

หลักในการคำเนนคคืออาญา

ความหมายของดุลพินิจ

กฎหมายในโลกนี้ ทุกระบบไม่ว่าจะวางข้อกำหนดกฎหมายเป็นการเฉพาะเจาะจงสำหรับกรณีทุกอย่างได้ เป็นที่ยอมรับกันในวิชานิติศาสตร์ว่า "ดุลพินิจ" ยังคงต้องมีบทบาทสำคัญอยู่รอบเท่าที่ผู้สร้างและผู้ใช้กฎหมายนั้นคือมนุษย์

ปัญหาที่มีอยู่ในเวลานี้ก็คือ ยังไม่มีนักนิติศาสตร์คนใดให้บรรดาอธิบายถึงความหมายของ "ดุลพินิจ" อย่างแน่ชัดจนเป็นที่ยอมรับเป็นหลักสากล

ทั้งนี้อาจเป็นเพราะโดยเนื้อแท้ทางภาษาคำว่า "ดุลพินิจ" เป็นคำอันเป็นสัญลักษณ์ทางนามธรรมโดยสิ้นเชิง ไม่ใช่สิ่งรูปธรรมที่จะสัมผัสได้ ความหมายของคำ ๆ นี้จึงละเอียดอ่อนและค่อนข้างคลุมเครือ (Vague)

พจนานุกรมไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้ให้ความหมายของคำ "ดุลพินิจ" ว่าเป็น "การวินิจฉัยเห็นสมควร ซึ่งความหมายก็มีนัยคล้ายคลึงกับคำ Discretion ในภาษาอังกฤษ แต่เมื่อพิจารณาแล้วความหมายที่พจนานุกรมทั้งภาษาไทยและอังกฤษให้ไว้ นั้น ก็ยังไม่ช่วยให้เกิดความกระจ่างขึ้นสักเท่าใดนัก

สำหรับวงการวิชานิติศาสตร์ในประเทศไทย ก็ยังไม่ปรากฏว่าใครมีความพยายามที่จะสร้างความกระจ่างหรือความแน่นอนให้แก่คำว่า "ดุลพินิจ"

การศึกษาในเรื่องนี้จึงต้องอาศัยการค้นคว้าและติดตามพัฒนาการในทางคำกร และคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ ซึ่งปรากฏว่าได้มีการพิจารณาแยกแยะหลักเกณฑ์เรื่องดุลพินิจไว้มากพอสมควร เช่นดุลพินิจในทางปกครอง (Administrative discretion) จะมีเงื่อนไขหลักเกณฑ์ในลักษณะหนึ่ง แต่ถ้าเป็นดุลพินิจในทางอาญา

ก็จะมีเงื่อนไขหลักเกณฑ์เป็นอีกลักษณะหนึ่ง^๑

ในที่นี้จะกล่าวถึงดุลพินิจในทางอาญาหรือในการบริหารความยุติธรรมทางอาญา
(Administration of Criminal Justice) โดยเฉพาะ

เป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่า กฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญาของ
นานาประเทศนั้น จะมีเจตนารมณ์ที่เป็นพื้นฐานประกอบกันอยู่ ๒ ส่วนคือ

๑. มุ่งหมายที่จะคุ้มครองรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม (Maintenance of Public Peace and Order)
๒. มุ่งหมายที่จะให้มีหลักประกันสิทธิมูลฐานของบุคคล (Security of Personal Fundamental Rights)

สำหรับเจตนารมณ์ส่วนแรกนั้นแสดงออกโดยบทบัญญัติที่ห้ามการกระทำความผิด
ทั้งหลายทั้งปวง ส่วนเจตนารมณ์ในส่วนที่สองก็แสดงออกโดยบทบัญญัติที่คุ้มครองบุคคล
จากการถูกจับกุมคุมขัง หรือตรวจค้นโดยมิชอบ ตลอดจนบทบัญญัติที่รับรองสิทธิของผู้ถูก
กล่าวหาในอันที่จะสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ เป็นต้น

