

หลักและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับวิธีการเพื่อความปลอดภัย

ที่มาของวิธีการเพื่อความปลอดภัย

วิธีการเพื่อความปลอดภัย มีแนวความคิดพื้นฐานมาจากทฤษฎีป้องกันสังคม (Social Defense Theory) ทั้งนี้เพราะมนุษย์เรามีสัญชาตญาณอย่างหนึ่ง คือ จะต้องอยู่รวมกันเป็นหมู่เป็นเหล่า ไม่แยกตัวอยู่ตามลำพัง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ มนุษย์นั้นเป็นสัตว์สังคมนั่นเอง ด้วยสัญชาตญาณนี้ทำให้มนุษย์ต้องรวมกันอยู่เป็นกลุ่มเป็นหมู่ เป็นเหล่า กลายเป็นครอบครัว สังคม และประเทศชาติบ้านเมืองขึ้นมา ซึ่งเป็นธรรมชาติอยู่เองเมื่อมีคนจำนวนมาก หลายคนมาอยู่รวมกัน ย่อมจะต้องมีการเคลื่อนไหว มีเรื่องกระทบกระทั่งกัน ทั้งในเรื่องสิทธิเสรีภาพ ชีวิตร่างกาย ทรัพย์สิน ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นการกระทำความผิดหรืออาชญากรรม และการกระทำนี้จะต้องมีอยู่ในสังคมมนุษย์ อันเป็นปรากฏการณ์หรือพฤติกรรมอย่างหนึ่งของสังคม<sup>1</sup> มนุษย์จึงเป็นส่วนหนึ่งของสังคมที่จะต้องเป็นไปตามพฤติกรรมของสังคม เมื่อมีการกระทำความผิดทางอาญาเกิดขึ้น ต้องถือว่าผู้นั้นกระทำการขัดต่อพฤติกรรมของสังคม สังคมจะต้องจัดการกับบุคคลนั้น ถึงแม้ว่าจะเป็นการกระทำต่อมนุษย์ด้วยกันก็ตาม ต้องถือว่ากระทำต่อสังคม ทำให้สังคมได้รับความเจ็บปวด สังคมจึงต้องจัดการกับบุคคลนั้น เมื่อสังคมกลายเป็นรัฐ การกระทำความผิดต่อบุคคลของรัฐต้องถือว่ารัฐได้รับความกระทบกระทั่งและเสียหาย รัฐจึงหามาตรการและวิธีการดำเนินการกับบุคคลที่เป็นภัยของรัฐเช่นนั้น เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม แนวความคิดแต่

---

<sup>1</sup> โทแมน ภัทรภริมย์, "คำบรรยายแนวนโยบายของสำนักงานอัยการสูงสุด ในการดำเนินคดีใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย," เอกสารในการสัมมนา เรื่องการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยและแนวทางแก้ไขปัญหาอุปสรรคในการปฏิบัติงาน เสนอที่มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช 4 มิถุนายน 2534, (อัดสำเนา).

เดิมสิ่งที่ใช้ในการแก้ปัญหาการกระทำคามผิด คือ การปราบปราม โดยมุ่งเอาตัวผู้กระทำคามผิดมาลงโทษตามความร้ายแรงของการกระทำคามผิด โดยศึกษาสาเหตุแห่งอาชญากรรมเฉพาะในแง่กฎหมายเท่านั้น มิได้คำนึงถึงปัจจัยทางด้านกายภาพ จิตใจหรือสังคมแต่อย่างใด ซึ่งยังผลให้การควบคุมอาชญากรรม หรือการกระทำคามผิดไม่บังเกิดผลโดยสมบูรณ์

จุดประสงค์ของการลงโทษนั้นมิใช่เพื่อการทดแทนความผิดที่ได้กระทำลงไปเพียงประการเดียว แต่ยังรวมถึงการป้องกันการกระทำผิด การปรับปรุงแก้ไขตัวผู้กระทำผิดด้วย แต่จุดประสงค์ของวิธีการเพื่อความปลอดภัยเน้นที่ป้องกันการกระทำผิดโดยพุ่งเป้าไปที่ผลกระทบต่องสังคมและแก้ไขตัวบุคคลมากกว่า โดยมีแนวความคิดว่าการลงโทษบุคคลให้หนักขึ้นเพราะมีแนวโน้มที่จะกระทำผิดอีกไม่ใช้การลงโทษโดยยุติธรรม ได้มีการศึกษาหาสาเหตุของอาชญากรรมจากตัวผู้กระทำคามผิดทั้งทางด้านกายภาพ (Biological) และทางสังคม (Social) อย่างเป็นศาสตร์ (Scientific) และเกิดแนวความคิดที่จะคุ้มครองป้องกันสังคม (Social defense) โดยเน้นการป้องกันอาชญากรรม และแก้ไขผู้กระทำคามผิดเพิ่มเติมจากความคิดเดิมที่มุ่งเน้นเฉพาะการปราบปรามเท่านั้น

#### ความหมายของวิธีการเพื่อความปลอดภัย

"วิธีการเพื่อความปลอดภัย" (Measures of Safety) ในความหมายโดยทั่วไปหมายถึง วิธีการต่าง ๆ ที่บุคคล สถาบันต่าง ๆ หรือรัฐ นำมาใช้เพื่อให้เกิดความปลอดภัยแก่ตัวเอกชน สถาบัน ทรัพย์สิน สังคม ในชีวิตความเป็นอยู่ การประกอบอาชีพ การคมนาคม การปกครอง การบริหาร เป็นต้น<sup>2</sup> โดยนัยความหมายดังกล่าว วิธีการเพื่อความปลอดภัย จึงเป็นวิธีการ หรือมาตรการต่าง ๆ ที่เรานำมาใช้ เช่น การตรวจสอบสภาพรถยนต์ เครื่องยนต์ หรือเครื่องมือต่าง ๆ ก่อนนำมาใช้งานประจำวัน การที่โรงงานอุตสาหกรรมกำหนดกฎเกณฑ์หรือระเบียบ

---

<sup>2</sup>ถาวร พานิชพันธ์, "วิธีการเพื่อความปลอดภัย," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520), หน้า 4.

ในการใช้เครื่องจักรกล การใช้อุปกรณ์ต่าง ๆ การที่สถาบันหรือองค์กรหรือรัฐเข้ามา มีบทบาทในการควบคุมวิชาชีพอิสระ เช่น แพทย์ ทนายความ ผู้สอบบัญชี สถาปนิก วิศวกร และเภสัชกร โดยการกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบการ กำหนดหลักเกณฑ์ในการออกใบอนุญาต เพิกถอนใบอนุญาต เป็นต้น<sup>3</sup> หรือแม้กระทั่งการสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือการเพิกถอนใบอนุญาต ตามพระราชบัญญัติต่างๆ เช่น พระราชบัญญัติสาธารณสุข พ.ศ.2484 พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2512 พระราชบัญญัติจรรยาบรรณ พ.ศ.2522 และพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.2505 เป็นต้น หรือวิธีการที่ใช้เมื่อได้กระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 มาตรา 75 มาตรา 77 และตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2534 มาตรา 38 มาตรา 39 มาตรา 63 มาตรา 104 และมาตรา 107 เป็นต้น

แต่วิธีการเพื่อความปลอดภัยที่มุ่งกล่าวถึงในการทำวิจัยครั้งนี้คือ วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามนัยความหมายทางกฎหมายในฐานะที่เป็นมาตรการซึ่งใช้บังคับต่อผู้กระทำความผิด หรือผู้ที่มีสภาพน่ากลัวว่าจะกระทำความผิด หรือเป็นมาตรการที่ใช้บังคับต่อผู้กระทำความผิดเพื่อคุ้มครองสังคม ผนวกกับโทษ โดยจะเน้นเฉพาะการห้ามการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพบางอย่าง (Prohibition from Performing Certain kinds of Occupation or Profession) ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50 ที่จะได้กล่าวในลำดับต่อไป

---

<sup>3</sup> ดูรายละเอียดในบทที่ 3 หน้า 59-69.

วิธีการเพื่อความปลอดภัยในที่นี้จึงหมายถึง มาตรการทางกฎหมายที่รัฐใช้บังคับแก่บุคคลเป็นรายบุคคล เพื่อป้องกันผู้ที่มีสภาพน่ากลัวว่าจะกระทำความผิด หรือผู้ที่มองในแง่อาชญาว่าเป็นผู้ที่มีสภาพเป็นอันตรายต่อสังคม<sup>4</sup> มิให้กระทำความผิด หรือกระทำความผิดซ้ำอีก<sup>5</sup> หรือหมายถึง มาตรการทางกฎหมายอาญาที่รัฐใช้กับบุคคลซึ่งมีสภาพหรือพฤติกรรมที่เป็นอันตรายต่อสังคม เพื่อควบคุมมิให้ผู้นั้นกระทำความผิดกฎหมาย ทั้งนี้โดยมุ่งประสงค์เพื่อให้สังคมปลอดภัยจากการกระทำ ความผิดมาตรการดังกล่าวจึงอาจนำมาใช้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดได้ แม้ว่าบุคคลนั้นจะ ยังไม่ได้กระทำความผิด หรือได้กระทำความผิดแล้วแต่มีแนวโน้มที่จะกระทำความผิด

---

<sup>4</sup> โทเมเน ภัทกริรมย์, คำบรรยายประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ  
วิธีการเพื่อความปลอดภัย, (กรุงเทพฯ: พ.พิทยาการ, 2531), หน้า 42-43.  
 "สภาพอันตรายหรืออาการที่เป็นอันตรายของผู้กระทำความผิดในทางอาชญาวิทยา หมายถึง การที่บุคคลนั้นสามารถกระทำความผิด (capacité criminelle) กับการที่บุคคลนั้นจะปรับปรุงแก้ไขให้ดีขึ้นได้ (possibilité d'adaptation) ซึ่งจะต้องพิจารณารวมกันไป ในอันที่จะกำหนดมาตรการที่จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้น (Traitement) แนวความคิดนี้มาจากนักกฎหมายสำนัก Positiviste ซึ่งได้เสนอในการประชุมระหว่างประเทศเกี่ยวกับกฎหมายอาญา (l'Union internationale de droit pénal) แนวความคิดนี้ยึดหลักบุคคลทางกรรมพันธุ์ (antecedant heréditaire) โดยลักษณะการดำรงชีพของผู้นั้น (habitudes de vie) หรือโดยอาการทางสรีรวิทยาบางอย่าง (troubles physiologique) มีอาการที่เป็นอันตราย ซึ่งอาจทำให้บุคคลนั้นเป็นภัยต่อสังคม อาการนี้อาจพบได้ โดยทางการแพทย์ ก่อนที่บุคคลนั้นจะกระทำความผิด เมื่อตรวจพบแล้วเป็นการเพียงพอที่จะดำเนินการลงโทษ หรืออย่างน้อยก็ใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยแก่บุคคลนั้น"

<sup>5</sup> Takeuchi, J., "Introduction to the Japanese Draft Penal Code of 1962, 8 The American Series of Foreign Penal Code," (London: Eastern Press, 1964), p. 15.

ชนิดอื่นในอนาคต<sup>๕</sup> ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันมี 5 ประเภท คือ

- 1) กักกัน (Relegation)
- 2) ห้ามเข้าเขตกำหนด (Prohibition to Enter a Specified Area)
- 3) เรียกประกันทัณฑ์บน (To Execute a Bond with Security for Keeping the Peace)
- 4) คุมตัวไว้ในสถานพยาบาล (To be Kept Under Restraint in a Hospital) และ
- 5) ห้ามการประกอบอาชีพบางอย่าง (Prohibition to Carry on Certain kinds of Occupations)<sup>๗</sup>

อันเป็นมาตรการที่รัฐนำมาใช้กับบุคคลซึ่งมีพฤติการณ์ล่อว่าจะเป็นอันตรายต่อสังคม โดยแสดงออกมาว่าบุคคลนั้นน่าจะกระทำความผิดอาญาขึ้นในอนาคต หรือเมื่อกระทำความผิดทางอาญาแล้วจะกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก จึงจำเป็นต้องใช้มาตรการนี้เพื่อกำราบ กักขัง หรือเตือนไม่ให้บุคคลดังกล่าวกลับมากระทำความผิดทางอาญาอีก หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการ "มองไปข้างหน้า"<sup>๘</sup> แตกต่างกับการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีอยู่ 5 ประเภทเช่นเดียวกัน คือ 1) ประหารชีวิต (Capital punishment)
- 2) จำคุก (Imprisonment)
- 3) กักขัง (Confinement)
- 4) ปรับ (Fine)
- และ 5) ริบทรัพย์สิน (Forfeiture of Property) ซึ่งเป็นการตอบสนองของสังคมเมื่อมีการกระทำความผิดกฎหมายเกิดขึ้น โทษจึงเป็นผลร้ายต่อผู้กระทำความผิด อันเป็นการแสดงถึงการตำหนิผู้กระทำความผิดว่าได้ทำในสิ่งที่ไม่สมควรในสังคม วัตถุประสงค์ของการลงโทษจึงพุ่งเล็งไปที่พฤติกรรมในการกระทำของผู้กระทำความผิดที่ผ่านมาแล้ว อันมีลักษณะเป็นการแก้แค้นตอบแทนการกระทำความผิดของผู้กระทำหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการ "มองไปข้างหลัง"<sup>๙</sup> นั้นเอง

<sup>๕</sup>ณรงค์ ใจหาญ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคหนึ่ง ว่าด้วยโทษ และวิธีการเพื่อความปลอดภัย, (กรุงเทพฯ: มิตรนราการพิมพ์, 2534), หน้า 94.

<sup>๗</sup>ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 39.

<sup>๘</sup>โทแมน ภักดิ์ภิมย์, "คำบรรยายแนวนโยบายของสำนักงานอัยการสูงสุด ในการดำเนินคดีใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย," หน้า 2.

<sup>๙</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

## ประวัติความเป็นมาของวิธีการเพื่อความปลอดภัยในประเทศไทย

วิธีการเพื่อความปลอดภัยในประเทศไทยนั้น ได้มีการนำมาใช้นานแล้ว ก่อนประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน แต่การบัญญัติกฎหมายก่อนใช้ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้แยกลักษณะของวิธีการเพื่อความปลอดภัยไว้โดยเฉพาะ การที่จะทราบได้ว่ากฎหมายฉบับใดใช้มาตรการวิธีการเพื่อความปลอดภัย ย่อมจะต้องพึงเล็งถึงวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมายนั้น ๆ ว่ามีมาตรการ หรือแนวคิดในการป้องกันสังคมโดยเฉพาะตัวบุคคลหรือไม่ หากมีมาตรการใด ๆ ที่นำมาใช้เพื่อป้องกันสังคมให้ปลอดภัย หรือมีความสงบเรียบร้อยดังกล่าวแล้ว มาตรการตามกฎหมาย ข้อบังคับหรือระเบียบนั้นๆ ก็คือ "วิธีการเพื่อความปลอดภัย" นั้นเอง ซึ่งแต่เดิมกฎหมายมิได้แบ่งแยกโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัยออกจากกัน เพียงจะมีการแบ่งแยกเมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน เพื่อให้เกิดความชัดเจนขึ้นเท่านั้น ดังนั้นการที่จะพิจารณาว่าวิธีการ หรือมาตรการใดเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย จึงต้องพึงเล็งถึงลักษณะหรือวิธีการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสภาพเป็นอันตรายต่อสังคมเป็นรายกรณีไป เช่น การเนรเทศ การกำจัดสิทธิบางอย่างในทางแพ่ง การห้ามเข้ารับราชการ หรือการห้ามประกอบอาชีพ เป็นต้น

ก่อนใช้ประมวลกฎหมายอาญา ประเทศไทยมีกฎหมายหลายฉบับที่มีบทบัญญัติบางมาตราได้กำหนดถึงการกระทำความผิดของบุคคลบางประเภท ซึ่งเป็นอันตรายต่อสังคม และวิธีปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านั้น เพื่อควบคุมมิให้เป็นอันตรายต่อสังคม ซึ่งลักษณะดังกล่าวจัดได้ว่าเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย และเป็นรากฐานในการบัญญัติถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยในประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน กฎหมายเหล่านั้น ได้แก่

1. กฎหมายตราสามดวง อยู่ในพระไอยการลักษณะวิวาทคำตักัน<sup>10</sup> โดยบัญญัติว่า

---

<sup>10</sup>"พระไอยการลักษณะวิวาทคำตักัน," ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 (กรุงเทพฯ ฯ เรือนแก้วการพิมพ์, 2529), หน้า 275-276.

"15 มาตราหนึ่ง คนบ้าเข้าบ้านท่าน ตีแทงฟันคนดีตาย จะไหม้บ้านท่านว่ามีชอบเพราะว่าบ้าหาตำแหน่งแบ่งสัจมิได้ ท่านว่าให้พ่อแม่พี่น้องเผ่าพันธุ์บ้าใช้กึ่งเบี้ยปลุกตัวผู้ตาย ให้เวณบ้านนั้นไปให้แก่พ่อแม่พี่น้องเผ่าพันธุ์นั้นจึงชอบ ถ้ามันตีบาดเจ็บใช้ หาโทษมิได้ ถ้าเป็นที่ไร่นา ป่าดงพงแขมเป็นที่อยู่แห่งคนผู้สูงอายุแลคนพิกลจจริตบ้าไป ผู้ใดเข้าไปในที่มันอยู่ มันฟันแทงมีบาดเจ็บ แลตายก็ดี ถ้าพบปะมันกลางถนนหนทางมิได้หลัก แลมันฟันแทงบาดเจ็บถึงตายก็ดี จะเอาโทษแก่มันมิได้เลย ให้โทษณาแก่นครบาลให้จับเอาตัวมันจำจองไว้กว่าจะสิ้นกาม"

บทบัญญัตินี้พิจารณาแยกได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีแรกคนบ้าเข้าไปทำร้ายหรือฆ่าผู้ใดในบ้าน คนบ้าไม่ต้องรับโทษและให้ส่งตัวกลับไปให้พ่อแม่พี่น้องดูแล กรณีหลัง ผู้ใดถูกคนร้ายทำร้ายหรือฆ่าในที่สาธารณะหรือที่พักอาศัยของคนบ้า คนบ้าไม่ต้องรับโทษ และให้แจ้งแก่นครบาลให้จับตัวคนบ้าจำจองไว้จนกว่าจะสิ้นกาม จะเห็นได้ว่าผลของการกระทำ ความความผิดของบุคคลวิกลจริต จะเหมือนกันคือ ไม่ต้องรับโทษ หลักการนี้ยังคงใช้ต่อมาถึงประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 ปัจจุบัน แต่มาตรการปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านี้ต่างกันออกไป กล่าวคือ กรณีแรกพ่อแม่พี่น้องเอาตัวกลับไปดูแล ขณะที่กรณีหลังให้เอาตัวจำจองไว้จนกว่าจะสิ้นชีวิต ซึ่งมาตรการดังกล่าวนี้ได้พัฒนามาเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 48 ในปัจจุบัน คือ "การคุมตัวไว้ในสถานพยาบาล"

2. ประกาศว่าด้วยคนเสพสราในวันสงกรานต์ จ.ศ. 1219<sup>11</sup>  
มีสาระสำคัญ ดังนี้

<sup>11</sup> "ประกาศว่าด้วยคนเสพสราในวันสงกรานต์ จ.ศ. 1219," พระราชบัญญัติและประกาศต่าง ๆ ในรัชกาลที่ 4 (พระนคร: อักษรพิมพ์การ, รัตนโกสินทร์ศก 110), หน้า 130-131.

" . . . แต่ฉันต่อไปในเวลาตรุษสงกรานต์ให้เจ้าของบ้านเอาใจใส่ระวังรักษาน้ำบ้านของตัวเอง ถ้ามีคนเมาสุราเมาอะอะอ้ออึงที่หน้าบ้าน ก็ให้จับเอาตัวส่งกรมพระนครบาลที่หน้าหีบเผย ให้ทันเวลาที่ผู้นั้นยังเมาอยู่ อย่าให้ทันล้างเมาแต่ห้ามไม่ให้พวกบ้านอื่น ๆ มาพลอยกลุ้มรุมจับด้วย ถ้าคนเมามีพิภพพวกมาก ต่อสู้เจ้าของบ้าน ถึงเจ้าของบ้านจะชกมีบาดเจ็บก็ดี ถ้าเมื่อจับตัวไปส่งกรมพระนครบาล ชนะสุดดูแน่ว่าคนนั้นเมาจริง ก็ให้เจ้าของบ้านเป็นชนะ ถ้าผู้จับมาส่งเห็นว่า ถ้าจับตัวผู้บุกรุกไปส่ง จะมีพิภพพวกของผู้นั้นคอยสกัดกั้นทางแก้ไขตามทางที่จะไปส่งจะเกิดวิวาทกัน ถ้าอย่างนั้น ก็ให้ยึดเอาตัวไว้มาบอกเล่ากับกรมพระนครบาล ภูานายอำเภอคนใดคนหนึ่งให้ไปชนะสุดว่าเมาถ้าไม่เมาอย่าให้ทันคนเมานั้นล้างเมา จะเป็นคำโต้เถียงกันไป

อนึ่งในยามตรุษสงกรานต์นั้น ผู้ใดจะเสพสุราเมามายก็ให้อยู่แต่ในบ้านเรือนตัว ถึงจะมีที่ไปที่แห่งใด ต่อล้างเมาแล้วจึงไป"

ประกาศฉบับนี้ มีข้อที่ควรพิจารณาคือ อำนาจการจับ ให้ราษฎรมีอำนาจจับกุมผู้เมาสุราที่แสดงกิริยาอะอะอ้ออึง ซึ่งหมายถึง การเมาสุราอาละวาดนั่นเอง ซึ่งได้พัฒนามาเป็นความผิดตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา ในภาค 3 หลัโทษมาตรา 370 และมาตรา 378 ในปัจจุบัน วิธีการดังกล่าวเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยอย่างหนึ่ง เพราะเป็นการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากการกระทำของผู้เสพสุรามินเมา ซึ่งมีสภาพอันตรายในตัวเอง เพราะไม่อาจควบคุมสติสัมปชัญญะและการแสดงออกในพฤติกรรมของตนเองได้ เช่นบุคคลปกติ ขาดความสำนึกทางด้านศีลธรรม (Moral) ทางด้านจิตใจ (Mental) และทางร่างกาย (Physical) และถือว่าเป็นบุคคลที่ควรได้รับการบำบัดรักษา หากมีพฤติกรรมการเสพถาวร ซึ่งต่อมาประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 49 ได้กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันโดยให้ส่งตัวผู้กระทำความผิดเกี่ยวเนื่องกับการเสพสุราเป็นอาจัน หรือเป็นผู้ติดยาเสพติดให้โทษไป "คุมตัวไว้ในสถานพยาบาล" เป็นเวลาไม่เกินสองปีได้



3. ประกาศผู้เป็นเจ้าของคนบ้า ให้ระวางคนบ้า จ.ศ. 1221<sup>12</sup>  
มีสาระสำคัญ ดังนี้

". . . ถ้าญาติ พี่น้อง บุตรหลาน บ่าวทาสของผู้ใด แล ลูกวัด คฤหัสถ์สามเณร ลิดของพระองค์ไรเสียจริตเป็นบ้า คลุ้มคลั่ง ฤคคลุ้มตีคลุ้มร้ายเป็นคราว ๆ อยู่ก็ให้ผู้นั้นเอาใจใส่ รักษาพยาบาล กักขังระวางให้แน่นหนามั่นคง อย่าปล่อยให้ไป มาตามลำพังได้ ถ้าคนเสียจริตพลัดแพงหลบหนีไปเมื่อใดให้ เจ้าของคนบ้า . . . มาบอกอายัด บอกรูปพรรณสัณฐาน ตำนานกิริยาอาการต่อเวนกรมวังให้แน่นอน แล้วให้กรมวัง จดหมายว่า วันนั้น เดือนนั้น ปีนั้น คนชื่อนั้น เป็นเจ้าของ คนบ้ามาบอกอายัดประตูต่อเวนกรมวัง เวลานั้น ชื่อนั้น เป็นผู้ได้รับอายัดว่าบ้าจำไว้หนีไป . . . แล้วให้เขียนทูลฉบับ แล้วมอบให้นายประตู่วิเศษไชยศรีฉบับหนึ่ง ประตู่ เทวาทิกษ์ฉบับหนึ่ง ประตู่พิทักษ์บรรณฉบับหนึ่ง ประตู่ สุนทรพิศาลฉบับหนึ่ง ประตู่เทวาทิกรมณฉบับหนึ่ง . . . แล้ว จึงให้เจ้าของคนบ้าไปบอกต่อกรมนครบาลให้ช่วยตามจับ แลให้เจ้าของคนบ้าเร่งติดตามจับให้ได้ตัวโดยเร็ว อย่าให้ นิ่งนอนใจเสีย

ถ้าญาติพวกพ้อง เหลือกำลังที่จะระวางดูแลรักษา ก็ให้ เอาตัวคนเสียจริตนั้น มามอบส่งให้กรมพระนครบาล . . ."

ประกาศฉบับนี้ เป็นวิธีการที่นำมาใช้เพื่อให้สังคมปลอดภัยจากคน เสียจริตซึ่งเป็นบุคคลที่มีสภาพอันตรายทางด้านจิตใจ (Mental control) อาจไปกระทำความผิดหรือก่อเหตุร้ายให้เกิดภัยอันตรายซึ่งขาดการควบคุมโดย ตนเองตามธรรมชาติแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่นได้ ซึ่งต่อมากฎหมายลักษณะ อาญา ร.ศ. 127 มาตรา 46 วรรค 2 บัญญัติว่า "แต่ถ้าศาลพิเคราะห์เห็นว่า จะ ปล่อยผู้วิกลจริตนั้นไป อาจจะทำให้เกิดเหตุภัยอันตรายแก่ผู้อื่น จะสั่งให้ส่งตัวให้

<sup>12</sup> "ประกาศให้ผู้เป็นเจ้าของคนบ้า ให้ระวางคนบ้า จ.ศ. 1221," พระราชบัญญัติและประกาศต่าง ๆ ในรัชกาลที่ 4, เล่มเดียวกัน, หน้า 223-224.

เจ้าพนักงานกักขังรักษาไว้ในโรงพยาบาลสำหรับคนวิกลจริตหรือเอาไปคุมขังรักษาไว้ในที่อื่น เพื่อป้องกันภัยอันตรายอย่าให้มันแก่สาธารณะได้" และต่อมาได้พัฒนามาเป็น "การคุมตัวไว้ในสถานพยาบาล" ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 48 ในปัจจุบัน

4. พระราชบัญญัติตัดสินคนจรจัดและคนที่เคยต้องโทษหลายครั้ง  
ร.ศ. 127<sup>13</sup> มีเนื้อความตามคำปรารภในการออกพระราชบัญญัติว่า

"เวลานี้มีคนบางจำพวกที่ปรากฏว่ามีได้ประกอบการทำมาหาเลี้ยงชีพอย่างใด แลไม่มีหลักแหล่งเที่ยวหาไรหรือนอนตามศาลาวัดบ้าง ตามโรงม่อนบ้าง โดยมากมักเป็นคนที่มีประพฤติกเล็ดเลี้ยว ฉกชิงวิ่งราว ลักทรัพย์ของสาธารณะชน ต้องรับพระราชอาญาคนละหลาย ๆ ครั้งก็มีคนจำพวกนี้สมควรจะมีที่ตัดสินคนให้กลับตนเป็นคนประพฤติดี ประกอบการทำมาหาเลี้ยงชีพเป็นประโยชน์แก่ตนต่อไป"

และมีเนื้อความในสาระสำคัญว่า ศาลจะสั่งให้เอาตัวบุคคลซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิด กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 30 ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงต่อศาลว่าเป็นคนจรจัด ไม่ได้ประกอบการทำมาหาเลี้ยงชีพ และไม่สามารถหาประกันที่มีหลักฐานมาให้แก่ศาล หรือเป็นบุคคลซึ่งเคยได้รับโทษมาครั้งหนึ่ง ซึ่งได้สวนได้ความว่า เป็นคนจรจัดและมีได้ประกอบการทำมาหาเลี้ยงชีพ หรือบุคคลซึ่งเคยได้รับโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ครั้งขึ้นไป ในการกระทำความผิดซึ่งมิใช่ลหุโทษ หรือที่เกิดขึ้นด้วยความประมาท หรือบุคคลที่เป็นหัวหน้าอังยี้ ไปอยู่เสียหัวเมือง ถ้าเป็นคนเกิดในเมืองต่างประเทศ ให้เสนาบดีกระทรวงนครบาลมีอำนาจเนรเทศคนนั้นแทนการที่จะส่งให้ออกไปอยู่ต่างหัวเมืองได้ เมื่อศาลมีคำสั่งให้บุคคลเหล่านี้ไปหัวเมืองใดแล้ว ให้ข้าหลวงเทศาภิบาลในมณฑลนั้น จัดหาที่ทำการให้แก่ผู้นั้นตามแต่จะเห็นสมควรและให้เป็นหน้าที่ของนายอำเภอเจ้าของท้องที่จะต้องคอยระวังรักษาความประพฤติของบุคคลเหล่านี้ ในตำบลซึ่งข้าหลวงเทศาภิบาลกำหนดให้อยู่ให้ข้าหลวงเทศาภิบาลผู้ว่าราชการเมือง และนายอำเภอในท้องที่เป็นผู้ปกครองตรวจตรา และมีอำนาจบังคับปกครองสั่งสอน เช่น อำนาจบิดาเหนือบุตร

<sup>13</sup> ถาวร พานิชพันธ์, "วิธีการเพื่อความปลอดภัย," หน้า 27.

จากคำปรารภและเนื้อหาของพระราชบัญญัตินี้ จะเห็นได้ว่ามีจุดประสงค์ที่จะคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากบุคคลซึ่งมีสภาพเป็นอันตราย อันเนื่องมาจากการมิได้ประกอบอาชีพการงานเป็นหลักแหล่ง เป็นบุคคลจรจัดหรือเป็นบุคคลที่มีพฤติกรรมการกระทำความผิดอาญาหลายครั้ง จนชินเป็นนิสัย ไม่เข็ดหลาบและไม่เกรงกลัวการลงโทษ รัฐจึงมุ่งหาทางแก้ไขโดยการตัดสินใจให้กลับตัวเป็นคนดี และประกอบอาชีพกิจการงานเป็นประโยชน์แก่ตนเอง วิธีการนี้ได้พัฒนามาเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยประเภท "การกักกัน" ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 40 ในปัจจุบัน ซึ่งจะได้กล่าวโดยลำดับต่อไป

#### 5. พระราชบัญญัติกักกันผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย พ.ศ. 2479<sup>14</sup>

พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ยกเลิกพระราชบัญญัติตัดสินดานคนจรจัดแลคนที่เคยต้องโทษหลายครั้ง ร.ศ. 127 โดยในมาตรา 5 ของพระราชบัญญัตินี้ถือว่า การกักกันเป็นโทษทางอาญาอย่างหนึ่ง ซึ่งศาลจะลงโทษตามพระราชบัญญัตินี้แก่ผู้มีสันดานเป็นผู้ร้ายเพิ่มขึ้นอีกส่วนหนึ่งจากโทษอาญา โดยได้บัญญัติไว้ว่า "การกักกัน" คือ การเอาตัวไปควบคุมไว้ในเขตซึ่งรัฐมนตรีกำหนดขึ้นตามพระราชบัญญัตินี้ เพื่อป้องกันการกระทำความผิดอันเกิดจากลักษณะของผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย โดยการกักกันตัวไว้ทำการฝึกฝนให้เป็นพลเมืองดีมีสัมมาชีพ

แม้ว่าตามพระราชบัญญัตินี้จะบัญญัติให้ "กักกัน" เป็นโทษทางอาญา แต่เมื่อพิเคราะห์ถึงจุดมุ่งหมายและเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว มุ่งประสงค์ปรับปรุงแก้ไขตัวผู้กระทำความผิด โดยการฝึกอบรมให้เป็นพลเมืองดีมีสัมมาชีพที่เหมาะสม เพื่อป้องกันการกระทำความผิดในอนาคต มิได้มุ่งทดแทนความผิดแต่กลับมุ่งแก้ไขทางจิตใจที่โน้มเอียงไปในทางชั่วร้าย (Schuld) ซึ่งมีสภาพเป็นอันตรายอย่างหนึ่งให้กลับคืนสู่สภาพปกติ และวิธีการนี้ต่อมาได้พัฒนาเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน มาตรา 40

<sup>14</sup> พระราชบัญญัติกักกันผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย พ.ศ. 2479.

6. กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127<sup>15</sup> เป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทย การยกร่างกฎหมายได้มีการพิจารณาหาหลักเกณฑ์สำคัญ ๆ ในกฎหมายอาญาสยามที่เคยถือปฏิบัติกันมา และยกเลิกสิ่งที่ไม่เหมาะสมตลอดจนขนบธรรมเนียมต่าง ๆ ที่พื้นสมัย และไม่เข้ากับความจริงก้าวหน้าของประเทศพยายามนำเอาแนวความคิดอย่างตะวันตกที่เข้ากันได้กับสังคมไทยมาปฏิบัติ โดยได้อ้างถึงประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1810 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1870 ประมวลกฎหมายอาญาฮังการี ว่าด้วยความผิดอุกฤษโทษ และมีชยโทษ ลงวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 1878 ประมวลกฎหมายอาญาฮังการี ว่าด้วยความผิดลหุโทษ ลงวันที่ 14 มิถุนายน ค.ศ. 1879 ประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์ ลงวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 1881 ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี ลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 1880 และประมวลกฎหมายอาญาอียิปต์<sup>16</sup>

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กำหนดโทษหลัก (peines principle) เพียง 3 สถาน คือ โทษประหารชีวิต โทษจำคุก และโทษปรับ มีโทษอุปกรณ (peines accessoires) 2 สถาน คือ การริบทรัพย์ และการห้ามมิให้อยู่ในเขตกำหนด หรือการกำหนดเขตให้อยู่ สำหรับมาตรการซึ่งถือว่าเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย มีเพียงประการเดียว คือ "การเรียกประกันทัณฑ์บน" เพราะไม่เหมาะสมที่จะจัดเข้าเป็นโทษสถานใดสถานหนึ่ง

6.1 การห้ามมิให้อยู่ในเขตกำหนดหรือการกำหนดเขตให้อยู่ ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 24 บัญญัติว่า "โทษฐานให้อยู่ภายในเขตที่อื่นกำหนดนั้น ท่านบัญญัติไว้เป็น 2 อย่าง คือ 1) ห้ามมิให้เข้าไปในท้องที่หรือจังหวัดที่กำหนดไว้ในคำพิพากษา และ 2) บังคับให้อยู่แต่ในท้องที่หรือจังหวัดที่ซึ่งเจ้าพนักงานฝ่ายตุลาการได้กำหนดให้อยู่ ในทั้งสองอย่างนี้ให้ศาลมีอำนาจเลือกใช้ตามสมควรแก่เหตุ" วิธีการนี้ถือเป็นโทษอุปกรณชนิดใหม่ ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในประเทศสยามหวังว่าวิธีการนี้จะก่อให้เกิดผลดี โดยให้ศาลมีสิทธิที่

<sup>15</sup> กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127.

<sup>16</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ผู้แปลและเรียบเรียง, "บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (George Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127," วารสารนิติศาสตร์ 18 (มิถุนายน 2531): 18.

จะกำหนดห้ามมิให้ผู้ต้องคำพิพากษาเข้าไปอยู่ในห้องที่กำหนด หรือบังคับให้อยู่ในสถานที่ที่กำหนดให้อยู่ ซึ่งมีลักษณะคล้ายระบบการกักขังที่ขัง (Confinement) และระบบการกำหนดให้อยู่ภายใต้การดูแลเป็นพิเศษของตำรวจ (ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี มาตรา 18 และมาตรา 28)

6.2 การเรียกประกันทัณฑ์บน ตามกฎหมายลักษณะอาญา  
ร.ศ. 127 มาตรา 30 บัญญัติว่า

"เมื่อผู้ใดแสดงความอาฆาตมาดร้ายแก่ผู้อื่นก็ดี หรือเมื่อศาลพิจารณาเห็นเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ใดจะก่อการร้ายให้เกิดภัยอันตรายแก่ผู้อื่นก็ดี หรือเมื่อปรากฏแก่ศาลว่าผู้ใดเป็นคนจรจัดไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่ง และไม่ปรากฏการทำมาหาเลี้ยงชีพด้วยประการใดก็ดี ศาลมีอำนาจที่จะบังคับเรียกประกันทัณฑ์บน หรือเรียกแต่ทัณฑ์บน ให้ผู้นั้นสัญญาว่าจะประพฤติตนรักษาความสงบเรียบร้อย มิกระทำให้เกิดเหตุร้าย ตลอดเวลาที่ศาลจะกำหนดให้ไม่เกินกว่า 2 ปี และจำนวนเงินค่าปรับเมื่อทำความผิดทัณฑ์บนนั้น แล้วแต่ศาลจะกำหนดแต่อย่าให้เกินห้าร้อยบาทขึ้นไป"

วิธีการนี้ได้ต้นแบบมาจากกฎหมายอังกฤษ บทบัญญัติต่าง ๆ เกี่ยวกับการเรียกประกันทัณฑ์บนได้แบบอย่างมาจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของอินเดีย (มาตรา 106 ถึง มาตรา 126) กฎหมายให้อำนาจศาลเมื่อมีเหตุอันสมควรที่จะเรียกประกันทัณฑ์บน หากพบว่าผู้ใดได้แสดงความอาฆาตมาดร้ายให้ผู้อื่นกลัวว่าผู้นั้นจะก่อเหตุร้าย การเรียกประกันทัณฑ์บนนี้ศาลอาจกำหนดให้วางเงินจำนวนหนึ่ง หรือให้วางหลักประกันสำหรับเงินจำนวนนี้ก็ได้ ถ้าผู้ใดศาลเรียกประกันทัณฑ์บนไม่อาจหาประกันมาได้ ศาลอาจสั่งให้เอาตัวผู้นั้นไปจำคุกได้ไม่เกิน 6 เดือน ในกรณีที่มีการวางประกัน และภายในระยะเวลาที่กำหนดโดยศาล (อย่างสูงไม่เกิน 2 ปี) หากผู้นั้นได้กระทำความผิดไม่ว่าฐานใด เงินจำนวนนั้นจะต้องถูกริบ และผู้นั้นจะต้องถูกลงโทษตามความผิดที่ได้กระทำขึ้นอีกด้วย (ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี มาตรา 27 ยินยอมให้ผู้กระทำความผิดซึ่งถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษวางประกันทัณฑ์บนแทนได้)

นอกจากนี้ยังพบว่ามีการนำวิธีการลงอาญามาใช้ในประเทศไทย เป็นครั้งแรกและสอดคล้องกับวิธีการให้ประกันทัณฑ์บน เพราะวิธีการทั้งสองนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดนั้น

6.3 วิธีการสำหรับผู้กระทำผิดที่เป็นเด็ก มีผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กอยู่เป็นจำนวนมากในพระนคร วิธีการลงโทษที่ได้กระทำมาแต่เดิมจำกัดอยู่เฉพาะการโบย หรือการลงโทษในสถานเบา กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้มีบทบัญญัติเฉพาะใช้กับเด็กที่กระทำความผิด (มาตรา 56, 57 และ 58) เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 7 ปี ไม่ต้องรับโทษและไม่ต้องถูกดำเนินคดีอาญา เด็กอายุ 7 ปีขึ้นไป ถึง 14 ปี ก็ไม่ต้องรับโทษเช่นเดียวกัน หากถูกดำเนินคดีในศาล ผู้พิพากษามีอำนาจใช้ดุลยพินิจตามที่เห็นควรว่าจะปล่อยตัวเด็กนั้นไป หลังจากกล่าวตักเตือนให้รู้สึกตัว หรือจะบังคับเรียกประกันทัณฑ์บนจากบิดามารดา หรือผู้ปกครองของเด็กนั้น หรือผู้พิพากษาอาจส่งตัวเด็กนั้นไปไว้ในโรงเรียนดัดสันดานตามระยะเวลาที่ศาลกำหนดก็ได้

ในกรณีที่ผู้กระทำผิดเป็นเด็กมีอายุ 14 ถึง 16 ปี ศาลจะต้องพิจารณาเสียก่อนว่า เด็กนั้นมีสติพอที่จะรู้สึกผิดชอบชั่วดีถึงสภาพและการกระทำที่ผิดกฎหมายนั้นหรือไม่ ถ้าหากว่าไม่มีความรู้สึกผิดชอบชั่วดีแล้ว ก็ให้ศาลปรับใช้บทบัญญัติที่ใช้แก่เด็กอายุ 7 ปี ถึง 14 ปี แต่ถ้าเด็กนั้นมีความรู้สึกผิดชอบชั่วดี ศาลมีทางเลือกโดยการส่งตัวเด็กนั้นไปยังโรงเรียนดัดสันดาน หรือสั่งลงโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่ให้ลดโทษลงกึ่งหนึ่ง

7. พระราชกรณียกิจควบคุมคนจรจัดและผู้ไม่ประกอบอาชีพ พ.ศ. 2485 มีคำปรารภในการออกพระราชกรณียกิจว่า ". . . เห็นควรควบคุมคนจรจัดและผู้ไม่ประกอบอาชีพ เพื่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และความปลอดภัยของสาธารณชน" โดยมีใจความสำคัญในมาตรา 6 ว่า เมื่อเจ้าพนักงานตำรวจสอบสวนได้ความว่า ผู้ใดเป็นคนจรจัดหรือเป็นผู้ไม่ประกอบอาชีพ ให้มีคำสั่งไปยังกรมประชาสงเคราะห์ และให้อธิบดีกรมประชาสงเคราะห์หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายพิจารณาจัดส่งไปอยู่ในนิคมสร้างตนเอง หรือในแหล่งประกอบกิจการงาน หรือส่งไปทำงาน ณ ที่ใดก็ได้ โดยคำนึงถึงความเหมาะสมและความสามารถของผู้นั้น เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้หนึ่งเอง

8. การบัญญัติวิธีการเพื่อความปลอดภัยในประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน  
 ดังได้กล่าวมาแล้วว่าวิธีการเพื่อความปลอดภัยนั้น มุ่งถึงลักษณะวิธีการปฏิบัติต่อบุคคล  
 ซึ่งมีสภาพอันตรรายต่าง ๆ แล้วแต่สภาพของปัจจัยที่เป็นต้นเหตุหรือสาเหตุแห่งการ  
 กระทำความผิดของแต่ละบุคคล ลักษณะวิธีการปฏิบัติดังกล่าววิวัฒนาการมาเป็นวิธี  
 การเพื่อความปลอดภัย ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยในปัจจุบัน 4  
 มาตรการคือ 1) การกักกัน 2) การเรียกประกันทัณฑ์บน 3) การห้ามเข้าเขต  
 กำหนด และ 4) การคุมตัวไว้ในสถานพยาบาล ส่วนมาตรการที่ห้าคือ การห้าม  
 ประกอบอาชีพหรือวิชาชีพบางอย่างนั้น เพิ่งริเริ่มบัญญัติให้มีขึ้นใหม่ในร่างประมวล  
 กฎหมายอาญา ผู้วิจัยเห็นว่ามาตรการนี้เป็นวิธีการใหม่ที่น่าสนใจ โดยเฉพาะใน  
 ปัจจุบันมีการกระทำความผิดอันมีสาเหตุมาจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพมาก  
 โดยเฉพาะอย่างยิ่งการประกอบอาชีพการกรรมในทางธุรกิจหรือการทำลายทรัพย์สิน  
 อันมีค่าทางธรรมชาติ ยังไม่มีหนทางใดที่จะป้องกันหรือปราบปรามอาชญากรรม  
 ประเภทนี้ให้บรรเทาลงได้โดยแท้จริง ไม่ว่าจะ เป็นมาตรการทางกฎหมายหรือกลไก  
 ในอำนาจรัฐ ซึ่งยังไม่วิวัฒนาการตามทันองค์การอาชญากรรมประเภทนี้ ซึ่งเป็นผู้ที่มี  
 ความรู้ ความเชี่ยวชาญและใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่ในการประกอบอาชญากรรม  
 มาตรการนี้อาจเป็นมาตรการหนึ่ง ซึ่งอาจจะยับยั้งอาชญากรรมประเภทนี้ จึง  
 ได้ยกขึ้นมาศึกษาวิจัยในครั้งนี้

ในการร่างประมวลกฎหมายอาญา นายอาร์. กียอง (Rene' Guyon)<sup>17</sup>  
 ได้บันทึกเสนอต่อที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาโดย

---

<sup>17</sup> ชาวฝรั่งเศส เกิดเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม พ.ศ. 2419 ที่เมือง  
 เซอดัง (Sedan) ประเทศฝรั่งเศส ได้รับปริญญาชั้นด็อกเตอร์อั่งดริว จาก  
 มหาวิทยาลัยปารีส เคยเป็นผู้พิพากษาในประเทศฝรั่งเศส ต่อมาได้เดินทาง  
 ท่องเที่ยวไปยังทวีปต่าง ๆ เมื่อเดินทางมาถึงประเทศไทยจึงได้พำนักอาศัยอยู่ใน  
 ประเทศไทย ต่อมาขอโอนสัญชาติเป็นคนไทยและเปลี่ยนชื่อใหม่เป็นไทยว่า  
 "นายพิชาญ บุลง" ในปี พ.ศ. 2451 ช่วงตอนปลายรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระ  
 พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ได้เข้ารับราชการในตำแหน่งผู้พิพากษา  
 ศาลอุทธรณ์ เป็นกรรมการชำระประมวลกฎหมายและที่ปรึกษาร่างกฎหมายใน  
 คณะกรรมการกฤษฎีกามาโดยตลอด เป็นผู้ที่มีความจงรักภักดีและทำคุณประโยชน์  
 ให้แก่ประเทศไทยเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะการวางหลักเกณฑ์การร่างกฎหมาย  
 ทำให้สมัยนั้นไม่ต้องว่าจ้างผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายจากต่างประเทศอีกต่อไป  
 ท่านได้อยู่ในประเทศไทยจนสิ้นชีวิตเมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2506 รวมอายุ  
 87 ปี, ใน หนังสืออนุสรณ์งานศพนายพิชาญ บุลง, พ.ศ. 2506.

ให้แยกโทษออกจากวิธีการเพื่อความปลอดภัย<sup>18</sup> และที่ประชุมฯ ได้ลงมติเห็นชอบและได้กำหนดวิธีการเพื่อความปลอดภัย ออกเป็น 6 ประเภท<sup>19</sup> คือ

1. กักกัน
2. ห้ามเข้าเขตที่กำหนด
3. รับทรัพย์สิน
4. เรียกประกันทานบน
5. คุ่มตัวไว้ในสถานพยาบาลโรคจิต
6. ห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง

สำหรับมาตรการรับทรัพย์สิน ซึ่งตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เดิม กำหนดให้เป็นโทษอุปกรณ์ แต่ได้ถูกกำหนดให้เป็นมาตรการหนึ่งของวิธีการเพื่อความปลอดภัยในการร่างประมวลกฎหมายอาญานั้น โดยเห็นว่าการรับทรัพย์สินตามแนวความคิดสมัยใหม่เป็นการป้องกัน (Preventive measure) จึงไม่ควรถือว่าการรับทรัพย์สินเป็นโทษอีกต่อไป แต่เมื่อพิจารณาโดยละเอียดแล้วการรับทรัพย์สินมีลักษณะเป็นทั้งโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย การรับทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด หรือได้มาโดยการกระทำความผิด มีลักษณะเป็นการลงโทษ แต่การรับทรัพย์สินที่ทำหรือมีไว้เป็นความผิด ซึ่งหมายถึงทรัพย์สินนั้นมีสภาพอันตรายอยู่ในตัวเอง เป็นลักษณะของวิธีการเพื่อความปลอดภัย นอกจากนี้ยังมีปัญหาคือ บุคคลที่สาม ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์ซึ่งมิใช่ผู้กระทำความผิดด้วย เพราะหากถือว่าการรับทรัพย์สินเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยแล้ว จะตัดปัญหาถึงการรับทรัพย์ของผู้อื่น รวมตลอดถึงการยึดทรัพย์สิน หรือให้ชำระราคาทรัพย์สิน หรือการกักขังผู้นั้น เพื่อให้ปฏิบัติตามคำสั่งศาลด้วย แต่เมื่อมีการพิจารณาต่อมาเห็นว่าการกำหนดให้การรับทรัพย์สินเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยนั้น น่าจะทำให้เกิด

<sup>18</sup> คณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 100/31/2483 ลงวันที่ 21 มิถุนายน 2483.

<sup>19</sup> คณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 145/219/2483 ลงวันที่ 14 ธันวาคม 2483.



ความสับสนมากกว่าผลดี และหากจะแยกให้การริบทรัพย์สินบางอย่างเป็นโทษและ บางอย่างเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย ยิ่งจะก่อให้เกิดปัญหามากยิ่งขึ้น เพราะ การบัญญัติกฎหมายนั้นบางครั้งต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมและความคุ้นเคยด้วย จึงได้กำหนดมาตรการนี้ไว้ในส่วนของโทษตามเดิม โดยได้บัญญัติมาตรการผ่อนคลายน ในส่วนที่เป็นทรัพย์สินของผู้อื่นซึ่งมิได้รู้เห็นเป็นใจด้วยในการกระทำความผิดไว้ให้ เป็นช้อยกเว้น วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันจึง เหลือเพียง 5 ประเภท ดังได้กล่าวมาแล้ว

### ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับวิธีการเพื่อความปลอดภัย

ทฤษฎีเป็นบ่อเกิดที่สำคัญของกฎหมาย ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงและ การปฏิรูปกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ในโลก ทฤษฎีกฎหมายเกิดจากความคิดเห็น ของนักนิติศาสตร์ ซึ่งเปลี่ยนไปตามยุคสมัยและตามบริบทของสังคมโดยยึดหลักเพื่อให้ เกิดประโยชน์สุขของประชาชนคือ กฎหมายสูงสุด (Salus populi suprema lex) เป็นสำคัญ ทฤษฎีกฎหมายจึงมีความสำคัญในการวิจัยกฎหมายในส่วนวิธีการเพื่อ ความปลอดภัย เพื่อนำมาสนับสนุนในการบังคับใช้สร้างกฎเกณฑ์และอธิบายเหตุผล ประกอบเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายและใช้เป็นมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับวิธีการ เพื่อความปลอดภัยให้มีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะการห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ บางอย่าง ซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ใน สังคมอย่างหนึ่ง เพราะธรรมชาติของชีวิตมนุษย์มีความเกี่ยวข้องและสัมพันธ์กับอาชีพ อยู่ตลอดเวลาโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งเห็นว่าทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของกฎหมาย ของวิธีการเพื่อความปลอดภัย ประเภทห้ามการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพบางอย่าง ที่สำคัญและจะกล่าวถึงในที่นี้มี 4 ทฤษฎีด้วยกัน คือ ทฤษฎีป้องกันสังคม (Social Defense Theory) ทฤษฎีการลงโทษ (Punishment Theory) ทฤษฎีอำนาจรัฐ (Police Power Theory) และทฤษฎีการบังคับใช้กฎหมาย (Law Enforcement Theory) ดังรายละเอียดที่จะกล่าวถึงเป็นลำดับต่อไป

## 1. ทฤษฎีป้องกันสังคม (Social Defense Theory)

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าวิธีการเพื่อความปลอดภัย มีแนวความคิดพื้นฐานมาจากทฤษฎีป้องกันสังคม การนำมาตรการอันเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้ จึงต้องศึกษาถึงหลักการและเงื่อนไขในการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยภายใต้ กฎเกณฑ์ของทฤษฎีนี้ซึ่งได้ให้ความหมายของทฤษฎีป้องกันสังคมว่า "กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองป้องกันสังคมจากอาชญากรรม" แนวความคิดนี้เริ่มต้นจากปลายยุคโพสิทีฟ คริมินอลยี (Positive criminology) สำนักนี้ได้ต่อต้านความคิดของสำนักคลาสสิก (Classical) ซึ่งเชื่อว่าบุคคลมีเจตจำนงเสรีในการกระทำของตน วัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อเป็นการทดแทนและให้สาสมกับการกระทำความผิด ด้วยอิทธิพลแนวความคิดจากสำนักโพสิทีฟ จึงก่อให้เกิดการปฏิวัติขึ้นในประเทศฝรั่งเศส และเริ่มมีการศึกษาสาเหตุของอาชญากรรมจากตัวผู้กระทำความผิดทั้งทางด้านกายภาพและทางสังคม เพื่อเรียนรู้พฤติกรรมและปัญหาการปรับตัวเข้าสู่สังคม โดยวิธีการอย่างเป็นศาสตร์ และได้เกิดการยอมรับความหมายของคำว่า "คุ้มครองป้องกันสังคม"<sup>20</sup>

ทฤษฎีป้องกันสังคม มีจุดมุ่งหมายที่จะให้เกิดความแน่ใจในความปลอดภัยของชีวิต ทรัพย์สิน และชื่อเสียง เพราะการกระทำความผิดบางอย่างสังคมไม่อาจป้องกันอันตรายจากบุคคลที่มีสภาพอันตรายเช่นนั้นโดยการลงโทษได้ เช่น ผู้กระทำความผิดติดนิสัย ผู้กระทำความผิดอื่นเนื่องมาจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ ผู้ติดยาเสพติดให้โทษ หรือบุคคลวิกลจริต เพราะการลงโทษจะต้องให้เหมาะสมกับความรู้สึกผิดชอบของผู้กระทำความผิด จึงหันมาศึกษาระบบความเป็นอันตรายของผู้กระทำความผิด (Dangerousness of offenders) ซึ่งออกมาในรูปของมาตรการป้องกัน (Preventive measure) ต่างจากการลงโทษ และในภายหลังได้มีการขยายเพิ่มเติมไปสู่มาตรการป้องกันก่อนการกระทำความผิด (Ante delictum) เช่น การเรียกประกันทัณฑ์บน เป็นต้น ซึ่งมีผลให้แนวความคิดในเรื่องนี้ถูกโต้แย้งเป็นอย่างมาก ต่อมาในการประชุมของสหประชาชาติในปี ค.ศ.

<sup>20</sup> Ancel, M., Social defense (London: Routledge & Keagan Paul, 1965), p. 44-70.

1948 ได้มีคำวินิจฉัยในเรื่องการป้องกันสังคมว่า เป็นการป้องกันอาชญากรรมและ แก่ไขผู้กระทำความผิด โดยได้เพิ่มเติมความคิดหลักขึ้นมาอีกประการหนึ่งจาก ความคิดเดิมที่มุ่งเฉพาะการป้องกันสังคมจากอาชญากรรมเท่านั้น จากจุดนี้จึงเป็น จุดเริ่มต้นของแนวความคิดป้องกันสังคม

### 1.1 แนวความคิดในเรื่องการป้องกันสังคม<sup>21</sup>

ทฤษฎีป้องกันสังคมในยุคนี้มีความเห็นแตกต่างกันเป็น

2 กลุ่ม คือ

1.1.1 กลุ่มแรก กลุ่มนี้ยึดถือในเรื่องพฤติกรรมต่อต้าน สังคม (Anti-social conduct) ของบุคคล เสนอให้มีการยกเลิกเรื่อง ความรับผิดชอบทางอาญา (Criminal responsibility) กฎหมายอาญา (Criminal law) และโทษ (Punishment) โดยหันมาใช้พฤติกรรมต่อต้าน สังคม และมาตรการเพื่อป้องกันแทน ซึ่งเท่ากับว่าเป็นการยกเลิกหลักเรื่อง ความรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญา ตามแนวความคิดเดิมเสียทั้งหมด

1.1.2 กลุ่มที่สอง กลุ่มนี้ได้รับการยอมรับมากกว่ากลุ่ม แรก และถือเป็นแนวความคิดของทฤษฎีป้องกันสังคมยุคใหม่ (New Social Defense Theory) กล่าวคือ ได้ยอมรับในเรื่องสิทธิของบุคคล รัฐยังคงมี หน้าที่นำบุคคลกลับเข้าสู่สังคม (Resocialization) แต่จะมองข้ามสิทธิของบุคคล ไม่ได้ รัฐยังคงจะต้องมีกฎระเบียบ คือ กฎหมายอาญาอยู่เหมือนเดิมในเรื่อง ความรับผิดชอบและเสรีภาพของบุคคล การลงโทษยังคงต้องมีอยู่เพื่อเป็นการผลักดัน ในการนำบุคคลเข้าสู่สังคม และวิธีการนำบุคคลเข้าสู่สังคม (มาตรการต่าง ๆ) ก็ต้องมีการประกันสิทธิเสรีภาพจากอำนาจของรัฐด้วย

### 1.2 การรับเอาทฤษฎีป้องกันสังคมมาใช้ในกฎหมาย<sup>22</sup>

อิทธิพลของทฤษฎีป้องกันสังคมได้แทรกซึมเข้าสู่กฎหมายของ ประเทศต่างๆ มากมายในคริสต์ศตวรรษที่ 20 แม้ว่าทฤษฎีป้องกันสังคมยังมีข้อโต้เถียง

<sup>21</sup> Ibid, p. 88-123.

<sup>22</sup> Ibid, p. 78-87.

อยู่หลายประการ แต่การยอมรับของประเทศต่าง ๆ ในการนำทฤษฎีนี้ไปใช้ก็พอเป็นหลักประกันได้ว่าทฤษฎีป้องกันสังคมเป็นที่ยอมรับได้ในระดับหนึ่ง การพิจารณาความคิดตามทฤษฎีป้องกันสังคมที่มีอยู่ในกฎหมายของประเทศต่าง ๆ นั้น จะแยกพิจารณาออกตามระบบกฎหมาย 2 ระบบหลัก คือ

1.2.1 ระบบกฎหมาย Civil law นักกฎหมายในระบบนี้ ได้อธิบายความหมายของคำว่า "การป้องกันสังคม" "นโยบายทางอาญา" "ความเป็นอันตราย" และ "มาตรการป้องกันต่าง ๆ" แตกต่างกันไป เช่น การเอาไปรักษาตัวยังสถานพยาบาล (สำหรับคนวิกลจริต) การเอาตัวไปรักษายังสถานรักษาการเสพ หรือสถานอบรม (สำหรับผู้ที่ติดยาเสพติดให้โทษและผู้ที่ดื่มสุรา) การเอาไปไว้ยังสถานทำงาน การเอาไปกักกัน การห้ามประกอบอาชีพ ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน หรือการเอาตัวบุคคลจรจัดและคนขอทานไปไว้ยังสถานทำงาน การเอาเด็กไปไว้ยังสถานอบรม ปล่อยเด็กไปภายใต้การควบคุมดูแลวิธีการจัดตั้งผู้ปกครองสำหรับเด็ก ห้ามมิให้อยู่อาศัยในบางตำบล ห้ามเข้าสถานที่บางแห่ง ห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ เนรเทศคนต่างด้าว ริบทรัพย์ เรียกประกันทัณฑ์บน ปิดสถานที่ ให้เลิกหรือหยุดกิจการสำหรับนิติบุคคล ตามประมวลกฎหมายอาญาของรูเมเนีย เป็นต้น และในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 มีการออกกฎหมาย รองรับเรื่องมาตรการการป้องกันมากยิ่งขึ้น ยอมรับการใช้ระบบคู่ (Dual system of punishment)<sup>23</sup> ในการลงโทษ และยอมรับอำนาจการใช้ดุลยพินิจ (Discretionary power) ของศาล

ประมวลกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ที่มีแนวความคิดในเรื่องนี้มีทั้งประเทศในภาคพื้นยุโรป เช่น อิตาลี เยอรมัน ฝรั่งเศส เดนมาร์ก โปแลนด์

<sup>23</sup>ระบบคู่ คือ การแยกการลงโทษกับการแก้ไขผู้กระทำความผิด และการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยออกจากกัน โดยแยกบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาออกเป็น 2 ส่วนอย่างชัดเจน คือ โทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย บทบัญญัติในเรื่องโทษจะรองรับทฤษฎีการลงโทษตามหลักทัณฑ์วิทยา บทบัญญัติในเรื่องวิธีการเพื่อความปลอดภัยจะรองรับทฤษฎีป้องกันสังคม และการแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นพลเมืองดี (ชาลวิทซ์ ยอดมณี, "วิธีการเพื่อความปลอดภัย: แนวคิดและข้อสังเกตบางประการ," วารสารกฎหมาย 2 (กรกฎาคม 2530): 14.)

ประเทศในกลุ่มสแกนดิเนเวีย เช่น นอร์เวย์ และประเทศในกลุ่มลาตินอเมริกา เช่น บราซิล เม็กซิโก และอาร์เจนตินา เป็นต้น

1.2.2 ระบบกฎหมาย Common law โดยทฤษฎีแล้วเรา ถือกันมาตลอดว่า แนวความคิดของทฤษฎีป้องกันสังคม ไม่ได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับกฎหมาย Common law เลย สำนักโพลีทีฟ คริมินอลอโลยีต่างหากที่เข้ามามีบทบาทในระบบกฎหมายนี้ การใช้มาตรการป้องกัน นโยบายทางอาญากลับเข้าสู่สังคมของผู้กระทำความผิด มิได้มีความหมายเช่นเดียวกันกับประเทศในระบบ Civil law แต่เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้วจะพบว่าทฤษฎีป้องกันสังคมได้เข้ามามีอิทธิพลในระบบกฎหมาย Common law ในความเป็นจริง ทั้งนี้มีสาเหตุจากตัวระบบนั่นเองกล่าวคือ กฎหมาย Common law ให้อำนาจศาลที่จะสร้างกฎหมายขึ้นมาเองได้ (Judge made law) ซึ่งพอจะเปรียบได้กับอำนาจในการใช้ดุลยพินิจของศาลตามระบบ Civil law การกำหนดโทษให้เป็นที่เหมาะสมได้ด้วย อันเป็นขั้นตอนหนึ่งที่ผู้อำนวยต่อทฤษฎีป้องกันสังคม เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา มีกฎหมาย Sexual psychopath ระบบคุมประพฤติ (Probation system) หรือประเทศอังกฤษ มีพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำความผิดอาญา ค.ศ.1908 (Prevention of Crime Act, 1908) และพระราชบัญญัติว่าด้วยการยุติธรรมในทางอาญา ค.ศ.1948 (Criminal Justice Act, 1948)<sup>24</sup> เป็นต้น ส่วนการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น ได้กระทำไปพร้อมกับการแก้ไขให้ผู้นั้นกลับตัวเป็นคนดีโดยใช้นโยบายทางอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยามาผสมผสานกัน บังคับใช้แก่ผู้กระทำความผิดพร้อมกันไปด้วย ซึ่งเรียกว่า "ระบบผสม" (Unitary system of punishment)<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> McClean, J.D. and Wood, J.D., Criminal Justice and the Treatment of Offenders (London: Eastern Press, 1969), p. 135-136.

<sup>25</sup> ชาญวิทย์ ยอดมณี, "วิธีการเพื่อความปลอดภัย: แนวคิดและข้อสังเกตบางประการ," หน้า 14.

สรุปแนวความคิดของทฤษฎีป้องกันสังคม มี 5 ประการ<sup>26</sup> คือ

1. ทฤษฎีนี้ถือหลักในเบื้องต้นว่า การจัดการกับอาชญากรรมก็เพื่อที่จะป้องกันสังคมมากกว่าที่จะลงโทษผู้กระทำความผิด
2. จุดมุ่งหมายของทฤษฎีนี้ ประสงค์คุ้มครองป้องกันสังคมโดยใช้มาตรการที่เป็นกลางๆ นอกเหนือจากการลงโทษ โดยการกักตัวออกมาจากสังคมหรือโดยให้การเยียวยารักษาหรือรักษา
3. นโยบายทางอาญา (Penal policy) ของทฤษฎีนี้เพื่อป้องกันส่วนบุคคลมากกว่าที่จะป้องกันอาชญากรรม กล่าวคือ มุ่งให้ผู้กระทำความผิดกลับสู่สังคมได้
4. วิธีการนำบุคคลกลับเข้าสู่สังคมใหม่ จะต้องประกอบด้วยความคิดในเรื่องมนุษยนิยม (Humanization) ของกฎหมายอาญาด้วย กล่าวคือ การนำความมั่นใจในตนเอง และความรับผิดชอบของบุคคลคืนมา รวมไปถึงการพัฒนาความรู้สึกในคุณค่าของความเป็นมนุษย์ด้วย
5. วิธีการนำบุคคลกลับสู่สังคม นอกจากจะมีความคิดเรื่องมนุษยนิยมแล้ว ขั้นตอนที่เกี่ยวข้องจะต้องปฏิบัติไปโดยมีพื้นฐานในความเข้าใจอย่างศาสตร์ของปรากฏการณ์ของอาชญากรรมและบุคลิกภาพของผู้กระทำความผิด

---

<sup>26</sup> อรรถพร ชูบำรุง, อาชญาวิทยาและอาชญากรรม, ภาควิชารัฐศาสตร์ และรัฐประศาสนศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2522, หน้า 49.

## 2. ทฤษฎีการลงโทษ (Punishment Theory)

แม้วิธีการเพื่อความปลอดภัยจะมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสังคมตามแนวความคิดทฤษฎีป้องกันสังคมก็ตาม แต่จะละเลยไม่ศึกษาถึงทฤษฎีการลงโทษอันเป็นหลักสำคัญของกฎหมายอาญาไม่ได้ เพราะทฤษฎีการลงโทษ โดยทั่วไปมีข้อพิจารณาว่า "ควรจะใช้วิธีการลงโทษอย่างใดจึงจะได้ผลเป็นการคุ้มครองสังคมที่ดีที่สุด เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม" เช่นกัน ซึ่งเกิดจากแนวความคิดว่า การลงโทษผู้กระทำความผิดควรจะต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ซึ่งเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยวัตถุประสงค์ในการลงโทษนั้นมีลักษณะแตกต่างกัน เช่น การลงโทษเพื่อทดแทน การลงโทษเพื่อป้องกัน และการลงโทษเพื่อตัดแปลงแก้ไข โดยเฉพาะ 2 ประการหลังมีส่วนเกี่ยวข้องกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยโดยตรง

กฎหมายกับโทษเป็นของคู่กันเสมอ ดังจะเห็นได้จากหลักสำคัญของกฎหมายอาญาในปัจจุบันมีอยู่ว่า "เมื่อไม่มีกฎหมาย ก็ไม่มีความผิด และไม่มีโทษ" (*Nullum crimen, Nulla poena, sine lege*) และหลักนี้จะปรากฏอยู่ในกฎหมายของประเทศต่าง ๆ เกือบทุกประเทศ รวมทั้งปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติด้วย สำหรับประเทศไทยก็มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ด้วย ซึ่งบัญญัติเป็นหลักไว้ว่า "บุคคลจักได้รับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย" ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าที่ใดไม่มีกฎหมายที่นั้นก็ไม่มีโทษ<sup>27</sup>

<sup>27</sup> โทเมเน กัทธกริรมย์, "คำอธิบายกฎหมายอาญาเปรียบเทียบและอาชญาวิทยา," หน้า 1.

โดยทั่วไปเป็นที่ยอมรับกันว่า "โทษ" เป็นสภาพบังคับ<sup>28</sup> ของกฎหมายอาญา เพื่อเป็นแรงกระตุ้นให้สมาชิกของสังคมประพฤติปฏิบัติต่อสังคมในวิถีทางที่กำหนดไว้ อันจะทำให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม และอยู่ร่วมกันโดยสันติสุขปลอดภัยจากอาชญากรรมทั้งปวงที่จะพึงมีขึ้น ดังนั้นเมื่อศึกษากฎหมายอาญา โดยเฉพาะวิธีการเพื่อความปลอดภัย จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงเรื่องโทษและทฤษฎีการลงโทษด้วย<sup>29</sup>

โทษอาญามีความหมายโดยทั่วไป หมายถึง ผลร้ายซึ่งผู้กระทำความผิดได้รับเนื่องจากฝ่าฝืนกฎหมายอาญา โดยที่ผู้ซึ่งมีอำนาจให้ผลร้ายจะต้องมีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดและผลร้ายที่ผู้กระทำความผิดได้รับนั้นเป็นการตอบแทนการฝ่าฝืนกฎหมายซึ่งการตอบแทนนั้นจะมีลักษณะตำหนิผู้กระทำความผิดนั้นด้วย<sup>30</sup>

ฮาร์ท (H.L.A. Hart) นักปรัชญากฎหมายอังกฤษในสมัยปัจจุบัน ได้อธิบายว่าที่จะเรียกว่า โทษ (Punishment) ได้นั้นจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 5 ประการ ได้แก่ 1) ต้องเกี่ยวข้องกับความเจ็บปวดรวดร้าว ความทนทุกข์ทรมาน หรือความไม่นาอภิมยตามความเห็นของคนปกติทั่วไป 2) ต้องเป็นสิ่งทดแทนหรือโต้ตอบการกระทำที่ผิดกฎหมาย 3) ต้องเป็นสิ่งที่ปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด 4) ต้องปฏิบัติได้โดยมนุษย์หรือมนุษย์สามารถลงโทษนั้นได้ และ 5) ต้องกำหนดโดยองค์กร

---

<sup>28</sup> สภาพบังคับมีความหมายกว้างกว่าโทษ เพราะโทษมีความหมายเฉพาะเป็นสภาพบังคับทางอาญาเท่านั้น แต่สภาพบังคับมีความหมายรวมไปถึงสภาพบังคับทางแพ่งและทางกฎหมายมหาชนอีกด้วย (วิชฌุ เครื่องงาม, "กฎหมายกับสภาพบังคับ," ใน กฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม, หน่วยที่ 1-7. (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2528), หน้า 188).

<sup>29</sup> อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, "ร่างประมวลกฎหมายอาญาเปรียบเทียบกับด้วยโทษและทฤษฎีการลงโทษ," วารสารกฎหมาย 3 (มกราคม-เมษายน 2530): 42-43.

<sup>30</sup> สหชน รัตนไพจิตร, "วัตถุประสงค์ของการลงโทษ: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 10.



ที่มีอำนาจตามกฎหมายหรือกำหนดโทษโดยรัฐ เช่น ค่าเสียหายไม่ใช่โทษเพราะไม่เกี่ยวกับความเจ็บปวดรวดร้าว ความทนทุกข์ทรมาน เป็นต้น สำหรับโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย มีด้วยกัน 5 สถาน คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน<sup>31</sup>

การกำหนดโทษ มีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องอยู่หลายทฤษฎีด้วยกัน แต่ที่จะนำมากล่าวจะเลือกเฉพาะทฤษฎีที่เห็นว่าสำคัญและเกี่ยวข้องกับเรื่องวิธีการเพื่อความปลอดภัยเท่านั้น ทฤษฎีลงโทษเพื่อป้องกัน (Preventive Theory) และทฤษฎีลงโทษเพื่อตัดแปลง (Reformative Theory) แต่จะละเว้นไม่กล่าวถึงทฤษฎีการลงโทษเพื่อให้สำสมหรือเพื่อทดแทน (Retributive Theory)<sup>32</sup> เพราะวิธีการเพื่อความปลอดภัยไม่มีวัตถุประสงค์ในการแก้แค้นทดแทนและป้องปรามซ้ำหุ้เลย<sup>33</sup>

## 2.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกัน<sup>34</sup>

### ก. วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการป้องกันมีทัศนะว่า การลงโทษควรมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันสังคมเมื่อผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดขึ้นมาแล้ว ความเสียหายในอดีตย่อมไม่สามารถที่จะเยียวยาให้ดีขึ้นได้ แต่เราอาจใช้ประโยชน์จากการลงโทษเพื่อป้องกันสังคมไม่ให้เกิดการกระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นอีก โดยการลงโทษเป็นการชู้ให้กลัวโทษหรือสร้างนิสัยและสอนศีลธรรมแก่ประชาชนโดยมุ่งประโยชน์สองประการคือ ประการแรก เพื่อให้มีผลป้องกันแก่

<sup>31</sup> วิษณุ เครืองาม, "กฎหมายกับสภาพบังคับ," หน้า 184-185.

<sup>32</sup> สหชน รัตนไพจิตร, "วัตถุประสงค์ของการลงโทษ: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา," หน้า 33-43.

<sup>33</sup> ถาวร พานิชพันธ์, "วิธีการเพื่อความปลอดภัย," วารสารอัยการ 8 ฉบับที่ 77 (2527): 51.

<sup>34</sup> สหชน รัตนไพจิตร, "วัตถุประสงค์ของการลงโทษ: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา," หน้า 43-57.

ผู้กระทำความผิดเองหรือเรียกว่า "การป้องกันเฉพาะ" (Special prevention) คือ ทำให้ผู้กระทำความผิดซึ่งถูกลงโทษมีความเช็ดหลาบ ไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำอีก โดยผลของการป้องกันเฉพาะก็คือ วัตถุประสงค์ของวิธีการเพื่อความปลอดภัย<sup>35</sup> นั้นเอง จะแตกต่างกันก็เพียงวิธีการเพื่อความปลอดภัยมิได้มุ่งทดแทนความผิดที่ได้กระทำขึ้นหรือเกี่ยวโยงไปถึงความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดด้วย ประการที่สอง เพื่อเป็นตัวอย่างแก่บุคคลทั่วไปหรือเรียกว่า "การป้องกันทั่วไป" (General prevention) โดยให้คนทั่วไปเห็นว่าเมื่อกระทำความผิดแล้วจะต้องได้รับโทษเพื่อคนทั่วไปที่ได้ทราบจะได้เกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิด และปัจจุบันถือเอาการป้องกันโดยการกำหนดโทษว่าสำคัญกว่าการลงโทษ คือ ถือเอาการบัญญัติกฎหมายเอาโทษแก่การกระทำความผิดเป็นเครื่องมือในการยับยั้ง ไม่ให้คนกล้ากระทำความผิด การลงโทษเป็นเพียงทำให้การบัญญัติของโทษมีน้ำหนักยิ่งขึ้น

ข. เหตุผลของการลงโทษ ก็เพื่อก่อให้เกิดความสุขมากที่สุดต่อคนจำนวนมากที่สุด หากการลงโทษสามารถป้องกันไม่ให้คนกระทำความผิดได้ การลงโทษนั้น ก็เป็นสิ่งที่ควรกระทำและกระทำไปเพื่อป้องกันสังคม การที่สามารถป้องกันการกระทำความผิดได้นั้นเนื่องจากสาเหตุ 3 ประการ คือ การกลัวโทษ กลัวมติมหาชนตำหนิซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดเข้าสู่สังคมไม่ได้ และการสร้างนิสัยให้เคยชินในการเคารพกฎหมาย แม้จะมีโอกาสก็ไม่กระทำความผิด

ค. วิธีการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกัน วิธีการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันเน้นที่ปริมาณโทษ เพื่อให้คนกลัวโทษและยับยั้งไม่กล้ากระทำความผิด และยังได้พิจารณาองค์ประกอบอื่นอีก เช่น มติมหาชนสามารถแยกพิจารณาได้ 3 ประการ คือ

1. ปริมาณโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกัน มีอยู่
2. แนวความคิดด้วยกัน ได้แก่ ปริมาณโทษตามความคิดเดิม และปริมาณโทษตาม

---

<sup>35</sup> คณิต ญ นคร, "คำบรรยายพิเศษในหัวข้อการดำเนินคดีใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย," เอกสารการสัมมนา เรื่องการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย และแนวทางแก้ไขปัญหาอุปสรรคการปฏิบัติงาน เสนอที่มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช 4 มิถุนายน 2534.

แนวความคิดใหม่ สำหรับปริมาณโทษตามแนวความคิดเดิม ได้เสนอหลักเกณฑ์ในการลงโทษไว้ ได้แก่ จำนวนโทษต้องมากกว่าผลดีที่จะได้รับจากการกระทำ ความผิด เพิ่มโทษเพื่อชดเชยความไม่แน่นอนของการไม่ได้รับโทษ และเพิ่มโทษ การกระทำ ความผิดที่เกิดจากนิสัย ส่วนปริมาณโทษตามความคิดใหม่มีสาระสำคัญ อยู่ 2 ประการ คือ ปริมาณโทษต้องมากพอที่จะทำให้บรรลุผลในการป้องกันการ กระทำ ความผิด (ปริมาณโทษต้องมากกว่าผลดีของการกระทำ ความผิด) และ ปริมาณโทษต้องไม่มากเกินไปกว่าที่จำเป็นในการบรรลุผลป้องกันการกระทำ ความผิด คือ ถ้าหากว่าปริมาณโทษมากกว่าผลดีจากการกระทำ ความผิดแล้ว ก็ไม่ลงโทษให้สูงกว่านั้น

2. ความแน่นอนและรวดเร็วของการลงโทษ คือ จะต้องพยายามจับตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษให้ได้ และการพิจารณาพิพากษาคดี จะต้องกระทำไปโดยรวดเร็ว เพื่อเป็นการขู่ให้บุคคลทั่วไปเห็นว่า การกระทำ ความผิดไปแล้ว จะถูกลงโทษ ส่งผลให้เกิดการยับยั้งไม่กล้ากระทำความผิด

3. ใช้การลงโทษเป็นเครื่องมือให้คนอื่นกลัวโทษ กล่าวคือ ใช้วิธีการลงโทษเพื่อขู่ให้บุคคลอื่นกลัวโทษ ดังนั้นเมื่อต้องการลงโทษ จึงต้องกระทำโดยเปิดเผยและด้วยวิธีการรุนแรง

สรุปทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันในปัจจุบันอาจมีผลได้ ถ้านำมาใช้โดย คำนึงถึงความกลัวของผู้ที่จะกระทำความผิดต่อการที่สังคมจะไม่ยอมรับบุคคลผู้จะ กระทำความผิดนั้นเอาไว้ร่วมสังคมด้วย และความกลัวต่อการที่จะถูกจับได้เพื่อนำ ไปลงโทษ แทนที่จะใช้ความกลัวต่อตัวโทษนั่นเองเป็นหลักสำคัญอย่างเดี่ยวเท่านั้น<sup>๓๘</sup> แต่หากจะให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้โดยแท้จริง ควรจะใช้ทฤษฎีป้องกันสังคม ประกอบด้วย เพราะทฤษฎีนี้มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันสังคมมิให้เกิดความผิดขึ้น ในอนาคต โดยเฉพาะการป้องกันเฉพาะตัวบุคคล ซึ่งอาจทำได้ด้วยการตัดไม้ให้มิ โอกาสกระทำความผิดอีก (Incapacitation) เช่น การกักกัน การควบคุมบุคคล วิกลจริตไว้ การห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ และการปรับปรุงแก้ไข (Reformation) เช่น การรักษาผู้ติดยาเสพติด ผู้ติดสุราเรื้อรัง การให้ การศึกษาและฝึกอาชีพแก่ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นผู้เยาว์ เป็นต้น

<sup>๓๘</sup> อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, "ร่างประมวลกฎหมายอาญาเปรียบเทียบว่าด้วย โทษและทฤษฎีการลงโทษ," หน้า 47.

## 2.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อตัดแปลง<sup>37</sup>

### ก. วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

วัตถุประสงค์ของการลงโทษที่แท้จริงควรมีขึ้นเพื่อเป็นการตัดแปลงผู้กระทำความผิดเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดหันมากระทำความผิดซ้ำ นอกจากนั้น เมื่อเขาได้รับโทษไปแล้วก็ให้เขามีความรู้พอที่จะกลับเข้าสู่สังคมได้โดยปกติและไม่ให้การลงโทษเป็นสิ่งที่ทำให้เขาเกิดปมด้อยขึ้นมา

### ข. วิธีการลงโทษ

โดยทั่วไปแล้ววิธีการตัดแปลงที่ปฏิบัติกันในปัจจุบันมี 5 วิธีด้วยกัน ซึ่งอาจใช้วิธีใดวิธีหนึ่งหรือหลายวิธีร่วมกันก็ได้ คือ

1. พยายามหลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้กระทำความผิดประสบกับสิ่งที่ทำลายคุณลักษณะประจำตัวของเขา ทั้งนี้เพราะว่าเมื่อผู้กระทำความผิดได้รับโทษ ทำให้เขาได้รับความอับอายและไม่สามารถกลับเข้าสู่สังคมได้ปกติ ดังนั้นการลงโทษจึงต้องพยายามหลีกเลี่ยงสิ่งเหล่านี้ เช่น ไม่ลงโทษด้วยวิธีการประจาน เป็นต้น

2. พยายามหลีกเลี่ยงโทษจำคุกระยะสั้นโดยหันมาใช้วิธีการอย่างอื่นแทน ทั้งนี้เพราะโทษระยะสั้นไม่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการตัดแปลง เนื่องจากระยะเวลาที่อยู่ในคุกน้อยเกินไป ไม่สามารถเปลี่ยนนิสัยผู้กระทำความผิดให้กลายเป็นคนดีได้ และการลงโทษจำคุกในระยะสั้นกลับจะทำให้ผู้ถูกลงโทษกลายเป็นผู้ร้ายได้ เพราะได้ชื่อว่าต้องโทษจำคุกมาแล้ว ทำให้กลับเข้าสู่สังคมลำบากกว่าคือ มีผลเสียมากกว่าผลดี ดังนั้นจึงอาจนำเรื่องโทษกักขังหรือโทษปรับมาใช้แทนโทษจำคุกระยะสั้น หรือให้ศาลรอกการลงโทษ หรือรอกการกำหนดโทษได้

3. การลงโทษต้องลงโทษให้เหมาะสมกับบุคคล เนื่องจากความหนักเบาของการลงโทษขึ้นอยู่กับระยะเวลาในการแก้ไขของแต่ละคน ไม่ได้ขึ้นอยู่กับความหนักเบาของการกระทำความผิด ดังนั้นจึงต้องลงโทษให้เหมาะสมกับตัวบุคคลว่าเขาควรจะได้รับ การแก้ไขอย่างไร และควรจะต้องแยกนักโทษออกจากกันเพื่อความสะดวกแก่การปรับปรุงแก้ไขได้ง่าย

<sup>37</sup> สหชน รัตนไพจิตร, "วัตถุประสงค์ของการลงโทษ: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา," หน้า 57-63.

4. เมื่อผู้กระทำความผิดได้รับการแก้ไขได้แล้วก็ไม่ต้องลงโทษต่อ เพราะจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ขึ้นมา เช่น หากกลับตัวแก้ไขได้เร็ว ก็อาจใช้วิธีการพักการลงโทษ (Parole)

5. ให้มีการปรับปรุงผู้ต้องโทษระหว่างคุมขัง กล่าวคือ เมื่อผู้กระทำความผิดได้รับการลงโทษก็ให้ปรับปรุงผู้ต้องโทษระหว่างคุมขัง เช่น โดยการฝึกหัดอาชีพ ให้การศึกษา อบรมทางพุทธศาสนาและศีลธรรม ทั้งนี้ เพื่อว่าเมื่อได้พ้นโทษออกไปจะได้ไม่กระทำความผิดซ้ำอีก

แต่อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ของทฤษฎีแต่ละทฤษฎีดังกล่าวมาข้างต้น อาจเปลี่ยนแปลง หรือมีแนวความคิดใหม่ ๆ ที่มาคัดค้าน หรือแย้งด้วยเหตุด้วยผลตามสถานการณ์ กาลสมัยที่เปลี่ยนแปลงไปก็ได้ แต่หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ของแต่ละทฤษฎีที่กล่าวไว้ข้างต้น ก็พออาศัยเป็นแนวทางในการนำมาเปรียบเทียบการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยได้ประการหนึ่ง เพราะเหตุผลของวิธีการเพื่อความปลอดภัยนั้น มุ่งป้องกันการกระทำความผิดเช่นกัน แต่มิได้มีเหตุผลมาจากการกลัวการตำหนิจากมหาชนเข้ามาเกี่ยวข้อง เพียงแต่มุ่งเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นประการสำคัญก่อน แล้วจึงพิจารณาว่าตัวบุคคลผู้กระทำความผิดโดยอบรมแก้ไขให้เป็นพลเมืองดี มีความยับยั้งชั่งใจ ไม่กระทำความผิด และมุ่งบำบัดรักษาให้หายจากอาการของโรคหรือสาเหตุแห่งการกระทำความผิด และกลัวการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพ หรือผลประโยชน์ของตนเอง เป็นสำคัญ โดยเฉพาะการห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้น มุ่งตัดโอกาสของบุคคลมิให้กระทำความผิดจากอาชีพที่เคยปฏิบัติอยู่เป็นประจำบุคคลบางอาชีพเพื่อคุ้มครองสังคม เช่น ผู้ประกอบธุรกิจการค้า อาจไม่กลัวการลงโทษ เช่น ค่าปรับหากการฝ่าฝืนกฎหมายนั้นทำให้ เขาได้รับผลประโยชน์มากกว่าค่าปรับ ซึ่งต้องจ่ายแก่แผ่นดิน และมักจะผลักภาระค่าปรับไปยังผู้บริโภคในลักษณะที่บวกค่าปรับรวมไปในราคาสินค้า หากปรากฏว่าค่าปรับนั้นไม่สูงพอจะไม่มีผลในการป้องกันและปราบปราม ซึ่งแตกต่างกับการตัดโอกาสตามทฤษฎีการลงโทษที่มุ่งเน้นการแก้ไขตัวผู้กระทำความผิด เป็นประการสำคัญ

### 3. ทฤษฎีอำนาจรัฐ (Police Power Theory)

ทฤษฎีอำนาจรัฐมีแนวความคิดว่าด้วยการใช้อำนาจรัฐ เพื่อวัตถุประสงค์ให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นในสังคมซึ่งรู้จักกันดีในประเทศที่ใช้ Common Law อาทิเช่น ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา เป็นต้น ทฤษฎีอำนาจรัฐเป็นทฤษฎีในทางกฎหมายมหาชน ซึ่งสามารถนำมาอธิบายอำนาจรัฐในทางกฎหมายมหาชนได้ โดยไม่เกี่ยวข้องกับอำนาจของตำรวจตามรูปศัพท์ในภาษาอังกฤษแต่อย่างใด เดิมทีอำนาจนี้เป็นส่วนหนึ่งในพระบรมเดชานุภาพของพระมหากษัตริย์ แต่ในระบอบประชาธิปไตย หมายถึง อำนาจทั่วไปของรัฐในฐานะผู้ใช้อำนาจอธิปไตย<sup>38</sup> อำนาจรัฐ (Police Power) เป็นสิ่งจำเป็นที่ขาดไม่ได้ เพราะเป็นคุณลักษณะที่สำคัญของอำนาจอธิปไตย และจำเป็นต้องมีอยู่ในรัฐบาลพลเรือนทุก ๆ รัฐบาล ดังนั้นอำนาจรัฐจึงมิใช่มาจากหรืออยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับจากประชาชนผ่านรัฐบาล ในฐานะที่เป็นตัวแทน และเป็นอำนาจที่ต้องสงวนไว้ (Reserved Power)<sup>39</sup>

สำหรับใน Black's Law Dictionary (1968) ได้อธิบายความหมายของคำว่า Police Power สรุปใจความสำคัญได้ว่า อำนาจนี้เป็นอำนาจรัฐในการออกกฎหมาย และระเบียบข้อบังคับ โดยฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้จัดทำบัญญัติกฎหมายและจัดสร้างระเบียบ กฎเกณฑ์ แบบแผนต่าง ๆ มาควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ โดยคำนึงถึงเหตุและผลที่ถูกต้อง จะประกอบด้วยบทลงโทษหรือไม่ก็ได้ แต่ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ เพื่อผดุงไว้ซึ่งความยุติธรรม และความสงบเรียบร้อยในการปกครองหรือวัตถุประสงค์อื่น ๆ ที่คล้ายคลึงกัน กฎข้อบังคับที่มีไว้เช่นนี้ เพื่อจะป้องกันคำสั่งที่ฉ้อฉล ความรุนแรง หรือเหตุอื่นที่เป็นปรปักษ์ต่อรัฐ รวมถึงตลอดถึงการช่วยเหลือ จับกุมอาชญากร และเป็นประกันต่อ

<sup>38</sup>Mozley and Whiteley's Law Dictionary, 1970, p. 261.

<sup>39</sup>"Police Power," American Jurisprudence vol. 16, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: The Lawyers Co-operative Publishing, 1964), p. 510-513.

ความมั่นคง ความสงบเรียบร้อย ความเจริญรุ่งเรืองของรัฐ และสุขภาพอนามัยที่ดี ความสะดวกสบาย ให้เกิดขึ้นกับประชาชนโดยทั่วกัน และเป็นประกันให้เกิดความมั่นใจว่าประชาชนจะไม่ถูกรบกวนสิทธิของแต่ละบุคคล โดยการใช้อำนาจของรัฐเป็นเครื่องมือ สำหรับเจ้าหน้าที่ผู้รักษากฎหมาย จะต้องปฏิบัติตามให้เป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับนั้น ๆ ด้วย ซึ่งอาจจะใช้กำลังบังคับให้ประชาชนปฏิบัติตามก็ได้ , แต่การใช้อำนาจนี้จะต้องอยู่ในขอบเขตที่จำกัด ไม่กระทำตามอำเภอใจด้วย<sup>๕๐</sup>

ในทางกฎหมายมหาชน (Public Law) เป็นที่ยอมรับกันว่ารัฐมีอำนาจชนิดหนึ่ง เรียกว่า Police Power หรืออำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ ในทางทฤษฎีถือว่าอำนาจนี้ เกิดขึ้นจากสภาพความเป็นรัฐ และสภาพความจำเป็นในการต้องทำหน้าที่เพื่อประโยชน์ของสาธารณชนอันเป็นส่วนรวม กล่าวคือ ในทางหลักกฎหมายมหาชน ถือว่าเป็นการที่รัฐใช้อำนาจนี้มาจากมหาชน เพื่อที่จะปกป้องคุ้มครอง ดูแลมหาชนให้อยู่เย็นเป็นสุขโดยอยู่ภายใต้ขอบเขตจำกัด ศาลสูงสหรัฐอเมริกาเคยให้คำจำกัดความอำนาจรัฐเช่นว่านี้ ซึ่งมีอยู่ทั่วไปทุกรัฐว่าหมายถึง อำนาจในทางสาธารณสุข จัดให้ราษฎรมีสวัสดิภาพ มีศีลธรรม มีสวัสดิการหรือความเป็นอยู่ที่ดี ซึ่งกล่าวโดยสรุปก็คือ อำนาจปกครองราษฎรทั้งหลายให้มีความสุขนั่นเอง<sup>๕๑</sup> ถ้าปราศจากอำนาจนี้แล้วสังคมจะอยู่ด้วยความสงบเรียบร้อยไม่ได้ โรคภัยไข้เจ็บจะระบาดโดยปราศจากการป้องกันและควบคุม โจรผู้ร้ายจะลุกขึ้นข่มเหงรังแกประชาชนโดยปราศจากการปราบปราม ศีลธรรมในจิตใจคนจะเสื่อมทรามสูง มีแต่การเห็นผิดเป็นชอบ คนจะเห็นแก่ตัว ไม่มีการเอื้อเฟื้อสงเคราะห์กัน สภาพอย่างนี้คือ สภาพที่เรียกว่า "บ้านเมืองไม่มีชื่อไม่มีแป" จะเกิดความระส่ำระสายทั่วไป แต่อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจรัฐเพื่อส่งเสริม และรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมดังกล่าวข้างต้น ก็จะต้องอยู่ในขอบเขตอันชอบธรรมด้วย เพราะถ้าหากทำตามอำเภอใจแล้วในที่สุดรัฐจะใช้อำนาจนี้เอง คุกคามสิทธิเสรีภาพ และสวัสดิภาพของประชาชนได้

<sup>๕๐</sup> Cambell, H., Black's Law Dictionary 4<sup>th</sup> ed. (St. Paul Minn: West Publishing, 1968), p. 1317.

<sup>๕๑</sup> License Case. 5 How, 1847' p. 504, 583.

อาทิเช่น อาจใช้อำนาจเกินเลยโดยไม่มีขอบเขตและระบบควบคุมที่ดีพอ จึงกลั่นแกล้ง หรือแสวงหาประโยชน์ใส่ตน นอกจากนี้ยังอาจใช้วิธีควบคุม แบบเอาง่ายเข้าว่า หรือมีก่ง่าย เห็นแก่ความสะดวกสบาย และความประหยัดของเจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจรัฐ โดยที่อาจมีเจตนารักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมจริงก็ได้ แต่ผิดวัตถุประสงค์อันแท้จริงอันเป็นการบิดเบือนอำนาจ (Abuse of power)<sup>42</sup>

ด้วยเหตุที่อำนาจเช่นนี้ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตจำกัดบางประการ ดังกล่าวข้างต้นด้วย นักกฎหมายและนักรัฐศาสตร์จึงรู้จักที่จะวางระบบอำนาจรัฐหรือจัดระเบียบอำนาจรัฐไว้ในกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกำหนดขอบเขตจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ เพื่อให้เห็นว่าอำนาจรัฐนั้นมาจากไหน มาได้อย่างไร และต้องใช้อย่างไร หากผิดพลาดไปจะแก้ไขได้อย่างไร และต้องมีกระบวนการตรวจสอบว่ามีการใช้อำนาจรัฐเกินขอบเขตที่อนุญาตให้รัฐใช้อำนาจดังกล่าวหรือไม่เพียงใด ในต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา มีกรณีที่ศาลสูงวินิจฉัยให้กฎหมายบางฉบับขัดต่อรัฐธรรมนูญ และใช้บังคับมิได้ แม้จะเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสุขภาพอนามัยของประชาชนก็ตามเกณฑ์ที่สำคัญในกฎหมายอเมริกาที่นำมาใช้ก็คือ หลักเรื่อง Due process of law<sup>43</sup>

รัฐธรรมนูญนานาประเทศถ้าไม่กำหนดเรื่องการส่งเสริมสุขภาพอนามัยของสาธารณชน (promotion of public health) เรื่องการรักษาความปลอดภัย (safety) ศีลธรรม (moral) หรือสวัสดิการทั่วไป (general welfare) แล้ว ประชาชนควรเรียกร้องเอาจากรัฐได้ โดยถือว่าเป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องจัดดำเนินการให้เพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในทางนิติบัญญัติอาจกำหนดไว้เป็นแนวนโยบายของรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อตรากฎหมายออกมาใช้บังคับ

<sup>42</sup> วิชาญ เจริญงาม, "มาตรการทางด้านกฎหมายในการป้องกันและควบคุมโรคเอดส์: ศึกษาจากประสบการณ์ของสหรัฐอเมริกา," วารสารกฎหมายสุขภาพประชาชน 1 (กรกฎาคม 2532): 6.

<sup>43</sup> Corwins, E.S. The Constitution: What It Means Today (New Jersey: Princeton University Press, 1973), p. 388.



ต่อไป หรือจะแสดงออกโดยการตรากฎหมายออกมาคุ้มครองและลงโทษผู้กระทำ ความผิด บังคับใช้ในสังคมให้ได้ผลจริงจัง โดยอาจตราเป็นกฎหมายมหาชนที่ กำหนดหน้าที่และวางบทกำหนดโทษแก่ผู้ฝ่าฝืน เช่น ตราชั้นในรูปของกฎหมายอาญา หรือพระราชบัญญัติอื่น ๆ ในทางมหาชน หรืออาจตราเป็นกฎหมายเอกชน เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตลอดจนพระราชบัญญัติอื่น ๆ ในทางเอกชนใน สหรัฐอเมริกาศาลสูงสุดได้กล่าวในหลายคดีว่ารัฐบาลกลางก็ดีรัฐบาลมลรัฐต่าง ๆ ก็ดี มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะออกกฎหมายมาปกป้องคุ้มครองสุขภาพอนามัยของ ประชาชน และออกกฎหมายมาจำกัดหรือห้ามการประกอบอาชีพ การค้า หรือธุรกิจ ห้ามผู้ป่วยด้วยกามโรคที่ไปเป็นพยาบาลคนเลี้ยงเด็กหรือทำงานในโรงงานรีดนมโค โรงงานอุตสาหกรรมอาหาร ร้านอาหาร โรงงานเภสัชกรรม อาจถูกปรับถึง 100 เหรียญ<sup>44</sup> เป็นต้น

สำหรับในประเทศไทยนั้น ก็ได้วางระบบอำนาจรัฐ หรือจัดกรอบ ระเบียบอำนาจรัฐ (Police Power) ไว้ในกฎหมายเหมือนกัน โดยเฉพาะ อย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ และมี กฎหมายอื่น ๆ ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองลงมาออกมารองรับเป็นลำดับไป อาทิเช่น พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เป็นต้น และในเรื่องวิธีการเพื่อความปลอดภัยนั้น เป็นที่ยอมรับกันในเบื้องต้นว่า รัฐมีอำนาจ เพราะเป็นส่วนสำคัญในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสาธารณชน หรือจัดเข้าไว้ในเรื่องการรักษาความปลอดภัย และสวัสดิภาพทั่วไปก็ได้ ดังจะ เห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ได้กำหนดเป็น แนวนโยบายแห่งรัฐไว้ในมาตรา 48 ความว่า "สิทธิของบุคคลในการประกอบ กิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมย่อมได้รับความ คุ้มครอง"

---

<sup>44</sup> วิษณุ เครืองาม, "มาตรการทางด้านกฎหมายในการป้องกันและ ควบคุมโรคเอดส์: ศึกษาจากประสบการณ์ของสหรัฐอเมริกา," หน้า 6.

การจำกัดสิทธิตามวรรคหนึ่งจะกระทำได้ก็แต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข การรักษาความสงบเรียบร้อยและ ศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครอง ผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพ ของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือการขจัดความไม่เป็นธรรมในการ แข่งขัน" ดังจะเห็นได้จากพระราชบัญญัติต่าง ๆ เกี่ยวกับการควบคุมการประกอบ อาชีพสำหรับคนไทยหรือการกำหนดคุณสมบัติของบุคคลในการประกอบกิจการงานอาชีพ วิชาชีพ หรือการเข้ารับราชการ ตลอดจนการเพิกถอนใบอนุญาตการดำเนินการ กิจการในอาชีพหรือวิชาชีพต่าง ๆ เป็นต้น เช่น พระราชบัญญัติการทำงานของคน ต่างด้าว พ.ศ. 2521 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 เรื่องควบคุมกิจการ ค้าขายอันเป็นสาธารณสุข พระราชบัญญัติสาธารณสุข พ.ศ. 2484 พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2512 พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2512 พระราชบัญญัติวัตถุมีพิษ พ.ศ. 2510 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 พระราชบัญญัติจรรยาบรรณ พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518 เป็นต้น

นอกจากนี้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ก็ยัง กำหนดข้อจำกัดอำนาจรัฐในการออกกฎหมายไว้เหมือนกันแต่มีไม่มากนัก ดังความ ในมาตรา 5 ระบุว่า "บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ นี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้" และหากมีการออกกฎหมายมาขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญนี้ ก็ให้ผู้ใช้กฎหมายส่งไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรเฉพาะ เป็นผู้วินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากขัดหรือแย้งกฎหมาย นั้น ๆ ก็ไม่มีผลในการบังคับใช้ต่อไป ดังนั้นการออกกฎหมายของไทยจึงอาจทำได้ กว้างขวาง เพียงแต่ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจรัฐมากำหนดมาตรการทางกฎหมายที่ใช้ ในวิธีการเพื่อความปลอดภัย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับการห้ามประกอบอาชีพ หรือวิชาชีพนั้น มีข้อที่ควรคำนึงถึงและนำมาพิจารณาประกอบ ดังต่อไปนี้

### 3.1 หลักความชอบธรรม (Principle of Legitimacy)<sup>45</sup>

หลักความชอบธรรมจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมาตรการเหล่านั้นเกิดขึ้นมาจาก

3.1.1 เป็นความประสงค์หรือความต้องการของสังคมนั้นที่จะให้มาตรการนั้นมีผลบังคับใช้ในสังคมของตนหรือกับตนเอง สำหรับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย การแสดงเจตนาที่กระทำได้โดยผู้แทนของประชาชนทั้งหมด แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าในระบอบประชาธิปไตยจะถือเสียงข้างมากเป็นหลักแต่ในขณะเดียวกันก็ต้องเคารพเสียงส่วนน้อยหรือคุ้มครองสิทธิของคนส่วนน้อยจากการบิดเบือนของคนส่วนใหญ่ด้วย อาทิเช่น การออกกฎหมายจำกัดสิทธิของผู้ที่เคยถูกลงโทษจำคุก หรือผู้ซึ่งเคยถูกศาลพิพากษาให้ล้มละลาย หรือเคยถูกเพิกถอนใบอนุญาตตกเป็นผู้ขาดคุณสมบัติ ไม่ให้ได้รับการอนุญาตในการทำกิจการงานอาชีพใดอาชีพหนึ่งหรือมิให้จัดตั้งสถานประกอบการอันใดอันหนึ่งนั้น จะเกิดความชอบธรรมหรือไม่เพียงใด เป็นต้น

3.1.2 ผู้บัญญัติกฎหมายไม่สร้างกฎหมายขึ้นมาตามอำเภอใจซึ่งจะต้องพิจารณาว่ากฎหมายแม่บทหรือรัฐธรรมนูญให้อำนาจหรือวางหลักเกณฑ์ในการป้องกันสังคมและความสงบสุขของประชาชนและการรุกรอนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนไว้อย่างไรมาประกอบด้วย นอกจากนี้การออกกฎหมายควรจะต้องใช้วิจารณญาณให้เหมาะสมว่าจะเลือกปฏิบัติกับผู้ใดบ้างอีกด้วย เช่น การห้ามผู้เร่ขาย (หาบเร่ แผงลอย) ประกอบอาชีพการค้าขาย สาเหตุเนื่องจากกีดขวางทางสาธารณะและทางสัญจรไปมาของประชาชนนั้น จะเหมาะสมหรือไม่

3.1.3 มีทางเยียวยาโดยกระบวนการยุติธรรมที่มีขั้นตอนเป็นไปตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น การจับผู้ต้องหาจะต้องให้สิทธิผู้ต้องหาในการต่อสู้คดีได้เต็มที่ มีการแจ้งข้อหาแม้กระทั่งเรื่องวิธีการเพื่อความปลอดภัย เพราะบางประเภทเป็นการรุกรอนสิทธิเสรีภาพของมนุษย์ มีทนายคอยช่วยเหลือในข้อกฎหมายและระหว่างพิจารณาควรให้โอกาสผู้ต้องหาที่มีอิสระด้วยการประกันตัว

---

<sup>45</sup>Merritt, D.J. "Communicable disease and Constitutional Law: Controlling AIDS," New York University Law Review 61 (November 1986): 792.

นอกจากนี้การจับ การค้น จะต้องมีความจับ หมายค้น หรือต้องแสดงบัตร ประจำตัวให้ทราบว่าเป็นเจ้าหน้าที่ด้วย เพื่อให้เกิดความยุติธรรมขึ้นแก่ทุกคนและ สังคมโดยทั่วกัน

3.1.4 การออกมาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ นั้นต้อง คำนึงไว้เสมอว่ามาตรการเหล่านี้จะออกมาเพื่อป้องกันและควบคุมปัญหาต้นเหตุรวมถึง พฤติกรรมของมนุษย์ที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการประกอบอาชีพอาชญากรรมหรือการกระทำ ความผิดอาญาโดยอาศัยโอกาสหรือเนื่องจากการประกอบอาชีพ ตัวอย่างเช่น การห้ามประกอบอาชีพรับจ้างขับรถบรรทุก ด้วยสาเหตุกินยาเมาและขับรถบรรทุก ไปชนคนตาย ทรัพย์สินเสียหาย ควรจะต้องห้ามผู้ประกอบการค้าซึ่งฉกฉวย โอกาสขายยาเมาให้แก่ผู้ขับรถบรรทุกด้วย และควรห้ามไปถึงผู้บงการอยู่เบื้องหลัง คือ ตัวนายทุนและผู้ผลิต มิใช่ห้ามเพียงลูกจ้าง ซึ่งมีใช้ต้นเหตุโดยตรง เช่น ห้ามเฉพาะพนักงานเติมน้ำมัน มิให้รับจ้างเติมน้ำมันตามปั้มน้ำมัน ด้วยเหตุขาย ยาเมาเท่านั้น

### 3.2 หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability)<sup>4a</sup>

หลักแห่งความเหมาะสมนี้บังคับให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ใช้พิจารณาเลือกกฎหมาย คำสั่ง ที่สามารถจะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของ กฎหมายที่ให้อำนาจไว้สำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ ไม่อยู่ในวิสัยจะทำให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจปรากฏขึ้นมาในสังคม หรือในโลกแห่งความเป็นจริงได้เลย ย่อมเป็นคำสั่งหรือกฎหมายที่ไม่เหมาะสม ตัวอย่างเช่น การฟ้องขอให้ศาลสั่งห้ามประกอบการค้าโดยมิได้รับอนุญาต ตาม พระราชบัญญัติสาธารณสุข พ.ศ. 2484 มาตรา 68 จะต้องปรากฏว่าจำเลยได้ กระทำคามผิดรับโทษอาญาแล้ว จะสั่งห้ามไปก่อนมีความผิดรับโทษทางอาญาแล้ว ไม่ได้ (ฎีกาที่ 290/2484) หรือผู้กระทำความผิดเทศบัญญัติเรื่องควบคุมการค้า อันเป็นที่รังเกียจหรืออาจเป็นอันตรายแก่สุขภาพ จะต้องถูกศาลห้ามมิให้ประกอบ การค้าก็ต่อเมื่อศาลพิพากษาลงโทษตามมาตรา 68 แห่งพระราชบัญญัติสาธารณสุข

<sup>4a</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลยพินิจทางปกครองโดย องค์กรตุลาการ," ใน 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, 2531, หน้า 206.

พ.ศ. 2484 เทศบาลจะฟ้องให้ศาลสั่งห้ามโดยมิได้มีคำพิพากษาลงโทษจำเลยไม่ได้ (ฎีกาที่ 625/2498) หรือเมื่อมีคำสั่งห้ามบุคคลใดทำกิจการค้าขายต่อไปโดยมิได้รับอนุญาต หากบุคคลนั้นยังคงค้าขายต่อไป ผลทางกฎหมายจะเป็นประการใด พระราชบัญญัติสาธารณสุข พ.ศ. 2484 มิได้กล่าวไว้ ซึ่งถ้าหากการฝ่าฝืนคำสั่งศาลไม่มีผลแต่ประการใดแล้ว การออกคำสั่งก็จะเป็นการไร้ประโยชน์ หรือแม้กระทั่งการห้ามประกอบอาชีพตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50 แม้มีบทลงโทษเมื่อฝ่าฝืนคำสั่งศาลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 196 แล้วก็ตาม แต่หากขาดหน่วยงานหรือบุคลากรที่จะติดตามพฤติกรรม หรือสืบเสาะความประพฤติในภายหลังแล้ว ก็อาจทำให้มาตรการนี้ค่อนข้างจะไร้ผลได้เช่นกัน

### 3.3 หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity)

หลักแห่งความจำเป็นนี้หมายความว่า ในบรรดาคำสั่งหรือกฎหมายต่าง ๆ ที่มีอยู่ทั้งหลายนั้น ซึ่งล้วนแล้วแต่สามารถจะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ทั้งสิ้นนั้น ถ้าเป็นคำสั่ง หรือกฎหมายที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎรแล้ว องค์การของรัฐ ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่ง หรือกฎหมายที่จะมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎรน้อยที่สุดและถ้าเป็นคำสั่งหรือกฎหมายที่เป็นประโยชน์แก่ราษฎร องค์การของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่ง หรือกฎหมายที่จะมีผลทำให้รัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุด ตัวอย่างเช่น การออกกฎหมายจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ ควรเป็นไปในลักษณะที่จำเป็นอย่างสมเหตุสมผลเพื่อมุ่งที่จะคุ้มครองสวัสดิภาพความปลอดภัย สุขภาพ และศีลธรรมของประชาชนเท่านั้น เช่น ในมลรัฐเทกซัสได้ห้ามคนที่เป็นกามโรคทำงานเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์อาหาร รวมทั้งการทำงานในร้านขายของชำด้วย ซึ่งก็มีลักษณะเกินความจำเป็นเพราะเป็นการยากที่จะทำให้ลูกค้าติดเชื้อกามโรคจากการปฏิบัติการค้าปกตินั้น<sup>47</sup>

อนึ่ง หลักแห่งความจำเป็นนี้ จะใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อมีมาตรการอยู่ในวิสัยที่จะดำเนินการให้ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงลงไปได้ ศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเคยพิพากษาว่า

<sup>47</sup>Merritt, D.J. "Communicable disease and Constitutional Law: Controlling AIDS," p. 769.

การถอนใบอนุญาตขับชั้รถยนต์ เพียงบางส่วนที่เจ้าพนักงานจราจรออกคำสั่งตามมาตรา 4 (1) แห่งประมวลกฎหมายจราจรของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1952 นั้น เป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ ทั้งนี้เพราะความมุ่งหมายของกฎหมายในอันที่จะป้องกันประชาชนจากอันตรายอันบุคคลผู้ไม่เหมาะสมจะได้รับอนุญาตให้ขับชั้รถยนต์ อาจก่อให้เกิดขึ้นได้นั้น ไม่อาจสำเร็จลุล่วงได้ด้วยวิธีการอื่นนอกเหนือจากการถอนใบอนุญาตให้ขับชั้รถยนต์อย่างสิ้นเชิง

### 3.4 หลักแห่งความได้สัดส่วนกัน (Principle of Proportionality)<sup>49</sup>

หลักแห่งความได้สัดส่วนนี้ เป็นมาตรการที่จะทำให้เกิดภาวะสมดุลขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่เอกชน และประโยชน์อันชุมชนจะพึงได้รับจากการปฏิบัติการให้เป็นไปตามมาตรการทางปกครองมาตรการใดมาตรการหนึ่ง ดังนั้นหลักแห่งความได้สัดส่วนนี้จึงห้ามมิให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ใช้อำนาจในการออกกฎหมาย หรือออกคำสั่งใดคำสั่งหนึ่งซึ่งเป็นที่เห็นได้ชัดว่าหากได้ลงมือปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำสั่งนั้นแล้ว จะยังให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะบังเกิดขึ้นกับราษฎรแล้ว สิ่งนี้เป็นสิ่งที่ต้องคำนึงให้ให้มากด้วย สำหรับการห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ จึงควรต้องคำนึงถึงในเรื่องนี้ด้วย โดยเฉพาะความได้สัดส่วนกับความรุนแรงกับการที่จะพึงให้บุคคลนั้นประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นต่อไป หรือการห้ามประกอบกิจการต่าง ๆ ดังเช่นตัวอย่าง การควบคุมความเหมาะสมของมาตรการทางปกครองที่กระทบต่อเสรีภาพของประชาชนในประเทศฝรั่งเศสในคำพิพากษา Benjamin ลงวันที่ 19 พฤษภาคม ค.ศ. 1933 สภาแห่งรัฐได้พิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองของนายกเทศมนตรีที่สั่งห้ามการประชุมด้วยเหตุผลว่า "พิจารณาจากคำสั่งของฝ่ายปกครองจะพบว่าความเป็นไปได้ของความวุ่นวายนั้น มิได้มีความร้ายแรงอย่างที่มีการคาดการณ์ แม้จะมีได้สั่งห้ามการประชุม ฝ่ายปกครองก็สามารถรักษาความสงบโดยใช้มาตรการอื่นได้"

<sup>48</sup> วิษณุ เครืองาม, "มาตรการทางด้านกฎหมายในการป้องกันและควบคุมโรคเอดส์: ศึกษาจากประสบการณ์ของสหรัฐอเมริกา," หน้า 8.

<sup>49</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การควบคุมการใช้ดุลยพินิจทางปกครอง โดยองค์กรตุลาการ," หน้า 207.

หรือในกรณีที่อาคารแห่งหนึ่งมีสภาพที่ทรุดโทรม ศาลปกครองก็สามารถสั่งให้รื้อถอนอาคารนั้นได้ "ถ้าการซ่อมแซมที่จำเป็นนั้นมีความสำคัญเท่ากับการก่อสร้างอาคารนั้นขึ้นใหม่" แต่ไม่ใช่ "ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการเงิน เช่น การเปรียบเทียบระหว่างราคาซ่อมแซมกับราคาในการรื้อถอนหรือราคาของอาคารนั้น"<sup>50</sup>

ด้วยเหตุนี้มาตรการต่าง ๆ ที่ออกมานั้นต้องสอดคล้องกับลักษณะของวิธีการเพื่อความปลอดภัยนั้นจริง ๆ และต้องอาศัยข้อมูลและความรู้ทางวิชาการหลายสาขามาประกอบกัน เช่น ความรู้ทางการแพทย์ในเรื่องจิตใจ การตรวจสอบสารกระตุ้นในรายผู้ขับรถบรรทุก ตลอดจนการกำหนดว่ากิจกรรมใด หรือการประกอบอาชีพใดที่มีโอกาสเสี่ยงต่อการกระทำความผิดได้ง่าย จึงจำเป็นต้องอาศัยความรู้ความชำนาญจากบุคคลหลาย ๆ ฝ่าย มาร่วมกันพิจารณาอย่างละเอียดและรอบคอบ โดยคำนึงถึงผลดีผลเสียที่อาจเกิดขึ้น ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิของทุกฝ่ายไว้ให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้นั่นเอง

ดังนั้นเพื่อให้มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและควบคุมอาชญากรรมของประเทศไทยมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ควรนำเอาหลักการของอำนาจรัฐ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น มาสนับสนุนในการออกกฎหมาย วางระเบียบ กฎ ข้อบังคับต่าง ๆ ให้รัดกุมและเหมาะสมยิ่งขึ้น อันจะส่งผลให้มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยประเภทการห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพในประเทศไทยต่อไป

#### 4. ทฤษฎีการบังคับใช้กฎหมาย (Law Enforcement Theory)

ทฤษฎีการบังคับใช้กฎหมายมีแนวคิดว่า กฎหมายจะมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ได้ดีนั้น จะต้องประกอบด้วยปัจจัยหลายประการ คือ 1) การบัญญัติกฎหมายให้มีเนื้อหาทันสมัย รัดกุมและไม่ขัดต่อพื้นฐานธรรมชาติของมนุษย์ 2) กฎหมายจะต้องมีสภาพบังคับที่ดีและแน่นอน 3) องค์กรที่ใช้กฎหมายจะต้อง

<sup>50</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, "หลักแห่งความได้สัดส่วน,"  
วารสารนิติศาสตร์ 20 (ธันวาคม 2533): 101-102.

