



การกักกันตามกฎหมายต่างประเทศ

การกักกันซึ่งเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยอย่างหนึ่งที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มีแนวความคิดพื้นฐานมาจากทฤษฎีทางอาชญาวิทยาหนึ่งซึ่งเรียกว่า "ทฤษฎีป้องกันสังคม (Social Defence Theory)" การที่จะเข้าใจระบบและวิธีการกักกันได้เป็นอย่างดี และนำมาใช้แก่ผู้กระทำผิดคดีนี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด จำต้องมีความเข้าใจในทฤษฎีป้องกันสังคมที่กล่าวนี้เสียก่อน ดังนั้นในบทนี้ นอกจากจะศึกษาเรื่องแนวความคิดและทฤษฎีป้องกันสังคม ซึ่งเป็นแนวความคิดทางด้านอาชญาวิทยาแล้ว จะได้ศึกษาแนวความคิดในการที่จะดำเนินการกับผู้กระทำผิดคดีนี้ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยความสอดคล้องต้องกันกับแนวความคิดทางด้านอาชญาวิทยาหรือไม่ ตลอดจนจะได้ศึกษาระบบการกักกันตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายของต่างประเทศทั้งในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายและในประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบจารีตประเพณี เพื่อจะได้ทำการหาจุดดีและข้อบกพร่องของกฎหมายในประเทศนั้น ๆ อันอาจนำมาซึ่งการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาของเราในเรื่องการกักกันต่อไปในอนาคตได้

2.1 แนวความคิดในเรื่องการกระทำผิดคดีนี้

2.1.1 วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา

ระบบกฎหมายอาญาสมัยใหม่ ไม่ว่าจะ เป็นของประเทศใดก็ตามจะต้องมีวัตถุประสงค์สำคัญอย่างน้อย 3 ประการ ได้แก่¹

¹ John Caplan, Criminal Justice: Introductory Cases and Materials (New York: The Foundation Press, 1973), p.70 ในบางตำราอาจจำแนกวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา (prime objective of the Criminal Law) ไว้แตกต่างจากนี้ เช่น ท่านศาสตราจารย์ เจ.ซี.สมิธ (J.C. Smith) แยกวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาเป็น 6 ประการ คือ 1) แก่แค้นและทดแทนในการที่มีการละเมิดข้อที่อาจดำเนินคดีได้ทางศีลธรรมบางประการ (moral blameworthiness) 2) แก่แค้นทดแทนต่ออันตรายที่ผู้กระทำความผิดกระทำต่อสังคมและผู้เสียหาย 3) ค่าพิพากษาโทษต้องได้สัดส่วนและเหมาะสมกับความผิด 4) ผดุงความยุติธรรมและความเท่าเทียมกันของบุคคลในสังคม 5) ป้องกันให้สังคมปลอดภัย และ 6) แก้ไข ปรับปรุงผู้กระทำผิดให้กลับตัวเป็นคนดี ดู J.C. Smith and Brian Hogan, Criminal Law, 4th ed (Butterworths:

- 1) เพื่อนำบุคคลที่เป็นภัยออกจากสังคม หรือ เพื่อป้องกันให้สังคมปลอดภัย
- 2) เพื่อยับยั้งมิให้บุคคลอื่นเอาเปรียบอย่าง
- 3) เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำผิดกลับตัวเป็นคนดี โดยสังคมเป็นผู้ช่วยเหลือ และ
 อาศัยวิธีการต่าง ๆ เช่น การให้การศึกษา การฝึกหัดอาชีพ เป็นต้น

วัตถุประสงค์ 3 ประการนี้เป็นวัตถุประสงค์หลักในระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ยังมีข้อโต้แย้งกันอยู่มากกว่า ควรจะรวมวัตถุประสงค์ในเรื่องการแก้แค้นทดแทน (retribution) ลงไปด้วยหรือไม่ ความเห็นของนักอาชญาวิทยาปัจจุบันเห็นว่า การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนนั้นไม่สมควรเป็นวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายอาญาต่อไปแล้ว² แต่ความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่ ยังคงเห็นว่า การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน ยังคงเป็นวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายอาญาอยู่แม้ในปัจจุบันนี้ โดยเห็นว่า มนุษย์ทุกคนมีเจตน์จำนงเสรี (Free will) ที่จะกระทำสิ่งใด ๆ ก็ตามที่ตนสมัครใจ ดี หรือ ชั่ว แม้ปัจจัยทางเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมของผู้กระทำจะมีส่วนในการกระตุ้นให้ผู้กระทำมีแนวโน้มที่จะทำสิ่งที่ถูกหรือผิดได้ก็ตาม ก็ไม่มีอะไรบังคับเจตน์จำนงเสรีของมนุษย์ได้ เมื่อบุคคลหนึ่งเลือกที่จะทำสิ่งที่ผิด ละเมิดต่อบรรทัดฐานของสังคม เขาก็ต้องได้รับโทษเป็นการตอบแทนความยุติธรรมที่ถูกประทุษร้าย ส่วนความคิดว่า วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาว่า เป็นการป้องกันสังคม หรือ เพื่อยับยั้งมิให้บุคคลอื่นทำความผิดซ้ำอีกแล้วแต่มีความสำคัญลำดับรองลงมาทั้งนั้น³

² ประธาน วัฒนาวณิชย์, "แนวความคิดในการลงโทษ" วารสารนิติศาสตร์ 21

(2524) :1

³ ดู หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1 (กรุงเทพมหานคร:

โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 341, ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา ภาคสอง: บทบาททางประวัติศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: มิดรนาการพิมพ์, 2526), หน้า 158-159, Immanuel Kant, "Justice and Punishment", in Philosophical Perspective on Punishment (Albany: State University of New York Press, 1972), pp.104-105.

แบรดลีย์ (Bradley)⁴ นักปรัชญาชาวอังกฤษเคยย้ำประเด็นโต้เถียงกันในเรื่องนี้โดยตรงไปตรงมาว่า "ในความคิดของคนทั่วไป จะมีความรู้สึกว่าการลงโทษเป็นของคู่กับการกระทำผิด ถึงแม้ว่าการลงโทษจะมีประโยชน์หรือผลอะไรตามมาก็ตามที สิ่งเหล่านั้นล้วนเป็นเพียงเปลือกนอกเท่านั้น โดยเนื้อหาแล้วการที่บุคคลต้องรับโทษก็ เนื่องจากการกระทำผิดของเขานั้นเอง"

ตามความเห็นของฝ่ายที่เห็นว่า การแก้แค้นทดแทนยังคงเป็นวัตถุประสงค์สำคัญของกฎหมายอาญา แม้ว่าจะ เป็นความคิดเก่าของนักอาชญาวิทยาสันตติยยุคแรกเริ่มก็ตาม แต่ก็มี เหตุผลที่น่ารับฟังอยู่มาก แม้ว่าหลักวิชาอาชญาวิทยาสันตติยยุคใหม่จะวิวัฒนาการไปเพียงไร แต่ความเชื่อของสังคมก็ยัง เห็นว่ากฎหมายอาญามี วัตถุประสงค์หลักคือ แก้แค้นทดแทนต่อผู้กระทำผิดแทนผู้เสียหายนั่นเอง ส่วนข้อที่ว่าวัตถุประสงค์ของ กฎหมายอาญาในข้อนี้จะมีข้อหาในแง่ที่ว่า การลงโทษอาจจะขึ้นอยู่กับอารมณ์และความโกรธแค้นต่อผู้ กระทำผิด ก็ เป็นปัญหาว่าวัตถุประสงค์ข้อนี้ดีหรือไม่ดีต่างหาก ซึ่งก็มีทางแก้ไขโดยใช้ทฤษฎีการลง โทษเพื่อให้อรรถสอดคล้องกับวัตถุประสงค์อื่น ๆ อีกสามข้อมาพิจารณาประกอบกันไป เพื่อลดความรุนแรง และความ เข้มงวดของวัตถุประสงค์ในเรื่องการตอบแทนแก้แค้นลงไปได้

2.1.2 แนวความคิดและทฤษฎีทางอาชญาวิทยาในการจัดการกับผู้กระทำผิดคดีนิสัย

2.1.2.1 ทฤษฎีป้องกันสังคม

ตามที่กล่าวแล้วว่า นักอาชญาวิทยาเดิมมีความเห็นว่า มนุษย์มีเจตน์งานอิสระ ที่จะเลือกกระทำสิ่งใด ๆ ทั้งดีและชั่วก็ได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ การที่บุคคลกระทำผิด เขาจะต้องได้รับการ ลงโทษเป็นการแก้แค้นทดแทนการกระทำของเขา ดังนั้น ตามความเห็นของนักอาชญาวิทยาเดิมซึ่งใน ทางตำราเรียกว่านักอาชญาวิทยายุคคลาสสิก (classical school) จุดประสงค์ของการลงโทษก็คือ การตอบแทนแก้แค้นที่ เป็นธรรมนั่นเอง

⁴ Jerome Michael and Herbert Wechler, Criminal Law and its Administration (Chicago: The Foundation Press Inc, 1940), p.7.

ต่อมา เมื่อศาสตร์ทางด้านอาชญาวิทยาเจริญมากขึ้น แนวความคิดที่จะใช้การลงโทษเพื่อตอบแทนแก่แค้นผู้กระทำความผิด หรือเพื่อข่มขู่ หรือปราบอาชญากรรมได้กลายเป็นสิ่งที่ค่อนข้างจะทันสมัยเกิดแนวความคิดทางอาชญาวิทยาใหม่ ๆ ขึ้นหลายทฤษฎี แต่ที่มีผู้อ้างถึงมากในระยะเวลาหลังคือแนวความคิดที่จะใช้การลงโทษเพื่อการคุ้มครองป้องกันสังคม เข้ามาแทนที่การลงโทษเพื่อแก้แค้นหรือข่มขู่ ต้นกำเนิดแนวความคิดนี้มาจากนักอาชญาวิทยาชาวเยอรมันชื่อ ฟรันซ์ ฟอน ลิสต์ (Franz Fon Liszt) และนักอาชญาวิทยาชาวฮอลันดาชื่อแวน ฮาเมล (Van Hamel)⁵ ทั้งสองได้ร่วมกันก่อตั้งสภากฎหมายอาญาสากล (International Union of Criminal Law) ขึ้นในปี ค.ศ. 1889 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อชี้แนวทางที่กฎหมายอาญาควรจะเป็นและ เบนความสนใจของบุคคลมาสู่แนวความคิดป้องกันสังคม ทฤษฎีป้องกันสังคม เริ่มแรกมีจุดมุ่งหมายที่จะให้เกิดความแน่ใจในความปลอดภัยในชีวิตทรัพย์สินและชื่อเสียงของบุคคลในสังคม จึงหันมาพิจารณาความเป็นอันตรายของผู้กระทำความผิด (dangerousness of offenders) มากกว่าที่จะมุ่งเน้น เรื่องเจตน์เจานงเสรีของผู้กระทำความผิด นักกฎหมายยุคคลาสสิกกระทำกัน ฉะนั้น มาตรการที่จะนำมาใช้ในการคุ้มครองป้องกันสังคมจึงออกมาในรูปของมาตรการป้องกัน (preventive measure) มากกว่าการลงโทษและในภายหลังได้มีการขยายเพิ่มเติมออกไปสู่มาตรการป้องกันก่อนการกระทำความผิด (ante delictum) มีผลทำให้ความคิดในเรื่องนี้ได้รับการอภิปรายและโต้แย้งอย่างกว้างขวาง

ในปี ค.ศ. 1948 สหประชาชาติ ได้ก่อตั้ง the Social Defense Section of the United Nations ขึ้น และได้มีมติในเรื่องการป้องกันสังคมว่า เป็นการป้องกันอาชญากรรมและแก้ไขผู้กระทำความผิด โดยเป็นการเพิ่มเติมจากความคิดหลักขึ้นมาอีกประการหนึ่งจากทฤษฎีเดิมที่มุ่งเฉพาะการป้องกันสังคมจากอาชญากรรมเท่านั้น จากจุดนี้เป็นต้นมาจึงเริ่มเข้าสู่ยุคใหม่ของแนวความคิดป้องกันสังคม

มาร์ค แอนเซล (Marc Ancel) ผู้พิพากษาแห่งศาลสูงของประเทศฝรั่งเศสและศาสตราจารย์สถาบันกฎหมายอาญา เปรียบเทียบแห่งมหาวิทยาลัยปารีสได้สรุปแนวความคิดของทฤษฎีนี้ไว้ ดังนี้ ⁶

⁵ Marc Ancel, Social defence (London: Routledge&Keagan Paul, 1965) pp.44-70.

⁶ Marc Ancel, Social defence, pp, 78-87 และดู ประเสริฐ เมฆมณี, หลักทัณฑ์วิทยา (บริษัท บพิธการพิมพ์ จำกัด : กรุงเทพมหานคร, 2533), หน้า 94.

- 1) การป้องกันสังคม เป็นการใช้มาตรการป้องกันอาชญากรรมในลักษณะ เป็นระบบก้าวหน้า นอกเหนือไปจาก การใช้กฎหมายอาญาในระบบจารีตนิยม (The Traditional Criminal Law)
- 2) การพิจารณาพิพากษาคดีลงโทษผู้กระทำผิด ไม่อาจที่จะตัดสินได้โดยหลักกฎหมายหรือ มนุษยธรรมเพียงประการเดียว จำเป็นจะต้องยึดมั่นในกระบวนการศึกษาพฤติกรรมของผู้กระทำผิด เป็น รายบุคคล และปรากฏการณ์ของอาชญากรรมในสังคมนั้น ๆ ประกอบกันไปด้วย
- 3) การป้องกันสังคม เป็นการมุ่งส่งเสริมการใช้นโยบายอาญาที่สม เหตุผล และ เน้นย้ำการ ใช้หลักการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคล เพื่อมุ่งหวังต่อการฟื้นฟูบูรณาภาพทางสังคมของผู้กระทำผิด อย่างมีระบบ (The Systematic Resocialization of the Offender) ต่อเนื่อง หรือนัยหนึ่ง คือ มุ่งที่จะให้ผู้กระทำผิดกลับตัวเป็นคนดีเข้าสู่สังคมได้อีก

จะเห็นได้ว่า ทฤษฎีป้องกันสังคมไม่ถือหลักที่ว่าผู้กระทำผิดมีจิตใจอิสระ เหมือนสำนักกฎหมาย คลาสสิกต่อไปแต่ถือว่าพฤติกรรมแวดล้อมภายนอกอาจทำให้มนุษย์กระทำความผิดทางอาญา เมื่อไม่ถือว่า ในการกระทำความผิดอาชญากรรมมนุษย์มีจิตใจอิสระดังกล่าวแล้ว การลงโทษผู้กระทำผิดทางอาญาจึงไม่ควร เป็นการตอบแทนแก้แค้น แต่ควรจะเป็นวิถีทางที่จะป้องกันมิให้มี การกระทำความผิดเกิดขึ้นอีก ทฤษฎีป้องกันสังคมยุคใหม่อธิบายถึงสาเหตุของอาชญากรรมว่าเป็นการแสดงออกซึ่งบุคลิกภาพของแต่ละบุคคล ซึ่งจะ แตกต่างกันไปตามสถานการณ์ ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงทางสังคมเข้ามาประกอบด้วย ฉะนั้น ทฤษฎีนี้จึงให้ ความสำคัญแก่การแบ่งแยกผู้กระทำความผิดออกเป็นจำพวก (Classification of offender) ด้วย ดังต่อไปนี้

(1) ผู้กระทำความผิดเป็นครั้งคราว (Occasional offender) ผู้กระทำผิดประเภทนี้ปกติแล้ว จะเป็นผู้เคารพกฎหมาย บุคคลประเภทนี้ไม่ใช่อาชญากร หรือผู้ร้ายโดยแท้จริง การกระทำความผิดเกิดขึ้นโดยไม่ได้ตั้งใจที่จะฝ่าฝืนระเบียบของสังคมแต่ประการใดเลย เช่น ผู้ขับรถชนคนตายหรือบาดเจ็บโดย ประมาท หรือได้แก่ผู้กระทำความผิดเพราะความจำเป็น เช่น ยากจนขึ้นมากก็ไปลักทรัพย์เขา หรือ ถูกย่ำ โทษสะกิดชกต่อผู้อื่น หรือกระทำให้ไปเพื่อป้องกันเกียรติยศชื่อเสียงของตัวเอง เช่น ภริยาของผู้กระทำผิดถูกลวนลาม ก็เลยทำร้ายผู้ลวนลามจนถึงตาย การกระทำความผิดอาญาของผู้กระทำผิดชนิดนี้มักจะ เกิดจากมูลเหตุจริงใจ ภายนอก ดังนั้น การลงโทษผู้กระทำความผิดประเภทนี้ควรจะลงโทษพอที่จะให้ผู้กระทำความผิดหวาดกลัวเท่านั้น

(2) ผู้กระทำความผิดโดยฐานะหรือโดยถาวร (permanent offender) ผู้กระทำความผิดชนิดนี้ ได้แก่ พวกที่กระทำความผิดเพราะมีลักษณะพิเศษ และ ความโน้มเอียงเป็นพิเศษที่จะกระทำความผิด อาศัยอยู่เสมอ ๆ ส่วนมูลเหตุจูงใจภายนอกที่จะใช้กระทำความผิดนั้นมีเพียงเล็กน้อย ผู้กระทำความผิดชนิดนี้เป็นผู้กระทำความผิดชนิดเรื้อรัง ในทางอาชญาวิทยาถือว่าบุคคลพวกนี้เป็นผู้ช่วยพวกหนึ่ง ผู้กระทำความผิดประเภทนี้ได้แก่ อาชญากรอาชีพ (professional criminal) ซึ่งตลอดชีวิตของเขาจะไม่ยอมประกอบอาชีพสุจริตเลยเพราะเห็นว่าลำบากและมีรายได้น้อย และ ผู้กระทำผิดติดนิสัย (habitual offender) ซึ่งจะกล่าวในรายละเอียดต่อไป

สำหรับการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยฐานะต้องแยกพิจารณาดังต่อไปนี้

- ก) ถ้าเป็นชนิดที่สามารถกลับตนได้ก็ต้องลงโทษในทางที่จะให้กลับตนเป็นคนดี
- ข) ถ้าเป็นชนิดที่ไม่สามารถกลับตนได้ การลงโทษควรจะเป็นวิธีที่แยกผู้กระทำความผิดให้ห่างจากสังคม เพราะถ้าบุคคลเช่นว่านี้กลับเข้าสู่สังคมเมื่อใด ก็จะต้องกระทำความผิดขึ้นอีกเมื่อนั้น

2.1.2.2 ความหมายและคำจำกัดความของผู้กระทำผิดติดนิสัย (Habitual Offender)

ความหมายของคำว่า "ผู้กระทำผิดติดนิสัย" ในทางอาชญาวิทยามีนักอาชญาวิทยาหลายท่าน^๘ ได้ให้คำจำกัดความของผู้กระทำผิดติดนิสัยว่า หมายถึงบุคคลที่ไม่สามารถปรับหรือปฏิบัติ

^๘ Marshall B. Clinard, Sociology of Deviant Behavior, 4th ed. (New York: Holt, Rinehart and Winston, 1974), pp.40 - 41. สำหรับภาษาไทยอ้างตามแนวของคลินาร์ด ดู พลตรีชาย เสวีกุล, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2511), หน้า 18 - 21. อาจารย์พลตำรวจตรีชาย ฯ ยังได้ยกตัวอย่างของนาย Victor F. Nelson ซึ่งเขียนเล่าชีวิตที่เข้า ๆ ออก ๆ ระหว่างคุกกับโลกภายนอกไว้ในหนังสือ Prison Days and Nights และดู สุดสงวน สุธีสร, อาชญากรรม ความหมาย ขอบเขต และทฤษฎี, (กรุงเทพมหานคร: คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2529), หน้า 34, สุวิทย์ นิ่มน้อยและคณะ, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, พ.ศ. 2524), หน้า 13.

