บทที่ 4
การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในต่างประเทศ

การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในต่างประเทศนั้นจะศึกษาถึงประเทศเยอรมนี ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยจะทำการศึกษาถึงเรื่องหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ดุลพินิจเพื่อการกำหนดโทษ ขั้นตอนกระบวนการในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ แนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ และหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมนี และในส่วนของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะกล่าวถึงประเทศอังกฤษ โดยจะทำการศึกษาในเรื่องพัฒนาการของการกำหนดโทษ กฎหมายที่เกี่ยวข้องและนโยบายเกี่ยวกับการกำหนดโทษ และกระบวนการกำหนดโทษ (Sentencing Process) และหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ ทั้งนี้ เพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายในประเทศไทยต่อไป โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.1 ประเทศเยอรมนี

4.1.1 หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ดุลพินิจเพื่อการกำหนดโทษ

หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ดุลพินิจเพื่อการกำหนดโทษของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์โดยทั่วไปจะมีรูปแบบที่ชัดเจนเป็นระบบ และไม่ซับซ้อนเหมือนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ สำหรับกรณีของประเทศเยอรมนีซึ่งถือเป็นประเทศผู้นำทางระบบกฎหมายซีวิลลอว์ได้วางหลักเกณฑ์ที่ศาลจะใช้ดุลพินิจการกำหนดโทษหรือมาตรการอื่นต่อจำเลยไว้ โดยแยกพิจารณาได้ 3 กรณี คือ[1]

1) พิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (StGB) แก้ไขเพิ่มเติมปี 1987 มาตรา 46 และมาตรา 47

2) พิจารณาจากความเห็นของอัยการ และทนายของจำเลย

3) พิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ได้รับมาระหว่างการดำเนินคดี

---

[1]ปรีชา ขำเพชร. (2546). *ดุลพินิจของศาลในการรอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษ: ศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา*. น. 27.

การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจะทำให้อัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายในคดีใดคดีหนึ่งมีความชัดเจนขึ้น ดังนั้นการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจึงถือได้ว่าเป็นส่วนที่สำคัญที่ตัวผู้กระทำความผิดและการกระทำความผิดจะถูกนำมาพิจารณาอีกครั้ง นอกจากการใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานและการปรับบทกฎหมายแล้ว การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษถือว่าเป็นภารกิจอิสระประการหนึ่งของผู้พิพากษาในคดีอาญา ผู้พิพากษาจะต้องทำตัวเองให้เป็นอิสระจากอคติส่วนตัว ความชอบและความรู้สึกส่วนตัวและใช้ดุลพินิจโดยวางอยู่บนพื้นฐานของหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจอย่างเป็นกลาง เพราะว่าอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายกำหนดไว้ค่อนข้างกว้างและเพื่อประโยชน์ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลไป (Im Interesse der Individualisierung der Strafzumessung) [2] ในทางทฤษฎีว่าด้วยเรื่องดุลพินิจในการลงโทษจึงต้องแยกความแตกต่างระหว่างโทษอาญาที่กำหนดไว้ในกฎหมาย และการใช้ดุลพินิจในการลงโทษโดยผู้พิพากษา[3]

4.1.2 ขั้นตอนกระบวนการในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ (Die Gliederung des Strafzumessungsvorgangs)

ขั้นตอนของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแบ่งออกได้ดังนี้คือ การกำหนดวัตถุประสงค์ในการลงโทษ (die Bestimmung der Strafzwecke) การค้นหาข้อเท็จจริงสำหรับใช้ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ (die Feststellung der Strafzumessungstatsachen) และการอธิบายถึงข้อพิจารณาของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ (die Eroerterung der Strafzumessungserwaegungen)[4]

1. จุดเริ่มต้นของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษก็คือ การกำหนดวัตถุประสงค์ในการลงโทษ (die Bestimmung der Strafzwecke) เมื่อวัตถุประสงค์ของการลงโทษมีความชัดเจนแน่นอนแล้วจึงจะสามารถวินิจฉัยได้ว่า ข้อเท็จจริงใดบ้างในคดีที่จะเป็นข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญต่อการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ และถ้าข้อเท็จจริงดังกล่าวมีความสำคัญต่อการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแล้วจะประเมินข้อเท็จจริงดังกล่าวอย่างไร โทษทางอาญาเป็นข้อความคิดที่มีความสลับซับซ้อนและเพื่อที่จะเข้าใจถึงข้อความคิดของโทษทางอาญา จึงต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่มีความแตกต่างกันอยู่ ประการแรก โทษทางอาญามีไว้เพื่อเป็นการตอบโต้อย่างเป็นธรรมต่อความมิชอบด้วยกฎหมายและความน่าตำหนิ โดยมีหลักความน่าตำหนิ เป็นตัวกำหนดว่าจะลงโทษทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อ

---

[2]สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์. (2548). *การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ* (รายงานผลการวิจัย). น. 4.

[3]Vgl. Jescheck. (1988*). Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil. 4. Auflage*. Paragraph 82. pp. 778. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 4.

[4]Vgl. Roxin. Strafrecht. (1997). *Allgemener Teil. Band I. 3. Auflage*. Paragraph 3. หัวข้อ 48 . อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 20.

มีความน่าตำหนิ นอกจากนี้หลักความน่าตำหนิยังเป็นตัวที่จำกัดขอบเขตของการลงโทษไม่ให้เกินกว่าความน่าตำหนิด้วย ด้วยเหตุผลนี้ในประการแรก การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจะต้องเป็นการกำหนดโทษให้สอดคล้องกับหลักความน่าตำหนิ (มาตรา 46 (1) ประโยคที่หนึ่ง)

นอกจากวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เป็นการตอบโต้อย่างเป็นธรรมแล้ว ในการลงโทษที่เป็นการป้องกันพิเศษ (Spezialpraevention) ก็เป็นอีกวัตถุประสงค์หนึ่งของการลงโทษที่มีความสำคัญพอๆ กัน ตามวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เป็นการป้องกันพิเศษนั้น โทษจะต้องถูกกำหนดเพื่อที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคมได้อีกครั้งหนึ่งและโทษจะต้องไม่ทำลายฐานะในทางสังคมของผู้กระทำความผิด (มาตรา 46 (1) ประโยคที่สอง) ข้อเรียกร้องดังกล่าวจะเห็นได้จากคำกล่าวของ Kohlrausch ที่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป โดย Kohlrausch ได้กล่าวไว้ว่า ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ โดยหลักแล้วศาลจะต้องพิจารณาว่ามาตรการใด เป็นสิ่งจำเป็นที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดกลับมาใช้ชีวิตตามครรลองของกฎหมายอีกครั้งหนึ่ง นอกจากนี้ วัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เป็นการป้องกันพิเศษ รวมถึงการคุ้มครองสังคมจากผู้กระทำที่เป็นอันตรายด้วย (มาตรา 2 ประโยคที่สอง StVollzG)[5]

วัตถุประสงค์การลงโทษประการสุดท้าย ก็คือการลงโทษมีไว้เพื่อเป็นการป้องกันโดยทั่วไป (Die Theorie der Generalpraevention) ตามวัตถุประสงค์การลงโทษดังกล่าว โทษทางอาญาจะต้องทำให้คนในสังคมไม่อยากที่จะกระทำความผิดและในขณะเดียวกันก็ทำให้ความเคารพกฎหมายของคนในสังคมมีเพิ่มขึ้น นอกจากนี้โทษทางอาญายังจะต้องทำให้บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดและผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดมีความรู้สึกว่าได้รับความยุติธรรมด้วย นอกจากนี้ ตามแนวคำพิพากษาของศาลรวมถึงวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาทำให้บุคคลอื่นไม่อยากที่จะกระทำความผิดด้วย[6]

2. ภายหลังจากที่ได้มีการกำหนดวัตถุประสงค์ของการลงโทษแล้ว ก็จะต้องมีการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษ (der Strafzumessnugstatsachen) ในกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีเรื่องหนึ่งเรื่องใดโดยเฉพาะ (diejenigen Tatumstaende des Einzelfalls) ที่หากพิจารณาจากมุมมองของวัตถุประสงค์ในการลงโทษแล้วจะเป็นข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญต่อการกำหนดโทษทางอาญารวมถึงการใช้ดุลพินิจรอการลงโทษด้วย เช่น คุณค่าของทรัพย์ที่ถูกลัก (ความมิชอบด้วยกฎหมายของผลของการกระทำ) ความโหดร้ายอย่างมากของผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ (ความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ) การกระทำความผิด

---

[5]Vgl. Jescheck. Op.cit. pp. 782-783. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 21.

[6]Vgl. Jescheck. Loc.cit. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 22.

ฐานฉ้อโกงเนื่องจากยากจน (ความน่าตำหนิ) แนวโน้มของการเพิ่มขึ้นของรูปแบบของการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งในสถานที่ใดสถานที่หนึ่ง (การป้องกันโดยทั่วไป) การไม่ลงโทษจำเลย (การป้องกันพิเศษ) ข้อเท็จจริงทั้งหมดที่กว่ามาข้างต้นจะต้องถูกนำมาพิจารณาอีกครั้งหนึ่งว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวจะเป็นข้อเท็จจริงที่มีผลต่อการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษหรือไม่ นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาอีกว่า จะกำหนดอัตราโทษและชนิดของโทษทางอาญา รวมทั้งปัญหาว่าด้วยการรอการลงโทษจากข้อเท็จจริงดังกล่าวไปในแนวทางไหน ซึ่งผลที่ได้ก็คือ ข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษข้อเท็จจริงใดจะมีความสำคัญต่อการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษนั้นจะเป็นไปตามวัตถุประสงค์การลงโทษที่ได้ถูกกำหนดไว้ก่อนหน้านี้แล้ว (ความขัดแย้งของข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษ) ตัวอย่าง ถ้าขโมยที่เกิดและใช้ชีวิตอยู่ในสภาพแวดล้อมทางสังคมที่เลวร้ายได้กระทำความผิดซึ่งถ้าพิจารณาจากหลักในเรื่องความน่าตำหนิก็ต้องกำหนดโทษปรับที่ไม่มากนัก ในทางตรงกันข้ามหากพิจารณาจากมุมมองในแง่ของการกลับคืนสู่สังคมของผู้กระทำความผิดก็จะต้องลงโทษจำคุกเป็นเวลาที่ค่อนข้างนานโดยใช้วิธีการจำคุกแบบเปิด แต่หากกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำผิดนั้นเป็นการกระทำความผิดฐานชิงทรัพย์กระเป๋าถือของผู้หญิงซึ่งถ้าผู้กระทำผิดมีโอกาสก็จะกระทำผิดอีก ภายใต้แนวคิดของทฤษฎีการป้องกันโดยทั่วไปแล้วผู้กระทำผิดจะต้องได้รับโทษหนัก[7]

3. ขั้นตอนของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจบลงด้วยการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ (der Strafzumessungserwaegungen) กล่าวคือ เป็นการประเมินข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษตามวัตถุประสงค์ในการลงโทษและนำข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษมากำหนดระดับของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดหน้าที่ของผู้กระทำในที่นี้ก็คือ การประสานข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษให้เข้ากับวัตถุประสงค์ในการลงโทษอย่างมีเหตุมีผลโดยปราศจากข้อโต้แย้งใดๆ การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจะถูกหรือจะผิดจึงขึ้นอยู่กับการประเมินความสัมพันธ์ของวัตถุประสงค์การลงโทษทั้งสามประการที่มีอยู่ต่อกัน และขึ้นอยู่กับการประเมินข้อเท็จจริงที่สำคัญที่จะมีผลต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษ (หลักการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ = Strafzumessungsgrundsaetze)[8]

ตัวอย่างเช่น หลักการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เกี่ยวกับความมิชอบด้วยกฎหมายที่ลดลงคือสถานการณ์ที่ใกล้เคียงกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือการที่ผลของการกระทำความผิดไม่เกิดขึ้นหลักการใช้ดุลพินิจกำหนดที่เกี่ยวกับความน่าตำหนิที่ลดน้อยลง คือข้อพิจารณาเกี่ยวกับการลดโทษอันเนื่องมาจากความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ หรืออันเนื่องมาจากความสามารถในการกระทำความผิดที่ลดน้อยลง รวมถึงคำรับสารภาพและการชดใช้ค่าเสียหายและความพยายามที่จะให้ผู้เสียหายได้กลับคืนเข้าสู่ฐานะเดิม (มาตรา 46 (2) ตอนท้าย) การกำหนดโทษ

---

[7]Ibid. pp. 783-784. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 23-24.

[8]Ibid. p. 784. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 24.

ปรับตามฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำผิดที่ได้กระทำผิดครั้งแรกแทนที่จะลงโทษจำคุก โดยคำนึงถึงการป้องกันพิเศษ[9]

หลักในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษอาจแตกต่างกันไปได้ตามแต่และประเภทของวัตถุประสงค์ของการลงโทษตามกฎหมายปัจจุบัน (มาตรา 46 (1)) ศาลจะต้องใช้วัตถุประสงค์ในการลงโทษตามทฤษฎีผสาน (die Vereinigungstheorie) กล่าวคือ การลงโทษจะต้องเป็นไปตามหลักความน่าตำหนิ กล่าวคือ จะต้องได้สัดส่วนกับเนื้อหาของการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายและความน่าตำหนิของการกระทำ รวมทั้งจะต้องให้ผู้กระทำความผิดได้กลับคืนสู่สังคมเท่าที่จะเป็นไปได้ด้วย นอกจากนี้จะต้องปกป้องสังคมจากผู้กระทำผิดที่เป็นอันตรายด้วย ซึ่งบ่อยครั้งทำได้ก็แต่โดยการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยเนื่องจากไม่อาจลงโทษผู้กระทำความผิดให้มากไปกว่าความน่าตำหนิที่เป็นผลมาจากหลักในเรื่องของความน่าตำหนิได้ และประการสุดท้ายการลงโทษจะต้องเป็นการยับยั้งไม่ให้คนในสังคมกระทำความผิด ในหลายๆ กรณีมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษทั้งสามประการก็สามารถที่จะปรับใช้ให้สอดคล้องกันไปได้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่วัตถุประสงค์ในการลงโทษมีความขัดแย้งกัน วัตถุประสงค์ของการลงโทษในส่วนของการตอบโต้ที่เป็นธรรมไม่ถือว่าเป็นหลักที่จะต้องนำมาใช้เหมือนที่ความเห็นฝ่ายข้างมากในปัจจุบันยังคงยึดถืออยู่ แต่วัตถุประสงค์ในการลงโทษทั้งสามประการจะต้องถูกจำกัดขอบเขตของตนเท่าที่จำเป็นเพื่อให้ทุกๆ วัตถุประสงค์การลงโทษสามารถนำมาปรับใช้ได้เท่าที่จะเป็นไปได้ดีที่สุด ในทางปฏิบัติแล้วก็หมายความว่า ในกรณีที่มีความขัดแย้งกันหลักความน่าตำหนิถือว่าเป็นหลักในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ เพราะหลักความน่าตำหนิถือว่าเป็นหลักการพื้นฐานของการลงโทษทางอาญาทุกๆ ประเภทของรัฐ ในความเป็นจริงแล้วก็อาจพูดได้ว่าเป็นการให้ความสำคัญแก่การแก้แค้นที่เป็นธรรมมากกว่า การลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีลักษณะที่เป็นอันตรายที่เกินกว่าความน่าตำหนิไม่อาจกระทำได้ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลในเรื่องของการแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับคืนเข้าสู่สังคมหรือเหตุผลในการป้องกันสังคม หากยังอยู่ในขอบเขตของความน่าตำหนิแล้ว วัตถุประสงค์ประสงค์ในการลงโทษในกรณีอื่นๆ สามารถถูกนำมาร่วมพิจารณาได้ วัตถุประสงค์การป้องกันทั่วไปก็สามารถนำมาร่วมพิจารณาเพื่อใช้ในการกำหนดโทษได้ หากอัตราของโทษที่จะลงนั้นยังเป็นไปตามหลักความน่าตำหนิ การกระทำที่ไม่ดีที่มีอยู่โดยทั่วไปนั้นไม่ถือว่าเป็นเหตุที่จะอ้างได้ว่าเป็นการลดลงของความน่าตำหนิเพราะผู้กระทำก็รู้ดีว่าตนเองได้ทำให้ความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายต้องลดลง ในกรณีที่ผู้กระทำผิดจะมีปัญหาในการกลับคืนเข้าสู่สังคมหากต้องได้รับโทษตามทฤษฎีแก้แค้นทดแทนแล้วทฤษฎีแก้แค้นทดแทน

---

[9]Vgl. Jescheck. Loc.cit. อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์. หน้าเดิม.

ก็ต้องยอมถอยให้กับแนวคิดในเรื่องของการป้องกันโดยการเลือกใช้รูปแบบของการลงโทษ (die Wahl der Strafzwecke) ที่เหมาะสมและโดยการรอการลงโทษ[10]

เพื่อให้วัตถุประสงค์ของการลงโทษจะได้มีความสอดคล้องต้องกันในกรณีใดกรณีหนึ่ง ความเห็นทางศาสนาจึงได้พัฒนาทฤษฎีพื้นที่ว่างขึ้นมา โดยทฤษฎีดังกล่าวเห็นว่าการลงโทษที่เหมาะสมกับความน่าตำหนินั้นไม่สามารถจะกำหนดเป็นอัตราโทษที่ชัดเจนแน่นอนได้ แต่ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษนั้นจะมีพื้นที่ว่างที่ศาลจะสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้ต่ำกว่าอัตราโทษที่เหมาะสมกับความน่าตำหนิอยู่แล้วหรือใช้ดุลพินิจกำหนดให้สูงกว่าอัตราโทษที่ยังคงเหมาะสมกับความน่าตำหนิ โดยภายในพื้นที่ว่างดังกล่าวนี้ศาลสามารถใช้วัตถุประสงค์ในการลงโทษกรณีอื่นๆ มาพิจารณาประกอบด้วยได้ ทฤษฎีพื้นที่ว่างนี้ได้รับการปฏิเสธเพราะว่าในการกระทำความผิดคดีใดคดีหนึ่งนั้น แม้ว่าจะไม่สามารถกำหนดโทษที่เป็นธรรมได้อย่างชัดเจนแน่นอนได้ก็ตาม แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่มีขอบเขตของการลงโทษที่เป็นธรรมที่สามารถที่จะกำหนดให้มากกว่าหรือน้อยกว่าขอบเขตของการลงโทษที่เป็นธรรมได้ ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจึงเป็นกรณีที่ผู้พิพากษาจะต้องกำหนดอัตราโทษที่ตามความเห็นของผู้พิพากษาแล้วเป็นอัตราโทษที่เหมาะสมกับความน่าตำหนิและจากอัตราโทษที่เหมาะสมกับความน่าตำหนินี้ ผู้พิพากษาก็สามารถใช้ทฤษฎีการลงโทษอื่นเข้ามาพิจารณาประกอบเพื่อเลือกใช้มาตรการลงโทษอื่นๆ ที่เหมาะสมได้แต่จะต้องไม่เป็นการขัดกับหลักที่ว่า โทษจะต้องเหมาะสมกับความน่าตำหนิ[11]

4.1.3 แนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ (Die Strafzumessungsrichtlinien des 46)

1. ข้อความทั่วไป

มาตรา 46 หลักการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ (Grundsätze der Strafzumessung) บัญญัติไว้มีใจความว่า[12]

1) ความน่าตำหนิของผู้กระทำความผิดเป็นพื้นฐานสำหรับการกำหนดโทษ ผลที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการลงโทษสำหรับการใช้ชีวิตในสังคมในอนาคตของผู้กระทำความผิดจะต้องถูกนำมาพิจารณาประกอบด้วย

2) ในการกำหนดโทษนั้น ให้ศาลใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนักของข้อเท็จจริงในคดีทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งมูลเหตุจูงใจและเป้าหมายที่วางไว้ของผู้กระทำความผิด ทัศนคติในทางศีลธรรมที่แสดงออกให้เห็นจากการกระทำผิดและความตั้งใจในการกระทำความผิด ระดับของการละเมิดต่อหน้าที่ รูปแบบของการกระทำความผิดและผลที่เกิดขึ้น

---

[10]Vgl. Jescheck. Loc.cit. อ้างถึงใน แหล่งเดิม.

[11]Ibid. p. 786. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 25.

[12]Ibid. pp. 786-787. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 26.

จากการกระทำความผิดที่ตำหนิได้ ชีวิตที่แล้วมาของผู้กระทำความผิด ความสัมพันธ์ทางส่วนตัวและเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งความพยายามที่จะชดใช้ค่าเสียหายและความพยายามของผู้กระทำผิดที่จะให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม

3) ข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดอยู่แล้วจะไม่ถูกนำมาพิจารณาอีก

แต่เดิมประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันไม่มีหลักเกณฑ์ทั่วไปสำหรับการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ หลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่มีอยู่บางประการ เช่น ตามมาตรา 27a, 27b และ 27c (ตามกฎหมายเดิม) ที่มีที่มาจากการปฏิรูประบบการลงโทษปรับในยุคสาธารณรัฐไวร์มา ภายหลังจากนั้นก็ได้มีร่างกฎหมายหลายฉบับที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษรวมทั้งร่างกฎหมายในปี 1962 ที่บัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษไว้ในมาตรา 60 แนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแต่เดิมยึดหลักการที่ว่าจะต้องเหมาะสมกับความน่าตำหนิเท่านั้น (das Prinzip der Schuldstrafe) ต่อมาได้มีการเพิ่มเติมแนวคิดในเรื่องของการป้องกันพิเศษไว้ในมาตรา 46 (1) ประโยคที่สองโดยคณะกรรมการชุดพิเศษ (der Sonderausschuss) และเป็นผลให้ทฤษฎีการลงโทษทั้งหลายมีฐานะที่เท่าเทียมกัน[13]

พื้นฐานในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษคือ ความน่าตำหนิของผู้กระทำผิด (die Schuld des Taeters) (มาตรา 46 (1) ประโยคที่หนึ่ง) ซึ่งตามบทบัญญัติดังกล่าวเท่ากับว่าหลักความน่าตำหนิได้รับการยอมรับอย่างชัดแจ้งและแสดงให้เห็นว่าการลงโทษมีไว้เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (im Schuldausgleich) ความน่าตำหนิในที่นี้ไม่ได้หมายถึงข้อความคิดของความน่าตำหนิส่วนของโครงสร้างความรับผิดทางอาญา (Strafbegruendungsschuld) แต่หมายถึงความมิชอบด้วยกฎหมายที่ตำหนิได้ที่เกิดจากการกระทำผิด (das verschuldete Unrecht in seiner Gesamtheit) ความน่าตำหนิในส่วนของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ (die Strafzumessungsschuld) เป็นข้อความคิดที่ไม่คงที่ (ein Steigerungsbegriff) ดังนั้น จึงมีความน่าตำหนิที่รุนแรงกว่าและความน่าตำหนิที่เบากว่า นอกจากนี้ ความน่าตำหนิในส่วนของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษไม่ได้จำกัดเฉพาะในส่วนของการกระทำความผิด (die Tat) แต่รวมถึงตัวผู้กระทำความผิดด้วย (die Taeterpersoenlichkeit) นอกจากจะต้องพิจารณาเรื่องของความน่าตำหนิแล้ว ตามมาตรา 46 (1) ประโยคที่สองซึ่งถือว่ามีความสำคัญพอๆ กันกับหลักในเรื่องความน่าตำหนิกำหนดให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องคำนึงถึงผลที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการลงโทษต่อชีวิตของผู้กระทำความผิดที่จะใช้ชีวิตในสังคมในอนาคตด้วย ดังนั้น จึงเท่ากับว่าเป็นการปฏิเสธทฤษฎีการลงโทษเด็ดขาดที่พิจารณาวัตถุประสงค์ของการลงโทษอยู่ที่การแก้แค้นทดแทนเท่านั้น ในขณะเดียวกันก็แสดงให้เห็นว่าการลงโทษนั้น

[13]Vgl. Jescheck. Loc.cit. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 27.

เป็นเครื่องมือที่จำเป็นที่จะทำให้ภารกิจของกฎหมายอาญาที่จะต้องป้องกันบรรลุเป้าหมายได้ด้วย ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในกรณีใดกรณีหนึ่งนั้น ผู้พิพากษาจึงต้องคำนึงถึงโทษที่ลงแก่ผู้กระทำผิดจะต้องทำให้ผู้กระทำผิดสามารถกลับคืนเข้ามาใช้ชีวิตในสังคมได้อีกครั้งหนึ่งและเท่าที่จะเป็นไปได้จะต้องไม่ทำให้ผู้กระทำผิดถูกขับออกไปจากสังคม แม้ว่าตามมาตรา 46 จะไม่ได้อ้างทฤษฎีการป้องกันทั่วไป แต่ทฤษฎีการป้องกันทั่วไปก็เป็นวัตถุประสงค์หนึ่งของการลงโทษที่มีไว้เพื่อภารกิจของกฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นการคุ้มครองระเบียบของกฎหมายให้เป็นจริงขึ้นมาได้ จึงไม่อาจที่จะละเลยต่อทฤษฎีการป้องกันทั่วไปได้

มาตรา 46 (2) ได้บัญญัติแนวทางในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษซึ่งเป็นแนวที่ศาลได้ใช้อยู่เป็นเวลานานแล้วตามประโยคที่หนึ่งจะเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นทั้งผลดีและผลร้ายต่อผู้กระทำผิดซึ่งจะต้องนำมาเปรียบเทียบกันโดยผู้พิพากษาจะต้องนำข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษมาพิจารณากับวัตถุประสงค์ในการลงโทษตามหลักการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเพื่อที่จะได้กำหนดว่าจะเอาทฤษฎีการลงโทษใดเป็นจุดยืนพื้น ภายหลังจากนั้นก็จะนำผลที่ได้มาชั่งน้ำหนักกัน ตามมาตรา 46 (1) ประโยคที่สองเป็นการระบุถึงตัวข้อเท็จจริงที่เป็นผลดีและผลเสียแก่ผู้กระทำผิดและเป็นข้อเท็จจริงที่จะใช้ในการกำหนดระดับของความน่าตำหนิรวมทั้งความจำเป็นที่จะใช้การป้องกันพิเศษที่แตกต่างกันออกไปได้ด้วย[14]

2. หลักพื้นฐานในการกำหนดโทษ

เมื่อมีการละเมิดต่อกฎหมาย ผู้กระทำผิดจะถูกตำหนิและถูกลงโทษทางอาญา ซึ่งโทษทางอาญาดังกล่าวจะมีลักษณะเฉพาะเพื่อเป็นการห้ามการกระทำที่กำหนดไว้ในกฎหมายโดยมีลักษณะเป็นการบังคับ (Repression) และการแก้แค้น (Vergeltung) แต่เนื่องจากโทษทางอาญามีผลกระทบที่รุนแรงด้วย จึงต้องมีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นพิเศษในการกำหนดโทษทางอาญา ในชั้นของกระบวนการนิติบัญญัติการออกบรรทัดฐานใดๆ ที่มีโทษทางอาญาจะต้องถือว่าเป็นข้อยกเว้น (ทั้งนี้เป็นไปตามหลักวิถีทางน้อยที่สุด) ในชั้นการบังคับกฎหมาย มาตรา 46 (1) ประโยคที่หนึ่งได้กำหนดขอบเขตการลงโทษทางอาญา กล่าวคือ พื้นฐานของการกำหนดโทษทางอาญา คือความน่าตำหนิของผู้กระทำผิด[15]

การใช้ถ้อยคำว่า “ความน่าตำหนิ” (Schuld) ในมาตรา 46 นั้นจำเป็นต้องมีการอธิบายข้อความคิดดังกล่าว ข้อความคิดของการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษที่มีความน่าตำหนิเป็นองค์ประกอบหลักนั้น มีพื้นฐานมาจากแนวคิดในเรื่องของความน่าตำหนิได้ ตามนัยโครงสร้าง

---

[14]Ibid. pp. 787-788. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 28.

[15]Vgl. Frank. Muenchner Strafgesetzbuch. Paragraph 46. หัวข้อ 11. อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์. หน้าเดิม.

ความรับผิดอาญาทั่วๆ ไป ในขณะที่ข้อความคิดว่าด้วยความน่าตำหนิตามนัยของความน่าตำหนิได้นั้น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบของความผิดทางอาญา ข้อความคิดของการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษที่มีความน่าตำหนิเป็นองค์ประกอบหลักนั้นเป็นประเด็นสำคัญที่ว่า การกระทำความผิดได้ทำให้ระเบียบทางกฎหมายเสียหายมากน้อยเพียงใด ปัญหาว่าระเบียบทางกฎหมายเสียหายมากน้อยเพียงใดจากการกระทำความผิดนั้น แนวคำพิพากษาของศาลได้วางแนวไว้ว่าพื้นฐานในการกำหนดโทษคือความรุนแรงของการกระทำความผิดที่มีผลต่อระเบียบกฎหมายที่ถูกละเมิด และระดับของความน่าตำหนิในทางส่วนตัวของผู้กระทำความผิด ประเด็นทั้งสองนั้นเป็นสิ่งที่ผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึง และใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนักเพื่อที่จะกำหนดโทษให้มีความเหมาะสมแก่ความน่าตำหนิและเป็นการกำหนดโทษที่เป็นธรรม[16]

3. ข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษ (Die Strafzumessungstatsachen)

ข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษเป็นข้อเท็จจริงที่ใช้ในการพิจารณากับความผิดอาญาทุกประเภท ในปัจจุบันยังไม่มีทฤษฎีว่าด้วยการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษภาคพิเศษที่จะอธิบายถึงข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษที่กำหนดไว้เป็นพิเศษเพื่อใช้กับความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งโดยเฉพาะ ตามมาตรา 46 (2) ประโยคที่หนึ่ง ผู้พิพากษาจะต้องชั่งน้ำหนักของข้อเท็จจริงแห่งคดีทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายแก่ตัวผู้กระทำความผิด มาตรา 46 (2) ประโยคที่สองบัญญัติรายการของข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษที่จะต้องถูกนำมาพิจารณา ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจนำไปสู่การลงโทษหนักขึ้นหรือเบาลง โดยเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องเป็นผู้กำหนด ผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึงหลักการใช้ดุลพินิจที่กำหนดไว้ตามกฎหมายตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาหรือตามหลักอื่นๆ ที่ได้รับการยอมรับ ดังต่อไปนี้

1) เนื้อหาของความมิชอบด้วยกฎหมายและเนื้อหาของความน่าตำหนิของการกระทำความผิด

ก) พื้นฐานของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ คือ ความสำคัญของการกระทำความผิดที่มีต่อระเบียบของกฎหมายที่ถูกละเมิด (Unrechtgehalt) และความรุนแรงของความน่าตำหนิที่สามารถตำหนิผู้กระทำผิดได้เนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าว (Schuldgehalt) องค์ประกอบทั้งสองประการดังกล่าวเป็นองค์ประกอบที่มีความสัมพันธ์กันอยู่โดยที่ความรุนแรงของความน่าตำหนิจะมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับเนื้อหาของความมิชอบด้วยกฎหมายที่ตำหนิได้ของการกระทำความผิด นอกจากนี้ องค์ประกอบในส่วนของความน่าตำหนิยังมีลักษณะเฉพาะที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำความผิดด้วย เช่น ระดับของความสามารถในการกระทำความผิด ความหลีกเลี่ยงในความสำคัญผิดถึงเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ที่มีมากหรือน้อย

---

[16]Ibid. หัวข้อ 12. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 29.

ความมิชอบด้วยกฎหมายและความน่าตำหนิจึงเป็นข้อความคิดที่สามารถเพิ่มขึ้นได้ ซึ่งก็หมายความว่า ในการกำหนดระดับความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำความผิดต้องคำนึงถึงสิ่งเหล่านี้ด้วย เช่น ขนาดของความเสียหาย รูปแบบและวิธีการที่ใช้ในการกระทำความผิด ผลของการที่จะไม่ทำให้คนเคารพต่อกฎหมาย ในการกำหนดระดับของความน่าตำหนิก็ต้องคำนึงถึงสิ่งเหล่านี้ด้วย เช่น การเอาแต่ได้โดยไม่คำนึงถึงบุคคลอื่น การไตร่ตรองไว้ก่อน ความจำเป็นการพยายามกระทำความผิด ผลข้างเคียงที่เกิดขึ้นที่ทำให้ความสามารถในการบังคับตนเองต้องลดลง ความเป็นเด็ก ความผิดปกติทางจิตวิทยาหรือความสำคัญผิด[17]

ข) ขนาดของการละเมิดต่อกฎหมายพิจารณาจากความมากน้อยของความเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งต้องพิจารณาทั้งในแง่ของความเสียหายในทางวัตถุและความเสียหายในทางจิตใจที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดอันจะมีต่อการกำหนดโทษหนักหรือเบา นอกจากนี้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นที่อยู่นอกเหนือองค์ประกอบความผิดก็ต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วย รวมทั้งระดับของความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายต่อกรรมของการกระทำที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ในกรณีของการพยายามกระทำความผิดและในกรณีของความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย ส่วนสิ่งที่จะทำให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษได้เบาลงก็เช่น ความพยายามของผู้กระทำความผิดที่จะชดใช้ค่าเสียหาย รวมทั้งความพยายามของผู้กระทำความผิดในอันที่จะทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิม (มาตรา 46 (2) ประโยคที่ 2 ตอนท้าย) และการกระทำของผู้เสียหาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ผู้เสียหายมีส่วนผิดอยู่ด้วย ขนาดของการละเมิดต่อกฎหมายขึ้นอยู่กับรูปแบบและวิธีการของการกระทำความผิด เช่น ในกรณีของความผิดฐานลักทรัพย์ การใช้กำลังในภายหลังของจำเลยเมื่อความผิดฐานลักทรัพย์สำเร็จแล้ว ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายความโหดร้ายเป็นพิเศษของการกระทำความผิด ในความผิดเกี่ยวกับการจราจร การขับรถเร็วเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด ทั้งหมดนี้เป็นสิ่งที่จะนำมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษให้หนักขึ้น ในกรณีของการซื้อขายยาเสพติด การใช้สายลับไปล่อซื้อยาเสพติดเป็นสิ่งที่จะนำมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษให้เบาลง นอกจากนี้ความต้องการที่จะกระทำผิด (มาตรา 46 (2) ประโยคที่สอง) ก็เป็นองค์ประกอบหนึ่งในส่วนอัตตวิสัยของการกระทำผิดที่จะนำมาพิจารณาในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษการกระทำผิดโดยเจตนาและประมาทจะต้องพิจารณาแยกกันในฐานะที่เป็นข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษ[18]

---

[17]Vgl. Jescheck. Op.cit. p. 789. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 30.

[18]Ibid. pp. 792-793. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 31.

ค) ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษที่วางอยู่บนพื้นฐานแนวความคิดของความน่าตำหนินั้น การจะใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้หนักขึ้นนั้นจึงพิจารณาเฉพาะแต่ความมิชอบด้วยกฎหมายในทางภาวะวิสัยแต่เพียงอย่างเดียวไม่ได้ต้องนำผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ตำหนิได้มาพิจารณาประกอบด้วย (มาตรา 46 (2) ประโยคที่สอง) ในทางตรงกันข้าม แต่เดิมศาลแห่งอาณาจักรไรซ์ ได้วางหลักในเรื่องของความมิชอบด้วยกฎหมายในทางภาวะวิสัยมาโดยตลอด ทั้งนี้เพราะว่าแต่เดิมนั้นการกระทำความผิดในทางอาญาพิจารณาแต่ในแง่ของภาวะวิสัยเท่านั้น แต่ในปัจจุบันศาลแห่งสหพันธรัฐ ได้ใช้แนวทางสายกลาง กล่าวคือ การที่ผู้กระทำก่อให้เกิดสภาพที่เสี่ยงต่อการเกิดขึ้นของความเสียหายนั้น ต้องสามารถตำหนิผู้กระทำได้ ส่วนผลของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นมานั้นผู้กระทำไม่จำต้องเคยคาดเห็นมาก่อน ในทางตรงกันข้ามความเห็นฝ่ายตรงข้ามความเห็นฝ่ายข้างมากในทางตำราเห็นว่า ผลของความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นต้องสามารถตำหนิผู้กระทำได้ด้วยแม้ว่ามาตรา 46 (2) ประโยคที่สองจะบัญญัติไปตามความเห็นฝ่ายข้างมาก แต่ก็ไม่ชัดเจนว่ารูปแบบไหนของความน่าตำหนิที่มาตรา 46 (2) ประโยคที่สอง หมายถึงในกรณีที่มีสองความเห็นด้วยกัน โดยความเห็นแรกเห็นว่า ในกรณีของการกระทำความผิดโดยเจตนาใช้หลักของการกระทำความผิดโดยเจตนาตามมาตรา 16 และในกรณีของการกระทำโดยประมาทใช้หลักของการกระทำโดยประมาทตามมาตรา 18 ส่วนอีกความเห็นหนึ่งเห็นว่าในทุกๆ กรณีใช้หลักความคาดหมายว่าผลจะเกิดขึ้นหรือไม่นั้นตามหลักในมาตรา 18 [19]

ง) ในส่วนของข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้แนวทางแก่ศาลในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษนั้น ความน่าตำหนิของการกระทำเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด มูลเหตุจูงใจและเป็นเป้าหมายของผู้กระทำความผิดเชื่อในทางศีลธรรมที่เห็นได้จากการกระทำผิด ระดับของการละเมิดต่อหน้าที่ (มาตรา 46 (2) ประโยคที่สอง) เป็นข้อเท็จจริงที่จะแสดงให้เห็นถึงเจตนาในการกระทำผิดของผู้กระทำผิดที่จะเป็นการเพิ่มหรือลดระดับของความน่าตำหนิของการกระทำผิด มูลเหตุจูงใจในการกระทำอาจแบ่งได้เป็น 2 แบบ คือ มูลเหตุจูงใจภายนอก เช่น ความเดือดร้อนในทางเศรษฐกิจ มูลเหตุจูงในภายใน เช่น ความเกลียด ความเห็นอกเห็นใจ ความอยากหากำไร ความโกรธ ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจึงต้องค้นหาระดับของมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดว่ามีมากน้อยแค่ไหนและค้นหาคุณค่าในทางจริยศาสตร์ของมูลเหตุจูงใจดังกล่าวและเช่นเดียวกันเป้าหมายในการกระทำของผู้กระทำผิดจะต้องถูกนำมาพิจารณาคุณค่าทางจริยศาสตร์ด้วย ความน่าตำหนิของการกระทำมีความแตกต่างกันระหว่างการที่แพทย์ฉีดมอร์ฟีนเกินขนาดให้ผู้ป่วยเพื่อให้ผู้ป่วยได้เสียชีวิตไปอย่างสงบกับการกระทำในลักษณะเดียวกันที่เกิดจากการกระทำของทายาท

---

[19] Vgl. Jescheck. Loc.cit. pp. 792-793. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 32.

ที่ทำไปเพื่อที่จะไม่ให้ผู้ป่วยได้มีการแก้ไขพินัยกรรมอีก ความเชื่อในทางศีลธรรมของผู้กระทำความผิดไม่ได้มีความเกี่ยวพันกับบุคลิกส่วนตัวของผู้กระทำความผิด หากแต่หมายถึงความต้องการที่เกิดขึ้นในขณะกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง นอกจากนี้ ความต้องการที่เกิดขึ้นในขณะกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดนี้ต้องประกอบกับบรรทัดฐานในทางจริยศาสตร์สังคมด้วย (เช่น ทัศนคติที่ปฏิเสธต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ความน่าตำหนิของการกระทำความผิดที่น้อยลงเนื่องจากข้อเท็จจริงภายนอก ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจ การประเมินทั้งหมดที่กล่าวมานี้ไม่ได้ประเมินจากความเชื่อในทางศีลธรรมทางอัตตวิสัยของผู้พิพากษา แต่ประเมินจากการรับรู้ถึงคุณค่าของสังคมในทางภาวะวิสัย หากขาดการพิจารณาถึงบรรทัดฐานในทางศีลธรรมแล้ว การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษตามกฎหมายปัจจุบันก็จะเป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ นอกจากนี้ในส่วนของความน่าตำหนิของการกระทำที่จะต้องพิจารณาเป็นประการสุดท้าย คือระดับของการละเมิดต่อหน้าที่ที่จะมีความสำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการกระทำผิดโดยประมาท[20]

2) คุณลักษณะของผู้กระทำผิด

ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษไม่ว่าจะพิจารณาในแง่ของความน่าตำหนิหรือในแง่ของการป้องกัน คุณลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำผิดก็เป็นส่วนสำคัญในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ แต่คุณลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำผิดจะถูกนำมาพิจารณาประกอบในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษก็แต่เฉพาะคุณลักษณะส่วนตัวที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดเท่านั้น

ก) ในประการแรก สิ่งที่จะถูกนำมาพิจารณาก็คือ ลักษณะส่วนตัวและฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำผิด (มาตรา 46 (2) ประโยคที่สอง)

ฐานะในทางเศรษฐกิจของผู้กระทำผิด สามารถก่อให้เกิดผลที่แตกต่างกันได้ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ขึ้นอยู่กับว่าฐานะทางเศรษฐกิจดังกล่าวของผู้กระทำผิดนั้นจะถูกพิจารณาในฐานะที่เป็นมูลเหตุจูงใจในการกระทำผิดที่อยู่ในส่วนของเนื้อหาของความน่าตำหนิหรือพิจารณาจากความรู้สึกของผู้กระทำผิดที่มีต่อการถูกลงโทษ โดยไม่ได้เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของความน่าตำหนิในการกำหนดโทษปรับ คุณลักษณะส่วนตัวและฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำผิดจะเป็นตัวกำหนดอัตราโทษปรับรายวัน

ข) คุณลักษณะเฉพาะของผู้กระทำผิด รวมถึงขนาดและประเภทของการขาดความสามารถในการกลับคืนเข้าสู่สังคมของผู้กระทำผิด [21]

---

[20]Ibid. p. 795. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 33.

[21]Ibid. p. 795. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 35.

3) ชีวิตที่แล้วมาของผู้กระทำผิด การกระทำภายหลังการกระทำผิด การดำเนินกระบวนพิจารณาที่ยาวนาน

ก) ข้อพิจารณาในส่วนของชีวิตที่แล้วมาของผู้กระทำผิดภายหลังการกระทำผิด (มาตรา 46 (2) ประโยคที่สอง) ทำให้ขอบเขตของข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษขยายออกไป แต่ก็เป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเป็นธรรมและในขณะเดียวกัน ก็มีผลต่อการป้องกันการกระทำความผิด ไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักในเรื่องการยื่นฟ้อง ที่นำเอาเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนหรือหลังการกระทำผิดมาประกอบด้วย อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าชีวิตที่แล้วมาของผู้กระทำผิดและการกระทำภายหลังการกระทำผิดของผู้กระทำผิดนั้นจะนำไปสู่การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแก่จำเลยทั้งหมด ในความผิดอาญาที่มีความสำคัญเพียงเล็กน้อยนั้นการสืบค้นประวัติผู้กระทำผิดถือว่าเป็นการต้องห้าม เนื่องจากการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลที่ได้รับการรับรองไว้ตามวิธีพิจารณาความอาญา รวมทั้งการกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการดำเนินกระบวนพิจารณาที่สิ้นเปลือง แต่อย่างไรก็ตาม ในความผิดอาญาที่มีความสำคัญนั้น ชีวิตที่แล้วมาและการกระทำภายหลังการกระทำผิดของผู้กระทำผิดก็ไม่ได้จะนำไปสู่การลงโทษทางความคิดในทางศีลธรรม ในทางตรงกันข้ามข้อเท็จจริงดังกล่าวจะถูกนำมาพิจารณาประกอบในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเพื่อที่จะแสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดและเป็นเพียงแค่ตัวชี้สำหรับความน่าตำหนิหรือความเป็นอันตรายของผู้กระทำผิดเท่านั้น[22]

ข) ในส่วนของชีวิตที่แล้วมาของผู้กระทำผิดนี้ การที่ผู้กระทำผิดใช้ชีวิตด้วยดีมาตลอดจนถึงทุกวันนี้สามารถถูกนำมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เบาลงตราบเท่าที่แสดงให้เห็นได้ว่า การกระทำความผิดในครั้งนี้เป็นความผิดพลาดที่ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องอยู่กับคุณลักษณะส่วนตัวที่เหลือของผู้กระทำผิด การเคยต้องโทษมาก่อน เป็นเหตุหนึ่งที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำผิด ซึ่งในทางปฏิบัติการเคยต้องโทษมาก่อนเป็นเหตุในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่สำคัญที่สุด โดยหลักการแล้วการเคยต้องโทษมาก่อนจะถูกนำมาพิจารณา ก็ต่อเมื่อเป็นกรณีของการต้องโทษตามคำพิพากษาที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับความน่าตำหนิที่เพิ่มขึ้นของผู้กระทำผิดซ้ำหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับความเป็นอันตรายในอนาคตของผู้กระทำผิด อย่างไรก็ตาม การเคยต้องโทษมาก่อนที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับสิ่งที่กล่าวไว้ข้างต้นมาพิจารณาประกอบถูกจำกัดอย่างมาก โดยมาตรา 51 ของ BZRG โทษที่ถูกตัดออกจากทะเบียนประวัติอาชญากร ไม่สามารถที่จะนำมาพิจารณาเพื่อใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำผิดได้ สิ่งที่เกิดขึ้นก่อนการกระทำผิดที่ไม่ใช่เป็นสิ่งที่

[22]Ibid. pp. 796-797. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 36.

ผิดกฎหมาย แต่เป็นสิ่งที่ตำหนิได้นั้นสามารถนำมาพิจารณาเพื่อให้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำผิดได้ก็ต่อเมื่อมีสิ่งดังกล่าวมีส่วนเกี่ยวข้องอยู่กับการกระทำผิด[23]

ค) นอกจากนี้ การกระทำภายหลังของผู้กระทำผิดสามารถที่จะนำไปสู่ข้อสรุปถึงความน่าตำหนิหรือความเป็นอันตรายของผู้กระทำผิดได้ การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เบาลงโดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นกรณีของการชดใช้ค่าเสียหายและความพยายามที่จะทำให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม (มาตรา 46 (2) ตอนท้าย) การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้หนักขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีของการกระทำที่โหดร้ายเป็นพิเศษภายหลังการกระทำผิดและการกระทำความผิดอาญาฐานใหม่ [24]

ง) ปัญหาประการพิเศษประการหนึ่งของการกระทำภายหลังการกระทำผิดก็คือการกระทำของจำเลยในชั้นพิจารณา ในกรณีดังกล่าวผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึงเป็นพิเศษว่าการใช้สิทธิของจำเลยที่เป็นสิทธิตามกฎหมายวิธีพิจารณาความนั้นจะต้องไม่ส่งผลเสียแก่จำเลยแม้แต่เพียงโดยอ้อมก็ตาม ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ เช่น การที่จำเลยใช้สิทธิที่จะนิ่งจะต้องไม่ส่งผลเสียแก่จำเลยเพราะจำเลยมีสิทธิตามกฎหมายที่จะนิ่งได้ในทุกๆ ขั้นตอนของกระบวนพิจารณา (มาตรา 136 (1) ประโยคที่สอง, 163 A (4) ประโยคที่สอง, 243 (4) ประโยคที่หนึ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน) ในทางตรงกันข้าม ในทางปฏิบัติโดยเฉพาะในศาลชั้นต้นโดยหลักการแล้วการรับสารภาพจะส่งผลดีและการปฏิเสธจะส่งผลเสียแก่จำเลย ซึ่งในกรณีดังกล่าว JESCHECK เห็นว่าเสรีภาพในการต่อสู้คดีของจำเลยจะถูกจำกัดลงอย่างมาก เฉพาะกรณีที่การรับสารภาพหรือการปฏิเสธของจำเลยที่จะแสดงให้เห็นถึงระดับของความน่าตำหนิหรือระดับของความน่าตำหนิหรือระดับของความเป็นอันตรายของจำเลยเท่านั้นที่จะนำมาพิจารณาประกอบในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ [25]

จ) การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เบาลงอีกกรณีก็คือ การที่กระบวนพิจารณาคดีได้ใช้เวลายาวนานเกินไป ซึ่งถือว่าเป็นการทำร้ายจิตใจของจำเลยเป็นอย่างมากและเป็นสิ่งที่สามารถตำหนิองค์กรในกระบวนการยุติธรรมได้ ซึ่งเป็นการขัดต่อสิทธิของจำเลยที่จะได้รับการพิจารณาคดีภายในเวลาที่เหมาะสมตามมาตรา 6 (1) ประโยคที่หนึ่งของ MRK[26]

---

[23]Ibid. p. 797. อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์. หน้าเดิม.

[24]Ibid. pp. 797-798. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 37.

[25]Ibid. p. 798. อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์. หน้าเดิม.

[26]Vgl. Jescheck. Loc.cit. อ้างถึงใน แหล่งเดิม.

4.1.4 หลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมนี

1. การละเมิดลิขสิทธิ์

ประเทศเยอรมนีให้ความคุ้มครองการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยมีการบัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์และบทกำหนดโทษ ในรัฐบัญญัติ ฉบับ 9 กันยายน พ.ศ.2508 (German Copyright Act of September 9, 1965) แก้ไขเพิ่มเติมครั้งสุดท้ายเมื่อวันที่ 10 กันยายน 2546[27]

ตามรัฐบัญญัติลิขสิทธิ์ประเทศเยอรมนี มาตรา 106[28] มาตรา 107[29] มาตรา 108[30] และมาตรา 108a[31] ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ ดังนี้

---

[27]กรมทรัพย์สินทางปัญญา *"ทรัพย์สินทางปัญญาต่างประเทศ ประเทศเยอรมันนี"*. สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2557, จาก http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=685&Itemid=600

[28] Article 106 Unauthorized Exploitation of Copyrighted Works

(1) Any person who. other than in a manner allowed by law and without the right holder's consent. reproduces. distributes or publicly communicates a work or an adaptation or transformation of a work shall be liable to imprisonment for up to three years or a fine.

(2) The attempt to commit such an offense shall be punishable.

[29] Article 107 Unlawful Affixing of Designation of Author

(1) Any person who:

1. without the author's consent. affixes a designation of author (Article 10(1)) to the original of a work of fine art or distributes an original bearing such designation.

2. affixes a designation of author (Article 10(1)) on a copy. adaptation or transformation of a work of fine art in such manner as to give to the copy. adaptation or transformation the appearance of an original or distributes a copy. adaptation or transformation bearing such designation.

shall be liable to imprisonment for up to three years or a fine if the offense does not carry a more severe penalty under other provisions.

(2) The attempt to commit such an offense shall be punishable.

[30] Article 108 Infringement of Neighboring Rights

(1) Any person who. other than in a manner allowed by law and without the right holder's consent:

1. reproduces. distributes or publicly communicates a scientific edition (Article 70) or an adaptation or transformation of such edition;

2. exploits a posthumous work or an adaptation or transformation of such work contrary to Article 71;

…

7. exploits a video or video and audio recording contrary to Article 94 or Article 95 in conjunction with Article 94;

บุคคลใดทำซ้ำ จำหน่ายจ่ายแจก หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน ดัดแปลงหรือดัดแปลงโดยเปลี่ยนรูปแบบของงานซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายให้กระทำการดังกล่าว หรือกระทำการเพิ่มชื่อของผู้แต่งตามมาตรา 10(1) เข้าไปในงานต้นฉบับงานหรือสำเนางานศิลปกรรม หรือจำหน่ายจ่ายแจก ดัดแปลงหรือดัดแปลงโดยเปลี่ยนรูปแบบของงานอันมีลักษณะดังกล่าว โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือในกรณีที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ข้างเคียง

2. บทกำหนดโทษ

ตามรัฐบัญญัติลิขสิทธิ์เยอรมนี พ.ศ. 2508 (German Copyright Act 1965 หรือ Urheberrechtsgesetz) ได้มีบทกำหนดโทษจากการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนี้

มาตรา 106 มีใจความสำคัญว่า บุคคลใดทำซ้ำ จำหน่ายจ่ายแจก หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน ดัดแปลงหรือดัดแปลงโดยเปลี่ยนรูปแบบของงานซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายให้กระทำการดังกล่าว มีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ

มาตรา 107 มีใจความสำคัญว่า บุคคลใด

(1) เพิ่มชื่อของผู้แต่งตามมาตรา 10(1) เข้าไปในงานต้นฉบับงานศิลปกรรม หรือจำหน่ายจ่ายแจกงานอันมีลักษณะดังกล่าว โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์

(2) เพิ่มชื่อของผู้แต่งตามมาตรา 10(1) เข้าไปในสำเนางานศิลปกรรม ดัดแปลงหรือดัดแปลงโดยเปลี่ยนรูปแบบของงานศิลปกรรมดังกล่าวให้เป็นสำเนางาน ดัดแปลงหรือดัดแปลงโดยเปลี่ยนรูปแบบของงานต้นฉบับงาน หรือจำหน่ายจ่ายแจกสำเนางาน ดัดแปลงหรือดัดแปลงโดยเปลี่ยนรูปแบบของสำเนางานดังกล่าว มีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ

มาตรา 108 มีใจความสำคัญในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ข้างเคียง การกระทำดังกล่าวมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ

---

shall be liable to imprisonment for up to three years or a fine.

(2) The attempt to commit such an offense shall be punishable.

[31] Article 108a Unlawful Exploitation on a Commercial Basis

(1) Where the person committing the acts referred to in Articles 106 to 108 does so on a commercial basis. the penalty shall be imprisonment for up to five years or a fine.

(2) The attempt to commit such an offense shall be punishable.

มาตรา 108a บัญญัติว่า ตามมาตรา 106 ถึงมาตรา 108 หากเป็นการกระทำเพื่อการค้าหรือหากำไร จะต้องรับจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับ

4.2 ประเทศอังกฤษ

4.2.1 พัฒนาการของการกำหนดโทษ

หลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง แนวคิดในการลงโทษตามกฎหมายอังกฤษเน้นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (rehabilitation) ดังนั้น จึงมีมาตรการที่กำหนดไว้ในกฎหมายในเรื่องการบำบัดฟื้นฟูในชุมชน (community punishment) เพื่อนำเข้ามาใช้เป็นทางเลือกในการหลีกเลี่ยงไม่ลงโทษจำคุกหรือกักขัง และมีการพัฒนากระบวนการบำบัดฟื้นฟูผู้กระทำความผิด ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1962 ในปี ค.ศ. 1972 ได้นำเสนอให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ทำงานบริการสาธารณะในชุมชนได้ในอังกฤษและเวลส์ ต่อมาการใช้มาตรการลงโทษในชุมชนลดลงไป โดยเฉพาะในช่วงทศวรรษที่ 1980 และ 1990 เพราะมีงานวิจัยพบว่าช่วงเวลาตั้งแต่ทศวรรษ 1970 ถึง 1980 มีอัตราการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดเพิ่มมากขึ้น ทำให้เกิดความสงสัยว่ามาตรการการลงโทษโดยชุมชนจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดจริงหรือไม่[32]

นอกจากนี้แนวคิดในเรื่องการลงโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (incapacitation) ยังมีอิทธิพลต่อการลงโทษในทศวรรษที่ 1990 ด้วย ดังปรากฏใน CJA, 1991 ที่มีหลักการลงโทษเพื่อทดแทนความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดก่อให้เกิดขึ้นแก่สังคม (retributive principle) เป็นหลักพิจารณาในลำดับแรกของการกำหนดโทษของศาล ซึ่งเน้นการลงโทษที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิดมากกว่าการบำบัดฟื้นฟูผู้กระทำความผิด นอกจากนี้ การใช้เทคโนโลยีในการติดตามผู้กระทำความผิด (electronic monitoring) และคำสั่งห้ามออกนอกสถานที่ (curfew order) เป็นมาตรการที่ตัดมิให้ผู้นั้นมีโอกาสกระทำความผิดซึ่งเริ่มใช้ใน The Crime and Disorder Act 1998 และปัจจุบันมีกำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งได้ตาม PCC (S) A 2000 s. 37-38, CJA 2003, ss. 204-205 จึงทำให้การใช้โทษจำคุกหรือกักขังมีจำนวนมากขึ้น นอกจากนี้ยังใช้มาตรการควบคุมเพื่อป้องกันการก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้เสียหายและการพิจารณาคดีที่รวดเร็ว ตลอดจนการนำผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนพิจารณาของศาลโดยไม่ชักช้าเมื่อจับผู้ต้องหาได้[33]

สำหรับการลงโทษที่กำหนดไว้ใน CJA 2003 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ปรับปรุงกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและกระบวนการกำหนดโทษโดยมีพื้นฐานในการพัฒนากระบวนการยุติธรรม

---

[32]ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. (2549). *ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา* (รายงานผลการวิจัย). น. 68.

[33]Susan Easton and Christine Piper. *Sentencing and punishment*: *A Quest for Justice*. pp. 19-21.

ให้เป็นที่เชื่อถือและสามารถป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดโทษมีบทบัญญัติที่กำหนดการใช้มาตรการทางอาญาและเงื่อนไขในการกำหนดโทษ และเป็นกฎหมายที่ได้ปรับปรุงอำนาจของศาลในกฎหมายอื่นๆ ด้วยกฎหมายฉบับนี้ให้ความสำคัญต่อผู้กระทำความผิดที่กระทำต่อผู้เสียหายเกี่ยวกับเพศ โดยเฉพาะเด็กและผู้พิการ และการกำหนดมาตรการที่เพิ่มขึ้นในการป้องกันสังคมจากผู้กระทำผิดที่เป็นอันตราย (dangerous offender) กำหนดมาตรการควบคุมและลงโทษ (custody plus penalty) นอกจากนี้ยังจัดตั้งกองทุนให้แก่สำนักงานคุมประพฤติเพื่อสนับสนุนการลงโทษโดยชุมชนและการเพิ่มการลงโทษโดยการคุมขังสุดสัปดาห์หรือผ่อนส่ง (intermittent custody)[34] การบังคับโทษปรับโดยการให้ทำงานโดยไม่จ่ายค่าแรงหรือการห้ามออกนอกสถานที่หรือการระงับใบอนุญาตขับรถแทนการชำระค่าปรับ เพิ่มมาตรการที่ใช้กับผู้กระทำความผิดตามแนวคิดในการลงโทษแบบสมานฉันท์ (restorative justice) ไม่ว่าจะเป็นผู้ใหญ่หรือเยาวชน และมีองค์กรที่ทำหน้าที่ทำแนวทางในการลงโทษเพื่อให้เกิดความเสมอภาคและเป็นธรรมในการกำหนดโทษ โดยมีคณะกรรมการคณะหนึ่งซึ่งมี Lord Chancellor เป็นประธาน เรียกว่า Sentencing Guideline Council[35] และทำหน้าที่กำหนดแนวทางการลงโทษเพื่อให้ใช้ทั่วประเทศทั้งในศาล Crown Court และ Magistrate Court

4.2.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องและนโยบายเกี่ยวกับการกำหนดโทษ

1. หลักทั่วไป

1) การแบ่งประเภทความผิด และกฎหมายที่เกี่ยวกับการกำหนดโทษ

เดิมกฎหมายอังกฤษ แบ่งประเภทความผิดออกเป็น 3 ประเภท คือ ความผิดอุกฉกรรจ์ (Felony) ความผิด Misdemenours และ Petty Offences ต่อมาถูกยกเลิกไป และมาแบ่งเป็นประเภทความผิดโดยถือตามวิธีพิจารณา โดยแยกเป็นความผิดที่ต้องพิจารณาในศาล Crown Court และมีคณะลูกขุนเป็นผู้พิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงที่เรียกว่า Offences Triable Only on Indictment กับความผิดที่พิจารณาโดยรวบรัดโดยศาล Magistrate เรียกว่า Offences Triable Summarily และประเภทที่สามารถพิจารณาโดยรวบรัด (Offences Triable Either Way) หรือโดย Indictment ก็ได้[36]

---

[34]การจำคุกในลักษณะนี้มีใช้ในสหรัฐอเมริกา เพื่อป้องกันผลเสียในการลงโทษต่อเนื่อง เช่น ต้องออกจากงาน หรือต้องถูกตัดขาดจากครอบครัวหรือความสัมพันธ์กับญาติหรือเพื่อน ซึ่งอาจเป็นการจำคุกสุดสัปดาห์หรือบางวันในสัปดาห์ หรือในเวลากลางคืน ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมของผู้กระทำความผิด. Ibid. pp. 34-35. อ้างถึงใน ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. เล่มเดิม น. 69.

[35]Susan Easton and Christine Piper. Op.cit. pp. 24-25.

[36]Martin Wasik. *Emmins on Sentencing*. pp. 35-36.

ในปัจจุบัน กฎหมายอังกฤษกำหนดความผิดไว้โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory Offences) โดยมีกฎหมายบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญาโดยเฉพาะ เช่น The Criminal Act 1967 The Criminal Law Act 1977, The Crime and Disorder Act 1998, Terrorism Act 2006 เป็นต้น และความผิดที่กำหนดไว้ในกฎหมายพิเศษอีกหลายฉบับ เช่น Firearms Act 1968, Drug Trafficking Act 1994, War Crime Act 1991, Police and Criminal Evidence Act 1984 เป็นต้น ซึ่งความผิดตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้กำหนดโทษไว้เพื่อให้ศาลกำหนดโทษ บางฐานความผิดเป็นการกำหนดโทษไว้ตายตัว บางฐานความผิดกำหนดอัตราโทษขั้นสูง และบางความผิดกำหนดโทษที่ให้ศาลขั้นต่ำไว้ แต่ส่วนใหญ่เป็นการอัตราโทษขั้นสูง เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ ที่เรียกว่า กระบวนการกำหนดโทษ (Sentencing Process) โดยศาลจะกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิดและสภาพของตัวผู้กระทำความผิด โดยคำนึงถึงเป้าหมายในการลงโทษเพื่อป้องกันสังคมให้ปลอดภัยและแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด ดังนั้นกฎหมายอังกฤษจึงได้บัญญัติหลักเกณฑ์การกำหนดโทษของศาล และอำนาจศาลที่จะกำหนดโทษในแต่ละประเภทไว้ เพื่อให้ศาลใช้เป็นหลักเกณฑ์การกำหนดโทษ กฎหมายเหล่านี้ ได้แก่ Crime (Sentences) Act 1997, Criminal Justice Act 1967, Criminal Justice Act 1991 และฉบับปัจจุบัน Criminal Justice Act 2003 , Magistrates Court Act 1980, Power of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000, Children and Young Person Act 1933, 1969, Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 เป็นต้น[37]

อังกฤษได้ปรับปรุงและพัฒนากระบวนยุติธรรมทางอาญาและการกำหนดโทษตลอดมา โดยมีการศึกษาวิจัยและวิเคราะห์สถิติของคำพิพากษาของศาลเพื่อประเมินและวิเคราะห์แนวโน้มในการกำหนดโทษของความผิดและการใช้มาตรการลงโทษที่มีอยู่ในกฎหมาย และประสิทธิภาพในการบริหารงานยุติธรรมและกระบวนการแก้ไขบำบัดผู้กระทำความผิด สำหรับงานวิจัยเกี่ยวกับพัฒนาการของการกำหนดโทษได้ศึกษาเพื่อค้นหามาตรการให้การลงโทษสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคยุติธรรมและเป็นที่ยอมรับต่อสังคมว่ากระบวนการยุติธรรมมีความสามารถในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดและป้องกันสังคมในพ้นจากการกระทำความผิดของอาชญากรรม[38]

กฎหมายหลักที่กำหนดหลักเกณฑ์การลงโทษของศาลในปัจจุบันมีกฎหมายหลักอยู่ 3 ฉบับ คือ The Criminal Justice Act 1991 (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “CJA 1991”) กฎหมายนี้กำหนดหลักเกณฑ์การกำหนดโทษของศาล โดยให้คำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ในการพิจารณาว่าโทษที่ร้ายแรงควรได้รับการลงโทษร้ายแรงตามสัดส่วน กฎหมายฉบับที่สองคือ The Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “PCC (S) A 2000”) โดยประมวลมาตรการในการบังคับใช้กฎหมายอาญา

---

[37]ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. เล่มเดิม. น. 63-64.

[38]แหล่งเดิม. น.63.

ให้อยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกันเพื่อให้การบังคับโทษเป็นไปโดยเหมาะสมกับความผิดและผู้กระทำความผิด และในท้ายที่สุดมีการปรับปรุงกระบวนการกำหนดโทษฉบับล่าสุด ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่แก้ไขหลักเกณฑ์การลงโทษและดุลพินิจในการกำหนดโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายสองฉบับแรก และมีผลใช้ทั่วสหราชอาณาจักร โดยขยายหลักเกณฑ์บางเรื่องไปใช้กับความผิดในไอแลนด์เหนือและสกอตแลนด์ด้วย กฎหมายฉบับที่สามนี้ คือ The Criminal Justice Act 2003[39] (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า "CJA 2003") โดยถือเป็นกฎหมายหลักที่มีอยู่ในปัจจุบันในการกำหนดโทษที่มีในอังกฤษ[40]

2. นโยบายในการกำหนดโทษของอังกฤษ

พื้นฐานในการกำหนดโทษนั้น ตั้งอยู่บนหลักการที่สำคัญ 3 ประการ คือ เสมอภาค เป็นธรรมและยุติธรรม หลักความเสมอภาค หมายถึง ความเท่าเทียมในการกำหนดโทษในความผิดที่กระทำในลักษณะเดียวกัน และไม่มีการเลือกปฏิบัติ ซึ่งได้กำหนดไว้ชัดเจนใน CJA 1991 อย่างไรก็ดี ได้มีแนวความคิดที่เพิ่มเติมว่า ผู้กระทำความผิดบางประเภทอาจได้รับโทษที่มีลักษณะแตกต่างจากผู้กระทำความผิดโดยทั่วไปได้แม้ว่าได้กระทำความผิดในลักษณะเดียวกัน เช่นผู้กระทำความผิดที่มีจิตผิดปกติ เป็นต้น นอกจากนี้ ในความผิดบางลักษณะที่กระทำต่อผู้หญิงหรือเด็ก หรือคนพิการ ผู้กระทำอาจได้รับโทษสูงขึ้นกว่าการกระทำต่อบุคคลโดยทั่วไปได้[41] ซึ่งมีหลักเกณฑ์กำหนดไว้ใน CJA 2003 เป็นต้น ส่วนการลงโทษที่เป็นธรรมนั้นพิจารณาจากการใช้โทษอาญาต่อการกระทำความผิดและต่อผู้กระทำความผิด และจำนวนโทษที่กำหนดให้แก่ผู้กระทำความผิดมีอย่างไร ซึ่งศาลจะต้องใช้โทษอย่างเป็นธรรม และกำหนดโทษในทำนองเดียวกันอย่างเป็นแบบแผนเดียวกัน ดังนั้น การลงโทษที่เป็นธรรมและยุติธรรมจึงเป็นหลักการที่สำคัญที่กฎหมายอังกฤษได้นำมาใช้และนำไปสู่การลงโทษที่ต้องเป็นไปตามเกณฑ์ที่ว่า ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด (proportionate) มีความสม่ำเสมอ (consistent) มีความเป็นกลางไม่เลือกปฏิบัติ (improper discrimination) สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน (human right) มีความโปร่งใส หรือสามารถตรวจสอบได้ (transparent)[42]

การลงโทษที่ยุติธรรมจะต้องพิจารณาจากความเป็นธรรมของทุกกลุ่มของสังคม ไม่ว่าจะเป็นด้านผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด และประโยชน์ต่อสังคมในภาพรวม ซึ่งแนวคิดดังกล่าวจะถือว่ายุติธรรมหรือไม่ อาจกล่าวได้ยากเพราะหากเป็นการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อทดแทน

---

[39]Criminal Justice Act 2003. chapter 44. part 12. ss. 142-305.

[40]ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. เล่มเดิม. น.64-65.

[41]Susan Easton and Christine Piper. Op.cit. pp. 6-7.

[42]John Halliday. (2001). *Making Punishments Work* (Report of a Review of the Sentencing Framework for England and Wales). p. 12.

(Retributivism) ซึ่งพิจารณาการลงโทษที่เป็นธรรมโดยพิจารณาสัดส่วนที่เป็นธรรมในการที่ผู้นั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคม ซึ่งเป็นคนละพื้นฐานของการลงโทษกับการลงโทษเพื่อป้องกันสังคมตามแนวคิดของทฤษฎีอรรถประโยชน์สูงสุด (Utilitarianism) ซึ่งมีแนวคิดในการลงโทษเพื่อป้องกันการกระทำความผิดโดยการข่มขู่ (Deterrence) หรือแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitation) หรือตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Incapacitation) ซึ่งทฤษฎีหลังนี้มีความเชื่อว่าบุคคลต้องการความพอใจและหลีกเลี่ยงความเจ็บปวด ดังนั้น หากจะใช้มาตรการทางสังคมและการลงโทษเพื่อก่อให้เกิดความสุขแก่ผู้กระทำมากกว่าการก่อให้เกิดอาชญากรรมแล้ว บุคคลนั้นจะไม่กระทำความผิด[43]

ดังนั้น การพิจารณาความยุติธรรมในการลงโทษจึงไม่อาจตัดสินได้จากแนวคิดในการลงโทษทั้งสองทฤษฎีได้แต่เพียงอย่างเดียว แต่ในอังกฤษนั้นได้นำแนวคิดที่เกี่ยวกับทฤษฎีทัณฑวิทยาสมัยใหม่ (New Penology)[44] และแนวคิดในเรื่องของเสรีภาพในการดำเนินธุรกิจในระบบทุนนิยม ความเป็นปัจเจกชนนิยม ความเชื่อมั่นของสังคมที่มีต่อกระบวนการยุติธรรม และความต้องการของกลุ่มผลประโยชน์มาเป็นแนวทางในการพิจารณาถึงแนวทางการกำหนดโทษของอังกฤษประกอบด้วย[45] สำหรับแนวคิดของสำนักทัณฑวิทยาสมัยใหม่ (New Penology) ซึ่งมีพื้นฐานในการบริหารงานยุติธรรม (Managerialism)[46] โดยการใช้เครื่องมือทางเทคโนโลยีและสถิติเพื่อนำมาบริหารจัดการความเสี่ยงของสังคมต่อความเสียหายอันเกิดจากการกระทำความผิดของกลุ่มผู้กระทำความผิดที่มีแนวโน้มในการก่ออาชญากรรมสูง สาระของแนวความคิดนี้เน้นการควบคุมมิให้เกิดความเสี่ยงในการก่อให้เกิดอาชญากรรม และใช้เทคโนโลยีในการควบคุมผู้กระทำความผิด ทั้งนี้การแยกผู้กระทำความผิดจึงแยกจากกลุ่มที่มีความเสี่ยงในการก่อให้เกิดอาชญากรรมมากกว่าการแยกประเภทของผู้กระทำความผิดโดยพิจารณาสาเหตุของการกระทำความผิดเหมือนแนวทางเดิม ดังนั้น ผู้กระทำความผิดที่มีความเสี่ยงจึงพิจารณาจากข้อมูลของตัวผู้กระทำความผิดและแนวโน้มในการกระทำความผิดซ้ำ ซึ่งต้องพิจารณาจากประวัติของผู้นั้นและการสืบเสาะและรายงานของพนักงานคุมประพฤติประกอบกัน ด้วยเหตุนี้ การบริหารงานเพื่อควบคุมผู้กระทำความผิดจึงตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเสี่ยงของบุคคลที่จะกระทำความผิดต่อสังคมและหากผู้นั้นไม่มีอันตรายต่อสังคมก็สามารถควบคุมผู้นั้นในชุมชนได้ โดยใช้วิธีการทางเทคโนโลยีมาเพื่อบำบัด และใช้มาตรการควบคุม

---

[43]Ibid. pp. 8-10 และดู ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. น. 21-35

[44]Susan Easton and Christine Piper. Op.cit. p. 16.

[45]J. Simon. (1998). *"Managing the Monstrous : Sex Offenders and the New Penology". Psychology Public Policy and the Law.* Vol. 4 (1). p. 8.

[46]Anthony Bottoms. (1995). *" The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing" . in C.M. V. Clarkson and R. Morgan (eds.). ThePolitics of Sentencing Reform.* pp. 24-34.

ในเรือนจำหรือการควบคุมพฤติกรรมของผู้นั้นมิให้ก่อให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำขึ้นในสังคม และจะใช้มาตรการควบคุมจนกว่าผู้นั้นจะไม่ก่ออันตรายแก่สังคม[47]

อันเนื่องมาจากแนวคิดในการลงโทษโดยพิจารณาถึงความเสี่ยงของผู้กระทำความผิดในการก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคมนี้ CJA 2003 จึงกำหนดมาตรการให้ศาลออกคำสั่งหรือใช้มาตรการทางอาญาเพื่อดำเนินการแก่ผู้กระทำความผิดที่มีความเสี่ยงในการก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคม เพื่อให้อยู่ในความควบคุมและมีมาตรการอื่นๆ เพื่อใช้ในการเดินทางของผู้กระทำความผิดฐานค้าหญิงและเด็ก และเน้นการลงโทษจำคุกหรือกักขังเป็นหลัก มีการจัดตั้งหน่วยงานที่ทำหน้าที่บันทึกประวัติการกระทำความผิดระดับชาติ เพื่อติดตามประวัติของผู้ที่เป็นบุคคลที่เป็นอันตรายและมีแนวโน้มในการกระทำความผิด[48] เป็นต้น ดังนั้น แนวคิดในการกำหนดโทษของอังกฤษในปัจจุบันโดยเฉพาะใน CJA 2003 จึงเน้นการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากการกระทำความผิดที่ร้ายแรงและผู้กระทำความผิดที่เป็นอันตราย ซึ่งตรงกับแนวคิดในทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม (Utilitalianism) ในด้านเน้นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Capacitation) และการลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งการกระทำความผิด (Deterrence) โดยถือความปลอดภัยของสังคมเป็นหลัก และใช้มาตรการควบคุมประกอบกับการออกคำสั่งเพื่อให้ปรับปรุงพฤติกรรมหรือห้ามการกระทำบางอย่างที่เป็นอันตรายเพื่อควบคุมอาชญากรรมมากขึ้น[49]

4.2.3 กระบวนการกำหนดโทษ (Sentencing Process)

เนื่องจากกฎหมายอังกฤษได้ให้ดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดไว้กว้าง และมีพัฒนาการที่ให้ศาลเลือกใช้มาตรการทางอาญาที่จำคุกหรือกักขังผู้กระทำความผิดในเรือนจำหรือสถานกักขังสำหรับเด็ก ซึ่งเรียกว่า Custodial Sentence ส่วนโทษอีกประเภทหนึ่งเป็นโทษที่ไม่ต้องถูกจำกัดเสรีภาพในเรือนจำหรือสถานที่กักขังแต่ผู้ต้องโทษกลับเข้าสู่สังคมภายใต้การดูแลของเจ้าพนักงานคุมประพฤติหรือเจ้าพนักงานอื่น หรือต้องปฏิบัติตาม

---

[47]โปรดดู Explanatory Notes to Criminal Justice Act 2003. chapter 44. Part 12. in www.opsi.gov.uk.

[48]See Susan Easton and Christine Piper. Op.cit. pp. 25-28.

[49]นักวิชาการอังกฤษบางท่านเห็นว่า เป็นแนวคิดที่เปลี่ยนจาก Rehabilitation เป็น Incapacitation ซึ่งทำให้แนวโน้มของการใช้มาตรการลงโทษในชุมชนลดลงและใช้มาตรการในการควบคุมและปล่อยโดยมีเงื่อนไขมากขึ้น โปรดดูบทวิเคราะห์ใน see Susan Easton and Christine Piper. Op.cit. pp. 126-146 ซึ่งหากพิจารณาจากมาตรา 142 ของ CJA 2003 และบทบัญญัติใน chapter 12 ที่เกี่ยวกับการลงโทษนั้นเห็นได้ว่ามีแนวโน้มไปในทางใช้มาตรการควบคุมมากกว่าในทศวรรษที่ผ่านมาจริงสำหรับความผิดที่ร้ายแรงหรือผู้กระทำความผิดที่มีความเสี่ยงในการกระทำความผิดซ้ำ แต่ในมาตรการอื่นนั้นเห็นว่าก็ยังคงถือแนวทางการแก้ไขฟื้นฟูและมีมาตรการในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายหรือการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มากขึ้น โดยเฉพาะในความผิดที่เกี่ยวกับเยาวชน อ้างถึงใน ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. เล่มเดิม. น.68.

เงื่อนไขที่ศาลกำหนดภายใต้การควบคุมของ Secretary of State โทษประเภทนี้เรียกว่า Community Sentence ก่อนศาลจะกำหนดโทษนั้น จะต้องมีกระบวนการพิจารณาที่เรียกว่า Sentencing Process ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะทราบรายงานการสืบเสาะพฤติการณ์ของความผิดและสภาพแวดล้อมของจำเลย (Pre-Sentence Report) หลังจากที่มีคำวินิจฉัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดแล้ว ซึ่งกระบวนการดังกล่าวใช้ทั้งในกรณีที่เป็นการดำเนินคดีในศาล Magistrate และศาล Crown Court โดยศาลจะแจ้งข้อมูลได้รับรายงานการสืบเสาะให้จำเลยได้ทราบ และให้จำเลยได้มีโอกาสชี้แจงข้อเท็จจริงที่สืบเสาะมา หลังจากนั้นจึงกำหนดดุลพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสม โดยคำนึงถึงความจำเป็นที่จะต้องจำคุกหรือกักขังผู้นั้นไว้ในเรือนจำหรือสถานที่กักขังหรือไม่ หากไม่จำเป็นก็จะใช้มาตรการลงโทษในชุมชน โดยกำหนดเงื่อนไขในการลงโทษให้เหมาะสมกับสภาพของความผิดและผู้กระทำความผิด ตลอดจนเยียวยาความเสียหายและป้องกันสังคมมิให้ได้รับอันตรายซ้ำอีกจากผู้กระทำความผิด[50]

1. การกำหนดโทษตาม CJA 1991 และ PCC(S)A 2000 มีหลักเกณฑ์อยู่ว่า ศาลจะต้องเลือกที่จะใช้การลงโทษในชุมชน หรือการลงโทษโดยการจำคุกในเรือนจำ ซึ่งหากเป็นการลงโทษจำคุกในเรือนจำหรือกักขังจะต้องเป็นโทษที่ร้ายแรง และมีลักษณะที่จำต้องจำคุกหรือกักขังเพื่อป้องกันอันตรายที่ผู้นั้นจะก่อให้เกิดขึ้นต่อสังคม มีเกณฑ์การกำหนดโทษ พิจารณาหลักเกณฑ์ ดังนี้[51]

1) ความผิดนั้นเป็นความผิดที่ร้ายแรง ควรต้องจำคุกหรือกักขังจึงจะเหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิดที่จำเลยได้กระทำ มีดังนี้

(1) ลักษณะของการกระทำความผิดจำเลยมีเจตนาก่อให้เกิดการกระทำความผิด

(2) มีลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายหรือทรัพย์สินของผู้เสียหาย

(3) ความผิดนั้นได้มีการเตรียมการหรือได้มีการคบคิดกันมาก่อนหรือไม่

(4) จำเลยมีเหตุอันควรบันดาลโทสะหรือไม่

(5) มีการก่อให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจต่อผู้เสียหายเพียงใด

(6) เคยต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกมาก่อนหรือไม่

(7) ความผิดได้กระทำระหว่างมีการปล่อยชั่วคราวระหว่างพิจารณาหรือไม่

2) เป็นความผิดที่ใช้กำลังประทุษร้าย (violent offences) หรือเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่จำเป็นต้องลงโทษจำคุก หรือเป็นความผิดที่กระทำซ้ำ สำหรับความผิดที่ใช้กำลังนั้นหมายถึงความผิดที่ประทุษร้ายแก่ชีวิต ร่างกาย รวมถึงการวางยาพิษด้วย แต่ไม่ใช่การทำให้ตกใจ ถึงขั้นช็อค

---

[50]ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. เล่มเดิม. น. 92-93.

[51]แหล่งเดิม. น. 93-95.

(Robinson (1993) 14 Cr.App. R. (s) 448) ส่วนความผิดเกี่ยวกับเพศ เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ในครอบครัว กระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 13 ปี การทำภาพลามกที่มีเด็กเป็นวัตถุ การข่มขืนกระทำชำเราโดยเข้าไปในเคหสถาน เป็นต้น

3) ความผิดที่กระทำซ้ำหมายความว่า ผู้กระทำได้กระทำความผิดซ้ำหรือกระทำความผิดหลายกรรม

4) เป็นความผิดที่กระทบต่อความสงบสุขของประชาชน ถ้าไม่จำคุกจะก่อให้เกิดอันตรายแก่สังคมจากตัวผู้กระทำความผิด แต่ไม่ได้หมายถึงหากไม่ลงโทษเขาแล้วจะทำให้คนอื่นเอาเยี่ยงอย่าง (Jacobs (1989) 11 Cr. App. R. (S) 171)

5) เมื่อพิจารณาถึงความร้ายแรงของความผิดแล้ว ศาลต้องพิจารณาเหตุที่จะลดโทษให้แก่จำเลย อาทิ

(1) จำเลยยอมรับผิดตามที่กล่าวหาหรือไม่ รวมถึงการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายอย่างไร

(2) จำเลยได้กระทำผิดเพราะเสพยาเสพติดหรือไม่ หรือกระทำด้วยการเมาสุราหรือไม่

(3) เป็นเยาวชน หรือมีความบกพร่องต่อจิตใจหรือไม่

(4) มีประวัติการทำคุณงามความดีมาก่อนหรือไม่

(5) ความรับผิดชอบต่อครอบครัว

(6) ความบกพร่องทางกายหรือจิตใจ

(7) จำเลยเคยต้องโทษจำคุกมาก่อนหรือไม่

6) จำนวนโทษที่ศาลจะลงแก่ผู้กระทำความผิดหลังจากที่ได้พิจารณาถึงความร้ายแรงของโทษและเหตุลดโทษจำเลยแล้ว ในการกำหนดโทษจำคุกนั้น ศาลจะต้องมีเกณฑ์การใช้ดุลพินิจ ดังนี้

(1) ผู้กระทำผิดเป็นผู้ที่น่าเชื่อถือ และยังกระทำผิดโดยอาศัยวิชาชีพของตน เช่น ผู้ชำระบัญชีทนายความ นายธนาคาร บุรุษไปรษณีย์ เป็นต้น

(2) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หากเป็นการกระทำต่อผู้ใหญ่ จำคุก 5 ปี แต่ถ้าเป็นการโดยร่วมกระทำความผิดตั้งแต่สองคนขึ้นไป หรือเข้าไปข่มขืนผู้เสียหายในเคหสถาน หรือเป็นการกระทำต่อผู้อยู่ในความปกครอง ให้ลงโทษจำคุก 8 ปี ถ้าเป็นการกระทำความผิดต่อเด็กหญิงลงโทษจำคุก 15 ปี

(3) กรณียาเสพติด แยกออกเป็น class A ซึ่งได้แก่ เฮโรอีน และมอร์ฟีน ซึ่งถือว่าเป็นสารเสพติดที่ร้ายแรง และต้องการการปราบปรามอย่างจริงจัง ดังนั้น ศาลสูงมีแนวทางการกำหนดโทษโดยพิจารณาจากปริมาณสารบริสุทธิ์ที่ค้า หากมีสารบริสุทธิ์ 500 กรัม ให้จำคุก 10 ปีขึ้นไป ถ้ามีจำนวน 5 กิโลกรัมจำคุก 14 ปีขึ้นไป แต่ถ้าไม่ได้จำหน่ายเป็นประจำ จำคุกไม่เกิน 4 ปี

แต่อาจได้รับการลดโทษ หากรับสารภาพต่อศาลหรือให้ความรู้แก่เจ้าพนักงานในการสืบสวน และถ้าครอบครองยาเสพติดไว้ ให้จำคุก 7 ปี หรือปรับ

(4) ส่วนยาเสพติด class B เช่น กัญชา จำหน่ายไม่เกิน 20 กิโลกรัม ให้จำคุก 18 เดือน ถึง 2 ปี แต่ถ้าเกิน 20 กิโลกรัม ให้จำคุกตั้งแต่ 3 ปีถึง 6 ปี หากนำเข้ามาในสหราชอาณาจักร จำคุก 10 ปี จำหน่าย จำคุก 10 ปี เป็นต้น

2. กระบวนการกำหนดโทษตาม CJA 2003 มีแนวทางในการพิจารณาคล้ายกับที่ได้กำหนดไว้ใน CJA 1991 แต่มีหลักการที่เปลี่ยนแปลงไปโดยให้อำนาจศาลในการใช้มาตรการลงโทษจำคุกหรือขัง และลงโทษมากกว่าใน CJA 1991 เนื่องจากสภาพสังคมของอังกฤษประสบปัญหาการเพิ่มขึ้นของอาชญากรรมและมีการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับการก่อการร้าย การกระทำความผิดทางเพศ และการใช้อาวุธ จึงเพิ่มมาตรการในการลงโทษรุนแรงและเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดและการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากผู้กระทำความผิดที่เป็นอันตราย หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ มีดังนี้[52]

1) วัตถุประสงค์ของการลงโทษ ประกอบด้วย 5 ประการคือ (CJA 2003 s. 142 (1))

(1) ลงโทษผู้กระทำความผิด

(2) ลดจำนวนอาชญากรรม (ตามแนวคิดของการยับยั้งการกระทำความผิด)

(3) แก้ไขและฟื้นฟูผู้กระทำความผิด

(4) เพื่อป้องกันสังคม และ

(5) เพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้ชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย

วัตถุประสงค์ทั้ง 5 ประการนี้ไม่นำมาใช้แก่ความผิดที่กำหนดไว้แน่นอนตายตัวตามกฎหมายผู้กระทำความผิดที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ในวันกระทำความผิด หรือความผิดตาม มาตรา 51 (A) (2) ของความผิดเกี่ยวกับอาวุธปืน หรือมาตรา 110-111 วรรคสอง ของ PCC (S) A 2000 และการลงโทษผู้เป็นอันตราย ตาม มาตรา 225-228 ของ CJA 2003 และผู้กระทำความผิดที่ต้องใช้การสั่งให้บำบัดในโรงพยาบาล ตามมาตรา 20 แห่ง The Mental Health Act, 1983 (CJA 2003 (2))

2) หลักเกณฑ์การพิจารณาว่า ความผิดนั้นเป็นความผิดที่ร้ายแรง (seriousness) หรือไม่ มีเกณฑ์เพิ่มเติมตาม CJA 2003 s. 143 ดังนี้

(1) ศาลต้องพิจารณาถึงความผิดของผู้กระทำและความเสียหายที่ผู้กระทำได้ก่อให้เกิดขึ้นจากการกระทำความผิด ทั้งนี้ โดยพิจารณาว่าผู้กระทำได้เจตนาหรือเล็งเห็นถึงความเสียหายที่จะเกิดหรือไม่ เพียงใด

(2) การพิจารณาความร้ายแรงของความผิดให้พิจารณาในคดีที่ศาลพิจารณาไม่ว่าจะเป็นการกระทำกรรมเดียวหรือหลายกรรม และแม้ว่าผู้นั้นจะได้กระทำความผิดมาแล้ว ศาลจะ

---

[52]แหล่งเดิม. น. 96-99.

นำมาเป็นเหตุเพิ่มโทษหากเป็นการกระทำที่มีความเกี่ยวเนื่องกับความผิดที่พิจารณาหรือเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นคาบเกี่ยวกับความผิดที่พิจารณาว่าได้กระทำความผิด

(3) ในกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำผิดขณะได้รับการปล่อยชั่วคราว ศาลต้องถือว่าเป็นเหตุเพิ่มโทษได้

3) กรณีที่ศาลจะลดโทษให้เพราะจำเลยให้การรับสารภาพ โดยศาลพิจารณาถึงขั้นตอนที่จำเลยให้การรับสารภาพ และพฤติการณ์ซึ่งแสดงว่าจำเลยให้การรับสารภาพประกอบด้วย (CJA 2003 s. 144 (1))

ในกรณีที่จำเลยให้การรับสารภาพในความผิดที่กำหนดไว้ใน (2) ของมาตรา 110 และมาตรา 111 ของ PCC (S) A 2000 และเมื่อศาลพิจารณาว่ามีเหตุลดโทษแล้ว ศาลจะกำหนดโทษได้ไม่ต่ำกว่า 80 เปอร์เซ็นต์ของโทษที่กำหนดไว้ในมาตรานั้นๆ (CJA 2003 s. 144 (2))

4) เหตุเพิ่มโทษ กำหนดไว้ในมาตรา 145 และ 146 ของ CJA 2003 ดังนี้

(1) เหตุที่กระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือทรัพย์หรือการก่อให้เกิดความไม่สงบตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 29-32 ของ The Crime and Disorder Act 1998 อันเนื่องมาจากการกีดกันสีผิวหรือศาสนา ถือเป็นเหตุเพิ่มโทษ (CJA 2003 s. 145)

(2) เหตุเพิ่มโทษซึ่งได้กระทำผิดต่อผู้ไร้ความสามารถ (ทางกายภาพหรือทางจิตใจ) หรือการกระทำความผิดทางเพศ หากได้กระทำต่อผู้ไร้ความสามารถ หรือเป็นการกระทำเพื่อความประสงค์ทางเพศต่อผู้เสียหาย (CJA 2003, s. 146)

5) หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษและข้อจำกัดในการกำหนดโทษจำคุก CJA 2003 มาตรา 152-155 วางหลักไว้ดังนี้

(1) การกำหนดโทษจำคุกหรือกักขัง (custodial sentence) นำมาใช้กับความผิดที่กำหนดไว้ตายตัวตามกฎหมาย หรือความผิดตามมาตรา 51 A(2) ของ The Firearm Act 1968, มาตรา 110 (2) หรือ มาตรา 111 (2) ของ PCC (S) A 2000 และ มาตรา 225-228 ของ CJA 2003

(2) ศาลต้องไม่ลงโทษจำคุกหรือกักขัง ถ้าศาลเห็นว่าความผิดที่ได้กระทำหรือความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่พิจารณาไม่ถือว่าเป็นความผิดร้ายแรง และการลงโทษในความผิดดังกล่าวโดยการปรับแต่เพียงอย่างเดียวหรือใช้การลงโทษโดยชุมชนยังไม่เหมาะสม

(3) ในกรณีที่ศาลกำหนดการลงโทษโดยชุมชนให้แก่ผู้กระทำความผิดแล้วแต่ผู้กระทำความผิดไม่ประสงค์จะยอมรับเงื่อนไขในการปฏิบัติ หรือไม่ยอมเข้ารับการตรวจยาเสพติดเพื่อทำรายงานเกี่ยวกับการเสพยาเสพติด ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 161(2) ของ CJA 2003 ศาลมีอำนาจกำหนดโทษจำคุกได้

(4) ศาลมีอำนาจกำหนดโทษได้หากไม่ใช่โทษที่กำหนดไว้ตายตัว โดยต้องกำหนดโทษไม่เกินโทษขั้นสูงที่กำหนดไว้ในกฎหมายตามความร้ายแรงของความผิด

(5) ศาล Magistrate มีอำนาจในการกำหนดโทษจำคุกได้ภายใต้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ (มาตรา 154)

- มีอำนาจกำหนดโทษจำคุกในแต่ละกรรมได้ไม่เกิน 12 เดือน

- ในกรณีที่ผู้ต้องโทษปรับไม่มีเงินเสียค่าปรับและต้องถูกจำคุกแทนค่าปรับ ระยะเวลาจำคุกแทนค่าปรับอาจจำคุกแทนค่าปรับได้เกิน 12 เดือน (อย่างไรก็ดี การปรับนี้ไม่รวมถึงการชดใช้เงินเพราะเหตุไม่อาจส่งมอบทรัพย์สินที่ถูกริบ หรือกรณีชดใช้เงินให้แก่ผู้เสียหาย)

- ศาลจะลงโทษจำคุกได้ไม่เกิน 65 สัปดาห์ (เดิมลงได้ไม่เกิน 6 เดือน) ตามมาตรา 133 ของ The Magistrate Court Act 1980 (มาตรา 155)

