

บทที่ 2

แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษ การเลี้ยงโทษจำคุก และการรอกการลงโทษ

ปลายทางของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่จำเป็นจะต้องจบลงที่เรือนจำ หรือต้องมีจำเลยต้องโทษจำคุกเสมอไป กล่าวคือ แม้ศาลจะพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดจริงตามฟ้อง หากศาลเห็นว่าจำเลยไม่ควรจะต้องถูกคุมขังอยู่ในเรือนจำศาลอาจหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกที่จะลงแก่จำเลยโดยใช้มาตรการอื่นๆ แทนการลงโทษจำคุก ซึ่งโทษทางอาญาที่จะลงแก่จำเลยนั้นศาลอาจเลือกใช้โทษ กักขัง ปรับ หรือริบทรัพย์สินของจำเลยแทนการลงโทษจำคุก ทั้งกฎหมายยังบัญญัติให้ศาลสามารถ “รอกการกำหนดโทษ” หรือ “รอกการลงโทษ” ซึ่งเรียกกันทั่วไปว่า “การรอลงอาญา”¹ ดังนั้น เมื่อศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่าจำเลยได้กระทำความผิดตามฟ้องศาลจะมีคำพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิด โดยจะได้กำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลยไว้ในคำพิพากษาฉบับเดียวกันนั้น โดยกฎหมายบัญญัติให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลยพินิจในการพิจารณากำหนดโทษของจำเลยตามที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับความผิดตามที่โจทก์ฟ้อง เพื่อให้ศาลสามารถกำหนดโทษของจำเลยให้เหมาะสมกับสภาพแห่งความผิดและตัวผู้กระทำความผิด ในขั้นตอนกำหนดโทษนี้เองศาลจะใช้แนวความคิดในเรื่องทฤษฎีการลงโทษ การรอกการลงโทษ และการหลีกเลี่ยงโทษ มาใช้ประกอบการพิจารณาว่าสมควรที่จะลงแก่จำเลยแก่จำเลยสถานใดและสมควรรอกการลงโทษให้แก่จำเลยหรือไม่ ซึ่งในบทนี้จะได้นำแนวคิดและทฤษฎีที่ว่ามานี้มาอธิบายไว้

2.1 ทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ

“โทษ” เป็นมาตรการบังคับทางอาญาคั้งเดิมที่สุด และจนถึงบัดนี้ยังไม่มีสิ่งอื่นมาทดแทนโทษ² แต่การลงโทษไม่ใช่สาระสำคัญของกฎหมาย แต่เป็นเพียงบางส่วนของประกอบที่ช่วยให้กฎหมายได้รับการปฏิบัติตามอย่างถูกต้องสมบูรณ์ยิ่งขึ้นเท่านั้น ผู้ที่อยู่ในข่ายการบังคับของกฎหมายจะยอมรับรู้หรือยอมรับนับถืออำนาจบังคับหรือไม่ก็ได้ แต่ถ้าไม่รับนับถือก็อาจถูกลงโทษทัณฑ์ก็ได้ ความคิดเห็นเช่นนี้จะไม่ตรงกับหลักใหญ่ของวิชานิติศาสตร์ คืออาชญากรรมไม่อาจอ้างได้ว่าการประกอบอาชญากรรมเป็นสิ่งที่ชอบและพึงกระทำได้ แต่ถ้ากระทำไปแล้วก็ต้องได้รับ

¹ เกียรติจร วัฒนสวัสดิ์. (2551). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 917.

² คณิศ ณ นคร ก (2551). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (ครั้งที่ 6). หน้า 379.

ผลตอบแทนคือการลงโทษทัณฑ์ตรงกันข้าม อาชญากรรมเป็นสิ่งที่ไม่พึงกระทำ แต่การลงโทษโทษทัณฑ์เป็นแต่เพียงวิธีการหนึ่งที่สามารถช่วยป้องกันมิให้มีการประกอบอาชญากรรม³ กฎหมายเกิดขึ้นเพื่อสนองประโยชน์และความต้องการของสังคมการเมืองเพื่อกำหนดความประพฤติสิทธิหน้าที่ ตลอดจนความสัมพันธ์ของสมาชิกในสังคม ฉะนั้นจึงไม่อาจยอมให้มีการเลือกเคารพกฎหมายได้และไม่อาจยอมให้บุคคลใช้ดุลยพินิจในการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายได้ โดยหลักทั่วไปบุคคลทุกคนทุกหมู่เหล่า จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเพื่อมิให้เกิดการเหลื่อมล้ำขึ้นในระหว่างเอกชนซึ่งเป็นสมาชิกของสังคมนั้น⁴

โทษ หมายถึง ทัณฑ์กรรม หรือผลแห่งความผิดที่ต้องรับที่รัฐลงแก่ผู้กระทำความผิดตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ส่วนคำว่า การลงโทษ ซัทเธอร์แลนด์และเครสเซซี (Sutherland and Cressey)⁵ ได้ให้คำจำกัดความเอาไว้ว่า จะต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่ในสังคมโดยผู้มีอำนาจในสังคมนั้น และการลงโทษจะก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานแก่ผู้ถูกลงโทษตามรูปแบบและวิธีการที่กำหนดไว้⁶

โดยที่การลงโทษเป็นการทำให้ได้รับผลร้ายจึงทำให้มีลักษณะไปในทางลบ (Negative) แม้ลักษณะเช่นนี้จะลดน้อยลงในปัจจุบัน โดยได้นำเอาการอบรมแก้ไขมาใช้ประกอบ แต่เจตนาจะให้ได้รับผลร้ายก็ยังคงเป็นสาระสำคัญของการลงโทษอยู่ จึงมีปัญหาว่า การลงโทษกระทำเพื่อประโยชน์อะไร ปัญหานี้มีผลไม่เฉพาะในทฤษฎีหรือทางปรัชญาเท่านั้น แต่ย่อมมีผลต่อการบัญญัติกฎหมายอาญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับวิธีการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดด้วย ได้มีทฤษฎีต่างๆอธิบายถึงเหตุผลที่มีการลงโทษและวัตถุประสงค์ของการลงโทษต่างๆมากมาย⁷

ในสมัยโบราณมนุษย์มีการอาศัยอยู่ร่วมกันเป็นจำนวนมาก และย่อมหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่จะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น หากบุคคลใดกระทำความผิดขึ้นมาย่อมถูกตอบโต้เนื่องจากการกระทำของตนนั้นเสมอ ส่วนมากเป็นการแก้แค้นกันเองระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นเอกชนด้วยกันหรือแก้แค้นระหว่างหมู่เหล่า⁸

นโยบายทางอาญา (Criminal Policy) และ ขบวนการตัดสินใจยุติธรรม จะต้องมีความเข้าใจต่อพฤติกรรมทางอาญาที่ถูกกำหนดว่าเป็นการกระทำความผิดหรือเป็นอันตรายต่อ

³ ถนัด คอมันตร์. (2518). *ปรัชญากฎหมาย*. หน้า 27-28.

⁴ สมยศ วัฒนภิรมย์. (2536). *การรอกการลงโทษและการรอกการกำหนดโทษปรับ*. หน้า 11.

⁵ Edwin H. Sutherland and Donald R Cressey. (1966). *Principles of Criminology*. p. 308.

⁶ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราชา. (2542). *อาชญาวิทยาและทัณฑ์วิทยา*. หน้า 141.

⁷ อุทิศ แสนโกศิก ก (2515). *อุททิศุสรณ์*. หน้า 5.

