

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการรอกการลงโทษและการจำกัดดุลพินิจ

การที่ศาลจะมีคำสั่งรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 นั้นกฎหมายให้ศาลใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการพิจารณาเหตุผลว่าผู้กระทำความผิดสมควรได้รับความปรานีหรือไม่แต่ทั้งนี้ก็มีถ้อยบัญญัติเป็นการวางหลักเกณฑ์อันมีผลให้ศาลมี อาจใช้ดุลพินิจเพื่อมีคำสั่งรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้ในกรณีที่ปรากฏว่าผู้กระทำความผิดเคยได้รับโทษจำคุกมาก่อนเว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษบทบัญญัติเช่นนี้ส่งผลอย่างรุนแรงต่อผู้ที่กระทำความผิดโดยพลั้งพลาดหรือไม่มีเจตนาร้ายและได้รับโทษจำคุกเล็กน้อยดังนั้นจึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้แม้ผู้กระทำความผิดเคยได้รับโทษจำคุกมาก่อนโดยหาแนวทางที่เหมาะสมเพื่อมิให้ความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายลดน้อยลงเช่นเดียวกับหลักเกณฑ์การรอกการลงโทษของกฎหมายต่างประเทศ

4.1 ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 233¹⁷⁹ และมาตรา 249¹⁸⁰ ได้บัญญัติให้ผู้พิพากษามีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายภายใต้พระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นอำนาจอิสระโดยทั่วไปงานวิจัยนี้ผู้เขียนมุ่งถึงอำนาจอิสระตามมาตรา 56 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้นซึ่งเป็นหลักสำคัญในการคุมประพฤติจำเลย ภายหลังจากที่ศาลใช้ดุลพินิจรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษแล้ว มาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษนั้น เป็นมาตรการหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกในระยะเวลาอันสั้น เนื่องจากเห็นว่า การลงโทษจำคุกเช่นนี้จะก่อให้เกิดผลเสียกับจำเลยมากกว่าผลดีการรอกการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 นี้มีสี่ลักษณะได้แก่การรอกการลงโทษ การรอกการ

¹⁷⁹ มาตรา 233 การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธย พระมหากษัตริย์

¹⁸⁰ มาตรา 249 ผู้พิพากษาและตุลากร มีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ และกฎหมายการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของผู้พิพากษาและตุลากร ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาตามลำดับชั้น

กำหนดโทษการรอกการลงโทษโดยไม่มีการคุมประพฤติ และการรอกการลงโทษโดยมีเงื่อนไขการคุมประพฤติ

ปัญหาประการแรกที่ศาลควรคำนึง คือ เมื่อใดที่ศาลจะเลือกใช้การรอกการกำหนดโทษและเมื่อใดจะใช้การรอกการลงโทษปัญหาการใช้ดุลพินิจเช่นนี้เป็นปัญหาที่ศาลจะต้องพิจารณาจากเหตุผลของกฎหมาย¹⁸¹ เพราะไม่ว่าจะเป็นการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษต่างก็มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกันคือ ประการที่หนึ่ง เป็นการหลีกเลี่ยงการจำคุกระยะสั้นและประการที่สอง มีผลเป็นการข่มขู่ผู้กระทำผิดตลอดระยะเวลาที่ศาลรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษอยู่ ทำให้เกิดความสำนึกเสมอว่าหากไปกระทำผิดในเวลาศาลกำหนดตนจะต้องถูกลงโทษทั้งสำหรับความผิดครั้งแรกและครั้งหลังแม้การรอกการลงโทษและรอกการกำหนดโทษจะมีลักษณะและวัตถุประสงค์ใกล้เคียงกันก็ตาม แต่ในการเลือกใช้การรอกการลงโทษและรอกการกำหนดโทษนี้มีผลแตกต่างกันในแง่เหตุผลทางกฎหมายอยู่หลายประการซึ่งเป็นสิ่งที่ศาลจะต้องคำนึงเสมอในเวลาที่จะใช้ดุลพินิจเลือกใช้การรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษกล่าวคือ

1. การรอกการลงโทษนั้น ศาลกำหนดโทษไว้แล้ว ผู้กระทำความผิดจึงรู้ได้แน่นอนว่าถ้าตนกระทำความผิดขึ้นอีก ตนจะต้องได้รับโทษสำหรับการกระทำความผิดครั้งก่อนที่ได้รับการรอกการลงโทษไว้แล้วเท่าใด หากศาลกำหนดโทษไว้สูงก็จะมีผลในทางข่มขู่ผู้กระทำผิดได้มาก แต่ถ้ากำหนดโทษไว้ต่ำ เช่นกำหนดโทษจำคุกไว้เดือนเดียว ผลในทางข่มขู่ผู้กระทำผิดให้เกรงกลัวอาญาก็มีน้อย แต่การรอกการกำหนดโทษนั้น ผู้กระทำความผิดไม่อาจรู้ได้แน่นอนว่า ถ้าตนกระทำความผิดขึ้นอีก จะได้รับโทษสำหรับความผิดครั้งก่อนที่ได้รับการรอกการกำหนดโทษเท่าใด ความไม่แน่นอนนี้มีผลในทางข่มขู่ผู้กระทำผิดให้เกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดได้มากกว่าการรอกการลงโทษที่ศาลกำหนดโทษไว้ต่ำ แต่น้อยกว่าการรอกการลงโทษที่กำหนดโทษไว้สูง¹⁸²

2. ในกรณีที่มีการรอกการกำหนดโทษนั้นเมื่อได้มีการกระทำความผิดขึ้นตรงกับลักษณะที่จะต้องลงโทษสำหรับความผิดครั้งแรกที่ได้รอกการกำหนดโทษไว้ก็เป็นหน้าที่ของศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดีที่กระทำความผิดครั้งหลัง จะต้องกำหนดโทษสำหรับการกระทำความผิดครั้งก่อนด้วยปัญหาที่ติดตามมาในทางปฏิบัติก็คือศาลที่จะพิจารณาคดีความผิดครั้งหลังอาจเป็นคนละศาลกับ

¹⁸¹ นพพร โพธิ์รังสิยากร, "การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524), หน้า 231.

¹⁸² อุททิศ แส่นโกศิก , คำอธิบายกฎหมายอาญา , พิมพ์ครั้งที่ 2 (2516) , หน้า 204.

ที่พิจารณาดีความผิดครั้งก่อนและแม้จะเป็นศาลเดียวกันก็อาจเป็นผู้พิพากษาคนละคนก็ได้เมื่อเป็นเช่นนี้ก็ย่อมไม่รู้ข้อเท็จจริงในคดีก่อน จึงอาจกำหนดโทษสูงหรือต่ำเกินที่ควรได้

สิ่งที่ศาลถือเป็นเรื่องสำคัญที่จะละเลยไม่ได้ก็คือการกำหนดโทษที่ลงแก่ผู้กระทำผิดให้เหมาะสมกับสภาพข้อเท็จจริงทั้งในด้านตัวผู้กระทำผิดและลักษณะการกระทำ จนกระทั่งศาลฎีกาเองได้ยืนยันไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาว่า "วิธีวางโทษผู้กระทำผิดนั้นถ้าศาลล่างไม่ได้วางกำหนดผิดพลาดจนเหลือเกินแล้วศาลสูงไม่ควรแก้ไขด้วยเหตุที่ว่าศาลล่างเป็นผู้วินิจฉัยพิจารณายอมเห็นกริยาอาการพยานโจทก์ จำเลยได้ด้วยตาอาจซึ่งหนักเบาได้ที่ถ้วนสมบูรณ์ใกล้ยุติธรรมกว่าศาลอุทธรณ์ซึ่งได้พิเคราะห์แต่สำนวน"¹⁸³ และ "ส่วนที่จำเลยว่าศาลลงโทษแรงไปนั้น เรื่องเช่นนี้ศาลชั้นต้นยอมทราบดีในท้องที่ซึ่งศาลตั้งอยู่จึงลงโทษมาควรแก้รูปเรื่อง และไม่มีเหตุที่ศาลฎีกาจะพิพากษาแก้ไขในเรื่องโทษ"¹⁸⁴

คำพิพากษาศาลฎีกาทั้ง 2 ฉบับได้ยืนยันความสำคัญของการลงโทษโดยคณะผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาคดีว่า จะให้ความยุติธรรมในการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำผิดได้มากกว่าผู้พิพากษาอื่นไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 513/2484) ด้วยเหตุนี้เองเพื่อให้การลงโทษและกำหนดโทษเป็นการใช้ดุลพินิจที่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์แห่งความยุติธรรมเฉพาะบุคคลอย่างแท้จริงการหลีกเลี่ยงต่อการให้ผู้พิพากษาต่างองค์คณะที่มีได้พิจารณาคดีมากำหนดโทษจึงจะเป็นวิธีการที่ดีที่สุดในทางปฏิบัติศาลจึงเลือกที่จะใช้วิธีการกำหนดโทษผู้กระทำผิดแต่รอการลงโทษไว้ซึ่งเป็นการกระทำที่จะให้ความยุติธรรมแก่ผู้กระทำผิดได้มากกว่าการรอการกำหนดโทษ

4.1.1 ปัญหาขอบเขตการใช้ดุลพินิจ

การรอการลงโทษแม้ว่าจะเป็นวิธีการที่อำนวยความสะดวกให้กับผู้กระทำผิดและสังคมรอบข้างอย่างมาก แต่ก็ใช่วิธีการที่ขัดกับความรู้สึกของประชาชนส่วนใหญ่โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ได้รับความเสียหาย จากการกระทำผิด ด้วยเหตุนี้เองการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษ จึงต้องพิจารณาอย่างละเอียดว่า ข้อเท็จจริงเช่นไรจึงควรมีการรอการลงโทษ เพราะหากมีการใช้มาตรการรอการลงโทษ อย่างพร่ำเพรื่อ อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อระบบการรอการลงโทษได้ข้อเท็จจริงที่จะกำหนดว่าการกระทำผิดอย่างไร แคไหนเพียงไรที่ควรจะได้รับการรอการลงโทษนี้ เป็นขอบเขต

¹⁸³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 251/2455

¹⁸⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 513/2484

การใช้ดุลพินิจที่ศาลจะต้องคำนึงถึงตลอดเวลา เพราะหากใช้การรอกการลงโทษมากเกินไป จะก่อกวนทัศนคติขัดแย้งคัดค้านการลงโทษดังที่เคยปรากฏเป็นปัญหาในประเทศฝรั่งเศสมาแล้วเมื่อมีการใช้วิธีการรอกการลงโทษอย่างพรั้าเพรื่อ จนเริ่มคิดหาวิธีที่จะจำกัดการใช้ดุลพินิจของศาลเกี่ยวกับการรอกการลงโทษขึ้น จนกระทั่งได้ออกกฎหมายลงวันที่ 11 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1951 จำกัดอำนาจการใช้ดุลพินิจในการลงโทษโดยรอกการลงโทษ¹⁸⁵

