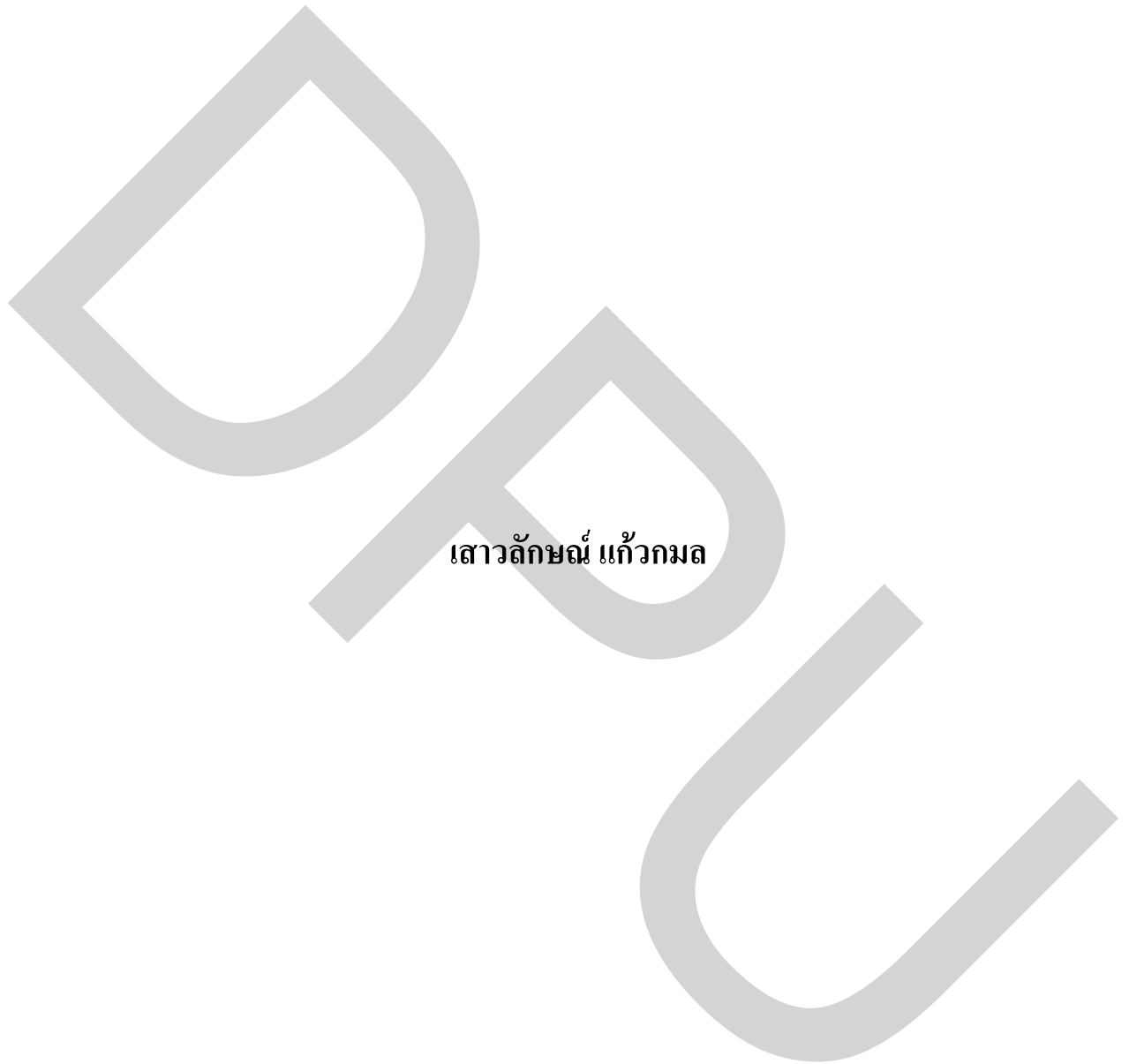


การสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ



เสาวลักษณ์ แก้วกมล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

พ.ศ. 2554

**A NON-PROSECUTION ORDER IN A CASE WHERE THE PUBLIC
INTEREST DOES NOT REQUIRE A PROSECUTION**



SAOWALAK KAEWKAMOL

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School, Dhurakij Pundit University

2011

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยความเมตตาของ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นกร ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท ที่ได้กรุณา สละเวลาอันมีค่ายิ่งมาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนได้ให้คำแนะนำและข้อเสนอแนะ อันเป็นประโยชน์แก่ผู้เขียน เพื่อเป็นแนวทางในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์ เพิ่มมากขึ้น

ผู้เขียนใคร่ขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงต่อ อาจารย์ ดร.อุทัย อาทิวะข ที่ได้กรุณาได้รับเป็น อาจารย์ที่ปรึกษาและเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งให้คำแนะนำต่างๆ ตลอดจนชี้ให้เห็น ถึงข้อบกพร่องในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนแล้วเสร็จ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา พี่และเพื่อนๆทุกคน ที่ได้ให้กำลังใจและ ให้ความช่วยเหลือต่างๆจนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยดี

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าหรือก่อให้เกิดประโยชน์อย่างใดๆ ผู้เขียนขอมอบบูชา คุณบิดา มารดา และบูรพาจารย์ผู้ที่เป็นที่เคารพรักรยิ่งของผู้เขียน และผู้เขียนมุ่งหวังให้ผู้อ่านได้รับ ประโยชน์สูงสุดจากการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ต่อไป

เสาวลักษณ์ แก้วกมล

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ณ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ณ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	3
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	4
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
2. แนวคิดเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการสั่งฟ้องคดี.....	6
2.1 หลักการฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการ.....	8
2.1.1 หลักการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมาย.....	8
2.1.2 หลักการฟ้องคดีอาญาตามดุลพินิจ.....	9
2.2 การใช้อำนาจกึ่งตุลาการของพนักงานอัยการ (Quasi-judicial authority).....	10
2.2.1 ความเป็นอิสระของพนักงานอัยการ.....	14
2.2.2 อำนาจการใช้ดุลพินิจสั่งคดีตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและ พนักงานอัยการ พ.ศ. 2553.....	16
2.3 การสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการ.....	20
2.4 แนวความคิดและวิวัฒนาการของการลงโทษ.....	24
2.4.1 ทฤษฎีการลงโทษ.....	25
2.4.2 วัตถุประสงค์ในการลงโทษสมัยปัจจุบัน.....	28
2.5 การสั่งคดีโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ.....	33
2.5.1 ความหมายของประโยชน์สาธารณะ.....	33
2.5.2 แนวความคิดเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ.....	33
2.5.3 ลักษณะทั่วไปของประโยชน์สาธารณะ.....	38

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3. การใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะของพนักงานอัยการในต่างประเทศเปรียบเทียบกับประเทศไทย	41
3.1 ประเทศเยอรมันนี	41
3.1.1 หลักเกณฑ์ในการสั่งคดีอาญาของอัยการเยอรมัน	42
3.1.2 การสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาที่มีมูล	43
3.1.3 ระบบตรวจสอบการสั่งคดีอาญาของอัยการเยอรมัน	49
3.2 ประเทศอังกฤษ	54
3.2.1 หลักเกณฑ์ในการสั่งคดีอาญาของอัยการอังกฤษ	54
3.2.2 สรุปปัจจัยที่อัยการอังกฤษนำมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ	60
3.2.3 ระบบตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการสั่งคดีอาญาของอัยการอังกฤษ	66
3.3 ประเทศฝรั่งเศส	69
3.3.1 หลักเกณฑ์ในการสั่งคดีอาญาของอัยการฝรั่งเศส	70
3.3.2 การใช้ดุลพินิจสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องคดีอาญา.....	72
3.3.3 บทสรุปปัจจัยที่อัยการฝรั่งเศสนำมาพิจารณาประกอบดุลพินิจในการสั่งคดี.....	77
3.3.4 ระบบตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการสั่งคดีอาญาของอัยการฝรั่งเศส.....	78
3.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	80
3.4.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสั่งคดีอาญาของอัยการสหรัฐอเมริกา.....	81
3.4.2 หลักเกณฑ์พิจารณาในการสั่งฟ้องคดีอาญา	83
3.4.3 หลักเกณฑ์พิจารณาในการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญา.....	85
3.4.4 ระบบตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการสั่งคดีอาญาของอัยการสหรัฐอเมริกา.....	96
4. วิเคราะห์การใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการไทย.....	108
4.1 วิเคราะห์มาตรฐานการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะและระบบการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของอัยการในต่างประเทศ.....	108

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4.1.1 สรุปปัจจัยในการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์ สาธารณะของอัยการต่างประเทศ.....	108
4.1.2 สรุประบบการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการสั่งคดีอาญาของอัยการ ในต่างประเทศ	116
4.2 ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ	118
4.2.1 ปัญหาการหาความหมายของคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ”	118
4.2.2 ปัญหาที่เกิดจากการแยกอำนาจสอบสวนการฟ้องร้อง.....	120
4.2.3 ปัญหาการใช้ดุลพินิจในกรณีการกระทำที่เป็นความผิดเพราะมี กฎหมายห้าม (Mala prohibita)	124
4.3 แนวทางปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ	131
4.4 วิเคราะห์หลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ เทียบเคียงการใช้ดุลพินิจในการลงโทษของศาล	147
4.5 ปัจจัยที่ใช้พิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้อง ประโยชน์สาธารณะและระบบการตรวจสอบดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้อง คดีอาญาของต่างประเทศที่ควรนำมาใช้ในประเทศ	154
4.5.1 ปัจจัยที่ใช้พิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่ เป็นประโยชน์สาธารณะ	155
4.5.2 ระบบการตรวจสอบที่ควรนำมาใช้ในประเทศไทย	164
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ	176
5.1 บทสรุป	176
5.2 ข้อเสนอแนะ	181
บรรณานุกรม.....	186
ประวัติผู้เขียน.....	193

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ
ชื่อผู้เขียน	เสาวลักษณ์ แก้วกมล
อาจารย์ที่ปรึกษา	อาจารย์ ดร. อุทัย อาทิวะ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2553

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาถึงการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะของพนักงานอัยการในคดีอาญา การสั่งไม่ฟ้องคดีโดยพิจารณาถึง “ประโยชน์สาธารณะ” คือการสั่งไม่ฟ้องในกรณีที่การกระทำเป็นความผิดตามกฎหมาย และมีพยานหลักฐานเพียงพอฟ้อง แต่ไม่ฟ้องเพราะเห็นว่าการฟ้องคดีจะไม่อำนวยประโยชน์ต่อสังคมตามหลักการฟ้องคดีอาญาตามดุลพินิจ (Opportunity Principle) การสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะนี้เป็นบทบาทในการกลั่นกรองคดีอาญาของพนักงานอัยการ ซึ่งถือเป็นการบริหารงานยุติธรรมอย่างหนึ่ง เพราะเป็นการบริหารทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดให้เหมาะสม โดยช่วยให้องค์กรศาลซึ่งเป็นทรัพยากรบุคคลที่สำคัญไม่ต้องเข้ามาพิจารณาคดีที่ไม่มีสาระควรแก่การพิจารณา หรือคดีที่สามารถใช้วิธีเยียวยาอย่างอื่น ได้เหมาะสมกว่า อัยการจึงมีลักษณะการทำงานลักษณะของ “ผู้อำนวยความยุติธรรม” ชัดเจนยิ่งขึ้น บทบาทของอัยการในการดำเนินคดีอาญาย่อมมิใช่บทบาทของโจทก์ที่ประสงค์จะชนะคดี แต่ต้องเป็นบทบาทที่มีความเป็นภาวะวิสัย (objective) และใช้ดุลพินิจในการพิจารณาสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาด้วยความเที่ยงธรรม โดยคำนึงถึงนโยบายของรัฐในทางอาญาและผลประโยชน์ของสังคมเป็นสำคัญ

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยนั้น มิได้มีบทบัญญัติบังคับให้พนักงานอัยการต้องฟ้องคดีอาญาที่มีพยานหลักฐานพอฟ้องในทุกคดี ในทางกลับกัน ตามมาตรา 143 กลับให้อิสระแก่อัยการในการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวาง และสำนักงานอัยการสูงสุดได้ออกระเบียบสำนักงานอัยการว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ข้อ 78 ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้อง โดยกำหนดว่า ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่าการฟ้องคดีจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชนหรือจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงแห่งชาติ หรือผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ ให้ทำความเห็นเสนอสำนวนตามลำดับชั้น ไปยังอัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาก่อน

แต่ปัจจุบันพบว่าพนักงานอัยการในประเทศไทยไม่ค่อยใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะมากนัก อาจเป็นเพราะยังไม่มีความเข้าใจอย่างแท้จริง อีกทั้งยังขาดแนวทางที่ชัดเจนเพื่อเป็นมาตรฐานในการใช้ดุลพินิจของอัยการ ทำให้ที่ผ่านมามีพนักงานอัยการโดยทั่วไปไม่กล้าใช้ดุลพินิจเสนอความเห็นให้อัยการสูงสุดพิจารณา เพราะมีขั้นตอนพิจารณาตามลำดับชั้นมาก และเกรงข้อครหาในความไม่สุจริตในการสั่งคดี และเมื่อไม่นานมานี้ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 โดยในพระราชบัญญัติดังกล่าวตามมาตรา 21 ฝ่ายนิติบัญญัติได้รับรองถึงอำนาจการสั่งคดีโดยดุลพินิจของพนักงานอัยการที่จะใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องหากเห็นว่าการฟ้องคดีดังกล่าวจะไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ ต่อจากนี้จึงเป็นหน้าที่ขององค์กรอัยการที่จะต้องกำหนดแนวทางและหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจเพื่อให้การใช้ดุลพินิจนั้นมีประสิทธิภาพ อำนาจความยุติธรรม และสร้างความเชื่อถือแก่ประชาชนต่อไป ดังนั้นจึงต้องศึกษาและนำเอาแนวทางและหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะของต่างประเทศเพื่อปรับใช้ให้เหมาะสมกับประเทศไทย

จากการศึกษาดุลพินิจของพนักงานอัยการในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะของต่างประเทศ พบว่าปัจจัยที่ใช้ประกอบการใช้ดุลพินิจนั้นมีทั้งปัจจัยต่างๆที่สนับสนุนและไม่สนับสนุนให้มีการฟ้องคดีนั้น บางปัจจัยอาจจะเพิ่มความจำเป็นในการฟ้องคดีในขณะที่บางปัจจัยก็อาจจะชี้นำไปในทางให้ใช้แนวทางอื่นที่อาจจะดีกว่า โดยแต่ละประเทศนั้นมีปัจจัยในการพิจารณาแตกต่างกันไปในรายละเอียดแต่โดยหลักการแล้วถือว่าไม่มีความแตกต่างกันมากนัก ซึ่งสามารถสรุปหลักเกณฑ์การพิจารณาได้ 5 ประการ คือ พิจารณาในแง่ของผู้กระทำความผิด พิจารณาผู้เสียหายและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด พิจารณาลักษณะและความร้ายแรงของการกระทำความผิด พิจารณาจากฐานความผิด และพิจารณาในแง่สังคม โดยพนักงานอัยการจะต้องชั่งน้ำหนักปัจจัยต่างๆที่สนับสนุนและไม่สนับสนุนให้มีการฟ้องคดีอย่างระมัดระวังและเป็นธรรม เมื่อมีการกำหนดแนวทางและหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจได้อย่างชัดเจนแล้วจะทำให้การใช้ดุลพินิจของอัยการนั้นมีประสิทธิภาพมากขึ้น เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่สามารถอธิบายเหตุผลและมูลเหตุชั่งใจได้อย่างมีหลักเกณฑ์ และส่งผลให้ระบบการตรวจสอบดุลพินิจทำได้ง่ายยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกหรือภายในก็ตาม สร้างความเชื่อมั่นกับตัวพนักงานอัยการเองในการที่จะสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ และสังคมโดยรวมว่าได้รับความยุติธรรมจากการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวของพนักงานอัยการ

Thesis Title	A non-prosecution order in a case where the public interest does not require a prosecution
Author	Saowalak Kaewkamol
Thesis Advisor	Professor Dr. Uthai Arthiveth
Department	Law
Academic Year	2010

ABSTRACT

The objective of this thesis is to study on a non-prosecution order in a case where the public interest does not require a prosecution. According to Opportunity Principle, the discretion not to prosecute a criminal case considering the public interest test is the discretion to discontinue prosecution because there is no public interest even it is a criminal offence and there is sufficient evidence to prosecute. The discretion not to prosecute a case where there is no public interest serves the role of prosecutor in criminal cases screening, which is recognized as a justice administration. The reason is that it suitably administrates the limited judicial resources by reducing the trial burden of the court institution in cases where the trial has been considered insignificant or which may appropriately be remedied by other means. In this respect, the function of the public prosecutors as “justice administrator” can be obviously illustrated. The public prosecutor does not play the role of plaintiff who desires to win the case in prosecution proceedings. On the contrary, the prosecutor must exercise the discretion in an objective and equitable fashion taking into account the public criminal policy and public interests.

Considering the Criminal Procedure Code of Thailand, there exists no compulsory requirement for a prosecutor to prosecute every case which sufficient evidence element is satisfied. In contrast, Section 143 confers a prosecutor extensive discretionary power. Moreover, the Office of the Attorney General issued the rules regarding prosecution proceeding of the prosecutor B.E. 2547, which addresses the subject of guidelines and practices in exercising the discretion not to prosecute in Section 78 as follows;“In the case where the public prosecutor has considered that the public interest does not require a prosecution, or the prosecution is contrary to

public order or good morals, or the prosecution is likely to have effects on national safety or security or significant national interest, the public prosecutors shall submit the file with the non-prosecution order hierarchically to the Director - General of Public Prosecution Department to consider” However, nowadays the public prosecutors of Thailand rarely exercise the discretion not to prosecute a case where the public interest does not require a prosecution. This may result from lack of truly understanding and clear guidelines that establish a standard of exercising prosecutor’s discretionary power. Thus, generally the prosecutors were not in confidence to submit the file with the non-prosecution order to the Director-General of Public Prosecution Department to consider because there are many hierarchical stages in determination process; also, the prosecutors are afraid that some may doubt whether the prosecutors acting in good faith. In addition, according to Section 21 of the recent promulgated Attorney Organization and Public Prosecutors B.E. 2553, the legislature acknowledges the public prosecutor’s discretionary power to issue a non-prosecution order in a case where the public interest does not require a prosecution. All things considered, the code of practices and guidelines of exercising such discretionary power are significantly in need to foster effectiveness, equity, and acquire trust from citizens. Therefore, a study of the code of practices and guidelines of exercising the discretion not to prosecute a case where the public interest does not require a prosecution must be conducted in order to be appropriately adjusted to Thailand’s context.

From the examination of the discretion to discontinue a case due to public interest in foreign guidelines and practices, it can be concluded that there are many factors to be considered. These factors can be both in favor of and against the prosecution. Some factors may enhance necessity to proceed with prosecution, others may divert to other means considered more appropriate than prosecution. There is diversity of the factors recognized in each country; nonetheless, the main principle is marginal different. In summary, the common guideline is to consider in the following 5 aspects; the alleged offenders, the victims and people who involve in the offence, the nature and the seriousness of the offending, the offences, social aspect provided that the public prosecutors must balance both factors in favor of and against the prosecution carefully and justifiably. In conclusion, the clearer the code of practices and guidelines are outlined, the more effective the discretionary power is exercised. That is to say, the reason and the

motivation in exercising such discretionary powers can be explained with support of rules. As a result, both of the internal and external monitoring and controlling procedure of exercising of the discretion is more simplified leading to a confidence to exercise such discretionary power for the public prosecutors and a confidence in the justice served by prosecutors for the society in general at the same time.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

จากทฤษฎีอาญาทางอาญาวิชาสมัยใหม่ที่มีมองว่าการประกอบอาชญากรรมไม่ได้เกิดจากจิตใจชั่วร้ายของผู้กระทำความผิดเสมอไป เช่น ความผิดเล็กๆ น้อยๆ หรือการกระทำความผิดโดย ประมาท และพบว่าบางประเภทคดีการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดต่อไปไม่ได้ก่อให้เกิดผลคืออย่างใด ๆ ต่อผู้เสียหาย ต่อรัฐ ต่อผู้กระทำความผิด หรือแม้กระทั่งไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ ต่อสังคม ในปัจจุบันกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยกำลังประสบปัญหาเพราะกระบวนการยุติธรรมของเราแบบเดิมมักจะดึงคดีเข้าสู่ระบบของศาล ซึ่งภารกิจของศาลก็ค่อนข้างจะมากอยู่แล้ว ท้ายสุดก็จะไหลต่อไปที่ราชทัณฑ์ ซึ่งมีทรัพยากรไม่เพียงพอเกินกำลังที่จะรับได้ ทำให้สภาพในเรือนจำแออัดมากจนเป็นภาระหนักแก่รัฐที่จะต้องจัดงบประมาณเพื่อการราชทัณฑ์ ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่ได้รับการฟื้นฟูที่เหมาะสม ทำให้ไม่สามารถกลับตัวเป็นพลเมืองดีได้นอกจากนั้นการคุมขังยังสูญเสียทรัพยากรมนุษย์ที่ถูกคุมขังไว้แทนที่จะมีโอกาสสร้างผลผลิตอันก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคม อีกทั้งบางคดีไม่อาจจะบรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษ คือ ผู้กระทำความผิดได้รับการลงโทษหรือผลร้ายมากกว่าโทษที่จะได้รับการกระทำความผิดแล้ว เช่น สามีขับรถโดยประมาทเป็นเหตุให้ประสบอุบัติเหตุทำให้ภรรยาและบุตรเสียชีวิต ส่วนตนเองได้รับบาดเจ็บสาหัสจนเป็นอัมพาต ไม่สามารถเดินได้อีกต่อไป การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดรายนี้ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ แก่สังคม และไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์การลงโทษ คือ ไม่จำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกันสังคมจากอันตรายใดๆ ที่เกิดจากความประมาทของผู้กระทำความผิดรายนี้อีก สังคมได้รับการปราชัยจากการเรียนรู้โทษและผลร้ายที่เกิดจากการขับรถโดยประมาทแล้ว อีกทั้งผู้กระทำความผิดก็ได้รับผลร้ายที่เกิดจากการกระทำความผิดอย่างรุนแรงและมากเกินไปกว่าโทษที่ตนได้รับจากการดำเนินคดีแล้ว¹ ฉะนั้นจึงเป็นสิ่งจำเป็นที่นักกฎหมายต้องทำความเข้าใจว่าการลงโทษและการดำเนินคดีตามกฎหมายเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ใด การดำเนินคดีและการลงโทษนั้นจะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์นั้นๆ ได้หรือไม่ หากการดำเนินคดีที่ไม่เป็นประโยชน์ใดๆ ต่อสังคมแล้วควรจะมีวิธีการบริหาร

¹ น้าแท้ มีบุญสวัสดิ์. (2549, ธันวาคม). “การยุติการดำเนินคดีที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อสังคม.”

จัดการคดีนั้นอย่างไร หน้าที่หลักที่สำคัญของพนักงานอัยการประการหนึ่งที่สำคัญ คือ การพิจารณาว่าคดีใดสมควรที่จะฟ้องคดีต่อศาลหรือไม่ บทบาทในการพิจารณาสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้อง คือ บทบาทในการกั้นกรองคดีอาญาที่มาสืบศาล แต่มีการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีอีกประเภทหนึ่ง คือ การสั่งไม่ฟ้องคดี โดยพิจารณาถึงประโยชน์สาธารณะชน ในประเทศไทยนั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มิได้มีบทบัญญัติบังคับให้พนักงานอัยการต้องฟ้องคดีอาญาที่มีพยานหลักฐานพอฟ้องในทุกคดี ในทางกลับกันตามมาตรา 143 กลับให้อัยการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาอย่างกว้างขวาง และสำนักงานอัยการสูงสุดได้ออกระเบียบสำนักงานอัยการว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ข้อ 78 ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้อง โดยกำหนดว่า ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่าการฟ้องคดีจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณะชนหรือจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงแห่งชาติ หรือผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ ให้ทำความเห็นเสนอสำนวนตามลำดับชั้นไปยังอัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาก่อน แต่เกณฑ์การใช้ดุลพินิจไม่ดำเนินคดีกรณีดังกล่าวนี้ประเทศไทยเรายังไม่มีกฎหมายที่พอจะยึดเป็นแนวทางได้ อีกทั้ง คำว่า ประโยชน์สาธารณะ นั้นเป็นคำของกฎหมายที่มีลักษณะไม่แน่นอน โดยสภาพแล้วมีความหมายกว้างอาจขยายได้ โดยอาจต้องใช้ทางปฏิบัติเป็นแนวทางให้ความหมาย โดยคำนึงถึงประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ วิธีการดำเนินคดีของรัฐ และความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวมประกอบกัน และสิ่งที่เป็นลักษณะสำคัญอีกอย่างหนึ่งคือ ประโยชน์สาธารณะนั้นเป็นสิ่งที่ผันแปรเปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลาตามวิวัฒนาการของสังคม เศรษฐกิจ เพราะเป็นเรื่องของความต้องการของส่วนรวม ทั้งการที่จะกำหนดลงไปว่าเมื่อใดการดำเนินคดีจึงไม่มีประโยชน์สาธารณะนั้นย่อมไม่อาจกระทำได้ง่าย แต่จำต้องพิจารณาเป็นกรณีไป ทำให้ในอดีตที่ผ่านมาอัยการในประเทศไทยไม่ค่อยมีการนำหลักการฟ้องคดีโดยดุลพินิจมาใช้มากนัก อาจเป็นเพราะยังไม่มี ความเข้าใจอย่างแท้จริง อีกทั้งยังขาดแนวทางที่ชัดเจนเพื่อเป็นมาตรฐานที่ใช้เป็นกรอบควบคุมการใช้ดุลพินิจของอัยการทั้งหลายให้เป็นแนวเดียวกัน ทำให้พนักงานอัยการโดยทั่วไปไม่กล้าใช้ดุลพินิจเสนอความเห็นให้อัยการสูงสุดพิจารณา เพราะมีขั้นตอนพิจารณาตามลำดับชั้นมาก และเกรงข้อครหาในความไม่สุจริตในการสั่งคดี พนักงานอัยการ โดยทั่วไปจึงมักจะสั่งฟ้องไปเพื่อตัดปัญหาดังกล่าว²

ปัจจุบันได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 โดยได้กำหนดหน้าที่ของพนักงานอัยการให้ครอบคลุมถึงอำนาจหน้าที่ในด้านต่างๆ ของพนักงานอัยการในปัจจุบัน และให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และกฎหมายอื่นและกำหนดหลักการให้ดุลพินิจในการสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการ

² อติสร ไชยคุปต์. (2542). ดุลพินิจของพนักงานอัยการในการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญา. หน้า 2.

ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แสดงให้เห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้เห็นแล้วว่าอำนาจในการสั่งคดีของพนักงานอัยการนั้นเป็นการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจดังที่ได้บัญญัติในมาตรา 21 วรรค 2 ว่าพนักงานอัยการเห็นว่าการฟ้องคดีอาญาจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ ให้เสนอต่ออัยการสูงสุด และอัยการสูงสุดมีอำนาจสั่งไม่ฟ้องได้ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่สำนักงานอัยการสูงสุดกำหนด โดยความเห็นชอบของ ก.อ. ซึ่งจะต้องมีการวางระเบียบในส่วนของการใช้ดุลพินิจต่อไป

ฉะนั้น จึงควรศึกษาทบทวนการใช้ดุลพินิจไม่ดำเนินคดีในกรณีที่เกิดมีมูลแต่ไม่มีประโยชน์สาธารณะ (Public interest) ที่จะดำเนินการต่อไป ว่ามีกรอบแนวคิดอย่างไร และพิจารณาทบทวนในต่างประเทศเพื่อจะได้เข้าใจเหตุผลที่เคยมีการหยิบยกมาเป็นข้อมูลประกอบการใช้ดุลพินิจไม่ดำเนินคดีในกรณีดังกล่าวได้ดีขึ้น³ จะช่วยทำให้ค้นหารอบแนวทางที่ชัดเจนมากขึ้น และได้รับการยอมรับ หลักเกณฑ์เหล่านี้สามารถทำให้การใช้ดุลพินิจในการที่จะสั่งไม่ฟ้องคดีที่การดำเนินคดีไม่เป็นประโยชน์ต่อสังคมมีความชัดเจนและพัฒนาต่อไปได้ เมื่อมีกรณีที่มีปัญหาต้องใช้ดุลพินิจในกรณีดังกล่าวพนักงานอัยการสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เนื่องจากการดำเนินคดีต่อไปไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษและการดำเนินคดีไม่เป็นประโยชน์ใดๆ ต่อสังคมแล้ว รัฐก็ไม่มีภารกิจในการรักษาความสงบเรียบร้อยใดๆ ในกรณีดังกล่าว อันถือเป็นการบริหารจัดการคดีที่มีประสิทธิภาพอย่างหนึ่ง หากการใช้ดุลพินิจนี้เป็นกลไกหนึ่งที่ยอกรสามารถ นำมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ก็จะถือว่าเป็นบทบาทของอัยการที่สำคัญอีกประการหนึ่งในการกันผู้กระทำความผิดออกจากการฟ้องคดีต่อศาลอันเป็นมาตรการหนึ่งในการกั้นกรองคดีอาญาก่อนขึ้นสู่ศาล

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์และรูปแบบการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งระบบการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าว

1.2.2 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะของพนักงานอัยการต่างประเทศและประเทศไทย โดยพิจารณาหารูปแบบที่เหมาะสมกับประเทศไทยปัจจุบัน

1.2.3 เพื่อศึกษาถึงบทบาทพนักงานอัยการในการใช้ดุลพินิจการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะเพื่อกันผู้กระทำความผิดออกจากการฟ้องคดีต่อศาล

³ คณิต ฒ นคร ก (2540). รวมบทความด้านวิชาการของ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร อัยการสูงสุด. หน้า 43.

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะของพนักงานอัยการถือว่าเป็นบทบาทของอัยการที่สำคัญในการถ่วงดุลองคคิออาญา มาสู่ศาล แต่การใช้ดุลพินิจดังกล่าวเป็นเรื่องที่กระทำได้ยากหากไม่มีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัย ฉะนั้นในการพิจารณาจึงควรพิจารณาในประเด็นที่สำคัญ ดังนี้ ประเภทของความผิด ความร้ายแรงของความผิด ลักษณะของการทำความผิด ตัวผู้กระทำความผิด มูลเหตุชักจูงใจในการทำความผิด ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ของผู้กระทำความผิดหลังจากการทำความผิดความสำนึกผิดของผู้กระทำและพยายามบรรเทาผลร้ายแก่ผู้เสียหาย ประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากการดำเนินคดี รวมทั้งพิจารณาความรู้สึกของคนในสังคม หากการใช้ดุลพินิจมีหลักเกณฑ์ที่ใช้อ้างอิงได้ ก็จะทำให้พนักงานอัยการมีความเข้าใจและสามารถนำมาปรับใช้กับคดีต่างๆ ได้ดียิ่งขึ้น ดังนั้นหากพนักงานอัยการเห็นว่าคดีไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะแล้ว พนักงานอัยการจะต้องสั่งไม่ฟ้องทุกๆ ที่มีพยานหลักฐานเพียงพอ

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาวิจัยนี้จะศึกษาถึงหลักการฟ้องคดี ทฤษฎีทางอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา หลักการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นมาตรการหนึ่งที่จะช่วยเพิ่มบทบาทอัยการในฐานะที่เป็นผู้ถ่วงดุลองคคิอก่อนขึ้นสู่ศาลที่เป็นมาตรการในการเบี่ยงเบนคดีอย่างหนึ่ง รวมทั้งมาตรการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าว โดยจะศึกษาเฉพาะกรณีคดีที่มีมูลแต่ใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องเพราะการดำเนินคดีต่อไปไม่เป็นประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ควบคู่ไปกับทฤษฎีวัตถุประสงค์ของการลงโทษ หลักการเบี่ยงเบนคดี และหลักการสั่งคดีโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การวิจัยนี้เป็นการศึกษาวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ โดยศึกษาจากหนังสือภาษาไทยและหนังสือต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง บทความภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ เอกสารวิจัย รวมถึงถึงกฎหมาย ระเบียบปฏิบัติที่เกี่ยวข้อง จากนั้นจึงทำการวิเคราะห์จากข้อมูลที่ได้จากเอกสารเหล่านั้น

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงหลักการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ ทฤษฎีการลงโทษ ตามหลักอาชญาวิทยา หลักการสังคดี โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ หลักการเบี่ยงเบนคดี เพื่อเป็นประโยชน์ ในการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะของพนักงานอัยการ

1.6.2 ทำให้ทราบหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ ของพนักงานอัยการในต่างประเทศเปรียบเทียบกับประเทศไทย

1.6.3 ทำให้ทราบถึงแนวทางการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ ของพนักงานอัยการของประเทศไทยในปัจจุบัน รวมทั้งพิจารณาแนวทางของต่างประเทศ เพื่อวาง กรอบแนวความคิดที่เป็นรูปธรรมที่สอดคล้องกับประเทศไทยต่อไป

บทที่ 2

แนวคิดเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการสั่งฟ้องคดี

ก่อนที่จะได้พิจารณาการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะของอัยการในการดำเนินคดีอาญาลึกลับสำคัญที่ควรทำความเข้าใจเป็นประการแรก คือความหมายของคำว่า “ดุลพินิจ” อันจะเป็นประโยชน์และแนวทางในการทำความเข้าใจหัวข้ออื่นๆ ซึ่งที่มาแห่งอำนาจการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการมาจากหลักการดำเนินคดีอาญาประเภทหนึ่ง ซึ่งมีอยู่ด้วยกันสองหลัก คือ หลักการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมาย และหลักการฟ้องคดีตามดุลพินิจ ซึ่งจะกล่าวต่อไป

คำว่า ดุลพินิจ ตามพจนานุกรม หมายถึง การวินิจฉัยที่เห็นสมควร¹ หรือ หมายความว่า การวินิจฉัย การรู้ผิดรู้ถูก การพิจารณาใคร่ครวญ² มีลักษณะเป็นคำนาม ตรงกับภาษาอังกฤษว่า “Discretion” ซึ่งมีรากศัพท์มาจากภาษาละตินว่า “Discretio” มีความหมายในทางกฎหมายว่า เป็นอำนาจ หรือ สิทธิพิเศษ (privilege) ของศาลที่พิจารณาตามหลักความยุติธรรม³ หรือ ขององค์กรอื่นผู้มีอำนาจในการพิจารณาใช้ตามหลักความยุติธรรมเช่นว่านั้น ซึ่งสิทธิพิเศษหรืออำนาจนี้จะมีการพิจารณา นำไปใช้ตามภาวะแวดล้อมแห่งพฤติการณ์ (Circumstances) และรวมถึงการใช้วิจารณญาณในการตัดสินใจของผู้พิพากษาหรือของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจใช้นั้นเองโดยไม่ขึ้นกับวิจารณ์ญาณหรือการตัดสินใจของบุคคลอื่นใด

มีภาษิตกฎหมายอยู่บทหนึ่งซึ่งกล่าวโดยอริสโตเติล (Aristotle) ปราชญ์ชาวกรีกว่า “ที่ไหนมีสังคม ที่นั่นมีกฎหมาย” เพราะเป็นที่ยอมรับกันดีในทุกสังคมว่า หากต้องการความสุขภายในสังคมแล้วย่อมจะปราศจากเสียซึ่งกฎหมายไม่ได้ จากภาษิตดังกล่าวนี้เอง ต่อมาใน ค.ศ. 1933 Cohen ได้กล่าวว่า “เมื่อมีกฎ (หมาย) ก็ย่อมต้องมีดุลพินิจอยู่เคียงคู่” (rule must be supplemented with discretion) เพราะเป็นสิ่งที่ยอมรับกันดีว่า หากจะบังคับใช้กฎหมายโดยตรงแต่ประการเดียวก็จะทำให้เกิดความยุติธรรม เพราะไม่อาจสนองความยุติธรรมเป็นรายกรณีได้ ดังนั้นเพื่อประโยชน์ในการอำนวยความยุติธรรมเฉพาะบุคคลหรือกรณีจึงควรให้ดุลพินิจซึ่ง Cohen เรียกว่า “ชีวิตและความยืดหยุ่น” (The life and flexibility) มีส่วนร่วมอยู่ในการใช้กฎหมายด้วย เมื่อเป็นที่ยอมรับกันดีว่า

¹ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน. (2542). หน้า 412.

² พจนานุกรม (ฉบับอธิบาย 2 ภาษา). (2540). หน้า 311.

³ Black's Law Dictionary (4 th ed). (1951). p. 553.

“ที่ไหนมีสังคม ที่นั่นมีกฎหมาย” และที่ไหนมีกฎหมายที่นั่นมีดุลพินิจ” จึงเกิดประโยชน์ใหม่ที่มีความหมายว่า “ที่ไหนมีสังคม ที่นั่นมีกฎหมายและดุลพินิจ” ด้วย

จะกล่าวโดยเฉพาแล้ว ดุลพินิจนั้นไม่ได้มีอันตรายอยู่ในตัวเอง แต่อันตรายของดุลพินิจนั้นจะเป็นโทษมหันต์อยู่ที่ตัวผู้ใช้ดุลพินิจนั่นเองว่าจะใช้วิจารณญาณในการใช้ดุลพินิจอย่างถูกต้อง หรือ ขอบธรรมหรือไม่ ดังที่ K.C. Davis ได้กล่าวว่า “ดุลพินิจนั้นประกอบด้วยมิติหลายมิติ”⁴ อันทำให้ผู้ที่ใช้ดุลพินิจนั่นเอง ต้องพิจารณาอย่างรอบคอบว่า ข้อเท็จจริงใด ควรใช้มิติไหนของดุลพินิจมาบังคับ หากเลือกใช้ดุลพินิจได้ถูกต้อง ดุลพินิจก็ย่อมสร้างความเป็นธรรมอันควรสรรเสริญ แต่ถ้าเลือกใช้ผิด ดุลพินิจก็เป็นความอยุติธรรม ปัญหาการเลือกใช้ดุลพินิจผิดพลาดอันก่อให้เกิดโทษนั้น ส่วนใหญ่มาจากการตัดสินใจเลือกใช้ดุลพินิจผิดพลาด หรือบางครั้งเป็นความจริงใจใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดก็มี ที่เป็นเช่นนี้ สาเหตุใหญ่เนื่องมาจากดุลพินิจนั้นไม่มีกฎเกณฑ์การใช้ที่แน่นอน

แม้ว่าการใช้ดุลพินิจไม่อาจวางกฎเกณฑ์ลงไปตายตัวให้ใช้ได้ แต่การใช้ดุลพินิจนั้นก็ย่อมมีพื้นฐานหรือหลักชี้้นำในการปฏิบัติเช่นกัน และการใช้ดุลพินิจที่มีพื้นฐานหรือหลักนิติธรรมเป็นเรื่องช่วยกำหนดในการใช้ คือสิ่งที่เรียกว่า “ดุลพินิจยุติธรรม” หรือ “Judicial discretion, Legal discretion” ดุลพินิจยุติธรรมตามความหมายนี้ มุ่งกำหนดให้องค์กรผู้ใช้ดุลพินิจ

พิจารณาถึงหลักพื้นฐานหรือหลักความยุติธรรมเสียก่อน เพื่อจะได้ใช้ดุลพินิจที่เป็นคุณ เพราะหากปฏิบัติโดยไม่มีหลักประการใดชี้แนะไว้เลย ดุลพินิจนั้นอาจเป็นโทษได้ การที่องค์กรผู้ใช้ดุลพินิจจะต้องใช้ดุลพินิจบนพื้นฐานแห่งหลักนิติธรรมหรือหลักทั่วไปของกฎหมายนี้ นอกจากจะทำให้ผลการวินิจฉัยเป็นคุณแก่ผู้เกี่ยวข้องอย่างเต็มผลแล้ว ยังมีประโยชน์ในด้านความรู้สึกของประชาชนที่สามารถจะหยั่งทราบได้ว่า เขาได้รับผลในลักษณะใด

ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า ถ้าพึงมีเพียงกฎหมายอย่างเดียวไม่ได้ จะต้องมีดุลพินิจคอยช่วยเหลือให้ความยุติธรรมเป็นรายกรณี ยิ่งไปกว่านั้นการที่จะต้องมีดุลพินิจเป็นเหตุผลในทางจิตวิทยารัฐศาสตร์และอื่นๆ ด้วย เพราะเป็นที่ยอมรับกันว่าการเป็นสังคมรัฐนั้น จะต้องประกอบด้วยกฎหมายและมนุษย์ (ดุลพินิจ) หากสังคมใดหรือระบบกฎหมายใดบังคับใช้แต่เพียงกฎหมายอย่างเดียว โดยไม่มีการใช้ดุลพินิจด้วย นอกจากไม่มีความเป็นธรรมแล้ว ยังถือว่าประชาชนในสังคมนั้นไม่ได้กระทำอะไรขึ้นใหม่เลย นอกจากการพิจารณาให้เป็นไปตามกฎหมายของบรรพบุรุษ ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้สังคมย่อมหาความเจริญไม่ได้ นอกจากคงไว้ซึ่งอารยธรรมที่บรรพบุรุษสะสมไว้เท่านั้น ในกรณีกลับกัน การใช้ดุลพินิจนั้นย่อมเป็นการสร้างสรรค์วิวัฒนาการใหม่ๆ เพื่อให้สังคมมีความเจริญก้าวหน้าต่อไป และหากองค์กร

⁴ Kenneth Culp Davis. (1971). *Discretionary Justice a Preliminary Inquiry*. p. 24.

ผู้ใช้ดุลพินิจ ได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว โทษของดุลพินิจก็ย่อมจะไม่มีปรากฏให้เห็น หรือมีบ้างแต่ก็คงจะเล็กน้อยเท่านั้น

2.1 หลักการฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการ

ในประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีโดยรัฐ (State prosecution) ซึ่งมีการจัดตั้งองค์กรอัยการ (Prosecution) ขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการฟ้องคดีอาญาในนามรัฐนั้น ยังคงมีความแตกต่างกันในการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาที่มีมูล ซึ่งความแตกต่างนี้ก็เนื่องมาจากหลักการฟ้องคดีอาญาที่แตกต่างกัน โดยหลักการฟ้องคดีอาญาในปัจจุบันอาจแบ่งแยกได้เป็น 2 หลัก คือ หลักการฟ้องคดีตามกฎหมาย หรือหลักการดำเนินคดีอาญาเชิงบังคับ (Legality principle/Compulsory prosecution) และหลักการฟ้องคดีตามดุลพินิจ (Opportunity or Expediency principle)

2.1.1 หลักการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมาย

หมายถึง หลักการที่ถือว่าพนักงานอัยการมีหน้าที่ต้องดำเนินคดีอาญาทั้งปวงที่มีพยานหลักฐานเพียงพอให้ฟ้องร้องต่อศาลได้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการที่ว่าประชาชนมีสิทธิเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย อีกทั้งเป็นการป้องกันมิให้พนักงานอัยการใช้อำนาจไปในทางที่มิชอบ (Abuse of powers)⁵

ในประเทศที่ใช้หลักการฟ้องคดีตามกฎหมายมีหลักอยู่ว่า เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการสอบสวนโดยไม่คำนึงว่าจะมีการร้องทุกข์กล่าวโทษหรือไม่ และเมื่อสอบสวนแล้วเมื่อพนักงานอัยการเห็นว่ามิเหตุควรเชื่อว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดกฎหมาย พนักงานอัยการต้องยื่นฟ้องศาลเสมอ ซึ่งถือว่าเป็นหลักประกันแห่งความเสมอภาคตามกฎหมาย ทั้งป้องกันการใช้อิทธิพลที่มิชอบด้วยความยุติธรรมต่อการฟ้องคดีของพนักงานอัยการ และเมื่อพนักงานอัยการฟ้องคดีต่อศาลแล้วจะถอนฟ้องไม่ได้ เพราะถือว่าคดีอยู่ในอำนาจของศาลแล้วซึ่งแสดงถึง “หลักเปลี่ยนแปลงไม่ได้” (Immutabilitatsprinzip)⁶ ซึ่งถือเป็นหลักประกันของหลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย

หลักการดำเนินคดีโดยเด็ดขาดหรือหลักการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมายจะมีศาลเป็นองค์กรหลัก โดยศาลจะมีอำนาจและบทบาทตั้งแต่ชั้นสอบสวนและวินิจฉัยสั่งคดี ศาลสอบสวนจะควบคุมการสอบสวนอย่างใกล้ชิดโดยพนักงานสอบสวนจะต้องรายงานความคืบหน้าในการสอบสวนคดีทุกระยะการจับกุมและตรวจค้นจะกระทำได้อต่อเมื่อมีหมายศาลเท่านั้น

⁵ เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์. (2521, กันยายน). “ดุลพินิจในการไม่ฟ้องคดีอาญาที่มีมูลของอัยการสหรัฐอเมริกา.”วารสารนิติศาสตร์, 10, 1. หน้า 159.

⁶ คณิศ ณ นคร ข (2549). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้า 207.

การตัดสินใจว่าจะฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ต้องหาหรือไม่ จะขึ้นอยู่กับพิจารณาว่าการกระทำของผู้ต้องหาเข้าองค์ประกอบความผิดในกฎหมายครบถ้วนหรือไม่เท่านั้น ซึ่งหากพิจารณาได้ว่าการกระทำเข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าวแล้ว พนักงานอัยการก็ต้องยื่นฟ้องต่อศาลเสมอไป และในบางกรณีที่แม้พนักงานอัยการจะได้วินิจฉัยสั่งไม่ฟ้องแล้วศาลยังมีอำนาจเรียกสำนวนการสอบสวนไปพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง หากศาลมีความเห็นแตกต่างจากพนักงานอัยการ ศาลก็มีอำนาจสั่งให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องต่อศาลได้⁷

การฟ้องคดีตามกฎหมายนี้มีผลโดยตรงที่ทำให้การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย (Law enforcement) เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเสมอภาค แต่หลักการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมายมีข้อเสียตรงที่ขาดความยืดหยุ่น และทำให้ใช้กฎหมายกระด้างเกินไป ดังนั้น แม้ในประเทศที่ใช้หลักการฟ้องคดีตามกฎหมาย ก็มีได้เคร่งครัดจนปราศจากข้อยกเว้น หากแต่ได้มีการผ่อนคลายความเข้มงวดลงไปมาก โดยได้บัญญัติให้มีกรณีต่างๆ ที่เจ้าพนักงานอาจใช้ดุลพินิจไม่ดำเนินคดีหรือไม่ฟ้อง ทำให้ความเคร่งครัดของหลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายเดิมนั้นหมดสิ้นไป

ประเทศที่ใช้หลักการฟ้องคดีตามกฎหมาย ได้แก่ ประเทศเยอรมัน อิตาลี สเปน เซกโกสโลวาเกีย ยูโกสโลวาเกีย โปแลนด์ กรีซ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มประเทศคอมมิวนิสต์ ฯลฯ เป็นต้น

2.1.2 หลักการฟ้องคดีอาญาตามดุลพินิจ

หมายถึง หลักการที่เห็นว่าพนักงานอัยการควรมีดุลพินิจที่จะสั่งไม่ฟ้องคดีได้ แม้จะมีพยานหลักฐานเพียงพอในการพิสูจน์ว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิด หากได้พิจารณาถึงพฤติการณ์ต่างๆที่เกี่ยวข้องกับตัวผู้กระทำความผิดและการกระทำความผิดแล้วเห็นว่า การฟ้องคดีจะไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ

ประเทศที่ยึดถือหลักการนี้นอกจากจะไม่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายว่าพนักงานอัยการมีหน้าที่ต้องดำเนินการคดีอาญาทั้งปวงที่มีพยานหลักฐานเพียงพอให้ฟ้องคดีต่อศาลแล้ว ยังกำหนดในกฎหมายว่าพนักงานอัยการอาจสั่งไม่ฟ้องได้ แม้จะมีพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิด และแม้ว่าพนักงานอัยการจะตัดสินใจยื่นฟ้องคดีอาญาต่อศาลแล้วก็อาจจะถอนฟ้องได้ไม่ว่าเวลาใดๆ ก่อนศาลมีคำพิพากษา

เมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นเจ้าพนักงานอาจไม่ดำเนินการสอบสวนได้ และเมื่อได้สอบสวนแล้วเห็นว่าผู้ต้องหากระทำผิดจริง เจ้าพนักงานก็อาจไม่ฟ้องผู้ต้องหาได้ด้วย ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเหตุผลแต่ละคดีไป การฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ต้องหาได้เปิดโอกาสให้พนักงานอัยการใช้ดุลพินิจ

⁷ Clifford A. Bowitz. (1969). *Criminal Process in Latin America*. pp. 161-164.

ตั้งคืออย่างกว้างขวางโดยพิจารณาถึงภูมิหลังของอาชญากร สิ่งแวดล้อม ตลอดจนรัฐประศาสนโยบาย พนักงานอัยการอาจใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องในคดีบางคดีได้ แม้จะปรากฏว่ามีพยานหลักฐานเพียงพอ เหตุควรเชื่อว่าผู้ต้องหาได้กระทำผิดจริงโดยให้ใช้ดุลพินิจพิจารณาตามความเหมาะสมเป็นเรื่องๆ ไป ซึ่งในการพิจารณาทางด้านสังคมด้านรัฐประศาสนโยบายและด้านอาชญาวิทยาจะเป็นส่วนประกอบอันสำคัญไม่ยิ่งหย่อนกว่าข้อพิจารณาด้านกฎหมาย

หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจเป็นหลักผ่อนคลายความเข้มงวดในการใช้กฎหมาย อันเนื่องมาจากทฤษฎีการลงโทษในปัจจุบันได้แปรเปลี่ยนไป ปัจจุบันประเทศต่างๆ ส่วนมากได้เลิกใช้ทฤษฎีแก้แค้น และเห็นว่าการลงโทษควรมีจุดมุ่งหมายเพื่อ “การป้องกันทั่วไป” กล่าวคือการลงโทษควรกระทำเพื่อให้ผู้กระทำผิดเห็นว่าสังคมส่วนรวมจะไม่นิ่งดูดายกับการกระทำเช่นนั้น และเพื่อเตือนบุคคลทั่วไปในสังคมนั้นว่า ถ้ามีการกระทำเช่นนั้นอีกก็จะต้องได้รับโทษเช่นเดียวกัน กับเห็นว่าการลงโทษนั้นควรมีจุดประสงค์เพื่อ “การป้องกันพิเศษ” กล่าวคือ การลงโทษนั้นจะต้องให้เหมาะสมกับความผิดและความชั่วของผู้กระทำผิดเพื่อให้เขาได้มีโอกาสแก้ไขปรับปรุงตนเอง ไม่กระทำความผิดเช่นนั้นซ้ำขึ้นอีก และเพื่อให้เขากลับสู่สังคมอีกได้⁸

ประเทศที่ยึดถือหลักการนี้ เช่น ประเทศญี่ปุ่น เกาหลี โปแลนด์ และเนเธอร์แลนด์ เป็นต้น

2.2 อำนาจกึ่งตุลาการของพนักงานอัยการ (Quasi-judicial authority)

สถาบันอัยการเป็นองค์กรที่เกิดขึ้นหลังสุดในบรรดาองค์กรทั้งหลายในกระบวนการยุติธรรม สาเหตุของการก่อตั้งสถาบันอัยการ ปรากฏในการก่อตั้งสถาบันอัยการ ปรากฏในการกำหนด ตลอดจนภารกิจและบทบาทของอัยการ ล้วนเป็นที่น่าสนใจติดตามเป็นอย่างยิ่ง เพราะนอกจากจะทำให้เข้าใจถึงประวัติความเป็นมาของอัยการแล้วที่สำคัญจะช่วยให้เข้าใจถึงภารกิจและบทบาทอันพึงประสงค์ของอัยการได้เป็นอย่างดี

อัยการถือกำเนิดขึ้นครั้งแรกในประเทศฝรั่งเศส ภายหลังจากปฏิวัติฝรั่งเศสเมื่อปลายศตวรรษที่ 18 การก่อตั้งองค์กรอัยการขึ้นเป็นผลพวงของความไม่เป็นธรรมในกระบวนการสอบสวน ฟ้องร้องและตัดสินคดีอาญาในฝรั่งเศสก่อนการปฏิวัติ ซึ่งดำเนินการโดยให้องค์กรเดียวทำหน้าที่ทั้งสอบสวน ฟ้องร้องและตัดสินคดีอาญา ทำให้เกิดการใช้อำนาจโดยไม่ชอบธรรมและการใช้อำนาจรัฐในการลงโทษทางอาญาอย่างปราศจากหลักเกณฑ์และไม่เป็นธรรมนี้เองเป็นสาเหตุสำคัญประการหนึ่งที่น่ามาสู่การปฏิวัติครั้งใหญ่ที่สุดในฝรั่งเศส

⁸ คณิศ ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 38.

ก่อนที่จะมีการตั้งสถาบันอัยการขึ้น ฝรั่งเศสภายหลังการปฏิวัติใหม่ๆ ได้พยายามนำเอาแนวคิดการดำเนินคดีอาญาโดยระบบกล่าวหาหรือระบบปฏิปักษ์ (Accusatorial หรือ Adversary system) มาใช้ โดยได้จัดให้มีระบบลูกขุน ระบบค้นหาความจริง โดยทนายทั้งสองฝ่ายซักถามพยานในที่สาธารณะ สิทธิการมีทนาย ฯลฯ ซึ่งเป็นแนวคิดของระบบคอมมอนลอว์ (Common law) ในประเทศอังกฤษ แต่ต่อมาเป็นที่ประจักษ์ว่า ระบบดังกล่าวไม่สามารถจะใช้อย่างได้ผลในประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีพื้นฐานของระบบไต่สวน (Inquisitorial system) มาเป็นเวลานาน ในที่สุดจึงได้มีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างอีกครั้งหนึ่งโดยครั้งนี้เป็นการจัดระบบเสียใหม่ภายใต้โครงสร้างของระบบดั้งเดิม แต่มีกลไกในการตรวจสอบถ่วงดุลที่เหมาะสมเพื่อที่จะสามารถอำนวยความยุติธรรมได้อย่างแท้จริง

ในการปฏิรูปครั้งหลังนี้ ได้มีการแยกองค์กรตุลาการซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ชี้ขาดตัดสินคดีออกจากองค์กรที่มีหน้าที่สอบสวนและฟ้องร้องโดยเด็ดขาด ในขณะเดียวกันก็ได้มีการก่อตั้งองค์กรอัยการขึ้นให้มีลักษณะเป็น “องค์กรกึ่งตุลาการ” (Quasi-judicial) มีหน้าที่เป็นองค์กรอำนวยความยุติธรรมของฝ่ายบริหารในชั้นก่อนฟ้องคดีอาญาต่อศาล องค์กรที่ตั้งขึ้นมาใหม่นี้พัฒนามาจากตำแหน่ง Procureur du Roi หรือ Counsel of the King ซึ่งเป็นที่ปรึกษาทางกฎหมายแก่พระมหากษัตริย์ที่มีอยู่ในขณะนั้น โดยปรับปรุงให้มีฐานะเป็นตุลาการ (Magistrat) แต่อยู่ภายใต้ฝ่ายบริหาร โดยมีอิสระที่จะปฏิบัติหน้าที่ได้ด้วยความเที่ยงธรรมโดยปราศจากการแทรกแซงหรือกดดันจากฝ่ายบริหาร จากลักษณะพิเศษที่กล่าวมานี้เอง องค์กรอัยการจึงเป็นองค์กรในลักษณะที่ไม่เคยมีมาก่อนในประวัติศาสตร์ มีความเป็นเอกลักษณ์ซึ่งเป็นผลพวงความคิดของนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสที่ต้องการสร้างองค์กรฝ่ายบริหารที่สามารถเข้าไปกำกับดูแลให้ความยุติธรรมแก่ผู้เข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมได้ตั้งแต่เริ่มต้นโดยไม่ต้องรื้อให้เรื่องถึงศาลซึ่งอาจจะสายเกินไป

ตามระบบคอมมอนลอว์ การดำเนินคดีอาญาจะได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของระบบปฏิปักษ์ (adversary system) ที่คู่ความทั้งสองมีฐานะเท่าเทียมกัน ปรัชญาของการค้นหาความจริงอยู่บนสมมติฐานที่ว่าความจริงจะปรากฏหากปล่อยให้ทั้งสองต่อสู้กันอย่างยุติธรรมต่อหน้าศาลซึ่งวางตัวเป็นกลาง ในระบบกฎหมายของประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากคอมมอนลอว์ บทบาทของอัยการในฐานะองค์กรกึ่งตุลาการ (Quasi-judicial body) จะไม่ชัดเจนนักอัยการจะไม่มีภาระหน้าที่ชัดเจนที่จะต้องอำนวยความยุติธรรมให้แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม หน้าที่อัยการในระบบนี้จะมีลักษณะเป็นทนายฝ่ายโจทก์ คือทนายฝ่ายรัฐเท่านั้น ซึ่งแม้จะมีบทบาทบางประการซึ่งแตกต่างจากทนายฝ่ายจำเลย แต่รากฐานของปรัชญาความคิดจะไม่เหมือนกับองค์กรอัยการในประเทศ ซวีดลอร์ การคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยในระบบคอมมอนลอว์จะเป็นการคุ้มครองโดยตรงหรือโดยอ้อมจากประชาชนหรือศาล เช่น การให้ศาลเข้าควบคุมใช้มาตรการบังคับ

อย่างเคร่งครัด การที่มีคณะลูกขุนใหญ่เป็นตัวแทนประชาชนเป็นผู้กลั่นกรองดุลพินิจในการฟ้องคดีของอัยการ และมีคณะลูกขุนซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนเช่นเดียวกันเป็นผู้กลั่นกรองดุลพินิจศาลในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและการพิพากษาคดี เป็นต้น

ส่วนการดำเนินคดีอาญาในระบบชีวิตล่อว้จะมีลักษณะของระบบไต่สวน (Inquisitorial system) อย่างชัดเจน ตำรวจ อัยการ ศาล ต่างมีหน้าที่ในการเข้ามาค้นหาความจริงด้วยตนเอง ซึ่งแตกต่างโดยสิ้นเชิงกับระบบปฏิปักษ์ (Adversary system) การคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาในระบบนี้จะมีลักษณะของการสร้างลักษณะที่เป็นภาวะวิสัย (Objective) ขององค์การที่เข้ามาเกี่ยวข้องเพื่อให้มีความเที่ยงธรรมไม่ลำเอียงและเข้าข้างฝ่ายใดโดยมีกลไกในการตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างองค์กรอย่างเคร่งครัด อัยการในระบบนี้จึงมีหน้าที่โดยตรงในการเข้ามาควบคุมให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ต้องหาและจำเลย ในหลายๆประเทศจะมีกฎหมายกำหนดชัดเจนให้อัยการนำเสนอข้อเท็จจริงทั้งในแง่บวกและแง่ลบของจำเลยต่อศาล

หน้าที่หลักของอัยการที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือการพิจารณาว่าสมควรที่จะฟ้องคดีอาญาต่อศาลหรือไม่ ในการพิจารณาว่าจะสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องอัยการจะเริ่มพิจารณาจากหลักกฎหมายว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายหรือไม่ มีเหตุยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษหรือไม่ เมื่อเห็นว่าการกระทำเป็นความผิดก็จะพิจารณาถึงพยานหลักฐานว่ามีเพียงพอที่จะพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาในศาลหรือไม่ อัยการจะฟ้องคดีอาญาต่อศาลเมื่อมั่นใจว่าการกระทำเป็นความผิด ไม่มีเหตุยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษ และเมื่อมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะลงโทษผู้ต้องหาตามมาตรฐานของการพิสูจน์ความผิดในทางอาญาซึ่งต้องพิสูจน์จนสิ้นสงสัยเท่านั้น บทบาทในการพิจารณาสั่งฟ้อง หรือไม่ฟ้องดังกล่าวคือบทบาทในการกลั่นกรองคดีอาญาที่มาสู่ศาล เพื่อให้มั่นใจได้ว่าการที่รัฐใช้กลไกในทางอาญาฟ้องร้องผู้ใดให้เป็นจำเลย รัฐต้องมีความมั่นใจว่ามีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่าผู้ต้องหากระทำความผิดจริง

การสั่งไม่ฟ้องคดีเพราะการกระทำไม่มีความผิดตามกฎหมายหรือไม่มีพยานหลักฐานพอฟ้องเป็นหลักสากลที่อัยการทั่วโลกพึงยึดถือปฏิบัติตลอดมาอยู่แล้ว แต่การใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีอีกประเภทหนึ่งซึ่งแนวปฏิบัติของอัยการในประเทศต่างๆ ยังมีความแตกต่างกันอยู่ นั่นก็คือ การสั่งไม่ฟ้องคดีโดยพิจารณาถึง “ประโยชน์สาธารณะ” กล่าวคือการสั่งไม่ฟ้องในกรณีที่การกระทำเป็นความผิดตามกฎหมายและมีพยานหลักฐานเพียงพอฟ้อง แต่ไม่ฟ้องเพราะเห็นว่าการฟ้องคดีจะไม่อำนวยประโยชน์ต่อสังคม ในบางประเทศที่ยึดทฤษฎีการฟ้องคดีตามหลักกฎหมาย (Legality principal) โดยเคร่งครัดเช่นเยอรมันจะมีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดเจนว่าอัยการจะต้องฟ้องคดีในทุกๆเรื่องที่มีการกระทำความผิดและมีพยานหลักฐานพอฟ้อง หากละเว้นถือว่าอัยการเป็นผู้กระทำความผิดเองในฐานะละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ ในบางประเทศอัยการมี

ดุลพินิจกว้างขวางในการที่จะสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาโดยอ้างประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้เป็นไปตาม ทฤษฎีการฟ้องคดีโดยดุลพินิจ (Opportunity principle)

อย่างไรก็ตาม พัฒนาการในช่วงยี่สิบกว่าปีที่ผ่านมาจะเห็นความเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับ แนวคิดในเรื่องนี้อย่างชัดเจน ในปัจจุบันแม้ประเทศเยอรมันซึ่งเป็นต้นตำรับทฤษฎีการฟ้องคดีตาม หลักกฎหมาย (Legality principle) ก็ได้มีการแก้กฎหมายให้อัยการสามารถใช้ดุลพินิจไม่ฟ้องคดี บางประเภท โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะได้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2518 นอกจากนี้ ประเทศอื่นๆ ใน ภูมิภาคยุโรปก็ได้มีการนำเอาหลักการฟ้องคดีโดยดุลพินิจ(Opportunity principle) มาใช้เพิ่มมากขึ้น ยิ่งไปกว่านั้นยังมีการรณรงค์ทางวิชาการทั้งในระดับภูมิภาคและในระดับระหว่างประเทศเพื่อให้มี การนำเอาหลักการฟ้องคดีอาญาโดยดุลพินิจมาใช้เพิ่มมากขึ้นด้วย โดยในการประชุมใหญ่ สหประชาชาติเรื่องการป้องกันอาชญากรรมครั้งที่ 8 (8th U.N.Crime Congress) เมื่อปี พ.ศ. 2533 ได้ให้การสนับสนุนหลักการดำเนินคดีอาญาโดยดุลพินิจ โดยกำหนดไว้ชัดเจนใน Guide on the role of public prosecutors ก็เพราะในคดีบางประเภทกระบวนการยุติธรรมที่เป็นอยู่ไม่สามารถจะ เข้าไปช่วยแก้ไขปัญหาได้ อาทิเช่น คดีความผิดโดยประมาท ความผิดระหว่างสมาชิกในครอบครัว ความผิดที่กระทำโดยเยาวชน ฯลฯ เหล่านี้ หากมีการชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างเหมาะสม และผู้เสียหายไม่ได้จิตใจอาความ การลงโทษผู้กระทำความผิดโดยกลไกทางอาญาที่เป็นอยู่อาจจะ ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ทั้งแก่ผู้กระทำความผิดเอง ผู้เสียหาย หรือสังคมส่วนรวม แต่ในทางตรงกัน ข้ามอาจทำให้เกิดปัญหามากขึ้นอีก นอกจากนี้การฟ้องคดีเหล่านี้ต่อศาลต่างๆที่มีกระบวนการอื่นที่ เหมาะสมกว่าที่จะดำเนินการยังก่อให้เกิดปัญหาาคดีสิ้นศาลอีกด้วย การกลั่นกรองคดีอาญาประเภทนี้ ออกจากศาลจึงเป็นการบริหารงานยุติธรรมอย่างหนึ่ง เพราะเป็นการบริหารทรัพยากรที่มีอยู่อย่าง จำกัดให้เหมาะสมโดยช่วยให้องค์กรศาลซึ่งเป็นทรัพยากรบุคคลที่สำคัญไม่ต้องเข้ามาพิจารณาคดีที่ ไม่มีสาระควรแก่การพิจารณา หรือคดีที่สามารถใช้วิธีเยียวยาอย่างอื่นได้เหมาะสมกว่า อัยการจึงมี ลักษณะการทำงานลักษณะของ “ผู้อำนวยการความยุติธรรม” ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น บทบาทของอัยการใน การดำเนินคดีอาญาข้อมมิใช่บทบาทของโจทก์ที่ประสงค์จะชนะคดี แต่ต้องเป็นบทบาทที่มีความ เป็นภาวะวิสัย (Objective) และมีความเที่ยงธรรมอย่างแท้จริง อัยการสามารถแสดงบทบาทในการ ค้ำครองสิทธิทั้งของผู้ต้องหาและผู้เสียหายตั้งแต่เริ่มต้น โดยต้องพิจารณาพยานหลักฐานทั้งในแง่ บวกและแง่ลบ

ระบบการฟ้องคดีโดยดุลพินิจเท่าที่เป็นอยู่นั้น มีการใช้ดุลพินิจที่แตกต่างกันไป กล่าวคือในบางประเทศได้ให้อำนาจอัยการอย่างกว้างขวางที่จะไม่ฟ้องคดีอาญาทุกประเภทโดยใช้ ดุลพินิจ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น เป็นต้น ในประเทศส่วนใหญ่ การสั่งไม่ฟ้องคดีอาญา โดยดุลพินิจนั้นจะอนุญาตเฉพาะความผิดไม่ร้ายแรง และส่วนใหญ่จะต้องมีเงื่อนไขที่ผู้ต้องหา

จะต้องปฏิบัติเพื่อเป็นการแลกเปลี่ยน เช่น ต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เสียหาย ต้องบำเพ็ญสาธารณะประโยชน์ภายใต้กำหนดเวลา ต้องบริจาคเงินในองค์กรสาธารณกุศล หรือต้องอยู่ภายใต้การคุมประพฤติโดยนักสังคมสงเคราะห์หรืออาสาสมัครคุมประพฤติในช่วงเวลาหนึ่ง

จากบทบาททั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้น อาจทำให้มองเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้องค์กรอัยการมีสถานะเป็น “กึ่งตุลาการ” ซึ่งเป็นเจตนาธรรมณ์สำคัญในการสถาปนาองค์กรอัยการขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศฝรั่งเศส หากอัยการไม่สามารถรักษาสถานภาพความเป็นองค์กรกึ่งตุลาการไว้ได้ โอกาสที่จะรักษาความเที่ยงธรรมและเป็นกลาง หรือสร้างความเป็นภาวะวิสัย (Objectivity) ในการปฏิบัติหน้าที่ย่อมเป็นไปได้ยาก การสร้างองค์กรอัยการให้มีฐานะ “กึ่งตุลาการ” เพื่อเป็นผู้อำนวยความยุติธรรมในฝ่ายบริหารเป็นคุณูแจสำคัญความสำเร็จของระบบการดำเนินคดีอาญาในประเทศซีวิลลอว์ ด้วยเหตุที่องค์กรอัยการมีจุดกำเนิดมาจากศาลและมีสถานภาพเช่นเดียวกับศาล สถาบันอัยการในหลายๆประเทศจึงมีจุดยึดโยงกับศาลเป็นอย่างมากเช่นในประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และเกาหลี

2.2.1 ความเป็นอิสระของพนักงานอัยการ

พนักงานอัยการเป็นข้าราชการพลเรือนประเภทหนึ่ง ข้าราชการอัยการจึงเป็นข้าราชการที่อยู่ในระบบการบังคับบัญชาตามลำดับ (Bureaucracy) เช่นเดียวกับข้าราชการพลเรือนฝ่ายอื่น แต่เนื่องจากการดำเนินคดีอาญา พนักงานอัยการใช้อำนาจตุลาการ พนักงานอัยการจึงเป็นข้าราชการที่ต่างกับข้าราชการพลเรือนอื่นในแง่ที่ว่า พนักงานอัยการมีความเห็นเป็นอิสระในการใช้อำนาจหน้าที่

ความเป็นอิสระของพนักงานอัยการไม่ได้หมายความว่า พนักงานอัยการมีความเป็นอิสระอย่างผู้พิพากษา ความเป็นอิสระเช่นนั้นพนักงานอัยการมีไม่ได้ เพราะพนักงานอัยการเป็นข้าราชการที่อยู่ในระบบการบังคับบัญชาตามลำดับชั้น พนักงานอัยการจึงต้องฟังคำสั่งคำสั่งบังคับบัญชาของหัวหน้าพนักงานอัยการ ความเป็นอิสระของพนักงานอัยการ คือ ความเป็นอิสระในฐานะหน่วยงาน กล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่ในทางอรรถคดี พนักงานอัยการไม่ผูกมัดกับหน่วยงานอื่น และโดยเฉพาะอย่างยิ่งปลอดฝ่ายการเมืองหรือฝ่ายบริหาร⁹

ความสำคัญของบทบาทพนักงานอัยการในฐานะเป็นผู้กำหนดนโยบายการดำเนินคดีแทนรัฐนั้น ทำให้จำเป็นต้องสร้างหลักประกันในความเป็นอิสระของอำนาจหน้าที่อัยการ ความเป็นอิสระในที่นี้ได้แก่ ความเป็นอิสระที่จะปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างอิสระโดยปราศจากการแทรกแซงหรือกดดันจากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด แต่มิใช่เป็นอิสระปราศจากการตรวจสอบหรือขาดความรับผิดชอบ (Accountability) ต่อองค์กรอื่นใด ในระบอบประชาธิปไตยนั้นอำนาจอธิปไตยมาจากปวงชน

⁹ คณิศ ณ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 103-104.

การใช้อำนาจอธิปไตยไม่ว่าจะเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการ จำเป็นต้องสามารถถูกตรวจสอบได้โดยประชาชนเสมอ ส่วนระบบการตรวจสอบจากประชาชนโดยตรง เช่น ระบบการเลือกตั้งในสหรัฐอเมริกา หรือการตรวจสอบโดยอ้อมผ่านทางรัฐสภาหรือด้วยหนทางอื่น ๆ ย่อมแล้วแต่ความเหมาะสมในแต่ละประเทศหลักการและแนวคิดเกี่ยวกับความเป็นอิสระและหลักประกันความเป็นอิสระของอัยการ

อัยการในประเทศไทยมีบทบาทไม่น้อยไปกว่าผู้พิพากษา เพราะลักษณะอำนาจหน้าที่ของอัยการเป็นการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาและวินิจฉัย อันมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจกึ่งตุลาการ อัยการจึงต้องมีความเป็นอิสระ ความเป็นอิสระในการดำเนินคดีอาญา หมายถึง การไม่ถูกบีบบังคับ บัญชาชี้นำ หรือ แทรกแซงจากผู้หนึ่งผู้ใด ความเป็นอิสระในการดำเนินคดีนั้น อาจพิจารณาความหมายได้ 2 ทาง คือ ทางเนื้อหา หมายถึง การหาความจริงแท้ของเรื่อง และ ในทางส่วนตัว หมายถึง การไม่เกรงกลัวต่ออิทธิพลใดๆ และปราศจากอคติทั้งปวง เพื่อให้อัยการได้กระทำหน้าที่ได้อย่างเป็นอิสระ ในการอำนวยความยุติธรรมให้กับประชาชน หลักการดังกล่าวส่งผลให้มีความเจริญในด้านการบริหารกระบวนการยุติธรรมทุกประเทศมีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นๆ กำหนดหลักประกันความเป็นอิสระของพนักงานอัยการในทุกๆ ด้าน ทั้งในด้านกฎหมาย การบริหารงานบุคคล การจัดองค์กรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและอื่นๆ ประเทศไทยได้กำหนดหลักการใหม่เกี่ยวกับหลักประกันความเป็นอิสระของอัยการไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

หลักการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยเที่ยงธรรม

อัยการจะมีความเป็นอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ไปโดยเที่ยงธรรมตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 254 วรรคสอง ได้ต้องวิเคราะห์จาก “ความเป็นอิสระ” ดังนี้¹⁰

1) อัยการต้องปราศจากความกดดันทางการเมือง ในการเข้าสู่ตำแหน่ง การดำรงตำแหน่ง การสิ้นสุดของตำแหน่ง อัยการต้องได้รับประกันว่าจะไม่มีอิทธิพลจากภายนอกกดดัน โดยเฉพาะอำนาจและอิทธิพลทางการเมือง อีกทั้งการได้รับเงินเดือน ผลประโยชน์ตอบแทนและสวัสดิการต่างๆ ต้องอยู่ในระดับที่สูงไม่น้อยกว่าผู้พิพากษา ตุลาการ และเพื่อให้เหมาะสมแก่หน้าที่ของอัยการต้องได้รับการประกันตลอดระยะเวลาที่ดำรงตำแหน่ง และได้รับการคุ้มครองโดยให้ปลอดจากการแทรกแซงของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริการ และตุลาการ

¹⁰ นริศ ชำนาญชานันท์. (2552). การพัฒนาการสั่งคดีของอัยการตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. หน้า 95-98.

2) อัยการต้องปราศจากอคติ อัยการต้องวางตนเป็นกลางจากฝ่ายการเมืองโดยไม่ฝักใฝ่การเมืองฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

3) อัยการต้องมีความเป็นอิสระในการสั่งคดีและปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายอย่างเป็นธรรม การสั่งคดีต้องเป็นไปตามกฎหมายเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้เกิดกับคู่ความทั้งสองฝ่าย อัยการต้องไม่ดำเนินการโดยปราศจากเหตุผลหรืออิทธิพลจากฝ่ายบริหารหรือฝ่ายอื่นๆ

4) อัยการต้องมีความเป็นอิสระในการพูด หรือแสดงความคิดเห็นในการปฏิบัติหน้าที่ อัยการในระบบสากล เช่นอัยการฝรั่งเศสจะได้รับเอกสิทธิ์พิเศษในการพูดหรือแสดงความคิดเห็น

ดังนั้น การสร้างมาตรฐานในการปฏิบัติงานของอัยการเพื่อให้เกิดความเป็นอิสระในการพิจารณาสั่งคดีอาญาและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยเที่ยงธรรม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงจำต้องสร้างหลักประกันความเป็นอิสระทั้ง 4 ให้เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม เพราะหลักประกันความเป็นอิสระทั้ง 4 ประการดังกล่าว จะสร้างมาตรฐานให้ประชาชนวางใจและเชื่อมั่นในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อสร้างความเที่ยงธรรมในการอำนวยความยุติธรรมให้เกิดขึ้นกับประชาชนต่อไป

2.2.2 อำนาจการใช้ดุลพินิจตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553

เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติให้องค์กรอัยการเป็นองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ และพนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยเที่ยงธรรม โดยมาตรา 255 วรรค 5 ได้บัญญัติให้องค์กรอัยการมีหน่วยธุรการที่เป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น โดยมีอัยการสูงสุดเป็นผู้บังคับบัญชา ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ จึงจำเป็นต้องกำหนดให้มีองค์กรอัยการ และให้สำนักงานอัยการสูงสุดเป็นหน่วยธุรการขององค์กรอัยการตามรัฐธรรมนูญ โดยมีอัยการสูงสุดเป็นผู้บังคับบัญชา เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว ประกอบกับพระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ. 2498 ได้ใช้บังคับมานานแล้ว สมควรปรับปรุงเสียใหม่ให้เป็นปัจจุบัน จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 นี้ โดยได้กำหนดหน้าที่ของพนักงานอัยการให้ครอบคลุมถึงอำนาจหน้าที่ในด้านต่างๆของพนักงานอัยการในปัจจุบัน และให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และกฎหมายอื่นและ กำหนดหลักการให้ดุลพินิจในการสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการสั่งฟ้องคดี มีดังนี้

มาตรา 21 พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายโดยสุจริตและเที่ยงธรรม

ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่า การฟ้องคดีอาญาจะไม่ใช่ประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ ให้เสนอต่ออัยการสูงสุด และอัยการสูงสุดมีอำนาจสั่งไม่ฟ้องได้ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่สำนักงานอัยการสูงสุดกำหนด โดยความเห็นชอบของ ก.อ.

ความในวรรคสองมาใช้บังคับกับกรณีที่พนักงานอัยการไม่ยื่นคำร้อง ไม่อุทธรณ์ ไม่ฎีกา ถอนฟ้อง ถอนคำร้อง ถอนอุทธรณ์ และถอนฎีกาด้วยโดยอนุโลม

มาตรา 22 คุณพินิจของพนักงานอัยการในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ตาม มาตรา 21 ซึ่งได้แสดงเหตุผลอันสมควรประกอบแล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครอง

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าหลักการดำเนินคดีอาญามีอยู่ 2 หลัก คือ หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายและการดำเนินคดีอาญาตามคุณพินิจ พนักงานอัยการจะไม่ฟ้องคดีต่างๆ ที่เห็นว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดตามที่กล่าวหาและคดีมีหลักฐานเพียงพอได้หรือไม่ ในทางปฏิบัติได้มีการชี้ขาดความเห็นแย้งโดยอธิบดีกรมอัยการหรืออัยการสูงสุดมาแล้วหลายเรื่องว่าทำได้ และเมื่อพิจารณาจากคำชี้ขาดความเห็นแย้งของอธิบดีกรมอัยการหรือสำนักงานอัยการสูงสุดเห็นว่า การดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการใช้ หลักการดำเนินคดีตามคุณพินิจ

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 บัญญัติว่าเมื่อพนักงานอัยการได้รับความเห็นและสำนวนจากพนักงานสอบสวน ให้พนักงานอัยการปฏิบัติดังต่อไปนี้

- 1) ในกรณีที่มีความเห็นควรสั่งไม่ฟ้อง ให้ออกคำสั่งไม่ฟ้อง แต่ถ้าไม่เห็นชอบด้วย ก็ให้สั่งฟ้องและแจ้งให้พนักงานสอบสวนส่งผู้ต้องหามาเพื่อฟ้องต่อไป
- 2) ในกรณีมีความเห็นควรสั่งฟ้อง ให้ออกคำสั่งฟ้องและฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล ถ้าไม่เห็นชอบด้วย ก็ให้สั่งไม่ฟ้อง

จะเห็นได้ว่า ประมวลประมวลกฎหมายอาญาของไทยเรานั้น นอกจากจะไม่มีบทบัญญัติบังคับในพนักงานอัยการต้องฟ้องคดีทุกเรื่อง ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 35 ยังอนุญาตให้พนักงานอัยการถอนฟ้องได้อีกด้วย ซึ่งแสดงให้เห็นว่า หลักการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ คือ หลักการดำเนินคดีตามคุณพินิจ (Opportunity principal) คือ เมื่อพนักงานอัยการพิจารณาพยานหลักฐานการสอบสวนแล้ว มีเหตุควรเชื่อว่า ผู้ต้องหากระทำผิด เมื่อคำนึงถึงผลได้เสียที่สังคมจะได้รับจากการฟ้องคดีและคำนึงถึงผลร้ายที่เกิดขึ้นแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องจากการฟ้องคดีแล้ว ไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำผิดของเขา รวมทั้งเหตุผลอื่นๆ ที่สมควร พนักงานอัยการก็อาจใช้คุณพินิจสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาได้เสมอ และเมื่อฟ้องคดีไปแล้วหากมีเหตุผลสมควรก็อาจยุติได้ด้วย การถอนฟ้อง หลักการฟ้องคดีตามคุณพินิจนี้ ซึ่งหลักการดำเนินคดีตามคุณพินิจ (Opportunity principal)

มีข้อคิดตรงที่ทำให้พนักงานอัยการสามารถใช้ดุลพินิจอย่างยืดหยุ่น ปรับเข้ากับความเปลี่ยนแปลงทางสังคมได้เป็นอย่างดี และลดความกระด้างของกฎหมายไปในตัว¹¹

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 ซึ่งเป็นดุลพินิจของพนักงานอัยการกับดุลพินิจของศาลในการลงโทษ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 185 ที่บัญญัติว่า

ถ้าศาลเห็นว่าจำเลยมิได้กระทำความผิดก็ดี การกระทำ ของจำเลยไม่เป็นความผิดก็ดี คดีขาดอายุความแล้วก็ดี มีเหตุ ตามกฎหมายที่จำเลยไม่ควรต้องรับโทษก็ดี ให้ศาลยกฟ้อง โจทก์ ปล่อยจำเลยไป แต่ศาลจะสั่งขังจำเลยไว้หรือปล่อยชั่วคราวระหว่างคดียังไม่ถึงที่สุดก็ได้

เมื่อศาลเห็นว่าจำเลยได้กระทำความผิดและไม่มีการยกเว้นโทษตาม กฎหมายให้ศาลลงโทษแก่จำเลยตามความผิด แต่เมื่อเห็นสมควร ศาลจะปล่อยจำเลยชั่วคราวระหว่างคดียังไม่ถึงที่สุดก็ได้

จะเห็นได้ว่า มาตรา 143 ดังกล่าวไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการไว้ ซึ่งแตกต่างจากการพิจารณาพิพากษาลงโทษหรือยกฟ้องของศาล และตาม มาตรา 185 เมื่อศาลเห็นว่าจำเลยได้กระทำความผิดและไม่มีการยกเว้นโทษตาม กฎหมายให้ศาลลงโทษแก่จำเลยตามความผิดดังกล่าว ศาลไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะไม่ลงโทษผู้กระทำความผิด หากจำเลยได้กระทำความผิดจริง ซึ่งแตกต่างกับการใช้กับการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการ เมื่ออัยการพิจารณาแล้วพบว่ากระทำความผิดที่กล่าวหาเป็นความผิดต่อกฎหมาย ผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำความผิด และมีพยานหลักฐานเพียงพอ พนักงานอัยการก็ชอบที่จะพิจารณาต่อไปเป็นลำดับสุดท้ายอีกว่ามีเหตุผลที่จะสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาหรือไม่ ถ้ามีเหตุอันสมควร ไม่ฟ้องผู้ต้องหา พนักงานอัยการก็ชอบที่จะสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหานั้น ซึ่งเป็นการที่พนักงานอัยการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะได้เมื่อคำนึงถึงผลได้เสียที่สังคมจะได้รับจากการฟ้องคดีและคำนึงถึงผลร้ายที่เกิดแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องจากการฟ้องคดีแล้ว ไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดของเขา รวมทั้งเหตุผลอื่นๆ ที่สมควร แต่ศาลนั้นไม่อาจพิพากษายกฟ้องโดยอ้างเหตุผลเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะได้ เพราะตาม มาตรา 185 ไม่มีเหตุที่กับประโยชน์สาธารณะที่ให้อำนาจศาลพิจารณาเป็นเหตุในการยกฟ้องอำนาจในการในการใช้ดุลพินิจว่าการฟ้องคดีใดจะเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ จึงเป็นอำนาจของพนักงานอัยการเท่านั้น ศาลไม่มีอำนาจพิจารณาในเหตุนี้ แต่อย่างไรก็ดี เมื่อศาลเห็นว่าจำเลยได้กระทำความผิดและไม่มีการยกเว้นโทษตามกฎหมาย กรณีที่เห็นเป็นการสมควรศาลจะพิพากษาว่าผู้ต้องหา มีความผิดแต่รอการกำหนดโทษไว้ หรือกำหนดโทษแต่รอการลงโทษไว้ก็ได้ ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้ต้องหาได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้

¹¹ ชีระบุรุษ รอดเจริญ. (2551). มาตรการตรวจสอบดุลพินิจในการสั่งคดีอาญาของพนักงานอัยการ.

กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ เมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิตนิสัยอาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้นหรือสภาพความผิดหรือเหตุอันควรปรานี ทั้งนี้หลักเกณฑ์เป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 5

สำหรับอัยการนั้นการใช้ดุลพินิจไม่ฟ้องคดีเป็นขั้นตอนสุดท้ายของการพิจารณาในการสั่งคดีของพนักงานอัยการ และโดยที่หลักดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการไทย คือ หลักดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ ฉะนั้น ในการสั่งคดีพนักงานอัยการจะต้องพิจารณาในเรื่องดุลพินิจนี้ด้วยเสมอ หลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้วางไว้อยู่ในระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 แก้ไขโดยระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญา (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2549 ข้อ 3 ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้อง ข้อ 78 ว่า “ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่าการฟ้องคดีใดจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชนหรือจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงแห่งชาติหรือต่อประโยชน์สำคัญของประเทศ ให้ทำความเห็นเสนอสำนวนตามลำดับชั้นไปยังอัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาก่อน

เมื่อได้การตราพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 นี้ โดยส่วนที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการสั่งฟ้องคดีได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 21 โดยในเนื้อหาสาระสำคัญยังคงอยู่เหมือนเดิม แต่ ดัดข้อความว่า “หรือจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” เนื่องจาก อยู่ในความหมายของคำว่า “ประโยชน์แก่สาธารณชน” อยู่แล้ว โดยการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการนั้น แยกได้เป็น 3 เรื่อง คือ

- 1) คดีจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน
- 2) ผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ
- 3) จะมีผลกระทบต่อประโยชน์สำคัญของประเทศ

ตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 21 นี้ให้อำนาจสั่งคดีโดยใช้ดุลพินิจแก่พนักงานอัยการ แต่เนื่องจากการสั่งไม่ฟ้องตาม มาตรา 21 วรรค 2 นี้เป็นกรณีที่พนักงานอัยการพบว่าการกระทำที่กล่าวหาเป็นความผิดต่อกฎหมาย ผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำผิด และมีพยานหลักฐานเพียงพอ แต่มีเหตุผลที่จะสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา ซึ่งการใช้ดุลพินิจดังกล่าวเป็นเรื่องที่สำคัญอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหา ทั้งคำสั่งของอัยการสูงสุดดังกล่าวนี้ไม่ต้องส่งสำนวนไปยังผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ว่าราชการจังหวัด เพื่อพิจารณาจะเห็นด้วยหรือแย้งกับคำสั่งหรือไม่ ซึ่งเป็นแนวทางที่เปลี่ยนไปจากเดิม ดังนั้นเนื่องจากคำสั่งไม่ฟ้องของอัยการสูงสุดเด็ดขาดทันที ฝ่ายนิติบัญญัติจึงเพิ่มคำว่า “ทั้งนี้ ตามระเบียบที่สำนักงานอัยการสูงสุดกำหนด โดยความเห็นชอบของ ก.อ.” เพื่อให้มีการวางกรอบการใช้ดุลพินิจ

ในเรื่องดังกล่าวต่อไป โดยการวางมาตรฐานดังกล่าวนั้นควรวางกรอบการใช้ในกรณีที่จำเป็น ไม่เปิดกว้างเกินไป ไม่ใช่อย่างฟุ่มเฟือย โดยมีขั้นตอนและลำดับการพิจารณาสำนวน และมาตรา 22 กำกับไว้ว่า ในการพิจารณาตั้งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ดุลพินิจของพนักงานอัยการจะต้องแสดง เหตุผลอันสมควรประกอบ จึงจะได้รับความคุ้มครอง ซึ่งโดยปกติก็เป็นวิธีที่พนักงานอัยการพึง ปฏิบัติอยู่แล้ว เพราะดุลพินิจที่ปราศจากเหตุผลอันสมควร ถือเป็นดุลพินิจที่ไม่ชอบ นอกจากนี้ยังมี กลไกตรวจสอบตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 121 กำหนดให้ การแต่งตั้งอัยการสูงสุดต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา และมาตรา 270 กำหนดให้อัยการ สูงสุดอาจถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งได้หากถือว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่า กระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง วุฒิสภามีอำนาจถอดถอนผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้ ซึ่งให้ใช้บังคับกับพนักงานอัยการทุกคนด้วย ถือว่าเป็นหลักการที่กำหนดให้อัยการมีความรับผิดชอบต่อประชาชนโดยอ้อม ซึ่งเป็นระบบที่ให้ ความสำคัญหลักการตรวจสอบโดยประชาชน

2.3 การสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ

การสั่งไม่ฟ้อง เป็นการสั่งชี้ขาดอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- 1) ชี้ขาดว่าการกระทำของผู้ต้องหาไม่มีความผิดอาญา
- 2) ชี้ขาดว่าฟ้องไม่ได้ว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดตามที่กล่าวหา
- 3) ชี้ขาดว่าฟ้องได้ว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหา แต่มีเหตุตามกฎหมาย

ที่ผู้ต้องหาไม่ควรถูกรับโทษ

- 4) ชี้ขาดว่าฟ้องได้ว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิด และไม่มีเหตุตามกฎหมายที่ผู้ต้องหาไม่ควรถูกรับโทษ แต่มีเหตุที่ไม่ควรฟ้องผู้ต้องหานั้น¹²

ศ.ดร.คณิต ฒ นคร ได้เคยตั้งข้อสังเกตไว้ว่า ในการตั้งคดีนั้นขั้นตอนในการพิจารณาของ พนักงานอัยการชอบที่จะเป็นไปตามลำดับ ดังนี้¹³

- 1) พิจารณาเงื่อนไขในอำนาจดำเนินคดีหรือเงื่อนไขระดับคดี ซึ่งพนักงานอัยการต้องกระทำก่อนที่จะพิจารณาในเนื้อหาของคดีในขั้นต่อไป ถ้ามีเงื่อนไขระดับคดีพนักงานอัยการก็ต้องสั่งระดับคดีเพราะเหตุนั้นๆ

¹² คณิต ฒ นคร ค (2521, กุมภาพันธุ์). “การตั้งคดีและคำสั่งคดีของพนักงานอัยการ.” วารสารอัยการ, 1. หน้า 27.

¹³ คณิต ฒ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 207-208.