⁸ สรรค์ชัย สุทธิคณิง. เล่มเดิม. หน้า 8.

สังคม แล้วนำมาพิจารณาหามาตรการที่เหมาะสมในการที่จะปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดหรืออาชญากรนั้นๆ⁹ ตามประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติโทษทางอาญาที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ 5 สถานอันได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน¹⁰

และเมื่อกฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐในอันที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ และการลงโทษก็เป็นสิ่งที่ทำให้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น แม้การลงโทษจะเจตนาให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกว่าเขาได้รับผลร้ายก็ตาม แต่ตามแนวคิดในปัจจุบัน วัตถุประสงค์ในการลงโทษแตกต่างไปตามค่านิยมของสังคม ความเจริญก้าวหน้าของบ้านเมือง และปฏิกริยาของชุมชนที่มีต่ออาชญากรรมต่างยุคต่างสมัยกัน จากเดิมที่มีลักษณะทารุณโหดร้าย ตอบแทนแก่แก่นผู้กระทำความผิด ช่มชู้ผู้กระทำความผิดและผู้อื่นให้เกรงกลัวต่อการลงโทษ แต่ในปัจจุบันได้เน้นการป้องกันภัยทางสังคม กับการแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดให้กลับมาประพฤติตนเป็นคนดี¹¹ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า แม้ว่าโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายจะมีความแตกต่างกัน ซึ่งขึ้นอยู่กับสภาพความผิด และความร้ายแรงแห่งการกระทำ แต่วัตถุประสงค์ของการลงโทษนั้นมีลักษณะที่เหมือนกัน¹²

2.1.1 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

2.1.1.1 เพื่อเป็นการยับยั้งการกระทำความผิด (Deterrent)

การลงโทษผู้กระทำความผิดโดยทั่วไปมีวัตถุประสงค์เพื่อระงับ ยับยั้ง มิให้เกิดการกระทำความผิดเช่นนั้นอีก เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเข็ดหลาบ และเป็นตัวอย่างมิให้ผู้อื่นกระทำความผิดเช่นเดียวกันนั้นขึ้นอีก การลงโทษโดยใช้วิธีลงโทษผู้กระทำสถานหนักจึงยังคงอยู่เพื่อเป็นตัวอย่างแก่สาธารณะ การลงโทษในหลายๆ รูปแบบเป็นเสมือนการยับยั้งบุคคลเฉพาะผู้ซึ่งไตร่ตรองในกฎข้อห้ามเหล่านั้น¹³

2.1.1.2 เพื่อเป็นการทดแทน (Retribution)

แนวความคิดในการลงโทษเพื่อทดแทนความผิดมีพื้นฐานมาจากทัศนะที่เรียกว่า ลัทธิเจตจำนงเสรี (Free will) กล่าวคือ การกระทำใดๆ ของบุคคลอยู่ภายใต้การตัดสินใจโดยเสรีของบุคคลนั้นๆ โดยไม่มีสิ่งภายนอกใดๆ มาบีบบังคับการตัดสินใจของเขา เมื่อเขาได้ตัดสินใจกระทำ

⁹ อรรถ สุวรรณบุบผา. (2518). *หลักอาชญาวิทยา*. หน้า 139.

¹⁰ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 18.

¹¹ อริยา มณีสว่าง. (2550). *การคุมประพฤติ: ศึกษาการเลี้ยงโทษจำคุกโดยการคุมขังเป็นช่วงระยะเวลา*. หน้า 9.

¹² อรรถ สุวรรณบุบผา. เล่มเดิม. หน้า 139.

¹³ ผจงจิตต์ อธิคมนันตะ. (2525). *สังคมวิทยาว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ*. หน้า 128-129.

การใดลงไปแล้วย่อมต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้นๆ ของตน เมื่อการกระทำนั้นๆ ขัดต่อบรรทัดฐานทางสังคม ซึ่งถือเป็นการกระทำที่ผิด ผู้กระทำจึงสมควรได้รับโทษเพื่อทดแทนความผิดที่เขาได้กระทำขึ้น¹⁴ ในสมัยก่อนการแก้แค้นทดแทน มีลักษณะเรียกว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” เมื่อต่อมามีความเจริญทางด้านวัฒนธรรม มีการรวมกลุ่มเป็นสังคมนำการแก้แค้นทดแทนจึงเปลี่ยนรูปแบบเป็นกฎหมาย โดยใช้บังคับแก่สมาชิกในสังคมโดยมีบทลงโทษ ที่เปิดโอกาสให้ชุมชนแก้แค้นผู้กระทำผิดโดยผ่านทางกฎหมายบ้านเมือง และโดยที่การแก้แค้นได้รับการกระตุ้นเตือนจากความเกลียดชังโดยทั่วไปของสังคมซึ่งมีต่อผู้กระทำผิด จึงเป็นกรณีที่ การแก้แค้นทดแทนก็มีวัตถุประสงค์เพื่อมิให้เกิดการกระทำผิดซ้ำอีก ดังนั้น วัตถุประสงค์เพื่อการแก้แค้นทดแทนและเพื่อการยับยั้งจึงยากที่จะแยกออกจากกันได้¹⁵

2.1.1.3 เพื่อตัดผู้กระทำผิดออกจากสังคม (Removal From Society)

การลงโทษประหารชีวิต โทษจำคุก หรือโทษกักขัง เป็นการตัดผู้กระทำผิด ไม่ว่าจะเป็นการตัดผู้กระทำผิดออกจากสังคมโดยถาวร คือลงโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต หรือกรณีการตัดผู้กระทำผิดออกจากสังคมชั่วคราวโดยการลงโทษจำคุก หรือกักขัง โดยเฉพาะโทษประหารชีวิตและโทษจำคุกตลอดชีวิต เป็นที่กล่าวขวัญว่าเป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพในการปฏิบัติต่อบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคม และสามารถเป็นหลักประกันมิให้เกิดการกระทำผิดซ้ำ เป็นการกำจัดผู้กระทำผิดและป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม¹⁶

2.1.1.4 เพื่อแก้ไขผู้กระทำผิด (Corrections)

การลงโทษเป็นการจำกัดการใช้สิทธิของผู้เสียหายหรือเจ้าทุกข์เพื่อมิให้กระทำแก้แค้นตอบแทนแก่ผู้กระทำผิด และเป็นการพยายามหาทางแก้ไขผู้กระทำผิด เพื่อให้สามารถกลับตัวเป็นพลเมืองดีและสามารถอยู่ร่วมสังคมกับผู้อื่นได้ต่อไป การแก้ไขผู้กระทำผิดไม่อาจแก้ไขผู้กระทำผิดให้สามารถกลับตัวเป็นคนดีได้ หากแต่อาจเกิดผลในทางตรงข้าม หากต้องการให้ผู้กระทำผิดกลับตนเป็นพลเมืองที่ดีการลงโทษเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอ หากแต่ต้องใช้วิธีการปลอบประโลม หรือหาวิธีการต่างๆ เพื่อแก้ไขให้นักโทษกลับตนเป็นพลเมืองดีต่อไปด้วย¹⁷ ปัจจุบันจึงได้มีการฝึกอาชีพ คุมประพฤติ ตลอดจนให้การศึกษ เพื่อให้นักโทษสามารถกลับตัวเป็นพลเมืองที่ดีในสังคมเมื่อได้รับการปลดปล่อยให้กลับสู่สังคมอีกครั้ง¹⁸

¹⁴ Jerome Michel and Hart Wehler. (1940). *Criminal Law and Its Administration*. p. 7.