เจตนารมณ์สองส่วนนี้ ในทางทฤษฎีกฎหมายอาญาถือว่าเป็นพื้นฐานอันจะขาด
เสียมิได้โดยเด็ดขาด สำหรับระบบความยุติธรรมทางอาญาในสังคมอารยะ^๒

ดังนั้น ในหลักการเบื้องต้นจึงถือว่า เมื่อใดก็ตามที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้อง
ทำการวินิจฉัยกรณีหนึ่งกรณีใดในกระบวนการดำเนินคดีอาญา โดยจะต้องใช้ดุลพินิจสิ่งแรก
ที่จะต้องคำนึงถึงก็คือ เจตนารมณ์ของกฎหมายสองส่วนดังกล่าวนี้

^๑Rudolf B. Schlesinger, Comparative Law, 4th ed.,
New York. Stevens and Sons Ltd., 1969, p. 204

^๒George T. Felkenes, The Criminal Justice System,
New Jersey Prentice Hall Inc., 1973, p.7

ในประการต่อไปยังมีปัจจัยเกี่ยวข้องที่มีผลกระทบโดยตรงต่อการกระทำ ความดีความงามของบุคคล ได้แก่ปัจจัยที่ผลักดันหรือบีบบังคับพฤติกรรมของมนุษย์ ซึ่งวิชา อาชญาวิทยา จิตวิทยา จิตเวชศาสตร์ ตลอดจนสังคมวิทยา จะให้คำตอบต่อปัญหาที่จะต้อง ได้รับการวินิจฉัยโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นตำรวจ อัยการ ผู้พิพากษา เจ้าหน้าที่ ราชทัณฑ์ หรือพนักงานคุมประพฤติก็ตาม

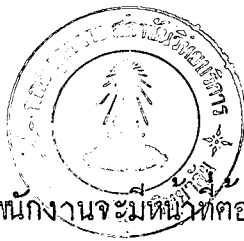
แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวทั้งหมดนั้น จะต้องมีความรู้ เชี่ยวชาญในสาขาวิชาต่าง ๆ เหล่านั้นเสียเองทั้งหมด เพราะเขาสามารถจะอาศัย ความรู้ ความเห็นหรือการวิเคราะห์ของผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านได้ และสำหรับหน่วยงาน ที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย (Law Enforcement Agencies) ของประเทศที่ พัฒนาแล้ว ก็มักจะมีบุคคลากรที่เป็นผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวปฏิบัติงานอยู่ด้วย

ประเด็นที่ควรจะ เน้นความสำคัญจึงอยู่ที่ว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวกับการ บังคับใช้กฎหมายฝ่ายต่าง ๆ นั้น จะมีความสำนึกสนใจหรือนำพาขอขอพิจารณาทาง วิชาการ เหล่านั้นเพียงไรหรือไม่ เพราะในความเป็นจริงทางปฏิบัติ คุณพินิจที่กฎหมาย จำเป็นต้อง เปิดช่องไว้ เพื่อการใช้พิจารณาตามหลัก เกณฑ์และข้อพิจารณาที่เป็น เหตุผล และเป็นวิทยาศาสตร์นั้น อาจจะถูกใช้ในลักษณะของการกระทำตามอำเภอใจได้เสมอ

จึงอาจจะพอสรุปในเบื้องต้นได้ว่า คุณพินิจที่เจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องในการ คำเนนคดีอาญา ทุกชั้นตอนจะต้องใช้นั้น จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์และข้อพิจารณาทั้ง คำนึงเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย และทั้งคำนึงปัจจัยที่กระทบต่อชีวิตและพฤติกรรม ของผู้ กระทำความผิด ตลอดจนเงื่อนไขและสภาวะในสังคมส่วนรวมด้วย หรืออีกนัยหนึ่ง คุณพินิจจะต้อง เป็นสิ่งที่ประกอบด้วยหลักเกณฑ์และเหตุผล มิใช่สิ่งที่ปราศจากหลักเกณฑ์ หรือให้เหตุผลไม่ได้

