

การกำหนดแนวทางการให้เหตุผลของศาลในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในคดีอาญา  
ตามแนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์

ไข่มุก สีสมยา

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์  
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2565

**THE DETERMINATION OF THE APPROACH TO THE COURT'S  
REASONING IN USING DISCRETION TO IMPOSE PENALTY IN  
CRIMINAL CASES BASED ON LAW AND ECONONMICS**

**KHAIMOOK SEESOMYA**



**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws**

**Department of Law**

**Pridi Banomyoung Faculty of Law, Dhurukij pudit University**

**2022**



## ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ การกำหนดแนวทางการให้เหตุผลของศาลในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ  
ในคดีอาญาตามแนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์

เสนอโดย นางสาวไข่มุก สีสมยา

สาขาวิชา นิติศาสตร์

หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์อัจฉรียา ชูตินันท์

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

**ปกป้อง อธิปไตย**

..... ประธานกรรมการ  
(รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท)

**อัจฉรียา ชูตินันท์**

..... กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์  
(รองศาสตราจารย์อัจฉรียา ชูตินันท์)

**จิรวุฒิ ลิปิพันธ์**  
..... กรรมการ  
(อาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว

**ดร. รัตนชื้อสกุล**

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนชื้อสกุล)

วันที่ ..... เดือน **กรกฎาคม** พ.ศ. **๒๕๖๕**

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การกำหนดแนวทางการให้เหตุผลของศาลในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ ในคดีอาญาตามแนวความคิดนิติเศรษฐศาสตร์
ชื่อผู้เขียน	ไข่มุก สีสมยา
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2564

### บทคัดย่อ

เมื่อมีความผิดอาญาเกิดขึ้นจนนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล หากศาลเห็นว่าการกระทำที่มีการฟ้องร้องเป็นความผิดอาญาแล้วศาลจะต้องดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่กำหนดให้ศาลลงโทษแก่จำเลยตามความผิด เป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าหากศาลจะพิพากษาลงโทษแล้วจะใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษอย่างไร ซึ่งในปัจจุบันการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลในคดีอาญานั้นจะต้องอยู่ภายในกรอบที่กฎหมายบัญญัติไว้กล่าวคือที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งหมายความว่าศาลจะลงโทษเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดในอัตราโทษขั้นสูง หรือต่ำกว่าอัตราโทษขั้นต่ำไม่ได้ เว้นแต่จะมีเหตุเพิ่มหรือเหตุผลโทษ อย่างไรก็ตามในกรณีที่บทระวางโทษสำหรับความผิดมีหลายสถานศาลต้องพิจารณาว่าจะลงโทษสถานใด กรณีเหล่านี้ศาลได้อาศัยหลักเกณฑ์ใดในการพิจารณา

เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวกระบวนการยุติธรรมทางอาญาควรนำแนวคิดและทฤษฎีทางอาชญวิทยา และนิติเศรษฐศาสตร์มาเป็นกรอบวิเคราะห์และเพื่อบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นแนวทางออกสำหรับปัญหาดังกล่าว ดังนั้นการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลในคดีอาญาจำเป็นต้องคำนึงถึงต้นทุนของสังคมและประโยชน์ของสังคม ประโยชน์ที่ผู้กระทำจะได้รับจากการกระทำความคิด โอกาสที่ผู้กระทำความคิดจะถูกลงโทษ โอกาสในการที่ความผิดนั้นจะเกิดขึ้นในสังคม รายได้ของผู้กระทำความคิดทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล รวมถึงหลักความได้สัดส่วนแห่งความร้ายแรง เพื่อมุ่งสู่การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายและแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้มาตรการเพื่อประกอบดุลพินิจกำหนดโทษของศาลในคดีอาญาให้มีความเหมาะสม เป็นธรรม เพื่อให้เกิดประโยชน์ทั้งในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม พื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับไปใช้ชีวิตอย่างปกติสุขในสังคม ป้องปรามอาชญากรรม และเพื่อบรรลุนิติภารกิจของกฎหมายอาญา เพิ่มประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย

**คำสำคัญ:** ดุลพินิจในการกำหนดโทษ , นิติเศรษฐศาสตร์ , อาชญากรรม

Thesis Title	The determination of the approach to the court's reasoning in using discretion to impose penalty in criminal cases based on law and economics
Author	Khaimook Seesomya
Thesis Advisor	Associate Professor Achariya Chutinun
Department	Law
Academic Year	2021

### ABSTRACT

From the time a criminal offense occurs until the matter is brought to court, If the court finds the prosecution to be a criminal offense, the court must follow the Criminal Procedure Code, which allows the court to penalize the offender based on the offense. It is a question that must be addressed whether the court decides on the punishment and how it will exercise its discretion in doing so. Currently, the court's discretion in criminal proceedings must be exercised within the confines of the law, as laid down in the Criminal Code. This means that the court will use the maximum penalty rate to punish you for going above and beyond what the law requires. Unless there is an additional cause or a decrease in the punishment, the penalty will be less than the minimum penalty rate. However, in circumstances where the punishment for an offense is several, the court must decide which punishment to impose, such as when the death penalty is being considered. Life imprisonment or a period of incarceration, and if a period of jail is required, how long should it be What factors did the court employ to weigh in on these cases.

The criminal justice system should use criminological concepts and Economic Analysis of Law to handle such difficulties. as well as forensic economics as a framework for study and enacting changes to the Penal Code, which is the solution to such a problem As a result, judicial discretion in criminal proceedings must take into account both the cost and the benefit to society. The benefits that an offender will obtain from committing a crime, the possibility that the criminal will be punished, and the likelihood that the crime will occur in society Offenders' earnings, both natural and legal persons, are subject to the concept of proportionality of seriousness. The goal is to change and strengthen the law and standards for the use of measures to support a court's decision in criminal cases. should be reasonable in accordance with the idea of proportionality in order to assist both the maintenance of social order and the prevention of crime rehabilitate offenders in order for

them to return to a regular life in society, deter crime, and accomplish the criminal law's objective  
Enhance the efficiency of Thailand's criminal justice system.

**Keyword:** Judicial discretion , Law and Economics , Crime



## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงต่อท่านรองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท ประธานกรรมการวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์ กรรมการวิทยานิพนธ์ และท่านรองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์ กรรมการและที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ที่ให้ความกรุณาให้ข้อคิด ชี้แนะแนวทางแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ ประสิทธิ์ประสาทวิชาการความรู้ จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยดี ผู้เขียนขอระลึกถึงพระคุณของท่านอาจารย์อย่างซาบซึ้งในความเมตตาที่มีต่อผู้เขียนไว้ ณ ที่นี้ด้วย

ผู้เขียนขอขอบพระคุณนางนพมาศ ถนัดคำ มารดาอันเป็นที่รัก ผู้เป็นแรงผลักดันให้มีกำลังกายและกำลังใจในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้สนับสนุนบุตรในทุก ๆ ด้านเสมอมา ให้กำลังใจ คอบรมสั่งสอนให้บุตรสาวผู้นี้เป็นคนดีและมีความอดทนเป็นอย่างดี ผู้เขียนขอขอบคุณความดีในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้กับ มารดา และครอบครัวของผู้เขียนผู้เป็นส่วนประกอบสำคัญ ผู้เป็นความอบอุ่นและกำลังใจอย่างล้นเหลือของผู้เขียน

ผู้เขียนขอขอบคุณนางสาวนันนภาฤทธิ์ พูลลาภ ผู้เป็นผู้สนับสนุน ผู้เป็นเพื่อนร่วมทางในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ให้การช่วยเหลือผู้เขียนในทุก ๆ ด้านเสมอมา ทำยนี้หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ใจมุก สีสมยา

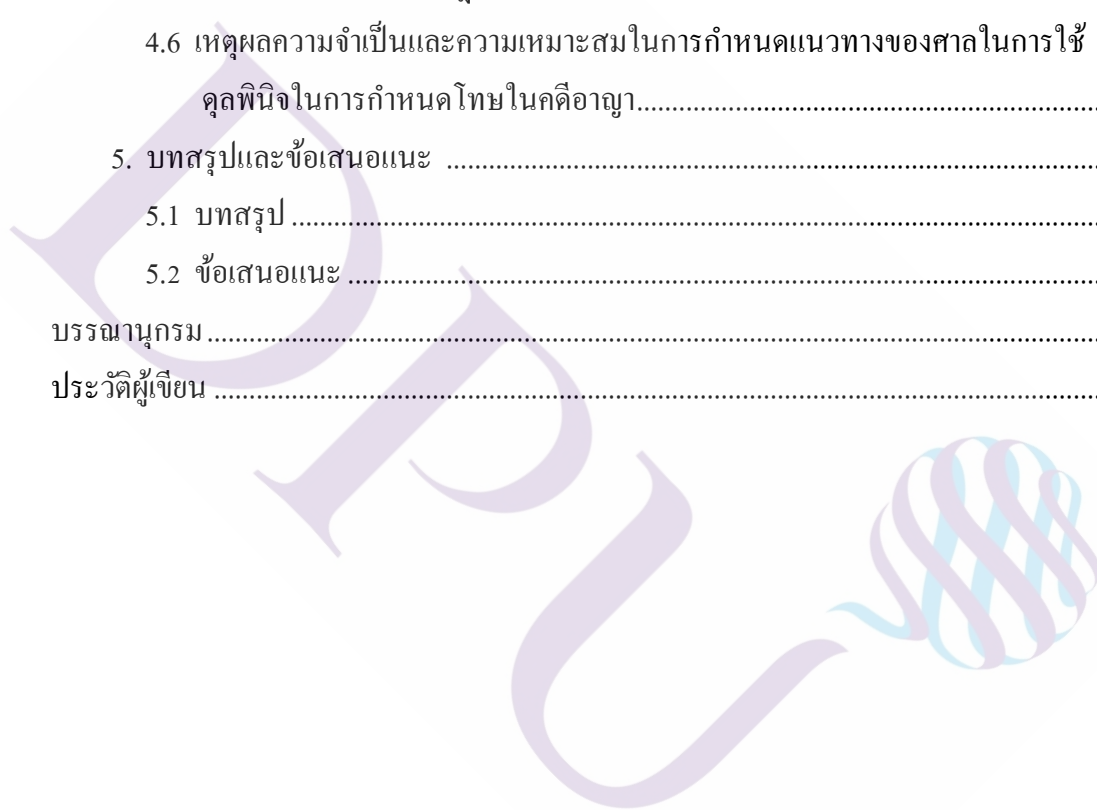
สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย .....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	๘
กิตติกรรมประกาศ.....	๙
<b>บทที่</b>	
1. บทนำ .....	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา .....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา .....	4
1.3 สมมติฐานของการศึกษา .....	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	5
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ .....	6
2 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษ ในคดีอาญา.....	7
2.1 ภารกิจของกฎหมายอาญา .....	7
2.2 การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษโดยศาล.....	10
2.3 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ.....	19
2.4 แนวคิดเกี่ยวกับอาชญากรรมและการลงโทษ .....	23
2.5 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับนิติเศรษฐศาสตร์ .....	31
2.6 ข้อจำกัดการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษในคดีอาญาตามกฎหมายไทย..	48
3. มาตรการในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษทางอาญาของศาลในต่างประเทศ.....	50
3.1 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี .....	50
3.2 ประเทศฝรั่งเศส.....	55
3.3 ประเทศอังกฤษ .....	59
4. วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในคดีอาญา ตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ .....	68



## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4.1 วิเคราะห์ขนาดของความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคมจากการกระทำความผิด .....	68
4.2 วิเคราะห์ผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการกระทำความผิด	70
4.3 วิเคราะห์โอกาสที่ผู้กระทำความผิดจะถูกลงโทษ .....	72
4.4 วิเคราะห์โอกาสในการที่ความผิดนั้นจะเกิดขึ้นในสังคม .....	75
4.5 วิเคราะห์เปรียบเทียบการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของกฎหมายต่างประเทศ กรณีนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทย.....	76
4.6 เหตุผลความจำเป็นและความเหมาะสมในการกำหนดแนวทางของศาลในการใช้ ดุลพินิจในการกำหนดโทษในคดีอาญา.....	79
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	81
5.1 บทสรุป .....	81
5.2 ข้อเสนอแนะ .....	84
บรรณานุกรม .....	86
ประวัติผู้เขียน .....	90



# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ประเทศไทยในปัจจุบันระบบในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาประสบปัญหาสำคัญในด้านประสิทธิภาพ ศาลยุติธรรมจะต้องรับคดีเข้าสู่ระบบมากขึ้นกว่าที่จะสามารถพิจารณาให้เสร็จสิ้นได้ จึงมีคดีค้างในศาลจำนวนมากขึ้นเรื่อย ๆ นอกจากนี้เรือนจำก็มีนักโทษมากกว่าขีดความสามารถที่จะรองรับได้ ปัญหาดังกล่าวนั้นมิได้เกิดขึ้นจากการขาดแคลนทรัพยากรเพราะกระบวนการยุติธรรมของประเทศไทยใช้ทรัพยากรทั้งงบประมาณและบุคลากรมากกว่าหลายประเทศ ปัญหาดังกล่าวปรากฏอย่างชัดเจนในส่วนกระบวนการยุติธรรมทางอาญา<sup>1</sup> ซึ่งประเทศไทยมีกฎหมายที่มีโทษทางอาญาจำนวนมาก มีจำนวนผู้ถูกจับกุมขังมาก ทั้งนักโทษและผู้ที่ถูกกล่าวหาที่ศาลยังไม่พิพากษาถึงที่สุด ทั้งจำนวนไม่น้อยเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากคดีอาญา และผู้ต้องโทษระยะสั้น ซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดโดยประมาท หรือพลาดซึ่งนอกจากจะก่อให้เกิดต้นทุนอย่างมหาศาลต่อระบบยุติธรรมของประเทศไทย อีกทั้งยังก่อให้เกิดคำถามต่อระบบยุติธรรม เพราะกระบวนการยุติธรรมมีประสิทธิภาพที่ไม่ดีพอ อาจไม่ทำให้เกิดความยุติธรรมได้อย่างจริงแท้ และเป็นแรงผลักดันให้เกิดกระแสในประเทศไทยให้การปฏิรูปกฎหมายอาญา

อย่างไรก็ดีแนวทางหนึ่งในการลดปัญหาข้างต้นคือการนำเอาศาสตร์แขนงอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องมาช่วยวิเคราะห์ ออกแบบและเสนอแนะแนวทางในการใช้กฎหมายให้เชื่อมโยงกับโลกของความเป็นจริง หนึ่งในศาสตร์ที่วงการกฎหมายของประเทศต่าง ๆ พบว่ามีประโยชน์ในการออกแบบระบบและตีความกฎหมายคือเศรษฐศาสตร์ ซึ่งเป็นวิชาที่เน้นศึกษาแรงจูงใจและพฤติกรรมของมนุษย์ในการแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตนภายใต้กฎกติกาต่าง ๆ และได้พัฒนาเครื่องมือในการวิเคราะห์ผลกระทบของมาตรการของรัฐในสังคมอย่างเป็นระบบ รวมถึงหลักการว่าด้วยออกแบบกติกาเพื่อปรับพฤติกรรมของสมาชิกในสังคมให้บรรลุผลตามเจตจำนงของกฎหมายในปัจจุบัน วงการวิชาการด้านกฎหมายในประเทศพัฒนาแล้วโดยเฉพาะในสหรัฐและ

---

<sup>1</sup> สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, โครงการการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์ (Economic Analysis of Criminal Laws), (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2554), น. 2.

ยุโรป มีความตื่นตัวและมีพัฒนาการในการศึกษาศาสตร์ที่เรียกว่า กฎหมายและเศรษฐศาสตร์ (law and economics) หรือ การวิเคราะห์กฎหมายด้วยเศรษฐศาสตร์ (economic analysis of law) หรือที่เรียกว่า นิติเศรษฐศาสตร์<sup>2</sup> ที่มุ่งเน้นที่จะศึกษาประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยใช้แนวคิดของวิชาเศรษฐศาสตร์เป็นกรอบในการวิเคราะห์ กรอบแนวคิดดังกล่าวจะสมมติว่ามนุษย์มีเหตุผลเสมอในการเลือกดำเนินการสิ่งใดที่เป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุด เช่น อาชญากรจะประกอบอาชญากรรมเมื่อผลประโยชน์สุทธิจากการดำเนินการดังกล่าวสูงกว่าการดำเนินการอื่น ในทำนองเดียวกันผู้เสียหายจะฟ้องคดีอาญาเมื่อการดำเนินการดังกล่าวก่อให้เกิดผลประโยชน์สุทธิมากกว่าการดำเนินการอื่น เช่น การฟ้องคดีแพ่ง ดังนั้นหากกระบวนการยุติธรรมอนุญาตให้ฟ้องคดีอาญาในกรณีพิพาทส่วนบุคคลได้ ผู้เสียหายก็จะมีแรงจูงใจในการฟ้องคดีอาญามากกว่าที่ควรจะเป็นเพราะไม่ต้องแบกรับต้นทุนเองทั้งหมด และยังทำให้ทราบอีกว่าการลงโทษด้วยการปรับจะก่อให้เกิดต้นทุนต่อสังคมต่ำกว่าการลงโทษด้วยการจำคุก เนื่องจากการปรับก่อให้เกิดต้นทุนแก่รัฐในการบริหารค่อนข้างต่ำและมีผลเป็นเพียงการโอนเงินจากผู้กระทำความผิดไปสู่รัฐ โทษที่เหมาะสมนั้นยังสามารถป้องปรามการกระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นอีกด้วย

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการลงโทษแก่บุคคลที่ผู้กระทำความผิดในลักษณะต่าง ๆ ในสังคมและเป็นกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยตรง เป็นกฎหมายที่บัญญัติห้ามมิให้มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งหรือบังคับให้มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยที่ผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามได้รับโทษ<sup>3</sup> กล่าวคือ กฎหมายอาญาคือบรรดากฎหมายทั้งหลายที่ระบุถึงความผิดอาญา โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาอื่น และเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาอื่นนั้น<sup>4</sup> กระบวนการยุติธรรมทางอาญามีภารกิจ (Funktion)<sup>5</sup> ในการคุ้มครองสังคมโดยการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมนั้นการกระทบกระทั่งกันไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง กฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองจึงมีความสำคัญมาก ซึ่งการใช้กฎหมายอาญาเพื่อเป็นเครื่องมือคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมต้องกระทำเฉพาะเท่าที่จำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น เพราะหากมีการใช้กฎหมายอาญาได้อย่างง่ายดายแล้วสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะถูกกระทบกระเทือนจนเกินความจำเป็นและไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย เนื่องจากกฎหมายอาญาต้องเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของ

<sup>2</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>3</sup> เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, (กรุงเทพมหานคร: หจก.จิรัชการพิมพ์, 2549), น. 1.

<sup>4</sup> คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น. 52.

<sup>5</sup> เพิ่งอ้าง, น. 67-73.

บุคคลด้วย และอีกภารกิจที่สำคัญคือการปราบปรามและป้องกันการกระทำความผิด กล่าวคือการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดยังเป็นการกระทำเพื่อป้องกันมิให้การกระทำนั้นเกิดขึ้นอีกในอนาคตด้วย การลงโทษหรือการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดจะต้องกระทำเพื่อให้เกิดความรู้สึกรู้สึกต่อผู้กระทำความผิดและบุคคลทั่วไป กล่าวคือต้องกระทำเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเห็นเองว่าสังคมไม่ยอมรับการกระทำของเขา และในขณะเดียวกันก็ต้องกระทำเพื่อเตือนบุคคลทั่วไปด้วยว่าถ้ามีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้นอีกก็จะต้องมีการลงโทษเช่นเดียวกัน ฉะนั้นถ้าการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดเป็นไปโดยถูกต้องแล้วการใช้กฎหมายอาญาก็จะบรรลุภารกิจ

เมื่อบุคคลมีความรับผิดชอบทางอาญาแล้ว บุคคลนั้นจะต้องถูกลงโทษทางอาญา โดยโทษทางอาญานั้นจะต้องมีประสิทธิภาพในการยับยั้งมิให้คนที่กระทำผิดแล้วหวนกลับไปทำผิดอีก และจะต้องมีประสิทธิภาพในการยังยั้งมิให้คนอื่นเลียนแบบกระทำความผิดนั้น ในทางตรงกันข้ามหากโทษทางอาญาไม่มีประสิทธิภาพก็จะทำให้เกิดการกระทำผิดซ้ำ (recidivism) หรืออาชญากรรมเลียนแบบ<sup>6</sup> ซึ่งจะทำให้สังคมไม่สงบสุขและแสดงถึงความล้มเหลวของกฎหมายอาญา โดยที่โทษทางอาญานั้นจะถูกกำหนดล่วงหน้าโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยกำหนดเป็นระวางโทษ เช่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับไม่เกิน 200,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นต้น และเมื่อฝ่ายตุลาการพิพากษาจำเลยแล้วว่าเป็นผู้กระทำความผิดและสมควรต้องได้รับโทษ ฝ่ายตุลาการจะเป็นผู้กำหนดบทลงโทษที่แน่นอนให้แก่ผู้กระทำความผิดแต่ละคน แม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดขนาดของบทลงโทษอย่างกว้างไว้ในกฎหมาย ฝ่ายตุลาการก็ต้องมีดุลพินิจที่จะปรับโทษในกฎหมายให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย โดยที่ฝ่ายตุลาการจะต้องคำนึงถึงเหตุภาวะวิสัย (objective cause) เช่น ขนาดความเสียหายของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นต่อสังคม และเหตุอัตวิสัย (subjective cause) เช่น ลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิดว่ามีลักษณะร้ายแรงมากน้อยเพียงใด

หากนำนิติเศรษฐศาสตร์มาวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวการพิพากษาคดีอาญาย่อมขึ้นอยู่กับพื้นฐานของการวิเคราะห์ต้นทุนสังคม (social cost) และประโยชน์ของสังคม (social benefit) และต้องวิเคราะห์ถึงขนาดของความเสียหายของสังคมกับการลงโทษทางอาญาอีกด้วย ในปัจจุบันสามารถเห็นได้อย่างประจักษ์ชัดอาชญากรที่สร้างความเสียหายต่อสังคมมากก็ควรลงโทษหนัก และอาชญากรที่สร้างความเสียหายต่อสังคมน้อยควรลงโทษเบา ซึ่งสอดคล้องกับหลักการกำหนดบทลงโทษในกฎหมายอาญาทั่วโลก ในความผิดที่ลงโทษหนักขึ้นเพราะลักษณะการกระทำประมวลกฎหมายอาญาก็จะกำหนดโทษที่สูงขึ้นโดยคำนึงถึงการกระทำที่รุนแรงขึ้น ซึ่งสร้างความ

<sup>6</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น. 201.

เสียหายที่มากขึ้นให้กับสังคม แต่เมื่อจะใช้โทษที่อยู่ในประมวลกฎหมายอาญากับความผิดของจำเลยแต่ละราย ศาลก็จะมีดุลพินิจที่จะพิจารณาความเสียหายของการกระทำความผิดของจำเลยแต่ละคนในแต่ละครั้งและกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน ซึ่งเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่มากเกินไปและไม่น้อยไปกว่ากรอบที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดตามหลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา (principle of legality) ดังนั้นเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดกรอบขั้นสูงขั้นต่ำให้ฝ่ายตุลาการแล้ว ศาลจะกำหนดบทลงโทษอย่างไร โดยเบื้องต้นศาลจะต้องประมวลข้อเท็จจริงต่าง ๆ แล้ววัดขนาดของอาชญากรรมว่าสร้างความเสียหายเท่าใดและกำหนดโทษกับผู้กระทำความผิดให้เหมาะสมกับความเสียหายที่ผู้กระทำก่อขึ้นกับสังคมซึ่งทำให้ศาลไม่อาจลงโทษผู้กระทำผิดได้เท่ากันในทุกกรณี โดยนำนิติเศรษฐศาสตร์มาเป็นกรอบวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าว

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎีและความเป็นมารวมถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลในคดีอาญาจากสภาพความเป็นจริงของประเทศไทยในปัจจุบัน ตลอดจนศึกษาหลักการและวิธีการทางนิติเศรษฐศาสตร์ โดยเฉพาะจะมุ่งเน้นในส่วนของมาตรการการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาล
2. เพื่อศึกษาวิเคราะห์สภาพปัญหาการใช้ดุลพินิจการกำหนดโทษของศาลในคดีอาญาที่ไม่ได้สัดส่วน และส่งผลกระทบต่อสังคม อีกทั้งยังไม่สามารถที่จะป้องปรามอาชญากรรมได้
3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลในคดีอาญาตามกฎหมายต่างประเทศ
4. เพื่อศึกษาและหาแนวทางสร้างมาตรการ และกลไกที่มุ่งสู่การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายและแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลในคดีอาญาให้มีความเหมาะสมอันเป็นการบรรลุภารกิจของกฎหมายอาญา เพื่อให้ศาลใช้มาตรการประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษให้ถูกต้องเหมาะสม เป็นธรรมและได้สัดส่วน

## 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

เมื่อมีความผิดอาญาเกิดขึ้นจนนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล หากศาลเห็นว่าการกระทำที่มีการฟ้องร้องเป็นความผิดอาญาแล้วศาลจะต้องดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่กำหนดให้ศาลลงโทษแก่จำเลยตามความผิด เป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าหากศาลจะพิพากษาลงโทษแล้วจะใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษอย่างไร ซึ่งในปัจจุบันการใช้

ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลในคดีอาญานั้นจะต้องอยู่ภายในกรอบที่กฎหมายบัญญัติไว้ซึ่งหมายความว่าศาลจะลงโทษเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดในอัตราโทษขั้นสูง หรือต่ำกว่าอัตราโทษขั้นต่ำไม่ได้ เว้นแต่จะมีเหตุเพิ่มหรือเหตุลดโทษ อย่างไรก็ตามในกรณีที่บทระวางโทษสำหรับความผิดมีหลายสถานศาลต้องพิจารณาว่าจะลงโทษสถานใด เช่น ศาลจะเลือกโทษสถานใดระหว่างประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกโดยมีกำหนดเวลา และหากจะจำคุกก็ต้องพิจารณาว่าควรเป็นระยะเวลาเท่าใด กรณีเหล่านี้ศาลได้อาศัยหลักเกณฑ์ใดในการพิจารณา

เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวกระบวนการยุติธรรมทางอาญาควรนำแนวคิดและทฤษฎีทางอาชญวิทยา และนิติเศรษฐศาสตร์มาเป็นกรอบวิเคราะห์และเพื่อบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นแนวทางออกสำหรับปัญหาดังกล่าว ดังนั้นการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลในคดีอาญาจำเป็นต้องคำนึงถึงต้นทุนของสังคมและประโยชน์ของสังคม ประโยชน์ที่ผู้กระทำจะได้รับจากการกระทำความผิด โอกาสที่ผู้กระทำความผิดจะถูกลงโทษ โอกาสในการที่ความผิดนั้นจะเกิดขึ้นในสังคม รายได้ของผู้กระทำความผิดทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล รวมถึงหลักความได้สัดส่วนแห่งความร้ายแรง เพื่อมุ่งสู่การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายและแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้มาตรการเพื่อประกอบดุลพินิจกำหนดโทษของศาลในคดีอาญาให้มีความเหมาะสมอันเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน เพื่อให้เกิดประโยชน์ทั้งในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับไปใช้ชีวิตอย่างปกติสุขในสังคม และเพื่อบรรลุภารกิจของกฎหมายอาญา เพิ่มประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย

#### 1.4 ขอบเขตการศึกษา

การวิจัยฉบับนี้ได้ทำการศึกษาค้นคว้า เพื่อให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี หลักเกณฑ์ การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลในคดีอาญา การนำแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์มาวิเคราะห์การใช้ดุลพินิจของศาล นอกเหนือจากการพิจารณาความผิดซึ่งเป็นการพิจารณาในส่วนที่เป็นภาววิสัยแล้วศาลยังต้องพิจารณาถึงส่วนที่เป็นอัตวิสัย รวมถึงแนวคิด ทฤษฎี ของต่างประเทศ และในการนำนิติเศรษฐศาสตร์มาใช้ในการพิจารณาคดีต่าง ๆ และหลักการในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลในคดีอาญา

#### 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้ได้ทำการศึกษาค้นคว้าวิจัยในเชิงเอกสาร เพื่อให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี หลักเกณฑ์ การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลในคดีอาญา หากเป็นในกรณีที่ศาลจะต้องเลือกระหว่างโทษสถานใดสถานหนึ่งหรือระยะเวลาของโทษ โดยนำแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์มาเป็น

กรอบวิเคราะห์ และศึกษาถึงหลักเกณฑ์ แนวคิด ทฤษฎีของต่างประเทศในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลในคดีอาญาของต่างประเทศมาเพื่อเปรียบเทียบวิเคราะห์

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎีและความเป็นมารวมถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลในคดีอาญาจากสภาพความเป็นจริงของไทยในปัจจุบัน ตลอดจนศึกษาหลักการและวิธีการทางนิติเศรษฐศาสตร์ โดยเฉพาะจะมุ่งเน้นในส่วนของการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของฝ่ายตุลาการ

2. ทำให้ทราบถึงสภาพปัญหาการใช้ดุลพินิจการกำหนดโทษของศาลในคดีอาญาที่ไม่ได้สัดส่วน และส่งผลกระทบต่อสังคม อีกทั้งยังไม่สามารถที่จะป้องปรามอาชญากรรมได้

3. ทำให้ทราบถึงมาตรการการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลในคดีอาญาตามกฎหมายต่างประเทศ

4. ทำให้ทราบถึงแนวทางสร้างมาตรการ และกลไกที่มุ่งสู่การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายและแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลในคดีอาญาให้มีความเหมาะสมอันเป็นการบรรลุภารกิจของกฎหมายอาญา เพื่อให้ศาลใช้มาตรการประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษให้ถูกต้องเหมาะสม เป็นธรรมและได้สัดส่วน

## บทที่ 2

### แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการการใช้ดุลพินิจของศาล

#### ในการกำหนดโทษในคดีอาญา

ภารกิจของกฎหมายอาญา คือ การคุ้มครองสังคมและปราบปรามป้องกันการกระทำ ความผิด<sup>1</sup> เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจะต้องใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำ ความผิดที่เกิดขึ้นนั้น และการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดยังเป็นการ ป้องกันมิให้การกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นอีกในอนาคตด้วย แต่ปัญหาสำคัญประการหนึ่งในการใช้ กฎหมายอาญาเพื่อป้องปรามการกระทำความผิด คือ การใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษ ใน กรณีที่กำหนดโทษเป็นโทษทางอาญาแล้ว ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจว่าในความผิดแต่ละฐานควร กำหนดระวางโทษสถานใด และการกำหนดบทระวางโทษนั้นควรต้องพิจารณาจากสิ่งใด จึงจำเป็น ที่จะต้องกำหนดคชลไกเพื่อให้ศาลใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดบทระวางโทษเพื่อให้ สอดคล้องกับภารกิจของกฎหมายอาญา

ดังนั้น จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องศึกษาบทบัญญัติว่าด้วยการลงโทษในคดีอาญา วัตถุประสงค์ในการลงโทษ หลักความได้สัดส่วนของการลงโทษ ความหมายของนิติเศรษฐศาสตร์ ตลอดจนอาชญาวิทยา ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

#### 2.1 ภารกิจของกฎหมายอาญา

กฎหมายทุกลักษณะมีภารกิจ (Funktion)<sup>2</sup> ของตัวเอง ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายอาญานั้นอาจกล่าวได้ในเรื่องต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

##### 2.1.1 ภารกิจในการคุ้มครองสังคม

กฎหมายอาญานั้นมีภารกิจในการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม มนุษย์ไม่ อาจอยู่ได้โดยลำพังคนเดียวตลอดไป และโดยธรรมชาติแล้วมนุษย์มีความจำเป็นที่ต้องอยู่ร่วมกัน

---

<sup>1</sup> คณิต ฅ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น. 67-68.

<sup>2</sup> เพิ่งอ้าง.



การกระทบกระทั่งกันนั้นจะต้องเกิดขึ้นได้เป็นธรรมดา กฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคมบ้านเมืองจึงมีความสำคัญมาก การใช้กฎหมายอาญาเพื่อเป็นเครื่องมือคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมจะต้องกระทำเฉพาะเท่าที่จำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น เพราะหากมีการใช้กฎหมายอาญาอย่างพร่ำเพรื่อแล้ว สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะถูกกระทบกระทั่งจนเกินความจำเป็นอันไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย กฎหมายอาญาจึงไม่เพียงมุ่งแต่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น แต่กฎหมายอาญาจะต้องเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลแม้จะกระทำได้แต่ต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิได้<sup>3</sup> ดังที่ ศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์ กล่าวว่า การบังคับใช้กฎหมายอาญานั้นหากรัฐมุ่งแต่จะควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือ โดยไม่พิจารณาถึงประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกของรัฐที่จะบังคับใช้กฎหมายอาญาแล้ว กฎหมายก็จะไร้ความหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์ และเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐที่ประพฤติโดยมิชอบมีโอกาสแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองจากกฎหมายเหล่านี้ หรือหากมีการใช้กฎหมายเลือกปฏิบัติ ซึ่งจะทำให้ผู้ใช้กฎหมายและชุมชนเสื่อมเสียได้<sup>4</sup>

### 2.1.2 การกึ่งในการปราบปรามและในการป้องกันการกระทำผิด

กฎหมายอาญามีภารกิจในการคุ้มครองสังคมสองทางคือ ในทางปราบปรามและในทางป้องกัน เมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นต้องใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำผิดที่เกิดขึ้นนั้น และการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำผิดยังเป็นการกระทำเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำผิดเกิดขึ้นอีกในอนาคตด้วย ภารกิจในการคุ้มครองสังคมของกฎหมายอาญาทั้งสองประการนั้นหากพิจารณาแล้วจะพบว่ามีความสัมพันธ์เชื่อมโยงเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

การลงโทษหรือการใช้กฎหมายในการปราบปรามการกระทำผิดจะต้องกระทำเพื่อให้เกิดความรู้สึกต่อทั้งผู้กระทำผิดและบุคคลทั่วไป กล่าวคือต้องกระทำเพื่อให้ผู้กระทำผิดเองเห็นว่าสังคมไม่ยอมรับการกระทำของเขา และในขณะเดียวกันก็ต้องกระทำเพื่อเตือนบุคคลทั่วไปด้วยว่าถ้ามีการกระทำเช่นนี้เกิดขึ้นอีกก็จะต้องมีการลงโทษเช่นเดียวกัน ฉะนั้นถ้าการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำผิดเป็นไปโดยถูกต้องแล้ว การใช้กฎหมาย

<sup>3</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง

<sup>4</sup> เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร:

อาญาที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของการป้องกันทั่วไปของกฎหมายอาญาอันเป็นการป้องกันโดยอ้อมในการใช้กฎหมายอาญานั้น นอกจากจะเป็นการป้องกันโดยอ้อมแล้ว การใช้กฎหมายอาญาจะต้องบรรลุผลเป็นการป้องกันโดยตรงด้วย กล่าวคือ จะต้องให้บรรลุผลของการป้องกันสำหรับผู้กระทำ ความผิดบางคนที่มีความผิดที่เป็นอันตรายและเป็นที่น่ากลัวได้ว่าเขาจะก่อเหตุการอื่นไม่พึงปรารถนานั้นขึ้นซ้ำอีก เพื่อให้ภารกิจคุ้มครองสังคมของกฎหมายอาญาได้บรรลุเป้าหมายอย่างแท้จริง

### 2.1.3 ภารกิจในการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายและในการคุ้มครองคุณภาพของการกระทำ

ปัญหาที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวเนื่องกับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมมีอยู่มากมายและมีความหลากหลายด้วย การที่จะใช้กฎหมายอาญาเข้าจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้นย่อมเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องอย่างยิ่ง เพราะปัญหาหลายปัญหาเป็นปัญหาที่เล็กน้อยที่ยังไม่สมควรหรือไม่จำเป็นถึงกับต้องใช้การลงโทษทางอาญา หรือไม่จำเป็นที่ต้องใช้กฎหมายอาญาเข้าจัดการกับปัญหาเหล่านั้น กฎหมายอาญาควรจำกัดตัวเองอยู่กับการคุ้มครองคุณค่าพื้นฐานของระเบียบสังคมเท่านั้น<sup>5</sup> ไม่ชอบที่จะขยายขอบเขตไปมากกว่านี้

สิ่งที่หล่อหลอมให้การอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปโดยปกติสุขเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง เป็นสิ่งที่มองสัมผัสไม่ได้โดยใช้ประสาทสัมผัสแต่เป็นสิ่งที่เป็คุณค่า และเป็นคุณค่าที่จำเป็นที่เป็นพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์สิ่งนี้เรียกว่า คุณธรรมทางกฎหมาย (Legal interest) ในการบัญญัติความผิดอาญาไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายโดยตรงหรือไม่ แต่โดยการบัญญัตินั้นแสดงให้เห็นถึงการยอมรับเอาคุณธรรมทางกฎหมาย อย่างใดอย่างหนึ่งโดยอัตโนมัติ ตัวอย่างเช่น ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นนั้น วัตถุประสงค์โดยทั่วไปก็ เพื่อป้องกันหรือแก้ปัญหาอาชญากรรมโดยใช้มาตรการบังคับทางอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 288 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ในขณะที่ความผิดฐานดังกล่าวก็ยังมีวัตถุประสงค์โดยเจาะจงเพื่อคุ้มครอง ชีวิต ของบุคคลอีกด้วย วัตถุประสงค์โดยเจาะจงนี้มักเรียกกันว่า คุณธรรมทางกฎหมาย<sup>6</sup> ซึ่งอาจเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล เช่น เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ หรืออาจเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม เช่น ความปลอดภัยในการจราจร ความบริสุทธิ์สะอาดแห่งอำนาจรัฐหรือความบริสุทธิ์สะอาดแห่งตำแหน่ง ในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ เป็นต้น

<sup>5</sup> คณิต ฒ นคร, *อ้าวแล้ว เจริญธรรมที่ 1*.

<sup>6</sup> คณพล จันทร์หอม, *หลักกฎหมายพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 1

บทบัญญัติกฎหมายอาญาความผิดต่าง ๆ เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันหนึ่งหรือหลายอัน กฎหมายอาญาจึงมีภารกิจที่จะต้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายไม่ให้เป็นอันตรายหรือไม่ให้ถูกคุกคามให้ตกอยู่ในอันตราย

## 2.2 การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษโดยศาล

ดุลพินิจในการกำหนดโทษ คือ ดุลพินิจของศาลในการกำหนดมาตรการบังคับทางอาญา<sup>7</sup> ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายว่า การใช้ดุลพินิจของศาลยังไม่มีความเป็นอิสระพอที่จะมีโอกาสเลือกใช้มาตรการบังคับทางอาญา และการกำหนดอัตราโทษได้มากกว่าที่กฎหมายบัญญัติ และประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับดุลพินิจในการที่ศาลจะใช้ลงโทษผู้กระทำความผิด ทั้งนี้หมายความว่าไม่มีมาตราที่วางหลักทั่วไปสำหรับเป็นแนวทางให้ศาลใช้ดุลพินิจในการลงโทษ คงมีแต่บทมาตราเฉพาะเรื่อง<sup>8</sup> เช่น มาตรา 76 ซึ่งกล่าวถึงเหตุบรรเทาโทษอันเป็นการให้ดุลพินิจแก่ศาลที่จะลงโทษ เป็นต้น เช่นนั้นหลักดุลพินิจในการลงโทษต่อไปนี้จึงเป็นการกล่าวในทางวิชาการเท่านั้น ซึ่งมีดังนี้

1. โทษจะต้องเป็นไปตามกฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายกำหนดโทษไว้อย่างไรศาลจะต้องลงโทษอย่างนั้น จะลงโทษอย่างอื่นนอกจากที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ (มาตรา 2) ทั้งนี้เว้นแต่กฎหมายนั้นเองจะยอมให้เปลี่ยนโทษได้ เช่น ให้เปลี่ยนโทษจำคุก เป็นโทษกักขังตามมาตรา 23 เป็นต้น

2. ในความผิดทุกความผิด กฎหมายได้จำกัดดุลพินิจของศาลโดยกำหนดโทษสูงสุดไว้ ศาลจะลงโทษให้หนักกว่าโทษขั้นสูงสุดที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ เว้นแต่จะมีเหตุเพิ่มโทษตามกฎหมาย เช่น เพราะกระทำความผิดอีก ซึ่งเป็นการเพิ่มโทษที่จะลง

3. ความผิดบางความผิด กฎหมายได้จำกัดดุลพินิจของศาลโดยกำหนดโทษขั้นต่ำไว้ เช่น ในความผิดมาตรา 120 ศาลกำหนดโทษขั้นต่ำต่ำกว่าโทษขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ เว้นแต่จะมีเหตุลดโทษตามกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นการลดมาตราส่วนโทษหรือการลดโทษที่จะลง

4. ในระหว่างอัตราโทษขั้นต่ำและขั้นสูงที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลย่อมมีอำนาจใช้ดุลพินิจกำหนดโทษตามแต่ศาลจะเห็นสมควร สำหรับในการที่ศาลจะใช้ดุลพินิจนั้นจะมี 2 ทฤษฎีกล่าวคือ

ก. ทฤษฎีเด็ดขาด (absolute theory) ซึ่งถือว่าเป็นการลงโทษ เป็นการตอบแทนการกระทำความผิด ตามทฤษฎีเด็ดขาดนี้ การลงโทษจะหนักหรือเบาขึ้นอยู่กับความชั่วของ

<sup>7</sup> คณิต ฌ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น.501.