2) เมื่อพนักงานอัยการพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีนั้น ไม่มีเงื่อนไขระงับคดีพนักงานอัยการจะต้องพิจารณาต่อไปว่าการกระทำที่กล่าวหาเป็นความผิดต่อกฎหมายหรือไม่ ถ้าเห็นว่าการกระทำที่กล่าวหาไม่มีความผิด พนักงานอัยการก็ต้องสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา

3) ถ้าการกระทำผิดที่กล่าวหาเป็นความผิดต่อกฎหมาย พนักงานอัยการก็ต้องวินิจฉัยต่อไปว่าผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำผิดหรือไม่ ถ้าผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำผิด พนักงานอัยการก็ต้องสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา

4) ถ้าการกระทำที่กล่าวหาเป็นความผิดต่อกฎหมายและเห็นว่าผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำผิด พนักงานอัยการก็ต้องวินิจฉัยต่อไปว่า พยานหลักฐานเพียงพอแก่การพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาหรือไม่ ถ้าไม่เพียงพอพนักงานอัยการก็จะสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา

5) แม้การกระทำที่กล่าวหาเป็นความผิดต่อกฎหมาย ผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำผิด และมีพยานหลักฐานเพียงพอ พนักงานอัยการก็จะสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาต่อไปเป็นลำดับสุดท้ายอีกกว่ามีเหตุผลที่จะสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาหรือไม่ ถ้ามีเหตุอันสมควรไม่ฟ้องผู้ต้องหา พนักงานอัยการก็จะสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา

การใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดี เป็นขั้นตอนสุดท้ายของการพิจารณาในการสั่งคดีอาญาของพนักงานอัยการ และโดยที่หลักการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการไทยถือหลักการดำเนินคดีอาญาโดยดุลพินิจ ฉะนั้นในการสั่งคดีพนักงานอัยการจะต้องพิจารณาในเรื่องดุลพินิจด้วยเสมอ

ในการกระทำความผิดบางประเภท ผู้ต้องหาคดีอาญาบางคนได้กระทำความผิดไปโดยมิได้มีจิตใจชั่วร้าย ตามประวัติการศึกษา ความประพฤติ ตำแหน่งหน้าที่การงานในสังคม บุคคลเหล่านี้เป็นคนดีในสายตาของสังคม และบางคนก็เคยทำคุณประโยชน์แก่สังคม แต่บุคคลดังกล่าวได้มากระทำความผิดด้วยสาเหตุบางประการหรือกระทำผิดกฎหมายบางประเภท เช่น กระทำโดยประมาท หรือการกระทำผิดบางอย่างที่มีได้เป็นความผิดในตัวเอง แต่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติขึ้นมาเป็นข้อห้ามในสังคมหรืออาจจะกล่าวได้ว่าเป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติไว้ไม่เป็นความผิดอาญาที่เป็นความชั่วร้ายตามธรรมชาติ (Mala prohibita) เช่น การต้องได้รับอนุญาตก่อนที่จะกระทำการกิจกรรมบางอย่าง เช่น การมีอาวุธปืน การขับรถยนต์ เป็นต้น หรือ การกระทำความผิดที่มีสาเหตุมาจากผู้อื่น เช่น การป้องกันเกินกว่าเหตุ การกระทำจำเป็นเกินกว่าเหตุ การกระทำโดยบันดาลโทสะ ฯลฯ เป็นต้น การกระทำผิดเนื่องจากสภาพแวดล้อมชักนำ เช่น ความยากจนเหลือทนทาน เพราะโอกาสอันน้อย และการกระทำความผิดเล็กๆ น้อยๆ การฟ้องคดีเพื่อลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดดังกล่าวข้างต้น นอกจากไม่เป็นผลดีต่อตัวผู้กระทำความผิดเอง ยังไม่เป็นผลดีต่อสังคมด้วย เพราะผู้กระทำความผิดต้องเสียประวัติ ต้องได้รับความกระทบกระเทือนใจ และต้องถูกสั่งให้ออกจากทางราชการหรือเลิกจ้าง เมื่อผู้นั้นต้องถูกคุมขังระหว่างการพิจารณาหรือหลังจากจำคุกใน

เรือนจำเป็นเวลานาน ย่อมทำให้บุคลิกภาพของเขาเสื่อมเสียไป รวมทั้งเป็นการทำลายสถานะทางสังคม ผู้ที่กระทำความผิดดังกล่าวไม่ได้เป็นผู้มีจิตใจชั่วร้าย ควรได้รับความเมตตาและช่วยเหลือจากสังคม การลงโทษเขานอกจากมิได้ผลในการป้องกันปราบปรามแล้ว สังคมไม่ได้รับผลดีอย่างหนึ่งอย่างใดเลย ในทางตรงข้ามหากมีการฟ้องคดีทำนองนี้ทั้งหมดก็จะเป็นการมอบภาระให้ระบบความยุติธรรมทางอาญามากเกินไป ทำให้รัฐต้องเสียเวลา เสียค่าใช้จ่ายต่างๆ ในการดำเนินคดี ทำให้คดีรกรากโดยไม่จำเป็น รัฐต้องสร้างสถานที่กักขังและจ่ายค่าเลี้ยงดูจำนวนมาก และที่สำคัญการลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าวได้ผลในทางป้องกันปราบปรามน้อยมาก เพราะบุคคลที่ว่าความจริงก็คือพลเมืองดี แต่ไปกระทำความผิดสาเหตุบางประการเท่านั้น ไม่มีข้อสงสัยว่าจะกลับไปกระทำความผิดอีก ดังนั้น จึงควรให้โอกาสผู้กระทำความผิดดังกล่าวได้มีโอกาสกลับตัวเป็นคนดี การหาวิธีอื่นเป็นวิธีใช้บังคับแทนการฟ้องคดี จึงจำเป็นต้องกระทำเพื่อแบ่งเบาภาระในการดำเนินคดีอาญาที่มากมายเกินไป การดำเนินคดีอาญาลึกๆ น้อยๆ ย่อมเป็นที่เห็นได้ว่าไม่คุ้มค่ากับค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี และผลร้ายอันจะเกิดแก่ชื่อเสียงของผู้ต้องหาที่ถูกฟ้องและศาลลงโทษ และอาจรวมไปถึงครอบครัวของผู้ต้องหาด้วย

ตามปกติการดำเนินการให้ผู้กระทำความผิดให้ได้รับโทษโดยนำกระบวนการยุติธรรมตามแบบพิธี (Traditional or Typical justice system) มาใช้กับผู้กระทำความผิดให้ครบขั้นตอนตั้งแต่การแจ้งความร้องทุกข์ การจับกุม การสอบสวน การฟ้องร้อง การพิจารณาคดีโดยศาลและการลงโทษนั้น น่าจะถูกต้องเป็นธรรมและเหมาะสมดี จึงมีบุคคลไม่น้อยยึดมั่นว่า วิธีการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมให้ได้ผลอย่างจริงจังก็ต้องดำเนินคดีอาญากับผู้ต้องหา หรือจำเลยโดยเคร่งครัดให้ครบขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมทางแบบพิธี ซึ่งมักจะจบลงโดยการลงโทษผู้นั้นให้สาสมกับความผิด ซึ่งสวนทางกับหลักอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยาสมัยใหม่ที่เปลี่ยนแนวความคิดจากการลงโทษเพื่อแก้แค้นเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดและป้องกันสังคม อย่างไรก็ตาม กลับพบอยู่เสมอว่า บุคคลหลายคนซึ่งถูกกล่าวหาหรือฟ้องว่ากระทำความผิดอาญานั้นไม่เคยกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายใดๆ มาก่อนเลยในชีวิต หรือ ไม่เคยแม้ประพฤตินทางเสื่อมเสีย แต่กลับต้องถูกดำเนินคดีและต้องรับโทษทางอาญา ซึ่งแม้โทษจะเบาเพียงใดก็ตาม หรือแม้จะเป็นเพียงต้องคำพิพากษาให้รอการลงโทษทางอาญา หรือรอการกำหนดโทษ ก็ถือว่าบุคคลนั้นได้ถูกตราหน้าจากสังคมแล้ว

โดยหลักสากลแล้ว การนำผู้กระทำความผิดออกจากกระบวนการยุติธรรม (Diversion) อาจทำได้ในสองรูปแบบ รูปแบบแรก ซึ่งเป็นรูปแบบดั้งเดิม (Traditional) ที่กล่าวได้ว่าเป็นการนำผู้กระทำความผิดออกจากกระบวนการยุติธรรมปกติโดยแท้ (True diversion) จะเป็นการกั้นกรองคดี (Screening out) ก่อนขึ้นสู่ศาลโดยไม่ต้องมีมาตรการเสริมอื่นๆ ไม่ต้องเตรียมทรัพยากรหรือ

บุคลากรรองรับ ส่วนรูปแบบที่สองนั้นถือว่าเป็นรูปแบบใหม่ (New diversion) ซึ่งเป็นการ
 กลับรอกคดีโดยมีมาตรการอื่นมารองรับ (Screening plus programme)¹⁴

การสั่งไม่ฟ้องผู้กระทำความผิด เป็นรูปแบบหนึ่งของการนำตัวผู้กระทำความผิดออก
 จากกระบวนการยุติธรรมปกติ (Diversion) ซึ่งกระบวนการยุติธรรมปกติสำหรับผู้ใหญ่แล้วก็คือการ
 ลงโทษ ต่างจากกระบวนการยุติธรรมสำหรับเยาวชนที่กระทำผิดโดยจะไม่ใช้การลงโทษแต่จะใช้
 การคุมประพฤติและการแก้ไขฟื้นฟูเด็กผู้กระทำความผิดในชุมชน

การนำผู้กระทำความผิดออกจากกระบวนการยุติธรรมปกติในกรณีของผู้ใหญ่เนื่องมาจาก
 เหตุผลว่าการลงโทษนั้นไม่มีประโยชน์ ไม่ว่าจะมองจากในแง่มุมมองของสังคม ตัวผู้กระทำความผิด
 หรือฝ่ายผู้เสียหาย ซึ่งบางคนก็อาจต้องกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติประกอบและบางคนอาจนำตัว
 ออกไปจากกระบวนการยุติธรรมได้เลย ดังนั้น การสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการจึงอาจ
 แบ่งได้ 2 รูปแบบ คือ การสั่งไม่ฟ้องโดยไม่มีเงื่อนไข และการสั่งไม่ฟ้องโดยมีเงื่อนไข

1) การสั่งไม่ฟ้องโดยไม่มีเงื่อนไข (Uncondition dismissal) หมายถึง การที่อัยการสั่ง
 ไม่ฟ้องไปในทันทีด้วยเหตุผลอื่นที่ไม่ใช่เหตุผลในด้านพยานหลักฐาน เนื่องจากเห็นว่าในคดีนั้นไม่
 ควรจะลงโทษผู้กระทำความผิดหรือมีเหตุผลอื่น

2) การสั่งไม่ฟ้องโดยมีเงื่อนไข (Condition dismissal) หรือการชะลอฟ้อง (Suspension
 of prosecution) หมายถึง การที่อัยการยังไม่สั่งคดีแต่ชะลอคดีไว้ชั่วคราวหนึ่งโดยกำหนดเวลา
 ให้ผู้ต้องหาปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด หากปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดก็จะสั่งไม่ฟ้อง

เงื่อนไขที่อัยการในต่างประเทศกำหนดนั้นก็มีความแตกต่างกัน ทั้งนี้เนื่องจาก
 มาตรการในการรองรับที่ต่างกันนั่นเอง ซึ่งมาตรการในการรองรับการสั่งไม่ฟ้องโดยมีเงื่อนไขใน
 ต่างประเทศนั้นอาจแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม คือ

1) การแก้ไขฟื้นฟูนอกระบบเรือนจำ (Non-institutional based treatment) หรือการแก้ไข
 ฟื้นฟูโดยชุมชน (Community-based treatment)

2) การชดเชยความเสียหายต่อสังคมและผู้เสียหาย (Restorative justice)

ทั้งสองมาตรการถือเป็นความคิดที่เกิดขึ้นใหม่ในปัจจุบัน โดยใช้ทั้งเป็นมาตรการเสริม
 รูปแบบสนองตอบต่อผู้กระทำความผิดแบบดั้งเดิม คือ การลงโทษ และมาตรการเสริมรูปแบบใหม่ใน
 การสนองตอบต่อผู้กระทำความผิด ซึ่งในส่วนของกรณีการแก้ไขฟื้นฟูนอกระบบเรือนจำค่อนข้างจะ
 ได้รับการยอมรับ หากจะมีข้อถกเถียงบ้างก็คงอยู่ที่ประเด็นความเหมาะสมมากน้อยเพียงใดที่จะให้
 องค์กรอื่นนอกจากศาลมากำหนดมาตรการแก้ไขฟื้นฟู แต่ในประเทศตะวันตกก็เป็นที่ยอมรับ
 กันแล้ว ทั้งนี้เนื่องจากโดยสภาพ (Nature) ของมาตรการดังกล่าวมาไม่ใช้การลงโทษนั่นเอง แต่ใน

¹⁴ Stanley Cohen. (1994). "Inside the System." *A Reader on Criminal Justice*. p. 289.

ส่วนของการชดเชยความเสียหายต่อสังคมและผู้เสียหาย (Restorative justice) ซึ่งมีแนวคิดเบื้องหลังที่จะให้ผู้กระทำความผิดกระทำกิจกรรมสร้างสรรค์ต่างๆ เพื่อเยียวยาระเบียบของสังคมซึ่งได้รับความกระทบกระเทือนจากการกระทำผิดนั้น ยังคงมีข้อถกเถียงในวงการวิชาการของตะวันตก แม้จะมาใช้เป็นมาตรการเสริมการลงโทษก็ตาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดให้รัฐเข้ามามีบทบาทในการให้ผู้กระทำความผิดชดเชยความเสียหายให้กับผู้เสียหาย แม้จะสอดคล้องกับปรัชญาประชาธิปไตยว่าด้วยหลักการพื้นฐานในการอำนวยความยุติธรรมต่อผู้เสียหายในคดีอาญาและผู้เสียหายจากการใช้อำนาจ โดยมิชอบ (Declaration of basic principle of justice for victims of crime and abuse of power) ซึ่งบัญญัติรองรับสิทธิของผู้เสียหายที่จะได้รับชดเชยความเสียหายที่ได้รับไม่ว่าจากผู้กระทำผิดหรือรัฐ แต่ก็ยังมีข้อถกเถียงในเรื่องความเหมาะสมว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญาควรจะเป็นเรื่องการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ส่วนการชดเชยความเสียหายน่าจะเป็นเรื่องทางแพ่ง นอกจากนั้นหากจะนำมาใช้เป็นมาตรการทางเลือกก็ไม่อาจสนองตอบต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษได้ แต่ในส่วนของกรให้ทำกิจกรรมสร้างสรรค์ต่อสังคม เช่น การให้บริจาคเงินแก่องค์กรสาธารณกุศลหรือให้ทำงานบริการสาธารณะ (Community service) อันมีลักษณะของการชดเชยในเชิงสัญลักษณ์ (Symbolic restorative) นั้น ข้อถกเถียงจะมีน้อยกว่า¹⁵

2.4 แนวความคิดและวิวัฒนาการของการลงโทษ

ในการควบคุมสมาชิกของสังคมหนึ่งสังคมใดให้อยู่ในระเบียบวินัย ไม่ก่อความเดือนร้อนแก่ตนเองและผู้อื่นนั้น อาจจะทำได้ 2 วิธี คือ การให้รางวัลอย่างหนึ่งและการลงโทษอย่างหนึ่ง การให้รางวัลหมายถึงการให้สิ่งต่างๆ ที่ทำให้ผู้รับเกิดความพอใจ ผู้รับอาจเป็นคนดี ทำประโยชน์แก่ผู้อื่น หรือประสบความสำเร็จทุกขาคำสำคัญ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติโดยทั่วไป ในโลกแล้วมนุษย์ยังจำเป็นต้องลงโทษผู้กระทำความผิดที่วางไว้ กฎที่วางไว้นั้นอาจจะเป็นกฎที่เกิดขึ้นจากผู้มีอำนาจในการปกครองไม่ว่าจะเป็นในครอบครัว โรงเรียน ชุมชน แม้กระทั่งในประเทศ ซึ่งกฎของประเทศเป็นกฎที่ใช้ได้กับสมาชิกทุกคนภายในประเทศ กฎเช่นนี้เรียกว่ากฎหมายอาญา การลงโทษตามกฎหมายอาญามีอยู่หลายวิธี นับตั้งแต่ความรุนแรงสูงสุดจนกระทั่งความรุนแรงต่ำสุด ในกฎหมายอาญาของไทย ได้กำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดไว้ 5 ประการคือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน¹⁶

¹⁵ สุกกิจ เข้มประชา. (2543). บทบาทอัยการในการกันผู้กระทำความผิดออกจากการฟ้องคดีต่อศาล. หน้า 13-14.

¹⁶ อรรถพร ชูบำรุง. (2527). ทฤษฎีอาชญาวิทยา. หน้า 136.

การลงโทษตามกฎหมายอาญานั้น มีความสัมพันธ์เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ เพราะเจ้าหน้าที่ของรัฐทำหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมในการปฏิบัติหน้าที่จำเป็นต้องทำความเข้าใจถึงวัตถุประสงค์ว่าสังคมจะนำผู้กระทำผิดไปลงโทษเพื่ออะไร ซึ่งเป็นที่มาของวัตถุประสงค์ในการดำเนินคดีอาญา และการศึกษาเรื่องทฤษฎีการลงโทษตามหลักอาชญาวิทยาจะทำให้เข้าใจถึงวัตถุประสงค์ในการลงโทษหรือวัตถุประสงค์ในการดำเนินคดีอาญาที่ได้เปลี่ยนไปตามยุคสมัย และเป็นที่มาแห่งอำนาจการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการในการกั้นกรองคดีสู่ศาล เพราะเรื่องวัตถุประสงค์ในการลงโทษหรือวัตถุประสงค์ในการดำเนินคดีอาญาเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของการตัดสินใจของพนักงานอัยการที่ควรจะดำเนินคดีกับผู้ต้องหาหรือไม่

2.4.1 ทฤษฎีการลงโทษ

การลงโทษนั้นทำให้เกิดผลต่างกันหลายประการแล้วแต่วิธีที่จะดำเนินการลงโทษนั้น จึงได้มีทฤษฎีต่างๆ เกิดขึ้นมาขัดแย้งกันว่าควรมีการลงโทษเพื่อให้เกิดผลอย่างไร หรืออีกนัยหนึ่งคือการลงโทษควรมีวัตถุประสงค์อย่างไร ทฤษฎีต่างๆ ดังกล่าวที่สำคัญมีดังนี้ คือ

2.4.1.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการทดแทน (Retribution)

ทฤษฎีนี้ถือหลักการที่ว่าเมื่อบุคคลใดกระทำความผิด ทำร้ายหรือกระทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนก็ควรได้รับผลตอบแทนในการกระทำนั้น โดยให้สาสมแก่ผลแห่งการกระทำนั้น หลักการตอบแทนแก้แค้นนี้ยึดมาตั้งแต่สมัยโบราณจนถึงปัจจุบัน ซึ่งเรื่องนี้ก็ได้ปรากฏอยู่ในลัทธิยูคา (Judaic doctrine) โดยมีคำกล่าวที่ว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (An eye for an eye, A tooth for a tooth)¹⁷ เป็นกฎแห่งการแก้แค้นทดแทนให้สาสม กล่าวคือ ถ้าฝ่ายหนึ่งถูกทำร้ายจนเสียชีวิต ฝ่ายซึ่งถูกทำร้ายก็มีสิทธิที่ทำร้ายผู้ที่กระทำตนนั้นให้เสียชีวิตเช่นกัน ได้ซึ่งถือว่าเป็นการยุติธรรมเป็นที่มาของคำกล่าวที่ว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (An eye for an eye, A tooth for a tooth) ดังกล่าว

ประวัติศาสตร์แล้ว การทดแทนเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เก่าแก่ที่สุดอย่างหนึ่ง และมีความแพร่หลายและมั่นคงกว่าวัตถุประสงค์อย่างอื่นตลอดมาจนปัจจุบัน เหตุผลในการทดแทนส่วนใหญ่ขึ้นอยู่กับความรู้สึกที่จะแก้แค้นของผู้ที่ถูกประทุษร้ายโดยการกระทำความผิด ปฏิบัติการในการแก้แค้นเป็นสิ่งที่อยู่ในมนุษย์เช่นเดียวกับสัตว์อื่นมาตั้งแต่ดึกดำบรรพ์ และการที่สังคมเข้ามารับหน้าที่ลงโทษผู้กระทำผิดเพื่อเป็นการทดแทนเนื่องมาจากว่าสังคมเห็นว่สมาชิกต้องการให้มีการทดแทนและสังคมอาจบังคับความต้องการดังกล่าวของสมาชิกได้โดยสังคมเข้าจัดทำเสียเอง ซึ่งจะเป็นระเบียบเรียบร้อยกว่าปล่อยให้สมาชิกจัดการเอาเอง

ทฤษฎีทดแทนมีลักษณะเป็นการมองย้อนหลังไปในอดีต คือ เอาการลงโทษเป็นการทดแทนการที่ได้กระทำผิดไป ไม่ได้มองถึงประโยชน์ในอนาคต คือ ไม่ได้คำนึงว่าการลงโทษ

¹⁷ แหล่งเดิม.

นั่นจะมีผลในทางป้องกัน ไม่ให้มีการกระทำผิดเกิดขึ้นอีกหรือไม่ และการลงโทษเพื่อการทดแทน นั้นไม่ได้คำนึงถึงความจำเป็นของสังคม แต่คำนึงถึงว่าโทษที่ลงนั้นเหมาะสมได้สัดส่วนกับความ ร้ายแรงของการกระทำผิดหรือไม่ ฉะนั้นเมื่อได้ลงโทษผู้กระทำความผิดครบตามอัตราโทษแล้ว ก็ต้องปล่อยตัวออกมา แม้จะรู้ว่าผู้นั้นยังคงเป็นอันตรายต่อสังคมอยู่ มีผู้กระทำความผิดบางคนซึ่ง ไม่มีทางแก้ไขให้กลับคืนเป็นคนดีได้ แต่เมื่อเราลงโทษเพื่อเป็นการทดแทนแล้ว เราก็ไม่อาจกักขัง เขาไว้ได้เกินกว่าเวลาที่เหมาะสมกับความร้ายแรงแห่งการกระทำผิดของเขา ทั้งที่รู้ว่าเขายังเป็นภัย ต่อสังคมอยู่ เพราะโทษที่มีระยะยาวเกินกว่าความเหมาะสมกับความผิดย่อมไม่ยุติธรรมเมื่อคำนึง ตามทฤษฎีทดแทน

ปัจจุบันการลงโทษ โดยถือหลักการแก้แค้นทดแทน ได้วิวัฒนาการไปตาม แนวคิดทางอาชญาวิทยาสมัยใหม่ คือ หลีกเลียง เลิกใช้วิธีการที่ทารุณทรมาณร่างกายมาใช้โทษ จำคุกแทนมากขึ้นตามแต่ลักษณะความหนักเบาแห่งการกระทำผิด

2.4.1.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ (Deterrence)

ตามทฤษฎีนี้ วัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดก็เพื่อประโยชน์ สองประการ คือ ประการแรกเพื่อเป็นตัวอยางให้คนทั่วไปเห็นว่าเมื่อกระทำความผิดและจะต้อง ได้รับโทษเช่นนี้ เมื่อคนทั่วไปที่ได้ทราบจะได้เกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดขึ้น ประการที่สองเพื่อให้มี ผลแก่ตัวผู้กระทำความผิดเอง คือ ทำให้ผู้กระทำความผิดซึ่งถูกลงโทษมีความเข็ดหลาบไม่กล้า กระทำความผิดขึ้นอีก ฉะนั้น การลงโทษตามทฤษฎีนี้จึงมีลักษณะมองไปในอนาคต ต้องการขู่ ไม่ให้คนทั่วไปกระทำความผิดและไม่ให้คนที่กระทำความผิดขึ้นแล้วกระทำความผิดซ้ำอีก

เพื่อที่จะให้การลงโทษมีผลตามวัตถุประสงค์ดังกล่าว จะต้องจัดวางระดับโทษที่ จะต้องลงแก่ผู้กระทำความผิดให้ผลร้ายที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับจากการลงโทษสูงกว่าผลดีที่ ผู้กระทำความผิดจะได้รับจากการกระทำความผิดของตน โดยขณะที่คนเรากำลังคิดตกลงใจว่าจะ กระทำความผิดหรือไม่นั้น จะคิดว่าหากการกระทำผิดลงไปจะได้ผลดีอย่างไรและจะมีผลเสีย อย่างไร หากเมื่อคิดเปรียบเทียบดูแล้ว เห็นว่ามีผลดีมากกว่าผลเสียก็จะตกลงใจกระทำความผิดไป หากเห็นว่าถ้าการกระทำผิดไปแล้วจะเกิดผลเสียมากกว่าผลดีย่อมเลิกล้มความคิดที่จะทำผิดนั้น ฉะนั้น วิธีการป้องกันการกระทำผิด ก็คือ กำหนดอัตราโทษซึ่งเป็นผลเสียที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับสูง กว่าผลดีที่จะได้จากการกระทำผิด ผู้ที่คิดจะกระทำผิดจะได้เลิกล้มความตั้งใจไม่กล้ากระทำ¹⁸

2.4.1.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation)

ความคิดในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดนี้มีมาตั้งแต่สมัยนิโคลาสซิเคิลสกูล (Neoclassical School) เป็นความคิดส่วนใหญ่ของนักคิดชาวอังกฤษซึ่งให้ความสำคัญแก่การปฏิบัติ

¹⁸ อุททิศ แสนโกศิก. (2525). กฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 19.

ต่อผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคล แต่ความคิดในสมัยนั้นไม่ได้เป็นความคิดที่เข้าหลักวิทยาศาสตร์ เป็นความคิดที่เจริญรุ่งเรืองอยู่ในราวๆ กลางคริสตวรรษที่ 19 ต่อมาในราวปลายคริสตวรรษที่ 19 ก็เกิดแนวคิดที่เป็นวิทยาศาสตร์ ในทางอาชญาวิทยาขึ้น ซึ่งนำโดย ซีซาร์ ลอมโบรโซ (Cesare Lombroso) นักอาชญาวิทยาชาวอิตาลี มีความคิดว่าการลงโทษผู้กระทำผิดกฎหมายอาญาควรจะให้เหมาะสมกับอาชญากรแต่ละราย

แนวความคิดนี้เกิดขึ้นเนื่องจากนักอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยาพบว่า การลงโทษแก่อาชญากรในลักษณะที่รุนแรงไม่บังเกิดผลดีต่อผู้กระทำผิดหรือต่อสังคมในด้านการป้องกันอาชญากรรมแต่ประการใด เพราะผู้ต้องขังที่ได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่โหดร้ายทารุณแทนที่จะกลับตัวเป็นคนดี กลับตรงข้ามทำให้เป็นผู้มีจิตใจเหี้ยมเกรียมแข็งกระด้างอดทนต่อการทรมานกรรมยิ่งขึ้น เมื่อพ้นโทษออกมาแทนที่จะได้สำนึกผิดกลับทำผิดหนักยิ่งกว่าเดิม การลงโทษในลักษณะรุนแรงจึงไม่เกิดผล เพราะถ้าได้ผลแล้วก็คงมีความเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิด แต่ปรากฏว่าไม่ว่าสังคมใดอาชญากรรมยังเกิดขึ้นอยู่เสมอไม่มีวันสิ้นสุด

จากแนวความคิดดังกล่าว ต่อมาจึงได้วิวัฒนาการมาเป็นความคิดที่จะพิจารณาโทษผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคล โดยพิจารณาลักษณะแห่งคดีประกอบ และวิธีการลงโทษและปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดก็พัฒนาให้มีการแยกประเภทผู้ต้องขัง จำแนกลักษณะผู้ต้องขัง ตลอดจนมุ่งเน้นในการอบรมแก้ไขผู้กระทำผิดกลับตัวเป็นคนดี และใช้ชีวิตในสังคมอย่างปกติสุขเมื่อพ้นโทษแล้ว

ความคิดในทางแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดได้พัฒนาเรื่อยมา จนกระทั่งได้มีการนำมาใช้ปฏิบัติแก่ผู้กระทำผิดทั้งในแง่การใช้เรือนจำและใช้ชุมชน ในการแก้ไขฟื้นฟูในเรือนจำก็อาศัยการใช้เทคนิคต่างๆ ให้ผู้กระทำผิดกลับตัวเป็นพลเมืองดีได้ เช่น การให้การศึกษา การฝึกวิชาชีพ การอบรมทางศีลธรรมและศาสนา การบำบัดทางจิตวิทยา การบำบัดทางแพทย์ การให้การสงเคราะห์ในด้านต่างๆ ในการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดนั้นทำทั้งแบบรายบุคคลและเป็นกลุ่มบุคคล ส่วนการใช้ชุมชนก็พัฒนามาเป็นการคุมประพฤติ การพักการลงโทษ เป็นต้น

การลงโทษนั้นเพื่อเป็นการแก้ไขผู้กระทำความผิด (Corrections) หรือเป็นการดัดนิสัย (Reformation) ทำให้ผู้กระทำความผิดถูกลงโทษสำนึกได้บ้างว่าไม่ควรกระทำความผิด และตลอดเวลาที่ถูกคุมขังก็จะได้รับการอบรมแก้ไขฝึกวิชาชีพ ก็จะทำให้เขาสำนึกและกลับตัวเป็นคนดีได้ต่อไปเมื่อพ้นโทษ การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเป็นวิวัฒนาการทางความคิดที่คลี่คลายมาจากการลงโทษซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการยับยั้งความผิด เนื่องจากวิธีการลงโทษตามแนวความคิดของการลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งไม่อาจบรรลุผลในการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรมได้ เมื่อผู้กระทำความผิดถูกปล่อยตัวออกมาจากทัณฑสถานแล้วไม่อาจกลับตัวเป็นคน

ดีเข้าสู่สังคม แต่กลับประพฤติดีมากยิ่งขึ้น จากปรากฏการณ์เช่นนี้จึงได้เกิดแรงกระตุ้นหาวิธีการที่จะช่วยเหลือผู้กระทำผิดโดยลดความเชื่อในเรื่องการลงโทษจำคุก ตระหนักถึงผลเสียของการจำคุก จึงเกิดแนวความคิดศึกษาผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคล เพื่อจะเป็นแนวทางในการแก้ไขผู้กระทำผิดให้ปรับตัวเข้ากับสถานการณ์และสิ่งแวดล้อมด้วยวิธีการที่ผ่อนปรนปรานีตามสภาพและความร้ายแรงของผิด อันเป็นการผ่อนคลายความเข้มงวดในการใช้กฎหมาย

2.4.1.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการตัดไม่ให้มีโอกาสกระทำความผิดอีก (Incapacitation)

ทฤษฎีนี้เห็นว่าการลงโทษควรมีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษมีโอกาสกระทำความผิดซ้ำอีก จะเห็นได้ว่าการลงโทษตามทฤษฎีนี้คล้ายกับทฤษฎีขังขังและทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขในข้อที่ว่า มุ่งหมายที่จะไม่ให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดซ้ำอีก แต่ต่างกันตรงที่ว่า ตามทฤษฎีขังขังไม่ให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำอีก ตามทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขมุ่งอบรมให้ไม่คิดกระทำความผิด โดยสมัครใจและปรับปรุงแก้ไขให้ตัวเขาสามารถงดเว้นกระทำความผิดได้ แต่ตามทฤษฎีตัดโอกาสนี้มุ่งป้องกันการกระทำความผิดซ้ำขึ้นอีกโดยทำให้เขาหมดโอกาสที่จะทำความผิดได้ เช่น การประหารชีวิต หรือ การควบคุมตัว

1) การประหารชีวิต วิธีนี้เป็นวิธีที่ตัดไม่ให้มีโอกาสกระทำความผิดได้อย่างชะงัดที่สุด เพราะเมื่อถูกประหารชีวิตแล้วย่อมไม่มีโอกาสกลับมากระทำผิดได้

2) การควบคุมตัว การจำคุก การควบคุมตัวที่ใช้กันมากที่สุดคือการจำคุก ผู้กระทำความผิดไว้ชั่วคราวระยะเวลาหนึ่งหรือตลอดชีวิต ในระหว่างที่ถูกจำคุก ผู้ถูกจำคุกก็就会被ตัดไม่ให้มีโอกาสออกมากระทำความผิดในสังคมอีกได้ อนึ่ง เพื่อที่จะให้ได้ผลตามทฤษฎีนี้อย่างแท้จริง ก็ควรจะมีการใช้อำนาจที่จะควบคุมตัวผู้กระทำความผิดไว้ได้จนกว่าจะพิจารณาเห็นว่าไม่เป็นภัยต่อสังคมอีกต่อไปแล้วจึงจะปล่อยตัวออกมา

2.4.2 วัตถุประสงค์ในการลงโทษสมัยปัจจุบัน

วัตถุประสงค์ของการลงโทษในปัจจุบันได้เปลี่ยนจากสมัยโบราณที่ใช้ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นให้แก่สังคม (Retribution) มาเป็นแนวความคิดที่จะแก้ไขผู้กระทำความผิดตามทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitation theory) ซึ่งการลงโทษมีเป้าหมายพื้นฐานเพื่อรักษาไว้ซึ่งสังคม โดยต้องเลือกรูปแบบให้เหมาะสมกับสภาพความหนักเบาของผิดและบุคลิกภาพของผู้กระทำความผิด ทั้งนี้เพื่อให้ผู้กระทำผิดเห็นว่าสังคมส่วนรวมจะไม่นิ่งเฉยกับการกระทำเช่นนั้น และเป็นการเตือนบุคคลทั่วไปในสังคมว่าถ้ามีการกระทำเช่นนั้นอีกต้องได้รับโทษเช่นเดียวกัน (ป้องกันทั่วไป) แต่อีกกรณีหนึ่งเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดให้เหมาะสมกับ

ความคิดและความชั่วเพื่อให้โอกาสแก่เขาแก้ไขไม่ให้กระทำความผิดอีกและสามารถกลับเข้าสู่สังคมได้ (ป้องกันพิเศษ)¹⁹

หลักการคือมุ่งหมายจะป้องกันไม่ให้บุคคลที่ได้กระทำความผิดขึ้นแล้วกลับมากระทำความผิดอีก โดยการแก้ไขปรับปรุงบุคคลผู้กระทำความผิดนั่นเอง หลักการนี้มีแนวความเห็นว่าการลงโทษซึ่งเป็นผลร้ายนั้นไม่น่าจะทำให้บุคคลหวนกลับตัวเป็นคนดีได้

จากประวัติศาสตร์นับเกือบ 190 กว่าปีมาแล้วที่สังคมมนุษย์เริ่มพัฒนานำเอาระบบเรือนจำมาใช้เป็นมาตรการในการลงโทษผู้กระทำความผิดที่ละเมิดกฎเกณฑ์ของสังคม โดยหวังกันว่าการใช้ระบบเรือนจำจะเป็นมาตรการการลงโทษที่มีมนุษยธรรมและให้ประโยชน์แก่สังคมมากกว่าการลงโทษโดยการเข็ญตีและทรมานแบบดั้งเดิม แต่เมื่อระยะเวลาผ่านไปความเชื่อมั่นในระบบเรือนจำเริ่มจะลดน้อยลงตามลำดับ ทั้งนี้เพราะระบบเรือนจำได้สะท้อนให้เห็นอะไรๆ หลายๆ อย่าง ซึ่งแสดงให้เห็นผลในทางลบทั้งต่อตัวผู้กระทำความผิดเองและต่อสังคมโดยรวมในเกือบทุกประเทศ เรือนจำมักจะถูกกล่าวหาว่าเป็น “โรงเรียนของอาชญากร” มากกว่าสถานที่แก้ไขสันดานผู้กระทำความผิด เนื่องจากพบว่าเมื่อผู้กระทำความผิดถูกปลดปล่อยออกมาจากรือนจำแล้วไม่อาจกลับตัวเป็นคนดีเข้าสู่สังคมแต่กลับประพฤติผิดมากยิ่งขึ้น จากปรากฏการณ์เช่นนี้ จึงได้เกิดแรงกระตุ้นหาวิธีการที่จะช่วยเหลือผู้กระทำความผิดโดยลดความเชื่อในเรื่องการลงโทษจำคุกและตระหนักถึงผลเสียของการจำคุกจึงได้เกิดแนวความคิดศึกษาผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลเพื่อจะหาแนวทางในการแก้ไขผู้กระทำความผิดให้ปรับตัวเข้ากับสถานการณ์และสิ่งแวดล้อมด้วยวิธีการผ่อนปรนปรานีตามสภาพและความร้ายแรงของความผิด

วิธีการลงโทษในสมัยโบราณล้วนเป็นวิธีที่ทารุณโหดร้ายและปราศจากมนุษยธรรม ในปัจจุบันนี้แทบจะกล่าวได้ว่าไม่มีประเทศที่มีอารยธรรมประเทศใดใช้ปฏิบัติกันอยู่อีก นอกจากโทษประหารชีวิตซึ่งยังคงมีอยู่ในหลายๆ ประเทศ แต่การประหารชีวิตก็ใช้วิธีการสมัยใหม่ เช่น ยิงเป้า นั่งเก้าอี้ไฟฟ้า เป็นต้น ในสหรัฐอเมริกาก็ได้มีการประกาศให้เลิกการประหารชีวิตนักโทษในหลายๆ มลรัฐ เนื่องจากถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล แต่ขณะนี้ก็ยังคงเป็นข้อโต้แย้งกันอยู่ในหลายๆ มลรัฐ การลงโทษจำคุกในบางกรณีแทนที่จะเป็นการช่วยให้ผู้นั้นรู้สึกสำนึกตนและกลับตัวเป็นคนดีกลับจะทำให้เกิดแค้นผูกใจเจ็บต่อสังคมยิ่งขึ้น คนที่ถูกประจานก็กลายเป็นคนที่หมดสิ้นชื่อเสียงเกียรติยศทั้งปวงเป็นที่ดูหมิ่นเหยียดหยามแก่ทุกคนที่ได้พบเห็น จึงยิ่งทำให้ผู้นั้นหมดโอกาสที่จะเป็นคนดี เพราะมีแต่คนรังเกียจ การที่จะหาอาชีพที่สุจริตก็เป็นการยากลำบากเมื่อสังคมของคนดีไม่เปิดโอกาสให้และกลับขับไล่ไสส่ง ผู้ที่เคยกระทำความผิดก็ต้องถูกบังคับให้อยู่ในสังคมของคนร้ายไปโดยอัตโนมัติ

¹⁹ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 39.

จริงอยู่ที่การแก้แค้นเป็นการไถ่บาปและชดใช้ความผิดของผู้กระทำผิด แต่ในบางกรณีการแก้แค้นไม่ได้เป็นที่พอใจของสังคม เพราะการกระทำผิดมีหลายอย่าง เช่น การฆ่าคนตาย การข่มขืน ซึ่งเป็นอาชญากรรมประเภทรุนแรงและทารุณ ถึงแม้จะแก้แค้นผู้กระทำผิดอย่างไรก็ยังไม่เป็นที่พอใจของผู้เสียหาย และเป็นไปไม่ได้ด้วยที่จะทำให้สังคมพอใจในการแก้แค้นที่เกิดจากอาชญากรรมประเภทเหล่านี้ สิ่งที่สำคัญก็คือเป็นการไม่ถูกต้องที่ทำให้ผู้กระทำผิดความเชื่อว่าเป็นไปไม่ได้ที่จะชดเชยความผิดที่ตนได้กระทำขึ้นเพราะจะทำให้เกิดความคิดที่จะกระทำผิดต่อไปหลังจากที่ได้ถูกตัดสินลงโทษในการทำผิดไปแล้ว คือพอพ้นโทษในความผิดแรกก็กระทำความผิดอีก ถ้าสังคมยังคิดว่าทัณฑสถานเป็นเครื่องมือที่ดีในการตอบแทนหรือชดใช้การกระทำความผิดแล้วผลที่สังคมจะได้จากความมุ่งหมายอันนี้จะไม่มีเลย จะเป็นการสูญเสียของสังคมอีกด้วยจะไม่ได้ประโยชน์อันใดเกิดขึ้นแต่จะเสียประโยชน์ เพราะว่าทัณฑสถานที่มีการบริหารอยู่บนรากฐานของความคิดเพื่อการลงโทษอย่างแท้จริงนั้นทำให้เกิดอาชญากรรมมากกว่าการป้องกันเสียอีก²⁰

ดังนั้นในระยะหลังจึงเกิดการตื่นตัวในความคิดใหม่ๆเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิด โดยไม่ใช่เรือนจำ (Noninstitutional treatment) การปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดในชุมชน (Community-based corrections) การลดการใช้โทษจำคุก (Deinstitutionalization) และการใช้วิธีการลงโทษแบบอื่นแทนการจำคุก (Alternative to imprisonment) ซึ่งมีความหมายไปในทำนองเดียวกัน ทั้งนี้โดยมุ่งที่จะสกัดหรือหันเหผู้กระทำความผิดออกไปจากกระบวนการยุติธรรม (diversion from criminal justice system)²¹

ในการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดโดยไม่ใช่เรือนจำ หมายถึง การใช้มาตรการในการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดแบบอื่นๆ แทนมาตรการจำคุกผู้กระทำผิดไว้ในเรือนจำซึ่งอาจจะมีขึ้นได้ก่อนที่ผู้กระทำผิดจะถูกจำคุกในเรือนจำ เช่น การปล่อยอย่างมีเงื่อนไขในชั้นของตำรวจ อัยการและของศาล และอาจจะมีขึ้นภายหลังจากที่ผู้กระทำผิดถูกจองจำในเรือนจำแล้ว เช่น ได้รับการปล่อยอย่างมีเงื่อนไขออกไปก่อนครบกำหนดโทษ เป็นต้น

ในแนวความคิดเดิมเมื่อปรากฏว่ามีบุคคลกระทำความผิดอาญาแล้ว พนักงานอัยการจะต้องนำตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องเพื่อให้ศาลลงโทษให้ได้โดยถือว่าการจำคุกผู้กระทำผิดในเรือนจำเป็นมาตรการในการลงโทษ แต่ต่อมาในความเป็นจริงกลับพบว่าการจำคุกอาจเป็นมาตรการที่เหมาะสมสำหรับผู้กระทำผิดบางประเภท เช่น ผู้กระทำผิดคดีอุกฉกรรจ์ หรือผู้กระทำผิดประเภท

²⁰ สุวิทย์ นิ่มน้อย, เดชา สิริเจริญ และอัยลักษณ์ ปาณิกบุตร. (2530). *อาชญวิทยาและทัณฑวิทยา*. หน้า 84-85.

²¹ นัทธิ จิตสว่าง. (2524). “แนวความคิดเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดโดยไม่ใช่เรือนจำ.” *วารสารอาชญวิทยาและงานยุติธรรม* 1-2. หน้า 36.

ต่างๆ ที่มีความจำเป็นต้องการควบคุมไว้อย่างเข้มแข็งในเรื่องจำเพื่อความปลอดภัยของสังคม แต่ในขณะที่เดียวกันการใช้มาตรการจำกัดอาจจะไม่เหมาะสมสำหรับผู้กระทำความผิดบางประเภท เช่น ผู้กระทำความผิดครั้งแรกในคดีเล็กน้อย เป็นต้น ซึ่งอาจจะใช้วิธีปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านี้โดยใช้มาตรการอื่นๆ แทนการจำกัดไว้ในเรือนจำอันจะเป็นผลดีต่อการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยในระยะยาวมากกว่า

การที่จะผลักดันหรือเบี่ยงเบนผู้กระทำความผิดให้ออกไปจากกระบวนการยุติธรรมนั้นก็เนื่องจากแนวความคิด 3 ประการ คือ²²

ประการที่หนึ่ง การดำเนินการกับผู้ที่จะเกิดผลกระทบของสังคมบางประเภทตลอดจนการควบคุมทางสังคม (Social control) อาจจะกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยผ่านมาตรการในการควบคุมทางสังคมแบบไม่เป็นทางการอื่นๆ นอกเหนือไปจากมาตรการทางกฎหมายโดยผ่านทางกระบวนการยุติธรรม มาตรการที่ว่ามีได้แก่มาตรการต่างๆ เช่น การควบคุมทางสังคมโดยผ่านทางกระบวนการของสถาบันครอบครัว โรงเรียน ศาสนา กลุ่มวัฒนธรรม ซึ่งมีอิทธิพลต่อพฤติกรรมของสมาชิกในกลุ่ม เป็นต้น

ประการที่สอง การดำเนินการกับผู้ที่จะเกิดผลกระทบของสังคมโดยผ่านกระบวนการยุติธรรมจะก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบ เช่น เกิดรอยมลทิน (Stigma) แก่ผู้ที่ผ่านเข้ามาในกระบวนการยุติธรรม โดยยิ่งผ่านเข้ามาในขั้นตอนต่างๆ ของกระบวนการยุติธรรม คือ ตำรวจ อัยการ ศาล ราชทัณฑ์ มากเท่าไร รอยมลทินของการกระทำผิดก็เพิ่มมากขึ้นเท่านั้น ซึ่งเป็นอุปสรรคในการปรับตัวให้เข้ากฎเกณฑ์และบรรทัดฐานของสังคมในโอกาสต่อไป

ประการที่สาม ถ้าหากสามารถผลักดันผู้กระทำความผิดบางประเภทออกไปจากกระบวนการยุติธรรมได้แล้ว ก็จะสามารถใช้กระบวนการยุติธรรมดำเนินการกับผู้กระทำความผิดส่วนที่เหลือซึ่งมีจำนวนลดน้อยลงได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

ความมุ่งหมาย (วัตถุประสงค์) ในการลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดตามกระแสแนวความคิดที่เปลี่ยนแปลงไปตามกาลสมัยทำให้การฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการในปัจจุบันได้มีแนวความคิดใหม่ว่าการพิจารณาสั่งฟ้องคดีควรจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการดำเนินคดีอาญาประกอบด้วยเสมอ คือ

ประการแรก การฟ้องคดีนั้นเป็นผลดีแก่ตัวผู้กระทำนั้นบ้างหรือไม่ ซึ่งสืบเนื่องมาจากความมุ่งหมาย (วัตถุประสงค์) ในการลงโทษว่าจะลงโทษเพื่ออะไร

²² แหล่งเดิม.

ดังนั้นจะเห็นว่าถ้าเป็นการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนก็เป็นการง่ายคือพิจารณาว่ากระทำผิดจริงหรือไม่ ถ้าผิดจริงก็นำตัวไปฟ้องให้ลงโทษจำคุกหรือประหารชีวิต หรือจะลงโทษเพื่อป้องกันการกระทำผิดที่จะเกิดขึ้นในอนาคต คือ ให้เช็ดหลาบและเป็นตัวอย่างให้คนอื่น ๆ ไม่กล้าทำผิดเหมือนคนนั้นหรือจะลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขตัวผู้กระทำความผิดเอง ซึ่งเป็นแนวความคิดใหม่ว่าการลงโทษไม่ควรจะทำเพื่อแก้แค้นทดแทนผู้กระทำความผิดเพียงอย่างเดียวแต่จะต้องมีการพิจารณาในเรื่องของการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำความผิดด้วย เพื่อว่าจะได้กลับตัวเป็นคนดีของสังคมไม่หวนกลับมากระทำความผิดอีก

การฟ้องคดีของอัยการในปัจจุบันจึงต้องคำนึงด้วยว่า การฟ้องนั้นมีผลเป็นการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำความผิดด้วยหรือไม่ ประการสำคัญที่สุดต้องคำนึงเสมอว่าผลร้ายที่จะเกิดขึ้นแก่ชีวิตและอนาคตของผู้กระทำผิดนั้นได้สัดส่วนกับความผิดที่ได้กระทำไปแล้วหรือไม่

ประการที่สอง การฟ้องคดีนั้นเป็นผลดีแก่สังคมอย่างไรหรือไม่

การฟ้องคดีและดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดในบางฐานความผิดนอกจากจะไม่ได้ผลในการป้องกันและปราบปรามแล้ว สังคมยังไม่ได้รับผลดีใดๆ เลย ในทางตรงกันข้ามกลับทำให้รัฐต้องเสียเวลาและงบประมาณในการฟ้องคดี ทำให้มีคดีเพิ่มขึ้นในศาลอีกด้วย

จากแนวความคิดในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดเพื่อเป็นการป้องกันสังคมและเป็นการป้องกันอาชญากรรมดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงเป็นที่มาของการใช้ดุลพินิจของอัยการในการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาในหลายประเทศทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทย

ความคิดดังกล่าวนี้ได้รับการสนับสนุนจากการประชุมนักกฎหมายทั่วโลกเกี่ยวกับกฎหมายอาญาครั้งที่ 9 ณ กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ โดยที่ประชุมมีความเห็นต่อนึ่งว่า

“อัยการอาจสั่งไม่ฟ้อง โดยมีเงื่อนไขบางประการโดยเหตุผลในแง่มนุษยธรรมหรือในแง่สังคม การสั่งไม่ฟ้องในกรณีดังกล่าว อาจมีผลดีในเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางครอบครัว ถึงแม้ในกรณีความผิดร้ายแรง การสั่งไม่ฟ้องโดยมีเงื่อนไขก็จะทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเชื่อมั่นตนเอง และเกิดความรู้สึกว่ายังมีโอกาสอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งเมื่อสบทบกับความรู้สึกว่าตนยังมีโอกาสจะถูกฟ้องได้อยู่อีกแล้ว ก็จะเป็นประโยชน์ในอันที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวได้ดียิ่งกว่าการลงโทษ และในขณะเดียวกันก็จะเป็นประโยชน์แก่สังคมด้วยเราจะต้องไม่ประมาทค่าของผลในทางจิตวิทยาของการไม่ฟ้องในกรณีต่อไป”

2.5 การสังคดีโดยคำนึงถึงหลักประโยชน์สาธารณะ

การวินิจฉัยสังคดีของพนักงานอัยการ นอกจากจะต้องพิจารณาข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงทุกด้านจากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในคดีอย่างรอบคอบด้วยความรวดเร็วแล้ว สำนักงานอัยการสูงสุดยังได้มีนโยบายเรื่องของการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะด้วย

แต่อะไรที่จะถือว่าเป็นนโยบายเพื่อประโยชน์สาธารณะของประชาชน และเรื่องอะไรไม่เป็นนั้นเป็นเรื่องยากและลึกซึ้งมาก เพราะปัญหาเรื่องประโยชน์สาธารณะเป็นเรื่องเกี่ยวกับความรู้สึกของบุคคลและปัจจัยหลายประการ การจะให้คำจำกัดความประโยชน์สาธารณะ คืออะไร ย่อมทำไม่ได้ และยากที่จะอธิบาย เพราะเป็นสิ่งนามธรรม แปรผันไปตามสถานการณ์และกาลเวลา จนไม่อาจกำหนดคำนิยามได้โดยชัดเจน ปัญหาจึงมีว่าพนักงานอัยการพึงใช้ดุลพินิจ (คือการวินิจฉัยเห็นสมควร) อย่างไร จึงจะถือว่าดุลพินิจเช่นนั้นเป็นการชอบ

นโยบายเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public policy) นั้น ถ้าหากกล่าวในทางกฎหมายก็ได้แก่ หลักของกฎหมายซึ่งมีว่า จะถือว่าบุคคลหนึ่งบุคคลใดกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายหาได้ไม่ ถ้าการกระทำนั้นมีลักษณะในอันที่จะเกิดความเสียหายแก่ประชาชน (The public) หรือเป็นปฏิปักษ์ต่อสาธารณประโยชน์ของประชาชน (Against the public Good) เพราะ “สวัสดิภาพ หรือ ความปลอดภัยของประชาชน เป็นกฎหมายสูงสุด” (Salus populi est suprema lex- The welfare or safety of public is the supreme law)²³

2.5.1 ความหมายของประโยชน์สาธารณะ

“ประโยชน์”²⁴ เป็นคำนาม แปลว่า สิ่งที่มีผลใช้ได้ดีสมกับที่คิดมุ่งหมายไว้หรือเป็นสิ่งที่ประเสริฐหรือเป็นคุณ

“สาธารณ หรือ สาธารณะ”²⁵ เป็นคำวิเศษณ์ แปลว่า เพื่อประชาชนทั่วไป

ดังนั้น คำว่า ประโยชน์สาธารณะ จึงมีความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานว่า สิ่งที่เป็นผลดีหรือเป็นคุณกับประชาชนทั่วไป

2.5.2 แนวความคิดเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ

การที่จะพิจารณาถึงแนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะและการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ ควรที่จะทำความเข้าใจถึงความหมายของคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” ก่อน เพื่อให้เกิดความชัดเจนถึงแนวทางในการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะต่อไป

²³ สำนักงานอัยการเขต 8. (2553). ดุลพินิจในการสังคดีเพื่อประโยชน์สาธารณะ. หน้า 47.

²⁴ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525. หน้า 799.

²⁵ แหล่งเดิม.

คำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” (Public interest) หรือ “ประโยชน์มหาชน” หรือ “ประโยชน์ส่วนรวม” นั้น หมายความว่า ประโยชน์ร่วมกันของพลเมืองโดยทั่วไปในกิจการของชุมชน รัฐ หรือ รัฐบาลแห่งชาติ มิใช่เพียงประโยชน์ของชุมชนแห่งที่ที่ได้รับผลกระทบในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเท่านั้น²⁶ ในทางกฎหมายมหาชน ประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะเป็นนิติสมบัติ (Rechtsgut) ของกฎหมายมหาชน คือ เป็นวัตถุประสงค์หรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองป้องกัน เช่นเดียวกับชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายอาญาต้องการคุ้มครอง ประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะคือประโยชน์ส่วนรวมของทุกคน มิใช่ประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งเป็นประโยชน์ส่วนตัวของบุคคล

ความต้องการของมนุษย์ในสังคมโดยทั่วไปแยกออกได้เป็นความต้องการส่วนตัวและความต้องการส่วนรวม ความต้องการส่วนตัวเป็นประโยชน์เฉพาะตัวที่ทุกคนต่างมีความต้องการและจัดการตอบสนองความต้องการส่วนตัวนี้ด้วยตนเอง แต่มนุษย์ที่รวมอยู่เป็นชุมชนใหญ่ๆ เป็นเมือง เป็นประเทศ ก็มีความต้องการบางอย่างร่วมกันซึ่งถือว่าเป็นความต้องการส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชน ความต้องการในส่วนนี้ป็นหน้าที่รัฐจะต้องดำเนินงานมหาชนหรือจัดการบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการร่วมกันของมนุษย์ในสังคม

ความต้องการส่วนรวมดังกล่าวเป็นภารกิจของรัฐที่จะต้องดำเนินการซึ่งแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ การคุ้มครองหรือให้ความปลอดภัยในชีวิตร่างกาย ทรัพย์สินของประชาชน และการส่งเสริมชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน

กิจการที่รัฐจัดทำเพื่อคุ้มครองให้ความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินของประชาชน ได้แก่ การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนภายในประเทศ การป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ การรักษาความมั่นคงของประเทศและการรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจ

ส่วนกิจการที่รัฐจัดทำเพื่อทำนุบำรุงส่งเสริมชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน หรือ เพื่อการพัฒนาชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนในระดับกึ่งคือผู้นั้น เป็นกิจการที่จัดทำเพื่อส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าของประชาชนและของประเทศ และสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนในทางเศรษฐกิจและสังคม เช่นการศึกษา การสังคมสงเคราะห์ การสาธารณสุขและกิจการทางเศรษฐกิจต่างๆ²⁷

นอกจากนี้ ตามบทบัญญัติกฎหมายต่างๆ มีถ้อยคำใกล้เคียงที่อาจนำมาใช้ประกอบความเข้าใจในคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” ได้ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 450 คำว่าภัยอันตรายมาเป็นสาธารณะ ได้แก่ ภัยที่เกิดขึ้นนี้จะต้องทำให้เกิดผลพิบัติ คือเสียหายแก่

²⁶ Henry C. Black. (1990). **Black's Law Dictionary**. p.1229.

²⁷ สมยศ เรือไทย. (2550). **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น**. หน้า 29-30.

ส่วนรวม ไม่เฉพาะจะเสียหายแก่คนหนึ่งคนใด อาจเกิดแก่บุคคลทั่วไปในหมู่นั้นหรือเกิดแก่ทรัพย์สินของส่วนรวมแม้จะเป็นเพียงทรัพย์สินสิ่งใดสิ่งหนึ่ง โดยหลักหรือเหตุผลที่ว่าต้องสงวนประโยชน์ส่วนใหญ่ไว้โดยสละประโยชน์ส่วนน้อย

ตามประมวลกฎหมายอาญาลักษณะความผิดฐานถือโกง มาตรา 343 ศาลฎีกาอธิบายความหมายของคำว่า ประชาชนไว้ว่า หมายถึงประชาชนทั่วไปมิได้มุ่งถึงจำนวนผู้เสียหายที่ถูกหลอกลวง แต่ถือเอาเจตนาแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อประชาชนซึ่งเป็นบุคคลทั่วไปไม่ใช่รายบุคคลใดโดยเฉพาะเป็นสำคัญ

ลักษณะแรกที่สามารถนำมาพิจารณาว่ากรณีใดเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่นั้น ในเบื้องต้นอาจพิจารณาได้จากจำนวนผู้เสียหาย หากมีผู้เสียหายจำนวนมากย่อมถือเป็นเรื่องที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ แต่จำนวนผู้เสียหายเพียงอย่างเดียวอาจไม่สามารถให้คำตอบได้ว่าการดำเนินคดีจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนหรือไม่ จึงต้องดูปัจจัยอื่นๆด้วย²⁸

ในเรื่องแนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ Vera Langer กล่าวว่า แม้ไม่มีนิยามเป็นสากล แต่สังคมทุกแห่งรับรู้ว่าเป็นประโยชน์สาธารณะมีอยู่ ประโยชน์สาธารณะในยุคสมัยหนึ่งอาจจะไม่ได้รับการยอมรับในอีกยุคสมัย หรือสิ่งที่ไม่เคยคิดว่าเป็นประโยชน์สาธารณะ ต่อมาอาจเป็นที่ยอมรับก็ได้ โดยทั่วไปแล้วความหมายของผลประโยชน์สาธารณะขึ้นอยู่กับระบบคุณค่าทางสังคมในยุคนั้นๆ²⁹

แม้ว่าการศึกษาเรื่องประโยชน์สาธารณะจะมีมาช้านาน แต่แม้ในปัจจุบันนี้ก็ยังมี การโต้เถียงกันอยู่ต่อไปว่าประโยชน์สาธารณะที่ว่านั้นหมายถึงอะไร มาจากไหน นักปราชญ์ในยุคสมัยต่างๆพยายามตั้งคำถามว่ารัฐควรมีหน้าที่ทำอะไรและไม่ควรทำอะไร โดยทั่วไปมักได้ยืนยันว่ารัฐบาลควรมีหน้าที่ดำเนินกิจกรรมที่เป็นประโยชน์สาธารณะ (Public interest) และไม่ควรถูกเข้าไปยุ่งเรื่องที่มีประโยชน์สาธารณะหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือเรื่องส่วนตัวของปัจเจกชน³⁰ อย่างไรก็ตาม เมื่อถามต่อไปว่าเรื่องใดบ้างที่ถือว่าเป็นประโยชน์สาธารณะหรือเป็น ผลประโยชน์สาธารณะ และเรื่องใดเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคล คำตอบที่ได้มักจะไม่แตกต่างกัน เรื่องนี้จึงเป็นปัญหา “คลาสสิก” ในการศึกษา รัฐศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ และสังคมศาสตร์สาขาอื่นๆ ในทางรัฐศาสตร์ ผลประโยชน์

²⁸ ภาวิณี บุรณะกิจไพบูลย์. (2548). บทบาทของพนักงานอัยการในการดำเนินคดีแพ่งเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ: ศึกษากรณีการเรียกร้องค่าเสียหายแทนประชาชน. หน้า 11.

²⁹ ณรงค์ วิทยไพศาล. (2535). “บทบาทของพนักงานอัยการกับการคุ้มครองผลประโยชน์มหาชนในระบบชีวิตลอร์ดและระบบคอมมอนลอว์.” วารสารอัยการ, 169, 15. หน้า 34.

³⁰ จรัส สุวรรณมาลา. (2496). ผลประโยชน์สาธารณะและการกำหนดนโยบายสาธารณะและแนวคิดทางรัฐศาสตร์และเศรษฐศาสตร์. หน้า 1-2.

สาธารณะ เรื่องแรกๆ ที่มีการกล่าวถึงในทฤษฎีการเมือง คือการรักษาความยุติธรรมในสังคม เพราะถือกันว่าการรักษาความยุติธรรมเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิประโยชน์พื้นฐานของบุคคลซึ่งจะให้ประโยชน์แก่ทุกคนในสังคม นอกจากนี้ยังส่งผลให้สังคมส่วนร่วมมีความสงบเรียบร้อยและสามารถพัฒนาให้ก้าวหน้าได้ต่อไป อย่างไรก็ตามเรื่องผลประโยชน์สาธารณะมิได้จำกัดอยู่เฉพาะเรื่องการรักษาความยุติธรรมเพียงอย่างเดียว หากยังมีเรื่องอื่นๆ ที่ถือว่าเป็นผลประโยชน์สาธารณะและเป็นหน้าที่ของรัฐบาลที่จะต้องดูแลรับผิดชอบในฐานะผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในนามสังคมส่วนรวม เช่น การป้องกันประเทศ การจัดบริการสาธารณะที่จำเป็นพื้นฐาน เป็นต้น

แบร์รี่ (Brin Barry) ได้อธิบายลักษณะของ ประโยชน์สาธารณะไว้ว่า สิ่งที่เราเรียกว่าผลประโยชน์สาธารณะ (common interest) นั้นอาจพิจารณาได้เป็น 2 ลักษณะคือ ลักษณะเชิงลบ และลักษณะเชิงบวก ในลักษณะเชิงลบนั้น “ผลประโยชน์สาธารณะ” หมายถึงสิ่งใดก็ตามที่จะป้องกันมิให้ใครคนใดคนหนึ่งกระทำการอันส่งผลให้คนอื่น ๆ ในสังคม ได้รับผลเสียหาย สำหรับ “ผลประโยชน์สาธารณะ” ในเชิงบวกนั้น หมายถึง สิ่งใดก็ตามที่ให้ประโยชน์สุขแก่บุคคลทั้งหลายในสังคม

เพลโต (Plato) ได้แสดงทัศนะไว้ว่า สิ่งใดที่เป็นผลประโยชน์ของรัฐหรือของประชาคม สิ่งนั้นก็คือผลประโยชน์ของรัฐหรือของประชาคม สิ่งนั้นก็คือผลประโยชน์ของสมาชิกในประชาคมทุกคนเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ นอกเหนือไปจากเหตุผลที่ว่าประชาคมประกอบขึ้นจากบุคคลและบุคคลได้ประโยชน์หลายประการจากการเข้าเป็นสมาชิกของประชาคม เพลโตยังให้เหตุผลเพิ่มเติมว่าจุดมุ่งหมายของรัฐและสังคมคือการทำให้คนทุกคนมีความสุขโดยการจัดสรรและดูแลให้ประชาชนได้ทำหน้าที่ของตนเองตามความสามารถและความต้องการของแต่ละบุคคล รัฐบาลดูแลให้สังคมมีความเป็นระเบียบเรียบร้อย มีความยุติธรรมและให้องค์ประกอบส่วนต่างๆ ของสังคมที่หลากหลายนั้นดำเนินไปอย่างผสมกลมกลืนเป็นเอกภาพ ในขณะเดียวกัน การที่ปัจเจกแต่ละคนทำงานตามหน้าที่ของตนเองและเพื่อประโยชน์ของตนเองนั้นก็เท่ากับได้ช่วยผลักดันให้สังคมเจริญก้าวหน้า รัฐและสังคมที่ดีจะต้องสร้างสรรค์และรักษาเอกภาพของผลประโยชน์สาธารณะดังกล่าวจะกระทำได้ก็แต่โดยการบังคับใช้กฎหมายเพื่อความยุติธรรมและสันติสุขของสังคมส่วนรวม³¹

พนักงานอัยการ ก็เป็นอีกหน่วยงานหนึ่งที่มีบทบาทในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อความยุติธรรมและสันติสุขของสังคมส่วนรวม โดยพนักงานอัยการมีหน้าที่เกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญา ทั้งฟ้อง ดำเนินคดีแพ่ง และให้คำปรึกษาด้านกฎหมายแก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ ตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการ พนักงานอัยการจะพิจารณารวบรวม

³¹ ปรีชา ช้างขวัญยืน. (2524). *ปรัชญาแห่งอุดมการณ์ทางการเมือง*. หน้า 96-99.

ข้อมูลบรรทัดคดี และวินิจฉัยสั่งคดีทั้งปวง ดำเนินคดีอาญาทางศาล และดำเนินบรรทัดคดี ตามอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการ ในฐานะทนายแผ่นดิน ในการใช้ดุลพินิจในการฟ้องคดีอัยการ นอกจากพิจารณาพยานหลักฐานแล้ว อัยการต้องพิจารณาด้วยว่าการฟ้องคดีดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะหรือไม่ หากเห็นว่าไม่เป็นประโยชน์สาธารณะแล้ว อัยการต้องใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีดังกล่าว ดังนั้น อัยการต้องเข้าใจเสียก่อนว่า ประโยชน์สาธารณะ ในการฟ้องคดีดังกล่าวคืออะไร เพื่อใช้ดุลพินิจให้ถูกต้อง

เมื่อได้พิจารณาถึงคำว่า ประโยชน์สาธารณะ หรือ ประโยชน์มหาชน หรือ ผลประโยชน์สาธารณะ ทั้งในแง่ของกฎหมาย และในแง่ทางรัฐศาสตร์แล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นคำที่มีลักษณะไม่แน่นอน โดยสภาพแล้วอาจขยายความให้กว้างได้ แต่ก็มิใช่ว่าจะไม่สามารถอธิบายได้เสียทีเดียว สิ่งที่เป็นลักษณะรวมกันทั้งหมด คือ เป็นกรณีที่เป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม กระทบต่อคนอื่น ๆ ในสังคม ดังนั้นในการสั่งไม่ฟ้องคดีโดยพิจารณาถึงประโยชน์สาธารณะ อาจสรุปได้ว่าเป็นการไม่ฟ้องเพราะเห็นว่าการฟ้องคดีจะไม่อำนวยประโยชน์ต่อสังคม เพราะในคดีบางประเภท กระบวนการยุติธรรมที่เป็นอยู่ไม่สามารถที่จะเข้าไปช่วยแก้ไขปัญหาได้ เช่น คดีความผิดโดยประมาท ความผิดระหว่างสมาชิกในครอบครัว ความผิดที่กระทำโดยเยาวชน ความผิดที่มีโทษเพียงเล็กน้อย เหล่านี้ หากได้มีการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างเหมาะสม และผู้เสียหายไม่เดือดร้อนใจ ความ การลงโทษผู้กระทำความผิดโดยกลไกทางอาญาที่เป็นอยู่อาจไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์ทั้งแก่ผู้กระทำความผิดเอง ผู้เสียหาย หรือสังคมส่วนรวม การสั่งฟ้องจึงไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน

ที่ว่าไม่เกิดประโยชน์ทั้งแก่ตัวผู้กระทำความผิดเอง ผู้เสียหาย หรือสังคมส่วนรวม อาจอธิบายได้ดังนี้

ในแง่ของผู้กระทำความผิด ผู้กระทำความผิดมีลักษณะที่หลากหลายทั้งลักษณะที่เป็นอาชญากรชั่วร้าย พวกกระทำความผิดติดนิสัย หรืออาจจะเป็นพวกที่เป็นผู้ที่มีอาการทางจิตประสาท ขอบทาน คนจรจัด ซึ่งเป็นพวกที่ไม่อาจควบคุมตนเองได้ หรือกระทำผิดเพื่อการยังชีพ ตลอดจนผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็ก หรือผู้เยาว์ซึ่งอาจพิจารณาว่าเป็นเพราะความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ความอ่อนวัยจึงด้อยประสบการณ์และถูกยุยงส่งเสริมได้ง่าย เป็นต้น การจัดการกับผู้กระทำความผิดกับความผิดประเภทหลัง โดยใช้วิธีเดียวกับอาชญากรรมชั่วร้ายและพวกกระทำความผิดติดนิสัยนับว่าเป็นการลงโทษทางอาญาที่ไม่เหมาะสมและรุนแรงเกินไปทำให้ไม่มีผลเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด จึงไม่ก่อผลในทางสร้างสรรค์ต่อตัวผู้กระทำความผิดเลย นอกจากนั้นยังอาจเกิดผลกระทบประการอื่นตามมา เช่น ผลกระทบทางจิตใจ ชื่อเสียง เกียรติยศ ความยอมรับนับถือ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้กระทำความผิด

ในแง่ของผู้เสียหาย ผู้เสียหายเป็นผู้ได้รับผลกระทบโดยตรงจากการกระทำความผิด การยอมรับผลในคดีตลอดจนความพึงพอใจที่ได้รับการเยียวยาหรือชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น ทำให้บรรเทาความสูญเสียของผู้เสียหายลงไปแล้ว ก็เป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่จะนำมาพิจารณาประกอบ เพื่อว่าการดำเนินคดีต่อไปจะมีประโยชน์สาธารณะหรือไม่ เพราะถือว่าเป็นกรณีที่ผู้เสียหายไม่มีความโกรธแค้นแล้วและความเสียหายได้รับการบรรเทาเบาบางลงแล้ว ทั้งยังเป็นการให้โอกาสผู้กระทำความผิดกลับตนเป็นคนดีเพื่ออยู่ร่วมกับสังคมต่อไป แต่อย่างไรก็ตามการพิจารณาในส่วนนี้เพียงอย่างเดียวว่าผู้เสียหายไม่คิดใจเอาความและได้รับการเยียวยาแล้วเพียงอย่างเดียวคงยังไม่พอที่จะกล่าวได้ว่าการดำเนินคดีต่อไปจะไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ เพราะต้องพิจารณาต่อทางด้านผลกระทบต่อสังคมด้วย ในแง่ของสังคมส่วนรวม กรณีนี้เป็นการพิจารณาในแง่ประโยชน์ส่วนรวม กรณีที่พฤติกรรมของผู้กระทำความผิดไม่เป็นอันตรายต่อสังคม เช่น หญิงชราamisตางค์ไว้ในครอบครองเกินอัตรากำหนดในกฎหมาย กรณีความผิดอาญาที่มีความรุนแรงน้อย เช่น ความผิดลหุโทษ เมื่อพิจารณาในแง่การบริหารเวลาและทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด การดำเนินคดีเล็กน้อยในทุกกรณีย่อมไม่คุ้มค่า ภาระและค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียในการฟ้องร้อง และการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดบางรายไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆแก่สังคมและไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์การลงโทษ

2.5.3 ลักษณะทั่วไปของประโยชน์สาธารณะ

ประโยชน์สาธารณะเป็นความต้องการร่วมกันของคนในสังคม เป็นการมุ่งหมายถึงประโยชน์ของสังคมโดยรวม ซึ่งประโยชน์ของสังคมนี้อาจเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย นอกจากนี้ประโยชน์สาธารณะย่อมสำคัญกว่าประโยชน์ของปัจเจกบุคคล ที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากการที่มนุษย์มาอยู่ร่วมกันเป็นสังคม โดยยินยอมอยู่ร่วมกันเป็นสังคม โดยยินยอมอยู่ภายใต้อำนาจสูงสุด ซึ่งเรียกว่ารัฐาธิปัตย์ เพื่อให้รัฐาธิปัตย์ใช้อำนาจแทนตนเพื่อการอยู่ร่วมกันอย่างสันติ

ประโยชน์สาธารณะซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เป็นสิ่งที่สนองความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ มิใช่เฉพาะเพื่อประชาชนคนใดโดยเฉพาะ ความต้องการของส่วนรวม เช่น ความมั่นคงปลอดภัย ทรัพย์สิน ความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง ซึ่งเป็นความต้องการที่จำเป็นที่คนในสังคมมีความต้องการเหมือนกัน ฉะนั้นจึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะดำเนินกิจกรรมให้บรรลุความประสงค์เหล่านี้

อย่างไรก็ตามนโยบายเพื่อประโยชน์สาธารณะของประชาชน (Public interest) จะเป็นเรื่องที่ไม่อาจที่จะกำหนดความหมายหรือให้คำจำกัดความได้ และเป็นเรื่องที่ยืดหยุ่นไม่ได้ง่ายก็ตาม แต่ก็ได้มีการบางประเภทที่แน่นอนโดยถือกันตามกฎหมายว่าเป็นการขัดหรือเป็นปฏิบัติต่อกันนโยบายเพื่อประโยชน์ของประชาชน กรณีดังต่อไปนี้ถือว่าเป็นประโยชน์ของประชาชน (Public policy) คือ

1) ความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public order) ซึ่งแยกออกเป็น 3 ประเภท คือ

(1) ความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ เช่น การกระทำความผิดอาญา หรือ กิจการอันใดจะทำให้เสียหายแก่ทางราชการ โดยทั่วไป หรือจะทำให้เสื่อมเสียความยุติธรรมในศาล หรือ มีวัตถุประสงค์เพื่อยุยงส่งเสริมให้เขาเป็นความกัน หรือมีวัตถุประสงค์จะใช้อิทธิพลบังคับกาลให้ราชการฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติเป็นไปในทางที่มีชอบ เหล่านี้ถือว่าเสียหายกระทบกระเทือนถึงความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ

(2) ความสงบเรียบร้อยจากภายนอกประเทศ เช่น กิจการอันใดที่จะทำให้อัมพันธ์ไมตรีกับนานาประเทศเสียหาย หรือที่จะทำให้ประเทศเสียเปรียบแก่นานาประเทศ เป็นต้นถือว่าเสียหายกระทบกระเทือนถึงความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ

(3) เสรีภาพของพลเมือง เช่น เสรีภาพในการจะนับถือศาสนา หรือมีถิ่นที่อยู่หนึ่งที่ใดหรือเสรีภาพในการทำนิตกรรมหรือเสรีภาพในการที่จะประกอบกิจการทำมาหาเลี้ยงชีพ ฯลฯ กิจการอันใดที่เป็นการเสื่อมเสียหรือตัดเสรีภาพดังกล่าวเกินสมควรปราศจากเหตุผลอันเป็นเหตุกระทบกระเทือนถึงประโยชน์ส่วนรวมของรัฐ ย่อมถือว่าเป็นปฏิปักษ์ต่อนโยบายเพื่อประโยชน์ของประชาชน

2) ศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public good morals) เห็นได้ง่ายว่าเป็นประโยชน์ของประชาชน ฉะนั้น กิจการอันใดที่จะทำให้อัมพันธ์หรือเป็นปฏิปักษ์ต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมถือได้ว่าเป็นการขัดจีนหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อนโยบายเพื่อประโยชน์แห่งประชาชน (Public policy) การที่จะวินิจฉัยว่า การกระทำอันใดเป็นการเสื่อมเสียหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ถือเอามาตรฐานของศีลธรรมที่คนทั่วไปรับรอง ถือความเห็นทั่วๆ ไปของประชาชน (Public policy) อย่างไรก็ตามมาตรฐานดังนี้ออมเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย และในประเทศหนึ่งอาจไม่เหมือนกับอีกประเทศหนึ่งก็ได้

3) นโยบายของกฎหมายเรื่องหนึ่งเรื่องใด (The policy of the law) คำว่า “นโยบายของกฎหมาย” บางทีก็ใช้แทนคำว่า “นโยบายเพื่อประโยชน์ของประชาชน” (Public policy) แต่มีความหมายแคบกว่า นโยบายของกฎหมายเรื่องหนึ่งเรื่องใดนั้น ได้แก่ วัตถุประสงค์ที่กฎหมายเรื่องนั้นมุ่งหมายที่จะให้บรรลุผลและรวมถึงวิถีทางที่กฎหมายวางไว้เพื่อถึงผลดังว่านั้น เราย่อมเห็นได้ง่ายว่าผลดังว่านี้ย่อมตกเป็นประโยชน์แก่ประชาชน เพราะว่าการที่รัฐตรากฎหมายขึ้นก็เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน

ฉะนั้นในกรณีที่มีปัญหาจะต้องใช้นโยบายเพื่อประโยชน์ของประชาชน (Public policy) ในทางปฏิบัติจึงให้อยู่ในการพิจารณาวินิจฉัยของผู้บังคับบัญชาชั้นผู้ใหญ่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าควรเป็นกรณีให้เป็นความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานชั้นผู้ใหญ่ ทั้งนี้เพื่อจะให้ดุลพินิจ คือ

การวินิจฉัยเห็นสมควรในปัญหานี้ได้อยู่ในลักษณะพอไว้เนื้อเชื่อใจได้ และภายในวินัยสำรวม
เหนียวรั้งอันดี (in a disciplined and responsible manner) ตลอดจนข้อเท็จจริง ความเป็นไปที่จะอ้าง
หรือถือเป็นมูลฐานของคุณพินิจ



บทที่ 3

การใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะของพนักงานอัยการ ในต่างประเทศเปรียบเทียบกับประเทศไทย

ในบทนี้จะกล่าวถึงหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจไม่ฟ้องคดีที่มีมูลของอัยการในต่างประเทศมาศึกษาวิเคราะห์ถึงความแตกต่าง โดยจะกล่าวถึงเฉพาะที่มีอยู่ใน ประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ เพื่อเป็นตัวอย่างและเป็นแนวทางในการพัฒนาระบบการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการไทยต่อไป

3.1 ประเทศเยอรมนี

เดิมประเทศเยอรมนีอาศัยการดำเนินคดีตามระบบไต่สวน โดยการเริ่มคดีและการฟ้องคดีจะทำโดยเอกชนผู้เสียหายหรือบุคคลในครอบครัว (Slipp) โดยรัฐจะไม่เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ต่อมาเมื่อมีความคิดว่าอาชญากรรมที่เกิดขึ้นกระทบต่อชุมชน รัฐจึงเข้ามาจัดการดำเนินคดีให้โดยศาล (ผู้ไต่สวน) จะเป็นผู้สอบสวนฟ้องร้องและชี้ขาดลงโทษผู้ต้องสงสัยเองเพียงลำพังเพียงองค์กรเดียว โดยการพิจารณาพิพากษาก็ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการสอบสวนที่ศาลได้กระทำการสอบสวน จึงทำให้ศาลมีอคติต่อผู้ถูกกล่าวหา¹ ต่อมากลางศตวรรษที่ 19 เยอรมันนี้ได้รับอิทธิพลทางกฎหมายจากฝรั่งเศส ที่ต้องการให้การสอบสวนฟ้องร้องอยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรใหม่นั้นคือ “อัยการ” เพื่อสร้างสมดุลอำนาจศาลกับอัยการ (to create a balance of power between court and prosecutor) และเพื่อเสริมให้การพิจารณาพิพากษาเกิดความยุติธรรมมากขึ้น² ด้วยเหตุนี้อัยการจึงได้รับอำนาจหน้าที่ส่วนหนึ่งจากศาลในการผดุงไว้ซึ่งความยุติธรรม และได้ยกฐานะของผู้ถูกกล่าวหา ขึ้นเป็น “ประธานในคดี” (Subject)³

¹ John H.Langbein. (1977). **Comparative Criminal Procedure.** p. 90.

² Karl-Heinz Kunet. (1987). **The Prosecutor System in the Federal Republic of Germany.**
p. 29.

³ คณิต ฌ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 12.

หลังการก่อตั้งสถาบันอัยการซึ่งถือได้ว่าเป็นการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของเยอรมัน พนักงานอัยการจึงมีอำนาจในการเริ่มคดี การสอบสวนและการฟ้องคดีอาญา ส่วนผู้พิพากษาก็มีอำนาจพิจารณาและพิพากษาคดี และตำรวจเป็นเพียงผู้ช่วยเหลือพนักงานอัยการในการสอบสวน

3.1.1 หลักเกณฑ์ในการสั่งคดีอาญาของอัยการเยอรมนี

ภารกิจหลักของอัยการเยอรมันคือการฟ้องคดีอาญา หลักการที่สำคัญที่สุดที่เกิดขึ้นพร้อมกับการก่อตั้งสถาบันอัยการและอัยการทุกคนได้ยึดถือและปฏิบัติตามโดยตลอดคือ หลักการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมาย (Legality principal) กล่าวคือ เมื่อทราบและมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าได้มีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นอัยการมีหน้าที่ต้องดำเนินคดีนั้น⁴ หลักการนี้ได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมัน มาตรา 151 ซึ่งบัญญัติว่า “การพิจารณาคดีอาญาของศาลจะเริ่มต้นได้ต่อเมื่อมีการยื่นฟ้อง” ดังนั้นหมายความว่า กฎหมายเยอรมันถือว่าการดำเนินคดีอาญาเป็นหน้าที่ของรัฐ โดยมีข้อยกเว้นให้เอกชนสามารถฟ้องคดีได้อย่างจำกัด⁵

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมัน มาตรา 152 (2) บัญญัติถึงหลักการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมายไว้ว่า “อัยการต้องฟ้องการกระทำความผิดที่มีโทษทางอาญาทั้งปวงต่อศาล หากมีพยานหลักฐานเพียงพอ” เหตุที่บัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพื่อมิให้อัยการใช้ดุลพินิจปฏิเสธที่จะฟ้องคดี ไม่ว่าจะเป็นความผิดอุกฉกรรจ์หรือความผิดที่มีโทษปานกลางในกรณีที่มีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะเอาผิดผู้ต้องหาได้ หรืออีกนัยหนึ่ง เพื่อมิให้อัยการใช้ดุลพินิจในการฟ้องคดีอาญามากเกินไป จนเป็นอันตรายต่อประชาชนและเพื่อป้องกันอัยการจากการแทรกแซงทางการเมือง⁶

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศเยอรมัน ได้ยอมรับเอาแนวคิดในเรื่องหลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย (Legality prosecution) ซึ่งหมายความว่าอัยการมีหน้าที่ฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาทั้งปวงที่มีพยานหลักฐานเพียงพอให้ฟ้องร้องต่อศาลได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการสอดคล้องกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ว่าประชาชนมีสิทธิเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย (Equal right clause) และเพื่อการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคกันอันจะเป็นการป้องกันมิให้อัยการใช้อำนาจตามดุลพินิจอย่างกว้างขวางโดยมิชอบ⁷

⁴ คณิต ฌ นคร ฆ (2526). ระบบอัยการสากล. หน้า 93.

⁵ ปิยธิดา เจริญธรรม. (2540). “บทบาทและการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีของอัยการเยอรมัน.”

เอกสารทางวิชาการเรื่องการตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ. หน้า 20.

⁶ แหล่งเดิม.

⁷ Klus sessar. (1979). Prosecutorial Discretion in Germany. (In The Prosecutor). p.255.

แต่อย่างไรก็ดีที่กล่าวมาเบื้องต้นนี้มีได้หมายความว่าอัยการในเยอรมันจะดำเนินคดีอาญาโดยปราศจากอำนาจการใช้ดุลพินิจเสียเลยทีเดียว เพราะอันที่จริงอาจจะกล่าวได้ว่าขอบเขตการใช้ดุลพินิจกำลังขยายตัวอยู่ทุกขณะ⁸

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมันแม้จะบัญญัติบังคับว่าอัยการจะต้องฟ้องคดีอาญาทุกเรื่องที่เกิดขึ้นและมีการสอบสวนเป็นคดีต่อศาล แต่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมันนั่นเองก็ได้บัญญัติถึงขอบเขตของการใช้หลักการดังกล่าวมีลักษณะเป็นข้อยกเว้นให้อัยการสามารถใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีได้ (Discretionary non-prosecution) แม้อัยการจะเห็นว่ามิเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดซึ่งอัยการต้องดำเนินคดี (ดำเนินการสอบสวน) หรือเห็นว่าการกระทำของผู้ต้องหาเป็นความผิดอาญาซึ่งอัยการต้องฟ้องก็ตาม อัยการอาจจะดำเนินคดีหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้เนื่องจากหากยึดถือปฏิบัติตามหลักการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมายโดยเคร่งครัดเกินไป บางกรณีจะส่งผลให้มีปัญหาเรื่องการอำนวยความสะดวกและเรื่องความเหมาะสมในการบังคับใช้กฎหมายได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับความผิดที่มีโทษปานกลางและความผิดเล็กน้อย ดังนี้ นับตั้งแต่คริสต์วรรษที่ 20 เป็นต้นมา การบังคับใช้หลักการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมายจึงเคร่งครัดน้อยลง

แม้หลักการดำเนินคดีอาญาของอัยการเยอรมัน คือ หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย แต่ก็มีข้อยกเว้น และการไม่ดำเนินคดีหรือไม่ฟ้องของอัยการในลักษณะนี้ถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจในการสั่งคดีโดยแท้ เป็นการยกเว้นการใช้หลักการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมาย ข้อยกเว้นของหลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายมีบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 153 ถึง 154 อี โดยกฎหมายได้กำหนดให้อำนาจพนักงานอัยการอาจไม่ดำเนินคดีได้ ดังที่ได้กล่าวต่อไป

3.1.2 การสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาที่มีมูล

การสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาที่มีมูลถือเป็นข้อยกเว้นของหลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย ซึ่งมีแนวความคิดมาจากหลักพอสมควรแก่เหตุ (Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit) ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญว่า ในกรณีที่กำหนดไว้ในกฎหมาย อาจไม่จำเป็นต้องลงโทษผู้กระทำความผิดก็ได้เมื่อขาดเหตุผลในการป้องกัน⁹ การสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาที่มีมูลในประเทศเยอรมนีอาจจำแนกได้ออกเป็น 2 ลักษณะคือ

⁸ Ibid.

⁹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์. (2546). “การชะลอฟ้องโดยมีเงื่อนไขตาม มาตรา 153a ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน.” *บทบัญญัติ*, 59, 2. หน้า 17.

3.1.2.1 การสั่งฟ้องคดีอาญาที่มีมูลโดยไม่มีเงื่อนไขหรือการระงับการฟ้อง การสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาที่มีมูลโดยไม่มีเงื่อนไขหรือการระงับฟ้องนี้ บัญญัติไว้ใน มาตรา 153 ถึง มาตรา 154 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 8 กรณี คือ¹⁰

1) กรณีเนื่องจากความผิดเล็กน้อยของคดี (Petty infractions)

ความผิดเล็กน้อยตามกฎหมายอาญาของเยอรมัน หมายถึง ความผิดเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามกฎข้อบังคับของรัฐโดยเจตนาหรือประมาทแล้วแต่กรณี ตัวอย่างเช่น การฝ่าฝืนกฎจราจร การไม่ปฏิบัติตามกฎข้อบังคับตามกฎหมายระเบียบทางธุรกิจและการค้า การฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันสุขภาพและความปลอดภัยของประชาชน เป็นต้น บทลงโทษการฝ่าฝืนดังกล่าวคือ การปรับโดยเจ้าพนักงานฝ่ายปกครอง ซึ่งส่วนใหญ่คือตำรวจ โดยไม่ต้องนำคดีไปสู่ศาล อัยการและผู้พิพากษาจะไม่มีบทบาทในกรณีนี้เลย เว้นแต่ผู้ต้องหาจะไม่ยินยอมเสียค่าปรับและยินยอมต่อสู้คดีในศาล เจ้าพนักงานก็จะส่งเรื่องไปยังอัยการ ซึ่งอัยการมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจว่าจะฟ้องคดีดังกล่าวต่อศาลหรือไม่ และหากฟ้องก็ต้องดำเนินคดีไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ในกระบวนการพิจารณาความอาญาของเยอรมัน พนักงานอัยการไม่อาจฟ้องคดีความผิดเล็กน้อยบางฐานหากว่าผู้เสียหายมิได้ร้องทุกข์ (Strafamttrag) ฐานความผิดเล็กน้อยดังกล่าวได้แก่การก่อความไม่สงบในเคหสถานที่อยู่อาศัย การดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาท การทำร้ายแต่ไม่ทำให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ แต่ถึงแม้ว่าผู้เสียหายจะได้ร้องทุกข์แล้วก็ตาม พนักงานอัยการอาจสั่งไม่ฟ้องคดีได้ หากเห็นว่าการฟ้องคดีนั้นจะไม่ใช่ประโยชน์สาธารณะ

อย่างไรก็ตามไม่ว่าพนักงานอัยการจะได้สั่งไม่ฟ้องคดีอาญาใดก็ตามผู้เสียหายก็ยังคงมีสิทธิฟ้องคดีนั้นๆ ต่อศาลเองได้ นอกจากนั้นผู้เสียหายยังอาจคัดค้านคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการที่อ้างว่ามีพยานหลักฐานไม่พอฟ้องต่ออธิบดีอัยการของมลรัฐ หากอธิบดีอัยการยังคงยืนตามคำสั่งไม่ฟ้อง ผู้เสียหายสามารถอุทธรณ์ต่อศาลสูงของสหพันธรัฐเพื่อทบทวนคำสั่งดังกล่าวซึ่งศาลสูงสุดอาจสั่งให้พนักงานอัยการฟ้องคดีดังกล่าวได้หากเห็นควรเช่นนั้น

นอกจากความผิดเล็กน้อยของคดีในกรณีต่อไปนี้ อัยการอาจไม่ดำเนินคดีก็ได้

(1) อัยการอาจไม่ดำเนินคดีในความผิดที่มีโทษปานกลาง หรือความผิดที่มีโทษจำคุกน้อยกว่า 1 ปี และโทษปรับ ถ้าพิจารณาจะเห็นว่าความชั่ว (Schuld) ของผู้ต้องหาเล็กน้อยและการดำเนินคดีนั้นไม่มีประโยชน์ต่อสาธารณะ (Offentliches interest) มาตรา 153

ความผิดที่มีโทษปานกลาง เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ ยักยอก นื้อโกง กรรโชกทรัพย์ รับของโจร ปลอมเอกสาร ทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาท ทำแท้งโดยหญิงที่

¹⁰ คณิต ฒ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 155-158.

