

บทที่ 3

แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ

ในการพิจารณาถึงปัญหาต่างๆ เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษนั้น จะต้องมียุติธรรมในเบื้องต้นเกี่ยวกับคำว่า “ดุลพินิจ” ความหมายของดุลพินิจ ความสำคัญของดุลพินิจในกฎหมายอาญา และโทษของดุลพินิจ รวมถึงจะต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายแนวคิด และทฤษฎีวัตถุประสงค์การลงโทษซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่ง ทั้งนี้เพื่อจะได้ทราบว่าลงโทษอย่างไรจึงจะสอดคล้องกับทฤษฎีดังกล่าว

3.1 ข้อความคิดความเบื้องต้นเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจ

3.1.1 ความหมายของดุลพินิจ

คำว่า “ดุลพินิจ” ความหมายโดยทั่วไปหมายถึง การวินิจฉัยตามที่เห็นสมควร¹ มีลักษณะเป็นคำนามตรงกับคำว่า “Discretion” อันมาจากรากศัพท์ภาษาละตินว่า “Discretio”

สำหรับความหมายในทางกฎหมาย มีความหมายว่า เป็นอำนาจหรือสิทธิพิเศษ (privilege) ของศาลที่จะพิจารณาตามหลักความยุติธรรม ซึ่งสิทธิพิเศษหรืออำนาจนี้พิจารณาไปตามภาวะแวดล้อมแห่งพฤติการณ์ และรวมถึงการใช้วิจารณญาณในการตัดสินคดีของผู้พิพากษานั้นเอง โดยไม่ขึ้นอยู่กับวิจารณญาณหรือการตัดสินของบุคคลอื่นใด²

ความหมายในทางกฎหมายของคำว่า “ดุลพินิจ” มิได้จำกัดอยู่เพียงแค่นั้น หากนำข้อเท็จจริงเกี่ยวกับปัญหาดุลพินิจทั้งหมดมาแยกพิจารณาแล้ว ความหมายดุลพินิจคงมีอยู่เพียง 3 ประการเท่านั้น คือ

1. ค้นหาความจริง (finds facts)
2. ปรับข้อเท็จจริงเข้ากับหลักกฎหมาย (applies law)
3. พิจารณาเกี่ยวกับพฤติการณ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ภายหลังจากที่ทราบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายแล้ว (decides what is desirable in the circumstances after facts and law are known)

¹พจนานุกรมไทย ฉบับบัณฑิตยสถานและสมบุรณ์. (2552). น. 399.

²Bryan A. Gerner. (2004). *Black's Law Dictionary*. p. 499.

องค์ประกอบ 3 ประการของดุลพินิจนี้ เป็นที่ยอมรับกันว่าครอบคลุมความหมายทั้งหมดของคำว่าดุลพินิจในทางกฎหมาย และมักเรียกองค์ประกอบทั้ง 3 นี้เรียกรวมกันว่า “การใช้ดุลพินิจ” (the exercise of discretion)³

ด้วยเหตุที่ดุลพินิจในทางกฎหมาย มีความหมายและพฤติการณ์ดังได้กล่าวไว้แล้วนี้เอง ทางปฏิบัติเกี่ยวกับบรรทัดคติในหลายๆ ครั้งจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแยกข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และดุลพินิจออกจากกัน⁴ ข้อเท็จจริงที่ใช้ในวัตถุประสงค์ของการกำหนดปรับใช้กฎหมายหรือนโยบายหรือพฤติกรรมแห่งดุลพินิจเรียกว่า “legislative facts” และไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม องค์ประกอบสำคัญที่จะทำให้กฎหมายอาญาดำเนินไปด้วยความราบรื่นและยุติธรรมจำต้องประกอบขึ้นด้วยข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และดุลพินิจนี้เอง⁵

3.1.2 ความสำคัญของดุลพินิจในกฎหมายอาญา

เมื่อคำนึงถึงความต้องการยุติธรรมเฉพาะกรณีหรือเฉพาะรายบุคคล (Individualized Justice) แล้ว กฎหมายอาญากลับเป็นกฎหมายที่ต้องการดุลพินิจมากที่สุด ด้วยเหตุที่เป็นกฎหมายซึ่งกระทบถึงสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยตรง ฉะนั้น ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แวดล้อมกรณีในกฎหมายอาญาจึงมีความสำคัญยิ่ง หากจะกล่าวโดยเฉพาะแล้ว กฎหมายอาญาดังกล่าวต้องการความยุติธรรมเฉพาะบุคคลหรือเฉพาะกรณี เพื่อช่วยเหลือการบังคับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะในเรื่องการกำหนดโทษ (impose penalties) ศาลจำต้องใช้ดุลพินิจอย่างเหมาะสม⁶

การใช้ดุลพินิจของศาลในคดีอาญาในการกำหนดโทษ ถือเป็นประเด็นที่สำคัญยิ่ง และเป็นหัวข้อในการดำเนินการศึกษาเพื่อจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เพราะเหตุที่การกำหนดโทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ศาลจะต้องพิจารณาหลักที่สำคัญ 2 ประการ คือ

1. การพิจารณาลงโทษให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงตามพฤติเหตุแวดล้อมคดี การใช้ดุลพินิจในข้อนี้เอง ถือว่าเป็นการให้ความยุติธรรมเฉพาะกรณีมากที่สุด เพราะจะเป็นเครื่องช่วยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดคดีนี้ได้รับโทษต่างกับผู้กระทำความผิดอันควรปราณี

2. พิจารณาลงโทษให้เหมาะสมกับทฤษฎีทางอาชญาวิทยาและทฤษฎีการลงโทษ วัตถุประสงค์ของการลงโทษนั้นมีหลายประการ แต่ละประการย่อมเป็นผลประโยชน์ต่างกัน ฉะนั้น

³Kenneth Culp Davis (1969). *Discretion Justice*. p.4 โปรตุณ นพพร โพธิ์รังสิยากร. (2524). *การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ*. น. 7. ที่แปลคำว่า “the exercise of discretion” ว่าหมายถึง “พฤติการณ์แห่งดุลพินิจ”

⁴แหล่งเดิม.

⁵แหล่งเดิม.น. 8.

⁶แหล่งเดิม.น. 16.

จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมกับวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษนั้นๆ เช่น ทำให้ไม่อาจกระทำความผิดได้อีก เพื่อให้กลับใจแก้ไขเสียใหม่ รวมถึงเพื่อข่มขู่ให้กลัวเกรง⁷

3.1.3 โทษของดุลพินิจ

แม้ดุลพินิจจะเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการสร้างความยุติธรรมเฉพาะกรณีที่ถือว่าทำให้กฎหมายทรงความเป็นธรรมโดยสมบูรณ์ก็ตาม แต่หากพิจารณาในแง่กลับกันแล้วจะเห็นได้ว่า สิ่งที่ทำให้กฎหมายไม่เป็นธรรมส่วนใหญ่มาจากการใช้ดุลพินิจอีกเช่นกัน จึงอาจกล่าวได้ว่า ดุลพินิจนั้นเปรียบเสมือนกับขวาน ที่อาจสร้างประโยชน์ให้กับผู้ใช้และผู้อื่นอย่างมาก แต่ก็อาจเป็นอาวุธอันตรายที่ใช้ทำร้ายหรือฆ่าฟันผู้คนได้เช่นกัน (like an axe, it can be a weapon for mayhem or murder)⁸

3.2 แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษ

3.2.1 ความหมายของโทษ

การที่มนุษย์มาอยู่รวมกันเป็นสังคมนั้นย่อมปะปนไปด้วยทั้งคนดีและคนไม่ดี สังคมจึงจำเป็นต้องสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นเพื่อบังคับแก่นมนุษย์ผู้อยู่ในสังคมให้อยู่ในกฎ ระเบียบ ที่สังคมสร้างขึ้นไม่ว่าจะเป็นศีลธรรม ศาสนา จารีตประเพณี ตลอดจนกฎหมาย ซึ่งเรียกว่า “ระเบียบของสังคม” หากบุคคลใดฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของสังคม บุคคลนั้นสมควรจะต้องได้รับโทษและโทษจะต้องเป็นผลร้ายแก่บุคคลผู้กระทำการฝ่าฝืน พิจารณาความหมายของโทษได้เป็น 2 แนวทาง ดังนี้

1. ความหมายของโทษในทางกฎหมาย

ความหมายของโทษในทางกฎหมายนี้มีผู้ให้ความหมายไว้หลายท่านด้วยกัน ซึ่งในที่นี้จะขอกล่าวเฉพาะบางท่าน ดังต่อไปนี้

Herbert L. Packer ได้วิเคราะห์ความคิดของนักปรัชญาในอดีตจำนวนมากและได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “โทษ” ซึ่งอาจสรุปความหมายได้ว่าหมายถึง การใช้กฎหมายทำให้ผู้ที่ต้องรับโทษต้องประสบความยากลำบากหรือเหตุการณ์รูปแบบอื่นๆ ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นสถานะที่ไม่พึงปรารถนา ทั้งนี้ เพื่อเป็นไปตามผลแห่งการกระทำความผิดซึ่งได้ถูกกำหนดให้เป็นความผิดโดยกฎหมาย⁹

Sue Titus Reid ได้ให้ความหมายของโทษในทางกฎหมายว่า หมายถึง โทษที่ลงโดยอำนาจของรัฐ โดยทางบัญญัติของกฎหมายหลังจากที่ศาลพบว่าจำเลยมีความผิด ในการลงโทษจะ

⁷ นพพร โพธิ์รังสิยากร, เล่มเดิม, น. 19-21

⁸ Kenneth Culp Davis, (1969), Op.cit. p. 25. อ้างถึงใน นพพร โพธิ์รังสิยากร, เล่มเดิม, น. 17.