<sup>8</sup> หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญาภาค 1*, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 208.

ผู้กระทำ ซึ่งปรากฏในความคิดนั้น ๆ หรือจะกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ การลงโทษเป็นการใช้บาปที่ผู้กระทำได้ทำลงไป ทฤษฎีเด็ดขาดนี้ได้อธิบาย เหตุและความมุ่งหมายของโทษอาญาอยู่ที่การแก้แค้นทดแทน (Vergeltung) กล่าวคือ โดยการลงโทษผู้กระทำความผิด ผู้กระทำความผิดนั้นย่อมได้รับความยุติธรรมสำหรับการกระทำของตน ตามทฤษฎีนี้การลงโทษทางอาญาย่อมเป็นอิสระจากการพิจารณาถึงความมุ่งหมายของการลงโทษ เพราะโทษอาญาย่อมเป็นความเจ็บปวดหรือความเสียหายแก่ผู้กระทำความผิด เป็นการตอบแทนการละเมิดกฎหมายกฎหมายโดยความชั่วของเขา เนื่องมาจากความคิดสามประการ คือ ประการแรก เป็นการรับรองทั่วไปว่ารัฐเป็นผู้ปกป้องคุ้มครองรักษาความยุติธรรม ประการที่สอง ความคิดในทางศีลธรรมที่ว่าบุคคลย่อมสามารถตกลงใจของตนเองว่าจะกระทำความผิดหรือไม่ ประการที่สาม รัฐย่อมมีหน้าที่จำกัดอยู่เพียงการคุ้มครองเสรีภาพของเอกชน

ทฤษฎีเด็ดขาดนี้มีมานานมากแล้ว และบางกรณีก็เรียกว่าทฤษฎีแห่งความยุติธรรม (Gerechtigkeits Theorie) หรือทฤษฎีตอบแทนแก้แค้น (Vergeltungs Theories) มีนักปราชญ์ชาวเยอรมันนามว่า Kant ได้เห็นว่า การลงโทษหมายถึงการแก้แค้นความชั่ว โทษที่ผู้พิพากษาจะลงแก่จำเลยนี้จะนำไปใช้เป็นเครื่องมือส่งเสริมสิ่งดี ๆ อื่น ไม่ได้ ไม่ว่าจะนำไปเพื่อผู้กระทำความผิดเองหรือเพื่อชุมชน และเมื่อมีความผิดเกิดขึ้นมาแล้วต้องมีการลงโทษเสมอไป ต่อมาก็มักมีนักปราชญ์อีกท่านหนึ่ง Hegel ซึ่งให้เหตุผลว่าระเบียบแห่งกฎหมายย่อมเป็นเจตจำนงทั่วไป ส่วนเจตจำนงของผู้กระทำความผิดเป็นเจตจำนงพิเศษ ซึ่งแสดงออกมาโดยการกระทำผิดกฎหมาย และการกระทำความผิดนี้ต้องได้รับการปฏิเสธ โดยการลงโทษ ฉะนั้นการลงโทษจึงเป็นความจำเป็น หรือจะกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ การกระทำความผิดอาญาเป็นการกระทำที่ปฏิเสธกฎหมาย จึงต้องทำให้หมดไปโดยการลงโทษทางอาญา อีกทั้งทฤษฎีนี้ยังหมายถึงทฤษฎีที่อ้างว่าเป็นทฤษฎีที่ถูกต้อง โดยไม่คำนึงถึงกาลเทศะหรือพฤติกรรมแวดล้อมใด ๆ ทั้งสิ้น<sup>9</sup> คือ ยืนยันว่าตัวเองนั้นถูกต้องไม่ว่าจะนำไปใช้ในสถานที่ใด เมื่อใด ใช้ได้เสมอไปและใช้ได้ตลอดไป

ข. ทฤษฎีสัมพัทธ์ (relative theory) ซึ่งถือว่าการลงโทษทางอาญานั้นไม่ใช่เฉพาะเรื่องจุดประสงค์การลงโทษเท่านั้น แต่ใช้ในเรื่องอื่น ๆ ด้วย ทฤษฎีนี้เชื่อว่าทุกสิ่งทุกอย่างบนโลกใบนี้ไม่เด็ดขาด ทฤษฎีนี้ย่อมถูกต้องเมื่อคำนึงถึงกาลเทศะและพฤติกรรมแวดล้อมต่าง ๆ ในส่วนที่เกี่ยวกับจุดประสงค์การลงโทษ ทฤษฎีสัมพัทธ์ไม่ได้พิจารณาในแง่ของการกระทำความผิด แต่ได้พิจารณาในแง่ที่ควรลงโทษอย่างไรจึงจะเกิดประโยชน์และ โดยเหตุนี้การลงโทษจึงต้องคำนึงถึงตัวผู้กระทำความผิดกับเพื่อนมนุษย์คนอื่น ๆ โทษนั้นควรจะมีผลเป็นการกระทำให้ผู้กระทำความผิด

<sup>9</sup> เพิ่งอ้าง, น.250-251.

หวาดกลัว ทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตนเป็นคนดี หรือทำให้สังคมปลอดภัยจากการกระทำ ความผิด<sup>10</sup> ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันขัดขวางมิให้การกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นอีก

การที่จะป้องกันขัดขวางมิให้การกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นอีกนั้นมีอยู่ 2 ประการ ประการแรก คือการป้องกันโดยทั่วไป (general prevention) กล่าวคือ การลงโทษต้องเป็นการ ป้องกันมิให้บุคคลทุก ๆ คนกระทำความผิด ทั้งนี้หมายความว่า จะต้องลงโทษเพื่อให้บุคคลทุก ๆ คนหวาดกลัวไม่กล้ากระทำความผิดอย่างเดียวกันนี้ขึ้นอีก หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ จะต้อง ลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อให้เป็นแบบอย่างซึ่งบังคับจิตใจบุคคลทั่วไปที่คิดจะกระทำความผิด อย่างเดียวกันนั้นในห้วงเวลาดังกล่าว ๆ เสีย ประการที่สอง คือ การป้องกันพิเศษ (special prevention) กล่าวคือ การลงโทษเป็นการป้องกันผู้กระทำความผิดนั้นเองไม่ให้กระทำความผิดขึ้น อีก ทั้งนี้เพราะการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว ฉะนั้นการลงโทษจึงควรป้องกันไม่ให้ตัวผู้กระทำ ความผิดนั้นเองกล้ากระทำความผิดขึ้นอีก<sup>11</sup>

เมื่อมีความผิดอาญาเกิดขึ้นจนนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล หากศาลเห็นว่าการกระทำที่มีการฟ้องร้องเป็นความผิดอาญาแล้ว ศาลจะต้องดำเนินการตามมาตรา 185 แห่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา<sup>12</sup> ซึ่งกำหนดลงโทษจำเลยตามความผิด เป็นประเด็นที่ต้อง พิจารณาว่าหากศาลจะพิพากษาลงโทษแล้วจะใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษอย่างไร เมื่อพิจารณา แล้วพบว่านอกเหนือจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 185 ดังกล่าว ศาลยังต้อง พิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคหนึ่ง ที่กำหนดว่า บุคคลจักต้องรับโทษในทาง อาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่ต้องกำหนดไว้ในกฎหมาย ดังนั้น การที่ศาล จะใช้ดุลพินิจในการลงโทษแล้ว ศาลต้องใช้ดุลพินิจภายใต้กรอบที่กฎหมายบัญญัติไว้<sup>13</sup> ซึ่ง หมายความว่า ศาลจะลงโทษเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือต่ำกว่าที่กำหนดไว้ไม่ได้ เว้นแต่มีเหตุ เพิ่มโทษหรือลดโทษ นอกจากนี้หากศาลจะพิพากษาลงโทษจำคุก ศาลก็มีดุลพินิจที่จะใช้มาตรการ รอลงอาญา (Probation) แก่จำเลยโดยการ รอกำหนดโทษ หรือรอกำหนดโทษ ก็ได้

<sup>10</sup> เพิ่งอ้าง, น.252-253.

<sup>11</sup> เพิ่งอ้าง, น. 252-253.

<sup>12</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 185 วรรคสอง “เมื่อศาลเห็นว่าจำเลยได้กระทำความผิด และไม่มีกรณียกเว้นโทษตามกฎหมายให้ศาลลงโทษแก่จำเลยตามความผิด...”

<sup>13</sup> สุรศักดิ์ ลิขิตทิพย์สุนกุล, “หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย”

(ณ ห้องเมย์แฟร์บอลรูม โรงแรมเดอะเบอร์เคลีย์ (ประตูน้ำ), 13 กันยายน 2560), น. 83.

อย่างไรก็ตาม มีข้อพิจารณาในกรณีที่บทระวางโทษสำหรับความผิดมีหลายสถาน ศาลต้องพิจารณาว่าจะลงโทษสถานใด เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่น<sup>14</sup> การที่ศาลจะลงโทษจำเลยต้องมีการพิจารณาตามอัตราโทษที่กำหนดไว้ กล่าวคือ ศาลจะเลือกโทษสถานใดระหว่าง จำคุก ปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ และหากจะลงโทษจำคุกก็ต้องพิจารณาว่าควรเป็นระยะเวลาเท่าใด กรณีเหล่านี้ศาลได้อาศัยหลักเกณฑ์ใดในการพิจารณา แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดขนาดของบทลงโทษอย่างกว้างไว้ในกฎหมาย ศาลซึ่งเป็นฝ่ายตุลาการก็ต้องมีดุลพินิจที่จะปรับใช้โทษในกฎหมายให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย โดยศาลจะต้องคำนึงถึงเหตุภาววิสัย (objective cause) และเหตุอัตวิสัย (subjective cause)<sup>15</sup> ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

ความเหมาะสมของดุลพินิจที่กำหนดโทษจำต้องได้สัดส่วนที่เป็นธรรมตามหลักการใช้มาตรการบังคับให้เหมาะสมกับบุคคล (Individualization of Punishment) กรณีจึงเป็นความสัมพันธ์ของปัจจัยดังนี้ ประการแรก ข้อเท็จจริงของการกระทำความผิด ความร้ายแรงของการกระทำ ความผิด (objective) ประการที่สอง ข้อเท็จจริงของบุคคล ความเหมาะสมของจำเลยแต่ละคน (subjective) ผลลัพธ์ของดุลพินิจในการกำหนดโทษจะออกมาโดยเป็นกำหนดโทษตามคำพิพากษาของศาล<sup>16</sup> จึงกล่าวได้ว่า ดุลพินิจในการกำหนดโทษเป็นผลในทางกฎหมายจากการกระทำความผิดอาญาที่สอดคล้องกับพฤติกรรม ลักษณะการกระทำ ความร้ายแรงของการกระทำ และความเป็นไปได้ในการบังคับโทษกับผู้กระทำความผิด ดังนั้นดุลพินิจในการกำหนดโทษจึงต้องพิจารณาไปไกลกว่าการที่จะกำหนดว่าผู้กระทำความผิดควรจะได้รับโทษเท่าใด แต่จะต้องมองไปถึงแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดที่ได้ถูกกลไกของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาดูแลจนค้นหาคำความจริงแล้ว

ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยวางหลักเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไว้ว่า การที่ศาลจะยึดถือเอาอัตราที่กำหนดที่คิดกันขึ้นแล้วอ้างว่าเป็นมาตรฐาน โดยไม่คำนึงถึงพฤติการณ์ประกอบการกระทำผิดตามหลักวิชาธรรมศาสตร์นั้นอาจก่อให้เกิดการยุติธรรมได้ง่าย และเมื่อปรากฏศาลที่สูงกว่าไม่เห็นด้วยในดุลพินิจในการพิพากษาคดีเช่นเดียวกันนั้นแล้ว ศาลชั้นต้นก็ชอบที่จะเป็นข้อควรคำนึงในการที่จะอำนวยความยุติธรรมต่อไป<sup>17</sup> ในทางปฏิบัติศาลแต่ละศาลจะ

<sup>14</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่น จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

<sup>15</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น. 211.

<sup>16</sup> ธานี วรภัทร์, “มาตรการบังคับทางอาญากับดุลพินิจในการกำหนดโทษ,” วารสารนิติศาสตร์ปริทัศน์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, เล่มที่ 2, (2556), น.41, น. 54-55.

<sup>17</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1304/2500.

กำหนดบัญญัติกำหนดโทษไว้เพื่อใช้ในการลงโทษจำเลยเพื่อให้เกิดความเสมอภาคในการลงโทษ เพราะมีความเชื่อในวงการสาขาคriminal law ว่าการกระทำอย่างเดียวกันต้องได้รับโทษเท่ากัน บัญชีกำหนดโทษนี้เรียกว่า “ชั่งตอกลูก” ฉะนั้นถ้อยคำในคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ที่ว่า “อัตรากำหนดที่คิดกันขึ้น” ก็คือชั่งตอกลูก บัญชีกำหนดโทษที่ศาลแต่ละศาลกำหนดดังกล่าวนี้ขาดหลักวิชาการ เพราะในทางวิชาการนั้น การลงโทษต้องกระทำให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นราย ๆ ไป ตามหลัก Individualization of punishment<sup>18</sup> ในการพิจารณาหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษนั้น ผู้ใช้กฎหมายหรือศาลต้องกระทำโดยพิจารณาหลักกฎหมายอาญาเกี่ยวกับโทษและวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เป็นที่ยอมรับทั่วไปในวิชานิติศาสตร์ ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

### 2.2.1 ข้อจำกัดของการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ

ในต่างประเทศให้ดุลพินิจศาลอย่างกว้างขวางในการกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมกับการกระทำความผิดแต่ละครั้งและผู้กระทำความผิดแต่ละคน โดยโทษในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสจะไม่มีโทษขั้นต่ำ<sup>19</sup> ดังนั้นศาลจึงสามารถประเมินความเสียหายต่อสังคม ซึ่งเป็นมุมมองภาววิสัย (objective) และประเมินลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นมุมมองอัตวิสัย (subjective) ประกอบดุลพินิจในการลงโทษได้อย่างเต็มที่ เพื่อให้ศาลสามารถลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคนและการกระทำความผิดแต่ละครั้งได้ เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยจะพบว่ายังมีข้อจำกัดในการใช้ดุลพินิจอยู่ 2 ลักษณะ คือ ข้อจำกัดภายนอก และข้อจำกัดภายใน โดยข้อจำกัดทั้งหมดนี้มีขึ้นเพื่อตัดหรือลดการใช้ดุลพินิจของศาลเพื่อให้การลงโทษจำเลยไม่มีความแตกต่างกันมากนัก เพื่อรักษาความแน่นอนของกฎหมาย และป้องกันมิให้เกิดปัญหาการทุจริตหรืออุกฉกรรจ์เรียนว่าทุจริต

#### 2.2.1.1 ข้อจำกัดภายนอก

ในประเทศไทยความผิดส่วนใหญ่ในประมวลกฎหมายอาญาจะกำหนดโทษจำคุกขั้นสูงไว้เท่านั้น เช่น ในความผิดฐานลักทรัพย์ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 339 กระทำความผิดฐานชิงทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปี ถึง 10 ปี และ ปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสองหมื่นบาท ความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายกำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี เป็นต้น แต่ในบางฐานความผิดฝ่ายนิติบัญญัติก็ได้สร้างข้อจำกัดดุลพินิจศาลไว้ในตัวกฎหมายโดยการกำหนดโทษขั้นต่ำไว้ในกฎหมาย เช่น ในฐานความผิดฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 กำหนดโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุก 15 ถึง 20 ปี ซึ่งแม้การฆ่าคนตายที่เหตุอัน

<sup>18</sup> หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), น. 209.

<sup>19</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, อั้งแล้ว เชิงอรุณที่ 15, น.73-74.

ควรปรานีเพียงใด ศาลก็ไม่สามารถลงโทษจำคุกต่ำกว่า 15 ปีได้ นอกจากต้องเข้าเงื่อนไขของเหตุผลโทษอื่น ๆ ตามประมวลกฎหมายอาญา เช่น เหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78 หรือเหตุผลโทษเพราะบันดาลโทสะตามมาตรา 72 เป็นต้น ในกรณีโทษปรับ พระราชบัญญัติภาพยนต์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 กำหนดโทษปรับ 200,000 บาท ถึง 1,000,000 บาท กับผู้ที่ขายแผ่นดีวีดีภาพยนต์โดยไม่ได้รับอนุญาตแม้แผ่นนั้นเป็นของตนเอง ศาลไม่อาจลงโทษต่ำกว่าโทษขั้นต่ำที่กำหนดต้องปรับ 200,000 บาทได้ แม้จะมีพฤติการณ์ที่แสดงเหตุอันควรปรานีอย่างมาก เช่น เป็นเรื่องเล็กน้อยรายย่อยเป็นผู้กระทำ หรือผู้กระทำมีความสุจริตและได้กระทำไปเพื่อการประกอบอาชีพเสริมอย่างขยันขันแข็งก็ตาม

#### 2.2.1.2 ข้อจำกัดภายใน

ภายในทุกชั้นศาลมีการกำหนดแนวทางการลงโทษ (sentencing guideline) ซึ่งคือ บัญชีระวางโทษ หรือยี่ต็อก เพื่อให้ศาลที่อยู่ในเขตเดียวกันลงโทษการกระทำที่เหมือนกันด้วยโทษที่เท่ากัน ซึ่งส่วนมากจะเป็นการพิจารณาจากเหตุอันยุติ (objective) ในประเทศอังกฤษมีแนวทางในการลงโทษเช่นเดียวกัน แต่มีความแตกต่างคือ ยี่ต็อกของประเทศอังกฤษจะทำในรูปแบบของคณะกรรมการที่เรียกว่า The Sentencing Council<sup>20</sup> และเปิดเผยต่อสาธารณะ และก่อนที่จะกำหนดแนวทางการลงโทษมาใช้จะมีการรับฟังความเห็นอย่างกว้างขวางจากประชาชน ว่าสมควรลงโทษจำเลยโดยคำนึงถึงเหตุภาววิสัยประกอบกับเหตุอันยุติ โดยศาลจะคำนึงถึงความเสียหาย (harm) และความผิด (culpability) ของผู้กระทำความผิดแต่ละคนประกอบการลงโทษ โดยมีพื้นฐานและบวกหรือลบ ตามพฤติการณ์ที่สร้างความเสียหายและความผิดของผู้กระทำ

#### 2.2.2 แนวคิดเกี่ยวกับหลักการลงโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด (Individualization of punishment)

หลักการลงโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด คือ จะต้องมีการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด โดยพิจารณาถึงความจริงที่ว่า มนุษย์แต่ละคนมีความสามารถไม่เท่าเทียมกันในการรับผิดชอบ ทั้งยังมีบุคคลหลายประเภทที่ควรได้รับการลดโทษหรือไม่ต้องรับโทษเลย การลงโทษตามแนวความคิดนี้จะมุ่งเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง ซึ่งจะมุ่งปรับปรุงแก้ไขอบรมบ่มนิสัยของผู้กระทำความผิดสามารถกลับตนเป็นพลเมืองดีกลับคืนสู่สังคมได้<sup>21</sup> หลักการนี้เป็นสมการความสัมพันธ์ที่เหมาะสมของการกำหนดโทษที่จะใช้กับผู้กระทำความผิดกับความผิดอาญาที่ถูกต้องเหมาะสมกับคน ๆ นั้น เป็นเรื่องที่แสดงและยืนยันว่าผู้กระทำความผิดเป็น

<sup>20</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 15*.

<sup>21</sup> อัจฉริยา ชุตินันท์, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น. 216-217.



ประธานของการบังคับโทษ เพราะวัตถุประสงค์ของการบังคับโทษคือตัวผู้กระทำความผิด<sup>22</sup> ตัวผู้กระทำความผิดมีความสำคัญต่อการป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำอีก

การลงโทษโดยการทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับความยากลำบากหรือได้รับผลร้ายนั้น ในบางกรณีก็ไม่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด และไม่สามารถทำให้ผู้กระทำความผิดประพฤติตัวดีขึ้นได้ การลงโทษให้เหมาะสมกับการกระทำความผิดมีแนวคิดตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า การที่มนุษย์แต่ละคนกระทำผิดนั้นย่อมมาจาก บุคลิก ลักษณะอุปนิสัยของผู้กระทำความผิด และพฤติการณ์ภายนอก เช่น สิ่งแวดล้อมรอบตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งอิทธิพลของสิ่งแวดล้อมถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีผลต่อการตัดสินใจของบุคคล<sup>23</sup> การที่จะกระทำความผิดสิ่งแวดล้อมเป็นตัวกระตุ้นการตัดสินใจของบุคคลให้กระทำความผิด ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะมีความคิดที่จะกระทำความผิดอยู่ก่อนแล้วหรือไม่ก็ตาม โดยหลักความเป็นจริงแล้วมนุษย์ก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมายและต้องปฏิบัติตัวให้ถูกต้องตามกฎหมาย แต่ในการตัดสินใจของบุคคลเพื่อกระทำการใดนั้นย่อมขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายอย่าง เช่น สังคม เศรษฐกิจ จิตวิทยา วิทยาศาสตร์ เป็นต้น และบุคคลจะตัดสินใจอย่างไรก็ย่อมขึ้นอยู่กับพื้นฐานทางจิตใจของแต่ละบุคคลซึ่งแตกต่างกันออกไป

หลักการทั่วไปหากจะพิจารณาความรุนแรงของโทษสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 มิติ<sup>24</sup> คือ

ก. มิติด้านภาวะวิสัย (Objective) ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติต้องพิจารณาจากความร้ายแรงของอาชญากรรม (Criminality) กล่าวคือ ข้อเท็จจริงของพฤติการณ์ของการกระทำความผิด เช่น การลงโทษฐานลักทรัพย์โดยมีเหตุฉกรรจ์ ตามมาตรา 335 ก็จะมีอัตราโทษที่สูงกว่าการลักทรัพย์กรณีปกติตามมาตรา 334 เป็นต้น ในการกำหนดอัตราโทษ Cesare Beccaria<sup>25</sup> กล่าวว่า “ขนาดที่แท้จริงของอาชญากรรมคือความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคม” (The true measure of crimes is the harm done to society) ตามแนวคิดของ Beccaria หากอาชญากรสร้างความเสียหายมากก็จะถูกลงโทษมาก ในทางตรงกันข้ามหากอาชญากรสร้างความเสียหายไม่มาก ก็ควรถูกลงโทษเบา แนวคิดของ Beccaria ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและนำมาอธิบายให้สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษแบบคลาสสิก และต่อมาถูกขยายผลเป็นหลักความได้สัดส่วนโดยพิจารณาถึงโอกาสแห่งการเกิดความคิดขึ้น โดยกลุ่มที่มีแนวคิดทางสาขานิติเศรษฐศาสตร์

<sup>22</sup> ธานี วรภัทร์, หลักกฎหมายมาตรการบังคับทางอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), น. 64-66.

<sup>23</sup> ธานี วรภัทร์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 22.

<sup>24</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13.

<sup>25</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 15, น.211.

ข. มิติด้านอัตวิสัย (Subjectivity) ซึ่งศาลจะต้องคำนึงถึงตัวผู้กระทำความผิดเป็นราย ๆ ไป (Individualization) โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เป็นส่วนบุคคล กล่าวคือ ความเป็นมาแห่งชีวิต และความประพฤติเป็นอาชญาของผู้ต้องหา สาเหตุแห่งการกระทำความผิด ลักษณะความรุนแรงแห่งการกระทำ และข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิดด้วย การกระทำความผิดที่สร้างความเสียหายต่อสังคมเท่ากัน ศาลอาจใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้ต่างกันก็ได้ เพราะเหตุว่าผู้กระทำความผิดมีลักษณะส่วนตัวที่แตกต่างกัน เช่น ผู้กระทำความผิดคนหนึ่งทำผิดเพราะไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย ควรลงโทษหนักกว่าผู้กระทำความผิดที่รู้เท่าไม่ถึงการณ์ เป็นต้น หลักการนี้เรียกว่า หลักการใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน<sup>26</sup>

หลักการใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน คำนึงถึงลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิด หรือพิจารณาจากเหตุอัตวิสัยของผู้กระทำความผิดซึ่งอาจแตกต่างกัน หลักการดังกล่าวสามารถแบ่งได้ 2 ช่วง ช่วงแรก คือ ก่อนการพิพากษา หรือที่เรียกว่า *personalization des peines* ศาลจะเป็นผู้มีบทบาทในการกำหนดประเภทของการลงโทษและความรุนแรงของโทษให้เหมาะสมกับจำเลย โดยการพิจารณาถึงความหนักเบาของของความผิดที่จำเลยได้กระทำ เหตุบรรเทาโทษต่าง ๆ และลักษณะส่วนตัวของจำเลย ช่วงที่สอง คือ ระหว่างลงโทษ หรือที่เรียกว่า *individualization des peines* ระหว่างที่นักโทษต้องรับโทษอยู่ในเรือนจำ หลักการนี้ได้ถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวางเพื่อวัตถุประสงค์ในการฟื้นฟูและปรับปรุงแก้ไขจำเลยให้พร้อมกลับเข้าไปในสังคมเพื่อไปใช้ชีวิตต่อไป<sup>27</sup> เช่น การลดวันต้องโทษ การให้ออกไปทำงานนอกเรือนจำ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การพักการลงโทษ ในประเทศฝรั่งเศส ศาลจะเป็นผู้มีอำนาจสั่งโดยคำนึงถึงเหตุส่วนตัวของนักโทษว่ามีอันตรายต่อสังคมอยู่หรือไม่ และพร้อมที่จะกลับไปใช้ชีวิตในสังคมแล้วหรือไม่

ดังนั้น ในระบบจัดการบังคับโทษผู้กระทำความผิด กฎหมายและการบริหารงานราชทัณฑ์จึงต้องกำหนดมุ่งเน้นแนวทางไปที่ตัวผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ เพื่อปรับปรุงแก้ไขบุคลิกนิสัย (Character Building) ผู้กระทำความผิดให้สามารถกลับตนเป็นพลเมืองดีและสามารถอยู่ในสังคมได้ การค้นหาบุคลิกภาพที่แท้จริงเพื่อนำไปสู่การปรับเปลี่ยนทัศนคติและบุคลิกนิสัยจึงเป็นภารกิจหลักที่สำคัญที่ต้องดำเนินการกับผู้ต้องขังทุกคน การบังคับโทษจึงจะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์อย่างแท้จริง

### 2.2.2.1 หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษแบบคลาสสิก

<sup>26</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 15*, น.213.

<sup>27</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, “การปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับนักโทษแต่ละคน,” *บทบัญญัติ*, เล่ม 63, ตอน 2, (มิถุนายน 2550), น. 33.

แนวคิดของ Beccaria สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ (Principle of proportionality) ตัวอย่างเช่น ฆาตกรฆ่าคนได้สร้าง ความเสียหายมากเพราะชีวิตมนุษย์หนึ่งคนมีค่านับจำนวนไม่ได้ ดังนั้นการลงโทษฆาตกรจึงต้องลงโทษอย่างหนักซึ่งจะได้สัดส่วนกับความเสียหายที่ฆาตกรก่อขึ้น ในทางตรงกันข้าม ผู้ร้ายลักเล็กขโมยน้อยก็จะต้องรับโทษเพียงเล็กน้อยซึ่งได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เขาก่อขึ้น

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้กำหนดบทลงโทษไว้สอดคล้องกับทฤษฎีของ Beccaria เช่น ในความผิดพื้นฐานเกี่ยวกับทรัพย์ในมาตรา 334 มาตรา 336 มาตรา 339 และมาตรา 340 โทษจำคุกรุนแรงขึ้นตามลำดับความเสียหายที่ผู้กระทำได้ก่อขึ้น อันได้แก่ ฐานลักทรัพย์ วิ่งราวทรัพย์ (ลักทรัพย์ประกอบพฤติกรรมการฉวยเอาซึ่งหน้า) ชิงทรัพย์ (ลักทรัพย์ประกอบการประทุษร้ายหรืออยู่เฉยในทันใดว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย) และปล้นทรัพย์ (ชิงทรัพย์โดยร่วมกระทำ ความผิดตั้งแต่สามคนขึ้นไป) จะมีโทษจำคุก สามปี ห้าปี ห้าปีถึงสิบปี และสิบปีถึงสิบห้าปีตามลำดับ

ในสหรัฐอเมริกา การลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วนในสหรัฐอเมริกาคือว่ารัฐธรรมนูญครั้งที่ 8 ที่บัญญัติว่า “หลักประกันที่สูงเกินส่วน ค่าปรับที่สูงเกินส่วน และการลงโทษที่โหดร้ายและไม่จำเป็น ต้องไม่ถูกนำมาใช้” (Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted )<sup>28</sup> ศาลฎีกาและศาลมลรัฐใช้การทดสอบที่เรียกว่า Proportionality test เพื่อนำมาใช้ประกอบดุลพินิจในการลงโทษในความผิดต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน โดยการทดสอบดังกล่าวใช้กฎเกณฑ์ 3 ข้อ คือ

1. ความรุนแรงของการกระทำความผิด หมายถึง ให้ศาลพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดที่รุนแรงเพียงใด

2. การเปรียบเทียบกับคดีอื่น หมายถึง ให้ศาลพิจารณากำหนดโทษโดยเปรียบเทียบกับคดีอื่นว่าในคดีอื่นมีความรุนแรงกว่าคดีที่ศาลตัดสินนี้ ศาลลงโทษรุนแรงเพียงใด ซึ่งศาลควรจะลงโทษไม่เกินกว่าคดีที่รุนแรงกว่าคดีที่ตัดสิน

3. การเปรียบเทียบกับศาลอื่น หมายถึง ให้ศาลพิจารณาว่าในคดีแบบเดียวกันนี้ในศาลอื่นลงโทษเพียงใด ซึ่งศาลควรจะลงโทษใกล้เคียงกับศาลอื่นที่ลงโทษในคดีลักษณะเดียวกัน

อาจกล่าวได้ว่า หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษแบบคลาสสิก พิจารณาแต่เหตุผลวิสัยแบบแคบ เพราะมุ่งพิจารณาแต่เพียงขนาดความเสียหายที่อาชญากรได้ก่อขึ้น และนำมากำหนดโทษหนักเบาให้ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคม

#### 2.2.2.2 หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษโดยพิจารณาถึงโอกาสที่เกิดความผิด

<sup>28</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 15*, น. 212.

แนวคิดของ Beccaria ได้ถูกนำมาต่อยอดโดยแนวคิดใหม่เชิงนิติเศรษฐศาสตร์ (economic analysis of law) โดยแนวคิดใหม่นี้เห็นว่า การพิจารณาความเสียหายที่แท้จริง (actual harm) เพื่อประกอบดุลพินิจในการลงโทษจะพิจารณาจากส่วนผสมของ ขนาดความเสียหายที่อาชญากรได้ก่อขึ้น (magnitude of harm) กับ โอกาสในการเกิดความเสียหาย (probability of harm) การนำขนาดความเสียหาย และ โอกาสของความเสียหายเพื่อมาพิจารณาเพื่อหาความเสียหายที่แท้จริง (actual harm) ก็เป็นการพิจารณาแบบทวิปัจจัยเช่นกัน แต่เปิดมุมมองให้กว้างขึ้นกว่าแบบคลาสสิกโดยนำปัจจัยเรื่องโอกาสของการเกิดความเสียหายมาพิจารณาด้วย ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่า ความผิดที่เกิดขึ้นบ่อย ซึ่งแสดงว่าโอกาสในการเกิดความผิดนั้นมีมาก ย่อมสร้างความเสียหายที่แท้จริงให้กับสังคมมาก จึงควรลงโทษหนักเพื่อยับยั้งอาชญากรรมนั้น เช่นเดียวกับความผิดที่เรียกว่า “คดีนโยบาย” ซึ่งจะต้องถูกลงโทษหนัก โดยในแต่ละท้องที่และแต่ละช่วงเวลาก็จะมีโอกาสเกิดคดีนโยบายแตกต่างกัน และส่งผลให้ความเสียหายที่แท้จริงต่อสังคมเช่นเดียวกัน ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

## 2.3 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

### 2.3.1 การแก้แค้นทดแทน (Retribution)

การแก้แค้นทดแทน เป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษดั้งเดิมที่เกิดขึ้นในสมัยที่ยังไม่มีระบบรัฐทันสมัย การแก้แค้นส่วนตัวเป็นเรื่องที่ยอมรับได้ในสังคมดั้งเดิม (primitive society)<sup>29</sup> กล่าวคือ ในสมัยโบราณเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ผู้เสียหาย หรือญาติของผู้เสียหายมักจะใช้วิธีแก้แค้นเพื่อตอบแทนกับฝ่ายตรงข้าม โดยถือหลักที่ว่า เมื่อบุคคลใดกระทำความผิด หรือทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนย่อมต้องได้รับผลตอบแทนจากการกระทำนั้นอย่างสาสม โดยหลัก “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” หรืออาจเรียกว่า “An eye for an eye, a tooth for a tooth” ซึ่งการลงโทษด้วยวิธีนี้เป็นการแก้แค้นตอบแทนผู้กระทำความผิดโดยไม่มีข้อกำหนดหรือกฎเกณฑ์ที่แน่นอน ขึ้นอยู่กับความพึงพอใจเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น<sup>30</sup> ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อหรือญาติพี่น้องของเหยื่อจะใช้วิธีการตอบแทนโดยการแก้แค้น ซึ่งปรากฏว่า การลงโทษนั้นค่อนข้างรุนแรงและเกินขอบเขต มีความโหดร้ายโดยปราศจากมนุษยธรรม ต่อมาเมื่อนุษย์ได้รู้จักการอยู่ร่วมกันเป็นกลุ่มชน หรือสังคมย่อย ๆ จึงได้มีการมอบหมายอำนาจในการลงโทษให้แก่ผู้นำหรือหัวหน้ากลุ่ม และในเวลาต่อมาเมื่อนุษย์มีความเจริญทางวัฒนธรรมและสติปัญญา จึงเกิดระเบียบแบบแผนรวมทั้งกฎเกณฑ์ต่าง ๆ และกฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่สมาชิกของสังคม

<sup>29</sup> เเพ็งอ้าง, น. 203.

<sup>30</sup> อัจฉริยา ชุตินันท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21*, น. 130-131.

ในปัจจุบัน การลงโทษโดยถือหลักการแก้แค้นทดแทนได้วิวัฒนาการไปตามแนวความคิดอาชญาวิทยาสสมัยใหม่ คือ หลีกเลียงเลิกใช้วิธีทรมานร่างกายจึงใช้โทษจำคุกแทนมากหรือน้อย ขึ้นอยู่กับลักษณะความหนักเบาแห่งการกระทำผิด แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าสังคมปัจจุบันยังคงมีแรงกระตุ้นเตือนในการแก้แค้นกระทำความผิด ซึ่งมีการมีบทลงโทษต่าง ๆ เป็นการเปิดโอกาสให้แก่ชุมชนได้แก้แค้นผู้กระทำความผิดโดยผ่านทางกฎหมาย กฎหมายจึงเปรียบเสมือนเครื่องมือเพื่อลงโทษแทน<sup>31</sup> โทษประหารชีวิตในคดีฆาตกรรมโดยเจตนายังคงสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษ ข้อนี้ เพราะญาติผู้ตายคงมีความรู้สึกต้องการแก้แค้นฆาตกร แต่โทษประหารชีวิตไม่ได้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์นี้ทุกกรณี เช่น การประหารชีวิตผู้ค้ายาเสพติด ไม่ได้ตอบวัตถุประสงค์เรื่องการแก้แค้น แต่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์เรื่องการข่มขู่ยับยั้ง ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

### 2.3.2 การยับยั้งการกระทำความผิด (Deterrence , Intimidation)

การข่มขู่ยับยั้ง เป็นวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อสร้างประโยชน์ต่อสังคม (social benefit) เพราะการลงโทษใดสามารถยับยั้งผู้กระทำความผิดมิให้กลับไปทำผิดอีกได้ และยับยั้งมิให้ผู้อื่นเลียนแบบการกระทำความผิดได้ การลงโทษนั้นจะเกิดประโยชน์ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิด “อรรถประโยชน์นิยม” (utilitarianism)<sup>32</sup> กล่าวคือ ในการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดซ้ำของบุคคลนั้น (specific deterrence) และเพื่อให้ผู้อื่นเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่าง ซึ่งวัตถุประสงค์นี้เรียกว่า การยับยั้งโดยทั่ว ๆ ไป (general deterrence) เช่น การนำเอาโทษประหารชีวิตมาใช้ นั่น เชื่อว่า วิธีประหารชีวิตเป็นการยับยั้งผู้อื่นมิให้เอาเป็นเยี่ยงอย่างในการประกอบอาชญากรรม เกี่ยวเนื่องกับหลักธรรมชาติที่ว่า มนุษย์ปรารถนาจะได้รับความสุขสบาย และหลีกเลี่ยงความทุกข์ทรมาน ดังนั้น การลงโทษจึงก่อให้เกิดการยับยั้งอีกประเภทหนึ่งว่า การยับยั้งพิเศษ (special deterrence) โดยเป็นการลงโทษเพื่อให้เป็นบทเรียนให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกสำนึกและเข็ดหลาบไม่คิดกระทำความผิดอีกในอนาคต ซึ่งการยับยั้งเป็นพิเศษนี้ (special deterrence) เฟื่องถึงเฉพาะตัวผู้กระทำความผิดเพื่อให้เกิดความกลัวต่อโทษและไม่กล้ากระทำความผิดอีกในอนาคต

การประหารชีวิต กับการจำคุกระยะยาว มีลักษณะของการข่มขู่ยับยั้ง การเฉียน (caning) เป็นโทษที่ใช้ในสิงคโปร์ มาเลเซีย บรูไน ที่สอดคล้องกับการข่มขู่ยับยั้งได้เป็นอย่างดี และมีประสิทธิภาพในการยับยั้งผู้กระทำความผิดอย่างคิยั้ง สังเกตได้จากกรกระทำผิดฐานฉ้อโกง

<sup>31</sup> เฟื่องอ้อาง.

<sup>32</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, อ่างแล้ว เชนอรรถที่ 15, น. 204.

