

แนวความคิดพื้นฐาน ทฤษฎี และการบังคับใช้โทษอาญากับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ

2. แนวความคิดเรื่องโทษ ความหมาย และวัตถุประสงค์ในการลงโทษ

เนื่องจากมนุษย์เป็นสัตว์สังคมที่ต้องพึ่งพาอาศัยกันและอยู่อาศัยร่วมกันเป็นกลุ่มเหล่า ดังนั้น จึงต้องมีกฎเกณฑ์ที่นำมาใช้ภายในสังคมนั้นๆ โดยผู้ปกครองจะเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์เพื่อให้สมาชิกของสังคมปฏิบัติตาม หากมีสมาชิกผู้ใดกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ดังกล่าว บุคคลนั้นย่อมถูกลงโทษด้วยวิธีการที่ต่างกันออกไปตามวัฒนธรรมและจารีตประเพณีที่สังคมนั้นยึดถือ ในอดีต พบว่าวิธีการที่นำไปใช้ในการลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนสังคมนั้น มุ่งเน้นวิธีการลงโทษโดยอาศัยหลักการแก้แค้นทดแทนเป็นหลัก และได้พัฒนากลายเป็นหลักตาต่อตาฟันต่อฟัน (Lex talionis) ต่อมา เมื่อสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ก็ได้มีการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงวิธีการลงโทษเพื่อให้เหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปด้วย เช่น จากเดิมที่บังคับโทษเอากับเนื้อตัวหรือร่างกายของผู้กระทำความผิด ก็เปลี่ยนมาเป็นการบังคับเอากับทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดแทน เป็นต้น

2.1 โทษทางอาญา

2.1.1 ความหมายของโทษ

นักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้ความหมายของโทษไว้ ดังนี้

Grotius ได้ให้ความหมายของโทษว่า หมายถึง ผลร้ายที่ผู้กระทำได้รับเนื่องจากผลร้ายที่เขาได้ก่อขึ้น

Grame Newman ได้ให้ความเห็นว่า โทษ นั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ความหมาย คือ

2.1.1.1 โทษในทางทั่วไป

โทษ (penalty) หมายถึง การลงโทษที่กำหนดขึ้นสำหรับผู้กระทำความผิด เช่น อาจจะเป็นการจำคุก หรือจำนวนเงินที่เสียเบี้ยปรับ¹

“โทษ” ตามความหมายของพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2545 หมายถึง ความประทุษร้าย ความผิด กล่าวหา โยนความผิดให้

¹ Black's Law Dictionary, 7 th Edition ,the Publisher's Editorial Staff, (St.Paul, Minn West Publishing Co. 1999), p. 1153-1154.

ดังนั้น เมื่อกล่าวถึงการลงโทษ อาจจะหมายความถึง การกระทำต่อผู้กระทำ ความผิดให้เกิดความเจ็บปวด(pain)² ซึ่งการลงโทษให้เกิดความเจ็บปวดนี้ ได้แก่ลักษณะที่เป็น การกระทำที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ถูกลงโทษ เกิดความทุกข์ทรมานในทางเนื้อตัว ร่างกาย จิตใจ และมี ผลกระทบต่อทรัพย์สินของผู้กระทำ ความผิด ซึ่งการลงโทษตามแนวความคิดนี้ ต้องมีองค์ประกอบ 2 ประการ คือ

ก. ตั้งใจให้ผู้ที่ได้รับผลโทษได้รับผลร้าย เช่น ถูกประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ทรัพย์สิน เป็นต้น

ข. ต้องเป็นการกระทำต่อสมาชิกในชุมชนเดียวกัน โดยอำนาจอธิปไตยที่จะทำต่อ ชุมชนนั้น เว้นแต่ในบางกรณีซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญา ข้อตกลงระหว่างประเทศ³

ดังนั้น กล่าวโดยสรุปได้ว่า โทษโดยความหมายทั่วไปจึงเป็นการให้ผลร้าย ได้แก่ การทรมานทางร่างกายหรือทางจิตใจ ซึ่งจะใช้กับผู้กระทำ ความผิดที่กระทำความผิดหรือการใด ๆ อัน เป็นการขัดแย้งต่อชุมชน ซึ่งขนาดของความรุนแรงของการลงโทษจะเพิ่มขึ้นตามส่วนที่ผู้กระทำ ความผิดได้กระทำต่อชุมชน⁴

2.1.1.2 โทษในทางกฎหมาย

นอกจากโทษจะมีความหมายโดยทั่วไปแล้ว โทษยังมีความหมายทางกฎหมาย อีกด้วย โดยมีผู้ให้ความหมายของโทษทางกฎหมายไว้หลายท่านได้แก่

ก. ALF Ross ซึ่งได้อธิบายความหมายของโทษ โดยเน้นที่ลักษณะของการ สนองตอบของสังคม กล่าวคือ โทษถือเป็นการตอบสนองทางสังคมและเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำผิด กฎหมายโดยผู้มีอำนาจกำหนด โทษจึงมีลักษณะที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำผิดซึ่งแสดงถึงการตำหนิ ผู้กระทำผิดว่าได้กระทำในสิ่งที่ไม่สมควร⁵

ข. Edwin Sutherland และ Donald Cressey ได้สรุปความหมายของโทษทาง กฎหมาย ไว้ 4 ลักษณะ ได้แก่

² Walter C.Recess, Criminal Behavior, p.257-258.

³ ไชยเจริญ สันติศิริ, คำอธิบายกฎหมายอาญาวิชาและทัศนวิทยา ภาค 2 ชั้นปริญญาตรี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 5.

⁴ เอ็ดเวิร์ด เอช, คำสอนกฎหมายอาญาชั้นปริญญาตรี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2477) , หน้า 9.

⁵ เณรงค์ ใจหาญ, กฎหมายอาญาดำเนินด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย, พิมพ์ครั้งแรก, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2543), หน้า 15.

1. การลงโทษที่กระทำต่อทรัพย์สินและการชดใช้ค่าเสียหายจากการก่ออาชญากรรม
2. การลงโทษที่กระทำต่อร่างกายของผู้กระทำผิด เช่น การเขียนตี และการตัดอวัยวะ เป็นต้น
3. การลงโทษโดยตัดออกจากหมู่คณะ เช่น การเนรเทศ การจำคุก และประหารชีวิต
4. การลงโทษแบบประจานหรือลดฐานะทางสังคม อันเป็นผลให้ผู้กระทำผิดเกิดความละอาย ถูกดูหมิ่นเหยียดหยาม หรือถูกจำกัดสิทธิบางประการ

ค. ศาสตราจารย์ ฮาร์ท (H.L.A. Hart) เห็นว่า โทษทางอาญาต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 5 ประการ คือ⁶

1. โทษจะต้องก่อให้เกิดความทุกข์ (pain) หรือผลร้ายอย่างอื่น
2. โทษจะต้องใช้ต่อตัวผู้กระทำผิดกฎหมาย
3. โทษจะต้องมีขึ้นเมื่อมีการกระทำผิดกฎหมาย
4. โทษจะต้องเป็นวิธีการซึ่งบุคคลอื่นนำมาใช้กับผู้กระทำผิดนั้น
5. โทษจะต้องเกิดจากผู้มีอำนาจที่จะทำให้เกิดผลร้ายขึ้นมาได้

ง. ผู้ช่วยศาสตราจารย์สทธร รัตนไพจิตร ได้ให้ความหมายและวิเคราะห์ลักษณะของโทษโดยพิจารณาโทษทางอาญา ไว้ดังนี้ คือ⁷

1. พิจารณาจากลักษณะ เนื่องจากโทษจะต้องบหนักับ อันเป็นบทบังคับซึ่งเป็นผลร้ายและกระทำต่อสิทธิ เสรีภาพ ร่างกาย หรือทรัพย์สินของผู้กระทำผิด
2. พิจารณาจากการใช้โทษ อันแยกเป็น 2 กรณี กล่าวคือ
 - ก. ผู้มีอำนาจลงโทษ หมายถึง องค์กร หรือบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น โทษที่พ่อแม่กระทำต่อลูก ไม่ถือเป็นโทษทางอาญาเพราะพ่อแม่ย่อมมีอำนาจลงโทษลูกได้ตามกฎหมายหากลูกผู้กระทำผิด
 - ข. ผู้ถูกลงโทษ จะต้องเป็นผู้ที่กระทำความผิด ผ่าฝืนกฎหมายหรือสิ่งที่ยกกฎหมายอาญาถือว่าเป็นความผิด ผู้นั้นก็จะได้รับโทษ
3. พิจารณาจากธรรมชาติ (Nature) ลักษณะธรรมชาติ หมายถึง การที่ผู้กระทำความผิดละเมิดบรรทัดฐานของสังคม คือการกระทำผิดหรือฝ่าฝืนกฎหมายอาญา จึงต้องได้รับ

⁶ สทธร รัตนไพจิตร, "ความประสงค์ของการลงโทษอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา", วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 5-6.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 8-9.

โทษทางอาญาซึ่งเป็นการตำหนิผู้กระทำผิดในตัว กรณีนี้จะแตกต่างจากวิธีการเพื่อความปลอดภัย^๘ กล่าวคือ วิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นวิธีการที่กระทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อป้องกันสังคมให้ปลอดภัย จึงไม่มีลักษณะของของการตำหนิการกระทำของบุคคลนั้น เช่น การกักกัน การห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง เป็นต้น

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า โทษในทางกฎหมาย คือ ผลร้ายที่ผู้กระทำความผิดได้รับเนื่องจากการกระทำที่กฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิด และผลร้ายที่ผู้กระทำความผิดได้รับนั้นเป็นการได้รับจากรัฐเท่านั้นที่จะเป็นผู้ดำเนินการให้ผลร้ายหรือโทษแก่ผู้กระทำความผิดโดยจะรับโทษตกทอดแทนกันไม่ได้^๙

2.2 วัตถุประสงค์ในการลงโทษ

Edwin Sutherland และ Donald Cressey กล่าวไว้ในหนังสืออาชญาวิทยา ทฤษฎีการลงโทษว่าการลงโทษนั้น สามารถอธิบายได้ทั้งแง่ของวัฒนธรรม แง่ของสังคมวิทยา และจิตวิเคราะห์ ดังนี้^{๑๐}

1. แง่วัฒนธรรม ได้แก่ ทฤษฎีความสอดคล้องทางด้านวัฒนธรรม วิธีการ และความรุนแรงในการกำหนดโทษขึ้นอยู่กับการพัฒนาของวัฒนธรรมในช่วงเวลานั้น ฉะนั้น เมื่อสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไปเป็นการให้ความสำคัญกับศักดิ์ศรีและความเสมอภาคส่วนบุคคล จึงมีการพัฒนารูปแบบของการพิจารณาคดีพิพากษา เช่นเดียวกับการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด ฉะนั้นทฤษฎีจึงเห็นว่าโทษจำคุกเป็นการลงโทษที่รุนแรงเพราะเป็นการตัดเสรีภาพของบุคคล

2. แง่สังคมวิทยา ได้แก่ ทฤษฎีโครงสร้างทางสังคม (Social Structure) เห็นว่าการลงโทษมีความเกี่ยวข้องกับลักษณะโครงสร้างทางสังคมของชุมชนนั้น เช่นในสังคมเดิมที่เน้นความสำคัญของแรงงาน การลงโทษจะไม่รุนแรงและต้องนำแรงงานจากนักโทษไปใช้ หากสังคมนั้นมีแรงงานเพียงพอแล้วโทษจะรุนแรงมากขึ้นหรือถึงขั้นประหารชีวิต

3. แง่ทฤษฎีจิตวิเคราะห์ Sigmund Freud อธิบายว่า มนุษย์มีพฤติกรรมก้าวร้าวและเห็นแก่ตัวเป็นปกตินิสัย ซึ่งการก่ออาชญากรรมจึงเป็นพฤติกรรมอันเนื่องมาจากสัญชาตญาณดั้งเดิมคือความก้าวร้าวของมนุษย์แต่ละคน ดังนั้น การใช้กระบวนการใดๆลงโทษผู้กระทำความผิดย่อมเป็นการแสดงออกซึ่งภาวะจิตที่มุ่งประทุษร้ายอาชญากรอย่างรุนแรงและ

^๘ ณรงค์ ใจหาญ, อ้างแล้ว, หน้า 6.