⁹ Herbert L. Packer, (1968), *The Limits of The Criminal Sanction*, p. 21. อ้างถึงใน เศรษฐภัทร พรหมชนะ, (2546), *การนำมาตรการอื่นมาใช้บังคับค่าปรับนอกเหนือจากการกักขังแทนค่าปรับ*, น. 7.

รวมถึงค่าปรับที่ชำระต่อรัฐ ค่าชดเชยความเสียหายต่อผู้ที่ได้รับความเสียหายหรือผู้อื่นที่เกี่ยวข้อง การบริการสังคมหรือการทำงานชดเชยความเสียหาย การคุมประพฤติ ทั้งนี้ จะอยู่ภายใต้หรือไม่อยู่ภายใต้การควบคุมดูแลโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐภายใต้ข้อจำกัดที่กำหนดเอาไว้ ได้แก่ การกักบริเวณ การกักขัง การได้รับการบำบัด เป็นต้น¹⁰

Edwin H. Sutherland และ Donald R. Cressley ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “การลงโทษ” ว่า จะต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่ในสังคมนั้น และการลงโทษจะต้องก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานแก่ผู้ถูกลงโทษตามรูปแบบและวิธีการที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง¹¹ โดยเห็นว่าการลงโทษที่กระทำต่อผู้กระทำความผิดนั้นมีหลายรูปแบบแล้วแต่ทัศนคติของชุมชน ความหนักเบาแห่งความผิด และลักษณะพฤติกรรมของอาชญากรที่ไม่เหมือนกัน และได้สรุปความหมายของการลงโทษทางกฎหมายไว้ดังนี้¹²

1) การลงโทษที่เป็นผลเสียหายทางการเงินของผู้กระทำความผิด (financial loss) เช่น โทษปรับ โทษริบทรัพย์สิน และการชดเชยค่าเสียหายจากการก่ออาชญากรรม

2) การลงโทษโดยการทรมานร่างกายที่กระทำต่อผู้กระทำความผิด (physical torture) เช่น การเฆี่ยนตี การตัดอวัยวะ เป็นต้น

3) การลงโทษโดยตัดออกจากหมู่คณะ (removal from the groups) เช่น การเนรเทศ จำคุก ประหารชีวิต

4) การลงโทษแบบประจานหรือลดฐานะทางสังคม (social degradation) อันเป็นผลให้ผู้กระทำความผิดเกิดความอาย ถูกดูหมิ่นเหยียดหยาม ตำด้อย หรือถูกจำกัดสิทธิบางประการ เช่น สิทธิในการประกอบอาชีพ สิทธิในการออกเสียงเลือกตั้ง เป็นต้น

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ความหมายของการลงโทษในทางกฎหมาย คือ ผลร้ายที่ผู้กระทำความผิดได้รับเนื่องจากการกระทำที่กฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิดซึ่งกฎหมายกำหนดโทษไว้ อันเป็นการให้ผลร้ายหรือโทษแก่ผู้กระทำความผิด โดยการได้รับโทษดังกล่าวตกทอดแทนกันมิได้

2. ความหมายของโทษในทางอาญา

จากการศึกษาความหมายของโทษในทางกฎหมายข้างต้น ทำให้สามารถวิเคราะห์ถึงความหมายและลักษณะสำคัญของโทษในทางอาญาได้ ดังนี้

¹⁰แหล่งเดิม. น. 7-8.

¹¹แหล่งเดิม. น. 8.

¹²ประเสริฐ เมฆมณี. (2523). *หลักทฤษฎีอาญา*. น. 2-3.

Grotius กล่าวถึง “โทษ” ว่า หมายถึง ผลร้ายที่ผู้กระทำความผิดได้รับเนื่องจากผลร้ายที่เขาได้ก่อให้เกิดขึ้น¹³

ALF Ross กล่าวว่า โทษเป็นการตอบสนองทางสังคมและเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำความผิดกฎหมายโดยผู้มีอำนาจกำหนด โทษจึงมีลักษณะที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดซึ่งแสดงถึงการตำหนิผู้กระทำความผิดว่าได้กระทำความผิดที่ไม่สมควร¹⁴

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศกัทธิย์ ได้อธิบายว่า “โทษ” เป็นวิธีการบังคับ (Sanction) ที่รัฐใช้ปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดอาญา เดิมทีก็เป็นการกระทำตอบของชุมชนต่อผู้ที่ทำลายความสงบและความมั่นคงของชุมชนนั้น เมื่อชุมชนมีสภาพเป็นบ้านเมืองขึ้น การกระทำตอบนั้นก็คือผลร้ายที่ศาลหรือผู้พิพากษากำหนดให้ปฏิบัติต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพราะผู้นั้นกระทำความผิดขึ้นเพื่อแสดงว่าชุมชนไม่ประสงค์ให้มีการกระทำอันเป็นความผิดเช่นนั้น¹⁵

ศาสตราจารย์วีรพงษ์ บุญโญภาส และคณะ ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “โทษ” หมายถึง การกระทำที่เป็นผลร้ายหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่ได้รับโทษ และโทษจะมีลักษณะรุนแรงมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำความผิดที่มีความร้ายแรงและเกิดความเสียหายต่อผู้เสียหายหรือรัฐมากน้อยเพียงใด โทษจึงเป็นเพียงมาตรการที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย โดยจำเป็นต้องกำหนดโทษก็เพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิด หรืออาจจะกล่าวได้ว่าโทษถูกใช้เป็นเครื่องมือในการข่มขู่บุคคลมิให้มีการกระทำความผิด นอกจากนั้นยังช่วยให้กฎหมายได้รับการนับถือและปฏิบัติตาม¹⁶

กล่าวโดยสรุปได้ว่า “โทษอาญา” คือ ผลร้ายซึ่งผู้กระทำความผิดได้รับเนื่องจากการฝ่าฝืนกฎหมายอาญา โดยที่ผู้ซึ่งมีอำนาจให้ผลร้ายจะต้องมีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดและผลร้ายที่ผู้กระทำความผิดได้รับนั้น เป็นการตอบแทนการฝ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งการตอบแทนนี้จะมีลักษณะตำหนิผู้กระทำความผิดนั้น¹⁷ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 กำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ 5 ประเภท คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน

¹³ณรงค์ ใจหาญ. (2543). *กฎหมายอาญาวัดด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย*. น. 13.

¹⁴ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. น. 15.

¹⁵จิตติ ดิงศกัทธิย์. (2546). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. น. 1014.

¹⁶วีรพงษ์ บุญโญภาส และคณะ. (2551). *โครงการพัฒนามาตรการยึดทรัพย์สินใช้ค่าปรับและมาตรการกักขังแทนค่าปรับตามประมวลกฎหมายอาญา* (รายงานผลการวิจัย). น. 1.

¹⁷สหรณ รัตนไพจิตร. (2527). *ความประสงค์ของการลงโทษอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา*. น. 10.

จากความหมายของโทษทางอาญานำมาซึ่งลักษณะของโทษในทางอาญาโดยจะต้องมีขอบเขตที่ชัดเจนเพียงพอ ซึ่งลักษณะของโทษทางอาญาจะต้องประกอบด้วยลักษณะที่สำคัญดังนี้

1) โทษต้องเป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักของมาตรา 2, 3 อันมีที่มาจากภายิตที่ว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิดและไม่มีโทษ” (Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege) ศาลจะตั้งความผิด ตั้งโทษและกำหนดโทษเอาเองตามใจชอบโดยไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้¹⁸ ในการใช้อำนาจตามกฎหมายกำหนดให้ลงโทษทางอาญาจะต้องกระทำโดยองค์กรศาลผู้ใช้อำนาจตุลาการ และต้องทำเป็นคำพิพากษา¹⁹

2) โทษต้องเป็นไปโดยเสมอภาค เมื่อโทษต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย และกฎหมายย่อมใช้แก่บุคคลทุกคนเสมอหน้ากัน โทษจึงต้องเสมอกันแก่ผู้กระทำความผิดอย่างเดียวกันไปในตัว แต่ทั้งนี้หมายความว่าความเสมอภาคกันในกฎหมายเท่านั้น หาได้เสมอภาคกันตามความเป็นจริงไปด้วยไม่ บุคคลแต่ละคนถ้ากระทำความผิดอย่างเดียวกัน ก็อาจได้รับโทษในอัตราตามกฎหมายอัตราเดียวกัน เรียกในบทมาตราดังกล่าว “ระวางโทษ” ศาลกำหนดโทษสูงต่ำได้ภายในขอบเขตที่บัญญัติไว้ โดยมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้ยืดหยุ่น²⁰

3) โทษมีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวบุคคล ซึ่งย่อมใช้ลงแก่บุคคลผู้กระทำความผิดเป็นคนๆ ไปเท่านั้น²¹ ความประสงค์ของการลงโทษต้องเป็นการตอบแทนการกระทำความผิดของผู้กระทำ อันมีลักษณะดำเนินผู้ถูกกระทำว่าได้กระทำในสิ่งที่ไม่สมควรในสังคมและไม่ควรกระทำอีก ในกรณีนี้ทำให้โทษแตกต่างจากวิธีการเพื่อความปลอดภัย คือ โทษทางอาญามีลักษณะที่เป็นผลร้าย ซึ่งเป็นการดำเนินผู้กระทำ แต่วิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นวิธีการกระทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อป้องกันสังคมให้ปลอดภัย จึงไม่มีลักษณะดำเนินการกระทำ²²

3.2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษ

1. แนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการที่มนุษย์มาอยู่รวมกัน ในสังคมย่อมจะต้องมีทั้งคนดีและคนไม่ดี เมื่อบุคคลใดฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของสังคม บุคคลนั้นก็ต้องได้รับโทษ การลงโทษจึงถือเป็นสิ่งจำเป็นที่ทุกสังคมจะต้องมี ซึ่งการลงโทษนั้นก็อยู่หลากหลายวิธีด้วยกัน รวมทั้งแนวคิดในการลงโทษก็มีอยู่หลายแนวคิด ในที่นี้จะขอกล่าวเฉพาะที่สำคัญ ดังนี้

¹⁸จิตติ ดิงศัททีย. (2546). เล่มเดิม. น. 1014-1015.

¹⁹แหล่งเดิม. น. 1015.

²⁰แหล่งเดิม. น. 1021-1022.

²¹แหล่งเดิม. น. 1022.

²²ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. น.25

1) แนวความคิดการลงโทษของเจเรมี เบนแธม (Jeremy Bentham)

เบนแธม มีความเห็นว่า มนุษย์ทุกคนถ้ามีสติปัญญาหรือฉลาดพอสมควร ไม่ใช่ทึบหรือโรคจิตทรมานแล้ว มักจะต้องปรารถนาความสุขให้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ และให้ได้รับความทุกข์น้อยที่สุดเท่าที่จะน้อยได้ เบนแธมจึงได้นำแนวความคิดนี้ปรับกับทฤษฎีทนายโดยเสนอแนะว่า โทษสำหรับการกระทำความผิดนั้น กฎหมายควรกำหนดไว้ให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับความทุกข์ทรมานให้สาสม หรือมากยิ่งขึ้นกว่าความพอใจที่เขาได้รับจากการกระทำความผิด หรือประกอบอาชญากรรมนั้น โดยจะส่งผลให้คนในสังคมเกิดความเกรงกลัวและไม่กล้าประกอบอาชญากรรมขึ้นอีก²³

โดยเบนแธม เป็นผู้นำแนวความคิดที่ว่า ระบบลงโทษเป็นประโยชน์ (Systeme Utilitaire) ซึ่งถือว่าการที่ลงโทษผู้กระทำความผิดก็เพราะว่าการลงโทษนั้นมีประโยชน์ และเป็นการจำเป็นที่จะต้องลงโทษเพื่อป้องกันมิให้ชุมชนถูกบ่อนทำลาย²⁴ กล่าวคือ อาจเป็นการป้องกันโดยทั่วไป คือ ขู่มิให้คนทั้งหลายกระทำความผิด ถ้าทำผิดจะถูกลงโทษ หรือเป็นการป้องกันโดยเฉพาะ คือ ลงโทษผู้ที่กระทำความผิดโดยเอาตัวคุมขังไว้ไม่ให้ทำผิดขึ้นอีก ไม่ให้ปะปนถ่ายทอดนิสัยชั่วให้คนอื่น และดัดนิสัยให้กลับเป็นคนดีต่อไป โดยเน้นผลในทางป้องกันการกระทำความผิดมิให้เกิดขึ้นอีก โทษจึงอาจรุนแรงไม่ได้ส่วนสัมพันธ์กับความผิดที่ได้กระทำลง โดยก่อนที่จะมีการลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างรุนแรงหรือเด็ดขาดนั้น จะต้องให้ประชาชนยอมรับและเห็นชอบด้วยการกำหนดโทษนั้น ก่อนที่จะมีผลใช้บังคับต่อไป ทั้งนี้ ผู้กำหนดโทษจะต้องไม่เป็นบุคคลที่เห็นแก่พวกหรือผู้เสียหาย เพราะบุคคลที่เห็นแก่พวกนั้นมักจะลงโทษผู้ที่ไม่ใช่พวกตนอย่างรุนแรง แต่ลงโทษพวกตนเองเพียงเบาบาง ส่วนบุคคลที่เป็นผู้เสียหายนั้นอาจวางโทษโดยเห็นแก่การแก้แค้น²⁵

เบนแธม ยังกล่าวอีกว่า การกระทำให้ประชาชนกลัวไม่กล้ากระทำความผิดอาญานั้น จะต้องบังคับโทษโดยมีลักษณะ 4 ประการดังนี้²⁶

ก) การลงโทษจะต้องแน่นอน (certainty) หมายความว่า จะต้องลงโทษแก่บุคคลทุกคนที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ดังนั้น บุคคลใดที่ทำผิดจะต้องถูกฟ้องและถูกลงโทษตามกฎหมาย

ข) การลงโทษจะต้องมีความรุนแรง (severity) หมายความว่า ความร้ายแรงของโทษที่จะต้องลงแก่ผู้กระทำความผิดจะต้องร้ายแรงพอที่จะยับยั้งความต้องการในการกระทำความผิด

²³ อัจฉริยา ชูตินันท์. (2557). *อาชญวิทยาและทัณฑวิทยา*. น. 140

²⁴ จิตติ ดิงศัททีย. เล่มเดิม. น. 9.

²⁵ ประเทือง ธนียผล. (2552). *อาชญวิทยาและทัณฑวิทยา*. น. 52.

²⁶ ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. น. 29.

ค) การลงโทษต้องกระทำโดยฉับไว (celerity) หมายความว่า กระบวนการพิจารณาและลงโทษนั้นจะต้องกระทำไปโดยรวดเร็ว มิใช่รอไว้เป็นเวลานานจนคนทั่วไปลืมว่าบุคคลนี้ได้กระทำความผิดอย่างไร

ง) การลงโทษต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน (publicity) หมายความว่า การลงโทษจะต้องกระทำให้สาธารณชนได้เห็นหรือรับทราบ เพื่อผลของการข่มขู่บุคคลทั่วไป

แนวความคิดการลงโทษของเอมมานูเอล ค้านท์ (Immanuel Kant)

ค้านท์ เป็นผู้นำแนวความคิดระบบศีลธรรม (Systeme Moral) ซึ่งถือว่าเมื่อมีการกระทำผิดทำลายความสงบขึ้น ก็เป็นความยุติธรรมที่จะต้องลงโทษตอบแทน (expiation) เพื่อความสงบเรียบร้อยกลับคืนมา โทษจึงมีส่วนสัมพันธ์กับความร้ายแรงของความผิด²⁷ โทษเป็นสิ่งที่จำเป็นทางความรู้สึกผิดชอบ โทษเป็นการตอบแทนความยุติธรรมที่ถูกประทุษร้าย เพราะหากความยุติธรรมและสิทธิของมนุษย์ถูกทำลายลงชีวิตของมนุษย์ก็จะมีคุณค่าอะไรเหลืออยู่ในโลกเลย การลงโทษผู้กระทำความผิดจึงไม่ควรคำนึงถึงผลที่จะเกิดขึ้นในประการอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นผลที่เกิดขึ้นกับตัวอาชญากรหรือต่อสังคม แต่คำนึงเพียงว่าเมื่อมีการกระทำผิดก็ต้องมีการลงโทษ เพราะกฎหมายอาญาเป็นคำสั่งเด็ดขาด (the penal law in a categorical imperative)²⁸ ดังนั้น การลงโทษทางอาญาก็ยังถือว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นอยู่แม้ว่ารัฐและสังคมจะไม่มีอยู่อีกต่อไป

ค้านท์ เห็นว่า ฆาตกรที่อยู่ในคุกเป็นคนสุดท้ายก็จะต้องถูกตัดสินประหารชีวิต²⁹ แต่แนวความคิดนี้ก็ยังบกพร่องโดยคำนึงถึงแต่ผลร้ายที่เกิดจากการกระทำความผิด มิได้คำนึงถึงจิตใจของผู้กระทำที่ได้กระทำความผิดลงโดยเหตุหรือพฤติการณ์ต่างๆ ที่ไม่เหมือนกัน

3) แนวความคิดการลงโทษของฌัก รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) และซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria)

รูสโซ เห็นว่า สภาวะตามธรรมชาตินั้นเป็นสภาวะที่มนุษย์ไม่มีความมั่นคงในชีวิตและเสรีภาพ คือ ไม่มีหลักประกันที่แน่นอน การจะมีหลักประกันเสรีภาพที่แน่นอนได้นั้นจำเป็นต้องมีการทำสัญญาประชาคม (Social Contract) ในลักษณะที่แต่ละคนต่างต้องยอมสละสิทธิและเสรีภาพที่ตนมีโดยไม่จำกัดในสภาพธรรมชาติเสีย แล้วยอมรับสภาพที่มีสิทธิเสรีภาพที่มีข้อจำกัดตามกฎหมาย รัฐซึ่งเกิดขึ้นจากการทำสัญญาประชาคมจะทำหน้าที่รักษาความสงบและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของทุกคน บุคคลที่ฝ่าฝืนกฎหมายถือว่าเป็นการฝ่าฝืนความเห็นร่วมของคนส่วนใหญ่ในสังคม จึงควรถูกลงโทษซึ่งกระทำโดยองค์กรที่ทำหน้าที่บริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

²⁷จิตติ ดิงศักดิ์, เล่มเดิม. น. 9.

²⁸โง ปราศจากศัตรู. (2549). การนำมาตรการอื่นมาทดแทนการกักขังแทนค่าปรับในโทษทางอาญา. น. 9.

²⁹สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2548). การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ (รายงานผลการวิจัย). น. 8.

ดังนั้น อำนาจการลงโทษจึงเป็นของรัฐเป็นอำนาจป้องกันตัวที่บุคคลโอนมาให้รัฐ ซึ่งต่อมา กลายเป็นแนวความคิดในระบบสัญญา (Systeme Contractuel) โดยเบ็คคาเรีย เป็นผู้ที่เห็นด้วย กับแนวความคิดของรูสโซ โดยให้หลักเรื่องความแน่นอนในการลงโทษไว้ 2 ประการ คือ³⁰

ก) การลงโทษที่จะได้ผลนั้นมีได้อยู่ที่ความรุนแรงของโทษ หากแต่อยู่ที่ความแน่นอนว่า เมื่อผู้ใดได้กระทำความผิดขึ้นแล้วจะต้องได้ตัวผู้นั้นมาลงโทษ แม้จะกำหนดโทษหนัก เช่น ประหารชีวิต แต่ถ้าไม่แน่ว่าจะได้ตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษเช่นนั้นแล้ว โทษนั้นก็ไม่มีผลที่จะลงแก่ผู้ใดได้

ข) อำนาจลงโทษนั้นทำได้แต่เพียงที่จำเป็น เพื่อป้องกันสังคมให้มั่นคงอยู่เท่านั้น เกินกว่านั้นไปแล้วไม่มีความชอบธรรมที่จะลงโทษอีกได้ การลงโทษจึงกระทำเพื่อให้ตัวผู้ได้รับโทษ เจ็ดหลาบไม่กระทำผิดต่อไป และให้เป็นเยี่ยงอย่างแก่ผู้อื่นมิให้กระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นบ้างเท่านั้น ทั้งต้องได้สัดส่วนกับความผิดที่กระทำลงนั้นด้วย

เบ็คคาเรีย เห็นว่า ทุกคนควรเท่ากันในทัศนะของกฎหมาย ในการที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดควรพิจารณาแต่กรรมที่เขาได้ประกอบเท่านั้น ไม่ควรคำนึงถึงว่าผู้นั้นจะเป็นผู้ใด เพราะถือว่าทุกคนกระทำอะไรลงไปโดยมีเจตจำนงอิสระ (free will)³¹ จึงต้องกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิด (punishment to fit the crime) แต่อย่างไรก็ดี ทฤษฎี free will ยังมีข้อบกพร่องซึ่งเป็น เพราะหัวใจของทฤษฎีนี้ เป็นเรื่องที่กฎหมายสันนิษฐานไว้ว่า ทุกคนมีความสามารถในการคิดไตร่ตรอง ได้เท่ากันหมด ดังนั้น เมื่อละเมิดกฎหมายทุกคนย่อมต้องได้รับโทษเท่ากัน โดยลืมความจริงไปข้อหนึ่งว่า มนุษย์แต่ละคนนั้น ความจริงมีความรู้ผิดชอบ สติปัญญาไม่เท่ากัน ซึ่งตามทฤษฎีนี้ ถือว่า การกำหนดโทษไว้ให้เหมาะสมกับความผิด และโทษตายตัวซึ่งเมื่อผู้ใดกระทำความผิดนั้น ย่อมต้องรับโทษเช่นนั้นเหมือนกันหมด จุดอ่อนของทฤษฎีนี้มีผลทำให้ได้รับการคัดค้าน โดยทำให้นักอาชญาวิทยารุ่นต่อมาได้เปลี่ยนแนวคิดที่ไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีที่ “ต้องกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิด” มานิยมแนวความคิดใหม่ที่เห็นว่า “ต้องกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด” (punishment to fit the criminal) ซึ่งเห็นว่ามีเหมาะสมและคำนึงถึงความเป็นจริงมากกว่า³²

4) แนวความคิดการลงโทษของคริสเตียน โทมัสซิอุส (Christian Thomasius)

โทมัสซิอุส เห็นว่า กฎหมายเป็นเรื่องของรัฐ กฎหมายจะบังคับได้แก่สิ่งภายนอกที่เห็นชัดเจนให้แก่ความประพฤติ การฝ่าฝืนข้อห้ามเป็นเหตุให้ถูกลงโทษ แต่การลงโทษต้องเป็น การลงโทษการกระทำของคนมิใช่ลงโทษความคิดของคน ดังนั้นอำนาจของบ้านเมืองจึงไม่อาจ ไปยุ่งกับเรื่องความคิดมโนธรรมภายในซึ่งเป็นเรื่องศีลธรรม ไม่อาจใช้วิธีการที่ทราม วิธีการ

³⁰จิตติ ดิงศภัทิย์, หน้าเดิม.

³¹ประเทือง ธนียผล, เล่มเดิม, น. 51.

³²อัจฉริยา ชูตินันท์, เล่มเดิม, น. 141.

ที่ทารุณโหดร้าย เพื่อให้เขาสามารถให้รับผิดชอบเพราะความเห็น ความเชื่อต่างกัน เพราะนอกจากจะฝ่าฝืนต่อหลักศักดิ์ศรีของมนุษย์แล้ว การทรมานยังเป็นการลงโทษผู้ต้องหาก่อนที่จะมีการพิสูจน์ความผิด การทรมานจึงเป็นวิธีการที่ไม่ชอบในการที่จะใช้เพื่อแสวงหาความจริง³³

2. แนวความคิดเกี่ยวกับการการลงโทษตามความยุติธรรม

แนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษตามความยุติธรรมนี้มีมาตั้งแต่สมัยกรีกโบราณแล้ว โดยมีผู้กล่าวถึงการลงโทษตามความยุติธรรมไว้หลายท่าน แต่ในที่นี้จะขอกกล่าวถึงเฉพาะแนวความคิดของอริสโตเติล (Aristotle) และจอห์น รอลส์ (John Rawls) เท่านั้น

1) แนวความคิดของอริสโตเติล (Aristotle)

อริสโตเติล มหาปราชญ์ยุคกรีกโบราณ (384-322 B.C.) ได้กล่าวถึงความยุติธรรมในการแบ่งสันปันส่วนว่า หมายถึง ความยุติธรรมที่เกี่ยวข้องกับการแบ่งสันปันส่วนทรัพย์สิน สิทธิหน้าที่ เกียรติยศ หรืออำนาจในสังคมภายใต้หลักเรื่องความเสมอภาค (equality) แต่ความเสมอภาคในที่นี้หลักใหญ่ใจความหมายถึง ความเสมอภาคตามสัดส่วน (proportional equality) กล่าวคือ การแบ่งสันปันส่วนสิ่งอันบุคคลทั่วไปปรารถนานั้นมิใช่การกระทำต่อทุกคนเหมือนกันหมด แต่ต้องคำนึงถึงความแตกต่างของแต่ละบุคคลทั้งในแง่ของคุณธรรม ความสามารถ หรือผลของงานต่างๆ ด้วยเหตุนี้การจัดสรรทรัพย์สิน เกียรติยศ ตำแหน่ง หรืออำนาจต่างๆ แก่สมาชิกในสังคมจึงย่อมแตกต่างกันที่มีความสามารถหรือผลงานเหมือนกันเท่านั้นที่สมควรได้รับผลตอบแทนเท่ากัน (equal distribution among equals) กล่าวโดยสรุปก็คือ ความยุติธรรมกำหนดบังคับให้มีการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันต่อคนที่เท่ากัน และปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันต่อคนที่ไม่เท่ากัน ความยุติธรรมจึงเป็นเรื่องของเหตุผลหรือกฎเกณฑ์และเกิดขึ้นจากการให้ (สิ่งใดสิ่งหนึ่ง) แก่บุคคลแต่ละคนตามที่เหมาะสมแก่บุคคลนั้นๆ³⁴

2) แนวความคิดของจอห์น รอลส์ (John Rawls)

ความยุติธรรมทางสังคม (social justice) มีความหมายเดียวกันกับคำว่า ความยุติธรรมในการแบ่งสันปันส่วน หรือ ความยุติธรรมทางเศรษฐกิจ จอห์น รอลส์ (John Rawls) นักปรัชญาร่วมสมัย กล่าวว่า นอกจากรายได้และความมั่งคั่งสมบูรณ์ (wealth) แล้ว โอกาสและสิ่งอันเป็นรากฐานของการเคารพนับถือตัวเอง นับได้ว่าเป็นสิ่งอันมีคุณค่าในสังคมซึ่งเป็นวัตถุอันควรแก่การแบ่งสันปันส่วนในสังคมอย่างเป็นธรรม กล่าวคือ ต้องเป็นไปอย่างเสมอภาค เว้นแต่การแบ่งสันปันส่วนใดๆ อย่างไม่เสมอภาค ในสิ่งดังกล่าวนี้จะนำไปเพื่อผลประโยชน์ของคนทุกคน รอลส์ สรุปว่าหลักความยุติธรรมที่มนุษย์ใน “จุดเริ่มต้น” ประกอบด้วยหลักการสำคัญ 2 ข้อ คือ

³³ปรีดี เกษมทรัพย์. (2551). *นิติปรัชญา*. น. 216.

³⁴จรัญ โฆษณานันท์. (2550). *นิติปรัชญา*. น. 388.

ก) มนุษย์แต่ละคนต้องมีสิทธิเท่าเทียมกันในเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างมากที่สุด ซึ่งเทียบเคียงได้กับเสรีภาพอันคล้ายคลึงกันในบุคคลอื่น หมายถึง เสรีภาพทางการเมือง เสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิในการครอบครองทรัพย์สินส่วนตัว และเสรีภาพจากการปลดจากการจับกุมหรือควบคุมโดยพลการ ตามที่ปรากฏในแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรม

ข) ความไม่เสมอภาคทางเศรษฐกิจและสังคม จำต้องได้รับการจัดระเบียบให้เป็นธรรม เพื่อให้ความไม่เสมอภาคดังกล่าวเป็นประโยชน์มากที่สุดแก่คนที่เสียเปรียบหรือด้อยโอกาสที่สุดในสังคม และเปิดกว้างหรือเกิดขึ้นได้ต่อคนทุกคนไม่ว่าในตำแหน่งใด ภายใต้เงื่อนไขของความเสมอภาคที่เป็นธรรมในโอกาส³⁵

3.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับวัตถุประสงค์การลงโทษ

เมื่อมีการกระทำความผิดขึ้นในสังคม สังคมจะต้องหาวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งในการจัดการกับคนที่ทำผิดหรือละเมิดกฎเกณฑ์ของสังคม เพราะหากสังคมไม่จัดการกับคนที่ทำผิด ก็เท่ากับว่าสังคมยอมรับการกระทำผิดดังกล่าว แต่การที่สังคมจะจัดการกับคนที่กระทำความผิดอย่างไรนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับความเชื่อของสังคมในแต่ละยุคแต่ละสมัยเกี่ยวกับสาเหตุของการกระทำความผิดและเหตุผลที่จะต้องจัดการหรือปฏิบัติกับคนที่กระทำความผิด ซึ่งจะเปลี่ยนไปตามยุคตามสมัย ตามสถานการณ์ โดยสังคมในแต่ละยุคแต่ละสมัยจะมีจุดเน้นในวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และวิธีการที่จะปฏิบัติหรือลงโทษต่อคนที่กระทำความผิดแตกต่างกันออกไป โดยตั้งอยู่บนทฤษฎีในการลงโทษผู้กระทำความผิดต่างๆ ซึ่งได้พัฒนาขึ้นเป็นลำดับ ดังจะเห็นได้ว่าวิธีการลงโทษในอดีตนั้นจะทารุณโหดร้าย ตอบแทนแก่เส้นผู้กระทำความผิด ข่มขู่ผู้กระทำความผิดและผู้อื่น แต่ในปัจจุบันนั้นจะมุ่งเน้นการแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดมากกว่าการลงโทษให้หลบจำ แต่เพียงอย่างเดียว ทั้งนี้เพราะการลงโทษโดยวิธีการแก้แค้นทดแทน รวมทั้งการลงโทษโดยวิธีการข่มขู่เป็นการมุ่งเน้นในการตัดความสัมพันธ์ของผู้กระทำความผิดให้ออกจากสังคมและเกรงกลัวต่อความผิดที่ตนได้กระทำขึ้น ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่สามารถเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของตนไปในทางที่ดีขึ้นได้ จึงก่อให้เกิดมาตรการต่างๆ ในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้กลับคืนสู่สังคมต่อไป

³⁵ ประเสริฐ ตันศิริ. (2547). เอกสารประกอบคำบรรยายกระบวนวิชานิติปรัชญา (ส่วนที่ 1). น. 30-31.

ดังนั้น ในการลงโทษผู้กระทำความผิดจำเป็นต้องพิจารณาถึงทฤษฎีในการลงโทษต่อผู้กระทำความผิดซึ่งแต่ละทฤษฎีจะสนองตอบต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดที่แตกต่างกัน โดยแต่ละทฤษฎีนั้นไม่ว่าจะสนองตอบต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดได้ทั้งหมด การลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีประสิทธิภาพจึงต้องนำทฤษฎีต่างๆ หลายๆ ทฤษฎีมาใช้เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดทั้งในแง่ของผู้กระทำความผิดและในแง่ของสังคม ทฤษฎีในการลงโทษผู้กระทำความผิดแยกพิจารณาได้ 4 ทฤษฎี ดังนี้

3.3.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน (Retribution)

การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนเป็นรูปแบบการลงโทษที่เก่าแก่และแพร่หลายที่สุด มีมาตั้งแต่สมัยมนุษย์ยังเป็นสังคมป่าเถื่อน รูปแบบการลงโทษก็จะมีลักษณะรุนแรงป่าเถื่อน เช่น การตัดอวัยวะ การเข่นตี ทรมาน และการประหารชีวิต แต่การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนก็มีวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับความรู้สึกของผู้เสียหายและประชาชนโดยทั่วไปที่ต้องการจะเห็นคนที่ทำร้ายผู้อื่นได้รับผลร้ายเช่นกัน เป็นการกระทำความตอบแทนต่อการกระทำความผิด³⁶ หรือเป็นการลงโทษที่ชดเชยและให้สาสมกับความผิดเพื่อให้เกิดความยุติธรรมตามหลัก “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (an eye for an eye, a tooth for a tooth)³⁷ ซึ่งหลักดังกล่าวเป็นหลักพื้นฐานของทฤษฎีแก้แค้นทดแทน³⁸ มีแนวคิดมาจากการที่เชื่อว่าบุคคลทั่วไปมีเจตจำนงอิสระ (free will) ในการตัดสินใจกระทำการใดๆ ดังนั้น จึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้นๆ ของตน เมื่อกระทำผิดแล้วก็ต้องรับโทษให้สาสมกับความผิด³⁹

ตามทฤษฎีแก้แค้นทดแทน การลงโทษทางอาญาไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะสร้างให้เกิดประโยชน์ใดๆ ขึ้นในสังคม แต่การลงโทษทางอาญามีไว้เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนอย่างเป็นธรรมต่อการกระทำความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำไป ทฤษฎีนี้มีชื่อเรียกอีกอย่างว่า “ทฤษฎีเด็ดขาด” (Absolute Theorie) ทั้งนี้เพราะการลงโทษตามทฤษฎีดังกล่าวไม่ได้คำนึงถึงผลของการลงโทษที่จะเกิดขึ้นในสังคม⁴⁰

³⁶จิตติ ดิงศรัทีย. เล่มเดิม. น. 12.

³⁷นที จิตสว่าง. (2548). *หลักทฤษฎีอาญา*. น. 24.

³⁸Vgl. Roxin, Strafrecht. (1997). *Allgemeiner Teil, Band I, 3. Auflage*, Paragraph 3, หัวข้อ 2 อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. เล่มเดิม. น. 8.

³⁹ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2544). *กฎหมายอาญา หลักและปัญหา*. น. 349.

⁴⁰Vgl. Roxin, Strafrecht. Loc.cit. อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. เล่มเดิม. น. 8.

นอกจากนี้ ยังมีคำกล่าวของค่าน้ำว่า “การลงโทษตอบแทนแก้แค้นผู้กระทำความผิดที่เป็นสัดส่วนเหมาะสมกับความรุนแรงแห่งอาชญากรรม ย่อมถือเป็นสิทธิอันชอบธรรม”⁴¹ โดยค่าน้ำ เห็นว่า โทษที่ผู้กระทำความผิดได้รับจะต้องได้สัดส่วนพอดีทั้งสภาพและความหนักเบาของความผิดของเขา ดังนั้น หลักการพิจารณาในเรื่องสัดส่วนของโทษจะต้องพิจารณาถึงสภาพและความหนักเบาของความผิด ซึ่งประกอบด้วยความร้ายแรงของความเสียหายในทางการกระทำ และผลต่อสังคมอันเกิดจากการกระทำความผิดนั้น

1. เจื่อนใจของการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน

การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนจะต้องประกอบด้วยเจื่อนใจ 3 ประการ⁴² คือ

1) การลงโทษต้องเป็นการทดแทนความเสียหาย (vindication)

จากการที่ผู้กระทำความผิดได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ดังนั้น การลงโทษจึงต้องกระทำลงไปเพื่อเป็นการทดแทนหรือแก้แค้นให้แก่ผู้เสียหาย และต้องทำให้ผู้เสียหายรู้สึกพอใจและคิดว่าเป็นการกระทำที่ยุติธรรมแล้ว การลงโทษโดยคำนึงถึงความพอใจของผู้เสียหายนี้จะทำให้ผู้เสียหายยอมรับว่าการลงโทษโดยรัฐเป็นความชอบธรรม และยอมรับว่าการแก้แค้นผู้กระทำความผิดไม่ใช่หน้าที่ของเอกชนแต่เป็นหน้าที่ของรัฐ

2) การลงโทษต้องกระทำเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม (fairness)

การลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นการทำให้ผู้ที่กระทำความผิดและบุคคลที่เชื่อฟังกฎหมายตระหนักว่า บุคคลที่ละเมิดกฎหมายจะต้องถูกดำเนินคดีและจะต้องถูกลงโทษ ด้วยเหตุนี้ การลงโทษผู้กระทำความผิดจึงควรมีความรุนแรงเทียบเท่ากับการที่ผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนต่อกฎหมายนั้น โดยถือว่าผู้กระทำความผิดได้จ่ายหนี้อันเกิดจากการทำความผิดให้แก่คนทุกคนที่เชื่อฟังกฎหมายซึ่งเป็นสมาชิกในสังคมนั้น และเมื่อจ่ายแล้วเขาก็กลับคืนสู่สังคมในฐานะที่เป็นพลเมืองดีและมีฐานะเท่ากับคนอื่น อย่างไรก็ตาม การชดใช้การกระทำความผิดนี้มิใช่เป็นเรื่องระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้ปฏิบัติตามกฎหมาย แต่เป็นเรื่องระหว่างรัฐกับผู้กระทำความผิด เพราะฉะนั้นผู้กระทำความผิดยังคงต้องรับโทษจากการที่ตนได้กระทำความผิด แม้ว่าผู้เสียหายจะยกโทษให้ผู้นั้นแล้ว

3) การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความผิด (proportionality)

จำนวนโทษที่ผู้กระทำความผิดควรจะได้รับจะต้องเท่ากันกับความเสียหายที่เขาได้กระทำลงจากการกระทำความผิดนั้น

⁴¹ประเสริฐ เมฆมณี. เล่มเดิม. น. 57.

⁴²ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. น. 21-25.

2. ข้อดีและข้อเสียของการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนมีทั้งข้อดีและข้อเสีย⁴³ กล่าวคือ

1) ข้อดีของทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน คือ การวางกรอบระดับของการลงโทษ การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด ดังนั้น จึงเป็นการต้องห้ามที่จะลงโทษให้หนักในการกระทำความผิดเพียงเล็กน้อย

2) ข้อเสียของทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน มีดังนี้

ก) การลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน ไม่ได้มองถึงประโยชน์ในอนาคต กล่าวคือ ไม่ได้พิจารณาถึงว่าการลงโทษนั้นจะมีผลในการป้องกันไม่ให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นอีกหรือไม่และไม่คำนึงถึงการแก้ไขผู้กระทำความผิดตามหลักการป้องกันสังคมที่มีประสิทธิภาพ การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนมิได้ทำให้เกิดผลอะไรกลับมา

ข) การลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน ไม่ได้คำนึงถึงความจำเป็นของสังคม แต่คำนึงถึงความเหมาะสมของโทษกับความผิดที่ได้กระทำ ฉะนั้นเมื่อได้ลงโทษผู้กระทำความผิดตามอัตราโทษแล้ว ก็ต้องปล่อยตัวออกมาทั้งๆ ที่ยังเป็นอันตรายต่อสังคมอยู่ เช่น การตัดมือผู้กระทำความผิดฐานลักทรัพย์ สังคมจะไม่ได้อะไรจากการลงโทษดังกล่าว นอกจากคนพิการให้สังคมจะต้องเป็นการระเลี่ยงคู่ต่อไป

ค) เป็นการยากที่จะวัดขนาดความรุนแรงของโทษกับความผิดว่ามีความเท่าเทียมกันจริงหรือไม่ เพราะในสภาพความเป็นจริงสังคมไม่มีมาตรการใดๆ ที่จะลงโทษให้ได้สัดส่วนกับความผิดอย่างแท้จริงได้ เช่น กรณีการลักทรัพย์ การลงโทษอย่างไรจึงจะสาสม หากจะใช้การจำคุกจะต้องลงโทษกี่ปีจึงจะทดแทนกันได้ เป็นเรื่องของความรู้สึกทั้งสิ้น ยังไม่มีมาตรฐานใดๆ ที่จะวัดว่าเท่าเทียมกันได้ ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่าผู้กระทำความผิดถูกลงโทษอย่างยุติธรรมหรือผู้เสียหายได้รับการตอบแทนที่ยุติธรรมหรือไม่

โดยสรุป ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนเป็นทฤษฎีที่นำแนวความคิดในเรื่องการแก้แค้น ซึ่งเป็นความคิดดั้งเดิมของมนุษย์มาผสมผสานกับหลักความยุติธรรมในปัจจุบัน โดยเสนอว่าการลงโทษเป็นการทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเพื่อให้ผู้เสียหายพอใจ และเพื่อเป็นการข่มขู่ให้คนทุกคนเชื่อและปฏิบัติตามกฎหมาย โดยถือว่าเป็นหน้าที่ต้องผูกพันในสังคม⁴⁴ ซึ่งแม้ปัจจุบันทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนจะไม่นิยมอีกต่อไป โดยเหตุผลว่าเป็นสิ่งที่ล้าสมัยและไม่สอดคล้องหลักมนุษยธรรม แต่วัตถุประสงค์ของการแก้แค้นทดแทนตามทฤษฎีนี้ก็ยังคงมีอยู่และมีการใช้มาโดยตลอด เพียงแต่การนำมาเป็นหลักในการพิจารณาโทษผู้กระทำความผิด

⁴³ นที จิตสง่า. เล่มเดิม. น. 24-25.

⁴⁴ ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. น. 25.

จะมากน้อยเพียงใด ขึ้นอยู่กับสภาพสังคมและแนวนโยบายของผู้ปกครองในยุคนี้ๆ กอปรกับในสภาพจิตใจของมนุษย์ทั่วไปคงปฏิเสธไม่ได้ว่ายังคงมีความต้องการให้ผู้กระทำความผิด ได้รับโทษ เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนอยู่ด้วยเสมอ

3.3.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรม (Deterrence)

การลงโทษเพื่อการข่มขู่หรือยับยั้งอาชญากรรมนี้เพิ่งปรากฏในปลายศตวรรษที่ 18 ตามแนวคิดของสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม (Classical School) ซึ่งเชื่อว่าการกระทำผิดเกิดขึ้นจากการที่คนไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายหรือการบังคับใช้กฎหมายอ่อนแอ การลงโทษจึงควรมีขึ้นเพื่อป้องกันการกระทำความผิด ซึ่งถือว่าเป็นก้าวใหม่ในการพัฒนาระบบการลงโทษครั้งสำคัญในยุโรป เป้าหมายหลักของการลงโทษเป็นไปเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวเจ็ดหลาบไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก และเพื่อแสดงให้บุคคลทั่วไปได้เห็นว่า การกระทำผิดนั้นย่อมจะต้องได้รับการลงโทษเสมอ ซึ่งนับเป็นการข่มขู่หรือปรามบุคคลทั่วไปมิให้ก่ออาชญากรรมขึ้นในสังคม

เบนธัมและเบ็คคาเรียมีความเห็นพ้องต้องกันว่า การลงโทษที่สมเหตุสมผลนั้น มิใช่การกระทำทรมานแก่ผู้กระทำความผิด แต่เป็นการลงโทษที่มีผลเพียงพอต่อการข่มขู่หรือปรามมิให้ผู้อื่นกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันขึ้นอีก⁴⁵

1. ผลของการลงโทษเพื่อการข่มขู่หรือยับยั้ง

เบ็คคาเรียกล่าวว่า การลงโทษต้องมุ่งผลในทางป้องกัน ซึ่งผลของการลงโทษก่อให้เกิดการข่มขู่ยับยั้ง 2 ลักษณะ ดังนี้

ก) การข่มขู่ยับยั้งโดยทั่วไป

การข่มขู่ยับยั้งโดยทั่วไปเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อข่มขวัญ เป็นการป้องกันสังคมโดยการปราบปรามมิให้ผู้กระทำความผิดนั้นคิดทำผิดขึ้นอีก⁴⁶ หรือป้องกันมิให้คนอื่นในสังคมกระทำความผิดแบบเดียวกันเพราะเกรงกลัวต่อการลงโทษ ด้วยความเชื่อที่ว่า การลงโทษผู้กระทำความผิดคนหนึ่งจะสามารถยับยั้งมิให้คนอื่นกระทำความผิดเช่นนั้นอีก เป็นการสร้างความมั่นคงให้แก่ชุมชนและสังคม เช่น การลงโทษจำคุกจะทำให้คนทั่วไปเห็นว่าทำผิดแล้วต้องติดคุกต้องลำบาก ทำให้เกิดความเกรงกลัว ไม่กล้าทำผิดเพราะเห็นแบบอย่าง⁴⁷

ข้อสังเกต ทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้งประเภทโดยทั่วไปนี้ น่าจะเปรียบเทียบกับ “ทฤษฎีการป้องกันทั่วไป (die Theorie der Generalpraevention)” ของประเทศเยอรมัน โดย ROXIN นักวิชาการชาวเยอรมันได้กล่าวไว้ว่า วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีการป้องกันทั่วไปนี้

⁴⁵ ประเสริฐ เมฆมณี, เล่มเดิม, น. 60.

⁴⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, เล่มเดิม, น. 12.

⁴⁷ นัทธี จิตสว่าง, เล่มเดิม, น. 26.

ไม่ได้อยู่ที่การแก้แค้นทดแทนหรือการที่โทษทางอาญามีผลต่อตัวประชาชนโดยทั่วๆ ไปที่จะเป็น การยับยั้งไม่ให้คนกระทำความผิด

ROXIN ยังกล่าวอีกว่า ทฤษฎีการป้องกันทั่วไปนั้นได้รับการพัฒนามาจาก PAUL JOHANN ANSELM v. FEUERBACH ช่วงปี 1775-1833 FEUERBACH ได้อธิบายทฤษฎีการป้องกัน ทั่วไปโดยอาศัยหลักทฤษฎีว่าด้วยการบังคับของจิตใจ (Theorie des Psychologischen Zwang) ที่ FEUERBACH ได้คิดค้นขึ้น กล่าวคือ FEUERBACH มองว่าจิตใจคนที่จะไปกระทำความผิดนั้น เปรียบเสมือนกับเวทีการต่อสู้ ซึ่งเป็นการต่อสู้ระหว่างความต้องการที่จะกระทำความผิดและความต้องการที่จะยับยั้งการกระทำผิดดังกล่าว และจะต้องทำให้คนที่ยังไม่ตัดสินใจว่าจะทำผิดหรือไม่ นั้น เกิดความรู้สึกที่จะไม่ยอมไปกระทำความผิดโดยวิธีการกำหนดโทษทางอาญา โดยจะต้องทำให้ ความรู้สึกดังกล่าวอยู่เหนือความรู้สึกที่อยากจะไปกระทำความผิดอาญาและโดยวิธีการนี้เองจึงเป็นทาง บังคับทางจิตใจเพื่อนำไปสู่การที่จะงดเว้นไม่กระทำความผิด⁴⁸

โดยทฤษฎีการป้องกันทั่วไปได้แบ่งออกเป็น 2 มุมมอง คือการป้องกันทั่วไปทางลบและการป้องกันโดยทั่วไปทางบวก กล่าวคือ ในมุมมองการป้องกันทั่วไปทางลบ (Der Negative Aspekt der Generalpraevention) นั้น ได้อธิบายอยู่บนแนวคิดที่ทำให้บุคคลอื่นเกิดความหวาดกลัวที่จะไปกระทำความผิดอาญา ซึ่งเป็นมุมมองที่เป็นไปตามทฤษฎีว่าด้วยการบังคับของจิตใจของ FEUERBACH อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันแนวความคิดได้ตกผลึกแล้วว่าคนที่จะไปกระทำความผิดเพียงบางส่วนเท่านั้นที่คิดเช่นนั้น และที่กลัวนั้นก็ไม่ได้กลัวว่าจะได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ หากแต่กลัวว่าตัวเองจะมีความเสี่ยงในการถูกจับกุมเพียงใดมากกว่า ดังนั้น การที่จะให้ทฤษฎีว่าด้วยการป้องกันทั่วไปประสบผลสำเร็จจึงไม่ได้อยู่ที่การเพิ่มโทษ หากแต่อยู่ที่ประสิทธิภาพของการจับตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีให้ได้ ส่วนในมุมมองอีกด้านหนึ่งว่าด้วยการป้องกันทั่วไปทางบวกนั้น (Der Positive Aspekt der Generalpraevention) ได้อธิบายอยู่บนแนวคิดของการทำให้ประชาชนทั่วไปเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย ในปัจจุบันแนวคิดของการป้องกันทั่วไปในทางบวก มีความสำคัญมากกว่าแนวคิดของการป้องกันทั่วไปในทางลบ⁴⁹

เป้าหมายและผลที่เกิดขึ้นจากการป้องกันทั่วไปในทางบวก อาจแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ

ผลในทางการเรียนรู้ (der Lerneffekt) หมายถึง ความเชื่อมั่นของประชาชนต่อระบบกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการบังคับโทษ

⁴⁸Vgl. Roxin, Strafrecht. Op.cit. หัวข้อ 21 อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. เล่มเดิม. น. 13-14.

⁴⁹Ibid. หัวข้อ 25 อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 14.

ผลทางความไว้วางใจ (der Vertrauenseffekt) ที่เกิดขึ้นเมื่อประชาชนมีความเชื่อมั่นต่อระบบกฎหมายหากประชาชนเห็นว่าได้มีการบังคับใช้กฎหมาย และ

ผลในทางความพอใจ (der Befriedungseffekt) ที่จะเกิดขึ้นเมื่อผู้กระทำความผิดถูกลงโทษ⁵⁰

ทฤษฎีการป้องกันทั่วไปมีข้อดีในแง่ที่ว่า เป็นทฤษฎีที่เน้นไปที่ภารกิจในแง่ของการป้องกันโดยตรง กล่าวคือ การป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดอาญาขึ้น ซึ่งเป็นภารกิจหนึ่งของกฎหมายอาญา จึงต่างกับทฤษฎีแก้แค้นทดแทน และในแง่ของนโยบายทางสังคม (sozialpolitisch) ทฤษฎีดังกล่าว มีเป้าหมายของทฤษฎีดังกล่าวเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดอาญามาตั้งแต่เริ่มต้น⁵¹

ข) การข่มขู่ยับยั้งเฉพาะราย

การข่มขู่ยับยั้งเฉพาะรายเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อให้ผู้กระทำความผิดนั้นเข็ดหลัวต่อการลงโทษ และไม่กล้ากลับมากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก เนื่องจากได้รู้รสชาติของความยากลำบากหรือความเจ็บปวดจากการถูกลงโทษ เป็นผลให้ต้องไตร่ตรองในการกระทำผิดว่าคุ้มค่าหรือไม่กับความเจ็บปวดที่เคยได้รับมา ปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่า การข่มขู่ยับยั้งแบบเฉพาะรายโดยการจำคุกใช้ได้ผลกับผู้กระทำความผิดบางประเภท แน่แน่นอนว่าประชาชนจะปลอดภัยตราบเท่าที่บุคคลนั้นยังอยู่ในเรือนจำ ในบางกรณีการจำคุกสามารถทำให้บุคคลนั้นเลิกประกอบอาชญากรรมได้เมื่อออกจากเรือนจำ⁵² อาจกล่าวได้ว่าเป็นการดัดนิสัย (reform) ให้กลับเป็นพลเมืองดีต่อไป⁵³

ข้อสังเกต ทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้งประเภทเฉพาะรายนี้ น่าจะเปรียบเทียบกับ “ทฤษฎีการป้องกันพิเศษ (Die Theorie der Spezialpraevention)” โดย Roxin ได้กล่าวไว้ว่าทฤษฎีการป้องกันพิเศษเป็นทฤษฎีที่ตรงกันข้ามกับทฤษฎีแก้แค้นทดแทน โดยในวัตถุประสงค์การลงโทษของทฤษฎีดังกล่าวมีเพียงเพื่อยับยั้งไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับไปกระทำความผิดอีกในอนาคต⁵⁴

แนวคิดในเรื่องทฤษฎีการป้องกันพิเศษ มีอยู่ในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเยอรมันตั้งแต่ปี 1969 ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 46 (1) ประโยคที่สอง ในภาคทั่วไป (ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปโดยละเอียดในบทที่ 4) ได้บัญญัติเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไว้ว่า “ผลที่เกิดขึ้น

⁵⁰Ibid. หัวข้อ 27 อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. หน้าเดิม.

⁵¹Ibid. หัวข้อ 28 อ้างถึงใน แหล่งเดิม.

⁵²นัทธี จิตสว่าง. หน้าเดิม.

⁵³จิตติ ดิงศกัทธิย์. เล่มเดิม. น. 12.

⁵⁴Vgl. Roxin. Strafrecht. Op.cit. หัวข้อ 25 อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. เล่มเดิม. น. 14.

จากการลงโทษทางอาญาต่อตัวผู้กระทำความผิดในการใช้ชีวิตในสังคมในอนาคต เป็นผลที่จะต้องนำมาพิจารณาด้วย”⁵⁵

2. องค์ประกอบของการลงโทษเพื่อการข่มขู่หรือยับยั้ง วัตถุประสงค์ในการลงโทษ จึงเป็นเรื่องของการป้องกันที่จำกัดเฉพาะราย

การที่จะทำให้การลงโทษมีผลในการข่มขู่และยับยั้งจะต้องประกอบ ด้วยลักษณะ 4 ประการ⁵⁶ ดังนี้

ก) การลงโทษต้องมีความแน่นอน

การลงโทษต้องมีความแน่นอนในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วจะต้องทำให้ผู้กระทำความผิดหลุดพ้นจากการถูกลงโทษ ได้ยาก จะต้องให้ผู้กระทำความผิดรับโทษให้ได้ ซึ่งจะมีผลในการข่มขู่และยับยั้งให้คนทั่วไปและผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเสี่ยงที่จะกระทำความผิดอีก เพราะทำผิดแล้วจะต้อง ถูกจับกุมซึ่งไม่คุ้มค่า

ข) การลงโทษจะต้องกระทำอย่างรวดเร็ว

เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วจะต้องนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษให้ได้ อย่างรวดเร็วเพื่อให้ได้เห็นผลในทันตา จึงจะทำให้ผู้กระทำความผิดและคนทั่วไปเห็นเป็นตัวอย่างว่าเมื่อกระทำความผิดแล้วจะต้องได้รับผลร้ายเช่นไร หากปล่อยไว้ให้เวลานั้นนานออกไปกว่าศาล จะลงโทษผู้กระทำความผิดก็จะทำให้คนทั่วไปลืมถึงเรื่องราวของการกระทำความผิดและ ทำให้การลงโทษไม่มีผลในการข่มขู่ยับยั้งเพราะไม่เห็นผลทันตา

ค) การลงโทษต้องมีความเสมอภาค

ผู้ที่กระทำความผิดจะต้องถูกลงโทษอย่างเท่าเทียมกันไม่มีการเลือกปฏิบัติ หากเมื่อมีการกระทำความผิดแล้วบางคนได้รับโทษแต่บางคนไม่ได้รับโทษ ก็จะทำให้การลงโทษไม่ศักดิ์สิทธิ์ เกิดความไม่เกรงกลัวต่อการลงโทษ

ง) การลงโทษต้องมีความเหมาะสม

การลงโทษต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสมและตัดเทียบกับความผิด หากบทลงโทษ เบาเกินไปไม่ได้สัดส่วนกับความผิด ก็จะทำให้ผู้กระทำความผิดและบุคคลทั่วไปไม่เกรงกลัว และคุ้มค่าที่จะเสี่ยงกระทำความผิด แต่หากบทลงโทษหนักเกินไปก็จะทำให้ผู้กระทำความผิดปกปิดการกระทำ ความผิดของตนเอง โดยการทำร้ายเหยื่อหรือทำให้เหยื่อได้รับผลร้ายมากขึ้น ดังนั้น โทษจึงต้องเหมาะสมและตัดเทียบกับความผิดจึงจะมีผลในการข่มขู่ยับยั้ง

⁵⁵ Vgl. Roxin, Strafrecht, Op.cit. หัวข้อ 21 อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, เล่มเดิม, น. 11.

⁵⁶ แหล่งเดิม, น. 26-27.

แม้ว่าการลงโทษเพื่อการข่มขู่จะเป็นสิ่งที่สามารถลดการก่ออาชญากรรมลงได้ แต่มีผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับวัตถุประสงค์ดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่าการลงโทษเพื่อการข่มขู่ทำให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี เช่น ทำให้บุคลิกภาพของบุคคลเสื่อมเสียลงไปในเนื่องจากต้องไปรับโทษอยู่ร่วมกับนักโทษคนอื่นๆ ทั้งๆ ที่ผู้ผู้นั้นได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรกหรือมิได้ตั้งใจก็ตาม นอกจากนี้การลงโทษเพื่อการข่มขู่มิได้คำนึงถึงการปรับปรุงตัวบุคคลและไม่ได้คำนึงถึงการช่วยเหลือหลังจากพ้นโทษ แต่อย่างไรก็ดี ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงแต่การลงโทษเพื่อการข่มขู่แต่เพียงอย่างเดียว เพราะอาจใช้วิธีการแก้ไขปรับปรุงและช่วยเหลือหลังพ้นโทษไปพร้อมๆ กับการลงโทษเพื่อการข่มขู่ได้

3.3.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อตัดโอกาสผู้กระทำความผิด (Incapacitation)

การลงโทษเพื่อตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำความผิดกลับมากระทำความผิดอีก พิจารณาว่าการลงโทษทำให้ผู้นั้นหมดความสามารถที่จะกลับมากระทำความผิด สังคมจึงจะปลอดภัยจากการกระทำผิดซึ่งเกิดจากบุคคลผู้ต้องโทษนั้น ทั้งนี้แม้ว่าผู้ต้องโทษจะเกรงกลัวต่อโทษหรือจะได้รับการแก้ไขฟื้นฟูจิตใจให้กลับตัวเป็นคนดีจากการรับโทษหรือไม่ก็ไม่สำคัญ แต่ในระหว่างที่ผู้ต้องโทษได้รับโทษอยู่จะต้องถูกตัดความสามารถในการกระทำความผิดอีก ความมุ่งหมายของทฤษฎีนี้จึงคล้ายกับการลงโทษเพื่อข่มขู่หรือเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด แต่ต่างกันตรงที่ทฤษฎีนี้มุ่งป้องกันการกระทำความผิดซ้ำโดยวิธีการทำให้หมดโอกาสในการกระทำความผิด⁵⁷ ทฤษฎีนี้เป็นแนวทางการลงโทษที่ก่อให้เกิดประโยชน์อีกวิธีหนึ่ง โดยมองว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือความปลอดภัยให้แก่สังคมจากผู้กระทำความผิด การตัดโอกาสมิให้กระทำความผิดอาจจะเป็นเฉพาะช่วงเวลาหนึ่งหรือตลอดไปก็ได้⁵⁸ วิธีการลงโทษเพื่อตัดโอกาสกระทำความผิดนั้นสามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1. การประหารชีวิต

การลงโทษประหารชีวิตเป็นรูปแบบการลงโทษที่เก่าแก่และรุนแรงที่สุด จุดมุ่งหมายของการลงโทษประหารชีวิต คือการกำจัดผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคมอย่างเด็ดขาด โดยวิธีการฆ่า หรือวิธีการอื่นใดอันเป็นผลให้ผู้กระทำความผิดถึงแก่ความตาย การประหารชีวิตถือได้ว่าเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด เพราะผู้ต้องโทษไม่มีโอกาสที่จะกระทำความผิดอีกต่อไป

⁵⁷ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม.น. 34.

⁵⁸ไชยยศ วรรณทีศิริ. (กันยายน-ตุลาคม 2538). “ดุลพินิจในการลงโทษผู้กระทำความผิด.” *จุลพาฬ* 41 (5).

2. การควบคุมตัว

การควบคุมตัวที่นิยมกันมากที่สุด คือ การจำคุก โดยการใช้มาตรการจำคุกผู้กระทำความผิดมีจุดมุ่งหมายที่สำคัญเพื่อใช้ทดแทนวิธีการลงโทษผู้กระทำความผิดในลักษณะทารุณโหดร้าย การลงโทษจำคุกเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมภายใต้เงื่อนไขและระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ในระหว่างที่ถูกจำคุกอยู่ผู้กระทำความผิดก็จะถูกตัดไม่ให้มีโอกาสสามารถทำความผิดต่อสังคมภายนอกได้ แต่มีลักษณะเป็นการชั่วคราวเท่านั้น หากบุคคลดังกล่าวพ้นโทษออกมาแล้วอาจจะกลับมากระทำความผิดซ้ำอีกได้

3. การเนรเทศและการส่งนักโทษไปต่างถิ่น

การลงโทษโดยเนรเทศเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเป็นวิธีการที่ปฏิบัติกันในสังคมดั้งเดิมและสมัยโบราณ มักใช้กับผู้กระทำความผิดฐานละเมิดขนบธรรมเนียมประเพณีข้อห้ามทางศาสนา นักโทษการเมือง ผู้กระทำความผิดซ้ำ คนจรจัด เป็นต้น ซึ่งต่อมาได้พัฒนามาเป็นการส่งนักโทษไปต่างถิ่น ซึ่งอังกฤษเป็นประเทศแรกที่ใช้มาตรการนี้ โดยการส่งนักโทษไปยังอาณานิคมของตนเอง ได้แก่ สหรัฐอเมริกา และออสเตรเลีย

วิธีการลงโทษผู้กระทำความผิดที่สนองตอบต่อทฤษฎีการลงโทษเพื่อตัดโอกาสกระทำความผิดที่แพร่หลายที่สุด คือ วิธีการควบคุมตัว ซึ่งในที่นี้ คือ การจำคุก แต่การจำคุกเป็นการแยกผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเป็นการชั่วคราวดังที่ได้กล่าวมาแล้ว เมื่อผู้กระทำความผิดพ้นโทษและกลับเข้ามาอยู่ในสังคมอีกครั้ง ผู้กระทำความผิดอาจมีความโกรธแค้นต่อสังคมมากขึ้นซึ่งเป็นผลต่อเนื่องจากการที่เขาได้รับโทษจำคุกมา หรือปรับตัวเข้ากับสังคมไม่ได้เพราะถูกตราหน้าว่าเป็นคนจี้คุก โดนดูถูกเหยียดหยาม ไม่ยอมรับ ไม่ให้อภัย ไม่ให้ออกแสดงตัวในพฤติกรรมต่างๆ เป็นการถูกสังคมตีตราบาปให้ ซึ่งเป็นปฏิกิริยาตอบโต้ของสังคมที่มีต่อผู้กระทำความผิดที่แสดงออกมาในแง่ลบ แม้ว่าผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษไปบ้างแล้วก็ตาม เป็นผลให้บุคคลเหล่านี้อาจกลับมากระทำความผิดซ้ำอีกได้

3.3.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation)

การลงโทษตามทฤษฎีนี้เชื่อว่าการกระทำของมนุษย์ถูกกำหนดจากปัจจัยต่างๆ มนุษย์ไม่สามารถเลือกกระทำได้อย่างอิสระ แต่มนุษย์ถูกกดดันหล่อหลอมจากสิ่งแวดล้อมและปัจจัยต่างๆ จนมีบุคลิกภาพที่บกพร่องและหันไปสู่การกระทำความผิด ดังนั้น การกระทำของมนุษย์เป็นผลมาจากปัจจัยหลายอย่างรวมกันซึ่งอยู่เหนือการควบคุมของมนุษย์ การกระทำความผิดจึงเกิดจากปัจจัยหลายอย่างรวมกันด้วย ซึ่งอาจแตกต่างกันออกไปในแต่ละบุคคล การลงโทษจึงไม่ควรมุ่งเน้นที่การกระทำความผิดเป็นหลัก แต่ควรพิจารณาจากสาเหตุที่ทำให้เกิดการกระทำความผิดและ

การแก้ไขปรับปรุงไปที่สาเหตุนั้น⁵⁹ การลงโทษเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูจึงเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดมากกว่าการกระทำความผิด โดยเฉพาะจึงศึกษาผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลหรือการจำแนกลักษณะเพื่อหาสาเหตุของการกระทำความผิดและแนวทางแก้ไขเพื่อให้โอกาสผู้กระทำความผิดกลับตัว

การลงโทษเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดนี้เป็นการลงโทษเพื่อวัตถุประสงค์ในอนาคต มีลักษณะคล้ายกับการลงโทษเพื่อการข่มขู่แต่มีความมุ่งหมายที่แคบกว่า กล่าวคือ การลงโทษเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูนี้มีความมุ่งหมายเพียงป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดมาแล้วกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก ไม่ได้มีความมุ่งหมายจะให้ผลถึงบุคคลอื่นในสังคมโดยตรง จึงส่งผลเป็นการเฉพาะตัวแก่ผู้กระทำความผิดเท่านั้น โดยมุ่งหวังว่าเมื่อผู้กระทำความผิดได้รับโทษแล้วจะเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมและกลับตัวเป็นคนดี และกลับเข้าสู่สังคมได้อีกครั้งโดยไม่เกิดปมด้อยว่าตนได้เคยกระทำความผิดและได้รับโทษ⁶⁰

แต่การฟื้นฟูผู้กระทำความผิดก็ยังมีอุปสรรคอยู่หลายประการ⁶¹ คือ

1. ผู้กระทำความผิดได้สูญเสียบุคลิกภาพไปแล้ว โดยถูกหล่อหลอมให้มีบุคลิกเช่นนั้นเป็นเวลานาน แต่ใช้เวลาในเรือนจำไม่นานในการที่จะแก้ไขฟื้นฟูให้ฟื้นคืนกลับมาและปรับตัวเข้ากับคนโดยทั่วไปในสังคมนั้นทำได้ยาก

2. การลงโทษเพื่อการฟื้นฟูขัดกับความรู้สึกของคนในสังคมว่าผู้กระทำความผิดไม่ควรได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าคนอื่นตามหลักของเบนแธม ที่เรียกว่า “หลักการได้รับประโยชน์ที่น้อยกว่า” (Principle of Less Eligibility) ทั้งนี้เพราะคนทั่วไปจะเห็นว่าเป็นการไม่เป็นธรรมที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับประโยชน์มากกว่าคนทั่วไป เช่น ผู้กระทำความผิดจะได้รับการอบรมแก้ไข ฝึกอาชีพ สวัสดิการอาหาร ที่อยู่อาศัย การศึกษา การหางาน ในขณะที่คนทั่วไปในสังคมอีกจำนวนมากไม่ได้รับบริการดังกล่าว

3. การแก้ไขฟื้นฟูเหมาะสำหรับผู้กระทำความผิดบางประเภทเท่านั้น เช่น ผู้กระทำความผิดครั้งแรก ซึ่งได้กระทำผิดไปเพราะอารมณ์ชั่ววูบหรือโดยพลั้งพลาด หรือทำไปเพราะความจำเป็น การแก้ไขฟื้นฟูไม่ให้อักระทำความผิดซ้ำขึ้นอีกย่อมมีทางสำเร็จได้มาก แต่สำหรับผู้กระทำความผิดที่เคยกระทำความผิดและถูกลงโทษมาหลายครั้งแล้ว หรือพวกอาชญากรอาชีพหรือพวกกระทำความผิดนิสัย โอกาสที่จะแก้ไขฟื้นฟูให้กลับตัวนั้นย่อมจะเป็นไปได้ยาก ดังนั้น การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดจึงไม่สามารถใช้กับผู้กระทำความผิดได้ทุกกรณี

⁵⁹ นัทธี จิตสว่าง, เล่มเดิม, น. 29.

⁶⁰ สหชน รัตนไพจิตร, เล่มเดิม, น. 60.

⁶¹ นัทธี จิตสว่าง, เล่มเดิม, น. 30-31.