ในที่สาธารณะให้เกิดความสกปรก (graffiti) ไม่ค่อยปรากฏให้เห็นในสิงคโปร์<sup>33</sup> วัตถุประสงค์ข้อนี้ ได้มีผู้โต้แย้งว่า การลงโทษไม่เป็นการยับยั้งมนุษย์จากการประกอบอาชญากรรมเสมอไป โดยให้เหตุผลว่า ถ้ามนุษย์มีอิสระในการตัดสินใจกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวไม่เป็นผลมาจากประสบการณ์ของตนเองแล้ว การลงโทษจะไม่สามารถยับยั้งการประกอบอาชญากรรมได้เลย ในกรณีนี้ การลงโทษเป็นแต่เพียงข้อกำหนดไว้อย่างเข้มงวดเท่านั้นเอง เหตุผลดังกล่าวอาจได้รับการสนับสนุนจากความจริงที่ว่า ปัจจุบันอาชญากรมิได้เกรงกลัวต่อโทษทัณฑ์แต่ประการใด<sup>34</sup> ซึ่งสอดคล้องกับหลักนิติเศรษฐศาสตร์อันจะได้อีกกล่าวต่อไป

### 2.3.3 การตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Incapacitation)

การจำคุกถือว่าเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม มิให้ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดอีกภายในระยะเวลาที่อยู่เรือนจำเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมช่วงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น หรือ การประหารชีวิต ก็เป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมตลอดไป หรืออย่างถาวร กล่าวคือ การลงโทษโดยการตัดผู้กระทำความผิดออกไปนั้นก็เพราะ โดยปกติคนทั่วไปจะไม่คบค้าสมาคมกับผู้กระทำความผิด โดยถือว่าผู้กระทำความผิดเป็นภัยต่อสังคม และเพื่อเป็นการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรมจึงจำเป็นต้องกำหนดวิธีการลงโทษโดยการประหารชีวิต จำคุก กักขัง ไว้

### 2.3.4 การแก้ไขผู้กระทำความผิด (Rehabilitation and Correction)

กล่าวคือ สมัยโบราณมุ่งแก้แค้นทดแทน และทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความท้อใจ ดังนั้น วิธีการลงโทษจึงโหดร้ายทารุณ แต่ในปัจจุบันมนุษย์เห็นความมีคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน และพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันมากขึ้น และคำนึงถึงหลักศีลธรรม และหลักมนุษยธรรมมากขึ้น เป็นที่เห็นพ้องต้องกันว่า การลงโทษแต่เพียงอย่างเดียวไม่อาจทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตนเป็นคนดีได้<sup>35</sup>

การแก้ไขผู้กระทำความผิด เป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่สอดคล้องกับหลักมนุษยชนมากที่สุด และหากการฟื้นฟูผู้กระทำความผิดสำเร็จสังคมก็จะได้ประโยชน์จากการลงโทษดังกล่าว เพราะผู้กระทำความผิดจะไม่หวนกลับไปทำผิดอีก ฝ่ายที่นิยมในวัตถุประสงค์ข้อนี้ มักมองว่าอาชญากรทุกคนเป็นเสมือนผู้ป่วยที่สามารถฟื้นฟูแก้ไขรักษาได้ และสามารถให้อาชญากรที่แก้ไขกลับเข้าสู่สังคมได้ แต่อย่างไรก็ตามการฟื้นฟูอย่างเดียวยังไม่มีผลถึงการยับยั้งอาชญากรรมเลียนแบบ เพราะผู้ที่ไม่เคยกระทำความผิดอาจไม่เกรงกลัวต่อมาตรการลงโทษที่มีแต่

<sup>33</sup> เห่งอ้าง.

<sup>34</sup> ธานี วรภัทร์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 22.

<sup>35</sup> เห่งอ้าง.

มิติของการฟื้นฟูแต่เพียงอย่างเดียว นอกจากนี้ การฟื้นฟูในเรือนจำที่ประสบความสำเร็จทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวกลับใจเป็นคนดีแล้ว แต่เมื่อพ้นโทษ เรือนจำนั้นก็ปล่อยให้พนักงานออกไปเผชิญสภาพสังคมภายนอกโดยไม่มีการเตรียมตัว ผู้พ้นโทษก็จะถูกสังคมตีตราบาป (stigma) โดยเฉพาะนายจ้างก็ไม่รับเข้าทำงาน เป็นต้น โอกาสที่ถูกโคดเคียวและกลับไปทำผิดนั้นมีมากขึ้น ดังนั้นการฟื้นฟูอย่างเดียวน่าจะไม่ช่วยแก้ปัญหาได้ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป<sup>36</sup>

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การลงโทษทางอาญาจะคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการลงโทษ โดยจะให้น้ำหนักกับวัตถุประสงค์ในแต่ละข้อไม่เท่ากัน ในกรณีที่ให้ความสำคัญกับการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดมากกว่าการแก้แค้นทดแทน ก็จะกำหนดโทษในลักษณะที่แตกต่างจากกรณีให้ความสำคัญกับการแก้แค้นทดแทนมากกว่าการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด

### 2.3.5 การป้องกันอาชญากรรม (Prevention of Crime)

การลงโทษมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันชุมชน หรือสังคมนั้นปลอดจากอาชญากรรม และเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับมาก่อทำความผิดซ้ำอีก และได้แก้ไขฟื้นฟูในระหว่างต้องโทษ พร้อมทั้งให้ศึกษาฝึกอาชีพเมื่อพ้นโทษแล้วจะได้กลับตนและประกอบอาชีพในทางสุจริต เพื่อเป็นแนวทางป้องกันไม่ให้เกิดอาชญากรรมขึ้นอีก วัตถุประสงค์ข้อนี้เป็นการนำตัวผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคม (resocialization) เป็นวัตถุประสงค์ที่ต่อยอดจากการฟื้นฟูผู้กระทำความผิด เป็นแนวคิดที่ให้โอกาสคนในสังคม ตัวอย่างของการนำผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคม เช่น ก่อนพ้นโทษ เรือนจำทำความตกลงกับนายจ้างให้รับนักโทษไปทำงานตอนกลางวันและกลับมาพักเรือนจำตอนกลางคืน เพื่อเตรียมสังคม เตรียมงาน และสภาพแวดล้อมให้นักโทษ เมื่อพ้นโทษออกไปจะได้รับการยอมรับและไม่กลับมาทำผิดอีก นอกจากนี้ หลังจากที่พ้นโทษจากเรือนจำมาแล้วระยะหนึ่ง ควรมีระบบที่ทำให้นักโทษสามารถร้องขอให้ล้างมลทินตัวเอง เพื่อให้ นายจ้าง หรือคนในสังคมไม่สามารถทราบได้ว่าเคยติดคุกมาก่อน ดังเช่นปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส<sup>37</sup>

จากที่กล่าวมาทั้งหมดนั้นจะเห็นได้ว่า สังคมจะปลอดจากอาชญากรรมได้นั้น จำเป็นต้องกระทำร่วมกันหลายฝ่ายเพื่อให้อาชญากรรมนั้นลดลง ซึ่งแนวทางป้องกันสังคม จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดเพื่อให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดี นอกจากนี้จะเพิ่มประสิทธิภาพของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมโดยวางแนวทางที่ต้องปฏิบัติที่จำเป็นต้องกระทำ วางระบบการควบคุมการลงโทษ การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ หรือวาง

<sup>36</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 21*, น. 115.

<sup>37</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 15*, น.205.

เงื่อนไข ซึ่งต้องอาศัยการบูรณาการจากศาสตร์แขนงอื่น ๆ ด้วย ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองป้องกันสังคมและเป็นธรรม

## 2.4 แนวคิดเกี่ยวกับอาชญากรรมและการลงโทษ

อาชญากรรม (crime)<sup>38</sup> โดยทั่วไป หมายถึง การกระทำที่ผิดกฎหมายก่อให้เกิดความสูญเสียทั้งชีวิตและทรัพย์สิน เป็นเรื่องที่ร้ายแรงและเป็นสิ่งทุกคนไม่ต้องการเข้าไปเกี่ยวข้อง แต่โดยแท้จริงแล้วในการให้คำจำกัดความของอาชญากรรมนั้นจะไม่มี ความหมายที่แน่นอนตายตัว เนื่องจากอาชญาวิทยาเป็นวิชาที่เกี่ยวข้องกับศาสตร์หลายแขนง ดังนั้นการจำกัดความหรือการให้ความหมายจึงขึ้นอยู่กับผู้ให้ความหมายนั้นเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับแนวความคิดของศาสตร์แขนงใด ดังจะกล่าวต่อไปนี้

### 2.4.1 ความหมายของอาชญากรรม

คำว่า อาชญากรรม ตามพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 หมายความว่า การกระทำความผิดทางอาญา คำว่า อาชญา แปลว่าอำนาจหรือโทษ ส่วนคำว่า กรรม หมายถึง การกระทำ ในภาษาอังกฤษ คำว่า crime ก็มีรากศัพท์มาจากคำว่า crimen ในภาษาละตินซึ่งแปลว่า การกล่าวหา หรือ การกระทำความผิดโดยบุคคลหนึ่งต่อบุคคลอื่น<sup>39</sup>

อาชญากรรมเป็นพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ตราบใดที่การกระทำนั้นไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายจะ ไม่ได้ถือว่าเป็นอาชญากรรม กฎหมายนั้นเป็นเครื่องมือในการควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ ซึ่งเกิดขึ้นโดยอำนาจทางปกครอง<sup>40</sup> การอธิบายเรื่องความหมายของอาชญากรรมนี้ จำต้องนำแนวความคิดของนักปราชญ์ที่มีชื่อเสียงมาเป็นคำตอบ ดังนี้

Thorstein Sellin<sup>41</sup> ได้อธิบายว่า อาชญากรรม หมายถึง ความประพฤติที่เบี่ยงเบนไปจากบรรทัดฐาน คือ ไม่ใช่การประทุษร้ายต่อสังคมแต่เป็นการไม่ยอมรับบรรทัดฐานที่สังคมส่วนใหญ่ยอมรับ โดยที่ Sellin ต้องการเอาแนวความประพฤติเป็นบรรทัดฐาน มาเป็นเครื่องชี้วัดว่าอะไรคืออาชญากรรม

<sup>38</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์, *อ่วงแล้ว เจริงอรรถที่ 21*, น.115

<sup>39</sup> ประชัย เปี่ยมสมบูรณ์, *อาชญาวิทยา : สหวิทยาว่าด้วยปัญหาอาชญากรรม*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), น. 3.

<sup>40</sup> พงจจิตต์ อธิคมนันท์, *สังคมวิทยาว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525), น. 7.

<sup>41</sup> *เพ็งอ่วง*, น.8.



Jeremy Bentham<sup>42</sup> กล่าวว่า อาชญากรรมเป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดอาญา โดยมีกฎหมายห้ามไว้ซึ่งมีผลร้ายมากกว่าผลดี

B.A. Worthe<sup>43</sup> ให้ความหมายว่า อาชญากรรมเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนหน้าที่ในทางสังคมต่อเพื่อร่วมสังคมเดียวกัน อันยังส่งผลให้ผู้ฝ่าฝืนต้องได้รับโทษ

Sutherland<sup>44</sup> กล่าวว่า พฤติกรรมใดเป็นอาชญากรรมหรือไม่ควรเอาความเสียหายทางสังคมเป็นเกณฑ์ในการตัดสินแทนที่จะใช้กฎเกณฑ์กฎหมายดังที่เขาได้กล่าวไว้ว่า การกระทำผิดกฎหมายมิใช่ว่าจะต้องรับโทษ แต่ควรเป็นพฤติกรรมนั้นจะถูกลงโทษมากกว่า

Garofalo<sup>45</sup> กล่าวว่า อาชญากรรมเป็นการกระทำที่เป็นภัยต่อสังคม โดยมีกฎหมายบัญญัติถึงข้อห้าม ไม่ให้มีการกระทำเช่นนั้น และการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายย่อมถูกลงโทษ

หากพิจารณาในทางกฎหมาย อาชญากรรม หมายถึง การฝ่าฝืนกฎหมายอาญาทั้งที่เป็นความผิดที่เป็นศีลธรรมในตัวเอง (mala in se) และความผิดที่เป็นกฎหมายเทคนิค (mala prohibita)<sup>46</sup> ในประเทศฝรั่งเศสจะใช้คำว่า crime ในความหมายอย่างแคบ เพราะ crime<sup>47</sup> หมายถึง ความผิดที่ระวางโทษรุนแรงจำคุกตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป อาชญากรรมในทางกฎหมาย จึงหมายถึงพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎหมายอาญาและมีโทษทางอาญา ไม่ว่าจะเป็้นโทษรุนแรงหรือลหุโทษ ไม่ว่าจะเป็้นความผิดที่เป็นศีลธรรมหรือเป็้นความผิดกฎหมายเทคนิค

#### 2.4.2 บทบาทอาชญากรรมต่อสังคมและกฎหมาย

อาชญากรรมเป็นสิ่งที่ไม่พึงประสงค์สำหรับสังคม แต่อาชญากรรมก็มีบทบาทสำคัญกับสังคม กล่าวคือ อาชญากรรมนั้นเป็นเครื่องกำหนดชนชั้นของสังคม อย่างน้อยก็เป็นการกำหนดชนชั้นของผู้ดี และผู้ร้าย อาชญากรรมจึงถือเป็นปัจจัยหนึ่งของสังคม เพราะสังคมเปรียบได้กับร่างกายของมนุษย์จำเป็นจำเป็นต้องอาศัยเชื้อโรคเป็นภูมิต้านทานอยู่ข้างเพื่อป้องกันโรคร้ายอื่น ๆ ร่างกายที่ปราศจากเชื้อโรคจะมีชีวิตอยู่ไม่ได้ฉันใด สังคมที่ปราศจากอาชญากรรมก็จะเป็นสังคมไม่ได้ฉันนั้น<sup>48</sup> อาชญากรรมในทัศนะนี้จึงเป็้นความชั่วที่สร้างความคิด เนื่องจากอาชญากรรมเป็น

<sup>42</sup> เห่งอ้าง.

<sup>43</sup> เห่งอ้าง.

<sup>44</sup> สุดสงวน สุธีสร, อาชญาวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 10.

<sup>45</sup> ประเทือง ธนิยผล, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2549), น. 9.

<sup>46</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เห่งอรรถที่ 15, น.22.

<sup>47</sup> Crime ในประเทศฝรั่งเศส หมายถึง ความผิดที่มีโทษจำคุกตลอดชีวิต จำคุก 30 ปี 20 ปี หรือ 15 ปี

<sup>48</sup>ธานี วรภัทร์, อ้างแล้ว เห่งอรรถที่ 22.

ปัจจัยหนึ่งของสังคมนั้นเอง จึงไม่ปรากฏว่ามีสังคมใดที่จะปราบปรามอาชญากรรมให้สงบราบคาบลงได้ เพียงแต่สังคมต้องควบคุมอาชญากรรมให้อยู่ในขอบเขตที่จำกัดมิให้เป็นเชื้อร้ายที่แพร่กระจายอันจะก่อให้เกิดอันตรายร้ายแรงต่อสังคมยิ่งขึ้นเท่านั้น

เมื่อมีอาชญากรรมก็จำเป็นต้องมีอาชญากร คือ ผู้ประกอบอาชญากรรม และผลของการมีอาชญากรเกิดขึ้น จึงก่อให้เกิดสถาบันต่าง ๆ ทางสังคมขึ้น เพราะอาชญากรมิใช่เป็นแต่ผู้ประกอบอาชญากรรมเท่านั้น แต่เป็นผู้สร้างให้มีกฎหมายอาญา และกระบวนการยุติธรรมทางอาญา จากกรณีดังกล่าว จึงมีผลผลักดันก่อให้เกิดความพยายามที่จะแสวงหาความเหมาะสมในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดและการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญา กล่าวคือ ความหมายของอาชญากรรมนั้นมีขอบเขตที่กว้างขวาง จึงต้องจำแนกลักษณะความผิดให้เด่นชัดลงไปว่า การกระทำความผิดอย่างใดควรจะได้รับบทลงโทษให้สามสมกับการเป็นอาชญากร และความผิดอย่างใดควรจะได้รับบทผ่อนปรน ซึ่งโดยทั่วไปแล้วประเภทความผิดตามกฎหมายอาญา อาจแบ่งออกเป็นสองประเภทคือ ความผิดลหุโทษ<sup>49</sup> และความผิดอุกฉกรรจ์ ซึ่งเป็นคดีอาญาที่มีการกระทำความผิดในเรื่องประทุษร้ายต่อร่างกายจนถึงตาย หรือคดีที่มีการประทุษร้ายต่อทรัพย์สินในลักษณะของคดีชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ หรือคดีที่เป็นเหตุพิเศษที่น่าสนใจ<sup>50</sup>

ในการแยกประเภทเช่นนี้ถึงแม้จะไม่มีผลก่อให้เกิดความแตกต่างของความหมายของคำว่า อาชญากรรม แต่ก็มีผลในทางปฏิบัติ กล่าวคือ เป็นที่ยอมรับของสังคมว่า ความผิดลหุโทษเป็นความผิดเล็กน้อย ไม่ร้ายแรงเท่าความผิดประเภทอื่น ๆ หรือความผิดคดีอุกฉกรรจ์ จึงควรที่ได้รับการให้อภัย และผู้กระทำความผิดควรได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างไปจากอาชญากรรมประเภทอื่น ๆ กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดลหุโทษอาจได้รับการผ่อนผันโดยถูกลงโทษเพียงโทษปรับ ไม่ใช่โทษจำคุก ส่วนการให้อภัยของสังคมต่อผู้กระทำความผิดประเภทนี้ จะเห็นได้จากการยินยอมให้ผู้กระทำความผิดลหุโทษยังมีโอกาสรับใช้ราชการปกติ หรือไม่ได้รับการตัดสิทธิทางสังคมอย่างหนึ่งอย่างใด เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การจำแนกอาชญากรรมตามนัยแห่งกฎหมายได้นำไปสู่ประเด็นของการพิจารณาขั้นต่อไปคือ เนื้อหาความแตกต่างระหว่างการกระทำความผิดที่เป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) กับการกระทำความผิดกฎหมายเทคนิคหรือการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นข้อห้าม (mala prohibita) การพิจารณาข้อแตกต่างของความผิดทั้งสองประเภทนี้ ได้มีผู้อธิบายถึงความ

<sup>49</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 102 บัญญัติว่า “ความผิดลหุโทษ คือ ความผิดซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

<sup>50</sup> อรรถ สุวรรณบุปผา, หลักอาชญาวิทยา, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์, 2518),

แตกต่างของการกระทำความคิดทั้งสองประเภทนี้ไว้ว่า การกระทำความคิดในตัวเอง เป็นความคิดที่ถือว่าเป็นบาปและขัดต่อหลักศีลธรรมของสังคมอย่างร้ายแรง ความคิดประเภทนี้ ได้แก่ ความคิดฐานฆ่าผู้อื่น ความคิดฐานชิงทรัพย์ เป็นต้น ส่วนความคิดทางกฎหมายเทคนิคหรือความคิดที่กฎหมายบัญญัติเป็นข้อห้าม หมายถึง ลักษณะความคิดที่ไม่ขัดต่อศีลธรรม และผู้กระทำความคิดไม่มีความประพฤติเป็นอาชญากร (Criminal behaviour) และความคิดดังกล่าวจะขัดต่อสังคม แต่ก็ยังไม่ถึงขั้นที่จะถูกประณามว่าชั่วร้าย<sup>51</sup> ความประพฤติประเภทนี้ ได้แก่ การลักลอบสินค้าหนีภาษี การกักตุนสินค้า การลักลอบเข้าเมือง เป็นต้น จากความหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การกระทำความคิดในตัวเองนั้น ย่อมถือว่าเป็นการประกอบอาชญากรรมอย่างแน่นอน แต่การกระทำความคิดที่กฎหมายบัญญัติเป็นข้อห้ามยังมีข้อถกเถียงในแวดวงของนักกฎหมายว่า ควรถือว่าเป็นการประกอบอาชญากรรมหรือไม่

จากที่กล่าวมานั้นการกระทำความคิดที่เป็นการละเมิดกฎหมายอาญาทั่ว ๆ ไป และขัดต่อหลักศีลธรรมของสังคม นั้นเรียกว่า อาชญากรรม แต่อย่างไรก็ดีอาชญากรรมในอดีตอาจจะไม่เป็นอาชญากรรมในปัจจุบัน หรืออาชญากรรมในประเทศหนึ่งอาจจะไม่ได้เป็นอาชญากรรมในอีกประเทศก็ได้ ทั้งนี้ต้องนำลักษณะบรรทัดฐานของอาชญากรรม (Crime Norms)<sup>52</sup> หรือการกระทำที่กฎหมายอาญาบัญญัติว่าเป็นความคิดและกำหนดโทษไว้ ซึ่งปรากฏอยู่ในขณะนั้นมาเป็นเครื่องวินิจฉัยว่าเป็นเกณฑ์ปกติของความประพฤติที่สังคมยอมรับได้หรือไม่ ซึ่งกฎเกณฑ์นี้สามารถเปลี่ยนแปลงได้ไปตามความเจริญเติบโตของสังคมและค่านิยมซึ่งชนชั้นปกครองยอมรับ กฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานไม่ได้เป็นแต่เพียงต้นกำเนิดของความคิดที่ระบุห้ามไว้ และไม่ได้เป็นที่พึงสุดท้ายในกระบวนการควบคุมสังคม หากแต่ยังมีส่วนโดยตรงทำให้เกิดการกระทำความคิดชนิดที่ห้ามไว้มากขึ้น และเกิดความคิดชนิดอื่นตามมาด้วย<sup>53</sup> การที่ออกกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ เท่ากับเป็นการเบนความต้องการ (อุปสงค์) ของประชาชนจำนวนมาก จากช่องทางที่ถูกต้องชอบธรรมไปสู่ช่องที่ผิดกฎหมาย ดังนั้น บรรทัดฐานของอาชญากรรมจึงไม่มีกรอบที่คงที่ตลอดไป

#### 2.4.3 โทษและวิธีการลงโทษ

ในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความคิดในสมัยโบราณ มักใช้วิธีการลงโทษที่รุนแรง ทารุณ โหดร้าย และไร้ซึ่งมนุษยธรรม โดยมุ่งที่จะแก้แค้นทดแทนแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น จึงทำให้ผู้กระทำความคิดไม่มีโอกาสที่จะปรับปรุงตนเองเมื่อพ้นผิดและกลับคืนสู่สังคมได้ แต่ในปัจจุบัน

<sup>51</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, *อ่าวแล้ว เจริญรอดที่ 15*, น.23-25.

<sup>52</sup> ธาณี วรภัทร์, *อ่าวแล้ว เจริญรอดที่ 22*, น.36.

<sup>53</sup> เสรีน ปุณณะหิตานนท์, *การกระทำความคิดในสังคม สังคมวิทยาอาชญากรรมและพฤติกรรม* เบียงเบน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), น. 468-469.

การปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดมุ่งเน้นที่การแก้ไขฟื้นฟู<sup>54</sup> ไม่ใช่วิธีรุนแรง เลิกการกระทำทารุณ โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม ทั้งนี้เพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้มีโอกาสกลับคืนสู่สังคม รวมทั้งยังมุ่งเน้น การป้องกันสังคมด้วย

การลงโทษในสมัยปัจจุบัน แนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษผู้กระทำความผิด กฎหมาย ได้ก้าวหน้าพัฒนาไปมากทั้งในด้านวัตถุประสงค์และด้านวิธีการลงโทษ เพราะเมื่อวัตถุประสงค์ เปลี่ยนแปลงไป วิธีการลงโทษก็ต้องเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย กล่าวคือ ในสมัยโบราณการลงโทษ ผู้กระทำความผิดนั้นมีวัตถุประสงค์หลายประการ ตั้งแต่ในประวัติศาสตร์การลงโทษมีวัตถุประสงค์ เพื่อมิให้สิ่งศักดิ์สิทธิ์พิโรธเกิดความโกรธแค้น<sup>55</sup> ต่อสังคมในการที่มีผู้กระทำความผิดอันเป็นการ ละเมิดต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์นั้น ฉะนั้นการลงโทษผู้กระทำความผิดจึงเป็นการได้โทษให้แก่คนอื่น ๆ หรือ สังคม ต่อมาความมุ่งหมายในการลงโทษก็เพื่อแก้แค้นทดแทนซึ่งเป็นการแก้แค้นทั้งในส่วนตัวและ เป็นการแก้แค้นทางสังคมด้วย ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้ความมั่นคงหรือความปลอดภัยของสังคมส่วนรวมถูก กระทบกระเทือน

ในระยะต่อมา ความมุ่งหมายในการลงโทษก็เพื่อให้เกิดความหลากหลายสำหรับผู้กระทำความผิดและให้ผู้อื่นหวาดหวั่นไม่กล้ากระทำความผิด สำหรับในปัจจุบัน การลงโทษมีความมุ่งหมายให้ผู้กระทำความผิดได้สำนึกในจิตใจและเปลี่ยนแปลงทัศนคติไปในทางที่ดี และสามารถปรับตัวเข้ากับสังคมภายนอกได้ ฉะนั้นการลงโทษผู้กระทำความผิดจึงมีการเปลี่ยนแปลงวิธีการเพื่อ จะให้บรรลุผลตามความมุ่งหมาย และผู้ถูกลงโทษได้ถูกปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็น เรื่องความเป็นอยู่ อาหาร การรักษาพยาบาล การสั่งสอนอบรมในด้านวิชาสามัญวิชาชีพ และ ด้านการศาสนา ด้านสังคม เพื่อช่วยนักโทษสามารถปรับตัวเข้ากับสิ่งแวดล้อม คือ สังคมภายนอก ได้ง่ายขึ้น ซึ่งโทษในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ มีวิธีการที่คล้ายคลึงกัน สำหรับประเทศไทยมีวิธีการ ลงโทษผู้กระทำความผิดไม่แตกต่างไปจากประเทศอื่น<sup>56</sup> โดยโทษสำหรับประเทศไทยปัจจุบัน กฎหมายอาญา<sup>57</sup> กำหนดโทษไว้ในบทลงโทษผู้กระทำความผิดไว้ 5 ประการคือ

#### 2.4.3.1 โทษประหารชีวิต (Capital Punishment)

กล่าวคือ โทษประหารชีวิตเป็นโทษที่รุนแรงที่สุดและสอดคล้องกับหลักการลงโทษ หลายข้อ แต่ก็ยังมีปัญหาเรื่องการละเมิดสิทธิมนุษยชนสูงสุดเช่นกัน แม้จะไม่สอดคล้องกับการฟื้นฟู

<sup>54</sup> ธาณี วรภัทร์, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 22.

<sup>55</sup> ธาณี วรภัทร์, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 22, น.150.

<sup>56</sup> คณิต ฅ นคร, *ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานความเข้าใจ*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), น. 44.

<sup>57</sup> *ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18*

แก้ไขหรือนำผู้กระทำความผิดสู่สังคม โทษประหารชีวิตนี้มีความมุ่งหมาย<sup>58</sup>อยู่ 3 ประการ คือ ประการแรก เพื่อป้องกันสังคม โดยตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมโดยเด็ดขาดโดยไม่มีโอกาสกลับมาทำในสิ่งที่ป็นภัยต่อสังคมได้อีก ประการที่สอง คือ เพื่อให้คนในสังคมเกิดความหวาดกลัว ไม่กล้ากระทำความผิด ประการที่สาม เพื่อแก้แค้นให้แก่สังคม โดยจะเห็นได้จากกฎหมายที่บัญญัติให้ลงโทษประหารชีวิตสำหรับการกระทำที่โหดร้ายของผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตามในปัจจุบัน การลงโทษประหารชีวิตในทุกประเทศพยายามที่จะให้เจ็บปวด ทรมาน ทารุณโหดร้ายน้อยที่สุด และไม่ให้ขัดต่อมนุษยธรรม โดยไม่ให้ศพถูกทำลายจนน่าเกลียด และระยะเวลาที่จะให้นักโทษรู้ว่า จะถูกประหารชีวิตจนถึงเวลาลงมือประหารต้องให้สั้นที่สุดด้วย ซึ่งวิธีการลงโทษประหารชีวิตที่ใช้ อยู่ในปัจจุบันมีอยู่หลายวิธี เช่น ยิงเป้า แขนงคอก นั่งเก้าอี้ไฟฟ้า รรมด้วยแก๊สพิษ ฉีดยาหรือสารพิษ เป็นต้น ซึ่งประเทศหรือรัฐที่ใช้วิธีการแต่ละวิธีการ ก็อ้างว่าวิธีของตนนั้นดีที่สุด ทำให้ผู้ถูกประหารชีวิต ได้รับความเจ็บปวดทรมานน้อยที่สุด สำหรับประเทศไทย ในปัจจุบันการลงโทษประหารชีวิต ให้ดำเนินด้วยวิธีการฉีดยาหรือสารพิษให้ตาย<sup>59</sup> ดังที่บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 19 ผู้ใดต้องโทษประหารชีวิต ให้ดำเนินการด้วยวิธีฉีดยาหรือสารพิษให้ตาย

#### 2.4.3.2 โทษจำคุก (Imprisonment)

หากไม่นับการประหารชีวิต การจำคุกคือโทษที่รุนแรงและมีผลในการยังยั้งอาชญากรรมมากที่สุด แต่เป็นโทษที่สร้างต้นทุนให้กับสังคมมากที่สุดเช่นกัน เมื่อเปรียบเทียบกับโทษอื่น ๆ เพราะรัฐต้องออกค่าใช้จ่ายในการสร้างเรือนจำ เลี้ยงดูนักโทษ ให้เงินเดือนผู้คุม สวัสดิการต่าง ๆ ที่จำเป็นในการจำกัดเสรีภาพ รวมทั้งต้นทุนค่าเสียโอกาสในการที่นักโทษไม่สามารถไปทำงานได้ ในขณะที่โทษปรับหรือโทษริบทรัพย์ รัฐจะได้ประโยชน์กลับมาในรูปแบบของค่าปรับ หรือทรัพย์สินที่ตกแก่แผ่นดิน<sup>60</sup> โทษจำคุกในสมัยปัจจุบันได้มีการเปลี่ยนแปลงวิธีปฏิบัติและความมุ่งหมายแตกต่างไปจากโทษจำคุกในสมัยโบราณมาก การลงโทษจำคุกนั้นเป็นกระบวนการเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพและความเป็นอิสระของบุคคล ที่สามารถส่งผลกระทบต่อชื่อเสียง ชีวิตความเป็นอยู่ของผู้กระทำความผิด เป็นการแยกตัวผู้กระทำความผิดออกจากสังคม ภายใต้อาณัติ และระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อจิตใจและสร้างมลทินทางสังคมให้แก่ผู้กระทำความผิด ด้วยเหตุนี้นักอาชญาวิทยา จึงมีความเห็นว่า<sup>61</sup> ให้การลงโทษจำคุกมีประสิทธิภาพมากที่สุด ควรกำหนดหลักเกณฑ์บรรทัดฐานกรณีแห่งการกระทำความผิดและ

<sup>58</sup> ธานี วรภัทร์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 22*, น.151.

<sup>59</sup> เสรีน ปุณณะหิตานนท์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 53*, น. 45.

<sup>60</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 15*, น. 221.

<sup>61</sup> ธานี วรภัทร์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 22*, น. 152.

ลักษณะพฤติกรรมของอาชญากรและไม่ควรใช้วิธีทรมานแก่ผู้กระทำความผิด หากเปรียบเทียบต้นทุนของการลงโทษทุกประเภทแล้ว การจำคุกน่าจะใช้ต้นทุนของรัฐมากที่สุด และเป็นต้นทุนแปรผันตามระยะเวลาที่อยู่ในเรือนจำนานขึ้น ในกรณีที่โทษอื่นสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการยับยั้งอาชญากรรม (deterrence) ได้แบบเดียวกันกับการจำคุก การจำคุกจึงไม่น่าถูกนำมาใช้ เพราะเป็นการลงโทษที่ไม่มีประสิทธิภาพ เมื่อเทียบกับการลงโทษแบบอื่น ๆ หากเปรียบเทียบโทษปรับกับโทษจำคุกจะพบว่าโทษจำคุกควรนำมาเป็นมาตรการเสริมเมื่อโทษปรับใช้ไม่ได้ผล<sup>62</sup> เพราะโทษจำคุกสร้างต้นทุนให้กับรัฐมากกว่าประโยชน์ ในขณะที่โทษปรับสร้างประโยชน์ให้กับรัฐมากกว่าต้นทุน

#### 2.4.3.3 โทษกักขัง (Confinement)

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 24 วรรคแรก บัญญัติว่า ผู้ใดต้องโทษกักขัง ให้กักตัวไว้ในสถานที่กักขังซึ่งกำหนดไว้อันมิใช่เรือนจำ สถานีดำรวจ หรือสถานที่ควบคุมผู้ต้องหาของพนักงานสอบสวน ถ้าศาลเห็นเป็นการสมควร จะสั่งในคำพิพากษาให้กักขังผู้กระทำความผิดไว้ในที่อาศัยของผู้นั้นเอง หรือของผู้อื่นที่ยินยอมรับผู้นั้นไว้ หรือสถานที่อื่นที่อาจกักขังได้ เพื่อให้เหมาะสมกับประเภทหรือสภาพของผู้ถูกกักขังก็ได้ จะเห็นได้ว่า โทษกักขังนั้นเป็นการจำกัดเสรีภาพของผู้ถูกลงโทษ โดยการกักขังนั้นจะกักขังไว้สถานที่ไม่ใช่เรือนจำ หรือกักขังอยู่ในที่อาศัยของผู้กระทำความผิดเองก็ได้ นอกจากนั้นศาลยังมีอำนาจเปลี่ยนโทษกักขังเป็นโทษจำคุกในภายหลังได้ หากภายหลังผู้กระทำความผิดประพฤติตัวไม่ดี ฝ่าฝืนระเบียบของสถานที่กักขังหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข<sup>63</sup>

#### 2.4.3.4 โทษปรับ (Fine)

โทษปรับเป็นโทษที่ลงกับทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด แนวคิดในการปรับคือการทดแทนความเสียหายที่ผู้กระทำไม่ได้ชดเชยขึ้นจากการกระทำความผิด แต่ต่อมาถูกใช้เป็นเครื่องมือยับยั้งผู้กระทำความผิดมิให้กระทำความผิดอีกด้วย<sup>64</sup> เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับโทษจำคุก โทษปรับควรจะถูกนำมาใช้เป็นอันดับแรก เพราะมีประสิทธิภาพอันเนื่องมาจากต้นทุนที่ถูกรัฐและได้ผลประโยชน์จากค่าปรับ ในขณะที่โทษจำคุกนั้นสร้างต้นทุนให้รัฐในการดูแลนักโทษและไม่ได้รับประโยชน์ใดกลับมา โทษปรับนั้นเป็นโทษที่ใช้มาก รวมทั้งในประเทศไทยก็มีบทบัญญัติเกี่ยวกับ

<sup>62</sup> ปกป้อง จันวิทย์, “การวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์ : แนวคิดและวรรณกรรมปริทัศน์,” ในโครงการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์, (Economic Analysis of Criminal Laws), สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัยและสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2554, น. 23.

<sup>63</sup> เสริน ปุณณะหิตานนท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 53*, น.49.

<sup>64</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 15*, น. 237.

โทษปรับ<sup>65</sup> ในประมวลกฎหมายอาญาเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม โทษปรับก็มีข้อเสีย คือ ไม่ช่วยให้ผู้กระทำความผิดดีขึ้น เพราะเขาไม่ได้รับการแก้ไขในด้านความประพฤติหรือจิตใจแต่อย่าง และอาจไปกระทำผิดใหม่ที่ร้ายแรงกว่าเก่าอีกก็ได้ นอกจากนี้ การปรับเป็นผลดีกับคนรวยแต่สำหรับคนจนแล้วถ้าไม่มีเงินเสียค่าปรับก็จะถูกกักขังแทน ซึ่งผลที่แตกต่างกันมาก

แม้ว่าโทษปรับถูกกำหนดขึ้นเพื่อนำมาใช้เป็นลำดับแรกหากมองในมุมมองของประสิทธิภาพ แต่ในประเทศไทยใช้ค่าปรับแบบตายตัว (Fixed rate fine) ซึ่งกำหนดจำนวนไว้คงที่ในกฎหมายและโดยคำพิพากษา ทำให้ในความเป็นจริงแล้วโทษปรับแบบตายตัวในประเทศไทยนั้นถูกนำมาใช้เป็นลำดับสุดท้าย เฉพาะเมื่อมีการรอลงโทษจำคุก สาเหตุของความไม่มีประสิทธิภาพในการใช้โทษปรับ และไม่สามารถนำโทษปรับมาใช้เป็นอันดับแรก เกิดขึ้นจากการที่โทษปรับนั้นมีความลำสมัยและถูกลดลงทุกปี จึงไม่มีประสิทธิภาพในการยับยั้งอาชญากรรม นอกจากนี้แม้จะมีการแก้ไขโทษปรับให้สูงขึ้นมาก ก็ยังมีปัญหาความไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย และท้ายสุดโทษปรับไม่ถูกนำมาใช้ได้เพราะอาชญากรที่ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากการกระทำความผิดสูงมาก

#### 2.4.3.5 โทษริบทรัพย์สิน (Forfeiture of property)

โทษริบทรัพย์สินเป็นโทษที่มีมาตั้งแต่สมัยโบราณ การลงโทษริบทรัพย์สินเป็นการลงโทษที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจแก่ผู้กระทำความผิดอย่างยิ่ง สำหรับโทษริบทรัพย์สินในปัจจุบันประเทศไทยมีบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 32 ทรัพย์สินใดที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่า ผู้ใดทำหรือมีไว้เป็นความผิด ให้ริบเสียทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นของผู้กระทำความผิด และมีผู้ถูกลงโทษตามคำพิพากษาหรือไม่ สำหรับโทษริบทรัพย์สินนั้นจะมีลักษณะแตกต่างจากโทษทางอาญาอื่น กล่าวคือ โทษในทางอาญามักเป็นโทษที่ลงแก่บุคคลผู้กระทำความผิด ส่วนโทษริบทรัพย์สินนั้นเป็นผลที่ลงแก่ทรัพย์สินเป็นสำคัญว่าเข้าหลักเกณฑ์ที่ริบได้หรือไม่ โดยไม่คำนึงถึงตัวบุคคลว่าได้กระทำความผิดหรือไม่ นอกจากนี้ ยังมีการริบทรัพย์สินตามกฎหมายอื่น เช่น การริบทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติการพนัน การริบทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติป่าไม้ เป็นต้น

<sup>65</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29 วรรคแรก “ผู้ใดต้องโทษปรับและไม่ชำระค่าปรับภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลพิพากษา ผู้นั้นจะต้องถูกยึดทรัพย์สินหรืออายัดสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินเพื่อใช้ค่าปรับหรือมิฉะนั้นจะต้องถูกกักขังแทนค่าปรับ แต่ถ้าศาลเห็นเหตุอันควรสงสัยว่าผู้นั้นจะหลีกเลี่ยงไม่ชำระค่าปรับ ศาลจะสั่งเรียกประกันหรือจะสั่งให้กักขังผู้นั้นแทนค่าปรับไปพลางก่อนก็ได้”

## 2.5 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับนิติเศรษฐศาสตร์

นิติเศรษฐศาสตร์<sup>66</sup> (Law and Economics) หรือเศรษฐศาสตร์วิเคราะห์ว่าด้วยกฎหมาย (Economic Analysis of Law) เป็นศาสตร์ที่ว่าด้วยการศึกษาประเด็นสำคัญทางกฎหมาย ทฤษฎีกฎหมาย การตีความกฎหมาย การออกแบบกฎหมาย การประเมินคุณค่าของกฎหมาย และผลกระทบของกฎหมายต่อพฤติกรรมของตัวละครที่เกี่ยวข้องและต่อสังคม โดยใช้ระเบียบวิธีหรือวิธีวิทยา (Methodology) ทางเศรษฐศาสตร์นีโอคลาสสิก (Neoclassical Economics) เป็นกรอบและเครื่องมือมาตรฐานในการวิเคราะห์<sup>67</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่ง แบบจำลองว่าด้วยการเลือกอย่างมีเหตุผล (Rational Choice Model) ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

นิติเศรษฐศาสตร์ให้ความสำคัญกับมิติด้านประสิทธิภาพ (efficiency) ของกฎหมาย ระบบกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรม และมีเป้าหมายเพื่อบรรลุสวัสดิการสังคม (social welfare) หรือกฎกติกา (rule of game) ต่อพฤติกรรมของปัจเจกบุคคล (individual behavior) ทั้งพฤติกรรมของผู้บังคับใช้กฎหมาย และผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย รวมถึงการออกแบบกฎหมายให้สามารถใช้กำกับควบคุมพฤติกรรมของคนบนโลกแห่งความเป็นจริงได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อยกระดับสวัสดิการของสังคม โดยที่กฎหมายในมุมมองของนิติเศรษฐศาสตร์คือเครื่องมือในการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของผู้คนไปสู่แนวทางที่สังคมพึงปรารถนา เช่น ไม่สร้างความเดือดร้อนแก่สังคม ไม่ทำอันตรายต่อชีวิตและทรัพย์สินของผู้อื่น ออกแบบสัญญาที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ เป็นต้น และป้องปรามยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่พึงปรารถนาของสังคม เช่น การก่ออาชญากรรมด้านต่าง ๆ ผ่านบทลงโทษทางกฎหมาย ทั้งการลงโทษที่เป็นตัวเงิน (monetary sanction) ได้แก่ โทษปรับ และการลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงิน (nonmonetary sanction) เช่น โทษประหารชีวิต โทษจำคุก การภาคทัณฑ์ การกักขัง การประจานต่อสาธารณะ เป็นต้น

### 2.5.1 ต้นกำเนิดของแนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์กับการลงโทษทางอาญา

จากกรอบนิยามดังกล่าวข้างต้น กล่าวได้ว่า รากเหง้าของการศึกษานิติเศรษฐศาสตร์ เริ่มต้นตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 18 จากงานเขียนว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษเรื่อง On Crimes and Punishments ของ Cesare Beccaria ในปี 1767 และ An Introduction to the Principles of Morals ad

<sup>66</sup> อัจฉริยา ชุตินันท์, *อ่าวแล้ว เจริญรอดที่ 21*, น.1.