หลักในการดำเนินคดีอาญาปัจจุบัน

✓ หลักในการดำเนินคดีอาญาโดยองค์กรของฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นขั้นตอนของ การสอบสวนและฟ้องร้องนั้น มีสาระสำคัญอยู่ว่า เมื่อมีเหตุอันควร เชื่อว่าใ้มีการ



กระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น เจ้าพนักงานจะมีหน้าที่ตรวจสอบว่าดำเนินคดีเสมอไปหรือไม่ และเมื่อการสอบสวนปรากฏว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดจริงแล้ว เจ้าพนักงานจะต้องฟ้องร้องผู้นั้นเสมอไปหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้มีหลักดำเนินคดีอาญาอยู่ ๒ ลักษณะคือ หลักดำเนินคดีตามกฎหมาย (Absolute) หรือ Legality Principle และหลักดำเนินคดีโดยดุลพินิจ (Discretionary) หรือ Opportunity Principle^๑

๑. หลักดำเนินคดีตามกฎหมายหรือโดยเด็ดขาด

การดำเนินคดีอาญาตามหลักดำเนินคดีโดยเด็ดขาดนั้น เจ้าพนักงานจะมีหน้าที่ตรวจสอบดำเนินคดีโดยพลการ เมื่อทราบว่าได้มีการกระทำความผิดขึ้น มีพยานหลักฐานว่าจะได้มีการร้องทุกข์กล่าวโทษแล้วหรือไม่ และเมื่อได้สอบสวนแล้วคดีมีมูล เจ้าพนักงานก็จะต้องฟ้องร้องต่อไปโดยไม่อาจเลือกปฏิบัติเป็นประการอื่น หลักดำเนินคดีเช่นนี้เป็นไปตามทฤษฎีทางอาญาวาควยการแก้แค้นทดแทน (Retribution) ^๒

ข้อดีของหลักดำเนินคดีโดยเด็ดขาดก็คือ เป็นประกันความเสมอภาคภายใต้กฎหมายและเป็นเกราะป้องกันอิทธิพลจากภายนอกที่จะบีบบังคับเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่

๒. หลักดำเนินคดีโดยดุลพินิจ

การดำเนินคดีอาญาตามหลักดำเนินคดีโดยดุลพินิจคือ หลักการดำเนินคดีที่เปิดทางให้เจ้าพนักงานมีโอกาสเลือกปฏิบัติให้สอดคล้องกับสภาพการณ์แวดล้อมในแต่ละคดี ซึ่งมักจะมีความแตกต่างกัน โดยคำนึงถึงนโยบายทางสังคม หรือที่เรียกว่า

^๑ คณิต ฅ นคร. ปัญหาการใช้ดุลพินิจของอัยการ (พิมพ์แจกในงานพระกรุณาพระราชทานกรมอัยการ ณ วัดสังเวชวิศยาราม ๒๕๒๑) พระนคร : โรงพิมพ์สถานสงเคราะห์หญิง ปากเกร็ด กรมประชาสงเคราะห์, หน้า ๑๗ - ๕๓.

^๒ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๒๕.

รัฐประศาสนโยบาย (Public Policy) เป็นประการสำคัญ กล่าวคือในบางกรณีแม้จะปรากฏว่าได้มีการกระทำความผิดและรัฐผู้กระทำความผิดนั้น แต่เจ้าพนักงานอาจไม่ดำเนินคดีนั้นให้ถึงที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขั้นตอนของอัยการซึ่งเป็นผู้ดำเนินคดีในนามของรัฐ ทั้งนี้เพื่อป้องกันหรือหลีกเลี่ยงผลเสียอันไม่พึงปรารถนา โดยที่เจ้าพนักงานดังกล่าวจะต้องสามารถบันทึกจกแจง เหตุผลของการตัดสินใจ เช่นนั้นให้ปรากฏอย่างชัดเจน หลักดำเนินคดีเช่นนี้ เป็นไปตามทฤษฎีทางอาญาว่าด้วยการป้องกันสังคม (Preventive Doctrine) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่มีแนวโน้มได้รับการยอมรับมากขึ้นทุกขณะ เพราะเหตุผลที่ว่าบุคคลแต่ละคนควรได้รับการปฏิบัติให้เหมาะสมกับสภาพที่เป็นจริงในชีวิตของเขานั้น เป็นที่ยอมรับของนักอาชญาวิทยาสมัยใหม่อย่างกว้างขวาง ๒