มีกลไกที่ดี และ 4) การลงโทษจะต้องเหมาะสมและรวดเร็ว กล่าวคือ

#### 4.1 มีการบัญญัติกฎหมายที่เหมาะสม

กฎหมายเป็นสิ่งที่สร้างขึ้นตามความต้องการและวิวัฒนาการของสังคม ดังนั้นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นจึงต้องเป็นไปตามธรรมชาติของมนุษย์ โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานเพื่อประโยชน์ของประชาชนส่วนใหญ่ ฝ่ายนิติบัญญัติผู้ซึ่งมีหน้าที่โดยตรงในการตรากฎหมาย จะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละประเภทเป็นสำคัญ เพราะกฎหมายอาญา กฎหมายแพ่ง และกฎหมายปกครอง มีเจตนารมณ์ต่างกัน รวมทั้งให้มีโครงสร้างและกลไกในการบังคับใช้ให้ถูกต้องและเหมาะสมด้วย

การบัญญัติกฎหมายนอกจากจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้วยังจะต้องให้ความสำคัญแก่สภาพบังคับของกฎหมาย (Sanction) ด้วย เพื่อให้เกิดผลตามที่มุ่งหวังไว้ สภาพบังคับของกฎหมายมีวัตถุประสงค์ให้คนทำตามกฎหมาย (ไม่กล้าทำผิดกฎหมาย) เพื่อป้องกันมิให้เกิดผลร้าย รวมทั้งเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย วัตถุประสงค์ของสภาพบังคับดังกล่าวจะผสมผสานอยู่ในกฎหมายแต่ละประเภท คือ

##### 4.1.1 สภาพบังคับทางอาญา

สภาพบังคับทางอาญาเป็นการโต้ตอบผู้กระทำความผิดโดยตรงเป็นการส่วนตัว เพื่อให้เช็ดหลาบหวาดกลัวและโต้ตอบให้สาสมกับความผิด ซึ่งแบ่งออกได้เป็นหลายลักษณะได้แก่ ประเภทโทษของกฎหมายอาญา คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน ประเภทวิธีการเพื่อความปลอดภัย คือ กักกัน ห้ามเข้าเขตกำหนด เรียกประกันทัณฑ์บนคุมตัวไว้ในสถานพยาบาล และห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง สภาพบังคับทางอาญาประเภทโทษตามกฎหมายพิเศษ เช่น การลงโทษในฐานละเมิดอำนาจศาล หรือการใช้วิธีการสำหรับเด็ก หรือเยาวชน เป็นต้น<sup>51</sup>

<sup>51</sup> วิษณุ เครืองาม, "กฎหมายกับสภาพบังคับ," หน้า 182-189.



#### 4.1.2 สภาพบังคับทางแพ่ง

สภาพบังคับทางแพ่งเกิดขึ้นหลังจากมีสภาพบังคับทางอาญาแล้ว ทั้งนี้เพราะลำพังบรรทัดฐานความประพฤติซึ่งอยู่ในสภาพบังคับทางอาญาอย่างเดียว ไม่อาจแก้ปัญหาในสังคมได้ จำเป็นต้องมีกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพิ่มขึ้น เพื่อกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน สำหรับใช้ในกรณีที่มาตรการทางอาญาไม่สามารถทำให้เกิดความยุติธรรมและความสงบเรียบร้อยแก่สังคมได้เพียงพอ เช่น กฎหมายแพ่งในลักษณะละเมิด โดยมีวิธีเยียวยา ชดเชยค่าเสียหายที่ได้รับ และกฎหมายลักษณะทรัพย์ ครอบครัวมรดก เป็นต้น

#### 4.1.3 สภาพบังคับทางปกครอง

สภาพบังคับโดยทั่วไปมีลักษณะความมุ่งหมายและวิธีบังคับแตกต่างจากสภาพบังคับทางอาญาและทางแพ่ง คือ ในด้านลักษณะของสภาพบังคับไม่รุนแรงเหมือนกฎหมายอาญา และมีความมุ่งหมายเพื่อต้องการความรวดเร็ว โดยมีวิธีการบังคับทั้งปราบ (ความผิดที่ทำมาแล้ว เสียหายแล้ว) และปราม (ไม่ให้ความผิด หรือความเสียหายลุกลามต่อไปอีก) ในบางกรณีจึงให้อำนาจเจ้าพนักงานอื่นนอกจากศาลเป็นผู้บังคับไปพลางก่อนได้ สำหรับสภาพบังคับทางกฎหมายปกครองนั้นมีหลายลักษณะ ดังกรณีตัวอย่างเช่น สภาพบังคับทางกฎหมายปกครองคณะบุคคลพิเศษ เช่น พ.ร.บ.ข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518 กำหนดโทษฐานผิดวินัยซึ่งมี 6 สถาน คือ ภาคทัณฑ์ ลดขั้นเงินเดือน ให้ออก ปลดออก และไล่ออก เป็นต้น และสภาพบังคับทางกฎหมายปกครองทั่วไปเช่น ระบบอนุญาต (Licensing) ออกคำสั่ง (ห้ามหรือให้ปฏิบัติ) ค้น (Inspection) บังคับให้ส่งข้อเท็จจริง หรือมาให้ถ้อยคำ หรือบังคับให้เปิดเผยข้อเท็จจริง เป็นต้น แต่ส่วนมากเป็นเรื่องของการยึดใบอนุญาต เพิกถอนใบอนุญาตโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย เพื่อประโยชน์ในการปกครอง<sup>52</sup>

<sup>52</sup> วิษณุ เครืองาม, "กฎหมายกับสภาพบังคับ," หน้า 194-196.

#### 4.2 มีการปฏิบัติตามกฎหมายโดยเคร่งครัด

การบังคับใช้กฎหมายเป็นวิธีการนำกฎหมายมาบังคับใช้แก่ประชาชนในรัฐ โดยการทำให้วัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของกฎหมายมีสภาพบังคับ เพื่อสนองวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น ๆ ซึ่งได้แก่กฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติต่าง ๆ โดยบัญญัติขึ้นไว้เพื่อกำหนดความประพฤติของมนุษย์ ในอันที่จะร่วมกันอย่างมีระเบียบและสงบสุข ถ้าผู้ใดฝ่าฝืนจะถูกลงโทษโดยมีเจ้าพนักงานผู้รักษากฎหมายเป็นผู้นำกฎหมายไปบังคับใช้ ซึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะประกอบด้วยเจ้าพนักงานฝ่ายปกครอง ตำรวจ อัยการ ศาล ราชทัณฑ์ แต่การที่จะทำให้กฎหมายมีการบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น กฎหมายนั้น ๆ จะต้องมีความบังคับที่ดีและแน่นอนและมีการปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด

การที่จะให้กฎหมายมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ (Law enforcement) จะต้องอาศัยมาตรการต่าง ๆ หลายประการด้วยกัน และประการหนึ่งที่สำคัญก็คือ การทำให้กฎหมายมีผลใช้บังคับได้อย่างจริงจังตามวัตถุประสงค์ เจตนารมณ์ และยังมีผลใช้บังคับได้จริง ๆ ในแง่สภาพบังคับได้ด้วย (Enforcement of law)<sup>53</sup> เช่น มีการกระทำความผิดโดยอาศัยโอกาส หรือเกี่ยวเนื่องกับการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ หากเห็นว่าให้ให้ผู้กระทำความผิดประกอบอาชีพ หรือวิชาชีพ หรือกิจการใด ๆ ต่อไป ผู้นั้นจะกระทำความผิดขึ้นอีก ศาลก็ควรสั่งห้ามการประกอบอาชีพ วิชาชีพ หรือกิจการนั้น ๆ ด้วย ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย มิฉะนั้นกฎหมายก็ไม่มีประโยชน์ สภาพบังคับของกฎหมายก็ไม่ได้ผลอย่างจริงจัง ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพไปด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ห้ามประกอบอาชีพ วิชาชีพ หรือการยึดใบอนุญาตเพิกถอนใบอนุญาตในการประกอบอาชีพ หรือกิจการต่าง ๆ ในอาชีพ วิชาชีพนั้น ก็เพื่อมุ่งไปที่บุคคลซึ่งมีสภาพอันตราย อันเนื่องมาจากกิจการงานที่ทำ ได้หยุดประกอบกิจการงานนั้น ๆ เป็นการชั่วคราว เพราะตามปกติบุคคลที่มีความชำนาญในกิจการงานใด เมื่อได้กระทำความผิดโดยอาศัยความชำนาญจากกิจการงานนั้นแล้ว ย่อมเป็นผู้ขาดศีลธรรม (Moral) และจริยธรรม (Ethics) ในอาชีพหรือวิชาชีพนั้น ๆ และมักกระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก เพราะเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญา คือ การคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม เป็นต้น

<sup>53</sup> วิชาญ เครื่องงาม, "นิติปรัชญา," เอกสารประกอบการบรรยายวิชานิติปรัชญา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 22 ธันวาคม 2529, หน้า 19. (อัดสำเนา)

สำหรับสภาพบังคับต้องไม่มากหรือน้อยเกินไป (ความหนักเบาของสภาพบังคับ) เช่น การลงโทษตามพระราชบัญญัติสาธารณสุข พ.ศ. 2484 มีโทษปรับสูงสุดเพียงไม่เกิน 100 บาท จึงมีผลให้มีผู้ฝ่าฝืน เพราะผู้ฝ่าฝืนสามารถที่จะจ่ายค่าปรับได้โดยที่ไม่เดือดร้อน และไม่เกรงกลัวกฎหมาย เพราะการฝ่าฝืนทำให้ผู้นั้นได้รับผลประโยชน์มากกว่าค่าปรับที่จะต้องจ่ายให้แก่แผ่นดิน เช่น ร้านค้าใหญ่ ๆ มีรายได้อันละหลายหมื่นบาท ย่อมเลือกกระทำผิดกฎหมาย หากทำให้ยอดขายของตนเองสูงขึ้น โดยที่ตนเองต้องจ่ายค่าปรับเพียง 50 บาท และจ่ายอีกวันละ 10 บาท ตลอดระยะเวลาที่กระทำผิดอยู่ โดยบวกค่าปรับลงไปเป็นราคาสินค้า กรณีนี้อาจถือได้ว่าเป็นช่องโหว่ของกฎหมายได้ประการหนึ่ง

#### 4.3 มีการลงโทษผู้กระทำความผิดกฎหมายโดยเฉียบขาดและรวดเร็ว

มาตรการที่เป็นองค์ประกอบประการสำคัญที่จะทำให้กฎหมายมีประสิทธิภาพ คือ ผู้ใช้กฎหมาย ได้แก่ ทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ กล่าวคือ เมื่อพบว่ามีผู้กระทำความผิดแล้ว เจ้าพนักงานของรัฐที่เกี่ยวข้องคือ ตำรวจ พนักงานอัยการ และศาล จะต้องดำเนินการโดยเฉียบขาดและรวดเร็ว

#### 4.4 หน่วยงาน (องค์กร) มีกลไกในการบังคับใช้กฎหมายที่ดี<sup>57</sup>

องค์กรในการบังคับใช้กฎหมายประกอบด้วย ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ ซึ่งทั้งสององค์กรนี้จะต้องมีศักยภาพในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายไปใช้ จึงจะส่งผลให้กฎหมายมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ได้ดี สำหรับส่วนประกอบที่สำคัญนั้น มีหลายอย่าง สำหรับในทางสาขากฎหมายอาญานั้น รัฐได้จัดกลไกในการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งประกอบด้วย ข้าราชการหลายประเภทด้วยกัน คือ ตั้งแต่พนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจ (มีหน้าที่จับกุม) พนักงานสอบสวน (มีหน้าที่สอบสวนทำสำนวนคดี) พนักงานอัยการ (มีหน้าที่ตรวจสอบสำนวนและสั่งฟ้อง) ศาลที่มีอำนาจในทางอาญา (ผู้พิพากษาซึ่งมีหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษากำหนดโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย) และยิ่งรวมถึงระบบราชทัณฑ์ที่ดำเนินการลงโทษแก่ผู้ที่ศาลพิพากษา

<sup>57</sup> อมร จันทรสมบูรณ์, "LAW ENFORCEMENT: มิติที่ 3 ของกฎหมาย," หน้า 117-126.

ว่ากระทำความผิดและการให้อภัยโทษอีกด้วย สำหรับการบังคับใช้กฎหมายอาญา เป็นการใช้ดุลยพินิจเพื่อจับกุมหรือสั่งให้ดำเนินคดีอาญาหรือพิพากษาลงโทษแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งเป็น "ดุลยพินิจ" เลือกตัดสินใจระหว่างความปลอดภัยของสังคมกับเสรีภาพในร่างกาย (จำคุก) ฯลฯ ของเอกชน (ซึ่งอาจเป็นผู้กระทำผิดจริงหรือไม่ก็ได้) ดังนั้นกฎหมายอาญาจึงเป็นเรื่องการซึ่งนำหนักระหว่างสิทธิของสังคมฝ่ายหนึ่งกับสิทธิของเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง

ปัญหาในทางอาญาในระดับเจ้าพนักงาน จึงอยู่ที่การใช้ "ดุลยพินิจ" เริ่มตั้งแต่ความรู้พื้นฐานของเจ้าหน้าที่ตำรวจว่าจะตัดสินใจจับกุมหรือไม่ ต่อมาก็เป็นความรู้สึกของพนักงานสอบสวนว่า พยานหลักฐานพอเพียงหรือไม่ หรือจะต้องหาพยานหลักฐานเพิ่มเติม หลังจากนั้นได้แก่ ความรู้สึกของพนักงานอัยการที่จะตัดสินใจสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องและในประการสุดท้าย คือ ความรู้สึกของผู้พิพากษาที่จะเลือกเชื่อพยานหลักฐาน การซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐาน การกำหนดโทษหนักเบาหรือการพิจารณาใช้เหตุผลหย่อนโทษให้แก่จำเลย ดังนั้นการบังคับใช้กฎหมายอาญาจะได้ผลตามที่รัฐได้ตรากฎหมายขึ้นหรือไม่ ขึ้นอยู่กับความรู้พื้นฐานของเจ้าพนักงาน ซึ่งจะเป็เงื่อนไขสำคัญอย่างหนึ่ง และกระบวนการยุติธรรมจะเป็นผลให้สังคมมีความปลอดภัยได้มากหรือน้อยย่อมขึ้นอยู่กับการใช้ "ดุลยพินิจ" ของเจ้าพนักงานทุกฝ่ายที่จะใช้บทบาทอำนาจ หน้าที่ของตนอย่างเหมาะสมและสอดคล้องซึ่งกันและกันโดยเฉพาะการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย ประเภทการห้ามประกอบอาชีพ ตั้งแต่ชั้นพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และศาล ควรใช้ดุลยพินิจ หรือทำความเข้าใจให้อ่านใจไว้ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย มิฉะนั้นจะทำให้การปราบปรามอาชญากรรมไร้ผลหรือลดประสิทธิภาพลง

จากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น สามารถนำมาเป็นแนวทางในการจัดพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันสังคม โดยเฉพาะวิธีการเพื่อความปลอดภัย ทั้งนี้เพราะการห้ามประกอบอาชีพ วิชาชีพ ตามประมวลกฎหมายอาญา หรือการยึดใบอนุญาต การสั่งพักใช้ใบอนุญาต และการเพิกถอนใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ก็จัดได้ว่ามีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาประเภทหนึ่ง เนื่องจากมีโทษทางอาญาเป็นสภาพบังคับ (จำคุก ปรับ) นอกจากนี้ยังมีลักษณะเป็นกฎหมายปกครองผสมอยู่ด้วยเพราะให้อ่านใจเจ้าพนักงานในการใช้ "ดุลยพินิจ" วินิจฉัยสั่งการต่าง ๆ ได้ จึงควรนำเอาหลักเกณฑ์ของ

การบังคับใช้ต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาแล้ว มาพิจารณาประกอบด้วย เพราะปัจจุบันกฎหมายมีปัญหาในการบังคับใช้ เนื่องจากมีเนื้อหาบางประการไม่สอดคล้องต่อการปฏิบัติงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาเรื่องหน่วยงานขาดการประสานงานปัญหาเจ้าหน้าที่ไม่เพียงพอและขาดความรู้ความชำนาญ ปัญหาด้านงบประมาณ ปัญหาด้านเครื่องมือเครื่องใช้ในการปฏิบัติงาน จึงสมควรที่จะแก้ไขปรับปรุงให้เหมาะสมโดยให้มีเนื้อหาตามลักษณะของทฤษฎีต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้นต่อไป