^๙ อุทิศ แสนโกสิก, หลักกฎหมายอาญา: การลงโทษ, (นครหลวงกรุงเทพมหานครบุรี: โรงพิมพ์สรรพสามิต, 2515) หน้า 1

^{๑๐} Sutherland E. Cressey b. Edwin Sutherland and Donald Cressey, *Criminology*, 9th Ed. (Philadelphia : J.B. Lippincott and company, 1974), p.p. 22- 24.

ฉบับล้นเพื่อตอบสนองต่อความโกรธแค้นหรือก่อให้เกิดความพึงพอใจแก่สังคม เพราะฉะนั้น การลงโทษตามทฤษฎีนี้จึงมุ่งให้เกิดความเสียหายต่อผู้กระทำผิดมากกว่าการแก้ไขพฤติกรรม¹¹

นอกจากแนวคิดดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังสามารถจำแนกทฤษฎีในการลงโทษ ออกได้เป็น 4 ทฤษฎี ดังนี้คือ¹²

- 1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (Retribution)
- 2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ (Deterrence)
- 3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสในการกระทำความผิด (Incapacitation)
- 4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขหรือฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำผิด (Rehabilitation)

2.2.2.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (Retribution)

การแก้แค้นทดแทนนั้น ในทางประวัติศาสตร์ ถือว่าการลงโทษเพื่อแก้แค้นเป็นโทษที่เก่าแก่ที่สุด ซึ่งมีหลักว่า ผู้ใดกระทำการโดยยอมได้รับผลตอบแทนจากการกระทำนั้น¹³ ซึ่งต่อมาหลักนี้ได้มีการพัฒนากลายเป็นหลักที่เรียกว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (Lex talionis) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่กำหนดขึ้นในประมวลกฎหมายฮัมมูราบี (The Code of Hammurabi) ที่วางหลักไว้ตั้งแต่ 1,800 ปีก่อนคริสตกาล อัตราการลงโทษตราการลงโทษตามทฤษฎีนี้มักจะไม่ระบุว่าโทษอันเป็นผลร้ายนั้นที่จะได้รับนั้นเป็นประการใด และจะถือว่าผู้ที่กระทำผิดอันขัดต่อศีลธรรมอันดีของชุมชนสมควรถูกเกลียดชังเพราะการที่เขาได้กระทำความผิดนั้น¹⁴ กล่าวคือ การลงโทษมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อผู้ได้รับความเสียหาย การที่ได้ลงโทษก็เพื่อให้ สาสัมกับความผิดที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำขึ้น และให้ผู้เสียหายรู้สึกว่าได้รับการชดใช้แล้ว อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีทดแทนนี้มุ่งที่พิจารณาถึงการที่ผู้กระทำความผิดจะต้องชดใช้ต่อสิ่งที่ได้กระทำ โดยประกอบด้วยข้อพิจารณา 3 ประการ คือ

1) การลงโทษต้องเป็นการทดแทนความเสียหาย (Vindication) เพื่อเป็นการทดแทนหรือแก้แค้นให้แก่ผู้เสียหาย โดยต้องทำให้ผู้เสียหายพอใจและคิดว่าเป็นการกระทำที่

¹¹ ประเสริฐ เมฆมนเณ, *หลักทัณฑ์วิทยา*, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทพิมพ์การพิมพ์จำกัด, 2523) หน้า 71-75.

¹² C.M.V Clarson and H.M. Keating, *Criminal Law : Text and Material*, (London, Sweet & Maxwell, 1984).

¹³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), หน้า 574.

¹⁴ Isodore Silver, *criminal : An Introduction*, (London : Bames & Noble Book, 1981) p.14.

ยุติธรรมแล้ว อนึ่ง การลงโทษโดยคำนึงถึงความพอใจของผู้เสียหายนี้จะทำให้ผู้เสียหายยอมรับว่า การลงโทษโดยรัฐเป็นความชอบธรรมและยอมรับว่าการแก้แค้นผู้กระทำความผิดนั้นไม่ใช่หน้าที่ของเอกชนแต่เป็นหน้าที่ของรัฐ

2) การลงโทษต้องกระทำให้เกิดความเป็นธรรม (Fairness) เนื่องจากแนวคิดนี้ เชื่อว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่คุ้มครองคนในสังคมและประโยชน์สุขส่วนรวม ดังนั้นคนในสังคมจะต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย หากผู้ใดกระทำความผิดหรือกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายถือได้ว่าเป็น ผู้ที่เขาเปรียบบุคคลอื่นที่ปฏิบัติตามกฎหมาย ฉะนั้น การลงโทษตามแนวคิดนี้จึงเป็นการทำให้ผู้กระทำความผิดและบุคคลอื่นที่ปฏิบัติตามกฎหมายตระหนักว่า บุคคลที่ละเมิดต่อกฎหมาย จะต้องถูกดำเนินคดีและผู้ที่ได้เปรียบจากการฝ่าฝืนกฎหมายจะต้องถูกลงโทษ

3) การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความผิด (Proportionality of Punishment) จำนวนโทษที่ผู้กระทำความผิดสมควรได้รับจะต้องเท่ากับความเสียหายที่เขาได้กระทำจากการกระทำความผิดนั้น สำหรับแนวความคิดนี้ Immanuel Kant เห็นว่า "โทษที่ผู้กระทำความผิดได้รับนั้นจะต้องได้สัดส่วนพอดีทั้งสภาพและความหนักเบากับความผิดของเขา" ซึ่งสภาพและความหนักเบาของความผิดนั้น อาจพิจารณาได้จากความร้ายแรงทางศีลธรรมของความผิดแต่ละฐาน หรือพิจารณาจากความน่าตำหนิจากพฤติการณ์ของการกระทำความผิดในแต่ละเรื่องรวมทั้งต้องคำนึงถึงที่ผลที่อาจจะกระทบต่อสังคมอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดนั้นด้วย นอกจากนี้ข้อพิจารณาที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ ความร้ายแรงที่ผู้กระทำความผิดได้ก่อขึ้น ซึ่งเกิดจากการกระทำโดยเจตนา หรือกระทำโดยประมาทในบางกรณีด้วย

ดังนั้น การลงโทษเพื่อทดแทนนี้จึงมีลักษณะที่สำคัญ 3 ประการ คือ

1. Retaliatory Retribution จำนวนโทษที่จะใช้แก่ผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องพอเหมาะกับการกระทำความผิด
2. Distributive Retribution การทดแทนนี้จะต้องกระทำต่อผู้กระทำความผิดโดยตรงหรือผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเท่านั้น
3. Quantitative Retribution จำนวนโทษที่จะใช้แก่ผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องมีจำนวนพอเหมาะกับความร้ายแรงของความเสียหายที่ผู้กระทำผิดก่อขึ้น

นอกจากนี้ Kant ยังกล่าวอีกว่า จะใช้การลงโทษเป็นเครื่องมือเพื่อให้เกิดประโยชน์อย่างอื่นไม่ได้ ไม่ว่าเพื่อจะให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ถูกลงโทษเองหรือแก่สังคมอันเป็นส่วนรวมก็ตาม เนื่องจากการลงโทษทุกกรณีจะต้องเกิดจากมาจากการที่บุคคลนั้นได้กระทำความผิดทางอาญาเท่านั้น ทั้งนี้ เพราะไม่เป็นการสมควรที่จะปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งเพียงเพื่อจะเป็น

เครื่องมือให้บังเกิดผลแก่บุคคลอื่น¹⁵ เนื่องจากทุกคนมีสิทธิในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์เท่ากัน แต่อย่างไรก็ตาม Kant ยอมให้มีข้อยกเว้นจากหลักข้างต้นได้ ถ้าปรากฏว่าการลงโทษอย่างหนัก อันเป็นการดำเนินการตามข้างต้นอย่างเคร่งครัดแล้ว จะเป็นการกระทบกระเทือนความรู้สึกของประชาชน

ในปัจจุบันนี้ ทฤษฎีทดแทนไม่เป็นที่นิยมในหมู่นักทฤษฎีทั่วไป เนื่องจากมีข้อจำกัดหลายประการ ได้แก่

1. ทฤษฎีทดแทนมีลักษณะในการมองย้อนหลังไปในอดีต คือถือเอาการลงโทษเป็นการทดแทนการที่กระทำความผิด โดยมีได้มองประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต คือไม่ได้คำนึงว่าการลงโทษนั้นจะเป็นการป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นอีกหรือไม่ โดยมีนักทฤษฎีบางกลุ่มเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องทดแทนการกระทำความผิดด้วยการลงโทษเท่านั้น การลงโทษนั้นเป็นเครื่องมือของรัฐเพื่อก่อให้เกิดความสงบสุขของคนในสังคม ดังนั้น กฎหมายและการลงโทษตามกฎหมายจะถือได้ว่ามีความยุติธรรมก็ต่อเมื่อมีไว้เพื่อจุดมุ่งหมายดังกล่าวเท่านั้น อนึ่ง การลงโทษเป็นการทำให้ได้รับความลำบาก ฉะนั้น การลงโทษย่อมเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสมถ้ากระทำลงไปโดยไม่คำนึงผลที่จะได้รับ โดยเหตุนี้ การลงโทษจะเป็นสิ่งที่สมควรก็ต่อเมื่อเป็นการส่งเสริมสวัสดิภาพของผู้ถูกลงโทษหรือประชาชนโดยส่วนรวมเท่านั้น

2. การลงโทษเพื่อการทดแทนตามทฤษฎีนี้นั้นไม่ได้คำนึงถึงความจำเป็นของสังคม โดยมุ่งที่จะคำนึงถึงว่าโทษที่จะใช้ลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นเหมาะสมและได้สัดส่วนกับความร้ายแรงที่ผู้กระทำความผิดได้ก่อลงหรือไม่ ดังนั้น หากมีการลงโทษดังกล่าวแล้วครบตามอัตราโทษที่กำหนดไว้แล้วก็ต้องยุติการลงโทษนั้น เช่น การที่ผู้กระทำความผิดถูกตัดสินให้รับโทษจำคุกเป็นเวลา 3 เดือน เมื่อครบระยะเวลา 3 เดือนแล้วก็ต้องปล่อยตัวผู้กระทำความผิดดังกล่าว ถึงแม้จะทราบว่าผู้นั้นยังคงเป็นบุคคลที่เป็นอันตรายต่อสังคมอยู่ก็ตาม ซึ่งมีบางกรณีที่ผู้กระทำความผิดบางคนไม่มีทางแก้ไขให้กลับคืนดีได้ ควรที่จะกักขังบุคคลดังกล่าวให้ออกจากสังคมตลอดไป แต่เมื่อรัฐได้ลงโทษบุคคลดังกล่าวด้วยวิธีการทดแทนแล้ว ก็ไม่อาจที่จะจำคุกหรือกักขังผู้นั้นไว้เกินกว่าระยะที่กฎหมายกำหนดไว้หรือระยะที่เหมาะสมกับความร้ายแรงแห่งการกระทำความผิดของเขา เพราะหากลงโทษเกินกว่าความเหมาะสมกับการกระทำความผิดเช่นนั้น ย่อมทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมตามมาได้

3. ตามทฤษฎีทดแทนนี้ยึดถือหลักว่าจะต้องลงโทษผู้กระทำความผิดให้ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิดที่เขาได้กระทำลงไป ถ้าเป็นความผิดร้ายแรงก็ต้องลงโทษ

¹⁵ Ibid, p.19

หนักตามสัดส่วนของความร้ายแรงนั้น แต่ถ้าเป็นความผิดเพียงเล็กน้อยก็ลงโทษในสถานเบา แต่ในบางครั้งต้องยอมรับว่ามนุษย์ไม่สามารถที่จะวัดขนาดของความผิดในแต่ละเรื่องและกำหนดโทษสำหรับความผิดที่เกิดขึ้นได้พอเหมาะกับการกระทำผิดนั้นได้อย่างแท้จริง