สำหรับการที่จะพิจารณาว่าการดำเนินคดีของประเทศใดใช้หลักดำเนินคดีโดยเด็ดขาด หรือหลักดำเนินคดีโดยดุลพินิจนั้น จะต้องพิจารณาระบบความยุติธรรมทางอาญา (Criminal Justice System) ของประเทศนั้น ๆ ทั้งระบบ เพราะแต่ละระบบจะมีลักษณะเฉพาะ (Characteristics) ของตน กล่าวคือ

ระบบความยุติธรรมทางอาญา ที่ใช้หลักดำเนินคดีโดยเด็ดขาดนั้น ถือว่าองค์กรที่เป็นศูนย์กลางหรือที่เป็นหลัก (Principal Institution) ในกระบวนการยุติธรรมก็คือศาล โดยกฎหมายจะกำหนดให้ศาลมีอำนาจในการตรวจสอบ (Review) การปฏิบัติของเจ้าพนักงานฝ่ายอื่น ๆ ใดแก่

๒.๑ การสอบสวน ศาลมีบทบาทในการรับรู้และควบคุมการสอบสวนอย่างค่อนข้างใกล้ชิด เช่นมีอำนาจสั่งให้พนักงานสอบสวนส่งรายงานความคืบหน้าในการสอบสวนคดีสำคัญ ๆ ทุกระยะ การจับกุมและการตรวจค้นใด ๆ จะกระทำได้

^๑Rudolf B. Schlesinger, Comparative Law, 4th ed., pp. 180-183

^๒อรุณ สุวรรณบุบผา. หลักอาชญาวิทยา, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, ๒๕๑๘), หน้า ๑๔๔ - ๑๔๖.

ต่อเมื่อมีหมายศาลเท่านั้น และที่ปรากฏรูปแบบชัดเจนที่สุดก็คือ การมีศาลสอบสวน (Investigating Magistrate) ซึ่งปรากฏในหลายประเทศทางภาคพื้นยุโรปและในอเมริกากลางและใต้^๑ เช่นบราซิล เปรู ชิลีและคอสตาริกา เป็นต้น

๒.๒ การฟ้องร้องดำเนินคดี การกักตุนใจว่าจะดำเนินคดีกับผู้ต้องหาหรือไม่ จะขึ้นอยู่กับบทพิจารณาว่าการกระทำของผู้ต้องหา เข้าองค์ประกอบความผิดในกฎหมายครบถ้วนหรือไม่ เท่านั้น ซึ่งหากพิจารณาได้ว่าการกระทำเข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าว อัยการก็จะต้องยื่นฟ้องต่อศาลเสมอไป และในบางกรณีที่แม้อัยการจะได้วินิจฉัยสั่งไม่ฟ้องไปแล้ว ศาลยังมีอำนาจเรียกสำนวนคดีนั้นไปพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งหากศาลมีความเห็นแตกต่างจากอัยการ ศาลก็มีอำนาจสั่งให้อัยการยื่นคำฟ้องต่อศาลได้^๒

นอกจากนี้ ข้อสำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ เมื่ออัยการได้ยื่นฟ้องต่อศาลแล้ว จะถือว่าคดีนั้น ตกอยู่ในอำนาจของศาลโดยสิ้นเชิง อัยการไม่มีสิทธิถอนฟ้องไม่ว่ากรณีใด ๆ

๒.๓ การพิจารณาคดี รูปแบบและเนื้อหาของการพิจารณาคดีในระบบนี้มีลักษณะของระบบไต่สวน (Inquisitorial System) ปรากฏอยู่อย่างเด่นชัด คือผู้พิพากษาจะมีบทบาท (Active Role) ในการค้นหาความจริงเกี่ยวกับคดีนั้นอย่างกว้างขวาง โดยอาจมีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องในคดีทุกฝ่ายปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อหาพยานหลักฐานมาสู่ศาลให้ได้^๓ อัยการและทนายความมีบทบาทเสมือนเป็นเพียงเจ้าหน้าที่ของศาล เท่านั้น

^๑ Clifford A. Bowitz, Criminal Process in Latin America, New York Oceana Publications, 1969, p. 148.

