของมาตรา^๒ นี้ มีความแคบเพียงการยินยอม เข้ามอบตัว^๒ ควบเหตุนี้ ศาลฎีกาจึงถือเอาการเข้ามอบตัวของผู้ต้องหา เป็นข้อสำคัญในการใช้ที่จารณาลดโทษ ไม่ว่าจะการเข้ามอบตัวนั้น ผู้ต้องหาจะรับสารภาพหรือปฏิเสธข้อหา เช่น

^๑ จุททิส แสนโกสติก, คำอธิบายกฎหมายอาญา พิมพ์ครั้งที่ ๒ (จัดพิมพ์โดยแผนกตำราและคำบรรยาย คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๑๖), หน้า ๑๔๗.

^๒ จุติ ศิงศรัทย์, เรื่องเดิม, หน้า ๖๕๕.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๔๗/๒๕๐๐ จำเลยยิง ข. แต่ไม่ตาย คินนั้นปลัดอำเภอ
คิดตามจับจำเลยตามที่มีผู้แจ้งความแต่จับไม่ได้ วันรุ่งขึ้น จำเลยรู้ว่าเจ้าพนักงาน
ต้องการตัว จึง เข้าหาเจ้าพนักงาน แม้จะให้การปฏิเสธความผิด ก็ควรได้รับความ
ปราณีลดโทษถึงหนึ่ง

การ เข้ามอบตัวและสู้คดีว่า เป็นการทำให้ป้องกันตัวก็เช่นกัน การอ้างว่า
ป้องกันตัวนั้น มาตรา ๒๕ ถือว่าจำเลยไม่มีความผิด การที่จำเลยอ้างว่า เป็นการ
กระทำเพื่อป้องกันตัว ก็ถือ เสมือน เป็นคำให้การปฏิเสธ แต่การที่จำเลย เข้ามอบตัว
ไม่ว่าจะให้การไปในทำนองใด ศาลก็ลดโทษให้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๕๑/๒๔๗๕,
๓๒/๒๔๘๒, ๓๗๗/๒๕๐๕, ๔๒๕/๒๕๑๒) ดังนั้น แม้กระทำความผิดเพราะบันดาลโทสะ แต่
เข้ามอบตัวกับผู้ใหญ่บ้าน ศาลยอมลดโทษให้ถึงหนึ่งหลังจากลดโทษฐานบันดาลโทสะได้
(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๕๕/๒๕๐๘)

การ เข้ามอบตัวต่อ เจ้าพนักงานอันจะ เป็น เหตุบรรเทาโทษ ใดนั้น ข้อสำคัญ
ที่ศาลจะต้องพิจารณา เสมอก็คือ การ เข้ามอบตัวนั้น เป็นเพราะเจตนา เช่นใด หาก
เป็นการ เข้ามอบตัวเพราะสำนึกผิด เช่นศาลยอมใช้ดุลพินิจลดโทษได้เต็มที่ เพราะ
พฤติการณ์ของผู้กระทำผิดตรงกับ เจตนารมณ์ของกฎหมาย หรือการ เข้ามอบตัวนั้น เป็นไป
เพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนตามวิธีการแห่งกระบวนยุติธรรม แม้จะให้การปฏิเสธ
ก็ เป็น เหตุให้ศาลพิจารณาลดโทษ ให้อย่าง เต็มที่ เช่นกัน

ในกรณีกลับกัน หากข้อเท็จจริงปรากฏต่อศาลว่าการ เข้ามอบตัวของจำเลย
มิได้เป็นไป เพราะมีเจตนาบริสุทธิ์ถึงใจแล้ว แต่หากเป็นไป เพราะมีเหตุจูงใจ
อย่างอื่น ดุลพินิจในการลดโทษของศาลย่อมแตกต่างกัน เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๖๒/๒๕๑๐
ข้อเท็จจริงมีว่า "ในกรณีที่จำเลยเข้ามอบตัวต่อเจ้าพนักงานและให้การรับสารภาพ แต่
ด้วยความมุ่งหมายที่จะให้เจ้าพนักงานกันจำเลยไว้ เป็นพยาน ครั้นการไม่ปฏิบัติตาม
ความประสงค์ เมื่อคดีมาสู่ศาล จำเลยก็กลับให้การต่อสู้คดีตลอดมา เช่นนี้แม้คำให้การ
ชั้นสอบสวนของจำเลยจะเป็นประโยชน์ ก็สมควรลดโทษให้จำเลยหนึ่งในสามเท่านั้น

ยิ่งไปกว่านั้น หากข้อเท็จจริงแสดงให้เห็น เจตนาชั่วร้ายของผู้กระทำผิดที่ เข้ามอบตัว
 สู้คดี โดยไถ่กระทำหลักฐานตระเตรียมต่อสู้คดีหรือบิดเบือนข้อเท็จจริงมาก่อน เช่นนี้
 ไม่เป็นเหตุบรรเทาโทษที่ศาลจะลดโทษให้ แต่จะเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลควรพิจารณาลด
 โทษหนักอีกด้วย เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๑/๒๕๑๐ (ประมุขใหญ่) จำเลยยังผู้ตาย
 ถึง ๒ คน ชั้นแรกยิงคนละ ๒ นัด และยิงไล่ยิง จ. อี ก ถึงในบ้านกาฬพิณตลาด
 ข้างทางซึ่งมีคนสัญจรไปมา ในเวลาเช้า แล้วยังกลับมายิงผู้ตายซ้ำอีก ๒ นัด แม้
 จำเลยจะไม่หลบหนียอมมอบตัวต่อตำรวจโดยดี และรับว่ายิงผู้ตายจริง แต่จำเลยโยน
 มีดของจำเลยลงไปที่ผู้ตาย เพื่อแถลงหลักฐานว่าผู้ตายแทงจำเลย แต่เมื่อหลักฐาน
 ของเจ้าพนักงานแน่นหนามั่นคง ไม่มีทางต่อสู้คดีได้สำเร็จ จำเลยจึงยอมจำนนรับ
 สารภาพต่อศาล แต่ยังไม่ยอมบ่งชี้ว่าผู้ตายทั้งสองหาเรื่องยั่วจำเลยก่อน และว่ามีได้
 ยิงซ้ำอีก ๒ นัด ซึ่งไม่เป็นความจริง ทั้งนี้ไม่มีเหตุบรรเทาโทษ

๖. ให้ความรู้แก่ศาลเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา เหตุบรรเทาโทษ
 ในข้อนี้คำว่า "ให้ความรู้" นั้น มีความหมายกว้างขวางจนเป็นคุณพินิจของศาลที่
 สามารถเลือกพิจารณาได้ว่า อย่างไร เป็นการให้ความรู้แก่ศาล เช่นการที่จำเลย
 ให้การว่าตนอยู่ในที่เกิดเหตุ แม้จะชี้ว่าคนอื่นเป็นผู้ทำร้าย ตนเอง เป็นแค่ช่วย
 ฟังศพ เช่นนี้ก็ยังคงเป็นการให้ความรู้แก่ศาลได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๔-๕/๒๕๖๒)
 หรือการรับข้อเท็จจริงบางอย่างแต่มีเงื่อนไขพิเศษ เช่นรับว่ากระทำการยิงฟ้อง
 แต่ไม่มีเจตนา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๗/๒๕๕๔) รับว่าโจมตีคน แต่ต่อสู้ว่าป้องกัน
 ตัว ศาลอาศัยคำรับของจำเลยว่าชก แต่ไม่ฟังว่าป้องกัน ก็ลดโทษได้ (คำพิพากษา
 ฎีกาที่ ๖๖๘/๒๕๕๓) หรือการที่จำเลยให้การปฏิเสธ แต่จำเลยให้การในชั้นสอบสวน
 และเบิกความในชั้นพิจารณาว่าได้ยิงปืนไม่เที่ยงการพินิจจริง กับ เบิกความร้ายถึงอำนาจ
 ยิงของปืนอีกด้วย ทั้งนี้ นับว่าคำเบิกความของจำเลยเป็นประโยชน์แก่การวินิจฉัยคดี
 ศาลควรปรานีลดโทษให้จำเลย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๑๗/๒๕๑๐) แม้ว่าลักษณะการ
 ให้ความรู้แก่ศาลจะมีได้มากมายหลายแบบ แต่การให้ความรู้ที่ปรากฏมากที่สุดก็คือ

การรับสารภาพ เกี่ยวกับกรณีที่พิจารณาว่าสิ่งใดควรจะถือว่าเป็นการให้ความรู้นั้น นอกจากคำรับสารภาพแล้วจะเห็นว่าในกรณีอื่น ๆ เป็นสิ่งที่แยกพิจารณาออกได้ยาก เช่นกันว่า อย่างไรควรจะเป็นการให้ความรู้ แต่ถ้าหากจะพิจารณาถึงแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาตั้งกล่าว การที่ศาลจะถือว่าอย่างไร เป็นการให้ความรู้แก่ศาลนั้น ข้อความรู้เช่นนี้ จะต้องมีส่วนสำคัญในการช่วยย้ให้ศาลตัดสินใจในการชี้แนะหน้พยานหลักฐาน หาก เป็นการช่วยในการตัดสินใจมาก เช่น คำรับสารภาพ ศาลก็อาจลดโทษให้อย่างเต็มที่คือกึ่งหนึ่ง แต่หากช่วยในการตัดสินใจน้อย คุณพินิจที่จะลดโทษก็ย่อมลดหลั่นลงไป เช่นจำเลยให้การว่าผู้ตายจะยิงจำเลย จึงยิงป้องกันตัวและคำเบิกความของจำเลยก็ขยายความข้อนี้มากขึ้น แต่ศาลไม่เชื่อว่าเป็นการป้องกันตัวดังที่จำเลยต่อสู้ คำให้การและคำเบิกความตั้งกล่าวไม่เป็นการให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา ไม่เป็นเหตุบรรเทาโทษ แต่การที่จำเลยยิงผู้ตายนั้น จำเลยได้ไปมอบตัวต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจพร้อมปืนที่ไขยิง โดยแจ้งเหตุว่าจำเลยยิงผู้ตายมาเจ็บสาหัส มิได้แจ้งข้อความอันเป็นเท็จมาแต่แรก จึงถือได้ว่าเป็นการรู้แก่โทษอันเป็นเหตุบรรเทาโทษ แต่จำเลยให้การในชั้นสอบสวนต่อสู้คดีอย่างชั้นศาลซึ่งไม่เป็นความจริง จึงควรลดโทษให้เพียงหนึ่งในสี่เท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๔๔/๒๕๑๓)

ความรู้แก่ศาลที่จะเป็นผลในทางใช้คุณพินิจลดโทษของศาลนั้น จะต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริงอีกประการคือ ความรู้นั้นจะต้องเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาอันหมายถึงว่าศาลได้สืบข้อเท็จจริงได้ทั้งหมดหรือบางข้อโดยอาศัยคำของจำเลยนั้นหรือไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๐๑/๒๔๗๔) และปัญหาว่าคำให้การของจำเลยเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาหรือไม่ เป็นคุณพินิจโดยแท้ของศาล (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๑/๒๕๑๑)

ด้วยเหตุนี้เอง การให้ความรู้แก่ศาล ไม่ว่าจะด้วยการรับสารภาพหรือวิธีอื่นใด หากเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาแล้ว ศาลย่อมลดโทษให้ตามส่วน แต่ไม่เกินกึ่งหนึ่ง

เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๒๕/๒๕๑๒ "จำเลยเข้ามาขอตัวกับเจ้าพนักงานเป็นการดู
 แกลโง่ ชั้นสองส่วนก็ให้การรับสารภาพอย่างเดียวกับข้อเท็จจริงที่โจทก์นำสืบในชั้น
 ศาล ที่จำเลยให้การผู้คดีชั้นศาลว่าป้องกันตัวก็เป็นความเข้าใจของจำเลยว่าเป็น
 ลักษณะเช่นนี้เป็นการป้องกันตัว จำเลยมิได้บิดเบือนข้อเท็จจริง และในที่สุดก็รับ
 สารภาพว่าได้กระทำความผิดจริงตามฟ้อง แม้จะเป็นการรับสารภาพเมื่อสืบพยานโจทก์
 เสร็จสิ้นแล้ว ก็ยังเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาที่ศาลพิพากษาวางบทกฎหมายโทษ
 และลดโทษให้จำเลยถึงหนึ่ง จึงเป็นการสมควรแก่พฤติการณ์แห่งคดี" แต่ถ้าวินิจฉัย
 ให้ความรู้แก่ศาลไม่เป็นประโยชน์แก่การพิจารณา เช่นการรับสารภาพ เพราะจำนน
 ต่อหลักฐาน หรือการให้การ เป็นอย่างอื่นใดที่ศาลมิได้ถือว่า เป็นประโยชน์ในการช่วย
 กำหนดวินัยจำขังให้นักพฤติการณ์แห่งคดี ศาลก็ไม่ลดโทษให้ เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่
 ๑๘/๒๕๕๘ กนกุลแล้วักพบและจับผู้ลักทรัพย์ในวัดได้ พร้อมด้วยของกลาง คำรับไม่มี
 ประโยชน์ไม่ลดโทษให้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๖๑/๒๕๑๔ โจทก์ฟ้องข้ออ้างหลังโทษ
 จำเลยฐานพยายามฆาตคนโดยใช่ป็นยิง ในชั้นสืบพยานโจทก์ โจทก์ต้องนำสืบพยาน
 เพื่อแสดงความผิดของจำเลยตลอดเรื่อง ไม่อาจอาศัยคำให้การของจำเลยได้ เพราะ
 จำเลยให้การปฏิเสธตลอด ๆ แม้ต่อมาตนเองจำเลยอ้างตนเอง เป็นพยานเข้า เบิกความ
 แสดงรายละเอียด ก็มีได้รับว่ายิง กลับบ้ายแย้งความรับผิดชอบไปว่า เป็นเพราะผู้เสียหาย
 แย่งปืนจากจำเลย โกวินจึงไป เกี่ยวกระเป่าเสื้อจำเลย ปืนจึงลั่นขึ้น เป็นอุบัติเหตุ
 ไม่เกี่ยวกับเจตนาจำเลย คำเบิกความของจำเลยเช่นนี้ มิได้ให้ความรู้แก่ศาลอันเป็น
 ประโยชน์แก่การพิจารณาคดี จึงไม่มีเหตุบรรเทาโทษตามประมวลกฎหมายอาญา
 มาตรา ๘๕

ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการรับสารภาพ เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจลดโทษ
 ในกรณีที่จำเลยรับสารภาพนี้ เป็นที่ยอมรับกันว่าได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ทางไม่
 เห็นด้วยอย่างมากมาเป็นเวลานาน และนับวันการศึกษากันอ่านจากวารสารคดี
 เช่นนี้ของศาลก็มากขึ้นเป็นลำดับ เหตุผลสำคัญที่ทำให้มีการศึกษาค้น เช่นนี้ก็เพราะ
 ประชาชนมีความเห็นว่า การที่ศาลลดโทษให้ นั้น เป็นการละเลยถึงการหย่อนอำนาจ

บังคับของกฎหมาย ทำให้ผู้กระทำผิดคิดกระทำความผิดอย่างไม่เกรงกลัวกฎหมาย เพราะคิดว่าหากถูกจับกุมก็จะรับสารภาพ ซึ่งศาลก็จะลดโทษให้ตนครึ่งหนึ่ง จนเป็นคดีที่เรียกขานทั่วไปว่า "สารภาพลดครึ่ง"

เหตุผลอีกประการที่ทำให้ประชาชนทั่วไปคัดค้านการใช้ดุลพินิจของศาล เช่นนี้ เพราะการที่ศาลลดโทษจำเลยในอัตราโทษไม่รุนแรง เช่นนี้ ชัดกับทฤษฎีการลงโทษแบบทดแทน (retribution) ซึ่งมีหลักตามภาษิตลาตินว่า (Lex talionis (law of retaliation) อันเป็นการลงโทษรุนแรงสมกับความผิดในลักษณะตาต่อตาฟันต่อฟัน ที่นักนิติศาสตร์ในสมัยกลางคือ Immanuel Kant เห็นว่าเป็นทฤษฎีลงโทษที่ตรงกับเจตนาของประชาชนมากที่สุด^๑ ซึ่งจากพฤติการณ์โดยทั่วไปก็แสดงให้เห็นว่า เจตนาของประชาชนเป็นไปในทำนองนั้นจริง ด้วยเหตุนี้ การที่ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษเมื่อจำเลยรับสารภาพ จึงก่อทัศนคติคัดค้านโดยเรียกการใช้ดุลพินิจเช่นนี้ว่า "กฎหมายชราภาพ" ทั้ง ๆ ที่ในทางวิชาการแล้ว ถือว่าทฤษฎีการลงโทษแบบทดแทนหรือแก้แค้นนี้ เป็นทฤษฎีที่ล้าสมัยและสมควรยกเลิกเสีย^๒ เพราะการลงโทษที่ถูกค้อนนั้นจะต้องพิจารณาสภาพแวดล้อม ลักษณะการกระทำผิด ตลอดจนข้อเท็จจริงที่ปรากฏในท้องส่วนวนประกอบพิจารณาโทษแก่ผู้กระทำผิด จึงจะเป็นการลงโทษที่ถูกค้อนตามทฤษฎีการลงโทษแบบข่มขู่ (deterrence)

^๑ อุททิศ แสนโกสีก, "หลักกฎหมายอาญา : การลงโทษ," อุททิศอนุสรณ์ หนังสืออนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ ดร.อุททิศ แสนโกสีก ๒๓ มีนาคม ๒๕๑๕, (นครหลวงกรุงเทพธนบุรี: โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, ๒๕๑๕), หน้า ๖ - ๗.

^๒ รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม, เรื่องเดิม, หน้า ๑๒๓.

และทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำผิด (reformation) จึงจะเป็นหลักการลงโทษ
ที่ถูกต้องในปัจจุบัน

กล่าวไปแล้ว ในทางทฤษฎีนั้น การลงโทษอย่างเหมาะสมในเหตุบรรเทา
โทษในกรณีรับสารภาพนี้ มีประโยชน์ในหลายประการด้วยกันคือ

๑. ให้ประโยชน์ในแง่ความยุติธรรมเฉพาะบุคคล (individual
justice) ซึ่งหมายถึงการบังคับการตามกฎหมายที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดนั้น ศาลจะ
ต้องคำนึงถึงสภาพการกระทำผิด ข้อเท็จจริง เกี่ยวกับตัวผู้กระทำผิดและสิ่งแวดล้อม
เพื่อจะได้ลงโทษอย่างเหมาะสมให้กับผู้กระทำผิด เหตุเหล่านี้เอง เป็นสิ่งที่
ปรากฏอยู่ในสำนวนความของศาล ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ได้ปรากฏมาอย่างเที่ยงแท้
ยุติธรรม เพราะผ่านการซักค้านจากคู่ความทั้ง ๒ ฝ่าย แต่ข้อเท็จจริง เช่นนี้แตกต่าง
จากข้อเท็จจริงที่ประชาชนทั่วไปทราบ เพราะข้อเท็จจริงที่เสนอต่อประชาชนในคดี
เดียวกันนั้น เป็นการเสนอข้อเท็จจริงในกันเดียว ซึ่งอาจเผยแพร่ในทางวิทยุ
โทรทัศน์ หนังสือพิมพ์ หรือการติดต่อสื่อสารอย่างอื่น โดยที่ไม่มีโอกาสได้รับทราบ
ข้อเท็จจริงในกันตัวจำเลยเลย ข้อเท็จจริงที่ก่อกวนในการวินิจฉัยผลระหว่างศาล
กับประชาชนทั่วไปจึงมีความแตกต่างกัน ด้วยเหตุนี้ ในหลาย ๆ คดีที่เป็นข่าว
ครึกโครมกระเทบกระเพื่อนต่อขวัญของประชาชน แผนผลการวินิจฉัยตัดสินของศาล
กลับตัดสินลงโทษ เบากว่าความต้องการของประชาชน อีกทั้งยังลงโทษ เพราะเหตุ
จำเลยรับสารภาพอีกด้วย จึงเป็นสิ่งที่สร้างความไม่พอใจให้กับประชาชนต่อคุณพินิจ
ของศาลอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

ความละเอียดเกี่ยวกับ individual justice โปรดดูใน K.C.
Davis, Discretionary Justice, 2nd ed, (Louisiana: Edwards Bros,
Inc, 1969), pp. 5 - 11.