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ทฤษฎีทดแทนจะมีข้อจำกัด 3 ประการดังที่กล่าวมาแล้ว แต่ทฤษฎีนี้ก็ยังมีข้อดีคือ ทฤษฎีทดแทนนี้มีผลในทางจิตวิทยา คือการช่วยสนับสนุนหลักการที่ว่า กฎหมายที่ดีจะต้องมีผลบังคับอย่างแท้จริง ซึ่งกฎหมายนั้นจะต้องตรงกับความรู้สึกของประชาชน เนื่องจากมนุษย์ในปัจจุบันยังคงมีความรู้สึกในเรื่องแก้แค้นทดแทนอยู่ไม่น้อย ดังจะเห็นได้จากเมื่อมีการกระทำผิดร้ายแรงขึ้นในสังคมหรือความผิดดังกล่าวก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานแก่ผู้เสียหาย ก็เกิดปฏิกิริยาของคนในสังคมว่าสมควรจะต้องมีการลงโทษผู้กระทำผิดให้รุนแรงสาสมกับความผิดที่ได้กระทำลงนั้น ดังนั้น การลงโทษตามทฤษฎีทดแทนนี้จึงส่งผลในแง่ดีดังเหตุผลที่กล่าวมา

2.2.2.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ (Deterrence)

การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ เพื่อต้องการข่มขู่ผู้กระทำผิดให้เข็ดหลาบและไม่กล้าที่จะกระทำผิดซ้ำอีก ทั้งยังเป็นตัวอย่างให้คนทั่วไปได้เห็นเพื่อที่จะไม่เลียนแบบหรือเอาอย่างการกระทำผิดเช่นนั้นอีก และเมื่อเห็นวิธีการข่มขู่ซึ่งเป็นการลงโทษประเภทต่างๆ แล้ว ในที่สุดแล้วก็จะเกิดความเกรงกลัวและไม่กล้ากระทำผิดเช่นนั้นอีก

อาจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้กล่าวไว้ในหนังสือคำอธิบายกฎหมายอาญาว่า การลงโทษตามวัตถุประสงค์เพื่อการข่มขู่ มีลักษณะเป็นการมองไปในอนาคต คือต้องการขู่ไม่ให้คนทั่วไปกระทำและไม่ให้ผู้กระทำผิดที่เคยทำความผิดแล้วทำความผิดนั้นซ้ำอีก โดยมักจะพบว่า การลงโทษมักจะทำในที่สาธารณะ ดังจะเห็นได้จากการที่ในสมัยก่อนมีการยิงเป้าต่อหน้ามหาชน และแม้แต่ในปัจจุบันนี้ ยังพบว่าในบางประเทศยังคงมีการเขียนตีผู้กระทำผิดต่อหน้ามหาชน

อย่างไรก็ตามหากมีการลงโทษตามทฤษฎีนี้อย่างเคร่งครัดเกินไป ก็อาจจะไม่บรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษได้ เช่น ในอดีตนั้นพบว่าในบางประเทศนั้นมีการลงโทษโดยการตัดอวัยวะ เช่น การตัดมือหากผู้นั้นกระทำความลักทรัพย์ ซึ่งจะเห็นได้ว่าอาจเป็นการลงโทษที่ไม่ได้ผล เนื่องจากผู้กระทำความผิดต้องกลายเป็นคนพิการและไม่มีทางที่จะประกอบอาชีพที่ดีได้ ในที่สุดก็จะกลับไปกระทำความผิดอย่างอื่นเพราะไม่มีอวัยวะที่ใช้ประกอบอาชีพหากินอย่างสุจริต ดังนั้น การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่อย่างเคร่งครัดเกินไปอาจจะทำให้ผู้ถูกลงโทษไม่สามารถปรับตัวเป็นคนดีได้

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าการลงโทษโดยวิธีการเพื่อการข่มขู่นั้นจะเป็นการป้องกันมิให้เกิดอาชญากรรม โดยมีข้อสันนิษฐานว่า มนุษย์ยอมที่จะไม่กล้ากระทำความผิดหากได้รับความเจ็บปวดจากการลงโทษนั้นไม่คุ้มค่ากับผลประโยชน์ที่จะได้รับการกระทำความผิด¹⁶ การลงโทษเพื่อการข่มขู่แบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ

1. การข่มขู่โดยทั่วไป(General Deterrence) หมายถึง การลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อเพื่อให้เป็นแบบอย่างแก่บุคคลในสังคมทั่วไป การข่มขู่ประเภทนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการให้คนทั่วไปในสังคม ซึ่งเป็นผู้ที่ไม่เคยกระทำความผิดมาก่อนหรือผู้ที่กำลังคิดว่าจะกระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวและไม่กล้าที่จะกระทำความผิดขึ้น

2. การข่มขู่เฉพาะราย(Individual(specific) Deterrence) หมายถึง การลงโทษผู้ที่เคยกระทำความผิดมาแล้ว โดยมีข้อสันนิษฐานว่าการที่ผู้กระทำความผิดอย่างรุนแรงและสาสมกับผลของการกระทำความผิดนั้นจะเป็นการข่มขู่ให้ผู้กระทำความผิดรายนั้นไม่กล้าที่จะกระทำความผิดอีกในอนาคตเพราะว่าไม่ประสงค์ที่จะได้รับโทษที่รุนแรงเช่นนั้นซ้ำอีก

เพื่อที่จะไม่ให้การลงโทษมีผลตามวัตถุประสงค์ดังกล่าว จะต้องจัดวางระดับโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดให้ผลร้ายที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับจากการลงโทษสูงกว่าผลดีที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับจากการกระทำผิดของตน ทั้งนี้โดยผู้นิยามทฤษฎีนี้มีความเห็นว่า ขณะที่คนเรากำลังคิดตกลงใจว่าจะกระทำผิดดีหรือไม่นั้น จะคิดว่า หากกระทำผิดลงไปจะได้ผลดีอย่างไรและจะมีผลเสียอย่างไร หากเมื่อคิดเปรียบเทียบดูแล้ว เห็นว่ามีผลดีมากกว่าผลเสียก็จะตกลงใจกระทำผิดไปหากเห็นว่าถ้ากระทำผิดไปแล้วจะเกิดผลเสียมากกว่าผลดีก็ย่อมเลิกล้มความคิดที่จะทำผิดนั้น ฉะนั้นวิธีการป้องกันการกระทำผิดก็คือกำหนดอัตราโทษซึ่งเป็นผลเสียที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับให้สูงกว่าผลดีที่จะได้จากการกระทำผิด ผู้ที่คิดจะกระทำผิดจะได้เลิกล้มความตั้งใจไม่กล้ากระทำไป

ผู้สนับสนุนทฤษฎีข่มขู่ให้เหตุผลว่าการลงโทษมีผลเป็นการข่มขู่และป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำผิดได้ดังนี้ คือ

1. การลงโทษทำให้ผลร้ายที่เกิดจากการกระทำผิดคือการต้องถูกลงโทษมีมากกว่าความหวังที่จะได้รับผลดีจากการกระทำนั้นๆ ฉะนั้นคนจึงไม่กล้ากระทำผิด

2. ความตามความรู้สึกของคนทั่วไปแล้ว มนุษย์ไม่ต้องการที่จะได้รับการตำหนิและการดูหมิ่นจากเพื่อนมนุษย์ด้วยกันอันจะเป็นผลเนื่องมาจากการถูกลงโทษ ผลจากการข่มขู่จึงเป็นการ ป้องกันไม่ให้คนกระทำผิดทำนองเดียวกับความยากลำบากที่จะได้รับจากการลงโทษเหมือนกัน

¹⁶ James W.H. Mc.Cord & Sanda L.Mc.Cord , Criminal Law and Procedure for the Paralegal (A System Approach) West Legal Study , 2001, p.11

3. การลงโทษเป็นเหตุหนึ่งในหลายเหตุซึ่งก่อให้เกิดความคิดว่าการกระทำอย่างใดถูก และการกระทำอย่างใดไม่ถูกไม่ควรกระทำ ดังที่ Aschaffenburg กล่าวไว้ว่า “ ผลเป็นการข่มขู่ของการลงโทษควรมีเป็นสองทาง คือควรจะทำให้ประชาชนทั่วไปรู้สึกเป็นการป้องกัน และเป็นการเตือนแต่ละบุคคลไม่ให้กระทำผิดขึ้นอีก แต่ประโยชน์ยิ่งใหญ่ของการข่มขู่ว่าจะลงโทษนั้นอยู่ที่เป็นการอบรมเกี่ยวกับความรู้สึกนึกคิดในเรื่องชีวิตโดยทั่วไปของประชาชน การกำหนดว่าการกระทำเช่นนั้นเช่นนี้เป็นความผิดซึ่งถ้าผู้ใดกระทำขึ้นรัฐจะลงโทษ จะทำให้เกิดความรู้สึกขึ้นแก่คนทั่วไปว่า การกระทำเช่นนั้นไม่เหมาะสม ไม่เป็นที่ยอมรับนับถือ เป็นที่เสียหายและขัดกับหน้าที่ของประชาชน ดังนั้นการป้องกันโดยทั่วไปจึงดำเนินไปอย่างเงียบๆ ซ้ำๆ และลึกซึ้ง ทำให้ความรู้สึกว่าอะไรควรแจ่มแจ้งขึ้นเพิ่มพูนความรู้สึกทั่วไปเกี่ยวกับความดีความชั่วและมีผลในทางอบรมยิ่งกว่าจะเป็นการข่มขู่โดยตรง”¹⁷

กฎหมายอาญาปัจจุบันมีลักษณะเป็นการข่มขู่มากกว่าอย่างอื่น แต่ก็มีผู้ตำหนิว่าไม่ได้ผลดีจริงดังฝ่ายสนับสนุนทฤษฎีนี้กล่าวอ้าง ข้ำยังอาจทำให้เกิดผลร้ายเสียอีกด้วย เหตุผลของฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีข่มขู่มีดังนี้ คือ

1. วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีข่มขู่ก็เพื่อลดจำนวนการกระทำผิดที่จะเกิดขึ้นต่อไป ทั้งจากผู้ที่ถูกลงโทษเองและทั้งจากผู้อื่นที่ได้รู้เห็นการลงโทษเอง แต่การลงโทษเพื่อข่มขู่ไม่ให้ผู้ถูกลงโทษไปกระทำผิดซ้ำขึ้นอีกอาจจะไม่มีผลเป็นการข่มขู่ไม่ให้นักคนอื่นกระทำผิดขึ้น และในทางกลับกันการลงโทษเพื่อข่มขู่ไม่ให้นักคนอื่นไปกระทำผิดขึ้นอาจจะไม่มีผลเป็นการข่มขู่ไม่ให้ผู้ถูกลงโทษไปกระทำผิดซ้ำขึ้นอีก

2. ทฤษฎีข่มขู่มองปัญหาในแง่ที่ง่ายเกินกว่าความเป็นจริง ในขณะที่คนจะตกลงใจกระทำผิด ไม่ได้คิดแต่แง่ทางได้ทางเสียเกี่ยวกับโทษและผลที่ได้จากการกระทำผิดเท่านั้น แต่จะคำนึงถึงเหตุอื่นๆ อีกมากมายด้วย เพราะในบางกรณีผู้กระทำความผิดอาจจะไม่ได้คำนึงถึงทางได้ทางเสียเกี่ยวกับโทษเลย เช่น การกระทำความผิดขณะบันดาลโทสะอาจกระทำไปโดยไม่มีอันยังคิดว่าถ้าตนทำไปจะถูกลงโทษเป็นต้น ฉะนั้นการลงโทษจึงไม่มีผลในการข่มขู่ไม่ให้นักคนอื่นกระทำผิดเสมอไปและอย่างแท้จริง

3. การลงโทษเพื่อข่มขู่ไม่มีผลในอันจะป้องกันไม่ให้ผู้ที่เคยกระทำผิดและต้องรับโทษมาแล้วกระทำผิดซ้ำขึ้นอีก ทั้งนี้เพราะแม้การลงโทษอาจทำให้เกิดความประสงค์ที่จะยับยั้งไม่กระทำผิดซ้ำขึ้นอีก เพราะเกรงกลัวจะถูกลงโทษดังที่ฝ่ายสนับสนุนทฤษฎีข่มขู่กล่าวอ้าง แต่ไม่ได้ทำให้ผู้นั้นเกิดมี ความสามารถ ที่จะยับยั้งเช่นนั้น ซึ่งอาจแยกอธิบายได้ดังนี้

¹⁷ จุฑทิส แสนโกศิก, กฎหมายอาญาภาค 1, (ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กองวิชาการ กรมอัยการ , 2525), หน้า