ปัญหาประการหนึ่งเกี่ยวกับขอบเขตของการใช้ดุลพินิจหากมองจากทัศนะของสังคม คือ การที่ศาลได้ใช้การรอกการลงโทษมากเกินไปหมายถึงการที่ศาลเลือกที่จะใช้กับข้อเท็จจริงต่าง ๆ ไม่ว่าจะมีความผิดสมควรหรือไม่มากเกินควรนั่นเอง¹⁸⁶ การที่ศาลใช้การรอกการลงโทษกับคดีต่างๆ อย่างมากมายโดยไม่คำนึงถึงสภาพข้อเท็จจริงว่ามีความเหมาะสมที่จะใช้การรอกการลงโทษหรือไม่ หากเป็นการกระทำผิดครั้งแรกหรือไม่ปรากฏว่ามีการกระทำผิดมาก่อนแล้วให้รอกลงโทษเสมอไป นั้นย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่สมควร จนทำให้มีหนังสือพิมพ์อังกฤษ ถึงกับเรียกการใช้ดุลพินิจเช่นนี้ว่า "The dog being allowed a first bite" หมายความว่า "สุนัขมีสิทธิกัดคนครั้งแรกโดยชอบ"¹⁸⁷ คำกล่าวเช่นนี้ได้มีนักกฎหมายบางท่านไม่เห็นด้วย ถึงกับกล่าวว่าโดยความผิดและความโง่เขลาที่มีหนังสือพิมพ์บางฉบับเป็นภาษาอังกฤษตีพิมพ์วิธีรอกการลงอาญานี้อย่างรุนแรง โดยอ้างว่าเป็นช่องทางที่กฎหมายยอมให้ทำผิดได้โดยไม่ได้รับโทษอะไรเลยยอมให้สุนัขกัดได้เปล่าหนึ่งหน ในครั้งแรกนี้เป็นคำกล่าวของหนังสือพิมพ์นั้นแต่ว่าน่าเสียดายอยู่ที่การตีโดยไม่มีเหตุผลนี้ทำให้วิธีการรอกการลงอาญาเสื่อมไปและกระทบความรู้สึกรังเกียจของตุลาการอย่างรุนแรง"¹⁸⁸

ผู้เขียนเองก็มีความเห็นไปในทำนองเดียวกันกับ แนวความคิดที่ว่าที่จริงแล้วขอบเขตที่ศาลจะใช้ดุลพินิจในการรอกการลงโทษจำเลยหรือไม่ มิใช่เพียงแค่ว่าจำเลยเคยกระทำ ความผิดมาแล้วหรือไม่เท่านั้น ทั้งนี้กฎหมายก็ได้บัญญัติไว้ชัดเจน ในมาตรา 56 เพื่อประกอบการใช้ดุลพินิจกล่าวคือ "เมื่อศาลได้คำนึงถึง อายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษา อบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัยอาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิดหรือเหตุอื่น

¹⁸⁵ นพพร โพธิ์รังสิยากร , "การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ", หน้า 234.

¹⁸⁶ เรื่องเดียวกัน,

¹⁸⁷ ศิริ อัครนนท์ , "ปัญหาเรื่องรอกการลงอาญาจำเลย" บทบัญญัติ เล่ม 12 ตอน 1 (มิถุนายน 2483) , หน้า 181.

¹⁸⁸ พระยานิติศาสตร์ไพศาล ฎหมายอาญาพิสดาร(พระนคร:โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และการ-เมือง ,2493),หน้า 88.

อันควรปราณีแล้วเห็นเป็นการสมควร”แต่อย่างไรก็ดี ถ้อยคำที่วิพากษ์วิจารณ์การทำหน้าที่ของผู้พิพากษาเช่นนี้ย่อมเป็นเครื่องเตือนสติในการใช้ดุลพินิจของศาลเป็นอย่างดี เพราะการใช้ดุลพินิจรอกการลงโทษในทางปฏิบัติที่อาจมีข้อกังขาเนื่องจากดูจะเกินขอบเขตก็ยังมีให้เห็น ตัวอย่างเช่น “จำเลยข้อโกงทรัพย์ ศาลอุทธรณ์ตัดสินให้รอกการลงอาญาจำเลย โดยเห็นว่าเป็นความผิดส่วนตัว และเป็นความผิดครั้งแรก”¹⁸⁹ ศาลฎีกาตัดสินว่า “ศาลต้องใช้ดุลพินิจเป็นเรื่อง ๆ ไป ถ้าทำอย่างศาลอุทธรณ์จะกลายเป็นยอมให้ทุกคนทำผิดส่วนตัวได้คนละครั้งซึ่งผิดความประสงค์ของกฎหมายเรื่องนี้จำเลยใช้ข้อบทยับข้อลึงซึ่ง ไม่มีเหตุผลที่จะรอกการลงอาญาได้ เมื่อพิจารณาถ้อยคำในมาตรา 56 แล้วจะเห็นว่า ขอบเขตของการใช้ดุลพินิจในการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้ถูกกฎหมายกำหนดให้ศาลต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับตัวผู้กระทำผิดหลายประการและประกอบกับเมื่อศาลคำนึงถึงข้อเท็จจริงเหล่านั้นแล้ว ศาลเองต้องเห็นเป็นการสมควร ตามถ้อยคำดังกล่าวด้วยจึงอาจกล่าวได้ว่าการกำหนดขอบเขตของศาลในการจะสั่งรอกการลงโทษหรือไม่กฎหมายต้องการให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจไปตามหลักเกณฑ์และวัตถุประสงค์ที่กฎหมายต้องการ สิ่งที่กฎหมายต้องการให้ศาลคำนึงถึงเหล่านี้เองเรียกว่า “เหตุผลสมควร” ดังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ว่า “การรอกการลงอาญาจำเลย ต้องมีเหตุผลพอสมควรกับความผิด ไม่ใช่เพราะไม่เคยต้องโทษอย่างเดียว มิฉะนั้นจะไม่มีคดีใดไม่ควรรอกนอกจากผู้ร้ายเก่า”¹⁹⁰

เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้ศาล ได้คำนึงถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวผู้กระทำผิดหรือเหตุผลสมควรนี้เป็นไปตามความมุ่งหมายเริ่มแรกที่ต้องการให้มีการหลีกเลี่ยงการจำคุกในระยะเวลาอันสั้นการใช้ดุลพินิจรอกการลงโทษโดยการพิจารณาเหตุผลสมควรจึงละเลยการพิจารณาความเหมาะสมตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเสียมิได้ เพราะเหตุต่าง ๆ ที่ให้ศาลคำนึงถึงเป็นการจัดขอบเขตและเป็นเครื่องชี้ให้เห็นว่าผู้กระทำผิดคนใดควรจะได้รับประโยชน์จากการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษซึ่งเหตุผลสมควรต่างๆก็พิจารณาได้จากข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวผู้กระทำผิดอันได้แก่ อายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อม สภาพความผิด และเหตุอื่นอันควรปราณี

จะเห็นได้ว่า การกำหนดให้ศาลต้องคำนึงถึงสภาพข้อเท็จจริงต่าง ๆ เหล่านี้ ประกอบการใช้ดุลพินิจนั้น ก็เพื่อวางขอบเขตการใช้ดุลพินิจให้เป็นไปโดยถูกต้องนั่นเอง ฉะนั้นศาลจะรอกการลงโทษโดยไม่อ้างเหตุผลสมควรอย่างใดไม่ได้ อย่างน้อยที่สุดก็อ้างว่า มีพฤติการณ์ทั่ว ๆ ไปในคดี

¹⁸⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1145/2468

¹⁹⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 121/129

สมควรรอกการลงโทษ¹⁹¹ และที่สำคัญที่สุดก็คือเหตุผลสมควรที่ศาลจะนำมาพิจารณาในการรอกการลงโทษได้หรือไม่นั้นจะต้องเป็นไปตามที่มาตรา 56 กำหนดไว้ เท่านั้น จะอ้างเอาเหตุอื่นนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้มาเป็นเหตุพิจารณาการลงโทษไม่ได้¹⁹² ตัวอย่างเช่น “มีน้ำตาลทรายขาว 30 กระสอบไม่แจ้งปริมาณ ผิดพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร จำคุก 3 เดือน ปรับ 1,000 บาทเหตุที่อ้างว่ามีได้นำไปต่างประเทศมิใช่เหตุผลสมควรรอกการลงโทษ”¹⁹³

ว่าโดยใกล้ชิดแล้วผู้เขียนเห็นว่าหลักเกณฑ์อีกประการหนึ่งที่น่าจะจัดอยู่ในหัวข้อปัญหาขอบเขตของการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 56 คือการที่ศาลสามารถใช้มาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้อย่างไม่สิ้นสุดหากเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 56 กำหนดให้ศาลมีคำสั่งรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้จะต้องปรากฏว่าผู้กระทำความผิดไม่เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน ดังนั้นเมื่อปรากฏว่าศาลเคยมีคำสั่งรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษมาแล้วจึงถือได้ว่าผู้นั้นไม่เคยถูกลงโทษจำคุกมาก่อนจึงสามารถรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้อีกเมื่อเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ในกรณีนี้กับกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นและฝรั่งเศสแล้วจะเห็นว่า หลักเกณฑ์การรอกการลงโทษในประเทศญี่ปุ่นและฝรั่งเศสนั้น แม้จะมีลักษณะให้ศาลใช้ดุลพินิจรอกการลงโทษได้ ในกรณีผู้กระทำความผิดเคยต้องโทษจำคุกมาแล้วซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่เปิดกว้างมากกว่าของไทย แต่กระนั้นก็มีบทบัญญัติที่คอยควบคุมมิให้ใช้มาตรการรอกการลงโทษในลักษณะที่จะเป็นการสร้างนิสัยไม่เกรงกลัวกฎหมาย กล่าวคือในประเทศญี่ปุ่นผู้ที่อยู่ในระหว่างระยะเวลาการลงโทษตามคำพิพากษาในคดีก่อน และได้กระทำความผิดขึ้นใหม่จะมีสิทธิได้รับการรอกการลงโทษอีกต่อเมื่อคดีใหม่นั้นศาลพิพากษาจำคุกไม่เกิน 1 ปี จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์การรอกการลงโทษสำหรับผู้ที่ยังไม่เคยได้รับการรอกการลงโทษมาก่อนในประเทศญี่ปุ่นจะใช้เกณฑ์การลงโทษจำคุกไม่เกินสามปีเป็นข้อกำหนดแต่หากอยู่ในระหว่างรอกการลงโทษจะใช้เกณฑ์การลงโทษจำคุกนั้นต้องไม่เกินหนึ่งปีจึงทำให้ผู้ที่อยู่ในระหว่างรอกการลงโทษมีความเกรงกลัวที่จะละเมิดกฎหมายสำหรับหลักเกณฑ์ในกรณีนี้ตามกฎหมายไทยไม่มีความแตกต่างกันในเรื่องระยะเวลาที่ศาลจะลงโทษจำคุกทั้งในกรณีผู้ศาลจะมีคำสั่งรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษครั้งแรกหรือครั้งต่อไปกล่าวคือกำหนดระยะเวลา

¹⁹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 573/2492

¹⁹² นพพร โพธิ์รังสิยากร , “การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ”, หน้า 243.

¹⁹³ คำพิพากษาฎีกาที่ 98/2518

เวลาลงโทษจำคุกไม่เกินสองปีตามที่กฎหมายกำหนดผู้กระทำความผิดจึงไม่เกรงกลัวที่จะละเมิดกฎหมายอีกเนื่องจากรู้อัตราโทษของความผิดแต่ละลักษณะตามที่กฎหมายบัญญัติจึงมีโอกาสที่จะได้รับการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษไม่สิ้นสุด สำหรับประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องรอกการลงโทษไว้สองลักษณะคือการรอกการลงโทษโดยไม่มีคำสั่งคุมประพฤติกับการรอกการลงโทษโดยมีคำสั่งคุมประพฤติกการรอกการลงโทษโดยไม่มีคำสั่งคุมประพฤติทำได้ในกรณีศาลจะพิพากษาลงโทษจำคุกหรือปรับสำหรับการรอกการลงโทษโดยมีคำสั่งคุมประพฤติด้วย หากปรากฏว่า ศาลจะลงโทษจำคุกผู้เคยต้องโทษจำคุกมาแล้วแต่เป็นการจำคุกไม่เกิน 6 เดือนก็อาจได้รับการรอกการลงโทษ แต่ทั้งนี้หากผู้ศาลเคยมีคำสั่งรอกการลงโทษโดยมีคำสั่งคุมประพฤติมาแล้วมากระทำความผิดอีกศาลไม่อาจรอกการลงโทษได้อีก จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ที่จะให้ศาลมีคำสั่งรอกการลงโทษในครั้งต่อไปของประเทศญี่ปุ่นและฝรั่งเศสมีการคำนึงถึงโทษที่เคยได้รับมาแล้ว หรือโทษที่จะได้รับในการกระทำความผิดครั้งหลังเป็นองค์ประกอบที่จะพิจารณากการมีคำสั่งรอกการลงโทษด้วย อันจะทำให้ผู้ที่เคยกระทำความผิดมาแล้วมีความเกรงกลัวต่อสภาพบังคับของกฎหมายผู้เขียนเองเห็นว่าควรมีการแก้ไขบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 56 ของไทยให้มีลักษณะเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้กว้างขึ้นทั้งนี้โดยมีการวางข้อจำกัดกลั่นกรองผู้ศาลจะมีคำสั่งรอกการลงโทษให้รัดกุมมากยิ่งขึ้นเช่นกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นและฝรั่งเศส

โดยสรุปในการใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษนี้ ศาลจะใช้ดุลพินิจด้วยกัน 2 ส่วน คือ ดุลพินิจในการพิจารณาข้อเท็จจริง และดุลพินิจในการกำหนดโทษ ส่วนการปรับใช้กฎหมายนั้นเป็นปัญหาข้อกฎหมายว่าด้วยการบังคับใช้และการตีความซึ่งตกอยู่ภายใต้หลักที่ว่ากฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด ด้วยเหตุนี้กฎหมายอาญาที่ดีต้องเปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจน้อยที่สุด¹⁹⁴ แต่สำหรับการค้นหาข้อเท็จจริงหรือการกำหนดข้อเท็จจริงนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 227 บัญญัติไว้กว้าง ๆ ว่า "ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชี้แจงน้ำหนักพยาน หลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีกการกระทำผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น" และในการกำหนดโทษ ศาลเองก็ต้องคำนึงถึงเหตุต่าง ๆ ในมาตรา 56 แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เปิดกว้างให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจอย่างมากอย่างไรก็ตามผู้เขียนมีความเห็นว่าหลักที่ว่ากฎหมายอาญาที่ดีต้องเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจน้อยที่สุดนั้น แต่ก็มีควรที่จะถึงกับเป็นการจำกัดดุลพินิจของศาลในลักษณะที่จะส่งผลต่อการปรับข้อเท็จจริงเพื่อ

¹⁹⁴ เรื่องเดียวกัน , หน้า 113.

กำหนดโทษ อันเป็นวัตถุประสงค์สุดท้ายเพื่อความยุติธรรมเฉพาะกรณีของกฎหมายอาญาเองดังกรณีปัญหาข้อจำกัดการรอกการลงโทษหรือการกำหนดโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 56 ที่ได้อธิบายมาแล้ว

4.1.2 ปัญหาข้อจำกัดทางกฎหมายต่อการใช้ดุลพินิจ

มาตรการรอกการลงโทษหรือการกำหนดโทษมีวัตถุประสงค์ก็เพื่อหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกในระยะเวลาอันสั้น กล่าวคือไม่เกินสองปี เนื่องจากโทษจำคุกระยะสั้นเช่นนี้ นานาประเทศล้วนมีความเห็นไปในทางเดียวกันว่าจะไม่ก่อให้เกิดผลดีต่อผู้ที่ได้รับโทษจำคุกแต่อย่างใด จึงได้มีการคิดหามาตรการลงโทษอย่างอื่นเพื่อหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกระยะสั้นมากมาย ทั้งนี้เพราะวัตถุประสงค์ของการลงโทษจำคุกนั้น มิใช่เพียงแต่ลงโทษเพื่อให้สาสมกับความผิด ที่จำเลยได้กระทำความผิดนั้น เพราะวันหนึ่งผู้ที่ถูกลงโทษจำคุกก็จะได้รับการปล่อยตัวเป็นอิสระและเป็นส่วนหนึ่งของสมาชิกในสังคม ดังนั้น จุดประสงค์หลักของการลงโทษจำคุก จึงควรจะเป็นไปเพื่อสนับสนุนการกลับมาใช้ชีวิตอย่างปกติของผู้กระทำผิด หากผู้กระทำผิดนั้นไม่มีพฤติกรรมเกินควรต่อการแก้ไขปรับปรุงจากบทบัญญัติในมาตรา 56 นี้ หากพิจารณาอย่างรอบคอบแล้ว อาจก่อให้เกิดความสับสนต่อการใช้ดุลพินิจของศาลในการสั่งรอกการลงโทษโดยตั้งเป็นคำถามได้ว่าเหตุใดผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกในกรณีกระทำการโดยประมาทหรือลหุโทษสามารถได้รับการรอกการลงโทษหรือการกำหนดโทษได้ แต่ในขณะที่เดียวกันผู้ที่กระทำความผิดและได้รับการลงโทษจำคุกด้วยเหตุประการอื่นกลับจะไม่ได้รับความปรานีจากศาลในการให้โอกาสกลับตัวได้อีกเลย

สำหรับความเหมาะสมของโทษจำคุกที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดโดยประมาทเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาแล้วจะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาของไทยเราเปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจในการที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดโดยประมาทได้อย่างกว้างขวางอยู่แล้ว อาทิเช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 ซึ่งบัญญัติว่า"ผู้ใดกระทำการโดยประมาทและการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีและปรับไม่เกินสองหมื่นบาท" จะเห็นได้ว่า ด้วยบทลงโทษเช่นนี้ ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง โดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์ตามมาตรา 59วรรคสี่ประกอบกับมาตรา 56 และวางโทษจำคุกเท่าใดก็ได้แต่ต้องไม่เกินสิบปีตามที่มาตรา 291บัญญัติไว้ หรือศาลอาจจะใช้วิธีการรอกการลงโทษหรือการกำหนดโทษก็ได้เช่นกันที่กล่าวมานี้หากมองดูภาพรวม จะทำให้เห็นว่าการกระทำโดยประมาทนั้น ไม่มีความรุนแรงและน่าจะให้ภัยได้ โดยพิจารณาจากผลเสียที่สังคมจะได้รับจากการลงโทษผู้กระทำผิดโดยประมาท ดังนั้นนอกจาก ในบทบัญญัติที่ว่าด้วยการกระทำความผิดโดยประมาทเอง อาทิ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291และมาตรา 300 จะบัญญัติบท

กำหนดโทษไว้ให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจกำหนดโทษอย่างกว้างขวางแล้ว ในกรณีรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 56 เองก็ยังได้ให้โอกาสกับผู้ที่ถูกจำคุกในกรณีประมาทมาแล้วได้รับความปรานีจากศาลให้รอกการลงโทษได้อีกซึ่งหากพิจารณาให้ลึกซึ้งแล้ว จะเห็นได้ว่า การถูกลงโทษจำคุกโดยประมาทในบางกรณีนั้นมีความรุนแรงและเป็นอันตรายต่อสังคมมากกว่า การถูกลงโทษจำคุกในลักษณะอื่น ทั้งนี้อาจเนื่องมาจากกฎหมายในเรื่องประมาทของไทยเรานั้น ไม่มีการแยกแยะให้ละเอียดเหมือนอย่างของระบบคอมมอนลอว์ซึ่งมีการแยกแยะออกเป็น

1. ประมาทโดยรู้ตัว(advertent negligence) หรือ (recklessness)¹⁹⁵ เป็นกรณีที่ผู้กระทำได้รู้หรือควรได้รู้องค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของความผิด แต่ไม่นำพาต่อภัยอันตรายอันจะพึงมีหรือบังเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นซึ่งเป็นการเสี่ยงต่อภัยอันไม่สมควร เช่นการขับรถด้วยความเร็วสูง บนถนนที่มีคนเดินพลุกพล่าน ถ้าการขับรถนี้ไปชนคนเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย ก็จะมี ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยประมาท (manslaughter) การที่กฎหมายต้องมีบทบัญญัติเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดโดยประมาทกรณีดังกล่าวซึ่งมี mens rea เป็นองค์ประกอบ เพื่อดำรงไว้ซึ่งประโยชน์สุขของสังคม และทำให้สังคมอยู่อย่างมีความแน่ใจในความปลอดภัยของตน ทั้งยังเป็น การบังคับให้สมาชิกในสังคมปฏิบัติตามกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานของ

2 ประมาทโดยไม่รู้ตัว(Inadvertent negligence) เป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่ได้รู้ถึงภัยที่อาจจะเกิดขึ้น ความพลั้งเผลอนี้ถือว่าเป็นภาวะทางจิตใจที่ไม่อาจควบคุมหรือบังคับได้

สำหรับประมวลกฎหมายอาญาของไทยมิได้แบ่งแยกระดับหรือประเภทของการประมาท ศาลจะกำหนดโทษที่วินิจฉัยระดับความร้ายแรงเป็นกรณี ๆ ไปซึ่งบางครั้งศาลก็ลงโทษจำคุก เช่นกรณีขับรถชนคนตายด้วยความประมาท ซึ่งอาจมีพฤติการณ์อย่างอื่น ประกอบด้วยเช่น เมาสุราแล้วขับรถบนถนนที่มีผู้คน พลุกพล่านบางครั้งศาลก็เมตตา รอกการลงโทษจำคุกไว้เช่น "จำเลยจุดไฟเผาสวนของจำเลยไฟลุกลามไปไหม้ต้นไม้ในสวนของผู้เสียหายซึ่งอยู่ติดกัน ซึ่งเห็นได้ว่าไฟอาจลุกลามไปถึง เป็นการกระทำผิดฐานทำให้เพลิงไหม้โดยประมาทลงโทษจำคุกจำเลย 4 เดือน ปรับ 1,000บาท แต่โทษจำคุกให้รอกการลงอาญาไว้ 2 ปี"¹⁹⁶ "จำเลยขับรถซึ่งห้ามล้อใช้การไม่ได้ขึ้นสะพานเบี่ยงซึ่งเป็นที่สูง แล้วเครื่องยนต์ดับ รถถอยหลังลงมา จำเลยมองท้ายรถไม่เห็น เพราะสิ่งของที่บรรทุกมาในรถยังอยู่ รถชนราวสะพานเบี่ยงตกลงไปในคลอง คนโดยสารตายและบาดเจ็บ

¹⁹⁵ Glanville williams , *Criminal Law*. 2^{ed} , (London : Stevens & Sons Limited 1961), p.53.

¹⁹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1021/2522

เจ็บ ถือเป็นความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาทมิใช่เป็นเหตุนอกอำนาจของจำเลยหรืออุบัติเหตุ ศาลฎีกาพิพากษายืนตามศาลอุทธรณ์ และศาลชั้นต้นจำคุกจำเลยมีกำหนด 2 ปี¹⁹⁷

ดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า นอกจากบทบัญญัติของกฎหมายในกรณีประมาทได้บัญญัติให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการกำหนดโทษแล้ว ในเรื่องรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษเอง ก็ยังให้โอกาสกับผู้ที่จะทำการโดยประมาทหรือลหุโทษและถูกลงโทษจำคุกได้รับโอกาสรอกการลงโทษได้อีก บทบัญญัติตามมาตรา 56 วรรคแรกเช่นนี้ เมื่อพิจารณากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้ว บางครั้งก็อาจสืบสนได้ว่า ผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกกรณีประมาทมาแล้ว ไม่ว่าจะเป็นเวลาานเท่าใดก็ศาลก็สามารถสั่งรอกการลงโทษได้อีกเมื่อเปรียบเทียบกับอีกกรณีหนึ่งยกตัวอย่างเช่น “จำเลยกระทำความผิดฐานมียาเสพติดไว้เพื่อเสพศาลพิพากษาลงโทษจำคุกจำเลย 1 เดือน จำเลยรับสารภาพลดโทษให้กึ่งหนึ่งเหลือจำคุก 15 วันศาลก็ต้องลงโทษจำคุกโดยไม่รอกการลงโทษ”¹⁹⁸ “พฤติการณ์ที่จำเลยพาอาวุธปืนพร้อมเครื่องกระสุนปืนติดตัวไปตามถนน ในหมู่บ้านและทางสาธารณะ ในเวลากลางคืนนั้นศาลลงโทษจำคุกโดยไม่รอกการลงโทษ”¹⁹⁹

จากตัวอย่างที่ยกมาเปรียบเทียบนี้จะเห็นว่าแม้จะเป็นการถูกลงโทษจำคุกโดยกระทำการโดยประมาทแต่ก็มีลักษณะของการกระทำที่ก่อให้เกิดผลร้ายแรงต่อส่วนรวมอย่างมากแต่กลับจะได้รับความปรานีในกรณีที่ได้กลับมากระทำความผิดอีกและศาลสามารถสั่งรอกการลงโทษได้ แต่กรณีคำพิพากษาฎีกาที่ 130/2524 นั้นศาลจำคุกเพียง 15 วันหากต่อมาภายหลังได้กระทำความผิดอีกศาลก็ไม่สามารถรอกการลงโทษให้ได้เลยเนื่องจากไม่ใช่การถูกจำคุกโดยการกระทำผิดโดยประมาท จะเห็นได้ว่าความรุนแรงของการมียาเสพติดไว้เพื่อเสพมิได้ทำให้เกิดผลร้ายแรงอย่างกรณีประมาทเป็นเหตุให้คนตาย แต่กลับได้รับผลร้ายจากบทบัญญัติที่มีข้อจำกัดตามมาตรา 56 ดังที่กล่าวมาแล้ว

ส่วนในเรื่องลหุโทษนั้นเป็นเรื่องที่น่าจะยอมรับได้มากกว่า เนื่องจากความผิดลหุโทษเป็นความผิดเล็กน้อย กล่าวคือความหมายของความผิดลหุโทษที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาคือ “ความผิดซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับเช่นว่ามานี้ด้วยกัน”²⁰⁰ ทำให้ความผิดลหุโทษมีความหมายรวมไปถึงความผิดตาม

¹⁹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 323/2507

¹⁹⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 130/2524

¹⁹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 2276/2535

²⁰⁰ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 102

กฎหมายที่มีโทษทางอาญาอื่น ๆ ทั้งหมดที่มีระวางโทษไม่เกินกว่าที่กำหนดไว้ ดังนั้น ในปัจจุบัน ความผิดลหุโทษจึงกระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายสารบัญญัติทางอาญาต่างๆที่มีอยู่หลายร้อยฉบับและในกฎหมายลำดับรองดังเช่น ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครและเทศบัญญัติต่าง ๆ ในการบังคับใช้ความผิดลหุโทษเหล่านี้มีข้อแตกต่างจากความผิดอาญาโดยทั่วไปอยู่หลายประการ กล่าวคือการกระทำความผิดลหุโทษ แม้กระทำโดยไม่มีเจตนาก็เป็นความผิด เว้นแต่ตามบทบัญญัติความผิดนั้นจะมีความบัญญัติให้เป็นอย่างอื่น²⁰¹ ผู้ที่พยายามกระทำความผิดลหุโทษไม่ต้องรับโทษ²⁰² ผู้สนับสนุนในความผิดลหุโทษไม่ต้องรับโทษ²⁰³ เป็นกรณียกเว้นสำหรับการต้องโทษจำคุก กล่าวคือศาลสามารถพิพากษาลงโทษกักขังไม่เกินสามเดือน แทนโทษจำคุก ในคดีที่ศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน แม้ว่าจะเคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน ถ้าโทษจำคุกที่รับมาก่อนนั้นเป็นโทษสำหรับความผิดลหุโทษหรือความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท²⁰⁴ ศาลสามารถรอกการกำหนดโทษ หรือรอกการลงโทษได้ในคดีที่ศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสองปี แม้ว่าจะผู้กระทำความผิดจะเคยได้รับโทษจำคุกมาก่อนถ้าโทษจำคุกที่รับมาก่อนนั้นเป็นโทษสำหรับความผิดลหุโทษหรือความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท²⁰⁵ ไม่เป็นความผิดที่ต้องนำโทษที่รอกการกำหนดหรือรอกการลงโทษบวกเข้ากับโทษในคดีหลัง²⁰⁶ ไม่เป็นความผิดเพื่อการเพิ่มโทษในกรณีที่ได้กระทำความผิดอีก²⁰⁷ ไม่เป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดต้องสูญเสียสิทธิทางกฎหมายใดๆ เช่นการเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือน²⁰⁸ คดีสามารถเลิกกันได้ในชั้นเจ้าพนักงานโดยการเปรียบเทียบ²⁰⁹

ดังนั้น ลหุโทษในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทยจึงมีฐานเป็นความผิดที่ถูกจัดลำดับความสำคัญไว้ท้ายสุดไม่ว่าจะในอดีตหรือปัจจุบันดังจะเห็นได้จากการใช้โทษในระดับต่ำใช้กระบวนการพิจารณาที่เคร่งครัดน้อยกว่าคดีอาญาโดยทั่วไปตลอดจนการมีบทบัญญัติที่แสดงถึงการยอมให้อภัยของสังคมต่อการกระทำที่เป็นลหุโทษ

²⁰¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 104

²⁰² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 105

²⁰³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 106

²⁰⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 23

²⁰⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56

²⁰⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 58

²⁰⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 94

²⁰⁸ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 มาตรา 30 (10)

²⁰⁹ วิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 37

ผู้เขียนเองเห็นด้วยกับการที่บทบัญญัติอันเป็นหลักเกณฑ์ในเรื่องรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้บัญญัติในลักษณะให้อภัยต่อผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกสำหรับการกระทำความผิดโดยประมาทหรือลหุโทษเนื่องจากการกระทำโดยประมาทนั้นเป็นการกระทำโดยไม่มีเจตนาส่วนการกระทำผิดลหุโทษเป็นการกระทำผิดเล็กน้อยแต่ทั้งนี้เมื่อคำนึงถึงผลร้ายของโทษจำคุกประกอบกับข้อเท็จจริงของผู้กระทำความผิดแต่ละคนก็น่าจะมีการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์อันเป็นข้อจำกัดมิให้ศาลใช้ดุลพินิจรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษในกรณีผู้ที่เคยได้รับโทษจำคุกเนื่องจากการทำความผิดโดยเจตนาให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละกรณีไป

4.2 การใช้ดุลพินิจและผลกระทบของข้อจำกัดทางกฎหมายต่อการใช้ดุลพินิจรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษ

ความคิดในเรื่องการกระทำความผิดของบุคคลและการลงโทษนั้นเป็นสิ่งที่มียุติตั้งแต่สังคมดั้งเดิมมาแล้วเพราะความคิดเช่นนี้เป็นส่วนหนึ่งของสามัญสำนึกของมนุษย์ที่ว่าเมื่อคนกระทำความผิดก็ควรจะถูกลงโทษสามัญสำนึกเช่นนี้เป็นสิ่งที่มียุติอยู่ในความรู้สึกร่วมกัน (collective sentiment) ของคนในสังคมแต่จะลงโทษด้วยวิธีใดนั้นย่อมแตกต่างกันไปในแต่ละสังคมและสมัย ส่วนความคิดที่ว่า การลงโทษควรจะคำนึงถึงผลที่มีต่อผู้กระทำความผิดและต่อสังคมในด้านอื่นอีกหรือไม่ก็เป็นอีกแนวคิดหนึ่งซึ่งจะนำมาประกอบในการที่ศาลจะใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เหมาะสม²¹⁰

"ดุลพินิจ" หมายถึง การวินิจฉัยเห็นสมควร²¹¹ ตรงกับภาษาอังกฤษว่า "Discretion" ซึ่งมีรากศัพท์จากภาษาละตินว่า "Discretio" สำหรับความหมายในทางกฎหมายนั้น หมายถึง อำนาจหรือสิทธิพิเศษ (Privilege) ของศาลที่จะพิจารณาตามหลักความยุติธรรม²¹² ซึ่งสิทธิพิเศษหรืออำนาจนี้พิจารณาไปตามภาวะแวดล้อมแห่งพฤติการณ์ (Circumstances) และรวมถึงการใช้วิจารณญาณในการตัดสินคดีของตัวผู้พิพากษานั้นเอง โดยไม่ขึ้นกับวิจารณญาณ หรือการตัดสินของบุคคลอื่นใด (Uncontrolled by the Judgment or conscience of others) อย่างไรก็ตามก็ดี ความ

²¹⁰ แสง บุญเฉลิมวิภาส, หลักกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เด็อนตุลา, 2539), หน้า 131.

²¹¹ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493, พิมพ์ครั้งที่ 11 (พระนคร : โรงพิมพ์การศาสนา, 2513), หน้า 374

²¹² Black's Law Dictionary, 4th ed, (St Paul, Minn : West Publishing Co., 1951) p. 553.

หมายของดุลพินิจ ไม่ว่าจะในทางปฏิบัติจะมีมากอย่างไรหากนำข้อเท็จจริงทั้งหมดมาแยกพิจารณาแล้ว ความหมายของดุลพินิจคงมีเพียง 3 ประการ เท่านั้น คือ 1. ค้นหาข้อเท็จจริง 2. ปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมาย 3. พิจารณาเกี่ยวกับพฤติการณ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องหลังจากที่ทราบข้อเท็จจริงและข้อกำหนดแล้ว

องค์ประกอบ 3 ประการของดุลพินิจนี้ เป็นที่ยอมรับกันว่าครอบคลุมความหมายทั้งหมดของคำว่าดุลพินิจในทางกฎหมาย และมักเรียกองค์ประกอบทั้ง 3 นี้รวมกันว่า " พฤติกรรมแห่งดุลพินิจ" (the exercise of discretion)²¹³ นักวิชาการหลายท่านได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับดุลพินิจไว้ดังนี้ "ดุลพินิจเป็นวิธีการที่จำเป็นที่สุดที่จะสร้างสรรค์ให้เกิดความยุติธรรมเฉพาะกรณีขึ้นได้ (Individualization of justice) กล่าวคือลำพังกฎหมายไม่อาจแก้ไขปัญหาที่ซับซ้อนในการปกครองประเทศได้ทันทั่วถึง หรือไม่สามารถสนองความยุติธรรม ได้ในสังคมปัจจุบัน"²¹⁴ การใช้ดุลพินิจจะเป็นแนวทางการสร้างสรรวิทยาการใหม่ ๆ เพื่อให้สังคมเจริญก้าวหน้า เหตุที่กล่าวเช่นนี้ เนื่องจากคำกล่าวของอริสโตเติล (Aristotle) ที่ว่า " ที่ไหนมีสังคมที่นั่นมีกฎหมาย" และในขณะเดียวกันกฎหมายทุกฉบับย่อมต้องมีดุลพินิจอยู่ด้วยดังคำกล่าวของ Cohen ที่ว่า "เมื่อมีกฎหมายก็ย่อมต้องมีดุลพินิจอยู่เคียงคู่" (Rules must be supplemented it discretion) Cohen ถือว่าสิ่งที่สามารถสนองตอบความยุติธรรมได้อย่างแท้จริงจะต้องเป็นสิ่งซึ่งสามารถสนองความยุติธรรมได้ทุกกรณี และสิ่งที่ช่วยให้เกิดความยุติธรรมเฉพาะกรณีได้ก็คือดุลพินิจ Cohen เรียกดุลพินิจว่า "ชีวิตและความยืดหยุ่น" (The life and flexibility) เมื่อเป็นที่ยอมรับกันว่าที่ใดมีกฎหมายที่นั่นมีดุลพินิจก็ย่อมยอมรับต่อไปได้ว่า "ที่ไหนมีสังคม ที่นั่นย่อมมีกฎหมายและดุลพินิจ" การที่ต้องมีดุลพินิจถือกันว่าเป็นเหตุทางจิตวิทยา รัฐศาสตร์ และอื่น ๆ ด้วยเพราะเป็นที่ยอมรับกันว่าการจะเป็นสังคมรัฐนั้นต้องประกอบด้วยกฎหมายและมนุษย์หากสังคมใดหรือระบบกฎหมายใดบังคับใช้แต่เพียงกฎหมายอย่างเดียวโดยไม่มีการใช้ดุลพินิจด้วยนอกจากจะไม่มีความเป็นธรรมแล้วยังถือว่าประชาชนในสังคมนั้นยอมให้คนตายปกครองคนเป็น²¹⁵ กล่าวคือบุคคลในสังคมจะไม่ได้ทำอะไรนอกจากการพิจารณาให้เป็นไปตามกฎหมายที่บรรพบุรุษซึ่งเป็น "คนตาย" ไปแล้วบัญญัติไว้เมื่อเป็นเช่นนั้น สังคมก็ยอมหาความเจริญต่อไปไม่ได้นอกจากคงไว้ซึ่งอารยธรรมที่บรรพบุรุษสะสมไว้ให้เท่านั้น

²¹³ นพพร โพธิ์รังสิยากร , "การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ", หน้า 6-7.

²¹⁴ สมโภธ ศิริสุข, "การใช้ดุลพินิจทางกฎหมายของนายอำเภอ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิตจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2525) อ้างถึง K.C. Davis, OP.cit, P.25

²¹⁵ ชุมพร พลรักษ์, "การละเมิดกฎหมายในสังคมไทย",วารสารทนายความปีที่ 15 เล่มที่ 2 (สิงหาคม.2516), หน้า 114

ฉะนั้น จึงเห็นได้ว่า การใช้ดุลพินิจย่อมเป็นการสร้างแนวทางให้สังคมมีความเจริญก้าวหน้ามีการสร้างสรรวิทยาการใหม่เพิ่มขึ้น เห็นได้ว่าหากศาลหรือองค์กรผู้ใช้กฎหมาย ใช้กฎหมายในทางมุ่งสร้างความยุติธรรม ย่อมใช้ดุลพินิจที่เป็นธรรมแทนการใช้กฎหมายในบางกรณีอย่างเหมาะสมแล้ว ดุลพินิจเช่นนั้นย่อมเป็นดุลพินิจที่แท้จริง ตามความหมายของ sir Edward Coke ที่กล่าวเป็นภาษาลาตินว่า "Discretio est discernere per Legem quid sit justum" หมายความว่า "ดุลพินิจคือการรอบรู้เรื่องกฎหมายว่าสิ่งใดควรเป็นธรรม"²¹⁶ เห็นได้ว่าดุลพินิจนั้นแทรกให้อยู่ ในขณะที่ศาลพิจารณาค้นหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายรวมไปถึงในขั้นตอนการกำหนดโทษจึงเป็นการยากที่จะแยกข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายและดุลพินิจ เพื่อพิจารณาอย่างใด โดยเฉพาะ ดังนั้น เวลาที่จะใช้ดุลพินิจ ก็คือเวลาที่ใช้กฎหมายนั่นเอง

4.2.1 การใช้ดุลพินิจในกฎหมายอาญา

การใช้ดุลพินิจในกฎหมายอาญานั้น มีหลักในการกำหนดให้การใช้กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด หรือถือว่ากฎหมายอาญาที่ใช้ดุลพินิจน้อยที่สุดจึงถือว่าเป็นกฎหมายอาญาที่ดี²¹⁷ ดังสุภาษิตกฎหมายบทที่ว่า (Nulla poena, nullum Crimean, sine ledge)"ไม่มีกฎหมายไม่มีผิดไม่มีโทษ" เหตุที่หลักกฎหมายอาญา เป็นเช่นนี้ก็เนื่องจากเป็นกฎหมายที่กระทบถึงสิทธิส่วนบุคคลโดยตรง หากปล่อยให้องค์กรใดใช้กฎหมายอาญาโดยไม่มีขอบเขตอย่างเคร่งครัดสิ่งที่ประชาชนได้รับ จะมีใช้ความยุติธรรมแต่จะเป็นการกดขี่ข่มเหง จากองค์กรนั้น ๆ แทน

อย่างไรก็ตามแม้จะมีหลักเกี่ยวกับการกำหนดให้กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด หรือถือว่ากฎหมายอาญาให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจน้อยที่สุด เป็นกฎหมายอาญาที่ดีก็ตาม แต่จะถือว่ากฎหมายอาญาไม่ควรใช้ดุลพินิจ หรือจะต้องใช้ดุลพินิจ ในขอบเขตจำกัดก็เป็นความเข้าใจไม่ถูกต้องเสียทีเดียว เพราะหากการใช้ดุลพินิจเพื่ออุดช่องว่างกฎหมาย หรือเพื่อสร้างความเป็นธรรม หรือใช้ดุลพินิจเสริมเนื้อหา ของบทบัญญัติของกฎหมายในโอกาสที่จะสร้างความยุติธรรมได้ก็เป็นความจำเป็นที่จะต้องใช้ดุลพินิจการใช้ดุลพินิจในกฎหมายอาญา เมื่อคำนึงถึงความยุติธรรมเฉพาะกรณี (Individualized justice) แล้วกฎหมายอาญากลับเป็นกฎหมายที่ต้องการมากที่สุด ด้วยเหตุที่เป็นกฎหมายที่กระทบสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยตรง ฉะนั้นข้อเท็จจริง และพฤติการณ์แวดล้อมกรณี ในกฎหมายอาญาจึงมีความสำคัญยิ่ง

²¹⁶ Black's Law Dictionary ,cit ,P.553.

²¹⁷ สมโภธ ศิริสุข, "การใช้ดุลพินิจทางกฎหมายของนายอำเภอ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,2525) ,หน้า 90

การใช้ดุลพินิจของศาลในกฎหมายอาญาแบ่งได้เป็น 3 ลักษณะดังนี้

ประการแรกการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยข้อเท็จจริง ข้อเท็จจริงตามกฎหมายอาญานั้น ถือว่ามีความสำคัญยิ่งเพราะจะเป็นเครื่องมือช่วยกำหนดในการตัดสินใจของศาลหรือองค์กรผู้ใช้กฎหมายว่าควรจะมีปฏิบัติต่อผู้ต้องหาหรือผู้กระทำผิดอย่างไรบ้าง ประการที่สองการใช้ดุลพินิจปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายประการสุดท้าย การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ

สิ่งที่ผู้พิพากษาถูกฟังเสียงมากที่สุดก็คือ การให้ความยุติธรรมแก่คู่กรณีเรื่องดุลพินิจในการกำหนดโทษจำเลยให้เหมาะสมทุกเรื่องเป็นการยากที่สุดสำหรับปัญหาในการกำหนดโทษมีอยู่สองประการคือ²¹⁸

1. กำหนดโทษอย่างไร

กรณีกฎหมายกำหนดโทษไว้หลายอย่างเป็นการให้เลือกอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่างปัญหาจึงเกิดว่าจะกำหนดโทษหนักเบาแก่ผู้กระทำผิดเพียงใด

2. กำหนดความหนักเบาของโทษนั้น

ปัญหาประการแรกเกี่ยวกับการเลือกโทษกรณีกฎหมายกำหนดโทษเพียงอย่างเดียวเช่น ให้จำคุกหรือปรับเพียงอย่างเดียวดังนั้นจะไม่เกิดปัญหาว่าจะเลือกโทษสถานใดแต่ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดโทษไว้หลายอย่างต่างสถานกันให้ศาลเลือกใช้เช่นโทษจำคุกหรือปรับจำคุกและปรับ จำคุกหรือปรับหรือทั้งจำทั้งปรับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 20 บัญญัติว่า "บรรดาความผิดที่ศาลกำหนดให้ลงโทษทั้งจำคุกและปรับด้วยนั้นถ้าศาลเห็นสมควรจะลงแต่โทษจำคุกก็ได้" กล่าวคือกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้จำคุกและปรับศาลไม่มีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจลงโทษปรับแต่อย่างใดแต่ลงโทษจำคุกเพียงอย่างเดียวได้หรือลงโทษจำคุกและปรับด้วยเท่านั้น

ศาลย่อมทรงไว้ซึ่งอำนาจที่จะวางกำหนดโทษ หนักเบาตามดุลพินิจของศาลเป็นกรณีไป โดยพิจารณาให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริง ตามพฤติเหตุแวดล้อมดี การใช้ดุลพินิจข้อนี้ถือว่าเป็นการให้ความยุติธรรม เฉพาะกรณีมากที่สุด เพราะจะเป็นเครื่องช่วยกำหนดให้ผู้กระทำผิดติดนิสัยได้รับโทษต่างกับผู้กระทำผิดอันควรปรานีและอีกประการหนึ่ง ก็โดยพิจารณาการกำหนดโทษให้

²¹⁸ พิชัย จักรกรู, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1, (กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2540), หน้า 76.

เหมาะสมกับทฤษฎีการลงโทษทางอาญาวิทยา ซึ่งแม้แต่ในชั้นการเลือกใช้ทฤษฎีการลงโทษก็ยังจำเป็นต้องใช้ดุลพินิจของศาลอยู่นั่นเอง เพราะบางครั้งอาจเป็นว่าควรใช้ทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งก็เพียงพอ เช่น เห็นว่าไม่มีทางกลับตัวได้และเป็นความผิดร้ายแรงอย่างมากก็อาจลงโทษประหารชีวิตไปที่เดียวหรือเห็นว่าควรตัดขาดจากสังคมเสียระยะหนึ่งเท่านั้นก็อาจจะสั่งจำคุก หรือเห็นว่าโทษจำคุกเพียงเล็กน้อยสมควรให้โอกาสจำเลยกลับตัวก็อาจใช้ทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขโดยสั่งให้รอการลงโทษโดยคุมประพฤติด้วยหรือไม่ก็ได้ แต่ในบางครั้งแม้จะเป็นการลงโทษ จำคุกเพียงไม่กี่วันศาลก็อาจยึดทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย ดังเช่น "จำเลยกระทำความผิดฐานมียาเสพติดไว้เพื่อเสพ ศาลพิพากษาลงโทษจำคุกจำเลย 1 เดือน จำเลยรับสารภาพลงโทษให้กึ่งหนึ่ง หรือจำคุก 15 วันศาลก็ต้องลงโทษจำเลยโดยไม่รอการลงโทษ"²¹⁹

สิ่งที่น่าพิจารณาอีกประการหนึ่งในเรื่องดุลพินิจกำหนดโทษคือการที่ศาลไทยกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดโดยใช้บัญญัติระวางโทษ(ยี่ต็อก)เป็นเกณฑ์ในการตัดสินว่าผู้กระทำความผิดควรจะได้รับโทษเท่าใด²²⁰ โดยมีเหตุผลว่าการลงโทษจะต้องเป็นไปในมาตรฐานเดียวกัน²²¹ เพื่อความสะดวกรวดเร็วในการตัดสินคดีจากเหตุผลดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าต้องการให้ผู้กระทำความผิดลักษณะเดียวกันได้รับโทษเท่าเทียมกันตรงกับแนวความคิดของทฤษฎีลงโทษเพื่อให้สาสมอย่างไรก็ตามการใช้บัญญัติระวางโทษจำเป็นต้องพิจารณาที่ตัวผู้กระทำความผิดด้วยเช่น"จำเลยถูกศาลชั้นต้นสั่งปรับจำนวน 600 บาทในข้อหาเล่นการพนันกีดปลาศาลอุทธรณ์แก้เป็นปรับ 100 บาทโจทก์ฎีกาโดยศาลชั้นต้นรับรองฎีกายืนยันว่าเป็นการปรับตามอัตราโทษที่คณะผู้พิพากษาศาลนี้กำหนดไว้เป็นมาตรฐานศาลฎีกาวินิจฉัยว่า"การพนันกีดปลาเป็นจำนวนเงิน10บาทศาลอุทธรณ์ลงโทษปรับ 100 บาทเป็นการสมควรแก่โทษานุโทษแล้วการที่จะยึดถือเอาอัตราที่กำหนดคิดค้นขึ้นแล้วอ้างว่าเป็นมาตรฐานโดยไม่คำนึงถึงพฤติการณ์ประกอบกรกระทำผิดตามหลักวิชาธรรมศาสตร์นั้นอาจก่อให้เกิดความยุติธรรมได้ง่าย"²²² ทั้งนี้เมื่อยังคงมีแนวทางให้ศาลใช้บัญญัติระวางโทษในการตัดสินคดีอยู่ด้วยความเคารพผู้เขียนเห็นว่าหากมีการตัดสินคดีโดยยึดถือบัญญัติระวางโทษอย่างเคร่งครัดแล้วมีการลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดเล็กน้อยภายหลังจากพ้นโทษ

²¹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 130/2524

²²⁰ บัญชีระวางโทษคือบัญญัติอัตราโทษของศาลแต่ละศาลที่ได้กำหนดขึ้นเป็นมาตรฐานในการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยถือหลักว่าในความผิดฐานเดียวกันผู้กระทำความผิดควรได้รับโทษเท่าเทียมกัน

²²¹ สุวัชร รัตนอุดม, "ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษ", วารสารกฎหมาย, ปีที่ 9 ฉบับที่ 1, 2527 หน้า 3

²²² คำพิพากษาฎีกาที่ 1304/2500

เป็นเวลานานมากกระทำความผิดอีกและมีเหตุสมควรขอการลงโทษหรือขอการกำหนดโทษศาลก็มี อาจมีคำสั่งเช่นว่านี้ได้จึงถือเป็นตราบาปที่ส่งผลร้ายกับตัวผู้กระทำความผิดไม่จบสิ้น

ข้อที่ควรคำนึงถึงอีกประการหนึ่งก็คือ ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่จะกลับตัวเป็นคนดีได้ หรือไม่ แม้จะมีกฎหมายให้เพิ่มโทษฐานไม่เช็ดหลาบ การวางโทษก็ควรที่จะกำหนดให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด เพราะวัตถุประสงค์ในการลงโทษ เพื่อบรรเทาความเคืองแค้นของประชาชน ต้องคำนึงถึงประโยชน์ที่จะให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดีด้วย คนที่เกิดมาเป็นผู้ร้ายหรือมีสันดานเป็นผู้ร้ายจนไม่มีทางแก้ไขได้ ควรขังไว้ให้พ้นสังคม แต่ก็มีข้อพึงระวังว่า การกำหนดโทษอัตราอย่างสูง พร่ำเพรื่อ จะเป็นการยากแก่ผู้พิพากษา เมื่อมีความผิดที่ร้ายแรงในภายหลัง สำหรับบางคนที่ไม่ใช่ผู้ร้าย โดยสันดาน เช่น ขาดความควบคุมทางความประพฤติจากครอบครัวที่มีปัญหา สิ่งแวดล้อมชั่วร้าย มีโรคทางกายหรือใจ การลงโทษจะช่วยแก้ปัญหามาจากเหตุที่เกิดดังกล่าวแล้วไม่ได้ ต้องใช้วิธีการและการแก้ไขที่เหมาะสมจึงจะมีผล มีผู้เปรียบไว้ว่า แพทย์จะรักษาคนไข้ทุกชนิดด้วยยาอย่างเดียวไม่ได้ฉันใด ผู้พิพากษาก็ไม่อาจใช้หลักเดียวในการลงโทษจำเลยซึ่งมีที่มาในการกระทำ คิดถึงอายุจำเลย เหตุในการกระทำความผิด สถิติการกระทำความผิด ประวัติความเป็นมาแห่งครอบครัวและควรคิดด้วยว่ามีความหวังสำหรับคนนั้นอีกหรือไม่ในภายหลัง ถ้าจะให้โอกาสแก่เขา²²³

4.2.2 ผลกระทบของข้อจำกัดทางกฎหมายต่อการใช้ดุลพินิจขอการกำหนดโทษหรือขอการลงโทษ

แม้ดุลพินิจจะเป็นเครื่องมือสำคัญในการสร้างคุณธรรม เฉพาะกรณีที่เกี่ยวข้องจะทำให้กฎหมายทรงความเป็นธรรม โดยสมบูรณ์ก็ตาม หากพิจารณาในแง่กลับกัน สิ่งที่ทำให้กฎหมายไม่เป็นธรรม หลายกรณีก็มาจากดุลพินิจเช่นกัน ทั้งจากการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาด หรือจากการจงใจใช้ดุลพินิจในทางที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดุลพินิจจึงเปรียบเสมือนขวาน ที่อาจสร้างประโยชน์ให้ผู้ใช้และผู้อื่น อย่างมหันต์ แต่ก็อาจเป็นอาวุธอันตรายที่ใช้ทำร้ายหรือฆ่าผู้คนได้เช่นกัน (Like and axe, it can be a weapon for mayhem or murder)²²⁴ ดุลพินิจนั้นมีได้มีอันตรายอยู่ในตัวเอง แต่อันตรายของดุลพินิจซึ่งเป็นโทษมหันต์อยู่ที่ตัวผู้ใช้ดุลพินิจนั่นเอง ที่จะใช้วิจรรณญาณหยิบยกเอาดุลพินิจมาใช้ในชั้นใดตอนใด เพราะในข้อเท็จจริงทุกเรื่องจะมีช่องทางให้ใช้ดุลพินิจหลายประการ และแต่ละประการนั้นอาจใช้ดุลพินิจได้หลายแบบดัง K.C. Devis ได้กล่าวว่า "ดุลพินิจนั้นประกอบ

²²³ เรื่องเดียวกัน , หน้า 29.

²²⁴ K.C.Davis, OP, cit , P.25

ด้วยมติหลายมติ²²⁵ อันทำให้ผู้ที่ใช้ดุลพินิจนั่นเอง ต้องพิจารณารอบคอบว่า ข้อเท็จจริง เช่น ใด จึงจะควรใช้มติไหนของดุลพินิจมาปรับ หากเลือกใช้ดุลพินิจได้ถูกต้อง ดุลพินิจนั้นย่อมสร้างความ เป็นธรรมอันควรสรรเสริญ แต่ถ้าเลือกใช้ผิดดุลพินิจนั้นก็เป็นการยุติธรรม ปัญหาจึงมีว่า จะวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจไว้ให้แน่ชัด เพื่อป้องกันการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดได้หรือไม่

K.C. Devis ให้คำตอบไว้ว่า²²⁶ การคิดตั้งกฎเกณฑ์การใช้ดุลพินิจนี้ ยังไม่ถูกต้องนัก เพราะควรคำนึงถึงโครงสร้างและขอบเขตของดุลพินิจมากกว่า ซึ่งให้ผลในการควบคุมดุลพินิจให้ เป็นไปอย่างเป็นธรรม ดีกว่าที่จะค้นหาวิธีวางกฎเกณฑ์ในการสร้างกฎในการใช้ดุลพินิจ ด้วยเหตุที่ ดุลพินิจนั้นมีประโยชน์เพื่อสนองความยุติธรรมเฉพาะกรณี โดยต้องอาศัยพิจารณาพฤติเหตุพฤติ การณ์แวดล้อม เป็นเครื่องช่วยกำหนด หากจะวางกฎเกณฑ์ไว้จะสามารถสร้างกฎเกณฑ์คลุมถึง ทุกพฤติการณ์ได้หรือ และแม้จะมีการสร้างกฎเกณฑ์ไว้ก็ยังคงต้องใช้ดุลพินิจอีกนั่นเอง เพราะให้ผลดี กว่า (Even when rules can be written, desertion is often better.)

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้ดุลพินิจเองจะมีโทษอยู่ด้วยแต่โทษของดุลพินิจนั้นไม่ได้ ขึ้นอยู่ที่หลักการ ในการที่จะให้ผู้ใดใช้อำนาจดุลพินิจนั้น แต่ขึ้นอยู่กับ ตัวบุคคลที่จะใช้ดุลพินิจนั้นๆ เองว่าจะมีความถึงพร้อมที่จะใช้อำนาจนี้หรือไม่อย่างไรโดยเฉพาะอย่างยิ่งดุลพินิจในการลงโทษ ของศาลกล่าวได้ว่า ศาลยุติธรรมนั้น เป็นสถาบันอันเป็นที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน ข้อพิพาททาง กฎหมายอาญาที่ต่อสู้กันในชั้นศาลนั้นสุดท้ายแล้วก็จะเป็นเรื่องที่หลีกเลี่ยง การตัดสินลงโทษของ ศาลไปเสียมิได้ (ในกรณีที่มีได้มีการยอมความหรือคดีอาญาเล็กน้อย ตามประมวลกฎหมาย วิธี พิจารณาความอาญา มาตรา 39 และ 37 ตามลำดับ) ในกระบวนการโทษทางอาญาทั้งหมด 5 สถาน อันได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับและริมหทรัพย์สิน ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 นั้น นอกจากโทษประหารชีวิตแล้วโทษจำคุกถือได้ว่าเป็นโทษที่มีความรุนแรง ลำดับรองลงมา เนื่องด้วย โทษจำคุกนี้เองเป็นโทษที่จำกัดเสรีภาพ ของผู้ต้องโทษ และยังสามารถส่งผลร้ายต่อไป ภายหลังจากที่ผู้กระทำความผิดได้พ้นโทษ ไปแล้ว ดังนั้นจึงได้มีความพยายามที่จะหาวิธีการที่จะ หลีกเลี่ยงผลร้าย ของโทษจำคุก มากมาย วิธีการหนึ่งที่ศาลนิยมใช้ ในการเลี่ยงโทษจำคุกในระยะ สั้น ก็คือการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุกและในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่ เกินสองปี ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อน แต่

²²⁵ IBID. P.24

²²⁶ IBID. P.15-17

เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ เมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพและสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือเหตุอื่นอันควรปรานีแล้ว เห็นเป็นการสมควรศาลจะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิด แต่รอการกำหนดโทษไว้หรือกำหนดโทษ แต่รอการลงโทษไว้ หรือกำหนดโทษแต่รอการลงโทษไว้แล้วปล่อยตัวไปเพื่อให้โอกาสผู้นั้นกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนด แต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษาโดยจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของผู้นั้นด้วยหรือไม่ก็ได้" จะเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าวได้เปิดโอกาสให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวาง ในการหาเหตุผลสมควร เพื่อที่จะได้มีคำสั่ง รอการลงโทษ หรือรอการกำหนดโทษโดยมีการกำหนดให้ศาลได้คำนึงถึงลักษณะของผู้กระทำความผิดหลายประการ เช่น อายุ ประวัติ ความประพฤติ ฯลฯ รวมไปถึงเหตุอื่นอันควรปรานีด้วย จึงเห็นได้ว่ากฎหมายพยายามที่จะให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจในการมีคำสั่ง รอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษให้มากที่สุดกล่าวคือ นอกจากลักษณะเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดแล้วกฎหมายยังให้คำนึงถึงเหตุอื่นอันควรปรานีด้วย ซึ่งศาลอาจเทียบกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 78 มาเป็นเหตุในการพิจารณาด้วย เช่น ผู้กระทำความผิดพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิด โดยการชดใช้ค่าเสียหายหรือผู้กระทำความผิดมีภาระต้องอุปการะครอบครัวหรือผู้กระทำความผิดเพราะตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส กล่าวได้ว่าเหตุต่างเหล่านี้ที่กฎหมายพยายามให้ศาลได้คำนึงถึงในการที่จะมีคำสั่งรอการลงโทษ หรือรอการกำหนดโทษเพื่อหลีกเลี่ยงผลร้ายของโทษจำคุกกระยะสั้น

แต่ทั้งนี้จากบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 56 ดังกล่าว มีลักษณะวางหลักเกณฑ์อันเป็นข้อจำกัดมีผลให้ศาลมีอาจใช้ดุลพินิจของศาลในการมีคำสั่งรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตราเดียวกันนี้ส่วนหนึ่งพยายามให้ศาล ได้ใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการพิจารณาผู้กระทำความผิดว่าควรจะใช้มาตรการรอการลงโทษ หรือรอการกำหนดโทษหรือไม่ แต่อีกส่วนหนึ่ง กับมีลักษณะวางข้อจำกัดให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้โดยบัญญัติเป็นเงื่อนไขว่าการที่ศาลจะมีคำสั่งรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษได้นั้นจะต้องไม่ปรากฏว่าผู้กระทำความผิดเคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่าเคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน แต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ จากบทบัญญัติในส่วนที่ว่า "ไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน" นี้ถือได้ว่าเป็นปัญหาข้อจำกัดในการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษเพราะหากผู้กระทำความผิดเคยได้รับโทษจำคุกมาก่อนแล้วไม่ว่าจะเคยต้องโทษจำคุกมาด้วยลักษณะการกระทำความผิดอย่างไร หรือได้รับโทษจำคุกเล็กน้อย หรือระยะเวลาหลังจากพ้นโทษมาแล้วจะผ่านไปนานเพียงใดก็ตามศาลก็จะไม่สามารถใช้ดุลพินิจคำนึงถึงลักษณะประจำตัวของผู้กระทำความผิดเช่น อายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญาการศึกษาอบรม สุขภาพ

ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำผิด หรือสภาพความผิด ได้เลย เช่น “สืบกว่าปีก่อน จำเลยเคยต้องคำพิพากษา ว่าได้กระทำผิดมาแล้ว ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า แม้พฤติการณ์จะควรรอลงอาญาแก่จำเลยแต่โดยที่จำเลยเคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำผิด มาก่อนแล้วจึงรอลงอาญา ตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 41 ให้ไม่ได้”²²⁷ เมื่อเทียบกับกฎหมายในปัจจุบัน หลักการตามนัยแห่งคำพิพากษาเช่นนี้ก็มิได้เปลี่ยนแปลงไปแต่ประการใด และเมื่อคำนึงถึงแนวความคิดที่จะนำกฎหมายมาใช้แก้ปัญหาสังคมและเป็นเครื่องมือควบคุมปัญหาเศรษฐกิจและสังคมอย่างกว้างขวาง กฎหมายในปัจจุบัน จึงได้ถูกสร้างขึ้น เพื่อป้องกันสิทธิเสรีภาพ และป้องกันการกระทำทุกอย่างที่คิดว่าจะส่งผลกระทบต่อส่วนรวม อาทิ กฎหมายเพื่อควบคุมที่อยู่อาศัย เพื่อการสาธารณสุข เพื่อสิ่งแวดล้อม เพื่อการจราจรหรือการขนส่งเป็นต้นกฎหมายเหล่านี้มีสภาพบังคับทางอาญา และเป็นเหตุให้เกิดสภาวะกฎหมายอาญาเพื่อ (Overcriminalization) ทำให้ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายสำหรับจัดระเบียบทางสังคมเหล่านี้เป็นอาชญากรโดยอาศัยวิธีการของการบัญญัติกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาซึ่งเป็นความผิดตามที่กฎหมายกำหนด (mala prohibita) แต่ทั้งนี้เมื่อมีผู้กระทำความผิดตามที่กฎหมายเหล่านี้บัญญัติไว้ก็มีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการไปตามขั้นตอนในที่สุดแล้วผู้กระทำผิด อาจถูกศาลพิพากษาให้ถูกจำคุกเป็นระยะเวลาสั้น ๆ ดังเช่น พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษศาลลงโทษจำคุก 15 วัน²²⁸ จำเลยกระทำผิดตาม พระราชบัญญัติการพนัน ศาลตัดสินจำคุก 3 เดือน²²⁹ จำเลยกระทำผิดตาม พระราชบัญญัติ อาวุธปืนเครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิงและสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 ศาลลงโทษจำคุก 9 เดือน²³⁰ จะเห็นได้ว่าโทษจำคุกที่ศาลกำหนดไว้มีระยะเวลาไม่มากนักถือได้ว่าเป็นโทษจำคุกระยะสั้นและเมื่อคำนึงถึงลักษณะของการกระทำความผิดแล้วจะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่ไม่รุนแรงกล่าวคือจำเลยมียาเสพติดไว้เพื่อเสพเท่านั้นไม่ได้มีไว้จำหน่าย²³¹ จำเลยเป็นเจ้าของสลากกินรวบ ศาลชั้นต้นรอลงโทษศาลอุทธรณ์และฎีกาเห็นว่าไม่ควรรอลงโทษให้และลงโทษจำคุก 6 เดือน²³² จำเลยได้พาอาวุธปืนเครื่องกระสุนปืนติดตัวไปตามถนนในเวลากลางคืน ศาลลงโทษจำคุก 9 เดือน²³³ หรือจำเลยกระทำผิด พระราชบัญญัติทางหลวงฯ โดยขับรถบรรทุกน้ำ

²²⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 743/2479

²²⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 130/2524

²²⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 727/2535

²³⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 2276/2535

²³¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 130/2540

²³² คำพิพากษาฎีกาที่ 727/2535

²³³ คำพิพากษาฎีกาที่ 2276/2534

หนักเกินที่กฎหมายกำหนดศาลไม่รอการลงโทษ²³⁴ หรือ"จำเลยกระทำผิดตาม พระราชบัญญัติโรงงานฯ โดยฝ่าฝืนคำสั่งพนักงาน เจ้าหน้าที่ซึ่งสั่งให้หยุดกระทำการ ศาลตัดสินจำคุก 3 เดือน"²³⁵ เมื่อเป็นเช่นนี้ ด้วยความเคารพต่อดุลพินิจ ในการตัดสินลงโทษของศาล ผู้เขียนมิได้ไม่เห็นด้วยในการที่ศาลได้ใช้ดุลพินิจ ไปในลักษณะดังกล่าว เพราะข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีก็มีเหตุผลสมควรตามแต่ที่จะพิจารณา ผู้เขียนเพียงอยากจะชี้ให้เห็นถึงผลร้ายของการลงโทษจำคุก โดยเฉพาะการจำคุกในระยะสั้น ๆ อันมีวิธีการที่จะหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกระยะสั้นๆอยู่มากมายโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ต้องการให้ผู้กระทำผิดเล็กน้อยเข้าไปคบหาสมาคมกับผู้ร้ายอาชิวผู้กระทำผิดติดนิสัยและเรียนรู้การกระทำความผิดที่ร้ายแรงยิ่งขึ้นหรือมีชบวนการที่มีเส้นสายโยงใยมากขึ้น หากมองด้วยทรรศนะของสังคม บุคคลที่เคยถูกลงโทษจำคุกมาก่อนมักจะถูกมองว่ากลายเป็นผู้ร้ายอาชิวไปด้วย และด้วยเหตุนี้เอง หากมากระทำความผิดขึ้นอีกหลังจากที่พ้นโทษมาแล้ว จึงเห็นว่าไม่ควรให้โอกาสกลับตัวแต่ควรส่งเข้าไปอยู่ในเรือนจำเลยที่เดียวทัศนนะ เช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการมองปัญหาที่ไม่รอบด้าน กล่าวคือเมื่อศาลได้มีคำพิพากษาลงโทษจำคุกในระยะสั้นไปแล้ว ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตามดังตัวอย่างคำพิพากษาที่ยกมาข้างต้น ฟังสังเกตได้ว่าส่วนใหญ่เป็นการกระทำผิด ตามที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด (Mala prohibita) เพื่อป้องกันภัยสาธารณะบ้าง เพื่อรักษาสิ่งแวดล้อม หรือเพื่อความสะดวกในการขนส่งผู้กระทำความผิดดังกล่าวซึ่งไม่ใช่ผู้ร้ายอาชิวหรือผู้ร้ายโดยสันดาน เมื่อพ้นโทษ ออกมาแล้ว ด้วยระยะเวลาสั้นที่เข้าไปในเรือนจำจะ

²³⁴ ต่อมาได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 3093/2539 วินิจฉัยว่า"แม้ความผิดฐานขับรถบรรทุกน้ำหนักเกินอัตราที่จำเลยก่อขึ้นจะก่อให้เกิดความเสียหาย แก่เศรษฐกิจ ของชาติ ตลอดจนชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน โดยส่วนรวมดังที่โจทก์ฎีกา แต่ความเสียหายดังกล่าวก็ไซ้ว่าจะเกิดขึ้นโดยพลันทันทีไม่เมื่อไม่ปรากฏว่าจำเลยเคยกระทำความผิดใด ๆมาก่อน ย่อมน่าจะให้โอกาสจำเลยได้กลับตัวประพฤติตนเป็นพลเมืองดีต่อไปที่ศาลอุทธรณ์ภาค 2พิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลชั้นต้นที่ลงโทษจำคุกและปรับ แต่ให้รอการลงโทษจำคุกไว้โดยกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤติด้วยจึงเหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งคดีแล้ว ส่วนที่ศาลฎีกาเคยพิพากษาลงโทษจำคุกโดยไม่รอการลงโทษในคดีเช่นเดียวกันก็เป็นดุลพินิจเฉพาะในแต่ละคดีจะถือเอามาเป็นบรรทัดฐานสำหรับคดีนี้หรือคดีอื่นๆหาได้ไม่" เหตุผลแห่งคำวินิจฉัยในคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ทำให้เกิดความกระจ่างชัดว่าการใช้ดุลพินิจในการรอหรือไม่รอการลงโทษไม่ถือเป็นหลักตามคดีบรรทัดฐานที่มีมาหรือหลักละติน stare decisis (แปลว่า ยึดมั่นกับสิ่งที่ได้ตัดสินไปแล้ว – to stand by things decided การตีความกฎหมายแบบนี้ ทำให้กฎหมายเกิดการพัฒนาคิดว่ายึดถือตามกันมาซึ่งจะทำให้เกิดความแข็งกระด้าง (rigid) ซึ่งไม่เหมาะสมกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปเรื่อย ๆ

²³⁵ คำพิพากษาฎีกาที่2279/2533

สามารถเปลี่ยนแปลงให้เขากลายเป็นผู้ร้ายอาชีพได้อย่างนั้นหรือคำตอบคือ ใช่ หรือ ไม่ใช่ หากคำตอบเป็นใช่เขากลายเป็นผู้ร้ายที่มีความสามารถมากขึ้น ผลจึงควรที่จะส่งเขาเข้าไปในเรือนจำ อีกครั้งหนึ่ง หากมีการกระทำผิดภายหลังจากพ้นโทษ โดยมีต้องคำนึงถึงลักษณะของการกระทำ ความผิดหรือโทษที่จะได้รับหรือเคยได้รับมาก่อนเมื่อเป็นเช่นนี้แล้วจะยังไม่เป็นการปลูกฝังความ เป็นผู้ร้ายอาชีพให้กับเขาอย่างนั้นหรือ ในทางกลับกัน หากคำตอบเป็นไม่ใช่ระยะเวลาอันสั้นที่อยู่ในเรือนจำ ยังไม่ทำให้เขากลายเป็นผู้ร้ายอาชีพไปได้ ก็ยิ่งสมควรที่จะให้โอกาสในการกลับตัวกลับใจเป็นพลเมืองดี ต่อไปเมื่อผลสรุปของคำตอบทั้งสองเป็นไปในแนวทางเดียวกันเช่นนี้ ปัญหาประการต่อมาคือแล้วทำไมไม่สามารถให้โอกาสผู้ที่เคยถูกลงโทษจำคุกมาก่อนได้กลับตัวเป็นคนดีต่อไป คำตอบก็จะวกกลับมายังจุดเดิมดังที่กล่าวตอนต้นว่าเกิดจากปัญหาข้อจำกัดของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 วรรคแรก ซึ่งเป็นมาตรการตั้งต้นอันจะนำไปสู่มาตรการคุมประพฤติต่อไปและมาตรการคุมประพฤตินี้เองก็สามารถที่จะแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำ ความผิด และอาจทำให้เป็นประโยชน์ต่อส่วนรวม

อนึ่ง จากบทบัญญัติที่ว่า...."ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน"ซึ่งทำให้เกิดผลกระทบบดบังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นแต่ทั้งนี้ได้มีข้อยกเว้นว่าหากผู้กระทำความผิดเคยได้รับโทษจำคุกมาก่อนจากการกระทำความผิดโดยประมาทหรือลหุโทษก็ยังสามารถได้รับการพิจารณาให้รอการ กำหนดโทษหรือรอการลงโทษอีกได้บทบัญญัติลักษณะเช่นนี้สืบเนื่องจากแนวความคิดที่ว่า การกระทำความผิดโดยเจตนา นั้นเป็นการกระทำโดยจงใจหวังผลในการกระทำให้สมดังเจตนา จึงถือเป็นบุคคลที่ไม่ควรให้อภัยแต่ผู้กระทำความผิดโดยประมาทนั้นมิได้จงใจให้เกิดเหตุการณ์ร้ายแรงขึ้น

อย่างไรก็ตามการกระทำความผิดโดยเจตนา นั้นอันที่จริงอาจจะเป็นการกระทำผิดที่ไม่รุนแรงมากนักเช่นการกระทำโดยป้องกันในบางกรณีนั้นแม้ผู้กระทำจะมีเจตนาแต่ก็เป็นเจตนาเพื่อปกป้องสิทธิของตนเองหรือผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายจนอาจเกินเลยไปบ้างหรือกรณีกระทำความผิดโดย บันดาลโทษซึ่งถือว่าเป็นการกระทำโดยเจตนาเช่นกันแต่ได้กระทำไปภายใต้ภาวะอันควรปราณี รวมถึงการกระทำความผิดบางกรณีซึ่งแม้จะบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาภาค 3 ว่าด้วย เรื่องลหุโทษแต่ก็มีองค์ประกอบภายในของการกระทำคือโดยเจตนาเช่นกันจากที่กล่าวมานี้หาก ศาลมีคำพิพากษาด้วยความปราณีเพราะเห็นแก่พฤติกรรมการกระทำความผิดดังกล่าวจึงลงโทษจำคุกในระยะสั้นหากต่อมาได้กระทำความผิดอีกและศาลเห็นสมควรให้รอการลงโทษในการ กระทำความผิดครั้งหลังนี้ก็ไม่สามารถมีคำสั่งรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษได้หากมองใน แนวคิดที่ว่าผู้ที่เคยถูกลงโทษจำคุกเพราะกระทำความผิดโดยเจตนามาแล้วจะได้รับการถ่ายทอด

พฤติกรรมจากผู้กระทำผิดติดนิสัยหรือผู้ร้ายโดยสันดานที่มีอยู่ในเรือนจำเป็นจำนวนมากแต่ทั้งนี้มิได้คำนึงถึงว่าการถูกลงโทษจำคุกเนื่องจากกระทำผิดโดยเจตนาที่นั้นบางกรณีอาจเป็นการถูกจำคุกในระยะสั้นๆได้ในทางกลับกันผู้ที่ถูกลงโทษจำคุกจากการกระทำผิดโดยประมาทบางครั้งศาลอาจลงโทษจำคุกเป็นเวลานานได้เช่นกันอาทิเช่นบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 291 มีบทลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดฐานฆ่าคนตายโดยประมาทไว้สูงถึงสิบปี ดังนั้นผู้ที่ถูกลงโทษจำคุกจากการกระทำผิดโดยประมาทอาจจะได้รับโทษจำคุกนานกว่าผู้ที่ถูกลงโทษจำคุกจากการกระทำผิดโดยเจตนาได้ในหลายกรณีด้วยกันผู้ที่เคยถูกลงโทษจำคุกจากการกระทำผิดโดยประมาทอาจจะเข้าไปคบหาสมาคมกับผู้กระทำผิดติดนิสัยหรือผู้ร้ายโดยสันดานเป็นระยะเวลาสั้นกว่าผู้ที่กระทำผิดโดยเจตนาแต่ทั้งนี้กฎหมายก็ให้อภัยเฉพาะผู้ที่เคยถูกลงโทษจำคุกจากการกระทำผิดโดยประมาทหรือลหุโทษเท่านั้นที่จะได้รับการพิจารณาให้รอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษได้อีกตั้งนั้นแนวความคิดที่ว่าควรจะให้ภัยผู้ที่เคยถูกลงโทษจำคุกมาก่อนเฉพาะกรณีกระทำความผิดโดยประมาทหรือลหุโทษเท่านั้นจึงเป็นข้อจำกัดของกฎหมายอีกลักษณะหนึ่งอันส่งผลกระทบต่อการศึกษาที่จะใช้ดุลพินิจรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย

ดังนั้นจึงควรแก้ไขบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 56 ให้ศาลสามารถมีคำสั่งรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษได้ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเคยได้รับโทษจำคุกมาก่อนได้แม้จะเป็นการกระทำผิดโดยเจตนาก็ตาม ทั้งนี้ควรกำหนดมาตรการคุมประพฤติพร้อมด้วยเสมอโดยเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤตินั้นศาลอาจกำหนดข้อเดียวหรือหลายข้อก็เช่น ให้ไปรายงานตัวต่อเจ้าพนักงาน ให้ฝึกหัดอาชีพ ให้ไปร่วมการบำบัดหรือเงื่อนไขอื่น ๆ เช่น การนำเอาระบบให้ผู้กระทำผิดทำงานสาธารณะแทนการลงโทษจำคุก (Community Services) จะเห็นได้ว่า เงื่อนไขในการที่ศาลจะสั่งคุมความประพฤติศาลจะพิจารณาจากความเหมาะสมของผู้กระทำความผิดแต่ละรายเพื่อแก้ไขลักษณะบกพร่อง ของผู้กระทำความผิด ให้ตรงจุดและใช้เวลารวดเร็วยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตามแม้มาตรการคุมประพฤติจะเป็นมาตรการที่ดีและเป็นประโยชน์เพียงใด กระนั้นก็จำเป็นที่จะต้องอาศัยมาตรการเริ่มต้นกล่าวคือการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษเสียก่อนดังนั้นหากมาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างสมบูรณ์เนื่องจากข้อจำกัดทางกฎหมายเองก็จะส่งผลต่อสังคมโดยรวมด้วยเช่นกัน