คนให้ เข้ากับมาตรฐานของสังคมได้ไม่เกิดความ เบียดหลาบ เมื่อต้องโทษ และจะประกอบอาชญากรรมซ้ำอีก เมื่อมีโอกาสโดยไม่ว่าหนึ่งถึงว่าผลที่เกิดขึ้นจะเป็นอย่างไร ผู้กระทำผิดประเภทนี้ ทางกรมแพทย์พบว่าผู้กระทำผิดไม่มีความผิดปกติทางร่างกายและจิตใจแต่แรกเกิด ไม่มีลักษณะแนวโน้มไปในทางที่ชั่วร้าย แต่พบว่าสิ่งที่ผลักดันให้บุคคลกลายเป็นอาชญากร เกิดจากความบกพร่องทางร่างกาย และจิตใจภายหลังที่ถูกสภาวะบีบคั้นบังคับบีบบังคับให้มีพฤติกรรมที่ผิดปกติไปทีละ เล็กทีละน้อย อาชญากรหรือผู้กระทำผิดชนิดนี้เสียบางคนมาจากตระกูลที่ดี มีการศึกษา แต่ไปคบหาสมาคมกับพวกมิจฉาชีพ หรืออาจเป็นเพราะความฟุ่มเฟือยในการใช้จ่ายของตนเองจึง เป็นเหตุให้เริ่มหารายได้จากการทุจริตมาใช้จ่ายจนเคยตัว นานเข้าก็เลยกลายเป็นผู้ร้ายชั้นสูงทำการล่อลวง และฉ้อโกงเป็นอาชีพ มักจะเป็นที่รู้จักกันดีในบรรดาเจ้าหน้าที่ของกระบวนการยุติธรรม ทั้งตำรวจ อัยการ ศาลและเรือนจำ เพราะคนประเภทนี้ทำผิดบ่อย ๆ และส่วนมากมักจะเป็นผู้ติดยาเสพติดหรือติดสุราด้วย

นอกจากนั้น ความหมายของคำว่า "ผู้กระทำผิดชนิดนี้" ตามคำจำกัดความในพจนานุกรมกฎหมายได้บรรยายไว้ว่าหมายถึง "บุคคลซึ่งกระทำผิดในทางอาญาอยู่เสมอ และต้องคำพิพากษาให้ลงโทษสำหรับความผิดนั้นและมีหลักฐานแสดงว่า การก่ออาชญากรรมเป็นวิถีทางปกติสำหรับการดำเนินชีวิตของบุคคลประเภทนี้" ⁹

โดยเหตุที่วิธีการ เพื่อความปลอดภัย เป็นวิธีการที่มีความมุ่งหมายในการป้องกันสังคมจากผู้กระทำผิดชนิดนี้ด้วยประการหนึ่ง ซึ่งการกักกันก็เป็นมาตรการหนึ่งในการจัดการกับอาชญากรประเภทนี้ ดังนั้นในการจำกัดความผู้กระทำผิดชนิดนี้ก็ย่อมจะต้องพิจารณาถึง "สภาพที่เป็นอันตรายของผู้กระทำผิด" ด้วย ในทางอาชญาวิทยาหมายถึง การที่บุคคลสามารถกระทำผิดกับการที่บุคคลนั้นจะปรับปรุงแก้ไขให้ดีขึ้นได้ซึ่งจะต้องพิจารณาพร้อมกันไปในการกำหนดมาตรการที่จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้น¹⁰

⁹ David M. Walker, The Oxford Companion to Law (Oxford : Clarendon Press, 1980), P.547.

¹⁰ โกวเมน ภัทรภิมย์, คำบรรยายประมวลกฎหมายอาญาลักษณะวิธีการเพื่อความปลอดภัย, หน้า 42-43.

แนวความคิดนี้มาจากนักกฎหมายสำนัก Positiviste ซึ่งได้เสนอในการประชุมระหว่างประเทศเกี่ยวกับกฎหมายอาญา (L' Union internationale de droit penal) แนวความคิดนี้ยึดหลักบุคคลซึ่งโดยประวัติทางกรรมพันธุ์ (antecedent hereditaire) โดยลักษณะการดำรงชีพของผู้ นั้น (habitudes de vie) หรือโดยอาการทางสรีระวิทยาบางอย่าง (Trouble physiologique) มีอาการที่เป็นอันตราย ซึ่งอาจทำให้บุคคลนั้นเป็นภัยต่อสังคมอาการนี้อาจพบได้โดยทางการแพทย์ ก่อนที่บุคคลนั้นจะกระทำผิด เมื่อตรวจพบแล้วก็ เป็นการเพียงพอที่จะดำเนินการลงโทษหรืออย่างน้อยก็ใช้วิธีการ เพื่อความปลอดภัยแก่บุคคลนั้น

การใช้ระบบอาการที่เป็นอันตรายของผู้กระทำความผิดก้าวไปไกลกว่าระบบคำพิพากษาที่ไม่มีการกำหนดตายตัวและมีผลกระทบกระเทือนต่อหลักที่ว่า โทษต้องเป็นไปตามกฎหมาย (legalite des peines) ดังนั้น โดยหลักการแล้วระบบนี้ย่อมเป็นที่ยอมรับได้ เพราะบุคคลบางคนที่ยังไม่ได้กระทำความผิดใด ๆ ก็อาจมีอาการเป็นอันตรายได้ แต่สิ่งสำคัญที่จะต้องคำนึงถึงก็คือ จะต้องสามารถทราบอาการที่เป็นอันตรายนี้ได้อย่างแน่ชัด ซึ่งในปัจจุบันนี้เป็นที่น่าเสียดาย การตรวจทางแพทย์และจิตวิทยาสังคม (medicosocio-psychologique) ยังไม่สามารถกระทำได้ถึงเพียงนั้น อีกประการหนึ่งถ้าการกำหนดอาการอันเป็นอันตราย โดยไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย แต่เป็นการกำหนดเอาตามที่เห็นสมควรจะเป็นเหตุให้ใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยไม่ได้ และยิ่งกว่านั้นถ้าวิธีการเพื่อความปลอดภัยจะสามารถบังคับใช้แก่บุคคลได้โดยการวินิจฉัยของฝ่ายบริหารแล้ว เสรีภาพของบุคคลนั้นจะเป็นอันตรายมาก

ส่วนงานแห่งของนักทัณฑ์วิทยาถือว่า ถ้ากระทำผิดซ้ำถึง 4 ครั้ง มักเป็นผู้ที่หากินโดยทุจริตตลอดไป ฉะนั้นการลงโทษแก่อาชญากรรมประเภทนี้ เพื่อเป็นการยับยั้งหรือข่มขู่ไม่ให้ เขากระทำผิดอีกไม่มีทางที่จะเป็นผลขึ้นมาได้ เพราะบุคคลประเภทนี้มีความชั่วติดอยู่ในบุคลิกภาพ จึงต้องใช้มาตรการพิเศษที่จะจัดการกับผู้กระทำผิดประเภทนี้

ความหมายของ "ผู้กระทำผิดติดนิสัย" กับ "ผู้กระทำความผิดซ้ำ" มักมีผู้ใช้ปะปนกันไป ซึ่งสามารถแยกให้เห็นความแตกต่างของคำจำกัดความทั้งสองคำได้ดังนี้

1. ผู้กระทำผิดซ้ำคือผู้ที่กระทำความผิดหลายครั้ง ซึ่งอาจกระทำโดยความไม่หวั่นเกรงหรือเบ็ดหลาบต่อโทษ ซึ่งมีสาเหตุจากโทษนั้นเบาหรือไม่น่าเกรงกลัว หรือเป็นการกระทำความผิดเพราะความจำเป็น ส่วนผู้กระทำผิดติดนิสัย เป็นผู้กระทำผิดโดยการกระทำเป็นวิถีทางปกติสำหรับการดำเนินชีวิต มีลักษณะความเป็นอันตรายมากกว่าผู้กระทำผิดซ้ำ ผู้กระทำผิดซ้ำ อาจไม่ใช่ผู้กระทำผิดติดนิสัย ส่วนผู้กระทำผิดติดนิสัยจะสามารถกระทำผิดซ้ำได้เสมอ

2. ผู้กระทำผิดคดีนิตินัย เป็นผู้กระทำผิดอาญาโดยเจตนาเสมอ ไม่ว่าจะ เป็นความผิด สำเร็จหรือขึ้นพยายาม แต่ผู้กระทำผิดความผิดซ้ำนั้น ตามกฎหมายไม่คำนึงว่าจะ เป็นความผิดโดยเจตนาหรือ ประมาทก็ได้

3. ในทางอาชญาวิทยา ผู้กระทำผิดคดีนิตินัยเป็นผู้ดำรงชีวิตโดยการก่ออาชญากรรมเป็น อาชีพ การลงโทษจำคุกหรือลงโทษที่รุนแรงขึ้น จึงไม่อาจป้องกันแก้ไขได้ ทางเดียวที่จะจัดการกับ บุคคลประเภทนี้ได้ดีที่สุดในที่สุดคือ การใช้วิธีแยกออกจากสังคมให้นานเท่าที่จะทำได้ พร้อมกับทำการแก้ไขอบรม ฝึกอาชีพ ส่วนผู้กระทำผิดซ้ำ อาจดำรงชีพอยู่ได้ด้วยการประกอบสัมมาอาชีพ แต่เมื่อสถานการณ์เปิด ช่องให้ผู้นั้นกระทำผิด ผู้นั้นก็อาจหันมากระทำผิดอีกได้ด้วยความไม่เข็ดหลัวต่อโทษ อันเนื่องจากเห็นว่า โทษที่จะได้รับกับประโยชน์ที่จะได้จากกระทำผิดคุ้มค่าต่อการเสี่ยงกระทำผิด ผู้กระทำผิดซ้ำในทาง อาชญาวิทยาจึงไม่ถือว่ามีลักษณะความเป็นอันตรายหรือมีความป่วยเจ็บทางจิต อาจใช้การลงโทษที่รุนแรง หรือการเพิ่มโทษให้หนักขึ้น เพื่อให้ผู้กระทำผิดซ้ำ เกิดความยับยั้งชั่งใจก่อนที่จะลงมือกระทำผิด ก็เพียงพอที่ จะป้องกันปราบได้แล้ว

2.1.2.3 มาตรการทางทัณฑ์วิทยาที่จะจัดการกับผู้กระทำผิดคดีนิตินัย

ทัศนะเดิมของนักอาชญาวิทยาเห็นว่า ผู้กระทำผิดคดีนิตินัยเป็นพันธุ์ด้อยของ มนุษยชาติ ชี้แจง สกปรก นิสัยต่ำช้า หุนหันพลันแล่น และขาดความยั้งคิดหรือสติยัดเหนียวมิให้กระทำ การใดอันเป็นการละเมิดต่อศีลธรรมได้ ฉะนั้น มาตรการที่จะจัดการกับคนพวกนี้ได้ดีที่สุดในที่สุดคือ แยกพวกเขา ออกจากสังคมนานที่สุดตราบที่จะนานได้ เซอร์ เอ็ดมัน ดู เคน (Sir Edmune du Cane) นักทัณฑ์วิทยาชาวอังกฤษเสนอว่า แยกผู้กระทำผิดประเภทนี้จนกระทั่งเขาอายุ 40 ปี¹¹

¹¹ Edmune du Cane, Address on Repression of Crime 1875 NAPSS Transactions 271, 302-303.

ดับลิว ดี มอริสัน (W.D. Morrison) นักทฤษฎีอาชญากรอีกท่านหนึ่งเห็นว่า ผู้กระทำผิดคดีฉ้อโกงเป็นอาชญากรที่ไม่สมควรจะให้อยู่ในสังคมเสรีนิยมต่อไป เพราะในสังคมเสรีนิยมมีข้อสมมุติฐานที่สำคัญที่สุดข้อหนึ่งคือ มนุษย์ควรจะเป็นนายของตัวเองแข่งขันกันเพื่อความก้าวหน้าของตัวเองและสังคมส่วนรวม ทุกคนรับผิดชอบต่อตัวเอง การลงโทษอาชญากรในสังคมเสรีนิยมแท้จริงก็มีวัตถุประสงค์ให้ผู้ที่ถูกลงโทษกลับตัวเข้าสู่สังคมเสรีนิยมด้วยการทำงานและรับผิดชอบตัวเองได้อีก เมื่อมีอาชญากรบางประเภทที่ไม่ควรจะลงโทษเขาอย่างไร คนจำพวกนี้ก็ไม่เช็ดถูและไม้อาจกลับเข้าสู่สังคมที่ยึดหลักเสรีภาพในการทำงานและรับผิดชอบต่อตัวเองได้อีก ทางเดียวที่จะทำกับคนพวกนี้ได้ก็คือ กำจัดอาชญากรที่ไม่อาจแก้ไขเหล่านี้ให้หมดไปโดยส่งบุคคลประเภทนี้ไปอยู่ในดินแดนอาณานิคมโพ้นทะเล ของอังกฤษมิให้ไปไหนมาไหนและกลับสู่ประเทศอังกฤษได้อีก จนกระทั่งคนพวกนี้ตายไปเอง¹² เซอร์ ฟรานซิส เกลตัน (Sir Francis Galton) แสดงความเห็นใจและมีมนุษยธรรมต่อผู้กระทำผิดคดีฉ้อโกงมากขึ้น แต่เขาก็ยังเห็นว่าเพื่อป้องกันมิให้พันธุ์ของบุคคลพวกนี้แพร่กระจายออกไป เหมือนโรคติดต่อแพร่เชื้อไปยังคนรุ่นหลังจะต้องแยกพวกนี้ออกไปโดยเด็ดขาด แต่จะต้องให้การดูแลพวกเขาด้วยความปราณีด้วย¹³

มาตรการของนักทฤษฎีอาชญากรที่จะให้ลงโทษผู้กระทำผิดคดีฉ้อโกงโดยให้แยกออกจากสังคมตลอดกาลถูกมองโดยนักทฤษฎีอาชญากร และนักอาชญาวิทยาสหสมัยใหม่ว่าเป็นมาตรการที่รุนแรงมาก และเป็นทัศนคติสุดขั้ว (extreme views) เกินไปอีกด้วย นักทฤษฎีอาชญากรและนักอาชญาวิทยาสหสมัยใหม่ใช้ความสำเร็จทางด้านวิทยาศาสตร์การแพทย์และจิตบำบัด เป็นข้ออ้างว่าผู้กระทำผิดคดีฉ้อโกงก็เหมือนผู้ป่วยประเภทหนึ่งที่ต้องการการบำบัดรักษาเหมือน เช่นคนธรรมดาที่เจ็บป่วย การบำบัดรักษาผู้กระทำผิดคดีฉ้อโกงกระทำได้โดยการปฏิรูปงานราชทัณฑ์ให้ดีขึ้น และให้สอดคล้องกับหลักอาชญาวิทยาและทฤษฎีอาชญาวิทยาสหสมัยใหม่และจะต้องกระทำไปพร้อมกับการฝึกหัดอาชีพให้คนพวกนี้ โดยวิธีการนี้ นักทฤษฎีอาชญากรเชื่อว่าผู้กระทำผิดคดีฉ้อโกงสามารถกลับตัวเป็นพลเมืองดีและเข้าสู่สังคมคนปกติธรรมดาได้อีก มีเพียงส่วนน้อยเท่านั้นที่ไม่อาจแก้ไข

¹² W. Morrison, Crime and its Causes, 183 - 90 (1891) quoted in Leon Radzinowicz and Roger Hood, Incapacitating the Habitual Criminal: The English Experience, p.1316.

¹³ D. Forrest, Francis Galton: the Life and Work of a Victorian Genius (1974), p.250.

บ่าบักได้จริง ๆ นักกฎหมายอาชญาชาวอังกฤษชื่อ Mathew Davenport Hill จึงเสนอให้ใช้การลงโทษแบบไม่ตายตัว (indefinite confinement) กับผู้กระทำผิดคดีนิตินัย¹⁴ กล่าวคือ ศาลไม่ต้องกำหนดโทษไว้ในคำพิพากษาให้ตายตัว เช่น จำคุกห้าปีหรือกึ่งปีแน่ ศาลเพียงกำหนดลงไว้ในคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก ส่วนจะจำคุกนานเท่าใดนั้นให้ศาลกำหนดภายหลัง เช่นใน เมื่อได้รับรายงานจากเจ้าพนักงานราชทัณฑ์ เกี่ยวกับตัวผู้ที่จะถูกลงโทษแล้ว วิธีการที่ลงโทษผู้กระทำผิดแบบไม่แน่นอนตายตัวในชั้นแรกนั้น เคยให้ดุลพินิจศาลอย่างเต็มที่ ไม่จำกัดขอบเขต ต่อมาได้พัฒนาไปโดยให้การพิพากษากำหนดโทษแบบไม่แน่นอนตายตัว ศาลต้องบัญญัติโทษขึ้นสูงและขึ้นต่ำไว้ด้วย ในบางแห่งให้โทษขึ้นสูงและขึ้นต่ำเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เลยก็มี อย่างไรก็ตาม มาตรการนี้ไม่เป็นที่นิยมในหลายประเทศ เพราะ เห็นกันว่าเป็นการโอนอำนาจตามกฎหมายไปให้กับศาลหรือราชทัณฑ์มากเกินไป และในกรณีผู้กระทำผิดคดีนิตินัยที่ไม่อาจกลับตัวได้ มาตรการนี้ก็มักบอกทางแก้ไขไว้ด้วย ถ้าให้ควบคุมบุคคลพวกนี้ไว้โดยไม่มีกำหนดหรือจนเขาตาย มาตรการนี้ก็ถูกมองว่าเป็นการทารุณโหดร้ายและรุนแรงเกินไป ถ้าให้ปล่อยตัวผู้กระทำผิดคดีนิตินัยทั้ง ๆ ที่ความประพฤติของเขายังไม่ดีขึ้นหลังจากครบ เกณฑ์โทษขึ้นสูงและต่ำแล้วการวางโทษไม่แน่นอนตายตัวก็ไม่ได้ผลในการป้องกันสังคม เต็มที่อย่างที่เราประสงค์¹⁵

นักอาชญาวิทยาในปัจจุบันมีความเห็นว่า เพื่อหวังประโยชน์แห่งการป้องกันสังคมและแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำผิดอย่างจริงจัง จำเป็นจะต้องทบทวนหลักการปฏิบัติดังกล่าวเสียใหม่ และดำเนินการปรับปรุงกำหนดมาตรการปฏิบัติว่าด้วยการลงโทษไม่แน่นอนตายตัวอย่างพิถีพิถัน ละเอียดรอบคอบ และด้วยความ เป็นธรรมแก่ผู้กระทำผิดอย่างแท้จริง ดังเช่นคณะกรรมการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอาญา และวิธีการลงโทษผู้กระทำผิดแห่งมลรัฐทางใต้ของประเทศออสเตรเลีย (The Criminal Law and Penal Methods Reform Committee of South Australia) ได้มีความเห็นว่า การใช้วิธีการลงโทษ

¹⁴ M. Hill, Draft Report on the Principles of Punishment (1846) (presented to the Committee on Criminal Law appointed by the Law Amendment Society)

¹⁵ อุทิศ แสบโกศิศ, "วัตถุประสงค์ในการลงโทษ" บทบัญญัติ 27 (2:2513), หน้า 297.