ก. การลงโทษทำให้คุณลักษณะประจำตัวของบุคคลเสื่อมลงไป การลงโทษเท่าที่ทำอยู่ในปัจจุบันไม่มีลักษณะเป็นการส่งเสริมให้ผู้รับโทษต้องการดำเนินชีวิตให้ถูกต้องตามกฎหมายตามทฤษฎีแล้วการลงโทษอาจจะจัดให้เหมาะกับแต่ละบุคคลได้ (individualization)

ข. การลงโทษเพื่อข่มขู่ไม่คำนึงถึงการปรับปรุงตัวบุคคล การที่จะป้องกันไม่ให้บุคคลกระทำผิดซ้ำอีก ย่อมไม่มีผลถ้าปล่อยให้บุคคลนั้นเข้าไปในสังคมโดยไม่ได้เปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมในอันจะดำรงชีวิตให้ถูกต้องตามกฎหมาย

ค. การลงโทษเพื่อข่มขู่ไม่ได้คำนึงถึงการให้ความช่วยเหลือหลังจากพ้นโทษ สำหรับผู้ที่ได้รับการปลดปล่อยหลังจากถูกลงโทษมาแล้วนั้น การจะดำเนินชีวิตให้ถูกต้องตามกฎหมายย่อมทำได้ยากกว่าผู้ไม่เคยต้องโทษ เพราะอาจจะเป็นที่รังเกียจของบุคคลทั่วไป รวมทั้งโอกาสในการทำงานทั้งในภาครัฐราชการและภาคเอกชน ดังนั้น เมื่อผู้ที่พ้นโทษไม่อาจได้สิ่งเหล่านี้มาโดยสุจริต ก็ย่อมหันไปหาโดยทางทุจริตเป็นการตัดหนทางกลับตัวของผู้นั้นไปโดยปริยาย

4. อาจมีคนบางกลุ่มและอาจจะเป็นจำนวนมากที่ไม่เคยทำความผิดเลย และมีเป็นจำนวนไม่น้อยที่เมื่อกระทำผิดและถูกลงโทษไปแล้วก็ไม่ได้กระทำผิดขึ้นอีก ซึ่งตามสถิติของสหรัฐอเมริกา¹⁸ ผู้ต้องโทษจำคุกในเรือนจำมีจำนวนประมาณครึ่งหนึ่งที่เคยต้องโทษมาก่อนแล้ว ซึ่งถ้าทฤษฎีข่มขู่มีผลจริง จำนวนผู้กระทำผิดซ้ำขึ้นอีกคงมีจำนวนน้อยกว่านี้

2.2.2.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสในการกระทำผิด (Incapacitation)

ตามทฤษฎีนี้เห็นว่าการลงโทษจะเป็นการตัดโอกาสมิให้ผู้นั้นกระทำผิดอีก การที่หมดความสามารถในการกระทำผิดจึงส่งผลให้สังคมปลอดภัยจากการกระทำผิดและอาชญากรรมต่างๆ ซึ่งวิธีการลงโทษตามแนวคิดนี้จะต้องเป็นวิธีที่ทำให้ผู้นั้นหมดโอกาสกระทำผิดตลอดไป มีหลายวิธีโดยพิจารณาได้ดังนี้¹⁸ เช่น

1. การประหารชีวิต

วิธีนี้เป็นวิธีการที่รุนแรงและเด็ดขาด โดยเป็นการตัดโอกาสของผู้กระทำผิดตลอดไป แต่อาจจะต้องกระทำอย่างระมัดระวังในการที่จะนำผู้ที่ทำความผิดมาลงโทษ

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 41.

เพราะหากผู้ที่ถูกลงโทษด้วยวิธีการนี้แล้วมิใช่เป็นบุคคลที่กระทำความผิดอย่างแท้จริง เมื่อมีการใช้วิธีการนี้ไปแล้วไม่สามารถที่จะแก้ไขได้อีก

2. การควบคุมตัว

2.1 การจำคุก ได้แก่ การจำคุกไว้ชั่วระยะเวลาหนึ่งหรือการจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งเป็นวิธีการควบคุมตัวที่ใช้มากที่สุดตามแนวความคิดนี้ เนื่องจากในระยะเวลาที่ผู้กระทำความผิดถูกจำคุกนั้น ผู้กระทำความผิดย่อมหมดโอกาสในการกระทำความผิดในช่วงระยะเวลาหนึ่งหรือตลอดไป เพราะผู้กระทำความผิดไม่สามารถออกมาสู่สังคมภายนอกได้ อนึ่ง เพื่อให้จะให้ผลตามที่ทฤษฎีนี้อย่างแท้จริง ในกรณีของการควบคุมตัวไว้เพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งควรจะตั้งกำหนดระยะเวลาในการควบคุมตัวผู้กระทำความผิดไว้จนกว่าจะมั่นใจได้ว่าบุคคลดังกล่าวจะไม่เป็นภัยต่อสังคมอีกต่อไป แล้วจึงปล่อยตัวออกมา

2.2 กฎหมายว่าด้วยการวางโทษที่ไม่กำหนดแน่นอน ในกฎหมายอาญาของประเทศต่างๆทั่วไป จะมีการกำหนดโทษขั้นสูงที่จะลงไว้ และในบางความผิดก็จะมีการกำหนดโทษขั้นสูงและขั้นต่ำ เช่นในประมวลกฎหมายอาญาของไทย มาตรา 334 บัญญัติว่าผู้ใดลักทรัพย์จะต้องมีโทษจำคุกไม่เกินสามปี และมาตรา 340 บัญญัติว่าผู้ใดลักทรัพย์จะต้องมีโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี เมื่อศาลพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิด ก็จะวางโทษว่าผู้ต้องโทษจะได้รับโทษเท่าใด แต่อาจจะมีบางประเทศมีกฎหมายที่เรียกว่า “กฎหมายว่าด้วยการลงโทษที่ไม่กำหนดแน่นอน” โดยกฎหมายจะบัญญัติความผิดโดยการกำหนดโทษขั้นสูงและขั้นต่ำสำหรับความผิดต่างๆ เมื่อมีการวินิจฉัยว่าจำเลยกระทำความผิดจริง ศาลก็ไม่วางโทษแต่จะใช้เกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด เช่น กฎหมายกำหนดว่าความผิดฐานลักทรัพย์จะต้องถูกลงโทษจำคุกระหว่าง 5 เดือนถึง 5 ปี เมื่อศาลวินิจฉัยว่าจำเลยทำความผิดฐานลักทรัพย์จริง ศาลก็จะไม่กำหนดโทษจำเลยอีก แต่จะถือเอาโทษตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นเกณฑ์ คือจะจำคุกจำเลยน้อยกว่า 5 เดือนไม่ได้และจะมากกว่า 5 ปีไม่ได้ โดยโทษที่จะลงแก่จำเลยนั้นจะมีคณะกรรมการผู้พิจารณาปล่อยตัวจำเลยเป็นผู้พิจารณา

ตามแนวคิดนี้มีได้ประสงค์ถึงการที่ผู้ต้องโทษจะเกรงกลัวโทษ หรือจะได้รับการแก้ไขฟื้นฟูจิตใจให้กลับตัวเป็นคนดีหรือไม่ก็ตาม แต่ในขณะที่ผู้ต้องโทษอยู่ระหว่างการรับโทษนั้นก็เป็นการตัดโอกาสในการกระทำความผิดแล้ว

2.2.2.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขหรือฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำผิด (Rehabilitation)

การลงโทษเพื่อแก้ไขหรือฟื้นฟูจิตใจของผู้กระทำความผิดนี้มีเป้าหมายที่ใช้วิธีการลงโทษเป็นวิธีการเปลี่ยนหรือแก้ไขหรือเยียวยาจิตใจของผู้กระทำผิด เนื่องจากตามแนวคิดนี้เชื่อว่าผู้กระทำความผิดมีทัศนคติในทางที่ผิด คือผู้นั้นอาจจะคิดว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่ถูกต้อง จึงกระทำลงโดยทั้งที่ความจริงแล้ว การกระทำนั้นเป็นการกระทำนั้นเป็นการที่ฝ่าฝืนต่อหลักเกณฑ์หรือศีลธรรมที่ดำรงของสังคม ดังนั้น ตามทฤษฎีนี้ นอกจากจะพยายามหาทางให้ผู้ที่ได้เคยกระทำความผิดมาแล้วเกิดความประสงค์ที่จะยับยั้งไม่กระทำผิดซ้ำอีกแล้ว ยังจะต้องทำให้ผู้นั้นเกิดความสามารถที่จะยับยั้งเช่นนั้นด้วย

ทฤษฎีนี้เห็นว่าไม่ควรจะใช้คำว่าลงโทษ (punishment) เพราะเมื่อคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการปรับปรุงแก้ไขต่อผู้กระทำความผิดแล้ว ควรจะใช้คำว่าปฏิบัติ (treatment) แทน เพราะการทำให้ได้รับความยากลำบากด้วยการลงโทษนั้นไม่น่าจะทำให้ผู้กระทำความผิดมีความประพฤติดีขึ้น ตามทฤษฎีนี้จึงมุ่งเน้นถึงความสำคัญของการเปลี่ยนแปลงความประพฤติโดยเปลี่ยนแปลงตัวบุคคลให้ดีขึ้น และเพื่อให้การบำบัดผู้กระทำความผิดเป็นไปอย่างได้ผล จะต้องมีการแยกประเภทนักโทษเพื่อความสะดวกแก่การอบรม เช่น แยกประเภทนักโทษอายุน้อยออกจากนักโทษผู้ใหญ่ แยกผู้ที่กระทำความผิดครั้งเดียวหรือเป็นการกระทำความผิดครั้งแรกออกจากผู้ที่กระทำความผิดมาแล้วหลายครั้ง เป็นต้น

การบำบัดในระหว่างที่ผู้ต้องโทษถูกจองจำนั้น อาจมีวิธีการดังต่อไปนี้

1. การฝึกอาชีพ

การฝึกหัดอาชีพให้แก่นักโทษโดยคำนึงถึงความถนัดหรือความสนใจของนักโทษแต่ละคนย่อมเป็นวิธีการที่ป้องกันการกระทำความผิดได้เป็นอย่างดี เนื่องจากเมื่อผู้กระทำความผิดมีความรู้จากการฝึกอาชีพแล้ว ย่อมนำความรู้ดังกล่าวไปใช้ในการประกอบอาชีพโดยสุจริตหลังจากที่ออกไปสู่สังคมแล้ว และยังเป็นการเพิ่มโอกาสในการกลับตัวไม่กลับมาทำความผิดอีก

2. การให้การศึกษา

การให้การศึกษาแก่ผู้ต้องโทษนั้นเป็นการเพิ่มความสามารถของผู้ต้องโทษในการที่จะหาเลี้ยงชีพโดยสุจริตเมื่อพ้นโทษไปแล้ว ก็จะได้นำความรู้ที่ได้รับในขณะที่ต้องโทษนั้นไปประกอบอาชีพได้อีกทางหนึ่ง

3. การอบรมทางศาสนาและศีลธรรม

เนื่องจากทฤษฎีนี้มุ่งที่จะแก้ไขให้ผู้ที่ทำความผิดมาแล้ว กลับตัวได้และไม่กลับไปกระทำความผิดอีก โดยทำให้ผู้นั้นรู้สึกผิดชอบชั่วดีในตัวเองว่าการทำความผิดเป็นของไม่ดี

2.2.3 ขอบเขตของการลงโทษอาญา

เมื่อรัฐจะใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการควบคุมสังคม รัฐต้องมีหลักเกณฑ์ในการที่จะกำหนดว่าการกระทำใดถือเป็นการกระทำความผิดและต้องได้รับโทษ และจากการที่กฎหมายอาญาและศีลธรรมมีความเกี่ยวเนื่องกัน รัฐจึงต้องวางหลักกฎหมายให้สอดคล้องกับจารีตประเพณี หลักศีลธรรมและ ข้อห้ามทางศาสนาเพื่อให้ผู้ปฏิบัติตามกฎหมายมีความรู้สึกว่าการกระทำตนจะกระทำการอันเป็นการละเมิดกฎหมายแล้ว ยังกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหลักศีลธรรมที่ดั่งามของสังคมอีกด้วย ดังจะเห็นได้จากฐานความผิดอาญาที่ร้ายแรงต่างๆ เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ชิงทรัพย์ หรือข่มขืน ความผิดเหล่านี้ล้วนสอดคล้องกับข้อห้ามตามหลักศีลธรรมทั้งสิ้น