(6) การกำหนดโทษต้องมีรายงานสืบเสาะก่อนการกำหนดโทษ (Pre Sentencing Report) และเงื่อนไขอื่นๆ ประกอบการพิจารณาของศาล ตาม CJA 2003, s. 156 กำหนดว่าศาลจะต้องพิจารณารายงานก่อนการกำหนดโทษ (Pre Sentencing Report) ซึ่งสืบเสาะเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมของการกระทำความผิด และความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่ได้กระทำ รวมถึงเหตุเพิ่มโทษหรือเหตุลดโทษ รวมถึงสภาพแวดล้อมที่เกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิดประกอบ ซึ่งการพิจารณาข้อมูลเหล่านี้ กฎหมายกำหนดให้ศาลต้องดำเนินการก่อนที่จะมีคำสั่งให้จำคุกหรือลงโทษโดยชุมชน เว้นแต่ศาลจะมีความเห็นว่าไม่จำเป็นต้องมีรายงานก่อนการกำหนดโทษ

6) การกำหนดโทษปรับ

CJA, 2003 s. 162-165 กำหนดหลักเกณฑ์ที่ศาลจะกำหนดโทษปรับไว้ดังนี้

(1) ศาลมีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นบุคคลแสดงรายได้ของผู้นั้นเป็นหนังสือต่อศาลในกรณีที่เป็นศาล Magistrate หากผู้นั้นไม่ได้มาศาลในวันพิจารณา แต่ได้ให้การรับสารภาพ ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้นั้นแสดงรายได้ของตนต่อศาล

(2) ในกรณีที่ศาลออกคำสั่งให้ผู้นั้นแสดงรายได้ หากผู้นั้นฝ่าฝืน มีโทษปรับระดับ 3 แต่ถ้าแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดของมูลที่ต้องเปิดเผย มีโทษปรับระดับ 4

(3) ในกรณีที่ศาล Crown Court เป็นผู้กำหนดโทษปรับ หากเป็นความผิดที่พิจารณาโดย Indictment ที่ไม่ใช่โทษที่กำหนดไว้ตายตัวตามกฎหมายหรือ เป็นโทษในความผิดตามมาตรา 110 (2) -111 (2) ของ PCC (S) A 2000 หรือความผิดที่กำหนดไว้ใน มาตรา 225-228 ของ CJA 2003 แล้วศาลมีอำนาจกำหนดโทษปรับพร้อมกับมาตรการอื่นๆ ที่เหมาะสมได้

(4) ในการกำหนดโทษปรับนั้น ศาลจะต้องพิจารณาถึงรายได้ของผู้กระทำความผิดและจำนวนค่าปรับต้องเป็นไปตามความร้ายแรงของความผิด และอาจมีการปรับเพิ่มหรือลดได้ตาม

ฐานะทางการเงินของผู้นั้น อย่างไรก็ดี หากไม่มีหลักฐานทางรายได้ของผู้กระทำความผิดเพียงพอ ศาลมีดุลพินิจที่จะกำหนดค่าปรับได้ตามที่เห็นสมควรในกรณีที่ศาลกำหนดค่าปรับแล้วเห็นว่าจำนวนโทษปรับน้อยเกินไป เมื่อพิจารณาจากฐานะทางการเงินของผู้นั้น ศาลมีอำนาจที่จะไม่ปรับผู้นั้นก็ได้

7) คณะกรรมการกำหนดแนวทางการกำหนดโทษ (The Sentencing Guideline Council) CJA 2003 ss. 167-173 กำหนดคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่กำหนด Sentencing Guideline เพื่อเป็นแนวทางที่ศาลจะใช้ทั่วประเทศ และจัดทำรายงานการลงโทษเป็นรายงานประจำปีคณะกรรมการชุดนี้เรียกว่า The Sentencing Guideline Council (ซึ่งต่อไปจะเรียกโดยย่อว่า "The Council" ประกอบด้วย Lord Chief Justice เป็นประธาน และมีคณะกรรมการอีก 7 คนจากตุลาการ[53] แต่งตั้งโดย Lord Chancellor โดยได้ปรึกษาจาก รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยและ Lord Chief Justice และกรรมการอีก 4 คน ซึ่งไม่ใช่ตุลาการ[54] แต่งตั้งโดย Secretary of State โดยได้รับคำปรึกษาจาก Lord Chancellor และ Lord Chief Justice รองประธานคณะกรรมการเป็นตุลาการหรือกรรมการที่ไม่ใช่ตุลาการซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดย Lord Chief Justice

นอกจากนี้ Secretary of State อาจแต่งตั้งผู้แทนที่มีประสบการณ์ในด้านการกำหนดโทษเพื่อชี้แจงต่อ The Council ได้

Lord Chief Justice มีอำนาจในการออกข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการบริหาร การลาออกหรือการแต่งตั้งสมาชิกของตุลาการหรือสมาชิกที่ไม่ใช่ตุลาการ ตลอดจนวิธีการปฏิบัติงานของ The Council (CJA 2003, s.168)

Lord Chancellor เป็นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการจัดทำแนวทางการกำหนดโทษ เรียกว่า "The Sentencing Advisory Panel" โดยการปรึกษากับ Lord Chief Justice และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยแล้ว คณะกรรมการชุดนี้มีอำนาจตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 170-171 ของ CJA 2003 ออกแนวทางการกำหนดโทษของศาล เรียกว่า Sentencing Guideline[55]และแนวทาง

---

[53]ตุลาการ หมายถึง a Lord Justice of Appeal. A judge in High court. A Circuit judge. a District Judge (Magistrate Courts). a lay justice. CJA 2003. s. 167 (2).

[54]หมายถึง บุคคลผู้มีประสบการณ์จากในด้านการสืบสวนสอบสวน ผู้ฟ้องคดี การเป็นทนายความแก้ต่างคดี หรือการจัดการสงเคราะห์หรือสวัสดิการให้แก่ผู้เสียหายในคดีอาญา และ Secretary of State เห็นสมควร CJA 2003. s. 167 (4).

[55]ในปัจจุบันได้มี New Sentences: Criminal Justice Act 2003 Guideline ประกาศใช้ตั้งแต่ 20 กันยายน 2004 โดยมีการกำหนดแนวทางการลงโทษแบ่งออกเป็นสองภาค ภาคแรกเป็นการกำหนดโทษที่ไม่ใช่โทษจำคุก แต่เป็นการลงโทษโดยชุมชน และส่วนที่สองเป็นการใช้โทษจำคุกที่มีกำหนดตั้งแต่ 12 เดือนขึ้นไป หรือการกำหนดโทษ intermittent custody โปรดดู www.sentencing.guideline.gov.uk

การกำหนดโทษของศาล Magistrate เรียกว่า Allocation Guideline[56] ในกรณีที่เป็นคดีที่สามารถพิจารณาได้ทั้งแบบ Summary Trial และแบบ Indictment Trial เมื่อคณะกรรมการชุดนี้ได้จัดทำแล้ว จึงเสนอให้ The Council ประกาศ นอกจากนี้ หากมีการปรับปรุงแก้ไข คณะกรรมการชุดนี้จะเป็นผู้พิจารณาและนำเสนอข้อแก้ไขต่อ The Council ต่อไป

แนวทางการกำหนดโทษนั้น มีพื้นฐานในการจัดทำเพื่อต้องการให้การลงโทษในอังกฤษมีความเสมอภาคและเป็นแนวทางเดียวกันทั่วประเทศ เป็นแนวทางให้ศาลในอังกฤษและเวลส์ใช้เพื่อกำหนดโทษในความผิดที่ระบุไว้ใน Guidelines เป็นแนวทางในการเสริมสร้างประสิทธิภาพในการลงโทษเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ เพื่อเป็นการส่งเสริมให้ประชาชนเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรม และเพื่อนำนโยบายในการกำหนดโทษของ The Council มาใช้ให้เกิดผลในทางปฏิบัติจริง[57]

แนวทางการกำหนดโทษที่ประกาศใช้ต้องประกอบด้วย ประเภทของความผิด หลักเกณฑ์การวินิจฉัยว่าเป็นความผิดร้ายแรง รวมถึงการเพิ่มโทษหากมีการกระทำความผิดซ้ำ ก่อนที่จะออกแนวทางการกำหนดโทษ คณะกรรมการฯ จะต้องประกาศและรับฟังความเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้อง แล้วนำความเห็นดังกล่าวมาปรับปรุงก่อนนำเสนอ The Council

ผลของแนวทางการกำหนดโทษ เมื่อประกาศออกมาแล้ว CJA 2003 s. 172 กำหนดให้ผู้พิพากษาต้องถือตามแนวทางการกำหนดโทษ ในการกำหนดโทษผู้กระทำความผิด และต้องบังคับให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่แนวทางการกำหนดโทษระบุไว้

นอกจากนี้ CJA 2003 s. 173 กำหนดให้ Secretary of State และ Lord Chancellor ต้องจัดทำรายงานประจำปีของ The Council เพื่อเสนอต่อรัฐสภา และตีพิมพ์รายงานดังกล่าวเผยแพร่ต่อไป

3. แนวทางการกำหนดโทษตาม Sentencing Guideline

ตามที่ Sentencing Guideline Council ได้ประกาศใช้ New Sentences: Criminal Justice Act 2003 โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ เมษายน 2005 เป็นต้นมา หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษซึ่งใช้ทั่วประเทศนั้นแยกออกเป็นสองส่วน ส่วนหนึ่งเป็นการกำหนดโทษในชุมชน (community sentence) และส่วนที่สองเป็นการกำหนดโทษจำคุกและกักขัง (custodial sentence)[58]

---

[56]โปรดดู www.sentencing.guideline.gov.uk

[57]ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. เล่มเดิม. น. 100.

[58]แหล่งเดิม. น. 97.

4.2.4 หลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ

1. การละเมิดลิขสิทธิ์

กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองในเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ คือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ การออกแบบผลิตภัณฑ์ และสิทธิบัตร พ.ศ. 2531 (Copyright, Design and Patents Act 1988; CDPA) เป็นกฎหมายที่ใช้ในปัจจุบัน คือใช้สำหรับงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นหลังวันที่ 1 สิงหาคม พ.ศ. 2532 แต่กฎหมายที่ออกมาก่อนหน้านี้ใช้สำหรับงานที่สร้างสรรค์ขึ้นก่อนวันที่ 1 สิงหาคม พ.ศ. 2532[59]

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษได้บัญญัติให้การคุ้มครองกรณีมีการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรอง (Secondary Infringement) แยกต่างหากจากการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น (Primary Infringement) เพราะเห็นว่าการกระทำดังกล่าวมิได้เป็นการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรง แต่เป็นการกระทบต่อสำเนาของงานที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นอีกทอดหนึ่ง แต่การกระทำดังกล่าวก็ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ จึงมีการบัญญัติให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย เช่น Copyright, Design and Patents Act 1988 section 22-26 แต่มาตราดังกล่าวเป็นก็เป็นมาตรการคุ้มครองในทางแพ่ง

ส่วนความผิดอาญาได้บัญญัติไว้ใน Copyright, Design and patents Act 1988 มาตรา 107[60] เช่น มาตรา 107(1) มีใจความสำคัญว่า ความรับผิดในทางอาญาเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์มีดังนี้ คือ

---

[59]กฎหมายลิขสิทธิ์-ประเทศอังกฤษ. สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2557 จาก http://onestopservice.ditp.go.th/download/file/250dip.pdf

[60]Article 107 Criminal liability for making or dealing with infringing articles

(1) A person commits an offence who. without the licence of the copyright owner—

(a) makes for sale or hire. or

(b) imports into the United Kingdom otherwise than for his private and domestic use. or

(c) possesses in the course of a business with a view to committing any act infringing the copyright. or

(d) in the course of a business —

(i) sells or lets for hire. or

(ii) offers or exposes for sale or hire. or

(iii) exhibits in public. or

(iv) distributes. or

(e) distributes otherwise than in the course of a business to such an extent as to affect prejudicially the owner of the copyright. an article which is. and which he knows or has reason to believe is. an infringing copy of a copyright work.

บุคคลใดกระทำความผิดฐานจำหน่าย ให้เช่า นำเข้ามาในสหราชอาณาจักร เว้นแต่เป็นการนำเข้าเพื่อใช้ส่วนตัว มีงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในครอบครองเพื่อประโยชน์ในทางการค้า หรือเพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจ ได้กระทำการจำหน่าย เสนอจำหน่าย ให้เช่า เสนอให้เช่า เป็นต้น

2. บทกำหนดโทษ

ในส่วนที่เกี่ยวกับบทกำหนดโทษนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษจะกำหนดโทษจำคุกและโทษปรับสำหรับความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ใน มาตรา 107 (4)(a)[61] บัญญัติโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 50,000 ปอนด์ หรือทั้งจำคุกและปรับ และมาตรา 107 (4A)(a)[62] บัญญัติโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน หรือปรับไม่เกิน 50,000 ปอนด์ หรือทั้งจำคุกและปรับ

ทั้งนี้ ศาลกำหนดโทษโดยพิจารณาถึงกระบวนการกำหนดโทษที่กล่าวมาข้างต้นมาเป็นแนวทางเพื่อกำหนดโทษให้เหมาะสมกับการกระทำผิดของผู้กระทำผิดเป็นรายกรณีไป

---

[61]Article 107(4) A person guilty of an offence under subsection (1)(a). (b). (d)(iv) or (e) is liable—

(a) on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding six months or a fine not exceeding £50, 000 or both;

(b) on conviction on indictment to a fine or imprisonment for a term not exceeding ten years. or both.

[62]Article 107 (4A)A person guilty of an offence under subsection (2A) is liable—

(a) on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding three months or a fine not exceeding £50,000. or both;

(b) on conviction on indictment to a fine or imprisonment for a term not exceeding two years. or both.