^๒ Ibid, pp. 161-164

^๓ Clifford A. Bowitz, Criminal Process in Latin America, New York Oceana Publications, 1969, p. 166

๒.๘ การปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดภายหลังการพิพากษาคดี การปฏิบัติ
ใด ๆ ต่อผู้ต้องโทษไม่ว่าจะเป็นการลดโทษ การพักโทษ การคุมประพฤติ และในบาง
กรณีรวมถึงการอภัยโทษด้วย ซึ่งแม้จะเป็นการริเริ่มดำเนินการโดยฝ่ายบริหาร แต่
เจ้าหน้าที่ของฝ่ายบริหารก็ยังต้องเสนอเรื่องราวต่อศาล เพื่อขอความเห็นชอบด้วยเสมอ

ส่วนระบบความยุติธรรมทางอาญาที่ใช้หลักคำเนนคดีโดยดุลพินิจนั้น มีหลักการ
เบื้องต้นที่แตกต่างจากระบบแรกในประการสำคัญคือ ถือว่าการดำเนินการทั้งปวงอันเกี่ยว
กับการบังคับใช้กฎหมาย (Law Enforcement) เป็นภารกิจและความรับผิดชอบของ
ฝ่ายอำนาจบริหารทั้งสิ้น ส่วนฝ่ายอำนาจตุลาการนั้น ถือว่าเป็นอำนาจอันว่าด้วยการ
วินิจฉัยคดี (Adjudication) ซึ่งมีเนื้อหาเป็นอิสระส่วนกับการบังคับใช้กฎหมาย

สำหรับการบังคับใช้กฎหมายนั้น เป็นที่เข้าใจกันว่าได้แก่ การรักษาความ
สงบเรียบร้อยภายในบ้านเมือง การจับกุมผู้กระทำความผิด การสอบสวนฟ้องร้อง
การดำเนินคดีต่อหน้าศาล การบังคับคดี ตลอดจนการปฏิบัติอื่น ๆ ต่อผู้ต้องโทษ เช่น
การพักโทษ การคุมประพฤติหรือการอภัยโทษ เป็นต้น

ระบบความยุติธรรมทางอาญาที่ใช้หลักคำเนนคดีโดยดุลพินิจ จึงเป็นระบบ
ที่ให้เจ้าพนักงานในฝ่ายบริหารมีบทบาทเป็นองค์ประกอบที่สำคัญ (Indispensable
Organ) ในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งมีผลเท่ากับเจ้านำหน้าในการแบกรับภารกิจ
มาจากศาลยุติธรรมโดยปริยาย

ลักษณะ (Characteristics) ของระบบที่ใช้หลักคำเนนคดีโดยดุลพินิจ
มีดังนี้คือ

๒.๔.๑ การสอบสวน การดำเนินการในขั้นตอนนี้ ถือว่าเป็น การ กิจของ เจ้าพนักงานฝ่ายบริหาร อันได้แก่ตำรวจและอัยการ ศาลจะมีบทบาทเกี่ยวข้องก็เฉพาะในเรื่องที่กระทบถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคล เช่นในเรื่องการจับกุม คุมขัง และตรวจคน ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ศาลได้มีส่วนรู้เห็น ยินยอมด้วยเสียก่อน ด้วยการออกหมายจับหรือหมายค้น เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อเป็นการสร้างหลักประกันให้แก่ประชาชน

แต่ในส่วนเนื้อหาของ การสอบสวนแล้ว อาจกล่าวได้ว่าศาลแทบจะไม่มี ส่วนเกี่ยวข้องแต่อย่างใด