¹⁵ อรรถ สุวรรณบุบผา. เล่มเดิม. หน้า 140-141.

¹⁶ แหล่งเดิม.

¹⁷ แหล่งเดิม.

¹⁸ พงจิตต์ อธิคมนันตะ. เล่มเดิม. หน้า 129-130.

2.1.1.5 เพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรม (Prevention of Crimes)

ทัศนคติของการลงโทษเพื่อป้องกันเห็นว่าการลงโทษควรมีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันสังคมให้พ้นจากผลร้ายของอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต แก้ไขหรือลดทอนผลร้ายของอาชญากรรมที่ได้เกิดขึ้นให้หมดสิ้นไป หรือให้เหลือน้อยที่สุดและไม่ให้ลุกลามต่อไป¹⁹ การลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรม เพื่อมิให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกระทำความผิดขึ้นอีกและได้แก้ไขฟื้นฟูระหว่างต้องโทษ โดยมีการอบรมแนะแนวพร้อมทั้งให้การศึกษา และยี่อาชีพเมื่อพ้นโทษแล้วจะได้กลับตนและประกอบอาชีพในทางสุจริต เพื่อเป็นแนวทางป้องกันมิให้เกิดอาชญากรรมขึ้นอีก²⁰

2.1.2 แนวคิดในการกำหนดโทษ

การกำหนดโทษให้แก่จำเลยที่กระทำความผิดนั้นมีความสำคัญมากในการพิจารณาคดีอาญา โดยการกำหนดโทษให้แก่จำเลยในคดีอาญานั้น ในแต่ละประเทศมีรายละเอียดการดำเนินการที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ใช้ระบบการดำเนินคดีอาญาแบบต่อสู้หรือระบบคู่ปรปักษ์ (Adversary System or Fight Theory) มีการแยกขั้นตอนการวินิจฉัยความผิด (Guilty Stage)²¹ และขั้นตอนการกำหนดโทษ (Sentencing Stage) ออกจากกันเป็นอิสระ (Bifurcation) โดยกระบวนการกำหนดโทษจำเลยจะเริ่มขึ้นภายหลังมีคำตัดสินว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด ไม่ว่าจะโดยการรับสารภาพของจำเลย หรือโดยการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีโดยผู้พิพากษาหรือโดยลูกขุน และในกระบวนการกำหนดโทษ จะมีการเสนอข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพความผิด บุคลิกลักษณะ ตลอดจนประวัติภูมิหลังของจำเลยต่อศาล หรือต่อหน้าผู้ทำหน้าที่กำหนดโทษในรูปรายงานต่างๆ โดยต้องเปิดเผยรายละเอียดให้จำเลยทราบด้วย เพื่อเปิดโอกาสให้จำเลยโต้แย้งหากจำเลยไม่เห็นด้วยกับข้อมูลเหล่านั้น นอกจากนี้ จำเลยยังมีสิทธิที่จะเสนอข้อเท็จจริงเพื่อชักจูงให้ศาลลงโทษตนเองสถานเบา (Right of Allocution or Plea Mitigation) ได้อีกด้วย²² หลังจากที่มีการนำเสนอข้อเท็จจริงต่างๆ แล้ว ศาลหรือผู้กำหนดโทษจะดำเนินการกระบวนการกำหนดโทษให้แก่จำเลย โดยการกำหนดโทษต้องอยู่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด โดยขั้นตอนนี้ในระบบคอมมอนลอว์เรียกว่า กระบวนการกำหนดโทษจำเลยในคดีอาญา (Sentencing Process)²³

¹⁹ ปรีชา จำเพชร. (2546). *คู่มือพินิจของศาลในการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษ: ศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกา*. หน้า 9.

²⁰ พงจจิตต์ อธิคมนันตะ. เล่มเดิม. หน้า 128-129.

²¹ เกียรติภูมิ แสงศิริ. เล่มเดิม. หน้า 1.

²² เศรษฐชัย อันสมศรี. (2547). *คู่มือพินิจในการกำหนดโทษจำคุก*. หน้า 22.

²³ แหล่งเดิม.

สำหรับกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย ซีวิตลอร์ (Civil Law) กระบวนการกำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลยในคดีอาญามีลักษณะแตกต่างจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอร์ โดยเหตุที่กระบวนการพิจารณาความผิดในระบบกฎหมายซีวิตลอร์เป็นระบบไต่สวน มิใช่แบบคู่ต่อสู้ (Non-adversary system or Inquisitorial Type) การวินิจฉัยความผิดและการกำหนดโทษจำเลยจะไม่มี การแยกออกจากกัน จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อเนื่องโดยไม่มี การแยกออกจากกัน²⁴ ในระบบนี้ ผู้พิพากษาจะเป็นผู้ดำเนินการค้นหาความจริงด้วยตนเอง และศาลสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณา คดีและกระบวนการกำหนดโทษไปพร้อมกันได้ เพราะศาลมีข้อมูลเกี่ยวกับตัวจำเลยและข้อมูลอื่นๆ ที่จำเป็นในการพิจารณาโทษจำเลยอย่างครบถ้วนแล้ว

การดำเนินกระบวนการไม่ว่าจะใช้ระบบคอมมอนลอร์ หรือ ระบบซีวิตลอร์ จึงสามารถแยกออกเป็น 2 ขั้นตอน คือ การวินิจฉัยความผิดและการกำหนดโทษ

“เฉพาะผู้ที่กระทำความผิดเท่านั้นที่ควรจะได้รับ การลงโทษ” เป็นหลักการที่สำคัญใน กระบวนการยุติธรรมทางอาญา²⁵ การลงโทษที่เหมาะสมคือการไม่ลงโทษโดยปราศจากความผิด และการลงโทษให้เหมาะสมกับความผิด เป็นพื้นฐานที่เหมาะสมของการพิจารณาคดีอาญาทั้งหมด²⁶ หรือเรียกว่า หลัก “Just desert”

กฎหมายอาญามุ่งประสงค์จะลงโทษผู้กระทำความผิดให้เหมาะสม หรือได้สัดส่วนกับ การกระทำความผิด ในแง่ของผู้กระทำความผิด ย่อมไม่ต้องการที่จะรับโทษที่ตนเองถูกพิพากษา และการกำหนดโทษจึงไม่ควรเกินกว่าที่เขาควรได้รับ การลงโทษที่เหมาะสมแก่การกระทำความผิด จะก่อให้เกิดความยุติธรรมขึ้น และการกำหนดโทษที่เหมาะสมแก่ความผิดที่กระทำเป็นสิ่งสำคัญ เพื่อรักษาประสิทธิภาพของกฎหมายเอาไว้ การลงโทษที่เกินกว่าความเหมาะสมเป็นสิ่งที่ไม่มีผู้ใด ต้องการและส่งผลให้กฎหมายไร้ประสิทธิภาพ กรณีการลงโทษที่เบาเกินไปก็เช่นเดียวกัน ย่อมไม่ ส่งผลให้กฎหมายมีประสิทธิภาพการลงโทษผู้กระทำความผิดควรกำหนดโทษให้มีความเหมาะสม กับความผิดและตัวผู้กระทำความผิดประกอบกันเป็นรายๆ ไป ซึ่งต้องอาศัยข้อเท็จจริงแห่งคดี ที่เกี่ยวข้องกับพฤติการณ์แห่งคดี เช่น ความรุนแรงในการกระทำความผิด เป็นต้น และต้องอาศัย ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประวัติภูมิหลังของผู้กระทำความผิดด้วย เช่น ผู้กระทำผิดได้กระทำความผิดครั้งแรก

²⁴ แหล่งเดิม.