ไม่แน่นอนตายตัว ควรจะจำกัดใช้เฉพาะแก่ผู้ต้องโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือในประเทศเดนมาร์ก ซึ่งได้ชื่อว่า เป็นประเทศที่มีระบบงานกระบวนการยุติธรรมก้าวหน้าอย่างยิ่ง ก็ได้มีความเห็นในทำนองเดียวกันว่า การลงโทษไม่แน่นอนตายตัวแก่ผู้กระทำผิดธรรมดาทั่วไป (The Ordinary Types of Offenders) จำเป็นจะต้องพิจารณาบทลงโทษหลักปฏิบัติเสียใหม่ให้เหมาะสมยิ่งขึ้น ดังนี้ เป็นต้น¹⁶

มาตรการอีกทางหนึ่งที่นิยมมาใช้จัดการกับผู้กระทำผิดชนิดนี้คือ ใช้การลงโทษให้รุนแรงขึ้นสำหรับผู้กระทำผิดที่ทำผิดมากครั้ง หรือเคยทำความผิดร้ายแรงมาก่อน มาตรการนี้เรียกว่า "Cumulative System"¹⁷ วิธีการนี้มุ่งที่จะตัดโอกาสมิให้อาชญากรที่ไม่เข็ดหลาบต่อการลงโทษมีโอกาสกระทำผิดขึ้นได้อีกโดยการทำให้เขาหมดโอกาสที่จะกระทำผิดได้ มาตรการนี้กระทำโดยบัญญัติกฎหมายให้วางโทษหนักขึ้นแก่ผู้กระทำผิดซ้ำทุกครั้งไป และแม้กระทั่งตัดโอกาสอาชญากรที่ทำผิดซ้ำมาก ๆ ครั้งโดยให้จำคุกบุคคลนั้นตลอดชีวิตก็ได้ ตามวิธีการนี้ การลงโทษครั้งแรกจะเป็นการลงโทษระยะเวลาอันสั้น หรือยกเว้นการลงโทษจำคุกไว้ก่อนก็ได้ เพราะอาจทำลายบุคลิกภาพของผู้กระทำผิดครั้งแรกให้กลายเป็นคนขี้คุกขี้ตะรางไปได้ ผู้กระทำผิดเป็นครั้งที่สองอาจให้มีการจำคุกมีกำหนดเวลาปานกลางเพื่อสั่งสอนอบรมให้เขาสำนึกตัวและกลับตัวเป็นคนดีอีกครั้ง ผู้กระทำผิดเป็นครั้งที่สามอาจถูกลงโทษจำคุกและถูกใช้แรงงานหนักได้ (penal servitude) และผู้กระทำผิดเป็นครั้งที่สี่ก็ให้เพิ่มโทษเป็นจำคุก 10 ปีหรือตลอดชีวิตก็ได้ ซึ่งวัตถุประสงค์ของการลงโทษในครั้งที่สี่จะต่างกับครั้งแรกและครั้งที่สอง ซึ่งมุ่งใช้การแก้ไขผู้กระทำผิดให้กลับตัวเป็นคนดี สำหรับครั้งที่สามและครั้งที่สี่ การลงโทษมุ่งที่จะตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำผิดทำความผิดได้อีก ซึ่งจะมีผลเป็นการป้องกันสังคมมากกว่าการแก้ไขตัวผู้กระทำผิด ประเทศไทยและหลาย ๆ ประเทศก็ใช้วิธีการนี้ แต่ในกรณีของประเทศไทยยังไม่มีวิธีการเฉียบขาดโดยให้อ่านาจศาลสั่งจำคุกผู้กระทำผิดชนิดนี้ไว้ตลอดชีวิต ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นวิธีการรุนแรงและได้รับการโต้แย้งจากนักกฎหมายค่อนข้างมากดังจะเห็นได้จากกฎหมายของมลรัฐเท็กซัสที่จะกล่าวต่อไปในข้อ 2.3.2

¹⁶ ประเสริฐ เมฆมณี, ตำรวจและกระบวนการยุติธรรม (กรุงเทพมหานคร: บริษัท บพิธการพิมพ์, พ.ศ. 2525), หน้า 349.

¹⁷ The Select Comm. on Transportation, Second Report, No.296, 17 Parl. Papers.189,343 (1856).

2.1.3 แนวความคิดในเรื่องการกักกันตามหลักนิติศาสตร์

หลักเกณฑ์ในการกักกันในทางกฎหมายแท้จริงแล้วก็ได้อิทธิพลและแนวความคิดมาจากความคิดของนักอาชญาวิทยาที่กล่าวมาตั้งแต่ต้นนั่นเอง แต่กฎหมายของนานาอารยประเทศก็ทำได้อันยุติไว้เหมือนกันทั้งหมดไม่ ย่อมแตกต่างกันไปตามความเชื่อในทางอาชญาวิทยาของแต่ละประเทศ

เป็นต้นว่า ในสมัยหนึ่งกฎหมายในประเทศอังกฤษมีระบบที่เรียกว่าการกักกันอย่างที่ประมวลกฎหมายอาญาของไทยรับนำเข้ามาใช้ เพราะอังกฤษเคยมีความเชื่อในแนวความคิดทางทัณฑวิทยาว่า โทษที่ดี หรือ วิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ดี จะต้องกระทำไปเพื่อประโยชน์ของสังคม และแห่งสิ่งที่จะแก้ไขตัวผู้กระทำผิดนั่นเอง กล่าวคือ ที่ว่าจะต้องกระทำไปเพื่อประโยชน์สังคมคือ โทษหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยจะต้องทำเพื่อปกป้องสังคมให้พ้นจากภัยอันตรายที่อาจจะเกิดกับสังคมโดยผู้กระทำผิดคนนั้นอีก และที่ว่าจะแก้ไขตัวผู้กระทำผิด ก็คือ เพื่อตัดนิสัย อบรมขัดเกลาผู้กระทำผิดให้เป็นคนดีสามารถกลับตัวกลับใจเป็นพลเมืองดีของสังคมได้ แต่ครั้งประเทศอังกฤษพบข้อเท็จจริงว่า โทษ หรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยเพื่อแก้ไขปรับปรุงตัวผู้กระทำผิดไม่ประสบผลสำเร็จ เป็นชั้น เป็นอันขึ้นขึ้นมาได้เลย ตัวเลขของผู้กระทำผิดซ้ำซึ่งเคยต้องโทษมาก่อนมีมาก เสียจนกระทั่งทางการอังกฤษต้องยอมรับความจริงว่า การราชทัณฑ์ของอังกฤษประสบความล้มเหลวในการตัดสินคนผู้กระทำผิดความผิดให้กลับตัว เป็นพลเมืองดีลงแทบจะสิ้นเชิงวัตถุประสงค์ในการลงโทษก็เปลี่ยนจากการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำผิดมาเป็นการตัดผู้กระทำผิดออกจากสังคม โดยการเพิ่มโทษให้สูงกว่าเกณฑ์โทษสูงสุดของฐานความผิดที่ผู้กระทำผิดได้กระทำความผิด ดังนั้นจะเห็นว่า เวลาที่ต่างสมัยกัน อาจทำให้แนวความคิดในทางนิติศาสตร์เปลี่ยนแปลงตามไปด้วย ในปัจจุบันอังกฤษได้ยกเลิกระบบการกักกันลงทั้งสิ้นแล้ว

แต่กระนั้นก็ตาม มีประเทศจำนวนไม่น้อย เช่นกันที่ยังเชื่อในทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำผิด เป็นเกณฑ์สำคัญควบคู่ไปกับการตัดผู้กระทำผิดออกจากสังคม วิธีการเพื่อความปลอดภัยในเรื่องการกักกันยังปรากฏอยู่ในประเทศเหล่านี้ เช่น ประเทศนอร์เวย์, อิตาลี, กรีซ, ประเทศฝรั่งเศส, เยอรมัน, แคนาดา และประเทศไทย เมื่อมองจากภาพรวมแล้ว มีข้อควรพิจารณาเกี่ยวกับการกักกันในประเทศที่ยังคงระบบกักกันไว้ เพื่อแก้ไขตัดสินคนผู้กระทำผิดติดนิสัย 3 ประการ คือ

2.1.3.1 ความผิดที่อยู่ในหลักเกณฑ์ที่ศาลจะใช้การกักกัน

ประเทศส่วนใหญ่มักกำหนดฐานความผิดที่จะเข้าข่ายกักกันได้ เช่น ในกรณีของประเทศไทย ฝรั่งเศส และนอร์เวย์ ส่วนกฎหมายของประเทศแคนาดานั้นไม่ได้กำหนดฐานความผิดไว้ แต่ใช้ความผิดอาญาที่ต้องให้คณะลูกขุนใหญ่พิจารณาว่ามีความผิดจริงจะฟ้องได้ หรือ indictable offence เช่น การฆาตกรรมและความผิดรุนแรงต่าง ๆ กฎหมายของกรีกกำหนดความผิดขึ้นเพลโลนี่เป็นมูลเหตุกักกัน แต่ในบางประเทศ เช่นในร่างประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันไม่มีการจำแนกความผิดที่จะสามารถนำมาพิจารณากักกันอย่างไรในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 41 ของไทย แต่กลับเน้นที่เจตนาว่า ถ้าผู้กระทำความผิดกระทำโดยเจตนา และเป็นความผิดที่มีโทษถึงจำคุกแล้ว ก็เป็นความผิดที่สามารถนำมาพิจารณากักกันได้ทั้งสิ้น¹⁸ ถ้าเทียบกับหลักอาชญาวิทยาแล้ว ที่จะต้องถือว่าใครเป็นผู้กระทำความผิดคดีนี้ ไม่ได้พิจารณาจากความผิดร้ายแรงหรือไม่ คงพิจารณาจากเจตนาในการกระทำเป็นสำคัญ อนึ่ง พึงสังเกตว่า ฐานความผิดที่กฎหมายกำหนดขึ้นจะไม่รวมเอาความผิดทางการเมืองเข้าไว้ เป็นเกณฑ์ในการกักกันด้วย เพราะผู้กระทำความผิดทางการเมืองไม่นับ เป็นอาชญากรหรือผู้ร้ายในทางอาชญาวิทยาแต่อย่างใด

ในบางประเทศ เช่นประเทศไทยพิจารณาโทษที่ศาลจะลงแก่ผู้กระทำความผิดคดีนี้ ครั้งหลังไม่ต่ำกว่า 6 เดือนด้วย เช่นเดียวกับโทษที่ได้รับในสองครั้งแรก ประเทศกรีซใช้การลงโทษ ครั้งหลังไม่ต่ำกว่า 6 เดือนเหมือนอย่างของไทย แต่ความผิดครั้งแรกและครั้งที่สองโทษที่ได้รับต้องไม่ต่ำกว่า 3 เดือน กฎหมายอังกฤษเดิมใช้การลงโทษสองปีสำหรับความผิดครั้งแรกและสามครั้งแรก กฎหมายแคนาดาและกฎหมายอิตาลีดูจากโทษรวมสำหรับความผิดครั้งก่อน และความผิดครั้งหลังต้องไม่น้อยกว่าห้าปี หลักดังกล่าวนี้ ในทางอาชญาวิทยาไม่มีการกล่าวถึงไว้ คงเป็นหลักที่สร้างขึ้นเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์แก่การกักกันให้ยากขึ้นเท่านั้น

¹⁸ ชาญวิทย์ ยอดมณี, "วิธีการเพื่อความปลอดภัย: แนวความคิดและข้อสังเกตบางประการ" วารสารกฎหมาย 11 (ฉบับที่ 2, กรกฎาคม-กันยายน 2530): 21.

2.1.3.2 ลักษณะที่กฎหมายถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดคดีนิตย

กฎหมายของประเทศต่าง ๆ โดยมากจะกำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำไว้ว่า ความผิดที่ทำงานขณะนั้นไม่เป็นเหตุที่จะนำมาพิจารณาอีกกัน เช่น ของไทยและกฎหมายเดิมของอังกฤษถือเอาอายุ 17 ปีเป็นเกณฑ์ขั้นต่ำ แคนาดาใช้อายุ 18 ปีเป็นเกณฑ์ขั้นต่ำ ของฝรั่งเศสใช้อายุ 21 ปีเป็นเกณฑ์ สำหรับจำนวนครั้งที่ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดมาก่อนอันจะนำมาเป็นเหตุฟ้องร้องให้มีการกักกันได้นั้น กฎหมายของประเทศกรีกถือเกณฑ์กระทำความผิดสี่ครั้งเป็นเกณฑ์ให้มีการกักกัน แต่กฎหมายอาญาของประเทศไทยถือเกณฑ์ 3 ครั้ง เช่นเดียวกับกฎหมายของอิตาลีและแคนาดา แต่กฎหมายแคนาดาวางเงื่อนไขไว้ด้วยว่าต้องได้ความว่า ผู้กระทำความผิดกำลังดำเนินชีวิตเยี่ยงอาชญากรอย่าง ต่อเนื่อง กฎหมายฝรั่งเศสและนอร์เวย์ถือเกณฑ์สองครั้งก็อาจถูกกักกันได้ หรือในกฎหมายฝรั่งเศสยังกำหนดอีกว่า ถูกจำคุกเกินกว่า 6 เดือนสี่ครั้งขึ้นไปในความผิดอุกฉกรรจ์ สำหรับในทางอาชญาวิทยาก็เอาเกณฑ์ว่า ผู้ที่กระทำความผิดถึงสี่ครั้งแล้วมักเป็นผู้กระทำความผิดคดีนิตยเสมอ (ดูที่กล่าวแล้วในข้อ 2.1.2.2)

ส่วนการกระทำความผิดครั้งก่อนกับครั้งหลังจะต้องเว้นระยะห่างกันกี่ปีนั้น กฎหมายไทยถือเอาการกระทำความผิดครั้งหลังสุดเกิดขึ้นภายในระยะเวลา 10 ปีนับจากวันที่ผู้นั้นพ้นจากการถูกกักกันครั้งก่อนหรือพ้นโทษ กฎหมายฝรั่งเศสและอิตาลีก็ใช้ระยะเวลาเช่นเดียวกับกฎหมายไทย คือ 10 ปีเช่นกัน สำหรับญี่ปุ่นแม้จะใช้การเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดอีก ก็ใช้ระยะเวลา 5 ปี นับจากวันที่ผู้นั้นพ้นโทษ เป็นเกณฑ์ที่ศาลจะใช้ดุลพินิจเพิ่มโทษ กฎหมายแคนาดา และนอร์เวย์ ไม่คำนึงถึงระยะห่างระหว่าง การกระทำความผิดครั้งก่อนและครั้งหลัง พิจารณาในแง่อาชญาวิทยา กฎหมายของแคนาดาและนอร์เวย์สอดคล้องต้องกันกับหลักอาชญาวิทยา แต่มองในแง่นิติศาสตร์แล้ว มีผู้ติงว่า การที่ระยะเวลาได้ทอดไป เป็นสิบปี ผู้กระทำความผิดจึงได้กระทำความผิดครั้งหลังสุดขึ้น น่าจะไม่สมควรถือว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิดคดีนิตยต่อไป¹⁹ ดังนั้นการที่ไม่กำหนดระยะเวลาห่างระหว่างความผิดครั้งก่อนกับความผิดครั้งหลังก็อาจมีข้อได้

¹⁹ ชาวนิวซีแลนด์ ยอคมมีย์, เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

แย้งได้ในทำนองเดียวกัน แต่มีข้อดีที่ว่ากฎหมายของแคนาดาและนอร์เวย์กำหนดให้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะกักกันหรือไม่ก็ได้ การที่ผู้กระทำความผิดไม่ได้กระทำความผิดเป็นระยะเวลายาวนาน อาจเป็นข้อเท็จจริงหนึ่งที่ศาลจะหยิบยกขึ้นมาพิจารณาสั่งไม่กักกันผู้นั้นก็ได้ ข้อนี้จึงคลายความเคร่งครัดของกฎหมายลงได้บ้าง

2.1.3.3 ระยะเวลากักกันผู้กระทำความผิดติดนิสัย

กฎหมายไทยกำหนดให้ศาลพิพากษาให้กักกันมีกำหนดเวลาไม่น้อยกว่าสามปีและไม่เกินสิบปีก็ได้ กฎหมายอังกฤษเดิมตาม Criminal Justice Act ค.ศ. 1948 ให้อำนาจศาลสั่งให้กักกันผู้กระทำความผิดติดนิสัยได้เป็นเวลา 5-14 ปี กฎหมายนอร์เวย์ให้ศาลใช้ดุลพินิจกักกันผู้กระทำความผิดติดนิสัยเป็นเวลานานเท่าใดสุดแต่ศาลจะเห็นสมควร แต่ต้องกำหนดระยะเวลาให้แน่ชัดลงไป เช่น 10 ปี 12 ปี เป็นต้น นอกจากนั้นนอร์เวย์ยังนำวิธีการสลับสับเปลี่ยน (substitutionary system) จากโทษเป็นการกักกันแทนโทษได้ (ดูในรายละเอียดการกักกันในประเทศนอร์เวย์ ข้อ 2.4.1) และเมื่อพ้นอันตรายที่จะมีต่อสังคมสิ้นไปแล้ว กฎหมายนอร์เวย์ให้ฝ่ายบริหารใช้ดุลพินิจปล่อยตัวผู้กระทำความผิดไปโดยมีการคุมประพฤติบางอย่างได้ ซึ่งใช้บังคับได้กว้างขวางกว่ามาตรา 16 ของประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่บัญญัติให้ศาลสั่งเพิกถอนหรืองดการใช้บังคับวิธีการเพื่อความปลอดภัยแก่ผู้นั้นไว้ชั่วคราวตามที่เห็นสมควรก็ได้ ซึ่งมาตรา 16 ของประมวลกฎหมายอาญาไทยนี้ ไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจศาลตั้งเงื่อนไขหรือสั่งให้คุมประพฤติผู้ได้รับการเพิกถอนหรืองดการใช้บังคับวิธีการเพื่อความปลอดภัยไว้ชั่วคราวได้ ซึ่งอาจไม่ให้ความปลอดภัยแก่สังคมได้อย่างสมบูรณ์ เพราะไม่มีอะไรคอยเหนี่ยวรั้งผู้ที่เคยมีสภาพเป็นอันตรายต่อสังคมมาก่อนเลย²⁰ ในบางประการให้ศาลกักกันผู้กระทำความผิดติดนิสัยโดยไม่มีกำหนดเวลาได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²⁰ ถาวร พานิชพันธ์, วิธีการเพื่อความปลอดภัย (วิทยานิพนธ์สาขานิติศาสตร์ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520), หน้า 176-177.

เช่น แคนาดา และ กรีซ แต่ในประเทศกรีซศาลต้องกำหนดโทษกักกันขึ้นต่ำไว้ด้วย ในสหรัฐอเมริกาซึ่งใช้ระบบการเพิ่มโทษจัดการแก่ผู้กระทำผิดคดีนิตินัย มีกฎหมายของหลายมลรัฐที่ให้ศาลจำคุกผู้กระทำผิดคดีนิตินัยตลอดชั่วชีวิต วิธีการรุนแรงเช่นนี้ยังไม่ปรากฏในกฎหมายไทย กล่าวในทางอาญาวิทยาและทัณฑวิทยา ระยะเวลากักกันผู้กระทำผิดคดีนิตินัยจะยาวนานแค่ไหนย่อมขึ้นอยู่กับสภาพบุคคลิกภาพของผู้กระทำผิดเอง

2.2 ระบบการกักกัน เพื่อจะจัดการกับผู้กระทำผิดคดีนิตินัย

มีผู้แบ่งระบบการกักกันที่ใช้อยู่ในอารยประเทศหลายวิธีด้วยกัน บางแห่งแบ่งระบบการกักกันออกเป็นสองระบบโดยพิจารณาว่าการกักกันเป็นโทษ หรือเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย โดยศึกษาจากทางปฏิบัติหรือกฎหมายของแต่ละประเทศ เช่น กฎหมายเดิมของไทย คือ พระราชบัญญัติกักกันผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย พ.ศ. 2479 หรือ กฎหมายของประเทศแคนาดา ประเทศกรีซ เหล่านี้ถือว่าการกักกันเป็นโทษ ขณะที่ประเทศอิตาลี เยอรมันนี ฝรั่งเศส และนอร์เวย์ ถือว่าการกักกันเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยแยกออกต่างหากจากโทษอาญา²¹ ดังนี้เป็นการแบ่งระบบการกักกันวิธีหนึ่ง แต่ในทางตำราส่วนมากแล้วแบ่งการกักกันออกเป็นสองระบบเช่นเดียวกัน หากแต่พิจารณาแบ่งโดยอาศัยนโยบายของการลงโทษทางอาญาเป็นหลัก โดยมีการแบ่งดังนี้คือ

²¹ โทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัยแตกต่างกันอย่างไร ดู ถาวร พานิชพันธ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 10-23, วินัย ทองลงยา, กฎหมายอาญา เล่ม 1 (ภาคทบทวนคดีทั่วไป), (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2514), หน้า 148-149.

2.2.1 ระบบผสม (Unitary system of punishment) หรือในบางแห่งก็เรียกว่าระบบเดี่ยว (single System) ระบบนี้เห็นว่า การลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นควรกระทำไปพร้อม ๆ กับการแก้ไขให้ผู้กระทำผิดคืนนิสัยกลับตัวเป็นคนดี และควรรีชนีโยบายทางอาญาวิทยา และทัณฑวิทยามาผสมผสานกันบังคับใช้แก่ผู้กระทำผิดไปพร้อมกันทีเดียว²² ประเทศที่ใช้ระบบนี้ได้แก่ สหรัฐอเมริกา, อังกฤษในปัจจุบัน, ญี่ปุ่น และจีนไต้หวัน ประเทศที่ใช้ระบบผสมมีความเห็นว่า โทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัยไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันได้ เพราะเมื่อนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ เช่น จำคุกแล้ว ระหว่างนั้นคงต้องทำอะไรสักอย่างเพื่อแก้ไขผู้กระทำผิดอยู่ด้วยจึงต้องมีการอบรมจริยธรรม และฝึกหัดอาชีพไปพร้อม ๆ กันอยู่นั่นเอง²³ ฉะนั้นในระบบผสม การกักกันจึงเคลื่อนกลืนอยู่กับโทษทางอาญานั้นเอง

2.2.2 ระบบคู่ (Dual System of punishment) หรือในบางแห่งก็เรียกว่า "Dual Track Scheme" ระบบนี้ เห็นว่าควรแยกการลงโทษกับการแก้ไขผู้กระทำความผิดและการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยออกจากกัน โดยแยกบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาออกเป็น 2 ส่วนอย่างชัดเจน คือ โทษ และการกักกันซึ่งเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย บทบัญญัติในเรื่องโทษจะรองรับทฤษฎีการลงโทษตามหลักทัณฑวิทยา ส่วนบทบัญญัติในเรื่องการกักกันอันเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยจะรองรับทฤษฎีการป้องกันสังคมและการแก้ไขให้ผู้กระทำผิดกลับตัวเป็นคนดี เป็นบทบัญญัติ 2 ส่วน แยกออกต่างหากจากกัน²⁴ ประเทศที่ใช้ระบบคู่ได้แก่ ประเทศอังกฤษก่อนปี ค.ศ.1967, นอร์เวย์, อิตาลี, เยอรมันนี

22. อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, "ร่างประมวลกฎหมายอาญาเปรียบเทียบว่าด้วยโทษและทฤษฎีการลงโทษ" วารสารกฎหมาย 3 (ฉบับที่ 1 : มกราคม-เมษายน, 2520) : 50

23 Muller, G.O.W. "The German Draft Penal Code 1960, An Evaluation in terms of American Criminal Law", U III.L. For 30. (1961)

24 อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, ร่างประมวลกฎหมายอาญาเปรียบเทียบว่าด้วยโทษและทฤษฎีการลงโทษ, หน้า 50.

แคนาดา และกรีก แม้ว่าสำหรับประเทศแคนาดา และกรีก จะถือว่าการกักกันเป็นโทษอย่างหนึ่งก็ตาม แต่วัตถุประสงค์ของการกักกันในประเทศแคนาดา และกรีก เพ่งเล็งที่บุคลิกภาพของผู้กระทำผิด และการป้องกันสังคม เช่นเดียวกับประเทศที่ถือว่าการกักกันเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย จึงได้จัดแคนาดาและกรีก มารวมไว้ในประเทศที่ใช้ระบบคุมด้วย เหตุที่ระบบคุมเห็นว่าควรแยกโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัยในเรื่องกักกันออกจากกันนั้น เพราะการลงโทษนั้นคำนึงถึงความผิดที่ผู้กระทำนั้นกระทำลงเป็นสำคัญ และการลงโทษกระทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ของการลงโทษเท่านั้น เช่น เพื่อให้หลบจำ เพื่อป้องปรามมิให้ผู้ใดเอาเป็นเยี่ยงอย่าง เป็นต้น ส่วนการกักกันอันเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยไม่ได้คำนึงถึงความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำลงไปเป็นสำคัญ หากแต่คำนึงถึงบุคลิกภาพของผู้กระทำผิดเป็นหลัก และการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย ก็มีวัตถุประสงค์ต่างกับการลงโทษเป็นอย่างมาก ที่เห็นได้ชัดเจที่สุดคือวิธีการเพื่อความปลอดภัยไม่มีวัตถุประสงค์ในการแก้แค้นทดแทนและป้องปรามข่มขู่เลย²⁵ วิธีการแยกโทษกับการกักกันออกจากกันนี้ นักกฎหมายบางท่านเห็นว่าที่ต้องการให้มีการลงโทษอย่างรุนแรงแก่ผู้กระทำผิดติดนิสัยก็เพื่อมิให้บุคคล เหล่านี้ใช้ เรือนจำ เป็นสถานที่ เกษียณอายุของพวกเขาคนโดยคาดคิดไปว่า เรือนจำที่มุ่งแก้ไขปรับปรุงความประพฤติของนักโทษจะเป็น เรือนจำที่มีความ เป็นอยู่สะดวกสบายกว่าบ้านของตน ฉะนั้นตามความคิดของนักกฎหมายที่นิยมระบบคุมจึงสนับสนุนให้มีการลงโทษจำคุกที่รุนแรงแก่ผู้กระทำผิดติดนิสัยในระยะแรก ส่วนระยะที่สองจึงใช้การกักกันเพื่อมุ่งพัฒนาบุคลิกภาพหรือบำบัดรักษานักโทษเองและความเป็นอยู่กับความ เข้มงวดที่นักโทษจะได้รับจากสถานกักกันจะดีกว่าที่ได้รับจาก เรือนจำด้วย²⁶

²⁵ ถาวร พานิชพันธ์, "วิธีการเพื่อความปลอดภัย" วารสารอัยการ 8 (77 : 2527) : 105.

²⁶ Henry Taylor, "The Habitual Criminal Bill", Fraser's Town and Country Magazine 79 (1869) : 661. quoted in Sir Leon Radzinowicz and Roger Hood, Incapacitating the Habitual Criminal : The English Experience, p.1328.

อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่า ระบบคู่ในสมัยปัจจุบันได้วิวัฒน์พัฒนาไปอีกขั้นหนึ่ง เมื่อมีการนำวิธีการสลับสับเปลี่ยน (Substitutionary system) จากโทษมาเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยซึ่งอาจกระทำภายหลังระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดค่าโทษจำคุกขั้นต่ำสุดแก่ผู้กระทำผิดผ่านไปแล้ว หรือกระทำเมื่อใดสุดแต่ศาลจะพิจารณาเห็นสมควรตามคำร้องของนักโทษเอง หรือ เมื่อพิจารณารายงานของกรมราชทัณฑ์แล้วก็ได้ ซึ่งทำให้ระบบคู่ในปัจจุบันนี้ได้ผลสมบูรณ์ขึ้น

2.3 การกักกันตามกฎหมายของประเทศไทยที่ใช้กฎหมายในระบบจารีตประเพณี

ประเทศอังกฤษ เป็นประเทศแรกในโลกที่ริเริ่มระบบการกักกันตามอย่างที่เข้าใจกันในปัจจุบันนี้ และได้ฝังรากฐานแนวความคิดในเรื่องการกักกันแก่ประเทศต่าง ๆ ที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ทั่วโลก แต่ระบบการกักกันที่ใช้นั้นประเทศกลุ่มคอมมอนลอว์ในปัจจุบันค่อย ๆ เสื่อมสลายลงและถูกยกเลิกลงไป เกือบจะทุกประเทศแล้ว คงเหลือเพียงแคนาดาประเทศเดียวที่ยังคงวิธีการกักกันเอาไว้ในกฎหมายอาญาของตน เช่น เดิม สำหรับประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์ที่สำคัญอีกประเทศหนึ่ง คือ สหรัฐอเมริกา ไม่เคยยอมรับระบบการกักกันเอาไว้ในกฎหมายอาญาของตนมาก่อนเลย ในหัวข้อนี้นี้จะได้ศึกษาแนวความคิดของประเทศคอมมอนลอว์ที่จะจัดการกับผู้กระทำผิดคดีนี้เสียโดยเลือกประเทศที่สำคัญในระบบนี้เป็นตัวอย่างในการศึกษา 3 ประเทศ คือ อังกฤษ, สหรัฐอเมริกา และแคนาดา

2.3.1 ประเทศอังกฤษ

อังกฤษเป็นประเทศแรกในยุโรปที่เริ่มใช้โทษจำคุกทางอาญาที่ว่าการลงโทษไม่พึงกระทำเพียงเพื่อข่มขู่ (deterrence) แต่พึงกระทำเพื่อดัดแปลงแก้ไขผู้กระทำผิดให้สามารถกลับตัวเป็นคนดีและเข้ากับสังคมได้อีก (reformation) หรือในกรณีที่ผู้กระทำผิดเป็นผู้ที่ไม่อาจแก้ไขให้กลับตัวเป็นคนดีได้ก็พึงตัดผู้นั้นมิให้อยู่ในสังคม (seclusion) เพื่อสร้างความเดือดร้อนให้กับสังคมได้ต่อไป

จากความเชื่อในทางอาชญาวิทยาในศตวรรษที่ 19 ข้างต้น ทำให้อังกฤษออกกฎหมายชั้นฉบับหนึ่งเรียกว่า "พระราชบัญญัติผู้ติดสุรา ค.ศ. 1898" (The Inebriates Act 1898) ให้อำนาจรัฐที่จะควบคุมตัวผู้ติดสุราซึ่งพิสูจน์ได้ว่ารักษาไม่หายเป็นเวลาถึง 3 ปี จากหลักการเดียวกันนี้ อังกฤษได้ทดลองนำมาใช้กับผู้กระทำผิดคดีนี้ทางอาญาด้วยโดยได้ออกพระราชบัญญัติป้องกันอาชญากรรม ค.ศ. 1908 (The Prevention of Crime Act, 1908 (8 Edw. VII, C.59) ขึ้นใช้ สาระโดยสรุป

ทดลองภาคสองของพระราชบัญญัติฉบับนี้ก็คือ เมื่อศาลพิพากษาลงโทษจำคุกบุคคลในคดีอาญาอุกฉกรรจ์ (felony) เช่น คดีฉ้อโกง ฉ้อโกงประชาชน ลักทรัพย์ในยามวิกาล ปลอมแปลงเงินตรา เป็นต้น และศาลพบว่า จำเลยเป็นผู้กระทำผิดติดนิสัย และมีประวัติในการกระทำผิดอาญาอุกฉกรรจ์มาไม่น้อยกว่าสามครั้งตั้งแต่อายุ 16 ปี นอกจากคำพิพากษาให้จำคุกจำเลยในคดีนั้นแล้ว ศาลยังอาจพิพากษาให้กักกันจำเลยได้อีก เป็นเวลาห้าถึงสิบปี หลังจากจำเลยรับโทษจำคุกแล้ว²⁷ ซึ่งก็เท่ากับว่าอังกฤษรับเอาาระบบคู่ (dual-track system) มาใช้ในกฎหมายอาญาของตนเอง พระราชบัญญัติป้องกันสังคม ค.ศ.1908 ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์มากกว่าไม่เหมาะสม เพราะนอกจากจะไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากผู้กระทำผิดติดนิสัยแล้ว กฎหมายดังกล่าวยังล้มเหลวที่จะให้การบำบัดรักษาผู้กระทำผิดติดนิสัยในสถานกักกันด้วย นอกจากนี้ ผู้กระทำผิดในความผิดขึ้นเฟลิลปีที่กระทำผิดในคดีทุนทรัพย์เล็กน้อย แต่มีประวัติการทำความผิดมาก่อน ซึ่งไม่ควรเข้าข้ายกกัน กลับอยู่ในข่ายของการกักกันตามกฎหมายนี้ด้วย²⁸ ผลที่สุด ฝ่ายตุลาการในประเทศอังกฤษก็ละเลยไม่ค่อยได้ใช้การกักกันตามกฎหมายนี้ เป็นผลให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องออกกฎหมายฉบับใหม่ขึ้นใช้ใน ปี ค.ศ. 1948 เรียกว่า "พระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 1948" (The Criminal Justice Act, 1948) ยกเลิกพระราชบัญญัติป้องกันอาชญากรรม ค.ศ. 1908 เสีย และมีบทบัญญัติที่จะจัดการกับผู้กระทำผิดติดนิสัยปรากฏอยู่ในมาตรา 21 แทน สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

(1) ผู้ใดอายุตั้งแต่ 21 ปีขึ้นไป กระทำความผิดและถูกศาลพิพากษาลงโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปีขึ้นไป มาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ครั้ง และภายหลังได้กระทำความผิดขึ้นอีก ศาลอาจให้ส่งไปรับการฝึกอบรม (Corrective training) ได้ตั้งแต่ 2 ปีถึง 4 ปี แต่ความผิดที่ผู้นั้นกระทำความผิดก่อนจะมีอายุครบ 17 ปี ห้ามนำมาประมวลพิจารณาเพื่อการกักกันด้วย

²⁷ J.W. Cecil Turner, Kenny's Outlines of Criminal Law (Cambridge: the University Press, 1952), p.526.

²⁸ Commissioners of Prisons and Directors of Convict Prisons, Report for the year 1932, Cmnd No.4090, 12 Pare. Papers 553, 618 (1931-32).

(2) ผู้ใดอายุตั้งแต่ 30 ปีขึ้นไป กระทำความผิดและถูกศาลพิพากษาลงโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปีขึ้นไปมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ครั้ง และภายหลังได้กระทำความผิดขึ้นอีก หากศาลในคดีหลังจะลงโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปีขึ้นไป และศาลเห็นสมควรเพื่อความปลอดภัยของประชาชน ศาลอาจสั่งให้กักกันผู้นั้นได้ เป็นเวลา 5 ถึง 14 ปี แต่ความผิดที่ผู้นั้นกระทำความผิดก่อนจะมีอายุครบ 17 ปี ห้ามนำมาพิจารณาเพื่อการกักกัน²⁹

ความผิดที่ศาลจะนำมาเป็นข้อพิจารณาให้กักกันจำเลยคือความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ ซึ่งขณะลูกขุนใหญ่ต้องพิจารณาก่อนว่ามีมูลจะฟ้องร้อง (indictment) หรือ ความผิดธรรมดาซึ่งอยู่ในอำนาจศาลที่พิจารณาคดีอาญาสำหรับคดีที่ไม่ใช้ลูกขุน (a court of Summary jurisdiction) ซึ่งศาล Quarter Sessions พิพากษายืนให้ถือเป็นความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ที่นำมาเป็นเหตุพิจารณาให้มีการกักกันตามกฎหมายนี้ได้³⁰

การที่ศาลจะกักกันผู้ใด จะต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลว่า วิธีการนี้มีความจำเป็น ต้องนำใช้เพื่อป้องกันสังคมจริง ๆ³¹ พึงสังเกตว่า กฎหมายอังกฤษได้แบ่งชั้นอายุของผู้ที่ถูกฟ้องขอให้กักกันเป็น 2 ชั้น ถ้าเป็นอายุต่ำกว่ากฎหมายให้อำนาจศาลส่งไป "ฝึกอบรม" แต่ถ้าผู้กระทำความผิดมีอายุมาแล้ว และเข้าเกณฑ์ (2) กฎหมายให้อำนาจศาลส่งไป "กักกัน" ได้ และระยะเวลาที่กำหนดไว้เพื่อการ

²⁹ H.A. and H. Palmer, Harris's Criminal Law, 12 th ed (London: Sweet & Maxwell, Ltd, 1960), pp. 631-633. ภาษาไทยดู ชาญวิทย์ ยอดมณี "วิธีการเพื่อความปลอดภัย : แนวความคิดและข้อสังเกตบางประการ" วารสารกฎหมาย, ปีที่ 11 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม-กันยายน, 2530) : 84 ตีพิมพ์ซ้ำใน การบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย (กรมอัยการ, 2533) หน้า 84.

³⁰ มาตรา 21 (6)

³¹ R.V. Rogers (1952) 36 Cr App. R. 203.

อบรมและกักกันก็แตกต่างกันมาก อาจเป็นเพราะกฎหมายเห็นว่าการอบรมแก้ไขผู้กระทำความผิดที่ยังมีอายุน้อยกระทำได้ง่ายกว่าการอบรมผู้มีอายุมาก ๆ ก็เป็นได้³² การปล่อยผู้กระทำความผิดให้พ้นจากการกักกันตามกฎหมายนี้อาจกระทำได้ก่อนที่จะครบระยะเวลาให้ควบคุมตัวผู้กระทำความผิดติดนิสัยตามคำพิพากษาได้โดยคำร้องของคณะกรรมการราชทัณฑ์ (the Prison Commissioners) แต่ผู้กระทำความผิดต้องอยู่ภายใต้การมารายงานตัวเสมอจนกระทั่งครบระยะเวลาที่ศาลพิพากษาให้กักกัน³³

อย่างไรก็ตาม ระบบการกักกันตามกฎหมายใหม่ปี ค.ศ. 1948 แม้ว่าจะแก้ไขข้อบกพร่องของกฎหมายปี ค.ศ. 1908 โดยให้ใช้การกักกันแทนการจำคุกเลยทีเดียว ซึ่งเป็นการนำระบบเดียว (Single System) เข้ามาใช้แทนระบบคู่ (dual-track System) ที่ใช้มาแต่เดิม โดยมุ่งการฝึกอบรมและฟื้นฟูบุคคลิกภาพของผู้กระทำความผิดติดนิสัยอย่างจริงจัง ก็ไม่ประสบความสำเร็จเช่นเดียวกับกฎหมายเก่าเมื่อปี ค.ศ. 1908 ฝ่ายตุลาการพิจารณาว่า ระบบกักกันตามกฎหมายปี 1948 ไม่ก่อประโยชน์หรือให้อ่านางศาลที่มีอยู่เดิมแล้วเพิ่มขึ้นอีก ศาลอังกฤษนิยมใช้การพิพากษาจำคุกจำเลยเป็นระยะเวลานาน ๆ มากกว่าที่จะใช้ระบบการกักกันตามกฎหมายปี 1948 นี้ ดังนั้น ตามตัวเลขและสถิติของทางการอังกฤษ ปรากฏว่าศาลใช้การกักกันน้อยมาก กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 1956 มีผู้ต้องหา 1,384 ราย ที่อยู่ในเกณฑ์ที่ศาลจะใช้การกักกันกับบุคคลเหล่านี้ แต่ปรากฏว่า ศาลใช้อ่านางกักกันแก่จำเลยเพียง 178 รายหรือราวหนึ่งในแปดเท่านั้น ในปี ค.ศ. 1961 เพียงปีเดียว ศาลอุทธรณ์ของอังกฤษกลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่ให้กักกันจำเลยถึงหนึ่งในสามของคดีที่ขิ้นมายังศาลอุทธรณ์ ในปี ค.ศ. 1965 มีผู้ต้องหาเพียงแค่ 42 ราย ที่ศาลใช้การกักกันด้วย³⁴ ปัญหาของอังกฤษในประเด็นที่ว่าศาลมักไม่นิยมใช้วิธีกักกันแก่จำเลย ดูเหมือนว่าเป็นปัญหาเดียวกับที่ประเทศไทยเองซึ่งได้แนวความคิดเรื่องการกักกันมาจากกฎหมายเก่าของอังกฤษเมื่อ ปี ค.ศ. 1908 ก็กำลังประสบอยู่เช่นกัน รายละเอียดจะได้กล่าวต่อไป

ในบทที่ 4

³² ชาญวิทย์ ยอดมณี, วิธีการเพื่อความปลอดภัย : แนวความคิดและข้อสังเกต บางประการ, หน้า 84.

³³ Prison Act, 1952, S.26.

³⁴ Sir Leon Radzinowicz and Roger Hood, "Incapacitating the

ดอกเตอร์ แฮมมอนด์ (Dr. Hammond) นักอาชญาวิทยาคนสำคัญชาวอังกฤษพบว่า การกักกันตามกฎหมายใหม่เมื่อปี ค.ศ. 1948 ไม่ประสบผลสำเร็จในการแก้ไขและปรับปรุงตัวนักโทษเท่าใดนัก สถิตินักโทษที่ได้รับการกักกันจนพ้นระยะเวลา กักกันแล้วไปกระทำความผิดใหม่ภายในสามปีนับแต่วันที่ได้รับการปล่อยตัวสูงถึงร้อยละ 73 การกักกันระยะนานกับการลงโทษผู้กระทำความผิดในระยะเวลาที่สั้นกว่าจึงแทบจะไม่มีผลต่างกันเลย³⁵

ในปี 1967 อังกฤษได้ออกพระราชบัญญัติการยุติธรรมทางอาญา ฉบับใหม่ (The Criminal Justice Act 1967) ขึ้นใช้ และได้ยกเลิกระบบการกักกันทั้งไป แต่นำระบบการเพิ่มโทษ (extended sentence) เข้ามาใช้แทนที่ กล่าวคือ ให้อ่านาสาลที่จะเพิ่มโทษสำหรับความผิดที่จำเลยได้กระทำเป็น 5 ปี สำหรับความผิดที่มีโทษสูงสุดน้อยกว่า 5 ปี และความผิดที่มีโทษมากกว่า 5 ปี แต่โทษสูงสุดน้อยกว่า 10 ปี ศาลอาจเพิ่มโทษที่จำเลยจะได้รับเป็น 10 ปีก็ได้ ถ้าศาลพอใจว่าการเพิ่มโทษเป็นสิ่งจำเป็น เพื่อป้องกันสังคมและศาลได้พิจารณาจากภูมิหลังของจำเลยแล้วว่ามีแนวโน้มจะก่ออาชญากรรมขึ้นอีก และจำเลยเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกในคดีอาญาอุกฉกรรจ์มาก่อน ตัวอย่างในกรณีของการเพิ่มโทษตามกฎหมายปี ค.ศ. 1967 เช่น นายเอ กระทำผิดอาญาอุกฉกรรจ์ ฐานหนึ่งซึ่งตามกฎหมายโทษสูงสุดของความผิดฐานนั้นคือสามปี และปรากฏข้อเท็จจริงว่านายเอเคยมีประวัติต้องคำพิพากษาให้จำคุกมาก่อน ถ้าความผิดครั้งหลังศาลอังกฤษจะลงโทษนายเอหนึ่งปีเพื่อให้อายุเหมาะสมกับความผิดครั้งหลัง ศาลอาจจะลงโทษนายเอห้าปีได้โดยอ้างเป็นการเพิ่มโทษตามพระราชบัญญัติการยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 1967 เพื่อป้องกันสังคมนอกเหนือจากการลงโทษนายเอในความผิดครั้งหลังที่นายเอก่อขึ้น อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่น่าสงสัยคือ การเพิ่มโทษ (extended term of imprisonment) เป็นการให้ศาลใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง จะมีข้อจำกัดการให้อ่านาสาลเพื่อมิให้ใช้ดุลพินิจเพื่อเพิ่มโทษจำเลยจนเกินขอบเขตอย่างไรนั้น ศาลในประเทศอังกฤษยังคงยึดถือหลักจารีตนิยมที่ว่า การลงโทษต้องได้สัดส่วนกับความผิด (the punishment should fit the crime) และคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ในคดีเชอร์ชิล (Churchill)³⁶ ว่า แม้การกักกันจะไม่ใช่เรื่องของโทษก็ตาม แต่การที่ศาลจะกักกันผู้ใดนั้นศาลจะต้องไม่ละเลยข้อเท็จจริงในเรื่องความรุนแรงของการกระทำผิดของจำเลยด้วย ผลที่ตามมา

³⁵ W. Hammond & E. Chayen, Persistent Criminal (1963) cited by Sir Leon Radzinowicz, *Ibid.*, p. 1383

³⁶ [1952] 2 QB. 637.

ศาลอังกฤษมีแนวโน้มที่จะไม่ใช้การกักกันกับความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ที่ลักษณะของการกระทำความผิดไม่
 ค่อยรุนแรงนัก หลักการนี้นำมาปรับใช้กับการเพิ่มโทษตามกฎหมายปี ค.ศ. 1967 ด้วย³⁷ ในทางปฏิบัติ
 ผู้กระทำผิดซึ่งกระทำความผิดอาญาเล็กน้อยซ้ำ ศาลอังกฤษมักใช้การคุมประพฤติ (probation) โดยให้
 อยู่ในสถานที่ที่ศาลกำหนดมากกว่าที่จะใช้วิธีการเพิ่มโทษที่กล่าวมาข้างต้นที่จะใช้วิธีการเพิ่มโทษที่กล่าวมา
 ข้างต้น³⁸

การเพิ่มโทษตามพระราชบัญญัติยุติธรรมทางอาญาของอังกฤษ ค.ศ. 1967 ไม่ประสบความสำเร็จ
 สำเร็จเช่นเดียวกับการกักกันตามกฎหมายปี 1908 และ 1948 เช่นเดียวกับ เซอร์ลีออน แรดซินอวิช
 (Sir Leon Radzinowicz) นักกฎหมายอาวุโสจากมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ได้กล่าวไว้ในบทความของ
 ท่านเมื่อปี ค.ศ. 1980 ว่า การเพิ่มโทษในกฎหมายใหม่ไม่เป็นที่นิยมของศาล และใช้กันน้อยยิ่งกว่า
 การกักกันตามกฎหมายเดิมด้วยซ้ำไป การเพิ่มโทษจึงเป็นสิ่งที่อยู่ในตำรากฎหมายเท่านั้น ขาดความสำคัญ
 แม้กระทั่งไม่มีการบันทึกลงไว้ในสถิติอาชญากรรมของทางการอังกฤษเลย³⁹

2.3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาไม่เคยนำระบบการกักกันเข้ามาใช้ในประเทศของตน การจัดการกับผู้กระทำ
 ผิดตติณีสัยในประเทศนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายของมลรัฐเป็นสำคัญ มลรัฐนิวยอร์กเป็นมลรัฐแรกที่ตรากฎหมาย

³⁷ Kennedy (1969) 53 Cr.App. Rep.311 CA. และคูคตี Hulme (1971)

56 Cr. App. Rep. 203, CA.

³⁸ D.A. Thomas, "The Criminal Justice Bill : New Issues in Sentencing Policy", Criminal Law Review 277 (1967) : 23.

³⁹ Sir Leon Radzinowicz and Roger Hood, op.cit., p. 1385.

เพิ่มโทษแก่ผู้กระทำผิดติดนิสัยหรือผู้ร้ายโดยกมลสันดาน (recidivist) ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1796⁴⁰ ในปัจจุบัน สี่สิบหกมลรัฐจากห้าสิบเอ็ดมลรัฐมีกฎหมายที่จัดการกับผู้กระทำผิดซ้ำ หรือมลรัฐที่ตรา กฎหมายดังกล่าวออกให้ในปีเดียวกันที่มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ประกาศใช้กฎหมายเพิ่มโทษผู้กระทำผิดติดนิสัย⁴¹

ในส่วนของรัฐบาลกลางของสหรัฐ ฯ กฎหมายของรัฐบาลกลาง (federal law) เพียง กำหนดไว้กว้าง ๆ ว่า ให้กฎหมายกำหนดโทษขั้นต่ำที่แน่นอน (mandatory minimum penalty) แก่ผู้ กระทำผิดที่เป็นอันตรายพิเศษ (dangerous special offenders)⁴² นอกจากนี้ สถาบันทาง กฎหมายของอเมริกา (The American Law Institute) ได้เสนอรูปแบบประมวลกฎหมายอาญา (Model Penal Code) สำหรับเป็นแนวทางปฏิบัติแก่รัฐต่าง ๆ ในการตราบัญญัติที่ใช้นามมลรัฐของ ตนไว้ในมาตรา 7.03 ว่า ให้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะเพิ่มโทษผู้กระทำผิดติดนิสัย (persistent offenders) หรือ อาชญากรอาชีพ (professional criminals) เช่นเดียวกับบัญญัติแม่แบบใน การพิพากษาคดี (Model Sentencing Act) มาตรา 5 ก็เสนอแนวทางเช่นเดียวกันสำหรับศาล

กฎหมายของมลรัฐต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกาใช้การเพิ่มโทษเป็นมาตรการที่จะตัดผู้กระทำผิด ติดนิสัยให้ออกจากสังคม ตัวอย่างเช่น ในประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย มาตรา 667⁴³

⁴⁰ 1796 N.Y. Laws 696, ch. 30; 1796 Va. Acts. ch. 24, 42.

เวอร์จิเนีย เป็นมลรัฐที่ตรากฎหมายดังกล่าวออกให้ในปีเดียวกับที่มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ประกาศใช้กฎหมาย เพิ่มโทษผู้กระทำผิดติดนิสัย

⁴¹ สำหรับรายชื่อกฎหมายของมลรัฐที่เกี่ยวกับการเพิ่มโทษผู้กระทำผิดติดนิสัย ดู "Note The Constitutional Infirmities of Indiana's Habitual Offender Statute"; Indiana Law Review 13 (1980), p. 597.

⁴² 18 U.S.C. 3575-77 (1976)

⁴³ West's California Codes, California Penal Code (firstly approved on February 14, 1872), (St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1988), p. 281.

บัญญัติให้ผู้กระทำความผิดอาชญาอุกฉกรรจ์ (Serious felony) ซึ่งเคยกระทำความผิดอาชญาอุกฉกรรจ์มาก่อนในรัฐแคลิฟอร์เนียเอง หรือ ในที่อื่นซึ่งกำหนดองค์ประกอบความผิดทั้งหลาย เช่นเดียวกับความผิดอาชญาอุกฉกรรจ์ในแคลิฟอร์เนียต้องรับโทษเพิ่มขึ้นอีกห้าปีนอกเหนือจากโทษที่ศาลกำหนดในคดีหลังสำหรับความผิดที่เคยทำมาก่อน และถูกพิพากษาว่าทำความผิดเดียวกันนั้นอีก โทษในคดีหลังกับการเพิ่มโทษให้กระทำติดต่อกันไปนอกจากนั้นในมาตรา 667.7 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมเข้าไปใหม่เมื่อปี ค.ศ. 1986 ยังกำหนดให้ผู้กระทำความผิดอาชญาอุกฉกรรจ์ (felony) ที่เกี่ยวกับการใช้กำลังจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บสาหัส เป็นผู้กระทำความผิดติดนิสัยด้วย ถ้าผู้นั้นเคยทำความผิดในฐานะความผิดที่กฎหมายกำหนดไว้ตั้งแต่สองครั้งขึ้นไปและให้ต้องรับโทษ ดังนี้

(1) บุคคลซึ่งต้องโทษจำคุกมาก่อน 2 ครั้งต่างเวลากัน ให้ศาลลงโทษจำคุกในทัณฑสถานของรัฐตลอดชีวิต และไม่ให้พักการลงโทษ (parole) ในระยะ 20 ปี หรือ ตามแต่ระยะเวลาที่ศาลจะพิจารณาตามบัญญัติของกฎหมาย

(2) บุคคลซึ่งต้องโทษจำคุกมาก่อน ในความผิดที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 667⁴⁴ ไม่น้อยกว่าสามครั้ง ต่างเวลากัน ให้ศาลลงโทษจำคุกตลอดชีวิตในทัณฑสถานของรัฐ โดยมีให้มีการพักการลงโทษเลย

(3) ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดพ้นโทษไปแล้ว หรือเป็นอิสระภายใต้การควบคุมดูแลของทัณฑสถาน หรือมิได้กระทำความผิดอีกภายในสิบปี มิให้นำความผิดครั้งก่อนมาพิจารณาเพิ่มโทษจำเลยด้วย

⁴⁴ ตามมาตรา 667.7 ของประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย ได้แก่ การฆ่า, พยายามฆ่า, การฆ่าโดยบันดาลโทสะ (manslaughter) การทำร้ายร่างกาย (mayhem), การข่มขืนโดยใช้กำลัง, การร่วมสังวาสด้วยปากโดยใช้กำลัง (oral copulation), การร่วมเพศระหว่างชายต่อชายโดยใช้กำลัง (sodomy), การกระทำอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสี่ปีโดยใช้กำลัง, การลักพาตัวเพื่อเรียกค่าไถ่, กรรโชกทรัพย์, ชิงทรัพย์, ชิงทรัพย์โดยใช้กำลัง หรือโดยมีอาวุธ, การทำร้ายร่างกายโดยเจตนาฆ่า, การทำร้ายร่างกายโดยเจตนาทำให้บาดเจ็บสาหัส, การทำร้ายร่างกายโดยใช้อาวุธที่อาจทำให้ถึงตายได้ การวางเพลิงสิ่งปลูกสร้าง หรือ ความผิดอาชญาอุกฉกรรจ์อื่นที่ศาลอาจลงโทษถึงตายหรือจำคุกตลอดชีวิต.

เมื่อพิจารณากฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียแล้วจะเห็นว่า การเพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดติดนิสัยในมลรัฐนี้รุนแรงมากคือ ให้จำคุกผู้กระทำผิดติดนิสัยตลอดชีวิต และด้วยคำดูเหมื่อนว่าจะกำหนดให้ศาลของมลรัฐต้องกระทำ เช่นนั้นมากกว่าจะให้ เป็นดุลพินิจของศาลเอง แสดงให้เห็นว่าในมลรัฐแคลิฟอร์เนียและอีกหลายรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา ดูเหมือนจะไม่เชื่อในทฤษฎีทางอาชญาวิทยาในเรื่องการแก้ไขบำบัดผู้กระทำผิดอย่างหลายประเทศในทวีปยุโรปที่จะได้กล่าวต่อไป หากแต่สหรัฐอเมริกาใช้การลงโทษเป็น เครื่องมือแยกผู้กระทำผิดติดนิสัยจากสังคม เลยกทีเดียว

ในสหรัฐอเมริกาเอง เคยเกิดปัญหาการตีความว่า กฎหมายที่ให้เพิ่มโทษผู้กระทำผิดติดนิสัยถึงจำคุกตลอดชีวิตโดยอัตโนมัติเลย เมื่อกรณี เข้าตาม เงื่อนไขของกฎหมายมลรัฐขัดต่อบทแก้ไขรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา มาตรา 8 ในเรื่องห้ามการลงโทษโดยทารุณโหดร้าย หรือรุนแรงเกินสมควรหรือไม่ ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาเคยวินิจฉัยไว้ในคดี Rummel V. Estelle ว่า กฎหมายดังกล่าวไม่ขัดต่อบทแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรา 8⁴⁵

ในคดี Rummel ข้อเท็จจริงมีว่า นายวิลเลียม รัมเมล (William Rummel) ต้องคำพิพากษาให้จำคุกตลอดชีวิตในปี ค.ศ. 1973 ในความผิดฉ้อโกงเงินเพียง 120 ดอลลาร์ ตามกฎหมายผู้กระทำผิดติดนิสัยของรัฐเท็กซัส (the Texas habitual offender statute) กำหนดว่าผู้กระทำผิดอาญาอุกฉกรรจ์ชั้น เฟลโลนี เป็นครั้งที่สามจะถูกจำคุกตลอดชีวิตโดยอัตโนมัติ ปรากฏว่านายรัมเมลเคยใช้เครดิตการ์ดโกงผู้ขายจนได้สินค้ามูลค่า 80 ดอลลาร์ เมื่อปี ค.ศ. 1946 ศาลพิพากษาให้จำคุกและในปี ค.ศ. 1969 นายรัมเมลต้องคำพิพากษาให้จำคุกอีกคดีหนึ่งในความผิดฐานออกเช็คโดยไม่มีเงิน

⁴⁵ 445 U.S. 263 (1980), 100 S.Ct. 1133 (1980).

ในบัญชีมูลค่าเพียง 28 ดอลลาร์ ตามนี้ จะเห็นได้ว่า นายรัมเมล เข้าข่ายที่จะถูกจำคุกตลอดชีวิต โดยกฎหมายของเท็กซัสแล้ว ศาลอุทธรณ์ของมลรัฐเท็กซัสพิพากษาให้จำคุกนายรัมเมลตลอดชีวิต นายรัมเมลยื่นคำร้องต่อศาลของรัฐบาลกลาง Federal District Court) ขอให้ศาลออกหมาย (habeas corpus) เพื่อให้ผู้ควบคุมตัวนายรัมเมลปล่อยนายรัมเมล โดยเหตุผลที่ว่า การลงโทษของศาลมลรัฐฝ่าฝืนต่อบทแก้ไขรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา มาตรา 8 ที่ว่า "จะกำหนด.....การลงโทษที่โหดร้ายทารุณ หรือผิดปกติวิสัยจะกระทำมิได้"

ศาลชั้นต้นของรัฐบาลกลางยกคำร้องของนายรัมเมล แต่ศาลอุทธรณ์ภาคห้ากลับคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นโดยเห็นว่าโทษที่นายรัมเมลได้รับนั้นรุนแรงเกินไปไม่ได้สัดส่วนกับความผิดที่นายรัมเมลกระทำลง จึงขัดต่อมาตรา 8 ของบทแก้ไขรัฐธรรมนูญสหรัฐ ฯ ศาลอุทธรณ์ภาคห้าพิจารณาคดีใหม่โดยที่ประชุมใหญ่ (en banc) พิพากษายืนตามศาลชั้นต้น คดีขึ้นมาสู่ศาลสูงสุดของสหรัฐ ฯ ศาลสูงสุดพิพากษายืนว่า คำพิพากษาให้จำคุกนายรัมเมลตลอดชีวิตโดยกักตมบังคับ (mandatory life sentence) ไม่ขัดต่อบทแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรา 8 ที่ห้ามการลงโทษโดยทารุณโหดร้าย หรือผิดปกติวิสัย ผู้พิพากษาเรนควิส (Justice Rehnquist) เป็นผู้เขียนคำพิพากษาแทนองค์คณะผู้พิพากษา ฯ ให้ความเห็นว่ารัฐเท็กซัสมีผลประโยชน์และส่วนได้เสียไม่แต่เพียงกำหนดว่าความผิดครั้งที่สามของนายรัมเมลผิดกฎหมายเท่านั้น แต่ยังมีส่วนได้เสียและผลประโยชน์ในการที่จะจัดการกับอาชญากรรมที่รุนแรงของบุคคลที่ทำผิดครั้งแล้วครั้งเล่า ซึ่งไม่เคยเดินตามแนวบรรทัดฐานของสังคมซึ่งกำหนดไว้ในกฎหมายอาญาด้วย⁴⁶ นอกจากนี้ศาลยังพิจารณาว่าการจำคุกตลอดชีวิตในกรณีนี้ไม่ใช่เป็นการเด็ดขาด เพราะถ้านายรัมเมลประพฤติตนดีขึ้น กฎหมายของเท็กซัสยังอนุญาตให้มีการพักการลงโทษ (parole) ภายใน 12 ปีด้วย⁴⁷ ผู้พิพากษา

⁴⁶ 100 S.ct. 1133 at 1140.

⁴⁷ ibid., at 1142.

เพาเวลล์ (Powell), แบริน (Brennan), มาร์แชล (Marshall) และสตีเวนส์ (Stevens) ทำความเห็นแย้งว่า ความผิดที่นายริม เมลกระทำเป็นความผิดเล็กน้อยไม่ได้ก่อความรุนแรงอะไร จำนวนเงินเพียงแค่ 230 ดอลลาร์ และภายหลังการกระทำผิดครั้งที่สามมลรัฐ เท็กซัสก็ได้ยกเลิกความผิดฉ้อโกงเงินเล็กน้อยไม่เป็นการผิดขึ้น เฟลโลนีต่อไปแล้ว ผู้พิพากษาฝ่ายข้างน้อยจึงเห็นว่าโทษจำคุกตลอดชีวิตที่ลงแก่นายริม เมลไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำผิด นอกจากนั้น การที่ศาลฝ่ายข้างมากใช้การพักการลงโทษมาเป็นตัววิเคราะห์ว่าคำพิพากษาลงโทษรุนแรงเกินสมควรหรือไม่ ก็ไม่น่าจะถูกตั้ง เพราะคำวินิจฉัยที่จะให้มีการพักการลงโทษแก่นักโทษหรือไม่ เป็นเรื่องดุลพินิจของคณะกรรมการทัณฑสถานโดยความเห็นชอบของผู้ว่าการรัฐเท่านั้น นักโทษอาจถูกจองจำอยู่ในทัณฑสถานจนตายก็ได้ การพักการลงโทษไม่ใช่หลักประกันอย่างใดในการปล่อยตัวจำเลย⁴⁸ การพิจารณาว่าโทษที่ลงแก่จำเลยรุนแรงเกินไปหรือไม่จึงไม่ควรพิจารณาจากเหตุผลในเรื่องพักการลงโทษซึ่งไม่ใช่หลักประกันหรือ เป็นสิทธิที่จำเลยจะเรียกร้องเอาได้ตามกฎหมาย

กล่าวโดยรวมความแล้ว กฎหมายของสหรัฐอเมริกาไม่มีการนำระบบกักกันมาใช้ในมลรัฐของตนแต่สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้การลงโทษในระบบเดี่ยว (single system) คือ ไม่ได้แยกโทษออกจากวิธีการเพื่อความปลอดภัย การลงโทษผู้ถูกกระทำผิดติดนิสัยของสหรัฐ ฯ มีความมุ่งหมายเพื่อเป็นการตัดผู้กระทำผิดออกจากสังคม (removal from society) มากกว่าการฟื้นฟูบำบัดให้ผู้กระทำผิดกลับตัวเป็นคนดีและเข้าสังคมได้อีก (rehabilitation) ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกายืนยันว่า การลงโทษจำคุกตลอดชีวิตแก่ผู้กระทำผิดติดนิสัยซึ่งทำผิดอาญา เป็นครั้งที่สามชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแล้วตั้งนั้น ในปัจจุบันจึงมีหลายมลรัฐที่วางโทษจำคุกตลอดชีวิตแก่ผู้กระทำผิดติดนิสัยซึ่งทำความผิดเป็นครั้งที่สาม ตัวอย่างเช่น กฎหมายของเท็กซัส⁴⁹ แคลิฟอร์เนีย⁵⁰ มลรัฐวอชิงตัน⁵¹ เวอร์จิเนีย⁵² เป็นต้น และหลายมลรัฐวางโทษจำคุกตลอดชีวิต ผู้กระทำผิดติดนิสัยซึ่งทำผิดอาญาเป็นครั้งที่สี่ เช่น

⁴⁸ *ibid*, at 1145-46.

⁴⁹ Tex. Penal Code Ann. tit. 3, 12.42 (Vernon 1947).

⁵⁰ Cal. Penal Code 667.7 (1986).

⁵¹ Wash. Rev. Code Ann. 9.92.090 (1977).

⁵² W. Va. Code 61-11-18 (1977).

โคโลราโด⁵³ เนวาดา⁵⁴ เซาท์ดาโกต้า⁵⁵ ไวโอมิ่ง⁵⁶ อย่างไรก็ตาม โทษดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากนักกฎหมายและนักอาชญาวิทยาว่ารุนแรง⁵⁷ แต่ส่งผลกระทบต่อผู้กระทำผิดคดีเล็ก ๆ และผู้กระทำผิดสูงอายุซึ่งเกือบจะมาถึงบั้นปลายชีวิตของอาชญากรแล้วเท่านั้น ⁵⁸

2.3.3 ประเทศแคนาดา

การกักกัน⁵⁹ ในกฎหมายแคนาดาเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 660 ของประมวลกฎหมายอาญาของประเทศนั้น มาตรา 660 บัญญัติไว้ดังนี้

⁵³ Colo. Rev. Stat. 16-13-101 (2) (Supp. 1981).

⁵⁴ Nev. Rev. Stat 207.010 (2) (1981).

⁵⁵ S.D. Codified laws Ann. 22-7-8 (Supp. 1982)

⁵⁶ Wyo. Stat. Ann. 6-1-110 (1977).

⁵⁷ Paul W. Tappan, "Habitual Offender Laws in the United States," Fed Probation, Mar. 1949, pp. 28-29

⁵⁸ Note, "Selective Incapacitation : Reducing Crime through Predictions of Recidivism" Harvard Law Review, 96 (December, 1982) : 513; Katkin, "Habitual Offender Laws : a Reconsideration" Buffalo Law review, 21 (vol.99, 1972) : 106-108 Radzinowicz and Hood, op.cit., pp. 1381-1389.

⁵⁹ กักกัน ตามกฎหมายแคนาดา หมายถึง การคุมตัวไว้ในสถานกักขัง (penitentiary) โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา (indeterminate period) ตามมาตรา 659 (c).

"(1) การบังคับใช้การกักกัน (preventive detention)

ในกรณีที่ผู้ต้องหาได้กระทำความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ (indictable offence)⁶⁰ เมื่อจะ
ใช้มาตรการนี้ ศาลอาจพิพากษาให้กักกันนอก เนื่องจากคำพิพากษาซึ่งกำหนดไว้สำหรับความผิดที่
ผู้ต้องหากระทำ ถ้า

(เอ) พบว่าผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำผิดติดนิสัย และ

(บี) ศาลเชื่อว่าเพราะผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำผิดติดนิสัย และมีความจำเป็นที่จะคุ้มครอง
สาธารณชนจึงต้องพิพากษาให้กักกันผู้ต้องหา

(2) ใครคือผู้กระทำผิดติดนิสัย (who is habitual criminal)

เพื่อวัตถุประสงค์ของ (1), ผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำผิดติดนิสัยถ้า

[เอ] นับตั้งแต่อายุ 18 ปี ผู้ต้องหาได้กระทำความผิดอาญาอุกฉกรรจ์มาแล้วอย่างน้อยสาม
ครั้งต่างหากแยกจากกัน และต้องคำพิพากษาให้จำคุกไม่น้อยกว่าห้าปี และกำลังดำเนินชีวิตเยี่ยง
อาชญากรอย่างต่อเนื่อง (leading persistently a criminal life) หรือ

[บี] ผู้ต้องหาเคยต้องคำพิพากษาให้กักกันมาก่อน"

จะเห็นได้ว่าในประเทศในระบอบคอมมอนลอว์นั้น แคนาดายังคงรักษาระบบกักกันเอาไว้ใน
กฎหมายอาญาของตนทั้ง ๆ ที่อังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศแม่แบบของกฎหมายแคนาดายกเลิกระบบกักกันไปแล้ว
ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1967

เปรียบเทียบกฎหมายแคนาดากับกฎหมายไทยในเรื่องการกักกัน มีข้อที่คล้ายคลึงกันในหลาย
กรณี ประการแรก ถึงแม้ว่ากฎหมายแคนาดาไม่ได้กำหนดฐานความผิดที่ศาลจะนำมาเป็นเหตุกักกันเหมือน
อย่างกฎหมายไทย แต่กฎหมายแคนาดาก็จำกัดว่า เฉพาะความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ที่ต้องผ่านการได้สวนจากคณะ
ลูกขุนใหญ่เท่านั้น (indictable offence) ที่ศาลจะนำมาเป็นเหตุกักกันจำเลยได้ ประการที่สองการ

⁶⁰ indictable offence คือ ความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ซึ่งลงโทษจำคุก โดยทั่วไป

ต้องให้คณะลูกขุนใหญ่พิจารณาและลงมติว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำผิดจริงก่อน จึงยื่นฟ้องต่อศาลได้

ฟ้องขอให้กักกันเป็นอำนาจของพนักงานอัยการโดยเฉพาะ (กฎหมายไทยมาตรา 43 ประมวลกฎหมายอาญา, กฎหมายแคนาดา มาตรา 662 (1) (a) (i) ประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา) ในแคนาดาต้องให้อธิบดีอัยการจังหวัดลงนามให้ยื่นฟ้องกักกันได้เสียก่อนจึงฟ้องขอให้กักกันได้ หรือจะให้ผู้รักษาการแทนอธิบดีอัยการจังหวัดลงนามแทนก็ได้⁶¹

ศาลสูงสุดของแคนาดาเคยพิพากษาแล้วหลายคดีว่า การฟ้องขอให้กักกันไม่ได้หมายถึงฟ้องว่าจำเลยกระทำความผิดใหม่เฉพาะเจาะจง (a new crime) หากแต่เป็นการฟ้องแสดงสถานะพิเศษของจำเลย เพื่อแสดงประเภทของผู้กระทำผิดอันจะเป็นเหตุให้ศาลใช้วิธีกักกันจำเลยเพื่อคุ้มครองสังคมได้⁶² แม้ว่าคำฟ้องขอให้กักกันจำเลยไม่ใช่คำฟ้องว่าจำเลยกระทำความผิดอาญา แต่ก็มีเนื้อหาและสาระเป็นเรื่องทางอาญา ดังนั้น จึงอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายอาญาในเรื่องการสืบพยานว่าฝ่ายโจทก์จะต้องพิสูจน์จนสิ้นข้อสงสัย (beyond reasonable doubt) ว่า จำเลยเป็นผู้กระทำผิดติดนัยเหมือนดัง เช่นการพิสูจน์ความผิดของจำเลยในคดีอาญาเช่นกัน⁶³ เพราะผลที่สุด ถ้าหากจำเลยเป็นผู้กระทำผิดติดนัยจริง จำเลยจะต้องถูกกักกันโดยไม่มีกำหนดระยะเวลา อย่างไรก็ตามถ้าจำเลยหรือผู้ต้องหารับสารภาพตามคำฟ้อง โจทก์ก็ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์อีก (ดูมาตรา 662 (3) ประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา เทียบเคียงกับมาตรา 172 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย⁶⁴) ในประเทศแคนาดา คณะลูกขุนจะเป็นผู้พิจารณาว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิดติดนัยหรือไม่ ไม่ใช่ศาลอย่างของประเทศไทย ตัวอย่างข้อเท็จจริงที่ลูกขุนต้องมาพิจารณาซึ่งนำหนักกว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิดติดนัยหรือไม่ เช่น

⁶¹ ในประเทศแคนาดา จังหวัดหนึ่ง ๆ มีความหมายเหมือนกับมณฑลในประเทศไทย เดิมคำว่า "อธิบดี อัยการจังหวัด" แปลมาจากคำว่า The Attorney General of the province

⁶² R.V. Toner (1950) 1 W.W.R.1038, 10 C.R. J2, 97, C.C.C.171 (Alta.C.A.)

⁶³ R.V. Hunter (1921) 1 K.B. 555, 90 L.J.K.B. 145, 15 Cr. App. Rep. 69 Bruschi V. R., (1953) 1 S.C.R. 373, 16 C.R. 316, 105 C.C.C. 340, (1953) 2 D.L.R. 707, Parkes V. The Queen, [1956] S.C.R. 134, 6 D.L.R. (2d) 449 : R. V. Paton (No. 2) (1958), 27 C.R.88.

⁶⁴ Kirkland V. The Queen (1957), 25 C.R. 101, 117 C.C.C. 1 (S.Ct.Can), Parkes V. The Queen อ้างแล้วในบันทึกที่ 61.

จำเลยครอบครอง เครื่องไม้ เครื่องมือทำลายบ้านในขณะที่ถูกจับ อาจต้องพิจารณาประกอบกับอุปนิสัยของ จำเลยในอดีต⁶⁵ การแหกคุกออกมาอย่างไม่พอ เพียงว่าผู้ต้องหาอ้างว่าเป็นชีวิตเยี่ยงอาชญากรอย่าง ต่อเนื่อง⁶⁶ หลักฐานที่ฝ่ายจำเลยนำมาอ้างคือ จำเลยทำงานบางอย่างระหว่างพันธโทษก็ไม่พอจะ แสดงว่าจำเลยมีที่ผู้กระทำความผิดติดนิสัย ต้องพิจารณาประกอบข้อเท็จจริงอื่น⁶⁷ เพราะการทำงานอาจเป็น สิ่งปิดบัง (cloak) การกระทำความผิดอาชญากรรมของจำเลยก็ได้⁶⁸ ในคดีเรื่องหนึ่งข้อเท็จจริงว่า จำเลยทำ งานเป็นครั้งคราว (off and on) ตลอด 14 เดือนนับแต่พันธโทษ แต่ข้อเท็จจริงอื่นปรากฏว่า จำเลย เคยต้องคำพิพากษาโทษมาแล้ว 25 คดี และหลักฐานว่าจำเลยกลับไปหาสมัครพรรคพวกเก่าตลอดเวลา พอจะฟังได้ว่า จำเลยเป็นผู้กระทำความผิดติดนิสัย⁶⁹

กฎหมายของแคนาดาไม่ได้กล่าวถึงระยะเวลาที่ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดครั้งก่อนกับ ครั้งหลังต้องห่างหรือเว้นระยะกันเท่าใด แต่ในทางปฏิบัติของประเทศแคนาดา ระยะเวลากระทำความ ผิดครั้งก่อนกับครั้งหลัง เป็นข้อเท็จจริงที่ลูกขุนจะต้องให้น้ำหนักในการพิจารณาด้วย⁷⁰ ถ้าความผิดครั้งก่อน กับครั้งหลังกระทำในระยะเวลาไม่ห่างจากกันมาก ลูกขุนอาจพิจารณาว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดติดนิสัยอันจะ ต้องกักกันไว้⁷¹

⁶⁵ R. V. White; R.V. Shelton (1927), 20 Cr. App. Rep.61.

⁶⁶ R. V. Dawley (1958), 27 C.R. 59.

⁶⁷ R.V. Keane and Watson (1912), 8 Cr. App. Rep.12, R. V. Lavender (1927), 20 Cr. App. Rep.10.

⁶⁸ R. V. Hayden (1911), 6 Cr. App. Rep. 213

⁶⁹ R. V. Martin (1910), 5 Cr. App. Rep. 31

⁷⁰ R. V. Brown (1913), 9 Cr. App.Rep. 161, 23 Cox C.C. 615, 109 L.T. 749, 30 T.L.R. 40; R. V. Millichamp (1929), 21 Cr. App. Rep. 106; R.V. Dawley (1958), 27 C.R. 59.

⁷¹ R. V. Kelly (1909) 3 Cr. App. Rep. 248, 26 T.L.P., 196, R.V. Condon (1910), 4 Cr. App. Rep. 109.

แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่า จำเลยกระทำผิดมาไม่น้อยกว่าสามครั้ง เป็นผู้กระทำผิด ตัดนิสัยจริง ศาลอาจจะไม่ใช้การกักกันกับจำเลยก็ได้ เพราะตามมาตรา 660(1) ถ้อยคำชัดเจนว่าเป็น วัตถุประสงค์ของศาลซึ่งก็ตรงกับหลักการในมาตรา 41 ของประมวลกฎหมายอาญาไทย

2.4 การกักกันตามกฎหมายของประ เทศที่ให้กฎหมายในระบอบประมวลกฎหมาย

ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย บางประเทศไม่มีการกล่าวถึงการกักกันไว้เลย หรือไม่มีแม้กระทั่งวิธีการทางกฎหมายโดยเฉพาะที่จะจัดการกับผู้กระทำผิดตัดนิสัย แต่ในหลายประเทศก็บัญญัติ เรื่องการกักกันไว้ เป็นที่น่าสังเกตว่า ขณะที่อังกฤษได้ยกเลิกระบบการกักกันจากประเทศของตน หลาย ประเทศในยุโรปได้นำวิธีการกักกันมาใช้และยังคงใช้อยู่จนกระทั่งในปัจจุบันนี้ เช่น ในประเทศฝรั่งเศส เรียกการกักกันว่า Masures de Surete ในเยอรมันเรียกว่า Sicherungsmassregeln และใน อิตาลี เรียกการกักกันว่า Misure di Sicurezza

2.4.1 ประเทศนอร์เวย์

ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศนอร์เวย์ การกักกัน (preventive detention) จัดว่าเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย (security measures) อย่างหนึ่ง โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 39 เอ และมาตรา 39 บี อยู่ในหมวดทั่วไปว่าด้วยโทษ และมาตรการบำบัดแก้ไข (penal and correctional measures) แต่ที่น่าสังเกตว่า การกักกันในกฎหมายนอร์เวย์ เพิ่งเริ่มมีการนำมา ใช้เมื่อมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม พ.ศ. 2494 นี้เอง⁷²

⁷² The Norwegian Penal Code 1951

หลักเกณฑ์ที่จะใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยใน เรื่องการกักกันแก่ผู้กระทำความผิดตามกฎหมายของนอร์เวย์ มาตรา 3910 บัญญัติว่า "ถ้าจำเลยกระทำความผิดอาชญาอุกฉกรรจ์ (felony) หรือพยายามกระทำความผิดอาชญาอุกฉกรรจ์หลายครั้งซึ่งลงโทษได้ตามมาตรา 148, 149, 152 วรรค 2, 153 วรรค 1-3, 154, 159, 160, 161, 174, 178, ประกอบกับมาตรา 174, 191, 192, 193, 195, 196, 197, 198, 200, 201, 202, 203, 204, 206, 207, 212, 217, 224, 225, 227, 230, 231, 233, 245 วรรคแรก, 258, 266, 267, 268, หรือ 292 และศาลมีเหตุที่จะเชื่อได้ว่า จำเลยจะกระทำความผิดอาชญาอุกฉกรรจ์ประเภทเดียวกับที่กล่าวถึงข้างต้นอีก ศาลจะพิพากษาว่าจำเลย ต้องถูกควบคุมตัวโดยการกักกันหลังจากจำเลยได้รับโทษทั้งหมดหรือบางส่วนแล้ว ตราบเท่าที่มาตรากฎนี้ มีความจำเป็น

ให้ศาลกำหนดระยะเวลาขึ้นสูงสุดของการกักกันโดยไม่ต้องรับความยินยอมต่อไป"

ตามมาตรา 39 เอ จะเห็นได้ว่า เจือนโยของกฎหมายอาญาของนอร์เวย์ที่จะนำวิธีการ เพื่อความปลอดภัยใน เรื่องการกักกันมาใช้มีอยู่ 2 ประการที่สำคัญ คือ

1. จำเลยเคยทำความผิดมาก่อนหลายครั้งตามความผิดที่กฎหมายกำหนดไว้ และมาทำความผิดตามฐานที่กฎหมายกำหนดไว้อีก
2. พิจารณาจากฐานความผิดที่กฎหมายกำหนด เป็นมูลเหตุให้ศาลมีอำนาจกักกันได้ กล่าวคือ ความผิดฐานปลอมเงินตรา และพันธบัตร, ความผิดต่อศีลธรรมของมหาชน, มีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลวิกลจริต หรือบุคคลที่ไม่อาจต้านทานการกระทำของผู้กระทำความผิด, มีความสัมพันธ์ทางเพศกับเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี, ความผิดฐานดำรงชีพอยู่ได้ด้วยรายได้ของโสเภณี ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้ เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน, ใช้ของมีพิษเจือปนลงไปในน้ำที่ประชาชนหรือสัตว์ใช้ดื่มร่วมกัน, ผลิตสารพิษ, ใช้วัตถุระเบิดในการกระทำความผิด, ความผิดฐานกระทำการอนาจารด้วยคำพูดหรือการกระทำ, ความผิดฐานพรางผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร, ความผิดฐานทอดทิ้งเด็กหรือคนป่วยเจ็บหรือคนชราซึ่งไม่อาจช่วยตัวเองได้, ความผิดฐานเอาคนลงเป็นทาส, ความผิดฐานชิงทรัพย์และกรรโชกทรัพย์ และความผิดฐานบุกรุกเข้าไปทำลายทรัพย์

ข้อสังเกตคือ กฎหมายของนอร์เวย์ไม่ได้พิจารณาระยะเวลาที่ศาลจะพิพากษาลงโทษจำเลย สำหรับความผิดครั้งหลัง เป็นเกณฑ์ในการกักกันดัง เช่นประมวลกฎหมายอาญาของไทย ส่วนความผิดที่ จำเลยทำมาก่อน เข้าใจว่าถือ เกณฑ์เดียวกับกฎหมายไทยคือจำเลยต้องเคยทำความผิดมาก่อนไม่น้อยกว่า สองครั้ง เพราะกฎหมายนอร์เวย์ใช้คำว่า "จำเลยกระทำความผิด.....หรือพยายามกระทำ

ความผิด.....หลายครั้ง" แต่ระยะเวลาทำความผิดครั้งก่อนกับครั้งหลังต้องห่างกันเท่าไร
ไม่ปรากฏในกฎหมายของนอร์เวย์

ในมาตรา 39 เอ วรรค 3 ของประมวลกฎหมายอาชญาออร์เวย์ อนุญาตให้มีการนำระบบ
สืบเปลี่ยนแทนที่ (substitution) มาใช้ กล่าวคือ เมื่อกระทรวงมหาดไทยพิจารณาว่าโทษที่จะลงแก่ผู้
กระทำความผิด ไม่จำเป็นต่อไปแล้วก็อาจเปลี่ยนมาใช้วิธีการกักกันแทนต่อไป แต่ทั้งนี้กฎหมายวางเงื่อนไข
ว่านักโทษจะต้องได้รับโทษมาแล้วอย่างน้อยหนึ่งในสามของระยะเวลาที่ศาลพิพากษาให้จำเลยต้องรับโทษ
นั้น แสดงโดยนัยว่าวัตถุประสงค์ของการลงโทษตามกฎหมายของนอร์เวย์ถือหลักผสมคือ เป็นการทดแทน
ต่อการกระทำความผิด และในขณะที่เดียวกันก็นำหลักอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยาสมัยใหม่ที่ถือว่าโทษ
กำหนดขึ้นก็เพื่อแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำผิดมาใช้ขึ้นเอง⁷³

การฟ้องคดีขอให้กักกันตามกฎหมายนอร์เวย์ กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจและหน้าที่ของ
พนักงานอัยการโดยเฉพาะ เช่นเดียวกับกฎหมายไทย (ดูมาตรา 43 ประมวลกฎหมายอาญาไทย เปรียบ
เทียบ) และการฟ้องขอให้กักกันจำเลยให้ยื่นต่ออธิบดีอัยการและเคาน์ตีคอร์ท (City or Country
Court) โดยอาจกระทำในคดีเดียวกับที่พนักงานอัยการฟ้องว่าจำเลยมีความผิดอย่างไรอย่างหนึ่งก็ได้
หรือจะนำคดีมาฟ้องภายหลังก็ได้ แต่ต้องไม่เกินกว่าระยะเวลาหนึ่งปีภายหลังจากจำเลยรับโทษแล้ว (ดูมา
ตรา 39 ปี ของประมวลกฎหมายอาชญาออร์เวย์) ส่วนของไทยถึงระยะเวลาหกเดือนนับแต่วันฟ้องคดี
อันเป็นมูลเหตุให้เกิดอำนาจฟ้องขอให้กักกัน (ดูมาตรา 97 ประมวลกฎหมายอาญาไทย เปรียบเทียบ)

⁷³ วิธีการนี้ในทางทัณฑวิทยาเรียกว่า substitutionary system คือ โทษและ
วิธีการ เพื่อความปลอดภัย เช่นการกักกันจะนำมาใช้สลับกันในระหว่างที่ผู้ต้องโทษกำลังรับโทษหรือ
วิธีการต่าง ๆ อยู่ ปรากฏอยู่ในกฎหมายของประเทศเยอรมันนี่เช่นกัน สนใจดู อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, "
ร่างประมวลกฎหมายอาญาเปรียบเทียบว่าด้วยโทษและทฤษฎีการลงโทษ" วารสารกฎหมาย, ปีที่ 3
ฉบับที่ 1 (มกราคม-เมษายน, 2520 : 52-53; และดู Dreher Eduard, "Introduction to
the German Draft Penal Code of 1962" American Series of Foreign Penal Code,
1966, pp.9-10.

โดยเหตุที่การกักกันตามกฎหมายนอร์เวย์ถือเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยอย่างหนึ่ง ดังนั้นเมื่อภัยอันตรายที่จะมีต่อสังคมหมดสิ้นไปแล้ว หรือเปลี่ยนแปลงไป กฎหมายของนอร์เวย์ให้เป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารคือกระทรวงมหาดไทยที่จะปล่อยตัวผู้กระทำความผิดโดยกำหนดเงื่อนไข (on probation) เพื่อคุ้มครองประพฤตินั้นก็ได้ แต่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ว่า จำเลยได้รับโทษตามที่ศาลพิพากษาครบถ้วนแล้ว หรือ เมื่อโทษและการกักกันที่ผู้กระทำความผิดรับรวมกันแล้วไม่น้อยกว่าระยะเวลาที่ศาลพิพากษาจำคุกผู้นั้น (มาตรา 39 เอ วรยศ)

เงื่อนไขคุ้มครองประพฤตินักโทษที่ฝ่ายบริหารจะปล่อยตัวไม่มีดังนี้

- 1) ห้ามนักโทษหรือผู้กระทำความผิดเข้าไปในสถานที่ที่ฝ่ายบริหารจะกำหนดไว้
- 2) ให้นำไปรายงานตัวต่อตำรวจ หรือ เจ้าพนักงานคุ้มครองประพฤตินักโทษที่ฝ่ายบริหารระบุไว้เป็นครั้งคราว
- 3) ห้ามบุคคลนั้นเสพหรือดื่มเครื่องดื่มอันมีเม้า (alcoholic beverage)
- 4) ออกคำสั่งให้ผู้นั้นชำระค่าทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อความสูญเสียที่เขาเสียไปในทางเศรษฐกิจ หรือ เพื่อชดเชยกับความทุกข์ทรมานที่ผู้เสียหายได้รับ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามฐานะทางการเงินของนักโทษหรือผู้กระทำความผิดนั้นด้วย

ภายในระยะเวลาห้าปีนับจากที่ผู้ต้องโทษได้รับการปล่อยตัวโดยมีเงื่อนไขคุ้มครองประพฤติดังกล่าว ถ้าผู้นั้นไม่ได้กระทำความผิดอาญาอุกฉกรรจ์โดยเจตนา และปฏิบัติตามเงื่อนไขคุ้มครองประพฤติดังกล่าว การปล่อยตัวโดยมีเงื่อนไขเป็นอันสิ้นสุดไป (มาตรา 39 เอ วรยศ) จุดนี้ตรงกับกฎหมายของประเทศกรีซที่จะกล่าวต่อไปข้างหน้า

2.4.2 ประเทศกรีซ

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศกรีซซึ่งออกใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 17 สิงหาคม พ.ศ. 2493 (ค.ศ. 1951) กำหนดรายละเอียดในเรื่องผู้กระทำความผิดซ้ำและผู้กระทำความผิดติดนิสัย (repeaters and recidivists) ไว้ตั้งแต่มาตรา 88 ถึงมาตรา 937⁴

การลงโทษสำหรับการกระทำผิดอีก ศาลจะกำหนดโทษ เกินกว่าโทษขั้นสูงที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นก็ได้ (มาตรา 89 วรรคแรก) ในกรณีมีการกระทำผิดอีกเป็นครั้งที่สามหรือมากกว่านั้น ศาลจะใช้วิธีกักกันตัว (confinement in a penitentiary) ไว้ไม่เกินกว่าสิบปีก็ได้ หากว่าโทษสำหรับความผิดนั้นตามกฎหมายเป็นการจำคุก เกินกว่าหกเดือน (มาตรา 89 วรรคสอง) อย่างไรก็ตามจะเรียกว่ากระทำผิดอีก อันจะเป็นมูลฐานของการกักกัน ตามกฎหมายกรีกถือเอาว่าการที่บุคคลจะต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก เกินกว่าสาม เดือนสำหรับความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ (Felony) หรือความผิดขั้นมิสดีมีเนอร์โดยเจตนา และภายในห้าปีนับแต่ต้องคำพิพากษาทั้งหมดหรือบางส่วนนั้น บุคคลนั้นมากระทำความผิดอาญาอุกฉกรรจ์หรือความผิดอาญาขั้นมิสดีมีเนอร์และศาลพิพากษาลงโทษจำคุกอีก ถือเป็นการกระทำความผิดอีก (มาตรา 88) แสดงว่ากฎหมายกรีกถือว่าการกักกันเป็นโทษ และมีหลักเกณฑ์ในการกักกันใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายอาญาของเรามาก คือมีเงื่อนไข 3 ประการดังนี้

1. ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดอาญาอุกฉกรรจ์หรือมิสดีมีเนอร์ เป็นครั้งที่สาม
2. ความผิดครั้งก่อนกับความผิดครั้งหลังนี้มีระยะห่างกันไม่ เกินกว่าห้าปี
3. ความผิดที่กระทำครั้งหลังนี้ กฎหมายกำหนดโทษจำคุกไว้ เกินกว่าหกเดือน
4. ผู้กระทำความผิด เคยถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าสาม เดือนสำหรับ

ความผิดอาญาอุกฉกรรจ์หรือความผิดขั้นมิสดีมีเนอร์

ผู้กระทำความผิดติดนิสัยซึ่งมากระทำความผิดอีก

ตามกฎหมายอาญาของประเทศกรีก ผู้กระทำความผิดติดนิสัยคือบุคคลซึ่งถูกพิพากษาลงโทษจำคุกมาแล้วอย่างน้อยสามครั้งสำหรับความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ หรือความผิดขั้นมิสดีมีเนอร์โดยเจตนา และได้รับการกักกันมาแล้วหนึ่งครั้ง เป็นอย่างน้อย และมากระทำความผิดอาญาอุกฉกรรจ์หรือความผิดขั้นมิสดีมีเนอร์ซึ่งไม่ใช้ความผิดที่ศาลพิพากษาลงโทษคราวก่อนแสดงว่าเป็นผู้กระทำความผิดติดนิสัย กฎหมายถือว่า เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของประชาชน และถ้าศาลจะพิพากษา กักกันโดยมีกำหนดระยะเวลาตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 89 วรรคสองแล้ว ให้ศาลพิพากษา กักกันโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาในสถานกักกันเดี่ยว (a separate institution) หรือในแผนกแยกกักกันของโรงเรียนดีดสันดาน (a separate division of the penitentiary) ให้คำพิพากษาดังกล่าวกำหนดโทษขั้นต่ำของระยะเวลา กักกันเอาไว้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าสองในสามของโทษขั้นสูงตามมาตรา 89 (มาตรา 90

วรรคแรกของประมวลกฎหมายอาญากรีก) การต้องโทษจำคุกในต่างประเทศสำหรับความผิดซึ่งเป็นความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ และความผิดขึ้นมisdemeanor ตามกฎหมายกรีกให้ใช้บังคับ เป็นการลงโทษจำคุกตามกฎหมายกรีกได้ด้วย และให้ถือเป็นการกักกันตามกฎหมายกรีกได้ถ้าในสาระแล้วโทษนั้นใกล้เคียงกับโทษกักกันตามกฎหมายกรีก (มาตรา 90 วรรคสอง)

ข้อที่น่าสนใจคือ กฎหมายกรีกนำระบบการลงโทษโดยไม่กำหนดระยะเวลา (indefinite time) มาใช้ด้วย แต่บังคับให้ศาลต้องกำหนดโทษกักกันขึ้นต่ำไว้ในทุกกรณี นอกจากนี้กฎหมายอาญาของประเทศนี้ยังยอมรับผลของการลงโทษในศาลต่างประเทศมาเทียบเคียงปรับบทกฎหมายของตน เพื่อให้มีการใช้การลงโทษกักกันตามกฎหมายกรีกด้วย

การสิ้นสุดของการกักกันโดยไม่มีกำหนดระยะเวลา เมื่อระยะเวลาขั้นต่ำของการกักกันในกรณีที่ศาลไม่กำหนดระยะเวลาขึ้นสูงไว้หมดสิ้นไปแล้ว ทุกสามปีภายหลังจากระยะเวลาดังกล่าว ศาลเองหรือโดยคำร้องขอของนักโทษต่อศาลก็จะต้องพิจารณาปล่อยนักโทษผู้นั้น ถ้าความปรากฏแก่ศาลว่านักโทษมีความประพฤติดีและน่าเชื่อว่านักโทษจะไม่กลับมาก่อทำความผิดซ้ำอีก การพิจารณาปล่อยนักโทษดังกล่าวให้อยู่ในดุลพินิจของศาลมisdemeanor (the misdemeanor court) ในท้องที่ที่มีการลงโทษนักโทษนั้น โดยคำแนะนำของเจ้าหน้าที่สถาบันกักกัน (มาตรา 91 วรรคแรก) การปล่อยตัวนักโทษดังกล่าวนี้จะทำโดยมีเงื่อนไขและอาจกำหนดระยะเวลายกเลิกการปล่อยตัวไว้ก็ได้ คำสั่งให้ปล่อยตัวนี้ถ้าไม่มีการเปลี่ยนแปลงเป็นอื่นภายในห้าปีให้ถือว่าการปล่อยตัวเป็นอันเด็ดขาด (มาตรา 91 วรรคสอง) เมื่อระยะเวลาขั้นต่ำของการกักกันในกรณีศาลไม่กำหนดระยะเวลาขึ้นสูงไว้ (indefinite confinement in a penitentiary) หมดสิ้นไปแล้ว การกักกันจะดำเนินต่อไปได้ไม่เกินสิบปีสำหรับความผิดที่ลงโทษกักกันได้ไม่เกินสิบปี และกักกันต่อไปได้ไม่เกินระยะเวลาสิบปีสำหรับกรณีอื่น ๆ (มาตรา 91 วรรคสาม) ความตอนนี้นำให้เห็นว่า การกักกันโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาที่กล่าวถึงในกฎหมายกรีก แท้จริงแล้วก็มีขอบเขตกำหนดไว้เช่นกัน และมีการกำหนดมาตรการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารไว้ตามสมควร คือ ให้ศาลได้พิจารณาปล่อยตัวนักโทษทุก ๆ 3 ปี ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่านักโทษกลับตัวเป็นผู้มีความประพฤติดี แต่ว่ากักกันในทางปฏิบัติแล้ว ไม่ว่าจะให้หลักประกันแก่ผู้จำคุกโดยกำหนดให้เป็นอำนาจของฝ่ายตุลาการ หรือโดยคณะกรรมการฝ่ายต่าง ๆ มากมายก็ตาม แต่การรับฟังความประพฤติของผู้ถูกต้องยัง

ก็มักจะขึ้นอยู่กับรายงานของผู้คุม หรือเจ้าหน้าที่ของสถานกักกันในกรณีของประเทศกรีก เป็นสำคัญ ซึ่งเท่ากับอิสรภาพของผู้ถูกขังฝากไว้กับเจ้าหน้าที่ชั้นผู้น้อย ซึ่งไม่อาจถือเป็นหลักประกันที่สมควรได้⁷⁵

ผู้กระทำผิดติดนิสัยซึ่งไม่ได้กระทำความผิดอีก

ในกรณีที่ผู้กระทำผิดติดนิสัยมากระทำความผิดอีกแต่ไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่ถือเป็นการกระทำผิดอีก เช่น พันระยะห้าปีนับจากความผิดครั้งก่อนกับความผิดครั้งหลัง หรือความผิดครั้งหลังเป็นความผิดที่มีสติมิเนอร์โดยประมาท (คู่มือมาตรา 88 ของประมวลกฎหมายอาญากรีกเทียบ) ให้นำมาตรา 89 บรรทัดแรกในเรื่องการลงโทษสำหรับการกระทำผิดอีกมาใช้แก่ผู้กระทำผิดติดนิสัย คือ ศาลอาจเพิ่มโทษผู้กระทำผิดติดนิสัยได้ และถ้าความปรากฏว่าผู้กระทำผิดติดนิสัยนั้น เป็นอันตรายต่อประชาชน และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดนั้นในความผิดครั้งหลังนั้นควรจะเป็นการกักกันชั่วระยะเวลาหนึ่ง ศาลอาจให้มีการกักกันแก่ผู้นั้นโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาได้ และให้กำหนดโทษกักกันขั้นต่ำไม่น้อยกว่าครึ่งหนึ่งของโทษ

⁷⁵ โท เมน ภทรภิมย์, "คำบรรยายประมวลกฎหมายอาญาลักษณะวิธีการเพื่อความปลอดภัย" ในหนังสือการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย, (กรุงเทพมหานคร : กองคดีวิธีการเพื่อความปลอดภัย กรมอัยการ, 2533), หน้า 34. หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), หน้า 240. James Q. Wilson, Thinking about Crime, pp.192-193. วิลสันยกตัวอย่างการปล่อยตัวนักโทษซึ่งต้องโทษโดยไม่มีกำหนดโดยการคุมประพฤติในมลรัฐนิวยอร์กว่า คณะกรรมการคุมประพฤติ (the board of parole) มีกรรมการเพียงสิบสองท่าน แต่ต้องพิจารณาความประพฤติของนักโทษที่รับโทษจำคุกเกินกว่า 90 วัน การพิจารณากระทำกันอย่างผิวเผินโดยการดูแฟ้มประวัตินักโทษและสัมภาษณ์นักโทษคนละสิบถึงสิบห้านาที แล้วก็พิจารณาว่านักโทษคนใดสมควรถูกปล่อย การพิจารณาของคณะกรรมการไม่มีอิทธิพลของการันตีสุจริตทางสถิติได้วาล์มเหลว เพราะการศึกษาในปี พ.ศ. 2517 ของ The Citizen's Inquiry on Parole and Criminal Justice ในนครนิวยอร์กพบว่า จำนวนนักโทษที่ปล่อยโดยมีการคุมประพฤติกระทำผิดซ้ำและกลับมาต้องโทษในเรือนจำมีอัตราเฉลี่ยใกล้เคียงกับนักโทษที่ได้รับโทษเต็มตามคำพิพากษา

ชั้นสูงที่ผู้กระทำผิดจะได้รับก็ได้ และให้นำบทบัญญัติในมาตรา 90 และ 91 มาใช้ในกรณีนี้ด้วย (มาตรา 92) กล่าวง่าย ๆ คือ กรณีที่ผู้กระทำผิดติดนิสัยกระทำผิดอีก แต่ไม่ใช่กรณีที่กฎหมายถือเป็นการกระทำผิดอีก (repetition) ศาลอาจจะเพิ่มโทษผู้ผิดนั้นได้ และถ้าผู้ผิดนั้นจะเป็นอันตรายต่อประชาชนและความผิดครั้งหลังศาลเห็นสมควรลงโทษกักกันโดยมีกำหนดระยะเวลาแก่ผู้กระทำผิด ศาลยังอาจลงโทษกักกันโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาตามมาได้ อีก จริงอยู่ กรณีนี้มองดูคล้ายเป็นเรื่องกักกันสองตอนต่อกัน แต่ดังที่กล่าวแล้วว่ากฎหมายของประเทศกรีก การกักกันถือ เป็นโทษทางอาญาอย่างหนึ่ง การกักกันในตอนหลังจึง เป็นเสมือนการเพิ่มโทษนั่นเอง

การกระทำผิดอีกโดยผู้กระทำผิดด้วยความประมาท ภายในระยะเวลา 5 ปีนับแต่ศาลพิพากษาลงโทษผู้กระทำผิดขึ้นมิสติมิเนอร์โดยประมาทมาแล้ว ผู้ผิดมาทำความผิดขึ้นมิสติมิเนอร์โดยประมาทอย่างเดียวกันหรือเกี่ยวข้องกันให้ศาลพิพากษาเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำผิดได้ (มาตรา 93)

2.4.3 ประเทศอิตาลี

ประมวลกฎหมายอาญาของอิตาลี ฉบับวันที่ 19 ตุลาคม ค.ศ. 1930 นับว่ามีความทันสมัย และมีลักษณะสะท้อนหลักวิชาทางอาชญาวิทยาอย่างมาก โดยแยกประเภทอาชญากร หรือผู้กระทำผิดหลายครั้งเป็นสี่ประเภท คือ 1) ผู้กระทำผิดอีก (recidivists) 2) ผู้กระทำผิดติดนิสัย (habitual offenders) 3) ผู้กระทำผิดโดยอาชีพ (professional offenders) และ 4) ผู้มีนิสัยจะกระทำผิด (delinquent by propensity) กฎหมายอาญาของอิตาลีมีบทบัญญัติที่จะจัดการกับอาชญากรหรือผู้กระทำผิดแต่ละประเภทดังต่อไปนี้ (แต่จะขอเน้นจำเพาะผู้กระทำผิดติดนิสัย และผู้กระทำผิดโดยอาชีพ)

ในมาตรา 99 ของประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี กล่าวถึงการกระทำผิดอีก กฎหมายให้ดุลพินิจศาลในการเพิ่มโทษ แต่การเพิ่มโทษอาจจะเพิ่มหนักขึ้นแตกต่างกันตามข้อเท็จจริงต่อไป เช่น ถ้าการกระทำผิดครั้งหลัง เป็นความผิดประเภทเดียวกับครั้งก่อน หรือกระทำผิดภายใน 5 ปีจากครั้งก่อน หรือกระทำผิดอีกในระหว่างต้องรับโทษอยู่หรือระหว่างหลบหนีจากการลงโทษ ศาลจะใช้ดุลพินิจลงโทษเพิ่มอีกหนึ่งในสามของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับความผิดครั้งหลังก็ได้ ข้อนี้มีลักษณะคล้ายคลึงมาตรา 92 ของประมวลกฎหมายอาญาไทย เรื่องการกระทำผิดอีก เช่นกัน

ตามกฎหมายอาญาของอิตาลี ผู้กระทำผิดติดนิสัย แยกเป็น 3 ประเภท คือ

1. ผู้กระทำผิดติดนิสัยโดยผลของกฎหมาย (habitual delinquent presumed by law) ได้แก่ บุคคลซึ่งถูกพิพากษาจำคุกมาแล้วมากกว่าห้าปีสำหรับความผิดที่มีใช้ความผิดโดยประมาท ประเภทเดียวกัน ซึ่งกระทำลงในระยะเวลายาวไม่เกินสิบปีและไม่ได้กระทำความผิดในเวลาเดียวกัน แล้วหลังจากนั้นภายในสิบปีนับแต่ความผิดครั้งหลังได้กระทำ มากระทำความผิดที่มีใช้ความผิดโดยประมาท ประเภทเดียวกันอีก (คู่มือตรา 102 ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี)

2. ผู้กระทำผิดติดนิสัยโดยคำพิพากษาของศาล (habitual delinquent determined by the judge) ได้แก่ ผู้กระทำความผิดซึ่งศาลพบว่าเคยกระทำความผิดที่มีใช้ความผิดโดยประมาทมาสองครั้ง และมากระทำความผิดซึ่งมีใช้ความผิดโดยประมาทอีก ศาลจะพิพากษาให้เป็นผู้กระทำผิดติดนิสัยก็ได้โดยพิจารณาจากความรุนแรงของความผิด, ระยะเวลาที่ความผิดครั้งก่อนกับครั้งหลังได้ทำขึ้น, ความประพฤติและประวัติของผู้กระทำผิด รวมทั้งข้อเท็จจริงอื่น ๆ เช่น มูลเหตุชักจูงใจให้กระทำความผิด ภัยอันตรายซึ่งเกิดแก่ผู้เสียหาย ฐานะของผู้กระทำผิดทั้งในส่วนตัวครอบครัวและสังคมตลอดจนสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น (คู่มือตรา 103 ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี)

3. ผู้กระทำผิดติดนิสัยสำหรับความผิดชั้นมิสดีมีเนอร์ (habitual misdemeanants) ได้แก่บุคคลซึ่งถูกพิพากษากักขัง (detention) สำหรับความผิดชั้นมิสดีมีเนอร์ประเภทเดียวกันสามครั้ง และมากระทำความผิดชั้นมิสดีมีเนอร์ประเภทเดียวกันอีก โดยให้ศาลใช้ดุลพินิจที่จะพิพากษาว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำผิดติดนิสัยได้ โดยพิจารณาจากความรุนแรงของความผิด, ระยะเวลาที่ความผิดครั้งก่อนกับครั้งหลังได้ทำขึ้น, ความประพฤติและประวัติของผู้กระทำผิดรวมทั้งข้อเท็จจริงอื่น ๆ เช่น มูลเหตุชักจูงใจให้กระทำความผิด ภัยอันตรายซึ่งเกิดแก่ผู้เสียหาย ฐานะของผู้กระทำผิดทั้งในทางส่วนตัว ครอบครัวและสังคมตลอดจนสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น (คู่มือตรา 104 ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี)

นอกจากนั้น ตามกฎหมายอาญาของอิตาลียังมีผู้กระทำผิดโดยอาชัฟ อันได้แก่ ผู้ที่เป็นผู้กระทำผิดติดนิสัยไม่ว่าประเภทใดประเภทหนึ่งในสามประเภทที่กล่าวข้างต้นแล้ว และภายหลังจากนั้นยังมากระทำความผิดอาญาอีก โดยศาลจะต้องพิจารณาลักษณะของการกระทำผิดต่าง ๆ, นิสัยและประวัติของผู้กระทำผิด รวมทั้งข้อเท็จจริงอื่น ๆ เช่น มูลเหตุชักจูงใจให้กระทำความผิด, ภัยอันตรายที่เกิดแก่ผู้เสียหาย การศึกษาอบรม อาชัฟและสิ่งแวดล้อมของผู้นั้นประกอบกันเพื่อพิพากษาว่า ผู้นั้นดำรงชีพอยู่ได้โดยอาศัยรายได้จากการกระทำความผิดแม้จะเป็นรายได้บางส่วนก็ตาม (คู่มือตรา 105 ของประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี)

ผู้กระทำความผิดประเภทสุดท้ายคือ ผู้มีนิสัยจะกระทำความผิด ได้แก่ บุคคลซึ่งแม้ว่าจะไม่ใช้ผู้กระทำความผิดอีก หรือผู้กระทำความผิดติดนิสัย หรือผู้กระทำความผิดอาชีพ กระทำความผิดที่มีใช้ความผิดโดยประมาทต่อชีวิตและความปลอดภัยของบุคคล และโดยลักษณะของความผิดเอง และข้อเท็จจริงอื่น ๆ เช่น มูลเหตุชักจูงใจให้กระทำความผิด ภัยอันตรายที่เกิดแก่ผู้เสียหาย ฐานะของผู้กระทำความผิดทั้งในทางส่วนตัว ครอบครัว สังคม ตลอดจนสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น ทำให้เห็นว่าผู้นั้นมีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดอาญา บุคคลนั้นถือว่าเป็นผู้มีนิสัยจะกระทำความผิด (ตามมาตรา 108 ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี)

ผลของคำพิพากษาว่าบุคคลใดเป็นผู้กระทำความผิดติดนิสัย, ผู้กระทำความผิดโดยอาชีพ หรือผู้มีนิสัยจะกระทำความผิด (มาตรา 109 ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี) ศาลอาจจะเพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้นั้นได้ สำหรับการกระทำความผิดที่ผู้นั้นกระทำความผิดอีก และอาจบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยแก่ผู้นั้นได้ ซึ่งอาจเป็นโดยการกักกันที่กฎหมายอิตาลีเรียกว่า *Misure di Sicurezza* ก็ได้ คำพิพากษาว่า บุคคลใดเป็นผู้กระทำความผิดติดนิสัย, ผู้กระทำความผิดโดยอาชีพ หรือผู้มีนิสัยจะกระทำความผิด เป็นอันระงับไปโดยผลของการกลับตัวของผู้กระทำความผิด (rehabilitation)

"คำพิพากษาว่าบุคคลใดเป็นผู้กระทำความผิดติดนิสัย, ผู้กระทำความผิดโดยอาชีพจะกระทำขึ้นเมื่อใดก็ได้ แม้ภายหลังคำพิพากษาให้ลงโทษผู้นั้น แต่คำพิพากษาใดที่กระทำขึ้นภายหลังคำพิพากษาลงโทษผู้นั้น ห้ามมิให้หน้าความประพฤติภายหลังของผู้กระทำความผิดมาพิจารณาประกอบด้วย และโทษที่ลงแก่ผู้นั้นจะไม่ถูกเปลี่ยนแปลง

คำพิพากษาว่าผู้ใดมีนิสัยจะกระทำความผิด ห้ามมิให้กระทำขึ้นเว้นแต่เป็นส่วนหนึ่งแห่งคำพิพากษาลงโทษผู้นั้น"

เมื่อพิจารณาผลของคำพิพากษาว่า บุคคลใดเป็นผู้กระทำความผิดติดนิสัยตามกฎหมายของอิตาลีแล้วมีข้อที่ใกล้เคียงกับกฎหมายไทยมาก คือ ตามกฎหมายไทย ศาลอาจจะเพิ่มโทษได้ก่อน แล้วให้ใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย เช่น กักกันต่อมาได้ ถ้าเข้าเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 41 และเมื่อศาลได้พิพากษาให้กักกันผู้ใดแล้ว ถ้าพฤติการณ์เกี่ยวกับการใช้วิธีการกักกันนั้นได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ศาลไทยก็มีอำนาจที่จะสั่งเพิกถอนการกักกัน หรือลดการกักกันไว้ชั่วคราวได้ (ตามมาตรา 16 ประมวลกฎหมายอาญาไทย) ซึ่งก็ตรงกับกฎหมายอิตาลีที่ว่า เมื่อผู้กระทำความผิดได้รับการบำบัดจนเลิกเป็นผู้กระทำความผิด

ติดนิสัยแล้ว คำพิพากษาที่ว่าบุคคลนั้น เป็นผู้กระทำผิดติดนิสัย เป็นอันยกเลิกไป⁷⁶ ข้อน่าสังเกตและเป็นการ
อันสำคัญที่ควรพิจารณาคือ กฎหมายอิตาลีบัญญัติขึ้นบนพื้นฐานของความ เชื่อในทฤษฎีการลงโทษ เพื่อแก้ไขฟื้นฟู
ผู้กระทำผิด (Rehabilitation) ซึ่งกล่าวแล้วในบทที่หนึ่ง อันเป็นการตรงกันข้ามกับกฎหมายของ
ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ ซึ่งไม่ได้ยึดถือทฤษฎีการลงโทษ เพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด เป็น
หลักสำคัญต่อไปแล้ว

2.4.4 ประเทศฝรั่งเศส

กักกัน (Tutelle penale) ตามกฎหมาย ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 1970 Tutelle
penale ได้เข้ามาใช้แทนการกักกันเดิม relegation โดยเรียกเป็นโทษประกอบ แต่ที่จริงแล้วเป็นวิธี
การเพื่อความปลอดภัยที่เด็ดขาดที่สุด ผู้ที่อาจถูกกักกัน เป็นผู้ที่กระทำผิดมาแล้วหลายครั้ง แต่ถ้าเป็น
ความผิดที่มีโทษหนัก เช่นถูกลงโทษในความผิดอุกฉกรรจ์เพียง 2 ครั้ง ก็อาจถูกกักกันได้ หรือถูกจำคุก
เกินกว่า 6 เดือนสี่ครั้งขึ้นไปในความผิดอุกฉกรรจ์ ความผิดที่กระทำโดยใช้กำลังประทุษร้าย ความผิด
เกี่ยวกับทรัพย์ หรือความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 58-1 แต่
ความผิดที่กระทำนี้ ถ้าผู้กระทำผิดยังมีอายุไม่เกิน 21 ปี ไม่นับเป็นความผิดที่จะเอามาพิจารณากักกัน
ความผิดเหล่านี้จะต้องได้กระทำภายในระยะเวลา 10 ปี นับถึงความผิดครั้งสุดท้ายที่ขอให้กักกัน และ
ต้อง เป็นความผิดที่ได้ถูกลงโทษ เพราะการกระทำก่อนมีความผิดครั้งสุดท้ายจะถึงที่สุด การลงโทษกักกัน

⁷⁶ มาตรา 109, 207 และ 208 ของประมวลกฎหมายอาญาอิตาลีประกอบ ซึ่งมีความ
โดยสรุปว่าวิธีการ เพื่อความปลอดภัยจะยังคงไม่ถูกเพิกถอน หากผู้ซึ่งถูกบังคับไว้ยังคงมีภาวะ เป็นอันตราย
ต่อสังคม การ เพิกถอนจะกระทำได้ เมื่อพ้นระยะเวลา น้อยที่สุดที่กฎหมายกำหนดไว้ เพื่อการบังคับใช้วิธีการ
เพื่อความปลอดภัย การ เพิกถอนก่อนหน้าระยะเวลา น้อยที่สุดที่กระทำได้ เฉพาะโดยอนุมัติของรัฐมนตรี
ว่าการกระทรวงยุติธรรม เมื่อพ้นระยะเวลา น้อยที่สุดที่กำหนดให้ใช้วิธีการ เพื่อความปลอดภัยแล้ว ศาลจะ
ทบทวน เงื่อนไขการสั่งใช้วิธีการ เพื่อความปลอดภัยของผู้นั้นว่า ผู้นั้นยัง เป็นอันตรายต่อสังคมหรือไม่

จะกระทำได้อีก เมื่อได้พิจารณาส่วนการสอบสวนเกี่ยวกับบุคคลิกภาพที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 81 แล้วการพิจารณาคดีขอให้กักกันจำเลยจะต้องมีนายความและคำพิพากษาให้กักกันจะต้องระบุคำพิพากษาคดีก่อน ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้กักกันในคดีหลังได้ด้วย⁷⁷

จะเห็นได้ว่าการกักกันในกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสมีข้อที่คล้ายคลึงกับกฎหมายไทยในหลายประการด้วยกัน เช่นการที่จะกักกันได้จะต้องพิจารณาจากฐานความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำ และมีการกำหนดระยะเวลาที่ความผิดครั้งก่อนกับความผิดครั้งสุดท้ายได้กระทำลงด้วย แต่ข้อแตกต่างบางประการที่เห็นได้ชัดคือ อายุที่จะเป็นเกณฑ์ให้มีการขอให้มีการกักกันต่างกัน กล่าวคือ ตามกฎหมายไทยความผิดซึ่งผู้กระทำได้กระทำในขณะที่อายุยังไม่เกินสิบเจ็ดปีนั้น มิให้ถือ เป็นความผิดที่จะนำมาพิจารณากักกันด้วย (มาตรา 41 วรรคท้าย) แต่กฎหมายฝรั่งเศสถืออายุสิบเจ็ดปี เป็นเกณฑ์

นอกจากนั้น ในกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสยังมี เรื่องการเพิ่มโทษเพราะเหตุกระทำผิดอีก เช่นเดียวกับกฎหมายไทย โดยมีหลัก เกณฑ์และรายละเอียดพิสดารกว่ากฎหมายของประเทศเรามาก⁷⁸

2.4.5 ประเทศญี่ปุ่น

ในประเทศญี่ปุ่น ไม่ปรากฏว่ามีการใช้การกักกันแก่ผู้กระทำผิดติดนิสัยแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ญี่ปุ่น ผู้กระทำผิดอีกภายใน 5 ปี นับแต่วันที่พ้นโทษมา และมากระทำความผิดอาญาซึ่งมีโทษจำคุกมีกำหนดระยะเวลาให้ถือว่าผู้นั้นกระทำผิดอีก (ในคำแปลภาษาอังกฤษของการกระทำผิดอีกในกฎหมายญี่ปุ่นใช้คำว่า "subsequent offense") การลงโทษสำหรับการกระทำผิดอีกมิให้เกินโทษสูงสุด

⁷⁷ โทเมโน ภัทรภิมย์, การบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย, หน้า 31.

⁷⁸ ดู โทเมโน ภัทรภิมย์, กฎหมายอาญาเปรียบเทียบและอาชญาวิทยา, (คำบรรยายชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ. 2528 เอกสารอัดโรเนียว), หน้า 76-82.

สำหรับความผิดฐานนั้น ๆ (มาตรา 57 ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น) ในกรณีกระทำความผิดอาชญาสาม ครั้งขึ้นไปก็ใช้หลักเดียวกันที่กล่าวแล้วข้างต้นด้วย⁷⁹ ดังนี้ จึงเห็นว่า แม้ประเทศไทยจะไม่มีระบบ การกักกันใช้กับผู้กระทำผิดคดีง่าย แต่การที่ประเทศไทยใช้วิธีการเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำผิดอีก และข้อเท็จจริงที่ว่า ระบบเรือนจำในประเทศไทยมีความทันสมัย และประสบความสำเร็จในการฝึกอบรมนักโทษและผู้ต้องขังเป็นอย่างดี เท่ากับ เป็นการแสดงอย่างเด่นชัดว่า ประเทศไทยใช้ระบบผสม (Unitary System of Punishment) หรือระบบการลงโทษผู้กระทำผิดไป พร้อมกับการปรับปรุงแก้ไขให้ผู้กระทำผิดเป็นคนดี โทษและวิธีการ เพื่อความปลอดภัย เช่นวิธีการกักกันจึงรวม เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันอยู่แล้ว

ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁷⁹ The Penal Code of Japan Eibun-Horei-Sha, Tokyo, Japan (1973), pp.13-14. กฎหมายอาญาของญี่ปุ่นที่ใช้ในปัจจุบันนี้ประกาศใช้มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2450 (ค.ศ. 1907) มีการแก้ไขปรับปรุงตลอดมาหลายครั้ง ในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดอีก (repeated crime) ปรากฏในหมวดสิบ มาตรา 56-59.