ตั้งครุฑทำเองโดยไม่เข้าช้อยกเว้นของกฎหมาย ทำให้ผู้อื่นบาดเจ็บโดยอาชญากรรม หน่วยงานนี้ยังกักขัง จับรถ โดยไม่มีใบอนุญาตหรือด้วยความเร็วเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด การมีภรรยาและสามีในขณะเดียวกันเกินกว่า 1 คน เป็นต้น

การไม่ดำเนินคดีในกรณีนี้ โดยปกติอัยการต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนั้น หากศาลมีคำสั่งเช่นใดถือเป็นที่สุด อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ความผิดอาญานั้นเป็นความผิดที่เกี่ยวกับทรัพย์สินซึ่งมีมูลค่าหรือราคาน้อย อำนาจที่จะไม่ดำเนินคดีเป็นอำนาจของอัยการโดยลำพัง

(2) พนักงานอัยการอาจไม่ดำเนินคดีในความผิดที่ตามกฎหมายศาลอาจไม่ลงโทษผู้กระทำได้ (มาตรา 153b) การไม่ดำเนินคดีในกรณีนี้ ต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลที่จะพิจารณาพิพากษาเช่นกัน

(3) อัยการอาจไม่ยื่นฟ้องข้อหาใดข้อหาหนึ่งได้ ถ้าเห็นว่าโทษหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่เกี่ยวข้องกับ โทษหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ได้มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดแล้ว หรือที่จะลงหรือกำหนดใช้แก่ผู้กระทำความผิดนั้นเล็กน้อยหรือเขาไม่มีน้ำหนักรวม (มาตรา 154)

(4) ถ้าการกระทำบางอันอาจแยกออกเป็นส่วนหนึ่งต่างหากได้ ซึ่งเกี่ยวกับการกระทำนั้น เป็นที่คาดหมายว่าโทษหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่จะบังคับใช้หรือกำหนดไว้ นั้น ไม่มีน้ำหนัก อัยการอาจจำกัดการสอบสวนดำเนินคดีเฉพาะการกระทำส่วนอื่นของความผิดหรือเฉพาะกฎหมายบางฐานความผิดได้ (มาตรา 154 a)

แม้โดยทฤษฎีศาลจะมีอำนาจตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของอัยการดังกล่าว แต่ในทางปฏิบัติการตรวจสอบและพิจารณาของศาลเป็นเพียงรูปแบบหรือพิธีการเท่านั้น ศาลมีเพียงข้อมูลตามสำนวนการสอบสวนของตำรวจและพนักงานอัยการเท่านั้น มิได้มีข้อมูลมากไปกว่าที่อัยการใช้ในการพิจารณาสั่งไม่ฟ้องคดีดังกล่าวเลย การตรวจสอบดุลพินิจของพนักงานอัยการในกรณีนี้ แท้ที่จริงแล้วอยู่ที่การตรวจสอบภายในตามลำดับชั้นบังคับบัญชาของสำนักงานอัยการสูงสุด¹¹

2) กรณีที่เนื่องจากความเกี่ยวข้องกับต่างประเทศ

คดีอาญาที่มีความเกี่ยวข้องกับต่างประเทศในกรณีดังต่อไปนี้ อัยการอาจไม่ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ได้ คือ

(1) อัยการอาจไม่ดำเนินคดีในความผิดอาญาที่ได้กระทำลงในต่างประเทศ หรือที่ตัวการในความผิดอาญาที่ได้กระทำลงในต่างประเทศนั้น ได้กระทำในส่วนของตนในประเทศ (มาตรา 153c วรรคหนึ่ง ข้อ 1)

¹¹ อติสร ไชยคุปต์. เล่มเดิม. หน้า 154.

(2) อัยการอาจไม่ดำเนินคดีอาญาที่คนต่างด้าวได้กระทำความผิดในเรือหรืออากาศยานต่างประเทศขณะที่เรือหรืออากาศยานนั้นอยู่ในอาณาเขตของประเทศ (มาตรา 153c วรรคหนึ่ง ข้อ 2)

(3) อัยการอาจไม่ดำเนินคดีในความผิดอาญาที่ผู้กระทำได้กระทำความผิดต่างประเศ และผู้นั้นได้ถูกศาลในต่างประเทศพิพากษาลงโทษและพ้นโทษไปแล้ว ถ้าเห็นว่าโทษที่จะลงแก่ผู้นั้น ไม่มีน้ำหนักพอเมื่อคำนึงถึงโทษตามคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศแล้วหรือได้มีคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศอันถึงที่สุดให้ปล่อยตัวผู้นั้น (มาตรา 153c วรรคหนึ่ง ข้อ 3)

(4) อัยการอาจไม่ยื่นฟ้องผู้กระทำความผิดที่อาจส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดนให้ต่างประเศหรือที่อาจเนรเทศออกไปจากประเศได้ (154b)

3) กรณีการใช้ดุลพินิจในความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ

คดีในความผิดอาญาที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐที่อัยการอาจใช้ดุลพินิจไม่ดำเนินคดีได้นั้น อาจแยกออกได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีที่เนื่องจากข้อหาโดยตรง เช่น ข้อหากบฏ ทั้งนี้ตามมาตรา 153d วรรคหนึ่ง และกรณีที่ไม่เกี่ยวกับข้อหาโดยตรง แต่การดำเนินคดีกระทบต่อความมั่นคงของรัฐตามมาตรา 153c วรรคสอง

ผู้มีอำนาจหน้าที่ดำเนินคดีในข้อหาความผิดที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐโดยตรงคือ อธิบดีอัยการสหพันธรัฐ

(1) อธิบดีอัยการอาจไม่ดำเนินคดีในข้อหาเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐโดยตรงได้ ถ้าเห็นว่ากระทำความผิดจะนำผลเสียหายอย่างยิ่งมาสู่ประเศในแง่ความปลอดภัยและความมั่นคงของประเศหรือเห็นว่าการดำเนินคดีนั้น ขัดต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเศ (มาตรา 153d วรรคหนึ่ง)

(2) อัยการอาจไม่ดำเนินคดีในความผิดที่ผลของการกระทำเกิดในประเศ โดยการกระทำที่กระทำลงต่างประเศได้ ถ้าเห็นว่าการดำเนินคดีจะเป็นอันตรายต่อประเศในแง่ความปลอดภัยและความมั่นคงหรือเห็นว่าการดำเนินคดีขัดต่อผลประโยชน์สาธารณะที่สำคัญ (มาตรา 153c วรรคสอง)

4) กรณีที่ผู้กระทำกลับใจและช่วยป้องกันผลร้าย

กรณีเป็นไปตามมาตรา 153e วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นกรณีเกี่ยวข้องกับคดีในข้อหาเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐโดยตรงเช่นกัน ซึ่งผู้มีอำนาจหน้าที่ดำเนินคดี คือ อธิบดีอัยการสหพันธรัฐ

ในคดีที่มีข้อหาเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐโดยตรง มาตรา 153e วรรคหนึ่ง บัญญัติว่าภายหลังจากการทำความผิด หากผู้กระทำได้ทำการป้องกันภัยอันเกี่ยวกับความมั่นคงหรือความ

ปลอดภัยของรัฐหรือระเบียบแบบแผนตามรัฐธรรมนูญ (Verfassung) อธิปไตยการสหพันธรัฐโดยความเห็นชอบของศาลสูงมรัฐอาจไม่ดำเนินคดีแก่ผู้นั้นได้

5) กรณีความผิดอาญาฐานกร โชกหรือริดเอาทรัพย์

ในกรณีที่มีความผิดอาญาฐานกร โชกหรือริดเอาทรัพย์ได้ถูกกระทำลงโดยการขู่เข็ญว่าจะเปิดเผยความผิดอาญาใดความผิดอาญาหนึ่ง อัยการอาจไม่ดำเนินคดีกับความผิดอาญาที่ถูกขู่เข็ญว่าจะเปิดเผยนั้นได้ ถ้าความผิดอาญานั้นไม่เป็นความผิดอาญาที่ผู้กระทำควรได้รับโทษเพราะความร้ายแรงของความผิดอาญานั้น (มาตรา 154c)

การที่กฎหมายให้อำนาจอัยการใช้ดุลพินิจที่จะไม่ดำเนินคดีประเภทนี้ได้เพื่อเป็นการสนับสนุนให้ผู้ถูกขู่เข็ญได้เปิดเผยเรื่องราวที่ตนถูกขู่เข็ญได้

6) กรณีคำตัดสินคดีแพ่งหรือคดีปกครอง

ในกรณีที่การยื่นฟ้องคดีอาญาในความผิดอาญาโทษปานกลางขึ้นอยู่กับคำวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งหรือคดีปกครอง อัยการอาจกำหนดระยะเวลาให้ดำเนินคดีแพ่งหรือคดีปกครองและเมื่อระยะเวลาดังกล่าวได้ผ่านไปโดยไม่เกิดผล อัยการอาจไม่ฟ้องคดีอาญานั้นได้ (มาตรา 154d)

บทบัญญัติที่ให้อัยการต้องรองจนกว่าจะมีการวินิจฉัยในคดีแพ่งหรือคดีปกครองถึงสิทธิที่เกี่ยวข้องกันก่อนนี้ มีความมุ่งหมายเพื่อให้ช่วยแบ่งเบางานของอัยการและการให้โอกาสอัยการที่จะไม่ฟ้องคดีในกรณีนี้ได้ก็เพื่อเป็นการชดเชวงมิให้ผู้ถูกกล่าวหาใช้คดีอาญาเป็นเครื่องมือบีบหรือเป็นเครื่องมือเตรียมในการดำเนินคดีอื่น

7) กรณีความผิดอาญาฐานกล่าวหาเท็จและดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาท

ตามกฎหมายอัยการชอบที่จะยังไม่ยื่นฟ้องคดีอาญา ฐานกล่าวหาเท็จ และดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทตลอดเวลาที่คดีอาญาหรือคดีวินัยที่เนื่องจากการกระทำที่แจ้งเท็จหรือกล่าวหาเหล่านั้นยังดำเนินการอยู่ (มาตรา 153e วรรคหนึ่ง)

8) กรณีความผิดที่ผู้เสียหายฟ้องได้

แม้ในประเทศเยอรมันจะใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐที่เคร่งครัด แต่ก็เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาได้บางฐานความผิดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 374 ซึ่งมีลักษณะความผิดเกี่ยวข้องกับเอกชนเป็นส่วนตัวโดยตรงอย่างมาก ได้แก่ ความผิดอาญาฐานบุกรุก ดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาท เปิดจดหมายผู้อื่น ทำร้ายร่างกาย ขู่เข็ญผู้อื่น ทำให้เสียหาย และความผิดอาญาบางฐานตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า การเลียนแบบ และลิขสิทธิ์ ความผิดเหล่านี้ พนักงานอัยการอาจใช้ดุลพินิจยื่นฟ้องคดีต่อศาล

ได้เช่นกัน โดยพนักงานอัยการจะยื่นฟ้องก็ต่อเมื่อเห็นว่าการฟ้องคดีนี้เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ และผู้เสียหายได้ร้องทุกข์เอาไว้แล้ว

3.1.2.2 การสั่งไม่ฟ้องโดยมีเงื่อนไข

1) หลักเกณฑ์ของการสั่งไม่ฟ้องโดยมีเงื่อนไข (การชะลอฟ้อง)

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันที่มีลักษณะเป็นการสั่งไม่ฟ้องโดยมีเงื่อนไข คือ มาตรา 153a ซึ่งมีปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตั้งแต่ ปี ค.ศ.1951 ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ.1974¹² เนื่องจากก่อนหน้านี้เกิดปัญหาทุจริตของอัยการ โดยมาตรา 153a ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันบัญญัติว่า

“โดยความเห็นชอบของศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นและของผู้ต้องหา อัยการอาจรอกการยื่นฟ้องคดีในความผิดอาญาโทษปานกลางไว้ชั่วคราวได้ โดยวางข้อกำหนดให้ผู้ต้องหาปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใด ดังนี้

- (1) ให้กระทำการอันใดอันหนึ่งอันเป็นการแก้ไขผลร้ายที่ตนได้ก่อขึ้น
- (2) ให้จ่ายเงินจำนวนหนึ่งแก่องค์กรที่บำเพ็ญประโยชน์เพื่อสาธารณะหรือ
- (3) ให้กระทำการอื่นใดที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ หรือ
- (4) ให้ชดเชยค่าอุปการะเลี้ยงดู

แก้รัฐ

ทั้งนี้ ในเมื่อเห็นว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่เหมาะสม และกรณีนั้น ความชั่ว (Schuld) ของผู้ต้องหาเล็กน้อย ทั้งเห็นว่าโดยการวางมาตรการนั้นจะเป็นการขจัดประโยชน์สาธารณะ (Offenentliches Interesse) ออกไปโดยอัยการกำหนดเวลาให้ผู้ต้องหาปฏิบัติและเมื่อผู้ต้องหาปฏิบัติแล้วคดีก็เป็นอันยุติ¹³

ในเดือนมีนาคม ค.ศ. 1993 มีการแก้ไขมาตรา 153a โดยกำหนดว่าอัยการสามารถรอกการยื่นฟ้องในคดีความผิดอาญาโทษปานกลางซึ่งไม่มีอัตราโทษขั้นต่ำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากศาล

จากบทบัญญัติมาตรา 153a อาจสรุปหลักเกณฑ์ในการชะลอการฟ้องในประเทศเยอรมันได้ดังนี้¹⁴

¹² Heinrich Kirshner. (1989) Integration, Diversion and Resocialisation in German Criminal Procedure in Resource Material Series No.36 UNAFEL. p. 58.

¹³ คณิต ฒ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 155-156.

¹⁴ Julia Fionda. (1995). **Public Prosecutors and Discretion: A Comparative Study.** p. 136

(1) จะต้องขอความเห็นชอบจากศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเสียก่อน เว้นแต่เป็นความผิดอาญาโทษปานกลางซึ่งไม่มีอัตราโทษขั้นต่ำ

(2) ผู้ต้องหาต้องยินยอม

(3) ต้องเป็นคดีโทษปานกลาง

(4) อัยการกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ต้องหาปฏิบัติตามได้ตามที่กฎหมายระบุเท่านั้น

(5) เมื่อชะลอการฟ้องเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้วจะต้องมีการสั่งฟ้อง หรือสั่งไม่ฟ้องอีกภายหลัง โดยหากผู้ต้องหาปฏิบัติตามเงื่อนไขที่อัยการกำหนดต้องสั่งไม่ฟ้อง

(6) อัยการพิจารณาแล้วเห็นว่ามาตรการนั้นเป็นมาตรการที่เหมาะสม

(7) อัยการพิจารณาแล้วเห็นว่า การฟ้องนั้นจะไม่ใช่ประโยชน์ต่อสาธารณะ

2) ผลภายหลังการสั่งไม่ฟ้องโดยมีเงื่อนไข

เมื่ออัยการชะลอการฟ้องจะกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ให้ผู้ต้องหาปฏิบัติตามอย่างหนึ่งอย่างใด ดังนี้

(1) ให้กระทำการอันใดอันหนึ่งอันเป็นการแก้ไขผลร้ายที่ตนได้ก่อขึ้น

(2) ให้จ่ายเงินจำนวนหนึ่งแก่องค์กรที่บำเพ็ญประโยชน์สาธารณะหรือ

แก่รัฐ

(3) ให้กระทำการอื่นใดที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ หรือ

(4) ให้ชดเชยค่าอุปการะเลี้ยงดู

เมื่อผู้ต้องหายอมปฏิบัติตามเงื่อนไขแล้ว คดีก็เป็นอันยุติ คือ อัยการจะไม่สั่งฟ้องซึ่งมีข้อสังเกตว่าเงื่อนไขที่อัยการมักจะกำหนด คือ ข้อ (1) และ (2)

3.1.3 ระบบตรวจสอบการสั่งคดีอาญาของอัยการเยอรมัน

การตรวจสอบการสั่งคดีอาญาของพนักงานอัยการเยอรมัน โดยที่พนักงานอัยการเยอรมันมีหน้าที่ต้องฟ้องคดีตามหลักกฎหมาย เว้นแต่กรณีมีข้อยกเว้นให้พนักงานอัยการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีได้ดังกล่าวข้างต้น แต่การใช้ดุลพินิจดังกล่าวบางครั้งก็อาจถูกตรวจสอบโดยกระบวนการภายในสถาบันอัยการหรือกระบวนการภายนอกได้ และหากการใช้ดุลพินิจในการสั่งคดีไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมาย ก็อาจมีการแก้ไขให้ถูกต้องได้ แต่หากเป็นกรณีที่อัยการสั่งไม่ฟ้องคดีที่เกี่ยวกับอาชญากรรมทางการเมืองหรืออาชญากรรมที่เกิดขึ้นนอกประเทศเยอรมันหรือคดีที่เยาวชนหรือวัยรุ่นเป็นผู้ต้องหา การใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการย่อมไม่ถูกตรวจสอบได้ไม่ว่าโดยหน่วยงานใด

3.1.2.1 ระบบการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก

1) การตรวจสอบโดยศาล การสั่งไม่ฟ้องของอัยการเยอรมัน แม้ว่ามีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะพิสูจน์ความผิดอันถือเป็นข้อยกเว้นของหลักการฟ้องคดีเชิงบังคับนั้น ถือเป็นหลักว่า จะต้องได้รับความเห็นจากศาลก่อนจึงจะทำได้ ซึ่งเป็นการตรวจสอบแล้วขั้นหนึ่ง นอกจากนี้ผู้เสียหายยังสามารถร้องขอต่อศาลให้นำคดีที่อัยการสั่งไม่ฟ้องขึ้นสู่การพิจารณาของศาลได้ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 171-172)¹⁵ โดยหากศาลอนุญาตอัยการก็จะต้องถูกบังคับโดยปริยายให้ต้องทำหน้าที่เป็นโจทก์ในคดี

หากอัยการเจ้าของเรื่องยังยืนยันคำสั่งไม่ฟ้องคดี พนักงานอัยการต้องแจ้งต่อผู้ร้องขอถึงการยืนยันคำสั่งดังกล่าวพร้อมเหตุผล และหากผู้ร้องขอเป็นผู้เสียหายในคดีนั้น พนักงานอัยการจะต้องแจ้งให้ทราบถึงสิทธิที่ผู้เสียหายสามารถร้องขอต่ออัยการสูงสุดประจำมลรัฐและศาลโดยลำดับ เพื่อให้ศาลตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของอัยการเจ้าของเรื่องดังกล่าว¹⁶ เป็นอันสังเกตได้ว่า เฉพาะผู้เสียหายเท่านั้นที่จะมีสิทธิขอให้อัยการสูงสุดและศาล โดยลำดับตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องดังกล่าว และในการร้องขอดังกล่าวในชั้นแรกผู้เสียหายจะต้องยื่นคำร้องคัดค้านการสั่งไม่ฟ้องอย่างเป็นทางการต่ออัยการสูงสุดประจำมลรัฐที่เป็นผู้บังคับบัญชาอัยการเจ้าของเรื่องภายใน 2 สัปดาห์ นับจากได้รับคำสั่งไม่ฟ้องคดีของอัยการเจ้าของเรื่อง¹⁷ เพื่อให้มีการตรวจสอบกันภายในองค์กรก่อน โดยทางสำนักงานอัยการประจำมลรัฐจะตรวจสอบเหตุผลคำสั่งไม่ฟ้องคดีดังกล่าวในสำนวนการสอบสวนโดยละเอียด ซึ่งส่วนใหญ่แล้วหากการสั่งคดีดังกล่าวมีความผิดพลาดก็มักได้รับการแก้ไขในชั้นตอนนี้ หากอัยการสูงสุดยืนยันคำสั่งไม่ฟ้องคดี ผู้เสียหายที่ร้องขอนั้นมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลอุทธรณ์ (State Court of Appeals) ภายใน 1 เดือน¹⁸ เพื่อขอให้ศาลสั่งให้อัยการสั่งฟ้องคดีดังกล่าว โดยคำร้องดังกล่าวนี้ต้องระบุข้อเท็จจริงและเหตุผลที่จะทำให้ศาลเห็นว่าคดีดังกล่าวควรได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยศาล และการกระทำของผู้ต้องหาเป็นความผิดอันควรถูกลงโทษ และหากศาลเห็นสมควรอาจขอให้อัยการส่งสำนวนการสอบสวนไปให้ตรวจสอบได้¹⁹ แต่อย่างไร

¹⁵ Hans-Heinrich Jescheck. (1970). *The Discretionary Powers of Prosecuting Attorney in West Germany*. pp. 508-512.

¹⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, มาตรา 171.

¹⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, มาตรา 172 (1).

¹⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, มาตรา 172 (2).

¹⁹ Joachim Herrman. (1974). *The Rule of Compulsory Prosecution and the Scope of Prosecutorial Discretion in Germany*. pp. 469-477.

ก็คือ การตรวจสอบของศาลก็เช่นเดียวกับการตรวจสอบภายใน คือเป็นผู้พิจารณาเพียงข้อเท็จจริงและเหตุผลในสำนวนการสอบสวนเท่านั้น

ในการร้องขอต่อศาลดังกล่าว ผู้เสียหายต้องมีทนายความและหากศาลเห็นชอบกับคำสั่งไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการ ผู้เสียหายจะต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลหรือในบางกรณีศาลอาจให้วางหลักประกันต่อศาลด้วย²⁰ ด้วยเหตุนี้ ผู้เสียหายจึงมักไม่ร้องขอให้ศาลตรวจสอบเพราะต้องเสียค่าใช้จ่ายมากเกินไป อย่างไรก็ตาม ถ้ามีการร้องขอและศาลเห็นว่าอัยการควรฟ้องคดีดังกล่าว พนักงานอัยการจะต้องฟ้องคดีนั้นและผู้เสียหายก็มีสิทธิตามกฎหมายที่จะขอเข้าร่วมเป็นโจทก์กับอัยการได้ด้วย ทั้งนี้เพราะกฎหมายเกรงว่าอัยการเจ้าของเรื่องจะไม่ปฏิบัติหน้าที่ต่อศาลอย่างสมบูรณ์เต็มที่นั่นเอง²¹

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า เนื่องจากระบบการตรวจสอบโดยศาลในประเทศเยอรมันนั้นศาลจะพิจารณาในประเด็นที่ว่า คดีนั้นมีพยานหลักฐานเพียงพอหรือไม่ (คดีมีมูลหรือไม่) ไม่ได้พิจารณาถึงดุลพินิจที่จะสั่งไม่ฟ้องคดีแม้จะมีพยานหลักฐานเพียงพอในการฟ้อง ดังนั้น การตรวจสอบในคดีดังกล่าวจึงไม่ใช้กับการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาที่มีมูลโดยอาศัยมาตรา 153 และมาตรา 153a เพราะก่อนที่อัยการจะสั่งไม่ฟ้องโดยอาศัยมาตราดังกล่าวจะต้องได้รับความชัดเจนเสียก่อนว่ามีพยานหลักฐานเพียงพอในการพิสูจน์ความผิด (ไม่ใช่ว่าผู้เสียหายเห็นว่าพยานหลักฐานพอฟ้อง แต่อัยการเห็นว่าพยานหลักฐานไม่พอฟ้อง) ทั้งยังจะต้องได้รับความยินยอมจากศาลก่อนอัยการจึงจะสั่งไม่ฟ้องโดยอาศัยมาตรา 153 และมาตรา 153 a ได้²²

2) การตรวจสอบโดยประชาชนหรือผู้เสียหาย

ความผิดอาญาที่ผู้เสียหายในคดีสามารถฟ้องเองได้ คือ ความผิดที่มีโทษปานกลางบางฐานความผิด ซึ่งเกี่ยวข้องกับเอกชนหรือประโยชน์ในด้านทรัพย์สินเป็นส่วนตัวตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 374²³

สำหรับความผิดเหล่านี้พนักงานอัยการจะยื่นฟ้องคดีก็ต่อเมื่อเห็นว่าการฟ้องนั้นเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ หากพนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้องผู้เสียหายยังคงมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล

²⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, มาตรา 177.

²¹ John H. Langbein . (1974). Controlling Prosecutorial Discretion in Germany. pp. 438 and 465.

²² Ibid.

²³ Jay A. Sigler (1979). The Prosecutor: A comparative Functional Analysis in **The Prosecutor**. p. 56. ตัวอย่างความผิดตามมาตรา 374 เช่น ความผิดฐานบุกรุก ดุหมิ่นหรือหมิ่นประมาท เบียดข่มผู้อื่น ทำร้ายร่างกาย ชูเชิงดูดี ทำให้เสียทรัพย์ และความผิดอาญาบางฐานตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า กฎหมายสิทธิบัตร แบบแผน แบบเครื่องอุปโภค เครื่องหมายการค้า การเลียนแบบ และลิขสิทธิ์.

เองได้ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการจากภายนอก

นอกจากนี้ผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีได้เองโดยมีต้องรอให้พนักงานอัยการสอบสวนหรือฟ้องร้องก่อน ซึ่งวิธีพิจารณาในคดีที่ผู้เสียหายฟ้องเองนี้จะเหมือนกับกรณีที่พนักงานอัยการเป็นผู้ฟ้องคดี อย่างไรก็ตามก็ถึงพนักงานอัยการสามารถเข้าว่าคดีที่ผู้เสียหายฟ้องเองดังกล่าวเมื่อใดก็ได้หากเห็นว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นประโยชน์สาธารณะ หากพนักงานอัยการเข้าว่าคดีเอง พนักงานอัยการก็จะเป็นโจทก์รับผิดชอบในคดีโดยตรงโดยมีผู้เสียหายเป็นโจทก์ร่วม โดยผู้เสียหายยังคงมีสิทธิในฐานะเป็นคู่ความที่จะอ้างพยานมาเบิกความต่อศาล มีทนาย ซักถามพยาน เสนอคำพิพากษาต่อศาล และอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นต่อศาลอุทธรณ์

ศาลอาจยกฟ้องคดีดังกล่าว หากมีพยานหลักฐานไม่เพียงพอหรือเห็นว่าความชั่วของผู้ต้องหาเล็กน้อย ในความผิดบางฐานที่เกี่ยวกับประโยชน์ส่วนบุคคล²⁴ แม้พนักงานอัยการจะเชื่อว่า การฟ้องคดีความผิดดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ แต่อัยการก็จะฟ้องคดีได้ต่อเมื่อผู้เสียหายได้ร้องทุกข์ต่อตำรวจ อัยการ หรือศาลภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้ถึงการกระทำผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตามหากอัยการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้อง ผู้เสียหายไม่สามารถอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อศาลได้ แต่อาจยื่นคำร้องต่ออัยการสูงสุดแห่งรัฐเพื่อคัดค้านคำสั่งไม่ฟ้องดังกล่าว (Departmental complaint) ในทางปฏิบัติการยื่นคำร้องดังกล่าวแทบไม่เคยประสบความสำเร็จเลย

3) การตรวจสอบโดยรัฐสภา

เนื่องจากพนักงานอัยการเยอรมันสังกัดกระทรวงยุติธรรม ซึ่งมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้บังคับบัญชา และเป็นผู้รับผิดชอบงานด้านการดำเนินคดีอาญาของอัยการโดยตรงต่อสภานิติบัญญัติ ฉะนั้นถ้าการดำเนินคดีอาญาของอัยการเกิดความบกพร่อง สภานิติบัญญัติก็อาจลงมติไม่ไว้วางใจให้รัฐมนตรีผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้ ซึ่งถือเป็นกลไกอันสำคัญที่ทำให้ฝ่ายบริหารต้องรับผิดชอบต่อสภานิติบัญญัติตามระบบประชาธิปไตย²⁵

²⁴ Marianne Loschnig – Gapandi and Michael Kilching, Victim Offender Mediation and Victim Compensation in Austria and Germany – Stock Taking and Perspectives for Future Research 5/1 European Journal of Crime, Criminal Law and and Criminal Justice : 58,66 (1997) เช่น ความผิดฐานก่อความไม่สงบในเคหสถาน หมิ่นประมาท ลักพาเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ลักพาผู้เยาว์หรือหญิง ทำร้ายร่างกายผู้อื่น ลักทรัพย์ในเคหสถาน น้อโกง ไซยานพาหนะโดยไม่มีอำนาจ และทำให้เสียชีวิต.

²⁵ Hans-Heinrich Jescheck. Op.cit. pp. 509.

3.1.2.2 ระบบตรวจสอบภายในองค์กร

ตามกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาล (Gerichtsverfassungsgesetz) มาตรา 146 อัยการต้องฟังคำสั่งผู้บังคับบัญชาของตน ซึ่งนอกจากคำสั่งภายในวงงานแล้ว ยังมีคำสั่งนอกวงงานอีก กล่าวคือตามมาตรา 147 ของกฎหมายฉบับเดิม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมของสหพันธรัฐมีอำนาจออกคำสั่งให้อธิบดีอัยการสหพันธรัฐ และพนักงานอัยการสหพันธรัฐปฏิบัติงานได้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมของมลรัฐก็มีอำนาจดังนี้เช่นกัน โดยคำสั่งที่ผู้ได้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตามนั้นต้องเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย นั้นหมายความว่านอกจากผู้สั่งจะมีอำนาจในการสั่งได้แล้ว เนื้อหาของคำสั่งยังต้องชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย คือต้องไม่ขัดกับหลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย²⁶ สหพันธรัฐเรียกว่า General bundesanwalt หรือ อธิบดีอัยการสหพันธรัฐหรือ อัยการสูงสุดสหพันธรัฐ และรองลงมาก็คือ อัยการประจำศาลจังหวัดหรืออัยการประจำศาลแขวงผู้พิพากษาหัวหน้าอัยการประจำศาลจังหวัดหรือศาลแขวง เรียกว่า Oberstaatsanwalt หรืออัยการจังหวัด²⁷

ดังนั้น อธิบดีอัยการสหพันธรัฐจึงเป็นผู้บังคับบัญชาของอัยการประจำศาลสูงสุดของสหพันธรัฐ อัยการเขตเป็นผู้บังคับบัญชาของอัยการประจำศาลสูงมลรัฐ และอัยการจังหวัดเป็นผู้บังคับบัญชาของอัยการประจำศาลจังหวัดและศาลแขวง นอกจากนั้นแล้วอัยการเขตในฐานะหัวหน้าอัยการประจำศาลมลรัฐมีอำนาจออกคำสั่งใดๆ ให้พนักงานอัยการประจำศาลจังหวัดและประจำศาลแขวงในเขตของตนปฏิบัติงานได้ แต่ข้อที่น่าสังเกตก็คือ อธิบดีอัยการสหพันธรัฐไม่มีอำนาจสั่งการอัยการมลรัฐไม่ว่ากรณีใดๆ แม้ในกรณีที่การดำเนินคดีอาญาในความผิดที่จะต้องพิจารณาพิพากษาชั้นต้นที่ศาลสูงมลรัฐก็ตาม ซึ่งการดำเนินการอยู่ในความผิดชอบของอธิบดีอัยการสหพันธรัฐ และอธิบดีอัยการสหพันธรัฐก็ไม่มีอำนาจสั่งการเช่นเดียวกัน²⁸

แนวทางปฏิบัติของอัยการในเยอรมันนั้นมีข้อสังเกตว่าหากเป็นแนวทางปฏิบัติของรัฐจะสั้นและไม่กำหนดรายละเอียด แต่กำหนดไว้เป็นการทั่วไปซึ่งไม่ค่อยได้ผล แต่สำนักงานอัยการแต่ละแห่งก็จะมีแนวทางปฏิบัติเป็นของตัวเอง

²⁶ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 91-92.

²⁷ แหล่งเดิม.

²⁸ แหล่งเดิม.

3.2 ประเทศอังกฤษ

ในการใช้ดุลพินิจสั่งคดีนั้น พนักงานอัยการจะพิจารณาว่าการที่จะฟ้องหรือไม่ฟ้องนั้น ไม่ได้พิจารณาเพียงแต่ว่าคดีนั้นมีพยานหลักฐานพอที่จะให้ศาลลงโทษได้หรือไม่เท่านั้น แต่จะพิจารณาตลอดไปถึงด้วยว่าเป็นการสมควรกระทำเพื่อสาธารณะ เป็นการใช้อำนาจในลักษณะกึ่งตุลาการ (Quasi-Judicial) และไม่ได้ถือเป็นหลักว่าเมื่อมีผู้ต้องสงสัยว่าได้กระทำความผิดแล้วก็จะต้องฟ้องไปโดยอัตโนมัติ พนักงานอัยการจะต้องพิจารณาด้วยว่าผลของการฟ้องร้องไม่ว่าจะประสบความสำเร็จให้มีการลงโทษหรือไม่กระทบต่อขวัญของประชาชน หรือระเบียบของบ้านเมือง ตลอดจนสิ่งอื่นๆ ที่กระทบกระเทือนต่อรัฐประศาสนโยบาย (Public policy) จะเป็นอย่างใด การใช้อำนาจดุลพินิจของพนักงานอัยการฟ้องคดีในกระบวนการยุติธรรมจะถูกปรับใช้ตามสมควร ดังนั้นอาจจะกล่าวได้ว่าอัยการมีอำนาจในการยับยั้งคดีที่มีพยานหลักฐานเพียงพอ ไม่ให้ขึ้นไปสู่ชั้นศาล โดยใช้พิจารณาเรื่อง “ประโยชน์สาธารณะ” ซึ่งพิจารณาจากปัจจัยหลายด้าน เช่น ลักษณะของผู้กระทำความผิด ฐานความผิด ประโยชน์ของคู่ความ

การพิจารณาเรื่องประโยชน์สาธารณะในการฟ้องคดี อยู่ในนิยามของคำว่า “เหตุผลแห่งความยุติธรรม” ซึ่งอำนาจหน้าที่การพิจารณาดังกล่าวเป็นของพนักงานอัยการในการตัดสินใจเป็นลักษณะของพนักงานอัยการในการฟ้องคดีแทนพระมหากษัตริย์ อันมีลักษณะที่แตกต่างจากทนายความ โดยทนายความนั้นจะต้องพยายามทำให้ลูกความชนะคดีด้วยหลักกฎหมายเรื่องพยานหลักฐานและกระบวนการในชั้นศาล ส่วนหน้าที่ของพนักงานอัยการทำหน้าที่ฟ้องคดีต่อศาลเสนอพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับจำเลยทั้งในแง่บวกและแง่ลบ และไม่ได้มุ่งเน้นที่จะลงโทษจำเลยอย่างเดียว แต่การฟ้องคดีของพนักงานอัยการนั้นต้องมีประโยชน์ต่อสาธารณะและเป็นไปเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

การสั่งยุติการดำเนินคดีเป็นสิ่งที่ควบคู่กับเรื่องประโยชน์สาธารณะ การก่อกองการดำเนินคดีนั้นจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติไปอย่างถูกต้องและเป็นธรรม พนักงานอัยการจำเป็นที่จะต้องมีอำนาจที่ยุติดำเนินคดีที่ไม่ถือประโยชน์สาธารณะอีกต่อไปได้

3.2.1 หลักเกณฑ์ในการสั่งคดีอาญาของอัยการอังกฤษ

คดีที่จะฟ้องต่อศาลนั้นจะต้องดำเนินการโดยสำนักงานอัยการสูงสุด (Crown Prosecution Service) ซึ่งก่อตั้งตามพระราชบัญญัติการฟ้องคดีความผิดทางอาญา ปี ค.ศ. 1985 ซึ่งคดีที่จะมาสู่การพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดนั้น ต้องเป็นคดีที่เกินกว่าอำนาจการตัดสินของตำรวจ และอาจจะต้องฟ้องศาลต่อไป ซึ่งศาลก็ได้มีการยกฟ้องคดีเป็นจำนวนมาก สำนักงานอัยการสูงสุดอาจสั่งไม่ฟ้องคดี เนื่องจากพยานหลักฐานไม่เพียงพอ หรือการฟ้องนั้นไม่เป็นประโยชน์ อัยการสามารถใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยว่าจะฟ้องหรือไม่ฟ้องคดีใดก็ได้โดยได้มีการ

บัญญัติไว้อย่างชัดเจน

ในประเทศอังกฤษเป็นที่ยอมรับกันตลอดมาว่าตำแหน่ง Attorney General และ Solicitor General เป็นตำแหน่งในทางบริการ แต่ทว่าในการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้ดุลพินิจสั่งการในคดีอาญานั้น Attorney General และ Solicitor General มีฐานะเสมือนตุลาการ (Quasi-judicial functions) กล่าวคือ มีความอิสระในทางคดีความเช่นเดียวกับผู้พิพากษาศาลฎีกาไม่อาจมีใครมาสั่งการหรือแทรกแซงในการดุลพินิจได้ฐานะอิสระของ Attorney General และ Solicitor General นี้ เป็นฐานะที่รับรองไว้โดยหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ

จึงเป็นที่เห็นได้ว่าเป็นหลักการที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าอัยการจะต้องมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ปกป้องสำคัญประการหนึ่งที่จะเป็นตัวกำหนดขอบเขตความเป็นอิสระของอัยการคือ หลักการดำเนินคดีอาญาของประเทศนั้นๆ ว่าใช้หลักการฟ้องคดีอาญาตามดุลพินิจ

ในปี ค.ศ. 1951 Lord Shawcross ซึ่งเป็นอัยการสูงสุดอังกฤษในสมัยนั้น ได้กล่าวเกี่ยวกับเรื่องประโยชน์สาธารณะซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยอัยการสูงสุดคนต่อๆมาว่า “ในประเทศนี้ไม่เคยมีหลักเกณฑ์ใด ซึ่งข้าพเจ้าหวังว่าจะไม่มีที่กำหนดว่าผู้ต้องหาในคดีอาญาจะต้องถูกดำเนินคดี (ฟ้องคดี) โดยอัตโนมัติ”

ในประเทศอังกฤษได้มีการออกหลักเกณฑ์การสั่งคดีของพนักงานอัยการโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติการดำเนินคดีอาญา ค.ศ. 1985 (Prosecution of Offences Act 1985) จัดทำเป็นเอกสารสาธารณะ ตามประมวลหลักการสั่งคดีของพนักงานอัยการ (The Code for Crown Prosecutors) ได้มีการปรับปรุงครั้งล่าสุดและประกาศใช้เมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2010 ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

ในการสั่งฟ้องคดีตามกฎหมายมีสองขั้นตอน คือ ขั้นพิจารณาพยานหลักฐาน (The evidential stage) และตามด้วยขั้นการพิจารณาประโยชน์ของสาธารณะ (The public interest stage) ขั้นพิจารณาพยานหลักฐานต้องกระทำก่อนขั้นพิจารณาประโยชน์สาธารณะ หากคดีไม่ผ่านการขั้นการพิจารณาพยานหลักฐาน คดีจะต้องไม่เดินหน้าต่อไปไม่ว่าจะเป็นคดีสำคัญหรือร้ายแรงเพียงใด หากคดีผ่านขั้นการพิจารณาพยานหลักฐาน อัยการจะต้องเข้าสู่การพิจารณาขั้นที่สองนั่นคือพิจารณาว่าการฟ้องคดีจะเกิดประโยชน์ต่อสาธารณชนหรือไม่

ในคดีส่วนใหญ่ อัยการจะใช้ดุลพินิจในการสั่งฟ้องเมื่อการสอบสวนเสร็จสมบูรณ์และตรวจสอบพยานหลักฐานที่มีอยู่ครบถ้วนแล้ว อย่างไรก็ตามจะมีคดีบางคดีที่เป็นที่ชัดเจนก่อนมีการรวบรวมและพิจารณาพยานหลักฐานว่าประโยชน์สาธารณะไม่จำเป็นต้องมีการฟ้องคดี ในกรณีคดีส่วนน้อยเช่นนี้ อัยการอาจตัดสินใจยุติไม่ดำเนินกระบวนการฟ้องต่อไป

อัยการจะใช้ดุลพินิจในการสั่งฟ้องต่อเมื่อพิจารณาได้เป็นที่พอใจว่าการกระทำความผิดทางอาญานั้นได้รับการตรวจสอบอย่างรอบคอบแล้วและต่อเมื่อสามารถดำเนินการประเมินประโยชน์สาธารณะได้อย่างสมบูรณ์ หากอัยการไม่มีข้อมูลเพื่อประกอบการตัดสินใจที่เพียงพอ การสอบสวนจะยังคงดำเนินการต่อไปและจึงจะใช้ดุลพินิจในการสั่งฟ้องต่อมา โดยอัยการต้องดำเนินการตามแนวทางที่ได้บัญญัติไว้ เพื่อที่จะได้มั่นใจได้ว่าการใช้ดุลพินิจในการสั่งฟ้องเป็นไปอย่างเหมาะสมและถูกต้อง

ขั้นพิจารณาพยานหลักฐาน²⁹ ต้องเป็นที่พอใจของอัยการว่ามีพยานหลักฐานพอเพียงที่คดีจะนำไปสู่การพิพากษาลงโทษจำเลยแต่ละคนได้ในแต่ละข้อหา อัยการต้องพิจารณาว่าฝ่ายจำเลยจะมีข้อต่อสู้อะไรบ้าง และน่าจะมีผลต่อคดีของอัยการอย่างไรบ้าง คดีที่ไม่ผ่านขั้นพิจารณาพยานหลักฐานไม่สามารถเข้าสู่กระบวนการพิจารณาขั้นต่อไปได้ ไม่ว่าจะมีความร้ายแรงหรือละเอียดอ่อนแค่ไหนก็ตาม

โอกาสในเชิงประจักษ์ที่จะพิพากษาลงโทษจำเลยได้นั้นเป็นการทดสอบในเชิงภาวะวิสัย ขึ้นอยู่กับการประเมินพยานหลักฐานของอัยการและข้อมูลที่อัยการได้รับมาเกี่ยวกับคำให้การของผู้ต้องสงสัย หมายความว่าลูกขุนหรือผู้พิพากษามาจิสเตรทหรือผู้พิพากษาที่เป็นกลาง ปราศจากอคติและมีเหตุผลที่นึ่งพิจารณาอย่างเดียวกันที่ได้รับการชี้แนะที่เหมาะสมและปฏิบัติตามกฎหมาย มีแนวโน้มที่จะไม่พิพากษาลงโทษจำเลยตามฟ้อง การทดสอบนี้แตกต่างหากจากการทดสอบที่ศาลที่พิจารณาคดีอาญาใช้ในการพิจารณาคดี ซึ่งศาลจะพิพากษาลงโทษจำเลยต่อเมื่อเป็นที่พอใจว่าศาลมั่นใจว่าจำเลยกระทำความผิด

เมื่อพิจารณาว่ามีพยานหลักฐานเพียงพอหรือไม่ในการฟ้องคดี อัยการต้องพิจารณาว่าพยานหลักฐานนั้นสามารถจะนำมาใช้ได้หรือไม่และมีความน่าเชื่อถือหรือไม่ มีหลายกรณีที่พยานหลักฐานไม่มีน้ำหนักให้พิจารณา แต่ก็มีหลายกรณีที่พยานหลักฐานอาจจะไม่มีน้ำหนักเท่าที่ปรากฏในตอนแรก

ขั้นการพิจารณาประโยชน์สาธารณะ³⁰ เมื่อพิจารณาแล้วว่าพยานหลักฐานเพียงพอ ทำให้มีเหตุผลสนับสนุนในการดำเนินการฟ้องคดี อัยการต้องพิจารณาเป็นลำดับต่อไปว่าการฟ้องคดีจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะหรือไม่

²⁹ The Evidential Stage. **Code for Crown Prosecutors**. Retrieved December 25, 2010, from

http://www.cps.gov.uk/publications/code_for_crown_prosecutors/codetest.html

³⁰ The Public Interest Stage. **Code for Crown Prosecutors**. Retrieved December 25, 2010, from

http://www.cps.gov.uk/publications/code_for_crown_prosecutors/codetest.html

โดยทั่วไปการฟ้องคดีมักเกิดขึ้น เว้นแต่ัยการจะเห็นว่าปัจจัยประโยชน์สาธารณะที่ไม่สนับสนุนต่อการฟ้องคดีมีน้ำหนักมากกว่าปัจจัยประโยชน์สาธารณะที่สนับสนุนต่อการฟ้องคดี หรือในกรณีที่ัยการพอใจในชั้นแรกแล้วว่าประโยชน์สาธารณะนั้นได้รับการคุ้มครองแล้ว โดยเสนอวิธีการทำทัณฑ์บนแก่ผู้กระทำความผิด

ความร้ายแรงของการกระทำความผิดหรือประวัติอาชญากรรมของผู้กระทำความผิด ส่งผลต่อที่จะทำให้การฟ้องคดีจำเป็นต่อประโยชน์สาธารณะ โดยลักษณะการกระทำความผิดที่มีความร้ายแรงมากเท่าไร ยังมีแนวโน้มที่การฟ้องคดีจะมีความจำเป็นต่อประโยชน์สาธารณะมากยิ่งขึ้น

การประเมินประโยชน์สาธารณะไม่ใช่เพียงแค่การพิจารณาจำนวนปัจจัยประโยชน์สาธารณะที่สนับสนุนต่อการฟ้องคดี และปัจจัยประโยชน์สาธารณะที่ไม่สนับสนุนต่อการฟ้องคดี และนำมาเทียบกันเท่านั้น แต่ละกรณีต้องมีการพิจารณาถึงข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เฉพาะคดี ัยการต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงความสำคัญของแต่ละปัจจัยประโยชน์สาธารณะในสถานการณ์แต่ละคดีและดำเนินการประเมินโดยภาพรวม

โดยที่จำนวนปัจจัยไม่ใช่สาระสำคัญ อาจเป็นไปได้ว่าจำนวนปัจจัยหนึ่งที่สนับสนุน (หรือไม่สนับสนุน) ประโยชน์สาธารณะ อาจมีน้ำหนักมากกว่าปัจจัยหลายๆปัจจัยที่ไม่สนับสนุน (หรือสนับสนุน) ประโยชน์สาธารณะ และการไม่มีปัจจัยสนับสนุน (หรือไม่สนับสนุน) ประโยชน์สาธารณะ ไม่ได้หมายความว่าคดีนั้นจะกลายเป็นมีปัจจัยไม่สนับสนุน (หรือสนับสนุน) ประโยชน์สาธารณะขึ้นมาแทนที่ ยกตัวอย่างเช่น เพียงเพราะไม่ได้มีการร่วมกันกระทำความผิดโดยบุคคลมากกว่าหนึ่งคน ไม่ได้ทำให้กลายจากปัจจัยที่สนับสนุนประโยชน์สาธารณะเป็นปัจจัยที่ไม่สนับสนุนประโยชน์สาธารณะ

ขั้นตอนการพิจารณาประโยชน์สาธารณะแนวทางดังกล่าวนั้นตรงกับ Sir Hartley Shawcross ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ในการประชุมรัฐสภาว่า “เมื่อปรากฏว่าพยานหลักฐานไม่เพียงพอที่จะลงโทษ การฟ้องคดีบุคคลใดบุคคลหนึ่งไม่ใช่เรื่องสาธารณะประโยชน์อีกต่อไป ไม่ว่าสงสัยอะไรก็ตาม หรือเป็นเพียงเบาะแสให้การก็ตาม” ประโยชน์สาธารณะจึงเป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาหลังจากที่ได้พิจารณาพยานหลักฐานแล้ว ในกรณีที่พยานหลักฐานไม่เพียงพอ ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาเรื่องประโยชน์สาธารณะอีก ดังนั้นห้ามมิให้ฟ้องคดีอาญา แม้ประชาชนจะเรียกร้องให้ฟ้องคดี ในกรณีที่ปรากฏพยานหลักฐานที่จะลงโทษผู้กระทำความผิด แม้จะมีประชาชนที่โกรธแค้นจะเร่งเร้าให้ฟ้องคดีก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถที่จะทดแทนพยานหลักฐานที่ควรจะมีในชั้นศาลได้ การที่ตัดสินฟ้องคดีด้วยเหตุดังกล่าวจะนำไปสู่การลงโทษ โดยกฎหมายมากกว่าที่จะเป็นการฟ้องคดีโดยกฎหมาย ในการที่พิจารณาเรื่องพยานหลักฐานน้อยกว่าแต่กลับไปให้น้ำหนักกับความ

ต้องการที่จะเห็นบุคคลดังกล่าวถูกฟ้องคดี ทั้งที่เชื่อได้ว่าไม่สามารถจะพิสูจน์การกระทำความผิดได้ เป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง³¹ ตัวอย่างของปัจจัยประโยชน์สาธารณะบางปัจจัยที่ควรได้รับการคำนึงถึง เมื่อพิจารณาว่าควรดำเนินการโดยวิธีการฟ้องคดี หรือการดำเนินการตามวิธีอื่นอาจเหมาะสมกว่าอย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าปัจจัยที่จะนำมาพิจารณามีเพียงที่ยกตัวอย่างมาเท่านั้น และในแต่ละคดีปัจจัยนี้อาจแตกต่างกันไปตามข้อเท็จจริงและพฤติการณ์อื่นๆ

ปัจจัยประโยชน์สาธารณะที่สนับสนุนต่อการฟ้องคดี:³²

การฟ้องคดีมีแนวโน้มที่จะเป็นสิ่งที่จำเป็นหาก:

- 1) การตัดสินลงโทษมีแนวโน้มที่จะเป็นคำพิพากษาที่มีความสำคัญ
- 2) การตัดสินลงโทษมีแนวโน้มที่จะเป็นคำสั่งของศาลนอกเหนือไปจากคำสั่งที่อัยการสามารถให้ประกันโดยการทำเป็นคำเตือนที่มีเงื่อนไข
- 3) การกระทำความผิดเกี่ยวข้องกับการใช้อาวุธหรือการขู่ว่าจะใช้ความรุนแรง
- 4) การกระทำความผิดนั้น กระทำต่อบุคคลผู้กำลังปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นการรับใช้ส่วนรวม (เช่น สมาชิกผู้ให้บริการในหน่วยฉุกเฉิน, ตำรวจ หรือเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์, ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพหรือสวัสดิการสังคม หรือผู้ให้บริการขนส่งมวลชน)
- 5) การกระทำความผิดโดยมีการไตร่ตรองไว้ก่อน
- 6) มีการร่วมกันกระทำความผิด
- 7) การกระทำความผิดนั้นได้กระทำต่อหน้าเด็ก หรือ กระทำในบริเวณที่มีเด็กอยู่ในระยะใกล้
- 8) การกระทำความผิดนั้น เกิดโดยมีแรงจูงใจจากการเลือกปฏิบัติไม่ว่าในรูปแบบใดต่อชาติพันธุ์ สัญชาติ เพศ ความพิการ อายุ ศาสนาหรือความเชื่อ ความคิดเห็นทางการเมือง การแสดงออกในทางเพศ หรืออัตลักษณ์ในเรื่องเพศของผู้เสียหาย หรือผู้ต้องหาแสดงการประสังคร้ายต่อผู้เสียหายเนื่องจากสิ่งที่กล่าวมา
- 9) การกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นเพื่อช่วยในการกระทำความผิดข้อหาอื่นที่ร้ายแรงขึ้น
- 10) ผู้เสียหายเป็นผู้ที่อยู่ในสถานะที่ไม่สามารถปกป้องตัวเองได้ และผู้ต้องหาขวยเอาประโยชน์นี้ในการกระทำความผิด

³¹ Roger K Daw (1989). The Public interest .Criterion in the decision to prosecute.. **HeinOnline 53 J. Crim.** pp.489-490.

³² Some common public interest factors tending in favour of prosecution. Code for Crown Prosecutors. Retrieved December 25, 2010, from http://www.cps.gov.uk/publications/code_for_crown_prosecutors/codetest.html.

- 11) มีลักษณะของการประพุดมีขอบในหน้าที่ต่อผู้เสียหาย
 - 12) มีความแตกต่างอย่างมากในอายุของผู้ต้องหาและผู้เสียหาย และผู้ต้องหาฉวยเอาประโยชน์นี้ในการกระทำความผิด
 - 13) มีความแตกต่างอย่างมากในวุฒิภาวะของผู้ต้องหาและผู้เสียหาย และผู้ต้องหาฉวยเอาประโยชน์นี้ในการกระทำความผิด
 - 14) ผู้ต้องหาอยู่ในฐานะผู้บังคับบัญชาหรือเป็นที่ไว้วางใจของผู้เสียหาย และผู้ต้องหาฉวยเอาประโยชน์นี้ในการกระทำความผิด
 - 15) ผู้ต้องหาเป็นผู้นำ หรือผู้จัดตั้งในการกระทำความผิด
 - 16) ผู้ต้องหาเคยถูกคำพิพากษา ในข้อหาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดในครั้งนี้
 - 17) ผู้ต้องหาถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดโดยละเมิดคำสั่งศาล
 - 18) การฟ้องคดีจะส่งผลกระทบต่อในทางบวกอย่างมีสาระสำคัญต่อการดำรงความเชื่อมั่นของสังคม
 - 19) มีมูลเหตุให้เชื่อว่าการกระทำความผิดนั้นจะดำเนินต่อไปหรือเกิดขึ้นอีก
- ปัจจัยประโยชน์สาธารณะที่ไม่สนับสนุนต่อการฟ้องคดี³³**
- การฟ้องคดีมีแนวโน้มน้อยลงที่จะเป็นสิ่งที่จำเป็นหาก:
- 1) มีแนวโน้มที่ศาลจะลงโทษแต่เพียงเล็กน้อย
 - 2) เมื่อพิจารณาความร้ายแรงประกอบกับผลจากการกระทำความผิดแล้ว การทำทัณฑ์บนซึ่งกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ต้องหายอมรับ เป็นการกระทำที่มีความเหมาะสมกว่าการฟ้องคดี
 - 3) ผู้ต้องหาอยู่ภายใต้กระบวนการตามกฎหมายอย่างอื่นที่เหมาะสม หรือยังคงได้รับโทษ หรือ เคยได้รับโทษและหลุดพ้นจากโทษทางแพ่งในเชิงลงโทษหรือทำนองเดียวกัน ซึ่งกำหนดไว้อย่างเหมาะสมต่อระดับความร้ายแรงของการกระทำความผิดและการละเมิดความไว้วางใจอื่นๆที่เกี่ยวข้อง
 - 4) การกระทำความผิดได้กระทำลงเป็นผลจากความผิดพลาดหรือความเข้าใจผิดอย่างแท้จริง
 - 5) ความเสียหายหรืออันตรายที่เกิดขึ้นเป็นเพียงเล็กน้อย และเป็นผลมาจากเหตุการณ์เดียว โดยเฉพาะเกิดจากการพิจารณาที่ผิดพลาด
 - 6) มีความล่าช้าอย่างมากระหว่างวันที่กระทำผิดและวันที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณา ยกเว้น

³³ แหล่งเดิม.

- เป็นความคิดที่ร้ายแรง
- ผู้ต้องหาเป็นผู้ก่อให้เกิด หรือมีส่วนในความล่าช้า
- การกระทำความผิดนั้นเพิ่งเป็นที่ประจักษ์
- ความซับซ้อนของการกระทำความผิด ซึ่งหมายถึงมีการดำเนินการสืบสวนที่

ยาวนาน

— มีการนำวิธีการสืบสวนแบบใหม่มาใช้ เพื่อตรวจสอบอาชญากรรมที่ก่อนหน้านี้ยังไม่ได้ได้รับความกระจ่างชัด และผลจากการนี้ทำให้ผู้ต้องหาเพิ่งได้รับการชี้ตัว

7) การฟ้องคดีมีแนวโน้มที่จะมีผลกระทบต่อสภาพร่างกายหรือจิตใจของผู้เสียหาย โดยพิจารณาประกอบกับความร้ายแรงของความคิดและความเห็นของผู้เสียหายต่อผลของการฟ้องคดีที่อาจมีต่อสภาพร่างกายหรือจิตใจของผู้เสียหาย

8) ผู้ต้องหาไม่พบเหตุเพียงเล็กน้อยในการร่วมกระทำความผิด

9) ผู้ต้องหาไม่มีการเยียวยาความเสียหายหรืออันตรายในทันที (แต่ผู้ต้องหาไม่สามารถหลีกเลี่ยงการฟ้องคดีเพียงเพราะได้จ่ายค่าเสียหายหรือคืนเงินที่ได้มาอย่างผิดกฎหมายนั้น)

10) ผู้ต้องหาได้รับความทุกข์ทรมานต่อสภาพจิตใจและร่างกายอย่างมากในขณะที่กระทำความผิด ยกเว้น ความคิดนั้นเป็นความคิดร้ายแรงและมีความเป็นไปได้ที่จะมีการกระทำความผิดนั้นซ้ำ อัยการต้องปฏิบัติตามแนวทางเกี่ยวกับการจัดการกับผู้กระทำความผิดที่มีความผิดปกติทางจิตใจ และต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักถึงสภาพความผิดปกติทางจิตใจหรือทางกายของผู้ต้องหาความจำเป็นเพื่อปกป้องความปลอดภัยของสาธารณะและผู้ให้บริการทางสุขภาพ ให้สมดุลกัน

11) การฟ้องคดีซึ่งอาจต้องมีการเปิดเผยรายละเอียดต่อสาธารณะซึ่งอาจเป็นอันตรายต่อผู้ให้ข้อมูล ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และความมั่นคงของชาติ

3.2.2 สรุปปัจจัยที่อัยการอังกฤษนำมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ

1) ประโยชน์สาธารณะ (Public interest)

ประโยชน์สาธารณะเป็นคำของกฎหมายที่มีลักษณะไม่แน่นอนหรือที่ในภาษาเยอรมันเรียกว่า “Unbestimmter Rechtsbegriff” ซึ่งโดยสภาพแล้วคำว่าประโยชน์สาธารณะมีความหมายกว้างขวางมากอาจขยายได้และไม่อาจนิยามได้ ทั้งการที่จะกำหนดลงไปว่าเมื่อใดการดำเนินคดีจึงไม่มีประโยชน์สาธารณะนั้นย่อมไม่อาจกระทำได้ แต่ต้องพิจารณาเป็นรายๆ ไป และในบางกรณีก็ยากยิ่งที่จะกล่าวว่าประโยชน์สาธารณะมีหรือไม่ Liebehentze ได้ยกตัวอย่างคดีพระในคริสต์ศาสนาผู้หนึ่งชื่อ Evan R. Bowen ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อเดือนมีนาคม ค.ศ. 1970 ข้อเท็จจริงได้

ความว่า Bowen อายุ 70 ปี และพินหน้าที่โดยรับบำนาญแล้ว เขาได้ขบถยนต์โดยประมาทเป็นเหตุให้ภรรยาถึงแก่ความตาย ตำรวจจึงได้สอบสวนดำเนินคดีแก่เขาแล้วได้มีการฟ้องร้องกันในศาลฎีกาที่ Swansea คดีนี้ถูกโต้แย้งคัดค้านอย่างแรงจากผู้พิพากษาหัวหน้าคณะ Mr. Justice Cusack ซึ่งกล่าวว่าการดำเนินคดีกับ Mr. Brown ไม่มีประโยชน์สาธารณะเลย ยิ่งกว่านั้นยังปรากฏว่า Mr. Brown เองก็ได้รับบาดเจ็บสาหัสจากอุบัติเหตุนี้ด้วย (ขาหักทั้งสองข้างและแขนหักข้างหนึ่ง) และหลังจากภรรยาตายก็รู้สึกว่าเขาโหดเหี้ยม รู้สึกเสียใจในการกระทำเพราะตนแท้ๆ ที่ทำให้ภรรยาต้องเสียชีวิต จากข้อเท็จจริง Mr. Justice Cusack เห็นว่า การดำเนินคดีกับ Mr. Bowen เป็นทารุณ (Sheer act of cruelty) และขัดกับประโยชน์สาธารณะ³⁴

ข้อโต้แย้งของผู้พิพากษา Cusack ในปัญหาประโยชน์สาธารณะนั้นจะเห็นได้ว่า ความเห็นนอกเหนือใจมีส่วนอยู่ด้วย คดีนี้ที่สุดได้มีการถอนฟ้องไป³⁵

คดีนี้เป็นตัวอย่างแสดงว่าในการที่จะพิจารณาประโยชน์สาธารณะในการดำเนินคดีนั้นมิมีปัญหาเพียงไร การดำเนินคดีกับผู้ที่ทำให้ผู้อื่นตายนั้นโดยปกติต้องถือว่ามิประโยชน์และตามธรรมดาต้องถือว่าการดำเนินคดีเป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบ แต่ในคดีนี้ตามความเห็นของผู้พิพากษาว่าเป็นกรณีพิเศษจริงๆ และไม่ควรมดำเนินคดี³⁶

ในการพิจารณาองค์ประกอบของคำว่า “สาธารณประโยชน์” อาจจะต้องอธิบายเป็นตัวอย่างเท่านั้นถึงจะทำให้เข้าใจเรื่องนี้ได้อย่างถ่องแท้ที่สุดมากกว่าที่จะกำหนดนิยามเป็นลักษณะทั่วไป ความเป็นอันตราย (Danger) ต่อสังคมนั้นเป็นหนึ่งในหลักเรื่องประโยชน์สาธารณะ แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีอาจมีหลักเกณฑ์ทั่วไปบางประการที่สามารถวิเคราะห์ได้จากการใช้ดุลพินิจของอัยการในคดีต่างๆ ได้³⁷

ประเด็นปัญหาในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนตัว ในกรณีการกระทำความผิดได้คาบเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนตัวด้วย เจตนาของผู้เสียหายอาจมีผลให้พนักงานอัยการต้องตัดสินใจในเรื่องการฟ้องคดีเปลี่ยนไป เช่น กรณีที่ผู้เสียหายต้องการที่จะถอนคำร้องทุกข์ โดยมีเจตนาอันบริสุทธิ์ โดยปราศจากการข่มขู่แล้ว พนักงานอัยการมีหน้าที่ต่อแผ่นดินที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าคดีดังกล่าวควรที่ดำเนินต่อไปหรือไม่ ในกรณีที่พนักงานอัยการพิจารณาว่าการฟ้องคดีเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ต้องพิจารณาว่า สาธารณชนต้องการที่จะทำเช่นไร ในกรณีที่ผู้เสียหายไม่ต้องการที่จะดำเนินคดีต่อไปนั้นผู้เสียหาย

³⁴ คณิต วนคร ก เล่มเดิม. หน้า 44.

³⁵ แหล่งเดิม.

³⁶ แหล่งเดิม.

³⁷ Roger K Daw Op.cit. p.490.

เป็นเพียงสมาชิกคนหนึ่งในสังคมที่ได้รับผลกระทบจากอาชญากรรมโดยตรง แม้ัยการจะต้องคำนึงความประสงค์ของผู้เสียหายด้วยก็ตาม แต่กฎหมายอาญาในปัจจุบันมีวัตถุประสงค์เรื่องการป้องกันสังคมและได้ปฏิเสธแนวความคิดที่ว่าผู้เสียหายเป็นผู้ที่รู้เรื่องคดีที่ดีที่สุด ตัวอย่างเช่น คดีละเมิดทางเพศเด็ก หรือ คดีละเมิดทางเพศในครอบครัว ผู้เสียหายไม่ต้องการที่จะให้พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดเนื่องจากกลัวว่าครอบครัวแตกแยก ในกรณีดังกล่าวมีคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญกว่าที่ต้องคุ้มครองและจำเป็นต้องใส่ใจในเรื่องดังกล่าว โดยไม่สนใจผลที่อาจจะเกิดกับผู้เสียหาย³⁸ หรือ กรณีผู้ต้องหาปล้นทรัพย์ซึ่งถูกจับกุม มีข้อมูลที่เป็นประโยชน์ซึ่งอาจใช้ปราบปรามการกระทำความผิดที่ร้ายแรงกว่า สิ่งที่ต้องแลกให้ได้มาซึ่งข้อมูลดังกล่าว คือการตั้งไม่ฟ้องคดีต่อผู้ต้องหาคนนั้น พนักงานอัยการจะต้องพิจารณา เมื่อปรากฏว่ามีประโยชน์สาธารณะหลายด้านในการที่จะฟ้องคดี ทั้งจากกระทำโดยผู้ต้องหาคนแรก และอาชญากรรมที่อ้างว่าได้มีการกระทำขึ้นโดยที่ผู้ต้องหาพร้อมจะให้พยานหลักฐานเช่นนี้ ความเสียหายของเหยื่อคนแรกนั้นก็เป็อันยุติไปโดยพิจารณาความสำคัญของประโยชน์สาธารณะในการฟ้องคดีในการกระทำความผิดที่ร้ายแรงกว่า การพิจารณาประโยชน์ของการฟ้องคดีเช่นนี้เป็นหลักเกณฑ์ปัจจัยหลักในการพิจารณาฟ้องคดี³⁹อีกอย่างหนึ่ง การพิจารณาถึงประโยชน์ส่วนตัวของผู้เสียหายแต่ฝ่ายเดียว โดยไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะก็อาจทำให้ผลของคดีออกมาต่างกันและก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมได้ เช่นในกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้ก่อให้เกิดความเสียหายราคา 10 ปอนด์ และยอมที่จะชดใช้ค่าเสียหาย ก็จะไม่มีการดำเนินคดีต่อไป (เพราะเมื่อไม่มีคดีแพ่งแล้ว พนักงานอัยการก็มีดุลพินิจในการตั้งไม่ฟ้องคดีอาญา) โดยเห็นว่าการดำเนินคดีไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณะ อย่างไรก็ตามหากผู้กระทำความผิดยอมรับสารภาพ แต่เป็นคนมีฐานะยากจนที่ไม่สามารถชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้ เกิดปัญหาว่า พนักงานอัยการกลับฟ้องคดีอาญาผู้กระทำความผิดเพื่อขอให้ชดใช้ค่าเสียหาย พนักงานอัยการใช้ดุลพินิจในข้อเท็จจริงที่เหมือนกัน แต่กลับสั่งคดีไม่เหมือนกัน คดีแรกคนผู้กระทำความผิดมีความสามารถชดใช้ ยอมชดใช้ค่าเสียหาย อัยการตั้งไม่ฟ้องคดี คดีที่สองผู้กระทำความผิดไม่มีเงินชดใช้ พนักงานอัยการตั้งฟ้องคดี เพื่อเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหาย ผลที่ออกมาก็คือในกรณีแรกผู้เสียหายสามารถ “ซื้อคดีอาญา” ได้ และทั้งสองกรณีดังกล่าวเป็นพิจารณาโดยใช้หลักเกณฑ์ว่าจำเลยสามารถที่จะจ่ายเงินชดใช้ภายหลังการกระทำความผิดได้หรือไม่⁴⁰ ในการฟ้องคดี เห็นได้ว่า การพิจารณาเรื่องประโยชน์สาธารณะ เป็นปัจจัยสำคัญที่อัยการพิจารณาว่าจะฟ้องคดีหรือไม่ฟ้องคดี อะไรคือประโยชน์สาธารณะ ไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนมากนัก และมีประเด็นปัญหา

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

หลายประการ ทั้งยังต้องพิจารณาเปรียบเทียบกันในกรณีที่เกี่ยวข้องกันระหว่างประ โยชน์สาธารณะ กับประโยชน์ส่วนตัว

2) ความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public order)

เรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนนี้เป็นเรื่องที่มีปัญหามาก ทำนองเดียวกันกับ เรื่องประโยชน์สาธารณะ บางทีเราอาจจะเห็นว่าทั้ง 2 เรื่องเป็นเรื่องเดียวกันได้เพราะทั้งสองเรื่อง เป็นปัญหาที่เกี่ยวกับประโยชน์ของรัฐ อย่างไรก็ตามความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีความหมาย แคบกว่าเพราะประโยชน์สาธารณะอาจหมายรวมถึงประโยชน์ที่เป็นสากลและประโยชน์ ระหว่างประเทศได้ ตรงข้ามความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นเรื่องความสงบเรียบร้อยและ ศีลธรรมภายใน⁴¹ ขอบเขตของเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นเรื่องที่ยากที่จะวางได้ จะเห็นได้จากคดีตัวอย่างที่ Liebchentez ยกขึ้นกล่าวดังต่อไปนี้คือ

เมื่อวันที่ 22 เมษายน ปี ค.ศ. 1966 หัวหน้าตำรวจสก๊อตแลนด์ยาร์ด ได้ออกคำสั่งถึง ตำรวจชั้นผู้ใหญ่ว่าไม่ให้ดำเนินคดีกับสโมสรหรือสถานพนันที่กระทำผิดต่อ Betting Gambling and Lotteries Act 1963 เว้นแต่จะเป็นกรณีมีการจ้อ โกง หรือ กรณีสโมสรนั้นจะกลายสภาพเป็นที่มั่วสุม ของอาชญากร⁴² Mr.Blackburn ราษฎรผู้หนึ่งรู้สึกว่าเขาไม่ได้รับการปฏิบัติที่เป็นธรรมจากคำสั่ง ดังกล่าวได้ดำเนินเรื่องถึงหัวหน้าตำรวจสก๊อตแลนด์ยาร์ดโดยตรงและขอให้หัวหน้าตำรวจสก๊อต แลนด์ยาร์ดจัดการกับการพนันที่ผิดกฎหมายซึ่งอยู่ทั่วไปในลอนดอนแต่กลับได้รับคำตอบจาก หัวหน้าสก๊อตแลนด์ยาร์ดว่าเป็นเรื่องของคุณกิจของเขาที่จะดำเนินการอย่างไรหรือไม่ก็ได้⁴³

โดยที่ตามกฎหมายอังกฤษตำรวจไม่เพียงแต่ดำเนินคดีเองได้อย่างเดียวแต่อาจ สนับสนุนการดำเนินคดีของประชาชนได้ด้วย Mr.Blackburn จึงได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลออก “Order of Mandamus” ดังนี้

- (1) ให้สั่งตำรวจให้ถือให้เป็นหน้าที่ทั่วไปที่จะต้องสนับสนุนตนและราษฎรอื่นใน การดำเนินคดีกับสโมสรการพนัน
- (2) ให้สั่งให้ตำรวจสนับสนุนตนเฉพาะเรื่องในการดำเนินคดีกับสโมสรที่ Piccadelly และ
- (3) ให้สั่งให้เพิกถอนคำสั่งของหัวหน้าตำรวจสก๊อตแลนด์ยาร์ดดังกล่าว⁴⁴

⁴¹ คณิต ฅ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 44.

⁴² แหล่งเดิม.

⁴³ แหล่งเดิม.

⁴⁴ แหล่งเดิม.

คดีนี้ศาลชั้นต้นพิพากษายกคำร้อง แต่ Mr.Blackburn อุทธรณ์ต่อมาและจำกัดคำอุทธรณ์เฉพาะในประเด็นข้อ (3) อย่างไรก็ตามยังไม่ทันที่ศาลอุทธรณ์จะได้พิพากษาประการใด เรื่องทั้งหมดก็จบลงโดยทนายของหัวหน้าตำรวจสกัดแลนค์ยาร์ดแถลงศาลว่าหัวหน้าตำรวจสกัดแลนค์ยาร์ดสมัครใจที่เพิกถอนคำสั่งนั้น ศาลจึงจำหน่ายคดีเพราะไม่เป็นประโยชน์สาธารณะจะพิจารณาต่อไปอีก⁴⁵

3) เหตุผลทางค่าใช้จ่าย

ในการดำเนินคดีอาญาในอังกฤษเหตุผลทางค่าใช้จ่ายมีส่วนกำหนดว่าจะควรดำเนินคดีหรือไม่ประการใดอยู่ด้วย ทั้งนี้เพราะเห็นว่าการดำเนินคดีทุกกรณีนั้นเป็นภาระที่หนักเกินไปสำหรับเจ้าพนักงานทั้งการดำเนินคดีในความผิดเล็กน้อยๆพิจารณาในแง่ค่าใช้จ่ายแล้วไม่คุ้มกันเลย จึงเห็นกันว่าการดำเนินคดีถึงชั้นศาลควรกระทำเฉพาะในกรณีที่เห็นว่าผู้กระทำควรถูกบังคับให้เคารพกฎหมายเท่านั้น⁴⁶

วิธีการที่มีรากฐานทางค่าใช้จ่ายที่สำคัญมีอยู่ 2 ประการ คือ “การว่ากล่าวตักเตือน” หรือที่เรียกว่า “Police cautioning (warning) system” และ “การพิจารณาเมื่อให้การรับสารภาพในข้อหาเบา” หรือ “Plea bargaining system” กล่าวคือ การตกลงระหว่างผู้ดำเนินคดีกับจำเลยว่าจะรับสารภาพถ้าตรวจจะจำกัดการฟ้องเพียงข้อหาเบา⁴⁷

4) ลักษณะของผู้กระทำความผิด

ลักษณะของผู้กระทำความผิด ซึ่งทำให้การพิจารณาสั่งคดีแตกต่างกันไป เป็นปัจจัยที่พิจารณาเฉพาะลักษณะของผู้กระทำความผิดในคดีนั้นๆ โดยไม่ต้องพิจารณาความร้ายแรงของการกระทำความผิดที่บุคคลดังกล่าวได้ถูกกล่าวหา ในการพิจารณาลักษณะของผู้กระทำความผิด เช่น ความอ่อนแอทางร่างกาย อาการป่วยทางจิต และความเครียด ความคึกคะนอง ขาดความยังคิดขาดประสบการณ์ของวัยรุ่น ปัจจัยเหล่านี้มีแนวโน้มที่จะทำให้คดีนั้นมีเหตุอันควรปราณี ในกรณีที่อัยการจะใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องด้วยเหตุผลที่เกี่ยวกับสภาพร่างกายหรือสภาพจิตของผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นกรณีที่สั่งไม่ฟ้องคดีเพื่อที่จะป้องกันไม่ให้สภาพร่างกายหรือสภาพจิตของผู้กระทำความผิด นั้นแย่ลง⁴⁸

⁴⁵ แหล่งเดิม.

⁴⁶ แหล่งเดิม.

⁴⁷ แหล่งเดิม.

⁴⁸ Roger K Daw. Op.cit. p.492.

5) อายุของผู้กระทำผิด

กรณีการไม่ดำเนินคดีเพราะอายุของผู้กระทำผิด พนักงานอัยการอาจไม่ดำเนินคดีโดยเมื่อคำนึงอายุของเด็กได้ การพิจารณาอายุอาจจะเป็นปัจจัยสำคัญ เมื่อพิจารณาว่าผู้ต้องหาที่เป็นเด็กนั้นจะต้องเผชิญกับอะไรบ้างในกระบวนการยุติธรรมหากถูกฟ้องคดี

อัยการจะต้องพิจารณาประโยชน์ของผู้เยาว์ด้วยเสมอในการวินิจฉัยว่าสาธารณชนจะได้รับประโยชน์หรือไม่ในการฟ้องดำเนินคดีแก่ผู้เยาว์ มาตรการลงโทษทางอาญาควรเป็นมาตรการสุดท้าย ทั้งนี้เพราะการถูกลงโทษอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออนาคตของผู้ต้องหาที่เป็นผู้เยาว์ได้ ในบางกรณีการดำเนินการกับผู้ต้องหาอายุน้อยนั้นสามารถทำได้โดยไม่จำเป็นต้องฟ้องคดีต่อศาล

อัยการจึงต้องพิจารณาประโยชน์สาธารณะขณะที่ตัดสินใจในการสั่งฟ้องคดีอย่างไรก็ตามอัยการไม่ควรสั่งไม่ฟ้องคดีเพียงเพราะอายุของผู้ต้องหาเท่านั้น เพราะความร้ายแรงของการกระทำความผิดหรือ พฤติกรรมครั้งก่อนๆของเขาวงคนนั้นก็มีส่วนสำคัญในการตัดสินใจเช่นกัน

6) ฐานความผิดหรือประเภทของคดี

องค์ประกอบที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดที่จะต้องนำมาพิจารณาว่าเป็นเรื่อง “ประโยชน์สาธารณะ” หรือไม่นั้น พนักงานอัยการควรที่จะพิจารณาก่อนที่จะฟ้องคดี โดยพิจารณาแนวโน้มนโยบายที่อาจจะลงโทษเพียงเล็กน้อย หรือพอเป็นพิธีเท่านั้น และไม่ได้อธิบายความว่า อัยการควรที่ยุติการดำเนินคดีและให้จำเลยหลุดพ้นโดยไม่มิมลทินใดๆ พนักงานอัยการจำเป็นต้องพิจารณาว่ามีวิธีการอื่นที่จะจัดการกับผู้กระทำความผิด ไปตามกระบวนการยุติธรรมโดยไม่ต้องนำผู้กระทำความผิดสู่ศาลด้วย

คดีทางเพศที่ไม่มีผู้เสียหาย (อาชญากรรมไร้เหยื่อ) ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่มีการร่วมเพศโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ การร่วมเพศกับผู้ที่มีสายโลหิตเดียวกัน โดยผู้เสียหายมีอายุใกล้เคียงกัน และเป็นกรณีที่ไม่ใช่การ ล่อลวง หรือบังคับ หรือโดยมิชอบอื่นใด ซึ่งกรณีดังกล่าวถือไม่ได้ว่าเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ

7) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง

กรณีนี้ก็ถือว่าเจ้าพนักงานชอบที่จะถามตนเองถึงคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองและเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย ซึ่งด้วยการตั้งคำถามดังกล่าวนี้เกี่ยวกับกฎหมายเก่าๆ บางบทในต่างเวลาต่างกันกล่าวกันในอังกฤษว่าจะได้รับคำตอบที่ต่างกัน ซึ่งมีผลต่อการที่จะดำเนินคดีหรือไม่ได้เช่นเดียวกัน⁴⁹

⁴⁹ Ibid.

สรุปได้ว่า ในประเทศอังกฤษ ไม่เคยเป็นกฎเกณฑ์ตายตัวในประเทศนี้ว่า การกระทำผิดอาญาทุกเรื่องจะต้องถูกฟ้องดำเนินคดีโดยอัตร โนมัดติ ด้วยเหตุนี้ ในแต่ละคดี อัยการต้องพิจารณาว่า จำเป็นจะต้องมีการฟ้องคดีหรือไม่เมื่อเทียบกับประโยชน์สาธารณะ การฟ้องคดีมักจะเกิดขึ้น เว้นแต่ อัยการมั่นใจว่ามีปัจจัยเรื่องประโยชน์สาธารณะที่ชี้ไปในทางไม่ควรฟ้องคดีมากกว่าควรฟ้องคดี หรือเว้นแต่เป็นที่พอใจของอัยการว่าประโยชน์สาธารณะจะเกิดขึ้นในเบื้องต้นด้วยการให้โอกาสแก่ผู้กระทำผิดในการตกลงยุติคดีด้วยวิธีอื่นนอกศาล ปัจจัยเรื่องประโยชน์สาธารณะที่อาจจะกระทบต่อการตัดสินใจสั่งฟ้องคดีจะแตกต่างกันไปในแต่ละคดี คดียิ่งร้ายแรงมากหรือการมีประวัติอาชญากรรมของผู้กระทำผิด ก็มีโอกาasyิ่งขึ้นที่จะต้องฟ้องคดีเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในทางกลับกัน การฟ้องคดีจะมีความจำเป็นลดลงหาก ตัวอย่างเช่น มีแนวโน้มนที่ศาลจะพิพากษาโทษสถานเบาหรือความสูญเสียหรืออันตรายที่เกี่ยวข้องกับความผิดนั้นเล็กน้อยและเป็นผลจากเหตุการณ์เพียงเหตุการณ์เดียว

3.2.3 ระบบตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการสั่งคดีอาญาของอัยการอังกฤษ

การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการอังกฤษ ตามรายงานของคณะกรรมการวิชิพิจารณาความอาญา ก่อนที่จะมีการสถาปนาสำนักงานอัยการขึ้นในปี พ.ศ. 2529 การฟ้องคดีในอังกฤษและเวลส์ขาดการที่จะสามารถตรวจสอบได้ แต่ปัจจุบันนี้อริบติอัยการและสำนักงานอัยการสามารถที่จะตรวจสอบได้มากยิ่งขึ้น ดังจะเห็นได้จากการที่ขณะนี้อัยการสูงสุดเป็นผู้แถลงนโยบายทั่วไปในเรื่องการฟ้องคดีต่อรัฐสภา นอกจากนี้อัยการสูงสุดยังแต่งตั้งและควบคุมอริบติอัยการและสำนักงานอัยการ และอาจเรียกให้สำนักงานอัยการรายงานกิจการต่างๆต่อตนเองได้ และประมวลกฎหมายว่าด้วยพนักงานอัยการก็ต้องได้รับการตีพิมพ์เผยแพร่สู่สาธารณชน ในฐานะเป็นปฏิญญาอริบติอัยการจะต้องจัดทำรายงานประจำปีเพื่อเสนอต่ออัยการสูงสุด ซึ่งจะเสนอรายงานดังกล่าวต่อรัฐสภาต่อไป และอัยการสูงสุดยังมีหน้าที่ต้องตอบกระทู้ของสมาชิกรัฐสภาซึ่งรวมทั้งจดหมายจากหรือในนามของผู้มีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกดังกล่าว นอกจากนี้สำนักงานอัยการจะมีผู้ตรวจสอบภายในของตนเองแล้ว ในฐานะที่เป็นองค์กรสาธารณะสำนักงานอัยการก็จะต้องรับผิดชอบต่อคำวิวินิจฉัยของตนเอง และต้องสามารถตอบข้อสงสัยของสาธารณชนและศาลยุติธรรมโดยตรงด้วย⁵⁰

การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของอัยการอังกฤษ ตามพระราชบัญญัติการดำเนินคดีอาญา ปี พ.ศ. 2528 (Prosecution of Offences Act 1985) ซึ่งใช้ใน ค.ศ. 1986 กำหนดให้อัยการเป็นผู้ฟ้องคดี ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของอัยการอังกฤษ มีแนวทางปฏิบัติ คือ

⁵⁰ สตเนติ เนติภัทรชูโชติ. เล่มเดิม. หน้า 124-125.

1) อธิบดีสำนักงานอัยการเป็นหัวหน้าหน่วยราชการของฝ่ายพนักงานอัยการ โดยอธิบดีสำนักงานต้องดำเนินการตามนโยบายรัฐมนตรี (Attorney-General)

2) ความรับผิดชอบต่อรัฐสภา โดยอธิบดีสำนักงานอัยการจะต้องจัดทำรายงานประจำปีเสนอต่อรัฐสภา การตรวจสอบโดยคณะกรรมการการปกครองของสภาผู้แทนราษฎร และคณะกรรมการตรวจสอบภายใน รวมทั้งการชี้แจงเหตุผลการสั่งคดีแก่สมาชิกรัฐสภาเป็นรายคดี

3) การกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับระเบียบปฏิบัติ สำหรับการตั้งฟ้องและการสั่งไม่ฟ้องของอัยการ โดยอธิบดีพนักงานอัยการจะต้องออกกฎระเบียบดังกล่าว รองรับบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการดำเนินคดีอาญา พ.ศ. 2528

4) การใช้ศาลพิจารณาทบทวนความเห็นการตั้งฟ้องและการสั่งไม่ฟ้อง โดยเฉพาะในส่วนที่ละเมิดระเบียบปฏิบัติสำหรับอัยการ รวมทั้งให้ศาลมีอำนาจสั่งให้อัยการดำเนินคดีหากพบความบกพร่องในการฟ้องร้อง

3.2.3.1 ระบบการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก⁵¹

1) การตรวจสอบโดยรัฐสภา

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าผู้รับผิดชอบในนโยบายการฟ้องคดีต่อรัฐสภาก็คือ Attorney General (AG) และ AG ก็เป็นผู้แต่งตั้งและกำกับดูแล Director of Public Prosecutions (DPP) กับ Crown Prosecution Service (CPS) รวมทั้งสามารถเรียกให้ DPP เสนอรายงานการปฏิบัติงานต่อตนได้ จึงถือว่า DPP และ CPS มีความรับผิดชอบโดยอ้อมต่อรัฐสภาเช่นกัน โดย AG เป็นผู้รับผิดชอบโดยตรงทำหน้าที่ตอบกระทู้ถามจากสมาชิกรัฐสภา นอกจากนั้นคณะกรรมการของรัฐสภาอาจจะตรวจสอบ CPS โดยตรงก็ได้

2) การตรวจสอบโดยศาล

ศาลเข้ามาตรวจสอบการดำเนินการของอัยการในแง่ที่ว่าในกรณีที่ต้องมีการไต่สวนมูลฟ้อง ศาลจะตรวจสอบการสั่งคดีของอัยการได้ และศาลพิพากษายกฟ้องเป็นการตรวจสอบโดยอ้อมได้ในทางหนึ่งเช่นกัน

⁵¹ David Johnson, Kittipong Kittayarak. (ธันวาคม, 2538). "Prosecution Systems in Seven Countries: A Comparative Analysis. วารสารนิติศาสตร์, 4. หน้า 635.

3) การตรวจสอบโดยองค์กรอื่นๆ⁵²

ได้แก่ การตรวจสอบการใช้งบประมาณของ Crown Prosecution Service (CPS) ซึ่งส่งผลกระทบต่อปฏิบัติงานของ CPS ได้เช่นกัน เช่น การตรวจสอบโดยสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน (National Audit Office) หรือ โดย Parliamentary Public Account Committee

3.2.3.2 ระบบตรวจสอบภายในองค์กร⁵³

พนักงานอัยการมีการบังคับบัญชาตามลำดับชั้นและต้องปฏิบัติหน้าที่ตาม Code for Crown Prosecutions ซึ่ง Director of Public Prosecutions (DPP) ประกาศกำหนด นอกจากนี้ยังมีการตรวจสอบภายในองค์กรในรูปแบบของ Field director ด้วย

3.2.3.3 ระบบตรวจสอบโดยผู้เสียหาย

มีการตรวจสอบในแง่ที่ว่าในกรณีที่พนักงานอัยการยุติคดี ผู้เสียหายก็อาจจะฟ้องคดีเองได้ แต่อำนาจฟ้องของผู้เสียหายในความคิดบางประเภทก็อยู่ภายใต้อำนาจของ Attorney General (AG) และ Director of Public Prosecutions (DPP)⁵⁴

3.2.3.4 ระบบตรวจสอบโดยสาธารณชน

เนื่องจากประเทศใช้หลักการฟ้องคดีโดยประชาชน ดังนั้น สาธารณชนอาจตรวจสอบอัยการได้โดยการฟ้องคดีอาญาด้วยตนเอง นอกจากนี้ยังสามารถวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของอัยการโดยผ่านสื่อมวลชนได้อีกด้วย

นอกจากการตรวจสอบที่กล่าวข้างต้นแล้ว ตาม 1985 Act ยังกำหนดให้อัยการต้องแจ้งเหตุผลในการยุติคดีต่อตำรวจด้วย ซึ่งจะทำให้ตำรวจสามารถอุทธรณ์คำวินิจฉัยต่ออัยการที่อยู่ในลำดับเหนือขึ้นไปได้ ซึ่งเป็นการตรวจสอบได้อีกทางหนึ่ง⁵⁵

⁵² Robert J.Green. **The Creation and Development of the Crown Prosecution Service** in Resource Material Series No. 42 UNAFEI. (Tokyo, December 1992). p 40.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ A.F.Wilcox (1972). **The Decision to Prosecute**. p. 5.

⁵⁵ Mike Mcconville, Andrew Sanders & Roger Leng(1991). **The case for the Prosecution: Police Suspects and the construction of Criminality**. p. 5.