²⁵ Hayman Gross. (1981). *Proportional Punishment and Justifiable Sentence*. p. 56.

²⁶ เศรษฐชัย อันสมศรี. เล่มเดิม. หน้า 49.

หรือเคยกระทำผิดซ้ำซากมาแล้วเป็นต้น เพื่อนำข้อเท็จจริงดังกล่าวมาใช้เป็นเครื่องมือประกอบดุลยพินิจกำหนดโทษด้วย²⁷

ทฤษฎีการลงโทษทางอาญามุ่งที่จะป้องกันมิให้ผู้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายหลุดรอดจากการลงโทษ และการลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความผิดที่ได้กระทำลง การได้สัดส่วนจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อเป็นการลงโทษที่พอดี ไม่นหนัก หรือเบาเกินไป แต่อย่างไรก็ดี การยกเว้นโทษก็สามารถกระทำไ้หากเป็นความต้องการของชุมชน มาตรฐานของการลงโทษไม่ได้ขึ้นอยู่กับกับการที่คนส่วนใหญ่รู้สึกเหมือนคู่ผู้กระทำความผิดได้รับความทุกข์ทรมาน หากแต่อยู่ที่สามารที่จะป้องกันการได้เสียโดยใช้เหตุผลได้²⁸

2.1.3 การลงโทษให้เหมาะสมกับบุคคล

การที่สังคมได้นำมาตรการทางกฎหมายมาใช้ต่อผู้กระทำความผิดหรือผู้ละเมิดกฎหมาย การลงโทษต้องกระทำภายใต้บริบทของผู้กระทำความผิด ซึ่งหมายถึง ปัจจัยที่เกี่ยวกับสังคม การศึกษา ครอบครัว อาชีพ สภาพจิตใจ อันเป็นบ่อเกิดของอาชญากรรม โดยการกำหนดโทษนี้ John Winthrop²⁹ ได้กล่าวไว้ว่า “ความยุติธรรมสมควรอบให้แก่ทุกคนตามที่บุคคลเหล่านั้นสมควรได้รับ” ในการกำหนดโทษของผู้พิพากษาแต่ละคน จึงยังไม่ชัดเจนว่าจะใช้ปัจจัยใดในการกำหนดโทษ และไม่แน่ชัดว่าจะให้ความสำคัญกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษหรือสภาพแห่งความผิดหรือความรุนแรงของความผิดแต่ละประเภท

ความไม่ยุติธรรมในการใช้ดุลยพินิจอาจเกิดจากการกำหนดโทษ ซึ่งการกำหนดโทษมิได้เกิดขึ้นโดยตรงกับตัวบุคคล หากแต่เกิดจากข้อมูลเกี่ยวกับบุคคล ดังนั้น ในการพิจารณาโทษคดีเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ข้อสำคัญหนึ่งในคดีอาจถูกละเลย หรือมองข้ามไป แม้ว่าจะได้มีการนำเสนอเข้าสู่คดี หรือการพิจารณาเหมือนกัน

ในประมวลกฎหมายอาญานั้นบัญญัติโทษที่จะลงแก่จำเลยไว้เป็นประเภทต่างๆ หลายประเภท โดยการบัญญัติโทษในทางอาญานั้นเป็นการบัญญัติให้ทางเลือกแก่ผู้พิพากษาเป็นผู้พิจารณาโทษ และผู้พิพากษาผู้พิจารณาโทษนั้นจะเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในการเลือกโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด และโดยที่กฎหมายมิได้บัญญัติ

²⁷ อุตทิส สุภาพ. (2549, มิถุนายน). “การใช้ดุลยพินิจในการกำหนดโทษของศาลยุติธรรม.” *บทบัญญัติ*, 62(2). หน้า 76.

²⁸ แหล่งเดิม. หน้า 50.

²⁹ John Kapain and Jerome H. Skolnick. (1972). *Criminal Justice: Introductory Case and Materials*. p. 557.

หลักเกณฑ์ในการใช้ดุลยพินิจว่า ผู้พิพากษาผู้พิจารณาโทษนั้น ใช้ปัจจัยใดบ้างในการประกอบดุลยพินิจเลือกชนิดของโทษและกำหนดโทษ

ในส่วนของ การกำหนดโทษของผู้พิพากษาจึงมีความสำคัญยิ่งที่จะต้องให้ผู้พิพากษา กำหนดโทษที่เหมาะสมกับความผิดและตัวผู้กระทำความผิดโดยพิจารณา 2 มิติประกอบกันไป มิฉะนั้นอาจจะทำให้กฎหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์ไม่สามารถป้องกันและควบคุมอาชญากรรมให้ ลดลงได้ แต่ในทางปฏิบัติยิ่งทำได้ยาก เนื่องจากเป็นดุลยพินิจของผู้พิพากษาแต่ละคน ซึ่งในแต่ละ คนอาจจะมีความคิดที่แตกต่างกันไป ดังนั้นในความแตกต่างในการกำหนดโทษย่อมเกิดขึ้นมาโดย ตลอด ซึ่งนับว่าเป็นปัญหาสำคัญของระบบงานศาลยุติธรรมอย่างยิ่ง³⁰ ซึ่งในการแก้ไขปัญหานี้ในการ กำหนดโทษของผู้พิพากษาในความแตกต่างในการกำหนดโทษ ควรพิจารณาถึงต้นเหตุแห่งการ กำหนดโทษที่แตกต่างกันนั้น และทำให้มาตรฐานในการกำหนดโทษอยู่ในกรอบแนวความคิด เดียวกัน มิใช่กระทำโดยไม่มีหลักเกณฑ์ เป็นต้นว่า การนำหลักอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยามาใช้ในการ กำหนดโทษ เป็นต้น

2.2 แนวคิดในการเลี้ยงโทษจำคุก

โทษจำคุกเป็นโทษที่มีประสิทธิภาพที่สุดที่จะทำให้ผู้ต้องโทษกลับตนเป็นคนดี ฉะนั้น การวางโทษขั้นต่ำน้อยมากจึงไม่สอดคล้องกับหลักทัณฑวิทยาเพราะกรณีจะไม่สามารถใช้การ ปฏิบัติ (treatment) ได้อย่างมีประสิทธิภาพ³¹ เนื่องจากจำเลยที่กระทำความผิดจะได้รับการแก้ไข ฟื้นฟูให้สามารถกลับตัวเป็นคนดีได้ ดังนั้น ในทางวิชาการนักนิติศาสตร์เห็นพ้องต้องกันว่าควร หลีกเลี่ยงโทษจำคุกระยะสั้น เพราะเหตุที่ว่าโทษจำคุกระยะสั้นไม่สามารถแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความ ผิดได้เนื่องจากระยะเวลาสั้นเกินกว่าที่จะปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดได้ ทั้งยัง ส่งผลเสียอีกมากมายในการจำคุกจำเลยระยะสั้น เหตุนี้กฎหมายอาญาของประเทศต่างๆ จึงบัญญัติ ถึงวิธีการหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกระยะสั้นซึ่งวิธีการหลีกเลี่ยงของประเทศต่างๆ มีความแตกต่าง กันออกไป³²

การเลี้ยงโทษจำคุก หมายถึง การหลีกเลี่ยงโทษจำคุก การหลีกเลี่ยงผลร้ายจากการใช้ชีวิตจำคุกที่ มนุษย์ปวงชนทั่วไปพยายามหลีกเลี่ยงให้ไกลที่สุด ในขณะที่รัฐจำเป็นต้องบังคับให้บุคคลเหล่านั้นรับ เอาผลบางอย่างจากการกระทำผิดไป แต่รัฐก็เปิดโอกาสให้บุคคลเหล่านั้นสามารถกลับตัวเป็นคนดี ได้โดย การเลี้ยงจากวิธีการจำคุกมาจับทลงโทษที่เหมาะสมจากการกระทำที่หลงผิดไม่เป็นอาชญา

³⁰ อุทิศ สุภาพ. เล่มเดิม. หน้า 734.

³¹ หยุด แสงอุทัย ก (2537). กฎหมายอาญาภาค 1. หน้า 178.

³² คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 391.

กรโดยสันดาน³³ นอกจากนั้นยังอาจหมายถึงการใช้มาตรการอื่นในการปฏิบัติผู้กระทำความผิด แทนการลงโทษผู้กระทำความผิดก่อนเข้าสู่เรือนจำเช่น การรอลงอาญา หรือการลงโทษปรับเป็นต้น ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องถูกจำกัดอิสรภาพเลย³⁴

การปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดโดยวิธีการเลี้ยงโทษจำคุกนั้น เป็นมาตรการในการ เบี่ยงเบนตัวผู้กระทำความผิดออกจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ไม่ว่าจะเป็นการเลี้ยงโทษ จำคุกนี้จะมีการกำหนดเงื่อนไขที่ศาลผู้พิจารณาโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดต้องปฏิบัติ โดยคำนึงถึง ความเหมาะสม เป็นกรณีๆ ไป เพื่อเป็นการบำบัด ฟื้นฟูผู้กระทำความผิด เพราะการบำบัดหรือฟื้นฟู นั้น ผู้กระทำความผิดอาจต้องใช้วิธีการที่แตกต่างกัน เช่น กรณีที่ศาลมีดุลยพินิจในการรอลงโทษหรือรอกำหนดโทษให้แก่จำเลย กำหนดกำหนดให้ศาลสามารถกำหนดเงื่อนไขในการ คุมประพฤติ หรือให้จำเลยทำงานบริการสาธารณะ โดยผู้กระทำความผิดหรือจำเลยไม่ต้องรับโทษ จำคุกจริงในเรือนจำหรือทัณฑสถาน หรือศาลอาจมีคำสั่งให้จำเลยมารายงานตัวต่อ เจ้าพนักงานคุม ประพฤติ ซึ่งการใช้มาตรการเลี้ยงโทษจำคุกแก่ผู้กระทำความผิดมักใช้กับผู้กระทำความผิดครั้งแรก มิใช่ผู้กระทำความผิดติดนิสัยหรือโดยสันดาน การกระทำความผิดอันเกิดจากความพลั้งพลาด หรือ พลังผลอ ซึ่งผู้กระทำไม่สมควรได้รับการลงโทษจำคุก หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดแม้ด้วย จงใจหากแต่เป็นการกำหนดโทษจำคุกระยะสั้นซึ่งหากปล่อยให้ผู้กระทำความผิดดังกล่าวต้องรับ โทษอยู่ในเรือนจำอาจส่งผลกระทบต่อบุคคลนั้นมากกว่าการเลี้ยงโทษจำคุกนั้น การเลี้ยงโทษจำคุก ทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถดำเนินชีวิตอยู่ร่วมกับผู้คนในสังคมโดยปกติ และเป็นผลดีแก่ ผู้กระทำมากกว่าปล่อยให้ผู้กระทำถูกลงโทษจำคุก

โดยเหตุที่การลงโทษจำคุกระยะสั้น ไม่ได้ก่อให้เกิดผลดีต่อตัวผู้กระทำความผิด ทั้งโทษ ทางอาญามีอยู่หลายประเภทให้ศาลเลือกใช้กับผู้กระทำความผิดตามความร้ายแรงแห่งการกระทำ ความผิดและเหตุผลส่วนตัวของผู้กระทำความผิด โดยวัตถุประสงค์ของการเลี้ยงโทษจำคุกมีดังนี้คือ³⁵

(1) เพื่อเป็นการลดความเสียหายของโทษจำคุกระยะสั้น หรือลดรอยมลทินแก่ผู้ต้องขัง ที่กระทำความผิดลหุโทษจากการถูกคุมขังในเรือนจำ และเป็นการลดโอกาสในการเรียนรู้หรือ ถ่ายทอดเทคนิคอาชญากรรมจากผู้ต้องขังที่เป็นอาชญากรอาชีพ อันอาจทำให้กลายเป็นอาชญากร อาชีพไปในที่สุด และยังสามารถกลับเข้าสู่สังคมใช้ชีวิตได้ตามปกติ ไม่ถูกตราหน้าว่าเป็นคนขี้คุก หรือถูกตัดออกจากครอบครัว เพื่อนฝูง และสังคมซึ่งอาจเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดปัญหาอื่นตามมา

³³ วัชรภรณ์ จิตรชุ่ม. เล่มเดิม. หน้า 33.

³⁴ อาริยามณีสว่าง. เล่มเดิม. หน้า 27.

³⁵ ประเสริฐ เมฆมณี. (2533). *หลักทัณฑวิทยา*. หน้า 8.

(2) เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดได้ปรับสภาพชีวิตในชุมชนอิสระได้ดียิ่งขึ้น โดยผู้กระทำความผิดจะได้รับคำแนะนำจากเจ้าหน้าที่ที่คอยควบคุมสอดส่องและให้คำปรึกษาตลอดจนให้ความช่วยเหลือในด้านต่างๆ เพื่อให้ผู้กระทำความผิดสามารถปรับตัวเองในการดำเนินชีวิตประจำวันได้ตามปกติ สามารถประกอบอาชีพ อยู่ร่วมกับญาติ พี่น้องได้ อีกทั้งยังทำให้ผู้กระทำความผิดได้ทราบความเจริญก้าวหน้าของโลกที่เปลี่ยนแปลงไป และไม่กลับไปติดต่อกับสังคมในเรือนจำอีก

(3) เพื่อลดความแออัดยัดเยียดของสถานที่คุมขัง โดยเรือนจำควรเป็นสถานที่ที่เหมาะสมกับการกระทำความผิดที่ร้ายแรงที่เป็นอันตรายต่อสังคม ซึ่งต้องควบคุมตัวไว้หรือตัดออกจากสังคมเป็นเวลานาน อันจะทำให้สังคมเกิดความปลอดภัยมากขึ้น

(4) เพื่อช่วยประหยัดงบประมาณของรัฐที่ต้องนำมาเป็นค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูผู้ต้องขังบางประเภทที่ไม่จำเป็น เช่นผู้กระทำความผิดเล็กน้อย หรือกระทำความผิดโดยพลั้งพลาดไป หรือกระทำความผิดไปเพราะมีเหตุจำเป็นต่างๆ มิได้เกิดจากจิตใจชั่วร้าย ซึ่งหากใช้มาตรการอื่นแทนการลงโทษจำคุก ทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับเข้าสู่สังคม ทำงานหาเลี้ยงตนเองและครอบครัวต่อไปได้ ทำให้รัฐไม่จำเป็นต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดูแลผู้กระทำความผิดประเภทนี้และครอบครัวของบุคคลดังกล่าว

2.3 แนวคิดในการรอกการลงโทษ

การปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดในสมัยโบราณ มาจนถึงศตวรรษที่ 19 มุ่งลงโทษโดยถือว่าเป็นการแก้แค้นทดแทนหรือยับยั้งมากกว่าการแก้ไขฟื้นฟู เพราะฉะนั้นการกระทำผิดส่วนมากจึงได้รับการลงโทษอย่างรุนแรงและอย่างน้อยที่สุดก็ถูกลงโทษจำคุกซึ่งผลของการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดดังกล่าวนี้มีแต่จะทำให้ผู้กระทำความผิดประพฤติตนเป็นอาชญากรมากยิ่งขึ้นจากปรากฏการณ์ดังกล่าวนี้จึงทำให้ความเชื่อถือในวิธีปฏิบัติการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดลดลงและหันไปหาวิธีการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดอย่างมีมนุษยธรรมและเป็นรายบุคคลมากยิ่งขึ้น โดยเปลี่ยนแนวความคิดจากวิธีการลงโทษมาเป็นวิธีการแก้ไขบำบัดและจากการจำคุกมาเป็นวิธีการเลี้ยงโทษจำคุก³⁶

การรอกการลงโทษนี้เริ่มขึ้นในประเทศฝรั่งเศส โดยสมาชิกสภาสูงชื่อ Berenger ได้เสนอความคิดที่จะหลีกเลี่ยงการจำคุกระยะสั้นโดยให้ศาลรอกการลงโทษไว้ก่อน ต่อสภาสูงของฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 1884 ในการเสนอร่างกฎหมายฉบับนี้ในชั้นแรกได้มีการอภิปรายถกเถียงกันอย่างกว้างขวางแต่ไม่เป็นที่ยุติ ในปีถัดมา คือ ค.ศ. 1885 ได้มีการจัดประชุมอาชญาวิทยาที่กรุงโรม การอภิปรายครั้งนี้มีผู้ทางไปในแง่ที่ดีทำให้นักกฎหมายชาวเบลเยียมได้นำเอาหลักการนี้ไปปรับใช้

³⁶ นันทิพัฒน์ บุญทวี. (2550). *ปัญหาการรอกการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา*. หน้า 50.

ในกฎหมายลงวันที่ 31 พฤษภาคม ค.ศ. 1888 เหตุการณ์ดังกล่าวทำให้สภาสูงของฝรั่งเศส ได้พิจารณาข้อเสนอของ Berenger อีกครั้ง และได้ออกกฎหมายลงวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 1891 บัญญัติให้สอดแทรกเพิ่มเติมเล็กน้อยว่าด้วยเรื่องรอกการลงโทษไว้ในมาตรา 734-737 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส และได้เพิ่มเติมอย่างสมบูรณ์ในภายหลังในมาตรา 781-788³⁷

แนวความคิดเกี่ยวกับการรอกการลงโทษนี้ ได้แพร่หลายไปยังประเทศต่างๆ อย่างรวดเร็ว เพราะเป็นบทกำหนดโทษที่เหมาะสมตามทฤษฎีการลงโทษแผนใหม่ โดยได้รับไว้ใช้ในรัฐเจนีวา และลักเซมเบิร์ก ในปี ค.ศ. 1892³⁸

2.4 การรอกการลงโทษในประเทศไทย

โดยที่โทษจำคุกมีผลเสียอยู่หลายประการ กล่าวคือการที่ต้องถูกจำคุกอยู่ในเรือนจำทำให้ผู้ต้องโทษเสียชื่อเสียง นอกจากนั้นยังทำให้ต้องปะปนอยู่กับนักโทษคนอื่น ซึ่งอาจทำให้อิทธิพลในทางชั่วร้ายติดมาได้ง่าย การจำคุกผู้กระทำความผิดในระยะเวลาสั้น อาจมีผลเสียมากกว่าผลดี³⁹

สำหรับประเทศไทยมีหลักกฎหมายที่คล้ายการรอกการลงโทษปรากฏอยู่ในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ทรงรวบรวมและชำระสะสางขึ้น และได้บันทึกถึงกฎหมายลักษณะโจรหรือพระอัยการลักษณะโจร กล่าวถึงโทษ 6 สถานมีโทษภาคธรรม (ทัณฑ์) รวมอยู่ด้วย ต่อมาเมื่อปี พ.ศ. 2451 จึงได้มีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 หลักการรอกการลงโทษจึงได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 41 และมาตรา 42 โดยเรียกว่า รอกการลงอาญา กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ทรงอธิบายความแตกต่างระหว่างโทษทัณฑ์ตามกฎหมายเก่ากับรอกการลงอาญาตามกฎหมายอาญาไว้ว่า⁴⁰

ภาคทัณฑ์ตามกฎหมายเก่านั้นเป็นการยกโทษเสียทีเดียวแต่ภาคทัณฑ์ตามโศดนี้เป็นการให้หรือโทษไว้พลางก่อน ถ้าภายในห้าปีไม่ได้กระทำความผิดขึ้นอีกแล้วจึงเป็นอันลบโทษกระดานชนวนความผิดใดที่ภาคทัณฑ์ได้นั้น โศดไม่กำหนดยอมให้ภาคทัณฑ์ได้แต่คนที่ไม่เคยทำความผิดมาแล้วครั้งใดครั้งหนึ่ง กฎหมายลักษณะอาญาเดิมมาตรา 41 และมาตรา 42 มีวิธีการรอกการลงอาญาต่างกับภาคทัณฑ์ตามกฎหมายเก่าซึ่งเป็นการยกโทษให้ทีเดียว เมื่อ พ.ศ. 2494 ได้มีการแก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา ฉบับที่ 14 ให้วิธีการรอกการลงโทษมีผลสมบูรณ์ยิ่งขึ้นตามหลักในมาตรา 56 นี้ ประโยชน์ของการรอกการลงโทษยังมีอยู่อีก โดยเป็นเครื่องเตือนสติให้ผู้ที่อยู่ระหว่าง

³⁷ นพพร โพธิ์รังสิยากร. (2524). *การใช้ดุลยพินิจของศาลในการลงโทษ*. หน้า 41.

³⁸ แหล่งเดิม. หน้า 42.

³⁹ อุททิศ แสนโกศิก. เล่มเดิม. หน้า 116.

⁴⁰ แหล่งเดิม.

รอกการลงโทษต้องสังวรระมัดระวังตัว ไม่กระทำความผิดขึ้นอีก ต่างกับการปล่อยตัวโดยมีเงื่อนไข (La Liberation Conditionnelle) ซึ่งเป็นวิธีการทางฝ่ายบริหารปฏิบัติต่อผู้ถูกลงโทษจำคุกอยู่และประพฤตินอกเหนือจากนี้ ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ยังนำหลักว่าด้วยการยกโทษมาใช้ ดังปรากฏในมาตรา 40 เมื่อผู้ที่ต้องคำพิพากษาให้ลงโทษได้รับการลดหย่อนอาญาลงตามบทกฎหมายนี้จนเหลือแต่อาญาอย่างเบาเพียงต้องจำคุกหนึ่งเดือนหรือต่ำกว่าหนึ่งเดือนและปรับด้วยเท่านั้น ไซร์ ท่านว่าศาลจะกำหนดเวลาจำคุกผู้นั้นให้น้อยลงกว่านั้นอีก ทั้งปรับด้วยหรือไม่ปรับด้วยก็ได้ หรือจะยกโทษจำคุกให้คงปรับเพียงสถานเดียวก็ได้ และในกรณีที่ศาลพิพากษาให้รอกการลงอาญาไว้ตาม มาตรา 41 หากผู้นั้นประพฤติตัวดี ไม่กระทำความผิดภายในระยะเวลาห้าปี ก็ให้ยกโทษที่รอไว้เสีย ดัง ความในมาตรา 42 วรรคแรก บัญญัติว่า เมื่อศาลได้สั่งรอกการลงอาญาผู้ใดไว้ตามความที่กล่าวมาใน มาตรา 41 และผู้นั้นประพฤติตัวดีไม่กระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดที่ว่าเป็นภาค 2 ตั้งแต่ส่วนที่ 1 จนถึงส่วนที่ 9 ตลอดเวลาห้าปีแล้ว ท่านให้ยกโทษที่รอไว้ให้แก่มั่นทีเดียว⁴¹

ต่อมาภายหลังได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาเมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน พ.ศ. 2499 ได้มีการบัญญัติเรื่องการรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษไว้ในมาตรา 56 โดยได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 56 นี้ 2 ครั้งคือ เมื่อปี พ.ศ. 2532 และปี พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นการแก้ไขในเรื่องเงื่อนไขเพื่อการคุ้มครองความประพฤติของผู้กระทำความผิด และการแก้ไขในเรื่องอัตราโทษที่เป็นหลักเกณฑ์ให้ศาลรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษและระยะเวลาในการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษ⁴²

โดยปกติเมื่อศาลวินิจฉัยว่าจำเลยมีความผิดตามฟ้องแล้ว ศาลก็จะกำหนดโทษลงไป คำพิพากษาว่าจะให้ลงโทษจำเลยอย่างละเท่าใดละมีการลงโทษจำเลยตามที่กำหนดไว้ในคำพิพากษานั้น ในกรณีที่มีการรอกการกำหนดโทษนั้น เมื่อศาลวินิจฉัยว่าจำเลยมีความผิดจริงตามฟ้องแล้วศาลจะยังไม่กำหนดโทษและสั่งให้ลงโทษจำเลย แต่จะปล่อยจำเลยไปโดยคาดโทษจำเลยไว้ว่าจะต้องไม่กระทำความผิดขึ้นอีกภายในเวลาที่ศาลกำหนด โดยถ้ากระทำความผิดขึ้นเช่นนั้นจะเข้าหลักเกณฑ์ตามบทกฎหมายกำหนดไว้ นอกจากจำเลยจะต้องถูกลงโทษสำหรับการกระทำความผิดครั้งหลังแล้วศาลยังจะกำหนดโทษและลงโทษสำหรับความผิดครั้งก่อนที่รอไว้รวมเข้าไปด้วย ถ้าจำเลยไม่กระทำความผิดขึ้นอีกภายในเวลาที่ศาลกำหนดไว้หรือกระทำความผิดขึ้นอีกภายใน

⁴¹ ศิริ อิศวนนท์. (2483, มกราคม). “ปัญหาเรื่องรอกการลงอาญาจำเลย.” *บทบัญญัติคดี*. หน้า 196.

⁴² พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2532 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2545.

เวลาที่ศาลกำหนดไว้ก็จริงแต่ไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ จำเลยก็พ้นจากการที่จะต้องรับโทษสำหรับการกระทำความผิดที่ได้รับรอกการกำหนดโทษไว้แล้วไปเลย⁴³

การรอกการลงโทษก็มีลักษณะใกล้เคียงกับการรอกการกำหนดโทษนั่นเองเป็นแต่ว่าในเรื่องการรอกการลงโทษนั้น ศาลจะวางกำหนดโทษลงไปเลย เป็นแต่ยังไม่ให้ลงโทษจำเลยเท่านั้น ฉะนั้น เมื่อจำเลยไปกระทำความผิดขึ้นอีกภายในเวลาที่ศาลกำหนดและเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลก็ไม่จำเป็นต้องวางกำหนดโทษสำหรับความผิดครั้งก่อนเพราะได้วางกำหนดโทษไว้แล้ว จึงเป็นแต่เพียงเอาโทษที่ได้กำหนดไว้สำหรับการกระทำความผิดครั้งก่อน มาเข้าร่วมกับโทษสำหรับความผิดครั้งหลังและใช้ลงแก่จำเลย⁴⁴

การรอกการกำหนดโทษและการรอกการลงโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 56 นี้เรียกกันโดยทั่วไปว่า การรอลงอาญา แต่มาตรา 56 ใช้คำว่า รอกการกำหนดโทษ หรือ รอกการลงโทษ

ดังนั้น การรอกการลงโทษ จึงหมายถึง การที่ศาลพิจารณาคดีและพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดพร้อมกำหนดโทษจำคุกที่จะลงแก่จำเลยแล้ว แต่ยังไม่นำตัวจำเลยไปกักขังไว้ในเรือนจำ โดยให้โอกาสแก่จำเลยกลับไปอยู่กับครอบครัว โดยมีการคาดโทษไว้ว่า ห้ามมิให้จำเลยกระทำความผิดอีกภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด หากจำเลยฝ่าฝืนไม่เชื่อหยาบ ได้กระทำความผิดอีกภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้⁴⁵ หากความปรากฏแก่ศาลเอง หรือกรณีที่โจทก์มีคำขอให้ศาลนำโทษดังกล่าวไปบวกเข้ากับโทษในคดีใหม่ แต่หากจำเลยมิได้กลับไปกระทำความผิดขึ้นอีกภายในระยะเวลาดังกล่าว โทษตามคำพิพากษาย่อมสิ้นผล โดยไม่มีผลแก่จำเลยอีกต่อไป⁴⁶ และการรอกการกำหนดโทษ จึงหมายถึง การที่ศาลพิจารณาคดีและพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดแต่ยังไม่กำหนดโทษจำคุกที่จะลงแก่จำเลย และยังไม่นำตัวจำเลยไปกักขังไว้ในเรือนจำ โดยให้โอกาสแก่จำเลยกลับไปอยู่กับครอบครัว โดยมีการคาดโทษไว้ว่า ห้ามมิให้จำเลยกระทำความผิดอีกภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด หากจำเลยฝ่าฝืนไม่เชื่อหยาบ ได้กระทำความผิดอีกภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ หากความปรากฏแก่ศาลเอง หรือกรณีที่โจทก์มีคำขอให้ศาลกำหนดโทษที่รอไว้ดังกล่าวแล้วนำไปบวกเข้ากับโทษในคดีใหม่ แต่หากจำเลยมิได้กลับไปกระทำความผิดขึ้นอีกภายในระยะเวลาดังกล่าว โทษตามคำพิพากษาย่อมสิ้นผล โดยไม่มีผลแก่จำเลยอีกต่อไป

การรอกการลงโทษเป็นมาตรการที่ศาลนำมาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงโทษจำคุกระยะสั้น โดยรอกการลงโทษผู้กระทำความผิดเนื่องจาก ผู้กระทำความผิดส่วนใหญ่มักกระทำความผิดในคดีไม่

⁴³ อุททิศ แสงโกติก ก เล่มเดิม. หน้า 116-117.

⁴⁴ แหล่งเดิม.

⁴⁵ ภาสกร ญาณสุธี. (2543). *กลวิธีรอกการลงโทษโดยคำพิพากษาศาลฎีกา*. หน้า 8.

⁴⁶ แหล่งเดิม.

ร้ายแรง ซึ่งมีโทษจำคุกกระยะสั้น และหากผู้กระทำความผิดที่ศาลรอการลงโทษไม่สามารถกลับตนเป็นคนดีได้ หรือ หากผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดขึ้นใหม่ ศาลก็มีอำนาจนำโทษจำคุกที่รอการลงโทษมารวมกับโทษจำคุกในคดีใหม่ได้⁴⁷ การรอการลงโทษนี้มีผลมาจากทฤษฎีแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดที่ไม่ต้องการให้บุคคลเข้าไปรับอิทธิพลในทางเสียหายจากในเรือนจำ และ การลงโทษจำคุกกระยะสั้นไม่อาจปรับปรุงแก้ไขให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวได้โดยสมบูรณ์ในระหว่างอยู่ในเรือนจำนั้น⁴⁸

2.4.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการรอการลงโทษ⁴⁹

(1) การรอการลงโทษเป็นการให้โอกาสผู้กระทำความผิด ทำให้รักษาทรัพยากรบุคคลลดกรต่อด้านหรือปฏิบัติกับสังคมจากผู้กระทำความผิดทำให้การลงโทษตรงกับสภาพความเป็นจริง เป็นการให้โอกาสแก่ผู้กระทำความผิดที่สามารถแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมได้กลับไปอยู่กับครอบครัวและชุมชนเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นพลเมืองดี

(2) การรอการลงโทษเป็นการหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกกระยะสั้นเพื่อมิให้ผู้กระทำความผิดได้เรียนรู้พฤติกรรมที่เลวร้ายจากผู้ต้องขังอื่นในเรือนจำ อันเป็นการเพิ่มคนเลวให้แก่สังคมมากกว่าการคืนคนดีสู่สังคม และ เพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดมีประวัติเสื่อมเสีย เมื่อพ้นโทษแล้ว หากที่จะกลับตัวเป็นพลเมืองดีประกอบสัมมาอาชีพโดยสุจริตต่อไปได้ เนื่องจากสังคมไทยยังไม่เปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดที่เคยต้องโทษจำคุกมาแล้วกลับคืนเข้าสู่สังคมได้อย่างปกติ

2.4.2 ผลดีและผลเสียของการรอการลงโทษ

การรอการกำหนดโทษหรือการรอการลงโทษเป็นมาตรการที่ศาลหยิบนำมาใช้เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงโทษจำคุกกระยะสั้น ซึ่งจะไม่ก่อให้เกิดผลดีแก่จำเลยซึ่งศาลพิพากษาว่ามีความผิดและกำหนดโทษกระยะสั้น แต่อย่างไรก็ดี การที่ศาลจะพิจารณาใช้ดุลยพินิจในการรอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษนั้น ศาลควรคำนึงถึงผลดีและผลเสียอันเกิดจากการใช้ดุลยพินิจรอการกำหนดโทษและรอการลงโทษให้แก่จำเลยด้วย

2.4.2.1 ผลดีของการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษ

1. การลงโทษจำคุกนอกจากจะมีผลเสียต่อตัวผู้กระทำความผิดแล้วยังมีผลกระทบต่อครอบครัวของเขาด้วย⁵⁰ การรอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษนั้นทำให้ผู้กระทำความผิดมี

⁴⁷ อังศุเกตุ วิสุทธีวัฒน์ศักดิ์. (2547). ปัญหาการนำมาตรฐานขั้นต่ำในการไม่ควบคุมผู้กระทำความผิดขององค์การสหประชาชาติมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมไทย. หน้า 39.

⁴⁸ นันทิพัฒน์ บุญทวี. เล่มเดิม. หน้า 51.

⁴⁹ ทิพชญา วิริยะศิริ. (2549). “การนำแนวคิดทฤษฎีทางอาชญาวิทยามาใช้ในการวางเกณฑ์รอการลงโทษ.” *บทบัญญัติ*, 62(4). หน้า 119.

โอกาสกลับไปอยู่กับครอบครัวของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากผู้กระทำความผิดเป็นหัวหน้าของครอบครัวก็จะทำให้ครอบครัวของผู้กระทำความผิดไม่ได้รับความเดือดร้อน และสภาพครอบครัวไม่เกิดการแตกแยก⁵¹

2. ให้โอกาสผู้กระทำความผิดได้ประพฤติกลับตนเป็นพลเมืองดีต่อไปในภายหน้า⁵²

3. ให้ผู้กระทำความผิดยับยั้งตนเองมิให้กระทำความผิดใหม่ขึ้นอีก⁵³ ซึ่งในข้อนี้แม้จะพิจารณาในแง่ผลในทางข่มขู่ของโทษ ซึ่งอาจทำให้ผลในทางข่มขู่ต่อบุคคลทั่วไปน้อยลง แต่ถ้าพิจารณาถึงตัวผู้กระทำความผิดที่ได้รับการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษย่อมมีมากขึ้น เพราะผู้นั้นจะรู้สึกตัวอยู่ว่าหากไปกระทำความผิดขึ้นอีกภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ตนจะต้องถูกลงโทษทั้งสำหรับความผิดก่อนและทั้งสำหรับความผิดครั้งหลัง ฉะนั้นการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษจะมีผลให้เขาระวังตัวไม่กล้ากระทำความผิดขึ้นอีกอย่างน้อยก็ภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด⁵⁴

4. ลดการแออัดของนักโทษในเรือนจำเพราะสภาพปัจจุบันมีนักโทษแน่นล้นเรือนจำแล้ว⁵⁵

2.4.2.2 ผลเสียของการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษ

1. การรอกการลงโทษและการรอกการกำหนดโทษมีผลเสียที่ว่า ทำให้ผลในทางการข่มขู่ของโทษคลายความศักดิ์สิทธิ์ลงไป โทษจะมีผลเป็นการข่มขู่อย่างศักดิ์สิทธิ์ไม่ให้บุคคลกล้ากระทำความผิด ก็ต่อเมื่อมีการลงโทษกันอย่างแน่นอนในทุกรณิที่ได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น หากว่าเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นบางกรณีมีการลงโทษ บางกรณีก็ไม่ลงโทษ ผู้ที่จะกระทำความผิดย่อมคิดว่าถ้าตนกระทำความผิดลงไปอาจไม่ต้องรับโทษก็ได้ ทำให้กล้ากระทำความผิด⁵⁶

2. ผู้กระทำความผิดอาจไม่เข็ดหลาบในการกระทำความผิด โดยอาจกระทำความผิดขึ้นใหม่⁵⁷

3. ทำให้ผู้เสียหายเกิดความไม่พอใจที่ผู้กระทำความผิดมิต้องรับโทษจำคุกในเรือนจำ⁵⁸

⁵⁰ อุททิศ แส่นโกศิก ก เล่มเดิม. หน้า 118.

⁵¹ นันทิพัฒน์ บุญทวี. เล่มเดิม. หน้า 55.

⁵² แหล่งเดิม.

⁵³ แหล่งเดิม.

⁵⁴ อุททิศ แส่นโกศิก ก เล่มเดิม. หน้า 118.

⁵⁵ นันทิพัฒน์ บุญทวี. เล่มเดิม. หน้า 56.

⁵⁶ อุททิศ แส่นโกศิก ก เล่มเดิม. หน้า 117.

⁵⁷ นันทิพัฒน์ บุญทวี. เล่มเดิม. หน้า 56.

⁵⁸ แหล่งเดิม.