เมื่อคำนึงถึงความยุติธรรมแล้ว ความต้องการของประชาชนที่ประสงค์ให้ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแก่ผู้กระทำอย่างรุนแรงสาวมกับ "ชาว" นักรักโรครานั้น เป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม (rule of law) ที่ถือว่าศาลต้องฟังความทุกฝ่าย (both must be heard) หากศาลวินิจฉัยกำหนดโทษให้รุนแรงตามที่ปรากฏเป็น "ชาวรักโรคร" แล้ว นอกจากจะผิดในทฤษฎีที่ให้ศาลฟังความสองฝ่ายแล้ว ศาลยังลบล้างชะงักของบุคคล เป็นผู้คอยกำหนดโทษตามคำตัดสินของผู้นวมวลชนด้วย เพราะมิได้ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยข้อเท็จจริงด้วยตนเอง เป็นแต่เพียงพิจารณาว่าคดีใดครักโรครเท่านั้น หากเป็นเช่นนั้นแล้ว ความยุติธรรมของประชาชนจะเสื่อมหายไปอย่างสิ้นเชิง เพราะยอมก่อให้เกิดการกลั่นแกล้งกันได้ หากผู้ใดประสงค์จะให้ผู้ที่ตนเกลียดชังได้รับโทษหนัก ก็ปั้นเรื่องประโคมข่าว เพื่อให้ศาลพิจารณาลงโทษไปตามความครักโรคร เช่นนี้ ศาลจะได้ชื่อว่า เป็นสถาบันที่ทรงความยุติธรรมไว้ได้อย่างไร ซึ่งแน่นอนที่สุดเมื่อใดที่เหตุการณ์เป็นไป เช่นนี้ แม้จะตรงกับเจตนาของประชาชน แต่ผู้ที่ได้รับผลร้ายอย่างที่สุดก็คือ ประชาชนผู้เรียกร้องให้ลงโทษรุนแรงนั่นเอง ด้วยเหตุนี้ K.C. Davis จึงกล่าวว่า "ระบบยุติธรรมที่เลวที่สุดก็คือระบบที่ศาลฟังข้อเท็จจริงโดยอาศัยหนังสือพิมพ์" ^๑

๒. เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นปกติเสมอว่า การเสนอคำฟ้องต่อศาลนั้น จำเลยไม่จำเป็นต้องมีความผิด และได้รับโทษเสมอไป ข้อเท็จจริงในจำนวนความแห่งคดีมีปรากฏมากมายที่ศาลตัดสินยกฟ้องโจทก์เสีย เพราะพยานหลักฐานไม่พอเพียง การที่ศาลจะใช้ดุลพินิจลดโทษให้แก่ผู้กระทำผิดที่ได้รับสารภาพนั้น ย่อมเป็นสิ่งตอบแทนที่กฎหมายควรให้แก่ผู้กระทำผิด เพราะการที่ผู้กระทำผิดรับสารภาพ นอกจากจะช่วยให้การวินิจฉัยคดีเป็นไปโดยถูกต้องรวดเร็วแล้ว ยังเป็นเครื่องแสดงถึงนิสัยของผู้กระทำผิดที่พร้อมจะรับโทษ และกลับใจแก้ไขปรับปรุงตัวอีกด้วย

^๑ Ibid., p. 137.

มีคดีมากมายที่หลักฐานของโจทก์ไม่เพียงพอที่จะลงโทษจำเลยได้ ซึ่งหากจำเลยปฏิเสธการกระทำผิดของตนแล้ว ศาลจะต้องยกฟ้องปล่อยตัวผู้กระทำผิดไปอย่างแน่นอน เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๓๖/๒๕๓๗ กระทำความผิดต่อหน้าคนหลายๆ ในการลงแขกเกี่ยวข้าว แต่เมื่อไม่มีใครกล้าแสดงตัวว่ารู้เห็นเพราะจำเลยพุกตะกั่ว จนจำเลยถูกล่อไปซุกศพเพื่อ เขามีให้ เจ้าพนักงานค้นพบจึงถูกจับในขณะนั้น และรับสารภาพคงถอยคงคำตลอดมา ต่อจากนั้น ผู้รู้เห็นจึงกล้าแสดงตัวออกมา ศาลถือเป็นเหตุลดโทษได้ หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๐๑/๒๕๑๒ จำเลยรับสารภาพต่อศาลก่อนลงมือสืบพยานโจทก์ เป็นประโยชน์แก่การพิจารณาคดี นับว่ามีเหตุบรรเทาโทษได้ ขณะจำเลยทำร้ายผู้ตายเป็นเวลาใกล้ค่ำมืด พยานโจทก์บางคนได้ไปจากที่เกิดเหตุใกล้สัก ๕ วา ได้ยินเสียงโครมครามจึงหวนกลับวิ่งเข้ามาดู และไม่มีผู้ใดจับจำเลย และมีของกลางไว้ในคืนนั้น จึงยากที่จะว่าจำเลย जानต่อหลักฐานโจทก์ ที่ศาลลดโทษให้จำเลยก็หนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๘๕ นั้น เป็นการชอบแล้ว หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๐๔๒/๒๕๑๕ ผู้เสียหายและจำเลยเกิดโต้เถียงและชกต่อยกัน เสร็จแล้วต่างก็แยกกันมีเสียงปืนดังขึ้น ๑ นัด กระสุนปืนถูกผู้เสียหาย ผู้เสียหายหันไปดูเห็นจำเลยถือปืนสั้นอยู่ในมือ แต่พยานโจทก์คนอื่น ๆ มิได้เบิกความว่า เห็นเช่นนั้นด้วย จำเลยเบิกความรับว่าจำเลยกับผู้เสียหายชกต่อยกัน แล้วจำเลยยิงปืนในขณะจำเลยอยู่ห่างผู้เสียหายราว ๑ วา กระสุนปืนจึงถูกผู้เสียหาย คำเบิกความของจำเลยในข้อนี้ เป็นการให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาให้รับฟังได้แน่ชัดว่าจำเลยยิงปืนถูกผู้เสียหายตามฟ้อง นับว่ามีเหตุบรรเทาโทษ ศาลลดโทษให้ได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๘๕

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว เป็นตัวอย่างที่ดีว่าการที่ศาลลดโทษให้แก่ผู้รับสารภาพนั้น เป็นการเหมาะสมเพียงใด ในกรณีคล้ายกัน หากศาลไม่มีหลักเกณฑ์ดังกล่าว ไม่ว่าจะรับสารภาพหรือไม่ จำเลยก็ได้รับโทษเท่ากัน เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว

จำเลยซึ่งเป็นผู้กระทำผิดจริงก็ยอมจะปฏิเสธต่อสู้คดีเสมอไม่ ในกรณีเช่นนี้หากหลักฐานพยานต่าง ๆ ที่ฝ่ายโจทก์ไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ความผิด ศาลก็จะต้องยกฟ้องปล่อยตัวผู้กระทำผิดไป เป็นจำนวนไม่น้อย เช่นนี้ จะเป็นการสมควรแล้วหรือที่ศาลจะลงโทษผู้กระทำผิดโดยรุนแรง เพียงคนเดียว แต่จะต้องปล่อยให้ผู้กระทำผิดให้พ้นโทษไปอีกหลายสิบคน

ยิ่งไปกว่านั้น การพิจารณาลดโทษ เพราะการที่จำเลยรับสารภาพ ศาลก็ไต่กระทำให้ในลักษณะที่คำรับสารภาพนั้น เป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาของศาล ซึ่งหมายความว่า หากฝ่ายโจทก์มีพยานหลักฐานมั่นคงชี้ชัดให้เห็นแล้วว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิดจริง ศาลก็จะปฏิเสธไม่ยอมมิใช้ดุลพินิจในทางลดโทษ แม้จำเลยจะรับสารภาพก็ตาม เช่นคำรับเชิงต่อสู้คดี และรับเมื่อเจ้าพนักงานสืบสวนได้ความมีหลักฐานมั่นคง ศาลไม่ลดโทษให้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๑๕๓/๒๔๖๖, ๑๐๐๕/๒๔๖๖, ๒๓๑/๒๔๖๘, ๘๒๕/๒๔๖๘, ๑๓๓๑/๒๔๘๓) เป็นเจ้าสำนักเล่นการพนัน เจ้าพนักงานจับได้ในขณะนั้น จำเลยจำต้องรับสารภาพเพราะจำนนแก่พยาน และยังกลับต่อสู้เถียงข้อกฎหมายทุกทาง ไม่เป็นการสะดวกแก่การพิจารณาศาลไม่ลดโทษให้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๖๕/๒๔๖๖) ชั้นแรกให้การปฏิเสธต่อสู้คดี ต่อเมื่อสืบพยานโจทก์เกือบเสร็จหรือเสร็จแล้ว เห็นว่าไม่มีทางสู้ จึงกลับรับสารภาพ เป็นการทดลองต่อสู้คดี เมื่อจำนนแก่พยานจึงรับ ศาลไม่ลดโทษ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๘๐/๒๔๓๐, ๑๖๑/๒๔๓๓) เข้าไปฆ่าเด็กตายบนเรือน เด็กร้อง มีคนเห็นถือมีดวิ่งออกมา ไล่จับได้ห่าง ๕๐ เส้น คนได้มีดจึงรับ เป็นการจำนนแก่พยานพสุติ เหตุ ไม่ลดโทษประหารชีวิต (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๕๓/๒๔๓๑) แทนคนต่อหน้าผู้รู้ เห็นเป็นอันมาก แทนแล้วปล่อยมีดวิ่งหนีไปประมาณ

รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม
เรื่อง เกม, หน้า ๑๔๗.

๓ เสนอฎีกาฎีกา เห็นช่วยกันจับตัวไว้ในขณะนั้นเอง จึงจำต้องรับโดยจำนนแก่พยาน ทั้งรับไม่เต็มข้อหา อ้างว่าผู้ตายค่าจำเลย จำเลยไม่มีเจตนาฆ่า ศาลไม่ลดโทษ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๒๓/๒๕๓๒) ในกรณีเรือนของผู้อื่นก่อนหน้ากันหลายคน ไม่มีทางต่อสู้คดี แม้จะปฏิเสธก็ต่อจำนนแก่พยาน จึงต้องรับสารภาพ ศาลไม่ลดโทษ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๘/๒๕๓๒, ๓๗๓-๕/๒๕๔๓, ๓๖๗/๒๕๔๔) เหตุเกิดขึ้นเป็นที่ ประจักษ์แก่คนหมู่มาก และยากแก่การที่จำเลยจะหลบหนีไปได้พัน แม้จำเลยจะให้ การรับสารภาพผิดโดยดี ก็ยังไม่เป็นเหตุพอที่จะลดโทษให้จำเลยตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา ๗๘ แต่เป็นเหตุผลอันหนึ่งที่จะไต่ถามถึง เมื่อกำหนดโทษ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๖๑๔/๒๕๑๓) คดีโจทก์มีพยานบุคคลและพยานวัตถุ เหตุแวดล้อม กรณีย์ เป็นที่เห็นได้ชัดว่า โจทก์มีพยานหลักฐานมัดตัวจำเลยแน่นหนามั่นคงพอให้พึงได้ว่า จำเลยได้กระทำความผิดจริงโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัย แม้จำเลยจะให้ การรับสารภาพตามฟ้อง การรับสารภาพของจำเลยก็เป็นการจำนนต่อพยานหลักฐานโจทก์ ไม่พอถือว่าให้ความรู้แก่ศาล อันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา จึงไม่เป็นเหตุบรรเทา โทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๘ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๕๑๓/๒๕๑๔)

จากเหตุผลดังกล่าวมา แสดงให้เห็นถึงคุณค่าของการลดโทษในกรณีที่มี ผู้กระทำความผิดรับสารภาพว่ามีความสำคัญและจำเป็นเพียงใด แน่นนอน ที่คนคดีที่สังคม มีต่อเหตุบรรเทาโทษในข้อนี้ เมื่อพิจารณาโดยละเอียดแล้ว ย่อมเป็นอคติที่ชักชวน ต่อทฤษฎีการลงโทษที่ควรจะเป็นไป ดังที่ Jeremy Bentham ปราชญ์ทางนิติศาสตร์ ผู้หนึ่งได้กล่าวไว้ เป็นเวลาช้านานแล้วว่า "principle of less eligibility"^๑

^๑ Halsbury's Laws of England, 3rd ed., Vol. 10, (London: Butterworth & Co. (Publishers) Ltd, 1955), p. 487 อ้างถึง

4 Bl. Com.II, Bentham's Rationale of Punishment 19.

ปัญหาทัศนคติของสังคมเช่นนี้ จึง เป็นสิ่งที่นักกฎหมายจะต้องช่วยจัดให้สิ้นไปโดยเร็ว

๗. เหตุอื่น ๆ ในลักษณะทำนองเดียวกัน เหตุลดโทษในข้อนี้ เป็นข้อสุดท้าย ที่จะให้ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษให้แก่ผู้กระทำผิด ความหมายของเหตุอื่น ๆ ในลักษณะทำนองเดียวกันนี้ เป็นการที่กฎหมายบัญญัติ เปิดช่องทางให้ศาลใช้ดุลพินิจอำนวยความสะดวกอย่างเต็มที่ว่า หากมีเหตุหรือข้อเท็จจริงอย่างใดที่ควรปรานีเกิดขึ้น ก็จะได้ลดโทษให้สมกับความยุติธรรมที่เขาจะควรได้รับ

ในชั้นแรก ๆ ศาลได้ใช้ดุลพินิจลดโทษในเหตุอื่น ๆ น้อย่างกว้างขวางและสับสน ได้ใช้ดุลพินิจ เช่นนี้ลดโทษให้แก่ผู้กระทำผิดทั้ง ๆ ที่ไม่มีพฤติการณ์ที่ควรปรานีหรืออ้างความปรานีที่ชัดหลักการอย่างสับสนและมากมาย การใช้ดุลพินิจที่สับสนเช่นนี้มีปรากฏทั้ง ๓ ศาล เช่นเป็นตุ๊กการกระทำผิด แต่มีไต่ลงมือกระทำ ก็ลดโทษให้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๓๖/ร.ศ. ๑๒๕, ๑๕๕๖/๒๔๖๓, ๑๕๐/๒๔๖๗) เหตุเกิดเพราะวิวาทกันก็ลดโทษให้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๒๒/๒๔๕๖) เกิดโทษะยิงแล้วกระสุนไม่ลั่นมีกระสุนอยู่อีกแต่ไม่ยิงซ้ำ ศาลก็ลดโทษ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๕๓/๒๔๕๖, ๕๐๖/๒๔๖๓) ผู้วิวาทที่ได้รับบาดเจ็บมาก ศาลก็ลดโทษ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๒๗/๒๔๖๗) เป็นต้น

การใช้ดุลพินิจที่สับสนเช่นนี้ ได้เกิดความเคลื่อนไหวในวงการศาลเอง เพื่อแก้ไขให้ปัญหาความสับสนเหล่านี้ให้สิ้นไป ต่อมาภายหลังแนววินิจฉัยใช้ดุลพินิจในการลดโทษในข้อนี้ได้เริ่มเข้ารูป เข้ารอยขึ้น เริ่มพิเคราะห์ เหตุผลการลดโทษในเหตุอื่น ๆ น้อยารักกุม และไต่ลงวินิจฉัยกลับแนววินิจฉัยของศาลฎีกา เกม ๆ ที่ยังสับสนอยู่ เช่นวินิจฉัยว่าตุ๊กการที่มีไต่ลงมือกระทำความผิด ไปเป็นเหตุลดโทษ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๔๔/๒๔๖๕, ๕๘๔-๕/๒๔๗๑, ๓๐๓/๒๔๗๒, ๕๓๖-๗/๒๔๗๒) เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี การวินิจฉัยลดโทษโดยไม่เหมาะสมยังมีปรากฏอยู่อีกบ้าง แต่ก็ เป็นสิ่งธรรมดาในความผิดพลาดจากการใช้ดุลพินิจ ซึ่งมีโอกาสแก้ไขได้ง่ายกว่าในระยะแรก ที่ความเข้าใจเกี่ยวกับการลดโทษในเหตุอื่นที่สับสนไปหมด

ปัญหาว่าอย่างไร เป็นเหตุอื่น ๆ ในลักษณะทำนองเดียวกันนี้ไม่อาจกำหนดความหมายให้แน่ชัดลงไปได้ แต่ก็เป็นที่เข้าใจได้ว่าศาลจะใช้ดุลพินิจลดโทษให้แก่ผู้กระทำผิดที่มีพฤติการณ์ขอเท็จจริงบางอย่าง ที่แสดงให้เห็นว่าเป็นทำนองเดียวกับเหตุข้ออื่น ๆ นั่นก็คือขอเท็จจริงที่แสดงให้เห็นความรู้สึกรู้ผิด และพร้อมที่จะกลับตัวเป็นคนดีได้ บุคคลที่มีลักษณะขอเท็จจริง เช่นนี้ กฎหมายได้กำหนดเป็นเหตุลดโทษในข้ออื่น ๆ ไว้ทั้งสิ้น เช่นเมื่อคุณความดีมาก่อน รู้สึกรู้ผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายหรืออุกโทษต่อเจ้าพนักงานเป็นต้น อีกทั้งขอเท็จจริงที่แสดงให้เห็นได้ว่าผู้กระทำผิดไม่มีเจตนาร้าย หรือการกระทำมาจากเหตุผลอื่นที่มีไข่มุ่งกระทำผิดเพื่อหวังผลร้ายโดยตรง อันเป็นเช่นเกี่ยวกับการที่ผู้กระทำผิดเป็นผู้ใจแคบ เขาปัญญา หรือตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส เป็นต้น

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวกับขอเท็จจริงที่ผู้กระทำผิดมีความรู้สึกผิดหรือ เป็นผู้พร้อมจะกลับตัว เป็นคนดีได้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๒๔/๒๕๕๘ "ประพฤติเรียบร้อย ไม่เคยทำความผิดมาก่อน ศาลถือ เป็นเหตุทำนองความดีความชอบลดโทษให้ได้" แต่เพียงขอเท็จจริงปรากฏว่าไม่เคยต้องโทษมาก่อน ไม่เป็นเหตุลดโทษ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๒๐/๒๕๖๓)

เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในกรณีลดโทษ เพราะเป็นผู้รู้สึกผิด หรือพร้อมที่จะกลับตัว เป็นคนดีนี้ มีปัญหาในเรื่องอายุของผู้กระทำผิดความผิดอยู่ เพราะโดยทั่วไปกฎหมายยกประโยชน์ให้แก่ผู้อ่อนอายุ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๙๓, ๙๔, หรือเหตุรอกการลงโทษตามมาตรา ๕๖ เป็นต้น) เหตุผลที่กฎหมายให้ประโยชน์แก่ผู้อ่อนอายุก็ เพราะมีประสบการณ์ต่อชีวิตยังน้อย การกระทำชั่วหลงผิดไปบ้าง ย่อมอาจแก้ไขให้กลับตัว เป็นคนดีได้ ซึ่ง เมื่อพิจารณา เทียบ เคียงกับ เหตุความ เป็นผู้นิ่ง เขา เขาปัญญาแล้ว ก็น่าจะเป็นเหตุลดโทษได้ แต่ในปัญหาข้อนี้ แนววินิจฉัยของศาลฎีกายังสับสนอยู่มากวาคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๒๗/๒๕๗๑ อายุเพียง ๑๗ ปีแม้จะอ่อนความคิด ศาลเพียงลงโทษสถานเบาหรือขั้นต่ำ ไม่ลดโทษให้ คำพิพากษาศาลฎีกา

ที่ ๔๒๓/๒๔๗๒ อายุไม่เกิน ๑๖ ปี ศาลลคโทษฐานเป็นเด็กแล้ว ไม่ควรเป็นเหตุลคโทษฐานปราณี เพราะอายุน้อยอีก ถ้าไม่มีเหตุอื่น เช่นรับสารภาพ ศาลไม่ลคโทษฐานปราณีอีก คำพิพากษาศฎีกาที่ ๗๒๕/๒๔๘๓ อายุน้อยคือ ๑๘ ปี ศาลปราณีลคโทษให้ (คำพิพากษาศฎีกาที่ ๕๒๕/๒๔๗๖ กวีวิจิตร เวรเกล้ายวัก) แม้ว่าแนววินิจฉัยของศาลฎีกายังสับสน แต่เมื่อพิจารณาความเหตุผลของคำพิพากษาศฎีกาที่ ๖๖๗/๒๔๗๑ และ ๔๒๓/๒๔๗๒ แล้ว เห็นว่ามีเหตุผลที่ควรยึดถือเป็นหลักได้อย่างเหมาะสมต่อไป

สำหรับข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำความผิดไม่มีเจตนาร้าย หรือกระทำความผิดมาจาก เหตุผลอื่นที่มี ชุมงุกระทำความผิดเพื่อหวังผลร้ายโดยตรง ก็ได้มีแนววินิจฉัยของศาลฎีกา เป็นบันทึกรฐานคือ คำพิพากษาศฎีกาที่ ๗๒/๒๔๖๓ ผู้ว่าราชการจังหวัดทำรุนแรงต่อนักโทษที่หนีและ เกียจคร้าน มิได้ทำเพื่อประโยชน์ส่วนตัว แต่เป็นผลแก่ราชการมีสถานที่ราคาหลายหมื่นบาทไว้ใช้ราชการ เพราะแรงนักโทษ ศาลลคฐานปราณี คำพิพากษาศฎีกาที่ ๑๕๐/๒๔๘๒ ผู้ใหญ่บ้านช่วยจับผู้ร้ายเป็นการทำโดยหวังดีตามหน้าที่ แต่กระทำเกินกว่าเหตุไปทำให้คนตาย ศาลลคโทษฐานปราณีได้ คำพิพากษาศฎีกาที่ ๑๓๓๗/๒๔๑๗ จำเลยเป็นตำรวจ เข้าจับกุมคนร้าย คนร้ายหนี จำเลยใช้ปืนยิง กระสุนไปถูกผู้อื่นตาย การกระทำของจำเลยนับได้ว่า เป็นการกระทำความผิดอัน เกี่ยวเนื่องกับการปฏิบัติหน้าที่ในการจับกุมคนร้าย โดยใช้วิธีการที่เกินสมควรแก่พฤติการณ์แห่งการจับกุม และ เป็นการตัดสินใจผิด ในขณะที่มี เหตุการณ์ฉุกเฉิน เข้าลักษณะใน เหตุอื่นอันเป็นเหตุบรรเทาโทษประการหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๘ เป็นต้น

สำหรับข้อเท็จจริงอย่างอื่นที่ไม่อยู่ในลักษณะดังกล่าว ย่อมมีเหตุอื่นที่ศาลจะลคโทษให้ได้ เช่นการลักทรัพย์ที่มีราคา เล็กน้อย (คำพิพากษาศฎีกาที่ ๕๔/๒๔๗๒) เป็นต้น

จาก เหตุผลที่กล่าวมา แสดงให้เห็นถึงประโยชน์ที่ได้รับจากเหตุบรรเทาโทษนี้ได้ว่า มีมากมายเพียงไร แต่อย่างไรก็ดี การที่จะบังคับใช้กฎหมาย

ใต้อันใดอย่างเต็มที่แล้ว ยังจะต้องพิจารณาในค่านิยมทัศนคติของประชาชนประกอบด้วย^๑ เมื่อมีทัศนคติที่คัดค้านการใช้อำนาจลทธิ เพราะ เหตุบรรเทาโทษของศาลอย่างกว้างขวาง ในบางกรณีหากศาลจะสามารถหลีกเลี่ยงการลทธิได้ โดยมีวิธีอื่นที่เหมาะสม ศาลก็ควรจะทำ มิเช่นนั้นจะก่อทัศนคติที่ว่า "เอะอะก็ลทธิ"^๒ เพราะอำนาจในการใช้ดุลพินิจลทธิ เช่นนี้ของศาล เป็นอำนาจของศาล โดยแท้ที่จะพิจารณาว่าควรจะลทธิหรือไม่ลทธิโดยไม่จำเป็นต้องมีความฝ่ายใด เสนอหรือร้องขอขึ้นมา (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๕๕๕/๒๕๑๕) แต่การใช้ประโยชน์จากการลทธิอย่างพร่ำเพรื่อ จนทำให้ประชาชนเกิดความไม่พอใจแล้ว ศาลจะเป็นผู้ทำลายกลไกอันดีของความยุติธรรมไปเสียเอง หากจะคิดถึงเจตนารมณ์ของ เหตุบรรเทาโทษแล้ว การลทธิ เช่นนี้เป็นประโยชน์ในกรณีที่จะทำให้ศาลวางโทษได้อย่างเหมาะสม ในกรณีที่ผู้กระทำผิดควรจะได้รับโทษน้อยกว่าอัตราโทษขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนด ฉะนั้น ศาลจะหลีกเลี่ยงการ "เอะอะก็ลทธิ" โดยใช้วิธีกำหนดโทษอย่างเหมาะสมโดยไม่ต้องลทธิได้หรือไม่ ในกรณีที่แม้จะลทธิแล้วก็ยังไม่ต่ำกว่าอัตราโทษขั้นต่ำ หรือโทษฐานนั้นไม่มีกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำไว้ หากเป็นไปได้ก็จะลดการใช้ดุลพินิจลทธิ เพราะเหตุลทธิไปได้มาก ทั้งได้ประโยชน์สม เจตนาไม่ว่าจะเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือของประชาชน และเมื่อเป็นไปได้เช่นนั้น อคติของประชาชนที่มีต่อ เหตุบรรเทาโทษก็จะเป็นไปในด้านดีขึ้น เมื่อเห็นประโยชน์ของ เหตุบรรเทาโทษ และเห็นการใช้ดุลพินิจของศาลที่มีได้ "เอะอะก็ลทธิ" ดังเช่นที่เคยเป็นมา

^๑ Pirre Bouzat, op.cit., p. 843.

^๒ รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม, เรื่อง เกม, หน้า ๑๕๑.

ละเมิดอำนาจศาล

บทบัญญัติเกี่ยวกับละเมิดอำนาจศาล เป็นบทที่กำหนดลงโทษบุคคลแตกต่าง การลงโทษอื่น ๆ ทั้งนี้ การลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาล เป็นการลงโทษตามประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๓๐ - ๓๓ ด้วยเหตุนี้ จุดพินิจในการลงโทษ ฐานละเมิดอำนาจศาลจึง เป็นสิ่งที่ควรพิจารณาอย่างยิ่ง ทั้งนี้ด้วยเหตุผล ๓ ประการคือ

๑. อำนาจลงโทษ เป็นเกียรติของศาลแต่ผู้เดียว การที่ศาลจะลงโทษ บุคคลในกรณีอื่น สิ่งสำคัญประการแรกจะต้องมีการ เสนอคำฟ้องกล่าวหาผู้กระทำความผิด มาสู่ศาล แต่ในเรื่องละเมิดอำนาจศาลนี้ การใช้อำนาจของศาลขึ้นอยู่กับศาลเอง โดยตรงที่จะบังคับใช้ โดยไม่จำเป็นต้องให้มีการฟ้องร้องคดีขึ้นมาก่อน และแม้ ผู้ใดจะฟ้องร้องคดีขึ้นมาให้ศาลลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลก็ทำไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๑๔๒/๒๕๑๖)

๒. ทฤษฎีการลงโทษ ในการลงโทษอาญาโดยทั่วไปมีทฤษฎีการลงโทษ เพื่อทดแทน ช่มชู้ หรือปรับปรุงแก้ไข แต่ทฤษฎีการลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาล แตกต่างไปจากที่กล่าวไว้ เป็นการลงโทษบุคคลที่มีได้มีวัตถุประสงค์คุ้มครองสังคมและ เพื่อประโยชน์แห่งตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง แต่เป็นการลงโทษ เพื่อรักษาศักดิ์ศรีและความ ศักดิ์สิทธิ์ของศาลเองโดยตรง

๓. การใช้ดุลพินิจของศาลเกี่ยวกับละเมิดอำนาจศาล ได้รับการวิพากษ์ วิจารณ์มากที่สุดอย่างหนึ่งว่า เป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบของศาล ที่ลงโทษบุคคล อย่างไม่เป็นธรรมและสมควรแก้ไข

เหตุผลสำคัญทั้ง ๓ ประการนี้เอง ทำให้ดุลพินิจการลงโทษฐานละเมิด อำนาจศาล จึง เป็นสิ่งที่ไม่ควรละเลยเสีย

๑. ความทั่วไปเกี่ยวกับละเมิดอำนาจศาล

ความหมาย ความหมายโดยทั่วไปของคำว่า ละเมิดอำนาจศาล (contempt of court) หมายถึงการกระทำใด ๆ ที่เป็นการกีดขวาง เป็นอุปสรรคหรือขัดแย้งต่อศาล ในระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณา หรือเป็นการกระทำใด ๆ ที่ถือได้ว่าเป็นการคัดค้านหรือขัดแย้งอำนาจของศาลนั้น หรือการกระทำของบุคคลใดที่ได้กระทำไปโดยตั้งใจที่จะ เป็นปฏิปักษ์ต่ออำนาจหรือความยิ่งใหญ่ของการนั้นหรือการกระทำที่ส่งไปในทางกีดขวางหรือขัดแย้งกับกระบวนการพิจารณา หรือโดยบุคคลใดที่อยู่ใต้อำนาจบังคับของศาลโดยเป็นเหตุความโลภกระทำการอย่างใด อันเป็นการไม่เคารพ เชื่อฟังคำสั่งหรือระเบียบของศาล^๑

"ความหมายที่แท้จริงของการละเมิดอำนาจศาลนั้น ถ้าจะกล่าวโดยรวม ๆ แล้วก็คงจะเป็นดัง เช่นที่โลกกล่าวไว้ แต่อย่างไรก็ดี ความหมายของการละเมิดอำนาจศาลนั้นอาจมีความแตกต่างกันไปบ้าง แล้วแต่ว่าในสถานที่ใดจะมีการ เคารพปฏิบัติในการยอมรับอำนาจของศาลนี้แตกต่างกันไปอย่างไร เช่นคำนิยามการละเมิดอำนาจศาลในประเทศอังกฤษที่ถือว่า

๑. การเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของศาลสูง หรือชี้ขวางหรือหมิ่นประมาทศาลหรือผู้พิพากษา

๒. การกระทำที่นาจะทำให้เป็นผลร้ายแก่เจ้าเลย ซึ่งควรจะได้รับพิจารณาคดีกับความเที่ยงธรรม ถูกดงโทษปรับหรือจำคุก^๒

^๑ Black's Law Dictionary, 4th. ed.; (st. Paul, Minn: West Publishing Co., 1951), p. 390.

^๒ กุลพล พลวัน, "ข้อสังเกตเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาล" วารสารอัยการ, ปีที่ ๑ ฉบับที่ ๔, สิงหาคม ๒๕๒๑, หน้า ๒๙ - ๓๐.

แต่ก็มีผู้เห็นว่าการละเมิดอำนาจศาลมีความหมายเป็นอย่างอื่น คือให้ความหมายว่า

๑. การละเมิดอำนาจศาลในคดีอาญา ซึ่งประกอบด้วยคำพูด หรือการกระทำที่น่าจะชักชวนการดำเนินงานยุติธรรม
๒. การละเมิดอำนาจศาลในกระบวนการพิจารณาประกอบด้วยการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา คำสั่งหรือการดำเนินคดีอื่น ๆ ของศาล และเกี่ยวกับการก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน^๑

ไม่ว่าความหมายจะมีแตกต่างกันไปอย่างไร ก็เป็นข้อแตกต่างในส่วนปลีกย่อย แต่เนื้อหาหลักที่สำคัญแล้ว ถือว่าบทว่าด้วยการละเมิดอำนาจศาลนี้ เกิดจากรากฐานที่คุ้มกันศาล และกระบวนการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี โดยถือกันว่า ศาลทั้งหลายที่ตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาอรรถคดีนั้น จะต้องให้อยู่ในฐานที่สามารถจะดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีไปโดยเที่ยงธรรมและบริสุทธิ์ ต้องเป็นที่เคารพนับถือของปวงชนทั้งหลาย ถ้าผู้ใดโดยเป็นคู่ความหรือบุคคลภายนอกก็ดี ทว่าการชักชวน เป็นเหตุมิให้ศาลดำเนินคดีไปตามกฎหมายหรือโดยความเที่ยงธรรม และรวดเร็วแล้ว เรียกใ้ว่าการเช่นนั้น เป็นการละเมิดอำนาจศาล^๒

ลักษณะเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาล ในการพิจารณาคดีนั้น จำเป็นที่จะต้องการความมั่นคงในการที่จะรักษาความเรียบร้อยในศาล และในการดำเนินกระบวนการพิจารณา สิ่งที่จะทำให้การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นไปอย่างสงบเรียบร้อย คือระเบียบข้อบังคับ หรืออำนาจอย่างใดที่จะเป็นสิ่งคอยคุ้มครองป้องกัน

^๑ Halsbury's Laws of England, Vol. 8, 3th. ed., (London: Butterworth & Co., 1954), pp. 2 - 18.

^๒ พระนิติการณประสม, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งพิมพ์ครั้งที่ ๔ (พระนคร : แสงทองการพิมพ์, ๒๕๑๕), หน้า ๒๓๓ - ๒๓๔.

เพียงพอที่จะควบคุมหรือจัดการให้การพิจารณาพิพากษารวดคดีเป็นไปโดยสงบเรียบร้อยได้ ฉะนั้น จึงเป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องให้อำนาจไว้แก่ศาลในอันที่จะใช้มาตรการในการควบคุมกำกับกับการดำเนินคดี เหตุผลเหล่านี้เอง เป็นเจตนารมณ์ของการลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาล ที่ทำให้มีวัตถุประสงค์และทฤษฎีการลงโทษที่แตกต่างไปจากการลงโทษอาญาอื่น ๆ

อำนาจของศาลที่จะป้องกันมิให้มีการรบกวนการพิจารณาคดีของศาลและในกรณีที่มีการรบกวนศาล หรือเหตุอื่นอัน เป็นการขัดขวางอย่างอื่นนี้ จึงเป็นบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองการละเมิดอำนาจศาล โดยให้ศาลมีอำนาจที่จะป้องกันมิให้เกิดการรบกวนการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ด้วยการให้ศาลมีอำนาจที่จะออกคำสั่งหรือข้อกำหนดใด ๆ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยได้ อำนาจเช่นนี้มีเลยไปถึงการมีสภาพบังคับ (sanction) ด้วย ซึ่งหากบุคคลใดไม่ปฏิบัติตามระเบียบข้อบังคับนั้นแล้ว ศาลก็มีอำนาจพิเศษนอกเหนือไปจากอำนาจบังคับทั่วไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ เพื่อคุ้มครองให้การปฏิบัติหน้าที่ของศาลในการบริหารงานยุติธรรมสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

อำนาจของศาล เกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลนี้ เดิมในนานาประเทศถือกันว่า เป็นอำนาจที่ศาลสามารถใช้ได้อย่างรวบรัด (summary power) คือการสั่งลงโทษ เป็นอำนาจของศาลที่กระทำได้โดยทันที ไม่ต้องผ่านกระบวนการตามปกติเสียก่อน และสามารถสั่งลงโทษได้ทันที โดยผู้ถูกลงโทษไม่มีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองใด ๆ ตามกฎหมาย ต่อมา เริ่มมีการกำหนดเขตเพื่อใช้อำนาจในการบังคับการในฐานละเมิดอำนาจศาลมากขึ้น การพิจารณาโดยรวบรัดจึงได้ลดน้อยลง แต่ก็ยังถือว่าศาลอาจใช้อำนาจอย่างรวบรัดทันทีได้ แต่พึงกระทำเฉพาะในกรณีจำเป็นและแนบชิดปราศจาก

° พินัส ทัตเนียนนท์, "การลงโทษการวิพากษ์วิจารณ์หรือติชมศาลฐานละเมิดอำนาจศาลในสหรัฐอเมริกา" วารสารอัยการ, ปีที่ ๑ ฉบับที่ ๘ สิงหาคม ๒๕๒๑, หน้า ๑๒.

ข้อสงสัยเท่านั้น

การลงโทษในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลนี้ มีลักษณะพิเศษไปจากการลงโทษอย่างอื่นอันเป็นที่สังเกตคือ บุคคลผู้ต้องรับโทษในการกระทำเดียวกันต้องรับโทษซ้ำสองได้ (double jeopardy) คือโทษฐานละเมิดอำนาจศาลฐานหนึ่ง และฐานกระทำผิดอาญาอีกฐานหนึ่ง (punishment both for the criminal contempt and for the ordinary crime) ^๑ ทั้ง ๆ ที่หลักทั่วไปเกี่ยวกับการลงโทษอาญา มีหลักที่ถือกันอย่างเคร่งครัดว่า "บุคคลไม่ควรจะต้องรับโทษทางอาญาซ้ำสอง" (No one should be twice punished in one crime) หมายถึงว่าการกระทำความผิดของบุคคลใด จะถือ เป็นเหตุให้บุคคลนั้นรับผิดต่อการนั้นซ้ำซ้อนกันอีกไม่ได้ ซึ่งเป็นประมุขของการฟ้องซ้ำที่คงห้ามเด็ดขาด แต่สำหรับในเรื่องการลงโทษ เพื่อบังคับการในฐานละเมิดอำนาจศาลแล้ว แม้ว่าการกระทำผิดฐานละเมิดอำนาจศาลกับความผิดทางอาญาทั่วไปจะเป็นการกระทำกรรมเดียวกันก็ตาม การที่ศาลได้ลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลไปแล้ว ไม่ตัดสิทธิในการที่จะลงโทษบุคคลนั้นในฐานความผิดนั้นอีก ^๒ หลักการ เช่นนี้ เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป รวมทั้งประเทศไทย (ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๗/๒๕๔๔)

^๑ Wayne R. La Fane, Austin W. Scott Jr. Criminal Law, (St. Paul Minn: West Publishing Co., 1972), p. 43.

^๒ ดูรายละเอียดในคดี Yates v. Lansing, 9 So. 2d 395, 417 (N.Y. 1881) และคดี United States v. Mirra; 220 F. Supp., 391 (S.D.N.Y. 1963) ซึ่งมีหลักเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า "Where conduct constitutes both an ordinary crime and or contempt...a conviction on indictment will not purge the contempt, nor will a conviction for a contempt be a bar to an indictment."

เหตุที่การกระทำเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาล ทำให้อาจถูกลงโทษได้ เป็นการซ้ำสองนี้ สืบเนื่องมาจากเจตนาของกฎหมายที่ดีว่า การบังคับตามวิธีการป้องกันการละเมิดอำนาจศาลนี้ เป็นการกระทำเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในบริเวณศาล หรือการไว้ซึ่งความยุติธรรมแห่งคดีป้องกันการดำเนินคดีมีให้ล่าช้า มีให้ประวิงคดี และป้องกันการสร้างอิทธิพลอันมิชอบเหนือความรู้สึกของบุคคลทั่วไป และผู้เป็นฝ่ายในคดี จึงต้องกำหนดมาตรการพิเศษให้ศาลมีอำนาจลงโทษได้โดยเด็ดขาดอันเป็นส่วนการลงโทษตามฐานความผิดอาญานั้น ก็เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นสำคัญในฐานะที่เป็นกฎหมายมหาชน^๑

ขอขยายเกี่ยวกับโทษ ในอดีตศาลถือว่าอำนาจการลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาล เป็นอำนาจอันแท้จริงที่เกิดขึ้นจากลักษณะของอำนาจหน้าที่และความสำเร็จในการพิจารณาคดีของศาล จึงจำเป็นที่จะต้องใช้การพิจารณาคดีอย่างรวบรัด อำนาจเช่นนี้ในยุคแรก ๆ มีชื่ออำนาจที่เกิดโดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่ง เหตุผลที่ใช้สนับสนุนอำนาจการลงโทษของศาล เช่นนี้ก็คือ หากศาลปราศจากอำนาจที่จะลงโทษบุคคลใดที่ไม่ยอมเชื่อฟังคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาลแล้ว ศาลย่อมไม่สามารถที่จะรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยในการพิจารณาพิพากษาคดี และไม่สามารถจะอำนวยความยุติธรรมได้อย่างเต็มที่^๒

กระบวนการพิจารณาที่ใช้ลงโทษมีได้ ๒ ประการ ประการแรกคือ การพิจารณาลงโทษอย่างรวบรัด และอีกประการคือการพิจารณาลงโทษอย่างสามัญ

^๑ ธานีทร ภัยวิเชียร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (แผนยลิวคำบรรยายวิชา IA 321, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง จัดพิมพ์ ๒๕๑๖), หน้า ๓๗๐.