อย่างไรก็ดี เมื่อการลงโทษถือเป็นการให้ผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิด รัฐจึงควรต้องระมัดระวังในการกำหนดโทษให้มีความเหมาะสมและได้สัดส่วนกับความร้ายแรงแห่งความผิดด้วย นักทฤษฎีกฎหมายที่มีชื่อเสียงท่านหนึ่งคือ Herbert L. Packer ได้อธิบายเกี่ยวกับเรื่องขีดจำกัดของกฎหมายอาญาไว้ด้วยเหตุผลหลายประการ โดยกล่าวว่าโทษอาญาเป็นโทษที่มีความรุนแรง และสมควร จะใช้กับความผิดที่ร้ายแรงอย่างแท้จริงเท่านั้น ดังนั้น โทษทางอาญาจึงควรใช้ในกรณีดังต่อไปนี้¹⁹

(1) การกระทำนั้นเป็นเหตุที่เห็นได้ชัดแจ้งในทัศนะของคนส่วนใหญ่ในสังคมว่าเป็นการกระทำที่ถือเป็นการคุกคามและเป็นอันตรายร้ายแรงต่อการอยู่ร่วมกันของสังคม และการกระทำดังกล่าวก็ไม่อาจลบล้างได้โดยส่วนสำคัญอื่นใดของสังคม กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ถือ

¹⁹ Herbert L. Packer, *The Limit of the Criminal Sanction* Stanford University Press, 1968, p. 296 อ้างใน คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ, รายงานเรื่องหลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางอาญา, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มีนาคม 2547 หน้า 3

เป็นอาชญากรรมร้ายแรง (serious crimes) และมีผลกระทบต่อความปลอดภัยของบุคคล (personal safety) เช่น การฆ่าผู้อื่น (ทั้งโดยเจตนาและไม่เจตนา) การข่มขืนโดยใช้กำลังการประทุษร้ายอย่างรุนแรง (ซึ่งหมายความรวมถึงการทำร้าย ที่ผู้กระทำมีเจตนาฆ่าหรือเจตนาทำร้ายร่างกายอย่างสาหัส และไม่ว่าผู้กระทำจะมีอาวุธที่ร้ายแรงหรือไม่) และการชิงทรัพย์ (ทั้งโดยการใช้กำลังหรือข่มขู่ว่าจะใช้กำลัง และไม่ว่าผู้กระทำจะมีอาวุธหรือไม่) เป็นต้น

(2) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาแล้ว การลงโทษทางอาญาจะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ กล่าวคือ การลงโทษต้องมีผลทำให้มีการกระทำผิบน้อยลง

(3) การลงโทษอาญาต้องไม่ทำให้พฤติกรรมที่พึงประสงค์ของสังคมต้องลดน้อยลง

(4) หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะสามารถบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ โดยต้องคำนึงถึงประสิทธิภาพในการสืบหาและจับกุมผู้กระทำความผิดเป็นสิ่งสำคัญ

(5) กระบวนการยุติธรรมทางอาญาต้องมีประสิทธิภาพในการพิสูจน์ความผิดและลงโทษผู้กระทำความผิด โดยไม่ก่อให้เกิดภาระแก่การดำเนินกระบวนการจนเกินขอบเขตทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ

(6) ไม่มีทางเลือกอื่นใดหรือมาตรการควบคุมทางกฎหมายอื่นที่เหมาะสมกว่าการลงโทษทางอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญาที่เสนอโดย Herbert L Packer นี้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญาที่เสนอโดยคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายของแคนาดา (Law Reform Commission of Canada) โดยคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายของแคนาดาเสนอว่าการกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญา การกระทำนั้นต้องเป็นความผิดอาญาที่แท้จริง ซึ่งอาจพิจารณาได้จากคำถามดังต่อไปนี้

- (1) การกระทำนั้นเป็นอันตรายร้ายแรงต่อบุคคลอื่นหรือไม่
- (2) การกระทำที่เป็นอันตรายร้ายแรงต่อบุคคลอื่นนั้นอาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดี (Fundamental values) และอาจเป็นอันตรายต่อสังคมหรือไม่
- (3) มาตรการที่ใช้บังคับกับการกระทำนั้นจะเป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีอย่างรุนแรงเสียเองหรือไม่

(4) การกำหนดโทษอาญาสามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นได้จริงหรือไม่

เมื่อมีการกระทำความผิดทางอาญาเกิดขึ้น รัฐย่อมมีหน้าที่ที่จะหาตัวผู้กระทำความผิด พิสูจน์และลงโทษผู้กระทำความผิดให้ได้ แต่กระบวนการที่จะนำไปสู่บรรลุมลดังกล่าว อาจจะต้องกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของผู้บริสุทธิ์ซึ่งอยู่ในสังคมที่มีผู้กระทำความผิดปะปนอยู่ด้วย ในประเทศต่างๆ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศตะวันตกซึ่งมีระบอบประชาธิปไตยที่ให้สิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนอย่างมากนั้น ได้กำหนดให้รัฐต้องระมัดระวังและพยายามป้องกันมิให้ผู้บริสุทธิ์ต้องรับเคราะห์จากการกระทำของรัฐในการค้นหาและลงโทษผู้กระทำความผิดด้วย

อย่างไรก็ตาม ได้มีหลักเกณฑ์ที่เรียกว่า “หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัด(Limiting Principal)” โดยมีหลักการที่สำคัญว่าไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในบางประการหรือในสถานการณ์บางประเภทได้แก่²⁰

(1) กฎหมายอาญาไม่ควรรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้ามที่มีวัตถุประสงค์บางประการเพียงเพื่อให้บุคคลเชื่อฟังและผลของการไม่เชื่อฟังนั้นก็คือผลร้ายในการตอบแทน

(2) กฎหมายอาญาไม่ควรนำมาใช้เพื่อลงโทษพฤติกรรมที่ปราศจากพิษภัย หมายความว่า ถ้าการกระทำนั้นมิได้มีความชั่วร้ายอยู่ในตัวเองแล้ว การใช้กฎหมายอาญาลงโทษการกระทำดังกล่าวถือว่าไม่สมควรอย่างยิ่ง

(3) ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้ ถ้ามีวิธีการที่สามารถลดการกระทำนั้นมาได้เท่าเทียมหรือ หรือเกือบเท่าเทียมการใช้กฎหมายอาญา แต่เกิดความทุกข์เวทนาน้อยกว่าการใช้กฎหมายอาญา

(4) กฎหมายอาญาไม่ควรนำรวมไว้กับข้อห้ามที่ทำให้ผลพลอยได้อันอาจก่อให้เกิดผลร้ายมากกว่าที่กำหนดกฎหมายอาญาต้องการจำกัด

(5) ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้ เพื่อจุดประสงค์ที่จะบังคับให้บุคคลประพฤติตามแนวทางที่จะทำให้เกิดผลประโยชน์แก่ผู้ปฏิบัติตนเอง

2.2.4 ประเภทของการลงโทษอาญา

เนื่องจากกฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาโครงสร้างของสังคมให้มั่นคง และรักษาความสงบสุขให้แก่สมาชิกของชุมชน ดังนั้นรัฐจึงใช้โทษอาญาเป็นเครื่องมือในการ

²⁰ Nigel Walker, *Crime and punishment in Britain : an analysis of the penal system in theory* ,(Edinburgh : Edinburgh University Press, 1971), p.10

ดำเนินการกับผู้กระทำความผิด แต่เนื่องจากการลงโทษอาญานั้นเป็นการลงโทษที่รุนแรงและกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด เนื่องจากนโยบายทางอาญา (Criminal Policy) และกระบวนการตัดสินความยุติธรรมจะต้องมีความเข้าใจต่อพฤติกรรมของอาชญากรว่าที่ถูกกำหนดว่าเป็นการกระทำความผิดหรือเป็นอันตรายต่อสังคม แล้วนำมาพิจารณาหามาตรการที่เหมาะสมในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดหรืออาชญากรต่อไป

สำหรับแนวคิดในการรับผิดทางอาญาของประเทศไทยนั้น เริ่มปรากฏตั้งแต่มีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เป็นต้นมา จนกระทั่งในปัจจุบัน หลักเรื่องความรับผิดทางอาญานั้นบัญญัติอยู่ในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” หลักในมาตรา 2 นี้สอดคล้องกับหลักในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยรับรองไว้ในมาตรา 32 ว่า “บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้” ดังนั้น จึงแสดงให้เห็นว่าการลงโทษตามกฎหมายอาญานั้นต้องคำนึงถึงถึง หลักเกณฑ์ตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ด้วย

ในประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันได้บัญญัติประเภทของโทษที่จะใช้ลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ในมาตรา 18 ซึ่งกำหนดไว้ 5 สถาน ได้แก่

- (1) ประหารชีวิต
- (2) จำคุก
- (3) กักขัง
- (4) ปรับ
- (5) ริบทรัพย์สิน

การที่แบ่งประเภทของโทษอาญาออกได้เป็น 5 ประเภทนั้น จึงสามารถจำแนกผลกระทบที่เกิดจากโทษ ทั้ง 5 สถานได้ดังนี้²¹

(1) การลงโทษที่กระทบต่อชีวิตผู้กระทำความผิด ได้แก่ การประหารชีวิตผู้กระทำความผิด การลงโทษนี้ใช้เฉพาะการกระทำความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงมากหรือมีผล

²¹ คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ , รายงานเรื่องหลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางอาญา, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา , มีนาคม, 2547, หน้า 4.

กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างรุนแรง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สาสมกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด ตัดผู้กระทำความผิดซึ่งมีสันดานอันเป็นผู้ร้ายออกจากสังคมอย่างถาวร และยับยั้งความคิดร้ายของผู้ที่คิดจะกระทำความผิด แต่มีข้อสังเกตว่าหลายประเทศได้ยกเลิกโทษประหารชีวิตแล้วเนื่องจากเหตุผลด้านมนุษยธรรมและการประหารชีวิตไม่มีผลเป็นการลดคดีอุกฉกรรจ์ ทั้งยังอาจทำให้ผู้กระทำความผิดที่มีโทษถึงประหารชีวิต แต่ยังไม่ถูกจับกุมกระทำความผิดต่อไปโดยไม่เกรงกลัวโทษ เพราะถึงอย่างไรความผิดครั้งแรกหากถูกจับกุมได้ก็อาจมีโทษถึงประหารชีวิตอยู่แล้ว แต่หลายประเทศ (รวมทั้งประเทศไทย) ยังคงใช้โทษประหารชีวิตนี้อยู่

(2) การลงโทษที่กระทบต่อเสรีภาพของผู้กระทำความผิด ได้แก่ การจำคุกและกักขัง การลงโทษประเภทนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเป็นการชั่วคราว (กรณีจำคุกโดยมีกำหนดเวลาและการกักขัง) หรือเป็นการถาวร (กรณีจำคุกตลอดชีวิต) และอาศัยช่วงเวลาดังกล่าวในการดัดนิสัยของผู้กระทำความผิดก่อนที่จะกลับคืนสู่สังคม โทษจำคุกเป็นการนำผู้กระทำความผิดไปควบคุมไว้ในเรือนจำและอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลอย่างใกล้ชิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ มักใช้กับความผิดที่ร้ายแรงหรือความผิดที่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมหรือความสงบเรียบร้อยของสังคมอย่างมาก ส่วนโทษกักขังนั้นเป็นการกักตัวผู้กระทำความผิดไว้ในสถานที่ที่กำหนด เช่น ในบ้านของผู้กระทำความผิดเอง เป็นต้น มักใช้กับผู้กระทำความผิดสถานเบา ในอดีตประเทศต่าง ๆ นิยมกำหนดโทษจำคุกแก่การกระทำความผิดต่าง ๆ เพราะนอกจากจะทำให้จำนวนผู้กระทำความผิดร้ายแรงลดลงแล้ว การจำคุกยังทำให้ผู้กระทำความผิดหลายจำ ไม่กระทำความผิดซ้ำด้วย ต่อมาจึงมีการกำหนดโทษจำคุกกับการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรงด้วย จึงมีผู้ถูกจำคุกจำนวนมากจนเรือนจำไม่เพียงพอจำคุกผู้กระทำความผิด ทั้งต้องใช้บุคลากรและงบประมาณจำนวนมาก จึงมีการนำโทษกักขังมาใช้แทนสำหรับผู้กระทำความผิดไม่ร้ายแรง ในสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลียใช้การกักขังผู้กระทำความผิดไว้ในบ้านของผู้กระทำความผิดเอง หรือสถานที่ที่กำหนด โดยจะมีการติดอุปกรณ์ติดตามอิเล็กทรอนิกส์เพื่อป้องกันผู้กระทำความผิดหลบหนี ซึ่งนับว่ามีผลดีคือช่วยลดค่าใช้จ่ายของรัฐและเป็นการป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดเล็กน้อยเข้าไปอยู่ร่วมกับผู้กระทำความผิดร้ายแรงอันเป็นเหตุที่จะทำให้เกิดการเรียนรู้การกระทำความผิดจากผู้กระทำความผิดร้ายแรง