๒.๔.๒ การฟ้องร้องดำเนินคดี ในการตัดสินใจว่าจะดำเนิน คดีกับผู้ต้องหาหรือไม่นั้น เจ้าพนักงานซึ่ง โดยเฉพาะก็คืออัยการจะมีโอกาสใช้ดุลพินิจ ได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งในการนี้ข้อพิจารณาทาง คำนึงถึง คำนึงรัฐประศาสน์นโยบาย และ คำนึงอาชญาวิทยา จะเป็นส่วนประกอบอันสำคัญไม่ยิ่งหย่อนกว่าข้อพิจารณาคำนึงกฎหมาย^๑

ในระบบนี้ศาลไม่มีอำนาจกว้าง เข้าไปตรวจสอบ (Review) ดุลพินิจ ของ เจ้าพนักงานฝ่ายบริหาร การควบคุมดุลพินิจดังกล่าวกระทำในรูปของการควบคุม ภายในองค์กรหรือควบคุมตามสายงาน

ข้อสำคัญที่ตรงกันข้ามกับระบบที่ใช้หลักดำเนินคดีโดยเด็ดขาดก็คือ เมื่อยื่นฟ้อง แล้วอัยการอาจพิจารณาถอนฟ้อง เสียได้ในภายหลัง ดุลพินิจในลักษณะนี้สำหรับในบาง ประเทศอย่าง เช่น สหรัฐอเมริกาได้ก้าวไปไกลถึงขนาดให้มีการตอรองที่จะยื่นฟ้องใน

^๑ George T. Felkenes, The Criminal Justice System,

ข้อหาเบา โดยให้ค่าลดรับสารภาพ (Plea Bargaining) ทั้งนี้เพื่อหวังผลเกี่ยวกับ
ความสะดวกรวดเร็วและความแน่นอนในการลงโทษผู้กระทำผิด

๒.๔.๓ การพิจารณาคดี รูปแบบและเนื้อหาของการพิจารณาคดีในระบบนี้ เป็นลักษณะของระบบกล่าวหา (Accusatorial หรือ Adversary System) เป็นส่วนใหญ่ ซึ่ง เปิดโอกาสให้มีการต่อสู้เพื่อให้ความจริงปรากฏโดยอัยการและทนายความจะเป็บทบาทที่สำคัญและมีผู้พิพากษา เป็นผู้รักษาคดี

๒.๔.๔ การปฏิบัติของผู้กระทำผิดภายหลังการพิพากษาคดีในระบบนี้การระงับโทษของศาลจะสิ้นสุดลง เมื่อได้วินิจฉัยชี้ขาดคดีนั้นแล้ว เว้นแต่จะมีเหตุอันต้องมีการฟ้องคดีใหม่ การปฏิบัติของผู้กระทำผิดควมมาตรการใด ๆ ส่วนใหญ่กฎหมายจะกำหนดให้เป็น เรื่องของ เจ้าพนักงานฝ่ายบริหารผู้มีความชำนาญในส่วนนั้น ๆ เช่นพนักงานคุมประพฤติ เป็นต้น กรณีที่ปรากฏชัดที่สุดในหลายประเทศก็คือ เมื่อศาลได้พิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษบุคคลคนหนึ่งแล้ว หากกรณีมีเหตุผลพิเศษ ทางรัฐประศาสน์นโยบายประมุขของฝ่ายบริหารอาจดำเนินการอภัยโทษหรือนิรโทษกรรมสำหรับบุคคลนั้นก็ได้^๒

✓ การควบคุมดุลพินิจ

สิ่งที่กล่าวมาแล้วในส่วนที่ ๑ ของบทนี้ว่า ดุลพินิจคือการวินิจฉัยตามที่เห็นสมควร โดยมีหลักเกณฑ์และข้อพิจารณาเกี่ยวกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย พร้อมทั้งเงื่อนไขแวดล้อมต่าง ๆ อันเป็นการวินิจฉัยโดยใช้ปัจจัยภายนอก (Objectivity) มิใช่การวินิจฉัยโดยอาศัยเพียงความรู้สึกนึกคิดส่วนตัวตามอำเภอใจอันเป็นปัจจัยภายใน