3.3 ประเทศฝรั่งเศส

เดิมประเทศฝรั่งเศสไม่ได้ใช้ระบบการสั่งคดีโดยดุลพินิจ ในยุคการปฏิวัติใหญ่สำเร็จเมื่อปี ค.ศ. 1789 ฝ่ายนิติบัญญัติผู้ก่อการปฏิวัติไม่ไว้ใจการใช้อำนาจของผู้พิพากษาและพนักงานอัยการ โดยเกรงว่าจะมีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ด้วยเหตุนี้ฝ่ายนิติบัญญัติจึงบัญญัติให้ใช้หลักเกณฑ์การสั่งคดีตามกฎหมาย

ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ. 1808 (Code d' instruction criminelle หรือ C.I.C) ก็ได้บัญญัติซึ่งกล่าวถึงระบบการสั่งคดีของพนักงานอัยการไว้ จะมีก็แต่เพียงมาตรา 47 ซึ่งบัญญัติให้พนักงานอัยการร้องต่อผู้พิพากษาไต่สวนให้เข้ามาในคดีเมื่อทราบว่ามีกระทำความผิดเกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็ความผิดอุกฤษฏ์โทษ หรือความผิดฆนฉมิโทษความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติดังกล่าวทำให้เกิดข้อถกเถียงกันว่ากฎหมายประสงคจะให้พนักงานอัยการใช้ดุลพินิจในการสั่งคดีหรือไม่

นักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นเหมือนการตัดปัญหาการใช้ดุลพินิจของอัยการโดยห้ามมิให้อัยการระงับการฟ้องร้อง โดยอธิบายว่าไม่มีความผิดใดๆที่เกิดขึ้นโดยไม่มี การติดตามดำเนินคดี เจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการให้ความคิดทั้งหมดที่เกิดขึ้นมีการติดตามฟ้องร้องดำเนินคดี เพื่อเป็นประกันว่าจะไม่มีความผิดใดๆรอดจากการถูกฟ้องร้องได้ ทั้งการไม่ดำเนินคดีต่อผู้กระทำผิดยังอาจถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่บกพร่อง และอาจถูกร้องเรียนไปยังหน่วยงานตุลาการอื่นๆได้

อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ใช่บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจ แต่เป็นการกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างอัยการกับผู้พิพากษาไต่สวนเท่านั้น กล่าวคือ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของฝรั่งเศสแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ในการสอบสวน และการฟ้องร้องออกจากกัน โดยผู้พิพากษาไต่สวนมีหน้าที่ในการสอบสวน และอัยการมีหน้าที่ในการฟ้องคดี

ดังนั้น เมื่ออัยการได้รับแจ้งความหรือแจ้งข้อกล่าวหา ไม่ได้หมายความว่าอัยการไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจ ทั้งในเอกสารการร่างประมวลกฎหมายฉบับนี้ ก็แสดงไว้อย่างชัดเจนว่าต้องการจะให้อัยการมีอิสระที่จะดำเนินการตามกฎหมายต่อไปหรือไม่ก็ได้

แม้จะมีข้อถกเถียงดังกล่าว แต่ในทางปฏิบัติ การใช้ดุลพินิจในการดำเนินคดีของอัยการ เป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอันดับหนึ่ง ดังปรากฏให้เห็นจากแนวความคิดของอัยการหลายๆท่านว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับเก่าของฝรั่งเศสไม่ได้ห้ามอัยการใช้ดุลพินิจในการเลือกฟ้องหรือไม่ฟ้องคดีอาญา ถือเป็นอำนาจอันชอบธรรมของอัยการเพื่อประโยชน์สาธารณะ

จนกระทั่งปี ค.ศ. 1817 กระทรวงยุติธรรมได้ออกหนังสือเวียนแนะนำให้อัยการยุติคดีโดยใช้ดุลพินิจมากขึ้น ทั้งนี้เพราะกระทรวงยุติธรรมพบว่ามีการฟ้องร้องกล่าวหาในเรื่องที่ไม่มีสาระหรือในความผิดเล็กน้อยที่ไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคมมากขึ้น และในปี ค.ศ. 1826 ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาได้มีคำพิพากษาคดีหนึ่งโดยอาศัยนโยบายของกระทรวงยุติธรรมตามหนังสือเวียนฉบับดังกล่าว

คำพิพากษาในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของอัยการมีความสำคัญว่า การตีความมาตรา 47 ว่าอัยการไม่สามารถที่จะยกเว้นดำเนินคดีบางคดีที่ตนได้รับเรื่องกล่าวหาได้นั้นเป็นการตีความที่ไม่ถูกต้อง ผู้ร่างกฎหมายมิได้มุ่งหวังที่จะให้อัยการต้องดำเนินคดีฟ้องร้องข้อกล่าวหาทุกข้อ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นเรื่องเล็กน้อยหรือเรื่องที่ไม่มีสาระอันใด

ในปี ค.ศ. 1828 กระทรวงยุติธรรมได้ออกหนังสือเวียนวางหลักเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของอัยการว่า ถือเป็นหน้าที่ของอัยการที่จะพิจารณาอย่างอิสระว่าควรจะดำเนินคดีต่อไปหรือไม่ อัยการมีหน้าที่ดูแลและรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง จึงเป็นผู้เดียวที่จะตัดสินใจว่าสังคมถูกคุกคามโดยการกระทำผิดนั้นๆ หรือไม่ หากเป็นเช่นนั้น ก็เป็นการสมควรและถูกต้องที่จะดำเนินคดีต่อไป

ต่อมา เมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ. 1958 ซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน จึงได้มีการยอมรับการใช้ดุลพินิจของอัยการไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 40 วรรคแรกว่า “เมื่ออัยการรับคำร้องทุกข์หรือข้อกล่าวหาแล้ว ให้ใช้ดุลพินิจว่าจะดำเนินการอย่างไรต่อไป” อันเป็นการเปิดโอกาสให้อัยการมีสิทธิที่จะยุติเรื่องโดยไม่ดำเนินคดีต่อไปได้

3.3.1 หลักเกณฑ์ในการสั่งคดีอาญาของอัยการฝรั่งเศส

การฟ้องของอัยการใช้ระบบดุลพินิจ อัยการจะฟ้องก็ต่อเมื่อเห็นสมควรและเพื่อประโยชน์ของสังคม มาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศสบัญญัติว่า “เมื่ออัยการรับคำร้องทุกข์หรือข้อกล่าวหาแล้ว ให้ใช้ดุลพินิจว่าจะดำเนินการอย่างไรต่อไป”

ดังนั้นอัยการจึงไม่จำเป็นต้องฟ้องทุกเรื่องไป แม้ว่าจะมีการกระทำความผิดอัยการอาจไม่ฟ้องเมื่อเห็นว่าความผิดนั้นเป็นเรื่องเล็กๆ น้อยๆ ไม่คุ้มกับค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีที่จะต้องเสียไป การกระทำนั้นไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนโดยตรง เช่น การหมิ่นประมาทเอกชน การล่าสัตว์ในที่ดินของผู้อื่น เป็นต้น หรือเป็นความผิดที่มีโทษปรับอย่างเดียว กระทำโดยผู้ทำผิดที่อายุน้อยและเป็นความผิดครั้งแรก ผู้เสียหายได้รับการชดเชยความเสียหายจากผู้กระทำผิดแล้ว ดังนั้นเป็นต้น จึงอาจกล่าวได้ว่า อัยการมีอำนาจในการอภัยโทษ อนุเคราะห์การสั่งไม่ฟ้องเป็นเพียงวิธีการชั่วคราว และไม่เป็นผลให้สิทธิฟ้องคดีอาญากระงับ อัยการอาจสั่งกลับสั่งฟ้องใหม่ภายใน

อายุความได้เสมอ เช่น กรณีที่มีการตายโดยปรากฏในชั้นแรกว่าเป็นอุบัติเหตุ แต่ต่อมาภายหลังมีพยานหลักฐานว่าเป็นตายเองจากการกระทำผิด เป็นต้น

ถ้าหากอัยการเห็นว่ากรรณการกระทำนั้นเป็นความผิดและสมควรตั้งฟ้องอัยการก็ดำเนินการฟ้องร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจต่อไป ผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาโดยตรงเองไม่ได้ แต่ฟ้องได้โดยทางอ้อม คือ ฟ้องทางแพ่งต่อศาลที่พิจารณาคดีอาญาและโดยที่การดำเนินคดีแพ่ง ณ ศาลที่พิจารณาคดีอาญาจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีการดำเนินคดีอาญาไปพร้อมกัน ฉะนั้นจึงมีผลให้อัยการต้องดำเนินคดีอาญาไปด้วยแม้ว่าจะขัดกับความเห็นของอัยการก็ดี แต่เมื่อฟ้องศาลแล้วอัยการจะถอนฟ้องไม่ได้ เพราะถือว่าจำเลยมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาว่าไม่ได้รับการพิจารณาว่าไม่ได้กระทำผิด

อัตราโทษที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้น มีความสัมพันธ์กับการแบ่งประเภทความผิดอย่างชัดเจน ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีการแบ่งประเภทความผิดอาญาไว้ อย่างมีเอกลักษณ์และเป็นระบบ เรียกว่า การแบ่งประเภทความผิดแบบไตรภาค (Tripartite Classification) ประเภทความผิดที่ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสแบ่งออกเป็นไตรภาค มีดังนี้

1) ความผิดอุกฤษฏ์โทษ (Les crimes)⁵⁶ ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1993 มาตรา 131-1 ได้แก่ความผิดที่มีบทระวางโทษดังต่อไปนี้⁵⁷

- (1) จำคุกตลอดชีวิตหรือกักขังตลอดชีวิต
- (2) จำคุกหรือกักขังสามสิบปี
- (3) จำคุกหรือกักขังยี่สิบปี
- (4) จำคุกหรือกักขังสิบห้าปี

2) ความผิดมัชฌิมโทษ (Les délits)⁵⁸ ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1993 มาตรา 131-4 ได้กำหนดชั้นของโทษจำคุกไว้สำหรับความผิดมัชฌิมโทษดังนี้⁵⁹

- (1) โทษจำคุกสิบปี
- (2) โทษจำคุกเจ็ดปี

⁵⁶ ความผิดอุกฤษฏ์โทษ หรือความผิดอุกฤษฏ์ทุกคดี (Les crimes) คือ ความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไปจนถึงโทษจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งเป็นโทษสูงสุดในกฎหมายฝรั่งเศส ประเทศฝรั่งเศสได้ยกเลิกโทษประหารชีวิตไปแล้วตั้งแต่ปี ค.ศ.1981

⁵⁷ สำนักงานกิจการยุติธรรม. (2549). โครงการวิจัยศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา. หน้า 148.

⁵⁸ ความผิดมัชฌิมโทษ หรือ ความผิดที่มีโทษปานกลาง (Les délits) คือ ความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีลงมา

⁵⁹ แหล่งเดิม.

- (3) โทษจำคุกห้าปี
- (4) โทษจำคุกสามปี
- (5) โทษจำคุกสองปี
- (6) โทษจำคุกหนึ่งปี
- (7) โทษจำคุกหกเดือน
- (8) โทษจำคุกสองเดือน

3) ความผิดลหุโทษ (les contraventions) ความผิดลหุโทษในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสไม่มีโทษจำคุก โทษจำคุกสำหรับความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสเดิมฉบับปี ค.ศ. 1810 นั้น ได้กำหนดไว้สำหรับความผิดลหุโทษชั้นที่ 4 และชั้นที่ 5 แต่ต่อมาเมื่อได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ ค.ศ. 1993 ได้มีการยกเลิกโทษจำคุกสำหรับความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา คงมีแต่โทษสองประเภทตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 131-14 คือ 1) โทษปรับ และ 2) โทษที่ห้ามหรือจำกัดสิทธิบางประการ⁶⁰

คุณลักษณะของการแบ่งประเภทความผิดอาญาในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส นอกจากจะทำให้สามารถจัดกลุ่มประเภทความผิดตามความร้ายแรงของโทษอย่างเป็นระบบแล้ว ยังมีความสัมพันธ์อย่างสอดคล้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมอาญา ตั้งแต่ชั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และศาล⁶¹

3.3.2 การใช้ดุลพินิจสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องคดีอาญา

สำหรับคดีอาญาทั่วไปนั้น อัยการมีดุลพินิจที่จะสั่งฟ้องคดีหรือไม่ก็ได้ การสั่งฟ้องคดีอาญาหรือไม่ของอัยการนั้น ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะตรวจสอบได้ว่าคำสั่งดังกล่าวของอัยการชอบหรือไม่ชอบ จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่าพนักงานอัยการฝรั่งเศสมีหน้าที่ในการจัดการกับคำร้องทุกข์ดังกล่าวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 40 บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการวางหลักการให้ดุลพินิจในการสั่งคดีอาญาของพนักงานอัยการและพนักงานอัยการฝรั่งเศสก็อาศัยอำนาจของกฎหมายนี้ในการสั่งยุติคดี (Classements sans suite) แต่เฉลี่ยประมาณ 4,000,000 หรือ ประมาณร้อยละ 85 ของจำนวนคดีทั้งหมด คดีที่พนักงานอัยการฝรั่งเศสมีคำสั่งยุติคดีนี้ สามารถแบ่งเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ⁶²

⁶⁰ แหล่งเดิม.

⁶¹ แหล่งเดิม.

⁶² อุทัย อาทิวา. (2546, ตุลาคม-พฤศจิกายน). “การใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการกับการลดปริมาณคดีชั้นผู้ศาลในประเทศฝรั่งเศส.” วารสารยุติธรรม, 4, 1. หน้า 16-17.

3.3.2.1 คดีที่ไม่สามารถฟ้องได้ (Les affaires non poursuivables) ได้แก่ คดีประเภทที่กระทำไม่เป็นการผิด คดีที่มีเหตุตามกฎหมายที่กเว้นความรับผิดชอบ (Motif juridique) และคดีที่ไม่สามารถระบุตัวกระทำความผิด (default d'élucidation) คดีที่พนักงานอัยการสั่งยุติคดีเนื่องมาจากสาเหตุเหล่านี้มีจำนวนประมาณ 3,500,000 คดี หรือ ประมาณร้อยละ 75 ของจำนวนคดีทั้งหมด อย่างไรก็ตาม การที่พนักงานอัยการสั่งยุติคดีประเภทนี้ ถือเป็นคำสั่งยุติตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีหรือตามหลักกฎหมาย ซึ่งพนักงานอัยการในประเทศที่ใช้ระบบการสั่งคดีตามกฎหมายก็สามารถสั่งคดีตามกฎหมายก็สามารถสั่งไม่ฟ้องหรือยุติได้เช่นเดียวกัน ดังนั้นการที่พนักงานอัยการใช้ดุลพินิจสั่งยุติคดีประเภทนี้ จึงไม่สามารถแยกความแตกต่างระหว่างการสั่งคดีในระบบกฎหมายกับระบบดุลพินิจได้ หากประสงค์จะแยกความแตกต่างของทั้งสองระบบต้องพิจารณาจากการสั่งยุติคดีของพนักงานอัยการในกรณีที่เป็นคดีที่สามารถฟ้องได้

3.3.2.2 คดีที่สามารถฟ้องได้ (Les affaires poursuivables) แต่พนักงานอัยการสั่งยุติคดีหากพนักงานอัยการในประเทศใด สามารถสั่งยุติคดีประเภทนี้ได้ ก็จะจัดอยู่ในระบบการสั่งคดีโดยดุลพินิจ ในประเทศฝรั่งเศสพนักงานอัยการได้สั่งยุติคดีประเภทนี้ไปจำนวนปีละประมาณ 500,000–600,000 คดี หรือ ประมาณครึ่งหนึ่งของคดีพนักงานอัยการสามารถฟ้องได้ทั้งหมด (ส่วนที่เหลือพนักงานอัยการสั่งฟ้องประมาณ 600,000–700,000 คดีต่อปี) คดีที่พนักงานอัยการสั่งยุติคดีในกรณีที่สองนี้ ยังสามารถแบ่งย่อยออกได้เป็นสองประเภท คือ

1) คดีที่พนักงานอัยการใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริงในการสั่งยุติคดี เนื่องจากเห็นว่าการดำเนินคดีกับผู้ถูกกล่าวหาไม่มีประโยชน์ หรือมีเหตุที่ไม่สมควรดำเนินคดีกับผู้ต้องหา เช่น ผู้ร้องทุกข์ถอนคำร้องทุกข์ สภาพจิตของผู้ต้องหาไม่ปกติ ผู้เสียหายมีส่วนร่วมรับผิดชอบในความผิดที่เกิด ผู้เสียหายไม่สนใจคดีอีกต่อไป หรือความผิดที่เกิดขึ้นมีความเสียหายหรือผลกระทบต่อสังคมน้อยมาก เป็นต้น

จำนวนคดีที่พนักงานอัยการสั่งยุติคดีตามนี้ จะมีอยู่โดยเฉลี่ยประมาณ 400,000 คดีต่อปี หรือร้อยละ 9 ของจำนวนคดีทั้งหมด

2) คดีที่มีการใช้มาตรการเบี่ยงเบนจากการฟ้องคดี (Procédures alternatives aux poursuites—Alternative disputed resolutions) คดีเหล่านี้เป็นคดีที่พนักงานอัยการใช้ดุลพินิจสั่งยุติคดีภายใต้เงื่อนไขบางประการที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดปฏิบัติ ในปี ค.ศ. 1998 มีการใช้มาตรการเบี่ยงเบนออกจากการฟ้องคดีจำนวน 163,819 คดี คิดเป็นร้อยละ 3.6 ของคดีทั้งหมด

มาตรการเบี่ยงเบนจากการฟ้องคดีที่ใช้ในฝรั่งเศสขณะนี้ มีอยู่สองมาตรการ คือ การไกล่เกลี่ยประนอมข้อพิพาท (Médiation pénale) และความตกลงทางอาญา (Composition pénale) มาตรการเบี่ยงเบนทั้งสองประการนี้เกิดขึ้นจากการปฏิบัติภายใต้ระบบการใช้ดุลพินิจใน

การลี้ภัยของพนักงานอัยการฝรั่งเศส ซึ่งปัจจุบันได้มีบัญญัติของกฎหมายรับรองไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

3.3.2.3 อำนาจของอัยการในการเสนอคดีอาญาต่อศาล

อัยการอาจเสนอคดีต่อศาล 3 วิธี คือ ขอให้สอบสวน ฟ้องความผิดซึ่งหน้าและฟ้องธรรมดา⁶³

1) การขอให้สอบสวน

ทำโดยอัยการยื่นคำร้องให้ผู้พิพากษาสอบสวน (Juge d'instruction) ทำการสอบสวนคดีนี้ ก่อนที่จะตัดสินใจว่าจะยื่นฟ้องผู้ต้องหาต่อศาลหรือไม่ การฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องขอให้ผู้พิพากษาสอบสวน สอบสวนก่อนทุกเรื่อง คดีที่กฎหมายบังคับว่าจะต้องสอบสวนก่อนดังนี้ คือ

— คดีความผิดอุกฉุกฉุกโทษทุกคดี⁶⁴

— คดีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่าต้องมีการสอบสวนโดยผู้พิพากษา เช่น คดีเรื่องการค้ากำไรเกินควร ความผิดเกี่ยวกับกฎหมายการค้าทางทะเล คดีความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งรัฐ เป็นต้น

— คดีที่ผู้กระทำผิดเป็นผู้เยาว์

— คดีที่ยังไม่ทราบหรือไม่ปรากฏตัวผู้กระทำความผิด

คดีนอกจากนี้ จะขอให้สอบสวนหรือไม่ก็ได้ แต่ถ้าผู้ต้องหาอยู่ในฐานะที่อาจถูกฟ้องให้กักกันได้แล้วจะมีการสอบสวนเสมอ

2) วิธีพิจารณารวบรัดสำหรับความผิดซึ่งหน้า

ใช้ได้เฉพาะกับผู้ต้องหาที่ถูกจับได้ในขณะหรือหลังจากกระทำผิดมาแล้วใหม่ๆ และความผิดนั้นไม่เป็นคดีความผิดอุกฉุกฉุกโทษและไม่เป็นคดีที่จำต้องสอบสวนโดย ผู้พิพากษา ก่อนฟ้องคดีที่ใช้วิธีนี้เสมอๆ เช่น ความผิดฐานจรรยาบรรณ ขอบทาน พกอาวุธคู่มือเงินเจ้าพนักงาน ฯลฯ เป็นต้น

⁶³ โกเมน ภัทรภิรมย์. (2534, กันยายน). “งานอัยการในกระบวนการยุติธรรม.” วารสารอัยการ, 14. หน้า 94.

⁶⁴ ความผิดอุกฉุกฉุกโทษ (Les crimes) อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ความผิดอุกฉุกฉุกโทษ คือ ความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไปจนถึงโทษจำคุกตลอดชีวิต โดยในหนังสือการฟ้องคดีอาญาในประเทศฝรั่งเศส ชีวิตและผลงาน โกเมน ภัทรภิรมย์ ได้ใช้คำว่า ความผิดอุกฉุกฉุกโทษ ซึ่งอาจมีการเรียกที่แตกต่างกันแต่ทั้งสองคำมีความหมายเดียวกัน ดังนั้นต่อไปในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนจะใช้คำว่า ความผิดอุกฉุกฉุกโทษ (Les crimes) เพื่อให้เป็นไปตามแนวทางเดียวกัน

3) การฟ้องโดยตรง (La citation directe) สำหรับคดีที่ไม่ใช่ความผิดอุกฉุกฎโทษและกฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องสอบสวนโดยผู้พิพากษา ก็อาจฟ้องผู้ต้องหาต่อศาลโดยตรงได้ คดีลหุโทษและคดีความผิดฆังฉฉิมโทษ⁶⁵ ใช้วิธีฟ้องโดยตรงเป็นส่วนมาก

นอกจากการดำเนินในศาลแล้ว ฝรั่งเศสยังมีวิธีพิจารณาโดยรวบรัดเป็นพิเศษ สำหรับคดีลหุโทษที่มีโทษปรับอย่างเดียวโดยผู้ต้องหาไม่ต้องไปศาลอีกด้วย

ในการฟ้องดำเนินคดี อัยการมีวิธีฟ้องได้ 2 อย่าง คือ⁶⁶

1) ฟ้องผู้ต้องหาโดยตรงต่อศาลแขวงหรือศาลที่พิจารณาคดีความผิดฆังฉฉิมโทษ ในเมื่อเป็นความผิดลหุโทษหรือความผิดฆังฉฉิมโทษ

2) ยื่นคำร้องให้ทำการไต่สวน ถ้าเป็นคดีความผิดอุกฉุกฎโทษ หรือเป็นคดีความผิดฆังฉฉิมโทษ แต่มีลักษณะยุ่งยากซับซ้อน หรือเป็นคดีที่มีกฎหมายบังคับให้ไต่สวนก่อน

ถ้าเป็นคดีที่กฎหมายให้ต้องมีการสอบสวนโดยผู้พิพากษาหรือที่อัยการเห็นสมควร การสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องนั้นให้อยู่ในดุลพินิจของอัยการ อัยการจะสั่งไม่ฟ้องเมื่อเห็นว่าผู้ต้องหาไม่ได้กระทำความผิด เมื่อพยานหลักฐานไม่พอ เพื่อผลประโยชน์ของสังคมต้องกระทบกระเทือนแต่เพียงเล็กน้อย หรือเห็นว่าเป็นเรื่องหุยมหุยม หรือเห็นว่าการฟ้องจะทำให้เสียหายนแก่สังคมมากกว่าที่จะทำประโยชน์ให้

แต่อย่างไรก็ตามคำสั่งไม่ฟ้องของอัยการนั้นเป็นเพียงวิธีการชั่วคราว อัยการอาจกลับสั่งไม่ฟ้องใหม่ได้เสมอภายในกำหนดอายุความ แต่ถ้าอัยการฟ้องไปแล้วจะถอนฟ้องในภายหลังไม่ได้ ต้องดำเนินคดีไปจนถึงที่สุด ผู้บังคับบัญชาของอัยการ เช่น อธิบดีอัยการหรือรัฐมนตรี อาจมีคำสั่งให้ฟ้องคดีเรื่องใดเรื่องหนึ่ง แต่ถ้าอัยการที่รับคำสั่งไม่ยอมฟ้องผู้บังคับบัญชาจะเข้าฟ้องเองไม่ได้ ในทางตรงข้าม ถ้าผู้บังคับบัญชาสั่งให้ไม่ฟ้องแต่อัยการไม่เห็นด้วยและขัดคำสั่งยื่นฟ้องไป การฟ้องนั้นใช้ได้⁶⁷ ถ้าหากพนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้อง ส่วนงานจะถูกเก็บไว้นานจนกว่าจะขาด อายุความเพราะพนักงานอัยการอาจกลับสั่งฟ้องใหม่ หรือผู้ต้องหาอาจถูกฟ้องโดยทางอ้อมจากผู้เสียหาย

⁶⁵ ความผิดฆังฉฉิมโทษ (Les délits) อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ความผิดที่มีโทษปานกลาง คือ ความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีลงมา โดยในหนังสือการฟ้องคดีอาญาในประเทศฝรั่งเศส ชีวิตและผลงาน โกเมน กัทรภิมย์ ได้ใช้คำว่า ความผิดที่มีโทษปานกลาง ซึ่งอาจมีการเรียกที่แตกต่างกันแต่ทั้งสองคำมีความหมายเดียวกัน ดังนั้นต่อไปในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนจะใช้คำว่า ความผิดฆังฉฉิมโทษ เพื่อให้เป็นไปตามแนวทางเดียวกัน

⁶⁶ แหล่งเดิม.

⁶⁷ แหล่งเดิม.

การใช้ดุลพินิจในการดำเนินคดีของพนักงานอัยการฝรั่งเศสไม่ได้จำกัดแต่เฉพาะในการสั่งฟ้องหรือยุติคดีเท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติพนักงานอัยการยังใช้ดุลพินิจในการเลือกศาลที่จะฟ้องคดีได้ด้วย ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้คดีไปค้างค้ำอยู่ที่ผู้พิพากษาไต่สวน หรือบางท่านเรียกว่า “ผู้พิพากษาสอบสวน” (Juge d’instruction–Examining or Investigating Judge) ซึ่งมีอำนาจดำเนินคดีในความผิดอุกฤษฏ์โทษ (Les crimes) และความผิดมิชฌิมโทษ (Les délits) ที่ร้ายแรงบางประเภทได้

ในกฎหมายฝรั่งเศส ถ้าเป็นความผิดมิชฌิมโทษ พนักงานอัยการมีทางเลือกในการฟ้องหลายทาง คือ อาจจะยื่นฟ้องโดยตรง (Citation direct) ต่อศาลมิชฌิมโทษ (Le Tribunal correctionnel) หรืออาจร้องต่อผู้พิพากษาไต่สวนให้เปิดคดีก็ได้ ในทางปฏิบัติพนักงานอัยการมักจะไม่ร้องขอให้ผู้พิพากษาไต่สวนคดี เพราะจำนวนของผู้พิพากษาไต่สวนมีน้อย ไม่ได้สัดส่วนกับปริมาณคดีซึ่งมีจำนวนมาก

การฟ้องคดีโดยตรงต่อศาลมิชฌิมโทษของพนักงานอัยการนี้ ไม่ได้กระทำแต่เฉพาะความผิดมิชฌิมโทษ แต่ในทางปฏิบัติพนักงานอัยการยังใช้ดุลพินิจในการฟ้องผู้กระทำความผิดอุกฤษฏ์โทษบางคดีต่อศาลมิชฌิมโทษด้วย ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงการส่งคดีไปให้ผู้พิพากษาไต่สวน วิธีการดังกล่าวเรียกว่า “Correctionnalisation judiciaire” เป็นวิธีการที่ลดความร้ายแรงของข้อหาในคดีอุกฤษฏ์โทษลงเป็นข้อหาที่มีความผิดมิชฌิมโทษ เพื่อให้สามารถฟ้องคดีต่อศาลมิชฌิมโทษได้ เช่น การที่คนร้ายชิงทรัพย์โดยมีอาวุธ พนักงานอัยการอาจลดความร้ายแรงของข้อหาดังกล่าวได้โดยไม่ระบุว่าคนร้ายมีอาวุธในการชิงทรัพย์ หรือได้ทำร้ายร่างกายผู้เสียหายด้วย หรือในคดีพยายามข่มขืนกระทำชำเรา พนักงานอัยการอาจลดข้อหาเป็นความผิดฐานอนาจาร เป็นต้น⁶⁸

การใช้มาตรการลดข้อกล่าวหา Correctionnalisation judiciaire นี้มีนักกฎหมายเป็นจำนวนมากวิจารณ์ว่าเป็นวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นการให้อำนาจพนักงานอัยการใช้ดุลพินิจในการดำเนินคดีมากเกินไป ซึ่งอาจนำไปสู่การใช้อำนาจตามอำเภอใจ (Arbitraire) ได้โดยง่าย และยังเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคของประชาชนอันเนื่องมาจากการบังคับใช้กฎหมายของรัฐด้วย ทั้งนี้เพราะการใช้วิธีการดังกล่าวจะขึ้นอยู่กับปริมาณคดีของสำนักงานอัยการแต่ละแห่ง ถ้าปรากฏว่าสำนักงานอัยการพื้นที่ใดมีปริมาณคดีน้อย พนักงานอัยการก็จะไม่ใช้วิธีการดังกล่าว แต่จะส่งเรื่องให้ผู้พิพากษาไต่สวนคดี ในขณะที่สำนักงานอัยการเขตพื้นที่ใดมีปริมาณคดีมากก็จะใช้วิธีการดังกล่าว ซึ่งทำให้เกิดความลักลั่นกันในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดในข้อหาเดียวกัน แต่ได้รับของการดำเนินคดีที่แตกต่างกัน ดังนั้นจึงมีความเป็นไปได้

⁶⁸ อุทัย อาทิวา. เล่มเดิม. หน้า 22.

ได้มากที่อาชญากรจะเลือกสถานที่ที่จะกระทำความผิด โดยไปกระทำความผิดในเขตเมืองที่มีปริมาณคดีมาก เพื่อให้ได้รับผลการลงโทษที่เบากว่า หากถูกจับกุมดำเนินคดี

อย่างไรก็ตามนักกฎหมายอีกฝ่ายเห็นว่า การที่ผู้กระทำความผิดได้รับประโยชน์จากการใช้มาตรการลดข้อหาลงนั้น อาจไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิในระหว่างการดำเนินการดังกล่าวเนื่องจากผู้ต้องหาต้องตกอยู่ในสภาพจำกัต้องยอมรับการใช้วิธีการดังกล่าว โดยไม่มีสิทธิต่อสู้คดีอย่างแท้จริง ในขณะที่ผู้กระทำความผิดในเขตพื้นที่ซึ่งพนักงานอัยการไม่ได้ใช้มาตรการลดข้อหาจะได้รับคุ้มครองสิทธิในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ต่อหน้าผู้พิพากษาไต่สวนซึ่งต้องวางตนเป็นกลางในการรวบรวมพยานหลักฐาน

ถึงแม้ว่าการใช้วิธีการลดข้อหา Correctionalisation judiciaire ของพนักงานอัยการฝรั่งเศสจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่วิธีการดังกล่าวได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติงานของอัยการฝรั่งเศสไปโดยปริยายแล้ว ทั้งนี้ได้รับการยอมรับในทางปฏิบัติจากผู้ที่เกี่ยวข้องในคดีทุกฝ่าย เพราะก่อนที่พนักงานอัยการจะใช้วิธีการนี้จะต้องได้รับความยินยอมของกลุ่มความทั้งสองฝ่ายและความเห็นชอบจากศาลด้วย ความสำคัญของวิธีการนี้นอกจากจะช่วยลดปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ผู้พิพากษาไต่สวนแล้ว ยังเป็นหลักประกันความสำเร็จในการดำเนินคดีของพนักงานอัยการอีกด้วย

3.3.3 บทสรุปปัจจัยที่อัยการฝรั่งเศสนำมาพิจารณาประกอบดุลพินิจในการสั่งคดี

ในการพิจารณาว่าจะฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาหรือไม่ พนักงานอัยการฝรั่งเศสต้องพิจารณาปัจจัย 2 ประการ

1) ความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินคดี

ในแง่ของเนื้อหาของการกระทำ พนักงานอัยการต้องพิจารณาว่าการกระทำครอบงำประกอบของความผิดที่ศาลจะพิพากษาลงโทษผู้ต้องหาหรือจำเลยหรือไม่ หากการกระทำครอบงำประกอบความผิดทางกฎหมาย ต้องพิจารณาต่อไปถึงเงื่อนไขในการที่ศาลจะรับฟ้อง เช่น เขตอำนาจศาล เหตุแห่งการระงับสิ้นไปซึ่งสิทธิในการดำเนินคดีอาญา (อายุความ ความตายของผู้กระทำความผิด) ได้มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ได้ฟ้อง เป็นต้น)

หากการกระทำเข้าองค์ประกอบในข้อนี้แล้ว พนักงานอัยการก็จะพิจารณาว่าสมควรที่จะดำเนินคดีดังกล่าวต่อไปหรือไม่

2) ความเหมาะสมในการดำเนินคดี

ในการพิจารณาของพนักงานอัยการฝรั่งเศสที่จะพิจารณาว่าควรที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีหรือไม่ มีข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้อง คือ

(1) ความจำเป็นอันเนื่องมาจากการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานแล้วปรากฏว่ามีเหตุอันควรสงสัยว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยกระทำความผิดจริงหรือไม่

(2) มีเหตุอื่นที่ทำให้ไม่เหมาะในการดำเนินคดี ความเสียหายแก่สังคมน้อยมาก ความสำคัญของเรื่องที่กระทำผิด การกระทำผิดโดยผู้กระทำมีเจตนาดี การดำเนินคดีกับผู้ถูกกล่าวหาไม่มีประโยชน์ หรือมีเหตุที่ไม่สมควรดำเนินคดีกับผู้ต้องหา หรือความผิดที่เกิดขึ้นมีความเสียหายหรือผลกระทบต่อสังคมน้อยมาก เป็นต้น

ข้อสังเกต การสั่งไม่ฟ้องเป็นเพียงวิธีการชั่วคราว และไม่เป็นผลให้สิทธิฟ้องคดีอาญาระงับ อัยการอาจกลับสั่งฟ้องใหม่ภายในอายุความได้เสมอ

3.3.4 ระบบการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการสั่งคดีอาญาของฝรั่งเศส

การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการฝรั่งเศส สามารถสรุปแยกได้ดังนี้

1) การตรวจสอบโดยผู้เสียหาย

จะเห็นได้ว่าอำนาจหน้าที่ในการดำเนินคดีอาญา ในประเทศฝรั่งเศสการฟ้องคดีอาญาเป็นอำนาจของรัฐแต่ฝ่ายเดียว พนักงานอัยการเป็นผู้ใช้อำนาจนี้ในนามของสังคม เอกชนจะฟ้องคดีอาญาเองโดยตรงไม่ได้แต่ผู้เสียหายอาจฟ้องคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องเพื่อบังคับให้อัยการฟ้องคดีอาญาได้

การตรวจสอบอำนาจการใช้ดุลพินิจสั่งคดีอาญาของอัยการฝรั่งเศสในกรณีของการตรวจสอบโดยผู้เสียหายนั้นเป็นไปโดยขั้นตอนของการที่ผู้เสียหายได้มีการดำเนินคดีทางแพ่งหรือเข้าเป็นคู่ความในคดีแพ่งเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำผิดในคดีที่อัยการฟ้องเป็นคดีอาญานั้นเอง ซึ่งค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นค่าเสียหายที่เกิดจากคดีอาญา โดยผู้เสียหายทำคำร้องขอต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาว่าตนมีความประสงค์จะเข้าเรียกร้องค่าเสียหายโดยเข้าเป็นคู่ความในคดีแพ่ง ซึ่งการที่ผู้เสียหายกระทำเข้าเป็นคู่ความเช่นนี้เป็นตรวจสอบอำนาจในการสั่งคดีของอัยการในรูปแบบหนึ่งแม้จะไม่ใช่การตรวจสอบโดยตรงสักเท่าใดนัก กล่าวคือ การเข้าเป็นคู่ความเรียกค่าเสียหายในคดีแพ่งของผู้เสียหายนั้นจะส่งผลอันเป็นเหตุบังคับให้พนักงานอัยการต้องมีการดำเนินคดีอาญาไปด้วยในคดีที่พนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้องคดี ด้วยเหตุนี้เท่ากับเป็นการพิจารณาคดีที่อัยการสั่งไม่ฟ้องคดีในส่วนอาญาไปด้วยจึงนับเป็นการตรวจสอบได้วิธีหนึ่ง เพราะถ้าในการพิจารณาคดีส่วนแพ่งแล้วได้ความว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นกับผู้เสียหายจริง หรือเกิดผลกระทบกับผู้เสียหายเป็นอย่างมากจากการกระทำผิดดังกล่าว เหตุใดแล้วพนักงานอัยการจึงมีคำสั่งไม่ฟ้องคดี นั่นหมายความว่า เป็นการตรวจสอบอัยการถึงการสั่งคดีอาญาของตนว่าเป็นการสั่งคดีที่ถูกต้องที่มีอำนาจใช้ดุลพินิจและที่มีอำนาจตามกฎหมายหรือไม่นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม ผู้ที่ฟ้องคดีแพ่งเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดทางอาญา ถ้าได้กระทำไปโดยไม่มีเหตุผลสมควรหรือโดยประมาท จะมีโทษทางอาญา และฝ่ายผู้ถูกฟ้องอาจขอให้ใช้วิธีพิจารณารวบรัดฟ้องเรียกค่าเสียหายในการที่ตนถูกฟ้องโดยไม่มีเหตุสมควรได้⁶⁹

2) การตรวจสอบโดยศาล

ลักษณะเฉพาะของอัยการฝรั่งเศสคืออัยการเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรม และมีฐานะเป็นข้าราชการฝ่ายตุลาการ (Magistrat) ตามหลักของกระบวนการยุติธรรมของประเทศฝรั่งเศส อัยการจะไม่ขึ้นตรงกับศาล อัยการเป็นตัวแทนของอำนาจทางฝ่ายบริการจึงไม่ขึ้นอยู่กับอำนาจตุลาการ ดังนั้นศาลจึงไม่มีอำนาจในการกำหนดควบคุม (Censurer) หรือตรวจสอบการปฏิบัติงานของอัยการไม่ว่าทางวาจาหรือโดยกล่าวไว้ในคำพิพากษา คำพิพากษาที่กล่าวตำหนิอัยการจะต้องถูกยกโดยถือว่าเป็นการละเมิดอำนาจ รวมทั้งในการที่ศาลจะไม่รับพิจารณาคำฟ้องของอัยการที่ยื่นฟ้องต่อศาล ศาลเองก็ไม่มีอำนาจไม่รับคำฟ้องดังกล่าว หมายความว่าศาลต้องรับคำฟ้องของอัยการเสมอ ไม่มีสิทธิปฏิเสธไม่รับแต่อย่างใด และศาลก็จะปฏิเสธมิให้อัยการแถลงด้วยวาจาในการพิจารณาอรรถคดีใดๆ ก็ทำไม่ได้ด้วยอีกเช่นกัน คำว่า ข้าราชการตุลาการ ย่อมหมายความรวมถึงอัยการด้วย ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การปฏิบัติงานต่างๆ รวมทั้งอำนาจการใช้ดุลพินิจในการสั่งคดีของอัยการฝรั่งเศสจะเป็นอิสระไม่ขึ้นตรงหรือถูกตรวจสอบหรือถูกตำหนิโดยศาล และอัยการไม่ต้องรับผิดชอบในการฟ้องคดี แต่หลักการดังกล่าวก็พอจะมีข้อยกเว้นอยู่บ้าง เช่น หลักประกันเพิ่มเติมในชั้นดำเนินคดีต่อศาลกล่าวหา (Chambre d'accusation)⁷⁰ ซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจไต่สวนมูลฟ้อง ศาลดังกล่าวมีอำนาจสั่งให้มีการดำเนินคดีต่อบุคคลที่อาจเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดหรือให้แจ้งข้อหาเพิ่มเติมกับบุคคลที่อาจเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดได้ แม้ว่าอัยการจะมีคำสั่งไม่ดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าวหรือข้อหาที่แจ้งเพิ่มเติมก็ตาม⁷¹

3) ระบบตรวจสอบภายในองค์กร

อัยการเป็นองค์กรที่มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันภายใต้บังคับบัญชาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่าอัยการฝรั่งเศสเมื่อได้รับแต่งตั้งให้มีหน้าที่ประจำศาลใดศาลหนึ่งแล้วก็มีอำนาจหน้าที่ดำเนินคดีเฉพาะในศาลนั้น เมื่อคดีขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาลอื่น เช่น ศาลที่สูงกว่า การดำเนินคดีในศาลที่สูงกว่านั้นต้องมอบให้เป็นหน้าที่ของอัยการประจำศาลที่สูงกว่านั้นคือ อัยการประจำศาลชั้นต้นจะไปว่าความในศาลสูงไม่ได้ และทำนองเดียวกัน อัยการประจำศาลสูงก็จะมาว่าความในศาลชั้นต้นไม่ได้ ในฝรั่งเศสจึงมีอัยการ

⁶⁹ โกลเมน ภัทรภิรมย์. หน้าเดิม.

⁷⁰ ปัจจุบัน เปลี่ยนชื่อเป็น Chambre de l'instruction

⁷¹ อติสร ไชยคุปต์. เล่มเดิม. หน้า 208.

ประจำศาลทุกศาล และองค์กรอัยการฝรั่งเศสนั้นก็จะมีอำนาจบังคับบัญชา ควบคุมตรวจสอบเป็นลำดับชั้นอาวุโสการที่อัยการมีการบังคับบัญชาตามลำดับอาวุโสทำให้พนักงานอัยการต้องเชื่อฟังคำสั่งผู้บังคับบัญชาของตน เช่น ในกรณีที่ผู้บังคับบัญชาสั่งให้ฟ้อง หรือสั่งไม่ฟ้อง พนักงานอัยการจะต้องปฏิบัติตามนั้น ลำดับชั้นในการตรวจสอบของอัยการฝรั่งเศส เช่น ผู้ว่าคดีศาลแขวงและอัยการผู้ช่วยต้องเชื่อฟังคำสั่งของหัวหน้าพนักงานอัยการประจำศาลชั้นต้น อัยการผู้ช่วยศาลอุทธรณ์และอัยการศาลอุทธรณ์ ต้องเชื่อฟังคำสั่งของอธิบดีอัยการศาลอุทธรณ์ อธิบดีอัยการศาลอุทธรณ์ และอธิบดีอัยการศาลฎีกาต้องเชื่อฟังคำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมซึ่งแม้จะไม่ใช่อัยการก็เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของอัยการ ในเรื่องการตรวจสอบภายในโดยอำนาจบังคับบัญชานั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมจะมีอำนาจต่ออธิบดีอัยการ โดยตรงโดยสามารถตรวจสอบถึงคำสั่งต่างๆ รวมทั้งคำสั่งในการตั้งคดีอาญาของอัยการด้วย คณะกรรมการที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Le Conseil d'Etat) ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า อธิบดีอัยการต้องปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมในกรณีที่มีคำสั่งให้ฟ้องคดี แต่อย่างไรก็ตามหลังจากฟ้องคดีแล้ว อธิบดีอัยการจะแถลงในการพิจารณาคดีไปในทางใดหรืออย่างไรก็ได้ที่เป็นไปตามความยุติธรรมและอยู่ในกรอบของกฎหมาย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมจะสั่งให้แถลงหรือพิจารณาตามที่ตนต้องการไม่ได้ แต่ในกรณีดังกล่าว ในทางตรงกันข้าม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมก็จะไม่มีอำนาจสั่งให้อธิบดีไม่ฟ้องคดีนั้น เพราะฉะนั้นการมีคำสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาของอัยการฝรั่งเศสจึงค่อนข้างมีอิสระในการใช้ดุลพินิจในการสั่ง อย่างไรก็ตามการใช้ดุลพินิจในการตั้งคดีอาญาดังกล่าวก็ต้องเป็นไปตามกรอบและหลักการทั่วไปที่ถูกต้องยุติธรรมตามที่เคยได้กล่าวถึงหลักการนี้ไปแล้วในข้างต้น

3.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกา พนักงานอัยการมีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการเริ่มการฟ้องดำเนินคดีอาญา พนักงานอัยการของรัฐทำหน้าที่สอบสวนคดีอาญาไปพร้อมกับองค์กรตำรวจ และใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการสอบสวน การฟ้องดำเนินคดีและการจับกุมผู้ต้องสงสัย ทั้งนี้มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอาชญากรรมปรากฏ พนักงานจะเข้าควบคุมการสอบสวนและการฟ้องดำเนินคดีอาญา จะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือหน้าที่ของพนักงานอัยการในสหรัฐอเมริกาจะรวมเอาหน้าที่ในการให้คำปรึกษากับเจ้าพนักงานตำรวจในระหว่างการสอบสวนและหน้าที่ในการฟ้องดำเนินคดีอาญาในการพิจารณาคดีที่ศาลเข้าด้วยกัน

โดยธรรมเนียมปฏิบัติแล้วพนักงานอัยการมิได้เริ่มคดีอาญาหรือสอบสวนอาชญากรรมด้วยตนเอง พนักงานอัยการจะเข้าควบคุมการสอบสวน โดยตรงก็เฉพาะแต่กรณีที่มีความผิดมีลักษณะค่อนข้างซับซ้อน เช่น การหลอกลวงผู้บริโภค การทุจริตประพฤตินิยมชอบของเจ้าพนักงานของรัฐ

หรือองค์กรอาชญากรรม เป็นต้น ซึ่งมักจะมีปัญหายุ่งยากในเรื่องพยานหลักฐานและจำเป็นต้องทำการสอบสวนเป็นระยะเวลาอันยาวนานและด้วยความระมัดระวัง โดยส่วนใหญ่แล้วเจ้าพนักงานตำรวจจะปรึกษาเป็นส่วนตัวกับพนักงานอัยการหรือผู้ช่วยของพนักงานอัยการก่อนที่จะเตรียมการกล่าวหาอย่างเป็นทางการ (Formal accusation) หากมีความจำเป็นต้องใช้หมายค้นหรือหมายจับ เจ้าพนักงานตำรวจจะเสนอข้อเท็จจริงทั้งหมดที่เกี่ยวข้องในคดีนั้นต่อพนักงานเพื่อพิจารณา

3.4.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสั่งคดีอาญาของอัยการสหรัฐอเมริกา

การฟ้องคดีอาญาของอัยการสหรัฐอเมริกา ในทางทฤษฎีถือกันว่าใช้หลักการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมาย (Legality principle) เพราะมีตัวบทกฎหมายหลายฉบับที่ระบุบังคับให้ต้องฟ้องคดีที่มีมูลต่อศาล โดยไม่มีข้อยกเว้น เช่น รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา มาตรา 2 ได้บัญญัติถึงหน้าที่ของประธานาธิบดีในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหารของรัฐบาลกลางไว้ว่า “ประธานาธิบดีต้องคอยสอดส่องดูแลว่า ได้มีการใช้กฎหมายอย่างแท้จริง” รัฐสภาของรัฐบาลกลางสหรัฐ (U.S. Congress) ก็ได้ออกกฎหมายให้อำนาจการฟ้องคดีอาญาที่ละเมิดกฎหมายของสหรัฐอเมริกาไว้ว่า “อัยการของสหรัฐจะต้อง (shall) (1) ฟ้องคดีอาญาทุกคดีที่เป็นความผิดต่อสหรัฐอเมริกา ซึ่งเกิดขึ้นภายในเขตท้องถิ่นของตน” ในระดับรัฐก็มีกฎหมายบัญญัติไว้ในทำนองเป็นการบังคับให้ต้องมีการฟ้องคดีอาญาอย่างเดียวกัน เช่น กฎหมายของรัฐไอโอวา บัญญัติไว้ว่า “เป็นหน้าที่ของอัยการที่จะต้องยื่นฟ้องผู้ต้องหา ซึ่งมีหลักฐานอันเพียงพอที่เชื่อได้ว่า บุคคลนั้นกระทำความผิดและศาลจะลงโทษได้ต่อศาล”⁷²

แม้จะมีบทบัญญัติดังกล่าวก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติอัยการในสหรัฐอเมริกาก็มิได้ยึดถือหลักการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมาย (Legality principal) แต่อย่างไรก็ตาม ตรงกันข้าม ได้วิวัฒนาการมาเป็นการฟ้องคดีอาญาตามดุลพินิจ (Opportunity principal) โดยอัยการกลับใช้ดุลพินิจไม่ฟ้องคดีที่มีอย่างกว้างขวาง ทั้งๆ ที่มีตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนจนเกือบจะกล่าวได้ว่าการใช้อำนาจและดุลพินิจของอัยการสหรัฐนั้นแทบจะไม่มี การควบคุมอย่างใดทั้งสิ้น วิวัฒนาการการฟ้องคดีอาญาตามดุลพินิจของอัยการสหรัฐได้กระทำสืบเนื่องกันมาเป็นเวลานานจนกลายเป็นประเพณีไปในที่สุด ทั้งนี้ โดยที่ทางฝ่ายศาลก็มิได้สนใจที่จะยุติหรือยับยั้งวิธีปฏิบัติดังกล่าวแต่อย่างไร ตรงข้ามกลับให้ความเห็นชอบการใช้ดุลพินิจของอัยการเสียอีกด้วย

ในสหรัฐอเมริกา การวินิจฉัยว่าจะฟ้องหรือไม่ฟ้องบุคคลใดจะกระทำผิดอาญานั้นมิใช่จะกระทำไปอย่างเครื่องจักร อัยการมีดุลพินิจอันกว้างขวางที่จะฟ้องใครเมื่อใด คำวินิจฉัยว่าจะใช้

⁷² เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 160-161.

อำนาจอัยการในคดีใดนี้ไม่มีกฎหมายบังคับ ศาลก็บังคับไม่ได้⁷³ เมื่อมีการเรียกร้องให้ศาลเข้ามาตรวจสอบดุลพินิจของอัยการ ศาลมักจะปฏิเสธ โดยอ้างหลักทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) และแนวคิดเรื่องการจำกัดบทบาทของศาล (Judicial restraint)

การใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจดำเนินคดีอาญาหรือไม่ นับได้ว่าเป็นบทบาทที่สำคัญที่สุดของอัยการในการควบคุมการใช้อำนาจโดยมิชอบของตำรวจ เช่น การแก้มือจับกุมผู้บริสุทธิ์ คือ การสั่งไม่ฟ้องคดีถ้าอัยการพิจารณาแล้วเห็นว่าคดีนั้นมีพยานหลักฐานไม่เพียงพอที่ศาลจะลงโทษจำเลยได้ การควบคุมเร็วที่สุดหลังจากที่มีการจับกุมเกิดขึ้น ในสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้ว่า หลังจากการจับแล้วตำรวจจะต้องนำตัวผู้ต้องหาไปให้อัยการเพื่อให้อัยการยื่นคำฟ้องเบื้องต้นต่อศาลโดยเร็ว (Without unreasonable delay) ในทางปฏิบัติในบางท้องถิ่น ตำรวจจะนำคดีไปรายงานให้อัยการทราบภายในประมาณ 6-8 ชั่วโมง หรือ 24-48 ชั่วโมง หลังจากที่มีการจับกุม ซึ่งอัยการก็จะดำเนินการตรวจสอบสำนวนการสอบสวนและตรวจพยานหลักฐานต่างๆ และในบางกรณีก็อาจจะซักถามข้อเท็จจริงเพิ่มเติมจากพยานและผู้เสียหาย ถ้าอัยการเห็นว่าคดีนั้นพยานหลักฐานไม่มีเพียงพอ อัยการก็จะสั่งไม่ฟ้องต่อไป⁷⁴

อัยการในสหรัฐอเมริกามีดุลพินิจที่จะไม่ฟ้องคดีที่มีมูลคดีที่มีมูลอย่างกว้างขวาง อาจกล่าวได้ว่าคดีทุกคดีไม่ว่าจะหนักเบาสักเพียงใด หรือผู้กระทำความผิดจะเป็นอาชญากรที่กระทำความผิดติดนิสัย หรือเป็นผู้กระทำความผิดโดยบังเอิญก็ตาม อัยการมีอำนาจไม่ฟ้องคดีได้ทุกกรณี

ดังที่จะเห็นได้จากคำพิพากษาต่างๆของศาลรัฐบาล (ศาลสหรัฐ) และศาลของมลรัฐซึ่งได้กล่าวไว้ว่า

“บทบัญญัติดังกล่าว (บทบัญญัติที่บังคับให้อัยการต้องฟ้องคดี) ไม่ถือว่ามี ความหมายเป็นการห้ามการใช้ดุลพินิจของอัยการ” “อำนาจของอัยการในการใช้ดุลพินิจไม่ฟ้องคดีอาญาโดยไม่ต้องปรึกษาหารือหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายอื่นๆ นั้น เป็นอำนาจที่ถาวร” ศาลรัฐบาลกลางรัฐบาลสหรัฐไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของอัยการของสหรัฐ ศาลไม่อาจบังคับให้อัยการสหรัฐฟ้องคดีใดๆ ได้ ไม่ว่าอัยการจะมีเหตุผลในการไม่ฟ้องนั้นหรือไม่ก็ตาม” “เป็นหน้าที่เห็นกันอย่างแน่ชัดว่าการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะอัยการนั้น อัยการมีดุลพินิจอย่างมากมายที่จะฟ้องคดีใดๆ อัยการไม่มีหน้าที่จะต้องฟ้องคดีทุกคดีที่มีผู้เสนอขึ้นมา ถึงแม้ว่าจะเป็นหน้าที่โดยตรงของอัยการที่จะต้องฟ้องผู้กระทำความผิด แต่อัยการก็ได้รับมอบอำนาจจากรัฐในอันที่จะใช้อำนาจเพื่อส่งเสริม

⁷³ ออมร อินทรกำแหง. (2503). “อำนาจการใช้ดุลพินิจของอัยการอเมริกัน.” อัยการนิเทศ, 22, 2. หน้า 139.

⁷⁴ แหล่งเดิม.

ให้เกิดความยุติธรรมด้วย เพราะฉะนั้นอัยการจึงไม่จำเป็นต้องฟ้องในทุกกรณีที่มีการละเมิดต่อกฎหมาย”

อย่างไรก็ตาม เนติบัณฑิตยสภาของสหรัฐอเมริกา (American Bar Association) ได้จัดพิมพ์ “หลักเกณฑ์” (Standards) ที่เกี่ยวกับหน้าที่ของอัยการไว้เพื่อเป็นการเสนอแนะบรรทัดฐานในการปฏิบัติหน้าที่อัยการ โดยในส่วนที่เกี่ยวกับดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญานั้น ได้ระบุยอมรับหลักการฟ้องคดีตามดุลพินิจ (Opportunity principle) โดยได้บัญญัติไว้ว่า “อัยการไม่จำเป็นต้องฟ้องคดีอาญาที่มีมูลทุกคดี ในบางกรณีถ้ามีเหตุผลอันดีเกี่ยวกับผลประโยชน์ของส่วนรวมอัยการอาจจะไม่ฟ้องคดีก็ได้ แม้ว่าคดีนั้นจะมีหลักฐานเพียงพอที่ศาลจะพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดได้ก็ตาม

อำนาจหน้าที่ของอัยการสหรัฐ พนักงานอัยการมีหน้าที่ในการพิจารณาว่าจะฟ้องผู้ต้องหาด้วยข้อหาอะไร หน้าที่ในการตัดสินใจประเด็นนี้ถือเป็นหน้าที่ที่สำคัญมากในขบวนการยุติธรรมของสหรัฐอเมริกา ในกรณีที่พนักงานอัยการพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ต้องหาไม่ได้กระทำความผิดที่มีอำนาจสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา ในทางตรงข้ามถ้าพนักงานอัยการแล้วเห็นว่าผู้ต้องหากระทำความผิดก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่าควรฟ้องผู้ต้องหาในข้อหาอะไร เพื่อให้ผู้ต้องหาได้รับโทษให้เหมาะสมกับความผิดได้กระทำ

3.4.2 หลักเกณฑ์พิจารณาในการสั่งฟ้องคดีอาญา

ในการพิจารณาจะฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาพนักงานอัยการต้องตัดสินใจ ดังนี้ คือ

- 1) มีพยานหลักฐานเพียงพอไหมที่จะฟ้องร้องเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ
- 2) ถ้ามีพยานหลักฐานเพียงพอ ก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่ามีเหตุผลอันใดหรือไม่ที่จะไม่ดำเนินคดีกับผู้ต้องหา
- 3) ถ้ามีเหตุผลที่จะไม่ฟ้องร้องผู้ต้องหา ก็จะต้องพิจารณาว่าควรกำหนดเงื่อนไขอย่างไรให้ผู้ต้องหาปฏิบัติตาม ซึ่งอาจจะใช้วิธีการแทนการฟ้อง (Diversion program)
- 4) ถ้าพนักงานอัยการพิจารณาแล้วเห็นควรฟ้องผู้ต้องหา ก็จะต้องพิจารณาว่าควรฟ้องผู้ต้องหาในข้อหาใด⁷⁵

ในการพิจารณาสั่งสำนวนคดีนั้น พนักงานอัยการต้องการข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดี เพื่อที่จะชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานต่างๆก่อนที่จะตัดสินใจสั่งการใดๆ ตามปกติแล้วสำนวนที่เจ้าหน้าที่ตำรวจรวบรวมส่งมายังพนักงานอัยการนั้นมีข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดในคดี แต่ข้อเท็จจริงที่ตำรวจส่งมามักจะไม่เพียงพอ คดีส่วนมากพนักงานอัยการต้องการข้อเท็จจริง

⁷⁵ รุ่งแสง กฤตยพงษ์. (สิงหาคม, 2534). “ระบบอัยการในประเทศสหรัฐอเมริกา.” วารสารอัยการ, 14. หน้า 33.

มากกว่านั้น ก่อนที่พนักงานอัยการจะตัดสินใจสั่งฟ้องหรือไม่ ผู้ต้องหาซึ่งเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการดำเนินขบวนการทางอาญานั้น พนักงานอัยการจะทบทวนดูข้อเท็จจริงซึ่งทั้งพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ และข้อเท็จจริงอื่นๆ ในคดีว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจได้รวบรวมมาพร้อมหรือยัง ยังมีพยานหลักฐาน และข้อเท็จจริงอื่นอีกใหม่ที่เจ้าหน้าที่ตำรวจยังไม่ได้รวบรวมมาหรือยังคั้น ไม่พบ นอกจากนั้น พนักงานอัยการยังต้องการข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับผู้ต้องหา เพื่อที่จะนำมาพิจารณาว่าผู้ต้องหา มีความประพฤติต่างๆ ไปอย่างไร มีสันดานเป็นโจรหรือไม่ เพื่อนำข้อเท็จจริงเหล่านี้มาวินิจฉัยประกอบว่าสมควรที่จะใช้มาตรการอื่นแทนการฟ้องได้หรือไม่ และบ่อยมากที่พนักงานอัยการต้องการข้อมูลต่างๆ เกี่ยวกับสวัสดิการในชุมชนนั้นว่ามีสถานพยาบาล สถานกักกันตัดสินคดีหรืออบรมให้ความรู้แก่ผู้กระทำผิด เพื่อแก้ไขให้ผู้กระทำกลับตัวเป็นคนดีในสังคม⁷⁶

ในขั้นตอนการพิจารณาพยานหลักฐานก่อนสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องของอัยการในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ฝ่ายผู้ต้องหาและทนายของผู้ต้องหา มีบทบาทเข้ามาให้ข้อเท็จจริงต่อพนักงานอัยการ โดยปกติแล้วคดีเหล่านี้จะเป็นคดีที่อัตราโทษสูงหรือเป็นคดีที่พนักงานอัยการอาจสั่งให้ใช้วิธีการทดแทนการฟ้องการอนุญาตให้ผู้ต้องหาและทนายมาให้การและแสดงหลักฐานต่อหน้าพนักงานอัยการก็เหมือนเป็นการพิจารณาคดีอย่างไม่เป็นทางการ (Informal adversary hearing) ก่อนที่พนักงานอัยการจะสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้อง โดยปกติแล้วพนักงานอัยการจะสรุปข้อเท็จจริง พยานหลักฐานต่างๆ ที่แสดงว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดและอธิบายถึงข้อหาที่พนักงานอัยการคิดว่าอาจจะสั่งฟ้อง การพิจารณาอย่างไม่เป็นทางการนี้เป็นการให้และรับพยานหลักฐานซึ่งกันและกันในการให้อำนาจแก่พนักงานอัยการ ตามหลักการพนักงานอัยการจะสั่งฟ้องก็เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าคดีมีพยานรับฟังได้ว่าผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำผิดและเมื่อฟ้องแล้วมีโอกาสเป็นไปได้สูงที่ศาลจะพิพากษาลงโทษผู้ต้องหา⁷⁷

เหตุที่อัยการสหรัฐอเมริกา มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางคงเป็นเพราะประเพณีปฏิบัติในการอำนวยความยุติธรรม ซึ่งศาลยุติธรรมอเมริกายอมรับว่าการวินิจฉัยว่าควรฟ้องกล่าวหาบุคคลใดกระทำความผิดอาญาต่อศาลหรือไม่ นั้นเป็นดุลพินิจของอัยการซึ่งเป็นเจ้าพนักงานฝ่ายบริหาร และมีความรับผิดชอบโดยตรงในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายอันเป็นประโยชน์ร่วมกันของชุมชน⁷⁸

⁷⁶ แหล่งเดิม.

⁷⁷ แหล่งเดิม.

⁷⁸ พันัส ทัศนียานนท์ และ จิรศักดิ์ พรหมทอง. (2524, มีนาคม). “ดุลพินิจของอัยการกับหลักความเสมอภาคตามกฎหมาย.” วารสารอัยการ, 4. หน้า 73.

โดยประเพณีปฏิบัติเช่นว่านี้ศาลยุติธรรมอเมริกันจึงยึดเป็นหลักว่าศาลจะไม่ก้าวก้าวหรือแทรกแซงการใช้ดุลพินิจของอัยการ เว้นแต่การใช้ดุลพินิจนั้นมีผลเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น ทั้งนี้เพราะศาลยุติธรรมอเมริกันถือว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้หน้าที่และความรับผิดชอบโดยตรงของสถาบันตุลาการนั่นเอง⁷⁹ สำหรับสิทธิขั้นมูลฐานตามรัฐธรรมนูญซึ่งอาจถูกล่วงละเมิดเนื่องจากการใช้ดุลพินิจฟ้องคดีของอัยการได้ ก็คือสิทธิในความเสมอภาคตามกฎหมาย (Equal protection of the law) ซึ่งบุคคลที่ถูกฟ้องเป็นจำเลยต่อศาลในคดีอาญาอาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ว่าอัยการใช้ดุลพินิจอย่างเลือกปฏิบัติในการฟ้องคดี (Prosecutorial discrimination)

3.4.3 หลักเกณฑ์พิจารณาในการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญา

เพียงเพราะว่าพนักงานอัยการเชื่อว่าบุคคลหนึ่งได้กระทำความผิดและมีหลักฐานที่ยอมรับได้เพียงพอที่จะได้รับโทษและดำเนินคดี ไม่ได้หมายความว่าอัยการจะเริ่มต้นดำเนินการฟ้องคดี⁸⁰

สถานการณ์ที่อัยการอาจปฏิเสธไม่ดำเนินคดีไว้ 3 สถานการณ์ คือ

- 1) เมื่อไม่มีประโยชน์อันสำคัญของรัฐจากการดำเนินคดี
- 2) เมื่อบุคคลนั้นอยู่ภายใต้การดำเนินคดีในศาลอื่นที่มีเขตอำนาจ
- 3) เมื่อยังมีทางเลือกที่จะไม่ฟ้องคดีทางอาญาอยู่เพียงพอ

โดยขึ้นอยู่กับพิจารณาของอัยการว่ามีสถานการณ์เช่นนั้นเกิดขึ้นหรือไม่ ในการพิจารณานั้น ในที่นี้ขอกล่าวถึงเฉพาะสถานการณ์แรกเท่านั้น

การฟ้องคดีและไม่ฟ้องคดี เมื่อพิจารณาประโยชน์อันสำคัญของรัฐ⁸¹

ในการพิจารณาว่าควรสั่งไม่ฟ้องเนื่องจากไม่มีประโยชน์อันสำคัญของรัฐจากการฟ้องคดีนั้น อัยการจะชั่งน้ำหนักข้อพิจารณาทุกอย่างที่เกี่ยวข้อง รวมถึง

- 1) ลำดับในการบังคับกฎหมายของรัฐ
- 2) ลักษณะและความร้ายแรงของการกระทำความผิด
- 3) ผลในการป้องปรามของการฟ้องคดี
- 4) ความรับผิดชอบของบุคคลเกี่ยวกับการกระทำความผิด

⁷⁹ แหล่งเดิม. หน้า 72-74.

⁸⁰ Principles of Federal Prosecution. USAM 9-27.220 Grounds for Commencing or Declining

Prosecution. Retrieved August 5,2010, from

http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/27mcr.htm

⁸¹ Ibid.

- 5) ประวัติอาชญากรรมของบุคคล
- 6) ความตั้งใจในการร่วมมือกับการสอบสวนหรือการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดรายอื่น
- 7) ลักษณะของผู้กระทำความผิด และ
- 8) โทษที่อาจลงได้หรือผลอื่นใดในกรณีถูกพิพากษาลงโทษ

ข้อสังเกต คือ การระบุถึงปัจจัยที่อาจเกี่ยวข้องในการพิจารณาว่าควรสั่งไม่ฟ้องเพราะไม่มีประโยชน์อันสำคัญของรัฐที่จะได้จากการฟ้องคดี ในกรณีที่เชื่อว่าบุคคลนั้น ได้กระทำความผิดกฎหมายและมีหลักฐานที่ยอมรับได้เพียงพอที่จะได้รับโทษและดำเนินคดี ข้อพิจารณาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องไม่ได้เป็นการรวมไว้เบ็ดเสร็จทั้งหมด และที่สำคัญก็คือไม่ใช่ปัจจัยทั้งหมดที่จะใช้กับทุกคดีได้ และในบางคดีปัจจัยอย่างหนึ่งอาจมีน้ำหนักมากกว่าในอีกคดีหนึ่ง

1) ลำดับในการบังคับกฎหมายของรัฐ

เนื่องจากเจ้าหน้าที่ในการบังคับกฎหมายของรัฐและจำนวนของผู้พิพากษาไม่เพียงพอที่จะฟ้องคดีทุกเรื่องที่ถูกกล่าวหาในเขตอำนาจศาลของรัฐ ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการจัดสรรทรัพยากรที่จำกัดนั้นในการดำเนินการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ บางกรณีหน่วยงานต่างๆ ต้องจัดลำดับการสืบสวนและฟ้องคดี ลำดับเหล่านี้ถูกออกแบบไว้เน้นความพยายามที่จะบังคับกฎหมายของรัฐให้เหมาะสมที่สุดที่รัฐบาลได้ให้ความสนใจและเล็งเห็นความสำคัญ และน่าจะจัดการได้มีประสิทธิภาพที่สุดในระดับรัฐ นอกจากนี้ อัยการรัฐแต่ละคนอาจจัดลำดับของตนเองภายใน เพื่อให้บุคลากรของตนเน้นปัญหาที่ถนัดหรือให้ความสำคัญในระดับรัฐ ในการชั่งน้ำหนักประโยชน์ของรัฐในการฟ้องคดีอัยการควรพิจารณาอย่างระมัดระวังในเรื่องการฟ้องคดีให้สอดคล้องกับลำดับที่ตั้งไว้

2) ลักษณะและความร้ายแรงของการกระทำความผิด

เป็นเรื่องสำคัญที่บุคลากรและงบประมาณของรัฐที่มีจำกัดต้องไม่เสียเปล่าไปในดำเนินคดีที่ไม่คุ้มค่าหรือคดีที่มีการฝ่าฝืนทางเทคนิคเท่านั้น ดังนั้น ในการพิจารณาว่ามีประโยชน์อันสำคัญของรัฐที่ในการฟ้องคดีหรือไม่นั้น อัยการควรพิจารณาลักษณะและความร้ายแรงของการกระทำความผิด ปัจจัยต่างๆ ที่อาจเกี่ยวข้อง ปัจจัยหนึ่งที่มีความสำคัญในลำดับต้น คือ การพิจารณาผลของการกระทำที่เกิดขึ้นต่อชุมชนและต่อผู้เสียหาย

ผลของการกระทำความผิดที่มีต่อชุมชนนั้นอาจวัดได้หลายทาง ดังนี้

- 1) ในด้านผลร้ายทางเศรษฐกิจที่มีต่อประโยชน์ของชุมชน
- 2) ในด้านอันตรายทางกายภาพต่อประชากรหรือความเสียหายต่อทรัพย์สิน

สาธารณะ

3) ในด้านการถรอนความสงบทางจิตใจของผู้อยู่อาศัยและความรู้สึกปลอดภัย

ในการประเมินความร้ายแรงของการกระทำความคิดในด้านต่างๆ เหล่านี้ อัยการอาจชี้แจงนำหน้าว่าเป็นเพียงการฝ่าฝืนทางเทคนิคหรือเป็นกรณีที่ไม่สมควรมีการดำเนินคดี และทัศนคติของประชาชนต่อการฟ้องคดีในสถานการณ์นั้นๆ ประชาชนอาจไม่มีความเห็น หรือไม่มีการคัดค้านต่อการที่ไม่บังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ไม่ว่าจะในเรื่องกฎหมายสารบัญญัติหรือเพราะผลของการดำเนินคดีไม่อาจบังคับคดีได้ หรือเพราะเป็นความผิดที่เกี่ยวกับเรื่องเล็กน้อยส่วนตัวและผู้เสียหายไม่น่าสนใจที่จะติดตาม ในทางตรงกันข้าม ลักษณะและสภาพแวดล้อมของการกระทำความคิด การระบุดำเนินการผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหาย การมีส่วนร่วมของสาธารณชนอาจทำให้เกิดอารมณ์ร่วมของสาธารณชนที่สนับสนุนให้มีการฟ้องคดี

ข้อพิจารณาทางด้านเศรษฐกิจ ภายภาพ และจิตใจที่สำคัญเช่นกันในการประเมินผลกระทบของอาชญากรรมต่อผู้เสียหาย เช่น อายุหรือสุขภาพของผู้เสียหาย หรือมีการชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เสียหายบางส่วนหรือทั้งหมดแล้วหรือไม่ อย่างไรก็ตามอัยการต้องให้ความสำคัญในการชี้แจงนำหน้าเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายให้แน่ใจก่อนเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดสามารถหลุดพ้นจากการฟ้องคดีได้เพียงเพราะชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เสียหายเท่านั้น

3) ผลในการป้องปรามของการฟ้องคดี

การป้องปรามการก่ออาชญากรรม เป็นวัตถุประสงค์ที่อัยการต้องคำนึงถึงเป็นจุดหมายอันดับแรกของกฎหมายอาญา ไม่ว่าจะเป็นการก่ออาชญากรรมทั่วไปหรืออาชญากรรมที่มีลักษณะเฉพาะ โดยเฉพาะเมื่ออัยการจะใช้ดุลพินิจฟ้องคดีในความผิดเล็กน้อยว่าสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษหรือไม่ ความผิดบางอย่างแม้ดูเหมือนไม่สำคัญมากในตัวของมันเอง แต่ถ้ากระทำกันเป็นปกติจะก่อให้เกิดผลสะสมมากต่อชุมชน

4) ความรับผิดชอบของบุคคล

แม้ว่าอัยการจะมีหลักฐานการกระทำผิดเพียงพอ อัยการก็สามารถพิจารณาระดับความรับผิดชอบของบุคคลเกี่ยวกับการกระทำผิดนั้นได้ โดยเปรียบเทียบกับผู้อื่นที่เกี่ยวข้องกับความผิดนั้น ตัวอย่างเช่น ถ้าบุคคลหนึ่งเป็นผู้เกี่ยวข้องเพียงเล็กน้อยในการกระทำผิดอาญาของบุคคลอื่น และไม่มีเหตุอื่นให้ฟ้องคดี อัยการอาจสรุปได้ว่าน่าจะดำเนินการอย่างอื่นแทนการฟ้องคดี

5) ประวัติอาชญากรรมของบุคคล

ถ้าทราบว่าบุคคลหนึ่งเคยกระทำความผิดมาก่อนหรือมีเหตุสมควรเชื่อว่าบุคคลนั้นเคยเกี่ยวข้องกั้อาชญากรรมมาก่อน ก็ควรนำมาพิจารณาว่าจะควรฟ้องคดีหรือไม่ โดยพิจารณาลักษณะความเกี่ยวข้องในการกระทำผิดครั้งก่อนของบุคคลนั้นกับความผิดปัจจุบัน หรือหากก่อนหน้านี้เคยสั่งไม่ฟ้องคดีมาก่อนเพราะผู้กระทำความผิดได้ให้ความร่วมมืออันเป็นประโยชน์แก่ทาง

รัฐ ในกรณีเช่นนี้ บุคคลที่ไม่เคยเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมมาก่อนหรือเคยให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการพิจารณาที่เหมาะสมตามกรณีสมควร

6) ความตั้งใจในการร่วมมือกับการสอบสวนหรือการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดรายอื่น

ความตั้งใจในการร่วมมือในการสอบสวนหรือการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดรายอื่น เป็นข้อพิจารณาอีกประการหนึ่งในการพิจารณาว่าควรจะฟ้องคดีหรือไม่ โดยปกติแล้วลำพังความตั้งใจร่วมมือนั้น ไม่อาจทำให้บุคคลพ้นจากความรับผิดทางอาญาได้ อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่ความร่วมมือของบุคคลนั้นมีคุณค่าและมีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์ของรัฐในการฟ้องคดีแก่บุคคลดังกล่าว

7) ลักษณะของผู้กระทำความผิด

ในบางกรณีลักษณะของผู้กระทำความผิดอาจเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจในการฟ้องคดีหรือดำเนินการอย่างอื่นแทน ภาวะที่ไม่ปกติของผู้กระทำความผิด เช่น เด็กมาก อายุมาก หรือมีภาวะไม่ปกติทางกายหรือทางจิต เช่น นี้อย่อมแสดงให้เห็นว่าการฟ้องคดีอาจไม่เหมาะสม และลักษณะของผู้กระทำความผิดอย่างอื่นๆ เช่น หากปรากฏว่าผู้ต้องหาตำแหน่งที่ได้รับความไว้วางใจหรือมีความรับผิดชอบแต่กลับกระทำความผิดในเรื่องดังกล่าว อาจมีน้ำหนักสนับสนุนให้ฟ้องคดี

8) โทษที่อาจลงได้หรือผลอื่นใดในกรณีถูกพิพากษาลงโทษ

ในการประเมินประโยชน์อันสำคัญของรัฐในการดำเนินคดี อัยการควรพิจารณาโทษหรือผลอื่นๆที่อาจเกิดขึ้นหากการดำเนินคดีนั้นสำเร็จลุล่วง หากผู้กระทำความผิดได้รับโทษอยู่แล้ว หรือถูกจับกุมคุมขังอยู่ก่อนแล้วอันเป็นผลมาจากการกระทำความผิดในฐานความผิดอีกอันหนึ่ง อัยการควรชั่งน้ำหนักว่าการพิสูจน์กระทำผิดอันอื่นนั้นจะให้ผลอันเป็นการเพิ่มเติมโทษหรือเป็นอุปสรรคหรือไม่ หรือเป็นการจำเป็นหรือไม่ที่จะให้การประกันว่าประวัติการกระทำผิดของผู้กระทำความผิดนั้นจะสะท้อนขอบเขตพฤติกรรมการกระทำความผิดอาญาของเขาได้อย่างถูกต้องแม่นยำ ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่มีความจำเป็นที่จะเริ่มต้นดำเนินคดีต่อการหนีหรือผิดเงื่อนไขการประกันตัวต่อบุคคลที่ได้รับการพิจารณาโทษแล้วในฐานความผิดอื่นเพื่อที่ไต่บุคคลผู้ปฏิบัติงานบังคับใช้กฎหมายหรือเจ้าหน้าที่ศาลที่จะดำเนินคดีที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำผิดรายนี้ในอนาคตจะได้ทราบถึงความเสี่ยงในการที่จะให้เขาได้ประกันตัว หรือหากผู้ที่อยู่ระหว่างได้รับการปล่อยตัวชั่วคราวหรือการพักโทษหรือการปล่อยตัวระหว่างคุมขังภายใต้เงื่อนไข อันเป็นผลมาจากการตัดสินความผิดอันก่อน อัยการควรพิจารณาว่าจะก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะได้ดีกว่าหรือไม่หากจะกำหนดการดำเนินการไว้สำหรับการฝ่าฝืนเงื่อนไขการปล่อยชั่วคราวหรือการยกเลิกเพิกถอนการปล่อยโดยมีเงื่อนไขนั้น มากกว่าที่จะมาเริ่มต้นดำเนินคดีใหม่

อัยการยังควรจะพิจารณาถึงการกำหนดทิศทาง การดำเนินคดีให้อยู่ในกรอบของกฎหมายเพื่อการกำหนดโทษ หากปรากฏว่ามีโอกาสที่ผู้กระทำความผิดในคดีความผิดอันก่อน อาจกลับคำให้การในชั้นอุทธรณ์หรือ ร้องเรียนกล่าวโทษเจ้าหน้าที่ ท้ายที่สุด หากบุคคลซึ่งเคย ได้รับการดำเนินคดีมาก่อนในเขตอำนาจศาลอื่นสำหรับฐานความผิดเดียวกันหรือฐานความผิดอื่นที่ใกล้เคียง อัยการควรพิจารณาแนวนโยบายแห่งรัฐที่มีอยู่ในขณะนั้นเกี่ยวกับเรื่อง “การดำเนินคดีต่อเนื่อง” หรือ “การดำเนินคดีควบคู่” ซึ่งขึ้นอยู่กับว่าการดำเนินคดีครั้งก่อนนั้นเป็นการกระทำโดย สหพันธรัฐหรือไม่

อย่างไรก็ตามนอกจากหลักการใช้ดุลพินิจในการไม่ฟ้องคดี ในกรณีที่ไม่เป็นประโยชน์ สาธารณะใน Principle of federal prosecution ข้างต้น ในหนังสือของ Frank W. Miller เรื่อง The Decision to charge a suspect with a crime ยังได้แบ่งหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจไม่ฟ้องร้อง ดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการในสหรัฐอเมริกาเอาไว้ คือ⁸²

1) ความต้องการให้ดำเนินคดีของผู้เสียหาย

องค์ประกอบสำคัญที่อัยการจะต้องพิจารณาเสมอๆ ในการทำงานอยู่ที่ว่า ผู้เสียหาย ในคดีอาญาต้องการให้ดำเนินคดีหรือไม่ บางครั้งมีปัญหาว่าผู้เสียหายต้องการให้ฟ้องคดีทั้งๆ ที่ อัยการไม่ต้องการฟ้อง เพราะเหตุว่าพยานหลักฐานในคดีไม่เพียงพอหรือเพราะอัยการเห็นว่าการ ฟ้องคดีนั้นๆ ไม่เป็นประโยชน์ต่อสังคมเป็นส่วนรวมก็ตาม นอกจากนี้ในบางครั้งก็ยังมีปัญหาที่ ตรงกันข้ามกันให้อัยการจะต้องตัดสินใจด้วยว่าตนควรจะฟ้องคดีหรือไม่ในเมื่อผู้เสียหายไม่เต็มใจ ให้ฟ้อง

2) เหตุผลทางค่าใช้จ่าย

การดำเนินคดีโดยอัยการในสหรัฐอเมริกา เหตุผลทางค่าใช้จ่ายมีส่วนกำหนดว่าควร จะฟ้องร้องดำเนินคดีหรือไม่เพียงใด แม้ว่าคดีนั้นจะเข้าหลักเกณฑ์ที่อัยการต้องฟ้อง และมีพยาน หลักฐานพอพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาแล้ว โดยซึ่งนำหน้าระหว่างความจำเป็นในการดำเนินคดี กับค่าใช้จ่ายที่จะต้องสูญเสียไปกับการดำเนินคดีกับผู้ต้องหาว่าอย่างไรจะมีน้ำหนักมากกว่ากัน ซึ่งในเรื่องนี้อัยการสามารถใช้ดุลพินิจในการไม่ฟ้องผู้ต้องหา เพราะผู้ต้องหาอยู่ในเขตอำนาจ ศาลหนึ่ง ซึ่งจะต้องนำหลักเกณฑ์การส่งผู้ร้ายข้ามแดนมาใช้ หรืออัยการอาจจะฟ้องไม่เต็มตามที่ ปรากฏพยานหลักฐาน เนื่องจากวิธีการต่อรองคำรับสารภาพและการไม่ขอเพิ่มโทษในกรณีกระทำ ความผิดติดนิสัย⁸³

⁸² Frank W. Miller. (1974). **Prosecution: The Decision to Charge a Suspect with a Crime.** p. 173.

⁸³ Ibid.

มีกรณีที่เกิดขึ้นบ่อยๆที่ไม่มีมีการฟ้องคดีแก่ผู้ต้องหาที่อาจจะต้องส่งตัวข้ามแดนมาเพื่อดำเนินคดี เพราะจะต้องเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก การที่จะสั่งฟ้องหรือไม่ในคดีนี้จึงเป็นผลของการชั่งน้ำหนักระหว่างภาระที่เกิดขึ้นจากการคุมขังผู้ต้องหาเพื่อส่งข้ามแดนกับความจำเป็นที่ต้องดำเนินคดีกับผู้ต้องหาว่าอย่างไรมีความจำเป็นมากกว่ากัน⁸⁴ ระยะเวลาที่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องการผู้ต้องหาจะต้องเดินทางไปนำตัวผู้ต้องหากลับมาดำเนินคดียังรัฐที่ความผิดเกิดขึ้นย่อมเป็นสัดส่วนโดยตรงกับค่าใช้จ่ายในการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนอันเป็นองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องที่สุดกับการสั่งฟ้องคดีของอัยการ⁸⁵

ความร้ายแรงของการกระทำอาจเป็นองค์ประกอบสำคัญในการชั่งน้ำหนักระหว่างค่าใช้จ่ายในการคุมขังกับความต้องการในการสั่งคดีกับผู้ต้องหา เพราะอัยการส่วนมากเห็นว่าการขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน หากผู้ต้องหาไม่ได้กระทำผิดอุกฉกรรจ์นัก และมีความเห็นว่าการให้ส่งตัวผู้ร้ายในความผิดทางเศรษฐกิจ (White collar crimes) รายใหญ่ๆ มากกว่าผู้ร้ายในคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินเล็กน้อย⁸⁶

3) แนวโน้มของคำพิพากษา

แม้กฎหมายจะได้ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาในการใช้ดุลพินิจลงโทษต่างๆ กันก็ตาม แต่ในการเลือกฟ้องในข้อหาใดข้อหาหนึ่งของอัยการยังคงต้องคำนึงถึงแนวโน้มของคำพิพากษาลงโทษเป็นองค์ประกอบด้วย ดังนั้น หากเป็นที่คาดหมายได้ล่วงหน้าว่าในคดีศาลจะลงโทษน้อยอย่างแน่นอน อัยการก็จะตัดสินใจเลือกฟ้องความผิดที่มีความรุนแรงน้อยลงมา หรือเลือกฟ้องในฐานความผิดให้น้อยลงมาจากฐานความผิดทั้งหมดที่พยานหลักฐานบ่งชี้⁸⁷

ตัวอย่างกรณีนี้ คือ หญิงคนหนึ่งกลับรถกลางถนน ตำรวจเห็นเข้าจึงไล่ตามไป หญิงคนนั้นเร่งเครื่องหนี แต่ไม่ได้มองไปทางซ้ายมือ รถจึงแล่นไปชนส่งกีดขวางเข้า หญิงนั้นขย้ากระดาศสี่เหลี่ยมกำมือหนึ่งซึ่งเป็นเศษกระดาศที่ใช้ในการเล่นการพนันปาออกมานอกรถ เมื่อตำรวจหยุดรถของหญิงแล้ว ขณะที่ตำรวจนายหนึ่งเขียนใบสั่งฐานฝ่าฝืนกฎจราจร ตำรวจอีกคนหนึ่งก็ได้เก็บกระดาศที่ใช้ในการเล่นการพนันของหญิงนั้นได้ ดังนั้น การพกพาตัวพนันก็คือข้อหาซึ่งเป็นความผิดฐานมีไว้ในความครอบครองซึ่งเครื่องมือที่ใช้ในการเล่นการพนันได้ ดังนั้น อัยการจึงให้แจ้งข้อหาผิดกฎหมายไว้ในความครอบครองแก่ผู้นี้ด้วย⁸⁸

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid.

ตามกฎหมายของรัฐมิชิแกน การมีไว้ในครอบครองซึ่งเครื่องมือเล่นการพนันเป็นความผิด High misdemeanor แต่การเตรียมมีไว้ในความครอบครองซึ่งสิ่งผิดกฎหมายเป็นความผิด Low misdemeanor แต่ในคดีทรอยด์ถือว่าผู้พกพาตัวพนันจะต้องถูกฟ้องในความผิด Low misdemeanor ทั้งๆ ที่ในความเป็นจริงควรจะต้องถูกฟ้องในความผิด High misdemeanor ด้วยเหตุผลที่ว่าความผิด High misdemeanor และความผิดอุกฉกรรจ์ (Felonies) เป็นความผิดที่จะต้องมีการไต่สวนมูลฟ้องก่อนตามกฎหมายของรัฐมิชิแกน โดยตำรวจต้องนำตัวจำเลยไปปรากฏตัวต่อศาลซึ่งไต่สวนเบื้องต้น มีการพิจารณาสอบถามคำให้การจำเลยประมาณ 3 ครั้ง ส่วนการพิจารณาความผิด Low misdemeanor เพียงแต่นำตัวจำเลยมาสอบถามคำให้การต่อหน้าศาลตามกฎหมายเรียกและคุมตัวไว้ในเวลาเดียวกันเพียงครั้งเดียว ทำนองเดียวกับการปรากฏตัวครั้งแรกต่อหน้าศาลของจำเลยในคดีอุกฉกรรจ์หรือความผิด High misdemeanor⁸⁹ โดยอัยการมักจะขอรับการลดข้อหาเช่นนี้ แม้ว่าบางครั้งจะไม่เห็นด้วยก็ตาม

4) เพื่อหลีกเลี่ยงความไม่พอใจของสาธารณชน

ความเห็นของสาธารณชนเกี่ยวกับความต้องการบังคับหรือไม่บังคับให้เป็นไปตามกฎหมายอาญาที่วางไว้มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจในทุกขั้นตอนของกระบวนการบริหาร กล่าวคือ มีความรู้สึกในหมู่เจ้าหน้าที่ผู้ใช้กฎหมายว่าการบริหารความยุติธรรมทางอาญาจะต้องคำนึงถึงความรู้สึกของสาธารณชน เพื่อให้เกิดผลตามเจตนารมณ์ของสาธารณชนในสถานการณ์ต่างๆ⁹⁰

เมื่อความรู้สึกของสาธารณชนยืนยันให้ใช้บังคับกฎหมายอย่างเข้มงวดเด็ดขาด เจ้าหน้าที่ก็ต้องคล้อยตามความเห็นนั้น อย่างน้อยก็จนกว่าวิกฤตการณ์นั้นได้คลี่คลายลง ในทางตรงกันข้ามก็มีเหมือนกันที่ความรู้สึกของสาธารณชนยังผลไม่ทำให้ใช้บังคับกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งแก่บุคคลเป็นการเฉพาะตัว⁹¹

การสั่งคดีบางครั้งมีผลมาจากความมีชื่อเสียงของผู้ต้องหาหรือกฎหมายที่ผู้ต้องหาไปละเมิดนั้นไม่เป็นที่พอใจของประชาชนอยู่แล้ว เช่น กรณีที่ชายหนุ่ม 2 คน ถูกจับพร้อมด้วยเบียร์เถื่อนในครอบครอง คนหนึ่งในจำนวนผู้ต้องหา 2 คนนั้น เป็นนักมวยประจำท้องถิ่นที่มีชื่อเสียง เมื่อผู้ต้องหาได้ระบุตัวผู้ขายเบียร์ให้ก็มีการสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาทั้งสองคน⁹² เนื่องจากผู้ต้องหาเป็นคนมีชื่อเสียง และผลจากการฟ้องคดีอาจบานปลายไปสร้างความยุ่งยากให้แก่สโมสรเด็กผู้ชายในท้องถิ่น

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid.

ที่ผู้ต้องหาได้เกี่ยวข้องกับอยู่ด้วย ซึ่งทั้งสองประการนี้อาจทำให้เจ้าหน้าที่ได้รับปฏิกริยาในแง่ลบจากสาธารณชน⁹³

ตัวอย่างอีกเรื่องหนึ่ง คือจำเลยถูกฟ้องฐานจำหน่ายสุราโดยไม่มีใบอนุญาตซึ่งเป็นการผิดเล็กน้อย ในชั้นพิจารณาผู้ช่วยนายอำเภอ 2 คน เข้าไปให้การในฐานะผู้ซื้อสุราจากจำเลย การพิจารณาในคดีนี้เกือบจะเสร็จเร็วเกินคาด และคณะลูกขุนได้กลับคำชี้ขาดว่าจำเลยไม่ผิดเลยทีเดียว⁹⁴ ซึ่งหลังจากมีคำชี้ขาดของลูกขุนแล้ว อัยการผู้ว่าคดีนี้ได้กล่าวว่า “รู้สึกแปลกใจเล็กน้อยในเหตุที่เกิดขึ้นนี้...ความลำบากใจอย่างใหญ่หลวงในการดำเนินคดีแบบนี้อยู่ที่เจตนาของทุกคนในส่วนองสาธารณชน ที่ปล่อยให้พวกเขาขายสุราเถื่อนกระทำการมานานเกินไป เพราะไม่มีหน่วยงานอื่นเกี่ยวข้องกับพวกเขาขายสุราโดยไม่มีใบอนุญาต” เหตุนี้เอง ที่ทำการอัยการจึงไม่ให้มีการใช้กฎหมายกับพวกเขาขายสุราเถื่อน และนับแต่มีปฏิกริยาทางลบเกี่ยวกับคดีตัวอย่างจากความเห็นของสาธารณชนแล้ว อัยการได้ชี้ให้เห็นว่าความรู้สึกที่ไม่ต้องการให้บังคับกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องทำนองนี้ก็ยังมิได้อยู่ต่อไปอีก⁹⁵

ตัวอย่างอีกคดีหนึ่ง คือ เด็กนักเรียนชายในวิทยาลัยแห่งหนึ่งได้ไปเล่าให้ตำรวจฟังว่าเพื่อนนักเรียนของตนคนหนึ่งชอบชกน้านักเรียนคนอื่นๆ ในวิทยาลัยให้ประพุดตบตีเสมอเสีย เช่น การสอนให้พวกเข้ารู้จักรวมเพศ เป็นต้น ทางตำรวจจึงได้ส่งตำรวจหญิงคนหนึ่งเข้าไปอยู่ในกลุ่มของผู้ต้องหาที่งานปาร์ตี้ป่าเถื่อนในโรงแรมของผู้ต้องหาจนได้หลักฐานเกี่ยวกับตัวผู้ต้องหาเพียงพอ จึงได้ขอให้อัยการออกหมายจับตัวผู้ต้องหา แต่อัยการผู้ทำคดีได้กล่าวว่าเขายังไม่ออกหมายจับจนกว่าหัวหน้าตำรวจจะทำความเข้าใจ เพราะพยานหลักฐานที่ตำรวจหญิงเสนอมาทำให้เห็นว่าได้มีตำรวจวัยรุ่นคนหนึ่งได้เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้ต้องหาด้วย อัยการผู้นั้นจึงรายงานว่าเขาจะยุติคดีนี้เสียถ้าหากว่าตำรวจได้เสนอความเห็นมาไม่ให้มีการดำเนินคดี⁹⁶

ในตัวอย่างคดีนี้ทำให้เห็นว่าตำรวจตั้งใจจะให้ดำเนินคดีกับหัวหน้า หรือ ผู้ชักนำให้เข้าร่วมงานปาร์ตี้ โดยไม่ต้องการดำเนินคดีกับผู้เข้าร่วมงานปาร์ตี้ด้วย ทั้งโดยไม่คำนึงถึงว่าจะเสี่ยงกับกฎหมายที่ไม่ค่อยได้ใช้ หรือตัวผู้ต้องหาที่มีชื่อเสียง แต่การที่ตำรวจบางคนเข้าไปมีส่วนในงานปาร์ตี้ด้วยเป็นผลกระทบต่อความไม่ดิงามเป็นส่วนรวมของกรมตำรวจ ทำให้เจ้าหน้าที่รู้สึกถึงวัตถุประสงค์ของระบบว่าอย่าดำเนินคดีเสียจะดีกว่า จริงอยู่หากว่าการไม่ดำเนินคดีนี้เป็นที่ล่วงรู้ถึงสาธารณชนตามเหตุผลที่ว่ามานี้ก็จะเกิดปฏิกริยาโต้ตอบในทางไม่ดีต่ออัยการและตำรวจ ดังนั้นการ

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Ibid.

ปล่อยตัวการลอบหนีไป กรมตำรวจจะได้มีโอกาสลงโทษตำรวจของตน โดยไม่ให้สาธารณชนได้รู้ เพื่อเป็นการปกป้องระบบของกฎหมายจากความสิ้นศรัทธาของสาธารณชน⁹⁷

5) ผู้ต้องหาอาจได้รับความเสียหายจนเกินสมควร

ผู้กระทำความผิดไม่ถูกฟ้องร้องดำเนินคดีในชั้นตำรวจ หรือ ชั้นอัยการหรือถูกฟ้องร้อง โดยลดข้อหาลง เมื่อปรากฏว่าผลที่ได้จากการฟ้องร้องคดีอย่างเต็มที่ ไม่คุ้มกับภัยอันตรายที่ความผิดนั้นก่อให้เกิดขึ้น หรือทำให้ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับความเสียหายจากการลงโทษจนเกินสมควร ซึ่งในกรณีนี้มีเรื่องที่จะต้องพิจารณาอยู่หลายประการอันได้แก่

- (1) การไม่ฟ้องคดีเป็นครั้งที่สอง
- (2) ผู้กระทำผิดฐานเมาสุราอาละวาดและฝ่าฝืนกฎจราจรเล็กๆ น้อยๆ
- (3) เพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายที่จะติดตัวผู้กระทำผิดไปจนเกินสมควร

ก. คำนี้เกี่ยวกับผู้กระทำผิดรุนแรง ในกรณีที่ผู้เยาว์ได้กระทำความผิดประเภทที่มีโทษสูง มีแนวทางปฏิบัติที่อัยการไม่ฟ้องความผิดที่มีโทษสูง และสั่งฟ้องในความผิดที่มีโทษเบา ลงเพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อตัวผู้เยาว์จนเกินควร

ข. คำนี้เกี่ยวกับความมีชื่อเสียงของผู้กระทำผิด

ค. คำนี้เกี่ยวกับผู้กระทำความผิดทางเพศ

(4) เพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายอันเกิดจากการลงโทษจนเกินสมควร

ก. เพื่อไม่ให้มีการจำคุกในระยะนานเกินไป

ข. เพื่อให้มีการทำทัณฑ์บนหรือพักการลงโทษมากขึ้น

(5) กรณีพยานแผ่นดิน

ในสหรัฐอเมริกา มี “รัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มกันพยาน” เป็นทางสายกลาง ระหว่างความจำเป็นในทางนโยบายอาญา และการใช้สิทธิที่จะไม่ให้การเป็นการปฏิบัติต่อตนเอง (Privilege against self incrimination)⁹⁸

รัฐบัญญัติดังกล่าวนี้เป็นที่เข้าใจว่าหมายถึงกฎหมายที่มีได้ยกเลิกความผิดแก่บุคคลซึ่งเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยร่วม แต่เป็นกฎหมายที่ให้ความมั่นใจแก่เขาว่าจะไม่ถูกดำเนินคดี⁹⁹

เนื่องจากคำให้การของเขาได้ถูกกันเอาไว้เป็นพยานเกี่ยวกับความผิดที่เกิดขึ้น¹⁰⁰ และเกี่ยวกับจำเลยคนสำคัญ ซึ่งกระทำความผิดร้ายแรงเท่าหรือมากกว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ถูกกันตัวไว้นั้น

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ คณิต ผนกรง (2521). “พยานแผ่นดินตามกฎหมายเองไกลอเมริกา.” อัยการนิเทศ, 40. หน้า 82.

⁹⁹ แหล่งเดิม.

กฎหมายในลักษณะนี้จัดว่าเป็นอาวุธสำคัญในการต่อสู้กับอาชญากรรมที่มีการจัดองค์กร (Organized crime) ซึ่งได้แก่ ความผิดฐานให้สินบน ความผิดเกี่ยวกับการพนัน ความผิดเกี่ยวกับโสเภณี และกฎหมายต่อต้านการผูกขาดตัดตอน เป็นต้น¹⁰¹ แต่อัยการจะใช้กฎหมายในเรื่องนี้ก็ต่อเมื่อได้พิจารณาถึงความสมัครใจของจำเลยที่จะร่วมมือกับอัยการในการสอบสวนและฟ้องจำเลยอื่น ความร้ายแรงของการกระทำผิด ขอบเขตของการเข้าร่วมกระทำผิด และความเป็นไปได้ว่าศาลจะตัดสินลงโทษจำเลยถ้าไม่ฟ้อง ส่วนปัจจัยอื่นที่อัยการจะนำมาพิจารณาประกอบด้วย คือ ความสนใจของประชาชนในคดีที่เกิดขึ้น ค่าใช้จ่ายในการพิจารณาคดี และความเศร้าโศกของจำเลย¹⁰²

ผู้ต้องหาหรือจำเลยซึ่งจะได้รับประโยชน์มากที่สุดจากระบบนี้คือ คำให้การของผู้ต้องหาหรือจำเลยซึ่งเป็นกุญแจสำคัญต่อการสอบสวนหาความจริงสำคัญต่ออัยการและผู้ต้องหาหรือจำเลยจะได้รับประโยชน์ ถ้าอัยการได้พิจารณาที่ใช้วิธีกันไว้เป็นพยานดังกล่าวมานี้ก่อนจะเสนอเรื่องไปยังลูกขุน โดยวิธีการสั่งไม่ฟ้อง แต่ถ้าเป็นระยะภายหลังกฎหมายวินิจฉัยแล้ว อัยการอาจจะละข้อหาบางข้อโดยตกลงว่าจะแจ้งให้ศาลทราบถึงการที่จำเลยให้ความร่วมมือแก่อัยการในการที่กันไว้เป็นพยานเพื่อศาลจะได้นำมาประกอบการลงโทษ แม้ภายหลังกฎหมายตัดสินแล้ว อัยการก็อาจเสนอแนะต่อรัฐบาลให้ลดโทษลงเหลือสถานเบา สำหรับจำเลยที่ให้ความร่วมมือเป็นพยาน¹⁰³

(6) พิจารณาจากสภาพของการกระทำและตัวผู้กระทำความผิด

หลักทั่วไปดังกล่าวข้างต้น อาจขยายละเอียดถึงกรณีที่ใช้ดุลพินิจในการไม่ฟ้องคดีที่มีมูล โดยพิจารณาตามสภาพของคดีหรือสภาพของการกระทำ สภาพของผู้กระทำความผิดและสภาพการณ์ภายหลังการกระทำผิดได้ ดังนี้คือ

ก. สภาพของคดีหรือสภาพของการกระทำผิด

1. หากอัยการมีความสงสัยโดยมีเหตุอันสมควรว่า ผู้ต้องหาอาจจะมีผู้กระทำความผิดที่แท้จริง
2. หากอัยการพิจารณาแล้วเห็นว่า ถ้ามีการฟ้องคดีนั้นลูกขุนจะตัดสินปล่อยจำเลย ทั้งๆ ที่มีพยานหลักฐานที่แน่ชัดว่าจำเลยกระทำความผิด

¹⁰⁰ ชง ลีฟิ่งธรรม. (2524). บทบาทของอัยการในกระบวนการยุติธรรม การใช้ดุลพินิจของอัยการในประเทศไทย ญี่ปุ่นและสหรัฐอเมริกา. หน้า 113.

¹⁰¹ เล่มเดิม.

¹⁰² ชง ลีฟิ่งธรรม. หน้า เดิม.

¹⁰³ ชง ลีฟิ่งธรรม. เล่มเดิม. หน้า 114.

3. หากการฟ้องคดีนั้นจะต้องเสียค่าใช้จ่ายอย่างมาก เมื่อคำนึงถึงสภาพของความผิดแล้ว

4. หากไม่ฟ้องคดีนั้นจะไม่ทำให้หลักการยับยั้ง (Deterrence) “ผู้อื่น” มิให้กระทำความผิดอย่างเดียวกันเสียไปมากนัก

ข. สภาพของผู้กระทำความผิด

1. หากผู้กระทำความผิดมีคุณลักษณะพิเศษ เช่น เด็ก คนชรา เคยรับราชการทหารมาก่อนและทำประโยชน์ให้แก่ทางราชการทหารอย่างดีเด่น ไม่เคยมีประวัติอาชญากรรมมาก่อน เป็นต้น

2. หากผู้กระทำความผิดได้รับการลงโทษมาพอสมควรแก่การที่จะมีผลเป็นการยับยั้งตนเอง หรือผู้อื่นมิให้อาเจียงอย่างใดแล้ว

ค. สภาพการณ์ภายหลังการกระทำความผิด

1. หากผู้เสียหายไม่ประสงค์ที่จะให้มีการฟ้องคดีแก่ผู้ต้องหา

2. หากกฎหมายในเรื่องนั้นๆมิได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานาน โดยที่ชุมชนนั้นก็เห็นชอบด้วยกับการไม่ใช้บังคับกฎหมายนั้นๆ

3. หากคดีนั้นได้เกิดขึ้นมานาน และพยานหลักฐานต่างๆ ได้เลือนหายไปมากแล้ว

4. หากผู้กระทำความผิดได้ชดใช้ความสูญเสีย หรือความเสียหายแก่ผู้เสียหายไปหมดสิ้นแล้ว

5. หากผู้กระทำความผิดให้ความร่วมมือกับเจ้าพนักงานในการสืบสวนสอบสวน หรือการฟ้องร้องคดี เช่น เป็นสายลับตำรวจ หรือยอมเป็นพยานให้แก่อัยการ เป็นต้น

อย่างไรก็ตามอาจกล่าวได้โดยทั่วไปว่าเหตุผลที่อัยการในสหรัฐอเมริกาใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีได้อย่างกว้างขวางเพราะ

1) สภาพที่มี “กฎหมายอาญาเฟ้อ” (Overcriminalization) ในสังคม กล่าวคือ ผู้มีอำนาจในสังคมใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการควบคุมสังคมมากเกินไป ทำให้การกระทำแทบทุกอย่างเป็นความผิดกฎหมายอาญาไปเสียหมด ด้วยเหตุนี้เองอัยการจึงต้องมีดุลพินิจในการไม่ฟ้องบางคดีอยู่บ้างตามความเหมาะสม

2) ไม่มีเครื่องมือ สถานที่ และกำลังคนเพียงพอที่จะใช้บังคับกฎหมายอาญาได้ทั้งหมด อัยการจึงต้องมีดุลพินิจในการที่จะเลือกนำเฉพาะบางคนเท่านั้นเข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมโดยวิธีการฟ้องร้องต่อศาล ถ้าอัยการไม่มีดุลพินิจและจะต้องฟ้องคดีที่เกิดขึ้นแทบทุกคดีแล้ว ก็จะเป็น

ภาระแก่องค์กรต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมอย่างมากอาจทำให้กระบวนการยุติธรรมนั้นหมดสมรรถภาพที่จะดำเนินงานต่อไปได้

3) เหตุผลในแง่การให้ความยุติธรรมแก่ผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล ผู้กระทำความผิดบางคนสมควรได้รับการยกโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำไปแล้ว เมื่อคำนึงถึงอายุ บุคลิก ลักษณะ สติปัญญา ความหนักเบาของความผิด สภาพแวดล้อมก่อนขณะและหลังการกระทำความผิด¹⁰⁴

ในหลายมลรัฐ อัยการอาจสั่งไม่ฟ้องคดีโดยเหตุผลในทางนโยบาย เช่น กรณีที่สาธารณชนโดยทั่วไปมีความรู้สึกเห็นอกเห็นใจผู้กระทำความผิด ในแง่มนุษยธรรมทำให้เกิดปฏิกิริยาในทางปฏิบัติหากฝ่ายบ้างเมืองจะดำเนินคดีนั้นในสภาพการณ์เช่นนี้

3.4.4 ระบบตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการสั่งคดีอาญาของอัยการสหรัฐอเมริกา

การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการสหรัฐอเมริกาในการสั่งคดีอาญา แม้จะได้มีการยอมรับความเป็นอิสระของอัยการในการใช้ดุลพินิจ แต่ก็มีได้หมายความว่าความเป็นอิสระของดุลพินิจเช่นนี้จะทำให้อัยการมีดุลพินิจอันเด็ดขาด (Absolute discretion) โดยปราศจากมาตรการใดๆ ทางกฎหมายมาควบคุมไว้เลย เนื่องจาก “ดุลพินิจอยู่ที่ใด ก็ย่อมมีช่องสำหรับอำเภอใจอยู่ด้วย”¹⁰⁵

สหรัฐอเมริกาก็ได้มีการวางมาตรการเพื่อควบคุมตรวจสอบและถ่วงดุลดุลพินิจของพนักงานอัยการ โดยมีอยู่หลายวิธีการ คือ อำนาจในการตรวจสอบอยู่กับองค์กรประชาชน เช่น “Grand Jury” ซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนในท้องถิ่นที่คอยกำกับดูแลอำนาจฟ้องคดีของอัยการสำหรับการตรวจสอบดุลพินิจของอัยการในการสั่งไม่ฟ้องคดีนั้น ศาลจะมีบทบาทที่จำกัดมากเพราะการสั่งไม่ฟ้องคดีเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหาร

แต่สำหรับการตรวจสอบดุลพินิจของอัยการในการสั่งฟ้องคดี ศาลจะเข้ามามีบทบาทมากโดยวิธีการที่เรียกว่า “การไต่สวนมูลฟ้อง” ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำคัญ คือ การคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาเพื่อให้แน่ใจว่าก่อนที่จะทำให้เขาต้องตกเป็นจำเลยนั้น คดีมีมูลเพียงพอหรือไม่ ซึ่งเห็นได้ว่าในต่างประเทศได้ให้ความสำคัญกับการสั่งฟ้องของพนักงานอัยการมาก เพราะเป็นการใช้อำนาจรัฐกระทบต่อสิทธิของประชาชน ผิดกับบ้านเรากลับให้ความสำคัญกับการสั่งไม่ฟ้องเพราะเกรงการทุจริต

¹⁰⁴ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 162-163.

¹⁰⁵ หลวงอรรดโกวิทวาทิ. (2518). “พนักงานอัยการจะถอนฟ้องได้ในกรณีอย่างไร?” อัยการนิเทศ, 3, 1-4. หน้า 134.

มาตรการต่างๆ เพื่อควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของอัยการให้บริหารงานยุติธรรมได้ด้วยความสามารถและความซื่อสัตย์สุจริต โดยการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของพนักงานอัยการอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ การควบคุมโดยกฎหมาย (Legal control) และการควบคุมโดยไม่เป็นทางการ (Informal control)

3.4.4.1 ระบบตรวจสอบโดยกฎหมาย (Legal control)

1) ระบบตรวจสอบภายในองค์กร

ปกติแล้วหัวหน้าอัยการประจำสำนักงานนั้นๆ จะเป็นผู้คอยตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของอัยการในสำนักงานของตน¹⁰⁶ เช่น อัยการสหรัฐฯ (U.S. Attorney) ก็จะคอยตรวจสอบผู้ช่วยอัยการสหรัฐฯ (Assistant U.S. Attorney) หรือในกรณีที่หัวหน้าอัยการระดับท้องถิ่น (District Attorney) ต้องคอยตรวจสอบผู้ช่วยอัยการระดับท้องถิ่น (Assistant State's Attorney) หรือ (Assistant Prosecuting Attorney) เป็นต้น¹⁰⁷

การควบคุมตรวจสอบเช่นนี้ หากในสำนักงานมีอัยการจำนวนไม่มากนัก การตรวจสอบอาจเป็นไปอย่างรัดกุม ซึ่งจะทำให้การใช้ดุลพินิจเป็นไปอย่างสอดคล้องกัน แต่ถ้าเป็นสำนักงานใหญ่ที่มีอัยการอยู่เป็นจำนวนมาก การตรวจสอบอาจเป็นไปอย่างหละหลวม ซึ่งอาจทำให้การใช้ดุลพินิจไม่มีความสอดคล้องต้องกันเลยก็ได้¹⁰⁸

นอกจากนั้นอธิบดีอัยการสหรัฐฯ หรือมลรัฐ แล้วแต่กรณีซึ่งยังถือว่าเป็นจุดศูนย์รวมอำนาจในการบังคับกฎหมาย ยังมีอำนาจควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของอัยการในระดับสหรัฐฯ หรือมลรัฐ หรือระดับท้องถิ่น โดยการเข้าแทรกแซงในคดี เช่น ในแคนซัส อธิบดีอัยการของแคนซัสมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องเข้าไปปรากฏตัวและดำเนินคดีอาญาด้วยตนเองตามที่เห็นสมควรหรือเป็นกรณีที่ผู้ว่าการรัฐ หรือหน่วยงานสาขาของสภานิติบัญญัติแจ้งให้เขาทำเช่นนั้น¹⁰⁹

2) ระบบตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก

(1) วิธีการที่เรียกว่า Mandamus

เป็นกรณีที่เอกชนพยายามที่จะบังคับอัยการที่ไม่ยอมคล้อยตามความประสงค์ของเขาให้ฟ้องคดี โดยเอกชนผู้นั้นจะต้องยื่นคำขอต่อศาลให้ออก Writ of mandamus หรือคำสั่งตรงไปยังอัยการให้ฟ้องคดีให้ตน ซึ่งเป็นวิธีการแก้ไขตามหลักมาตรฐานที่เป็นไปได้ต่อเมื่อมี

¹⁰⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. หน้าเดิม.

¹⁰⁷ อิศร ไชยคุปต์. เล่มเดิม. หน้า 306

¹⁰⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 155.

¹⁰⁹ อิศร ไชยคุปต์. เล่มเดิม. หน้า 307.

การบังคับเจ้าพนักงานรัฐให้มอบอำนาจปกครองที่กฎหมายให้ไว้แก่เขาเท่านั้น¹¹⁰ เมื่อเป็นเช่นนี้จึงทำให้คิดไปได้ว่าภาระหน้าที่นั้นเป็นเสมือนวัตถุในทางศาสนาเพราะเป็นการมอบภาระหน้าที่ให้บุคคลใดโดยไม่มอบหมายอำนาจใช้ดุลพินิจแก่เขาด้วย ทำให้เขาไม่มีอำนาจชี้ขาดว่า สมควรจะดำเนินการต่อไปประการใดบ้าง กรณีนี้ศาลส่วนมากเห็นว่าการช่วยเอกชนด้วยวิธีการดังกล่าวจะใช้กับอัยการมิได้ เพราะการเริ่มต้นคดีสมควรเริ่มต้นจากการใช้ดุลพินิจของอัยการหรือการชี้ของศาล และถือว่า mandamus เป็นการบีบบังคับอัยการให้ใช้ดุลพินิจ แต่จะไม่เข้าก้ำก่ายปฏิบัติหน้าที่ของเขา เมื่อเขาได้ใช้ดุลพินิจพิจารณาไปแล้วหรือไม่ไปใช้ให้ปฏิบัติในทางใดทางหนึ่งโดยเฉพาะ ในบางเขตอำนาจศาลได้แสดงออกอย่างแจ่มชัดว่า ไม่เห็นด้วยที่จะออก Writ of mandamus ในกรณีเช่นนี้ ซึ่งจะเห็นได้จากการตีกลับคำของเอกชนด้วยคำว่า “band faith” หรือ ใช้สิทธิโดยไม่สุจริต เป็นต้น เพื่อสะท้อนให้เห็นว่าอำนาจฟ้องคดีถูกก้ำก่ายหรือแทรกแซงอันเป็นการสร้างความไม่ยุติธรรมขึ้นในอำนาจการตัดสินใจของอัยการ การใช้สิทธิเช่นนี้ของเอกชนเป็นการทำลายดุลพินิจของอัยการ (abuse of discretion) และหลักการแห่งศาลก็ถือว่า อัยการอาจถูกบังคับให้กระทำแต่สิ่งที่เขาไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจเลย¹¹¹

ในทางปฏิบัติในรัฐแคนซัส รัฐมิชิแกน รัฐวินคอนซิน หรือรัฐอื่น ไม่เคยมีกรณีที่ศาลใช้หลัก Mandamus เพื่อบังคับอัยการให้ฟ้องคดีเลย แม้ว่าการนำมาใช้เป็น การขอด้วยกฎหมายในเงื่อนไขอันจำกัดบางกรณีก็ตาม¹¹² ทั้งนี้โดยศาลอ้างว่า การฟ้องหรือไม่ฟ้องคดีนั้นเป็นดุลพินิจของอัยการ ตามหลักในเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) ศาลไม่ควรเข้าไปก้ำก่ายกับการใช้ดุลพินิจนั้น การที่อัยการใช้ดุลพินิจไม่ฟ้องคดีก็เป็นเสมือนหนึ่งการที่ศาล หรือ ลูกขุน ใช้ดุลพินิจยกฟ้องคดีนั่นเอง มีข้อสังเกตว่าในสหรัฐอเมริกาผู้เสียหายไม่มีอำนาจฟ้องคดีอาญาต่อศาลโดยตรง เพราะฉะนั้นจึงไม่มีมาตรการอื่นๆ ที่ผู้เสียหายจะนำคดีมาสู่ศาลได้ในกรณีที่อัยการไม่ยอมฟ้องคดี¹¹³

(2) การที่กฎหมายบังคับให้อัยการต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลในการยุติคดีอาญาบางประเภท

ได้มีการขยายขอบเขตในการที่ให้อัยการควรจะถูกบังคับเพื่อร่วมมือกับผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีเพื่อยุติการดำเนินคดีอันเป็นอำนาจที่มีมานานแล้วของอัยการ ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติห้ามการใช้ดุลพินิจเพื่อยุติคดีของอัยการก็ย่อมถือกันมาแต่

¹¹⁰ แหล่งเดิม.

¹¹¹ แหล่งเดิม.

¹¹² แหล่งเดิม.

¹¹³ แหล่งเดิม.

ประวัติศาสตร์¹¹⁴ ได้ว่าเป็นอำนาจสิทธิขาดของอัยการในเกือบทุกเขตอำนาจศาลที่จะยุติคดี (Nolle prosequi) โดยไม่ต้องผ่านความเห็นชอบจากศาล อย่างน้อยหลังจากฟ้องได้ขึ้นไปแล้วหรือคำชี้ขาดให้ฟ้องคดีจำเลยจากคณะลูกขุนให้ฟ้องผู้ต้องหาได้ออกมาแล้ว อัยการก็ยังมีเอกสิทธิ์ในการไม่ฟ้องคดีได้โดยอิสระ ดังนั้น จึงได้มีการพยายามควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของอัยการในหลายรัฐ โดยการออกกฎหมายบังคับเกี่ยวกับความผิดที่มีขั้นสูงและขั้นต่ำ¹¹⁴

สำหรับขั้นต่ำนั้นบังคับให้อัยการต้องอธิบายเหตุผลในการใช้ดุลพินิจของเขาเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ อันทำให้ได้เห็นการกระทำของอัยการได้อย่างชัดเจน ส่วนในเรื่องขั้นสูงก็ต้องการให้การใช้ดุลพินิจของอัยการเห็นชอบจากศาลก่อนเพื่อให้คำสั่งของอัยการมีผลบังคับได้ ที่เห็นได้ว่าเป็นการควบคุมอย่างเคร่งครัดก็ได้แก่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของสถาบันกฎหมายอเมริกันที่ใช้ในปี ค.ศ. 1930 ห้ามอัยการยกเลิกคดีหรือถอนฟ้องโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อน แต่อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติผู้พิพากษามักจะให้ความเห็นชอบแก่อัยการในกรณีนี้เสมอ แต่หากว่าผู้พิพากษาจะปฏิเสธที่จะให้ความเห็นชอบดังกล่าวแก่อัยการ ผู้พิพากษาจะออกคำสั่งให้อัยการผู้นั้นดำเนินคดีต่อไปหรือเสนอแนะให้อธิบดีอัยการเข้าควบคุมคดีไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมหรือตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้โดยทางผู้ว่าการรัฐหรือโดยสภานิติบัญญัติของรัฐ การกระทำอาจเป็นเสมือนมิได้มาจากทัศนคติของฝ่ายบริหารในบางกรณี ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีอาจแต่งตั้งอธิบดีอัยการหรือเอกชนเข้ามาดำเนินคดีเฉพาะเรื่องก็ได้¹¹⁵

3) การแต่งตั้งผู้ดำเนินคดีแทน (Substitute prosecutor)

เกี่ยวกับการดำเนินคดีมีข้อทู่เถียงบางประการที่จะต้องเกิดขึ้นเมื่อมีความเห็นแตกต่างกัน กล่าวคือ ถ้าอัยการมีคำสั่งไม่ดำเนินคดีไม่ว่าในขั้นตอนใดของคดี ซึ่งต้องการความเห็นชอบของผู้พิพากษาผู้พิจารณาคดี และอัยการที่ดำเนินคดีตามปกติยืนยันว่าเขาจะไม่ฟ้องคดีนั้น อำนาจของศาลที่จะตั้งผู้ดำเนินคดีแทน ก็ดูเหมือนจะไม่มีปัญหา แต่ถ้าในกรณีหนึ่งอัยการคงไว้ซึ่งอำนาจที่จะไม่ดำเนินคดี (Nolle prosequi) ตาม Common law โดยทั่วไป หรือถ้าอัยการปฏิเสธที่จะยื่นฟ้องโดยไม่ต้องผ่านความเห็นชอบของศาล หรือ ถ้าอัยการจะเรียกคืนหมายที่แต่งตั้งผู้ดำเนินคดีแทน เพื่อกระทำการทุกอย่างที่กฎหมายให้อำนาจอัยการที่จะไม่กระทำการได้ กรณีก็จะต้องให้ศาลอุทธรณ์เข้ามาชี้ขาดว่า คำสั่งแต่งตั้งผู้ดำเนินคดีนั้นถูกต้องตามกฎหมายและการสั่งไม่ฟ้องนั้นเป็นการละเมิดหลักการสุจริตธรรม¹¹⁶

¹¹⁴ Frank W. Miller. Op.cit. p. 309.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ibid.

นอกจากนี้การแต่งตั้งผู้ดำเนินคดีแทนอาจกระทำต่อเมื่ออัยการที่ดำเนินคดีนั้นตามปกติขอร้องให้แต่งตั้งได้ เพราะเขายอมรับว่ามีการขัดแย้งทางผลประโยชน์หรือมีเหตุอื่นใดในการเปลี่ยนแปลงคู่กรณีในคดี หรือ อาจเป็นเพราะเขาไม่แน่ใจในความสามารถของเขาเอง¹¹⁷

อย่างไรก็ดีในกรณีที่อัยการที่ดำเนินคดีตามปกติตกลงด้วย หรือขอร้องให้มีการแต่งตั้งผู้ดำเนินคดีแทน เรื่องก็อาจยังไม่จบลงเพียงแค่นี้ เพราะในบรรดาศาลต่างๆ มีศาลมิชิแกนที่ได้ยืนยันหลักการว่า เว้นแต่จะมีเหตุผลตามกฎหมายหรือประการอื่นๆ การให้ดำเนินคดีต่อไป (โดยผู้ดำเนินคดีแทน) เป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย และจำเลยในคดีอาจคัดค้านได้¹¹⁸

4) การให้อัยการออกจากตำแหน่ง โดยวิธีการ Impeachment ของรัฐสภา

รัฐสภาของสหรัฐ (U.S. Congress) และรัฐสภาของรัฐ (State Legislature) มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะจับ (Impeach) อัยการของสหรัฐ และอัยการประจำท้องถิ่นแล้วแต่กรณีออกจากตำแหน่งได้ หากรัฐสภาพิจารณาแล้วเห็นว่า อัยการทุจริตต่อหน้าที่ไม่ยอมฟ้องคดีเพราะได้รับสินบนจากผู้กระทำผิดไว้ อย่างไรก็ดีวิธีการขับออกจากตำแหน่ง (Impeachment) นี้ มีกระบวนการที่ยุ่งยากมาก เช่น ในกรณีที่จับอัยการของสหรัฐ (U.S. Attorney) ออกจากตำแหน่งสภาผู้แทนราษฎร (U.S. House of Representatives) จะต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นร้ายแรงพอที่จะสมควรขับออกจากตำแหน่งหรือไม่หากเห็นว่าควรจึงจะดำเนินเรื่องเสนอไปยังวุฒิสภาของสหรัฐ และวุฒิสภาจะต้องลงมติด้วยคะแนนเสียงไม่ต่ำกว่าสองในสามของสมาชิกที่เข้าประชุมจึงจะจับอัยการสหรัฐ ผู้กระทำผิดนั้นๆ ออกจากตำแหน่งได้ ด้วยเหตุนี้ในทางปฏิบัติจึงแทบไม่ปรากฏว่ามีการขับผู้ใดออกจากตำแหน่งโดยวิธีนี้เลย¹¹⁹

5) การปลดออกจากตำแหน่งโดยหัวหน้าฝ่ายบริหาร

กฎหมายสหรัฐ และ ของมลรัฐต่างๆ ยังบัญญัติถึงมาตรการที่ปลดอัยการออกจากตำแหน่งหากปรากฏว่ากระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ (Malfeasance) เช่น กรณีไม่ฟ้องคดี เพราะรับสินบนจากผู้กระทำผิด¹²⁰ กล่าวคือ ในระดับสหรัฐ ประธานาธิบดีซึ่งเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งอัยการสหรัฐ อยู่แล้วเป็นผู้มีอำนาจทำการปลดอัยการออกจากตำแหน่งได้เช่นกัน¹²¹

ส่วนในระดับมลรัฐ เช่น รัฐมิชิแกน มีรัฐธรรมนูญกำหนดให้ผู้ว่าการรัฐปลดเจ้าหน้าที่รัฐโดยทั่วไปออกจากตำแหน่งได้ ส่วนรัฐวิสคอนซิน มีรัฐธรรมนูญกำหนดเรื่องนี้

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ เกียรติจักร วจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 168.

¹²⁰ แหล่งเดิม.

¹²¹ แหล่งเดิม.

เกี่ยวกับอัยการ โดยเฉพาะ แต่อย่างไรก็ดี ไม่เคยปรากฏว่าเรื่องเช่นนี้เกิดขึ้นใน 2 รัฐ นี้ ซึ่งเป็นเรื่องที่สงสัยกันอยู่ว่าที่เป็นเช่นนี้ เพราะมาตรการควบคุมดังกล่าวดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดผลอย่างเพียงพอแล้ว หรือเป็นเพราะความต้องการทางการเมือง หรือเป็นการประกาศถึงความสามารถหรือความซื่อสัตย์ของอัยการในเขตรัฐทั้งสองนี้¹²²

6) การฟ้องขอให้ปลดจากตำแหน่ง (Quo warranto action)

ในรัฐแคนซัส และรัฐอื่นๆ มีวิธีการปลดที่แตกต่างจากที่กล่าวมาแล้ว คือ อธิบดีอัยการของรัฐ (Attorney General of State) เป็นคู่กรณี ซึ่งกล่าวหาว่ามีการใช้กฎหมายอย่างไม่ยุติธรรม โดยการตรวจสอบผลของคดีที่สั่งไม่ฟ้องย้อนหลัง ถ้าหากอัยการที่ตกเป็นจำเลยสามารถอธิบายหรือปรับพฤติการณ์แห่งคดีเข้ากับหลักการ เช่น แสดงว่ามีการใช้อย่างจริงจังต่อกฎหมายที่เลือกสรรแล้วเท่านั้น หรือมีการใช้กฎหมายต่อผู้กระทำความผิดคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงดังที่เขาได้กระทำมาแล้วจะทำให้เขาประหยัดเวลาและพยานหลักฐานไปได้มากและได้ผลในการพิสูจน์ความผิดของเขา แต่ถ้าเขาไม่สามารถปรับหรืออธิบายเหตุผลของการไม่ใช้กฎหมายอย่างจริงจังของเขาได้ก็หมายความว่าเขาจะต้องสูญเสียตำแหน่ง¹²³

ผลสุดท้ายของคดีต่างๆ ดูเหมือนว่า เมื่อรัฐได้วางหลักการของการไม่ใช้กฎหมายไว้แล้ว อัยการที่ตกเป็นจำเลยจะต้องตั้งสมมติฐานแห่งภาระการพิสูจน์การกระทำของเขา ด้วยการอธิบายในแง่ที่ว่าพยานหลักฐานมีจำกัด หรือมีองค์ประกอบอื่นซึ่งบีบบังคับอัยการมิให้ได้ใช้กฎหมายได้อย่างเต็มที่เท่านั้น นอกจากนั้นการสั่งคืออย่างสุจริตใจก็ไม่จำเป็นต้องสั่งอย่างผู้ทรงปัญญาเพียงแต่ใช้ความสุจริตใจก็พอแล้ว¹²⁴

แม้ว่าการใช้บทลงโทษโดยอ้อมเหล่านี้จะมีการใช้กันน้อยมาก แต่อย่างน้อยก็ได้ผลในทางทฤษฎี คือ มีผลทำให้เกิดความเกรงกลัวความผิดที่เกิดจากการคอร์รัปชัน และเป็นการจูงใจอัยการให้ทำงานตามหน้าที่ตามแบบแผนที่วางไว้¹²⁵

7) การฟ้องคดีอาญา ฐานกระทำความผิดในตำแหน่งหน้าที่

เจ้าหน้าที่ของรัฐรวมทั้งอัยการมักจะมีโอกาสถูกฟ้องคดีอาญาในเรื่องที่เกี่ยวกับความซื่อสัตย์ต่อสาธารณะอันเป็นกฎเกณฑ์ซึ่งครอบคลุมถึงความผิด ฐานละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่โดยเจ้าพนักงาน (Nonfeasance) ฐานกระทำผิดที่ทำให้เกิดความเสียหาย (Misfeasance) และ ฐานกระทำความผิดหรือมิชอบด้วยกฎหมาย (Malfeasance) ในตำแหน่งหน้าที่แต่การดำเนินคดีอาญา

¹²² อติสร ไชยคุปต์. เล่มเดิม. หน้า 303.

¹²³ แหล่งเดิม.

¹²⁴ แหล่งเดิม.

¹²⁵ แหล่งเดิม.

แต่การดำเนินคดีอาญาเช่นนี้กับอัยการมีน้อย ซึ่งในรัฐแคนซัส มิชิแกน และวิสคอนซิน ไม่มีปรากฏขึ้นเลยแม้ว่าในรัฐต่างๆดังกล่าวนี้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใช้ได้กว้างขวางพอที่จะครอบคลุมถึงอัยการด้วยก็ได้¹²⁶

การฟ้องคดีเช่นนี้มีการตั้งสมมติฐานพิสูจน์ให้เห็นการคอร์ปชั่นของเจ้าหน้าที่รัฐโดยเหตุผลที่ว่าเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องไม่นำผลประโยชน์ส่วนตัวหรือผลประโยชน์ทางการเมืองมาเกี่ยวข้องกับค่าใช้จ่ายของส่วนรวม แต่บางคนยังมีความเห็นว่า การลงโทษในคดีเช่นนี้อาจนำหลักการเรื่องความไม่สุจริต (Bad faith) เข้ามาปรับก็พอแล้วที่จะฟ้องอัยการฐานละเมิดหลักความซื่อสัตย์ต่อส่วนรวม ซึ่งเป็นกรณีที่ต้องการแสดงให้เห็นว่าอัยการคนหนึ่งขาดคุณสมบัติที่จะอยู่ในตำแหน่งต่อไป¹²⁷

นอกจากนี้เนติบัณฑิตยสมาคมของสหรัฐอเมริกา (American Bar Association) ยังสามารถควบคุมอัยการได้ เนื่องจากมีคณะกรรมการสอดส่องมารยาทอัยการ และได้กำหนดมาตรฐานความประพฤติของอัยการไว้หลายประการ เช่น อัยการควรเป็นนักกฎหมายและบำเพ็ญตนอย่าง นักกฎหมาย หน้าที่ของอัยการคือ การรักษาความยุติธรรม อัยการต้องเคารพยกย่องศาลตามสมควรเป็นต้น¹²⁸

3.4.4.2 ระบบตรวจสอบโดยไม่เป็นทางการ (Informal control)

การควบคุมดุลพินิจในการดำเนินคดีอาญาของอัยการประเภทนี้ แม้ไม่มีกฎหมายเป็น ลายลักษณ์อักษรกำหนดรับรองเอาไว้โดยแจ้งชัด แต่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปในทางปฏิบัติว่ามีบุคคลบางประเภท เช่น ตำรวจ ผู้พิพากษา เจ้าหน้าที่ฝ่ายอื่น (นอกจากอัยการ ตำรวจ ผู้พิพากษา) ผู้เสียหายในความผิดส่วนตัวตลอดจนความเห็นของสาธารณชน ย่อมมีอิทธิพลต่อดุลพินิจในการดำเนินคดีของอัยการค่อนข้างมาก¹²⁹

1) ข้อพิจารณาความเห็นของตำรวจ

ในบางครั้งการกระทำของตำรวจอาจมีอิทธิพลต่อการใช้ดุลพินิจไปในทางใดของอัยการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าตำรวจไม่คิดว่าจะมีการฟ้องทั้ๆที่มีพยานหลักฐานเพียงพอ

¹²⁶ แหล่งเดิม.

¹²⁷ Frank W Miller. Op.cit. p. 300.

¹²⁸ วิษณุ เครืองาม. (2520). กฎหมายแองโกล-อเมริกา. หน้า 70-71.

¹²⁹ ชนิญญา (รัชนี) ชัยสุวรรณ. (2526). การใช้ดุลพินิจในการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ. หน้า 128.

พวกเขาที่จะปล่อยตัวผู้ต้องหาไปโดยไม่บอกกล่าวแก่อัยการ ทั้งบางครั้งยังได้ชี้แจงให้อัยการเห็นจริงเห็นแจ้งอีกด้วยว่าพวกเขาไม่เชื่อว่าจะมีการฟ้องคดีนั้นๆ¹³⁰

มีคดีจำนวนมากที่อัยการเห็นชอบด้วยกับรายงานสรุปของตำรวจ นอกจากนั้นในบางครั้งตำรวจยังได้ถ่วงคดีเอาไว้เฉยๆ จนกลายเป็นแบบอย่างในคดีบางประเภทไปเลย ตัวอย่างเช่น ในคดีทรอยด์การวินิจฉัยว่าจะใช้กฎหมายแก่ผู้กระทำความผิดในคดีเตร็ดเตร่ค้าประเวณีหรือไม่ จะทำโดยนายตำรวจในสำนักงานคดีแหล่งเสื่อมโทรมเพียงคนเดียว ซึ่งในบางครั้งการไม่ดำเนินคดีเป็นผลจากความสะเพร่าในการยอมให้ตำรวจใช้อำนาจนั้น¹³¹

การสั่งไม่ฟ้องแหล่งข่าว หรือการสั่งฟ้องในความผิดโทษเบาลงมากกว่าที่เป็นจริงก็นับได้ว่าเป็นการยอมรับการคงไว้ซึ่งอำนาจควบคุมมิจลาชีพของตำรวจ มีตัวอย่างเห็นได้ชัดในคดีที่ตำรวจหนุ่มคนหนึ่งถูกพบว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับพวกรักร่วมเพศ (Homosexual) ซึ่งอัยการได้แสดงเจตนาที่จะไม่ดำเนินคดีจนกว่าตำรวจจะไม่เข้ามาวุ่นวายในอำนาจหน้าที่ของเขา¹³²

มีอยู่บ่อยครั้งที่กรณีมีปัญหาที่จะต้องเลือกฟ้อง แต่อัยการกลับไปร่วมมือกับตำรวจเสียเอง เช่น มิลวอกี้และวิสคอนซิน ตำรวจได้ขอให้ออกหมายจับผู้ต้องหาคนละ 3 ฉบับ อ้างว่าจะทำให้ฝ่ายสืบสวนพอใจ ผู้ช่วยอัยการก็ตกลงตามนั้น เป็นต้น ตำรวจขอให้ฟ้องในข้อหาเบาเพื่อจะได้ไม่ต้องไปให้การในศาล ซึ่งบางครั้งอัยการก็เห็นชอบด้วย¹³³

ในการเลือกฟ้องบางครั้งเมื่อตำรวจได้เสนอรายงานและคำขอให้ออกหมายได้มีการทบทวนข้อหาติดมาด้วย ซึ่งในมิลวอกี้ก็ต้องมีการกำหนดตัวอัยการที่เห็นชอบกับรายงานของตำรวจ จึงทำให้มีคดีแบบนี้ประมาณ 75% ซึ่งตำรวจสามารถเลือกหาตัวอัยการเพื่อให้ความเห็นชอบกับรายงานของตนเองได้ ดังนั้นอิทธิพลของตำรวจต่อการสั่งคดีได้มีมากขึ้น ทำให้วิธีนี้ได้ระบาดไปในวิชิต้าจนกลายเป็นตัวกลั่นกรองคดีขั้นสุดท้ายในดีทรอยต์ แต่ในมิลวอกี้มีการห้ามตำรวจเลือกหาตัวอัยการผู้ให้ความเห็นชอบเองดังกล่าวโดยเด็ดขาด¹³⁴

2) ข้อพิจารณาความเห็นของศาล

ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีมีอิทธิพลต่อการใช้ดุลพินิจสั่งคดีในแบบที่ไม่เป็นทางการหลายอย่างแตกต่างกันออกไป

¹³⁰ Frank W. Miller. Loc.cit.

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Ibid.

การใช้สิทธิพลต่อคุณพินิจในการสั่งคดีเช่นนี้ อาจกระทำได้โดยตรงและทางอ้อมคำว่า “โดยทางตรง” ได้แก่การที่ผู้พิพากษา “ขอร้อง” หรือ “เสนอแนะ” ตัวอย่าง คือ ในมิสวอที่ผู้พิพากษาได้ขอร้องให้อัยการออกหมายจับ逮เวในคดีความผิดหลายบทหลายกระทง ซึ่งอัยการและทนายจำเลยเห็นชอบร่วมกันเสนอให้ผู้พิพากษาคัดสินไปเลย ส่วนในคดีทรอยด์ผู้พิพากษา Recorder’s Court ได้เคยแนะนำให้อัยการไม่ใช้กฎหมายกระทำผิดคดีนี้ ซึ่งอัยการก็ตกลงกระทำตามเช่นกัน¹³⁵

ส่วน “ทางอ้อม” ก็ได้แก่ กรณีอัยการส่วนมากมักตั้งเป็นปัญหาถามตนเองว่า สั่งคดีแต่ละเรื่องอย่างไรจึงจะถูกใจผู้พิพากษา เช่น การฟ้องคดีให้น้อยกว่าความผิดที่พยานหลักฐานระบุถึง เพราะได้รู้ว่าผู้พิพากษาจะลงโทษน้อย ความผิดเล็กน้อยหลายๆ คดีอาจถูกยื่นฟ้องไปถ้าเป็นที่คาดหมายได้ว่าไม่มีโทษสูงที่จะลงสำหรับความผิดร้ายแรงนั้นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ฟ้องข้อหาเล็กน้อยเพื่อให้จำเลยรับสารภาพเพราะข้อหาหนักจะต้องให้ศาลพิจารณาก่อน การปฏิบัติในคดีทรอยด์มักจะฟ้อง “ฐานเตรียมมีของผิดกฎหมายไว้ในครอบครอง” ก่อน “ฐานเล่นการพนัน” เพราะเป็นการประหยัดเวลาของตำรวจและอัยการโดยไม่ต้องคำนึงถึงผลคดี สำหรับกรณีที่แตกต่างออกไปได้แก่ผู้พิพากษา Recorder’s Court ในคดีทรอยด์ไม่ชอบให้ใครมาปรึกษาหารือเกี่ยวกับคดีที่ตนเองต้องพิจารณาในเขตอำนาจของตนล่วงหน้า¹³⁶

3) ข้อพิจารณาจากเจ้าหน้าที่รัฐอื่น

นอกจากผู้พิพากษาและตำรวจแล้ว ยังมีเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานสาขาอื่นๆ ที่ยังมีบทบาทในการสั่งคดีของอัยการในแต่ละประเภทของคดี ในคดีทรอยด์เป็นตัวอย่างที่เห็นได้ว่าเจ้าพนักงานคุมประพฤติที่ได้รับแต่งตั้งในคดีละทิ้งอุปการะมักจะขอให้ทบทุนการฟ้องคดีเมื่อบิดาไม่จ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูตามกำหนด ซึ่งอัยการในคดีทรอยด์เกือบจะไม่ริโรที่จะออกหมายฟ้อง เมื่อได้รับคำขอจากเจ้าพนักงานคุมประพฤติในคดีประเภทนั้นๆ ยิ่งถ้าได้รับรายงานเกี่ยวกับคดีละทิ้งอุปการะจากกรมประชาสงเคราะห์แห่งรัฐมิวอาก็แล้ว อัยการมักจะออกหมายฟ้องโดยอัตโนมัติเลยทีเดียว¹³⁷

4) ข้อพิจารณาจากผู้เสียหายในความผิดต่อส่วนตัว

ความประสงค์ของผู้เสียหายในคดีอาญามีอิทธิพลต่อการสั่งคดีของอัยการ ความไม่ต้องการให้ฟ้องคดีของฝ่ายผู้เสียหายจึงทำให้อัยการต้องสั่งไม่ฟ้องคดี โดยฝ่ายผู้เสียหายพยานหลักฐานในคดีเป็นจำนวนมาก แต่ในบางครั้งฝ่ายผู้เสียหายหรือบิดาของผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราได้ยื่นยันให้ฟ้อง อัยการก็ต้องฟ้อง ทั้งๆ ที่อาจจะไม่เต็มใจนัก ส่วนคดีประเภท

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid.

อื่นๆ ดำรงและอัยการอาจเห็นชอบไปกับคำสัญญาของผู้เสียหายที่ให้ฟ้อง ซึ่งในบางครั้งถึงขนาดให้หลักประกันเป็นเงินทองด้วยว่าจะให้เมื่อดำรงและอัยการได้ทำเรื่องฟ้องคดี¹³⁸

5) ความเห็นจากสาธารณชน

อัยการก็เหมือนกับเจ้าหน้าที่หน่วยงานอื่นๆ ที่ต้องคอยสำเนียงความเห็นของสาธารณชน เพราะอัยการได้เข้าสู่ตำแหน่งโดยพื้นฐานทางการเมืองซึ่งมีประชาชนเป็นฐานอำนาจโดยตรงและทางอ้อม¹³⁹

โดยเฉพาะอย่างยิ่งอัยการประเภทที่เขาเข้าสู่ตำแหน่งโดยการเลือกตั้งจากประชาชนโดยตรงในทุกๆ 2 ปี หรือ 4 ปี แล้วแต่กรณี ซึ่งได้แก่ อธิบดีอัยการระดับมลรัฐ (State Attorney General) หัวหน้าอัยการในระดับท้องถิ่น (D.A.) มักไม่กล้าใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบธรรม เพราะหากกระทำเช่นนั้นเมื่อถึงคราวเลือกตั้งต่อไป ประชาชนก็มีสิทธิที่จะวินิจฉัยควรรื้ออัยการผู้นั้นหรือควรรื้อผู้แต่งตั้งอัยการผู้นั้น (ในกรณีแต่งตั้ง) ดำรงตำแหน่งอยู่ต่อไปหรือไม่¹⁴⁰

อย่างไรก็ดีการควบคุมโดยวิธีการเช่นนี้เป็นไปอย่างล่าช้า เพราะโดยปกติแล้วกว่าจะมีการเลือกตั้งใหม่ก็ใช้เวลาถึง 2 ปี หรือ 4 ปี ซึ่งก่อนถึงเวลานั้น ประชาชนจึงไม่มีโอกาสควบคุมได้ เว้นแต่จะเรียกร้องให้ผู้แทนของตนในสภาดำเนินการขับอัยการออกจากตำแหน่ง (Impeachment) และแม้ว่าจะถึงโอกาสเลือกตั้งแล้ว ก็มีหวังว่าประชาชนจะสามารถใช้สิทธิเลือกตั้งของตนได้อย่างถูกต้องเพราะประชาชนอาจไม่ทราบข้อเท็จจริงแน่นอนว่าอัยการไม่ฟ้องคดีเป็นจำนวนเท่าใดในรอบ 1 ปี หรือ 4 ปี ที่ผ่านมา และอัยการมีเหตุผลอะไรในการไม่ฟ้องคดีนั้นๆ ทั้งนี้เพราะไม่มีกฎหมายบังคับว่าอัยการจะต้องแจ้งเหตุผลในการไม่ฟ้องคดีหรือนโยบายต่างๆ ไปในการวินิจฉัยไม่ฟ้องคดีให้ผู้เสียหาย ศาล หรือ ประชาชนทั่วไปทราบ¹⁴¹

นอกจากนั้นอัยการยังต้องไตร่ตรองอย่างลึกซึ้งถึงผลกระทบที่เกิดจากความสนใจของหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนอย่างอื่นที่กระจายข่าวออกไปสู่สาธารณชน ก่อให้เกิดปฏิกิริยาจากสาธารณชน ซึ่งย่อมเกี่ยวข้องกับการกระทำของดำรงและอัยการอย่างเลี่ยงไม่พ้น และไม่ต้องสงสัยเลยว่าจะกระทบไปถึงการพิจารณาคดีของศาลด้วย เพราะข้อความในหนังสือพิมพ์มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ทุกฝ่าย ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ข้อนี้ทำให้เห็นได้ชัดว่าอัยการคงไม่อยากเสี่ยงเข้าไปต่อรองผลคดีกับความสนใจของสาธารณชน โดยการตั้งไม่ฟ้องคดีที่มีพยานหลักฐานพอฟ้องแล้วอธิบายให้สาธารณชนเข้าใจว่าผู้กระทำไม่ควรถูกฟ้องเพราะเหตุใดแน่

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ อิศร ไชยคุปต์. เล่มเดิม. หน้า 309.

¹⁴⁰ แหล่งเดิม.

¹⁴¹ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 169.

เพราะเป็นเรื่องที่กระทำไต่ยากกว่าการสั่งฟ้องเสียอีก¹⁴² ซึ่งเมื่อเกิดกรณีเช่นนี้ขึ้นจะทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้รับผลร้ายหมดสิทธิคุ้มครองที่ควรจะได้รับตามกฎหมาย¹⁴³

ด้วยเหตุนี้เองจึงมีบุคคลหลายประเภท เช่น ผู้เสียหาย ผู้พิพากษา และตำรวจ ฯลฯ ได้นำอิทธิพลในเรื่องนี้มาบีบบังคับอัยการโดยการของความช่วยเหลือจากหนังสือพิมพ์¹⁴⁴

หลักการที่ว่าพนักงานอัยการเท่านั้นเป็นผู้ฟ้องร้อง และดำเนินคดีอาญา มีข้อยกเว้นที่อาจต้องใช้อัยการพิเศษ (Special prosecutor) ดำเนินคดีแทนพนักงานอัยการ ในกรณีดังต่อไปนี้คือ

- 1) พนักงานอัยการเจ้าของคดีจะถูกจำกัดไม่ให้ดำเนินคดีนั้นถ้าปรากฏว่าพนักงานอัยการผู้นั้นมีผลประโยชน์ในคดีนั้น
- 2) ถ้าคดีนั้นเป็นคดีที่ซับซ้อนและยากเป็นพิเศษ ซึ่งอยู่นอกเหนือความสามารถของพนักงานอัยการที่จะจัดการ
- 3) ในคดีที่มีการกล่าวหากันว่ามีการทุจริตในขบวนการยุติธรรม บุคคลภายนอกอาจถูกแต่งตั้งเข้ามาสอบสวนและดำเนินคดีอาญาแทน เพื่อให้เกิดความมั่นใจในหมู่ประชาชนว่าขบวนการยุติธรรมทางอาญายังสามารถเอื้ออำนวยความเป็นธรรมแก่ประชาชน¹⁴⁵

การแต่งตั้งอัยการพิเศษให้ดำเนินคดีแทนอัยการนั้น ถือได้ว่าเป็นมาตรการอย่างหนึ่งในการควบคุมดุลพินิจไม่ดำเนินคดีของอัยการ ในคดีที่มีความสำคัญและอยู่ในความสนใจของประชาชน หากอัยการประจำท้องถิ่น (District Attorney) ไม่ยอมดำเนินการฟ้องร้องคดี กฎหมายของบางมลรัฐให้อำนาจ State Attorney General หรือศาลแต่งตั้งอัยการพิเศษขึ้นทำหน้าที่ดำเนินการฟ้องร้องคดีขึ้น โดยเฉพาะได้ อัยการพิเศษนี้อาจจะเป็นนักกฎหมาย หรือทนายความที่มีชื่อเสียงในท้องถิ่นนั้นๆ หรืออาจเป็นอาจารย์สอนกฎหมายในมหาวิทยาลัยก็ได้ ในทางปฏิบัติไม่มีใครจะมีการแต่งตั้งอัยการพิเศษบ่อยครั้งนัก ทั้งนี้เพราะผู้แต่งตั้งเกรงว่าจะเป็นการก้าวท้าวการใช้ดุลพินิจของอัยการประจำท้องถิ่น (District Attorney) ซึ่งส่วนใหญ่แล้วก็ได้รับเลือกตั้งมาจากประชาชนในท้องถิ่นๆ อยู่แล้ว¹⁴⁶

สรุปได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกามีการปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยที่ให้สิทธิเสรีภาพประชาชน อัยการสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่ได้รับเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน หรือได้รับ

¹⁴² Frank W. Miller. Op.cit. p. 342.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ รุ่งแสง กฤตพงษ์. เล่มเดิม. หน้า 37.

¹⁴⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 167.

แต่งตั้งจากประธานาธิบดีโดยเฉพาะตำแหน่งอัยการสูงสุด และยังได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาด้วย พนักงานอัยการจึงเป็นที่ไว้วางใจของประชาชน ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งจึงเป็นผู้ควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของอัยการ โดยปริยาย หากอัยการคนใดใช้ดุลพินิจอย่างไม่ชอบธรรม เมื่อถึงคราวเลือกตั้งทุก 2 ปี หรือ 4 ปี ประชาชนมีสิทธิที่จะวินิจฉัยว่า ควรจะแต่งตั้งอัยการผู้นั้นดำรงตำแหน่งอยู่ต่อไปหรือไม่ก็ได้ การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของอัยการจึงมักเป็นการตรวจสอบภายในองค์กรตนเอง โดยหัวหน้าอัยการประจำสำนักงานนั้นๆ จะเป็นผู้คอยควบคุมการใช้ดุลพินิจของอัยการในสำนักงานของตน นอกจากนี้ยังมีการตรวจสอบในทางการเมืองที่อาจมีการแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้บังคับบัญชาระดับสูงของอัยการตามวิถีทางประชาธิปไตย (Impeachment) การตรวจสอบโดยประชาชน เช่น การที่ผู้เสียหายขอให้ศาลออกหมาย Writ of mandamus เพื่อบังคับอัยการให้ฟ้องคดีตามความต้องการของตน การที่มีกฎหมายบังคับให้อัยการต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลในการยุติคดีบางประเภทและการแต่งตั้งผู้ดำเนินคดีแทน (Substitute prosecutor) การขอให้เพิกถอนอัยการออกจากสมาชิกเนติบัณฑิตยสภา (Disablement) การทำให้อัยการขาดคุณสมบัติทางกฎหมาย (Disenrollment from the practice of law) การตรวจสอบโดยสื่อมวลชน เป็นต้น

บทที่ 4

วิเคราะห์การใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการไทย

ในบทที่ 1 ถึงบทที่ 3 ได้ศึกษาถึงบทบาท แนวคิดในการสั่งคดีอาญา และรูปแบบหลักเกณฑ์การสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะของอัยการในประเทศไทยและในต่างประเทศ รวมถึงศึกษาถึงปัจจัยต่างๆในการที่อัยการแต่ละประเทศพิจารณาในการใช้ดุลพินิจที่จะสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะว่ามีปัจจัยเกี่ยวข้องกับเรื่องใดบ้าง ดังที่ศึกษามาข้างต้น พบว่าการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะนั้นจะมีปัญหาตรงที่ว่าปัจจัยอะไรที่อัยการควรจะต้องคำนึงถึงบ้าง ซึ่งปัญหาเกิดการพิจารณาถึงคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” กล่าวคือการสั่งไม่ฟ้องในกรณีที่มีการกระทำเป็นความผิดตามกฎหมายและมีพยานหลักฐานเพียงพอฟ้อง แต่ไม่ฟ้องเพราะเห็นว่าการฟ้องคดีจะไม่อำนวยประโยชน์ต่อสังคมนั้นต้องพิจารณาในแง่มุมไหนบ้างก่อนที่จะสั่งไม่ฟ้องคดี ดังนั้นในบทนี้จึงจะศึกษาวิเคราะห์ถึงแนวทางการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะของพนักงานอัยการไทย ระเบียบภายในขององค์กรอัยการเกี่ยวกับดังกล่าวว่ามีเนื้อหาสาระอย่างไร จะเป็นรากฐานทางกฎหมายและกรอบการใช้ดุลพินิจที่เหมาะสมเพียงพอหรือไม่หากจะให้พนักงานอัยการใช้ดุลพินิจดังกล่าว และมีปัญหาในการใช้ดุลพินิจอย่างไรบ้างในปัจจุบัน รวมไปถึงการศึกษาเพื่อหาแนวทางในการกำหนดกรอบดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะที่เหมาะสมต่ออัยการไทยต่อไป

4.1 วิเคราะห์มาตรฐานการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ และระบบการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของอัยการในต่างประเทศ

4.1.1 สรุปปัจจัยในการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะของอัยการต่างประเทศ

จากการศึกษาถึงปัจจัยต่างๆที่อัยการในแต่ละประเทศพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะรวมทั้งระบบการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ ในบทที่ 3 พบว่า อัยการในต่างประเทศจะต้องคำนึงถึงปัจจัยต่างๆในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ ทั้งที่มีกฎหมายบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร หรือเป็นไปตามทฤษฎี โดยสามารถพิจารณาได้ ดังนี้

ประเทศเยอรมนี

การสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาที่มีมูลโดยไม่มีเงื่อนไขหรือการระงับฟ้องนี้ จะพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กฎหมาย บัญญัติไว้ในมาตรา 153 ถึงมาตรา 154 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 8 กรณี ประกอบการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะดังนี้

1) คดีที่มีความผิดเล็กน้อย (Pretty infractions) หมายถึง ความผิดเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามกฎข้อบังคับของรัฐ โดยเจตนาหรือประมาทแล้วแต่กรณี ตัวอย่างเช่น การฝ่าฝืนกฎจราจร การไม่ปฏิบัติตามกฎข้อบังคับตามกฎหมายระเบียบทางธุรกิจและการค้า การฝ่าฝืนกฎหมายป้องกันสุขภาพและความปลอดภัยของประชาชน เป็นต้น ซึ่งบทลงโทษการฝ่าฝืนดังกล่าวคือ การปรับโดยเจ้าพนักงานฝ่ายปกครอง โดยไม่ต้องนำคดีไปสู่ศาล เว้นแต่ผู้ต้องหาจะไม่ยินยอมเสียค่าปรับและยินยอมต่อสู้อัยการในศาล เจ้าพนักงานก็จะส่งเรื่องไปยังอัยการ อัยการมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจว่าควรจะฟ้องคดีดังกล่าวต่อศาลหรือไม่ และพนักงานอัยการไม่อาจฟ้องคดีความผิดเล็กน้อยบางฐานหากว่าผู้เสียหายมิได้ร้องทุกข์ (Strafamttrag) ฐานความผิดเล็กน้อยดังกล่าว ได้แก่ การก่อความไม่สงบในเคหสถานที่อยู่อาศัย การดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาท การทำร้ายแต่ไม่ทำให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ แต่ถึงแม้ว่าผู้เสียหายจะได้ร้องทุกข์แล้วก็ตาม พนักงานอัยการอาจสั่งไม่ฟ้องคดีได้ หากเห็นว่าการฟ้องคดีนั้นจะไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ นอกจากความผิดเล็กน้อย อัยการก็อาจไม่ดำเนินคดีในความผิดที่มีโทษปานกลาง ถ้าพิจารณาจะเห็นว่าความชั่ว (Schuld) ของผู้ต้องหาเล็กน้อยและการดำเนินคดี นั้นไม่มีประโยชน์ต่อสาธารณะ (Offentliches interest)

2) กรณีที่เนื่องมาจากความเกี่ยวข้องกับต่างประเทศ

คดีอาญาที่มีความเกี่ยวข้องกับต่างประเทศในกรณีดังต่อไปนี้ อัยการอาจใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องหรือไม่ดำเนินคดีตามอำนาจหน้าที่ได้ คือ ความผิดอาญาที่ได้กระทำความผิดในต่างประเทศ หรือที่ตัวการในความผิดอาญาที่ได้กระทำความผิดในต่างประเทศนั้นได้กระทำความผิดในส่วนของตนในประเทศ คดีอาญาที่คนต่างด้าวได้กระทำความผิดในเรือหรืออากาศยานต่างประเทศขณะที่เรือหรืออากาศยานนั้นอยู่ในอาณาเขตของประเทศ ความผิดอาญาที่ผู้กระทำความผิดในต่างประเทศ และผู้นั้นได้ถูกศาลในต่างประเทศพิพากษาลงโทษและพ้นโทษไปแล้ว ถ้าเห็นว่าโทษที่จะลงแก่ผู้นั้นไม่มีน้ำหนักพอเมื่อคำนึงถึงโทษตามคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศแล้วหรือ ได้มีคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศอันถึงที่สุดให้ปล่อยตัวผู้นั้น และการกระทำความผิดที่อาจส่งเป็นผู้ร้ายข้ามแดนให้ต่างประเทศหรือที่อาจเนรเทศออกไปจากประเทศได้

3) ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ

คดีในความผิดอาญาที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐที่อัยการอาจใช้ดุลพินิจไม่ดำเนินคดีได้นั้น อาจแยกออกได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีที่เนื่องจากข้อหาโดยตรง เช่น ข้อหากบฏ และกรณีที่ไมเกี่ยวกับข้อหาโดยตรง แต่การดำเนินคดีกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ

4) กรณีที่ผู้กระทำความผิดกลับใจและช่วยป้องกันผลร้าย

5) กรณีความผิดอาญานานกรร โชกหรือรีดเอาทรัพย์สิน

ในกรณีที่มีความผิดอาญานานกรร โชกหรือรีดเอาทรัพย์สินได้ถูกกระทำลงโดยการขู่ เชิญว่าจะเปิดเผยความผิดอาญาใดความผิดอาญาหนึ่ง อัยการอาจไม่ดำเนินคดีกับความผิดอาญาที่ถูกขู่เชิญว่าจะเปิดเผยนั้นได้ ถ้าความผิดอาญานั้นไม่เป็นความผิดอาญาที่ผู้กระทำควรได้รับโทษเพราะความร้ายแรงของความผิดอาญานั้น

6) กรณีคำตัดสินคดีแพ่งหรือคดีปกครอง

ในกรณีที่การยื่นฟ้องคดีอาญาในความผิดอาญาโทษปานกลางขึ้นอยู่กับคำวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งหรือคดีปกครอง อัยการอาจกำหนดระยะเวลาให้ดำเนินคดีแพ่งหรือคดีปกครองและเมื่อระยะเวลาดังกล่าวได้ผ่านไปโดยไม่เกิดผล อัยการอาจไม่ฟ้องคดีอาญานั้นได้

7) กรณีความผิดอาญานานกล่าวหาเท็จและคูหมีนหรือหมีนประมาท

อัยการชอบที่จะยังไม่ยื่นฟ้องคดีอาญา นานกล่าวหาเท็จและคูหมีนหรือหมีนประมาทตลอดเวลาที่คดีอาญาหรือคดีวินัยที่เนื่องจากการกระทำที่แจ้งเท็จหรือกล่าวหาานั้นยังดำเนินการอยู่

8) กรณีความผิดที่ผู้เสียหายฟ้องได้

ความผิดเกี่ยวข้องกับเอกชนเป็นส่วนตัว ผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีอาญาได้บางฐาน ได้แก่ ความผิดอาญานานบุกรุก คูหมีนหรือหมีนประมาท เปิดจดหมายผู้อื่น ทำร้ายร่างกาย ขู่เชิญผู้อื่น ทำให้เสียทรัพย์ และความผิดอาญาบางฐานตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า การเลียนแบบและลิขสิทธิ์ ความผิดเหล่านี้ พนักงานอัยการอาจใช้ดุลพินิจยื่นฟ้องคดีต่อศาลได้เช่นกัน โดยพนักงานอัยการจะยื่นฟ้องก็ต่อเมื่อเห็นว่าการฟ้องคดีนี้เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ และผู้เสียหายได้ร้องทุกข์เอาไว้แล้ว

ประเทศอังกฤษ

ปัจจัยที่อัยการอังกฤษนำมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ

1) ประโยชน์สาธารณะ (Public interest)

ความเป็นอันตราย (Danger) ต่อสังคมนั้นเป็นหนึ่งในหลักเรื่องประโยชน์สาธารณะ ปัจจัยด้านประโยชน์สาธารณะที่จะมีผลต่อการตัดสินใจในการดำเนินคดีของพนักงานอัยการนั้น ปกติจะขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของอาชญากรรมหรือสภาวะแวดล้อมของผู้ต้องหาด้วย โดยปกติแล้ว คดีที่มีโทษร้ายแรงจะมีการสั่งฟ้องคดี เว้นแต่ประโยชน์สาธารณะที่เกิดจากการสั่งไม่ฟ้องคดีจะมีน้ำหนักมากกว่าการสั่งฟ้องคดีอย่างชัดเจน

2) ความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public order)

เรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นเรื่องที่มีปัญหามาก ทำนองเดียวกันกับเรื่องประโยชน์สาธารณะ บางทีเราอาจจะเห็นว่าทั้ง 2 เรื่องเป็นเรื่องเดียวกันได้เพราะทั้งสองเรื่องเป็นปัญหาที่เกี่ยวกับประโยชน์ของรัฐ อย่างไรก็ตามความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีความหมายแคบกว่าประโยชน์สาธารณะอาจหมายถึงความรวมถึงประโยชน์ที่เป็นสากลและประโยชน์ระหว่างประเทศได้ ตรงข้ามความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมภายใน¹

3) เหตุผลทางค่าใช้จ่าย

ในการดำเนินคดีอาญาในอังกฤษเหตุผลทางค่าใช้จ่ายมีส่วนกำหนดว่าจะควรดำเนินคดีหรือไม่ประการใดอยู่ด้วย ทั้งนี้เพราะเห็นว่าการดำเนินคดีทุกกรณีนั้นเป็นภาระที่หนักเกินไปสำหรับเจ้าพนักงานทั้งการดำเนินคดีในความผิดเล็กๆ น้อยๆ พิจารณาในแง่ค่าใช้จ่ายแล้วไม่คุ้มกันเลย จึงเห็นกันว่าการดำเนินคดีถึงชั้นศาลควรกระทำเฉพาะในกรณีที่เห็นว่าผู้กระทำความผิด บังคับให้เคารพกฎหมายเท่านั้น²

4) ลักษณะของผู้กระทำความผิด

เป็นปัจจัยที่พิจารณาเฉพาะลักษณะของผู้กระทำความผิดในคดีนั้นๆ โดยไม่ต้องพิจารณาความร้ายแรงของการกระทำความผิดที่บุคคลดังกล่าวได้ถูกกล่าวหา ในการพิจารณา ลักษณะของผู้กระทำความผิด เช่น ความอ่อนแอทางร่างกาย อาการป่วยทางจิต และความเครียด ความกึกคะนอง ขาดความขังคิด ขาดประสบการณ์ของวัยรุ่น ปัจจัยเหล่านี้มีแนวโน้มที่จะทำให้คดีนั้นมีเหตุอันควรปรานี

¹ คณิต ฒ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 44.

² แหล่งเดิม.

5) อายุของผู้กระทำผิด

อัยการจะต้องพิจารณาประโยชน์ของผู้เยาว์ด้วยเสมอในการวินิจฉัยว่าสาธารณชนจะ
ได้รับประโยชน์หรือไม่ในการฟ้องดำเนินคดีแก่ผู้เยาว์ มาตรการลงโทษทางอาญาควรเป็นมาตรการ
สุดท้าย ทั้งนี้เพราะการถูกลงโทษอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออนาคตของผู้ต้องหา
ที่เป็นผู้เยาว์ได้ ในบางกรณีการดำเนินการกับผู้ต้องหาอายุน้อยนั้นสามารถทำได้โดยไม่จำเป็นต้อง
ฟ้องคดีต่อศาล

6) ฐานความผิดหรือประเภทของคดี

พนักงานอัยการควรที่จะพิจารณาก่อนที่จะฟ้องคดี โดยพิจารณาแนวโน้มศาลที่
อาจจะลงโทษเพียงเล็กน้อย หรือพอเป็นพิธีเท่านั้น

คดีทางเพศที่ไม่มีผู้เสียหาย (อาชญากรรมไร้เหยื่อ) ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่มีการร่วม
เพศโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ การร่วมเพศกับผู้ที่มีสายโลหิตเดียวกัน โดยผู้เสียหายมีอายุ
ใกล้เคียงกัน และเป็นกรณีที่ไม่ใช่การ ล่อลวง หรือบังคับ หรือโดยมิชอบอื่นใด ซึ่งกรณีดังกล่าวถือ
ไม่ได้ว่าเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ

7) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง

กรณีนี้ก็ถือว่าเจ้าพนักงานชอบที่จะถามตนเองถึงคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง
และเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย ซึ่งด้วยการตั้งคำถามดังกล่าวนี้เกี่ยวกับกฎหมายต่างๆบางบท
ในเวลาต่างกัน กล่าวกันในอังกฤษว่าจะได้รับคำตอบที่ต่างกัน ซึ่งมีผลต่อการที่จะดำเนินคดีหรือไม่
เช่นเดียวกัน³

ประเทศฝรั่งเศส

ในการพิจารณาว่าจะฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาหรือไม่ พนักงานอัยการฝรั่งเศสต้อง
พิจารณาปัจจัย 2 ประการ คือ

1) ความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินคดี

ในแง่ของเนื้อหาของการกระทำ พนักงานอัยการต้องพิจารณาว่าการกระทำครอบ
องค์ประกอบของความผิดที่ศาลจะพิพากษาลงโทษผู้ต้องหาหรือจำเลยหรือไม่ หากการกระทำครอบ
องค์ประกอบความผิดทางกฎหมาย ต้องพิจารณาต่อไปถึงเงื่อนไขในการที่ศาลจะรับฟ้อง เช่น เขต
อำนาจศาล เหตุแห่งการระงับสิ้นไปซึ่งสิทธิในการดำเนินคดีอาญา (อายุความ ความตายของ
ผู้กระทำความผิด ได้มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ได้ฟ้อง เป็นต้น) หากการกระทำเข้า
องค์ประกอบในข้อนี้แล้ว พนักงานอัยการก็จะพิจารณาว่าสมควรที่จะดำเนินคดีดังกล่าวต่อไป
หรือไม่

³ แหล่งเดิม.

2) ความเหมาะสมในการดำเนินคดี

ในการพิจารณาของพนักงานอัยการฝรั่งเศสที่จะพิจารณาว่าควรจะฟ้องร้องดำเนินคดีหรือไม่มีข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้อง คือ

(1) ความจำเป็นอันเนื่องมาจากการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานแล้วปรากฏว่ามีเหตุอันควรสงสัยว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยกระทำความผิดจริงหรือไม่

(2) มีเหตุอื่นที่ทำให้ไม่เหมาะในการดำเนินคดี เช่น ความเสียหายแก่สังคมน้อยมาก ความสำคัญของเรื่องที่กระทำผิด การกระทำผิดโดยผู้กระทำมีเจตนาดี

ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในการพิจารณาว่าควรสั่งไม่ฟ้องเนื่องจากไม่มีประโยชน์อันสำคัญของรัฐจากการฟ้องคดีนั้น อัยการจะชั่งน้ำหนักข้อพิจารณาทุกอย่างที่เกี่ยวข้อง รวมถึง

1) ลำดับในการบังคับกฎหมายของรัฐในแต่ละรัฐ

อัยการอาจจัดลำดับความสำคัญของคดีภายในรัฐตน ว่าเรื่องใดมีความสำคัญเป็นอันดับแรกๆ ลดหลั่นกันลงมา เนื่องจากเจ้าหน้าที่ในการบังคับกฎหมายของรัฐและจำนวนของผู้พิพากษาไม่เพียงพอที่จะฟ้องคดีทุกเรื่องที่ถูกกล่าวหาในเขตอำนาจศาลของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้บุคลากรของตนเน้นปัญหาท้องถิ่นหรือให้ความสำคัญในระดับรัฐ ในการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ของรัฐเกี่ยวกับการฟ้องคดีโดยเฉพาะ อัยการจึงต้องพิจารณาอย่างระมัดระวังในเรื่องการฟ้องคดีให้สอดคล้องกับลำดับที่ตั้งไว้

2) ผลในการป้องปรามของการฟ้องคดี

การป้องปรามการก่ออาชญากรรม เป็นวัตถุประสงค์ที่อัยการต้องคำนึงถึงเป็นจุดหมายอันดับแรกของกฎหมายอาญา ไม่ว่าจะเป็นการก่ออาชญากรรมทั่วไปหรืออาชญากรรมที่มีลักษณะเฉพาะ โดยเฉพาะเมื่ออัยการจะใช้ดุลพินิจฟ้องคดีในความผิดเล็กน้อยสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษหรือไม่ ความผิดบางอย่างแม้ดูเหมือนไม่สำคัญมากในตัวของมันเอง แต่ถ้ากระทำกันเป็นปกติจะก่อให้เกิดผลสะสมมากต่อชุมชน

3) ความรับผิดชอบของบุคคลเกี่ยวกับการกระทำความผิด

แม้ว่าอัยการจะมีหลักฐานการกระทำผิดเพียงพอ อัยการก็สามารถพิจารณาระดับความรับผิดชอบของบุคคลเกี่ยวกับการกระทำความผิดนั้นได้ โดยเปรียบเทียบกับผู้อื่นที่เกี่ยวข้องกับความผิดนั้น ตัวอย่างเช่น ถ้าบุคคลหนึ่งเป็นผู้เกี่ยวข้องเพียงเล็กน้อยในการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่น และไม่มีเหตุอื่นให้ฟ้องคดี อัยการอาจสรุปได้ว่าน่าจะดำเนินการอย่างอื่นแทนการฟ้องคดี

4) ประวัติอาชญากรรมของบุคคล

ถ้าทราบว่าบุคคลหนึ่งเคยกระทำความผิดมาก่อนหรือมีเหตุสมควรเชื่อว่าบุคคลนั้นเคยเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมมาก่อน ก็ควรนำมาพิจารณาว่าจะควรจะฟ้องคดีหรือไม่ โดยพิจารณาลักษณะความเกี่ยวข้องในการกระทำผิดครั้งก่อนของบุคคลนั้นกับความผิดปัจจุบันหรือ หากก่อนหน้านี้เคยสั่งไม่ฟ้องคดีมาก่อนเพราะผู้กระทำความผิดได้ให้ความร่วมมืออันเป็นประโยชน์แก่ทางรัฐ ในกรณีเช่นนี้ บุคคลที่ไม่เคยเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมมาก่อนหรือเคยให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่จะได้รับการพิจารณาที่เหมาะสมตามกรณีที่เหมาะสม

5) ความตั้งใจในการร่วมมือกับการสอบสวนหรือการฟ้องคดีผู้อื่น

ความตั้งใจร่วมมือโดยตัวเองไม่อาจทำให้บุคคลพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญาได้ อย่างไรก็ตามมีบางกรณีที่ความร่วมมือของบุคคลนั้นมีคุณค่ามีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์ของรัฐในการฟ้องคดีต่อผู้กระทำความผิด

6) โทษที่อาจลงได้หรือผลอื่นใดในกรณีถูกพิพากษาลงโทษ

7) ความต้องการให้ดำเนินคดีของผู้เสียหาย

8) เหตุผลทางค่าใช้จ่าย

เหตุผลทางค่าใช้จ่ายมีส่วนกำหนดว่าจะฟ้องร้องดำเนินคดีหรือไม่เพียงใด แม้ว่าคดีนั้นจะเข้าหลักเกณฑ์ที่อัยการต้องฟ้อง และมีพยานหลักฐานพอพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาแล้ว โดยซึ่งน้ำหนักระหว่างความจำเป็นในการดำเนินคดีกับค่าใช้จ่ายที่จะต้องสูญเสียไปกับการดำเนินคดีกับผู้ต้องหาว่าอย่างไรนั้นจะมีน้ำหนักมากกว่ากัน ซึ่งในเรื่องนี้อัยการสามารถใช้ดุลพินิจในการไม่ฟ้องผู้ต้องหา เพราะผู้ต้องหาอยู่ในเขตอำนาจศาลหนึ่ง ซึ่งจะต้องนำหลักเกณฑ์การส่งผู้ร้ายข้ามแดนมาใช้ หรืออัยการอาจจะฟ้องไม่เต็มตามที่ปรากฏพยานหลักฐาน เนื่องจากวิธีการต่อรองคำรับสารภาพและการไม่ขอเพิ่มโทษในกรณีกระทำความผิดติดนิสัย⁴

9) เพื่อหลีกเลี่ยงความไม่พอใจของสาธารณชน⁵

ความเห็นของสาธารณชนเกี่ยวกับความต้องการบังคับหรือไม่บังคับให้เป็นไปตามกฎหมายอาญาที่วางไว้มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจในทุกขั้นตอนของกระบวนการบริหาร กล่าวคือมีความรู้สึกในหมู่เจ้าหน้าที่ผู้ใช้กฎหมายว่าการบริหารความยุติธรรมทางอาญาจะต้องคำนึงถึงความรู้สึกของสาธารณชน เพื่อให้เกิดผลตามเจตนารมณ์ของสาธารณชนในสถานการณ์ต่างๆ⁶

⁴ Frank W. Miller. Op.cit. p. 173.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

10) ผู้ต้องหาอาจได้รับความเสียหายจนเกินสมควร ในกรณีนี้มีเรื่องที่จะต้องพิจารณาอยู่หลายประการอันได้แก่

(1) การไม่ฟ้องคดีเป็นครั้งที่สอง
 (2) ผู้กระทำผิดฐานเมาสุราอาละวาดและฝ่าฝืนกฎจราจรเล็กๆ น้อยๆ
 (3) เพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายที่จะติดตัวผู้กระทำผิดไปจนเกินสมควร โดยคำนึงถึงอายุของผู้กระทำผิด ความมีชื่อเสียงของผู้กระทำผิด หรือคำนึงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดทางเพศ

(4) เพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายอันเกิดจากการลงโทษจนเกินสมควร เพื่อไม่ให้มีการจำคุกในระยะนานเกินไปและเพื่อให้มีการทำทัณฑ์บนหรือพักการลงโทษมากขึ้น

11) การคุ้มกันเพื่อเอาไว้เป็นพยานแผ่นดิน

12) พิจารณาจากสภาพของการกระทำและตัวผู้กระทำความผิด

หลักทั่วไปดังกล่าวข้างต้น อาจแยกรายละเอียดถึงกรณีที่อยู่การใช้ดุลพินิจในการไม่ฟ้องคดีที่มีมูล โดยพิจารณาตามสภาพของคดีหรือสภาพของการกระทำ สภาพของผู้กระทำความผิดและสภาพการณ์ภายหลังการกระทำผิดได้ ดังนี้คือ

(1) สภาพของคดีหรือสภาพของการกระทำผิด หากอัยการมีความสงสัยโดยมีเหตุอันสมควรว่า ผู้ต้องหาอาจจะมีผู้กระทำความผิดที่แท้จริงหรือพิจารณาแล้วเห็นว่า หากมีการฟ้องคดีนั้นลูกขุนจะตัดสินปล่อยจำเลย ทั้งๆ ที่มีพยานหลักฐานที่แน่ชัดว่าจำเลยกระทำความผิด หรือหากการฟ้องคดีนั้นจะต้องเสียค่าใช้จ่ายอย่างมาก เมื่อคำนึงถึงสภาพของความผิดแล้ว หรือหากไม่ฟ้องคดีนั้นจะไม่ทำให้หลักการยับยั้ง (Deterrence) “ผู้อื่น” มิให้กระทำความผิดอย่างเดียวกันเสียไปมากนัก

(2) สภาพของผู้กระทำความผิด หากผู้กระทำความผิดมีคุณลักษณะพิเศษ เช่น เด็ก คนชรา เคยรับราชการทหารมาก่อนและทำประโยชน์ให้แก่ทางราชการทหารอย่างดีเด่น ไม่เคยมีประวัติอาชญากรรมมาก่อน เป็นต้น หรือหากผู้กระทำความผิดได้รับการลงโทษมาพอสมควรแก่การที่จะมีผลเป็นการยับยั้งตนเอง หรือผู้อื่นมิให้เอาเยี่ยงอย่างได้แล้ว

(3) สภาพการณ์ภายหลังการกระทำความผิด หากผู้เสียหายไม่ประสงค์ที่จะให้มีการฟ้องคดีแก่ผู้ต้องหา หรือ กฎหมายในเรื่องนั้นๆมิได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานาน โดยที่ชุมชนนั้นก็เห็นชอบด้วยกับการไม่ใช้บังคับกฎหมายนั้นๆ หรือ คดีนั้นได้เกิดขึ้นมานาน และพยานหลักฐานต่างๆ ได้เลือนหายไปมากแล้ว หรือกรณีผู้กระทำความผิดได้ชดใช้ความสูญเสีย หรือความเสียหายแก่ผู้เสียหายไปหมดสิ้นแล้วหรือผู้กระทำความผิดให้ความร่วมมือกับเจ้าพนักงานในการสืบสวน สอบสวน หรือการฟ้องร้องคดี เช่น เป็นสายลับตำรวจ หรือยอมเป็นพยานให้แก่อัยการ เป็นต้น

สรุปว่าปัจจัยที่อัยการนำมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะของอัยการต่างประเทศข้างต้นนั้น ลำดับแรก พนักงานอัยการจะต้องพิจารณาว่าคดีมีพยานหลักฐานเพียงพอหรือไม่ ต่อจากนั้นก็จะเป็นการใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจที่จะสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องคดี โดยการใช้ดุลพินิจว่าการฟ้องคดีจะเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่นั้น ในขั้นนี้จะต้องผ่านการพิจารณาชั้นพยานหลักฐานมาแล้ว โดยอัยการในแต่ละประเทศจะมีลักษณะของตนเองแตกต่างกันไป บางประเทศได้เปิดกว้างให้อัยการใช้ดุลพินิจได้อย่างเต็มที่ ทั้งยังมีปัจจัยต่างๆ เพื่อเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการอย่างชัดเจน เช่น ประเทศอังกฤษ ที่ปัจจัยทั้งทางด้านสนับสนุนการฟ้องคดี และไม่สนับสนุนการฟ้องคดี ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากมีการระบุปัจจัยที่อัยการต้องพิจารณาในการสั่งคดีอย่างละเอียด อัยการยังสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางโดยสามารถสั่งไม่ฟ้องในความผิดได้ทุกประเภท ทำให้บางครั้งถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าขาดการควบคุมการใช้ดุลพินิจอย่างเป็นระบบ ในประเทศเยอรมนีนั้น การฟ้องคดีตามดุลพินิจใช้ในกรณีเนื่องจากความผิดเล็กน้อยของคดี (Petty infractions) กับหรือความผิดที่มีโทษปานกลาง หรือความผิดที่มีโทษจำคุกน้อยกว่า 1 ปี และโทษปรับ ถ้าพิจารณาจะเห็นว่าความชั่ว (Schuld) ของผู้ต้องหาเล็กน้อย และการดำเนินคดีนั้นไม่มีประโยชน์ต่อสาธารณะ จะเห็นได้ว่าในเยอรมนีดุลพินิจแต่อยู่ภายใต้มาตรฐานที่ชัดเจนและไม่กว้างขวางมากนัก

4.1.2 สรุประบบการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการสั่งคดีอาญาของอัยการในต่างประเทศ

ระบบตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการสั่งคดีในประเทศตัวอย่าง สามารถแบ่งได้ 2 ประเภท คือ ระบบการตรวจสอบภายในองค์กร และระบบการตรวจสอบภายนอกองค์กร

4.1.2.1 ระบบการตรวจสอบภายในองค์กร

คือการตรวจสอบตามลำดับชั้นบังคับบัญชา ภายในองค์กรอัยการเอง โดยในประเทศตัวอย่างทุกประเทศ ผู้บังคับบัญชาสูงสุดขององค์กรจะมีความรับผิดชอบ (Accountability) ต่อรัฐสภาด้วย เมื่อผู้บังคับบัญชาสูงสุดต้องถูกตรวจสอบการใช้อำนาจด้วย ก็จะระมัดระวังตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ใต้บังคับบัญชาของตน โดยการควบคุมที่มีประสิทธิภาพจะอยู่ในรูปของการกำหนดแนวทางปฏิบัติ (Guideline) ในการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้อง โดยเฉพาะการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะจะกำหนดรายละเอียด หลักเกณฑ์ในการพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจ โดยกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจคือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาของประเทศต่างๆ จะไม่ได้กำหนดรายละเอียดไว้มากนักเพียงแต่กำหนดว่าให้อัยการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่มีมูลได้ โดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์อะไรบ้างคร่าวๆ ไม่ได้กำหนดว่าถ้าจะสั่งไม่ฟ้องต้องกำหนดเงื่อนไขหรือไม่ และกำหนดเงื่อนไขอะไรได้บ้าง จะมีกเว้นแต่เพียงประเทศเยอรมันที่ใช้หลักการฟ้องคดีตามกฎหมายเท่านั้นที่กำหนดรายละเอียดต่างๆ เอาไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาอาญามาก แต่ก็ยังคง

ต้องมีแนวทาง (Guideline) ในการใช้ดุลพินิจภายในองค์กรอัยการ แนวทางปฏิบัติภายในองค์กรอัยการนั้นในประเทศตัวอย่างบางประเทศก็มีการเปิดเผยให้สาธารณชนได้รับทราบซึ่งก็จะเป็นข้อมูลที่สาธารณชนใช้ในการตรวจสอบอัยการได้ด้วย นอกเหนือจากการตรวจสอบภายในองค์กรอัยการเอง

4.1.2.2 ระบบการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก

การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการส่งคดีอาญาของอัยการ โดยองค์กรภายนอกที่ปรากฏในต่างประเทศ มีอยู่ 3 รูปแบบ คือ การควบคุมโดยศาล การควบคุมโดยรัฐสภา การควบคุมโดยสาธารณชน

1) การตรวจสอบโดยศาล

เป็นระบบที่ใช้ในประเทศ สหรัฐอเมริกา เยอรมัน โดยผู้ที่ร้องขอต่อศาลให้เข้ามาตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องของอัยการก็คือผู้เสียหาย เพราะในประเทศดังกล่าวผู้เสียหายจะฟ้องคดีเองไม่ได้ (แต่บางประเทศก็เปิดกว้างให้ผู้มีส่วนได้เสียร้องขอได้) และศาลจะเข้ามาตรวจสอบก็ต่อเมื่อมีการดำเนินการภายในองค์กรเสร็จสิ้นแล้วแต่ยังไม่มีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งของอัยการ ซึ่งความเป็นจริงแล้วพบว่า การตรวจสอบโดยศาลที่ใช้อยู่ในหลายประเทศแท้จริงแล้วไม่ใช่การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องที่มีมูลของอัยการแต่อย่างใด แต่เป็นการตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องที่อัยการอ้างว่าพยานหลักฐานไม่พอฟ้อง ซึ่งหากศาลได้สวนได้ความว่ามีหลักฐานพอฟ้อง ก็จะสั่งให้อัยการฟ้องคดี หรือแต่งตั้งทนายความทำหน้าที่ฟ้องคดีแทนอัยการ

2) การตรวจสอบโดยรัฐสภา

ผู้บังคับบัญชาสูงสุดขององค์กรอัยการในประเทศตัวอย่างต่างมีความรับผิดชอบต่อรัฐสภาจึงต้องระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ของตนเองและควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชามีให้ขัดต่อกฎหมายด้วย นอกจากนี้รัฐสภายังเข้ามาควบคุมในรูปแบบของการจัดสรรงบประมาณด้วย

3) การตรวจสอบโดยสาธารณชน

เพื่อให้สาธารณชนเข้ามาตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของอัยการได้

4) การอนุญาตให้ผู้เสียหายฟ้องคดีเอง

กรณีที่ผู้เสียหายเห็นว่าไม่ได้รับความเป็นธรรม อาจยื่นคำร้องต่อศาลขอให้สั่งให้มีการพิจารณาคดีดังกล่าวได้ หลังจากพิจารณาคำร้องแล้วศาลอาจยกคำร้องหรือสั่งให้นำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลก็ได้ถ้าเห็นว่าคดีมีมูล แต่อย่างไรก็ดีประเทศไทยก็ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ที่ผู้เสียหายสามารถยื่นฟ้องคดีเองได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28

สรุปว่าจากการศึกษาการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจสังคีตอาญาในต่างประเทศพบว่า กลไกการควบคุมตรวจสอบที่รัดกุมและมีประสิทธิภาพในการทำให้สาธารณชนมีความเชื่อมั่นที่จะให้อัยการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดี คือ การที่ผู้บังคับบัญชาสูงสุดขององค์กรอัยการต้องมีความรับผิดชอบ (Accountability) ต่อรัฐสภา เมื่อผู้บังคับบัญชาสูงสุดถูกตรวจสอบได้ก็ต้องระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่และต้องตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ใต้บังคับบัญชาด้วยซึ่งจะทำโดยออกแนวทางปฏิบัติ (Guideline) โดยการกำหนดแนวทางปฏิบัติ นอกจากจะเป็นประโยชน์ในการตรวจสอบในองค์กรแล้วยังเป็นข้อมูลให้สาธารณชนใช้ตรวจสอบการใช้อดุลพินิจด้วย

การตรวจสอบการใช้อดุลพินิจของพนักงานอัยการ ในแต่ละระบบใช้วิธีการควบคุมพนักงานอัยการที่แตกต่างกันไป ระบบอัยการส่วนใหญ่จะมีการตรวจสอบตนเองจากภายในองค์กรอัยการ โดยให้ประชาชนสามารถร้องเรียน และอุทธรณ์คำสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องของพนักงานอัยการไปตามลำดับชั้น ขั้นตอนการอุทธรณ์คำสั่งคำตัดสินของพนักงานอัยการมีลักษณะคล้ายการอุทธรณ์ฎีกาคำพิพากษาของศาล ในประเทศเยอรมันมีระบบการตรวจสอบจากภายในองค์กรอัยการและจากตุลาการด้วย ผู้เสียหายสามารถอุทธรณ์ต่อศาลสูงสุดของสหพันธรัฐให้พิจารณาทบทวนคำสั่งดังกล่าว ศาลสูงสุดของสหพันธรัฐสามารถสั่งให้พนักงานอัยการฟ้องคดีได้หากเห็นควรเช่นนั้น

4.2 ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้อดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ

แม้ว่าจะมีกฎหมายให้อำนาจในการใช้อดุลพินิจของพนักงานอัยการในการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาแล้วก็ตาม แต่การใช้อดุลพินิจของพนักงานอัยการในการสั่งฟ้องของอัยการนั้นอาจมีปัญหาดังนี้

4.2.1 ปัญหาการหาความหมายของคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ”

การวินิจฉัยสั่งคดีของพนักงานอัยการ นอกจากจะต้องพิจารณาข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงทุกด้านจากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องแล้ว อัยการต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะด้วย

อะไรที่จะถือว่าเป็นประโยชน์สาธารณะและเรื่องอะไรไม่เป็นนั้น เป็นเรื่องยากและลึกซึ้งมาก เพราะปัญหาเรื่องประโยชน์สาธารณะเป็นเรื่องเกี่ยวกับความรู้สึกของบุคคลและมีปัจจัยหลายประการ การจะให้คำจำกัดความว่าประโยชน์สาธารณะ คืออะไร ย่อมทำไม่ได้ และยากที่จะอธิบาย เพราะเป็นสิ่งนามธรรม แปรผันไปตามสถานการณ์และกาลเวลา จนไม่อาจกำหนดคำนิยามได้โดยชัดเจน และอาจมีความแตกต่างกันตามแต่บุคคลได้ ปัญหาจึงมีว่าพนักงานอัยการจะใช้อดุลพินิจ อย่างไร จึงจะถือว่าเป็นดุลพินิจโดยชอบ

ประโยชน์สาธารณะนั้น ไม่อาจวัดได้จากแรงกดดันทางการเมือง และไม่ใช่ว่าเสียงเรียกร้องจากประชาชน อะไรคือประโยชน์สาธารณะเป็นคำถามที่แตกต่างจากคำถามที่ว่าอะไรคือสิ่งที่ประชาชนสนใจ

อะไรคือประโยชน์สาธารณะนั้น อัยการต้องพิจารณาในหลายด้าน ทั้งตัวบทกฎหมาย การตีความกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย มาตรฐานทางศีลธรรม ความถูกต้องและความเหมาะสมทางสังคม เพื่อที่จะบรรลุจุดประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และต้องพิจารณาถึงกระบวนการต่อไปในภายภาคหน้าด้วย โดยพิจารณาถึงผลที่จะเกิดขึ้นตามมา ไม่ว่าจะสั่งฟ้อง หรือสั่งไม่ฟ้อง

ในทุกคดีจำเป็นต้องพิจารณาอย่างรอบคอบ และข้อสำคัญอย่างยิ่งจะต้องไม่โอนเอนไปตามอารมณ์ความรู้สึกหรือความคิดเห็นต่างๆที่ไม่ได้เป็นหลักการที่ควรยึดถือและไม่ได้มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการพิจารณาในเรื่องประโยชน์สาธารณะ ทรัพยากรและบุคลากรในระบบการดำเนินคดีอาญาและข้อจำกัดทางการเงินในการฟ้องคดีนั้นควรพิจารณาร่วมด้วย

ประเด็นที่เกี่ยวกับสังคมนั้น การฟ้องคดีจะเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่นั้น จะพิจารณาที่ประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือบุคคลบางกลุ่มของสังคม ไม่ว่าจะเป็นเหยื่อของการกระทำความผิด พยาน นักการเมือง หรือ สื่อสารมวลชนเพียงอย่างเดียวไม่ได้ แต่ต้องพิจารณาสังคมโดยรวมทั้งหมด อำนาจในการฟ้องคดีต้องปราศจากการแทรกแซงหรือแรงกดดันทางการเมือง หากแรงกดดันทางการเมืองนั้นมีผลต่อการตัดสินใจในการฟ้องคดีหรือการไม่ฟ้องคดีนั้น หรือการฟ้องคดีหรือไม่ฟ้องคดีนั้นเป็นการพยายามที่จะได้รับความพอใจจากสังคมแต่เพียงอย่างเดียว ย่อมเป็นดุลพินิจที่ไม่ถูกต้องไม่อำนวยความสะดวก ซึ่งพนักงานอัยการต้องพิจารณาในจุดนี้ด้วย⁷

จะเห็นได้ว่า การหาความหมายของคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” เป็นสิ่งที่ยาก หากอัยการไม่เข้าใจคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” อย่างถ่องแท้แล้ว ก็จะส่งผลให้การใช้ดุลพินิจวินิจฉัยสั่งคดีไม่ถูกต้องได้

ในหนังสือเรื่องการตัดสินใจดำเนินคดี “The Decision to Prosecute” เขียนโดย A F Wilcox ในปี ค.ศ.1972 กล่าวไว้ว่า เป็นสิ่งไม่ถูกต้องที่จะสรุปว่าหน้าที่นั้นสิ้นสุดลงทันทีเมื่อพบผู้กระทำความผิดและเป็นความรับผิดชอบในการที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาล ทั้งที่ความจริงแล้วในระหว่างสองขั้นตอนดังกล่าวนี้ มีจุดที่ต้องพิจารณาอีกขั้นหนึ่ง ก็จะต้องพิจารณาว่าควรจะฟ้องคดีหรือว่าผู้ต้องหาไม่ควรที่จะถูกส่งต่อไปยังขั้นตอนการพิจารณาของศาลหรือไม่ ซึ่งจุดการพิจารณานี้ อัยการ

⁷ The DPP’s decision to prosecute. N R Cowdery. QC Director of Public Prosecutions, NSW.

อาจจะมองข้าม หรือ ไม่มีมีความเข้าใจอย่างแท้จริง” ซึ่งข้อความในข้อ 78 นี้ก็อธิบายไว้อย่างกว้างๆ เพียงแต่กล่าวไว้ว่าถ้าเห็นว่าการฟ้องคดีใดจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชนนั้น ให้เสนอสำนวนตามลำดับอย่างไร แต่ไม่ได้มีการระบุถึงข้อพิจารณาว่าอย่างไรถึงจะถือว่าเป็นคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ ดูจากปัจจัยอะไรเป็นสำคัญ ไม่ได้การแจกแจงรายละเอียดต่างๆ เพื่อให้ัยการเข้าใจอย่างแจ่มชัดที่มีปรากฏจะมีเพียงคดีในอดีตที่เคยมีการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องในกรณีไม่เป็นประโยชน์สาธารณะอยู่บ้าง เท่านั้น

ในต่างประเทศนั้น ที่เห็นเด่นชัดคือ ประเทศอังกฤษ ได้พยายามวางแนวทางต่างๆ ขึ้นตอนในการพิจารณาไว้ให้พนักงานอัยการของเขา ทำให้การพิจารณามีหลักเกณฑ์และเห็นเด่นชัดขึ้น ไม่เป็นเพียงสิ่งที่พูดว่าการฟ้องคดีจะไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ แต่ไม่สามารถอธิบายได้ว่า เพราะอะไร ดูจากปัจจัยอะไรบ้าง ทำให้อัยการมีความมั่นใจที่จะใช้ดุลพินิจดังกล่าว และเมื่อมีแนวทาง มีเหตุผลสนับสนุนแล้วก็ทำให้การใช้ดุลพินิจนั้นมีแหล่งข้อมูลอ้างอิงได้ สร้างความเชื่อมั่นให้ทั้งตัวอัยการผู้ใช้ดุลพินิจและสังคมว่าได้รับความยุติธรรม

4.2.2 ปัญหาจากการแบ่งแยกอำนาจสอบสวนและฟ้องร้องออกจากกัน

การสอบสวนฟ้องร้องนั้นเป็นมาตรการของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่มีแนวคิดในการแยกกระบวนการสอบสวนฟ้องร้องออกจากการพิจารณาพิพากษาคดี การสอบสวนและการฟ้องร้องเป็นอำนาจของเจ้าพนักงานรัฐในฝ่ายบริหารที่แยกตัวออกมาจากฝ่ายตุลาการ จึงต้องถือว่าเป็นขั้นตอนที่รวบรวมพยานหลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวกับคดี ก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาล โดยการสอบสวนและการฟ้องร้อง เป็นขั้นตอนที่มีความสัมพันธ์และเกี่ยวข้องกันจนแยกจากกันไม่ได้ เนื่องจากจะต้องมีการรวบรวมข้อเท็จจริงและกลั่นกรองเพื่อตรวจสอบเบื้องต้นก่อนยื่นฟ้องผู้กระทำความผิดต่อศาล ทั้งนี้เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้บริสุทธิ์ได้รับความเดือดร้อน

สำหรับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยนั้น ได้แบ่งอำนาจสอบสวนและอำนาจการฟ้องร้องออกจากกันเด็ดขาด โดยพนักงานสอบสวนเป็นผู้มีอำนาจสอบสวนคดีทั้งปวงและห้ามมิให้อัยการยื่นฟ้องคดีต่อศาลโดยมิได้มีการสอบสวนในความผิดนั้นก่อน ทำให้กระบวนการชั้นก่อนฟ้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของตำรวจ แม้กฎหมายจะเปิดช่องให้อัยการเมื่อได้รับสำนวนสามารถสั่งให้พนักงานสอบสวนดำเนินการสอบสวนเพิ่มเติม หรือส่งพยานคนใดมาให้ซักถาม มาตรา 143 ก็ตาม แต่การสอบสวนเพิ่มเติมกระทำโดยตำรวจ อัยการไม่สามารถเข้าไปทำการสอบสวนด้วยตนเองได้ ทำให้การดำเนินการของพนักงานสอบสวนมีความสำคัญต่อการฟ้องของอัยการเป็นอย่างมาก ในทางปฏิบัติอัยการจึงอาจนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาลโดยไม่รับผิดชอบ เพราะอัยการทำงานตามสำนวนเท่านั้น ทั้งที่ในความจริงแล้วอัยการไม่อาจจะปฏิเสธความรับผิดชอบได้

จากการแบ่งแยกอำนาจสอบสวนและฟ้องร้องออกจากกัน โดยเด็ดขาด ก่อเกิดปัญหาในการที่อัยการจะใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะดังนี้ในทางปฏิบัติดังนี้

1) ปัญหาเกี่ยวกับประสิทธิภาพในการดำเนินคดี

การแยกการสอบสวนกับการฟ้องร้องออกจากกัน โดยเด็ดขาดมีผลกระทบโดยตรงต่อประสิทธิภาพในการดำเนินคดีอาญา เพราะการสอบสวนเป็นต้นกระแสนของการดำเนินคดีอาญาที่มีผลสืบเนื่องไปถึงการสั่งคดีว่าจะฟ้องหรือไม่ฟ้อง การสอบสวนเป็นขั้นตอนสำคัญในการกำหนดข้อหา วางรูปคดีและการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหา การที่กฎหมายแยกกระบวนการสอบสวนกับการฟ้องร้องออกจากกัน โดยเด็ดขาดส่งผลให้อัยการผู้มีหน้าที่เป็นผู้ตัดสินใจว่าจะฟ้องผู้ต้องหาหรือไม่ ไม่สามารถมีส่วนร่วมในการวางรูปคดี หรือ ให้ความเห็นเกี่ยวกับการรวบรวมพยานหลักฐานตั้งแต่เริ่มแรก อัยการจึงมีหน้าที่เพียงไต่ตรองคดี ไม่มีอำนาจสอบสวน อัยการจึงอาจจะถูกจำกัดแค่การทำงานตามสำนวน แม้กฎหมายจะกำหนดมาตรการบางอย่างให้อัยการสั่งสอบเพิ่มเติมหรือส่งพยานมาเพื่อซักถามได้ แต่ก็มิได้รับความร่วมมือจากพนักงานสอบสวนเท่าที่ควร

ในการพิจารณาสั่งคดี การที่อัยการไม่สามารถทราบข้อเท็จจริงได้อย่างถ่องแท้ทำให้เกิดความผิดพลาดในการใช้ดุลพินิจสั่งคดี ข้อจำกัดเกี่ยวกับข้อมูลในการพิจารณาสั่งคดีทำให้อัยการไม่สามารถใช้ดุลพินิจในการกั้นกรองคดีได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับผู้กระทำความผิด ซึ่งมีรายละเอียดของปัญหาในข้อต่อไป

2) ปัญหาเรื่องข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิด⁸

ข้อเท็จจริงในคดีอาญาโดยทั่วไปนั้นแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำ และข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งข้อเท็จจริงทั้งสองส่วนนี้จะต้องมีการรวบรวมไปด้วยพร้อมกัน จึงจะทำให้สามารถอำนวยความสะดวกให้ประชาชนได้อย่างแท้จริง

ในส่วนของข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิด นับเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่มีความสำคัญต่อการดำเนินคดีอาญา ซึ่งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นความร้ายแรงของการกระทำความผิด ประวัติของตัวผู้กระทำความผิดว่าเป็นผู้กระทำความผิดติดนิสัยหรือ เป็นผู้กระทำความผิดโดยพลั้งพลาด ความประพฤติ สุขภาพร่างกาย ภาวะแห่งจิต รวมถึงสภาพแวดล้อมของผู้กระทำความผิด ดังนั้นการแสวงหาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิดและการกระทำ ความผิด จึงนับว่าเป็นขั้นตอนหนึ่งที่มีความสำคัญในการดำเนินคดีอาญาที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ เนื่องจากข้อเท็จจริงดังกล่าวจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็น

⁸ พิชญ์ ลีอวมัชฌิจ. (2551). บทบาทพนักงานอัยการต่อการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษ.

ประโยชน์สาธารณะ การแสวงหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำอย่างกว้างขวาง เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลอันเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดให้ได้มากที่สุด

การสอบสวนเป็นการค้นหาความจริงที่เกี่ยวข้องกับผู้ต้องหาและการกระทำของผู้ต้องหาด้วย ดังนั้น การค้นพยานหลักฐานต่างๆอันเกี่ยวกับผู้ต้องหา มี 3 ประการ คือ พยานหลักฐานที่ชี้ชัดผู้ต้องหา พยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหา พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับเหตุบรรเทาโทษการรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวน จะทำให้ทราบถึงความเป็นมาแห่งชีวิตและความประพฤติอันเป็นอาชญาของผู้ต้องหา ดังนั้นจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่พนักงานสอบสวนจะต้องวางตัวเป็นกลางรวบรวมพยานหลักฐานทุกชนิดทั้งที่เป็นคุณและเป็นโทษรวมถึงข้อเท็จจริงต่างๆของผู้กระทำความผิด พนักงานสอบสวนจะต้องทำทุกอย่างเพื่อที่จะให้ได้มาซึ่งความจริงที่ว่า จำเลยกระทำความผิดจริงตามที่ถูกกล่าวหาหรือไม่ และการกระทำความผิดเกิดขึ้นจากสาเหตุใด และมีเหตุบรรเทาโทษหรือไม่⁹ ดังนั้นพนักงานสอบสวนจะรวบรวมพยานหลักฐานเพียงเพื่อชี้ชัดผู้ต้องหาอย่างเดียวไม่ได้ ต้องคำนึงถึงพยานที่เป็นผลดีแก่ตัวผู้ต้องหาด้วย รวมทั้งพยานหลักฐานต่างๆที่เกี่ยวข้องกับเหตุบรรเทาโทษของผู้ต้องหา เนื่องจากการวินิจฉัยว่าสิ่งใดจริงหรือไม่ต้องพิจารณาโดยฟังความทุกฝ่าย (audiatur et altera pars) โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ถูกกล่าวหาในฐานะเป็นประธานในคดีจะต้องมีสิทธิต่างๆในการที่จะต่อสู้และแก้ข้อกล่าวหาได้ พนักงานสอบสวนจึงต้องมีความเป็นภาวะวิสัย (objectivity) กล่าวคือ ต้องดำเนินคดีด้วยความรอบคอบและเที่ยงธรรม แต่ในทางปฏิบัติพนักงานสอบสวนจะทำการสอบสวนเพียงเพื่อให้เห็นว่าคดีมีมูลว่าผู้ต้องหากระทำความผิด แล้วก็จะหยุดสอบสวน นอกจากนั้นยังทำการสอบสวนแต่เฉพาะในแง่ที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องหาเท่านั้น โดยไม่ได้ทำการสอบสวนในแง่ที่เป็นผลดีกับผู้ต้องหา และพยานที่เกี่ยวข้องกับเหตุบรรเทาโทษของผู้ต้องหา จึงทำให้พนักงานอัยการจะมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวผู้ต้องหาที่ประกอบการพิจารณาการใช้ดุลพินิจในการสั่งคดีน้อยลง โดยเฉพาะในส่วนที่อัยการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะนั้น เป็นขั้นตอนหลังจากที่อัยการพิจารณาแล้วว่าคดีมีมูล พยานหลักฐานเพียงพอฟ้องได้ต่อไปก็จะเป็นการใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าการฟ้องคดีดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะหรือไม่ ซึ่งในขั้นตอนนี้เป็นการพิจารณาในแง่ข้อเท็จจริงทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิด การกระทำผิด ภาวะแวดล้อมต่างๆ ซึ่งมีปัจจัยหลายอย่างที่อัยการต้องพิจารณาเชื่อมโยงกัน ในแต่ละคดีนั้นอาจมีข้อเท็จจริงแตกต่างกันไป ซึ่งอาจทำให้การใช้ดุลพินิจของอัยการนั้นแตกต่างกันได้ การที่อัยการจะใช้ดุลพินิจได้อย่างถูกต้องและอำนวยความสะดวกนั้นย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงทั้งหลายที่ปรากฏในสำนวน ยังมีข้อมูลมากเท่าไร ย่อมทำให้สะดวกในการพิจารณาขึ้นเท่านั้น ฉะนั้นเห็นได้ว่าพนักงานสอบสวนมีบทบาทสำคัญในการแสดงข้อเท็จจริงทั้งหลายให้ปรากฏขึ้น

⁹ พรธิดา เอี่ยมศิลา . (2549). ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดเพื่อประกอบการดำเนินคดีอาญา. หน้า 70.

ในการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ อัยการย่อมต้องเห็นว่ามิใช่ข้อเท็จจริงอันควรปรานีบางประการ หรือ มีข้อเท็จจริงที่ทำให้เห็นว่าลักษณะการกระทำการเป็นการกระทำผิดที่ไม่ร้ายแรง ความเสียหายเพียงเล็กน้อย ไม่มีเจตนาร้าย หรือ ผู้กระทำความผิดได้พยายามบรรเทาผลร้าย เป็นต้น ซึ่งข้อเท็จจริงเช่นนี้จะปรากฏขึ้นตั้งแต่ต้นไม่ได้เลยหากพนักงานสอบสวนไม่เข้าไต่ถามทบทวนของคดียุติข้อหา แต่คิดที่จะแสดงให้เห็นแต่ความผิดของผู้ต้องหา ซึ่งหากตำรวจมองข้ามรายละเอียดเหล่านี้ ข้อเท็จจริงบางประการที่มีผลต่อการใช้ดุลพินิจอาจไม่ปรากฏในสำนวน ทำให้อัยการไม่ทราบว่ามีข้อเท็จจริงเหล่านั้นอยู่ หรืออาจจะไม่มีข้อเท็จจริงมากพอที่อัยการจะใช้ดุลพินิจ ส่งผลอัยการขาดความเชื่อมั่นในข้อเท็จจริงเหล่านั้น ทำให้ไม่กล้าใช้ดุลพินิจในการสั่งคดีจำนวนคดีที่มีการใช้ดุลพินิจจึงมีปริมาณน้อย ไม่สามารถที่จะดำเนินการที่จะเป็นประโยชน์ต่อรูปคดีได้อย่างทันทั่วถึง แม้ต่อมาอัยการจะสั่งสอบสวนเพิ่มเติมได้ก็ตาม แต่อัยการไม่ได้ทราบข้อเท็จจริงตั้งแต่แรกเริ่ม อาจมีข้อเท็จจริงบางประการที่พนักงานสอบสวนอยู่ในฐานะที่จะรู้ได้ดีกว่า เพราะเป็นเรื่องที่ตนพบตั้งแต่ต้น การที่จะหวังให้อัยการสั่งสอบสวนเพิ่มเติมทั้งหมดเพื่อการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะคงเป็นเรื่องที่ยาก ฉะนั้น จึงต้องอาศัยความร่วมมือของพนักงานสอบสวนด้วย

3) ปัญหาเรื่องความล่าช้าล่าช้าซ้อนในการดำเนินคดี

นอกจากปัญหาเรื่องประสิทธิภาพในการดำเนินคดีแล้ว การที่แบ่งแยกการสอบสวนและการฟ้องร้องออกจากกันยังก่อให้เกิดความล่าช้าล่าช้าซ้อนของกระบวนการด้วย การที่กฎหมายกำหนดให้พนักงานสอบสวนดำเนินการสอบสวนไปโดยลำพัง ทั้งในการรวบรวมข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนการตั้งข้อหาและทำความเข้าใจทางกฎหมาย จึงเป็นงานที่ซ้ำซ้อนกับงานที่อัยการต้องกระทำอยู่แล้วเมื่อได้รับสำนวนจากตำรวจ การซ้ำซ้อนนี้ทำให้ตำรวจต้องใช้เวลามากในการสรุปสำนวนให้อัยการพิจารณา ซึ่งส่งผลให้อัยการมีระยะเวลาอันน้อยมากในการพิจารณาสำนวนก่อนตัดสินใจว่าจะฟ้องหรือไม่ฟ้อง โดยเฉพาะหากเป็นกรณีที่ต้องหาผู้ต้องหาควบคุม และมีแนวโน้มจะหลบหนี กรณีดังกล่าวอัยการมีความกดดันที่จะต้องรีบพิจารณาสั่งคดี เพราะหากเกินกำหนดเวลาที่สามารถควบคุมตัวผู้ต้องหาไว้ได้ตามกฎหมายก็ต้องปล่อยตัวผู้ต้องหา

การแบ่งแยกการดำเนินคดีอาญาในชั้นก่อนฟ้องออกเป็น 2 ตอน ทำให้อัยการเข้ามา มีบทบาทต่อเมื่อพนักงานสอบสวนได้เสนอสำนวนให้อัยการแล้ว ซึ่งจะเป็นการล่าช้าเกินไปอาจทำให้ข้อเท็จจริงบางอย่างถูกบิดเบือนหรือตกหล่นไปอันอาจส่งผลทำให้การใช้ดุลพินิจในศาลคลาดเคลื่อนจากความถูกต้องและเหมาะสมได้

4.2.3 ปัญหาการใช้ดุลพินิจในกรณีการกระทำที่เป็นความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม (Mala prohibita)

ในการกำหนดความผิดที่มีโทษทางอาญา แบ่งได้เป็นสองประเภท คือ ความผิดอาญากรณีเป็นความผิดในตัวเอง (Mala in se) และ ความผิดอาญากรณีเป็นความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม (Mala prohibita)

ความผิดอาญากรณีที่เป็นความผิดในตัวเอง ปรากฏให้เห็นถึงความชั่วร้ายที่มีอยู่ตามธรรมชาติ เป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมและละเมิดต่อความรู้สึกผิดชอบชั่วดี โดยที่ความผิดอาญากรณีเป็นความผิดในตัวเอง (Mala in se) ถือได้ว่าเป็นความผิดที่มีอยู่ตามธรรมชาติซึ่งมนุษย์สามารถรู้ได้ด้วยตัวเองว่าการกระทำเช่นใดเป็นความผิด เช่น การวางเพลิงหรือการลักทรัพย์ เป็นต้น ที่ใครๆ ก็รู้ว่าเป็นการที่กฎหมายห้ามไว้แล้วและรู้ว่าเป็นกรรมชั่วหากได้มีการกระทำความผิดแล้ว

ความผิดอาญากรณีเป็นความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม (Mala prohibita) เป็นความผิดเนื่องจากการกระทำที่ห้ามตามบทบัญญัติที่ได้กำหนดไว้ซึ่งไม่ถือว่าเป็นความผิดที่เป็นความชั่วตามธรรมชาติ เป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดเพราะมีข้อห้ามหรือกฎหมายบัญญัติขึ้น เช่น ข้อห้ามทิ้งขยะมูลฝอยบนถนนสาธารณะ การกำหนดให้ต้องขับรถในช่องซ้ายหรือความผิดที่ว่าด้วยการจอดรถในที่ห้ามจอด หรือจอดรถเกินในเวลาที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น ความผิดเหล่านี้เป็นความผิดที่ได้บัญญัติขึ้นโดยผู้มีอำนาจตามกฎหมายซึ่งเป็นการกระทำใดๆ ที่ประสงค์จะให้ทำหรือไม่ประสงค์จะให้ทำ เป็นข้อตกลงระหว่างคนในสังคมด้วยกัน เพื่อต้องการให้สังคมเกิดความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อย ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของส่วนรวม โดยเป็นความผิดที่อยู่นอกเหนือความรู้สึกของคนโดยทั่วไปในเรื่องของความดีความชั่ว เพราะเป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อการแก้ปัญหาใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นตามสภาพของสังคมที่พัฒนาเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วจนหลักกฎหมายธรรมชาติที่มีอยู่เดิมไม่เพียงพอ ซึ่งความผิดประเภท Mala prohibita นี้ส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับศีลธรรมโดยตรง ดังนั้น ผู้กระทำความผิดประเภทนี้จึงน่าจะถูกมองว่าเป็นเพียงผู้ละเมิดข้อตกลงร่วมกันมากกว่าที่จะถูกมองว่าเป็นอาชญากร จากกรณีดังกล่าวในเหตุที่มาแห่งการบัญญัติให้กระทำหรือละเว้นไม่กระทำที่เป็นความผิดอาญา กฎหมายที่ถูกตั้งขึ้นมานี้เรียกว่า “กฎหมายเทคนิค”

ในความผิดเล็กน้อยส่วนใหญ่จะมีสภาพเป็นความผิดเพราะฝ่าฝืนคำสั่งหรือข้อห้ามตามบทบัญญัติโดยไม่ถือว่ามีลักษณะเป็นความผิดเพราะสาเหตุอื่นอีก จึงเป็นความผิดแบบ Mala prohibita การแบ่งประเภทความผิดอาญาเป็น Mala in se และ Mala prohibita นี้เมื่อสังคมพัฒนาไปมากขึ้น มีรายละเอียดปลีกย่อยต่างๆ ที่กำหนดแบบในชีวิตประจำวันของมนุษย์มากขึ้น ก็อาจทำให้แนวความคิดในการกำหนดชัดเจนลงไปว่าความผิดใดเป็นความผิดแบบ Mala in se หรือ Mala

prohibita เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมได้ ความผิด Mala prohibita บางอย่างที่กระทบถึงชุมชนอยู่ตลอดเวลาอาจพัฒนาเปลี่ยนแปลงไปจนมีสภาพเป็นความผิดโดยตัวของมันเองซึ่งทุกคนในสังคมยอมรับให้เป็น Mala in se ในภายหลัง ในขณะที่เดียวกันความผิดแบบ Mala in se เดิมก็อาจเปลี่ยนแปลงไปจนกลายเป็นความผิดอาญาอีกต่อไปก็ได้ ทั้งนี้ตามความสำนึกทางศีลธรรมของแต่ละชุมชนที่ย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา¹⁰

กฎหมายเทคนิคมีลักษณะ 2 ประการคือ เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นทันทีเพื่อวัตถุประสงค์บางประการซึ่งเห็นเหตุผลทางเทคนิค (Technical reason) และกฎเกณฑ์เหล่านั้นไม่มีหลักในทางศีลธรรม (Moral reason) หรือหลักกฎหมายคอยสนับสนุนอยู่ กฎหมายเทคนิคเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยกระบวนการนิติบัญญัติ จึงมักเรียกว่า “กฎหมายส่วนบัญญัติ”

ปัญหาอีกอย่างหนึ่งก็คือที่กฎหมายเทคนิค คือ ไม่มีขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมคอยหนุนหลัง ถ้าใครผิดก็ไม่วู้สึกว่าคนนั้นทำชั่วหรือผิดศีลธรรม เพราะฉะนั้นกฎหมายเทคนิคจึงไม่มีลักษณะบังคับทางธรรมชาติ (Spontaneous sanction) ด้วยเหตุนี้การที่จะทำให้กฎหมายเทคนิคเกิดความศักดิ์สิทธิ์จึงต้องดำเนินการดังนี้

1) การกำหนดโทษและลงโทษจะต้องหนักเพื่อให้คนกลัวการลงโทษ จะต้องเป็นการทำให้เขาเสียประโยชน์มากกว่าจะได้รับประโยชน์จากการกระทำผิด

2) จะต้องให้มีการบังคับลงโทษอย่างมีประสิทธิภาพและสม่ำเสมอ ถ้ากระทำผิดก็ต้องจับทันที หากมีกฎหมายออกมาแต่จับบ้างก็ไม่มีประโยชน์ จะทำให้กฎหมายเป็นเพียงกฎเกณฑ์ที่เป็นตัวหนังสือเท่านั้น

3) รัฐต้องมีเครื่องมือในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย

4) ในด้านของประชาชนจะต้องมีความสำนึกในหน้าที่ของพลเมืองดี

แม้ว่ากฎหมายลักษณะนี้จะต้องการให้มีการบังคับลงโทษอย่างมีประสิทธิภาพและสม่ำเสมอก็ตาม แต่การดำเนินคดีก็ยังคงดำเนินถึงปัจจัยด้านอื่นๆ ด้วย เพราะในปัจจุบันได้มีแนวโน้มการตรากฎหมายที่มีโทษอาญามากขึ้นทุกที อาจจะเป็นเพราะเพื่อให้ประชาชนเกิดความเกรงกลัวและปฏิบัติตามกฎหมายโดยเคร่งครัดอันจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยความผิดระยะหลังมักมิได้เป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) เช่น การฆ่าผู้อื่น การลักทรัพย์ การข่มขืน แต่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติ (mala prohibita) เช่น กฎหมายอาวุธปืน กฎหมายการพนัน กฎหมายจราจร กฎหมายป่าไม้ กฎหมายประมง ฯลฯ ซึ่งมีอยู่จำนวนหลายฉบับยากที่ประชาชนธรรมดาที่มีได้ศึกษากฎหมายจะทราบได้ว่าการกระทำใดบ้างที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิด จึงมักจะทำผิดไปโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ และต้องถูกจับ สอบสวน ฟ้องต่อศาลและ

¹⁰ อธิธิ มุสิกะพงษ์. (2540). การดำเนินคดีความผิดเล็กน้อย. หน้า 89.

ลงโทษในที่สุด แต่จะกำหนดโทษปรับไว้สูง เมื่อประชาชนที่กระทำความผิดซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้ยากไร้ก็มักไม่มีเงินชำระค่าปรับตามคำพิพากษา ก็ต้องถูกนำไปกักขังแทนค่าปรับตามประมวลกฎหมายอาญา การที่ผู้กระทำความผิดต้องขังแทนค่าปรับเป็นเวลานานๆอาจเกิดผลอย่างร้ายแรงต่อสภาพจิตใจและร่างกายของบุคคลนั้น

ในการดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดอันเกิดจากเจตนาที่ชั่วร้ายภายใน (men rea) ก็เป็นสิ่งที่เหมาะสมและถูกต้องสมควร แต่ถ้าพฤติการณ์ของผู้กระทำความผิดนั้นมีลักษณะของการกระทำที่ไม่ร้ายแรง ไม่มีสันดานเป็นผู้ร้าย หรือผู้กระทำความผิดปลั่งพลาดที่ไม่ร้ายแรงเท่า นั้น ควรใช้วิธีเบี่ยงเบนไปจากกระบวนการยุติธรรม จึงต้องมีการกำหนดมาตรการพิจารณาคดีกรณีให้มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลโดยไม่จำเป็น คือ มีการกระทำผิดอาญาจำนวนไม่น้อยที่ไม่จำเป็นต้องนำมาฟ้องต่อศาล แต่สามารถใช้มาตรการอื่นๆลงโทษผู้กระทำความผิดได้ โดยสนับสนุนให้อัยการใช้หลักการฟ้องคดีตามดุลพินิจ (Opportunity principle) ให้มากขึ้น เนื่องจากเป็นหลักการที่มีความยืดหยุ่น โดยมีการพิจารณาว่า การฟ้องคดีดังกล่าวนี้จะเกิดประโยชน์แก่สังคมหรือไม่ และจะเป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องหาเกินไปหรือไม่ เป็นการปรับดุลพินิจของอัยการให้เข้ากับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งมาตรการดังกล่าวมานี้จะก่อให้เกิดผลดีตามมาหลายประการ เช่น

- ทำให้ไม่เกิดปัญหาคดีรกราก เพราะปัจจุบันศาลมีคดีแพ่งและอาญาที่ต้องพิจารณาพิพากษาเป็นจำนวนมาก ทำให้การพิจารณาคดีต้องล่าช้าเกินสมควร เกิดความเสียหายแก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง

- ทำให้ประชาชนได้รับความสะดวกมากยิ่งขึ้น เพราะการที่ผู้กระทำความผิดต้องไปศาลเกี่ยวกับคดีที่พิพาทกัน จะทำให้เสียเวลา เสียค่าใช้จ่าย

- เป็นการป้องกันมิให้ผู้กระทำผิดเล็กๆน้อยๆ ต้องถูกฟ้องเป็นจำเลยต่อศาลอันกระทบ

- ต่อชื่อเสียง สถานะทางสังคม และหากศาลพิพากษาลงโทษ เขาก็จะมีประวัติอาชญากรติดตัวไปตลอดชีวิต จะมีปัญหาทางด้านอนาคตของเขา¹¹

ตัวอย่างคดีที่เป็นปัญหาการใช้ดุลพินิจในกรณีการกระทำที่เป็นความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม (Mala prohibita)

คดีพนักงานอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด พนักงานอัยการฝ่ายคดีอาญา 6 เป็นโจทก์ยื่นฟ้อง นายสุรรัตน์ มณีนพรัตน์สุดา เป็นจำเลยในความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน

¹¹ กุลพล พลวัน. (2528). “ปัญหาการบริหารงานยุติธรรมในประเทศไทย.” วารสารกฎหมาย เล่มที่ 8. หน้า 93.

หรือจำหน่ายภาพยนตร์ ซึ่งเป็นแผ่นวีซีดีภาพยนตร์ ซึ่งเป็นความผิดตาม พระราชบัญญัติภาพยนตร์ และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

โดยคดีนี้โจทก์ยื่นฟ้อง ระบุว่า เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2551 เวลากลางคืนหลังเที่ยง จำเลยประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ จำพวกแผ่นวีซีดีภาพยนตร์อันเป็น วัสดุที่มีการบันทึกภาพและเสียงซึ่งสามารถนำมาฉายให้เห็นเป็นภาพที่เคลื่อนไหวได้อย่างต่อเนื่อง ด้วยการเปิดจำหน่ายเป็นแผงลอยไม่มีเลขที่ตั้งอยู่ริมบาทวิถี ในตลาดนัดใกล้สี่แยกกรุงเทพกรีฑา เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร และได้รับเงินตามราคาแผ่นวีซีดีภาพยนตร์ที่ได้จำหน่ายในราคา แผ่นละ 20 บาท โดยมีได้รับใบอนุญาต เหตุเกิดที่แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร

จำเลยให้การรับสารภาพชั้นสอบสวนขอให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวี ดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ขณะที่ชั้นพิจารณา จำเลยให้การปฏิเสธ โดยมีเพื่อนพนักงานขับรถชยะ และ หัวหน้างานมาเบิกความ นำสืบต่อผู้ว่าจำเลยเป็นพนักงานเก็บขยะ ประจำเขตสะพานสูง กองรักษา ความสะอาด กรุงเทพมหานคร ซึ่งเป็นลูกจ้างชั่วคราว เก็บขยะระหว่าง เวลา 04.00-10.00 น. เมื่อ เก็บขยะแล้วจะแยกขยะที่พอขายได้ไปขายที่แผงลอย ตลาดหน้าหมู่บ้านนักกีฬา โดยขายปะปนกับ หม้อหุงข้าว และรองเท้าเก่า ต่อมาถูกตำรวจ สน.หัวหมากจับ โดยยอมรับว่าขายจริง แต่ไม่ได้เป็นผู้ ประกอบการ ศาลพิเคราะห์พยานหลักฐานที่โจทก์จำเลย นำสืบแล้ว ศาลมีคำพิพากษาตามคดี หมายเลขแดง อ.2549/2553 ว่าจำเลยมีความผิดตาม พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง,79 ปรับ 200,100 บาท จำเลยให้การรับสารภาพในชั้นสอบสวนเป็น การให้ความรู้แก่ศาลเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา คดีมีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้ตาม ปอ.ม.78 หนึ่งในสาม คงปรับ 133,400 บาท กรณีไม่ชำระค่าปรับให้จัดการตาม ปอ.ม.29,30 โดยให้กักขัง แทนปรับเป็นระยะเวลาไม่เกิน 1 ปี ริบแผ่นวีซีดีภาพยนตร์และป้ายแสดงราคาจำหน่ายของกลาง¹² ตามปรากฏเป็นข่าวตามสื่อมวลชนสาขาต่างๆ นั้น

เนื่องจากกฎหมายฉบับดังกล่าวมีการกำหนดบทลงโทษตามรูปแบบกฎหมายเคร่งครัด หมายความว่าศาลจะไม่สามารถใช้ดุลพินิจในการตัดสินได้ และในมาตรา 54 ของกฎหมายดังกล่าว ยังมีช่องโหว่อยู่ โดยเฉพาะการไม่กำหนดนิยามที่ชัดเจนของคำสำคัญ ได้แก่ คำว่า “สถานที่ให้เช่า” และ “ประกอบกิจการ” ทำให้เกิดปัญหาในชั้นการตีความว่าผู้ใดอยู่ในขอบข่ายเป็นผู้กระทำ ความผิด

จากคดีนี้ ผู้เขียนเห็นว่าพนักงานอัยการสามารถใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้อง เพราะ เป็นคดีอาญาที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะได้ เมื่อพิจารณาจากปัจจัยดังนี้

¹² ระบบค้นหาข้อมูลคดี ศาลยุติธรรม. สืบค้นเมื่อ 15 มีนาคม 2553, จาก <http://dbc.case.coj.go.th>

1) พิจารณาในแง่ของผู้กระทำผิด

ข้อเท็จจริงและสภาพการณ์เกี่ยวกับผู้กระทำผิดก่อนและขณะกระทำความผิด

(1) พิจารณาจากความชั่ว หรือเจตนาของผู้ต้องหา หรือความน่าตำหนิได้ของผู้ต้องหา

ผู้กระทำความผิดขายแผ่นวีซีดีด้วยการเปิดจำหน่ายเป็นแผงลอยไม่มีเลขที่ โดยเก็บขยะแล้วก็นำของเก่ามาขายเพื่อเป็นการเพิ่มรายได้เลี้ยงชีพ เพราะลำพังรายได้จากการเป็นลูกจ้างชั่วคราวก็ไม่พอเลี้ยงครอบครัว กระทำความผิดไปเพราะไม่รู้กฎหมาย ทั้งเป็นกระทำความผิดเป็นครั้งแรกโดยไม่ได้ทำเป็นอาชีพและไม่ได้หวังผลกำไรจากการทำผิดดังกล่าว แต่ทำไปเพื่อหารายได้จุนเจือครอบครัวของตนที่มีความยากจนเท่านั้น เมื่อตั้งขายได้ไม่นานก็ถูกตำรวจจับ แสดงให้เห็นว่านายสุรัตน์ไม่มีสันดานเป็นโจร

(2) เหตุจูงใจให้กระทำความผิด

ส่วนสาเหตุที่นำมาขาย ก็เพราะเงินเดือนน้อย และช่วงนั้นภรรยากำลังท้องลูกคนที่สองได้ 3 เดือน จึงต้องการหาเงินเก็บไว้เป็นค่าใช้จ่ายในการคลอด เห็นได้ว่าการกระทำของนายสุรัตน์กระทำไปโดยความคิดที่อยากจะหารายได้เล็กๆ น้อยๆ จากการเก็บขยะแล้วพบวีซีดี ไม่ได้มุ่งหากำไรหรือผลประโยชน์ตอบแทนจากขายวีซีดีดังกล่าว เพียงแค่ต้องการเงินมาจุนเจือครอบครัว ในยามจำเป็นจึงนำมาวางขาย เป็นกระทำความผิดโดยจำต้องกระทำเพราะมีสภาพยากจนอย่างมาก ลักษณะการกระทำไม่ได้มีความร้ายแรง ไม่มีความเป็นอาชญากรโดยสันดาน สมควรได้รับความเห็นใจจากสังคม

(3) พิจารณาจากเพศ บุคลิก อายุ อุปนิสัย และสิ่งแวดล้อมรอบตัวของผู้กระทำความผิด

ผู้กระทำความผิด มีอาชีพเป็นลูกจ้าง ฐานะยากจนและกระทำความผิดไปเพื่อหารายได้จุนเจือครอบครัวของตนที่มีความยากจนเท่านั้น

(4) ประวัติการกระทำความผิดของผู้ต้องหา

ไม่พบว่าผู้กระทำผิดรายนี้เคยกระทำความผิดมาก่อน ทั้งเมื่อพิจารณาประกอบลักษณะการกระทำความผิดแล้วไม่มีความร้ายแรง

ข้อเท็จจริงและสภาพการณ์เกี่ยวกับผู้กระทำผิดภายหลังกระทำความผิด

ผู้กระทำความผิดอาจได้รับความเสียหายจนเกินสมควรจากการฟ้องคดี การฟ้องคดีอาจจะทำให้ผู้ต้องหาได้รับความเสียหายจนเกินสมควรเมื่อชั่งน้ำหนักกับความร้ายแรงของการกระทำผิด

ในความผิดตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ถือว่าเป็นความผิด เพราะมีกฎหมายห้าม (Mala prohibita) ผู้กระทำความผิดนั้นถูกมองว่าเพียงผู้ละเมิดข้อตกลงร่วมกันมากกว่าที่จะถูกมองว่าเป็นอาชญากร กระทำความผิดไปโดยมิได้ศึกษากฎหมายจึงไม่ทราบว่าการกระทำของตนถือว่าเป็นความผิด จึงจะทำผิดไปโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ เมื่อพิจารณากฎหมายฉบับนี้กำหนดบทลงโทษปรับสูงถึง 1 ล้านบาท ผู้กระทำความผิดรายนี้เป็นผู้มีฐานะยากจน ซึ่งเห็นได้ว่าไม่มีทางที่จะชำระค่าปรับตามคำพิพากษาได้อย่างแน่นอน ผลที่ตามมาคืออาจถูกนำไปกักขังแทนค่าปรับตามประมวลกฎหมายอาญา การที่ผู้กระทำความผิดต้องขังแทนค่าปรับเป็นเวลานานๆ อาจเกิดผลอย่างร้ายแรงต่อสภาพจิตใจและร่างกายของบุคคลนั้น

2) พิจารณาลักษณะและความร้ายแรงของการกระทำความผิด

ความเสียหายที่เกิดขึ้นเพียงเล็กน้อย หรือ ราคาทรัพย์สินที่ได้กระทำความผิดเพียงเล็กน้อย โดยจำนวนวีซีดีที่นำมาขายมี 83 แผ่น ขายเพียงแผ่นละ 20 บาท ไม่ใช่ผู้ประกอบการ ไม่ได้ทำเป็นอาชีพและไม่ได้หวังผลกำไรจากการทำผิดดังกล่าว ไม่ได้มีการหลอกลวงผู้ซื้อแต่อย่างใด

3) พิจารณาจากฐานความผิด

ความผิดอาญากรณีเป็นความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม (Mala prohibita) ซึ่งอัยการควรที่จะใช้ดุลพินิจว่าควรจะฟ้องคดีดังกล่าวหรือไม่ และในการใช้ดุลพินิจอัยการจะต้องพิจารณาถึงคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองและเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย

การกระทำความผิดรายนี้จะเข้าลักษณะเป็น “ผู้ประกอบการ” จำหน่ายภาพยนตร์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่ เพราะนิยามของคำว่า “ผู้ประกอบการ” ควรจะหมายถึงผู้ประกอบการเป็นกิจวัตร เป็นอาชีพประจำ ที่สำคัญต้องเจตนาของผู้กระทำความผิดด้วย เมื่อพิจารณากฎหมายฉบับนี้กำหนดบทลงโทษปรับสูงถึง 1 ล้านบาท จึงน่าจะเป็นไปได้ว่า ผู้ร่างกฎหมายเจตนาจะเอาผิดกับบริษัทผู้ผลิตงานภาพยนตร์ วัสดุโทรทัศน์ และวีดิทัศน์ ที่ลักลอบนำงานที่ไม่ผ่านการตรวจสอบของคณะกรรมการของกระทรวงวัฒนธรรม โดยมุ่งลงโทษผู้ฝ่าฝืนอย่างหนัก ซึ่งไม่น่าจะเป็นกรณีอย่างนายสุรัตน์ แต่อย่างไรก็ตามการกำหนดบทลงโทษไว้สูงมากนั้นเป็นเจตนารมณ์ในทางใดทางหนึ่งของผู้ร่างกฎหมาย ซึ่งอาจคิดได้ว่าผู้ประกอบการที่ไม่ดำเนินการขอใบอนุญาตตามกฎหมายอาจมีเจตนาหรือมีการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ในการตีความเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นเรื่องของแต่ละหน่วยงาน ซึ่งในชั้นการพิจารณาออกกฎหมายดังกล่าว นั้นเป็นการยึดตามหลักเจตนารมณ์ทางธุรกิจเป็นหลัก ประเด็นสำคัญอยู่ที่ผู้บังคับใช้กฎหมายว่าจะอำนวยความสะดวกได้เพียงใด ผลในการบังคับใช้กฎหมายที่เป็นธรรมนั้นจึงเกิดประโยชน์แก่ทุกฝ่ายและไม่สร้างความเดือดร้อนให้ประชาชนเกินไปและไม่ขัดต่อความรู้สึกของคนในสังคม

4) พิจารณาในแง่สังคม

(1) การกระทำความผิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมน้อยมาก เมื่อพิจารณาความสำคัญของเรื่องที่กระทำผิด ความชั่วของผู้กระทำผิด

(2) ความเห็นของสาธารณชนเกี่ยวกับความต้องการบังคับหรือไม่บังคับให้เป็นไปตามกฎหมายที่วางไว้ เห็นว่าสาธารณชนคงไม่ต้องการให้ดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดรายนี้ เมื่อพิจารณาจากความชั่ว หรือเจตนาของผู้กระทำผิด ความน่าตำหนิได้ของผู้กระทำผิด และเหตุจูงใจให้กระทำความผิดที่กระทำไปเพราะความยากจน ไม่ได้ทำเป็นอาชีพ ทั้งไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายเป็นวงกว้าง ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วเป็นเรื่องน่าเห็นใจผู้กระทำความผิดมากกว่าการจะดำเนินคดีต่อไป

(3) เหตุผลทางค่าใช้จ่าย

(4) พิจารณาถึง เครื่องมือ สถานที่ และกำลังคนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างความจำเป็นในการดำเนินคดีกับค่าใช้จ่ายที่จะต้องสูญเสียไปกับการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดรายนี้แล้วเห็นว่าไม่ควรฟ้องร้องดำเนินคดี หากฟ้องคดีไปอาจจะเป็นภาระแก่องค์กรต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรม สมควรดำเนินคดีอื่นที่มีความสำคัญมากกว่า

(5) เหตุผลในแง่การให้ความยุติธรรมแก่ผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล ผู้กระทำความผิดบางคนสมควรได้รับการยกโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำไปแล้ว เมื่อคำนึงถึงอายุ บุคลิก ลักษณะ สติปัญญา ความหนักเบาของความผิด สภาพแวดล้อมก่อนขณะและหลังการกระทำความผิด เมื่อพิจารณาผู้กระทำความผิดรายนี้ มีฐานะยากจน และเป็นหัวหน้าครอบครัว จำเป็นต้องหารายได้จุนเจือครอบครัว และเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการทำคลอดภรรยา น่าเชื่อว่าจิตใจอยู่ในภาวะกดดัน และเป็นการกระทำโดยไม่รู้กฎหมาย เมื่อเก็บขยะพบแผ่นวีซีดีจึงนำมาวางขาย เพื่อหวังรายได้เล็กๆ น้อยๆ โดยไม่ได้ทำเป็นอาชีพ กรณีเช่นนี้สังคมคงไม่ประสงค์จะแก้แค้นกับผู้กระทำความผิดคนนี้ รวมทั้งคงไม่ประสงค์จะนำมาเป็นตัวอย่างลงโทษเพื่อข่มขู่บุคคลอื่นมิให้อาเจียงอย่าง และหากจะพิจารณาว่าการลงโทษจะเป็นการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดรายนี้ก็คงไม่มีประโยชน์เพราะผู้ต้องหาไม่ได้มีสำนึกเป็นโจรและกระทำไปเพราะภาวะความยากจนอย่างมาก และหากไม่ฟ้องคดีนั้นจะไม่ทำให้หลักการยับยั้ง (Deterrence) “ผู้อื่น” มิให้กระทำความผิดอย่างเดียวกันเสียไปมากนัก

จากปัญหาดังกล่าวเห็นถึงความจำเป็นที่ต่อไปอัยการจะทบทวนการวินิจฉัยสั่งคดี โดยอัยการอาจจะได้เรียกพยานมาสอบ หรือส่งพนักงานสอบสวนไปสอบเพิ่มเติมตามมาตรา 143 ได้ เพื่อให้ทราบข้อเท็จจริงในคดีให้มากขึ้นและหากอัยการได้ใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่ยึดหยุ่นต่อสถานการณ์ต่างๆ ก็จะทำให้อัยการมีบทบาทสำคัญในการบังคับใช้และการทำหน้าที่ของ

กระบวนการยุติธรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพไม่ก่อให้เกิดความรู้สึกไม่เป็นธรรมต่อประชาชน ซึ่งอาจไม่ทราบข้อเท็จจริง ไม่ทราบกฎหมายได้

ฉะนั้นในกรณีที่ผู้ต้องฝ่าฝืนกฎหมายทางเทคนิค (Mala prohibita) อัยการควรใช้ดุลพินิจอย่างละเอียดรอบคอบ แม้ว่ากฎหมายลักษณะนี้จะต้องให้มีการบังคับลงโทษอย่างมีประสิทธิภาพและสม่ำเสมอก็ตาม แต่การดำเนินคดีก็ยังคงคำนึงถึงปัจจัยด้านอื่นๆ ด้วย ถ้าพฤติการณ์ของผู้กระทำความผิดนั้นมีลักษณะของการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรงไม่มีสันดานเป็นผู้ร้ายหรือผู้กระทำความผิดปล้นสะดมที่ไม่ร้ายแรง ควรใช้วิธีการเบี่ยงเบนไปจากกระบวนการยุติธรรม โดยอัยการสามารถใช้หลักการฟ้องคดีตามดุลพินิจ (Opportunity principle) ให้มากขึ้น

4.3 แนวทางปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะของพนักงานอัยการไทย

เมื่อปี พ.ศ. 2478 เป็นต้นมาจนถึงปี พ.ศ. 2538 ในทางปฏิบัติได้ใช้หลักการฟ้องคดีอาญาตามดุลพินิจ ถอนฟ้องและสั่งไม่ฟ้องผู้กระทำความผิดบางประเภทเพราะเห็นว่าการฟ้องคดีไม่เป็นประโยชน์สาธารณะมาแล้ว แต่สำนักงานอัยการสูงสุดยังไม่เคยเก็บรวบรวมสถิติ และมีได้มีระเบียบกำหนดขอบเขตหรือหลักเกณฑ์ประกอบการใช้ดุลพินิจไว้โดยตรงแต่อย่างใด คงปรากฏเพียงหลักการและเหตุผลของการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องต่างๆ ที่เชื่อว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหาจริงในความเห็นสังคดีเพียง 5 เรื่องเท่านั้น คือ

- 1) สั่งไม่ฟ้องหญิงชราที่มีสติงอไว้ในครอบครองเกินอัตรากำหนดในกฎหมาย
- 2) สั่งไม่ฟ้องกรณีร้านจำหน่ายฝิ่นมีมูลฝิ่น
- 3) สั่งไม่ฟ้องกรณีการค้าขายเล็กๆ น้อยๆ ของราษฎรชายแดน
- 4) สั่งไม่ฟ้องพยานแผ่นดิน
- 5) สั่งไม่ฟ้องกรณีราษฎรชุมนุมประท้วงเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่บ้านเมืองปราบปรามการทำนาเกลือสินเธาว์

ทำนาเกลือสินเธาว์

สำหรับกรณีสั่งไม่ฟ้องใน 2 กรณีแรกนั้น ไม่ปรากฏเอกสารที่ตีพิมพ์ในเรื่องดังกล่าวคงมีแต่เพียงการกล่าวอ้างว่าได้มีการสั่งไม่ฟ้องในเรื่องทั้งสองเท่านั้น สำหรับ 3 กรณีหลังมีข้อเท็จจริงโดยย่อดังนี้

- กรณีการค้าขายเล็กๆ น้อยๆ ของราษฎรชายแดน

ข้อเท็จจริงได้ความว่า ผู้ต้องหาหนีปลาดุกสด 8 ปีบ ราคา 700 บาท และเนื้อเค็มและเนื้อส้ม 14 พวง ราคา 38 บาท ลงเรือข้ามแม่น้ำโขงในตอนที่อยู่นอกทางอนุมัติจากฝั่งไทยเพื่อไปยังประเทศลาว โดยไม่เสียภาษีศุลกากร สินค้านี้เป็นสินค้าควบคุม และการนำออกนอกราชอาณาจักร

ต้องเสียดำเนินคดีตามกฎหมาย แต่ก็มีคำสั่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังที่ 12754/2481 ลงวันที่ 6 กรกฎาคม 2481ว่า “แต่การค้าขายข้ามแดนทางบกนอกทางอนุหมัตินั้น ถ้าเป็นการค้าขาย เล็กๆ น้อยๆ ตามปกติระหว่างราษฎรที่อยู่ชายแดนและของที่นำเข้าหรือส่งออกเป็นแต่ของพื้นเมือง ก็คงให้ปล่อยให้ราษฎรชายแดนเหล่านั้นคงกระทำไปได้ตามเดิม มิให้ปราบปรามประการใด”

อธิบดีกรมอัยการ (อัยการสูงสุด) ชี้ขาดไม่ฟ้อง เพราะเมื่อมีคำสั่งของรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงการคลังให้ปล่อยราษฎรนำสินค้าเล็กๆ น้อยๆ ส่งออกนอกราชอาณาจักรนอกทางอนุหมัตินี้ โดยไม่ต้องเสียดำเนินคดี และคดีนี้ปรากฏว่าผู้ต้องหาสินค้าราคาเล็กน้อยออกนอกราชอาณาจักร นอกทางอนุหมัตินั้น เพื่อความยุติธรรมจึงไม่ควรฟ้องผู้ต้องหา

การวางเกณฑ์ที่จะไม่ดำเนินคดีในลักษณะที่กระทรวงการคลังออกคำสั่งนี้พอฟังได้ว่าประโยชน์สาธารณะในการที่ดำเนินคดีประเภทนี้ไม่มี หรือจะกล่าวว่าการค้าขายเล็กๆ น้อยๆ ตาม ชายแดนไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็น่าจะกล่าวได้เพราะการให้งดเว้นการ ดำเนินคดีเช่นนั้นก็เพื่อมิให้เดือนร้อนแก่ราษฎรชายแดนในการทำมาหากินค้าขายของพื้นเมือง ประจำวัน ซึ่งเป็นปกติวิสัยที่ทำกันอยู่ นอกจากนี้การค้าขายเช่นกรณีนี้ เห็นว่าความชั่วของผู้ต้องหา มีน้อยด้วย เพราะไม่ใช่การค้าขายที่ใหญ่โตอะไร พิจารณาตามหลักเกณฑ์ของอังกฤษหรือเยอรมันก็ อาจไม่ฟ้องผู้ต้องหาคดีนี้ได้เช่นเดียวกัน¹³

- กรณีพยานแผ่นดิน¹⁴

กรณีนี้ข้อเท็จจริงได้ความว่า ส. ได้ไปแจ้งความกล่าวหา สจ. (ซึ่งเป็นเจ้าพนักงาน) กับ น. และ จ. ว่าได้ร่วมกันเรียกและรับสินบน ต่อมาจึงได้มีการสอบสวนและพนักงานอัยการได้ ฟ้องบุคคลทั้งสามฐานเป็นเจ้าพนักงานเรียกรับสินบน เพราะบุคคลทั้งสามได้ร่วมกันเรียกเงินจาก ส. เพื่อ แลกเปลี่ยนกับการที่ สจ. จะสั่งอนุญาตให้ ส. เข้าอาศัยหรือทำประโยชน์เป็นการชั่วคราวในป่าสงวน และ ส. ได้ให้เงินแก่บุคคลทั้งสามไป ส. เป็นพยานปากสำคัญทั้งในชั้นสอบสวนและชั้นศาล จนใน ที่สุดศาลฎีกาพิพากษาลงโทษบุคคลทั้งสาม

ต่อมาพนักงานสอบสวนได้ดำเนินคดีแก่ ส. ในข้อหาให้สินบนเจ้าพนักงานในเรื่อง เดียวกันนั่นเอง และมีความเห็นควรสั่งฟ้อง

พนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้อง โดยเห็นว่า (1) คดีขาดพยานหลักฐานเนื่องจากไม่ได้ พยานบุคคลที่รู้เห็นในประเด็นที่ ส. นำทรัพย์สินไปให้ สจ. มาเป็นพยานในคดีใหม่นี้ และ (2) ส. เป็นพยานให้แก่รัฐจนศาลพิพากษาลงโทษ สจ. กับพวกไปแล้ว โดยหลักแห่งความเป็นธรรม ส. ย่อมจะไม่ถูกดำเนินคดี และ (3) บทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติเอาโทษเจ้าพนักงานผู้รับ

¹³ คณิต ฒ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 51.

¹⁴ แหล่งเดิม.

สินบนหนักกว่าราษฎรผู้ให้สินบน จึงเห็นได้ว่าเจตนาธรรมณ์ของกฎหมายต้องการปราบปรามเจ้าพนักงานมากกว่า

อธิบดีกรมตำรวจ (ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ) มีความเห็นแย้งว่าควรฟ้องเพราะ (1) พยานหลักฐานฟังได้ว่า ส. กระทำความผิดจริง (2) การดำเนินคดีกับ ส. จะเป็นผลดีในการป้องกันมิให้มีการทุจริตทำนองนี้เกิดขึ้น (3) ปัญหาว่า ส. ควรต้องได้รับโทษเพียงใดหรือไม่ ควรให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจจะเหมาะสมกว่า ทั้งคดีนี้ก็ขึ้นคดีครีกโครมเป็นที่สนใจของประชาชนทั่วไป

อธิบดีกรมอัยการ (อัยการสูงสุด) เห็นว่า ในการพิจารณาชี้ขาดคดีนี้ควรพิจารณาประเด็นในปัญหาว่าพนักงานอัยการสมควรจะฟ้องพยานของอัยการที่ได้นำมาเป็นพยานเบิกความต่อศาลในคดีที่พยานผู้นั้นมีส่วนร่วมกระทำผิดกับจำเลยที่ศาลได้ลงโทษไปแล้วนั้นหรือไม่ นั้นเสียก่อนแล้วจึงจะกล่าวประเด็นในปัญหาในเรื่องประเด็นพยานหลักฐานในคดี

ในประเด็นแรกอธิบดีกรมอัยการเห็นว่า

1) จากข้อเท็จจริงที่ว่า ส. เบิกความเป็นพยานสำคัญของอัยการจนในที่สุด ศาลฎีกาก็ได้พิพากษาลงโทษ สจ. กับพวก คดีถึงที่สุดไปแล้ว พนักงานอัยการในฐานะเป็นผู้แทนของรัฐในการอำนวยความสะดวก คือ ดำเนินคดีจนเจ้าพนักงานกับผู้ร่วมกระทำผิดได้รับโทษไปแล้ว ก็ต้องใช้อำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการ คือ เป็นผู้รักษากฎหมายเป็นนายแผ่นดินและเป็นกึ่งตุลาการโดยชอบด้วยศีลธรรม คือ ไม่ควรกลับไปฟ้องบุคคลผู้ซึ่งในครั้งหนึ่งได้รับอนุญาตให้นำข้อเท็จจริงให้การเป็นพยานเป็นปรปักษ์ต่อบุคคลผู้ร่วมในความผิดนั้นซ้ำอีกครั้งหนึ่ง

2) คดีอาญาจำนวนมากที่เคยกันเอาผู้ต้องหาว่าได้ร่วมกระทำความผิดบางคนมาเป็นพยาน เพื่อฟังลงโทษผู้ต้องหาอื่น และก็ไม่เคยปรากฏว่าภายหลังกลับสอบสวนพยานเหล่านั้นมาฟ้องอีกครั้ง การที่พนักงานอัยการจะกลับไปฟ้อง ส. ผู้ต้องหาในคดีนี้ นอกจากจะเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ไม่สอดคล้องตามหลักของพนักงานอัยการ ยังส่งผลกระทบต่อประชาชนที่ถูกเจ้าพนักงานเรียกรับสินบนไม่กล้าเสี่ยงเพราะกลัวจะถูกฟ้องกลับในภายหลังได้ และจะเป็นผลร้ายอย่างยิ่งแก่รัฐที่จะทำให้เกิดความผิดเช่นนี้ไม่เกิดเป็นคดีขึ้น

3) ความผิดฐานให้สินบนเจ้าพนักงานนั้นต้องวินิจฉัยในเบื้องต้นเสียก่อนว่าประสงค์จะเอาผิดแก่ผู้ให้หรือผู้รับ หรือจะเอาผิดแก่ทั้งสองฝ่ายซึ่งขึ้นอยู่กับที่สามารถจะสืบสวนหรือสอบสวนหาพยานหลักฐานได้เพียงใด ถ้ามีพยานหลักฐานแต่เพียงฝ่ายผู้ให้ที่จะแสดงความคิดของผู้รับได้ ก็ฟ้องผู้รับโดยอ้างผู้ให้เป็นพยาน ซึ่งในกรณีต่างๆ ไปอย่างดีก็อาศัยในลักษณะเพียงเท่านี้ เพราะประสงค์จะปราบปรามเจ้าพนักงานผู้ทุจริต แต่ถ้าสามารถหาพยานหลักฐานอันเป็นกลางที่จะแสดงความคิดของทั้งสองฝ่ายได้ การที่จะฟ้องทั้งผู้ให้และผู้รับไปด้วยกัน ก็เป็นการชอบด้วยเหตุผลและความยุติธรรม ในทางกลับกันถ้าอาศัยผู้ให้มาแสดงเป็นพยานหลักฐานฟ้องให้ลงโทษฝ่ายผู้รับแล้ว

ภายหลังจะย้อนกลับมาฟ้องผู้ให้อีก จะเป็นการเสียความยุติธรรมและเสียศีลธรรม ซึ่งโดยหลักของพนักงานอัยการไม่อาจอำนวยความสะดวกเช่นนั้นได้

4) ข้อที่ว่าการที่ผู้ต้องหาจะควรได้รับโทษเพียงใดหรือไม่ ควรมอบเป็นดุลพินิจของศาลจะเป็นการเหมาะสมกว่านั้น โดยที่การวินิจฉัยในการสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้อง พนักงานอัยการเป็นผู้ใช้อำนาจถึงตุลาการ พนักงานอัยการจึงต้องใช้ดุลพินิจในชั้นที่จะฟ้องหรือไม่ฟ้องเสียก่อนว่าบุคคลใดสมควรจะถูกฟ้องหรือไม่เพราะเหตุใด

ในประเด็นปัญหาที่ว่าพยานหลักฐานจะเพียงพอแก่การพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาในคดีนี้หรือไม่ อธิบดีกรมอัยการเห็นชอบด้วยกับความเห็นของผู้ตรวจสำนวน และเห็นว่าไม่จำเป็นต้องกล่าวซ้ำอีก

อธิบดีกรมอัยการจึงชี้ขาดไม่ฟ้อง ส.

การใช้ดุลพินิจไม่ฟ้องคดีเป็นขั้นสุดท้ายของการพิจารณาในการสั่งคดี กรณีอธิบดีกรมอัยการชี้ขาดไม่ฟ้อง ส. นี้ จึงมีข้อน่าสังเกตประการแรกในการวินิจฉัยของอธิบดีกรมอัยการที่เริ่มการพิจารณาปัญหาพยานแผ่นดินก่อนการวินิจฉัยพยานหลักฐาน ซึ่ง ท่าน ศ.ดร. คณิต ฅ นคร เห็นว่าเป็นการข้ามขั้นตอนการพิจารณาสั่งคดีไปเพราะถ้าได้ความในประเด็นหลังว่าพยานหลักฐานที่จะพิสูจน์ความผิดของ ส. มีไม่เพียงพอแล้ว อธิบดีกรมอัยการก็ชอบที่จะชี้ขาดไม่ฟ้องคดีนี้เพราะเหตุพยานหลักฐาน ไม่พอเลยทีเดียว ซึ่งถ้าเป็นดังนี้ประเด็นที่ว่าควรใช้ดุลพินิจไม่ฟ้องพยานแผ่นดินหรือไม่ก็ไม่เกิดขึ้นเลย

เรื่องพยานแผ่นดินเป็นปัญหาเฉพาะของกฎหมายเอง โกลอเมริกา ในสหรัฐอเมริกาได้มีการศึกษาค้นคว้าปัญหาพยานแผ่นดินกันอย่างลึกซึ้งที่สุด เพราะเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ว่า “ในคดีอาญานบุคคลจะไม่ถูกบังคับให้ให้การขันตนเอง...” ในประเทศอื่นๆ ในระบบเอง โกลอเมริกา เช่น อังกฤษ แคนาดาและสาธารณรัฐอัฟริกาใต้ ปัญหาพยานแผ่นดินก็เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์เรื่องการขันตนเองเช่นเดียวกัน ซึ่งสรุปได้ว่าในประเทศต่างๆ พยานอาจได้รับประกันว่าจะไม่ถูกดำเนินคดีหรือไม่ถูกลงโทษ ถ้าเขาให้การเป็นพยานแผ่นดินยันบุคคลอื่น หลักกฎหมายนี้เกิดขึ้นมาแล้วคงอยู่เพราะมีฉะนั้นแล้วการดำเนินคดีอาญาของรัฐจะปราศจากผลโดยสิ้นเชิงในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดบางประเภท จุดมุ่งหมายที่เป็นนโยบายทางอาญาก็คือการขจัดความจำเป็นในการสอบสวนซึ่งบ่อยครั้งเกี่ยวข้องกับความผิดอาญาที่มีการจัดองค์กร (Organized crimes) ซึ่งรวมถึงความผิดฐานให้สินบนด้วย

การสั่งไม่ฟ้องพยานแผ่นดินในกรณีเรื่องนี้หากจะเปรียบเทียบกับเกณฑ์การใช้ดุลพินิจในเยอรมันแล้ว จะเป็นเรื่องที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับกรณีเหยื่อในความผิดอาญาฐานกรรโชกหรือรีดเอาทรัพย์สินด้วย กล่าวคือ ในกรณีเหยื่อในฐานะความผิดอาญาฐานกรรโชกหรือรีดเอาทรัพย์สินของ

เยอรมันอัยการจะไม่ดำเนินคดีได้ก็ต่อเมื่อความผิดอาญาที่ถูกขู่ว่าจะเปิดเผยนั้นไม่ร้ายแรง กล่าวคือ ต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างความผิดอาญา 2 ความผิดนั้นซึ่งในกรณี ส. นี้อธิบดีกรมอัยการก็กล่าวถึงการชั่งน้ำหนักความผิดทางผู้ให้และผู้รับอยู่เช่นเดียวกันว่าสมควรจะดำเนินคดีกับใคร

วิเคราะห์กรณีพยานแผ่นดิน

1) การใช้ดุลพินิจไม่ฟ้องคดีเป็นขั้นสุดท้ายของการพิจารณาในการสั่งคดี คือ แม้การกระทำที่กล่าวหาเป็นความผิดต่อกฎหมาย ผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำผิด และมีพยานเพียงพอ พนักงานอัยการก็ชอบที่จะพิจารณาต่อไปในลำดับสุดท้ายว่าอีกว่ามีเหตุอันควรที่จะไม่ฟ้องผู้ต้องหาหรือไม่ ถ้ามีเหตุอันควรไม่ฟ้องผู้ต้องหา พนักงานอัยการก็ชอบที่จะสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหานั้น

2) ในการสั่งไม่ฟ้องพยานแผ่นดินนั้น ต้องมีการชั่งน้ำหนักของความผิดอาญา 2 ฐาน คือ การชั่งน้ำหนักของความผิดทางผู้ให้และผู้รับสินบนว่าสมควรจะดำเนินคดีกับฝ่ายใด โดยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาเอาโทษเจ้าพนักงานหนักกว่าราษฎรผู้ให้สินบน จึงเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการปราบปรามเจ้าพนักงานมากกว่า โดยกฎหมายประสงค์จะปราบปรามเจ้าพนักงานผู้ทุจริต ดังนั้นประโยชน์ในการลงโทษเจ้าพนักงานย่อมมีมากกว่าประโยชน์ในการลงโทษผู้ให้สินบนซึ่งมีความผิดที่ร้ายแรงน้อยกว่า เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นผู้กระทำที่ยังห่างไกลกับความผิด แม้จะมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วยก็ตาม แต่ไม่ถึงกับได้มีการกระทำรุนแรง ในเมื่อไม่มีพยานอื่นก็จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำเพื่อจัดการกับผู้กระทำผิดที่เป็นตัวสำคัญ ทั้งการที่อาศัยผู้ให้สินบนมาแสดงเป็นพยานหลักฐานฟ้องให้ลงโทษฝ่ายผู้รับแล้วภายหลังจะย้อนกลับมาฟ้องผู้ให้อีกจะเป็นการเสียความยุติธรรมและเสียศีลธรรม

3) ข้อที่ว่าการที่ผู้ต้องหาจะควรได้รับโทษเพียงใดหรือไม่ ควรมอบเป็นดุลพินิจของศาลจะเป็นการเหมาะสมกว่านั้นโดยที่การวินิจฉัยในการสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้อง เห็นว่า การใช้ดุลพินิจในการสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องนั้น พนักงานอัยการเป็นกึ่งตุลาการ จึงต้องใช้ดุลพินิจเสียก่อนว่าบุคคลใดสมควรจะถูกฟ้องหรือไม่ การพิจารณาสั่งคดีโดยรอบคอบจึงเป็นหน้าที่ของพนักงานอัยการสามารถอำนวยความสะดวกในสังคมโดยเอาผิดกับผู้ผิด และป้องกันผู้บริสุทธิ์มิให้ตกเป็นเหยื่อของความยุติธรรมที่ผิดพลาด หากพนักงานอัยการไม่กระทำหน้าที่ดังกล่าวแล้ว พนักงานอัยการก็ไม่ต่างอะไรกับเครื่องจักรหรือนุรุษไปรษณีย์

- กรณีราษฎรชุมนุมประท้วงเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่บ้านเมืองปราบปรามการทำนาเกลือสินเธาว์

เหตุที่ผู้ต้องหากระทำความผิด ก็เพื่อเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่บ้านเมืองทำการปราบปรามผู้ทำนาเกลือเป็นการเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่บ้านเมืองปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย เพื่อคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของเกษตรกรและประชาชน เพราะการทำนาเกลือสินเธาว์โดยการสูบ

นำเกลือจากใต้ดิน ก่อให้เกิดความเสียหายเค็มน้ำกร่อยแก่เกษตรกรและประชาชนในบริเวณดังกล่าวอย่างมาก และการขุดบ่อน้ำกร่อยปิดถนน ไม่ได้ใช้วิธีการรุนแรงและไม่ได้ถึงกับทำให้สัญจรไปมาไม่ได้ เพียงก่อให้เกิดความไม่สะดวกเท่านั้น

อธิบดีกรมอัยการ (อัยการสูงสุด) พิจารณาแล้วเห็นว่า การฟ้องคดีนี้จะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน และจะมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาในคดีนี้ทุกคนและทุกข้อหา

ส่วนการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะที่ผ่านมาเท่าที่ปรากฏ หลักการและเหตุผลของการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ ทั้งๆ ที่เชื่อว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหาจริง ผู้เขียนได้รวบรวมในคดีความผิดฐานต่างๆ และแยกประเภทตามปัจจัยที่พนักงานอัยการใช้เป็นเหตุผลในการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ เพื่อให้เห็นถึงแนวทางการใช้ดุลพินิจดังกล่าวว่าพนักงานอัยการนั้นให้เหตุผลไว้อย่างไรบ้าง ดังนี้

1) พิจารณาจากความชั่ว หรือเจตนาของผู้ต้องหา หรือความน่าตำหนิได้ของผู้ต้องหา และเหตุจูงใจให้กระทำความผิด การกระทำความผิดโดยจำต้องกระทำเพราะมีสภาพยากจนอย่างมาก ลักษณะการกระทำไม่ได้มีความร้ายแรง ไม่มีความเป็นอาชญากรโดยสันดาน สมควรได้รับความเห็นใจจากสังคม

(1) คดีอัยการสั่งไม่ฟ้องหญิงท้องตบแตง

ข้อเท็จจริงได้ความว่า ผู้ต้องหาอายุ 21 ปี กำลังครรภ์แก่ ต้องการเงินไปใช้ในการคลอดลูกจึงใช้ค้อนทุบกระจกด้านหน้าธนาคารเพื่อจะเข้าไปลักเงินสด แต่ถูกจับได้เสียก่อน ผู้ต้องหาได้ลงมือกระทำไปตลอดแล้วแต่กระทำไปไม่ตลอด จึงเป็นการพยายามกระทำความผิด พนักงานสอบสวนเสนอควรเห็นควรสั่งฟ้องข้อหาพยายามลักทรัพย์ในเวลากลางคืนโดยทำอันตรายสิ่งกีดกันสำหรับคุ้มครองบุคคลหรือทรัพย์

พนักงานอัยการพิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นการกระทำความผิดแต่มีปัญหาต้องพิจารณาว่าควรฟ้องให้ผู้ต้องหาถูกลงโทษหรือไม่ พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ต้องหาในคดีนี้เพิ่งบรรลุนิติภาวะไม่นานนักและกำลังมีครรภ์แก่มีความขัดสนต้องการเงินเพื่อไปคลอดลูก น่าเชื่อว่าสภาพจิตใจอยู่ในภาวะถูกกดดันไม่เป็นปกติ อีกทั้งการกระทำมิได้มีการวางแผนมาก่อน และกระทำความผิดอย่างไม่มีเล่ห์กล ซึ่งแสดงถึงการที่ผู้ต้องหาไม่มีสันดาน โจร ทรัพย์สินเช่นนี้สังคมคงไม่ประสงคจะแก้แค้นหญิงคนนี้ รวมทั้งคงไม่ประสงคจะนำมาเป็นตัวอย่างลงโทษเพื่อข่มขู่บุคคลอื่นมิให้เอาเยี่ยงอย่างเพราะบุคคลซึ่งมีสภาพจิตใจอยู่ภายใต้ความกดดันเช่นเดียวกับผู้ต้องหา นี้คือขัดสนและต้องการเงินเพื่อไปคลอดลูกน่าจะมิไม่มากนักและหากจะพิจารณาว่าการลงโทษจะเป็นการปรับปรุง

แก้ไขผู้ต้องหาคนนี้ก็คงไม่มีประโยชน์เพราะผู้ต้องหาไม่ได้มีสันดานเป็นโจรและกระทำไปภายใต้ภาวะยากจนและถูกกดดันทางจิตใจ นอกจากนี้ผู้ต้องหาซึ่งถูกควบคุมตัวเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้วในชั้นสอบสวนก่อนที่จะมีผู้ให้ความช่วยเหลือประกันตัวออกไปย่อมทำให้ผู้ต้องหาหลายจำแล้ว

สำหรับปัญหาเรื่องความเสียหายที่ผู้ต้องหาท้อขึ้น ก็คงเป็นสิทธิของผู้เสียหายที่จะฟ้องร้องทางแพ่งได้ แต่มิใช่เหตุผลที่จะนำมาพิจารณาว่าจะดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ต้องหาหรือไม่

เมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดแล้ว เห็นว่าแม้ผู้ต้องหาจะกระทำความผิด แต่การดำเนินคดีกับผู้ต้องหาครั้งนี้จะไม่เป็นประโยชน์สาธารณะและสังคมจะไม่ได้ประโยชน์แต่อย่างใด และควรให้โอกาสผู้กระทำความผิดกลับตัว จึงสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา ฐานพยายามลักทรัพย์ในเวลากลางคืน โดยทำอันตรายสิ่งกีดกั้นสำหรับคุ้มครองบุคคลหรือทรัพย์ ตามที่ถูกล่าวหา

(2) คดีอัยการสูงสุดสั่งไม่ฟ้องแม่และเด็กขโมยซาลาเปา

ข้อเท็จจริงได้ความว่า คดีนี้ตำรวจจับกุมผู้ต้องหาที่ 1 และผู้ต้องหาที่ 2 ในข้อหาร่วมกันลักทรัพย์ซาลาเปาไส้ครีม จำนวน 1 ใบ ในเวลากลางคืน พนักงานสอบสวนมีความเห็นควรสั่งฟ้อง

อัยการสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า คดีนี้ผู้ต้องหาที่ 2 ให้การว่าน้องชายชอบกินซาลาเปา เมื่อแม่ผู้ต้องหาที่ 1 มาซื้อซาลาเปา 1 ใบ จึงแถมซาลาเปาที่เหลือจากการขายแล้วให้อีก 1 ใบ

ส่วนผู้ต้องหาที่ 1 ซึ่งเป็นแม่ของผู้ต้องหาที่ 2 นั้น ตามข้อเท็จจริงก็เป็นเพียงผู้รับซาลาเปาจากลูกคือผู้ต้องหาที่ 2 ฝากให้น้องชาย มิได้เป็นผู้ก่อหรือสั่งให้ ผู้ต้องหาที่ 2 ทำการลักทรัพย์ และเห็นเจตนาของพี่ชายที่ฝากซาลาเปาที่เหลือจากการขายให้น้อง ผู้ต้องหาที่ 1 มิได้มีจิตใจเป็นอาชญากรโดยสันดาน สังคมไม่ควรซ้ำเติมความรู้สึกของแม่เช่นนี้ สมควรให้โอกาสประพฤติตนเป็นพลเมืองดีในสังคมต่อไป การฟ้องคดีผู้ต้องหาที่ 1 ไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชนจึงสั่งไม่ฟ้อง ผู้ต้องหาที่ 1 ฐานร่วมกันลักทรัพย์ในเวลากลางคืน ตามที่ถูกล่าวหา

(3) คดีปลูกสร้างอาคารที่ดินรุกล้ำทะเลในน่านน้ำไทยโดยไม่ได้รับอนุญาต

ข้อเท็จจริงได้ความว่าผู้ต้องหากระทำความผิดในข้อหาปลูกสร้างอาคารล่วงล้ำทะเลในน่านน้ำไทยโดยไม่ได้รับอนุญาต แต่ก็ปรากฏว่าผู้ว่าราชการจังหวัดตั้งได้มีหนังสือ แจ้งว่าผู้ต้องหาเป็นหญิงชราอายุ 76 ปี มีฐานะยากจนมาก ไร้ที่อยู่อาศัย จึงกระทำความผิดคดีนี้ ซึ่งทางจังหวัดได้ดำเนินการให้ผู้ต้องหาหรือครอบครัวดังกล่าวแล้ว และหาสถานที่อยู่อาศัยให้ใหม่แล้ว ซึ่งสมตามเจตนารมณ์ของบทลงโทษตาม พ.ร.บ. การเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ. 2456 มาตรา 118 และ มาตรา 118 ทวิ แล้ว การฟ้องคดีต่อไปย่อมไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน อัยการสูงสุดจึงสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาฐานปลูกสร้างอาคารล่วงล้ำเข้าไปในทะเลภายในน่านน้ำไทยโดยไม่ได้รับอนุญาต

2) พิจารณาความผิดที่กระทำไปโดยเป็นผลจากความผิดพลาด หรือความประมาท และจากความชั่ว หรือเจตนาของผู้ต้องหา หรือความน่าตำหนิได้ของผู้ต้องหา

คดีความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291

ข้อเท็จจริงได้ความว่า ผู้ต้องหาทั้งสามเป็นนิสิตของมหาวิทยาลัยบูรพา ขณะเกิดเหตุผู้ต้องหาทั้งสาม ได้ฝึกกีฬาอเมริกันเชียร์ โดยได้ทำการโยนตัวผู้ตายขึ้นไปบนอากาศ แล้วให้ผู้ตายตีลังกาลงมา ปรากฏว่าเมื่อผู้ตายตกลงมาศีรษะของผู้ตายกระแทกเข้ากับตัวผู้ต้องหาที่ 1 ผู้ตายรู้สึกมึนและหมดสติในเวลาต่อมา ได้มีการนำตัวส่งโรงพยาบาลชลบุรี แพทย์แจ้งว่าจากการเอ็กซเรย์สมอง แกนสมองของผู้ตายขาด สมองบวม บิดาและมารดาของผู้ตายจึงนำความเข้าแจ้งต่อพนักงานสอบสวนเพื่อให้ดำเนินคดีกับผู้ต้องหาทั้งสาม ต่อมาผู้ตายได้ถึงแก่ความตาย

พนักงานสอบสวนสรุปความเห็นว่าการกระทำของผู้ต้องหาทั้งสามในคดีนี้เป็น การกระทำโดยประมาท ซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมาย ฐานกระทำโดยประมาท การกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 เห็นควรสั่งฟ้องผู้ต้องหาทั้งสามตามฐานที่กล่าวอ้างข้างต้น ต่อมาพนักงานสอบสวนได้นำสำนวนการสอบสวนเสนอต่อพนักงานอัยการ

พนักงานอัยการได้ตั้งคณะทำงานพิจารณาสำนวนคดีนี้และได้มีความเห็นสั่งฟ้องผู้ต้องหาทั้งสามตามฐานความผิดที่พนักงานสอบสวนได้กล่าวหา มา เนื่องจากคดีนี้เป็นคดีสำคัญ ซึ่งประชาชนและสื่อมวลชนให้ความสนใจ อัยการจังหวัดจึงได้ส่งสำนวน ดังกล่าวไปยังอธิบดีอัยการเขต เพื่อพิจารณา

อธิบดีอัยการเขต ได้พิจารณาแล้วเห็นว่า การกระทำของผู้ต้องหาทั้งสามดังกล่าว เป็นการกระทำโดยประมาทปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้น จะต้องมีความวิสัย และเป็นเหตุให้ผู้ตายถึงแก่ความตายอันเป็นความผิดตามข้อกล่าวหา อย่างไรก็ตามการดำเนินการฟ้องร้องผู้ต้องหาทั้งสามในคดีนี้ เห็นว่าจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน เนื่องจากผู้ต้องหาทั้งสามซึ่งมีสถานะ เป็นนักศึกษามหาวิทยาลัยบูรพา ได้ทำการซ้อมการเชียร์ลีดเดอร์ให้แก่ผู้ตาย ตามเหตุคดีนี้เพื่อร่วมกิจกรรมประกวดการแข่งขันการเชียร์ของคณะมนุษยศาสตร์ ซึ่งทุกคณะของมหาวิทยาลัยบูรพา ได้จัดให้มีการแข่งขันการเชียร์ขึ้นเป็นประจำทุกปี เป็นเรื่องสร้างสรรค์ด้วยเจตนาดี สภาพจิตใจของผู้ต้องหาทั้งสามได้รับความกระทบกระเทือนด้วยความเสียใจจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นอย่างไม่ตั้งใจดังกล่าว ผู้ต้องหาทั้งสามได้รู้สำนึกในความผิดและได้สวดอุทิศส่วนกุศลให้แก่ผู้ตาย บิดา มารดา ของผู้ตายก็เห็นใจผู้ต้องหาทั้งสามและไม่ได้คิดใจเอาความแก่ผู้ต้องหาทั้งสาม ผู้ต้องหาทั้งสามเป็นนักศึกษามหาวิทยาลัยบูรพา ยังมีอายุน้อยยังมีโอกาสกระทำการอันเป็น

ประโยชน์ต่อสังคมและประเทศชาติในอนาคต ทั้งยังไม่ปรากฏว่าเคยกระทำความผิดใดๆ มาก่อน การฟ้องผู้ต้องหาทั้งสามในคดี นอกจากไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะแล้ว ยังอาจทำให้ผู้ต้องหาทั้งสามเสียโอกาสที่ดีในอนาคตได้ จึงเห็นควรสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาทั้งสามในข้อหากระทำโดยประมาท เป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 ตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุด ว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ข้อ 78

ต่อมาอัยการสูงสุดได้พิจารณาแล้วเห็นพ้องด้วยกับความเห็นของอธิบดีอัยการเขต จึงส่งสำนวนคืนเพื่อให้อธิบดีอัยการเขต มีคำสั่งและดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 145 ต่อไป

3) พิจารณาจากเพศ บุคลิก อายุ อุปนิสัย และสิ่งแวดล้อมรอบตัวของผู้กระทำความผิด

(1) คดีลักทรัพย์ ผู้ต้องหาอายุน้อย ยังศึกษาเล่าเรียนอยู่และมีความประพฤติที่ดี ไม่เคยกระทำความผิดมาก่อน ทั้งราคาทรัพย์ที่ลักทรัพย์นั้นเพียงเล็กน้อย

คดีมีข้อเท็จจริงได้ความว่า นาย ว. ผู้เสียหาย นำรถจักรยานยนต์จอดไว้ริมถนนหน้าบ้านที่จัดงานศพ เพื่อเข้าไปช่วยงานศพของเพื่อนบ้าน จนกระทั่งผู้เสียหายออกจากงานเพื่อจะไปที่รถเห็น นาย ป. ผู้ต้องหาขึ้นอยู่ข้างรถจักรยานยนต์ของผู้เสียหาย โดยในมือถือมีนอตแกน โช๊คหน้ารถ 2 ตัว ปลอกโช๊ค 2 ตัว ซึ่งเป็นชิ้นส่วนรถจักรยานยนต์ของผู้เสียหายและกุญแจเลื่อน 1 ตัว จึงแจ้งให้แก่ตำรวจเข้าจับกุมพร้อมยึดของกลางชิ้นสอบสวนบิดาخذใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายแล้ว ผู้เสียหายพอใจและไม่คิดใจเรียกร้องทางแพ่งอีก

ชั้นสอบสวน ผู้ต้องหาให้การรับสารภาพว่า อยากรับนอตแกนโช๊คเพราะสวยมาก จึงได้นำกุญแจเลื่อนมาถอดนอตดังกล่าว พนักงานสอบสวนมีความเห็นควรสั่งฟ้องผู้ต้องหา

พนักงานอัยการเห็นควรสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา เพราะเห็นว่าการฟ้องคดีไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ จึงเสนออัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาสั่ง

อัยการสูงสุด พิจารณาเห็นว่า พยานหลักฐานเพียงพอแก่การพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหา เนื่องจากมีประจักษ์พยานเห็นผู้ต้องหาขึ้นอยู่ข้างรถจักรยานยนต์ของผู้เสียหายโดยในมือผู้ต้องหา มีนอตแกน โช๊คหน้ารถของผู้เสียหาย และกุญแจเลื่อน และผู้ต้องหาให้การรับสารภาพว่าได้ใช้กุญแจเลื่อนดังกล่าวลักถอดเอา นอตแกน โช๊คจากรถของผู้เสียหาย แต่ปรากฏว่าผู้ต้องหา มีอายุ 16 ปีเศษ ยังมีเป็นเด็กและกำลังเรียนหนังสือ และผู้ใหญ่บ้านท้องที่ที่ผู้ต้องหาอยู่อาศัยรับรองว่าผู้ต้องหา มีความประพฤติเรียบร้อย ไม่เคยกระทำความผิดมาก่อน ทั้งทรัพย์ของกลางที่ลักก็มีราคาเพียงเล็กน้อยเพียง 200 บาท และผู้เสียหายไม่คิดใจเอาความ ประกอบกับในระหว่างสอบสวนผู้ต้องหาถูกควบคุมตัวอยู่ 4 วัน นับว่า ได้รับโทษเพียงพอให้เกิดความเข็ดหลาบแล้ว เห็นว่าการฟ้องคดีไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณะ สั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาฐานลักทรัพย์หรือรับของโจร

(2) คดีลักทรัพย์ ผู้ต้องหาอายุน้อย ทำไปด้วยความลึกลับคณง

ผู้ต้องหาที่ 1 และผู้ต้องหาที่ 2 ได้ลักเอาลูกกุญแจจากรถจักรยานยนต์ และขัดทอผู้ต้องหาที่ 3, 4 ว่าได้ร่วมกันปรึกษากับผู้ต้องหาที่ 1 และที่ 2 ว่าจะทำการลักกุญแจจากรถจักรยานยนต์ไปเป็นที่ระลึกเพื่ออวดเพื่อนในชั้นเรียนว่าตนก็มีรถจักรยานยนต์ขับขี่เช่นกัน พนักงานสอบสวนเห็นควรสั่งฟ้องผู้ต้องหาทุกคนฐานร่วมกันวิ่งราวทรัพย์

พนักงานอัยการมีความเห็นสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาที่ 3 และผู้ต้องหาที่ 4 เนื่องจากพยานหลักฐานไม่พอฟ้อง คดีถึงที่สุด ส่วนผู้ต้องหาที่ 1 และผู้ต้องหาที่ 2 มีความเห็นสมควรสั่งไม่ฟ้อง แม้ผู้ต้องหาที่ 1 และผู้ต้องหาที่ 2 จะได้กระทำความผิดจริง แต่เมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์แห่งคดีแล้ว เห็นว่าผู้ต้องหาที่ 1 ผู้ต้องหาที่ 2 ยังอายุน้อย กำลังศึกษาอยู่ กระทำความผิดโดยลึกลับคณง เพื่อจะนำลูกกุญแจไปอวดเพื่อนว่าตนก็มีรถจักรยานยนต์เช่นกัน ผู้ต้องหาไม่เคยกระทำความผิดมาก่อนประกอบกับทรัพย์มีราคาน้อย เพียง 80 บาทเท่านั้น เจ้าของทรัพย์ไม่คิดใจเอาความแก่ผู้ต้องหา ซึ่งเป็นเด็กเพื่อให้เด็กมีโอกาสกลับเนื้อกลับตัวเป็นคนดี โดยถูกฟ้องศาล และแม้มีการฟ้องศาล ผู้ต้องหาทั้งสองก็ให้การรับสารภาพศาลอาจไม่ลงโทษผู้ต้องหาทั้งสอง แต่อาจจำคุกเดือนแล้วปล่อยตัวไป จึงเห็นสมควรไม่ฟ้องผู้ต้องหาที่ 1 และผู้ต้องหาที่ 2

อัยการสูงสุดวินิจฉัยว่า พยานหลักฐานรับฟังได้ว่าผู้ต้องหาที่ 1, 2 กระทำความผิดต่อกฎหมาย แต่ปรากฏว่าผู้ต้องหาที่ 1 และผู้ต้องหาที่ 2 อายุเพียง 15 ปีเศษและ 14 ปี เศษตามลำดับ ยังเป็นนักเรียนชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 2 ไม่มีประวัติเคยกระทำความผิดมาก่อนและเห็นว่าผู้ต้องหาทั้งสองทำไปด้วยความลึกลับคณงเพื่อเอาไปอวดอ้างเพื่อนว่ามีรถจักรยานยนต์ใช้เหมือนกัน เพราะถ้าไม่เช่นนั้นแล้วก็ไม่มีความผิดอะไรที่ผู้ต้องหาจะลักเอาลูกกุญแจรถไป เพราะนำไปใช้ประโยชน์อื่นใดไม่ได้เลย โดยไม่ทราบว่าการกระทำของตนจะเป็นความผิดอาญามีโทษถึงจำคุก เมื่อถูกจับกุมผู้ต้องหาทั้งสองก็ผ่านกระบวนการยุติธรรมในชั้นสอบสวนมาเพียงพอแล้ว โดยถูกนำไปชี้ที่เกิดเหตุถ่ายภาพประกอบคำรับสารภาพทั้งแต่งตั้งนักเรียนต่อหน้าสาธารณชนที่เดินผ่านไปมา เชื่อว่าผู้ต้องหาได้สำนึกผิด และได้รับความอภัยและสะเทือนใจอย่างมาก นับว่ากระบวนการยุติธรรมได้ลงโทษผู้ต้องหาทั้งสองพอสมควรแล้ว ประกอบกับทรัพย์ที่เสียหายราคาเพียง 80 บาท และผู้เสียหายได้รับคืนแล้วและไม่คิดใจดำเนินคดีกับผู้ต้องหาทั้งสอง เห็นว่าการฟ้องคดีแก่ผู้ต้องหาทั้งสองจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน

(3) คดีความผิดฐานกระทำให้เกิดเพลิงไหม้โดยประมาทเป็นเหตุให้ทรัพย์ของผู้อื่นเสียหาย

ข้อเท็จจริงได้ความว่า ได้เกิดเพลิงไหม้บ้านซึ่งอยู่ในความครอบครองของผู้ต้องหาจนหมดทั้งหลัง นอกจากนี้ไฟยังได้ลุกลามไปไหม้บ้านของผู้เสียหายที่อยู่ถัดไปได้รับความ

เสียชีวิตไปครึ่งหลังคิดเป็นเงิน 400,000 บาท โดยผู้ต้องหาได้อาศัยอยู่กินหลับนอนในบ้านของผู้เสียหายซึ่งเป็นบิดาของเพื่อนผู้ต้องหา และได้ออกจากบ้านผู้เสียหายเพื่อมาอาบน้ำและเปลี่ยนเสื้อผ้าที่บ้านของตน แต่เนื่องจากบ้านไม่มีไฟฟ้าใช้จึงได้จุดเทียนไขเพื่อให้แสงสว่างแทน จนลงจากบ้านเพื่อไปนอนบ้านผู้เสียหาย โดยก่อนลงจากบ้านได้เป่าเทียนที่อยู่ในห้องนอน เห็นไส้เทียนยังเป็นสีแดงแต่เข้าใจว่าเทียนดับแล้ว ต่อมาขณะอยู่ที่บ้านของผู้เสียหายจึงเข้าใจว่าไฟไหม้บ้านและลามไปไหม้บ้านของผู้เสียหายด้วย

อัยการพิจารณาแล้วเห็นว่าคดีมีพยานหลักฐานเพียงพอฟ้องผู้ต้องหาฐานความผิดที่กล่าวอ้าง แต่ขณะเกิดเหตุผู้ต้องหาอายุเพียง 14 ปี เศษ กระทำความผิดอาญาโทษเพียงเล็กน้อยไม่รุนแรง ไม่ได้มีเจตนาชั่วร้าย ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่มีผลกระทบต่อสังคมส่วนรวม มีเพียงความเสียหายของผู้เสียหายเท่านั้น ซึ่งผู้เสียหายชอบที่จะฟ้องร้องบังคับเอาทางแพ่งได้ในส่วนของผู้ต้องหา นอกจากไม่มีผู้ปกครองดูแลแล้ว ยังได้รับความสูญเสียจากการทำความผิดด้วย โดยบ้านพักอาศัยถูกไฟไหม้หมดทั้งหลัง ผู้ต้องหาข่อมได้รับผลกระทบทั้งทางด้านทรัพย์สินและจิตใจยากที่จะรักษาเยียวยา และเมื่อพิจารณาประกอบกับข้อที่ว่า ผู้ต้องหาเป็นนักเรียนกำลังศึกษาเล่าเรียนอยู่ในเกณฑ์พอใช้ ใช้เวลาว่างหาเงินโดยทำงานรับจ้างเป็นหมอลำ จึงควรเปิดโอกาสให้ผู้ต้องหาลงมาเป็นคนดีและมีโอกาสศึกษาเล่าเรียนต่อไป ถึงแม้คดีนี้ศาลอาจใช้ดุลพินิจไม่สมควรลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 75 ก็ตาม แต่การฟ้องคดีเป็นการเสียเวลาเสียค่าใช้จ่าย และเสียความรู้สึกในส่วนของผู้ต้องหาที่ต้องตกเป็นจำเลยในคดีอาญา จึงเห็นว่าการฟ้องคดีนี้จะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน ควรสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาฐานความผิดกระทำให้เกิดเพลิงไหม้โดยประมาทเป็นเหตุให้ทรัพย์สินของผู้เสียหาย อัยการสูงสุดเห็นพ้องด้วยกับความเห็นดังกล่าว

(4) คดีความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย มีอาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต

ข้อเท็จจริงได้ความว่า ผู้ต้องหา เป็นเด็กอายุ 9 ปี 6 เดือน เก็บอาวุธปืนได้ที่ป่าละเมาะขณะนำวัวไปเลี้ยงที่ทุ่งหญ้าหลังบ้าน แล้วนำอาวุธปืนกลับมาที่บ้าน และได้นำอาวุธปืนมาเล่นกับน้องชายของผู้ต้องหาโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังพิจารณาคว่ามีกระสุนบรรจุอยู่หรือไม่ เป็นเหตุให้ปืนลั่นถูกน้องชายถึงแก่ความตาย พฤติการณ์การกระทำของผู้ต้องหาดังกล่าวเป็นความผิดตามข้อกล่าวหา ฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย มีอาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต อัยการเห็นว่า ขณะกระทำความผิดผู้ต้องหา มีอายุเพียง 9 ปี 6 เดือน ผู้ต้องหาจึงไม่ต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 ผู้ต้องหายังเป็นเด็กและผู้ตายก็ยังเป็นน้องชายร่วมบิดามารดาเดียวกับผู้ต้องหา การตายของน้องชายสร้างความ

โศกเศร้าเสียใจกับครอบครัวที่มีความรักใคร่กันดี ผู้ต้องหากำลังศึกษาเล่าเรียนอยู่ชั้นประถมศึกษาปีที่ 4 การฟ้องคดีย่อมมีผลกระทบต่อผู้ต้องหา และเป็นการซ้ำเติมครอบครัว บิดามารดาของผู้ต้องหา มีหนังสือถึงพนักงานอัยการขอความเมตตาสงสารบิดา มารดาและครอบครัวที่สูญเสียลูกไปหนึ่งคนและลูกอีกคนถูกดำเนินคดี ผู้ต้องหามีอาการซึมเศร้าคิดถึงน้องชาย ไม่พูดจากับใคร จึงเห็นว่าการฟ้องคดีนี้จะไม่เป็นประโยชน์สาธารณชนตามนัยระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ข้อ 78 ที่แก้ไขใหม่

4) ความเสียหายที่เกิดขึ้นเพียงเล็กน้อย หรือ ราคาทรัพย์สินที่ได้กระทำผิดเพียงเล็กน้อย และผู้กระทำความผิดจัดการชดเชยต่อความสูญเสียหรือเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว

คดีลักทรัพย์ ผู้ต้องหาได้นำมาคืนให้ผู้กล่าวหาแล้ว จึงมีเหตุควรปรานีและราคาทรัพย์สินเล็กน้อย

ข้อเท็จจริงได้ความว่า ผู้กล่าวหา ได้อุปกรรมและส่วนควบอุปกรรมที่ของกลางที่ยึดมาเก็บไว้ใกล้ผู้ขี้ยาม สายตรวจจรจรหายไป ต่อมาสืบทราบว่า ผู้ต้องหา เป็นคนร้ายคนหนึ่งที่ถูกเอาไป จึงได้เรียกมาสอบถาม ผู้ต้องหารับสารภาพ ว่าได้ลักเอาปลอกโลหะคันบังคับรถจักรยานยนต์ที่ยึดไว้เป็นของกลางไปจำนวน 2 อัน ซึ่งคิดเป็นราคาทั้งสิ้น 180 บาท และผู้ต้องหาได้นำมาคืนให้ผู้กล่าวหาแล้ว

อัยการได้มีคำสั่งให้สอบสวนเพิ่มเติมได้ความว่า ผู้ต้องหาอยู่ในสภาพทุพพลภาพ และช่วยเหลือตนเองไม่ได้ และจากประวัติของผู้ต้องหาไม่เคยปรากฏว่าเคยกระทำความผิดมาก่อน และการที่ผู้ต้องหารับสารภาพและนำของกลางมาคืน จึงมีเหตุอันควรปรานีแก่ผู้ต้องหาชั้นหนึ่ง และเมื่อปรากฏว่าอยู่ในสภาพทุพพลภาพและช่วยเหลือตนเองไม่ได้ แม้ผู้ต้องหาจะไม่ถูกจำคุกก็ไม่สามารถไปกระทำความผิดได้อีก ดังนั้นการฟ้องคดีไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน

อัยการสูงสุดวินิจฉัยว่า ระหว่างที่ผู้ต้องหาได้รับการปล่อยชั่วคราวโดยมีการประกันตัวไป ได้ประสบอุบัติเหตุรถจักรยานยนต์ชนกัน เป็นเหตุให้กระดูกสันหลังกดไขสันหลัง ขาทั้งสองเป็นอัมพาต ถึงทุพพลภาพ ไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ หากผู้ต้องหาได้รับโทษจำคุกก็จะเป็นการกระทำทารุณอีกด้วย การฟ้องจึงไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน

5) ผู้กระทำความผิดอาจได้รับความเสียหายจนเกินสมควรจากการฟ้องคดี

คดีความผิดฐานขับรถโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสได้รับอันตรายแก่กายและทรัพย์สินเสียหาย

ข้อเท็จจริงได้ความว่า วันเกิดเหตุผู้ต้องหาที่ 1 ขับรถมุ่งหน้าไปทางจังหวัดเลย โดยในรถมีนาง ล. นาง จ. เด็กชาย ว. เด็กชาย ณ. เด็กหญิง ค. นั่งโดยสารมาด้วย ส่วนผู้ต้องหาที่ 2

ขับขีรถจักรยานยนต์วิ่งสวนทางมา โดยมี อ. นั่งซ้อนท้าย ที่เกิดเหตุเป็นทางโค้ง ผู้ต้องหาที่ 2 ได้ขับรถเข้ามาชนรถยนต์ที่ผู้ต้องหาที่ 1 พุทธิการณ์ฟังได้ว่าผู้ต้องหาที่ 2 เป็นฝ่ายขับรถโดยประมาทอันเป็นเหตุให้เกิดการชนครั้งนี้ ส่วนผู้ต้องหาที่ 1 ไม่ได้มีส่วนในความประมาท จากการชนดังกล่าวเป็นเหตุให้ผู้ต้องหาที่ 2 ได้รับอันตรายสาหัสสาขางขาด แขนขวาตามเหล็กใช้งานไม่ได้ ศีรษะด้านซ้ายถูกตัดออก ส่วน อ. ซึ่งนั่งซ้อนท้าย ได้รับอันตรายสาหัสแขนขวาและขาทั้งสองข้างหักมีบาดแผลทั่วตัวสำหรับผู้ต้องหาที่ 1 บาดเจ็บเล็กน้อย รวมทั้งผู้ที่นั่งมาในรถยนต์ที่ผู้ต้องหาขับ ได้รับบาดเจ็บเล็กน้อย

ชั้นสอบสวนผู้ต้องหาที่ 1, 2 ให้การปฏิเสธ

พนักงานสอบสวนเห็นควรสั่งฟ้องผู้ต้องหาที่ 2 ฐานขับขีรถโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัส และได้รับอันตรายแก่กาย ทรัพย์สินเสียหาย สำหรับผู้ต้องหาที่ 1 พนักงานสอบสวนเห็นควรสั่งไม่ฟ้อง

พนักงานอัยการมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องผู้ต้องหาที่ 1 และเห็นว่าอุบัติเหตุเกิดจากความประมาทของผู้ต้องหาที่ 2 ซึ่งตามปกติจะต้องมีคำสั่งฟ้องผู้ต้องหาที่ 2 ขับรถโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัส และอันตรายแก่กาย ทรัพย์สินผู้อื่นเสียหาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291, 300 พ.ร.บ. จราจรทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 43, 157 พ.ร.บ. จราจรทางบก (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2535 มาตรา 27 แต่เนื่องจากหลังเกิดอุบัติเหตุผู้ต้องหาที่ 2 ได้รับการรักษาพยาบาลโดยต้องตัดขาขวา ตัดกะโหลกด้านซ้ายทิ้ง กับนิ้วซ้ายขาด มือขวาหลังผ่าตัดไม่สามารถใช้งานได้ พิกัดตลอดชีวิต ดังนั้นหากพนักงานอัยการมีคำสั่งฟ้องและฟ้องผู้ต้องหาที่ 2 ต่อศาลตั้งแต่จะก่อความเดือนร้อนแก่ผู้ต้องหาที่ 2 เพิ่มขึ้น การกระทำของผู้ต้องหาที่ 2 มิใช่ลักษณะของอาชญากร จึงเห็นว่าการฟ้องผู้ต้องหาที่ 2 ต่อศาลในความผิดตามข้อกล่าวหาจะไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนจึงสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาที่ 2

อัยการสูงสุดวินิจฉัยว่า วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญานั้น เพื่อเป็นการป้องกันสังคม อาจเป็นการป้องกันทั่วไป ได้แก่ การปราบปรามไม่ให้ผู้กระทำความผิดนั้นคิดทำผิดขึ้นอีกไม่ให้นุคคลอื่นเอาอย่างทำผิดอย่างนั้นขึ้นมาบ้าง เพื่อความมั่นคงของชุมชน หรืออาจเป็นการป้องกันโดยเฉพาะ เช่น การประหาร การจำคุก เพื่อตัดนิสัยให้ปรับปรุงตนเป็นพลเมือง โดยสภาพหลังเกิดเหตุของผู้ต้องหาที่ 2 นั้นทุพพลภาพถึงขั้นพิการ ไม่อาจทำให้ผู้ต้องหาที่ 2 อยู่ในสภาพที่จะกลับไปขับขีรถจักรยานยนต์และก่อความเสียหายต่อผู้อื่นโดยประมาทอีก โดยไม่ต้องใช้การลงโทษทางอาญาเป็นเครื่องป้องกัน ประกอบกับผู้เสียหายต่างไม่คิดใจเอาความ การฟ้องคดีกับผู้ต้องหาที่ 2 ย่อมไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน สั่งไม่ฟ้องนาย น. ผู้ต้องหาที่ 2 ฐานขับรถประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัส ได้รับอันตรายแก่กายและทรัพย์สินเสียหาย

6) พิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายว่าหากฟ้องไปแล้วจะทำให้เกิดผลกระทบต่อความสัมพันธ์หรือไม่ เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เสียหายกับผู้ต้องหาเป็นบุพการี ผู้สืบสันดาน หรือ สามีภรรยา ควรได้รับการเยียวยาแก้ไขให้ความสัมพันธ์ยั่งยืน

(1) คดีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ข้อเท็จจริงได้ความว่า เด็กหญิง ส. ผู้เสียหาย (ขณะเกิดเหตุ อายุ 14 ปี) และ นาย ม. ผู้ต้องหาเป็นญาติกัน โดยบิดาของผู้เสียหายเป็นพี่ชายของมารดาผู้ต้องหา ผู้เสียหายและผู้ต้องหารักใคร่กันฉันท์ชู้สาวและเคยลักลอบร่วมประเวณีกันก่อนเกิดเหตุ ในวันเกิดเหตุ ผู้ต้องหาได้ร่วมกันลักลอบเข้าไปพบผู้เสียหายที่บ้านของผู้เสียหายในห้องนอนและได้ร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย นาง อ. มารดาของผู้เสียหายได้ยินเสียงดังในห้อง จึงไปเปิดไฟแล้วเดินไปดู เห็นผู้ต้องหารุ่งออกจากห้องผู้เสียหาย และเห็นผู้เสียหายไม่ได้นุ่งผ้า จึงสอบถามผู้เสียหาย ผู้เสียหายบอกว่าถูกผู้ต้องหาปลุกปล้ำ นาง อ. จึงพาผู้เสียหายไปร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน หลังเกิดเหตุ ผู้เสียหายและผู้ต้องหาได้ชวนกันไปหลบหนี ไปอยู่ร่วมฉันท์สามีภรรยาจนมีบุตรสาว 1 คน จึงพากันกลับไปอยู่ที่บ้านมารดาของผู้ต้องหา และเจ้าพนักงานได้จับกุมผู้ต้องหานำส่งพนักงานสอบสวน พนักงานสอบสวนได้แจ้งข้อหาว่าผู้ต้องหา กระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งไม่ใช่ภริยาคนชั้นสอบสวนผู้ต้องหาให้การรับสารภาพ

พนักงานสอบสวนมีความเห็นควรสั่งฟ้องผู้ต้องหาฐานกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งไม่ใช่ภริยาคน

พนักงานอัยการเห็นว่าแม้ว่าการกระทำของผู้ต้องหาจะเป็นความผิดตามข้อกล่าวหา แต่ทั้งผู้เสียหายและผู้ต้องหาก็ได้อยู่ร่วมกันฉันท์สามีภรรยา การฟ้องคดีนี้ย่อมไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ แต่อาจเป็นผลร้ายต่อสถานะทางครอบครัวของผู้เสียหาย เห็นควรสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาตามข้อกล่าวหา จึงเสนออัยการสูงสุดเพื่อสั่ง

อัยการสูงสุด พิจารณาว่าขณะเกิดเหตุผู้เสียหายอายุ 14 ปี 4 เดือน การที่ผู้ต้องหาร่วมเพศกระทำชำเราผู้เสียหายแม้ผู้เสียหายจะยินยอมก็ยังคงเป็นความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก แต่เนื่องจากหลังเกิดเหตุผู้เสียหายและผู้ต้องหาได้อยู่ร่วมฉันท์สามีภรรยาจนมีบุตรสาว 1 คน อายุ 1 ปี 7 เดือน แต่ยังไม่ได้อุปสมบทกัน เห็นว่าผู้เสียหายและผู้ต้องหารักใคร่ชอบพอกันฉันท์ชู้สาวมาก่อนเกิดเหตุ เหตุที่ไม่ได้อุปสมบทน่าจะจะมีเหตุจากผู้เสียหายยังไม่บรรลุนิติภาวะ และ นาง อ. มารดาไม่ยินยอม เพราะขณะนี้ผู้เสียหายมีอายุเพียง 18 ปี จะทำการสมรสได้ต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1454 เมื่อคำนึง ถึงว่าผู้ต้องหาและผู้เสียหายได้อยู่กินฉันท์สามี ภรรยาจนมีบุตรด้วยกัน และ

ขณะนี้ก็ยังอยู่กินฉันท์สามีภรรยากันอยู่ และประกอบกับตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย บัญญัติว่า “ถ้าศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงสมรสกันผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ” การฟ้องไปจะทำให้ครอบครัวของผู้เสียหายเดือดร้อนและจะเกิดปมด้อยกับบุตรของผู้เสียหายด้วย จึงไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ สิ่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา ฐานกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมีชักรรยาคอน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ตามระเบียบกรมอัยการว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2528 ข้อ 51

(2) คดีความผิดฐานลักทรัพย์ระหว่างสามีภรรยา

ข้อเท็จจริงได้ว่า ตามเวลาเกิดเหตุผู้เสียหายไม่อยู่บ้าน โดยมีพยานเป็นผู้ดูแลบ้าน ผู้ต้องหาได้ขั้บรถกระบะจอดแล้วเข้าไปในบ้านของผู้เสียหาย ต่อมาพยานได้ออกไปทำธุระ โดยผู้ต้องหายังอยู่ในบ้าน เมื่อพยานกลับมาไม่พบผู้ต้องหา แต่สังเกตเห็นว่ารถจักรยานยนต์และเตาแก๊สหายไป จึงแจ้งให้ผู้เสียหายทราบ เมื่อผู้เสียหายตรวจสอบแล้วปรากฏว่าทรัพย์สินหายรวม 10 รายการ รวมราคาทั้งสิ้น 580,000 บาท ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นทรัพย์สินที่ได้มาในระหว่างที่ผู้เสียหายอยู่กินกับผู้ต้องหาคดีมีหลักฐานรับฟังได้ว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดฐานลักทรัพย์ในเคหาสถาน

จากคำให้การของผู้เสียหายซึ่งให้การว่าผู้เสียหายได้แยกกันอยู่กับผู้ต้องหาโดยยังไม่ได้จดทะเบียนหย่าขาดจากกันเนื่องจากผู้ต้องหาไม่ยินยอมหย่า โดยได้เรียกเรื่องเงินจากผู้เสียหายเป็นเงิน จำนวน 1 ล้านบาท เห็นว่าผู้ต้องหาต้องการจะได้ส่วนแบ่งทรัพย์สินที่ได้มาในระหว่างอยู่กินเป็นสามีภรรยา แต่ผู้เสียหายไม่ยินยอมแบ่งทรัพย์สินให้ การที่ผู้ต้องหามีเจตนาทุจริตลักเอาทรัพย์สินดังกล่าวไป เป็นเรื่องเกี่ยวกับภายในครอบครัวระหว่างผู้เสียหายกับผู้ต้องหา โดยผู้ต้องหาอาจจะเข้าใจว่าสามารถกระทำได้โดยไม่เป็นความผิดเนื่องจากผู้ต้องหาเป็นภรรยาและมีสิทธิในทรัพย์สินดังกล่าว มิใช่เกิดจากการที่มีจิตใจเป็นโจรที่จะกระทำกับทรัพย์สินของบุคคลอื่น และตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคแรกบัญญัติว่า “ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรคแรก ... ถ้าเป็นการกระทำที่สามีกระทำต่อภรรยา หรือภรรยากระทำต่อสามี ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ” ดังนั้นหากฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล แม้ศาลจะพิจารณาเห็นว่าผู้ต้องหาซึ่งเป็นภรรยากระทำความผิดฐานลักทรัพย์ของผู้เสียหายซึ่งเป็นสามีจริง ผู้ต้องหาก็ก็น่าไม่ต้องรับโทษตามกฎหมาย ดังนั้น การฟ้องคดีนี้จะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณะ เห็นควรสั่งฟ้องผู้ต้องหาตามข้อกล่าวหาอัยการสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นชอบ สิ่งไม่ฟ้องคดีดังกล่าว

7) การฟ้องคดีจะมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือมีผลกระทบต่อความปลอดภัยและความมั่นคงแห่งชาติ

คดีเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ

ข้อเท็จจริงได้ความว่า ตามวันเวลาที่เกิดเหตุ มีคนร้ายประมาณ 50 คน มีอาวุธและมิด สปาด้าเป็นอาวุธและมีรถยนต์กับรถจักรยานยนต์เป็นยานพาหนะบุกเข้าโจมตีสถานีตำรวจ ฐานปฏิบัติการทหาร และที่ว่าการอำเภอ และใช้มิดฟินเจ้าพนักงานตำรวจได้รับบาดเจ็บสาหัสพร้อมกับปล้นเอาอาวุธปืนและทรัพย์สินอีกหลายรายการของทางราชการไป และได้ถูกทหารและเจ้าพนักงานตำรวจที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่ใช้อาวุธปืนยิงป้องกันเป็นเหตุให้พวกผู้ต้องหา ถึงแก่ความตายและได้รับบาดเจ็บ ส่วนผู้ต้องหาหลบหนีได้ออกหมายจับไว้ หลังเกิดเหตุเจ้าพนักงานตำรวจยึดได้อาวุธปืน มิด รถยนต์ รถจักรยานยนต์และทรัพย์สินอื่นอีกหลายรายการที่ผู้ต้องหาได้ร่วมกันใช้ในการกระทำความผิดในคดีนี้เป็นของกลาง ต่อมาผู้ต้องหาที่ 20 ถึงที่ 24 เข้ารายงานตัวต่อผู้ว่าราชการจังหวัดยะลาและแม่ทัพภาค 4 ซึ่งพนักงานสอบสวนได้สอบเป็นพยานซึ่งทุกคนก็ให้การเช่นเดียวกันว่าได้ถูกชักชวนให้หลงผิดจึงได้มากระทำความผิดในคดีนี้ อธิบดีอัยการเขต 9 เห็นควรสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาที่ 20 ถึงที่ 24 เนื่องจากการฟ้องคดีจะมีผลกระทบต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ อัยการสูงสุดเห็นชอบกับความเห็นของอธิบดีอัยการเขต 9

ในคดีนี้พนักงานอัยการพิจารณาแล้วเห็นว่าพยานหลักฐานในคดีรับฟังได้ว่าผู้ต้องหาที่ 21 ได้ร่วมกระทำความผิด เพราะหลังเกิดเหตุตำรวจสามารถยึดรถจักรยานยนต์ของบิดาของผู้ต้องหาที่ 21 ที่อยู่ในที่เกิดเหตุ ซึ่งบิดาของผู้ต้องหาที่ 21 ให้การว่าผู้ต้องหาที่ 21 เป็นคนขับออกไปแล้วไม่กลับมา และผู้ต้องหาที่ 21 ให้การว่าได้เข้าร่วมกระทำความผิดในคดีนี้ แต่เนื่องจากผู้ต้องหาที่ 21 มีอายุเพียง 16 ปีเศษ กำลังศึกษา ได้เข้าร่วมกระทำความผิดในคดีนี้โดยถูกชักชวนให้หลงผิด ซึ่งหลังเกิดเหตุแล้วประมาณ 14 วัน ผู้ต้องหาได้เข้ารายงานตัวต่อผู้ว่าราชการจังหวัดยะลาและแม่ทัพภาค 4 ผู้ต้องหาได้ให้ความร่วมมือในการให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์เป็นอย่างมาก โดยเฉพาะข้อมูลเกี่ยวกับโครงสร้าง แนวคิด และยุทธวิธีของกลุ่มก่อความไม่สงบซึ่งเป็นกุญแจสำคัญนำไปสู่การแก้ปัญหา การก่อความไม่สงบในจังหวัดชายแดนภาคใต้ในอนาคต และได้ชักชวนผู้หลงผิดคนอื่นๆ เข้ามารายงานตัวอีกเป็นจำนวนมาก ได้ให้ข้อมูลเบาะแสแหล่งซุกซ่อนอาวุธที่กลุ่มก่อความไม่สงบใช้ก่อเหตุและนำไปซุกซ่อนไว้จนไม่สามารถได้อาวุธปืนและกระสุนปืนคืนมาจำนวนหนึ่ง ได้ร่วมกับวิทยากรกับกองทัพภาคที่ 4 ในการชี้แจง ทำความเข้าใจกับพี่น้องประชาชนในพื้นที่ให้มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการกระทำของกลุ่มก่อความไม่สงบที่สร้างปัญหาอยู่ในปัจจุบัน และได้รับการพิจารณาให้บรรจุเป็นทหาร เพื่อเป็นกำลังสำคัญในการปฏิบัติหน้าที่กองอำนวยการศึกษาความมั่นคงภายในภาค 4 ส่วนหน้าและหน่วยเฉพาะกิจทักษิณ

พนักงานอัยการเห็นว่า การดำเนินคดีกับผู้ต้องหาที่เข้ามาจับกุมจะก่อให้เกิดความเสียหายและเสื่อมศรัทธาอย่างมาก และจะมีผลกระทบต่อการแก้ไขปัญหาความมั่นคงในจังหวัดภาคใต้เพื่อให้เกิดความสันติอย่างถาวร ดังนั้นการฟ้องผู้ต้องหาที่ 21 จะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงแห่งชาติและต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ และผู้ต้องหาที่ 20 ถึงที่ 24 ซึ่งมีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกับอัยการสูงสุดก็ให้ความเห็นชอบในการสั่งไม่ฟ้องไปแล้ว จึงเห็นควรสั่งไม่ฟ้อง ผู้ต้องหาที่ 21 ฐานร่วมกันพยายามฆ่าเจ้าพนักงานซึ่งกระทำการตามหน้าที่ ปล้นทรัพย์โดยมีและใช้อาวุธปืน โดยใช้อาวุธปืนเพื่อกระทำความผิดหรือพาทรัพย์สินไป หรือเพื่อพ้นจากการจับกุมมีอาวุธปืน และเครื่องกระสุนไว้ในความครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน และพาอาวุธปืนติดตัวไปในเมือง หมู่บ้าน และทางสาธารณะโดยไม่ได้รับอนุญาตให้มีอาวุธปืนติดตัว เป็นอันยี่และช่องโง่ อัยการสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นชอบตามความเห็นดังกล่าว

8) พิจารณาผลกระทบต่อประโยชน์สำคัญของชาติ และเพื่อแก้ปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

กรณีคนไทยจำนวนหนึ่งไปถูกจำคุกในเรือนจำในประเทศกัมพูชา เพราะเข้าไปในเขตน่านน้ำของประเทศกัมพูชา แล้วต่อมาคนกัมพูชาได้มากระทำความผิดฐานปล้นทรัพย์ในเขตน่านน้ำไทยและถูกทางการไทยจับได้หลายคน รัฐบาลในขณะนั้น โดยผ่านทางกระทรวงการต่างประเทศจึงได้มีหนังสือขอให้พนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้องคนกัมพูชาเพื่อแลกเปลี่ยนกับการปล่อยตัวคนไทยของทางการกัมพูชา ซึ่งที่สุดพนักงานอัยการได้พิจารณาเรื่องราวโดยรอบคอบแล้วเห็นสมควรให้เป็นไปตามที่รัฐบาลร้องขอ พนักงานอัยการจึงได้สั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาคนกัมพูชาที่ต้องหาเรื่องปล้นทรัพย์ดังกล่าวทั้งหมด กรณีทำให้คนไทยที่ถูกจับดังกล่าวได้พ้นจากสภาพความเลวร้ายของคุกในประเทศพม่าและได้กลับมายังประเทศไทย และในกรณีทำนองดังกล่าวนี้ก็ได้เคยมีการใช้ระหว่างประเทศไทยกับประเทศพม่าอีกด้วย¹⁵

4.4 วิเคราะห์หลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะเทียบเคียงการใช้ดุลพินิจในการลงโทษของศาล

ในการกำหนดโทษ ความยุติธรรมควรมอบให้กับทุกคนตามที่บุคคลเหล่านั้นสมควรได้รับ การกำหนดโทษเป็นตัวอย่างหนึ่งในกระบวนการตัดสินใจ ซึ่งกระบวนการดังกล่าว คำตัดสินใจของศาลมิได้เกิดขึ้นโดยตรงกับตัวบุคคล แต่เกิดขึ้นจากข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลดังกล่าว ดุลพินิจของศาล การวางโทษจำเลยให้เหมาะสมเพียงไรนั้น ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกี่ยวกับ

¹⁵ คณิต ณ นคร จ (2552, 5-11 มิถุนายน, 12-18 มิถุนายน). “อัยการกับปัญหาความขัดแย้งในชาติ.” มติชนสุดสัปดาห์.

ตัวจำเลย ควรคำนึงถึงประวัติของจำเลย คือ อายุ การศึกษาเล่าเรียน ความประพฤติ ความเป็นมาในครอบครัว เหตุผลการกระทำความผิด สถิติในการกระทำความผิด และเหตุอื่นๆ ซึ่งเกี่ยวเนื่องกับความผิดที่จำเลยได้กระทำเท่าที่พอจะรวบรวมได้จากการพิจารณาคดีนั้นๆ แล้ว จึงวางกำหนดโทษให้เหมาะสม

หลักเกณฑ์ที่จะนำมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษนั้น¹⁶ ต้องมีเหตุผลและเป็นไปตามกฎหมาย ผู้ใช้ดุลพินิจหรือผู้มีอำนาจตามกฎหมาย จะต้องใช้ดุลพินิจนั้นอย่างมีเหตุผลพอเหมาะพอควรแก่กรณี จะกำหนดโทษอย่างไรนั้นอยู่ที่ศาลจะเห็นสมควร แต่การใช้ดุลพินิจอย่างไรนั้นเป็นไปตามใจของศาลหรือของผู้พิพากษาไม่ได้ แต่ต้องมีเหตุผลมีหลักเกณฑ์อธิบายได้ในการใช้ดุลพินิจในแต่ละครั้งแต่ละตอนด้วย โดยจะต้องใช้โดยมีมูลเหตุชกูงใจที่ถูกต้อง เมื่อศาลใช้ดุลพินิจโดยมูลเหตุชกูงใจที่ผิดไปจากที่กฎหมายประสงค์หรือต้องการ หรือมูลเหตุชกูงใจในการใช้ดุลพินิจไปในทางที่ไม่ได้อยู่ในวัตถุประสงค์ของกฎหมายเรื่องนั้นเลย การใช้ดุลพินิจอย่างนั้นไม่ชอบ

1) หลักความสอดคล้อง (Consistency)

หมายถึง เรื่องความสอดคล้องต้องกันของแนวการใช้ดุลพินิจในเรื่องเดียวกัน ต้องมีความมั่นคงไม่เปลี่ยนแปลงไปมา การใช้ดุลพินิจในเรื่องเดียวกันที่ไม่มีอะไรผิดแผกแตกต่างกันนั้น ควรจะต้องเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ไม่ใช่วันนี้ดุลพินิจในเรื่องนี้ไปทางหนึ่ง วันรุ่งขึ้นใช้ดุลพินิจในเรื่องเดียวกันนี้ไปอีกทางหนึ่ง ซึ่งเอาหลักเอาเกณฑ์ไม่ได้ โดยลักษณะอย่างนั้นจะเป็นดุลพินิจแบบอำเภอใจไม่ใช้การใช้ดุลพินิจที่ชอบ ดุลพินิจของศาลจำเป็นต้องอยู่ในกรอบของความเป็นเอกภาพ ไม่ลักลั่นและคำนึงถึงแนวบรรทัดฐานของศาลในกรณีนั้นด้วย

2) หลักของความได้สัดส่วนตามความหนักเบาแห่งกรณี (Proportionality)

การใช้ดุลพินิจนั้น จำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมและความพอเหมาะพอควรในแต่ละเรื่องด้วย ซึ่งดูเผินๆ เหมือนจะไปขัดแย้งข้อก่อนหน้าที่ว่าในเรื่องเดียวกันต้องใช้ดุลพินิจให้เหมือนกันไม่แปลกแยก แต่ในขณะที่เดียวกันก็ต้องใช้ดุลพินิจให้เหมาะสมพอเหมาะพอควรแก่กรณีในแต่ละเรื่องด้วย ซึ่งแท้ที่จริงแล้วหลักเกณฑ์สองข้อหาได้ขัดแย้งกันไม่ กล่าวคือ ถ้ามีเหตุผลหรือพฤติการณ์ในแต่ละกรณีอธิบายให้เห็นความแตกต่างกันได้ การใช้ดุลพินิจในแต่ละกรณีก็ควรจะต้องแตกต่างกัน ไม่จำเป็นต้องเหมือนกันหมด จุดนี้เป็นจุดที่จะต้องหาวิธีทำอย่างไรเพื่อให้กรอบการใช้ดุลพินิจทั้ง 2 ข้อ ซึ่งเป็นเอกภาพไม่แปลกแยกแตกต่างในเรื่องที่เหมือนกัน แต่ในขณะที่เดียวกันก็สามารถมีความเหมาะสมแต่ละคดีที่สามารถชี้ให้เห็นความแตกต่างกันได้ ก็ขึ้นอยู่กับว่าศาลเองหรือผู้ใช้ดุลพินิจเองจะต้องวิเคราะห์หาความแตกต่างใน 2 เรื่องนี้ออกมาให้ได้

¹⁶ จรัญ ภัทธีธนากุล. (2539). “ข้อพิจารณาเบื้องต้นในการใช้ดุลพินิจของศาล.” *รพี*, 39, หน้า 12.

เสียก่อน ถ้าสามารถชี้ให้เห็นความแตกต่างได้แล้วจึงจะหลุดจากหลักการในเรื่องความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมาสู่ความเหมาะสมพอควรในแต่ละกรณีได้

3) หลักการใช้ดุลพินิจต้องไม่เป็นไปตามอำเภอใจ (Discretionary)

ประการที่สำคัญที่สุดประการสุดท้ายที่จะทำให้การใช้ดุลพินิจไม่เป็นไปตามอำเภอใจ เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่อยู่ในหลักเกณฑ์ในกรอบของความยุติธรรมนั้นเป็นจริงได้ เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่โปร่งใสที่สามารถให้ประชาชนคาดหมายผลสุดท้ายของการใช้อำนาจดุลพินิจในเรื่องนั้นพอสมควร และยังทำให้ศาลสูงสามารถตรวจสอบได้ การวางกฎเกณฑ์ตายตัวว่าการใช้อำนาจดุลพินิจทุกครั้งทุกกรณี ต้องให้เหตุผลอย่างเพียงพอและอย่างชัดเจน การใช้อำนาจดุลพินิจที่ไม่ให้เหตุผลนั้น จะเป็นการทำลายระบบที่ต้องการจะวางกรอบกฎเกณฑ์ เงื่อนไขของระบบการใช้อำนาจดุลพินิจทั้งหมด เพราะถ้าไม่ให้เหตุผลในการใช้อำนาจดุลพินิจ ก็อาจตรวจสอบได้ว่าดุลพินิจนั้นผิดหรือไม่ผิด เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยหวังประโยชน์ส่วนตัว หรือเพื่อประโยชน์ส่วนรวม เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยอำเภอใจหรือมีเหตุผลเหมาะสมพอควรแก่กรณี

ส่วนดุลพินิจของศาลมีหลักเกณฑ์อย่างไรนั้น ในเรื่องนี้ต้องคำนึงถึงความประสงค์ของการลงโทษด้วย สำหรับการวางโทษนั้น ย่อมมีความแตกต่างกันเป็นธรรมดาเพราะกฎหมายให้ดุลพินิจแก่ผู้พิพากษาไว้อย่างกว้างขวางในอันที่จะวางโทษให้เป็นไปตามยุติธรรม อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างแห่งโทษนั้นไม่ควรเป็นไปตามอัตตะวะสัยของผู้พิพากษา แต่ควรเกิดจากการกระทำ ความผิดมากกว่า การวางโทษจำเลยให้เหมาะสมเพียงไรนั้น ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงต่างๆที่เกี่ยวกับตัวจำเลย ควรคำนึงถึงประวัติของจำเลย คือ อายุ การศึกษาเล่าเรียน ความประพฤติ ความเป็นมาในครอบครัว เหตุผลในการกระทำความผิด สถิติในการกระทำ และเหตุอื่น ๆ ซึ่งเกี่ยวเนื่องกับความผิดที่จำเลยได้กระทำเท่าที่พอจะรวบรวมได้จากการพิจารณาคดีนั้นๆแล้ว จึงวางกำหนดโทษให้เหมาะสม¹⁷

สำหรับหลักเกณฑ์สำคัญที่ควรอยู่ในดุลพินิจนั้น ประกอบด้วย¹⁸

1) ลักษณะของผู้กระทำผิด ควรพิจารณาถึงความชั่วร้ายของผู้กระทำความผิดคือ แยกเป็นการกระทำโดยเจตนา กับ โดยประมาท สำหรับการกระทำโดยเจตนา นั้นต้องดูจิตใจของผู้กระทำผิดอาศัยจากหลักที่ว่า “กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา” การกระทำอย่างเดียวกันอาจจะมี ความรุนแรงมากน้อยแตกต่างกัน อาการกิริยาที่จำเลยแสดงออกในเวลากระทำความผิด เป็นการแสดงออกถึงนิสัยใจคอของจำเลย ควรนำมาพิจารณาประกอบกับเหตุและจุดประสงค์ของผู้กระทำผิด ส่วนความผิดที่กระทำโดยประมาท ควรคำนึงว่าผู้กระทำผิดได้ทำโดยง่ายหรือไม่ ความรู้สึกของผู้กระทำ

¹⁷ เศรษฐชัย อันสมศรี. (2547). ดุลพินิจในการกำหนดโทษจำคุก. หน้า 84.

¹⁸ แหล่งเดิม.

ความผิดมีประการใดต่อผลที่เกิดขึ้น เกี่ยวกับโรคภัยไข้เจ็บของผู้กระทำความผิดอาจเป็นมูลฐานให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นได้ ควรเป็นข้อที่ต้องหยิบยกขึ้นพิจารณาเพื่อลงโทษ พร้อมกันนั้นควรพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายประกอบด้วย เช่น กฎหมายไม่ลงโทษคนวิกลจริต หรือ ลงโทษสถานเบาแก่เด็ก กรณีคนวิกลจริตแต่มีความรู้สึกผิดชอบ หรือ เด็กที่อายุเกินกว่ากฎหมายกำหนดเล็กน้อย ควรลงโทษลดหลั่นลงกว่าบุคคลธรรมดา

ผู้กระทำความผิดเป็นคนชนิดใด มีสันดานอย่างไร การคบหาสมาคมอย่างไรเป็นคนอย่างไร ว่านอนสอนง่ายประการใด ต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วย เพราะคนเลวกับคนดีมีความรู้สึกในการที่จะได้รับโทษผิดกัน

ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่จะกลับตัวเป็นคนดีได้หรือไม่ เพื่อเป็นโยชน์ที่จะให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดีด้วย สำหรับบางคนที่ไม่ใช่ผู้ร้ายโดยสันดานเช่นมีโรคทางกายหรือทางใจ การลงโทษจะช่วยแก้ปัญหาความผิดที่เกิดจากเหตุดังกล่าวนี้ไม่ได้ ต้องใช้วิธีและการแก้ไขที่เหมาะสมจึงจะได้ผล จึงควรต้องรู้ถึงบุคลิกลักษณะของผู้กระทำความผิดของแต่ละบุคคล

2) ลักษณะของผู้ถูกทำร้าย ผู้ถูกกระทำร้ายเป็นคนชนิดใด เป็นผู้หญิงหรือผู้ชาย เป็นเด็กหรือผู้ใหญ่ย่อมมีความสำคัญเช่นกัน เช่น การข่มเหงหรือทำร้ายผู้หญิง เด็กหรือคนทุพพลภาพย่อมทำง่ายกว่าผู้ชายธรรมดา ควรวางกำหนดโทษผู้กระทำความผิดชนิดนี้ให้พอที่จะเป็นบทเรียน ความทุกข์เวทนาและความเสียหายของผู้ถูกกระทำร้ายจากการกระทำความผิด ก็ควรเป็นดุลพินิจในการวางกำหนดโทษมากน้อยตามความร้ายแรงที่ผู้กระทำร้ายได้รับอันเป็นผลมาตามการกระทำความผิด

3) ประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณชน กฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติที่กำหนดไว้เพื่อความสงบเรียบร้อยของรัฐ หรือนัยหนึ่งก็เพื่อประโยชน์สาธารณชน ความประสงค์ของกฎหมายอาญามีเช่นนี้ จึงควรกำหนดโทษจำเลยให้เหมาะสมกับความประสงค์ของกฎหมายและเพื่อให้เป็นไปเช่นนั้นจึงควรคำนึงถึง

— สถานที่กระทำความผิด กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ เช่น การลักทรัพย์ในเคหสถาน กรณีที่การกระทำความผิดใดมีมากในท้องที่ใดบ่อยๆ ย่อมทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัว ทำให้เกิดความเสียหายอย่างมากแก่รัฐ ควรระวางโทษกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นในท้องที่นั้นให้หนักเพื่อจะได้เป็นตัวอย่างแก่จำเลยหรือผู้ที่จะกระทำความผิดอื่น

— เวลากระทำความผิด กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ เช่น ลักทรัพย์ในเวลากลางคืนหรือในที่บริเวณที่มีเหตุเพลิงไหม้ การระเบิด อุทกภัย ฯลฯ โทษหนักกว่าลักทรัพย์ธรรมดา หรือกรณีที่มีความอุกอาจ กระทำต่อหน้าฝูงชนในเวลากลางวัน การกำหนดโทษย่อมสูงกว่าการกระทำตามธรรมดา

— ผลการกระทำความผิด ต้องแยกพิจารณาว่า ร้ายมาก ร้ายปานกลาง หรือ เพียง ร้ายเล็กน้อยๆ เช่น ลักทรัพย์เพียง 5 บาท 10 บาท ย่อมมีความรุนแรงแตกต่างกันกับการลักทรัพย์ เป็นจำนวนหมื่นจำนวนแสนบาท

— สำหรับการกระทำของจำเลยซึ่งแม้จะกระทำลงไปด้วยเจตนาดี หรือเป็นผลดีแต่ ไม่เป็นข้อแก้ตัวให้พ้นโทษก็ควรพิจารณาถึงด้วย เช่น บุตร ซึ่งบิดาป่วยอย่างทรมาณ ไม่มีทางรอด ตาย เป็นต้น

— การกระทำความผิดนั้นกระทบกระเทือนต่อผู้เสียหายหรือรัฐเพียงใด กฎหมาย กำหนดโทษในกรณีนี้ผิดกัน เช่น การฆ่าผู้อื่นโดยทรมาณหรือโดยกระทำทารุณโหดร้าย ทำร้ายกันถึง ทูพพลภาพหรือป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่า 20 วันซึ่งกฎหมายกำหนดโทษมากกว่าธรรมดา แต่คดีใดไม่เข้าเกณฑ์ดังกล่าวที่กำหนด ควรใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้ได้ใกล้เคียงกัน

บางกรณีรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องป้องกันเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น ความผิด เกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษ ซึ่งเป็นการกระทำที่ทำให้สังคมเดือดร้อน ความผิดเกี่ยวกับการลักลอบตัดไม้ ซึ่งทำให้ทรัพยากรและเศรษฐกิจของประเทศเสียหายเช่นนี้ควรถือเป็นแนวกำหนดโทษเป็นการ ปรามปรามและป้องกันมิให้เกิดขึ้นอีก

เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะนั้น พนักงานอัยการก็ต้องมีการนำข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดมาพิจารณาประกอบเช่นเดียวกัน กล่าวคือพิจารณาว่าผู้นั้นมีพื้นฐานประวัติครอบครัว นิสัยใจคอ สภาพแวดล้อม การศึกษาและ มูลเหตุอะไรในการกระทำความผิด จึงทำให้เกิดการกระทำผิดขึ้น รวมทั้งสภาพแห่งความผิด ที่หลาย ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่าเหตุอันควรยอมใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องได้ โดยหลังจากที่ได้ศึกษา แนวทางดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลนั้น จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวใกล้เคียงกัน แต่ ต่างกันตรงขั้นตอนการใช้ ตรงที่อัยการนั้นพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดเพื่อที่จะใช้ ดุลพินิจสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้อง แต่ศาลนั้นพิจารณาข้อเท็จจริงเหล่านี้การกำหนดโทษ เพราะเมื่อศาล เห็นว่าจำเลยได้กระทำความผิดและไม่มีการยกเว้นโทษตาม กฎหมายให้ศาลลงโทษแก่จำเลยตาม ความผิดดังกล่าว ศาลไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะไม่ลงโทษผู้กระทำความผิด หากจำเลยได้กระทำ ความผิดจริง โดยการกำหนดโทษนั้นขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี และในขั้นตอนของการใช้ ดุลพินิจในการรอกการลงโทษนั้น เห็นได้ชัดว่า แนวทางการพิจารณานั้นมีลักษณะคล้ายกันตรงที่ มองในเหตุควรปรานี คือ ในด้านบวกของจำเลยว่ามีเหตุควรรอกการลงโทษหรือไม่ ตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 56 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุกและในคดีนั้น ศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสองปี ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่าได้รับ โทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

เมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัยอาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้นหรือสภาพความผิดหรือเหตุอันควรปรานีแล้วเห็นเป็นการสมควรศาลจะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิดแต่รอการกำหนดโทษไว้ หรือกำหนดโทษแต่รอการลงโทษไว้แล้วปล่อยตัวไปเพื่อให้โอกาสผู้นั้นกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลได้กำหนดแต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษาโดยจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤติของผู้นั้นด้วยหรือไม่ก็ได้ ดังนั้นหากพิจารณาหลักเกณฑ์ที่ศาลให้พิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษแล้ว อาจจะทำให้เห็นหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจของอัยการเด่นชัดขึ้น โดยอาศัยหลักการพิจารณาของศาลเปรียบเทียบกับว่าเหตุปัจจัยอะไรบ้าง

ไม่ว่าการกำหนดโทษของศาลหรือการใช้ดุลพินิจของอัยการ ทั้งสองขั้นตอนมีความสำคัญไม่น้อยไปกว่ากัน เพราะหากอัยการใช้ดุลพินิจได้ถูกต้องแล้ว ก็จะทำให้คดีไม่ขึ้นไปสู่ศาล เป็นการลดปริมาณได้อีกทางหนึ่ง โดยหลักการใช้ดุลพินิจของอัยการกับศาล ล้วนต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษเช่นกันเพื่อให้เหมาะสมกับการกระทำความผิด โดยหลักการใหญ่แล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาก็คือ ลักษณะของผู้กระทำผิด ลักษณะของผู้ถูกทำร้าย ประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณชน ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เมื่อพิจารณาเทียบกันเช่นนี้แล้วจะสามารถทำให้อัยการเข้าใจองค์ประกอบต่างๆ ได้มากยิ่งขึ้น เพราะอัยการนั้นเป็นผู้ใช้อำนาจกึ่งตุลาการเช่นกัน แต่สำหรับอัยการนั้นอาจยังไม่มีเชี่ยวชาญ ไม่มีแนวทางชัดเจนจึงสมควรศึกษาแนวทางของศาลเพื่อพัฒนาการใช้ดุลพินิจในส่วนนี้ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

หลักเกณฑ์ 4 หลักที่จะนำมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษนั้น เป็นหลักการที่อัยการพึงยึดถือเช่นกัน คือ

- 1) ต้องมีเหตุผลและเป็นไปตามกฎหมาย (Reasoning)
- 2) หลักความสอดคล้อง (Consistency)
- 3) หลักความได้สัดส่วนตามความหนักเบาแห่งกรณี (Proportionality)
- 4) หลักการใช้ดุลพินิจต้องไม่เป็นไปตามอำเภอใจ (Discretionary)

ในหลักข้อที่ 2 อาจจะต้องนำมาปรับใช้เป็นที่ว่าแนวการใช้ดุลพินิจของอัยการในเรื่องเดียวกันต้องมีความมั่นคง หากข้อเท็จจริงในคดีมีลักษณะเหมือนกัน ไม่มีอะไรผิดแตกต่างกันนั้น ควรจะต้องเป็นไปในทางเดียวกัน ไม่ใช่บางคดีสั่งฟ้อง ต่อมาคดีมีข้อเท็จจริงเดียวกันกลับไม่ฟ้อง ซึ่งหาหลักเกณฑ์ไม่ได้ ซึ่งตรงนี้อัยการต้องพยายามสร้างหลักเกณฑ์ขึ้นมา ส่วนข้อ 3 นั้นอัยการก็ต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมและความเหมาะสมพอควรในแต่ละเรื่องเช่นกัน โดยหากคดีมีข้อเท็จจริงที่แตกต่างกัน การใช้ดุลพินิจก็ต้องแตกต่างกัน เพื่อให้เหมาะสมพอควรและเป็นธรรมในแต่ละคดี แม้ว่าจุดแยกข้ออัยการจะอยู่ตรงที่ฟ้องหรือไม่ฟ้อง แม้คดีที่สั่งไม่ฟ้องเหมือนกัน

แต่ข้อเท็จจริงต่างกัน เหตุผลย่อมต่างกัน อัยการต้องแสดงให้เห็นว่าดุลพินิจที่ตนใช้นั้นเหมาะสมกับคดีนั้นๆอย่างไร โดยต้องพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีนั้น ซึ่งต้องขึ้นอยู่กับเหตุผลของแต่ละคดี

ฉะนั้นอัยการต้องกำหนดแนวทางในการใช้ดุลพินิจในเรื่องนี้ให้ชัดเจนเพื่อที่จะเป็นกรอบการใช้ดุลพินิจต่อไป โดยอาจนำแนวทางการกำหนดโทษของศาลมาพิจารณา เพราะได้วางหลักเกณฑ์การกำหนดโทษจำเลยคดีอาญาไว้อย่างชัดเจน โดยต้องพิจารณาก่อนการสั่งคดีให้รอบด้าน ทั้งมูลเหตุในการกระทำความผิด เป้าหมายของผู้กระทำความผิด ความรู้สึกนึกคิดซึ่งเห็นได้จากกรกระทำและจิตใจที่มีอยู่ในการกระทำ ความร้ายแรงของการกระทำความผิด ลักษณะของการกระทำความผิด และความชั่วของผู้กระทำความผิด ประวัติของผู้กระทำความผิด สถานภาพของบุคคลทางสังคม และฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด ความประพฤติกายหลังการกระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งความพยายามที่จะเยียวยาความเสียหาย รวมทั้งความพยายามของผู้กระทำความผิดที่จะชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย และที่ขาดเสียมิได้คือ กระแสตอบรับจากสังคมว่าสังคมยอมรับได้หรือไม่ที่การกระทำความผิดหนึ่งๆ นั้นจะไม่ถูกดำเนินคดีต่อไป

การใช้ดุลพินิจในการลงโทษของศาล ก่อนที่ศาลจะตัดสินลงโทษจำเลยที่กระทำความผิดในคดีอาญานั้น ศาลต้องเลือกโทษและกำหนดความหนักเบาของโทษให้เหมาะสม ซึ่งมาจากหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ก็มีส่วนมาจากทฤษฎีการลงโทษ ซึ่งได้แบ่งวัตถุประสงค์ของการลงโทษเอาไว้ ได้แก่ การลงโทษเพื่อการทดแทน การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุง การลงโทษเพื่อเป็นการตัดไม้ให้ไม้ โอกาสกระทำความผิดอีก ซึ่งการที่พนักงานอัยการจะใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะนั้นต้องใช้หลักการเดียวกันกับการกำหนดโทษของศาล โดยการสั่งคดีของอัยการก็ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษด้วย เพราะเหตุผลในแง่การให้ความยุติธรรมแก่ผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล แตกต่างกันตรงที่ว่าอัยการพิจารณาในส่วนที่ว่าสั่งฟ้องหรือไม่ ส่วนศาลพิจารณาว่าจะกำหนดโทษอะไรและระวางโทษเท่าไรเหมือนกันตรงที่ว่าต้องพิจารณาให้รอบด้านเช่นเดียวกัน ทั้งนี้เพื่อให้เหมาะสมต่อการฟื้นฟูผู้กระทำความผิด และเป็นที่ยอมรับได้ต่อความรู้สึกของผู้เสียหาย ประชาชนและสังคม

4.5 ปัจจัยที่ใช้พิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ และระบบการตรวจสอบดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาของต่างประเทศที่ควรนำมาใช้ใน ประเทศ

การตัดสินใจที่จะฟ้องดำเนินคดีต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดนั้น เป็นขั้นตอนที่มีความสำคัญยิ่ง เพราะการฟ้องดำเนินคดีอย่างเป็นทางการและมีประสิทธิภาพนั้น เป็นหัวใจที่สำคัญในการรักษา กฎหมายและความสงบเรียบร้อยของสังคม อีกทั้งการฟ้องดำเนินคดีนั้นแม้จะเป็นเพียงคดี เล็กๆน้อยๆ คดีหนึ่ง ก็จะมีผลเกี่ยวพันไปถึงพยานผู้เสียหาย ผู้ต้องหา และอาจรวมไปถึงครอบครัว ของผู้เสียหายและผู้ต้องหาด้วย การฟ้องคดีของพนักงานอัยการซึ่งเป็นเจ้าพนักงานของรัฐผู้มีหน้าที่ อำนวยความยุติธรรมตามกฎหมายนั้น มุ่งหมายให้สาธารณชนหรือประชาชนโดยส่วนรวมได้รับ ประโยชน์จากการดำเนินคดีเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างแท้จริงและเป็นการส่วนรวมทั้งนี้มิ ความมุ่งหมายให้ผู้ต้องหาเกิดความสำนึกไม่ไปกระทำความผิด อันเป็นการสร้างความเดือดร้อน ให้แก่บุคคลอื่นอีก ดังนั้น ประโยชน์ที่สาธารณชนจะพึงได้รับจากการฟ้องคดีโดยพนักงานอัยการ จึงแตกต่างจากการที่ผู้เสียหายอาจใช้สิทธิฟ้องคดีเอง

แต่จากการศึกษาหาหลักเกณฑ์และแนวทางปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้อง คดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะนั้นควรพิจารณาถึงปัจจัยต่างๆอย่างไรบ้าง ในประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญาและระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญา ยังขาดหลักเกณฑ์ แนวทางที่ชัดเจนเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในกรณีดังกล่าว เพียงแต่ใช้อำนาจและในระเบียบนั้น กำหนดกรณีที่จะสั่งไม่ฟ้องเป็นกรณีอย่างกว้างๆเท่านั้น และในขณะที่พระราชบัญญัติองค์กรอัยการ และพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ซึ่งได้ให้อำนาจสั่งคดีโดยใช้ดุลพินิจแก่พนักงานอัยการในการสั่ง ไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะตาม มาตรา 21 วรรค 2 จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดแนว ทางการใช้ดุลพินิจเพื่อให้สอดคล้องกับการใช้ดุลพินิจตามพระราชบัญญัตินี้ต่อไป แม้ในทางปฏิบัติ อัยการจะเคยมีการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องเพราะคดีไม่เป็นประโยชน์สาธารณะมาแล้วแต่ เหตุผลการสั่งไม่ฟ้องนั้นก็ยังไม่ชัดเจนแน่นอน เนื่องจากยังขาดการศึกษารวบรวมกฎหมายที่สำคัญ เพื่อให้มีแนวทางในการใช้ดุลพินิจเดียวกัน แต่ในขณะที่ในต่างประเทศหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจ การสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะนี้ได้มีการพัฒนาไปมากกว่าประเทศไทย โดย สามารถวิเคราะห์แยกแยะออกมาเป็นปัจจัยต่างๆ ให้เห็นเป็นรูปธรรมชัดเจนขึ้น มีแง่มุมการ พิจารณาประโยชน์สาธารณะที่หลากหลาย ทั้งยังกำหนดไว้เป็นหลักการพิจารณาในการสั่งคดีอย่าง เป็นขั้นตอน โดยเผยแพร่ต่อสาธารณชนให้รับรู้ถึงหลักการดังกล่าวด้วย การศึกษาหลักเกณฑ์ใน ต่างประเทศประกอบนั้นจะทำให้เข้าใจการให้เหตุผลในการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่ เป็นประโยชน์สาธารณะของพนักงานอัยการไทยได้ดีขึ้น

โดยในแต่ละเทศที่ได้กล่าวมานั้น สิ่งที่มีเหมือนกันคือขั้นตอนการพิจารณา ลำดับแรกพนักงานอัยการจะต้องพิจารณาว่าคดีมีพยานหลักฐานเพียงพอหรือไม่ ต่อจากนั้นก็จะเป็นการใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจที่จะสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องคดี โดยการใช้ดุลพินิจว่าการฟ้องคดีจะเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่นั้น ส่วนการใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจที่จะฟ้องหรือไม่ฟ้องโดยการพิจารณาว่าการฟ้องคดีจะเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่นั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้เปิดกว้างให้อัยการใช้ดุลพินิจได้อย่างเต็มที่ โดยไม่ระบุนฐานความผิดเอาไว้ อัยการสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางโดยสามารถสั่งไม่ฟ้องในความผิดได้ทุกประเภท ทำให้บางครั้งถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าการควบคุมการใช้ดุลพินิจอย่างเป็นระบบ ในขณะที่ประเทศเยอรมนี การใช้ดุลพินิจไม่กว้างขวางมากนัก เช่น การฟ้องคดีตามดุลพินิจใช้ในกรณีเนื่องจากความผิดเล็กน้อยของคดี (Petty Infractions) กับหรือความผิดที่มีโทษปานกลาง หรือความผิดที่มีโทษจำคุกน้อยกว่า 1 ปี และโทษปรับ ถ้าพิจารณาจะเห็นว่าความชั่ว (Schuld) ของผู้ต้องหาเล็กน้อยและการดำเนินคดีนั้นไม่มีประโยชน์ต่อสาธารณะ และมีกรณีอื่นๆรวมทั้งหมด 8 กรณี ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 153 ถึง มาตรา 154 ส่วนในประเทศอังกฤษนั้นอัยการสามารถสั่งไม่ฟ้องในความผิดได้ทุกประเภท โดยได้ระบุนปัจจัยทั้งทางด้านสนับสนุนการฟ้องคดี และไม่สนับสนุนการฟ้องคดีอย่างชัดเจน

เพื่อให้สะดวกแก่การที่อัยการจะใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ ผู้เขียนได้วิเคราะห์และสรุปปัจจัยด้านต่างๆของต่างประเทศมาใช้เพื่อประกอบใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ ดังนี้

4.5.1 ปัจจัยที่ใช้พิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ

1) พิจารณาในแง่ของตัวผู้กระทำความผิด

ผู้กระทำความผิด เหตุผลในแง่การให้ความยุติธรรมแก่ผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล ผู้กระทำความผิดบางคนสมควรได้รับการยกโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำไปแล้วเมื่อคำนึงถึงอายุ บุคลิกลักษณะ สติปัญญา ความหนักเบาของความผิด สภาพแวดล้อมก่อนขณะและหลังการกระทำเพื่อไม่ให้นำไปสู่เป็นการลงโทษทางอาญาที่ไม่เหมาะสมและรุนแรงเกินไปทำให้ไม่มีผลเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด ข้อพิจารณาแบ่งเป็น

ข้อเท็จจริงและสภาพการณ์เกี่ยวกับผู้กระทำความผิดก่อนและขณะกระทำความผิด

(1) พิจารณาจากความชั่ว หรือเจตนาของผู้ต้องหา หรือความน่าตำหนิได้ของผู้ต้องหา

ความผิดกระทำไปโดยเป็นผลจากความผิดพลาดหรือเข้าใจผิดอย่างแท้จริง หรือ ความประมาท (ปัจจัยต้องชั่งน้ำหนักกับความร้ายแรงของความผิด)

(2) เหตุจูงใจให้กระทำความผิด

เช่น การกระทำความผิดโดยจำต้องกระทำเพราะมีสภาพยากจนอย่างมาก ลักษณะการกระทำไม่ได้มีความร้ายแรง ไม่มีความเป็นอาชญากรโดยสันดาน สมควรได้รับความเห็นใจจากสังคม

ในประเทศอังกฤษได้มีการระบุเหตุจูงใจในการกระทำความผิด อันเป็นปัจจัยที่สนับสนุนต่อการฟ้องคดี ดังนี้ ความผิดกระทำโดยมีแรงจูงใจจากเรื่องการเลือกปฏิบัติไม่ว่าในรูปแบบใดต่อชาติพันธุ์ สัญชาติ อายุ ความพิการ เพศ ศาสนาหรือความเชื่อ ความคิดเห็นทางการเมือง การแสดงออกในเพศ หรืออัตลักษณ์ในเรื่องเพศของผู้เสียหาย หรือผู้ต้องหาแสดงให้เห็นถึงการประสังข์ร้ายต่อผู้เสียหายเนื่องจากสิ่งที่กล่าวมา

(3) พิจารณาจากเพศ บุคลิก อายุ อุปนิสัย และสิ่งแวดล้อมรอบตัวของผู้กระทำความผิด

— กรณีผู้เยาว์เป็นผู้กระทำความผิด เมื่อพิจารณาว่าผู้ต้องหาที่เป็นเด็กนั้นจะต้องเผชิญกับอะไรบ้างในกระบวนการยุติธรรมหากถูกฟ้องคดี ทั้งนี้เพราะการถูกลงโทษอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออนาคตของผู้ต้องหาที่เป็นผู้เยาว์ได้ หากผู้เยาว์อยู่ในระหว่างการศึกษาล่าเรียน มีความประพฤติดี ทำผิดเพราะความกึกคะนอง รู้เท่าไม่ถึงการณ์ อย่างไรก็ตามในการพิจารณาต้องพิจารณาประกอบกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด หรือ พฤติกรรมครั้งก่อนๆของผู้เยาว์ด้วย

— กรณีผู้กระทำความผิดเป็นผู้สูงวัย หรือขณะกระทำผิดได้รับความทุกข์ทรมานจากความเจ็บป่วยทางกายหรือจิตใจ อัยการจะต้องพิจารณาความเหมาะสมในการฟ้องคดี เว้นแต่เป็นความผิดร้ายแรง หรือมีความเป็นไปได้สูงว่าจะกระทำผิดซ้ำอีก

— กรณีที่ผู้กระทำผิดที่มีความผิดปกติทางจิต อัยการจะต้องพิจารณาความเหมาะสมในการใช้วิธีการอื่นที่ไม่ใช่การฟ้องคดีกับจำเลยที่เจ็บป่วยทางจิตใจหรือทางกายอย่างสำคัญเมื่อเทียบกับการปกป้องสาธารณะชนโดยรวม

— ประวัติการกระทำความผิดของผู้ต้องหา ผู้ต้องหาไม่เคยกระทำความผิดมาก่อนหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามต้องคำนึงถึงความร้ายแรงของการกระทำผิดนั้นประกอบด้วยเสมอ

ข้อเท็จจริงและสภาพการณ์เกี่ยวกับผู้กระทำความผิดภายหลังการกระทำความผิด

1) พิจารณาจากการที่ผู้กระทำความผิดกลับใจและช่วยป้องกันผลร้ายแล้วหรือไม่

- 2) พิจารณาความตั้งใจในการร่วมมือกับการสอบสวนหรือการฟ้องคดีผู้อื่น
- 3) ผู้กระทำความผิดจัดการชดเชยต่อความสูญเสียหรือเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว (แต่จำเลยต้องไม่หลีกเลี่ยงการฟ้องคดีหรือการใช้วิธีการอื่นเนื่องจากการจ่ายเงินค่าเสียหายเพียงเท่านั้น)
- 4) ผู้กระทำความผิดอาจได้รับความเสียหายจนเกินสมควรจากการฟ้องคดี

ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีแนวคิดเรื่องการฟ้องคดีอาจจะเกิดผลกระทบที่ร้ายแรงต่อสุขภาพทางกายหรือทางจิตใจของผู้กระทำความผิด กรณีผู้ต้องหากำลังตกอยู่ในความทนทุกข์ทรมานจากความเจ็บป่วยทางกายหรือทางจิตใจหรือผลของการกระทำผิดเป็นเหตุให้ผู้ต้องหาได้รับบาดเจ็บและได้รับความกระทบกระเทือนทางจิตใจมาอย่างเพียงพอแล้ว การฟ้องคดีอาจจะทำให้ผู้ต้องหาได้รับความเสียหายจนเกินสมควร โดยจะต้องชั่งน้ำหนักกับความจำเป็นที่จะต้องปกป้องสาธารณชนโดยทั่วไป

เมื่อปรากฏว่าผลที่ได้จากการฟ้องร้องคดีอย่างเต็มที่ ไม่คุ้มกับภัยอันตรายที่ความผิดนั้นก่อให้เกิดขึ้น หรือทำให้ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับความเสียหายจากการลงโทษจนเกินสมควร ซึ่งในกรณีการใช้ดุลพินิจในเรื่องนี้พนักงานอัยการในสหรัฐอเมริกาได้มีหลักเกณฑ์ที่จะต้องพิจารณาอยู่หลายประการอันสมควรนำมาพิจารณา ดังนี้คือ¹⁹

- (1) การไม่ฟ้องคดีเป็นครั้งที่สอง
- (2) ผู้กระทำความผิดฐานเมาสุราอาละวาดและฝ่าฝืนกฎจราจรเล็กๆ น้อยๆ
- (3) เพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายที่จะติดตัวผู้กระทำความผิดไปจนเกินสมควร
 - คำนึงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้เยาว์ เพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อตัวผู้เยาว์จนเกินควร
 - คำนึงเกี่ยวกับความมีชื่อเสียงของผู้กระทำความผิด
 - คำนึงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดทางเพศ
- (4) เพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายอันเกิดจากการลงโทษจนเกินสมควร
 - เพื่อไม่ให้มีการจำคุกในระยะนานเกินไป
 - เพื่อให้มีการทำทัณฑ์บนหรือพักการลงโทษมากขึ้น
- (5) กรณีพยานแผ่นดิน

¹⁹ Frank W. Miller. Op.cit. p. 173.

2) ผู้เสียหายและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด

(1) พิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายว่าหากฟ้องไปแล้วจะทำให้เกิดผลกระทบหรือไม่ เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เสียหายกับผู้ต้องหาที่เป็นบุพการี ผู้สืบสันดาน หรือ สามีภรรยา ควรได้รับการเยียวยาแก้ไขให้ความสัมพันธ์ยั่งยืน

(2) พิจารณาจากความต้องการให้ดำเนินคดีของผู้เสียหาย ความไม่พอใจของสาธารณชน

(3) ลักษณะและประเภทของผู้เสียหาย เช่น ผู้เสียหายเป็นผู้ที่อ่อนแออยู่แล้ว หรือทำให้ตกอยู่ในอาการหวาดกลัวอย่างมาก หรือได้รับการทำร้ายร่างกาย เสียหาย หรือเป็นการกระทำความผิดต่อบุคคลที่เป็นเจ้าหน้าที่ (เช่น ตำรวจ หรือเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ หรือพยาบาล)

3) พิจารณาลักษณะและความร้ายแรงของการกระทำความผิด

(1) พิจารณาลักษณะการใช้อาวุธหรือมีการใช้ความรุนแรงระหว่างการกระทำความผิด

(2) มีพยานหลักฐานว่าความผิดกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

(3) ความผิดแม้โดยตัวเองจะไม่ร้ายแรง แต่เกิดขึ้นในวงกว้าง

(4) ความเสียหายที่เกิดขึ้นเพียงเล็กน้อย หรือ ราคาทรัพย์สินที่ได้กระทำความผิดเพียงเล็กน้อยในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีแนวทางพิจารณาลักษณะและความร้ายแรงของการกระทำโดยวัดจากผลของการกระทำต่อชุมชนและต่อเหยื่อ โดยผลของการกระทำความผิดที่มีต่อชุมชนนั้นอาจวัดได้หลายทาง ดังนี้

1. ในด้านผลร้ายทางเศรษฐกิจที่มีต่อประโยชน์ของชุมชน

2. ในด้านอันตรายทางกายภาพต่อประชากรหรือความเสียหายต่อทรัพย์สิน

สาธารณะ

3. ในด้านการลดทอนความสงบทางจิตใจของผู้อยู่อาศัยและความรู้สึกปลอดภัย

4) พิจารณาจากฐานความผิด

การพิจารณาจากฐานความผิด ประเทศเยอรมนีได้กำหนดประเภทและฐานความผิดในการพิจารณาว่าการฟ้องคดีจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกากล้าเปิดกว้างให้พนักงานอัยการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ โดยไม่ได้ระบุฐานความผิดเอาไว้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรจะระบุฐานความผิดซึ่งมักเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะอย่างประเทศเยอรมนีไว้ด้วย เพื่อให้พนักงานอัยการมีแนวทางที่ชัดเจน แต่คดีเหล่านี้ควรเป็นข้อพิจารณาเพียงข้อหนึ่งเท่านั้น โดยไม่ได้จำกัดการใช้ดุลพินิจไว้เฉพาะฐานความผิดเหล่านี้ หากมีปัจจัยอื่นประกอบก็อาจสั่งไม่

ฟ้องได้ ทั้งนี้ เพื่อให้พนักงานอัยการสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางและยืดหยุ่นต่อสถานการณ์ต่างๆ ซึ่งสามารถสรุปได้

(1) ความผิดอาญากรณีเป็นความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม (Mala prohibita) โดยในเยอรมนีมีเกณฑ์เกี่ยวกับการสั่งไม่ฟ้องคดีที่มีมูล เนื่องจากความผิดเล็กน้อยของคดี (Petty Infractions) ความผิดเล็กน้อยตามกฎหมายอาญาของเยอรมัน หมายถึง ความผิดเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามกฎข้อบังคับของรัฐโดยเจตนาหรือประมาทแล้วแต่กรณี ตัวอย่างเช่น การฝ่าฝืนกฎจราจร (กรณีที่ต้องหาไม่ยินยอมเสียค่าปรับและยินยอมต่อสู้อัยการในชั้นศาล เจ้าพนักงานจะส่งเรื่องมาที่อัยการซึ่งอัยการมีหน้าที่จะใช้ดุลพินิจว่าจะฟ้องคดีดังกล่าวหรือไม่)

(2) คดีอาญาที่มีความเกี่ยวข้องกับต่างประเทศ

(3) ความผิดอาญาที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ

(4) ความผิดอาญาฐานกรรโชกหรือรีดเอาทรัพย์สินได้ถูกกระทำลงโดยการขู่เชิญว่าจะเปิดเผยความผิดอาญาใดความผิดอาญาหนึ่ง อัยการอาจไม่ดำเนินคดีกับความผิดอาญาที่ถูกขู่เชิญว่าจะเปิดเผยนั้นได้ ถ้าความผิดอาญานั้นไม่เป็นความผิดอาญาที่ผู้กระทำควรได้รับโทษเพราะความร้ายแรงของความผิดอาญานั้น (มาตรา 154c) ทั้งนี้เพื่อเป็นการสนับสนุนให้ผู้ถูกขู่เชิญได้เปิดเผยเรื่องราวที่ตนถูกขู่เชิญได้

นอกจากฐานความผิดข้างต้น อัยการยังต้องคำนึงถึงอีกสิ่งหนึ่งนั่นคือคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองด้วยว่าในแต่ละฐานความผิดนั้นสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองคือสิ่งใด การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย คือการที่กฎหมายอาญากระดัดของ “สมบัติ” (Gut) เฉพาะอย่างขึ้นเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) สมบัติที่ได้รับการยกระดับขึ้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในกฎหมายอาญา ไม่ว่าจะในประมวลกฎหมายอาญาเองหรือในพระราชบัญญัติอื่นๆ ล้วนเป็นสมบัติที่สำคัญที่จำเป็นสำหรับอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น สมบัติที่ได้รับการยกระดับขึ้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในกฎหมายอาญา เช่น ชีวิต มนุษย์ ความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพในการกระทำ เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทาง กรรมสิทธิ์ทรัพย์สิน ความบริสุทธิ์สะอาดของอำนาจรัฐ ความเด็ดขาดของอำนาจรัฐ การคงอยู่ของสถาบันต่างๆ ของรัฐ ความปลอดภัยของการจราจร ฯลฯ เหล่านี้จะเห็นได้ว่าเป็นสมบัติที่จำเป็นสำหรับการคงอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น²⁰ ฉะนั้นพนักงานอัยการจะต้องถามตนเองถึงคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองและเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย ซึ่งมีผลต่อการที่จะดำเนินคดีหรือไม่ เช่นเดียวกัน²¹

²⁰ คณิต ฒ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 183-184.

²¹ แหล่งเดิม.

อีกทั้งแนวโน้มน้ำศาลที่อาจจะลงโทษเพียงเล็กน้อย หรือพอเป็นพิธีเท่านั้น หรือเป็นกรณีที่ทำกรฟ้องคดีไปแล้ว ไม่ต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญา เช่นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคแรก หรือ มาตรา 277 วรรคท้าย เป็นต้น ซึ่งเป็นข้อพิจารณาเชื่อมโยงกับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายตามที่กล่าวแล้วข้างต้น

5) พิจารณาในแง่สังคม

(1) การฟ้องคดีจะมีผลในทางบวกอย่างสำคัญต่อการดำรงความเชื่อมั่นของสังคม

(2) ในกรณีการกระทำความผิดได้คาบเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนตัวด้วย แม้ผู้เสียหายไม่ต้องการที่จะดำเนินคดีต่อไป ในกรณีที่พนักงานอัยการพิจารณาว่าการฟ้องคดีเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าสาธารณชนต้องการที่จะทำอะไร โดยพิจารณาว่าในกรณีดังกล่าวมีคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญกว่าที่ต้องคุ้มครองและจำเป็นต้องฟ้องคดีในเรื่องดังกล่าวหรือไม่ เช่น ตัวอย่างเช่น คดีละเมิดทางเพศเด็ก หรือ คดีละเมิดทางเพศในครอบครัว ผู้เสียหายอาจไม่ต้องการที่จะให้พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดหรือกล่าวว่าจะเกิดปัญหาครอบครัวตามมา

(3) การฟ้องคดีจะมีผลต่อนโยบายการปราบปรามอาชญากรรม เช่น การไม่ฟ้องคดีต่อผู้ที่ถูกกันไว้เป็นพยาน (พยานแผ่นดิน) การกันเอาผู้ต้องหาที่ได้ร่วมกระทำความผิดบางคนมาเป็นพยานเพื่อฟังลงโทษผู้ต้องหาอื่น หากพนักงานอัยการจะกลับฟ้องผู้ต้องหาข่มขู่ผลกระทบต่อประชาชนไม่กล้าเปิดเผยข้อมูลอันเป็นประโยชน์แก่คดีเพราะกลัวจะถูกฟ้องกลับในภายหลังได้ ซึ่งการสั่งไม่ฟ้องพยานแผ่นดินนี้จัดเป็นอาวุธที่ใช้ในการต่อสู้กับอาชญากรรมที่มีการจัดองค์การ (Organized crime) ความผิดฐานให้สินบน ความผิดเกี่ยวกับการพนัน เป็นต้น

(4) การกระทำความผิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมน้อยมาก เมื่อพิจารณาความสำคัญของเรื่องที่กระทำผิด เจตนาของการกระทำผิดพบว่าผู้กระทำมีเจตนาดี

(5) ความเห็นของสาธารณชนเกี่ยวกับความต้องการบังคับหรือไม่บังคับให้เป็นไปตามกฎหมายที่วางไว้ โดยพนักงานอัยการจะต้องคำนึงถึงความรู้สึกของสาธารณชน เพื่อให้เกิดผลตามเจตนารมณ์ของสาธารณชนในสถานการณ์ต่างๆ²² เมื่อความรู้สึกของสาธารณชนยืนยันให้ใช้บังคับกฎหมายอย่างเข้มงวดเด็ดขาดในบางสถานการณ์ ในทางตรงกันข้ามก็อาจมีกรณีที่ความรู้สึกของสาธารณชนไม่ต้องการให้ใช้บังคับกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งแก่บุคคลเป็นการเฉพาะตัว²³

²² Frank W.Miller. Loc.cit.

²³ Ibid.

(6) เหตุผลทางค่าใช้จ่าย

การดำเนินคดีโดยอัยการในสหรัฐอเมริกา เหตุผลทางค่าใช้จ่ายมีส่วนกำหนดว่า ควรจะฟ้องร้องดำเนินคดีหรือไม่เพียงใด แม้ว่าคดีนั้นจะเข้าหลักเกณฑ์ที่อัยการต้องฟ้อง และมีพยาน หลักฐานพอพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาแล้ว โดยชั่งน้ำหนักระหว่างความจำเป็นในการดำเนินคดีกับค่าใช้จ่ายที่จะต้องสูญเสียไปกับการดำเนินคดีกับผู้ต้องหาว่าอย่างไรจะมื่อน้ำหนักมากกว่ากัน

กรณีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน มีกรณีที่เกิดขึ้นบ่อยๆที่ไม่มีมีการฟ้องคดีแก่ผู้ต้องหาที่ อาจจะต้องส่งตัวข้ามแดนมาเพื่อดำเนินคดี เพราะจะต้องเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก การที่จะตั้งฟ้องหรือไม่ในคดีนี้จึงเป็นผลของการชั่งน้ำหนักระหว่างภาระที่เกิดขึ้นจากการคุมขังผู้ต้องหาเพื่อส่งข้ามแดนกับความจำเป็นที่ต้องดำเนินคดีกับผู้ต้องหาว่าอย่างไรมีความจำเป็นมากกว่ากัน²⁴ เช่น การให้ส่งตัวผู้ร้ายในความผิดทางเศรษฐกิจ (White collar crimes) รายใหญ่ๆ ย่อมมีความจำเป็นและคุ้มค่ามากกว่าผู้ร้ายในคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินราคาเล็กน้อย

(7) การพิจารณาถึง เครื่องมือ สถานที่ และกำลังคนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

อัยการจึงต้องมีดุลพินิจในการที่จะเลือกนำเฉพาะบางคนเท่านั้นเข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมโดยวิธีการฟ้องร้องต่อศาล ถ้าอัยการไม่มีดุลพินิจและจะต้องฟ้องคดีที่เกิดขึ้นแทบทุกคดีแล้ว ก็จะเป็นภาระแก่องค์กรต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมอย่างมากอาจทำให้กระบวนการยุติธรรมนั้นหมดสมรรถภาพที่จะดำเนินงานต่อไปได้

(8) เหตุผลในแง่การให้ความยุติธรรมแก่ผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล ผู้กระทำความผิดบางคนสมควรได้รับการยกโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำไปแล้ว เมื่อคำนึงถึงอายุ บุคลิก ลักษณะ สติปัญญา ความหนักเบาของความผิด สภาพแวดล้อมก่อนขณะและหลังการกระทำความผิด²⁵ เนื่องจากทฤษฎีการลงโทษในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไป ในปัจจุบันประเทศต่างๆ ส่วนมากได้เลิกใช้ทฤษฎีแก้แค้น (Retribution) มาเป็นแนวความคิดที่จะแก้ไขผู้กระทำความผิด โดยต้องเลือกรูปแบบให้เหมาะสมกับสภาพความหนักเบาของความผิดและบุคลิกภาพของผู้กระทำความผิด และเห็นว่าการลงโทษนั้นควรมีจุดประสงค์เพื่อ การป้องกันทั่วไป กล่าวคือ การลงโทษควรกระทำเพื่อให้ผู้กระทำผิดเห็นว่า สังคมส่วนรวมจะไม่นิ่งเฉยกับการกระทำเช่นนั้น และเป็นการเตือนบุคคลทั่วไปในสังคมว่าถ้ามีการกระทำเช่นนั้นอีกต้องได้รับโทษเช่นเดียวกัน กับเห็นว่าการลงโทษนั้นควรมีวัตถุประสงค์เพื่อ (ป้องกันพิเศษ) กล่าวคือ การลงโทษนั้นจะต้องให้เหมาะสมกับ

²⁴ Ibid.

²⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 162-163.

ความผิดและความชั่วของผู้กระทำผิดเพื่อให้โอกาสแก้ไขปรับปรุงตัว ไม่ให้กระทำความผิดเช่นนั้นซ้ำอีกและเพื่อให้สามารถกลับเข้าสู่สังคมได้

(9) หากไม่ฟ้องคดีนั้นจะไม่ทำให้หลักการยับยั้ง (Deterrence) “ผู้อื่น” มิให้กระทำความผิดอย่างเดียวกันเสียไปมากนัก

จะเห็นได้ว่า ประโยชน์สาธารณะในการฟ้องคดีนั้นมีปัจจัยหลายด้านที่เอามาประกอบกัน พนักงานอัยการจะต้องพิจารณาถึงปัจจัยที่เกี่ยวข้องเหล่านี้ เพื่อใช้เป็นข้อสนับสนุนเหตุผลในการสั่งไม่ฟ้องคดีของตน ทั้งต้องแสดงเหตุผลประกอบกับข้อเท็จจริงในสำนวนด้วยว่าเหตุใดจึงใช้เหตุจูงใจเช่นนี้ในการสั่งไม่ฟ้องเพราะเห็นว่าการดำเนินคดีไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ และในแต่ละคดีอาจจะมีปัจจัยหลายด้าน ทั้งปัจจัยที่เป็นข้อสนับสนุนให้ฟ้องคดี และไม่สนับสนุนให้ฟ้องคดี ดังนั้น นอกจากอัยการจะพิจารณาว่ามีปัจจัยใดบ้างที่เกี่ยวข้อง พนักงานอัยการต้องชั่งประโยชน์ในการใช้ดุลพินิจฟ้องคดีหรือไม่ฟ้องคดีแก่ผู้กระทำความผิดอย่างรอบคอบด้วย ซึ่งถือว่าเป็นขั้นตอนที่สำคัญเช่นกัน

ผู้เขียนมีความเห็นว่าในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะนั้นควรเริ่มต้นจากการวางหลักเกณฑ์ (Guidelines) โดยการกำหนดกฎเกณฑ์และแนวทางอย่างชัดเจน โดยแยกเป็นปัจจัยต่างๆที่อัยการควรพิจารณาว่ามีอะไรบ้างที่เป็นลักษณะสำคัญ ให้เห็นเด่นชัดขึ้น อัยการต้องพิจารณาในหลายด้าน ทั้งตัวบทกฎหมาย การตีความกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย มาตรฐานทางศีลธรรม ความถูกต้องและความเหมาะสมทางสังคม เพื่อที่จะบรรลุจุดประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และต้องพิจารณาถึงกระบวนการต่อไปในภายภาคหน้าด้วย โดยพิจารณาถึงผลที่จะเกิดขึ้นตามมา ไม่ว่าจะสั่งฟ้อง หรือ ไม่ฟ้องคดี ในทุกคดีจำเป็นต้องพิจารณาอย่างรอบคอบ และข้อสำคัญอย่างยิ่งจะต้องไม่โอนอ่อนไปตามอารมณ์ความรู้สึกหรือความคิดเห็นต่างๆที่ไม่ได้เป็นหลักการที่ควรยึดถือและไม่ได้มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการพิจารณาในเรื่องประโยชน์สาธารณะ ในการใช้ดุลพินิจนั้นต้องพยายามสร้างความน่าเชื่อถือและศรัทธาให้แก่ประชาชน โดยเน้นเรื่องความสอดคล้องต้องกันของแนวการใช้ดุลพินิจในเรื่องเดียวกัน ต้องมีความมั่นคงไม่เปลี่ยนแปลงไปมา การใช้ดุลพินิจในเรื่องเดียวกันที่ไม่มีอะไรผิดแผกแตกต่างกันนั้น ควรจะต้องเป็นไปในทิศทางเดียวกัน แต่ในขณะที่เดียวกันก็ต้องใช้ดุลพินิจให้เหมาะสมพอเหมาะพอควรแก่กรณีในแต่ละเรื่อง กล่าวคือ ถ้ามีเหตุผลหรือพฤติการณ์ในแต่ละกรณีอธิบายให้เห็นความแตกต่างกันได้ การใช้ดุลพินิจในแต่ละกรณีก็ควรจะต้องแตกต่างกัน ไม่จำเป็นต้องเหมือนกันหมด เพื่อให้กรอบการใช้ดุลพินิจเป็นเอกภาพไม่แปลกแยกแตกต่าง และในการใช้ดุลพินิจนั้นต้องมีการให้เหตุผลอย่างละเอียด โดยเหตุผลนั้นต้องมีหลักเกณฑ์อธิบายได้ในการใช้ดุลพินิจในแต่ละขั้นตอนด้วย อัยการต้องแสดงให้เห็นว่าใช้ดุลพินิจโดยมีมูลเหตุจูงใจที่ถูกต้อง พิจารณาจาก

ข้อเท็จจริงส่วนไหน โดยคำนึงถึงปัจจัยด้านไหนบ้าง เพื่อเป็นการควบคุมดุลพินิจไม่ให้กลายเป็นอำเภอใจ

ส่วนด้านข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดที่ให้เป็นฐานในการใช้ดุลพินิจนั้นก็มีความสำคัญเช่นกันเพราะแม้ว่าอัยการจะมีหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์ชัดเจนเพียงใดแต่ขาดข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดก็อาจทำให้การใช้ดุลพินิจนั้นผิดพลาดได้เช่นเดียวกัน เพราะในการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะนั้นอัยการย่อมต้องเห็นว่ามีข้อเท็จจริงอันควรปรานีบางประการ หรือ มีข้อเท็จจริงที่ทำให้เห็นวาลักษณะการกระทำเป็นการกระทำผิดที่ไม่ร้ายแรง ความเสียหายเพียงเล็กน้อย ไม่มีเจตนาร้าย หรือผู้กระทำความผิดได้พยายามบรรเทาผลร้าย เป็นต้น ซึ่งข้อเท็จจริงเช่นนี้จะปรากฏขึ้นตั้งแต่ต้นไม่ได้เลยหากพนักงานสอบสวนไม่เข้าใจบทบาทของตนอย่างถูกต้อง เอาแต่คิดที่จะแสดงให้เห็นแต่ความผิดของผู้ต้องหา ซึ่งหากตำรวจมองข้ามรายละเอียดเหล่านี้ ข้อเท็จจริงบางประการที่มีผลต่อการใช้ดุลพินิจอาจไม่ปรากฏในสำนวน ทำให้อัยการไม่ทราบว่ามีข้อเท็จจริงเหล่านั้นอยู่ หรืออาจจะไม่มีข้อเท็จจริงมากพอที่อัยการจะใช้ดุลพินิจ ส่งผลอัยการขาดความเชื่อมั่นในข้อเท็จจริงเหล่านั้น ทำให้การใช้ดุลพินิจนั้นผิดพลาดได้ง่าย หรือไม่กล้าใช้ดุลพินิจในการสั่งคดีดังกล่าว หรือ ไม่สามารถที่จะดำเนินการที่จะเป็นประโยชน์ต่อรูปคดีได้อย่างทันท่วงที จึงเห็นว่าในส่วนข้อมูลของคดีนั้นความร่วมมือของพนักงานสอบสวนนั้นเป็นสิ่งที่สำคัญและขาดเสียมิได้เช่นกัน

แนวทางในการนำวิธีการใช้ดุลพินิจและการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจมาปรับใช้ควรมีแนวทางที่สำคัญ ดังนี้ คือ

1) ควรมีหลักเกณฑ์มาตรฐาน (Standardized guidelines) รวมทั้งคุณสมบัติของผู้ที่อยู่
ในข่ายการใช้ดุลพินิจสั่งคดีที่ไม่เป็นรูปธรรม (Structuring discretion) กำหนดกฎเกณฑ์และ
แนวทาง (Guidelines) ในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะอย่างชัดเจน

2) กลไกรับรองหลังจากการใช้ดุลพินิจแล้ว

3) มาตรการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการ

จากการศึกษาดุลพินิจของพนักงานอัยการในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์
สาธารณะของต่างประเทศแล้ว พบว่ามีปัจจัยที่เป็นหลักเกณฑ์พิจารณารวม 5 ประการหลัก คือ
พิจารณาในแง่ของตัวผู้กระทำความผิด พิจารณาผู้เสียหายและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ
ความผิด พิจารณาลักษณะและความร้ายแรงของการกระทำความผิด พิจารณาจากฐานความผิด และ
พิจารณาในแง่สังคม ซึ่งในแต่ละแง่นั้นก็จะมีรายละเอียดที่เป็นข้อพิจารณาแยกย่อยลงไป โดยการ
พิจารณาผู้กระทำความผิด ผู้เสียหาย และบุคคลที่เกี่ยวข้อง สิ่งที่ต้องพิจารณาคือ ความชั่ว หรือเจตนา
ของผู้ต้องหา หรือความน่าตำหนิได้ของผู้ต้องหา เหตุจูงใจให้กระทำความผิด พิจารณาจากเพศ

บุคลิก อายุ อุปนิสัย และสิ่งแวดล้อมรอบตัวของผู้กระทำความผิด วิธีการและผลของการกระทำ ความผิด ประวัติการกระทำผิดของผู้ต้องหา ความร้ายแรงของการกระทำผิดนั้น การที่ผู้กระทำความผิดกลับใจและช่วยป้องกันผลร้ายของผู้ต้องหา ความตั้งใจในการร่วมมือกับการสอบสวน กรณีรวมทั้งสภาพการณ์ภายหลังความผิดด้วยว่ามีการเสียหายความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความผิดหรือไม่ พิจารณาถึงผลของการฟ้องดำเนินคดีจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสุขภาพทางกายหรือทางจิตใจหรืออาจจะทำให้ผู้ต้องหาได้รับความเสียหายจนเกินสมควร พิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้เสียหาย การพิจารณาในแง่ของสภาพสภาพความร้ายแรงของการกระทำผิด ฐานความผิด โดยคำนึงถึงสภาพแห่งคดีและฐานความผิด เช่น คดีที่เป็นความผิดเล็กน้อย คดีที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาท และแนวโน้มของคำพิพากษา การฟ้องคดีจะมีผลกระทบต่อ นโยบายการปราบปรามอาชญากรรม ความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงควรจัดให้มีการหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจโดยแบ่งตามการพิจารณา 5 ประการข้างต้นเพื่อเป็นแนวทางในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะต่อไป

4.5.2 ระบบการตรวจสอบที่ควรนำมาใช้ในประเทศไทย

การสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องไม่ว่าด้วยสาเหตุใดย่อมส่งผลสำคัญติดตามมามากมาย การสั่งฟ้องคดีของพนักงานอัยการเป็นการตัดสินใจแทนฝ่ายบริหารว่าผู้ต้องหานั้นสมควรถูกลงโทษเมื่อบุคคลนั้นต้องตกเป็นจำเลยจนกว่าการดำเนินคดีจะถึงที่สุด การสั่งไม่ฟ้องคดีจะทำให้บุคคลที่ถูกกล่าวหาหลุดพ้นจากการถูกฟ้องคดีอาญา ด้วยความสำคัญของดุลพินิจของพนักงานอัยการดังกล่าว การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการจึงเป็นเรื่องที่มีความจำเป็น แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาโดยรอบคอบ เพราะในการปฏิบัติหน้าที่ของอัยการซึ่งเป็นเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมย่อมมีสถานะเป็น “กึ่งตุลาการ” (Quasi-Judicial) การปล่อยให้มีการควบคุมจนปราศจากความเป็นอิสระอาจก่อให้เกิดผลเสียหายติดตามมา ในขณะเดียวกัน การปล่อยให้มีการใช้ดุลพินิจโดยปราศจากการควบคุมก็จะทำให้เกิดการใช้อำนาจโดยไม่ชอบตามมาเช่นกัน

การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ คงเป็นที่ยอมรับว่ากระบวนการในการดำเนินคดีอาญาทุกขั้นตอนตามปกติต้องสามารถควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจได้ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบจากบุคคลในองค์กรในการดำเนินคดีอาญาของรัฐ การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจอ้างว่านี่นอกจากจะเป็นไปในหน่วยงานซึ่งเป็นเรื่องปกติธรรมดาที่ต้องกระทำแล้ว ที่สำคัญก็จะต้องมีกฎหมายกำหนดกลไกควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจจากภายนอกด้วย และที่สุดจะต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจอ้างของรัฐของเจ้าพนักงานและศาลได้อีกทางหนึ่ง การควบคุมการตรวจสอบการใช้อำนาจจากภายนอกคือการดูแลและ

คานอำนาจกันและกันระหว่างองค์กรต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมรวมถึงความรับผิดชอบ (Accountability) ในการบริหารงานยุติธรรมด้วย²⁶ ดังนั้นในระบบกฎหมายต่างๆ ได้มีการเสริมสร้างมาตรการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจขึ้น เพื่อเป็นหลักประกันต่อการใช้อำนาจของอัยการในการดำเนินคดีอาญาโดยมาตรการดังกล่าวประกอบด้วย มาตรการควบคุมภายในองค์กร มาตรการคานอำนาจระหว่างองค์กร ระบบการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกหรือระบบการตรวจสอบโดยศาลยุติธรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง มาตรการควบคุมภายในองค์กร จะเป็นมาตรการในการวินิจฉัยคดีโดยแสดงผลเป็นลายลักษณ์อักษรเสนอต่อผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้น ส่วนมาตรการคานอำนาจระหว่างองค์กรนอกจากจะวินิจฉัยสั่งคดีตามลำดับชั้นแล้วยังเปิดโอกาสให้องค์กรและหน่วยงานอื่นโต้แย้งหรือคัดค้านการสั่งคดีได้ ซึ่งมาตรการดังกล่าวขั้นต้นจะแตกต่างจากระบบตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก เพราะระบบนี้จะถือว่าการวินิจฉัยสั่งคดีตามลำดับชั้นจะไม่เด็ดขาดจนกว่าองค์กรภายนอกจะเห็นชอบด้วย

ส่วนมาตรการการตรวจสอบโดยศาลนั้น ในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายศาลอาจตรวจสอบการใช้อำนาจหรือการวินิจฉัยขององค์กรฝ่ายอื่นๆ ได้ หากพบว่าได้มีการปฏิบัติใดๆ ลงโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ศาลมีอำนาจสั่งยกเลิกเพิกถอนการปฏิบัติการณ์นั้นๆ

ดร.กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ ให้ความเห็นว่าแนวทางในการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจอาจทำควบคู่ไปทั้งควบคุมจากภายในองค์กรเอง (Internal control) และการควบคุมจากภายนอกองค์กร (External control) โดยอาจจะมีการดำเนินการดังนี้

- 1) สร้างกฎเกณฑ์ ในการดำเนินคดีอาญาโดยเฉพาะในการใช้อำนาจเพื่อให้อำนาจใช้ดุลพินิจอยู่ภายใต้กรอบหลักเกณฑ์วิธีที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน
- 2) สร้างองค์กรการตรวจสอบภายในองค์กรที่มีประสิทธิภาพโดยเปิดโอกาสให้องค์กรนี้ได้รับข้อมูลการร้องทุกข์ได้โดยตรงจากผู้เสียหาย สื่อมวลชน และประชาชนโดยทั่วไป
- 3) สร้างความโปร่งใส(Transparency) ในกระบวนการทำงาน โดยเฉพาะในการสั่งคดีควรมีการกำหนดให้มีการให้เหตุผลในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายโดยละเอียดและต้องเปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนได้เสียได้รับทราบความเห็นด้วย
- 4) คำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดี โดยเฉพาะคำสั่งชี้ขาดความเห็นแย้งของอัยการสูงสุดสมควรให้มีการตีพิมพ์เผยแพร่ต่อสาธารณชนในลักษณะเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกา
- 5) สร้างกลไกในระดับองค์กรที่เหมาะสมเพื่อให้อัยการมีความรับผิดชอบ (Accountability) กับองค์กรภายนอก เช่น ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายบริหารเพื่อให้ฝ่ายบริหารและนิติ

²⁶ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 428-433.

บัญญัติเข้ามามีส่วนรับรู้ในงานของอัยการอันเป็นการสร้างระบบการตรวจสอบตามระบอบประชาธิปไตย

ด้วยเหตุที่อัยการมิได้มีเอกสิทธิ์หรือความคุ้มกันเป็นพิเศษระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ อัยการจึงต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อผู้เสียหายและผู้มีส่วนได้เสียตลอดจนสื่อมวลชน สมาชิกวุฒิสภา และประชาชนทั่วไปอยู่แล้วในผลของการทำงานของตนเอง กฎเกณฑ์สำคัญของการควบคุมการใช้ดุลพินิจของอัยการคือ การพยายามหาช่องทางให้บุคคลเหล่านี้ได้มีโอกาสเข้ามาตรวจสอบองค์กรอัยการได้มากขึ้น โดยการสร้างความโปร่งใสในระบบการทำงานของอัยการและเปิดโอกาสให้ประชาชนได้ทราบข้อมูลต่างๆมากขึ้น²⁷

สิ่งสำคัญที่พนักงานอัยการระมัดระวังในการใช้ดุลพินิจก็คืออย่างยิ่ง คือ ความระมัดระวังต่อข้อครหาของประชาชน โดยมีส่วนกำหนดบทบาทของอัยการในการดำเนินคดีอย่างมาก เพราะอัยการถือว่าเป็นฝ่ายยุติธรรม ดังนั้น การกระทำใดๆที่อาจทำให้ประชาชนครหาซึ่งถือเป็นเรื่องร้ายแรงสำหรับอัยการแล้วก็พยายามหลีกเลี่ยงให้มากที่สุด แม้ว่าหลายกรณีที่อัยการเห็นว่าควรฟ้องปรนหรือเห็นใจต่อผู้ถูกกล่าวหากระทำผิด(ซึ่งเป็นสิ่งที่ควรกระทำอย่างยิ่ง) แต่ความระมัดระวังต่อข้อครหาดังกล่าว ทำให้อัยการจำนวนไม่น้อยเกิดความลังเลไม่อาจตัดสินใจในการกระทำการเช่นนั้นและมอบภาระให้ไปพิสูจน์กันในศาล²⁸

จากสถานภาพพิเศษของอัยการทำให้การควบคุมดุลพินิจของอัยการเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อน การให้ฝ่ายการเมืองหรือฝ่ายบริหารมีอำนาจในการควบคุมมากเกินไป อาจส่งผลในการสั่งฟ้องคดีหรือไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะเมื่อมีผลประโยชน์ของกลุ่มการเมืองนั้นเข้ามาเกี่ยวข้อง การให้ฝ่ายตุลาการเข้ามาควบคุมมากเกินไปก็มีปัญหาเรื่องแนวคิดในการแบ่งแยกอำนาจที่ไม่ต้องการให้อำนาจสอบสวนฟ้องร้องกับอำนาจในการพิจารณาพิพากษาเข้ามาอยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรเดียว²⁹ ซึ่งอาจนำไปสู่การใช้อำนาจที่ไม่ชอบซึ่งเป็นสิ่งที่พยายามหลีกเลี่ยงกันมาโดยตลอดนับแต่หลังการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสในศตวรรษที่ 18 ด้วยเหตุนี้การสร้างระบบการควบคุมดุลพินิจของอัยการที่เหมาะสม จึงเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาด้วยความรอบคอบ

²⁷ ณรงค์ ใจหาญ. (2540). การตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ ใน หนังสือบนเส้นทางแห่งหลักนิติธรรม. หน้า 207-227.

²⁸ ชนิญญา (รัชนี) ชัยสุวรรณ. เล่มเดิม. หน้า 21.

²⁹ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. (2542). กระบวนยุติธรรมบนเส้นทางของการเปลี่ยนแปลง. หน้า 280-282.

แม้หลักการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการไทยตามกฎหมายได้ใช้หลักการฟ้องคดีตามดุลพินิจมาโดยตลอด แต่การใช้ดุลพินิจนั้นไม่มีการประชาสัมพันธ์เผยแพร่ให้ประชาชนรับทราบ อาจจะเนื่องจากการหวั่นเกรงกระแสนักค้าน ในขณะที่เดียวกันสำนักงานอัยการสูงสุดยังมีได้ทำการรวบรวมหรือวิเคราะห์คดีที่ได้สั่งไม่ฟ้องโดยการใช้ดุลพินิจตามระเบียบดังกล่าวออกเผยแพร่ และกำหนดแนวทางที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้นเพื่อให้พนักงานอัยการในประเทศได้ยึดเป็นแนวทางปฏิบัติในการสั่งคดี ดังนั้นในทางปฏิบัติทำให้พนักงานอัยการในประเทศเมื่อเกิดความลังเลว่าควรสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้อง พนักงานอัยการจะสั่งฟ้องไปให้ศาลวินิจฉัยเพื่อหลีกเลี่ยงคำครหา ซึ่งอาจเป็นการเลี่ยงความรับผิดชอบต่อสังคม และเป็นการขัดกับหลักสิทธิมนุษยชนและหลักกฎหมายแห่งกฎหมาย (Rules of law) ที่ให้สันนิษฐานว่าบุคคลเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเขาได้กระทำความผิดกฎหมาย

การใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการจะต้องมีการเชื่อมต่อความผิดพลาดควบคู่ไปด้วยเสมอ และเมื่อพิจารณาถึงว่าวิธีการนี้เป็นการทำให้คดีอาญาเสร็จสิ้นโดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาของฝ่ายตุลาการก็ยิ่งเสี่ยงมากขึ้น และในบรรดาความเสี่ยงภัยทั้งหลาย สิ่งแรกที่พึงคำนึงในการใช้ดุลพินิจก็คือ อิทธิพลจากความกดดันต่างๆ หรือ จากสถานการณ์ส่วนตัวของพนักงานอัยการเอง เช่น ความชอบพอ ความคิดเห็นส่วนตัว เป็นต้น ดังนั้น เพื่อป้องกันความผิดพลาดหรือความไม่เป็นธรรมในการใช้ดุลพินิจ จึงต้องมีระบบการตรวจสอบขึ้น

พนักงานอัยการเองก็ตระหนักและระมัดระวังในการที่จะยึดติดอยู่กับการถือความถูกต้องใน คิดเห็นของตนเองเป็นใหญ่ อันจะนำไปสู่การใช้ดุลพินิจอย่างไม่เป็นธรรมทั้งโดยตั้งใจและไม่ตั้งใจ จึงได้มีการกำหนดวิธีพิจารณาบางอย่างขึ้นสำหรับสำนักงานอัยการในการที่จะทำการใช้ดุลพินิจถูกต้องตรงตามความเป็นจริงของมูลคดียิ่งขึ้น เช่น

- 1) การสั่งคดีของพนักงานอัยการ จำเป็นต้องแสดงผลเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ด้วย ซึ่งทำให้สามารถตรวจสอบได้อย่างชัดเจน
- 2) คำวินิจฉัยสั่งคดีของพนักงานอัยการจะต้องได้รับพิจารณากลับกรองจากอัยการผู้อาวุโสกว่า ซึ่งมีอำนาจหน้าที่จะต้องตรวจสอบว่าการสั่งคดีของอัยการผู้นั้นมีเหตุผลเพียงพอหรือไม่

ระบบกฎหมายต่างๆ ได้มีการสร้างเสริมมาตรการควบคุมพินิจขึ้น เพื่อเป็นการเพิ่มหลักประกันความถูกต้องเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจ มาตรการดังกล่าวมีดังนี้ คือ

- 1) ระบบบันทึกเหตุผลและการควบคุมภายในองค์กร ได้แก่การวินิจฉัยโดยแสดงผลเป็นลายลักษณ์อักษร และมีการเสนอผู้บังคับบัญชาในสายงานตามลำดับชั้น วิธีนี้ใช้ทั่วไปใน

งานด้านทางปกครอง และงานกระบวนการยุติธรรมในขั้นตอนของฝ่ายบริหาร เช่น พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ เจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุมประพฤติ และการพักโทษ เป็นต้น

2) ระบบบันทึกเหตุผลและการคานอำนาจระหว่างองค์กร ได้แก่ การวินิจฉัยโดยแสดงเหตุเป็นลายลักษณ์อักษรและเปิดโอกาสให้องค์กรหรือหน่วยงานอื่นแสดงข้อโต้แย้งหรือคัดค้านได้ เพื่อให้ผู้วินิจฉัยชี้ขาดในขั้นสุดท้ายได้มีโอกาสพิจารณาเหตุผลฝ่ายต่างๆ ได้อย่างรอบคอบที่สุด วิธีนี้ใช้ในงานด้านปกครองและกระบวนการยุติธรรมในขั้นตอนของฝ่ายบริหารเช่นเดียวกัน

3) ระบบการตรวจสอบองค์กรภายนอก ได้แก่ การวินิจฉัยชั้นแรกจะยังไม่ผลัดเค็ดขาดจนกว่าองค์กรภายนอกจะเห็นชอบด้วย

4) ระบบการตรวจสอบโดยศาลยุติธรรม (Judicial review) สำหรับประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil law) นั้น ไม่มีความยุ่งยากหรือสับสน เพราะมีหลักที่แน่นอนและยังเป็นที่ยอมรับอยู่ทุกวันว่า ศาลอาจตรวจสอบการใช้อำนาจ หรือ การวินิจฉัยขององค์กรฝ่ายอื่นๆ ได้แต่เพียงว่ามีกฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรนั้นที่จะใช้ดุลพินิจในเรื่องนั้นได้หรือไม่เท่านั้น หากศาลพบว่าได้มีการปฏิบัติใดๆ ไปโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ศาลจึงจะมีอำนาจสั่งยกเลิกเพิกถอนปฏิบัติการนั้นๆ แต่ถ้าได้มีกฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรที่จะใช้ดุลพินิจแล้ว แม้ศาลไม่เห็นด้วยในผลการวินิจฉัยหรือปฏิบัติการนั้นๆ ศาลก็ไม่มีอำนาจที่จะยกเลิกเพิกถอน เพราะถือว่าองค์กรที่ได้รับภาระหน้าที่นั้น ย่อมมีความเข้าใจและรู้ซึ่งถึงสภาพและปัญหาเรื่องนั้นๆ ดีกว่าผู้อื่น

แต่สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) บทบาทของศาลในการทบทวนตรวจสอบ (Judicial review) การวินิจฉัยหรือปฏิบัติการขององค์กรฝ่ายอื่นๆ ที่มีอยู่อย่างกว้างขวาง ทั้งนี้เนื่องจากความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์และพัฒนาการทางการเมืองที่ศาลได้เป็นสถาบันที่ใช้อำนาจ (Assume power) ตีความกฎหมายจนเป็นผลในการวางแนวทางหรือกำหนด วิถีชีวิตประชาชนได้ ดังที่ได้เป็นที่ยอมรับคำพิพากษาของศาลหลายส่วนว่ามีค่าเป็นกฎหมาย ที่เรียกกันว่า Case Law หรือ Judge Make Law Judicial Precedents

การตรวจสอบดุลพินิจของอัยการในบางประเทศศาลจะเข้ามามีบทบาทมากในกรณีที่มีการสั่งฟ้องคดีโดยวิธีที่เรียกว่า “การไต่สวนมูลฟ้อง” ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญคือการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องหาเพื่อให้แน่ใจว่าก่อนที่จะทำให้เข้าต้องตกเป็นจำเลยในศาลอันเนื่องมาจากการสั่งฟ้องของอัยการคดีนั้นต้องมีพยานหลักฐานมีมูลเพียงพอในบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา อำนาจในการตรวจสอบดังกล่าวอาจตกอยู่กับองค์ประชาชน เช่น “Grand Jury” ซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนในท้องถิ่นนั้นที่จะคอยกำกับดูแลอำนาจฟ้องคดีของอัยการ³⁰

³⁰ แหล่งเดิม.

ในการตรวจสอบโดยศาลนั้น ศาลควรเข้ามามีบทบาทอย่างจำกัด เพราะการสั่งไม่ฟ้องนั้นเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารซึ่งต่างกับการฟ้องคดีที่ศาลอาจจำเป็นต้องเข้ามาดูแลถึงเนื้อหาของคดีในเบื้องต้น อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนมิให้ตกเป็นจำเลยในศาลหากพยานหลักฐานมีมูลไม่พอฟ้อง ในบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา เมื่อมีการขอให้ศาลเข้ามาตรวจสอบดุลพินิจของอัยการในการสั่งไม่ฟ้อง ศาลมักจะปฏิเสธ โดยอ้างหลักทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจ (Separation of power) และแนวคิดเรื่องการจำกัดบทบาทของศาล (Judicial restraint) โดยกล่าวว่า "...การที่อัยการจะดำเนินคดีต่อเอกชนคนใดหรือไม่เพียงไร และอย่างไรนั้น เป็นดุลพินิจที่ใช้โดยอิสระในรูปขององค์กรและใช้โดยยุติธรรมในแง่ของเจตจำนงแห่งมหาชน (Public will) ซึ่งศาลๆไม่อยู่ในวิสัยที่จะก้าวล่วงเข้าไปปลุกคั่นหรือลบล้างของเขตแห่งดุลพินิจนั้นได้..."³¹ การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของอัยการจึงมักจะเป็นการตรวจสอบภายในองค์กร การตรวจสอบในทางการเมืองที่อาจมีการแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้บังคับบัญชาระดับสูงตามวิธิต่างประชาธิปไตยและการตรวจสอบโดยประชาชนและสื่อมวลชน เป็นต้น³²

สำหรับประเทศที่เปิดโอกาสให้มีการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจการสั่งไม่ฟ้องของอัยการโดยศาลโดยชัดเจน ได้แก่ประเทศเยอรมัน อย่างไรก็ตามได้มีการจำกัดกรณีที่ศาลอาจเข้าไปตรวจสอบได้เป็นอย่างมาก และก่อนที่จะใช้วิธีการที่ศาลจะเข้ามาตรวจสอบได้โดยทั่วไปผู้ร้องขอจะต้องใช้วิธีการเยียวยาโดยวิธีอื่นมาก่อนก็ต้องผ่านการตรวจสอบภายในองค์กรของอัยการที่กำหนดไว้เสียก่อนจึงจะใช้วิธีการนี้ได้ นอกจากนี้วิธีการดังกล่าวจะมีข้อจำกัดให้ใช้ได้เฉพาะความผิดบางประเภทเท่านั้นและหากศาลเห็นด้วยกับผู้ร้องขอก็จะไม่ให้พนักงานอัยการทำการฟ้องผู้ต้องหา แต่จะตั้งทนายความทำหน้าที่แทนพนักงานอัยการ ซึ่งในทางปฏิบัติมาตรการการตรวจสอบโดยศาลแทบจะไม่มีการนำมาใช้ในความเป็นจริง

ผู้เขียนมีความเห็นว่าประเทศไทยไม่ควรนำเอาระบบการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาของอัยการโดยศาลของเยอรมันมาใช้กับระบบกระบวนการยุติธรรมของไทย เพราะจะทำให้เกิดผลกระทบดังนี้

1) ขัดต่อหลักการพื้นฐานของระบบงานอัยการในกระบวนการยุติธรรม

วิธีการควบคุมดุลพินิจอัยการในการสั่งไม่ฟ้องโดยศาลนั้น ขัดต่อหลักการพื้นฐานในการให้มีระบบงานอัยการขึ้นในกระบวนการยุติธรรม เพราะจะส่งผลกระทบโดยตรงต่อบทบาทอัยการในการกลั่นกรองคดีอาญา และบทบาทในการตรวจสอบสำนวนการสอบสวนของตำรวจก่อนฟ้องต่อศาล ซึ่งเป็นบทบาทที่เป็นหัวใจของงานอัยการในทุกประเทศทั่วโลก ทำให้ต้องฟ้องคดี

³¹ วีระยุทธ รอดเจริญ. (ม.ป.ป.). เล่มเดิม. หน้า 75.

³² กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. เล่มเดิม. หน้า 3.

ส่วนใหญ่ไปตามความเห็นของตำรวจ ซึ่งอาจทำให้ประสิทธิภาพของอัยการในการตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงของสำนวนการสอบสวนที่มีอยู่น้อยอยู่แล้วยิ่งลดน้อยถอยลงไปอีก อันจะส่งผลโดยตรงต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลมิให้ถูกฟ้องคดีโดยผิดพลาด³³

2) ข้อต่อทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers)

การให้ศาลควบคุมดังกล่าวจะทำให้บทบาทในการตรวจสอบกลั่นกรองคดีอาญาก่อนฟ้องเปลี่ยนจากองค์กรอัยการไปเป็นบทบาทของศาล ซึ่งจะขัดต่อหลักการพื้นฐานที่ต้องการให้ศาลเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดี มิใช่เป็นผู้ใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการวินิจฉัยว่าสมควรจะฟ้องคดีนั้นหรือไม่ จะเห็นได้ว่าแม้ในประเทศเยอรมนีที่เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายในคดีอาญาซึ่งอัยการไม่ฟ้องคดีกลับสามารถร้องขอให้ศาลอุทธรณ์พิจารณาอุทธรณ์ของอัยการได้บ้าง จะให้อำนาจศาลในการตรวจสอบเฉพาะในประเด็นที่ว่าคดีนั้นมีพยานหลักฐานพอฟ้องหรือไม่เท่านั้น แต่ดุลพินิจของอัยการที่จะไม่ฟ้องคดีโดยนโยบาย (แม้จะมีพยานหลักฐานเพียงพอ) นั้นถือเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารโดยแท้ตามทฤษฎีการแยกอำนาจ การควบคุมโดยศาลดังกล่าวย่อมจะสร้างความสับสนให้กับกระบวนการยุติธรรมในการพัฒนาบทบาทขององค์กรต่างๆไปในทิศทางที่ถูกต้องและเป็นประโยชน์แก่ประชาชน³⁴

3) ข้อต่อหลักการบริหารงานยุติธรรม

จากการที่มีข้อเสนอให้เพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมดุลพินิจอัยการดังกล่าวที่กำหนดว่า “ในคดีอาญาที่เป็นคดีความผิดต่อรัฐที่มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปและไม่มีราษฎรเป็นผู้เสียหายหรือคดีอุกฉกรรจ์ที่มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีขึ้นไปหรือจำคุกตลอดชีวิตหรือประหารชีวิต และพนักงานสอบสวนมีความเห็นควรสั่งฟ้องผู้ต้องหา ถ้าพนักงานอัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องคดีใด ให้พนักงานอัยการส่งคำสั่งของตนและสำนวนการสอบสวนคดีนั้น ไปยังศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อพิจารณาคำสั่งไม่ฟ้องดังกล่าว” จะทำให้คดีเป็นจำนวนมากต้องถูกส่งไปยังศาลโดยอัตโนมัติซึ่งจะก่อให้เกิดปัญหาคดีล้นศาล ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของการวินิจฉัยคดีและข้อต่อหลักการบริหารงานยุติธรรมที่ทำให้มีการกลั่นกรองคดีให้มากที่สุดก่อนนำสู่ศาลเพื่อให้ศาลได้มีโอกาสพิจารณาคดีที่มีความสำคัญได้อย่างเต็มที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามรัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลต้องนั่งพิจารณาโดยครบองค์คณะและให้เป็นผู้รับผิดชอบในการออกหมายจับและหมายค้น ซึ่งเป็นภาระที่หนักอยู่แล้ว ข้อเสนอนี้จึงเป็นเรื่องที่ไม่สามารถทำได้ในทางปฏิบัติและส่งผลเสียหายแก่ระบบงานยุติธรรมในปัจจุบัน ในประเทศเยอรมันนั้นการให้ศาลสามารถตรวจสอบดุลพินิจของอัยการนั้นจะทำได้อย่างจำกัดโดยต้องผ่านการกลั่นกรองหลายขั้นตอน เช่น

³³ แหล่งเดิม.

³⁴ แหล่งเดิม.

ต้องมีการร้องเรียนขึ้นให้มีการตรวจสอบภายในโดยองค์กรอัยการก่อน และให้ร้องเรียนได้กรณีพิเศษบางเรื่องที่ถูกกฎหมายอนุญาตเท่านั้น³⁵

4) สร้างระบบตรวจสอบที่ไม่สอดคล้องกับระบบการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทย ในประเทศที่เปิดโอกาสให้ศาลสามารถควบคุมดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีของอัยการได้ในบางกรณี เช่น ประเทศเยอรมัน เป็นประเทศที่ไม่เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายในคดีอาญาฟ้องคดีอาญาด้วยตนเองได้อย่างกว้างขวางเหมือนในประเทศไทย ซึ่งผู้เสียหายสามารถจะฟ้องคดีอาญาที่อัยการสั่งไม่ฟ้องต่อศาลได้อยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นที่จะให้องค์กรอื่นเข้ามาตรวจสอบในลักษณะการตรวจสอบโดยทั้งระบบ

5) ส่งผลโดยปริยายให้ตำรวจมีอำนาจเบ็ดเสร็จมากขึ้นในการสอบสวน

จากการศึกษาระบบของประเทศที่เปิดโอกาสให้ศาลตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของอัยการในการสั่งไม่ฟ้องคดีได้ในบางกรณี เช่น ประเทศเยอรมนี เป็นต้น เป็นประเทศที่อัยการเป็นผู้มีอำนาจโดยตรงในการควบคุมการสอบสวน บทบาทดังกล่าวทำให้อัยการเป็นผู้มีอิทธิพลต่อการรวบรวมพยานหลักฐานในคดีโดยตรง นอกจากนี้อัยการในประเทศเยอรมนีมักจะใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาแม้จะมีพยานหลักฐานพอฟ้องในสถิติที่สูง (ประมาณ 35-40% ต่อปี) ดังนั้นเมื่อไม่มีการอนุญาตให้ผู้เสียหายฟ้องคดีเองได้จึงจำเป็นต้องมีช่องทางในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของอัยการในส่วนนี้ สำหรับประเทศไทย องค์กรที่มีอำนาจสูงสุดต่อสำนวนการสอบสวนคือตำรวจ ปัญหาเร่งด่วนในขณะนี้คือ ทำอย่างไรจึงจะแน่ใจได้ว่าพยานหลักฐานที่เจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นรวบรวมตามสำนวนการสอบสวนนั้นเป็นพยานหลักฐานที่แท้จริง ข้อเสนอให้ศาลควบคุมดุลพินิจอัยการดังกล่าวแทนที่จะแก้ปัญหานี้โดยให้อัยการมีโอกาสได้รับรู้การรวบรวมพยานหลักฐานในชั้นตำรวจมากขึ้น กลับลดบทบาทอัยการในการมีความเห็นแย้งกับตำรวจโดยปริยาย ซึ่งจะทำให้อำนาจการสอบสวนของตำรวจขาดการตรวจสอบมากยิ่งขึ้นไปอีก³⁶

สรุปได้ว่าประเทศไทยยอมรับอำนาจของผู้เสียหายในการฟ้องคดี จึงมีลักษณะดุลและคานอำนาจของพนักงานอัยการในการสั่งไม่ฟ้องหรือฟ้องคดี แต่ในกรณีของการสั่งไม่ฟ้องคดีนั้น กลไกในการตรวจสอบที่น่าจะมีประสิทธิภาพ คือ การตรวจสอบภายในขององค์กร และการตรวจสอบจากองค์กรพิเศษตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็น สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ปปช.) ผู้ตรวจการแผ่นดินและรัฐสภา หรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ส่วนมาตรการการควบคุมดุลพินิจโดยการคานอำนาจระหว่างพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ ก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ

³⁵ แหล่งเดิม.

³⁶ แหล่งเดิม.

พ.ศ. 2553 นั้น เมื่อพนักงานอัยการเห็นว่าการฟ้องคดีไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ และทำ
 ความเห็นมาตามลำดับชั้น ก็จะเสนอสำนวนให้อัยการสูงสุดพิจารณา เมื่ออัยการสูงสุดพิจารณาแล้ว
 เห็นชอบด้วยกับความเห็นที่เสนอมา ก็จะให้ส่งสำนวนคืน เพื่อให้มีคำสั่งและดำเนินการตาม
 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 145 ต่อไป คำสั่งไม่ฟ้องดังกล่าวจึงเป็นของ
 พนักงานอัยการไม่ใช่ของอัยการสูงสุด จึงยังไม่มีผลเด็ดขาด กล่าวคือ เมื่อพนักงานอัยการมีคำสั่งไม่
 ฟ้อง ถ้าในกรุงเทพมหานคร ต้องส่งสำนวนพร้อมความเห็นไปยังผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือ
 ผู้ว่าราชการจังหวัด(จังหวัดอื่น)³⁷ เพื่อพิจารณาว่าจะเห็นด้วยหรือแย้งคำสั่งของพนักงานอัยการ
 หรือไม่

ปัจจุบันนี้ได้มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ
 พ.ศ. 2553 ตาม มาตรา 21 วรรค 2 โดยในกรณีที่พนักงานอัยการเห็นว่าการฟ้องคดีอาญาจะไม่เป็น
 ประโยชน์ต่อสาธารณะ ให้เสนอต่ออัยการสูงสุดและอัยการสูงสุดมีอำนาจสั่งไม่ฟ้องได้ ซึ่งคำสั่ง
 ของอัยการสูงสุดดังกล่าวนี้ไม่ต้องส่งสำนวนไปยังผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ว่าราชการ
 จังหวัด เพื่อพิจารณาว่าจะเห็นด้วยหรือแย้งกับคำสั่งหรือไม่ เนื่องจากคำสั่งไม่ฟ้องของอัยการสูงสุด
 เด็ดขาด ทำให้การพิจารณาไม่ซ้ำซ้อนและรวดเร็วยิ่งขึ้น เพราะหากให้มีการตรวจสอบอีกทุกคดีจะ
 เป็นการสร้างงานให้เกิดความซ้ำซ้อน ทำให้การทำงานของอัยการล่าช้า ไม่ทันต่อการอำนวยความสะดวก
 ยุติธรรม โดยเมื่ออัยการสูงสุดพิจารณาสำนวนแล้วเห็นด้วยกับความเห็นสั่งไม่ฟ้องของพนักงาน
 อัยการ การที่จะต้องส่งคืนสำนวนเพื่อให้มีคำสั่งและดำเนินการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา
 145 ต่อไป ผู้เขียนเห็นว่ากลไกดังกล่าวไม่ควรมีเพราะภายในองค์กรอัยการเองก็มีการตรวจสอบมา
 หลายชั้นแล้ว เพราะในองค์กรอัยการนั้นจะมีระเบียบภายในเพื่อใช้เป็นแนวทางการปฏิบัติงานและ
 เป็นการตรวจสอบการทำงานเพื่อความโปร่งใสในการใช้ดุลพินิจ โดยผู้บังคับบัญชาสามารถ
 ตรวจสอบได้ตามลำดับชั้น ซึ่งองค์กรอัยการมีระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจภายในตั้งแต่สมัย
 อดีตจนถึงปัจจุบัน และมีการพัฒนาปรับปรุงระเบียบและหลักการเรื่อยมาให้เหมาะสมกับยุคสมัย
 ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความโปร่งใสในการตรวจสอบ เกิดความยุติธรรม และสามารถปฏิบัติได้จริง
 เพียงแต่การตรวจสอบภายในองค์กรผู้บังคับบัญชาควรให้ความสำคัญและจริงจังตามระเบียบที่วาง
 ไว้มากขึ้น

การจะนำระบบการตรวจสอบดุลพินิจโดยศาลมาใช้จะทำให้อัยการไม่อยากใช้ดุลพินิจ
 ในการสั่งคดีและส่งฟ้องไปให้เป็นหน้าที่ของศาลพิจารณา ซึ่งจะทำให้ประชาชนซึ่งตกเป็นผู้ต้องหา
 ได้รับความเดือดร้อน นอกจากนี้พนักงานอัยการไทยไม่มีอำนาจสอบสวนเช่นเดียวกับอัยการใน
 ต่างประเทศ คงมีเพียงอำนาจการตรวจพิจารณาสำนวนการสอบสวน สั่งสอบสวนเพิ่มเติมและ

³⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 145.

ดำเนินคดีในศาลเท่านั้น การจะนำวิธีการให้ศาลเข้ามาตรวจสอบการทำงานของพนักงานอัยการจะทำให้พนักงานอัยการตัดสินใจฟ้องคดีไปโดยเป็นเพียงทางผ่านเท่านั้น อันเป็นการทำลายระบบอัยการซึ่งควรที่จะมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายอื่น มิให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อนตั้งแต่เบื้องต้น

การตรวจสอบในองค์กรที่น่าจะมีประสิทธิภาพก็คือ การกำหนดแนวปฏิบัติให้ชัดเจน ควรเริ่มต้นจากการวางหลักเกณฑ์ (Guidelines) รวมทั้งคุณสมบัติของผู้ที่จะอยู่ในข่ายในการใช้ดุลพินิจสั่งคดี ซึ่งยังกำหนดรายละเอียดได้มากเท่าใด การใช้ดุลพินิจจะยังมีความสม่ำเสมอ (Consistency) มากขึ้นเท่านั้น โดยอาจจะเทียบเคียงจากแนวทางปฏิบัติของพนักงานอัยการในต่างประเทศโดยเฉพาะในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และต้องสร้างขั้นตอนในการพิจารณาให้เห็นเป็นรูปธรรม และชั่งน้ำหนักปัจจัยต่างๆ ที่สนับสนุนและไม่สนับสนุนโดยให้มีพิจารณาอย่างระมัดระวังและเป็นธรรม

การกำหนดแนวทางปฏิบัติอย่างชัดเจนนั้นจะช่วยส่งเสริมกลไกตรวจสอบอื่นๆ ให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น เพราะในการสั่งคดีอัยการก็ต้องบันทึกการพิจารณาของตน รวมทั้งเหตุผลในการสั่งคดีลงในเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งเหตุผลดังกล่าวก็จะอ้างอิงจากแนวปฏิบัติตนเอง ทำให้ผู้บังคับบัญชาสามารถควบคุมได้ง่าย และผู้มีส่วนได้เสียสามารถเข้าใช้กระบวนการตรวจสอบในทางบริหารได้ นอกจากนั้นการบันทึกการพิจารณาและเหตุผลไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็อาจใช้เป็นแนวทางของคดีอื่นๆ ที่มีลักษณะคล้ายกันได้ (แม้จะไม่ผูกมัดก็ตาม) เพื่อให้มีความมั่นคงไม่เปลี่ยนแปลงไปมา การใช้ดุลพินิจในเรื่องเดียวกันที่ไม่มีอะไรผิดแผกแตกต่างกันนั้น ควรจะต้องเป็นไปในทิศทางเดียวกัน

ตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 21 ได้ให้อำนาจสั่งคดีโดยใช้ดุลพินิจแก่พนักงานอัยการซึ่งการใช้ดุลพินิจดังกล่าวเป็นเรื่องที่สำคัญอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหา ทั้งคำสั่งของอัยการสูงสุดดังกล่าวนั้นไม่ต้องส่งสำนวนไปยังผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ว่าราชการจังหวัด เพื่อพิจารณาว่าจะเห็นด้วยหรือแย้งกับคำสั่งหรือไม่ เนื่องจากคำสั่งไม่ฟ้องของอัยการสูงสุดเด็ดขาดทันที ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีมีความรัดกุมมากยิ่งขึ้น จึงเห็นควรที่จะเพิ่มคำว่า “ทั้งนี้ ตามระเบียบที่สำนักงานอัยการสูงสุดกำหนด โดยความเห็นชอบของ ก.อ.” เพื่อให้มีการวางกรอบการใช้ดุลพินิจในเรื่องดังกล่าวต่อไป โดยการวางมาตรฐานดังกล่าวนี้ควรวางกรอบการใช้ในกรณีที่เป็น ไม่เปิดกว้างเกินไป ไม่ใช่อย่างฟุ่มเฟือย โดยมีขั้นตอนและลำดับการพิจารณาสำนวน และ มาตรา 22 กำกับไว้ว่า ในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ดุลพินิจของพนักงานอัยการจะต้องแสดงเหตุผลอันสมควรประกอบ จึงจะได้รับความคุ้มครองซึ่งโดยปกติแล้วอัยการก็พึงปฏิบัติอยู่แล้ว เพราะดุลพินิจที่

ปราศจากเหตุผลอันสมควร ถือเป็นดุลพินิจที่ไม่ชอบ จึงเป็น โอกาสที่อัยการจะเริ่มวางกฎเกณฑ์ เพื่อให้สอดคล้องกับการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อไปด้วย

ส่วนการเผยแพร่ข้อมูลต่อสาธารณชนนั้น ตัวหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจขององค์กรอัยการนั้น มีข้อถกเถียงในต่างประเทศว่า ควรจะมีการเปิดเผยต่อสาธารณชนหรือไม่ ซึ่งในประเทศส่วนใหญ่ก็ได้มีการเผยแพร่ เช่นในประเทศอังกฤษ และอเมริกา เป็นต้น บางประเทศก็ไม่เผยแพร่ ซึ่งเหตุผลในการเปิดเผยในแต่ละประเทศก็แตกต่างกัน ซึ่งในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรมีการเปิดเผยแนวทางปฏิบัติให้สาธารณชนรับรู้ เพราะเป็นที่ยอมรับกันแล้วว่าอาวุธสำคัญที่สุดที่จะใช้ในการต่อสู้กับการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบหรือการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ ก็คือ การเปิดเผย (Openness) ซึ่งนอกจากการเปิดเผยแนวทางปฏิบัติแก่สาธารณชนแล้วยังต้องมีกระบวนการสังคมที่เปิดเผยต่อสาธารณชนให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เพื่อแสดงผลให้เห็นว่า อัยการพิจารณาจากปัจจัยใดเป็นเหตุจูงใจให้ใช้ดุลพินิจสิ่งไม่พึงพร้อมแสดงผลดังกล่าวที่ชัดเจน เพื่อไม่ให้ประชาชนเกิดความเคลงเคลงใจ และให้คู่ความที่มีส่วนเกี่ยวข้องได้รับแจ้งรายละเอียดกับเหตุผลในการสั่งไม่ฟ้องด้วย

ลักษณะการทำงานของอัยการสูงสุดหรือพนักงานอัยการนั้น สาธารณชนสามารถแสดงความคิดเห็นและวิพากษ์วิจารณ์ได้ เพราะไม่มีกฎหมายจำกัดสิทธิของประชาชนเช่นเดียวกับบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องละเมิดอำนาจศาล บ่อยครั้งที่สื่อมวลชนได้วิพากษ์วิจารณ์การปฏิบัติหน้าที่และบทบาทของอัยการตลอดมา ซึ่งการวิพากษ์วิจารณ์ดังกล่าว ย่อมก่อให้เกิดผลในแง่ที่อัยการผู้ปฏิบัติงานสามารถทราบว่าการทำงานของตนก่อให้เกิดผลกระทบต่อใครอย่างไร สาธารณชนคิดเห็นกับเรื่องนั้นอย่างไร ทั้งเป็นการควบคุมไม่ให้ปฏิบัติหน้าที่ไปในทางมิชอบอีกด้วย โดยสื่อมวลชนจะเป็นสื่อกลางในการสะท้อนความคิดเห็นของสาธารณชนออกมา ดังนั้นอัยการจะต้องคำนึงถึงการประชาสัมพันธ์ ให้เหตุผลถึงหลักเกณฑ์ มาตรฐานการสั่งคดี ซึ่งแจ้งแก่ไขเรื่องที่ไม่ถูกต้อง ตลอดจนข้อข้องใจต่างๆ ที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจให้กระจ่างชัด เพื่อแสดงให้เห็นถึงความรับผิดชอบต่อสาธารณชนอีกทางหนึ่งด้วย³⁸

นอกจากนี้ยังมีกลไกตรวจสอบด้วยกลไกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่น มาตรา 121 กำหนดให้การแต่งตั้งอัยการสูงสุดต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา และ ในหมวด 12 ส่วนที่ 3 ว่าด้วยการถอดถอนจากตำแหน่ง ในมาตรา 270-274 โดยในมาตรา 270 (2) ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับอัยการโดยตรง โดยอัยการสูงสุดอาจถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งได้หากถือว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ถือว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ถือว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

³⁸ อายุธ สมานเดชา. (2534). อำนาจหน้าที่ของอัยการสูงสุด. หน้า 110.

หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง วุฒิสภามีอำนาจถอดถอนผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้ ซึ่งให้ใช้บังคับกับพนักงานอัยการทุกคนด้วย ถือว่าเป็นหลักการที่กำหนดให้อัยการมีความรับผิดชอบต่อประชาชน โดยอ้อม ซึ่งเป็นระบบที่ให้ความสำคัญหลักการตรวจสอบโดยประชาชน



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ปัญหาของกระบวนการยุติธรรมไทยประการหนึ่งคือ การขาดมาตรการที่หลากหลายในการจัดการกับคดีหลายประเภทที่เข้ามาสู่ระบบงานยุติธรรม พนักงานสอบสวนจะรวบรวมพยานหลักฐานและสรุปสำนวนพร้อมความเห็นส่งคดีมาสู่พนักงานอัยการ พนักงานอัยการก็จะพิจารณาสำนวนและพยานหลักฐาน ถ้ามีพยานหลักฐานพอฟ้องก็จะฟ้องไปสู่ศาล กระบวนดำเนินคดีเกือบทั้งหมดจึงต้องไปยุติลงที่ศาล ทำให้คดีล้นศาล ทั้งๆที่คดีบางประเภทสามารถมีมาตรการในการดำเนินการอื่นๆที่ดีกว่าโดยไม่ต้องส่งไปศาล

จากการศึกษาเรื่องหลักการฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการ พบว่ามีอยู่ 2 หลัก คือ หลักการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมาย (legality principle) และหลักการฟ้องคดีอาญาตามดุลพินิจ (opportunity principle) ในบางประเทศที่ยึดทฤษฎีการฟ้องคดีตามกฎหมาย (legality principle) โดยเคร่งครัดเช่นเยอรมันจะมีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดเจนว่าอัยการจะต้องฟ้องคดีในทุกๆเรื่องที่มีการกระทำความผิดและมีพยานหลักฐานพอฟ้อง หากละเว้นถือว่าอัยการเป็นผู้กระทำความผิดเอง ในฐานะละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ ในบางประเทศอัยการมีดุลพินิจกว้างขวางในการที่จะสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาโดยอ้างประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้เป็นไปตามทฤษฎีการฟ้องคดีโดยดุลพินิจ (opportunity principle) สำหรับในประเทศไทยขณะนี้เป็นที่ยอมรับในทางวิชาการแล้วว่าประเทศไทยอยู่ภายใต้หลักการฟ้องคดีอาญาตามดุลพินิจ (opportunity principle) ทั้งนี้ เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยมิได้มีบทบัญญัติบังคับให้พนักงานอัยการต้องฟ้องคดีอาญาที่มีพยานหลักฐานพอฟ้องในทุกคดีเหมือนเช่นในเยอรมันหรือประเทศอื่นๆ ที่ใช้หลักการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมาย (legality principle) ในทางตรงกันข้ามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 กลับให้อิสระแก่พนักงานอัยการในการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวาง ในการที่จะสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องคดีอาญาใดๆ นั้นนอกจากนั้นยังให้พนักงานอัยการมีอำนาจถอนฟ้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 35 ด้วย

ในฐานะที่พนักงานอัยการซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่กฎหมายของรัฐฝ่ายบริหารมีหน้าที่เป็นผู้คุ้มครองส่วนได้เสียของสังคม และเป็นจักรกลสำคัญในกระบวนการยุติธรรม ในการสั่งคดีจึงไม่เพียงพิจารณาในปัญหาข้อเท็จจริงปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น แต่ยังจำเป็นต้องพิจารณาถึงการอำนวยประโยชน์

ต่อสังคมด้วย กล่าวคือหากการฟ้องคดีนั้นๆ ไม่เป็นประโยชน์ต่อสังคม หรือมีแต่จะทำให้สังคมเสียหาย ก็ไม่ควรฟ้องร้อง รวมทั้งการสั่งคดีพนักงานอัยการยังต้องคำนึงถึงเหตุผลทางอาชญาวิทยา กล่าวคือคนที่ผู้ต้องหาได้กระทำผิดไปด้วยสาเหตุบางประการมิใช่เพราะมีจิตใจชั่วร้าย การฟ้องคดีนอกจากไม่ได้ผลในทางป้องกันปราบปรามอาชญากรรมแล้ว ยังเป็นผลร้ายแก่ชีวิตของเขามากเกินไปไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำผิดก็ไม่ควรฟ้องคดี การใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการในการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาจึงมีเจตนาธรรมที่จะแก้ไขปัญหาสังคมโดยหวังว่าจะสามารถแก้ไขผู้กระทำผิดให้กลับกลายเป็นคนดีได้ และเป็นไปตามปรัชญาที่ว่า การให้ความยุติธรรมที่แท้จริงนั้นสามารถที่จะให้ได้ในทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรม ไม่จำเป็นต้องได้จากศาลเพียงแห่งเดียว

ในการกระทำความผิดบางประเภท ผู้ต้องหาคืออาญาบางคนได้กระทำความผิดไปโดยมิได้มีจิตใจชั่วร้าย ตามประวัติการศึกษา ความประพฤติ ตำแหน่งหน้าที่การงานในสังคม บุคคลเหล่านี้เป็นคนดีในสายตาของสังคม และบางคนก็เคยทำคุณประโยชน์แก่สังคม แต่บุคคลดังกล่าวได้มากระทำความผิดด้วยสาเหตุบางประการหรือกระทำผิดกฎหมายบางประเภท เช่น กระทำโดยประมาท หรือการกระทำผิดบางอย่างที่มีได้เป็นความผิดในตัวเอง แต่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติขึ้นมาเป็นข้อห้ามในสังคมหรืออาจจะกล่าวได้ว่าเป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติไว้ ไม่เป็นความผิดอาญาที่เป็นความชั่วร้ายตามธรรมชาติ (Mala Prohibita) การกระทำผิดเนื่องจากสภาพแวดล้อมชักนำ เช่น ความยากจนเหลือทนทาน เพราะโอกาสอันวยและการกระทำความผิดเล็กๆน้อยๆ การฟ้องคดีเพื่อลงโทษบุคคลที่กระทำผิดดังกล่าวข้างต้น นอกจากไม่เป็นผลดีต่อตัวผู้กระทำความผิดเอง ยังไม่เป็นผลดีต่อสังคมด้วย

ในอดีตที่ผ่านมาพนักงานอัยการในประเทศไทยไม่ค่อยได้ใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญามากนัก เนื่องจากเกรงข้อครหาว่าอาจเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบอันเป็นการช่วยเหลือผู้กระทำความผิด ทำให้พนักงานอัยการส่วนใหญ่สั่งคดีโดยยึดตัวบทกฎหมายอย่างเคร่งครัดเนื่องจากมีเกณฑ์ที่แน่นอนสะดวกแก่การสั่งคดี อีกทั้งหลักเกณฑ์ตามที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้อง ข้อ 78 ว่า “ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่าการฟ้องคดีใดจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงแห่งชาติหรือต่อประโยชน์สำคัญของประเทศ ให้ทำความเห็นเสนอสำนวนตามลำดับชั้นไปยังอัยการสูงสุดเพื่อพิจารณา ก่อน” ข้อความดังกล่าวนี้ถือธิบายอย่างกว้างๆ เพียงแต่กล่าวไว้ว่าถ้าเห็นว่าการฟ้องคดีใดจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชนนั้น ให้เสนอสำนวนตามลำดับอย่างไร แต่ไม่ได้มีการระบุถึงข้อพิจารณาว่าอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ ดูจากปัจจัยอะไรเป็นสำคัญ ไม่ได้มีการแจกแจงรายละเอียดต่างๆ เพื่อให้อัยการเข้าใจอย่างแจ่มชัด เท่าที่ผ่านมาจะมีเพียงคดีในอดีตที่เคยมี

การใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องในกรณีคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะอยู่บ้างเท่านั้น และไม่ได้มีการรวบรวมอย่างเป็นระบบแต่อย่างใด

ปัจจุบันได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 โดยได้กำหนดหน้าที่ของพนักงานอัยการให้ครอบคลุมถึงอำนาจหน้าที่ในด้านต่างๆของพนักงานอัยการในปัจจุบัน และให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และกฎหมายอื่นและกำหนดหลักการให้ดุลพินิจในการสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แสดงให้เห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้เห็นแล้วว่าอำนาจในการสั่งคดีของพนักงานอัยการนั้นเป็นคำวินิจฉัยตามดุลพินิจดังที่ได้บัญญัติในมาตรา 21 วรรค 2 ว่า พนักงานอัยการเห็นว่าการฟ้องคดีอาญาจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ ให้เสนอต่ออัยการสูงสุด และอัยการสูงสุดมีอำนาจสั่งไม่ฟ้องได้ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่สำนักงานอัยการสูงสุดกำหนด โดยความเห็นชอบของ ก.อ. ซึ่งจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะให้เข้าใจอย่างถ่องแท้ว่ามีข้อพิจารณาจากปัจจัยใดบ้างและการชั่งน้ำหนักประโยชน์ต่างๆในการฟ้องคดีเพื่อให้มีการวางระเบียบในส่วนของการใช้ดุลพินิจต่อไป

ในการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการเกี่ยวกับการไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะนั้นปัจจัยที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบมีหลายประการ ซึ่งในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันออกไป แต่ถ้าพิจารณาในเชิงทฤษฎีแล้วจะพบว่าปัจจัยหลักที่อัยการนำมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ มีพบว่าปัจจัยที่ต้องพิจารณารวม 5 ประการ คือ พิจารณาในแง่ของผู้กระทำความผิด พิจารณาผู้เสียหายและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด พิจารณาลักษณะและความร้ายแรงของการกระทำความผิด พิจารณาจากฐานความผิด และพิจารณาในแง่สังคม โดยรายละเอียดปลีกย่อยของแต่ละประเทศนั้นจะมีความแตกต่างกันไป บางประเทศมีการระบุฐานความผิดไว้เพื่อให้ใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้อง แต่บางประเทศกลับให้ใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางได้ทุกประเภทคดี

ในส่วนของระบบการตรวจสอบดุลพินิจในการสั่งคดีนั้น แนวคิดที่จะเปลี่ยนแปลงระบบการตรวจสอบที่มีอยู่ในปัจจุบันจำเป็นต้องมีความเข้าใจถึงระบบการดำเนินคดีอาญาของประเทศต่างๆมาพิจารณาประกอบด้วย เช่นระบบการดำเนินคดีอาญาของประเทศนั้น ประชาชนสามารถฟ้องคดีอาญาได้ด้วยตนเองหรือไม่ หรือพนักงานอัยการมีอำนาจสอบสวนด้วยหรือไม่ เป็นต้น เพราะการเปลี่ยนแปลงระบบการตรวจสอบจะกระทบไปถึงการเปลี่ยนแปลงส่วนอื่นๆของระบบการดำเนินคดีอาญา ดังนั้นการเปิดเผยการปฏิบัติงานที่โปร่งใสจะเป็นวิธีการที่ดีที่สุด ดังจะเห็นได้ในปัจจุบันว่าการตรวจสอบจากสาธารณชนเป็นระบบการตรวจสอบที่ได้ผล

อย่างไรก็ตามการควบคุมดุลพินิจของพนักงานอัยการเป็นเรื่องที่มีความจำเป็น แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นเรื่องที่ต้องมีการพิจารณาโดยรอบคอบ เพราะในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการซึ่งเป็นเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมย่อมมีสถานะเป็น “กึ่งตุลาการ” (Quasi-judicial) การปล่อยให้มีการควบคุมจนปราศจากความเป็นอิสระในการใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่อาจก่อให้เกิดผลเสียหายติดตามมา ในขณะเดียวกันความเป็นอิสระที่จะปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างอิสระโดยปราศจากการแทรกแซงหรือกดดันจากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด แต่มิใช่เป็นอิสระปราศจากการตรวจสอบหรือขาดความรับผิดชอบ (Accountability) ต่อองค์กรอื่นใด

การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการสมควรที่จะต้องมีการควบคุมและตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการ มิฉะนั้นอาจมีการใช้ดุลพินิจที่เกินขอบเขตหรือใช้ดุลพินิจโดยมิชอบได้ แต่การที่เลือกใช้ระบบตรวจสอบใดนั้นต้องมีความเข้าใจอย่างถึงแท้ถึงระบบงานยุติธรรมและทิศทางในการพัฒนาระบบงานยุติธรรมสภาพการเมืองและสังคมของประเทศไทยประกอบด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงของบทบาทองค์กรต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรม ได้แก่ ตำรวจพนักงานอัยการ ศาล ราชทัณฑ์ และทนายความ ซึ่งต้องมีบทบาทที่สอดคล้องประสานระหว่างกันและกันอย่างมีคุณภาพ นอกจากนี้ต้องมีความรู้ความเข้าใจระบบงานยุติธรรมในต่างประเทศโดยต้องแท้มิใช่เพียงนำส่วนใดส่วนหนึ่งมาใช้โดยไม่เข้าใจหลักการอย่างแท้จริง การนำระบบการควบคุมดุลพินิจของพนักงานอัยการรูปแบบอื่นมาใช้จึงขึ้นอยู่กับพิจารณาว่าในปัจจุบันการสังคคิอาญาของพนักงานอัยการได้ทำในลักษณะที่ไม่โปร่งใส ขาดเหตุผลที่ชัดเจนในการทำคำสั่งไม่ฟ้องหรือไม่ ระบบการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจอัยการในปัจจุบันเพียงพอที่จะเยียวยาหรือให้ความเป็นธรรมกับผู้เสียหายแล้วหรือไม่ ซึ่งเมื่อนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้ว เห็นว่าในปัจจุบันระบบตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการ รัฐธรรมนูญกำหนดดุลพินิจของพนักงานอัยการถูกตรวจสอบได้โดย ปปช วุฒิสภาหรือศาล ระบบการควบคุมตรวจสอบโดยผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีอาญาได้ด้วยตนเอง ทั้งมีการตรวจสอบภายในตามลำดับชั้นและประกอบกับการปฏิบัติงานของพนักงานอัยการนั้น เป็นการปฏิบัติงานโดยเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งสามารถตรวจสอบข้อเท็จจริงได้โดยง่ายต่างจากการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่รัฐบางหน่วย

ผู้เขียนเห็นว่า การปฏิบัติงานอย่างเปิดเผยด้วยความโปร่งใสและสามารถถูกตรวจสอบได้จะเป็นระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่ดีที่สุด ดังนั้น การใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการในการสังคคิอาญาควรกระทำอย่างเปิดเผยและโปร่งใสด้วยเช่นกัน และการใช้ดุลพินิจดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งต้องชอบด้วยหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ใช้พิจารณาในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นทั้งหมด

ส่วนการตรวจสอบโดยศาล ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีประเทศไทยนั้น พนักงานอัยการให้หลักการดำเนินคดีโดยดุลพินิจ เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแก่พนักงานอัยการที่จะใช้ดุลพินิจแล้ว จึงถือว่าองค์กรอัยการเป็นผู้อำนาจหน้าที่และต้องรับผิดชอบต่อภาระหน้าที่นั้น ศาลควรจะเข้ามามีบทบาทอย่างจำกัด หากให้ศาลเข้ามามีอำนาจในการตรวจสอบแล้วจะเป็นการก้าวก่ายอำนาจหน้าที่กัน ขัดต่อหลักทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจ (Separation of power)

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นที่สำคัญที่สุดแบ่งแยกได้ 3 กรณี กรณีแรก เป็นเรื่องการกำหนดกรอบที่ชัดเจนเพื่อทำให้อัยการมีแนวทางในการใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่ และเป็นบรรทัดฐาน โดยการนำแนวทางของต่างประเทศที่ใช้กันอยู่มาประยุกต์ใช้ในประเทศไทยก็น่าจะทำได้เป็นอย่างดีและก่อให้เกิดประโยชน์ กรณีที่สอง เรื่องการใช้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักประโยชน์ในการฟ้องคดีต่างๆ ซึ่งในกรณีที่สองนี้เป็นกรณีที่จะต้องพิจารณาเฉพาะในแต่ละคดีไม่สามารถกำหนดกฎเกณฑ์ในการพิจารณาได้ เพียงแต่สามารถอธิบายได้ว่า ในแต่ละคดีอาจจะมีเหตุทั้งปัจจัยที่สนับสนุนให้ฟ้องคดีและปัจจัยที่ไม่สนับสนุนให้ฟ้องมากกว่าหนึ่งเหตุและมักจะเป็นเช่นนั้นเสมอ การพิจารณานั้นมิใช่ขึ้นอยู่กับว่ามีปัจจัยทางด้านใดมากกว่ากัน แต่ต้องดูที่ว่าปัจจัยใดที่มีความสำคัญ โดยพิจารณารวมถึงเจตนารมณ์ของตัวบทกฎหมาย มาตรฐานทางศีลธรรม ความถูกต้อง และความเหมาะสมทางสังคมและคำนึงถึงความปลอดภัยของสาธารณชนที่อาจได้รับผลกระทบด้วย รวมแล้วในส่วนนี้คือการชั่งน้ำหนักประโยชน์ในการฟ้องคดีหรือไม่ฟ้องคดีนั่นเอง กรณีที่สามคือเรื่องการตรวจสอบดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้อง องค์กรอัยการนั้นมีระเบียบภายในเพื่อใช้เป็นแนวทางการปฏิบัติงานและเป็นการตรวจสอบการทำงานเพื่อความโปร่งใสในการใช้ดุลพินิจ โดยผู้บังคับบัญชาสามารถตรวจสอบได้ตามลำดับชั้น เพื่อให้เกิดความโปร่งใสในการตรวจสอบ เกิดความยุติธรรม และสามารถปฏิบัติได้จริงอยู่แล้ว เพียงแต่การตรวจสอบภายในองค์กรผู้บังคับบัญชาควรให้ความสำคัญและจริงจังตามระเบียบที่วางไว้มากขึ้น แต่ข้อที่สำคัญที่ควรเป็นมาตรการเสริมคือ เพิ่มบทบาทของประชาชนในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจให้มากขึ้น เพราะในประเทศที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตย ประชาชนต้องมีสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of expression) เพราะสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้นเป็นสิทธิมูลฐานของมนุษย์ที่สำคัญประการหนึ่ง การทำงานของพนักงานอัยการ เป็นส่วนหนึ่งของการบริหารงานยุติธรรมซึ่งอาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้นประชาชนจึงมีสิทธิเสรีภาพในการวิพากษ์วิจารณ์ได้ การวิพากษ์วิจารณ์โดยสาธารณชนบางครั้งก็มีอิทธิพลสำคัญในการควบคุมการปฏิบัติงานของพนักงานอัยการไปได้ในตัว ผู้เขียนเห็นว่า การควบคุมโดยสาธารณชนเป็นการควบคุมที่มีประสิทธิภาพมากวิธีการหนึ่ง ดังนั้น มาตรการอัยการจะต้องคำนึงถึงคือการเผยแพร่ตัวหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจขององค์กรอัยการต่อสาธารณชน

เหตุผลในการสังคึกครณที่มีการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ ซึ่งแจ้งแก้ไขเรื่องที่ไม่ถูกต้อง และเปิดช่องทางในการร้องเรียนเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจให้กระจ่ายชัด เพื่อแสดงให้เห็นถึงความรับผิดชอบต่อสาธารณชนอีกทางหนึ่งด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่า บทบาทของอัยการในการดำเนินคดีอาญาย่อมมิใช่บทบาทของโจทก์ที่ประสงค์จะชนะคดี แต่ต้องเป็นบทบาทที่มีความเป็นภาวะวิสัย (Objective) และมีความเที่ยงธรรมอย่างแท้จริง อัยการสามารถแสดงบทบาทในการคุ้มครองสิทธิทั้งของผู้ต้องหาและผู้เสียหายตั้งแต่เริ่มต้น ต้องพิจารณาพยานหลักฐานทั้งในแง่บวกและแง่ลบ

ดุลพินิจของพนักงานอัยการในการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญานั้นเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นประโยชน์และเกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะบุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา เพื่อให้ดุลพินิจของพนักงานอัยการในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เป็นธรรม โปร่งใส ตรวจสอบได้ เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวให้ลุล่วงมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1) ควรทำความเข้าใจถึงหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ (Opportunity principal) และขั้นตอนในการพิจารณาควรเริ่มจากการพิจารณาตามกฎหมาย ซึ่งการพิจารณาประโยชน์สาธารณะในการฟ้องคดี อยู่ในขั้นตอนสุดท้ายหลังจากที่พิจารณาเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีหรือเงื่อนไขระงับคดี พิจารณาว่าการกระทำตามข้อเท็จจริงในคดีนั้นเป็นความผิดอาญาหรือไม่ และพิจารณาพยานหลักฐานที่น่าเชื่อว่าผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำความผิดหรือไม่ และพยานหลักฐานเพียงพอแก่การพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาหรือไม่ มาแล้ว โดยต้องชี้ให้เห็นว่าคดีสามารถออกจากระบบเพราะเหตุใดได้บ้าง การพิจารณาอย่างเป็นขั้นตอนดังกล่าวจะทำให้อัยการเข้าใจได้ง่ายและเป็นการพิจารณาอย่างเป็นขั้นตอน ทำให้อัยการทราบถึงช่วงเวลาว่าแต่ละขั้นตอนนั้นต้องพิจารณาถึงเรื่องใดบ้างอย่างเป็นลำดับ หากพิจารณาเป็นขั้นตอนเช่นนี้ การสั่งคดีของอัยการจะไม่ผิดพลาดซึ่งเห็นได้ว่าคดีอาจออกจากระบบตั้งแต่ก่อนหน้าที่จะมาถึงขั้นพิจารณาประโยชน์สาธารณะก็เป็นได้

2) ควรเริ่มต้นจากการวางหลักเกณฑ์ (Guidelines) รวมทั้งคุณสมบัติของผู้ที่จะอยู่ในข่ายในการใช้ดุลพินิจสั่งคดี โดยการกำหนดคกกฎเกณฑ์และแนวทางอย่างชัดเจน เพื่อให้การใช้ดุลพินิจมีขอบเขตและเป็นระบบมากขึ้น โดยแยกเป็นปัจจัยต่างๆที่อัยการควรพิจารณาว่ามีอะไรบ้างที่เป็นลักษณะสำคัญ เพื่อให้อัยการมีแนวทางที่เด่นชัดขึ้น โดยออกเป็นระเบียบอย่างเป็นทางการ โดยวางหลักเกณฑ์ 5 ประการ คือ

1) พิจารณาในแง่ของตัวผู้กระทำความผิด โดยแบ่งเป็น

ข้อเท็จจริงและสภาพการณ์เกี่ยวกับผู้กระทำความผิดก่อนและขณะกระทำความผิด

(1) พิจารณาจากความชั่ว หรือเจตนาของผู้ต้องหา หรือความน่าตำหนิได้ของผู้ต้องหา

(2) เหตุจูงใจให้กระทำความผิด

(3) พิจารณาจากเพศ บุคลิก อายุ อุปนิสัย และสิ่งแวดล้อมรอบตัวของผู้กระทำความผิด
กรณีที่เขาวิช่นเป็นผู้กระทำความผิด โดยพิจารณาถึง การศึกษา ความประพฤติ ประวัติเกี่ยวกับกระทำความผิด มูลเหตุที่ทำความผิด เช่น เกิดจากความตึกคะนอง ความไม่รู้เดียงสา หรือเพราะไม่ได้รับการดูแลอย่างใกล้ชิด ทั้งนี้เพราะการสั่งไม่ฟ้องคดีดังกล่าวอาจช่วยให้เด็กได้กลับไปมีอนาคตที่ดี กลับไปศึกษาเล่าเรียน กลับเข้าสู่สังคม

ข้อเท็จจริงและสภาพการณ์เกี่ยวกับผู้กระทำความผิดภายหลังการกระทำความผิด

(1) พิจารณาจากการที่ผู้กระทำความผิดกลับใจและช่วยป้องกันผลร้ายแล้วหรือไม่

(2) พิจารณาความตั้งใจในการร่วมมือกับการสอบสวนหรือการฟ้องคดีผู้อื่น

(3) ผู้กระทำความผิดจัดการชดเชยต่อความสูญเสียหรือเสียหายที่เกิดขึ้น

(4) ผู้กระทำความผิดอาจได้รับความเสียหายจนเกินสมควรจากการฟ้องคดี

— กรณีเป็นการกระทำความผิดอาญาเพราะมีกฎหมายห้าม (Mala prohibita)

— เพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายที่จะติดตัวผู้กระทำความผิดไปจนเกินสมควร

— คำนึงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้เยาว์ เพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อตัวผู้เยาว์จนเกินควร

— คำนึงเกี่ยวกับความมีชื่อเสียงของผู้กระทำความผิด

— คำนึงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดทางเพศ

— เพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายอันเกิดจากการลงโทษจนเกินสมควร

2) ผู้เสียหายและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด

(1) พิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายว่าหากฟ้องไปแล้วจะทำให้เกิดผลกระทบหรือไม่

(2) พิจารณาจากความต้องการให้ดำเนินคดีของผู้เสียหาย ความไม่พอใจของสาธารณชน

(3) ลักษณะและประเภทของผู้เสียหาย

3) พิจารณาลักษณะและความร้ายแรงของการกระทำความผิด

- (1) พิจารณาลักษณะการใช้อาวุธหรือมีการใช้ความรุนแรงระหว่างการกระทำความผิด
- (2) มีพยานหลักฐานว่าความผิดกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน
- (3) ความผิดแม้โดยตัวเองจะไม่ร้ายแรง แต่เกิดขึ้นในวงกว้าง
- (4) ความเสียหายที่เกิดขึ้นเพียงเล็กน้อย หรือ ราคาทรัพย์สินที่ได้กระทำความผิดเพียงเล็กน้อย

เล็กน้อย

4) พิจารณาจากฐานความผิด

- (1) ความผิดอาญากรณีเป็นความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม (Mala prohibita)
- (2) คดีอาญาที่มีความเกี่ยวข้องกับต่างประเทศ
- (3) ความผิดอาญาที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ
- (4) ความผิดอาญาฐานกรรโชกหรือรีดเอาทรัพย์สินได้ถูกกระทำลงโดยการขู่เชิญว่าจะเปิดเผยความผิดอาญาใดความผิดอาญาหนึ่ง อัยการอาจไม่ดำเนินคดีกับความผิดอาญาที่ถูกขู่เชิญว่าจะเปิดเผยนั้นได้

นอกจากฐานความผิดข้างต้น อัยการยังต้องคำนึงถึงอีกสิ่งหนึ่งนั่นคือคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองด้วยว่าในแต่ละฐานความผิดนั้นสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองคือสิ่งใดและเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย ซึ่งมีผลต่อการที่จะดำเนินคดีหรือไม่ เช่นเดียวกัน

5) พิจารณาในแง่สังคม

- (1) การฟ้องคดีจะมีผลในทางบวกอย่างสำคัญต่อการดำรงความเชื่อมั่นของสังคม
- (2) พนักงานอัยการพิจารณาว่าการฟ้องคดีเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าสาธารณชนต้องการที่จะทำเช่นไร โดยพิจารณาว่าในกรณีดังกล่าวมีคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญกว่าที่ต้องคุ้มครองและจำเป็นต้องฟ้องคดีในเรื่องดังกล่าวหรือไม่ เช่น ตัวอย่างเช่น คดีละเมิดทางเพศเด็ก หรือ คดีละเมิดทางเพศในครอบครัว ผู้เสียหายอาจไม่ต้องการที่จะให้พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดหรือกลัวว่าจะเกิดปัญหาครอบครัวตามมา
- (3) การฟ้องคดีจะมีผลต่อนโยบายการปราบปรามอาชญากรรม เช่น การไม่ฟ้องคดีต่อผู้ที่ถูกกันไว้เป็นพยาน (พยานแผ่นดิน) การกันเอาผู้ต้องหาที่ได้ร่วมกระทำความผิดบางคนมาเป็นพยานเพื่อฟังลงโทษผู้ต้องหาอื่น หากพนักงานอัยการจะกลับฟ้องผู้ต้องหาข่มขู่ผลกระทบต่อประชาชนไม่กล้าเปิดเผยข้อมูลอันเป็นประโยชน์แก่คดีเพราะกลัวจะถูกฟ้องกลับในภายหลังได้ ซึ่งการสั่งไม่ฟ้องพยานแผ่นดินนี้จัดเป็นอาวุธที่ใช้ในการต่อสู้กับอาชญากรรมที่มีการจัดองค์การ (Organized crime) ความผิดฐานให้สินบน ความผิดเกี่ยวกับการพนัน เป็นต้น

(4) การกระทำความผิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมน้อยมาก เมื่อพิจารณาความสำคัญของเรื่องที่กระทำผิด เจตนาของการกระทำผิดพบว่าผู้กระทำมีเจตนาดี

(5) ความเห็นของสาธารณชนเกี่ยวกับความต้องการบังคับหรือไม่บังคับให้เป็นไปตามกฎหมายที่วางไว้ โดยพนักงานอัยการจะต้องคำนึงถึงความรู้สึกของสาธารณชน เพื่อให้เกิดผลตามเจตนารมณ์ของสาธารณชนในสถานการณ์ต่างๆ

(6) เหตุผลทางค่าใช้จ่าย

(7) การพิจารณาถึง เครื่องมือ สถานที่ และกำลังคนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

(8) เหตุผลในแง่การให้ความยุติธรรมแก่ผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล การลงโทษนั้นจะต้องให้เหมาะสมกับความผิดและความชั่วของผู้กระทำผิดเพื่อให้โอกาสแก้ไขปรับปรุงตัว ไม่ให้กระทำความผิดเช่นนั้นซ้ำอีกและเพื่อให้สามารถกลับเข้าสู่สังคมได้

(9) หากไม่ฟ้องคดีนั้นจะไม่ทำให้หลักการยับยั้ง (Deterrence) “ผู้อื่น” มิให้กระทำความผิดอย่างเดียวกันเสียไปมากนัก

3) นอกจากการวางเกณฑ์ (Guidelines) ข้างต้นแล้ว สิ่งที่สำคัญคือ อัยการจะต้องชี้แจงนำหนักประโยชน์ในการฟ้องคดีหรือไม่ฟ้องคดีเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างระมัดระวังและเป็นธรรม หากความสมดุลระหว่างประโยชน์ของผู้กระทำความผิด ผู้เสียหายและสังคมส่วนรวม และพึงระลึกว่าปัจจัยดังกล่าวเป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น ปัจจัยที่ใช้จะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี โดยการชี้แจงนำหนักประโยชน์ในการฟ้องคดี ต้องพิจารณารวมถึงเจตนารมณ์ของตัวบทกฎหมาย มาตรฐานทางศีลธรรม ความถูกต้อง ความเหมาะสมทางสังคม และคำนึงถึงความปลอดภัยของสาธารณชนที่อาจได้รับผลกระทบด้วย

4) กระบวนการสั่งคดีต้องมีลักษณะที่เปิดเผยต่อสาธารณชนให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เพื่อแสดงเหตุผลให้เห็นว่าอัยการพิจารณาจากปัจจัยใดเป็นเหตุจูงใจให้ใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องพร้อมแสดงเหตุผลดังกล่าวที่ชัดเจน อันเป็นแสดงว่าพนักงานอัยการใช้ดุลพินิจโดยมีมูลเหตุจูงใจที่ถูกต้อง

5) จัดให้มีการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะให้ประชาชนรับทราบ เพื่อให้ผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด ผู้มีส่วนได้เสีย หรือประชาชนเข้าไปถึงข้อมูลเกี่ยวกับการสั่งคดีดังกล่าวที่เกี่ยวกับตนเองได้โดยง่าย ทั้งเปิดเผยความคืบหน้าของคดีเท่าที่ไม่กระทบต่อการดำเนินคดีและการบังคับใช้กฎหมาย

6) เมื่อคดีใดมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดีของอัยการสูงสุดแล้ว ให้แจ้งคำสั่งดังกล่าวให้คู่ความที่มีส่วนเกี่ยวข้องได้รับทราบ พร้อมเหตุผลในการสั่งไม่ฟ้องด้วยและให้จัดให้มีการเผยแพร่

คำสั่งดังกล่าวต่อสาธารณชน และรวบรวมคำสั่งดังกล่าวไว้ในฐานข้อมูลเดียวกันเพื่อให้ประชาชนสามารถค้นหาและเข้าถึงได้โดยง่าย เหมือนระบบสืบค้นคำพิพากษาศาลฎีกา

7) ศึกษาถึงข้อบกพร่องต่างๆ ในคดีที่อัยการเคยตั้งคดีแล้วมีการวิพากษ์วิจารณ์ในสังคมไว้ เพื่อแก้ไขแนวทางในการสั่งในอนาคต

8) ในอนาคตนั้นหากอัยการสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างถูกต้อง มีการวางแนวทางในการพิจารณาหลักเกณฑ์การสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะอย่างชัดเจนและเป็นที่ยึดถือศรัทธาของประชาชน อาจลดขั้นตอนโดยไม่ต้องเสนอเป็นลำดับขั้นเพื่อให้อัยการสูงสุดสั่งไม่ฟ้อง โดยเฉพาะคดีที่ไม่ใช่คดีอาญาที่มีความเกี่ยวข้องกับต่างประเทศ หรือความผิดอาญาที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ เช่น ในกรณีที่มีการกระทำผิดเป็นความผิดอาญาเพราะมีกฎหมายห้าม (Mala prohibita) หรือกรณีความผิดอาญาที่มีโทษเล็กน้อย ควรให้เป็นเรื่องพนักงานอัยการปกติด้วยการแก้ไขให้การสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์ต้องสาธารณชนอยู่ในเงื่อนไขปกติของการพิจารณาสำนวน เพราะหากต้องเสนออัยการสูงสุดพิจารณาเพื่อให้มีคำสั่งไม่ฟ้องคดีทุกคดีแล้ว อาจทำให้ล่าช้าต่อการปฏิบัติงาน

9) ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์ ควรจะตั้งเป็นคณะทำงานเพื่อฟังความคิดเห็นในหลายๆ มุมมอง เพื่อให้พิจารณาและลงความเห็นว่าจะสั่งคดีอย่างไร เพื่อให้เห็นมุมมองที่หลากหลายเหมาะสมกับการพิจารณาประโยชน์สาธารณะซึ่งเป็นเรื่องที่เป็นนามธรรม อาจมีความคิดเห็นและมุมมองที่แตกต่างได้ การรับฟังความคิดเห็นที่หลากหลายจะทำให้การใช้ดุลพินิจมีความรัดกุมมากขึ้น

10) อาจเพิ่มบทบาทของประชาชน ในการรับฟังความคิดเห็นหากประชาชนมีข้อสงสัยใด โดยสำนักงานอัยการควรเปิดช่องทางให้ประชาชนร้องเรียนได้ เพื่อเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความรู้สึกนึกคิดและความคิดเห็นที่ดีของประชาชนทั่วไปในสังคม หรือ เพิ่มบทบาทให้ประชาชนในการตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะมากขึ้น โดยสำนักงานอัยการจะต้องคำนึงถึงการประชาสัมพันธ์ ให้เหตุผลถึงหลักเกณฑ์ มาตรฐานการสั่งคดี ชี้แจงแก้ไขเรื่องที่ไม่ถูกต้อง ตลอดจนข้อข้องใจต่างๆ ที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจให้กระจ่างชัด เพื่อแสดงให้เห็นถึงความรับผิดชอบต่อสาธารณชนอีกทางหนึ่งด้วย อันเป็นการทำให้การการฟ้องคดีเป็นประชาธิปไตย หรือกล่าวได้ว่าให้ประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

ด

ร

บรรณานุกรม

ร

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. (2542). *กระบวนการยุติธรรมบนเส้นทางของการเปลี่ยนแปลง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิต ฅ นคร. (2525). *รวมบทความทางด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฅ นคร อัยการสูงสุด* (31-49). กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร.
- _____. (2540). *รวมบทความด้านวิชาการของ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฅ นคร อัยการสูงสุด*. กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร.
- _____. (2549). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- จรัส สุวรรณมาลา. (2496). *ผลประโยชน์สาธารณะและการกำหนดนโยบายสาธารณะและแนวคิดทางรัฐศาสตร์และเศรษฐศาสตร์*. กรุงเทพฯ: ศูนย์วิจัยคณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ณรงค์ ใจหาญ. (2540). *การตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ ในหนังสือบนเส้นทางแห่งหลักนิติธรรม*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- ธง ลีพึงธรรม. (2524). *บทบาทของอัยการในกระบวนการยุติธรรม การใช้ดุลพินิจของอัยการในประเทศญี่ปุ่นและสหรัฐอเมริกา* (หนังสือธรรมะและกฎหมาย). กรุงเทพฯ: กรมอัยการ.
- ปรีชา ช้างขวัญยืน. (2524). *ปรัชญาแห่งอุดมการณ์ทางการเมือง*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิชาการ.
- พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2525. กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คส์.
- พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2542. กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คส์.
- พจนานุกรม (ฉบับอธิบาย 2 ภาษา) (2540). กรุงเทพฯ: รวมสาสน์ (1997).
- สุวิทย์ นิ่มน้อย, เดชา ศิริเจริญ และอัยภูงค์ ปาณิกบุตร. (2530). *อาชญวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: แสงจันทร์การพิมพ์.
- อุททิศ แส่นโกศิก. (2525). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์.
- สมยศ เชื้อไทย. (2550). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สำนักงานอัยการสูงสุด. *รายงานประจำปี 2539-2540*. กรุงเทพฯ: สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายสารสนเทศ สำนักงานวิชาการ.

บทความ

- กุลพล พลวัน. (2550, มีนาคม). “การกลั่นกรองดุลพินิจอัยการ.” **บทบัณฑิตย์**, 63. หน้า 1-22.
- _____. (2528). “ปัญหาการบริหารงานยุติธรรมในประเทศไทย.” **วารสารกฎหมาย** เล่มที่ 8. หน้า 93.
- เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2521, กันยายน). “ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีที่มีมูลของอัยการในสหรัฐอเมริกา.” **วารสารอัยการ**, 10, 1. หน้า 154-171.
- โกเมน ภัทรภิรมย์. (2534, กันยายน). “งานอัยการในกระบวนการยุติธรรม.” **วารสารอัยการ**, 14. หน้า 116.
- คณิต ณ นคร. (2521). “พยานแผ่นดินตามกฎหมายเองโคลอมเบีย.” **อัยการนิเทศ**, 40. หน้า 82.
- _____. (2551, กุมภาพันธ์). “การสั่งคดีและคำสั่งคดีของพนักงานอัยการ.” **วารสารอัยการ**, 1. หน้า 27.
- _____. (2552, 5-11 มิถุนายน, 12-18 มิถุนายน). “อัยการกับปัญหาความขัดแย้งในชาติ.” **มติชนสุดสัปดาห์**.
- จรัญ ภัคดีชนากุล. (2539). “ข้อพิจารณาเบื้องต้นในการใช้ดุลพินิจของศาล.” **รพี** 39. หน้า 12.
- ณรงค์ วิทยไพศาล. (2535). “บทบาทของพนักงานอัยการกับการคุ้มครองผลประโยชน์มหาชนในระบบซีวิลลอว์และระบบคอมมอนลอว์.” **วารสารอัยการ**, 169, 15. หน้า 34.
- นัทธี จิตสว่าง. (2524). “แนวความคิดเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดโดยไม่ใช้เรือนจำ.” **วารสารอาชญาวิทยาและงานยุติธรรม** 1-2. หน้า 36.
- น้ำแท้ มีบุญส้าง. (2549, ธันวาคม). “การยุติการดำเนินคดีที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อสังคม.” **บทบัณฑิตย์**, 49, 62. หน้า 213-219.
- พนัส ทัศนียานนท์ และ จีระศักดิ์ พรหมทอง. (2523, พฤศจิกายน). “ดุลพินิจของอัยการกับหลักความเสมอภาคตามกฎหมาย.” **วารสารอัยการ**, 4. หน้า 73.
- รุ่งแสง กฤตยพงษ์. (2534, สิงหาคม). “ระบบอัยการในประเทศสหรัฐอเมริกา.” **วารสารอัยการ**, 14. หน้า 33.
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์. (2546). “การชะลอฟ้องโดยมีเงื่อนไขตาม มาตรา 153a ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน.” **บทบัณฑิตย์**, 59, 2. หน้า 16-24.
- หลวงอรรถโกวิทวที. (2518). “พนักงานอัยการจะถอนฟ้องได้ในกรณีอย่างไร?” **อัยการนิเทศ**, 3, 1-4. หน้า 134.

อมร อินทรกำแหง. (2503). “อำนาจการใช้ดุลพินิจของอัยการอเมริกัน.” *อัยการนิเทศ*, 22, 2. หน้า 139.

อุทัย อาทิวา. (2546, ตุลาคม-พฤศจิกายน). “การใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการกับการลดปริมาณคดีชั้นศาลในประเทศฝรั่งเศส.” *วารสารยุติธรรม*, 1, 4. หน้า 16-17.

David Johnson และ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. (2538, ธันวาคม). “Prosecution Systems in Seven Countries: A Comparative Analysis.” *วารสารนิติศาสตร์*, 4. หน้า 635.

วิทยานิพนธ์

ชนัญญา (รัชณี) ชัยสุวรรณ. (2526). *การใช้ดุลพินิจในการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ.*

วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

นริศ ชำนาญชานันท์. (2552). *การพัฒนาการตั้งคดีของอัยการตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่ง*

ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

พิชญ์ ลีอวิชกิจ. (2551). *บทบาทพนักงานอัยการต่อการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษ.*

วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

พรธิดา เอี่ยมศิลา. (2549). *ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำผิดเพื่อประกอบการดำเนินคดีอาญา*

วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ภาวิณี บุรณะกิจไพบูลย์. (2548). *บทบาทของพนักงานอัยการในการดำเนินคดีแพ่งเพื่อคุ้มครอง*

ประโยชน์สาธารณะ: ศึกษากรณีการเรียกร้องค่าเสียหายแทนประชาชน. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ศุภกิจ เข้มประชา. (2543). *บทบาทอัยการในการกันผู้กระทำความผิดออกจากการฟ้องคดีต่อศาล.*

วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เสรษฐชัย อันสมศรี. (2547). *ดุลพินิจในการกำหนดโทษจำคุก.* วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต

สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อดิศร ไชยคุปต์. (2542). *ดุลพินิจของพนักงานอัยการในการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญา.* วิทยานิพนธ์

ปริญญามหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

อายุธ สมานเดชา. (2534). *อำนาจหน้าที่ของอัยการสูงสุด.* วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต

สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อิทธิ มุสิกะพงษ์. (2540). การดำเนินคดีความผิดเล็กน้อย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต
สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

รายงานการวิจัย

สำนักงานกิจการยุติธรรม. (2549). โครงการวิจัยศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการ
นำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา (รายงานวิจัย). กรุงเทพฯ: สำนักงานกิจการ
ยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม.

กฎหมาย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 177.

ประมวลกฎหมายอาญา.

เอกสารอื่น ๆ

ธีระยุทธ์ รอดเจริญ. (2551). มาตรการตรวจสอบดุลพินิจในการสั่งคดีอาญาของพนักงานอัยการ.

สารนิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปิยธิดา เจิมहरรรษา. (2540). บทบาทและการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีของอัยการเยอรมัน ใน เอกสาร
ทางวิชาการเรื่องการตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ. กรุงเทพฯ: สถาบัน
กฎหมายอาญา.

ระเบียบกรมอัยการว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2528.

ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547.

สำนักงานอัยการเขต 8. (2553). ดุลพินิจในการสั่งคดีเพื่อประโยชน์สาธารณะ. การจัดการความรู้
สำนักงานอัยการสูงสุด.

สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

ระบบค้นหาข้อมูลคดี ศาลยุติธรรม. สืบค้นเมื่อ 15 มีนาคม 2553, จาก <http://dbcase.coj.go.th>

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

- A. F. Wilcox. (1972). **The Decision to Prosecute**. London: Butterwoths.
- Clifford A. Bowitz. (1969). **Criminal Process in Latin America**. New York: Oceana.
- Frank W. Miller. (1974). **Prosecution: The Decision to Charge a Person With a Crime**.
U.S.A: Brown.
- Hans-Heinrich Jescheck. (1970). **The Discretionary Powers of Prosecuting Attorney in West Germany**, (18/3 The American Journal of Comparative Law).
- Henry C.Black. (1990). **Black's Law Dictionary**.
- Jay A. Sigler. (1979). The Prosecutor : A comparative Functional Analysis. in The Prosecutor.
California: Sage.
- Joachim Herrman. (1974). **The Rule of compulsory Prosecution and Analysis**. California:
Sage.
- Julia Fionda. (1995). **Public Prosecutors and Discretion: A Comparative Study**.
- Karl-Heinz Kunet. (1987). **The Prosecutor System in the Federal Republic of Geramany**.
Tokyo Japan: United Nations. (Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime
and the Treatment of Offenders FUCHU).
- Kenneth Culp Davis. (1971). **Discretionary Justice a Preliminary Inquiry**. United State of
America: University of Illinois.
- Klus Sessar. (1979). **Prosecutorial Discretion in Germany, in The Prosecutor**. California:
Sage.
- Mike Macconville, Andrew Sanders & Roger Leng. (1991). **The Case for the Prosecution:
Police Suspects and the construction of Criminality**. London: Routledge.
- St.Paul: Minnesota:West. (1951). **Black 's Law Dictionary**. (4 th ed.).

ARTICLES

Eberhard Siegismund . THE PUBLIC PROSECUTION OFFICE IN GERMANY: LEGAL STATUS, FUNCTIONS AND ORGANIZATION p. 62-63

Heinrich Kirshner. (1989). Integration, Diversion and Resocialisation in German Criminal Procedure in **Resource Material Series No.36 UNAFEI**.

John H. Langbein. (1974). "Controlling Prosecutorial Discretion in Germany". **41/3 University of Chicago Law Review**.

Robert J. Green. (1992). "The Creation and Development of the Crown Prosecution Services." **Resource Material Series, No. 42, UNAFEI(40)**. Tokyo.

Roger K Daw(1989). The Public interest .Criterion in the decision to prosecute.. **HeinOnline 53 J. Crim.** p.489-490

Stanley Cohen. (1994). "Inside the System A Reader on Criminal Justice." **Oxford University Press**.

ELECTRONIC SOURCES

Code for Crown Prosecutors. Retrieved December 25, 2010, from

http://www.cps.gov.uk/publications/code_for_crown_prosecutors/codetest.html.

Principles of Federal Prosecution. Retrieved August 5, 2010, from

http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/27mcrm.htm

THE DPP'S Decision to prosecute. N R Cowdery QC Director of Public Prosecutions , NSW .

Retrieved August 5,2010, from

<http://www.odpp.nsw.gov.au/speeches/READERS%202001.htm>

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

เสาวลักษณ์ แก้วมด

ประวัติส่วนตัว

เกิดเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2527

ประวัติการศึกษา

ปริญญานิติศาสตรบัณฑิตจากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
(เกียรตินิยมอันดับสอง) ปีการศึกษา 2549
เนติบัณฑิตยไทย สมัยที่ 60