<sup>67</sup> คำว่าเศรษฐศาสตร์ในที่นี้หมายถึง เศรษฐศาสตร์กระแสหลัก หรือเศรษฐศาสตร์นีโอคลาสสิก ซึ่งสร้างทฤษฎีขึ้นจากข้อสมมติตั้งต้นว่า คนเป็นสัตว์เศรษฐกิจ (Homo Economicus) มีพฤติกรรมในทางแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตนสูงสุด ภายใต้ความจำกัดและเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ตนเผชิญ และปัจเจกบุคคลมีเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ (economic rationality) ตอบสนองต่อสิ่งจูงใจ (incentives) เศรษฐศาสตร์นีโอคลาสสิกให้ความสำคัญแก่เศรษฐศาสตร์ในฐานะศาสตร์ที่ว่าด้วย การจัดสรรทรัพยากรที่มีอย่างจำกัดให้เกิดประโยชน์สูงสุด



Legislation ของ Jeremy Bentham ในปี 1789<sup>68</sup> ซึ่งเสนอแนวคิดทำนองว่า บทลงโทษทางกฎหมาย ส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมของคนในสังคม กล่าวคือ กฎหมายช่วยป้องปรามและลดทอน พฤติกรรมที่ขัดต่อศีลธรรมของบุคคล กฎหมายควรมุ่งเน้นการลงโทษผู้ตั้งใจกระทำความผิดเป็นหลัก แต่การศึกษานิติเศรษฐศาสตร์ในช่วงต้นนั้นยังไม่ได้มีสถานะเป็นสาขาวิชาเฉพาะ มิได้มีผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน และมีได้กระทำกันอย่างแพร่หลาย จวบจนกระทั่งคริสต์ทศวรรษ 1960

จนกระทั่งคริสต์ทศวรรษ 1960 บทความวิชาการว่าด้วยการละเมิดและต้นทุนทางสังคม สองชิ้น ได้แก่ Some Thoughts Risk Distribution and the Law of Torts ของ Guido Calabresi ในปี 1961 และ The Problems of Social Cost ของ Ronald Coase ในปี 1960 ได้กลายเป็นหลักไมล์ตั้งต้น ที่สำคัญในการนำพาวิชาเศรษฐศาสตร์และเศรษฐศาสตร์เข้าสู่ยุคใหม่ของการศึกษาวิเคราะห์ที่มี ลักษณะผสมผสานระเบียบวิธีและเครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์เข้าไปกับประเด็นคำถามในทาง กฎหมายทุกสาขาอย่างมีระบบ ไม่ว่าจะเป็น กฎหมายอาญา กฎหมายละเมิด กฎหมายปกครอง แม้กระทั่ง กฎหมายรัฐธรรมนูญ นับเป็นการก้าวสู่ยุคของ “นิติเศรษฐศาสตร์” อย่างเต็มตัว และมีการพัฒนาองค์ความรู้ในด้านนี้อย่างกว้างขวางและต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน ภายใต้ผลงานของนัก เศรษฐศาสตร์และนักนิติศาสตร์ที่สำคัญหลายคน เช่น Gary Becker , Richard Posner , Frank Easterbrook , A.Mitchell Polinsky และ Stephen Shavell เป็นต้น รวมทั้งการเปิดการเรียนการสอน สาขาวิชานิติเศรษฐศาสตร์ในมหาวิทยาลัยทั่วโลก

### 2.5.2 กรอบแนวคิดและระบบการใช้เหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ที่สำคัญ

ความหมายของเศรษฐศาสตร์<sup>69</sup> คือ ศาสตร์ที่ศึกษาเกี่ยวกับการเลือกหนทางในการใช้ ทรัพยากรการผลิตที่มีอยู่อย่างจำกัด สำหรับการผลิตสินค้าและบริการเพื่อประโยชน์สูงสุด และนำ สินค้าและบริการนั้นมาตอบสนองความต้องการของมนุษย์ที่มีอยู่อย่างไม่จำกัด และในการศึกษา วิชาเศรษฐศาสตร์นี้ สามารถแบ่งสาขาวิชาเศรษฐศาสตร์ออกเป็น 2 สาขาใหญ่ ๆ คือ เศรษฐศาสตร์ จุลภาค (Microeconomics) ซึ่งเป็นการศึกษาเกี่ยวกับพฤติกรรมหรือกิจกรรมทางเศรษฐกิจของ หน่วยเศรษฐกิจหน่วยใดหน่วยหนึ่ง เช่น หน่วยผลิต หน่วยธุรกิจ ผู้บริโภค ปัจจัยการผลิต เป็นต้น และเศรษฐศาสตร์มหภาค (Macroeconomics) ซึ่งศึกษาเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเศรษฐกิจทั้งระบบ หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของระบบเศรษฐกิจ เช่น การบริโภค รายได้ประชาชาติ การค้าระหว่าง ประเทศ เป็นต้น

<sup>68</sup> ปกป้อง จันวิทย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 62*, น.2.

<sup>69</sup> ไพรินทร์ นาคจั่น, *เอกสารคำสอนเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2547), น. 60.

นักนิติศาสตร์มองกฎหมายเป็นเครื่องมือในการผดุงความยุติธรรมของสังคม โดยเป็น สิ่งกำหนดกรอบกติกาว่าด้วยการอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างสงบสุข ปกป้องสิทธิและเสรีภาพของ บังคับบุคคล สร้างกลไกในการยุติข้อพิพาทและความขัดแย้งอย่างสันติเบะเป็นธรรม และลงโทษ ผู้กระทำความผิดให้สาสมกับความผิดที่ก่อเพื่อคืนความเป็นธรรมและศีลธรรมแก่ผู้เสียหายและ สังคม กล่าวโดยสรุป นิติศาสตร์นั้นให้คุณค่าแก่มิติด้าน ความยุติธรรม ของกฎหมายเป็นสำคัญ แต่ ในทางด้านของเศรษฐศาสตร์นั้นจะใช้คุณค่าทางมิติโลกทัศน์และระบบการให้เหตุผลทาง เศรษฐศาสตร์ที่สำคัญในการวิเคราะห์กฎหมาย ซึ่งจะกล่าวต่อไปนี้

#### 2.5.2.1 ความตระหนักในความจำกัดของทรัพยากร

นักเศรษฐศาสตร์ตระหนักถึงความจำกัดของทรัพยากร (scarcity)<sup>70</sup> เนื่องจากทรัพยากร การผลิต หรือปัจจัยการผลิตทุกอย่างมีอยู่อย่างจำกัด ไม่สามารถเพิ่มขึ้นได้ ดังนั้นนักเศรษฐศาสตร์มี โลกทัศน์ว่าทรัพยากรนั้นมีอยู่อย่างจำกัดเมื่อเทียบกับความต้องการใช้ประโยชน์จากทรัพยากร ดังนั้นเราจึงต้องเลือกว่าจะใช้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดอย่างไรให้คุ้มค่าที่สุด การเลือก (Choice) สาเหตุที่ทำให้ต้องเลือกเนื่องจากทรัพยากรการผลิตนั้นมีจำนวนจำกัด และทรัพยากรแต่ละชนิดก็ สามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้หลายทาง เราจึงต้องเลือกหนทางในการนำทรัพยากรแต่ละชนิดไปใช้ ให้เกิดประโยชน์สูงสุด หรือให้เกิดความพอใจมากที่สุด ตัวอย่างของปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจที่ หน่วยเศรษฐกิจ เช่น บังคับชน บริษัท หรือรัฐบาล ต้องเผชิญ ได้แก่ การตัดสินใจว่าจะผลิตหรือ บริโภคอะไร เท่าไหร่ อย่างไร ซึ่งรวมเรียกว่า ปัญหาการจัดสรรทรัพยากร (allocation problems) และจะแจกจ่าย กระจาย แบ่งสรรผลผลิต กำไร หรือส่วนเกินทางเศรษฐกิจ แก่ใคร ด้วยสัดส่วน เท่าใด ด้วยวิธีการใด ซึ่งรวมเรียกว่า ปัญหาการแบ่งสรรและกระจายทรัพยากร (distribution problems)<sup>71</sup>

เมื่อนำทรัพยากรจำนวนหนึ่งไปใช้ประโยชน์ในกิจกรรมหนึ่งที่เราอยากทำย่อมเสีย โอกาสที่จะนำทรัพยากรจำนวนนั้นไปใช้ประโยชน์ในกิจกรรมอื่นที่เราอยากทำเช่นเดียวกัน การ ตัดสินใจเลือกจึงเป็นการแลกกันระหว่างเป้าหมายหนึ่งกับเป้าหมายอื่น ซึ่งต่างก็เป็นเป้าหมายที่พึงปรารถนาทั้งสิ้น การตัดสินใจทางเศรษฐกิจส่วนมากจึงต้องเผชิญภาวะได้อย่าง เสียอย่าง (tradeoffs)<sup>72</sup> อาจกล่าวได้ว่า หากทรัพยากรมีจำกัดเมื่อเทียบกับความต้องการใช้ประโยชน์ การตัดสินใจเลือก

<sup>70</sup> ปกป้อง จันวิทย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 62*, น.4.

<sup>71</sup> *เพ็ญอ้อ*, น.4.

<sup>72</sup> สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, “นิติศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย,” ในโครงการวิเคราะห์ กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์, (Economic Analysis of Criminal Laws), (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัยและสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศ, 2554), น. 18.

ทางเศรษฐกิจย่อมมีต้นทุนเสมอ อย่างน้อยคือ ต้นทุนค่าเสียโอกาส (opportunity cost) หรือ มูลค่าสูงสุดที่เป็นไปได้ของสิ่งที่ดีที่สุดในที่รองลงมาที่เราไม่ได้เลือก (next best alternatives) แม้กิจกรรมหรือนโยบายที่เป็นประโยชน์ก็ล้วนมีต้นทุนด้วยกันทั้งสิ้น การตัดสินใจเลือกดำเนินกิจกรรมหรือนโยบายที่มีให้เลือกละกหลายจึงไม่ควรอยู่บนพื้นฐานของการประเมินเฉพาะผลประโยชน์ (benefits) ของกิจกรรมหรือนโยบายเหล่านั้น แต่ควรอยู่บนพื้นฐานของการประเมินผลประโยชน์สุทธิ (net benefits) ซึ่งนำต้นทุน (costs) มาหักลบออกจากผลประโยชน์ที่ได้เสียก่อน ทั้งนี้ คนหรือสังคมควรเลือกกิจกรรมหรือนโยบายที่ให้ผลประโยชน์สุทธิสูงสุด

ตัวอย่างเช่น รัฐบาลต้องการใช้นโยบายเพื่อปราบปรามยาเสพติด จึงเพิ่มงบประมาณด้านการปราบปรามยาเสพติดเพิ่มมากขึ้น โดยจ้างตำรวจมากขึ้น ซื้ออุปกรณ์เพื่อการสืบสวนสอบสวนใหม่ หรือลงทุนพัฒนาเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้อง แม้การลงทุนดังกล่าวอาจทำให้สามารถจับกุมผู้ค้ายาเสพติดมาลงโทษได้มากขึ้น และลดปริมาณยาเสพติดลง ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อสังคม แต่ในอีกด้านหนึ่งก็มีต้นทุนเกิดขึ้นกับสังคมเช่นเดียวกัน ต้นทุนดังกล่าวยังรวมถึงต้นทุนค่าเสียโอกาสในการนำงบประมาณจำนวนเดียวกันไปทำกิจกรรมอื่นที่เป็นประโยชน์ต่อสังคม เช่น การดำเนินการระบบประกันสุขภาพถ้วนหน้า การปฏิรูปการศึกษา เป็นต้น เช่นนี้แล้วรัฐบาลหรือผู้กำหนดนโยบาย จึงมีหน้าที่ในการตัดสินใจเลือกว่าใช้งบประมาณในแต่ละปีที่มีจำกัดอย่างไร ให้คุ้มค่าที่สุด และสมาชิกของสังคมได้รับความพึงพอใจสวัสดิการสูงสุด

#### 2.5.2.2 การให้คุณค่ากับมิติด้านประสิทธิภาพ

เศรษฐศาสตร์ให้คุณค่าสูงยิ่งต่อมิติด้านประสิทธิภาพ (efficiency) ซึ่งหมายถึง การที่สังคมได้รับประโยชน์สูงสุดจากทรัพยากรที่มี นักเศรษฐศาสตร์มักเปรียบเทียบ ประสิทธิภาพ กับขนาดของขนมพาย<sup>73</sup> สังคมที่มีประสิทธิภาพคือสังคมที่สามารถใช้ทรัพยากรที่มีในการผลิตขนมพายให้ได้ขนาดใหญ่ที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ หากสังคมมีเป้าหมายของการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรอย่างชัดเจน ในขณะที่มรรควิธีสู่เป้าหมายดังกล่าวมีหลายทาง สังคมควรได้เลือกทางที่มีประสิทธิภาพที่สุด กล่าวคือ สังคมควรเลือกที่ให้ผลลัพธ์มากที่สุด ใช้ต้นทุนต่ำที่สุด สมาชิกในสังคมพึงพอใจมากที่สุด หรือสังคมได้รับสวัสดิการสูงสุด ตามแต่เป้าหมายที่สังคมต้องการ ภายใต้ข้อจำกัดด้านทรัพยากรที่สังคมนั้นเผชิญ

วิลเฟรโด พาเรโต (Vilfredo Pareto)<sup>74</sup> นำเสนอหลักเกณฑ์ของควมมีประสิทธิภาพแบบพาเรโต (Pareto Efficiency) ว่าสถานการณ์ที่ไม่สามารถทำให้คน ๆ หนึ่งได้รับสวัสดิการที่สูงขึ้น โดยไม่ทำให้คนอื่นมีสวัสดิการแย่ลงกว่าเดิม หากการแลกเปลี่ยน การต่อรอง หรือการ

<sup>73</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 21*, น.5.

<sup>74</sup> เท็งฮ้าง.

ตัดสินใจอื่นใดทางเศรษฐกิจอยู่ในสภาวะการณืเช่นนั้น ถือว่าบรรลุประสิทธิภาพแบบพาเรโต (Pareto Optimality) แต่หากสังคมยังไม่อยู่ในสภาวะการณืดังกล่าว ย่อมหมายความว่า ยังมีหนทางอื่นที่ทำให้คน ๆ หนึ่งได้รับสวัสดิการที่สูงขึ้นกว่าเดิมได้ โดยไม่ทำให้คนอื่นแย่ง กล่าวอีกนัยหนึ่ง สวัสดิการส่วนรวมของสังคมยังเพิ่มสูงขึ้นได้อีก หากแต่ละฝ่ายสามารถตกลงร่วมมือกัน ได้สำเร็จ หรือเจรจาต่อรองผลประโยชน์กันลงตัว เงื่อนไขดังกล่าวเรียกว่า การยกระดับสวัสดิการแบบพาเรโต (Pareto Improvement)

ในโลกของความเป็นจริง การตัดสินใจทางเศรษฐกิจและนโยบายเศรษฐกิจมักก่อให้เกิดภาวะ ได้้อย่างเสียอย่าง เกิดขึ้น กล่าวคือ แม้สังคมส่วนรวมอาจจะได้ผลประโยชน์สุทธิ (Net Benefits) จากการตัดสินใจหนึ่งหรือจากนโยบายหนึ่ง แต่หากพิจารณาในระดับย่อยแล้ว กลับพบว่า การตัดสินใจหรือนโยบายนั้นอาจทำให้คนบางกลุ่มได้รับสวัสดิการที่ดีขึ้น ขณะที่บางกลุ่มอาจได้รับสวัสดิการที่ลดลง<sup>75</sup> ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของรัฐในฐานะที่จะต้องอำนวยความสะดวกให้แก่สังคมโดยสร้างความเป็นธรรมในการแบ่งสรรหรือถ่ายโอนผลประโยชน์และชดเชยความเสียหาย ได้อย่างไร

#### 2.5.2.3 มนุษย์มีเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ และมีพฤติกรรมตอบสนองต่อสิ่งจูงใจ

เศรษฐศาสตร์สนใจศึกษาพฤติกรรมของคนในสังคม ไม่ใช่เฉพาะพฤติกรรมทางเศรษฐกิจเท่านั้น หากรวมถึงพฤติกรรมทางการเมือง สังคม กฎหมาย และวัฒนธรรมด้วย ข้อสมมติตั้งต้นของทฤษฎีเศรษฐศาสตร์คือ คนเป็นสัตว์เศรษฐกิจ (Homo Economicus) มีเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ (economic rationality) และตอบสนองต่อสิ่งจูงใจ (incentive) กล่าวคือ นักเศรษฐศาสตร์มองว่าบุคคลแต่ละคนตัดสินใจโดยแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตนสูงสุดเป็นสภาวะ ภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดที่ตนเผชิญ (rational maximizer under constraints) ตัวอย่างเช่น ผู้บริโภคมีเป้าหมายในการบริโภคสินค้าและบริการเพื่อให้ตนได้รับอรรถประโยชน์สูงสุด (utility maximization) ผู้ผลิตมีเป้าหมายในการผลิตสินค้าและบริการเพื่อให้ตนได้รับกำไรสูงสุด (profit maximization) นักการเมืองมีเป้าหมายในการดำเนินกิจกรรมการเมืองเพื่อให้ตนได้รับคะแนนเสียงในการเลือกตั้งครั้งต่อไปสูงสุด (vote gaining Maximization)

บุคคลที่มีเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์<sup>76</sup> คือ บุคคลที่มีแบบแผนของพฤติกรรมที่คงเส้นคงวา รู้เป้าหมายที่ตนต้องการอย่างชัดเจน รู้ลักษณะและแบบแผนของความพึงพอใจ (preference) ของตน กล่าวคือ รู้ว่าตนชอบสิ่งใดมากกว่าสิ่งใด เช่น หากตนชอบ ก. มากกว่า ข. และชอบ ข. มากกว่า ค. แล้ว ตนย่อมชอบ ก. มากกว่า ค. ด้วย แบบแผนของพฤติกรรมที่คงเส้นคงวาทำให้สามารถ

<sup>75</sup> ปกป้อง จันวิทย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 62.*

<sup>76</sup> เพิ่งอ้าว.

คาดการณ์และทำนายพฤติกรรมในอนาคตเมื่อเผชิญเงื่อนไขต่าง ๆ ได้อย่างคงเส้นคงวา คนที่มีเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์จะตัดสินใจเลือกจากการเปรียบเทียบโครงสร้างผลประโยชน์และต้นทุน (cost-benefit analysis) ของทางเลือกต่าง ๆ โดยจะเลือกทางที่ให้ผลประโยชน์สุทธิสูงสุด หากโครงสร้างผลประโยชน์และต้นทุนเปลี่ยนแปลง เช่น มีการเปลี่ยนแปลงกฎกติกาในสังคมโดยรัฐ พฤติกรรมของคนก็จะตอบสนองต่อโครงสร้างสิ่งจูงใจ (incentive structure) ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้น ตัวอย่างเช่น หากกฎหมายกำหนดโทษปรับของการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ขณะขับรถสูงขึ้น จนคนจำนวนหนึ่งรู้สึกไม่คุ้มค่าที่จะกระทำ ในแง่นี้กฎหมายมีส่วนสำคัญในการกำหนดโครงสร้างผลประโยชน์และต้นทุน ซึ่งส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมของคนอีกต่อหนึ่ง ของกิจกรรมหลายอย่าง เฉพาะกิจกรรมทางเศรษฐกิจเท่านั้น<sup>77</sup> กล่าวคือ กฎหมายส่งผลกระทบต่อตัดสินใจของบุคคลในธุรกรรมทั้งที่เกี่ยวข้องกับตลาดและธุรกรรมนอกตลาด

#### 2.5.2.4 ต้นทุนทางเศรษฐศาสตร์

ตามแนวคิดเศรษฐศาสตร์จะพบว่าทรัพยากรมีอยู่อย่างจำกัดเมื่อเทียบกับความต้องการใช้ประโยชน์ การตัดสินใจเลือกทางเศรษฐกิจทุกครั้งย่อมเกิดต้นทุนเสมอ หรืออย่างน้อยคือ ต้นทุนค่าเสียโอกาส ซึ่งไม่ใช่ ต้นทุนที่ชัดเจนเป็นตัวเงินเหมือนดังต้นทุนในทางบัญชี ต้นทุนทางเศรษฐศาสตร์มีความหมายแตกต่างจากต้นทุนทางบัญชี<sup>78</sup> กล่าวคือ ต้นทุนทางบัญชีนั้นจะคำนวณค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่มีการจ่ายจริงเป็นตัวเงินและสามารถแสดงหลักฐานเพื่อลงบันทึกบัญชีได้ หรือที่เรียกว่าต้นทุนชัดเจน ส่วนต้นทุนทางเศรษฐศาสตร์จะรวมถึงต้นทุนที่ไม่ชัดเจนด้วย ซึ่งประกอบไปด้วย ต้นทุนค่าเสียโอกาส ต้นทุนทางเอกชน ต้นทุนสังคม เป็นต้น การวิเคราะห์ต้นทุนทางเศรษฐศาสตร์จึงต้องนับรวม ต้นทุนแอบแฝงที่ไม่ได้เป็นตัวเงิน เข้าไปด้วยจึงจะเป็นการวิเคราะห์ที่ครบถ้วนสมบูรณ์<sup>79</sup>

นอกจากต้นทุนต่อตัวเองแล้ว (Private Cost) เศรษฐศาสตร์ยังให้ความสำคัญแก่ ต้นทุนต่อสังคม (Social Cost) ด้วย<sup>80</sup> ต้นทุนต่อสังคมคือต้นทุนที่นับรวมผลกระทบภายนอกต่อสังคมในด้านลบ (Negative Externality) จากการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ซึ่งมักไม่ถูกนำมาพิจารณาในการตัดสินใจดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของปัจเจกบุคคลภายใต้กลไกตามตลาดปกติ เนื่องจากผู้สร้างความเสียหายต่อสังคมไม่ต้องเป็นผู้รับภาระจ่ายค่าเสียหายโดยตรง แต่สามารถผลักภาระ

<sup>77</sup> ปกป้อง จันวิทย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 62*.

<sup>78</sup> ไพรินทร์ นาคจัน, *เอกสารคำสอนเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2547), น. 60.

<sup>79</sup> ปกป้อง จันวิทย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 62*.

<sup>80</sup> *เพิ่งอ้าว*.

ต้นทุนเหล่านั้นให้ตกแก่สังคมโดยรวม ในกรณีเช่นนี้ ปัจเจกบุคคลมีแนวโน้มที่จะดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ผลิตสร้างผลกระทบภายนอกต่อสังคมในด้านลบมากกว่าที่ควรจะเป็น เพราะในการตัดสินใจนั้น ๆ จะคำนึงถึงแต่ต้นทุนต่อตัวเอง ซึ่งต่ำกว่าต้นทุนที่แท้จริงซึ่งต้องรวมภาระความเสียหายต่อสังคมไว้ด้วย การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่มีประสิทธิภาพต้องคำนึงถึงต้นทุนทางสังคมด้วย หากกลไกตลาดไม่สามารถส่งมอบผลลัพธ์ที่เหมาะสมแก่สังคมได้ ภาครัฐต้องเข้ามามีบทบาทในการแก้ปัญหาโดยออกมาตรการในทางที่ลดผลกระทบด้านลบต่อสังคม นอกจากนี้หลักเศรษฐศาสตร์ยังให้ความสนใจต่อแนวคิดเรื่องเกี่ยวกับต้นทุนอื่น ๆ อีก เช่น ต้นทุนธุรกรรม (Transaction Cost) หรือต้นทุนที่ไม่ได้เกิดขึ้นในกระบวนการผลิตสินค้าโดยตรง แต่เกี่ยวเนื่องกับการผลิตและแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการนั้น หรือต้นทุนจม (Sunk Cost) หรือต้นทุนที่จ่ายไปแล้วและไม่มีทางเรียกกลับคืน เป็นต้น

#### 2.5.2.5 การคิดแบบส่วนเพิ่ม (Marginal thinking)

หลักเศรษฐศาสตร์นั้นมีวิธีการคิดที่เป็นประโยชน์ต่อการตัดสินใจต่าง ๆ ในการดำเนินชีวิต เนื่องจากในแต่ละวันปัจเจกบุคคลทั่วไปต้องพบเจอกับปัญหาต่าง ๆ ที่ต้องการการตัดสินใจที่มีเหตุผลและอย่างชาญฉลาด วิธีการคิดอย่างหนึ่งตามหลักเศรษฐศาสตร์ที่เชื่อว่ามนุษย์เป็นบุคคลผู้มีเหตุผลและช่วยเรื่องการตัดสินใจ คือ การคิดแบบส่วนเพิ่ม (Marginal thinking) หลักเศรษฐศาสตร์เชื่อว่าคนมีรูปแบบการตัดสินใจแบบส่วนเพิ่ม<sup>81</sup> กล่าวคือ การตัดสินใจโดยคำนึงถึงส่วนเพิ่มขึ้นจากฐานเดิม บุคคลที่มีเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ตัดสินใจเลือกกระทำสิ่งใดขึ้นกับว่าผลประโยชน์ส่วนเพิ่ม (marginal benefit) จากกิจกรรมนั้นสูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่ม (marginal cost) หรือไม่ ตัวอย่างเช่น เมื่อศาลตัดสินยกฟ้อง โจทก์ตัดสินใจว่าจะอุทธรณ์คดีต่อดีหรือไม่ การตัดสินใจของโจทก์ขึ้นอยู่กับการประเมินผลประโยชน์ที่จะได้รับเพิ่มขึ้นในชั้นอุทธรณ์ เช่น โอกาสที่อาจพลิกกลับมาชนะคดี ได้รับค่าชดเชย กับต้นทุนที่ต้องเสียเพิ่มขึ้นในชั้นอุทธรณ์ เช่น ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น ค่าเสียเวลา ถ้าประเมินแล้วโจทก์เห็นว่าผลประโยชน์ส่วนเพิ่มของการอุทธรณ์สูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่มของการอุทธรณ์ โจทก์ก็จะตัดสินใจสู้คดีต่อ เป็นต้น

หรืออีกในตัวอย่างกรณีหนึ่ง หากกฎหมายกำหนดบทลงโทษการขโมยจักรยานกับรถยนต์เท่ากัน กล่าวคือ ไม่มีบทลงโทษส่วนเพิ่มสำหรับอาชญากรรมที่มีระดับความรุนแรงไม่เท่ากัน นักเศรษฐศาสตร์จะทำนายว่าโจรมีแนวโน้มที่จะขโมยรถยนต์เพิ่มมากขึ้น เพราะการขโมยรถยนต์สร้างผลประโยชน์ส่วนเพิ่มให้โจรเมื่อเทียบกับการขโมยรถจักรยาน เพราะรถยนต์มีมูลค่าสูงกว่า และสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้มากกว่า ขณะที่ต้นทุนส่วนเพิ่มของการขโมยเท่ากับศูนย์

<sup>81</sup> ปกป้อง จันวิทย์, *อ้าวแล้ว เจริญรทที่ 62*.

เพราะไม่ว่าจะขโมยรถยนต์หรือรถจักรยานล้วนมีโทษเท่ากัน โจรที่มีเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ย่อมตัดสินใจขโมยรถยนต์แทนรถจักรยาน

กล่าวโดยสรุปคือ การคิดแบบส่วนเพิ่มนั้นคือการนำเอาตัวเลือกหนึ่งมาเป็นจุดอ้างอิง จากนั้นประเมินผลดีจากการค้นหาตัวเลือกอื่น ๆ เพิ่มขึ้นต่อไป และประเมินผลเสียจากการค้นหาตัวเลือกอื่น ๆ ที่เพิ่มขึ้นนั้น เปรียบเทียบผลดีและผลเสีย หากผลเสียจากการค้นหาต่อไปนั้นสูงกว่าผลดี ก็หยุดค้นหาและเลือกตัวเลือกที่อ้างอิงนั้น แต่ถ้าหากผลดีมากกว่าผลเสีย ก็ต้องค้นหาตัวเลือกอื่น ๆ ต่อไปจนกว่าจะพบตัวเลือกและประเมินด้วยวิธีการคิดแบบเดียวกันต่อไป

#### 2.5.2.6 ตลาด

คำว่า ตลาด ในหลักเศรษฐศาสตร์และของปัจเจกชนทั่วไปมีความหมายแตกต่างกัน ตลาดของปัจเจกทั่วไปนั้น หมายถึง สถานที่ ที่จัดไว้เพื่อให้ผู้ซื้อและผู้ขายมาตกลงซื้อขายแลกเปลี่ยนสินค้ากัน โดยต้องมีสินค้าหรือตัวอย่างมาแสดง แต่ในหลักเศรษฐศาสตร์นั้น ตลาดไม่จำเป็นต้องมีสถานที่ทำการซื้อขาย<sup>82</sup> แต่หมายถึง การตกลงซื้อขายสินค้าและบริการ รวมทั้งปัจจัยการผลิต การตกลงซื้อขายสินค้าและบริการชนิดใดก็เรียกชื่อตลาดตามสินค้าและบริการนั้น ๆ เช่น ตลาดแรงงาน หมายถึง การซื้อขายแรงงาน ตลาดหลักทรัพย์ หมายถึง การซื้อขายหลักทรัพย์ เป็นต้น

หลักเศรษฐศาสตร์เชื่อว่า ตลาดเสรี (Free market) เป็นกลไกสำหรับจัดสรรทรัพยากรทางเศรษฐกิจที่มีประสิทธิภาพที่สุด รัฐบาลไม่ควรเข้ามาบิดเบือนกลไกตลาด แต่ควรปล่อยให้ตลาดทำหน้าที่โดยตัวเองโดยมีข้อจำกัดและอุปสรรคในระบบให้น้อยที่สุด ทั้งนี้เพราะการแทรกแซงกลไกตลาดจะทำให้สวัสดิการทางเศรษฐกิจของสังคมส่วนรวมลดลง<sup>83</sup> ฐานสำคัญของระบบตลาดเสรีอยู่ที่ความเชื่อมั่นในการตัดสินใจเลือกอย่างเสรีของปัจเจกบุคคล หากแต่แต่ละคนมีพฤติกรรมในทางที่ทำให้ตนได้ประโยชน์สูงสุด สังคมส่วนรวมซึ่งหมายถึงปัจเจกแต่ละคนบวกรวมกันก็จะได้ประโยชน์สูงสุดตามไปด้วย ประหนึ่งว่ามีมือที่มองไม่เห็น (Invisible Hands) นำพาเศรษฐกิจไปสู่ระดับสวัสดิการทางเศรษฐกิจส่วนรวมสูงสุด โดยไม่จำเป็นต้องมีภาครัฐมากำหนดกรอบกติกาต่างๆ

#### 2.5.3 นิติเศรษฐศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญา

กฎหมายในมุมมองของนักนิติเศรษฐศาสตร์คือเครื่องมือในการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของคนในสังคมไปสู่แนวทางที่สังคมพึงปรารถนา เช่น เคารพสิทธิในชีวิตและทรัพย์สินของบุคคลอื่น ออกแบบสัญญาที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ และป้องปรามยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่พึงปรารถนาของสังคม เช่น การก่ออาชญากรรมด้านต่าง ๆ โดยกฎหมายเป็นปัจจัยเชิงสถาบัน

<sup>82</sup> ไพรินทร์ นาคจัน, *อ่าวแล้ว เจริญรอกที่* 78, น.66.

<sup>83</sup> ปกป้อง จันวิทย์, *อ่าวแล้ว เจริญรอกที่* 62, น.9.

(institutional factor) ซึ่งส่งผลกระทบต่อ การกำกับพฤติกรรมของประชาชนทั่วไป รวมถึงกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ องค์กรต่าง ๆ ผู้บังคับใช้กฎหมาย และรัฐบาล<sup>84</sup>

นิติเศรษฐศาสตร์อธิบายปัญหาอาชญากรรมโดยมุ่งเน้นไปที่การตัดสินใจเชิงพฤติกรรมส่วนบุคคลของตัวอาชญากรเองเป็นหลัก มากกว่าจะมุ่งอธิบายพื้นฐานของโครงสร้างสังคมหรือสภาพแวดล้อมทางสังคมและวัฒนธรรม การออกแบบระบบลงโทษทางอาญาที่เหมาะสมจึงต้องเข้าใจลักษณะแบบแผนของพฤติกรรมของอาชญากรเสียก่อน เพื่อให้สามารถออกแบบโครงสร้างสิ่งจูงใจเพื่อปรับเปลี่ยนและป้องปรามพฤติกรรมของอาชญากรได้อย่างมีประสิทธิภาพ การศึกษาเศรษฐศาสตร์อาชญากรรม (Economic of Crime) คือ บทความวิชาการเรื่อง Crime and Punishment: An Economic Approach ของ Gary Becker ในปี 1968<sup>85</sup> โดยที่ Becker ได้เริ่มต้นการศึกษานิติเศรษฐศาสตร์ด้วยการใช้เครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์อย่างแบบจำลองว่าด้วยการเลือกอย่างมีเหตุผล (Rational Choice Model) มาอธิบายโลกอาชญากรรม

แบบจำลองของ Becker อธิบายพฤติกรรมของอาชญากร โดยตั้งข้อสมมติตั้งต้นว่าอาชญากรเป็นสัตว์เศรษฐกิจ มีเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ และตอบสนองต่อสิ่งจูงใจ หรือเป็นนักคิดคำนวณที่มีเหตุผล (rational calculator) เหมือนดังเช่นปัจเจกชนทั่วไป อาชญากรจะตัดสินใจก่ออาชญากรรมหากประเมินว่าผลประโยชน์ของการก่ออาชญากรรมสูงกว่าต้นทุนของการก่ออาชญากรรม หรือเมื่อการกระทำความคิดนั้นก่อให้เกิดผลประโยชน์สุทธิแก่ตนนั่นเอง ผลประโยชน์และต้นทุนของการก่ออาชญากรรมอยู่บนฐานของความไม่แน่นอน (uncertainty) ในอนาคต กล่าวคือ การได้รับผลประโยชน์ของการก่ออาชญากรรมขึ้นอยู่กับความสำเร็จของปฏิบัติการ ซึ่งไม่แน่นอนว่าจะทำสำเร็จหรือไม่ ขณะต้นทุนของการก่ออาชญากรรมขึ้นอยู่กับประเมินความเสี่ยงที่จะถูกจับกุมมาดำเนินคดีและถูกลงโทษตามกฎหมาย

เช่นนี้แล้ว การประเมินผลประโยชน์และต้นทุนของอาชญากรจึงต้องเปรียบเทียบระหว่างผลประโยชน์คาดคะเน (expected benefit) กับ ต้นทุนคาดคะเน (expected costs) ตัวอย่างเช่น ในการลักทรัพย์ ผลประโยชน์คาดคะเนคือ มูลค่าของทรัพย์คูณกับโอกาสความน่าจะเป็น (probability) ที่จะลักทรัพย์สำเร็จ ส่วนต้นทุนคาดคะเนคือ มูลค่าโทษปรับ หรือการประเมินต้นทุนจากการถูกจำคุก คูณกับโอกาสที่จะถูกจับกุม เป็นต้น หากอาชญากรประเมินว่าผลประโยชน์

<sup>84</sup> ปกป้อง จันวิทย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 62, น.17.

<sup>85</sup> Becker, Gary. 1968, "Crime and Punishment: An Economic Approach," *Journal of Political Economy* 76: 169-217.



คาดคะเนของการก่ออาชญากรรมสูงกว่าต้นทุนคาดคะเนของการก่ออาชญากรรม ก็จะตัดสินใจประกอบอาชญากรรม<sup>86</sup>

งานศึกษาด้านนิติเศรษฐศาสตร์ เช่นงานของ Beck ในปี 1989<sup>87</sup> ชี้ว่าอาชญากรทั่วไปไม่มีแบบแผนพฤติกรรมแบบเลือกชั่งน้ำหนักระหว่างการประกอบอาชญากรรมประเภทต่าง ๆ โดยไม่ได้มีแบบแผนพฤติกรรมแบบเจาะจงเลือกประกอบอาชญากรรมประเภทใดประเภทหนึ่งเป็นการเฉพาะ ดังนั้น โครงสร้างของผลประโยชน์คาดคะเนและต้นทุนคาดคะเนของอาชญากรรม ซึ่งแตกต่างกันตามอาชญากรรมแต่ละประเภท ย่อมส่งผลต่อการตัดสินใจของอาชญากร โดยอาชญากรแต่ละคนจะเลือกประกอบอาชญากรรมประเภทที่ให้ผลประโยชน์คาดคะเนสุทธิแก่ตัวเขามากที่สุด เมื่อพิจารณาโครงสร้างของผลประโยชน์และต้นทุนการประกอบอาชญากรรม ได้แก่ เงินที่ได้จากการลักทรัพย์หรือปล้นชิง หรือ ความสุขที่ได้จากการก่ออาชญากรรม โดยเฉพาะในกรณี Crimes of Passion เช่น การข่มขืน ส่วนต้นทุนของการก่ออาชญากรรม ได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการกระทำความผิด เช่น ปืน อุปกรณ์ต่าง ๆ หน้ากาก บทลงโทษ เช่น ค่าปรับ การถูกจำคุก ต้นทุนค่าเสียโอกาสของการเตรียมการ การก่ออาชญากรรม และการถูกจำคุกในกรณีที่โดนจับและถูกตัดสินว่ามีความผิด เช่น การสูญเสียโอกาสในการทำงาน การสูญเสียรายได้ ตราบาปติดตัว (Stigma Effect) เช่น การมีประวัติอาชญากร ซึ่งส่งผลกระทบต่อโอกาสในการประกอบอาชีพและการใช้ชีวิตภายนอกหน้า

ดังที่กล่าวมานั้น อาชญากรเผชิญปัญหาการตัดสินใจเลือกว่าจะประกอบอาชญากรรมดีหรือไม่ ประกอบอาชญากรรมอะไร และมีขนาดความผิดเท่าใด รุนแรงมากน้อยเพียง เช่น จะปล้นร้านขายของชำหรือปล้นธนาคาร ดังนั้นระบบการลงโทษทางอาญาที่เหมาะสมต้องสามารถป้องปรามพฤติกรรมการกระทำความผิดของอาชญากรได้ โดยมีเป้าหมายเพื่อเพิ่มต้นทุนคาดคะเนของการก่ออาชญากรรม และลดผลประโยชน์คาดคะเนของการก่ออาชญากรรม เป็นสำคัญ นอกจากนั้น ควรกำหนดบทลงโทษต่ออาชญากรรมแต่ละประเภทให้สูงต่ำแตกต่างกัน โดยเปรียบเทียบตามระดับความรุนแรง เพื่อลดแรงจูงใจในการประกอบอาชญากรรมที่มีความรุนแรงสูง ซึ่งตัวอย่างของการเพิ่มต้นทุนคาดคะเนของอาชญากรในการก่ออาชญากรรม เช่น การเพิ่มบทลงโทษให้หนักขึ้น การเพิ่มโอกาสหรือความน่าจะเป็นในการถูกจับกุมมาดำเนินคดีและลงโทษ เช่น การเพิ่มกำลังเจ้าหน้าที่ตำรวจ การออกตรวจพื้นที่ถี่ขึ้น การติดตั้งกล้องวงจรปิดเพื่อบันทึกภาพคนร้าย การพัฒนาเทคโนโลยีการสืบสวนสอบสวน เป็นต้น การเพิ่มต้นทุนในการเข้าถึงเครื่องมือในการประกอบอาชญากรรม เช่น มีกฎหมายกำกับควบคุมการซื้อและการใช้อาวุธปืนหรือกระสุนปืน การเพิ่ม

<sup>86</sup> ปกป้อง จันวิทย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 62*, น.19.

<sup>87</sup> Beck, A. 1989. "Recidivism of Prisoners Released in 1983," Bureau of Justice Statistic Special Report. Bureau of Justice Statistic. Washington, DC.

