



รายงานการวิจัย

เรื่อง

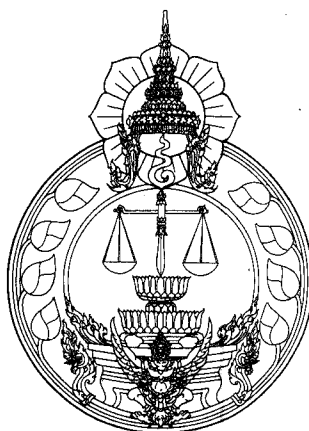
การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ

กลุ่มวิจัยและพัฒนา (สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์)

สำนักวิชาการศาลยุติธรรม

สำนักงานศาลยุติธรรม

ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2548



รายงานการวิจัย

เรื่อง

การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ

โดย

นายสุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์

ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำสำนักประธานศาลฎีกา

ได้รับงบประมาณสนับสนุนการวิจัยจาก
กลุ่มวิจัยและพัฒนา สำนักวิชาการศาลยุติธรรม (สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์)
สำนักงานศาลยุติธรรม

ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2548

กิตติกรรมประกาศ

โครงการวิจัยเรื่อง “การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ” นี้ ผู้วิจัยได้รับเงินสนับสนุนจากงบประมาณประจำปี พ.ศ. 2548 ของกลุ่มวิจัยและพัฒนา สำนักวิชาการศาลยุติธรรม (สถาบันวิจัยและพัฒนาคดี) สำนักงานศาลยุติธรรม ผู้วิจัยจึงขอขอบคุณสำนักงานศาลยุติธรรมมา ณ โอกาสนี้ด้วย

ในส่วนของการค้นข้อมูลเอกสารภาษาไทยผู้วิจัยขอขอบคุณ นายจิรัชญ์ วัฒนศิริพงศ์ ที่ช่วยในการค้นเอกสารที่จำเป็นต้องใช้อ้างอิงในงานวิจัยนี้

ในส่วนของการจัดพิมพ์ ผู้วิจัยขอขอบคุณ นางสาวชนิฉัตร ฝ่าพิมาย ที่ช่วยในการจัดพิมพ์ตลอดจนแก้ไขคำผิดในงานวิจัยนี้

ผู้วิจัยหวังว่ารายงานวิจัยฉบับนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อศาลยุติธรรมบ้างไม่มากก็น้อย

ผู้วิจัย

ธันวาคม 2549

บทคัดย่อ

ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษนั้น ไม่ว่าจะตามระบบกฎหมายเยอรมันหรือตามระบบกฎหมายไทยต่างมีเป้าหมายอันเดียวกันคือทำอย่างไรจึงจะให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลเป็นไปอย่างเป็นธรรม กล่าวคือ เป็นการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดและเหมาะสมกับจำเลยแต่ละคน

ในขณะที่ตามระบบกฎหมายเยอรมัน ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษไว้ในมาตรา 46 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน แต่ตามระบบกฎหมายไทยได้ปล่อยให้การวางหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นเรื่องของทางฝ่ายตำรวจและทางฝ่ายศาล แม้จะมีข้อดีในแง่ที่ทำให้ผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลพินิจได้ค่อนข้างกว้างขวาง แต่การบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษไว้ในกฎหมายจะทำให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลเป็นไปในแนวทางเดียว โดยเสนอให้บัญญัติหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษไว้ในกฎหมายอย่างในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมาตรา 46 ซึ่งไม่เพียงแต่จะทำให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษมีมาตรฐานเดียวกันแล้วยังจะทำให้การคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการลงโทษจากการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษมีความชัดเจนขึ้น รวมทั้งหลักการที่ว่าโทษต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดมีความชัดเจนขึ้นด้วยเพราะจะทำให้หลักการดังกล่าวที่แต่เดิมเป็นแต่ความเห็นในทางคำรณายสภามาเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้และผูกมัดศาลให้ต้องคำนึงถึงหลักการดังกล่าวในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ

สารบัญ

	หน้า
กิตติกรรมประกาศ	(1)
บทคัดย่อ	(2)
สารบัญ	(3)
บทที่ 1 บทนำ	1
I. บทนำสู่ปัญหา	1
II. วัตถุประสงค์	1
III. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	1
IV. ทฤษฎีสมมติฐานหรือกรอบแนวคิด	2
บทที่ 2 ทฤษฎีทั่วไปว่าด้วยการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ (Die allgemeinen Lehren der Strafzumessung)	3
I. โทษอาญาที่กำหนดไว้ในกฎหมายและดุลพินิจในการลงโทษ (Strafbemessung und Strafzumessung)	3
II. การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในฐานะที่เป็นการใช้ดุลพินิจ (Die Strafzumessung als Ermessensakt)	5
III. วัตถุประสงค์ในการลงโทษ (Der Zweck der Strafe); ทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ (die Straftheorien)	8
1. ทฤษฎีแก้แค้นทดแทน (Die Vergeltungstheorie)	8
2. ทฤษฎีการป้องกันพิเศษ (Die Theorie der Spezialpraevention)	10
3. ทฤษฎีการป้องกันทั่วไป (Die Theorie der Generalpraevention)	13
4. ทฤษฎีแบบผสมผสานที่เน้นการแก้แค้นทดแทน (Die vergeltende Verinigungstheorien)	16
5. ทฤษฎีแบบผสมผสานที่เน้นการป้องกัน (Die praeventive Vereinigungstheorie)	17
5.1 วัตถุประสงค์ของการลงโทษเป็นไปเพื่อการป้องกันเท่านั้น (Der ausschliesslich praeventive Zweck der Strafe)	17
5.2 การสละซึ่งวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เป็นการแก้แค้น (Der Verzicht auf jede Vergeltung)	19

5.3	หลักความน่าดำหนิในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการกำหนดขอบเขตของการลงโทษ (Das Schuldprinzip als Mittel der Eingriffsbegrenzung)	19
5.4	ข้อสรุป	20
IV.	ขั้นตอนของกระบวนการในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ (Die Gliederung des Strafzumessungsvorgangs)	20
บทที่ 3	แนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษตามมาตรา 46 (Die Strafzumessungsrichtlinien des 46)	26
I.	ข้อความทั่วไป	26
II.	หลักพื้นฐานในการกำหนดโทษ	28
1.	หลักของความน่าดำหนิ (Schuldprinzip)	28
III.	ข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษ (Die Strafzumessungstatsachen)	29
1.	เนื้อหาของความมิชอบด้วยกฎหมายและเนื้อหาของความน่าดำหนิของการกระทำความผิด (Der Unrechts- und Schuldgehalt der Tat)	30
2.	คุณลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิด (Die Taeterpersoenlichkeit)	33
3.	ชีวิตที่แล้วมาของผู้กระทำความผิด การกระทำภายหลังการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ยาวนาน (Das Vorleben des Taeters, sein Verhalten nach der Tat, die ueberlange Verfahrensdauer)	35
4.	ข้อห้ามของการนำข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษมาใช้ซ้ำสอง (Das Verbot der Doppelverwertunh von Strafzumessungstatsachen)	38
บทที่ 4	การกำหนดโทษจำเลยคดีอาญาในประเทศไทย	40
I.	แนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษตามกฎหมายเก่า	40
1.	สมัยสุโขทัย	40
2.	สมัยอยุธยา	40
3.	สมัยรัตนโกสินทร์	41

	หน้า
II. แนวคิดว่าด้วยการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษในปัจจุบัน	41
1. การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษต้องคำนึงถึงทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ	41
2. การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษต้องเป็นกลางปราศจากอคติใดๆ	41
3. การกำหนดโทษต้องเป็นไปตามอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย	42
4. การกำหนดโทษต้องอยู่ภายใต้มาตรฐานเดียวกัน	42
5. การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดี	42
III. วิจัยแนวคิดว่าด้วยการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษในปัจจุบัน	42
1. การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นกลางปราศจากอคติ	42
2. การกำหนดโทษต้องเป็นไปตามอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย	43
3. ทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ	43
3.1 ประเภทของทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ	43
3.2 การปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ	45
4. การกำหนดโทษต้องอยู่ภายใต้มาตรฐานเดียวกัน	46
5. การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดี	47
บทที่ 5 ข้อสรุปและข้อเสนอแนะ	49
บรรณานุกรม	50

บทที่ 1

บทนำ

I. บทนำสู่ปัญหา

การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นธรรม กล่าวคือการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่ได้ สัมพันธ์กับความร้ายแรงของการกระทำความผิดและเหมาะสมกับจำเลยแต่ละคนนั้น เป็นเป้าหมายของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ซึ่งหลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับทั้งในทาง ความเห็นทางตำราและตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา แต่ปัญหาว່ว่าอย่างไรจึงจะถือว่าเป็น การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นธรรมนั้นก็มีความเห็นที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งถ้าพิจารณา จากแนวทางของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของไทยในปัจจุบันแล้วจะพบว่า แนวทางการใช้ ดุลพินิจกำหนดโทษบางแนวทางนั้น ไม่อาจที่จะบรรลุถึงวัตถุประสงค์ของการใช้ดุลพินิจ กำหนดโทษที่เป็นธรรมได้ ส่วนแนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษในปัจจุบันที่สามารถบรรลุ ถึงวัตถุประสงค์ของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นธรรมได้นั้นก็มีความเห็นที่หลากหลาย แตกต่างกันไป การศึกษาเพื่อให้ทราบถึงความเห็นที่หลากหลายดังกล่าวและวิเคราะห์ เพื่อให้ทราบถึงความเห็นที่ควรจะนำมาใช้ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจึงเป็นสิ่งที่มีความ จำเป็น

II. วัตถุประสงค์

1. เพื่อศึกษาให้ทราบถึงทฤษฎีทั่วไปว่าด้วยการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ
2. เพื่อศึกษาให้ทราบถึงแนวคิดเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ
3. เพื่อศึกษาให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษตามที่บัญญัติ ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน
4. เพื่อศึกษาให้ทราบถึงแนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของไทยในปัจจุบัน

III. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงทฤษฎีทั่วไปว่าด้วยการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ, แนวคิดเกี่ยวกับ ทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ, หลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษตามที่บัญญัติไว้ ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันและแนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของไทยในปัจจุบัน

2. ทำให้ทราบถึงแนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นธรรม กล่าวคือการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดและเหมาะสมกับจำเลยแต่ละคน

IV. ทฤษฎีสम्मติฐานหรือกรอบแนวคิด

เนื่องจากการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลไทยนั้นยังไม่มีความเหมาะสม เพราะขาดหลักเกณฑ์ทั่วไปที่กำหนดไว้ในกฎหมายเพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นธรรมและเป็นแนวทางสำหรับผู้พิพากษานำมาใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษเหมือนอย่างบางประเทศ เช่นในประเทศเยอรมัน งานวิจัยชิ้นนี้จึงจะเป็นการศึกษาที่เน้นถึงหลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันเพื่อนำมาเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายสำหรับให้ศาลใช้เป็นหลักในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษต่อไป

บทที่ 2

ทฤษฎีทั่วไปว่าด้วยการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ (Die allgemeinen Lehren der Strafzumessung)

I. โทษอาญาที่กำหนดไว้ในกฎหมายและดุลพินิจในการลงโทษ (Strafbemessung und Strafzumessung)

1. ดุลพินิจในการลงโทษ (Strafzumessung) หมายถึงการกำหนดผลในทางกฎหมายของการกระทำผิดอาญาโดยผู้พิพากษาตามประเภท ความรุนแรงและความสามารถในการบังคับโทษได้ (Vollstreckbarkeit) โดยการเลือกใช้รูปแบบของการลงโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่มีอยู่อย่างหลากหลาย ดุลพินิจในการลงโทษจึงไม่ใช่เฉพาะการกำหนดโทษทางอาญา (die Festsetzung der Strafe) แต่รวมถึงการรอการลงโทษที่มีการกำหนดหน้าที่ให้ปฏิบัติด้วย (die Strafaussetzung zur Bewahrung mit den Auflagen und Weisungen) (เช่น การให้ชดใช้ค่าเสียหาย, กระทำการที่เป็นประโยชน์ต่อชุมชน เป็นต้น) การกำหนดมาตรการของวิธีการเพื่อความปลอดภัย เป็นต้น เฉพาะกรณีที่เป็นข้อยกเว้นเท่านั้นที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดโทษประเภทใดประเภทหนึ่งไว้โดยเฉพาะ ในประมวลกฎหมายอาญาก็มีเฉพาะในกรณีของความผิดฐานฆ่าบุคคลอื่นโดยมีเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 211 (1)¹ และความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยมีเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 220 a (1) Nr. 1 ที่กำหนดโทษไว้เฉพาะจำคุกตลอดชีวิต มิฉะนั้นแล้วฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดขอบเขตของการลงโทษให้กับผู้พิพากษาไว้ค่อนข้างกว้างไม่มากนักน้อยที่จะให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจในการเลือกการลงโทษ ในทางทฤษฎีว่าด้วยเรื่องดุลพินิจในการลงโทษจึงต้องแยกความแตกต่างระหว่างโทษอาญาที่กำหนดไว้ในกฎหมาย (die gesetzliche Strafbemessung) และการใช้ดุลพินิจในการลงโทษโดยผู้พิพากษา (die richterliche Strafzumessung)²

2. โทษอาญาที่กำหนดไว้ในกฎหมาย (die gesetzliche Strafbemessung) สำหรับความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งนั้น ไม่ได้มีอัตราโทษที่เหมือนกันในทุกๆ กรณี ในทางตรงกันข้าม บ่อยครั้งที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติกลุ่มของอัตราโทษขึ้นมาเป็นพิเศษ (besondere

¹หากไม่แสดงให้เห็นเป็นอย่างนั้น หมายถึงประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน.

²Vgl. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 1988. Paragraph 82, หน้า 777-778.

Wertgruppen) ที่จะมีระดับของความรุนแรงของการกระทำความผิดที่แตกต่างกัน เพื่อที่จะช่วยผู้พิพากษาที่จะใช้ดุลพินิจในการลงโทษ ในกรณีดังกล่าว ในทางตำราเรียกว่า การเปลี่ยนแปลงอัตราโทษที่ไม่ได้ระบุไว้ (die unbenannten Strafaenderungen) ซึ่งอาจจะเป็นกรณีของคดีที่มีความรุนแรงมากเป็นพิเศษ เช่น มาตรา 212 (2), 263 (3) หรือคดีที่มีความรุนแรงน้อย เช่น มาตรา 249 (2) เป็นต้น ปัญหาว่าอัตราโทษที่กำหนดไว้เป็นพิเศษนี้ (Sonderstrafrahmen) จะถูกนำมาใช้เมื่อใดนั้นก็ขึ้นอยู่กับว่า การกระทำความผิดดังกล่าว โดยภาพรวมแล้วได้แตกต่างออกไปจากค่าเฉลี่ยโดยรวมของการกระทำความผิดประเภทเดียวกันที่เกิดขึ้นจนมากพอที่จะทำให้มีเหตุอันชอบด้วยกฎหมายที่จะกำหนดโทษของการกระทำความผิดดังกล่าวไว้ในกลุ่มอัตราโทษที่กำหนดไว้เป็นพิเศษหรือไม่ ในกรณีของคดีที่มีความรุนแรงมากเป็นพิเศษ พิจารณาเฉพาะจากข้อเท็จจริงแห่งคดีทั้งในทางภาวะวิสัยและอัตตวิสัย (nur solche objektiven und subjektiven Umstaende) ที่จะเป็นตัวกำหนดลักษณะของการกระทำความผิดโดยตรง (RG 69, 164, 169; BGH 2, 181, 182; 4, 8, 10f.; 5, 124, 130) ในขณะที่กรณีของคดีที่มีความรุนแรงน้อยจะพิจารณาจากทุก ๆ ข้อเท็จจริงที่จะมีความสำคัญต่อการประเมินถึงการกระทำความผิดและตัวผู้กระทำความผิด (BGH 26, 97) โดยไม่คำนึงถึงว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวจะมีอยู่แล้วในขณะกระทำความผิดหรือมีอยู่ก่อนหรือเกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิด (BGH 4, 8, 9; BGH NJW 1960, 1869) ประการแรกจะต้องตัดสินใจว่าอัตราโทษเท่าใดที่จะถูกนำมากำหนดในคดีนี้ หลังจากนั้นจึงจะเป็นเรื่องของการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ (BGH NStZ 1983, 407)³

3. การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจะทำให้อัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายในคดีใดคดีหนึ่งมีความชัดเจนขึ้น ดังนั้นการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจึงถือได้ว่าเป็นส่วนที่สำคัญที่ตัวผู้กระทำความผิดและการกระทำความผิดจะถูกนำมาพิจารณาอีกครั้ง นอกจากการใช้ดุลพินิจซึ่งนำหลักพยานหลักฐานและการปรับบทกฎหมายแล้ว การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษถือได้ว่าเป็นภารกิจอิสระประการที่สามของผู้พิพากษาในคดีอาญา ผู้พิพากษาจะต้องทำตัวเองให้เป็นอิสระจากอคติส่วนตัว ความชอบและความรู้สึกส่วนตัวและใช้ดุลพินิจโดยวางอยู่บนพื้นฐานของหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจอย่างเป็นกลาง เพราะว่าอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายกำหนดไว้ค่อนข้างกว้างและเพื่อประโยชน์ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลไป (im Interesse der Individualisierung der Strafzumessung) อัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายจึงต้องกำหนด

³Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว. หน้า 778.

ให้กว้างเข้าไว้ แต่การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลชั้นต้นของศาลสูง กลับมีขอบเขตที่ค่อนข้างจำกัด แม้ว่าจะได้มีการแบ่งกลุ่มอัตราโทษขึ้นมาเป็นพิเศษตามที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้วก็ตาม จึงอาจมีการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษที่ไม่ชอบขึ้นมาได้ ไม่ว่าจะเป็นแง่ของการกำหนดโทษสูงเกินไปหรือต่ำเกินไป และจะเป็นผลให้ในทางปฏิบัติแล้วการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจะไม่มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ซึ่งอันตรายจากการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษดังกล่าวสามารถจะหลีกเลี่ยงได้ก็แต่โดยการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเท่านั้น (nur durch konsequente Unterordnung des Strafzumessungsvorgangs unter die den Ermessensakt leitenden rechtlichen Gesichtspunkte in Grenzen gehalten werden)

4. เพราะว่าแต่เดิมนั้นทฤษฎีในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษและกฎหมายว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ ยังไม่ได้รับการพัฒนาเท่าที่ควรทำให้การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลเยอรมัน ประสบปัญหาในทางปฏิบัติอยู่เนืองๆ จากการที่การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไม่มีความแน่นอน และส่งผลให้ความเชื่อมั่นของประชาชนต่อกระบวนการยุติธรรมต้องเสียไป⁴

II. การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในฐานะที่เป็นการใช้ดุลพินิจ (Die Strafzumessung als Ermessensakt)

1. การกำหนดโทษให้อยู่ในขอบเขตของอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั้น ถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษา (eine Akt richterlichen Ermessens) แต่อย่างไรก็ตามการใช้ดุลพินิจดังกล่าวไม่ได้เป็นการใช้ดุลพินิจที่อิสระ (nicht frei) หากแต่เป็นการใช้ดุลพินิจที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายโดยปราศจากข้อยกเว้นใดๆ (ein ausnahmslos rechtlich gebundenes Ermessen) (BGH1, 175, 177) การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของผู้พิพากษา ในบางกรณีเป็นไปตามหลักการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (ungeschriebenen Strafzumessungsgrundsätzen) ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นผลมาจากวัตถุประสงค์ในการลงโทษ (Strafzwecken) ที่มีความสัมพันธ์อยู่กับข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษ (Strafzumessungstatsachen) กฎหมายในปัจจุบันได้วางหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้กับผู้พิพากษาไว้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ

⁴Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 779.