๑ George T. Felkenes, The Criminal Justice System, p.118.

๒ Ibid, p. 119

(Subjectivity) ซึ่งก็เท่ากับว่า เนื้อหาของดุลพินิจนั้น เป็นสิ่งถูกควบคุม หรือมีกรอบขอบเขตของตัวมันเองอยู่แล้ว

อย่างไรก็ดี ในระบบกฎหมายต่าง ๆ ก็ยังได้มีการสร้างเสริมมาตรการควบคุมดุลพินิจขึ้นอีก เพื่อเป็นการ เพิ่มหลักประกันความถูกต้อง เหมาะสมในการใช้ดุลพินิจ มาตรการดังกล่าวนี้พอจะประมวลได้ดังนี้คือ

๑. ระบบบันทึกเหตุผลและการควบคุมภายในองค์กร ได้แก่การวินิจฉัยโดยแสดงเหตุผล เป็นลายลักษณ์อักษร และมีการ เสนอผู้บังคับบัญชาในสายงานตามลำดับชั้น วิธีนี้ใช้ทั่วไปในงานทางคานปกครอง และงานกระบวนการยุติธรรมในชั้นตอนของฝ่ายบริหาร เช่นพนักงานสอบสวน อัยการ เจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการคุมความประพฤติและการพักโทษ

๒. ระบบบันทึกเหตุผลและการคานอำนาจระหว่างองค์กร ได้แก่การวินิจฉัยโดยแสดง เหตุผล เป็นลายลักษณ์อักษร และ เปิดโอกาสให้องค์กรหรือหน่วยงานอื่น แสดงข้อโต้แย้งหรือคัดค้านได้ เพื่อให้ผู้นิติบัญญัติในชั้นสุดท้าย ได้มีโอกาสพิจารณาเหตุผลของฝ่ายต่าง ๆ ได้อย่างรอบคอบที่สุดวิธีนี้ใช้ในงานคานปกครองและกระบวนการยุติธรรมในชั้นตอนของฝ่ายบริหาร เช่นเดียวกัน

๓. ระบบตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก ได้แก่การวินิจฉัยขั้นแรกจะยังไม่ มีผล เด็กาคนกว่าองค์กรภายนอกจะเห็นชอบด้วย เช่นการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาขององค์กรผู้ป่วน อาจถูกโต้แย้งโดยคณะกรรมการที่เรียกว่า Inquest Committee ซึ่ง เป็นตัวแทนของประชาชนและมีหน้าที่ตรวจสอบในเรื่องนี้โดยเฉพาะ^๑ นอกจากนี้ การปฏิบัติงานทางการปกครองหรือการบริหารในประเทศสังคมนิยม เช่นสหภาพโซเวียต และกลุ่มประเทศในยุโรปตะวันออก ก็จะมีคณะกรรมการ เฉพาะกิจของพรรคคอมมิวนิสต์ เป็นผู้ตรวจสอบเหตุผลของการปฏิบัตินั้น ๆ^๒

^๑ Rudolf B. Schelesinger, Comparative Law, 4th ed. p.201.

^๒ Ibid, p. 201

๔. ระบบตรวจสอบโดยศาลยุติธรรม มาตรการตรวจสอบ (การใช้ อำนาจหรือการวินิจฉัย) โดยศาลยุติธรรม (Judicial Review) นี้ สำหรับ ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law World) นั้น ไม่มีความยุ่งยาก หรือสับสนมากนัก เพราะมีหลักที่แน่นอนและยัง เป็นที่ยอมรับกันอยู่ทุกวันนี้ว่า ศาลอาจ ตรวจสอบการใช้อำนาจ หรือการวินิจฉัยขององค์กรฝ่ายอื่น ๆ ได้แต่เพียงว่ามีกฎหมาย ให้อำนาจแก่องค์กรนั้นที่จะใช้ดุลพินิจในเรื่องนั้นได้หรือไม่เท่านั้น หากศาลพบว่าได้มีการ ปฏิบัติใด ๆ ลงไปโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ศาลจึงจะมีอำนาจสั่งยกเลิกเพิกถอน ปฏิบัติการนั้น ๆ แต่ถ้าได้มีกฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรที่จะใช้ดุลพินิจแล้ว แม้ศาลจะ ไม่เห็นด้วยในผลการวินิจฉัยหรือปฏิบัติการนั้น ๆ ศาลก็ไม่มีอำนาจที่จะยกเลิกเพิกถอน เพราะถือกันว่าองค์กรที่ให้บริการเหล่านั้น ย่อมมีความเข้าใจและรู้ซึ่งถึงสภาพและ ปัญหาเรื่องนั้น ๆ ดีกว่าผู้อื่น^๑