ต้นทุนค่าเสียโอกาสในการก่ออาชญากรรม โดยการเพิ่มมูลค่าของทางเลือกที่เขาเผชิญให้สูงขึ้น เช่น การจัดระบบสวัสดิการสังคมที่ดีขึ้น ยกย่องค่าจ้างขั้นต่ำให้สอดคล้องเพียงพอต่อการดำรงชีวิต (living wages) หรือระดับค่าจ้างที่ทำให้ลูกจ้างและครอบครัวสามารถดำรงชีวิตได้อย่างสมศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ ในแง่ดังกล่าว นโยบายเศรษฐกิจของรัฐซึ่งมีเป้าหมายเพื่อเพิ่มระดับการจ้างงาน นโยบายสวัสดิการสังคม และนโยบายกระจายรายได้และความมั่งคั่ง อาจมีส่วนช่วยลดจำนวนอาชญากรรมในสังคมลงได้<sup>88</sup>

### 2.5.3.1 การป้องปรามโดยการลงโทษเป็นตัวเงิน (Deterrence with monetary sanction)

การปรับเป็นเครื่องมือการลงโทษที่เป็นตัวเงิน ซึ่งมีผลเป็นการถ่ายโอนเงินจากผู้กระทำ ความผิดมาสู่รัฐ เมื่อเปรียบเทียบกับโทษจำคุกแล้ว โทษปรับมีข้อดีกว่าหลายประการ<sup>89</sup> กล่าวคือ การใช้โทษปรับนั้นมีต้นทุนในการบริหารจัดการไม่สูงเท่าการใช้โทษจำคุก อีกประการหนึ่งคือ โทษปรับนี้จะเป็เครื่องมือในการแยกผู้กระทำความผิดที่มีระดับความร้ายแรงต่าง ๆ ออกจากกัน ได้ นอกจากนี้รายได้ของรัฐจากการใช้โทษปรับนั้นยังสามารถนำไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะต่าง ๆ ได้ อย่างไรก็ตาม การใช้โทษจำคุกนั้น สังคมจะต้องสูญเสียทรัพยากรมนุษย์จากการที่แรงงาน ได้รับโทษจำคุก อันมีผลเป็นการแยกแรงงานที่มีศักยภาพในการผลิต (productive labor) ออกจาก แรงงานตลาด ในขณะที่การลงโทษปรับนั้นทำให้ผู้กระทำความผิดยังสามารถหารายได้เพื่อให้อุปการะเลี้ยงดูแก่ตนเองและครอบครัวได้

ปัจจุบันในประเทศไทย โทษปรับนั้นไม่มีผลเป็นทางเลือก (alternative) แทนโทษจำคุก แต่มีลักษณะเสริมโทษจำคุก ดังจะเห็นได้จากกฎหมายที่กำหนดให้สามารถลงทั้งโทษจำคุก และโทษปรับควบคู่กันได้<sup>90</sup> ค่าปรับในประเทศไทยอยู่ในระดับที่ต่ำจนเกินไป เนื่องจากไม่ได้ปรับขึ้นตามสภาพเศรษฐกิจมาเป็นเวลานาน จนทำให้ไม่มีผลในการป้องปรามการกระทำความผิด จึงอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ที่มีรายได้น้อยและรายได้มาก เนื่องจากผู้มีรายได้สูงสามารถจ่ายค่าปรับ แต่ผู้มีรายได้ต่ำไม่สามารถจ่ายค่าปรับและต้องถูกขังแทน

ในต่างประเทศมีการศึกษาเชิงประจักษ์เกี่ยวกับประสิทธิภาพของโทษปรับในการป้องปรามการกระทำความผิดซ้ำ ยกตัวอย่างเช่น Todd L. Cherry<sup>91</sup> นักเศรษฐศาสตร์ ซึ่งในปี 2001 ได้ใช้วิธีการด้านเศรษฐมิติในการประมาณการประสิทธิภาพของค่าปรับในการป้องปรามการกระทำ

<sup>88</sup> สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 72, น.21.

<sup>89</sup> สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 72, น.77.

<sup>90</sup> *เพ็ญอ้าง*, น.78.

<sup>91</sup> Cherry Todd L., 'Financial penalties as an alternative criminal sanction : Evidence from panel data'(2001) 450 Atlantic Economic Journal 450-458.

ความผิดซ้ำ โดยใช้ข้อมูลของ County ต่าง ๆ ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียกว่า 90 แห่งในระหว่างปี 1981 จนถึงปี 1987 ในการศึกษาดังกล่าว Cherry ได้พยายามอธิบายว่าอัตราการก่ออาชญากรรมต่อประชากร 1 หมื่นคน เกี่ยวข้องกับปัจจัยต่าง ๆ รวมทั้งระดับโทษปรับอย่างไร อัตราการก่ออาชญากรรมในการศึกษาสร้างขึ้นจากสถิติอัตราการก่ออาชญากรรม 7 ฐานความผิด คือ การฆาตกรรม ช่มชู้ ลักขโมย ทำร้ายร่างกาย ย่องเบา ลักทรัพย์ และขโมยรถรถยนต์ ส่วนระดับของโทษปรับนั้นแทนด้วยยอดรวมของค่าปรับและทรัพย์สินที่ยึดได้ต่อจำนวนผู้ต้องหาที่จับกุมได้<sup>92</sup>

จากการศึกษาของ Cherry พบว่า การลงโทษปรับมีผลในการป้องปรามการกระทำ ความผิดอย่างมีนัยสำคัญ โดยการก่ออาชญากรรมจะลดลงตามการเพิ่มขึ้นของค่าปรับและทรัพย์สินที่ยึดได้ต่อจำนวนผู้ต้องหา ความน่าจะเป็นในการจับกุม (Probability of arrest) และความน่าจะเป็นในการตัดสินลงโทษ (Probability of conviction) ระยะเวลาในการจำคุก ล้วนสอดคล้องกับแนวคิดทางทฤษฎีการก่ออาชญากรรมแบบมีเหตุผล (Rational crime theory)

และยังได้มีผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายอย่าง Hans-Joerg Albrecht<sup>93</sup> ชาวเยอรมัน จากสถาบัน Max Planck Institute ในปี 1978 ได้สรุปงานวิจัยด้านอาชญาวิทยาที่ผ่านมาของสถาบัน โดยส่วนหนึ่งของงานดังกล่าวได้เปรียบเทียบประสิทธิผลของโทษปรับและโทษจำคุกต่อการป้องปรามการกระทำ ความผิดซ้ำในเยอรมัน ผลการศึกษาพบว่า อัตราการทำผิดซ้ำของกลุ่มที่ถูกลงโทษปรับอยู่ระดับที่ร้อยละ 50 แสดงให้เห็นว่า โทษปรับมีประสิทธิผลป้องปรามการกระทำ ความผิดซ้ำมากกว่าโทษจำคุก<sup>94</sup> อีกทั้งยังมี Anne Piehl<sup>95</sup> นักเศรษฐศาสตร์และอาชญาวิทยา ชาวอเมริกา และ Williams ในปี 2010 ระบุว่าปัจจัยที่สำคัญที่สุดต่อความสำเร็จในการนำเอาโทษปรับมาใช้ คือ การที่ประชาชน ผู้พิพากษาและผู้บัญญัติกฎหมายจะต้องมีความเชื่อว่าโทษปรับเป็นการลงโทษที่มีต้นทุนต่ำ และมีผลในการป้องปรามอาชญากรรมได้จริง<sup>96</sup>

ปัจจุบันในหลายประเทศได้มีการนำค่าปรับตามรายได้ (day fines) มาใช้<sup>97</sup> ค่าปรับตามรายได้เป็นทางเลือกหนึ่งในการลงโทษที่ได้รับความสนใจและถูกนำไปบังคับใช้อย่างรูปธรรมในหลายประเทศ เหตุผลจูงใจสำคัญประการหนึ่งของการใช้โทษปรับดังกล่าว คือ วิธีการลงโทษ

<sup>92</sup> สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 72*, น.79.

<sup>93</sup> Hans-Joerg Albrecht, "Criminological Research at the Max Planck Institute and Its Results," The German Experience, Federal Probation (1980).

<sup>94</sup> สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 72*.

<sup>95</sup> Piehl, Anne Morrison and Williams, Geoffrey, "Institutional Requirement for Effective Imposition of Fines," The National Bureau of Economic Research conference on "Economic Crime Control" (2010).

<sup>96</sup> สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 72*, น.80.

<sup>97</sup> สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 72*, น.83.

แบบเดิม เช่น การจำคุกและโทษปรับแบบตายตัว (fixed-sum fines) มีปัญหาหลายประการทั้งในด้านการป้องปรามการกระทำความผิด หรือก่อให้เกิดต้นทุนจากการลงโทษ โทษปรับตามรายได้เป็นบทลงโทษทางเศรษฐกิจ (economic sanction) ประเภทหนึ่ง ซึ่งบังคับเอาแก่ทรัพย์สินจากผู้กระทำความผิดโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการป้องปรามให้ผู้กระทำความผิดไม่กระทำความผิดซ้ำอีก โทษปรับตามรายได้แตกต่างจากโทษปรับทั่วไปคือ นอกจากขนาดของค่าปรับจะสอดคล้องตามความร้ายแรง (seriousness) หรือความหนักเบา (gravity) ของความผิดซึ่งสะท้อนระดับของความเสียหายแล้ว ยังขึ้นอยู่กับรายได้ของผู้กระทำความผิดอีกด้วย

การลงโทษปรับตามรายได้เจอครั้งแรกในประมวลกฎหมายอาญาโปตุเกสเมื่อปี 1832 โดยมาตรา 41 ของบทบัญญัติดังกล่าววางหลักว่า ค่าปรับจะต้องคำนวณจากรายได้ต่อวันของผู้กระทำความผิด<sup>98</sup> ในเวลาต่อมาโทษปรับตามรายได้ถูกนำมาใช้อย่างจริงจังในช่วงศตวรรษที่ 19 ในกลุ่มประเทศแถบสแกนดิเนเวีย โดยเริ่มจากฟินแลนด์ในปี 1921 เพื่อแก้ปัญหาของการที่ค่าปรับไม่สามารถตามทันกับระดับค่าครองชีพ ในประเทศสหรัฐอเมริกาในบางมลรัฐ เช่น นิวยอร์ก แอริโซนา ไอโอวา และโอเรกอน ที่ได้ทดลองนำเอาโทษปรับตามรายได้มาใช้ในช่วงปลายทศวรรษ 1989 และต้นทศวรรษ 1990 ซึ่งประสบความสำเร็จในระดับที่จำกัด<sup>99</sup> ความสำเร็จในระดับที่จำกัดดังกล่าวเกิดขึ้นด้วยเหตุผลที่สำคัญคือ บุคลากรในระบบยุติธรรมยังไม่ได้ยอมรับว่าโทษปรับเป็นบทลงโทษที่รุนแรงพอที่จะป้องปรามการกระทำความผิด

#### 2.5.3.2 การป้องปรามโดยการลงโทษที่ไม่ใช่ตัวเงิน (Deterrence with non-monetary sanction)

ตัวอย่างของการลงโทษที่ไม่ใช่ตัวเงิน ได้แก่ การจำคุก การภาคทัณฑ์ การประหารชีวิต เป็นต้น การลงโทษที่ไม่ใช่ตัวเงินแตกต่างจากการลงโทษด้วยการปรับ กล่าวคือ ทำให้เกิดต้นทุนทางสังคม (Social cost) ในการบังคับใช้<sup>100</sup> โดยเฉพาะการจำคุกจะก่อให้เกิดต้นทุนสูงเพราะจะต้องสร้างเรือนจำเพื่อคุมขังนักโทษ ตลอดจนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในระหว่างที่นักโทษถูกคุมขัง นอกจากนี้โดยทั่วไปแล้วต้นทุนความทุกข์ยาก (disutility) ของผู้ถูกลงโทษจากการจำคุกมักจะสูงกว่าโทษปรับ อีกทั้งนักโทษที่ถูกคุมขังยังถูกแยกออกจากตลาดแรงงาน ซึ่งทำให้เกิดต้นทุนค่าเสียโอกาส (opportunity cost) จากกำลังแรงงานที่หายไปจากระบบเศรษฐกิจ นอกจากนี้ นักโทษมักจะมีผลผลิตภาพในการผลิต (productivity) น้อยลงหลังจากที่ปล่อยตัวจากคุก เนื่องจากถูกแยกออกจากตลาดแรงงาน เป็นมาเวลานานและตราบาป (stigma)

<sup>98</sup> Strahl, Par Ivar., "Les Jours amendes dans les pays nordiques," (1951) *Revue de Science Criminelle et de droit Penal* Co,pare, p.60.

<sup>99</sup> สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 72*, น.84.

<sup>100</sup> *เพิ่งอ้าง*, น.90.

### 2.5.3.3 การยับยั้งส่วนเพิ่ม

จากแนวความคิดเรื่องการคิดแบบส่วนเพิ่ม (Marginal thinking) หากการกระทำ ความผิดสองครั้งได้รับโทษเท่ากัน แต่ได้รับประโยชน์จากการกระทำผิดมากกว่าการทำความผิด ครั้งเดียว ผู้กระทำความผิดไปแล้วครั้งแรกจะตัดสินใจทำครั้งที่สองหรือไม่ กฎหมายจึงควร กำหนดให้ผู้ตัดสินใจกระทำผิดได้รับต้นทุนที่สูงขึ้นเรื่อย ๆ เพื่อยับยั้งการกระทำผิดอื่น ๆ ต่อเนื่องไป<sup>101</sup> หลักการนี้คือ การยับยั้งส่วนเพิ่ม (marginal deterrence)

บทลงโทษที่เหมาะสมต้องคำนึงถึงแนวคิดการป้องปรามส่วนเพิ่มด้วย หลักการป้องปรามอาชญากรรมต้องกำหนดบทลงโทษให้แตกต่างกันตามประเภทของอาชญากรรมที่มีระดับ ความผิดรุนแรงและความเสียหายไม่เท่ากัน กล่าวคือ ต้องกำหนดบทลงโทษคาดคะเนให้เท่ากับ มูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงสำหรับความเสียหายต่าง ๆ ในทุกระดับ หลักการคือ ต้องกำหนด บทลงโทษที่สูงที่สุดแก่อาชญากรรมประเภทที่มีขนาดของความรุนแรงมากที่สุด เช่น การฆาตกรรม ต่อเนื่อง (serial killing)<sup>102</sup> แล้วกำหนดบทลงโทษที่ลดหลั่นกันลงมาตามขนาดของความรุนแรงของ อาชญากรรม จากการฆ่าผู้อื่นไปลงมาจนถึงลักทรัพย์ที่มีราคาเล็กน้อย เพื่อเพิ่มต้นทุนส่วนเพิ่มแก่ การประกอบอาชญากรรมที่มีระดับความรุนแรงสูงขึ้น ทำให้อาชญากรไม่กล้าทำความผิดที่รุนแรง ขึ้น ไม่เช่นนั้นอาชญากรจะมีแรงจูงใจที่จะประกอบอาชญากรรมที่มีระดับความรุนแรงสูงต่ำ หาก กำหนดบทลงโทษของอาชญากรรมต่างประเภทไว้เท่าเทียมกัน ตามหลักการคิดแบบส่วนเพิ่ม (marginal thinking)

### 2.5.4 รูปแบบทางเศรษฐศาสตร์ของอาชญากรรม

The economic model of crime นั้น Becker ได้เสนอแนวคิดเรื่องรูปแบบทางเศรษฐศาสตร์ ของอาชญากรรม<sup>103</sup> โดยเสนอว่า อาชญากรทุกคนล้วนมีเหตุผลในการทำความผิด โดยการ ตัดสินใจกระทำผิดของอาชญากรนั้นขึ้นอยู่กับว่า ผลประโยชน์คาดหมาย (expected gain) ที่ อาชญากรคาดหมายว่าจะได้รับ มีความสัมพันธ์อย่างไรกับ การลงโทษคาดหมาย (expected punishment) ที่อาชญากรคาดหมายจะได้รับ กล่าวคือ หากผลประโยชน์ที่อาชญากรจะได้รับมีปริมาณ มากกว่าการลงโทษที่อาชญากรจะได้รับอาชญากรนั้นจะประกอบอาชญากรรมขึ้น ในทำนองตรงกัน ข้าม ถ้าผลประโยชน์ที่คาดหมายมีปริมาณน้อยกว่าโทษที่อาชญากรจะได้รับ อาชญากรก็จะถูกยับยั้ง

<sup>101</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 15*, น.117.

<sup>102</sup> ปกป้อง จันวิทย์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 62*, น.38.

<sup>103</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, “การวิเคราะห์โทษอาญาด้วยหลักนิติเศรษฐศาสตร์,” ปีที่ 39, ฉบับที่ 3, *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, น. 510, 514.

(deter) โดยกฎหมายและจะไม่ประกอบอาชญากรรมนั้น<sup>104</sup> ดังนั้นจากแนวคิดดังกล่าว หากรัฐไม่ต้องการให้มีอาชญากรรมเกิดขึ้นในสังคม รัฐสามารถทำได้สองประการ คือ ประการที่หนึ่งรัฐต้องเพิ่มต้นทุนของอาชญากรในการประกอบอาชญากรรม ประการที่สอง รัฐต้องลดผลประโยชน์ที่อาชญากรจะได้รับ

รูปแบบทางเศรษฐศาสตร์ของอาชญากรรม ผ่านทางการคำนวณต้นทุน (costs) และผลประโยชน์ (benefits) ของผู้กระทำความผิดนั้นถูกทำให้ละเอียดขึ้นเสมือนจริงมากขึ้นโดยการนำปัจจัยเรื่อง โอกาสที่ถูกจับได้ (probability of apprehension) มารวมคำนวณต้นทุนของผู้กระทำความผิดด้วย กล่าวคือ ต้นทุนของผู้กระทำความผิดจะประกอบไปด้วย 2 องค์ประกอบคือ โอกาสของการที่ผู้กระทำความผิดถูกจับได้ (probability of apprehension) และขนาดของโทษที่จะลงกับผู้กระทำความผิด (magnitude of the punishment)<sup>105</sup> จึงจะได้สมการเป็น  $Costs = Magnitude\ of\ the\ punishment \times Probability\ of\ apprehension$  สามารถนำมาคำนวณบทลงโทษที่เหมาะสมกับการกระทำความผิดได้ กล่าวคือ ในความผิดใดที่โอกาสจับตัวผู้กระทำความผิดมีน้อย เช่น ในความผิดที่ไม่มีผู้เสียหาย (victimless crime) รัฐควรกำหนดโทษให้สูงเพื่อเป็นการยับยั้งไม่ให้มีการก่ออาชญากรรมในทำนองตรงกันข้าม ความผิดใดที่โอกาสจับตัวผู้กระทำความผิดมีมาก โทษอาจจะไม่ต้องหนัก เพราะการกำหนดโทษที่ไม่สูงนัก ก็มีผลเป็นการยับยั้งอาชญากรรมประเภทดังกล่าวได้เช่นเดียวกัน

#### 2.5.5 ขนาดของความเสียหายต่อสังคมกับการลงโทษ

แนวคิดทางกฎหมายในการลงโทษให้สัมพันธ์กับขนาดของความเสียหาย คือ ความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายมาก แนวโน้มของศาลจะลงโทษหนัก ในขณะที่ความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายน้อย ศาลจะลงโทษเบา แต่หากในมุมมองของนิติเศรษฐศาสตร์ หากกำหนดให้ A คือความเสียหายที่แท้จริงต่อสังคม (Actual harm) H คือ ความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดก่อขึ้น (harm) และ P คือ โอกาสในการก่อให้เกิดความเสียหาย (probability of harm) สมการที่ได้จะเป็นดังนี้ คือ  $Actual\ harm = Harm \times Probability\ of\ harm$  ซึ่งสามารถอธิบายได้ว่า ในความผิดฐาน ก. ความเสียหายที่ผู้กระทำก่อขึ้น (H) มากกว่าความผิดฐาน ข. ผลก็คือความเสียหายที่แท้จริงต่อสังคม (Actual harm) ที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดฐาน ข. อาจมีมากกว่าความเสียหายที่แท้จริงต่อสังคมที่เกิดจากการกระทำความผิดฐาน ก. ก็ได้

ตัวอย่างเช่น ในความผิดฐาน ก. หากความเสียหายที่ผู้กระทำก่อให้เกิดขึ้นมีจำนวน 1,000 หน่วย ในขณะที่ความผิดฐาน ข. ความเสียหายที่ผู้กระทำก่อให้เกิดขึ้นมีจำนวน 500 หน่วย หากพิจารณาเพียงแค่นี้เราควรลงโทษผู้กระทำความผิดฐาน ก. ด้วยโทษที่รุนแรงกว่าผู้กระทำ

<sup>104</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>105</sup> เพิ่งอ้าง, น.516.

ความผิดฐาน ข. อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่า การกระทำความผิดฐาน ก. มีโอกาสเกิดขึ้นเพียงร้อยละ 10 ในขณะที่ความผิดฐาน ข. มีโอกาสเกิดขึ้นสูงถึงร้อยละ 50 เมื่อนำโอกาสในการก่อให้เกิดความเสียหาย (probability of harm) มาพิจารณาด้วยแล้วจะพบว่า ความผิดฐาน ก. ก่อให้เกิดความเสียหายที่แท้จริงต่อสังคม คือ 100 หน่วยเท่านั้น ( $1,000 \times 0.1$ ) ในขณะที่ความผิดฐาน ข. จะก่อให้เกิดความเสียหายที่แท้จริงต่อสังคม 250 หน่วย ( $500 \times 0.5$ ) ดังนั้นแม้ความผิดฐาน ก. จะก่อให้เกิดความเสียหายที่แท้จริง (Actual harm) มากกว่านั่นเอง จากแนวความคิดดังกล่าวจึงสรุปได้ว่า<sup>106</sup> อาชญากรรมที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมมากเช่นเดียวกับ อาชญากรรมร้ายแรง จึงควรลงโทษอาชญากรรมที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งด้วยโทษสถานหนักเช่นเดียวกัน

#### 2.5.6 ประสิทธิภาพในการจับกุมกับความรุนแรงของโทษทางอาญา

Steven Shavell<sup>107</sup> ซึ่งเป็นนักเศรษฐศาสตร์ ปัจจุบันเป็นศาสตราจารย์ด้านกฎหมายและเศรษฐศาสตร์ของ Samuel R. Rosenthal ที่ Harvard Law School ได้อธิบายว่า โอกาสในการจับกุมตัวผู้กระทำความผิด (probability of apprehension) กับขนาดของการลงโทษที่เหมาะสม (optimal sanction) มีความสัมพันธ์กัน กล่าวคือ เมื่อโอกาสในการจับกุมผู้กระทำความผิดมีน้อย ขนาดของบทลงโทษควรมีมากขึ้น เพื่อทำให้เกิดการยับยั้งมิให้มีการกระทำความผิด อย่งไรก็ดี โอกาสในการจับกุมมีน้อยจนทำให้ความผิดหลายฐานต้องกำหนดขนาดของบทลงโทษสูงมากจนชนเพดานสูงสุด และสูงเท่ากัน ในหลายฐานความผิด สถานการณ์ดังกล่าวไม่ทำให้เกิดการยับยั้งส่วนเพิ่ม (Marginal deterrence) ซึ่งอาจส่งผลให้ส่งผลเกิดเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิดได้ ตัวอย่างเช่น หากโอกาสในการจับตัวผู้กระทำความผิดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีน้อยมาก จนทำให้เกิดการเพิ่มโทษฐานข่มขืนกระทำชำเราให้เป็นโทษประหารชีวิต ซึ่งเป็นโทษสูงสุด หากนำมาเปรียบเทียบก็จะมีโทษเท่ากันกับโทษในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น โดยเจตนา โทษประหารชีวิตดังกล่าวอาจยับยั้งผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและผู้กระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่น โดยเจตนาได้ แต่อาจส่งผลประหลาด<sup>108</sup> คือผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนและฆ่า อาจจะมีมากขึ้นกว่าการข่มขืนอย่างเดียว เพราะเหตุว่า ต้นทุน (costs) ในการกระทำความผิดทั้งสองฐานมีเท่ากัน ระหว่างการข่มขืนและการฆ่าคน โดยเจตนา ซึ่งก็คือโทษประหารชีวิต ในขณะที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับประโยชน์ (benefits) มากขึ้นจากการฆาตกรรม ซึ่งก็คือการปกปิดการกระทำความผิดของตน เมื่อผลประโยชน์มากขึ้นแต่ทุนเท่าเดิม โทษทางอาญาจึงไม่มีผลเป็นการยับยั้งอาชญากรรมส่วนเพิ่ม คือฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาที่

<sup>106</sup> เพิ่งอ้าง, น.521-522.

<sup>107</sup> เพิ่งอ้าง, น.522.

<sup>108</sup> เพิ่งอ้าง, น.522.

ต่อเนื่องจากการข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้นการกำหนดโทษทางอาญาจึงจำเป็นต้องพิจารณาลำดับชั้นของโทษ เพื่อให้เกิดการยับยั้งส่วนเพิ่ม<sup>109</sup> (marginal deterrence) ด้วย

#### 2.5.7 การเพิ่มต้นทุนของผู้กระทำความผิดเพื่อยับยั้งอาชญากรรม

การเพิ่มต้นทุนของผู้กระทำความผิด (costs) เพื่อให้มีผลเป็นการยับยั้งอาชญากรรมนั้น อาจทำได้ 2 ลักษณะ<sup>110</sup> กล่าวคือ การเพิ่มโอกาสในการจับกุมผู้กระทำความผิด หรือการเพิ่มขนาดการลงโทษ หลักการของ Becker กล่าวว่า ควรจะเพิ่มขนาดของบทลงโทษเพราะมีผลกระทบกระเทือนน้อยต่อต้นทุนของสังคม (social costs)<sup>111</sup> หากพิจารณาประสบการณ์ของประเทศไทย การเพิ่มโทษในความผิดอาญาบางฐานก็ไม่มีประสิทธิภาพในการยับยั้งอาชญากรรมสักเท่าใด ในทางตรงกันข้าม การเพิ่มโทษบางกรณีกลับเป็นการเพิ่มแรงจูงใจและผลประโยชน์ของผู้กระทำความผิดให้มากขึ้นด้วย ตัวอย่างเช่น การจำหน่วยเมทแอมเฟตามีนในอดีตนั้นมีโทษไม่สูงนัก ต่อมา มีการแก้ไขกฎหมายให้มีโทษสูงสุดถึงประหารชีวิต สถานการณ์ดังกล่าวทำให้ยาเสพติดมีราคาแพง และสร้างแรงจูงใจที่มากขึ้นให้กับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นการเพิ่มโทษดังกล่าวดูเหมือนจะไม่มีผลเป็นการยับยั้งการจำหน่ายเมทแอมเฟตามีนได้เท่าไรนัก<sup>112</sup>

แม้การเพิ่มบทลงโทษจะไม่กระทบกระเทือนต้นทุนทางสังคม แต่การเพิ่มโอกาสในการจับกุมผู้กระทำความผิดก็น่าจะเป็นสิ่งที่จำเป็น โดยเฉพาะสถานการณ์ที่มีความยากลำบากในการตรวจพบการกระทำความผิด เช่น ความผิดที่ไม่มีผู้เสียหาย เช่น คดีจำหน่ายยาเสพติด หรือคดีเจ้าพนักงานติดสินบน เป็นต้น หากอธิบายสถานการณ์การเพิ่มต้นทุนให้กับผู้กระทำความผิดโดยการเพิ่มโอกาสในการจับกุมผู้กระทำความผิดมากขึ้น แม้จะต้องใช้ต้นทุนสังคมมากขึ้นเช่นกัน การเพิ่มกำลังเจ้าหน้าที่ตำรวจ การใช้อุปกรณ์ที่ทันสมัยในการติดตามผู้กระทำความผิด แต่การเพิ่มโอกาสในการจับกุมผู้กระทำความผิดนั้นจะส่งผลดีสองชั้น กล่าวคือ ประการแรก การเพิ่มโอกาสในการจับกุมผู้กระทำความผิดจะทำให้ต้นทุนของผู้กระทำความผิดสูงขึ้น ประการที่สอง คือ การเพิ่มโอกาสในการจับกุมก็ยังมีผลต่อเนื่องทำให้โอกาสหลบหนีของผู้กระทำความผิดลดน้อยลง ซึ่งจะทำให้ประโยชน์ของผู้กระทำความผิดลดลงไปด้วย นอกจากนี้ Becker<sup>113</sup> กำหนดว่า รัฐควรเลือกรูปแบบที่กำหนดโทษให้สูงและโอกาสในการจับกุมน้อย เพื่อยับยั้งอาชญากรรม เพราะในมุมมอง

<sup>109</sup> เติ้งอ๋าง, น.523.

<sup>110</sup> เติ้งอ๋าง, น.523.

<sup>111</sup> Steven amd Thomas, "Empirical study of criminal punishment," (2007) in A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell, Handbook of law and economics, Vol 1 p.459.

<sup>112</sup> เติ้งอ๋าง, น.523.

<sup>113</sup> เติ้งอ๋าง, น.523.



ของปัจเจกบุคคลที่ไม่ชอบเลี้ยงหรือเป็นคนที่เป็นกลางต่อความเสี่ยงจะรู้สึกว่าส่วนผสมดังกล่าวสามารถจะสามารถยับยั้งอาชญากรรมได้ดังเช่นรูปแบบการกำหนดโทษที่ไม่สูงแต่เพิ่มโอกาสในการจับกุมให้มากขึ้น

## 2.6 ข้อจำกัดการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษในคดีอาญาตามกฎหมายไทย

เมื่อมีความผิดอาญาเกิดขึ้นจนนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล เมื่อศาลพิจารณาแล้วพบว่านอกเหนือจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 158 วรรคสอง<sup>114</sup> ที่บัญญัติว่า เมื่อศาลเห็นว่าจำเลยได้กระทำผิดและไม่มีการยกเว้นโทษตามกฎหมายให้ศาลลงโทษแก่จำเลยตามความผิด เป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าหากศาลจะพิพากษาลงโทษแล้วจะใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษอย่างไร ศาลยังต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก บัญญัติว่า บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ดังนั้นการที่ศาลใช้ดุลพินิจในการลงโทษแล้ว ศาลต้องใช้ดุลพินิจภายใต้กรอบที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งหมายความว่าศาลจะลงโทษเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดในอัตราโทษขั้นสูงหรือต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ในอัตราขั้นต่ำไม่ได้ เว้นแต่จะมีเหตุเพิ่มโทษหรือลดโทษ นอกจากนี้ หากศาลจะพิพากษาจำคุก ศาลจะมีดุลพินิจที่จะใช้มาตรการรอลงอาญา (Probation) แก่จำเลยโดยการ รอกำหนดโทษ หรือ รอกำหนดโทษ ก็ได้ อย่างไรก็ตามมีข้อพิจารณาในกรณีทับทรวงโทษสำหรับความผิดมีหลายสถาน ศาลต้องพิจารณาว่าจะลงโทษสถานใด เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น การที่ศาลจะลงโทษจำเลยต้องมีการพิจารณาตามอัตราโทษ ที่มาตรา 288 กำหนดไว้<sup>115</sup> กล่าวคือ ศาลจะเลือกโทษสถานใดระหว่างประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกโดยมีกำหนดระยะเวลา และหากจำคุกก็ต้องพิจารณาว่าควรเป็นเวลาเท่าใดระหว่าง 15 ถึง 20 ปี กรณีเหล่านี้ศาลได้อาศัยหลักเกณฑ์ใดในการพิจารณา

การกำหนดโทษโดยศาลนั้น แม้โดยหลักทั่วไปจะต้องเป็นไปตามหลักสัดส่วนแห่งความร้ายแรงซึ่งเป็นการพิจารณาด้านภาวะวิสัย และกฎหมายได้บัญญัติบทระวางโทษไว้แล้ว แต่การลงโทษก็ต้องคำนึงถึงตัวผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นการพิจารณาด้านอัตวิสัยประกอบด้วย แต่ปัญหาในทางปฏิบัติคือ ศาลจะได้มาซึ่งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดได้อย่างไร นอกเหนือจากกรณีที่ศาลจะใช้วิธีรอลงอาญาแก่จำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ที่บัญญัติให้ศาล

<sup>114</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 13.

<sup>115</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 บัญญัติว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่นต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี”

พิจารณาจากข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดว่า “เมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพและสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพ ความผิด หรือเหตุอื่นอันควรปรานีแล้วเห็นเป็นการสมควร ศาลจะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิดแต่รอ การกำหนดโทษไว้หรือการกำหนดโทษแต่รอการลงโทษไว้ แล้วปล่อยตัวไปเพื่อให้โอกาสผู้นั้น กลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนด” โดยศาลอาจให้มีการค้นหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัว ผู้กระทำความผิด ตามที่พระราชบัญญัติวิธีดำเนินการควบคุมความประพฤติตามประมวลกฎหมาย อาญา พ.ศ. 2522 มาตรา (1) บัญญัติไว้ว่า “ให้พนักงานคุมประพฤติมีอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้ และกฎหมายอื่น และโดยเฉพาะให้มีอำนาจดังต่อไปนี้ (1) สืบเสาะและพินิจเรื่องอายุ ประวัติ ความ ประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของจำเลย ตลอดจนสภาพความผิดและเหตุอื่นอันควรปรานีตามที่ศาลสั่ง เพื่อรายงานต่อศาล”<sup>116</sup>

อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติแล้ว หากศาลจะรอลงอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ศาลอาจสั่งให้พนักงานคุมประพฤติทำการสืบเสาะและพินิจตามพระราชบัญญัติ ดำเนินการคุมความประพฤติตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2522 มาตรา 6 (1) หรือไม่ได้ แต่ สำหรับกรณีที่ไม่เข้าเงื่อนไขที่จะรอลงอาญาแล้วศาลไม่มีการสั่งให้ทำการสืบเสาะและพินิจตาม กฎหมายดังกล่าว ดังนั้น เพื่อให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้ถูกต้องเหมาะสมเป็นการ เฉพาะรายอย่างถูกต้องที่สุดเท่าที่สภาพแห่งกฎหมายและวิธีปฏิบัติที่มีอยู่จะเปิดช่องให้สามารถ กระทำได้ เห็นควรให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อสร้างมาตรการให้แก่ศาลเพื่อใช้เป็นแนวทาง ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาล

<sup>116</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 13*.

## บทที่ 3

### มาตรการในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษทางอาญาของศาลในต่างประเทศ

การใช้ดุลพินิจในการลงโทษทางอาญา<sup>1</sup> คือ ดุลพินิจของศาลในการที่จะกำหนด มาตรการบังคับทางอาญา กับกระทำความผิดใดความผิดหนึ่ง ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้มี บทบัญญัติเกี่ยวกับดุลพินิจในการที่ศาลจะลงโทษ<sup>2</sup> ทั้งนี้หมายความว่าไม่มีบทมาตราที่วางหลัก ทัวไปสำหรับเป็นแนวทางให้ศาลใช้ดุลพินิจในการลงโทษ คงมีแต่บทมาตราเฉพาะเรื่อง<sup>3</sup> เช่น เหตุ บรรเทาโทษอันเป็นการให้ดุลพินิจแก่ศาลที่จะลงโทษ ความผิดบางความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำ หลายกระทง ก็ให้ศาลลงโทษกระทงเดียว เป็นต้น ซึ่งมาตราต่าง ๆ เหล่านี้เป็นการบังคับศาลในการ วางโทษไม่ใช่เป็นการให้ดุลพินิจแก่ศาล เมื่อไม่มีหลักทั่วไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ดังกล่าวแล้ว หลักการใช้ดุลพินิจในการลงโทษจึงเป็นการกล่าวในทางดำร่าเท่านั้น ทั้งนี้หาก พิจารณาแนวทางการกำหนดโทษของศาลในกฎหมายต่างประเทศ จะพบว่ามีกำหนดแนวทาง (Guideline) ในประมวลกฎหมายเพื่อให้ศาลใช้ประกอบดุลพินิจในการลงโทษ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

#### 3.1 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ระบบกฎหมายของประเทศเยอรมนี (Legal System) เป็นระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) การพิจารณาคดีใช้ระบบไต่สวน (Inquisitorial System) ซึ่งผู้พิพากษาอาชีพ (Professional Judge) จะเป็นผู้ควบคุมการพิจารณาคดีและจะเป็นผู้ที่ซักถามพยานด้วยตนเองเป็นส่วนใหญ่ และไม่มี การถามค้าน (Cross Examination) ผู้พิพากษาในระบบกฎหมายของเยอรมนีจึงมีบทบาทในเชิงรุก (Active Role) ซึ่งแตกต่างจากผู้พิพากษาในระบบกล่าวหา (Adversarial system) ของระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งผู้พิพากษามีบทบาทในเชิงรับ (Passive Role) ผู้พิพากษาในระบบกฎหมายของ เยอรมันประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ (Professional Judge) และผู้พิพากษาสมทบ (Lay Judge) แต่

<sup>1</sup> คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น. 501-504.

<sup>2</sup> หยุค แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 208.

<sup>3</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 มาตรา 248 และมาตรา 263

ไม่มีระบบลูกขุน จำนวนองค์คณะผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีขึ้นอยู่กับความร้ายแรงและอัตราโทษจำคุก เช่น คดีที่มีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี องค์คณะผู้พิพากษาคนเดียวมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี อัตราโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปี ถึง 4 ปี องค์คณะผู้พิพากษา 1 ถึง 2 คน และ ผู้พิพากษาสมทบ 2 คน มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี อัตราโทษจำคุกมากกว่า 4 ปี หรือคดีอาญาทาง การเมือง องค์คณะผู้พิพากษา 2 ถึง 3 คน และผู้พิพากษาสมทบ 2 คน มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี คดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต และคดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ องค์คณะผู้พิพากษา 3 คน และผู้พิพากษาสมทบ 2 คน ศาลอุทธรณ์ มีองค์คณะผู้พิพากษา 3 คน และ 5 คน

ประเทศเยอรมนี กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของเยอรมนีจะให้ความเข้มข้นกับกระบวนการพิจารณาพิพากษาก่อนศาลออกคำพิพากษา ทำให้มาตรการการพักโทษและลดโทษ ใช้ในชั้นพิจารณาพิพากษาอย่างเต็มที่แล้ว ดังนั้นผู้ที่จะต้องถูกจำคุกจึงเป็นผู้ที่จำเป็นต้องเข้าสู่ระบบเรือนจำเท่านั้น กล่าวคือ ระบบกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีที่ล้นกรอบอย่างดี คนที่จำเป็นต้องจำคุกเท่านั้นที่ศาลจะพิพากษาให้จำคุก ผู้พิพากษาในเยอรมนีจะมีความรู้เรื่องการบังคับโทษ การกำหนดระยะเวลาในการรับโทษจำคุกนั้นศาลจะทราบว่าผู้กระทำความผิดต้องเผชิญกับโปรแกรมการฟื้นฟูอะไรบ้าง ในขณะที่เดียวกันศาลยังมีอำนาจตรวจสอบกระบวนการบังคับโทษได้ด้วย จาก การที่เยอรมนีศาลบังคับโทษ กรณีการพักการลงโทษและการลดวันต้องโทษจึงไม่มีการนำมาใช้ในชั้นบังคับโทษ<sup>4</sup>

ในอดีตประเทศเยอรมนีได้รับเอาแนวคิดการแบ่งประเภทความผิดอาญาจากประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ.1810<sup>5</sup> ด้วยเหตุนี้ตามประมวลกฎหมายอาญาฉบับปี ค.ศ. 1871 ของประเทศเยอรมนีจึงได้มีการจัดระดับความผิดอาญาโดยการแบ่งออกเป็น 3 ประเภท<sup>6</sup> ได้แก่

1. ความผิดอาญาโทษอุกฉกรรจ์ (Verbrechen) คือ ความผิดที่มีระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป
2. ความผิดอาญาโทษปานกลาง (Vergehen) คือ ความผิดที่มีระวางโทษจำคุกหรือปรับ

<sup>4</sup> ธาณี วรรักษ์, “การลดปริมาณผู้ต้องขังในเรือนจำ: ศึกษามาตรการทางกฎหมายในชั้นบังคับโทษจำคุก,” วารสารนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, ฉบับที่ 4, (2556), น. 35, 55.

<sup>5</sup> ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม, หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญาภายใต้โครงการสนับสนุน สारสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกรัฐสภา, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2564), น.50.

<sup>6</sup> คณิต ฌ นคร, “อัยการเยอรมันและการดำ เนินคดีอาญาของอัยการเยอรมันก่อนฟ้อง,” ใน อัยการกับการสอบสวนคดีอาญา รวมบทความเกี่ยวกับการสอบสวนคดีอาญาในนานาประเทศ, โดยศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กรมอัยการ, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดชุดติมาการพิมพ์), น. 74.

3. ความผิดลหุโทษ (Übertretungen) คือ ความผิดที่มีระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 สัปดาห์ หรือ ปรับไม่เกิน 500 DM<sup>7</sup> เช่น การก่อให้เกิดเสียงดังเกินควร การก่อความรำคาญในที่สาธารณะ การใช้ชื่อปลอม เป็นต้น

มีข้อสังเกตว่าความผิดลหุโทษฐานะเป็นความผิดอาญาไม่ใช่ด้วยเหตุผลเพียงเพราะได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น แต่เนื่องจากการใช้โทษอาญากับความผิดประเภทนี้ แม้โทษที่ใช้จะเบาเมื่อเทียบกับความผิดประเภทอื่นก็ตาม อย่างไรก็ตาม แม้ความผิดลหุโทษจะเป็นความผิดอาญาประเภทหนึ่งก็ตามแต่ความผิดประเภทนี้มีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากความผิดประเภทอื่น เช่น ผู้กระทำความผิดลหุโทษนอกประเทศเยอรมนีไม่ต้องรับโทษเว้นแต่จะบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในสนธิสัญญาระหว่างประเทศหรือกฎหมายพิเศษ หรือผู้ที่พยายามกระทำความผิดผู้ช่วยเหลือ ยุยง หรือผู้สมรู้หลังเกิดการกระทำความผิดลหุโทษไม่ต้องรับโทษ หรือในคดีความผิดลหุโทษ พนักงานอัยการมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการฟ้องคดีโดยเฉพาะในกรณีที่มีความผิดของผู้กระทำเล็กน้อยการฟ้องคดีจะกระทำต่อเมื่อเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะเท่านั้น เป็นต้น

จากลักษณะดังกล่าวข้างต้น แสดงให้เห็นถึงระบบและวิธีการเฉพาะของความผิดลหุโทษซึ่งแตกต่างจากความผิดประเภทอื่น ๆ ทำให้การปฏิบัติในทางอาญา (penal treatment) ต่อผู้กระทำผิดยุ่งยาก และหากพิจารณาโดยภาพรวมแล้วความผิดลหุโทษ ไม่ได้แสดงออกถึงการเป็นความผิดอาญาที่แท้จริง แต่มีลักษณะเหมือนก่อความรำคาญแก่สังคมมากกว่า (social nuisance) ซึ่งสามารถจัดการได้ในทางปกครองด้วยกระบวนการที่มีใช้กระบวนการในทางอาญา ซึ่งทำให้ในเวลาต่อมาประเทศเยอรมนีได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในปีค.ศ.1975 ในการแก้ไขครั้งนั้นได้ทำการปรับปรุงแก้ไขให้ ความผิดลหุโทษไม่เป็นความผิดอาญาอีกต่อไป โดยความผิดในกลุ่มดังกล่าวส่วนใหญ่ให้ถือเป็น “Ordnungswidrigkeit” ซึ่งแปลตรงตัวว่าการกระทำที่ละเมิดต่อกฎระเบียบ หรือแปลเอาความได้ว่า การกระทำผิดทางปกครอง และให้นำออกไปรวมบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยเรื่องนั้น โดยเฉพาะคือ Gesetz über Ordnungswidrigkeiten ซึ่งอาจแปลได้ว่าเป็นกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง ทำให้ในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันจึงสามารถแบ่งประเภทความผิดอาญาออกได้เพียง 2 ประเภท<sup>8</sup> คือ

1. ความผิดอาญาโทษอุกฉกรรจ์ (Verbrechen) ซึ่งมีอัตราโทษจำคุกขั้นต่ำตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป หรือ ความผิดที่ระวางโทษหนักกว่านั้น

<sup>7</sup> มาร์คเยอรมัน (Deutsche Mark) เป็นสกุลเงินที่ใช้ในประเทศเยอรมนีจนถึง พ.ศ. 2545 จึงได้เปลี่ยนไปใช้เงินสกุลยูโรแทน โดยมีอัตราแลกเปลี่ยน 1 ยูโร ต่อ 1.95583 มาร์ค

<sup>8</sup> ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 5*, น.75.

2. ความผิดอาญาโทษปานกลาง (Vergehen) ได้แก่ ความผิดที่ระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปีหรือความผิดที่ต้องระวางโทษปรับ

จะเห็นได้ว่าการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีโดยการนำความผิดโทษออกไปจากประมวลกฎหมายอาญาส่งผลดีทั้งในทางปฏิบัติและทางทฤษฎีกล่าวคือ ผลดีในทางปฏิบัตินับได้ว่ามีส่วนช่วยสงวนทรัพยากรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไว้เพื่อทุ่มเทให้การกระทำอื่นที่ก่ออันตรายให้กับสังคมส่วนรวมไว้มากกว่าความผิดโทษเหล่านั้น

ประเทศในยุโรปตะวันตกหลายประเทศได้ใช้โทษปรับเป็นวิธีการหลักในการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญา โดยมีอัตราการใช้โทษปรับจำนวนมากเมื่อเทียบกับจำนวนคดีที่มีการตัดสินลงโทษ ในช่วงปลายทศวรรษ 1980 และต้นทศวรรษ 1990 ทั้งนี้ในประเทศเยอรมนีโทษปรับเป็นมาตรการหลักในการลงโทษผู้กระทำความผิดในคดีอาญา โดยมีอัตราการใช้ในหลายฐานความผิดเกินกว่าร้อยละ 80 ขึ้นไป<sup>9</sup>

ทั้งนี้ไม่ปรากฏว่าประเทศที่ใช้โทษปรับในระดับสูงอย่างประเทศเยอรมนี ซึ่งใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทยจะได้ประสบปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อป้องปรามการกระทำความผิดจนไม่สามารถรักษาความสงบเรียบร้อยไว้ได้แต่อย่างใด<sup>10</sup> ซึ่งแสดงให้เห็นว่าโทษปรับที่กำหนดขึ้นนั้นมีความเหมาะสมและมีประสิทธิผลในการป้องปรามการกระทำความผิด ต่อมาในปี 1975 ประเทศเยอรมนีได้นำโทษปรับตามรายได้ (day fines) มาใช้เพื่อทดแทนโทษจำคุกระยะสั้น โดยผู้พิพากษาที่ตัดสินลงโทษจำคุกต่ำกว่า 6 เดือน โดยไม่ใช้โทษปรับ จะต้องอธิบายเหตุผลในการลงโทษดังกล่าว<sup>11</sup> ข้อกำหนดดังกล่าวมีผลทำให้มีการใช้โทษปรับตามรายได้ในการลงโทษการกระทำความผิดต่าง ๆ หน่วยวันปรับที่มีค่าสูงของเยอรมนีสะท้อนถึงวัตถุประสงค์ในการกำหนดโทษปรับตามรายได้ให้เป็นบทลงโทษหนัก ในขณะที่เดียวกันการกำหนดช่วงของค่าหน่วยวันปรับกว้างขึ้นเพื่อให้แน่ใจว่าโทษที่กำหนดขึ้นนั้นจะมีความเหมาะสมกับความผิดในแต่ละฐานได้ ซึ่งเยอรมนีได้กำหนดค่าหน่วยวันปรับเท่ากับ 5 ถึง 360 หน่วยวันปรับและไม่เกิน 720 หน่วยวันปรับ

<sup>9</sup> Hans-Joerg Albrecht, "Post-Adjudication Dispositions in Comparative Perspective," in *Sentencing and Sanctions in Western Countries* (2001).

<sup>10</sup> สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, *นิติศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย*, ใน *โครงการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์*, (Economic Analysis of Criminal Laws), สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัยและสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศ, 2554, น. 80.

<sup>11</sup> *เพิ่งอ้าง*, น.84.

ระบบการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี ในทางรูปแบบแล้วได้แบ่งออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ประเภทหนึ่งเป็นการลงโทษทางอาญา (Strafen) ที่บัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 38 เป็นต้นไป อีกประเภทหนึ่งเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย (Massregeln der Besserung und Sicherung) ที่บัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 61 เป็นต้นไป ระบบการลงโทษในทางอาญาตามกฎหมายอาญาเยอรมนีที่แบ่งออกเป็น 2 ประเภทดังกล่าวเริ่มขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1933 ที่ได้มีการนำบทบัญญัติว่าด้วยวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา โทษทางอาญาของเยอรมนีแบ่งออกเป็น โทษทางอาญาหลัก (Hauptstrafen) และ โทษทางอาญาข้างเคียง (Haupt- und Nebenstrafen)<sup>12</sup> โดยโทษทางอาญาหลักจะเป็นโทษทางอาญาที่ถูกตัดสินไว้ในคำพิพากษาของศาลในคดีอาญาเท่านั้น ในขณะที่โทษทางอาญาข้างเคียงจะถูกตัดสินรวมอยู่กับโทษทางอาญาหลักเท่านั้น

การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของเยอรมนีนั้นถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 46 โดยวางหลักว่า ความน่าตำหนิของผู้กระทำความผิดเป็นพื้นฐานสำคัญสำหรับการกำหนดโทษ ผลที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการลงโทษสำหรับการใช้ชีวิตในอนาคตของผู้กระทำความผิดในสังคมจะต้องถูกนำมาพิจารณาประกอบด้วย<sup>13</sup>

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Strafgesetzbuch : StGB) ได้บัญญัติเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดโทษไว้ในมาตรา 46 (2)<sup>14</sup> ได้แก่ แรงจูงใจและวัตถุประสงค์ของผู้กระทำความผิดทัศนคติซึ่งสะท้อนจากการกระทำความผิดและระดับของเจตนาในการกระทำ ระดับของการละเลยต่อหน้าที่ วิธีการกระทำความผิดและผลที่เกิดจากการกระทำที่น่าตำหนิ ประวัติความเป็นมาในชีวิตบุคลิกภาพ และสถานะทางการเงินของผู้กระทำความผิด รวมทั้งความประพฤติหลังการกระทำ

<sup>12</sup> ฉรงค์ ใจหาญ, “ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา,” (รายงานการวิจัยเสนอต่อสำนักกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, 2549), น.179.

<sup>13</sup> เพิ่งอ้าง, น.224.

<sup>14</sup> German Criminal Code (Strafgesetzbuch – StGB) Title 2 Fixing of penalties, Section 46 General principles (2) “When fixing the penalty, the court weighs the circumstances which speak in favour of and those which speak against the offender. The following, in particular, may be taken into consideration: the offender’s motives and objectives, in particular including racist, xenophobic or other motives evidencing contempt for humanity, the attitude reflected in the offence and the degree of force of will involved in its commission, the degree of the breach of the offender’s duties, the modus operandi and the consequences caused by the offence to the extent that the offender is to blame for them, the offender’s prior history, personal and financial circumstances, and the offender’s conduct in the period following the offence, in particular efforts to make restitution for the harm caused as well as efforts at reconciliation with the victim.”

ความผิด โดยเฉพาะความพยายามที่จะเสียหายความเสียหายและการเข้าสู่กระบวนการไต่สวนกับผู้เสียหาย นอกจากนี้ในบทบัญญัติมาตรา 46 (3)<sup>15</sup> ยังบัญญัติมิให้ศาลคำนึงถึงองค์ประกอบของความผิดอีกด้วย<sup>16</sup>

ในการกำหนดโทษนั้น ให้ศาลใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักของข้อเท็จจริงในคดีที่เป็นผลดีและผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งมูลเหตุจูงใจและเป้าหมายที่วางไว้ของผู้กระทำความผิด ทักษะคติทางศีลธรรมที่แสดงออกให้เห็นจากการกระทำความผิดและความตั้งใจในการกระทำความผิด ระดับของการละเมิดต่อหน้าที่ รูปแบบของการกระทำความผิดและผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดที่ดำเนินได้ ชีวิตที่แล้ว ๆ มาของผู้กระทำความผิด ความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวและเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด รวมทั้งการกระทำภายหลังการกระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งความพยายามที่จะชดเชยค่าเสียหายและความพยายามของผู้กระทำความผิดที่จะให้ผู้เสียหายกลับสู่ฐานะเดิม โดยที่ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ในคดีที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดอยู่แล้ว จะไม่ถูกนำมาพิจารณาอีก<sup>17</sup> พื้นฐานการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษคือ ความน่าตำหนิของผู้กระทำความผิด ซึ่งตามบทบัญญัติดังกล่าวเท่ากับว่าความน่าตำหนิได้รับการยอมรับอย่างชัดเจนและแสดงให้เห็นว่าการลงโทษมีไว้เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน ความน่าตำหนิในที่นี้ไม่ได้หมายถึงในส่วนของโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา แต่หมายถึงความมิชอบด้วยกฎหมายที่น่าตำหนิที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิด และศาลจะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่เป็นผลดีและผลร้ายแล้วนำมาเปรียบเทียบกัน โดยจะต้องนำมาพิจารณากับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

### 3.2 ประเทศฝรั่งเศส

เดิมการกำหนดโทษตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1810 ก็เหมือนโทษที่กำหนดไว้ในประเทศต่าง ๆ<sup>18</sup> กล่าวคือ มีโทษประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน นอกจากนี้ยังมีการลงโทษที่เป็นลักษณะเป็นการลงโทษที่ทารุณโหดร้าย ด้วยการกระทำทรมานต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้กระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นการล่ามโซ่ การตีตรวน การตัดข้อมือ รวมทั้งการบังคับให้ทำงานและเนรเทศ ต่อมาในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 18 ได้มีการพัฒนาแนวคิดของการลงโทษทาง

<sup>15</sup> Section 46 General principles (3) “No consideration may be given to circumstances which are already statutory elements of the offence.”

<sup>16</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, “หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย,” (ณ ห้องเมย์แฟร์บอลรูม โรงแรมเดอะเบอร์เคลีย์(ประตูน้ํา), 13 กันยายน 2560), น. 85.

<sup>17</sup> ณรงค์ ใจหาญ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น.225.

<sup>18</sup> *เพ็งอ้าว*, น.144.



อาญาและทฤษฎีการลงโทษทางอาญาและทฤษฎีอาชญาวิทยาในทวีปยุโรปเป็นอย่างมาก โดยได้รับอิทธิพลจากระบบแนวคิดเสรีนิยมและการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ทำให้มีผลกระทบต่องานวิชาการระบบการลงโทษในกฎหมายฝรั่งเศส เช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ ในยุโรป

ผู้ที่ได้รับการยกย่องว่าเป็นผู้พัฒนาและจุดประกายวิธีการลงโทษให้มีความเป็นมนุษยธรรมและได้สัดส่วนกับการกระทำผิดคือ Cesare Beccaria นักอาชญาวิทยาชาวอิตาลี โดยได้เขียนหนังสือเรื่อง Essay on Crimes and Punishment เมื่อปีค.ศ. 1764<sup>19</sup> ในหนังสือได้วางหลักความเสมอภาคของบุคคลตามกฎหมาย โดยเห็นว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย ดังนั้นไม่ว่าผู้ใดกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันจะต้องได้รับโทษเช่นเดียวกัน เพื่อให้บุคคลทราบว่าพฤติกรรมประเภทใดเป็นความผิดและมีบทกำหนดโทษ กฎหมายจะต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรที่แจ้งชัดและเข้าใจได้ ต่อมาจึงมีการยกเลิกการลงโทษที่มีลักษณะเป็นการทารุณโหดร้าย ในค.ศ. 1832 และ ค.ศ. 1960 ต่อมาฝรั่งเศสได้มีการยกเลิกโทษประหารชีวิตที่ถือเป็นโทษขั้นสูงสุดในกฎหมายอาญา ซึ่งประกาศในวันที่ 9 ตุลาคม ค.ศ. 1981 ได้ยกเลิกการลงโทษประหารชีวิตอย่างเด็ดขาดสำหรับการกระทำผิดทั้งหมด

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีการออกแบบประเภทการกระทำผิดอาญาไว้อย่างเป็นระบบและมีเอกลักษณ์เฉพาะตัว โดยแบ่งประเภทการกระทำผิดอาญาเป็นแบบไตรภาค<sup>20</sup> (Tripartite Classification) กล่าวคือ การกระทำผิดอาญาจะแบ่งออกเป็น 3 กลุ่มเรียงตามลำดับความร้ายแรงของลักษณะการกระทำผิดดังนี้<sup>21</sup>

1. ความผิดอุกฤษฎ์โทษ (Les crimes) คือ กลุ่มประเภทความผิดที่มีลักษณะที่ร้ายแรงที่สุด เช่น ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ความผิดต่อมวลมนุษยชาติ ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือ ความผิดฐานชิงทรัพย์ เป็นต้น

2. ความผิดมัชฌิมโทษ (Les délits) คือ กลุ่มประเภทความผิดระดับกลาง เช่น ความผิดฐานพราดผู้เยาว์ ความผิดฐานล่องละเมิดทางเพศอื่นที่มีใจการข่มขืนกระทำชำเรา หรือ ความผิดฐานยุยงให้ผู้อื่นทำอาชญากรรม เป็นต้น

3. ความผิดลหุโทษ (Les contraventions) คือ กลุ่มประเภทความผิดระดับร้ายแรงน้อยที่สุด เช่น ความผิดฐานดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทที่ไม่ได้กระทำต่อสาธารณะ ความผิดฐานกระทำโดยไม่มีเจตนาแต่เป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายแต่ไม่ถึงกับทำให้ไม่สามารถทำงานได้หรือความผิดฐานรบกวนความสงบสุขของผู้อื่น เป็นต้น

<sup>19</sup> เพิ่งอ้าง, น.144.

<sup>20</sup> เพิ่งอ้าง, น.147.

<sup>21</sup> ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5, น.47.

การแบ่งประเภทความผิดตามกฎหมายฝรั่งเศส นอกจากจะสามารถจำแนกกลุ่มประเภทความผิดตามความร้ายแรงได้แล้ว ยังสัมพันธ์ต่อรูปแบบการดำเนินคดีในชั้นถัดไปด้วย ไม่ว่าจะเป็นในชั้นพนักงานสอบสวนพนักงานอัยการ ศาล ดังนี้<sup>22</sup>

ความผิดอุกฤษฏ์โทษเป็นความผิดที่จะต้องผ่านการไต่สวนจากผู้พิพากษาไต่สวน (Juge d'instruction) ก่อนเสมอ<sup>23</sup> หลังจากผู้พิพากษาไต่สวนเสร็จแล้ว หากเห็นว่าคดีมีมูลก็จะส่งต่อไปยังศาลพิจารณาคดีที่ศาลลูกขุน (Cour d'assises) ซึ่งจะเป็นศาลที่มีผู้พิพากษาอาชีพนั่งพิจารณาร่วมกับลูกขุนซึ่งเป็นประชาชนทั่วไปที่ได้รับ การคัดเลือกมาทำหน้าที่ความผิดอุกฤษฏ์โทษเป็นความผิดที่มีระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 15 ปีถึงจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งเป็นโทษสูงสุดในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและโทษปรับธรรมดาตั้งแต่ 3,750 ยูโรขึ้นไป นอกจากนั้น ยังสามารถ นำโทษเสริม (Peines complémentaires) มาปรับใช้ได้เช่น คำสั่งให้ทำงานบริการสาธารณะการเพิกถอนสิทธิ บางประการคำสั่งให้เข้ารับการบำบัดรักษา หรือคำสั่งให้ปิดสถานประกอบการ เป็นต้น ตามประมวลกฎหมาย อาญาฝรั่งเศส ความผิดอุกฤษฏ์โทษมีอายุความทั่วไปในการฟ้องร้องคดี 20 ปี

ความผิดมัชฌิมโทษเป็นความผิดระดับกลางซึ่งโดยปกติแล้วความผิดประเภทนี้ไม่จำเป็นต้องผ่าน การไต่สวนจากผู้พิพากษาไต่สวนก่อน เว้นแต่ในกรณีที่พนักงานอัยการเห็นว่าคดีมีความยุ่งยากซับซ้อนจึงจะส่ง ให้ผู้พิพากษาไต่สวนทำการไต่สวนเสียก่อน ในกรณีทั่วไปที่คดีมิได้มีความยุ่งยากซับซ้อนเมื่อพนักงานอัยการ สรุปสำนวนและพิจารณาแล้วเห็นควรสั่งฟ้องก็จะส่งฟ้องไปยังศาลที่พิจารณาคดีซึ่งคือศาล Tribunal Correctionnel ซึ่งจะเป็นศาลที่มีแต่ผู้พิพากษาอาชีพเท่านั้นในการพิจารณาคดีความผิดมัชฌิมโทษเป็นความผิดที่มีระวางโทษ จำคุกตั้งแต่ 2 เดือนถึง 10 ปีและโทษปรับธรรมดาตั้งแต่ 3,750 ยูโรขึ้นไป นอกจากนั้นยังมีโทษประเภทอื่น ๆ อีก เช่น โทษปรับรายวัน โทษทำงานบริการสาธารณะ รวมไปถึงโทษเสริม (Peines complémentaires) ซึ่งมีลักษณะเดียวกับโทษเสริมของความผิดอุกฤษฏ์โทษมาปรับใช้ได้ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสความผิด มัชฌิมโทษมีอายุความทั่วไปในการฟ้องร้องคดี 6 ปี

ความผิดลหุโทษเป็นกลุ่มความผิดที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด ความผิดลหุโทษสามารถแบ่งประเภท ความผิดได้เป็น 5 ชั้น<sup>24</sup> โดยไล่เรียงไปตั้งแต่ความผิดลหุโทษชั้นที่ 1 ซึ่งเป็นความผิดที่รุนแรงน้อยที่สุดไปจนถึง ความผิดลหุโทษชั้นที่ 5 ซึ่งเป็นความผิดที่รุนแรงมากที่สุด ในส่วนรูปแบบการดำเนินคดีสำหรับความผิดลหุโทษ จะมีการดำเนินคดีที่คล้ายกับความผิดมัชฌิมโทษคือคดีไม่จำเป็นต้องผ่านการไต่สวนจากผู้พิพากษาไต่สวนก่อน เว้นแต่ในกรณีที่พนักงานอัยการเห็นว่า

<sup>22</sup> เพิ่งอ้าง, น.46-49.

<sup>23</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>24</sup> เพิ่งอ้าง.

คดีมีความยุ่งยากซับซ้อนจึงจะส่งให้ผู้พิพากษาไต่สวนทำการไต่สวนเสียก่อน ในกรณีทั่วไปที่คดีมิได้มีความยุ่งยากซับซ้อนเมื่อพนักงานอัยการสรุปสำนวนและพิจารณาแล้วเห็นควรสั่งฟ้อง ก็จะส่งฟ้องไปยังศาลที่พิจารณาคดีคือศาล Tribunal de police ซึ่งจะเป็นศาลที่มีแต่ผู้พิพากษาอาชีพเท่านั้น ลักษณะที่สำคัญประการหนึ่งของความผิดหูโทษคือ เป็นความผิดที่ไม่มีโทษจำคุก โทษหลักที่นำมาใช้กับ ความผิดหูโทษคือโทษปรับธรรมดา

ประเทศฝรั่งเศสได้มีการนำโทษปรับตามรายได้ (day fines) มาใช้ในปี 1983<sup>25</sup> ซึ่งถือว่าเป็นประเทศที่ประสบความสำเร็จในการใช้โทษปรับตามรายได้ โดยฝรั่งเศสได้แก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของตนเพื่อขยายขอบเขตการใช้ค่าปรับตามรายได้ในปี 1994 ลักษณะของโทษปรับได้เป็นโทษปรับที่ศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดจำนวน ค่าปรับในแต่ละวัน โดยคำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจและภาระความรับผิดชอบของจำเลย ซึ่งจะต้องไม่เกิน 300 ยูโรต่อหนึ่งวัน และการกำหนดจำนวนวันที่ต้องรับโทษปรับจะต้องคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมแห่งการกระทำความผิด จะต้องไม่เกิน 360 วัน ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 131-5<sup>26</sup>

หลักที่ให้ศาลมีดุลพินิจอย่างกว้างขวางที่จะปรับใช้โทษกับผู้กระทำความผิดแต่ละรายปรากฏอย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส<sup>27</sup> มาตรา 132-1 วรรคสอง และวรรคสาม<sup>28</sup> ซึ่งบัญญัติว่า “โทษทางอาญาทุกสถานที่กำหนดโดยศาลจะต้องถูกนำมาปรับใช้ให้เข้ากับผู้กระทำความผิดแต่ละราย ภายใต้บังคับของกฎหมาย ศาลจะพิจารณาลักษณะ ความรุนแรง และรูปแบบการลงโทษ โดยพิจารณาจากพฤติการณ์ของความผิด และลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิด เช่นเดียวกับสถานะทางกายภาพ ทางครอบครัว ทางสังคมของผู้กระทำความผิดเพื่อให้การลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่กำหนดไว้ในมาตรา 130-1<sup>29</sup>” ซึ่ง

<sup>25</sup> สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 10*, น.84.

<sup>26</sup> ณรงค์ ใจหาญ, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 12*, น.161.

<sup>27</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาขั้นสูง*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), น. 214-215.

<sup>28</sup> ARTICLE 132-1 “Any sentence imposed by the court must be individualized.

Within the limits set by law, the court determines the nature, quantum and regime of the penalties imposed according to the circumstances of the offense and the personality of its author as well as his material, family and social situation, in accordance with the purposes and functions of the penalty set out in article 130-1.”

<sup>29</sup> ARTICLE 130-1 “In order to ensure the protection of society, to prevent the commission of new offenses and to restore the social balance, while respecting the interests of the victim, the penalty has the following functions:

1 To sanction the perpetrator of the offence;

มาตรา 130-1 บัญญัติว่า “เมื่อความผิดถูกลงโทษด้วยโทษปรับ ศาลสามารถกำหนดค่าปรับด้วยจำนวนค่าปรับที่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎหมายได้ จำนวนค่าปรับที่ศาลกำหนดให้ค่านึงถึงรายได้และภาระค่าใช้จ่ายของผู้กระทำความผิด”

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องโทษปรับ ผู้กระทำความผิดแต่ละรายย่อมมีรายได้ ภาระค่าใช้จ่าย และฐานะทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสจึงกำหนดให้ศาลค่านึงถึงศาลค่านึงถึงรายได้ ภาระค่าใช้จ่ายของผู้กระทำความผิดก่อนที่จะพิพากษากำหนดค่าปรับ โดยศาลฝรั่งเศสอาจกำหนดค่าปรับที่ต่ำกว่ากฎหมายกำหนดก็ได้<sup>30</sup> ตามมาตรา 132-20 บัญญัติว่า เมื่อความผิดถูกลงโทษด้วยโทษปรับ ศาลสามารถกำหนดโทษปรับด้วยจำนวนค่าปรับที่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎหมายได้ จำนวนค่าปรับที่ศาลกำหนดให้ค่านึงถึงรายได้และภาระค่าใช้จ่ายของผู้กระทำความผิด ซึ่งหลักการดังกล่าวหากนำมาใช้ในประเทศไทย การปรับคนเก็บขยะที่ขายแผ่นภาพยนตร์ที่ตนเองเป็นเจ้าของด้วยค่าปรับแสนกว่าบาทหรือคดีที่ปรับผู้ยากไร้ด้วยค่าปรับที่สูงคงไม่เกิดขึ้นในประเทศไทย และประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (Le code Penal 1992) ได้บัญญัติเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดโทษไว้ในมาตรา 132-24<sup>31</sup> ได้แก่ พฤติการณ์ของความผิดที่ได้กระทำการบุคลิกภาพเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิด หากเป็นโทษปรับจะต้องค่านึงถึงสถานะทางการเงินของผู้กระทำความผิด<sup>32</sup>

### 3.3 ประเทศอังกฤษ

กฎหมายประเทศอังกฤษ แบ่งความผิดออกเป็น 3 ประเภท<sup>33</sup> คือ ความผิดอุกฉกรรจ์ (felony) ความผิด misdemeanours และ pretty offence ต่อมาถูกยกเลิกไป และมาแบ่งประเภทความผิดโดยถือตามวิธีพิจารณา โดยแยกเป็น ความผิดที่ต้องพิจารณาในศาล Crown Court และมีคณะลูกขุนเป็นผู้พิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงที่เรียกว่า Offences triable only indictment กับความผิดที่

2 To favor its amendment, its insertion or its reinsertion.”

<sup>30</sup> ARTICLE 132-20 “When an offense is punishable by a fine, the court may impose a fine of an amount lower than that which is incurred.

The amount of the fine is determined taking into account the resources and expenses of the perpetrator of the offence.”

<sup>31</sup> ARTICLE 132-24 “Within the limits fixed by Statute, the court imposes penalties and determines their regime according to the circumstances and the personality of the offender. When the court imposes a fine, it determines its size taking into account the income and expenses of the perpetrator of the offence.”

<sup>32</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 26*, น.85.

<sup>33</sup> ณรงค์ ใจหาญ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12*, น.63.

พิจารณารวบรวมโดยศาล magistrate เรียกว่า offences triable summarily และประเภทที่สามารถพิจารณาโดยรวบรัด หรือ indictment ก็ได้ และมีที่แบ่งความผิดอีกลักษณะหนึ่งโดยแบ่งตาม Criminal Act 1967 โดยแยกเป็น ความผิดที่อาจจับได้โดยไม่มีหมายจับ arrestable offences และความผิดที่ไม่อาจจับได้โดยไม่มีหมายจับถ้าไม่ใช่ความผิดซึ่งหน้า (non-arrestable offences)

ประเทศอังกฤษได้รับปรุงและพัฒนาระบบการยุติธรรมทางอาญาและการกำหนดโทษตลอดมา โดยมีการศึกษาวิจัยและวิเคราะห์สถิติของคำพิพากษาของศาลเพื่อประเมินและวิเคราะห์แนวโน้มในการกำหนดโทษของความผิดและการใช้มาตรการลงโทษที่มีอยู่ในกฎหมาย<sup>34</sup> และประสิทธิภาพในการบริหารงานยุติธรรมและกระบวนการแก้ไขบำบัดผู้กระทำความผิด กฎหมายหลักของประเทศอังกฤษมีอยู่ 3 ฉบับ กฎหมายฉบับแรก คือ The Criminal Justice Act 1991 กฎหมายฉบับนี้กำหนดหลักเกณฑ์การกำหนดโทษของศาล ให้คำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ในการพิจารณารโทษที่ร้ายแรงได้รับการลงโทษร้ายแรงตามสัดส่วน กฎหมายฉบับที่สอง คือ The Power of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 โดยประมวลมาตรการบังคับใช้กฎหมายอาญาให้อยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกันเพื่อให้การบังคับโทษเป็นไปโดยเหมาะสมกับความผิดและผู้กระทำความผิด และในท้ายที่สุดก็มีการปรับปรุงกระบวนการกำหนดโทษฉบับล่าสุด ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่แก้ไขหลักเกณฑ์การลงโทษและดุลพินิจในการกำหนดโทษที่กำหนดไว้ในสองฉบับแรก และมีผลใช้ทั่วสหราชอาณาจักร โดยขยายหลักเกณฑ์บางเรื่องไปกับความผิดในไอแลนด์เหนือและสกอตแลนด์ด้วย กฎหมายฉบับที่สาม คือ The Criminal Justice Act 2003 โดยถือเป็นกฎหมายหลักที่มีอยู่ในปัจจุบันในการกำหนดโทษที่มีในอังกฤษ<sup>35</sup>

### 3.3.1 แนวคิดในการลงโทษทางอาญาของประเทศอังกฤษ

วัตถุประสงค์ในการลงโทษนั้น โดยทั่วไปเป็นหลักการลงโทษเพื่อตอบแทนการกระทำ ความผิดที่ผู้กระทำได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคม มากกว่าการลงโทษเป็นมาตรการในการช่วยเหลือสงเคราะห์ผู้กระทำความผิดหรือเป็นมาตรการที่บำบัดแก้ไขผู้กระทำความผิดเช่นเดียวกับการบำบัดทางการแพทย์ เช่นนั้น การกำหนดโทษนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าเป็นการตอบแทนผู้ที่นำ ตำนินในสังคม<sup>36</sup> ซึ่งเป็นบุคคลที่มีจิตใจชั่วร้าย หรือในบางกรณีอาจได้รับการแก้ไขบำบัดเพราะเป็นผู้กระทำความผิดที่เกิดการผิดปกติทางจิตหรือเป็นผู้ป่วยสังคมจึงต้องได้รับการฟื้นฟูและให้คำแนะนำเพื่อให้สามารถกลับเข้าสู่สังคมได้อย่างเป็นปกติ มาตรการในการลงโทษคำนึงแนวทางในการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากการกระทำความผิดด้วย พื้นฐานการกำหนดโทษนั้น ตั้งอยู่บน

<sup>34</sup> ณรงค์ ใจหาญ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น.64.

<sup>35</sup> *เพ็ญอ้าง.*

<sup>36</sup> *เพ็ญอ้าง.*

หลักสำคัญสามประการ คือ เสมอภาค เป็นธรรม และยุติธรรม หลักความเสมอภาค หมายถึง ความเท่าเทียมในการกำหนดโทษในความผิดในลักษณะเดียวกัน และไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งได้กำหนดอย่างชัดเจนใน CJA 1991<sup>37</sup> อย่างไรก็ดีมีแนวคิดที่เพิ่มเติมว่า ผู้กระทำความผิดบางประเภทอาจได้รับโทษที่มีลักษณะแตกต่างจากผู้กระทำความผิดโดยทั่วไปได้แม้ว่ากระทำความผิดในลักษณะเดียวกัน นอกจากนี้ในความผิดบางลักษณะที่กระทำต่อผู้หญิง หรือเด็ก หรือคนพิการ ผู้กระทำอาจได้รับโทษสูงขึ้นกว่าการกระทำต่อบุคคลโดยทั่วไปได้ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ใน CJA 2003 เป็นต้น

การลงโทษโดยเป็นธรรมนั้นพิจารณาจากการใช้โทษอาญาต่อการกระทำความผิดและต่อผู้กระทำความผิด และจำนวนโทษที่กำหนดให้แก่ผู้กระทำความผิดมีอย่างไร ซึ่งศาลจะต้องใช้โทษอย่างเป็นธรรม และกำหนดโทษในทำนองเดียวกันอย่างเป็นแบบแผนเดียวกัน ดังนั้นการลงโทษที่เป็นธรรมและยุติธรรมต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ว่า ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด (proportionate) มีความสม่ำเสมอ (consistent) มีความเป็นกลางไม่เลือกปฏิบัติ (improper discrimination) สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน (human right) มีความโปร่งใส หรือสามารถตรวจสอบได้ (transparent)<sup>38</sup> การลงโทษที่ยุติธรรม พิจารณาจากความเป็นธรรมของทุกกลุ่มของสังคม ไม่ว่าจะเป็นด้านผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด และประโยชน์ต่อสังคมในภาพรวม ซึ่งแนวคิดในการลงโทษโดยพิจารณาถึงความเสียหายของผู้กระทำความผิดในการก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคมนี้นำให้ CJA 2003 กำหนดมาตรการให้ศาลออกคำสั่งหรือใช้มาตรการทางอาญาเพื่อกำหนดการแก่ผู้กระทำความผิดที่มีความเสี่ยงต่อการก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคม เพื่อให้อยู่ในความควบคุมและมีมาตรการอื่น ๆ เพื่อใช้ในการควบคุมพฤติกรรมของบุคคลเหล่านี้

ดังนั้นแนวคิดในการกำหนดโทษของประเทศอังกฤษในปัจจุบัน โดยเฉพาะใน CJA 2003 จึงเน้นป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากการกระทำความผิดที่ร้ายแรงและผู้กระทำความผิดที่เป็นอันตราย ซึ่งตรงกับแนวคิดในทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม (utilitarianism) ในด้านการเน้นตัดตัวผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (incapacitation) และการลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งการกระทำความผิด (deterrence) โดยถือความปลอดภัยของสังคมเป็นหลัก และใช้มาตรการควบคุมประกอบกับการออกคำสั่งเพื่อให้ปรับปรุงพฤติกรรม หรือห้ามการกระทำบางอย่างที่เป็นอันตรายเพื่อควบคุมอาชญากรรมมากขึ้น

### 3.3.2 การกำหนดโทษจำคุกและโทษปรับ

<sup>37</sup> The Criminal Justice Act 2003

<sup>38</sup> ณรงค์ ใจหาญ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น.66.

เนื่องจากกฎหมายอังกฤษได้ยกเลิกโทษประหารชีวิตไปตั้งแต่ ค.ศ.1965<sup>39</sup> ดังนั้นโทษสูงสุดของกฎหมายอังกฤษจึงเป็นโทษจำคุกตลอดชีวิต ส่วนการกำหนดโทษนั้น กฎหมายบัญญัติที่ออกมาจะกำหนดโทษที่กำหนดไว้ตายตัวตามกฎหมาย และมีโทษที่กำหนดโทษขั้นสูง โดยให้ศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษตามกระบวนการกำหนดโทษ sentencing process ในการกำหนดโทษจำคุกในกฎหมายอังกฤษนั้น หากเป็นความผิดที่เกิดมาจากแนวคำพิพากษาของศาล ศาลคอมมอนลอว์มีดุลพินิจในการกำหนดโทษจำคุกตามเวลาที่เห็นสมควร จนถึงเวลาจำคุกตลอดชีวิต แต่ในปัจจุบันความผิดส่วนใหญ่เป็นความผิดที่กำหนดไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร และกำหนดโทษไว้ตายตัวตามกฎหมาย และความผิดที่กำหนดโทษขั้นสูงไว้โดยมีโทษจำคุกตลอดชีวิต จนถึงจำคุกเกิน 1 เดือน

การกำหนดโทษปรับในอังกฤษ โทษปรับเป็นโทษที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด ความผิดที่ไม่อาจลงโทษปรับ คือ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา (murder) และความผิดตามมาตรา 109-111 แห่ง PCC(S) 2000 หรือในกรณีที่ศาลมีคำสั่งอื่นที่ไม่อาจลงโทษปรับ เช่น ส่งไปบำบัดรักษาในโรงพยาบาล หรือยกฟ้อง ส่วนความผิดฐานอื่น ๆ ศาล magistrate และศาล Crown court มีอำนาจลงโทษปรับได้ อย่างไรก็ตาม ในบางฐานความผิดที่กฎหมายกำหนดโทษปรับไว้อย่างแน่นอนแล้วในกฎหมาย ตำรวจหรือเจ้าพนักงานผู้บังคับให้เป็นไปตามกฎหมายสามารถปรับผู้กระทำความผิดได้<sup>40</sup>

โทษปรับในคดีที่พิจารณาแบบ summary นั้นส่วนใหญ่จะเป็นความผิดที่กำหนดจำนวนโทษปรับไว้ในแต่ละความผิด แต่จำนวนโทษปรับดังกล่าวไม่สอดคล้องกับค่าเงินที่เปลี่ยนไป โดยเฉพาะอัตราเงินเฟ้อในแต่ละปี ดังนั้นกฎหมายของอังกฤษจึงเปลี่ยนระบบการปรับใน ค.ศ. 1982<sup>41</sup> อังกฤษได้ปรับปรุงกฎหมายโดยกำหนดจำนวนโทษปรับเป็น ระดับชั้นโทษปรับ (Standard scale) เพื่อใช้กับความผิดที่พิจารณาแบบ summary trial ซึ่งแต่ละระดับชั้นโทษปรับนั้น จะกำหนดอัตราโทษปรับขั้นสูงไว้ซึ่งอัตราดังกล่าว กระทรวงยุติธรรมอังกฤษ (Home Office) สามารถปรับเพิ่มหรือลดได้ ก่อนปี ค.ศ. 1997 ระดับโทษปรับขั้นสูงแต่ละชั้นมีดังนี้ ระดับหนึ่ง 200 ปอนด์ ระดับสอง 500 ปอนด์ ระดับสาม 1,000 ปอนด์ ระดับสี่ 2,500 ปอนด์ ระดับห้า 5,000 ปอนด์<sup>42</sup> ต่อมาได้มีการนำเสนอแนวทางการกระทำอัตราโทษปรับใหม่ ตาม The Criminal Justice Act 1991 โดยศาล magistrate จะต้องกำหนดระดับความร้ายแรงของความผิดที่จำเลยกระทำลงว่ามีความร้ายแรงใน

<sup>39</sup> ณรงค์ ใจหาญ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น.82.

<sup>40</sup> ณรงค์ ใจหาญ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น.88.

<sup>41</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>42</sup> เพิ่งอ้าง.