^๒ พันธุ์ ทศนิยานนท์, "กระบวนการพิจารณาในการลงโทษแทนความฐานละเมิดอำนาจศาลในทางอาญา," วารสารอัยการ ปีที่ ๑ ฉบับที่ ๑๒ ธันวาคม ๒๕๒๑, หน้า ๔๘.

ในการพิจารณาลงโทษอย่างรวบรัดนั้น แต่เดิมในประเทศอังกฤษตามความเห็นของ Blackstone^๑ ยอมรับว่าอำนาจศาลในการพิจารณาลงโทษอย่างรวบรัดเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่เฝ้านาน ตามเหตุผลและความจำเป็นในการบังคับการตามกฎหมาย โดยถือว่า "กฎหมายที่ปราศจากหลักประกันอำนาจของศาลในการอำนวยความสะดวกธรรมชาติจนถึงกับเกินมีการไม่เคารพเชื้อขัง หรือดูหมิ่นอำนาจศาล บ่อมเป็นกฎหมายที่ไร้ผลโดยสิ้นเชิง แต่เหตุผลของ Blackstone นี้ประมาณศตวรรษที่ ๒๐ ได้ถูกปลงล้างโดย Sir John Fox ซึ่งเป็นผู้ตรวจสอบใน Rolls of the English Courts และพิสูจน์ให้เห็นว่าข้ออ้างของ Blackstone ที่ให้อำนาจศาลพิจารณโดยรวบรัดอย่างกว้างขวางโดยถือว่า เป็นธรรมเนียมปฏิบัติมานานนั้น ศาลอังกฤษไม่เคยอ้างอำนาจอย่างกว้างขวางเพื่อลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลที่กระทำลงนอกศาลโดยวิธีรวบรัดเลย เว้นแต่ในกระบวนการพิจารณาพิเศษของศาล Star Chamber เท่านั้น^๒

ความคิดเห็นเกี่ยวกับการพิจารณาลงโทษโดยรวบรัดนี้ ศาลสหรัฐอเมริกาได้มีที่ท่าที่จำกัดการใช้ลงอย่างมาก โดยเฉพาะจากศาลสูงสหรัฐในคดี Bloom v. Illinois, 391 U.S. 194 (1968) ซึ่งได้ก่อตั้งสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยลูกขุนให้แก่ผู้ดำเนินคดีฐานละเมิดอำนาจศาล หากว่าโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำละเมิดนั้นสูงกว่าหกเดือนโดยศาลสูงสหรัฐ เห็นว่าจะต้องมีการชั่งน้ำหนักให้ได้ส่วนพอดีหรือหากุลภาพระหว่างอำนาจลงโทษโดยรวบรัดของศาลกับสิทธิของผู้ที่กระทำละเมิดที่ได้รับการคุ้มครองตามหลักกระบวนการอันชอบธรรม ซึ่งต่อมาสภาองเกรสของสหรัฐก็ได้ออกกฎหมายกำหนดจำกัดการใช้อำนาจพิจารณาคดีโดยรวบรัดไว้หลายฉบับ^๓

^๑ เรื่องเดิม, หน้าเดิม.

^๒ เรื่องเดิม, หน้า ๔๕.

^๓ เริ่มจากรัฐบัญญัติตุลาการ, ค.ศ. ๑๗๘๕ จนกระทั่งถึงกฎหมาย.

ให้อำนาจศาลในการพิจารณาลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลที่ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือ โกล่เคืองกับศาลเท่านั้น

๒. การละเมิดอำนาจศาลตามกฎหมายไทย

ตามกฎหมายไทยก็ถือหลักเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลเช่นกัน โดยจาก เหตุผลที่ว่าศาลทั้งหลายที่ตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาคดีอาชญากรรมคดีนั้น จะต้องให้อยู่ในฐานที่สามารถจะดำเนินการพิจารณาและพิพากษาคดีไปโดยเที่ยงธรรมและบริสุทธิ์ยุติ ทั้ง ต้องเป็นที่เคารพนับถือของชนทั้งปวง ถ้าหากผู้ใด เป็นคู่ความหรือบุคคลภายนอกก็ตี ท่ำการชักขวาง เป็นเหตุบีบบังคับให้ศาลสามารถดำเนินการคดีไปได้ตามกฎหมายหรือโดยความ เที่ยงธรรมและรวดเร็วแล้ว เรียกว่าผู้นั้นละเมิดอำนาจศาล เพราะฉะนั้น เพื่อ รักษาความศักดิ์สิทธิ์และความเที่ยงธรรมของศาล ศาลมีอำนาจสั่งจับผู้นั้นไต่สวน และให้ชี้แจงเหตุผลได้ ถ้าผู้นั้นชี้แจงแสดงเหตุผลไปได้ว่า เพราะเหตุใดตนจึงไม่ควร ต้องรับโทษแห่งการกระทำของตนแล้ว ศาลมีอำนาจสั่งลงโทษได้ที่เกี่ยวข้องโดยไม่ต้อง ฟ้องร้อง เป็นคดีขึ้นอีก (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๕๕/๒๔๕๗)

การที่ศาลมีอำนาจลงโทษได้ที่เกี่ยวข้อง เช่นนี้ ก็เพราะการกระทำผิดนั้น ๆ เกิดขึ้นต่อหน้าศาลได้ประจักษ์แก่ศาลแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องให้ศาลพิจารณาสืบสวนทวน พยานอย่างใดอีก ถ้าจำเป็นศาลก็อาจไต่สวนพยานหลักฐานและรับฟังพยานที่ ไต่สวนได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าฝ่ายใดเป็นผู้ตั้งพยานนั้นหรือไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๑๖/๒๕๐๓) ยิ่งไปกว่านั้น ยังไม่จำเป็นต้องไต่สวนต่อหน้าผู้ต้องหาตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๒/๒๕๐๗) และการ

การที่ศาลใช้วิธีการลงโทษโดยทันทีสำหรับความผิดที่เกิดขึ้นต่อหน้าศาล ก็คือวิธีการที่เรียกโดยทั่วไปว่า การลงโทษอย่างรวดเร็ว (Summary process).

ละ เมื่อกำหนดศาลมีจุดประสงค์เพื่อรักษาศักดิ์ศรีและความศักดิ์สิทธิ์ของศาลและกระบวนการยุติธรรม จึงต่างกับการกระทำผิดทั่วไป ฉะนั้น หากผู้ใดกระทำการละเมิดอำนาจศาลโดยที่ลักษณะการกระทำถือได้ว่าเป็นความผิดทางอาญา ประการอื่นด้วย ผู้นั้นจึงต้องมีความรับผิดชอบทั้งในทางอาญาและในฐานละเมิดอำนาจศาล (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๗/๒๕๔๘)

บทบัญญัติในส่วนว่าด้วยละเมิดอำนาจศาลตามกฎหมายไทย ใ้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๓๐ - ๓๔ รวมทั้งสิ้น ๕ มาตรา ซึ่งมีสาระดังนี้คือ

มาตรา ๓๐ "ให้ศาลมีอำนาจออกข้อกำหนดใด ๆ แก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือแก่คู่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือแก่บุคคลภายนอกที่อยู่ต่อหน้าศาลตามที่เห็นจำเป็น เพื่อรักษาความเรียบร้อยในบริเวณศาล และเพื่อให้กระบวนการพิจารณาคำเนินไปตามเที่ยงธรรมและรวดเร็ว อำนาจเช่นว่านี้ให้รวมถึงการสั่งห้ามคู่ความมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาในทางก่อกวนรำคาญ หรือในทางประวิงให้ชักช้า หรือในทางฟุ่มเฟือยเกินสมควร"

หลักในเรื่องละเมิดอำนาจศาลนี้ เป็นบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นว่าบัญญัติขึ้นเพื่อมุ่งรักษาความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการ เป็นสำคัญ มิใช่กำหนดเพื่อคุ้มครองผู้พิพากษาเป็นส่วนตัว^๑ ซึ่งการที่ศาลสั่งลงโทษบุคคลใดฐานละเมิดอำนาจศาลแล้ว ผู้นั้นก็อาจอุทธรณ์ฎีกาต่อไปได้โดยมิใช่คำสั่งอันถึงที่สุดแต่อย่างใด

ตามมาตรา ๓๐ นี้ เป็นบทบัญญัติถึงอำนาจของศาลว่าจะกระทำการใดใดบ้าง ถ้าหากศาลได้กระทำไปตามกฎเกณฑ์แล้วมีผู้ขัดขืนไม่ปฏิบัติตาม ผลจะต้องพิจารณาตามมาตรา ๓๑

^๑ ชานินทร์ ภิรมย์เชียร, เรื่องเดิม, หน้า ๓๕๓.

อำนาจของศาลตามมาตรา ๓๐ กำหนดให้ศาลมีอำนาจออกข้อกำหนดใดๆ ซึ่งจะต้อง เป็นข้อกำหนดที่ศาลมีคำสั่งออกมาโดยชัดแจ้ง ทั้งนี้ไม่ว่าจะด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร และไม่ว่าจะออกต่อหน้าบุคคลนั้นหรือไม่ เช่นการสั่งให้แก้ไขคำฟ้อง เช่นนี้ก็คือ เป็นข้อกำหนดของศาลได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๗๒/๒๕๕๑) หรือพยาน เบิกความออกนอกเรื่อง ศาลสั่งให้หยุดก็ถือ เป็นข้อกำหนดตามมาตรา นี้เช่นกัน ๑

ในการออกข้อกำหนดนั้น ศาลไม่จำเป็นต้อง ระบุว่าถ้าชัดเจนแล้วจะผิดฐานละเมิดอำนาจศาล เพียงแต่ออกข้อกำหนดอย่างหนึ่งอย่างใดก็พอ โดยข้อกำหนดเช่นนั้น ต้อง เป็นการออกข้อกำหนดแก่คู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด หรือบุคคลภายนอกที่อยู่ต่อหน้าศาล

ข้อกำหนดที่ศาลออก เช่นนี้จะต้อง เป็นข้อกำหนดที่ออกตามความจำเป็น เพื่อรักษาความเรียบร้อยในบริเวณศาล และเพื่อให้กระบวนการพิจารณาคำเนินไปอย่างเที่ยงธรรมและรวดเร็ว และยังมีอำนาจเลยไปถึงการสั่งห้ามคู่ความมิให้ดำเนินกระบวนการในทางก่อกวนรำคาญ หรือในทางประวิงให้ชักช้า หรือในทางฟุ่มเฟือยเกินสมควร ซึ่งศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาว่า กระบวนการใดจำเป็นจะต้องทำหรือไม่ ถ้าเห็นว่ากระบวนการใดเป็นการฟุ่มเฟือยชักช้าโดยไม่จำเป็น ศาลย่อมงดดำเนินกระบวนการในทำนองนั้นได้ หรือจะสั่งคู่ความให้งดดำเนินกระบวนการในทำนองนั้นก็ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๓๐, ๔๖ วรรค ๒ และกึ่งนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๔ วรรค ๔ และเมื่อศาลไม่เห็นประโยชน์ที่จะฟังคำคัดค้านของคุณความ เพราะกฎหมายบัญญัติให้จำหน่ายคดีอย่างชัดแจ้งแล้ว การฟังคำคัดค้านของคุณความมิแต่จะทำความชักช้า ประวิง ยุ่งยาก ศาลจึงงดฟังคำคัดค้าน และมีคำสั่งจำหน่ายคดีไปที่เดียวได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๔๔/๒๕๑๐ ประชุมใหญ่)

มาตรา ๓๑ "ผู้ใดกระทำการอย่างใด ๆ ดังกล่าวต่อไปนี้ ให้ถือว่ากระทำผิดฐานละเมิดอำนาจศาล

๑. ชักคืนไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของศาลตามมาตราก่อน อันว่าด้วยการรักษาความเรียบร้อย หรือประพฤตินอกรีตในศาล

๒. เมื่อได้มีคำขอ และได้รับอนุญาตจากศาลให้ฟ้อง หรือผู้คดีอย่างคนอนาถแล้ว ปรากฏว่าได้นำคดีนั้นขึ้นสู่ศาลโดยตนรู้แล้ว ไม่มีมูล หรือได้สาบานตัวให้ด้วยคำตามมาตรา ๑๕๖ ว่าตนไม่มีทรัพย์สินพอที่จะเสียค่าฤชาธรรมเนียมได้ ซึ่งเป็นเท็จ

๓. เมื่อรู้ว่าจะมีการส่งคำคู่ความหรือเอกสารอื่น ๆ ถึงตน แล้วจงใจไปเสียให้พ้น หรือหาทางหลีกเลี่ยงที่จะไม่รับคำคู่ความ หรือ เอกสารนั้นโดยสถานอื่น

๔. ตรวจเอกสารทั้งหมด หรือฉบับใดฉบับหนึ่ง ซึ่งอยู่ในสำนวนความหรือคัดเอาสำเนาเอกสารเหล่านั้นไป โดยฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา ๕๔

๕. ชักคืนไม่มาศาล เมื่อศาลได้มีคำสั่งตามมาตรา ๑๔ หรือมีหมายเรียกตามมาตรา ๒๗๗"

มาตรา ๓๑ เป็นเนื้อหาสาระที่บัญญัติว่าการกระทำเช่นใดถือเป็นการกระทำผิดฐานละเมิดอำนาจศาล ซึ่งมีสาระแบ่งแยกพิจารณาได้คือ

๑. ชักคืนไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของศาลตามมาตราก่อน อันว่าด้วยการรักษาความเรียบร้อย หรือประพฤตินอกรีตในบริเวณศาล

ในการชักคืนไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของศาลตามมาตราก่อน คือมาตรา ๓๐ เมื่อศาลมีคำสั่งอย่างใดเกี่ยวกับความจำเป็นเพื่อรักษาความเรียบร้อยแล้ว มีการชักคืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง การชักคืนเช่นนั้นถือได้ว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาล เช่น การที่เขียนฟ้องอุทธรณ์เสียคดีศาลสั่งให้แก้ไขแล้วไม่ยอมแก้ไข ย่อมถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของศาลที่ตั้งห้ามมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาในทางก่อความรำคาญ หรือในทางประวิงให้ชักช้าหรือในทางฟุ่มเฟือยด้วย ย่อมมีความผิดฐานละเมิด

อำนาจศาล (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๒/๒๕๕๑) แต่การออกข้อกำหนดนั้น จะต้องกำหนดแน่ชัดลงไปว่า จะเป็นอย่างไร การที่ศาลชั้นต้นออกข้อกำหนดให้ผู้ซื้อמיให้เข้ามาแม่ในกรณีที่มีเหตุจำเป็น จึงเป็นการไม่ชอบและเกินเลยบทบัญญัติแห่งมาตรา ๓๐ ซึ่งให้อำนาจศาลที่จะออกข้อกำหนดเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในบริเวณศาล และเพื่อให้กระบวนการพิจารณาคำเนินไปตามเที่ยงธรรมรวดเร็วเท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๗/๒๕๒๐)

นอกจากการชักขึ้นคำสั่งที่ศาลสั่งตามมาตรา ๓๐ แล้ว การประพฤติกฎไม่เรียบร้อยในบริเวณศาลก็ยังถือได้ว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาลด้วย ซึ่งการประพฤติกฎไม่เรียบร้อยในบริเวณศาลนี้ แตกต่างกับการชักขึ้นไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของศาล เพราะการประพฤติกฎไม่เรียบร้อยเป็นความผิดอยู่แล้วในตัวเอง แม้จะไม่มีข้อกำหนดมาก่อนเลย ก็เป็นการละเมิดอำนาจศาลได้ เช่นจำเลยใช้รองเท้าตีโจทก์ในบริเวณที่พิทนาย ขณะศาลเปิดทำการ เรียกว่าประพฤติกฎไม่เรียบร้อยในบริเวณศาล ศาลจำคุกจำเลยได้ตามมาตรา ๓๑ (๑) ทันที ไม่ต้องออกข้อกำหนดก่อน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๕๖/๒๕๕๓)

ฉะนั้น บทบัญญัติมาตรา ๓๑ จึงแบ่งแยกออกได้ ๒ ตอน ตอนหลังว่าด้วยการประพฤติกฎไม่เรียบร้อยในบริเวณศาล ไม่เกี่ยวกับการออกข้อกำหนดแต่อย่างใด การประพฤติกฎไม่เรียบร้อยในบริเวณศาลต้องกระทำในระหว่างเวลาราชการของศาล แต่จะกระทำในห้องพิจารณาคดีหรือไม่สำคัญ การที่จำเลยเข้าไปในบริเวณศาลก่อนเวลาเปิดทำการศาล เพราะศาลเปิดทำการ ๘.๐๐ น. จะถือว่าจำเลยละเมิดอำนาจศาลหาได้ไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๗๘/๒๕๗๕)

คำว่าประพฤติกฎไม่เรียบร้อยในบริเวณศาลนั้น มีความหมายกว้างครอบคลุมทั้งการกระทำในศาล หรือนอกบริเวณศาลแต่มีผลมาถึงศาลด้วยลักษณะที่ถือว่า เป็นการประพฤติกฎไม่เรียบร้อย เช่นใช้รองเท้าตีพิทนายในบริเวณที่พิทนาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๕๖/๒๕๕๓) ลอบเติมข้อความลงในฟ้องที่ศาลตรวจตั้งยกเสียแล้ว ศาลสอบถาม

กลับแจ้ง เห็นว่า เป็นข้อความที่มีมาแต่เดิมไม่ได้ออบเต็มลง ต้องถือว่าประพาศิตนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาล (คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๒/๒๔๕๗) หมิ่นประมาทศาลในขณะพิจารณาคดี ก็เป็นการละเมิดอำนาจศาล (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๕๕/๒๔๕๗) ๑

ทุกปีในบรรจตุฎกกระดุนเข้าไปในห้องพิจารณของศาล แม้จะอยู่ในเสื้อ กบิกและผูพิพากษาลงบัลลังก์ไปแล้ว ก็เป็นการละเมิดอำนาจศาล (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๕๕๕/๒๔๕๗) หรือการที่มีการสับเปลี่ยนตัวจำเลย เาบุคคลอื่นมาแทนในวันนัดฟังคำพิพากษา ถือว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาลตามมาตรา ๓๑(๑) เช่นนั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๘๒๔/๒๕๑๖) แต่การพูดจาโต้ตอบกับศาลโดยอาการ เช็ดหน้าทำทายนั้นยังไม่ถือว่า เป็นการประพาศิตนไม่เรียบร้อย (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๑๖/๒๕๑๕)

อย่างไรก็ดี ในการ เบิกความของพยานที่มีความหมายในทาง เสียศีลศาล เมื่อ เป็นคำตอบจากคำถามที่ถามในประ เเด็นที่พิจารณา ไม่ถือว่า เป็นการละเมิดอำนาจศาล (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๔๓๓/๒๕๑๔) แต่หาก เป็นการจงใจกล่าว เสียศีลศาลก็อาจถือว่า เป็นการละเมิดอำนาจศาลได้เช่นกัน (คำพิพากษาฎีกาที่ ๗๒/๒๔๕๑, ๒๓๕/๒๕๑๔)

๒. การละเมิดอำนาจศาล เพราะฟ้องหรือต่อผู้คืออนาถา การจะถือว่า เป็นการละเมิดอำนาจศาลในกรณีนี้ เป็นการที่บุคคลใดก็ตามร้องขอฟ้องคืออย่างคนอนาถาตามมาตรา ๑๕๖ ๒ โดยได้มีการสาบานตัวให้ถ้อยคำไปแล้ว และได้รับอนุญาตจาก

การหมิ่นประมาทผู้พิพากษา (insults the judges) ในประเทศอังกฤษ ถือ เป็นความผิดร้ายแรงที่ให้ศาลใช้อำนาจพิจารณาลงโทษอย่างรวบรัด (summary process for contempt) ได้ทันที เช่นในคดี R.v. Almon (1705), Wilm, 243, at p. 354.

๒ หมายถึงการฟ้องคดีของบุคคลผู้ยากจน ไม่มีทรัพย์สินเพียงพอในการชำระค่าฤชาธรรมเนียมศาล ซึ่งต้องมีการสาบานตัวให้ถ้อยคำต่อศาล เพื่อพิจารณาอนุญาตจากศาลตามมาตรา ๑๕๖.

ศาลให้ฟ้องหรือต่อสู้คดีอย่างคนอนาถา โดยบุคคลนั้นรู้แล้วว่า ไม่มีมูล หรือสาบานตัวให้ถ้อยคำว่ามีทรัพย์สินซึ่ง เป็นความเท็จ

ข้อความในมาตรา ๓๑(๒) เห็นว่า น่าจะแบ่งออกเป็นสองตอน ตอนแรก คือ "เมื่อได้มีคำขอและได้รับอนุญาตจากศาลให้ฟ้องคดีอย่างคนอนาถาแล้ว ปรากฏว่าได้นำคดีขึ้นสู่ศาลโดยคนรู้อยู่แล้วว่า ไม่มีมูล หรือได้สาบานตัวให้ถ้อยคำตามมาตรา ๑๕๖ ว่าคนไม่มีทรัพย์สินพอจะเสียค่าฤชาธรรมเนียม ซึ่งเป็นความเท็จ "อันเป็นส่วนหนึ่งของโจทก์กับอีกตอนคือ" เมื่อได้มีคำขอและได้รับอนุญาตจากศาลให้สู้คดีอย่างอนาถาแล้ว ปรากฏว่าได้สาบานตัวให้ถ้อยคำตามมาตรา ๑๕๖ ว่า คนไม่มีทรัพย์สินพอที่จะเสียค่าฤชาธรรมเนียมซึ่งเป็นความเท็จ "อันเป็นส่วนของจำเลย

เมื่อแยกพิจารณาแล้ว การที่โจทก์จะมีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลตาม มาตรา ๓๑(๒) จึงต้องประกอบด้วยองค์ประกอบดังนี้

ก. ได้รับอนุญาตให้ฟ้องคดีแล้ว ถ้าขอฟ้องอย่างคนอนาถา แต่ศาลไม่อนุญาตแม้จะปรากฏว่าข้อความที่สาบานตัวจะเท็จ ผู้นั้นก็ไม่มี ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล^๑

ข. นำคดีขึ้นสู่ศาลโดยคนรู้อยู่แล้วว่า ไม่มีมูล หรือ

ค. สาบานตัวว่าไม่มีทรัพย์สินพอจะเสียค่าฤชาธรรมเนียม ซึ่งเป็นความเท็จ

ส่วนกรณีของจำเลยก็เช่นเดียวกันคือ

ก. ได้รับอนุญาตให้สู้คดีแล้ว

ข. สาบานตัวว่าไม่มีทรัพย์สินพอจะเสียค่าฤชาธรรมเนียม ซึ่งเป็นเท็จ

^๑ ชานินทร์ ภิรมย์ชัย, เรื่องเดิม, หน้า ๓๕๕.

การจะถือว่าห้องไม่มีมูลอันเป็นห้องเท็จนี้ โจทก์จะต้องฟ้องอย่างคนอนาถาค้วยจึงจะเป็นการละเมิดอำนาจศาล หากฟ้องนั้นมีชื่ออย่างอนาถาแล้ว แม้จะเป็นฟ้องที่ไม่มีมูลก็หา เป็นละเมิดอำนาจศาลแต่อย่างใดไม่ ส่วนการพิจารณาว่าคดีมีมูลหรือไม่ นั้น ให้พิจารณาจากความรู้หรือไม่รู้ของโจทก์เป็นสำคัญ ถ้าโจทก์ไม่ทราบเช่นนั้นโดยเข้าใจว่าคดีมีมูลจริง โจทก์ก็หาไม่มีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ พิจารณาจากเจตนาตุจกัน^๑

มีข้อน่าสังเกตุว่า มาตรา ๓๑(๒) ใ้บัญญัติไว้ว่า "...หรือได้สาบานตัวให้ถ้อยคำตามมาตรา ๑๕๖ ว่า "ตน" ไม่มีทรัพย์สินพอ...ซึ่งเป็นความเท็จ" ซึ่งให้ความหมายว่า เป็นการสาบานของโจทก์หรือจำเลยว่าตัวผู้สาบานนั้นไม่มีทรัพย์สินพอที่จะเสียค่าฤชาธรรมเนียมได้ ซึ่งเป็นความเท็จ โดยหลักทั่วไปแล้ว การสาบานเป็นการเฉพาะตัว จะมอบหมายให้ใครสาบานแทนไม่ได้ ฉะนั้น มาตรา ๓๑(๒) จึงบัญญัติเอาผิดกับผู้สาบานว่าตนไม่มีทรัพย์สินอันเป็นความเท็จเท่านั้น แต่ในการสาบานตนเพื่อฟ้องหรือต่อสู้คดีอย่างคนอนาถาตามมาตรา ๑๕๖ นี้ คำพิพากษฎีกาที่ ๑๓๓๐/๒๕๑๘ วินิจฉัยว่าสามารถสาบานแทนกันได้ เมื่อเป็นเช่นนั้น ก็ดูประหนึ่งว่าหากมีการสาบานกันโดยให้ความเท็จว่า บุคคลอีกคนหนึ่งไม่มีทรัพย์สินพอที่จะชำระค่าฤชาธรรมเนียมแล้ว ก็ไม่ต้องควมมาตรา ๓๑(๒) จึงไม่เป็นการละเมิดอำนาจศาลอย่างไรก็ดี ถ้าพิจารณาให้ถ่องแท้แล้ว จะเห็นได้ว่าหากมีการวินิจฉัยใช้กฎหมายไปในทำนองนั้น จะทำให้ขัดกับเจตนารมณ์ของมาตรา ๓๑(๒) ที่ต้องการคุ้มครองกระบวนการพิจารณาให้ค่าเงินไปอย่างบริสุทธิ์ กรณีที่น่าจะถือว่าไม่ว่าจะเป็นบุคคลอื่นซึ่งสามารถสาบานตัวแทนกันตามนัยคำพิพากษฎีกาที่ ๑๓๓๐/๒๕๑๘ มาสาบานว่าอีกบุคคลหนึ่งไม่มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะชำระหนี้ ก็ยอมเป็นการละเมิดอำนาจศาลเช่นกัน ปัญหา เช่นนี้ ต้องรอดูคำวินิจฉัยของศาลฎีกาต่อไป

^๑ เรื่องเดิม, หน้าเดิม.

๓. ละเมิดอำนาจศาล เพราะจงใจหลีกเลี่ยงไม่รับคำคู่ความ หรือ เอกสารประกอบการกระทำตามมาตรา ๓๑ (๓) ผู้กระทำต้องมีเจตนา จึงจะเห็นได้จาก คำว่า "จงใจ" และหาทางหลีกเลี่ยง^๑ ฉะนั้น ถ้าผู้ใดไม่ทราบว่ามีการส่งเอกสารหรือ คำคู่ความมาถึงตนก็ไม่ผิดตามมาตรา

กฎหมายจะถือว่า เป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลต่อเมื่อบุคคลนั้น "จงใจ ไปเสียให้พ้น" ซึ่งหมายถึงการหลบหนีไป และ "หาทางหลีกเลี่ยงที่จะไม่รับโดยสถานอื่น" ซึ่งหมายถึงการหลีกเลี่ยง แอบ หรือซ่อนตัวอยู่ โดยเจตนาที่จะไม่รับคำคู่ความ หรือ เอกสารนั้น แต่ถ้ามิได้จงใจไปเสียให้พ้นกล่าวคือ ยังคงอยู่ ณ ที่นั้นเอง แต่ เพียงพุดจาโยกไยถ่วงเวลา หา เป็นความผิดไม่ ทั้งนี้พิจารณาจากเจตนาที่ตนเองว่า ถ้าหากมิได้จงใจไปเสียให้พ้นและมีไต่หาทางหลีกเลี่ยงที่จะไม่รับแล้ว ก็ยังไม่ถือว่า ละเมิดอำนาจศาล (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๑๘/๒๕๑๐)

การรับคำคู่ความหรือ เอกสารอื่นนั้น ผู้รับอาจ เป็นผู้อื่นที่มา รับแทนบุคคลนั้น ก็ได้ แต่การ เป็นการละเมิดอำนาจศาลนั้น บุคคลผู้รับคือบุคคลผู้รับ เอกสารหรือคำ คู่ความได้ เจาะจงมาถึงตนนั้นเอง

การละเมิดอำนาจศาล เป็นบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดชอบทางอาญา ฉะนั้น ต้องตีความเคร่งครัด การที่ผู้ใดจงใจไปเสียให้พ้นหรือหาทางหลีกเลี่ยงโดยสถานอื่น ซึ่งไม่เกี่ยวกับการส่ง เอกสารหรือคำคู่ความ ผู้นั้นหา มีความผิดไม่ เช่น รู้ว่าศาลจะมา เค้น เเขยื้อนที่เรือนของตน กลับจงใจหลบไปเสียหรือปิดประตูไม่ยอมรับ เป็นต้น^๒

๔. การละเมิดอำนาจศาล เพราะตรวจหรือคัดลอก เอกสารโดยไม่รับอนุญาต การตรวจ เอกสารหรือการคัดสำเนา เอกสารฉบับใดฉบับหนึ่ง ซึ่งอยู่ในสำนวนความจะ ต้องกระทำการดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๕๔

^๑ เรื่อง เกิม, หน้า ๓๖๐.

^๒ เรื่อง เกิม, หน้า ๓๖๑.

๕. การละเมิดอำนาจศาลเพราะชักชวนไม่มาศาลตามคำสั่งศาล บุคคลใดก็ตามที่ศาลสั่งตามมาตรา ๑๘ หรือเป็นนายเรียกให้มาศาลตามมาตรา ๓๗ ชักชวนไม่ยอมมาศาลบุคคลนั้นจะ เหมิดอำนาจศาล

การชักชวนไม่มาศาลตามมาตรา ๑๘ หมายถึงกรณีที่ไม่มาศาล เมื่อศาลได้ออกคำสั่งแล้ว แต่การที่บุคคลอื่นไม่มาศาลตามคำสั่งศาลในกรณีอื่น บุคคลนั้นหากกระทำผิดก็จะละเมิดอำนาจศาลไม่ ดังคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๒/๒๕๐๗ ศาลสั่งให้หมายความมาศาลในชั้นคำเนนคดีเรื่องอื่น ทนายชักชวนไม่มาศาล หาเป็นการละเมิดอำนาจศาลไม่

การชักชวนไม่มาศาลตามมาตรา ๓๗ หมายถึงกรณีที่ศาลเรียกคู่ความหรือบุคคลภายนอกมาสอบสวนเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา เพื่อประโยชน์แก่การบังคับคดี

การกระทำตามมาตรา ๓๑ ทั้ง ๕ อนุมาตรา นี้ ถือว่าเป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล ซึ่งสามารถนำไปใช้ได้แม้ว่าคดีนั้นจะเป็นการดำเนินคดีอาชญากรรม เพราะเหตุที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญา มาตรา ๑๕ ให้ตามมาตรา ๓๐, ๓๑ ไปใช้บังคับด้วย ฉะนั้น การหมิ่นประมาทศาลโดยขณะพิจารณาคดีอาชญาจึงถือเป็นการละเมิดอำนาจศาล เช่นกัน (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๘๕/๒๔๘๗)

ในกรณีที่ศาลได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาไต่สวนความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล ศาลย่อมฟังข้อเท็จจริงได้จากหลักฐานและคำพยานที่ปรากฏมีอยู่ในสำนวนประกอบการวินิจฉัยไต่ทั้งหมด ไม่ว่าผู้ใดจะเป็นคู่อ้างหรือนำสืบ เมื่อผู้ถูกกล่าวหาว่าละเมิดอำนาจศาลมีโอกาสชี้แจงคำพยานนั้นแล้ว ศาลย่อมฟังลงโทษ ตามระเบียบอำนาจศาลได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๖๑/๒๕๐๓) แต่อย่างไรก็ดีในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลนั้น เป็นความผิดต่อศาล ศาลย่อมดำเนินกระบวนการพิจารณาไต่สวนไต่เองตามที่เห็นสมควร ไม่ว่าพยานหลักฐานเหล่านั้นฝ่ายใดจะได้อ้างหรือไม่ สำหรับกรณีที่การละเมิดอำนาจ

ศาลได้กระทำต่อหน้าศาลเองแล้ว ศาลซึ่งหากมองนโยบายในกรณีฐานละเมิดอำนาจศาลไปก็เห็นได้ว่า แต่ในกรณีที่มีการกระทำผิดฐานละเมิดอำนาจศาลมิได้กระทำต่อหน้าศาล ศาลจำต้องดำเนินการระบวนพิจารณาในส่วนหาข้อเท็จจริงก่อน (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๖๐๘/๒๕๑๑)

มาตรา ๓๒ "ผู้ใดเป็นผู้กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล หรือผู้พิมพ์โฆษณา ซึ่งหนังสือพิมพ์ หรือสิ่งพิมพ์อื่นออกโฆษณาต่อประชาชน ไม่ว่าบุคคลเหล่านั้นจะใคร่ถึงข้อความ หรือการออกโฆษณาแห่งหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์เช่นนั้นหรือไม่ ให้ถือว่าได้กระทำผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในกรณีอย่างใดอย่างหนึ่งในสองอย่าง ดังจะกล่าวต่อไปนี้

๑. ไม่ว่าเวลาใด ๆ ถ้าหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์เช่นว่ามานั้นได้กล่าวหรือแสดงไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ซึ่งข้อความหรือความเห็นอันเป็นการเบียดเบียนข้อเท็จจริง หรือพฤติการณ์อื่น ๆ แห่งคดี หรือการระบวนพิจารณาใด ๆ แห่งคดี ซึ่งเพื่อความเหมาะสมหรือเพื่อคุ้มครองสาธารณะประโยชน์ ศาลได้มีคำสั่งห้ามการออกโฆษณาถึงเหล่านั้นไม่ว่าด้วยวิธีเพียงแต่สั่งให้พิจารณาโดยไม่เบียดเบียน หรือโดยวิธีห้ามการออกโฆษณาโดยชัดแจ้ง

๒. ถ้าหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์ได้กล่าวหรือแสดงไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ในระหว่างการพิจารณาแห่งคดีไปจนเมื่อคำพิพากษาเป็นที่สุด ซึ่งข้อความหรือความเห็นโดยประสงค์จะให้มึอิทธิพลเหนือความรู้สึกของประชาชน หรือเหนือศาล หรือเหนือคู่ความ หรือเหนือพยานแห่งคดี ซึ่งพอเห็นได้ว่าจะทำให้การพิจารณาคดีเสียความยุติธรรมไป

ก. เป็นการแสดงผิดจากข้อเท็จจริงแห่งคดี หรือ

ข. เป็นรายงานหรือย่อเรื่องหรือวิภาค ซึ่งการระบวนพิจารณาแห่งคดีอย่างไม่เป็นกลางและไม่ถูกต้อง หรือ

ก. เป็นการวิภาคโดยไปเป็นกรรมซึ่งการกำเนินคดีของคู่ความหรือคำ-
 พยานหลักฐาน หรือนิสัยความประพฤติของคู่ความหรือพยานรวมทั้งการแถลงข้อความ
 อันเป็นการเสื่อมเสียต่อชื่อเสียงของคู่ความหรือพยาน ถึงแม้ว่าข้อความเหล่านั้นจะ
 เป็นความจริง หรือ

ง. เป็นการชักจูงให้เกิดมีคำพยานเท็จ

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ให้นำวิเคราะห์ศัพท์พ้องในมาตรา ๔ แห่ง
 พระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. ๒๔๗๖ มาใช้บังคับ"

ในระหว่างที่มีการพิจารณาคดีอยู่ในศาลย่อมถือว่าจะต้อง เป็นหน้าที่ของศาล
 ที่จะควบคุมการดำเนินคดีให้ดำเนินไปอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรม เพื่อให้ได้ความจริง
 โดยพิจารณาจากสำนวนคดีและพยานหลักฐาน ซึ่งแต่ละฝ่ายนำมาแสดง สิ่งสำคัญที่
 จะทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณคดี เป็นไปโดยเรียบร้อยรวดเร็ว และเที่ยงธรรม
 จึงจำต้องมีให้ประชาชนทั้งหลายมีความรู้สึกออกศึหรือ เอนเอียงใจต่อมูลคดีนั้น การที่ให้
 บุคคลภายนอกโฆษณาวิพากษ์วิจารณ์ หรือเสนอหลักฐานอันไม่ถูกต้องต่อศาล จึง
 อาจเกิดการกระทบกระเทือนต่อการพิจารณาคดี และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการเสนอ
 ข่าวทางหนังสือพิมพ์ที่มีการ เผยแพร่ ไปสู่ประชาชนเป็นจำนวนมาก การวิพากษ์วิจารณ์
 ในบางกรณีจึงอาจ เป็นการสร้างอิทธิพลเหนือคู่ความ พยาน ศาล ตลอดจนถึงบุคคลทั่ว
 ไป ซึ่งเท่ากับเป็นการสร้างมตินหาจนเหนือการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งในที่สุดหาได้
 เกิดผลอันดีไม่ จึงเป็นมูลเหตุให้มีการบัญญัติมาตรา ๓๒ นี้ไว้ แต่อย่างไรก็ตามข้อ
 จำกัดตามมาตรานี้ห้ามไปจนกระทั่งสิ้นสุดการพิจารณาคดีเท่านั้น เมื่อศาลได้มีคำพิพากษา
 หรือคำสั่งชี้ขาดคดีแล้ว ข้อห้ามจึงถือว่ายอมสิ้นสุดลงตามหลักที่ถือกันนี้ ในอารยประเทศ
 ว่า "คำพิพากษาศาลเป็นสมบัติของปวงชน"^๑ การโฆษณาหรือยอคำพิพากษาหรือ

^๑ เรื่อง เกม, หน้า ๓๖๔.

คำสั่งโยย เป็นกลาง และถูกต้องหา เป็นความผิดไม่ ส่วนการวิพากษ์วิจารณ์
หากกระทำโยยเป็นกลาง สุภาพ มีหลักฐาน เพื่อประโยชน์แก่การศึกษาแล้ว ก็หา เป็น
ความผิดตามกฎหมายไม่ ทั้งยังเป็น เรื่องที่อาศัยสนับสนุนอย่างมีวินัยในวง การศึกษากฎหมาย^๑

บุคคลที่จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายกำหนดให้ผู้ประพันธ์ บรรณาธิการ หรือผู้
พิมพ์โฆษณา ซึ่งหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์อื่นออกโฆษณาต่อประชาชน ไม่ว่าบุคคลเหล่านั้น
จะรับรู้ถึงซึ่งข้อความหรือการออกโฆษณาแห่งหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์ เช่นว่านั้นหรือไม่
ต้องรับผิดชอบละเมิดอำนาจศาลทั้งสิ้น แต่แค่นั้นอย่างไร เป็น "ผู้ประพันธ์",
"บรรณาธิการ", "ผู้พิมพ์โฆษณา", "หนังสือพิมพ์", "สิ่งพิมพ์", ความยินยอม
ของมาตราจะให้ถือตามมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. ๒๔๗๒ และได้
มีกฎหมายการพิมพ์ซึ่งได้เข้าใจเพิ่มเติมต่อมาคือ พระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. ๒๔๘๔

การที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลเหล่านั้นจะต้องรับผิดชอบ จึงเป็นเหตุที่รับผิด
โดยกฎหมาย ทั้งนี้ไม่คำนึงถึงเจตนาผู้กระทำโดยถือว่าบุคคลเหล่านั้นมีหน้าที่โดยตรง
ในการตรวจเรื่องที่โรงพิมพ์โฆษณา เรื่องนั้น ๆ^๒ ส่วนบุคคลอื่นนอกจากที่กล่าวไว้ใน
มาตรา ๓๒ นี้ย่อมไม่ต้องผูกพันรับผิดชอบ เช่น เจ้าของหรือผู้จำหน่าย เว้นแต่จะมีเรื่อง
ที่มีเจตนากระทำเป็นการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ตามประมวลกฎหมายอาญา

บุคคลเหล่านั้นจะต้องรับผิดชอบละเมิดอำนาจศาล ก็เมื่อมีการแสดงข้อ
ความหรือความเห็นอันเป็นการ เปิดเผยข้อเท็จจริง หรือประพฤติกการอื่น ๆ แห่งคดี
ไม่ว่าเวลาใด ๆ ในชั้นนี้ มีผู้เห็นว่า^๓ แม้อกฎหมายจะใช้คำว่า "ไม่ว่าเวลาใด"
แต่ถ้ายังไม่มีการสืบเสาะ เช่น อยู่ในระหว่างการสอบสวนของตำรวจ หรือคณะกรรมการ—
การสอบสวน ดังนั้นหาเป็นความผิดไม่ เพราะกฎหมายใช้คำว่า "หรือพฤติการณ์อื่น ๆ
แห่งคดี หรือกระบวนการพิจารณาใด ๆ แห่งคดี" จึงหมายถึง เมื่อมีคดีแล้วเท่านั้น

^๑ เรื่อง เกม, หน้า เกม.

^๒ เรื่อง เกม, หน้า เกม.

^๓ เรื่อง เกม, หน้า ๓๖๕.

โดยถือว่าคำว่า "คดี" เป็นไปตามบทวิเคราะห์ที่ปรากฏในมาตรา ๑ (๒) เมื่อมาตรา ๓๒ (๑) ประสงค์จะเอาผิดกับการวิจารณ์ เฉพาะคดีที่ขึ้นสู่ศาลแล้ว เท่านั้น ภายใต้อำนาจของศาลเอง หมายความว่าบุคคลที่ยังมิได้เข้าสู่ศาลก็ย่อมจะวิจารณ์วิจารณ์ได้

แม้ว่ากฎหมายประสงค์จะเอาผิดกับการวิจารณ์บุคคลที่ขึ้นสู่ศาลแล้วก็ตาม ก็หาใช้ว่าบุคคลที่ทุกเรื่องจะต้องห้ามในอันที่จะเผยแพร่ข้อเท็จจริง เสมอไปไม่กฎหมายห้ามแสดงหรือเผยแพร่ เฉพาะบุคคลที่ศาลสั่งห้ามออกโฆษณา เพื่อความเหมาะสมหรือ เพื่อคุ้มครองสาธารณประโยชน์เท่านั้น ซึ่งการสั่งห้ามอาจเป็นการโฆษณาโดยชัดแจ้งหรือไม่ชัดแจ้ง เช่น ให้คำเป็นกระบวนพิจารณาด้วย เช่นนี้ก็ได้

การห้ามเผยแพร่ข้อเท็จจริงในระหว่างการพิจารณาแห่งคดีไปจนมีคำพิพากษาเป็นที่สุด ซึ่งข้อความหรือความเห็นโดยประสงค์จะให้มีอิทธิพลเหนือความรู้สึกระชาชนเหนือศาล เห็นอกความเห็น หรือเหนือพยานแห่งคดี อันจะทำให้การพิจารณาเสียไปนั้น ข้อห้ามย่อมมีใช้บังคับกับคดีทุกเรื่อง ไม่ว่าจะมีการสั่งห้ามโฆษณาหรือไม่ก็ตาม เพราะเหตุที่การกระทำในลักษณะดังกล่าว จะกลายเป็นการ "วิพากษ์นอกศาล" ซึ่งนานาประเทศถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่บังควร^๑

มาตรา ๓๓ "ถ้าคุณความดีฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลใดกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลใด ให้ศาลนั้นมีอำนาจสั่งลงโทษ โดยวิธีหนึ่ง หรือทั้งสองวิธีดังกล่าวต่อไปนี้คือ

- ก. ไล่ออกจากบริเวณศาล หรือ
- ข. ให้งลงโทษจำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

การไล่ออกจากบริเวณศาลนั้น ให้นำกระทำไว้ชั่วคราวระยะเวลาที่ศาลยังพิจารณาหรือภายในระยะเวลาใด ๆ ก็ได้ตามที่ศาลเห็นสมควร เมื่อจำเป็นจะเรียกให้มารวยช่วยจัดการก็ได้

^๑ ความละเอียดดู Halsbury's Laws of England, op.cit.,

ในกรณีที่กำหนดโทษจำคุกและปรับนั้น ให้จำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาท”

โทษในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลนี้ มาตรา ๓๓ ให้อำนาจศาลไว้สองวิธีคือ ไล่ออกจากบริเวณศาล ซึ่งกระทำไ้ชั่วคราวที่ศาลนั่งพิจารณารายหรือภายในระยะเวลาใด ๆ ก็ได้ตามที่ศาลเห็นสมควร เมื่อจำเป็นจะเรียกให้ตำรวจช่วยจัดการก็ได้ ส่วนการจำคุกให้อำนาจศาลสั่งจำคุกได้ไม่เกินหกเดือน และในกรณีปรับก็จะปรับได้ไม่เกิน ๕๐๐ บาท

ในการลงโทษเกี่ยวกับละเมิดอำนาจศาลนี้ ถือได้ว่าเป็นมาตรการพิเศษของศาลที่สามารถวินิจฉัยลงโทษได้โดยไม่ต้องให้ผู้ใดฟ้องร้อง เป็นคดีขึ้นมาก่อน (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๔๕/๒๔๘๗) และยิ่งกว่านั้น เพราะเหตุที่ดีถือว่าเป็นอำนาจของศาลนั่นเอง บุคคลใดที่ไม่มีสิทธิฟ้องคดีของให้ศาลลงโทษผู้กระทำผิดได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๑๔๒/๒๕๑๖)

เกี่ยวกับการลงโทษตามกฎหมายมิได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า ให้มีการดำเนินไปเช่นใด แต่หากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ก่อนที่จะมีการพิจารณาลงโทษศาลจะไต่สวนพยานหลักฐานเสียก่อน (คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๐๑/๒๕๐๓) โดยการไต่สวนนั้นไม่จำเป็นต้องไต่สวนต่อหน้าผู้ต้องหาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๒/๒๕๐๗)

การลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลนี้เป็นมาตรการพิเศษสำหรับศาล เพื่อป้องกันรักษาศักดิ์ศรีและอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาลงโทษในการกระทำเกี่ยวกับละเมิดอำนาจศาล จึงไม่ตัดสิทธิที่จะลงโทษบุคคลนั้นในกรณีเดียวกัน แต่เป็นความผิดอาญาอื่น ๆ อีก (คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๗/๒๔๘๔)

๓. ปัญหาอุทธรณ์เกี่ยวกับการลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาล บทบัญญัติที่เกี่ยวกับละเมิดอำนาจศาลซึ่งได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา ๓๐ - ๓๓ นั้น ในปัจจุบันบุคคลในวงการศึกษาทางกลุ่มใดมีการเคลื่อนไหว เรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขบทบัญญัติที่เสีย ด้วยเหตุที่ในทางปฏิบัติปรากฏว่าศาลได้ใช้ดุลพินิจในทำนองนี้อย่างกว้างขวางและไม่เป็นธรรม ด้วยเหตุนี้การในการประชุมของทนายความ เรื่องการแสวงหาความเป็นธรรมในการพิจารณาคดีประชุม เมื่อวันที่ ๑๘ สิงหาคม ๒๕๒๑ ณ ภักศคารศรแดง ถนนราชดำเนิน กรุงเทพฯ โดยในการประชุมวันนั้น ที่ประชุมได้สรุปมติที่ประชุมทั้งหมด ๔ ข้อ มีข้อที่เกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลในข้อ ๑ และ ๒ ความว่า^๑

๑. แก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๓๓ โดยตัดโทษจำคุกออก

๒. ในระหว่างที่ยังมีโทษจำคุกฐานละเมิดอำนาจศาล หากศาลเห็นว่าควรจะลงโทษจำคุกบุคคลในฐานะละเมิดอำนาจศาล ก็ให้มีการไต่สวนและสั่งโดยผู้พิพากษาอีกคนหนึ่ง

ข้อเรียกร้อง เช่นนี้ จึงทำให้เกิดข้อควรคิดขึ้นว่า แนวทางในอนาคตของการละเมิดอำนาจศาลจะเป็นอย่างไร ซึ่งการเรียกร้องนี้มีผู้เห็นว่าควรแก้ไขความไม่เป็นธรรม ๒ ประการคือ

๑. ตามมาตรา ๓๐ ที่มีบัญญัติให้อำนาจศาลออกข้อกำหนดใด ๆ แก่คู่ความหรือบุคคลภายนอกที่อยู่ต่อหน้าศาลตามที่เห็นจำเป็น รวมทั้งการสั่งห้ามคู่ความมิให้ดำเนินการในทางก่อความรำคาญ หรือในทางประวิงให้ชักช้าหรือในทางล่าช้าเกินสมควร ถ้าศาลได้ออกข้อกำหนดเช่นนี้แล้ว หากผู้ใดที่ขึ้นไม่ปฏิบัติตามจะต้องมีความผิดตามมาตรา ๓๑(๑) ซึ่งมีความหมายเลยไปถึงการประพฤตินอกรีตในบริเวณศาลด้วย

^๑ รายละเอียดดู ปุณณะ สุทธิประภา, "บทความพิเศษ," วารสารอัยการ ปีที่ ๑ ฉบับที่ ๑๒ ธันวาคม ๒๕๒๑, หน้า ๑๓.

อำนาจตามมาตรา ๓๐ นี้เอง ที่ทำให้นักกฎหมายหลายกลุ่มไม่มั่นใจในการพิจารณาคดี เพราะเห็นว่าศาลมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการที่จะออกข้อกำหนดมาใช้ในกระบวนการพิจารณา โดยขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล ทำให้เกิดการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพในการค้าเป็นคดีของคุณความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย เพราะมีหลายครั้งในทางปฏิบัติที่ทนายความหรือบุคคลใคร่แข็งโต้ตอบกับศาลด้วยเหตุผลที่อาจถูกศาลห้ามหรือออกข้อกำหนดบางอย่าง หากซักขึ้นก็อาจถูกศาลกล่าวหาว่า "ละเมิดอำนาจศาล" ^๑ ซึ่งในทางปฏิบัติก็มีไม่น้อยที่ศาลใช้อำนาจ เช่นอย่างไม่ถูกต้อง ดังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ ๕๗/๒๕๒๐ ว่า การที่ศาลชั้นต้นออกข้อกำหนดห้ามผู้มีชื่อเข้ามาในบริเวณศาลในวันเปิดทำการโดยมิได้กำหนดให้แน่ชัดว่า ห้ามเข้ามาในกรณีใดนั้น ย่อมเป็นการห้ามผู้มีชื่อเข้ามาในศาลแม้ในกรณีจำเป็น จึงเป็นการมิชอบและเกินเลยบทบัญญัติมาตรา ๓๐

ตัวอย่างจากคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ แสดงให้เห็นถึงความเข้าใจผิดในการใช้อำนาจหรือ เป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ เป็นการทำให้เกิดการคลั่งคลั่งระหว่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณา เห็นชอบจากรัฐสภา กับข้อกำหนดที่มาจากดุลพินิจของศาล ^๒

การที่มาตรา ๓๐ ให้อำนาจศาลเพื่อป้องกันและแก้ไข เพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณา เป็นไปโดยบริสุทธิ์ยุติธรรมและรวดเร็ว จึงจำเป็นต้องมีมาตรการเพื่อให้ศาลสามารถควบคุมอรรถคดีที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาให้ เป็นไปอย่างเรียบร้อยได้ การมีมาตรการบังคับจึงควรมีการกระทำอย่างรวดเร็วทันที แมว่าจะมีมาตรา ๑๒๗ - ๑๕๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญากำหนดบทลงโทษไว้ก็ดี ก็มีวิธีที่จะกระทำได้

^๑ เจิม เกิดสมบัติ. "ละเมิดอำนาจศาล" การอธิบายเกี่ยวกับการหาทางแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับละเมิดอำนาจศาล วันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๒๑ ณ ศาลาศรีนครสวนมะลิ.

^๒ กุลพล พลวัน, เรื่องเกม, หน้า ๕๑.

อย่างรวดเร็วจึงจะป้องกันการดำเนินกระบวนการข้างต้นทันที แต่หากจะ
 ปล่อยให้ศาลออกข้อกำหนดโดยไม่มีขอบเขต เช่น เดิม ก็อาจเป็นการผิดหลักคำ
 พิพากษากฎีกาที่ ๕๗/๒๕๒๐ อีกอีก การคำนึงถึงความสะดวกและศักดิ์ศรีอันศักดิ์สิทธิ์
 ของศาลฯ เพียงด้านเดียวยังไม่พอ ควรที่จะมีการคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน
 และสิทธิในการดำเนินคดีอันชอบธรรมของคู่ความด้วย ฉะนั้น แม้จะยังมีบทบัญญัติ
 มาตรา ๓๐ นี้อยู่ แต่ขั้นตอนในการออกข้อกำหนด ควรจะมีมาตรการในการควบคุม
 การใช้ดุลพินิจของศาลให้รัดกุมยิ่งขึ้น เช่นอาจให้ประธานศาลฎีกาวางข้อกำหนดความ
 พระธรรมนูญศาลยุติธรรมมาตรา ๑ วรรค ๓ เป็นข้อกำหนดในการใช้ดุลพินิจด้วย
 เช่นวางกำหนดให้ผู้พิพากษาหลายนายร่วมกันพิจารณาข้อกำหนดนั้นแทนที่จะปล่อยให้
 เป็นอำนาจของผู้พิพากษานายเดียว เป็นต้น

๒. เกี่ยวกับโทษจำคุก ซึ่งมีบัญญัติไว้ในมาตรา ๓๓ นั้น ให้ความเห็น
 ในทางคัดค้านดุลพินิจของศาลอย่างมากมาย โดยเฉพาะมติที่ประชุมของทนายความ
 ครั้งนั้น ใ้ให้ตัดโทษจำคุกออกเสียโดยให้เหตุผลต่าง ๆ ดังนี้^๑

ก. กีดกันเสรีภาพในการดำเนินคดี อำนาจในการลงโทษจำคุก
 มุคตฐานละเมิดอำนาจศาล เป็นของผู้พิพากษานายเดียว และมาตรา ๓๓ ใ้ให้
 อำนาจอย่างกว้างขวาง เฉียบขาดยับยั้ง โดยไม่ต้องมีการสอบสวนทวนพยานกัน
 ก่อน หรือได้รับความเห็นชอบจากผู้อื่นผู้ใด ดุลพินิจ เช่นนี้จึงก่อความเสียหายได้ง่าย
 เพราะเป็นดุลพินิจที่ปราศจากขอบเขต โครงสร้างและการทบทวน^๒ ง่ายเกินไป

^๑ ปุตุณะ สุทธิประภา, เรื่องเดิม, หน้า ๘ - ๑๐.

^๒ ขัดกับหลัก เกณฑ์ดุลพินิจยุติธรรม ซึ่งได้กล่าวไว้แล้วในภาค ๑ บทที่ ๑

จึงปรากฏอยู่เสมอว่าศาลแก้ไขดุลพินิจนี้อย่างไม่เหมาะสม เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๑๖/๒๕๑๘ พูดยาโต้ตอบกับผู้พิพากษาด้วยท่าทางแข็งขัน ก็ถูกศาลชั้นต้นลงโทษจำคุกฐานละเมิดอำนาจศาลทันที ๖ เดือน เช่นนี้เป็นเหตุให้เกิดความหวาดกลัวแก่ทนายความและบุคคลทั่วไป ทำให้ทนายความและประชาชนที่มีอรรถคดีไม่กล้าคัดค้านการดำเนินกระบวนการที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายของผู้พิพากษาบางท่าน เช่นออกนั่งพิจารณาไม่ครบองค์คณะก็ไม่กล้าคัดค้าน จดคำพยานหรือรายงานกระบวนการพิจารณาไม่ถูกต้องก็ไม่กล้าคัดค้าน จริงอยู่ แม้การใช้อำนาจลงโทษจำคุกฐานละเมิดอำนาจศาลนั้นนาน ๆ จึงจะมีครั้งหนึ่งก็ตาม แต่การแสดงว่าจะใช้อำนาจดังกล่าว (อันก่อให้เกิดความหวาดกลัว) มีอยู่เป็นประจำ การหวาดกลัวว่าจะต้องถูกลงโทษจำคุกฐานละเมิดอำนาจศาลนี้ เป็นการกีดกันการใช้เสรีภาพในการดำเนินคดีในศาล

ข. ขัณฑสันติธรรม ในแง่ผู้เสียหาย การทำผิดฐานละเมิดอำนาจศาลผู้เสียหายก็คือศาลหรือผู้พิพากษา ที่ใช้อำนาจลงโทษบุคคลที่ท้วงติงว่ากระทำผิดฐานละเมิดอำนาจศาล ซึ่งเป็นการไม่ถูกต้องอย่างยิ่งที่จะให้ศาลหรือผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้เสียหาย มีอำนาจลงโทษจำคุก อันเป็นโทษร้ายแรงแก่ผู้กระทำผิดฐานละเมิดอำนาจศาล เช่นนี้จึงเป็นการยากที่จะให้ผู้ที่ถูกลงโทษ เข้าใจได้ว่าตนได้รับโทษจำคุกนั้นเป็นเพราะเหตุผลความเป็นธรรม หรือจากอคติของผู้พิพากษา

ค. ทำให้ผู้พิพากษาบางท่านหลงลืม การมีอำนาจลงโทษจำคุกอย่างเฉียบขาดฉบับพันอยู่ในมืออย่างกว้างขวาง ทำให้ผู้พิพากษาบางท่านหลงอำนาจ ซึ่งข้อเท็จจริง เช่นนี้มีปรากฏให้เห็นอยู่ทั่วไป จริงอยู่ผู้พิพากษาที่หลงอำนาจมีอยู่เป็นส่วนน้อยใน ๑๐ ท่านจะมีเพียง ๑ หรือ ๒ ท่านเท่านั้น แต่คำพิพากษาไทยแต่โบราณก็กล่าวไว้ว่า "ปลาเน่าตัวเดียวทำให้เหม็นหมดทั้งข้อง"

อย่างไรก็ดี ความเห็นในการให้ตัดโทษจำคุกออกเสียนั้น มีผู้คัดค้านว่าไม่สมควร^๑ โดยเห็นว่ากฎหมายนี้ยังเป็นประโยชน์ หากมีการคัดทอนออกเสีย

^๑ หนังสือพิมพ์มติชน ฉบับวันที่ ๖ กันยายน ๒๕๒๑ คำสัมภาษณ์ของนายสุธรรม ภัทราคม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม.

จึงปรากฏอยู่เสมอว่าศาลได้ใช้ดุลพินิจอย่างไม่เหมาะสม เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๓๑๖/๒๕๑๘ พுகจาโต้ตอบกับผู้พิพากษาด้วยท่าทางแข็งขัน ก็ถูกศาลชั้นต้นลงโทษจำคุกฐานละเมิดอำนาจศาลทันที ๖ เดือน เช่นนี้เป็นเหตุให้เกิดความหวาดกลัวแก่ทนายความและบุคคลทั่วไป ทำให้ทนายความและประชาชนที่มีอร รอดคดีไม่กล้าคัดค้านการ คำเนินกระบวนการที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายของผู้พิพากษาบางท่าน เช่นออกนั่งพิจารณาไม่ครบองค์คณะก็ไม่กล้าคัดค้าน จดคำพยานหรือรายงานกระบวนการพิจารณาไม่ถูกต้องก็ไม่กล้าคัดค้าน จริงอยู่ แม้การใช้อำนาจลงโทษจำคุกฐานละเมิดอำนาจศาลนั้นนาน ๆ จึงจะมีครั้งหนึ่งก็ตาม แต่การแสดงว่าจะใช้อำนาจดังกล่าว (อันก่อให้เกิดความหวาดกลัว) มีอยู่เป็นประจำ การหวาดกลัวว่าจะต้องถูกลงโทษจำคุกฐานละเมิดอำนาจศาลนี้ เป็นการกีดกันการใช้เสรีภาพในการดำเนินคดีในศาล

ข. ซักหลักฐานสิทธิธรรม ในแง่ผู้เสียหาย การทำผิดฐานละเมิดอำนาจศาลผู้เสียหายก็คือศาลหรือผู้พิพากษา ที่ใช้อำนาจลงโทษบุคคลที่ต้องหาว่ากระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล ซึ่งเป็นการไม่ถูกต้องอย่างยิ่งที่จะให้ศาลหรือผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้เสียหาย มีอำนาจลงโทษจำคุก อันเป็นโทษร้ายแรงแก่ผู้กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล เช่นนี้จึง เป็นการยากที่จะให้ผู้ต้องโทษ เข้าใจได้ว่าตนได้รับโทษจำคุกนั้นเป็นเพราะเหตุผลความเป็นธรรม หรือจากอคติผู้พิพากษา

ค. ทำให้ผู้พิพากษาบางท่านหลงลืม การมีอำนาจลงโทษจำคุกอย่างเฉียบขาดฉบับล้นอยู่ในมืออย่างกว้างขวาง ทำให้ผู้พิพากษาบางท่านหลงอำนาจ ซึ่งข้อเท็จจริง เช่นนี้มีปรากฏให้เห็นอยู่ทั่วไป จริงอยู่ผู้พิพากษาที่หลงอำนาจมีอยู่เป็นส่วนน้อยใน ๑๐ ท่านจะมีเพียง ๑ หรือ ๒ ท่านเท่านั้น แต่คำพิง เพยไทยแต่โบราณก็กล่าวไว้ว่า "ปลา เน่าตัวเดียวทำให้เหม็นหมกทั้งข้อง"

อย่างไรก็ดี ความเห็นในการให้ตัดโทษจำคุกออกเสียนั้น มีผู้คัดค้านว่าไม่สมควร โดยเห็นว่ากฎหมายนี้ยังเป็นประโยชน์ หากมีการตัดทอนออกเสีย

หนังสือพิมพ์มติชน ฉบับวันที่ ๖ กันยายน ๒๕๒๑ คำสัมภาษณ์ของนายสุธรรม ภัทราคม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม.

ก็จะเป็นการคัดอำนาจศาล อีกทั้งโทษจำคุกก็ไม่ร้ายแรงนัก เพียง ๒ เดือนเท่านั้น เช่นเดียวกันกับนานาประเทศที่ใช้อยู่ก็เกิน ยิ่งไปกว่านั้น ยังมีผู้ให้ความเห็นต่อไปอีกว่า การใช้คำว่าโทษจำคุก "อาจทำให้ออกทัศนคติที่ไม่ดีในกรณีที่มีการลงโทษจำคุกซ้ำสอง และอาจเป็นการคัดสิทธิของผู้รับโทษบางอย่าง เช่นสิทธิในการรับราชการ จึงให้ความเห็นว่าควรจะเปลี่ยนจากคำว่า "โทษ" มาเป็น "มาตรการพิเศษ" หรือ "วิธีการพิเศษ" ส่วนคำว่า "จำคุกหรือปรับ" อาจเปลี่ยนเป็น "กักหรือชำระพินัย" หรือ "ควบคุมตัวหรือชำระพินัย" ^๑ แต่ปัญหาเช่นนี้เชื่อว่าจะหมดไป เพราะร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว มาตรา ๓๓/๑ บัญญัติว่า "การขังและการให้ชำระพินัยตามมาตรา ๓๓ มีให้ถือว่าเป็นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา" ^๒

ปัญหาการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษา ในต่างประเทศก็ยังมีผู้เห็นว่า ผู้พิพากษาที่ได้ทำการตัดสินนั้น ก็ควรจะมีการควบคุมเช่นกัน โดยพิเคราะห์ตามกวีโรมันเดิม ที่กล่าวว่า "Sed quis-custodiet ipsos custodes ?" ซึ่งมีการแปลแพร่หลายให้ความหมายว่า "But who is to guard the guardians, who is to keep the keepers, who is to ward the warders ?" ฉะนั้น หากจะแปลว่า

^๑ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, เรื่องเดิม, หน้า ๓๓๐.

^๒ รายงานการประชุมครั้งที่ ๗ - ๓๓/๒๕๑๕.

"Who is to judge the judges?"^๑ ซึ่งหมายความว่า ใครจะเป็นผู้ตัดสินผู้พิพากษาแล้ว ก็แสดงให้เห็นแนวความคิดในปัจจุบันนี้ว่า เริ่มมองผู้พิพากษาที่ทำการพิพากษารรตคก็อย่างกว้างขวางมากขึ้น ฉะนั้น ผู้พิพากษาจึงควรมีทัศนคติอันดีในการที่จะพิทักษ์และคุ้มครองความยุติธรรม รวมทั้งอกทเบและสุภาพอ่อนโยนเป็นที่ยอมรับเชื่อถือของบุคคลทุกฝ่ายแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องอาศัยวิธีการขู่ว่าจะลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลแต่อย่างใด

๑

Frank Greenberg, 'The task of judging the judges?'

Judicature, Vol. 59/No. 10, May 1976, p. 459.

บทสรุปและผลของการใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ

การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษนั้น เป็นสิ่งสำคัญที่จะต้อง เคียงคู่อยู่กับกฎหมายทุกฉบับ ด้วยเหตุที่ลักษณะสำคัญของกฎหมายก็คือ การมีลักษณะ เป็นบทบังคับทั่วไป มุ่งใช้กับบุคคลทุกคน อย่างไรก็ตามการกระทำผิดของบุคคลนั้นย่อมมีพื้นฐานที่แตกต่างกัน ความมุ่งหมายและการกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดก็ย่อมต่างกันไปแล้วแต่สภาพแห่งการกระทำผิดและตัวบุคคล ด้วยเหตุนี้เองจึงจำต้องมีการใช้ดุลพินิจวางโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดอย่าง เหมาะสม

การใช้ดุลพินิจกล่าวคือ เป็นการตัดสินใจที่มีทางเลือกมากกว่า ๑ ทาง ซึ่งมีลักษณะสำคัญในการช่วยตัดสินใจอยู่ ๒ ประการคือ

๑. แนวกำหนดบนพื้นฐานความจริง (Scientific method) หรือสิ่งที่สามารถพิสูจน์ให้เห็นจริงได้ การตัดสินใจ เช่นนี้ย่อมสามารถทราบความถูกต้องหรือผิดพลาดได้ง่าย

๒. แนวกำหนดบนพื้นฐานของตรรกวิทยา (logical method) การตัดสินใจในบางครั้งจะต้อง เลือกไปในทางที่คิดว่าถูกต้องที่สุดตามที่ได้มีการยอมรับกันมา แม้ว่า การตัดสินใจ เช่นนั้นอาจผิดพลาดไปจากความเป็นจริงได้ แต่ด้วยเหตุที่ชี้ความสามารถในการวินิจฉัยชี้ขาดยังอยู่ในขอบ เขตจำกัด สังคมจึงยังคงยอมรับความถูกต้องในการตัดสินใจที่เป็นไปตามแนวทางของตรรกวิทยาว่า เป็นสิ่งที่ควร เชื่อถือ

การใช้ดุลพินิจของศาลโดยทั่ว ๆ ไป แบ่งออกได้เป็น ๓ ระดับด้วยกันคือ

๑. กฎหมายบังคับ กฎหมายจะช่วยการตัดสินใจในการใช้ดุลพินิจโดยบัญญัติเกี่ยวกับข้อสันนิษฐานของกฎหมายเอาไว้ ซึ่งข้อสันนิษฐานของกฎหมายเองแบ่งออกได้ดังนี้คือ

ก. ข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาด (relative) การที่กฎหมายบัญญัติข้อสันนิษฐานไว้เช่นนี้ ก็เพื่อประสงค์จะช่วยการตัดสินใจของบุคคลให้ได้รับความสะดวก

ในการตัดสินใจมากขึ้น แม้ว่าการตั้งข้อสันนิษฐานเช่นนั้นของกฎหมายจะไม่ถูกต้อง ตรงกับความจริงก็ตาม ด้วยเหตุนี้ข้อสันนิษฐานจึง เป็นสิ่งที่ยังไม่เด็ดขาด แต่ยอมให้ มีการพิสูจน์หักล้าง เพื่อค้นหาความถูกต้องแท้จริงได้ เช่นบทข้อสันนิษฐานในเรื่องประชุม ของโจร หรือตามพระราชบัญญัติการพนัน เป็นต้น

ข. ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด (absolute) ในหลายกรณี กฎหมาย จะบัญญัติไว้อย่างแจ่มชัด ให้การกระทำใด เป็นความผิดโดยตั้งข้อสันนิษฐานไว้ ไม่ยอม ให้มีการพิสูจน์หักล้าง เพื่อแสดงความจริง บทบัญญัติของกฎหมายเช่นนี้เป็นไปเพื่อสนอง นโยบายและเจตนารมณ์ของกฎหมาย และแก้ปัญหาช้อย่างยากในการพิสูจน์ เช่นตาม พระราชบัญญัติศุลกากร เป็นต้น

๒. อิทธิพลของกฎหมาย แนวทางการใช้ดุลพินิจของศาลที่สำคัญอีกประการ ก็คือ การอาศัยอิทธิพลทางกฎหมาย ซึ่งเป็นสิ่งที่เชื่อถือกันว่า เป็นสิ่งที่ยอมรับในความ ถูกต้องแท้จริง แต่ก็มีขี้นแนวทางที่ศาลจะต้อง เชื่อถือหรือปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด แต่ ถ้าสามารถพิสูจน์ได้ความเป็นอย่างอื่น หรือมีแนวทางในการตัดสินใจ เลือกใช้ดุลพินิจที่ดี กว่าตัวอย่างในทางอิทธิพลทางกฎหมายแล้ว ศาลก็ยอมใช้ดุลพินิจไปในทางอื่นได้

อิทธิพลทางกฎหมายที่สำคัญและเป็นที่ยอมรับในวงการศาลไทยก็คือ คำพิพากษาฎีกา ด้วยเหตุนี้ จึงจะเห็นได้ว่า ศาลได้กำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของตน วินิจฉัย ไปตามแนวของศาลฎีกาอยู่มากมาย

๓. ดุลพินิจโดยอิสระ ดุลพินิจโดยอิสระ เป็นการวินิจฉัยซึ่ง เหตุผลโดย ตัวบุคคลนั่นเอง ซึ่งการที่จะใช้ดุลพินิจให้ เป็นไปในลักษณะอย่างไรก็ย่อมขึ้นอยู่กับ องค์ประกอบสำคัญ ๒ ประการคือ

ก. แนวคิดบนพื้นฐานของตรรกวิทยา (logical method)

ข. หลักชี้หน้าหรือมูล เหตุประกอบในการใช้ดุลพินิจ

หากการใช้ดุลพินิจได้ตั้งอยู่บนองค์ประกอบทั้ง ๒ ประการนี้แล้ว ดุลพินิจ เช่นนั้นย่อม เป็นดุลพินิจที่ไม่ชอบธรรม

มูลเหตุประกอบการใช้ดุลพินิจ หรือหลักชี้ว่าในการใช้ดุลพินิจ แบ่งออกได้
ดังนี้คือ

๑. อำนาจ ดุลพินิจที่คตินั้นจะต้องขึ้นอยู่กับอำนาจของผู้ใช้ดุลพินิจด้วย หาก
ผู้ใช้ดุลพินิจมีอำนาจในการใช้มาก ทางเลือกที่จะค้นหาแนวทางของดุลพินิจก็ย่อมมีมาก
ขึ้น และย่อมจะหาทางใช้ดุลพินิจที่ตีได้มาก ในขณะที่เดียวกัน หากอำนาจของผู้ใช้ดุลพินิจ
มีน้อยหรือแคบ ทางเลือกของผู้ใช้ดุลพินิจย่อมถูกปิดกั้นไม่อาจจะนำดุลพินิจที่ตีที่สุดมาใช้
ยอม เป็นการชักชวนการใช้ดุลพินิจที่ตีไปอย่างน่าเสียดาย ซึ่งในทางปฏิบัติศาลไทยมี
อำนาจในการเลือกใช้ดุลพินิจที่ค่อนข้างจะคับแคบ

๒. ภูมิปัญญา ภูมิปัญญาของผู้ใช้ดุลพินิจก็เป็นสิ่งสำคัญ เพราะผู้ที่ฉลาดย่อม
เลือกใช้ดุลพินิจที่ตีได้มากกว่าผู้ที่ค่อยปัญญา หรืออีกนัยกล่าวได้ว่า การใช้ดุลพินิจ เป็น
สิ่งที่แสดงออกของภูมิปัญญาแห่งผู้ใช้ดุลพินิจนั้น

๓. กลไกของผู้ใช้อำนาจ กลไกที่จะช่วยค้นหาแนวทางในการใช้ดุลพินิจ
ก็มีส่วนสำคัญที่จะทำให้การใช้ดุลพินิจเป็นไปอย่างถูกต้องยิ่งขึ้น เช่นการที่มีพนักงาน
สืบเสาะหาข้อเท็จจริงมาประกอบการใช้ดุลพินิจของศาล ซึ่งยอมทำให้การใช้ดุลพินิจ
มีเครื่องช่วยวัดและตัดสินใจที่ตีได้มากขึ้น

๔. แบบอย่างก่อน ๆ การใช้ดุลพินิจที่พบเห็นอยู่ในปัจจุบันนี้ ส่วนหนึ่งมาจาก
แบบอย่างก่อน ๆ ที่เคยมีมา เช่นคำพิพากษาที่มีมาก่อน ซึ่งในทางปฏิบัติของศาลไทยนั้น
ยังไม่อาจนำแบบอย่างก่อน ๆ มาใช้ เป็นเครื่องช่วยในการตัดสินใจได้อย่างสนิทใจนัก
เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะว่า ในคำพิพากษามีได้แสดง เหตุผลให้กระจ่างชัดว่า เหตุใด
จึงได้มีการใช้ดุลพินิจให้เป็นไปเช่นนั้น ซึ่งแตกต่างจากการใช้ดุลพินิจตามคำพิพากษา
ของศาลต่างประเทศที่ได้แสดง เหตุผลที่ใช้ดุลพินิจ เป็นไปอย่างละเอียดละออ ซึ่งจะพบ
ได้ในคำพิพากษาส่วนที่เป็น *stare decisis* ในขณะที่คำพิพากษาของไทย
ส่วนใหญ่ยังเป็นไปในลักษณะ *hands of doctrine*

๕. ความมุ่งหมายของดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจในทางกฎหมายนั้น ย่อมจะ
ต้องกระทำไปเพื่อสนอง เจตนารมณ์ของกฎหมาย และเพื่อสนองให้บรรลุเป้าหมายใน
ภาวะปัจจุบัน โดยสามารถแบ่ง เป้าหมายของการใช้ดุลพินิจออกได้ดังนี้คือ

ก. สนองนโยบายของรัฐ

ข. สนองภาวะการณ์ในปัจจุบัน

ตัวอย่างที่จะเห็นได้จากความมุ่งหมายของดุลพินิจ เช่นการลงโทษผู้เสพยาเสพติด หากนโยบายของรัฐในขณะนั้นประสงค์จะให้มีการ เขียวยารักษาผู้ติดยาเสพติด แม้ว่าทางพิจารณาจะไม่ปรากฏชัดถึงขั้นจะลงโทษ แต่ศาลก็ควรมีอำนาจสั่งในทางควบคุม เพื่อรักษาผู้ติดยาเสพติดผู้นั้น หรือหากนโยบายของรัฐประสงค์จะให้ลงโทษผู้ติดยาเสพติด โดยโทษหนัก ศาลก็ควรจะใช้ดุลพินิจของตนให้เป็นไปในทำนองนั้น เช่นกัน หรือการใช้ดุลพินิจของอธิบดีกรมอัยการ ในกรณีที่ไม่ฟ้องนายสมฤกษ์ กิตติสุวรรณ พยานสำคัญ ในคดีกินป่าของ ร.ม.ต.สุรจิต จารุเสรี เป็นต้น ย่อมเป็นสิ่งที่กระทำไปเพื่อ สนองนโยบายของรัฐ เช่นกัน

๖. คิดถึงการถ่วงน้ำหนัก การใช้ดุลพินิจในทางกฎหมายนั้น กล่าวได้ว่า มีผลในปัจจุบันน้อยที่สุด คือมีผลเพียงคดีที่ตัดสินเพียงคดีเดียวเท่านั้น แต่จะมีผลต่อ เหตุการณ์ในภายภาคหน้าอย่างมากมาย ในกรณีที่จะต้องมีความพิพากษาในคดีหลังที่มีข้อเท็จจริง เป็นไปอย่างเดียวกัน และวินิจฉัยตามบรรทัดฐานที่มีมาก่อนอีกมากมายหลายคดี

ด้วยเหตุนี้ เมื่อใดที่ศาลมีทางเลือกในการตัดสินใจใช้ดุลพินิจ นอกจากจะ พิจารณาถึงดุลพินิจที่คดีแล้ว ยังจะต้องคำนึงถึงผลในภายภาคหน้าอีกด้วย ถ้าทางเลือกใดที่มีผลในภายภาคหน้าดีที่สุด ศาลควรใช้ดุลพินิจไปในทางนั้น

การใช้ดุลพินิจในการลงโทษ นอกจากจะต้องคำนึงถึงหลักทั่วไปในการใช้ ดุลพินิจแล้ว ยังจะต้องคำนึงถึงหลักวิชาที่สำคัญอีก ๒ ประการคือ

๑. อาชญาวิทยา ซึ่งเป็น เรื่องของวิทยาศาสตร์ในทางความประพฤติที่ศาล จะต้องนำมาพิจารณาประกอบในการวินิจฉัยลงโทษ

๒. อาญาวิทยา ซึ่งหมายถึงอำนาจในทางนโยบายของรัฐ ศาลย่อมจะ ต้องคำนึงถึงในการใช้ดุลพินิจด้วยเช่นกัน เพราะอาญาวิทยานั้น เป็นสิ่งขึ้นนโยบายของรัฐ ที่รัฐจะต้อง

ก. สงวนอำนาจในการคิดตามจับกุมผู้กระทำความผิด เช่นการจับกุมผู้กระทำความผิด เพราะถือว่าบุคคลทุกคนจะต้องมีหน้าที่ถูกจับกุม เมื่อมีความผิดเกิดขึ้น เพื่อพิสูจน์หาผู้กระทำความผิดที่แท้จริง แม้ว่าผู้ถูกจับกุมนั้นจะได้เป็นผู้กระทำความผิดที่แท้จริง แต่ก็ต้องยอมสละประโยชน์ของตนเพื่อรักษาความสงบและผลประโยชน์ของรัฐ เพื่อให้มีการชี้ผิดชี้ถูกโดยสถาบันของรัฐ คือศาลต่อไป เช่น เกี่ยวกันกับที่ประชาชนทุกคนต้องสละประโยชน์ของตนในการเสียด่านหรือถูกเกณฑ์ทหาร เป็นต้น

ข. สงวนอำนาจในการพิสูจน์ เช่นการกักขังในระหว่างพิจารณาพิพากษา เพื่อมิให้ทำลายหลักฐาน เป็นต้น

๓. ประชาชนต้องยอมรับการลงโทษ เมื่อศาลได้พิจารณาพิพากษาลงโทษผู้ใดแล้ว ผู้นั้นจะต้องยอมรับโทษทัณฑ์จะใช้สิทธิใด ๆ หลบเลี่ยงจากการถูกจองจำรับโทษมิได้

ด้วยเหตุนี้ การใช้ดุลพินิจในการลงโทษของศาลจึงจะต้องคำนึงถึงทฤษฎีการข่มขู่ และความศักดิ์สิทธิ์ของหลักในทางอาญาวิทยาไว้ด้วย หากมีการกระทำความผิดขึ้น แม้ว่าผู้กระทำความผิดจะมีเหตุผลควรแก่การสงสาร ศาลก็ไม่อาจที่จะหลีกเลี่ยงการลงโทษได้ เช่นการที่มีผู้กระทำความผิดลักทรัพย์ในราคาเล็กน้อย และผู้กระทำเป็นคนยากจน ศาลจะใช้ดุลพินิจลงโทษสถานเบาได้ แต่จะต้องไม่ลงโทษเบาจนกระทั่งเสียความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย เพราะมีเช่นนั้นแล้วจะเป็นแนวทางให้คนยากจนกระทำผิดไปหมด เป็นต้น

จากเหตุผลดังกล่าว เห็นได้ว่าการใช้ดุลพินิจในทางกฎหมายเป็นสิ่งที่จำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เพราะถือว่าดุลพินิจ เป็นสิ่งที่เคียงคู่กับกฎหมายเสมอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจเข้ามาเกี่ยวข้องในการวินิจฉัยลงโทษผู้กระทำผิดอย่างกว้างขวาง ซึ่งในการใช้ดุลพินิจลงโทษของศาลไทย แบ่งข้อควรพิจารณาออกได้ดังนี้คือ

๑. ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยความผิด จะกล่าวไปแล้วการใช้ดุลพินิจของศาลในชั้นตอนนี้มีความสำคัญที่สุด เพราะเป็นการกำหนดชะตาชีวิตของจำเลยโดยตรง

ว่าจะมีความผิดหรือไม่ ในทางปฏิบัติมีข้อเท็จจริงจำนวนไม่น้อยที่ศาลตัดสินลงโทษจำเลย ผู้บริสุทธิ์ไป หรือปล่อยตัวผู้กระทำผิดที่แท้จริง ปัญหาในการใช้ดุลพินิจในชั้นนี้แม้จะมี กฎหมายลักษณะพยานคอยชี้ทางอยู่ก็ตาม แต่ก็หา เป็นแนวทางที่เพียงพอจะควบคุมการใช้ดุลพินิจของศาลได้ไม่ ด้วยเหตุที่กฎหมายลักษณะพยานเกี่ยวกับการพิสูจน์ความผิด ยังหละหลวมอยู่ ด้วยเหตุนี้ ดุลพินิจในการวินิจฉัยความผิดจึง เป็นไปในลักษณะที่คำพิพากษานี้ที่ ๒๓๑-๒๓๘/๒๕๕๒ วินิจฉัยไว้ คือ เป็นเค็ดชาคดุลพินิจศาล

๒. ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษ หลังจากศาลได้วินิจฉัยแล้วว่า จำเลย เป็นผู้กระทำความผิดจริง ศาลยังคงจะต้องใช้ดุลพินิจต่อไปอีกว่า ควรจะกำหนดอัตราโทษ เพื่อจะลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดเพียงใด สถานใดจึงจะเหมาะสม ปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในกรณีนี้มีมานานแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดอัตราโทษลงแก่ผู้กระทำความผิดไม่เท่ากัน ในขณะที่จำเลยกระทำความผิดอย่างเดียวกัน แต่อัตราโทษที่จำเลยได้รับแตกต่างกัน

ข้อขัดข้องของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษต่ำ-สูงไม่เท่ากันนี้มาจากพื้นฐานในการใช้ดุลพินิจที่แตกต่างกันของตัวผู้พิพากษา ซึ่งแน่นอนว่า หากผู้พิพากษาได้ใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ โดยมีมาตรฐานในการกำหนด เป็นไปในแบบวิธีเดียวกันแล้ว ปัญหาดังกล่าวก็จะหมดไป มาตรฐานในการกำหนดดุลพินิจของผู้พิพากษานั้นก็คือ ทฤษฎีการลงโทษสภาพแห่งความผิด และมูลเหตุประกอบในการใช้ดุลพินิจ

๓. ดุลพินิจในเหตุอื่น ๆ อันเกี่ยวกับการลงโทษ ซึ่งมีสิ่งที่จะต้องพิจารณาอยู่ ๓ ประการก็คือ การรอกการลงโทษ ที่ยังมีปัญหาการกำหนดที่แตกต่างกันของการใช้ อยู่ เหตุบรรเทาโทษที่ศาลควรจะต้องพิจารณาให้รอบคอบ มิใช่ใช้อย่างพร่าเพรีอเกินไป ซึ่งจะเป็นผลเสียต่อวงการยุติธรรมเอง หรือการละเมิดอำนาจศาล ซึ่งเป็นสิ่งที่ศาลจะต้องระมัดระวังการใช้อำนาจลงโทษในกรณีนี้ให้มากขึ้น

ปัญหาข้อขัดข้องต่าง ๆ ของการใช้ดุลพินิจในการลงโทษของศาล เมื่อพิจารณาแล้ว จะเห็นได้ว่ามาจากสาเหตุ ๒ ประการด้วยกันคือ

๑. กฎหมาย เปิดช่องทางให้ศาลใช้ดุลพินิจกว้างเกินไป ทำให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถใช้อดุลพินิจของตนไปในแนวทางต่างกันหลายนัย

๒. ผู้ใช้กฎหมายมิได้ใช้อดุลพินิจไปในแนวทางที่กฎหมายต้องการ เป็นสิ่งที่เห็นได้ว่า ในการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น ศาลได้ใช้อดุลพินิจในการกำหนดโทษโดยมิได้คำนึงถึงเหตุอันหนักของการลงโทษ หรือสภาพของข้อเท็จจริงในการกระทำความผิดเป็นประการสำคัญ จึงทำให้การใช้อดุลพินิจในการลงโทษมิได้เป็นไปตามที่กฎหมายต้องการ ทั้งยังก่อให้เกิดปัญหาอื่น ๆ ติดตามมาอีกด้วย เช่นปัญหาการวางโทษสูง—ต่ำไม่เท่ากัน เป็นต้น

๓. ความล้มเหลวในทางอาญาส่วนใหญ่มิได้ขึ้นอยู่กับศาล แต่เป็นความล้มเหลวที่เกิดขึ้นก่อนและหลังจากที่ศาลได้ใช้อดุลพินิจ เป็นส่วนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งความล้มเหลวในการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจ และแม้แต่หน่วยงานราชทัณฑ์ที่ไมอาจสนองเจตจำนงศในการลงโทษของศาลได้อย่างเต็มผล ไม่ว่าจะในด้านการปฏิบัติงานที่หละหลวม การขาดขวัญใจในต่าง ๆ ทำให้ผิดที่ติดตามมาให้เห็นอย่างเด่นชัดก็คือสถิติการกระทำความผิดซ้ำของผู้ที่เคยได้รับโทษมาแล้วยังอยู่ในเกณฑ์สูง เหล่านี้เป็นสิ่งที่ควรจะทำให้ความสนใจในการปรับปรุงแก้ไขอย่างมากที่สุด เพราะ เป็นสิ่งที่ทำให้การใช้อดุลพินิจของศาลได้ผลไม่สมตามประโยชน์ที่มุ่งหวัง

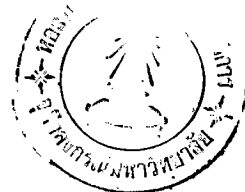
ข้อเสนอแนะ

สาเหตุสำคัญของข้อขัดข้องในการใช้อดุลพินิจของศาลในการลงโทษ อยู่ที่บุคคลากรคือตัวผู้พิพากษาเองที่ยังมีการใช้อดุลพินิจไปในแนวทางที่แตกต่างกัน การแก้ไขปัญหานั้นสำคัญจึง เป็นสิ่งที่ให้ผู้พิพากษายอมรับหลักการลงโทษ และมองเห็นความสำคัญของสภาพของข้อเท็จจริงแห่งการกระทำผิด อีกทั้งมูลเหตุประกอบการใช้อดุลพินิจ ยอมรับและนำเอาหลักการทั้งสามมา เป็นบันทึกรฐานในการใช้อดุลพินิจของตนให้ได้ไม่ว่าจะโดยวิธีบังคับคือตรากฎหมายบัญญัติวิธีพิจารณาออกมา หรือโดยสมัครใจ เช่นการที่ผู้พิพากษามาประชุมให้ข้อคิด วางวิธีปฏิบัติในระหว่างเหล่าผู้พิพากษาเอง รวมทั้งอบรมวิชาการในค่านนั้นให้

เสริมทักษะในการใช้ดุลพินิจได้อย่างถูกต้องขึ้น ดัง เช่นที่เหล่าผู้พิพากษาของสหรัฐอเมริกา ได้กระทำจนประสบผลสำเร็จจนกระทั่งได้ตรากฎหมายคือ U.S.C. (1958) มาแล้ว

ผู้เขียนขอเสนอแนะ

๑. ควรจะมีการให้ความสนใจต่อปัญหาข้อเท็จจริงให้มากขึ้น เพราะเท่าที่ผ่านมา นักกฎหมายโดยทั่วไปมุ่งศึกษาในข้อกฎหมายเท่านั้น ทำให้เมื่อจะต้องใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ มีการวินิจฉัยผิดพลาดในปัญหาข้อเท็จจริงตลอดมา ทั้งนี้กฎหมายลักษณะพยานควรจะมีการแก้ไขเสียใหม่ให้มีวิธีพิสูจน์ความผิดและใช้ดุลพินิจซึ่งนำหนักพยานที่รัดกุมกว่าที่เป็นอยู่ ซึ่งเป็นแต่เพียง เปิดทางให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจของตนโดยอิสระเท่านั้น
๒. ศาลจะต้องให้ความสำคัญต่อทฤษฎีการลงโทษ และยอมรับข้อเท็จจริงแห่งการกระทำความผิด เพื่อประกอบในการใช้ดุลพินิจให้มากขึ้น ทั้งนี้เพื่อให้การใช้ดุลพินิจ เป็นไปในแนวทางที่ถูกต้องตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมายให้มากขึ้น อีกทั้งจะต้องยอมรับฟังข้อเท็จจริงที่มีอิทธิพลต่อการใช้ดุลพินิจให้มากขึ้น แม้จะเป็นข้อเท็จจริงนอกส่วนความก็ตาม หากการยอมรับข้อเท็จจริง เช่นนั้นไม่ทำให้คู่ความอีกฝ่ายเสียเปรียบในเชิงอรรถคดี และไม่ขัดต่อหลักวิธีพิจารณาความ
๓. ผู้พิพากษาจะต้องยอมรับ และศึกษาเพิ่มเติมในวิชาการด้านจิตวิทยา สังคมสงเคราะห์ หรืออื่น ๆ ที่เป็นสิ่งเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ เพื่อให้พื้นฐานการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาอยู่ในมาตรฐานเดียวกัน และทำให้การใช้ดุลพินิจ เป็นไปในทิศทางที่กฎหมายต้องการมากที่สุด
๔. ทางด้านโทษ บทบัญญัติของกฎหมายยังเป็นบทบัญญัติถึงโทษต่าง ๆ ไว้ไม่เพียงพอหรือกว้างขวางเท่าที่ควร จะ เป็นไปดัง เช่นต่างประเทศที่มีโทษซึ่งสนองนโยบายของรัฐได้อย่างเต็มที่ เช่นโทษให้ทำงานหนัก ซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับประเทศที่มีประชาชนยากจนมากอย่างประเทศไทย ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะให้มีการเพิ่มเติมโทษ เช่นให้ทำงานหนักไว้ในประมวลกฎหมายอาญาคด้วย



ภาษาไทย

ประเภทแผนปลิว

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คฤพินิจไม่ฟ้องคดีอาญาที่มีมูลของอัยการในสหรัฐอเมริกา
แผนปลิวคำบรรยายประกอบการศึกษาวิชากฎหมายวิธีสบัญญัติ เปรียบเทียบ
ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์และปีที่พิมพ์.

Joachin Herrmann, The Rule of Compulsory Prosecution and the
Scope of Prosecutorial Discretion in Germany. แปลโดย
เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, แผนปลิวประกอบคำบรรยาย ไม่ปรากฏ
สถานที่พิมพ์และปีที่พิมพ์.

โกเมน ภัทรภิรมย์. กฎหมายอาญา เปรียบเทียบและอาชญาวิทยา ๒ จัดพิมพ์โดย
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์.

ชานินทร์ กรัยวิเชียร. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แผนปลิวคำ
บรรยายวิชา IA ๓๒๑ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
จัดพิมพ์, ๒๕๑๖.

การคุมประพฤติผู้กระทำผิดที่เป็นผู้ใหญ่, เอกสารสำนักงานคุมประพฤติกลาง ลงวันที่
๓๑ กรกฎาคม ๒๕๒๒.

ประเภทหนังสือและวารสารต่างประเทศ

Frank Greenberg, "The task of judging the judges," Judicature
Vol. 59/No. 10, May 1976.

Kenneth Culp Davis; Discretionary Justice, 2nd ed., Louisiana:
Edwards Bros, Inc., 1969.

Black's Law Dictionary, 4th ed., st; Paul, Minn: West Publishing Co, 1951.

Halsbury's Laws of England, Vol 3, 3 rd ed, London: Butterworth & Co.(Publishers) Ltd., 1955.

Halsbury's Laws of England, Vol 8, 3 rd ed, London: Butterworth & Co. (Publishers) Ltd., 1955.

Halsbury's Laws of England, Vol 10, 3 rd ed, London: Butterworth & Co. (Publishers) (Ltd., 1955.

Halsbury's Laws of England, Cumulative Supplement 1975, 4th ed.
Vol 1 - 8 and 3 rd ed. Vol 10 - 19, London: Butterworth & Co. (Publishers) Ltd, 1975.

The New York Times, June 14, 1977.

Pierre Bouzat, Traite de droit penal et de criminologie, Deuxieme Edition, Paris: Librairie Dalloz, 1970.

Wayne R. Lafave, Austin W. Scott Jr. Criminal Law, st Paul Minn: West Publishing Co., 1972.

ประเภทวารสาร

รองพล เจริญพันธ์, "การไร้จุดพิเจในกฎหมายเยอรมัน," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ ๘ ฉบับที่ ๘ (๒๕๒๑).

ชานินทร์ กรัยวิเชียร, "ศาลกับพยานบุคคล," วารสารกฎหมาย ปีที่ ๓ ฉบับที่ ๓ (กันยายน - ธันวาคม ๒๕๒๐).

มารุต บุญนาค, "การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่," วารสารทนายความ, ปีที่ ๑๗ ฉบับที่ ๑ (พฤษภาคม ๒๕๑๘).

_____ . "ชุดกิจกรรมของจำเลยผู้บริสุทธิ์," บทคดีคดี เล่ม ๒๗ ตอน ๑ (๒๕๑๓).

โกเมน ภัทรภิมย์, "การรื้อฟื้นคดีที่พิจารณาคดีใหม่," วารสารกฎหมาย, ปีที่ ๒
ฉบับที่ ๓ (กันยายน ๒๕๑๕).

สรร เสริฐ ไกรจิตติ, "อุทพิณใจ การกำหนดโทษ," กฎหมาย ปีที่ ๓๗ เล่ม ๑
(มกราคม - กุมภาพันธ์ ๒๕๑๓).

"การอธิบายเรื่องโทษอาญา ซึ่งเป็นปัญหาทางสังคม," วารสารทนายความ
ปีที่ ๑๖ เล่ม ๔ (กุมภาพันธ์ ๒๕๑๔).

จตุพร วงศ์ทองสรรค, "โทษประหารชีวิต," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ ๓ ฉบับที่ ๓
ภาค ๑ (๒๕๒๐).

ศิริ อิศวนนท์, "ปัญหาเรื่องรอการลงอาญาจำเลย," บทบัญญัติ เล่ม ๑๒ ตอน ๑
(มิถุนายน ๒๕๔๓).

วารสารอัยการ ปีที่ ๑ ฉบับที่ ๔ (สิงหาคม ๒๕๒๑).

ปฤณะ สุทธิประภา, "บทความพิเศษ," วารสารอัยการ, ปีที่ ๑ ฉบับที่ ๑๒
(ธันวาคม ๒๕๒๑).

ชุมพร พลรักษ์, "การละเมิดกฎหมายในสังคมไทย," วารสารทนายความ
ปีที่ ๑๕ เล่มที่ ๒ (สิงหาคม ๒๕๑๖).

สุจริต ถาวรสุข, คดีพระยอกเมืองขวางเจ้าเมืองคำม่วน กรุงเทพมหานคร :
โรงพิมพ์รุ่งเรืองรัตน์, ๒๕๑๘.

ประเภทหนังสือ

วิษณุ เครืองาม, สังคมการเมืองสำหรับนักกฎหมาย พิมพ์ครั้งที่ ๒

กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๒๐.

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๔๓, พิมพ์ครั้งที่ ๑๑ พระนคร :

โรงพิมพ์การศาสนา, ๒๕๑๓.

นิติศาสตร์ไพศาล, พระยา, กฎหมายอาญาพิศดาร พระนคร : โรงพิมพ์

มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, ๒๕๔๓.

ธานีทร กัรบวิเชียร, ภาษากฎหมายไทย พระนคร : โรงพิมพ์คุรุสภา, ๒๕๑๔.

_____ . คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์การศาสนา,
๒๕๑๘.

สัตยบุษยานุก, หลวง, วิชาข้อเท็จจริง พิมพ์ครั้งที่ ๕ ชนบุรี : โรงพิมพ์
ประยูรวงศ์, ๒๕๐๘.

โอสถ โกสิน, กฎหมายลักษณะพยาน พิมพ์ครั้งที่ ๒ กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์
ไทยเซรม, ๒๕๑๗.

ประมุข สุวรรณศรี, กฎหมายลักษณะพยาน พิมพ์ครั้งที่ ๗, กรุงเทพมหานคร :
โรงพิมพ์กรุงธน, ๒๕๑๗.

คณิง ภาไชย, คดีพิลึก กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เมืองอักษร, ๒๕๒๑.

รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม, วันที่
๒๒ - ๒๖ ธันวาคม ๒๕๑๒, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์สถาบันวิจัยศาสตร์
ประยุกต์แห่งประเทศไทย, ๒๕๑๕.

วันพี ๒๕๒๒ วิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตยศ, กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ประเสริฐศิริ,
๒๕๒๒.

อุททิศ แสนโกติก, อุททิศอนุสรณ์ หนังสืออนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ
คร.อุททิศ แสนโกติก ๒๓ มีนาคม ๒๕๑๕, นครหลวงกรุงเทพ-
ชนบุรี : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, ๒๕๑๕.

สุจริต จาวรสุข, วิทยาการการ พิมพ์ครั้งที่ ๕ กรุงเทพมหานคร : แสงทอง
การพิมพ์, ๒๕๒๑.

_____ . คดีพระยอกเมืองขวางเจ้าเมืองคำมวน, กรุงเทพมหานคร :
โรงพิมพ์รุ่งเรืองรัตน์, ๒๕๑๘.

จิตติ คิงศกัณย์, ประมวลกฎหมายอาญา ภาค ๑ ตอนที่ ๒ พิมพ์ครั้งที่ ๓
กรุงเทพฯ : จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา,
๒๕๑๔.

ประวัติการศึกษา



นายพนพร โพธิ์รังสิยากร สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต เนติบัณฑิต
ไทย จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหงและสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่ง
เนติบัณฑิตยสภา ปี ๒๕๑๘ และ ๒๕๒๐ ปัจจุบันรับราชการในตำแหน่งอาจารย์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

Chulalinet



3 0021 00103352 1