ความนำคำหนี (die Schuld) เป็นหลักที่ใช้ในการกำหนดโทษและผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึงผลของโทษที่จะเกิดขึ้นแก่ชีวิตของผู้กระทำผิดในสังคมในอนาคตด้วย มาตรา 46 (1)⁵

2. ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของผู้พิพากษาจะต้องไม่ให้ขัดกับหลักความเสมอภาคตามมาตรา 3 ของกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน ตามหลักความเสมอภาคความแตกต่างกันของการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจะต้องไม่ได้เกิดขึ้นจากอำเภอใจ ตัวอย่างในกรณีดังต่อไปนี้ถือว่าเป็นสิ่งที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค เช่น การเพิ่มโทษโดยให้เหตุผลว่าจำเลยเป็นคนต่างชาติ (BGH NJW 1972, 2191; OLG Celle NJW 1953, 1803; BGH Dallinger MDR 1975, 195) พิจารณาเพิ่มโทษจากเหตุผลที่ผู้กระทำความผิดโดยประมาทได้จับขังรถมาเป็นเวลานาน (KG DAR 1955, 19) หรือจากฐานะทางสังคมที่สูงของผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับการจราจร (OLG Hamm NJW 1956, 1849) หรือจากการที่ผู้ได้รับบาดเจ็บจากอุบัติเหตุจราจรเป็นเด็กวัยรุ่น (OLG Koeln DAR 1963, 306)

ในทางปฏิบัติของศาลสูงแล้ว มีข้อพิจารณาอยู่ 2 ประการ ประการแรกคือข้อพิจารณาที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับคดีจะต้องไม่ถูกนำมาพิจารณา (das Vorliegen sachfremder Erwägungen muesse sich aufdraengen) โดยหลักการแล้วจำเลยมีสิทธิเพียงแคให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเป็นไปตามอัตราโทษที่กฎหมายกำหนด (BVerfGE 4, 1, 7; BGH 1, 183; 7, 86, 89) ประการที่สองคือการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่แตกต่างกันของแต่ละศาล และการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่แตกต่างกันของแต่ละองค์คณะที่อยู่ในศาลเดียวกัน รวมถึงการเปลี่ยนแปลงการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษขององค์คณะเดียวกัน ไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค (BVerfGE 1, 332, 345f.; BGH VRS 21, 54; BayVerfGH GA 1964, 151; 1970, 184, 186)⁶

3. การควบคุมการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ (Die Kontrolle der Strafzumessung) โดยศาลอุทธรณ์ (das Berufungsgericht) จะทำได้อย่างสมบูรณ์ แต่โดยศาลฎีกา (das Revisionsgericht) จะทำได้อย่างมีข้อจำกัด โดยการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษในชั้นของศาลฎีกาจะเป็นไปตามมาตรา 267 (3) ประโยคที่หนึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน ที่บัญญัติให้มีการระบุถึงข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษ (die Strafbemessung) ไว้ในเหตุผลของคำพิพากษา (BGH 24, 268, 271) เพราะว่า

⁵Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 780.

⁶Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 781.

กระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาลฎีกาทำได้เฉพาะเมื่อเป็นการตรวจสอบคำพิพากษาที่ถูกคัดค้านเนื่องจากเหตุผลในทางข้อกฎหมาย (Rechtsfehler) ตามมาตรา 377 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน ดังนั้น การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจะขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกาได้ก็ต่อเมื่อเป็นกรณีของการใช้กฎหมายผิดพลาด (fehlerhafte Rechtsanwendung) (BGH 7, 28, 29) ส่วนกรณีของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน (persoenliche Bewertung) ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 46 (1) ประโยคที่หนึ่งและประโยคที่สองนั้น ศาลฎีกาไม่อยู่ในฐานะที่จะเข้าไปตรวจสอบได้ ดังนั้นในเรื่องของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ศาลฎีกาจะเข้าไปตรวจสอบได้ก็ต่อเมื่อการให้เหตุผลเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษมีความขัดแย้งกันหรือไม่สมบูรณ์เสียจนศาลฎีกาไม่อาจที่จะมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความมีอยู่หรือความไม่มีอยู่ของการใช้กฎหมายที่ผิดพลาดได้ (BGH Dallinger MDR 1970, 559; OLG Frankfurt VRS 37, 60) หรือเมื่อผู้พิพากษาศาลชั้นต้นใช้หรือตีความหลักการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษที่สำคัญ (die massgebenden Strafzumessungsgrundsätze) อย่างไม่ถูกต้อง (BGH 17, 35, 36)⁷

ตัวอย่าง ในกรณีของความผิดเกี่ยวกับกรักร่วมเพศระหว่างผู้ชายสองคนที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ถือว่าเป็นการละเมิดข้อกฎหมาย หากว่าศาลได้ลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวโดยลงโทษปรับเป็นเงิน 3 มาร์ก ซึ่งเป็นโทษที่ต่ำที่สุดในขณะนั้น เพราะศาลเห็นว่าความผิดฐานดังกล่าวรวมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 175⁸ ไม่ควรที่จะเป็นความผิดอาญา (LG Hamburg NJW 1951, 853; vgl. auch BGH NStZ 1984, 117) ทั้งนี้เพราะว่าสิ่งดังกล่าวไม่ใช่สิ่งที่อาจนำมาพิจารณาสำหรับการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ในกรณีของผู้ที่เคยกระทำความผิดมาก่อนหลายครั้งแล้ว (im Falle eines vielfach Vorbestraften) การลงโทษโดยใช้อัตราโทษขั้นต่ำถือว่าเป็นการลงโทษที่เบาเกินไป (RG 76, 325) นอกจากนี้ ถือว่าเป็นการใช้กฎหมายโดยไม่ถูกต้องเช่นกันหากว่าโทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นเบาไปหรือหนักไป โดยปราศจากเหตุผล (unvertretbar) เมื่อเทียบกับเนื้อหาของความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำความผิดและเนื้อหาของความน่าตำหนิของการกระทำความผิด (angesichts des Unrechts - und Schuldgehalts der Tat) (BGH 29, 319; BGH NStZ 1983, 268; NStZ 1985, 415; Stv 1986, 57)⁹

⁷Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 781.

⁸บทบัญญัติดังกล่าวปัจจุบันได้ถูกยกเลิกไปแล้ว.

⁹Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 782.

III. วัตถุประสงค์ในการลงโทษ (Der Zweck der Strafe); ทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ (die Straftheorien)

1. ทฤษฎีแก้แค้นทดแทน (Die Vergeltungstheorie)

ตามทฤษฎีแก้แค้นทดแทน การลงโทษทางอาญาไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะสร้างให้เกิดประโยชน์ใดๆ ขึ้นแก่สังคม แต่การลงโทษทางอาญามีไว้เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนอย่างเป็นธรรมต่อการกระทำผิดที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำให้ไป ทฤษฎีนี้มีชื่อเรียกอีกอย่างว่าทฤษฎีเด็ดขาด (absolute Theorie) ทั้งนี้เพราะการลงโทษตามทฤษฎีดังกล่าวไม่ได้คำนึงถึงผลของการลงโทษที่จะเกิดขึ้นแก่สังคม แนวคิดในเรื่องของการลงโทษที่เป็น การแก้แค้นทดแทนนั้นเป็นแนวคิดที่มีมาแต่โบราณแล้วและยังคงเป็นแนวคิดที่ยังคงอยู่ในใจของคนทั่วไป กล่าวคือ การลงโทษทางอาญาจะต้องเป็นธรรมและจะเป็นธรรมได้ก็ต่อเมื่อโทษทางอาญาไม่ว่าจะเป็นในส่วนของระยะเวลาในการลงโทษและความรุนแรงของการลงโทษ จะต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด หลักว่าด้วยการแก้แค้นทดแทนที่มีมาแต่เดิม (das alte Talionsprinzip) ที่ว่า ตาต่อตา ฟันต่อฟันนั้นเป็นหลักที่เป็นแนวคิดพื้นฐานของทฤษฎีแก้แค้นทดแทน¹⁰

ในปี 1798 ในหนังสือชื่อ “Metaphysik der Sitten” KANT ได้วางหลักเกี่ยวกับแนวคิดในเรื่องของการแก้แค้นและความยุติธรรมไว้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่อาจที่จะเปลี่ยนแปลงได้ และคัดค้านแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องอรรถประโยชน์นิยมโดยกล่าวว่า ฆาตกรก็คือคนที่ฆ่าบุคคลอื่นหรือช่วยเหลือหรือเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดดังกล่าว จึงมีคนมากมายที่ต้องเสียชีวิตจากการกระทำของฆาตกรเหล่านี้ เพราะหากความยุติธรรมต้องสูญเสียไปก็ไม่มีประโยชน์อันใดที่ควรจะมีชีวิตอยู่ในโลกนี้อีกต่อไป สำหรับ KANT แล้ว การลงโทษทางอาญาก็ยังถือว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นอยู่ แม้ว่ารัฐและสังคมจะไม่มีอยู่อีกต่อไป ตามความเห็นของ KANT แล้ว ฆาตกรที่อยู่ในคุกเป็นคนสุดท้ายก็ยังคงจะต้องถูกตัดสินประหารชีวิต¹¹

HEGEL เขียนคำราที่มีชื่อว่าหลักพื้นฐานของนิติปรัชญา (Grundlinien der Philosophie des Rechts) ไว้ในปี 1821 โดยกล่าวว่า การกระทำความผิดอาญาถือว่าเป็นการปฏิเสธต่อกฎหมายและการลงโทษทางอาญาเป็นการปฏิเสธต่อการปฏิเสธดังกล่าว กล่าวคือการลงโทษทางอาญาถือว่าเป็นการยกเลิกการกระทำความผิดอาญาและเป็น

¹⁰Vgl. Roxin, Strafrecht : Allgemeiner Teil, Band I, 3. Auflage, 1997, Paragraph 3, หัวข้อ 2.

¹¹Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 3.

การสร้างกฎหมายให้กลับคืนมาอีกครั้งหนึ่ง และเช่นเดียวกันกับ KANT HEGEL เห็นว่า วัตถุประสงค์ในการลงโทษไม่ใช่เป็นวัตถุประสงค์ในการป้องกันอย่างในกรณีของการทำให้ประชาชนกลัว จะได้ไม่กระทำความผิด (Abschreckung) และการแก้ไขไม่ให้ประชาชนกลับไปกระทำความผิดอีก (Besserung)¹²

นอกจากนี้ ศาสนาคริสต์ไม่ว่าจะเป็นนิกายคาทอลิกหรือโปรเตสแตนต์ ต่างก็สนับสนุนทฤษฎีการแก้แค้นทดแทน โดยเห็นว่าความยุติธรรมที่เกิดขึ้นนั้นเป็นข้อบัญญัติของพระเจ้าและการลงโทษทางอาญานั้นเป็นไปตามบัญชาของพระผู้เป็นเจ้า¹³

ความเห็นของศาลก็ยอมรับแนวคิดของทฤษฎีแก้แค้นทดแทนเช่นกัน คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญเล่มที่ 22 หน้าที่ 132 ได้ระบุไว้ว่า โดยสาระของการลงโทษทางอาญาก็คือการแก้แค้นทดแทนโดยทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับความเดือดร้อน นอกจากนี้ในคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญฉบับอื่นๆ ก็ได้ระบุว่า วัตถุประสงค์ของการลงโทษนอกจากการป้องกันไม่ให้บุคคลอื่นมากระทำความผิด (Abschreckung) และการแก้ไขไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับมากระทำความผิดอีก (Besserung) แล้ว การแก้แค้นทดแทนก็เป็นอีกวัตถุประสงค์หนึ่งของการลงโทษ อีกทั้งคำพิพากษาของศาลแห่งสหพันธ์ แผนกคดีอาญา (BGH)¹⁴ ก็ได้เน้นให้เห็นถึงแนวคิดในเรื่องของการแก้แค้นทดแทนอยู่เสมอๆ เช่น ในคำพิพากษาของศาลแห่งสหพันธ์ แผนกคดีอาญา เล่มที่ 24 หน้าที่ 134 ได้ระบุไว้ว่า โทษทางอาญาจะต้องไม่มากและไม่น้อยไปกว่าสิ่งที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงไป ตามมาตรา 46 (1) ประโยคที่หนึ่งได้บัญญัติไว้ว่า ความน่าตำหนิของผู้กระทำความผิดถือว่าเป็นพื้นฐานของการกำหนดโทษ แม้ว่าการตีความบทบัญญัติดังกล่าวจะไม่จำเป็นต้องตีความให้เป็นไปตามทฤษฎีแก้แค้นทดแทนแต่ก็ไม่ห้ามการตีความบทบัญญัตินี้ดังกล่าวตามแนวคิดของทฤษฎีแก้แค้นทดแทน¹⁵

ข้อดีของทฤษฎีแก้แค้นทดแทนก็คือ ทฤษฎีดังกล่าวจะเป็นตัววางกรอบระดับของการลงโทษถ้าการลงโทษทางอาญาจะต้องได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด (Groesse der Schuld) ดังนั้นจึงเป็นการต้องห้ามที่จะลงโทษให้นักในกรณีของการกระทำความผิดเพียงเล็กน้อย แม้ว่าจะไม่อาจกำหนดให้เป็นที่น่าพอใจได้ว่าโทษประเภทใดถึงจะเหมาะสม

¹²Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 4.

¹³Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 5.

¹⁴เทียบกับของประเทศไทย คือศาลฎีกา.

¹⁵Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 6.

กับระดับของความน่าตำหนิแต่ก็อาจที่จะกำหนดระดับของอัตราโทษได้ในระดับหนึ่งโดยอาศัยหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษที่บัญญัติไว้ในมาตรา 46 และทฤษฎีทางกฎหมายว่าด้วยการกำหนดโทษ¹⁶

ความเห็นทางตำราในปัจจุบัน ไม่ยอมรับทฤษฎีแก้แค้นทดแทนโดยมีการให้เหตุผลว่า กฎหมายอาญามีไว้เพื่อที่จะเป็นการคุ้มครองนิติสมบัติในวิถีทางสุดท้าย ดังนั้นเพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ดังกล่าวจึงไม่อาจที่จะใช้การลงโทษทางอาญาได้ในกรณีที่มีการลงโทษดังกล่าวจะเป็นการไม่คำนึงถึงเป้าหมายอื่นๆ ของสังคม (soziale Zwecke) ตามแนวคิดในเรื่องของการแก้แค้นทดแทนต้องมีการลงโทษทางอาญาด้วย แม้ว่าจากเหตุผลในเรื่องของการคุ้มครองนิติสมบัติแล้ว การลงโทษทางอาญาจะไม่ได้เป็นสิ่งที่จำเป็นก็ตาม และถ้าเป็นเช่นนั้นแล้วโทษทางอาญาก็ไม่ได้มีไว้เพื่อเป็นการสนองตอบต่อการกระทำของกฎหมายอาญา¹⁷

นอกจากนี้ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนยังส่งผลเสียต่อการกลับคืนเข้าสู่สังคมของผู้กระทำผิด จึงถือว่าเป็นวิธีการที่ไม่เหมาะสมในการที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำ ความผิด¹⁸

2. ทฤษฎีการป้องกันพิเศษ (Die Theorie der Spezialpraevention)

ทฤษฎีการป้องกันพิเศษ เป็นทฤษฎีที่ตรงกันข้ามกับทฤษฎีแก้แค้นทดแทน โดยทฤษฎีการป้องกันพิเศษเห็นว่า วัตถุประสงค์ในการลงโทษมีไว้เพียงเพื่อยับยั้งไม่ให้ผู้กระทำผิดกลับไปกระทำความผิดอีกในอนาคต วัตถุประสงค์ในการลงโทษจึงเป็นเรื่องของการป้องกันที่จำกัดเฉพาะตัวผู้กระทำผิดเป็นรายๆ ไป ทฤษฎีการป้องกันพิเศษเป็นทฤษฎีสัมพัทธ์ (eine relative Theorie) เพราะเป็นทฤษฎีที่มุ่งเน้นไปที่วัตถุประสงค์ในการป้องกันการกระทำผิด¹⁹

ผู้ที่เป็นหัวเรือใหญ่ของทฤษฎีการป้องกันพิเศษคือ FRANZ V. LISZT (1851-1919) โดย FRANZ V. LISZT เห็นว่า การป้องกันพิเศษสามารถที่จะทำได้ในสามรูปแบบด้วยกันกล่าวคือ การทำให้สังคมปลอดภัยจากตัวผู้กระทำผิดโดยการขัง

¹⁶Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 7.

¹⁷Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 8.

¹⁸Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 9.

¹⁹Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 11.

ผู้กระทำผิด การข่มขู่ไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับมากระทำผิดอีกโดยการลงโทษผู้กระทำผิด และโดยการแก้ไขปรับปรุงตัวผู้กระทำผิดไม่ให้กลับมากระทำผิดอีก นอกจากนี้ FRANZ V. LISZT ยังได้เสนอวิธีการที่จะจัดการกับผู้กระทำผิดให้แตกต่างกันออกไปตามลักษณะของผู้กระทำผิดกล่าวคือ กับผู้กระทำผิดที่เป็นมืออาชีพ (der Gewohnheitsverbrecher) ที่ไม่อาจจะแก้ไขปรับปรุงไม่ให้กระทำผิดอีกและที่การลงโทษไม่อาจข่มขู่ไม่ให้ผู้กระทำผิดไม่กระทำผิดอีกได้แล้ว LISZT เสนอที่จะใช้วิธีการขังบุคคลดังกล่าวไว้กับผู้กระทำผิดเป็นครั้งคราว (der bloße Gelegenheitstaeter) LISZT เสนอที่จะใช้การลงโทษเพื่อที่จะเป็นการข่มขู่ไม่ให้ผู้กระทำผิดคนดังกล่าวไปกระทำความผิดอีกและกับผู้กระทำความผิดที่สามารถแก้ไขปรับปรุงตัวเองไม่ให้กระทำผิดอีกได้ (der Besserungsfähigen) LISZT ได้เสนอวิธีการลงโทษในแบบของการแก้ไขปรับปรุง ซึ่งวิธีการดังกล่าวนี้ในทางดาราเรียกว่า เป็นการแก้ไขเพื่อให้ผู้กระทำผิดกลับคืนเข้าสู่สังคมได้อีกครั้งหนึ่ง (Resozialisierung) และเป็นวิธีการที่ยังมีอิทธิพลในช่วงหลังสงคราม²⁰

แนวคิดในเรื่องทฤษฎีป้องกันพิเศษเป็นแนวคิดที่มีอยู่ในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเยอรมันตั้งแต่ปี 1969 ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 46 (1) ประโยคที่สอง ในภาคทั่วไป ได้บัญญัติเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษไว้ว่า “ผลที่จะเกิดขึ้นจากการลงโทษทางอาญาต่อตัวผู้กระทำผิดในการใช้ชีวิตในสังคมในอนาคต เป็นผลที่จะต้องนำมาพิจารณาด้วย” ตามมาตรา 2 ของกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษ (Strafvollzugsgesetz) บัญญัติว่า ในการบังคับโทษจำคุกจะต้องทำให้ผู้ต้องขังมีความสามารถที่จะกลับเข้ามาใช้ชีวิตในสังคมโดยไม่ไปกระทำความผิดอีก²¹

แนวคำพิพากษาของศาลช่วงหลังก็ได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับแนวคิดในเรื่องของการกลับคืนเข้าสู่สังคมของผู้กระทำผิด (dem Resozialisierungsgedanken) ศาลรัฐธรรมนูญ (BVerfGE 35, 202, 235f.) ได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า “ในฐานะที่เป็นผู้ทรงสิทธิ ตามกฎหมายพื้นฐานอันเป็นผลมาจากแนวคิดในเรื่องศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ ผู้กระทำความผิดที่ศาลได้ตัดสินลงโทษแล้วจะต้องได้รับโอกาส ภายหลังจากที่ได้รับโทษแล้วในอันที่จะกลับคืนเข้าสู่สังคมได้อีก” ซึ่งถ้าพิจารณาจากมุมมองของผู้กระทำความผิดเองแล้ว โอกาสดังกล่าวเป็นผลมาจากสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 2 (1) ประกอบมาตรา 1 กฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน หากพิจารณาจากมุมมองทางสังคมแล้วอันเป็นผลมาจากหลัก

²⁰Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 12.

²¹Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 14.

ในเรื่องของรัฐสวัสดิการ (das Sozialstaatsprinzip) ศาลแห่งสหพันธ์รัฐ แผนกคดีอาญา (BGHSt 24, 40, 42) ก็ได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า โทษทางอาญาไม่ได้มีไว้เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนเพียงอย่างเดียว (Schuldausgleich) หากแต่ความชอบธรรมของโทษทางอาญาอยู่ที่ว่า ในขณะเดียวกันโทษทางอาญาก็ได้แสดงให้เห็นว่า โทษทางอาญาเป็นมาตรการที่จำเป็นในอันที่จะบรรลุถึงวัตถุประสงค์ในด้านการป้องกันของกฎหมายอาญาด้วย²²

ในปัจจุบันผู้ที่สนับสนุนทฤษฎีการป้องกันพิเศษได้เน้นแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องของการกลับคืนเข้าสู่สังคมของผู้กระทำผิด ซึ่งแนวคิดดังกล่าวถือว่าเป็นข้อดีของทฤษฎีป้องกันพิเศษเพราะแนวคิดในเรื่องการกลับคืนเข้าสู่สังคมของผู้กระทำผิด เป็นแนวคิดที่สอดคล้องกับภารกิจของกฎหมายอาญาที่จะต้องคุ้มครองปัจเจกชนและสังคม แต่ในขณะเดียวกันก็จะต้องช่วยให้ผู้กระทำผิดกลับคืนเข้าสู่สังคมได้อีกครั้งหนึ่งและยังเป็นการช่วยเสริมแนวคิดในเรื่องรัฐสวัสดิการ (Sozialstaatsprinzip) ได้ดีกว่าทฤษฎีการลงโทษประเภทอื่น²³

อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีการป้องกันพิเศษก็มีข้อด้อยในแง่ที่ว่า ทฤษฎีดังกล่าวขาดการกำหนดขอบเขตของการลงโทษ (kein Masssprinzip fuer die Strafe) โดยผลของทฤษฎีป้องกันพิเศษก็จะทำให้รัฐสามารถที่จะเอาตัวผู้ต้องขังไว้ได้นานจนกว่าผู้ต้องขังจะสามารถปรับเปลี่ยนพฤติกรรมให้กลับคืนเข้าสู่สังคมได้ ซึ่งจะส่งผลให้เป็นการนำไปสู่การลงโทษโดยไม่มีกำหนดระยะเวลา ในความผิดเล็กๆ น้อยๆ รัฐจึงสามารถที่จะลงโทษจำคุกเป็นเวลานานได้ จึงเป็นการลงโทษที่เกินกว่าขอบเขตซึ่งต่างจากทฤษฎีแก้แค้นทดแทนที่การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด ตามทฤษฎีการป้องกันพิเศษ เสรีภาพของปัจเจกชนจึงถูกจำกัดเกินกว่าที่ในรัฐเสรีประชาธิปไตยจะยอมให้ทำได้²⁴

นอกจากนี้ ตามทฤษฎีป้องกันพิเศษก็มีปัญหาว่ารัฐมีสิทธิอะไรที่จะไปแก้ไข ปรับปรุง และให้การศึกษาแก่คนที่บรรลุนิติภาวะแล้ว KANT และ HEGEL เห็นว่าการกระทำดังกล่าวของรัฐเป็นการขัดต่อศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญ (BVerfGE 22, 219d) ก็ได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า รัฐไม่มีหน้าที่ที่จะต้องมาแก้ไขปรับปรุงพฤติกรรมของประชาชน มาตรา 1 (1) กฎหมายพื้นฐานก็บัญญัติห้ามการบังคับให้การศึกษา (eine

²²Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 14.

²³Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 15.

²⁴Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 16.

Zwangserziehung) トラบเท่าที่การให้การศึกษาอบรมดังกล่าวเป็นการกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวที่ไม่อาจถูกล่วงละเมิดได้ของผู้บรรลุนิติภาวะ²⁵

ในทางความเป็นจริงแล้ว ตั้งแต่ราวปี 1975 แนวทางของนิตินโยบายระหว่างประเทศไม่ได้ให้ความสำคัญกับแนวคิดในเรื่องของการกลับคืนเข้าสู่สังคมของผู้กระทำผิด และกลับมาให้ความสนใจเกี่ยวกับทฤษฎีแก้แค้นทดแทนและทฤษฎีการป้องกันทั่วไป²⁶

ข้อด้อยอีกประการหนึ่งของทฤษฎีการป้องกันพิเศษก็คือ ทฤษฎีดังกล่าวใช้ไม่ได้กับผู้กระทำผิดที่ไม่มีปัญหาในการกลับคืนเข้าสู่สังคม (nicht resozialisierungsbeduerftig) ซึ่งได้แก่ผู้กระทำผิดโดยประมาทและผู้กระทำผิดเป็นครั้งคราวในความผิดเล็กๆ น้อยๆ รวมทั้งผู้กระทำความผิดร้ายแรงที่ปราศจากความเสี่ยงที่จะไปกระทำความผิดซ้ำ (keine Wiederholungsgefahr) เพราะการกระทำผิดได้เกิดขึ้นในสถานการณ์ที่ไม่อาจจะเกิดขึ้นได้อีก เช่น หากพิจารณาจากแนวคิดของทฤษฎีการป้องกันพิเศษก็ไม่มีเหตุผลที่จะไปลงโทษผู้กระทำผิดในสมัยนาซีที่ในปัจจุบันไม่ได้มีความเป็นอันตรายอีกแล้ว²⁷

3. ทฤษฎีการป้องกันทั่วไป (Die Theorie der Generalpraevention)

ตามทฤษฎีนี้ วัตถุประสงค์ของการลงโทษไม่ได้อยู่ที่การแก้แค้นทดแทนหรือการที่โทษทางอาญามีผลต่อตัวผู้กระทำความผิดเป็นรายๆ ไป หากแต่อยู่ที่การลงโทษจะส่งผลต่อประชาชนโดยทั่วๆ ไปที่จะเป็นการยับยั้งไม่ให้คนไปกระทำความผิด²⁸

ทฤษฎีป้องกันทั่วไปได้รับการพัฒนามาจาก PAUL JOHANN ANSELM v. FEUERBACH (1775-1833) FEUERBACH ได้อธิบายทฤษฎีการป้องกันทั่วไปโดยอาศัยหลักทฤษฎีว่าด้วยการบังคับของจิตใจ (Theorie des psychologischen Zwang) ที่ FEUERBACH ได้คิดค้นขึ้นมากล่าวคือ FEUERBACH มองว่าจิตใจของคนที่จะไปกระทำความผิดนั้นเปรียบเสมือนกับเวทีการต่อสู้ (als einen Kampfplatz) ซึ่งเป็นการต่อสู้กันระหว่างความต้องการที่จะกระทำความผิดและความต้องการที่จะยับยั้งการกระทำความผิดดังกล่าว และ FEUERBACH เห็นว่าจะต้องทำให้คนที่ยังไม่ตัดสินใจว่าจะทำผิดหรือไม่นั้นเกิดความรู้สึกที่จะไม่อยากจะไปกระทำความผิดโดยใช้วิธีการกำหนดโทษทางอาญา โดยจะต้องทำให้ความรู้สึก

²⁵Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 17.

²⁶Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 18.

²⁷Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 19.

²⁸Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 21.

ดังกล่าวอยู่เหนือความรู้สึกที่อยากจะไปกระทำผิดอาญาและโดยวิธีการนี้เองจึงเป็นการบังคับทางจิตใจเพื่อนำไปสู่การที่จะงดเว้นไม่กระทำความผิด²⁹

ในปัจจุบันทฤษฎีการป้องกันทั่วไป เป็นอีกทฤษฎีหนึ่งที่มีอิทธิพลอย่างมากตามทฤษฎีดังกล่าวพิจารณาว่า ประชาชนทั่วไปจะสามารถยับยั้งตนเองไม่ไปละเมิดต่อกฎหมายก็ต่อเมื่อเห็นว่าใครก็ตามที่ไม่สามารถยับยั้งตนเองได้แล้วไปละเมิดต่อกฎหมายก็จะได้รับผลร้ายตามมา ในปัจจุบันทฤษฎีการป้องกันทั่วไปได้แบ่งออกเป็น 2 มุมมองด้วยกันกล่าวคือการป้องกันทั่วไปในทางลบและการป้องกันทั่วไปในทางบวก³⁰

การป้องกันทั่วไปในทางลบ (Der negative Aspekt der Generalpraevention) อธิบายอยู่บนแนวคิดที่ทำให้บุคคลอื่นเกิดความหวาดกลัวที่จะไปกระทำผิดอาญา ซึ่งเป็นมุมมองที่เป็นไปตามทฤษฎีการบังคับทางจิตใจของ FEUERBACH อย่างไรก็ดีตาม ในปัจจุบันแนวคิดได้ตกผลึกแล้วว่าคนที่จะไปกระทำผิดเพียงบางส่วนเท่านั้นที่คิดเช่นนั้นและที่กลัวนั้นก็ไม่ได้กลัวว่าจะได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หากแต่กลัวว่าตนเองจะถูกจับกุมมากกว่าว่ามีความเสี่ยงแค่ไหนที่จะถูกจับ ดังนั้น การที่จะให้ทฤษฎีการป้องกันทั่วไปประสบผลสำเร็จจึงไม่ได้อยู่ที่การเพิ่มโทษหากแต่อยู่ที่ประสิทธิภาพของการจับตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีให้ได้³¹

การป้องกันทั่วไปในทางบวก (Der positive Aspekt der Generalpraevention) อธิบายอยู่บนแนวคิดของการที่ทำให้ประชาชนทั่วไปเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย ในปัจจุบันแนวคิดของการป้องกันทั่วไปในทางบวกมีความสำคัญมากกว่าแนวคิดของการป้องกันทั่วไปในทางลบ³²

เป้าหมายและผลที่เกิดขึ้นจากการป้องกันทั่วไปในทางบวก อาจแบ่งออกได้เป็นสามประเภทด้วยกันคือ ผลในทางการเรียนรู้ (der Lerneffekt) หมายถึงความเชื่อมั่นของประชาชนต่อระบบกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการบังคับโทษ ผลในทางความไว้วางใจ (der Vertrauenseffekt) ที่จะเกิดขึ้นเมื่อประชาชนเกิดความเชื่อมั่นต่อระบบกฎหมายหากประชาชนเห็นว่ากฎหมายได้มีการบังคับใช้และสุดท้ายคือผลในทางความพอใจ (der Befriedungseffekt) ที่จะเกิดขึ้นเมื่อผู้กระทำความผิดถูกลงโทษ³³

²⁹Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 22.

³⁰Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 24.

³¹Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 25.

³²Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 26.

³³Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 27.

ทฤษฎีการป้องกันทั่วไปมีข้อดีในแง่ที่ว่า เป็นทฤษฎีที่เน้นไปที่ภารกิจในแง่ของการป้องกันโดยตรงกล่าวคือ การป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดอาญาขึ้น ซึ่งเป็นการกิจหนึ่งของกฎหมายอาญา จึงต่างจากทฤษฎีแก้แค้นทดแทน นอกจากนี้ ทฤษฎีการป้องกันทั่วไปก็ไม่ได้ได้รับความหมายแม้ว่าในขณะที่เดียวกันจะมีการยอมรับทฤษฎีการป้องกันพิเศษก็ตาม เพราะว่าในการป้องกันไม่ให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นนั้นจะไม่ได้ผลเท่าที่ควรหากโทษทางอาญาที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นจำกัดเฉพาะผู้ที่ได้เคยกระทำความผิดไปแล้ว ในทางตรงกันข้าม ในแง่ของนโยบายทางสังคม (Sozialpolitisch) แล้วจะเป็นสิ่งที่พึงปรารถนามากกว่าที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดอาญามาตั้งแต่เริ่มต้นและสิ่งนี้เองคือเป้าหมายของทฤษฎีการป้องกันทั่วไป³⁴

นอกจากนี้เมื่อเปรียบเทียบกับทฤษฎีการป้องกันพิเศษแล้ว ทฤษฎีการป้องกันทั่วไปยังมีข้อดีในแง่ที่สามารถอธิบายได้ว่าในกรณีที่ปราศจากอันตรายที่จะไปกระทำความผิดซ้ำแล้ว เหตุใดการลงโทษทางอาญายังคงเป็นสิ่งจำเป็นอยู่เพราะหากมีการกระทำความผิดอาญาแล้วผู้กระทำความผิดไม่ได้รับโทษก็จะนำไปสู่การเลียนแบบการกระทำผิด³⁵

อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีการป้องกันทั่วไปก็มีข้อด้อยในลักษณะเดียวกันกับทฤษฎีการป้องกันพิเศษในแง่ที่ปราศจากขอบเขตในการกำหนดระยะเวลาในการลงโทษ (keinen Massstab zur Begrenzung der Strafdauer) นอกจากนี้ ข้อโต้แย้งที่ว่า การลงโทษโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อเป็นการป้องกันนั้นเป็นการขัดต่อศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ซึ่งตามทฤษฎีป้องกันทั่วไปแล้วถือว่าเป็นการขัดต่อศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์มากกว่าตามทฤษฎีป้องกันพิเศษ เพราะว่าในขณะที่ตามทฤษฎีป้องกันพิเศษนั้นผู้กระทำความผิดจะได้รับการแก้ไขเยียวยาเพื่อให้อภัยกลับคืนเข้าสู่สังคมได้นั้น กล่าวคือ การลงโทษเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้กระทำความผิดด้วยแต่การลงโทษโดยอาศัยเหตุจากการป้องกันโดยทั่วไปนั้นเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยอาศัยเหตุผลเพื่อสังคมโดยรวมโดยแท้ และการจะเช่นนั้นได้จะต้องมีเหตุแห่งความชอบธรรมซึ่งทฤษฎีป้องกันโดยทั่วไปไม่อาจที่จะหาเหตุแห่งความชอบธรรมดังกล่าวมาอธิบายได้³⁶

³⁴Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 28.

³⁵Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 29.

³⁶Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 32.

4. ทฤษฎีแบบผสมผสานที่เน้นการแก้แค้นทดแทน (Die vergeltende Vereinigungstheorien)

ทฤษฎีดังกล่าวแต่เดิมเป็นความเห็นฝ่ายข้างมากโดยได้รับการยอมรับทั้งจากฝ่ายตำราและทางฝ่ายศาล แต่ปัจจุบันทฤษฎีดังกล่าวยังคงได้รับการยอมรับเฉพาะจากทางศาล ส่วนความเห็นทางตำราฝ่ายข้างมากไม่ได้เห็นด้วยกับทฤษฎีดังกล่าวแล้ว ทฤษฎีนี้เป็นการรวมแนวความคิดของทฤษฎีทั้งหมดที่กล่าวมาตั้งแต่ต้นโดยเห็นว่าวัตถุประสงค์ของการลงโทษนั้นเป็นทั้งเรื่องของการแก้แค้นทดแทน การป้องกันพิเศษ และการป้องกันทั่วไป โดยในยุคแรกเริ่มนั้นเห็นว่าวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เป็นการแก้แค้นตอบแทนเป็นวัตถุประสงค์หลักของการลงโทษ “หลักสำคัญในประการแรกก็คือ วัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เป็นการแก้แค้นตอบแทน โดยมีวัตถุประสงค์ของการข่มขู่ (der Abschreckungszweck) เป็นส่วนประกอบ ส่วนวัตถุประสงค์อื่นๆ ของการลงโทษกล่าวคือ วัตถุประสงค์ในการแก้ไขปรับปรุงตัวผู้กระทำความผิดเป็นวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่อยู่ในลำดับท้ายสุด (RGSt 58, 109) และแม้ว่าในปัจจุบันก็ได้รับการเน้นอยู่บ่อยๆ ที่ว่าจะถือว่าเป็นทฤษฎีแบบผสมผสานโดยแท้ (einer “echten” Vereinigungstheorie) ก็ต่อเมื่อวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เป็นการป้องกันนั้นไม่ได้มากระทบต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เป็นการแก้แค้นและวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เป็นการป้องกันดังกล่าวดำเนินไปโดยอยู่ในขอบเขตของการแก้แค้นทดแทน³⁷

ในเวลาต่อมาทฤษฎีแบบผสมผสานที่เน้นการแก้แค้นทดแทนเห็นว่า วัตถุประสงค์ในการลงโทษไม่ว่าจะเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เป็นการแก้แค้นทดแทน การป้องกันพิเศษและการป้องกันทั่วไปนั้น ไม่ได้มีระดับของความสำคัญในระดับเดียวกันแต่เป็นไปตามความจำเป็นจึงเป็นไปได้ที่วัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เป็นวัตถุประสงค์หลักนั้น อาจจะเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่งก็ได้ ซึ่งความเห็นดังกล่าวเป็นความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญ (BVerfGE 45, 187, 253f.) ที่วินิจฉัยไว้ว่า “... สำหรับการกระทำความผิดนั้น การลงโทษที่เหมาะสมกับความผิด (Schuldausgleich) การป้องกัน การแก้ไขปรับปรุงให้ผู้กระทำความผิดกลับคืนเข้าสู่สังคมได้ การแก้แค้นทดแทน ล้วนเป็นมาตรการการลงโทษทางอาญาที่เหมาะสม...” ในคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญเล่มที่ 39 หน้า 57 ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ว่า ไม่ถือว่าเป็นการกระทบต่อภารกิจของโทษทางอาญาที่จะข่มขู่

³⁷Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 33.

และแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำความผิดให้กลับคืนเข้าสู่สังคม ในกรณีที่การลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดจะเป็นไปเพื่อการแก้แค้นทดแทน ซึ่งศาลแห่งสหพันธรัฐ (BGH) ก็วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกัน³⁸

5. ทฤษฎีแบบผสมผสานที่เน้นการป้องกัน (Die praeventive Vereinigungstheorie)

5.1 วัตถุประสงค์ของการลงโทษเป็นไปเพื่อการป้องกันเท่านั้น (Der ausschliesslich praeventive Zweck der Strafe)

วัตถุประสงค์ของการลงโทษมีไว้เพื่อเป็นการป้องกันเท่านั้น เพราะความชอบธรรมของการลงโทษจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อการลงโทษนั้นเป็นไปเพื่อคุ้มครองเสรีภาพของปัจเจกชนและคุ้มครองระเบียบของสังคมที่มีไว้เพื่อคุ้มครองเสรีภาพของปัจเจกชนนั่นเอง ดังนั้น โทษทางอาญาที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดจึงต้องเป็นไปเพื่อการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำผิดเกิดขึ้นเท่านั้น จากหลักดังกล่าวจึงก่อให้เกิดผลที่ว่า การป้องกันพิเศษและการป้องกันทั่วไป เป็นวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่จะต้องยื่นเคียงข้างกันอยู่ เพราะการยับยั้งการกระทำผิดอาญาทำได้ทั้งโดยการที่โทษทางอาญามีผลต่อตัวผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลไป และโดยการที่โทษทางอาญามีผลต่อสังคมโดยรวม³⁹

วัตถุประสงค์ของการลงโทษทั้งสองกรณี กล่าวคือ การป้องกันพิเศษและการป้องกันทั่วไปนั้น สามารถดำเนินไปได้พร้อมๆ กันโดยไม่มีปัญหาในกรณีที่โทษทางอาญาที่ใช้ในการตัดสินคดีใดคดีหนึ่งนั้นสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษทั้งในแง่การป้องกันพิเศษและการป้องกันทั่วไป และแม้ว่าในบางกรณีจะไม่อาจบรรลุถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เป็นการป้องกันพิเศษได้เพราะขาดความเสี่ยงของการกระทำความผิดซ้ำก็ตาม การบรรลุถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เป็นการป้องกันทั่วไปเพียงประการเดียวก็ถือว่าเป็นการเพียงพอแล้วเพราะวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เป็นการป้องกันนั้น ไม่จำเป็นที่วัตถุประสงค์ของการลงโทษทั้งสองประการ (ที่เป็นการป้องกันพิเศษและการป้องกันทั่วไป) จะต้องเกิดขึ้นพร้อมๆ กัน⁴⁰

³⁸Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 34.

³⁹Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 37.

⁴⁰Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 38.

การป้องกันพิเศษและการป้องกันทั่วไปจะขัดแย้งกันก็ต่อเมื่อเพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษทั้งสองประการนี้แล้ว ไม่อาจที่จะใช้อัตราโทษเดียวกันได้ เช่น ในกรณีของการชดเชยต่อผู้ เด็กหนุ่มคนหนึ่งได้กระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตาย หากพิจารณาจากเหตุผลของการป้องกันทั่วไปและตามมาตรา 226 (2) แล้วโทษจำคุก 3 ปี เป็นโทษที่เหมาะสมสำหรับกรณีดังกล่าว แต่หากพิจารณาจากเหตุผลของการป้องกันพิเศษแล้ว การลงโทษจำคุก 1 ปี โดยให้รอการลงอาญาถือว่าเป็นโทษที่เหมาะสมเพราะการลงโทษที่หนักกว่านี้จะจะเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดไม่อาจที่จะกลับคืนเข้าสู่สังคมได้และจะทำให้ผู้กระทำความผิดกลับไปกระทำความผิดอีกในอนาคต ในกรณีดังกล่าวจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมาซึ่งน้ำหนักประโยชน์ระหว่างวัตถุประสงค์ของการลงโทษในการป้องกันพิเศษและการป้องกันทั่วไปว่าวัตถุประสงค์การลงโทษใดจะมีน้ำหนักความสำคัญมากกว่า ในกรณีดังกล่าวต้องถือว่าวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เป็น การป้องกันพิเศษมีความสำคัญมากกว่า ดังนั้นจึงต้องลงโทษจำคุก 1 ปี โดยให้รอการลงอาญา เหตุผลประการแรกคือการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำความผิดให้กลับคืนเข้าสู่สังคมนั้นถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ไม่อาจจะละเลยได้หากสามารถจะทำได้ เหตุผลประการที่สองคือในกรณีที่วัตถุประสงค์ทั้งสองประการมีความขัดแย้งกันแล้ว หากเราให้น้ำหนักความสำคัญกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เป็น การป้องกันโดยทั่วไปแล้วจะเป็นผลให้วัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เป็น การป้องกันพิเศษต้องเสียไป ในทางตรงกันข้าม การให้น้ำหนักความสำคัญกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เป็น การป้องกันพิเศษ จะไม่ทำให้ วัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เป็น การป้องกันทั่วไปต้องเสียไป อย่างมากก็แค่ทำให้ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่เป็น การป้องกันทั่วไปได้อย่างเต็มที่เพราะโทษที่เบาว่าก็ยังมีส่วนในแง่ของการป้องกันทั่วไปอยู่ดี อย่างไรก็ตาม การให้น้ำหนักความสำคัญกับการป้องกันพิเศษ เหนือกว่าการป้องกันทั่วไปจะทำได้ก็ต่อเมื่อไม่ได้ทำให้ผลที่เป็น การป้องกันทั่วไปต้องเสียไป กล่าวคือเพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ของการป้องกันพิเศษ การลดโทษทางอาญาจะต้องไม่ทำให้ประชาชนถึงกลับไม่เคารพกฎหมายเพราะมิฉะนั้นแล้วจะมีผลต่อความเชื่อมั่นของประชาชนต่อระบบกฎหมายและนำไปสู่การเลียนแบบการกระทำความผิด⁴¹

ทฤษฎีแบบผสมผสานที่เน้นการป้องกันจึงเป็นทฤษฎีที่คำนึงถึงทั้งหลักในเรื่องของการป้องกันพิเศษและหลักในเรื่องของการป้องกันทั่วไป ซึ่งบางครั้งอาจจะให้

⁴¹Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 41.

ความสำคัญกับหลักในเรื่องของการป้องกันพิเศษบางครั้งให้ความสำคัญกับหลักในเรื่องการป้องกันทั่วไป และในกรณีที่หลักในเรื่องการป้องกันพิเศษและหลักในเรื่องการป้องกันทั่วไปขัดแย้งกัน จะให้ความสำคัญกับหลักในเรื่องการป้องกันพิเศษเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการทำให้ผู้กระทำผิดได้กลับคืนเข้าสู่สังคม แต่อย่างไรก็ตาม ก็ไม่ได้หมายความว่า การป้องกันทั่วไปจะหมดความสำคัญลงและในกรณีที่ขาดวัตถุประสงค์ในการป้องกันพิเศษ วัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เป็นการป้องกันทั่วไปก็จะเป็นตัวที่จะสร้างความชอบธรรมให้กับ การลงโทษทางอาญา⁴²

5.2 การสละซึ่งวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เป็นการแก้แค้น (Der Verzicht auf jede Vergeltung)

ตามทฤษฎีแบบผสมผสานที่เน้นการป้องกัน จะไม่นำวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เป็นการแก้แค้นทดแทนมาพิจารณา แม้จะมีผู้ให้เหตุผลว่าเหตุผลที่ใช้ในการลงโทษผู้กระทำผิดในสมัยนาซีที่ในปัจจุบันได้ใช้ชีวิตตามครรลองของกฎหมายนั้น ต้องใช้เหตุผลเฉพาะจากทฤษฎีแก้แค้นทดแทนก็ตาม แต่เหตุผลดังกล่าวฟังไม่ขึ้นเพราะการลงโทษการกระทำผิดในสมัยนาซีนั้นยังคงมีความจำเป็นอยู่ หากพิจารณาจากเหตุผลที่เป็นการป้องกันทั่วไป เนื่องจากการไม่ลงโทษการกระทำผิดดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อความเคารพกฎหมายของคนในสังคม (das allgemeine Rechtsbewusstsein) และทำให้ผู้ที่กระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นในกรณีอื่นๆ ที่ไม่มีความเสี่ยงต่อการที่จะไปกระทำความผิดซ้ำอ้างได้ว่าตนเองก็ไม่ควรที่จะถูกลงโทษเช่นเดียวกัน ซึ่งจะทำให้บทบัญญัติว่าด้วยการห้ามการฆ่าบุคคลอื่น และผลในทางป้องกันของบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีปัญหาได้⁴³

5.3 หลักความน่าคำหนิในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการกำหนดขอบเขตของการลงโทษ (Das Schuldprinzip als Mittel der Eingriffsbegrenzung)

อย่างไรก็ตาม องค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งของทฤษฎีว่าด้วยการแก้แค้นทดแทนที่ไปกันได้กับทฤษฎีแบบผสมผสานที่เน้นการป้องกันก็คือ หลักความน่าคำหนิในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการกำหนดขอบเขตของการลงโทษ ที่จะมาเป็นตัวกำหนดขอบเขตของการลงโทษที่ทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษที่เป็นการป้องกันทั้งหลายขาดอยู่ กล่าวคือ ระยะเวลาของการลงโทษไม่อาจที่จะเกินเลยกว่าขอบเขตของความน่าคำหนิ แม้ว่าประโยชน์ในแง่ของการ

⁴²Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 43.

⁴³Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 44.

แก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดประโชชน์ในแง่ของการทำให้สังคมปลอดภัย หรือประโยชน์ในแง่ของการข่มขู่แล้วจะเรียกร้องให้ลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นระยะเวลาที่ยาวนานกว่าความน่าตำหนิก็ตาม⁴⁴

หลักที่ว่าโทษทางอาญาจะต้องไม่เกินกว่าความน่าตำหนิของผู้กระทำความผิดในปัจจุบันได้รับการยอมรับโดยทั่วไป⁴⁵

อย่างไรก็ตาม ในทางทฤษฎีแล้วอัตราโทษทางอาญาสามารถที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดได้ต่ำกว่าระดับของความน่าตำหนิ แม้ว่าโทษทางอาญาไม่สามารถที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดได้เกินเลยกว่าระดับของความน่าตำหนิก็ตามแต่โทษทางอาญาก็สามารถลงแก่ผู้กระทำความผิดได้ต่ำกว่าระดับของความน่าตำหนิหากว่าไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันประเด้นนี้จะทำให้ทฤษฎีแบบผสมผสานที่เน้นการป้องกันแตกต่างจากทฤษฎีการลงโทษที่เป็นการแก้แค้นตอบแทนที่จะจำกัดขอบเขตของโทษทางอาญาอยู่ที่ระดับของความน่าตำหนิโดยไม่คำนึงถึงความจำเป็นในการป้องกันแต่อย่างใด⁴⁶

5.4 ข้อสรุป

ตามความเห็นของ ROXIN ทฤษฎีการลงโทษสามารถสรุปได้ดังนี้ คือ โทษทางอาญามีไว้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์การป้องกันพิเศษและการป้องกันทั่วไป อัตราโทษทางอาญาจะถูกจำกัดขอบเขตไม่ให้เกินกว่าระดับของความน่าตำหนิ แต่อัตราโทษทางอาญาสามารถที่จะถูกกำหนดให้ต่ำกว่าระดับของความน่าตำหนิได้เท่าที่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่เป็นการป้องกันพิเศษและไม่ขัดต่อความจำเป็นขั้นต่ำของการป้องกันทั่วไป⁴⁷

IV. ขั้นตอนของกระบวนการในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ (Die Gliederung des Strafzumessungsvorgangs)

ขั้นตอนของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแบ่งออกได้ดังนี้คือ การกำหนดวัตถุประสงค์ในการลงโทษ (die Bestimmung der Strafzwecke) การค้นหาข้อเท็จจริงสำหรับใช้ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ (die Feststellung der Strafzumessungstatsachen) และการอธิบายถึงข้อพิจารณาของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ (die Eroerterung der Strafzumessungserwaegungen)

⁴⁴Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 48.

⁴⁵Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 49.

⁴⁶Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 50.

⁴⁷Vgl. Roxin, อ้างแล้ว, หัวข้อ 55.

1. จุดเริ่มต้นของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษก็คือ การกำหนดวัตถุประสงค์ในการลงโทษ (die Bestimmung der Strafzwecke) เพราะต่อเมื่อวัตถุประสงค์ของการลงโทษ มีความชัดเจนแน่นอนแล้วจึงจะสามารถวินิจฉัยได้ว่าข้อเท็จจริงใดบ้างในคดีที่จะต้องตัดสินที่จะเป็นข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญต่อการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษและถ้าข้อเท็จจริงดังกล่าวมีความสำคัญต่อการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแล้วจะประเมินข้อเท็จจริงดังกล่าวอย่างไร โทษทางอาญาเป็นข้อความคิดที่มีความสลับซับซ้อนและเพื่อที่จะเข้าใจถึงข้อความคิดของโทษทางอาญา จึงต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่มีความแตกต่างกันอยู่ประการแรก โทษทางอาญามีไว้เพื่อเป็นการตอบโต้อย่างเป็นธรรมต่อความมิชอบด้วยกฎหมายและความน่าตำหนิ (die gerechte Vergeltung von Unrecht und Schuld) โดยมีหลักความน่าตำหนิ (dem Schuldgrundsatz) เป็นตัวกำหนดว่าจะลงโทษทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อมีความน่าตำหนิ นอกจากนี้หลักความน่าตำหนิยังเป็นตัวที่จำกัดขอบเขตของการลงโทษไม่ให้เกินกว่าความน่าตำหนิด้วย ด้วยเหตุนี้ในประการแรก การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจะต้องเป็นการกำหนดโทษให้สอดคล้องกับหลักความน่าตำหนิ (มาตรา 46 (1) ประโยคที่หนึ่ง) (BVerfGE 6, 389, 439; 20, 323, 331; 25, 269, 286; 45, 187, 253ff.; BGH 1, 67, 70; 7, 28, 31; 20, 264, 266; 24, 132) นอกจากนี้วัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เป็นการตอบโต้อย่างเป็นธรรมแล้ว วัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เป็นการป้องกันพิเศษ (Spezialpraevention) ก็เป็นอีกวัตถุประสงค์หนึ่งของการลงโทษที่มีความสำคัญพอๆ กัน ตามวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เป็นการป้องกันพิเศษนั้นโทษจะต้องถูกกำหนดเพื่อที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดกลับคืนเข้าสู่สังคมได้อีกครั้งหนึ่งและโทษจะต้องไม่ทำลายฐานะในทางสังคมของผู้กระทำความผิด (มาตรา 46 (1) ประโยคที่สอง) ข้อเรียกร้องดังกล่าวจะเห็นได้จากคำกล่าวของ Kohlrausch ที่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปโดย Kohlrausch ได้กล่าวไว้ว่า ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ โดยหลักแล้วศาลจะต้องพิจารณาว่ามาตรการใด (welch Mittel) เป็นสิ่งจำเป็นที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดกลับมาใช้ชีวิตตามครรลองของกฎหมายอีกครั้งหนึ่ง นอกจากนี้ วัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เป็นการป้องกันพิเศษ รวมถึงการคุ้มครองสังคมจากผู้กระทำที่เป็นอันตรายด้วย (มาตรา 2 ประโยคที่สอง StVollzG) วัตถุประสงค์ในการลงโทษประการสุดท้ายก็คือการลงโทษมีไว้เพื่อเป็นการป้องกันโดยทั่วไป (die Generalpraevention) ตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษดังกล่าว โทษทางอาญาจะต้องทำให้คนในสังคมไม่อยากจะกระทำความผิดและในขณะเดียวกันก็ทำให้ความเคารพกฎหมายของคนในสังคมมีเพิ่มขึ้น (das Rechtsbewusstsein der Gemeinschaft) นอกจากนี้โทษทางอาญายังจะต้องทำให้นักพลที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดและผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดมี

ความรู้สึกว่าได้รับความยุติธรรมด้วย (BVerfGE 45, 253; BGH 6, 125, 126f.; 17, 321, 324; 24, 40, 44ff.; BGH NJW 1966, 1276; NStZ 1983, 50) นอกจากนี้ตามแนวคำพิพากษาของศาลรวมถึงวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่โทษทางอาญาทำให้บุคคลอื่นไม่ยากที่จะกระทำความผิดด้วย (BGH 20, 264, 267; 28, 318, 326; BGH DAllinger MDR 1971, 720; GA 1986, 509; NStZ 1986, 358)⁴⁸

2. ภายหลังจากที่ได้มีการกำหนดวัตถุประสงค์ของการลงโทษแล้ว ก็จะต้องมีการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษ (die Strafzumessungstatsachen) ในกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ (diejenigen Tatumstaende des Einzelfalls) ที่หากพิจารณาจากมุมมองของวัตถุประสงค์ในการลงโทษแล้วจะเป็นข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญต่อการกำหนดชนิดและอัตราของโทษทางอาญารวมทั้งการใช้ดุลพินิจรอกการลงโทษด้วย เช่น คุณค่าของทรัพย์สินที่ถูกลัก (ความมิชอบด้วยกฎหมายของผลของการกระทำ = Erfolgsunrecht) ความโหดร้ายอย่างมากของผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ (ความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ = Handlungsunrecht) การกระทำความผิดฐานฉ้อโกงเนื่องจากยักจน (ความน่าตำหนิ = Schuld) แนวโน้มของการเพิ่มขึ้นของรูปแบบของการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งในสถานที่ใดสถานที่หนึ่ง (การป้องกันโดยทั่วไป) การไม่ลงโทษจำเลย (die Unbestraftheit des Angeklagten) (การป้องกันพิเศษ) ข้อเท็จจริงทั้งหมดที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะต้องถูกนำมาพิจารณาอีกครั้งหนึ่งว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวจะเป็นข้อเท็จจริงที่มีผลต่อการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษหรือไม่ นอกจากนี้ยังจะต้องพิจารณาอีกว่าจะกำหนดอัตราและชนิดของโทษทางอาญารวมทั้งปัญหาว่าด้วยการรอกการลงโทษจากข้อเท็จจริงดังกล่าวไปในแนวทางไหน ซึ่งผลที่ได้ก็คือข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษข้อเท็จจริงใดจะมีความสำคัญต่อการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษนั้นจะเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่ได้ถูกกำหนดไว้ก่อนหน้านี้แล้ว (ความขัดแย้งของข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษ = Ambivalenz der Strafzumessungstatsachen)

ตัวอย่างเช่น ถ้าขโมยที่เกิดและใช้ชีวิตอยู่ในสภาพแวดล้อมทางสังคมที่เลวร้ายได้กระทำความผิดซึ่งถ้าพิจารณาจากหลักในเรื่องของความน่าตำหนิก็ต้องกำหนดโทษปรับที่ไม่มากนัก ในทางตรงกันข้ามหากพิจารณาจากมุมมองในแง่ของการกลับคืนเข้าสู่สังคมของ

⁴⁸Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หัวข้อ 782-783.

ผู้กระทำผิดก็จะต้องลงโทษจำคุกเป็นเวลาที่ยาวนานโดยใช้วิธีการจำคุกแบบเปิด (eine laengere Freiheitsstrafe mit offenem Vollzug) (มาตรา 10 StVollzG) แต่หากการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำผิดนั้นเป็นการกระทำความผิดฐานชิงทรัพย์กระเป๋าสตางค์ของผู้หญิงซึ่งถ้าผู้กระทำผิดมีโอกาสดังกล่าวก็อาจจะกระทำความผิดอีกภายใต้แนวคิดของทฤษฎีการป้องกันโดยทั่วไปแล้วผู้กระทำผิดจะต้องได้รับโทษหนัก (vgl. OLG Koeln MDR 1957, 247)⁴⁹

3. ขั้นตอนของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจบลงด้วยการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ (die Strafzumessungserwaegungen) กล่าวคือเป็นการประเมินข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษตามวัตถุประสงค์ในการลงโทษและนำข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษมากำหนดระดับของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดหน้าที่ของผู้กระทำในที่นี้ก็คือการประสานข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษให้เข้ากับวัตถุประสงค์ในการลงโทษอย่างมีเหตุมีผลโดยปราศจากข้อโต้แย้งใดๆ การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจะถูกหรือจะผิดจึงขึ้นอยู่กับประเมินความสัมพันธ์ของวัตถุประสงค์การลงโทษทั้งสามประการที่มีอยู่ด้วยกันและขึ้นอยู่กับประเมินข้อเท็จจริงที่สำคัญที่จะมีผลต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษ (von der Bewertung der massgeblichen Faktoren innerhalb dieses Verhaeltnisses) (หลักการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ = Strafzumessungsgrundsaeetze)

ตัวอย่างเช่น หลักการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เกี่ยวกับความมิชอบด้วยกฎหมายที่ลดน้อยลง (geminderten Unrechts) คือสถานการณ์ที่ใกล้เคียงกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือการที่ผลของการกระทำความผิดไม่เกิดขึ้นหลักการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เกี่ยวกับความนำดำเนินที่ลดน้อยลง (gemildeter Schuld) คือข้อพิจารณาเกี่ยวกับการลดโทษอันเนื่องมาจากความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรืออันเนื่องมาจากความสามารถในการกระทำผิดที่ลดน้อยลง (die verminderte Schuldfaehigkeit) รวมถึงคำรับสารภาพและการชดเชยค่าเสียหายและความพยายามที่จะให้ผู้เสียหายได้กลับคืนเข้าสู่ฐานะเดิม (มาตรา 46 (2) ตอนท้าย) การกำหนดโทษปรับตามฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำผิดที่ได้กระทำความผิดครั้งแรกแทนที่จะลงโทษจำคุกโดยคำนึงถึงการป้องกันพิเศษ⁵⁰

หลักในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษอาจแตกต่างกันไปได้ตามแต่ละประเภทของวัตถุประสงค์ของการลงโทษตามกฎหมายปัจจุบัน (มาตรา 46 (1)) ศาลจะต้องใช้วัตถุประสงค์

⁴⁹ Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 783-784.

⁵⁰ Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 784.

ในการลงโทษตามทฤษฎีผสมผสาน (die Vereinigungstheorie) กล่าวคือการลงโทษจะต้องเป็นไปตามหลักความน่าตำหนิกล่าวคือจะต้องได้สัดส่วนกับเนื้อหาของการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายและความน่าตำหนิของการกระทำ (Unrechts - und Schuldgehalt der Tat) รวมทั้งจะต้องให้ผู้กระทำผิดได้กลับคืนเข้าสู่สังคมเท่าที่จะเป็นไปได้ด้วย นอกจากนี้จะต้องปกป้องสังคมจากผู้กระทำผิดที่เป็นอันตรายด้วย (den gefaehrlichen Taeter) ซึ่งบ่อยครั้งทำได้ก็แต่โดยการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยเนื่องจากไม่อาจลงโทษผู้กระทำผิดให้มากไปกว่าความน่าตำหนิที่เป็นผลมาจากหลักในเรื่องของความน่าตำหนิได้และประการสุดท้ายการลงโทษจะต้องเป็นการยับยั้งไม่ให้คนในสังคมกระทำความผิดในหลายๆ กรณีวัตถุประสงค์ในการลงโทษทั้งสามประการก็สามารถที่จะปรับใช้ให้สอดคล้องกันไม่ได้ อย่างไรก็ตามในกรณีที่วัตถุประสงค์ในการลงโทษมีความขัดแย้งกัน (Autonomie der Strafzwecke) วัตถุประสงค์ของการลงโทษในส่วนของการตอบโต้ที่เป็นธรรมไม่ถือว่าเป็นหลักที่จะต้องนำมาใช้เหมือนที่ความเห็นฝ่ายข้างมากในปัจจุบันยังคงยึดถืออยู่แต่วัตถุประสงค์ในการลงโทษทั้งสามประการจะต้องถูกจำกัดขอบเขตของตนเท่าที่จำเป็นเพื่อให้ทุก ๆ วัตถุประสงค์ของการลงโทษสามารถนำมาปรับใช้ได้เท่าที่จะเป็นไปได้ดีที่สุด ในทางปฏิบัติแล้วก็หมายความว่าในกรณีที่มีการขัดแย้งกันหลักความน่าตำหนิ (das Schuldprinzip) ถือว่าเป็นหลักในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเพราะหลักความน่าตำหนิถือว่าเป็นหลักการพื้นฐานของการลงโทษทางอาญาทุกๆ ประเภของรัฐธรรมนูญในความเป็นจริงแล้วจึงอาจพูดได้ว่าเป็นการให้ความสำคัญที่มากกว่าแก่การแก้แค้นที่เป็นธรรม (Vorrang der gerechten Vergeltung) การลงโทษผู้กระทำผิดที่มีลักษณะที่เป็นอันตรายที่เกินกว่าความน่าตำหนิไม่อาจกระทำได้ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลในเรื่องของการแก้ไขผู้กระทำผิดให้กลับคืนเข้าสู่สังคมหรือเหตุผลในการป้องกันสังคม (BVerfGE 45, 187, 280; 50, 5, 12; 54, 100, 108; BGH 20, 264, 267; BGH Dallinger MDR 1973m 727; OLG Hamm MDR 1972, 254) หากยังอยู่ในขอบเขตของความน่าตำหนิแล้ววัตถุประสงค์ในการลงโทษกรณีอื่นๆ สามารถถูกนำมาร่วมพิจารณาได้ วัตถุประสงค์ในการป้องกันทั่วไปก็สามารถถูกนำมาร่วมพิจารณาเพื่อใช้ในการกำหนดโทษได้ หากอัตราของโทษที่จะลงนั้นยังเป็นไปตามหลักความน่าตำหนิ (BGH VRS 27, 102; BGH MDR 1956, 180) การกระทำที่ไม่ดี (eine Unsitte) ที่มีอยู่โดยทั่วไปนั้นไม่ถือเป็นเหตุที่จะอ้างได้ว่าเป็นการลดลงของความน่าตำหนิเพราะผู้กระทำก็รู้ตัวว่าตนเองได้ทำให้ความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายต้องลดลง (BGH NJW 1964, 261: การขโมยสิ่งของในที่ทำงาน); (OLG Bremen NJW 1954, 404, 405: การไม่ปฏิบัติตามกฎจราจรที่เกิดขึ้นอยู่บ่อยๆ) ในกรณีที่ผู้กระทำผิดจะมีปัญหาในการกลับคืนเข้าสู่สังคมหากต้องได้รับโทษตามทฤษฎีแก้แค้นทดแทนแล้วทฤษฎี

แก้แค้นทดแทนก็ต้องยอมถอยให้กับแนวคิดในเรื่องของการป้องกันโดยการเลือกใช้รูปแบบของการลงโทษ (die Wahl der Strafart) ที่เหมาะสมและโดยการรอการลงโทษ⁵¹

เพื่อที่ในกรณีใดกรณีหนึ่งวัตถุประสงค์ของการลงโทษจะได้มีความสอดคล้องต้องกัน (die Konkordanz der Strafzwecke) ความเห็นทางศาลจึงได้พัฒนาทฤษฎีพื้นที่ว่างขึ้นมา (die Spielraumtheorie) โดยทฤษฎีดังกล่าวเห็นว่าการลงโทษที่เหมาะสมกับความน่าตำหนินั้นไม่สามารถที่จะกำหนดเป็นอัตราโทษที่ชัดเจนแน่นอนได้ (keine punktfoermige Groesse) แต่ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษนั้นจะมีพื้นที่ว่างที่ศาลจะสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้ต่ำกว่าอัตราโทษที่เหมาะสมกับความน่าตำหนิอยู่แล้วหรือใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้สูงกว่าอัตราโทษที่ยังคงเหมาะสมกับความน่าตำหนิโดยภายในพื้นที่ว่างดังกล่าวนี้ศาลสามารถใช้วัดวัตถุประสงค์ในการลงโทษกรณีอื่นๆ มาพิจารณาประกอบด้วยได้ (BGH 7, 28, 32; 16, 351, 353; 20, 264, 267; OLG Hamburg NJW 1955, 1938, 1939) ทฤษฎีพื้นที่ว่างนี้ได้รับการปฏิเสธเพราะว่าในการกระทำความผิดคดีใดคดีหนึ่งนั้น แม้ว่าจะไม่สามารถกำหนดโทษที่เป็นธรรมได้อย่างชัดเจนแน่นอนได้ก็ตาม แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่มีขอบเขตของการลงโทษที่เป็นธรรมที่สามารถที่จะกำหนดให้มากกว่าหรือน้อยกว่าขอบเขตของการลงโทษที่เป็นธรรมได้ ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจึงเป็นกรณีที่ผู้พิพากษาจะต้องกำหนดอัตราโทษที่ตามความเห็นของผู้พิพากษาแล้วเป็นอัตราโทษที่เหมาะสมกับความน่าตำหนิและจากอัตราโทษที่เหมาะสมกับความน่าตำหนินี้ผู้พิพากษาก็สามารถใช้ทฤษฎีการลงโทษอื่นเข้ามาพิจารณาประกอบเพื่อเลือกใช้มาตรการลงโทษอื่นๆ ที่เหมาะสมได้แต่จะต้องไม่เป็นการขัดกับหลักที่ว่าโทษจะต้องเหมาะสมกับความน่าตำหนิ⁵²

ทฤษฎีฐานะ (die Stellenwert) หรือทฤษฎีขั้นบันได (Stufentheorie) เป็นทฤษฎีที่แยกแนวคิดในเรื่องของความน่าตำหนิและแนวคิดในเรื่องของการป้องกันออกจากกัน โดยเด็ดขาดตามทฤษฎีนี้การกำหนดอัตราโทษเป็นไปตามแนวคิดในเรื่องของความน่าตำหนิเท่านั้นส่วนการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษในกรณีอื่นๆ (เช่น ประเภทของการลงโทษ, การรอการลงโทษ) เป็นไปตามแนวคิดในเรื่องของการป้องกันเท่านั้นทฤษฎีดังกล่าวได้รับการปฏิเสธเพราะในการเลือกประเภทของโทษ (ว่าจะเป็นโทษจำคุกหรือโทษปรับนั้น) ก็ต้องนำหลักในเรื่องความน่าตำหนิมาพิจารณาหรือในการกำหนดอัตราโทษก็ต้องนำหลักทฤษฎีป้องกันพิเศษมาพิจารณา⁵³

⁵¹Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 784-785.

⁵²Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 786.

บทที่ 3

แนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษตามมาตรา 46 (Die Strafzumessungsrichtlinien des 46)

I. ข้อความทั่วไป

มาตรา 46 หลักการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ (Grundsätze der Strafzumessung)
บัญญัติไว้มีใจความว่า

(1) ความน่าตำหนิของผู้กระทำความผิดเป็นพื้นฐานสำหรับการกำหนดโทษ ผลที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการลงโทษสำหรับการใช้ชีวิตในสังคมในอนาคตของผู้กระทำความผิดจะต้องถูกนำมาพิจารณาประกอบด้วย

(2) ในการกำหนดโทษนั้น ให้ศาลใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักของข้อเท็จจริงในคดีทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งมูลเหตุจูงใจและเป้าหมายที่วางไว้ของผู้กระทำความผิด ทักษะคติในทางศีลธรรมที่แสดงออกให้เห็นจากการกระทำผิดและความตั้งใจในการกระทำความผิด ระดับของการละเมิดต่อหน้าที่ รูปแบบของการกระทำความผิดและผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดที่ดำเนินได้ ชีวิตที่ล่วงมาของผู้กระทำผิด ความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวและเศรษฐกิจของผู้กระทำผิด รวมทั้งการกระทำภายหลังการกระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งความพยายามที่จะชดเชยค่าเสียหายและความพยายามของผู้กระทำผิด ที่จะให้ผู้เสียหายได้กลับคืนเข้าสู่ฐานะเดิม

(3) ข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดอยู่แล้ว จะไม่ถูกนำมาพิจารณาอีก

1. แต่เดิมประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันไม่มีหลักเกณฑ์ทั่วไปสำหรับการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ หลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่มีอยู่บางประการ เช่น ตามมาตรา 27 A 27 B และ 27 C (ตามกฎหมายเดิม) ที่มีที่มาจากการปฏิรูประบบการลงโทษปรับ

ในยุคสาธารณรัฐไวมาร์ ภายหลังจากนั้นก็จะมีร่างกฎหมายหลายฉบับที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษรวมทั้งร่างกฎหมายในปี 1962 ที่บัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษไว้ในมาตรา 60 แนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแต่เดิมยึดหลักการที่ว่าโทษจะต้องเหมาะสมกับความน่าตำหนิเท่านั้น (das Prinzip der Schuldstrafe) ต่อมาได้มีการเพิ่มเติมแนวคิดในเรื่องของการป้องกันพิเศษไว้ในมาตรา 46 (1) ประโยคที่สอง โดยคณะกรรมการวิชาการชุดพิเศษ (der Sonderausschuss) และเป็นผลให้ทฤษฎีการลงโทษทั้งหลายมีฐานะที่เท่าเทียมกัน⁵⁴

2. พื้นฐานในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษคือ ความน่าตำหนิของผู้กระทำผิด (die Schuld des Täters) (มาตรา 46 (1) ประโยคที่หนึ่ง) ซึ่งตามบทบัญญัติดังกล่าวเท่ากับว่าหลักความน่าตำหนิได้รับการยอมรับอย่างชัดแจ้งและแสดงให้เห็นว่าการลงโทษมีไว้เพื่อการแก้แค้นทดแทน (im Schuldausgleich) ความน่าตำหนิในที่นี้ไม่ได้หมายถึงข้อความคิดของความน่าตำหนิในส่วนของโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา (Strafbegründungsschuld) แต่หมายถึงความมิชอบด้วยกฎหมายที่ดำเนินได้ที่เกิดจากการกระทำผิด (das verschuldete Unrecht in seiner Gesamtheit) (Strafzumessungsschuld) (BGH 20, 264, 266; BGH Stv 1983, 332) ความน่าตำหนิในส่วนของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ (die Strafzumessungsschuld) เป็นข้อความคิดที่ไม่คงที่ (ein Steigerungsbegriff) ดังนั้นจึงมีความน่าตำหนิที่รุนแรงกว่าและความน่าตำหนิที่เบากว่า นอกจากนี้ความน่าตำหนิในส่วนของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษไม่ได้จำกัดเฉพาะในส่วนของ การกระทำความผิด (die Tat) แต่รวมถึงตัวผู้กระทำความผิดด้วย (die Täterpersoenlichkeit) นอกจากจะต้องพิจารณาเรื่องของความน่าตำหนิแล้วตามมาตรา 46 (1) ประโยคที่สองซึ่งถือว่ามีความสำคัญพอๆ กันกับหลักในเรื่องความน่าตำหนิกำหนดให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องคำนึงถึงผลที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการลงโทษต่อชีวิตของผู้กระทำผิดที่จะใช้ชีวิตในสังคมในอนาคตด้วยดังนั้นจึงเท่ากับเป็นการปฏิเสธทฤษฎีการลงโทษเด็ดขาดที่พิจารณาวัตถุประสงค์ของการลงโทษอยู่ที่การแก้แค้นทดแทนเท่านั้นการลงโทษจะมีความชอบธรรมก็ต่อเมื่อการลงโทษดังกล่าวในขณะเดียวกันก็แสดงให้เห็นว่าการลงโทษนั้นเป็นเครื่องมือที่จำเป็นที่จะทำให้ภารกิจของกฎหมายอาญาที่จะต้องป้องกันสังคมนั้นบรรลุเป้าหมายได้ด้วย (BGH 24, 40, 42) ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษในกรณีใดกรณีหนึ่งนั้น ผู้พิพากษาจึงต้องคำนึงถึงโทษที่ลงแก่ผู้กระทำผิดจะต้องทำให้ผู้กระทำผิดสามารถกลับคืนเข้ามาใช้ชีวิต

⁵⁴Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 786-787.

ในสังคมได้อีกครั้งหนึ่งและเท่าที่จะเป็นไปได้จะต้องไม่ทำให้ผู้กระทำความผิดถูกขับออกไปจากสังคม แม้ว่าตามมาตรา 46 จะไม่ได้อ้างถึงทฤษฎีการป้องกันทั่วไปแต่ทฤษฎีการป้องกันทั่วไปก็เป็นวัตถุประสงค์หนึ่งของการลงโทษที่มีไว้เพื่อภารกิจของกฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นการคุ้มครองระเบียบของกฎหมายให้เป็นจริงขึ้นมาได้จึงไม่อาจที่จะละเลยต่อทฤษฎีการป้องกันทั่วไปได้⁵⁵

3. มาตรา 46 (2) ได้บัญญัติแนวทางในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษซึ่งเป็นแนวที่ศาลได้ใช้อยู่เป็นเวลานานแล้วตามประโยคที่หนึ่งจะเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นทั้งผลดีและผลร้ายต่อผู้กระทำความผิดซึ่งจะต้องนำมาเปรียบเทียบกันโดยผู้พิพากษาจะต้องนำข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษมาพิจารณากับวัตถุประสงค์ในการลงโทษตามหลักการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเพื่อที่จะได้กำหนดว่าจะเอาทฤษฎีการลงโทษใดเป็นจุดยืนขึ้น ภายหลังจากนั้นก็ให้นำผลที่ได้มาชั่งน้ำหนักกันตามมาตรา 46 (1) ประโยคที่สองเป็นการระบุถึงตัวอย่างของข้อเท็จจริงที่จะนำมาเป็นข้อเท็จจริงที่ในการกำหนดโทษซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้อาจจะเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นผลดีและผลเสียแก่ผู้กระทำความผิดและเป็นข้อเท็จจริงที่จะใช้ในการกำหนดระดับของความน่าตำหนิรวมทั้งความจำเป็นที่จะใช้การป้องกันพิเศษที่แตกต่างกันออกไปได้ด้วย⁵⁶

II. หลักพื้นฐานในการกำหนดโทษ

1. หลักของความน่าตำหนิ (Schuldprinzip)

เมื่อมีการละเมิดต่อกฎหมาย ผู้กระทำความผิดจะถูกตำหนิและถูกลงโทษทางอาญา ซึ่งโทษทางอาญาดังกล่าวจะมีลักษณะเฉพาะเพื่อเป็นการห้ามการกระทำที่กำหนดไว้ในกฎหมายโดยมีลักษณะเป็นการบังคับ (Repression) และการแก้แค้น (Vergeltung) แต่เนื่องจากโทษทางอาญามีผลกระทบที่รุนแรงด้วยเหตุนี้ จึงต้องมีเหตุที่ชดเชยด้วยกฎหมายเป็นพิเศษในการกำหนดโทษทางอาญา ในชั้นของกระบวนการนิติบัญญัติ การออกบรรทัดฐานใดๆ ที่มีโทษทางอาญาจะต้องถือว่าเป็นข้อยกเว้น (ทั้งนี้เป็นไปตามหลักวิถีทางน้อยที่สุด) ในชั้นของการบังคับใช้กฎหมาย (Auf der Ebene der Rechtsanwendung) (มาตรา 46 (1) ประโยคที่หนึ่ง ได้กำหนดขอบเขตของการลงโทษทางอาญา กล่าวคือ พื้นฐานของการกำหนดโทษทางอาญา คือ ความน่าตำหนิของผู้กระทำความผิด⁵⁷

⁵⁵Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 787.

⁵⁶Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 787-788.

⁵⁷Vgl. Franke, Muenchner Strafgesetzbuch, Paragraph 46, หัวข้อ 11.

การใช้ถ้อยคำว่า “ความน่าตำหนิ” (Schuld) ในมาตรา 46 นั้นจำเป็นต้องมีการอธิบายข้อความคิดดังกล่าว ข้อความคิดของการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษที่มีความน่าตำหนิเป็นองค์ประกอบหลักนั้น (der Begriff der Strafzumessungsschuld) มีพื้นฐานมาจากแนวคิดในเรื่องของความน่าตำหนิได้ (Vorwerfbarkeit) ตามนัยของโครงสร้างความผิดอาญาทั่วไป ในขณะที่ข้อความคิดว่าด้วยความน่าตำหนิตามนัยของความน่าตำหนิได้นั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับองค์ประกอบของความผิดทางอาญา ข้อความคิดของการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษที่มีความน่าตำหนิเป็นองค์ประกอบหลักนั้นเป็นประเด็นที่ว่า การกระทำความผิดได้ทำให้ระเบียบของกฎหมาย (die Rechtsordnung) เสียหายมากน้อยเพียงใด ปัญหาว่า ระเบียบของกฎหมายเสียหายมากน้อยเพียงใดจากการกระทำความผิดนั้น แนวคำพิพากษาของศาลได้วางแนวไว้ว่า พื้นฐานในการกำหนดโทษคือความรุนแรงของการกระทำความผิดที่มีผลต่อระเบียบกฎหมายที่ถูกละเมิด และระดับของความน่าตำหนิในทางส่วนตัวของผู้กระทำความผิด ประเด็นทั้งสองนั้นเป็นสิ่งที่ผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึง และใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนักเพื่อที่จะกำหนดโทษให้มีความเหมาะสมแก่ความน่าตำหนิและเป็นการกำหนดโทษที่เป็นธรรม (die gerechte, also schuldangemessene Strafe)⁵⁸

III. ข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษ (Die Strafzumessungstatsachen)

ข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษเป็นข้อเท็จจริงที่ใช้พิจารณาด้วยความผิดอาญาทุกๆประเภท ในปัจจุบันยังไม่มีทฤษฎีว่าด้วยการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษภาคพิเศษที่จะอธิบายถึงข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษที่กำหนดไว้เป็นพิเศษเพื่อใช้กับความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งโดยเฉพาะ ตามมาตรา 46 (2) ประโยคที่หนึ่ง ผู้พิพากษาจะต้องชั่งน้ำหนักของข้อเท็จจริงแห่งคดีทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายแก่ตัวผู้กระทำความผิด ตามมาตรา 46 (2) ประโยคที่สอง บัญญัติรายการของข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษที่จะต้องถูกนำมาพิจารณา ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจนำไปสู่การลงโทษหนักขึ้นหรือเบาลงโดยเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องเป็นผู้กำหนดผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึงหลักการใช้ดุลพินิจที่กำหนดไว้ตามกฎหมายตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาหรือตามหลักอื่นๆ ที่ได้รับการยอมรับ (BGH NStZ 1987, 405)⁵⁹

⁵⁸Vgl. Franke, อ้างแล้ว, หัวข้อ 12.

⁵⁹Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 792.

1. เนื้อหาของความมิชอบด้วยกฎหมายและเนื้อหาของความน่าตำหนิของการกระทำผิด (Der Unrechts - und Schuldgehalt der Tat)

1.1 พื้นฐานของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ คือ ความสำคัญของการกระทำผิดที่มีต่อระเบียบของกฎหมายที่ถูกละเมิด (Unrechtsgehalt) และความรุนแรงของความน่าตำหนิที่สามารถตำหนิผู้กระทำผิดได้เนื่องจากการกระทำผิดดังกล่าว (Schuldgehalt) (RG 58, 106, 109; BGH 3, 179; 20, 264, 266) องค์ประกอบทั้งสองประการดังกล่าวเป็นองค์ประกอบที่มีความสัมพันธ์กันอยู่โดยที่ความรุนแรงของความน่าตำหนิจะมากหรือน้อยก็ขึ้นอยู่กับเนื้อหาของความมิชอบด้วยกฎหมายที่ตำหนิได้ของการกระทำผิด นอกจากนี้องค์ประกอบในส่วนของความน่าตำหนิยังมีลักษณะเฉพาะที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำผิดด้วย เช่น ระดับของความสามารถในการกระทำผิด ความหลีกเลี่ยงในความสำคัญผิดถึงเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ที่มีมากหรือน้อย

ความมิชอบด้วยกฎหมาย (Unrecht) และความน่าตำหนิ (Schuld) จึงเป็นข้อความคิดที่สามารถเพิ่มขึ้นได้ (steigerungsfähige Begriffe) ซึ่งก็หมายความว่าในการกำหนดระดับความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำผิดต้องคำนึงถึงสิ่งเหล่านี้ด้วย เช่น ขนาดของความเสียหาย รูปแบบและวิธีการที่ใช้ในการกระทำผิด ผลของการที่จะไม่ทำให้คนเคารพต่อกฎหมาย (die Erschuetterung des Rechtsfriedens) ในการกำหนดระดับของความน่าตำหนิต้องคำนึงถึงสิ่งเหล่านี้ด้วย เช่น การเอาแต่ได้โดยไม่คำนึงถึงบุคคลอื่น (Ruecksichtslosigkeit) การไตร่ตรองไว้ก่อน ความจำเป็น การพยายามกระทำผิด ผลข้างเคียงที่เกิดขึ้นที่ทำให้ความสามารถในการบังคับตนเองต้องลดลง ความเป็นเด็ก ความผิดปกติทางจิตหรือความสำคัญผิด⁶⁰

1.2 ขนาดของการละเมิดต่อกฎหมายพิจารณาจากความมากน้อยของความเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งต้องพิจารณาทั้งในแง่ของความเสียหายในทางวัตถุและความเสียหายในทางจิตใจที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดอันจะมีต่อการกำหนดโทษหนักหรือเบา นอกจากนี้ความเสียหายที่เกิดขึ้นที่อยู่นอกเหนือองค์ประกอบความผิดก็ต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วย รวมทั้งระดับของความเสียหายที่จะเกิดความเสียหายต่อกรรมของการกระทำที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ในกรณีของการพยายามกระทำผิดและในกรณีของความผิดอาญาที่เป็น

⁶⁰Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 792.

การก่ออันตราย ส่วนสิ่งที่จะทำให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษได้เบาลงก็เช่น ความพยายามของผู้กระทำผิดที่จะชดเชยค่าเสียหาย (BGH MDR 1953, 146; OLG Koeln NJW 1958, 2079) รวมทั้งความพยายามของผู้กระทำผิดในอันที่จะทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิม (มาตรา 46 (2) ประโยคที่ 2 ตอนท้าย) และการกระทำของผู้เสียหายโดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ผู้เสียหายมีส่วนผิดอยู่ด้วย (BGH 3, 218, 220) ขนาดของการละเมิดต่อกฎหมายขึ้นอยู่กับรูปแบบและวิธีการของการทำความผิด เช่น ในกรณีของความผิดฐานลักทรัพย์การใช้กำลังในภายหลังของจำเลยเมื่อความผิดฐานลักทรัพย์สำเร็จแล้ว (RG JW 1936, 737, 738) ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายความโหดร้ายเป็นพิเศษของการทำความผิด (RG DR 1943, 754) ในความผิดเกี่ยวกับการจราจร การขับรถเร็วเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด (BGH VRS 12, 46) ทั้งหมดนี้เป็นสิ่งที่จะนำมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษให้หนักขึ้น ในกรณีของการซื้อขายยาเสพติด การใช้สายลับไปล่อซื้อยาเสพติดเป็นสิ่งที่นำมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษให้เบาลง (BGH 32, 345, 355; BGH JZ 1986, 103) นอกจากนี้ความต้องการที่จะทำความผิด (der bei der Tat aufgewendete Wille) (มาตรา 46 (2) ประโยคที่สอง) ก็เป็นองค์ประกอบหนึ่งในส่วนอัตตวิสัยของการกระทำผิดที่จะนำมาพิจารณาในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษการกระทำผิดโดยเจตนาและประมาทจะต้องพิจารณาแยกกันในฐานะที่เป็นข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษ⁶¹

1.3 ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่วางอยู่บนพื้นฐานแนวคิดของความน่าตำหนินั้น การจะใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้หนักขึ้นนั้นจึงพิจารณาเฉพาะแต่ความมิชอบด้วยกฎหมายในทางภาวะวิสัยแต่เพียงอย่างเดียวไม่ได้จึงต้องนำผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดที่ดำเนินได้มาพิจารณาประกอบด้วย (มาตรา 46 (2) ประโยคที่สอง) ในทางตรงกันข้าม แต่เดิมศาลแห่งอาณาจักรไรซ์ ได้วางหลักในเรื่องของความมิชอบด้วยกฎหมายในทางภาวะวิสัยมาโดยตลอด ทั้งนี้เพราะว่าแต่เดิมนั้นการทำความผิดในทางอาญาพิจารณาแต่ในแง่ของภาวะวิสัยเท่านั้น (RG JW 1933, 1131; RG JW 1937, 3217; RG DR 1943, 139, 140) แต่ในปัจจุบันศาลแห่งสหพันธ์รัฐ (BGH) ได้ใช้แนวทางสายกลาง กล่าวคือ การที่ผู้กระทำก่อให้เกิดสภาพที่เสี่ยงต่อการเกิดขึ้นของความเสียหายนั้น ต้องสามารถดำเนินผู้กระทำได้ ส่วนผลของความเสียหายที่เกิดขึ้นมานั้นผู้กระทำไม่จำเป็นต้องเคยคาดเห็นมาก่อน (BGH 10, 259, 263f.; 11, 263, 266; 23, 375, 376; BGH VRS 14, 285; BGH MDR 1958, 15) ในทางตรงกันข้ามความเห็นฝ่ายข้างมากในทางตำราเห็นว่าผลของความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น

⁶¹Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 792-793.

ต้องสามารถดำเนินผู้กระทำได้ด้วยแม้ว่ามาตรา 46 (2) ประโยคที่สองจะบัญญัติไปตามความเห็นทางตำราฝ่ายข้างมาก แต่ก็ไม่ชัดเจนว่ารูปแบบไหนของความนำคำหนึ่ที่มาตรา 46 (2) ประโยคที่สอง หมายถึงในกรณีดังกล่าวมีสองความเห็นด้วยกัน โดยความเห็นแรกเห็นว่า ในกรณีของการกระทำความผิดโดยเจตนาใช้หลักการกระทำความผิดโดยเจตนาตามมาตรา 16 และในกรณีของการกระทำโดยประมาทใช้หลักการกระทำความผิดโดยประมาทตามมาตรา 18 ส่วนอีกความเห็นหนึ่งเห็นว่าในทุก ๆ กรณีใช้หลักความคาดหมายว่าผลจะเกิดขึ้นหรือไม่นั้น ตามหลักในมาตรา 18 Jescheck เห็นว่าต้องแยกพิจารณาดังนี้คือ สำหรับผลที่เกิดขึ้นจากการก่อให้เกิดความเสี่ยงที่มีลักษณะเฉพาะของผู้กระทำผิด (der vom Taeter geschaffenen typischen Gefahren) แล้วต้องใช้หลักในมาตรา 18 เพราะมาตรา 18 ไม่ได้ใช้เฉพาะกับการคาดหมายได้ถึงผลที่ทำให้ผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้นเท่านั้น แต่ใช้รวมถึงการกระทำโดยเจตนาด้วย (BGH VRS 15, 112; 21, 45 และ 337) ส่วนการกระทำความผิดโดยเจตนาที่ผลที่เกิดขึ้นหนักกว่าที่ผู้กระทำคาดหมายไว้ต้องเป็นผลที่ผู้กระทำมีเจตนา (BGH Dallinger MDR 1969, 533 : อัญมณีที่ขโมยไปไม่ใช่ของปลอมอย่างที่ผู้กระทำผิดเข้าใจ)⁶²

1.4 ในส่วนของข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้แนวทางแก่ศาลในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษนั้นความนำคำหนึ่ของการกระทำเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดมูลเหตุจูงใจและเป้าหมายของผู้กระทำผิดความเชื่อในทางศีลธรรมที่เห็นได้จากการกระทำผิดระดับของการละเมิดต่อหน้าที่ (มาตรา 46 (2) ประโยคที่สอง) เป็นข้อเท็จจริงที่จะแสดงให้เห็นถึงเจตนาในการกระทำความผิดของผู้กระทำผิดที่จะเป็นการเพิ่มหรือลดระดับของความนำคำหนึ่ของการกระทำผิดมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดอาจแบ่งออกได้เป็น 2 แบบ คือ มูลเหตุจูงใจภายนอก เช่น ความเคียดแค้นในทางเศรษฐกิจการบังคับและมูลเหตุจูงใจภายใน เช่น ความเกลียด ความเห็นอกเห็นใจ ความอยากหากำไร ความโกรธ ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจึงต้องค้นหาระดับของมูลเหตุจูงใจในการกระทำผิดว่ามีมากน้อยแค่ไหนและค้นหาคุณค่าในทางจริยศาสตร์ของมูลเหตุจูงใจดังกล่าวและเช่นเดียวกัน เป้าหมายในการกระทำของผู้กระทำผิดจะต้องถูกนำมาพิจารณาคุณค่าในทางจริยศาสตร์ด้วย ความนำคำหนึ่ของการกระทำมีความแตกต่างกันระหว่างการที่แพทย์ฉีดยาพิษเกินขนาดให้ผู้ป่วยเพื่อให้ผู้ป่วยได้เสียชีวิตไปอย่างสงบกับการกระทำในลักษณะเดียวกันที่เกิดจากการกระทำของทนายทที่ทไปเพื่อที่จะไม่ให้ผู้ป่วยได้มีการแก้ไขพินัยกรรมอีก ความเชื่อในทางศีลธรรมของผู้กระทำผิด (die Gesinnung des Taeters) ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับบุคลิกส่วนตัวของผู้กระทำผิดหาก

⁶²Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 793-794.

แต่หมายถึงความต้องการที่เกิดขึ้นในขณะกระทำความผิด (“aktuelles Gesonnensein”) ฐานใดฐานหนึ่ง (RG 67, 280: ความเลวทรามที่เกิดจากการฆ่าบุพการี; RG 76, 323, 326: ความเลวของผู้กระทำความผิดฐานถือโง่เป็นประจำ) นอกจากนี้ความต้องการที่เกิดขึ้นในขณะกระทำความผิดของผู้กระทำผิดนี้ต้องพิจารณาประกอบกับบรรทัดฐานในทางจริยศาสตร์สังคมด้วย (nach den Normen der Sozialethik) (เช่น ทศนคติที่ปฏิเสธต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง, ความน่าตำหนิของการกระทำผิด ที่น้อยลงเนื่องจากข้อเท็จจริงภายนอก, ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจ) การประเมินทั้งหมดที่กล่าวมานี้ไม่ได้ประเมินจากความเชื่อในทางศีลธรรมทางอัตวิสัยของผู้พิพากษาแต่ประเมินจากการรับรู้ถึงคุณค่าของสังคมในทางภาวะวิสัย (nach dem objektiven Wertbewusstsein der Allgemeinheit) หากขาดการพิจารณาถึงบรรทัดฐานในทางศีลธรรมแล้วการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษตามกฎหมายปัจจุบันก็จะเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ นอกจากนี้ในส่วนของความน่าตำหนิของการกระทำที่จะต้องพิจารณาเป็นประการสุดท้าย ก็ระดับของการละเมิดต่อหน้าที่ (das Mass der Pflichtwidrigkeit) ก็จะมีผลสำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการกระทำ ความผิดโดยประมาท⁶³

2. คุณลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำผิด (Die Taeterpersoenlichkeit)

ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษไม่ว่าจะพิจารณาในแง่ของความน่าตำหนิหรือในแง่ของการป้องกัน คุณลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำผิดก็เป็นส่วนสำคัญในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ (BGH NStZ 1981, 389; NStZ 1982, 433) แต่คุณลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำผิดจะถูกนำมาพิจารณาประกอบในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ก็แต่เฉพาะคุณลักษณะส่วนตัวที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดเท่านั้น (BGH Stv 1983, 567; Stv 1984, 21; MDR 1984, 89)⁶⁴

2.1 ในประการแรก สิ่งที่จะถูกนำมาพิจารณาก็คือลักษณะส่วนตัวและฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำผิด (die persoelichen und wirtschaftlichen Verhaeltnisse des Taeters) (มาตรา 46 (2) ประโยคที่สอง) แต่ข้อเท็จจริงดังกล่าวจะต้องถูกพิจารณาด้วยความระมัดระวัง เพราะไม่มีข้อเท็จจริงในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษใดที่จะมีความแตกต่างกันมากเท่ากับข้อเท็จจริงดังกล่าว ในกรณีของลักษณะส่วนตัวสิ่งต่อไปนี้จะเป็สิ่งที่จะถูกพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป กล่าวคือ ประวัติความเป็นมาและการอบรมสั่งสอน สถานภาพ

⁶³Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 794-795.

⁶⁴Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 795.

การสมรส ความสมบูรณ์ทางร่างกายและจิตใจ ตำแหน่งหน้าที่การงานและฐานะในทางสังคม สภาพของที่อยู่อาศัยและความรู้สึกที่จะมีต่อการถูกลงโทษของผู้กระทำผิด (BGH 7, 28, 31; BGH NStZ 1983, 408; OLG Hamm NJW 1957, 1003) อย่างไรก็ตามฐานะทางสังคมที่สูงขึ้นของผู้กระทำผิดจะเป็นเหตุให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษหนักขึ้นก็ต่อเมื่อการทำความผิดดังกล่าวมีส่วนเกี่ยวข้องอยู่กับการที่ผู้กระทำผิดมีหน้าที่ที่ถูกกำหนดไว้เป็นพิเศษ (BGH Dallinger MDR 1966, 26; MDR 1981, 453; NStZ 1981, 258) (ไม่มีกฎหมายอาญาสำหรับคนดัง)⁶⁵

ฐานะในทางเศรษฐกิจของผู้กระทำผิด สามารถก่อให้เกิดผลที่แตกต่างกันได้ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ขึ้นอยู่กับว่าฐานะทางเศรษฐกิจดังกล่าวของผู้กระทำผิดนั้นจะถูกพิจารณาในฐานะที่เป็นมูลเหตุจูงใจในการกระทำผิดที่อยู่ในส่วนของเนื้อหาของความน่าตำหนิหรือพิจารณาจากความรู้สึกของผู้กระทำผิดที่มีต่อการถูกลงโทษ โดยไม่ได้เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของความน่าตำหนิในการกำหนดโทษปรับ คุณลักษณะส่วนตัวและฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำผิดจะเป็นตัวกำหนดอัตราโทษปรับรายวัน แต่ปัญหาว่าจะปรับกี่วันนั้นโดยปกติแล้วจะยังไม่นำคุณลักษณะส่วนตัวและฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำผิดมาคำนึงถึง อย่างไรก็ตาม การคำนึงถึงลักษณะส่วนตัวและฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำผิดจะต้องไม่นำไปสู่ผลที่ผู้พิพากษาจะลงโทษจำคุกจำเลยที่เป็นคนรวยเพราะเห็นว่าอย่างไรเสียการให้จำเลยเสียค่าปรับอย่างสูงแล้ว ก็จะไม่ส่งผลต่อตัวจำเลย (OLG Duesseldorf NJW 1965, 1614) หรือในทางกลับกัน ที่ศาลจะพิพากษาให้ลงโทษจำคุกแก่จำเลยเพราะจำเลยที่มีฐานะยากจนอย่างไรเสียก็ไม่สามารถชำระค่าปรับได้อยู่ดี (RG 77, 137, 139; Bay ObLG JZ 1958, 316)⁶⁶

2.2 คุณลักษณะเฉพาะของผู้กระทำผิด รวมถึงขนาดและประเภทของการขาดความสามารถในการกลับคืนเข้าสู่สังคมของผู้กระทำผิดรวมทั้งปัญหาที่ว่า การขาดความสามารถในการกลับคืนเข้าสู่สังคมจริงๆ แล้วมีหรือไม่ การพิจารณาในส่วนของคุณลักษณะเฉพาะตัวของผู้กระทำผิดในด้านเกี่ยวกับผลของการลงโทษที่จะเกิดขึ้นแก่ผู้กระทำผิดในการใช้ชีวิตในสังคมในอนาคตถือว่าเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่ได้รับการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งแล้วตามมาตรา 46 (1) ประโยคที่สอง ด้วยเหตุนี้สิ่งที่จะกล่าวต่อไปนี้จะเป็สิ่งที่ส่งผลที่คาดว่า จะมีต่อการลงโทษ

⁶⁵Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 795.

⁶⁶Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 796.

ที่ปรากฏให้เห็นแตกต่างกันออกไป เช่น บ้านของพ่อแม่ การอบรมสั่งสอน ระดับการศึกษา อาชีพ การคบหาสมาคมกับบุคคลอื่น สภาพร่างกาย ระดับสติปัญญา สถานที่ทำงาน และรายได้ที่แน่นอน สถานภาพการสมรส หน้าที่ที่จะต้องจ่ายค่าเลี้ยงดูและโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเปลี่ยนแปลงแต่เพียงบางส่วนของข้อเท็จจริงดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อพิจารณาที่ว่า การลงโทษรวมทั้งการบังคับโทษจำคุกที่จะมีผลต่อตัว ผู้กระทำผิดต่อฐานะทางสังคม และตำแหน่งหน้าที่การงานรวมทั้งการป้องกันไม่ให้กลับไปกระทำผิดอีกในอนาคตจะมีผลต่อการเลือกระหว่างโทษจำคุกและโทษปรับ ระยะเวลาของการลงโทษจำคุก จำนวนเงินของโทษปรับ การรอการลงโทษ⁶⁷

3. ชีวิตที่ล่วงมาของผู้กระทำผิด การกระทำภายหลังการกระทำผิดของผู้กระทำผิด การดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ยาวนาน (*Das Vorleben des Täters, sein Verhalten nach der Tat, die ueberlange Verfahrensdauer*)

3.1 ข้อพิจารณาในส่วน of ชีวิตที่ล่วงมาของผู้กระทำผิดและการกระทำของผู้กระทำผิดภายหลังการกระทำผิด (มาตรา 46 (2) ประโยคที่สอง) ทำให้ขอบเขตของข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษขยายออกไปแต่ก็เป็นสิ่งที่จำเป็นต่อเพื่อให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นธรรมและในขณะเดียวกัน ก็มีผลต่อการป้องกันการกระทำ ความผิด ไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักในเรื่องการยื่นฟ้อง (*der Anklagegrundsatz*) (มาตรา 151, 155, 264 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน) ที่นำเอา เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนหรือหลังการกระทำผิดมาพิจารณาประกอบด้วย (BGH NJW 1951, 769, 770) อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าชีวิตที่ล่วงมาของผู้กระทำผิดและการกระทำ ภายหลังการกระทำผิดของผู้กระทำผิดนั้นจะนำไปสู่การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแก่จำเลย ทั้งหมด ในความผิดอาญาที่มีความสำคัญเพียงเล็กน้อยนั้นการสืบค้นประวัติของผู้กระทำผิด ถือว่าเป็นการต้องห้ามเนื่องจากการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลที่ได้รับการรับรองไว้ตาม วิธีพิจารณาความอาญารวมทั้งการกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการดำเนินกระบวนการ ที่สิ้นเปลือง แต่อย่างไรก็ตาม ในความผิดอาญาที่มีความสำคัญนั้น ชีวิตที่ล่วงมาและการกระทำ ภายหลังการกระทำผิดของผู้กระทำผิดก็ไม่ได้จะนำไปสู่การลงโทษทางความคิดในทางศีลธรรม (*Gesinnungsbestrafung*) (BGH NJW 1954, 1416) ในทางตรงกันข้ามข้อเท็จจริงดังกล่าว จะถูกนำมาพิจารณาประกอบในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเพื่อที่จะแสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวข้อง

⁶⁷ Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 798.

กับการกระทำความผิดและเป็นเพียงแค่ตัวชี้สำหรับความน่าตำหนิหรือความเป็นอันตรายของผู้กระทำผิดเท่านั้น (BGH MDR 1954, 693; BGH 5, 124, 132; BGH MDR 955, 146; NStZ 1984, 259; KG DAK 1957, 107)⁶⁸

3.2 ในส่วนของชีวิตที่แล้วมาของผู้กระทำผิดนี้ การที่ผู้กระทำผิดใช้ชีวิตด้วยดี มาตลอดจนถึงทุกวันนี้สามารถถูกนำมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เบาลงตราบเท่าที่แสดงให้เห็นได้ว่าการกระทำความผิดในครั้งนี้เป็นความผิดพลาดที่ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องอยู่กับคุณลักษณะส่วนตัวที่เลวของผู้กระทำความผิด (BGH 8, 186; BGH GA 1956, 154; NJW 1966, 894; NStZ 1982, 376) การเคยต้องโทษมาก่อน (Vorbestrafen) เป็นเหตุหนึ่งที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำผิด ในทางปฏิบัติแล้ว การเคยต้องโทษมาก่อนเป็นเหตุในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่สำคัญที่สุด โดยหลักการแล้วการเคยต้องโทษมาก่อนจะถูกนำมาพิจารณาก็ต่อเมื่อเป็นกรณีของการต้องโทษตามคำพิพากษาที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับความน่าตำหนิที่เพิ่มขึ้นของผู้กระทำผิดซ้ำหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับความเป็นอันตรายในอนาคตของผู้กระทำผิด (BGH MDR 1963, 331; Bay ObLG MDR 1976, 59; OLG Mamm NJW 1959, 305) อย่างไรก็ตาม การเคยต้องโทษมาก่อนที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับสิ่งที่กล่าวไว้ข้างต้นนี้ ก็สามารถที่จะถูกนำมาพิจารณาประกอบได้ (BGH 24, 198, 199; KG VRS 30, 200) อย่างไรก็ตาม การนำการเคยต้องโทษมาก่อนมาพิจารณาประกอบถูกจำกัดลงอย่างมากโดยมาตรา 51 ของ BZRG โทษที่ถูกตัดออกจากทะเบียนประวัติอาชญากร (im Zentralregister) ไม่สามารถที่จะนำมาพิจารณาเพื่อใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำผิดได้ (BGH 24, 378, 380; BGH NStZ 1983, 19; Bay ObLG 1972, 3) สิ่งที่เกิดขึ้นก่อนการกระทำความผิด (ein Vorverhalten) ที่ไม่ใช่เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย แต่เป็นสิ่งที่ดำเนินได้นั้นสามารถนำมาพิจารณาเพื่อใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำผิดได้ก็ต่อเมื่อมีสิ่งดังกล่าวมีส่วนเกี่ยวข้องอยู่กับการกระทำความผิด (BGH 6, 243, 245: การไม่แจ้งว่าเคยต้องโทษมาก่อนเพื่อสมัครเข้ารับราชการ; BGH MDR 1954, 151 : การเตรียมการสำหรับการกระทำความผิดในครั้งหน้าอย่างดี; BGH NJW 1985, 870 : เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนที่จะนำไปสู่การฆาตกรรม)⁶⁹

3.3 นอกจากนี้ การกระทำภายหลังของผู้กระทำผิดสามารถที่จะนำไปสู่ข้อสรุปถึงความน่าตำหนิหรือความเป็นอันตรายของผู้กระทำผิดได้ การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เบาลง

⁶⁸Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 796-797.

⁶⁹Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 797.

โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นกรณีของการชดเชยค่าเสียหายและความพยายามที่จะทำให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม(มาตรา 46 (2) ตอนท้าย) การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้หนักขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีของการกระทำที่โหดร้ายเป็นพิเศษภายหลังการกระทำความผิดและการกระทำความผิดอาชญาฐานใหม่ (BGH Dallinger MDR 1957, 528)⁷⁰

3.4 ปัญหาพิเศษประการหนึ่งของการกระทำภายหลังการกระทำผิดก็คือการกระทำของจำเลยในชั้นพิจารณา ในกรณีดังกล่าวผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึงเป็นพิเศษว่า การใช้สิทธิของจำเลยที่เป็นสิทธิตามกฎหมายวิธีพิจารณาความนั้นจะต้องไม่ส่งผลเสียแก่จำเลย แม้แต่เพียงโดยอ้อมก็ตาม ในการที่ศาลจะใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ (BGH 5, 124, 132; BGH NJW 1955, 1158; Dallinger MDR 1973, 370; NStZ 1981, 343) เช่น การที่จำเลยใช้สิทธิที่จะนิ่งจะต้องไม่ส่งผลเสียแก่จำเลยเพราะจำเลยมีสิทธิตามกฎหมายที่จะนิ่งได้ในทุกๆ ขั้นตอนของกระบวนการพิจารณา (มาตรา 136 (1) ประโยคที่สอง, 163 A (4) ประโยคที่สอง, 243 (4) ประโยคที่หนึ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน) (BGH 5, 238, 239) ในทางตรงกันข้าม ในทางปฏิบัติโดยเฉพาะในศาลชั้นต้น โดยหลักการแล้ว การรับสารภาพจะส่งผลดีและการปฏิเสธจะส่งผลเสียแก่จำเลย ซึ่งในกรณีดังกล่าว JESCHECK เห็นว่าเสรีภาพในการต่อสู้คดีของจำเลยจะถูกจำกัดลงอย่างมาก (BGH GA 1981, 572; OGH 2, 220; OLG Hamm SJZ 1950, 844) เฉพาะกรณีที่การรับสารภาพหรือการปฏิเสธของจำเลยที่จะแสดงให้เห็นถึงระดับของความน่าตำหนิหรือระดับของความเป็นอันตรายของจำเลยเท่านั้น (BGH 1, 103, 105; 105, 106; BGH NStZ 1983, 118) ที่จะสามารถนำมาพิจารณาประกอบในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ (BGH 1, 324)⁷¹

3.5 การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เบาลงอีกกรณีหนึ่งก็คือการที่กระบวนการพิจารณาคดีได้ใช้เวลายาวนานเกินไปซึ่งถือว่าเป็นการทำร้ายจิตใจของจำเลยเป็นอย่างมากและเป็นสิ่งที่สามารถตำหนิองค์กรในกระบวนการยุติธรรมได้ ซึ่งเป็นการขัดต่อสิทธิของจำเลยที่จะได้รับการพิจารณาคดีภายในเวลาที่เหมาะสมตามมาตรา 6 (1) ประโยคที่หนึ่งของ MRK (BVerfGE NJW 1984, 967, 968; BGH 24, 231, 242; BGH NStZ 1983, 135; JZ 1986, 103, EG MR EuGRZ 1983, 371, 379)⁷²

⁷⁰Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 797-798.

⁷¹Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 798.

⁷²Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 798.

4. ข้อห้ามของการนำข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษมาใช้ซ้ำสอง (Das Verbot der Doppelverwertung von Strafzumessungstatsachen)

4.1 ข้อห้ามของการนำมาใช้ซ้ำสองมีความหมายว่าองค์ประกอบของความผิดตามกฎหมายรวมทั้งประเด็นต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดไม่อาจถูกนำมาพิจารณาอีกครั้งหนึ่งในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเพื่อกำหนดโทษให้หนักขึ้นหรือเบาลงเพราะถือว่าได้มีการพิจารณาในประเด็นนี้แล้วตอนที่กำหนดอัตราโทษของความผิดอาญาโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (มาตรา 46 (3)) หลักการเดียวกันนี้ใช้รวมถึงเจตนารมณ์ขององค์ประกอบความผิดที่ถูกกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือใช้รวมถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ที่โดยปกติแล้วมีความเกี่ยวพันกับองค์ประกอบความผิดดังกล่าวเช่นในความผิดฐานฆ่าคนตายโดยประมาทข้อเท็จจริงที่ว่า การกระทำโดยประมาทของจำเลยเป็นผลให้เกิดความตายของบุคคลอื่นเกิดขึ้นนั้นไม่อาจจะถูกนำมาพิจารณาอีกครั้งหนึ่งเพื่อให้เป็นผลร้ายแก่จำเลย (RG 57, 379; OLG Koblenz VRS 48, 180) ในกรณีของการกระทำความผิดซ้ำข้อเท็จจริงที่ว่ามีการกระทำความผิดหลายครั้งก็ไม่อาจที่จะถูกนำมาพิจารณาอีกครั้งหนึ่งเพื่อให้เป็นผลร้ายแก่จำเลย (BGH Dallinger MDR 1967, 898) ในกรณีความผิดฐานเบียดเบียนข้อเท็จจริงที่ว่าทำให้การเท็จต่อศาลเป็นสิ่งที่เลวร้ายเป็นพิเศษนั้นไม่อาจนำมาพิจารณาเพื่อลงโทษให้หนักขึ้น (BGH 17, 321, 324) หรือว่าการเบียดเบียนของพยานบุคคลจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากต่อคำตัดสินของศาล (OLG Duesseldorf 1985, 276) ถือว่าเป็นการขัดต่อข้อห้ามของการพิจารณาซ้ำเช่นเดียวกัน ในกรณีที่นำข้อเท็จจริงของความผิดที่จะหาโทษจากการค้าขายยาเสพติดมาพิจารณาเพื่อลงโทษให้หนักขึ้น (BGH NJW 1980, 1344) อันตรายของการจำคุกที่ต้องมีใบสั่งจากแพทย์โดยไม่มีใบสั่งจากแพทย์ (BGH NStZ 1982, 463) การไม่ถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด (BGH NStZ 1983, 217) การใช้อาวุธในความผิดฐานชิงทรัพย์ที่มีเหตุฉกรรจ์ (BGH JZ 1982, 868)⁷³

4.2 ข้อเท็จจริงที่ว่ากระทำความผิดเป็นเพียงอยู่ในขั้นการพยายามกระทำความผิดความสามารถในการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดลดลงหรือผู้กระทำความผิดเป็นแต่เพียงผู้สนับสนุนข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่อาจถูกนำมาพิจารณาเพื่อให้เป็นผลดีแก่ผู้กระทำความผิดหากศาลตัดสินใจที่จะใช้อัตราโทษที่เบาลงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 49 (1) (BGH 16, 351, 354)⁷⁴

⁷³Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 788.

⁷⁴Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 788.

4.3 ข้อเท็จจริงที่ถูกพิจารณาไปในการกำหนดโทษแต่ละประเภ่นั้น (bei der Bemessung der Einzelstrafen) ไม่อาจนำมาพิจารณาอีกครั้งหนึ่งในการกำหนดโทษโดยรวม (bei der Bildung der Gesamtstrafe)⁷⁵ ในกรณีของการเลือกอัตราโทษ (bei der Wahl des Strafrahmens) เป็นอีกกรณีหนึ่งของข้อห้ามในการพิจารณาอีกครั้งหนึ่งที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 50 ตามบทบัญญัติดังกล่าวข้อเท็จจริงใดที่ทำให้การกระทำผิดเป็นความผิดที่มีบทลงโทษเบา (einen minder schwerer Fall) และในขณะเดียวกันข้อเท็จจริงดังกล่าวก็เป็นเหตุในการลดโทษตามกฎหมายเป็นพิเศษตามมาตรา 49 ด้วย (เช่น ความสามารถในการกระทำความผิดที่ลดลงตามมาตรา 21) ข้อเท็จจริงดังกล่าวจะได้รับการพิจารณาแต่เพียงครั้งเดียว ดังนั้นในกรณีที่ตัดสินโดยใช้มาตรา 213 ที่เป็นบทลงโทษเบาของความผิดฐานฆ่าคนตาย (มูลเหตุจูงใจก็เพื่อที่จะช่วยให้เด็กไม่ต้องเผชิญกับชะตากรรมที่เลวร้าย) ก็ไม่อาจนำเหตุผลโทษตามมาตรา 21, 49 (1) (เนื่องจากความสามารถในการกระทำความผิดที่ลดลง) มาพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง (BGH 27, 298, 299; BGH JR 1986, 75)⁷⁶

⁷⁵Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 788.

⁷⁶Vgl. Jescheck, อ้างแล้ว, หน้า 789.

บทที่ 4

การกำหนดโทษจำเลยคดีอาญาในประเทศไทย

I. แนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษตามกฎหมายเก่า⁷⁷

ในส่วน of แนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษตามกฎหมายเก่า อาจแบ่งออกตามยุคสมัย ได้ดังนี้ กล่าวคือ

1. สมัยสุโขทัย

ในสมัยสุโขทัยผู้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีและกำหนดโทษจำเลย คือ พระมหากษัตริย์ โดยในส่วน of หลักเกณฑ์การลงโทษจำเลยในยุคนี้ ไม่ปรากฏหลักฐาน ที่แน่ชัด มีเพียงมังรายศาสตร์เท่านั้น ที่ได้วางแนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษผู้กระทำความผิดไว้ แต่ก็เป็น การวางแนวทางไว้เพียงกว้าง ๆ เท่านั้น โดยให้พิจารณาจากข้อเท็จจริง เช่น ผู้ต้องหา หรือจำเลยนั้นเป็นอันธพาลสันดานผู้ร้ายกระทำการบังอาจหรือว่าเป็นคนดี แต่เกิดโทษจะรื้อขึ้นชั่วครว, ผู้เสียหายเป็นอย่างไร คนป่วยไข้หรือเป็นเด็ก เป็นคนชราพยาธิ เบียดเบียนไรกำลังวังชา ไม่มีทางต่อสู้ป้องกันตน, การกระทำของผู้ร้าย กระทำโดยบังอาจ ปราศจากศีลธรรม และทำด้วยใจอำมหิตขนาดไหน, มันกระทำให้เสื่อมเสียความสงบเรียบร้อย ของบ้านเมือง หรือของมหารณหรือไม่

2. สมัยอยุธยา

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาในยุคนี้ ที่ประกอบไปด้วย ศาล ลูกขุน ผู้ปรับจะมีการแบ่งแยกหน้าที่การทำงานออกเป็นอิสระจากกัน กล่าวคือ ศาลจะทำหน้าที่ ชำระความเพียงอย่างเดียว คือ ทำหน้าที่สืบพยานหลักฐานต่างๆ ส่วนลูกขุนจะทำหน้าที่ ชี้ขาดตัดสินคดี ส่วนผู้ปรับจะเป็นผู้วางบทลงโทษและกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิด

สำหรับหลักเกณฑ์การกำหนดโทษในยุคนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายลักษณะโจร และพระอัยการลักษณะวิวาทคดี โดยกฎหมายเหล่านั้นได้บัญญัติหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจ ในการกำหนดโทษจำเลยไว้ ในลักษณะทำนองเดียวกันกับในยุคสุโขทัย เพียงแต่จะมี รายละเอียดของแนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษที่เพิ่มขึ้น เช่น

⁷⁷รายละเอียดดูใน เกียรติภูมิ แสงศศิธร, “กระบวนการกำหนดโทษจำเลยคดีอาญา : เปรียบเทียบของไทยกับต่างประเทศ”, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (ธรรมศาสตร์ 2533), หน้า 71-74.

พิจารณาจากพฤติการณ์ในการกระทำผิดว่าร้ายแรงหรือไม่ หากร้ายแรงก็จะได้รับโทษหนัก ถ้าไม่ร้ายแรงโทษที่จะได้รับย่อมลดน้อยลงไป, พิจารณาจากคุณลักษณะของผู้กระทำความผิด, พิจารณาจากความร้ายแรงของสิ่งที่ใช้ทำร้าย, พิจารณาจากการกำหนดที่สำคัญของร่างกาย, พิจารณาจากลักษณะบาดเจ็บสาหัส, พิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล เช่น มีการชกตี ยิงฟันแทงกัน มีบาดเจ็บ ผู้ถูกทำร้ายเจ็บปวดตายภายใน 15 วัน ให้ฆ่าผู้ร้ายตายตกตามกันไป ถ้าหากผู้บาดเจ็บตายหลังจากพ้น 15 วันไปแล้ว กฎหมายให้โทษแต่เพียงทำร้ายผู้ตายบาดเจ็บเป็นสินไหมพินัยก็เท่านั้น, พิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษและเหตุบรรเทาโทษ เช่น การยกเว้นโทษ กรณีผู้กระทำความผิดอายุต่ำกว่า 7 ขวบ, คนสูงอายุ 70 ปีขึ้นไป, คนวิกลจริต, การทำร้ายร่างกายไม่ถึงสาหัสระหว่างเครือญาติ ส่วนเหตุบรรเทาโทษก็เช่น ผู้กระทำความผิดนั้นเคยไปการรณรงค์สงครามได้รับกับเข้าศึกได้ชนช้างมีชัยชนะแก่ศัตรู เป็นต้น

3. สมัยรัตนโกสินทร์

ในระหว่างรัชกาลที่ 1-4 นั้น การดำเนินกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีรวมทั้งหลักเกณฑ์การกำหนดโทษจำเลย ยังคงเป็นเช่นเดียวกับสมัยอยุธยา และนับตั้งแต่รัชกาลที่ 5 เป็นต้นมา ได้มีการเปลี่ยนแปลงระบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาเสียใหม่ โดยการยกเลิกศาลลูกขุน และผู้รับ ให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมเช่นที่ปรากฏในปัจจุบัน

II. แนวคิดว่าด้วยการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษในปัจจุบัน

ถ้าพิจารณาจากแนวคิดในเรื่องดังกล่าว จะเห็นได้ว่าไม่ว่าจะเป็นความเห็นของนักวิชาการหรือความเห็นทางศาล โดยหลักการแล้วจะเป็นไปในทำนองเดียวกันซึ่งอาจพอสรุปได้เป็นข้อๆ ดังนี้ กล่าวคือ

1. การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษต้องคำนึงถึงทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ⁷⁸
2. การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษต้องเป็นกลางปราศจากอคติใดๆ⁷⁹

⁷⁸วิชา มหาคุณ, ผู้พิพากษากับการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ, หน้า 55-59; สรรเสริญ ไกรจิตติ, ดุลพินิจในการกำหนดโทษ, หน้า 27-28; สุวัชร รัตนอุดม, ดุลพินิจในการกำหนดโทษ, วารสารกฎหมายจุฬาฯ ปีที่ 9 เล่ม 1 2527, หน้า 1; แสง บุญเฉลิมวิภาส, แนวความคิดเกี่ยวกับดุลพินิจในการลงโทษ หนังสือรวมบทความ 84 ปี อาจารย์สัญญาธรรมศักดิ์, หน้า 196-202; ไชยศ วรรณศิริ, ดุลพินิจในการลงโทษผู้กระทำความผิด, ดุลพาห เล่ม 5 ปีที่ 41 2537 หน้า 127; ประสพสุข บุญเดช, ดุลพินิจในการกำหนดโทษ, ดุลพาห เล่ม 2 ปีที่ 44 2540, หน้า 163; นพพร โพธิ์รังสิยากร, หน้า 123-147; ฌูเลีย จรรยาชัยเลิศ, ปัจจัยที่มีผลต่อการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลยุติธรรม, วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยมหิดล 2546, หน้า 89.

⁷⁹วิชา มหาคุณ, อ้างแล้ว, หน้า 81.

3. การกำหนดโทษต้องเป็นไปตามอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย⁸⁰
4. การกำหนดโทษต้องอยู่ภายใต้มาตรฐานเดียวกัน⁸¹
5. การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดี เช่น สภาพและพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิด ลักษณะของผู้กระทำความผิด ลักษณะของผู้ถูกทำร้าย ประโยชน์ของรัฐ ผลของการกระทำความผิด ขนบธรรมเนียมประเพณีท้องถิ่น สาเหตุแห่งการกระทำความผิด เป็นต้น⁸²

III. วิจัยแนวคิดว่าการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษในปัจจุบัน

คำถามคำถามหนึ่งที่น่าสนใจจะหาคำตอบก็คือ การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษอย่างไร จึงจะถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นธรรม กล่าวคือ เป็นการกำหนดโทษที่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด และเหมาะสมกับจำเลยแต่ละคน⁸³ ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษศาลฎีกาเองก็ยึดแนวทางดังกล่าวเป็นหลักเช่นกัน

แนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษในปัจจุบันที่กล่าวไว้ในหัวข้อก่อนจึงเป็นแนวทางของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่มีไว้เพื่อบรรลุถึงวัตถุประสงค์ของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นธรรม

อย่างไรก็ตามปัญหาว่า แนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษในปัจจุบันที่กล่าวไว้ดังกล่าวนี้ สามารถที่จะบรรลุถึงวัตถุประสงค์ของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นธรรมหรือไม่นั้น เป็นสิ่งที่จะถูกนำมาวิเคราะห์ในหัวข้อนี้

1. การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นกลางปราศจากอคติ

การใช้ดุลพินิจที่เป็นกลางและปราศจากอคตินั้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะในชั้นกำหนดโทษแต่รวมถึงในชั้นพิจารณาพิพากษาคดีด้วย อย่างไรก็ตาม การใช้ดุลพินิจที่เป็นกลางและปราศจากอคตินั้น ไม่น่าจะใช่ประเด็นหลักในเรื่องของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นธรรม

⁸⁰ วิชา มหาคุณ, อ้างแล้ว, หน้า 62; ญญา จรรยาชัยเลิศ, อ้างแล้ว, หน้า 88-89.

⁸¹ วิชา มหาคุณ, อ้างแล้ว, หน้า 63; สุรัช รัตนอุดม, อ้างแล้ว, หน้า 3; ญญา จรรยาชัยเลิศ, อ้างแล้ว, หน้า 90.

⁸² สรรเสริญ ไกรจิตติ, อ้างแล้ว, หน้า 28-33; วิชา มหาคุณ, อ้างแล้ว, หน้า 62-63; ประมาณ ชันซื่อ, หลักการใช้ดุลพินิจในการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ, ดุลพาห เล่ม 5 ปีที่ 37 2533, หน้า 5; สุรัช รัตนอุดม, อ้างแล้ว, หน้า 4-5; จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1, หัวข้อ 437, ฎีกา 1304/2500; นพพร โพธิ์รังสิยากร, อ้างแล้ว, หน้า 150-172; ญญา จรรยาชัยเลิศ, อ้างแล้ว, หน้า 90-92.

⁸³ ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้ว, หน้า 162.

เพราะแม้จะมีการใช้ดุลพินิจที่เป็นกลางและปราศจากอคติก็อาจเป็นการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่ไม่เป็นธรรมได้ นอกจากนี้ประเด็นหลักในเรื่องของความเป็นกลางและปราศจากอคตินั้น น่าจะเป็นประเด็นหลักในเรื่องของการคัดค้านผู้พิพากษามากกว่า

2. การกำหนดโทษต้องเป็นไปตามอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

การกำหนดโทษต้องเป็นไปตามอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั้น ไม่น่าจะใช้ประเด็นหลักในเรื่องของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นธรรมอีกเช่นกัน เพราะการที่ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ แม้ว่าศาลจะกำหนดโทษให้เป็นไปตามอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายก็ไม่ได้หมายความว่า จะเป็นการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นธรรม เพราะความผิดแต่ละฐานนั้นฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดอัตราของโทษไว้ค่อนข้างกว้าง เพื่อปล่อยให้ศาลที่จะกำหนดโทษในแต่ละคดีให้เกิดความเป็นธรรม (มีบางกรณีเท่านั้นที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดอัตราโทษไว้ตายตัว เช่น มาตรา 289 เป็นต้น)

เพราะโจทย์ของเราก็คือการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลนั้น ศาลต้องกำหนดโทษอย่างไรจึงจะก่อให้เกิดความเป็นธรรมทั้งกับจำเลย ผู้เสียหายและสังคม กล่าวคือ เป็นการกำหนดโทษที่ได้สัดส่วนกับการกระทำผิดและเหมาะสมกับจำเลยแต่ละคน

3. ทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ

3.1 ประเภทของทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ

ความเห็นทางตำราฝ่ายแรก⁸⁴ เห็นว่าทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษประกอบไปด้วย

- 1) การลงโทษเพื่อตอบแทนความผิดที่ได้กระทำขึ้น
- 2) การลงโทษเพื่อยับยั้งมิให้เกิดการกระทำความผิดอย่างเดียวกันขึ้นอีก
- 3) การลงโทษเพื่อการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับตนเป็นคนดี
- 4) การลงโทษเพื่อป้องกันสังคมจากผู้กระทำความผิดโดยการทำให้สิ้นความสามารถ

ความเห็นทางตำราฝ่ายหลัง⁸⁵ เห็นว่าทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษประกอบไปด้วย

- 1) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อทดแทนความผิด
- 2) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกัน ซึ่งแบ่งออกเป็น การลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันพิเศษและการลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันทั่วไป

⁸⁴ ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้ว, หน้า 162-163; ญฐยา จรรยาชัยเลิศ, อ้างแล้ว, หน้า 40-45; สุวัช รัตนอุดม, อ้างแล้ว, หน้า 1.

⁸⁵ แสงวณ บุญเฉลิมวิภาส, อ้างแล้ว, หน้า 196-199.

จากทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษของความเห็นทางตำราฝ่ายแรกเราจะเห็นได้ว่า ในส่วนของวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่ว่า การลงโทษเพื่อเป็นการตอบแทนความผิดที่ได้กระทำขึ้นโดยเนื้อหาของวัตถุประสงค์ของการลงโทษดังกล่าวก็คือ ทฤษฎีการลงโทษเพื่อทดแทนความผิดตามความเห็นทางตำราฝ่ายหลัง ซึ่งก็คือทฤษฎีแก้แค้นทดแทนตามกฎหมายเยอรมันนั่นเอง ส่วนวัตถุประสงค์ของการลงโทษในกรณีที่เหลือของความเห็นทางตำราฝ่ายแรก ไม่ว่าจะเป็นกรณีของการลงโทษเพื่อยับยั้งมิให้เกิดการกระทำความผิดอย่างเดียวกันขึ้นอีก การลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับตนเป็นคนดีหรือการลงโทษเพื่อป้องกันสังคมจากผู้กระทำความผิดโดยการทำให้สิ้นความสามารถโดยเนื้อหาของวัตถุประสงค์ของการลงโทษดังกล่าว ก็คือทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษเพื่อป้องกัน ตามความเห็นทางตำราฝ่ายหลังหรือทฤษฎีการป้องกันพิเศษและการป้องกันทั่วไปตามกฎหมายเยอรมันนั่นเอง

ความเห็นทางตำราฝ่ายที่สาม⁸⁶ เห็นว่าทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษประกอบไปด้วย

1) ทฤษฎีลงโทษเพื่อเป็นการทดแทน

2) ทฤษฎีข่มขู่ นอกจากนี้ความเห็นทางตำราฝ่ายนี้ยังเห็นอีกว่าวัตถุประสงค์ของการลงโทษมีอยู่ด้วยกัน 4 ประการคือ

2.1) เพื่อเป็นการปราบปรามโจรผู้ร้ายโดยทำโทษผู้กระทำความผิดกฎหมายอาญาให้เป็นอย่างเป็นเครื่องมือเตือนใจให้ผู้ร้ายรู้สำนึก

2.2) เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ความผิดเกิดขึ้นอีกโดยกระทำให้ผู้ร้ายไม่สามารถจะกระทำร้ายได้อีกต่อไป เช่น คำพิพากษาให้ลงโทษประหารชีวิตก็ย่อมทำให้ผู้รับโทษไม่สามารถกระทำความผิดอีกได้

2.3) เพื่อเป็นการดัดสันดานผู้ร้ายให้กลับกลายเป็นคนดี

2.4) เพื่อชดใช้ค่าเสียหายไม่ใช่แก่ของผู้ถูกอันตรายเท่านั้น แต่ทำให้เหมาะสมกับความประสงค์และเป็นที่พอใจของสาธารณชนคนทั้งเมือง เมื่อเกิดการปล้นที่ตำบลใด คนทั้งหลายรู้สึกหวาดหวั่นและเดือดร้อน กฎหมายย่อมทำโทษผู้ร้ายที่ไร้กิริยาบังอาจเช่นนี้ โดยวิธีวางโทษหนักกว่าผู้ร้ายสามัญเพื่อชดใช้ความเสียหายบรรเทาความแค้นเคือง

ในส่วนของความเห็นทางตำราฝ่ายที่ 3 เราจะพบว่าแม้ว่าจะมีการพูดถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่แตกต่างออกไป แต่โดยเนื้อหาแล้วก็ยังคงเป็นไปตามทฤษฎี

⁸⁶วิชา มหาคุณ, อ้างแล้ว, หน้า 55-58; ในส่วนของวัตถุประสงค์ของการลงโทษทั้ง 4 ประการที่เห็นไปในทำนองเดียวกันด้วยดู สรรเสริญ ไกรจิตติ, อ้างแล้ว, หน้า 28.

หลักว่าด้วยการลงโทษทั้ง 3 ทฤษฎีนั่นเอง กล่าวคือในส่วนของทฤษฎีลงโทษเพื่อเป็นการทดแทน โดยเนื้อหาแล้วคือทฤษฎีแก้แค้นทดแทนตามกฎหมายเยอรมัน ส่วนวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อชดเชยค่าเสียหายโดยเนื้อหาแม้จะไม่โดยตรงแต่ก็พอเทียบได้กับทฤษฎีแก้แค้นทดแทนตามกฎหมายเยอรมันนั่นเอง ในส่วนของทฤษฎีข่มขู่โดยเนื้อหาคือทฤษฎีการป้องกันทั่วไปและการป้องกันพิเศษตามกฎหมายเยอรมัน ในส่วนของวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เหลือ (ข้อ 2.1-2.3) โดยเนื้อหาคือทฤษฎีการป้องกันพิเศษตามกฎหมายเยอรมัน

ความเห็นทางตำราฝ่ายที่ 4⁸⁷ เห็นว่าทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษประกอบไปด้วย

- 1) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้น
- 2) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องปราม
- 3) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อตัดโอกาสมิให้กระทำผิดอีก
- 4) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อฟื้นฟูผู้กระทำผิด
- 5) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อชดเชยความเสียหาย
- 6) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อให้สาสมกับความผิดที่ได้กระทำ

เช่นเดียวกับความเห็นทางตำราฝ่ายอื่นๆ ทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษตามข้อ 1), 6) ก็คือทฤษฎีแก้แค้นทดแทน ส่วนทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษตามข้อ 2) ก็คือทฤษฎีป้องกันทั่วไปและป้องกันพิเศษ ส่วนทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษตามข้อ 3), 4) ก็คือทฤษฎีป้องกันพิเศษ

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ถ้าพิจารณาถึงเนื้อหาของวัตถุประสงค์ของการลงโทษแล้ว เราจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของการลงโทษเป็นไปตามทฤษฎีหลักว่าด้วยการลงโทษทั้งสามทฤษฎี กล่าวคือทฤษฎีแก้แค้นทดแทน ทฤษฎีการป้องกันพิเศษและทฤษฎีการป้องกันทั่วไปนั่นเอง

3.2 การปรับใช้ทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ

จากที่กล่าวไว้ข้างต้น (ข้อ 3.1) เราจะเห็นว่าในทางตำราของไทยนั้น แม้จะมีการพูดถึงทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษรวมทั้งวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่หลากหลายแตกต่างกันออกไปก็ตาม แต่โดยเนื้อแท้แล้วล้วนเป็นไปตามทฤษฎีหลักว่าด้วยการลงโทษ

⁸⁷ไชยยศ วรรณศิริ, อ้างแล้ว, หน้า 121-128.

ทั้ง 3 ทฤษฎีนั้นเอง ในส่วนเนื้อหาของทฤษฎีการลงโทษจึงกล่าวได้ว่าไม่มีข้อแตกต่างกันแต่อย่างใด

ส่วนที่แตกต่างกันเห็นจะเป็นการนำทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษดังกล่าวข้างต้น มาปรับใช้กับการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ซึ่งมีความหลากหลายแตกต่างกันออกไปตั้งแต่ความเห็นที่ปล่อยปัญหาดังกล่าวทิ้งไว้โดยไม่ได้ให้ความเห็นต่อปัญหาดังกล่าว ว่าควรจะใช้ทฤษฎีการลงโทษใด⁸⁸ ความเห็นที่กล่าวรวมๆ ว่าใช้ทุกๆ ทฤษฎีรวมกันโดยไม่ได้ระบุว่าจะใช้ทฤษฎีใดเป็นหลักเป็นพิเศษ⁸⁹ ไปจนถึงความเห็นที่แม้จะใช้ทุกๆ ทฤษฎีรวมกัน แต่ก็แสดงจุดยืนค่อนข้างชัดเจนว่าจะนำทฤษฎีการลงโทษใดมาเป็นหลักในการปรับใช้กับการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษซึ่งก็มีทั้งความเห็นที่เน้นทฤษฎีป้องกัน⁹⁰ และความเห็นที่เน้นทฤษฎีแก้แค้นทดแทน⁹¹

ปัญหาว่าความเห็นที่เน้นทฤษฎีป้องกันกับความเห็นที่เน้นทฤษฎีแก้แค้นทดแทน ความเห็นใดควรจะเป็นความเห็นที่นำมาปรับใช้กับการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษนั้น ผู้วิจัยเห็นด้วยกับความเห็นที่เน้นทฤษฎีป้องกันเพราะหากนำความเห็นที่เน้นทฤษฎีแก้แค้นทดแทนมาปรับใช้จะทำให้ในบางกรณีไม่สามารถลงโทษผู้กระทำผิดได้ต่ำกว่าระดับของความน่าตำหนิได้ แม้ว่าจะไม่เป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันก็ตาม

4. การกำหนดโทษต้องอยู่ภายใต้มาตรฐานเดียวกัน

เพื่อให้การกำหนดโทษต้องอยู่ภายใต้มาตรฐานเดียวกัน ในทางปฏิบัติจึงได้มีการจัดทำบัญชีอัตราโทษของศาลไว้เพื่อเป็นแนวทางให้ผู้พิพากษาใช้ในการทำงาน ปัญหาว่าบัญชีอัตราโทษดังกล่าว โดยหลักการแล้วเป็นสิ่งที่เหมาะสมหรือไม่ ในประเด็นดังกล่าวอาจแบ่งความเห็นกว้างๆ ออกเป็น 2 แนวทางด้วยกัน กล่าวคือ ฝ่ายที่เห็นด้วยกับการมีบัญชีอัตราโทษ⁹² โดยฝ่ายนี้เห็นว่าบัญชีอัตราโทษจะทำให้คำพิพากษาของศาลเป็นไปในแนวทางเดียวกัน แม้จะเห็นว่าบัญชีอัตราโทษจะมีข้อเสียในแง่ของการทำให้ผู้พิพากษาไม่สามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างเต็มที่ก็ตาม โดยเสนอทางออกไว้ว่าบัญชีอัตราโทษไม่ควรกำหนดโทษไว้ตายตัว

⁸⁸ไชยยศ วรรณทศิริ, อ้างแล้ว, หน้า 126-128.

⁸⁹ณัฐยา จรรยาชัยเลิศ, อ้างแล้ว, หน้า 45-46; วิชา มหาคุณ, อ้างแล้ว, หน้า 62.

⁹⁰ประสพสุข บุญเดช, อ้างแล้ว, หน้า 183.

⁹¹แสวง บุญเฉลิมวิภาส, อ้างแล้ว, หน้า 200.

⁹²วิชา มหาคุณ, อ้างแล้ว, หน้า 64; สรรเสริญ ไกรจิตติ, อ้างแล้ว, หน้า 34; ศรัณย์ พรหมสุรินทร์, ปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจลงโทษในคดีอาญา, ดุลพาห เล่ม 2 ปี 2546 กรกฎาคม-ธันวาคม 2542, หน้า 196-197; สุรัช รัตนอุดม, อ้างแล้ว, หน้า 3.

แต่ควรยึดหยุ่นได้ตามความเหมาะสม ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งที่ดูเหมือนจะเป็นความเห็นฝ่ายข้างน้อย ในขณะนี้คือฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการมีบัญญัติตราโทษ⁹³

ในประเด็นดังกล่าวผู้วิจัยเห็นว่า ถ้าจะถือว่าบัญญัติตราโทษเป็นเครื่องมือที่จะนำไปสู่เป้าหมายของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นธรรม กล่าวคือ เป็นการกำหนดโทษที่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำผิดและเหมาะสมกับจำเลยแต่ละคนแล้วก็ดูเหมือนว่า บัญญัติตราโทษจะไม่สามารถบรรลุถึงเป้าหมายที่วางไว้ได้ เพราะบัญญัติตราโทษให้ความสำคัญเฉพาะแต่การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษในส่วนของความร้ายแรงของการกระทำผิด และความผิด แต่ถ้าจะว่าไปแล้ว บัญญัติตราโทษก็ไม่ได้แก้ปัญหของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ในส่วนของสภาพความร้ายแรงของการกระทำผิดได้เสียทีเดียวโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การมีข้อเสนอที่จะให้มีบัญญัติตราโทษกลางขึ้นมาใช้ทั่วประเทศ⁹⁴ เพราะปัญหาว่าความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งจะมีผลกระทบต่อความสงบสุขของชุมชนใดชุมชนหนึ่งนั้น ก็ไม่ได้หมายความว่า จะจะมีผลกระทบเท่าๆ กันในทุกชุมชน สภาพความร้ายแรงของการกระทำผิดในความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งจึงสามารถที่จะมีความแตกต่างกันออกไปจากกันได้ในแต่ละชุมชน นอกจากนี้ น่าจะเป็นที่ยอมรับกันได้ว่า บัญญัติตราโทษเป็นสิ่งที่สวนทางกับการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ในส่วนของของการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำผิดเป็นรายๆ ไป เพราะบุคคลย่อมมีความแตกต่างกันออกไปไม่ว่าจะเป็นในแง่ของพื้นฐานความเป็นมาของชีวิต สาเหตุของการกระทำผิด เป็นต้น

5. การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดี

ในประเด็นนี้ความเห็นในทางดำราของไทยดูเหมือนว่าจะเป็นไปในแนวทางเดียวกัน จะต่างกันบ้างก็ในส่วนของการละเอียดของข้อเท็จจริงว่าข้อเท็จจริงใดบ้างที่ศาลจะต้องคำนึงถึงเมื่อใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่แม้จะมีข้อดีในแง่ที่ทำให้ผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง แต่เพื่อให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของผู้พิพากษาเป็นไปโดยสมบูรณ์ขึ้นจึงได้มีการเสนอให้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจกำหนด

⁹³ แสง บุญเฉลิมวิภาส, อ้างแล้ว, หน้า 202; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1304/2500 “การที่จะยึดถือเอาอัตรากำหนดที่คิดกันขึ้นแล้วอ้างว่าเป็นมาตรฐานโดยไม่คำนึงถึงพฤติการณ์ประกอบกรกระทำผิดตามหลักวิชาธรรมศาสตร์นั้น อาจก่อให้เกิดการยุติธรรมได้ง่าย และเมื่อปรากฏว่าศาลที่สูงกว่าไม่เห็นด้วยในดุลพินิจในการพิพากษาคดีเช่นเดียวกันนั้นแล้ว ศาลชั้นต้นก็ชอบที่จะรับเป็นข้อควรคำนึงในการที่จะอำนวยความยุติธรรมต่อไป”.

⁹⁴ ศรีณย์ พรหมสุรินทร์, อ้างแล้ว, หน้า 106.

โทษไว้ในกฎหมาย⁹⁵ ซึ่งเป็นความเห็นที่ผู้วิจัยเห็นพ้องด้วย เพราะจะทำให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลเป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยเสนอให้บัญญัติหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษไว้ในกฎหมายอย่างในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมาตรา 46 ซึ่งไม่เพียงแต่จะทำให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษมีมาตรฐานเดียวกันแล้วยังจะทำให้การคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการลงโทษจากการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษมีความชัดเจนขึ้น รวมทั้งหลักการที่ว่าโทษต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดมีความชัดเจนขึ้นด้วย เพราะจะทำให้หลักการดังกล่าวที่แต่เดิมเป็นแต่ความเห็นในทางตำรากลายเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้และผูกมัดศาลให้ต้องคำนึงถึงหลักการดังกล่าวในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ

ห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ไทย
www.library.coj.go.th

⁹⁵วิชา มหาคุณ, อ้างแล้ว, หน้า 68-69.

บทที่ 5

ข้อสรุปและข้อเสนอแนะ

ปัญหาว่าทำอะไรจึงจะสามารถทำให้ผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นธรรม กล่าวคือ การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดและเหมาะสมกับจำเลยแต่ละคน ถ้าพิจารณาตามหลักกฎหมายเยอรมันแล้ว จะเห็นได้ว่าการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ศาลเยอรมันจะคำนึงถึงทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ ทั้งสามทฤษฎีประกอบกัน กล่าวคือ ทฤษฎีผสมผสานที่เน้นการแก้แค้นทดแทน (ส่วนความเห็นทางตำราจะเน้นที่ทฤษฎีผสมผสานที่เน้นการป้องกัน) โดยมีบทบัญญัติของกฎหมาย กล่าวคือ มาตรา 46 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน เป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายที่จะให้ศาลใช้เป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ

ในขณะที่ตามกฎหมายไทยนั้น จะเห็นได้ว่าเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นธรรม ไม่อาจใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นกลางปราศจากอคติใดๆ หรือเป็นการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นไปตามอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย รวมทั้งการกำหนดโทษที่ต้องอยู่ภายใต้มาตรฐานเดียวกัน ที่เรียกว่า การกำหนดโทษตามบัญชีอัตราโทษได้ แต่การบรรลุถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เป็นธรรมทำได้แต่โดยการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่คำนึงถึงทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ (เช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมัน) และการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่คำนึงถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดี แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากตามกฎหมายไทย ไม่ได้มีการบัญญัติหลักการว่าด้วยการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษไว้อย่าง มาตรา 46 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อเท็จจริงใดที่ควรนำมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ดังนั้นจึงควรที่จะมีการบัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย

บรรณานุกรม

- เกียรติภูมิ แสงศิธร, “กระบวนการกำหนดโทษจำเลยคดีอาญา : เปรียบเทียบของไทยกับต่างประเทศ.” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533).
- จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10, กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546.
- ไชยยศ วรรณศิริ, “ดุลพินิจในการลงโทษผู้กระทำความผิด.” ดุลพินิจ เล่ม 5 ปีที่ 41 (กันยายน-ตุลาคม 2537) : 119-128.
- ณัฐยา จรรยาชัยเลิศ, “ปัจจัยที่มีผลต่อการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลยุติธรรม.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชาอาชญวิทยาและงานยุติธรรม บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยมหิดล, 2546).
- นพพร โพธิ์รังสิยากร, “การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ.” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524.
- ประมาณ ชันเชื้อ, “หลักการใช้ดุลพินิจในการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ.” ดุลพินิจ เล่ม 5 ปีที่ 37 (กันยายน - ตุลาคม 2533) : 4-12.
- ประสพสุข บุญเดช, “ดุลพินิจในการกำหนดโทษ.” ดุลพินิจ เล่ม 2 ปีที่ 44 (เมษายน-มิถุนายน 2540) : 161-186.
- วิชา มหาคุณ, “ผู้พิพากษากับการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ.” ดุลพินิจ เล่ม 2 ปีที่ 24 (มีนาคม-เมษายน 2527) : 54-69.
- ศรัณย์ พรหมสุรินทร์, “ปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจลงโทษในคดีอาญา.” ดุลพินิจ เล่ม 2 ปีที่ 46 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2542) : 195-197.
- สรรเสริญ ไกรจิตติ, “ดุลพินิจในการกำหนดโทษ.” ดุลพินิจ เล่ม 1 ปีที่ 27 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2527) : 25-38.
- สุวัช รัตนอุดม, “ดุลพินิจในการกำหนดโทษ.” วารสารกฎหมายจุฬา เล่ม 1 ปีที่ 9 (มิถุนายน 2527) : 1-6.

- แสง บุญเฉลิมวิภาส, “แนวความคิดเกี่ยวกับดุลพินิจในการลงโทษ.” รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์, หน้า 196-202, รวบรวมโดยมูลนิธินิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ: บริษัท พิมพ์ดี จำกัด, 2534.
- Vgl. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 1988.
- Vgl. Roxin, Strafrecht: Allgemeiner Teil, Band 1, 3. Auflage, 1997.

ห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ศาลยุติธรรม
[www.library.coj.go.th]

ห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์
[www.library.coj.go.th]