ระดับใด และจึงบอกค่าของระดับดังกล่าวด้วยรายรับของจำเลย โดยการประเมินรายได้ ดังนั้นโทษปรับจึงแปรผันตามฐานะของผู้กระทำ หากเป็นผู้ยากจนจะถูกปรับด้วยจำนวนน้อยกว่าผู้ที่มีรายได้สูงกว่าในความผิดระดับเดียวกัน อย่างไรก็ตาม การปรับโทษพิจารณารายได้ของผู้กระทำนั้นมิผลใช้บังคับตั้งแต่เดือนตุลาคม 1992 และถูกยกเลิกไปเพราะมีผู้วิจารณ์ว่า ผู้กระทำอาจถูกปรับสูงเท่ากับความผิดร้ายแรง แม้ว่าได้กระทำความผิดเล็กน้อย หากผู้นั้นมีฐานะดี ดังนั้นจึงได้ปรับปรุงแก้ไขการกำหนดโทษปรับ โดยแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 18 ของ The Criminal Justice Act 1991<sup>43</sup> โดยกำหนดหลักเกณฑ์การลงโทษปรับว่า ศาลจะต้องคำนึงสภาพทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด และค่าปรับจะต้องกำหนดตามความร้ายแรงของความผิดที่ศาลพิจารณา อย่างไรก็ตามศาลมีอำนาจเพิ่มหรือลดอัตราโทษปรับได้ โดยพิจารณาจากฐานะของผู้กระทำความผิด และมีเหตุควรอย่างอื่น เช่น การชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย เป็นต้น

ศาลสามารถกำหนดโทษปรับแก่ผู้กระทำความผิดได้โดยพิจารณาจากสภาพฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดแล้วจึงกำหนดโทษปรับตามที่เห็นสมควร โดยศาลกำหนดโทษปรับตามความร้ายแรงของความผิดซึ่งต้องคำนึงถึงความเสียหายของทรัพย์สินที่ถูกลัก หรือสิ่งของที่ถูกทำลายและฐานะของผู้กระทำความผิดด้วย แต่ถ้าในรายงานของศาลไม่เพียงพอที่จะทราบถึงเกณฑ์ในการพิจารณาแล้ว ศาลมีอำนาจกำหนดค่าปรับได้ตามที่เห็นสมควร<sup>44</sup>

ชั้นของโทษจำคุกอังกฤษได้มีการแยกประเภทของโทษไว้ เช่น โทษจำคุกตลอดชีวิตจะต้องกระทำความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา (murder) กระทำความผิดร้ายแรง (serious offence) เป็นครั้งที่สองระหว่างที่รับโทษจำคุกตลอดชีวิตอยู่<sup>45</sup> และผู้ที่กระทำจะต้องมีอายุเกิน 21 ปีขึ้นไปและไม่ได้รับการลดโทษตามหลักเกณฑ์ในกฎหมาย เช่น การพยายามฆ่า ให้คำปรึกษาในการกระทำความผิดฐานฆ่า (soliciting murder) ความผิดฐาน manslaughter ทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนได้รับอันตรายสาหัส ข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืน ครอบครองอาวุธปืนโดยเจตนาทำร้ายผู้อื่นซึ่งทรัพย์สินโดยมีอาวุธปืน เป็นต้น โทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายบัญญัติตามที่กล่าวข้างต้น มีบางฐานความผิดที่ปรับให้โทษสูงขึ้นได้ ทั้งนี้เพราะเป็นนโยบายของนิติบัญญัติที่จะปรับปรุงการลงโทษความผิดที่ถือว่าเป็นความผิดร้ายแรง (serious offence) และเป็นผู้ที่มีพฤติกรรมเสี่ยงต่อการกระทำความผิดซ้ำ ซึ่งกฎหมายกำหนดว่าเป็น ผู้กระทำความผิดที่เป็นอันตราย (dangerous offender) ดังนั้น CJA 2003 หมวดที่ 5 มาตรา 224 จึงได้กำหนดความผิดไว้ใน schedule 15 ซึ่งกำหนดให้ความผิดบางฐานที่เกี่ยวกับความผิดต่อชีวิตและร่างกาย และความผิดเกี่ยวกับเพศ ถือเป็นความผิดร้ายแรง

<sup>43</sup> เฟ็งฮ้าง, น.89.

<sup>44</sup> PCC(S)A 2000 s. 127,128

<sup>45</sup> PCC(S)A 2000 s. 109



ตามที่กฎหมายกำหนด และสามารถลงโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกอย่างต่ำ 10 ปีขึ้นไป หากเป็นผู้กระทำความผิดที่มีอายุ 18 ปีขึ้นไป

### 3.3.3 คณะกรรมการกำหนดแนวทางการกำหนดโทษ (The Sentencing Guideline Council)

The Criminal Justice Act 2003 ss.167 ถึง 173 กำหนดคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่กำหนด sentencing guideline<sup>46</sup> เพื่อเป็นแนวทางที่ศาลจะใช้ทั่วประเทศ และจัดทำรายงานการลงโทษเป็นรายงานประจำปีคณะกรรมการชุดนี้เรียกว่า The Sentencing Guideline Council ประกอบด้วย Lord Chief Justice เป็นประธาน และมีคณะกรรมการอีก 7 คนจากตุลาการ แต่งตั้งโดย Lord Chancellor โดยได้ปรึกษาจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยและ Lord Chief Justice และกรรมการอีก 4 คนซึ่งไม่ใช่ตุลาการ แต่งตั้งโดย Secretary of State โดยได้รับคำปรึกษาจาก Lord Chancellor และ Lord Chief Justice จากระบบราชการเป็นตุลาการหรือกรรมการที่ไม่ใช่ตุลาการซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดย Lord Chief Justice

แนวทางการกำหนดโทษนั้นมีพื้นฐานในการจัดทำเพื่อต้องการให้การลงโทษในอังกฤษมีความเสมอภาค และเป็นแนวทางเดียวกันทั่วประเทศ เป็นแนวทางให้ศาลในอังกฤษและเวลส์ใช้เพื่อกำหนดโทษในความผิดที่ระบุไว้ใน guidelines เป็นแนวทางในการเสริมสร้างประสิทธิภาพในการลงโทษเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ เพื่อเป็นการส่งเสริมให้ประชาชนเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรม และเพื่อนำนโยบายการกำหนดโทษของ The Council มาใช้ให้เกิดผลในทางปฏิบัติจริง ซึ่งแนวทางในการปฏิบัตินั้นจะเป็นการกำหนดโทษที่ประกาศใช้ ต้องประกอบไปด้วย ประเภทของความผิด หลักเกณฑ์การวินิจฉัยว่าเป็นความผิดร้ายแรง รวมถึงการเพิ่มโทษหากมีการกระทำความผิดซ้ำ<sup>47</sup> ก่อนจะออกแนวทางการกำหนดโทษ คณะกรรมการจะต้องประกาศและรับฟังความเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้อง แล้วนำความเห็นดังกล่าวปรับปรุงก่อนนำเสนอ The Council ผลของการกำหนดโทษ เมื่อประกาศออกมาแล้ว CJA 2003 s. 172 กำหนดให้ผู้พิพากษาต้องถือตามแนวทางการกำหนดโทษ ในการกำหนดโทษผู้กระทำความผิด และต้องบังคับให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่แนวทางการกำหนดโทษระบุไว้ นอกจากนี้ CJA 2003 s. 173 กำหนดให้ Secretary of State และ Lord Chancellor ต้องจัดทำรายงานประจำปีของ The Council เพื่อเสนอต่อรัฐสภา และตีพิมพ์รายงานดังกล่าวเพื่อเผยแพร่ต่อไป

<sup>46</sup> ณรงค์ ใจหาญ, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 12, น.99.

<sup>47</sup> *เพ็งอ้าง*, น.100.

เรื่องยี่ต็อก หรือ บัญชีระวางโทษ (Sentencing guideline) ซึ่งในประเทศอเมริกาก็มีใช้ร่วมกันทุกรัฐ ของประเทศไทยนั้นจะมีในชั้นศาล ซึ่งศาลแต่ละชั้นจะเป็นความลับ<sup>48</sup> ในศาลชั้นอุทธรณ์และชั้นฎีกาก็มียี่ต็อกเช่นเดียวกันแต่ไม่ได้มีการทำเป็นข้อบังคับ

แนวทางการกำหนดโทษตาม Sentencing Guideline นั้น Sentencing Guideline Council ได้ประกาศใช้ New Sentences : Criminal Justice Act 2003 โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่เมษายน 2005 เป็นต้นมา หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษซึ่งใช้ทั่วประเทศนั้น แยกออกเป็น 2 ส่วน ส่วนหนึ่งเป็นการกำหนดโทษในชุมชน (Community sentence) และส่วนที่สองเป็นการกำหนดโทษจำคุกและกักขัง (Custodial sentence) โดยแบ่งออกเป็น 3 เรื่อง<sup>49</sup> เรื่องแรกเป็นแนวทางในการกำหนดโทษจำคุกหรือกักขังตั้งแต่ 12 เดือนหรือหนักกว่านั้น ซึ่งพิจารณาโดย Indictment เรื่องที่สอง เป็นการกำหนดโทษจำคุกหรือกักขังที่น้อยกว่า 12 เดือน ซึ่งพิจารณาโดย Summary trial และเรื่องที่สาม เป็นการกำหนดโทษจำคุกบางวันหรือสุดสัปดาห์ ที่เรียกว่า intermittent custody order และแนวทางในการกำหนดโทษนี้เป็นการกำหนดรายละเอียดและข้อสังเกตให้แก่ผู้พิพากษาได้เข้าใจและบังคับใช้มาตรการทางอาญาที่กำหนดไว้ใน CJA 2003 ได้อย่างถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย แต่ไม่ได้กำหนดรายละเอียดไว้ว่าในแต่ละกรณีควรกำหนดโทษจำนวนเท่าใด

กล่าวโดยสรุป แนวคิดในการลงโทษของอังกฤษนั้น ได้พัฒนาวัตถุประสงค์ในการลงโทษด้วยความประสงค์ที่อยากจะลดอาชญากรรม ป้องกันสังคม เพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด และชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้กระทำความผิด และการกำหนดโทษนั้นอังกฤษมีคณะกรรมการกำหนดโทษขึ้น และจัดทำแนวทางในการกำหนดโทษเพื่อใช้ทั่วประเทศ เพื่อให้มีความเสมอภาคเป็นธรรม และยุติธรรม ในขณะที่เดียวกันการบริหารจัดการโทษก็ต้องมีประสิทธิภาพ น่าเชื่อถือและใช้งบประมาณอย่างมีคุณค่าที่สุด และในส่วนของโทษจำคุกและปรับนั้น การจะลงโทษจำคุกตลอดชีวิตจะต้องเป็นความผิดที่มีความร้ายแรง หรือเป็นความผิดที่สังคมเห็นว่าก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมมาก ส่วนโทษปรับนั้น ศาลมีอำนาจกำหนดโทษปรับโดยคำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดประกอบ

<sup>48</sup> สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 122.

<sup>49</sup> ณรงค์ ใจหาญ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น.103.

ตารางที่ 3.1 ตารางเปรียบเทียบมาตรการการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษในคดีอาญาตามกฎหมายต่างประเทศ

ประเทศ	ระบบกฎหมาย	มาตรา	เงื่อนไข
ประเทศเยอรมนี	ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law)	มาตรา 46 (2) และ มาตรา 46 (3)	<p>1.เกณฑ์ในการพิจารณากำหนดโทษไว้ได้แก่ แรงจูงใจและวัตถุประสงค์ของผู้กระทำความผิดที่ตนคิดซึ่งสะท้อนจากการกระทำความผิดและระดับของเจตนาในการกระทำ ระดับของการละเลยต่อหน้าที่ วิธีการกระทำความผิดและผลที่เกิดจากการกระทำที่นำคำนิยาม ประวัติความเป็นมาในชีวิต บุคลิกภาพ และสถานะทางการเงินของผู้กระทำความผิด รวมทั้งความประพฤติหลังการกระทำความผิด โดยเฉพาะความพยายามที่จะเยียวยาความเสียหายและการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยกับผู้เสียหาย</p> <p>2. และยังบัญญัติมิให้ศาลคำนึงถึงองค์ประกอบของความผิดอีกด้วย</p>
ประเทศฝรั่งเศส	ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law)	มาตรา 132-1 วรรคสองและวรรคสาม มาตรา 132-24	<p>1. ศาลจะพิจารณาลักษณะ ความรุนแรง และรูปแบบการลงโทษโดยพิจารณาจากพฤติการณ์ของความผิด และลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิด เช่นเดียวกับสถานะทางกายภาพ ทางครอบครัว ทางสังคมของผู้กระทำความผิด</p> <p>2. เกณฑ์ในการพิจารณากำหนดโทษ ได้แก่ พฤติการณ์ของความผิดที่ได้กระทำลง บุคลิกภาพเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิด หากเป็นโทษปรับจะต้องคำนึงถึงสถานะทางการเงินของผู้กระทำความผิด</p>
ประเทศอังกฤษ	ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)	PCC(S)A 2000 และ New Sentences : Criminal Justice Act 2003	<p>1.โทษจำคุกและปรับนั้น การจะลงโทษจำคุกตลอดชีวิตจะต้องเป็นความผิดที่มีความร้ายแรงหรือเป็นความผิดที่สังคมเห็นว่าก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมมาก โทษปรับนั้น ศาลมีอำนาจกำหนดโทษปรับโดยคำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดประกอบ</p> <p>2.การกำหนดโทษนั้นอังกฤษมีคณะกรรมการกำหนดโทษขึ้น และจัดทำแนวทางในการกำหนดโทษเพื่อใช้ทั่วประเทศ เพื่อให้มีความเสมอภาคเป็นธรรม และยุติธรรม ในขณะที่เดียวกันการบริหารจัดการโทษก็ต้องมีประสิทธิภาพ น่าเชื่อถือ และใช้งบประมาณอย่างมีคุณค่าที่สุด</p>

จากตารางข้างต้นจะสามารถเปรียบเทียบมาตรการการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษในคดีอาญาตามกฎหมายต่างประเทศได้ ดังนี้ การกำหนดโทษโดยศาลนั้นแม้หลักทั่วไปจะต้องไปเป็นไปตามหลักสัดส่วนแห่งความร้ายแรงซึ่งเป็นการพิจารณาด้านทฤษฎี และกฎหมายได้บัญญัติบทระวางโทษไว้แล้วแต่การลงโทษตามมาตรการของต่างประเทศดังกล่าวยังได้คำนึงถึงตัวผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นการพิจารณาด้านอรรถวิสัยประกอบด้วย เช่น ประวัติความเป็นมาในชีวิต บุคลิกภาพ และสถานะทางการเงินของผู้กระทำความผิด ซึ่งหากเปรียบเทียบของไทยจะเห็นว่า การคำนึงถึงลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิดมาประกอบดุลพินิจในการลงโทษยังคงมีข้อจำกัดอยู่บางประการ กล่าวคือ ในบทบัญญัติของกฎหมายไทยไม่ได้แสดงหลักการดังกล่าวในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนีหรือประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส หรือตาม PCC(S)A 2000 และ New Sentences : Criminal Justice Act 2003



## บทที่ 4

# วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในคดีอาญา ตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

นิติเศรษฐศาสตร์อธิบายปัญหาอาชญากรรมโดยการมุ่งเน้นไปที่การตัดสินใจเชิงพฤติกรรมส่วนบุคคลของตัวอาชญากรเองเป็นหลัก การออกแบบบทลงโทษจึงต้องเข้าใจลักษณะแบบแผนของอาชญากรเสียก่อน<sup>1</sup> จากแนวคิดของ Becker ในเรื่องรูปแบบทางเศรษฐศาสตร์อาชญากรรม (The economic model of crime) โดยเสนอว่า อาชญากรทุกคนล้วนมีเหตุในการกระทำความผิด โดยการตัดสินใจกระทำความผิดของอาชญากรนั้นขึ้นอยู่กับว่า ผลประโยชน์คาดหวัง (expected gain) ที่อาชญากรคาดว่าจะได้รับ กล่าวคือ หากผลประโยชน์ที่อาชญากรจะได้รับมีปริมาณมากกว่าการลงโทษที่อาชญากรจะได้รับอาชญากรนั้นจะประกอบอาชญากรรมขึ้น ในทางตรงกันข้าม ถ้าผลประโยชน์คาดหวังมีปริมาณน้อยกว่าโทษที่อาชญากรจะได้รับอาชญากรก็จะถูกยับยั้ง (deter) โดยกฎหมายและจะไม่ประกอบอาชญากรรมนั้น ดังนั้นจากแนวคิดดังกล่าว การใช้ดุลพินิจในการลงโทษทางอาญาของศาลก็ต้องคำนึงถึง ผลประโยชน์คาดหวังของอาชญากร ขนาดของความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคม และโอกาสที่อาชญากรจะถูกจับกุม มาประกอบการใช้ดุลพินิจด้วย

### 4.1 วิเคราะห์ขนาดของความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคมจากการกระทำความผิด

การกำหนดบทลงโทษในกฎหมายอาญาของประเทศไทยจะคำนึงถึงความเสียหายที่อาชญากรได้สร้างความเสียหายต่อสังคม<sup>2</sup> กล่าวคือ อาชญากรที่สร้างความเสียหายต่อสังคมมากควรลงโทษหนัก และอาชญากรที่สร้างความเสียหายต่อสังคมน้อย ควรจะลงโทษเบา เป็นต้น

<sup>1</sup> ปกป้อง จันวิทย์, “การวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์: แนวคิดและวรรณกรรมปริทัศน์,” ในโครงการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์, (Economic Analysis of Criminal Laws), สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัยและสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2554, น. 18.

<sup>2</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น. 69.

ในความผิดที่ลงโทษหนักขึ้นเพราะลักษณะของการกระทำความ ประมวลกฎหมายอาญาก็กำหนดโทษที่สูงขึ้น โดยคำนึงถึงการกระทำที่รุนแรงขึ้น ซึ่งสร้างความเสียหายที่มากขึ้นให้กับสังคม เช่น ความผิดฐานฉ้อโกง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ หากเป็นการฉ้อโกงประชาชนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 343 ซึ่งเป็นการสร้างความเสียหายที่มากขึ้นต่อสังคมเพิ่มขึ้น จะต้องระวางโทษเพิ่มเป็น โทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นต้น ซึ่งการกำหนดโทษโดยฝ่ายนิติบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญานี้ก็เป็นเพียงการกำหนดกฎเกณฑ์กว้าง ๆ ในการลงโทษให้อยู่ในช่วงขนาดของบทลงโทษที่เหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคม แต่เมื่อจะใช้โทษที่อยู่ในประมวลกฎหมายอาญากับผู้กระทำความผิดแต่ละราย ศาลจะมีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะพิจารณาความเสียหายของการกระทำความผิดของจำเลยแต่ละคนในแต่ละครั้ง และกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน ซึ่งเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่น้อยและไม่มากเกินไปกว่ากรอบที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้แล้วตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย (principle of legality)<sup>3</sup> Cesare Beccaria ได้กล่าวว่า ขนาดของอาชญากรรมคือความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคม (The true measure of crimes is the harm done to society)<sup>4</sup>

ขนาดของความเสียหายที่อาชญากรได้ก่อให้เกิดขึ้น (magnitude of harm) และโอกาสในการเกิดความเสียหาย ล้วนแต่เป็นปัจจัยในการกำหนดความเสียหายที่แท้จริง (actual harm) เพื่อประกอบดุลพินิจในการลงโทษ<sup>5</sup> แนวคิดในทางกฎหมายในการลงโทษให้สัมพันธ์กับขนาดของความเสียหาย คือ ความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายมาก แนวโน้มที่ศาลจะลงโทษหนักก็จะมีมากขึ้น ในขณะที่ความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมน้อย ศาลก็จะลงโทษเบา แต่ถ้าหากพิจารณาในมุมมองของนิติเศรษฐศาสตร์ที่กล่าวมาแล้วนั้น จะพบว่า ความเสียหายที่แท้จริงต่อสังคมจะต้องพิจารณาถึงโอกาสที่จะก่อเกิดความเสียหายต่อสังคมนั้นด้วย (probability of harm) ยกตัวอย่างเช่น ในความผิดฐาน ก. ความเสียหายที่ก่อให้เกิดขึ้นต่อสังคมมีมากกว่า ความผิดฐาน ข. แต่โอกาสที่เกิดขึ้นนั้น ความผิดฐาน ข. มีมากกว่า ดังนั้น ความผิดฐาน ข. อาจจะต้องลงโทษหนักกว่าก็ได้ เพราะความผิดฐาน ข. ได้สร้างความเสียหายที่แท้จริง (actual harm) มากกว่าความผิดฐาน ก. นั่นเอง จากแนวคิดดังกล่าวสามารถสรุปได้ว่า อาชญากรรมหรือฐานความผิดที่มีโอกาสเกิดขึ้นบ่อยครั้งย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมมากเช่นเดียวกับอาชญากรรมร้ายแรง จึงควรลงโทษความผิดฐานดังกล่าวที่เกิดขึ้นบ่อยด้วยโทษที่หนักขึ้นเช่นเดียวกัน

<sup>3</sup> เพิ่งอ้าง, น.70.

<sup>4</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>5</sup> เพิ่งอ้าง, น.71.

## 4.2 วิเคราะห์ผลประโยชน์คาดหวังที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับจากการกระทำความผิด

จากที่กล่าวมาแล้วนั้นอาชญากรส่วนมากจะมองการกระทำความผิดที่เป็นอาชญากรรมอย่างมีเหตุผล โดยจะกระทำความผิดเมื่อผลประโยชน์คาดหวังมากกว่าต้นทุนคาดหวัง และในทางตรงกันข้ามจะไม่กระทำความผิดเมื่อต้นทุนคาดหวังมากกว่าประโยชน์คาดหวัง ดังนั้นจึงจำเป็นต้องหาผลประโยชน์และต้นทุนของอาชญากร<sup>6</sup> ผลประโยชน์และต้นทุนของอาชญากรอยู่บนฐานของความไม่แน่นอน (uncertainty) ในอนาคต กล่าวคือ การได้รับผลประโยชน์ของการก่ออาชญากรรมขึ้นอยู่กับความสำเร็จของการปฏิบัติการ ซึ่งไม่แน่นอนว่าจะสำเร็จเสมอไปหรือไม่ ขณะที่ต้นทุนของการก่ออาชญากรรมขึ้นอยู่กับความประเมิณความเสี่ยงที่จะถูกจับกุมมาดำเนินคดีและถูกลงโทษตามกฎหมาย<sup>7</sup>

ผลประโยชน์คาดหวังของอาชญากร (expected benefits) หมายถึง ประโยชน์ที่อาชญากรคาดว่าจะได้รับจากการกระทำความผิดอาญา ซึ่งท้ายที่สุด อาชญากรอาจได้รับเต็มตามจำนวนที่คาดหวัง เพราะเป็นการกระทำความผิดสำเร็จ หรืออาจได้รับบางส่วน เพราะกระทำความผิดสำเร็จแล้วแต่ทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดน้อยกว่าที่คาดหวังไว้ หรือเป็นการกระทำความผิดที่ไม่บรรลุผล ซึ่งประโยชน์ที่คาดหวังได้ของอาชญากรนั้น อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

### 4.1.1 ผลประโยชน์ที่คำนวณเป็นเงินได้

การกระทำความผิดบางฐานอาชญากรได้รับผลประโยชน์ที่คำนวณเป็นเงินได้ เช่น ลักทรัพย์มูลค่าของทรัพย์สินที่ได้ก็มาคำนวณเป็นเงินได้ รับสินบนตามประมวลกฎหมายอาญา เงินที่ได้จากการรับสินบนก็อาจคำนวณเป็นเงินได้ เงินที่ได้จากการขายยาเสพติด เป็นต้น ผลประโยชน์คาดหวังเหล่านี้จะกลายเป็นผลประโยชน์ของอาชญากรอย่างแท้จริง<sup>8</sup> ดังนั้นผลประโยชน์ดังกล่าวจึงเป็น แรงจูงใจ (incentive) ให้บุคคลผู้กระทำความผิด

### 4.1.2 ผลประโยชน์ที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้

การกระทำความผิดบางลักษณะ อาชญากรอาจได้รับประโยชน์ที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ เช่น ความพึงพอใจจากการทำร้ายร่างกายเพื่อแก้แค้น หรือ การฆ่าคนเพื่อปกปิดความผิดอื่น การสนองความใคร่ในความคิดเกี่ยวกับเพศ ผลประโยชน์คาดหวังเหล่านี้ไม่อาจถูกริบทรัพย์สินได้ จึงจะต้องถูกขยับยั้งโดยโทษที่ไม่ใช่ตัวเงิน

ต้นทุนของการก่ออาชญากรรม ยกตัวอย่างเช่น ค่าใช้จ่ายในการกระทำความผิด เช่น ปืน อุปกรณ์ต่าง ๆ บทลงโทษของการกระทำความผิดนั้น เช่น ค่าปรับ การถูกจำคุก อีกทั้งอาชญา

<sup>6</sup> เฟ็งฮ้าง, น. 99.

<sup>7</sup> ปกป้อง จันวิทย์, ฮ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น.19.

<sup>8</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, ฮ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น.101.

กรยังต้องมีตราบาปติดตัวอีกด้วย (stigma effect) เช่น การมีประวัติอาชญากร ซึ่งส่งผลกระทบต่อโอกาสในการประกอบอาชีพและชีวิตภาคหน้า เป็นต้น งานวิจัยด้านนิติเศรษฐศาสตร์จำนวนมาก<sup>9</sup> เชื่อว่าอาชญากรส่วนใหญ่ ไม่ว่าจะกระทำความผิดด้วยแรงจูงใจแบบใด มีฐานะทางการเงินเช่นใด มีการศึกษาระดับสูงต่ำเพียงใด ล้วนตอบสนองต่อแรงจูงใจ หรือโครงสร้างผลประโยชน์และต้นทุนที่เปลี่ยนแปลงไป

ยกตัวอย่างคดีที่มีการส่งคำสั่งซื้อขายกันภายในกลุ่มเพื่อผลักดันราคาหุ้นและกรณีร่วมกับผู้อื่นสร้างราคาหลักทรัพย์บริษัทจำกัดมหาชนแห่งหนึ่ง ซึ่งเป็นคดีที่ศาลฎีกาได้ตัดสินขึ้นในปี พ.ศ. 2558<sup>10</sup> คดีนี้สืบเนื่องจากเมื่อวันที่ 22 เมษายน 2536 สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) ได้กล่าวโทษจำเลยทั้งสอง กรณีร่วมกับบุคคลอื่นสร้างราคาหุ้น ในปี พ.ศ. 2535 โดยพนักงานอัยการได้มีคำสั่งฟ้องและเป็นโจทก์ฟ้องจำเลยต่อศาลอาญากรุงเทพใต้ โดยที่ศาลอาญากรุงเทพใต้พิพากษาว่าบุคคลทั้งสองเป็นตัวการกระทำความผิด 2 กระงตามมาตรา 42 ฉ(1)(2) แห่งพระราชบัญญัติตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2517 และมาตรา 243(1)(2) และมาตรา 244 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ประกอบมาตรา 83 และมาตรา 91 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ให้ลงโทษความผิดระหว่างวันที่ 2 มกราคม ถึงวันที่ 17 สิงหาคม 2535 จำคุก 6 เดือน และปรับ 200,000 บาท และความผิดระหว่างวันที่ 18 สิงหาคม ถึงวันที่ 7 ตุลาคม 2535 จำคุก 1 ปี 6 เดือน และปรับ 500,000 บาท โทษจำคุกไม่รอการลงโทษ

ต่อมาศาลอุทธรณ์พิพากษายืนและแก้คำพิพากษาศาลอาญากรุงเทพใต้ในส่วนผู้กระทำความผิดคนที่สองโดยพิพากษาว่าเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ลงโทษความผิดระหว่างวันที่ 2 มกราคม ถึงวันที่ 17 สิงหาคม 2535 จำคุก 4 เดือน และปรับ 133,333.33 บาท และความผิดระหว่างวันที่ 18 สิงหาคม ถึงวันที่ 7 ตุลาคม 2535 จำคุก 1 ปี และปรับ 333,333.33 บาท โทษจำคุกไม่รอการลงโทษ ต่อมาวันที่ 16 มีนาคม 2558 ศาลฎีกามีคำพิพากษาแก้คำพิพากษาศาลอุทธรณ์เป็นผู้กระทำความผิดคนที่สองเป็นตัวการร่วมกับผู้กระทำความผิดคนที่หนึ่ง กระทำความผิด 1 กระงตามมาตรา 243 และ 244 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ฯ ประกอบมาตรา 83 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยลงโทษผู้กระทำความผิดคนที่หนึ่ง จำคุก 1 ปี และปรับ 333,333.33 บาท และผู้กระทำความผิดคนที่สอง จำคุก 1 ปี 6 เดือน และปรับ 500,000 บาท โทษจำคุกไม่รอการลงโทษ

<sup>9</sup> Steven and Thomas, “Empirical study of criminal punishment” (2007) in A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell, Handbook of law and economics, Vol 1 p.459.

<sup>10</sup> PPTV Online , “ศาลสั่งจำคุก 2 จำเลยปั้นหุ้นกฤษฎาพานคร,” สืบค้นเมื่อวันที่ 8 มิถุนายน 2565, จาก <https://www.pptvhd36.com/news/12758>



จากคดีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าค่าปรับที่ผู้กระทำความผิดถูกปรับนั้นเป็นเงินจำนวนน้อยมากกว่าความเสียหายที่เกิดกับนักลงทุนรายย่อยหลายเท่าตัว

จากแนวคิดที่กล่าวมาข้างต้นนั้นจะเห็นได้ว่าศาลเองจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ที่อาชญากรได้จากการกระทำความผิด หากอาชญากรได้ประโยชน์จากการกระทำความผิดมาก ศาลก็ต้องลงโทษให้หนักกว่าอาชญากรที่ได้ประโยชน์จากการกระทำความผิดน้อยกว่า เนื่องจากอาชญากรจะตัดสินใจประกอบอาชญากรรมขึ้นเมื่อประโยชน์มากกว่าต้นทุน เมื่อเป็นเช่นนั้น อาชญากรที่ได้ประโยชน์จากการกระทำความผิดมากก็ต้องถูกลงโทษให้หนักเพื่อขยับยั้งไม่ให้ตัดสินใจกระทำอีก และอาชญากรที่ได้รับประโยชน์น้อยก็ลงโทษลดหลั่นกันลงมาที่สามารถที่จะขยับยั้งไม่ให้เขากระทำความผิดได้อีกแล้ว ซึ่งการลงโทษในรูปแบบนี้เป็นการทำลายแรงจูงใจ (incentive) ของอาชญากร

#### 4.3 วิเคราะห์โอกาสที่ผู้กระทำความผิดจะถูกลงโทษ

เมื่อก้าวถึงประโยชน์คาดหวังของอาชญากรแล้วจึงจำเป็นต้องกล่าวถึงต้นทุนคาดหวังของอาชญากร (expected costs) ซึ่งประกอบไปด้วย ขนาดของบทลงโทษ (magnitude of punishment) และโอกาสในการถูกจับกุม (probability of apprehension)<sup>11</sup> สิ่งที่อาชญากรคิดก่อนตัดสินใจทำผิดจะมีสองส่วนคือ ขนาดของบทลงโทษว่าความผิดฐานนั้นจะมีขนาดบทลงโทษเท่าใด และโอกาสในการถูกจับกุมมีมากหรือน้อยเพียงใด ส่วนผสมทั้งสองประการนี้จะรวมกันเป็นต้นทุนคาดหวังของอาชญากร ซึ่งจะได้สมการดังนี้  $Expected\ costs = Magnitude\ of\ punishment \times Probability\ of\ apprehension$

ขนาดของบทลงโทษ (magnitude of punishment)<sup>12</sup> ในที่นี้คือ ขนาดของบทลงโทษทางอาญาที่แยกเป็นประเภทของบทลงโทษและขนาดสูงต่ำของโทษ โทษที่น่าเกรงกลัวและถือว่าเป็นขนาดสูงสุดของบทลงโทษ คือ โทษประหารชีวิต แม้โทษประหารชีวิตจะไม่ได้รับการยอมรับในมุมมองของสิทธิมนุษยชน แต่การลงโทษด้วยการประหารชีวิตก็เป็นขนาดของบทลงโทษที่ใหญ่ที่สุดและเป็นต้นทุนที่สูงที่สุดของอาชญากร โทษจำคุกตลอดชีวิตก็เป็นต้นทุนที่รุนแรงถัดลงมาจากโทษประหารชีวิต โทษจำคุกตามระยะเวลาเป็นต้นทุนที่ถัดมาจากโทษจำคุกตลอดชีวิต ระยะเวลาในการจำคุกหมายถึง ต้นทุนที่สูงขึ้นในมุมมองของอาชญากร ระยะเวลาที่ไม่ยาวนานนักในการจำคุกก็จะแสดงถึงต้นทุนที่ต่ำในสายตาของอาชญากรในการกระทำความผิด ซึ่งในบางครั้ง

<sup>11</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, “การวิเคราะห์โทษอาญาด้วยหลักนิติเศรษฐศาสตร์,” ปีที่ 39, ฉบับที่ 3, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. 510, 515.

<sup>12</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถ*ที่ 2, น.102-103.

ระยะเวลาการจำคุกไม่นานอาจเลือกว่าจะรับโทษจำคุกมากกว่าการยอมเสียค่าปรับหรือริบทรัพย์สิน เพราะอาชญากรบางคนอาจยอมรับได้ในการจำคุกระยะสั้นที่เป็นต้นทุนที่ไม่มากนักในมุมมองของเขา แต่การสูญเสียทรัพย์สินแต่การสูญเสียค่าปรับหรือการถูกริบทรัพย์สินอาจจะเป็นความสูญเสียที่อาชญากรมองว่ามีต้นทุนมากกว่า แต่ในทางทฤษฎีแล้ว โทษจำคุกย่อมเป็นโทษที่รุนแรงกว่าโทษปรับเสมอ และโทษจำคุกจะใช้กับการกระทำที่รุนแรงกว่าโทษปรับ เพราะเป็นโทษที่ลงกับเสรีภาพ ส่วนโทษปรับเป็นโทษที่ลงกับทรัพย์สิน

โอกาสในการถูกจับกุม (probability of apprehension) ในทางเศรษฐศาสตร์ ขนาด (magnitude) และ โอกาส (probability) มีความสัมพันธ์กันเสมอ<sup>13</sup> และในความเป็นจริงสิ่งใดเป็นสิ่งสำคัญจะต้องประกอบด้วยขนาดที่ใหญ่และโอกาสที่มากในการเกิดสถานการณ์นั้น ตรงกันข้ามหากขนาดใหญ่แต่โอกาสเกิดน้อย หรือขนาดเล็กแต่โอกาสเกิดมาก ก็จะเป็นสิ่งสำคัญรองลงไป เมื่อเปรียบเทียบกับขนาดใหญ่แต่โอกาสเกิดน้อย กับขนาดเล็กแต่โอกาสที่จะเกิดมาก บางสถานการณ์ขนาดเล็กแต่โอกาสเกิดมากยังมีความสำคัญมากกว่า โอกาสในการจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษ (probability of apprehension) จึงเป็นปัจจัยสำคัญในการคำนวณต้นทุนของอาชญากร หากเปรียบเทียบการคิดเบี้ยประกันรถยนต์ เหตุที่บริษัทประกันภัยลดเบี้ยประกันภัยให้กับผู้มีประวัติขับขี่ที่ดีซึ่งไม่มีการเคลมความเสียหายในปีที่แล้ว เป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่าโอกาสเกิดความเสียหายน้อยลง ทำให้ต้นทุนของบริษัทประกันภัยลดน้อยลง ค่าเบี้ยประกันภัยที่เรียกเก็บกับผู้ขับขี่ที่น้อยลง

ความสัมพันธ์ระหว่างการกำหนดขนาดของบทลงโทษกับโอกาสในการจับกุมผู้กระทำความผิด สมมติให้ระดับการป้องปรามอาชญากรรมคงที่ โดยมีมูลค่าของค่าปรับคาดคะเนอยู่ที่ 1,000 บาท มูลค่าดังกล่าวอาจมีที่มาจากหลายกรณี<sup>14</sup> เช่น กรณีที่ต้องเสียค่าปรับ 1,000 บาท หากต้องถูกจับกุมทุกครั้งที่ยุ่กระทำความผิด ความน่าจะเป็นหรือโอกาสที่จะถูกจับกุมจะเท่ากับ 1 หรือ กรณีที่ต้องเสียค่าปรับ 1,000 บาท หากโอกาสในการถูกจับกุมลดลงมาเหลือ 0.1 หรือ กรณีที่ต้องเสียค่าปรับ 1,000 บาท แต่โอกาสถูกจับกุมมีอยู่น้อยมากเพียง 0.0001 เท่านั้น ทั้งสามกรณีดังกล่าวให้มูลค่าขนาดของค่าปรับคาดคะเน 1,000 บาทเท่ากันทุกกรณี หากอาชญากรมีลักษณะเป็นกลางต่อความเสี่ยง (Risk Neutral) จะมีความรู้สึกที่ไม่แตกต่างกัน (indifferent) ระหว่าง 3 กรณี นั่นคือส่วนผสมของขนาดของบทลงโทษและโอกาสในการจับตัวผู้กระทำความผิดที่แตกต่างกัน แต่ให้มูลค่าของค่าปรับคาดคะเนเท่ากันจะส่งผลป้องปรามการก่ออาชญากรรมเหมือนกัน

<sup>13</sup> ปกป้อง จันวิทย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.32.

<sup>14</sup> *เท็งอ้าว*.

แต่ในโลกของความเป็นจริง คนมักจะมีลักษณะไม่ชอบความเสี่ยง (Risk Aversion)<sup>15</sup> คนเหล่านี้จะมีความรู้สึกแตกต่าง 3 กรณีข้างต้น โดยจะให้ค่าน้ำหนักกับขนาดของค่าปรับในการตัดสินใจเป็นสำคัญ ไม่ว่าโอกาสในการถูกจับกุมจะมากน้อยเพียงใด แม้การถูกปรับ 1,000,000 บาท มีโอกาสในการถูกจับน้อยนิดเพียงใดก็ไม่กล้าเสี่ยงกระทำความผิด พฤติกรรมจะตอบสนองตามขนาดของค่าปรับ เช่นนี้แล้ว ผลในการป้องปรามของทั้ง 3 กรณีข้างต้นจึงไม่เท่ากัน โดยผู้กระทำความผิดจะชอบกรณีค่าปรับน้อยมากที่สุด

ดังนั้นเมื่อเป็นเช่นนี้ การกำหนดค่าปรับหรือบทลงโทษที่เหมาะสมของสังคมจึงต้องผสมผสานขนาดของค่าปรับและโอกาสในการจับกุมตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษอย่างลงตัว ภายใต้มูลค่าค่าปรับคาดคะเนที่เท่ากัน โอกาสในการจับกุมตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษน้อย ค่าปรับหรือโทษก็ต้องสูงมากเพื่อเป็นการขู่หรือยับยั้งให้คนไม่กล้ากระทำความผิด แต่หากกฎหมายกำหนดขนาดของค่าปรับไว้ในระดับต่ำ กระบวนการยุติธรรมต้องสามารถจับคนผิดมาลงโทษได้เสมอ ไม่เช่นนั้น กฎหมายก็จะไม่สามารถป้องปรามอาชญากรรม จากที่กล่าวมาจะสามารถสรุปได้ว่า ขนาดของบทลงโทษจะแปรผกผันกันกับโอกาสในการจับกุมตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ในความเป็นจริงค่าปรับของประเทศไทยเป็นแบบตายตัว (Fixed rate fine) ตามบทกฎหมายและตามบัญชีระวางโทษหรือยึดถือ (Sentencing Guideline) ดังนั้นหากโอกาสที่จะจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษน้อยลง ผลคือ ต้นทุนของคนที่ตัดสินใจจะฝ่าฝืนกฎหมายก็จะลดน้อยลง และเมื่อโอกาสในการจับกุมลดลงจนถึงจุดคุ้มทุนของคนที่กำลังตัดสินใจ หรือจุดที่ประโยชน์คาดหวังมากกว่า ต้นทุนคาดหวัง ก็คงจะตัดสินใจประกอบอาชญากรรม

กรณีที่ความผิดที่ไม่มีผู้เสียหาย (victimless crime)<sup>16</sup> หมายถึง ความผิดที่ไม่มีบุคคลคนใดได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดดังกล่าว รัฐเท่านั้นที่เป็นผู้เสียหาย เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดฐานรับสินบน ความผิดฐานทำแท้งที่ผิดกฎหมาย ความผิดเกี่ยวกับการพนัน เป็นต้น เมื่อไม่มีผู้ใดได้รับความเสียหาย ความผิดเหล่านี้จึงมีต้นทุนคาดหวังที่ต่ำ เพราะโอกาสในการร้องทุกข์ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดมีน้อยมาก ศาลจึงต้องเพิ่มต้นทุน โดยการเพิ่มบทลงโทษเพื่อทดแทนโอกาสการถูกจับที่สูญเสียไป ดังนั้นเหตุผลหนึ่งในการลงโทษหนัก คือ หากความผิดนั้นไม่มีผู้เสียหายศาลอาจกำหนดบทลงโทษที่รุนแรงเพื่อรักษาระดับต้นทุนคาดหวังของอาชญากร

<sup>15</sup> เฟิงฮ้าง.

<sup>16</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, สังคมกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน,

#### 4.4 วิเคราะห์โอกาสในการที่ความผิดนั้นจะเกิดขึ้นในสังคม

การพิพากษาคืออาญาอยู่บนพื้นฐานของการวิเคราะห์ต้นทุนของสังคม (social costs) และประโยชน์ของสังคม (social benefit)<sup>17</sup> ดังนั้นการจะสามารถวิเคราะห์ต้นทุนของสังคมได้นั้นจะต้องทราบขนาดความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคมเมื่อการกระทำผิดเกิดขึ้นเสียก่อน ในต่างประเทศหลักการกำหนดโทษทางอาญานั้นจะคำนึงเสมอว่า อาชญากรที่สร้างความเสียหายต่อสังคมมากควรจะต้องลงโทษหนัก และอาชญากรที่สร้างความเสียหายต่อสังคมน้อย ก็ควรที่จะลงโทษเบา ในความผิดที่ลงโทษหนักขึ้นเพราะลักษณะการกระทำ ประมวลกฎหมายอาญาก็กำหนดโทษที่สูงขึ้นโดยคำนึงถึงการกระทำที่รุนแรงขึ้น ซึ่งสร้างความเสียหายมากขึ้นให้กับสังคม เช่นเดียวกับความผิดที่กฎหมายลงโทษหนักขึ้นเพราะผลของการกระทำ แม้เจตนาแรกเหมือนกันคือเจตนาทำร้าย แต่หากผลของการกระทำเกิดขึ้นต่างกัน กฎหมายก็จะลงโทษหนักกับผลที่สร้างความเสียหายมาก และลงโทษเบากว่ากับผลที่สร้างความเสียหายน้อยกว่า<sup>18</sup>

ขนาดของอาชญากรรมคือความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสังคม Cesare Beccaria ได้กล่าวว่าขนาดของอาชญากรรมคือความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคม ซึ่งเป็นแนวคิดใหม่ที่กลับความเชื่อเดิมที่ว่า ขนาดของอาชญากรรมจะพบได้จากเจตนาของผู้กระทำความผิด ดังนั้นตามแนวความคิดของ Beccaria หากอาชญากรสร้างความเสียหายมาก ก็ควรที่จะถูกลงโทษหนัก ตรงกันข้ามหากอาชญากรสร้างความเสียหายไม่มาก ก็ควรที่จะลงโทษเบา ซึ่งหากยึดทฤษฎี Beccaria ก็จะสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ (principle of proportionality) ซึ่งมาตรวัดว่าศาลลงโทษในความผิดใดได้สัดส่วนหรือไม่ให้พิจารณามาตรวัด 3 ประการ<sup>19</sup> ประการแรก ความรุนแรงของการกระทำความผิด หมายถึง ให้ศาลพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดรุนแรงเพียงใด ประการที่สอง การเปรียบเทียบกับคดีอื่น หมายถึง ให้ศาลพิจารณากำหนดโทษโดยเปรียบเทียบกับคดีอื่นว่าในคดีอื่นที่มีความรุนแรงกว่าคดีที่ตัดสินนี้ ศาลลงโทษรุนแรงเพียงใด ซึ่งศาลก็ควรที่จะลงโทษไม่เกินกว่าคดีที่รุนแรงกว่าตัดสินไว้ ประการที่สาม การเปรียบเทียบกับศาลอื่น หมายถึง ให้ศาลพิจารณาว่าในคดีแบบเดียวกันนี้ในศาลอื่นลงโทษเพียงใด ซึ่งศาลควรที่จะลงโทษใกล้เคียงกันกับที่ศาลอื่นลงโทษในคดีลักษณะเดียวกัน

ขนาดของความเสียหายที่อาชญากรได้ก่อขึ้น (magnitude of harm) และโอกาสในการเกิดความเสียหาย (Probability of harm) ล้วนแต่เป็นปัจจัยในการกำหนดความเสียหายที่แท้จริง (Actual harm) เพื่อประกอบดุลพินิจในการลงโทษ สมการจะเป็นดังนี้  $Actual\ harm = Harm \times$

<sup>17</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น.69.

<sup>18</sup> *เพิ่งอ้าง*, น.70.

<sup>19</sup> *เพิ่งอ้าง*, น.71.

Probability of harm ซึ่งสามารถอธิบายได้ว่า ในฐานะความผิดฐาน ก. ความเสียหายที่ผู้กระทำได้ก่อขึ้น (harm) มากกว่าความผิดฐาน ข. แต่โอกาสที่จะเกิดความผิดนั้นก็น้อยกว่าความผิดฐาน ข. ผลคือ ความเสียหายที่แท้จริงต่อสังคม (actual harm) ที่เกิดจากการกระทำความผิดฐาน ข. อาจมีมากกว่า ความเสียหายที่แท้จริงต่อสังคมที่เกิดจากการกระทำความผิดฐาน ก. ก็ได้ ตัวอย่างเช่น ในความผิดฐาน ก. หากความเสียหายที่ผู้กระทำก่อให้เกิดขึ้นมีจำนวน 1,000 หน่วย ในขณะที่ความผิดฐาน ข. ความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดก่อให้เกิดขึ้นมีจำนวน 500 หน่วย หากพิจารณาเพียงเท่านี้ เราควรลงโทษผู้กระทำความผิดฐาน ก. ด้วยโทษที่รุนแรงกว่าผู้กระทำความผิดฐาน ข. อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่า การกระทำความผิดฐาน ก. มีโอกาสเกิดขึ้นเพียงร้อยละ 10 ในขณะที่การกระทำความผิดฐาน ข. มีโอกาสเกิดขึ้นสูงถึงร้อยละ 50 เมื่อนำโอกาสที่ทำให้เกิดความเสียหาย (Probability of harm) มาพิจารณาด้วยแล้วจะพบว่า ความผิดฐาน ก. จะก่อให้เกิดความเสียหายที่แท้จริงต่อสังคม 100 หน่วยเท่านั้น ในขณะที่ความผิดฐาน ข. จะก่อให้เกิดความเสียหายที่แท้จริงต่อสังคมมากกว่า คือ 250 หน่วย ดังนั้นแม้ความผิดฐาน ก. จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อครั้งมากกว่า แต่ศาลควรลงโทษความผิดฐาน ข. ด้วยโทษที่รุนแรงกว่า เพราะความผิดฐาน ข. ก่อให้เกิดความเสียหายที่แท้จริง (actual harm) มากกว่า<sup>20</sup>

การนำขนาดและโอกาสของความเสียหายมาพิจารณาเพื่อหาความเสียหายที่แท้จริง (actual harm) แสดงให้เห็นถึง ความผิดที่เกิดขึ้นบ่อย แสดงว่าโอกาสในการเกิดความผิดนั้นมีมากย่อมส่งผลให้สร้าง ความเสียหายที่แท้จริงให้กับสังคมมาก จึงควรลงโทษหนักเพื่อยับยั้งอาชญากรรมนั้น เช่นเดียวกับความผิดที่เรียกว่า คดีนโยบาย<sup>21</sup> ซึ่งในแต่ละท้องที่และแต่ละช่วงเวลาก็จะมีโอกาสเกิดความเสียหายต่างกัน และส่งผลให้ความเสียหายที่แท้จริงต่อสังคมต่างกัน เช่นเดียวกัน

#### 4.5 วิเคราะห์เปรียบเทียบการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของกฎหมายต่างประเทศ กรณีนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทย

เมื่อพิจารณาแนวทางการกำหนดโทษของศาลในกฎหมายต่างประเทศดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการกำหนดโทษโดยศาลของประเทศไทยนั้น แม้โดยหลักทั่วไปจะต้องเป็นไปตามสัดส่วนแห่งความร้ายแรงซึ่งเป็นการพิจารณาด้านทฤษฎี และกฎหมายได้บัญญัติบทระวางโทษไว้แล้ว แต่การลงโทษก็ต้องคำนึงถึงตัวผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นการพิจารณาด้านอรรถวิสัยประกอบด้วย แต่ปัญหาในทางปฏิบัติคือ ศาลจะได้มาซึ่งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดได้อย่างไร นอกเหนือจาก

<sup>20</sup> เห่งอ้าง, น.72.

<sup>21</sup> เห่งอ้าง, น.72.

กรณีศาลจะใช้วิธีรอลงอาญาแก่จำเลย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ที่บัญญัติให้ศาลพิจารณาจากข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดว่า “และเมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือการรู้สึกความผิด และพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น หรือเหตุอื่นอันควรปรานีแล้ว ศาลจะพิพากษาว่าผู้ นั้นมีความผิดแต่รอการกำหนดโทษหรือกำหนดโทษแต่รอการลงโทษไว้” โดยศาลอาจให้มีการค้นหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิด ตามที่พระราชบัญญัติวิธีดำเนินการควบคุมความประพฤติตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2522 มาตรา 6 (1) กำหนดไว้ว่า “ให้พนักงานคุมประพฤติมีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้และกฎหมายอื่น และโดยเฉพาะให้มีอำนาจดังต่อไปนี้ (1) สืบเสาะและพินิจเรื่องอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษา อบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของจำเลย ตลอดจนสภาพความผิด และเหตุอื่นอันควรปรานีตามศาลสั่ง เพื่อรายงานต่อศาล”

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแล้ว หากศาลจะรอลงอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ศาลอาจสั่งให้พนักงานคุมประพฤติทำการสืบเสาะและพินิจตามพระราชบัญญัติดำเนินการควบคุมความประพฤติตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2522 มาตรา 6 (1) หรือไม่ก็ได้ แต่สำหรับกรณีที่ไม่ว่างใจที่จะรอการลงอาญาแล้ว ศาลก็จะไม่มีการสั่งให้ทำการสืบเสาะและพินิจตามกฎหมายดังกล่าว ดังนั้น เพื่อให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้ถูกต้องเหมาะสม เป็นการเฉพาะรายอย่างถูกต้องที่สุดเท่าที่สภาพแห่งกฎหมายและวิธีปฏิบัติที่มีอยู่จะเปิดช่องให้สามารถกระทำได้ เห็นควรให้มีการค้นหาข้อเท็จจริงในส่วนที่เกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิดมากยิ่งขึ้น อีกนัยหนึ่งคือ ควรนำศาสตร์ทางด้านอาชญาวิทยา (Criminology) มาใช้ในการค้นหาข้อเท็จจริงทั้งด้านสาเหตุของการกระทำความผิด ประวัติความเป็นมาของชีวิต บุคลิกภาพ และข้อเท็จจริงต่าง ๆ ภายหลังการกระทำความผิด

หลักที่ให้ศาลมีดุลพินิจอย่างกว้างขวางที่จะปรับใช้โทษกับผู้กระทำความผิดแต่ละรายปรากฏอย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 132-1 วรรคสอง และวรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า “โทษทางอาญาทุกสถานที่กำหนดโดยศาลจะต้องถูกนำมาปรับใช้ให้เข้ากับผู้กระทำความผิดแต่ละราย ภายใต้อำนาจของกฎหมาย ศาลจะพิจารณาลักษณะ ความรุนแรง และรูปแบบการลงโทษโดยพิจารณาจากพฤติการณ์ของความผิด และลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิด เช่นเดียวกับสถานะทางกายภาพ ทางครอบครัว ทางสังคมของผู้กระทำความผิดเพื่อให้การลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ” และยังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 46 (2) ได้แก่ แรงจูงใจและวัตถุประสงค์ของผู้กระทำความผิดทัศนคติซึ่งสะท้อนจากการกระทำความผิดและระดับของเจตนาในการกระทำ ระดับของการละเลย

ต่อหน้าที่ วิธีการกระทำความผิดและผลที่เกิดจากการกระทำที่น่าตำหนิ ประวัติความเป็นมาในชีวิต บุคลิกภาพ และสถานะทางการเงินของผู้กระทำความผิด รวมทั้งความประพฤติหลังการกระทำความผิด โดยเฉพาะความพยายามที่จะเยียวยาความเสียหายและการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยกับผู้เสียหาย นอกจากนี้ในบทบัญญัติมาตรา 46 (3) ยังบัญญัติมิให้ศาลคำนึงถึงองค์ประกอบของความผิดอีกด้วย

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายและแนวทางปฏิบัติของไทย เราจะพบว่า การคำนึงถึงลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิดมาประกอบดุลพินิจในการลงโทษยังคงมีข้อจำกัดอยู่บ้างบางประการ กล่าวคือ ในบทบัญญัติของกฎหมายไทยไม่ได้แสดงหลักการดังกล่าวแบบในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส<sup>22</sup> นอกจากนี้ในทางปฏิบัติ การใช้ยึดถือเพื่อป้องกันมิให้ผู้พิพากษาแต่ละคนลงโทษผู้กระทำความผิดแบบเดียวกันด้วยโทษที่ต่างกัน กลับเป็นสิ่งที่มาจำกัดการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาในการใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย การใช้โทษทางอาญาของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ ต่างอยู่บนพื้นฐานของหลักเกณฑ์เบื้องหลัง ฝ่ายนิติบัญญัติจะแยกพิจารณาการกระทำความผิดว่าเป็นอาชญากรใหญ่หรืออาชญากรเล็ก เพื่อกำหนดรูปแบบและขนาดการลงโทษให้เหมาะสมกับประเภทอาชญากรดังกล่าว โดยอาชญากรใหญ่ควรได้รับโทษที่รุนแรง เพื่อขยับยังไม่ให้เกิดการเลียนแบบ อันจะเป็นการคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากความเสียหายที่อาชญากรใหญ่สร้างขึ้น ในขณะที่อาชญากรเล็กจะลงโทษฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดและให้กลับเข้าสู่สังคม ฝ่ายตุลาการเมื่อกำหนดรูปแบบและขนาดบทลงโทษเพื่อใช้กับผู้กระทำความผิดในแต่ละคดีก็ต้องคำนึงถึงเหตุผลทางภาววิสัยและอัตวิสัย ในเรื่องความได้สัดส่วนการลงโทษ และการปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน ซึ่งหากใช้เหตุทางภาววิสัยประกอบกับเหตุอัตวิสัยอย่างครบถ้วนในการกำหนดโทษทางอาญา การลงโทษผู้กระทำความผิดจะเกิดประโยชน์ ทั้งในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับไปใช้ชีวิตอย่างปกติสุขในสังคม

<sup>22</sup> ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ตามมาตรา 132-20 บัญญัติว่า “เมื่อความผิดถูกลงโทษด้วยโทษปรับ ศาลสามารถกำหนดโทษปรับด้วยจำนวนค่าปรับที่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎหมายได้

จำนวนค่าปรับที่ศาลกำหนดให้คำนึงถึงรายได้และภาระค่าใช้จ่ายของผู้กระทำความผิด”

ARTICLE 132-20 “When an offense is punishable by a fine, the court may impose a fine of an amount lower than that which is incurred.

The amount of the fine is determined taking into account the resources and expenses of the perpetrator of the offence.”

#### 4.6 เหตุผลความจำเป็นและความเหมาะสมในการกำหนดแนวทางของศาลในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในคดีอาญา

เนื่องด้วยปัจจุบันกฎหมายที่ใช้บังคับในประเทศไทยมีอยู่อย่างมากมาย ทำให้เกิดปัญหาความซ้ำซ้อนและขัดแย้งกันของกฎหมาย สร้างความเหลื่อมล้ำและทำให้เกิดสภาวะที่องค์กรในกระบวนการยุติธรรมไม่สามารถรับคดีที่มีมากเกินไป จึงได้ส่งผลให้กระบวนการยุติธรรมนั้นล่าช้าออกไป เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 77<sup>23</sup> ได้กำหนดให้มีกฎหมายเพื่อที่จะใช้บังคับเท่าที่จำเป็นเท่านั้น อีกทั้งยังต้องสอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน หากกฎหมายฉบับใดสร้างภาระที่เกินควรให้แก่ประชาชนต้องได้รับการยกเลิกหรือแก้ไข เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าใจกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมมากขึ้น

มาตรา 77 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 นั้นได้ทำให้มีการจัดทำพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 โดยมีเหตุผลในการประกาศใช้คือ โดยที่เป็นการสมควรกำหนดหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย รับฟังความคิดเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้องและวิเคราะห์ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากกฎหมายเพื่อประกอบการจัดทำร่างกฎหมาย เพื่อให้การตรากฎหมายเป็นไปโดยละเอียดรอบคอบ ไม่สร้างภาระให้แก่ประชาชนเกินความจำเป็น และเพื่อพัฒนากฎหมายให้ทันสมัยและสอดคล้องกับบริบทที่เปลี่ยนแปลงไป

ดังนั้นการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษในคดีอาญา เพื่อให้โทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นเหมาะสมทั้งรูปแบบและขนาดของการลงโทษเพื่อยับยั้งไม่ให้เกิดการเลียนแบบ อันจะเป็นการคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากความเสียหายที่

<sup>23</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 77 บัญญัติว่า “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมาย ที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือ การประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัว บทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับ ฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการ ตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของ กฎหมายทุกกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับ ฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนา กฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น พึง กำหนด หลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”



อาชญากรสร้างขึ้น และอาชญากรจะต้องถูกลงโทษเพื่อฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับเข้าสู่สังคม โดยที่ศาลจะต้องคำนึงถึงเหตุทั้งทางกายวิสัยและอติวิสัย ในเรื่องการได้สัดส่วนในการลงโทษ และการปรับโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน ซึ่งหากมีมาตรการการใช้ดุลพินิจของศาลในกาหนดโทษนั้น จะส่งผลให้เกิดประโยชน์ทั้งในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับเข้าไปใช้ชีวิตอย่างปกติสุขในสังคม อันเป็นการสอดคล้องกับมาตรา 77 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 และพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ.2562 เพื่อกำหนดให้มีกลไกที่จะให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดโทษที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพของประชาชนโดยไม่สมควรตามเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าว



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

นิติเศรษฐศาสตร์ให้ความสำคัญกับมิติด้านประสิทธิภาพของกฎหมาย ระบบกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรม และมีเป้าหมายเพื่อบรรลุสวัสดิการสังคมสูงสุด โดยมุ่งเน้นที่จะศึกษาผลกระทบของการเปลี่ยนแปลง โครงสร้างสิ่งจูงใจหรือกฎกติกาต่อพฤติกรรมของปัจเจกบุคคล ทั้งพฤติกรรมของผู้บังคับใช้กฎหมาย และผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย รวมถึงการออกแบบกฎหมายให้สามารถกำกับควบคุมพฤติกรรมของคนในโลกแห่งความเป็นจริงได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่นนั้น กฎหมายในมุมมองของนิติเศรษฐศาสตร์จึงเป็นเครื่องมือในการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของคนในสังคมไปสู่แนวทางสังคมที่พึงปรารถนา และป้องปรามยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่พึงปรารถนาของสังคม ในทางนิติเศรษฐศาสตร์จะคำนึงเสมอว่าคนคือสัตว์เศรษฐกิจมีเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์และจะตอบสนองต่อสิ่งจูงใจเสมอ ดังนั้นอาชญากรที่จะตัดสินใจประกอบอาชญากรรมจะคำนึงถึงต้นทุนและผลประโยชน์ที่เขาจะได้รับจากการกระทำความผิด หากบทลงโทษที่ศาลจะลงแก่ผู้กระทำความผิดสามารถเพิ่มต้นทุนให้แก่ผู้กระทำความผิดได้ก็จะสามารถยับยั้งอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในสังคม เป็นธรรมและก่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคมได้

ปัญหาการใช้ดุลยพินิจกำหนดโทษของศาลในคดีอาญานั้นจะต้องอยู่บนพื้นฐานของฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือแม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดขนาดของบทลงโทษอย่างกว้างไว้ในกฎหมาย แต่ศาลก็ต้องมีดุลยพินิจที่จะปรับใช้โทษในกฎหมายให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย โดยศาลจะต้องคำนึงถึงทั้งเหตุภาววิสัย (objective cause) และเหตุอัตวิสัย (subjective cause) โดยการคำนึงถึงเหตุทั้งสองประการนั้น Cesare Beccaria ได้กล่าวว่า ขนาดที่แท้จริงของอาชญากรรมคือความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคม ตามแนวคิดนี้หากอาชญากรได้สร้างความเสียหายมาก ก็ควรจะถูกลงโทษหนัก ตรงกันข้ามหากอาชญากรสร้างความเสียหายไม่มาก ก็ควรถูกลงโทษเบา ซึ่งเป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและนำมาอธิบายกับหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ (principle of proportionality) และต่อมาได้ถูกขยายผลเป็นหลักความได้สัดส่วน โดยพิจารณาถึงโอกาสแห่งการเกิดความผิด ตัวอย่างเช่น ฆาตกรฆ่าคนได้สร้างความเสียหายมากเพราะชีวิตมนุษย์หนึ่งคนมีค่านับจำนวนไม่ได้ ดังนั้นการลงโทษฆาตกรจึงต้องลงโทษอย่างหนักซึ่งจะได้สัดส่วนกับ

ความเสียหายที่คาดการณ์ขึ้น ในทางตรงกันข้าม ผู้ร้ายที่ลึกลับขโมยน้อยก็จะต้องรับโทษเพียงเล็กน้อยซึ่งได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เขาก่อขึ้น เป็นต้น

อย่างไรก็ตามการใช้ดุลพินิจในการลงโทษในคดีอาญานั้น จำเป็นต้องคำนึงถึงหลักในทางนิติเศรษฐศาสตร์มาประกอบการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ ประการแรกผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดได้จากการกระทำความผิด เนื่องจากอาชญากรตัดสินใจที่จะประกอบอาชญากรรมนั้นจะคำนึงถึงผลประโยชน์ที่จะได้รับและต้นทุนที่จะเสียไป หากศาลนำประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดมาประกอบดุลพินิจในการลงโทษแล้วจะพบว่า ถ้าผู้กระทำความผิดได้ประโยชน์จากการกระทำความผิดมาก ศาลจะต้องลงโทษให้หนักเพื่อยับยั้งและทำลายแรงจูงใจของผู้กระทำความผิดและบุคคลทั่วไปที่จะตัดสินใจประกอบอาชญากรรมเดียวกันนี้ ไม่ให้กระทำความผิดเดียวกันนี้อีก ถ้าหากประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดได้มาน้อย ศาลก็ไม่จำเป็นต้องลงโทษหนักก็สามารถที่จะยับยั้งผู้กระทำความผิดและบุคคลทั่วไปไม่ให้กระทำความผิดได้แล้ว ประการต่อมาที่ศาลจะต้องนำมาใช้เพื่อประกอบดุลพินิจในการลงโทษคือ โอกาสที่ผู้กระทำความผิดจะถูกลงโทษ กล่าวคือ ต้นทุนของอาชญากรจะประกอบไปด้วย ขนาดของบทลงโทษ และโอกาสที่ผู้กระทำความผิดจะถูกจับกุมเพื่อมาลงโทษ ในทางเศรษฐศาสตร์นั้น ขนาดและโอกาสจะมีความสัมพันธ์กันเสมอ ในความเป็นจริงสิ่งที่สำคัญจะประกอบไปด้วยขนาดใหญ่โอกาสที่มาก ดังนั้นหากโอกาสที่จะจับกุมตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษมีมาก กล่าวคือ ในทุกครั้งที่อาชญากรรมได้เกิดขึ้น อาชญากรถูกจับได้ทุกครั้งหรือแทบจะทุกครั้ง ศาลไม่จำเป็นต้องลงโทษหนัก ก็สามารถที่จะยับยั้งไม่ให้อาชญากรรมประเภทเดียวกันนี้เกิดขึ้นอีกได้แล้ว แต่ถ้าหากโอกาสที่ผู้กระทำความผิดจะถูกจับเพื่อนำตัวมาลงโทษมีน้อย ศาลก็จะต้องลงโทษให้หนักเพื่อชดเชยต้นทุนของอาชญากรที่ต่ำลงไป หรือกล่าวได้ว่าเป็นการรักษาระดับต้นทุนคาดหมายของอาชญากรเอาไว้ ไม่ให้เขาตัดสินใจที่จะประกอบอาชญากรรมนั้นอีก ในทางเศรษฐศาสตร์การเพิ่มโอกาสที่จะให้ผู้กระทำความผิดถูกลงโทษนั้นเป็นการเพิ่มต้นทุนของรัฐ กล่าวคือ รัฐจะต้องเพิ่มกำลังของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ติดกล้องวงจรปิดเพื่อสอดส่องการกระทำความผิด เพิ่มงบประมาณในการซื้อเครื่องมือให้แก่เจ้าหน้าที่ตำรวจ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การเพิ่มขนาดของบทลงโทษจะไม่เป็นการเพิ่มต้นทุนให้แก่รัฐจนมากเกินไป และประการสุดท้ายที่ศาลจะต้องคำนึงถึงเพื่อนำมาประกอบการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ คือ โอกาสที่ความผิดนั้นจะเกิดขึ้นในสังคม หรือความถี่ของความผิดประเภทนั้น เนื่องจากโอกาสที่ความผิดนั้นจะเกิดขึ้นส่งผลโดยตรงต่อขนาดของความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคม ถ้าโอกาสนั้นเกิดขึ้นบ่อย ก็จะส่งผลให้สังคมได้รับความเสียหายมาก แนวคิดของ Beccaria ได้ถูกนำมาต่อยอดโดยแนวความคิดเชิงนิติเศรษฐศาสตร์ (economic analysis of law) โดยแนวคิดใหม่นี้เห็นว่าการพิจารณาความเสียหายที่แท้จริง (actual harm) เพื่อประกอบดุลพินิจในการลงโทษจะพิจารณาจากส่วนผสมของ

ขนาดของความเสียหายที่อาจถูกได้เกิดขึ้น (magnitude of harm) กับ โอกาสในการเกิดความเสียหาย (probability of harm) การนำขนาดของความเสียหายและโอกาสของความเสียหายมาพิจารณาเพื่อหาความเสียหายที่แท้จริง (actual harm) ก็เป็นการพิจารณาแบบทวิวิสัยเช่นเดียวกัน แต่เปิดมุมมองให้กว้างขึ้น โดยนำปัจจัยในเรื่องโอกาสของความเสียหายมาพิจารณาด้วย ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าความผิดที่เกิดขึ้นบ่อย แสดงว่าโอกาสในการเกิดความผิดนั้นมีมาก ย่อมสร้างความเสียหายที่แท้จริงให้กับสังคมมาก จึงควรลงโทษให้หนักเพื่อยับยั้งอาชญากรรมนั้น เช่นเดียวกับกับความผิดที่เรียกว่า คดีนโยบาย ซึ่งคนจะต้องถูกลงโทษหนักโดยในแต่ละท้องที่และแต่ละช่วงเวลาก็จะเกิดคดีนโยบายต่างกัน และส่งผลให้ความเสียหายที่แท้จริงต่อสังคมต่างกันเช่นเดียวกัน ดังนั้นศาลจึงต้องลงโทษให้หนักเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคม แต่ถ้าโอกาสที่คดีนั้นเกิดขึ้นมีไม่มาก ศาลก็ไม่จำเป็นที่จะลงโทษหนัก ก็จะสามารถยับยั้งไม่ให้มีการประกอบอาชญากรรมเดียวกันนี้อีกได้แล้ว ที่กล่าวมานี้เป็นการพิจารณาเพียงทางด้านทวิวิสัย (objective) เท่านั้น จึงจำเป็นต้องอาศัยลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิดเพื่อนำเอา อัตวิสัย (subjective) มาเพื่อใช้ประกอบดุลพินิจในการลงโทษให้ครบถ้วนสมบูรณ์

การพิจารณาเกี่ยวกับตัวของผู้กระทำความผิด หรืออัตวิสัย (subjective) จะพบว่าของต่างประเทศนั้นจะมีการคำนึงถึงสภาพตัวของผู้กระทำความผิดเสมอ หากเปรียบเทียบกับกฎหมายและแนวทางปฏิบัติของไทย จะพบว่าการคำนึงลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิดมาประกอบดุลพินิจในการลงโทษยังคงมีข้อจำกัดอยู่บางประการ กล่าวคือ ในบทบัญญัติของกฎหมายไทยไม่ได้แสดงหลักการดังกล่าวแบบในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และในกฎหมายของประเทศอังกฤษ นอกจากนี้ในทางปฏิบัติการใช้ยึดถือเพื่อป้องกันมิให้ผู้พิพากษาแต่ละคนลงโทษผู้กระทำความผิดแบบเดียวกันด้วยโทษที่แตกต่างกัน กลับเป็นสิ่งที่มาจำกัดการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาในการใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย (individualization) เนื่องจากการใช้โลกทัศน์และระบบการให้เหตุผลของนิติเศรษฐศาสตร์ไม่สามารถตอบสนองอย่างครบถ้วนสมบูรณ์ของกฎหมายได้ ซึ่งกฎหมายมีความซับซ้อนและมีความสัมพันธ์กับมิติและปัจจัยอื่น ๆ เช่น โครงสร้างทางสังคมที่กดทับให้ประกอบอาชญากรรม ความเกลียดชัง ความอิจฉา ความไม่สมประกอบของผู้กระทำความผิด ดังนั้นจึงต้องอาศัยอัตวิสัยของผู้กระทำความผิดเพื่อนำมาใช้ประกอบดุลพินิจในการลงโทษ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการที่ศาลจะสามารถใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลยนั้นจะต้องประกอบไปทั้งด้านอัตวิสัยและทวิวิสัย เพื่อให้ละเอียดและเป็นธรรม และได้สัดส่วนมากขึ้น หลักแนวคิดทางด้านนิติเศรษฐศาสตร์นั้นจะเข้ามาเพื่อช่วยขยายความด้านทวิวิสัย (objective) ให้ชัดเจนมากขึ้น ซึ่งประกอบไปด้วย ประโยชน์ที่ผู้กระทำจะได้รับจากการกระทำความผิด โอกาสที่ผู้กระทำ

ความผิดจะถูกลงโทษ และโอกาสที่ความผิดนั้นจะเกิดขึ้นในสังคม ล้วนเป็นการค้นหาต้นทุนคาดหวังของอาชญากรทั้งสิ้น แต่อย่างไรก็ดีนิติเศรษฐศาสตร์นั้นยังคงมีความจำกัด กล่าวคือ นิติเศรษฐศาสตร์นั้นอธิบายกลไกการตัดสินใจในการประกอบอาชญากรรมโดยใช้แบบจำลองว่าด้วยการเลือกอย่างมีเหตุผล (Ration Choice Model) โดยมองว่าอาชญากรรมนั้นเกิดจากการตัดสินใจส่วนตัวของอาชญากรที่ตอบสนองต่อสิ่งจูงใจ โดยละเอียดแง่มุมทางสังคม (Social aspects) เช่น แรงกดดันจากโครงสร้างสังคม การจัดองค์กรและความสัมพันธ์ทางสังคม และแง่มุมทางจิตวิทยา โดยเฉพาะแรงผลักดันในการประกอบพฤติกรรมที่ไปไกลกว่าความเป็นสัตว์เศรษฐกิจที่มีเหตุผลแบบเศรษฐศาสตร์ เช่น ความเกลียดชัง ความอิจฉา ความบ้า เป็นต้น เช่นนั้นการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลจึงจำเป็นต้องอาศัยข้อเท็จจริงทางด้านอัตวิสัยเพื่อมาช่วยให้เกิดความเป็นธรรม และได้สัดส่วนมากขึ้น กล่าวโดยสรุปศาลเมื่อจะกำหนดรูปแบบและขนาดของบทลงโทษเพื่อใช้กับผู้กระทำความผิดในแต่ละคดี ก็จะต้องคำนึงถึงทั้งเหตุทางภาววิสัยและเหตุทางอัตวิสัย ในเรื่องความได้สัดส่วนในการลงโทษและการปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน ซึ่งหากใช้เหตุทางภาววิสัยประกอบกับเหตุทางอัตวิสัยอย่างครบถ้วนในการกำหนดโทษทางอาญา การลงโทษผู้กระทำความผิดจะเกิดประโยชน์ทั้งในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ฟืนฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับเข้าไปใช้ชีวิตอย่างปกติสุขในสังคม อันเป็นการบรรลุภารกิจของกฎหมายอาญา

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้วิจัยเห็นควรที่จะต้องนำแนวคิดในเรื่องนิติเศรษฐศาสตร์เข้ามาบูรณาการกับกฎหมายในการที่ฝ่ายตุลาการจะใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษทางอาญาให้แก่ผู้กระทำความผิด กล่าวคือแนวคิดหลักทางนิติเศรษฐศาสตร์ในการวิเคราะห์การกระทำความผิด คือ ทฤษฎีการก่ออาชญากรรมโดยเลือกอย่างมีเหตุผล ซึ่งกล่าวว่าบุคคลจะตัดสินใจกระทำความผิดต่อเมื่อประโยชน์ที่เขาจะเน จากการทำผิดสูงกว่าต้นทุนที่จะเกิดขึ้น การที่ใช้ค่าคาดคะเนเนื่องจากการกระทำความผิดมีความไม่แน่นอน จากการดำเนินการสำเร็จและการถูกลงโทษ จึงต้องนำความน่าจะเป็นที่ประโยชน์และต้นทุนจะเกิดขึ้นมาพิจารณาด้วย ตามแนวคิดดังกล่าว แนวทางในการป้องปรามการกระทำความผิดคือ การลดประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดคาดหวังและการเพิ่มต้นทุนที่คาดว่าจะเกิดขึ้น

ระบบการลงโทษที่เหมาะสมต้องสามารถป้องปรามพฤติกรรมกระทำความผิดของอาชญากรได้ โดยมีเป้าหมายเพื่อเพิ่มต้นทุนคาดคะเนของการก่ออาชญากรรม และลดผลประโยชน์คาดคะเนของการก่ออาชญากรรมเป็นสำคัญ นอกจากนั้นควรกำหนดบทลงโทษต่ออาชญากรรมแต่

ละประเภทให้สูงต่ำแตกต่างกันโดยเปรียบเทียบตามระดับความระดับ ความรุนแรง เพื่อลดแรงจูงใจในการประกอบอาชญากรรมที่มีความรุนแรงสูง บทลงโทษที่เป็นตัวเงิน เช่น โทษปรับ และบทลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงิน เช่น โทษจำคุก จะต้องมีความเหมาะสมและได้สัดส่วน

ผู้วิจัยจึงเห็นควรที่จะแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

เพิ่มมาตรา 20/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

มาตรา 20/1 บัญญัติว่า ศาลย่อมใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษโดยอิสระภายในกรอบที่กฎหมายบัญญัติไว้ และศาลจะต้องแสดงเหตุผลอันจะแสดงให้เห็นว่าการใช้ดุลพินิจโดยของศาลอิสระนั้นเป็นสิ่งที่ชอบธรรม

วรรคสอง บัญญัติว่า การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลนั้นจะต้องคำนึงถึง วิธีการกระทำความผิด ประเภทและขนาดของความเสียหายต่อสังคมที่การกระทำนั้นได้ก่อให้เกิดขึ้น ประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำความผิด โอกาสที่ความผิดนั้นจะเกิดขึ้นในท้องที่ และโอกาสที่ผู้กระทำความผิดนั้นจะถูกลงโทษ มูลเหตุชักจูงใจของผู้กระทำความผิด คุณสมบัติส่วนตัวของผู้กระทำความผิด ลักษณะและวิธีการดำเนินชีวิตก่อนการกระทำความผิด และความประพฤติหลังจากกระทำความผิด ทรัพย์สินและรายได้ของผู้กระทำความผิด



บรรณานุกรม

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. (กรุงเทพมหานคร: หจก.จิรัชการพิมพ์, 2549).
- คณพล จันทร์หอม. หลักกฎหมายพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563).
- คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563).
- \_\_\_\_\_. ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานความเข้าใจ. พิมพ์ครั้งที่ 4. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562).
- \_\_\_\_\_. “อัยการเยอรมันและการดำเนินคดีอาญาของอัยการเยอรมันก่อนฟ้อง” ใน อัยการกับการสอบสวนคดีอาญา รวบรวมบทความเกี่ยวกับการสอบสวนคดีอาญานานาชาติ, โดย ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กรมอัยการ. (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดชุดิมาการพิมพ์).  
ณรงค์ ใจหาญ. ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา (รายงานวิจัย). (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549).
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. สังคัมกับกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 7. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564).
- ธานี วรภัทร์. “การลดปริมาณผู้ต้องขังในเรือนจำ: ศึกษามาตรการทางกฎหมายในชั้นบังคับโทษจำคุก.” วารสารนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, ปีที่ 1 ฉบับที่ 4, (มีนาคม, 2556).
- \_\_\_\_\_. “มาตรการบังคับทางอาญากับดุลพินิจในการกำหนดโทษ” วารสารนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, ปีที่ 2 ฉบับที่ 2, (พฤศจิกายน, 2556).
- \_\_\_\_\_. หลักกฎหมายมาตรการบังคับทางอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557).
- ประเทือง ธนิยผล. อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 4. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2549).
- ประชัย เปี่ยมสมบูรณ์. อาชญาวิทยา: สหวิทยาว่าด้วยปัญหาอาชญากรรม. พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531).
- ปกป้อง จันวิทย์. การวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์ : แนวคิดและวรรณกรรมปริทัศน์. ในโครงการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้านเศรษฐศาสตร์. (Economic Analysis of Criminal Laws) (รายงานการวิจัย). สำนักงานกองทุนสนับสนุน



- การวิจัยและ (กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2554).
- ปกป้อง ศรีสนธิ. กฎหมายอาญาชั้นสูง. พิมพ์ครั้งที่ 3. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563).
- \_\_\_\_\_. “การปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับนักโทษแต่ละคน.” บทบัญญัติ, เล่ม 63 ตอน 2, (มิถุนายน, 2550).
- \_\_\_\_\_. “การวิเคราะห์โทษอาญาด้วยหลักนิติเศรษฐศาสตร์.” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ปีที่ 39. ฉบับที่ 3. (กันยายน, 2553).
- ผจงจิตต์ อธิคมนันท์. สังคมวิทยาว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525).
- ไพรินทร์ นาคจัน. เอกสารคำสอนเศรษฐศาสตร์เบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2547).
- สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์. นิติศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย. ในโครงการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์ (Economic Analysis of Criminal Laws). (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัยและสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2554).
- สุดสงวน สุธีสร. อาชญาวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547).
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. “หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย.” (ณ ห้องเมย์แฟร์บอลรูม โรงแรมเดอะเบอร์เคลีย์ (ประตูน้ำ), (13 กันยายน 2560).
- เสริน ปุณณะหิตานันท์. การกระทำความผิดในสังคม สังคมอาชญาวิทยาอาชญากรรมและพฤติกรรม เบี่ยงเบน. พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527).
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 16. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537).
- อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและพันธุวิทยา (พิมพ์ครั้งที่ 4, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563).
- อรัญ สุวรรณบุปผา, หลักอาชญาวิทยา (สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์ 2518).

### ภาษาต่างประเทศ

Allen, Harry E. et al. Crime and Punishment. (New York : The Free Press, 1981).

Cherry, Todd L. “Financial penalties as an alternative criminal sanction”  
in Atlantic Economic Journal, volume 29 number 4, 2001.

Hans-Joerg Albrecht, “Criminological Research at the Max Planck Institute and Its Results.”  
The German Experience, Federal Probation 1980.

Piehl, Anne Morrison and Williams, Geoffrey, Institutional Requirement for Effective Imposition  
of Fines.’ The National Bureau of Economic Research conference on “Economical  
Crime Control” 2010.

Roshies, Bob. Controlling Crime : The Classical Perspective in Criminology. Philadelphia  
Open University Press, 1989

Smith John. Criminal Law. tenth edition. The Bath Press, 2002.

Shavell Steven. “Criminal law and the optimal use nonmonetary sanction as a deterrence” in Jules  
Coleman and Jeffery Lange, Law and Economics, volume 1, Aldershot Dartmouth, 1992.

Strahl, Par Ivar, “Les Jours amendes dans les pays nordiques” in Revue de Science Criminelle et  
de droit Penal Compare, 1951.

Steven D. Levitt and Thomas J. Miles, “Empirical study of criminal punishment” in A. Mitchell  
Polinsky and Steven Shavell. Handbook of Law and Economics, volume 1, Elsevier. 2007.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล

ประวัติการศึกษา

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

ไข่มุก สีสมยา

พ.ศ. 2562 นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง)

มหาวิทยาลัยขอนแก่น

พ.ศ. 2563 เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 73

สำนักฝึกอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

พ.ศ. 2565 ประกาศนียบัตรหลักสูตรวิชาว่าความของ

สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสหภาพทนายความ

ทนายความ

บ้านเลขที่ 128 หมู่ 1 ตำบลรอบเมือง อำเภอเมือง

จังหวัดร้อยเอ็ด 45000