แต่สำหรับในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law World) นั้น บทบาทของศาลในการทบทวนตรวจสอบ (Judicial Review) การวินิจฉัย หรือปฏิบัติการขององค์กรฝ่ายอื่น ๆ มีอยู่อย่างกว้างขวาง ทั้งนี้เนื่องจากความเป็นมา ในทางประวัติศาสตร์และพัฒนาการทางการ เมืองที่ศาลได้เป็นสถาบันที่ใช้อำนาจ (Assume Power) ที่ความกฎหมายจนเป็นผลในการวางแนวทางหรือกำหนดวิธีชีวิต ของประชาชนได้^๒ ดังที่ได้เป็นที่ยอมรับคำพิพากษาของศาลหลายส่วนว่ามีค่า เป็น กฎหมาย ที่เรียกว่า Case Law หรือ Judge Made Law หรือ Judicial Precedents

^๑ Ibid, p. 202

^๒ Ibid, pp. 202-204

ดังนั้น ในประเทศ Common Law โดยทั่วไป ศาลจึง เป็นสถาบันที่รับการเสนอเรื่องราวข้อพิพาทแทบทุกชนิด เพื่อการพิจารณาวินิจฉัยเป็นขั้นสุดท้าย แต่เมื่อใดก็ตามที่ศึกษาถึงแนวมันต์ฐานคำวินิจฉัยของศาลแล้ว ก็ปรากฏว่าศาลเองก็ยังยืนยันในหลักการที่จะไม่ก้าวล่วงไปพิจารณาถึงความเหมาะสมในดุลพินิจของฝ่ายบริหาร โดยจะวินิจฉัยเฉพาะว่าปีกฎหมายให้อำนาจในการใช้ดุลพินิจแก่องค์กรฝ่ายบริหารนั้นหรือไม่เท่านั้น เช่นศาลสูงสุดสหรัฐได้เคยวินิจฉัยในคดี United States v. McLaughlin ในปี ค.ศ. ๑๙๕๕ ว่า

"...วิธีทางแห่งกฎหมายในประเทศนี้ได้ปรากฏอยู่แล้วว่า การบังคับใช้กฎหมายโดยเจ้าพนักงานฝ่ายบริหาร (Law Enforcement Personnel) โดยเฉพาะคืออัยการสหรัฐ (U.S. Attorneys) ในส่วนที่เห็นควรจะดำเนินคดีต่อเอกชนคนใดหรือไม่เพียงไร และอย่างไรนั้น ย่อมเป็นดุลพินิจที่ใช้โดยอิสระในแง่ขององค์กร และใช้โดยยุติธรรมในแง่ของเจตจำนงแห่งมหาชน (Public Will) ซึ่งศาลเองก็ไม่อยู่ในวิสัยที่จะก้าวล่วง เขาไปผลักดันหรือลดทอนปริมาณแห่งดุลพินิจนั้น... มุกจะ เขาใจกันว่าวิธีที่ดีที่สุดในการควบคุมดุลพินิจ คือการจำกัดอำนาจการใช้ดุลพินิจให้เหลือน้อยที่สุดโดยอาจมองว่าดุลพินิจ เป็นสิ่งเลวร้าย และเป็นสิ่งชั่วร้าย (Evil) ทั้ง ๆ ที่ประวัติการณ์ในทางกฎหมายได้มีอยู่ว่า ดุลพินิจที่เป็นธรรมนั้น ได้สร้างบรรทัดฐานแห่งกฎหมายมานับจำนวนไม่ถ้วน..."

ศูนย์วิจัยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย