

คุณพินิจของศาลในการกำหนดโทษ

ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจ

ในการพิจารณาพิพากษารรคดีอาญาของศาล กล่าวโดยหลักแล้วศาลมีหน้าที่สำคัญอยู่ ๓ ประการด้วยกันคือ การค้นหาข้อเท็จจริง การปรับใช้กฎหมาย และการพิจารณากำหนดโทษ รวมเรียกกันว่า การลงโทษของศาล

ในการใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษนี้ ศาลจะใช้ดุลพินิจด้วยกัน ๒ ส่วน คือ ว่าด้วยดุลพินิจในการพิจารณาข้อเท็จจริง และดุลพินิจในการกำหนดโทษ ส่วนการปรับใช้กฎหมายนั้น เป็นปัญหาข้อกฎหมายว่าด้วยการบังคับใช้และการตีความ ซึ่งตกอยู่ภายใต้หลักที่ว่ากฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด ด้วยเหตุนี้ในการปรับใช้กฎหมาย จึงเป็นส่วนที่ถือว่าจะต้อง กฎหมายอาญาที่ดีต้อง เป็นกฎหมายที่เปิดช่องให้ใช้ดุลพินิจน้อยที่สุด แต่สำหรับในการค้นหาข้อเท็จจริง หรือการกำหนดโทษ กฎหมายเปิดช่องให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจได้ตามความเหมาะสมอย่างเต็มที่ โดยในการค้นหาข้อเท็จจริงนั้น มาตรา ๒๒๓ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติไว้กว้าง ๆ เพียงว่า "ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีกรกระทำผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำผิดนั้น" และในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ กฎหมายก็เปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจกำหนดโทษไว้หลายประการ เช่นโดยการกำหนดโทษขั้นสูงและขั้นต่ำ ให้ศาลเลือกใช้ดุลพินิจลงโทษจำเลย ภายในกำหนดโทษนั้น หรือการกำหนดไว้เพียงอัตราโทษขั้นสูง เพื่อให้ศาลใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่ในการกำหนดโทษ และในการให้ศาลใช้ดุลพินิจเลือกโทษ

ว่าควรลงโทษอย่างไรจึงจะเหมาะสม เช่นในมาตรา ๒๕๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่กฎหมายกำหนดโทษไว้ให้ศาลเลือกใช้ คือโทษประหารชีวิต หรือโทษจำคุกตลอดชีวิต

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

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

จากปัญหาการลงโทษต่างกันในความผิดฐานเดียวกันของศาลนี้ ก่อความสนใจให้กับบุคคลในวงการกฎหมายเป็นอย่างมาก และถือได้ว่าเป็นสิ่งที่ผู้พิพากษาถูกเพ่งเล็งมากที่สุด ^๒ ทำให้มีนักศึกษากฎหมายชั้นนำคนหนึ่ง ทำการค้นคว้าเกี่ยวกับดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาล และได้กล่าวไว้ในรายงานภาคินพนธ์ของเขาว่า "ผู้พิพากษาบางนายใช้วิธีคุมประพฤติเพียง ๑๐ เปอร์เซ็นต์หรือน้อยกว่า ๑ เปอร์เซ็นต์ของเขา 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 และมีปัญหามาเป็นเวลานานแล้วอีกด้วย ปัญหา เช่นนี้ก่อให้เกิดความฉงนพระทัยแก่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว และพระองค์ไต่หนังสือพระราชูณาไปยังเสด็จนิกรมหาดวงราชบุรีศรีเรกฤทธิ ซึ่งเป็นเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมในขณะนั้นมาแล้ว ซึ่งในที่นี้จะขออัญเชิญความในหนังสือนั้นมากล่าวไว้คือ

"ถึง กรมหมื่นราชบุรีศรีเรกฤทธิ

ด้วยกระทรวงมหาดไทยมีจดหมายมาว่า ข้าหลวงเทศาภิบาลมณฑลเพชรบูรณ์ ได้รับเรื่องราวอายอองนักโทษ ซึ่งต้องจำคุก ๔ ปีกับ ๑๐ วัน ขอเลิกโทษที่ต้องหาว่าเป็นปราชิกศาลตักดินจำคุก ๑๐ ปี ข้าหลวงเทศาภิบาลว่าคดีอย่างเดียวกันชั้นหลังนี้ศาลกำหนดโทษเพียง ๕ ปีและ ๗ ปีเป็นที่สุด กระทรวงมหาดไทยว่าโทษปราชิกที่ศาลกำหนด ๑๐ ปีแรงอยู่ ที่อายอองต้องรับโทษมา ๕ ปีเศษนั้น สมควรแก่ความผิดแล้วจะขอให้อายอองหลุดพ้นโทษไปครั้งหนึ่ง เรื่องกำหนดโทษนั้น เคียงนี้ดูไม่มีประมาณที่ใกล้เคียงกันเลยเหมือนอย่างเรื่องนี้ ในใบบอกเมืองเพชรบูรณ์ว่าอายอองต้องโทษกำหนด ๑๐ ปี เกลินไป เห็นความชั้นหลังเคยลงโทษกันเพียง ๕ ปี ๗ ปี ฝ่ายกระทรวงมหาดไทยเห็นว่า ๔ ปีพอแล้ว เป็นตามแต่ใครเห็นว่าเท่าใดจะพอ ยังมีเรื่องอื่นอีก เช่นโทษเงินแดง รายงานไปเลิกกล่าวว่างโทษ เบาหนักไม่พอที่จะระงับคนชั่วร้ายได้ ตัวอย่างซึ่ง เขายกขึ้นในรายงานนั้นก็ เห็นว่า เบา เหลือ เกินจริง ยิ่งกระทรวงมหาดไทยก็เคยบ่นในใบบอก แลรายงานต่าง ๆ ว่า การที่จะสืบหาพยานในเรื่องผู้ร้ายยากด้วยเหตุว่าราษฎรพากันกลัวว่าผู้ร้ายมาต้องโทษ อยู่มีกำหนดคนน้อย พ้นโทษขึ้นไปก็ผูกพยาบาท

ที่สุดจนผู้ร้ายเล็กน้อยซึ่งทำอันตราขายอยู่ในสวนกุหลาบนี้ ถึงจับได้ไปติดโทษอยู่เพียงน้อยวันก็กลับมาขโมยอีก การที่จะจับผู้ร้ายได้แต่ละครั้งก็ยาก ลงโทษเล็กน้อยไม่คุ้มแก่การล่าช้าที่จับ

การเรื่องนี้ได้เคยสนทนากับกรมหมื่นศิริราชพงศาวดาร เพราะเหตุที่ได้คิดว่า 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
อย่างนี้โดยคุณแต่กำหนดไปอย่าง เดียวนั้นไม่พอ เป็นต้น เช่นการทำผิดในฐานลักทรัพย์
ถ้าจะคันดูแล้วก็มีที่ เห็นได้ว่าในเรื่องหนึ่งคนต้องติดคุก ๓ ปี อีกเรื่องหนึ่งติดคุก ๗ วัน
ได้ฟัง เช่นนี้ ก็ต้องวินิจฉัยว่าการลงโทษอันไม่เป็นระ เบียบ เช่นนี้ เป็นการผิดยุติธรรม
ข้างใดข้างหนึ่ง แต่ถ้าวางไปละเอียดแล้ว บางที่จะเป็นยุติธรรมทั้ง ๒ เช่น
นักเลงสูบฝิ่นกินเหล้า เจาะหน้าคางเป็นที่ในบ้านลักทรัพย์ เช่นนี้ ๓ ปีก็พอควร แต่ถ้าคน
บ้านนอกเข้ามากรุง เทพา หลงทางหาอาหารจะบริโภคไม่ได้ เวลาหิวรวยฆ่าฆ่าฆ่า
ของผู้อื่นไป ๗ วันก็ไม่ ไก่กลับที่อันควร เหตุที่จะวางโทษหนักๆ เบานั้นมีหลายพันอย่าง
เช่นจำเลยเป็นผู้ใหญ่ๆ เด็ก เป็นคนนักเลง ถ้าเป็นคนตีมาแต่เดิม เป็นคนผู้ที่จะรู้สึก
โทษมาก ถ้าเป็นคนที่ดำนแก่โทษ 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 พระพุทธเจ้ามาขึ้นที่เมืองอังกฤษ มีสเตอร์แลนุแซไกด์กล่าวขึ้นเหมือนกันในหนังสือพิมพ์ มีนามว่า "ครุฑ" มีสเตอร์แลนุแซไกด์พิมพ์บัญชีกำหนดโทษ เป็นคู่ ๆ กันไป ข้างหนึ่งกำหนดที่สูง เหลือเกิน ข้างหนึ่งที่ต่ำเหลือเกิน เรื่องนี้ได้ออกในหนังสือพิมพ์ครุฑทุกอาทิตย์กว่าปี เรียกว่า ดีเกิดบิด เลอวี (ตอกชื่อผู้พิพากษา) โทมี่ซ้อหุ่มเถียงกันมาก แต่ถ้ามองในหนังสือพิมพ์อย่างเดียว การที่มีสเตอร์แลนุแซไกด์กล่าวขึ้นนั้นก็ชอบกล จึงได้มีคนพิจารณาละเอียดเย็บคกลงไป ค้นได้ว่าตารางบัญชีเช่นนี้จะยกขึ้นเป็นเกณฑ์ไม่ได้

ในประการที่ ๑ ดังที่ได้กราบบังคมทูลพระกรุณานี้ เป็นเหตุอย่างหนึ่งที่กำหนดโทษสูงบ้างต่ำบ้างอันเข้าใจง่าย ยังมีอีกประการหนึ่งที่เข้าใจยาก และที่กลิ้งกลกว่าประการที่ ๑

๒. ใคร ๆ ก็ทราบอยู่แล้วว่า ในเรื่องราชการที่จะหาคน ๓ คนมีความเห็นว่าจะดำเนินราชการอย่างไรให้ถึงความเห็นพร้อมกันนั้น ก็ยากนักยากหนามิใช่เหตุว่าที่เห็นไปต่าง 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 ตุลาการให้ตรวจเห็นในวิธีที่ทำการฉลองพระ เศษพระคุณ การยากที่จะบังคับให้ความเห็นลงกันหมดเป็นระเบียบมากเท่าใด การบังคับบัญชาผู้พิพากษาให้วางโทษ เมื่อระเบียบนั้นก็ยากเท่ากันมากกว่าหลักกฎหมายมิได้ เมื่อร้อยเป็นพันเรื่อง ราชการที่จะต้องเถียงกันคงไม่เกิน ๑๐ สมัยโคสสมัยหนึ่ง

ก็จริงอยู่ที่มีมากที่การลงโทษนั้นหนักไปๆ เขาไปจนเหลือวิสัย ที่จะจับไป ก็เพียงจับได้แต่ในส่วนที่เหลือนิสัยเท่านั้นเอง จะจับเกินกว่านี้ขึ้นไปตามที่ ข้าพระพุทธเจ้าทราบนั้นทุกแห่งในโลกได้ออกเช็ค ๆ ข้อบัญญัติของกฎหมายในโลกนี้มีอยู่ ๒ อย่าง ๆ หนึ่งกำหนดอัตราอย่างสูงไม่กำหนดอัตราโทษอย่างต่ำด้วย เป็นต้น ลัทธิพิชิตกรรมคาโทษไม่ให้เกิน ๓ ปี อีกอย่างหนึ่งกำหนดเขตสูงและเขตต่ำ ๒ อย่าง เช่นลัทธิพิชิตกรรมคาอย่างมาก 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 ที่ยังว่าร้อนและ เย็น เพียงไร การที่ทำไปได้ในโลกนี้ก็ เพราะด้วยความเดาทั้งสิ้น คือเดาว่าอายุนี้น่าผิดจริง ๆ หรือไม่ เทาว่าโทษ เทาใดจึงจะพอ ในเวลาที่ไม่มีความเที่ยง จะซึ่งโทษและผิดให้ เสมอกัน การทั้งหลายที่ต้องใช้ความเดา เป็นพื้นที่ต้องคลาดเคลื่อน อยู่บ้าง เป็นธรรมดา แต่การคลาดเคลื่อน เช่นนี้มีอยู่ เป็นพื้นทุกบ้านทุก เมืองจนออกลืมน ๆ กันเสียหมด ในสมัยนี้จึงใจแต่เพียงให้มีระเบียบในหลักใหญ่ ๆ ของกฎหมายเท่านั้นเอง เช่นว่าลักขโมยให้มีโทษ แต่ในส่วนรายละเอียดว่าโทษจะเพียงไร จะกำหนดเป็นขั้นเข้า เมื่อใดมีผลร้ายมากกว่ามีผลดี ในระหว่างพวกที่รู้กฎหมายหลักสูตรแพ้นะระาหลัก สูตรบัญญัติ เป็นสิ่งที่จับใจอย่าง เดียว ถ้าแพ้นแล้วจะถูกจับจะต้อง เสียมากจากน้อยนั้น เป็นผลความ เพราะเหตุฉะนั้น ข้อที่ศาลสูงวางบทกฎหมายอย่างไรจึงจำ เป็นต้องให้ 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 บางอย่างซึ่งเป็นพลีชีที่ควรแก้ไขให้ลงระเบียบ บางอย่างถ้าจะแก้ไขให้ลงระเบียบแล้วจะเป็นการรบกวนยุติธรรมไปที่เดียว เช่นอย่างพวกชาวป่า เป็นต้น

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

การจะควรประการใดสุดแล้วแต่จะทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อม
ขอ เคารวะ

(ลงพระนาม) รัชพัฒน์ศักดิ์ ๑

พระราชหัตถเลขา

ที่ ๔๑/๔๔๑๒

สวนกุหลาบ

วันที่ ๑๒ มีนาคม รัตนโกสินทรศก ๑๒๑

ถึงกรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์

ได้รับหนังสือที่ ๑๐๒/๓๕๕๐ 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 เสนาบดีกระทรวงยุติธรรม
ว่าจะมีทำทางอย่างไรบ้าง ซึ่งจะนำความเห็นแห่งผู้พิพากษาทั้งปวงให้แตกต่างกันได้
อย่างน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ ถ้าถ้าจะว่าโดยตรงก็นึกสงสัยอยู่บ้างว่าผู้พิพากษาหัวเมือง
ถ้าผู้พิพากษาใหม่ ๆ ซึ่งไม่คุ้นเคยแก่หน้าที่เมื่อไปอยู่ห่าง ๆ กัน จะต่างคนต่างถือ
ความคิดของตัว เป็นหลักตามที่เห็นว่า เป็นการสมควรจริง แต่ความเห็นนั้นจะต่าง ๆ กัน
มาก เพราะอยู่ไกลกัน

ความที่คำนึงใจในเวลา เมื่อเขียนหนังสือว่า ถ้าพูดไป เช่นนี้ เสนาบดีก็จะทำ
อย่างไรจะ เป็นที่พอใจนั้น ไม่ได้มุ่งหมายว่า เสนาบดีจะร่างกฎหมายกำหนดโทษ
เข้ามาให้ แต่ได้มุ่งหมายว่าจะมีคำชักเสือนอย่างไร ซึ่งจะนำความคิดให้คิดคล้าย ๆ
กันเข้าได้มาก เช่นนั้นจะ เป็นที่พอใจแล้ว

เพราะฉะนั้น เมื่อเห็นในท้ายหนังสือนี้ ราวว่าจะทำคำเตือนสติเรื่องกำหนดโทษ แจกไปทุกศาลดังนี้ เป็นที่พอใจแล้ว

(พระบรมนามาภิไธย) สยามินทร์^๑

จากหนังสือกราบบังคมทูลของกรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ใ้แสดงถึงหลัก เกณฑ์ และปัญหาบางประการในการกำหนดโทษของผู้พิพากษา ซึ่งเป็นความจริงอยู่อย่างหนึ่งว่า การจะกำหนดโทษ เพื่อลงแก่ผู้กระทำความผิดให้คายตัวลงไปในนี้กระทำมิได้ 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 หรือมีการลงโทษหรือกำหนดโทษที่มีได้ คำนี้ถึง 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 ทฤษฎีที่ประกอบด้วยกัน

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 (deterence)
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 อย่างไม่ใดก็จะได้ รับการทดแทนความเสียหายนั้น^๑ ฉะนั้น ตามทฤษฎีนี้ถือว่า การกระทำ ความผิดขึ้นอย่างใด ผู้กระทำผิดก็ต้องชดใช้กรรมอย่างนั้น เป็นการรับโทษ อย่าง เป็นสัดส่วนกัน

ความหมายของการให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษ เป็นสัดส่วนกันนี้ มีอยู่ ๒ ประการด้วยกัน

ประการแรก ถือส่วนสัดส่วนในการทดแทนโดยคำนึงจากความรุนแรงของการกระทำผิด มา เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาโทษ เช่นผู้กระทำผิดฆ่าผู้อื่น เขา จะต้อง ได้รับโดยการประหารชีวิตเช่นกัน วิธีเช่นนี้ เรียกว่า 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 เสมือนว่าสังคมเห็นผู้นั้นสมควรให้กระทำความผิด^๑

อย่างไรก็ดี ทฤษฎีการลงโทษ เพื่อทดแทนนี้ ในปัจจุบันได้เสื่อมความนิยมลง เพราะมีผู้แสดงความเห็นคัดค้านไว้หลายประการคือ

๑. ทฤษฎีทดแทน เป็นการระงับยับยั้งไปสู่อคติ คือเอาการลงโทษ เป็นการ ทอดแทนทดแทนสิ่งที่ได้กระทำไปแล้ว 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 เช่นมีผู้ขับขี่รถโดยประมาทเดินเลี้ยวอย่างแรงไปตามท้องถนน ๒ คนด้วยกัน คนหนึ่ง
เคราะห์ดีไม่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ใครเลย ส่วนอีกคนหนึ่งขับไม่ชนคนตายเพราะความ
ประมาทของตน ถ้าจะพิจารณาดังขนาดของความผิดแล้ว ควรจะเหมือนกัน เพราะ
ขับขี่รถด้วยความประมาทเดินเลี้ยวอย่างร้ายแรงเหมือนกัน แต่ตามกฎหมายของประเทศ
ทั่ว ๆ ไปจะแยกความรับผิดชอบสำหรับ ๒ กรณีนี้หนัก เบากว่ากัน สำหรับกรณีแรกเป็นการ
ง่ายที่จะให้ความกรุณาคือถ้าจะลงโทษก็เป็นเพียงสถานเบา เพราะแม้การกระทำของ
เขาน่าจะเกิดอันตรายแก่ผู้อื่น แต่ในที่สุดก็ไม่มียันตรายเกิดขึ้น 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 เกี่ยวกับประชาชนทั่วไปไม่แตกต่างกัน ความรู้สึก เช่นเดียวกับวิธีการติดต่อการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ ดังนั้น แม้สมมติว่าจะได้มีกฏบัญญัติกฎหมายอาญาขึ้นมาโดยไม่ลือตามวัฏจักรระงับคดีในการทดแทนเลย แต่เมื่อเจ้าหน้าที่ดำเนินการยังมีให้ เป็นไปตามกฎหมายนั้น ความรู้สึกว่าควรลงโทษผู้กระทำความผิด เป็นการทดแทนก็ยังคงต้องมีอิทธิพลต่อการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่นั้น ๆ บ้าง^๑

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

การลงโทษโดยข่มขู่นี้ ในสมัยก่อนถือเอาผลของการลงโทษ เป็นสำคัญ จะเห็นได้จากการลงโทษประหารชีวิต ก็ทำกันอย่าง เปิดเผยให้ประชาชนมีโอกาสได้ดู จะได้เกรงกลัวไม่เอา เบี่ยงอย่าง แต่ในปัจจุบันไม่นิยมกระทำกันแล้ว เพราะเป็นการขัดกับความคิดในเรื่องมนุษยธรรมและศักดิ์ศรีของมนุษย์

^๑ เรื่อง เกม, หน้า ๑๕.

^๒ พระยานิติศาสตร์ไพศาล, เรื่อง เกม, หน้า ๔๓.

ดังนั้น ในปัจจุบันจึงถือเอาการชุมนุมของโงะ เป็นสำคัญกว่าการลงโงะ คือ ถือเอาการบัญญัติกฎหมายเอาโงะแก่การกระทำผิด เป็น เรื่องชุมนุมไม่ให้คนกล้ากระทำผิด การลงโงะ เป็นเพียงทำให้การชุมนุมของโงะมีน้ำหนักยิ่งขึ้น^๑ ฉะนั้น จึงจะเห็นว่าในบางครั้งรัฐได้ตรากฎหมายกำหนดโงะที่รุนแรง เอาไว้มากมาย แต่ในการปฏิบัติ หาได้บังคับตามโงะ เหล่านั้นไม่ ดังปรากฏในพระราชบัญญัติตราชบุรีดังนี้"

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

ทฤษฎีการลงโงะ เพื่อชุมนุม ได้มีผู้ให้เหตุผลสนับสนุนไว้หลายประการด้วยกัน คือ

๑. เป็นการป้องกันไม่ให้บุคคลกระทำผิด เพราะเกรงกลัวอาญา เหตุผลของการสนับสนุนทฤษฎีชุมนุมนี้ ตรงกับความรู้สึกของประชาชนส่วนใหญ่ที่เข้าใจกันว่า หากตั้งโงะไว้รุนแรงแล้ว จะทำให้บุคคลเกรงกลัว ทำให้ผู้ที่คิดจะทำผิดจะได้เลิกล้มความตั้งใจไม่กล้ากระทำต่อไป

^๑ อุททิศ แสนโกสิก, เรื่องเดิม, หน้า ๑๘.

^๒ พระยานิติศาสตร์ไพศาล, เรื่องเดิม, หน้า ๕๘.

ยังมีผลต่อความคิดเห็น เพราะทำให้ผู้กระทำความคิดเกรงว่าจะได้รับการเหยียด
หยามประนามจากมหาชน ทำให้บุคคลทั่วไป เข้าใจได้ทันทีว่าอะไร เป็นสิ่งที่ควรทำ
หรือไม่ควรทำ ถึงที่มีผู้กล่าวว่า "พอเป็นการข่มขู่ของการลงโทษควรมีสองทาง คือ
ควรจะทำให้ประชาชนทั่วไป รู้จัก เป็นการป้องกันและ เป็นการ เตือนแต่ละบุคคลไม่ให้
กระทำผิดขึ้นอีก แต่ประโยชน์ใหญ่ยิ่งของการข่มขู่ว่าจะลงโทษนั้น อยู่ที่เป็นการอบรม
เกี่ยวกับความรู้สึกนึกคิดในเรื่องชีวิตโดยทั่วไปของประชาชน การกำหนดว่าการกระทำ
เช่นนั้น เช่นนี้ เป็นความคิดซึ่งถ้าผู้ใดกระทำนั้นจะถูกรัฐลงโทษ จะทำให้เกิดความรู้สึก
ขึ้นแก่คนทั่วไปว่าการกระทำเช่นนั้นไม่เหมาะสม ไม่เป็นที่ยอมรับนับถือ เป็นที่เสียหาย
และขัดกับหน้าที่ของประชาชน ถึงกับ การป้องกันโดยทั่วไปจึงดำเนินไปอย่าง เงียบ ๆ
ช้า ๆ และลึกซึ้ง ทำให้ความรู้สึกว่าอะไรชอบอะไรควรแถมแข็งขึ้นพอกพูนความรู้สึก
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 ย่อมมีส่วนป้องกันมิให้บุคคลกระทำความผิดด้วย เช่นศาสนา การอบรมสั่งสอนในครอบครัวและโรงเรียน ฯลฯ และในกรณีกลับกัน การกำหนดโทษอย่างสูงนั้น มิได้ทำให้บุคคลเกรงกลัวการกระทำความผิดอย่างใดผลนัก เพราะจะเห็นได้จากตัวอย่างในทางประวัติศาสตร์ ต้นสมัยรัชกาลที่ ๕ ซึ่งขณะนั้นมีเจ้าพระยาศรีสุริยวงศ์ เป็นผู้สำเร็จราชการแผ่นดิน ได้พยายามที่จะปราบปรามโจรผู้ร้าย ซึ่งกำลังมีชุกชุมอยู่ให้หมดสิ้นไปให้ได้ โจรผู้ร้ายในขณะนั้นมีมากเหลือเกิน โดยเฉพาะที่จังหวัดพระนครศรีอยุธยา เจ้าพระยาศรีสุริยวงศ์นำคณะศาล เรียกว่า "ศาลรับสั่งพิเศษ" ขึ้นไปตัดสินคดีที่มีโจรผู้ร้ายชุกชุมในจังหวัดอยุธยา เมื่อจับตัวหัวหน้าโจรมาได้พิจารณาคดีด้วยความสัตย์ว่าได้กระทำความผิดจริง ก็ตัดสินประหารชีวิต แต่ว่าอยากจะให้บุคคลทั้งหลายเกรงกลัวไว้ในพระราชอาณาเขต เมื่อมีการกระทำผิดและใช้คนหลาย จึงได้จัดการลงโทษประหารชีวิตโดยวิธีการที่ทารุณที่สุด โหดร้ายที่สุด ทั้งได้ข่าวประกาศให้คนทั้งหลายมาดูการประหารชีวิตนักโทษรายนี้ การประหารชีวิตนั้นกระทำด้วยการใช้ขวานจามร่างกายนักโทษประหารให้ขาดเป็น ๒ ท่อนที่หน้า เพื่อยกคดองข้าง แต่ไม่ช้าไม่นานก็เกิดคดีขึ้นอีกที่จังหวัดพระนครศรีอยุธยา เหมือนกันที่บ้านฉักไต่ ศาลรับสั่งพิเศษของเจ้าพระยาศรีสุริยวงศ์ก็ตัดสินประหารชีวิตจาเลย แล้วข่าวประกาศ เรียกร้องให้ผู้คนมาดูการประหารชีวิตอีกครั้งหนึ่ง คราวนี้ใช้วิธีการประหารโดยการผ่าอกนักโทษคนนี้ ซึ่งทำให้ไม่มีโจรผู้ร้ายที่จังหวัดพระนครศรีอยุธยา เลยชั่วระยะหนึ่ง แต่อีกไม่นานก็กลับมีขึ้นอีก แสดงให้เห็นว่าการลงโทษหนักรุนแรงได้ผลเหมือนกัน แต่ได้ผลเพียงชั่วระยะหนึ่ง ๑

๑ รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม,
เรื่องเดิม, หน้า ๑๓๔ - ๑๓๕.

นอกจากการชุมนุมจะได้ผลในการทำให้บุคคลทั้งหลายกลัวเกรงโทษไม่เต็มผล
 ที่ประสงค์ก็กล่าวมาแล้ว แม้กระทั่งในปัจจุบันนี้ก็ตาม การชุมนุมโดยการลงโทษก็เป็น
 สิ่งที่ไม่ได้ผลเช่นกัน กังสดาลิของศาลอาญาที่ศาสตราจารย์โรด จารูจินดา ในขณะที่
 ดำรงตำแหน่งอธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา ได้นำมาเปิดเผยว่า "แม้ในปัจจุบันนี้มีความผิด
 บางฐานได้กำหนดอัตราโทษไว้สูงมากที่เกี่ยวข้อง เป็นอันว่าความผิดที่เราเรียกกันตาม
 ภาษานิติวิทยา เจ้าพนักงานกินสินบน ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๑๔๕ ก็มี
 ระวังโทษจำคุกไม่เกิน 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 หรือจ่ายแจกขิง
 ยา เสพติดให้โทษชนิดเฮโรอิน ผู้นั้นต้องระวังโทษจำคุกตั้งแต่ ๕ ปีถึงจำคุกตลอดชีวิต
 และปรับตั้งแต่ ๕๐,๐๐๐ บาท ถึง ๕๐๐,๐๐๐ บาท ท่านจะเห็นว่าโทษตามความผิดทั้ง
 สองประการนี้กฎหมายบัญญัติไว้รุนแรงมาก แต่ว่าความผิดฐานเจ้าพนักงานกินสินบนก็ดี
 หรือความผิดฐานจำหน่ายเฮโรอินก็ดี 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
 จำหน่ายเฮโรอิน 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 ไม่ได้ช่วยให้การกระทำความผิดนั้น ๆ
 หนักไปหรือลดน้อยลงอย่างจริงจัง" ๑

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

๓. การลงโทษทางอาญาที่ถูกคองนั้น 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," วารสารนายความ ปีที่ ๑๖ เล่มที่ ๔, กุมภาพันธ์ ๒๕๑๔, หน้า ๕.

ทฤษฎีการลงโทษควรจะให้ความสปีใจ แต่ทฤษฎีข่มขู่มิได้ ให้ความสปีใจในขั้นตอนนี้เลย

แม้ว่าทฤษฎีการลงโทษโดยข่มขู่จะมีข้อคัดค้านหลายประการ แต่นัก
 นิติศาสตร์ผู้สนับสนุนทฤษฎีนี้ ก็ยังมีความเชื่อมั่นว่าทฤษฎีข่มขู่นี้สามารถให้ผลในการ
 ป้องกันการกระทำผิดได้อย่างสมบูรณ์ แต่ก็ยอมรับว่าการที่จะหามาตรการในการ
 การป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดที่ไกลเกินที่นั้น เป็นไปได้อีก ไม่ว่าจะด้วยทฤษฎี
 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 ๑

อิทธิพลของการข่มขู่ของโทษนั้น ถือว่ามีอิทธิพลสูงต่อบุคคลที่ยังไม่เคยถูก
 ลงโทษทำให้เกรงกลัวในการกระทำผิดกฎหมาย แต่สำหรับบุคคลที่เคยได้รับโทษ
 มาแล้ว อิทธิพลของโทษที่มีผลในการข่มขู่ เขาย่อมลดน้อยลง ไปตามลำดับ ๒

๑ อูททิส แสตนโกสีก, เรื่อง เดิม, หน้า ๓๗.

๒ เรื่อง เดิม, หน้า ๕๔.

๒. ประเภทความคิด โห้โหม ไม่มีผลข่มขู่เท่า เทียบกันทุกประเภท
 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 โห้โหมก็อาจมีผลข่มขู่ไม่ให้
 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 จึงมีโอกาสตรึกตรองทางใจเสียได้มาก ในขณะที่การกระทำโดยประมาทนั้น ผู้กระทำมักจะไม่คิดว่า การกระทำของตนจะเกิดผลร้าย หรือเป็นการผิดกฎหมายขึ้น ฉะนั้น จึงมีโอกาสที่จะตรึกตรองว่าควรกระทำหรือไม่บ่อยลง

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

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

^๑ เรื่อง เดิม, หน้า ๓๒.

ในต่างประเทศถ้าหากว่า เกิดคดีอาชญากรรมฆ่าคนตายแล้ว ศาลจะพิจารณาคดีด้วยลูกขุน อย่างนานเป็นเวลา ๗ วันหรือ ๑๕ วันอยู่แล้ว ศาลสั่งตั้งถิ่นประหารชีวิตแล้วหรือ สั่งจำคุกแล้ว หนังสือพิมพ์ก็ติดตามข่าวได้โดยตลอดเวลา ๗ วันหรือ ๑๕ วัน โดยคนอ่าน ยังไม่เบื่อ แต่ถ้าเกิดมีข่าวอาชญากรรมในเมืองไทยขึ้นแล้ว จะให้หนังสือพิมพ์ติดตาม ขาวนั้นไปจนกว่าคดีจะ 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 พิจารณาอรรถคดีโดยลาชำนั้น 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 ภัยเหตุที่ทฤษฎีชัมชูมุ่งป้องกันทั้งคนทั่วไปและผู้กระทำผิดให้เกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิด แต่ความทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขมุ่งป้องกันเฉพาะผู้กระทำผิดเท่านั้นมิให้กระทำความผิดอีก

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

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

๑. หลีกเลี้ยงไม่ให้ผู้กระทำผิดประสบกับสิ่งที่จะทำให้ลายคุณลักษณะประจำตัวของเขา เพราะการที่ผู้กระทำผิดได้มาถูกคุมขังอยู่ในเรือนจำอย่างน้อย

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

^๒ อุททิศ แส่นโกติก, เรื่องเกม, หน้า ๓๖.

ทำให้ชื่อเสียงและฐานะของเขาเสื่อมลงในสายตาของผู้อื่น อีกทั้งยังมีโอกาสใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดที่เป็นอาชญากรอาชีพ ซึ่งทำให้รับอิทธิพลในทางผิดได้ง่าย ทำให้โอกาสในการกลับตัวของผู้กระทำความผิดเป็นไปได้โดยยาก ภัยเหตุนี้นี้จึงต้องมีวิธีป้องกัน คือ

๑.๑ หลักเรื่องการจำคุกระยะสั้น การจำคุกจำเลยในระยะสั้น ๆ นั้น ถือว่าไม่มีประโยชน์ในการแก้ไขกลับตัวผู้กระทำความผิดให้เป็นคนดีได้ ทั้งนี้เพราะระยะเวลาในการจำคุกมีสั้น ฉะนั้น การจำคุกในระยะสั้นนอกจากจะไม่มีประโยชน์ในแง่แก้ไขผู้กระทำความผิดแล้ว ยังจะทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับอิทธิพลในทางชั่วมากขึ้น ภัยเหตุนี้ ระบบกฎหมายต่าง ๆ จึงได้มีวิธีการหลีกเลี่ยงการจำคุกระยะสั้นขึ้น เช่นในระบบกฎหมาย Common Law ของอังกฤษ มีวิธีปล่อยตัวผู้กระทำความผิดไป เมื่อศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยความเหมาะสมแล้ว ซึ่งเรียกว่า "discharge" ^๑ หรือตามกฎหมายไทยได้มีบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญากำหนดให้ศาลใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยหลีกเลี่ยงการจำคุกจำเลยในระยะสั้นไว้

๓ ประการคือ

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

๑

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

ข. การรอกำหนดโทษแก่โทษไว้ มาตรา ๕๖ บัญญัติว่า "ถ้าโทษจำคุกที่ผู้กระทำความผิดจะต้องรับมีกำหนดเวลา เพียงสามเดือนหรือน้อยกว่าศาลจะกำหนดโทษจำคุกให้น้อยลงอีกก็ได้" หรือถ้าโทษจำคุกที่ผู้กระทำความผิดจะต้องรับมีกำหนดเวลา เพียงสามเดือนหรือน้อยกว่าจะโทษปรับไว้ ศาลจะกำหนดโทษจำคุกให้น้อยลง หรือจะยกโทษจำคุกให้รับแต่อย่าง เดียวก็ได้"

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 จะได้รับการปล่อยตัว เมื่อใด ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากแนวความคิดว่า ศาลไม่อยู่ในฐานะที่จะรู้ได้ในขณะที่สิ้นสุดการพิจารณาว่า ผู้กระทำความผิดควรจะถูกจองจำไว้ เป็นเวลานานเท่าใดจึงจะกลับตัว เป็นคนดีได้ ซึ่ง Ferri นักอาชญาวิทยาชาวอิตาลี เขียนกล่าวว่า "ไม่มีแพทย์คนใดที่จะกำหนดแน่นอนตั้งแต่แรกว่าคนไข้จะต้องอยู่ในโรงพยาบาลนานเท่าใด เพราะคนไข้จะต้องอยู่นานเท่าใดยอมแล้วแต่ว่าเขาจะหายป่วย เมื่อใด เพราะฉะนั้น สำหรับผู้กระทำความผิดก็เช่นกัน บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการบัญญัติ

ต่อผู้กระทำผิดควรจะไม่ตายตัวลงไปทีเดียว แต่ให้เปลี่ยนแปลงได้โดยคำนึงถึงว่าเขากลับตัวได้แล้วหรือยังประกอบด้วย" ๑

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

๑.๓ การปล่อยตัวจำเลยก่อนรับโทษจำคุกครบกำหนด แม้ศาลจะได้พิพากษาให้จำคุกจำเลยผู้กระทำผิด ทำให้เขาต้องประสบกับสภาพอันจะทำลายคุณลักษณะประจำตัวของ เขาก็ตาม ก็ยังมีวิธีการที่จะทำให้เขาต้องประสบกับอิทธิพลดังกล่าว เพียงชั่วระยะเวลาสั้น โดยให้ได้รับการปลดปล่อยไปจากการจำคุก ก่อนที่อิทธิพลเหล่านั้นจะมีผลทำความเสียหายแก่เขาได้มาก คือวิธีให้อำนาจเจ้าพนักงานที่จะพิจารณาปลดปล่อยผู้ต้องโทษก่อนรับโทษครบกำหนดได้ หากเห็นว่าความเหมาะสมในอันจะมีชีวิตอยู่ในสังคมของผู้นั้นจะเสื่อมทรามลง หากจำคุกอยู่ในเรือนจำต่อไป และการปล่อยตัวผู้นั้นจะไม่เป็นอันตรายแก่สังคม แต่วิธีการเช่นนี้จะไม่ใช่แก่ผู้กระทำ ความผิดกรณีบางฐาน เช่นฆาตกรโดยเจตนา หรือกบฏ เป็นต้น วิธีการปล่อยตัวผู้กระทำผิดก่อนครบกำหนดโทษนี้ อาจมีเงื่อนไข เพื่อคุ้มครองประพฤติกู้ระยะเวลาหนึ่งหลังจากที่ได้รับการปล่อยตัวก็ได้ 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 ปัจจัยสำคัญของการแก้ไขจะต้องอยู่ที่กลไกการจัดทำภายในสถานจองจำนั่นเองว่าจะมีวิธีการอย่างใดที่เป็นการช่วยเหลือผู้กระทำผิดให้กลับตัว เป็นคนดีได้หรือไม่ ซึ่งเป็นปัญหาที่ทางอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา แดงต้องประกอบสำคัญที่ราชทัณฑ์ควรจัดให้แก่นักโทษผู้กระทำผิดนั้น 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 แต่ก็ยังมีข้อที่ควรสังเกตรังนี้

^๑ อุททิศ แสตนโกดิก, เรื่องเดิม, หน้า ๔๒.

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

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

๒. การที่จะนำวิธีการปรับปรุงแก้ไขมาใช้ให้ไ้โดยลงอย่างจริงจัง
 ต้องการเจ้าหน้าที่ที่มีความรู้ความสามารถ และต้องใช้ความนึกคิดมากกว่าที่จะไ้ใช้
 วิธีการลงโทษ เพื่อทดแทนหรือเพื่อข่มขู่ ทั้งนี้เพราะการลงโทษ เพื่อข่มขู่ นั้นไม่จำเป็นต้อง
 คำนึงถึงปัญหาว่า ทำไมผู้กระทำผิดจึงไ้กระทำผิดขึ้น และผู้กระทำผิดน่าจะกระทำผิดขึ้นอีก

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

หรือไม่ หากมีกรณีที่น่าจะคาดคิดขึ้นอีกหรือไม่ นี้ ไม่เป็นประเด็นที่จะวินิจฉัย หากเป็นการลงโทษเพื่อข่มขู่ เพราะลงโทษก็เพื่อไม่ให้บุคคลเอาเยี่ยงอย่าง แม้ว่าผู้กระทำผิดไม่ว่าจะคาดคิดขึ้นอีกก็ยังคงมีการลงโทษอยู่นั่นเอง แต่ถ้าเป็นการลงโทษเพื่อแก้ไข จะต้องคำนึงถึงปัญหาเหล่านี้เกี่ยวกับผู้กระทำผิดแต่ละคน เพื่อจะวินิจฉัยว่าควรจะใช้วิธีการอย่างไรปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดความผิดนั้น ๆ และวิธีการปฏิบัติจะต้องไม่ตายตัว สามารถเปลี่ยนแปลงได้เพื่อความเหมาะสมของผู้กระทำผิดผิด สิ่งเหล่านี้เป็นความลำบากยากที่จะทำให้เจ้าหน้าที่ เบื่อหน่าย และนำวิธีการลงโทษ เพื่อปรับปรุงแก้ไขมาใช้ น้อยกว่าที่สังคมต้องการ ^๑

๓. การจะใช้วิธีการปรับปรุงแก้ไขให้ไกล่เกลี่ยนั้น 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 ซึ่งเป็นข้อขัดข้องในการที่จะปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำผิดอย่างหนึ่ง

การลงโทษตามทฤษฎีต่าง ๆ ที่กล่าวไปแล้วนั้น เป็นสิ่งที่ศาลหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษจะต้องใช้ดุลพินิจใช้โทษลงแก่ผู้กระทำผิดให้เหมาะสม

^๑ เรื่อง เกม, หน้า ๑๖ - ๑๗.

^๒ เรื่อง เกม, หน้า ๑๗.

เพราะผู้กระทำความผิดแต่ละบุคคลย่อมจะต้องได้รับการ เยียวยามปรับค่าต่างกับ บางรายนั้น ไม่อยู่ในภาวะที่จะเยียวยามปรับค่าได้ เช่น เป็นผู้กระทำความผิดชนิดเบียดเบียนโอกาสแก่ไข เล็ก ศาล ย่อมจะต้องใช้การลงโทษแบบทดแทน เพื่อสร้างขวัญให้กับประชาชนทั่ว ๆ ไป ให้ ยอมรับว่ากฎหมายยังมีผลบังคับที่จะ เป็นที่พึ่งของ เขาได้ 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 ผลที่กระทบกระเทือนต่อสังคมแล้ว การทำผิดฐานฆาตกรรมมีผลมากกว่าการกระทำผิดฐานลักขโมยเมื่อเป็นเช่นนี้ การที่มาตรา ๕๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญามีบัญญัติไว้เช่นนี้ จึงเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ไร้เหตุผลยิ่ง

กฎหมายที่มุ่งกำหนดวางโทษโดยรุนแรงอย่างเกี่ยว โดยไม่คำนึงถึงสภาพแวดล้อม ลักษณะการกระทำ หรือสิ่งอื่นอันเป็นปัจจัยแห่งยุติธรรมแล้ว ในเวลาไม่นานประชาชนจะเสื่อมความนิยม และเมื่อเสื่อมความนิยมแล้ว จะก่อผลสำคัญแก่ตัวกฎหมายเองคือ ทำให้กฎหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์ และผลแห่งการที่กฎหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์นี้เอง จะเป็นทางให้ประชาชนไม่เกรงกลัวกฎหมายดังที่ทฤษฎีการลงโทษ เพื่อข่มขู่ต้องการ ตัวอย่างที่กฎหมายกำหนดโทษไว้สูงเกินไปจนทำให้ประชาชนไม่เห็นด้วยนั้นมีมากมาย เช่นประเทศอังกฤษในสมัยศตวรรษ ๑๘ ความผิดฐานลักทรัพย์ ซึ่งประกอบด้วยเหตุฉกรรจ์ตามที่กฎหมายกำหนด รวมทั้งการลักทรัพย์ที่มีราคาเกินกว่า 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 เป็นข้อควรคำนึงในการที่จะอำนวยความสะดวกยุติธรรมต่อไป คำพิพากษาที่ผิดพลาดไปแล้ว เมื่อไม่มีการอุทธรณ์ขึ้นมาก็จำเป็นอยู่เองที่จะต้อง เป็นยุติธรรมนั้น"

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

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

^๒ พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์, เรื่อง เกม, หน้า ๕๒.

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

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

"ตัวอย่างต่อไปนี้อาจ เป็น เครื่องสะกิดใจนักศึกษา

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

(๒) ข. ไปรักษาตัวอยู่ที่โรงพยาบาลทางจังหวัด พอหายดี เป็นปกติจึง จักแจกลับบ้าน ข. เดินมากกลางทาง เหมือนนอนมอยหลับไปที่ไต้ต้นไม้แห่งหนึ่ง มีคนลักลวงเงินทองของเขาไปหมด ข. เดินหิวโซ เสดมาในทาง เปลี่ยน เห็นหญิงหาบของมากก็แอบ เข้าฉวยห่อขนมจากหาบมากินโดยกำลั้งหิว

คดี ๒ เรื่องนี้ไม่ต้องสงสัย จำเลยคงมีความผิดละเมิดกฎหมายเหมือนกัน 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 สำหรับจำเลยที่มีลักษณะนิสัยหยาบช้า หรือไม่เกรงกลัวต่ออาญา ศาลยอม พิจารณาลงโทษในอัตราที่หนักกว่าจำเลยที่มีคุณลักษณะที่ดี ดังคำพิพากษาฎีกาที่ ๘๒๔/๒๔๕๕ "แม้จำเลยไม่ได้กลับคำอำยวน (ปิดบัง, อ้าพราง) เป็นส่วนวนเอาเท็จ มาแก้ตัวสารภาพอยู่ตาม เดิมแล้ว ก็ควรได้รับความปรานีบ้าง แต่ที่มา เชื่อเจ้าถ้อย หมอความผู้ไม่รู้หนักเบาในคดี ทำให้เสียความปรานีไปสิ้น ไม่มีเหตุที่ควรกรุณาให้ โทษ เบาลงได้" แต่อย่างไรก็ดี การที่ศาลจะพิจารณาโทษในอัตราสูงนั้น ศาล จะต้องคำนึงถึงองค์ประกอบหลาย ๆ อย่างรวมกัน เพราะการกำหนดโทษอัตราอย่าง สูงพรวดหรือจะเป็นการยากแก่ผู้พิพากษาเอง 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 เมาสู่ราและส่งเสียงซุ่มซ่าม 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 เต็ม, หน้า เต็ม อ้างถึง Inbau, op.cit., p. 487.

^๒ เรื่อง เต็ม, หน้า เต็ม.

^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 เขา ย่อมไม่มีประโยชน์ในทางทฤษฎีทฤษฎี หรือทฤษฎีปรับปรุงแก้ไข ซึ่งเป็นทฤษฎีลงโทษที่สำคัญ ภัยเหตุที่เขา ย่อมรับผิดชอบโดยปริยายในการกระทำของเขาแล้ว กรณีเช่นนี้ ศาลย่อมมิใช่ดุลพินิจกำหนดโทษน้อยกว่าปกติได้

เกี่ยวกับการที่ผู้กระทำความผิดได้ดูแลโทษ และให้ความช่วยเหลือต่อเจ้าพนักงานนี้ ได้มีตัวอย่างการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการในการที่สั่งไม่ฟ้องผู้กระทำความผิดมาแล้ว ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่น่าสนใจยิ่ง

ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า อนุสนธิมาจากคดี "กินป่า" ซึ่งพนักงานอัยการได้ฟ้อง พลเอกสุรจิต จารุเศรณีกับพวกในฐานะรับสินบนและใช้อำนาจโดยมิชอบ ซึ่งคดีถึงที่สุดและศาลได้ตัดสินลงโทษจำคุกจำเลยไปแล้ว หลังจากนั้นได้มีข่าวอื้อฉาวว่า อธิบดีกรมอัยการมีคำสั่ง เด็ดขาดไม่ฟ้องพ่อค้าผู้ให้สินบนจริงใจ เจ้าพนักงาน ซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดกฎหมายอาญา 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 เป็นประปักษ์ต่อบุคคลผู้ร่วม ในความผิดนั้นซ้ำอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งในกรณีอย่างนี้ตามหลักกฎหมายของอังกฤษถือว่า บุคคลผู้ เป็นพยานในลักษณะดังกล่าว เป็น King's Evidence ซึ่งหมายถึงผู้กระทำ ผิดที่มีไต่ถูกฟ้องร้องโดยได้รับอนุญาตจากรัฐมาให้การ เป็นพยาน เป็นประปักษ์ต่อบุคคล อื่นซึ่งร่วมกระทำผิดอาญากับตน (The Concise Law Dictionary By Osborn P. 298)

มีคดีอาญา เป็นจำนวนมากที่ไต่เคยกันเอาผู้ต้องหาว่าได้ร่วมกระทำผิด บางคนมา เป็นพยาน เพื่อฟังลงโทษผู้ต้องหาอื่น และก็ไม่เคยปรากฏว่าในภายหลัง กลับสอบสวนพยาน เหล่านั้นมาฟ้องอีกครั้งหนึ่ง แม้แต่คดีที่มีลักษณะกรีกโครมและ เป็นที่สนใจของประชาชน ซึ่งศาลฎีกาไต่คดีลงโทษจำเลยไปแล้ว เมื่อไม่นาน มานี้ คือคดีเรื่องนายชัยประภา นพคุณ จำเลย ต้องหาว่ากรรโชกและใช้ตำแหน่ง 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 เบิกความเป็นพยาน เพราะคนจะต้องถูกฟ้องในภายหลัง เป็นอันว่าคดีประเภทนี้จะไม่มีผู้เสียหาย และ เมื่อไม่มีผู้เสียหายก็จะมีคดี ไม่มีทางลงโทษเจ้าพนักงานผู้กระทำความผิดได้อีกในกาลต่อไป

อนึ่ง ความผิดฐานให้สินบนเจ้าพนักงานนั้น จะเกิดขึ้นในเมื่อมีผู้ให้และมีผู้รับเพียงแต่มีความคิดจะให้เขาหา เป็นความผิดไม่ ฉะนั้น ในการสอบสวนทำเป็นคดี การฟ้องคดีประเภทนี้จึงต้องวินิจฉัยในเบื้องต้นว่าประสงคฺจะเอาผิดแก่ผู้ให้หรือผู้รับ หรือจะเอาผิดแก่ทั้งสองฝ่าย ซึ่งการที่จะวินิจฉัยเลือกเอาอย่างใดนั้น ก็ย่อมขึ้นอยู่กับความสามารถจะสืบสวนหรือสอบสวนพยานหลักฐานได้เพียงใด ถ้ามีพยานหลักฐานแต่เพียงฝ่ายผู้ให้ที่จะแสดงความผิดของผู้รับได้ ก็ฟ้องผู้รับโดยอ้างผู้ให้ เป็นพยานซึ่งในกรณีทั่ว ๆ ไปอย่างนี้ก็อาศัยหลักฐานในลักษณะเพียงเท่านี้ เพราะประสงคฺจะปราบปรามเจ้าพนักงานผู้ทุจริต แต่ถ้ามหาพยานอันเป็นกลางที่จะแสดงความผิดของทั้งสองฝ่ายได้ การที่จะฟ้องทั้งผู้ให้และผู้รับไปด้วยกันก็เป็นการชอบด้วย เหตุผลและความยุติธรรม ในทางกลับกัน ถ้าอาศัยผู้ให้มาแสดง เป็นพยานหลักฐานฟ้องให้ลงโทษฝ่ายผู้รับ (อย่างคดีนี้) แล้วภายหลังจะย้อนกลับฟ้องผู้ให้อีกจะเป็นการเสียความยุติธรรม และเสียศีลธรรมซึ่งโดยหลักการของพนักงานอัยการ 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

จึงชี้ขาดไม่ฟ้องนายสมุท ฤทธิสุวรรณ์ ผู้ต้องหาคดีนี้" ๑

ตัวอย่างที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยกำหนดโทษตามสภาพของตัวจำเลยนั้นมีมาก มายด้วยกัน เช่น เจ้าพนักงานใช้อำนาจ เป็นเครื่องมือกระทำความผิด ศาลลงโทษ หนัก (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๘๓/๒๔๙๐) จำเลยอายุ ๒๒ ปี ชี้นำรถยนต์ประมาททำให้ บาดเจ็บสาหัส ยังหย่อนในความรอบคอบปรององในความระมัดระวัง ศาลลงโทษ สถานกลางคือปรับ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๙๔/๒๔๙๖) ผนึกไม้เท้าหนักเจ็บแล้วฟ้องหย่า อายุยังน้อย ศาลลงโทษ เบาจำคุก (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๑๔๙/๒๔๙๕) หรือ กำหนดกระทำความผิดโดยใช้ เล่ห์เหลี่ยมอุบาย ผู้คดีมีชั้นเชิง ไม่น่าหนักในการกระทำ ผิด อัตรโทษกฎหมายบัญญัติไว้ตามมาตรา ๒๐๐ จำคุกตั้งแต่ ๖ เดือนถึง ๙ ปี ศาลล่างลงโทษ ๑ ปีเบาไป ศาลฎีกาแก้เป็นลงโทษจำคุก ๓ ปี (คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ ๑๕๔/๒๕๐๓) ตัวอย่างเหล่านี้ ศาลฎีกาได้คำนึงสภาพข้อเท็จจริงมามีส่วนในการ กำหนดโทษทั้งสิ้น

เกี่ยวกับการวินิจฉัยถึงข้อเท็จจริงต่าง ๆ อันเป็นเครื่องช่วยให้ศาลวาง บทกำหนดโทษให้เป็นไปด้วยความเหมาะสมในกรณีพิจารณาถึงลักษณะของผู้กระทำผิด ศาลอาจคำนึงถึง เหตุบางประการหรือหลายประการรวมกัน และไม่ว่าจะใช้ เหตุผลอย่างใด หากเป็นการกระทำเพื่อคำนึงถึงความยุติธรรม เฉพาะกรณีแล้ว สิ่งนั้นถือเป็นดุลพินิจยุติธรรม (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 จะได้คงตรงตามความประสงค์กฎหมาย^๑

ลักษณะของผู้เสียหายที่ถือว่าเป็นแนว เกี่ยวกันกับบทบัญญัติดังกล่าวที่ศาลควรพิจารณากำหนดโทษหนักกว่าปกติได้แก่ การพิจารณาสภาพว่าผู้เสียหาย เป็นผู้หญิงหรือผู้ชาย เป็น เด็กหรือเป็นผู้ใหญ่ สิ่งเหล่านี้มีความสำคัญเพราะการชมเหงหรือทำร้ายผู้หญิงหรือ 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 *

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

ในที่สุด ข้าพเจ้าขอให้ตัวอย่างในเรื่องความเสียหายของผู้ถูกระทำร้าย 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

* 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 การกำหนดโทษอัตราอย่างสูงพว่่าเพื่อจะ เป็นการยากแก่ผู้พิพากษาเอง เมื่อมีความผิดที่ร้ายแรงในภายหลัง^๒

นอกจากจะต้องพิจารณาถึงความร้ายแรงหนักเบาของผลการกระทำผิด เพื่อประกอบการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษแล้ว ในกรณีกลับกัน 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
ศาลเยอรมัน 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 มีใช้เพราะว่า 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, (แผนปฐวีประกอบคำบรรยาย จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า ๓๑ - ๓๒.

ตัวอย่างการใช้ดุลพินิจในท่านองนี้ที่มีปรากฏมาก เช่น มารดาทำบุตรทารก ซึ่งคนกำลังอุ้มตก แต่มิได้พาไปหาแพทย์ สองสามวันต่อมา เด็กทารกตายเพราะ ภาวะโหลกสีระแแตก ซึ่งหากแพทย์รักษาทันเวลาแล้ว เด็กอาจไม่ตายก็ได้ หรือผู้ ชีบชี่ยานพาหนะที่ก่อให้เกิดอุบัติเหตุโดยประมาท และตนเองหรือผู้อื่นได้รับบาดเจ็บ อยากร้ายแรงเช่นกัน หรือแม้ว่าผู้ชี่บชี่นั้นจะมีได้รับบาดเจ็บเอง แต่เมื่อชนิตได้รับ บาดเจ็บ และผู้กระทำมีความรู้สึกตระหนักตกใจอย่างสุดซึ้งซึ่งในการกระทำของคน 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 เดิม, หน้า ๓๒.

^๒ เรื่อง เดิม, หน้า เดิม.

คำนึงถึง เช่นผู้ขายตกต้นไม้ส่วน ทอหะลุถึงคอหอยไม่มีทางจะรอดตายได้ ผู้ขายทนทุกข์ เวทนาด้วยความเจ็บปวด จึงร้องสั่งให้จำเลยผู้บุตรเอาปิ่นยิง บุตรไคยีนบิการ้องครวญครางด้วยความทรมาน และเห็นไม่มีทางที่จะช่วยชีวิตบิกาได้ จึงเอาปิ่นที่ถืออยู่นั้นยิงไปตามคำสั่งของบิกา ๆ ภายด้วยพิษปิ่นก่อนถึงเวลาที่ควรตาย กรณีเช่นนี้ แม้จำเลยจะมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา ๒๕๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่ก็มีผู้เห็นว่า ศาลจะต้องระลึกลงถึงดุลพินิจในการกำหนดโทษอย่างแน่นอน

๔. ผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณชน กฎหมายอาญานั้นถือว่า เป็นกฎหมายมหาชนที่มีวัตถุประสงค์ไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคมรัฐด้วยเหตุนี้ ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำที่กระทบต่อผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณชนจึงเป็นสิ่งจำเป็นในการที่ศาลจะต้องคำนึงถึงอีกประการหนึ่ง

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณชนนี้ 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 เช่นการกระทำผิดอย่างอุกอาจต่อหน้าชารก้า
 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 ลักษณะเช่นนี้ เป็นการแสดงความอุกอาจก้าวร้าว
 ไม่เกรงกลัวต่ออาญาแผ่นดิน และ เป็นการทำลายขวัญของสาธารณชน เป็นอย่างยิ่ง
 ด้วยเหตุนี้ ศาลฎีกาของไทยถือว่าจะต้องลงโทษให้สมกับการกระทำผิด ดังปรากฏ
 ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๓๓๑/๒๔๘๘ จำเลยรับว่าแทงเพื่อต่อสู้ป้องกันและช่วยโทษ
 แต่ฟังไม่ได้ และ เหตุเกิดต่อหน้าคนโดยเปิดเผยเวลากลางวัน ถึงจะรับหรือไม่รับ
 ก็เท่านั้น ไม่ควรลดโทษให้ หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๑/๒๕๑๐ (ประชุมใหญ่)
 จำเลยยิงคนตายถึง ๒ คน ชั้นแรกยิงคนละ ๒ นัด และยิงไล่ยิง จ. อิก บิงใน
 ร้านกาแฟในตลาดกว้างทาง ซึ่งมีคนสัญจรไปมาในเวลา เช้า แล้วยังกลับมายิงผู้ตาย
 ซ้ำอีก ๒ นัด.... เช่นนี้ ไม่มีเหตุบรรเทาโทษให้จำเลย

ตามตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาข้างกล่าว 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 อธิบดีกรมอัยการหลวงอรรถการีย์บัณฑิตจึงได้
ออกคำสั่งให้อัยการแสดง เหตุผลและข้อเท็จจริงว่า จำเลยได้กระทำความผิดในเวลาที่
การป้องกันภัยทางอากาศ เพื่อจะให้ศาลใช้ดุลพินิจลงโทษจำเลยให้สมกับความผิดใน
โอกาสเช่นนั้น

เมื่อความตามคำสั่งดังกล่าว เป็นตัวอย่างที่แสดงถึงการกระทำผิดใน
เวลาที่กระทบกระเทือนต่อสาธารณชน ที่ศาลควรจะใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ
หนักกว่าปกติ แต่อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าสังเกตว่า การที่ศาลจะใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ
ในสภาพเช่นนี้ กลับเกิดขึ้นมาจากการที่อัยการแถลงความเห็นต่อศาล ทั้งที่อำนาจ
การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ เป็นเรื่องของศาล เมื่อเป็นเช่นนี้ ต่อไปในภายหน้าหากมี
กรณีเช่นนี้เกิดขึ้นอีก ศาลคงจะเป็นผู้ที่พิจารณาใช้ดุลพินิจกำหนดโทษอย่าง เหมาะสม
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 ซึ่งเป็นการกระทำที่ให้อภัยไม่ได้ ความผิดเกี่ยวกับการลักลอบตัดไม้ ซึ่งทำให้ทรัพยากรและเศรษฐกิจของประเทศเสียหาย เป็นต้น ความผิดที่กฎหมายถือว่ากระทบกระเทือนต่อรัฐโดยตรงเช่นนี้ ศาลควรถือแนวกำหนดโทษ เป็นการปราบปรามและป้องกันมิให้กระทำความผิดเกิดขึ้นอีก ^๒

แม้ในการกระทำความผิดบางฐานที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ เป็นพิเศษว่าให้กำหนดโทษหนักกว่าปกติ เพราะมีผลกระทบต่อรัฐโดยตรงก็ตาม แต่ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาเสมอว่า ข้อเท็จจริงอย่างไรที่จะมีผลกระทบกระเทือนต่อรัฐหรือประชาชนหรือไม่ หากการทำความผิดอย่างใดมีลักษณะที่กระทบกระเทือนต่อขวัญของประชาชนหรือรัฐแล้ว แม้กฎหมายจะมิได้กำหนดโทษไว้ เป็นกรณีพิเศษก็ตาม แต่ก็ยังเป็นอำนาจของศาลที่จะใช้ดุลพินิจกำหนดโทษในลักษณะที่ตนเอง 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 อย่างปล้นวัวอย่างนี้เป็นวัดที่เคารพบูชาพุทธศาสนิกชน ศาลใช้ดุลพินิจได้โดยอย่างนี้เป็นต้น ลงโทษได้เต็มที่นี้ประโยชน์ของรัฐโดยเฉพาะ หรือว่า เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม เพื่อรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรมโดยแท้ทีเดียว" ๑

เกี่ยวกับดุลพินิจของศาลในการลงโทษ คดีที่กระหม่อมกระเถือนต่อขวัญของประชาชนหรือรัฐ ที่กฎหมายมิได้บัญญัติบทลงโทษหนักไว้ เป็นกรณีพิเศษนี้ เป็นความจำเป็นที่ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาอย่างรอบคอบว่า ข้อเท็จจริงอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำความผิดของประชาชนหรือรัฐ และสิ่งที่ศาลจะคำนึงข้อเท็จจริงเช่นนั้นได้ก็คือ ข้อเท็จจริงนั้นจะต้องปรากฏอยู่ในสำนวนความ ที่คู่ความทั้งสองฝ่ายนำสืบต่อศาลนั่นเอง

ข้อเท็จจริงที่ศาลจะพิจารณาว่าสิ่งใดการกระทำอย่างไรจึงจะเรียกว่ากระทำความผิดต่อรัฐหรือประชาชนนี้ เพราะเหตุที่ศาลจะต้องพิจารณาคดีที่ปรากฏในท้องสำนวนความ ตามหลักกฎหมายลักษณะพยานนี้เอง จึงทำให้การใช้ดุลพินิจในการลงโทษของศาล กำหนดโทษลงแก่ผู้กระทำความผิดในลักษณะที่ขัดกับความรู้สึก

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

ของประชาชนอยู่เสมอมา จนเป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่เสมอว่า ศาลาใช้ดุลพินิจลงโทษ เบา หรือกฎหมายชราภาพ หรือกฎหมายไม่กักกิลีทรี^๑ ซึ่งจะพบข้อวิพากษ์วิจารณ์ เช่น อยู่เสมอตามบทวิจารณ์ ในหนังสือพิมพ์รายวันหรือรายสัปดาห์ทั่วไป

นอกจากประชาชนทั่วไปจะมีความเห็นขัดแย้งกับการใช้ดุลพินิจของศาลแล้ว ยังปรากฏอยู่เสมอว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นหน่วยงานเกี่ยวข้องกับศาลเอง ก็ยังมีความคิดขัดแย้งและกีดกันการใช้ดุลพินิจของศาลด้วยเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากความเห็นของผู้ช่วยอธิบดีกรมตำรวจ พลตำรวจโท สงวน จิตกาลาน^๑ ใ้กล่าวไว้ว่า "สาเหตุของเรื่องที่จะอภิปรายกัน ก็เนื่องมาจากว่าคดีอาญาที่เกิดขึ้นไม่ลดเลย มีแต่เพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ และนับวันจะเพิ่มขึ้นอีก ทั้งนี้เป็นเพราะอะไร จะเป็นเพราะเหตุที่ว่า คนไม่กลัวกฎหมายหรือว่าไม่กลัวการลงโทษ หรือว่าทำผิดแล้วรับสารภาพต่อศาลเสีย ศาลก็ลงโทษน้อย เรื่องที่ควรจะต้องมีโทษถึงตายก็ไม่ต้องตายเหล่านี้เป็นต้น ทั้ง ๆ ที่เรื่องบางเรื่อง เป็นที่เขย่าขวัญประชาชนเป็นอันมาก เป็นเรื่องที่น่ากลัวมากมาย พอส่งไปฟ้องศาลจำเลยรับสารภาพศาลตัดสินจำคุกเพียง ๑๒ ปี ๑๕ ปี หรือ ๒๐ ปี หรือจำคุกตลอดชีวิต แต่เรื่องที่จะต้องถึงตายนั้นหายาก อันนี้เป็นเหตุที่ทำให้เราต้องพูดกัน และเพราะเหตุว่าประชาชนมีความสนใจอยู่มากกว่าทำไมศาลจึงลงโทษจำเลยน้อยเกินไป ยกตัวอย่าง เช่นคดีเรื่องหมออธิปกับนวลฉวีก็ดี หรือคดีนางสาวเคือนใจก็ดี^๒ ซึ่งล้วนแต่เป็นคดีซึ่งอีกทีก็กรีกโครมทั้งสิ้น เรื่องเหล่านี้ประชาชน

^๑ ยศและตำแหน่งในปี พ.ศ. ๒๕๑๒.

^๒ คดีที่ปรากฏ เป็นข่าวกรีกโครมเมื่อหลายปีมาแล้วที่นางสาวเคือนใจถูกข่มขืนและฆ่า ซึ่งได้มีผู้นำเรื่องราวตามข้อเท็จจริงมาสร้างเป็นบทภาพยนตร์ในเวลาต่อมา.

สนใจและเป็นห่วงกันมาก แม้แต่เจ้าหน้าที่ตำรวจ เองก็เป็นห่วง และรู้สึกหวาดหวั่นไปด้วยกันทั้งนั้น นอกจากนั้น ทางตำรวจ เองซึ่งเป็นพนักงานสอบสวนก็คาดคะเนว่า ได้ทำการสอบสวนอย่างดีที่สุด และเชื่อว่า เรื่องอย่างนี้ศาลจะลงโทษจำเลยอย่างสมกับความผิดที่จำเลยได้กระทำไป แต่ทว่าภายหลังจากที่ศาลได้พิพากษาคดีถึงที่สุดแล้วก็ปรากฏว่าความหวังของประชาชนก็ดี ความคาดคะเนของพนักงานสอบสวนก็ดี ต่างเลือนหายไปหมด อย่างเช่นคดีเคื่อนใจ ปรากฏว่าจำเลยรับสารภาพชั้นสอบสวน แต่ก่อนที่จำเลยจะรับสารภาพ จำเลยก็ปฏิเสธยื่นกระต่ายขาดเดียว 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 แต่ขณะนั้นประจวบเป็นเวลาที่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวได้เสด็จนิวัติกลับพระนครและฝ่ายบริหารได้หลุดเกล้าถวายขอพระราชทานอภัยโทษ และได้รับพระราชทานอภัยโทษ เป็นจำคุกตลอดชีวิต.

ของศาล... อันที่สุกนี้แล้ว แต่ความถูกต้องปราณีของศาลที่จะให้แก่เจ้าเลย หรือนัยหนึ่ง
 ว่าเป็นดุลพินิจของศาลที่ศาลเห็นว่า เขาไหนจึงจะสมควร ที่เป็นการยากเหลือเกิน
 ที่ใคร ๆ จะรู้ว่า เขาไปถึงจะเหมาะ แล้วก็ไม่มีความอะไรที่จะวางไว้ให้ นอกจาก
 ศาลท่านจะว่าของท่านคนเดียวกันอย่างนี้เหมาะแล้ว 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 ศาลควรที่จะกำหนดโทษให้รุนแรงเหมาะสมกับความผิดก็ตาม 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 อย่างไรก็ตามการพิจารณาริยาอาการของคุณความทั้งหลายช่วยประกอบในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิดของจำเลย 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 ซึ่งยอมแล้วแต่วัตถุประสงค์แห่งการลงโทษและทฤษฎีของการลงโทษในแต่ละประเทศ แต่หากจะหมาย ความคลุมคำว่า "โทษ" โดยทั่ว ๆ ไปแล้ว โทษหมายถึงความเจ็บปวด ความทนทุกข์ทรมาน หรือการกำหนดขอบเขตในการดำรงชีวิตของบุคคล โดยรัฐ หรือคำพิพากษาของศาล ที่ได้ตอบการกระทำหรืองดเว้นการกระทำตามที่กฎหมายกำหนด

ความหมายของโทษดังที่กล่าวไว้นั้น ในปัจจุบันแตกต่างไปจากเดิม เพราะความมุ่งหมายในการลงโทษ และทฤษฎีการลงโทษได้เปลี่ยนแปลงไป จากแนวความคิดที่มุ่งจะตอบแทนผู้กระทำความผิดให้ได้รับผลร้ายแต่เพียงอย่างเดียว มา เป็นแนวความคิดที่ต้องการจะปราบปรามและป้องกันมิให้เกิดอาชญากรรมขึ้น

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

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

และด้วยเหตุนี้ ต่อมา เพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ดังกล่าว โทษจึงได้มีวิวัฒนาการขึ้นเป็นปฏิกริยาของสังคม ที่มีต่อการกระทำผิดในทางปราบปรามและป้องกัน โดยกำหนดให้มิโทษ เป็นมาตรการในการปราบปรามการกระทำผิด และมีวิธีการเพื่อความปลอดภัย เป็นมาตรการในการป้องกันการกระทำผิด^๑

ดังนั้น ในระบบการของโทษของนานาประเทศ จึงจะพบว่ามิมีบทกำหนดโทษตอบแทนผู้กระทำผิดความผิดอยู่ ๒ ลักษณะด้วยกัน โดยมีบทกำหนดโทษ และวิธีปฏิบัติเพื่อความปลอดภัย ซึ่งในระบบการลงโทษตามกฎหมายไทยก็เช่นกัน

๑. คุณพินิจในการวางโทษ การที่ศาลจะกำหนดวางโทษชนิดใดลงแก่จำเลยนั้น สิ่งสำคัญที่สุดที่จะต้องพิจารณาก็คือ อัตรโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้ เพราะหลักในกฎหมายอาญานั้น การที่ศาลจะลงโทษต้อง เป็นไปตามหลักที่ว่า จำเลยกระทำการที่กฎหมายบัญญัติ เป็นผิดและมีโทษ และโทษที่จะลงต้อง เป็นโทษตามกฎหมาย^๒

การที่ศาลจะคำนึงถึงหลักการลงโทษตามทฤษฎีและสภาพข้อเท็จจริงแล้ว เพื่อให้สอดคล้องกับหลักดังกล่าว จึงจำเป็นต้องคำนึงถึงระดับโทษต่าง ๆ ที่กฎหมายได้กำหนดไว้ด้วย ซึ่งโทษต่าง ๆ นั้นได้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕ ว่า "โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดมีดังนี้

- ๑. ประหารชีวิต
- ๒. จำคุก

^๑ โทเมน ภทรภิมย์, กฎหมายอาญา เปรียบ เทียบและอาชญาวิทยา, (แผนผังประกอบคำบรรยาย จักรกฤษณ์โดยคณะนิติศาสตร์ 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 เพื่อศาลคำนึงถึงข้อเท็จจริงและโทษฐานการลงโทษแล้ว ก็จะกำหนดโทษตามที่กฎหมายบัญญัติลงแก่ผู้กระทำความผิดให้เหมาะสม และการที่จะกำหนดโทษสถานใดจึงจะเหมาะสมนี้ จำต้องพิจารณาลักษณะของโทษแต่ละประการด้วยว่ามีลักษณะเช่นใด ดังนี้

๑.๑ โทษประหารชีวิต โทษประหารชีวิตเป็นโทษที่มีประวัติดังกล่าวและวิวัฒนาการมานาน ถึงกับเชื่อกันว่าได้ก่อกำเนิดขึ้นพร้อม ๆ กับที่ได้เกิดระบบสังคมขึ้นในโลก * ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำคัญ เป็นการทดแทนการกระทำความผิดและข่มขู่

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

จุฬาร วงศ์ทองสรรค, 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

^๑โก 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 ปัญหาที่นำพิจารณาก็คือ การใช้ดุลพินิจของศาล ในการกระทำผิดที่กำหนดโทษประหารชีวิตไว้ด้วยนั้น ศาลจะเลือกใช้การกำหนดโทษประหารอย่างเคร่งครัดมากน้อยเพียงใด สิ่งเหล่านี้ย่อมขึ้นอยู่กับเหตุผลต่อไปนี้คือ

๑. การลงโทษประหารชีวิต เป็นการตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำผิด กระทำผิดได้อีก ตามเหตุผลข้อนี้ถือว่าเป็นไปตามทฤษฎีการลงโทษที่มีวัตถุประสงค์ เป็นการป้องกันการกระทำผิด ซึ่งถือว่าการประหารชีวิตผู้กระทำผิดจะเป็นการปฏิบัติตามทฤษฎีการลงโทษได้อย่างได้ผลที่สุด

แต่ในกันตรงกันข้าม เป็นที่ยอมรับความจริงกันว่า การใช้ดุลพินิจในการ วินิจฉัยความผิดของศาลมีการผิดพลาดเกิดขึ้นได้ ศาลในแทบทุกประเทศได้เคย กระทำการ "ผิดพลาดทางกระบวนการยุติธรรม" โดยวินิจฉัยลงโทษจำเลยผู้บริสุทธิ์ เป็นอันมาก และหากเป็นการลงโทษจำเลยในสถานอื่นนอกเหนือจากประหารชีวิต จำเลยผู้บริสุทธิ์ยังมีโอกาสได้รับการแก้ไขให้ได้รับความยุติธรรม แต่ถ้าหากเป็นการ ลงโทษประหารชีวิตแล้ว ความผิดพลาดเช่นนั้น จะไม่มีโอกาสได้รับการแก้ไขให้ ถูกต้องได้เลย ตัวอย่างของความผิดพลาดในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและจำเลย ได้รับความประหารชีวิตนั้นมีมากมาย เช่นนักโทษในคดีต้องหาวาล์กถูกพันเอกชาลส์- ลิน เบอร์ นักบินผู้มีชื่อเสียงของอเมริกา ไปฆ่า ขณะที่กำลังนั่งอยู่บนเก้าอี้ไฟฟ้า

รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง การป้องกันและปราบปราม

อาชญากรรม, เรื่องเดิม, หน้า ๑๖๒.

รอเวลาที่ เพชฌฆาตจะกดสวิชประหารชีวิตตามคำพิพากษานั้น กรรมการควบคุมการประหารชีวิตได้ถามว่า "ท่านได้กระทำผิดจริงถึงใจทกฟ้องหรือไม่"

นักโทษผู้นั้นตอบว่า "ข้าพเจ้ามิได้กระทำผิดเลย ข้าพเจ้าถูกประหารชีวิตด้วยเหตุผลโดยบังเอิญแท้ ๆ แต่การที่ข้าพเจ้าจะตายในครั้งนี้ ข้าพเจ้ามิได้เสียตายชีวิต เพราะข้าพเจ้าหวังว่าชีวิตของข้าพเจ้าจะเป็นตัวอย่างให้โลกเลิกการประหารชีวิตกันต่อไป ซึ่งจะเป็นคุณแก่จำเลยในภายหน้าอย่างยิ่ง"^๑

หรือเมื่อวันที่ ๑๗ ตุลาคม ๑๙๐๑ ได้เกิดคดีฆาตกรรมขึ้นใน Palatka, Florida เจ้าหน้าที่ได้จับ J.B. Brown ไว้เป็นผู้ต้องสงสัยว่าฆ่า Wesson และจากการสอบสวนก็ได้หลักฐานมีคิ้ว Brown ว่าเป็นผู้กระทำผิด จากการพิจารณาพิพากษาของศาลก็ตัดสินให้ลงโทษประหารชีวิต Brown โดยการแขวนคอในวันประหารนั้น ขณะที่นักโทษประหารถูกสวมเชือกลงที่คอและฟังคำสั่งประหารชีวิตอยู่นั้นเอง ก็เกิดมีข้อบกพร่องในคำสั่งประหารขึ้น 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 วงศ์ทองสรรัต, 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^๒ ปล่อยอย่างยิงในทางทฤษฎีข่มขู่ 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. โห้ประหารชีวิต เป็นโห้ที่ลง เพื่อการแก้แค้นทดแทนเท่านั้น
 หากมีผลในทางคตินิสัยหรือปรับปรุงแก้ไขตัวผู้กระทำผิดแต่อย่างใดไม่ ซึ่ง เป็นการขัด
 กับทฤษฎีการลงโห้แบบใหม่ การประหารชีวิตจึง เป็นตัวอย่างอันหาจุดแก่นุคคนอื่น
 ที่รัฐกลับ เป็นผู้ฆ่าคน เสียเองอย่าง เลือดเย็น แต่ความเห็นนี้ก็ ได้มีการคัดค้านว่า
 วัตถุประสงค์แห่งการลงโห้มีไว้แต่เพียงการคตินิสัยอย่าง เดียว ผลที่ได้ในทาง
 อื่นยังมีอีก โดยเฉพาะ เช่นผลในทางกำจัดและปราบปราม ซึ่งไม่มีโห้อื่นจะใช้แทน
 ที่ได้ในแง่ปราบปรามนี้ ส่วนในแง่กำจัดหรือป้องกันมิให้ผู้นั้นกระทำความผิดซ้ำอีก
 แม้จะจำคุกไว้จนตลอดชีวิตได้ก็ไม่ว่าจะไม่หลุดพ้นออกมา เป็นภัยแก่ชุมชนได้อีก
 และตัวอย่างตามสถิติของนานาประเทศได้เป็นที่ประจักษ์ชัดแล้วว่า การกระทำผิดของ
 ผู้ที่กระทำผิดและรับโห้จำคุกมาแล้ว มิได้ลดน้อยลง เลย ^๒ ในกรณีเช่นนี้ หากใช้
 วิธีการประหารชีวิตผู้กระทำผิดเสีย กลับจะเป็นผลดีต่อรัฐในแง่ของงบประมาณแผ่นดิน
 ที่จะต้องนำมาใช้จ่ายเลี้ยงดูผู้กระทำผิดในขณะจ้องจำรับโห้อยู่อีกด้วย

๓. การลงโห้ประหารชีวิตไม่มีประโยชน์ในแง่ปราบปรามอย่าง
 จริงจัง เพราะทั้ง ๆ ที่ใช้โห้ประหารชีวิตมาแต่ไหนแต่ไร ความผิดอาชญา ก็ยังคง
 มีอยู่เช่นเดิม ในข้อนี้แม้จะเป็นความจริงที่การลงโห้ประหารชีวิตไม่ทำให้ความผิด
 อาชญาสูญสิ้นไป แต่ก็ เป็นความจริงว่ามีหลายประเทศที่เลิกโห้ประหารชีวิตแล้วกลับ
 ต้องใช้โห้ประหารชีวิตอีก ^๓

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

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

^๓ จิตติ คิงส์คีย์, เรื่องเดิม, หน้า ๓๒๕.

ในขณะที่เดียวกัน ตัวอย่างที่มักจะยกอ้างอยู่เสมอในการ เสนอให้ยกเลิก 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 ข้อเสียของโทษประหารที่ฝ่ายอหิมีการยกเลิกโทษประหารจึงมีไม่มากนักถ้าว เกินไป

^๑ โโกเมน ภัทรภิรมย์, เรื่องเดิม, หน้า ๔.

^๒ เรื่องเดิม, หน้าเดิม.

ในขณะที่เดียวกัน การที่มีโทษประหารอยู่ยังสามารถ เป็นสิ่งที่ข่มขู่ให้บุคคลกลัว เกรงอยู่ในที่ไม่มากนักน้อย อีกทั้งการมีโทษประหารชีวิต เป็นสิ่งยืนยันว่ากฎหมายนั้นสนองความต้องการของสังคม เพราะข้อเท็จจริงที่ปรากฏโดยทั่วไปนั้น ประชาชนยังต้องการให้มีโทษประหารอยู่ การที่รัฐจะยกเลิกโทษประหารไป เสียยอมก่อความรู้สึกให้กับประชาชนว่า เขาได้รับการทดแทนจากรัฐไม่พอเพียง ดังนั้น จึงมีตัวอย่าง เกิดขึ้นในรัฐโคโลราโด สหรัฐอเมริกา มีสถิติของการประหารที่ผู้กระทำผิดสูงมาก เมื่อยกเลิกโทษประหารชีวิต แต่สถิตินี้ก็กลับลดลงอย่างมากมาย เมื่อรัฐกลับนำเอาโทษประหารชีวิตมาใช้^๑ 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 วงศ์ทองสรณ์, 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 ซึ่งอาจมีกำหนดเวลาชั่วระยะเวลาหนึ่งมีกำหนดอย่างสูงไม่เกิน ๒๐ ปี หรือไม่มีกำหนดเวลา คือจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งจะเห็นได้จากมาตรา ๕๑ และ ๕๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรือในกรณีที่เปลี่ยนโทษจากประหารชีวิตเป็นจำคุกในกรณีนี้โทษต่อ การกำหนดเวลาจำคุกอาจยาวนานถึง ๕๐ ปีก็ได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายถือเป็นหลักไว้ในบทบัญญัติโทษตามความผิดต่าง ๆ ให้อัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน ๒๐ ปี เพราะการกำหนดโทษจำคุกยาวเกินไป แทนที่จะเป็นผลดีในทางกีดกันผู้ต้องโทษ กลับจะมีผลให้ผู้ต้องโทษถูกตัดขาดจากสังคมภายนอกเรื้อรังยาวนานเกินไป จนไม่สามารถกลับเข้าสู่สังคมอีกได้ตามปกติ กลับกลายเป็นการทรมานแก่ผู้นั้นเกินไป 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

ปัญหาการปลดปล่อยลดโทษในระหว่างที่ผู้ต้องโทษถูกคุมขังอยู่นี้เอง เป็น
ปัญหาที่บุคคลเป็นจำนวนมากหรือแม้แต่กฏหมายหลายท่านมีความสงสัยอยู่ว่า หาก
ผู้ต้องโทษจะได้รับลดโทษ เพราะ เป็นนักโทษผู้มีความประพฤติดีก็ตาม หรือลดโทษ เนื่อง
ในโอกาสพิเศษ เช่นวันเฉลิมพระชนมพรรษาก็ตาม เหล่านี้ ศาลได้คำนึงไว้ก่อนและ
เพิ่มโทษไปจากเดิม เพื่อจะได้ชดเชยกับการลดโทษตามเหตุเหล่านั้นหรือไม่ เพราะ
สิ่งเหล่านี้เป็นเหตุให้การกำหนดโทษของศาลมิได้ เป็นไปตามที่ทฤษฎีการลงโทษหรือ
สภาพข้อเท็จจริงกำหนด อันอาจเสียความยุติธรรมได้

ปัญหานี้ได้รับคำตอบโดยศาสตราจารย์ชานินทร์ กรัยวิเชียรว่า

"ความจริง เวลาที่ศาลตัดสินนั้น ศาลก็จะต้องระมัดระวังตัดสินอยู่ในขอบข่าย
ของกฎหมายและภายในอำนาจหน้าที่ของศาลเท่านั้น ส่วนการที่จะได้รับวันลดโทษหรือ
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 ำซ้ตามประเพณีท้องถิ่น แต่ system ไม่เหมือนกัน เปลี่ยนแปลงกันไปตามรูป เช่นญี่ปุ่นเขาใช้ระบบ Probation กับ Parole มากที่สุด เพราะเขาสื่อว่าจะพยายามสร้าง เรือนจำให้น้อย"

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

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

แม้ว่าการพิจารณากำหนดโทษจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ตั้งไว้แล้ว แต่ในบางกรณีหากเป็นการลงโทษจำคุกในระยะสั้นแล้ว ผลที่ได้จากการจำคุกกลับจะเป็นผลเสียแก่ตัวผู้ต้องโทษมากกว่า เพราะการจำคุกนั้นเป็นการทำให้เสียชื่อเสียง มีโอกาสได้รับอิทธิพลในทางชั่วร้ายคิดตัวมาได้ง่าย และการจำคุกในระยะสั้นก็ไม่อาจสนองเจตนารมณ์ของโทษฎีการลงโทษไม่ว่าจะเป็นการข่มขู่ 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 แสนโกสิก. คำอธิบายกฎหมายอาญา พิมพ์ครั้งที่ ๒ (โดยแผนกตำราและคำบรรยาย คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๑๖), หน้า ๒๐๑ - ๒๐๒.

เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติอาวูฐปี พ.ศ. ๒๔๕๐ และประกาศคณะปฏิรูปการ
ปกครองแผ่นดิน 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
ร้องไห้ระงอแง 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 ไปตรวจค้นบ้านพักของ
เขา เพื่อหาสุรา เดือนต่อไปพบปืน ๒๒ ไม่มีกระสุนที่เขาซื้อไว้นานแล้ว ตำรวจจึง
นำตัวไปสอบสวนและฟ้องศาลขอหมายจับในเดือนไว้ในครอบครอง จนได้รับโทษจำคุก
และต้องเข้าไปรับโทษจำคุกอยู่เป็นเวลา ๑ ปี โดยทิ้งให้ลูก ๆ ทั้ง ๔ คนหาเลี้ยง
ตนเองเอง

การหลีกเลี่ยงการจำคุกกระยะสั้นนั้น ถือว่า เป็นสิ่งที่ศาลควรจะให้ความ
สนใจและใช้ดุลพินิจอย่างเหมาะสมด้วย 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 กล่าวคือมิได้บังคับไว้เลยว่าจะห้ามการยกโทษในกรณีใด ดังนั้น แม้ผู้ กระทำผิดจะ เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน และมีใช้โทษสำหรับความผิดที่กระทำโดย ประมาทหรือลหุโทษก็ตาม ศาลก็ยังใช้ดุลพินิจยกโทษจำคุกเสียได้ หากโทษจำคุกที่ จะลงแก่ผู้กระทำความผิดมีโทษปรับด้วย และหากไม่มีโทษปรับศาลยังเหลือทางใช้ดุลพินิจ ที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดอีก 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 การชดเชยความเสียหายของผู้กระทำความผิดอยู่ เพราะกฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำความผิดจะต้อง ปฏิบัติตนตามระเบียบของสถานที่กักขัง และศาลอาจมีข้อกำหนดบางประการให้ผู้ ต้องโทษปฏิบัติด้วย หากฝ่าฝืนระเบียบข้อกำหนดดังกล่าว ศาลอาจเปลี่ยนโทษกักขัง เป็นโทษจำคุกอีกได้ตามมาตรา ๕๗

ศาลจะพึงใช้ดุลพินิจหลีกเลี่ยงการจำคุกในระยะสั้นเหล่านี้ เป็นไปในสถานใดนั้น ย่อมแล้วแต่สภาพข้อเท็จจริงแห่งการกระทำผิดและลักษณะของตัวผู้ต้องโทษเอง แม้ว่าโทษดังกล่าวจะเป็นโทษจำคุกในระยะเวลานั้นสั้นก็ตาม แต่หากจะใช้บังคับให้ใคร่ลงสมตามความมุ่งหมายของกฎหมายแล้ว ก็เป็นสิ่งที่ศาลจะต้องคำนึงถึงอย่างรอบคอบเช่นกัน

๑.๔ โทษปรับ เป็นโทษที่บังคับในทางทรัพย์สินคงที่มาตรา ๒๕ บัญญัติว่า "ผู้ใดต้องโทษปรับ ผู้นั้นจะต้องชำระเงินตามจำนวนที่กำหนดไว้ในคำพิพากษาศาล" โทษปรับนี้มีมาแต่โบราณกาล ในกฎหมายเก่าของเรามีการปรับ เป็นสินไหมคือบางทีก็แบ่งให้แก่อุญเสียหายน และเป็นพินัยหลวงตามส่วน แต่ต่อมาโทษปรับ เป็นการชำระเงินแก่รัฐโดยชำระต่อศาล ส่วนสินไหมแยก เป็นกรณีส่วนแบ่งไป

ประโยชน์ของโทษปรับ เมื่อเทียบกับโทษจำคุกก็คือ ไม่ทำให้มีการถ่ายทอดนิสัยชั่วร้ายระหว่างผู้ต้องโทษในระหว่างที่ต้องถูกจำคุกปะปนกัน ไม่ทำให้เป็นผู้กานต่อ การลงโทษอย่างจำคุก ซึ่งปรากฏว่ายิ่งถูกลงโทษจำคุกนานและบ่อยเท่าใด ความเคยชินต่อโทษยิ่งมากขึ้น ความละอายและเกรงกลัวต่อโทษยิ่งลดน้อยลงทุกที ตรงกันข้ามกับโทษปรับความรู้สึก เช่นนี้ไม่มี เป็นโทษที่รัฐไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการคุมขังมากอย่างโทษจำคุก เป็นโทษที่ป้องกันการกระทำผิดเพื่อหวังประโยชน์เป็นผลกำไร และเป็นโทษที่แก้ไขได้ภายหลัง ถ้าหากปรากฏขึ้นมาว่ามีการผิดพลาดในการชำระค่าปรับก็คืนเงินค่าปรับให้ได้ แต่โทษปรับมีข้อเสียอยู่ว่าค่าปรับจำนวนเท่ากันมีค่าต่างกันระหว่างคนที่มีเงินไม่เท่ากัน และมีผลกระทบกระเทือนไปถึงคนอื่นที่ผู้ต้องโทษปรับต้องอุปการะ บางที่ผู้ต้องโทษปรับก็ไม่สามารถชำระค่าปรับหรือหลีกเลี่ยงไม่สามารถชำระค่าปรับได้ กลายเป็นโทษที่ไม่แน่นอนเพราะต้องไขวิธีอื่น เช่นกักขังแทน^๑

^๑ จิตติ คิงศกัทธิย์, เรื่อง เกม, 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 หรือได้มาด้วยการกระทำความผิด 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 ไม่ได้สังเกตว่าคำที่ใช้ในมาตรา ๒๗^๒ นี้ ไม่ได้บังคับให้ศาลจำเป็นต้องริบ มีว่า "ศาลมีอำนาจริบได้" อำนาจที่จะริบหรือไม่ริบนี้ มีในคดี

^๑ พระยานิติศาสตร์ไพศาล, เรื่องเดิม, หน้า ๗๗.

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

ทุกเรื่อง เป็นพื้น เว้นแต่บางเรื่องที่จะมีบง เป็นพิเศษในโคคดี... มีตัวอย่างเกิดขึ้นแล้ว ๒ เรื่อง ตัวอย่างพม่าคุมแถวขึ้นสินค้า เดินทางบุกเข้ามาจากเขตแดนเมืองพม่า เข้ามาในประเทศไทยขรรคมคาคนคุมสินค้าแล้วต้องมีเป็นผาอาวุธติดตัวมาด้วย และเป็นเหล่านั้น บางทีก็เป็นเป็นคืบบรรจุกระสุนได้เร็ว บางทีก็เป็นปืนโบราณบรรจุกระสุนยาก กินเวลาช้า เจ้าของจึงบรรจุไว้เสมอ ซากแต่ใส่แก๊ป ถึงแม้ว่าคนเหล่านั้นจะได้ทำผิดตามตัวกฎหมายเรื่องถือปืนเข้าเมืองก็ดี ศาลไม่ควรริบป็นเป็นของหลวง เพราะพวกนี้ไม่ได้คิดร้ายอะไร ตัวอย่างนายแดงนายคำมีปืนไปยังนง นายแดงนายคำได้ยิงใกล้หลังโรงตระเวรในแถวบางระมาด ศาลตัดสินว่านายคำนายแดงไม่ควรยิงนกที่บางระมาด เพราะได้ทำให้คนตื่นตกใจ ตัดสินว่าได้กระทำความผิดกฎหมายที่ห้ามไม่ให้คนยิงปืนในหมู่บ้าน ตามมาตรา ๓๓๕ ข้อ ๑๑ ของโคคดี ความเช่นนี้ศาลไม่ควรริบป็นด้วยเหตุว่า นายแดงนายคำไม่ได้เป็นผู้ร้าย การยิงนกไม่ใช่เป็นการผิดกฎหมาย หากเผลอไป ด้วยเข้าใกล้หมู่บ้าน คนเกินควร เท่านั้นเอง ความประสงค์ของกฎหมายนั้นจะปราบโจรปราบผู้ร้าย ไม่ใช่จะกตัญญูคนที่ไม่ได้เป็นโจรผู้ร้าย ตัวอย่าง นายแดงขับรถในถนนไม่จุดโคมไฟ ผิดตามมาตรา ๓๓๖ ข้อ ๗ ของโคคดี ถ้าศาลริบรถนายแดงด้วยแล้ว คงเห็นได้ว่าตัดสินผิด เรื่องริบรถกับเรื่องจะริบป็นยิงนกใกล้บ้านคนเกินไปใน ตัวอย่างที่ให้เมื่อกันมี เกณฑ์เดียวกัน "ถ้าริบป็นได้ก็ต้องริบรถได้" ๑

จากหลักเจตนารมณ์ของกฎหมายและคำแนะนำดังกล่าว การใช้ซุกุฬินิจ ริบทรัพย์สินก็เป็นโทษอีกประการหนึ่งที่จะต้องคำนึงพฤติการณ์เป็นเรื่อง 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 จำเลยถือปืนสั้นมาพู่กู่จะยิงผู้เสียหาย ผู้เสียหายหนีจำเลยขึ้นไปอยู่บนบ้าน จำเลยตามถึงบันไดบ้านผู้เสียหาย ซึ่งอยู่ติด

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

จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาเหล่านี้ เป็นการแสดงถึงข้อเท็จจริงในแง่มุม
 ต่าง ๆ ที่ศาลควรพิจารณาว่าจะริบทรัพย์สินหรือไม่ ซึ่งเป็นตัวอย่างการใช้
 ดุลพินิจที่ดี สอดตามความมุ่งหมายของกฎหมายทุกประการ การใช้ดุลพินิจในการ
 ริบทรัพย์สินนั้น อาจมีข้อเท็จจริงแตกต่างกันไปนานับประการ แต่หากศาลได้ใช้
 ดุลพินิจไปตามบันทัดฐานที่ศาลฎีกาให้ไว้ ก็น่าจะเป็นที่มั่นใจได้ว่าปวงชาวประชาจะ
 ได้รับแต่ความยุติธรรม

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

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

เมื่อเป็นดังนี้ มูลเหตุที่ต้องมีวิธีการเพื่อความปลอดภัย ก็เนื่องมาจากการป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดที่เพ่งเล็งเฉพาะบุคคล ซึ่งได้กระทำโดยวิธีลงโทษให้หลายจำไม่ได้ผลเพียงพอ เป็นต้นว่า การลงโทษมีระยะสั้นเกินไปไม่ได้ผลในทางทัศนียภาพของโทษ จึงต้องมีการกักกันผู้นั้นต่อไป เป็นระยะเวลาอีกนานพอสมควร เพื่อมีเวลาทัศนียภาพผู้นั้น นอกจากนี้ การลงโทษจะทำได้ต่อเมื่อได้มีการกระทำผิดเกิดขึ้นแล้ว ก่อนที่ผู้ใดจะได้กระทำผิดขึ้น แม้จะมีพฤติการณ์ที่หนักแล้วอันตราย แสดงว่าผู้นั้นจะกระทำผิดขึ้นก็ยังไม่มีการลงโทษผู้นั้นได้ จึงต้องมีวิธีการเพื่อความปลอดภัยขึ้น เพื่อปฏิบัติต่อผู้ที่น่าจะกระทำผิดขึ้นในอนาคต ความประสงค์ของการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยมีหลายประการ เช่น เพื่อป้องกันการกระทำผิด (มาตรา ๕๐, ๕๐) เพื่อทัศนียภาพ (มาตรา ๕๐) เพื่อความปลอดภัยของประชาชน (มาตรา ๕๕, ๕๖, ๕๘) ความประสงค์ของวิธีการเพื่อความปลอดภัย จึงเป็นการเพ่งเล็งเฉพาะสภาพในตัวบุคคลที่น่าจะเป็นภัยแก่ผู้อื่น โดยไม่คำนึงถึงจิตใจอันชั่วร้ายของเขา ถึงแม้จะเป็นเด็กหรือคนวิกลจริตก็อาจใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยได้ โดยที่ในแง่ของการลงโทษไม่อาจกระทำแก่บุคคลเหล่านี้ได้เลย เห็นได้จากมาตรา ๕๕ ที่ให้ส่งตัวบุคคลวิกลจริตซึ่งศาลพิพากษายกฟ้องไปคุมตัวไว้ในสถานพยาบาล เป็นต้น เห็นได้จากมาตรา ๕๕ ที่ให้ส่งตัวบุคคลวิกลจริต ซึ่งศาลพิพากษายกฟ้องไปคุมตัวไว้ในสถานพยาบาล เป็นต้น ผู้ที่ถูกใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยไม่ถือว่าได้รับโทษ จึงไม่ถูกตัดสิทธิใด ๆ ๑

ความประสงค์ของการลงโทษแม้จะเพ่งเล็งถึงการป้องกันมิให้เกิดความผิดขึ้นในอนาคต เช่นเดียวกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยก็ตาม แต่การลงโทษมุ่งประสงค์ทดแทนความผิดที่ได้กระทำขึ้นแล้วนั้นด้วย ซึ่งความประสงค์ในส่วนนี้ไม่มีอยู่เลยในการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย เพราะวัตถุประสงค์ของวิธีการเพื่อความปลอดภัยมีอยู่เพียงประการเดียวคือ วัตถุประสงค์ในการป้องกัน

๑ จิตติ กิ่งศรัทภัย, เรื่อง เกม, หน้า ๔๔๒ - ๔๔๓.

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. อากาที่ เป็นอันตรายของผู้กระทำผิด วัตถุประสงค์สำคัญของวิธีการ
เพื่อความปลอดภัย เป็นการป้องกันเฉพาะบุคคลมิให้กระทำความผิด ฉะนั้น สิ่งศาล
จะคำนึงในการ ใช้ดุลพินิจกำหนดวิธีการ เพื่อความปลอดภัย จึงจำต้องพิจารณาถึงอากา
ที่เป็นอันตราย ความหมายของคำว่าอากาที่เป็นอันตรายนี้ 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 เป็นความผิดที่นำมาใช้วิธีการ เพื่อความปลอดภัย ทั้งนี้วัตถุประสงค์แท้จริงของกฎหมายก็คือการระงับอันตรายนั่นเอง^๒

ปัญหาที่ติดตามมาในการพิจารณาอาการอันตรายนั้นก็คือ หากไม่มีกฎหมาย กำหนดลักษณะที่เป็นอันตรายไว้โดยเฉพาะ ปล่อยให้เป็นผู้พิพากษาหรือองค์กรใด พิจารณาโดยเฉพาะแล้ว เมื่อทางการแพทย์และจิตวิทยาไม่อาจตรวจพบอาการอันตราย

^๑ โกลแมน กัทธกริมย์, เรื่องเดิม, หน้า ๒๐.

^๒ เรื่องเดิม, หน้า ๒๑.

นี้ได้อย่างจริงจัง หากปล่อยยี่ห่องครีควินิจัยได้เองแล้ว จะ เป็นการเสี่ยงต่อการ
ใช้อำนาจโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐไว้

๒. การใช้วิธีการ เพื่อความปลอดภัยควบคู่ไปกับโทษ และการใช้วิธีการ เพื่อ
ความปลอดภัยแต่อย่าง เดียว ในการใช้วิธีการ เพื่อความปลอดภัยนี้ ได้มีแนวความคิด
ใหม่ ต้องการให้ใช้วิธีการ เพื่อความปลอดภัยแทนการใช้โทษ ซึ่งเป็นวิธีการที่ประเทศ
แถบสแกนดิเนเวียบัญญัติให้ผู้พิพากษามีอำนาจใช้ดุลพินิจกำหนดผลการลงโทษ แต่ให้
ใช้วิธีการ เพื่อความปลอดภัยแทน เช่นในประมวลกฎหมายอาญา เดนมาร์ก 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 เพราะระบบภายในเรือนจำ 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 อันเป็นวิธีการที่เป็นการอำนวยความสะดวกความยุติธรรม เฉพาะกรณีนั้นเอง

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

เมื่อศาลอาศัยการลงโทษที่ปราศจากหลักเกณฑ์ ย่อมทำให้การวินิจฉัยลงโทษในแต่ละคดี เป็นไปตามเอกลักษณ์ของผู้พิพากษาแต่ละบุคคล เมื่อเป็นดังนี้ จึงทำให้แนวทางในการกำหนดโทษแตกต่างกันอย่างมากมายจนเห็นได้ชัด ปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษแตกต่างกันนี้ เป็นที่ยอมรับโดยทั่วกันว่าเมื่ออยู่เป็นประจำ *

* 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 เดือนในรัฐเวสต์เทิร์นโอคลาโฮมา หลังจากที่คณะกรรมการได้ศึกษาคดีเก่า ๆ แล้ว ความแตกต่างในคำพิพากษาได้ทวีสูงขึ้นเรื่อย ๆ คดีความผิดเกี่ยวกับการไปรษณีย์หรือยาเสพติด... ผู้กระทำผิดจะได้รับโทษจำคุก ๖ เดือน ในขณะที่การกระทำผิดเกี่ยวกับไปรษณีย์ที่กระทำโดยมีเบื้องหลังซับซ้อน ได้รับโทษจำคุก ๓ ปีในคดี ๒ คดีที่มีลักษณะเหมือนกัน อันเป็นการปลอมเช็ค (check forgery) จำเลยคนหนึ่งได้รับโทษจำคุก ๓ ปี ในขณะที่จำเลยอีกคนหนึ่งได้รับโทษจำคุก ๒๔ ปี... แม้กระทั่งการตัดสินให้ผู้กระทำผิดความผิดได้รับการคุมประพฤติสำหรับการกระทำผิดต่าง ๆ จาก ๑๕.๓ เปอร์เซ็นต์ในเวสต์เทิร์นเท็กซัสถึง ๖๕ เปอร์เซ็นต์ในเวอร์มอนต์ ได้มีความแตกต่างกันอย่างมาก ความแตกต่างเช่นนี้ทำให้เกิดความสงสัยว่า จะมีความยุติธรรมจริงหรือ และเกิดความท้อแท้และเสื่อมความนับถือในกฎหมายลง"

การใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษนั้น ถือเป็นความเห็นที่บุคคลย่อมจะมีการใช้แตกต่างกันไปบ้าง แล้วแต่ภูมิหลัง หรือภาวะแวดล้อมปลีกย่อยของแต่ละบุคคล แต่การแตกต่าง เช่นนี้ควรจะเป็นการแตกต่างกันในส่วนรายละเอียดปลีกย่อย 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 หากมีการกระทำความผิดในฐานนี้ ศาลจะต้องกำหนดโทษในอัตราใด เช่นอาจกำหนดให้จำเลยต้องรับโทษจำคุก ๑ ปี เป็นต้น เมื่อมีข้อกำหนดไว้เช่นนี้ไม่ว่าการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์นั้นจะมีสภาพอย่างไร ภูมิหลังจำเลย เป็นอย่างไรใดก็ตาม ศาลจะลงโทษเท่าเทียมกันคือ จำคุก ๑ ปีเสมอไป วิธีการเช่นนี้เรียกว่าบัญญัติอัตราโทษหรือที่เรียกกันทั่วไปว่า "ยี่ตอก" ๑

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

การมีบัญชีอัตราโทษหรือยี่ตอกนี้ ถือว่า เป็นวิธีการต้องการให้วางโทษ เป็นอย่างเดียวกัน^๑ ซึ่ง เป็นการแก้ไขปัญหการวางโทษสูง-ต่ำไม่เท่ากันที่ได้ผลอย่างยิ่ง ด้วยเหตุนี้จึงจะพบว่าในทางปฏิบัติ ได้มีการตีความยี่ตอกในศาลแทบทุกศาล

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

แต่ที่แท้จริงแล้ว การกำหนดยี่ตอกไว้นั้นหาได้ชี้ชัดวางต่อการลงโทษที่คำนึงถึงความยุติธรรมเฉพาะบุคคลไม่ 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 การมียี่ตอกไว้จึง เป็นสิ่งสำคัญในการช่วยกำหนดการใช้ดุลพินิจลงโทษผู้กระทำความผิด เป็นไปในแนวเดียวกันตามประสงค์ของกฎหมาย เพราะความผิดตามบัญชียี่ตอกนั้น 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 แต่ในทางปฏิบัติจะพบการลงโทษแก่จำเลยที่มีลักษณะการกระทำความผิดใกล้เคียงกัน กลับได้รับโทษแตกต่างกันเป็นจำนวนมาก เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๘/๒๕๒๒ ข้อเท็จจริงมีว่า จำเลยคดีนี้กับนายบุญโนชานอน เป็นชาวอิตาเลียน และเป็นนักศึกษาบัญชีปีที่ ๔ ของโรงเรียนเดียวกัน เดินทางมาทัศนจรประเทศไทยพร้อมกัน ถูกเจ้าพนักงานตำรวจจับกุมได้พร้อมกัน มีเฮโรอีนจำนวนใกล้เคียงกันในเวลาต่อเนื่องใกล้เคียงกัน 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 แต่สิ่งที่เป็นต้นเหตุอันแท้จริงมาจากตัวของผู้ที่พิพากษาเอง ว่ามีพื้นฐาน แนวความคิดและคติอย่างไร เช่น เคยมีตัวอย่างในสมัยที่ยังมีศาลไปริสภายู่นั้น 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 โดยกำหนดตามอรรถาธิบาย เช่นนี้ จะพบในทางปฏิบัติ อยู่เนืองนิตย์ 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 แต่ก็มีข้อควรสัง เกตว่า การกำหนดโทษ เป็นดุลพินิจของศาล ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ ต้องห้ามอุทธรณ์ฎีกา ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๒๖/๒๕๐๓ ว่า "คดีที่ฎีกา ได้เฉพาะข้อกฎหมาย โจทก์ฎีกาว่าศาลวางบทผิด และวางโทษ เบาไป ศาลฎีกา วินิจฉัยว่าข้อกฎหมายศาลวางบทถูกแล้ว ส่วนเรื่องการกำหนดโทษ เป็นการใช้ ดุลพินิจต้องห้ามฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๑๘" และแม้บางคดีศาลสูงจะรับอุทธรณ์ฎีกา และวินิจฉัยข้อกำหนดโทษ ศาลสูงก็มักจะถือว่า ตามปกติศาลชั้นต้นย่อมอยู่ในฐานะที่ใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจำเลย ในคดีนั้นได้โดยถูกต้อง ดังที่ศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๑๓/๒๕๔๘ ว่า "ส่วนที่จำเลยว่า ศาลลงโทษแรงไปนั้น เรื่อง เช่นนี้ศาลชั้นต้นย่อมทราบดีในท้องที่ ซึ่งศาลตั้งอยู่ จึงลงโทษสมควรแก่รูป เรื่อง 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 ถ้าข้าพระพุทธเจ้าผู้ซึ่งได้ทรงพระมหากรุณาไว้วางพระราชอุทัยให้ลดลงพระ เกษพระคุณี ในหน้าที่อันสำคัญ เช่นนี้ละ เลยกการอันนี้ เสียแล้ว ใครเล่าจะเป็นผู้ลดลงพระ เกษพระคุณี ให้ราชการแผนกนี้ดำเนินไปโดยสมควรได้ ด้วยเหตุว่าเป็นการน้อยนักหนาที่คดีเหล่านี้จะไต่ของทราบถึงพระ เนตรพระกรรมได้ โดยว่าได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ข้าพระพุทธเจ้า เป็นเจ้าหน้าที่ในการนี้อยู่แล้ว"

เมื่อความผิดพลาดในการใช้ดุลพินิจ มีปรากฏอยู่โดยตลอดเช่นนี้ จึงเป็นความจำเป็นที่จะต้องหาทางแก้ไข เพื่อจะได้เป็นไปตามความยุติธรรม

๓. การแก้ไขข้อขัดข้อง ข้อขัดข้องในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่ไม่มีไต่ เป็นไปตามหลัก เกณฑ์แห่งความยุติธรรม เช่นนี้ เป็นปัญหาบางอย่าง เป็นน่านี ในวงการยุติธรรมทั่วไป และปัญหานี้แม้ในวงการตุลาการของไทยจะมีกรณีคิดแก้ไข ตั้งแต่วันที่ ๑๑ มีนาคม ร.ศ. ๑๒๑ ซึ่งกรณีนั้นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมได้มีหนังสือกราบบังคมทูล เรื่องปัญหาทางโทษสูงต่ำไม่เท่ากัน ตอนหนึ่งความว่า "ข้าพระพุทธเจ้าตั้งใจว่าจะไต่ร่างคำฟ้องคดีผู้พิพากษาในการกำหนดโทษแจกไปตามศาล แต่ที่หวังไม่ หีมี่ เช่นนี้ต่อไปนั้น ก็คงไม่ไต่อยู่เอง" 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
ความข้างเดียวอันเป็นความยุติธรรมที่ไม่ควรบัง เกิดขึ้นในวงการยุติธรรมได้ก็ตาม
แต่ความ เหล่านี้เว้นไว้แต่ศาลจะกระทำการ เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมและรักษา
ความสงบของศาลพิจารณาคดีสืบหลังคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

การไม่ยินยอมพิจารณาข้อเท็จจริงนอกส่วนวนมาประกอบพิจารณาการใช้
ดุลพินิจนี้ แนวปฏิบัติของศาลไทยยึดถือในลักษณะที่เคร่งครัดพอสมควร จึงทำให้การ
วินิจฉัยกำหนดโทษในหลายครั้งคลาดเคลื่อนไปจากที่ควร เป็นอย่างน่า เสียหาย เพราะ
ศาลจะต้องรอให้คู่ความ เป็นผู้นำข้อเท็จจริง เหล่านั้น เข้ามาสู่ส่วนวนความตั้ง เช่นที่
กรมอัยการโดยหลวงอรรถการีย์นพนธ์อธิบดีกรมอัยการ ได้เคยมีคำสั่งที่ ๕/๒๔๔๔
ลงวันที่ ๒๕ มกราคม พ.ศ. ๒๔๔๔ ในอัยการแถลงขอให้ศาลใช้ดุลพินิจลงโทษ
จำเลยที่กระทำผิดโดยอาศัยโอกาสที่กำลังมีการป้องกันภัยทางอากาศมาแล้ว

แนวปฏิบัติที่มีคดีว่าจะไม่พิจารณาข้อเท็จจริงนอกส่วนวนมาประกอบดุลพินิจ
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
ยอมรับฟังไม่ได้ว่าสา เหตุแห่งการกระทำผิดมีอยู่อย่างไร

แนววินิจฉัยที่ปฏิเสธการรับฟังข้อเท็จจริงนอกส่วนประกอบการพิจารณา
ในลักษณะที่เคร่งครัด เช่นนี้ K.C. Davis ได้ให้ความเห็นว่า การคัดโอกาสในการ
พิจารณา เช่นนี้ เปรียบเสมือน "การใช้ดุลพินิจที่ไม่มีการมองหา เหตุผลในการตัดสิน
ซึ่งผู้พิพากษาจะตัดสินมาโดยไม่มีการหาข้อเท็จจริง ไม่มีเหตุผล ไม่มีลักษณะความ
สัมพันธ์ระหว่างคำพิพากษาอันที่มีมากอนกับคำพิพากษาในภายหลัง หรือสัมพันธ์กับ
ความเห็นของคำพิพากษาโดยผู้พิพากษานายอื่น อานาจการใช้ดุลพินิจ เช่นนี้จำต้อง
มีการอุทธรณ์เพื่อตรวจสอบทบทวนอีก เป็นอันมาก" ๑

เป็นที่ยอมรับในทางข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งว่า การจะยึดถือหลักอย่างหนึ่งใด
ตายตัวลงไปอย่างเคร่งครัด ย่อมก่อให้เกิดผลเสียขึ้น ด้วยเหตุนี้แม้ว่าจะมีความ
จำเป็นในการพิจารณาข้อเท็จจริงต่าง ๆ ในส่วนที่มาจากการนำสืบหักล้างกันตาม
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 ที่มีใ้ให้นำมาสู่สำนวนความ ศาลยังคงปฏิเสธ
การรับฟัง ทั้ง ๆ ที่ข้อเท็จจริงเหล่านั้น เป็นสิ่งสำคัญที่ช่วยกำหนดการนำดุลพินิจให้
ถูกต้อง ข้อพิพาท เช่นนี้จะแก้ไขได้ด้วยวิธีการ เช่นใด

เมื่อพิจารณาถึงระบบการยุติธรรมของหลาย ๆ ประเทศ จะเห็นได้ว่า
ในหลายประเทศได้สังเกตเห็นความจำเป็นของความบกพร่องในการเสนอข้อเท็จจริง
ต่อศาลของคู่ความ หากจะเปิดโอกาสให้ศาลนำดุลพินิจพิจารณาข้อเท็จจริงนอก
สำนวนได้อย่างกว้างขวาง ก็จะเป็นการทำลายความยุติธรรมได้อีกเช่นกัน เพราะ
ศาลจะรับฟังข้อเท็จจริงนอกสำนวนอย่างไม่มีที่ยุติ และเมื่อเป็นเช่นนั้นก็จะเป็นการ
ตัดสินใจไปตามอารมณ์หรือเสียงของหนังสือพิมพ์^๑ ยิ่งไปกว่านั้น หากการรับฟัง
ข้อเท็จจริงนอกสำนวนนั้น เป็นผลร้ายแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นย่อมมีความ
รู้สึกที่ศาลมีอคติกับคู่ความ ฝ่ายเอียงหาข้อเท็จจริงช่วยสนับสนุนคู่ความฝ่ายตรงข้าม
ก็ได้ ซึ่งหากมีความรู้สึกเช่นนี้เกิดขึ้นมากเข้า ก็จะเป็นการบ่อนทำลายศรัทธาของ
ประชาชนได้ แม้ว่าการเปิดรับข้อเท็จจริงนอกสำนวนเช่นนั้น เป็นไปเพื่อประโยชน์

^๑ Ibid., p. 137.

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

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

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

แวดล้อมทั้งหลายประกบด้วย และข้อเท็จจริง เช่นนี้เองที่คำพิพากษาในคดี R.v. Stratton (๑๗๘๐) ให้ความสำคัญถึงกับเรียกว่า "หลักพื้นฐานในการตัดสินคดีอาญา" (The fundamental rule of criminal judicature) ^๑ ซึ่งจะทำให้ศาลสามารถกำหนดโทษได้ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏ เช่นหากจำเลยเป็นผู้ที่ประพฤติก่อนและกระทำผิดเพียงเล็กน้อย เพราะมีสาเหตุจากนายจ้างกำลังจะปลดเขาออกจากงาน ศาลก็อาจกำหนดโทษแค่เพียงเล็กน้อยพอเป็นพิธี (คดี R.v. Francis (๑๘๐๘) ^๒ แต่ถ้านายจ้างกระทำผิดนั้น เป็นการกระทำผิดอีก ซึ่งจำเลยไม่หลบจำในทางอาญาแล้ว ศาลจึงต้องลงโทษให้หนักเพื่อให้เช็ดหลาบ (คดี R.v. Morton (๑๘๐๘) และคดี (R.v. Myland (๑๘๑๑)) ^๓

ส่วนวนสืบสวนข้อเท็จจริง เหล่านี้ อาจเป็นการสั่งให้สืบค้นตามคำสั่งศาล หรือเป็นส่วนวนการสอบสวนของตำรวจ และคำให้การของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน ก็ได้ ^๔ ซึ่งในการพิจารณาส่วนวนการสอบสวนประกอบคดีพินิจนี้ กฎหมายไทยเองก็ได้ยอมรับ ดังปรากฏในมาตรา ๑๗๕ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า "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 การที่จะพิจารณากำหนดโทษให้ถูกต้อง ตามหลักเกณฑ์ในทางทฤษฎีการลงโทษ หรือสภาพข้อเท็จจริงที่ปรากฏอย่างแท้จริงนั้น สิ่งสำคัญจะต้องมาจากตัวผู้พิพากษาเอง เพราะตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏการวิชิต คักลินิก หรือการถืออัตราโทษ เกรงครกตามย่อกยอมมาจากความคิดพื้นฐานของตัว ผู้พิพากษาเองทั้งสิ้นว่าจะยอมรับสภาพข้อเท็จจริงและทฤษฎีการลงโทษ เช่นนั้นมากน้อย เพียงใด

การแก้ไขปัญหามโนคติผู้พิพากษานี้ จะต้องกระทำโดยการให้ผู้พิพากษา ยอมรับ และ เห็นความสำคัญของทฤษฎีการลงโทษและข้อเท็จจริงแห่งการลงโทษ ว่ามี ความสำคัญและจำเป็นอย่างไรที่จะขาดไม่ได้ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณากำหนดโทษในคดี ไคก็ตาม การแก้ไข เช่นนี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการแก้ไขให้ผู้พิพากษามีแนว ความคิดในการยอมรับทฤษฎีกำหนดโทษกว้างขวางกว่าเดิม โดยนำผู้พิพากษาระดับสูง มาอภิปรายหาสาเหตุแก้ไขปัญหาดังกล่าว และที่ประชุมดังกล่าวได้วางหลักเกณฑ์เป็น รากฐานในการกำหนดโครงสร้างแห่งอำนาจการพิจารณาลงโทษของผู้พิพากษา มีความ ว่า "เพื่อวัตถุประสงค์ของสิ่งที่ต้องศึกษา 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 และหากจะดูไปแล้วพบว่ามีความคล้ายคลึงของพวก เรามากมายที่สมควรจะนำมาดกเถียงในระหว่างพวกเรา สภาพข้อเท็จจริง ข้อมูลสถิติที่ได้รับ มีผลสืบเนื่องมาถึงความแตกต่างในการลงโทษในคดีที่เหมือนกันของบุคคลผู้มีสภาพแวดล้อม ประวัติและภูมิหลัง เช่นเดียวกัน... สิ่งที่เราพบในคำพิพากษามีจำนวนไม่น้อยที่มีได้เป็นไปในทางที่ควรจะเป็น ผลที่ได้รับไม่ตรงกับเป้าหมาย หรือมีค่าน้อยที่สุดที่จะมีผลต่อตัวผู้กระทำความผิด"

ผู้พิพากษา Devitt ได้กล่าวสรุปในตอนท้ายว่า

"ผมขอแนะนำในปัญหาการวางโทษสูงต่ำไม่เท่ากันอันไม่เป็นธรรมนี้ จะต้องมีการจำกัดอำนาจในการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาลง เพราะจากความเป็นจริงดังกล่าว ผู้พิพากษาศาลสหรัฐ (Federal District Judges) จาก ๓๔๑ แห่ง มีความรู้แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นในก้านภูมิหลัง ประสบการณ์ ทักษะคดี เกี่ยวกับอาญา และการลงโทษ 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 รอกการลงโทษหรือปรับ หากกรณีปรากฏว่ามีเหตุผลในทางป้องกันสังคม (ในกรณีที่มีให้ใช้ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันสังคม) หรือเป็นการกำหนดโทษต่อผู้กระทำความผิดในระยะเวลายันสั้น
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 กล่าววว่า

"เรายอมรับและรวมกันเข้า เป็นกรรมการ มีจุดประสงค์สำคัญในการ
วิเคราะห์การใช้ดุลพินิจในหมู่พวกเรา โดยพิจารณาจากสภาพข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง
ในคำพิพากษาและการชั่งน้ำหนักในคดี...และเริ่มคลุกคลีกับปรัชญาแผนใหม่...
ช่องว่างของความแตกต่างในการใช้ดุลพินิจได้เริ่ม เล็กลง เร็ว 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 เป็นที่ยอมรับกันว่ายังมีความแตกต่างชัดเจนกันอยู่ 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 เป็นไปได้อย่างรอบคอบและละเอียดถี่ถ้วน

สำหรับกฎหมายของไทย โดยเฉพาะระยะเวลาในการจัดทำคำตัดสินคดีอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๘๒ วรรค ๒ บัญญัติว่า "ให้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งในศาลโดยเปิดเผยในวันเสร็จการพิจารณา หรือภายในเวลาสามวันนับแต่เสร็จคดี ถ้ามีเหตุอันสมควร จะเลื่อนไปอ่านวันอื่นก็ได้ แต่ต้องจกรายงานเหตุนั้นไว้"

ตามบทบัญญัติแห่งวรรค ๒ ของมาตรา ๑๘๒ วรรค ๒ กฎหมายกำหนด เวลาให้ศาลอ่านคำพิพากษาไว้คือ

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

ระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้มานี้ กล่าวไปแล้ว เป็นระยะเวลาที่สั้นเกินไป ทำให้ในทางข้อเท็จจริงศาลต้องใช้วิธีการขอเลื่อนการอ่านคำพิพากษาอยู่เสมอมา ระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้ หาก เป็นกรณีพิพากษาแล้วได้ความชัดเจนอยู่ในตัวเองว่าฟ้องของโจทก์ไม่สมบูรณ์ หรือคดีได้ความชัดเจนว่าจำเลยมิได้กระทำความผิด ซึ่งศาลจะต้องตัดสินยกฟ้องแล้ว ก็ย่อมสามารถอ่านคำพิพากษาได้ภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ถ้าหาก เป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงกำกั่งว่าสมควรจะถือว่าการกระทำของจำเลยผิดหรือไม่แล้ว ระยะเวลาดังกล่าวสั้นเกินไปที่จะกำหนดชตาชีวิตของบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้อ่านคำพิพากษาในวันที่พิจารณาคดีเสร็จ เพราะศาลจะต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงต่าง ๆ อย่างถี่ถ้วน ไม่ว่า

น้ำหนักพยานหลักฐานหรือข้อเท็จจริงอื่นใด ด้วยเหตุที่การพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริง
 ในชั้นนี้ เป็นการใช้ดุลพินิจที่สำคัญที่สุด หากศาลใช้ดุลพินิจผิดพลาดเคลื่อนไป
 แม้เพียง เล็กน้อย จะกลายเป็นการลงโทษผู้บริสุทธิ์ได้ ซึ่งการลงโทษผู้บริสุทธิ์นี้เอง
 ถือว่า เป็นการผิดพลาดอย่างยิ่งใหญ่ของขบวนการยุติธรรม จึงได้มีสภาอิศกกฎหมาย
 เคื่อนใจไว้ว่า "ปล่อยคนผิดสิบคนก็ว่าลงโทษผู้บริสุทธิ์เพียงคนเดียว" (It is
 better to prevent one false conviction than to ensure ten true
 one) การใช้ดุลพินิจในกรณีนี้จึงไม่อาจ เป็นไปได้อย่างสมบูรณ์ หากจะต้องตกอยู่
 ภายใต้ระยะเวลาเพียง ๓ วัน

แม้การใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานดังกล่าว สามารถกระทำได้
 อย่างเที่ยงธรรมถูกต้อง ภายในระยะเวลา ๓ วันก็ตาม แต่ถ้าเป็นการพิจารณ
 ลงโทษจำเลย เพราะเป็นผู้กระทำผิดจริงตามฟ้องแล้ว ปัญหาการใช้ดุลพินิจอย่าง
 ละเอียดย่อมต้องคิดตามไปอีก การจะใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแต่เพียงอย่างเดียว
 ก็จะต้องใช้เวลาเกินกว่า ๓ วัน แล้วจึงจะให้ผลที่ดี อันเป็นการตรวจสอบทั้งสภาพ
 ข้อเท็จจริงและใช้เวลาพิจารณาว่าควรจะใช้ทฤษฎีการลงโทษอย่างไร และควรจะ
 ลงโทษจำเลยเพียงใด สถานใดจึงจะเหมาะสม เพื่อเป็นเช่นนี้ กำหนดเวลาที่
 กฎหมายวางไว้ ย่อมเป็นเวลาที่สั้นเกินกว่าจะใช้ดุลพินิจให้เหมาะสมได้

ด้วยเหตุที่ระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดให้ใช้ดุลพินิจในการลงโทษ เป็น
 ระยะเวลาที่สั้นไป เช่นนี้ จึงทำให้นักกฎหมายหลายท่านมีความเห็นว่า ควรจะมีการ
 แก้ไขกำหนดเวลาในการทำคำพิพากษา เสียใหม่ ให้มีกำหนดเวลานานกว่าที่เป็นอยู่
 แต่ความคิดที่จะขยายกำหนดเวลาในการทำคำพิพากษานี้ ได้ถูกคัดค้านไว้ว่า

"การเลื่อนคดีออกไปชั่วคราวหนึ่ง 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 จะไม่มีโอกาสแถลงเหตุหรือปัจจัย เช่นว่านั้น ให้เป็นประเด็นก่อนที่ศาลจะพิพากษาคดี ฝ่ายที่สามมีความเห็นว่า ความเห็นของทั้งสองฝ่ายต่างก็มีเหตุผล จึงเสนอว่าการจะเลื่อนคดีหรือไม่ ควรพิจารณาข้อเท็จจริง เป็นรายคดี คือถ้า เป็นคดีเล็กน้อย มีโทษปรับสถานเดียวก็ไม่ควรเลื่อน ถ้า เป็นคดีสำคัญมีโทษถึงจำคุกก็น่าจะให้เป็นดุลพินิจของศาลว่าจะเลื่อนหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้กฎหมายของไทยก็ให้อำนาจศาลที่จะเลื่อนคดีไปได้ คือไม่ต้องตัดสินภายใน ๓ วัน ถ้าคดีนั้นมีเหตุผลสมควรเลื่อน"^๑

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

^๑ รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่องการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม, เรื่องเดิม, หน้า ๒๒๘.

เหมาะสมแล้ว ปัญหาข้อเท็จจริงในคดีเช่นใดควรจะใช้ระยะเวลาในการจัดทำคำพิพากษามากน้อยเพียงใดย่อมจะหมกไป

ในกรณีดังกล่าว ศาลวงการศึกษาที่ยังมองไม่เห็นความสำคัญของการพิจารณารายละเอียดของข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง และทฤษฎีในการกำหนดโทษแล้ว แม้จะเลื่อนกำหนดเวลาในการทำคำพิพากษาออกไปนานเท่าใด ก็หาเป็นประโยชน์อย่างใดกับความยุติธรรมที่จะควรมีเป็นไปไม่ได้

ด้วยเหตุนี้ ข้อขัดข้องในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ไม่ว่าจะเป็นกรณีเกี่ยวกับตัวผู้พิพากษาเองก็ดี การมีข้อเท็จจริงที่เพียงพอก็ดี เป็นสิ่งที่บุคคลในวงการยุติธรรมจะให้ความสำคัญ และแก้ไขวางโครงสร้างที่เกี่ยวข้องให้เป็นไปในทิศทางที่ดีกว่าเดิม หากเป็นเช่นนั้นได้ ประชาชนทุกคนก็จะกล่าวว่า "ศาลเป็นที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน" อย่างแท้จริง