(3) การลงโทษที่กระทบต่อการดำรงชีวิตตามปกติของผู้กระทำความผิด ได้แก่ การสั่งให้ทำงานรับใช้สังคม (Community service order) ในทางต่าง ๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้กระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรงและไม่มีเจตนาร้ายได้รู้สำนึกในการกระทำของตน การลงโทษประเภทนี้มีได้ใช้เฉพาะผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น แต่ยังสามารถใช้กับผู้กระทำความผิดที่เป็นนิติบุคคลด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เช่น การสั่งให้นิติ

บุคคลที่ปล่อยมลพิษออกสู่สภาพแวดล้อมต้องไปกำจัดมลพิษต่าง ๆ ที่ตนปล่อยออกไป หรือโดยการจ่ายเงินสนับสนุนแก่องค์กรพิทักษ์สิ่งแวดล้อม เป็นต้น²² สำหรับประเทศไทยนั้นมาตรการนี้ยังไม่ถือเป็นโทษ แต่อาจถูกนำมาใช้ในการคุมประพฤติในเมื่อศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำความผิด

(4) การลงโทษที่กระทบต่อทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด ได้แก่ การปรับและการริบทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด โทษปรับเป็นโทษที่บังคับเท่ากับทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดตามที่ศาลกำหนด โดยมักจะกำหนดโทษปรับเป็นจำนวนเงินที่แน่นอน ซึ่งเป็นโทษที่ใช้กันทั่วไปในความผิดที่ไม่รุนแรง แต่การกำหนดโทษปรับที่มีอัตราสูงนั้นจะใช้ในกรณีความผิดทางเศรษฐกิจหรือความผิดที่กระทำโดยนิติบุคคล เช่น ความผิดเกี่ยวกับการค้าขายหลักทรัพย์ เป็นต้น ส่วนการริบทรัพย์สินนั้นเป็นการริบทรัพย์สินที่มีไว้เป็นความผิด หรือที่ใช้ในการกระทำความผิดหรือได้มาจากการกระทำความผิด เพื่อมิให้ผู้กระทำความผิดใช้หรือได้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นอีกต่อไป เช่น ความผิดคดียาเสพติด หรืออาชญากรรมทางเศรษฐกิจ เป็นต้น

2.2.5 ผู้ที่จะถูกลงโทษอาญา

2.2.5.1 บุคคลธรรมดา

บุคคลธรรมดานั้น เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญามีได้มีค่านิยมโดยตรงจึงอนุโลมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 ว่า บุคคลธรรมดา นั้นมีสภาพตั้งแต่คลอดและอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย

2.2.5.2 นิติบุคคลและผู้แทนนิติบุคคล

- ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล

เดิมนั้นมีข้อโต้แย้งกันว่านิติบุคคลมีความรับผิดทางอาญาได้หรือไม่ จนในที่สุดได้ข้อสรุปแล้วว่านิติบุคคลมีความรับผิดทางอาญาได้²³ แต่โทษที่จะลงแก่นิติบุคคลนั้นจำกัดเฉพาะการปรับ การริบทรัพย์สิน และการทำกิจกรรมเพื่อประโยชน์ของสังคมเท่านั้น ไม่รวมถึงการประหารชีวิต จำคุก และกักขังซึ่งโดยสภาพไม่สามารถลงแก่นิติบุคคลได้

²²Australian Law Reform Commission , Report 95 on Federal and Administrative Penalties in Australia, December 2002, p.90.

²³ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล , “ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล : การศึกษาทางกฎหมายเปรียบเทียบโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับประเทศไทย” , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527) , หน้า 23.

สหรัฐอเมริกาได้นำหลัก “*Respondeat Superior*”^{*} มาใช้ในการพิจารณาว่า ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลว่าเกิดขึ้นเมื่อใด โดยตามมาตรา 2.07 ของ Model Penal Code ที่จัดทำโดย The American Law Institute กำหนดความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลไว้ 3 กรณีดังนี้²⁴

1. ความผิดอาญานั้นกระทำโดยพนักงานของนิติบุคคลซึ่งกระทำการดังกล่าวในนามของนิติบุคคลและภายในขอบอำนาจหน้าที่ของพนักงานนั้น เว้นแต่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดของพนักงาน

2. การละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของนิติบุคคล

3. การกระทำความผิดนั้นเป็นการกระทำตามที่ได้รับมอบหมายหรือความประสงค์ของ หรือกระทำโดย หรือได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการหรือพนักงานระดับสูงซึ่งกระทำในนามของนิติบุคคลและภายในขอบอำนาจหน้าที่ของพนักงานนั้น

- ความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล

โดยที่นิติบุคคลไม่มีตัวตนและการแสดงเจตนาและกระทำการต่าง ๆ ต้องแสดงออกโดยผ่านบุคคลธรรมดาที่เป็นคณะกรรมการ (Board of Directors) คณะกรรมการบริหาร (Board of Executive Directors) ประธานเจ้าหน้าที่บริหาร (Chief Executive Officer)

* “*Respondeat Superior*” n. Latin for “let the master answer,” a key doctrine in the law of agency, which provides that a principal (employer) is responsible for the actions of his/her/its agent (employee) in the “course of employment”

²⁴Section 2.07 Liability of Corporations, Unincorporated Associations and Persons Acting, or Under a Duty to Act, in Their Behalf.

(1) A corporation may be convicted of the commission of an offense if:

(a) the offence is a violation or the offence is defined by a statute other than the Code in which a legislative purpose to impose liability on corporations plainly appears and the conduct is performed by an agent of the corporation acting on behalf of the corporation within the scope of his office or employment, except that if the law defining the offence designates the agents for whose conduct the corporation is accountable or the circumstances under which it is accountable, such provisions shall apply; or

(b) the offence consists of an omission to discharge a specific duty of affirmative performance imposed on corporations by law; or

(c) the commission of the offence was authorized, requested, commanded, performed or recklessly tolerated by the board of directors or by a high managerial agent acting in behalf of the corporation within the scope of his office or employment.

(2) When absolute liability is imposed for the commission of an offence, a legislative purpose to impose liability on a corporation shall be assumed, unless the contrary plainly appears.

etc.

etc.

หรือผู้จัดการ (Manager) ของนิติบุคคลนั้น จึงเป็นที่ยอมรับกันว่าในกรณีที่นิติบุคคลกระทำความผิดอาญา บุคคลเหล่านี้อาจมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วยโดยเป็นหรือร่วมเป็นผู้อนุมัติ อนุญาต ให้ความเห็นชอบ หรือสั่งการ ให้มีการกระทำความผิดอาญานั้นเอง หรือรู้เห็นการกระทำความผิดอาญานั้นแต่ไม่ยับยั้งหรือหาทางป้องกันการกระทำความผิดอาญานั้น และหากเกิดกรณีดังกล่าวขึ้น บุคคลเหล่านี้ควรร่วมรับผิดชอบในการกระทำนั้นด้วย

กฎหมายสหรัฐอเมริกาที่ยอมรับหลักการดังกล่าวโดยกฎหมายหลายฉบับบัญญัติให้คณะกรรมการ คณะกรรมการบริหาร ประธานเจ้าหน้าที่บริหาร หรือผู้จัดการ (Manager) แล้วแต่กรณี ของนิติบุคคลต้องรับผิดชอบอาญาในการกระทำความผิดทางอาญาของนิติบุคคลด้วย หากมีส่วนร่วมรู้เห็นกับการกระทำความผิดนั้น เช่น มาตรา 2070 (b)²⁵ แห่ง Consumer Product Safety Act (15 u.s.c) ที่บัญญัติว่า ในกรณีที่กรรมการ เจ้าหน้าที่ หรือตัวแทนของนิติบุคคลรู้เห็นหรือจงใจสั่งการหรือมอบหมายหรือลงมือกระทำการใดๆ อันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 2068 ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน โดยรู้ถึงคำสั่งของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคที่แจ้งให้ทราบถึงการที่บริษัทไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยไม่ต้องคำนึงว่านิติบุคคลจะถูกลงโทษด้วยหรือไม่ หรือมาตรา 24²⁶ แห่ง Monopolies and Combinations in Restraint of Trade (15 u.s.c.) ที่บัญญัติให้ถือว่ากรรมการ เจ้าหน้าที่ หรือตัวแทนของนิติบุคคลที่กระทำความผิดอาญาตามกฎหมายนี้ เป็นผู้กระทำความผิดอาญาตามกฎหมายนี้ด้วย เป็นต้น

²⁵ Section 2070 Criminal penalties:

(a) Any person who knowingly and wilfully violates section 2068 of this title after having received notice of non-compliance from the Commission shall be fined not more than \$ 50,000 or be imprisoned not more than one year, or both;

(b) Any individual director, officer, or agent of a corporation who knowingly and wilfully authorizes, orders, or performs any of the acts or practices constituting in whole or in part a violation of section ๒๐๖๘ of this title, and who has knowledge of notice of non-compliance received by the corporation from the Commission, shall be subject to penalties under this section without regard to any penalties to which that corporation may be subject under subsection (a) of this section.

²⁶ Section 24 Liability of directors and agents of corporation:

Whenever a corporation shall violate any of the penal provisions of the antitrust laws, such violation shall be deemed to be also that of the individual directors, officers, or agents of such corporation who shall have authorized, ordered, or done any of the acts constituting in whole or in part such violation, and such violation shall be deemed a misdemeanour, and upon conviction therefore of any such director, officer, or agent he shall be punished by a fine of not exceeding \$ 5,000 or by imprisonment for not exceeding one year, or by both, in the discretion of the court.

2.2.6 การลงโทษอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ

ความผิดทางอาญานั้นแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

Mala in se คือ เป็นความผิดที่เป็นความชั่วร้ายในตัวเอง(Bad in themselves) และความผิดเหล่านี้มักจะเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี ดังจะพบได้จากกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ด้านความสงบเรียบร้อยของคนในสังคม

Mala Prohibita คือ เป็นความผิดที่เกิดจากการฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย เช่น ในกฎหมายเกี่ยวกับเศรษฐกิจ กฎหมายด้านสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น ซึ่งในความผิดประเภทหลังแม้จะมีใช่เป็นความผิดในตัวเองก็ตาม แต่การที่รัฐต้องกำหนดโทษอาญาเอาไว้เนื่องจากคำนึงถึงผลกระทบต่อความสงบสุขส่วนรวมของสังคม โดยเกรงว่าผลกระทบจากการกระทำผิดดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อประชาชนและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ระบบเศรษฐกิจของประเทศได้ จึงต้องมีการนำเอาการลงโทษทางอาญามากำหนดเป็นสภาพบังคับและกำหนดให้ต้องรับผิดทางอาญา ซึ่งประเภทของอาชญากรรมประเภทนี้ ได้แก่ อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ เช่น ความผิด เกี่ยวกับการเงิน ทางด้านการค้า ความผิดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เป็นต้น และประเภทของโทษที่จะนำมาใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิด ส่วนใหญ่ได้แก่ โทษจำคุก และโทษปรับ

สำหรับแนวความคิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจนั้น นักอาชญาวิทยาชาวอเมริกันท่านหนึ่ง คือ Edwin H. Sutherland เป็นท่านแรกที่เรียกอาชญากรรมทางเศรษฐกิจว่า อาชญากรรมคอเชิ้ตขาว (White collar crime)²⁷ ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแนวความคิดที่ว่า เดิมนั้นผู้ที่ประกอบอาชญากรรมจะต้องเป็นบุคคลชั้นล่างหรือผู้ที่ใช้แรงงาน ประกอบอาชญากรรมที่เรียกว่า Blue Collar Crime เนื่องจากมีความจำเป็นทางเศรษฐกิจจึงต้องประกอบอาชญากรรมเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินเงินทอง หรือประโยชน์อย่างอื่น แต่ Sutherland เห็นว่าบุคคลในระดับกลางหรือระดับสูงของสังคมก็สามารถประกอบอาชญากรรมได้เช่นเดียวกัน และยังเป็นอาชญากรรมที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมและเศรษฐกิจโดยรวมยิ่งกว่าด้วย โดยอาศัยทฤษฎีที่เรียกว่า Differential Association Theory หรือทฤษฎีการคบหาสมาคมที่แตกต่าง ซึ่งทฤษฎีนี้ได้อธิบายว่า การคบหาสมาคมนั้นก่อให้เกิดการกระทำความผิดได้เนื่องจากการคบหาติดต่อกันนั้นต้องใช้เวลาาน และเมื่อเกิดความสนิทสนมกันแล้วก็จะทำให้เกิดแรงบันดาลใจในการกระทำความผิดเพราะต้องการที่จะเอาอย่างหรือเลียนแบบกัน

²⁷ วีระพงษ์ บุญโญภาส, อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), หน้า 5.

นอกจากนี้ท่าน Edwin H. Sutherland ยังมองว่าพฤติกรรมกระทำคามผิดในอาชญากรรมประเภทนี้เป็นสิ่งที่มีได้มีมาแต่กำเนิด หรือสืบทอดทางกรรมพันธุ์ ผู้กระทำคามผิดมิได้เริ่มต้นด้วยความคิดที่จะก่ออาชญากรรมทางเศรษฐกิจ หากแต่เริ่มต้นชีวิตเช่นปัญญาชนทั่วไป ที่ต้องการความมั่นคง มีรายได้สูงและมีโอกาสก้าวหน้าในการทำงาน แต่เมื่อต้องเข้าสู่วงการธุรกิจที่ต้องมีการแข่งขันสูง และทุกคนล้วนแล้วแต่มุ่งแสวงผลประโยชน์จากการประกอบอาชีพให้ได้มากที่สุด มีการติดต่อคบหาสมาคมทั้งทางตรงและทางอ้อมกับบรรดาผู้ที่มีพฤติกรรมเป็นอาชญากรบ้างแล้ว ก็จะทำให้บุคคลคนนั้นเรียนรู้และรับเอาวิธีการในการประกอบอาชญากรรมและถูกดูดกลืนเข้าสู่ระบบการกระทำคามผิด

2.2.7 ลักษณะและมาตรการการลงโทษของอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ

มาตรการที่จะนำมาใช้กับคดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจนั้นมีหลายประการได้แก่

1. มาตรการป้องกันที่เรียกว่า Notice to Victim คือเป็นมาตรการที่ให้ผู้กระทำคามผิดแจ้งให้สังคมทราบถึงวิธีการหลอกลวงหรือขั้นตอนในการกระทำคามผิดของตนเอง ส่วนมากมักจะใช้ในความผิดฐานฉ้อโกง โดยวิธีการโฆษณาคามผิดของตนเองผ่านทางสื่อต่างๆ และให้ผู้กระทำผิดเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในการโฆษณานั้นเอง
2. หลักการเรื่องคามผิดพยายามรับโทษเท่าคามผิดสำเร็จ เนื่องจากว่าการพยายามทำคามผิดในคดีประเภทนี้เป็นการยากที่จะแยกจากออกจากคามผิดสำเร็จ
3. หลักการเรื่องคามผิดฐานสนับสนุนรับโทษเท่ากับตัวการ เพราะมาจากแนวความคิดที่ว่าเป็นการสร้างคามเสียหายให้แก่สังคมเช่นเดียวกัน ดังนั้นจึงต้องรับโทษเท่ากับตัวการ
4. โทษปรับ ซึ่งใกล้เคียงกับผลตอบแทนที่ได้รับจากการประกอบอาชญากรรม
5. การริบทรัพย์ทางแพ่ง
6. การคุมประพฤตินิติบุคคล

2.2.8 ปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้โทษอาญากับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ

อุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมายกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจนั้นสามารถพิจารณาได้ ดังต่อไปนี้

1. อุปสรรคในด้านตัวผู้กระทำความผิด เนื่องจากอาชญากรในความผิดประเภทนี้ มักจะผู้ที่มีความรู้ความสามารถพิเศษเฉพาะตัวในวิชาชีพที่ตนทำอยู่ และอาศัยโอกาสนั่นเองในการกระทำความผิดซึ่งเป็นการยากที่เจ้าหน้าที่จะนำตัวผู้ผู้นั้นมาดำเนินคดี เพราะเจ้าหน้าที่ตำรวจเองอาจจะไม่มีความรู้เฉพาะด้านดีเท่ากับผู้กระทำความผิด

2. อุปสรรคในสวนของการดำเนินคดี

ในการแจ้งความร้องทุกข์ ในความผิดประเภทนี้ พบว่ากว่าที่ผู้เสียหายจะนำข้อมูลเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมก็ต่อเมื่อรู้ว่ามี ความเสียหายเกิดขึ้นกับตัวเองแล้วซึ่งมักจะเกิดหลังจากที่เวลาผ่านไปนานพอสมควรแล้วซึ่งจะต่างกับอาชญากรรมธรรมดาที่ผู้เสียหายจะแจ้งความร้องทุกข์ทันทีที่เกิดความเสียหายขึ้น เพราะว่าหากมีการนำคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเร็วเท่าใด ก็จะส่งผลต่อเรื่องของการหาพยานหลักฐาน และง่ายต่อการที่จะนำเหตุนั้นไปขยายผลต่อไป

3. อุปสรรคในแง่พยานหลักฐาน

ในการกระทำความผิดในคดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจนั้น พยานหลักฐานส่วนใหญ่จะอยู่ในความครอบครองของฝ่ายผู้กระทำความผิด อันเป็นการยากที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะ ได้มา และเมื่อได้มาแล้ว ข้อมูลส่วนใหญ่มักจะเป็นเรื่องทางเทคนิคหรือต้องใช้ความรู้เฉพาะด้าน ซึ่งทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจอาจจะต้องเวลานานในการสืบพยานเพราะต้องมีการศึกษาหาความรู้เบื้องต้นในเรื่องนั้นๆ ก่อน

ในความผิดที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจ เช่น การที่ผู้ประกอบการรวมตัวกันขึ้นราคาสินค้าจนทำให้ผู้บริโภคต้องซื้อสินค้าในราคาที่สูงขึ้น อันเป็นการกระทำตามตามมาตรา 27 (1) และเป็นความผิดตามมาตรา 54 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งมีโทษอาญาต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และในกรณี ที่กระทำความผิดซ้ำต้องระวางโทษเป็นทวีคูณ จากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ หากมีการดำเนินคดีอาญาและลงโทษจำคุกผู้ประกอบการที่ขึ้นราคาสินค้าแล้ว ก็มีโอกาสทำให้ราคาสินค้าในตลาดลดลงได้ ดังนั้นการลงโทษจำคุกในกฎหมายที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจนั้นอาจจะมีวิธีที่เหมาะสม

2.2.8 อาชญากรรมทางเศรษฐกิจกับการแข่งขันทางการค้า

จากสถิติของกองบังคับคดีการสืบสวนคดีเศรษฐกิจ นั้นพบว่าอาชญากรรมทางเศรษฐกิจนั้นส่วนใหญ่จะเป็นคดีเกี่ยวกับการการค้าพาณิชย์ การเงินการธนาคาร และยาเสพติด ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาเพียงฉบับเดียวไม่สามารถที่นำมาใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดได้ทุก

ประเภท จึงต้องมีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะความผิดแต่ละประเภทขึ้น ซึ่งตามคำสั่งของกรมตำรวจ ที่ 250/2525 โดยพลตำรวจโท ณรงค์ มหานนท์ ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2525 ได้จัดประเภทอาชญากรรมทางเศรษฐกิจที่มักพบเห็นในประเทศไทยเพื่อให้ครอบคลุมตามลักษณะอาชญากรรมที่พบจริงในปัจจุบัน สรุปได้ว่ามี เรื่องสำคัญ 5 ประเภท ดังนี้²⁸

1. ประเภทความผิดในสายงานด้านการพาณิชย์ เช่น การกักตุน การปฏิเสธการจำหน่าย การขายเกินราคา ซึ่งสินค้าควบคุม ไม่ปิดป้ายแสดงราคาสินค้า การเอาเปรียบในเชิงการค้าด้วยการดัดแปลงเครื่องชั่ง ตวง วัด เป็นต้น

2. ประเภทความผิดในสายงานด้านการสาธารณสุข เช่น การผลิต การจำหน่ายอาหารปลอม อาหารไม่บริสุทธิ์ ยาหรือเครื่องสำอางปลอม หรือผิดมาตรฐาน และการโฆษณาสรรพคุณสินค้าที่เกินจริง เป็นต้น

3. ประเภทความผิดในสายงานด้านการอุตสาหกรรม เช่น สินค้าหรือผลิตภัณฑ์ที่ไม่ได้มาตรฐาน เป็นต้น

4. ประเภทความผิดในสายงานด้านการเกษตรและสหกรณ์ เช่น การผลิต การจำหน่ายและการใช้วัตถุมีพิษทางเคมีหรือปุ๋ย

5. ประเภทความผิดในสายงานด้านการคลัง เช่น ความผิดเกี่ยวกับการเงินและธนาคารที่ธนาคารแห่งประเทศไทย ธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ เป็นผู้เสียหายหรือเป็นผู้ต้องหา รวมถึงการฉ้อโกงด้วยพันธบัตรปลอมเป็น ต้น

การป้องกันการผูกขาด ซึ่งถือว่าเป็นกิจกรรมหรือการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่อยู่ในขอบข่ายของคำสั่งกรมตำรวจ(ปัจจุบัน เป็นสำนักงานตำรวจแห่งชาติ)ดังกล่าวด้วย ซึ่งปัจจุบันเป็นงานที่อยู่ในความรับผิดชอบของกองบังคับการสืบสวนคดีเศรษฐกิจ(กองกำกับการ 3 งาน 4) โดยมีอำนาจหน้าที่สืบสวนสอบสวนการกระทำความผิดทางอาญาเกี่ยวกับมาตรฐานสินค้า มาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม การกำหนดราคาสินค้า การป้องกันการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค และการกระทำความผิดทางอาญาตามกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับเรื่องดังกล่าวทั่วราชอาณาจักร

2.2 โทษทางแพ่ง (Civil Penalty)

กฎหมายแพ่งเป็นมาตรการบังคับเพื่อใช้ในปัญหาระหว่างเอกชนและเอกชน เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม โดยมีการสร้างสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ขึ้นตามความเหมาะสมของเรื่อง ดังนั้น โทษทางแพ่ง เป็นโทษประเภทหนึ่งที่ศาลเป็นผู้กำหนดขึ้นเพื่อนำมาใช้ในวิธีพิจารณาในคดี

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 35.

แพ่ง ซึ่งโทษประเภทนี้มีมีความหมายกว้างกว่า “มาตรการขุดเซยความเสียหายตามความเป็นจริง (Punitive Sanction)” โดยลักษณะธรรมชาติของโทษทางแพ่งจะเป็นมาตรการที่บังคับกับการเงินของผู้กระทำความผิด และมีลักษณะคล้ายกับโทษปรับทางอาญา²⁹ ความรับผิดทางแพ่งจะแตกต่างกับความรับผิดทางอาญาตรงที่ ความรับผิดทางแพ่งจะเป็นการชดใช้ค่าเสียหาย (Compensate) แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำความผิด ดังนั้น ความรับผิดทางแพ่งจึงไม่เกี่ยวกับการลงโทษ แต่จะเป็นการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องเยียวยาให้แก่ผู้เสียหาย ดังนั้น เมื่อกล่าวถึงการลงโทษจึงเป็นที่เข้าใจกันว่าเป็นการลงโทษทางอาญา

วัตถุประสงค์ของการลงโทษทางแพ่งนี้ เพื่อใช้ในการป้องกันมิให้เกิดการกระทำใดการกระทำหนึ่งขึ้น โดยการกระทำนั้น ไม่มีความสัมพันธ์กับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น ในประเทศออสเตรเลียจะนำไปใช้กับกฎหมายที่เกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมที่มีเนื้อหาทางพาณิชย์ (Commercial activity) ดังเช่นการนำโทษทางแพ่งไปใช้ในกฎหมายแข่งขันทางการค้า (Trade Practices Act 1974 (Cth)) และกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม (Environmental and Biodiversity Conservation Act 1999 (Cth)) และกฎหมายเกี่ยวกับบริษัท (Corporations Act 2001 (Cth)) เป็นต้น

ประเภทของโทษทางแพ่ง สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท³⁰ ดังนี้

(1) ปรับ (Pecuniary penalty)

การปรับทางแพ่ง นี้จะแตกต่างจากการปรับทางอาญา แม้ว่าผู้ถูกปรับมีหน้าที่ต้องชำระเงินค่าปรับเหมือนกันก็ตาม โดยการปรับทางอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษผู้กระทำการอันกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่โทษปรับทางแพ่งเป็นการเพิ่มภาระแก่ผู้กระทำการอันกฎหมายห้าม (Illegal act) และไม่มี ความสัมพันธ์กับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด ดังนั้น เกณฑ์ที่จะนำมาพิจารณาใช้ในการลงโทษปรับทางแพ่งนั้นจะไม่คำนึงว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนในสังคมหรือเป็นการละเมิดศีลธรรมอันดีของคนในสังคมหรือไม่ นอกจากนี้ การ

²⁹ Australian Law Reform Commission, Report 95 on Federal and Administrative Penalties in Australia, December 2002, p.72

³⁰ ปกรณ์ นิลประพันธ์ และคณะ “ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิด และสรุปผลการศึกษากฎหมายออสเตรเลียเกี่ยวกับการลงโทษ, (เอกสารเผยแพร่สถาบันกฎหมายพัฒนาเศรษฐกิจ : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2546), หน้า 3

ปรับทางแพ่งมิใช่การมุ่งที่จะชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นตามหลัก Civil damage ซึ่งพบว่าในบางกรณีจำนวนค่าปรับทางแพ่งมีจำนวนสูงกว่าโทษปรับทางอาญา

(2) คำสั่งศาลให้ยุติการดำเนินการ (Injunction)

ลักษณะสำคัญของการออกคำสั่ง Injunction ของศาลคือ เมื่อศาลพิจารณาเห็นสมควรออกคำสั่ง Injunction แก่บุคคลใดแล้วย่อมส่งผลให้บุคคลนั้นต้องหยุดกระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือห้ามมิให้มีการกระทำความผิดนั้นซ้ำ หากมีการฝ่าฝืนคำสั่งดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นการขัดคำสั่งของศาล (Contempt of Court) ศาลอาจจะกำหนดโทษอาญาโดยการปรับไม่จำกัดจำนวนหรือลงโทษโดยไม่มีกำหนดก็ได้ ดังนั้น Injunction จึงอาจจะไม่ใช่โทษในตัวเอง แต่เป็นมาตรการเพื่อนำมาใช้ควบคู่กับโทษอื่น เช่น การปรับทางแพ่ง ดังเช่นในคดี ICI Australia Operations Pty.Ltd.v TPC Federal Court ได้วินิจฉัยว่าคำสั่งให้จำเลยยุติการดำเนินการที่เป็นปัญหาและให้ชำระค่าปรับทางแพ่งนั้นเป็นมาตรการเหมาะสมเพราะป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดนั้นซ้ำอีก

(3) คำสั่งศาลให้ชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เสียหาย (Compensation) เนื่องจากมาตรการนี้ควรใช้ในกรณีผู้กระทำความผิดได้รับประโยชน์จากการกระทำอันเป็นความผิดเพื่อมิให้ใช้เป็นช่องทางในการแสวงหาประโยชน์อันมิชอบด้วยกฎหมาย

(4) การตอบแทนชุมชน (Community service order)

การตอบแทนชุมชนที่เป็นโทษทางแพ่งนี้ใกล้เคียงกับการตอบแทนชุมชนที่เป็นการลงโทษทางอาญา โดยแตกต่างกันที่วัตถุประสงค์ของการลงโทษในการมุ่งที่จะเพิ่มภาระแก่ผู้กระทำการอันกฎหมายห้าม (Illegal act) โดยไม่มีความสัมพันธ์กับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด

สำหรับการตอบแทนชุมชนในทางแพ่งนี้มีข้อดี คือ สามารถบรรเทาความเสียหายของผู้เสียหายได้จริงและยังเป็นการลดภาระแก่หน่วยงานของรัฐในการบรรเทาความเสียหาย นอกจากนี้ ศาลสามารถมีคำสั่งให้กระทำการที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ ซึ่งสามารถปรับเปลี่ยนได้ตามความถนัดของผู้กระทำความผิด กรณีที่เป็นโทษปรับผู้กระทำความผิดสามารถผลัดภาระไปยังผู้บริโภครได้โดยไม่รู้สึกรู้สึกร แต่การปฏิบัติตามคำสั่งให้บริการสังคมนั้น แม้ผู้กระทำความผิดยังสามารถผลัดภาระไปยังผู้บริโภครได้อยู่ แต่อย่างน้อยที่สุดสังคมก็ได้รับประโยชน์ตอบแทนคืนอย่างเป็นรูปธรรม อย่างไรก็ตาม การตอบแทนชุมชน

อย่างไรก็ตามในปัจจุบันมีการนำโทษอีกประเภทหนึ่ง มาบังคับใช้แทนโทษอาญาและโทษทางแพ่ง ซึ่งในปัจจุบันมีแนวโน้มว่าจะมีการนำมาบังคับใช้มากขึ้น ซึ่งโทษประเภทนี้คือ "โทษทางปกครอง"

2.3 โทษทางปกครอง

การนำโทษทางปกครองมาใช้เกิดมาจากแนวคิดที่ว่า การลงโทษอาญานั้นไม่สามารถใช้ในการบังคับการให้มนุษย์ปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างแท้จริง รวมทั้งไม่สามารถใช้ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดได้อย่างแท้จริง อีกทั้งยังเป็นช่องทางเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ทุจริตใช้เป็นช่องทางในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ดังนั้น หลายประเทศจึงได้พัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับโทษทางปกครองขึ้นเพื่อนำมาใช้แทนโทษอาญา

โทษทางปกครอง หมายถึง โทษที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองลงแก่ผู้กระทำการอันเป็นฝ่าฝืนกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ และคำสั่งทางปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การบริการสาธารณะสามารถดำเนินต่อไปได้³¹ โทษทางปกครองจึงมีลักษณะที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่

1. กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองที่จะมีคำสั่งลงโทษผู้กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ และคำสั่งทางปกครองอย่างชัดแจ้ง ซึ่งฝ่ายปกครองนั้นนอกจากหมายถึงหน่วยงานของรัฐแล้ว ยังรวมถึงองค์กรเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจมหาชนในการจัดทำบริการสาธารณะด้วย เช่น องค์กรวิชาชีพ
2. ฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งลงโทษได้เองโดยไม่ต้องฟ้องศาล
3. การลงโทษทางปกครองมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองดูแลรับผิดชอบสามารถดำเนินการได้ทันที

ศาสตราจารย์คณิต ณ นคร ได้ให้ความหมายของ มาตรการทางการปกครองหรือ มาตรการทางบริหาร (Administrative Method) ว่าหมายถึงมาตรการที่รัฐเป็นผู้กำหนดบังคับเอา กับผู้กระทำความผิด โดยการกระทำความผิดนั้นเป็นการกระทำความผิดเงื่อนไขใดอย่างหนึ่งที่รัฐกำหนดขึ้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาใช้บังคับ มาตรการบังคับทางปกครองมีหลายอย่าง ขึ้นอยู่กับการกระทำการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น แต่เดิมเรียกว่า สิ้นไหมพินัย หรืออาญาสิ้นไหม หรือพินัยอาญา ซึ่งคำเหล่านี้หมายถึงมาตรการทางการปกครองที่รัฐใช้บังคับกับผู้กระทำความผิด

³¹ Sarot (M.J), *rapport general-collogue des juridictions administrative europeene de 1972 sur La sanction administrative*, (http://193.191.217.21/collogia/1972/gen_report_2_fr.pdf) online available for 12 December 2003.

สรุปได้ว่ามาตรการบังคับทางปกครองที่มีตามกฎหมายไทยได้แก่

(1) ภาคทัณฑ์ เช่น กรณีที่สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ สั่งภาคทัณฑ์ผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์ซึ่งมีพฤติกรรมอันเป็นการเข้าข่ายเป็นลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

(2) ตำหนิโดยการเปิดเผยต่อสาธารณชน

(3) ปรับทางปกครอง ค่าปรับทางปกครองนั้นจะแตกต่างกับค่าปรับทางอาญา เนื่องจากค่าปรับทางปกครองนั้นจะเป็นการลงโทษผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการฝ่าฝืนดังกล่าวอาจจะมีได้เกิดจากการมีเจตนาชั่วร้ายอันจะเป็นเหตุให้ต้องรับผิดทางอาญา ดังที่มีการบัญญัติเรื่องค่าปรับทางปกครองไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในการที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการกำหนดค่าปรับทางปกครองในกรณีที่มีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง (มาตรา 58)³²

(4) จำกัดการประกอบการ

(5) พักการประกอบการที่ได้รับใบอนุญาต ที่ได้จดทะเบียน หรือที่ได้รับความเห็นชอบภายในระยะเวลาที่กำหนด

(6) เพิกถอนใบอนุญาต การจดทะเบียน หรือการให้ความเห็นชอบ

อนึ่ง มาตรการทางปกครองทั้งหกประการนี้สามารถนำมาบังคับใช้และลงโทษได้ทั้งแก่บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ทั้งนี้ ในการสั่งลงโทษมาตรการทางปกครองนั้น ต้องคำนึงถึงพฤติการณ์ของการกระทำ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น ตลอดจนความหนักเบาของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดด้วย ซึ่งปัจจุบัน พบว่า มีการนำโทษทางปกครองมาบัญญัติเป็นมาตรการในการลงโทษร่วมกับโทษทางอาญาและโทษทางแพ่งมากขึ้น เช่น ในพระราชบัญญัติ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³² มาตรา 58 คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นกระทำ ถ้าผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) เจ้าหน้าที่เข้าดำเนินการด้วยตนเองหรือมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทนโดยผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองจะต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายและเงินเพิ่มในอัตราร้อยละยี่สิบห้าต่อปีของค่าใช้จ่ายดังกล่าวแก่เจ้าหน้าที่

(2) ให้มีการชำระค่าปรับทางปกครองตามจำนวนที่สมควรแก่เหตุแต่ต้องไม่เกินสองหมื่นบาทต่อวัน

สัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546³³ พระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีการบัญญัติเรื่องโทษทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะและมีการกำหนดแยกฐานความผิดว่าความผิดใดสมควรได้รับโทษอาญาหรือโทษปกครอง จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ารัฐได้มีการพิจารณาและปรับปรุงรูปแบบและลักษณะของโทษให้เหมาะสมกับเนื้อหาของการกระทำความผิดมากยิ่งขึ้น อันจะส่งผลให้บรรลุถึงเจตนารมณ์ของการลงโทษมากขึ้นด้วย



ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³³ พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 มาตรา 111 โทษทางปกครอง มีดังต่อไปนี้

- (1) ภาคทัณฑ์
- (2) ตำหนิโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน
- (3) ปรับทางปกครอง
- (4) จำกัดการประกอบการ
- (5) พักการประกอบการที่ได้รับใบอนุญาต ที่ได้จดทะเบียน หรือที่ได้รับความเห็นชอบภายในระยะเวลาที่กำหนด
- (6) เพิกถอนใบอนุญาต การจดทะเบียน หรือการให้ความเห็นชอบ